חוק לישראל: פגמים בחוזה

החיבור על "פגמים בחוזה" הוא פרי עבודתו הבסיסית של הרב ציון אילוז, שעליו העירו והוסיפו ד"ר מיכאל ויגודה, ד"ר ברוך כהנא, הרב אליעזר מילר וד"ר בנימין פורת.

בסדרה "חוק לישראל" נתפרסמו עד כה הספרים

שומרים (2 כר')
שכירות ושאילה
ערבות
נזיקין
עשיית עושר ולא במשפט
השבת אבדה
שיתוף נכסים
נאמנות בנכסים
פגמים בחוזה

בהכנה

שליחות
מתנה
תרופות בשל הפרת חוזה
האחריות הפלילית
סייגים לאחריות הפלילית
משכון
מכר

חוק לישראל

עריכה שיטתית ועדכנית של המשפט העברי
כיסוד לחקיקה ולפסיקה
על פי סדר חוקי מדינת ישראל

בעריכת נחום רקובר

פגמים בחוזה

מראית עין, טעות, כפיה ועושק

ספרית המשפט העברי

ספרית המשפט העברי

משרד המשפטים
מורשת המשפט בישראל
תלפיות — המכללה האקדמית לחינוך

יוצא לאור בסיוע משרד התרבות והספורט
מינהל התרבות

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר מידע
לסדר או לקלוט בכל דרך ובכל אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר
כל חלק שהוא מן החומר שבספר זה

©
כל הזכויות שמורות

מורשת המשפט בישראל
ת״ד 7483 ירושלים 91074
jewishl@zahav.net.il
www.mishpativri.org.il
תשע״ב – 2011

מוקדש

לזכר אמי היקרה

ימימה בת ר׳ ישראל חובב ז״ל

על ידי בתה ליפי ולבי כ״ץ

הקדמה

חיבור זה, התשיעי בסדרה "חוק לישראל", עוסק בחוזה שנפל פגם בכריתתו. נושא זה נידון בחוק הישראלי ב"חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973", פרק ב: ביטול חוזה בשל פגם בכריתתו. בכלל זה חוזה שנכרת למראית עין, וחוזה שנכרת מתוך טעות, מתוך כפייה, או מתוך עושק[1].

העיקרון המנחה במשפט העברי בדיני פגמים בחוזה הוא גמירת דעתם של הצדדים לחוזה. אם אומדן דעת הצדדים הוא שכרתו את החוזה מתוך דעת גמורה, החוזה תקף; אם לאו, החוזה בטל או ניתן לבטלו. לעיקרון זה ניתן משקל רב, והוא גובר על שיקולים אחרים של הרתעה מפני פעילות בלתי הוגנת[2].

בעת האחרונה הוגשה לכנסת "הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011", הכוללת בתוכה את דיני החוזים, ובכללם דיני פגם בחוזה. העבודה שלפנינו מתייחסת גם למה שהוצע בהצעת חוק זו.

הצעת החוק האמורה הוכנה תוך התעלמות מוחלטת מעמדת המשפט העברי, בניגוד למה שהיה מקובל עד עתה בהכנת חוקים, בניגוד לעובדה שמדינת ישראל היא מדינה יהודית, ובניגוד להוראת "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", שעל פיו הפך המשפט העברי לערך חוקתי. ואולם הכנסת עשויה לתקן את המעוות, בעת שתבוא לבחון את הצעת החוק.

ראשיתו של חיבור זה בעבודתו הראשונית של הרב ציון לוז, שנעשתה לפני שנים אחדות.

[1] חיבור זה אינו עוסק בסעיף 22 לחוק, שעניינו שמירת תרופות אחרות, מפני שהוא מיותר, וגם בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, הוא מבוטל.

[2] דוגמאות לכך הן: (א) חייב שנתן נכסים במתנה לאדם אחר כדי שנושהו לא יוכל לגבות מהם, וניכר שהוא מתכוון בלב שלם שהנכסים יהיו של המקבל, המתנה תקפה, אף שנגרם בכך נזק לנושה (ראה סעיף 13, פרק שביעי). (ב) אם צד לחוזה התקשר בחוזה מתוך טעות, זכותו לבטל את החוזה אינה מושפעת מן השאלה האם הצד השני ידע על טעותו או לאו (ראה סעיף 14, פרק חמישי), או האם הצד השני גרם לטעותו אם לאו (ראה סעיף 15, פרק שני ופרק שלישי). (ג) מכר שנעשה מתוך כפייה אינו ניתן לביטול, אם קיבל המוכר תמורה מלאה, מתוך הנחה שקבלת התמורה יוצרת גמירת דעת מצדו להסכים למכר (ראה סעיף 17, פרק רביעי). (ד) מי שהתקשר בחוזה מתוך מצוקה זכאי לבטל אותו רק כל זמן שלא העביר לצד השני את התמורה שהתחייב עליה, אבל אם כבר העביר את התמורה, הדבר מלמד שהחוזה נעשה בגמירת דעת (ראה סעיף 18, פרק שביעי).
נראה שהמשקל הרב שניתן לגמירת הדעת נובע, לא רק ממרכזיותה של האוטונומיה של רצון האדם, אלא גם מן ההבחנה המודגשת בין תוקפו המשפטי של המעשה לבין ההיבט הפלילי של המעשה (כפי שיובהר בדיון על סעיפים 30־31 לחוק).

עליה העירו והוסיפו ד״ר מיכאל ויגודה, ד״ר ברוך כהנא, הרב אליעזר מילר וד״ר בנימין פורת, והביאו לגיבושה, לשכלולה ולהשלמתה.

הנוסח הראשוני של ספר זה פורסם זה מכבר באתר האינטרנט של ״מורשת המשפט בישראל״ (http://www.mishpativri.org.il), כשם שפורסמו בו שאר המחקרים שנעשו במסגרת הסדרה ״חוק לישראל״ בנוסחם הלא סופי. דבר זה אפשר לחוקרים ולמחברים להסתייע בחיבורים האלה, ואפשר גם לנו להפנות אליהם עוד לפני פרסומם בדפוס (כגון ההפניות לחיבורים על ״מתנה״ ועל ״שליחות״).

את המפתחות לספר ערך ד״ר ברוך כהנא. ד״ר יחיאל קארה העיר הערות לשוניות, מר אריאל ורדי יעץ בעיצוב הספר והרב משה קפלן הכין את הספר לדפוס. לכולם נתונה תודתי.

עידוד רב שואבת עמותת ״מורשת המשפט בישראל״ מאישים המכירים בחשיבות החדרת ערכי המשפט העברי למערכות חיינו, ובהם ד״ר צבי כ״ץ, מר זאב שטרן ובנו מר יעקב שטרן, ומר ניסן סלומיאנסקי.

וכאן נעלה את זכרו של ד״ר מרדכי מרכוס כהן ז״ל מבאזל, חוקר המשפט העברי, שכיהן לימים כיועץ למשפט העברי במשרד המשפטים. ד״ר כהן כתב ערכים בנושאים רבים בתחום המשפט העברי בלקסיקון היהודי (Jüdisches Lexikon) שיצא לאור בברלין בשנים 1927-1930, ובהם ערכים אחדים שעניינם פגמים בחוזה. ערכים אלה קובצו לאחר פטירתו בספר Wörterbuch des Jüdischen Rechts (Kargerverlag, Basel 1980), על ידי בנו, מר ארתור כהן, המעודד אותנו בהפצת ערכי המשפט העברי בזיקתם לימינו.

על כולם תבוא ברכת טוב.

בשנה זו ימלאו חמישים שנה לפטירתה של אמי-מורתי, מרת חנה-מלכה ע״ה, שנפטרה לבית עולמה בעשרה בטבת תשכ״ב. אמי ז״ל הייתה רודפת צדקה וחסד, וחינכה את צאצאיה לתורה וליראת שמים. היא הייתה בתו של הרב ר׳ שמחה מנדלבוים ז״ל, מבוני היישוב היהודי בירושלים מחוץ לחומות, ונכדתו של הגאון רבי ברוך מנדלבוים, אב״ד טורוב, ושל האדמו״ר רבי מנחם נחום עפשטיין מקוברין זצוק״ל. יהי זכרה ברוך.

עיה״ק ירושלים ת״ו
י״ד בחשון תשע״ב

נחום רקובר

תוכן העניינים

הקדמה 7

התוכן לפרטיו 11

סעיף 13: חוזה למראית עין 21
סעיף 14: טעות 109
סעיף 15: הטעיה 205
סעיף 16: טעות סופר 213
סעיף 17: כפיה 233
סעיף 18: עושק 311
סעיף 19: ביטול חלקי 375
סעיף 20: דרך הביטול 381
סעיף 21: השבה לאחר ביטול 391

נספחים
נספח ראשון: תשובת הגאון הרב אשר וייס בעניין קניין באונס ובטעות 417
נספח שני: תשובות בעניין תרומת אברים על ידי אדם צעיר 420
נספח שלישי: פגם בחוזה שכבר קוים 425

חוקים
חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, פרק ב 429
הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, חלק שלישי: חיובים, חלק משנה שני:
הוראות מיוחדות לחוזים, פרק שלישי: בטלות חוזה ונפסדותו 431
הצעת נוסח לפי המשפט העברי — חוק החוזים, פרק ב 433

מפתחות
מפתח העניינים 437
מפתח המקורות 467
רשימה ביבליוגרפית 513

התוכן לפרטיו

הקדמה 7

סעיף 13: **חוזה למראית עין**

פרק ראשון: מבוא 23
א. הוראת הסעיף 23
ב. הנקודות העומדות לדיון 24
ג. חוזים למראית עין בתלמוד 25

פרק שני: בטלותו של החוזה — "חוזה שנכרת למראית עין בלבד — בטל" 27
א. היסוד המשפטי לבטלותו של החוזה 27
ב. דוגמאות לנסיבות המלמדות על כוונה למראית עין 29
ג. סנקציות לאכיפת הבטלות 35

פרק שלישי: מראית עין של צד אחד לחוזה 35

פרק רביעי: חוזה נסתר לצדו של חוזה גלוי — מראית עין יחסית 38

פרק חמישי: הסתמכות בתום לב של אדם שלישי — "אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על קיום החוזה" 46

פרק שישי: חוזה מלאכותי 50
א. כללי 50
ב. בתלמוד 52
ג. בספרות השו"ת 58

פרק שביעי: מתנה הניתנת לשם הברחה מנושה 61
א. הוראות חוק רלוונטיות 61
ב. הרחבת דין "מברחת" 63

פרק שמיני: סיכום 72

פרק תשיעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 72

התוכן לפרטיו

נספח: חוזה שנועד לעקוף איסור דתי 73
א. מבוא 73
ב. תקופת המשנה 74
(1) נתינה עקיפה למי שנדר הנאה ממנו 74
(2) הקנאת כסף לאחֵר כדי שיפדה מעשר שני שלו בלי חומש 79
(3) מצורע המקנה את נכסיו לאחֵר כדי שיוכל להביא קרבן עני 80
ג. תקופת התלמוד 81
(1) מכירת בהמה מבכרת לנכרי 81
(2) מכירת פירות שביעית בהבלעה עם דבר אחר 82
(3) מכירת פירות לנכרי שיעשה בהם גמר מלאכה 83
(4) הקנאת קמח למי שהניח עירובי תבשילין 84
ד. תקופת הראשונים 84
(1) מכירת חמץ 84
(2) הקנאת כלי הטעון טבילה לנכרי 95
(3) הקנאת רכוש לאחֵר כדי שיוכל להישבע בענייני מס 96
ה. תקופת האחרונים 97
(1) היתר עסקא 97
(2) מכירת נכס בזול ומכירתו חזרה ביוקר כדי לעקוף איסור ריבית 99
(3) הקנאת בהמה לנכרי לשבת 100
(4) הקנאת סחורה לאחֵר שיטפל בה בימי אבלו של המוכר 101
(5) הקנאת בגד שאין לו ציצית לאחר 103
ו. העת החדשה 103
(1) מכירת קרקע לנכרי בשביעית 103
(2) הקנאת בגדים לאחֵר לפני ראיית מקום המקדש 106

סעיף 14: **טעות**

פרק ראשון: מבוא 111

פרק שני: עקרונות כלליים 112
א. מהי טעות 112
ב. השיקולים המכריעים בדיני טעות 112
ג. קיום החוזה על אף הטעות 113
ד. היקש מתחומי הלכה אחרים 114

פרק שלישי: ביטול עקב טעות — "רשאי לבטל את החוזה" 115
א. מבוא 115
ב. היסוד המשפטי של זכות הביטול 116
ג. טעות סובייקטיבית או אובייקטיבית 118
ד. החוזה ניתן לביטול ואינו בטל מאליו 124
ה. זכות הצד השני לביטול 125
ו. מחילה על זכות הביטול לאחר קיום החוזה 126
ז. מחילה על זכות הביטול בעת כריתת החוזה 131
ח. טעות במהות נשוא החוזה 134

התוכן לפרטיו

פרק רביעי: יסודיות הטעות — "וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה" 136

א. טעות יסודית ושאינה יסודית 136

ב. יסודיות אובייקטיבית או סובייקטיבית 139

פרק חמישי: טעות ש"הצד השני לא ידע" עליה — ס"ק (ב) 142

א. זכות הביטול בטעות חד צדדית שאינה ידועה לצד השני 142

ב. טעות משותפת 144

(1) כללי 144

(2) דין טעות משותפת כדין טעות חד צדדית 145

(3) חריגים 145

ג. אם הצד השני לא ידע "שלולא הטעות" לא היה הצד הטועה מתקשר בחוזה 148

ד. טעות הדדית (שאינה טעות משותפת) 149

ה. פיצויים — "רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה" 150

פרק שישי: תיקון הטעות — ס"ק (ג) 151

א. כללי 151

ב. היקף התיקון 152

ג. אופן התיקון 155

ד. תיקון טעות כמותית 156

פרק שביעי: טעות בדין — ס"ק (ד) 158

א. כללי 158

ב. אם הצד הטועה כבר קיים את חלקו בחוזה 163

ג. האם קיימת חזקה שאדם יודע את הדין? 168

פרק שמיני: טעות בכדאיות העסקה — "להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה" 171

א. כללי 171

ב. טעות בדבר גובה הסיכון שבעסקה 173

ג. טעות בהערכת התפתחויות עתידיות 174

(1) כללי 174

(2) הצורך להתחשב בדעתו של הצד שכנגד 175

(3) הנימוק העיוני 179

(4) טעות עתידית במתנה 180

(5) טעות עתידית במחילה 186

(6) בחוזה שכבר קוים 190

(7) אם היה גילוי דעת מראש 191

(8) טעות שהתאיינה עקב התפתחות עתידית 192

ד. טעות בהערכת שווי העסקה 193

(1) הבסיס המשפטי לביטול 194

(2) גובה הטעות 195

(3) הגבלה על משך הזמן של זכות הביטול 197

ה. פשרה בטעות 198

פרק תשיעי: טעות במניע 200
פרק עשירי: סיכום 202
פרק אחד־עשר: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 204

סעיף 15: **הטעיה**

פרק ראשון: מבוא 207
פרק שני: טעות שאינה יסודית 208
פרק שלישי: תיקון הטעות 210
פרק רביעי: סיכום והצעת נוסח לפי המשפט העברי 210

סעיף 16: **טעות סופר**

פרק ראשון: מבוא 215
א. הוראת הסעיף 215
ב. המונח "טעות סופר" במשפט העברי 216
ג. הזָמה לתיקון הטעות 217
ד. צורת התיקון 218
פרק שני: תוקף החוזה — "אין הטעות עילה לביטול החוזה" 219
א. טעות במסמך דקלרטיבי ("שטר ראיה") 219
ב. טעות במסמך קונסטיטוטיבי ("שטר קניין") 221
(1) כללי 221
(2) שטר הקנאת מקרקעין 221
(3) טעות בשם או בסכום — לעניין שעבוד נכסים בשטר חוב 222
(4) השמטת "אחריות" — לעניין שעבוד נכסים בשטר חוב 223
(5) תאריך העסקה 223
פרק שלישי: תיקון המסמך — "יתוקן החוזה לפי אומד דעת הצדדים" 228
א. כללי 228
ב. אופן תיקון המסמך 229
ג. תיקון המסמך בהיעדר הסכמת אחד הצדדים 230
(1) תיקון המסמך בהיעדר אחד הצדדים 230
(2) תיקון המסמך נגד רצונו של אחד הצדדים 231
פרק רביעי: סיכום 231
פרק חמישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 232

סעיף 17: כפיה

פרק ראשון: מבוא 235

פרק שני: תוקפו המשפטי של חוזה כפוי 236
א. כללי 236
ב. סוגיית "תליוהו וזבין" 236
ג. סוגיית "גט מעושה" 238

פרק שלישי: התקשרות בכפייה והתקשרות עקב כפייה — "מי שהתקשר עקב..." 238

פרק רביעי: סוג החוזה — "בחוזה" 240
א. ההבחנה בין חוזה בתמורה לחוזה שלא בתמורה 240
ב. חוזה בתמורה 243
(1) צורת התמורה 244
(2) קנייה 246
(3) מכירה לגזלן 248
(4) רמת שיתוף הפעולה הנדרשת מן הצד הכפוי 249
ג. חוזה שלא בתמורה 250

פרק חמישי: צורת הכפייה — "עקב כפייה שכפה עליו" 255
א. כללי 255
ב. כפייה עצמית ("אונסא דנפשיה") 255
ג. פגיעה בנכסים 260
ד. פגיעה באחרים 263

פרק שישי: קשר סיבתי — "עקב כפייה" 265

פרק שביעי: כפייה על ידי אדם שלישי — "או אחר מטעמו" 267

פרק שמיני: איום — "או באיום" 271

פרק תשיעי: "מודעא" — גילוי דעת מוקדם של מי שכפו עליו להתקשר 274
א. "מודעא" מהי? 274
ב. מודעא על חוזה בתמורה 276
ג. מודעא על חוזה בלא תמורה 278

פרק עשירי: האם החוזה בטל או ניתן לביטול? — "רשאי לבטל" 286
א. כללי 286
ב. אם נמסרה מודעא ואם לא נמסרה 286
ג. זכותו של הצד הכופה לבטל את החוזה 287

פרק אחד־עשר: אזהרה על הפעלת זכות — ס"ק (ב) 289
א. כללי 289
ב. לשם מטרה זרה 290
ג. "בתום לב" 291
ד. הפעלת זכות בכפייה 292

פרק שנים־עשר: סיכום 293

פרק שלושה־עשר: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 295

נספח ראשון: פשרה כפויה 295

א. הסוברים שדינה כמכר 295

ב. הסוברים שאין דינה כמכר 299

ג. הבחנות שונות 302

ד. המוחל על חלק מחוב עקב איום שיפסיד את כולו 303

(1) המוחל מפני שהחייב כפר בכול 303

(2) המוחל מפני שלא היה לחייב במה לשלם 306

(3) המוחל מפני שהחייב סירב לשלם 306

(4) המוחל מפני שהיה במקום שלא יוכל לתבוע את חובו 307

ה. המוחל על חלק מחוב בהסדר חובות 307

(1) אם החייב ירד מנכסיו 307

(2) אם החייב הבריח את נכסיו 308

(3) נושה שלא היה חלק מהסדר החובות 308

נספח שני: מחילה כפויה 309

א. אם עשו מעשה קניין 309

ב. אם המוחל נשבע 309

ג. אם המשיכו המוחל והנמחל לשאת ולתת יחד 309

ד. במחילה מכללא 310

סעיף 18: **עושק**

פרק ראשון: מבוא 313

א. כללי 313

ב. מרכיבי העושק 314

ג. זכות הביטול 315

פרק שני: היסוד המשפטי של זכות הביטול 316

א. כללי 316

ב. המקורות התלמודיים 317

(1) אסיר נמלט 317

(2) הצלת דבש 318

(3) הבטחה לתמורה בעד חליצה 318

ג. הנימוק של פגם בגמירת הדעת 319

ד. הנימוק של חובת הצד שכנגד להציל את הנתון במצוקה („שכר מצווה") 323

ה. הנימוק המוסרי („כופין על מידת סדום") 328

ו. סיכום 329

פרק שלישי: צורת החוזה — „מי שהתקשר בחוזה" 334

פרק רביעי: כוונה לנצל — "עקב ניצול" 338

פרק חמישי: מצב הנעשק — "מצוקת המתקשר" 339
א. כללי 339
ב. מצוקה ארעית 342
ג. אם הייתה דרך אחרת 343

פרק שישי: "ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל" 344
א. כללי 344
ב. היקף הסטייה "מן המקובל" 344
ג. תנאים שאינם סבירים אבל הם מקובלים 348
ד. אם יש הפסד לצד העושֶק 351
ה. חוזה מסוג שאין לגביו "תנאים מקובלים" 356

פרק שביעי: הביטול — "רשאי לבטל את החוזה" 357
א. האם החוזה ניתן לביטול או שהוא בטל מעיקרו? 357
ב. ביטול חלקי 362

פרק שמיני: מצבי עושק נוספים — "חולשתו השכלית או הגופנית, או חוסר ניסיונו" 363
א. כללי 363
ב. חולשה שכלית 363
ג. חולשה גופנית 365
ד. חוסר ניסיון 367
(1) התקנה המגבילה מכר מקרקעין על ידי מי שהוא פחות מבן עשרים 367
(2) הרחבת התקנה 370
(3) הביטול 372

פרק תשיעי: סיכום 374

פרק עשירי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 374

סעיף 19: ביטול חלקי

פרק ראשון: זכות הביטול של הצד הנפגע 377

פרק שני: זכות הביטול של הצד השני 378

פרק שלישי: סיכום 380

פרק רביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 380

סעיף 20: דרך הביטול

פרק ראשון: מבוא 383

פרק שני: היקף בטלות החוזה עקב הודעת הביטול 384

פרק שלישי: משך זכות הביטול — "תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול" 385

פרק רביעי: משך זכות הביטול בחוזה שנכרת בכפייה — "ובמקרה של כפיה — תוך זמן סביר לאחר שנודע לו שפסקה הכפיה" 388

פרק חמישי: סיכום 389

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 390

סעיף 21: השבה לאחר ביטול

פרק ראשון: מבוא 393

פרק שני: חובת כל צד "להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה" 393
א. זכות אובליגטורית או קניינית 393
ב. על מי מוטלת עלות ההשבה? 395
ג. צד לחוזה שהשביח את מה שקיבל 396

פרק שלישי: השבת השווי — "ואם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה — לשלם לו את שוויו של מה שקיבל" 397
א. מבוא 397
ב. אם מכר את הנכס שקיבל 398
ג. אם ניזוק הנכס שקיבל 399
ד. אם אכל את הנכס שקיבל 400

פרק רביעי: תשלום תמורת שימוש שהמקבל עשה במה שקיבל 409

פרק חמישי: חובת הצד השני לשלם לצד הנפגע הוצאות שהוציא עקב החוזה 411

פרק שישי: סיכום 412

פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 413

נספחים

נספח ראשון: תשובת הגאון הרב אשר וייס בעניין קניין באונס ובטעות 417

נספח שני: תשובות בעניין תרומת אברים על ידי אדם צעיר 420
א. תשובת הגאון הרב יצחק זילברשטיין 420
ב. תשובת הגאון הרב אשר וייס 423

נספח שלישי: פגם בחוזה שכבר קוים 425

חוקים

חוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג־1973, פרק ב 429

הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, חלק שלישי: חיובים, חלק משנה שני:
הוראות מיוחדות לחוזים, פרק שלישי: בטלות חוזה ונפסדותו 431

הצעת נוסח לפי המשפט העברי — חוק החוזים, פרק ב 433

מפתחות

מפתח העניינים 437

מפתח המקורות 467

רשימה ביבליוגרפית 513

סעיף 13

חוזה למראית עין

חוזה למראית עין 13. חוזה שנכרת למראית עין בלבד — בטל; אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על קיום החוזה.

תוכן

פרק ראשון: מבוא 23
א. הוראת הסעיף 23
ב. הנקודות העומדות לדיון 24
ג. חוזים למראית עין בתלמוד 25

פרק שני: בטלותו של החוזה — "חוזה שנכרת למראית עין בלבד — בטל" 27
א. היסוד המשפטי לבטלותו של החוזה 27
ב. דוגמאות לנסיבות המלמדות על כוונה למראית עין 29
ג. סנקציות לאכיפת הבטלות 35

פרק שלישי: מראית עין של צד אחד לחוזה 35

פרק רביעי: חוזה נסתר לצדו של חוזה גלוי — מראית עין יחסית 38

פרק חמישי: הסתמכות בתום לב של אדם שלישי — "אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על קיום החוזה" 46

פרק שישי: חוזה מלאכותי 50
א. כללי 50
ב. בתלמוד 52
ג. בספרות השו"ת 58

פרק שביעי: מתנה הניתנת לשם הברחה מנושה 61
א. הוראות חוק רלוונטיות 61
ב. הרחבת דין "מברחת" 63

פרק שמיני: סיכום 72

פרק תשיעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 72

התוכן

נספח: חוזה שנועד לעקוף איסור דתי 73
א. מבוא 73
ב. תקופת המשנה 74
(1) נתינה עקיפה למי שנדר הנאה ממנו 74
(2) הקנאת כסף לאחֵר כדי שיפדה מעשר שני שלו בלי חומש 79
(3) מצורע המקנה את נכסיו לאחֵר כדי שיוכל להביא קרבן עני 80
ג. תקופת התלמוד 81
(1) מכירת בהמה מבכרת לנכרי 81
(2) מכירת פירות שביעית בהבלעה עם דבר אחר 82
(3) מכירת פירות לנכרי שיעשה בהם גמר מלאכה 83
(4) הקנאת קמח למי שהניח עירובי תבשילין 84
ד. תקופת הראשונים 84
(1) מכירת חמץ 84
(2) הקנאת כלי הטעון טבילה לנכרי 95
(3) הקנאת רכוש לאחֵר כדי שיוכל להישבע בענייני מס 96
ה. תקופת האחרונים 97
(1) היתר עסקא 97
(2) מכירת נכס בזול ומכירתו חזרה ביוקר כדי לעקוף איסור ריבית 99
(3) הקנאת בהמה לנכרי לשבת 100
(4) הקנאת סחורה לאחֵר שיטפל בה בימי אבלו של המוכר 101
(5) הקנאת בגד שאין לו ציצית לאחר 103
ו. העת החדשה 103
(1) מכירת קרקע לנכרי בשביעית 103
(2) הקנאת בגדים לאחֵר לפני ראיית מקום המקדש 106

פרק ראשון

מבוא

א. הוראת הסעיף

חוזה למראית עין הוא חוזה שאין למתקשרים כוונה שיהיה לו תוקף משפטי מחייב, והוא נכרת למראית עין בלבד[1]. לדוגמה, אדם רוצה להבריח את נושיו מרכושו, ועל כן הוא כותב חוזה פיקטיבי, שבו הוא כביכול מעביר לקרובו את הבעלות על רכושו, בעוד שלמעשה אין הם מתכוונים שהבעלות תעבור לאותו קרוב, אלא רק ליצור מצג שהרכוש כבר אינו של בעליו.

סעיף זה דן בשאלת תוקפו של חוזה למראית עין, והוא מבחין בין שתי מערכות יחסים משפטיים. הרישא של הסעיף עניינה מערכת היחסים של הצדדים לחוזה בינם לבין עצמם, והיא קובעת את בטלות החוזה[2]; והסיפא עניינה מערכת היחסים שבין הצדדים לחוזה לבין אדם שלישי, והיא קובעת שלא תיפגענה זכויותיו של צד שלישי שהסתמך בתום לב על קיום החוזה.

מטרתה של הרישא של הסעיף וחידושה בולטים לאור האמור בסעיפים האחרים בחוק. סעיפים 1, 2, ו־5, קובעים שכריתת חוזה מבוססת על גמירת הדעת של הצדדים, ושגמירת הדעת תיבחן על פי מבחנים אובייקטיביים. לעומתם, הרישא של סעיף זה קובעת, שבחוזה למראית עין, המבחן האובייקטיבי אינו מכריע, אלא כוונתם הנסתרת של הצדדים שלא לתת תוקף משפטי לחוזה מביאה לבטלותו[3].

[1] חוזה זה מכונה גם "חוזה סימולציה". ראה ג' שלו, דיני חוזים — החלק הכללי (ירושלים תשס"ה; להלן: שלו, דיני חוזים), עמ' 261; ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים (תל אביב תשנ"א־תשנ"ג; להלן: פרידמן וכהן, חוזים), עמ' 157.
לפי ע"א 1780/93 בנק המזרחי נ' אולצ'יק, פ"ד נ(2) 41, צד לחוזה הטוען שהחוזה נעשה למראית עין בלבד, עליו הראיה. על הדרכים להוכיח זאת, ראה: ל' סהר, ביטול חוזה בשל פגמים בכריתתו (בני ברק תשס"ט), עמ' 4־8.

[2] כלומר, חוזה למראית עין בטל מעיקרו, ולא רק ניתן לביטול. על כן לא חלות לגביו ההוראות של סעיפים 19־21, העוסקות בדרך ביטול החוזה, ובהן חובת ההשבה של מה שעבר מיד ליד עקב קיום החוזה (סעיף 21). עם זאת, גם בחוזה למראית עין, אם הועבר דבר מיד ליד עקב החוזה, חובה להשיב אותו. נחלקו הדעות בהסברת היסוד המשפטי של ההשבה הנעשית בעקבות בטלות החוזה למראית עין: יש הסבורים, שההשבה מבוססת על זכות הקניין, כלומר, בעל הרכוש זכאי להשבת רכושו הנמצא אצל חברו (פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 1218). לעומתם, יש הסבורים, שההשבה מבוססת על דיני עשיית עושר ולא במשפט, שכן צד אחד קיבל מחברו זכות שלא על פי דין (שלו, דיני חוזים, עמ' 256). לפי גישה זו, בית משפט שקבע שלפניו חוזה למראית עין רשאי לפטור מחובת ההשבה, כולה או מקצתה, אם מצא שהנסיבות עושות אותה לבלתי צודקת, וזאת במסגרת הסמכות הנתונה לבית המשפט בחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט־1979, סעיף 2 (השופטת נתניהו, ע"א 4360/90 בר־חן נ' כוכבי, פ"ד מז(2), 311, 318־319). ויש הסבורים, שההשבה מבוססת על דיני ההשבה שבחוק החוזים עצמו (י' אנגלרד, "כנפי הנשר הדורסני: דיני עשיית עושר ולא במשפט", בתוך: ספר זכרון לגד טדסקי, ירושלים תשנ"ו, עמ' 37, 53, הערה 59).

[3] שלו, דיני חוזים, עמ' 257. את הניגוד הזה היא מסבירה בכך שפרק א לחוק החוזים מבוסס על הנחה

ב. הנקודות העומדות לדיון

בהקשר זה עולה השאלה, מה הדין אם רק צד אחד התכוון שהחוזה יהיה למראית עין, בעוד שהצד השני התכוון לתומו להתקשר בחוזה תקף? מחד גיסא, היעדר גמירות דעת של אחד הצדדים פוגם את החוזה. מאידך גיסא, הסתמכותו של הצד שכנגד גורמת לכך שבטלות החוזה במקרה כזה תפגע הן בעקרונות הצדק הן בתקינות חיי המסחר. להלן, בפרק השני, נדון ביסוד המשפטי של בטלות החוזה למראית עין, ובפרק השלישי, נעיין בתקפו המשפטי של חוזה שרק צד אחד התכוון לעשותו למראית עין בלבד.

הסיפא של סעיף זה מגינה כאמור על אדם שלישי מפני הנזק שעלול להיגרם לו עקב בטלות החוזה למראית עין. היא קובעת שאם בטלות החוזה פוגעת בזכויות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על קיום החוזה, אין להחיל את הרישא של הסעיף כלפי אותו אדם.

לשון הסעיף, "בזכות שרכש אדם שלישי" וכו', אינה ברורה דיה. מה משמעות הביטוי "רכש"? האם הסעיף מגן רק על אדם שלישי שרכש זכות בתמורה, או גם על מי שקיבל זכות שלא בתמורה? ועולה גם השאלה, מה משמעותה של ה"הסתמכות" על החוזה? האם הסעיף מגן רק על אדם שלישי ששינה את מצבו לרעה, או גם על מי שלא שינה את מצבו לרעה? בשאלות אלו נדון בפרק החמישי. בעיה נוספת שמעלה הסיפא של הסעיף, ואף בה נעסוק שם, היא פיצול הדינים הנוצר בין חלקי הרישא והסיפא של הסעיף, בכך שבמערכת היחסים של הצדדים בינם לבין עצמם החוזה בטל, ואילו במערכת היחסים שבינם ובין צד ג' הוא תקף.

חשוב להבחין בין חוזה למראית עין לבין חוזה מלאכותי, שהחוק אינו עוסק בו. כאמור, חוזה למראית עין הוא חוזה שלצדדים אין עניין בקיומו. לעומתו, חוזה מלאכותי הוא חוזה שהצדדים מעוניינים בקיומו, אבל מטרתם אינה תוצאתו העיקרית של החוזה אלא תוצאה משנית הנובעת ממנו. לדוגמה, מי שמתקשר בחוזה שכירות של דירה כדי לקבל הטבה ממשלתית מסוימת, אף שאינו זקוק לדירה עצמה, זהו חוזה מלאכותי, שכן השוכר מעוניין בו בגלל תוצאותיו המשפטיות הנלוות, ולא בגלל תוצאותיו המשפטיות הישירות והעיקריות. גישת החוק היא, שבהבדל מחוזה למראית עין, חוזה מלאכותי תקף[4] (אלא שהוראות חוק אחדות

אמפירית שקיימת זהות בין הרצון הפנימי לבין הצהרת הרצון החיצונית. לעומת זאת, הרישא של סעיף 13 מתמודדת עם מצב שבו מתנפצת הנחה זו, וברור שההצהרה החיצונית אינה משקפת רצון אמִתי של הצדדים להתקשר בחוזה.

לעומתה, סבורים פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 157-158, שאין חידוש ברישא של סעיף זה, משום שלדעתם, המבחן האובייקטיבי שנקבע בפרק א של חוק החוזים אינו מבחן אובייקטיבי של אדם חיצוני, זר להתקשרות, אלא מבחן אובייקטיבי של המתקשרים עצמם, כפי שהם מפרשים את התנהגות הצד שכנגד. על כן, גם לפי המבחן האובייקטיבי, חוזה למראית עין בטל. ראה גם ז' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (תל אביב תשל"ד), עמ' 181.

[4] ראה ע"א 53/86 סולל נ' צוקרמן, פ"ד מב(2) 625, 630; שלו, דיני חוזים, עמ' 264.

יש להעיר, שלעתים קשה לקבוע אם לפנינו חוזה למראית עין או חוזה מלאכותי, והדבר צריך להיבחן על פי נסיבות העניין. כך, למשל, לעתים קשה להכריע אם חוזה שבו אדם מקנה לחברו את נכסיו כדי להבריחם מנושיו, הוא חוזה מלאכותי או חוזה למראית עין. הדעת נותנת שהתנהגותו של הנותן לאחר ההקנאה יכולה ללמד על אופיו של החוזה: אם הנותן חדל מלהשתמש בנכסים אלו, הנטייה תהיה לראות בכך חוזה מלאכותי. לעומת זאת, אם הוא ממשיך להשתמש בהם כפי שהשתמש בהם עד עתה, בעוד שהמקבל אינו משתמש בהם כלל, הנטייה תהיה לראות בכך חוזה למראית עין. ראה על כך להלן, פרק שביעי.

מעניקות לרשויות סמכות להתעלם מחוזה מלאכותי במצבים מסוימים[5]). בפרק השישי, נרחיב את הדיון בשאלת מעמדו המשפטי של חוזה מלאכותי.

סוג מיוחד של חוזה מלאכותי הוא מתנה הניתנת להבריח נכסים מנושה. נעסוק בה בפרק השביעי, בנפרד, מכיוון שלפעמים מתנה זו היא בעצם חוזה למראית עין.

עוד סוג מיוחד של חוזה מלאכותי הוא חוזה שנעשה כדי לעקוף איסור דתי או חובה דתית. במשך השנים עלו הצעות רבות לחוזים כאלו, ובחלקם עלו פקפוקים באשר לתוקפם. גם בסוג זה נעסוק בנפרד, בנספח לסעיף זה.

ג. חוזים למראית עין בתלמוד

את בטלותו של חוזה למראית עין, קובע כבר התלמוד[6], אלא שהתלמוד אינו קובע זאת כעיקרון כללי, אלא בזיקה לחוזים שונים בהתאם לנסיבות המיוחדות לכריתתם. יתרה מכך, התלמוד אוסר להחזיק שטרות על חוזים מעין אלו[7], ואף אוסר את ההשתתפות בעשייתם[8].

להלן נציג מקצת מן הדוגמאות התלמודיות לחוזה למראית עין, בלא להיכנס לפרטיהן, ובהמשך דברינו נדון בהלכות הנוגעות לחוזים אלו:

(א) "שטר אמנה"[9]: אדם מעוניין ליצור מצג שהוא עני וחסר כול, כדי שנושיו ירפו ממנו, ולצורך זה הוא כותב שטר הלוואה כאילו הוא לווה מפלוני, אף שלא לווה ממנו[10]. כתיבת

[5] ראה להלן, הערה 105, וליד ציוני הערות 152-162.

[6] על כך ראה בהרחבה: ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי (ירושלים תשל"ד), עמ' 40-51.
כמו לפי החוק (לעיל, הערה 2) כך גם לפי המשפט העברי, חוזה למראית עין "בטל" מאליו, ולא רק "ניתן לביטול", בניגוד לשאר הפגמים בחוזה (טעות, הטעיה, כפייה ועושק), שהם רק ניתנים לביטול. אבל יש לציין שרח"ע גרודזינסקי סבור שגם חוזה כזה רק ניתן לביטול; ראה בשמו להלן, הערה 285.

[7] כמאמר התלמוד, בכתובות יט ע"ב: "אם אָוֶן בידך — הרחיקהו' (איוב יא, יד) — זה שטר אמנה ושטר פסים".

[8] התלמוד, כתובות יט ע"ב, קובע, שעדים המעידים שחתמו על שטר, ומעידים שהשטר היה "שטר אמנה" (ראה על כך בסמוך), אינם נאמנים, "כיוון דעוולה הוא, על עוולה לא חתימי". היינו, בעדותם הם משימים עצמם רשעים, ועל כן אינם נאמנים (רש"י, שם, ד"ה אעוולה לא חתימי). שו"ת מהרי"ק, שורש כב, מביא דין זה על שטר הברחה מנושה.
יש לציין, שאף שהתלמוד אוסר זאת, הרי תשב"ץ, חלק א, סימן יג, מתיר לעשות שטר כזה אם המטרה היא להציל מן השלטון הנכרי. ראה גם בירור הלכה, כתובות יט ע"ב, ציון א, המביא דעה שמותר לעדים לחתום על שטר אמנה.

[9] כתובות יט ע"א.

[10] כך מסבירים את מהותו של שטר אמנה: רבנו תם, בהגהות מיימוניות, הלכות מלווה ולווה, פרק כג, הלכה ה, אות ה; תוספות רי"ד, כתובות יט ע"ב, ד"ה אמר; שיטה מקובצת, כתובות דף יט ע"א, בשם "לקוטי גאונים", ודף יט ע"ב, בשם "שיטה ישנה"; פסקי הריא"ז, כתובות, פרק ב, הלכה ב, אות יא.
אבל רוב הפרשנים פירשו שהכוונה לשטר הלוואה שכותב הלווה לפני ביצוע ההלוואה, ומוסר אותו למלווה תוך שהוא מאמין לו שלא יתבע ממנו עד שילווה לו בפועל. כך פירשו: רש"י, כתובות יט ע"א, ד"ה שטר אמנה, וגיטין יט ע"ב, ד"ה שטר אמנה; ר"ן על הרי"ף, כתובות ו ע"א (בדפי הרי"ף); כסף משנה, הלכות עדות, פרק ג, הלכה ז; רדב"ז, הלכות עדות שם. לפי דבריהם, אין כאן אפוא חוזה למראית עין, שייראה כאילו לווה, אלא שטר שנכתב כהכנה לחוזה העתיד להיכרת. על שטר כזה, ראה תומים, סימן מו, ס"ק מז.
ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 40, מכנה את שני הסוגים — שטר שהוכן לצורך חוזה עתידי ושטר שהוכן לחוזה פיקטיבי — "חוזה אמנה".

השטר היא אפוא למראית עין בלבד, והיא מבוססת על אמון שנותן כותב השטר בחברו המקבל את השטר, שלא יגבה ממנו את החוב המדומה, ומכאן שמו של השטר, "שטר אמנה". התלמוד[11] דן בשאלה, אם לווה או מלווה הטוענים על שטר חוב שבידם שהוא שטר אמנה, נאמנים על כך; ומכאן שאם הוא אכן שטר אמנה, הוא בטל.

(ב) "שטר פסים"[12]: זהו מצב הפוך, של אדם המבקש ליצור מצג שהוא עשיר, ולשם כך מבקש מחברו שיכתוב לו שטר מכר, המעיד שכביכול מכר לו את רכושו, אף שלאמתו של דבר לא מכר לו כלום. שטר זה מכונה "שטר פסים", משום ש"הקונה" מפייס את חברו (כלומר, מפציר בו) שיכתוב לו את השטר[13]. התלמוד[14] דן בשאלה, האם צד לשטר מכר נאמן לטעון שהשטר הוא שטר פסים? ומכאן שאם הוא אכן שטר פסים, הוא בטל.

שטר אמנה מוזכר גם בבבא בתרא קנד ע"ב, וגם שם נחלקו הדעות בפירושו. רשב"ם, שם, ד"ה שטר אמנה; רבנו גרשום, שם; חידושי הריטב"א, שם; ובית הבחירה, שם — פירשו שהכוונה לשטר מכר שכותב המוכר לקונה בעת המכירה, אף שהקונה טרם שילם את התמורה, וזאת תוך שהוא סומך על הקונה שישלם את התמורה לאחר מכן. הם גורסים בתלמוד שם "שטר אמנה — שמכרתי לך ולא נתת לי דמים". לפי הסבר זה, החוזה אינו למראית עין, אלא השטר נעשה בתקווה שהאמור בו יתבצע בעתיד. אבל יד רמה, בבא בתרא, פרק ט, סימן קלז, גורס: "שטר אמנה הוא או שמכרתי לך ולא נתת לי דמים" (גרסה זו מובאת גם בדקדוקי סופרים, בבא בתרא קנד ע"ב), ופירש (בתחילת דבריו) שב"שטר אמנה" מדובר במי שמתכוון למכור קרקע או ללוות, ומקדים וכותב שטר חוב או שטר מכר לאדם המהימן לו כדי לטרוף אחר כך את הקרקע מהקונה או מהמלווה שלא כדין בהסתמך על שטר האמנה. לפי פירושו, מדובר בחוזה למראית עין. גם בית הבחירה, כתובות יט ע"ב (ד"ה כל שטר), מסביר ש"שטר אמנה" הוא לשם קנוניה: לוי, הרוצה ליטול הלוואה משמעון, פונה לראובן ידידו ומבקש ממנו לכתוב לו (ללוי) שטר הלוואה, כדי שתהיה לראובן זכות קדימה לגבות ממנו לפני שמעון; או שאדם רוצה למכור את נכסיו, ולפני כן כותב שטר הלוואה, כדי שה"מלווה" יטרוף את הנכס מהקונה.

יש להעיר, שגם רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק יד, הלכה ה, נוקט "אמנה הוא או כתבתי ללוות ועדיין לא לוויתי", משמע ש"אמנה" אינו שטר שכותב לווה כהכנה להלוואה.

להרחבת הדברים ולהסברים נוספים, ראה: ב' ליפשיץ, אסמכתא — חיוב וקנין במשפט העברי (ירושלים תשמ"ח), עמ' 169; בירור הלכה, כתובות יט ע"ב, ציון א; ר"י מילר, "בעניין שטר אמנה", בית אהרן וישראל עד (כסלו־טבת תשנ"ח), עמ' לו־לט.

[11] כתובות יט ע"א.

[12] כתובות שם ודף עט ע"א; בבא בתרא קנד ע"ב.

[13] כך פירשו רבנו גרשום, בבא בתרא קנד ע"ב; רשב"ם, שם, ד"ה פסים; חידושי הר"י מיגאש, שם, ד"ה שטר פסים; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה שטר פסים. בדומה לכך מפרשים רש"י, גיטין יט ע"ב (ד"ה שטר פסים), ובית הבחירה, כתובות יט ע"א (ד"ה אסור) — שמבקש ממישהו לכתוב לו שטר חוב כאילו הוא חייב לו (למבקש), כדי שאנשים יחשבו שהוא עשיר.

בכתובות עט ע"א נזכר שטר פסים, ושם מדובר בשטר הברחה, שבו אישה כביכול מוכרת או נותנת את נכסיה לאחֵר לפני נישואיה, כדי שלא יזכה בהם בעלה. כך פירשו רש"י שם (ד"ה שטר פסים), חידושי הריטב"א שם, ויד רמה, בבא בתרא, פרק ט, סימן קלז. שם זהו חוזה למראית עין, כפי שנראה בסמוך. גם הם פירשו "פסים" מלשון פיוס ושכנוע. יד רמה שם נותן דוגמאות נוספות לשטר פסים: הכותב שטר מכר לאחר לפני שהוא לווה או לפני שהוא נושא אישה, כדי שלא תשתעבד הקרקע למלווה או לאישה בכתובתה (על מקרה כזה נדון להלן, פרק שביעי); או מי שמפחד שיכפו עליו למכור את קרקעו, ולפני כן הוא כותב שטר מכר לאחר (על מקרה כזה נדון להלן, ליד ציון הערה 37). והוא מפרש את מילת "פסים" מלשון חיתוך ופיסוק, שחותך את דעתם של האנשים.

ר"י ברצלוני, בספר השטרות, שטר נא, עמ' 73, מפרש ששטר פסים הוא שטר שבו מי שרוצה להבריח קרקע נותן אותה לאדם אחר במתנה לזמן קצוב, ולאחר אותו זמן תחזור ותהיה שלו.

לעומתם, הערוך, ערך "פסים", מבאר שמקור המילה "פסים" במילה "פיסטוס", מילה יוונית שמשמעותה

(ג) "שטר מברחת"[15]: הכוונה לאישה העומדת להינשא, הכותבת שטר שבו היא מוכרת כביכול או נותנת כביכול את רכושה לאדם שלישי. מטרת מכר או מתנה זה, שהוא למראית עין בלבד, שיחשוב בעלה שהרכוש אינו שלה, וממילא לא יזכה בזכויות המגיעות לו ברכושה עקב הנישואין[16].

(ד) מצב דומה הוא באדם העומד ללוות כסף מפלוני, והוא כותב לפני כן שטר מכר לאדם שלישי, המעיד שמכר לו כביכול את רכושו. הלווה עושה כן כדי "להבריח" את הנכס, על ידי שלילת יכולתו של המלווה להיפרע מרכוש זה אם לא יפרע את החוב, שכן השטר מעיד שהרכוש לא היה שלו בשעת מתן ההלוואה[17]. התלמוד[18] דן בשאלה, האם צד למכר נאמן לטעון שזו הייתה כוונת השטר? ומכאן ששטר כזה בטל[19].

פרק שני

בטלותו של החוזה — "חוזה שנכרת למראית עין בלבד — בטל"

א. היסוד המשפטי לבטלותו של החוזה

בפרק הראשון, הבאנו דוגמאות לחוזים למראית עין, שנקבע שאינם תקפים, מפני שהצדדים לא התכוונו להעניק להם תוקף משפטי מחייב

לכאורה, קביעה זו עומדת בסתירה לכלל, "דברים שבלב אינם דברים"[20], כלומר, דברים שאדם חושב בלבו אינם יכולים לבטל את התוצאות המשפטיות הנובעות מהתנהגותו החיצונית, במעשה או בדיבור. לפי כלל זה, אין להתחשב בכוונת הלב של אדם, אף אם יעלה

האמנה. ואכן, הגרסה בירושלמי, כתובות, פרק ב, הלכה ג, היא "שטר פוסיטים" (או: "פוסיטיס"). ראה על כך אצל ליפשיץ, שם.

[14] בבא בתרא קנד ע"ב.

[15] כתובות עט ע"א; בבא בתרא קנא ע"א. ראה על כך בהרחבה להלן, ליד ציון הערה 24 ואילך.
השופט צ' טל, בע"א 1780/93 בנק המזרחי נ' אולצ'יק, פ"ד נ(2) 41, 43, הביא את שטר מברחת כדוגמה לבטלותו של חוזה למראית עין במשפט העברי.

[16] ראה הערה 13, שבכתובות עט ע"א מכונה שטר כזה "שטר פסים". על בטלותו של המכר ושל המתנה כאן, ראה להלן, ליד ציון הערה 30, ובפרק שביעי. על שלילת זכותו של הבעל בנכסים אלו, ראה להלן, הערה 29.

[17] ראה הערה 13, שזו אחת הדוגמאות שנותן יד רמה ל"שטר פסים".

[18] בבא בתרא קנד ע"ב, לפי פירוש יד רמה (לעיל, הערה 13).

[19] ראה בעניין זה בהרחבה בפרק שביעי.
בתוספתא, בבא בתרא, פרק ט, הלכה א, נאמר: "הכותב נכסיו בשם חברו — אין כופין אותו לחזור". ז' פלק, מבוא לדיני ישראל בימי הבית השני, ירושלים תשמ"ג, עמ' 233 (הובא בחוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 27), פירש שהכוונה למי שמעביר את נכסיו לחברו כדי להבריח אותם מנושיו, והדין הוא שהמקבל אינו חייב להחזיר לו את הנכסים. אבל חסדי דוד, על התוספתא שם, מפרש שהכוונה לשכיב מרע שהודה שנכסיו שייכים לחברו. ואילו מנחת ביכורים, על התוספתא שם, מפרש על פי סוגיית בבא קמא (להלן, הערה 54), שמדובר בקונה שכתב את שטר המכר על שם חברו.

[20] קידושין נ ע"א; נדרים כח ע"א; מעילה כא ע"א.

בידו להוכיח שזו הייתה כוונתו, אם היא אינה תואמת את הכוונה שהצהיר עליה כלפי חוץ בשעת מעשה[21].

בתשובה לקושי זה, יש להבחין בין מצבים שונים: (א) אם הסכימו ביניהם שני הצדדים שהם כורתים את החוזה למראית עין בלבד (ויש עדים חיצוניים על כך, או שהתובע את קיום החוזה מודה שהסכים לכך מראש), כוונתם שלא להעניק תוקף משפטי לחוזה אינה בגדר "דברים שבלב", שהרי כוונתו של כל צד נאמרה בגלוי לצד השני. הכלל "דברים שבלב אינם דברים" חל רק באדם שאינו מגלה את כוונתו לשום אדם בעולם[22].

(ב) אם צד אחד התכוון לחוזה למראית עין בלבד, ולא גילה את כוונתו לצד האחר, והצד האחר אכן לא ידע, ולא היה יכול לדעת, על כוונתו, החוזה אכן תקף, מפני ש"דברים שבלב אינם דברים", כפי שנראה בפרק השלישי. אולם יש שנסיבות כריתת החוזה מלמדות שהצד הראשון כרת את החוזה למראית עין בלבד, וכל מי שמתבונן מן הצד מבין את כוונתו האמתית. במצב זה, כוונתו נחשבת כ"דברים שבלבו ובלב כל אדם", שיש להם תוקף[23]. על כן אין הצד

[21] זהו ההסבר הרווח בפוסקים לכלל "דברים שבלב אינם דברים". ראה: ספר יראים השלם, מצווה ז, דף יא ע"א (הובא במרדכי, כתובות, סימן רנד); חידושי הריטב"א, קידושין מט ע"ב, ד"ה ההוא גברא; ר"ן על הרי"ף, קידושין כ ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה אמר רבא; תוספות רי"ד, קידושין נ ע"א, ד"ה הוה ליה למימר; שו"ת הריב"ש, סימן קצג; חלקת מחוקק, סימן מב, ס"ק ד; שער משפט, סימן פז, ס"ק נה; בית מאיר, אהע"ז, סימן מב, בתחילתו; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אהע"ז, סימן נט; שו"ת איגרות משה, יו"ד, חלק א, סימן קכח, ואהע"ז, חלק א, סימן פב, ענף יב; שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כה, ס"ק יד.
אולם לדעת פוסקים אחרים, הכלל "דברים שבלב אינם דברים" הוא כלל בדיני הראיות, כלומר, שאיננו מאמינים לצד הטוען שהיה פער בין כוונתו האמתית לבין כוונתו המוצהרת. לשיטתם, אם ברור לנו שכוונת לבו האמתית שונה מכוונתו המוצהרת, יש להעדיף את הכוונה האמתית. ראה: שו"ת חכם צבי, סימן קטו; שדי חמד, כללים, מערכת ד, כלל יז; אנציקלופדיה תלמודית, ערך דברים שבלב, כרך ז, עמ' קעא. שו"ת שרידי אש, חלק ג, סימן נג, מייחס דעה זו לחלק מן הראשונים, אך אינו נוקב בשמם. אולם כאמור, אין זו הדעה הרווחת בפוסקים. להרחבה נוספת, ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך גלוי דעת, כרך ו, עמ' פה־צז; א' ורהפטיג, "דברים שבלב' וטעות בהלכה", דיני ישראל ג (תשל"ב), עמ' 191־206; ר"ב ויין, עיונים במסכתות התלמוד, חלק א, עמ' מט־נא; ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 52; ר' אילן קופמן, "דברים שבלב אינם דברים", אבני משפט ו (תשס"ו), עמ' 167־192; סקירתו של השופט זילברג, בע"א 130/50 עמל נ' שינדלר, פ"ד ט 163.

[22] ייתכן שכלפי צד שלישי, זה אכן ייחשב דברים שבלב. ראה על כך בפרק חמישי.

[23] הכלל "דברים שבלבו ובלב כל אדם — הם דברים" משמש בתחומים משפטיים רבים, כגון פרשנות חוזים, ובענייני איסור והיתר, כדוגמת נדרים ושבועות, הקדש וצדקה. כלל זה כתבו: תשובות מיימוניות, ספר נשים, סימן א; שו"ת הריב"ש, סימן קצה; פד"ר, כרך ד, עמ' 187, בדעת תוספות, כתובות מז ע"א (ד"ה כתב); שו"ת הרד"ם, חו"מ, סימן ה (גם במכר); אנציקלופדיה תלמודית, ערך דברים שבלב, ליד ציוני הערות 20־22, 25, 50־54, 91, ו־118. להלן, הערה 31, נביא מקורות נוספים לכך.
דעה חולקת: יש הסבורים שבמכר אין מתחשבים בדברים שבלבו ובלב כל אדם, היינו שגם אם יש אומדנא שלא התכוון למכר גמור (או שהתכוון שיהיה מותנה בתנאי מסוים), אין מתחשבים בזה, ורק במתנה מתחשבים באומדנא. כך כתבו: ריב"ם, המובא באור זרוע, בבא בתרא, סימן קפ (אם גילה דעתו), ובהגהות אשרי, בבא בתרא, פרק ט, סימן יח; תוספות רי"ד, קידושין מט ע"ב; פסקי הריא"ז, כתובות, פרק יא, הלכה א, אות כה (הובא בשלטי הגיבורים, כתובות לז ע"ב, בדפי הרי"ף, אות א, בדרכי משה, חו"מ, סימן רז, ס"ק ד, ובשו"ת צמח צדק, שניאורסון, חו"מ, סימן לה).
רמ"א, חו"מ, סימן רז, סעיף ד (הובא בשו"ת שארית ישראל, מינצברג, יו"ד, סימן י, עמ' עא, ובערך השולחן, חו"מ, סימן עג, אות ע), מביא דעה זו בלשון זו: "יש אומרים שבמתנה דברים שבלב הם דברים". על דעת הרמ"א, ראה הערה 49.

האחר יכול לטעון שחשב שהלה התכוון לחוזה אמתי, ולדרוש את קיום החוזה על סמך כוונתו הנחזית של הצד הראשון, כיוון שהיה ברור לכול שאין זו כוונתו האמתית.

ב. דוגמאות לנסיבות המלמדות על כוונה למראית עין

יש דוגמאות אחדות להסתמכות על נסיבות כריתת החוזה, המלמדות על כך שברור היה לצד השני שהחוזה נכרת למראית עין בלבד. ואלו הן:

(א) "שטר מברחת": התלמוד[24] דן באישה שכתבה שטר מתנה לפני נישואיה[25], ובו העניקה לבִתה[26] את כל נכסיה[27], כדי למנוע את בעלה מלקבל את הזכויות המגיעות לו בנכסיה

שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קו (קכג ע"א), מדגיש שגם לפי הריא"ז, המתנה בטלה רק אם יש אומדנא גמורה.

שו"ת דברי ריבות, סימן קכט, ד"ה ולזה (הובא בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן טז, ד"ה ואף גם), וסימן שט, מביא את הריב"ם, שבמתנה מועילים אומדנא וגילוי דעת.

ראה גם: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ג, סימן לו (שטעם הרמ"א הוא שאין אדם נותן מתנה לולא נתרצה, וכל שהיה לא נתרצה; ואין דבריו ברורים); שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן סח (המתרץ קושיה על הריא"ז מבבא בתרא קמט; על קושיה זו, ראה ר"י דז'ימטרובסקי, שיצוין להלן, הערה 49, בעמ' לג־לד); ר' שלום הירשפרונג, "בדין תליוהו וזבין ובגדרי דעת בקנינים", בית אהרן וישראל מד (כסלו־טבת תשנ"ג), עמ' כט (הקושר את דעת הריא"ז לתפיסה, שנביא בסעיף 17, ליד ציון הערה 30, שבמתנה צריך יותר גמירת דעת מבמכר).

יש להוסיף, שמספר יראים, שצוין בהערה 21, עולה שאין מתחשבים באומדנא כלל, ולא הבחין בין מכר למתנה. אולם ראה להלן, הערה 292, שפרי יצחק מפרש את היראים בדרך אחרת. על שיטת היראים, ראה: לב ים, קידושין, סימן מג, אות ח.

ראה גם להלן, הערה 292, בשם הריטב"א, והערה 303, בשם ר' משה לוי, דעות שאין מתחשבים ב"דברים שבלבו ובלב כל אדם" אם הם סותרים לגמרי את מה שהאדם אמר או עשה.

[24] כתובות עח ע"ב, עט ע"א. הנושא נידון גם בבבא בתרא קנא ע"א. ראה על כך לעיל, ליד ציון הערה 15.

[25] חידושי הריטב"א, כתובות עט ע"א, כותב שמתנה כזאת בטלה רק אם נתנה אחרי שהשתדכה, אבל אם נתנה לפני כן, המתנה תקפה, מפני שאין אז אומדנא שהתכוונה רק להבריח את הנכסים מבעלה. מגילת ספר, לאוין פא (מד ע"ד), לומד מדברי הריטב"א, שאם נתנה ימים רבים לפני נישואיה (אפילו אחרי שהשתדכה), המתנה תקפה, מפני שגם אז אין אומדנא כזאת.

[26] הסוגיה מדגישה שאף שנתנה לבתה, יש להניח שלא התכוונה למתנה אמתית, מפני שיש להניח שלא תיתן את כל נכסיה לאחר, אפילו לבִתה, ותשאיר את עצמה בלי כלום. שו"ת חקקי לב, חלק ב, חו"מ, סימן כג (קיא ע"ב), מקשה, שבבבא בתרא קלו ע"ב אומר ריש לקיש, שהלכה כמותו, שאדם מעדיף לתת את נכסיו לבנו מלהשאיר אותם לעצמו? והוא מתרץ (בדף קיא ע"ג), ששם מדובר בשהשאיר לעצמו את הפירות, שלא כבנידוננו, שנתנה לבתה את הכול.

[27] הפוסקים כותבים שאם שיירה לעצמה אפילו דבר מועט, המתנה תקפה, מפני שהאומדנא שלא התכוונה למתנה אמתית מבוססת על כך שלא ייתכן שתיתן את כל נכסיה לאחר ותשאיר את עצמה בלי כלום, וכאן הרי השאירה לעצמה משהו. כך כתבו: רי"ף, בבא בתרא ע ע"א (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב; אור זרוע, בבא קמא, סימן שסב; ריב"א, בתשובות מיימוניות, ספר קניין, סימן כה; וחלקת מחוקק, סימן צ, ס"ק כ (בדעת השולחן ערוך).

רא"ש, בבא בתרא, פרק ט, סימן כו, מסכים עם הרי"ף שם. מלשון שו"ת הרא"ש, כלל עח, סימן ג, משמע קצת שלדעתו, השיעור במברחת הוא כדי פרנסתו, אבל לשונו אינה ברורה. טור, אהע"ז, סימן צ (עמ' קסח במהד' הטור השלם), כותב שרק אם שיירה לעצמה כדי פרנסתה, המתנה תקפה. פרישה, שם, אות כו, כותב שהכוונה לשיעור פרנסתה למשך שנים עשר חודש.

ההבחנה בין נתינת כל הנכסים לבין נתינת מקצתם מובאת בע"א 1780/93 בנק המזרחי נ' אולצ'יק, פ"ד נ(2) 41.

אור שמח, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב, כותב שרק אם היא מוחזקת שאין לה עוד נכסים במקום רחוק, היא נחשבת כאילו נתנה את כל נכסיה.

שו"ת לב שמח, חו"מ, סימן כה, כותב שגם אם בשטר כתוב שנתנה את כל הנכסים, הרי אם כתוב בשטר שהבעל יתעסק בנכסים, וכל מה שיצא מהם יתן לה, בין מפירות הנכסים בין מהנכסים עצמם, זו מתנה במקצת, מפני שהתנאי גורם שחלק יישארו אצלה.

ר' דניאל אשטרושה, בספר זיכרון ניצוצי אש, עמ' סט, כותב שאם כתבה בשטר המתנה שהיא נותנת את כל הנכסים, גם אם כתבה "חוץ ממה שירצה המקבל לתת לי להכניס לבעלי כנדוניה", אין זה בגדר שיור, מפני שגם אם המקבל ייתן לה, הוא נותן לה משלו.

גילוי דעת: רבים סבורים שגם במתנה של מקצת נכסיה, לא קנה המקבל אם גילתה דעתה בשעת מתנה שכוונתה להבריח. כך כתבו: תוספות, בבא בתרא קנא ע"א, ד"ה אפילו (הובא בשו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף קצג (קכג), ובשו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן לח); מרדכי, כתובות, סימן רח (אם ידוע בוודאי שמטרתה להבריח; הובא בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן מב, דף מב ע"ד); שו"ת הריב"ש, סימן ב וסימן קמב; חידושי הרא"ה, כתובות עט ע"א (אם אמרה שהיא נותנת מפני שבדעתה להינשא); ותומים, סימן צט, ס"ק י (אם יש אומדנא דמוכח שהתכוונה להבריח).

לב שמח, שם, נותן דוגמאות לגילוי דעת: (א) אם הודיעה לאחרים שהיא נותנת משום שהיא רוצה להינשא. (ב) אם כתוב בשטר המתנה: "כל מה שתרצה מהם יתנו לה, ולבעלה תוכל לתת הפירות אבל לא מגוף הנכסים", היא כאילו אומרת בפירוש שמטרתה להבריח מבעלה, שלא יזכה בפירות נכסיה כדין כל בעל, אלא היא תיתן לו אם תרצה. (ג) אם כתוב: "כל זמן שתרצה לקנות חפצים, רשאה, ובלבד שאין לבעלה רשות בהם... ואם תצא לרשות עצמה, רשאה לקחת כל זמן שאין רשות אחרים עליה", זו הוכחה שהיא מתכוונת רק להבריח מבעלה.

תומים, סימן צט, ס"ק י (הובא בשו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קע, ענף ז, ס"ק ו), מדייק מתשובת מהר"ם, במרדכי, בבא בתרא, סימן תרמט, שדן במתנה שהיא במקצת הנכסים, ובכל זאת קבע בה דין הברחה, הרי שיש דין הברחה גם במתנה במקצת הנכסים, אם יש אומדנא דמוכח.

אבל שו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן ב (ד"ה וכן יש), מדייק מרש"י (להלן, הערה 28), שהמקבל קנה אף אם גילתה דעתה בשעת נתינת המתנה שהיא מתכוונת להבריח.

"מהיום ולכשארצה": בכתובות עט ע"א, נאמר שגם אם נתנה רק מקצת נכסיה, הרי אם התנתה את המתנה בתנאי "מהיום ולכשארצה", המתנה בטלה. בפשטות, טעם הדבר הוא שלפי התנאי שעשתה, המתנה מקבלת תוקף רק כשתרצה, לקיים אותה (ראה על כך בחוק לישראל, מתנה, סעיף 4). אבל גם כאן יש מקום לומר שטעם בטלות המתנה הוא בגלל המטרה להבריח: רש"י, כתובות עט ע"א (ד"ה עד), ובית יוסף, אהע"ז, סימן צ (עמ' קסח), כותבים ש"יש כאן הברחה", שכן אם הבעל ירצה לזכות בנכסים, תאמר שהיא רוצה בתקפות המתנה, ואם המקבל ירצה לזכות בנכסים, תאמר שאינה רוצה בתקפות המתנה. כמו כן, קרבן נתנאל, על הרא"ש, כתובות, פרק ח, סימן ב, אות מ, כותב שגם כאן יש אומדנא שהתכוונה רק להבריח, ולכן אם הבעל מת, ומיד אחר כך מתה היא, ולא הספיקה לחזור בה מהמתנה, יורשיה מקבלים את הנכסים. על "מהיום ולכשארצה", ראה גם: ר' דניאל אשטרושה, בספר זיכרון ניצוצי אש, עמ' סו-סז; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן לח; שו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן ב (ד"ה וכן יש); שו"ת בני יהודה (=בית יהודה, חלק ב), סימן טו, דף עט ע"ב; אילנא דחיי, חלק ב — שו"ת הרג"ת, ענף כט, שריג ד, דף ח ע"א (שהפירות שייכים למקבל); שו"ת מהרש"ם, חלק ה, סימן לח (ד"ה ולכאורה); חזון איש, אהע"ז, סימן עו, ס"ק ח-י; ר"א שפירא, "הפקר בית דין הפקר", אפיקי יהודה, עמ' 277 (שירושת בעל את אשתו יסודה בזכות שהוא זוכה בנכסיה בחיי אשתו, ולכן כאן, שהיא יכולה לתת תוקף למתנה, נחשבים הנכסים כאילו אינם ברשותו, ולכן אינו יורש); ב' ליפשיץ, אסמכתא, עמ' 171 (האם המתנה מקבלת תוקף רק כשהאישה מביעה הסכמה מפורשת, או שדי שלא תביע התנגדות); בית אהרן וישראל ל (אב-אלול תש"נ), עמ' צח-צט; מועדים וזמנים, חלק ו, סימן נט (מדוע לרמב"ם, הבעל אינו יורש).

עקב הנישואין[28], ולמעשה, רצונה של האישה היה שאם תתגרש או תתאלמן, יחזרו אליה הנכסים. שטר זה מכונה "שטר מברחת", שכן מתנה זו היא למראית עין בלבד, והאישה

[28] לדעת רש"י, כתובות עח ע"ב (ד"ה דבעיא), האישה אמרה במפורש בפני עדים שהיא מתכוונת להבריח. בספר שיעורי ר"א ליכטנשטיין בפרק חזקת הבתים, עמ' 324, מעלה אפשרות שהטעם שרש"י סובר שלא די כאן באומדנא בלבד, הוא מפני שלדעתו אומדנא מועילה רק במתנה ולא במכר, מפני שמכר תלוי גם בדעת הקונה, והוא מפרש שמעשה המברחת בתלמוד הוא במכר (בעמ' 325, כתב שגם הרמב"ם סובר שמתחשבים באומדנא רק במתנה, כפי שמשמע מלשונו בהלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה א, אלא שהוא פסק שמועילה אומדנא במברחת, מפני שהוא נקט את דין מברחת באישה שנתנה מתנה, שלא כרש"י, שפירש שמדובר במכר). נתיבות מאיר, כתובות, סימן לו, אות א, מסביר שרש"י סובר שאין כאן אומדנא ודאית, והא ראיה, שהאמוראים נחלקו האם המתנה תקפה; ואין מתחשבים בספק אומדנא, כמו שכתב רא"ש, כתובות, פרק ט, סימן כא.

אבל שאר המפרשים כתבו שהאישה לא אמרה לעדים כלום, ובכל זאת ניכר שזאת כוונתה. כך כתבו: חידושי הר"י מיגאש, בבא בתרא קנא ע"א (הובא במגיד משנה, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב); חידושי הרמב"ן, כתובות עח ע"ב; תוספות, כתובות עח ע"ב, ד"ה כתבתינהו (הובא בקונטרסי שיעורים (גוסטמן), קידושין, שיעור כא, אות ה), וכתובות צז ע"א, ד"ה זבין (הובא בשו"ת צמח צדק, חו"מ, סימן לה); שו"ת זיכרון יהודה, סימן פא; פסקי הרי"ד, כתובות עח ע"ב; חידושי הרשב"א (מהד' הירשלר), כתובות עח ע"ב; חידושי הרא"ה, כתובות עט ע"א; חידושי הריטב"א, כתובות עח ע"ב, וקידושין נ ע"א; חידושי רבנו קרשקש, גיטין מה ע"ב (הובא בשו"ת צמח צדק, אהע"ז, סימן כח, אות ג, על שם הריטב"א); ר"ן על הרי"ף, כתובות לז ע"ב (בדפי הרי"ף); מישרים, נתיב ט, חלק א (שאין צריך גילוי דעת); שו"ת לב שמח, חו"מ, סימן כה (שכך דעת כל הפוסקים חוץ מרש"י); וחידושי מהרי"ט, כתובות צז ע"א (שלא גילתה דעתה מפני שלא רצתה שידע הבעל שזו הברחה).

ר"י מיגאש, שם, רא"ש, כתובות, פרק ח, סימן ב, וטור, אהע"ז, סימן צ (עמ' קסח), נוקטים שעצם העובדה שנתנה בשעה שהיא עומדת להינשא, או שנישאה מיד אחרי המתנה, מוכיחה שלא התכוונה למתנה אמתית. כך כתב גם מגילת ספר, לאוין פא (מד ע"ב), בדעת הרמב"ם והסמ"ג, שכתבו בסתם שמתנתה בטלה.

את המחלוקת בין רש"י לשאר הפוסקים הביאו: שערי חיים, על ספר המקח, שער טז (קנו ע"א); שו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן ב (ד"ה וכן יש); שו"ת יד ימין, חו"מ, סימן מג (קמד ע"ג־קמה ע"א); ושו"ת מהרש"ם, חלק ה, סימן לח. ראה בעניין זה בבירור הלכה, כתובות עט ע"א, ציון א, פרק א.

כסף הקדשים, סימן רמו, סעיף ג, מעלה אפשרות שדי בקול בעלמא כדי להוכיח שזה הברחה; ומעלה אפשרות שבמקום שנוהגים בשטרות של ישראל, שימוש בשטר של ערכאות הגויים מוכיח שזה הברחה.

חריג: אם כתבה בלשון "מתנה גמורה, מתנה חלוטה, מתנת עלמין", המתנה תקפה, מפני שהדבר מראה שהיא מתכוונת למתנה אמתית. כך כתב חידושי הר"י מיגאש, שם (הובא בחידושי הרשב"א, הירשלר, כתובות עט ע"א, ומשם הובא במגיד משנה, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב, בר"ן על הרי"ף, כתובות לז ע"ב, בדפי הרי"ף, בשו"ת ר"ב אנג'ל, סימן ג, דף ו ע"א, בשו"ת משפטים ישרים, בירדוגו, חלק ב, סימן רסח, ד"ה הנה כל, בשו"ת פרי הארץ, חלק א, חו"מ, סימן ה, דף מג ע"ג, בשו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן נא, ואצל ר"י בן דב, להלן, הערה 247, עמ' 24). כך פסק גם שולחן ערוך, אהע"ז, סימן צ, סעיף ח (בטעם הדין, ראה להלן, הערה 304). אבל הרשב"א שם (וכן פסק חלקת מחוקק, סימן צ, ס"ק כו) כותב, שבזמן שנהוג לכתוב לשונות אלו בכל שטר מתנה, מתנת האישה בטלה גם אם נכתב כך, מפני שאין להניח שהאישה יודעת מה רגילים הסופרים לכתוב (נקודה זו הובאה בבני שמואל, חיון, שו"ת, סימן לד, דף עח ע"ג, בשו"ת פני משה, חלק א, סימן סו, דף קסא ע"א, בשו"ת פני יצחק, אבולעפיה, חלק ב, סימן ט, דף נא ע"ג־ע"ד, ואצל ר' דניאל אשטרושה, בספר זיכרון ניצוצי אש, עמ' ע), ואם כן, הדבר אינו מוכיח על גמירת דעתה, אלא אם כן ידוע שהאישה הורתה לסופר בפירוש לכתוב כך, או שידעה שנכתב כך ולא התנגדה (על נקודה זו, ראה חזון איש, אהע"ז, סימן עו, ס"ק יג). ר"י מיגאש ומגיד משנה שם (הובא בבית שמואל, סימן צ, ס"ק לה), כותבים שגם אם כתבה לשון כזאת, הרי אם גילתה דעתה שהיא נותנת בגלל הנישואין, המתנה בטלה. דבר השמיטה (לוי), סימן א, עמ' כב, מבאר שבמצב כזה מפרשים שכתבה לשון זו רק כדי שבעלה לא יֵדע שהיא מתכוונת רק להברחה.

התכוונה רק להבריח את נכסיה, היינו להעלים אותם מבעלה[29], בלא שהתכוונה להקנותם לבתה. לאחר זמן, כשביקשה האישה לקבל חזרה את הנכסים מבתה, סירבה הבת להחזיר את הנכסים, ואף הציגה את שטר המתנה. רב נחמן קרע את שטר המתנה, ופסק שהמתנה בטלה. ר׳ חנילאי בר אידי אף קבע בשם שמואל הנחייה כללית בעניין זה: ״מורה הוראה אני, אם יבא שטר מברחת לידי — אקרענו״[30].

המפרשים מסבירים[31] שאין מחילים כאן את הכלל ״דברים שבלב אינם דברים״, מפני

[29] אף שהמתנה היא פיקטיבית, היא מועילה להבריח את הנכסים מן הבעל, משום שהדין הוא, שאם בעת הנישואין, הבעל אינו יודע שהנכסים שייכים לאשתו, אינו זוכה בזכויות המגיעות לו בנכסים עקב הנישואין בחייה, אף שלאמתו של דבר, נכסים אלו אכן שייכים לאשתו, מפני שנשא אותה שלא על דעת לקבל זכויות אלה. כך נאמר בכתובות עט ע״א: ״עשאום כנכסים שאינם ידועים לבעל״, כפי שפירש רש״י, שם, ד״ה עשאום.

אם מתה האישה בחיי בעלה: לפי רוב הפוסקים, אם מתה האישה בחיי בעלה, הנכסים נקנים למקבל. כך כתבו: רמב״ם, הלכות אישות, פרק כב, הלכה ט, והלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב; ר״ן על הרי״ף, כתובות לז ע״ב (בדפי הרי״ף); אורחות חיים, חלק ב, סימן ז, אות כג (עמ׳ 96); רא״ש, כתובות, פרק ח, סימן ב (הובא בשו״ת מים עמוקים, חלק ב [ראנ״ח], סימן ב, ד״ה וכן יש); שו״ת הריטב״א, סימן י; טור, אהע״ז, סימן צ (עמ׳ קסט במהד׳ הטור השלם); שולחן ערוך, אהע״ז, סימן צ, סעיף ז. הרא״ש נימק זאת בכך שאנו רואים שהתכוונה להבריח את הנכסים מבעלה, ואם נאמר שהמתנה בטלה לגמרי, הבעל יירש אותה (שכן בעל יורש גם ״נכסים שאין ידועים״), ולכן צריך לומר שהמתנה קיימת לעניין זה שהמקבל מקבל אותה אם מתה (ראה הערה 75, שהמתנה תקפה עד שהיא חוזרת בה). לטעם הדבר, ראה נתיבות מאיר, כתובות, סימן לו, אות ד.

אבל הר״ן שם מביא דעה שהבעל יורש אותה. פסקי הריא״ז, כתובות, פרק ח, הלכה א, אות ג, כותב שאם מתה בחיי בעלה, נכסיה ליורשיה.

[30] כתובות עט ע״א. וכך פסקו: רמב״ם, הלכות אישות, פרק כב, הלכה ט, והלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב; טור, אהע״ז, סימן צ (עמ׳ קסח במהד׳ הטור השלם), ושולחן ערוך, אהע״ז, סימן צ, סעיף ז.

רא״ש, כתובות, פרק ח, סימן ב (הובא בשו״ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ״ח), סימן ב, ד״ה וכן יש, ובדברי משפט, סימן צט, סעיף ו, ס״ק ג), כותב שגם אם מת הבעל, ואחר כך היא מתה, ולא הספיקה לחזור בה מן המתנה, המתנה בטלה, ויורשיה יורשים אותה, שהרי האומדנא היא שנתנה רק כדי להבריח מבעלה, ומשעה שמת, אין לה צורך במתנה. כך פסקו גם: מישרים, נתיב טו, חלק ג; בית יוסף, אהע״ז, סימן צ (עמ׳ קסח במהד׳ הטור השלם); חלקת מחוקק, סימן צ, ס״ק כב; בית שמואל, סימן צ, ס״ק כט.

אבל הטור שם מביא שהרמ״ה פסק שכאן המקבל זוכה בנכסים. אבן ישראל, חלק ח, סימן קא, מבאר שהרמ״ה סובר שהנכס קנוי למקבל קניין גמור עד שהיא תחזור בה, ואילו הרא״ש סובר שהנכס נקנה למקבל רק בסוף, אם מתה בחיי הבעל, כך שאם לא יהיה קנוי למקבל, הבעל יירש.

מרדכי, כתובות, סימן רח (הובא בהגהות אשרי, על הרא״ש שם), מביא דעה שאם לא חזרה בה, כגון שמתה, זכה המקבל (אבל לא נקט שמדובר בשמתה אחרי שמת הבעל); והמרדכי חולק עליו.

לשאלה אם בטלות שטר מברחת היא בטלות מוחלטת או יחסית, ראה להלן, ליד ציון הערה 76.

[31] רבנו חננאל, הובא בתוספות הרי״ד, קידושין מט ע״ב, ד״ה אמר; תשובות מיימוניות, ספר נשים, סימן א (הובא בשו״ת שמש ומגן, חלק א, אהע״ז, סימן ז, עמ׳ רכד־רכה); תוספות, כתובות עח ע״ב, ד״ה כתבתינהו (הובא באמרי בינה, דיני דיינים, סימן ג, דף ג ע״ד); חידושי הרמב״ן, כתובות עח ע״ב; חידושי הרשב״א (מהד׳ הירשלר), כתובות עח ע״ב; מישרים, נתיב טו, חלק ג; חידושי הרא״ה, כתובות עט ע״א; בית הבחירה, קידושין מט ע״ב; רא״ש, כתובות, פרק יא, סימן ט, ושו״ת הרא״ש, כלל לד, סימן א (הובא בשו״ת דרכי נועם, יו״ד, סימן ל), כלל סח, סימן כג, כלל פא, סימן א, וכלל פד, סימן ד; מרדכי, כתובות, סימן רנד; ר״ן על הרי״ף, כתובות לז ע״ב (בדפי הרי״ף), וקידושין כ ע״ב (בדפי הרי״ף), ד״ה אמר רבא, ושו״ת הר״ן, סימן פה (נדפס במהד׳ פלדמן); חידושי הריטב״א, כתובות עח ע״ב, ד״ה כתבתינהו; שו״ת זיכרון יהודה, סימן פא; שו״ת הריב״ש, סימן קמב; תשב״ץ, חלק א, סימן פד (עמ׳ קצג), וסימן צה (עמ׳ רטז);

שהנסיבות החיצוניות מוכיחות שהאישה לא התכוונה להעניק למתנה תוקף משפטי מחייב: לא ייתכן שאישה תיתן את כל נכסיה לאחר, ולא תשאיר לעצמה כלום, ומכאן שהיא אכן לא התכוונה לתתם במתנה[32]; מה גם שעשתה זאת סמוך לפני נישואיה, דבר שמסביר את מעשיה. גם אם נתנה את הנכסים לקרוב שלה, המתנה בטלה מטעם זה, שכן אין דרכו של אדם לתת את כל נכסיו לקרובו ולהשאיר את עצמו בלי כלום, ומכאן ברור שלא התכוונה למתנה אמתית[33]. על כן חל כאן הכלל: "דברים שבלבו ובלב כל אדם — הם דברים". אדם מן היישוב, שהיה מתבונן כצופה מן הצד, היה מסיק מתוך נסיבות העניין שכוונתה האמתית של האישה היא שלא לתת מתנה למקבל. משום כך, כוונתה זו נחשבת ככוונה מוצהרת, ועל כן זהו חוזה למראית עין בלבד.

מכאן למדו הפוסקים לעניין חייב המבריח את נכסיו מנושיו, שנעסוק בו בהרחבה בפרק השביעי.

(ב) "מתנתא טמירתא": חוזה מתנה נוסף, שהוא חוזה למראית עין, הוא הקרוי בספרות התלמודית "מתנתא טמירתא", כלומר מתנה נסתרת. מתנה זו מוענקת תוך שהנותן מנסה להסתיר את נתינתה, כגון ש"אמר[34] לעדים: כִּתבו בסתר ותנו לו". התלמוד קובע[35]: "אמר רב יהודה, האי מתנתא טמירתא, לא מגבינן [=אין גובין] בה". יש מי שמסביר, שכוונתו האמתית של הנותן אינה לתת מתנה, והוא כתב את השטר רק כדי להישמט מהפצרותיו של מקבל המתנה, וזו הסיבה שביקש להסתיר את הנתינה[36]. לפנינו אפוא שטר מתנה למראית עין בלבד,

ביאור הגר"א, חו"מ, סימן טו, ס"ק יב, וסימן רז, ס"ק יג; שו"ת הרא"ם, סימן טז (שזו אומדנא דמוכח טובא); שו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן ב; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן נב, ד"ה ואחר שנתבררו; שו"ת רמ"ע מפאנו, סימן עב; שו"ת פני משה, חלק ב, סימן נ (שהולכים לפי אומדנא מפני שמתנה תלויה רק בנותן); שו"ת פני יהושע (חנדאלי), סימן ט (צב ע"ג); שו"ת שמן המור, חו"מ, סימן א (מו ע"ג); שו"ת אדמת קודש, חלק א, אהע"ז, סימן לב (ד"ה ומעתה בנ"ד); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק א, סימן מד, בסופו (בשם הר"ן); גיליון הש"ס (לר"ע איגר), נדרים עט ע"א (הובא ביהל אור, דף כז ע"ב); שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כד, אות ג, וחלק ב, סימן יט, אות ב; שו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קז; פד"ר, כרך ה, עמ' 64; ר"י בן דב (להלן, הערה 247), עמ' 24.

[32] נימוק זה נזכר כבר בתלמוד, כתובות עט ע"א.

[33] כתובות שם. וכך פסקו טור, אהע"ז, סימן צ (עמ' קסח), ושולחן ערוך, אהע"ז, סימן צ, סעיף ז, שמדובר אפילו בקרוב. הדין הובא בשו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן טו.

על דין מברחת בכלל, ראה: שו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן י (ל ע"ד, לא ע"א) וסימן יא (לג ע"א־ע"ג); פתחי חושן, הלכות ירושה ואישות, פרק ח, סעיפים צח־צט; ר' אברהם מנדל פרידלנד, בצרור החיים, חלק ט, עמ' צח־קד; ד' חדד (להלן, הערה 109), עמ' 289־290 (שההברחה אסורה).

[34] רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ה, הלכה א.

[35] בבא בתרא מ ע"ב. לפרטי ההלכה בעניין זה, ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמב, סעיפים ג־י.

[36] יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סימן קיב (ד"ה מיהו איכא).

כמו כן, מגיד משנה, הלכות זכייה ומתנה, פרק ה, הלכה א, כותב בדעת הראב"ד בהשגתו שם, שהחשש הוא שאינו נותן בכל לבו, אלא שקיבל מה"מקבל" טובה, ולכן הוא כותב לו שטר מתנה, אך אינו רוצה שיהיה לה תוקף.

רשב"ם, בבא בתרא מ ע"ב (ד"ה לא מגבינן), מסביר (בהסברו השני), שהכותב התכוון רק שישמש השטר כ"מודעא" על מתנה שכופים עליו לתת לאדם אחר (ראה סעיף 17, ליד ציון הערה 196).

תשב"ץ, חלק א, סימן פד (עמ' קצג), מביא את מתנה טמירתא כדוגמה לכך שמוציאים ממון על פי אומדנא.

ועל כן נקבע שהמתנה אינה תקפה[37]. ואף שהנותן לא סיפר למקבל שהשטר נועד למראית עין בלבד, העובדה שעשה אותו בסתר מלמדת שלא התכוון למתנה אמתית, ואם כן, אלו "דברים שבלבו ובלב כל אדם".

(ג) רבנו שמעון בר צמח דוראן, הרשב"ץ[38], דן באדם שמת בלי בנים, ומשום כך דרש מושל העיר את נכסיו, שמעתה היו "ראויים למלכות". אמו רצתה להבריח את הנכסים מפני המושל, ועל כן מכרה לראובן אחת מן הקרקעות שבעיזבון בנה תמורת סך מסוים, שנתן לה ראובן בפני עדים. כשיצאו העדים, החזירה לראובן את כספו, שהרי לא התכוונה למכור את הקרקע, אלא להבריח אותה מן המושל. לאחר זמן, ביקשה האישה מראובן שיחזיר לה את שטר המכירה, אך הלה סירב וטען שעסקת המכירה שרירה וקיימת. בתשובתו מונה הרשב"ץ סיבות אחדות לביטול המכירה. בין היתר הוא כותב: "שלא נקנה קרקע זה כראוי לראובן, לפי שלא נעשית מכירה זו אלא כדי להבריח ארי מנכסים אלו, ושטר הנעשה כזה הוא דומה לשטר אמנה". הנסיבות המוכיחות שמדובר בחוזה למראית עין הן: (א) סמיכות המכירה לדרישתו של המושל, כשלא הייתה כל סיבה אחרת למכירת הקרקע; (ב) העובדה שכסף הקנייה הוחזר לראובן מיד לאחר צאת העדים. ברור אפוא, שהקונה בוודאי ידע שהאישה לא התכוונה להתקשר בחוזה אמתי, אלא לעשות חוזה למראית עין בלבד[39].

ברם, מפרשים רבים ביארו את הטעם לבטלותה של מתנתא טמירתא, לא משום שהיא חוזה למראית עין, אלא משום החשש שהסתרת נתינת המתנה נובעת מקנוניה שזומם הנותן. ראה: רשב"ם, שם, ד"ה לא מגבינן, בהסברו הראשון (שמא כבר נתן את הנכס במתנה לאחר); רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ה, הלכה א (שמתכנן למכור את הנכס אחר כך לאחר); בית הבחירה, שם, ד"ה חוכך אני; מגיד משנה, שם. ראה על כך גם: ח' בן־מנחם, "מתנה טמירתא", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 39 ואילך; י' פרנצוס, "שיטת הקדמונים במתנתא טמירתא", סיני קג (תשמ"ט), עמ' ריג־רכט.

חידושי הריטב"א, בבא בתרא מ ע"ב, כותב בשם מורו, שאם יש לנותן סיבה לתת בהסתר, המתנה תקפה, משום שאז ההסתרה אינה הוכחה שלא התכוון למתנה אמתית. ר"ש רפאל, בהערתו לחידושי הריטב"א, מהד' מוסד הרב קוק, בבא מציעא עב ע"א, הערה 851, מסביר על פי זה את השיטה (שידובר בה להלן, ליד ציון הערה 133), שבהקנאה לבנו הקטן, הבן קנה אף שהקנה לו בסתר.

[37] יש לציין שאף שאין הבעלות בנכס עוברת למקבל על פי השטר, אין השטר בטל לחלוטין, והוא יכול לשמש כ"מודעא" לעסקה אחרת, כלומר כעדות שעסקה שנעשתה אחר כך באותו נכס נעשתה בכפייה. כך נאמר בבבא בתרא שם. ראה: בן־מנחם, שם, עמ' 47־48; להלן, סעיף 17, ליד ציון הערה 196. ראה גם להלן, ליד ציון הערה 133, בעניין מי שהקנה קרקע לבנו הקטן כדי למנוע את מכירתו הכפויה, שיש אומרים שהמתנה חסרת תוקף, מפני שהיא רק למראית עין, ובכל זאת היא משמשת כמודעא על המכר.

דוגמה נוספת למתנה שהיא למראית עין היא: "הכותב נכסיו לאשתו — לא עשאה אלא אפוטרופוס" (בבא בתרא קלא ע"ב). וכך פסקו: רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה ד; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמו, סעיף ד. גם שם אפשר לנמק שברור לכול שלא התכוון למתנה, ואלו דברים שבלבו ובלב כל אדם. במתנה זו מראית העין היא יחסית. על כך ראה להלן, פרק רביעי.

[38] תשב"ץ, חלק א, סימן יג. דבריו הובאו בבית יוסף, חו"מ, סימן קצ, מחודש ה, וכך פסק רמ"א, חו"מ, סימן קצ, סעיף יח.

[39] על בטלותו המוחלטת של "מכר" זה, ראה: סמ"ע, סימן קצ, ס"ק לא; נתיבות המשפט, שם, ס"ק טו; הגהות חתם סופר, חו"מ, שם. נציין שהמעשה המובא בתשב"ץ מורכב יותר, ויש בו פרטים נוספים, וכאן הצגנו רק את הנקודות החשובות לדיוננו.

נתיבות המשפט כותב ששם ברור שה"קונה" הסכים לכך שהמכר הוא רק למראית עין, שהרי קיבל את כספו חזרה.

בשו"ת הריב"ש, סימנים קמא־קמה, יש תשובה על אותו מעשה, אלא ששם (בסימן קמה) נאמר שבאמת לא קיבלה האישה כסף, ורק כתבו בשטר שקיבלה כסף.

ג. סנקציות לאכיפת הבטלות

בדרך כלל, די שבית דין יפסוק שחוזה למראית עין בטל, כדי למנוע קבלת דבר שלא כדין על פי החוזה. אבל לעתים יש צורך בסנקציות נוספות כדי למנוע נזק העלול להיגרם עקב החוזה.

הרא"ש[40] כותב שמנדים את עושה החוזה, עד שיקרע את השטר. עוד כתב הרא"ש[41], שסופר הכותב שטר הברחה, יש לסלק אותו מאומנותו.

התשב"ץ[42] נשאל על קטן שנכסיו היו בידי אפוטרופוס, וכשהגיע לגיל בגרות, חשש שמא האפוטרופוס יסרב לתת לו את הנכסים, ולכן נתן אותם הקטן לידידו, שהיה יותר תקיף ממנו, בתקווה שלא יוכל האפוטרופוס לסרב לו[43]. הנותן אף כתב על כך שטר מתנה בערכאות של השלטון הנכרי. תשב"ץ פסק שהמתנה בטלה, מפני שניתנה רק למראית עין, כהערמה. אולם היה חשש שלאחר שהאפוטרופוס ימסור את הנכסים לבעליהם, יתבע ה"מקבל" הנחזה את האפוטרופוס שלא כדין, על סמך שטר המתנה שנעשה בערכאות. על כן, פסק התשב"ץ שמוטל על ה"מקבל" לבטל את השטר של הערכאות[44]. יתר על כן, הוא פסק עוד, שאם לא יבטל את השטר, האפוטרופוס פטור מלהחזיר את הנכסים לבעליהם, מחשש שהמקבל יתבענו בעתיד, כאמור; וכתוצאה מכך, הוא פסק שה"מקבל" חייב לשלם לבעל הנכסים, מפני שהוא גורם לו נזק, שכן בגלל סירובו לבטל את השטר, האפוטרופוס אינו מחזיר לו את נכסיו[45].

פרק שלישי

מראית עין של צד אחד לחוזה

הרישא של הסעיף קובעת את בטלותו של חוזה שנכרת למראית עין בלבד, משמע, חוזה ששני הצדדים היו שותפים לכוונה לכרות אותו למראית עין. הסעיף אינו דן בחוזה שבו צד אחד

דוגמה נוספת: שו"ת הלכה למשה (אלבז), חו"מ, סימן נה, עוסק במי שנתן במתנה כל מה שקיבל בירושה מחמותו (כנראה היה זה על סמך תקנה שאישה יורשת חלק מנכסי אמה, אם מתה בלי בנים), והנסיבות העידו שעשה זאת משום שחשש שחמיו ילחץ עליו לוותר לו על חלק מהירושה. הנסיבות היו, ששטר המתנה נעשה זמן מועט לפני שנכתב שטר הפשרה עם חמיו על חלוקת הירושה, ושטר המתנה נשאר ביד הנותן למשך שנים אחדות, עד שמכר בית שקיבל בירושה, דבר המראה שמעולם לא התכוון למתנה, ורק כעת הוא מציג את שטר המתנה כדי לעשות קנוניה עם המקבל על חשבון הקונה. הוא פוסק שהמתנה בטלה, מפני שמוטל על בית דין "להציל עשוק מיד עושקו". הוא מסתמך גם על התקנה שנראה להלן, ליד ציון הערה 143.

עוד על אומדנא לכוונה להבריח, ראה רבצמ"ח עוזיאל, השופט והמשפט, שער יב, פרק יז.

[40] שו"ת הרא"ש, כלל עח, סימן ב (מקוצר בשו"ת חזה התנופה, סימן יז, ומשם הובא בשו"ת ליצחק ריח, חלק א, סימן לג, דף מה ע"ב).

[41] שו"ת הרא"ש, שם, סימן ג, בסופו.

[42] תשב"ץ, חלק ג, סימן רנא.

[43] תשב"ץ מעיר שבאמת לא היה צורך בכך, מפני שהאפוטרופוס היה אדם המציית לדין תורה.

[44] תשב"ץ שם, סימן רנג, הוסיף לנמק, שזהו שטר אמנה שאסור להחזיק בבית, כאמור בכתובות יט ע"ב.

[45] בסימן רנג, כתב על מקרה זה, שאם המקבל נשבע שאין לו שטר של הערכאות, הוא נאמן, מפני שלא יעז לשקר, כיוון שהשקר יתגלה אם ישתמש בשטר אחר כך.

מתכוון לכרות אותו למראית עין בלבד, ואילו הצד השני מתכוון לתת לו תוקף מלא. במצב זה, הנקרא "הסתייגות הדעת" (reservatio mentalis)[46], החוזה תקף ומחייב אף את מי שהתכוון מלכתחילה שלא יהיה לו תוקף. מלבד זאת, כוונה זו של אחד מן הצדדים יכולה להקנות לצד שכנגד את התרופות בגין הטעיה או חוסר תום לב בכריתת החוזה[47].

כך היא גם עמדת המשפט העברי. אם הצד הראשון לא הודיע לצד השני על הסתייגות דעתו, והצד השני אף לא היה יכול לדעת על כך מתוך נסיבות העניין, כוונתו של הצד האחד היא בגדר "דברים שבלב", ש"אינם דברים"[48]. על כן, החוזה תקף מכוח כוונתם המוצהרת של הצדדים, ואין מתחשבים בכוונתו הפנימית של אחד מן הצדדים שלא לתת תוקף משפטי לחוזה[49].

לעומת זאת, אם הצד האחד הודיע למאן דהוא על כוונתו האמתית, יצאו הדברים מכלל

[46] שלו, דיני חוזים, עמ' 258.

[47] ע"א 760/77 בן עמי נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד לג(3) 567, 574; בג"צ 501/80 זועבי נ' אבו רביעה, פ"ד לה(2) 262, 266; שלו, דיני חוזים, עמ' 259.

[48] ראה לעיל, ליד ציון הערה 20.

[49] יש להעיר, שיש פרשנים שהבינו שהרמ"א (לעיל, הערה 23), האומר שבמתנה דברים שבלב הם דברים, מתכוון גם לנותן שלא היה שום סימן חיצוני למה שחשב בלבו. כך הבינו כנראה: שו"ת יהודה יעלה, חלק א, יורה דעה, סימן של (ד"ה ונבא עתה); משכנות הרועים, מערכת מ, אות ח, דף קעו ע"ב (הכותב שהרמ"א עוסק במצב שהנותן מוחזק); ופד"ר, כרך ד, עמ' 187. לפי דבריהם, הנותן מתנה ומתכוון למראית עין בלבד, גם אם לא היה שום סימן חיצוני לכך והמקבל לא ידע על כך, המתנה בטלה.

כמו כן, ר' ישראל דז'ימטרובסקי, "בענין דברים שבלב", שערי תורה א (תמוז תשי"ט), עמ' לב ועמ' לה, מבין שהריא"ז (לעיל, הערה 23), שהרמ"א מתבסס עליו, סבור שבמתנה דברים שבלב הם דברים, גם אם לא היה סימן חיצוני למה שחשב הנותן בלבו (הוא לא ראה את הריא"ז במקורו, שצוין לעיל, שמשם ניכר שאין זו דעתו). והוא מסביר את דעת הריא"ז על פי בית הבחירה, קידושין מט ע"ב, ד"ה אע"פ (ובקיצור בבית הבחירה, פסחים לא ע"ב, עמ' ק במהד' קליין, ובבא בתרא קמו ע"ב, עמ' 618 במהד' סופר), האומר שרק בדבר שיש לאדם "טענה עם אחרים", דברים שבלב אינם דברים, למעט שבועה או ביטול חמץ; וריא"ז סבור שגם לנותן מתנה אין "טענה עם אחרים", מפני שהמקבל הוא סביל. בעמ' לג, העלה אפשרות שהריטב"א מסכים לריא"ז, במקום שיש אומדנא שכוונת הנותן הייתה מנוגדת לדיבורו. גם אור לציון, כתובות צז ע"א, עמ' ת; קונטרסי שיעורים (גוסטמן), קידושין, שיעור כב, אות ט; שערי לימוד, בבא מציעא, סימן יט, עמ' שכה; ור' יצחק זילברשטיין, קרואי מועד, פסח, עמ' רד, וחשוקי חמד, פסחים ו ע"א (עמ' פו) — נימקו את שיטת הריא"ז על פי בית הבחירה שם.

אפשר לנמק דעה זו על פי מה שכתב ר' אברהם מנדל פרידלנד, בצרור החיים, חלק ט, עמ' פח, שהסיבה שדברים שבלב אינם דברים היא, שאילו היה תוקף משפטי למחשבתו של אדם, היה נוצר אי־סדר, שכן הזולת פועל על פי מה ששמע מאדם זה, ואינו יודע שאדם זה חשב בלבו מחשבה אחרת (ראה גם סעיף 14, הערה 175, מקור נוסף לתפיסה זו). ניתן לומר שחשש זה קיים בחוזים בתמורה, שלגביהם חשוב להבטיח שאדם יוכל להסתמך על כוונתו המוצהרת של הצד שכנגד, בלא לחשוש שמא יש לו כוונה נסתרת שונה. אך הדבר אינו נכון לגבי מתנה, שבה לא ייגרם חסרון למקבל עקב ביטול העסקה, והיא אף אינה חיונית לחיי המסחר. יפים בעניין זה דבריהם של פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 662, שנאמרו בהקשר אחר: "עיסקות מתנה אינן תורמות באותה מידה לפעילות הכלכלית, ויש המכנים אותן 'עסקות עקרות'. מכל מקום, בעוד שבחוזה מן הסוג הרגיל ראויים בדרך כלל שני הצדדים להתחשבות שווה, ברי שבעסקת חסד קיימת נטייה לגלות יתר התחשבות באינטרס של הצד הנותן".

אבל דעת פרשנים אלו היא דעת מיעוט, שכן מקורו של הרמ"א בדברי הראשונים שאמרו שבמתנה מועילים דברים שבלב אם יש אומדנא (כפי שהבאנו בהערה 23), והיינו דברים שבלבו ובלב כל אדם; וכך פירשו רוב הפרשנים גם את דעת הרמ"א. כך פירשו סמ"ע, סימן רז, ס"ק י (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא

"דברים שבלב", והחוזה בטל[50]. כך הוא גם אם יש אומדן אובייקטיבי, שהצד האחד התכוון לחוזה למראית עין. דוגמה לכך היא בבעל שמכר קרקע לאשתו, והיא שילמה לו בכסף שהיה מוחבא אצלה. התלמוד[51] קובע שהמכר חסר תוקף, מפני שיש להניח שהבעל לא התכוון למכר אמתי, אלא למכר למראית עין, כדי להביא לכך שאשתו תחשוף את הכסף המוחבא, שיש חשד שגנבה אותו ממנו. אף על פי שהאישה לא הבינה את כוונתו האמתית (שהרי "נפלה למלכודת" שטמן לה), כוונתו היא יותר מ"דברים שבלב", מפני שאדם סביר היה מבין שזאת כוונתו.

א, חלק ב, סימן נז, בשו"ת ראש אליהו, חלק ג, סימן לו, אות ו, ובשו"ת בת עיני, סימן א, דף סה ע"ב), ופד"ר, כרך ב, עמ' 112, וכרך י, עמ' 137, שטעם הרמ"א הוא שדי באומדנא קלה לבטל מתנה, מפני שאינו מקבל כסף שיגרום לו גמירת דעת; הרי שצריך אומדנא.

כמו כן, ערוך השולחן, חו"מ, סימן רז, סעיף יב (הובא בשו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קע, ענף ז, ס"ק ב), מסביר שהדעה שמביא הרמ"א סבורה שבמתנה די באומדנא כל שהיא לבטל את המתנה, כגון שאם חשב הנותן שיקבל איזו תועלת מנתינת המתנה, והתבטלה התועלת, המתנה בטלה. הוא מוסיף שהדבר תלוי בראות עיני בית הדין, שהרי לפעמים אדם אינו נותן לטובתו, אלא מתוך אהבה או קִרבה; כלומר, שאז גם אם נתבטלה התועלת, המתנה תקפה.

שו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קע, ענף ז, ס"ק ב, מדייק משו"ת מהרי"ק, שורש כב, שאף שאישה שנתנה חלק מנכסיה במתנה כדי להבריחם מבעלה, המתנה בטלה, אם גילתה את דעתה שהיא נותנת כדי להבריח (כפי שראינו לעיל, הערה 27), הרי הדברים אמורים רק אם גילתה את דעתה בנוכחות המקבל. הוא מדייק כך גם מרש"י (שהבאנו לעיל, הערה 28), הכותב שדברי התלמוד על הברחת כל נכסיה הם באישה שהודיעה לעדים שכוונתה להבריח, ומכאן שאם נתנה רק מקצת נכסיה והודיעה לעדים, המתנה תקפה, וצריך לומר שהטעם הוא שגילוי דעת שלא בפני המקבל אינו מועיל במתנה במקצת. אבל הוא מעיר שהתוספות, הרא"ש ופסקי רי"ד (שהבאנו לעיל, הערה 28), הקשו על רש"י: אם מדובר בשהודיעה לעדים, מדוע מתנה במקצת תקפה? הרי שלדעתם די בגילוי דעת שלא בנוכחות המקבל.

חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן ח (ז ע"ב), כותב שהריא"ז דיבר רק במי שנתן את כל נכסיו במתנה, שאז מתחשבים בדברים שבלב, כלומר יש אומדנא שהמתנה היא על דעת מצב נתון בלבד, משום שאין אדם משאיר את עצמו בלי נכסים אלא אם יש לו סיבה מיוחדת; אבל במי שנתן רק מקצת נכסיו במתנה, דברים שבלב אינם דברים, כלומר אין אומדנא שהתכוון רק למצב נתון, מפני שייתכן שאדם מוכן לתת מתנה חלקית בכל מצב. בכך הוא מיישב את שו"ת הריב"ש, סימן קצה, הכותב שגם במתנה דברים שבלב אינם דברים — שהוא עסק במתנה של מקצת נכסים. אך הוא מעיר ששו"ת תורת חסד (פרחיא), סימן ריד, בסופו, מביא את דברי הריא"ז לגבי מתנה של מקצת נכסים.

על שיטת הריא"ז ראה: אור לציון, כתובות צז ע"א, עמ' שצט־תב (האם הרמב"ם סבור כריא"ז); ר' אברהם מנדל פרידלנד, בצרור החיים, חלק ט, עמ' עט־פ; לב ים, קידושין, סימן מג, אותיות י־יא.

[50] החוזה בטל גם אם הצד השני לא הסכים שהחוזה יהיה למראית עין, אלא רצה שיהיה תקף.

[51] בבא בתרא נא ע"ב. כך פסקו גם: רמב"ם, הלכות אישות, פרק כב, הלכה כט; שולחן ערוך, אהע"ז, סימן פה, סעיף ט. ראה על כך שו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן ב (ד"ה וכ"ש וד"ה ומ"מ).

על תכנית הטעייה דומה, מדבר שו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן יז (השני). בנידונו, אישה התחייבה לתת לבתה סכום מסוים לנדונייתה מכסף שבעלה התחייב לה בכתובתה שלה, ואחר כך טענה שלא התכוונה להתחייב לבתה, אלא עשתה זאת כדי שבעלה יודה לה שהתחייב לה סכום זה בכתובתה, מפני שלא הייתה לה ראיה על כך, וחשבה שאם תתחייב לתת את הסכום לבתה, בעלה יודה לה שהוא חייב לה (כך נראה תיאור המעשה שם). אלא שהיא לא באה בטענה שזה היה חוזה למראית עין, אלא בטענת כפייה, כלומר, שהייתה אנוסה להתחייב כך לבתה כדי להשיג את המגיע לה. משפט צדק (לח ע"ג) פוסק שאין כאן כפייה, שהרי הייתה לה דרך אחרת להוציא מיד בעלה את מה שהתחייב לה: הייתה יכולה לדרוש ממנו להישבע שאינו חייב לה, ובוודאי לא היה נשבע לשקר. לפי האמור בטקסט, היא לא הייתה יכולה להיפטר בטענה שזה חוזה למראית עין, מפני שלא היה ברור לכול שזו אכן כוונתה, ואלו דברים שבלב.

פרק רביעי

חוזה נסתר לצדו של חוזה גלוי — מראית עין יחסית

יש להבחין בין חוזה שנכרת למראית עין מוחלטת לבין חוזה שנכרת למראית עין יחסית. כאמור לעיל, חוזה למראית עין מוחלטת הוא חוזה פיקטיבי שאין מאחוריו כלום, שכן הצדדים אינם מתכוונים לשנות את המצב המשפטי הקיים, וכל פעולתם היא רק כלפי חוץ, כאילו הם מתכוונים לשנותו. לעומתו, חוזה שמאחוריו מסתתר חוזה אמתי, שהצדדים אכן מתכוונים להעניק לו תוקף, אלא שהוא שונה מהחוזה הנגלה לעין, הוא חוזה שבו מראית העין היא יחסית. סוג אחד של מראית עין יחסית הוא כאשר החוזה האמתי שונה בסוג העסקה מן העסקה המוצהרת, כגון שהצדדים מצהירים על מכירה, אבל הם מתכוונים למתנה. סוג שני של מראית עין יחסית הוא כאשר החוזה האמתי שונה בזהות הצדדים, כלומר, שהצדדים האמתיים לחוזה אינם הצדדים המוצהרים בחוזה, כגון שעל פי החוזה הגלוי הקונה הוא ראובן, אך כוונתם האמתית של הצדדים היא שהקונה הוא שמעון. סוג שלישי של מראית עין יחסית הוא כאשר החוזה האמתי שונה מן החוזה המוצהר באחת מתניותיו, כגון שהמחיר האמתי של העסקה שונה מן המחיר המוצהר בה.

משפטנים רבים סבורים, שאם נכרת חוזה ובו מראית עין יחסית, החוזה הגלוי בטל והחוזה הסמוי תקף. תוצאה זו משקפת את הכוונה האמתית של הצדדים, שלא להעניק תוקף משפטי לחוזה הגלוי, אלא להתקשר בחוזה מחייב על פי החוזה הסמוי[52]. לעומתם, יש הסבורים שיש להתייחס אל החוזה הגלוי ואל החוזה הנסתר כחוזה אחד, ובהתאם לכך להעניק תוקף גם לחוזה הגלוי[53].

מהי עמדת המשפט העברי בשאלה זו? מסוגיות אחדות בתלמוד הדנות בחוזים שיש בהם מראית עין יחסית, נראה שהחוזה הגלוי בטל ואילו החוזה הסמוי תקף:

(א) התלמוד[54] עוסק באדם הקונה קרקע ומודיע שהוא עושה זאת עבור חברו. ההודעה שהרכישה היא לטובת חברו נועדה להרחיק מן הקונה האמתי תובעים העלולים לתבוע אותו בתואנות מסוגים שונים[55]. התלמוד אומר, שאם הודיע למוכר ולעדים שכוונתו האמתית היא

[52] ג׳ טדסקי, ״חוזה למראית עין ודבר פסלותו״, משפטים ח (תשל״ח), עמ׳ 507, 510; השופט ברק, ע״א 630/78 ביטון נ׳ מזרחי, פ״ד לג(2) 576, 582; השופט שמגר, ע״א 311/78 הווארד נ׳ מיארה, פ״ד לה(2) 505, 513; השופט י׳ כהן, ע״א 442/81 גרומט נ׳ סרוסי, פ״ד לו(4) 214, 218; שלו, דיני חוזים, עמ׳ 260.

[53] ראה ד׳ פרידמן, ״אי־חוקיות וחוזה למראית עין״, הפרקליט לג (תשמ״א), עמ׳ 152, 156. ראיית שני החוזים — החוזה הגלוי והחוזה הסמוי — כחלקים של חוזה אחד עשויה להשפיע גם בכיוון ההפוך, ולהעניק תוקף לחוזה הסמוי. על כן, אם למשל, במסגרת חוזה בכתב למכירת מקרקעין, הסכימו הצדדים בעל פה על תנייה שונה מן הכתוב בחוזה, תנייתם תקפה, אף שהיא בעל פה ולא בכתב. ראה גם הערת אגב של השופטת בן־פורת, ע״א 318/85 כוכבי נ׳ גזית, פ״ד מב(3) 265, 280; ע״א 311/78 הווארד נ׳ מיארה, פ״ד לה(2) 505, 514.

על מראית עין יחסית, ראה סהר (לעיל, הערה 1), עמ׳ 8־13.

[54] בבא קמא קב ע״ב, קג ע״א. התלמוד דן בשאלה, על מי תוטל האחריות לכתוב שטר ראיה נוסף, שיבהיר מיהו הקונה האמתי. ראה על כך: רמב״ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ה; שולחן ערוך, חו״מ, סימן קפד, סעיף ב. אך שאלה זו אינה מעניינו כאן.

[55] כך הסביר רש״י, בבא קמא קב ע״ב (ד״ה הלוקח). אבל חידושי הראב״ד, בבא קמא שם, הסביר שעשה

לקנות עבור עצמו, נקנית הקרקע לקונה עצמו[56]. והוסיפו הפוסקים, שגם אם לא הודיע למוכר את כוונתו האמתית, נקנית הקרקע לקונה[57], מפני שהמוכר מתכוון להקנות את הקרקע למי שנותן את הכסף או למי שנותן הכסף רוצה שיקנה, בלי קשר למה שהוא אומר למוכר[58]. אבל אם הקונה אף לא הודיע לעדים שהוא מתכוון לקנות לעצמו, הקרקע נקנית למי ששמו רשום בשטר[59], מפני ש"זכין לאדם שלא בפניו", והקונה זכה בקרקע עבור האדם שאת שמו רשם

זאת כדי לכבד את האחר. שיטה מקובצת, בבא קמא שם, כותב בשם "גאון", שמטרתו היא שהמוכר יוזיל את המחיר (ובשעת הקניין הוא כבר יכול לגלות את האמת, מפני שכבר קבעו מחיר זול).

56 כך כתבו בפירוש: חידושי הרשב"א, שם; הרא"ש, בשיטה מקובצת, שם; ושיטה מקובצת שם, בשם "גאון". לשיטה אחרת בפרשנות הסוגיה, ולפיה הקרקע נקנית דווקא לאותו אדם אחר, ראה חוק לישראל, שליחות, סעיף 7, נספח א, שלב ז.

57 חידושי הרשב"א, שם (הובא בצור תעודה, הלכות שלוחין, פרק ב, הלכה ה, דף קכב ע"ב, בשם הריטב"א); הרא"ש, בשיטה מקובצת, שם; הרמ"ה, בשיטה מקובצת, שם; שו"ת הריב"ש, סימן רנ, בסופו; ים של שלמה, בבא קמא, פרק ט, סימן לג; קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ד; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן ס, ס"ק מד; מחנה אפרים, הלכות שלוחין, סימן יח, בסופו.
לשאלה אם תיתכן הקנאה למרות שהמוכר טועה באשר לזהותו של הקונה, ראה חוק לישראל, שליחות, סעיף 7, בפרק "טעות המוכר בזהות הקונה".

58 חידושי הרשב"א, שם; הרא"ש, בשיטה מקובצת, שם; ים של שלמה שם; קצות החושן שם.
הסוגיה תולה את הדין במצב זה במחלוקת בני מערבא עם ר' יוחנן (שנחלקו במקור בעניין שליח הקונה עבור משלחו בשינוי מהוראות משלחו), האם המוכר מתכוון להקנות למי שעומד מולו (או למי שהעומד מולו אומר לו להקנות לו) או לבעל הכסף, והלכה כר' יוחנן, שהוא מתכוון להקנות לבעל הכסף.
חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק כב, מסביר שלדעת ר' יוחנן, הקרקע נקנית לקונה, מפני שאילו ידע המוכר שזאת כוונתו, היה מקנה לו. השווה: אוסף חידושי תורה (קוטלר), סימן יח.
לפי הרא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן יח, דעת ר' יוחנן היא שלא חשובה כוונת המוכר, וכך הסביר מחנה אפרים שם לענייננו, שלא חשוב מה התכוון המוכר, אלא הקרקע נקנית לקונה מפני שזו הייתה כוונתו האמתית של הקונה.
כמו כן, רב חפני, המובא בספר העיטור, מאמר שני, קניין, דף יב ע"א במהד' רמ"י (הובא בהגהות מרדכי, בבא מציעא, סימן תנ, בבית יוסף, חו"מ, סימן קפד, מחודש א, וברמ"א, חו"מ, סימן קפד, סעיף ב), מוכיח מהסוגיה שם שאף שהקונה אמר למוכר שהוא מתכוון לקנות עבור אדם אחר, הקרקע נקנית לקונה, והמוכר אינו יכול לחזור בו כשמתבררת לו האמת, בטענה שהסכים רק למכור לאותו אדם אחר (כך הסביר השער החדש, בלוח הטעות וההשמטות, שנדפס בעיטור, סוף חלק ב, דף פ ע"ב); ומוסיף שאם אותו אחר טוען שהקונה קנה בכספו עבורו, זה דין בינו לבין הקונה, והמוכר אינו יכול לבטל את המכר בגלל טענה זו.

59 רשב"א, שם; רמ"ה, שם; רא"ש בשיטה מקובצת, שם, ושו"ת הרא"ש, כלל צו, סימנים ג, ד ו־ה; תוספות רבנו פרץ, בבא קמא שם; שו"ת הריב"ש, סימן רנ, עמ' שיח (הובא בגידולי תרומה, שער נא, חלק ט, אות א); ט"ז, חו"מ, סימן קפד, סעיף ב; נתיבות המשפט, סימן ס, ס"ק יט (גם אם השטר נשאר ביד מי שקנה בפועל); כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קפד, הגהות הטור, אות יד; בני שמואל (חיון), על חו"מ, סימן ס (פט ע"א); ערוך השולחן, חו"מ, סימן קפד, סעיף ב (אם לא "התברר" שהקונה התכוון לקנות לעצמו, ותלוי בהבנת הדיין את העניין).
כמו כן, בית הבחירה, בבא קמא שם, כותב שאם אבד השטר, ומצא אותו מי שהשטר רשום על שמו, יוכל להחזיק בקרקע. וצריך לומר שמדובר בשהעדים אינם יודעים את כוונתו האמתית של הקונה.
אבן ישראל, חלק ח, סימן קא, כותב שבלי גילוי דעת, הקרקע נקנית למי ששמו רשום בשטר, מפני שמדובר בשהקניין נעשה על ידי השטר, והמוכר התכוון להקנות למי ששמו רשום בשטר; אבל אם מעשה הקניין נעשה על ידי קניין כסף, ונותן הכסף עשה זאת בשליחותו של אחר, הנכס נקנה למשלח.
דעה חולקת: ספר התרומות, שער נא, חלק ח, אות א, כותב על המקרה המקביל בהלוואה (ראה להלן, ליד ציון הערה 66), שהוא משווה אותו לסוגייתנו, שגם אם מי שהשטר על שמו טוען שבעל הכסף התכוון

בשטר[60], או מכוח הדין[61] הקובע שראובן האומר לשמעון "הילך מנה, ותהיה קרקעך מכורה ללוי", לוי קנה מדין "עבד כנעני"[62]. כמו כן, אם הקונה כותב את שטר המכר על שמו ועל שם אשתו, כל אחד מהם זוכה במחצית הקרקע, מפני שיש להניח שמחצית הכסף באה משל האישה ומחציתו באה משל האיש[63]. רק אם הודה האדם האחר שהקונה התכוון באמת לקנות לעצמו, הקרקע קנויה לקונה[64]. כמו כן, אם ניכר מן הנסיבות שהקונה התכוון לקנות לעצמו, כגון שרשם אותה על שם אחר כדי שלא תשתעבד לנושיו, הקרקע קנויה לו, ונושיו יכולים לגבות ממנה[65].

להקנותו לו, אינו קונה; ומכאן שלדעתו כך הוא גם בקרקע. אבל תומים, סימן ס, ס"ק יז, מעלה אפשרות שהוא מסכים שבקרקע קנה מי שהשטר על שמו, מפני שקרקע נקנית בשטר, מה שאינו כן בשטר הלוואה, שמשמש רק לראיה. כנגד זה, נתיבות המשפט, סימן ס, ס"ק יט, דוחה את דבריו, כיוון שהאחר אינו יכול לקנות את הקרקע על ידי השטר כל זמן שהשטר לא הגיע לידו.

צור תעודה, הלכות שלוחין, פרק ב, הלכה ה, דף קכב ע"א, מוכיח שהרמב"ם סובר שהקרקע נקנית לקונה גם אם העדים לא ידעו את האמת. וראה שם על עניין זה בהרחבה, בדפים קכב־קלג.

שו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קע, ענף טו, ס"ק א, מעיר שספר התרומות נקט שאמר לעדים שיתנו את השטר לו ולא לשמעון, ובזה גילה את דעתו שהוא שלו ושהוא כותב על שם שמעון רק לאמנה, ומכאן שאם אין גילוי דעת, זוכה שמעון.

ר' שלמה חאטים, בחקרי לב, מהדורא בתרא, חו"מ, סימן כב (מב ע"ב), כותב שר' יונתן, בשיטה מקובצת שם, חולק על הרשב"א, שהרי כתב שהעדים צריכים להאמין לקונה (שהתכוון לקנות לעצמו), מפני שהפה שאסר הוא הפה שהתיר. וראה על עניין זה באריכות שם, ובתשובת ר' יוסף חזן, שם, סימן כג.

60 רמ"ה שם; ריב"ש שם; ערוך השולחן שם (שהקונה זיכה את הקרקע לאותו אדם).

שו"ת הרא"ש, כלל צו, סימן ג, נימק, שהקניין נעשה עבור מי ששמו רשום בשטר, שאם לא כן, העדים לא היו חותמים.

אבל ט"ז, חו"מ, סימן קפד, סעיף ב, כותב שאם קנה בקניין סודר, הקרקע נקנית לקונה, ואינו יכול להקנותו בקניין זה לאדם האחר, גם אילו רצה, מפני שקניין סודר נעשה בכליו של הקונה דווקא; ורק אם קנה בכסף, אפשר לומר שהאחר קנה מדין "עבד כנעני", כבסמוך.

ראה חוק לישראל, שליחות, סעיף 6, בפרק על שלוח מתחזה, דיון בסוגיה זו מן ההיבט של "זכין". וראה שם, סעיף 7, נספח א, שלבים ז־ח, לניתוח סוגיית התלמוד.

61 שולחן ערוך, חו"מ, סימן קצ, סעיף ד.

אבל שער החדש (לעיל, הערה 58) מעיר שדין זה של השולחן ערוך אינו מוסכם, ושייתכן שהרמב"ם חולק עליו. ראה על כך בבירור הלכה, קידושין ז ע"א, ציון ד.

62 רא"ש בשיטה מקובצת שם; רשב"א שם, בשם תוספות; ט"ז שם; נתיבות המשפט, סימן ס, ס"ק יט.

63 שו"ת הרא"ש, כלל צו, סימן ד.

64 רשב"א שם; רמ"ה שם; שו"ת הרא"ש, כלל צו, סימן ה; כנסת הגדולה, שם; בני שמואל, שם.

אבל שו"ת הרא"ש שם כותב שאם כתב את השטר על שם בנו הקטן, ובנו הקטן הודה שאביו התכוון לקנות לעצמו, הודאתו אינה תקפה, כיוון שהוא קטן.

כל האמור בטקסט הוא במצב שקונה הקרקע לא נתמנה להיות שלוחו של האדם שאת שמו כתב בשטר, אבל אם הוא שלוחו, יחולו דינו השליחות, כמובן. מקרה גבולי הוא שהקונה אמר למוכר שהוא קונה בשביל עצמו, ובאמת קנה בשביל אחר, שלא מינה אותו להיות שלוחו. על כך אומר מישרים, נתיב כח, חלק א (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן קפג, מחודש ג), שהקרקע אינה קנויה לאותו אחר, גם אם הקונה אמר לעדים שהוא קונה בשביל האחר. דרישה, חו"מ, סימן קפג, סעיף ג, בסופו, וקצות החושן, סימן קפג, ס"ק ג, נימקו, שאדם אינו יכול להקנות את שלו לאחר בלי מעשה קניין. אבל מחנה אפרים, הלכות שלוחין, סימן יח, מביא פוסקים אחרים הסבורים שהאחר קונה, מפני שהקונה פעל בשליחותו, כלומר מדין "זכין לאדם שלא בפניו". ראה על כך בהרחבה, בחוק לישראל, שליחות, שם.

65 תשובת מהר"ם במרדכי, בבא בתרא, סימן תרמט (הובא בשו"ת הרא"ש, כלל עח, סימן א וסימן ג, בסופו,

הפוסקים כתבו שכך הוא הדין גם לגבי הלוואה: אם ראובן נתן הלוואה לשמעון, וכתבו בשטר החוב כאילו לוי הוא המלווה, ראובן זכאי לגבות את ההלוואה. דוגמה אחת לכך היא, שלוי מסר את הכסף לשמעון, והוא מודה שפעל בשליחותו של ראובן[66]. דוגמה שנייה היא,

ומשם בטור, חו"מ, סימן צט, סעיף ח, בשו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כג, ובתומים, סימן צט, ס"ק י). הוא מוכיח זאת ממה שעולה מבבא קמא שם, שאם גילה הקונה את דעתו שהוא קונה עבור עצמו, הקרקע קנויה לו. עוד נימק מצד תקנת הציבור, שאם נאמר שתועיל הברחה כזאת, כל חייב יעשה כך, וכל בעל יעשה כך, ולא תוכל אשתו לגבות מנכסיו את כתובתה, ותהיה קלה בעיניו להוציאה, ומה הועילו חכמים בתקנה שתיקנו כתובה לאישה כדי שלא תהיה קלה בעיני בעלה להוציאה.

בדומה לזה, שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן כט, דן בשותפים שקנו חזקת בית מדוכס, וכתבו את השטר על שם אחד מהם, מפני שלאחר לא היו בנים, והיה חוק שמי שמת בלי יורשים, חזקת הבית שלו חוזרת למוכר; והוא פוסק שהחזקה שייכת לשניהם בשווה, מפני שברור שלכך התכוונו.

בדומה לזה, כותב שו"ת שארית יוסף (כ"ץ), סימן עה, שבעל שקנה בית ורשם אותו בערכאות על שם אשתו, אין לאשתו זכות בבית, שמא לא התכוון לתת לה את הבית במתנה, אלא התכוון להבריח אותו מנושיו. אבל שו"ת מהרש"ם, חלק ה, סימן לח, כותב שבסתם נותן מתנה אין מניחים שהתכוון להבריח מנושיו, והוא מעלה אפשרות שבנידונו של שארית יוסף מדובר בשאותו בית היה כל נכסיו של הבעל, ובנתינת כל נכסיו אכן יש להניח שהתכוון להברחה, כמו שאומרים לגבי מברחת (לעיל, ליד ציון הערה 27).

שו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קע, ענף יא, עוסק בשמעון שקנה מלוי קרקע, ורשמו אותה בטאבו על שם ראובן, ושמעון נתן את הכסף ללוי, ויש ספק אם שמעון זיכה את הכסף לראובן במתנה, או שמא עשה זאת רק כהברחה. הוא כותב שאין לשמעון חזקת מרא קמא, שהרי הספק הוא לגבי הכסף, אם זיכה אותו לראובן, והכסף הוא מיטלטלין, שלא שייכת בהם חזקת מרא קמא, אלא ראובן זוכה מספק, מפני שהוא מוחזק. הוא מוסיף (בענף יב), שבנידונו היו כמה אומדנות ששמעון התכוון לתת מתנה גמורה לראובן, ולכן אין להוציא מראובן. עוד הוא מוסיף (בענף יג), שגם אם שמעון התכוון להבריח, הרי אם ראובן קנה מלוי בקניין גמור, אלא ששמעון נתן את הכסף, יש לשמעון רק תביעה על הממון שנתן, אבל הקרקע ודאי שייכת לראובן. בענף טו, ס"ק ג, הוא כותב שגם אם גילה הקונה את דעתו שהתכוון לקנות לעצמו, צריך גם שיטען שכתב את השטר בשם אחר רק כדי שלא להשביע את עצמו (לדוגמה), אבל בלי טענתו, גם אם גילה את דעתו, זוכה מי שהשטר רשום על שמו. אבן ישראל, חלק ח, סימן קא, חולק על מנחת יצחק לגבי נידונו, וכותב שגם אם לא טען כך, כגון שהקונה מת, די בגילוי דעת, אלא אם כן הוא בחיים, ושתיקתו יוצרת ריעותא.

יש שאדם קונה קרקע ורושם אותה על שם אשתו, כדי שלבעלי הקרקע השכנים לא תהיה זכות קדימה של בר מצרא, שכן ההלכה היא, שאם אישה קונה, אין לשכנים זכות קדימה. בעניין זה, פסקו שו"ת הרי"ף, סימן קכט וסימן רסה (על הרושם על שם אמו), שו"ת ר' אברהם בן הרמב"ם, סימן צז, ושו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קע (הובא במגיד משנה, הלכות שכנים, פרק יב, הלכה יד), שאם ניכר שהוא מערים, כגון שאין לאישה זו ממון משל עצמה, הוא נחשב כאילו קנה לעצמו, ולכן יש לשכנים זכות בר מצרא.

שו"ת ציוני, חלק ב, סימן יט (כ ע"ג), דן בשניים ששכרו חזקה ("קרעצמי") מגוי בשותפות לשנה, ועשו תנאי בשטר, שאם אחד מהם ישיג את החזקה בשנה הבאה, ימשיכו בשותפות בה; ואחר כך התברר שהחזקה אמנם הייתה שייכת לאותו גוי, אבל הוא השכיר אותה ליהודי אחר, והיהודי הוא שהשכיר לשותפים. הוא לומד מדין התלמוד, שבנידונו השטר ותנאיו תקפים אף שזהות המשכיר שבשטר לא הייתה נכונה, כיוון שהם ידעו שהיהודי הוא המשכיר.

66 ספר התרומות, שער נא, חלק ח, אות א; טור, חו"מ, סימן ס, סעיף יז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף ח.

אבל ש"ך, חו"מ, סימן ס, ס"ק לב, מסתפק בעניין זה, מפני שגם אם לוי היה שלוחו של ראובן, הרי "מְלווה להוצאה ניתנה", והכסף שקיבל מראובן שייך לו (ויש עליו רק חיוב להחזיר לו), ושמעון הוא לווה של לוי, ולוי הוא לווה של ראובן, ושמעון חייב לראובן רק מכוח שעבודא דרבי נתן ולא במישרין (ויש לכך נפקויות); וגם אם נאמר שהכסף נחשב ברשות ראובן, מכל מקום, איך מאמינים ללוי שהיה שלוחו, הרי

שראובן מסר את הכסף לשמעון, אבל כתב את השטר בשם לוי, וראובן לקח את השטר[67]. כך הוא הדין גם אם הלווה והעדים לא ידעו את האמת בשעת ההלוואה, ורק אחר כך אמר ראובן שהוא עשה זאת כדי לא להשביע את עצמו, ולוי מודה שראובן נתן את הכסף[68].

(ב) כאמור, מראית עין יחסית יכולה להיות גם בסכום הנקוב בחוזה. דוגמה לכך היא באדם התובע את חברו מכוח שטר חוב שבידו, אך הוא מודה שהסכום הנקוב בשטר הוא למראית עין, בעוד הסכום האמתי נמוך ממנו. אדם זה מכונה "פוחת שטרו". התלמוד עוסק בשטר כתובה שנקוב בו סכום של אלף זוז, והאישה "פוחתת", כלומר תובעת מאה זוז, באמרה שזה היה סכום הכתובה. התלמוד מבחין בין שני מצבים: אם היא אומרת שהסכום אינו נכון, אלא הכתובה הייתה על סך מאה זוז, והעדים טעו וכתבו בכתובה אלף זוז[69], אינה יכולה לגבות בעזרת השטר, מפני שלמעשה היא מודה שהשטר הוא כמו חרס[70]. לעומת זאת, אם היא טוענת שכתבה בשטר את הסכום של אלף זוז בהסכמת בעלה, אלא שבינה לבין בעלה

ייתכן שהוא היה המלווה עצמו, ומשקר כדי להקנות את השטר לראובן תוך עקיפת הדין שאי אפשר להקנות שטר חוב בלי כתיבה ומסירה. כנגד טענתו הראשונה, כתב קצות החושן, סימן ס, ס"ק ט, שאם היה שלוחו, נחשב הכסף של ראובן המשלח, ולא נחשב שיצא מרשותו. כנגד טענתו השנייה, כתבו קצות החושן שם ונתיבות המשפט, סימן ס, ס"ק יז, שאפשר להקנות שטר באודיתא.

67 ספר התרומות, שער נא, חלק ט, אות א; טור, חו"מ, סימן ס, סעיף יח; שולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף ט.

נתיבות המשפט, סימן ס, ס"ק יט, מנמק, שגם אם אמר ראובן לשמעון: "אני נותן את כספי במתנה ללוי ומלווה לך את הכסף בשמו, ותנו לי את השטר", הכסף של ראובן, שהרי אינו יכול להקנות את הכסף ללוי בלי לזכות לו על ידי אחר.

שו"ת הרא"ש, כלל צו, סימן ב, כותב שמלווה שכתב בשטר כאילו בנו הקטן הוא המלווה, יכול האב לגבות בו, מפני שהוא כאפוטרופוס על בנו. גידולי תרומה, שער נא, חלק ט, אות א, הסביר שהרא"ש הוצרך לטעם זה, משום שבנידונו הכסף היה שייך לבן (שירש אותו מאבי אמו), אבל אם האב הִלווה כסף של עצמו, בלאו הכי הוא זכאי לגבותו אף שהשטר כתוב על שם בנו. בני שמואל (חיון), חו"מ, סימן ס (דף פט ע"א), הסביר שהרא"ש הוצרך לטעם זה, מפני שמדובר בשהאב מודה שהתכוון לזכות את הכסף לבנו, ולכן אילולא היה אפוטרופוס שלו, לא היה יכול האב לגבות.

68 ספר התרומות, חלק ט, שם; טור, סעיף יח, שם.

ספר התרומות, שם, כותב במסקנתו, שאם לוי מודה שהכסף היה של ראובן, אלא שהוא אומר שכיוון שכתב ראובן את השטר על שמו, ואמר ללווה לשעבד את עצמו בקניין ללוי, הוא התכוון לזַכות ללוי את הכסף — בכל זאת ראובן גובה, מפני שאין בכך לשון זכייה, אלא ראובן עשה זאת רק מסיבה צדדית.

שו"ת מהרי"ק, שורש כב, דן בשמעון שלווה מלוי, אבל כתבו בשטר שראובן הוא המלווה, וזאת כדי להבריח את החוב מנושיו של לוי. הוא פוסק שלוי זכאי לגבות בו, אף ששמו אינו כתוב בשטר, מפני שברור שהתכוונו שהחוב יהיה של לוי; ואף שרבנו תם (שנביא להלן, הערה 164) כותב שחייב הנותן מתנה כדי להבריח מנושיו, מן הסתם מתכוון למתנה גמורה, שאם לא כן, ההברחה תיכשל, הרי הוא דיבר רק בחייב שנתן נכסים בעין, שלא היה יכול להחביא, ולכן האפשרות היחידה למנוע את גבייתם על ידי הנושה היא לתת אותם במתנה אמתית; אבל כאן, הנושים של לוי לא יכלו לגבות משטר חוב זה, אף שבאמת הוא של לוי, כיוון שהוא נכתב על שם ראובן, והנושים לא ידעו את האמת, ונמצא שההברחה הצליחה גם בלי שהחוב יהיה שייך באמת לראובן, ולכן אין סיבה שלוי ייתן את החוב לראובן באמת.

69 ספר התרומות (שיצוין בהערה 71; ובעקבותיו טור, חו"מ, ושולחן ערוך, חו"מ, שיצוינו שם) נוקט שהיא אומרת שטעו העדים וכתבו אלף, ואז השטר הוא כחרס, שהרי חתמו שקר.

70 "הא חספא בעלמא [=זה סתם חרס] הוא, שהיא אומרת מזויף הוא" (רש"י, כתובות פז ע"ב, ד"ה בהאי שטרא). ראה על כך בסעיף 16, הערה 28.

יד המלך, הלכות אישות, פרק יז, הלכה טז, כותב שגם אם אינה אומרת "אמנה היתה", ואין לה הסבר

היה הסכם נסתר, שהיא תגבה ממנו מאה זוז בלבד, היא יכולה לגבות בשטר מאה זוז; וגם אם הבעל טוען שפרע הכול, השטר משמש ראיה שלא פרע[71]. אף שלא ניתן לגבות מכוח השטר את הסכום הנקוב בו, שהרי האישה הודתה שהסכום הנקוב אינו אמת, מכל מקום, היות שהאישה טוענת "אמנה היתה לי ביני לבינו", כלומר, הסכם נסתר שתגבה ממנו רק מאה זוז[72], היא רשאית לגבות סכום מופחת זה. אם כן, החוזה הגלוי שנקוב בו סכום של אלף זוז בטל, שכן הוא למראית עין בלבד, ואילו החוזה הנסתר, הכולל סכום נמוך בהרבה, תקף[73].

(ג) הזכרנו לעיל[74] ש"שטר מברחת", שבו אישה נותנת לאחֵר את נכסיה קודם נישואיה כדי להבריחם מבעלה, בטל משום שהוא למראית עין. עם זאת, לדעת פוסקים רבים, שטר זה אינו בטל לחלוטין, שכן האישה אכן מתכוונת לתת לאותו אדם את הפירות שיצמחו מן הנכסים בתקופת הנישואין, וזאת משתי סיבות: (א) אילו הפירות היו שלה, היה הבעל זוכה בהם באופן חלקי; (ב) היא יודעת שהמקבל לא יטפל כראוי בקרקע אם לא יוכל ליהנות מהפירות[75]. המתנה

לשינוי הסכום, הרי אם עדי השטר מאשרים שחתמו על השטר, יכולה לגבות בו את הסכום הנמוך, שהרי אנו רואים שאינו מזויף; אבל היא צריכה להישבע על כך שאינו מזויף.

[71] כתובות פז ע"ב. וכך פסקו: רמב"ם, הלכות אישות, פרק טז, הלכה יז; ספר התרומות, שער כא, חלק ד, אות ה (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן מז, מחודש א); אורחות חיים, חלק ב, סימן ז, אות יח (עמ' 87); טור, אהע"ז, סימן צו, וחו"מ, סימן פד, סעיפים ד־ה; שולחן ערוך, אהע"ז, סימן צו, סעיף יד, וחו"מ, סימן מז, סעיף ב, וסימן פד, סעיף ד.

[72] רש"י, כתובות פז ע"ב, ד"ה באומרת; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה באומרת.

[73] יש לציין שהחוזה הנסתר תקף מכוח השטר של החוזה הגלוי. על כן, חוב זה יוכל להיגבות גם מנכסים שהחייב מכר, כדין שאר חובות שבכתב, כפי שכותב הריטב"א, שם. אבל ראה להלן, ליד ציון הערה 78, שקצות החושן כותב שבשטר קניין, אם בטל חלקו בטל כולו; ולדבריו צריך לומר ששעבוד הנכסים לא נוצר מכוח השטר, אלא השטר משמש רק ראיה עליו. השווה עם האמור לעיל, ליד ציון הערה 53.

דוגמה נוספת למראית עין יחסית מופיעה בקידושין כו ע"א ובבבא בתרא נא ע"א (לפי הסבר אחד בתוספות בשני המקומות, ד"ה ולמה): אדם מעביר קרקע לחברו, וכותב לו שני שטרות, אחד של מכר ואחד של מתנה, שכל אחד מהם מעניק למקבל יתרונות שונים (ראה על כך בתוספות שם); ואחד השטרות הוא חוזה למראית עין יחסית, בנוגע למהות החוזה — מכר או מתנה. לפי הסבר של רבנו תם בתוספות בבא בתרא שם, מדובר בשטר שכתוב בו "שדי מכורה לך", אבל באמת הכוונה היא למתנה, וכתב לשון מכר כדי שיישא באחריות לנכס. לפי שו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן ב (ד"ה ומעתה צריך), זאת גם כוונת תוספות בקידושין שם.

גם מים עמוקים, שם, כותב שאם הצדדים הסכימו על עסקת מתנה, חלה המתנה, אף אם כתבו בשטר לשון מכר.

דוגמה נוספת לכך היא מתנה נחזית, שהיא בעצם מכר, כמתואר בהגהות אשרי, בבא מציעא, פרק ט, סימן כו: ראובן מוכר קרקע לשמעון, וכדי שלא יוכלו המצרנים לתבוע זכות קדימה בקניית הקרקע מדין בר מצרא, הוא אומר שהוא נותן תלם אחד סביב הקרקע במתנה לשמעון, והרי במתנה אין זכות בר מצרא, ועל שאר הקרקע אין להם זכות בר מצרא, שהרי אינה סמוכה לשדותיהם של המצרנים. הוא פוסק שזו הערמה בעלמא, ויש למצרנים זכות קדימה, כלומר, רואים "מתנה" זו כמכר, כיוון שהיא באמת מכר. רמ"א, חו"מ, סימן קעה, סעיף כח, כותב שאם הוא מוכר את יתר הקרקע ביוקר, הדבר מראה שבאמת לא התכוון לתת את התלם במתנה, ולכן היא נחשבת כמכר, ויש בה דין בר מצרא.

[74] ליד ציון הערה 28.

[75] רא"ש, כתובות, פרק ח, סימן ב.

אור הלבנה (רובין), חלק ב, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב, עמ' קיט, מדייק מרמב"ם שם, הלכה יג, שהטעם שהמקבל אוכל פירות אינו משום שהאישה מוחלת לו (כנימוק הרא"ה, בהערה 76), אלא משום

שמתנה זו דומה למתנה על מנת להחזיר. בעמ׳ קכ הוא מנמק את דעת הרמב״ם, שכל זמן שהיא נשואה, הוויכוח אינו בין המקבל לאישה (שהרי האישה אינה רוצה שהנכסים יהיו שלה, כדי שלא יזכה בהם הבעל) אלא בין המקבל לבעל, ועל כך אין הוכחה מסברת ״לא שביק נפשיה ויהיב לאחריני״ לבטל את המתנה למשך זמן זה.

לטעם הדין שהפירות שייכים למקבל, ראה: תומים, סימן צט, ס״ק ט; חזון איש, אהע״ז, סימן עו, ס״ק ו וס״ק ט.

ביטוי נוסף לכך שהמתנה אינה בטלה לגמרי הוא בלשון הרמב״ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב, והלכות אישות, פרק כב, הלכה ט, ושולחן ערוך, אהע״ז, סימן צ, סעיף ז, שאם התאלמנה או התגרשה, המתנה בטלה — משמע שעד אז היא תלויה ועומדת. ואכן, אם מתה בחיי הבעל, המתנה תקפה, כפי שראינו בהערה 29. כמו כן, חידושי הרשב״א (מהד׳ הירשלר), כתובות עט ע״א (הובא במגיד משנה, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב, ובשער משפט, סימן כט, ס״ק ג), ובית שמואל, סימן צ, ס״ק לא, כותבים שיכולה האישה לחזור בה מהמתנה בחיי הבעל, כלומר שעד אז המתנה תלויה ועומדת (ראה על כך: ר׳ דניאל אשטרושה, בספר זיכרון ניצוצי אש, עמ׳ סז־סט). נתיבות המשפט, סימן צט, ס״ק ה (הובא בשערי תודה, אפשטיין, חלק א, דף מב ע״א), כותב שכל זמן שהאישה אינה חוזרת בה, מתנתה קיימת. נראה שטעם הדבר הוא, שיש להניח שהיא רוצה שהמתנה תהיה תלויה ועומדת, ושתתקיים אם תמות בחיי בעלה, שהרי אם לא כן, יירש אותה בעלה, והרי אינה רוצה בכך.

רשב״ם, בבא בתרא קנא ע״א (ד״ה אבל), גורס בסוגיה שם ״גליא דעתה דמשום אינסוב היא״, כלומר שמטרת המברחת היא שאם תתאלמן או תתגרש יחזרו לה נכסיה. רא״ש, בבא בתרא, פרק ט, סימן ל, מדייק מהרשב״ם, שהמתנה קיימת כל זמן שהיא תחת בעלה, מפני שאז היא עדיין מעוניינת בהברחה. כמו כן, תוספות, בבא בתרא קנא ע״א (ד״ה גליא), כותבים שרבנו חננאל גורס כגִרסת הרשב״ם, ומדייקים מגִרסה זו שכשהיא תחת בעלה, קנה המקבל. אבל התוספות והרא״ש מדייקים מכתובות עט ע״א שגם כשהיא תחת בעלה, לא קנה המקבל, ומעירים שזו ראיה לגִרסה ״הכא גליא דעתה״ (בלי ״דמשום אינסובי״).

שו״ת לב שמח, חו״מ, סימן כה, כותב שרבנו חננאל ורשב״ם סוברים שאינה יכולה לחזור בה בחיי בעלה, שלא כרשב״א, נימוקי יוסף ומגיד משנה, והוא מדייק כך גם מהרמב״ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב. אבל הוא פוסק כמו תוספות, רשב״א, מגיד משנה, ונימוקי יוסף, מפני שהם רבים וראייתם חזקה.

שו״ת מהרי״ט, חלק א, סימן מה (ד״ה ועוד), כותב שאם מתה, זכה מקבל המתנה, ובכל זאת אם חזרה בה, המתנה בטלה.

אור זרוע, בבא קמא, סימן שס, נוקט שהמתנה קנויה למקבל להיות ברשותו כל משך הנישואין, ואם מתה בחיי הבעל, נקנה למקבל. ובסימן שנט, הוא מביא שר׳ שמואל בר׳ יצחק נקט שבמברחת, אם ראתה שלא תינשא, יכולה לחזור בה; משמע שאם נישאה, אינה יכולה לחזור בה. אבל חידושי הרא״ה, כתובות עט ע״א, כותב שאם מתה בחיי בעלה, הבעל יורש אותה, אלא שהיא יכולה לחזור בה מהמתנה במשך נישואיה. שו״ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אהע״ז, סימן צג, כותב שהמקבל זוכה בנכסים מבחינה מסוימת: לעניין אכילת פירות ולעניין שאם מתה בחיי הבעל, זוכה המקבל; וזו הסיבה שהנכסים נקראים ״נכסים שאינם ידועים לבעל״ (ראה לעיל, הערה 29), אבל אילו היו לגמרי ברשות האישה, היה הבעל זוכה בהם.

שו״ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קע, ענף טו, ס״ק ה, כותב שהנכס קנוי למקבל, אלא שהיא יכולה לחזור בה כל זמן שתרצה, כפי שמוכח מהרמב״ם שכתב (ובעקבותיו שולחן ערוך) שאם מתה בחיי בעלה, המקבל זוכה במתנה.

רמ״ש שפירא, במהדורתו לחידושי הר״י מיגאש, בבא בתרא קנא ע״א, הערה לז, מדייק מהר״י מיגאש שהמקבל קנה, אלא שהאישה יכולה לחזור בה. והוא כותב שלדעת הר״י מיגאש, אין צורך במעשה קניין כשהנכסים חוזרים מהמקבל, כמו שבמתנה על מנת להחזיר, אין צריך מעשה הקנאה כשמחזיר, לדעתו (ראה בשמו בחוק לישראל, מתנה, סעיף 4).

אור הלבנה (רובין), חלק ב, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב, עמ׳ קכ, מדייק מהריטב״א, שאם מתה האישה בחיי בעלה, אין המקבל זוכה בנכסים.

על מעמד המתנה במשך הנישואין, ראה בירור הלכה, כתובות עט ע״א, ציון א, פרק ד.

הגלויה, שהיא מתנה מוחלטת, בטלה אפוא, אך המתנה הנסתרת, שהיא פירות הנכס לתקופת זמן מוגבלת, תקפה[76].

סייג חשוב לכלל שהחוזה הסמוי תקף, הוא בשטר קניין, דהיינו שטר שהוא קונסטיטוטיבי, היוצר את החיובים שבחוזה, ולא רק משמש כראיה דקלרטיבית על חיובים שנוצרו בנפרד ממנו. בשטר קניין, הכלל הוא שאין שטר לחצאין[77]. על כן, אם חלק מהשטר הוא חוזה למראית עין, גם חלקו האמתי חסר תוקף[78]. למשל, בדוגמה דלעיל, של כתובה שנכתבה על סך אלף זוז למראית עין, ובאמת החיוב היה מאה זוז, היא יכולה לגבות את מאת הזוזים בעזרת השטר רק אם החיוב נוצר בנפרד, כגון על ידי מעשה קניין נפרד, והשטר משמש רק כראיה. לעומת זאת, אם לא עשו מעשה קניין נפרד, כך שהחיוב נוצר על ידי שטר הכתובה, הפועל כשטר קניין, האישה אינה יכולה לגבות כלל[79].

[76] רא"ש, כתובות, פרק ח, סימן ב (הובא בשו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן לח); טור, אהע"ז, סימן צ (עמ' קסט); מישרים, נתיב טו, חלק ג; מילי דמרדכי, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב; בית שמואל, סימן צ, ס"ק לא; נתיבות המשפט, סימן קצ, ס"ק טו; רוב דגן (הלוי), חלק א, חו"מ, הלכות מתנות, סימן א (קלב ע"ב), בדעת הרמב"ם; מעשה רוקח, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב, בדעת הרמב"ם. לראיות לכך מהתלמוד ומהרמב"ם, ראה בירור הלכה, כתובות עט ע"א, ציון א, פרק ז.
חידושי הרא"ה, כתובות עט ע"א, כותב שאם אכל המקבל פירות עד שהאישה ביטלה את המתנה אחרי גירושיה או באמצע נישואיה, אינו חייב לשלם לה עליהם, מפני שמן הסתם מחלה עליהם; אבל אם קיימים פירות תלושים בעין, הם של האישה. חידושי הריטב"א, כתובות עט ע"א, כותב שגם הפירות שלמפרע אינם קנויים למקבל (המהדיר לחידושי הריטב"א שם, הערה 55, כותב שכוונתו לפירות בעין, אבל פירות שאכל נמחלו לו, כמו שכתב חידושי הריטב"א, בבא בתרא קנא ע"א); אבל הוא מביא שמקצת מרבותיו אמרו שהפירות קנויים למקבל. על דינם של פירות שבעין ושנאכלו, ראה בילקוט שינויי נוסחאות, ברמב"ם מהד' פרנקל, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יג.
כמו כן, כתב לחם משנה, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יג (הובא בשו"ת חיים שאל, חלק א, סימן סג [עמ' רנא במהד' יהדות]), שמה שכתב הרמב"ם שם (והובא במישרים, נתיב טו, חלק א, ובשולחן ערוך, חו"מ, סימן רמו, סעיף יז), שבכל מתנה שמתבטלת, כשהנכס חוזר לנותן, המקבל אינו מחזיר את הפירות, כוונתו למברחת, שמתנתה אינה בטלה מעיקרא, אלא הנכס של המקבל כל זמן שהאישה נשואה.
נתיבות המשפט שם כותב, שאין הדין כך בחוזה רגיל למראית עין, שבו כל הפירות נזקפים לנותן, ולא למקבל, כפי שכתב תשב"ץ, חלק א, סימן יג, עמ' נז (לגבי נידונו, שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 38), שהמקבל צריך להחזיר את הפירות (אלא ששם היו נימוקים נוספים לביטול המכירה, ואולי רק בגללם פסק להחזיר את הפירות). אולם ביאור הגר"א, חו"מ, סימן קצ, ס"ק לח, כותב שגם במקרה של התשב"ץ, המקבל אוכל פירות מנימוקו של הרא"ש, ומה שכתב שמחזיר את הפירות, כוונתו מהזמן שנתבטלה העלילה, המקביל לזמן שהאישה התאלמנה, שאז כבר אין לאישה (או למוכר) עניין שהפירות יהיו למקבל.
דעה חולקת: פסקי הריא"ז, כתובות, פרק ח, הלכה א, אות ג (הובא בשלטי הגיבורים, כתובות לז ע"ב, בדפי הרי"ף, אות א), כותב שהמקבל אינו אוכל פירות. ר' דניאל אשטרושה, בספר זיכרון ניצוצי אש, עמ' סו, כותב שזו דעה יחידאית. וראה שם, עמ' סט, עוד על דעת הריא"ז.

[77] רמ"א, חו"מ, סימן קצ, סעיף טז.

[78] קצות החושן, סימן קצ, ס"ק ז; נתיבות המשפט, סימן קצ, ס"ק י.
שו"ת דברי מלכיאל, חלק ד, סימן קלט, כותב ששטר מכירת קרקע שיש לו תוקף מכוח סיטומתא (מנהג), אינו נחשב שטר קניין לעניין זה, אלא שטר ראיה.

[79] קצות החושן שם. אלא שנתיבות המשפט שם חולק עליו לגבי דוגמה זו, וכותב שבשטר חוב (כגון כתובה, בניגוד לשטר הקנאת נכס), גם אם לא עשו קניין נפרד, השטר אינו יוצר את החיוב, אלא החיוב נוצר על ידי גמירת דעתו, והשטר רק מוכיח על גמירת דעתו.
מגבלה נוספת במראית עין יחסית בשטר קניין: כתב נתיבות המשפט, סימן ס, ס"ק יט, לעניין שטר מכירת הקרקע שנכתב בו שם קונה אחר שאינו הקונה האמתי, שאם מדובר בשטר קניין, אין תוקף לרכישה

גם בשטר קניין, הדברים אמורים רק בחוזה שכולו מתייחס להקנאה של אדם אחד. אבל בחוזה המתייחס לשני אנשים, כגון ששני אנשים מכרו בשטר אחד נכס שהיה להם בשיתוף, ואחד מהם התכוון למכר אמתי, והאחר התכוון למראית עין בלבד, בטלות החלק של השני אינה פוסלת את חלקו של הראשון, והוא נשאר בתוקפו[80].

פרק חמישי

הסתמכות בתום לב של אדם שלישי — "אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על קיום החוזה"

הסיפא של הסעיף קובעת, שאם אדם שלישי רכש זכות תוך שהוא מסתמך בתום לב על קיום החוזה[81], הזכות היא שלו, אף שהחוזה נעשה למראית עין בלבד[82]. הוראה זו היא אחת משורה

הנסתרת עבור הקונה האמתי, שכן שטר קניין תקף רק אם כתוב בשטר שמו של הקונה, וגם הקונה הנחזה יכול לקנות בשטר רק אם הגיע השטר לידו (והסכים עמו פתחי חושן, הלכות קניינים, פרק ד, הערה ד, עמ' קיט). גם בספרו מקור חיים, סימן תמח, ס"ק ט (דף לג ע"א במהד' תרכ"ו), הוא כותב שאם שינה את שם הקונה, השטר בטל.

גם ערך ש"י, חו"מ, סימן קצ, סעיף ז, כותב שאם נכתב בשטר שם של אדם שאינו הקונה האמתי כאילו הוא הקונה, הנכס אינו נקנה לקונה האמתי, והשטר גם אינו יכול לשמש לו ראיה, עד שיביא שטר אחר שבו מוכר האדם האחר את השטר לקונה האמתי. גם בספרו שו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן קלב (ד"ה ומה שנסתפק), כתב ששטר מכר שנכתב על שם אדם אחר, גם אם המוכר אמר לו שיזכה עבור הקונה האמתי, אינו נקנה לו. אבל הוא מעלה אפשרות שאם נכתב השטר על שם שליש (בנידונו היה זה שטר מתנה לזוג, והנותן רצה שהמתנה תחול רק אם יחיו בשלום, ולכן נתן אותו לשליש, שייתן להם אם יחיו בשלום), הוא מועיל בתור "קנה על מנת להקנות", ועוד, שדעתו של הקונה סומכת לקנות, כיוון ש"חזקה שליח עושה שליחותו". ראה עוד על כך: פתחי חושן, שם, והלכות פיקדון, פרק יב, הערה עג.

שו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קע, ענף טז, לומד מדברי נתיבות המשפט, שאם הקרקע נרשמה בטאבו על שם אחר, האחר קונה, מפני שנחשב כאילו אמר "תנו לו את השטר". והוא כותב שכך הדין גם לפי תומים (לעיל, הערה 59), שכותב שבשטר קניין, אם הקונה הורה לכָתבו על שם האחר, האחר קונה, והטאבו דומה לשטר קניין. אבל אבן ישראל, חלק ח, סימן קא, חולק על מנחת יצחק, וכותב שאם יש אומדנא שנכתב על שם אדם זה בטאבו רק לשם הברחה (כגון כדי להיפטר מתשלום מס), הנכס אינו שייך למי שנרשם על שמו בטאבו, שכן הטאבו הוא רק לראיה. והשווה דברי השופטת בן־פורת, ע"א 311/78 הוארד נ' מיארה, פ"ד לה(2) 505, 514.

[80] שו"ת דברי מלכיאל, חלק ד, סימן קלט. בנידונו, היו שלושה שותפים, וראובן ושמעון רצו להיפרד מלוי, ולכן אמרו ללוי שהם מוכרים את חלקם ליהודה, ובגלל זה גם לוי מכר את חלקו ליהודה; אבל ראובן ושמעון עשו זאת רק למראית עין, בהסכמה עם יהודה, מתוך כוונה להמשיך בשותפות עם יהודה במקום לוי. הוא פוסק שהמכר של לוי תקף, אף שהמכר של ראובן ושמעון בטל. בנידונו, יהודה רצה לחזור בו מהמכר של לוי, מפני שמחיר הסחורה ירד, והוא כותב על יהודה "וגולל אבן אליו תשוב" (משלי כו, כז) — שהיות שהשתתף ב"חמסנות", כלשונו, הפסיד.

[81] בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 110, נאמר "בהסתמכו בתום לב על החוזה", במקום: "בהסתמכו בתום לב על קיום החוזה".

[82] אשר לשאלה, כיצד יש ליישב את פיצול הדינים שבין הרישא, שלפיו חוזה למראית עין בטל, לבין הסיפא, שלפיו הוא תקף, הציעו המלומדים כמה פתרונות פורמאליים (ראה שלו, דיני חוזים, עמ' 265):
(א) הבטלות שברישא אינה מוחלטת (ראה לעיל, ליד ציון הערה 2) אלא יחסית, וככל שהדבר נוגע לזכויות

של הוראות חוק שמטרתן להעניק הגנה על זכות שרכש אדם שלישי בתום לב[83]. המשותף לסעיפים אלו הוא, שהם דנים באדם שאשם בכך שיצר מצג שהטעה את האדם שהסתמך עליו וגרם לו לשנות את מצבו[84]. על אף שברוב הוראות חוק אלו קיימת דרישה שהאדם השלישי ירכוש את זכותו בתום לב ובתמורה, סבורים המלומדים[85] שההגנה שבסעיפנו חלה גם על מי שרוכש את זכותו שלא בתמורה, בדומה להוראת חוק המתנה, התשכ"ח־1968, סעיף 5(ב).

אשר לדרישת ההסתמכות שבסעיף, יש הנוטים[86] לפרש אותה ככוללת שינוי מצב לרעה עקב ההסתמכות על קיום החוזה, כמו דרישת ההסתמכות הנזכרת בחוק המתנה, סעיף 5(ב)[87].

צד שלישי, אין החוזה בטל (ראה: ד' פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ד (תשל"ה), עמ' 245, עמ' 260, הערה 55, ועמ' 263).

(ב) אמנם החוזה בטל, אך כדי להגן על אינטרס ההסתמכות של הצד השלישי עלינו לקיים בידיו את הזכויות שהוא רכש בתום לב.

(ג) על פי תורת ההשתק, כבולים שני הצדדים למצג שהם יצרו במתכוון, ושעליו הסתמך אדם שלישי. זאת חרף העובדה שהחוזה בטל.

(ד) עקרון תום הלב מוליך לאחריותם של הצדדים כלפי האינטרס של האדם השלישי, שהם פגעו בו בחוסר תום הלב שלהם.

83 חוק המכר, התשכ"ח־1968, סעיף 34; פקודת השטרות, סעיף 29; חוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, סעיפים 9־10; חוק המיטלטלין, התשל"א־1971, סעיף 12; חוק המתנה, התשכ"ח־1968, סעיף 5(ב); חוק הנאמנות, התשל"ט־1979, סעיף 9(ב); חוק השליחות, התשכ"ה־1965, סעיף 6(א).

84 מכאן הסיק פרידמן (לעיל, הערה 82), עמ' 261, שאין להקיש מהוראת סעיפנו על דינו של אדם שלישי שרכש זכות כשהוא מסתמך בתום לב על חוזה רגיל, כשלמעשה החוזה ניתן לביטול בגלל הפרה של אחד הצדדים. הסיבה לכך היא, שבמקרה האחרון, הצד הנפגע מההפרה אינו אשם בכך שהאדם השלישי הסתמך על קיום החוזה. לעומת זאת, בסעיפנו שני הצדדים אשמים בכך שאדם שלישי הסתמך בתום לב על החוזה למראית עין.

בדומה לכך סבורים פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 159־160, שאין להקיש מסעיפנו על דינו של אדם שלישי המסתמך על טעות סופר בחוזה (לאור שתיקת החוק בסעיף 16 ביחס לשאלה זאת), שכן, בניגוד לחוזה למראית עין, אין הצדדים אשמים בהכרח בהיווצרות טעות הסופר.

נ' כהן, גרם הפרת חוזה (ירושלים תשמ"ו), עמ' 37, מעלה שאלה במצב כדלהלן: א' מעביר נכס ל־ב' בחוזה למראית עין, וב' מתחייב בחוזה אחר להעביר אותו לג'. ג' טוען שאסור ל־א' למנוע את העברת הנכס אליו, מפני שבכך הוא יוצר עוולה של גרם הפרת חוזה (פקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח־1968, סעיף 62). האם תחול הגנת הצד השלישי במצב כזה? השאלה היא אם נחשב אותו ג' כמי ש"רכש זכות" על סמך החוזה, כיוון שייתכן שהיות שרק קיבל התחייבות מב', אין זה בגדר רכישת זכות.

85 שלו, דיני חוזים, עמ' 267; ד' פרידמן (לעיל, הערה 82), עמ' 260; ז' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (תל אביב תשל"ד), עמ' 183, הערה 19. וראה מ' מאוטנר, "יוצרי סיכומים, ונקלעי סיכונים — הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה", משפטים טז (תשמ"ו), 92, 132.

86 ראה מאוטנר, שם, עמ' 132. לעומתו, שלו, דיני חוזים, עמ' 267, נקטה לשון הססנית יותר: "ההסתמכות הנדרשת בסעיף 13, כתנאי לרכישות אדם שלישי, טעונה לפחות שינוי מצב, ואולי אפילו שינוי מצב לרעה". שלו מציינת שגם הימנעות ממעשה עשויה להיחשב כהסתמכות.

87 השוואת סעיפנו עם "תקנת השוק" שבחוק המכר, סעיף 34, מצביעה על הבדלים אחדים ביניהם, וניתן להסבירם על רקע השתתפותם של שני הצדדים לחוזה למראית עין ביצירת המצג המטעה כלפי האדם השלישי: (א) תקנת השוק מגינה על אדם שלישי שרכש "נכס נד", היינו, נכס מיטלטל, ולפי פסיקת בית המשפט העליון, נכללים בהגדרה זו גם נכסים נדים המגלמים בתוכם זכות, כגון שטרות (ראה: ע"א 230/73 בנק דיסקונט בע"מ נ' בנק הלוואה וחסכון, פ"ד כח(1), 113; א' זמיר, חוק המכר תשכ"ח־1968, עמ' 692). הגדרה זו ממעטת מקרקעין, מחד גיסא, וזכויות אובליגטוריות ערטילאיות שאינן מגולמות בנכס קורפורלי,

האם המשפט העברי מגן על אדם שלישי שרכש זכות תוך שהוא מסתמך בתום לב על קיום חוזה למראית עין? כדי להשיב על שאלה זו, יש להקדים ולומר שמצאנו מצבים אחדים שבהם המשפט העברי מגן על אדם שלישי שרכש זכות בתום לב[88].

(א) בתקופת התלמוד, תיקנו חכמים את "תקנת השוק" כדי להגן על אדם שלישי הרוכש, בתום לב ובתמורה, נכס נד[89] גנוב. על אף הדמיון שבינה לבין "תקנת השוק" שבחוק המכר, התשכ"ח־1968, סעיף 34, הן אינן זהות. ההבדל הבולט הוא, שלפי החוק, הנכס נשאר ביד הקונה, ואילו לפי תקנת השוק שבמשפט העברי, חייב הקונה להשיב את הנכס לבעליו, והוא זכאי רק לקבל שיפוי מן הבעלים עבור הסכום ששילם בקניית הנכס הגנוב[90]. אמנם אם הבעלים המקורי התייאש מן הנכס, יוכל הקונה להמשיך ולהחזיק בנכס הגנוב[91], אבל אין זה מכוח תקנת השוק, אלא משום שקנה אותו ב"ייאוש ושינוי רשות".

(ב) גם לגבי מי שקנה מיטלטלין מאדם ששִעבד אותם לנושהו, תיקנו תקנת השוק, שהנושה אינו יכול לגבות אותם מן הקונה, שאם לא כן, אנשים יחששו לקנות מיטלטלין, מחשש שמא הם משועבדים לנושה[92].

(ג) תחום נוסף הוא שטר חוב שבו מתחייב אדם כלפי כל מי שיציג כנגדו את השטר לפירעון, המכונה בלשון האחרונים "ממרני", ובלשוננו "למוכ"ד" [=למוציא כתב זה]. אם החייב פרע את החוב למי שהוציא את השטר, וקיבל ממנו שובר־קבלה על פירעונו, אך לא נטל ממנו את השטר, ואחר כך מכר הלה את השטר לאדם שלישי, שלא ידע שהחייב כבר פרע את החוב, הוא חייב לפרוע לו את השטר, בגלל תקנת השוק[93].

מאידך גיסא. לעומתה, סעיפנו מגן בלא הבחנה על כל זכות שרכש אדם שלישי. הבדל זה קשור בהבדל נוסף: תקנת השוק חלה רק אם הקונה "קיבל לחזקתו" את הנכס, כלומר, קיבל בפועל את החזקה בו. לעומת זאת, סעיפנו מגן על אדם שלישי שהסתמך על קיום החוזה גם אם טרם קיבל לחזקתו את הזכות שרכש. (ב) תקנת השוק חלה רק אם האדם השלישי רכש את הנכס ממי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר, והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו. בסעיפנו אין דרישה כזאת.

88 ראה על כך בהרחבה: נ' רקובר, המסחר במשפט העברי (ירושלים תשמ"ח), עמ' 55־87; פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק ג.

89 למעט מקרקעין, שאותם הצד השלישי אינו מקבל לחזקתו, שכן הכלל הוא: "קרקע אינה נגזלת" (סוכה ל ע"ב). וראה רקובר, שם, עמ' 57, הערה 15, ובמקורות שהובאו שם.

90 שולחן ערוך, חו"מ, סימן שנו, סעיף ב. וראה רקובר (לעיל, הערה 88), עמ' 59, שהעיר שניתן לבסס דין זה גם על זכותו של משיב אבדה להחזר על הוצאותיו.

בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק א, סימן קנא, כתב שתקנת השוק חלה גם אם הנכס לא הגיע לרשותו של הקונה, ובלבד שרכש את הנכס באחת מדרכי הקניין. אבל ש"ך, חו"מ, סימן שנו, ס"ק ד, ונתיבות המשפט, שם, ס"ק א, כתבו שתקנת השוק אינה חלה אם הנכס הגיע לרשותו של הנגנב.

91 שולחן ערוך, חו"מ, סימן שנו, סעיף ג.

92 שו"ת הרא"ש, כלל עט, סימן ד (הובא בטור, חו"מ, סימן ס, סעיף ז); שולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף א, וסימן קיג, סעיף ג. וראה להלן, הערה 175, לעניין מצב שיש חשש שהנותן התכוון להבריח.

ראה דרישה, חו"מ, סימן ס, סעיף ד, בשאלה אם עשו תקנת השוק לעניין נושה מאוחר, שלא ידע שקדם לו נושה אחר, שיוכל לגבות מיטלטלין מן החייב.

93 ש"ך, חו"מ, סימן נ, ס"ק ז. עוד נימק: "דאיהו דאפסיד אנפשיה [=הוא הפסיד לעצמו]". כלומר, הוא חייב מפני שבמחדלו, שלא לקח את השטר לאחר שפרע אותו, אִפשר את מכירת השטר לאדם שלישי. בדומה לכך פסק שו"ת מנחת יצחק, חלק ה, סימנים קיט־קכ, שהמחאה שכתב אדם לחברו ואינה בת פירעון (מפני שלא קיבל את הסחורה שבעדה כתב את ההמחאה), ונמכרה לאדם שלישי כאילו היא בת פירעון, חייב כותב ההמחאה לפרוע אותה לקונה, מפני תקנת השוק. בסימן קכ שם כתב שיש תקנת השוק גם לעניין

סייג חשוב לתקנת השוק בתחומים שהזכרנו הוא, שההגנה אינה חלה על נכס נד המגלם בתוכו זכות, כגון שטרות, לא לגבי קניית שטר מִלווה[94], ולא לגבי קניית שטר גנוב[95]. טעם הדבר הוא, שמכירת שטר אינה שכיחה[96], ואין מתקנים תקנות למצבים שאינם שכיחים. אף שתיקנו תקנת השוק בקניית שטר למוכ"ז, כפי שראינו, טעם הדבר הוא שמכירת שטר כזה היא שכיחה, שלא כמכירת שטר רגיל[97].

עתה נדון בשאלה האם חלה תקנת השוק על צד שלישי שהסתמך על קיום חוזה למראית עין ורכש מקרקעין או זכויות אובליגטוריות. ר' שלמה יהודה טאבאק[98] נשאל על ראובן שרצה להבריח קרקע מנושיו, ורשם אותה במרשם המקרקעין על שם שמעון; ושמעון מכר את הקרקע ללוי. הוא פסק שהקרקע נשארת בבעלותו של שמעון, וראובן אף אינו צריך להשיב ללוי את הכסף ששילם לשמעון, אף שקנה ממנו בתום לב, מפני שלא תיקנו בכעין זה תקנת השוק[99].

ממרני שנכתב ב"אמנה" (במובן של פירוש רש"י וסיעתו, לעיל, הערה 10), כלומר שלפני מתן ההלוואה מסר הלווה את השטר למלווה, והמלווה מכר אותו לאדם אחר, ולא נתן את ההלוואה, ואותו אדם תובע את הלווה.

פוסקים אחדים חולקים על הש"ך, בטענה שהיות שלא היה תוקף משפטי לשטר בשעה שנמכר לצד שלישי, ולא הייתה זו אלא פיסת נייר בעלמא, אי אפשר לומר שהלה רכש זכות כלשהי כנגד הלווה. ראה: אורים, סימן נ, ס"ק י; תומים, שם, ס"ק ו; נתיבות המשפט, סימן נ, חידושים, ס"ק ו, וביאורים, ס"ק ה; שו"ת נאות דשא (אייבשיץ), סימן כא; שו"ת גבעת שאול, סימן כה. אבל הם לא חלקו על הנימוק של תקנת השוק, שבגללה חייב הלווה לשלם לקונה את הסכום ששילם תמורת השטר, וזאת בלי קשר לתקפותו של השטר, כמבואר במנחת יצחק שם.

שאלה הצריכה עיון היא, אם מדבריהם של הש"ך ומנחת יצחק, שנאמרו ביחס להסתמכות על שטרות שמעיקרם הם בעלי תוקף משפטי מחייב אף כלפי הצד השלישי (ממרני והמחאה), ניתן להקיש על הסתמכות על חוזה למראית עין, שהוא מעיקרו חוזה בטל.

תחומים נוספים שהותקנה בהם תקנת השוק: המקנה, קונטרס אחרון, סימן כח, סעיף יט, כותב שהמקבל מתנה על מנת להחזיר, וקידש בה אישה, והיא לא ידעה שהדבר ניתן לו במתנה על מנת להחזיר, והנותן בא להוציא מידה, הנותן צריך לשלם לה מטעם "תקנת השוק".

ראה רמ"ש שור, "בענין אחריות בעה"ב כלפי קבלן משנה", בית אהרן וישראל קיב (ניסן אייר־תשס"ד), עמ' עז, בשאלה האם יש תקנת השוק במי ששילם לקבלן לעשות עבודה, והקבלן שכר קבלן משנה שביצע את העבודה, והקבלן הראשי פשט את הרגל.

ראה רקובר (לעיל, הערה 88), עמ' 87, על תקנת השוק בקונה כלי מאומן.

רקובר, שם, עמ' 55, מביא הלכות נוספות שנומקו ב"תקנת השוק", שעניינן אינו הגנה על צד שלישי תם לב.

94 שולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף א.

95 פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק ג, סעיף ט. הוא לומד זאת משולחן ערוך שם.

96 שולחן ערוך, שם. על העיקרון שלא הותקנה תקנת השוק במצבים שאינם שכיחים, ראה גם: רקובר שם, עמ' 67; חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 358.

97 ש"ך (לעיל, הערה 93).

הגהות אמרי ברוך, על שולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף א, לומד מהש"ך, שתקנת השוק לגבי קנייה מלווה חלה על שטר למוכ"ז. פתחי חושן שם לומד מכך שגם תקנת השוק בקונה דבר גנוב חלה על שטר למוכ"ז.

98 שו"ת תשורת ש"י, מהדורא תניינא, סימן נד, וערך ש"י, חו"מ, סימן עג, סעיף יד.

99 הוא כותב כך בתורת ספק (ובכל זאת פוסק לטובת ראובן, מפני שהוא מוחזק בקרקע בתור הבעלים המקורי), מפני שייתכן שבעניין זה יש תוקף לדינא דמלכותא, שלפיו הרישום הוא שקובע את הבעלות. עוד הוא כותב, שאין לוי חייב לדאוג להעביר את הרישום לראובן, מפני שראובן גרם נזק לעצמו בכך שהבריח את

ואמנם בנידונו לא היה זה חוזה למראית עין, אלא רישום ממשלתי למראית עין, אבל אפשר ללמוד מדבריו שבחוזה למראית עין לא חלה תקנת השוק.

נראה שטעמו הוא, שזהו דבר שאינו שכיח, שכן בדרך כלל אדם כורת חוזה למראית עין עם אדם שישתף פעולה עמו, ולא יבגוד באימונו על ידי עשיית עסקה עם צד שלישי; ואין מתקנים תקנה על דבר שאינו שכיח, כפי שראינו לגבי שטרות. אם יהפוך הדבר לשכיח, ייתכן שיהיה מקום לתקן תקנת השוק כדי להגן על מי שרוכש זכות על סמך חוזה למראית עין.

פרק שישי

חוזה מלאכותי

א. כללי

חוזה מלאכותי הוא חוזה שהצדדים מעוניינים בקיומו ובתוצאותיו המשפטיות, אבל מטרתם אינה ליהנות מתוצאתו העיקרית, אלא ליהנות מן התוצאות המשניות הנלוות לו. סוג אחד של חוזה מלאכותי הוא כשמטרת הצדדים לחוזה היא רק להשיג את התוצאה המשנית, ולולא הרצון להשיגה, הם לא היו כורתים חוזה כלל. לדוגמה, אדם שוכר דירה שאין לו בה שום צורך, כשמטרתו היחידה היא ליהנות מהטבה ממשלתית מסוימת. לולא רצונו של השוכר ליהנות מההטבה הממשלתית, הוא לא היה מתקשר בחוזה. סוג אחר של חוזה מלאכותי הוא, כשהצדדים לחוזה מעוניינים בתוצאתו העיקרית, אלא שהם מעצבים את החוזה בדרך שונה מהמקובל, כדי שבנוסף לתוצאה העיקרית, הם ייהנו מתוצאה משנית. כך הוא למשל בעסקת מכר שנעשתה בדרך שונה מהמקובל, כשמטרת הצדדים לחסוך בתשלום מס[100].

ההבדל המהותי שבין חוזה מלאכותי לבין חוזה למראית עין הוא, שבחוזה מלאכותי יש כוונה מלאה של הצדדים לקיימו. עם זאת, המשותף לשני סוגי חוזים אלו הוא היותם משמשים למטרה אחרת, אם בדרך של יצירת מצג שווא (חוזה למראית עין) ואם בדרך של השגת תוצאות נלוות (חוזה מלאכותי). ועל אף ההבדל המהותי האמור, לעתים יתקשה היושב על מדין לקבוע אם הצדדים התכוונו שהחוזה לא יתקיים, ולפניו חוזה למראית עין, או שמא התכוונו שהחוזה יתקיים, ולפניו חוזה מלאכותי[101]. לפיכך, לא אחת הדיון בספרות המשפטית בשני סוגי חוזים אלו נכרך יחד. מסיבה זו, נעסוק אף אנו בעניין זה כאן.

הקרקע מנושיו; אבל אם ידע לוי בשעת הקנייה שהקרקע אינה של שמעון, הוא חייב להעביר את הרישום לראובן.

[100] ניתן להדגים זאת באמצעות העובדות שבע"א 53/86 סולל נ' צוקרמן, פ"ד מב(2) 625. בפסק דין זה נידונה התקשרות בין קונה לבין קבלן שמטרתה רכישת דירה. באותו זמן, בניית הדירה טרם הושלמה, והמוכר דירה לפני גמר בנייתה חייב בתשלום מס שבח מקרקעין, מה שאינו כן במוכר דירה גמורה. על כן, הִלווה הקונה כסף למוכר, מתוך כוונה שהכסף יהפוך לחלק מן התשלום עבור הדירה לאחר השלמתה. בדרך זו רצו הצדדים להיפטר מתשלום מס שבח מקרקעין, וחוזה ההלוואה נעשה רק כדי להביא לרכישת הדירה בדרך פטורה מתשלום המס.

[101] ראה לעיל, הערה 4.

במצבים מסוימים, אחד מן הצדדים רואה בו חוזה מלאכותי, ואילו הצד השני רואה בו חוזה רגיל. כך הוא, לדוגמה, כאשר איש נושא אישה אך ורק כדי לקבל את האזרחות של ארץ מולדתה, בעוד האישה סבורה

מאחר שבחוזה המלאכותי, בניגוד לחוזה למראית עין, יש לצדדים כוונה להתקשר בחוזה מחייב, הדעה הרווחת היא, שבמערכת היחסים שבין הצדדים לחוזה לבין עצמם, החוזה המלאכותי תקף לפי החוק[102]. הנימוק הטכני לכך הוא, שאין הוראת חוק הקובעת את בטלות החוזה המלאכותי. ויש לכך גם נימוק מהותי: נתינת תוקף לחוזה מלאכותי עולה בקנה אחד עם עקרון היסוד של "חופש החוזים"[103]. משמעותו של עיקרון זה היא, שאדם זכאי לבחור עם מי הוא יתקשר בחוזה ולעצב עמו את תוכן החוזה כאוות נפשם[104].

ברם, שאלה מתעוררת באשר ליחסים שבין הצדדים לחוזה מלאכותי לבין צד שלישי שעלול להיפגע ממנו. צד שלישי זה יכול להיות גוף פרטי או הרשויות. סוג שכיח של חוזה מלאכותי הוא חוזה שעוצב באופן שהוא מביא להפחתת המס המוטל על הצדדים או על אחד מהם. אכן, הוראות חוק אחדות בעניין זה מצויות בחוקי המס[105], ובהן מסמיך החוק את הרשויות להתעלם מ"עסקה מלאכותית" כזאת[106]. יש להדגיש, שהוראות אלו מאפשרות לרשויות להתעלם מן העסקה המלאכותית אך ורק במערכת היחסים שבין הצדדים לבין רשויות המס, ואין הן נוגעות למערכת היחסים שבין הצדדים לחוזה לבין עצמם. אשר לחוזים מלאכותיים הפוגעים בצד שלישי שהוא גוף פרטי, מצאנו התייחסות בחקיקה לגבי מתנה הניתנת כדי להבריח מנושים, כפי שנראה להלן, פרק שביעי[107].

שמטרת הנישואין היא לחיות כבעל ואישה לכל דבר. נראה שלפתרון מקרים אלו יש להיזקק לעילת ההטעיה שבסעיף 15, או לעילת היעדר תום לב שבסעיף 12. וראה לעיל, ליד ציון הערה 47. על עמדת המשפט העברי בשאלה זו, ראה להלן, הערה 128.

[102] ראה: סולל נ' צוקרמן (לעיל, הערה 100), עמ' 631; שלו, דיני חוזים, עמ' 264. ברם, ראה ע"א 414/78 רכב ישראל נ' פקיד השומה ת"א 2, פ"ד לג(3) 337, 343.

[103] ראה בהרחבה שלו, דיני חוזים, עמ' 18, 41.

[104] רק בתחומים בודדים מתערב החוק בחופש החוזים, כגון בקביעה שחוזה פסול בטל (סעיף 30), ובהוראות חוק קוגנטיות (כופות) בתחומים שונים, כגון: חוקי המגן בענף העבודה, הגנת הצרכן, וחוזים אחידים.

[105] ראה למשל: פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], סעיף 86(א); חוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג־1963, סעיף 84. וראה: ד' גליקסברג, גבולות תכנון המס (ירושלים תש"ן), עמ' 213־252.

[106] השאלה כיצד יש להגדיר "עסקה מלאכותית" לעניין דיני המס חורגת ממסגרת דיוננו. נעשו ניסיונות אחדים להגדיר אותה, אך טרם נמצא מבחן ממצה. נראה שההכרעה למעשה תיקבע בכל מקרה לגופו על פי השופט, שיכריע אם להערכתו יהיה זה צודק או בלתי צודק לפטור, באופן מלא או חלקי, את הצדדים שלפניו מתשלום המס מכוח אופן עיצוב החוזה שהתקשרו בו. ראה על כך גליקסברג, שם.

[107] אלא שההוראות שנראה שם חלות אף אם הצדדים התכוונו לחוזה רגיל ולא לחוזה מלאכותי, וביסודן אין עומד דווקא החשש מפני הברחה, אלא מדיניות משפטית הדורשת מן האדם שיהיה הוגן כלפי נושיו בטרם יהיה נדיב כלפי אחרים. וראה ש' לוין וא' גרוניס, פשיטת רגל, מהדורה שנייה (ירושלים תשס"א), עמ' 309. אך ראה ע"א 5779/92 בנק הפועלים נ' אירון חברה לניהול והחזקות (לא פורסם), פסקה 12 לפסק דינו של השופט זמיר.

כפי שניווכח להלן, המשפט העברי דן בפגיעת חוזים מלאכותיים בצד שלישי, אך ההקשרים שבהם נידונו המקרים השונים אינם רלוונטיים עבור החוק. כך הוא, למשל, לגבי חוזים מלאכותיים שמטרתם לעקוף את זכות הקדימה של מצרן לרכישת שדה הגובלת בשדהו (ראה להלן, ליד ציון הערה 129). זכות קדימה זו שמעניק המשפט העברי למצרן אינה קיימת בחוק, ועל כן לא מתעורר אצל הצדדים הרצון לעָקפה.

יש לציין שהפסיקה טרם הרחיבה את חובת תום הלב שבכריתת החוזה שבסעיף 12 ליחסים שבין הצדדים לחוזה לבין אדם שלישי שאינו חלק מן המשא ומתן. ראה: שלו, דיני חוזים, עמ' 95; פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 545. על כן נראה שלא ניתן להיעזר בסעיף 12 כדי להגן על אדם שלישי שנפגע מחוזה מלאכותי. עם זאת, יש לזכור, שבאופן תאורטי, תחולת סעיף 12 יכולה להיות מורחבת, אם מכוח סעיף 61(ב) ואם מכוח

ב. בתלמוד

עמדתו העקרונית של המשפט העברי היא, שחוזה מלאכותי תקף, אם ניכר שהצדדים רצו שהוא יתקיים[108]. כבר במשנה ובתלמוד נידונים חוזים מלאכותיים הפוגעים באדם שלישי, ובלשון התלמוד, חוזי "קנוניה"[109], ובכללם נידונו נישואין וגירושין[110] מלאכותיים, שנועדו לפגוע באדם שלישי. כפי שנראה, החוזים תקפים, אלא שבמקום שהעריכו חכמים שהקנוניה פוגעת שלא בצדק בצד שלישי, הם פעלו בדרכים שונות לסכל את הקנוניה[111].

להלן נסקור כמה חוזים מלאכותיים שנעשו למטרת קנוניה, הנידונים במשנה ובתלמוד[112].

(א) רבן שמעון בן גמליאל דן באדם חסר כול הרוצה לגרש את אשתו, ויש ערב לכתובתה. הדבר מעלה חשד שמא מדובר בקנוניה, כשמטרת הגירושין אינה אלא לאפשר לאישה לגבות

סמכותו הטבועה של בית המשפט לקבוע נורמות כלליות בדרך חקיקה שיפוטית. על כך ראה ג' פרוקצ'יה, "תחולת עקרון תום הלב", הפרקליט לט (תשמ"ט־תשנ"א), עמ' 291. עמדה זו הביע י' וינבוים, בדרך מקובלת ובתום לב (תל אביב תש"ס), עמ' 77. אפשרות תאורטית נוספת להתמודדות עם חוזה מלאכותי הפוגע באדם שלישי היא מכוח סעיף 30. ראה גם ה"פ (ירושלים) 254/93 שיר נ' שיר (לא פורסם).

108 יש בכל זאת חוזים מלאכותיים חריגים, שבוטלו בגלל מטרתם הפסולה, אף שהצדדים התכוונו שיהיו תקפים, אולם כפי שנראה, בכל אחד מהם יש הסתייגות: (א) חוזה מלאכותי שנעשה כדי לעקוף זכות מצרנות בטל, לפי מיעוט הפוסקים, כפי שנראה בהערה 130. (ב) להלן, ליד ציון הערה 141, נראה שהמבי"ט ביטל חוזה מלאכותי, אבל כפי שנראה שם, עיקר טעמו הוא אחר. (ג) חכמי מרוקו תיקנו תקנות לבטל מתנה שניתנה להברחה מנושה וכדומה, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 178; ולפי אוהל שם, שנביא להלן, הערה 176, הרא"ש והרמ"א סבורים שיש לתקן תקנות כאלה בשעת הצורך. אבל מדובר בתקנות, ולא על הדין היסודי. ראה דניאל חדד, "קנוניה, מרמה והערמה משפטית — בין פרקטיקה מסחרית לגיטימית לנורמה פסולה", מגל יד (תשס"ד), עמ' 244־296, הסוקר שורה ארוכה של קנוניות ורמאויות שנזכרו בתלמוד, ומנסח (בעמ' 260-265) חמשה תנאים שחוזה העומד בהם מותר לעשותו, גם אם יש בו מידה של הערמה.

109 הפירוש המילולי של "קנוניה" הוא "רמאות", כפי שפירשו ספר הערוך, ערך קנוניא, ורש"י, שבועות מב ע"ב, ד"ה אדם עושה. ברם, במרוצת הדורות, הביטוי "קנוניה" התפרש כמציין התארגנות של שניים שמטרתה פגיעה באדם שלישי. ראה, למשל: ערכין כג ע"א; שבועות מב ע"ב. לפי הערוך השלם, ערך קנוניא, מקורה של מילה זו במילה יוונית שמשמעותה התחברות של אנשים. ראה גם מילון אבן־שושן, ערך קנוניה. השווה: פקודת המכס [נוסח חדש], סעיף 208; פקודת הרוקחות [נוסח חדש], התשמ"א־1981, סעיף 22(ב); חוק הספנות (הגבלת אחריותם של בעלי כלי שיט), התשכ"ה־1965, סעיף 14. לעומתו, הביטוי "הערמה" השתרש כמציין פעולות משפטיות מלאכותיות שמטרתן לעקוף איסור דתי (כגון אלה שנסקור בנספח לסעיף זה). ראה, למשל, אנציקלופדיה תלמודית, ערך הערמה, כרך ט, עמ' תרצז. ראה גם: מילון בן יהודה, ערך הערמה; מילון אבן־שושן, ערך הערמה. להבחנה בין "הערמה" ל"מרמה", ראה פירוש המשנה לרמב"ם, תמורה, פרק ה, משנה א.

לדעת קובץ שיעורים, בבא בתרא, סימן תרמז, הביטוי "קנוניה" משמש רק כשמדובר בגבייה שלא כדין. כנראה, הוא מסתמך על כך שביטוי זה מופיע בתלמוד רק במשמעות של מזימות לגבות שלא כדין (בבא מציעא יג ע"א; בבא בתרא קעד ע"ב). ראה בשמו להלן, הערה 117.

להגדרת המונח "קנוניה", ראה ד' חדד שם, עמ' 248־260.

110 יש להעיר, שלפי דין התלמוד (לפני תקנת רבנו גרשום, שאסרה זאת), יכול בעל לגרש את אשתו בעל כורחה, ועל כן אין מדובר באקט משפטי המצריך גמירות דעת של שני צדדים, כמו חוזה, אלא בפעולה משפטית חד צדדית.

111 חריג לכך הוא מתנה להברחה מנושים, שלדעת הרמ"א, להלן הערה 175, היא תקפה אם ניכר שהנותן התכוון למתנה גמורה, והנושים יפסידו. ראה שם לטעם הדבר.

112 על חוזים מלאכותיים שמטרתם לעקוף איסורים דתיים, ראה בנספח לסעיף זה.

את כתובתה מן הערב, ובדעת הבעל לחזור אחר כך ולשאת שנית את גרושתו כשיהיו נכסי הערב בידיהם[113]. כדי למנוע את הדבר, פוסק רבן שמעון בן גמליאל: "הערב לאישה בכתובתה, והיה בעלה מגרשה, ידירנה הנאה, שמא יעשו קנוניא על נכסים של זה, ויחזיר את אשתו". כלומר, לדעת רבן שמעון בן גמליאל, קודם שהערב משלם לאישה את כתובתה, על הבעל לאסור עליה בנדר ליהנות ממנו כל ימי חייה, ובכך תימנע האפשרות שיחזור וישאנה שנית[114]. בדרך זו מבקש רבן שמעון בן גמליאל למנוע את האפשרות של גירושין למטרת קנוניה[115].

ברי שגירושין שכל מטרתם היא לגבות את הכתובה מן הערב, אינם אלא גירושין מלאכותיים. ממשנה זו אנו למדים שגירושין כאלו תקפים, שכן לולא היה להם תוקף, לא הייתה האישה זכאית לגבות את כתובתה, וממילא לא היה רבן שמעון בן גמליאל צריך לתקן את התקנה שתכליתה לסכל את הקנוניה[116]. ואכן, יש אפשרות שהבעל יגרש את אשתו בלי להדיר אותה, והאישה תגבה את כתובתה מן הערב, מפני שהגירושין תקפים, אף שמדובר בקנוניה[117]. אבל לכתחילה, חייב הבעל לנדור, כאמור, וזאת משום שהבעל והאישה מנסים

[113] בבא בתרא קעג ע"ב.

[114] כך לפי הגרסה: "ידירנה הנאה". תשובות הגאונים שערי צדק, חלק ד, שער ד, סימן ג, גורס: "ידיר הנאה", היינו, שעל הבעל לנדור שלא ייהנה ממנה, וממילא לא יוכל לשאתה שוב.

[115] כדעתו פסקו: רמב"ם, הלכות אישות, פרק יז, הלכה ט; שולחן ערוך, אהע"ז, סימן קב, סעיף ז.
רשב"ם, בבא בתרא קעג ע"ב (ד"ה ידירנה), ושולחן ערוך שם, כותבים שהוא צריך לנדור נדר "על דעת רבים", מפני שאם ינדור נדר רגיל, יש חשש שיתיר את הנדר אצל חכם, ונמצא משיג את מטרת הקנוניה, ואילו נדר על דעת רבים אי אפשר להתירו.
חשוב לזכור, שסיכול הקנוניה מושג על ידי שימוש בנדר, שתכליתו להבטיח שגירושי בני הזוג ייעשו למטרה המקורית של הגירושין, ולא כדי שתוכל האישה לגבות את כתובתה מן הערב. "מחיר" השימוש בנדר למטרה זו הוא מניעת האפשרות מבני הזוג לחזור זו אל זה בעתיד, למרות שעל פי דין מותר לאדם להחזיר את גרושתו, "וגם ראוי לעשות כן" (ספר החינוך, מצווה תקפ). כלומר, ניתנת עדיפות להגנה על אינטרס הערב באמצעות השימוש בנדר על פני האפשרות של בני הזוג לחזור ולהינשא מחדש זה לזו.
דין דומה אומר ר' אליעזר, בערכין כג ע"א, לגבי מי שגירש את אשתו לאחר שהקדיש את נכסיו. גם ביחס אליו, מתעורר החשד שגירושי אשתו נועדו להוציא את נכסיו מרשות ההקדש, שכן האישה זכאית לגבות את כתובתה מנכסים אלו שהיו משועבדים לה, ובדעת הבעל לחזור ולשאת את אשתו שוב לאחר גביית הכתובה. ר' אליעזר מחייב את האיש לנדור הנאה מאשתו כשיגרש אותה. וכך פוסקים רמב"ם, הלכות אישות, פרק יז, הלכה י, ושולחן ערוך, אהע"ז, סימן קב, סעיף ח.

[116] אפשר לדחות הוכחה זו, שכן ייתכן שאם ידוע שזאת כוונתו, הגירושין אינם תקפים, ובכל זאת התקנה הוצרכה, שמא יטען הבעל שהתכוון לגרש אותה בלב שלם, ואז תגבה את כתובתה, ואחר כך יחזיר אותה.

[117] בבבא בתרא קעד ע"ב ובערכין כג ע"א, במעשהו של רב הונא, נאמר שאם הבעל הוא תלמיד חכם עני והערב לכתובה הוא אביו, והאב מסרב לסייע לבנו במצוקתו, מותר לייעץ לבעל לעשות קנוניה זו, למרות שבדרך כלל אסור לייעץ לאחר לעשות כן, והמייעץ לעשות כן נקרא "רשע ערום" (ראה: בבא בתרא קלז ע"ב; כתובות צה ע"ב; סוטה כא ע"ב; ערכין כג ע"א־ע"ב). התלמוד מסביר שאף שהבעל צריך לנדור הנאה, יש מקום לעצה זו, מפני שלפעמים הבעל מגרש מחוץ לבית דין, ולא ינדור הנאה, והערב יפרע בלי לדעת שעל הבעל לנדור קודם. משם מדייק שו"ת הרמ"א, סימן לג, שבדיעבד, אם גירש בלא לנדור, היא גובה את כתובתה. חידושי רבי עקיבא איגר, אהע"ז, סימן קב, ס"ק ז, משאיר את דבריו ב"צריך עיון", ונראה שכוונתו להקשות, הרי הבעל נודר לפני גביית הכתובה, ואיזה מקום יש להבחין בין לכתחילה לבין דיעבד? אפשר שכוונת הרמ"א היא, שייתכן שהערב יפרע מחוץ לבית דין בלי לדעת על התקנה, כאמור בתלמוד שם. עוד ייתכן שהוא מפרש כמו הפלאה, קונטרס אחרון, סימן קב, ס"ק יג, שהתקנה היא שידיר אותה לפני הגירושין, ואז לא יוכל להחזיר אותה, לפי שולחן ערוך, אהע"ז, סימן י, סעיף ז, האומר שהמגרש

באמצעות הקנוניה להתעשר שלא כדין על חשבון הערב, ועל כן הדבר נחשב לאינטרס פסול, וחכמים מעוניינים לסכל אותו.

(ב) אם אדם חסר כול מגרש את אשתו לאחר שמכר את שדותיו לאחרים, מתעורר חשד שמא מדובר בקנוניה שמטרתה לאפשר לאישה לגבות את השדות מהלקוחות, שכן הם משועבדים לכתובתה, ובדעתו לשוב לשאת אותה כשהשדות בחזקתה. חרף חשש זה, נפסק[118] שאין הבעל צריך להדיר את אשתו קודם לגירושין, ובכך למעשה מתאפשרת הצלחתה של קנוניה זו. התלמוד מנמק זאת בכך שהקונה הסתכן מרצון כשקנה את השדה מאדם נשוי, שהרי היה עליו לדעת שהיא משועבדת לכתובת האישה ושייתכן ששעבוד זה ימומש. כיוון שהוא הפסיד לעצמו, חז"ל לא ראו לנכון לסכל קנוניה זו[119].

כאן מתעוררת השאלה, מדוע דינו של הערב במעשה הקודם שונה מדינו של הקונה? והלוא אף הערב לכתובת אישה ידע שהבעל עלול לרדת מנכסיו, ובתור ערב יהיה עליו לפרוע את הכתובה! על כך משיב התלמוד[120]: "ערב... מצווה הוא דעבד [=שעשה], ולאו מידי חסרה [=ולא חיסר את האישה דבר], אלא לוקח מכדי מידע ידע דכל חד וחד איכא עליה כתובה, אמאי ניזיל וניזבון? איהו הוא דאפסיד אנפשיה! [=כיוון שידע שכל אחד ואחד יש עליו חיוב כתובה, מדוע הלך וקנה ממנו קרקע משועבדת לכתובה? הוא שהפסיד לעצמו!]". כלומר, אמנם בשני המקרים האדם השלישי הסתכן מרצון, אולם הערב לכתובה עשה כן לצורך מצווה, כדי לשכנע את האיש לשאת את האישה, בלא שבאה לו מכך טובת הנאה, ועל כן פעלו חכמים לסכל את הקנוניה נגדו.

אישה מפני שנדרה, אינו יכול להחזיר אותה גם אם יתירו לה את הנדר; ועל כך אומר הרמ"א, שאם כבר גירש אותה בלי שנדרה, יכולה לגבות מן הערב בלי לנדור, אף שיש חשש לקנוניה.

לדעת קובץ שיעורים, בבא בתרא, סימן תרמז (הובא בחוק לישראל, ערבות, עמ' 120), אם אכן התכוונו לקנוניה, הערב פטור מלשלם, בנימוק שערב בטעות, ואילו ידע שיעשו קנוניה, לא היה נותן ערבות. הוא כותב כך כדי להסביר את השימוש במונח "קנוניה", המציין (לדעתו) מזימה לגבות שלא כדין (ראה בשמו לעיל, הערה 109). אפשר שהוא יסכים לרמ"א, שאם הבעל גירש בלי לנדור הנאה מן האישה, גובה כתובתה מן הערב, וזאת מפני שהבעל והאישה טוענים שלא התכוונו לקנוניה, והערב פטור רק אם יוכיח שהתכוונו לקנוניה (ואכן אם מיד אחרי תשלום הכתובה, יינשאו שוב, יש להניח שהדבר ייחשב הוכחה שמראש התכוונו לקנוניה, ויצטרכו להחזיר לערב את דמי הכתובה; אבל הרמ"א מדבר במצב שלא החזיר אותה מיד אחר כך); והתקנה הייתה שהבעל ינדור כדי למנוע מצב שיתכוונו לקנוניה, ובכל זאת יגבו מן הערב מתוך שלא יוכל להוכיח כוונה לקנוניה.

[118] ערכין כג ע"ב (הובא במרדכי, בבא בתרא, סימן תרמח); רמב"ם, הלכות אישות, פרק יז, הלכה י; שולחן ערוך, אהע"ז, סימן קב, סעיף ט.

[119] וכך כתב הרמב"ם, שם: "שכבר ידעו הלקוחות שיש עליו כתובת אישה, והם הפסידו על עצמם ולקחו נכסים שתחת שעבודה".

בלשון אחרת: כדי להגן על עצמו, יכול היה הקונה לנקוט אחת משתי הפעולות הבאות: (א) לתמחר את הסיכון שהוא נוטל על עצמו בתוך המחיר שהוא משלם למוכר עבור הנכס. (ב) להחתים את אשתו של המוכר על כתב ויתור על שעבוד הכתובה על קרקע זו, בדומה לנהוג בבנקים כיום (בגלל הלכת שיתוף בנכסים) כלפי אדם נשוי הבא ללוות מן הבנק ולשעבד את נכסיו, שמחתימים את אשתו על ויתור על זכויותיה בנכסים. ראה רע"א 8791/01 שלם נ' טוינקו (טרם פורסם). משלא עשה כן, אין לו להלין אלא על עצמו.

מכאן (וממקורות נוספים) מסיק שו"ת הרמ"א, סימן לג, כלל, שאם הצד שנגדו נעשתה הקנוניה היה יכול להישמר מפניה מראש, ולא עשה כן, אינו יכול להיפטר מחיובו על פי החוזה בטענה שנעשתה קנוניה.

[120] ערכין שם.

(ג) הדין הוא שמי שנפטר אחיו כשהוא ערירי, וייבם את האלמנה, נכסי הנפטר משועבדים לכתובתה. שִעבוד זה נרחב יותר מן השעבוד הרגיל של בעל כלפי כתובת אשתו, שכן כל הקרקעות שיורש היבם מאחיו המת משועבדים לכתובת היבמה, אף אם הם עודפים על הסך הנקוב בכתובה[121]. על כן אין לְיָבם כוח למכור קרקע כלשהי שירש מאחיו[122].

עם זאת, נקבעה בברייתא[123] דרך שבה בכל זאת יכול היבם למכור חלק מנכסי אחיו כשהם נקיים משעבוד הכתובה: "ר' אבא אומר: שאלתי את סומכוס, הרוצה שימכור בנכסי אחיו, כיצד הוא עושה?... מגרש בגט ויחזיר". כלומר, היבם יכול לגרש את היבמה, לשלם לה את כתובתה מתוך נכסי אחיו, ואחר כך לחזור ולשאתה כאשר שאר הנכסים נקיים מכל שעבוד[124]. אם כן, לפנינו דוגמה נוספת לגירושין מלאכותיים, שבהם היבם מגרש את אשתו כדי ליהנות מתוצאה משנית הנובעת מן הגירושין: הפקעת השעבוד שחל על הנכסים שירש מאחיו. כפי שניתן לראות מסוגיה זו, תוקפם של הגירושין המלאכותיים אינו מוטל בספק, ואף אין התנגדות לעשייתם. חכמים לא התנגדו ל"קנוניה" זו, מפני שמטרת היבם הייתה להסיר את השעבוד מנכסי העיזבון בלא שהאישה תיפגע, שכן גביית מלוא דמי כתובתה התאפשרה בלא מפריע[125].

(ד) חז"ל תיקנו שהאב חייב לתת מנכסיו לבתו העומדת להינשא, ואף לאחר מותו, זכאיות בנותיו לקבל סכום מסוים מעיזבונו לצורך נישואיהן. זכות זו מכונה "פרנסה"[126]. רבי יהודה הנשיא ורבי שמעון בן אלעזר נחלקו[127] בשאלה אם בנות שמת אביהן והגיעו לגיל בגרות (גיל שתים עשרה וחצי) בטרם נישאו, זכאיות לקבל את פרנסתן מתוך נכסי העיזבון. רבי שמעון בן אלעזר סובר ש"איבדו את פרנסתן", מפני שלדעתו זכות הפרנסה ניתנת רק לבת הנישאת בקטנותה או בנערותה[128]. אך הוא מייעץ להן: "כיצד הן עושות? שוכרות להן בעלים, ומוציאין

[121] להסבר דין זה, ראה: רש"י, כתובות פא ע"א, ד"ה מגרשה; תוספות, כתובות פא ע"א, ד"ה הרוצה; רמב"ם, הלכות אישות, פרק כב, הלכה יא.

[122] לא כן בעל רגיל, שיכול למכור משדותיו המשועבדים לכתובת אשתו, ורק אם לא יישארו לו נכסים "בני חורין", תוכל האישה בהגיע זמן גביית הכתובה לגבות נכסים אלו מהלקוחות, כמו שכתבו רמב"ם, הלכות אישות, פרק טז, הלכה י, ושולחן ערוך, אהע"ז, סימן ק, סעיף ג. כמו כן, הבעל יכול לייחד קרקעות מסוימים לכתובתה באופן שתגבה רק מהם, כמו שכתבו רמב"ם, הלכות אישות, פרק טז, הלכה יג, ושולחן ערוך, אהע"ז, סימן צו, סעיף א.

[123] כתובות פא ע"א. ראה על כך בירור הלכה, כתובות שם, אחרי ציון ג.

[124] הדבר אינו אפשרי אם היבם כהן, שכן אסור לו לשאת אישה גרושה. על כן, אומר סומכוס שם, שאם ברצונו לשחרר את הנכסים משעבוד הכתובה בלא לגרש את יבמתו, מוצע לו לערוך סעודה לכבוד היבמה, ולשכנעה להסכים שימכור חלק מנכסי אחיו המת, העודפים על סכום הכתובה. כך פירש רש"י, כתובות פא ע"א, ד"ה ויפייס.

[125] כפי שהסבירו תוספות, כתובות פא ע"א (ד"ה מגרשה בגט), חוסר יכולתו של היבם למכור נכסים מעבר לסכום הכתובה נובע מנימוק טכני בלבד.

[126] רמב"ם, הלכות אישות, פרק כ, הלכות א־ג.

[127] ברייתא, כתובות סח ע"ב.

[128] נציין שאין הלכה כרבי שמעון בן אלעזר. כך פסק רמב"ם, הלכות אישות, פרק כ, הלכה יג.
דוגמה נוספת בתלמוד לנישואין מלאכותיים היא המעשה בבבא מציעא קא ע"ב, באדם שנשא אישה בנישואין מלאכותיים כדי שיוכל לאחסן אצלה יין שהיה לו. האישה סירבה תחילה להשכיר לו מקום לאחסון היין, ועל כן הוא קידש אותה, ובעקבות כך נאותה לאחסן את היין אצלה, ואז הוא שלח לה גט (לפי גרסת הרי"ף, בבא מציעא נט ע"א, בדפי הרי"ף, מראש היא התנתה את רשות האחסון בכך שיישא אותה). כשקיבלה האישה את הגט, שכרה סבלים על חשבון דמי היין המאוחסן אצלה, והוציאה את היין אל מחוץ לרשותה (לדעת הרמ"ך, המובא בשיטה מקובצת, היין אף נשפך והתקלקל). רב הונא בנו של רב יהושע

להן פרנסתן". כלומר, עליהן להינשא נישואין מלאכותיים בעודן קטנות או נערות, ולגבות את דמי פרנסתן מעיזבון אביהן, ויכולות להתגרש אחר כך ולהמתין לזיווג מתאים. הביטוי "שוכרות להן בעלים" מלמד על המלאכותיות של הנישואין האלו, הפוגעים למעשה בזכויות אחיה ואחיותיה של אישה זו, שכן הם היו מקבלים חלקים גדולים יותר מהעיזבון, לולא הייתה היא מקבלת את חלקה. חרף זאת, הנישואין תקפים, ורבי שמעון בן אלעזר אף מייעץ לבת להינשא בנישואין כאלה. מדוע לא ראו חכמים לנכון לסכל את הקנוניה? מפני שמטרתה להגן על אינטרס לגיטימי, שכן היא משווה את זכותה של אישה שלא מצאה את זיווגה בטרם בגרה עם זכויות שאר אחיותיה.

(ה) מי שיש לו שדה בצד שדהו של חברו, יש לו זכות קדימה, זכות "בר מצרא", לקנות את השדה של חברו, אם היא עומדת למכירה, לפני אדם מן החוץ. אבל אין לו זכות קדימה לפני אדם אחר שגם לו יש שדה בצד השדה העומדת למכירה. התלמוד[129] דן באדם שביקש למכור לאדם מן החוץ שדה באמצע שדותיו. בעיקרון, אין לכך מניעה, שהרי אין שום אדם שהוא מצרן לשדה זו (שכן היא מוקפת שדות של המוכר). אבל הדבר עורר חשד לקנוניה, שמא המכירה נועדה לאפשר למוכר למכור לאותו קונה את שאר השדות שבבעלותו, שכן לאחר שהקונה רכש את השדה האמצעית, גובלת שדהו זו בשדותיו האחרות של המוכר, וממילא יש לו מעמד של מצרן כמו שאר המצרנים. התלמוד קובע: "חזינן, אי עידית היא [או] אי זיבורית היא — זביניה זביני. ואי לא — איערומי קא מערים". לאמור, אם השדה האמצעית שונה בטיבה משאר השדות, כגון שהיא משובחת יותר או גרועה יותר, יש תוקף לעסקה, מפני שיש להניח שביסוד המכירה עומד מניע כלכלי ולא קנוניה. לעומת זאת, אם אין הבדל מהותי בין השדות, יש להסיק שמדובר בחוזה קנוניה, ולמצרנים יש זכות קדימה ברכישת השדה[130]. כיוון שהמוכר והקונה מבקשים להעניק לקונה יתרון בלתי הוגן על פני המצרנים, פעלו חכמים לסכל את הקנוניה באמצעות הענקת זכות קדימה למצרנים. וכך הסביר ר' שלמה דוראן[131] לגבי מעשה מכירת השדות ומעשים דומים: "כל זה הוא הגם שהדין נותן שיתקיים המעשה, אלא שרז"ל הפרו עצת המערימים על תמימי דרך ההולכים לפי תומם".

פסק שאישה זו נהגה כדין, שכן "כאשר עשה, כן יעשה לו, גמולו ישוב בראשו" (ראה על כך: ערוך השולחן, חו"מ, סימן שיט, סעיפים א־ב; חוק לישראל, שומרים, עמ' 41). ש' שילה, "ההערמה בתלמוד", שנתון המשפט העברי ח (תשמ"א), עמ' 309, 338, למד מדברים אלו שחוזה מלאכותי תקף, שכן קידושין אלו נעשו רק למטרת אחסון היין, והתלמוד לא ערער על תוקפם. ברם, יש לציין ששאלת תוקפם של הקידושין כלל לא עמדה לדיון בסוגיה זו (שהרי בלאו הכי הבעל גירש אותה), ונידונה רק זכותה של האישה להוציא באופן חד צדדי את היין מרשותה על חשבונו של בעל היין. כיוון שקידושין מלאכותיים אלו נעשו ברמאות, נתנו חכמים לאישה את האפשרות לפעול כנגד בעל היין באופן חד צדדי. יודגש שהמאפיין המלאכותי של קידושין אלו הוא רק מצדו של הבעל, שכן האישה התכוונה לקידושין רגילים.

[129] בבא מציעא קח ע"א־ע"ב.

[130] לפי חלק מן הדעות, בגלל קנוניה זו בטל המכר של השדה האמצעית. כן פירשו רב האי גאון, המובא בר"ש, בבא מציעא, פרק ט, סימן כה, ורש"י, בבא מציעא קח ע"ב, ד"ה ואי לא. אבל הלכה נפסקה שהמכר של השדה האמצעית תקף, אלא שלגבי שאר שדותיו של המוכר, יש זכות קדימה למצרנים האחרים ולא לקונה השדה האמצעית. כך פסקו: רא"ש, שם; רמב"ם, הלכות שכנים, פרק יג, הלכה ה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעה, סעיף כח. טור, חו"מ, סימן קעה, סעיף מה, מביא את שתי הדעות, וראה על כך בית יוסף, שם. הדין מובא בשו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כג, כדוגמה להערמה הנפסלת.

[131] שו"ת ר' שלמה דוראן (תשב"ץ, חלק ד, טור א), סימן כט.

(ו) התלמוד[132] מספר על אדם שמִשכן חלקת קרקע לנושהו, וכעבור שלוש שנים דרש הנושה מבעל החלקה שימכור לו אותה, ואיים שאם לא יעשה כן, הוא יטען שקנה אותה (תוך הסתמכות ראייתית על חזקת שלוש שנים), ויסתיר את הראיות הסותרות את טענתו. כששמע זאת בעל הקרקע, הקנה אותה בסתר לבנו הקטן, ואחר כך "מכר" אותה לממשכן. התלמוד קובע, שהמכירה לממשכן בטלה בגלל המתנה שקדמה לה. יש מהראשונים שפירשו שהמתנה שניתנה לבנו תקפה, ועל כן היא מבטלת את המכר[133]. חכמים לא פעלו לסכל קנוניה זו, מפני שהיא נועדה להגן על זכותו הלגיטימית של בעל הקרקע שלא למכור את נכסיו בניגוד לרצונו.

(ז) הלכה היא שמי שחציו עבד וחציו בן חורין, כופים את האדון לשחרר אותו, מפני שאינו יכול לשאת אישה[134]. מעשה בעבד של שני שותפים, שאחד מהם שחרר את חלקו, ובכך הפך את העבד לחציו עבד וחציו בן חורין, אבל השותף השני לא רצה שיכפו עליו לשחרר את חלקו, ומיהר להקנות את חלקו לבנו הקטן, שאי אפשר לכפות אותו. אמרו חכמים: "כאשר עשה, כן יעשה לו, גמולו ישוב בראשו", וגמלו לו בהערמה כנגד הערמתו, על ידי שכנוע הבן בסכום כסף קטן לשחרר את העבד[135]. זאת מטרה שאינה לגיטימית, להשאיר את העבד במצב שאינו יכול לשאת אישה, ולכן חכמים פעלו לסכל את ההערמה.

(ח) לוי שמכר שדה לישראל, והתנה עמו, "על מנת שמעשר ראשון שתפריש מפירות השדה יהיה שלי", המעשר ראשון של הלוי. אבל אם אחר כך מכר הישראל את השדה לאחר, כבר אין ללוי זה זכות לקבל את המעשר. גם אם מכר את השדה לאחר וקנה אותה ממנו מיד לאחר מכן, כך שהמכירה הראשונה הייתה מלאכותית ונועדה בעיקר להפקיע את זכותו של

[132] בבא מציעא עב ע"א.

[133] חידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא עב ע"א, ד"ה אזל (בהסברו הראשון); חידושי הריטב"א הישנים, שם. אבל לפי רמ"ך, המובא בשיטה מקובצת, שם, בפירושו הראשון, וחידושי הריטב"א החדשים, שם, בהסברו השני, המתנה לבנו הקטן הייתה למראית עין בלבד, והבן לא קנה, מפני שברור שאביו לא התכוון לתת לו, ובכל זאת היא משמשת כ"מודעא", השוללת את תוקפו של המכר שבא אחריה (בדומה למה שראינו לעיל, הערה 37).

[134] גיטין מא ע"ב.

[135] גיטין מ ע"א־ע"ב. וכך פסקו: רמב"ם, הלכות עבדים, פרק ז, הלכה ח; שולחן ערוך, יו"ד, סימן רסז, סעיף סג. ראה על כך: חזון איש, אהע"ז, סימן עו, ס"ק יב; ובהרחבה, בירור הלכה, גיטין מ ע"א, ציון ח.
שו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קע, ענף ז, ס"ק ד, מסביר ששם מעיקר הדין המתנה תקפה, כיוון שהיא מתנה במקצת נכסיו בלבד (ראה לעיל, הערה 27, שרק במברחת שנתנה את כל נכסיה, המתנה בטלה), ומכל מקום, מצאו חכמים אמצעי להפקיע אותה. שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן מב (דף מב ע"ב), מסביר שיש תוקף להקנאה, מפני שמעיקר הדין הוא רשאי להחזיק בעבד, והחובה לשחררו היא רק תקנת חכמים. יד רמה, בבא בתרא, פרק א, סימן קעג, ד"ה הדין וד"ה והיכא דאברחיה (הובא בשו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שס, ובשו"ת ויאמר יצחק, חלק ב, סימן קפ), מוכיח מסוגיה זו, ששותף בדבר שאין בו כדי חלוקה, הרוצה לחלוק את הנכס, שזכאי לדרוש משותפו "גוד או אגוד" [=קנה את חלקי או אקנה את חלקך], והשותף האחר (שרוצה בהמשך המצב הקיים) הקנה את חלקו לבנו הקטן כהברחה, שכן מהקטן אי אפשר לדרוש "גוד או אגוד" — מעמידים אפוטרופוס שיברור לקטן אם לקנות או למכור, אף שבדרך כלל אין מעמידים אפוטרופוס לצורך זה (לפי דעה אחת — ראה חוק לישראל, שיתוף נכסים, עמ' 201), כיוון שהשותף התכוון להשתמט.
על תוקפו של השחרור בידי הקטן, ראה: ש' אטלס, "הערמה משפטית בתלמוד", ספר היובל לכבוד לוי גינצבורג (ניו יורק תש"ו), חלק עברי, עמ' כד = נתיבים במשפט העברי (ניו יורק תשל"ח), עמ' 293־294.

הלוי, אין ללוי זכות במעשר[136]. אפשר לנמק זאת, שהלוי לקח על עצמו את הסיכון שזה יקרה, ואילו רצה למנוע זאת, היה צריך להתנות שהמעשר יישאר שלו גם אם ימכור הקונה את השדה לאחר. משלא עשה כן, איננו צריכים להגן עליו.

ג. בספרות השו"ת

אף בספרות השאלות והתשובות, אנו מוצאים שהבחנה זו, בין חוזה מלאכותי המגן על אינטרס לגיטימי לבין חוזה מלאכותי הפוגע שלא בצדק באדם שלישי, משמשת אבן בוחן בקביעת מעמדו המשפטי של החוזה המלאכותי. כאשר נתקלו הפוסקים בקנוניה שנועדה לפגוע באדם שלישי שלא בצדק, פעלו לסיכולה מלכתחילה, קודם שבוצעה, או בדיעבד, לאחר עשייתה. להלן כמה חוזים מלאכותיים שנעשו למטרת קנוניה, הנידונים בספרות השו"ת.

(א) הגאונים[137] פסקו בדינו של אדם שגירש את אשתו כדי לפרוע לה את כתובתה, ובכך להבריח את נכסיו מנושיו, שיש להשביעו שלא יישא אותה אחר כך שוב ושלא ייהנה ממנה. הגאונים אף הוסיפו, שאם הבעל נתן לאישה מיטלטלין כפירעון כתובתה, יש להוציאם מחזקת האישה ולהעבירם לנושים, אף במקום שנהגו שמיטלטלין משתעבדים לכתובה, שכן "בכי הדא מילתא, דעבד בנכילו לאפקועי ממונא — מיקנס קנסינן ליה [=בדבר זה, שעשה בנוכלות להפקיע ממון — קונסים אותו]". הרי שלמרות שהגירושין תקפים, פעלו הפוסקים לסיכול המטרה הפסולה שהגירושין נועדו להשיג[138].

(ב) הרמב"ם[139] נשאל על איש שנשא אישה, וכתב בכתובתה שאם תמות בלא בנים, ישיב את מחצית נדונייתה ליורשיה מבית אביה. לאחר מכן, נתנה האישה את נכסי הנדוניה לאדם שלישי במתנה בהסכמת בעלה, והדבר עורר חשד שיש כאן קנוניה, שהמתנה ניתנה על דעת שהמקבל יחזיר אחר כך את הנכסים לבעל, כשהם נקיים מן החובה להשיבם ליורשי האישה אם תמות בלא בנים. הרמב"ם פסק שהמתנה תקפה, אך חִייב את הבעל לנדור הנאה מנכסי הנדוניה, כדי למנוע את הצלחת הקנוניה (אם הייתה). אפשרות אחרת שמציע הרמב"ם היא, להחרים "חרם סתם" בפני הבעל ומקבל המתנה על כל מי שעשה קנוניה כלשהי במתנה זו.

(ג) מהר"ם מרוטנבורג[140] נשאל על מי שהיה חייב חוב בעל פה, ונתן את כל נכסיו לאחר במטרה להפקיע אותם מהנושה, ופסק שכופים את הנותן לנדור הנאה מן הנכסים, שמא התכוון לעשות קנוניא עם המקבל על חשבון הנושה.

(ד) ר' משה מטראני[141] נשאל על אדם ששכנע את אשתו למכור לאביו את מחצית זכותה

[136] בבא בתרא סג ע"א. שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף שכה (רנד), מדייק מלשון הסוגיה שכך הוא הדין גם אם המכירה נעשתה בהערמה.

[137] תשובות הגאונים שערי צדק, חלק ד, שער ד, סימן ג.
בדומה לזה, פסק הרשב"א, בתשובה המובאת בכנסת הגדולה, חו"מ, מהדורא בתרא, סימן צט, הגהות בית יוסף, אות ו (מ' אלון, חרות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי, ירושלים תשכ"ד, עמ' 121, מציין שתשובה זו אינה נמצאת בקובצי שו"ת הרשב"א המודפסים): מי שגירש את אשתו כדי לשלם לה את כתובתה וכדי להימנע בכך מלשלם לנושה שלו, צריך לנדור הנאה מאשתו עד שיפרע את חובו.

[138] אמנם הגירושין נעשו בצורה מלאכותית, אך אין בהם כדי לגרום נזק לנושים. על כן התמקדו הגאונים בהוצאת המיטלטלין מן האישה, שכן בהם ניכר הנזק לנושים.

[139] שו"ת הרמב"ם (מהד' בלאו), סימן שעד.

[140] מהר"ם, המובא במרדכי, בבא בתרא, סימן תרמח. על דבריו ראה להלן, הערה 175.

[141] שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן ב.

לקבלת הכתובה, תוך שידע שאביו לא יגבה ממנו את דמי הכתובה. בשטר הכתובה נקבע שהאישה אינה יכולה למחול על כתובתה אלא בהסכמת אביה, וזאת כדי להגן על האישה מפני ניסיונות פיתוי של הבעל שתמחל על כתובתה. הבעל סבר שיוכל "לעקוף" תנייה זו על ידי פיתוי האישה למכור את זכותה לאביו. המבי"ט פסק, שכיוון שמטרת המכירה לאב היא לפטור את הבעל מחובת תשלום דמי הכתובה, יש לבטלה, מפני שיש לבטל את עצתם של המערימים. יש לציין, שבמעשה זה, יוזם הקנוניה (הבעל) אינו צד לחוזה, ודווקא האישה, שהיא אחד מן הצדדים לחוזה, היא הנפגעת מן הקנוניה. חרף זאת, נחלץ ר' משה מטראני לעזרת הנפגעת וביטל את החוזה[142].

(ה) חכמי מרוקו התקינו תקנה על כגון זה בשנת ש"ה, שאם בית הדין רואה שאדם נותן מתנה במטרה להבריח את נכסיו ממי שנכסיו מגיעים לו, "הואיל וחב לאחרים, לא יחרוך רמיה צידו, ולא תעשינה ידיו תושיה... כיון שראינו כמה מרמות נעשות בכל יום, השעה צריכה לכך"[143]. פוסקי מרוקו יישמו תקנה זו לעניין מי שנתן מתנה לבניו מאשתו הראשונה, והנסיבות העידו שמטרתו הייתה, שאם אשתו השנייה תמות בלי בנים, לא יצטרך לתת מנכסיו ליורשי האישה (שהיו זכאים לכך על פי "תקנת ההישבון")[144].

(ו) ר' חיים בנבנשתי[145] נשאל על ראובן שהיה שותף עם שמעון בבית שהיה זקוק לתיקון,

[142] נראה שעיקר נימוקו של המבי"ט הוא הנימוק שפתח בו את תשובתו, שבכתובה נכתב שהבעל התחייב שלא להפקיע את הכתובה, ומה שעשה כאן הוא הפקעה. רק לאחר מכן הוא מוסיף את הנימוק של הערמה. עוד ניתן לנמק, שהאישה לא מכרה בלב שלם, אלא עקב הפצרות הבעל.

[143] את התקנה הביאו: שו"ת אבני שיש (אביטבול), חלק א, סימן ל; שו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק ב, סימן רסח (ד"ה ואכן); שו"ת ויאמר יצחק, חלק ב, סימן קצב, דף קסה ע"א; שו"ת ליצחק ריח, חלק א, סימן לג (מה ע"ב); שו"ת הלכה למשה, שצוינה לעיל, הערה 39. התקנה מסתמכת גם על דברי הרא"ש, שנביא להלן, ליד ציון הערה 177. ויאמר יצחק שם, ליצחק ריח שם, ור' עיוש אלמליח, ר' שם טוב אבן עטר, ור' שאול ישועה אביטבול, באבני שיש שם — מדגישים שהתקנה באה לבטל אפילו מתנה של מקצת הנכסים, אם ניכר שהתכוון להבריח, אף שלעניין מברחת, רק אם נתנה את כל נכסיה יש אומדנא שהתכוונה להבריח ולא לתת מתנה (ראה לעיל, הערה 27). השווה אוהל שם, להלן הערה 176, על הרחבת הביטול למתנה של מקצת הנכסים.

רש"י אביטבול שם לומד מלשון התקנה שגם אם הנותן כתב לשון "מתנה חלוטה", המתנה בטלה אם התכוון להבריח.

[144] תשובות של חכמים אחדים באבני שיש שם (הובא בשו"ת שושנים לדוד (צבאח), חלק ב, אהע"ז, סימן נה). רש"י אביטבול כותב, שעצם העובדה שיש לו בנים מהאשה הראשונה ולא מהאישה השנייה היא יסוד לאומדנא שהתכוון להבריח מיורשי השנייה.

רש"ט אבן עטר שם כותב, שהמתנה בטלה רק אם יש גם אומדנא שלא התכוון למתנה אמתית, כגון שגם אחרי המתנה, נשארו הנכסים בידו. אבל שאר המשיבים שם לא הזכירו תנאי זה, וכנראה, לדעתם גם אם התכוון למתנה אמתית, עצם הרצון להבריח ולפגוע ביורשי האישה הוא סיבה לבטל את המתנה, "לשבור מלתעות עוול", בדומה לדברי אוהל שם, שנביא להלן, ליד ציון הערה 176.

ר' עיוש אלמליח כותב, שגם אם נכתבו בשטר לשונות "ייפוי כוח", המתנה בטלה, מפני שגם את זה עשה בהערמה. כמו כן, רש"ט אבן עטר קובע, שגם אם נאמר בשטר שאם ימות בן אחד, תינתן המתנה לבן אחר, אין זה מראה שהנותן התכוון למתנה אמתית, מפני שייתכן שעשה זאת למטרת אותה הברחה, מפני שחשש שימות הבן הראשון ואז יחזרו הנכסים אליו (לבעל), ויצטרך לתתם ליורשי אשתו.

בשאלה אם יש תוקף למתנה שנותנת אישה לבעלה מהנדוניה שלה, כדי לעקוף את "תקנת ההישבון" המעניקה זכויות בנדוניה שלה לקרוביה אם תמות בלי בנים, ראה: שו"ת הרא"ש, כלל נה, סימן ט; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן לח.

[145] שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן מב (מג ע"א־ע"ב).

ושמעון דרש מראובן להשתתף עמו בתיקונו, וכדי להתחמק, הקנה ראובן את חלקו לבנו הקטן, שאותו לא יוכל בית דין לחייב להשתתף בתיקון. הוא פוסק שהמתנה תקפה, מפני שהייתה לנותן גמירת דעת להקנות, ואין כאן הברחה ממישהו שהייתה לו זכות לגבי הנכס[146], אבל כדי שלא תצליח הקנוניה שלו, יכוף בית הדין על ראובן לנדור הנאה מהנכסים, כדי למנוע מצב שבעתיד ייקח את הנכס חזרה מבנו. כדי למלא את דרישת השותף לתקן את הבית, בית הדין מעמיד אפוטרופוס על הקטן, שיתקן את הבית כנדרש, וכדי לכסות את הוצאות התיקון, ישכיר האפוטרופוס את הבית. אף על פי שבדרך כלל אפוטרופוס אינו יכול להשכיר את נכסי הקטן, כאן מאפשרים לו זאת, משום "כאשר עשה, כן ייעשה לו", כפי שראינו לעיל[147] לגבי המקנה עבד לבנו הקטן.

בחוזי הקנוניה שסקרנו עד כאן, הפוסקים פעלו לסכל את הקנוניות בגלל פגיעתן הפסולה. כעת נפנה לחוזי קנוניה שניתנה להם הכרה, משום שהם נחשבים כמגינים על אינטרס לגיטימי.

(א) הרדב"ז[148] דן באדם שנשא אישה, והתחייב לה שכל משך נישואיהם יזון את בתה עד שתינשא. לבסוף, ביקשו האישה ובעלה לבטל את החיוב לזון את הבת. נשאלה השאלה, האם יכול הבעל להיפטר מלזון את הבת על ידי שיגרש את האישה, ויישאנה מחדש בלא התחייבות זו? הרדב"ז דן בתוקפם של גירושי קנוניה, ופוסק שהבעל יכול לגרש את אשתו ולהיפטר בכך מן החיוב לזון את הבת. חרף הקנוניה שיש בגירושין מלאכותיים אלו, מצדיק הרדב"ז את תוקפם, בנימוק: "כיון שתלו [בני הזוג] המזונות בכל זמן שיהא נשואה עמו, הוא לא רצה להתחייב במה שלא היה חייב, אלא על תנאי זה: שאם יגרשנה ויחזירנה, שיפטר מזה החיוב". ביטול התחייבותו של הבעל לזון את הבת נחשב אפוא כאינטרס לגיטימי של הבעל, שכן מלכתחילה הגביל את ההתחייבות החריגה שנטל על עצמו כלפי הבת, ועל כן אין פסול בשימוש בקנוניה כדי לבטל את ההתחייבות[149].

(ב) קנוניה נוספת שלא נפסלה היא של מי שמגרש את אשתו כדי שתגבה את כתובתה, ועל ידי כך יימנע מנושיו מלגבות מנכסיו, שכן לאשתו יש זכות קדימה בהם. המבי"ט[150] פוסק שכאן אין הבעל חייב לנדור ממנה הנאה, כשם שהמגרש את אשתו כדי שתגבה את כתובתה

[146] הוא חוזר על נקודה זו שם בדף מד ע"א, ובסימן מג, דף מה ע"ב. ראה על כך גם להלן, הערה 164.

[147] לעיל, ליד ציון הערה 135.

יש להעיר, שבהלוואה, לא תועיל ללווה הקנאה לבנו הקטן, למנוע מהמלווה לגבות, שהרי המלווה יוכל לגבות אף מהקטן, כפי שמסביר שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רפג, וחלק ו, סימן רנג.

[148] שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף שכה (רנד).

כמו כן, כותב שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן נז, שמי שהתנה עם אשתו שלא יגור מחוץ למדינה מסוימת, וגירש אותה גירושין גמורים, והחזיר אותה, התנאי אינו מחייב אותו עוד, אף אם ידוע שגירש אותה למטרה זו. כמו כן, כותב שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן סח, שמי שהתחייב לאשתו שיגור עמה בארץ ישראל, ואחר כך גירש אותה והחזיר אותה כדי להיפטר מהתחייבותו, הוא פטור מהתחייבותו.

[149] עם זאת, הרדב"ז גם מגנה את האם, המתאכזרת על בתה ונותנת יד להפסקת מזונותיה.

מקור נוסף המכשיר חוזה מלאכותי הוא פד"ר, כרך א, עמ' 314-318. שם נידון עניינו של מי שציווה בצוואתו לבן אחד סכום מסוים, וקבע ששאר בניו יחלקו ביניהם את שאר נכסיו, כך שהבן הראשון יקבל פחות מהאחרים. הוא הסביר לבניו בעל פה, שהוא עשה זאת מפני שלאותו בן היו נושים, ולא רצה שיגבו מנכסיו, וביקש מן הבנים האחרים שיתנו לאותו בן חלק שווה בעיזבונו. בית הדין קיים את הצוואה, ולא פעל למנוע את הפגיעה בנושים. ייתכן שטעם הדבר הוא שהיו אלו נושים נכרים במרוקו.

[150] שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן ע.

מנכסים שמכר הבעל, אין פועלים למנוע זאת, מפני שהיה על הלקוחות להיזהר, כפי שראינו לעיל[151]; ואף כאן, היה לנושים להיזהר, שהרי ידעו שיש לאישה זכות קדימה עליהם. והוא מוסיף, שמטעם זה, אף אם הנושים כבר גבו ממנו, יכולה אשתו להוציא מידם מה שגבו, בגלל זכות הקדימה שלה.

פרק שביעי

מתנה הניתנת לשם הברחה מנושה

א. הוראות חוק רלוונטיות

בדיון במתנה הניתנת כדי להבריח נכסים מנושה, יש להבחין בין שני מצבים.

מצב אחד הוא, שהנסיבות מלמדות שהנותן לא התכוון לתת מתנה גמורה, והוא עשה זאת רק כדי ליצור מצג שווא, כאילו הנכסים אינם שלו, כדי שהנושה לא יוכל לגבות מהם. זהו חוזה למראית עין, שאינו תקף, כפי שקובע החוק בסעיף זה, ועל כן כשמתגלה התרמית שלו, יוכל הנושה לגבות מן הנכסים.

מצב אחר הוא, שהנסיבות מלמדות שהנותן התכוון שהמתנה תהיה מתנה גמורה. דוגמה אפשרית לכך היא מי שנותן מתנה לבני משפחתו או לידידו הקרוב. מאחר שהתכוון למתנה גמורה, אין זה חוזה למראית עין אלא חוזה מלאכותי, ועל כן אינו בטל לפי סעיף זה. עם זאת, נקבעו בחוק הוראות אחדות שמטרתן לסכל את מטרתו הפסולה של הנותן ולמנוע את הפגיעה בנושה.

(א) חוק העונשין, התשל"ז־1977, סעיף 439(א), קובע עברה פלילית למי שנתן מתנה בכוונה להונות נושה. זאת בתנאי שהמתנה ניתנה בזיקה לפשיטת רגלו של החייב או שהיא מונעת מהנושה לקבל פיצוי בגין אי קיום החוב. אבל אם הוא יכול לקבל מהחייב אפילו תשלום חלקי, אין אחריות פלילית על נותן המתנה[152]. צריך להוכיח כוונה פוזיטיבית להונות, ולא תחול "הלכת הצפיות"[153]. יש כאן קושי עיוני: הרי זה חוזה שכריתתו בלתי חוקית, וממילא הוא בטל לפי חוק החוזים, סעיף 30; ואיך אפשר להטיל בגינו אחריות פלילית, והרי המתנה חוזרת לנותן, והנושה לא יפסיד? ראבילו[154] מסביר שהאחריות הפלילית תחול אם בית המשפט יקיים את המתנה, על פי סעיף 31, המעניק לו שיקול דעת לעשות כן; או אם מקבל המתנה לא ידע על כוונת הנותן להונות, לפי הדעה בפסיקה שסעיף 30 אינו חל אם רק צד אחד ידע על אי החוקיות. סייג לעברה זו הוא, שהיא חלה רק על מי שיש לו נושים ידועים, שאז יש

[151] לעיל, ליד ציון הערה 118.

[152] מ"א ראבילו, חוק המתנה, תשכ"ח־1968, מהדורה שנייה (ירושלים תשנ"ז), עמ' 113.

[153] ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (ירושלים תשמ"ד), עמ' 518, הערה 66. ראבילו שם מביא חילוקי דעות בשאלה האם צריך כוונה שיש בה התנהגות בלתי מוסרית, או שדי בכוונה לשלול מהנושה השבה.

[154] ראבילו שם. אבל הוא מעיר שטעמה של הדעה שאם צד אחד לא ידע, החוזה לא יבוטל, הוא כדי שלא לפגוע בהסתמכותו של אותו צד, ולגבי מקבל מתנה בדרך כלל אין הסתמכות, ורק אם הייתה הסתמכות, כגון שהוציא הוצאות לצורך קבלת המתנה, או אם יש צד ג' שייפגע מההשבה, יתחשב בית המשפט בכך במסגרת שיקול הדעת שלו לפי סעיף 31.

לו כוונה קונקרטית להונות, אבל הנותן מתנה לקראת כניסה לעסקים מתוך חשש שיסתבך בעתיד, אין בכך עברה[155].

(ב) לפי חוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, סעיף 9, וחוק המיטלטלין, התשל"א־1971, סעיף 12, מי שהתחייב למכור נכס לראובן, ואחר כך נתן אותה במתנה לשמעון, כדי להונות את ראובן, ההתחייבות לראובן גוברת.

(ג) חוק הירושה, התשכ"ה־1965, סעיף 63, מאפשר לבית המשפט לבטל מתנה (כולל נכס שנמכר בלי תמורה נאותה) שנתן מוריש תוך שנתיים לפני מותו (למעט מתנות ותרומות הניתנות לפי נוהג, בנסיבות העניין), אם בגללן אין בעיזבון די מזונות לכל הזכאים להם. זאת גם אם הנותן לא התכוון להונות וגם אם המקבל היה תם לב (אבל אז יופחת שיעור ההשבה המוטלת עליו). אבל, כפי שמעיר ראבילו[156], הוראה זו אינה מגינה לגמרי על ילדיו של המוריש ועל בן זוגו מפני נתינת מתנות מופרזת, ואינה מגינה על נושים אחרים של המוריש מפני מתנות שנתן, אף שנושים אחרים קודמים לפירעון מזונות.

(ד) חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג־1973, סעיף 7, קובע שאם בן זוג נתן מתנה (או התחייב לתת מתנה) במטרה לפגוע בזכותו של בן זוגו (למעט מתנות ותרומות הניתנות לפי נוהג, בנסיבות העניין), רשאי בית המשפט לחשב את איזון המשאבים בין בני הזוג, כאילו המתנה לא ניתנה. מקבל המתנה אינו צריך להחזיר אותה, גם אם פעל בחוסר תום לב כחלק מקנוניה, ורק מבחינה חשבונאית רואים כאילו המתנה לא ניתנה; ולמעשה יכול בן הזוג האחר להינזק כתוצאה מנתינת המתנה[157].

(ה) פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם־1980, סעיף 96, מאפשרת ביטול מתנה (כולל מכר שהתמורה בעדו לא הייתה בעלת ערך) שניתנה תוך עשר שנים לפני פשיטת הרגל. בכך קבע החוק חזקה (חלוטה) שהתכוון לרמות, והמתנה בטלה גם אם לא התכוון לרמות; ועל המקבל מוטל נטל ההוכחה בדבר קיום נסיבות השוללות את הוראת הסעיף[158]. אם מקבל המתנה מכר את המתנה, יש דעה בפסיקה שבתנאים מסוימים, הוא צריך לתת את התמורה ל"נאמן בפשיטת הרגל"[159].

(ו) אם גם המקבל לא היה תם לב, יוכל הנושה לתָבעו בגין גרם הפרת חוזה, שהיא עוולה נזיקית לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968, סעיף 62. אבל הנושה יקבל בדרך זו רק פיצוי כספי, ולא ייאכף החיוב המקורי. מגבלה נוספת על תביעה בעילה זו היא, שצריך להוכיח קשר סיבתי בין המתנה להפרה, ולהוכיח שמקבל המתנה התכוון להונות את הנושה או לפחות שידע שהמתנה תפגע בו[160].

אמנם אין הוראת חוק גורפת המבטלת כל מתנה שניתנה כדי להונות נושים, אבל לדעת

[155] ראבילו, שם, עמ' 114, על פי ע"א 343/87 פרי נ' פרי, פ"ד מד(2) 154.

[156] ראבילו, שם, עמ' 116.

[157] פ' שיפמן, יחסי ממון בין בני זוג (ירושלים תשל"ז), עמ' 18. ראבילו, שם, עמ' 116, סבור שאם המקבל לא היה תם לב, יש לבטל את המתנה כמו לפי הוראת חוק הירושה, שם, כדי למנוע את הפגיעה בבן הזוג האחר.

[158] ראבילו שם, עמ' 116.

[159] ע"א 367/70 הוכברג נ' שלגי, פ"ד כה(2) 149.

בעבר הורה חוק מס עזבון, התש"ט־1949, סעיף 3(א), שמס עיזבון יחול על מתנות שנתן הנפטר תוך תקופה מסוימת לפני מותו; אלא שחוק זה בוטל.

[160] נ' כהן, גרם הפרת חוזה (ירושלים תשמ"ו), עמ' 124־126; ראבילו שם, עמ' 120.

פרוקצ׳יה[161], אפשר להגיע לתוצאה זו על ידי היקש להוראה שהזכרנו בפקודת פשיטת הרגל, לכלל המקרים, או על סמך דין אנגלי ישן המבטל כל מתנה שניתנה במרמה, וחוק זה אף אינו מוגבל לעשר שנים, כהגבלה שבפקודת פשיטת הרגל. דרך אחרת להגיע לתוצאה זו היא היקש לדין שהזכרנו לגבי ירושה[162].

ב. הרחבת דין "מברחת"

כדי לברר את עמדת המשפט העברי בשאלה זו, עלינו להזכיר את דברי התלמוד שראינו בפרק השני, שאישה שנתנה את נכסיה במתנה לאחֵר לפני נישואיה, כדי שבעלה לא יזכה בהם ("מברחת"), המתנה בטלה, מפני שיש להניח שלא התכוונה באמת לתת, כלומר, זהו חוזה למראית עין[163].

הפוסקים נחלקו בשאלה אם יש להרחיב את דין התלמוד לכל חייב שנתן את נכסיו לאדם שלישי, ולומר שנתינתו הייתה למראית עין בלבד. לדעת רבנו תם[164], הנותן מתנה כדי שהנכסים

[161] א׳ פרוקצ׳יה, דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית בישראל (ירושלים תשמ"ד), עמ׳ 119־122.

[162] ראבילו שם, עמ׳ 117. הוא מוסיף שכיוון שיש ספק בדרך ההיקש, יש ללכת לפי המשפט העברי (כפי שמורה חוק יסודות המשפט, התש"ם־1980, סעיף 1), ולפי המשפט העברי ראוי לבטל כל שטרי הברחות ותחבולות, כדברי הרא"ש (להלן, הערה 177). אך יש להעיר, שהרא"ש דיבר במצב שהנסיבות מוכיחות שהנותן התכוון רק למתנה למראית עין, ובמצב אחר יש לבית הדין שיקול דעת אם להפקיע את המתנה, כפי שנראה להלן שם.

[163] אבל כפי שראינו לעיל, הערה 75, המתנה אינה בטלה לגמרי, אלא האישה רוצה שהמתנה תהיה תלויה ועומדת, ותחול אם תמות בחיי הבעל, כדי שלא יירשנה בעלה. לעומת זאת, במקרה שבסמוך, המתנה בטלה לגמרי, מפני שאין שם שיקול כזה.

[164] דעת רבנו תם הובאה במקורות הבאים: אור זרוע, בבא קמא, סימנים שסא־שסב; שו"ת מהר"ם בר׳ ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן פ; סמ"ג, לאוין פא (לג ע"ד בדפוס ונציה); מרדכי, כתובות, סימן רח; הגהות מיימוניות, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, אות ח; חידושי הרשב"א (מהד׳ הירשלר), כתובות עט ע"א; חידושי הריטב"א, כתובות עט ע"א, ושו"ת הריטב"א, סימן י; ר"ן על הרי"ף, כתובות לז ע"ב (בדפי הרי"ף); צרור הכסף הקצר, דרך א, שער י, אות א; שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן קנד; מגיד משנה, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב; בני דוד, על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ב, הלכה ב.

כך פסקו גם: רבנו שמשון, המובא ברא"ש, כתובות, פרק ח, סימן ג (גם בדעת רש"י); חידושי הרא"ה, כתובות עט ע"א.

בדברי הריב"ש יש סתירה: בשו"ת הריב"ש, סימן קמב, פסק שהמתנה תקפה, ואילו בסימן ב, פסק שהמתנה בטלה. חקרי לב, יו"ד, חלק ב, סימן מח (פ ע"ד), תירץ סתירה זו, שבנידונו בסימן ב, היה גילוי דעת שהוא מתכוון להברחה ולא למתנה, ואת זאת כתב גם בסימן קמב, שאם אמר בפירוש שהוא מתכוון להברחה, המתנה בטלה.

תומים, סימן צט, ס"ק י, מוכיח שתוספות, בבא בתרא קנ ע"ב (ד"ה ואלו), סוברים כרבנו תם. והוא כותב (והובא בארצות יהודה, דבורץ, סימן יח, דף כא ע"ג) שגם רמ"א, חו"מ, סימן צט, סעיף ו, פוסק כרבנו תם, מפני שפוסקים רבים סוברים כמותו, ועוד שהמקבל מוחזק (ראה בסמוך שזה המצב לפי הב"ח), ואין להוציא מידו מספק; ומה שכתב, "אם נראה לבית דין שלא כיוונו לערמה רק למתנה", אין כוונתו שיש אומדנא שהתכוון למתנה, שהרי אז פשוט שהמתנה תקפה, אלא די שלא גילה דעתו שהתכוון להערמה, ואז מניחים שהתכוון למתנה, מפני שמניחים שהוא מעדיף שהמקבל יקבל ולא הנושה, כסברת רבנו תם, וזה מה שכתב, "אף על פי שהתכוון להברחה", שבכל זאת קנה המקבל (עיין שם להוכחתו שזו כוונת הרמ"א). גם שו"ת פרי תבואה, חלק א, סימן נו, כותב בהסברו הראשון שהרמ"א סובר כרבנו תם, וסובר שגם לרבנו תם, אם התכוון להערים גם כנגד המקבל, ולא התכוון שהמקבל יקנה, המתנה בטלה.

לא ישתעבדו לנושה שלו או לכתובת אשתו, המתנה תקפה, והנושה אינו יכול לגבות מהנכסים.

כמו כן, שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רכה, בסופו (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן צט, מחודש ה, ובשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן מב, דף מג ע"ב), כותב שלווה שנתן את שטרי חובותיו (שאחרים חייבים לו) לאחר, המתנה קיימת (וזה כדעת רבנו תם), אלא אם כן נודע שבאמת התכוון רק להבריח ולא למתנה גמורה.
כמו כן, ר' יצחק בר אברהם, בתשובות מיימוניות, ספר קניין, סימן כה, פוסק כרבנו תם. בנידונו, בעל שלח את אשתו לבית אביה, וחשש שחמיה יתבע ממנו לשלם על מזונות אשתו, ולכן הקנה את נכסיו לאביו; והוא פוסק שהמתנה תקפה. הוא מוסיף שני נימוקים להבחנת רבנו תם בין אישה המבריחה מבעלה לבין חייב המבריח מנושה: (א) באישה המבריחה מבעלה, הרי אינה חייבת לו כלום, אלא תיקנו חכמים שהוא מקבל פירות נכסי מלוג שלה, לכן מניחים שלא התכוונה להקנות למקבל; אבל במתנה שנותן לווה, יש להניח שהוא מקנה בלב שלם, שהרי הוא התחייב לשלם ועליו לפרוע (כלומר, שמתנה פיקטיבית לא די בה כדי להפקיע את חיובו). (ב) דווקא באישה שמבריחה מבעלה לפני הנישואין, לפני שנוצרה זכות הבעל, המתנה בטלה, אבל במתנה שנותן חייב אחרי שכבר התחייב, יש להניח שהוא מקנה למקבל בלב שלם (מפני שמתנה פיקטיבית לא די בה כדי להפקיע חיוב שכבר חל). והוא כותב שגם אם בשעת מעשה אמר שהוא נותן כדי להבריח, כגון שאמר שהוא עושה זאת כדי שיוכל להישבע שאין לו במה לשלם, מניחים שהתכוון למתנה גמורה, שהרי אם לא כן, יוכל הנושה לגבות, וההברחה תיכשל. שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, סימן כז, אות ו, כותב שלפי נימוקו הראשון של ריצב"א, מותר להבריח גם אחרי ההלוואה, שכן המלווה יכול לגבות מנכסים אחרים (שישיג הלווה בעתיד), בעוד שלפי נימוקו של רבנו תם, מתנה שניתנה אחרי ההלוואה בטלה, מפני שהיא גזל, ומצווה להוציאה מידו.
שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן קנד, כותב שגם אם בעל נתן לאשתו את כל נכסיו כדי להבריחם מאשתו הראשונה, המתנה תקפה בגלל נימוקו של רבנו תם, שהוא בוודאי התכוון למתנה גמורה שהרי אם לא כן לא תצליח ההברחה; וזאת אף שבדרך כלל, הנותן את כל נכסיו לאשתו, מניחים שלא התכוון שיהיו שלה, אלא התכוון רק לעשות אותה אפוטרופוס על נכסיו (בבא בתרא קלא ע"ב).
שו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן ב (ד"ה וכן יש), מביא ראיה לרבנו תם מדינו של מי שהקנה את עבדו לבנו הקטן (לעיל, ליד ציון הערה 135), שההקנאה תקפה.
שו"ת ר"י בסאן, סימן נג, כותב שאי אפשר להוציא ממון נגד דעת רבנו תם.
שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן מב (דף מב ע"ג), כותב שאפשר לטעון "קים לי" כרבנו תם. אבל הוא כותב שבנידונו אין מקום לזה: הוא נשאל על ראובן שהיה שותף עם שמעון בבית שהיה זקוק לתיקון, ושמעון דרש מראובן להשתתף עמו בתיקון, וכדי להתחמק, הקנה ראובן את חלקו לבנו הקטן (ראה על כך לעיל, ליד ציון הערה 145). לפי רבנו תם, המתנה תקפה, וראובן טען "קים לי" כרבנו תם, שהנכס שייך לבנו. זהו מצב ייחודי, שאדם מנצל את טענת "קים לי" לומר שנכס אינו שלו. הוא מפנה לדבריו בכנסת הגדולה, חו"מ, סימן פה, הגהות בית יוסף, כללי קים לי, אות מד, ששם כתב שאם מוחזק יכול לזכות בטענת "קים לי", ואינו רוצה, ובכך הוא פוגע באחר, כופים אותו לטעון "קים לי" לטובת האחר, מטעם "כופין על מידת סדום"; ולפי זה, אף כאן יצטרך לטעון "קים לי" כרא"ש, שהנכס שייך לו, וממילא יצטרך להשתתף בתיקון הבית. אבל אפשר להשיב על דבריו, שהיות שכפייה זו מבוססת על "כופין על מידת סדום", היא קיימת רק אם אכן אינו מפסיד מכך, ואילו כאן, אם יטען "קים לי" כרא"ש, יפסיד מכך, שיצטרך להשתתף בתיקון הבית. דברי בעי חיי שייכים יותר במצב רגיל של מתנה להברחה מנושה: אם הנותן טוען "קים לי כרבנו תם שהנכס של המקבל", נכוף אותו לטעון "קים לי" שהנכס שלו, כדי שהנושה יוכל לגבות ממנו, והרי אינו מפסיד מכך, שהרי מה אכפת לו אם הנושה ייקח את הנכס או המקבל ייקח? ועוד סייג: הרי רק מוחזק יכול לטעון "קים לי", ולכן ניתוח זה שייך רק אם הנותן מוחזק (וכדעת תומים, בסמוך, שגם אז המתנה תקפה לפי רבנו תם; או בקרקע, ששם המוחזקות אינה קובעת אלא חזקת מרא קמא), אבל אם המקבל מוחזק, הוא בוודאי יוכל לטעון "קים לי כרבנו תם", שכן זוהי טענה לטובתו.
לדעת ש' שילה, "עידוד המסחר והכלכלה בפסיקת רבנו תם", סיני ק (תשמ"ז), עמ' תתפר־תתפז, רבנו תם מכשיר את המתנה כאן מפני שביטול המתנה עלולה לפגוע בקשרי מסחר, וזאת כחלק ממגמה שהייתה לו לעודד את המסחר, אף נגד שיקולים משפטיים תאורטיים.
ב"ח, חו"מ, סימן צט, סעיף יט, כותב שגם לדעת רבנו תם, אם כתב החייב את נכסיו לאחר במתנה, והנכסים

הוא מסביר, שדווקא באישה שנתנה מתנה כדי שלא יזכה בעלה בנכסיה, אמרו חכמים שהמתנה תקפה, מפני שלא התכוונה לתת את המתנה אלא למנוע מבעלה לזכות, ואף שהמתנה בטלה, השיגה את מטרתה, כיוון שאין לבעל זכות ב"נכסים שאינם ידועים"[165]. לעומת זאת, כאן ברור שהנותן התכוון למתנה בלב שלם, שהרי אם לא כן, לא ישיג את מטרתו: מניעת גבייתם על ידי הנושה.

לעומת זאת, הרא"ש[166] סבור שחייב שנתן את נכסיו לאדם שלישי[167] כדי להבריח אותם מפני נושהו, המתנה בטלה, והנושה יכול לגבות את חובו מן הנכסים; וההלכה נפסקה כדעתו[168].

עדיין ביד הנותן, ברור שלא התכוון למתנה. תומים, סימן צט, ס"ק י, מביא בתחילה ראיה לב"ח, אבל הוא דוחה אותה, ומביא ראיה להפך, וכותב שאין לחדש דין בלי ראיה.

שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שיב (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן צט, מחודש ה), נוקט דעת ביניים: לווה שנתן את כל נכסיו במתנה כדי להבריח, אין זו מתנה גמורה, ויכול לחזור בו; אבל הנכסים לא נשתעבדו לנושה, והמקבל קנה אותם עד שיחזור בו הנותן; אבל אם בשעת המתנה אמר לעדים שהוא נותן רק כדי להבריח ושאינה מתנה בכלל, המתנה בטלה, והמלווה גובה מהנכסים. כנראה, הוא משווה זאת לאישה המבריחה את נכסיה מבעלה, שראינו לעיל, הערה 75, שלפי פוסקים רבים המתנה קנויה למקבל במשך הנישואין, אלא שיכולה לחזור בה. בנידונו המתנה ניתנה לפני ההלוואה, ושטר ההקנאה נשאר אצל הנותן, והוא המשיך לנהוג בנכסים כבשלו, דבר המעיד שלא התכוון למתנה אמתית.

דברי משפט, סימן צט, סעיף ו, ס"ק ג, מקשה על רבנו תם, מניין שהנותן התכוון למתנה גמורה, אולי התכוון למתנה על תנאי שיוכל לחזור בו, שאז הנושה אינו יכול לגבות ממנו כל זמן שלא חזר בו, כמו שכתב שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שיב, כך שהשיג את מטרת ההברחה, ומצד שני שמר לעצמו זכות בנכסים, שיוכל לחזור בו מהמתנה? והוא מתרץ, שרבנו תם סובר שגם אם התכוון לתנאי כזה, המתנה בטלה אף לפני שחזר בו, כמו שבמברחת, אם מת הבעל, המתנה בטלה ממילא גם בלי שהאישה תודיע על רצונה בכך (ראה לעיל, הערה 30), ואם כן, הנושה יוכל לגבות, ולכן ברור שהתכוון למתנה גמורה בלי תנאי כזה, כדי שהנושה לא יוכל לגבות. הוא מסביר שהרשב"א מדבר על מי שהתנה בפירוש שכל זמן שלא יחזור תהיה המתנה תקפה; ואם נתן סתם, אין לפרש שהתכוון לתנאי כזה, כל זמן שלא התנה כך בפירוש (כך נראית כוונתו).

[165] כפי שראינו לעיל, הערה 29.

[166] רא"ש, כתובות, פרק ח, סימן ג.

חקרי לב, יו"ד, חלק ב, סימן מח (פא ע"א), מעיר, שבשו"ת הרא"ש, כלל ט, סימן א, השואל מביא את דעת רבנו תם בדרך אגב, והרא"ש אינו מעיר על כך כלום בתשובתו. הוא מסביר שהרא"ש לא חשש להעיר על כך, מפני שהוא מסכים למסקנת השואל שם, שהמתנה תקפה, אבל מסיבה אחרת (ראה בשמו להלן, הערה 273). אך הוא מודה שזה הסבר דחוק.

את המחלוקת בין רבנו תם לרא"ש הביאו: שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן פה; שו"ת מהרי"ק, שורש כב; שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן ע; שערי תורת התקנות, חלק ב, מחברת ב, עמ' 136-137; ר"י בן דב (להלן, הערה 247), עמ' 24.

[167] לדעת רש"מ עמאר, שו"ת שמע שלמה, חלק ה, חו"מ, סימן ב, ס"ק ו, אם הלווה נותן את נכסיו לאשתו ולבניו, על אחת כמה וכמה שיש לראות בכך קנוניה שיש לבטלה, "דהוי כמוציא מכיסו הימנית ומניח בכיסו השמאלית", ולא התכוון באמת לתת להם, אלא סמך עליהם שלא יקחו ממנו. בכך חולק הרב עמאר על שו"ת שער הקדים, סימן א, שראה במתנה לאשתו ולבניו מתנה גמורה, מפני שכאן אין מקום לאומדנא שאין אדם נותן את כל נכסיו לאחר ומשאיר עצמו בלי כלום, שהרי הוא יודע שהם יאפשרו לו להמשיך ליהנות מן הנכסים.

[168] מישרים, נתיב טו, חלק ג, בשם תשובת הרי"ף (על המבריח לפני נישואיו); שולחן ערוך, חו"מ, סימן צט, סעיף ו.

כמו כן, שו"ת יכין ובועז, חלק ב, סימן מח, נשאל על מי שנתן מתנה במקום להוריש את נכסיו לנכדו, וכותב שאומדן דעת הוא שנתן רק כדי להבריח מערכאות הגויים, שמא אם הירושה תגיע לנכדו, יקחו מה

טעמו הוא, שיש להניח שהנותן לא התכוון להשאיר את עצמו בלי שום נכסים, אלא נתן מפני שחשב שהנתינה הפיקטיבית עצמה תמנע את השִעבוד, וטעה בכך[169]; ויש להניח שאילו ידע שההברחה אינה מועילה למנוע את השעבוד, היה רוצה שהנכסים יישארו אצלו, כדי שייהנה לפחות מפירותיהם עד שיטרוף הנושה את הנכסים, וכדי שלא יהיה בגדר "לווה רשע ולא ישלם"[170].

שאביו חייב להם. הוא מנמק, שמבטלים מתנה אפילו בטענה חלשה, על סמך אומדן דעתו של הנותן. דבריו מתאימים לשיטת הרא"ש, שאילו לרבנו תם, יש להניח שהתכוון למתנה גמורה, כדי שלא יקחו הערכאות מנכדו.

מהר"ם, המובא במרדכי, בבא בתרא, סימן תרמט, כותב שהטעם שאישה גובה את כתובתה מנכסים שנתן בעלה במתנת שכיב מרע היא, שאם לא כן, כל אדם ייתן מתנת שכיב מרע לקרוביו כדי להפקיע את כתובתה, ולא הועילו חכמים במה שתיקנו כתובה לאישה. הוא אינו מנמק מצד שיש אומדנא ספציפית שלא התכוון באמת למתנה, אלא מתוך חשש כללי. תומים, סימן צט, ס"ק יא, מסביר את נימוק מהר"ם, שאין הפסד לבעל, שהרי יוכל להשתמש בנכסים עד מותו (שכן מתנת שכיב מרע חלה רק עם מותו), ולכן יש חשש שירצה להפקיע את הכתובה על ידי מתנת שכיב מרע לקרוביו. אבל אוהל שם (ברודנא), סימן ל, מעיר שפוסקים אחרים נתנו טעמים אחרים לכך שאישה גובה את כתובתה מנכסים אלו, ומסביר שהם סוברים שלא שייך כאן הנימוק של הברחה, כיוון שבמתנה במקצת אין חוששים להברחה, כפי שנראה להלן, הערה 171.

שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שס (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן צט, מחודש ה), כותב שלווה שהקנה את נכסיו לבנו הקטן כדי שהמלווה לא יוכל לגבות מנכסיו, גובים ממנו, כיוון שעשה שלא כהוגן; אלא שכאן יש חשש שכבר פרע החייב, שזו הסיבה שאין גובים מקטן (ערכין כב ע"א), ולכן אפשר לגבות מן הקטן רק אם בשעה שהחייב נתן, הודה שהוא חייב עדיין. והוא כותב שראוי שהציבור יתקן תקנות למנוע מעשים כאלו, ויכולים לעשות כן מדין "הפקר בית דין הפקר".

שו"ת מהר"ש ענגל, חלק ו, סימן מז, עוסק בחייב שרשם כסף שלו ב"גריכט" (בית המשפט) על שם שמעון, כדי להבריח אותו מנושיו, ונושה של שמעון פנה לערכאות הנכרים, והם העניקו לו את הכסף כפירעון חובו. והוא פוסק (באות א) שאין תוקף לרישום על שם שמעון, כיוון שהוא נועד רק כדי להבריח מהנושה של ראובן, ולכן הנושה של שמעון לא היה זכאי לגבות ממנו. אבל הוא פוסק (באות ב) ששמעון אינו חייב לפצות את ראובן על אבדן הכסף, אף אם היה יכול למנוע אותו, כיוון שהכסף מעולם לא הגיע לידו, כך שלא נתחייב באחריות עליו כשומר. אפשר ללמוד מדבריו שהמקבל נכסים ב"מתנה" שנועדה להבריח מנושה, והגיעו לידיו, חייב עליהם כשומר.

[169] אפשר שכוונתו היא, שהנותן חשב שיוכל להסתיר את העובדה שהמתנה היא פיקטיבית, וחשב שיוכל לקחת את הנכסים חזרה אחר כך, וטעה בכך, מפני שברור לכול שהמתנה היא פיקטיבית, מכוח האומדנא שאין אדם נותן את כל נכסיו במתנה ומשאיר את עצמו בלי כלום.

[170] רא"ש, שם.

ייתכן שדבריו התקיפים של הרא"ש נגד הברחה (להלן, ליד ציון הערה 177) נועדו לחזק אומדנא זו: יש להניח שהנותן אינו רוצה שהמקבל יקנה, ולפגוע בכך בנושה בצורה לא הוגנת.

מועדים וזמנים, חלק ו, סימן נט, מסביר שהרא"ש אינו מקבל את סברת רבנו תם, שבוודאי התכוון למתנה גמורה כדי שהנושה לא יגבה, מפני שזו "גמירת דעת שלילית", ואין לו "גמירת דעת בעצם" להקנות למקבל. אבל סברה זו אינה מתיישבת עם דברי האחרונים, המסבירים את תוקפן של הקנאות שנועדו לעקוף איסור דתי, שיש למקנה גמירת דעת מפני שהוא יודע שההקנאה נחוצה כדי שיינצל מאיסור (ראה להלן, ליד ציוני הערות 208, 218, 231, 273, 283, 302); וזו רק "גמירת דעת שלילית". זאת ועוד, בבבא בתרא קלג ע"ב מסופר על אדם שלא רצה שבנו יירש אותו, ולכן נתן את נכסיו לאחר, ונפסק שהמתנה תקפה (ראה להלן, הערה 188), וזאת אף שהייתה זו גמירת דעת שלילית.

פירות ורווחים מהנכס: שו"ת הרא"ש, כלל עח, סימן ב (עמ' שכה במהד' מכון ירושלים), ושולחן ערוך, חו"מ, סימן צט, סעיף ו, כותבים שאף שהמתנה בטלה, הרי אם המקבל הרוויח במתנה זו בסחורה או

המתנה בטלה גם אם הנותן שייר לעצמו מעט מהנכסים[171]. אבל אם נתן רק מקצת מנכסיו,

בריבית, הנושה אינו יכול לגבות מהרווח. ש"ך, שם, ס"ק יח, מקשה על כך, הרי הנכס שייך לנותן, ואם כן גם הפירות שנוצרו ממנו שייכים לנותן (זה הכלל, בסייגים מסוימים), ומדוע לא יוכל הנושה לגבות מהם? קצות החושן, סימן צט, ס"ק ז, מסביר שאף שהמתנה בטלה, ונמצא שהרווח בא מנכס של הנותן־החייב, הרווח אינו שייך לנותן מעיקר הדין, מפני שהכלל הוא "כל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה", בלי לשלם רווחים שנוצרו מן הנכס, אלא שכאן הרווחים שייכים לנותן, מפני שהמקבל (שהוא ידידו של הנותן) התעסק בנכס על דעת שהרווחים יהיו לנותן, אבל המקבל התכוון שלא יטלם הנושה, והוא כמגביה מציאה לחברו על מנת שלא יוכל נושהו (של חברו) לגבות ממנה. נתיבות המשפט, סימן צט, ס"ק ה, מסביר שהנותן חשב שתועיל ההברחה, ולכן היה מוכן שהמקבל יאכל את הפירות, ואף שהתברר לו שזו טעות ושההברחה לא הצליחה, בכל זאת הפירות שאכל המקבל מדבר המתנה לפני שנודע לנותן שההברחה אינה מועילה ולפני שדרש ממנו את הנכס חזרה, אינו חייב להחזיר, כמו במחילה בטעות במכירת פירות לפני שבאו לעולם (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 245). עוד נימק, ששטר מברחת עשוי כך שהיא אומרת: "הנכסים נתונים לך על מנת שאוכל לחזור בי כשארצה" (ראה בשמו להלן, הערה 175), ואם כן, הקרקע שייכת למקבל עד שיחזור בו הנותן, ולכן הפירות שייכים למקבל. נמצא שהוא חולק על קצות החושן, הסבור שהפירות שייכים לנותן, ובכל זאת הנושה אינו יכול לגבות מהם. תומים, סימן צט, ס"ק ט, כותב במסקנתו, שהפירות למקבל עד שייודע לנותן שטעה בחשבו שההערמה תועיל למנוע את גביית הנושה, מפני שהוא מעוניין שהמקבל יקבל את הפירות כדי שיטפל טוב בנכסים (כמו לעניין מברחת — ראה לעיל, ליד ציון הערה 75), אבל אחרי שנודעה לו טעותו, ויודע שהנושה יגבה, מה שנשאר לו הוא רק הפירות עד שהנושה יגבה, והוא יטפל בעצמו בקרקע, ולכן אינו רוצה שהמקבל יאכל פירות.

מתנה לפני ההלוואה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן צט, סעיף ז, נוקט שהנותן את כל נכסיו לאחר ואחר כך לווה, והוא ממשיך להחזיק בנכסים ונושא ונותן בהם, המתנה בטלה, מפני שניכר שהוא מתכוון רק להבריח. לכאורה, עולה מדבריו שיש הבדל בין הנותן לפני ההלוואה לבין הנותן אחרי ההלוואה, שהנותן אחרי ההלוואה, המתנה בטלה גם אם מסר את הנכסים למקבל, ואילו בנותן לפני ההלוואה, שיש הוכחה פחותה שזו הברחה, המתנה בטלה רק אם הנכסים נשארו בידו והוא נושא ונותן בהם. אבל נראה ששולחן ערוך לא נקט כך בדווקא, אלא נקט כך מפני שמקורו בשו"ת הרא"ש, כלל עח, סימן ג, שנקט דוגמה זו, ומדבריו עולה שהמתנה בטלה גם אם מסר את הנכסים למקבל. כמו כן, שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רכה, בסופו, כותב שגם אם נתן לפני ההלוואה, המתנה בטלה אם נודע שהתכוון להבריח. שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, סימן כז, אותיות ו־ז, כותב בסתם שמהרא"ש עולה שהמתנה בטלה גם אם נתן לפני ההלוואה.

בהקדש: שו"ת מהר"י בסאן, סימן נג, כותב שהמקדיש את נכסיו כדי להבריח אותם מנושיו, ההקדש חל, שכן אמנם אין להניח שאדם ייתן את כל נכסיו לאחר ויחזור על הפתחים, אבל ייתכן שיקדיש את כל נכסיו ויחזור על הפתחים, בגלל המצווה שבדבר. הוא מסתמך על בבא בתרא קמח ע"ב, ששם מעלה הסוגיה ספק, האם אומרים כך לגבי שכיב מרע, ורמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ט, הלכה יט, פוסק שאין מוציאים מהמוחזק מספק.

[171] שו"ת הרא"ש, כלל עח, סימן ג, כותב דין זה על מי ששייר לעצמו זהוב אחד. ב"ח, חו"מ, סימן צט, סעיף כ (הובא בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן מב, דף מב ע"ד), הסביר שזהוב אחד אינו נחשב שיור, כיוון שהוא מועט, אבל אם שייר לעצמו כדי פרנסתו, המתנה תקפה.

הרא"ש כותב במסקנתו (והובא בקצות החושן, סימן צט, ס"ק ו, ומשם הובא בשו"ת מהר"ש ענגל, חלק ו, סימן מז), שגם אם שייר לעצמו הרבה, המתנה בטלה, שהרי כאן אין לומר שכיוון ששייר לעצמו ויש לו ממה לחיות, ייתכן שנתן בלב שלם, שהרי הנושה יגבה את מה שהוא משייר.

קצות החושן, שם (הובא באוהל שם, סימן ל), כותב שלפי הרי"ף והרמב"ם, שיור כל שהוא נחשב שיור, והמתנה תקפה אם שייר לעצמו כל שהוא, ואף שהנושה יגבה מהשיור, הרי משאירים לו מדין "סידור", ואילו הרא"ש אינו מתחשב בסידור, מפני שזה פחות משיעור כל פרנסתו. קצות החושן כותב שגם לרא"ש, אם שטר המתנה נכתב לפני ההלוואה, ושייר כדי פרנסתו, המתנה תקפה, מפני שאז השיור הוא לעצמו. ואין דבריו מובנים, שהרי הנושה יוכל לקחת זאת ממנו.

גם שו"ת ויאמר יצחק, חלק ב, סימן קצב (קסד ע"ד), כותב שלרא"ש רק שיור כדי פרנסתו נחשב שיור,

גם במצב שיש ספק אם התכוון למתנה גמורה או להברחה בעלמא, המתנה תקפה[172], אם שטר המתנה כתוב בלשון ברורה, מפני שאין לפסול שטר שלשונו ברורה עקב ספק חיצוני, כגון אפשרות של כוונה להברחה[173]. רק אם יש הוכחה שהתכוון להבריח, כגון שהוא ממשיך להחזיק בנכסים גם אחרי שנתן אותם, המתנה בטלה[174].

גם אם נתן את כל נכסיו לחברו, הרי אם נראה שהתכוון למתנה גמורה, מפני שהוא מעדיף שחברו יזכה בנכסים משיזכה בהם נושהו, המתנה תקפה, גם אם נתן כדי להבריח מהנושה[175].

ואילו לרי"ף, לרמב"ם ולשולחן ערוך, שיור כל שהוא נחשב שיור, כמו שנחלקו בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רנ, סעיף ד, לגבי שיור במתנת שכיב מרע.

ראה לעיל, הערה 27, על גדר השיור לעניין אישה שהבריחה את נכסיה מבעלה.

הב"ח שם כותב שאם הנכסים עדיין ביד הנותן, המתנה בטלה גם אם שייר הרבה. אבל קצות החושן, שם, כותב שגם אז, אם שייר, המתנה תקפה. כמו כן, שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן מב (דף מב ע"ד), כותב שהבחנה זו אינה הכרחית. שו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק ב, סימן רסח (ד"ה ועוד יש להשיב), כותב כאילו הב"ח סובר שבמצב זה המתנה תקפה. טעות זו נגרמה מפני שהוא מצטט מב"ח סעיף טז, שם הוא מדבר ב"הוה אמינא" (והשמיט בציטוטו את המילים "קא סלקא דעתך"), ולא מסעיף כ, ששם כתב הב"ח את דעתו למסקנה.

כמובן, כפי שמעיר קצות החושן שם, אם שייר לעצמו יותר משיעור החוב, אין בכך שום הברחה.

שו"ת שמע שלמה, חלק ה, חו"מ, סימן ב, ס"ק ג, מדייק מהרא"ש שגם אם נתן אחרי ההלוואה, אם נתן חלק מנכסיו, המתנה תקפה. בס"ק ה, הוא מביא ששו"ת שער הקדים, סימן א, כותב שבמתנה במקצת, גם אם יש הוכחה שהתכוון להבריח, המתנה תקפה; ושבשיור כל שהוא נחשב מתנה במקצת.

[172] שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף עו, חלק ב, סימן רכה, וחלק ה, סימן פה, בסופו, וסימן קצט (הובא בשו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן ב, ובשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן מב, דף מג ע"ב). הוא עוסק במי שנתן רק מקצת מנכסיו, אבל אם נתן את כל נכסיו, יש אומדנא שלא התכוון למתנה אמתית, כאמור.

[173] שו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק ב, סימן רסח (ד"ה ועוד י"ל).

[174] משפטים ישרים, שם (ד"ה הנה זה). אבל הוא כותב שאם נתן לבנו הקטן, העובדה שהנכסים נשארו בידו אינה מוכיחה שלא התכוון למתנה, שהרי לא היה אפשר שייתן אותם לבנו ממש, שכן בנו אינו יכול לשמור עליהם. שו"ת ליצחק ריח, חלק א, סימן לג (מה ע"ב), מעיר שסייג זה אינו שייך במי שנתן לאשתו או לבנו הגדול, שכן הם מסוגלים לשמור בעצמם, ולגבי אשתו, היה יכול למסור אותם לקרובי אשתו לשמירה; ואם השתמש בנכסים שימוש המוריד מערכם, זה בוודאי הוכחה שלא התכוון למתנה.

יש להעיר שליצחק ריח עוסק במי שנתן את כל מיטלטליו לאשתו, וגם שו"ת ויאמר יצחק, חלק ב, סימן ט, עוסק במי שנתן את כל מיטלטליו לאשתו, ובכל זאת הם נזקקים לנימוק שהחזקת הנכסים בידו היא הוכחה שהתכוון להבריח; אולי כוונתם לומר שבאופן זה גם לרבנו תם המתנה בטלה.

[175] רמ"א, חו"מ, סימן צט, סעיף ו (הובא בשו"ת מהר"י בסאן, סימן נג, בשו"ת ציוני, חלק ב, סימן יט, בשו"ת חוות יאיר, סימן ר, בשו"ת אבני שיש, חלק א, סימן ל, בארצות יהודה, דבורץ, סימן יח, דף כא ע"ב, בשו"ת ויאמר יצחק, חלק ב, סימן קצב, דף קסה ע"א, ובפד"ר, כרך א, עמ' 317).

קצות החושן, סימן צט, ס"ק ה, נותן דוגמה למצב שברור שהתכוון למתנה גמורה: שנתן לקרובו.

משפטים ישרים, שם (הובא בשמע שלמה, לעיל, הערה 171, ס"ק ו), מדייק מלשון התקנות שבעירו (שצוינו לעיל, ליד ציון הערה 143), שאם נראה לבית הדין שהנותן מתכוון למתנה גמורה, היא תקפה גם אם התכוון להבריח, כדברי הרמ"א.

נתיבות המשפט, סימן צט, ס"ק ו, כותב שאם כתב בשטר שהוא נותן מתנה חלוטה עולמית, המתנה תקפה, אף שידוע שאילולא החוב לא היה נותן אותה; ומה שפסק שולחן ערוך שהמתנה בטלה, הוא רק אם כתב בשטר המתנה "על מנת שאוכל לחזור בי כשארצה". אבל יש להעיר, שלגבי מברחת, תנאי זה נאמר במתנה במקצת הנכסים, כפי שראינו לעיל, הערה 27, ואילו כאן אנו עוסקים במתנה בכל הנכסים.

לעומתם, דברי משפט, סימן צט, סעיף ו, ס"ק ג, כותב שהרמ"א, האומר שהמתנה תקפה, עוסק במי שאמר

עם זאת, גם כאן, ראוי שחכמי ישראל יבטלו את המתנה כדי למנוע הערמה זו הפוגעת בנושים; זאת אם נראה להם שיש צורך בכך, לפי המצב ולפי הזמן[176]. כך כותב הרא"ש[177] על כגון זה:

שהוא מתכוון לתת מתנה גמורה, אבל התנה שיוכל לחזור בו כל זמן שירצה, ושכל עוד לא יחזור בו, זו תהיה מתנה גמורה; במצב זה, הנושה לא יוכל לגבות מהמתנה, שהרי היא שייכת למקבל, אבל הנותן יוכל לחזור בו, ואז הנושה יוכל לגבות, כמו שכתב שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שיב (ראה בשמו לעיל, הערה 164). הוא מסביר בכך את לשון הרמ"א "אע"פ שהתכוון להבריח": בכך שהתנה תנאי זה, הוא מראה שברצונו לשמור לעצמו זכות בנכסים.

ערוך השולחן, חו"מ, סימן צט, סעיף ד, כותב שהרמ"א מדבר רק על הנותן מתנה לפני ההלוואה, אבל אם נתן אחרי ההלוואה, אף אם התכוון למתנה גמורה, הריהי בטלה, מפני שהוא "מזיק שעבודו של חברו", שחייב מטעם גרמי.

שער משפט, סימן רמה, ס"ק א, כותב כדבר פשוט שגם מי שיש לו רק נכס אחד יכול לתת אותו במתנה, אף שהדבר פוגע בנושה.

שו"ת ר' ברוך אנג'ל, סימן ג (ו ע"א), כותב שאם זיכה את המתנה למקבל על ידי אחר במתנה גמורה ונתן בידו "מעכשו", המתנה תקפה, וכל שכן אם המקבל אומר שהתכוון למתנה גמורה. הוא מדייק משו"ת הרא"ש, כלל עח, סימן ב, שאם קנה נכס לשם בתו, מניחים שנתן לה אותו במתנה גמורה, והנושה אינו יכול לגבות ממנה, ואפילו תפס הנושה, מוציאים מידו. הוא מעלה אפשרות שמה שמשמע מהרשב"א שיש ספק אם התכוון למתנה גמורה, וממילא תועיל תפיסת הנושה, הוא במקרה שלא שייר כדי פרנסתו, וזה מראה שהתכוון להבריח, אבל במתנה במקצת, לא תועיל תפיסת הנושה.

פתחי חושן, הלכות קניינים, פרק טו, הערה קלד, מעיר שההברחה שייכת רק במיטלטלין, אבל בקרקע לא תועיל ההברחה אם החוב הוא בשטר, שהרי הנושה יוכל לטרוף, אלא אם נתן את המתנה לפני שלווה.

קצות החושן, סימן צט, ס"ק ח, כותב שאם שעבד הנותן לנושה מיטלטלין אגב קרקע, יכול לגבות את המיטלטלין מן המקבל, אף שאמרנו שהמתנה קיימת אם התכוון למתנה גמורה, מפני שלפי דין התלמוד, נושה (בחוב בשטר) יכול לגבות מיטלטלין מקונה וממקבל מתנה אם שֻעבד לו החייב מיטלטלין אגב קרקע; ואף שיש תקנת השוק שנושה אינו יכול לגבות מקונה את המיטלטלין הללו, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 92, הרי כאן לא שייכת תקנת השוק (שהרי אין סיבה להגן על המקבל, שקיבל מתנה שמטרתה להבריח), וכך אומר שולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף א, שאין תקנת השוק חלה במי שנתן את כל נכסיו לאחר ולא שייר לעצמו כלום, מפני שיש אומדנא דמוכח שעשה כדי להבריח. כך כתבו גם: נתיבות המשפט, סימן ס, ס"ק א; כסף הקדשים, סימן צט, סעיף ו; דגול מרבבה, חו"מ, סימן ס (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן ס, ס"ק א).

ראה לעיל, ליד ציוני הערות 139 ו־140, שרמב"ם ומהר"ם פסקו שאם חייב נותן את נכסיו לאחר, הוא חייב לנדור מהם הנאה, כדי למנוע קנוניה. כנראה הם עוסקים במצב שלא ברור אם אמנם התכוון למתנה אם לאו, ולכן הפתרון הוא הדרת הנאה.

נראה שהרמ"א מסכים שאסור לחייב לתת מתנה במצב כזה, אלא שהמתנה תקפה. כך פסק שו"ת מהרי"ל, סימן פח (הובא ברמ"א, אהע"ז, סימן קח, סעיף ג), שמי שכתב לבתו שטר ירושה (שתירש כמו חצי זכר וכדומה), אסור לו לתת מנכסיו לאשתו או לאחר, מפני שבכך הוא מפקיע מהבת את מה שנתן לה. זו בעצם הרחבה של האיסור להעביר נחלה (בבא בתרא קלג ע"ב), שנאמרה לגבי יורש דאורייתא.

[176] אוהל שם (ברודנא), סימן ל.

הוא מסביר שזאת כוונת רמ"א, חו"מ, סימן צט, סעיף ח, המביא את דברי הרא"ש (להלן, ליד ציון הערה 177), שעל חכמי ישראל לבטל את כוונת המערימים, אחרי שכתב בסעיף ו שהמתנה תקפה מעיקר הדין. והוא מסביר שזאת גם כוונת הרא"ש שם: שגם במתנה במקצת, שהיא תקפה מעיקר הדין, ראוי לחכמי ישראל לבטלה כדי לשבר מלתעות עוול, למנוע מצב שאנשים יתנו מתנות במקצת כדי למנוע מנושיהם לגבות (וכך מסביר גם ר' שלמה טולידאנו, בתשובתו בשו"ת אבני שיש, חלק א, סימן ל, את כוונת הרא"ש). עם זאת, הוא כותב שלגבי אישה המברחת את נכסיה מבעלה, ונתנה רק מקצת נכסים, שאז מניחים שהתכוונה למתנה גמורה (כפי שראינו לעיל, הערה 27), לא עשו חכמים דבר לבטל את ההערמה ולהביא לכך שהבעל יזכה בנכסים, מפני שלא אכפת לנו שתיתן לאחר את נכסיה לפני שהיא נישאת. נראה שכוונתו

"נתכוון הוא להערים להפקיע מִלוה שמעון, ולא תפק זממו ולא תועיל ערמתו... הבא לגזול חברו בערמתו ולעבור על דברי תורה ולא לפרוע נושיו, שנבטל ערמתו וזה יגבה חובו מן המתנה... כל המכוין להערים, חכמי הגמרא עמדו כנגדו לבטל ערמתו. ונדון דבר מדבר ונלמוד דבר מדבר, שחכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל העתידות לבוא".

ואכן, חכמי מרוקו תיקנו תקנה, שבעל הנותן לאשתו מתנה כדי להבריח את הנכסים מנושיו, מפקיעים את מתנתו, כדי "לא לנעול דלת בפני לווים"[178].

חייב שנתן מתנה על מנת להחזיר אחרי חצי שנה, לדוגמה, כדי להבריח נכסים מנושהו, המתנה בטלה, והנושה יכול לגבות מן המקבל מיד[179]. אבל אם לא התכוון להבריח, המתנה חלה עד סוף הזמן שנקבע להחזרה, וכשיחזיר אותה המקבל לנותן, יגבה ממנה הנושה[180]. במצב סתמי, מניחים שהתכוון להבריח[181]. אבל אם החייב נשבע שלא התכוון להבריח, הוא נאמן[182].

היא, ששם הבעל אינו מפסיד, אלא רק נמנע ממנו רווח, שלא כבנידונו, שהנושה מפסיד מן ההערמה. על פי הסברו, מיושב מה שהתקשה שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, סימן כז, אות ז, בדברי הרמ"א, הרי מהרא"ש משמע שגם אם המתנה תקפה, יש לבטל אותה משום "כאשר עשה, כן יעשה לו".

מן הדברים עולה שהמשפט העברי מאפשר כאן פגיעה בנושים (אלא אם כן נראה לבית דין שיש לעשות תקנה מיוחדת לבטל את המתנה). ייתכן שיש כאן עניין של מדיניות, להגן על עניים מפני עשירים, גם אם העני מנצל הערמה משפטית שלא היינו מצדיקים במצב אחר (ראה איגרות ראיה, איגרת פט, עמ' צט, על נטייה לקומוניזם במשפט העברי). עוד ניתן לנמק שאם המתנה ניתנה לפני ההלוואה, היה לנושה לבדוק אם יש לחייב נכסים, ומשלא בדק, הפסיד לעצמו; ואם ניתנה אחרי ההלוואה, המתנה מועילה רק לגבי מיטלטלין, שאילו קרקע נשארת משועבדת לנושה גם אם ניתנה במתנה, ועיקר הסתמכות נושים היא על הקרקע.

[177] שו"ת הרא"ש, כלל עח, סימן א (ראה על דבריו: א' דסברג, "הערמה בדיני תורה ובתקנות חז"ל", שנה בשנה תשמ"ב, עמ' 215). גם שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רפג, וחלק ו, סימן רנג, כותב שעל בית דין למנוע הערמות כאלו של "עושי רשעה".

בדומה לזה, ר' מלכיאל צבי טננבוים, שו"ת דברי מלכיאל, חלק ג, סימן קסג (ד"ה ובדברי), יוצא בחריפות נגד המשתתפים בכתיבת שטר אמנה (במובן של הברחה), כשמטרתם לסייע להברחת נכסים ולמנוע מן הנושים להיפרע מבעל חובם (וראה לעיל, ליד ציון הערה 10): "ובדברי בזה, לא אוכל להתאפק מלעורר במה שנעשה בעוונותינו הרבים כהיתר, לכתוב נכסיו על שם אחר או לעשות חובות ושטרי אמנה לאחרים על ביתו ונחלתו, כדי שלא יוכלו בעל חובות לגבות ממנו. והאיש המסייע בזה הוא מסייע ידי עוברי עבירה. וכשעומד נגד הבעל חוב ואין מניחו לגבות הוא גזל גמור. ויש אנשים החושבים זאת למצוה, שעושה טובה לחברו, שאין מניח לבעל חובו למכור ביתו וחפצו. ובאמת, אין לך עבירה גדולה מזו... וכל אשר יראת ד' בלבו ירחק מזה. ועל הדיין מוטל להציל עשוק מיד עושקו ולהשתדל לבטל ההברחות בכל אפשרותו".

[178] התקנה מובאת בשו"ת משפט וצדקה ביעקב, חלק א, סימן רפ (ומשם בשו"ת ליצחק ריח, חלק א, סימן לג), המציין שהיא הותקנה בימי ר' משה טולידאנו. על תקנה דומה במרוקו, ראה לעיל, ליד ציון הערה 143.

[179] פרישה, חו"מ, סימן צט, סעיף ב, וסמ"ע, סימן צט, ס"ק ה.

דין זה קשה, שהרי כאן אין מקום לאומדנא שהיות ואדם אינו משאיר את עצמו בלי נכסים, יש להניח שלא התכוון למתנה אמתית, שהרי כאן הנכסים יחזרו אליו לאחר זמן.

על הנותן מתנה על מנת להחזיר כהברחה מנושים, ראה את דבריו של קריית מלך רב, הלכות מלווה ולווה, פרק ב, הלכה א.

בני דוד, על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ב, הלכה ב, מעלה ספק בנותן שהתנה עם המקבל שיחזיר לו פעם בחודש מה שדורש לו למחייתו, האם תנאי זה מוכיח שלא התכוון למתנה אמתית.

[80] ספר התרומות, שער ב, חלק ב, אות ב; פרישה וסמ"ע, שם.

[181] ספר התרומות שם, אות א (הובא בשרשי הים, חלק ג, הלכות זכייה ומתנה, פרק ג, הלכה ט, דף כא ע"ב).

לסיכום, הן המשפט העברי הן החוק מבחינים בין מתנה שהיא למראית עין לבין מתנה אמתית שנועדה להבריח נכסים מנושים. במשפט העברי ניכרת יותר הנטייה לקבוע שהמתנה הייתה רק למראית עין, מתוך אומדן דעתו של הנותן. באותם מצבים שניכר שהנותן התכוון למתנה אמתית, החוק קובע אמצעים אחדים לסכל את ההברחה, ואילו המשפט העברי נמנע מכך ומסתפק בגינוי המעשה, אלא אם המצב מצדיק את התערבות בית המשפט לסיכול ערמתו של הנותן.

אבל משנה למלך, הלכות מלווה ולווה, פרק ב, הלכה ב, מדייק משו"ת הריב"ש, סימן ב, שלדעתו, בסתם מתנה על מנת להחזיר, אין מניחים שהתכוון להבריח.

[182] ספר התרומות שם. הוא מסביר בכך את תקנת הגאונים, המובאת ברמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ב, הלכה ב, שלווה הטוען שאין לו במה לשלם, צריך להישבע שלא נתן מתנה על מנת להחזיר.

נחלקו הפוסקים לגבי מי שיוצר התחייבות לקרובו כדי להפקיע חוב. שו"ת חוות יאיר, סימן ר, עוסק באלמן שעמד לשאת אישה, ולפני שנשא אותה כתב שטר חוב לבתו, ובו התחייב לה מעכשיו סכום גדול, וזמן הפירעון — שעה אחת לפני מותו. מטרתו הייתה שאשתו לא תוכל לגבות את כתובתה מנכסיו, שכן חיובו לבתו קדם לחיוב הכתובה. הוא פוסק שהתחייבותו לבתו בטלה, מפני שהתכוון רק להבריח; ודווקא במתנה גמורה, אומר הרמ"א (לעיל, הערה 175) שהיא תקפה מפני שאין בה הערמה, שהרי גם הנותן עצמו נשאר ערטילאי, ומה שהתכוון להבריח (כלשון הרמ"א), הוא דברים שבלב, מה שאין כן כאן, שאינו משאיר את עצמו ערטילאי; ואף שהתכוון שהתחייבותו תתקיים בשלמות ככתוב בשטר, הרי בזה ניכרת הערמתו, וברור לכול שעשה כך כדי שהוא לא יפסיד, ורק אשתו תפסיד, ולכן השטר בטל. הוא כותב שאילו היה כותב שזמן הפירעון הוא אחרי עשר שנים, כך שהיה מסתכן שיגיע הזמן בחייו ויפסיד, היה לזה תוקף, מפני שזה מראה שהוא מתכוון ברצינות, ולא להערמה, ואף שהיה בטוח שבתו לא תגבה ממנו בחייו, זה רק דברים שבלב. מדבריו עולה שהמבחן כאן הוא האם התכוון להזיק לאחר. אבל תומים, סימן צט, ס"ק יא, חולק עליו, בטענה שאף אם קבע את זמן הפירעון שעה אחת לפני מותו, הפסיד בכך שאינו יכול למכור את נכסיו, שכן בתו תטרוף מהקונים (כוונתו היא שאף אחד לא יסכים לקנות ממנו, מחשש שבתו תטרוף ממנו), ולכן זה דומה למקרהו של הרמ"א, שהעובדה שהנותן מפסיד מוכיחה שלא התכוון להערים, וההתחייבות תקפה. אוהל שם (ברודנא), סימן ל, כותב שאם נתן את ההתחייבות בתנאי "אם לא אחזור בי", כך שברור שהנותן לא יפסיד, שהרי יכול לחזור בו כל זמן שירצה, גם לפי התומים המתנה בטלה, מפני שברור שהתכוון להברחה (צריך עיון, הרי גם כאן הפסיד, שכן אף אחד לא יסכים לקנות ממנו, שמא לא יחזור בו, ובתו תוכל לטרוף מהקונה). אבל הוא כותב שלהלכה, בכל מקרה ההתחייבות תקפה, אם היא לא חלה על כל נכסיו, כפי שראינו לעיל, הערה 171, לגבי מתנה; אלא שיש לחכמים לבטל אותה אם ראו בכך פגיעה גדולה מדי באישה, כדבריו שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 176. שו"ת פרי תבואה, חלק א, סימן נו, כותב במסקנתו, שלפי רבנו תם (לעיל, ליד ציון הערה 164), שהנותן מתכוון למתנה גמורה כדי שהנושה לא יזכה, כאן הבת זוכה, ותוכל לטעון טענת "קים לי" כרבנו תם.

יש לציין ששו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף עו, וחלק ה, סימן קצט, כותב ששטר הלוואה אין בו דין הברחה, כלומר שהכותב שקיבל הלוואה מפלוני (אפילו בכל נכסיו), אין אומרים שהתכוון להבריח מנושה אחר. ולא נתן טעם לדבריו.

הברחה ממס: נימוקי מהר"ם מירזבורק (סוף שו"ת מהר"י וייל), עמ' קסט, כותב שמי שנתן נכסים במתנה "מחוץ לעיר" (כלומר, למישהו שגר מחוץ לעיר) בכוונה לפטור נכסים אלו ממס, אינם פטורים, מפני שהציבור מטיל את המס תוך הטלת חרם "על דעת המקום". כמו כן, שו"ת הרא"ש, כלל ט, סימן ג, נשאל על ציבור שהטיל חרם שכל מי שיש לו כסף מזומן יצטרך להלוות אותו לגוי מסוים, ואדם אחד נתן את כספו לפני הטלת החרם במתנה גמורה לאדם שלא היה בכלל החרם, כדי שלא יצטרך להלוות אותו לגוי, ופוסק שההברחה אינה מועילה, שהרי מחרימים על דעת המקום ועל דעתם, ויש אומדנא דמוכח שהוא נתן רק כדי להבריח, ולכן הוא חייב להלוות לאותו גוי. שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, סימן כז, אות ז, נימק, שיש להניח שטעה וחשב שנתינה זו תציל אותו מהחרם, ואילו ידע שאינה מצילה אותו, לא היה נותן.

פרק שמיני

סיכום

החוק קובע שחוזה שהוא למראית עין בלבד, בטל. זו גם עמדתו של המשפט העברי, אשר חרף הכלל "דברים שבלב אינם דברים", מעדיף במקרה זה את כוונתם האמתית של הצדדים על פני כוונתם המוצהרת.

חוזה שהוא למראית עין מצד אחד בלבד, בעוד הצד שכנגד התכוון להתקשר בחוזה מחייב, תקף, הן לפי החוק הן לפי המשפט העברי, ואין מתחשבים בכוונתו הנסתרת של הצד האחד.

בחוזה למראית עין יחסית, החוזה הגלוי בטל, ואילו החוזה הסמוי תקף, הן לפי החוק הן לפי המשפט העברי[183].

אם אדם שלישי הסתמך בתום לב על קיום חוזה שהוא למראית עין בלבד, מגן החוק על הזכות שרכש. אולם המשפט העברי אינו מעניק לאדם זה הגנה.

תחום שדן בו המשפט העברי בהרחבה, והוא קרוב לנושא הסעיף, הוא החוזה המלאכותי. המשפט העברי קובע שהחוזה המלאכותי תקף. אולם מכוח סמכותם של חכמים לסכל פעולות עוול, פעלו הפוסקים לסכל חוזה מלאכותי שיש בו קנוניה שמטרתה לפגוע שלא בצדק בזכויותיו של אדם שלישי. יש שהסיכול נעשה על ידי מניעת הקנוניה מלכתחילה, ויש על ידי ביטול החוזה בדיעבד).

מתנה שניתנה כדי להבריח נכס מנושים נחשבת בחוק עברה פלילית, ויש הוראות חוק אחדות המבטלות את תוקפה במצבים מסוימים. המשפט העברי מבחין בין מתנה שהנותן התכוון לתת אותה, שהיא בגדר חוזה מלאכותי, והיא תקפה, לבין מתנה שניתנה למראית עין בלבד, בלי כוונה לתת מתנה אמתית, שהיא בטלה. גם במצב שהמתנה תקפה, חכמים התקינו תקנות מיוחדות בשעת הצורך כדי למנוע את הפגיעה בנושים.

פרק תשיעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

חוזה למראית עין 13. (א) חוזה שכרתו אותו הצדדים למראית עין בלבד — בטל[184], אך אם מראית העין היא מצד אחד לחוזה בלבד — החוזה תקף.

(ב) אם לצדו של החוזה הגלוי יש חוזה נסתר שהצדדים התכוונו להעניק לו תוקף — החוזה הנסתר תקף.

(ג) חוזה מלאכותי תקף, אך בית המשפט רשאי לבטלו, אם ראה שהחוזה נעשה כדי לפגוע באדם שלישי.

[183] בכפוף לעמידת החוזה בדרישות הצורה המיוחדות לו; ראה לעיל, הערה 79.

[184] בהצעה זו אין התייחסות לנושא הסתמכות אדם שלישי, שכן המשפט העברי אינו מעניק הגנה לאדם שלישי.

נספח

חוזה שנועד לעקוף איסור דתי

א. מבוא

בספרות המשפט העברי נידונו צורות רבות של חוזים של "הערמה" שנוצרו כדי לעקוף איסורים דתיים או מצוות עשה. הידוע בהם הוא מכירת חמץ לנכרי בפסח, שנועדה לעקוף את האיסור ליהודי להחזיק חמץ ברשותו בפסח.

סוגיית ההערמה מקיפה מאוד. הפוסקים דנים בהרחבה בשאלה אלו הערמות מותרות ואלו אסורות, ועושים הבחנות שונות בשאלה זו[185]. עניינו כאן רק בהערמות שלובשות צורה של חוזה, ובהן השאלה העיקרית הנשאלת בכל הערמה היא, האם יש לצדדים גמירת דעת הנדרשת כדי לתת תוקף לחוזה[186]. במונחים של סעיף זה בחוק, השאלה היא, האם מדובר בחוזה למראית עין, מפני שהצדדים לא התכוונו באמת ליצירת חוזה, ואם כן, אין לה תוקף; או שמא מדובר בחוזה מלאכותי, מפני שהצדדים התכוונו ליצירת חוזה אמתי, אלא שמטרתם העיקרית הייתה עקיפת האיסור ההלכתי, ולא המטרה הרגילה של חוזה כזה, ויש לחוזה תוקף?

שאלה נוספת שיש לשאול בכל הערמה שנידונה היא, האם ראוי להתיר אותה? ייתכן שאף אם הייתה לצדדים גמירת דעת לכריתת החוזה, ההלכה אינה מאפשרת את עקיפת האיסור הדתי בדרך זו, מפני שיקולי מדיניות הלכתיים, של פגיעה חמורה מדי במטרות האיסור[187].

[185] ראה על כך: כתבי משה זילברג (ירושלים תשנ"ח), עמ' 464-481 (ובקיצור בפסק דינו בע"א 265/67 מפי נ' פקיד השומה, פ"ד כא(2) 593, 599-601 = המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל, עמ' 113-115); ש' אטלס, "הערמה משפטית בתלמוד", ספר היובל לכבוד לוי גינצבורג (ניו יורק תש"ו), חלק עברי, עמ' א-כד = נתיבים במשפט העברי (ניו יורק תשל"ח), עמ' 265-304, על סוגים שונים של פיקציה משפטית; ש' שילה, "ההערמה בתלמוד", שנתון המשפט העברי ח (תשמ"א), עמ' 309-355; א' דסברג, "הערמה בדיני תורה ובתקנות חז"ל", שנה בשנה תשמ"ב, עמ' 215-218 (שהתורה השאירה "לאקונות" בכוונה כדי שנוכל לנצלן בשעת הצורך; וכך כתב גם י' רוזן, "על 'הערמות' כמדיניות הלכתית", אקדמות יא (תשרי תשס"ב), עמ' 120); מ' עובדיה, "הערמה", קטורת הלבונה תשנ"ו, עמ' 153-155 (המצדיק הערמות שנועדו ליישב את רוח הזסן עם רוח ההלכה); אנציקלופדיה תלמודית, ערך הערמה, פרק ב (כרך ט, עמ' תרצח-תשא). שילה, שם, עמ' 312, מבחין בין הערמה המשתמשת בדין אחד (כגון הקנאה) כדי לעקוף דין אחר, לבין מצב שההלכה תלויה בכוונת האדם, והמערים טוען שהתכוון לדרך המותרת; את הסוג השני נוטים לאסור. עוד הוא קובע (בעמ' 353) עיקרון, שחכמים התירו הערמה שמטרתה נראית חיובית בעיניהם.

אף הקב"ה השתמש בהערמה בדרך של העברת בעלות כדי לעקוף איסור דתי: בחולין ס ע"ב נאמר, שהיה אסור לישראל לכבוש את ארץ פלשתים בגלל שבועת אברהם לאבימלך (בראשית כא, כד), ולכן ה' הביא לכך שיבואו הכפתורים לכבוש את ארץ פלשתים, כדי להתיר לישראל לכבוש את הארץ מהם. כמו כן, היה אסור לישראל להילחם במואב (דברים ב, ט), ולכן הביא ה' לכך שסיחון יכבוש חלק מארץ מואב, כדי שיהיה מותר לישראל לכבוש אותה. אלא ששם "הועברה הבעלות" בלי הגבלת זמן, ואילו במכירת חמץ וכדומה, העברת הבעלות היא זמנית.

[186] נדון רק בשאלה הכללית, האם באותה הערמה ספציפית יש גמירת דעת, או שמא אין גמירת דעת בגלל מהותה של אותה הערמה. כמובן, גם אם באופן עקרוני יש גמירת דעת לכריתת החוזה בהערמה מסוימת, יכולים להיות מצבים חריגים שאין בהם גמירת דעת. דוגמה לכך היא המוכר חמץ לנכרי ונועל את החדר שהחמץ בתוכו, ואינו מאפשר לקונה את הגישה אליו. לא נעסוק במצבים כאלו (אלא במקומות אחדים), מפני שחוסר גמירת הדעת בהם אינה נובעת באופן מהותי מאופי החוזה כמיועד להפקיע איסור דתי.

[187] בעיה זו היא הסיבה לפסילת הערמות שונות שאינן בדרך של חוזה, כך שאין בהן בעיה של גמירת דעת,

להלן נסקור דוגמאות אחדות של חוזים שנועדו לעקוף איסורים הלכתיים, בחלוקה לפי התקופות שבהן הונהגו החוזים הללו, ונבחן את תקפותם לאור השאלות שהצגנו לעיל.

ב. תקופת המשנה

(1) נתינה עקיפה למי שנדר הנאה ממנו

ראובן שאסר על עצמו בנדר שלא ליהנות משמעון (או ששמעון אסר זאת על ראובן בנדר), ואין לראובן מה לאכול, אסור לשמעון לתת לו כלום, גם אם הוא מרחם על מצבו של ראובן. אבל הוא יכול לתת משהו במתנה ללוי, בתקווה שלוי יתן אותו לראובן, ואז יהיה מותר לראובן ליהנות מדבר זה[188], מפני שהדבר ניתן במתנה גמורה ללוי. יש תוקף למתנה זו, אף שהכוונה

אלא פוסלים אותן בגלל מדיניות הלכתית, שלא לאפשר עקיפת איסורים באופן בוטה. ראה דוגמאות לכך באנציקלופדיה תלמודית, ערך הערמה.

יצוין שר"מ לוי, דבר השמיטה, פרק א, עמ' ל, שילה (לעיל, הערה 185), עמ' 355, וי' רוזן (לעיל, הערה 185), עמ' 115, ובמאמרו "הערמות הלכתיות כתקנות ציבור", תחומין כא (תשס"א), עמ' 211, כותבים שיותר יש להתיר הערמה הנעשית כדי להפקיע איסור שבין אדם למקום, מהערמה הפוגעת באדם אחר. גם א' ברקוביץ, ההלכה — כוחה ותפקידה (ירושלים תשמ"א), עמ' 120, כותב שבהלכות שבין אדם לחברו, הערמה אסורה, ולכן אסרו הערמת ריבית (בבא מציעא סב ע"ב). לעומת זאת, שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כג, נוקט שאם חז"ל ביטלו את ההערמה על דין בר מצרא (לעיל, ליד ציון הערה 129), קל וחומר "במי שרוצה לעקש את הישרה לעבור על גזירת מלך בנשך ותרבית גמורה, הכהתל באנוש יהתלו בו?!". י' רוזן (שם ושם) כותב שלעניין זה ריבית ושמיטת כספים נחשבות איסורים שבין לאדם למקום.

[188] נדרים דף מג ע"א ודף מח ע"א. ראה על כך שו"ת מהריא"ז ענזיל, סימן ג, דף ב ע"ג (שמותר גם אם הוא יודע בוודאי שהמקבל יתן למודר); שילה (לעיל, הערה 185), עמ' 332-335.

התלמוד נוקט בשני הסוגיות, שהדבר מותר אם למודר ההנאה אין מה לאכול. ש"ך, יו"ד, סימן רכא, ס"ק נב, לומד מזה שאם יש לו מה לאכול, אסור לתת לו (וראה בירור הלכה, נדרים מג ע"א, ציון ג, פרק ד, מקורות נוספים לכך, ובצדם, מיעוט פוסקים המתירים גם אם יש לו מה לאכול). מקור חיים, סימן תמח, ביאורים, ס"ק יא, בסופו, נימק, שמעיקר הדין, אסור לתת בדרך זו, מפני שזו בעצם מתנה למודר ממי שאסור עליו, אלא שהקלו במצב שאין לו מה לאכול. כמו כן, בספרו שו"ת נחלת יעקב, סימן א, הוא כותב שאם הוא יודע שהלה ייתן לַמודר, אסור מדרבנן מטעם גורם הנאה, ורק אם אין לו מה לאכול, התירו חכמים. שו"ת בניין עולם, או"ח, סימן כא, כותב שאם יש לו מה לאכול, החמירו חכמים, מפני שהנותן אינו מקנה בלב שלם. שו"ת עונג יום טוב, סימן כח, מסביר שאסור, מפני שהמודר נהנה בעקיפין ממי שאסור עליו. נראה שכוונתם היא שמעיקר הדין, מותר, על סמך ההנחה שהוא נותן בלב שלם, אלא שאם יש לו מה לאכול, החמירו, שמא אינו נותן בלב שלם. א' ברקוביץ (לעיל, הערה 187), עמ' 129, נימק שכיוון שיש בכך הערמה, התירו רק בשעת הדחק, כשאין למודר מה לאכול; כלומר, זהו עניין של מדיניות הלכתית, בלי קשר לשאלת גמירת הדעת בהקנאה.

ר"ן, נדרים לד ע"ב, ד"ה בעא (הובא בעונג יום טוב שם), כותב שאם ראובן מודר הנאה מנכסיו של שמעון, ולא משמעון עצמו, מותר לשמעון לתת ללוי, גם אם יש לראובן מה לאכול, מפני שאז כבר אינו נכסיו של שמעון. גם כאן ההיתר מבוסס על כך שמניחים ששמעון התכוון לתת ללוי בלב שלם, ושאין אוסרים מטעם הערמה.

מקור נוסף לכך שמתנה עבור מודר הנאה יש לה תוקף, הוא בבבא בתרא קלג ע"ב, במעשה באדם שבניו לא נהגו כשורה, ונתן את נכסיו ליונתן בן עוזיאל, ויונתן בן עוזיאל הקדיש שליש מהם, מכר שליש מהם, והחזיר לבניו של אותו אדם שליש מהם; ונפסק שהמתנה תקפה. לפי חידושי הרשב"א, בבא בתרא קלג ע"ב (בשם הרב אב ב"ד בשם ה"ר יצחק בר ראובן), חידושי הר"ן, בבא בתרא קלג ע"ב (בשם ר' יצחק אלברגלוני), וחידושי הריטב"א, בבא בתרא קלג ע"ב, מדובר בשהאב הדיר את בניו מנכסיו, ואחר כך

הייתה שבאמצעותה יוכל ראובן ליהנות, ולעקוף כך את איסור הנדר, מפני שיש להניח ששמעון נתן את הדבר ללוי בלב שלם[189].

גם אם גילה שמעון את דעתו שנתן כדי שראובן ייהנה, המתנה תקפה, מפני שגם אז ברור שהתכוון להקנות ללוי, והרי אם לוי לא ירצה, לא ייתן לראובן כלום. רק אם התנה בפירוש עם לוי שייתן לראובן, אינה מתנה[190].

מצד שני, מסופר בתלמוד[191] על אדם שאסר בנדר את הנאתו על אביו, והבן השיא את בנו, ורצה שהסבא ישתתף בסעודת הנישואין, ולכן נתן את הסעודה במתנה לאדם אחר ("מתנת בית חורון", על שם מקומו) כדי שיהיה מותר לסבא ליהנות ממנו, ואמר לאותו אדם: "יבוא אבי ויאכל". אותו אדם זר ביקש להקדיש את הסעודה לבית המקדש, בטענה שהיא שלו; ואמר לו אבי החתן שאינו מוכן שיקדיש אותה, כיוון שלא נתן לו על דעת כן. חכמים פסקו שאסור לסבא ליהנות מסעודה זו. מה מייחד מעשה זה לעומת מתנה רגילה שניתנה כדי לעקוף איסור נדר, שיש לה תוקף, כאמור? הראשונים נתנו הסברים אחדים לדבר, ונגזרות מההסברים נפקויות למעשה[192]. כך הם מסבירים את ייחודו של מעשה זה:

(א) הייתה זו סעודה: יש להניח שהנותן באמת רצה שהסעודה תישאר שלו, כדי שאביו

התחרט ונתן את כל נכסיו ליונתן בן עוזיאל בתקווה שיחזיר מקצתם לבניו מתוך חסידותו, ונפסק שהמתנה תקפה מפני שנתן בסתם, וגם אחרי שיונתן בן עוזיאל הקדיש ומכר חלק מהנכסים, לא ערער האב, ומכאן שנתן במתנה גמורה. גם רמב"ן, נדרים טז ע"א (בדפי הרי"ף), ובבא בתרא קלג ע"ב, יד רמה, בבא בתרא, פרק ח, סימן קס, ותוספות, בבא בתרא קלג ע"ב (ד"ה בא) — כותבים ששם מדובר בשהאב הדיר את בניו מנכסיו, והמתנה שנתן האב תקפה כיוון שנתן סתם, בלי לרמוז שהוא רוצה שהמקבל ייתן לבניו. אבל הם לא כתבו שהאב התחרט. על כך ראה: שרשי הים, חלק ג, הלכות זכייה ומתנה, פרק ג, הלכה ט (כא ע"ג).

[189] חידושי הריטב"א, נדרים מח ע"א; חידושי הרשב"א, שם; נימוקי יוסף, נדרים טז ע"א (בדפי הרי"ף).

[190] חידושי הריטב"א, נדרים מח ע"א (ד"ה מ"ט).

כמו כן, בית הבחירה, נדרים מח ע"א (עמ' קעח), התיר לתת מתנה לאחֵר כדי שהמודר ממנו הנאה יוכל לאכול אותה, אם נתן במתנה גמורה, אלא אם כן התנה שיבוא המודר ויאכל. והוסיף (בעמ' קעט) שאף שנתן מפני שהיה בטוח שהמקבל יתן למודר, הרי המקבל יכול להחליט שלא לתת.

וצריך עיון, מה שכותב נימוקי יוסף, נדרים טז ע"א, בדפי הרי"ף (ד"ה זימנין [השני]), בשם הריטב"א, שגם אם שמעון נתן "על מנת לתת למודר", המתנה תקפה. ייתכן שהמלים "על מנת" בדבריו אינן במובן של תנאי, אלא במובן "כדי לתת למודר", בלי תנאי מפורש, ולכן מותר.

דעה חולקת: פסקי הריא"ז, נדרים, פרק ד, הלכה ו, אות ד, כותב שאם אמר בשעה שנתן "תן לפלוני שאין לו מה יאכל", אינה מתנה, שהרי גילה דעתו שנתן לו רק לצורך זה; ורק אם שתק, זו מתנה, אף שהתכוון כדי שייהנה המודר, מפני שאלו דברים שבלב. וכך יוצא מפסקי הרי"ד ומהרשב"א (להלן, הערה 196), שנוקטים שהמיוחד במתנת בית חורון (דלהלן), שהיא בטלה, הוא מה שאמר למקבל, אף שלא עשה תנאי. זאת בניגוד לריטב"א, האוסר רק אם עשה תנאי מפורש.

[191] נדרים מח ע"א. על מתנת בית חורון, ראה: כתבי משה זילברג (לעיל, הערה 185), עמ' 469-475; בירור הלכה, נדרים מח ע"א, ציון ו.

[192] יש גם מהראשונים הסבורים שכוונת התלמוד היא שאכן המתנה תקפה, ובכל זאת החמירו לעניין הנדר: בית הבחירה, נדרים מח ע"א (עמ' קפא), כותב שלפי התירוץ השני של רב נחמן, בנדרים מח ע"ב, מתנת בית חורון מועילה, אלא שהחמירו בנדרים. כמו כן, חידושי הרשב"א, נדרים מח ע"ב, כותב שלפי התירוץ השני של רב נחמן, מתנת בית חורון תקפה, ורק בנדרים החמירו, כיוון שהיא "מתנה כלדהי [=כלשהיא]", שנתן על מנת להקנות למודר. וכן משמע מהר"ן שם (ד"ה וזימנין).

בדומה, כותב ר' אברהם מן ההר, נדרים מח ע"ב, שלפי שני התירוצים של רב נחמן, הטעם שמתנת בית חורון אסורה הוא שהנאה מגיעה למודר מכוחו. משמע שכוונתו היא שאכן המתנה תקפה, ואסור רק משום הנדר. אבל הוא לא פסק באופן חד משמעי כרב נחמן בעניין "קנה על מנת להקנות".

ייהנה ממנה, מפני שיותר מכובד הוא שאביו ייהנה מסעודתו של בנו ולא משל אחר[193]. יש ראיה להסבר זה מן הנימוק שנותן התלמוד לבטלות המתנה[194]: "סעודתו מוכחת עליו".

(ב) הנותן נתן דבר שטרח בו: ברור שלא התכוון לתת מתנה באמת, שהרי אין דרך האדם לטרוח כל כך בהכנת דבר, כפי שטרח אדם זה בהכנת הסעודה, ואחר כך לתת אותו לאחר[195].

(ג) הנותן אמר שהוא נותן לצורך המודר. כיוון שאמר כך למקבל, הראה שאינו מתיר למקבל לעשות במתנה כרצונו, והוא נותן רק על דעת שיתננה למודר, ולכן אינה מתנה[196]. יש

[193] ר"ן, נדרים מח ע"ב (הובא בשו"ת ויאמר יצחק, חלק ב, סימן קצב, דף קסד ע"ב); נימוקי יוסף, נדרים טז ע"א (בדפי הרי"ף); מרומי שדה, נדרים מח ע"ב.

כמו כן, שו"ת רמ"ע מפאנו, סימן עב, מסביר שמתנת בית חורון בטלה מפני ש"סעודה לאוכליה הוה בעי לה".

רמב"ם, הלכות נדרים, פרק ז, הלכה טו (הובא בשו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן נז), ובפירוש המשנה, נדרים, פרק ה, משנה ה, נוקט שהעובדה שזו סעודה גדולה מוכיחה שלא התכוון לתת במתנה. מהדיר חידושי הרשב"א, נדרים מח ע"א, הערה 174, כותב שלפי הרמב"ם, גם באדם אחר שאינו אביו, אסור, אבל מהר"ן מוכח שאביו דווקא. הרשב"א דוחה את פירוש הרמב"ם, מפני שקשה לקבוע מהי סעודה גדולה, ומביא ראיה מביצה כ ע"א, שם נידון מי שאמר "תנו לפלוני ארבע מאות זוז וישא את בתי", והרי ארבע מאות זוז הם כסעודה גדולה, ובכל זאת נאמר שם שהוא יכול לזכות בכסף בלי לשאת את הבת; נמצא שאין אומרים שמניחים שהתכוון לתת בתנאי שיישא את בתו. לחם משנה, על הרמב"ם שם, כתב שלפי הר"ן, הדברים אמורים דווקא בסעודת נישואין, אבל לרמב"ם, שנקט "סעודה גדולה", הדברים אמורים גם בסעודה גדולה שאינה של נישואין. בעניין זה ראה שערי תורה (לעוו), חלק א, כלל ד, פרט יד, אות מ.

חידושי הרמב"ן, בבא בתרא קלד ע"א, הסביר תחילה שהטעם הוא שהסעודה הוכיחה שהמתנה לא הייתה בגמירת דעת אלא להערמה. אחר כך הוא מעלה אפשרות שדווקא אם אמר בפירוש "ואינה לפניך אלא כדי שיבא אבא ויאכל עמנו בסעודה", המתנה בטלה; או, שכפי שהסביר התלמוד שם על פי דעת ר' אליעזר, שאפילו ויתור אסור במודר הנאה, ומאחר שאמר "ויבוא אבא", הוא כאילו נהנה ממנו; וכוונתו היא שאינה מתנה רק לגבי מודר הנאה, אבל לדברים אחרים המתנה תקפה. חידושי הריטב"א, קידושין ו ע"ב, מסביר שהמתנה בטלה מפני שסעודתו מוכיחה שלא גמר בלבו לשם מתנה, אלא הערים כדי שייהנה אביו מסעודתו, כמו שאמר: "הרי הם לפניך כדי שיבא אבא ויאכל". רא"ש, בבא בתרא, פרק ח, סימן לח, מסביר שבמעשה בבית חורון המתנה בטלה משום שסעודתו מוכיחה שהייתה הערמה בעלמא.

[194] נדרים מח ע"א וע"ב.

אבל א' ברקוביץ (לעיל, הערה 187), בעמ' 129, כותב שלפי הדעה (לעיל, הערה 188), שהערמה זו הותרה רק בשעת הדחק, הסעודה מוכיחה שאין זו שעת הדחק, ולכן אסור.

[195] חידושי הריטב"א, נדרים מח ע"א; נימוקי יוסף, נדרים טז ע"א (בדפי הרי"ף); שיטה מקובצת, נדרים מח ע"א, בשם רנב"י; חידושי הרשב"א, נדרים מח ע"א.

מחזיק ברכה, סימן תמח, אות טז, מקשה, שהרשב"א סותר את עצמו, שבשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן קצח, כותב שהאומר לכהן "הילך חמשה סלעים ותחזירם לי", אין בנו פדוי, והרי לשיטתו בנדרים היה צריך לומר שההקנאה תקפה כיוון שלא טרח בכסף.

[196] פסקי הרי"ד, נדרים מח ע"א; חידושי הרשב"א, בבא בתרא קלג ע"ב.

כמו כן, בית הבחירה, נדרים מח ע"א (עמ' קעח-קעט), כותב שאם אמר בשעת המתנה "הריני נותנו לך ויבוא אבא ויאכל עמך", אסור, מפני שזה מוכיח שנתן על דעת זה, אבל אם לא הזכיר זאת בשעת המתנה, המקבל יכול להקדיש אותה. בית הבחירה, בבא בתרא קלד ע"א, מבאר במסקנתו, שהכלל הוא שכל מתנה שאין עיקר כוונת הנותן להנאת המקבל, כגון זה, שלא הייתה עיקר כוונתו במתנתו אלא שיבוא אביו ויאכל, אינה מתנה (ולא כתב מה הגורם המוכיח שזו הייתה כוונתו).

כך עולה גם מפסקי הריא"ז (לעיל, הערה 190), שמאחר שבשעה שנתן ביקש שייתן לפלוני, אינה מתנה.

כמו כן, ראב"ן, נדרים מג (רפו ע"א במהד' ערנרייך), נוקט לגבי כל מודר, שאם אמר למקבל "הרי הוא לפניך שתתנהו לפניו ויאכל", אינו מתנה גמורה; ולא נקט דווקא סעודה או אביו.

להעיר, שגם לפי ההסברים האחרים, המתנה בטלה רק אם אמר כך[197], אלא שלדעתם לא די

חידושי הר"ן, בבא בתרא קלג ע"ב (בשם ר' יצחק אלברגלוני), וחידושי הריטב"א, בבא בתרא קלג ע"ב, נוקטים שהמתנה בטלה משום שאמר בפירוש "ואינן לפניך אלא שיבוא אבא ויאכל", או משום שסעודתו מוכחת עליו.

שרשי הים, חלק ג, הלכות זכייה ומתנה, פרק ג, הלכה ט (כא ע"ד), מסביר, שמדבריו ניכרת מחשבתו שאם לא יבוא האב, לא יזכה בה המקבל, ושאינו מוכן שהמקבל יקדיש את דבר המתנה, שהרי אם יקדיש לא יוכל האב לאכול, והיות שנתן סתם ומתוך מחשבתו ניכר שאינו מוכן שיקדיש, ניכר שהוא מערים.

שו"ת זרע יצחק (קצנלבוגן), או"ח, סימן ו, ערוגה ו, מסביר, שכיוון שאמר שהוא מתכוון שיהנה אביו, נמצא שבשעת מעשה הוא מהנה את אביו, וחברו חייב לתת לאביו, ונמצא שחברו הוא כשלוחו.

[197] כך עולה מן הפוסקים, אלא שנחלקו אימתי אמירה זו פועלת. יש בסוגיה שתי לשונות: לפי הלשון הראשונה, רק אם אמר "ואינה לפניך אלא כדי שיבוא אבי ויאכל", המתנה בטלה. לפי הלשון השנייה, גם אם אמר רק "יבוא אבי ויאכל", המתנה בטלה. חידושי הריטב"א, נדרים מח ע"א, ונימוקי יוסף, נדרים טז ע"א, בדפי הרי"ף (הובא בקיצור בספר עושה שלום (מרגנטו), דף סז ע"ב), פסקו כלשון השנייה, וגם רשב"ם, בבא בתרא קלד ע"א (ד"ה ואינן), נוקט כלשון השנייה; וכך יש לפסוק, לפי הכלל שכשיש שתי לשונות בסוגיה, הלכה כלשון השנייה. ואמנם פסקי הרי"ד, נדרים שם, נוקט "ואינו לפניך", אבל ייתכן שלא דק בדבריו.

נימוקי יוסף, נדרים טז ע"א (בדפי הרי"ף), כותב שדווקא אם אמר כך בדרך הקפדה, המתנה בטלה, אבל אם אמר בדרך פיוס, הדבר מראה שנתן בלב שלם, וזאת גם אם ידע מראש שהמקבל יסכים לתת לאביו לאכול. מדבריו עולה שמדובר גם בסעודה שטרח בה.

ראה הערה 304, שר' משה לוי מסביר מדוע אם שתק, המתנה תקפה, אף שיש הוכחה מהסעודה שאינו מתכוון למתנה.

אמר בשעת המתנה או אחר כך: חידושי הריטב"א, נדרים מח ע"א, כותב שאם אמר "יבוא אבא ויאכל", בין בשעת המתנה בין אחריה, המתנה בטלה.

כמו כן, רמב"ם, הלכות נדרים, פרק ז, הלכה טו (הובא בשו"ת ויאמר יצחק, חלק ב, סימן קצב, דף קסו ע"ב; וכלשונו כתב שולחן ערוך, יו"ד, סימן רכא, סעיף ט), אסר גם אם אמר כך רק אחרי נתינת המתנה. אבל כסף משנה, שם, כותב שגם לרמב"ם, אם שהה קצת ואחר כך אמר, מותר (והמתנה תקפה). לעומתו, מעשה רוקח, על הרמב"ם שם, כותב שלפי הרמב"ם, גם אם אמר כך רק זמן רב אחרי המתנה, אינה מתנה, מפני שיש אומדנא דמוכח שאינו נותן סעודתו לאחר, כיוון שלרמב"ם מדובר בסעודה גדולה (לעיל, הערה 193), ודי בגילוי דעת. גם קרן אורה, נדרים מח ע"א, כותב שלרמב"ם גם אם אמר כך רק אחרי זמן רב, אינה מתנה. כמו כן, המהדיר לחידושי הרשב"א, נדרים מח ע"א, הערה 177, מדייק מלשון הרמב"ם בפירוש המשנה (לעיל, הערה 193), שאסור גם אם שהה. ר' בן ציון, אב"ד קאלוואריא, יגדיל תורה (אודסה), גיליון ה, סימן לה, דף עג, מתקשה מדוע השולחן ערוך כותב כלשון הרמב"ם ואינו מבחין בין אמירה מיידית לאמירה שלאחר זמן, כפי שהבחין הוא עצמו בכסף משנה. ובדף עז ע"ב כותב (וכך כתב גם בספרו שערי ציון, חלק א, סימן יד, דף מז ע"א), שמרבנו ירוחם, תולדות אדם וחוה, נתיב יד, חלק ה, בתחילתו, משמע שלפי הרמב"ם המתנה בטלה גם אם אמר זאת זמן רב אחרי הנתינה. כמו כן, שיטה מקובצת, נדרים מח ע"א, כותב בשם "שיטה", שהמתנה בטלה מפני ש"הוכיח סופו על תחלתו", ומה ששתק בתחילה, הוא משום שלא רצה שהמקבל יבין; משמע שכך הוא גם אם אמר לו כך רק אחר זמן.

שו"ת צמח צדק (קרוכמל), סימן מה, הסביר את דעת הרמב"ם, שכיוון שיש סעודה, יש הוכחה שמתחילה התכוון למה שאמר בסוף, שיבוא אביו ויאכל, אבל אם אין הוכחה, כגון שזו סעודה קטנה, אין אומרים שהוכיח סופו על תחילתו.

סמ"ג, לאוין רמב (עב ע"ב), כותב שגם אם אמר "יבוא אבא" לאחר זמן, אינה מתנה. חידושי חתם סופר, נדרים מח ע"א, מביא ראיה לשיטה זו (עיין שם). ילקוט ביאורים (במהד' מתיבתא), נדרים מח ע"א, הערה מד, מעיר שמתוספות, קידושין מט ע"ב (ד"ה דברים), משמע שגילוי דעת מועיל רק בשעת המכר; והוא מבחין בין ממונות לנדרים (כלומר המתנה תקפה, ובכל זאת אסור לאביו לאכול מספק), מפני שאינו נאמן לטעון אחר זמן שלא התכוון למתנה (ובכך להוציא מהמקבל), אבל לעניין לאסור לאביו לאכול, נאמן.

שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, סימן כז, אות ב, מדייק מלשון הרמב"ם, שאם נתן סעודה רגילה, ואמר "יבוא

בכך, אלא צריך הוכחה נוספת לחוסר גמירת דעת, ואילו לפי הראשונים האומרים הסבר זה, די באמירה בלבד כדי להוכיח חוסר גמירת דעת[198].

(ד) הנותן אסר בפירוש על המקבל להקדיש את דבר המתנה אף לזמן קצר, ולכן אומדים את דעת הנותן, שלא התכוון למתנה אמתית[199].

פלוני ויאכל", אסור, ואם זו סעודה גדולה, גם אם לא אמר כלום, אסור; והוא חולק על כסף משנה, האומר שלדעת הרמב"ם אסור רק אם אמר כן בסמוך לנתינה.

לעומתם, חידושי הרשב"א, נדרים מח ע"א, כותב שרק אם אמר בשעת המתנה "יבוא אבא ויאכל עמנו", יש הוכחה שהתכוון בדבריו אלו לתנאי הזה, ולכן אין זו מתנה, אבל אם נתן סתם, ואחר כך שכנע את המקבל להזמין את אביו, מותר (והמתנה תקפה), מפני שגם אם נאמר שנתן רק משום שהיה בטוח שיזמין את אביו אם ישכנע אותו, מותר, שהרי זו מתנה גמורה, שכן עדיין המקבל יכול לסרב לתת לאב, ובכל זאת המתנה תהיה תקפה. ר"י ברנד (להלן, הערה 240), עמ' סד, מנמק את דעת הרשב"א, שיש להניח שהנותן רוצה שתהיה המתנה תקפה כדי שלא יעבור באיסור נדר.

מחלוקת הרשב"א והרמב"ם מובאת בנימוקי יוסף, נדרים טז ע"א, בדפי הרי"ף, בשו"ת חוט השני, סימן לו, בשערי תורה (לעיל, הערה 193), בדבר השמיטה (לוי), סימן א, עמ' כג, ובאמרי דעת (זכאי), חו"מ, סימן א (עמ' קכג).

[198] ר' אברהם מן ההר, נדרים מח ע"א, מרכיב את ההסבר של הטרחה ואת ההסבר של האמירה כנימוקים מתחלפים: הוא כותב שאם אמר בשעת נתינת המתנה "הרי זה נתון לך ויבוא המודר ויאכל", אסור גם אם זאת לא סעודה, אבל אם אמר "יבוא המודר" רק אחרי הנתינה, המתנה תקפה אם אין זו סעודה, מפני שאין הוכחה שנתן רק לשם כך, שהרי לא אמר "ויבוא", בוי"ו החיבור, ואם כן, המתנה היא מוחלטת, והדיבור אחר כך הוא דיבור נפרד; אבל אם עשה סעודה וטרח, מוכח שלא התכוון למתנה, אפילו אמר "יבוא" רק אחר כך; ואם לא אמר כלום, ולא הזכיר את המודר, זו מתנה (גם אם עשה סעודה).

[199] שו"ת הר"י מיגאש, סימן מב.

כמו כן, יד רמה, בבא בתרא, פרק ח, סימן קס, כותב שאף שאמר "הרי הן בפניך עד שיבוא אבא ויאכל עמנו בסעודה", כלומר שהקנה לו עד זמן הסעודה (כך צריך לומר שם, ולא "כל זמן הסעודה"), בכל זאת, היות שאינו יכול להקדישו למשך זמן זה, אינה מתנה אפילו באופן זמני.

בית הבחירה, בבא בתרא קלד ע"א, מביא דעה זו, שתפסה כפשוטו את הכלל במשנה נדרים מח ע"א, שמתנה שאי אפשר להקדישה אינה מתנה. והוא מביא שיש מפרשים שלא הצריכו שיהיה יכול להקדישה אלא לגבי נדר, שאפילו ויתור אסור בו, ולכן הנותן אינו מסתלק ממנה להתירה למודר הנאה ממנו אלא אם כן יכול המקבל להקדישה, אבל בדרך כלל הוא מתנה.

גם מרשב"ם, בבא בתרא קלד ע"א (בראש העמוד), משמע שהטעם הוא שהנותן גילה את דעתו שהוא נותן על מנת שלא יקדיש המקבל, והמקבל "עבר על דעת הנותן"; ולפי זה, אם לא הקדיש, המתנה תקפה. אבל מלשון הסוגיה משמע שהמתנה בטלה גם אם לא הקדיש, מפני שלא היה יכול להקדיש. וכך עולה מחידושי הריטב"א, נדרים מח ע"א, שהסביר שמה שאמר המקבל "הרי הם מוקדשים", הוא כדי לבדוק אם יקפיד הנותן, או כדי להודיע לו שהמתנה בטלה.

נראה שגם רבנו גרשום, בבא בתרא קלד ע"א, סובר שאם אינו יכול להקדיש את המתנה, היא בטלה, שהרי הוא כותב שבמעשה שם (שהבאנו לעיל, הערה 188), המקבל (יונתן בן עוזיאל) מכר והקדיש חלק מהנכסים כדי שהמתנה תהיה מוחזקת בידו, ורק אחר כך נתן חלק לבני הנותן — וזאת כיוון שחשש לכלל שמתנה שהמקבל אינו יכול להקדישה אינה מתנה; משמע שלדעתו, אם אינו יכול להקדיש את המתנה, היא אכן בטלה.

ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 4, על הדעה שאין תוקף למתנה שהמקבל אינו יכול להקדיש, מפני שלא ייתכן שתהיה לאדם בעלות מוגבלת על נכס, ולא מפני העדר גמירת דעת מצד הנותן.

שפת אמת, סוכה מא ע"ב (ד"ה בא"ד וי"ל), כותב שבאמת במתנת בית חורון, המקבל יכול להקדישה באופן זמני עד הסעודה, כמו שכתבו תוספות, סוכה שם (ד"ה הילך), לגבי מתנה על מנת להחזיר, אבל כשמגיע זמן הסעודה כבר אינו יכול להקדישה, ולכן אינה מתנה, ולכן אסור לאב ליהנות ממנה.

שני ההסברים הראשונים הם מקומיים, למתנה הניתנת כדי לעקוף נדר, ואילו שני ההסברים האחרונים מלמדים עקרונות כלליים בבטלות מתנה. לפי ההסבר השלישי, בכל מצב שהנותן אומר למקבל שהוא נותן לו כדי שייתן אותה לאחר, המתנה בטלה. לפי ההסבר הרביעי, בכל מצב שהנותן אומר למקבל שלא יוכל להקדיש את המתנה, המתנה בטלה[200].

(2) הקנאת כסף לאחֵר כדי שיפדה מעשר שני שלו בלי חומש

הפודה מעשר שני של עצמו צריך להוסיף חומש, ואילו הפודה מעשר שני של אחר אינו צריך להוסיף חומש. אדם יכול לתת כסף במתנה לחברו, ואפילו לבן משפחתו, כדי שיוכל לפדות את המעשר השני שלו בלי תוספת חומש. וכך אומרת המשנה[201]: "מערימין על מעשר שני. כיצד? אומר אדם לבנו ולבתו הגדולים, לעבדו ולשפחתו העברים, 'הילך מעות אלו ופדה לך מעשר שני זה'".

ר' אברהם יצחק הכהן קוק[202] הסביר, שהיות שמטרת הקניין היא להפקיע את האיסור, ושני הצדדים גמרו בדעתם להקנות קניין זה, יש תוקף להקנאה.

לפי רוב הפוסקים, הקנאה זו מועילה גם במעשר שני דאורייתא[203]. אולם ר' אפרים זלמן

לכאורה, אפשר לפרש שהמיוחד במתנת בית חורון הוא שהיה לאב מה לאכול, ומה שהתירו לתת למודר, הוא רק אם אין לו מה לאכול, כפי שראינו לעיל, הערה 188. נראה שהסיבה שהפרשנים לא פירשו כך היא, שאי יכולתו של הסב לבוא לסעודת נכדו נחשבת צורך חשוב השקול למי שאין לו מה לאכול.

[200] ראה על כך חוק לישראל, מתנה, סעיף 4.

[201] משנה, מעשר שני, פרק ד, משנה ד, הובא בגיטין סה ע"א. ראה על כך: כתבי משה זילברג (לעיל, הערה 185), עמ' 465־466; שילה (לעיל, הערה 185), עמ' 316־317.

התלמוד הירושלמי, מעשר שני, פרק ד, הלכה ג, מנמק, שהערמה זו מותרת מפני שבמעשר שני נאמרה "ברכה": "כי יברכך ה' אלקיך" (דברים יד, כד). נשמת אדם, שאלה ח, מסביר שבעצם אין סיבה לאסור, מפני שבמעשה ההערמה, הנתינה לאחר, אין שום איסור, אלא שהבעיה היא שהנותן אומר לאחר "פדה מעשר שני זה בלי חומש", ולכן הירושלמי הוצרך לטעם מיוחד. שו"ת נחלת יעקב (מליסא), סימן א, כותב שדרשת הירושלמי היא אסמכתא בעלמא, ובאמת בלאו הכי ההערמה מותרת. שו"ת בית אפרים, או"ח, סימן לג, כותב שהירושלמי מתכוון למי שנותן את הכסף לחברו בלי להקנות לו, אבל אם הוא מקנה לחברו, אין זה מועיל במעשר שני דאורייתא; ראה בשמו להלן, הערה 204. שו"ת מהר"ם מרוטנבורק האחרונים, או"ח, סימן יב, מסביר שהירושלמי בא לנמק מדוע מצוה להערים בדרך זו, כלשון המשנה "מערימין". גם שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן סב (הובא אצל רז"נ גולדברג, שיצוין להלן, הערה 205, בעמ' קכג, ואצל ר"י רוזן, שצוין לעיל, הערה 187, בעמ' 120, האומר שגם מכירת חמץ והיתר עסקא הן הערמות שחכמים "תיקנו"), מסביר שהירושלמי בא לנמק מדוע רצוי להערים: מפני שאנשים נמנעו מלפדות מעשר שני בגלל החומש, והעלו את הפירות עצמם לירושלים, והפסידו את הברכה (נראה שכוונתו לברכה שיש למי שקונה אוכל בירושלים בכסף מעשר שני), ולכן קבעו חז"ל שיש להערים.

הערמה דומה מוזכרת במשנה, מעשר שני שם, משנה ה (הובא בבבא מציעא מה ע"ב): בעל הפירות נותן אותם לחברו במתנה, ואז הוא מחלל אותם על כסף שלו, בלי חומש.

שו"ת ר"ש איגר, חלק א, כתבים, סימן לד (עמ' רעו), מוצא דרך קצת שונה להיפטר מתוספת חומש: שבעל הפירות יתן אותם לאדם אחר במתנה על מנת להחזיר (בדומה להצעה של הריב"ש, להלן, ליד ציון הערה 274). הוא כותב שדרך זו טובה יותר מהדרך של המשנה, שכן הנותן על מנת להחזיר נותן בגמירת דעת כיוון שאינו מפסיד מכך, ואילו הנותן מתנה סתם על סמך ידיעתו שהמקבל יחזיר (כבהצעת המשנה), יש פגם בגמירת דעתו (ואכן בפדיון הבן, נתינה כזאת אינה מועילה, כפי שפסק ט"ז, יו"ד, סימן שה, ס"ק ו), אלא שהקילו לענין מעשר שני. הוא מסביר שהמשנה לא רצתה לנקוט שיתן מתנה על מנת להחזיר, מפני שלא הכול יודעים איך לעשות תנאי כנדרש.

[202] שבת הארץ, מבוא, אות יג (ד"ה אלא שבכלל).

[203] שו"ת נחלת יעקב (מליסא), סימן א, ובספרו מקור חיים, סימן תמח, ביאורים, ס"ק יא; נשמת אדם, שאלה

מרגליות[204] כותב שבעל הפירות אינו מתכוון לתת את הכסף במתנה אמתית, ולכן במעשר שני דאורייתא, אין זה מועיל לפטור אותו מתוספת חומש, ורק במעשר שני דרבנן, התירו חכמים את ההערמה, ואינו חייב להוסיף חומש.

(3) מצורע המקנה את נכסיו לאחֵר כדי שיוכל להביא קרבן עני

שני מצורעים שנטהרו והפרישו את קרבנות הטהרה שלהם, והתערבו הקרבנות זה בזה, והוקרב אחד מהם, ומת אחד המצורעים, האחר אינו יכול להקריב שום קרבן מהתערובת, שמא קרבן זה שייך למצורע שמת, וגם אינו יכול להביא קרבן חדש, שמא כבר קרב קרבנו. ומה יעשה? אם הוא עני, שדינו להביא עוף לחטאת, הוא יכול להביא חטאת העוף, שכן חטאת העוף באה גם בספק; אבל אם הוא עשיר, שדינו להביא בהמה, אינו יכול להביא קרבן מספק. המשנה[205] אומרת שאם הוא עשיר, הוא יכול לתת את נכסיו במתנה לאחר, וכך יהפוך לעני, ויוכל להביא חטאת העוף מספק.

ר׳ יום טוב הלפרין[206] מסביר שהמצורע גומר בדעתו להקנות. נראה שגם כאן הסיבה היא, שהוא יודע שבלי זה לא יוכל להיטהר לעולם, ולכן הוא מוכן להקנות בלב שלם.

ח; שו״ת עונג יום טוב, סימן כח; חידושי מהר״ץ חיות, גיטין סה ע״א; שו״ת מהר״ם מרוטנבורק האחרונים (לעיל, הערה 201). ר׳ משה מרונטבורק שם מסביר שחברו זוכה בכסף, ומן הדין הכסף שלו, אלא שהנותן בטוח שחברו יחזיר לו, אבל אין זה פוגע בהקנאה.

[204] שו״ת בית אפרים, או״ח, סימן לג. הוא מסביר שמה שרמב״ם, הלכות מעשר שני, פרק ה, הלכה ח, מתיר הערמה זו אף בדאורייתא, הוא באופן שאינו מקנה לחברו כסף, אלא החבר פודה לעצמו. עיין שם, איך הוא מיישב לפי זה את הסוגיה. וראה נחלת יעקב, שם, הדוחה את דבריו.

בית אפרים כותב כך גם בדעת בכור שור (להלן, הערה 248), שכתב שבדאורייתא אין מועילה הערמה. אבל המגיה בנחלת יעקב שם (הוא ר׳ אברהם תאומים) כותב, שבכור שור כתב כך רק בחמץ בפסח, שאם נאמר שהמוכר התכוון שהגוי יחזיר לו אחרי הפסח, החמץ אסור, כמו בנתינת חמץ לגוי במתנה על מנת להחזיר, שאסורה מפני שיש לחמץ ערך עבורו בפסח כ״גורם לממון״ (ומה שכתב מגן אברהם, שיצוין להלן, הערה 235, שזו רק חומרה, הוא אם החמץ מונח ברשות הגוי); אבל במעשר שני, גם אם התכוון שחברו יחזיר לו את הכסף, אין זה משנה, שהרי הנותן לחברו כסף במתנה על מנת להחזיר, חברו יכול לפדות בו בלי חומש, אם אחר כך יקיים את התנאי להחזיר, ולכן מועילה הקנאה זו גם במעשר שני דאורייתא.

רא״ז מרגליות, בתשובתו בקונטרס מקנה וקניין (הורוביץ), דף כו ע״ב, כותב שההקנאה מועילה גם אם בלבו אינו מתכוון להקנאה גמורה אלא כדי להיפטר מחומש, מפני שאלו דברים שבלב, והרי אם המקבל יתבע את המתנה, בית הדין יחייב את הנותן לתת לו.

[205] משנה נגעים, פרק יד, משנה יג, הובא בנדה ע ע״א. ראה על כך שילה (לעיל, הערה 185), עמ׳ 330־331. רז״נ גולדברג, ״להשתמש בתחבולות להוריד את האיסור מדאורייתא לדרבנן״, הלכה ורפואה ה (תשמ״ח), עמ׳ קטז, מוכיח מכאן שמותר לעשות הערמה כדי לאפשר קיום מצווה, שהרי ההקנאה כאן היא הערמה, שכן בסופו של דבר המקבל יחזיר למצורע את מה שקיבל ממנו.

בדומה לזה, כותב רש״י, כריתות ז ע״ב (ד״ה מאי עבדן), ששתי נשים שקנו חטאת העוף בשותפות, יכולה אחת לומר לחברתה: ״אם אני חייבת בהבאת הקרבן, חלקך מחול לי״ וכו׳. ובדומה כותב רש״י, בכורות יז ע״ב (ד״ה אפשר), שיכולות שתי ערים להביא עגלה ערופה אחת בשותפות, ולהתנות: ״אם אתם קרובים יותר לחלל, יהיה חלקנו מחול לכם״. ר׳ יהודה ליב גרוברט, בשו״ת חבלים בנעימים, חלק א, סוגיא לג, חלק א, אות ג, כותב, שמה שנקט רש״י ״מחול״ אינו בדווקא, שהרי העוף והעגלה הם בעין, ולא שייכת מחילה על דבר שבעין, וכוונתו היא ״נתון במתנה״. כמו כן, תוספות, קנים, פרק א, משנה ד (ד״ה לאיזו), מדברים על שניים שקנו קרבן יחד והתנו שאם יתברר שאחד מהם חייב בו, חברו ימחל לו על חלקו; והכוונה למתנה.

[206] עונג יום טוב (לעיל, הערה 203).

ג. תקופת התלמוד

(1) מכירת בהמה מבכרת לנכרי

מי שיש לו בהמה שעתידה ללדת לידה ראשונה, יכול למכור אותה לנכרי (או חלק ממנה), כדי שלא תחול על הוולד קדושת בכורה, שתאסור את השימוש בו עד שייפול בו מום[207].

התוספות[208] כותבים שדי שהנכרי ישלם פרוטה, אף שהבהמה שווה הרבה יותר, מפני שברור שהיהודי גומר בדעתו להקנות לו אף תמורת סכום כזה, כדי שהוולד לא יהיה קדוש בבכורה.

ר׳ אברהם יצחק הכהן קוק[209] הסביר, שיש כאן סמיכות דעת כיוון שהקניין נועד להפקיע את האיסור, ושני הצדדים גמרו בדעתם להקנות קניין זה.

אשר להיבט של הערמה, חתם סופר[210] מסביר שאף שמדובר בעקיפת איסור מהתורה, לא אסרו זאת חכמים בגלל הערמה, מפני שאם ההערמה לא תועיל, נמצא שיהיה בפנינו בכור עם קדושה, ויש חשש שישתמשו בו, ולכן השאירו את דין תורה במקומו, ולא אסרו את המכירה.

אחרים הסבירו[211] שאין לאסור את המכירה מטעם הערמה, כיוון שהמכירה נעשית לפני זמן האיסור, שאז מותר להערים, כפי שנראה להלן[212], מה גם שהמכירה נחוצה כדי למנוע תקלה של שימוש בבכור, ולכן זו נחשבת דווקא מצווה[213].

[207] בכורות ג ע״ב; שולחן ערוך, יו״ד, סימן שכ, סעיף ו. ראה על כך: שילה (לעיל, הערה 185), עמ׳ 326־328.

[208] תוספות, עבודה זרה עא ע״א, ד״ה רב (הובא בש״ך, יו״ד, סימן שכ, ס״ק ז, בחק יעקב, סימן תמח, ס״ק טז, בשו״ת בניין עולם, או״ח, סימן כא, בשו״ת הרי בשמים, חלק ב, סימן קיד, דף פח ע״ב, בשו״ת חלקת יעקב, יו״ד, סימן סט [=חלק ג, סימן קצד, במהדורה הראשונה], אות ב, ובדבר השמיטה (לוי), עמ׳ ו ועמ׳ יח). גם שו״ת משפטי עוזיאל, חו״מ, סימן כז, אות ה, מנמק כך מדוע ההקנאה תקפה.

ר״י ברנד (להלן, הערה 240), עמ׳ קג, מסביר שגם הגוי קונה בלב שלם, מפני שהוא מפסיד רק פרוטה.

אולם ר׳ הלל מוולוז׳ין, בשו״ת חוט המשולש, חלק ב, סימן ב, כותב שמכירה זו אינה מועילה, מפני שאינם מתכוונים באמת למכור. ואיך הוא יסביר את התלמוד המתיר מכירה כזאת? ייתכן שהוא דיבר רק בכגון נידונו, שהיהודי המוכר הלווה לנכרי את הכסף שהנכרי ישלם לו, שאז ניכר שאינם מתכוונים למכירה אמתית. עוד ייתכן שהוא יסביר שבתלמוד מדובר בשההקנאה נעשית במסירה מיד ליד, שלגביה הוא כותב בסימן ג (לעניין מכירת חמץ) שהיא מועילה אף שהנכרי אינו מתכוון לקנות, מפני שדי ברצונו של היהודי להקנות לו, מטעם ״דעת אחרת מקנה״.

[209] שבת הארץ, מבוא, אות יג (ד״ה אלא שבכלל).

שו״ת מהר״ם מרוטנבורג האחרונים (לעיל, הערה 201), מסביר שאף שבלבו הוא מערים, והוא בטוח שהגוי יחזיר לו, וגם הגוי מתכוון להערים, המכר מועיל, כיוון שבדיבורו הוא מכר מכירה גמורה, והוא יודע שהגוי יכול לקיים את המכר אם ירצה.

שו״ת ארץ צבי (פרומר), חלק א, סימן פד (ק ע״א), מסביר שיש למוכר גמירת דעת, מפני שמוכרים רק אבר אחד של המבכרת, כגון את אוזנה (בכורות שם), ואדם אינו מקפיד על מכירת דבר מועט כזה. הוא מעלה אפשרות שגם המוכר את המבכרת כולה יש לו גמירת דעת, מפני שדרך בני אדם למכור בהמה, ואין זה דומה למכירת חמץ, שבה אמר בכור שור שאין למוכר גמירת דעת (להלן, ליד ציון הערה 248), מפני שאין דרך בני אדם למכור כמות גדולה של חמץ לגוי עני, וזו הערמה ניכרת. על גמירת הדעת בהקנאה כאן, ראה גם תשובת רא״ז מרגליות, בקונטרס מקנה וקניין (הורוביץ), דף ל ע״ג־ע״ד.

[210] שו״ת חתם סופר, או״ח, סימן סב.

[211] נשמת אדם, שאלה ח; מקור חיים, סימן תמח, ביאורים, ס״ק יא.

[212] להלן, ליד ציון הערה 263.

[213] כפי שכותב שולחן ערוך (לעיל, הערה 207).

(2) מכירת פירות שביעית בהבלעה עם דבר אחר

אסור לקנות פירות שביעית מעם הארץ, מפני שהמוכר לא ישמור את הכסף בקדושת שביעית, והקונה עובר על איסור "ולפני עיוור לא תתן מכשול". עם זאת, מותר לקנות ממנו פרי של שביעית, כגון אתרוג, עם דבר שאין בו קדושת שביעית, כגון לולב, ב"הבלעה", כלומר, הוא משלם סכום גבוה על הלולב, שמגולם בו גם מחיר האתרוג, ומקבל את האתרוג במתנה[214].

לכאורה, היתר זה אינו מובן, שהרי יש להניח שהצדדים באמת מתכוונים שהתשלום הוא גם בעד האתרוג; והא ראיה, שאם הקונה ישלם וייקח את הלולב, והמוכר לא ירצה לתת לו את האתרוג, המוכר יהיה חייב להחזיר לו את הכסף, שהרי ברור שלא שילם סכום גבוה כזה בשביל הלולב בלבד, ואומדנא דמוכח הוא כמו תנאי מפורש; ואם חלק מהתשלום הוא בעד האתרוג, נמצא שהמוכר מקבל כסף שקדוש בקדושת שביעית! כמה תשובות ניתנו לכך.

ר' צבי מיכל שפירא[215] הסביר, שקדושת שביעית חלה מן התורה רק על שוויו העצמי של הפרי, ואילו על מה שהוא שווה יותר מפני שהוא משמש למצווה, חלה רק קדושת שביעית מדרבנן[216]; ובמקרה של אתרוג, אומדנא זו אינה שייכת לגבי עצם שווי האתרוג, שהוא מועט, אלא על שוויו הנוסף מטעם מצווה; ומאחר שלגבי שווי זה, איסור הקנייה הוא רק מדרבנן, התירו חכמים את ההבלעה למרות האומדנא. לפי דבריו, ההיתר להבליע הוא מיוחד לאתרוג, אבל אסור להבליע פרי של שביעית שהוא יקר מצד עצמו, עם דבר אחר.

ר' מנחם מנדל פוקס[217] מסביר שמותר לשלם על לולב על תנאי שייתן לו המוכר אתרוג של שביעית במתנה, ולא חלה על הכסף קדושת שביעית, כיוון שאינו ניתן במישרין תמורת האתרוג, ואין אומדנא שהתכוונו דווקא שהאתרוג יהיה חלק מהקנייה. כלומר, אף שהקונה אמר למוכר רק שייתן לו את האתרוג במתנה, האומדנא מלמדת שהתכוון שמתנה זו תהיה תנאי לקיום המכר של הלולב; אבל אין לאסור משום כך, שהרי גם אם אמר תנאי זה בפירוש, הדבר מותר.

לעומת זאת, אסור למכור לגוי אבר מן הבכור עצמו בעודו ברחם, מפני שבכך הוא מפקיע את קדושתו על ידי פעולה בגוף הבכור. כך נאמר בבכורות ג ע"ב. ראה על כך: ר' חיים זייבלד, "אי שרי לעשות תחבולות כדי להיפטר מקיום מ"ע", ברה כחמה (ירושלים תש"ס), עמ' שצא־שצב.

[214] סוכה לט ע"א; רמב"ם, הלכות שמיטה ויובל, פרק ח, הלכה יא.

יש תחומים נוספים שהותרה בהם הבלעה דומה: מכירת מעשר בהמה אגב עורו (בכורות לא ע"ב); שכר שבת (נדרים לז ע"א); קניית דברים שאינם דברי מאכל עם דברי מאכל בכסף מעשר שני (עירובין כז ע"א); תשלום על נסיעה במונית בחול המועד (שמירת שבת כהלכתה, פרק סו, הערה מג והערה קסד; מועדים וזמנים, חלק ז, סימן קנה; לוי שיש, "בענין גיהוץ בגדים ונסיעה במונית בחול המועד", בית אהרן וישראל קכד, ניסן־אייר תשס"ו, עמ' קסב). ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך הבלעה, כרך ח, עמ' קל־קלז. גם שם מתעוררת השאלה שבטקסט: הרי הצדדים אינם מתכוונים באמת שהתשלום יהיה רק בעד הדבר שמותר למכור. ההסברים של רמ"מ פוקס ושל ר"י ליברמן, שבסמוך, טובים גם לתחומים אלו. אבל הסברו של רצ"מ שפירא טוב רק להבלעה בשביעית.

שו"ת בניין עולם, או"ח, סימן כא, מביא זאת כדוגמה להערמה שמותרת אף בדאורייתא.

[215] שו"ת ציץ הקודש, חלק א, סימן טו, אות ג. הוא זה ששאל את השאלה לראשונה. הוא מסתמך בקושייתו על מהרי"ט, שאסר מטעם דומה ריבית בדרך מכר, כפי שנראה להלן, הערה 283.

[216] הוא כותב שלכך התכוון פני יהושע, סוכה לט ע"א; עיין שם.

אבל שו"ת משנת יוסף, חלק א, סימן מ, אות ד, כתב שרידב"ז, על ירושלמי שביעית, פרק ז, הלכה י, חולק על פני יהושע; עיין שם להוכחתו.

[217] ר' מנחם מנדל פוקס, בשו"ת משנת יוסף, חלק א, סימן מ, הערה ב.

ר׳ יוסף ליברמן[218] מסביר שבאמת במצב המתואר לעיל, שהמוכר אינו רוצה לתת את האתרוג במתנה, אין המוכר חייב להחזיר את הכסף לקונה, שהרי לפי פוסקים רבים, אין מוציאים ממון על סמך אומדנא[219]; ועוד, שיש אומדנא להפך, שהקונה התכוון שכל הסכום יהיה בעד הלולב, כדי להינצל מאיסור מסירת דמי שביעית לעם הארץ, ומאחר שיש אומדנות סותרות, אין מוציאים ממון[220], ולכן הבלעה כזאת מותרת.

(3) מכירת פירות לנכרי שיעשה בהם גמר מלאכה

פירות שגדלו בקרקע של ישראל, ומכר אותם הישראל לנכרי, ונכרי עשה את גמר המלאכה, פטורים הפירות מתרומות ומעשרות[221]. הם פטורים גם אם בעליהם מכר אותם לנכרי שיעשה את גמר המלאכה, במטרה לפטור אותם מתרומות ומעשרות, על דעת לקנות אותם חזרה אחר כך; והמכירה תקפה, מפני שהעושה פעולה משפטית, היא תקפה אף אם אינו עושה אותה בלב שלם[222].

גם מן ההיבט של מדיניות הלכתית, אין לאסור זאת מטעם הערמה, אף שמדובר בדין דאורייתא, מפני שבמעשה המכירה עצמו אין איסור[223].

[218] שו״ת משנת יוסף, חלק א, סימן מ, אות ה.
הסברו אינו מדויק, שכן הוא בא להסביר מדוע במקרה ההיפותטי שתיאר ציץ הקודש, המכר קיים גם בלי לתת את האתרוג; אבל עיקר קושיית ציץ הקודש היא שהקונה באמת התכוון לשלם בעד האתרוג, והביא את המקרה רק כדי לחזק את קושייתו. הוא היה צריך לתרץ בקיצור, שהקונה באמת לא התכוון לשלם בעד האתרוג, וזאת כדי להינצל מאיסור.

[219] הוא מציין שכך כתבו: שו״ת אבקת רוכל, סימן פז; שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן מה; שו״ת הרדב״ז, חלק א, סימן קכח.

[220] הוא מציין שכך כתב באופן כללי שערי תורה (לעוו), חלק א, כלל יג, פרט ח.

[221] מנחות סז ע״א; רמב״ם, הלכות תרומות, פרק א, הלכה יא; שולחן ערוך, יו״ד, סימן שלד, סעיף ו.
לדעת הריב״א, המובא בכסף משנה שם, הפירות חייבים מדרבנן גם אם גדלו בקרקע של נכרי, גזרה משום ״בעלי כיסין״ (גזרה שנזכרה במנחות שם), היינו בעלי קרקע עשירים שהיו מוכרים את פירותיהם לגוי כדי לפוטרם מתרומות ומעשרות על ידי שהגוי יעשה גמר מלאכה. אבל רמב״ם, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה טו, כותב שהגזרה היא רק שגוי שהפריש תרומה משלו, חל עליה דין תרומה מדרבנן. א׳ ברקוביץ (לעיל, הערה 187), עמ׳ 120, מנמק גזרה זו בכך שהיה חשש שיתבטלו תרומות ומעשרות לגמרי על ידי הערמה זו, בשונה מן ההערמה על מעשר שני (לעיל, ליד ציון הערה 201), המבטלת רק את נתינת החומש; ועוד, שהערמה זו פוגעת בכהנים ובלויים, שלא יקבלו תרומות ומעשרות, המיועדות להם לפרנסתם, והערמה בין אדם לחברו אסורה (כפי שראינו בשמו לעיל, הערה 187), בשונה מהערמה על בכור (לעיל, ליד ציון הערה 207), שאמנם פוגעת בכהן, שלא יקבל את הבכור, אבל הבכור אינו מיועד לפרנסת הכהן, אלא הוא ממון ה׳ שהכהן אמור לפקח עליו. על גזירת בעלי כיסין, ראה: כפתור ופרח, פרק ד (עמ׳ כח במהד׳ לונץ).

[222] חקר הלכה (לנדא), חלק ב, אות ח, ס״ק כב.
אבל שו״ת חתם סופר, או״ח, סימן סב (ד״ה אך, בסופו), כותב שהתלמוד אוסר להקנות כך, מפני שאין לגוי גמירת דעת לקנות, ואמנם מהתורה המכירה תקפה, אבל חכמים חששו ואסרו. ראה על דבריו: רז״נ גולדברג, ״להשתמש בתחבולות להוריד את האיסור מדאורייתא לדרבנן״, הלכה ורפואה ה (תשמ״ח), עמ׳ קכא־קכב.

[223] שו״ת משפטי עוזיאל, חו״מ, סימן כז, אות ד. הוא דוחה את דברי ר׳ טוביה טביומי (שהביא שם, אות ג), שההערמה מועילה מפני שגם אם ההקנאה אינה תקפה, מירוח הגוי פוטר את הפירות מחיוב הפרשה דאורייתא, ואם כן, מדובר בהערמה באיסור דרבנן. הדחייה היא, שמירוח שגוי עושה למען יהודי אינו פוטר מחיוב הפרשה דאורייתא; עיין שם בהוכחתו.

(4) הקנאת קמח למי שהניח עירובי תבשילין

אסור לבשל מיום טוב לשבת אלא על ידי הנחת עירובי תבשילין. מי שלא הניח עירובי תבשילין, יכול לתת את קמחו למי שהניח, שיאפה ויבשל עבורו מיום טוב לשבת[224].

אף שברור שהמקבל יחזיר לו את קמחו בצורת מאפה, יש להניח שהנותן מתכוון להקנות לו הקנאה גמורה, שהרי המקבל אינו מוכרח לתת לו מאפה מקמחו (של הנותן), אלא יכול לעשות בקמח מה שהוא רוצה, ולתת לנותן מאפה מן הקמח שלו (של המקבל)[225].

ד. תקופת הראשונים

(1) מכירת חמץ

הדוגמה הידועה ביותר של חוזה לעקיפת איסור הלכתי היא מכירת חמץ לנכרי בפסח. השימוש במכירה זו יסודו בתוספתא[226], אבל המכירה התפתחה במשך הדורות ממכירה פרטנית מקומית למכירה ממוסדת מאורגנת כפי שהיא בימינו[227]. בתקופת הראשונים החל השימוש במכירה באופן שהמוכר היה יכול להניח שהנכרי ימכור לו את החמץ חזרה לאחרי פסח.

במתכונתו הנוכחית, היהודי מוכר את החמץ לנכרי לפני הפסח, תמורת דמי קדימה, מתוך כוונה שישלם אחר כך את יתרת התשלום, ואחרי הפסח, הנכרי מוכר חזרה את החמץ ליהודי. הדבר מעורר את החשש שהצדדים אינם מתכוונים למכירה אמתית, מכיוון ששניהם יודעים שאחרי הפסח יחזיר הנכרי את החמץ ליהודי[228]; ואם אינם מתכוונים למכירה אמתית, זהו חוזה למראית עין, שאין לו תוקף, ונמצא שהיהודי עובר על האיסור של החזקת חמץ ברשותו בפסח[229]!

הסברים אחדים ניתנו לכך שאכן מניחים שהצדדים מתכוונים למכירה אמתית[230]: (א) המוכר

[224] ביצה יז ע"א; רמב"ם, הלכות יום טוב, פרק ו, הלכה ט; שולחן ערוך, או"ח, סימן תקכז, סעיף כ.

[225] שו"ת הרשב"ש, סימן תסח.

לכאורה, היה יכול לומר שהמקבל כלל אינו מחויב להחזיר לו מאפה או תבשיל. כנראה, רשב"ש לא רצה לומר כך, מפני שאכן הנותן יוכל לתבעו בדין להחזיר לו משהו, מפני שברור שנתן לו את הקמח על דעת שיחזיר לו מאפה או תבשיל.

[226] תוספתא, פסחים, פרק ב, הלכה ו.

[227] על התפתחות המוסד הזה, ראה: רש"י זווין, המועדים בהלכה (מהד' תל אביב תשי"ד), עמ' רמו־רנה; ר' יצחק ברנד (להלן, הערה 240), עמ' קלב־קלה. הפוסקים דנו רבות בתוקפה של מכירת חמץ, כגון לעניין צורת ההקנאה, אבל עניינו כאן רק בשאלת גמירת הדעת של הצדדים. על בעיית ההערמה במכירת חמץ, ראה שילה (שצוין לעיל, הערה 185), עמ' 335־337.

[228] בכור שור, פסחים כא ע"א, מוכיח שזו הערמה, שכן היהודי משתדל להציל את החמץ מאבדן, ואם החמץ יאבד, הגוי לא ישלם בעדו, ודבר זה מוכיח שאין זו מכירה אמתית. הוא כותב כך לגבי מכירת הבהמות בפסח (ראה להלן, ליד ציון הערה 252), וכך ניתן לומר לגבי החמץ עצמו.

[229] שולחן ערוך, או"ח, סימן תמח, סעיף ג, נוקט שצריך למכור "מכירה גמורה". לפי רש"י זווין שם, עמ' רמח, כוונתו היא שצריך שיתכוון בלבו למכירה גמורה. אבל אפשר שכוונת השולחן ערוך לאסור מכירה על תנאי, כפי שהוא כותב אחר כך, שאין לתת את החמץ במתנה על מנת להחזיר.

[230] מגן האלף, סימן תמח, ס"ק י, כותב שאין במכירה זו הערמה, אלא המוכר מתכוון להקנות את החמץ, ואין זה משנה שהוא רוצה שהגוי יחזיר לו אותו אחרי הפסח.

חקר הלכה (לנדא), חלק ב, אות ח, ס"ק כב, מסביר שהעושה דבר, אף אם אינו עושה אותו בלב שלם, הדבר מועיל, ולכן המכירה תקפה.

נשמת אדם, שאלה ח, כותב שהמכירה אינה נחשבת הערמה כיוון שעושים מכירה גמורה. הוא מביא ראיה

יודע שאם המכירה לא תחול באמת, הוא יעבור על איסור החזקת חמץ בפסח, ועל כן הוא מוכר בלב שלם[231]. (ב) כלפי חוץ, המכירה נעשית עם כל התנאים הנדרשים, כך שכל אחד מהם אינו יכול לחזור בו נגד רצונו של האחר, ולמשל, אם הנכרי יחליט לקנות את החמץ

מטור, או״ח, סימן תמח, הכותב שגם אם אומר לנכרי בפירוש שיחזור ויקנה ממנו אחרי הפסח וייתן לו רווח, המכירה תקפה; ומה שאומרת התוספתא, לעיל הערה 226 (לפי גרסה אחת), ״ובלבד שלא יערים״, היינו שלא יעשה מכירה מותנית.

שו״ת עונג יום טוב, סימן כח, כותב שמכירת חמץ אינה נחשבת הערמה מפני שהמוכר גומר בדעתו להקנות (ר׳ משה לוי, דבר השמיטה, פרק א, עמ׳ כו, מעלה אפשרות שהוא מתכוון לסברת ר״מ לוי, שנביא להלן, הערה 232). אבל הוא כותב שיש להזהיר את המוכר ואת הקונה להתכוון למכר אמתי, ולא ל״מצוות אנשים מלומדה״.

ר׳ בן ציון, אב״ד קאלווארייא, יגדיל תורה (אודסה), גל׳ ה, סימן לה, דף עג, כותב שלפי הרשב״א (לעיל, הערה 197), שראובן שנתן סעודה ללוי במטרה ששמעון, שמודר הנאה ממנו, ייהנה מהסעודה, ואחר כך אמר ללוי: ״ויבוא שמעון ויהנה מהסעודה״, המתנה קיימת, אף שיש אומדנא שהתכוון להערמה, שהרי לא היה משאיר את עצמו בלי סעודה — לפי זה, גם מכירת חמץ תקפה, שהרי יש בה פחות הוכחה להערמה, שכן הוא מקבל כסף בתמורה. לעומת זאת, לפי הרמב״ם (לעיל, הערה 197), שנתינת ראובן נחשבת הערמה אף אם לא אמר כלום בשעת המתנה, גם מכירת חמץ נחשבת הערמה, ואין לה תוקף (וזקוקים לאחד ההסברים דלהלן). עוד הוא כותב, שלפי הרמב״ם (לעיל, הערה 193), האומר שאם נתן סעודה גדולה, מוכח שזו הערמה, גם מכירת חמץ היא הערמה; אבל לפי הרשב״א (לעיל, הערה 193), האומר שההערמה שם היא מפני שזו סעודה של נישואי בנו, ואין אדם טורח לעשות סעודה לבנו ומפסיד אותה, במכירת חמץ אין הערמה אף אם זו כמות גדולה, שהרי לרשב״א הכמות אינה קובעת. אבל הוא כותב, שלפי הכסף משנה (לעיל, הערה 197), שגם הרמב״ם מסכים שאם אמר זאת זמן ניכר אחרי הנתינה, המתנה תקפה, נמצא שגם מכירת חמץ תקפה, מפני שאינו מדבר על ביטול המכירה עד אחרי פסח. ואכן הוא כותב (בדף עז ע״ב) שאם המוכר אומר לגוי דבר שמשתמע ממנו שהוא אינו מתכוון למכירה גמורה, כגון שהוא קובע לו שכר טרחה מראש, זה מבטל את המכירה, כמו מודעא שלפני מכירה כפויה, וזאת גם אם אמר לו זאת זמן רב לפני המכירה; וזה יותר גרוע מהדיבור לגבי מודר הנאה, שלדעת הרשב״א אינו פוגם אם דיבר אחרי הנתינה.

מגן אברהם, סימן תמח, ס״ק ה, כותב שאם אמר לגוי: ״אני נותן לך את חמצי במתנה, ותחזירנו לי״, החמץ נקנה לו, ואינו נאסר בהנאה. מחזיק ברכה, סימן תמח, אות טז, כותב שזה תלוי במחלוקת הרמב״ם והרשב״א (לעיל, הערה 193): לפי הרמב״ם, שכתב בעניין מתנת בית חורון שכיוון שזו מתנה מרובה, יש להניח שלא התכוון למתנה באמת, גם כאן, כיוון שזו מתנה מרובה, יש הוכחה שלא התכוון למתנה באמת; ואילו לפי הרשב״א, שמתנת בית חורון בטלה מפני שאין אדם עושה סעודה לבנו ואחר כך נותן לאחר, אין ללמוד משם למקרה אחר, אפילו מתנה מרובה.

[231] בכור שור, פסחים כא ע״א, בהסברו השני; חוק יעקב, סימן תמח, ס״ק טז, הובא בשו״ת פרי השדה, חלק א, סימן א, דף ב ע״א (שלכן המכר מועיל גם אם הגוי משלם רק סכום מועט); שו״ת מהר״ם מרוטנבורק האחרונים, או״ח, סימן יב; שו״ת נחלת יעקב (מליסא), סימן א; שו״ת בניין עולם, או״ח, סימן כא; חקרי לב, יו״ד, חלק ב, סימן מח (פא ע״ג) (שלכן מועיל גם תמורת סכום מועט); עטרת חכמים, יו״ד, סימן יד; שו״ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, או״ח, סימן כ; ר׳ זכריה שטרן, במכתבו המובא בשדי חמד, אסיפת דינים, מערכת חמץ ומצה, סימן ט, אות ב (ד״ה גם); שו״ת חלקת יעקב, יו״ד, סימן סח וסימן סט, אות ב (=חלק ג, סימן קצג וסימן קצד, במהדורה הראשונה); דודאי השדה, סימן מט; שו״ת זרע יצחק (קצנלבוגן), או״ח, סימן ו, ערוגה ה; שו״ת שערי ציון (שטרנפלד), חלק א, סימן יד (מז ע״א); רח״ע גרודזינסקי, בשערי תודה (אפשטיין), חלק א, דף מב ע״א; חזון איש, שביעית, סימן כז, ס״ק ז; שו״ת הר צבי, או״ח, חלק ב, סימן מד; אמרי דעת (זכאי), חו״מ, סימן א (עמ׳ קכ); שו״ת משנת יוסף, חלק א, סימן מ, אות ה.

שדי חמד, מערכת חמץ ומצה, סימן ט, אות טו, כותב שלמסקנת בכור שור, זה ההסבר, וחזר בו מהסברו הראשון (שנביא להלן, הערה 248). גם שערי תשובה, סימן תמח, ס״ק ח (בשם דודו מהר״ם, בתשובה בכתב יד; וכנראה צריך לומר ״מהר״ס״, והוא ר׳ סנדר מרגליות, שהיה דודו, ולא היה לו דוד אחר, לפי

לגמרי, יוכל לעשות כן גם אם המוכר מתנגד; ולכן, מה שהמוכר חושב לקנותו חזרה אחרי הפסח הוא "דברים שבלב", שאין להתחשב בהם[232]. (ג) היות שהחמץ אינו ברשותו של אדם,

ש"ז כהנא, ענף עץ אבות, קראקא תרס"ג, חלק הענפים, עמ' XIX), ושו"ת בגדי ישע, סימן ב, אות ה, מביאים הסבר זה בשם בכור שור.

יש לציין שהסבר זה טוב לכל החוזים שבנספח זה, שיש להניח שהצדדים עושים את החוזה בגמירת דעת, מפני שאם לא כן, לא תושג מטרת החוזה: עקיפת האיסור. אלא שבמכירת חמץ, הסבר זה חזק במיוחד, שכן אם לא תהיה גמירת דעת, יעבור בעל החמץ בוודאות על איסור "בל ייראה", שלא כבחוזים האחרים שבפרק זה, שגם בלעדיהם, לא יעבור האדם בהכרח באיסור. לדוגמה, במכירת מבכרת, אם המכירה לא תהיה תקפה, אמנם בנה יהיה קדוש כבכור, אבל אפשר לנהוג בו בקדושה בלי לעבור באיסור.

שו"ת באר יצחק, או"ח, סימן ז (ד"ה וכיון), משתמש בהסבר זה לומר שמועילה הקנאת מקום החמץ בכסף בלי שטר, מפני שבעל החמץ בוודאי מעוניין בכך, כדי שלא לעבור באיסור חמץ.

שערי תשובה, סימן תמח, ס"ק ח, כותב בשם דודו, מהר"ס, שלפי טעם זה, לא מועילה מכירת חמץ של ישראל מומר, שהרי לא אכפת לו לעבור על "בל יראה", ואין לו גמירת דעת למכור (בנידונו, יהודי שומר מצוות היה נאמנו של אותו מומר, והוא מכר עבורו את החמץ). שדי חמד, מערכת חמץ ומצה, סימן ח, אות ט (ד"ה ומצאתי), לומד מדבריו לעניין חמץ של קראים. כך היא גם דעתו של ר' יעקב ישראל קניבסקי, המובא בעוטה אור על שביעית, לר"ע טולידאנו, שביעית בזמן הזה, סימן טז, אות ד (עמ' עח, במהד' תשס"א), ושל ר' יצחק ברנד (להלן, הערה 240), עמ' קכ, בעניין מכירת חמץ של חילוני.

ר' אברהם יצחק הכהן קוק, שבת הארץ, מבוא, אות יג (ד"ה אלא שבכלל), הסביר, שהיות שמטרת הקניין היא להפקיע את האיסור, ושני הצדדים גמרו בדעתם להקנות קניין זה, יש סמיכות דעת. ייתכן שטעמו טוב גם לישראל מומר.

[232] שו"ת מהר"ם מרוטנבורק האחרונים (לעיל, הערה 231).

כמו כן, מקור חיים, סימן תמח, ס"ק יא, שו"ת בניין עולם, או"ח, סימן כא, ור' ראובן סופר, קונטרס על איסור המכירה בשביעית, סימן ד (עמ' נה) — כותבים שיש לגוי גמירת דעת, מפני שניתנת לו הבחירה אם למכור את החמץ חזרה או לקנותו, והוא יודע שהיהודי לא יוכל למנוע ממנו להנות מן החמץ אם ישלם לו את כל שוויו.

כמו כן, מחצית השקל, סימן תמח, ס"ק ד, מסביר שהיות שעשה קניין שמועיל מהתורה, החמץ נקנה לנכרי אף שאין בדעתו לקנות. הוא מסתמך על הדעה (ראה בירור הלכה, בבא מציעא י ע"א, ציון ו), שמי שעשה מעשה קניין שמועיל מהתורה, קנה גם אם לא התכוון לקנות בו. שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן שי (ד"ה וראית), דוחה ראיה זו, ששם מדובר במי שרצה לקנות על ידי פעולה אחרת שעשה, שחשב שהיא מועילה כקניין (ובאמת אינה מועילה), ורק לא רצה לקנות בַּקניין שמועיל; ואילו כאן אינו רוצה לקנות כלל.

חתם סופר עצמו מסביר בדומה לזה (בד"ה ועוד), שכיוון שהגוי עושה מעשה קניין שהוא יודע שקונים בו, לכן מה שייתכן שאין בדעתו לקנות הוא דברים שבלב, שאין מתחשבים בהם. אבל שו"ת חבל יעקב, חלק א, סימן ו, אות כא, ומועדים וזמנים, חלק ד, סימן רעו (עמ' יח), מקשים עליו, הרי אלו "דברים שבלבו ובלב כל אדם". חבל יעקב מוסיף שאין לומר שכיוון שהגוי עושה מעשה נגד מחשבתו, יש להתעלם ממחשבתו, שהרי המעשה אינו נגד מחשבתו, שכן הוא חושב שהמעשה היא לשם מצווה ולא לשם קניין. ראה על כך שדי חמד, מערכת חמץ ומצה, סימן ט, אות ג ואות טו.

כמו כן, ר' בן ציון שטרנפלד, אב"ד קאלווארייא, בשערי ציון, חלק א, סימן יד (מה ע"ד, מו ע"ג), וביגדיל תורה (אודסה), גל' ד, סימן ל, דף סו ע"א, וגל' ה, סימן לה, דף עד ודף עו ע"ד, כותב שכיוון שהוא אומר שהוא מוכר, הרי גם אם יש אומדנא דמוכח להפך, אין בכוחה לבטל את מה שאמר בפירוש. בגל' ד שם ובשערי ציון הוסיף, שדווקא בחוזה בטעות, כגון הנותן מתנה משום שחשב שבנו מת, והתברר שבנו חי, מתחשבים באומדנא שלא היה נותן אילו ידע את האמת, אף שזה סותר את מה שאמר, מפני שאמירתו לא סתרה את מה שחשב באותו זמן. אבל הוא כותב בשערי ציון שם (דף מז ע"א), שלפי רבנו ירוחם (לעיל, הערה 197), שמתנה במטרה שהמקבל ייתן אותה למודר הנאה בטלה אם אמר שמטרתו היא רק שייתן למודר, גם אם אמר זאת רק לאחר זמן רב — לפי זה מכירת החמץ בטלה אם אמר לנכרי דבר שמראה שלא התכוון למכר גמור, גם אם אמר זאת רק אחרי זמן רב; ואילו לשאר הפוסקים, רק אם אמר זאת מראש

אלא התורה עשתה כאילו הוא ברשותו[233], הוא אינו עובר על האיסור אם גילה את דעתו שלא נוח לו שיהיה ברשותו, ודי בקניין כלשהו כדי לשמש כגילוי דעת[234]. (ד) הרי מותר לומר לנכרי בפירוש, "על מנת שתחזור ותמכור לי אחרי פסח"[235]; אם כן, אמנם יש אומדנא שאדם אינו רוצה להקנות את חמצו לנכרי לחלוטין, אבל הוא יהיה מוכן למכור על מנת להחזיר, שהרי שני הצדדים לא יפסידו מכך, ונמצא שהאומדנא אינה נוגדת לגמרי את המכירה[236]. (ה) ידוע שאם המוכר יקבל כסף בשווי החמץ, הוא ישמח לקבלו, ולכן הוא מוכר בלב שלם[237]. (ו) לכל היותר יש אומדנא שהמוכר מצפה שהחמץ יחזור אליו אחרי הפסח, היינו שזאת לא תהיה מכירה חלוטה אלא מכירה לזמן, ואין זה בגדר "גורם לממון" בימי הפסח עצמם[238]. (ז) מכירת מיטלטלין אינה יכולה להתבטל על ידי אומדנא, מפני שמי שהמיטלטלין בידו, הם בחזקתו[239].

או סמוך למכר, המכר בטל. לעומתו, מועדים וזמנים, חלק ד, סימן רעו (עמ' יח), כותב שגם לפי רבנו ירוחם, הדברים אמורים דווקא במתנה, אבל במכר, כמו בחמץ, הרי אם הגוי ישלם, יהיה שלו, והמוכר לא יוכל למנוע זאת, ולכן יש לצדדים יותר גמירת דעת מבמתנה, ולכן המכר תקף.

כמו כן, דבר השמיטה (לוי), סימן א, עמ' כג, מסביר את תוקף המכירה על פי העקרון שהניח (ראה להלן, ליד ציון הערה 303) שאין מתחשבים ב"דברים שבלבו ובלב כל אדם" אם הם סותרים לגמרי מה שאמר או עשה; ולכן מועילה גם מכירת חמץ של מי שאינו שומר מצוות (בעמ' כז כתב שזאת כוונת עטרת חכמים, יו"ד, סימן יד, שנימק שאלו דברים שבלב). אבל הוא כותב שטעם זה אינו שייך אם מכר כמות גדולה של חמץ בסכום מועט, שהוא גילוי דעת מצד המוכר שאינו מתכוון באמת למכור, וסברת חוק יעקב (לעיל, הערה 231) שמועיל גם מכר בסכום מועט אינה שייכת במי שאינו שומר מצוות.

[233] בבא קמא כט ע"ב.

[234] מחצית השקל, סימן תמח, ס"ק ד (הובא בשערי ציון, שטרנפלד, חלק א, סימן יג, בסופו, וסימן טו, דף מז ע"ב, וביגדיל תורה, גל' ד, סימן ל, דף סה ע"ד); שו"ת בניין עולם, או"ח, סימן כא; שו"ת מראה יחזקאל, סימן כא; ר' יקותיאל יהודה טייטלבוים, "בענין הערמת מכירה לעכו"ם במלאכת שבת", האוהל, שנה כג, חוב' ב (סיוון תשל"ז), עמ' א. הם מסתמכים על ר"ן על הרי"ף, פסחים א ע"א, בדפי הרי"ף (הובא בשו"ת משאת בנימין, סימן נט, בבציר אליעזר, חלק ב, חקירה ה, דרישה א, דף ג ע"ב, ודרישה ג, דף ז ע"ד, בדברי אברהם, מנדלזון, סימן סה, בשער החיים [ספר החיים] (ביק), חוקת הפסח, פתיחות לסימן תמח, פתיחה ג (מ ע"ב) ופתיחה ד (מד ע"ב), בשו"ת לב דוד, פלדמן, קונטרס "תמה על עצמך", סימן ה, אופן ב, עמ' ריג-ריד ועמ' ריז, וסימן ח, עמ' רכא ועמ' רכג, וביהל אור, דף יח ע"ד ודף יט ע"ב-ע"ג), שמסביר שזו הסיבה לכך שמועיל ביטול בלב אף שדברים שבלב אינם דברים: מפני שדי בגילוי דעת שאינו רוצה שייכנס לרשותו. מראה יחזקאל כותב שמטעם זה מועילה גם מכירת בהמות לגוי כדי שיוכלו לאכול חמץ בפסח, אף שאין לגוי גמירת דעת לקנות. דבריו אלו קשים, שהרי הבהמה היא באמת ברשותו, וצריך קניין גמור כדי להוציאה מרשותו, וכל זמן שהיא ברשותו, אסור להאכילה אפילו חמץ של אחר.

שו"ת חלקת יעקב, יו"ד, סימן סט (=חלק ג, סימן קצד, במהדורה הראשונה), אות א, מקשה על מחצית השקל, שנימוק זה אינו קיים במכירת מבכרת לנכרי (לעיל, ליד ציון הערה 207), ובכל זאת היא תקפה.

[235] אלא שמשום חומרתו של איסור חמץ, אסור לתת אותו לנכרי במתנה על מנת להחזיר, כפי שכתב מגן אברהם, סימן תמח, ס"ק ה. וראה על כך: חוק לישראל, מתנה, סעיף 4.

[236] מקור חיים (מליסא), סימן תמח, ביאורים, ס"ק יא.

[237] נשמת אדם, שאלה ח; רי"י הלברשטם (לעיל, הערה 234 — בחמץ העומד למסחר). כמו כן, שו"ת תשובות והנהגות, חלק ה, סימן קיג, כותב שאם כתוב בשטר שהנכרי יצטרך לשלם את כל שוויו של החמץ אם ירצה לקנותו, יש למוכר גמירת דעת. עוד הוא כותב שאם יהודי אחד מוכר את חמצו לנכרי, ההערמה אינה ניכרת, מה שאין כן אם רבים מוכרים לנכרי אחד.

[238] ר' אברהם דוד מבוטשאטש, ב"אזהרות" שבתחילת שו"ת נטע שעשועים (קארא), אזהרה ג. הוא מוסיף, שאמנם ייתכן שהאומדנא היא שאם הגוי לא יחזיר לו, ירצה שהמקח יהיה בטל מעיקרו, אבל אין להחמיר בכך, כיוון שכבר ביטל את החמץ (רמז לסברת בכור שור, להלן, ליד ציון הערה 248). עוד הוא כותב,

ההסבר הראשון יש בו לענות על השאלה, מדוע היהודי מתכוון באמת למכור? אבל עדיין יש חשש שהנכרי אינה מתכוון באמת לקנות, בִּידֵעו שהחמץ עתיד לחזור ליהודי, והוא חושב שזה טכס דתי בלבד[240]. תשובות אחדות ניתנו לחשש זה: (א) אין צורך שהנכרי יקנה, אלא די להוציא את החמץ מרשות היהודי, ואפילו הוא הפקר, אינו עובר ב"בל ייראה"[241]. (ב) ר' שמואל הלוי מביאליסטוק[242] הסביר שאמנם אם מוכרים לנכרי בזול, הוא חושב שזו הערמה, שכן אילו

שאף שהחוק באותה מדינה קבע ששטר מכירת חמץ אינו צריך חותמת כמו שטר רגיל, אין זה אומר שהגויים מתייחסים לשטר זה כמשחק, אלא הטעם הוא ששטר שאינו למכר תמידי אינו צריך חותמת.

[239] ישועות יעקב, או"ח, קונטרס אחרון להלכות פסח (נדפס אחרי סימן תצד, דף מג ע"ב). הוא מסיק מכך, שאם מכירת החמץ נעשית אגב קרקע, היא אינה מועילה, שכן מכירת הקרקע מתבטלת בגלל האומדנא שאינו מוכר בלב שלם, כיוון שיש למוכר חזקת מרא קמא. אבל שו"ת הר צבי, או"ח, חלק ב, סימן מד, דוחה את דבריו, שהרי הכול נוהגים למכור חמץ אגב קרקע לגוי. והוא מסביר שאמנם בקרקע מועילה אומדנא לבטל את המקח, אבל אין זה מהטעם שהסביר ישועות יעקב, אלא משום אומדנא שאדם אינו רוצה למכור את הקרקע שלו, וזה אינו שייך במכירה ארעית כמו במכירת חמץ. יש להעיר, שההבחנה בין קרקע למיטלטלין מופיעה ברמ"א, חו"מ, סימן רז, סעיף ג, ושם לא מדובר על אומדנא, אלא על גילוי דעת, שהוא מועיל בקרקע ולא במיטלטלין.

[240] שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן סב, כותב שאין לחשוש לכך, אלא יש להניח שהנכרי מתכוון להקנאה אמתית. הוא מוכיח מהמנהג למכור מבכרת (ראה לעיל, ליד ציון הערה 207), מכאן שאנו מניחים שדעת הגוי לקנות גם במכירה של הערמה. הוא מביא ראיה מחליפין, שמועיל בגוי (לפי תוספות, קידושין ג ע"א, ד"ה ואשה), אף שסופו להחזיר את הסודר לקונה; אם כן, גם בחמץ דעתו לקנות אף שידוע שיחזיר אותו אחר כך.

ר' יצחק ברנד, "ביום הראשון תשביתו" (בני ברק תשנ"ב), סבור שאכן המכירה המקובלת אינה תקפה מפני שהגוי הקונה אינו קונה בלב שלם. ראה לדוגמה עמ' סה (העובדה שהגוי אינו משלם הכול מיד מראה שאינו רוצה באמת לקנות); עמ' צט־קד, קח; עמ' קט־קי (דחיית הסברי האחרונים דלהלן לבעיית גמירת דעתו של הגוי); עמ' קיא (אין לגוי גמירת דעת לסעיף בחוזה שמחייב אותו להאמין ליהודי שיטען שהיה לו חמץ כך וכך); עמ' קיג (אין לו גמירת דעת שהרי אין לו זמן לקרוא את כל המסמכים, ואינו יודע כמה חמץ הוא קונה).

[241] שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן שי, ד"ה אמנם לענ"ד (הובא בדודאי השדה, סימן מט, ובשו"ת פרי השדה, חלק א, סימן א). ר"ר סופר (להלן, הערה 308), סימן ד (עמ' נב), מסביר את דברי חתם סופר, שבכך שהיהודי גמר בלבו למכור, ויתר בזה על זכותו להשתמש בחמץ, והוא כבר אינו בגדר "שלך".

בדומה לכך מסביר שו"ת בניין עולם, או"ח, סימן כא, שגם אילו הגוי לא היה קונה, היה די בכך שהיהודי הוציא את החמץ מרשותו, כמו אילו הפקיר את החמץ, שמועיל, ונשאר רק איסור דרבנן, ועל כך מועילה המכירה אף שהיא הערמה, כפי שהסביר בכור שור (להלן, הערה 248).

שערי ציון (שטרנפלד), חלק א, סימן יד (מו ע"א), מקשה על חתם סופר, הרי היות שהגוי אינו רוצה לקנות, לא ישלם בעד החמץ, וממילא גם המוכר לא מקנה לו, שהרי הוא מוכר לו רק אם יקבל תמורה.

שו"ת חבל יעקב, חלק א, סימן ו, אות כא, מקשה על חתם סופר מתוספות, בבא בתרא קלח ע"א (ד"ה כאן), שכתבו שהנותן מתנה והמקבל סירב לקבל אותה, המתנה אינה נעשית הפקר, מפני שהנותן הסתלק מהנכס רק על דעת שהמקבל יסכים לקבל אותה (ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 3); וגם לרשב"ם, בבא בתרא קלח ע"א (ד"ה כאן), שהמתנה נעשית הפקר מפני שהנותן הסתלק ממנה, זה רק במתנה, אבל במכירה המוכר אינו הסתלק עד שהקונה נותן לו את הכסף בתמורה, וכאן, שהגוי חושב שאין זאת הקנאה אמתית ואינו מתכוון לתת את הכסף, המוכר אינו מסתלק.

מועדים וזמנים, חלק ד, סימן רעו (עמ' יח), מקשה על חתם סופר, הרי אין שום תוקף להקנאה אם הצד הקונה אינו רוצה לקנות? נראה שכוונתו היא, שאמנם אילו היה מפקיר את החמץ, היה מועיל באופן חד צדדי, אבל הקנאה היא פעולה דו צדדית, שבהיעדר הסכמת הצד השני, אינה כלום.

ראה ר' יצחק ברנד (לעיל, הערה 240), עמ' קיח, הדוחה את הסברו של חתם סופר.

[242] שו"ת בגדי ישע, סימן ב, אותיות א־ג.

רצה היהודי למכור באמת, היה יכול להשיג מחיר יותר טוב[243]; אבל אם מוכרים לו את החמץ בשוויו (בהוזלה מועטת[244], כדי שיהיה כדאי לנכרי, ושאם ירצה למכור חזרה, ירוויח קצת), ומסבירים לו שזו מכירה אמתית, הוא גומר בדעתו לקנות, שכן הוא יכול רק להרוויח מן העסקה, ויודע שהיהודי מוכר בלב שלם ואינו יכול לחזור בו, ויודע שהיהודי מוכרח למכור בזול כדי שלא ייאסר הכול; וגם אם הנכרי עני, ולא יוכל לשלם את מחירו האמתי של החמץ, אין בכך משום הערמה, שהרי גם אדם עני יכול לקנות סחורה מרובה בהקפה, אם הוא יודע שיוכל למכור אותה תוך זמן קצר ברווח, ואף כאן, ההסכם הוא, שאם ימכור ליהודי חזרה, יקבל את כל שווי החמץ[245]; ואף שהנכרי רגיל למכור לו חזרה את החמץ, אין זה משום שלא התכוון לקנות בלב שלם, אלא משום שכך יותר נוח לו מלחפש קונים אחרים[246]. (ג) כיוון שהמכירה תלויה בדעת שני צדדים, אין מועילה מחשבתו של הנכרי לבטל את דבריו, שאמר שהוא מוכן לקנות[247].

[243] זאת בניגוד לחוק יעקב (לעיל, הערה 231) האומר שמועילה גם מכירה בסכום מועט. הוא דוחה את ראיית חוק יעקב מהתוספתא (לעיל, הערה 226) האומרת שגם מתנה מועילה, ששם מדובר במי שנמצא בספינה ואין לו למי למכור, ולכן גומר בלבו לתת במתנה כדי לא לעבור באיסור "בל ייראה". הוא דוחה את ראיית חוק יעקב מתוספות (לעיל, הערה 208) בעניין בכור, שדווקא בבכור גומר ומקנה כדי להינצל מאיסור. ייתכן שכוונתו היא שאי אפשר למצוא גוי שמוכן לקנות איברים מהבהמה תמורת סכום משמעותי, שלא כמו חמץ, שקל למצוא לו קונים.

[244] באות טז הוא מציין שבעירו נהגו לתת הוזלה של שלושה אחוזים.

[245] הוא מוסיף (באות ב) שגם למוכר יש גמירת דעת, אף שהנכרי עני, מפני שמקובל למכור בהקפה לאדם עני אם הוא משאיר משכון, וכאן החמץ עצמו שנמצא אצל המוכר משמש כמשכון.

[246] הוא מוסיף (באות ד) שכשהגוי מוכר חזרה, צריך לעשות מעשה קניין, כדי שלא ייראה כהערמה. עוד תנאי הוא מציב (באות ט), שאם מוכרים הרבה חמץ לגוי אחד, יש להשכיר לו את החדרים שבהם החמץ נמצא ולא למכור לו אותם, מפני שאין לו גמירת דעת לקנות את החדרים, שהרי אמנם את החמץ הוא מתכוון לקנות באמת, שהרי הוא יוכל למכור אותו לאדם עשיר שימכור אותו מעט מעט, אבל אף אחד לא יסכים לקנות ממנו חדרים מפוזרים.

[247] שו"ת בניין עולם, או"ח, סימן כא.

בדומה לכך כתב המגיה בשו"ת נחלת יעקב, סימן א (הוא ר' אברהם תאומים), שאם צד אחד מתכוון להערים והצד השני מתכוון להקנאה אמתית, יש לכך תוקף, כמו שכתבו תוספות, כתובות מז ע"ב, ד"ה שלא כתב (שנביא בסעיף 14, ליד ציון הערה 302), שבדבר התלוי בשני צדדים, כגון מכר, אין צד אחד יכול לטעון שאילו ידע שיקרה כך וכך לא היה קונה; ולכן כאן, הגוי אינו יכול לטעון שלא התכוון לקנות באמת, כיוון שהיהודי סמך עליו והתכוון באמת למכור.

הסברים נוספים: ר' אברהם דוד מבוטשאטש, ב"אזהרות" שבתחילת שו"ת נטע שעשועים (קראא), אזהרה ג, הסביר את הסכמתו של הנכרי לקנות על פי העיקרון "נכרי אדעתא דישראל עביד" (רא"ש, הלכות ספר תורה, סימן ג), כלומר, מאחר שהיהודי מתכוון למכר גמור, גם הגוי מתכוון לכך.

שו"ת חמדת שלמה, או"ח, סימן א (ד ע"ד), מעלה אפשרות שגם בדיני הגויים יש תוקף למכירה (ויחייבו את הגוי לשלם אם אבד החמץ), ואינם רואים אותה כהערמה, מפני שהם יודעים שהיהודי מוכרח למכור בלב שלם כדי להינצל מאיסור.

ר' הלל מוולוז'ין, בשו"ת חוט המשולש, חלק ב, סימן ג, כותב שאכן הנכרי אינו קונה בלב שלם, כיוון שזו הערמה בעלמא, שחוזר החמץ למוכר; ומכירת חמץ מועילה רק אם מוסרים אותו לגוי, שאז אין צורך בכוונת הקונה לקנות (כפי שהוא מוכיח שם).

ר' משה זאב מביאליסטוק, בשו"ת חוט המשולש, חלק ב, סימן ה (ד"ה ולכאורה אין), כותב בתחילה שאין סיבה לומר שהנכרי אינו מתכוון לקנות כמו שאומרים לו ומתנים עמו. אחר כך הוא מסביר שגם אם אינו מתכוון לקנות, הוא קונה, כיוון שהיהודי מתכוון להקנות לו, וכאשר "דעת אחרת מקנה", אין צורך ברצון

ר׳ אלכסנדר שור[248] הסביר, שבעל החמץ מבטל את החמץ מלבד המכירה, ולכן גם אם לא

לקנות (חידושי הרשב״א, גיטין כ ע״ב); אבל זאת רק אם המכירה היא בזול, אבל במכר רגיל, הרי נתיבות המשפט, סימן ר, ס״ק יד, כתב שאין מועילה בו ״דעת אחרת מקנה״, שמא חוב הוא לקונה (אבל בד״ה אולם ראיתי, הוא מעיר שלדעת קצות החושן, סימן רלה, ס״ק ד, שכתב שדעת אחרת מקנה מועילה מטעם ״זכין״, היא לא תועיל כאן שלנכרי אין זכייה). הוא מוסיף (בד״ה ובהיות כן), שגם מכר רגיל יועיל אם כתבו שטר והעידו עדים או שהנכרי חותם בחתימת ידו שקנה החמץ, שהיות שהוא חייב לעמוד במקחו, ולא יוכל לחזור בו מטעם הודאת בעל דין, ממילא מועילה ״דעת אחרת מקנה״ שיקנה אפילו בלי שיתכוון, שהרי עכשו זכות היא לו שיקנה ושלא יוכל גם המוכר לחזור בו; ועוד, שהודאתו בשטר ועדים שהתכוון לקנות, מועילה גם לעניין איסור החמץ.

שם עולם (סטול), או״ח, סימן יד, אות ז, מסביר שגם בלי קניין מצד הגוי, הוא קונה, מפני שברור שהישראל רוצה להקנות בגלל איסור חמץ, וכשברור שיש רצון להקנות, ההקנאה מועילה גם בלי מעשה קניין, כמו שכתבו תוספות, בכורות יח ע״ב (ד״ה אקנויי).

שו״ת חבל יעקב, חלק א, סימן ו, אות כב, מסביר שכיוון שהישראל גומר בדעתו להקנות, אין זה משנה שהגוי אינו מתכוון לקנות, וזאת על פי עיקרון שהוא מניח שם, שמועילה כוונה מצד המקנה גם בלי כוונה מצד הקונה. כך הסביר גם שם עולם שם, בהסברו השני, על פי תוספות, סנהדרין סח ע״ב (ד״ה קטן).

שו״ת הר צבי, או״ח, חלק ב, סימן מד, מסביר, שאין אומדנא ברורה שהגוי אינו רוצה לקנות, שהרי אומרים לו במפורש לתת כסף ובתמורה מקנים לו את החמץ, והגוי נותן את הכסף על מנת כן. הוא מוסיף להסביר על פי דברי הרשב״א, שם, שאם דעת אחרת מקנה, די בכוונת המקנה, ואין צורך בכוונת הקונה.

מועדים וזמנים, חלק ד, סימן רעו (עמ׳ יט), מסביר על פי עיקרון שהוא מחדש, שאם גוי עושה מעשה קניין, ההקנאה תקפה גם בלי גמירת דעת (ראה שם, להוכחותיו לכך) — לכן אין זה משנה שאין לו גמירת דעת לקנות את החמץ. אפשר להבין זאת על פי העיקרון שהניח ר׳ יעקב שטיגליץ (אריאל), ״מצוות בני נח״, מתתיה (תשל״א), עמ׳ 85־86 (נדפס בהוספות בספר ברורים בהלכות הראי״ה, ירושלים תשנ״ב, עמ׳ 373־405 = שו״ת באוהלה של תורה, חלק ד, סימן כד), שדיני הגויים נקבעים לפי המציאות המוחשית, ואילו דיני ישראל הם לפי המציאות המופשטת. אם כן, בישראל צריך גמירת דעת, שהיא מופשטת, ואילו בגוי די במעשה קניין, שהוא מוחשי.

ר׳ יאיר בן דב, ״גמירות דעת בהיתר המכירה בשביעית״, תחומין כא (תשס״א), עמ׳ 23, מסביר שהגוי בוודאי מתכוון לקנות כדי להרוויח או כדי לעזור ליהודי.

[248] בכור שור, פסחים כא ע״א, בהסברו הראשון. את דבריו הביאו: מקור חיים, סימן תמ, ס״ק ג (בקיצור); ישועות יעקב, או״ח, סימן יג, ס״ק ד; שו״ת חוט המשולש, חלק ב, סימנים ב־ג; שו״ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק א, סימן פד וסימן צג, חלק ג, סימן רכ, מהדורא ב, חלק ב, סימן עז, וחלק ד, סימן י, מהדורא ג, חלק א, סימן ריט, וחלק ב, סימן ס וסימן קמח, ומהדורא ו, סימן נא; שו״ת זקן אהרן (וולקין), חלק ב, סימן כג; שיח שלמה (קלוגר), עמ׳ 118; שו״ת אוהל יהושע, חלק א, סימן טז, אות ו; מילי דפיסחא, אות י, דף ט ע״א; שם עולם (סטול), או״ח, סימן ב, אות ג; ר״ש קלוגר, בתשובתו השנייה שבסוף שו״ת נאות דשא (אייבשיץ); רב״מ אזרחי, ״שטר מכירה ביחס לאיסורי שבת״, נועם ד, תשכ״א, עמ׳ קסג.

קושיות על הסבר זה: האחרונים הקשו כמה קושיות על הסברו של בכור שור:

(א) אם הכוונה לביטול בלילה, אור לי״ד בניסן, שנעשה לפני המכירה, הרי בזה שהוא מוכר את החמץ, הוא זוכה שוב בחמץ שביטל (כדי למָכרו), ובזה מבטל את הביטול (שו״ת בגדי ישע, סימן ב, אות ט; שו״ת הרמ״ץ, או״ח, סימן כט, אות ג). ר׳ חיים שלמה רוזנטל, ״בענין מכירת חמץ בי״ד בניסן״, מוריה, שנה כב, גל׳ ה־ז (ניסן תשנ״ט), עמ׳ קנא = קובץ המועדים, פסח, חלק ב, עמ׳ רמא־רמג, מיישב קושיה זו כך: הרי גם אם ביטל, חייב לבדוק מדרבנן, כלומר שחכמים כאילו החזירו את החמץ לרשותו כדי שיבדוק, ולכן המכירה חלה גם אחרי הביטול; והמכירה אינה גילוי דעת שחזר בו מהביטול, אלא הוא מוכר כדי לסלק איסור דרבנן. גם שו״ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ג, סימן רכ, מתרץ שהמכירה אינה חזרה מהביטול, מפני שמן התורה די בביטול, וחכמים תיקנו שיבער בנוסף לביטול, והוא מוכר כדי לקיים מצוות ביעור, ולא כחזרה מהביטול. שו״ת תשובות והנהגות, חלק ה, סימן קכג, מיישב, שהביטול מורכב מהפקרה ומאמירה שהחמץ כעפר בעיניו, ואמנם המכירה היא חזרה ממה שהפקיר, שכן אינו יכול למכור מה שהפקיר, אבל אין זו חזרה ממה שאמר שהחמץ כעפר בעיניו, וחלק זה בביטול מועיל.

(ב) הסיבה שחכמים הצריכו ביעור נוסף על הביטול, הוא מחשש שמא לא ביטל בלב שלם (ר"ן על הרי"ף, פסחים א ע"א, בדפי הרי"ף, הובא בתבואות השדה, חלק ג, בית המועד, שער א, אות י, בברכת אברהם (קליין), חלק ב, עמ' יח-יט, אצל ר"ע איגר, בספר זיכרון וזאת ליהודה, עמ' עח, ואצל ר"ש הירשפרונג, בית אהרן וישראל, גיליון מד, עמ' כז), ואם חוששים שהמכירה גם היא אינה בלב שלם, בגלל ההערמה, מה הועילה המכירה? (בגדי ישע שם; מגן האלף, סימן תמח, ס"ק י; נשמת אדם, שאלה ח; שו"ת מנחת יצחק, חלק ח, סימן מא).

(ג) איך אפשר להסתמך על הביטול שאחרי המכירה, הרי ייתכן שלא התכוון לבטל את החמץ שמכר, כיוון שחשב שאין בכך צורך לאחר שמכר אותו? (רמ"ץ שם; נשמת אדם שם; שו"ת עונג יום טוב, סימן כח; שו"ת עטרת חכמים, יו"ד, סימן יד; שו"ת חלקת יעקב, יו"ד, סימן סח [=חלק ג, סימן קצג, במהדורה הראשונה]; מועדים וזמנים, חלק ד, סימן רעו). שו"ת חשק שלמה (לוינסון), סימן ב, בסופו, מיישב, שלפי בכור שור, יבטל גם את החמץ שמכר, בכוונה שהביטול יחול אם המכירה לא הייתה כדין. כמו כן, שו"ת מנחת יצחק, חלק ח, סימן מא (עמ' פז), כותב במסקנתו שצריך לבטל שוב בערב הפסח, בשעה החמישית, מפני שייתכן שבית הדין כבר מכר אז את החמץ שלו, ובכך הוא מגלה את דעתו שאם יש פגם במכירה, הביטול יחול. גם שו"ת עטרת חכמים, חו"מ, סימן יד (הובא במילי דפיסחא, אות יח, דף י ע"ג), הסביר שכל אדם מתכוון לבטל גם את החמץ שמכר לגוי, כיוון שהוא יודע שהמכירה היא גרועה ושאינה מועילה לבדה. שו"ת ארץ צבי (פרומר), חלק א, סימן פד (צח ע"ד), מסביר שלפי בכור שור, המכירה חלה בתחילת זמן איסור חמץ (השעה השישית בערב הפסח), ואז חל גם הביטול, שהרי הר"ן (לעיל, הערה 234) הסביר שמועיל ביטול בלב מפני שחמץ אינו ברשותו של אדם, אלא שהתורה עשתה כאילו הוא ברשותו, והיינו בשעת איסור חמץ. הוא מוסיף (בדף צט ע"ב), שהיות ששניהם חלים באותו רגע, שייך ביטול אף על החמץ שמכר לגוי, ואין זה "פיטומי מילי". כיסא אליהו (רוסוף), עמ' 75, לא ראה את דברי ארץ צבי עצמם אלא רק את החלק שהביא בשמו אבן ישראל (פיקארסקי), דרשה לשבת הגדול, דף לא ע"ב, שהמבטל מתכוון שיחול הביטול בשעת איסור חמץ; ולכן הקשה על בכור שור, שנמצא שמכירת חמץ חלה לפני שחל הביטול, שאז עדיין אסור מדאורייתא.

(ד) שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן סב (הובא בשבט הלוי, גרייבסקי, סימן ד, אות טז), מקשה על בכור שור, איך אפשר להסתמך על הביטול שאחרי המכירה, הרי בשעת המכירה שלפני הביטול עדיין יש איסור דאורייתא, ואם כן, המכירה אינה תקפה! ואין נראה לפרש שכשהוא מבטל, חלה המכירה למפרע. והוא מיישב את דברי בכור שור, שבעצם, הטעם שלא הסתמכו חז"ל על הביטול והצריכו גם ביעור, הוא מפני שהביטול צריך להיות הפקר לעולם, וחוששים שמא יפקיר רק לשבעה ימים, ולכן הצריכו ביעור; אבל עכשו שמוכרים לפני הביטול, אמנם אין המכירה מועילה מהתורה, מפני שאין הגוי מתכוון לקנות, אבל מועיל הביטול שאחר כך, שכן גם אם יתכוון רק להפקיר לזמן קצוב, החמץ נחשב כאילו כבר הגיע לידי מי שזוכה בו, שהרי הוא נמצא אצל הקונה הנכרי, והפקר לזמן מועיל אם הדבר הגיע לידי מי שזוכה בו. אבל ר' חיים שלמה רוזנטל, שם, כותב שנהגו שלא כחתם סופר, שהרי מוכרים אחרי הביטול של הלילה. על דברי חתם סופר, שם, ראה ליקוטי הערות, על שו"ת חתם סופר, שם. עוד אפשר להשיב על קושיה זו, שהכוונה היא שאם לא ימכור, יישאר רק איסור דרבנן בפסח מפני שחל הביטול, והיות שענייננו באיסור דרבנן בלבד, לא אכפת לנו שהמכירה היא בהערמה.

(ה) הרי גם באיסורים דאורייתא מצאנו שיש הערמות שמותרות, כגון הכנסת פירות דרך גגות לפָטרם ממעשר (מנחות סז ע"א), מכירת מבכרת (לעיל, ליד ציון הערה 207), נתינת כסף מעשר שני לאחר כדי להיפטר מחומש (לעיל, ליד ציון הערה 201), הקנאה לאדם שלישי כדי שמודר הנאה יוכל ליהנות (לעיל, ליד ציון הערה 188), הדין של שני מצורעים (לעיל, ליד ציון הערה 205), המוכר את תבואתו לגוי שימרח כדי לפטור ממעשר (לעיל, ליד ציון הערה 221), ומכירת בהמה לגוי לשבת (להלן, ליד ציון הערה 284); ומצד שני יש הערמות בדרבנן שאסורות (נשמת אדם, שאלה ח [עיין שם לרשימה של הערמות בדרבנן שאסורות]; מקור חיים (מליסא), סימן תמח, ביאורים, ס"ק יא; חקר הלכה (לנדא), חלק ב, אות ח, ס"ק כב; שו"ת הרמ"ץ, יו"ד, סימן פו, אות ה; חידושי מהר"ץ חיות, גיטין סה ע"א; שו"ת חסד לאברהם, תאומים, מהדורא קמא, או"ח, סימן כא; שו"ת עונג יום טוב, סימן כח; שו"ת בניין עולם, או"ח, סימן כא; שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, סימן כז, אות ה; א' ברקוביץ, לעיל, הערה 187, עמ' 131).

ימכור, לא יעבור על איסור דאורייתא, ויעבור רק על איסור דרבנן, שחכמים הצריכו לבער נוסף על הביטול; והיות שהמכירה באה רק למנוע איסור דרבנן, התירו חכמים מכירה זו, למרות שנעשתה בהערמה, בבחינת "הם אמרו והם אמרו". יש להעיר שאין בהסבר זה כדי לענות על השאלה, מדוע יש לצדדים גמירת דעת למכור? ר' יוסף שלום נתנזון[249] מפרש שאכן אין להם גמירת דעת, אבל אין צורך בכך, כיוון שמדובר רק באיסור דרבנן. אפשרות אחרת לפרש את דברי ר' אלכסנדר שור היא, שהוא יוצא מתוך הנחה שיש לצדדים גמירת דעת למכירה אמתית, אלא שעדיין יש בעיה אחרת: איך אפשר להתיר עקיפה כזאת של האיסור בדרך הערמה?[250] ותשובתו היא, שכיוון שזה איסור דרבנן, התירו חכמים עקיפה בדרך הערמה[251].

יש כמה נפקויות מהסברו של ר' אלכסנדר שור: (א) אין תוקף למכירת בהמה לנכרי כדי שהנכרי יוכל להאכיל אותה חמץ בפסח, מפני שהאכלת חמץ לבהמה של יהודי בפסח אסורה מדאורייתא, ולא שייך בה ביטול, והמכירה, שהיא הערמה, אינה יכולה לעקוף את האיסור, שהוא מדאורייתא, ואין לה תוקף[252]. (ב) מכירה שנעשית לפני הביטול, אין לה תוקף, מפני

(ו) לפי בכור שור, מי ששכח לבטל, מכירתו אינה מועילה, והרי מעשים בכל יום שמתירים גם מכירה כזאת (שו"ת מראה יחזקאל, סימן כא).

(ז) הרי בית יוסף, או"ח, סימן תמח, כותב שמותר לתת לגוי במתנה ולחזור ולקנות ממנו אחרי הפסח, אף שזו הערמה, מפני שהיהודי מוציא את החמץ מרשותו לגמרי, ולא כתב שמותר מפני שכבר ביטל; הרי שגם בלי הביטול, זו מכירה תקפה (שו"ת מים חיים (רפפורט), או"ח, סימן ח).

על הקשיים בשיטת בכור שור, ראה: ר"י ברנד (לעיל, הערה 240), עמ' כא ועמ' קטו. על הסברו של בכור שור, ראה: ר' צבי הירש הורוביץ, קונטרס מקנה וקנין (זולקווא תרכ"ה), בהרחבה; שו"ת ויאמר מאיר (ועקנין), חלק א, סימן כ (עמ' פג־פה במהד' תשנ"ה).

[249] שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ד, סימן י (ד"ה והנה בכ"ב). כך כנראה מבין גם שו"ת הרמ"ץ, או"ח, סימן כט, אות ב, שהרי הוא כותב שלפי בכור שור, מכירת חמץ חלה אף שהיא הערמה, ולכן אם כתבו בשטר המכירה כמות מסוימת של חמץ ובאמת היה לו יותר, הכול מכור, מפני שהמוכר והקונה מתכוונים שהמכר יחול על כל החמץ שיש לו, אף שבמכר רגיל, באופן כזה המכר לא חל על מה שלא נכתב בשטר, בגלל חוסר גמירת דעת.

[250] הכוונה להיבט השני, שעמדנו עליו לעיל, ליד ציון הערה 187. ואכן בכור שור מדבר רק על "הערמה" ולא על גמירת דעת למכור.

[251] בדומה לכך נראית כוונתו של כיסא אליהו (רוסוף), עמ' 74־75, שהסביר שהיות שהוא מוכר לפני זמן איסור חמץ, לא אכפת לנו שזו הערמה, בדומה למה שנאמר בביצה יח ע"ב על הערמה בשתיית חומץ לרפואה בשבת. לכאורה, איך זה עונה על השאלה של חוסר גמירת דעת? אלא, זאת לא השאלה שהטרידה את כיסא אליהו, אלא הטרידה אותו השאלה איך מתירים עקיפת איסור בהערמה; והתשובה היא, שהיות שהמכירה נעשית לפני שהגיע האיסור, לא אכפת לנו מההערמה.

[252] בכור שור שם.

כמו כן, שערי ציון (שטרנפלד), חלק א, סימן יד (מז ע"א), כותב שיש להחמיר (חוץ מבמקום שנהגו להתיר), מפני שדווקא במכירת חמץ עצמו יש להניח שמוכר בלב שלם כדי להינצל מאיסור "בל יראה" (הנימוק שהובא לעיל, ליד ציון הערה 231), מה שאין לומר במכירת בהמה. ובסימן טו (מז ע"ד) הציע להפקיר את הבהמה נוסף על מכירתה. ראה שם בהסברו לכך.

אבל רבים מתירים מכירת בהמה, בין הַיֶּתֶר, מפני שהסתמכו על טעמים אחרים לתקפותה של מכירת חמץ: שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן סב, מתיר, מפני שלדעתו ההערמה מותרת אף שיש איסור דאורייתא, והוא מביא ראיה מהערמות אחדות שחכמים התירו למרות שמדובר באיסורי תורה: הטלת שיכר בחול המועד (שבת קלט ע"ב), והכנסת פירות במוץ שלהם כדי להיפטר ממעשר. הוא מסביר שבדבר שאין יוצא ממנו מכשול ("חורבא"), מותר להערים גם באיסור תורה; ודבר שלא נאסר בתלמוד, אין לנו סמכות לאסור בגזֵרה.

שהיא הערמה באיסור דאורייתא[253]. יש לכך חשיבות לנוהגים למכור ביי״ג ניסן כדי להיפטר מחובת בדיקה, שכן מכירה זו נעשית לפני הביטול של ליל י״ד ניסן[254]. (ג) היות שמכירה זו היא הערמה, ומועילה רק משום שהאיסור הוא מדרבנן, היא אינה מועילה על ידי שליח, מפני שאי אפשר למנות שליח לעשות פעולה פיקטיבית שאינה פעולה משפטית[255]. (ד) לא תועיל

שו״ת מהר״ם מרוטנבורק האחרונים, או״ח, סימן יב, כותב שמכירת בהמות מועילה, כיוון שעושים קניין גמור, ואין זה משנה שמתכוונים להחזיר אחרי הפסח, מפני שאלו דברים שבלב.

שו״ת מראה יחזקאל, סימן כא, דוחה את דברי בכור שור, ובכל זאת אינו מעיז לחלוק עליו למעשה; אבל הוא כותב שבשעת הצורך יש להתיר אם מוכר שלושה ימים לפני הפסח, כדי שלא ייראה כהערמה.

מקור חיים (מליסא), סימן תמח, ביאורים, ס״ק יא, בסופו, מסתפק, שמא יש לאסור, מפני שהיהודי נהנה מחמץ בפסח, מכך שבהמתו מתפטמת מהחמץ, כשהוא יודע שתחזור אליו אחרי הפסח; ושמא מותר, מפני שבשעת המכירה עדיין אינו עושה איסור, ובשעה שהבהמה אוכלת, הוא אינו עושה איסור בגופו.

ר׳ אברהם דוד מבוטשאטש, ב״אזהרות״ שבתחילת שו״ת נטע שעשועים (קארא), אזהרה ג, אוסר בנימוק שיש אומדנא דמוכח שהוא רוצה שיחזרו אליו הבהמות אחרי פסח, ונמצא שהוא נהנה מהחמץ בפסח, בכך שממונו מתרבה. שו״ת בניין עולם, או״ח, סימן כא, דוחה את דבריו, שאין לאסור מצד שדעתו על מה שיחזור אליו, מפני שאנן סהדי שהוא מוכר בלב שלם (ולא על מנת להחזיר) כדי להינצל מאיסור חמץ; ויש להתיר בגלל שעת הדחק, שהבהמות יכחישו, וגם משום שיש צער בעלי חיים אם לא יוכלו לאכול אוכל רגיל.

ר׳ שמואל הלוי מביאליסטוק, שו״ת בגדי ישע, סימן ב, אות ה, מתיר למכור את הבהמות, אבל רק באותם תנאים שהציב (לעיל, ליד ציון הערה 242) לעניין מכירת חמץ, כדי שתהיה לצדדים גמירת דעת, ועיקרם: שימכור קצת בזול. הוא מגביל את ההיתר למצב שאם לא ימכור אותן, יֵרֵד ערכן (בגלל אי אכילת חמץ) ויהיה נמוך מהמחיר שהוא מקבל מהגוי, שאז הוא מוכר בלב שלם, מפני שאין לו ברֵרה; אבל במצב שגם אם לא ימכור, יישאר ערכן מעל המחיר שהוא מקבל מהגוי, אין מועילה המכירה, מפני שהיא נראית כהערמה.

בכור שור טען, שאם הבהמה תמות או תיגנב, הגוי לא ישלם, והדבר מראה שלא גמר בדעתו לקנות. בתשובה לכך כותב שו״ת נחלת יעקב (מליסא), סימן א, שהסיבה שהגוי לא ישלם היא משום שאין לו במה לשלם או מתוך אלמות, ואין זה אומר שאינו מכיר במכירה.

שו״ת מים חיים (רפפורט), או״ח, סימן ח, מעלה אפשרות שאף בכור שור מתיר למכור את הבהמות לגוי אם לא יאמר לו שיאכיל אותן חמץ.

מגן האלף, סימן תמח, ס״ק י, כותב שמכירת הבהמות מועילה, מפני שהיהודי מקנה בלב שלם.

נשמת אדם, שאלה ח, מתיר מכירת בהמות במקום שמתפרנסים ממכירת החלב. הוא מציין שזה יותר קל ממכירת חמץ, שהרי המוכר חמץ מפקיע את מצוות ״תשביתו״, מה שאין כן במכירת בהמות.

מילי דפיסחא, אות יח, דף י ע״ג, כותב שאסור רק למכור את הבהמות ואת חמצו לאותו גוי, שאז הוא כאילו אומר לגוי בפירוש להאכילן חמץ.

אורחות חיים (כהנא), סימן תמח, אות כא, מביא פוסקים רבים המתירים למכור את הבהמות לנכרי ומעט פוסקים האוסרים. ר׳ משה לוי, דבר השמיטה, עמ׳ כה, מביא פוסקים האוסרים, ובעמ׳ כו, מביא פוסקים המתירים.

[253] שו״ת ר׳ משולם איגרא, או״ח, סימן לט, אות א (הובא בשו״ת תשובות והנהגות, חלק ה, סימן קכג); נדפס גם בספרו איגרא רמה, שו״ת, סימן ל.

[254] ר׳ חיים שלמה רוזנטל, מוריה כב, גל׳ ה־ז (קכג), עמ׳ קמט (נדפס גם בקובץ המועדים, פסח, חלק ב, עמ׳ רמא־רמג).

[255] שו״ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ב, סימן עז (ד״ה והנה בעש״ק). אבל בפועל נהגו לעשות מכירת חמץ על ידי שליח, כפי שמעיר רש״י זווין (לעיל, הערה 227), עמ׳ רנג.

בחלק ד, סימן י, העלה אפשרות שאם לא פירטו בשטר המכירה את כל המינים, זהו חסרון בגמירת דעת המצטרף עם עצם ההערמה לתרתי לריעותא, לפסול את המכירה. אבל הוא דוחה זאת, שאנן סהדי שרצה

מכירת חמץ של מי שאינו שומר מצוות, שהרי אינו מבטל את חמצו[256]. (ה) כלי חמץ שנמכרים עם מכירת חמץ אינם צריכים טבילה אחרי שהנכרי מוכר אותם חזרה אחרי הפסח, כדין כלים הנקנים מנכרים, מפני שהמכירה אינה אמתית, והיא רק הערמה, המותרת באיסור דרבנן[257]. (ו) המכירה תקפה גם אם לא נקבע לה מחיר, ואף שבדרך כלל בלי קביעת מחיר לא חל קניין משום חוסר גמירת דעת, הרי כאן בלאו הכי זו רק הערמה[258]. (ז) אם מישהו קונה מהנכרי את החמץ במשך הפסח, החמץ אינו קנוי לו, מפני שהמכירה לנכרי אינה אמתית אלא רק הערמה[259]. (ח) שומר המוכר חמץ המופקד אצלו, כדי למנוע מבעליו (המפקיד) מלעבור על "בל יראה", צריך למכור אותו במכירה חלוטה, ולא במכירה הנהוגה, מפני שבעל החמץ לא ביטל אותו, כך שמדובר באיסור דאורייתא, והמכירה הנהוגה היא הערמה, שאינה מועילה להפקיע איסור דאורייתא[260].

הסבר דומה, שגם הוא מתבסס על הורדת האיסור לרמה של איסור דרבנן, הוא שאמנם אין לצדדים גמירת דעת למכור, כיוון שיודעים שהחמץ יחזור למוכר אחרי הפסח, אבל נוהגים להשכיר לנכרי את מקומו של החמץ למשך שבעת ימי הפסח, ועל כך יש גמירת דעת, ומדאורייתא אין איסור בחמץ שלו שאינו ברשותו[261]; ואם כן, נשאר על חמץ זה רק איסור דרבנן, שעליו מועילה הערמה[262].

לגבי ההיבט של המדיניות לגבי הערמה, יש המסבירים[263] שהערמה אסורה רק אם האדם עושה מעשה איסור, שעל ידי הערמתו, האיסור נעשה היתר, כגון במי שעושה הרבה שיכר בחול המועד, ואומר שהוא לצורך המועד, ובאמת חלקו מיועד לאחר המועד[264]; אבל המוכר חמץ אינו עושה איסור, שהרי הוא מוכר אותו לפני זמן האיסור, ולכן לא אסרו זאת[265].

למכור כדי להינצל מהאיסור (הנימוק שלעיל, ליד ציון הערה 231); וגם מצד הנכרי הקונה, העובדה שיש עוד סיבה שלא גמר לקנות אינה גורעת, כיוון שהערמה בדרבנן מותרת.

[256] שו"ת תשובות והנהגות, חלק ה, סימן קיב (עמ' קע) וסימן קיג.

[257] שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ו, סימן נא, בתחילתו; שו"ת ארץ צבי (פרומר), חלק א, סימן פד (ק ע"א). בספר טבילת כלים (מהד' תשמ"ב), פרק ג, הערה ד, מציין עוד פוסקים שפטרו מטבילה בנימוק שהמכירה היא רק הערמה: שו"ת דבר משה (תאומים), מהדורא תניינא, סימן צח, ס"ק מא; עצי לבונה, יו"ד, סימן קכ; שו"ת טוב טעם ודעת, מהדורא ג, חלק ב, סימן כב; שו"ת יד יצחק, חלק ב, סימן קסא. והוא מביא גם פוסקים המצריכים טבילה.

[258] שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק א, סימן צג.

[259] שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ג, סימן רכ.

[260] שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ג, שם (ד"ה והנה); ר"ש קלוגר, בתשובתו השנייה שבסוף שו"ת נאות דשא (אייבשיץ); שו"ת ברית אברהם (מפיעטרקוב), או"ח, סימן כח, בהגהה (הובא בילקוט הגרשוני על מגן אברהם, סימן תמג, ס"ק ד). דבריהם הובאו בחוק לישראל, שומרים, עמ' 1133.

[261] בית הבחירה, חידושי רבנו דוד, וחידושי מהר"ם חלאווה, פסחים ד ע"א, כתבו כך לעניין חמץ שלו המונח בבית שהשכיר לאחר.

[262] שו"ת תשובות והנהגות, חלק ה, סימנים קיב־קיג.

[263] נשמת אדם, שאלה ח; מקור חיים, סימן תמח, ביאורים, ס"ק יא.

[264] מועד קטן יב ע"ב.

[265] נשמת אדם שם כותב שבכל זאת, בגלל בעיית ההערמה, מכירת חמץ הותרה רק בדוחק, מפני שהמוכר מפקיע בזה את מצוות ביעור חמץ, ולכן התירו רק לצורך גדול של פרנסה, היינו ליצרני יי"ש ולא לסוחרים בו. רז"נ גולדברג (לעיל, הערה 205), עמ' קכג, מסביר את דבריו, שהמכירה עצמה אינה מוגדרת כתחבולה להיפטר ממצווה, שהרי כל השנה מוכרים סחורה לגוי; ורק מכירה דרך הערמה נחשבת עשיית תחבולה כדי להיפטר ממצווה, שהיא אסורה.

(2) הקנאת כלי הטעון טבילה לנכרי

מי שקנה כלי סעודה מנכרי, חייב להטביל אותו לפני השימוש בו; אבל השואל כלי סעודה מנכרי, רשאי להשתמש בו בלי טבילה. בשבת וביום טוב אסור להטביל את הכלי. מי שקנה כלי מנכרי, ושכח להטביל אותו, ורוצה להשתמש בו בשבת ויום טוב, יכול להקנות אותו לנכרי במתנה, ולשאול אותו ממנו, וכך יהיה מותר להשתמש בו בלי טבילה[266].

ר׳ שלמה בן שמעון דוראן, הרשב״ש[267], חולק על היתר זה, מפני שניכר שהיהודי אינו מתכוון לתת את הכלי לנכרי במתנה גמורה, שהרי ברור שאינו מוכן שיקדיש אותו, למשל, שכן אז לא יוכל להשתמש בו בסעודתו (והרי שימוש זה הוא מטרת ההקנאה), ומתנה שאי אפשר להקדיש בגלל הערמה כזאת, אינה מתנה[268]. זאת ועוד: אחרי שבת ויום טוב, הוא מן הסתם לא יחזיר לנכרי את הכלי ש״שאל״ ממנו, ולכל היותר יחזירנו לו וייקח אותו ממנו חזרה מיד, וזו הוכחה שהייתה כאן הערמה.

כנגד זה, מסביר ר׳ יעקב אורנשטיין[269], שסומכים על הדעה שטבילת כלים היא רק חובה

הסבר אחר נותן א׳ ברקוביץ (לעיל, הערה 187), עמ׳ 131: איסור ״בל יראה״ לא נועד כדי שהאדם יפסיד את ממונו, והערמה אסורה רק אם היא מבטלת (בעקיפין) את מטרת איסור התורה.

שו״ת אורי וישעי, סי׳ קכא (סט ע״ד), כותב שאף שזו הערמה הניכרת, התירו, כדי למנוע מצב שיעברו על האיסור במזיד.

ר׳ יצחק ברנד (לעיל, הערה 240), עמ׳ טז־יט, לא, מד־מה, נג, נו־נח, סד, פח, מוכיח מדברי גאונים וראשונים, שמי שרגיל למכור את חמצו לגוי, אסור לו לעשות כן משום הערמה. הוא מסתמך בעיקר על תשובת רב עמרם גאון, בתשובות גאוני מזרח ומערב, סימן קי (הובא בחידושי מהר״ם חלאווה, פסחים ל ע״ב, בבית הבחירה, פסחים ו ע״א, ובנימוקי יוסף, פסחים ו ע״א), המתיר מכירת חמץ לגוי רק ״אם אינו רגיל ישראל לעשות כן בשאר שנים אלא מאורע הוא״. הוא לומד (בעמ׳ טז) מלשון רב עמרם שטעם ההגבלה הוא שהרגיל לעשות כן מראה שהוא מערים, וכל אדם מבין שבדעתו לקנות את החמץ חזרה אחרי הפסח, ושאם הגוי לא יסכים, תהיה למוכר תרעומת עליו. הוא מציין שכך כתב גם חידושי הריטב״א, פסחים כא ע״א. ושם, עמ׳ כז־כט, מובאת דעת ר׳ דוד יצחקי, שגם אז אין איסור משום הערמה.

ל׳ פיינברג, ״התפתחות ההלכה על ידי פירוש והערמה״, Proceedings of the Rabbinical Assembly of America 5 (38-1933), p. 194, סבור שהבעיה במכירת חמץ היא שכל ישראל משתמשים בה, והערמה טובה רק כשהיא מופעלת במצבים חריגים בלבד.

[266] מרדכי, ביצה, סימן תרעז; שולחן ערוך, או״ח, סימן שכג, סעיף ז (הובא במגן אברהם, סימן יג, ס״ק ח), ויו״ד, סימן קכ, סעיף טז.

[267] שו״ת הרשב״ש, סימן תסח (הובא בפתחי תשובה, יו״ד, סימן קכ, ס״ק טו).

עוד טען הרשב״ש, שהיהודי אינו מתכוון לתת במתנה אמתית, שהרי אינו רוצה לעבור באיסור לתת מתנה לגוי, משום ״לא תחנם״ (עבודה זרה כ ע״א). עמודי אש, סימן יג, אות יז (ד״ה והנה ראיתי), השיב על כך שיש אומרים שמתנה לנכרי אסורה רק בדרך חנינה (ראה בירור הלכה, עבודה זרה כ ע״א, ציון ב, פרק ד), ואילו כאן המתנה ניתנת לטובת היהודי; ועוד, שאפשר לתת לו במתנה על מנת להחזיר, שאין בה חנינה. פתח הדביר, סימן רמו, אות ד (יח ע״ב־ע״ג), מסביר שהרשב״ש סובר שיש איסור ״לא תחנם״ גם בנתינה לצורך עצמו, ואילו המתירים סבורים שאין איסור ״לא תחנם״ בנתינה לצורך עצמו. וראה עמודי אש, שם (ד״ה ויש), בשאלה אם מועילה בנידוננו מתנה על מנת להחזיר, כדי לפטור את הכלי מטבילה, או שמא חוששים שהגוי לא יחזיר את הכלי, ונמצא למפרע שהיה של היהודי כל הזמן (שהרי התנאי של המתנה לא התקיים), והשתמש בו באיסור. לשאלה אם מועילה כאן מתנה על מנת להחזיר, ראה גם: ספר טבילת כלים (מהד׳ תשמ״ב), פרק ו, הערה ב*; חוק לישראל, מתנה, סעיף 4. וראה טבילת כלים, שם, גם על בעיית איסור נתינת מתנה בשבת כאן.

[268] נדרים מח ע״א. ראה על כך לעיל, ליד ציון הערה 199.

[269] ישועות יעקב, או״ח, סימן יג, ס״ק ד (הובא בעמודי אש שם).

מדרבנן, והערמה מותרת בדרבנן[270]. ר׳ יעקב ברייש[271] מסביר, שהיות שזו נתינה לזמן קצר בלבד, אין בכך משום הערמה.

(3) הקנאת רכוש לאחֵר כדי שיוכל להישבע בענייני מס

מעשה בפקיד השלטון הנכרי שהגיע לעיר לגבות מס מהתושבים, שחלקם היו פטורים מהמס. אחד מן החייבים במס הקנה את רכושו לאחד מאלו שהיו פטורים מהמס, כדי שיוכל לטעון שאין לו רכוש החייב במס, ויוכל אף להישבע על כך לדרישת הפקיד.

הרא״ש[272] פסק שאכן יוכל להישבע על כך, מפני שהוא התכוון להקנות בלב שלם, כדי שיהיה מותר לו להישבע על כך[273], אף על פי שברור שהתכוון ליטול את הנכסים חזרה אחר כך.

לעומת זאת, הריב״ש פסק בשאלה דומה להפך. הוא נשאל[274] על מי שהיו שולחים לו

[270] מלשונו משמע שהוא בא לומר שאף שאינו מתכוון לתת במתנה באמת, לא אכפת לנו, כיוון שזה איסור דרבנן בלבד. השווה לעיל, ליד ציון הערה 249.

[271] שו״ת חלקת יעקב, יו״ד, סימן מג, אות ב (=חלק ב, סימן סא, במהדורה הראשונה).
אבל הוא כותב שהיות שלדעת רוב הראשונים, טבילת כלים היא חיוב מהתורה, ואין מועילה הערמה בדאורייתא, כדברי בכור שור (לעיל, ליד ציון הערה 248; אבל ראה הערה 248, שאחרונים רבים הוכיחו שמועילה הערמה גם בדאורייתא), אין להשתמש באמצעי זה כדי להתיר שימוש בכלי שקשה להטבילו (כגון כלי חשמלי) על ידי נתינתו לגוי לעולם, מפני שנתינה לעולם היא הערמה.

[272] שו״ת הרא״ש, כלל ט, סימן א. אלא שהוא מזהיר שיש חשש לחילול השם אם תתגלה ההערמה לגויים, וכן יש חשש שיקלו עמי הארץ באיסור שבועה כתוצאה מכך.

[273] נימוק זה מקורו בדברי השואל שם. כמו כן, חקרי לב, יו״ד, חלק ב, סימן מח (פא ע״א), מנמק, שברור שהוא מקנה בלב שלם כדי להינצל מהאיסור החמור של שבועה.
שו״ת משפטי עוזיאל, חו״מ, סימן כז, אות ז, נימק, שיש להניח שהוא מעדיף לתת את הנכס לחברו (אפילו במתנה מוחלטת) מלתת לגובה המס. יש להעיר, שנימוק זה שייך רק במצב שגובה המס עלול ליטול ממנו את כל נכסיו.

[274] שו״ת הריב״ש, סימן ב (הובא בשו״ת ויאמר יצחק, חלק ב, סימן קצב, דף קסה ע״א).
כפי שנציין בסמוך, הריב״ש מציע כפתרון, שהשולחים יתנו את הסחורה לאדם זה במתנה על מנת להחזיר, שאת זה יש להם גמירת דעת לעשות, כיוון שהנכסים יחזרו לבעלותם, ובינתיים יוכל המקבל להישבע באמת שהנכס שלו. חקרי לב, שם, כותב שפיתרון זה אינו טוב אם השולח הוא גוי, מפני שבעיני הגוי, מתנה על מנת להחזיר היא כמו השאלה, ואינו מתכוון להקנות ממש. וראה שרשי הים, חלק ג, הלכות זכייה ומתנה, פרק ג, הלכה ט (כא ע״ב), הפוסל הצעת פתרון מסוימת מעין זו, בנימוק שניכר שהנותן אינו מתכוון למתנה גמורה.
שו״ת ר״ש איגר, חלק א, כתבים, סימן לד (עמ׳ רעו), מסביר שאף שניכר שהמתנה ניתנה רק כתחבולה כדי שיוכל להישבע, הדבר מותר, כיוון שיש לנותן גמירת דעת לתת, שהרי הנותן מתנה על מנת להחזיר אינו מפסיד דבר.
חקרי לב שם עוסק במצב דומה: הייתה מלחמה בין שתי מדינות, ומדינה אחת הייתה מחרימה סחורות של אזרחי המדינה האחרת שהיו בספינות שהיא תפסה; ויהודי, אזרח אותה מדינה, הוביל סחורה של גוי, אזרח מדינת האויב, לסחור בה, וחיפש דרך שיהיה מותר לו להישבע (כדרישת רשויות המדינה) שהסחורה שלו. הוא דוחה במסקנתו (פא ע״ג) הצעה שהגוי ימכור את הסחורה ליהודי בהקפה, ויקבל על עצמו אחריות עליה, וזאת מפני שבדרך כלל, הגוי מגלה את דעתו שהוא מוכר רק כדי שאותה מדינה לא תיקח את הסחורה, ואין לו גמירת דעת למכור.
שו״ת משפטי עוזיאל, חו״מ, סימן כז, אות ב, עוסק במצב דומה: חייב שנתן את חנותו לבתו במתנה, ונושהו דרש ממנו להישבע שהחנות של בתו. הוא כותב שאף שיש אומדנא שלא התכוון להקנות לה את החנות, שהרי היא מקור פרנסתו היחידה (וכך הוא פוסק שם, אות ז, שהמתנה בטלה), הרי ייתכן שהוא

סחורה למכור אותה, והיה מחזיר להם כסף או סחורה אחרת; והחוק באותו מקום היה, שהיה חייב לשלם מס על סחורה של אחרים, אבל לא על סחורה שלו. השאלה הייתה, אם יוכלו השולחים לתת לו את הסחורה במתנה, כדי שיוכל להישבע שהיא שלו, כדי להיפטר מהמס. הוא פסק שאסור לו להישבע כך, מפני שהנותנים לא התכוונו למתנה גמורה אלא להערמה.

הריב"ש מציב לאיסור זה שני סייגים: (א) אם המס המוטל הוא בגדר רדיפה ליהודים, כך שלא חל עליו הכלל "דינא דמלכותא דינא", מותר להישבע שהסחורה שלו, שכן כדי להיפטר מהאונס, מותר להישבע בהערמה. (ב) אם השולחים נותנים לו את הסחורה במתנה על מנת להחזיר, מותר לו להישבע שהיא שלו, מפני שהם מוכנים לתת לו בלב שלם על תנאי שיחזיר, ועד שיחזיר, הסחורה נחשבת כשלו.

אפשר שאין מחלוקת בין הרא"ש לבין הריב"ש[275], אלא הדין תלוי בשאלה מי אמור להישבע. בנידונו של הרא"ש, המקנה אמור להישבע, והוא גומר בדעתו להקנות, כיוון שאינו רוצה לעבור על איסור שבועת שקר, וממילא גם המקבל, שהוא סביל, גומר בדעתו לקבל. לעומת זאת, בנידונו של הריב"ש, המקבל אמור להישבע, ולמקנה לא כל כך איכפת אם המקבל יישבע לשקר, ולכן הוא אינו מקנה בלב שלם; ולא די בכך שהמקבל שאמור להישבע רוצה שההקנאה תהיה אמתית, מפני שהוא הצד הסביל בהקנאה.

ה. תקופת האחרונים

(1) היתר עסקא

כדי לעקוף את איסור ריבית, נהוג לכתוב שטר "היתר עסקא", שבו יוצרים את החוזה כך שאין זו הלוואה אלא "עסקא", שחצייה הלוואה וחצייה פיקדון, וכל צד מקבל חצי מהרווחים שעולים מן הכסף ונושא בחצי מההפסדים, ואין בכך ריבית; וכדי למנוע מנותן הכסף סיכון, מתחייב מקבל הכסף שנותן הכסף יהיה נאמן לומר שהרוויח סכום מסוים, כך שהמקבל יהיה חייב לתת לו את חצי הרווח, אלא אם כן יישבע שלא הרוויח, ויביא על כך עדים כשרים ומהימנים.

במצב סתמי, אפשר להניח שיש לצדדים גמירת דעת לגבי תנאי החוזה[276], מפני שהם יודעים

התכוון לתת לה את החנות במתנה על מנת להחזיר, שמזה אינו מפסיד, ואין אומדנא נגד הבנה זו, ולכן יוכל להישבע שהחנות שלה, שהרי עד שתחזיר לו, החנות שלה (ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 4, שבמצבים מסוימים, גם אם הנותן נתן בסתם, מניחים שהתכוון למתנה על מנת להחזיר). וצריך עיון מדוע הריב"ש דרש שייתנו בפירוש במתנה על מנת להחזיר, ולא כתב שגם במתנה סתמית, מפרשים שהתכוונו למתנה על מנת להחזיר.

ראה בחוק לישראל, מתנה, סעיף 4, פוסקים נוספים שהשתמשו במתנה על מנת להחזיר כאמצעי להברחה, אלא שלא העלו את שאלת גמירת הדעת.

[275] חקרי לב, יו"ד, חלק ב, סימן מח (פ ע"ד), מיישב את הסתירה, שבנידונו של הריב"ש היה גילוי דעת שאינו מתכוון למתנה אמתית, מה שאין כן בנידונו של הרא"ש. אבל הוא לא הסביר מניין לו הבדל זה בין המצבים.

[276] ברית יהודה (בלוי), פרק מ, הערה א, כותב שהפוסקים האחרונים לא פקפקו בתוקפו של היתר עסקא מחשש להערמה. אבל בהערה יד (הובא אצל רא"ח שרמן, "תוקפו של היתר העיסקא בבנקים", תחומין כא (תשס"א), עמ' 224), כתב שאם צד אחד אומר לצד השני שהדבר אינו מחייב כלום, ושנועד רק להתיר איסור ריבית, אינו מועיל.

שו"ת צמח צדק (שניאורסון), יו"ד, סימן פח (הובא אצל ר' יעקב שלמה מוזסון, "בענין הקנאת מעשר

שאם לא יהיה תוקף לחוזה על כל תנאיו, כפי שתיארנו, זו תהיה הלוואה רגילה, ויעברו באיסור ריבית[277].

אבל עלתה שאלה לגבי נטילת הלוואה ממלווה שאינו שומר מצוות, שמא גם אם הוא חותם על שטר היתר עסקא, אינו מתכוון באמת לתנאיו, וממילא זו הלוואה שיש בה איסור ריבית. ר' יששכר שרייבר[278] כתב שאין תוקף להיתר עסקא של מלווה שאינו שומר תורה ומצוות, שהרי יש אומדנא שלא יסכים לקיים את התחייבותו לפטור את הלווה מתשלום הריבית אם יישבע שלא הרוויח[279].

ר' משה שטרנבוך[280] חלק עליו, בנימוק שאמנם המלווה אינו מתכוון לקיים את חיובו, אבל הוא מוכן שיחול עליו חיוב מדין תורה, ויקיים אותו אם תהיה סמכות כפייה ביד בית הדין הרבני; והמלווה מוכן שיחול עליו חיוב זה, כיוון שנדיר שיצטרך לקיים אותו, אם הנוסח בהיתר עסקא הוא שרק אם יודיע בכל ערב ראש חודש שלא הרוויח, יהיה נאמן להישבע שלא

עני", בית אהרן וישראל, קיא, שבט־אדר תשס"ד, עמ' עב), כותב שאם ההסכם נעשה בעל פה, אינו מועיל, כיון שהכול יודעים שאינם מתכוונים לעסוק בשותפות, אלא ההסכם נועד לסלק את איסור ריבית, ורק אם עושים שטר על כך, הדבר נחשב עסקא גמורה ומועיל.

ר' ישועה שבאבו ידיע זיין, בשו"ת גינת ורדים, יו"ד, כלל ו, סימן ח (ד"ה זאת), הציע נוסח להיתר עסקא, שלפיו כשהמתעסק ירצה להעביר את הסחורה ממקום למקום, יצטרך ליווי של ארבעה שומרים חמושים, ולא יקנה שום סחורה בלי לקבל עליה המלצה של שני סוחרים בקיאים; וזאת כדי להרחיק מנותן הכסף את הסיכון להפסיד. אבל ר' אברהם הלוי, שם, סימן ט, בסופו, כותב שהכול יודעים שזה "הבל" ו"מעשה תעתועים", שהרי אף סוחר אינו נוהג כך; ותנאים אלו הם סתם "הפלגת דברים", ואינם חלים, ויש חילול השם שאנשים מלעיגים על דברי תורה. הנימוק של חילול השם שייך להיבט של שיקולי מדיניות לאסור הערמה, גם אם יש תוקף לחוזה. שולחן גבוה, יו"ד, סימן קעז, ס"ק טו, מסביר את דעת ר"א הלוי: "הכל יודעים שרבית היא, ואין שמש מתכסה בכברה".

שו"ת איגרות משה, יו"ד, חלק ב, סימן סב, כותב שצריך ששני הצדדים יבינו שהעסקא היא שותפות בעסקים, ואין מועילה כתיבה כעלמא כאילו זה לחש או סגולה.

ד' משען (להלן, הערה 279), כותב שברור שהצדדים גומרים בדעתם לתת תוקף משפטי לתנאי היתר העסקא, כיוון שאם יהיה חסר תוקף, יעברו באיסור ריבית.

[277] שו"ת חלקת יעקב, יו"ד, סימן סח = חלק ג, סימן קצג, במהדורה הראשונה (הובא אצל רא"ח שרמן, לעיל, הערה 276, בעמ' 235). הוא כותב כך לגבי כל הדרכים שהנהיגו החכמים לעקיפת איסור ריבית. ראה שם דוגמאות נוספות לכך.

[278] ר' יששכר שרייבר, מובא בשו"ת תשובות והנהגות, חלק ה, סימן רסג.

[279] כמובן, מדובר במקום שלפי חוק המדינה אין תוקף להיתר עסקא, מה שמאפשר למלווה להתחמק מהתחייבותו. בשאלה האם לפי חוק הכנסת יש תוקף להיתר עסקא, ראה: רא"ח שרמן (לעיל, הערה 276); א' טננבוים, "על ריבית, היתר עיסקא, חובות המדינות העניות והיובל", פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, פרשת בהר־בחקותי, תשס"א, גיליון 26; ד' משען, "היתר עסקא — אכיפתו ועקיפתו", שם, פרשת כי תצא, תשס"ב, גיליון 88 = פרשת השבוע על התורה, ויקרא, עמ' 229־230, ודברים, עמ' 197־198. אולם ד' משען שם כותב שאם אין לו תוקף משפטי, הצדדים עלולים להתייחס אליו כדבר שאינו מחייב, וממילא הוא לא יועיל להתיר את איסור הריבית.

[280] שו"ת תשובות והנהגות, חלק ה, סימן רסג.

כמו כן, שו"ת חלקת יעקב, יו"ד, סימן סט = חלק ג, סימן קצד, במהדורה הראשונה (הובא אצל רא"ח שרמן, לעיל, הערה 276), מתיר להסתמך על היתר עסקא גם אם המלווה או הלווה אינו שומר מצוות, מפני שדי בזה שהוא מסכים להיתר עסקא, ולא איכפת לנו בדברים שבלבו. הוא מסתמך על הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה כ, הכותב שכל יהודי רוצה באמת לקיים את המצוות, אלא שיצר הרע גורם לו שלא לקיים.

הרוויח. הוא מוסיף שגם בלי תנייה קיצונית כזאת, אם הלווה עושה היתר עסקא פרטי עם המלווה (ולא רק היתר עסקא כללי שנהוג לעשות בבנק), יש לו תוקף, מפני שניכר שאין בכך הערמה.

(2) מכירת נכס בזול ומכירתו חזרה ביוקר כדי לעקוף איסור ריבית

אחת הדרכים לעקוף איסור ריבית היא, שמי שרוצה ללוות בריבית מוכר חפץ למי שהוא רוצה ללוות ממנו, ואחר כך המוכר קונה חזרה את החפץ בתוספת מחיר. ועד ארבע ארצות התקין תקנה להתיר זאת, ובלבד שלא יעשו תנאי מראש שהמוכר מוכר על מנת שהקונה ימכור לו חזרה, שאז זו ריבית, אלא הצדדים סומכים זה על זה שהקונה (המלווה) ימכור למוכר חזרה אף שאינו חייב לעשות כן[281].

ר׳ ברוך פרנקל־תאומים[282] מסביר, שהמוכר מוכר בלב שלם אף שלא עשו תנאי, מפני שהוא בטוח שהקונה ימכור לו חזרה, כיוון שוועד ארבע ארצות הסדירו דרך זו, ולכן המכירה תקפה, ואין בכך איסור ריבית. הוא מסביר, שגם אם המוכר מוזיל הרבה את המחיר, אין בכך הערמה, מפני שהוא גומר בדעתו להקנות, כדי שלא יעבור על איסור ריבית, והוא בטוח שהקונה ימכור לו חזרה גם הוא בזול, אם כי ברווח מסוים[283].

[281] ההיתר מובא ב״קונטרס מהגאון הגדול מוהר״ר ולק כ״ץ ז״ל בעל הסמ״ע״ (נדפס לראשונה בזולצבאך, תנ״ב, ולאחרונה בשם ״קונטרס הרבית לבעל הסמ״ע״, ניו יורק, תשנ״ט), דיני ריבית, הדרך הארוכה, אותיות יב־יג; וקונטרס זה נכתב באספת ראשי הישיבות של הארצות, כאמור בשער הספר.
ראה חוק לישראל, שומרים, עמ׳ 777, אות י, לעניין מידת אחריותו של הקונה (המלווה) על הנכס בתור שומר.
לדרך אחרת לעקוף איסור ריבית, על ידי התחייבות של הלווה לשלם קנס מסוים בתור מתנה על כל יום של פיגור, ראה: נ׳ רקובר, המסחר במשפט העברי (ירושלים תשמ״ח), עמ׳ 199־201.
דרך אחרת לעקוף איסור ריבית מתאר חוות דעת, סימן קעג, ס״ק ד: אם ראובן רוצה ללוות בריבית מלוי, ראובן כותב שטר ובו הוא מתחייב לשמעון אלף לסוף שנה, ושמעון כותב שטר ובו הוא מתחייב לראובן אלף לסוף שנה, וראובן מוכר ללוי את השטר שקיבל משמעון תמורת תשע מאות, ונמצא שלוי נתן לראובן תשע מאות ובסוף השנה יקבל משמעון אלף שקיבל מראובן. רז״נ גולדברג (לעיל, הערה 205), עמ׳ קטז, כותב שתחבולה כזאת להיפטר מאיסור קלה יותר (מבחינת האיסור להערים) מתחבולה להיפטר ממצווה, מפני שכאן כתוצאה מהתחבולה אין איסור, אבל לענין מצווה, הרי סוף סוף חסרה לו מצווה.
על דרך זו ועל דרכים נוספות, ראה: רש״ז אוירבך, ״בעניני הערמת ריבית״, הנאמן, שנה יז, חוב׳ לב (תשכ״ו), עמ׳ 1־8. לגבי כל דרך, הוא דן בשאלה אם יש לאסור מפני שניכר שהצדדים מתכוונים באמת להלוואה בריבית ולא לחוזה ה״כיסוי״.
לדרכים שונות לעקיפת איסור ריבית, ראה: ר׳ אשר מאיר, ״היבטים כלכליים וערכיים של עקיפת איסור ריבית״, בד״ד 3 (תשנ״ו), עמ׳ 27־30. הוא מסביר (בעמ׳ 38־40) שאין בהן בעיה של הערמה, על פי העיקרון שהניח איגרות ראיה, איגרת קנח, שאסור להערים על איסור שהוא עצם הרע, אבל מותר להערים על איסור שנועד רק לעשות ״מחיצה״ בין הטוב לרע (נידונו: פיסול פרצוף אדם). אף ריבית אינה רעה בעצמה, אלא מבטאת את עבדותו של הלווה למלווה, והדרכים העוקפות דווקא יוצרות מצב של שוויון בין הלווה למלווה, כפי שהוא מסביר שם את ההיבט הכלכלי שלהן.

[282] שו״ת עטרת חכמים, יו״ד, סימן יד.

[283] גם חקרי לב, יו״ד, חלק ב, סימן מח (פא ע״ב), נימק שגם אם המחיר נמוך מאוד, יש להניח שהוא מוכר בלב שלם, כדי להינצל מאיסור ריבית. הוא מפנה לתשובה שכתב, ובה הסביר מדוע מותר אף אם הצדדים גילו את דעתם שהם מתכוונים לעקוף את איסור ריבית.
עטרת חכמים מוסיף, שאף ששו״ת מהרי״ט, חלק א, סימן כג (הובא בשו״ת ציץ הקודש, חלק א, סימן טו,

(3) הקנאת בהמה לנכרי לשבת

יהודי מצווה על שביתת בהמתו בשבת. אבל המקנה את בהמתו לנכרי, הנכרי יכול לעבוד בה בשבת[284]. יש להניח שהוא מוכר בלב שלם, מפני שגם אם הנכרי יחליט לקנות את הבהמה ולשלם לו את שווייה, הוא לא יפסיד מכך[285]. אף מן ההיבט של הערמה אין לאסור זאת, כפי

אות ג), אוסר, ומביא ראיות מכמה הערמות שאינן תקפות, הוא מודה במי שעושים על פי תקנות ועד ארבע ארצות, שלימדו את הציבור שאין כאן תנאי אלא הבטחה של הקונה.

חקרי לב, שם, מציין ששו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רסד, ועוד רבים, מתירים; והוא עצמו מתיר. רמ"מ פוקס (לעיל, הערה 217) מציין עוד רבים שמתירים: מחנה אפרים, הלכות מלווה ולווה, דיני ריבית, סימן יג; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יו"ד, סימן עה; חוות דעת, סימן קעד, ס"ק א.

שו"ת משנת יוסף, חלק א, סימן מ, אות ה, מסביר את דעת מהרי"ט האוסר, שגם אם יש אומדנא שהוא מתכוון למכר כדי להינצל מאיסור ריבית, האומדנא שהתכוון להלוואה היא יותר חזקה.

גם שו"ת אוהלי יעקב, סימן קכז, אוסר, בנימוק שאין בדעתם למכור ולקנות באמת, אלא לעקוף את איסור ריבית. והוא כותב שדרך זו חמורה יותר מריבית מפורשת, כמו שחטאו של גנב חמור יותר משל גזלן, מפני שהוא מסתיר את מעשיו (בבא קמא עט ע"ב).

ט"ז, או"ח, סימן רמו, ס"ק ה (הובא בשערי ציון, שטרנפלד, חלק א, סימן טו), כותב (כמו מהרי"ט) שמכירה כזאת בטלה, מפני שנעשתה רק כדי לעקוף איסור ריבית, והקונה אינו יכול לעשות בנכס כל מה שהוא רוצה; וממילא זוהי הלוואה, ועוברים באיסור ריבית.

גם שו"ת צמח צדק (קרוכמל), סימן כ, כותב שהמכר הראשון בטל, מפני שהתכוונו רק להתיר איסור ריבית. שו"ת מהר"ם מרוטנבורק האחרונים, או"ח, סימן יב, מסביר שטעמו הוא שהייתה אונאה במידה של ביטול מקח (יותר משישית), אלא שהתנו שלא יוכל לטעון טענת אונאה, ואם כן זה כמו מתנה, והרי רמ"א כתב שבמתנה דברים שבלב הם דברים (ראה על כך לעיל, הערה 23 והערה 49); אבל צמח צדק סבור שאף שהמכר בטל, אינם עוברים באיסור ריבית, ואומדים את דעתם שמכרו למטרה זו, וכשעשה את רצונו (כלומר, כשהמוכר מכר חזרה), המקח מתבטל.

על היתר זה, ראה: א' ורהפטיג, "שטר הטבה — מכר חוזר", שנתון המשפט העברי יח-יט (תשנ"ב-תשנ"ד), עמ' 215-249.

[284] מגן אברהם, סימן רמו, ס"ק ט.

אבל שו"ת צמח צדק (קרוכמל), סימן לה (הובא בשו"ת חסד לאברהם, תאומים, מהדורא קמא, או"ח, סימן כא), אוסר משום מראית עין אם הגוי לוקח את הבהמה מרשות היהודי בשבת; וגם אם הגוי לוקח אותה ממנו לפני שבת, אם זו בהמה גסה, אסור, מפני שאסור למכור בהמה גסה לגוי. אבל הוא מעלה אפשרות שלצורך מצווה מותר.

כמו כן, ר' יצחק ברנד (לעיל, הערה 240), עמ' לח-מא, מביא מקורות רבים, וביניהם ר' יוסף גאון, בהלכות פסוקות מן הגאונים, סימן קכז, האוסרים מכירת חנות או בהמה לגוי לשבת משום הערמה.

חוזי הערמה דומים להתיר איסורי שבת על ידי גוי הם: (א) מי שיש לו זיכיון לגבות מכס, ומשכיר לנכרי את הזכות לגבות מכס בשבת (שולחן ערוך, או"ח, סימן רמד, סעיף ו). (ב) מי שיש לו חנות, ועושה שותפות עם נכרי, ששותפו יקבל את הרווחים של המכירה בשבת (שו"ת שרידי אש, חלק א, סימן כג). (ג) מי שבהמתו מושכרת לגוי, וכדי שלא יעבור באיסור כשהגוי עובד בה בשבת, מקנה אותה לחברו, שאינו עובר, מפני שמה שהגוי עובד בה אינו על דעתו (רא"ז מרגליות, בקונטרס מקנה וקנין, הורוביץ, דף כט ע"ד).

[285] מקור חיים (מליסא), סימן תמח, ביאורים, ס"ק יא; שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, או"ח, סימן כא.

אבל חסד לאברהם שם אוסר למכור בית לגוי בשבת כדי שיבנה אותו בשביל היהודי, מפני שיש אומדנא דמוכח שאינו מוכר לו באמת, שהרי לא יהיה מוכן שהבית יישאר אצל הגוי, שכן בית אינו דבר שרגילים לסחור בו. כמו כן, בסימן כ שם, אסר מכירת בית לגוי, מפני שחוששים לשיטת הסמ"ג, לא תעשה עה, שאמירה לגוי שיעשה מלאכה בחפץ של ישראל אסורה מהתורה, ואסור לעשות הערמה על איסור דאורייתא; ויש אומדנא דמוכח שאם הגוי לא היה מחזיר לו את הבית, לא היה מוכן למכור לו; ואין לומר שיש לו גמירת דעת להקנות מפני שרק כך יוכל הגוי לבנות בשבילו בשבת, שהרי הוא יכול לבנות בחול. אבל הוא

שהסברנו לעיל[286], שמותר לעשות הערמה שאינה עשיית האיסור עצמו, וכאן המכירה נעשית לפני זמן האיסור[287].

גם אם הנכרי שילם רק פרוטה בעד הבהמה, המכירה תקפה, ואין אומרים שאין למוכר גמירת דעת למכור לו, כיוון שהמכירה תלויה בשני צדדים, ולנכרי יש גמירת דעת לקנות כיוון שהוא מרוויח מהעסקה[288].

(4) הקנאת סחורה לאחֵר שיטפל בה בימי אבלו של המוכר

אסור לאבל לעסוק במלאכה או במסחר בימי ה"שבעה". נחלקו הפוסקים אם סוחר יכול לעקוף איסור זה על ידי הקנאת סחורתו לאחר, שיעסוק במסחר בה בימי אבלו[289].

ר' מאיר צבי ויטמאיר[290] מסביר שאף שלכאורה יש אומדנא שאינו גומר ומקנה, הרי היות שהוא עושה מעשה של מכירה כדי להינצל מהאיסור, בוודאי הוא גומר בדעתו למכור, שכן אין אדם עושה מעשה לבטלה[291]. הוא מוסיף, שגם אם נראה מן הנסיבות שהקונה אינו מתאים

כותב שמי שיש לו זיכיון לדוג דגים בנהר מסוים למשך זמן מסוים, ונשארו לו רק כמה ימים, מותר לו למכור את הזיכיון לגוי כדי שידוג בשבת, מפני שגם אם הגוי לא היה מחזיר לו את הדגים שידוג, היה מוכן למכור, שהרי אין לו ברירה — אם הגוי לא ידוג, הדגים ילכו לאיבוד.

כמו כן, רי"י טייטלבוים (לעיל, הערה 234), אוסר למכור קרקע לגוי כדי שיוכל לבנות עליה בשבת בניין עבור היהודי, מפני שיש אומדנא דמוכח שאינו מתכוון באמת למכור. עוד נימק שיש בכך מראית עין, שכן הרואים יחשבו שהוא רק משכיר את הקרקע לגוי, וגם אם יפרסם שהוא מוכר, לא יאמינו לו, שכן אין אדם רגיל למכור את קרקעו. והוסיף, שאם נתיר זאת, כמעט לא תישאר שבת בעולם, שהרי הכול ישתמשו בהיתר הזה.

ר' חיים עוזר גרודזינסקי, בתשובתו בספר שערי תודה (אפשטיין), חלק א, דף מב ע"ב, מתיר מכירת חנות לגוי בשבת, ואף שיש אומדנא דמוכח שהוא מוכר רק בגלל איסור שבת, הרי כמו שבאישה המבריחה את נכסיה מבעלה, אף שהיא זכאית לבטל את המתנה, אבל המתנה תקפה כל זמן שאינה חוזרת בה, כפי שראינו לעיל, הערה 75, אף כאן, אף שזו הברחה, הרי כל זמן שאינו חוזר בו, החנות שייכת לגוי.

על מכירת עסק לנכרי כדי שיוכל לעבוד בו בשבת, ראה: רב"מ אזרחי (לעיל, הערה 248), עמ' קמט־קעב; רח"ז חרל"פ, "עבודת נכרי בשבת ע"י שטר מכירה", נועם ד (תשכ"א), עמ' קעג־קעד. אבל הם אינם דנים בשאלת גמירת דעתם של הצדדים, ורק בסיכום דבריו (עמ' קעב), כותב רב"מ אזרחי שיש להדגיש למוכר שעליו למכור בגמירת דעת מוחלטת.

[286] לעיל, ליד ציון הערה 263.

[287] מקור חיים שם.

ר' אברהם דוד מבוטשאטש, המובא בשו"ת נחלת יעקב (מליסא), סימן א, מסביר שהקנאה זו מועילה אף שהערמה אסורה בדאורייתא, מפני שההערמה אינה ניכרת, שכן גויים רגילים לקנות כך. המשיב בנחלת יעקב שם דוחה את דבריו, שהרי רגילים להקנות גם לגוי עני שאינו רגיל לקנות; וכותב שלכן צריך להסביר כמו שהסביר בספרו מקור חיים, שם.

[288] שו"ת בניין עולם, או"ח, סימן כא. כך נראית כוונתו.

[289] הפוסקים הבחינו בין שלושה מצבים: (א) הקנאה לפני מותו של הקרוב (כשהוא גוסס, וקרובו מבין שעוד מעט תחול עליו אבלות), (ב) הקנאה בזמן האנינות (בין המיתה לקבורה), שבה יש אומרים שעדיין מותר במלאכה; (ג) הקנאה בימי האבלות עצמם, שהיא החמורה ביותר. אבל לא ניכנס להבחנה זו כאן. עניין אחר הוא אבֵל שיש לו שותפות, והשותף רוצה להמשיך במסחרו במשך השבעה, והאבל מסתלק מחלקו בשותפות לצורך כך. בזה יש יותר נטייה להקל, ולא נעסוק בכך כאן.

[290] שו"ת הרמ"ץ, יו"ד, סימן פו, אות ה. אבל הוא כותב שזהו מנהג "מכוער", שהרי הכול יודעים שהחנות שייכת לאבל ושהאחר עושה בה מסחר בשליחותו של האבל. באותו סימן הוא דן בשאלה אם מועילה הקנאה לבנו הסמוך על שולחנו.

[291] הוא מביא ראיה מחידושי הריטב"א, כתובות נח ע"ב (הובא בשער המלך, הלכות נדרים, פרק יב, הלכה י,

לקנות, מה שמוכיח לכאורה שהאבל אינו גומר ומקנה לו, הרי הריטב"א[292] אומר שאפילו "דברים שבלבו ובלב כל אדם" אינם יכולים לסתור דבר שאדם אומר בפירוש, ולכן האומדנא כאן אינה יכולה לבטל את ההקנאה[293].

יש שאסרו מצד השיקול של מדיניות הלכתית, שההערמה ניכרת יותר מדי[294]. לעומתם, אחרים לא חששו לזה[295].

עמ' קנז), הכותב שהלכה היא ש"אין אדם מוציא דבריו לבטלה" אם המסקנה מכך אינה סותרת את מה שאמר.

[292] חידושי הריטב"א, קידושין נ ע"א. הרמ"ץ מסתמך גם על שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אהע"ז, סימן נט, הכותב שאומדנא אינה יכולה לעקור מה שאדם אומר בפיו.

פרי יצחק, חלק ב, סימן נב (ד"ה ונלענ"ד), כותב שזו גם כוונת היראים, שהבאנו לעיל, הערה 21. ראה גם הערה 303, שר' משה לוי אומר שאין מתחשבים ב"דברים שבלבו ובלב כל אדם" אם הם סותרים לגמרי את מה שהאדם אמר או עשה.

על דברי הריטב"א, ראה: ר' ישראל דז'ימטרובסקי, "בענין דברים שבלב", שערי תורה א (תמוז תשי"ט), עמ' לא־לב.

לעומתם, שו"ת אבני נזר, אהע"ז, סימן קלג, אות כ, כותב שהרשב"א שנביא בסעיף 18, פרק שלישי, האומר שהמתחייב מתוך אילוץ יכול לטעון "משטה אני בך" גם אם עשה קניין, חולק על הריטב"א.

[293] אבל הרמ"ץ שם, אות ח, מעלה ספק בזה, שמא היות שאחרי מעשה המכירה יש אומדנא שאינו רוצה בה, והרי יכול לחזור בו עדיין תוך כדי דיבור, ובקניין סודר יכול לחזור בו כל זמן שעסוקים באותו עניין (שולחן ערוך, חו"מ, סימן קצה, סעיף ו), אם כן הוא כאילו חוזר בו, ואין זה סותר את אמירתו; אבל מצד שני אפשר לומר שכיוון שלא מועילה האומדנא שבשעת המכירה, כיוון שזה נגד דיבורו, גם לא מועילה האומדנא שאחר כך; והוא נשאר ב"צריך עיון". הוא כותב שעדיף לעשות מכירה זו בקניין אחר ולא בקניין סודר, מפני שייתכן שההערמה אינה ניכרת עדיין תוך כדי דיבור, אלא רק תוך הזמן שעסוקים באותו עניין, ואז קניין סודר אינו מועיל, ואילו קניין אחר מועיל (הוא כותב העדפה זו גם לגבי מכירת חמץ, מאותה סיבה); אבל אם אין בִּרֵרה, יועיל גם קניין סודר, תוך הסתמכות על הנימוק שבתחילת הדברים, שאין כאן אומדנא של הערמה.

[294] שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן שכד (שהמכירה חוכא ואטלולא בעיני אנשים; אלא שבמקום שנהגו שהאונן מוכר, אין למחות "בכוח" נגדם, מפני שיש בכך תועלת, שהאבל יותר פנוי לאבלותו; והובא בשו"ת מנחת אלעזר, חלק א, סימן עו); ר' מיכל היבנר, המובא בדברי שאול — יוסף דעת, יו"ד, סימן שפא, סעיף ו, דף סו ע"א (שהיות שאבלות היא איסור קל, יבואו לזלזל בה אם נתיר מכירה, שלא כבמכירת חמץ, שאיסורו חמור בעיני הציבור, ולא יבואו לזלזל בו); דודאי השדה, סימן מט (שההערמה ניכרת, ועוד, שאם נתיר, יתבטל כל איסור משא ומתן באבל; אלא ש"העלימו עין" למי שמוכר כשהוא אונן; ובסימן לב התיר למכור כשהקרוב גוסס).

[295] רי"ש נתנזון, דברי שאול שם (שאין לחשוש למראית עין, מפני שהכול יודעים שהוא מכר כנהוג, וזאת גם אם מכר בצנעא, ומי שבא מבחוץ ואינו מכיר את המנהג הזה, גם אינו יודע שבעל החנות הוא אבל; והוא נוקט שדי שבעל החנות האבל יסתלק ממנה); ר' אליקים גציל הורוביץ, המובא בדודאי השדה, סימן מט (שייתן במתנה); שו"ת יהודה יעלה (אסאד), או"ח, סימן קפט (שאף ששמו של האבל כתוב בשלט על פתח החנות, אם הוא מקנה לאחר בפני נאמני הקהילה, ההקנאה מתפרסמת, ולכן אין לחשוש למראית עין); שו"ת כתב סופר, יו"ד, סימן קפו, בסופו (שבמקום שנהוג שמוכר כשהחולה גוסס, אין מראית עין); שו"ת חלקת יעקב, יו"ד, סימן קפט = חלק א, סימן קלא במהדורה הראשונה (שיש למקַל על מי לסמוך); שו"ת פאת שדך, חלק א, סימן נז.

שו"ת תשובות יהודה, סימן לו, דן בשאלה האם מותר לאונן למכור את חנותו לגוי, שיעסוק בה בימי אבלו; והוא דן רק מצד השאלה אם מותר לאונן לעסוק במשא ובמתן, ומכאן שלדעתו אין בעיה של חוסר גמירת דעת או של הערמה.

(5) הקנאת בגד שאין לו ציצית לאחר

אסור ללבוש בגד שיש לו ארבע כנפות אם אין בו ציצית. משום כך, מי שמגלה פתאום שאין בבגדו ציצית, חייב לפשוט אותו מעליו. אבל אם הוא נמצא במקום ציבורי, והוא מתבייש לפשוט את הבגד, התירו לו חכמים להמשיך לשהות שם בלי לפשוט את הבגד, משום כבוד הבריות[296].

היה מי שהציע שייתן את הבגד במתנה לחברו, והלה ישאיל לו את הבגד, והיות שבגד שאול פטור מציצית, יהיה מותר לו להמשיך לשהות שם בלי לפשוט את הבגד[297].

אבל ר׳ יעקב אורנשטיין[298] דחה הצעה זו בנימוק שהקנאה זו אינה תקפה, מפני שברור שאינו נותן את הבגד במתנה גמורה, מחשש שמא המקבל אותו לא יחזיר לו.

ו. העת החדשה

(1) מכירת קרקע לנכרי בשביעית

הרעיון למכור קרקע לנכרי בשביעית, כדי שיהיה מותר לעבוד בה בשביעית או כדי שפירותיה לא יהיו קדושים בקדושת שביעית, עורר פולמוס גדול במאה ועשרים השנים האחרונות. אחת הטענות נגד ההיתר היא, שאין לצדדים גמירת דעת למכור ולקנות.

ר׳ אברהם יצחק הכהן קוק[299] הסביר, שהיות שמטרת הקניין היא להפקיע את האיסור, ושני הצדדים גמרו בדעתם למכור ולקנות, יש תוקף להקנאה[300]. עוד הסביר שמאחר שהקניין הוא רק לזמן קצוב (שלא כמכירת חמץ), יש לצדדים גמירת דעת[301].

ר׳ שלמה זלמן אוירבך[302] הסביר, שיש להניח שהוא מתכוון להקנות בלב שלם, מפני שרק הקנאה גמורה תציל אותו מן האיסור.

[296] רמ״א, או״ח, סימן יג, סעיף ג. ראה על כך: נ׳ רקובר, גדול כבוד הבריות, עמ׳ 170־171.

[297] מגן אברהם, סימן יג, ס״ק ח. ראה שם, מדוע לא הזכירו הפוסקים הצעה זו; וראה על דבריו: רז״נ גולדברג (לעיל, הערה 205), עמ׳ קי־קיד.

[298] ישועות יעקב, או״ח, סימן יג, ס״ק ד.
הלכה ברורה (אוירבך), או״ח, סימן יג, ס״ק ד, מסביר שהפתרון של הקנאה אינו מעשי, מפני שהוא לא ירצה לתת את הבגד במתנה, שמא המקבל לא יחזיר לו; וגם אם יאמר ״על מנת שתשאילהו לי״, הרי בתום ההשאלה, יצטרך להחזיר למשאיל; וגם לא יועיל לתת במתנה על מנת להחזיר, שהרי ייתכן שהמקבל לא יחזיר לו, ואז מתברר שהיה שלו כל הזמן, ונמצא שעבר על איסור לבישת בגד בלי ציצית.

[299] שבת הארץ, מבוא, אות יג (הובא במנחת שי (שריקי), עמ׳ רצז).

[300] הוא מסביר שלכן אין זה דומה לדין שבמכירת קרקע, אין מועיל כסף בלי שטר במקום שנהוג לקנות בשטר, מפני שדעת הקונה אינה סומכת (קידושין כו ע״א), מפני ששם כוונתו היא עסקית, והיות שאינו בטוח בקיום העסק, אין דעתו סומכת לקנות בזה.

[301] הוא מסתמך על סמ״ע, סימן קצה, ס״ק כ, הכותב שאף שבמכירת קרקע, אין מועיל כסף בלי שטר, מפני שדעת הקונה אינה סומכת, הרי בשכירות קרקע מועיל כסף בלבד, מפני שהוא לזמן קצוב בלבד.

[302] מעדני ארץ, שביעית, סימן א, אות כ. כך הסביר בקיצורק גם איגרות ראיה, חלק א, איגרת שיב.
עוד נימק, שאין מתחשבים עם מה שהוא מתכוון להערים, מפני ש״דברים שבלב אינם דברים״. מתוך כך הוא מסיק שלא מועילה מכירה בשביעית בדרך של ״זכין לאדם שלא בפניו״, היינו בלי ידיעת בעל הקרקע, שהרי אילו ידע על המכירה, היה מסכים רק למכירה של הערמה, ולא למכירה גמורה, ואין לנו סמכות למכור את נכסיו מכירה גמורה בלי ידיעתו. בהקדמה, ליד ציון הערה 33, הסביר שאף שהמכירה נראית כהערמה, ויש שהצדדים אינם מתכוונים לקנות ולמכור בלב שלם, אין לחוש לכך, שהרי מעשים בכל יום שמערימים גם באיסורי תורה.

ר׳ משה לוי[303] מסביר, שמאחר שבשטר המכירה כותבים שזו ״מכירה גמורה וחלוטה״, מה שחושבים המוכרים בלבם להפך אינו יכול לבטל את החוזה; ומה שמתחשבים ב״דברים שבלבו ובלב כל אדם״, אמור דווקא אם אין סתירה גמורה בין מעשיו למחשבתו, כגון המוכר בלי תנאי, וברור לכול שהתכוון לתנאי מסוים, אבל כאן מחשבתו סותרת לגמרי את מעשיו, שבלבו אינו חושב למכור בכלל, ובפועל הוא חותם על שטר מכר, ולכן אין מתחשבים במחשבתו, אלא מניחים שחזר בו ממחשבתו והסכים למכור[304]. עוד הסביר[305], שכדי להתיר את העבודה בשדה ואת פירותיה, די שהבעלות בשדה תהיה של הנכרי, גם אם כל השימושים וההנאות שייכים ליהודי[306]; ויש להניח שהיהודי מוכן שהבעלות תעבור לנכרי וכל ההנאות תישארנה לו, ואין יסוד לאומדנא שהוא מתנגד אף להקנאה קלושה כזאת.

לעומתם, חזון איש[307] כותב שברור לכול שאין מתכוונים באמת להקנות את כל הארץ לגוי כדי להפקיע את מצוות שביעית, שהרי עדיף לשמור על מצוות שביעית מלתת את כל ארץ

גם שו״ת הר צבי, או״ח, חלק ב, סימן מד, מסביר שהיהודי מקנה בלב שלם כדי להינצל מן האיסור; ואשר לגוי הקונה, אין אומדנא ברורה שהגוי אינו רוצה לקנות, שהרי אומרים לו במפורש שייתן כסף ובתמורה מקנים לו את החמץ, והגוי נותן את הכסף על מנת כן. הוא מוסיף שהרשב״א (לעיל, הערה 247), סובר שאם דעת אחרת מקנה, די בכוונת המקנה, ואין צורך בכוונת הקונה.

[303] דבר השמיטה (לוי), סימן א, עמ׳ כא.

[304] בעמ׳ כב, הוא מוסיף, שאילו באמת לא היה רוצה במכר, היו לו לומר זאת בפירוש. אפשר להשיב על כך, שייתכן ששתק מפני שחשב שאין צורך באמירתו כיוון שברור לכול שזו דעתו.

בעמ׳ כא, הוא מסביר שבאישה המברחת את נכסיה מבעלה לעתיד (ראה לעיל, ליד ציון הערה 24), אין סתירה גמורה בין נתינת המתנה לבין כוונתה שלא תחול המתנה, שהרי היא מתכוונת להקנותה למקבל אם תמות בחיי בעלה, כפי שראינו לעיל, הערה 29.

הוא מביא ראיה (בעמ׳ כב) לכלל זה מהדין (לעיל, הערה 28), שאם המברחת כתבה בשטר המתנה ״מתנה גמורה״, קנה המקבל, ואין מתחשבים באומדנא שלא התכוונה למתנה אמתית. לדבריו, הטעם הוא, ששם המעשה סותר לגמרי את מחשבתה (נראה שכוונתו היא, שהלשון ״מתנה גמורה״ משמעה לא רק במצב שתמות בחיי בעלה). אבל בפשטות, טעם דין זה הוא ששם אין אומדנא שלא התכוונה למתנה, שהרי מלשון השטר עולה שהיא מתכוונת למתנה גמורה.

הוא מביא עוד ראיה ממתנת בית חורון, שאם לא אמר למקבל שהוא נותן כדי שאביו יוכל לאכול, המתנה קיימת (כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 196), אף שסעודתו מוכיחה שזאת כוונתו, שהרי אין אדם עושה סעודה לבנו ואחר כך נותן אותה לאחר; והטעם הוא, שמעשיו סותרים לגמרי את מחשבתו זו. ראה עוד בשמו בהערה 232, לעניין מכירת חמץ.

דברים דומים אומרים: הריטב״א, שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 292; ור׳ בן ציון שטרנפלד, לעיל הערה 232, שמביא גם את הראיה ממתנת בית חורון.

[305] דבר השמיטה, שם, עמ׳ ל.

[306] ראה בדבריו שם, שהוכיח שהקנאת בעלות בלי הנאות תקפה, בין היתר מדין ״קנה על מנת להקנות״ (נדרים מח ע״ב), ששם אדם קונה חפץ רק כדי להקנותו לאחר, בלי שתהיה לו שום הנאה. אמרי דעת (זכאי), חו״מ, סימן א (עמ׳ קכה), דוחה ראיה זו, ששם חלה הקנאה גמורה כשהדבר מגיע לידי השני, ואילו כאן, לעולם לא תגיע הקרקע לנכרי; ועוד, שאולי רק במתנה מועילה הקנאה בלי שימושים, אבל במכר, אם אין לקונה זכות שימוש, זה מקח טעות.

[307] חזון איש, שביעית, סימן כז, ס״ק ז.

הרב משאוויל (כנראה, הכוונה לר׳ יצחק אייזיק רבינוביץ), המצוטט בספר הוראות שעה, פרק לא (עמ׳ קכג), כותב שיש אומדנא דמוכח שבעל הקרקע מוכר רק כדי להפקיע את האיסור, וזה הערמה דמוכח וחוכא ואטלולא. ר׳ אליעזר שך, בהסכמה לספר עוטה אור על שביעית — שביעית בזמן הזה, לר״ע טולידאנו (באר יעקב תשמ״ו), כותב בסתם שניכר לכול שאין מתכוונים למכור באמת.

ישראל לגוי; ואין זה כמו מכירת חמץ, שבה מניחים שהתכוון למכור בלב שלם כדי להינצל מאיסור חמץ בפסח. זאת ועוד: הרי בשביעית, בשונה מחמץ, גם אם לא ימכור, לא יעבור בהכרח על איסור שביעית, אלא מוכרים רק כדי שיוכלו לעבוד ולהתיר את הפירות, ולא כדי להינצל מאיסור, ולכן אין גמירת דעת למכור[308].

עוד טענו, שגם אם נאמר שהיהודי רוצה למכור את הקרקע כדי להינצל מהאיסור, הנכרי אינו מתכוון לקנות אותה ברצינות, אלא חושב שזו "מצוות אנשים מלומדה"; וכאן אין מקום למה שהסברנו לגבי מכירת חמץ, שהקניין מועיל מפני שהחמץ באמת אינו ברשותו[309]. גם מה שהסברנו לעניין חמץ, שהמכירה מועילה מפני שדי להוציאו מרשות הישראל ואין צורך שייכנס לרשות הגוי, אינו שייך בשביעית[310].

לגבי מוכר שאינו שומר מצוות, יש סיבה נוספת להניח שאינו מתכוון למכור באמת, שכן לגביו אין לומר שהוא מעוניין שהמכירה תחול כדי שלא יעבור באיסור, אלא ברור לכול שהוא מוכר כדי שצרכנים שומרי מצוות יקנו ממנו[311].

אשר לטענה שיש לבטל את המכירה בגלל צד ההערמה שיש בה, ר' אברהם יצחק הכהן

[308] ר' ראובן סופר, קונטרס על איסור המכירה בשביעית, סימן ד (עמ' נ).

[309] ר' ראובן סופר, שם, עמ' נא.

[310] ר' ראובן סופר, שם, עמ' נב.

הוא מוסיף, בעמ' נג, שידוע שאם הגוי יתחיל להשתמש בקרקע, המוכר ימנע אותו, אם אינו שומר מצוות, ומכאן הוכחה שהמכירה אינה בלב שלם, כפי שכותב משנה ברורה, סימן תמח, ס"ק יב, שהמוכר חמץ ונועל את החדר שבו החמץ, באופן שהנכרי הקונה אינו יכול להיכנס, זו הוכחה שהמכירה היא הערמה. הוא מוסיף, שברור שאם הקונה ירצה לקיים את המכר, היהודי לא יסכים, שלא כבחמץ, ולכן זו הערמה (ר' יהודה צדקה, להלן הערה 311, מביא ראיה לכך מעירובין סח ע"א, שמשם עולה שהמקנה דבר לאחר, ואם יתבעו אותו ממנו, לא ייתן אותו, ההקנאה בטלה). אולם שתי טענות אלה חלשות, שכן הן מתבססות על הנחות לגבי מצבים היפותטיים.

[311] ר' יהודה צדקה, במכתב בספר עוטה אור (לעיל, הערה 307), סימן יד (וביתר הרחבה בספרו קול יהודה, שער ההלכה, סימן יז). הוא משווה זאת לדברי הרא"ש (לעיל, הערה 166) על חייב הנותן את נכסיו במתנה כדי להבריח מנושים, שאין לו גמירת דעת לתת.

הוא מוסיף, שהיות שנהוג שהמוכר ממשיך להשתמש בקרקע במשך השביעית, הדבר מראה שאינו מתכוון למכור בלב שלם, ובזה המכירה שונה ממכירת חמץ, שבה הישראל אינו משתמש בחמץ במשך הפסח. כך כתב גם אמרי דעת (זכאי), חו"מ, סימן א (עמ' קכ ועמ' קכג).

כנגד זה, ר' יששכר מאזוז, במאמרו בספר דבר השמיטה (לוי), עמ' ו, נוקט שהרבנות הראשית מתכוונת להקנות כדי להציל רבים מאיסור (כלומר, שאילולא המכירה, החקלאים החילוניים היו עובדים את אדמתם באיסור). כנראה, הוא בא להסביר שאף שלבעלי השדות החילוניים לא אכפת מהאיסור, הרבנות הראשית גומרת בדעתה כדי למנוע איסור. אבל אין זה מובן, שהרי צריך שבעלי הקרקע יגמרו בדעתם להקנות.

ר"י רוזן, באקדמות (שצוין לעיל, הערה 187), עמ' 119, הסביר שהיות שהמוכר החילוני חותם על שטר המכר, לא משנה מה כוונתו.

ר"י בן דב (שצוין לעיל, הערה 247), עמ' 24־25, מסביר שהחילוני מעוניין שיחול המכר, כדי ששומרי מצוות יקנו ממנו את פירותיו. נימוק זה יש לדחות, שכן שומרי מצוות יקנו ממנו גם אם בלבו לא התכוון למכור, ובלבד שיציג בפניהם את אישור הרבנות לכך שהקרקע נמכרה, ואם כן, אין לו עניין שיחול המכר באמת, אלא הוא מעוניין לקבל אישור מהרבנות. אין זה כמו שומר מצוות, שחשוב לו שה', בוחן כליות ולב, יֵדע שהתכוון באמת למכור. עוד נימק (בעמ' 25), שנציג הרבנות מדגיש למוכר שזו מכירה גמורה, ועל דעת כן הוא מוכר.

קוק[312] כותב שיש להתיר את ההערמה בגלל ההכרח הכלכלי, וזאת על פי הירושלמי[313], האומר שמותר להערים כדי לחוס על נכסיהן של ישראל. עוד הסביר, שמאחר ששביעית בזמן הזה מדרבנן, ועושים אותה רק משום זכר לשביעית דאורייתא[314], מותר להערים, שהרי גם בעשיית ההערמה יש זכר למצווה; ומה שאסרו חכמים הערמה במצבים מסוימים גם במצוות דרבנן, הוא רק במצווה שיש לה טעם עצמי, שאינו מתקבל כשמערימים.

ר׳ משה לוי[315] כותב שלעניין מכירת שדות של יהודים שאינם שומרי מצוות, יש סיבה נוספת להתיר את ההערמה: יש להניח שאם לא נתיר להם למכור לנכרי, הם יעבדו בה באיסור בשביעית, וראוי למכור כדי למנוע זאת.

(2) הקנאת בגדים לאחֵר לפני ראיית מקום המקדש

הרואה את מקום המקדש בחורבנו, חייב לקרוע את בגדיו. יש אומרים שאפשר לעקוף חיוב זה על ידי הקנאת הבגד (עם מעשה קניין כנדרש) לאחֵר ליום אחד, ושאילתו חזרה מן המקבל, ואז, כשהוא רואה את מקום המקדש, אינו יכול לקרוע, כיוון שהבגד שייך לאחר[316]. המקבל־המשאיל צריך לומר ללובש־השואל שאינו מתיר לו לקרוע את הבגד כשיראה את מקום המקדש; אבל אם לא יאמר לו כך, חייב הלובש לקרוע אותו, מפני שמן הסתם השואל מתיר לו לקרוע אותו לשם מצווה[317].

אבל פוסקים רבים סבורים שאין לנהוג כך, מפני שיש אומדנא שאינו מתכוון באמת להקנות את הבגד[318]. זאת ועוד, ה״קונה״ משאיל את הבגד ל״מקנה״ לכל דבר, גם לקרוע אותו, ואם

[312] שבת הארץ, מבוא, אות יג.

[313] ירושלמי, ביצה, פרק ג, הלכה ד.

[314] כלשון התלמוד, גיטין לו ע״ב: ״ותקינו רבנן דתשמט זכר לשביעית״.

[315] דבר השמיטה, עמ׳ ל.

על בעיית גמירת הדעת במכירה בשביעית, ראה: שערי שביעית (שארף), עמ׳ קא־קה, קיז־קיח; מעדני ארץ, שביעית, קונטרס ״מילי דאבא״, דפים קמב־קמד; ז׳ ויטמן, לקראת שמיטה ממלכתית במדינת ישראל (אלון שבות תש״ס), פרק א; קריינא דאיגרתא, סימן קנד; ר׳ יוסף צבי רימון, שמיטה מן המקורות ועד להלכה למעשה, אלון שבות תשסח, עמ׳ 302-303, 322; ר׳ צבי כהן, שמיטת קרקעות - הלכות ומנהגים השלם, פרק י, הערה יא. על בעיית ההערמה, ראה: שו״ת משפט כהן, סימן נח, בסופו; רי״צ רימון שם, עמ׳ 319-320; ח׳ בן ארצי, הרב קוק בפולמוס השמיטה, ירושלים תשס״ז, עמ׳ 47-48.

ר״י רוזן, בתחומין (שצוין לעיל, הערה 187), בעמ׳ 216, כותב שגם בהפעלת ״אוצר בית דין״ לחלוקת פירות שביעית, מקנים את המטעים לבית דין, ומתעוררת בעיית גמירת דעת ובעיית הערמה. אבל בתוספתא, שביעית, פרק ח, הלכה א, שהיא מקורה של דרך זו, נאמר רק שבית דין מפקח על חלוקת הפירות, ולא שהוא מקבל אותם לבעלותו.

[316] שו״ת אבני ישפה, חלק ג, סימן נט; א׳ גרטנר, הליכות והנהגות מרן רבינו הגרי״ש אלישיב שליט״א, בין המצרים (תשס״ח), עמ׳ 24 (הובא בנחמת ישראל, קונטרס קריעה על המקדש, הערה 66); תל תלפיות (בלויא), חלק ב, פרק יג, בשם הגר״י שפירא.

יש מתירים באופן חלקי: אבלות החורבן (שוורץ), פרק ג, עמ׳ 100, מביא שגדולי הוראה בירושלים פסקו שהקנאה זו מועילה לגבי הבגד העליון, ויקרע את הבגד התחתון.

שו״ת פאת שדך, חלק א, סימן נז, מעלה אפשרות שמותר לצורך גדול ולמניעת הפסד.

[317] אבני ישפה שם; הליכות והנהגות שם.

[318] שו״ת תשובות והנהגות, חלק ד, סימן קלא, וחלק ה, סימן קסה, ובספרו מועדים וזמנים, חלק ז, סימן רנז; א״י קניבסקי, תולדות יעקב (בני ברק תשנ״ה), עמ׳ קכח, בשם רי״י קנייבסקי (הובא בנחמת ישראל, קונטרס קריעה על המקדש, הערה 66).

שו״ת רבבות אפרים, חלק ז, סימן קמה, מביא שר״ח קנייבסקי אמר שההקנאה היא ״חוכא ואטלולא״.

כן, יצטרך לקרוע אותו[319]; וגם אם יאמר: "אני משאיל לך רק ללבישה ולא לקריעה", אין זה אמתי, אלא זו הערמה הניכרת, האסורה אף באיסור דרבנן[320].

לטענתם, גם מן ההיבט של מדיניות הלכתית, אין ראוי לנהוג כך, שהאדם יפקיע את עצמו ממצווה[321], וזאת גם לפי הדעה שההקנאה תקפה[322].

[319] שערי תורת הבית (טשזנר), סימן יח, פרק ב, אות יג; אבלות החורבן (שוורץ), פרק ג, עמ' 100.
הם מסתמכים על שולחן ערוך, יו"ד, סימן שמ, סעיף לד, שפוסק שהשואל בגד כדי לבקר את אביו החולה, רשאי לקרוע אותו אם אביו ימות, מפני שהמשאיל ידע שייתכן שיצטרך לקרוע, ועל דעת כן השאיל.

[320] תשובות והנהגות שם; ר' שריה דבליצקי, אחר כתלנו, עמ' טו (שברור שלא אכפת לו שיקרע, שהרי הבגד לא היה שלו ולא יהיה שלו אחר כך; וחזר על כך בספרו זיכרון בצלאל, עמ' קטז); שו"ת פאת שדך, חלק א, סימן נז.

[321] שערי תורת הבית, שם. שו"ת אור לציון, חלק ג, פרק ל, עמ' רפא, כותב ש"אינו נכון".
שו"ת פאת שדך, חלק א, סימן נז, מסביר שהתירו הערמה רק לצורך, וכאן אין צורך לראות את מקום המקדש; ועוד, שזו מידת אכזריות וזלזול בשריד בית המקדש, לחפש דרך להיפטר מחובת הקריעה, ומי שאינו מרגיש צער בראיית החורבן, דווקא הוא צריך לקרוע, מפני שחסרה לו אהבת ה', וכדי שלא יהא חוטא נשכר, יש לחייבו לקרוע בכל זאת, שאולי זה יביא אותו להרגיש צער על החורבן.

[322] אבני ישפה, שם; הליכות והנהגות, שם; ר"י שפירא, שם.
חוזי הערמה נוספים: בעבודה זרה כד ע"א, מובאת דעת ר' אליעזר, שאין לקנות פרה אדומה מגוי, ונאמר שאם יש לגוי פרה אדומה, אפשר שהוא ימכור אותה לסוחר יהודי, והכהן הגדול יקנה אותה מהסוחר. אלא שהלכה היא שמותר לקנות פרה אדומה מגוי (רמב"ם, הלכות פרה אדומה, פרק א, הלכה ז).
הפוסקים דנו האם מותר לעקוף את האיסור לעשות סחורה בדברים האסורים באכילה, על ידי שימוש בנכרי שיהיה הבעלים של אותם דברים. ראה במקורות שהביאו דרכי תשובה, סימן קיז, ס"ק כ, ור' אברהם ברוך הכהן, "בדין איסור סחורה", הפרדס, שנה לד, חוב' ב (חשוון תש"ך), עמ' 20-23. אבל הם לא דנו בשאלה אם יש לצדדים גמירות דעת להתקשר בחוזה (וכנראה, פשוט להם שיש גמירות דעת), ודנו רק בבעיית ההערמה כמדיניות הלכתית.
חזון איש, אהע"ז, סימן קמח, על קידושין טז ע"ב, מעלה אפשרות שאף שחובה לתת "הענקה" לעבד עברי המשתחרר בזמנו הקבוע, הרי אם שִחרר אותו אדונו בשטר לפני הזמן, הוא פטור מלתת לו הענקה. ר' חיים זייבלד, "אי שרי לעשות תחבולות כדי להיפטר מקיום מ"ע", ברה כחמה (ירושלים תש"ס), עמ' שצג, מדייק מלשונו שאין איסור לשחררו בשטר כדי להיפטר מהענקה, ומנמק, שיהודי אינו אמור להיות עבד, ולכן הוא תמיד עומד להשתחרר, ונחשב כאילו לא נתקיימו תנאי המצווה לתת לו הענקה, ובכיוצא בזה אין איסור להפקיע עצמו ממצווה (כפי שהוא מוכיח שם).
ר' יעקב שלמה מוזסון, "בענין הקנאת מעשר עני", בית אהרן וישראל קיא (שבט-אדר תשס"ד), עמ' עב-עג, דן בחקלאים הרוצים לקיים מצוות נתינת מעשר עני בלי לתת את המעשר עצמו לעניים אלא לתת להם כסף במקומו, ולצורך זה צריכים להקנות לעניים את המעשר תחילה, כדי שהעניים ימכרו אותו להם חזרה תמורת הכסף. הוא מציע להקנות להם את המעשר בקניין חצר, על ידי השכרת השדה או המחסן שבו נמצא המעשר; אלא שהדבר נראה כהערמה, כיוון שהמשכיר ממשיך להשתמש בשדה ובמחסן לצרכיו. על כך הוא כותב שאם הדבר נעשה בשטר, אין חשש הערמה, כדברי צמח צדק, לעיל הערה 276. והוא מביא מי שהציע שההשכרה תהיה רק לזמן קצר, שבו תיעשה ההקנאה, ואז לא ישתמש המשכיר בחצר, וכך אין הערמה.
חזון איש, כלאים, סימן ה, ס"ק יד, כותב שאמנם אין איסור כלאים אם כל מין נמצא בשדה של אדם אחר, אבל אם השדה של אדם אחד, והוא מוכר לאחר את השטחים שבהם נמצאים המין האחר, אסור, משום שזו הערמה, והשדה נקראת על שם בעליה המקורי.
בעניין פדיון הבן, יש שכהן מחזיק מטבעות הראויות לפדיון, ומוכר אותם לאבי הבן בתחילה, ואחר כך אבי הבן נותן אותם לכהן כפדיון. ראה רא"י בריזל, "בענין פדיון בסלעים שקנה אבי הבן מהכהן", בית

סעיף 13: חוזה למראית עין

אהרן וישראל ז (תשרי־חשוון תשמ״ז), עמ׳ עז־עח, ורש״מ סגל, כנ״ל, שם ח (כסלו־טבת תשמ״ז), עמ׳ פז־צא, לגבי החשש שהכהן אינו מתכוון להקנות לאבי הבן בהקנאה גמורה.

זילברג (לעיל, הערה 185), עמ׳ 479־481, מביא את הפרוזבול כדוגמה לחוזה שנועד לעקוף איסור, שכן המלווה מקנה את שטר החוב לבית הדין כדי למנוע את שמיטת החוב בשביעית. אבל שילה (לעיל, הערה 185), בעמ׳ 313, מוציא את דין פרוזבול מן הדיון, כיוון שהוא התגבש כתקנה כבר בתקופת התלמוד, ואין מקום לדון בכשרותו.

סעיף 14

טעות

טעות

14. (א) מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך, רשאי לבטל את החוזה.

(ב) מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך, רשאי בית המשפט, לפי בקשת הצד שטעה, לבטל את החוזה, אם ראה שמן הצדק לעשות זאת; עשה כן, רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה.

(ג) טעות אינה עילה לביטול החוזה לפי סעיף זה, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות והצד השני הודיע, לפני שבוטל החוזה, שהוא מוכן לעשות כן.

(ד) "טעות", לענין סעיף זה וסעיף 15 — בין בעובדה בין בחוק, להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 111

פרק שני: עקרונות כלליים 112

א. מהי טעות 112

ב. השיקולים המכריעים בדיני טעות 112

ג. קיום החוזה על אף הטעות 113

ד. היקש מתחומי הלכה אחרים 114

פרק שלישי: ביטול עקב טעות — "רשאי לבטל את החוזה" 115

א. מבוא 115

ב. היסוד המשפטי של זכות הביטול 116

ג. טעות סובייקטיבית או אובייקטיבית 118

ד. החוזה ניתן לביטול ואינו בטל מאליו 124

ה. זכות הצד השני לביטול 125

ו. מחילה על זכות הביטול לאחר קיום החוזה 126

ז. מחילה על זכות הביטול בעת כריתת החוזה 131

ח. טעות במהות נשוא החוזה 134

פרק רביעי: יסודיות הטעות — "וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה" 136

א. טעות יסודית ושאינה יסודית 136

ב. יסודיות אובייקטיבית או סובייקטיבית 139

פרק חמישי: טעות ש"הצד השני לא ידע" עליה — ס"ק (ב) 142
א. זכות הביטול בטעות חד צדדית שאינה ידועה לצד השני 142
ב. טעות משותפת 144
(1) כללי 144
(2) דין טעות משותפת כדין טעות חד צדדית 145
(3) חריגים 145
ג. אם הצד השני לא ידע "שלולא הטעות" לא היה הצד הטועה מתקשר בחוזה 148
ד. טעות הדדית (שאינה טעות משותפת) 149
ה. פיצויים — "רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה" 150

פרק שישי: תיקון הטעות — ס"ק (ג) 151
א. כללי 151
ב. היקף התיקון 152
ג. אופן התיקון 155
ד. תיקון טעות כמותית 156

פרק שביעי: טעות בדין — ס"ק (ד) 158
א. כללי 158
ב. אם הצד הטועה כבר קיים את חלקו בחוזה 163
ג. האם קיימת חזקה שאדם יודע את הדין? 168

פרק שמיני: טעות בכדאיות העסקה — "להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה" 171
א. כללי 171
ב. טעות בדבר גובה הסיכון שבעסקה 173
ג. טעות בהערכת התפתחויות עתידיות 174
(1) כללי 174
(2) הצורך להתחשב בדעתו של הצד שכנגד 175
(3) הנימוק העיוני 179
(4) טעות עתידית במתנה 180
(5) טעות עתידית במחילה 186
(6) בחוזה שכבר קוים 190
(7) אם היה גילוי דעת מראש 191
(8) טעות שהתאיינה עקב התפתחות עתידית 192
ד. טעות בהערכת שווי העסקה 193
(1) הבסיס המשפטי לביטול 194
(2) גובה הטעות 195
(3) הגבלה על משך הזמן של זכות הביטול 197
ה. פשרה בטעות 198

פרק תשיעי: טעות במניע 200

פרק עשירי: סיכום 202

פרק אחד־עשר: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 204

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה עוסק בצד לחוזה שהתקשרותו בחוזה הייתה עקב טעות, והוא מבקש לבטל את החוזה בטענה שלולא הטעות לא היה מתקשר בו. הסעיף קובע את זכותו לבטל את החוזה עקב טעותו ואת התנאים לזכות זו.

זכות הביטול נובעת מכך שחוזה מחייב רק אם הייתה לצדדים גמירת דעת, ואם צד לחוזה הסכים להתקשר בו עקב טעות, אין זו גמירת דעת מלאה. בנימוקה של זכות הביטול בחוק ובמשפט העברי, נעסוק בפרק השלישי.

לפי החוק, חוזה שנפלה טעות בכריתתו אינו בטל מעצמו, אלא ניתנת לצד הטועה זכות ביטול. על עמדת המשפט העברי בנקודה זו, נדון בפרק השלישי.

שאלה מתעוררת לגבי צד לטעות שטעה, אבל היה יכול למנוע את טעותו אילו בירר מראש את מצב הדברים לאשורם. האם גם הוא זכאי לבטל? גם בכך נדון בפרק השלישי.

עוד נדון שם בזכותו של הצד השני (הצד שלא טעה) לבטל את החוזה עקב הטעות, ובמצב שהצד הטועה מחל על זכות הביטול.

הסעיף מַתְנֶה את זכות הביטול בכך ש"ניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה". מכאן שאם צד לחוזה טעה, אבל גם אילו ידע את האמת היה מתקשר בחוזה, אינו זכאי לבטלו. עיקרון זה זה מכונה בלשון פרשני החוק דרישת "יסודיות" הטעות. את עמדת המשפט העברי לגבי דרישה זו נראה בפרק הרביעי. בפרק זה נדון גם בשאלה כיצד קובעים שאכן טעה צד לחוזה טעות יסודית.

ס"ק (ב) מצמצם את זכות הביטול במקום שהטעות לא הייתה ידועה לצד השני, ומכפיף את זכות הביטול לשיקול דעתו של בית המשפט. בעניין זה, מבחינים פרשני החוק בין "טעות משותפת", היינו ששני הצדדים טעו אותה טעות, לבין טעות שטעה בה צד אחד בלבד, אבל הצד שני חשב שאין זו טעות יסודית מבחינתו של הצד הראשון. פרשני החוק חלוקים ביניהם בשאלה, האם ס"ק (ב) חל על טעות משותפת? בפרק החמישי נדון בעמדת המשפט העברי לגבי המצבים הללו.

ס"ק (ג) שולל את זכות הביטול אם אפשר לקיים את החוזה תוך תיקון הטעות. בפרק השישי נברר את עמדת המשפט העברי לגבי סייג זה.

ס"ק (ד) קובע שגם צד שטעה עקב אי ידיעת החוק זכאי לבטל את החוזה. על עמדת המשפט העברי בטעות עקב אי ידיעת החוק, נדון בפרק השביעי. עוד נדון שם במצב שלא ברור אם צד טעה בדין: האם קיימת חזקה שאדם יודע את הדין, לעניין זה?

עוד קובע ס"ק (ד) שטעות ב"כדאיות העסקה" אינה מזכה את הטועה בזכות לבטל את החוזה. פרשני החוק הציעו פירושים שונים למונח זה: טעות בהתפתחות עתידית שלאחר כריתת החוזה; טעות ביחס לסיכון שנטל על עצמו; או טעות בהערכת שווי העסקה. בפרק השמיני נדון בעמדת המשפט העברי בכל אחת מן הקטיגוריות הללו.

סעיף 14: טעות

סוג של טעות שאינו נידון בחוק הוא טעות במניע שהביא את הצד להתקשר בחוזה. לדעת פרשני החוק, גם מי שטעה טעות כזאת זכאי לבטל את החוזה. את עמדת המשפט העברי בעניין זה נראה בפרק התשיעי.

פרק שני

עקרונות כלליים

א. מהי טעות

את הטעות בדיני חוזים הגדירה שלו[1]: "מחשבה או אמונה של צד לחוזה שאינה תואמת את המציאות".

כעיקרון, הגדרה זו נכונה לפי המשפט העברי[2]. סוגי הטעות שנעסוק בהם קשורים בדרך כלל לנתונים בטיב נשוא העסקה, מאפייניה, איכותה ועוד, העונים באופן מלא להגדרה זו. אך להלן נבחן גם סוגי טעות אחרים שאינם כלולים בהגדרה זו, כמו טעות בהתפתחות עתידית[3] או טעות בהערכת סיכונים[4], שייתכן שאף הן עילה לביטול החוזה.

ב. השיקולים המכריעים בדיני טעות

דיני הטעות בחוק הם תוצאה של שקלול אינטרסים ועקרונות מנוגדים, הן בהיבט הצר של הצדדים לחוזה הן בהיבט הרחב של חיי המסחר. ההסדר שקבע המחוקק משקף מגמות אחדות: איזון בין ההכרה ברצון החופשי של צד המתקשר בחוזה מצד אחד, לבין הצורך בשמירה על ביטחון העסקאות מנגד; הגנה על אינטרס ההסתמכות של הצדדים הישירים לחוזה ושל צדדים שלישיים; וכן איזון בין האינטרסים הכלכליים השונים הכרוכים בחוזה[5]. השאיפה היא להשיג התאמה בין החזות החיצונית של הצדדים לחוזה לבין החזות הפנימית[6], כלומר למנוע מצב שחוזה ייכרת על פי הבעות רצון חיצוניות הסותרות את כוונתם הפנימית של הצדדים.

בעבר שלטה בדיני החוזים מגמת צמצום בהכרה בביטול עקב פגמים ברצון, ובמיוחד בדיני הטעות, וזאת בגלל הצורך בחיזוק הביטחון החוזי, ובגלל תפיסה של חובת גילוי מצומצמת ומוגבלת על פי הגישה האינדיבידואליסטית[7]. המגמה המודרנית של דיני החוזים נוטה לכיוון

[1] שלו, דיני חוזים, עמ' 277.

[2] ראה: א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ירושלים תרפ"ג, ספר א, עמ' 63; ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 52.

[3] ראה להלן, פרק שמיני, ג.

[4] ראה להלן, פרק שמיני, ב.

[5] שלו, דיני חוזים, עמ' 273־275. ראה גם: פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 668.

[6] שלו, דיני חוזים, עמ' 309.

[7] פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 40, 53.

של הרחבת אפשרות הביטול, למעט בטעות שאינה ידועה לצד השני[8]. אחד ההסברים למגמה זו הוא עליית קרנם, בתקופה האחרונה, של עקרונות תום הלב[9], כבוד האדם והשוויון[10].

לעומת זאת, נראה שדיני הטעות במשפט העברי מושפעים פחות מעקרונות כלליים כאלו, והשיקול הבולט הוא הרצון וההסכמה של הצדדים לחוזה. ואולם שיקול זה אינו בלתי מוגבל. יש גם משמעות רבה להיבט החיצוני־אובייקטיבי של התנהגות הצדדים, על פי העיקרון "דברים שבלב אינם דברים"[11]. יש להניח שעיקרון זה נובע במידה מסוימת מן ההכרה בחשיבות ביטחון העסקאות[12]. בגלל עיקרון זה, לא תתקבל (בדרך כלל) טענה שאדם התכוון בלבו לתנאים מסוימים בחוזה, אם התנאים האלו עומדים בניגוד לאמירה מפורשת או להתנהגות חיצונית. כמו כן, יש נטייה שלא להסיק מסקנה מהנסיבות אם לא נאמרו דברים מפורשים[13].

הדרישה להגינות במסחר, לתום לב ועוד, מתמלאת על ידי מערכת מוסרית מקבילה[14], הנטועה, לפחות בחלקה, בתחום המצוות שבין אדם לאלוקיו. על כן אין לדרישה זו ביטוי משמעותי בכללים המשפטיים של דיני הטעות.

ג. קיום החוזה על אף הטעות

זכות הביטול המוקנית לנפגע בשל פגם בכריתת החוזה דומה במידה מסוימת לזכות הביטול המוקנית לנפגע בשל הפרה[15], על אף השוני במועד היווצרותה של הזכות בשני המקרים, שהרי בביטול מחמת פגם, עילת הביטול מתגבשת בטרם כריתת החוזה או במהלכו, בשונה מביטול בגין הפרה.

יתר על כן, לדעת שלו[16], על אף זכות הביטול, פגם בכריתה אינו מעמיד בספק את עצם קיום החוזה, שכן לשם קיום חוזה די ברצון ההתקשרות, אף שנפל בו פגם.

אחד האחרונים, ר' ברוך בער לייבוביץ[17], מגדיר טעות בחוזה מכר בדרך דומה: "ודין טעות במקח של יפות ונמצאו רעות ודבר שבמידה ושבמשקל ושבמנין, שהוא טעות ממש בעיקר

[8] פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 53, 661־662.

[9] ראה: שלו, דיני חוזים, עמ' 85 ואילך, 296־297.

[10] שלו, דיני חוזים, עמ' 56־58.

[11] על עיקרון זה ראה סעיף 13, ליד ציוני הערות 20־23.

[12] ראה סעיף 13, הערה 49, בשם רא"מ פרידלנד.

[13] ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך אומדנא, כרך א, עמ' רצה־שב.
ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 118, שערב שטעה, כגון שחשב שיש ללווה נכסים, או שטעה באשר לאופי החיוב הנערב, אינו זכאי לבטל את ערבותו, מפני שאלו "דברים שבלב". נראה שהכוונה היא שלא ברור אם אכן טעה, או שלא ברור האם היה נמנע ממתן ערבותו אילו ידע את האמת, ולכן אינו זכאי לבטל את הערבות. ראה הערה 264, שערוך השולחן כותב שאין זכות ביטול בטעות שאינה נראית לכול.

[14] ראה: א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 409־419.

[15] שלו, דיני חוזים, עמ' 355־357. ראה גם חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970, סעיפים 7־8.

[16] שלו, דיני חוזים, עמ' 241־242, 246. על כן, לדעתה אין לסווג את דיני הטעות במסגרת דיני הכריתה, אף שזכות הביטול מבוססת על היעדר גמירת דעת (כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 34), שכן החוזה קיים. השווה לדבריה בעניין טעות הדדית, שם, עמ' 282.

[17] ברכת שמואל, בבא מציעא, סימן מו, אות א, ד"ה נמצא.

זביני [=המכר] ולא מדין אונאה, אבל מכל מקום שם מכר עליו, אלא דיש דין תביעה של מום לבטל מקח". להלן[18] ננסה להסביר את ההנמקה המשפטית למצב ביניים זה.

ד. היקש מתחומי הלכה אחרים

עקב סיווגם ופיזורם של דיני החוזים במשפט העברי, בנוסף לאופיו הקזואיסטי של המשפט העברי בכללו[19], עלינו ללמוד את דיני הטעות בחוזה ממקורות שונים. נוכל ללמוד את הדינים הללו מדיני מקח טעות[20], אף שבדרך כלל עניינם חוזי מכר שקוימו כבר[21], ואילו דיני חוזה עניינם החובה לקיים התחייבויות הכלולות בחוזה, משום שכמעט בכל מכר, קיים שלב חוזי בסיומו של המשא ומתן לפני ביצוע בפועל של העברת הבעלות[22].

את דיני הטעות אנו מוצאים בתחומי הלכה נוספים, כגון בדיני קידושין. האם ניתן להקיש לנידוננו מדינים שמערכת המושגים בהם שייכת לעולם של איסורים ולא של ממונות? התשובה לשאלה זו חיובית, משום שדרכה של ההלכה היא להקיש מעקרונות דומים בתחומים הלכתיים שונים, בשינויים המחויבים, כמובן. ואכן מצאנו שלמדו הפוסקים מדיני טעות בקידושין לענייננו. לעניין פגם נסתר בממכר, פוסק הרמב"ם[23], שעל אף שזכות הביטול של הקונה אינה פוקעת אף משהגיע הממכר לרשותו ואפילו לאחר זמן רב, הרי שאם השתמש הלה בממכר לאחר שגילה את הפגם, "הרי זה מחל, ואינו יכול להחזיר", ומסביר המגיד משנה[24] שהרמב"ם למד עיקרון זה מדיני קידושין[25], ומסקנתו היא: "וכן הם דיני מקח וממכר שוים לאשה [=קידושי אשה] בדינין אלו"[26].

[18] להלן, ליד ציון הערה 83.

[19] ראה א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 4-5.

[20] שולחן ערוך, חו"מ, סימנים רלב-רלד; ר"י הילדסהיים, מסחר וצרכנות בהלכה, כתר ג, קדומים תש"ס (להלן: כתר ג); ועוד. נושא זה יידון בהרחבה בחוק לישראל, מכר, סעיפים 11, 12, 28, שעניינם אי התאמה במכר. בסעיף הנוכחי נביא את דיני מקח טעות כדי ללמוד מהם לדיני טעות בחוזה בכלל.

[21] ראה בנספח שלישי לספר, שהוראות סעיפים 13-21 חלות גם על חוזה שקוים כבר.

[22] אבל ייתכן הבדל אפשרי בין חוזה לבין מכר בהקשר זה, בחוזה לאספקת מוצר על פי מפרט או דגם. ראה להלן, פרק רביעי, ג, ופרק שישי, ג.

[23] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג. ראה על כך להלן, הערה 70.

[24] מגיד משנה, שם. ראה גם: חידושי הרשב"א, כתובות עב ע"א, ד"ה ה"ג ומידי, ועוד. אך ראה נימוקי יוסף, בבא מציעא מט ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה פ' קמא דקדושין, בשם הרמ"ה.

[25] רמב"ם, הלכות אישות, פרק כה, הלכה ו: "בא על אשתו, ושהה כמה ימים, וטען שמום זה לא נראה לי עד עתה, אפילו היה בתוך הקמטים או בכף הרגל, אין שומעין לו; חזקה שאין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו יפה יפה, וחזקתו שידע ורצה".

[26] ראה גם ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רלב, ס"ק ו. וראה ביאור הגר"א, שם, ס"ק ה, הסבור שההיקש מצוי כבר בתלמוד עצמו, כתובות עו ע"א.

אבל קהילות יעקב, יבמות, סימן לח במהד' תשי"ח = סימן מד במהד' תשמ"ח, מוצא הבדל בין טעות במכר לטעות בקידושין: במכר, אם התברר שהממכר אסור מדרבנן, הקונה זכאי לבטל את המכר (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלד, סעיף ב); ואילו בקידושין, אם התברר שהאישה אסורה לו באיסור עשה, מקודשת (רמב"ם, הלכות אישות, פרק כד, הלכה ד). הוא מנמק, שבמכר, הקונה אינו צריך דווקא חפץ זה, ולכן אם יש בו פגם, לא ירצה בקיום המכר, שהרי אין סיבה שיקנה חפץ זה, בעוד שהוא יכול לקנות חפץ כזה בלי פגם באותו מחיר. לעומת זאת, בקידושין, "קשים לזווגם כקריעת ים סוף" (סוטה ב ע"א), ויש להניח שהוא

פרק שלישי

ביטול עקב טעות — "רשאי לבטל את החוזה"

א. מבוא

ס"ק (א) עניינו טעות שטעה צד לחוזה, וטעותו הייתה ידועה לצד השני, והחוק מעניק לצד הנפגע זכות ביטול עקב נסיבה זו[27]. לעומת זאת, ס"ק (ב) עוסק בטעות שאינה ידועה לצד השני, ומזכה את הצד הנפגע בסעד של ביטול לפי שיקול דעת בית משפט בלבד.

יש כאן קושי מסוים, שכן סעיף 15, שעניינו הטעיה, קובע שאם צד לחוזה התקשר בחוזה עקב הטעייה של הצד השני, הוא זכאי לבטל את החוזה; והכוונה היא גם לטעות שאינה יסודית (שהרי לא נאמר שם "וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה"). הסעיף מגדיר הטעיה כאי גילוי של עובדה שהיה הצד השני חייב לגלות מכוח דין, נוהג או הנסיבות[28]. לכאורה, הוראת סעיף 14(א), המעניקה זכות ביטול בטעות יסודית שהייתה ידועה לצד השני, כלולה בהוראת סעיף 15, שהרי הדעת נותנת שחלה על הצד השני חובת גילוי אם הוא יודע שחברו טועה טעות יסודית, כלומר שלא היה מתקשר עמו בחוזה אילו ידע את האמת. במילים אחרות, אם הצד השני ידע על טעותו היסודית, ולא גילה לו את האמת, זוהי הטעיה מצדו. פרידמן[29] אכן סבור שסעיף 14(א), שלמעשה עניינו חובת גילוי, הוא מקרה פרטי של סעיף 15.

כפי שנראה להלן[30], ההבחנה בין טעות ידועה לבין טעות שאינה ידועה אינה מקובלת על המשפט העברי. על כן, בפרק הזה ובפרק הרביעי נבחן את יסודות עילת הטעות לפי המשפט העברי, בלי להבחין בין טעות ידועה לטעות שאינה ידועה. בפרק החמישי נסביר מדוע המשפט העברי אינו קובע דין מיוחד לטעות שאינה ידועה לצד השני, ונפרט את החריגים לכך, שבמידה מסוימת מצמצמים את ההבדלים בין שתי שיטות המשפט.

העובדה שלפי המשפט העברי אין הבחנה עקרונית בין אם הצד השני ידע על טעותו של הראשון ובין אם לא ידע, מלמדת שזכות הביטול אינה נובעת מחובת הגילוי של הצד השני, אלא ממידת גמירת הדעת של הצדדים. אבל אין בקביעה זו כדי להפחית מחובת הגילוי ומאיסור ההטעיה המוטלים על שני הצדדים לחוזה. על חובת הגילוי ואיסור ההטעיה כתב הרמב"ם: "אסור לרמות את בני אדם במקח וממכר או לגנוב את דעתם... היה יודע שיש בממכרו מום, יודיעו ללוקח. ואפילו לגנוב דעת הבריות בדברים אסור"[31].

רוצה דווקא אישה זו ולא אחרת, ולכן לא כל פגם מצדיק את ביטול הקידושין, אלא רק פגם שהוא חמור כל כך, שאילו ידע עליו לא היה מסכים לשאת אותה בשום אופן.

[27] שלו, דיני חוזים, עמ' 284-285.

מ"א ראבילו, בספרו חוק המתנה, מהדורה שנייה, עמ' 52, כותב שזכות הביטול עוברת ליורשים.

[28] פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 810-846, ושלו, דיני חוזים, עמ' 317-321, עומדים על כך שאין מדובר בחובה כללית, אלא בתחומי ההגדרה שבחוק.

[29] פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 672, 814-816. לדעתם, זהו מקרה שחובת הגילוי המוטלת על הצד השני מבוססת על חובה שבדין.

[30] להלן, ליד ציון הערה 143.

[31] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יח, הלכה א. כדבריו כתב גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכח, סעיף ו.

ב. היסוד המשפטי של זכות הביטול

יצירת החוזה מושתתת על גמירת דעתם של הצדדים להתקשר בחוזה[32]. גמירת הדעת מורכבת ממפגש רצונות והסכמה הדדית להתקשרות[33]. הדרישה לגמירת דעת היא העומדת בבסיס הזכות שמעניק החוק לבטל חוזה שנכרת עקב טעות. הצד הטועה גמר בדעתו להתקשר בחוזה על סמך הנחות מסוימות, ואם מתברר שהנחות אלו אינן נכונות ובטעות יסודן, אין לומר עוד שהחוזה נכרת בגמירת דעת[34].

רוב הפרשנים[35] מסבירים באופן דומה את הבסיס המשפטי לביטול חוזה עקב טעות במשפט העברי. לדבריהם, החלטה המתקבלת עקב טעות אינה מבטאת גמירת דעת אמתית, וכפועל יוצא מכך נשמט הבסיס מן החוזה כולו.

לעומת זאת, יש אומרים[36] שזכות הביטול מבוססת על הנחת יסוד שבכל חוזה מצוי תנאי

[32] סעיף 2 וסעיף 5 לחוק. ראה גם: שלו, דיני חוזים, עמ' 172-174; פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 191, 266; ס' דויטש, "גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי", שנתון המשפט העברי ו-ז (תשל"ט-תש"ם), עמ' 71-104.

[33] ראה למשל שלו, דיני חוזים, עמ' 172.

[34] שלו, דיני חוזים, עמ' 246-247.

[35] חלק מהם לא כתבו כך בפירוש, אלא רק הבחינו בין תנאי לטעות, ומכאן שהם חולקים על ההסבר שליד ציון הערה 36; ומן הסתם, לדעתם הטעם הוא הביטול הוא משום חוסר גמירת דעת. ראה: חידושי הגר"ח (סולובייצ'יק) על הש"ס (סטנסיל), מסכת יבמות, אות צג — חליצה מוטעית (המבחין בין תנאי לטעות); חלקת יואב, אהע"ז, סימן כה (שאם הייתה טעות בעיקר המעשה, הביטול אינו מטעם תנאי אלא משום שהמעשה לא התחיל כלל); חזון איש, אהע"ז, סימן נו, סוף ס"ק ט (שביטול מחמת טעות אינו מחמת אומדנא דמוכח, כאילו עשה תנאי, אלא "דין הוא בקניינים" שבטלים אם יש אונאה גדולה); שו"ת מנחת שלמה, חלק א, סימן פ, אות ט, ד"ה והנה (המבחין בין תנאי לטעות). נראה שזו דעתם של פוסקים רבים נוספים. ראה: מקור חיים (מליסא), סימן תמח, ביאורים, ס"ק ט, ד"ה ואם (שבמקום שיש אומדנא דמוכח שלא עשה על דעת כן, המעשה בטל מטעם שיור במעשה ולא מטעם תנאי); אבני מילואים, סימן לט, ס"ק ג (שמה שבטל מחמת טעות שונה ממה שבטל מחמת תנאי שלא התקיים); ש' אלבק, יסודות בדיני הממונות בתלמוד, רמת גן תשנ"ד, עמ' 191-201; הנ"ל, דיני הממונות בתלמוד, ירושלים תשל"ו, עמ' 250.

כמו כן, זיכרון שמואל, סימן מו, אות ו (הובא אצל ר' יצחק זאב זמורה, "בדין מקח טעות וקידושי טעות", בית אהרן וישראל נז, שבט-אדר תשנ"ה, עמ' כז), כותב שטעות נחשבת חסרון "בעיקר דעת המעשה".

ר' שמעון יהודה שקאפ, "סוגיא דנדרי אונסין ועניין תנאי וטעות ויש טענת אונס", ספר הזיכרון למרן רבי חיים שמואלביץ (ירושלים תש"ם), עמ' תמא, מסביר שהצד לחוזה שעשה אותו בלי לחשוב על הפרט שטעה בו, הוא כאילו שוטה לגבי הפרט הזה, שכן חסרון ידיעה הוא כמו חסרון דעת, ולכן החוזה בטל, כאילו עשאו שוטה; ואין זה בגדר תנאי מכללא (שלא כר"ע איגר שבסמוך), ולכן אין דרושים בו "משפטי התנאים".

ר' אשר וייס, שיעור מורנו הרב שליט"א, פרשת תולדות, תשע"א, עמ' ה, כותב שחוזה בטעות בטל גם בלי דין תנאי (שלא כר"ע איגר שבסמוך), ותוקפו של תנאי הוא חידוש גדול יותר, שאף שיש לאדם גמירת דעת לגבי עיקר הדבר, הוא יכול להגביל אותו על ידי תנאי.

אין אומרים שיש להתעלם ממה שחשב, מפני ש"דברים שבלב אינם דברים", שכן מדובר בשיש אומדנא דמוכח שאכן חשב כך, ואלו "דברים שבלבו ובלב כל אדם". ראה על כך: א' ורהפטיג, "דברים שבלב' וטעות בהלכה", דיני ישראל ג (תשל"ב), עמ' 200-202.

[36] שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא תניינא, סימן נא, ד"ה והנראה לענ"ד, וסימן קו, ד"ה והנלענ"ד (הובא בפסקי דין של הרבנות ירושלים, כרך ג, עמ' עא); שו"ת אבני נזר, אהע"ז, סימן רנה; אור שמח, הלכות אישות, פרק י, הלכה ב, ד"ה ונתבונן; שו"ת ברכת רצה, סימן יד; תורת יהונתן (אבלמן), אות נה. ראה להלן, הערה 67, שכך נימק גם בית יצחק.

מכללא, שהוא תקף רק אם העובדות בפועל הולמות את ההנחות העובדתיות שעליהן הסתמכו הצדדים לחוזה, ולא הייתה טעות. לפי גישה זו, זכות הביטול כפופה להגבלות החלות בדיני החוזים על היכולת להציב תנאים בחוזה[37]. למשל, ניתן להציב תנאים באשר לחלותם של קידושין, ולכן קידושין שנעשו עקב טעות — בטלים[38]. לעומת זאת, לא ניתן להציב תנאים באשר לחלותם של נישואין[39], ולכן גם לא ניתן לבטל נישואין עקב טעות[40].

ראה"ד לוין, פסקי דין ירושלים, כרך ז, עמ' שסג, מדייק מלשון שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן כ (ד"ה תשובה), שטעם ביטול מכר עקב אונאה במחיר הוא משום שלא קנה על דעת זה, שלא כחזון איש שם, שכתב שאינו מדין תנאי. והוא מביא שר' ברוך שמעון סלומון אמר שחזון איש דיבר רק באונאה של שישית, ואילו מהרי"ט דיבר באונאה בקרקע, שהמכר בטל רק באונאה של פי שניים מהמחיר (ראה להלן, הערה 356), ושם הטעם הוא משום שלא קנה על דעת זה. ר' יהושע וייס, שם עמ' שע, מדייק משו"ת הרא"ש, כלל קב, סימן ד, שמכר בטל עקב אונאה במחיר משום שלא קנה על דעת זה, שלא כחזון איש.

קונטרסי שיעורים (גוסטמן), קידושין, שיעור כא, אות ח, כותב ששו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, חלק ב, סימן קלה (וכוונתו לדפוס פראג, סימן תתקמב), ודרכי משה, יו"ד, סימן רכא, ס"ק כח, סוברים שטעות רגילה אינה נחשבת ככלולה בתנאי מכללא, אבל טעות בהתפתחות עתידית (להלן, פרק שמיני, ג) נחשבת ככלולה בתנאי מכללא. עיין שם בהוכחתו שזו דעתם. כך כתב גם ברכת אברהם (ארלנגר), כתובות מז ע"ב, ס"ק ב (דעת עצמו). ראה בשמו להלן, הערה 306.

על דברי ר' עקיבא איגר, ראה: ברכת אברהם, כתובות מז ע"ב, ס"ק ו; רז"נ גולדברג, "מיהו דתי", תחומין יח (תשנ"ח), עמ' 182-183; כתר ג, עמ' 315-317.

יש לציין, שהחוק מכיר בתוקפו של תנאי מכללא (פרידמן וכהן, דיני חוזים, כרך ג, עמ' 74-75).

37 ראה שולחן ערוך, אהע"ז, סימן לח, סעיפים ב-ד.

38 ראה לעיל, ליד ציון הערה 25, בעניין ההיקש מדיני קידושין לדיני חוזים.

39 יבמות דף צד ע"ב ודף קז ע"א; תולדות אדם וחוה, נתיב כב, חלק ד (הובא בבית יוסף, אהע"ז, סימן לט, עמ' שנז (במהד' הטור השלם). אבל אור שמח שם (ד"ה עוד הנני וד"ה אולם קשה) מסופק בזה, ודוחה את הראיות מיבמות שם — עיין בדבריו. ר"ע איגר ואבני נזר שם לא הסתמכו על הסוגיות ביבמות אלא על הכלל שאין תנאי בדבר שאין בו שליחות (כתובות עד ע"א), והרי אי אפשר לשאת אישה על ידי שליח.

40 שו"ת רבי עקיבא איגר, שם; אבני נזר, שם. גם המקנה, קונטרס אחרון, סימן סא (ד"ה והנה המרדכי), כותב מטעם זה שנישואין בטעות תקפים, ומכאן שהוא סובר כר"ע איגר שטעות מבטלת חוזה מטעם תנאי מכללא. אבל אור שמח שם (ד"ה אולם בזה) מעלה אפשרות שמאחר שאין זה תנאי מפורש, אין צורך ב"משפטי התנאים", ולכן יש לו תוקף גם בנישואין, ולכן הם בטלים עקב ביטול התנאי שמכללא. יש להעיר שגם לפי ר"ע איגר וסיעתו, חוזה בטעות בטל אף שלא עשה תנאי כפול ושאר משפטי התנאים, מפני שבתנאי מכללא, כשברור שהתכוונו להתנות, אין צורך במשפטי התנאים (תוספות, קידושין ו ע"ב, ד"ה לא).

חזון איש (לעיל, הערה 35) כותב שנישואין בטעות בטלים מפני שטעות שונה מתנאי, כדעתו שם.

להשלכות מגישות אלה למצב שהסכימו מראש שלא תהיה זכות לבטל את החוזה עקב טעות, ראה להלן, ליד ציון הערה 88 ואילך.

בית הלוי, חלק ג, סימן ג, ד"ה והנראה (הובא בזיכרון יהושע, ויסברוד, עמ' שנח), כותב שאם הייתה טעות בעצם המעשה, כגון המקדש אישה ונמצא בעל מום, אין זה בגדר תנאי, אלא עצם המעשה היה בטעות; אבל אם הייתה טעות מחוץ לקידושין, שאחרי מות בעלה נפלה לייבום בפני אחיו מוכה השחין, זהו בגדר תנאי, ולכן צריך בו את "משפטי התנאים". כמו כן, שו"ת ישועות יעקב, אהע"ז, סימן כה (ד"ה והנה יש), כותב שבטעות בגוף המעשה, כגון שקנה יין בחזקת שהוא אדום ונמצא לבן, די בגילוי דעת מראש שהוא רוצה יין אדום כדי שהחוזה יתבטל; אבל בפגם שמחוץ לדבר הנקנה (כגון שהתנה "על מנת שתיתן לי מאתיים זוז", והלה לא נתן לו), לא די בגילוי דעת, אלא צריך את "משפטי התנאים". אבל יש להעיר ששתי הדוגמאות שניתנו לדבר שמחוץ לחוזה עצמו הן לגבי התפתחות עתידית, שנראה בפרק השמיני, ג, שבדרך כלל אינה עילה לביטול החוזה; ולפי קונטרסי שיעורים וברכת אברהם, לעיל הערה 36, הטעם בטעות עתידית הוא משום תנאי מכללא.

ג. טעות סובייקטיבית או אובייקטיבית

יש לדון בשאלה, האם מדובר כאן בטעות סובייקטיבית או אובייקטיבית? במילים אחרות, מה דינו של צד לחוזה שטעה מבחינה סובייקטיבית, דהיינו שלא ידע את העובדות (או את הדין) לאשורן, אבל אדם סביר באותן נסיבות היה מצליח לברר את האמת, דהיינו שזאת לא טעות אובייקטיבית[41]?

העובדה שהחוק אינו אומר לגבי הצד הטועה "ולא היה עליו לדעת", כפי שנאמר לגבי הצד השני, מלמדת שהצד הטועה זכאי לבטל את החוזה גם אם היה יכול לברר את האמת ולא עשה כן.

לעומת זאת, לפי המשפט העברי, במצבים מסוימים אין לצד הטועה זכות לבטל את החוזה אם היה יכול לברר את האמת ולא עשה כן[42]. לדוגמה, הקונה חפץ והיה בו פגם הנראה לעיניים, ובכל זאת לא הסתכל ולא ראה אותו, אין לו זכות לבטל, מפני שהעובדה שלא הסתכל מראה שמחל על זכות הביטול[43]. יש לשים לב שאבדן זכות הביטול כאן אינו עונש למי שלא

[41] לא מצאנו בדברי שלו או בדברי פרידמן וכהן דיון בשאלה זו.

[42] ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בעניין מחילה בטעות, שאם היה יכול לברר את הטעות ולא בירר, המחילה תקפה למרות הטעות. אבל ייתכן שדינה של מחילה מיוחד, משום שיש מגמה במשפט העברי לתת תוקף למחילה יותר מלפעולות משפטיות אחרות במצבים מקבילים. ראה על כך: ב' כהנא, המחילה במשפט העברי, עבודה לשם קבלת התואר דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, ירושלים תשס"ו, שער שני. על מגמה זו ראה גם להלן, ליד ציון הערה 339.

[43] משק ביתי, סימן רפז. הוא מביא ראיה מבבא מציעא ס ע"ב — עיין שם. הוא דוחה בזה את דברי כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רלב, הגהות בית יוסף, אות יא, הכותב שגם לדעת "יש מי שכתב" (להלן, הערה 45), הקונה דבר שיש בו פגם שאפשר לגלותו בראייה בעלמא, אם הסתכל עליו ולא ראה את הפגם (נראה שכוונתו היא שלא ראה מסיבה שאינה תלויה בו), עדיין יכול לבטל את החוזה, שהרי עשה את המוטל עליו. שו"ת נשמת כל חי, חו"מ, סימן כג, מביא את דברי כנסת הגדולה כדבר מוסכם, וכותב שלעניין זה, הקונה ספר והתברר שהיו חסרים בו דפים, אמנם די בראייה כדי לראות את הפגם, אבל צריך לדפדף כדי לגלותו, ולכן אם לא דפדף, אינו יכול לבטל את החוזה, לדעת "יש מי שכתב". אבל שו"ת זרע יעקב (בן נאים), סימן כא (הובא בשו"ת הלכה למשה, אלבז, חו"מ, סימן מה), כותב שכנסת הגדולה מתכוון לומר שאם הסתכל ולא ראה את הפגם, יכול לחזור בו, מפני שברור שלא מחל, אבל הוא מסכים שאם הסתכל, יש להניח שראה את הפגם ומחל עליו.

יש להעיר שהמחילה מכללא שמתבססים עליה כאן היא מהסוג של מחילה לפני כריתת החוזה, שנדון בה להלן ד(4), ולא מחילה אחרי קיום החוזה, שנדון בה להלן ד(3).

כמו כן, ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 101, כותב שאם אִפשר צד אחד לצד השני לראות את נשוא החוזה לפני כריתת החוזה, והיה בו פגם גלוי, ובכל זאת לא הבחין בטעות, אין לצד הטועה זכות ביטול. הוא מביא ראיה לכך מבבא מציעא עו ע"ב, שם נאמר שבעל שדה ששכר פועלים להשקייה, והראה להם את השדה בערב והייתה לחה, ולא הבינו מכך שאין צורך בהשקייתה, ובכל זאת באו למחרת לעבוד — אינו חייב לשלם להם, מפני שטעותם לא הייתה מוצדקת. הרי שאף על פי שטעה טעות סובייקטיבית, אין לו זכות ביטול, מפני שלא היה לו לטעות. יצוין שנימוקו שונה מנימוקו של משק ביתי, ששלל את זכות הביטול מטעם מחילה. עוד יש לציין, שבבבא מציעא שם, הפועלים לא רצו לבטל שום חוזה, אלא שם נידון חיוב בעל השדה בנזק לפועלים, ולכן קשה להביא משם ראיה לסוגיית ביטול חוזה.

חידושי הריטב"א, בבא בתרא קו ע"א (הובא בנימוקי יוסף, בבא בתרא נ ע"ב, בדפי הרי"ף), כותב שהמראה לחברו כוס של עץ ואמר לו "קנה לך כוס של זהב", והלה קנה אותה ביוקר, אינו זכאי לבטל את החוזה, משום שראה אותו (ורהפטיג שם, עמ' 102, מסביר שמדובר שהקונה הבין שהיא של זהב). אבל נראה שדבריו אינם שייכים לענייננו, משום ששם לא הייתה טעות במצב העניינים. טעות הקונה הייתה שחשב שהמוכר ייתן לו כוס אחרת, של זהב, ובכל זאת המוכר יכול להשיב שהכוס הזאת נקראת "כוס של זהב",

טרח לברר את האמת, אלא נובע מאומדן דעת שהוא מוכן להתקשר בחוזה גם אם יש פגמים בנכס. הדברים עולים בקנה אחד עם גישתו הכללית של המשפט העברי לעניין טעות בחוזה, שאין מתחשבים בשיקולי אשמה וענישה אלא רק בכוונות הצדדים, שבוטאו בפירוש או מכללא[44].

אשר למצב שהפגם לא היה גלוי לעין, אבל היה אפשר לגלות אותו על ידי בדיקה, והצד הטועה לא בדק, נחלקו הפוסקים בשאלה, האם הוא זכאי לבטל את החוזה בגלל טעותו הסובייקטיבית? יש אומרים, שאם היה פגם בממכר שהקונה היה יכול לגלותו על ידי בדיקה, ולא בדק, אינו יכול לחזור בו[45], מפני שהראה בכך שמחל על זכות הביטול[46].

אף שהיא של עץ. כמו כן, חידושי הריטב"א, כתובות עה ע"א (הובא בחזקה רבה, חו"מ, חלק ד, הלכה תיד, עמ' 234), כותב שהמוכר דבר עם פגם הנראה לעין, הקונה אינו יכול לבטל את החוזה בטענת טעות, מפני שחזקה שראה את הפגם והסכים לקנות את הדבר למרות הפגם. גם דבריו אלו אינם שייכים לענייננו, משום ששם זו שאלה של ראיות, האם ראה את הפגם אם לאו, והריטב"א אומר שמניחים שראה ולא טעה בכלל; ואין להסיק משם למקרה שלא ראה את הפגם שהיה נראה לעין. שער משפט, סימן רלב, ס"ק ב, כותב על דברי הריטב"א בכתובות, שאם עקב הפגם, ערך הנכס פוחת ביותר משישית, הקונה יכול לבטל את החוזה אף שראה אותו. בית יעקב (מסקין), סימן יז (כג ע"ד), נימק זאת בכך, שמאחר שההפרש הוא יותר משישית, נחשב שאין זה החפץ שמכר לו, ורק אם ההפרש קטן יותר, זהו החפץ שמכר לו, ויש רק בעיה של הקפדת הקונה, ומאחר שראה, מחל. שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן שב, כותב שהקונה בית עם פגם שכל הנכנס לבית יכול לראותו, ונכנס לבית, חזקה שראה אותו ומחל עליו; אבל אם זה פגם שאפשר לראותו רק לאור הנר, יכול לטעון שלא ראה אותו. יש להעיר שגם דבריו עניינם דיני ראיות, ואינם נוגעים לשאלת מי שהיה יכול לראות ולא ראה.

[44] ראה על כך בהערה להקדמה לספר.

[45] מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג (הובא בסמ"ע, סימן רלב, ס"ק י, ובשו"ת דברי חיים, חלק א, אהע"ז, סימן ח), בשם "יש מי שכתב"; שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתס (תיז), וחלק ד, סימן אלף רו (קלו) וסימן אלף רט (קלט); שו"ת מגן גיבורים (אשטרושא), סימן יח, בדעת הרי"ף והרא"ש; שו"ת שפת הים, חו"מ, סימן נ (קנה ע"ד), בדעת ר' אליהו, בתוספות, קידושין יא ע"א (ד"ה הנהו); שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לא, בדעת ר' אליהו, בתוספות, כתובות נח ע"א (ד"ה הנהו); שו"ת דברי מלכיאל, חלק א, סימן פו, אות ו; חכמת שלמה, חו"מ, סימן רלב, סעיף ג.

אבל נתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק א (הובא בשו"ת כוכב מיעקב, חלק ב, סימן כ, ובשו"ת חבצלת השרון, חלק א, אהע"ז, סימן סג), כותב שאף שהסמ"ע הביא דעה זו, לא התכוון להסכים לה, אלא לומר שאם השתמש בו אחרי שהיה יכול להבחין בפגם, זו מחילה (כך הוא לפי הנוסח המתוקן של נתיבות המשפט, במהד' מכון ירושלים). דיברות משה, בבא מציעא, חלק ב, סימן נ, ענף ב, עמ' קה, מקשה על מה שכתב נתיבות המשפט שהסמ"ע מדבר דווקא אם השתמש — הרי שימוש לפני שידע על המום אינו מוכיח שמחל, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 74.

תשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ו, סימן ד, כותב שהמוכר אינו חייב להודיע לקונה שיש מום בממכר, אלא על הקונה לבדוק אם יש בו מום, ולהיעזר לשם כך במומחה, אם אינו יכול לבדוק בעצמו; ועולה מדבריו, שאם הקונה היה יכול לבדוק ולמצוא את המום, ולא בדק, אינו זכאי לבטל את המכר.

מ' בארי, "הטעיה בכדאיות העסקה", משפטי ארץ ג (תש"ע), עמ' 437-443, כותב לעניין טעות בגובה התמורה, שאם הצד הטועה היה יכול לברר את האמת ולא עשה כן, אינו זכאי לבטל את החוזה. ראה בשמו בסעיף 15, הערה 8.

ראה על כך: משכנות הרועים, מערכת א, אות נא; פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יג, סעיף ט.

[46] כך נימקו דעה זו (בלא שהסכימו עמה להלכה): משנה למלך, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג; שו"ת פני משה, חלק ב, סימן נה (קא ע"א). שו"ת זרע יעקב (בן נאים), סימן כא, נוקט שהיות שהיה יכול לבדוק ולא בדק, הוא נחשב כאילו בדק וראה את הפגם, ובכל זאת קנה; כלומר, רואים כאילו לא טעה כלל.

יהודה יעלה (להלן, הערה 47, ד"ה ועוד אף) תולה שאלה זו בשאלה, האם אבֵדה מדעת נחשבת כהפקר:

אבל לפי פוסקים אחרים, העובדה שהיה יכול לראות על ידי בדיקה ולא בדק אחרי שקנה, אינה הוכחה שמחל, והוא עדיין זכאי לבטל את החוזה[47].

לפי הטור, חו"מ, סימן רסא, סעיף א, העובדה שמישהו שם נכס שלו במקום סכנה מראה שהוא מפקיר אותו, ואף כאן, העובדה שהקונה לא בדק אם יש פגם בחפץ מראה שמחל; ואילו הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק יא, הלכה יא, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן רסא, סעיף ד, סוברים שאבדה מדעת אינה מוכיחה שהפקיר, ולכן הם סוברים שכאן אי הבדיקה אינה מוכיחה שמחל.

וראה הערה 47, שדיברות משה נימק בדרך אחרת: שהקנייה נעשתה עם הפגם הזה.

[47] משנה למלך שם (הובא בשו"ת צמח צדק, חו"מ, סימן מג, דף נא ע"ג, בשו"ת ישועות יעקב, חו"מ, סימן ח וסימן ט, בקהילות יעקב, יבמות, מהד' תשמ"ח, סימן מד, ובערוך השולחן, חו"מ, סימן רלב, סעיף ה), בדעת הרי"ף והרמב"ם; שו"ת ישועות יעקב, חו"מ, סימן ח, בדעת תוספות, בכורות יג ע"ב (ד"ה כיון); שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן מא (הראשון, שנדפס לפני סימן מ; הובא בשו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יג, דף צ ע"ב), בדעת הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש; שו"ת מהריט"ץ, סימן קה וסימן רכה, בדעת הרי"ף, הרמב"ם ורב האי; שו"ת דבר אליהו (לרמן), סימן פד, בדעת הרמב"ם; עיונים במסכתות התלמוד (ויין), חלק א, עמ' רלו, בדעת הרמב"ם.

אבל שו"ת זרע יעקב (בן נאים), סימן כא, כותב שהרי"ף אינו חולק על "יש מי שכתב", אלא הרי"ף עוסק במצב שהקונה לא היה יכול להבחין מיד בפגם או בדבר שאין דרך לבדוק אותו מיד, כגון חבילה סגורה. והסכים עמו שו"ת הלכה למשה (אלבז), חו"מ, סימן מה.

פני משה שם כותב שגם אם עבר זמן שהיה יכול להודיע לתגר, המקח חוזר. ראה על כך להלן, הערה 79. שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שפה (הובא בשו"ת בני יוסף, קאריו, סימן ה), כותב שדעת "יש מי שכתב" היא דעת יחיד, ואי אפשר לומר "קים לי" כמותו. גם שו"ת דברי חיים, חלק א, חו"מ, סימן לו, ור' יעקב בירדוגו, "בדין נמצא מום במקח", מקבציאל ה (שבט־אדר תשמ"ה), עמ' י, כותבים שדעת "יש מי שכתב" היא דעת יחיד.

אבל שו"ת נשמת כל חי, חלק ב, חו"מ, סימן כג, שו"ת יהודה יעלה, חלק ב, סימן רכג (ד"ה וזהו), ואמרי איש (דדש), שו"ת, סימן טז — כותבים שאפשר לומר "קים לי" כדעה זו. שו"ת דיברות אליהו, חלק ו, סימן קג, כותב שיש ספק בדין זה.

גם חושן אהרן (מיטלמן), סימן יג (עמ' קיד), כותב שאפשר לטעון "קים לי" כדעה זו. הוא עוסק במי שקנה בשר לברית מילה בשבוע שחל בו תשעה באב, מפני שלא ידע שרק מנין מצומצם רשאי לאכול בשר אז, ופוסק שהוא זכאי לבטל את החוזה אף שהיה יכול לברר ולדעת על האיסור.

בית יחיאל, חו"מ, חלק א, סימן נו (עמ' קד), כותב שאין להוציא ממון נגד דעת "יש מי שכתב".

משנה למלך (הובא בשו"ת דברי חיים, חלק א, אהע"ז, סימן מח, ד"ה ועל כרחך) מוכיח שזו דעת הרמב"ם והשולחן ערוך, שהרי הם כותבים שגם אם נודע לקונה על הפגם אחרי הקנייה ושתק, אין בכך הוכחה שמחל (ראה על כך בסעיף 20, פרק שלישי), וקל וחומר כאן. אבל יש מי שדוחים הוכחה זו, בכך שדווקא אם לא היה יכול לגלות את הפגם מיד, גם אם אחר כך ראה אותו ושתק, אין זה מוכיח שמחל; אבל אם בשעת הקנייה היה יכול לגלות את הפגם ולא הקפיד לבדוק את החפץ, נחשב כאילו ראה אז את הפגם ושתק, שאז המכר קיים, שהרי על דעת זה קנה. כך דחו: שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לא; שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סימן קסט; שו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יג (צ ע"ג); תרומת הכרי, סימן רלב, סעיף ג; אור שמח, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג; וזרע יעקב, שם. בדומה לכך דוחה דיברות משה, בבא מציעא, חלק ב, סימן נ, ענף ב, עמ' קה, את הוכחת משנה למלך, שטעמו של "יש מי שכתב" אינו מטעם מחילה אלא משום שקנייתו נעשתה גם עם פגם זה, אבל בפגם שאי אפשר להבחין בו, חזקה שאילו ידע עליו, לא היה קונה את החפץ, וגם אם אחר כך ראה אותו, אין הוכחה שמחל. חכמת שלמה, חו"מ, סימן רלב, סעיף ג, דוחה את הוכחת משנה למלך, שאכן גם לדעת הרמב"ם והשולחן ערוך, אם ראה ושתק, זו מחילה — ראה בשמו בסעיף 20, הערה 18. חזקה רבה, חו"מ, חלק ד, הלכה תיד, עמ' 234, דוחה את הוכחת משנה למלך בדרך אחרת, ודבריו קשים. לדחיות נוספות להוכחת משנה למלך, ראה: שו"ת יהודה יעלה (אסאד), חלק ב, סימן רכג (ד"ה אמנם); בית ישחק, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג.

גם לפי הדעה הראשונה, יש חריגים אחדים שבהם יוכל הקונה לבטל את החוזה, אף שהיה יכול לגלות את הפגם ולא בדק:

(א) אם התברר שהמוכר נתן לקונה מין שונה מזה שביקש ממנו, אפילו שהה די זמן שהיה יכול לבדוק, או אם זה פגם נדיר, שלא היה צריך להעלות על דעתו לבדוק, הוא זכאי לבטל את החוזה, ואין אומרים שמחל[48].

(ב) אם המוכר אמר לקונה בפירוש שאין בו פגם זה, העובדה שלא בדק אינה מוכיחה שמחל, מפני שלא היה צריך לבדוק[49].

(ג) אם באותו מקום נהוג שקונה אינו בודק ממכר מאותו סוג בשעת הקנייה, כגון אם זו חבילה סגורה, הקונה זכאי לבטל את החוזה גם אם לא בדק[50].

(ד) אם אפשר לגלות את הפגם רק על ידי בדיקה שעולה כסף, גם אם זה מעט כסף, אין זה נחשב שהיה יכול לגלותו[51].

(ה) אם אפשר לגלות את הפגם רק במאמץ, העובדה שלא בדק אינה הוכחה שמחל[52].

[48] פני משה שם (הובא בשו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יג, דף צ ע"ד, ובשו"ת מור ואהלות, ענתיבי, חו"מ, סימן כא, דף קיב ע"ד). כמו כן, שו"ת הרי בשמים, חלק ב, סימן פח (ד"ה ובזה אף), כותב שאם היה "מוטעה לגמרי", זכאי לבטל, מפני שאין זה הדבר שמכר לו. וראה על כך להלן, הערה 100.
אבל שו"ת שפת הים, חו"מ, סימן נה (קנח ע"ב), כותב ששו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף רו (קלו), סובר שגם בשני מינים, אם לא בדק, מחל.

[49] שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף רו (קלו); שו"ת פני משה, חלק ב, סימן נה (קא ע"א); שו"ת מגן גיבורים (אשטרושא), סימן יח; שו"ת דברי מלכיאל, חלק א, סימן פו, אות ו (הובא בביכורי גושן, סימן כה, ענף ד, ובפסקי דין ירושלים, דיני ממונות, כרך ה, עמ' קל); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שפה (אם זו חבילה קשורה; הובא בשו"ת בני יוסף, קאריו, סימן ה); שו"ת זרע יעקב (בן נאים), סימן כא; שו"ת דברי חיים, חלק א, אהע"ז, סימן צב, וחו"מ, סימן לו; שו"ת ספר יהושע, פסקים וכתבים, סימן תלב (הובא בשו"ת הרי בשמים, חלק ב, סימן פח, ד"ה והנה אף); שו"ת משפטי הלוי, חלק ב, סימן א, אות ו.
ראה על כך: נתיב יושר, פרק כג, סעיף יד.
ספר יהושע שם אומר שהדין כך גם אם המוכר אמר לו שהוא מוכר דבש, ואחר כך נמצאה בו עפרורית — אף שהקונה היה יכול לבדוק, הוא יכול לטעון שסמך על מה שהמוכר אמר שזה דבש, שמשמעותו דבש נקי בלי עפרורית.
שו"ת פני משה, חלק א, סימן נה, דף קא ע"ג (הובא בשו"ת דברי חיים, חלק א, חו"מ, סימן לו), כותב שמטעם זה, אם שילם פי שלושה ממחיר השוק, יכול לבטל גם אם היה יכול לבדוק את הממכר, גם לדעת "יש מי שכתב", מפני שהוא כאילו המוכר הטעה אותו.
אבל ראה להלן, הערה 58, שחוות יאיר ודברי מלכיאל עוסקים במוכר שהציג מצג שקרי בפירוש, ובכל אומרם שהקונה היה צריך לבדוק.

[50] שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף רט (קלט) (הובא בשו"ת נשמת כל חי, חו"מ, סימן כג, ובשו"ת זרע יעקב, סימן כא). כמו כן, שו"ת ר"ש דוראן (תשב"ץ, חלק ד, טור א), סימן ח, כותב שסוחר שקנה צבע, אין אומרים שהיה צריך לנסות אותו לראות אם הוא טוב, שהרי אין דרך סוחרים לבדוק על ידי ניסוי הצבע.

[51] כסף הקדשים, סימן רלב, סעיף ג (הובא בשו"ת משפטי הלוי, חלק ב, סימן א, אות ד). אבל משפטי הלוי, שם, כותב שבנכס יקר, שמקובל לבדוק אותו לפני הקנייה, אם לא בדק, מחל, גם אם הבדיקה עולה כסף, מפני שמחיר הבדיקה פעוט לעומת שווי הנכס.

[52] קריית מלך רב, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג, דף רד ע"ג (הובא בשו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יג, דף צ ע"ד); שו"ת שפת הים, חו"מ, סימן נ (קנה ע"ב), וסימן נה (קנח ע"א); שו"ת יהודה יעלה, חלק ב, סימן רכג, ד"ה אמנם לע"ד (אם הבדיקה דורשת טרחה והוצאה על ידי אחרים).
יהודה יעלה מסביר שלכך התכוונו תוספות, בבא בתרא צו ע"א (ד"ה כל), שעולה מהם שאי בדיקה אינה הוכחה שמחל, כפי שדייק משם נתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק א.

(ו) אם רק בקיאים יכולים להבחין בפגם, העובדה שלא בדק אינה מוכיחה שמחל[53].

(ז) אם עדיין לא שילם הקונה, גם אם היה יכול לבדוק ולא בדק, יכול לחזור בו, מפני שייתכן שלא מחל, והסיבה ששתק היא משום שידע שלא יפסיד מכך[54], וחשב: "אם המוכר לא יסכים לקבל את החפץ חזרה, אעכב את כספי"[55].

(ח) אם כרוך איסור בדבר, כגון הקונה גרוטאות ונמצאה בהם עבודה זרה, הוא זכאי לבטל את החוזה אף שהיה יכול לבדוק, ואין אומרים שמשלא בדק, מחל, שהרי אין להניח שירצה לעשות איסור ולקנות עבודה זרה[56].

[53] שו"ת הרי בשמים, חלק ב, סימן פח (ד"ה והנה אף). הוא מדייק כך משו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתס (תיז).

[54] משנה למלך שם (הובא במשכנות יעקב, חו"מ, סימן נט, במהד' תש"ך = סימן מח, במהד' וילנא, בשו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן י, דף יד ע"ב, בשו"ת יהודה יעלה, חלק ב, סימן רכג (ד"ה ובלא"ה), בדברי יחזקאל, פרנקל־תאומים, שו"ת, סימן ז, בשו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יג, דף צ ע"ד, בשו"ת נשמת כל חי, חו"מ, סימן כג, בשו"ת דברי חיים, חלק א, אהע"ז, סימן צב, ובחידושי ר"ע איגר, בבא מציעא מט ע"ב); שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לא. וראה דברים דומים בשם חוות יאיר, להלן הערה 58, ודין דומה באונאה, להלן, הערה 378.

לראיות לכך, ראה: שער משפט, סימן רלב, ס"ק א; שו"ת כוכב מיעקב, חלק ב, סימן כ; שו"ת ספר יהושע, פסקים וכתבים, סימן תלב; ימי שלמה, על הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג; בני משה (מאג'אר), הלכות מכירה, סימן ב (לה ע"ב); ושו"ת שפת הים, חו"מ, סימן נ (קנה ע"ג).

שו"ת ישועות יעקב, חו"מ, סימן ח, מביא את סברת משנה למלך, ומוסיף טעם אחר: מצד אחד יש חזקה שהעובדה שלא בדק מראה שמחל, ומצד שני חזקה שאין אדם מוחל על פגם, ולכן מספק "המוציא מחברו עליו הראיה", ואם כבר שילם, מספק אין המוכר חייב להחזיר, אבל אם עוד לא שילם, מספק פטור.

דיברות משה, בבא מציעא, חלק ב, סימן נ, ענף ב, עמ' קה, מדייק מדברי משנה למלך, שגם אם ראה את המום, אם כספו בידו יכול לבטל את חוזה, מפני שהוא יכול לטעון שמה ששתק אינו משום שמחל אלא שלא חשש למחות כיוון שכספו בידו.

ראה על כך: חזקה רבה, חו"מ, חלק ד, הלכה תיד, עמ' 234, והלכה תכד, עמ' 255; בית ישחק, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג; חידושי ר' מאיר שמחה, בבא מציעא נ ע"ב. וראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בעניין מחילה מכללא, בשאלה הכללית כשיש אומדנא שמישהו מחל, והוא מוחזק, האם בטלה האומדנא מפני שיש לו מיגו או מסיבות אחרות.

[55] דבר אליהו שם; חסד לאברהם שם.

[56] שו"ת ישועות יעקב, חו"מ, סימן ח; דבר אליהו שם; חזקה רבה, חו"מ, חלק ד, הלכה תכד, עמ' 254. דבר אליהו נותן טעם נוסף לכך שדין גרוטאות שונה: הרי גם אם מחל בפירוש, צריך המוכר להחזיר לו את האונאה (כך כתב שער משפט, סימן רלב, ס"ק ב), ובגרוטאות, אם נאמר שמחל ושאין זה מקח טעות, יהיה אסור לו לקבל את כספו, שהרי כספו נאסר בהנאה כשנתן אותו בעד עבודה זרה, ולכן אין להניח שמחל, שהרי אילו מחל, היה מפסיד את כל דמי המכר.

ראה על כך גם אור שמח, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג.

שער משפט, סימן רלב, ס"ק א, כותב שהקונה גרוטאות לא היה צריך לבדוק, מפני שהיה יכול להניח שהגוי לא ימכור עבודה זרה, שהרי היא חשובה בעיניו (כך נימק גם ישועות יעקב שם, סימן ח), וגם אין זה שכיח שעבודה זרה תתערב בגרוטאות בלי ידיעת המוכר, שהרי עבודה זרה חשובה בעיניו.

מצד שני, כותב ישועות יעקב, שם, סימן ט, שבגרוטאות יותר סביר שמחל, שהרי בפגם רגיל ייתכן שמה שלא בדק אינו משום שמחל, אלא משום שסמך על כך שאם ימצא פגם בעתיד, יוכל לקבל את כספו חזרה מהמוכר; אבל בעבודה זרה אין לומר כן, שהרי יהיה אסור לו לקחת את הכסף מטעם איסור ההנאה, ולכן שתיקתו עכשיו מוכיחה שמחל.

יש דוגמה אחרת למקח טעות שבו אין מפרשים את שתיקת הקונה כמחילה, מפני ששתיקתו תגרום לו לעבור על איסור: שו"ת הב"ח, סימן קנא (הובא בשו"ת מהרש"ם, חלק ו, סימן קכ), עוסק במי שקנה מגוי

מצד שני, גם לפי הדעה השנייה, אם חשד הקונה והתחיל לבדוק ובכל זאת קנה, הדבר מוכיח שמחל; וייתכן שמחל משום שחשב שיוכל למכור לאחֵר את החפץ כפי שהוא[57].

אם הממכר הוא דבר שמצוי שיש בו פגמים, כגון מכונית משומשת, והקונה לא בדק אותו, ומצא פגם, אין לו זכות לבטל את החוזה, מפני שיש להניח שמחל, כיוון שהיה לו לבדוק; אבל אם היה בו פגם לא מצוי, אין אומרים שמחל, מפני שהמוכר היה צריך להודיע לו[58].

בהמה שהגוי אמר לו שכבר ילדה, כך שלא תהיה בעיה של לידת בכור (שאסור בעבודה ובאכילה עד שייפול בו מום), ואחר כך התברר שזו הייתה טעות, ובכל זאת הקונה שתק, ואחר כך נולד זכר, שהוא בכור; והוא פוסק, שאין מפרשים את שתיקתו כמחילה על זכותו לחזור בו, שהרי אנן סהדי שכל יהודי רוצה להפקיע קדושת בכור על ידי הקנאת אמו לגוי, שהרי זו מצווה (טור, יו"ד, סימן שכ; ראה על כך סעיף 13, ליד ציון הערה 213), ולכן יש להניח שהסיבה ששתק היא שסמך על כך שמדין תורה המכר בטל בגלל הטעות, ועוד שהמחיר ששילם לגוי הוא מועט (בנידונו, בתחילה הבהמה הייתה של היהודי, והוא מכר אותה לגוי בפרוטה כדי להפקיע את קדושת הבכור כשתלד, וכשאמר לו הגוי שילדה, קנה אותה ממנו חזרה בסכום מועט), ושתק משום שלא היה איכפת לו להפסיד סכום זה, אבל אין זה אומר שהסכים למכר.

[57] שו"ת יהודה יעלה (אסאד), חלק ב, סימן רכג (ד"ה ולפמ"ש). גם שו"ת דברי חיים, חלק א, אהע"ז, סימן צב, כותב שלכל הדעות, אם קנה כמה חביות, ובדק אחת מהן ומצא שהיא מקולקלת, ולא בדק את האחרות, אינו יכול לבטל את החוזה לגבי האחרות, שהרי היה צריך לבדוק את האחרות.

[58] שו"ת משפטי הלוי, חלק ב, סימן א, אות ה. על פגם שאינו מצוי, ראה לעיל, ליד ציון הערה 48.

כמו כן, חכמת שלמה, חו"מ, סימן רלב, סעיף ג, בתחילתו, כותב שגם לדעה הראשונה הנ"ל, אם נמצא פגם שאינו שכיח, יש לו זכות לבטל את החוזה, מפני שהעובדה שלא בדק אינה הוכחה שמחל על זכות הביטול, שכן ייתכן שלא בדק משום שלא העלה על דעתו שיהיה פגם כזה. ר' אליעזר יחזקאל גרוסמן, "תשובה להלכה בדין מקח טעות", אהל משה (ויז'ניץ), חוב' ד (אלול תשמ"ד), עמ' מא, לומד מדבריו שמי שקנה סדרה של שלושה ספרים, ואחד מהם היה חלק ב, אבל נכתב על כריכתו "חלק ג", זכאי לבטל את החוזה, אף שלא בדק, מפני שזהו פגם שאינו שכיח.

ראה להלן, ליד ציון הערה 160, מצב נוסף שאין לצד הטועה זכות ביטול משום שהיה צריך לברר.

ט"ז, חו"מ, סימן שלב, סעיף ד, ושו"ת חוות יאיר, סימן סט, כותבים שאם מוכר אמר לקונה שפלוני מוכן לתת כך וכך תמורת הנכס, ובגלל זה הקונה שילם סכום זה, והתברר שהיה שקר — הקונה אינו יכול לבטל את החוזה, מפני שהיה לקונה לשאול את פלוני אם הדברים נכונים. שו"ת דברי מלכיאל, חלק ד, סימן קלט, לומד מדבריהם שראובן ושמעון שרצו להפסיק את שותפותם עם לוי, ולכן אמרו לו שהם מוכרים את חלקם ליהודה, ובגלל זה הוא מכר את חלקו ליהודה, ואחר כך נודע לו שהמכר של ראובן ושמעון היה למראית עין בלבד — אינו יכול לבטל בטענת טעות, מפני שהיה יכול לברר עם יהודה אם ראובן ושמעון דיברו אמת. מ' בארי (לעיל, הערה 45), עמ' 438-440, נימק, שהקונה היה צריך לדעת שהמוכר עלול לשקר כדי לשכנע אותו לקנות, והיה צריך לברר את האמת, והיה יכול לברר מהו מחיר השוק. אבל יש להעיר, שחוות יאיר כותב שאם הקונה עוד לא שילם, הוא יכול לבטל את החוזה, מפני שיש אומדנא דמוכח שהסכים לקנות רק בגלל דברי המוכר. סייג זה דומה לסייג שקבע משנה למלך, לעיל, ליד ציון הערה 54. דברי מלכיאל שם מוסיף שלגבי נידונו, לוי גם לא יוכל לטעון: "מכרתי את חלקי מפני שלא רציתי להישאר לבד שותף עם יהודה, ואילו ידעתי שראובן ושמעון נשארים בנכס לא הייתי מוכר", שהרי אילו לא רצה להיות שותף עם יהודה בלבד, היה יכול למנוע מהם למכור, בטענה שהשתתף עמהם על דעת שהם יהיו השותפים, ולא על דעת שיתחלפו עם יהודה. וראה על כך לעיל, הערה 49.

נאמר במשנה בחולין פג ע"א, שהמוכר בהמה ביום שרגילים לשחוט בו הרבה בהמות (ראה שם, רשימת החגים שבהם רגילים לשחוט), ובאותו יום מכר את בנה (או את בתה) לאדם אחר, צריך להודיע לקונה השני שהוא כבר מכר את אמו לשחיטה, כדי שידע שאסור לו לשחוט את הבן באותו יום, משום "אותו ואת בנו לא תשחטו ביום אחד", שהרי מן הסתם הקונה הראשון שחט את האם. חידושי הרמב"ן, חולין פג ע"א (הובא בחידושי הרשב"א, חולין שם, בר"ן על הרי"ף, חולין כח ע"א, בדפי הרי"ף, בראב"ש, חולין,

ד. החוזה ניתן לביטול ואינו בטל מאליו

הסעיף אומר: "מי שהתקשר בחוזה עקב טעות... רשאי לבטל את החוזה". כלומר, החוזה אינו בטל מאליו (void) אלא ניתן לביטול (voidable)[59]. הסיבה לכך שהמחוקק לא קבע שהחוזה בטל, אלא תלה זאת ברצונו של הצד הנפגע, היא עקרון חופש החוזים, שמחמתו יש להימנע ככל האפשר מביטול החוזה מצד המחוקק[60]. כלומר, גם אם מבחינה הגיונית היינו מגיעים למסקנה שלא נכרת חוזה כלל, בגלל חוסר גמירת דעת, החוק מאפשר לצד הנפגע להעניק תוקף לחוזה, מתוך מדיניות כללית המאפשרת למתקשרים לעצב חוזים בצורה חופשית ככל האפשר.

לפי המשפט העברי, אם הצד הטועה מגלה את דעתו עם היוודע לו טעותו, שאינו מעוניין בקיום החוזה, בטל החוזה למפרע. אך אם הוא מגלה את דעתו, בדבריו או בהתנהגותו, שהוא מעוניין בקיום החוזה — החוזה תקף. כך כותב הר"י מיגאש[61] לגבי ביטול מקח מחמת פגם: "שאין לנו לומר שהמקח היה בטל מעיקרו כשנתברר שהוא מקח טעות, אלא אם כן גלה דעתו שרוצה הוא לבטל המקח להיות בלתי מוחל המומין שנגלו בו". המסקנה מכך היא שגם לפי המשפט העברי, חוזה שנכרת מתוך טעות אינו בטל מעצמו, אלא ניתן לביטול[62].

פרק ה, סימן ו, בטור, יו"ד, סימן טז, ובשולחן ערוך, יו"ד, סימן טז, סעיף ו [שהובא בחושן אהרן (מיטלמן), סימן יג, עמ' קיג]), אומר שאם המוכר לא הודיע על כך לקונה, זהו מקח טעות, והמכר בטל. הרי שאין אומרים שהקונה היה צריך לשאול; וטעם הדבר הוא, שיש חיוב מיוחד על המוכר להודיע, כאמור.

על מום שהקונה היה יכול להבחין בו, ראה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק טז, סעיף ב; כתר ג, עמ' 115-164; נתיב יושר, פרק כג, סעיפים יג-טז.

צד לחוזה זכאי לבטל אותו עקב טעות שנבעה משכחה, ואין אומרים שהיה צריך לזכור. כך פוסק שו"ת פנים מאירות, חלק א, סימן מו, ד"ה אכן יש וד"ה ועוד נראה (הובא בשערי תשובה, סימן תמח, ס"ק ח), שמי שמכר לגוי סחורה בפסח, ופסק לו הגוי תשלום בחמץ, והיהודי שכח שחמץ אסור, יכול לבטל את החוזה בטענת מקח טעות, כיוון ששילם לו בדבר שאינו שווה לו כלום, וברור ששכח שחמץ אסור, שהרי אנן סהדי שאין אדם משליך את כספו בכדי, ואם היה זוכר שחמץ אסור, לא היה קונה; ואם אין הגוי רוצה להחזיר את הסחורה, הוא גזלן, ואין זה סיבה לומר שהמכר תקף.

בשאלה אחרת הקשורה להגדרת טעות כסובייקטיבית או אובייקטיבית, דן ר' אשר וייס, שיעור מורנו הרב שליט"א, פרשת תולדות, תשע"א, עמ' ו. הוא כותב שמי שעשה חוזה לקנות חפץ בעל תכונה מסוימת, מפני שחשב שזו תכונה טובה, והמוכר סיפק לו חפץ בעל תכונה אחרת (בלי ידיעתו), ובאמת זו תכונה טובה יותר מזו שביקש הקונה, הקונה אינו זכאי לבטל את החוזה, אף שמבחינה סובייקטיבית לא רצה את מה שקיבל, מפני שבאמת מה שקיבל היה טוב יותר, וברצונו הפנימי רצה את הטוב יותר, וזה מה שקובע.

[59] קל וחומר שכך הדבר גם בביטול על ידי בית המשפט במקרה של טעות שלא הייתה ידועה לצד השני, שס"ק (2) עוסק בה.

[60] פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 664; שלו, דיני חוזים, עמ' 246-247, 355.

על אופן הביטול, על מועדו, ועל זכות המבטל לחזור בו מהודעת הביטול, ראה דיוננו בסעיף 20.

[61] שו"ת הר"י מיגאש, סימן קלו. גם בית אהרן (וולקין), כתובות עב ע"ב (ד"ה בתוד"ה ע"מ), כותב שקניין בטעות וקידושי טעות אינם בטלים מעצמם, אלא הדבר תלוי ברצון הבעל לבטלם.

כמו כן, ברכת שמואל, בבא מציעא, סימן מו (שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 17), כותב שאם נמצא פגם בממכר, חל "שם מכר" ואין חיסרון במעשה הקניין, אלא שבגלל הטעות "נעשה ביטול במקח", ולכן זכאי הטועה לבטלו.

בעניין זה ראה: שו"ת דברי מלכיאל, חלק ב, סימן פה; נתיב יושר, פרק כא, הערה ג.

ראה סעיף 20, פרק שני, שעולה מדברי ר"י מיגאש שחוזה שבוטל בטל למפרע. וראה סעיף 21, פרק ראשון, א, שעולה מדבריו שנכס שעבר מיד ליד על פי החוזה נשאר בבעלותו המקורית.

[62] ראה גם להלן פרק שמיני, ד, שכך הוא הדין גם בטעות בשווי העסקה.

ר' שמעון שקופ[63] מסביר שאם הצד הטועה מעוניין בקיום החוזה למרות שהתגלתה לו טעותו, נחשב הדבר כאילו לא הייתה טעות כלל[64]. לפי הסבר זה, תוצאות הטעות יכולות להיבחן אך ורק עם היוודעה לטועה, שהרי מטבעה של הטעות שהיא אינה ידועה לטועה, ועד תגובתו בהתוודעו אליה אין דרך לדעת מה משקלה בהחלטתו להתקשר בחוזה. לפיכך, רק על פי תגובתו ניתן לקבוע אם יש לטעות משמעות אם לאו[65].

ה. זכות הצד השני לביטול

להלן[66] נראה שבטעות בהערכת שווי העסקה נחלקו הדעות האם הצד השני רשאי לבטל את החוזה. אולם בטעות הנוגעת למהות העסקה, כגון מחמת פגם בנשוא העסקה, אין לצד השני זכות ביטול, לכל הדעות[67].

[63] שערי יושר, שער א, פרק י, עמ' ל (ד"ה ומש"כ). ובלשונו: "דכל טעות במקח תלוי בקפידא של הבעלים לאחר הידיעה, וכיוון שלאחר שנתודע בטל קפידתו, אין כאן טעות במקח".

[64] אפשר להסביר, שאם הצד הטועה מסכים לקיום החוזה, הטעות מוגדרת כלא יסודית, ועל כן אינה מזכה את הצד הטועה בסעד של ביטול חוזה. ואף שיסודיות הטעות נבחנת במבחן אובייקטיבי, כפי שנראה להלן, פרק רביעי, הרי שם הכוונה היא למצב ההפוך, שלפי המבחן האובייקטיבי הטעות אינה יסודית, אך הצד הטועה טוען שמבחינתו הטעות חמורה ויסודית, ואילו כאן מבחינה אובייקטיבית זו טעות יסודית, והצד הטועה אומר שמבחינתו אינה יסודית, ועל כן החוזה תקף.

[65] עוד אפשר לנמק זאת על פי התפיסה (לעיל, ליד ציון הערה 36) שחוזה בטעות נחשב כאילו נעשה על תנאי שאין בו טעות. בקידושין על תנאי, המקדש יכול למחול על התנאי אחר כך, ואז הקידושין תקפים, אף שלא התקיים התנאי. ר"ן על הרי"ף, כתובות לג ע"ב, בדפי הרי"ף (בשורה השלישית מהשורות הרחבות), ותוספות, כתובות עג ע"א (ד"ה לא תימא, בסופו), הסבירו שעושה התנאי התכוון, בשעת עשיית התנאי, שהתנאי יהיה תקף רק אם ירצה בעתיד להקפיד על קיומו. בהתאם לכך נוכל לומר שהחוזה נכרת על תנאי מכללא שאין בו טעות, ותנאי זה מותנה בכך שהצד הטועה יקפיד על קיום התנאי, כלומר, ירצה לבטל את החוזה בגלל טעותו.

[66] להלן, פרק שמיני, ד.

[67] בבא בתרא פג ע"ב; רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יז, הלכה א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלג, סעיף א. הם עסקו במוכר חיטים יפות ונמצאו רעות.

שו"ת בית יצחק (שמלקיש), חו"מ, סימן סד, אות א, מדייק מטור, חו"מ, סימן רלב, סעיף ד, שאם הקונה הסכים לקנות למרות הפגם, המוכר אינו יכול לחזור בו, ומנמק שהוא כאילו קונה על תנאי שלא יהיה בו פגם (כהסברו של ר"ע איגר, לעיל, הערה 36), ואם יימצא פגם, הדבר תלוי בהקפדתו (כלומר, מניחים שהתכוון שהתנאי לא יהיה תנאי מוחלט, אלא יאפשר לו לבטל את החוזה אם ירצה), ואם לא יקפיד, המכר קיים, ולכן המוכר אינו יכול לחזור בו.

מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן א, לומד ממה שבמוכר יפות ונמצאו רעות, הקונה יכול לחזור בו ולא המוכר, שמי שמכר חפץ, והתברר שחלק ממנו אינו שייך למוכר, והקונה מעוניין לקיים את המכר במחיר שהסכימו עליו, המכר קיים במקצתו, והמוכר אינו יכול לחזור בו. כך כתב גם משנה למלך, הלכות זכייה ומתנה, פרק יב, הלכה יג, אבל הוא לא נימק מצד טעות. זאת אף לדעה (להלן, ליד ציון הערה 227) שהמוכר יכול לחזור בו אם הקונה רוצה לקיים את המכר רק בניכוי מהמחיר.

חידושי הריטב"א, בבא בתרא קלו ע"א (הובא בנימוקי יוסף, בבא בתרא סב ע"ב, בדפי הרי"ף), כותב שמי שיש לו קניין פירות בנכסים, ומכר את הנכסים, הקונה זכאי לבטל את החוזה בטענת מקח טעות, שכן חשב שיקבל גם את קניין הגוף, אלא אם כן אמר לו המוכר: "אני מוכר לך את הזכות שיש לי בנכסים", שאז הקונה היה צריך להבין שיש למוכר רק זכות חלקית בנכסים. משנה למלך, הלכות זכייה ומתנה, פרק יב, הלכה יג, מדייק מהריטב"א, שהמוכר אינו יכול לחזור בו, מפני שהוא לא טעה. גם שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן לז, כותב שהריטב"א סובר שהמוכר אינו יכול לחזור בו, והוא תמה על כך; אבל בחלק א,

אולם אם הטעות במהות העִסקה גררה גם טעות בהערכת שווי העסקה, כגון שהמחיר שנקבע התאים לנכס שסוכם עליו, אבל הנכס שסופק היה שווה פחות (בשיעור שישית מן המחיר), יכול גם הצד השני לבטל את החוזה, לדעת האומרים כך בכל טעות בשווי העסקה[68].

ו. מחילה על זכות הביטול לאחר קיום החוזה

הצד הטועה יכול למחול על זכות הביטול אחרי שמתברר שהוא טעה. אם מחל על זכות הביטול, והסכים לקיים את החוזה, כבר אינו יכול לחזור בו ולבטל את החוזה[69].

המחילה על זכות הביטול יכולה להיעשות בהודעה לצד השני או בהתנהגות המלמדת על רצונו בקיום החוזה. לדוגמה, במקח טעות, שימוש הקונה בנשוא העסקה לאחר שנודע לו על הפגם נחשב מחילה על זכות הביטול וכרצון לקיים את העסקה, והקונה כבר לא יוכל לבטל את החוזה[70]. אילו לא מחל, והיה בדעתו להחזיר את החפץ, היה אסור לו להשתמש

סימן סה, העלה אפשרות שלריטב"א גם המוכר יכול לחזור בו. בחלק א, שם, הוא כותב על מקרה כזה, שכל המכר בטל, גם אם הקונה אומר שהוא מוכן לקיים את המכר במחיר שהוסכם עליו, אף שהוא מקבל רק קניין פירות; ונימק, שמאחר שנתבטל המכר לגבי הקונה, נתבטל גם לגבי המוכר, כלומר שגם המוכר יכול לחזור בו. מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן א, מבין שכוונת מהריב"ל היא, שמאחר שהקונה יכול לחזור בו מטעם מקח טעות, כך גם המוכר יכול.

בבבא בתרא שם נאמר שאם מכר חיטים לבנות ונמצאו אדומות, שהם שני סוגים שונים, שניהם יכולים לחזור בהם, ונימק רשב"ם שם (ד"ה ונמצאת לבנה) שיש שרוצה מין זה ויש שרוצה מין זה, כלומר, זה טעות יסודית לשני הצדדים, והן המוכר הן הקונה לא היו מתקשרים בחוזה אילו ידעו את האמת.

רז"נ גולדברג (לעיל, הערה 36), עמ' 183, הסביר שבטעות רגילה, רק הצד הטועה יכול לחזור בו, מפני שיש אומדנא שהוא כאילו התנה שאם יימצא שטעה, וירצה לבטל את החוזה, יוכל לבטל, ואם לא ירצה לבטל, החוזה יהיה תקף; ואילו בטעות של שני מינים שונים, יש אומדנא שאינו רוצה כלל בחוזה, ולכן גם אם הוא אומר עכשיו שהוא רוצה בקיומו, הצד השני זכאי לבטלו.

על זכות הצד השני לבטל, ראה: דברי גאונים, כלל פז, אות לה; כתר ג, עמ' 270־290.

68 סמ"ע, סימן רלג, ס"ק ג.

מחנה אפרים, הלכות מכירה, דיני אונאה, סימן יב, מדייק מטור, חו"מ, סימן רלב, סעיף ד, שאם הקונה רוצה שהחוזה יתקיים אבל רוצה לקבל את הבדל השווי בגלל הפגם, יכול המוכר לחזור בו.

נתיבות המשפט, סימן רלג, ס"ק א, כותב שאם הטעות במהות העיסקה גררה הפרש במחיר של שישית בדיוק, והמתאנה דורש את ההפרש, יכול המאנה לבטל את החוזה. כנראה, הוא סבור שצירוף הפגם והפרש השישית שקול להפרש של יותר משישית, שבו המאנה יכול לבטל את החוזה אם המתאנה דורש את ההפרש בלי ביטול החוזה, כפי שנראה להלן, הערה 360.

69 סמ"ע, סימן רכז, ס"ק ח, לגבי אונאה במחיר: "וגם הוא [המתאנה] אינו יכול לחזור בו".

לעמדת החוק בשאלה האם צד הזכאי לבטל, שמחל על זכותו, רשאי עדיין לבטל, ראה סעיף 20, הערה 3.

70 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג (הובא בשו"ת אור גדול, סימן ה, אות יד, במשנת עזר, חלק ב, סימן לט, ובשו"ת משפטי הלוי, חלק ב, סימן א, אות ז), ובקיצור בשו"ת הרמב"ם (מהד' בלאו), סימן רעה; טור, חו"מ, סימן רלב, סעיף ד (הובא בשו"ת מהר"ם פדובה, סימן לט); אורחות חיים, חלק ב, סימן מב, עמ' 474; שו"ת הרשב"ש, סימן תקפא; צרור הכסף הקצר, דרך ד, שער ד, אות ב (עמ' קל), והארוך, דרך ד, שער ד, אות ב (עמ' שיט); שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף ג; שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף רו (קלו); ערוך השולחן, חו"מ, סימן רלב, סעיף ד; חושן אהרן, סימן רכז, סעיף ז; פסקי דין של הרבנות ירושלים, דיני ממונות, כרך א, עמ' קלה.

שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן מא (הראשון, שנדפס לפני סימן מ), כותב שגם אם התנה בפירוש בשעת הקנייה שהוא קונה "על מנת שאין בו פגם", והשתמש בממכר, הראה בכך שמחל.

דין דומה יש באונאה: חידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא נ ע"ב, ד"ה יתר (הובא בפתחי תשובה,

חו"מ, סימן רלב, ס"ק א, במחנה אפרים, הלכות מכירה, דיני אונאה, סימן ה, ובמבוא למשפט העברי בימי התלמוד [אלבק], עמ' 184), ונתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק א, כותבים שאם השתמש הקונה בחפץ אחרי שנודע לו שהתאנה יותר משישית, לפני שהודיע למוכר על כך, השימוש בו מראה שמחל על האונאה, שהרי אילו היה בדעתו לבטל את החוזה, היה אסור לו להשתמש בו. אבל הם כותבים שבאונאה של שישית בדיוק, השימוש אינו מראה שמחל, שהרי החפץ עתיד להישאר אצלו, והוא רק יקבל החזר של העודף, ולכן היה רשאי להשתמש בו גם אם התכוון לדרוש את העודף. אבל ערוך השולחן, חו"מ, סימן רכז, סעיף ח, וסימן רלב, סעיף ד, כותב שבאונאה השימוש אינו מוכיח שמחל, מפני שייתכן שציפה שיתפשרו (כלומר שהמוכר יחזיר לו את ההפרש, גם כשההפרש יותר משישית), והרי הוא באמת רוצה את החפץ, שלא כבקונה שמצא פגם בחפץ. כנגד טענה זו, מסביר שו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן י (יד ע"ג), שהריטב"א סובר שהיות שייתכן שהמוכר יחליט לבטל את המקח (באונאה של יותר משישית), אסור היה לקונה להשתמש בחפץ, שהרי השימוש הוא גזל, ולכן העובדה שהשתמש בו מוכיחה שמחל; ולכן כותב הריטב"א (הובא בעטרת ישראל, חלק התשובות, סימן כ, עמ' קפד, ובתולדות שם, רבינוביץ, סימן ד, אות ג) שאם השתמש בחפץ אחרי שהודיע למוכר, אין שימושו מוכיח שמחל (שלא כמו בפגם במקח — ראה בשמו בהערה 75), שהרי העובדה שהמוכר לא השיב לו שברצונו לבטל את המקח, מראה שבדעתו רק להחזיר את ההפרש, ואם כן, החפץ שייך לקונה, ואין בזה גזל, ואין כאן הוכחה שמחל על ההפרש. אוצר מפרשי התלמוד, בבא מציעא נ ע"א, הערה 116, מוסיף, שבכל זאת, גם באונאה של יותר משישית, עדיין הקונה רשאי לבטל את המכר (אף שאמרנו שבדעתו רק לדרוש את ההפרש), מפני שנשאר דין ביטול מקח, כיוון שיש אונאה של יותר משישית והוא לא מחל. ראה על כך פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יא, סעיף כ.

לגבי טעות בכמות, היינו שהמוכר נתן לקונה פחות מהכמות המוסכמת, דברי גאונים, כלל ו, סימן י, כותב על פי מה שכתב נתיבות המשפט שם, שבאונאה של שישית אין הוכחה שמחל, מכאן שבטעות בכמות, מאחר שהמקח קיים אלא שמוטל על המוכר להשלים את החסר (ראה להלן, פרק שישי, ד), שימוש הקונה במה שקיבל אינו מוכיח שמחל, שהרי מה שהשתמש בו היה שלו, ואין כאן גזל, גם אם לא מחל. והוא תמה על שו"ת הרשב"ש, סימן תקפט (בסופו), הכותב לגבי טעות בכמות, ששימוש מוכיח שמחל.

בטעות בחלוקת שותפות: שו"ת צמח צדק (שניאורסון), חו"מ, סימן מג (ד"ה ומה שטוענים), כותב שאם בית דין חילק ירושה בין יתומים, וטעה בשומא, ושתק היתום הנפגע כשנודע לו, כבר אינו יכול לבטל את החלוקה, מפני שהשתמש בנכסים; ואף שהיה מוכרח להשתמש בחלקו עד ביטול החלוקה, היה צריך להודיע שהוא מתנגד, והרי שימוש אחרי שהודיע אינו הוכחה שמחל, כדברי מחנה אפרים, להלן הערה 75.

חריגים: עטרת ישראל, חלק התשובות, סימן כ, עמ' קפד, כותב שבמצב שאפשר לתקן את הטעות על ידי ניכוי מהמחיר (כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 209), השימוש בחפץ אינו מוכיח שמחל, שהרי השימוש יכול להוכיח שהקונה אינו רוצה בביטולו הגמור של המכר, אבל אינו מוכיח שוויתר על הניכוי.

כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רלב, הגהות בית יוסף, אות לז (הובא בשו"ת דברי משה, מזרחי, חו"מ, סימן קח), כותב, שאם זהו דבר שהוא מרוויח בו, כך שאם הוא רוצה לבטל את החוזה עליו להחזיר למוכר גם את הרווח, השימוש אינו מוכיח שמחל, מפני שייתכן שהשתמש בדרך שכירות, על דעת לשלם שכר למוכר. שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן מא (הראשון, שנדפס לפני סימן מ), כותב שאם הפגם אינו מפריע לשימוש הנוכחי, השימוש אינו מוכיח שמחל, מפני שהוא יכול לטעון שהתכוון לתבוע את המוכר ברגע שהפגם יפריע לשימוש. אבל מן הפרשנים (שנביא להלן, הערה 71) שנימקו ששימוש מוכיח שמחל מפני שיש בו גזֵלה, מוכח שלדעתם הדין כך גם בפגם שאינו מפריע לשימוש. כנראה, הראנ"ח מבין שהטעם ששימוש מוכיח שמחל הוא שהיות שהשתמש אף שהפגם מפריע לשימוש, הראה שהפגם אינו מפריע לו.

בפסקי דין של רבנות ירושלים, כרך ג, עמ' עג, כותב שגם אם השתמש בממכר אחרי שנודע לו הפגם, הרי אם הלך לקנות דבר כזה במקום אחר, וידוע שהתכוון להפסיק להשתמש בממכר כשיהיה לו אחר, אנן סהדי שלא מחל, ויכול לבטל את החוזה.

בעניין שימוש הקונה בממכר, ראה; חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק טו, סעיף ט, ופרק טז, סעיף ג; פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יב, סעיפים ח־ט, ופרק יג, סעיף ח; נתיב יושר, פרק כג, סעיפים ב־ד.

בו, וזו גזֵלה; והיות שיש חזקה שהוא אינו גזלן, השימוש מוכיח שמחל; וחזקה זו גוברת על החזקה שאין אדם מוחל על פגם[71].

זכותו לבטל את המכר מחולה עקב השימוש גם אם עדיין לא שילם בעד הממכר, ואינו יכול לטעון "לא חששתי שיאמרו שהשימוש מוכיח שמחלתי, שהרי כספי בידי", שהרי כאן אין תביעתו על הכסף אלא על עצם החפץ, ולא מועיל לו שהכסף בידו[72]; ואין לומר שלא מחל, אלא תיכנן שאם המוכר לא יסכים לבטל את המכר, הוא יעכב את הכסף — שהרי אז יצטרך לשלם לו דמי שימוש, שכן שואל שלא מדעת הוא גזלן, ואילו היה בדעתו לבטל את המכר, לא היה נוהג כגזלן[73].

[71] שו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן י (יד ע"ב); שו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן רפה; דברי גאונים, כלל ו, סימן י; שו"ת דבר יהושע, חלק א, סימן עא, עמ' רל; שו"ת בית שערים, חלק ג, סימן פב (ד"ה אבל פשר); שו"ת חבצלת השרון, חלק א, אהע"ז, סימן סג; שו"ת צמח צדק (שניאורסון), חו"מ, סימן לו.
גם דיברות משה, בבא מציעא, חלק ב, סימן נ, ענף ג, עמ' קי, מסביר ששימוש מוכיח שמחל, מפני שאם לא כן, נמצא שהוא גזלן; ומוסיף שגם אם יאמר שהתכוון להשתמש בגזל, או על דעת לשלם דמי שכירות, אינו נאמן, שהרי זה אסור; וגם אם הוא אדם שהכול יודעים שאינו חושש כל כך מאיסור גזל, הרי היות שיש לו אפשרות להשתמש בהיתר על ידי מחילה, מניחים שמחל.
נפקויות מנימוק זה: תשורת ש"י, שם, כותב שבשכירות בית, גם אם השוכר המשיך להתגורר בבית אחרי שגילה את הפגם, אין זה מראה שמחל, משום שהשימוש שלו בבית אינו נחשב גזל גם אם בדעתו לבטל את החוזה, שהרי טוב למשכיר שימשיך להתגורר בו וישלם דמי שכירות, כיוון שיהיה קשה לו למצוא שוכר אחר באמצע הזמן, ומצד שני אין לשוכר אפשרות לצאת משם, כיוון שלא יוכל למצוא בית אחר מיד, והוא אנוס לגור שם.
נתיבות השלום (כהנוב), אורחות משפט, נתיב לב, אות יז, מעלה אפשרות שאם הקונה עם הארץ ואינו יודע שאסור להשתמש בממכר אחרי שהחליט להחזירו, יכול לחזור בו גם אם השתמש בו, אם הוא מצהיר שאינו מוחל. אבל פתחי תשובה, חו"מ, סימן רלב, ס"ק א, חולק עליו בנימוק ש"לא פלוג רבנן".
נתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק א (הובא בצמח צדק, שם), כותב שאם מדובר בבהמה העובדת, והמוכר לא היה שם, כך שהקונה לא היה יכול להחזיר אותה, רשאי הקונה להשתמש בה גם אחרי שנודע לו הפגם, ולכן השימוש אינו מוכיח שמחל. גליא מסכת שם מנמק, שרק שימוש שאסור לעשות אם בדעתו לבטל, מוכיח שמחל.
שו"ת משפטי הלוי, חלק ב, סימן א, אות ט, כותב שמי שקנה מכונית ומצא בה מום והמשיך להשתמש בה, אין הדבר מוכיח שמחל, אם כבר שילם את אגרת הרישום ואת הביטוח לכל השנה, מפני שחבל לו להפסיק להשתמש במכונית, כמו שכתב נתיבות המשפט לגבי בהמה שעובדת; ואמנם נתיבות המשפט התיר להשתמש בבהמה רק כשיעור כיסוי הוצאותיו, אבל כאן אין לומר כך, אלא עדיף שישתמש במכונית וישלם למוכר דמי שימוש בה.

[72] גליא מסכת שם (דף יד ע"ג).

[73] שו"ת דבר אליהו (לרמן), סימן פד (ד"ה ונראה לענ"ד). עוד נימק, שגם אילו כבר שילם, היה המוכר חייב להחזיר לו את האונאה, והשאלה היא רק על קיום המכר, ולעניין זה השימוש מוכיח שהוא רוצה בקיום המכר. הוא מוכיח משו"ת הריב"ש, סימן תג, בסופו, שגם אם מחל הקונה על זכות הביטול, על המוכר להחזיר לו את האונאה. אבל זה לא ייתכן, שהרי הרמב"ם והשולחן ערוך (להלן, הערה 85) אומרים בפירוש להיפך. אין ראיה מהריב"ש, שכן הוא דיבר במחילה לפני כריתת החוזה, שעשו תנאי מראש שגם אם יהיה פגם במכר, המכר יחול, ובזה אומרים שלא מחל על אונאה.
דבר אליהו כותב זאת כניגוד לקונה שלא השתמש בממכר, אלא שתק, והיה לו זמן לבדוק ולמצוא את הפגם, שבזה אומר משנה למלך, שאם הכסף בידו, אין מניחים שמחל — ראה לעיל, ליד ציון הערה 54. אבל ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בעניין מחילה מכללא אם יש למוחל מיגו, שתשורת שי, שם, אומר שכאן נאמן לומר שלא מחל, מפני שיש לו מיגו, שהיה יכול לטעון שכבר פרע.

אבל שימוש הקונה בנשוא החוזה לפני שנודע לו על הפגם אינו מוכיח שמחל, שהרי ייתכן שאילו ידע על הפגם, היה רוצה לבטל את החוזה ולא היה משתמש בו[74].

כמו כן, אם הודיע הקונה שבדעתו לבטל את החוזה, ואחר כך השתמש בממכר, הוא עדיין זכאי לבטל את החוזה[75], כפי שנראה בדיוננו בסעיף 20, שאם הודיע שברצונו לבטל את החוזה, אינו יכול לחזור בו[76].

דוגמה נוספת להתנהגות המלמדת על מחילה על זכות הביטול היא, אם הקונה לקח את החפץ למקום רחוק לנסות למָכרו שם. הדבר מוכיח שמחל על זכות ביטול המכר, שהרי אילו תיכנן לבטל, לא היה עושה איסור כזה, לעשות סחורה בחפץ של חברו; אבל המוכר חייב להחזיר לו את דמי האונאה, כאמור[77]. קל וחומר שאם מכר הקונה חלק ממה שקנה אחרי שנודע לו על הפגם, הדבר מוכיח שמחל על זכות הביטול[78].

[74] כך עולה מהרמב"ם ושולחן ערוך (לעיל, הערה 70), שנקטו לשון "לאחר שנודע". וכך כתב חידושי הריטב"א (החדשים), בבא מציעא נ ע"ב, לעניין אונאה במחיר.
דעות חולקות: ר' יעקב שאול אלישר, בשו"ת יישא איש, חו"מ, סימן ד (ד"ה ולפי), כותב שכוונת הרמב"ם היא שהשימוש מוכיח שראה את הפגם, על פי הכלל: "אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו" (כתובות עה ע"ב). לפי דעתו, אין הבדל בין שימוש לפני שנודע לו לבין שימוש אחרי שנודע לו. גם משו"ת שער יהושע, חלק א, סימן מ (עמ' קמז), נראה שהבין שהרמב"ם סובר שאם השתמש בממכר, יש להניח שמחל, מפני שמן הסתם ידע על המום, כלומר, שמן הסתם נודע לו על ידי השימוש בו; והוא כותב שהדברים אמורים רק במום הנראה לעין.

[75] כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רלב, הגהות בית יוסף, אות לז (הובא בשו"ת דברי משה, מזרחי, חו"מ, סימן קח); מחנה אפרים, הלכות מכירה, דיני אונאה, סימן ה (הובא באמרי איש, דדש, שו"ת, סימן טז). מחנה אפרים מביא ראיה ממה שהריטב"א, שם, כותב כך לעניין אונאה של יותר משישית.
דעות חולקות: גליא מסכת (לעיל, הערה 72) כותב שגם שימוש בחפץ אחרי שהודיע למוכר הוא הוכחה שמחל, שהרי גם אז השימוש אסור. לדעתו, אין ראיה מהריטב"א בעניין אונאה, משום ששם אין איסור שימוש — ראה בשמו בהערה 70.
ערוך השולחן, חו"מ, סימן רלב, סעיף ד, כותב שאם הוא תלמיד חכם, שיודע שהשימוש מראה על מחילה, זו מחילה גם אם השתמש בממכר אחרי שהודיע למוכר על הפגם.
על שימוש אחרי ההודעה, ראה שו"ת שביתת יום טוב, חו"מ, סימן ד.

[76] נחלת צבי, סימן רלב, סעיף ג (וכתב שיצטרך לשלם למוכר דמי שימוש); שו"ת ברכת רצה, סימן יד.

[77] דבר אליהו, לעיל, הערה 73 (ד"ה ולחקירה השלישית). גם שו"ת ר"ש דוראן (תשב"ץ, חלק ד, טור א), סימן ח, כותב שאם ידע על הפגם, ובכל זאת לקח את החפץ למקום אחר למכור אותו, זו מחילה, כאילו השתמש בו.
דעה חולקת: שו"ת דברי חיים, חלק א, חו"מ, סימן לו, כותב שהובלת הממכר למקום רחוק אינה נחשבת מחילה, ואינה כמו שימוש בו.

[78] שו"ת הרשב"ש, סימן תקפט (בטעות כמותית); כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רלב, הגהות הטור, אות יא; ר' אברהם מיוחס, בשו"ת בני אברהם, חו"מ, סימן סא.
דעות חולקות: ר' חיים שמואל, בשו"ת בני אברהם, שם, כותב שהעובדה שמכר חלק מן הממכר אינה מוכיחה שמחל לגבי השאר, והוא מביא לכך ראיה משו"ת הרא"ש, כלל קב, סימן ז (את ראייתו דחה ר' אברהם מיוחס, שם). גם שו"ת שביתת יום טוב, חו"מ, סימן ד, בסופו, מוכיח משו"ת הרא"ש שם שאין זו הוכחה שמחל, ונימק, שיכול לטעון שמכר כדי לבדוק האם יש מי שמוכן לקנות את הסחורה למרות הפגם. שו"ת דברי משה, מזרחי, חו"מ, סימן קח, מעיר שנימוק זה אינו שייך אם הקונה ראה שחלק מהסחורה פגום, ומכר חלק אחר מהסחורה.
שו"ת צמח צדק (שניאורסון), חו"מ, סימן לו, כותב שהעובדה שהקונה מכר את הנכס אינה הוכחה שמחל, מפני שייתכן שמכר אותו לטובת המוכר, כדי שלא יצטרך לבוא למקומו של הקונה ולקחת את הנכס ולמָכרו; ולכן אם מדובר בסחורה שמקובל להוליכה מן המקום שקנה אותה למקום שמכר אותה, והמוכר היה צריך

בשאלה, האם עצם אי ההקפדה ואי המחאה ברגע שהתגלתה הטעות מתפרשת כמחילה, נעסוק בדיוננו בסעיף 20[79].

אם הצד הטועה בחר למחול על זכות הביטול, האם מקבל החוזה תוקף למפרע? או שמא רק משעת המחילה?

מדברי הר"ן[80] לגבי מחילת תנאי[81] שאינו ממוני בקידושין, עולה שאם בחר הצד הטועה שלא לנצל את זכות הביטול, תחולת החוזה היא למפרע. הר"ן מסביר שאדם שקידש אשה בתנאי לא ממוני, ובעת ההתניה לא ידע אודות אופן קיום התנאי על ידי האישה, ואחר כך מחל על התנאי, נחשב הדבר כאילו התנה מראש שהקידושין יהיו תלויים ועומדים עד שייוודע לו אופן קיום התנאי, ויחליט אם להקפיד על קיום התנאי. מלשונו של הר"ן: "שהקידושין (היה) [היו] תלויין", עולה שאם הוא מחליט למחול על קיום התנאי, הקידושין חלים

למכור אותה, ומכר אותה הקונה במחיר הרגיל, חייב המוכר לשלם לו על הפגם; ואף ששולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף כא, כותב שהקונה חייב להודיע למוכר שהוא רוצה לבטל את החוזה, הדברים אמורים רק אם לא ייגרם מכך הפסד לקונה.

על קונה שמכר את הנכס, ראה נתיב ישר, פרק כג, סעיף ו.

דוגמה נוספת למחילה מכללא על זכות הביטול מצויה בשו"ת פרי השדה, חלק א, סימן א (ב ע"א). הוא דן במי שכתב שטר מכירת חמץ עם פירוט החמץ, וכתב שכל חמץ שאינו ידוע לו נתון לגוי במתנה; והתברר ששכח לפרט הרבה יי"ש, שהוא חמץ יקר. לכאורה, זו מתנה בטעות, שכן אילו זכר בשעת המכירה את היי"ש, לא היה נותן אותו במתנה. בכל זאת הוא פוסק שהמתנה תקפה (והחמץ מותר, והגוי מן הסתם יחזיר אותו ליהודי), מפני שאילו, ברגע לפני שעת איסור חמץ, בשעה שכבר לא היה יכול למָכרו, היה נזכר שיש לו יי"ש, בוודאי היה רוצה להיפטר מהיי"ש כדי שלא לעבור על האיסור, שהרי אז כבר אינו שווה כלום, ולכן יש לו גמירת דעת להקנותו כדי שלא לעבור על האיסור. נשאלת השאלה, הרי לא הייתה לו גמירת דעת בעת יצירת החוזה, ואיך מקבל החוזה תוקף על ידי רצונו שלאחר מכן? נראה שהתשובה היא, שיש כאן מחילה מכללא על זכות הביטול, ולכן מקבל החוזה תוקף למפרע (כלהלן, ליד ציון הערה 83), ולכן החמץ לא נאסר.

[79] עניין אחר הוא הזמן שניתן לו לחזור בו לפני גילוי הטעות. בעניין זה, באונאה במחיר, אם עבר זמן שהקונה היה יכול לברר את המחיר האמתי ("כדי להודיע לתגר או לקרובו"), ולא בירר, כבר אינו יכול לחזור בו, אף שעדיין לא נודעה לו הטעות, כפי שנראה להלן, פרק שמיני, ד(3), מפני שמניחים שמחל על זכות הביטול. אבל לעניין פגם שנמצא בממכר, אין הגבלה כזאת, כפי שכתבו רי"ף, בבא מציעא ל ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בצרור הכסף הקצר, דרך ד, שער ד, אות א, עמ' קכט, והארוך, דרך ד, שער ד, אות א, עמ' שיח, בשו"ת שפת הים, חו"מ, סימן נ, דף קנה ע"ב, וסימן נה, דף קנח ע"א, בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן י, ד"ה תשובה, ובברכת שמואל, בבא מציעא, סימן מו), בשם רב האי, ושו"ת הרי"ף, סימן קנג (הובא במישרים, נתיב יא, חלק ו); חוקות הדיינים, סימן רג (עמ' שנד); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קמז; שו"ת חוקי חיים (גאגין), סימן מג (צד ע"א); שו"ת הלכה למשה (אלבז), חו"מ, סימן מה.

חידושי הריטב"א (הישנים), בבא מציעא נ ע"ב, ד"ה וזה (הובא בפסקי דין ירושלים, כרך ה, עמ' קל), נימק שתגר אינו בודק פגמים, ויודע רק מחירים, ולכן לעניין פגם, אין הגבלה "עד שיראה לתגר", מפני שאין מצפים מהקונה לפנות אליו. גם שו"ת זרע יעקב (בן נאים), סימן כא, נימק שאין לתגר יתרון על פני אדם רגיל בגילוי פגמים, אלא רק בעניין ידיעת המחירים.

שו"ת מגן גיבורים (אשטרושא), סימן יח, מסביר שדווקא באונאה נקבע שיעור "כדי שיראה לתגר", מפני שקונה רגיל להראות את הממכר לתגר כדי לברר אם התאנה, ולכן, אם לא עשה כן, זו מחילה; אבל בפגם אין דרך להראות לתגר, מפני שמן הסתם אין פגם בממכר.

[80] ר"ן על הרי"ף, כתובות לג ע"ב (בדפי הרי"ף).

[81] השווה לאמור לעיל פרק שלישי, ב, והערה 35, ובמיוחד לדברי מקור חיים.

למפרע[82]; ומדברי האחרונים[83] עולה שעיקרון זה נכון גם לגבי חוזה מכר שיש בו פגם או אונאה[84].

לפי דברי הר"ן, ניתן להסביר את מנגנון הבחירה בכך שיש מעין התנייה מכללא של הצדדים לחוזה שתחולת החוזה תהיה תלויה ועומדת עד שהצד שטעה יגבש את עמדתו ביחס לטעות. הנחה זו מתחשבת בשיקוליו המשתנים של המתקשר בחוזה, במובן זה שקיים פער בין הקפדה של אדם על פרטי נשוא העסקה לפני כריתת החוזה, לבין הקפדתו לאחריה. קיימת נטייה אצל האדם להשלים בדיעבד עם פגמים מסוימים, שמלכתחילה לא היה מסכים שיהיו קיימים בנשוא העסקה. אפשר לומר, שתגובתו של הצד הטועה בסופו של דבר, חושפת את כוונתו בדבר השאלה, האם הייתה לו גמירת דעת בתחילתו של דבר בכריתת החוזה?

אם ויתר הצד הטועה על זכותו לבטל את החוזה, אינו זכאי לדרוש מן הצד השני לפצותו על הטעות, כגון את ערך הפחת בקניית נכס פגום. אם דרש זאת, הצד השני יכול להשיב לו: או בטל את החוזה, או קַיים אותו בלי קבלת פיצוי[85].

ז. מחילה על זכות הביטול בעת כריתת החוזה

האם יכולים הצדדים לחוזה לוותר מראש על זכות הביטול, כך שגם אם יתברר שצד אחד טעה, לא יוכל לבטל את החוזה?

לדעת פרידמן[86], באופן עקרוני, סעיף זה הוא דיספוזיטיבי, ואפשר להתנות עליו; אלא שלמעשה, התנאה זו עצמה פגומה בדרך כלל בפגם של טעות, שכן אילו ידע הצד הטועה את האמת, לא היה מסכים להתנות כך. אבל במצב שההתנאה אכן אינה פגומה בטעות (כגון באמירה: "אנחנו יודעים שייתכן שאנחנו טועים, ובכל זאת אנחנו מוותרים על זכות הביטול"), יש לה תוקף, ונשללת זכות הביטול מהצדדים.

[82] על פי הסבר הר"ן, ניתן לענות על השאלה כיצד חל המכר אם מחל הקונה, הרי צריך מעשה קניין בשעת המכר? כך שאל הראב"ד (המובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא נז ע"א), על אונאה של יותר משישית, שהדין הוא שאם שתק הקונה במשך הזמן שהיה יכול להראותו לתגר או לקרובו ולברר אם טעה במחיר, הפסיד את זכות הביטול: "ואם לא חל עליו מתחלה שם מכר, היאך מתקיים המכר אחר זה השיעור [בכדי שיראה לתגר או לקרובו]?". ומתוך כך הסביר הראב"ד שהמכר אכן תקף גם בטעות של יותר משישית, ובכל זאת מניחים שהתכוונו שהקונה יכול לחזור בו תוך הזמן הזה.

[83] סמ"ע, סימן רכז, ס"ק ח; מחנה אפרים, הלכות מכירה, דיני אונאה, סימן יב; נתיבות המשפט, סימן רכז, ס"ק א; בית יעקב (מסקין), סימן יז, דף כג ע"ג ודף כד ע"ג; תולדות שם (רבינוביץ), סימן ד ("דגל יהודה"), אות ה (על שימוש, שמראה שמחל — ראה לעיל, ליד ציון הערה 70); ברכת שמואל (לעיל, הערה 17). ראה גם שו"ת ראשי בשמים, חו"מ, סימן צא, אותיות ו־ז.

[84] דעה חולקת: מדברי עליות דרבנו יונה, בבא בתרא פד ע"א (הובא ברא"ש, בבא בתרא, פרק ה, סימן יד), נראה שאם הייתה אונאה במחיר, והמתאנה לא חזר בו בתוך הזמן הקצוב שניתן לו לחזור בו, המכר חל מכאן ולהבא. מחנה אפרים שם עושה הבחנה בעניין זה: אם הנכס התייקר בינתיים, כך שהסיבה שהסכים למכר היא בגלל היוקר, המכר חל רק מכאן ולהבא; אבל אם לא התייקר, ובכל זאת הסכים למכר, המכר חל למפרע. לא ברור איך יענה על שאלת הראב"ד (לעיל, הערה 82), איך חל המכר מכאן ולהבא בלי עשיית מעשה קניין חדש?

[85] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ד; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף ד. וראה על כך לעיל, הערה 73, ולהלן, הערה 360. על מחילה על זכות הביטול, ראה כתר ג, עמ' 291־319.

[86] פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 127. הוא כותב כך גם לעניין זכות הביטול בגלל כפייה, הקבועה בסעיף 17. כמו כן, שלו, דיני חוזים, עמ' 52, עושה רשימה של סעיפים קוגנטיים בחוקי החוזים, וסעיף זה אינו ביניהם.

הרמב"ם[87] פוסק לעניין מקח טעות: "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 שיימצא במקח זה הפוחת דמיו עד כך וכך, קבלתי אותו', שהמוחל צריך לידע הדבר שמוחל לו בו ויפרש אותו כמו המפרש האונאה". הרי שבעיקרון, יכולים הצדדים למחול מראש על זכותם לבטל את החוזה עקב טעות, ובלבד שהמחילה תהיה מפורטת במיוחד, כמו בנוסח שמציע הרמב"ם.

לפי הגישה[88] שזכות הביטול יסודה בחוסר גמירת דעתו של הטועה, הרי כאן, שהסכימו במפורש שהחוזה יהיה תקף גם אם יתברר שאחד מהם טעה, יש לצדדים גמירת דעת רחבה הכוללת גם מצב של טעות. גם לפי הגישה השנייה[89], שזכות הביטול יסודה בתנאי מכללא שהחוזה מותנה בהיעדר טעות, הרי אם הסכימו לשלול את זכות הביטול, גילו בכך את דעתם, שלא התכוונו שהחוזה יהיה מותנה כך.

הסברים אחדים ניתנו לכך שאין תוקף להתנאה לשלול את זכות הביטול אם אינה מפורטת במיוחד, כאמור. המגיד משנה[90] מסביר שדין זה נלמד מדין אונאה במחיר, שלא מועיל בה

[87] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ו. כך כתבו בעקבותיו גם אורחות חיים, חלק ב, סימן מב, עמ' 474, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף ז.
אם מחל מראש על פגם מסוים, אבל הפגם גרם להפרש במחיר, יחולו דיני האונאה; ראה הערה 73.

[88] לעיל, ליד ציון הערה 35.

[89] לעיל, ליד ציון הערה 36.

[90] מגיד משנה, הלכות מכירה, שם. כך נימקו גם: כסף משנה, הלכות מכירה, שם; בדק הבית, חו"מ, סימן רלב, סעיף ז; ש"ך, חו"מ, סימן רלב, ס"ק ד; ושו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קסו. הם מביאים ראיה ממה שהרמב"ם שם מסיים במילים "כמו המפרש באונאה", משמע שטעמו כמו באונאה.
לשיטתו, שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף ז, פוסק כרמב"ם שם, אף שהטעם השני (להלן, ליד ציון הערה 93) אינו שייך לדעתו, שהרי בהתחייבות שאינה קצובה פסק שלא כרמב"ם (ראה להלן, הערה 96).
כך הסביר את דעתו סמ"ע, סימן רלב, ס"ק טז (הובא בשו"ת בני יהודה, סימן מב, דף קה ע"ג). אלא שהסמ"ע אינו משווה זאת למקרה רגיל של "על מנת שאין לך עלי אונאה", אלא לדין שברמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה יא, שאם אמר המוכר לקונה: "דע שהחפץ שווה רק זוז, ובכל זאת אני מוכר במאה זוז", המחילה אינה תקפה, ויש כאן אונאה, מפני שהקונה יכול לומר "חשבתי שאתה אומר כך רק כדי להניח את דעתי", וגם בפגם במקח, הקונה אומר "הסכמתי למחול רק משום שחשבתי שאין בו פגם, ושמה שאמרת לי שיש פגם אינו מפני שידעת שיש בו פגם אלא כדי להניח את דעתי", כפי שהסביר סמ"ע, ס"ק טו. גם שו"ת ויקרא אברהם (אדאדי), חו"מ, סימן מג (הובא בשו"ת יביע אומר, חלק ג, חו"מ, סימן ד, אות א), מבאר שהשולחן ערוך הולך כאן לשיטתו בבדק הבית.
ר' יצחק זאב זמורה, "בדין מקח טעות וקידושי טעות", בית אהרן וישראל נז (שבט־אדר תשנ"ה), עמ' כח, כותב שהטעם שלא ידע דמחל (שהוא מייחס לשולחן ערוך) מובן רק על פי זיכרון שמואל, שכתב שמקח טעות בטל מפני שיש חסרון בעיקר "דעת המעשה" (ראה בשמו לעיל, הערה 35), וגם כאן שייך טעם זה, מפני שהקונה לא חשב שיש פגם במקח; ואינו מובן לפי שיטת ר"ע איגר (לעיל, ליד ציון הערה 36), הכותב שמקח טעות בטל מדין תנאי, שאנן סהדי שהוא מקפיד, וכאילו התנה, שהרי כאן, שהסכים לתנאי של המוכר, אין לומר שהוא כאילו התנה להפך. הוא מוסיף, שאף שר' חיים הלוי, הלכות מכירה, פרק יג, הלכה ג, כותב שרק במתנה על מה שכתוב בתורה, הדין הוא שאם לא ידע דמחל, התנאי חסר תוקף, הרי גם מה שמקח טעות בטל הוא מדין אונאה (נראה שכוונתו היא, שגם מכירת חפץ פגום אסורה כשם שאונאה אסורה), ונחשב שמתנה על מה שכתוב בתורה, לכן התנאי חסר תוקף אם לא ידע דמחל.
שו"ת דבר אליהו (לרמן), סימן פד, כותב (בדומה למגיד משנה) שגם לדעה שמועילה התחייבות שאינה קצובה, אין מועילה מחילה על פגם במקח אם אינה קצובה, מפני שהיא מחילה לא ודאית, שהרי המוחל אינו יודע על הפגם, וזה דומה למחילה בטעות, מפני שבפגם במקח יש שני חסרונות: אולי בכלל אין פגם,

תנאי "על מנת שאין לך עלי אונאה", אלא אם אמר "אני יודע שהוא שווה כך וכך, ובכל זאת אני משלם יותר" (או "נוטל פחות")[91]; והטעם הוא, שבלי קצבה זו, "לא ידע דמחל", כלומר, שקיים פגם בגמירת הדעת בקבלת התנאי אם אינו מפורט במיוחד, כאמור. הסמ"ע[92] מסביר שגמירת הדעת פגומה, מפני שיש להניח שהקונה היה בטוח שאין פגם בממכר, ואף אם המוכר אמר "יש בממכר פגמים, ובכל זאת לא תוכל לחזור בך", יש להניח שחשב הקונה שהצהרת המוכר על הפגמים אינה אמתית, אלא נועדה לבטח את עצמו ("להשביח את דעתו"); ואילו ידע שאכן יש בו פגם, לא היה מסכים לתנאי זה.

הטור[93] נימק שפסיקת הרמב"ם נובעת מכך שהוא סבור שהתחייבות צריכה להיות קצובה[94], וממילא גם מחילה צריכה להיות קצובה[95]. לפי נימוק זה, היות שהלכה היא כרוב הפוסקים שהתחייבות שאינה קצובה היא תקפה[96], גם מחילה שאינה קצובה תקפה[97], וממילא יש תוקף להתנאה מראש, שבה כל צד מוחל על זכות הביטול אם יטעה, גם אם היא התנאה כללית[98].

וגם אם יש פגם, הקונה אינו יודע מה שוויו (יש להעיר שנימוק זה אינו שייך במחילה רגילה שאינה קצובה, כשהמוחל יודע שיש חוב, אבל אינו יודע כמה הוא). עוד נימק, על פי בני שמואל, בחידושיו על הטור, סימן ס, דף פז ע"ד, האומר שגם לדעת הרמב"ם מועילה התחייבות שאינה קצובה אם המתחייב מקבל תמורה (למקורות נוספים לכך, ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 50); ובמחילה שאינה קצובה במקח טעות אפשר לומר להפך: כיוון שהמוכר מקבל תשלום, הקונה אינו יכול למחול על דבר שאינו קצוב, מפני שאינו גומר ומקנה למוכר; ומה שהקונה מקבל את החפץ אינו נחשב הנאה, שהרי יש בו פגם (שוב יש להעיר שנימוק זה אינו שייך במחילה רגילה שבה המוחל אינו משלם לנמחל). הוא כותב שיש סיבה נוספת שלא תועיל מחילת אונאה אם אינה קצובה: מפני שהיא בגדר מִלווה הכתובה בתורה, שהיא ככתובה בשטר, ויש אומרים שלא מועילה מחילת חוב כשהשטר בידו (ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על הצורך בעשיית קניין).

[91] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יג, הלכות ג-ד.

[92] סמ"ע, סימן רלב, ס"ק טו-טז.

שו"ת ושב הכהן, סימן מה, בסופו (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן רלב, ס"ק ד), מעלה ספק לפי הסבר הסמ"ע: אם הקונה מודה שבשעת קביעת התנאי "על מנת שאין אתה חוזר עלי", הסכים בלבו לתנאי זה, האם הסכמתו תקפה או שאין תוקף למה שחשב בלבו, שהרי דברים שבלב אינם דברים. ייתכן ששאלה זו תלויה בשאלה הכללית האם מועילה מחילה בלב. ראה: קצות החושן, סימן יב, ס"ק א; פתחי חושן, הלכות הלוואה ואבדה, פרק יב, סעיף ז; חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילה בלב.

[93] טור, חו"מ, סימן רלב, סעיף ז.

[94] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה טז.

[95] ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילה שאינה קצובה. וראה שם, שפרשנים רבים כתבו שהרמב"ם דיבר רק בהתחייבות, אבל במחילה, אינו דורש שתהיה קצובה.

[96] מגיד משנה, הלכות מכירה, שם, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף ב, וסימן רז, סעיף כא, כתבו שרוב הפוסקים חלוקים על הרמב"ם. ראה על כך: חוק לישראל, מתנה, סעיף 5.

[97] למקורות בעניין זה, ראה: חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג) שם.

[98] טור שם, בדעת הרא"ש; שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף רו (קלו).

מדוע הטור אינו מתחשב בנימוק של המגיד משנה? הב"ח על הטור שם (הובא בשו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קסו), מפרש שהטור סבר שאין אומרים "לא ידע דמחל" במחילת מקח טעות, ודווקא באונאה לא מועיל להתנות "על מנת שאין לך עלי אונאה", מפני שלא ידע דמחל, וסתם אדם אינו מוחל אם ההפרש שישית או יותר; לעומת זאת, בפגם במקח, הרי יש אנשים שאינם מקפידים על פגמים מסוימים, ואפשר לומר שגם בסתם, שאינו יודע על הפגם, הוא מוחל.

נתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק ב, מיישב את דעת הטור בדרך אחרת: באונאה, הקונה שילם יותר משווי החפץ, והוא צריך למחול על ההפרש, והיות שלא ידע דמחל, מחילתו אינה תקפה; אבל בפגם, מדובר

ח. טעות במהות נשוא החוזה

בניגוד למה שראינו עד כאן, יש סוג של טעות, שעקב חומרתה, החוזה בטל ולא רק ניתן לביטול: אם נפלה טעות חמורה, עד כדי שינוי במהות נשוא החוזה, התוצאה היא שלא נכרת כלל חוזה. כך כותב השולחן ערוך[99]: "המוכר לחברו מין מיני הפירות, ונתן לו מין אחר, אין

בשמכר חפץ בשוויו הנמוך כמו שהוא שווה עם הפגם, ולא שייך לומר "לא ידע דמחל", אלא שבסתם אומרים שחזקה שאין אדם מוכן לקנות דבר עם פגם אפילו במחיר נמוך, אבל כאן, שהתנה שהוא מוכן לקנות אף שיש פגם, מה שמראה שאינו מקפיד על פגמים, המקח קיים, לפי הטור. פתחי תשובה, חו"מ, סימן רלב, ס"ק ד, מקשה על הסבר נתיבות המשפט, הרי הרמב"ם עוסק בפגם שמפחית משוויו של החפץ, ואף על פי כן הטור חולק עליו ואומר שהמחילה מועילה.

שו"ת מים חיים (סילווא), סימן יג (עמ' רסו), מיישב את הטור (שהוא פוסק כמותו), שהקונה נחשב שידע ומחל, מפני שקנה על דעת שהסכום אינו קצוב. והוא כותב שגם באונאה הדין כך, שדי שיאמר "יודע אני ששווה יותר" בלי לומר "כך וכך".

ב"ח, חו"מ, סימן רז, סעיף כז (הובא בבן ידיד, הלכות זכייה ומתנה, פרק ג, הלכה א, דף מז ע"א, ובשו"ת בני יהודה, סימן מב, דף קה ע"ג), מוצא חסרון אחר במחילה שאינה קצובה במקח טעות: שטעמה של הדעה שהתחייבות שאינה קצובה תקפה, הוא משום שהמתחייב תולה את התחייבותו בדעת עצמו בלבד; אבל במחילת פגם במכר, המכירה תלויה בדעת שניהם, שהמוכר מוכן למכור במחיר נמוך רק אם הקונה לא יחזור עליו בשום טענת פגם, והקונה מוכן למחול רק על פגם קטן, ולא על פגם גדול; ולכן המחילה אינה תקפה, מפני שהקונה יוכל לומר: "לא התכוונתי למחול לך על פי דעתך אלא על פי דעתי, ואני רציתי למחול רק על פגם קטן". יש להעיר, שגם נימוק זה שייך רק במקח טעות ולא במחילה שאינה קצובה רגילה.

על הטעמים השונים להלכה זו, ראה שו"ת שער יהושע, חלק א, סימן מ (עמ' קמד־קמה). על מחילה מראש על זכות הביטול, ראה כתר ג, עמ' 320־322.

[99] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלג, סעיף א. מקורו בבבא בתרא פג ע"ב, וברמב"ם, הלכות מכירה, פרק יז, הלכה ב. סמ"ע, שם, ס"ק א, כותב שהדין כך אף אם אין הבדל בשווי נשוא החוזה.

חידושי מחנה אפרים, על רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג, מעלה ספק אם סופק מין שונה מהמוסכם, והשתמש בו הקונה — האם הדבר מראה שמחל, כמו בטעות רגילה (לעיל, ליד ציון הערה 70), או שמא מאחר שגם המוכר יכול לחזור בו, הדין שונה? אפשר להבין את הספק בשתי דרכים: (א) ייתכן שאין מועילה כאן מחילה מפורשת על זכות הביטול, מפני שהעובדה שגם המוכר יכול לחזור בו מראה שהקניין המקורי לא חל כלל. (ב) מחילה מפורשת על זכות הביטול מועילה (ואז לא יוכל לבטל את החוזה, אם גם המוכר לא ירצה לבטלו), אבל שימוש בנכס (בלי מחילה מפורשת) אינו סימן מסַפק לכך שמחל בלבו, מכיוון שכנגד זה יש הנחה רצינית שאין אדם מוחל על טעות חמורה כל כך. אמרי איש (דדש), שו"ת, סימן טז, כותב שאם כרגע המוכר אינו רוצה לבטל, מועילה מחילת הקונה, והנכס נקנה לו על ידי שקונה מחדש בקניין חצר, כיוון שהנכס נמצא ברשותו; וייתכן שמועיל הקניין המקורי שעשו, משום שהוא היה על תנאי שלא יחזרו בהם (יותר מדויק לומר: על תנאי שימחלו על זכות הביטול, שהרי בלי מחילה, המכר בטל, גם בלי חזרה מפורשת). ר' אליהו ציון סופר, "תשובה בענין מקח טעות במדה ובמשקל, ומחל הלוקח על ההפרש", מקבציאל ה (שבט־אדר תשמ"ה), עמ' קא־קה, מדייק מנתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק א, שאין מועילה כאן מחילה על זכות הביטול (וראה שם, עמ' קב־קג, בשאלה האם מועילה מחילה אם הייתה טעות הנוגעת לכמות). וראה על כך: שו"ת דברי חיים, חלק א, חו"מ, סימן לו.

כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רלג, הגהות הטור, אות א, מדייק מלשון הטור, חו"מ, סימן רלג, סעיף א, שגם אם משך הקונה את הממכר, יכול לחזור בו; ואילו מהרמב"ם הוא מדייק שאם משך, כבר אינו יכול לחזור בו, משום שכבר ראה שאין זה המין שדיברו עליו, ושתיקתו מראה שמחל. הוא משווה זאת לדברי הרדב"ז (לעיל, הערה 45) בעניין שתיקה כמחילה (אבל ראה ליד ציון הערה 48, שפוסקים אחרים אומרים שאם זה מין שונה, השתיקה אינה מוכיחה שמחל). בפסקי דין של רבנות ירושלים, כרך ג, עמ' עב, מסביר שהטור סובר שמאחר שזה מין שונה, בכלל לא נעשה קניין על מה שמשך, ולכן הקונה יכול לחזור בו גם אחרי

כאן מכר, ושניהם יכולים לחזור בהם. כיצד? מכר לו חטים לבנות ונמצאו אדומות, או איפכא, או יין ונמצא חומץ, או איפכא, או עצים של זיתים ונמצאו של שקמה, או איפכא". בדברי השולחן ערוך כלולות שתי קטגוריות: (א) אם נשוא החוזה הוא נכס אחר לגמרי ממה שהוסכם עליו (זיתים ושקמה, יין וחומץ); (ב) שינוי מהותי וקיצוני בתכונות נשוא החוזה (חיטים לבנות ואדומות). בשני האופנים החוזה בטל מעיקרו[100].

בעלי התוספות[101] כותבים שהדין כך גם אם אין שוני בנשוא החוזה, אלא שהפער בין שווי החוזה לבין מחיר השוק הוא מעל שישית, מה שמוגדר כמקח טעות על פי דיני האונאה[102], שגם אז הרי זה "כאילו לא מכר כלל", וכתוצאה מכך זכות החזרה נתונה לשני הצדדים; ומדבריהם עולה שטעות כזאת גוררת בטלות אוטומטית של החוזה, ולא שהוא ניתן לביטול. לדעתם, טעות כל כך גדולה[103] משמיטה את הבסיס להתקשרות. אבל דעה זו לא נפסקה להלכה[104].

ההלכה ששינוי במהות נשוא החוזה גורר את בטלות החוזה, אמורה בכגון חוזה מכר של חפץ מסוים, כלומר, שהצדדים הצביעו על חפץ מסוים ואמרו שהוא יעבור מיד ליד, והתברר למעשה שמהותו שונה מהתיאור שהסכימו עליו. אך נראה שבחוזה לאספקת מוצר על פי

זמן רב, וגם אם מחל בפירוש, לא קנה עד שיעשה קניין חדש; ואילו לדעת הרמב"ם, הקניין חל, אלא שיש תנאי מכללא שיוכל לחזור בו, ואם מחל, חל הקניין. על פי זה הוא כותב לעניין שאלת מחנה אפרים, האם קונה שהשתמש בחפץ יכול לחזור בו, שלדעת הטור יכול לחזור בו, אבל לפי הרמב"ם, השימוש מראה שמחל, ואינו יכול לחזור בו.

מלשון המשנה, הרמב"ם והשולחן ערוך שם, "יכולים לחזור בהם", משמע כצד השני של אמרי איש הנ"ל, שאם ירצו לקיים את המקח, לא יצטרכו לעשות קניין חדש.

ר"נ גשטטנר, "מיהו דתי", תחומין יח (תשנ"ח), עמ' 175, כותב שמי שמכר דירה תוך הבטחה שלא ימכור דירות אחרות בבניין למי שאינו דתי, ועבר על הבטחתו, דינו כמי שמספק מין אחר מזו שהוסכם עליו.

על מצב שסופק מין שונה מהמוסכם, ראה: נתיב יושר, פרק כד; כתר ג, עמ' 397-404, 437-442.

[100] שיטה מקובצת, בבא בתרא פג ע"ב (ד"ה מתניתין), נימק: "לפי שכל אלו חלוקים בשמותיהן ובטעמן". נימוקי יוסף, בבא בתרא מא ע"ב, בדפי הרי"ף (ד"ה ד' מדות), מסביר שכל אחד מהצדדים יכול לחזור בו, משום "שאם זה לא קנה דבר של זה, גם מכירתו של זה אינה מכירה"; והוא מסביר שלכל מין יש יתרון שאין למין האחר; ונוקט שזה "כמקח טעות".

רז"נ גולדברג, "מיהו דתי", תחומין שם, עמ' 183, מסביר את העיקרון הזה במונחים של התפיסה (לעיל, ליד ציון הערה 36) שטעם הזכות לבטל חוזה בטעות הוא שכל חוזה מותנה בתנאי מכללא שאין צד לחוזה שטועה בעניינו: בטעות רגילה, האומדנא היא שכל צד עושה תנאי מכללא: "אם אטעה, אוכל לחזור בי אם ארצה"; ואילו בטעות במהות נשוא העסקה, האומדנא היא שכל צד עושה תנאי מכללא: "אם אטעה, החוזה יהיה בטל".

[101] תוספות, בבא מציעא נ ע"ב, ד"ה ואילו (בתירוץ הראשון), ובבא בתרא פד ע"א, ד"ה אי לאו (בתירוץ הראשון).

[102] ראה להלן, פרק שמיני, ד.

[103] גם לשיטתם, אם ערכה הכספי של הטעות הוא פחות משישית, שאין בו גדר ביטול מקח בדיני האונאה, הצד השני אינו יכול לחזור בו, אף שהצד הנפגע יכול לחזור בו (מפני שזו הייתה טעות יסודית בגוף נשוא העסקה). כלומר, החוזה רק ניתן לביטול ואינו בטל מעצמו. ראה מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק יז, הלכה א. ראה גם: ברכת שמואל, שצוין לעיל, הערה 17.

[104] ראה להלן, ליד ציון הערה 361 ואילך, שבטעות ביותר משישית, יש אומרים שהצד המאנה אינו יכול לחזור בו, ויש אומרים שהוא יכול לחזור בו רק אם הצד הנפגע לא הסכים למחול על הפגיעה.

תיאור מסוים (בלי שהצביעו על חפץ מסוים), אין למזמין עילה לביטול החוזה גם אם סופק מוצר אחר, אם הסַפָּק מעוניין לספק את המוצר שהוזמן תוך עמידה בתנאי החוזה[105].

פרק רביעי

יסודיות הטעות — "וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה"

א. טעות יסודית ושאינה יסודית

לפי החוק, אחד התנאים לזכות הביטול בגין טעות בחוזה הוא שהצד הטועה לא היה מתקשר בחוזה לולא הטעות. תנאי זה מתקיים רק אם הטעות "יורדת לשורש העסקה שנעשתה ולעצם מהותה"[106]. אם הטעות אינה "יסודית", כך שניתן להניח שהצד הטועה היה מתקשר בחוזה גם אילו ידע את העובדות כהווייתן, אינו זכאי לבטל את החוזה. בעיקרון, לא היה מקום להבדיל בין שני סוגי הטעות, שהרי גם טעות שאינה יסודית היא טעות. את דרישת היסודיות של הטעות מסבירה שלו[107], שהיא "נועדה למנוע מצב של התחמקות מחוזים בגין אי הבנה של מהות העסקה, אלא אם כן מדובר בטעות שהיא חמורה ורצינית". מגמה זו למנוע התחמקות במצבים אלו היא חלק ממגמה כללית של דיני החוזים, לשמור על ביטחון העסקאות ולא לאפשר בנקל את ביטולן[108].

גם לפי המשפט העברי, הזכות לביטול חוזה עקב טעות קיימת רק בטעות יסודית[109]. עיקרון

[105] כגון אספקה במועד שהובטח או קרוב לכך. ראה גם להלן, פרק שישי, לגבי אפשרות תיקון הטעות.
אם הסַפָּק אינו מוכן לספק את המוצר שהוזמן, יש לבחון האם אספקת המוצר האחר נחשבת בגדר הפרה או בגדר טעות בחוזה. אם המזמין היה סבור (מסיבה כלשהי) שהמוצר שהזמין יכלול פריטים נוספים או תכונות אחרות, אף שהדבר לא נזכר בחוזה ההזמנה, זוהי טעות בחוזה. לעומת זאת, אם היה ברור לשני הצדדים אלו פריטים צריך המוצר לכלול, אך הספק סיפק מוצר שחסרים בו פריטים אחדים, זוהי הפרה. נראה שלפי המשפט העברי, התוצאה מבחינת זכות הביטול תהיה זהה בשני המקרים.

[106] ע"א 626/68 חג' מורשד נ' חג' אחמד, פ"ד כג(1) 573, 576; שלו, דיני חוזים, עמ' 283.

[107] שלו, שם.

[108] ראה שלו, שם, עמ' 274.
מלשון החוק, "עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות" וכו', הבינו פרשני החוק שיש כאן שתי דרישות נפרדות: (א) שיהיה קשר סיבתי בין הטעות להתקשרות; (ב) שהקשר הסיבתי יהיה יסודי, "גורם בלעדיו אין". הדרישה הראשונה היא שהטעות תגרום להתקשרות, אבל ייתכן שגם לולא הטעות, היה מתקשר מסיבה אחרת; ולכן באה הדרישה השנייה, ולפיה זכות הביטול קיימת רק אם לא היה מתקשר לולא הטעות. לדעת שלו, דיני חוזים, עמ' 282־283, ופרידמן וכהן, חוזים, עמ' 757־758, מבחן הקשר הסיבתי בין הטעות להתקשרות בחוזה (הדרישה הראשונה) הוא סובייקטיבי, מפני שמהותה של טעות היא מנטאלית־סובייקטיבית, ולכן ההתקשרות בחוזה תיבחן על פי הנסיבות המסוימות בכריתת החוזה, כוונותיו וידיעותיו של הצד הטועה, ותנאיו המסוימים של החוזה, גם אם אדם סביר לא היה מתחשב בטעות זו בהחלטתו להתקשר בחוזה, וזאת על אף מקומה המרכזי של התאוריה האובייקטיבית בחוק החוזים. זאת בניגוד לשאלת יסודיות הטעות (הדרישה השנייה), שכפי שנראה להלן, ב, המבחן הוא אובייקטיבי.
פרידמן וכהן, שם, כותבים שככל שהטעות חמורה יותר, המבחן האובייקטיבי עשוי לשמש כלי עזר חשוב בקביעת הקשר הסיבתי, על אף שכאמור, הוא נבחן מעיקרו במבחן סובייקטיבי.

[109] השווה הגדרת היסודיות בהפרת חוזה: חוק לישראל, תרופות בשל הפרת חוזה, סעיף 6.

זה עולה מהלכות רבות הקובעות שהצד שטעה אינו יכול לבטל את העסקה אם טעותו לא הייתה כל כך חמורה, כך שגם לולא הטעות היה מתקשר בעסקה.

(א) התלמוד קובע[110] שמי ששכר לפני הפסח בית שאמור היה להיות בדוק מחמץ, אך מצא שהבית אינו בדוק, אינו יכול לבטל את חוזה השכירות. התלמוד קובע ש"ניחא ליה לאיניש לקיומי מצוה בגופיה [=נוח לו לאדם לקיים בעצמו את מצוות הבדיקה]", ולכן ניתן להניח שאותו אדם היה שוכר את הבית גם אילו ידע שאינו בדוק[111].

(ב) הרמב"ם[112] דן באפשרות לבטל עסקת מכר של עבד שהקונה מצא בו מומים שונים, וקובע: "המוכר עבד או שפחה, אין הלוקח יכול להחזירו מפני מומי הנוי שאין מבטלין אותו ממלאכתו". מומים שאין בהם כדי לפגוע בעבודתו של העבד אינם מזכים את הקונה לחזור בו מן העסקה, שכן יש להניח שגם אילו ידע הקונה על מומים אלו, לא היה נמנע מלרכוש את העבד.

(ג) מי שביקש לקנות חיטים באיכות טובה, וקיבל חיטים באיכות טובה, אך היה סבור שהאיכות תהיה טובה יותר, אינו יכול לבטל את העסקה[113], אף אם קיימת בשוק סחורה באיכות טובה יותר[114]. לעומת זאת, אם הקונה קיבל חיטים באיכות גרועה, הוא זכאי לבטל את העסקה[115].

בסעיף 15, ליד ציון הערה 5, נראה שאם הטעות אינה יסודית, אין זכות ביטול גם אם הצד השני הטעה אותו.

110 פסחים ד ע"ב. וכך פסקו: רמב"ם, הלכות חמץ ומצה, פרק ב, הלכה יח; שולחן ערוך, או"ח, סימן תלז, סעיף ג.

ראה בירור הלכה, פסחים ד ע"ב, ציון ד, בשאלות האם הדין כך גם אם שכר את הבית בערב פסח ממש (שהוא אחרי זמן חובת בדיקת חמץ), או שאמר המשכיר בפירוש שהבית בדוק (ראה על כך גם בסעיף 15), או שעשו תנאי "על מנת שהוא בדוק" (השווה הערה 137, על קונה שהזכיר פרט שולי); והאם חייב המשכיר לשלם לשוכר את עלות הבדיקה.

ראה: אור שמח, הלכות מכירה, פרק יז, הלכה ט; בית יעקב (מסקין), סימן יז; שערי זיו, חלק ב, סימן מח (פד ע"ב); צפנת פענח, הלכות תרומות, דף ג ע"ב; שער משפט, סימן רלב, ס"ק ג — הדנים בשכירות כזאת מצד שהפגם ניתן לתיקון (על פגם הניתן לתיקון, ראה פרק שישי).

אבל יש לציין שספר המנוחה, על הרמב"ם, שם, נוקט שמן הדין זה מקח טעות, אלא שחכמים קנסו את השוכר, מפני שהוא רוצה "לפרוק מעליו" את מצוות הבדיקה. אבל הוא מדבר על מקרה שהתנו שיהיה בדוק, ואולי רק אז מן הדין זה מקח טעות.

על מקרה הפוך, ששכר בית בחזקת שאינו בדוק והתברר שהוא בדוק, והשוכר טוען שהשכירות הייתה בטעות, מפני שרצה לקיים את מצוות הבדיקה, ראה שו"ת נחפה בכסף, חלק א, חו"מ, סימן א.

בית יוסף, יו"ד, סימן רצא (הובא ברמ"א, יו"ד, סימן רצא, סעיף ב), כותב שהשוכר בית בחזקת שיש בו מזוזה, והתברר שאין בו, אין זה מקח טעות, והוא מביא ראיה מדין שוכר בית ונמצא שאינו בדוק. ר"ב ויין, עיונים במסכתות התלמוד, חלק א, עמ' לט, נימק שאין זו טעות בגוף המקח אלא בתנאי חיצוני.

111 כך נימק משנה ברורה, סימן תלז, ס"ק יב: "ואמרינן דאפילו הוי ידע שאין הבית בדוק, והוא מקום שדרך לשכור לבדוק, אפילו הכי היה קונה הבית".

112 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה יב. כך פסק גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף י. מקורם בקידושין יא ע"א, הנוקט לעניין זה "לא איכפת ליה". כלומר, אף שיש בעבד מום שלא ידע עליו, וזו טעות, זו טעות שאינה יסודית, מפני שלא אכפת לו מהמום, והיה קונה את העבד גם אילו ידע את האמת.

113 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יז, הלכה א; נימוקי יוסף, בבא בתרא מא ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה מתני'; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלג, סעיף א. מקור העיקרון בספר המקח והממכר, שער כג.

114 עליות דרבנו יונה, בבא בתרא דף פג ע"ב, ד"ה ארבע, ודף פד ע"א, ד"ה עלה.

115 בבא בתרא פג ע"ב. ר' עזרא בצרי, דיני ממונות, ירושלים תש"נ, חלק ב, שער ב, פרק ז, סעיף ז, עמ' ריג

ההסבר להבחנה זו הוא, שיש להניח שאילו ידע שהן גרועות, לא היה קונה אותן, אבל אילו ידע שהן טובות אבל לא באיכות הטובה ביותר, היה קונה אותן בכל זאת, ורק אם הטעות היא יסודית זכאי הטועה לבטל את העסקה[116].

(ד) כפי שנראה להלן[117], לפי המשפט העברי, ניתן לבטל חוזה עקב טעות בהערכת שווי העסקה, היינו אם צד לחוזה התחייב לשלם עבור עסקה שלא לפי שוויה הרֵאלי. עם זאת, לא כל טעות בהערכה מאפשרת את הביטול: רק טעות בשיעור הגבוה משישית ממחיר העסקה הרֵאלי מזכה בביטול[118], אבל אם הטעות פחותה מכך, מניחים שהטועה מוותר על הסכום שהפסיד. אפשר להסביר זאת בכך שהוא היה מתקשר בעסקה גם אילו היה יודע את שוויה הרֵאלי, ולכן אין זו טעות יסודית[119].

מה נימוקה של דרישת היסודיות במשפט העברי? ייתכן שנימוקה כנימוק שבחוק[120] — הרצון למנוע התחמקות מקיום חוזה בתואנות שווא. אבל יותר נראה שבמשפט העברי, הנימוק הוא מהותי: זכות הביטול עקב טעות נובעת מהערכה שלא הייתה לצד הטועה גמירת דעת אמתית[121]; ואם הטעות אינה יסודית, הייתה לו גמירת דעת אמתית, שכן הוא היה מוכן לכרות חוזה זה גם אילו ידע את האמת.

(ובהערה 7, שם), כותב שבקבלת מוצר באיכות בינונית אין כדי להגדיר את טעות הקונה כיסודית, אלא אם המחיר ששילם מתאים לסחורה טובה, ואינו מקובל כלל לסחורה באיכות בינונית.

116 אבל לשון רבנו יונה שם היא "הרי גם אלו קרויות הן יפות", וכן לשון נימוקי יוסף היא "דהא רעות ויפות קאמר ליה והכל בכלל", משמע שהמבחן הוא האם הממכר תואם את מה שהבטיח המוכר לספק. ייתכן שהם הוסיפו נימוק זה, משום שאם הקונה חשב שיקבל איכות טובה יותר, אילו "יפות" לא היה כולל במשמעותו גם הסוג שקיבל הקונה, היה יכול לטעון: "נכון שהייתי קונה גם אילו ידעתי, אבל המוכר הטעה אותי", וכעמדת החוק בסעיף 15, שאם צד אחד הטעה את הצד האחר, הלה זכאי לבטל את החוזה גם אם הטעות אינה יסודית.

117 להלן, פרק שמיני, ד.

118 ראה להלן, פרק שמיני, ד(1), בשאלה האם זכות הביטול בטעות בהערכת השווי זהה לזכות הביטול בטעות במהות העסקה.

119 הסבר זה בעצם שקול לנימוק שנביא להלן, הערה 374, שמניחים שהטועה מוחל כיוון שההפרש הוא קטן. ראה עוד בדיוננו בסעיף 15 באשר למצב שצד להסכם הטעה את הצד האחר אך הטעות אינה יסודית.

דוגמאות נוספות לטעות שאינה יסודית: אור שמח, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ה, כותב שהקונה שור, וידע שהוא נגחן, אבל חשב שהוא תם, והתברר שהיה מועד, אינו זכאי לבטל את החוזה, מפני ששור מועד אינו עלול לנגוח יותר משור תם, ואינו יכול לטעון שאילו ידע שיצטרך לשלם נזק שלם על נגיחותיו, לא היה קונה אותו, שהרי הוא קנה אותו לחרישה, כך שיהיה אצלו זמן ניכר, ובמשך הזמן היה מגיע לחיוב נזק שלם גם אילו היה שור תם. כלומר, אין זו טעות יסודית, אלא יש להניח שגם אילו ידע את האמת, היה קונה את השור.

ערב על כתובה פטור מערבותו (בבא בתרא קעד ע"ב), ובכל זאת האישה אינה יכולה לבטל את הקידושין בטענה "הסכמתי להתחתן רק מפני שחשבתי שיש ערבות על כתובתי". טעם הדבר הוא, שאין זו טעות יסודית, מפני שיש להניח שגם אילו ידעה זאת, הייתה מסכימה להתחתן, שהרי "טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו".

על טעות לא מהותית, ראה כתר ג, עמ' 420-436.

120 לעיל, ליד ציון הערה 107.

121 כאמור לעיל, ליד ציון הערה 35. גם לפי ההסבר האחר (לעיל, ליד ציון הערה 36), שיש תנאי מכללא שאם הוא טועה, יוכל לבטל את החוזה, הרי אם הטעות אינה יסודית, אין תנאי מכללא כזאת, כיוון שלא אכפת לאדם מטעות כזאת עד כדי רצון לבטל את החוזה.

ב. יסודיות אובייקטיבית או סובייקטיבית

כיצד יש לבחון האם הטעות היא יסודית אם לאו? האם המבחן הוא סובייקטיבי ותלוי באומד דעתם של הצדדים המסוימים לחוזה, כלומר, שאם צד זה לא היה מתקשר בחוזה אילו ידע את העובדות לאשורן, זו טעות יסודית? או שמא המבחן הוא אובייקטיבי, שאם אדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילו ידע את העובדות לאשורן, זו טעות יסודית, והדבר תלוי בטיבה של הטעות ביחס לעסקה?

מניסוח החוק, "ניתן להניח", האופייני למבחן אובייקטיבי, לומדים מפרשי החוק[122] שיסודיות הטעות, בשונה מהגדרת הטעות עצמה[123], נבחנת במבחן אובייקטיבי של האדם הסביר. המבחן הוא עניין של הערכה, מהי מידת סבירותה של ההנחה שלולא הטעות לא היה הצד הטועה מתקשר בחוזה[124]. במבחן אובייקטיבי זה יש כדי לתרום ליצירת איזון בין העקרונות המנוגדים, בין הרצון החופשי הסובייקטיבי של המתקשר לבין הצורך בוודאות עסקית.

אשר לעמדת המשפט העברי בשאלה זו[125], אפשר ללמוד מן הדוגמאות שהבאנו לעיל, שאם מבחינה אובייקטיבית הטעות אינה יסודית, אין לטועה זכות ביטול, גם אם מבחינה סובייקטיבית זו הייתה טעות יסודית. כך בעניין שוכר בית שחזקתו בדוק, ובקונה עבד שיש בו פגם שאינו מפריע למלאכתו, ובקונה חיטים באיכות שיש טובה יותר ממנה — באלו נפסק שאין זו טעות יסודית, מפני שהערכה אובייקטיבית אומרת שאין זו סיבה חזקה דיה למנוע התקשרות; ומכלל הדברים עולה שהדין כך גם אם הצד הטועה עצמו אומר (ואנו מאמינים לו) שאילו ידע על הטעות, לא היה מתקשר בחוזה[126].

כך עולה גם ממה שפסק מהרש"ם[127], שאף שהמוכר לחברו דבר מאכל האסור באכילה על

[122] שלו, דיני חוזים, עמ' 283. אך ראה הקשיים שמעוררים בשאלה זו פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 673-674, ועמ' 815.
בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, סעיף 112, המילים "ניתן להניח" הוחלפו במילים "סביר להניח", כנראה כדי להדגיש שהמבחן הוא לפי האדם הסביר.

[123] ראה לעיל, ליד ציון הערה 41.

[124] שלו, דיני חוזים, עמ' 283.
לדעת מ"א ראבילו, בספרו חוק המתנה, מהדורה שנייה, עמ' 40, דינו של נותן מתנה שטעה שונה, ובקביעה האם טעותו הייתה יסודית, יש להתחשב גם בנסיבות סובייקטיביות, אף שבחוזים רגילים אין מתחשבים בהן.

[125] ר' רפאל יצחק ישראל, בשו"ת יישא איש, חו"מ, סימן ד, כותב שיש מחלוקת בשאלה האם פגם בממכר שמפריע רק לאדם מסוים ולא לאנשים אחרים הוא בגדר מקח טעות; ולא ציין מי החולקים.
בהערה 131 ובהערה 132 נביא הוכחות מדברי הרמב"ם, שהמבחן הוא אובייקטיבי.

[126] כך כתב אור זרוע, חלק א, סימן תריא (הובא בשו"ת לב דוד, סימן פה), לגבי שוכר בית לפני הפסח, שגם אם השוכר אומר שאילו ידע את האמת לא היה שוכר, אין מתחשבים בדבריו, אלא הולכים לפי מה שהעריכו חכמים את דעתו; אלא שמדבריו משמע, שהטעם הוא שאין מאמינים לדבריו.
אבל יש להעיר שאין ללמוד מכאן למקרה הפוך, טעות שמבחינה אובייקטיבית היא טעות יסודית, אלא שצד מסוים זה היה מתקשר בחוזה גם אילו ידע את האמת. על מקרה זה ניתן ללמוד ממה שנראה להלן ליד ציון הערה 169, שהמוכר שור ונמצא נגחן, במקום שרוב האנשים קונים לחרישה, כך שזו טעות יסודית (שכן אי אפשר לחרוש עם שור נגחן), והמוכר טוען שהקונה התכוון לקנותו לשחיטה, כך שזו טעות שאינה יסודית מבחינה סובייקטיבית, מספק אין מוציאים מהמוחזק. משמע שאם אמת היא שהקונה התכוון לקנות לשחיטה, לא היה זכאי לבטל את החוזה.

[127] שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן קצד, ד"ה ומ"ש רו"מ.

פי ההלכה, החוזה בטל[128], הרי אם המאכל אסור רק לפי דעה מחמירה, שלא התקבלה להלכה, הקונה אינו יכול לבטל את החוזה, אף אם הוא עצמו מקפיד שלא לאכול מאכל כזה[129]. היות שמבחינה הלכתית המאכל מותר, אין כאן טעות, ואין להתחשב ברצונו המיוחד של הקונה לנהוג מידת חסידות. הרי שמאחר שמבחינה אובייקטיבית הטעות אינה מצדיקה אי התקשרות, זו נחשבת טעות שאינה יסודית, אף שמבחינה סובייקטיבית, אדם זה לא היה מתקשר בחוזה אילו ידע את האמת.

מן הדברים עולה שהמבחן ליסודיות הטעות הוא מבחן של הערכה אובייקטיבית: האם, מבחינה הגיונית, סביר שטעות כזאת הופכת את העסקה לעסקה לא מועילה? כך הוא, לדוגמה,

גם הרדב"ז, בפירושו על הרמב"ם, הלכות מעשר, פרק יב, הלכה יח (הובא במהרי"ט אלגזי, על הלכות בכורות לרמב"ן, פרק ה, אות נא, בשו"ת דובב מישרים, חלק ג, סימן צג, ובשו"ת שם ישראל, פלדמן, אהע"ז, סימן ו, עמ' קמה), כותב: "וכיון דמטעם חומרא הוא, אין מחזיר המקח, ואם נאבד, אין המוכר חייב לשלם כלום, דמצי למימר: 'לא מפני חסידותך אפסיד אני'".

כמו כן, פרי מגדים, או"ח, סימן תסז, אשל אברהם, ס"ק כה, כתב שגם אם יש דעה מחמירה, הרי אם אין הלכה כמותה, אין זה מקח טעות.

דעות חולקות: שו"ת חיים שאל, חלק א, סימן עד, אות לה, כותב שאם יש אוסרים, זה מקח טעות, כיוון שלכתחילה יש לחוש לדעת המחמירים. מהרש"ם, בספרו משפט שלום, סימן רלב, סעיף יב, מסביר ששם מדובר בדבר שנפסק לגביו שיש לחוש לכתחילה לדעה המחמירה.

שו"ת הרי בשמים, חלק ב, סימן לא, כותב שאם יש פוסק שאוסר (גם אם הוא אוסר רק לכתחילה), זה נחשב מקח טעות, כדברי חיים שאל, ומה שכתב הרדב"ז שאינו מקח טעות, הוא במצב שאין שום פוסק שמחמיר, ורק הקונה מחמיר על עצמו כמידת חסידות.

[128] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלד, סעיפים א־ד.

[129] אבל אם ידע המוכר שהקונה מקפיד על חומרה זו, הדין שונה — ראה דברי תרומת הדשן להלן, ליד ציון הערה 135, והדעות המובאות בהערה 135.

שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן סה (הובא בשו"ת דובב מישרים, חלק א, סימן יח, ובקהילות יעקב, יבמות, מהד' תשמ"ח, סימן מד), כותב (בלשון "אפשר") שדבר מאכל שהתעוררה לגביו שאלה הלכתית, ונפסק שהוא מותר משום "הפסד מרובה", הדבר מותר רק לשואל ולבני ביתו, משום שרק הם יפסידו הפסד מרובה אם הדבר ייאסר, ואם מכרו אותו בלי להודיע לקונה על הבעיה, זה מקח טעות. משפט שלום (לעיל, הערה 127) מנמק את דבריו, שהרי הלכה נפסקה שיש להחמיר באותו מצב אם אין הפסד מרובה. אבל שו"ת דברי מלכיאל, חלק ג, סימן צ, חולק וסובר שרק אם ידוע שהקונה מחמיר בדבר שהותר רק משום הפסד מרובה, צריך המוכר להודיע לו על הבעיה הלכתית בנשוא המכר. נראה שאף חתם סופר מסכים שאם זו רק חומרה ממידת חסידות, אין הקונה יכול לחזור בו, אם לא ידע המוכר שהקונה מקפיד.

על קניית מאכל שאסור רק מספק או משום חומרה, ראה: פרי האדמה, חלק ג, הלכות מכירה, פרק טז (נב ע"ג); שו"ת חסד יהושע, חלק א, סימן לב; נתיב יושר, פרק כז, סעיפים ב־ד.

מקור נוסף שאפשר להסביר לפי העקרון שהיסודיות צריכה להיות אובייקטיבית: שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן נו, ד"ה והטעם הב' (הובא בשו"ת נוכח השולחן, אהע"ז, סימן טו, דף כו ע"ג), עוסק באישה שנתנה מתנה לבעלה, מפני שהבעל כתב לה שאם ימות בחייה, תקבל מעיזבונו חלק שווה עם בניו (בנכסים שיישארו אחרי שתגבה את כתובתה), והתברר שאין תוקף לצוואת הבעל, וביקשה לבטל את המתנה בגלל הטעות. הוא פוסק שאינה זכאית לבטל את המתנה, מפני שאף שאין תוקף לצוואת הבעל, היא כבר נהנתה מכך שהחשיב אותה וחלק לה כבוד גדול לחלוק עם בניו, ולכן היא גומרת בדעתה לתת את המתנה גם אם לבסוף לא תיהנה מהנכסים (והוא מוסיף לנמק שבאמת היה תוקף לצוואת הבעל — עיין שם). נמצא שאף שהיא טוענת שלא נהנתה, אנו קובעים שאין זו טעות יסודית, מפני שמבחינה אובייקטיבית, גם אילו ידעה את האמת, הייתה נותנת את המתנה לבעלה בגלל הכבוד.

בעניין שוכר בית לפני הפסח: הגענו למסקנה שזו טעות שאינה יסודית, מתוך שיקול הגיוני, שאדם מעוניין לקיים מצווה בממונו.

מצאנו בפוסקים מבחנים נוספים ליסודיות הטעות. הרמב"ם נוקט את מבחן המנהג[130]: "כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזיר בו מקח זה, מחזירין. וכל שהסכימו עליו שאינו מום, הרי זה אינו מחזיר בו אלא אם פירש, שכל הנושא ונותן סתם, על מנהג המדינה הוא סומך"[131]. אלא שמבחן זה אינו יכול לענות על כל המצבים, אלא רק על אותן טעויות שיש מנהג לגביהן.

הר"ן[132] נוקט מבחן לפי מה "שדרך רוב[133] בני אדם להקפיד". אמנם הוא עוסק בדיני טעות בקידושין, אבל כפי שראינו לעיל[134], ניתן להקיש לדיני טעות בחוזים מדיני טעות בקידושין, ואם כן, אפשר ללמוד מדבריו שמבחן הרוב קובע מה נחשב טעות יסודית בחוזה.

נראה שההיררכיה בין מבחנים אלו היא זו: אם יש מנהג לכאן או לכאן, המנהג קובע. אם אין מנהג, וידוע שרוב בני אדם מקפידים על הפגם, זו נחשבת טעות יסודית, ואם ידוע שרוב בני אדם אינם מקפידים על הפגם, זו נחשבת טעות שאינה יסודית. אם אין ידוע מהי דעת רוב בני האדם, פועלים על פי הערכה הגיונית בדבר הסבירות שטעות כזאת הופכת את העסקה לעסקה לא טובה.

אבל יש מצב חריג, שבו טעות תיחשב טעות יסודית, מפני שמבחינה סובייקטיבית הצד הטועה לא היה מתקשר בחוזה אילו ידע את האמת, אף שמבחינה אובייקטיבית הטעות אינה כל כך חמורה. הכוונה למצב שידע הצד השני שהטעות היא משמעותית מאוד לגבי הצד הטועה. ר' ישראל איסרליין[135] דן באדם אנין טעם שביקש לקנות בשר אַיִל באיכות מעולה,

[130] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ה. הוא אומר דברים אלו בקיצור בשו"ת הרמב"ם (מהד' בלאו), סימן רעה. כך פסקו גם: צרור הכסף הקצר, דרך ד, שער ד, אות ב (עמ' קל), והארוך, דרך ד, שער ד, אות ב (עמ' שיט); אורחות חיים, חלק ב, סימן מב, עמ' 474; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף ו (הובא בשו"ת חבצלת השרון, חלק א, אהע"ז, סימן סג, בשו"ת דיברות אליהו, חלק ו, סימן קג, ואצל ר"נ גשטטנר, "מיהו דתי", תחומין יח (תשנ"ח), עמ' 176). ראה גם: שו"ת הרי"ף, סימן קנג; סמ"ג, לא תעשה קע; שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן שב.

חושן אהרן (מיטלמן), סימן א, עמ' כ, כותב שמי שקנה מזון תינוקות שחסר בו ויטמין מסוים, אף שאין זה דבר מזיק, זה מקח טעות, לפי ההגדרה שדבר שהסכימו בני המדינה שהוא פגם, הוא עילה למקח טעות. על ההגבלה לפגם שדרך בני המדינה להקפיד עליו, ראה נתיב יושר, פרק כא, סעיף ד.

[131] גם מדברי הרמב"ם מוכח שהמבחן אינו סובייקטיבי, שהרי מדבריו יוצא שהצד הטועה אינו זכאי לבטל את העסקה אף שהוא עצמו לא היה מתקשר בעסקה אילו ידע את העובדות לאשורן, והוא זכאי לבטל את העסקה רק אם נהוג באותו מקום שטעות זו מזכה בביטול.

[132] ר"ן על הרי"ף, כתובות לג ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה גמ'. מקורו בכתובות עב ע"ב, שם נאמר שהמקדש אישה, ונמצא שנדרה נדרים קשים, אינה מקודשת, משום שהוא "מידי דקפדי ביה אינשי [=דבר שמקפידים בו בני אדם]", אבל אם נדרה נדרים קלים, מקודשת, גם אם התנה מראש "על מנת שאין עליה נדרים", מפני שאין משמעות להקפדתו בדבר שאנשים אינם מקפידים עליהם. רמב"ם, הלכות אישות, פרק ז, הלכה ו, מביא את דברי הגמרא, ומוסיף שאם נדרה רק נדר קל, מקודשת גם אם הוא אומר: "אני מקפיד גם על נדר כזה". שוב אנו רואים שהמבחן האובייקטיבי גובר גם אם מבחינה סובייקטיבית זו טעות יסודית.

שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן שב, נוקט שרק פגם שדרך בני אדם להקפיד עליו הוא עילה לביטול מקח.

[133] רז"נ גולדברג, כתר ג, עמ' 65, הערה 44, סבור ש"רוב" לעניין זה הוא רוב של יותר מ־50%. ראה גם את הדיון, שם עמ' 84־85.

[134] ראה לעיל, ליד ציון הערה 25.

[135] תרומת הדשן, שו"ת, סימן שכב. כדבריו פסק רמ"א, חו"מ, סימן רלג, סעיף א.

וחברו מכר לו בשר באיכות נמוכה יותר, והוא פוסק: "אמנם, אם ידוע דראובן כל כך איסטניס, דלא קאכיל כלל בשר איל שאינו מסורס[136], מצינו למימר דמקח טעות לגמרי הוא, דהא לא שווי ליה כלום לאכילה. ואע"ג דלרוב העולם שוה לאכילה, בתר דידיה אזלינן".

יש אומרים, שגם אם אין סיבה מיוחדת שהטעות תהיה משמעותית עבור הצד הטועה, הרי אם הוא גילה את דעתו מראש בפני הצד השני שהדבר חשוב לו, זו נחשבת טעות יסודית. בדוגמה של בשר איל, אם הקונה ביקש בפירוש בשר איל מסורס, וחברו מכר לו בשר באיכות נמוכה יותר, הרי גם אם הקונה אינו איסטניס (או שהוא איסטניס אלא שהמוכר אינו יודע על כך), זוהי טעות יסודית, לדעה זו[137].

עולה אפוא, שאם בעת כריתת החוזה היה ידוע[138] שהצד הטועה מייחס חשיבות מרובה לַטעות, הוא זכאי לבטל את החוזה, אף אם היא אינה טעות יסודית על פי מבחן אובייקטיבי. נראה שמסקנה זו עולה בקנה אחד הן עם הצורך לנהוג בהגינות בחיי המסחר והן עם הצורך לשמור על ביטחון העסקאות, שהרי במקרה כזה הצד השני היה צריך להימנע מכריתת החוזה.

פרק חמישי

טעות ש"הצד השני לא ידע" עליה — ס"ק (ב)

א. זכות הביטול בטעות חד צדדית שאינה ידועה לצד השני

בס"ק (ב) עובר החוק לדון בטעות שטעה צד לחוזה, ושלא הייתה ידועה לצד השני ולא היה עליו לדעת עליה. במצב זה, אין שום אשמה על הצד השני, ולפיכך יש להתחשב ביתר שאת בעמדתו בשאלת ביטול החוזה. לפיכך קובע ס"ק (ב) שהצד הטועה אינו יכול לבטל את החוזה באופן חד צדדי, ובית המשפט יבטל את החוזה רק אם ראה שמן הצדק לעשות זאת[139].

[136] "דריחו נודף ואינו טוב למאכל כמסורס" (תרומת הדשן, שם).

[137] ב"ח, חו"מ, סימן רלג, סעיף א; נתיבות המשפט, סימן רלג, ס"ק ג; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רלג, סעיף ד. אולם מתרומת הדשן ומהרמ"א שם עולה שהמכר קיים במצב זה. ראה גם הערה 110 על מי ששוכר בית לפני הפסח וביקש שיהיה בדוק.

דבר דומה כותב ברכת אברהם, כתובות מז ע"ב, שתנאי בחוזה שמתייחס לדבר שבעבר (כגון "הנכס מכור לך אם אתמול היית בעיר"), ולא התקיים, הוא בגדר טעות, ותוקפו בביטול החוזה חזק יותר משל תנאי רגיל (ומסביר בכך מדוע חידושי הר"ן, גיטין מו ע"ב, כותב שבתנאי לשעבר אין צורך ב"משפטי התנאים"); והרי מבחינה אובייקטיבית אין זו טעות יסודית (שהרי אין סיבה שיהיה אכפת לו אם היה בעיר אתמול), אלא שבכך שהתנה את התנאי, גילה את דעתו שדבר זה יסודי בעבורו, והצד השני ידע על כך.

[138] בתרומת הדשן וברמ"א הגִרסה היא "ידוע", ולכאורה משמעה שאם עובדת היות אותו אדם אנין טעם ידועה לאנשים אחרים, די בכך כדי להקנות לו את זכות הביטול אף אם לא ברור האם המוכר ידע עובדה זו, מפני שיש להניח שידע על כך. אולם הגִרסה בדרכי משה הארוך, חו"מ, שם, ס"ק ג, היא "יודע", דהיינו שיש צורך בידיעה ודאית של הצד השני כדי לחרוג מהמבחן האובייקטיבי.

אשר לטעות מצד מקבל מתנה, בפשטות אינה יכולה להיות טעות יסודית, שכן מן הסתם המקבל היה מוכן לקבל את המתנה גם אילו ידע על הפגם שבה. אבל יש אומרים שבכל זאת ייתכנו מצבים שהמקבל יכול לבטל את המתנה בטענת טעות. ראה על כך חוק לישראל, מתנה, סעיף 3.

[139] ראה להלן, ליד ציון הערה 147 ואילך, שיש מי שפירשו שס"ק (ב) מכוון למצב שהצד השני טעה באותה

לעיל[140] ראינו שהביסוס המשפטי לביטול חוזה עקב טעות הוא חוסר גמירת דעתו של הצד הטועה. לאור זאת, לכאורה אין להבחין בין טעות שהייתה ידועה לצד השני לבין טעות שלא הייתה ידועה לו, ויש לאפשר את ביטול העסקה באופן דומה בשני המצבים. ואולם, ההצדקה המוסרית והכלכלית לסעד הביטול שונה באופן משמעותי בשני סוגי הטעות. מבחינה מוסרית, אין לאפשר לצד שיודע על טעות חברו ונמנע מלגלותה, ליהנות מקיום החוזה. מבחינה כלכלית, הצד היודע היה צריך לנצל את ידיעתו כדי למנוע חוזה שאינו מועיל לצד השני, והמבזבז בכך משאבים של חברו ושל החברה[141]. שיקולים אלו הביאו את המחוקק לנקוט סעדים שונים בשני סוגי הטעות. הפגם שדבק בצד השני שידע על הטעות ניתן לתיקון ולאיזון על ידי הקנייה מיידית של זכות הביטול לטועה. לעומת זאת, במקרה של טעות שלא הייתה ידועה לצד השני, ייתכן שדווקא הוא זה שזקוק להגנה ולהתחשבות, ועל כן הסמכות להורות על ביטול נתונה לבית המשפט, שיפעל משיקולי צדק בהתאם לנסיבות, ואף יוכל לחייב את הצד הטועה בפיצוי חברו[142].

בשונה מהחוק, אין המשפט העברי מבחין בין טעות שהייתה ידועה לצד השני לבין טעות שלא הייתה ידועה לו, אלא בשני המצבים הוא מעניק לצד הטועה זכות לבטל את החוזה[143]. אפשר להסביר עמדה זו על פי שני ההסברים שהבאנו לעיל לזכות לבטל חוזה עקב טעות. לפי ההסבר שהנימוק הוא חוסר גמירת דעתו של הצד הטועה[144], מובן הדבר, שהרי אין בחוסר הידיעה של הצד השני לחוזה כדי לרפא את הפגם בגמירת דעתו של הצד הטועה. נכון הוא

טעות שהצד הראשון טעה, ויש מי שפירשו שס"ק (ב) מכוון למקרה שהצד השני לא ידע שהצד הראשון לא היה מתקשר בחוזה אילו ידע את האמת.

הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 112, מחליפה את המילים "אם ראה שמן הצדק לעשות כן", המעניקות שיקול דעת רחב לבית המשפט (שכן המושג "צדק" הוא רחב), במילים "מטעמים מיוחדים". לפי דברי ההסבר שם, מטרת השינוי "להדגיש כי שיקול הדעת האמור מן הראוי שיהיה מצומצם וכי יש ליתן עדיפות לקיום החוזה".

לדעת מ"א ראבילו, בספרו חוק המתנה, מהדורה שנייה, עמ' 39, נותן מתנה שטעה, והמקבל לא ידע על הטעות, כאשר בית המשפט יפעיל את שיקול דעתו האם לאפשר את ביטול החוזה, הוא יתחשב בנדיבות לבו של הנותן. ובעמ' 41 הוא מביא דעה שבמקרה זה המתנה בטלה מכוח חוק המתנה עצמו, כיוון שהטעות שיבשה את הכוונה האמתית של הנותן.

[140] לעיל, ליד ציון הערה 34.

[141] שלו, דיני חוזים, עמ' 284.

[142] שלו, שם, עמ' 286.

[143] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רלב, סעיף יז (הובא בשו"ת דיברות אליהו, חלק ו, סימן קג); שו"ת משפטי הלוי, חלק ב, סימן א, אות א. וכך עולה מהדוגמאות שנביא להלן, ליד ציון הערה 152 ואילך, שבטעות משותפת, יש זכות ביטול (אלא שלגבי מעמד שלושתן יש מחלוקת, כפי שנראה שם). אך יש להעיר, שכל הדוגמאות שנמנה שם הן של טעות משותפת, ששני הצדדים טעו בה, וכפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 147 ואילך, יש אומרים שגם לפי החוק, יש בזה זכות ביטול אוטומטית, וס"ק (ב) אומר רק שאם הצד השני לא ידע שהראשון לא היה מתקשר לולא טעותו, אין זכות ביטול אוטומטית. על עמדת המשפט העברי ביחס למקרה זה, ראה להלן ג.

נתיב יושר, פרק כא, סעיף ב, כותב שהצד הטועה זכאי לבטל את החוזה גם אם הצד השני לא היה יכול לדעת על הפגם.

אבל בסעיף 19, הערה 13, נראה, שערך שי סבור שיש בכל זאת נפקות מידיעתו של הצד השני על הטעות, לעניין טעות הנוגעת רק לחלק מנשוא החוזה.

[144] לעיל, ליד ציון הערה 35.

שייתכן שהצד השני יֵצא נפסד מביטול החוזה שלא באשמתו, אבל אין בכך כדי ליצור יש מאין חוזה שחסרה בו גמירת דעת של הצד הטועה. גם לפי ההסבר השני, שהנימוק הוא שיש תנאי מכללא בין הצדדים לחוזה, שצד שיטעה יוכל לבטל אותו[145], הרי תנאי זה כולל גם טעות שאינה ידועה לצד השני, שהרי כל צד יודע שייתכן שיטעה, ואינו רוצה להיות כבול לחוזה שהוא לרעתו, ולא משנה לו אם הצד השני ידע על כך אם לאו. אמת, הצד השני יֵצא נפסד מכך שלא באשמתו, אבל הוא מעוניין בתנאי זה, כדי שיוכל אף הוא לחזור בו אם יטעה שלא באשמת צד האחר.

עם זאת, נראה להלן שיש לכלל זה חריגים, שבהם העובדה שהצד השני לא ידע על הטעות משפיעה, לפחות לדעת פוסקים אחדים, על הזכות לבטל את החוזה. חריגים אלו מצמצמים באופן ניכר את המקרים שבהם קיימת לצד הטועה זכות ביטול אוטונומית.

ב. טעות משותפת

(1) כללי

לעתים שני הצדדים לעסקה שותפים לאותה טעות. לדעת אחדים מפרשני החוק[146], לשונו של הסעיף מורה שהסעיף עוסק רק בטעות שעשה צד אחד לחוזה, ולא בטעות משותפת. לפי פרשנות זו, אם הטעות היא משותפת לשני הצדדים, אין בסעיף זה הוראה המאפשרת את ביטול החוזה, ואת הפתרון למצב שנוצר, יש למצוא בדיני הסיכול שבסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970[147].

לפי דעה אחרת[148], טעות משותפת נכללת בהוראת ס"ק (ב), הדן בטעות שלא הייתה ידועה לצד השני. לפי גישה זו, לצדדים שטעו טעות משותפת אין זכות ביטול אוטומטית, אלא הביטול תלוי בשיקול דעתו של בית המשפט.

לפי דעה שלישית[149], טעות משותפת נכללת דווקא בהוראות ס"ק (א), המקנה זכות ביטול אוטומטית לצד שטעה. לפי דעה זו, לשון ס"ק (א), "והצד השני ידע על כך", משמעותה שהצד השני ידע שחברו התקשר בחוזה עקב אותה הנחה עובדתית או משפטית, ולא משנה אם הצד השני ידע שהנחה זו מוטעית או לא ידע, והרי אם לא ידע, זו טעות משותפת[150]; וס"ק (ב) עוסק במצב שהצד השני לא ידע שחברו התקשר בחוזה בגלל הנחתו המוטעית, וכאמור, אין זה משנה אם ידע הצד השני שהנחה זו מוטעית או לא ידע.

[145] לעיל, ליד ציון הערה 36.

[146] ראה: א' ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים", משפטים ז (תשל"ו), עמ' 15־33, בעמ' 31; ר' גורי, "לסיכול שבסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות)", קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים, תשל"ה, עמ' 99; א' ידין, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א־1970, ירושלים תשל"ט, עמ' 151; ז' צלטנר, דיני חוזים — חלק כללי, תל אביב תשכ"ב־תש"ל, עמ' 261.

[147] על היחס בין דיני סיכול לדיני טעות, ראה פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 742־747.

[148] ראה: שלו, דיני חוזים, עמ' 275, הערה 6, ועמ' 285; פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 697־699. כך נפסק בבג"צ 221/86 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(1) 469, 481, ובדנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות הברית, פ"ד נז(2) 632, 666.

[149] השופט שמגר בע"א 440/75 זנדבנק נ' דנציגר, פ"ד ל(2) 260, 272. ראה גם עניין כנען (לעיל, הערה 148).

[150] פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 697, הערה 133.

(2) דין טעות משותפת כדין טעות חד צדדית

לפי המשפט העברי, סעד הביטול בטעות משותפת של צדדים לחוזה הוא אותו סעד שבטעות חד צדדית, שכן כאמור[151], הנימוקים לזכות הביטול תקפים גם אם טעה הצד השני אף הוא.

דוגמה אחת לעיקרון זה היא עסקת מכר של בהמה לצורך שחיטה, שבה נפסק שאם הבהמה נמצאה טרֵפה לאחר שחיטתה, עומדת לקונה זכות הביטול[152]. זאת אף שפגם זה לא היה ידוע לשני הצדדים בשעת כריתת החוזה.

דוגמה שנייה היא, שהמוכר זרעים פגומים שלא צמחו, חייב להחזיר לקונה את כספו גם אם לא ידע על הפגם[153].

(3) חריגים

מצאנו שני מצבים של טעות משותפת, שבהם יש אומרים שאין זכות ביטול.

החריג הראשון הוא בדיני המחאת חוב. הלכה היא, שאם החייב והנושה וצד ג' נמצאים במעמד אחד ("מעמד שלושתן"), והנושה אומר לחייב שמעתה יהיה חייב לאותו צד ג', חלה המחאת חוב מן הנושה לאותו צד ג'[154]. העסקה יכולה לכלול מרכיב נוסף: אם הנושה (נכנה אותו נושה א') היה חייב כסף לאותו צד ג' (נכנה אותו נושה ב'), ורצה להיפטר מחובו כלפיו בכך שימחה לנושה ב' את החוב שהחייב היה חייב לו (לנושה א'), הוא (נושה א') נפטר בכך מחובו כלפי נושה ב'[155]. בתלמוד הירושלמי[156] נקבע שאף אם התברר שהחייב הוא חדל פירעון, אין אותו צד ג' (נושה ב') יכול לחזור בו מההסכם, אלא אם ההמחאה נעשתה בערמה, שאז הוא רשאי לחזור בו. ונחלקו הדעות בפירוש דברי הירושלמי: לפי דעה אחת[157], בכל מקרה

[151] לעיל, ליד ציון הערה 144 ואילך.

[152] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יא. ראה להלן, פרק שמיני, ב, דיון בהיבט אחר של הלכה זו.

[153] סמ"ע, סימן רלב, ס"ק מו, ופרישה, חו"מ, סימן רלב, סעיף יח. סמ"ע מנמק, שהיה צריך להעלות על דעתו שייתכן שהם פגומים. אין זה דומה לאמור בחוק "היה עליו לדעת", שהרי החוק מוגבל למצב שהיה חייב לברר את הדבר מסיבה כלשהי, ואילו לפי הסמ"ע כל מוכר צריך לחשוב על אפשרות זו.

כך עולה גם מיד רמה, בבא בתרא, פרק ו, סימן סב (הובא בטור, חו"מ, סימן רלב, סעיף כ), המבחין בין טעות של צד אחד בלבד לבין טעות משותפת, רק לעניין חיוב פיצויים בגין הוצאות שהוציא הצד השני, ולא לעניין עצם זכות הביטול. שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף כא, פסק כדעת יד רמה, וזה לשונו: "הלוקח מקח מחברו והודיעו שהוא מוליכו למדינה פלונית למכרו שם, ואחר שהוליכו לשם נמצא בו מום... ואם היה המוכר יודע בממכרו שהיה בו מום, חייב בהוצאה שהוציא הלוקח להוליך אותו מקח למקום פלוני. ואם לא היה יודע שהיה בו מום, פטור מהוצאת ההולכה, ואינו חייב אלא בהוצאת החזרה". אך שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן קצז, פוסק בנידונו, שבכל מצב פטור המוכר, שכן מדובר בנזק עקיף, "גרמא בעלמא הוא".

מקור נוסף: מרדכי, בבא מציעא, סימן רצא, כותב שבמקח טעות, גם אם המוכר לא התכוון להטעות את הקונה, כגון שלא ידע את האמת, המקח בטל. כמו כן, ערוך השולחן, חו"מ, סימן רמא, סעיף ו, כותב לעניין מתנה, שאם הנותן והמקבל טעו שניהם, זכאי הנותן לבטל את המתנה.

[154] גיטין יג ע"ב. לפרטי הדין, ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכו; בירור הלכה, גיטין יג ע"ב, ציון א.

[155] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכו, סעיף ט. שם מובאת מחלוקת האם צריך נושה ב' לפטור אותו בפירוש, אם לאו.

[156] ירושלמי, קידושין, פרק ג, הלכה ד.

[157] טור, חו"מ, סימן קכו, סעיף יג; ש"ך, חו"מ, סימן קכו, ס"ק מג, בדעת רב האי גאון (המובא בספר התרומות, שער נא, חלק ו, אות ט), רמב"ם, סמ"ג ושולחן ערוך; ב"ח, חו"מ, סימן קכו, סעיף יג; סמ"ע, סימן קכו,

שנושה ב׳ לא ידע שהחייב חדל פירעון, הוא זכאי לבטל את ההסכם, וידיעתו של נושה א׳ אינה מעלה ואינה מורידה. גישה זו מתאימה לאמור לעיל, שדין טעות משותפת כדין טעות של צד אחד לחוזה.

אבל לפי דעה אחרת[158], רק אם נושה א׳ ידע מה מצבו הכלכלי של החייב, תעמוד לנושה ב׳ זכות הביטול, שהרי הסכם זה נעשה בתרמית[159], אך אם נושה א׳ לא ידע על כך, אין בחוסר ידיעתו של נושה ב׳ כדי להקנות לו זכות ביטול. הנימוק לכך הוא, שהאחריות לברר את יכולתו הכלכלית של החייב לפרוע את החוב מוטלת על נושה ב׳[160]. גם לפי דעה זו, בדרך כלל יש זכות ביטול בטעות משותפת, אלא שדין זה הוא חריג לכלל, משום שכאן נושה ב׳ היה צריך לברר אם החייב חדל פירעון; אלא שבכל זאת, אם נושה א׳ ידע זאת, יכול נושה ב׳ לחזור בו בגלל התרמית[161].

החריג השני לזכות הביטול האוטונומית של הצד הנפגע עולה ברכישת סחורה מסוחר

ס״ק כו; אמרי בינה, דיני גביית חוב, סימן לב, אות א (בדעת שולחן ערוך, חו״מ, סימן קכו, סעיף י); קצות החושן, סימן קכו, ס״ק ט; ערוך השולחן, חו״מ, סימן קכו, סעיף יא. הש״ך שם מעיר שלפי פירוש זה, לשון ״ערמה״ בירושלמי אינה מדויקת.

כמו כן, שו״ת המבי״ט, חלק א, סימן קח, כותב שמי שקנה שטר חוב, והתברר שהלווה עני, יכול לבטל את הקנייה מטעם מקח טעות.

[158] ספר העיטור, המחאה (עג ע״ג במהד׳ רמ״י); ראב״ד, המובא בספר התרומות, שער כח, חלק א, אות ג; ביאור הגר״א, חו״מ, סימן קכו, ס״ק כח, בדעת שולחן ערוך, שם, סעיף י. ראה גם: שו״ת תורת אמת, סימנים קג־קד; אורים גדולים, לימוד קעח; ש׳ ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ׳ 96. ש״ך, חו״מ, סימן קס, ס״ק מג (והבא בתשובת ש״ץ, מהדורא קמא, סימן שצב), סתב שאפשר לומר ״קים לי״ כדעה זו.

דעה קיצונית היא של הרמב״ן, המובא בספר התרומות, שער נא, שם, הכותב שגם אם נושה א׳ ידע את האמת, נושה ב׳ אינו יכול לחזור בו, מפני שהיה צריך לברר אם הוא עני, אלא אם כן נושה א׳ הערים עליו, כגון שיצא לחו״ל מיד אחר כך. אך ש״ך שם כותב שהוא יחיד בדעתו זו, וערך ש״י, חו״מ, סימן רכז, סעיף ג, ותשורת ש״י שם, כותב בשם הש״ך שאי אפשר לטעון בזה ״קים לי״ כרמב״ן.

[159] קצות החושן, סימן קכו, ס״ק ט, נוקט שזה בגדר ״קנס״, כיוון שהתכוון להונות. אבל שו״ת אמרי יושר, חלק ב, סימן קנה, כותב שדבריו נאמרו רק לפי הירושלמי, ואין הלכה כן, אלא אין הבדל בין הטעיה לבין טעות. ראה בשמו בסעיף 15, הערה 8.

[160] אולי הטעם לכך הוא שהדבר שכיח.

רמב״ן, בספר התרומות שם, וערך ש״י, חו״מ, סימן רכז, סעיף ג, כותבים שהטעם הוא שאין דין אונאה בשטרות (בבא מציעא נו ע״א). גם קצות החושן שם מעלה אפשרות שזה הטעם (ושדווקא אם הערים, החוזה בטל מטעם קנס), וזאת לפי דעת שולחן ערוך, חו״מ, סימן רכז, סעיף כט, שאין אונאה בשטרות אפילו במחיר גבוה פי כמה. אלא שהוא דוחה טעם זה, מפני שהראשונים הנ״ל נימקו הלכה זו מצד שהיה צריך לברר; והוא מסביר שאונאה היא בדבר הנוגע לשווי החפץ, וכאן הייתה טעות חיצונית, וזה בגדר מקח טעות, שנוהג גם בשטרות.

[161] בדומה לאמור להלן בסמוך בעניין מתווך, ולהלן ג.

חריג אחר, הנלמד מדין מעמד שלושתן: שו״ת תשורת ש״י, מהדורא קמא, סימן שצב, עוסק במי שנשלחה לו תבואה ברכבת, ושילם לחברת הרכבת דמי הובלה, ומכר את תעודת המשלוח, והקונה התלונן בפני חברת הרכבת שדמי ההובלה היו גבוהים מדי, והוא קיבל ממנה החזר; והוא פוסק, שאם הקונה ידע שחברת הרכבת תחזיר את העודף, זו הטעיה, והמוכר זכאי לחזור בו, אבל אם שניהם לא ידעו על כך, אין למוכר זכות לבטל את החוזה. הוא מוכיח זאת מהדעה שבמעמד שלשתן יש הבדל בין אם שניהם לא ידעו לבין שצד אחד ידע. אבל הוא מעלה אפשרות שבמעמד שלשתן, רק אם אמר הממחה לחייב ״תן לו״, והשיב לו הלה ״אתן״, יש כאן הטעיה שהיא עילה לביטול. מדבריו עולה, שהסיבה שאם שניהם לא ידעו, אין זכות ביטול, היא מפני שהחוזה כאן הוא של מכירת תעודת המשלוח, ואין דין אונאה במכירת שטר.

שהוא כעין מתווך, שאינו מחזיק מלאי ואינו בודק את מצב הסחורה שהוא מוכר. לדעת פוסקים רבים[162], מי שרוכש ממתווך כזה אינו יכול לבטל את החוזה, גם אם בסחורה התגלו פגמים שבמצב רגיל היו מאפשרים את הביטול[163]. אבל קביעה זו אין יסודה בטעות של הצד השני כשלעצמה, שכן, כפי שכבר אמרנו, עצם העובדה שהצד השני טעה אינה מרפאת את חוסר גמירת דעתו של הצד הטועה. אלא הסיבה לקביעה זו היא, שהרוכש מודע לכך שהצד השני (המתווך־המוכר) אינו יודע מה מצב הסחורה, ולכן היה עליו לברר את מצבה בעצמו ולא לסמוך עליו, "והואיל ולא עשה כן, הוא הפסיד על עצמו"[164]. בכל זאת, אם המתווך ידע על הפגם, זכאי הקונה לבטל את החוזה[165], כנראה כקנס המוטל על המתווך בשל התרמית.

לעומת דעה זו, יש הסבורים[166] שאין הבדל בין מתווך לאדם אחר, ובכל מצב, זכאי הקונה לבטל את החוזה בגלל הטעות[167].

[162] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה יא; אורחות חיים, חלק ב, סימן מב (עמ' 475); שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יח; שו"ת מהריט"ץ, סימן רכה; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קמז; שו"ת חוות יאיר, סימן קעא; שו"ת משיב דבר, חלק ג, סימן יט. מקור הדברים בבבא מציעא מב ע"ב, בעניין מתווך שמכר שור שלא היו לו שיניים לאפוטרופוס של יתומים בלי שידע על פגם זה.

[163] אבל נתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק ו, מסייג הלכה זו רק למצבים שהמתווך הפסיד מכך שהקונה לא בדק את הממכר, כמו במקרה דלעיל של קונה שור שלא היו לו שיניים, שאז יכול המתווך לטעון כלפי הקונה: "אילו בדקת אותו והיית מחזירו לי, הייתי מחזירו למי שמכרו לי, ועכשו, שלא בדקת, והשור מת מפני שלא היו לו שיניים לאכול, אין לי מה להחזיר", והקונה חייב לשלם לו מטעם פושע בשמירה; אבל אם המתווך לא היה יכול להחזיר למי שמכר לו (כגון שקנה ממנו סתם, ויכול הלה לטעון: "לשחיטה מכרתיו לך"), אין המתווך יכול לטעון כך כלפי הקונה. מדבריו עולה שבמצב אחר, שהממכר עדיין בעין, כך שהמתווך לא ניזוק מביטול החוזה (כגון שהוא יכול להחזיר את הסחורה למי שסיפק לו אותה), יכול הקונה לבטל את העסקה.

[164] לשון שולחן ערוך, שם. נראה שגם לפי שולחן ערוך, אם המוכר לא הציג את עצמו כמתווך, זכאי הצד הטועה לבטל את החוזה.

אבל יש להעיר שדרישה, חו"מ, סימן רלב, סעיף טו, כותב שלפי הרמב"ם, חיוב הקונה לשלם למתווך אינו משום שאין זה נחשב מקח טעות, אלא משום שגם במקח טעות, חייב הקונה כשומר על הנכס (ראה סעיף 21, פרק שלישי, ג), ומאחר שלא בדק את השור (במקרה דלעיל), ולכן השור מת, חייב מטעם שומר. בילקוט ביאורים, בתלמוד מהד' מתיבתא, בבא מציעא מב ע"ב (עמ' יז־יח), כותב שזהו הפירוש לפי רוב הפרשנים, ורק אבן האזל, על הרמב"ם שם, כותב שלרמב"ם אין זה חיוב מדין שומר, אלא בגדר דין מקח טעות, שיש אומדנא שהמוכר אינו מוכן להחזיר לקונה את הכסף אם הממכר אבד בגלל פשיעת הקונה (על דעת אבן האזל, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 809); אבל גם לדעתו, אין זה משום שאיבד את זכותו לבטל את החוזה. על דברי הדרישה, ראה: תומים, סימן עב, ס"ק כב; דברי משפט, סימן רלב, סעיף יח. נתיבות המשפט, שם, ס"ק ז, הסביר שהיות שהמתווך אינו מודע לטיב הסחורה, הוא כאילו אומר לקונה שהוא סומך עליו שיבדוק את הסחורה בעצמו; והקונה חייב לשלם לו מדין גרמי. גם מדבריו משמע שזה מקח טעות אלא שחייב לשלם מדין גרמי.

[165] כך עולה משולחן ערוך שם, המדגיש "ולא ידע במום זה".

[166] טור, חו"מ, סימן רלב, סעיף טו; רמ"א, חו"מ, סימן רלב, סעיף יח.

[167] על סוגיה זו, ראה: עיונים במסכתות התלמוד (ויין), חלק א, עמ' רלג־רלו.

במצב הפוך, שעקב העובדה שהמתווך אינו מודע למצב הסחורה שהוא מוכר, הסתבר שמכר נכס שערכו רב במחיר נמוך, לא יוכל לבטל את המכר בטענת טעות. הסיבה לכך היא, שהנכס כלל לא היה בבעלותו של המתווך, כיוון שלא היה מודע לזהותו האמתית. כך פסקו: אור זרוע, בבא מציעא, סימן עא; מרדכי, בבא מציעא, סימן רנח; הגהות אשרי, בבא מציעא, פרק ב, סימן ט; רמ"א, חו"מ, סימן רלב, סעיף יח (כולם על המוכר בדיל ונמצא שהוא כסף); שו"ת מלמד להועיל, חלק ג, סימן נז (על המוכר בית והקונה מצא בו מטמון). ראה על כך: אולם המשפט, על הרמ"א שם; בית יעקב (טבשונסקי), על הרמ"א שם.

ג. אם הצד השני לא ידע "שלולא הטעות" לא היה הצד הטועה מתקשר בחוזה

כפי שראינו לעיל[168], יש שפירשו את "והצד השני לא ידע" כחוסר ידיעה שהטעות היא יסודית, כלומר, לא ידע שהצד הטועה לא היה מתקשר בחוזה אילו ידע את האמת. את עמדת המשפט העברי בשאלה זו יש ללמוד מסוגיית התלמוד[169] בעניין מי שרכש שור והשור נמצא נגחן, כך שלא ניתן לחרוש בו אלא לשָחטו ולאכול את בשרו בלבד, והקונה רוצה לבטל את החוזה בטענת מקח טעות, משום שרכש את השור למטרת חרישה. שם נקבע שאם הקונה הוא אדם הררגיל לרכוש שוורים רק למטרת חרישה, הוא זכאי לבטל את החוזה בגלל הטעות[170].

לדעת פוסקים רבים[171], וכך פסק השולחן ערוך[172], דברי התלמוד אמורים רק אם המוכר ידע שהקונה רגיל לרכוש שוורים רק למטרת חרישה. אם המוכר לא ידע זאת, אין הקונה זכאי לבטל את החוזה, אף שטעה טעות יסודית. ר' יום טוב ליפמאן הלר[173] נימק זאת בכך, שהיות שאין המוכר מכיר אותו, היה הקונה צריך להודיע לו שהוא קונה לחרישה, ומשלא הודיע לו זאת, הריהו כאילו גילה את דעתו שהוא משנה ממנהגו, ושדעתו לקנות לשתי המטרות. הנימוק לחריג זה הוא אפוא, שמוטלת על הקונה אחריות מוגברת להבהרת טיב העסקה, שהרי המוכר אינו יכול לדעת את צרכיו או כוונותיו של הקונה[174]. נימוק זה קיים בכל חוזה שיכולות להיות לצד המתקשר מטרות שונות בהתקשרותו; והרי המצב שהצד השני אינו יודע שהטעות היא יסודית שייך, מטבע הדברים, רק בסוג חוזה כזה שיכולות להיות לצד המתקשר מטרות שונות בהתקשרותו, שאילו בדבר שמשמש רק למטרה אחת, אם הייתה טעות יסודית (הנוגעת לעצם הממכר ולא למטרתו), הצד השני בוודאי יודע שהטעות היא יסודית.

אמנם, יש שפסקו[175] שקונה הרגיל לרכוש שוורים למטרת חרישה זכאי לבטל את העסקה

[168] לעיל, ליד ציון הערה 150.

[169] בבא קמא מו ע"א; בבא בתרא צב ע"א.

[170] יד רמה, בבא בתרא, פרק ו, סימן י, מסביר שכוונת הקונה היא שקובעת, שאילו המוכר מוכר לכל מטרה. לגבי קונה שרגיל לקנות לשתי המטרות, דהיינו שהוא עוסק בחקלאות וגם במכירת בשר (כך מפרש רשב"ם, בבא בתרא שם, ד"ה בגברא; ובאוצר מפרשי התלמוד, בבא קמא שם, ליד ציוני הערות 44־46, הביא שיש שפירשו שהכוונה למתווך שקונה כדי למכור, ולכן יש להניח שהתכוון לקנות שור שיוכל למכור לרוב האנשים), לדעת האמורא שמואל, שהלכה כמותו, הקונה אינו זכאי לבטל את החוזה, שכן המוכר יכול לטעון שמכר את השור לצורך שחיטה, אף על פי שרוב האנשים קונים למטרת חרישה.
מאחר שכאמור כוונת הקונה היא הקובעת, צריך לפרש שהמוכר טוען שהקונה התכוון לקנות לצורך שחיטה. אפשר להבין זאת בשני אופנים: (א) הוא טוען שבשעה שמכר, הודיע לקונה שהוא מוכר למטרת שחיטה; (ב) הוא טוען שייתכן שהקונה התכוון לקנות לשם שחיטה (כמובן, אינו יכול לומר זאת בוודאות). באוצר מפרשי התלמוד, בבא קמא שם, הערה 27, מובאת מחלוקת בשאלה, האם גם במקרה השני המוכר נאמן.

[171] רשב"ם, בבא בתרא צב ע"א, ד"ה ה"ג וליחזי; רא"ש, בבא בתרא, פרק ו, סימן ב; נימוקי יוסף, בבא בתרא מו ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה וליחזי.

[172] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף כג; נתיבות המשפט, שם, חידושים, ס"ק לה.

[173] פלפולא חריפתא, על הרא"ש, בבא קמא, פרק ה, סימן א, אות ב.

[174] כבר ראינו לעיל, שבמצבים שמוטלת על הקונה חובת זהירות מוגברת, למשל כאשר קיימת חובת בדיקה של פגמים בנשוא העסקה, יש שנשללת ממנו זכות הביטול בשל טעות. ראה לעיל, ב(3). יודגש, שאין מדובר בחובת זהירות כללית ורחבה כבשיטות משפט אחרות (כמו למשל במשפט הרומי, "caveat emptor"), אלא בחובה מצומצמת יחסית לסוג המקרים בהם עסקנו.

[175] ספר ההשלמה, בבא בתרא, פרק ו, סימן א; בית הבחירה, בבא קמא מו ע"א, ד"ה חכמי הצרפתים. אשר לעמדת הרמב"ם בשאלה זו, העניין תלוי בשנויי נוסחאות בהלכות מכירה, פרק טז, הלכה ה. גרסת

גם אם המוכר לא ידע על כך. אבל הם נימקו זאת בכך, שבני המקום יודעים על אופיו של הקונה, ולכן הוא כאילו הודיע על כך, כלומר, היה על המוכר לדעת זאת. הרי שפוסקים אלו אינם חולקים באופן עקרוני על הדעה הקודמת, אלא הם סבורים שגם אם הצד השני לא ידע על יסודיות הטעות, הרי אם היה עליו לדעת על כך, יש לצד הטועה זכות לבטל את החוזה.

ד. טעות הדדית (שאינה טעות משותפת)

לעתים החוזה אינו ברור, וכל צד מבין באופן שונה את ההתקשרות. אי אפשר לומר שאחד מהם טעה, שכן החוזה נתון לפירושים שונים. בכל זאת, מצב זה מכונה טעות הדדית (mutual mistake), מכיוון שכל אחד טעה באשר להבנת כוונתו של האחר. בניגוד לטעות משותפת, קיימת תמימות דעים בין פרשני החוק שעל טעות מסוג זה לא חל סעיף 14, לאמר, החוזה לא רק ניתן לביטול, אלא הוא בטל מאליו, שכן בהיעדר חפיפה בין ההצעה והקיבול, לא חל מפגש רצונות, וממילא לא חלה שום התקשרות[176].

על עמדת המשפט העברי בשאלה זו, ניתן ללמוד מדינו של חוזה מכר של מקרקעין לגבי חלקה שהוגדרה בחוזה "קרקע של ראובן". למעשה, הייתה חלקה אחת (ברשות המוכר) שנקראה בפי הכול "קרקע של ראובן", והקונה טוען שזו היא הקרקע שקנה; והייתה חלקה אחרת שהמוכר אמנם קנה אותה מאותו ראובן, אבל לא הייתה קרויה "קרקע של ראובן"[177], והמוכר טוען שהיא היא הקרקע שמכר עכשיו, ואילו החלקה אחרת באמת לא הייתה של ראובן מעולם, אף שהיא נקראת כך בפי כל. מן הסתם מדובר בשהחלקה שדורש הקונה טובה

הדפוסים היא: "המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, יכול לומר לו: לשחיטה מכרתיו לך. במה דברים אמורים? בשהיה הלוקח קונה לשחיטה ולחרישה. אבל אם היה יודע שהוא קונה לחרישה בלבד, הרי זה מקח טעות וחוזר". לפי גרסה זו, סבור הרמב"ם שהקונה זכאי לבטל את המכירה רק אם המוכר ידע מהי מטרת הקונה. אולם במהדורת פרנקל צוין שנוסח רוב כתבי היד של הרמב"ם הוא: "אבל אם היה ידוע שהוא קונה", ולפי זה דעת הרמב"ם היא שניתן לבטל את החוזה גם אם המוכר לא ידע מהי מטרת הרוכש, ובלבד שהדבר ידוע לאחרים. וראה עוד שו"ת בית מאיר, סימן טז.

לדעת א' ורהפטיג, "דברים שבלב' וטעות בהלכה", דיני ישראל ג (תשל"ב), עמ' 202־206, דינה של טעות שהצד השני לא ידע שהצד הראשון טעה בה, תלוי במחלוקת ראשונים בשאלה, מדוע הולכים אחר "דברים שבלב" במקום שיש אומדנא דמוכח. לפי שיטה אחת, הטעם הוא, שאם יש הוכחה שזה אכן רצונו, יש להתחשב ברצונו; לפי זה, יש להתחשב ברצונו של הצד הטועה, ולבטל את החוזה אף אם הצד השני לא ידע שטעה. לפי שיטה אחרת, הטעם הוא שאם ברור לכול שזה רצונו, הביטחון המסחרי לא נפגע (ולשיטה זו, "דברים שבלב אינם דברים" מפני שהביטחון המסחרי ייפגע אם נתחשב בדברים שאינם ידועים לצדדים), אבל כאן, שהצד השני לא ידע על הטעות, חוזר הכלל "דברים שבלב אינם דברים".

ראה עוד בעניין זה: פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יב, הערה מא; פסקי דין ירושלים — דיני ממונות ובירורי יהדות, כרך ב, עמ' קסב־קסד. וראה נתיב יושר, פרק כא, סעיף כ, בעניין קונה שלא ידוע לאיזה צורך קנה.

[176] שלו, דיני חוזים, עמ' 282 ועמ' 275, הערה 6; פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 674־677.

אבל צריך להעיר, שלא כל ויכוח בין הצדדים באשר לפרשנות החוזה פוסל את החוזה. חוק החוזים, סעיף 25, קובע איך לפרש חוזה שאינו ברור, ואינו קובע שעצם העובדה שכל צד מבין אותו בצורה אחרת פוסלת את החוזה (וקשה לומר שסעיף 25 מדבר רק במצב שהצדדים אומרים שלא חשבו על פרט זה מראש). נראה שאם יש הסכמה בעיקר תוכן החוזה, אלא שבפרטים שלו כל אחד התכוון לדבר אחר, החוזה תקף, ויפורש לפי סעיף 25.

[177] סמ"ע, סימן ריח, ס"ק סו.

יותר מזו שהמוכר טוען שהתכוון לה. ההלכה היא, שהקונה זוכה בחלקה שהייתה קרויה "קרקע של ראובן"[178]. אבל אם יביא המוכר ראיה שחלקה זו מעולם לא הייתה של ראובן, החלקה האחרת תהיה של הקונה[179]. ניתן להסיק מן הדברים, שאם הקרקע אינה מוּפֶרֶת בציבור כ"קרקע של ראובן", זכאי המוכר לספק לו את הקרקע שהמוכר אומר שקנה מראובן[180].

מקרה אחר הנידון בתלמוד[181] הוא חוזה מכר של חבית או כד. החבית והכד הם כלים דומים, אלא שהחבית גדולה יותר[182]; ובמקומות מסוימים אין מבחינים ביניהם בשפת הדיבור, אלא קוראים לשניהם "כד" או "חבית" בלי הבחנה ביניהם. במקום כזה, אם מוכר התחייב לספק לקונה "כד" או "חבית", והמוכר התכוון לכד, והקונה חשב שהוא מוכר לו חבית, הדין הוא שהטוען כנגד המוחזק — עליו נטל הראיה: אם המוכר קיבל את התמורה, על הקונה להביא ראיה, ואם טרם שילם הקונה, על אף שההתחייבות נעשתה כדין, יכול הוא שלא לקיים את החוזה עד שיספק לו חבית[183].

מן הדוגמאות האלו עולה, שלפי המשפט העברי, אם הייתה טעות הדדית, וכל צד הבין את החוזה בדרך אחרת, יש לפרש את החוזה על פי מבחן אובייקטיבי[184]. אם המבחן האובייקטיבי אינו מאפשר להעדיף אף לא אחת משתי הגרסאות, כללי ההכרעה יביאו לכך שחובת הראיה תוטל על הטוען כנגד הצד המוחזק בנשוא החוזה או בתמורה.

ה. פיצויים — "רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה"

ס"ק (ב) מעניק לבית המשפט סמכות לפסוק פיצויים לצד השני אם לא ידע על הטעות ונגרם לו נזק עקב ביטול החוזה על ידי הצד הטועה. מדובר בפיצויי הסתמכות, שמטבעם הם פיצויים שליליים בלבד, היינו בשיעור הנזק שנגרם, ומטרתם להשיב את מצבו של הנפגע לקדמותו[185]. לעומת זאת, בטעות שידע עליה הצד השני, אין סמכות לבית המשפט לפסוק פיצויים לצד השני, ותוצאות הביטול תיקבענה על פי סעיף 21, הקובע את חובת ההשבה[186].

[178] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כא, הלכה כא; שולחן ערוך, חו"מ, סימן ריח, סעיף כה.
מקור הדברים בבבא בתרא דף ל ע"א (ראה רשב"ם, שם, ד"ה כל) ודף קנט ע"ב. אלא ששם המקרה יותר מורכב: החוזה היה ש"כל נכסיו של ראובן" נמכרים, והיה ברור שכלולים במכר כל הנכסים שקנה המוכר מראובן, והייתה ברשות המוכר שדה אחת שהייתה קרויה בפי כל "שדה של ראובן", אבל המוכר טען שאינה כלולה במכר כיוון שבאמת מעולם לא הייתה של ראובן.

[179] סמ"ע, שם, ס"ק סו.

[180] ראה על כך: ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 82.

[181] בבא קמא כז ע"א; רש"י, שם, ד"ה למקח וממכר.

[182] והפער במחיר ביניהם הוא שולי (תוספות, בבא קמא שם, ד"ה המניח).

[183] תוספות, שם. ראה גם: חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא קמא, סימן כו; חידושי רבי חיים מטלז, בבא קמא, סימן יא, ד"ה ונראה; רז"נ גולדברג, כתר ג, עמ' 367.

[184] לדוגמה, במקרים שהובאו לעיל, המבחן הוא מה מפורסם בקרב הציבור ("קרקע של פלוני"), או מה שם החפץ המקובל בלשון בני אדם, או מבחן המחיר. לגבי מבחן המחיר, ראה: בבא בתרא צב ע"א (להלן, ליד ציון הערה 169); שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף כג.
על מחלוקת בפרשנות החוזה, ראה כתר ג, עמ' 451־465. וראה להלן, הערה 221, בשם רבנו חיים הלוי, שאם לא התכוונו לאותה מידה, החוזה בטל.

[185] פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 719־721; שלו, דיני חוזים, עמ' 291־292.

[186] ראה שלו, דיני חוזים, עמ' 368־372.

כבר אמרנו לעיל[187] שלפי המשפט העברי, הצד הטועה זכאי לבטל את החוזה גם בטעות שלא ידע עליה הצד השני, וממילא אין הצד השני זכאי לפיצויים במקרה זה יותר מבטעות שידע עליה. עם זאת, ככל שהמשפט העברי מכיר בחיוב פיצויים בביטול חוזה עקב הפרה[188], חייב הצד המבטל בפיצויים בענייננו, בין בטעות שהייתה ידועה לצד השני ובין בטעות שלא הייתה ידועה לו[189].

אם הצד השני שינה את מצבו לרעה בעקבות החוזה, יש לברר עד כמה יש להגן על אינטרס ההסתמכות שלו[190], שהרי מדובר בנזק עקיף, שבדרך כלל אין בו מתן סעד לפי המשפט העברי.

אמנם, יש מצבים שבהם מתחייב צד אחד בתשלום פיצוי לחברו עקב העובדה שהאחרון הוציא הוצאות על פיו[191], אבל ייתכן שהדין שונה במקרה דנן, כיוון שאין הצד הטועה אשם בחזרתו[192]. מכל מקום, נראה שגם אם יש יסוד לחיוב הצד הטועה בפיצוי הצד שכנגד, הדברים אמורים רק אם לא ידע האחרון על טעותו של חברו. לעומת זאת, אם ידע על טעותו של חברו, היה עליו ליטול את הסיכון שהחוזה יבוטל, ולכן אין לו זכות לפיצוי.

פרק שישי

תיקון הטעות — ס"ק (ג)

א. כללי

ס"ק (א) קובע כלל, שטעות בחוזה מאפשרת את ביטולו. ס"ק (ג) מסייג כלל זה וקובע שאין לבטל את החוזה אם ניתן לקיימו בתיקון הטעות. כל עוד ניתן לקיים את החוזה, ולו גם בשינויים, מעדיף החוק את קיום החוזה על פני ביטולו[193]. תיקון הטעות אפשרי כל עוד החוזה

[187] לעיל, ליד ציון הערה 143.

[188] ראה חוק לישראל, תרופות בשל הפרת חוזה, סעיף 10.

[189] על חובת הצד הטועה בהשבת מה שקיבל עקב החוזה, ראה בדיוננו בסעיף 21.

[190] על אינטרס ההסתמכות בחוזים, והבסיס לחיוב פיצויים בגינו, ראה בהרחבה: א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 419־455.

[191] ראה: רמ"א, חו"מ, סימן יד, סעיף ה, וסימן ר, סעיף ז; נתיבות המשפט, סימן ר, חידושים, ס"ק כג; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שלג, סעיף ח; נתיבות המשפט, שם, ביאורים, ס"ק טו. ראה מקורות נוספים אצל: א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 429־430; ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 28־29; חוק לישראל, ערבות, עמ' 82־85.

[192] זאת בניגוד למקורות הנזכרים בהערה הקודמת, שלא הייתה בהם הצדקה לחזרה מההסכם. ייתכן שהדבר תלוי בבסיס המשפטי לחיוב: אם הוא נזיקי, עשויה להיות השפעה לאשמה או לכוונה להזיק (ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן סו, סעיף כג; סמ"ע, שם, ס"ק ס; ש"ך, שם, ס"ק פב; ש"ך, חו"מ, סימן שפו, ס"ק ו; ערוך השולחן, שם, סעיפים יא־יב; פתחי חושן, הלכות נזיקין, פרק ג, סעיף לז, הערות פז־פח; ש' ורהפטיג, שם), אך אם הוא חיוב חוזי (מדין ערבות — ראה א' ורהפטיג, ההתחייבות, שם; חוק לישראל, ערבות, עמ' 78־86 ובמילואים שם), ייתכן שלאשמה או לכוונה להזיק אין השלכה על החיוב.

[193] ראה: פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 765־767; שלו, דיני חוזים, עמ' 292־297.
לדעת שלו, דיני חוזים, עמ' 293, "התיקון מיועד להביא לידי תיאום את שתי המערכות שיצרה הטעות: המערכת המוטעית והמערכת האמיתית. ייתכנו מקרים שבהם תיאום זה יהיה בלתי אפשרי, למשל: כאשר טעות הקונה נוגעת לנשוא חוזה המכר ונשוא החוזה יצא מידי המוכר [כגון שהחוזה היה מכונית פורד

בר תוקף, אך לא לאחר שבוטל. על כן, אם הטעות לא הייתה ידועה לצד השני, שאז בית המשפט מוסמך לבטל את החוזה לפי ס"ק (ב), יחליט בית המשפט אם יש מקום לתיקון הטעות[194]. לעומת זאת, אם הטעות הייתה ידועה לצד השני, שאז הצד הטועה יכול לבטל את החוזה בהודעה לפי ס"ק (א), יכול הצד השני להודיע על כוונתו לתקן את הטעון תיקון רק אם טרם נשלחה לו הודעת הביטול[195].

גם במשפט העברי, הכלל הוא שאין לצד הטועה זכות לבטל את החוזה כל זמן שניתן לתקן את הטעון תיקון, כפי שנראה בהמשך הפרק[196]. אבל בשונה מן החוק, לפי המשפט העברי, אין להודעת הביטול משמעות בנוגע לאפשרות התיקון, וכל עוד לא בוטל החוזה הלכה למעשה, כגון בהחזרת המכר למוכר והכסף לקונה, ניתן לתקנו[197]. אבל אם הצד השני לחוזה בוחר שלא לתקן את הטעות, הצד הטועה יכול לבטל את החוזה.

ב. היקף התיקון

המשפט העברי מסייג את אפשרות התיקון רק למצבים שהתיקון אינו משמש למעשה כעין ביצוע מחדש של החוזה כולו. ר"י מיגאש[198] נשאל בדבר עסקת חליפין בה התחייב אדם להעביר בתים מסוימים לצד שני תמורת שדה, אלא שבבתים אלו התגלו ליקויים רבים. הצד השני טוען לבטלות החוזה בטענה של מקח טעות, ואילו הראשון מבקש לתקן את הליקויים ולקיים

וסופקה לקונה מכונית סובארו, והייתה למוכר מכונית פורד, אבל בינתיים מכר אותה לצד שלישי, כך שאינו יכול לתקן את הפגם]. על מקרים כאלה לא תחול אפשרות התיקון".

[194] ראה: פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 768.

[195] אפשר שהצד הטועה ינסה להשתמש בהודעת הביטול כדי להתנער מן החוזה ולמנוע את אפשרות התיקון, אלא שלאור עיקרון תום הלב הוא מנוע מלעשות כן. ראה שלו, דיני חוזים, עמ' 296-297.

[196] כאן המקום לשאול, כיצד אפשר שתיקון הטעות ירפא את חוסר גמירת דעתו של הטועה ויביא לקיומו של החוזה? קושי נוסף שמתעורר בהקשר זה הוא, שאמרנו (לעיל, הערה 61), שלאחר שהביע הצד הטועה את מחאתו, אין תרופה אלא בכריתת החוזה מחדש, ואם כן כיצד מתקיים החוזה על ידי תיקון בלבד? התשובה לכך היא: נכון שאין לו גמירת דעת להתקשר בחוזה אם יקבל מוצר פגום, אבל יש לו גמירת דעת (בשעת כריתת החוזה) להתקשר בחוזה אף אם יקבל מוצר פגום, אם בסופו של דבר הפגם יתוקן. אם כן, עצם קיומה של אפשרות תיקון מותירה את מצבו של החוזה כתלוי ועומד עד התיקון, כמו שהיה תלוי ועומד לפני ידיעתו על הטעות.

אבל ראה להלן, הערה 220, שיש חולקים וסוברים שאין לצד השני זכות לתקן.

[197] כך עולה מלשון שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף ה, שגם אם "רוצה שמעון לחזור בו", זכאי ראובן לקיים את החוזה על ידי תיקון.

בספר אולם המשפט, סימן רלב, סעיף ה, כותב שאף חובה על הצד השני לתקן (כלומר, אינו יכול לבטל את החוזה, אם הצד הטועה רוצה בקיומו תוך תיקון הממכר; אבל ראה לעיל, ליד ציון הערה 85, שהוא יכול לבטל את החוזה אם הצד הטועה רצה בקיומו בניכוי שווי הפגם מהמחיר). נראה שטעמו הוא שהחוזה מחייב אותו לספק נכס ראוי, ואינו יכול להיפטר מחובה זו על ידי אספקת נכס לא ראוי וביטול החוזה בעקבות זה. אבל הסבר זה יוצא מתוך הנחה שיש תוקף להתחייבות למכור, והנחה זו שנויה במחלוקת; ראה על כך בנספח השלישי לספר.

על זכות תיקון הטעות, ראה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק טז, סעיף ו; נתיב יושר, פרק כא, סעיפים יא-טו; כתר ג, עמ' 86-114.

[198] שו"ת הר"י מיגאש, סימן נא. את דבריו הביאו: מישרים, נתיב יא, חלק ו; הגהות מרדכי, כתובות, סימן רצב; שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן שב; דרכי משה, חו"מ, סימן רלב, ס"ק א.

כך את החוזה. ר״י מיגאש פוסק שהראשון יכול לקיים את החוזה על ידי תיקון הליקויים רק אם הליקויים ״אינם בגוף הבתים אלא באים אליהם ממקום אחר, כגון אמת המים העוברת בהם או צנור מים מקלח עליהם או שיש לאחד מן השכנים תשמיש בכתלים ומה שיהיה בכיוצא בזה, שבהסרת המומין הנזכר יהיו הבתים שלמים ונקיים מבלתי שיחדש דבר בגוף הבתים — הנה חויב [=המסקנה היא] שמאחר שהוסרו אותם המומין הנזכרים, יהיו החליפין קיימים. ואם יהיו המומים בגוף הבתים, כגון שהיו כתליהם כפי נגליהם [=במראיתם החיצונית] שלמים ואינם אלא מודבקים או שהיה בעינם נראה שלם ונמצא שהוא נפסד, אפילו שבנה הכתלים באופן שסר מהם הרקבון שהיה בהן ויחליף הבנין הנפסד, החליפין אינם קיימין, לפי שהבנין והחדוש שהוא מחדש בהם לא היה בבתים קודם החליפין, אבל נתחדש עתה אחר החליפין, והיה כאילו פנים חדשות באו לכאן, מה שלא נעשו החליפין על כך״.

הרמ״א[199] פוסק כדברי הר״י מיגאש, וקובע שאפשר לקיים את העסקה רק בתיקון שאינו בגוף הבית נשוא העסקה, אך לא בתיקון מהותי בגוף הבית, כגון החלפת קיר רעוע בקיר שלם, שיש לראותו למעשה כבנייה מחודשת של הבית[200].

לדעת נתיבות המשפט[201], טעם הדבר שאין למוכר זכות תיקון אם הדבר יהווה ״פנים

[199] רמ״א, חו״מ, סימן רלב, סעיף ה (הובא בשו״ת הלכה למשה, אלבז, חו״מ, סימן מה, ובעיונים במסכתות התלמוד, ויין, חלק א, עמ׳ לט).
אבל שער משפט, סימן רלב, ס״ק ג (הובא בבית יעקב, מסקין, סימן יז, דף כד ע״ב), מתקשה בהבנת גישתו של הר״י מיגאש ומשאיר את דבריו ב״צריך עיון״.
הר״י מיגאש כותב שגם בתיקון שאין בו כדי לומר ש״פנים חדשות באו לכאן״, הרי אם הוא תיקון יסודי, כגון שהיו בורות ברצפה, והוא עשה רצפת אבני שיש, יש לראות זאת כביצוע מחדש של החוזה, והצד השני זכאי לבטלו. אבל הרמ״א לא הביא דברים אלה. גם הרא״ש (בסמוך) כנראה חולק על הר״י מיגאש בנקודה זו. ר״י הילדסהיים, כתר ג, עמ׳ 86־97, מסביר את הדין הנוסף בשיטת הר״י מיגאש כקטגוריה חדשה של חיסרון בגוף נשוא החוזה, שאף שאין להגדירו ״פנים חדשות״, הרי הוא בגדר טעות יסודית, שכן מדובר בהשלמה של חֶסֶר משמעותי בגוף נשוא החוזה, בשונה מתיקון דבר קיים, שרק אם הוא ברמה של ״פנים חדשות״, הוא נחשב לטעות שאינה ניתנת לתיקון.

[200] בפסקי דין ירושלים — דיני ממונות ובירורי יוחסין, כרך ט, עמ׳ קעב, נפסק שמי שקנה דירה שיש בה נזילות, וצריך לעקור את הריצוף של הדירה שמעליה כדי לתקן אותה, זכאי לבטל את החוזה, ואינו צריך להסתפק בתיקון, שכן עקירת ריצוף בדירה והנחת אחר במקומו אינה נחשבת לתיקון הקיים אלא לבנייה חדשה, ו״פנים חדשות באו לכאן״. פסק דין זה קשה, שהרי השינוי המהותי נעשה בדירה העליונה, ולא בדירה נשואת המכר.
בפסקי דין ירושלים — דיני ממונות ובירורי יוחסין, כרך ח, עמ׳ רח, נקבע שמי שקנה מכשיר שאחד מחלקיו נמצא פגום, רשאי לדרוש את ביטול העסקה ואינו חייב להסתפק בתיקון החלק או בהחלפתו.
לעומת זאת, רמ״א, חו״מ, סימן רלג, סעיף א, עוסק במי שהתחייב לספק כסף במשקל מסוים, ובמקום לספק כסף מזוקק, סיפק כסף מעורב בסיגים, ופוסק שאין הקונה זכאי לבטל את החוזה; ובאר היטב, חו״מ, סימן רלג, ס״ק ד, מנמק שאף שהייתה טעות (ומשום כך ש״ך, שם, ס״ק א, חולק על הרמ״א), הרי ניתן לזקק את הכסף ולקבל כסף מזוקק במשקל שסוכם עליו.

[201] נתיבות המשפט, סימן רלב, ס״ק ז. כך נימק גם: אולם המשפט, סימן רלב, סעיף ה.
לפי טעם זה, גם אם ירצה הקונה לקיים את המכר עם תיקון הפגם, זכאי המוכר לבטלו, כבכל מכירת דבר שלא בא לעולם. אך שולחן ערוך, חו״מ, סימן רט, סעיף ד, כותב שבמכירת דבר שלא בא לעולם, אם הקונה תפס אותו אחרי שבא לעולם, אין מוציאים מידו; ולפי זה, יוכל הקונה לדרוש את קיום המקח אם הנכס בידו.
על תיקון פגם שאינו בגוף הדבר, ראה: שער משפט, סימן רלב, ס״ק ג; שו״ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ג, סימן ט.

חדשות", הוא, שבמצב כזה נמצא שבשעת המכר, הנכס המתוקן היה בגדר "דבר שלא בא לעולם", שאין הקנאתו חלה גם אחרי שבא לעולם.

הרא"ש[202] דן במקרה דומה של מכירת בית שנמצאו בו ליקויים, כגון דלתות חסרות, קירות מפויחים וכדומה, ופוסק שאין עילה לביטול החוזה: "כי בית מכר לו, ועדיין נקרא בית. [גם] אם אירע בו קצת קלקול, מום עובר הוא, ובדמים שהוא מנכה לו, יחזור הבית לקדמותו, ואין כאן מקח טעות". חלק מהפוסקים סבורים שהרא"ש מסכים לדברי הר"י מיגאש, אלא שבנידונו, הליקוי לא היה בגוף נשוא החוזה, ולכן פסק שהמוכר יוכל לעמוד על קיום החוזה תוך תיקון הליקויים, והוא מסכים לר"י מיגאש, שאם דרוש תיקון מהותי בגוף נשוא החוזה, זכאי הקונה לבטל את החוזה[203]. לעומתם, סבור ר' מאיר שמחה הכהן[204] שיש מחלוקת ביניהם: לדעת הרא"ש, שדיבר על "שינוי שם", החוזה בטל רק אם הליקוי חמור כל כך, עד שמדובר בנשוא חוזה אחר מהמוסכם, כגון שמכר בית וסיפק דבר שאין עליו שם "בית"; אבל אם הנכס שסופק נקרא אף הוא בשם "בית", זכאי המוכר לקיים את החוזה ולתקן את הבית, גם אם היקף התיקון הוא גדול. לעומת זאת, לדעת הר"י מיגאש, שדיבר על "פנים חדשות", תיקון מהותי בגוף נשוא החוזה נחשב בכל מקרה כביצוע מחדש שאין המוכר זכאי לעשותו[205].

יש להעיר, שהדברים אמורים לגבי נשוא חוזה מסוים, כגון חוזה מכר של חפץ מסוים. הקונה מעוניין בחפץ המסוים כשהוא נקי מפגמים, ואין מועיל לתקנו אם דרוש לכך תיקון מהותי. לעומת זאת, בחוזה לאספקת מוצר מדגם מסוים או על פי מפרט מסוים[206], אין למזמין זכות ביטול בטענת טעות, גם אם קיים פגם מהותי, מאחר שיש לראות נסיבות אלו כחוזה שטרם בוצע; ואם אין מניעה מבחינת יתר תנאי החוזה, כגון שלא עבר פרק הזמן שנקבע בחוזה לאספקת המוצר, יכול המוכר לעמוד על ביצועו על ידי אספקת מוצר חילופי במקום המוצר הפגום[207].

על תיקון פגם בגוף הדבר, ראה: ר' יעקב בירדוגו, "בדין נמצא מום במקח", מקבציאל ה (שבט־אדר תשמ"ה), עמ' ט־י.

[202] שו"ת הרא"ש, כלל צו, סימן ו (הובא בטור, חו"מ, סימן רלב, סעיף ה, ובשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן י). כדבריו פסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף ה.

ראה להלן, בשאלה אם חובת התיקון חלה על המוכר או שדי בקיזוז כספי.

[203] שו"ת דברי ריבות, סימן ש (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, סימן רלב, הגהות בית יוסף, אות טז); פרישה, שם, סעיף ה, וסמ"ע, שם, ס"ק יד; נתיבות המשפט, שם, חידושים, ס"ק ז. כך עולה אף מדברי הרמ"א (לעיל, הערה 199), שהביא את דברי הר"י מיגאש כהמשך לדברי השולחן ערוך, שהם דברי הרא"ש. נראה שלפי שיטה זו, בין לר"י מיגאש ובין לרא"ש, התנאים הם מצטברים, והמוכר זכאי לתקן את הטעות רק אם הליקוי קטן וגם אינו בגוף נשוא העסקה.

דברי משפט, סימן רלב, סעיף ה, כותב שאם הנכס הפגום שווה מחצית משווי הנכס הראוי או פחות, המכר בטל גם אם הפגם אינו דורש תיקון מהותי, מפני שיש בכך אונאה, ואונאה בקרקע בשיעור מחצית היא עילה לביטול המכר (לפי רמ"א, להלן, הערה 356). הוא כותב כך לגבי קרקע, ועולה מדבריו שלגבי מיטלטלין, ששיעור ביטול המקח בהם הוא באונאה של יותר משישית, כך יהיה הדין אם ערכו של הנכס הפגום נמוך בשישית מערך הנכס הראוי.

[204] אור שמח, הלכות מכירה, פרק יז, הלכה ט. נראה שכך הבין את דבריו ר' בנימין רבינוביץ־תאומים, חוקת משפט (ירושלים תשט"ו), הלכות מכירה, פרק טז, מקורות, ס"ק יא.

[205] בהסבר מחלוקת זו ראה גם: כתר ג, עמ' 86־97.

[206] ייתכן שמסגרת הדיון המתאימה תהיה דיני הפרת חוזה. ראה לעיל, הערה 105.

[207] נוכל להסביר הבחנה זו במונחים של הנימוק של נתיבות המשפט ואולם המשפט (לעיל, הערה 201):

ג. אופן התיקון

מדברי הרא"ש[208] שהובאו לעיל, "ובדמים שהוא מנכה לו, יחזור הבית לקדמותו", עולה שאם עומדת לצד השני זכות לתקן את הטעות, אין הכרח שהוא יבצע את התיקון בעצמו, אלא די שיקזז את עלות התיקון ממחיר החוזה[209]. לעומת זאת, מדברי הר"י מיגאש[210], "שמאחר שהוסרו אותם המומין הנזכרים, יהיו החליפין קיימים", משתמע שחובת תיקון הליקויים מוטלת על המוכר, שכן הוא לא הזכיר אפשרות של ניכוי ההוצאות מהמחיר. אבל ר' יוסף זונדל הוטנר[211] סבור שאף לשיטת הרא"ש, חובת התיקון חלה על המוכר, ומה שנקט ניכוי מהמחיר אינו בדווקא. נראה שטעמו הוא, שהחוזה מחייב אותו לספק נכס שאינו פגום, ולא ייתכן שיספק נכס פגום גם אם ישנה את מחיר בהתאם[212]. נראה שלדעתו, אם המוכר אינו מוכן לתקן את הפגם, זכאי הקונה לבטל את המכר גם אם המוכר מוכן לנכות מהמחיר.

באשר לפרק הזמן שבו ניתנת אפשרות התיקון לצד השני, לפי הדעה שחובת התיקון מוטלת עליו[213], נראה שפרק זמן זה צריך להיקבע בהתאם לדחיפות הצורך של הצד הטועה להשתמש בנשוא החוזה. כך כותב הב"ח[214], שאם קיום החוזה דרוש לצד הטועה באופן מיידי, כגון "בקונה חפץ או קרקע שהיה צריך לשעה, ולאחר שעה אין לו צורך בהם[215], דיכול לחזור בו ולומר דלא לְקָחוֹ על דעת שימתין עליו עד שיתקן המום, אפילו הוא מום עובר". נראה שההסבר לכך הוא, שאם עבר פרק הזמן שבו נשוא החוזה דרוש לקונה, אין משמעות לכך שהליקוי ניתן לתיקון, ודין הטעות כדין טעות שאינה ניתנת עוד לתיקון[216].

במכירת נכס ספציפי, אם הפגם הוא מהותי, המכר הוא בגדר מכירת דבר שלא בא לעולם, שאינה חלה; אבל בחוזה לאספקת נכס שאינו נכס מסוים, שהוא התחייבות, הרי מועילה התחייבות בדבר שלא בא לעולם (שולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף ו), ולכן החוזה תקף ומחייב את הצד השני.

פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יג, הערה יז, עמ' שצט, כותב שהמוכר ספר ונמצא בו פגם, יכול לתת לקונה ספר זהה במקומו, ובלבד שייתן אותו תוך זמן סביר. על זכות תיקון הפגם, ראה פתחי חושן, שם, פרק יג, סעיפים ד־ו.

[208] הרא"ש, שצוין לעיל, הערה 202.

[209] אבל כפי שמעיר ב"ח, חו"מ, סימן רלב, סעיף ד, אם אי אפשר לתקן את הפגם, המוכר אינו זכאי לקיים את החוזה ולנכות מהמחיר את שווי הפגם, אלא הקונה זכאי לבטל את החוזה, כמו שכתבו: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ד; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף ד.

[210] ר"י מיגאש, שצוין לעיל, הערה 198.

[211] אולם המשפט, סימן רלב, סעיף ה.

כמו כן, ר"נ רקובר העלה אפשרות שהרא"ש מאפשר תיקון על ידי ניכוי מהמחיר רק אם הצד הטועה מסכים לכך.

[212] ראה בשמו לעיל, הערה 197, שחובה על המוכר לתקן.

על תיקון טעות על ידי הפחתה במחיר, ראה: ר' יעקב בירדוגו, "בדין נמצא מום במקח", מקבציאל ה (שבט־אדר תשמ"ה), עמ' ט־י.

[213] לפי הדעה שדי בקיזוז כספי, אין הגבלת זמן, שהרי אם הצד הטועה טרם שילם לצד השני, המשמעות היא מיידית, שדי שישלם מחיר מופחת, ואם כבר שילם את מלוא התמורה, נראה שדין הסכום לקיזוז כדין חוב רגיל שהתחייב הצד השני לצד הטועה, והוא מנותק מעתה משאלת קיום החוזה.

[214] ב"ח, חו"מ, סימן רלב, סעיף ד.

[215] מדבריו אלו של הב"ח עולה, שאם הוא זקוק לנכס באופן מיידי, אבל ישתמש בו גם לאחר זמן, זכאי המוכר לתקן, כיוון שהתיקון יועיל לקונה לשימוש בעתיד, אף שהוא מפסיד את השימוש המיידי הדרוש לו.

[216] במקרה כזה צריך לומר שגורם הזמן הופך להיות תנאי יסודי בחוזה, אלא שהדיון במקרה זה הוא בדיני הפרת חוזה ולא בדיני הטעות.

ד. תיקון טעות כמותית

מה דינו של חוזה שביצועו קשור בנכס מסוים, ונפלה טעות ביחס לנתונים כמותיים שהיו לצדדים בנוגע לנכס[217]? דוגמה לכך היא חוזה מכר של דירה, כאשר נמסרו לקונה נתונים שגויים ביחס לשטח הדירה, והקונה הסתמך על הנתונים השגויים שנמסרו לו. דוגמה נוספת היא קנייה של חפץ ששוויו נמדד בהתאם לכמות החומר שבו (כגון גליל בד), ולקונה נמסרו נתונים שגויים בדבר הכמות. הפוסקים נחלקו בשאלה, האם החוזה ניתן לביטול, או שמא זכאי הצד השני לקיימו תוך תיקון הטעות הכמותית?

לפי פוסקים אחדים[218], טעות כמותית אינה מאפשרת תיקון, ויש לבטל את העסקה כולה[219]. טעמה של שיטה זו הוא שהטועה יכול לעמוד על כך שהחוזה יקוים בפעם אחת ולא בפעמים רבות בתיקונים חוזרים, ולכן לא ניתן לכפות על הטועה את תיקון הטעות: "כי קנה אדעתא ליקח כל מקחו בבת אחת, ומאחר שלא היה כן אלא נמצא חסר וצריך עתה להשלים לו, הרי זה מקח טעות וחוזר"[220].

[217] ראה: פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 709-711.

[218] רש"י, מנחות סט ע"א, ד"ה כל; תוספות, בבא מציעא נו ע"ב, ד"ה כל, ומנחות סט ע"א, ד"ה והאמר; סמ"ג, לא תעשה קע; חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"ב, ד"ה אפילו.
בית הבחירה, קידושין מב ע"ב (ד"ה אף), מבחין בין שני סוגי טעות: אם תוך כדי מניית ושקילת הסחורה, טעה ומכר פחות מדי, יכול להשלים, כמו אם הוסכם על תשלום מסוים ופרע בטעות מעט מדי, שאז ברור שיכול להשלים אחר כך; אבל אם מכר לו נכס בחזקת שיש בו כמות מסוימת, והתברר שיש בו פחות, המקח בטל, ואינו יכול להשלים את החיסרון, שהרי הקונה קנאו על דעת שיש בו הכמות המוצהרת.
השגות הראב"ד, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה א (הובא בטור, חו"מ, סימן רלב, סעיף ג; וכסף משנה, שם, סבור שהרמב"ם מסכים עמו), מבחין הבחנה אחרת בעניין זה: אם המוכר הציג סחורה לקונה ואמר לו שיש בה כך וכך, והתברר שהיה בה פחות, החוזה בטל, ואינו זכאי להשלים; אבל אם הקונה ידע שהיה בה פחות, המקח קיים, וישלים, מפני שעל דעת כן קנה.
הבחנה נוספת בעניין זה מבחין רשב"ם, בבא בתרא קג ע"ב, ד"ה פיחת (ובדומה כתב שיטה לא נודע למי, קידושין מב ע"ב): בדרך כלל, בטעות בכמות, החוזה בטל; אבל בחוזה מכר מקרקעין, החוזה תקף, תוך תיקון המחיר בהתאם לגודל הטעות, משום "דקים להו לרבנן דניחא ליה ללוקח לקנות מה שימצא לפי המדה הן חסר והן יתר". להסבר דבריו, ראה: בית אהרן (ואלקין), בבא מציעא נו ע"ב (נדפס גם בספריו: חושן אהרן, סימן רלב, סעיף א, וסביב ליראיו, על ס' יראים, מצווה רנט, אות ז); הגהות הרש"ש, בבא מציעא נו ע"ב, ד"ה תד"ה.

[219] פוסקים אלו מסתמכים על דברי רבא בקידושין מב ע"ב, בבבא מציעא נו ע"ב, בבבא בתרא צ ע"א, ובמנחות דף סט ע"א ודף עז ע"א: "כל דבר [=כל טעות] שבמידה ושבמשקל ושבמנין — אפילו פחות מכדי אונאה חוזר". לדעתם, הביטוי "חוזר" מורה על ביטול העסקה כולה.
לטעמו של הבדל בין טעות זו לבין טעות בהערכת שווי העסקה, שמזכה בביטול רק אם הטעות גבוהה משישית ממחירה הרֵאלי של העסקה (ראה להלן, ליד ציון הערה 371), נימק רש"י, קידושין מב ע"ב (ד"ה חוזר), שבמקרה השני "אין אדם יכול לצמצם הדמים", מה שאין כן בטעות בכמות.
ראה להלן, הערה 228, שנימוקי יוסף מבחין בין טעות פעוטה, שאינה מזכה בביטול אלא בהשבה, לבין טעות ניכרת, המזכה בביטול. ואפשר שהדברים אמורים על פי שיטת הראב"ד.

[220] שו"ת תורה לשמה (מיוחס לר' יוסף חיים מבגדד), סימן שמח. הוא מתייחס לראב"ד שם, אבל טעמו טוב לכל בעלי שיטה זו.
יש להעיר שנימוק זה תקף גם לגבי טעות באיכות, ונמצא שפוסקים אלו יסברו (בניגוד לר"י מיגאש ולרא"ש, לעיל, פסקה ב) שאין לצד השני זכות לתקן את הטעות, אלא הצד הטועה זכאי לבטל את החוזה.
נימוק אחר לשיטה זו כתב ב"ח, חו"מ, סימן רלב, סעיף ד, שהראב"ד דיבר במצב שהקונה זקוק לכמות זו בדחיפות, ולכן אין מועיל להשלים אחר כך את החסר. הוא מיישב בכך את דברי הראב"ד עם דברי הר"י

אולם דעה זו לא התקבלה להלכה. הרמב"ם[221] ושולחן ערוך[222] ופוסקים נוספים[223] קבעו שאין לבטל את החוזה בגלל הטעות הכמותית, אלא יש לתקנו על פי הנתונים הכמותיים שהסכימו עליהם הצדדים. טעמם הוא, שגם אם סיפק המוכר כמות קטנה מהמוסכם, רואים זאת כאילו קיים חלק מהחוזה, ויש לאפשר לו להשלים את קיום החוזה[224]. למשל, במכירת כלי מלא סחורה במשקל מסוים, שנמצא ששוקל פחות ממה שהסכימו הצדדים, ניתן להוסיף סחורה עד למשקל שהסכימו עליו. כך יהיה גם בחוזה לביצוע עבודה בקבלנות, כגון חוזה לצביעת דירה, שלמקבל העבודה נמסרו נתונים שגויים על גודלה. אם ניתן לבצע את העבודה בהיקף אחר לפי הנתונים המקוריים, יש לקיים את החוזה בקביעה מחודשת של היקף העבודה.

אלא שבין בעלי דעה זו יש חילוקי דעות לגבי מצב שנשוא החוזה הוא נכס מסוים שאינו ניתן לשינוי, כך שלא ניתן לקיים את החוזה באופן שיתאים לנתונים שהיו בידי הצדדים. לדעת הרשב"א[225], מתקנים את הטעות על ידי שינוי המחיר שעליו הסכימו הצדדים. הוא מנמק זאת, שהצדדים לחוזה אינם עומדים על קיומו המדויק, ובלבד שיישמר היחס בין המחיר לבין כמות סחורה[226].

לעומתו, פוסקים אחרים[227] סבורים שבחוזה שביצועו קשור בנכס מסוים, כך שלא ניתן לתקן

מיגאש, שמה שכתב הר"י מיגאש שמועיל תיקון טעות באיכות, הוא אם הדבר לא היה דרוש לקונה בדחיפות, כפי שהבאנו בשמו לעיל, ליד ציון הערה 214. אבל הסבר הב"ח מצמצם מאוד את תחולת השיטה הזאת.

[221] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה א.

חידושי רבנו חיים הלוי (סולובייצ'יק), על הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה א, עושה הבחנה בדעת הרמב"ם: אם הסכימו על כמות מסוימת, ובפועל חסר מהכמות או יש יותר מדי, מתקנים את הכמות. לעומת זאת, אם קבע עמו "סאה", לדוגמה, ובמקומו של המוכר הסאה הייתה קטנה יותר מבמקומו של הקונה, וסיפק לפי השיעור הקטן, אין טעם לפסוק שיספק לפי השיעור הגדול, שהרי אז תהיה טעות לגבי המוכר. במקרה זה, לא חל כלל מפגש רצונות וכוונות, "דהיכא דהמוכר והלוקח לא כוונו שניהן לדעה אחת בפסיקת המדה, המקח בטל, משום דלגבי כל אחד הוי טעות בדבר שבמדה, דחוזר מעיקרא, ונמצא דאין כאן פסיקה השווה לשניהם, ואין כאן מקח כלל". השווה לעיל, פרק חמישי, ד, בעניין טעות הדדית.

[222] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף א.

[223] חידושי הרשב"א, קידושין מב ע"ב, ד"ה כל, ובבא בתרא דף צ ע"א ודף קג ע"ב; רב האי גאון, ספר המקח והממכר, שער לה, בסופו (שכתב רק שיכול לתבוע את אונאתו); חידושי הר"י מיגאש, בבא בתרא צ ע"א, ד"ה כל. לפוסקים אלו יש לצרף את הפוסקים המנויים להלן, הערה 227.

לדעת פוסקים אלו, דברי רבא, "כל דבר שבמידה ושבמשקל ושבמנין אפילו פחות מכדי אונאה חוזר", פירושם שהטעות חוזרת, אבל החוזה אינו מתבטל.

כרם חמר, חלק א, חו"מ, סימן יד (הובא בפעמוני זהב, סימן רלב, סעיף ה), כותב שהקונה עורות שהמכס עליהם הוא שלושה ריאל, ואחר כך התברר שעוד לפני המכר, קבעה הממשלה שהמכס הוא שבעה ריאל, די אם הקונה ישלם לפי ערך העורות אילו היה המכס שבעה ריאל.

דוגמה מיוחדת של טעות כמותית היא במכר על ידי שליח: אם השליח מכר כמות גדולה יותר ממה שהוסמך למכור, החוזה תקף רק לגבי הכמות שהוסמך למכור, והקונה זכאי לבטל את החוזה לגמרי בטענה שהוא רוצה את הכמות הגדולה דווקא. כך פסקו: רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן טו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפב, סעיף ח. כאן אין מקום לתיקון הטעות, שכן המוכר אינו רוצה למכור את הכמות שהשליח מכר.

[224] חידושי הרשב"א, בבא בתרא צ ע"א.

[225] חידושי הרשב"א, בבא בתרא קג ע"ב. דעתו מקבילה לדעת הרא"ש, לעיל, ליד ציון הערה 208, בעניין טעות באיכות, שאפשר לתקנה על ידי השבת חלק מהמחיר.

[226] חידושי הרשב"א, שם (הובא במגיד משנה, הלכות מכירה, פרק כח, הלכה ה).

[227] חידושי הרמב"ן, בבא בתרא קג ע"ב, ד"ה והוי יודע; חידושי הר"ן, בבא בתרא קג ע"ב, ד"ה מדה, ור"ן

את החוזה לפי הנתונים שהוסכמו בחוזה, זכאי הצד הטועה לבטל את החוזה, ואין לצד השני זכות לתקנו על ידי שינוי המחיר. למשל, אם בחוזה מכר דירה, נמסרו לקונה נתונים שגויים ביחס לשטח הדירה, ואי אפשר לשנות את שטח הדירה, וגם אי אפשר להחליף אותה בדירה אחרת התואמת את הנתונים שהיו בידי הצדדים — לדעת פוסקים אלו, הצד הטועה זכאי לבטל את חוזה המכר, ואין לצד השני זכות לקבוע מחיר חדש לדירה[228].

פרק שביעי

טעות בדין — ס"ק (ד)

א. כללי

ס"ק (ד) קובע שגם טעות הנובעת מאי ידיעת החוק, טעות היא לעניין סעיף זה[229]. לפי הוראה

על הרי"ף, קידושין יז ע"ב (בדפי הרי"ף); נימוקי יוסף, בבא בתרא מט ע"ב (בדפי הרי"ף); בית יוסף, חו"מ, סימן רלב, סעיף א, בדעת הרא"ש, בבא בתרא, פרק ז, סימן א, ובדעת הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה א; סמ"ע, סימן רלב, ס"ק ב.

שיטה זו מקבילה לשיטת הר"י מיגאש, לעיל, ליד ציון הערה 210, שבטעות באיכות, אי אפשר לתקן על ידי השבת חלק מהמחיר.

ר"ן על הרי"ף, קידושין יז ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא במחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן א), כותב שהמוכר שדה ונמצא שחלקה גזול, המכר בטל כולו. אבל הוא כותב שלדעת הרשב"א, מקצתו קיים; והוא תולה שאלה זו במחלוקת במוכר שדה ונמצאת חסרה. נימוקי יוסף, בבא בתרא נא ע"א (בדפי הרי"ף), מביא דעה שהמקח קיים במקצתו, וכותב שלפי הריטב"א, בטל כולו, כדין מוכר שדה ונמצאת חסרה.

שו"ת ר' בצלאל אשכנזי, סימן כט, דן במי ששכר בית לשנתיים, אלא שלאחר מכן התברר ששלוחו של בעל הבית כבר השכיר את הבית לאדם אחר לשנה אחת, כך שלא ניתן לקיים את החוזה כלשונו, ונשאלת השאלה, האם החוזה תקף בכל הנוגע לשנה השנייה? ר' בצלאל אשכנזי קובע ששאלה זו תלויה במחלוקת הפוסקים המשולשת שראינו לעיל: לדעת הרשב"א, יש לקיים את החוזה באופן האפשרי, ויש לשוכר זכות שכירות לשנה השנייה; לדעת הרמב"ן והר"ן, החוזה בטל, שכן אין אפשרות לקיימו על פי הנתונים החדשים; וכל שכן לשיטת הראב"ד, שלדעתו כל טעות בכמות מביאה לבטלות החוזה.

[228] נימוקי יוסף, בבא בתרא מט ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה מתני', כותב שאף במקרה זה אין לבטל את החוזה אם הטעות היא פעוטה, ובמצב זה יש להסתפק בהשבה: "מכר בית בן כ' ונמצאת כ"א או איפכא דלית ביה אלא י"ט, ליכא קפידא כל כך לבטל המקח, אלא חוזר האונאה".

על השלמה בטעות בכמות, ראה: שמרו משפט, על חוקות הדיינים, סימן רג, עמ' שנה־שנו; שו"ת שביתת יום טוב, חו"מ, סימן ד; נתיבות המשפט, סימן קפב, חידושים, ס"ק טו; שו"ת בני אברהם, חו"מ, סימן סא; שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן נ; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן סה (ד"ה ובזה אני); בירור הלכה, בבא מציעא נו ע"ב, ציון ג; ילקוט ביאורים, בתלמוד מהד' מתיבתא, בבא בתרא צ ע"א (עמ' קה־קח); פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יא, סעיף כד; נתיב יושר, פרק כו; חוק לישראל, מכר, סעיף 11; כתר ג, עמ' 356־396.

[229] זאת בניגוד לדין האנגלי, הקובע שטעות בדין אינה מזכה בביטול. ראה: שלו, דיני חוזים, עמ' 277, הערה 13; פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 671, 742.

הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 111, מחליפה את המילים "ובין בחוק" במילים "ובין בדין". לפי דברי ההסבר שם, מטרת ההחלפה היא "להבהיר שאין המדובר רק בטעות לגבי מילות החוק, אלא גם בטעויות בנוגע לפרשנותו וכדומה".

זו, החוק כמוהו ככל עובדה אחרת, ואף הוא נחשב כחלק מרקע החוזה. בהוראה זו טמונים שני חידושים: (א) על אף שהצד הטועה יכול היה לברר את הדין לפני שהתקשר בחוזה, אין מטילים עליו את האחריות לטעותו, אלא מאפשרים לו לבטל את החוזה; (ב) על אף שבדין הפלילי, יש חזקה חלוטה שכל אדם יודע את הדין, הרי בדיני החוזים אין חזקה כזאת[230].

גם לפי המשפט העברי, אי ידיעת הדין נחשבת לטעות המזכה בביטול, כלשון מהרשד"ם[231]: "שגיאת הדין נקרא טעות לבטל הקנין"[232]. עיקרון זה בא לידי ביטוי בפסקי דין אחדים:

[230] שלו, שם.

[231] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קטז.

[232] ראה גם: שו"ת מהרי"ק, שורש כ; שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן עג.

כמו כן, להלן, ד, נראה שנחלקו הפוסקים בשאלה האם חזקה שאדם יודע את הדין אם לאו, ומדבריהם עולה שאם ייקבע שאכן הוא אינו יודע את הדין, תעמוד לו הזכות לביטול; הרי שגם הם סבורים כעיקרון שאי ידיעת הדין היא עילה לביטול חוזה.

בבבא מציעא כו ע"ב (הובא בפרי אהרן, עמ' לח) נאמר שמי שנטל אבדה במטרה לגָזלה והשיב אותה אחרי ייאוש הבעלים, השבתו נחשבת מתנה, ולא קיים מצוות השבת אבדה. נראה שאם התכוון לתת רק משום שחשב שמקיים בזה מצוות השבת אבדה, הוא יכול לדרוש אותה חזרה בטענה שנתן בטעות.

באשר לאי ידיעת הדין במשפט הפלילי העברי, ראה: ז' ורהפטיג, "טיעון לאי ידיעת הדין בדיני נפשות", מחקרים במשפט העברי, רמת גן תשמ"ה, עמ' 229־256; א' אנקר, עיקרים במשפט הפלילי העברי, רמת גן תשס"ז, עמ' 197־266.

חריג: שו"ת הרדב"ז, חלק ז, סימן יב, דן במי שאסור היה לו לשאת אישה גרושה מחמת תנאי שבגט, וכדי לבטל תנאי זה שילם למגרש שיישא את האישה שנית ויגרש אותה בלי תנאי. למרות פעולה זו, אסר הרדב"ז על אותו אדם לשאת את האישה, ונימק: "כיון שנאסרה עליו מלפני שנטען עליה, והייתה אצלו באיסור, שוב אין מתירין אותה לו". לאור זאת, תבע אותו אדם את כספו חזרה, בטענה שאילו ידע שהפעולה לא תועיל, לא היה מתקשר בחוזה. הרדב"ז דוחה את טענתו, וקובע שהטועה אשם בטעותו, שכן היה עליו לברר תחילה את הדין, ולכן אינו זכאי להשבת כספו: "אין בדברי שמעון כלום, שהרי מה שהיה על ראובן לעשות עשה, ואיהו איבעי ליה לאסוקי אדעתיה אם יועילו מעשיו או לא והוי ליה לאתנויי בהדיא". הרי שלא התחשב בטעות שבדין כעילה לביטול החוזה. ייתכן שהמיוחד במקרה זה הוא שכל מהותו של ההסכם היא ניסיון לעקוף את האיסור ההלכתי וכדי לצאת ידי חובת הדין, ולכן הדין נחשב נתון בסיסי שהיה עליו לבדוק אותו, בדומה לשיטה שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 45.

השוואה לדיני הקדש בטעות: שו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן ס, סבור ששאלה זו תלויה במחלוקת שבין הרמב"ם לראב"ד בדיני הקדש בטעות: לדעת הרמב"ם, הלכות איסורי מזבח, פרק א, הלכה ג, הכותב: "מי שדימה שמותר להקדיש בעל מום למזבח, והקדיש, הרי זה קדוש", טעות בדין אינה מאפשרת את ביטול החוזה; ואילו לדעת הראב"ד, בהשגותיו על רמב"ם שם, הכותב: "אינו קדוש כלל, והרי הוא הקדש טעות", טעות בדין מאפשרת את ביטול החוזה (על מחלוקת זו, ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 448). בדומה לכך כתב מהרש"ם בתשובותיו, חלק ב, סימן עד וסימן קמה, וחלק ט, סימן קיד, ובספרו דעת תורה, יו"ד, סימן ה, ס"ק יד. לאור זה, כתב מהרש"ם, חלק ד, שם, שאם צד טעה טעות בדין, יכול המוחזק לטעון "קים לי". אבל אפשר לדחות את ההיקש לדיני הקדש, שכן כל מהותו של הקדש נוצרת מכוח הדין, ולכן יש משמעות לטעות בדין, לדעת הראב"ד, בשונה מחוזה, שמהותו והיווצרותו תלויים ברצון הצדדים והסכמתם, והטעות אינה חלק ממהות זו אלא חיצונית לה.

תחום שהוא יותר קרוב להקדש הוא נתינה שמקורה במצווה דתית, וגם בו מצאנו שטעות בידיעת הדין יוצרת עילת ביטול. הדין הוא ש"מי שהפריש חלתו קמח", החלה היא "גזל ביד כהן" (קידושין מו ע"ב). כלומר, כיוון שההפרשה אינה פוטרת את העיסה, הרי שגם אם ניתנה החלה לכהן, יכול המפריש לתבוע אותה חזרה, שכן נתינתה נבעה מטעות בדין. מצד שני, נקבע שאדם הפודה את בנו הבכור בשטר, כלומר, שהוא כותב לכהן "חייב אני לך חמשה סלעים", הוא חייב לתת לו חמישה סלעים, אבל בנו אינו פדוי (שולחן ערוך, יו"ד, סימן שה, סעיף ד, על פי בכורות נא ע"א). ברור שאילו ידע אבי הבן שאין בנו נפדה

(א) הרא״ש[233] פוסק שניתן לבטל חלוקה של נכסים משותפים, שבמסגרתה אחד מן השותפים הסכים לקבל בית מסוים כחלקו בשיתוף, מתוך הנחה מוטעית שהדין מאפשר לו לפתוח פתח נוסף מן הבית אל הרחוב.

(ב) מהרי״ל[234] דן באישה שקברה את בעלה מכספי כתובתה, וכאשר נודע לה שהיורשים הם החייבים בקבורת בעלה, תבעה מהם את הוצאות הקבורה. מהרי״ל פוסק שהדין עם האישה, שכן הסכמתה לקבור את בעלה מכספי הכתובה נבעה מטעות בדין, ולכן אינה מחייבת אותה.

(ג) ר׳ מאיר אריק[235] פסק, שמי שמכר ספר תורה ולא ידע שמותר להשתמש בכסף המתקבל מן המכירה למטרות מסוימות בלבד[236], זכאי לבטל את העסקה[237].

מצב מיוחד של טעות בדין הוא חוזה שאסור לקיימו (את כולו או את חלקו) מסיבה כלשהי, וצד אחד לא ידע על האיסור, ומבקש לבטל את החוזה[238]. גם כאן, הצד שהתקשר בחוזה בלי שידע שהדין אוסר לקיים אותו, זכאי לבטל אותו. גם אם רק אחד מסעיפיו של החוזה אסור, הצד הטועה זכאי לבטל את החוזה כולו. כך עולה מדינה של הלוואה בריבית: היות שהלוואה בריבית אסורה, אין תוקף להסכמתו של הלווה לפרוע את החוב בתוספת הריבית, והלווה חייב בקרן בלבד. הפוסקים כתבו[239], שאם המלווה לא ידע על איסור הריבית, הוא זכאי לבטל את ההלוואה כולה, ולדרוש את כספו באופן מיידי, ואינו צריך להמתין למועד הפירעון[240].

בהתחייבות זו לכהן, לא היה מתחייב לו, וכעיקרון, הייתה צריכה לעמוד לאב הזכות לבטל את ההתחייבות עקב טעותו בדין; אלא שכאן אין מתקבלת טענת הטעות, משום שמדין תורה, ההתחייבות תקפה, ואף הפדיון היה אמור להיות תקף, אלא שחכמים קבעו שיש לבטל את תחולת הפדיון, והשאירו על כנו את תוקף ההתחייבות הכספית (ראה: ט״ז, יו״ד, שם, ס״ק ג; שער משפט, סימן ט, ס״ק ב). אך אמרי בינה, קונטרס בדיני קניינים, סימן יא (ד״ה אכן), ודיני תרומות ומעשרות, סימן א (ד״ה ועיין), דוחה הסבר זה, שהרי מתוספות, סוכה ג ע״א (ד״ה דאמר), עולה, שבמקום שחכמים החמירו בצורת קיום מצווה מסוימת, מי שמקיים את המצווה שלא לפי חומרתם, נחשב שלא קיים אפילו מצווה מן התורה. ואכן הוא מוכיח מכאן שטעות באי ידיעת הדין אינה מזכה בביטול. וראה בשמו להלן, הערה 240.

[233] שו״ת הרא״ש, כלל צח, סימן ה (הובא בטור, חו״מ, סימן רכז, סעיף נב). אמנם הרא״ש עוסק בחלוקת מקרקעין על פי החלטה שיפוטית, ולא בחלוקה על פי חוזה, אך שולחן ערוך, חו״מ, סימן רכז, סעיף לט, וסמ״ע, שם, ס״ק עב, למדו מתשובה זו גם לחלוקה על פי חוזה.

[234] שו״ת מהרי״ל החדשות, סימן קצו, ד״ה וממה שהנכסים. כיוון שמתברר שהאישה למעשה נתנה מתנה ליורשים, בכך ששילמה על דבר שהם היו צריכים לשלם עליו, חלים כאן דיני טעות בחוזה.

[235] מנחת פתים, חו״מ, סימן רח, סעיף א, בסופו. ראה גם מה שכתב בספרו שו״ת אמרי יושר, חלק א, סימן קמט, ד״ה אך. ראה עוד להלן, הערה 239.

[236] על כך ראה שולחן ערוך, יו״ד, סימן רע, סעיף א.

[237] אבל הוא מסיים: ״מכל מקום אכתי [=עדיין] מי יאמין להמוכר בטענה זו שלא ידע שיש איסור בדבר, להוציא מן הלוקח המוחזק, דמסתמא דין פשוט כזה כולי עלמא ידעי״. על דיני ראיות בנידוננו, ועל השאלה אימתי אומרים שחזקה שאדם מכיר את הדין, ראה להלן, ד.

[238] על תוקפו של חוזה אסור, ראה דיוננו בסעיף 30.

[239] ראה: נימוקי יוסף, בבא מציעא לח ע״א (בדפי הרי״ף), ד״ה אמר רב אשי, בשם הרשב״א והר״ן בשם הראב״ד; חידושי הריטב״א החדשים, בבא מציעא סז ע״א, ד״ה אבל (מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא סז ע״א, ד״ה כתב הריטב״א); משנה למלך, הלכות מלווה ולווה, פרק ח, הלכה א, ד״ה ודע שהב״ח; חוות דעת, סימן קסא, ביאורים, ס״ק ה; שו״ת חסד לאברהם, מהדורא תניינא, יו״ד, סימן פח (נדפס גם בחו״מ, סימן ו); ערך ש״י, יו״ד, סימן קסא, סעיף ה. וראה עוד להלן, הערה 240, ראיה לכך מן התלמוד הירושלמי.

מחנה אפרים, הלכות מלווה ולווה, דיני ריבית, סימן לז (ד״ה איברא), כותב שנראה שהרמ״ך, המובא

בשיטה מקובצת, בבא מציעא סה ע"א (ד"ה מתניתין), מסופק בהלכה זו, אבל הוא מסכם: "ואין ספקו של הרב ז"ל [=הרמ"ך] כדאי לדחות ודאם של כל הראשונים".

יש להעיר, שדבריהם של פוסקים אלו ניתנים להתפרש כעוסקים הן במי שסבר שאיסור הריבית לא ייאכף, הן במי שסבר שאינו עובר כלל על איסור ריבית. ראה שו"ת אמרי יושר, חלק א, סימן קמט.

[240] דעות חולקות: אמרי בינה, קונטרס בדיני קניינים, סימן יא, ד"ה אכן (על ריבית), וחלקת יואב, יורה דעה, סימן כג (ד"ה ואגב), כתבו שאין המלווה זכאי לדרוש את כספו. לכך נוטה גם שו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן ג. אמרי בינה נימק, שאין כאן טעות, מפני שהדין הוא נתון ידוע, וניתן לבררו לפני כריתת החוזה: "כיון דהידיעה הזאת נודעה אף בשעת מעשה שהלוה לו, ולא נולד חדשות אחר כך, שיהיה יכול לומר 'אדעתא דהכי לא הלויתי'". הוא מסביר בכך גם את הדין של הפודה את בנו בשטר (לעיל, הערה 232), שאין אומרים שיהיה פטור בגלל הטעות (וכך הסביר גם באמרי בינה, דיני תרומות ומעשרות, סימן א). הרי שלדעתו, גם בטעות בדין שאינו כל כך מפורסם (בניגוד לאיסור ריבית, המפורסם), אין זכות ביטול. בפשטות, אמרי בינה וחלקת יואב חולקים גם על הפוסקים שהבאנו לעיל, ליד ציוני הערות 232-237, ויסברו שבכלל, טעות בדין אינה עילה לביטול חוזה, מפני שהטועה היה יכול לברר את הדין מראש. אבל ייתכן שאמרי בינה וחלקת יואב דיברו רק על כגון ריבית ופדיון הבן, שבעסקאות עצמן לא היה שום פגם, ורק מחויבותו להלכה של הצד שטעה מאלצת אותו להפסיד על ידי קיום חלקו בחוזה; אבל בדוגמאות דלעיל, שיש פגם בעצם העסקה, כגון הקבורה על ידי האלמנה וחלוקת השותפות, הם יסכימו ששם זכאי הטועה לבטל את החוזה. עם זאת, הדוגמה של מכירת ספר תורה דומה לכאן, שכן רק מחויבותו של המוכר להלכה מונעת ממנו להשתמש בכסף למטרות אחרות.

חלקת יואב שם (ד"ה ולפלא) מבחין בין מצב שהצד השני אינו רוצה לעבור על ההלכה (לשלם ריבית), לבין מצב שהצד השני מעוניין בקיום החוזה על אף העברה. במצב השני, לא יוכל הצד הטועה לבטל את החוזה, שהרי הצד השני מוכן לקיים את החוזה כלשונו, ורק רצונו של הצד הטועה שלא לעבור עברה מביא אותו לבטל את החוזה. לעומת זאת, במצב הראשון הוא יוכל לבטל את החוזה, משום שגם הצד השני אינו מעוניין בקיום החוזה כלשונו, וכל רצונו הוא להרוויח מטעותו של הראשון.

אמרי בינה וחלקת יואב הביאו ראיות לדבריהם: (א) התלמוד, מכות ג ע"ב, עוסק במי שהלווה סך מסוים לפרק זמן של עשר שנים, כך שברור שיגיע זמן שמיטת כספים לפני מועד הפירעון. לפי לישנא קמא, בהגיע זמן שמיטת כספים, ההלוואה נשמטת, וגם כשתחלופנה עשר השנים לא יוכל המלווה לתבוע את כספו (רא"ש, מכות, פרק א, סימן ג, בשם הריב"א, וחידושי הריטב"א שם, בשם ה"ר אליהו באזהרותיו, פסקו כך; אבל רמב"ם, הלכות שמיטה ויובל, פרק ט, הלכה ט, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן סז, סעיף י, פסקו שאין השביעית משמטת במצב זה). במצב זה ברור שהמלווה לא היה מלווה אילו ידע שלפי ההלכה, לא יוכל לתבוע את כספו לעולם. אף על פי כן, אינו יכול לחזור בו מההלוואה.

(ב) לדעת רב (גיטין מד ע"ב; ערכין כט ע"ב), המוכר שדה בשנת היובל בזמן שדיני יובל נוהגים, המכירה חלה, אלא שהשדה חוזרת מיד למוכר ככל השדות שחוזרות ביובל, ונמצא ש"הלוקח איבד מעותיו" (לשון רש"י, ערכין שם, ד"ה מכורה ויוצאה). גם כאן, טעותו של הקונה ברורה: אילו ידע הלכה זו, ודאי שלא היה קונה את השדה. אבל הלכה כשמואל שם, שהמכר בטל (רמב"ם, הלכות שמיטה ויובל, פרק יא, הלכה יא). הבבלי מנמק את דעת שמואל בהיגיון פנימי של דיני היובל, ולא מטעם מקח טעות. אבל הירושלמי, שביעית, פרק ה, הלכה ג, משווה דין זה לסוגיית "המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן", ומשמע מכך שטעמו של שמואל הוא שזהו מקח טעות. הרי שאכן אין הבדל בין טעות בדין לטעות במציאות.

אמרי בינה וחלקת יואב נוקטים שההלכות הנזכרות הן "אפקעתא דמלכא" (ביטוי המוזכר בתלמוד כלפי שמיטה, בבבא מציעא דף לט ע"א ודף קו ע"א), ולא תנאים בין הצדדים, ולכן אינן עילה לביטול החוזה; אילו היינו מתייחסים לחזרת השדה ביובל כאל התנאה בין המוכר לקונה, ודאי שמכירת שדה בשנת היובל הייתה בטלה ככל מקח טעות.

חלקת יואב מביא ראיה מחידושי הריטב"א, עבודה זרה סג ע"א, הכותב שאדם ששילם אתנן לפרוצה עבור שירותי מין, באופן שהיא אסורה לו על פי ההלכה, והיא מוכנה לעמוד בהתחייבותה, אינו יכול לטעון שאילו ידע על קיומו של איסור זה, לא היה מתקשר עמה בהסכם.

מצב שנראה דומה לנשוא דיוננו הוא במי ששילם כסף עבור עבודה בעלת ערך הלכתי, והתברר לו שטעה בהלכה, ובאופן שבו תֵעשה העבודה, לא יהיה לה הערך ההלכתי הרצוי לו. דוגמה לכך: שני בעלי דין

כשם שאי ידיעת הדין של המשפט העברי נחשבת עילה לביטול חוזה בטענת טעות, כך גם אי ידיעת החוק האזרחי הנוהג נחשבת לפי המשפט העברי כעילה לביטול חוזה. כך עולה מתשובת ר׳ עובדיה הדאיה[241], על מי שהשכיר דירה, ודרש את דמי השכירות המֻרביים המותרים על פי החוק שהיה נוהג אז. לאחר מכן התברר, שעוד לפני כריתת חוזה השכירות שונה החוק, כך שלמשכיר היה מותר לבקש סכום גבוה יותר עבור השכרת הדירה. הוא פוסק שהמשכיר זכאי לבטל את החוזה בטענת טעות, שכן אין מצפים ממנו להתמצא בנבכי החוק ולהתעדכן בכל שינוי שחל בו[242]. עיקרון זה עולה גם מדברי ר׳ משה פיינשטיין[243], הפוסק שמי שרכש עורות לצורכי מסחר, והתברר לו שעוד לפני הרכישה נחקק באותו המקום חוק חדש האוסר מסחר בעורות, זכאי לבטל את החוזה בטענת טעות[244].

ששילמו לדיין שיפסוק להם את הדין. שולחן ערוך, חו״מ, סימן ט, סעיף ה, פוסק: ״הנוטל שכר לדון — דיניו בטלים״, ולכן אין ערך הלכתי לפסק שלו. בעקבות זה, תובעים הצדדים את התשלום חזרה בטענת טעות. דוגמה נוספת: אדם ששילם כסף לאדם אחֵר כדי שהלה יזה עליו מי חטאת לטהרו מטומאת מת, ולאחר מכן התברר לו שטעה, שהרי ״הנוטל שכר להזות — אין הזאותיו מטהרות״ (בכורות נט ע״ב), ולכן הוא תובע את כספו חזרה. במצב כזה נחלקו הפוסקים, האם לקבל את הטענה של טעות בדין. לדעת הב״ח, חו״מ, סימן ט, סעיף א (הובא בשו״ת פנים מאירות, חלק ב, סימן קנט), ובתשובותיו, סימן נא, ושער משפט, סימן ט, ס״ק ב, אין עושי העבודה (הדיין והמזה) חייבים להחזיר את התשלום. אולם משנה למלך, הלכות סנהדרין, פרק כג, הלכה ה, ומחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן טז, כותבים שלדעת חידושי הריטב״א, קידושין נח ע״ב, הם חייבים להחזיר. וכך פסק ברכי יוסף, חו״מ, סימן ט, אות יח. וראה על כך בהרחבה בספר הלכה פסוקה, סימן ט, סעיף ה, הערה 200. אבל: שם הדיון הוא (כפי שעולה מדברי הפוסקים) בשאלה האם התשלום שסוכם עליו הוא עבור התוצאה שמקבל המשלם (ובמצבים אלו, אינו מקבל אותה), או עבור העבודה שנעשית עבורו (והרי כאן נעשתה העבודה, של הדין או של ההזאה); ורק שער משפט הזכיר את השיקול של טעות, וכותב שאין להתחשב בטעות מפני שפסילת הדין וההזאה היא רק מרבנן (כדבריו לעיל, הערה 232).

ייתכן שיש להבחין בין טעות בדיני ממונות, שניתן להחשיבם כחלק אינטגרלי של החוזה, ובה יש לטועה זכות ביטול, כמו בטעות בכל סעיף אחר מסעיפי החוזה, לבין טעות בדיני איסור והיתר, שהם מצוות שבין אדם למקום, שבה אין עילת ביטול, כיוון שאין הדין חלק אינטגרלי של החוזה. ואמנם המוכר מאכל אסור, המכר בטל (שולחן ערוך, חו״מ, סימן רלד, סעיף ב), אבל זאת משום שבמכירה של דבר מאכל, איסור אכילתו שומט את כל הבסיס להיגיון של קיום העסקה, בשונה מחוזה הלוואה הנושאת ריבית, שבה יכול להיות עניין למלווה בקיום ההלוואה אף בלא ריבית, למרות היעדר כל תועלת כלכלית מצדו, שהרי יש מצווה להלוות למי שנצרך (רמב״ם, הלכות מתנות עניים, פרק י, הלכה ז).

[241] שו״ת ישכיל עבדי, חלק ו, חו״מ, סימן ח.

[242] יש לציין שבפסיקתו מסתמך הרב הדאיה על העובדה שהחוק שונה בסמוך לכריתת החוזה. משתמע מכך שאילו השינוי בחוק היה מתרחש זמן רב לפני כריתת החוזה, טענת המשכיר לא הייתה מתקבלת. נראה שאין להסיק מכך שלפי המשפט העברי אי הכרת הדין האזרחי אינה עילה לביטול חוזה, אלא כוונת הדברים היא, שאילו היה מדובר בחוק ישן, לא היה נאמן המשכיר, הנצרך לחוק זה כדבר שבשגרה, לטעון שלא היה מודע לקיומו. ראה עוד להלן, הערה 272.

[243] שו״ת איגרות משה, אהע״ז, חלק א, סימן קיא, ד״ה ובדבר מי. ראה גם להלן, ליד ציון הערה 401.

[244] הוא כותב שכך הוא הדין אף אם בעיירה הסמוכה למקום העסקה כבר נודע האיסור לציבור הרחב.

כמו כן, שו״ת ספר יהושע, פסקים וכתבים, סימן קכא, עוסק בחלפני כספים שהחליפו בנקנוטים בזול, מפני שלא שמעו שהשלטון קבע להם מחיר גבוה יותר (לא ברור משם מה הייתה תביעתם), ופסק שזה בגדר מקח טעות. אלא ששו״ת תשורת ש״י, מהדורא קמא, סימן שצב, כותב שמאחר שזה עניין של גובה התמורה, אין זה בגדר מקח טעות אלא אונאה במחיר. אבל הוא מעיר שבמטבעות ובבנקנוטים יש דין אונאה, שלא כבשטרות.

ב. אם הצד הטועה כבר קיים את חלקו בחוזה

עד כה עסקנו בזכות הביטול עקב טעות בדין טרם קיום החוזה. עלינו לברר האם זכאי הצד הטועה לבטל את החוזה גם אם קוים החוזה באופן הדדי ומלא. כעיקרון, זכות ביטול חוזה עקב טעות תקפה גם אם החוזה כבר קוים, כפי שנראה בנספח השלישי, אבל בטעות בדין יש מקום לומר שזכות הביטול פגה עקב קיום החוזה.

נקודת המוצא לדיון היא בסוגיית התלמוד בדבר המוכר פירות לפני שצמחו[245]. שם נקבע שאף שהמכר בטל מטעם דבר שלא בא לעולם, הרי אם כשצמחו, תפס אותם הקונה, אין מוציאים ממנו. התלמוד מנמק זאת בכך, שכל זמן שלא חזר בו המוכר, מחל על מה שאכל הקונה, ואף שלא ידע שיכול לחזור בו (שהרי מכר דבר שלא בא לעולם), ואם כן, מחילתו נבעה מטעות, המחילה תקפה.

הראשונים, שנביא להלן, הבינו כנראה שהלכה זו אינה מצומצמת לתחום של דבר שלא בא לעולם, אלא יש לה משמעות רחבה יותר: חוזה שיש בו פגם מסוים, אבל דברים עברו על פיו מיד ליד — במצבים רבים אין משיבים את המצב לקדמותו, מפני שהצד המפסיד מחלעל זכויותיו לפני שנודע לו שטעה.

אפשר לדייק יותר ולומר, שההלכה שמחילה בטעות תקפה במצבים אלו, היא אמצעי להכשרת חוזים שנפל בהם פגם טכני, אבל יש לצדדים רצון בקיומם. אמצעי זה נותן להם תוקף למרות הפגם הטכני, לעניין זה שפעולות שעשו הצדדים בהסתמך על קיום החוזה אינן הדירות. ההצדקה להכשרת חוזה כזה היא, שאין מדובר בטעות יסודית היורדת לשורשו של רצון הצדדים בהתקשרות, אלא בחוסר ידע על פגם צורני בהתקשרות, כגון אי ידיעת הדין שאין מועילה הקנאת דבר שלא בא לעולם[246]. זאת במיוחד לשיטת רבנו תם[247], שנימק את ההלכה שמועילה תפיסת הקונה את הפירות, בכך שבעצם לא הייתה כאן טעות, מפני שהמוכר מעוניין בקיום המכר כדי "ליקום בהימנותיה", היינו לשמור על המוניטין שלו כאדם מהימן, ומכאן נובע רצונו היסודי בקיום החוזה[248]. אמנם בשעה שצד אחד חוזר בו מרצונו, החוזה כבר אינו כובל, אבל גם אז אין מחזירים את הגלגל אחרונית לגמרי, ופעולות שנעשו עד אז, כגון אכילת פירות, אין חובה להשיב אותן.

על כן, הראשונים הרחיבו את העיקרון שמחילה בטעות מועילה במכירת דבר שלא בא לעולם, למצבים אחדים, שחל בהם פסול טכני ביצירת החוזה (שיש להניח שהצדדים טעו ולא

שו"ת דבר שמואל (עמאר), חו"מ, סימן יד (סג ע"ג), כותב שהקונה נכס, ואחר כך התברר שעוד לפני הקנייה גזר השלטון לבטל חוזה מסוג זה, יש לו זכות לבטלו.

ראה גם שו"ת אמרי יושר, חלק ב, סימן קנה, על מוכר שלא ידע שהמכס על הממכר כבר עלה.

[245] בבא מציעא סו ע"ב.

[246] ראה להלן, הערה 257, שהרא"ש מרחיב זאת גם לטעות בעובדה; והערה 262, שאבקת רוכל לומד מכך גם למחילה מתוך שתיקה, שלא מתוך טעות. אבל צריך להדגיש שאין מדובר בטעות בהדין מהסוג שנידון לעיל, שלולא הטעות לא היה הצד הטועה מתקשר בחוזה כלל.

[247] רבנו תם, בתוספות, בבא מציעא סו ע"ב, ד"ה התם.

[248] על שיטת רבנו תם, ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילה בטעות. וראה שם, שלדעת רש"י, בבא מציעא סו ע"ב (ד"ה לא מפקינן), מחילה בטעות תקפה, בדרך כלל.

הדברים יכולים להיאמר גם לפי הסבר ר' שמעון שקופ, שערי יושר, שער ה, פרק יב (ד"ה ועפי"ז יש), בדעת מהרי"ח, בהגהות אשרי, בבא מציעא, פרק ה, סימן לב, שתפיסה מועילה במכירת דבר שלא בא לעולם בגלל רצונו הראשוני של המוכר בקיום העִסקה (ראה על כך בחוק לישראל שם).

ידעו עליו, ואילו ידעו היו עושים את החוזה בדרך המועילה), כמתואר לעיל, בעוד שהייתה גמירת דעת לביצועה[249]. להלן כמה דוגמאות לדבר:

(א) רבנו תם[250] למד מדין מוכר פירות שלא באו לעולם, שהמוכר שטר חוב בלי כתיבה ומסירה, אף שהמכר אינו תקף[251], בכל זאת אם הקונה גבה את החוב מהלווה, אין המוכר־המלווה יכול לחזור בו[252].

[249] כפי שאמרנו, מנקודת המבט של דיני טעות, הנימוק לדברי הראשונים הוא, שאף שהצדדים ביצעו את העִסקה בטעות באופן שאינו מועיל, זוהי טעות שאינה יסודית, שהרי כפי שהסברנו, הייתה לצדדים גמירת דעת, ואילו ידעו שאין לחוזה תוקף על פי הדין, היו כורתים אותו באופן שיש לו תוקף; וגם אם לאחר מעשה מתחרט אחד הצדדים על החוזה, אינו יכול לחזור בו לגבי מה שכבר בוצע. מבחינה זו, היה לחוזה תוקף גם אילו לא ביצעו אותה. החידוש העיקרי בדברי הפוסקים הללו אינו מבחינת דיני טעות אלא מבחינת התוקף המהותי של החוזה, שהפגם הטכני שיש בו לכאורה שולל את תוקפו (ולעניין זה לא מועיל שהצדדים רוצים בתקפות החוזה), ובכל זאת אם החוזה בוצע, מעניקים לו תוקף בדיעבד, בגלל גמירת דעתם של הצדדים.

[250] רבנו תם הובא במקורות הבאים: רא״ש, בבא מציעא, פרק ה, סימן לב, ותוספות הרא״ש, בבא מציעא סו ע״ב; ספר התרומות, שער נא, חלק ד, אות ג; נימוקי יוסף, בבא מציעא לז ע״ב (בדפי הרי״ף); חידושי הרמב״ן, בבא מציעא סו ע״ב, ושו״ת הרמב״ן, סימן ז; חידושי הרשב״א, בבא מציעא סו ע״ב, ושו״ת הרשב״א, חלק ג, סימן פו, וחלק ז, סימן שלד; חידושי הריטב״א החדשים, בבא מציעא סו ע״ב; תוספות ר׳ פרץ, בבא מציעא סז ע״א; שו״ת הריב״ש, סימן שלה, עמ׳ תמה (הובא בשו״ת מהרי״ט, חלק א, סימן קב); מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה ג; תרומת הדשן, שו״ת, סימן שיג.

כך כתב גם חידושי תלמיד הרשב״א, בבא מציעא סו ע״ב.

[251] שולחן ערוך, חו״מ, סימן סו, סעיף א.

[252] רא״ש (הובא בשו״ת ענג יום טוב, סימן לח), ר׳ פרץ, רמב״ן, שו״ת הרשב״א, חלק ז, שם, חידושי הריטב״א החדשים, והריב״ש שם — נימקו זאת מטעם מחילה בטעות.

אור זרוע, סנהדרין, סימן ע, מביא את דברי רבנו תם בניסוח אחר: הדרישה לכתיבה ומסירה במכירת שטר היא רק לעניין זה, שבלי המסירה יכול המוכר לחזור בו, אבל לעניין הגבייה מן הלווה, מועילה המכירה גם בלי מסירה; ולא הזכיר מחילה בטעות או פירות שלא באו לעולם.

הרמב״ן שם כותב שאפילו הגבה הלווה קרקע שלו לקונה בשומא, הקרקע אינה חוזרת, שהרי המלווה מחל את חובו ללווה, כמו שנאמר בבבא מציעא סו ע״ב, לעניין מלווה שגבה פירות מן הלווה על סמך הסכם שהייתה בו אסמכתא, במקום שאין ריבית. גם חידושי הריטב״א החדשים, שם, כותב שהדין כך בין גבה כסף בין גבה קרקע, כיוון שזכה בקרקע כראוי. המהדיר לרמב״ן, שם, במהד׳ מכון התלמוד הישראלי, הערה 296, העלה ספק, האם הרשב״א, המובא בבית יוסף, חו״מ, סימן רמא, סעיף ד, האומר שמחילה בטעות אינה מועילה בקרקע, יחלוק על הרמב״ן כאן, או שמא כאן הוא מסכים עמו, מפני שהקרקע עברה למלווה מדין גביית חוב, שמגיע לו על פי דין החוב אף שהמכירה לא חלה. וראה על כך שו״ת צמח צדק (שניאורסון), חו״מ, סימן מג, בסופו.

רא״ש, בבא מציעא, פרק ה, סימן לב, כותב שהדין כך דווקא אם המוכר ידע שהקונה גבה, ושתק, ששתיקתו מראה שמחל (וגם אם לא ידע שהמכר לא חל, שזה מחילה בטעות, המחילה תקפה). שולחן ערוך, חו״מ, סימן סו, סעיף יז (הובא בשו״ת תרשיש שוהם, סימן עא, בהגהה), מביא דעה זו. לכאורה (כפי שמעירים שו״ת מים חיים, סילווא, סימן יג, עמ׳ רסה [לפי הנוסח של תוספות בדעת רבנו תם], ושו״ת פרי צדיק (צרור), סימן ט, עמ׳ קמג), לפי רבנו תם הגבייה תקפה גם אם המוכר לא ידע שהקונה גבה, כיוון שהטעם הוא שהמוכר מסכים לעסקה כדי שיישאר במהימנותו. ואכן תרומת הדשן, שו״ת, סימן שיג (הובא בסמ״ע, סימן סו, ס״ק מו), כותב בדעת הרא״ש, שגם אם לא ידע המוכר, אין המוכר יכול להוציא כלום מהקונה, כיוון שתפס; ומה שנקט שמדובר בשהמוכר יודע שהקונה גבה, הוא מפני שאז גם הלווה פטור מלשלם למוכר־המלוה, מפני שמחל לו, אבל אם לא ידע המלווה על הגבייה לפני שחזר בו, הלווה חייב לשלם למלווה. נתיבות המשפט, סימן סו, ס״ק כח, ביאר יותר: השיקול שאדם רוצה להישאר בנאמנותו, משמעותו

(ב) הרמב"ן[253] למד מן הסוגיה הנזכרת, שהמזכה לעובר, אף שהעובר לא קנה[254], בכל זאת אם לא חזר בו עד שנולד העובר והחזיק בנכסים, כגון שנטל לעצמו מיטלטלין, קנה, כמו מי שקנה דבר שלא בא לעולם ותפס אותו.

(ג) הריב"ש[255] כותב שמי שהתחייב לחברו סכום כסף באסמכתא, ואחר כך פרע לו או נתן

שלא נוח לו לתבוע ממי שמכר לו שיחזיר לו מה שקיבל, וזה שייך רק לגבי הקונה, ולא לגבי הלווה, ולכן הקונה פטור מטעם רצון המוכר להישאר בנאמנותו גם אם לא ידע המוכר כשגבה (ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), על מחילה בטעות לגבי אכילת פירות שלא באו לעולם, שתרומת הדשן סובר שגם לדעת רש"י, תפיסת הקונה מועילה גם בלי ידיעת המוכר), אבל הלווה חייב אם לא ידע המוכר על הגבייה, ורק אם ידע עליה המוכר, גם הלווה פטור מטעם מחילה. רי"ד גרודינצקי, בהערותיו לתוספות הרא"ש, בבא מציעא סו ע"ב, הערה קנב, הסביר בכך מדוע טור ושולחן ערוך, חו"מ, סימן סו, סעיף יז, כתבו את התנאי של ידיעת המוכר רק במוכר שטר ולא בפירות שלא באו לעולם: במכירת שטר, ידיעת המוכר נחוצה כדי לפטור את הלווה, ובפירות, שרק הקונה מעורב בעניין, התפיסה מועילה גם אם לא ידע המוכר. לעומת זאת, שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קב (ד"ה תו איכא), מבאר את דברי הרא"ש (ומסכים אתו) כך: רק אם הקונה עשה מעשה אחרי המכירה הראשונה, אפשר לומר שאחר כך גמר המוכר בדעתו לתת לו כדי להישאר בנאמנותו, כמו בתפיסת הקונה בפירות שלא באו לעולם, ולכן רק אם גבה הקונה מן הלווה בפני המוכר ובידיעתו, ולא מחה, הדבר מראה שהמוכר מסכים כדי להישאר בנאמנותו. כלומר, ידיעת המוכר נחוצה גם לעניין שהקונה יהיה פטור כלפיו. ערוך השולחן, חו"מ, סימן סו, סעיף מ, כותב שבין לעניין מכירת שטר ובין לעניין פירות, הדבר מועיל רק אם ידע המוכר.

[253] שו"ת הרמב"ן, סימן ז.

[254] בבא בתרא קמב ע"ב; רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה י; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רי, סעיף א.

[255] שו"ת הריב"ש, סימן שלה, עמ' תמה (הובא ברמ"א, חו"מ, סימן רז, סעיף י, ובנתיבות המשפט, סימן רז, ס"ק יג). הוא חוזר על דבריו בסימן שמא. הריב"ש מסביר בכך את שו"ת הרא"ש, כלל עב, סימן א, האומר שמה שניתן כתשלום לאסמכתא אינו חוזר, ואינו מנמק את דבריו.

קצות החושן, סימן יז, ס"ק ג, כותב כאילו טעם הריב"ש הוא שכל מחילה בטעות תקפה. אבל בסימן עה, ס"ק ד (הובא בתורת נתן, קפלן, עמ' 40), כותב שהריב"ש סובר שרק מחילה בטעות בדין תקפה. כנראה, הוא צָמצם זאת, מפני שפוסקים רבים פוסלים מחילה בטעות בעובדה (ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג)). גם שו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן ס, נוקט שלפי קצות החושן, ריב"ש סובר שכל מחילה בטעות בדין תקפה; ובחלק ב, סימן קמה, כתב מעצמו שהריב"ש מדבר רק על טעות בדין.

שו"ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימן ז (ז [נדפס ו] ע"ג), מביא דברי מי שהקשה על הריב"ש, הרי חידושי הרמב"ן, בבא בתרא מא ע"א, כותב שרבנו תם סובר שרק במכר המחילה קיימת, מפני שגם אילו ידע היה מוחל, ולא בהלוואה ובשאר דברים; ולפי זה, באסמכתא (שבה דן הריב"ש), המחילה בטלה, מפני שאילו ידע היה חוזר בו? הוא מתרץ, שבאמרו "שאר דברים", מתכוון הרמב"ן רק למקרה של רב ענן, בבבא בתרא מא ע"א. ואחר כך (בדף ז ע"ד) הוא מפרש את דברי הרמב"ן, שרק בדבר שדומה להלוואה, שאילו ידע לא היה מוחל, אינה מחילה.

פתחי חושן, הלכות קניינים, פרק כא, הערה מב, כותב שהדין כך דווקא אם טעה מעצמו בדין, אבל אם לא רצה לשלם מפני שאמר שזה אסמכתא, ואחרים הטעו אותו ואמרו לו שאין זה אסמכתא, מוציאים מידו, מפני שזה מחילה בטעות. זוהי הבחנה בין טעות להטעיה (ראה סעיף 15), אבל כאן אין זאת דווקא הטעיה מהצד שכנגדו.

שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קב (ד"ה תו איכא), מבאר את דברי הריב"ש על פי שיטת רבנו תם, שכשנתן את המשכון, לא הייתה אסמכתא כלל, מפני שכבר התברר שהפסיד במשחק, ואף על פי כן רצה לתת, וזה ממש כמו תפיסת דבר שלא בא לעולם, שהמוכר נתן מרצונו, אלא שלא ידע את הדין; ואף כאן, אף שלא ידע שאסמכתא אינה קונה, מכל מקום נתן מרצונו, ולא היה מוטעה בנתינה כמו בכל אלו שנאמר בהם שמחילה בטעות אינה מחילה. הוא מקשה, הרי זה שונה מפירות, ששם לא נודע למוכר דבר שלא ידע

לו משכון עליו או שזקפו במִלווה (שהיא כפירעון), אינו יכול לדרוש את הכסף חזרה, מפני שמחילה בטעות כזאת היא מחילה, בדומה לקונה דבר שלא בא לעולם ותפס אותו.

(ד) הרשב"א[256] דן בראובן שהשאיל את ביתו לשמעון, ואחר כך תבע ממנו דמי שכירות, וטוען שלא הקנה לו את גוף הבית אלא את הדירה (כלומר, זכות המגורים), שאין בה ממש, והרי אי אפשר להקנות דבר שאין בו ממש. הוא פוסק ששמעון פטור, כיוון שהתיר לו ראובן לגור שם, וגם אם נאמר שראובן עשה זאת מתוך טעות, שחשב שאפשר להקנות דירה (זכות מגורים) בלי גוף הבית, מכל מקום זו מחילה בטעות, שהיא תקפה.

(ה) הרא"ש[257] עוסק בראובן ושמעון שהיו שותפים, וקנה שמעון סחורה מלוי, ואמר לו

מתחילה, ואפשר לומר שכמו שמראש הייתה דעתו לתתם לקונה, גם בשעת לקיטת הפירות דעתו ליתנם, מפני שאין לו סיבה לחזור בו עכשיו, והיות שנתן מרצונו, אף שטעה בדין, מחילתו תקפה; אבל באסמכתא, כגון במשחק בקוביא, נאמר שהתחייב כשחשב שהוא ינצח, ואילו כשנודע לו שהפסיד, אינו נותן מרצונו, אלא שטעה, שלא ידע שמן הדין לא קנה, וזו מחילה בטעות? הוא מתרץ, שבכל זאת כשנתן משכון לפירעון התחייבותו, גמר בדעתו ונתן כדי להישאר בנאמנותו, כמו שכתב רבנו תם לגבי פירות, ואף שלא ידע את הדין, מחילה בטעות כזאת תקפה, וגמר בדעתו ונתן את המשכון.

השואל בשו"ת הריב"ש שם כתב שלאחר קיום ההתחייבות כבר לא ניתן לבטל את ההסכם, שכן הצד המקיים את ההסכם מגלה את דעתו שהתכוון ברצינות להתחייבויות שנטל על עצמו, ואינו יכול עוד לטעון שהתחייבותו היא אסמכתא. הריב"ש כותב על דברי השואל: "וחילוק אמיתי, אבל לא מטעמך". אבל מהרי"ט שם כותב שהריב"ש מסכים לשואל, שהעיקר הוא שיעשה מעשה לקיום התחייבותו, מה שמראה שהוא רוצה לעמוד במהימנותו. אלא שהוא מתקשה במה שכתב הריב"ש (כדי להסביר את שו"ת הרא"ש), שאם נתן משכון על התחייבות שהייתה בה אסמכתא, חייב.

דעות חולקות: רמ"א שם, ודרכי משה, חו"מ, סימן רז, ס"ק ז, מביא שמרדכי, בבא מציעא, סימן שכד, כותב שגם אם המתחייב באסמכתא שילם, מחזירים לו את מה ששילם. כמו כן, קצות החושן, סימן רז, ס"ק ה, מסביר שטעם שו"ת הרא"ש שם אינו משום מחילה בטעות. מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן לה, כותב שטעם הרא"ש אינו כהסבר הריב"ש, אלא מפני שהוא עסק במי ששיחק במשחק על כסף, וסובר שאינו אסמכתא, כפי שהסביר שולחן ערוך, חו"מ, סימן רז, סעיף יז, מפני שהמשחק אינו יכול לדעת מה תהיה התוצאה, ואין לומר שהיה בטוח שיזכה, ולכן גמר והקנה; אלא שאם הכסף אינו מונח על השולחן, יש בעיה אחרת, שאין מעשה קניין, ולכן אם פרע, קנה האחר; אבל במקום שיש אסמכתא, אפילו פרע, לא זכה האחר, מפני שמה שפרע הוא בטעות, שחשב שמן הדין הוא חייב לשלם, ואין אומרים שהפירעון תקף מצד מחילה בטעות. הוא מוכיח מסנהדרין כד ע"ב, שמי שמקבל כסף באסמכתא, הכסף כגזל בידו. גם שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ב, סימן קג (ד"ה ומדי), חולק על הריב"ש.

באסמכתא עם ריבית: שו"ת הריב"ש, סימן קעה, עוסק בהורים שהיו חייבים שכר לימוד למלמד של בניהם, והתחייבו שאם לא יפרעו לו את חובם עד זמן מסוים, יפרעו לו שכר כל שבוע אף אם יגרש את הנערים מבית הספר ויתבטלו מלימודיהם; והוא פוסק שזו אסמכתא, וגם אם כבר פרעו את הכול, זו מחילה בטעות, שהרי חשבו בטעות שמה שנתחייבו לו חל מן הדין, ומחילה בטעות הכרוכה באיסיר ריבית אינה תקפה (כאמור בבבא מציעא סו ע"ב), וכאן היה איסור ריבית, שהרי התחייבו לו התחייבות זו מפני שדחה את מועד פירעון החוב שהיו חייבים לו.

[256] שו"ת הרשב"א, חלק ו, סימן קיא (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רנג, מחודש ו־ז, סימן שטז, מחודש א, וסימן שעה, סעיף ד). שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סימן טו (ד"ה ומ"ש מעכ"ת לתרץ), מסביר שטעם הרשב"א הוא כסברת רבנו תם, שכיוון שהשאיל ראובן את ביתו לשמעון והניח לו לדור בו, נוח לו להישאר בנאמנותו.

עוד נימק הרשב"א, שכיוון ששמעון דר בבית, וראובן לא ערער עליו, גילה בדעתו שהקנה לו את הגוף, כמו שנאמר בכתובות פג ע"א על מקרה דומה.

[257] שו"ת הרא"ש, כלל סט, סימן ו (הובא בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סימן יג וסימן טו).

שראובן ישלם לו, וראובן הסכים לתת ללוי משום שחשב שהיה ממון של שמעון בידו (ביד ראובן), והתחיל לשלם ללוי, ואחר כך עיין בחשבונותיו, ומצא שלא היה בידו כלום משל שמעון. הוא פוסק שראובן היה פטור מלשלם ללוי בגלל הטעות, אבל אינו יכול להוציא מיד לוי את מה ששילם כבר ללוי, בטענה שטעה, מפני שאומדים את דעתו שגם אילו ידע ראובן שהוא פטור, היה נותן, משום שנוח לו להישאר בנאמנותו, כמו במוכר דבר שלא בא לעולם.

(ו) גוי שהיה חייב כסף לראובן, וראובן אמר לשמעון שייקח את הכסף מהגוי בשביל עצמו (בהלוואה), יכול ראובן לחזור בו גם אם עשו על כך מעשה קניין, מפני שמטבע אינו נקנה בחליפין[258]. אבל אם כבר לקח שמעון את הכסף מהגוי, אין ראובן יכול לחזור בו מדבריו, כדין קונה התופס פירות שלא באו לעולם[259].

(ז) הרשב"א[260] דן בראובן ושמעון שקיבלו מהמלך שטר, שלפיו יש להם זכות לגבות מס בכפר אחד, וראובן מחל לשמעון על חלקו. מחילה זו אינה מועילה להקנות את כל זכות הגבייה לשמעון, גם אם מחילה זו נחשבת כמסירת השטר, שהרי שטר נקנה רק בכתיבה ומסירה. בכל זאת הוא פוסק, שמס שגבה שמעון לאחר המחילה (עד שבאו לדין) הוא שלו, אף שלא קנה את השטר באותה מחילה, משום שיש כאן מחילה בטעות, שראובן הניח לו לגבות את כל המס מפני שחשב שקנה את השטר (זו מחילה חדשה, מלבד המחילה על השטר), ומחילה בטעות כזאת תקפה.

(ח) הריטב"א[261] עוסק בראובן שפרע מס לקהילה על נכסי אשתו, ולמעשה היה פטור, מפני שאשתו באה מקהילה אחרת, ודינה היה לפרוע שם את המס. הוא פוסק, שאם פרע ראובן את המס סתם, בלא תרעומת ושום התראה, אין הקהילה חייבת להחזיר לו את מה ששילם, מפני שמניחים שנתן ומחל מדעתו, בקל וחומר מדין פירות שלא באו לעולם[262]; אבל אם פרע

[258] בבא מציעא מה ע"ב.

[259] תרומת הדשן, שו"ת, סימן שיג (הובא ברמ"א, חו"מ, סימן קכו, סעיף כב, ובעמק יהושפט, סימן א, אות ב).

[260] שו"ת הרשב"א, חלק ו, סימן קנט (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן מח, סעיף ל).

שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, סימן ב (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רלה, מחודש ד), כותב שקטן שיודע בטיב משא ומתן, שקיבל קרקע במתנה, ונתן אותה לאַחֵר במתנה, אף שאין תוקף למעשה קטן בקרקע, מכל מקום, אם במשך זמן מסוים רצה הקטן בקיום המתנה, ואכל המקבל פירות בתקופה זו, אין מוציאים אותם מידו, אפילו חזר בו הקטן אחרי שאכלם, מפני שמחילה בטעות כזאת תקפה. אלא ששו"ת מים חיים (סילווא), סימן יג (עמ' רסו), מסביר את דברי הרשב"א דווקא על פי שיטת רש"י (לעיל, הערה 248), שמחילה בטעות תקפה, ולא על פי שיטת רבנו תם, וזאת מתוך משמעות לשון הרשב"א שם.

[261] שו"ת הריטב"א, סימן קכ.

[262] דבריו מתאימים לשיטת רבנו תם, שאילו לרש"י (לעיל, הערה 248) אין זה משום שמניחים שרצה, אלא שגם אם המחילה הייתה בטעות, היא תקפה.

מקורות נוספים לעיקרון זה: חידושי תלמיד הרשב"א, בבא מציעא סו ע"ב (ד"ה ומכאן), נוקט באופן כללי, שבכל מצב שאדם יודע מה הוא מכר או נתן, אלא שחשב שהמכר או המתנה תקפים מן הדין, ובאמת אינו כן, יש למעשהו תוקף אם מסר את הדבר.

שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן צג (ד"ה ואכתי), עוסק באדם שהבטיח לתת נדוניה לחתנו ומת, באופן שהמוריש היה יכול לחזור בו מהבטחתו, וכך גם היורשים, ובכל זאת הוא פוסק על סמך דברי רבנו תם שאם לקח החתן את הנדוניה מן העיזבון, והיורשים שתקו, מניחים שהסכימו למעשהו כדי להישאר בנאמנותם, ואינו צריך להחזיר להם.

שו"ת בית יעקב (מצויזמיר), סימן ס, כותב שנתבע ששילם מפני שחשב שבדין הוא חייב לשלם, ובאמת

תוך התרעמות והבעת אי רצון, ופרע רק משום שחשש מהחרם שהוטל על מי שאינו משלם מס, ודאי לא מחל (כלומר, לא נתן ברצון), והקהילה חייבת להחזיר לו את מה ששילם.

ג. האם קיימת חזקה שאדם יודע את הדין?

כפי שראינו, צד לחוזה שטעה טעות בדין זכאי לבטל את החוזה. כעת נדון במי שאין הוכחה חיצונית לכך שטעה בדין, אלא שהוא טוען שלא ידע את הדין, והצד השני טוען שהוא משקר: האם מאמינים לו, או שמא אין מאמינים לו, משום שחזקה היא שאדם יודע את הדין? זו שאלה כללית, האם חזקה שאדם יודע את הדין; ויש לה נפקויות לתחומים רבים[263]. כאן עניינו בנפקות משאלה זו לגבי הזכות לבטל חוזה. כפי שנראה להלן, נחלקו בכך הפוסקים.

היה חייב רק "לצאת ידי שמים", זה מחילה בטעות, והתובע חייב להחזיר לו את מה ששילם, גם אם לא אמר בפירוש שהוא חושב שהוא חייב בדין (יש להעיר שאין זאת מחילה בטעות אלא נתינה בטעות). אבל קצות החושן, סימן עה, ס"ק ד, חולק על בית יעקב, וכותב שאין זה נחשב מחילה בטעות, מפני שמן הסתם הוא משלם לשם מצווה, והרי רבנו תם אומר שבמצבים מסוימים מניחים שהוא מוכן לשלם אף שאינו חייב מן הדין, כדי להישאר בנאמנותו, וקל וחומר שנוח לו להישאר בנאמנותו כלפי שמים; ועוד, שהריב"ש אומר שכל מחילה בטעות תקפה אם הטעות היא בדין ולא בממון (ראה הערה 255, שכך הבין קצות החושן את הריב"ש). ר' אהרן שטיינברג, "בענין פרעון חוב ע"י שליח וספק אם קיים שליחותו", בית אהרן וישראל נט (סיוון־תמוז תשנ"ה), עמ' פג, כותב שבמקום שפטור אף לצאת ידי שמים, אלא שמידת חסידות היא לשלם, כגון בטוען "איני יודע אם נתחייבתי", לפי ש"ך, חו"מ, סימן פח, ס"ק לו, גם קצות החושן יסכים שזו מחילה בטעות, מפני שלא שייך בזה להיות מהימן כלפי שמים.

שו"ת אבקת רוכל, סימן רג (ד"ה ומה שבא), עוסק בעיר המחולקת לשתי קהילות, ובתחילה הקהילה הקטנה הייתה פורעת 17% מן המס, ובינתיים התרחבה הקהילה הגדולה, ובכל זאת עברו ארבע או חמש שנים ולא דרשו בני הקהילה הקטנה להעריך מחדש את חלוקת המס, כפי שהיה מנהגם לעשות הערכה חדשה כל שלוש שנים, אלא פרעו 17% לפי הערך הראשון. הקהילה הגדולה טענה ששתיקת הקהילה הקטנה מראה שמחלו, וקיבלו על עצמם לפרוע 17% לעולם (למעשה אין כאן מחילה אלא התחייבות!). והוא פוסק (בד"ה ואם זאת) שאכן אינם יכולים לתבוע מה שפרעו בעבר יותר מהראוי, משום שזה כמחילה בטעות, שהיא תקפה, אבל אינה תקפה למה שעתיד לבוא, כגון פירות שלא באו לעולם.

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רעג, עוסק בצוואה, ופוסק שהיא בטלה, מפני שאחד העדים הוא קרוב, אבל כתב שמה שכבר נתנו היורשים למקבלי המתנה, נתנו, ואין יכולים להוציא מידם. מהר"ם חביב, בתשובתו בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סימן יג, הסביר שאף על פי שהיורשים נתנו בטעות וחשבו שהיו חייבים לתת, אינם יכולים להוציא מיד מקבלי המתנה, מפני שמחילה בטעות תקפה, כמו שמצאנו בתשובת הרשב"א (לעיל, הערה 256) ובתשובת הרא"ש (לעיל, הערה 257). אבל ר"א הלוי שם, סימן טו (ד"ה ומ"ש מעכ"ת לתרץ), תמה על הסבר זה: אם ראובן חשב שהוא חייב לשמעון מאה דינרים, ופרע לו חמישים, ואחר כך נזכר שכבר פרע לו הכול, האם נאמר לראובן: "החמישים שנתת, נתת, ואינך יכול להוציא משמעון"? אין לך חוכא ואטלולא גדול מזה! והוא מסביר שרק במקרים של הרשב"א והרא"ש שייך הטעם שרוצה להישאר בנאמנותו, ולא במקרה של מהרשד"ם — עיין שם.

חריג: בני שמואל (חיון) שו"ת, סימן לה, דף פא ע"א (הובא בשו"ת עולת שמואל, פלורנטין, חו"מ, סימן לו, דף צה ע"ד), עוסק בראובן שהקדיש כסף, והיה ספק האם הכסף היה בידו באותה שעה או שאחרים היו חייבים לו, ופסק שעל ההקדש להביא ראיה שהיה בידו אז, ואף ששמעון אחיו כבר מסר את הכסף לגזברים, ואפשר לומר שבכך "מחל" להקדש על חובתם להביא ראיה (ובעצם זו מתנה מצדו), זו מחילה בטעות, שהרי שמעון לא התכוון להקדיש את הכסף, אלא חשב שכבר חל עליו ההקדש; ולפי רבנו תם, המחילה בטלה, משום שלדעתו מחילה בטעות תקפה רק בכגון דבר שלא בא לעולם, שהמוכר רצה למכור, ורק לפי רש"י (לעיל, הערה 248), שכל מחילה בטעות תקפה, המחילה כאן תקפה.

[263] במקורות אחדים נפסק שמניחים שאדם יודע את הדין: (א) המקדש את אחותו בכסף, מניחים ש"אדם יודע

פוסקים אחדים[264] מניחים כהנחת יסוד שמי שמתקשר עם אחר בחוזה, חזקה היא שלא טעה בדין, מפני שמן הסתם הוא מברר את ההלכות הקשורות בחוזה לפני ההתקשרות. עם זאת,

שאין קידושין תופסין באחותו, וגמר ונתן [את הכסף] לשם מתנה" (דעת שמואל בגיטין מה ע"א, בקידושין מו ע"ב, בבבא מציעא טו ע"ב, ובערכין ל ע"א; וכך פסקו: רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה כ; שולחן ערוך, אהע"ז, סימן נ, סעיפים סא־סב).

(ב) המשאיל חפץ לחברו כדי שיקדש בו אישה, יש להניח שהוא יודע שאי אפשר לקדש אישה בכלי שאול, ומן הסתם התכוון להקנותו לו במתנה על מנת להחזיר, שבה אפשר לקדש (רא"ש, קידושין, פרק א, סימן כ, הובא בשולחן ערוך, אהע"ז, סימן כח, סעיף יט; אבל שו"ת יביע אומר, חלק ו, אהע"ז, סימן ו, אות ז, הביא מי שחלקו על הרא"ש).

(ג) אדם יודע שקידושין בפחות משווה פרוטה וקידושין של קטן אינם תקפים, ולכן אם אחר כך בא עליה (כשהוא גדול), מניחים שהתכוון לקדש אותה בביאה, והיא מקודשת (שולחן ערוך, אהע"ז, סימן לא, סעיף ט, ורמ"א שם).

(ד) בעל המגרש את אשתו, וממנה שליח לקבלה כדי שאשתו תתגרש ברגע שהוא ימסור את הגט לידו, יש להניח שהוא יודע שבעל אינו יכול למנות שליח לקבלה, אלא התכוון לעשות אותו שליח להולכה, שהאישה תתגרש ברגע שיגיע הגט לידה (גיטין סג ע"א).

(ה) אדם יודע שהמקדש בלא עדים אין קידושיו קידושין, ולכן הכלל "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות" חל רק אם הוא יודע שיש עדים, ואז הוא בועל לשם קידושין (חידושי הרשב"א, גיטין פא ע"ב, הובא בשו"ת ר"ש דוראן [תשב"ץ, חלק ד, חוט המשולש, טור א], סימן ט).

(ו) שו"ת הריב"ש, סימן תפ (הובא בשולחן ערוך, חו"מ, סימן סא, סעיף טו, ובשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן כ, בתחילתו), כותב שנוסח הנכתב בשטר, יש לפרשו באופן מדויק, מתוך הנחה שהכותב ידע את הדין, ואין אומרים שייתכן שהדברים נכתבו שלא בדווקא משום שהכותב לא ידע את הדין. אבל שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכב, כותב שכלל זה אינו קיים בנוסח שנחלקו בו הפוסקים, גם אם הוכרעה הלכה כאחד הצדדים (ראה הערה 270).

מצד שני, לגבי מעות מעשר שני, חזקה שאין אדם יודע שמעות מעשר שני אינן מתחללות על קרקע, ולכן, מי שקנה קרקע בכספי מעשר שני חייב לאכול בירושלים פירות כנגד אותו סכום, ואין מניחים שהמוכר ינהג קדושת מעשר שני בכסף שקיבל (רש"י, קידושין נו ע"א, ד"ה אלא).

בשאלה זו ראה עוד: קהילת יעקב (אלגאזי), מצוות חכמים, אות א, ס"ק א; משפט שלום, סימן קעו, סעיף יב (ד"ה והנה בתשו'); שו"ת אדמת קודש, חלק א, אהע"ז, סימן לב, דף עט ע"ג (על חשש שנותן מתנה לאדם רגיל ולמי שעוד לא נולד, טעה וחשב שאפשר להקנות למי שעוד לא נולד).

[264] שו"ת הרא"ש, כלל סט, סימן ו; שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן צ. הרא"ש כותב שאינו נאמן גם אם יש לו מיגו, מפני שיש הוכחה נגדית: אדם רגיל לדקדק לפני שהוא מוציא כסף; והוא כותב שמטעם זה, אף מוציאים ממון מידו על פי החוזה. אבל מהריב"ל עוסק במצב שהצד הטוען שטעה מבקש להוציא ממון מהצד השני בטענה זו, ובזה ייתכן שטעמו הוא שהמוציא מחברו עליו הראיה, אבל ייתכן שלא יפסוק להוציא ממון ממי שטוען שטעה, מכוח חזקה שידע את הדין. מהריב"ל מביא את שו"ת הרא"ש, אבל נראה שאינו סומך עליו לגמרי, מפני שהרא"ש סותר מקורות אחרים — עיין שם.

שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן נב (ד"ה והא דאמרינן), כותב שטעם מהריב"ל הוא שמן הסתם בירר את הדין מראש כדי שלא יפסיד; ועל פי זה כתב שמי שנותן מתנה, ייתכן שטעה בדין. כנראה, טעמו הוא שדווקא צד לחוזה עסקי מן הסתם מברר את הדין כדי שלא יפסיד, ואילו מתנה אינה חוזה עסקי.

שו"ת הגאונים (הרכבי), סימן שמב (הובא בטור, חו"מ, סימן קנד, סעיף לח), כותב שמי שהחזיק באמת המים בשדהו של אחר, והלה לא מחה, ונימק את שתיקתו בכך שטעה וחשב שאינו צריך למחות — אין מקבלים את טענתו שלא ידע, אלא מחילתו תקפה. אפשר להסביר שטעמו הוא שיש חזקת ידיעת הדין. אבל ערוך השולחן, חו"מ, סימן רמא, סעיף ו, לומד מדבריו שטעות שאינה נראית לכול, אלא שייתכן שגם אילו ידע היה מתקשר בחוזה, אינה נחשבת טעות. לפי הבנתו, הטעם הוא שזו טעות שאינה יסודית. וראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), על מחילה בטעות, כשלא ברור אם טעה.

נראה שגם לדעתם, אין זו חזקה חלוטה, ואם טעותו של המתקשר ניכרת בעליל, יוכל לבטל את החוזה.

לעומתם, סבורים פוסקים אחרים[265] שאין לקבוע כהנחת מוצא שהאדם יודע את הדין ושחזקה שלא פעל מתוך טעות. כלשון ר׳ יוסף קארו[266]: ״אטו כולי עלמא דינא גמרי [=האם הכול יודעים את הדין?!]״. לפי דעה זו, צד לחוזה נאמן לטעון שטעה בדין, והוא זכאי לבטל את החוזה בטענה זו.

אבל גם לפי דעה זו, אין לקבל טענה של טעות שאינה מסתברת. כך למשל קובע ר׳ יחזקאל לנדא[267], שאם ״ההיפך הוא דבר זר ואינו עולה על דעת שום אדם״, ניתן לקבוע שהאדם יודע את הדין. מהרש״ם[268] מוסיף, שאם מי שרוצה לבטל את החוזה הוא תלמיד חכם, יש להניח שידע את הדין, ואינו נאמן לטעון שטעה.

הב״ח[269] מבחין בין הלכות הידועות לכול, שחזקה שמי שמתקשר בחוזה מודע להן ופועל על פיהן, לבין הלכות שאינן ידועות לכול, שניתן להניח שהצדדים לחוזה לא הכירו אותן. ואלו הם דברי הב״ח: ״דכל דין שהוא תלמוד ערוך ואין בו מחלוקת וגם מעשים בכל יום... דין זה ודאי גלוי הוא לכל, ולא מצי טעין דלא ידע, דמסתמא ודאי ידע״. כלומר, דין המוסכם על הכול בלא חולק (״דין שהוא תלמוד ערוך ואין בו מחלוקת״)[270], ובא לידי ביטוי בפרקטיקה

[265] בדק הבית, חו״מ, סימן קנד, סעיף לח, חולק על שו״ת הגאונים שם, בטענה שאנשים אינם יודעים הלכות. כמו כן, שו״ת מהרש״ם, חלק ד, סימן ס, קיבל טענה של צד לחוזה שטען שטעה בדין, אף שלא הביא ראיה לדבריו.

[266] בדק הבית, שם. הביטוי מופיע (בהקשר אחר) כבר בחידושי הרמב״ן, גיטין נא ע״א ובבא מציעא ו ע״א.

[267] שו״ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אהע״ז, סימן עג. הוא אינו כותב כך על טעות בחוזה אלא על המקדש אישה באופן שקידושיו אינם חלים, ושם השאלה היא, האם מניחים שידע שהקידושין אינם חלים והתכוון לתת לה מתנה (ראה על כך לעיל, הערה 263).

בדומה לזה, כותב שו״ת מהרי״ט, חלק ב, חו״מ, סימן נב (ד״ה תדע), שדבר הידוע לכול, מניחים שהאדם הנידון יודע אותו. מהרי״ט דיבר על מקדש אחותו, ועל קטן שקידש אישה ואחר כך שלח לה סבלונות.

[268] לעיל, הערה 265.

[269] ב״ח, חו״מ, סימן קנד, סעיף לח. הוא מתייחס למקרה של תשובות הגאונים (לעיל, הערה 264).

[270] סייג זה של הב״ח, ״ואין בו מחלוקת״, נאמר כבר (בתחום אחר) בתוספות, בבא מציעא טו ע״ב (ד״ה ונתן), וגיטין מה ע״א (ד״ה מיד). הם כתבו בנוגע למוכר שדהו ביובל, שאין מניחים שהוא יודע שאין המכר חל, ומן הסתם התכוון לתת את כסף במתנה, שכן רב סובר שהמכר חל (ראה לעיל, הערה 240). כך כתב גם חידושי רבנו קרשקש, גיטין שם, והוסיף לנמק שייתכן שחשב שהמכר חל ואף אינו משמט, ולא התכוון למתנה. חידושי הרשב״א, גיטין שם, כותב תחילה שאנשים טועים בזה יותר מבמקדש אחותו, מפני שדין זה אינו ידוע כל כך, והוסיף להסביר כדברי התוספות.

דברי התוספות נתקבלו על ידי אחרונים רבים. ראה: שו״ת אדמת קודש, חלק א, אהע״ז, סימן לב; שו״ת אחיעזר, חלק א, סימן כז, אות ו; שו״ת באר יצחק, אהע״ז, סימן טז, סוף ענף א; שו״ת יהודה יעלה, חלק ב, סימן נב; מהרי״ט (לעיל, הערה 263); נודע ביהודה (לעיל, הערה 267); שו״ת עין יצחק, חלק א, אהע״ז, סימן מח, אות ה, וסימן נח, אות ב, וחלק ב, סימן לד, אות כ, וסימן מב, אות כב. ראה גם: שו״ת מהר״י בן לב, חלק א, סימן עח; רמ״א, חו״מ, סימן מב, סעיף ט; ש״ך, שם, ס״ק כ־כא.

מדברי הפוסקים הללו נראה שהם סבורים שבכל מקום שיש מחלוקת בהלכה, אין להניח שהאדם יודע את ההלכה. לכן, בכל מקום שנמצא מי שחולק על דין מסוים, הם קיבלו את הטענה של אי ידיעת ההלכה. אולם לדעת נודע ביהודה שם, אין זו כוונת התוספות. לדעתו, החזקה שאדם יודע את הדין מתבססת על כך שהדין המדובר הוא הגיוני, ואילו לחשוב אחרת מהדין ״הוא דבר זר״ ונוגד את ההגיון, אבל במקום שיש חולק בדבר, הרי אין הדבר זר, וממילא אין לומר בוודאות שאדם יודע. לדעתו, מציאותה של מחלוקת

הנוהגת ("מעשים בכל יום"), חזקה שכל אדם מכיר אותו[271]. אבל דינים אחרים, אפשר שאדם לא יכיר אותם, ובעניינם יוכל צד לחוזה לטעון שטעה[272].

פרק שמיני

טעות בכדאיות העסקה — "להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה"

א. כללי

כבר עמדנו על כך[273] שבשאלת ביטול חוזה עקב טעות יש מקום לשיקולים נוגדים: מחד גיסא, הרצון לשמור על ביטחון העסקאות ועל פעילות המסחר מביא לצמצום זכותו של הצד הטועה לבטל את החוזה; מאידך גיסא, הצורך בגמירת דעת הצדדים מחייב לאפשר את ביטול החוזה לאותו צד שהנחותיו בקשר לחוזה התבררו כלא נכונות. בכל הנוגע לטעות בכדאיות העסקה, ביכר החוק את השיקול של שמירה על ביטחון העסקאות, ועל כן קובע ס"ק (ד) שטעות בכדאיות העסקה אינה מאפשרת את ביטול החוזה[274].

לשון הסעיף המדגיש "שאינה אלא בכדאיות העסקה" מלמדת שצד לחוזה שטעה טעות כפולה, בכדאיות העסקה ובנושא אחר, זכאי לבטל את החוזה[275].

היא "סימן" ולא "סיבה". כך נראה גם מדברי בית הבחירה, גיטין שם (עיין שם היטב). כך כתב גם משפט שלום, סימן קעו, סעיף יב. כך נראה גם מהשוואת דברי התוספות לדבריהם במסכת ערכין ל ע"א, ד"ה דלמא. אבל חידושי רבנו קרשקש, גיטין שם, כתב: "וכסבורים הם שהמכר מכר כרב", ונראה מדבריו, שהסיבה לכך שכשיש מחלוקת אין חזקה שאדם יודע היא, שאדם טועה לחשוב שההלכה היא כדעה השנייה. וזה שלא כדברי הנודע ביהודה. אולם אפשר שהריטב"א דיבר בתלמיד חכם הבקי במחלוקות, אך לא ביחס לכל אדם. וראה הערה 271, שחזקה זו נאמרה לגבי כל אדם.

מחנה אפרים, הלכות שותפות, סימן ד, ומשפט שלום (שבדרון), סימן קעו, סעיף יב (ד"ה והנה בתשו'), חלקו על מהריב"ל (לעיל, הערה 264), בטענה שבנידונו הייתה מחלוקת בין הפוסקים, וייתכן שהאדם לא ידע כמי הלכה. אבל ייתכן שהם יסכימו שבמקום שאין מחלוקת, יש חזקה שאדם יודע את הדין.

[271] תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן רל, כותב שבמצבים שנקבע בהם שחזקה שהאדם יודע את הדין (לעיל, הערה 263), הדברים אמורים גם בעם הארץ, שהרי לא מתקבל על הדעת לומר שמדובר דווקא בתלמיד חכם. כמו כן, שו"ת הרא"ש, כלל מה, סימן ז, כתב: "שמתוך לשון הגמרא משמע שכל אדם יודע" שבעל אינו יכול למנות שליח לקבל גט (ראה לעיל, הערה 263), וכוונתו שאף עם הארץ יודע זאת. אבל משו"ת הרא"ם, סימן לה, ומשו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן לא, משמע שהחזקות האלו לא נאמרו בעם הארץ. ייתכן שהם דיברו באופן שברור שהאדם הנידון לא ידע את ההלכה, אבל הם מסכימים שבמקום שנאמר בתלמוד ובפוסקים שחזקה ש"אדם יודע", הכוונה היא גם לעם הארץ.

[272] לעיל, ליד ציון הערה 241, ראינו שאי הכרת הדין האזרחי גם היא נחשבת, לפי המשפט העברי, כטעות שהיא עילה לביטול חוזה. נראה שמחלוקת הפוסקים כאן בשאלה האם יש חזקה שאדם יודע את הדין, אמורה גם לגבי ידיעת חוק אזרחי. אבל אפשר לטעון שחזקת ידיעת הדין (לפי הדעה שיש חזקה כזאת) מבוססת על החיוב המוטל על כל אדם לעסוק בלימוד התורה, וחיוב זה אינו נוגע לחוק האזרחי.

[273] לעיל, פרק שני.

[274] ראה: פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 724־742; שלו, דיני חוזים, עמ' 297־299.

[275] שלו, דיני חוזים, עמ' 297. ראה גם: ע"א 760/77 בן עמי נ' בל"ל, פ"ד לג(3) 567; ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231, 241־242. אך בע"א 488/83 צנעני נ' אגמון, פ"ד לח(4) 141, 152, נקבע שטעות שהביאה לטעות בכדאיות העסקה מזכה בביטול.

מהי הגדרתה של טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה? בזה התחבטו רבות, הן בפסיקה והן בספרות המשפטית, והתחבטויות אלה הולידו חילוקי דעות. השופטת בן פורת אף התבטאה שפרשנות המונח "טעות בכדאיות העסקה" היא "קשה וסבוכה"[276].

טדסקי[277] סבור, שטעות בכדאיות העסקה היא טעות של אחד הצדדים בחיזוי העתיד, דהיינו התבדות אמונה או ציפייה שהייתה ביסוד הסכמתו לעסקה. אדם המעוניין להתקשר בחוזה מעריך את כדאיות העסקה שלפניו ואת השפעתה העתידית של ההתקשרות, ופועל על פי ההערכה שעשה. טעות בהערכת הצפוי לקרות היא אפוא טעות בכדאיות העסקה במובנה הבסיסי. אולם אחרים טענו נגדו, שאמונה או מחשבה בקשר לעתיד אינה בגדר טעות כלל[278].

לדעת פרידמן[279], טעות בכדאיות העסקה היא טעות ביחס לסיכון שנטל על עצמו צד לחוזה או שראוי לייחס לו על פי הנסיבות, בין ביחס לעבר ובין ביחס לעתיד[280]. משום כך, הוא סבור שס"ק (ד) מיותר לחלוטין, שכן מהותו של החוזה היא שכל צד נוטל על עצמו את הסיכון שקיום החוזה לא ישתלם לו, ואין אפוא שום צורך לומר שלא ניתן לבטל את החוזה אם מסתבר שכך אכן קרה. לדעתו, טעות בהערכת שווי העסקה נחשבת בדרך כלל לטעות בכדאיות העסקה, אך לעתים הטועה בהערכת שווי העסקה זכאי לבטל את החוזה, אם אכן יתברר שהטעות אינה בגדר הסיכון שנטל אותו צד על עצמו[281].

בפסיקה[282] נתקבלה הגישה שכל טעות בהערכת שווי העסקה היא טעות בכדאיות העסקה, ואינה מאפשרת לבטל את החוזה. על כן, קונה שרכש נכס במחיר גבוה מערכו האמתי, בחָשבו

[276] בג"צ 221/86 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(1) 469, 482.

[277] ג' טדסקי, "טעות בכדאיות העסקה", משפטים יב (תשמ"ב) 329, 332.

[278] שלו, דיני חוזים, עמ' 278־280, 299; ד' פרידמן, "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות", עיוני משפט יד (תשמ"ט), עמ' 467; פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 728. פרידמן מוסיף להקשות, מדוע טעות ביחס לסיכון שצד לחוזה לוקח על עצמו לגבי עובדות קיימות או מצב משפטי קיים בהווה, לא תיחשב כטעות בכדאיות העסקה, כמו טעות ביחס לעתיד?

[279] פרידמן, עיוני משפט, שם, עמ' 459; פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 726־727.
פירוש זה נתקבל בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 111, הקובע בתוך הגדרת "טעות": "למעט טעות שהסיכון לגביה מוטל על הטועה", ומשמיט את המונח "כדאיות העסקה". ובלשון דברי ההסבר שם: "היינו, צד שנטל על עצמו סיכון מסוים במסגרת חוזה, לא יוכל להשתחרר מאחריות בטענת טעות, אם הסיכון התממש בדרך שונה ממה שקיווה". בדברי ההסבר שם צוין עוד שבכך מתאים מבחן זה "למבחן החדש הקבוע בפרק הדן בסיכול חוזה" (הכוונה לסעיף 131 להצעת החוק).
בע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס חברה לביטוח, פ"ד נז(4) 817, נדון מי שביטל חוזה ביטוח חיים בחָשבו שהוא בריא, אולם הסתבר שכבר בשעת הביטול קיננה מחלה קשה בגופו, וממחלה זו נפטר בסופו של דבר. יורשיו תבעו את חברת הביטוח בטענה שביטול החוזה נעשה בטעות, שכן אילו ידע הנפטר על המחלה שקיננה בו, לא היה מבטל את החוזה. בית המשפט דחה את תביעת היורשים בטענה שהמועד הרלוונטי לטענת טעות בעובדה אינו תחילת קינונה של המחלה אצל הנפטר אלא מועד גילוייה, ולכן לא הייתה טעות בעת שביטל הנפטר את החוזה. ייתכן שיש טעם אחר לדחות את תביעת היורשים: חוזה ביטוח חיים (או מחילה על חוזה ביטוח, שהיא החוזה הנידון כאן, ושנטען שיסודה בטעות) הוא במהותו חוזה הבנוי על נטילת סיכונים הקשורים באבדן חיים, ולכן התממשות הסיכון אינה עילה לביטול בטענה של טעות.

[280] ראה לעיל, ליד ציון הערה 278.

[281] פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 732; פרידמן, עיוני משפט, שם, עמ' 471־475. על טעות בהערכת שווי העסקה, ראה שלו, דיני חוזים, עמ' 298 ועמ' 349־350 ("הפרשי ערך").

[282] ראה: שלו, דיני חוזים, עמ' 298; פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 730; ע"א 455/82 מאיר נ' מזרחי, פ"ד לז(3) 579; עניין צנעני, לעיל, הערה 275; עניין ספקטור, לעיל, הערה 275.

שזהו אכן ערכו בשוק, אינו זכאי לבטל את החוזה, וכך הוא הדבר לגבי מוכר שמכר נכס בפחות מערכו. רק אם יש הפרש משמעותי בין מחיר השוק למחיר החוזי, יש מקום לאפשר את ביטול החוזה[283].

להלן נבחן את עמדת המשפט העברי לגבי טעות בכדאיות העסקה, במשמעויות השונות שייחסו לה הפרשנים.

ב. טעות בדבר גובה הסיכון שבעסקה

כאמור, לדעת פרידמן[284], ס"ק (ד) קובע שאם טעה צד לחוזה בחישוב הסיכון שהתקשרותו בחוזה מטילה עליו, אין לו זכות לבטל את החוזה.

לעומת זאת, לפי המשפט העברי, ניתן לבטל חוזה גם אם חלה טעות ביחס לעובדות שלא ניתן היה לבררן בשעת כריתת החוזה, אף שלכאורה טעות זו היא במסגרת הסיכון שכל צד נוטל על עצמו. למשל, קונה נכס היה צריך, לכאורה, לקבל על עצמו את הסיכון שמא יימצא פגם בנכס, אם הימצאות הפגם אינה תלויה במוכר ואינה ידועה לו, וגילויָה אפשרי רק לאחר הרכישה. בכל זאת, נקבע בעניין מי שרכש בהמה ונמצאה טרֵפה: "המוכר בהמה לחבירו לטבחה, ושחטה ונמצאת טרפה... הוי מקח טעות, וצריך להחזיר הדמים"[285]. מצב איבריה הפנימיים של הבהמה אינו ידוע לצדדים, ובכל בהמה קיים הסיכון שמא לאחר שחיטתה תימצא טרֵפה ותיאסר באכילה. אף על פי כן נפסק שהקונה אינו צריך לקבל על עצמו את הסיכון שהבהמה תימצא טרֵפה, והוא זכאי לדרוש את ביטול החוזה, אם אמנם תימצא טרפֵה. הסיבה לכך היא, שהקונה רוכש את הנכס "שלם מכל מום", ולכן אינו צריך לקבל על עצמו את הסיכון שהבהמה תימצא טרֵפה.

נחלקו הדעות האם כך הוא הדין גם במומים שכיחים, שקיים סיכוי סביר שיימצאו בממכר. הרמב"ן[286] סבור שהאמור לעיל תקף גם בפגם שכיח. לעומתו, סבורים פוסקים אחרים[287] שאם נמצא פגם שכיח, אין הקונה זכאי לבטל את העסקה, שכן הוא היה מודע מראש לסיכון הסביר שפגם כזה אכן יתגלה, ומשלא התנה במפורש בעת כריתת החוזה שהחוזה יתבטל אם יתגלה

[283] ראה ע"א 629/89 חושנג'י נ' אמגר, פ"ד מו(1) 588, 594.
על טעות בכדאיות העסקה, ראה: ל' סהר, ביטול חוזה בשל פגמים בכריתתו (בני ברק תשס"ט), עמ' 86-96.

[284] לעיל, ליד ציון הערה 279.

[285] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יא. מקורו בסוגיית חולין נא ע"א, וברמב"ם, הלכות מכירה, פרק כ, הלכה טו.

[286] חידושי הרמב"ן, חולין נא ע"א (הובא בראש, חולין, פרק ג, סימן לד, בטור, חו"מ, סימן רלב, סעיף י, ובר"ן על הרי"ף, חולין יד ע"א, בדפי הרי"ף, ד"ה הוגלד). בית יוסף, חו"מ, סימן רלב, סעיף י, כותב שזו גם דעת הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ו. הרמב"ן דיבר על בהמה שנמצאה טרפה בגלל סרכה בראה, שהיא דבר שכיח, וכותב שהדין כך בכל פגם שקיים ברוב אותו המין.

[287] רבנו אפרים, המובא ברמב"ן, בראש, בר"ן ובטור שצוינו לעיל, הערה 286; ספר העיטור, שער שני, הלכות שחיטה, ד"ה מסס (לה ע"ג במהד' רמ"י); ראש, חולין, פרק ג, סימן לד.
העיטור נוקט שמאחר שהפגם שכיח, הדבר נחשב כאילו התנו שלא יוכל לבטל את המקח בגללו.
הראש כותב שהוא מסכים שבפגם שהמוכר היה יכול לדעת עליו, המקח בטל גם אם זהו פגם שכיח מאוד עד כדי היותו מצוי ברוב המקרים, מפני שהקונה לא היה צריך להתנות, שהרי סמך על המוכר שלא ייתן לו סחורה פגומה.

הפגם, גילה את דעתו שהוא מוכן לקחת על עצמו את הסיכון שיפסיד, ומחל על זכותו לבטל את החוזה[288]. בהתאם לדעה זו, פוסק ר׳ יהושע בועז[289] שמי שקנה אתרוג או לולב לצורך מצוות ארבעת המינים, ומצאם רקובים, אינו יכול לבטל את העסקה, שכן פגם זה היה שכיח בתקופתו, והקונה הסתכן בהימצאותו[290].

בית דין רבני בירושלים[291] הסתמך על דעה זו בפסיקתו בתביעת ביטול של מי שרכש מכונית משומשת בת חמש עשרה שנים, ומצא שהמנוע שלה הרוס. בית הדין דחה את תביעת הקונה, שכן מצוי שבמכונית משומשת בגיל כזה תימצאנה תקלות.

ג. טעות בהערכת התפתחויות עתידיות

(1) כללי

כפי שראינו לעיל[292], לדעת טדסקי, משמעותו של ס״ק (ד) היא שצד לחוזה אינו יכול לבטל אותו עקב שינוי נסיבות שאירע לאחר כריתת החוזה, בטענה שאילו ידע ששינוי זה יארע, לא היה מתקשר בחוזה, מפני שזו רק טעות בכדאיות העסקה. ואף שאחרים חלקו על טדסקי בפרשנות החוק[293], פרשני החוק[294] תמימים בדעתם שלא ניתן לבטל חוזה על סמך עילה זו, מפני שמתן זכות ביטול עקב התפתחות עתידית היה פוגע פגיעה קשה בוודאות העסקית[295].

[288] שתי הדעות הובאו בשולחן ערוך, חו״מ, סימן רלב, סעיף יב. דעת הרמב״ן הובאה בסתם, והדעה החולקת הובאה כ״יש אומרים״.
מסגרת השולחן, סימן רכד, ס״ק ו (הובא במשפט שלום, סימן רלב, סעיף יא, ובנתיב יושר, פרק כא, הערה יא), כותב שהמנהג בזמנו היה שלא להחזיר למוכר בהמה שנמצאה טרֵפה. בכגון זה יפים דברי הרמב״ם ושולחן ערוך, לעיל, הערה 130, שזכות הביטול עקב טעות קיימת רק בפגם שנהוג לבטל בגללו את החוזה.

[289] שלטי הגיבורים, בבא מציעא ל ע״ב (בדפי הרי״ף).

[290] צריך לומר שבנידון של שלטי הגיבורים, הפגם בלולב לא היה ידוע למוכר, שאילו בפגם הידוע למוכר, הרא״ש מסכים שהקונה זכאי לבטל את החוזה, כאמור לעיל, הערה 287.
פסיקה נוספת התואמת את דעת רבנו אפרים היא של שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן שעו, בסופו, בעניין מי שרכש קרקע במטרה למצוא בה זהב, ומשנוכח לדעת שאין זהב בקרקע ביקש לבטל את העסקה. מהרשד״ם דוחה את תביעתו בטענה ש״אדעתא דהכי נחתי וזבנה [=על דעת כן, שעלול לא להימצא בקרקע זהב, ירד וקנה את הקרקע]״. נראה שטעמו הוא, שדבר שכיח הוא שאין מוצאים זהב בקרקע. הוא מביא ראיה מדינו של יהודי בעל ״חזקה״ בקרקע ששייכת לגוי (על החזקות הללו ראה: שו״ת גינת ורדים, חו״מ, כלל ו, סימן א; ר׳ מיכאל מולכו, ״תקנת חזקת בתים, חצרות וחנויות בשאלוניקי״, סיני כח (תשי״א), עמ׳ רצו־שיד; ר׳ ישראל שציפנסקי, התקנות בישראל, כרך ד, עמ׳ תקפא), שאם מכר אותה, ותוך זמן קצר הוציא בעל הקרקע הנכרי את הקונה מהקרקע שלו, אין לקונה זכות לבטל את החוזה עם היהודי שמכר לו, משום שעל דעת כן קנה. מהרשד״ם אינו מזכיר את מחלוקת רבנו אפרים והרמב״ן, אבל נראה שלפי הרמב״ן, גם במקרה זה יכול הקונה לבטל את החוזה בטענת טעות.

[291] פסקי דין ירושלים — דיני ממונות ובירורי יהדות, כרך ו, עמ׳ עה־עו. השווה: ר״א אטלס, ר״מ נהרי, ר״מ רלב״ג ור״י שחור, ״מקח טעות ואונאה ברכב״, תחומין כב (תשס״ב), עמ׳ 251־280.

[292] לעיל, ליד ציון הערה 277.

[293] ראה לעיל, ליד ציון הערה 278.

[294] ראה: פרידמן וכהן, חוזים, עמ׳ 727־730; שלו, דיני חוזים, עמ׳ 278־280.

[295] לדעת שלו (שם), הצד שנפגע עקב התפתחויות מאוחרות בלתי צפויות יוכל למצוא תרופה במסגרת דיני הסיכול (חוק החוזים [תרופות בשל הפרת חוזה], סעיף 18). אבל היא מודה, שעל אף ההבחנה האנליטית הברורה בין טעות שהינה בשלב כריתת החוזה לבין סיכול המתייחס לפקיעתו, הרי קווי הגבול בין שני המושגים אינם כל כך חדים. ראה לעיל, הערה 147.

(2) הצורך להתחשב בדעתו של הצד שכנגד

לפי המשפט העברי, טעות בהערכת הצפוי לקרות יכולה לשמש עילה לביטול חוזה, במצבים מסוימים. התלמוד[296] דן במי שקידש אישה, ולאחר מכן מת ללא בנים והותיר את האישה זקוקה לייבומו של אחיו שהוא "מוכה שחין". האישה דורשת לבטל את קידושי האח המת בטענה של קידושי טעות, שכן אילו בשעת הקידושין הייתה יודעת שהמקדש ימות והיא תזדקק להתייבם לאחיו מוכה השחין, לא הייתה מסכימה לקידושין. התלמוד קובע שאין לבטל את הקידושין, משום שיש להניח שהאישה הייתה מוכנה להתקדש לראשון למרות הסיכון שתיאלץ להתייבם לאחיו[297].

מכך מסיקים התוספות[298], שכעיקרון, הערכה מוטעית של העתיד יכולה לשמש עילה לביטול חוזה עקב טעות. אלא שהם תמהים על מסקנה זו: "ואם תאמר, אדם שקנה מחבירו שום דבר ונתקלקל, יבטל המקח, דאדעתא דהכי לא קנה?!". תמיהת התוספות מעלה בבהירות את בעיית

אולם השופט ד' טפרברג, תמ"ש (ב"ש) 2160/06 פלונית נ' עזבון המנוח פלוני ואח', פסקה 35, החיל את זכות הביטול בגין טעות במצב של טעות עתידית: מתנה שניתנה לקטין, והקטין נפטר בגיל 15, ויש להניח שמטרת הנותן הייתה שהמקבל ייהנה מן המתנה כשיגיע לבגרות. הוא אינו מזכיר את המקורות דלעיל. אבל ראה להלן, ליד ציון הערה 304, שלפי המשפט העברי, טעות עתידית במתנה היא עילה לביטולה.

יש לציין, שחוק המתנה, התשכ"ח־1968, סעיף 5, קובע הוראה מיוחדת לטעות בהערכת התפתחויות עתידיות בהתחייבות לתת מתנה, ומאפשר לבטל את ההתחייבות במצבים מסוימים עקב הטעות.

קביעת הפרשנים, שהתפתחות עתידית אינה עילה לביטול חוזה, מעוררת קושי: מדוע לא יוכל הטועה לטעון שהחוזה היה מותנה בתנאי מכללא, שלא תקרֶה ההתפתחות הזאת? בע"א 351/67 כהן נ' וקסלמן, פ"ד כא(2) 661, 667, בוטל חוזה בגלל תנאי מכללא שנגע להתפתחות עתידית — מלחמת ששת ימים. ואכן השופט טפרברג, שם, פסקה 29, ביטל את המתנה בנידונו גם בנימוק של תנאי מכללא. מדברי פרידמן, חוזים, כרך ג, עמ' 73־75, נראה שהבין שפס"ד כהן התבסס בעצם על דין הסיכול, שהוזכר לעיל.

[296] בבא קמא קי ע"ב.

[297] רש"י, בבא קמא קיא ע"א (ד"ה דמינח). הסבר זה זהה במהותו לעיקרון הראשון שמציעים התוספות לקביעת זכותו של צד לבטל חוזה עקב טעות בחיזוי הצפוי לקרות, להלן, ליד ציון הערה 301. ראה גם: שו"ת הרד"ך, בית ט.

אבל תוספות בכתובות (להלן, הערה 298), כנראה לא פירשו כרש"י, שהרי הם מקשים מדוע אומר התלמוד שהאישה יכולה לטעון "אדעתא דהכי לא קדשה", הרי "באותו ספק מסתמא היא נכנסת בשעת הקידושין"; והרי לפי רש"י זהו עצמו תירוץ התלמוד, שאינה יכולה לטעון "אדעתא דהכי לא קדשה" מפני שהייתה מוכנה לסיכון זה בשעת הקידושין. וצריך עיון איך יפרשו התוספות את תירוץ התלמוד.

בית הלוי, חלק ג, סימן ג (ד"ה והנראה), מפרש שיש נשים המוכנות להינשא על אף סיכון זה, ולכן אי אפשר לבטל את הקידושין בגלל טעותה של אישה זו, מפני שטעות זו היא בגדר דברים שבלב ולא בלב כל אדם.

[298] תוספות, בבא קמא קי ע"ב, ד"ה דאדעתא, וכתובות מז ע"ב, ד"ה שלא (הובא במרדכי, כתובות, סימן קעו, בשו"ת חבצלת השרון, חלק א, יו"ד, סימן סג, ד"ה אך דלפי"ז, בחושן אהרן (מיטלמן), סימן ח, עמ' פט, ועל ידי רש"מ סגל, בית אהרן וישראל ח, כסלו־טבת תשמ"ז, עמ' פט).

תוספות, כתובות שם, מגיעים למסקנה זו גם מתוך שיטתו של רבי אלעזר בן עזריה, בכתובות שם, שאישה אינה זוכה בסכום שהוסיף הבעל בכתובתה על הסכום שהוא חייב בו ("תוספת כתובה"), אם מת הבעל בין האירוסין לנישואין. טעמו של רבי אלעזר בן עזריה הוא, שיש להניח שאילו היה הבעל יודע שלא יזכה לשאת אותה, לא היה מתחייב לתת לה תוספת כתובה. אולם אפשר לדחות את הוכחת התוספות, שכן אפשר שכוונת רבי אלעזר בן עזריה היא שהבעל התכוון שההתחייבות תחול רק בשעת הנישואין.

על דברי התוספות, ראה משנה למלך, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה א, בהרחבה.

היסוד בסוגיה זו[299]: תהיה פגיעה חמורה בוודאות העסקית וביכולת לקיים חיי מסחר תקינים, אם תהיה אפשרות לבטל חוזה עקב התפתחויות עתידיות[300].

עקב תמיהתם, קובעים התוספות שני עקרונות שיש בהם כדי להגביל במידה רבה את זכותו של צד לחוזה לבטל אותו עקב טעותו בחיזוי העתיד. העיקרון הראשון הוא, שאם יש להניח שהצד הטועה היה מתקשר בחוזה למרות הסיכון העתידי שתחזיותיו יתבדו, הוא אינו יכול לטעון שההתקשרות יסודה בטעות[301]. העיקרון השני הוא, שטעות בחיזוי העתיד היא עילה לביטול רק במצב שאין צורך להתחשב בדעתו של הצד השני. כך הוא הדבר במקרה הנדון בתלמוד: רק דעתה של האישה רלוונטית, שכן אין זה משנה למקדש אם הקידושין יתבטלו לאחר שימות[302]. לעומת זאת, לא ניתן לבטל הסכם ששותפים לו שני צדדים, אם מה שקרה

[299] בעיה זו הזכירו גם: שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן קיז (עמ' לב); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ג, סימן סה; שו"ת אדמת קודש, חלק א, אהע"ז, סימן כג. ראה גם דברי הרב עוזיאל, המובאים להלן, הערה 304.

[300] סיבה נוספת למנוע ביטול עקב טעות עתידית היא, שהצד השני יכול לטעון שההתפתחות התרחשה עקב מזלו הרע של הנפגע. מצאנו טענה זו בכמה מקורות: בבא בתרא צח ע"א; רש"י, כתובות דף ב ע"א, ד"ה נסתחפה, ודף יב ע"ב, ד"ה נסתחפה, גיטין נ ע"א, ד"ה גובה, ובבא מציעא דף עח ע"א, ד"ה הרי, דף קה ע"ב, ד"ה אינו, ודף קו ע"א, ד"ה לתך; תוספות, בבא קמא ט ע"א, ד"ה ויצאו. ואמנם באותם מצבים לא ביקש הצד הנפגע לבטל את החוזה, אלא דרש לקיימו למרות הקשיים (וזו שאלה של סיכול), אבל גם ביחס לדרישה לבטל בגין טעות, יכול הצד השני לטעון: "מזלך גרם להתפתחות החדשה, שהיא לרעתך".
טענה זו שייכת רק בהתפתחות עתידית, שכן אפשר לייחס אותה למזלו הרע של הצד הטועה (כגון במקח טעות, בפגם שנפל בממכר אחרי הקנייה, שאולי הפגם נפל מפני שהדבר כבר שייך לקונה ויש לקונה מזל רע), מה שאין כן בפגם שקדם לעסקה, שאי אפשר לייחסו לרוע מזלו של הצד הטועה (כך עולה מחידושי הרא"ה, כתובות ב ע"א, שמסביר על פי מה קובעים מזלו של מי גרם). במקרים הנדונים בבבא מציעא ובכתובות שם, היו שני צדדים לחוזה, ואז אין זכות ביטול בגלל טעות עתידית, כפי שנראה להלן; וטענת "מזלך גרם" הוצרכה רק כדי למנוע טענת סיכול, שיטען הצד הטועה שהחוזה אמנם תקף, אבל הוא פטור מלקיים את חיובו. וצריך עיון מדוע אפשר לבטל חוזה חד צדדי בטענת טעות עתידית, ואין מקבלים טענת "מזלך גרם". יצוין גם ששולחן ערוך, חו"מ, סימן סו, סעיף לד, אומר שהמוכר שטר חוב, ואחר כך העני הלווה, המוכר פטור מלשפות את הקונה, מפני שמזלו של הקונה גרם. כרם חמר, חלק א, חו"מ, סימן יד (הובא בפעמוני זהב, סימן רלב, סעיף ה), כותב שאם אחרי המכר העלה השלטון את המכס על הסחורה או אסר לגמרי את ייצואה, ספק האם המכר בטל, והמוציא מחברו עליו הראיה; ואם כבר פרע הקונה את המחיר, אינו זכאי לבטל את החוזה, מפני שומזלו גרם. וראה נימוק מעין זה להלן, הערה 303, בשם ר' רפאל ישראל. על טענת "מזלך גרם", ראה תורת המשפט (אריאל), עמ' 36-41.

[301] עיקרון זה מופיע רק בתוספות בכתובות ולא בבבא קמא. על פי מבחן זה פסק הלכה למעשה שו"ת הרא"ם, סימן טז. כמו כן, שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן עט, עוסק בטעות עתידית בהקדש לעניים, ופוסק שאין לשנות את ההקדש בגלל זה, מפני שאין אומדנא די חזקה שאילו ידע שזה יקרה היה מקדיש באופן אחר. שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן יח, מסביר על פי זה את דברי שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכה, סעיף ב, שהקונה שדה וטרפוה ממנו המלך או ערכאות הגויים, אין המוכר חייב לשפותו, ואינו יכול לטעון למקח טעות, מפני שהקונה לקח על עצמו את הסיכון, כיוון שבכל קניית קרקע קיימת סכנה כזאת.
עיקרון זה דומה לעיקרון שראינו לעיל, פרק רביעי, שרק טעות יסודית היא עילה לביטול החוזה, אלא שבטעות רגילה המבחן הוא: "אילו ידע את האמת, לא היה מתקשר", וכאן המבחן הוא: "אינו מוכן לקחת את הסיכון שזה יקרה"; אבל לא די בכך ש"אילו ידע את האמת, לא היה מתקשר", שהרי גם מי שקנה בהמה ונטרפה אחר כך (הדוגמה שבתוספות כתובות, שם, שבה פשוט שהחוזה קיים), אילו ידע את האמת, לא היה מתקשר בחוזה, ובכל זאת המכר קיים, מפני שהיה מוכן לקחת את הסיכון.

[302] תוספות רא"ש, בשיטה מקובצת, בבא קמא קי ע"ב, מעיר שזו הסיבה לכך שהתלמוד מדבר רק על אישה

אינו מפריע לצד השני, שכן הצד השני היה מתקשר בחוזה גם אילו ידע שדבר זה יקרה[303].

שנתקדשה, שכן אילו כבר נישאה, גם דעתו של הבעל הייתה רלוונטית, שכן הוא בוודאי לא היה רוצה שיתבטלו הקידושין מעיקרם, שכן אז יתברר למפרע שבני הזוג חיו יחדיו בלי קידושין, והכלל הוא שאין אדם רוצה לעשות בעילתו בעילת זנות. והשווה להלן, ליד ציון הערה 342.

[303] עיקרון זה כתב גם תוספות הרא"ש, בשיטה מקובצת, שם. על פי עיקרון זה פסקו: שו"ת הב"ח, סימן טז, ד"ה וראיה (הובא בשו"ת חיים ביד, סימן לט); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ג, סימן סה.

ר"ש שקופ (לעיל, הערה 35), בעמ' תמב, מסביר את הבחנת התוספות על פי מה שכתב (כפי שהבאנו לעיל, שם) שחוזה בטעות בטל מפני שהטועה נחשב כשוטה לגבי הפרט שלא ידע: לגבי טעות עתידית, אין לומר שהוא כשוטה, שהרי מי שאינו יודע את העתיד אינו שוטה, ורק אינו נביא. בכל זאת, אם היה יכול להישמר מסיכון עתידי, ולא שמר את עצמו, הוא נחשב כשוטה לעניין זה, כיוון שפעל בלי דעת. לכן בחוזה שאינו תלוי בצד שני, שהיה יכול להתנות את החוזה בתנאי שישמור אותו מסיכון, ולא עשה כך, הרי הוא כשוטה, והחוזה בטל. לעומת זאת, במכר וכדומה, שלא היה יכול להתנות תנאי (כגון שהחוזה יתבטל אם הממכר יתקלקל), שכן הצד השני לא היה מסכים לתנאו, אינו נחשב שוטה, והחוזה תקף.

על פי עיקרון זה, מובנת פסיקת הרמ"א, חו"מ, סימן שיב, סעיף ט, שהמשכיר בית לאוהבו, ונעשה שונאו, אינו זכאי להוציאו מן הבית, אלא אם כן אמר מראש שהוא משכיר לו משום שהוא אוהבו (ראה להלן, הערה 347). בכך מובנת גם פסיקת שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיג, סעיף י, שגם אם דמי השכירות הכלליים עלו או ירדו, אין המשכיר יכול לשנות את דמי השכירות שהסכימו עליהם.

כמו כן, חידושי הר"ן, בבא מציעא קד ע"א, כותב שהחוכר שדה שהיה בה מעיין ואחר כך יבש המעיין, אינו יכול לבטל את החכירות מטעם טעות, שהרי בשעת החכירה לא הייתה טעות, והוא כמי שקנה שדה שלא באחריות, ונושה של המוכר טרף חלק ממנה, שאין המכר בטל ואין המוכר חייב לשפותו.

כמו כן, נאמר בחוק לישראל, ערבות, עמ' 119, שערב שחשב שיקבל שכר על ערבותו, ולא קיבל, או שהחייב ברח לחוץ לארץ לאחר מתן הערבות, הערב חייב; ושם, עמ' 563, נאמר שהערב חייב גם אם התברר שיצטרך למכור את נכסיו בזול כדי לפרוע את ערבותו; ואפשר להסביר זאת בכך שזוהי טעות עתידית בהסכם ששותפים לו שני צדדים — הערב והנושה.

שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קעח (הובא בחלקו בשו"ת דבר שמואל (עמאר), חו"מ, סימן יד, דף סג ע"ד), כותב שראובן שקנה מגוי "טוסקריי", שבו הבטיח לו המלך לתת לו פרס, ומכר אותו לשמעון, ואחר כך נתבטל הפרס, אין שמעון זכאי לבטל את החוזה; ורק אם התברר שכבר כשקנה מראובן, הפרס בוטל, זכאי שמעון לבטל את חוזהו עם ראובן.

ר' רפאל יצחק ישראל, בשו"ת יישא איש, חו"מ, סימן ד, כותב שמי שקנה בית, ואחרי הקנייה נוצר בו ריח רע, אינו יכול לבטל את החוזה בטענת טעות, מפני ש"נסתחפה שדהו" (רש"י, כתובות ב ע"א, ד"ה נסתחפה, פירש ביטוי זה: "כלומר, מזלך גרם"; ראה על כך לעיל, הערה 300). דבריו מתאימים לאמור כאן, שהתפתחות עתידית אינה עילה לביטול בחוזה מכר.

באומדנא חזקה: לדעת שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יו"ד, סימן סט (ד"ה נמצא שיש), אם ברור שהצד הטועה לא היה מוכן ליטול את הסיכון שתחזיתו העתידית תתבדה, הוא זכאי לבטל את החוזה גם אם יש צד שני לחוזה, ורק אם אומדן הדעת אינו ודאי, יש להתחשב בעמדתו של הצד השני. גם פני יהושע, בבא קמא שם, כותב שאם יש אומדנא דמוכח שלא היה מתקשר בעסקה אילו ידע מה שיקרה, החוזה בטל גם אם יש צד שני. כמו כן, שו"ת צמח צדק (שניאורסון), חו"מ, סימן לה (ד"ה אבל), כותב שגם לפי התוספות, מועילה אומדנא חזקה במכר. שדי חמד, פאת השדה, מערכת א, כלל קז, מביא מקורות האומרים שהולכים אחר אומדנא חזקה גם בדבר התלוי גם באדם אחר. כמו כן, נאמר בחוק לישראל, ערבות, עמ' 120, שערב שטעה טעות עתידית, ויש אומדנא דמוכח, יכול לבטל את ערבותו. על הדעה שבאומדנא חזקה, גם מכר בטל בגלל טעות עתידית, ראה ילקוט ביאורים, בתלמוד מהד' מתיבתא, בבא קמא קי ע"ב, עמ' קסו־קסז.

שו"ת יד ימין, חו"מ, סימן מג (קמו ע"ב), כותב שיש בעניין זה מחלוקת בין הפוסקים: חידושי הראנ"ח, כתובות מז ע"ב, ובתי כהונה, בית ועד, סימן טו, דף פח ע"ד, הבינו שגם לדעת התוספות, בדבר שהאדם אינו מוכן להכניס את עצמו לספק לגביו, הולכים לפי אומדן דעתו גם בדבר שתלוי בצד שני; ואילו שו"ת

לפי עיקרון זה, ניתן לבטל חוזה בגלל טעות עתידית רק בחוזה חד צדדי, כגון חוזה מתנה[304],

הרא"ם, סימן טז, ושו"ת עדות ביעקב, סימן לג (עד ע"ד), הבינו שלפי התוספות, גם אם יש אומדנא שאינו מתכוון להכניס את עצמו לספק, הרי בדבר שתלוי בדעת אחר, אין הולכים לפי האומדנא.
שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנ, סעיף ג, פוסק ששכיב מרע שמכר את כל נכסיו, ושמר את כספי התמורה בעין, והבריא, המכר בטל, מפני שיש להניח שמכר על דעת שימות מחוליו; זאת אף שזו התפתחות עתידית. ייתכן שטעמו הוא, שיש הוכחה חזקה שחשב על אפשרות זו: העובדה ששמר את הכסף בעין מעידה שחשב על האפשרות שיבריא, ולכן שמר את הכסף, כדי שיהיה מוכן להחזירו לקונה (כפי שהסביר סמ"ע, סימן רנ, ס"ק יג). על דעה אחרת לגבי שכיב מרע שמכר, ראה ר"י דז'ימטרובסקי (להלן, הערה 304), בעמ' לד.
אם הצד השני גרם: שו"ת חמדת שלמה, או"ח, סימן א (ד ע"ב), כותב שגם לדעת תוספות שם, אם המוכר הוא שגרם להתפתחות העתידית שהייתה לרעת הקונה, יכול הקונה לומר: "לא קניתי על דעת כן".
אם הצד הטועה מוחזק: שו"ת שי למורא (מהר"ש יונה), סימן מ (הובא בשו"ת דברי חיים, חלק א, אהע"ז, סימן מח, ד"ה אך באמת לפי, ובשו"ת חסד לאברהם, תאומים, מהדורא קמא, חו"מ, סימן טו), כותב שגם בדבר התלוי בשני צדדים, סומכים על האומדנא להשאיר נכס אצל מוחזק, ורק להוציא מידי המוחזק אין מוציאים על פי אומדנא. והסכים עמו שואל ומשיב שם. עיין שם, שמיישב מה שהקשו עליו ר' יצחק הלוי, המובא במשנה למלך, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה א (ד"ה ואיברא), ור' שמואל הלוי, המובא במשנה למלך שם (ד"ה ומ"ד עוד), שחלקו על שי למורא משום כך.
בדומה לכך, כותב נודע ביהודה שם (ד"ה ואומר), שבדבר שעדיין לא נעשה, הולכים אחר האומדנא גם אם הדבר תלוי בדעת שני צדדים; ושואל ומשיב שם כותב שהיינו ההבחנה של שי למורא.
סיכון העלול לקרות לשני הצדדים: עוד כותב נודע ביהודה שם, ד"ה ולדידי שלש (הובא בפסקי דין ירושלים, כרך ז, עמ' שעא), שבסיכון שעלול לקרות לשני הצדדים, הולכים אחר האומדנא גם בדבר התלוי בדעת שני הצדדים, שהרי כל אחד מהם מעוניין שאם יתממש הסיכון לרעתו, יתבטל החוזה.
נודע ביהודה מבחין שלוש הבחנות אלה כדי ליישב את קושיית שו"ת חכם צבי, סימן מא (ד"ה ועוד אמרי'), ומהרש"א, מהדורא בתרא, בבא קמא שם, על שו"ת הרא"ש, כלל לד, סימן א (הובא בשולחן ערוך, אהע"ז, סימן נ, סעיף ה), ושו"ת מהרי"ק, שורש קא, שפסקו שאפשר לבטל שידוך בגלל טעות עתידית של החתן אף שהדבר תלוי גם בכלה.
עטרת ישראל, חלק התשובות, סימן כ, עמ' קפד, כותב שהקונה בית ואחר כך הגביהו את הכביש לידו, אין זה מקח טעות, וכוונתו היא, מפני שזו התפתחות עתידית; אבל הוא כותב שאם הרשויות הוכרחו להגביה את הכביש בהתאם לתכנית הבינוי בעיר, מתברר למפרע שכבר בשעת המכר הכביש היה עומד להיות מוגבה, וזה פגם שבשעת המכר, שהקונה זכאי לבטל את החוזה בגללו.
נחל יצחק, סימן צו, ס"ק ד, ענף א (קפט ע"ד־קצ ע"ב), מביא מחלוקת בשאלה האם, אם הקונה לא שילם, יכול המוכר לבטל את החוזה משום שיש אומדנא שמכר רק על דעת שהקונה ישלם; וזו דוגמה לטעות עתידית.
על העיקרון השני של התוספות, ראה: שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סימן לד; ר' איסר זלמן מלצר, אהל אברהם, כתובות, עמ' תמו; דברי יחזקאל (פרנקל־תאומים), שו"ת, סימן ז (שדן במי שקנה סחורה ואחר כך השלטון אסר לייצא אותה); שערי חיים, קידושין, סימן נא, אות ד, וסימן נב, אות ב; א' ורהפטיג, "הגנת הצרכן לאור ההלכה", תחומין ח (תשמ"ז), עמ' 394־395.
דעה חולקת: משנה למלך, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה א, ד"ה ונראה דתרתי (הובא בקונטרסי שיעורים (גוסטמן), קידושין, שיעור כא, אות ו), מדייק ממהר"ם, במרדכי, יבמות, סימן כט, שהוא חולק על התוספות וסובר שאומרים "אדעתא דהכי" וכו' גם בדבר התלוי בצד שני.
חידושי הריטב"א, קידושין יז ע"א, כותב שעבד עברי שחלה יותר משלוש שנים צריך להשלים את עבודתו, מפני שיש אומדן דעת שלא קנאו האדון על דעת כן; וזאת אף שהדבר תלוי גם בעבד. אלא ששם לא מדובר על ביטול חוזה עקב טעות, אלא מתן פרשנות אחרת לחיוב העבד.
שו"ת ציוני, חלק ב, סימן כט (לה ע"ד), כותב שחידושי הריטב"א (הישנים), בבא מציעא צו ע"ב, חולק על התוספות בכתובות; עיין שם להוכחתו.

[304] למקורות לכך, ראה להלן (4).

או אם ברור שהצד השני היה מוכן להתקשר בחוזה גם אילו היה תנאי מפורש שניתן יהיה לבטל את החוזה אם יקרה הדבר הנידון[305].

(3) הנימוק העיוני

יש כאן נקודה הטעונה בירור: מדוע בטעות רגילה זכאי הצד הטועה לבטל את החוזה גם אם הדבר תלוי גם בצד השני, ולא בטעות עתידית? התשובה היא, שבטעות רגילה, מתברר שגמירת דעתו של הצד הטועה הייתה פגומה, ולכן החוזה ניתן לביטול אף שהצד השני היה רוצה

שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן קח (ד"ה ואם יתעקש), מנמק שקל לבטל מתנה (יותר ממכר, לדוגמה), כמו שיותר קל לבטלה על ידי מודעא על כפייה, מלבטל מכר (כפי שנראה בסעיף 17, פרק תשיעי).

ר' ישראל דז'ימטרובסקי, "בענין דברים שבלב", שערי תורה א (תמוז תשי"ט), עמ' לג, כותב שבמצבים שמבטלים מתנה בגלל התפתחות עתידית על סמך אומדנא שהנותן לא התכוון למצב כזה (כגון מתנת שכיב מרע שהבריא), אין זה משום טעות אלא משום תנאי מכללא (ראה בהרחבה להלן, הערה 306; וראה בשמו להלן, הערה 402, שסִייג זאת, שאם הייתה טעות בגוף הדבר, גם אם זו טעות עתידית, החוזה בטל בגלל טעות, ואילו בטעות במניע, החוזה בטל בגלל תנאי מכללא). הוא מוכיח זאת מן הראשונים (כגון תוספות, קידושין ו ע"ב, ד"ה לא) שהקשו מדוע המתנה בטלה אף שלא היה שם תנאי כפול. אבל אפשר לדחות את הוכחתו, שכן הראשונים תירצו קושיה זו, שאין צורך בתנאי כפול כיוון שיש אומדנא שהתכוון לכך, ואפשר שכוונתם לומר, שאכן אין זה מטעם תנאי מכללא, אלא מטעם טעות, ולכן אין צורך בתנאי כפול. ראה עוד לעיל, ליד ציון הערה 36, שלדעת ר"ע איגר, ביטול חוזה עקב טעות הוא עצמו בגלל תנאי מכללא.

דעה חולקת: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סי' שטו, כותב שמתנה דינה כמכר לעניין זה, מפני שהיא תלויה בדעת המקבל, שהרי אדם נותן מתנה למי שעשה לו נחת רוח.

לדעת רבצמ"ח עוזיאל, השופט והמשפט, ירושלים תשס"ו, עמ' 334, אף בחוזי מתנה יש לצמצם את אפשרות הביטול עקב התפתחויות עתידיות, ונימוקו הוא: "שאם לא תאמר כן, לא תמצא אפשרות של קיום מתנה, ותמיד יש מקום לומר 'אילו היה יודע', לפי שמצבו של אדם עתיד להשתנות". על טעות בהתפתחות עתידית, ראה שם, שער יב, פרקים ט, טו־טז. שו"ת אמרי משפט, חלק א, סימן יב, אות ד, כותב שאם הנותן טעה ביחס להתפתחות עתידית, המתנה תקפה.

בנדר: שו"ת מהרי"ט, חלק ב, יו"ד, סימן כו, כותב לאור דברי התוספות, שנדר מתבטל עקב התפתחות עתידית, מפני שהוא תלוי רק בנודר. אבל שולחן ערוך, יו"ד, סימן רכח, סעיף יב, פוסק שאין מתירים נדר על סמך "נולד" שאינו שכיח, דבר בלתי צפוי שקרה אחרי הנדר. מהר"ם מלובלין, שם, כותב שמתנה בטלה גם עקב התפתחות לא צפויה, שלא כנדר, מפני שקל לבטל מתנה, כאמור (בני דוד, הלכות נדרים, פרק ח, דף נז ע"ב, מקשה על מהר"ם מנדר, ולא ראה שמהר"ם עצמו משיב על כך).

בהקדש: תוספות, קידושין כט ע"א (ד"ה משכו), כותבים שמי שקנה או מכר נכס להקדש, ואחר כך התייקר הנכס, ואילו ידע זאת לא היה מוכר, המכר בטל, ואין אומרים "אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט".

אבל שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן קיז, כותב גם לגבי הקדש לעניים, שהוא חד צדדי, "אבל אומדנא דלעתיד... לאו אומדנא היא"; ומשום כך הוא חולק על מרדכי, בבא בתרא, סימן תצג, ושו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן לח, שביטלו הקדש לעניים בגלל התפתחויות עתידיות. על ביטול הקדש עקב טעות עתידית, ראה: פסקי רקנטי, סימן נה; חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 448, 503, 618־619.

[305] ר' שמואל הלוי, המובא במשנה למלך, לעיל, הערה 298 (ד"ה אבל אני), כותב שאם הצד השני לא יינזק מביטול החוזה, יכול הצד הטועה לבטלו. ראה סעיף 18, הערה 65, מה למדו מכך אבני שוהם וחסד לאברהם. שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן יח, דן באדם שקנה סחורה שהייתה פטורה מתשלום מס בגין העסקה, אלא שהתחלף פקיד המס, תבע הפקיד מן הקונה לשלם מס קנייה עבור הסחורה. הקונה ביקש לחזור בו מן העסקה בטענה שאילו היה יודע שייתבע לשלם מס קנייה, לא היה רוכש את הסחורה, שכן היה באפשרותו לרכוש באותו המחיר סחורה דומה שהמס עליה כבר שולם. אבני נזר (ד"ה וכבר הקשו) מקבל את טענת הקונה, תוך הסתמכות על דברי התוספות, שכן ברור שהמוכר היה מסכים לתנאי שהקונה יוכל לחזור בו אם יתברר שעליו לשלם מס בגין העסקה, שהרי אף אחד לא היה קונה ממנו בידיעה שלא יוכל לחזור בו במצב זה.

השווה פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 732־734, לגבי טעות ביחס לתשלומים נלווים, כגון מסים.

בקיום החוזה, שהרי חוזה תקף רק אם יש לשני הצדדים גמירת דעת. לעומת זאת, בטעות עתידית, אין חסרון בגמירת דעת, אלא יש אומדן דעת שהצד הטועה כאילו התנה שאם דבר כזה יקרה, החוזה לא יהיה תקף, והרי הוא אינו יכול להתנות תנאי בלי הסכמת הצד השני, ולכן אם יש צד שני, אין זכות ביטול בגלל אומדן דעת זה[306].

עוד אפשר להשתמש בנימוקם של פרשני החוק[307], שאילו היה אפשר לבטל חוזה עקב טעות בהתפתחות עתידית, שום עסקה לא הייתה ודאית, שכן לעולם תיתכן התפתחות עתידית שתספק לצד הטועה עילה לבטל את החוזה. נימוק זה שייך פחות במתנה (ובחוזים אחרים שאינם תלויים בדעתו של אדם אחר), שלגביה יש פחות מקום לשיקול של תקינות המסחר, ולכן הנותן יכול לבטל את החוזה עקב טעות בהתפתחות עתידית.

(4) טעות עתידית במתנה

כפי שראינו, לפי העיקרון שקבעו התוספות, נותן מתנה שטעה ביחס להתפתחות עתידית, שאילו ידע עליה לא היה נותן את המתנה, זכאי לבטל אותה, מפני שהנותן אינו צריך להתחשב בדעתו של הצד השני, המקבל, שאינו מפסיד למעשה מביטול המתנה.

מצאנו דוגמאות אחדות לכך בתלמוד ובפוסקים[308].

(א) שכיב מרע, חולה הנוטה למות, שנתן את כל נכסיו לאחר במתנה, והתרפא מחוליו, המתנה בטלה, משום שיש להניח שנתן רק משום שחשב שהוא הולך למות, ואילו ידע שהוא יתרפא, לא היה נותן[309].

(ב) שמעון שנתן כסף לראובן, ואומר שהוא רוצה שבנו ישא את בתו של ראובן, והכסף יהיה להם לנדוניה, ואחר כך בנו של שמעון אמר שאינו רוצה לשאת את בת ראובן — המתנה בטלה, משום ששמעון אומר בפירוש שהוא נותן את המתנה רק לנדוניה, מפני שחשב שבנו ירצה לשאתה, והרי התבטל הזיווג[310].

[306] על פי ברכת אברהם וקונטרסי שיעורים (לעיל, הערה 36), ור״י דז״ימטרובסקי (לעיל, הערה 304), הנוקטים שבטעות עתידית, הביטול אינו מטעם טעות (שהרי אף אחד אינו יודע עתידות, וזאת לא חיסרון בגמירת הדעת), אלא שיש אומדנא שהתכוון להתנות כך. בדומה לזה, גבעת פנחס (ארבייטמן), עמ׳ לא, מסביר את דברי התוספות, שאף שהקונה לא קנה על דעת כן, אין זה מקח טעות, מפני שרק טעות בגוף הדבר היא עילה למקח טעות, וכאן אין זה טעות בגוף הדבר, אלא יש רק אומדנא דמוכח שהוא כאילו התנה, אבל הרי אין מועיל תנאי שהתנה הקונה בלי הסכמת המוכר, גם אם התנה בפני עדים.
אבל הסבר זה אינו מתקבל לפי התפיסה (לעיל, ליד ציון הערה 36) שגם בטעות רגילה, זכות הביטול היא מטעם תנאי מכללא. לפי תפיסה זו צריך לומר שבטעות רגילה הצד השני מוכן לתנאי זה, מפני שגם הוא עלול לטעות, והתנאי פועל גם לטובתו; אבל בהתפתחות עתידית, הצד השני מן הסתם אינו מסכים לתנאי, כיוון שאינו הוגן, שהרי אינסוף דברים יכולים לקרות בעתיד (ובכך נכנס השיקול החיצוני של ביטחון העסקאות, שבסמוך, לתוך השיקול הפנימי של אומדן דעת הצדדים).
להסבר נוסף למיוחד שבטעות עתידית, ראה לעיל, הערה 303 בשם ר״ש שקאפ.

[307] לעיל, ליד ציון הערה 295.

[308] ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 4, שגם לפי החוק, המתנה בטלה במצבים כאלו, אבל הנימוק הניתן לכך הוא שיש כאן תנאי מכללא, ולא שזו טעות. עוד יש לציין, שבכל הדוגמאות דלהלן, ההנחה שטעה הנותן מבוססת על הנסיבות, לאור הערכת טבע האדם, ולא על התנהגותו של הנותן.

[309] בבא בתרא קמו ע״ב (כמוסבר ברשב״ם שם, ד״ה לא שייר); טור, חו״מ, סימן רמו, סעיף ג, וסימן רנ, סעיף ב; שולחן ערוך, חו״מ, סימן רנ, סעיף ב.

[310] שו״ת מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן רפה (הובא במרדכי, בבא בתרא, סימן תרטו, ובדרכי משה, חו״מ, סימן רמא, ס״ק ט).

(ג) מי שהיו לו אויבים או נושים, והיה צריך לברוח ממקומו מחמתם, ונתן את כל נכסיו לאחר במתנה, ואחר כך התפשר עם אויביו או עם נושיו, או שמתו, כך שהיה יכול להישאר במקום, וכעת הוא זקוק לנכסיו, המתנה בטלה, משום שיש להניח שאילו ידע שיתפשר או שימותו לא היה נותן את המתנה, והוא כאילו התנה "על מנת שלא אוכל להישאר כאן"[311].

(ד) מי שלא היו לו ילדים, ונתן את כל נכסיו לאחר, ואחר כך נולדו לו ילדים, המתנה בטלה, משום שיש להניח שאילו ידע על כך לא היה נותן את המתנה[312].

שו"ת חתם סופר, אהע"ז, חלק א, סימן קא (ד"ה ועדיין איכא), מבאר את דברי התלמוד, קידושין יב ע"ב, על המקדש בארנק ("ציפתא דאסא"), שהוא התכוון לקדש את האישה בארנק עצמו, ולתת לה את הכסף שבתוכו, ואחר כך נאמר לו שאין הארנק שווה פרוטה, ובכל זאת היא מקודשת, מפני ש"אנן סהדי" שאם לא תהיה ארוסתו, לא היה נותן לה מתנה, והכסף חוזר אליו, ויכול לקדשה בו.

[311] יד רמה, בבא בתרא, פרק ט, סימן עח (הובא בטור, חו"מ, סימן רמו, סעיף ג, ובשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רנג); שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמו, סעיף ג.

יד רמה נוקט, "אם נתברר שלא כתב מתנה זו אלא מחמת כן"; וכן הפרישה, על הטור שם, נוקט שהכול ידעו שזו הסיבה שנתן את המתנה. שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רצט, מסביר שהרמ"ה סובר שרק אומדנא חזקה יכולה לבטל מתנה, ולכן רק אם התברר בפירוש שנתן בגלל הבריחה, המתנה בטלה. פתחי חושן, הלכות קניינים, פרק טו, הערה קלא, כותב שדי אם גילה את דעתו לפני המתנה או בפני אחרים, שהוא נותן מפני שהוא צריך לברוח.

בית יוסף, על הטור שם (הובא בשו"ת מהר"ם מלובלין, סימן קח, ובביאור הגר"א, חו"מ, סימן רמו, ס"ק ד), כותב שהרמב"ן מסכים לרמ"ה כאן, שהדין כך גם אם הנותן היה בריא, אף שסבר לגבי מי שנתן את נכסיו במתנה מפני שחשב שמת בנו (ראה טור שם; חוק לישראל, מתנה, סעיף 4), שהמתנה בטלה רק אם הנותן היה שכיב מרע. אפשר להסביר, שכאן אין לומר כסברת הרמב"ן שם, שבכך שנתן את כל נכסיו במתנה, גילה את דעתו שלא אכפת לו להישאר בלי כלום, וממילא גם לא אכפת לו שבנו יישאר בלי כלום — שהרי כאן אפשר שאינו מוכן להיות בלי כלום, ובכל זאת נתן את נכסיו במתנה מפני שחשב שיצטרך לברוח והנכסים שיש לו כאן לא יועילו לו. אך הב"ח, על הטור שם (הובא בש"ך, חו"מ, סימן רמו, ס"ק ג), פרישה, על הטור שם, וסמ"ע, סימן רמו, ס"ק ד, ומהרשד"ם, שם (לפי הבנת שו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קע, ענף ז, ס"ק ט), כותבים שהרמב"ן חולק גם כאן על הרמ"ה. הפרישה הוכיח זאת מן העובדה שהרמ"ה למד את דינו מדינו של מי שחשב שבנו מת, ולפי הרמב"ן אי אפשר ללמוד משם למתנת בריא (וראה בפרישה, שמוצא סברות שהדין של הרמ"ה מחודש יותר מדין שכיב מרע ונתרפא, ומדין בן שהתברר שהוא חי). אבל החיד"א, שו"ת חיים שאל, חלק א, סימן סד (עמ' רס במהד' יהדות), כותב שהרמ"ה למד את דין בורח ממתנת שכיב מרע (עיין שם, איך דחה את הסבר הפרישה למקורו של הרמ"ה).

ר' יונה נבון, שו"ת חיים שאל, חלק א, סימן סג (עמ' רנ במהד' יהדות), מסכים לבית יוסף, שהרי בזה שנתן את נכסיו במתנה אין הוכחה שהזניח את עצמו, אלא עשה כן כדי שלא ילכו נכסיו לנושיו, והמתנה בטלה, כיוון שיש אומדנא דמוכח שהתכוון להבריח, גם בבריא (והסכים עמו החיד"א, שם סימן סד, עמ' רס). הוא מנמק את דעת הב"ח והסמ"ע, שבכך שלא התחשב באפשרות שיתפשר עם נושיו, הראה שהתכוון לתת מתנה גמורה, גם אם יתפשר.

מנחת פתים, חו"מ, סימן רמו, סעיף ג, כותב שמדובר שהתכוון למתנה גמורה, ובכל זאת, היות שאחר כך התפשר עם נושיו, יש להניח שלא נתן על דעת כן, אבל אם לא התכוון למתנה גמורה, בלאו הכי המתנה בטלה שהרי זו מתנה למראית עין (ראה סעיף 13, פרק שביעי, על מתנה להברחה מנושים).

[312] שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן קח (הובא בשו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן מו).

הוא מוכיח (בד"ה ואם יתעקש) שגם התפתחות עתידית היא עילה לביטול מתנה, מדברי הרמ"ה, לעיל, הערה 311.

מהר"ם (ד"ה תשובה) תולה את הדין כאן במחלוקת (שהבאנו לעיל, הערה 311), לגבי מי שחשב שבנו מת, ונתן מתנת בריא, והתברר שבנו חי, האם מניחים שאילו ידע לא היה נותן, או שמא אין אומדנא כזאת,

(ה) מי שקצב עם חברו לקנות אצלו לתקופה מסויימת, והמוכר נתן לו מתנה עבור זה, ובאמצע הזמן הפסיק לקנות אצלו, יש להניח שנתן לו על דעת שימשיך לקנות אצלו כל הזמן, ולכן המתנה בטלה באופן יחסי לזמן שקנה אצלו, וזאת אף שחלק מה"תנאי" התקיים[313].

(ו) הנותן מתנה לאשתו, ונהגה כלפיו כ"מורדת", המתנה בטלה, מפני שיש להניח שנתן לה רק על דעת שתישאר נשואה אתו, ולא על דעת שתעזוב אותו[314].

כיוון שהבריא יודע שיש עוד זמן רב לחיות ובכל זאת נתן את כל נכסיו לאחרים והשאיר את עצמו לחיות את שארית חייו בלי כלום (שלא כשכיב מרע, שזה שנותן את כל נכסיו הוא משום שכבר אינו זקוק להם בעצמו), ואולי גם אילו ידע שיש לו בן, היה מוכן להשאיר את בנו בלי כלום. הוא מוסיף, שכמו שם, כך גם כאן, גם לדעה השנייה, אם נתן את המתנה "מהיום ולאחר מיתה", כך שהפירות שייכים לו עד יום מותו, או לפחות אם השאיר לעצמו פרנסה ברווח עד מותו, אין מקום לטענה זו, ונשארת האומדנא שאילו ידע שיהיה לו בן, לא היה נותן. עוד כותב מהר"ם (ד"ה ואם יטעון), שכמו שם כך גם כאן, אם המתנה לא הייתה של כל נכסיו, אלא השאיר לעצמו מקצת מהנכסים, המתנה תקפה, כיוון שייתכן שהיה נותן גם אילו ידע שיהיה לו בן, כיוון שנשארו לבן מקצת מהנכסים.

אלא שהוא פסק (בד"ה אך) לגבי נידונו, שאין לבטל את המתנה מטעם זה, מפני שבשטר המתנה כבר נזכרה האפשרות שייוולד להם בן, ונקבע לכך בשטר פתרון אחר, ולא שהמתנה תבוטל לגמרי. אמנם השואל טען שדברים אלו שבשטר המתנה היו רק "פיטומי מילי", ושהנותן כתב אותם מפני שלא העלה על דעתו שיהיו לו ילדים כיוון שאשתו הראשונה שהייתה חיה אז הייתה זקנה ולא יכלה ללדת, אבל המשיב דוחה טענה זו בכך שאי אפשר לומר שדברים שנכתבו בשטר הם "פיטומי מילי", בלי להוכיח זאת.

אך כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רמו, הגהות הטור, אות א, "מגמגם" על דברי מהר"ם.

דברי אמת, קונטרס ז, סימן ה (ע ע"ד במהד' קושטא), כותב ששו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן לא, חולק על מהר"ם. הראנ"ח שם כותב שמי שנתן מתנה, ואחר כך התברר שבגלל המתנה שנתן לא נשאר כסף ליורשו, אין אומרים שהמתנה מתבטלת מתוך הנחה שאילו ידע שלא יישאר ליורשו, לא היה נותן; וכותב שאין ללמוד שהמתנה בטלה מדינו של הנותן מפני שחשב שבנו מת. אבל הוא לא הסביר מה ההבדל בין המקרים, ורק רמז לכך לפני כן, בציינו ששם הטעות הייתה במצב דברים בשעת המתנה. כנראה, דברי אמת הבין שהראנ"ח מתכוון לומר שאין מבטלים מתנה בגלל טעות עתידית.

פתחי חושן, הלכות קניינים, פרק טו, הערה קכח, מעיר שמה שפסק מהר"ם מלובלין שהמתנה בטלה הוא רק אם בפועל נולדו ילדים ולא אם רק הייתה לו אפשרות שייוולדו ילדים, כפי שהיה בנידונו, שנשא אישה צעירה לאחר שנפטרה אשתו הראשונה.

שו"ת תועפות ראם (אנקאווא), סימן ל (לו ע"ג), כותב שמדובר בחשוך בנים שנתן לאדם אחר, אבל אם היה לו בן ונתן לאדם אחר ואחר כך נולדו לו עוד בנים, אין אומדנא די חזקה לבטל את המתנה, וכל שכן אם נתן לאותו בן שהיה לו ואחר כך נולדו לו עוד בנים.

שושנת יעקב, סימן רנג, ס"ק ג, כותב שאם בשעת המתנה לא היו לו בנים, ואחר כך נולד לו בן, ומת אחר כך בחייו, המתנה תקפה גם אם בשעת המתנה גילה את דעתו שהוא נותן משום שאין לו בנים, וזאת מפני שנתקיימה מחשבתו בסופו של דבר, וגם בשעת המתנה לא הייתה טעות. ראה להלן, הערה 316, דעה הפוכה לגבי מצב כזה; ולהלן (8) על מצב דומה.

[313] שו"ת מהרי"ל דיסקין, פסקים, סימן קעט. ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 4, בעניין תנאי שהתקיים באופן חלקי.

[314] טור, אהע"ז, סימן עז (עמ' צב במהד' הטור השלם); שולחן ערוך, אהע"ז, סימן עז, סעיף ב; שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סימן א.

בשאלה האם גרושה או אלמנה צריכות להחזיר מתנות שנתן להן הבעל, בגלל אומדנא זו, ראה בירור הלכה, כתובות נד ע"א, ציון ח.

במקרה הפוך, שהאישה נתנה מתנה לבעל ואחר כך גירש אותה נגד רצונה, המתנה אינה מתבטלת. ראה על כך: שו"ת חתם סופר, אהע"ז, חלק א, סימן קמא; פסקי דין רבניים, כרך יא, עמ' 124 ועמ' 257.

(ז) ר' יונה נבון[315] עוסק בראובן שנשא אישה וילדה לו בנים, ומתה, ונשא אחרת, ומת, והיא ביקשה מהבנים שיעשו עמה חסד לכבוד בעלה־אביהם שהיא תשאר אלמנתו כל חייה, ושלחו לה כסף ובגדים ומרקחות מדי שנה בשנה, ואחרי כמה שנים נישאה לאיש אחר. הוא פוסק שהיות שלא היה לה קירוב דעת עם הבנים, יש אומדנא דמוכח שנתנו על דעת שתקיים את דיבורה להישאר אלמנה, ואילו ידעו שלבסוף תבגוד בהם ותינשא לאחר לא היו שולחים לה, וזו מתנה בטעות והיא בטלה.

(ח) הנותן מתנה לבנו, כשבנו היה נוהג כשורה כלפיו ובשמירת היהדות, ולאחר מכן חדל הבן לשמוע בקולו וחדל משמירת היהדות, המתנה בטלה, מפני שיש להניח שאילו ידע הנותן שכך יהיה, לא היה נותן, שכך דרך העולם שאב אינו נותן מתנות לבן שנוהג כך[316].

(ט) אדם שנתן מזונות ליתומה, מניחים שהתכוון לתת את המזונות במתנה שלא על מנת לקבל פרס מפני שידע שלא היה לה שום דבר לשלם לו[317], וגם אם נפלה לה ירושה מקרוביה, ייתכן שהתכוון שלא יגבה ממנה את תמורת המזונות מפני שרצה להשאיר לה את הירושה לצורך נשואיה. אבל אם מתה היתומה אחר כך, הוא זכאי לקחת מתוך ירושתה תשלום על מה שזן אותה, מפני שיש להניח שלא נתן על דעת שכשתמות יקבלו אחרים את כספה ולא יפרעו לו מה שזן אותה[318].

[315] ר' יונה נבון, בשו"ת חיים שאל, חלק א, סימן סג (עמ' רמט־רנא במהד' יהדות).

[316] שו"ת תועפות ראם (אנקאווא), סימן ל (לו ע"ג—לז ע"א), גם בשם ר' חיים אלישר ור' נחמן בטיטו.
הוא כותב (בדף לז ע"א־ע"ב), גם בשם החכמים שנזכרו, שגם אם הבן יחזור בתשובה, המתנה בטלה, כיוון שהיא כבר בטלה כשנודע שהוא נוהג שלא כשורה. הוא מביא ראיה לכך מרמ"א, יו"ד, סימן רכח, סעיף מג, האומר שמי שנשבע להשיא את בתו לפלוני, ואותו פלוני המיר את דתו, הוא פטור משבועתו, ואם בא לבית דין כשהוא מומר, הותרה השבועה גם אם אחר כך חזר בתשובה. דבריהם נוגדים את דברי שושנת יעקב על מצב דומה — ראה לעיל, הערה 312.
אבל שו"ת חתם סופר, אהע"ז, חלק א, סימן קמא, ד"ה והנה כללא (הובא בפתחי תשובה, אהע"ז, סימן צט, ס"ק ז), כותב שמי שנתן מתנה לצדיק ונעשה רשע, אין מתנתו בטלה בגלל זה. ייתכן שהוא עוסק במי שנעשה רשע רק בתחום שבין אדם למקום, אבל הוא יסכים לתועפות ראם שאם נעשה רשע גם בקיום מצוות שבין אדם למקום וגם בהתנהגות כלפי הנותן, המתנה בטלה.

[317] ראה על כך: חוק לישראל, מתנה, סעיף 2.

[318] שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן רכ. הוא נוקט שיגבה מירושתה את המזונות שנתן לה מיום שנפלה הירושה. ולא ברור מדוע לא יוכל לגבות גם את המזונות שנתן לה לפני כן? הרי יש להניח שנתן רק על דעת שתישאר בחיים ולא יהיה לה במה לפרוע, או שיהיה לה אבל תצטרך זאת לנישואיה, ולא נתן לה על דעת שתמות. בנידונו הייתה זו בת אשתו.
הוא מסתמך על האומדנא הכללית (ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 2), שמי שמפרנס אחר, אינו מתכוון למתנה, ואומדנא זו מועילה כאן אף שהתכוון באמת למתנה — לומר שהייתה מתנה על תנאי מכללא.
לכאורה, לפי המבי"ט, כל המפרנס אדם אחר, גם באופן שיש להניח שהתכוון למתנה (לפי המבחנים בחוק לישראל שם), אם מת המתפרנס, יכול המפרנס לגבות מיורשיו, בטענה שנתן רק כדי שיישארו למתפרנס נכסים להמשך חייו. אבל שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן עה, עוסק במקרה כזה ואינו מחייב מסיבה זו אלא מסיבה אחרת. כמו כן, שו"ת חוות יאיר, סימן קלד, כותב שמי שפרנס אשה מפני שנתנה לו את נכסיה במתנה, מן הסתם התכוון לזון אותה בחינם, וגם אם אחר כך התברר שלא נתנה לו, מה שנתן לה עדיין נחשב מתנה. אבל שם זו הייתה טעות מסוג אחר.
שו"ת באר מים חיים (ויטאל), סימן לג, עוסק במקרה שמתה המתפרנסת, אבל היו בנידונו כמה ספקות, ולכן הוא פוסק שמספק אינו יכול להוציא מהירושה.

אולם יש מצבים שנפסק לגביהם שהמתנה תקפה למרות ההתפתחות עתידית, מפני שההנחה שאילו ידע עליה לא היה נותן, אינה חזקה דייה לבטל את המתנה. להלן דוגמאות לכך:

(א) אב שלא רצה שבניו יירשו אותו מפני שלא נהגו כשורה, ולכן נתן את נכסיו לאדם זר, ואחר כך אותו אדם זר נתן חלק מהנכסים לבנים — אין אומרים שהמתנה שנתן האב בטלה מצד שאילו ידע שהמקבל ייתן לבניו, לא היה נותן[319].

(ב) הנותן את כל נכסיו לבנו במתנה, אינו זכאי לקבל מזונות מהנכסים[320], ואין אומרים שיש להניח שנתן על דעת שלא יצטרך את נכסיו, מפני שלא התכוון שימות ברעב[321].

(ג) הנותן מתנה לאהובו, ונפל ביניהם ריב, המתנה אינה חוזרת בשל כך[322], ואין אומרים שאילו ידע הנותן שיריבו, לא היה נותן.

(ד) הנותן כסף במתנה לשם מטרה מסוימת, והמקבל השיג מטרה זו עם חלק מהכסף, אינו צריך להחזיר את יתרת הכסף לנותן, מפני שהנותן לחברו מתנה, בוודאי לא נתן על דעת שיחזיר לו משהו, ואין אומרים שיש להניח שנתן רק למטרה זו[323].

לדוגמה נוספת של ביטול מתנה עקב התפתחות עתידית, ראה שו"ת ציוני, חלק ב, סימן כט (לד ע"ב).

[319] בבא בתרא קלג ע"ב, קלד ע"א.
כך מסביר יד רמה, בבא בתרא, פרק ח, סימן קס (בפירושו השני), שזה החידוש של הסוגיה שם, ונימק שאין הוכחה שנתן על דעת כן. כך כתב גם כתב חידושי הרמב"ן, שם, בדעת הרשב"ם, וכך פירש גם תוספות הרא"ש, בשיטה מקובצת, בבא בתרא קלג ע"ב.
גם בית הבחירה, בבא בתרא קלג ע"ב, נימק שהמתנה תקפה כיוון שלא התנה הנותן על כך, ואפילו הייתה כוונתו לכך, דברים שבלב אינם דברים.
תוספות הרא"ש, בשיטה מקובצת, בבא בתרא קלג ע"ב, מביא שיש מפרשים שיש כאן עוד חידוש: שאין אומרים שהאב התכוון למסור את הנכסים למקבל על דעת שאם יחזרו הבנים למוטב, ייתן להם את הנכסים, ואם כך, אם חזרו הבנים למוטב, המתנה בטלה. כנראה, גם כאן, הטעם שאין אומרים כך הוא שאלו דברים שבלב.
ראה סעיף 13, הערה 188, שאין מניחים שהמתנה ניתנה רק בהערמה.

[320] כתובות נ ע"א; שו"ת הרשב"א, חלק ו, סימן ריז (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רנז, מחודש ב); מישרים, נתיב טו, חלק א (מו ע"ד במהד' ונציה).

[321] חידושי הרשב"א, כתובות מט ע"ב, כותב שאומדנא זו היא טעמה של הדעה בכתובות שם שהאב זכאי למזונות, אבל אין כך הלכה.

[322] ספר העיטור, כתובות דף לד ע"ד (במהד' רמ"י), ד"ה הששי, ליד אות מא (הובא בשו"ת הריב"ש, סימן שא, בשו"ת תורת אמת, סימן נה, בחלקת מחוקק, סימן צט, ס"ק ז, בפתחי תשובה, אהע"ז, סימן צט, ס"ק ז, בשו"ת חתם סופר, אהע"ז, חלק א, סימן קמא, בשו"ת דיברות אליהו, חלק ה, סימן סב (עמ' קכג), בשו"ת ישיב יצחק, חלק יט, סימן סא (עמ' רצח) וסימן סב (עמ' שא), בפסקי דין רבניים, כרך א, עמ' 138, כרך ד, עמ' 262, וכרך יא, עמ' 123, 129, 256־257, במשפטי שאול, סימן יז וסימן יח, בפסקי דין ירושלים — דיני ממונות ובירורי יהדות, כרך ו, עמ' קמ, ובמשפטי ארץ, א, תשס"ב, עמ' 529); חידושי הרא"ה, כתובות נד ע"א, בשם הגאונים; תשב"ץ, חלק ב, סימן ב. אולי הטעם הוא שיש להניח שהיה נותן גם אילו ידע שיריבו. וראה על כך: א' באר, "מורדת משיבה מתנות לבעלה — גיבוש ההלכה במקורות ההלכתיים", עיונים במשפט העברי ובהלכה, רמת גן תשנ"ט, עמ' 134, 146.
הפוסקים עסקו בהרחבה במתנות שניתנו במסגרת נישואין, והשתנו הנסיבות כך שהנותן רוצה לבטל את המתנה. אולם לא ניכנס לסוגיה זו מכיוון שהיא מושפעת ממאפייניה המיוחדים של מסגרת הנישואין.

[323] נימוקי יוסף, סנהדרין טו ע"א (בדפי הרי"ף), קובע עקרון זה כדי להסביר את דין התלמוד (סנהדרין מח ע"א) שאם גבו כסף לצורך קבורת מת, ונשאר עודף, העודף הוא ליורשי המת, ואין אומרים שהנותנים נתנו רק לקבורת המת ולא ליורשיו. אבל הוא כותב שם הסבר אחר לדין זה, ולפיו אין ללמוד משם למתנה רגילה. ראה על כך חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 389־390.

(ה) אב שנתן מתנה לבנו כשנשא אישה, ואמר אז שבדעתו לתת מתנה בסכום דומה לבניו האחרים, ומת לפני שהספיק לתת לאחרים, אין אומרים שנתן לראשון רק על דעת שייתן לאחרים[324], מפני שאומדן הדעת אינו יכול לבטל את המתנה שהיא מעשה בידיים — מסירה למקבל[325].

(ו) מי שנתן לחברו במתנה את דמי השכירות שקיבל על השכרת ביתו לכל ימי חייו של המקבל, משום שחברו היה עני, אבל לא עשה תנאי שהמתנה תישאר בתוקף רק כל זמן שהמקבל עני, ואחר כך העשיר המקבל, המתנה אינה מתבטלת, מפני שייתכן שהמקבל שוב יֵרד מנכסיו[326].

(ז) איש שנתן מתנה לאשתו בתנאי שלא תינשא לאחר אחרי מותו, ואחר כך נתן לה מתנה אחרת בסתם, היא זוכה במתנה השנייה גם אם תינשא לאחר, ואין אומרים שאילו ידע שתינשא לא היה נותן, מפני שהעובדה שלא התנה בפעם השנייה מראה שהתכוון שהמתנה השנייה תהיה מתנה בלי תנאי[327].

(ח) אב שנתן מתנה לבנו, ומת הבן והשאיר אלמנה, אין אומרים שהמתנה בטלה מתוך אומדנא שנתן מתנה זו לבנו רק כדי שיהנה ממנה, ולא שימות הבן ותגבה אלמנתו מתנה זו לפרעון כתובתה[328].

(ט) הנותן את נכסיו לאחר, וגילה את דעתו שהוא נותן מפני שבניו אינם נוהגים כשורה,

[324] חידושי הריטב"א, בבא בתרא קלט ע"א (הובא בנימוקי יוסף, בבא בתרא סד ע"ב, בדפי הרי"ף).

[325] ר' אהרן פרחיא, בשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן סב. לא ברור איך הוא מיישב את המצבים דלעיל, שבהם אומדנא מבטלת מתנה.

[326] שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קפ (הובא בשו"ת פרח שושן, כלל ה, בבאר היטב, חו"מ, סימן רמו, ס"ק ג, ובשו"ת פני יצחק (אבולעפיה), חלק ה, חו"מ, סימן ד, דף קמח ע"ג).
ערוך השולחן, חו"מ, סימן רמא, סעיף ו, כותב באופן כללי, שאם התחדש דבר אחרי המתנה, כגון שנתן לעני ומיד אחר כך העשיר, אינו זכאי לבטל, מפני שבשעת המתנה היה עני.
בצדקה: שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף רכט (קנח), כותב שאם ציבור נתנו למישהו סכום גדול בתור צדקה (סכום גדול שאין להניח שמחלו עליו), ואחר כך נודע שיש לו כסף, וטוען העני שרק אחרי קבלת הצדקה הרוויח או מצא מציאה, הוא חייב להישבע על כך. כלומר, שאם באמת היה עני בשעת נתינת הצדקה, והתעשר רק אחר כך, אינו צריך להחזיר את מה שקיבל, ואין אומרים שאילו ידעו שיתעשר אחר כך, לא היו נותנים לו. יש להעיר, ששו"ת הרשב"ש, סימן תקסו, ושו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן סג (הובאו אצל מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 573-574), כותבים שבכלל, ציבור שעשו חוזה בטעות אינם יכולים לבטלו, מפני שגנאי הוא לציבור לחזור בו.
שו"ת משנה הלכות, חלק יב, סימן קנז, כותב שמי שנתן צדקה לעני, והעשיר, אינו צריך להחזיר.

[327] כבוד יום טוב, הלכות מכירה, פרק כ, הלכה ב (סא ע"ב).

[328] שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סימן א (ד"ה מ"מ נראה). הוא מנמק, שצריך אומדנא "ברורה הרבה" כדי לבטל מתנה.
הוא מוסיף, שבנידונו, הייתה הוכחה שהנותן התכוון למתנה טובה וחלוטה, שהרי כתב בשטר: "כתבו ותנו שטר מתנה דנא ליד בני הר"ר יצחק להיותו אדון ופטרון מהיום ואילך" וכו', משמע שעשאו שולט מוחלט במתנה זו, לעשות בה כרצונו.
אשר למי שנותן לבתו מתנה לנדוניה והתארסה או נישאה ומתה בלי ילדים, יש הרחבה רבה בפוסקים בשאלה האם המתנה מתבטלת בגלל האומדנא שאילו ידע, לא היה נותן; ואין כאן מקום הדיון. ראה על כך: ר"ן על הרי"ף, כתובות מב ע"א (בדפי הרי"ף); שולחן ערוך, אהע"ז, סימן נג, סעיף ג; שו"ת תורת חסד (פרחיא), סימן פב וסימן פד; שו"ת הרא"ם, סימן טז; שו"ת בית יוסף, דיני כתובות, סימן ד; בירור הלכה, כתובות מז ע"ב, ציון א.

ואחר כך חזרו בתשובה, המתנה תקפה[329], מפני שייתכן שמה שהיה חשוב לו היה התנהגותם באותה שעה, ולא היה חשוב לו איך יתנהגו בעתיד. רק אם התברר שבשעת המתנה נהגו כשורה, המתנה בטלה, מפני שזו מתנה בטעות[330].

(5) טעות עתידית במחילה

הדעת נותנת שכדין מתנה כך דין מחילה, שטעות בהתפתחות עתידית היא עילה לביטולה, כיוון שהצד הנמחל אינו מפסיד באופן מהותי מביטול המחילה, ולכן אין צורך להתחשב בדעתו. ואכן פוסקים רבים ביטלו מחילה בנימוק שהיא ניתנה בטעות, אף שהטעות התייחסה להתפתחות עתידית.

(א) הרא"ש[331] כותב שמעביד שהמחה את הפועל שלו אצל שולחני (חלפן כספים) שישלם לו את שכרו, והשולחני חזר בו מהסכמתו לשלם לו, גם הפועל יכול לחזור בו ממחילתו למעבידו, אפילו מחל לו בפירוש, מפני שזו מחילה בטעות. כאן הטעות נובעת מדבר שקרה אחרי המחילה — חזרת השולחני מהסכמתו, ובכל זאת כתב שהמחילה בטלה.

(ב) הב"ח[332] מסביר את הדעה[333] שבאותם סוגי נזקי שכנים שלא מועילה חזקה עליהם (כגון עשן וריח בית הכסא), גם אם המזיק מביא ראיה ששכנו מחל לו, השכן יכול לחזור בו ממחילתו — שטעמה הוא שהניזק יכול לומר שמחל בטעות, מפני שחשב שיוכל לסבול את הנזק והתברר לו שאינו יכול, ומחילה בטעות בטלה. והרי שם זוהי טעות הנוגעת לעתיד.

(ג) הרדב"ז[334] נשאל על שמעון שהיה שומר על תכשיט של ראובן, והפקיד את התכשיט ביד לוי, ונגנב מבית לוי, והתייאשו מלמצוא את הגנב, ושמעון התפשר עם לוי שישלם לו

[329] שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן תקמו (הובא בשו"ת תועפות ראם (אנקאווא), סימן ל, דף לז ע"א). מדובר בצוואה, במתנה של מקצת הנכסים.

[330] שם.

[331] רא"ש, בבא מציעא, פרק ט, סימן מג (הובא בש"ך, חו"מ, סימן קכו, ס"ק טו), ותוספות הרא"ש, בבא מציעא קיב ע"א.

כך עולה גם מדברי הרא"ש במקום אחר: הרא"ש, בשיטה מקובצת, בבא קמא קה ע"א (ד"ה חיישינן), כותב שאף שבגזל פחות משווה פרוטה, מניחים שהנגזל מוחל לגזלן, הרי אם הדבר הגזול התייקר, חייב להשיב, מפני שייתכן שאילו ידע שיתייקר לא היה מוחל. משמע מדבריו שהמחילה בטלה בגלל הטעות, וזאת אף שזו טעות עתידית.

באותו עניין, כותב שו"ת משנה הלכות, חלק ה, סימן רצב, וחלק ט, סימן שעו, שבגזל פחות משווה פרוטה, אם אחר כך גזל ממנו עוד פחות משווה פרוטה, מתברר שמחילת הנגזל על הגזלה הראשונה הייתה בטעות, שכן אילו ידע שיגזל ממנו עוד, לא היה מוחל; זאת אף שזו טעות עתידית. והוא מיישב בזה את מה שמוכח מכמה מקורות (עיין שם) שמצטרפת פחות משווה פרוטה השני לראשון.

[332] ב"ח, חו"מ, סימן קנה, סעיף סא.

הב"ח כותב שזה גם הטעם לכך שהאומר לחברו "קרע כסותי" או "שבור כדי" יכול לחזור בו (בבא קמא צב ע"א). ואין זה מובן, שהרי שם אין לומר שחשב שיוכל לסבול את נזק קריעת הכסות, שהרי זה דבר חד פעמי ולא דבר מתמשך שיש בו עניין של סיבולת; ובפשטות שם הטעם הוא שמניחים שהתכוון לומר "קרע ושלם", כפי שנימק סמ"ע, סימן שפ, ס"ק ג.

[333] המובאת בטור, חו"מ, סימן קנה, סעיף סא.

[334] שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן רעא.

הוא כותב ששמעון אינו יכול לטעון כלפי ראובן: "הלא ידעת על פשרתי עם לוי, ואם מחלת לי רק מפני שחשבת שלא יימצא התכשיט, מדוע לא תבעת ממני מה שנתן לי לוי? אלא מכאן שהתכוונת למחול לי

כעשירית משווי התכשיט, וגם ראובן מחל לשמעון; אחר כך נמצאה הגנבה, וגבה לוי מהגנב את התכשיט. הוא פוסק שהתכשיט חוזר לבעליו, ראובן, ושמעון יחזיר ללוי מה שלקח ממנו, מפני שמחילה בטעות בטלה, והרי שמעון התפשר עם לוי וראובן מחל לשמעון רק בחושבם שלא יימצא התכשיט. זאת אף שהטעות הייתה בנוגע להתפתחות עתידית.

(ד) ר' חיים הלברשטאם[335] כותב שראובן ושמעון שבררו בורר לקבוע כמה חייב ראובן לשלם לשמעון, ושמעון מחל לראובן על חיובו להישבע לו, ואחר כך מת הבורר, המחילה בטלה, מפני שעל דעת זה לא מחל לו. גם כאן, זוהי טעות של שינוי מצב אחרי המחילה, ובכל זאת פסק שהמחילה בטלה בגלל הטעות.

(ה) ר' עובדיה יוסף[336] נשאל על מלווה שמחל ללווה על חובו, ואחר כך פרע לו הלוה;

לגמרי, גם אם יימצא הגנב" — מפני שראובן יכול להשיב: "מאחר שנתן לך לוי רק דבר מועט, לא רציתי לתבוע ממך דבר מועט כזה".

[335] שו"ת דברי חיים, חלק א, חו"מ, סימן ב.

[336] שו"ת יביע אומר, חלק ג, חו"מ, סימן ג, אות יט.

פוסקים נוספים הסוברים שמחילה בטעות עתידית בטלה: שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לב, כותב שאישה שמחלה על כתובתה לפני מתן הגט כדי שהבעל יסכים לגרש, ונמצא שהגט פסול וצריכה גט חדש, זו מחילה בטעות ובטלה, שהרי היא מחלה כדי שיגרשנה, ולא גירשה. זאת אף שהטעות נגעה לדבר שבעתיד. אבל ייתכן ששם הגט נכתב כבר בשעת המחילה, וזו טעות על דבר שבעבר.

בבבא בתרא קלב ע"א נאמר שאם אדם נתן את כל נכסיו לאשתו במתנה, הפסידה את כתובתה, מפני שמחלה בכך על שעבוד כתובתה מנכסים אלו, ולכן אם היה חייב כסף, הנושה יכול לגבות מן הנכסים מכוח השעבוד שיש לו עליהם (אף שבמצב רגיל אינו יכול לגבות מפני שהנכסים משועבדים לכתובה). רשב"ם שם (ד"ה ותעמוד), מקשה, הרי זו מחילה בטעות, שאילו ידעה שהבעל חייב כסף לא הייתה מוחלת? הוא מתרץ, שאינה מחילה בטעות, מפני שזו הייתה מתנה גמורה באותה שעה, מפני שהבעל היה יכול לסלק את הנושה בכסף, שהרי בעל חוב גובה מכאן ולהבא. נראה שכוונתו היא, שגם אילו ידעה שהוא חייב כסף, הייתה סומכת על כך שהבעל יסלק את החוב בכסף והנושה לא יטרוף מהנכסים; ומה שבסופו של דבר טרף, הוא טעות עתידית, שאינה יכולה לבטל את המחילה. מקור ברוך (גינזבורג), חלק ב, סימן לג (עמ' שמח), מדייק מדברי הרשב"ם, שלפי הדעה (פסחים ל ע"ב) שבעל חוב גובה למפרע, זה מחילה בטעות, מפני שהתברר שבשעה שנתן הבעל את המתנה, הנכסים לא היו שלו.

שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ד, חלק ג, סימן ג (ה ע"א), כותב (בעקבות הערת שו"ת מהרי"ק, שורש קכט) שהמפתה יתומה והבטיח לה שיישא אותה, ולא נשא אותה, חייב לשלם קנס, אף שמחלה, מפני שזו מחילה בטעות, שחשבה שיישא אותה. זאת אף שהטעות נבעה מהתפתחות עתידית, שלא נשא אותה.

ר' נסים יצחק מזרחי, בשו"ת בני בנימין, סימן ב (ז ע"א־ע"ג), דן בתובע שמחל לנתבע על הרווחים שהיה חייב לו, על סמך הבטחת הנתבע שיפרע את הקרן, אבל הנמחל לא פרע; והוא פוסק שהמחילה בטלה מפני שהייתה בטעות, שהרי הוא מחל כדי שלא יצטרך לרדוף אחרי הנתבע, והתברר שהוא עדיין צריך לרדוף אחריו בשביל הקרן, ועל דעת זה לא מחל. זאת אף שהטעות מתייחסת לדבר שקרה אחרי המחילה — אי הפרעון. ר' בנימין נבון, שם, סימן ג (ט ע"א) כותב על אותו עניין, שאף שלא פרע הנתבע מיד, יכול לומר "זוזי אנסוהו" (שלא היה לו כסף אז), כיוון שהמוחל לא התנה בפירוש שיפרע לו הכל מיד, כמו שכתב כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רז, הגהות בית יוסף, אות רכד, בשם ספר מהרי"ל, בסופו, ליקוטי מהר"ש, סימן פט = הלכות ומנהגי מהר"ש, סימן קמב (הובא גם בשער משפט, סימן יב, ס"ק ד). כלומר, הוא סובר שהמחילה תקפה, מפני שלא מוכח שהייתה טעות, כיוון שלא היה תנאי מפורש (ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בעניין מוחל שלא ברור שטעה).

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שע, עוסק במחילת קהילה על מס שאדם מסוים היה חייב לה, וזו היתה מחילה בטעות שכן אחר כך השלטון הטיל מיסים נוספים על הקהילה; והוא אינו אומר שהמחילה תקפה מפני שהטעות נוגעת לדבר שאירע אחרי המחילה, אלא פסק מסיבה אחרת שהמחילה תקפה — עיין שם.

שו"ת איתן האזרחי, סימן כה (הראשון), כתב על שותפים ב"אורנדא" (זיכיון לעסק מסוים) שמחלו לאחד השותפים על חלקם, כנגד הבטחתו שיתן להם מיד את קרנם ואת רווחיהם, ולא נתן — שהמחילה בטלה, מפני שהם התכוונו שיקבלו זאת מיד, כפי שביקשו בשעה שמחלו. זאת אף שהטעות היא מכוח דבר שאירע אחרי המחילה.

ר' מלאכי הכהן, בשו"ת לחמי תודה, סימן יא (עה ע"א), כותב שמי שמחל על זכותו לגבות את חובו מנכסים מסוימים של החייב, מתוך שהיה בטוח שיוכל לגבות מנכסים אחרים של החייב, ואחר כך התברר לו שלא יוכל לגבות מנכסים אחרים של החייב, מפני שעבר הרבה זמן ולא הצליח בכך — זו מחילה בטעות, שהרי אילו ידע לא היה מוחל. זאת אף שזו טעות עתידית, שרק אחר כך השתנה המצב. אבל אפשר לומר שזו טעות במצב הדברים שבשעת המחילה, כיוון שאי־הצלחתו מוכיחה שגם בשעת המחילה לא היה יכול לגבות. הוא מביא (בדף עה ע"ב) ראיה שזה נחשב מחילה בטעות, ממה ששו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קמז, אומר שנושים שעשו פשרה עם החייב מתוך הנחה שיגבו חצי מהחובות, ואחר כך התברר שיוכלו לגבות רק רבע, הפשרה בטלה מטעם טעות; וכל שכן כאן, שלא הצליח לגבות שום דבר מהחוב.

שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ג, סימן קל (סא ע"ג), כותב שבעל שמחל לאשתו על חיובה להישבע בשעת גביית כתובתה, היא פטורה רק אם הוא טוען שמא, אבל אם הוא טוען ברי שכבר פרע, חייבת להישבע, מפני שמה שמחל לה היה אסמכתא, שחשב שלא תעיז לשקר מולו, ולכן זו מחילה בטעות. זאת אף שזו טעות על דבר עתידי.

שו"ת מלך שלם, חו"מ, סימן כו (לה ע"ב), עוסק בראובן שמחל לשמעון לפני בירור החשבון שביניהם, מפני שחשב שיהיה לו כסף ממקורות אחרים, ופוסק שהמחילה בטלה בגלל הטעות, שלא היה יכול לדעת שלא יהיה לו כסף ממקורות אחרים. בפשטות, כוונתו היא שקרה משהו אחרי המחילה שבגללו אין לו כסף ממקורות אחרים — וזו טעות עתידית. אבל אחר כך (בדף לט ע"ב) הוא כותב שראובן חשב שה"פאטור" (סוכן) בקושטנדינה לא יעכב את המכס ואת הרווח, ויוכל לגבות ממון זה, והתברר ששמעון פשע וגרם שלא יוכל לגבות ממון זה, ולכן זו מחילה בטעות; וייתכן ששמעון פשע לפני המחילה, וזאת לא טעות עתידית.

שו"ת יד יוסף (דייטש), סימן קטו, עוסק בשמעון שהתחייב לתת לראובן 24% לשנה בעִסקא, ואחר כך שמעון הביע התנגדות, וראובן כתב בפנקסו 18%, כלומר שמחל על 6%, ושמעון לא הסכים גם לזה, וראובן עכשו תובע 24%, בטענה: "רציתי לוותר לך על 6% כדי שלא אצטרך ללכת לדין, אבל עכשו שאני הולך לדין בכל אופן, איני רוצה לוותר לך". הוא מביא שר' נתן אשכנזי כתב שכיוון ששמעון יכול לחזור בו, גם ראובן יכול לחזור בו. ר"י דייטש מביא ראיה לסברה זו, משולחן ערוך, יו"ד, סימן רלו, סעיף ו, ששניים שנשבעו זה לזה ועבר אחד מהם על שבועתו, גם השני פטור, וכך כאן, המוחל מחל רק על דעת שהנמחל יחזיק בפשרה, ועכשו שלא הסכים, המוחל יכול לחזור בו. בעצם, הנימוק הוא שזו מחילה בטעות, כאשר הטעות היא בגלל דבר שקרה אחרי המחילה.

שו"ת שעות דרבנן, סימן ב (ו ע"ד), עוסק במי שמחל מפני שהנמחל הבטיח לתת לו סכום גדול, ובסוף לא נתן, ופוסק שהמחילה בטלה בגלל הטעות; זאת אף שזו טעות עתידית.

שו"ת שי למורא (יונה), סימן לד (לט ע"א), עוסק בשמעון ולוי שהיו חייבים כסף ליעקב, ולא יכלו שמעון ולוי לשלם, ויעקב מת, וראובן בן יעקב עשה שטר אחר על שמעון ולוי, ובו דחה את זמן הפרעון, שיפרעו בתשלומים מ"קוצה" (כנראה — סוג של סחורה), והשטר הושלש אצל שליש, שיתננו לראובן בתנאי שיביא ראובן שטר הרשאה מאֶחיו לגבות עבורם (שהרי גם אֶחיו היו יורשים של יעקב); ראובן לא הביא הרשאה, והשליש לא הסכים למסור לו את השטר בלי הרשאה, ולכן ראובן תבע את שמעון ולוי בשטר המקורי, בלי ההקלות שבשטר השני, בטענה: "התפשרתי ודחיתי את זמן הפרעון רק על דעת שיתנו לי הכל, אבל עכשיו שנותנים לי רק שליש החוב ולא את שני השלישים של שני אחיי — לא מחלתי על דעת זה". הוא פוסק (בדף לט ע"ג־ע"ד) שאינו יכול לטעון שמחל על דעת שיקבל את כל החוב, ומביא ראיה מר' שמחה במרדכי, בבא בתרא, סימן תרה, האומר שהמקנה לחברו בקנין סודר מיטלטלין וכסף, המיטלטלין נקנים אף שמטבע אינו נקנה בקניין סודר, ואינו יכול לטעון שהסכים להקנות רק על דעת שכל ההקנאה תתקיים; ומה שהר"ן על הרי"ף, גיטין י ע"ב (בדפי הרי"ף), אומר שהמוכר לחברו עציץ וזרעים במשיכה, הכל בטל, כיוון שעציץ הוא קרקע שאינה נקנית במשיכה, הוא משום שברור שלא התכוון למכור את העציץ בלבד מפני שאז יצטרך

והוא פוסק שהמחילה בטלה, מפני שאילו ידע המלווה שהלווה יפרע את חובו, לא היה מוחל לו. זאת אף שעילת הטעות, הפירעון, התרחשה אחרי המחילה.

לעומתם, ר' יוסף שטיינהארט[337] כותב שמחילה בטעות בטלה רק אם התגלה למוחל דבר שבעת המחילה היה נעלם ממנו, אבל אם קרה משהו אחרי המחילה, שאילו ידע שיקרה לא היה מוחל, המחילה תקפה. הוא מוכיח עיקרון זה, שהלא ברור שהמוחל לחייב משום שהוא עני, ואחר כך נפלה לחייב ירושה והתעשר, אינו יכול לחזור בו מן המחילה בטענה שמחל רק משום שהחייב היה עני. פוסקים נוספים הסתמכו על דבריו[338].

להוציא את הזרעים מתוכו, וייפסדו, ועל דעת זה לא מכר. עוד נימק, שכאן אינו יכול לומר "מחלתי רק על דעת שאקבל הכל", שהרי הלווה משיב לו "הבא הרשאה, ותוכל לקחת הכל". אבל הוא אינו אומר שהמחילה תקפה מפני שהטעות מבוססת על דבר שקרה אחרי המחילה — אי יכולתו לגבות הכל, הרי שגם מחילה בטעות עתידית בטלה.

[337] שו"ת זיכרון יוסף, חו"מ, סימן ד, דפים פט ע"ד, צא ע"ג (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן רמא, ס"ק ג, בערוך השולחן, חו"מ, סימן רמא, סעיף ו, בשו"ת ישכיל עבדי, חלק ו, חו"מ, סימן ח, אות א, בשו"ת אמרי משפט, חלק א, סימן יב, אות ד, ובשו"ת מהרש"ם, חלק ה, סימן כב, ד"ה ואמנם באם).

בנידונו של זיכרון יוסף, בנות הודו שכבר קיבלו חלק בירושת אביהן, ומחלו בזה על "שטר חצי זכר" (זכות לקבל מהירושה סכום השווה למחצית ממה שכל בן מקבל); אבל אחר כך מתה בת הבן (שהייתה יתומה), ויש להניח שאילו ידעו שתמות, ויוכלו לקבל חלק בנכסיה, לא היו מוחלות.

זיכרון יוסף מביא ראיה מרמ"א, חו"מ, סימן רמו, סעיף יז, המביא את תרומת הדשן, שו"ת, סימן שיז, שכותב שמי שפירנס את חתנו יותר זמן משהתחייב, ואחר כך דרש מחתנו לשלם על כך, הרי אם הוא עשיר, והעשירים שבאותה מדינה היו רגילים לתת לחתנם שנה או שנתיים יותר משהתחייבו, והנסיבות מלמדות שאילו לא היה לו כעס ומריבה עם חתנו לא היה תובע ממנו כלום, יש אומדנא דמוכח שמחל לו על המזונות, עד שנולדה מריבה ביניהם, ולכן פטור החתן מלשלם; וגם אם הייתה מחלוקת כל כך גדולה ביניהם עד שגירש החתן את בתו, אינו יכול לתבוע את המזונות, ואין אומרים שזו מחילה בטעות כיוון שהאכיל אותו רק בשביל בתו ובתו נתגרשה, והטעם הוא שזו טעות עתידית. אבל יש להעיר ששם לא מדובר על מחילה אלא על מתנה, שאדם זן את חתנו בחינם, היינו במתנה.

[338] שו"ת חזון נחום, סימן נו, בסופו, עוסק במלווה שמחל על חלק מחובו בערכאות על פי חוק, כרוב דעות הנושים בהסכמה (בפשיטת רגל), ואחר כך התעשר הלווה; והוא פוסק שהמחילה תקפה אף שאילו ידע על כך, לא היה מוחל. הוא מביא ראיה מהדין (שולחן ערוך, יו"ד, סימן רכח, סעיף יב; לעיל, הערה 304) שאין מתירים נדר על סמך "נולד" — דבר בלתי צפוי שאירע.

פסקי דין ירושלים — דיני ממונות, כרך א, עמ' קנא (הובא במאורות הדף היומי, בבא מציעא סו ע"ב, חלק ה, עמ' רכ), עוסק במי שקנה דירה מקבלן, והקבלן חתם על מסמך שנאמר בו שאין לו שום תביעה ממונית על הקונה אחרי שפרע את כל המחיר, ושאם יש חוב כל שהוא, הקבלן מוחל; ומיד אחרי המחילה, העיריה חקקה חוק עזר שמחייב קבלן להתקין עמודי תאורה ליד בנין שבנה, והקבלן תבע מהקונה תשלום על התקנת עמודי תאורה, מפני שמחילתו הייתה בטעות. הוא פוסק שהמחילה תקפה על אף הטעות, מפני שזו טעות שבעתיד. הוא מסתמך על שו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סימן צד; אבל שם לא נזכר עיקרון זה. ייתכן שהוא מתכוון לכך שהמהדיר שם מציין את דברי ערוך השולחן שהזכרנו.

שו"ת שואל ונשאל, חלק ב, חו"מ, סימן טו, עוסק בראובן שביקש משמעון לקנות לו זהובים, וקנה, ומסרם לו, ואז שמעון היה משודך עם בתו, ולא ביקש מראובן שכר טרחה; ואחר כך נתבטל השידוך, ואז שמעון תבע ממנו שכר טרחו, באמרו שמחל על שכר הטירחה מאחר שהיה משודך עם בתו, וזו מחילה בטעות שהרי נתבטל השידוך. הוא פוסק על סמך דברי זכרון יוסף, שהמחילה תקפה, מפני שזו טעות עקב דבר שנולד אחר כך. יש להעיר שזאת לא ממש מחילה אלא מתן שירות בחינם בטעות.

תפארת ישראל, כתובות, פרק ד, בועז, אות א, כותב בשם אביו שמחילה בטעות עתידית — תקפה.

פרישה, חו"מ, סימן קעו, סעיף טז, כותב ששותף שנהג בעסקי השותפות בשונה מן המוסכם, ודיווח על כך לשותפו, והשותף האחר הסכים, אינו יכול לתבוע אותו לאחר מכן על השינוי, מפני שמחל לו על כך,

ייתכן שטעמם של פוסקים אלו הוא הנטייה של המשפט העברי לתת תוקף למחילה גם אם היא פגומה פגם כזה שפעולות משפטיות אחרות היו בטלות בגללו, וזאת מפני שמחילה היא פעולה שלילית, הורסת[339].

עוד אפשר לנמק זאת על פי העיקרון שאם לא מוכח שהמוחל טעה, המחילה תקפה[340]; ייתכן שגם אילו חשב המוחל על האפשרות שהדבר יקרה, היה מוחל, מפני שלא היה חושש שזה יקרה; ולא משנה שאילו ידע שהדבר יקרה לא היה מוחל, מפני שאדם שאינו יודע את העתיד אינו נחשב טועה, ואנשים רגילים לפעול על סמך המידע שהם יכולים להשיג בשעת מעשה[341].

(6) בחוזה שכבר קוים

מן האחרונים[342] יש מי שצימצם עוד את זכות הביטול עקב התפתחות עתידית: שאם החוזה כבר קוים, ואפילו באופן חלקי, אין לבטלו בטענה של טעות בחיזוי הצפוי לקרות, גם אם אין צורך להתחשב בדעה של צד אחר. למשל, אדם שרכש נכס אינו יכול לבטל את החוזה לאחר שכבר השתמש בו, מפני שיש להניח שהיה מוכן לקיים את החוזה למרות ההתפתחויות העתידיות, בגלל הנאתו. כמו כן, מי שקידש אישה, ולפני שנשא אותה, מת ונפלה לייבום בפני אחיו שהוא מוכה שחין, היא יכולה לבטל את הקידושין בטענה שאילו ידעה שבעלה ימות ותזדקק להתייבם לאחיו, לא הייתה מתקדשת לו; אך היא אינה יכולה לבטל את הקידושין בטענה זו לאחר שכבר נשא אותה, מפני שאז כבר נהנתה מן העניין[343].

וזאת אף שהסכים מפני שחשב שירוויחו מן השינוי, ואחר כך הפסידו בגלל השינוי. לכאורה השותף האחר יכול לטעון שזו הייתה מחילה בטעות. כנראה, הפרישה סבור שהמחילה תקפה מפני שזו טעות עתידית.
נראה שגם ר׳ יעקב אופנהיים, צבי גאון יעקב, סימן יז, מבחין בין טעות במצב בהווה לבין טעות במצב בעתיד, שהרי הוא הסביר מדוע מחילה בטעות בטלה, ואילו החולץ ליבמתו על סמך הבטחתה לתת לו סכום כסף תמורת החליצה, החליצה כשרה גם אם לא נתנה (כתובות עד ע״א) — שמחילה בטעות היא כמעשה של שוטה בלי דעת (כיוון שפעל בלי לדעת עובדה חשובה), ולכן אינה תקפה, מה שאין כן בחליצה, שלא הייתה חסרה ליבם ידיעה בשעה שחלץ, כשהבטיחה לתת, והיה לו רצון גמור, ולכן לא משנה שאחר כך לא נתנה. לפי דבריו, גם במחילה, אם הטעות היא לגבי דבר שבעתיד, כמו בחליצה, היא תקפה.

[339] על נטייה זו ראה לעיל, הערה 42.

[340] ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג).

[341] אפשר להשוות זאת לדעת הרמב״ם, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה ד, שאין אסמכתא במחילה, כלומר, אף שאין תוקף להתחייבות מותנית בדבר שבעתיד, מפני שמניחים שהמתחייב היה בטוח (סמך בדעתו — ״אסמכתא״) שלא יתקיים התנאי, ולכן לא גמר בדעתו להתחייב גם אם התנאי יתקיים, הרי במחילה, אם התקיים התנאי, המחילה תקפה, מפני שיותר קל למחול מלהתחייב. כאן מרחיקים לכת ואומרים שמאחר שאין כאן תנאי מפורש, המוחל מוכן למחול גם אם לא יתקיים התנאי שמכללא.

[342] שו״ת אדמת קודש, חלק א, אהע״ז, סימן כג (סא ע״ד); נתיבות המשפט, סימן רל, ס״ק א (שאם הקונה השתמש בממכר או היה בידו די זמן להשתמש בו, אינו יכול לבטל את החוזה גם בדבר התלוי רק בו; והובא בפסקי דין ירושלים, כרך ז, עמ׳ שסח).
גם שו״ת חיים שאל, חלק א, סימן יא (ד״ה אך אוסיף), כותב (גם בשם שו״ת פני משה, חלק א, סימן סב), שאישה שנישאה ונעשה בעלה בעל מום, אינה יכולה לבטל את הקידושין בטענת טעות, מפני שבעלה לא יסכים לכך, שהרי אם כן, יתברר שבעילותיו היו בעילות זנות.

[343] אבל מצאנו הבחנה הפוכה בין התפתחות עתידית שנתגלתה לפני הנישואין לבין זו שנתגלתה אחרי הנישואין: שולחן ערוך, אהע״ז, סימן נ, סעיף א, פוסק שהמקדש אישה, ומתה או שמת הוא, או שאחד מהם חזר בו, כסף הקידושין אינו חוזר לבעל. והסביר חלקת מחוקק שם, ס״ק ב, שאף שיש אומדנא שנתן

(7) אם היה גילוי דעת מראש

הרמב"ם[344] כותב שהמוכר את ביתו כדי ללכת למקום מסוים, ואחר כך נבצר ממנו ללכת לאותו מקום, או שמכר את ביתו מפני שהייתה בצורת והאוכל היה יקר, ואחר כך נפסקה הבצורת, או שלא הצליח לקנות מזון בדמי המכר, המכר בטל. כמו כן, התלמוד[345] קובע שמי שמכר את רכושו כדי לעלות לארץ ישראל, אלא שכוונתו סוכלה והוא לא הצליח לעלות בסופו של דבר, המכר בטל, אף שזו התפתחות עתידית לא צפויה[346].

לכאורה, המקורות הללו סותרים את המקורות שהבאנו לעיל, שקבעו שאין זכות לבטל חוזה מכר עקב התפתחות עתידית. אבל האמת היא, שיש תיחום ברור בין הדברים: במקורות הללו מדובר בשהצד הטועה גילה את דעתו לפני כריתת החוזה באשר למניע שלו[347]. גילוי

לה את כסף הקידושין רק על דעת שיישא אותה (ושלא תחזור בה), בכל זאת גזרו חכמים, שמא מי שיראה שכסף הקידושין חוזר, יחשוב שהתברר שאלו קידושי טעות, ומתוך כך יחשוב שמותר לבעל לשאת את אחותה, ובאמת היא אסורה לו בתור אחות גרושתו. אבל רמ"א שם כותב שאם כבר נישאו, חוזר כסף הקידושין לבעל. חלקת מחוקק, ס"ק ה, מסביר שאז כבר אין מקום לגזרה הנזכרת, שהרי הכול יודעים שלא ייתכנו נישואי טעות; והוא כותב שמדובר בשהאישה מרדה בו, וצריכה להחזיר את כסף הקידושין מפני שלא נתן לה על דעת שתמרוד בו. הרי שבעיקרון מבטלים את הקידושין בגלל ההתפתחות העתידית, אלא שאם נתגלה הדבר לפני הנישואין, משתנה הדין בגלל גזרה.

שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן ע (ד"ה ובסימן רל), וחידושי חתם סופר, כתובות מז ע"ב (ד"ה ודע דנלע"ד), מסייג את זכות הביטול בדרך נוספת: אפשר לבטל עסקה בגלל טעות עתידית שעניינה הוא מאורע הנוגע לצדדים (כגון שהמוכר כבר אינו צריך כסף או שהקונה אינו צריך את הממכר), אך לא בגלל טעות שעניינה מאורע הנוגע לנשוא העסקה (כגון שנטרפה הבהמה).

סייג אחר כתב עליות דרבנו יונה, בבא בתרא צח ע"א, ד"ה אבל (הובא בטור, חו"מ, סימן רל, סעיף ה): אם ההתפתחות העתידית פגעה במוכר (כגון שמכר את נכסיו כדי לעלות לארץ ישראל ולא הצליח לעלות), המכר בטל, מפני שאדם עשוי למכור מנכסיו מתוך חוסר רצון, אבל אם הקונה נפגע (כגון שהתכוון למכור את הממכר ברווח, והוזל), אינו יכול לבטל את החוזה. אבל הטור שם מביא שרבנו חננאל אומר שגם קונה יכול לבטל.

יצוין שאמרי בינה, קונטרס בדיני קניינים, סימן יא (ד"ה אכן), כותב שדווקא התפתחות עתידית היא עילה לביטול, ולא דבר שכבר היה קיים ורק לא ידע עליו; וזאת בניגוד לכל המקורות שהבאנו.

בעניין ביטול חוזה בגלל טעות עתידית, ראה פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יב, סעיף לג, ופרק יג, סעיפים לב־לו; כתר ג, עמ' 323־355 (במיוחד בממכר שהתקלקל מוקדם מהצפוי).

[344] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה ח. כך פסקו גם: רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן ט; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רז, סעיף ג. וראה ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 75.

[345] קידושין נ ע"א.

[346] הסוגיה מבחינה בין מקרים שונים — אם עלה לארץ ישראל ולא הצליח לגור בה, או שלא עלה כלל משום שלא רצה או משום שהייתה סכנה בדרך; והמבחן הוא האם הצליח לעשות את הדבר שבגללו מכר את רכושו. ראה סמ"ע, סימן רז, ס"ק ח.

[347] כלשון הרמב"ם, שם: "מי שמכר חצירו או שדהו ופירש בשעת מכירה שהוא מוכר כדי לילך למקום פלוני, או מפני המטר שנמנע כדי לקנות חטים בדמי חצירו, הרי זה כמוכר על תנאי". וכך לשון השולחן ערוך, שם. לגבי סוגיית כתובות צז ע"א, נוקט רש"י שם (ד"ה זבן) שאנו יודעים שהמוכר רצה לקנות שדה מסוימת בכסף שיקבל. לגבי סוגיית קידושין נ ע"א, נוקט רש"י שם (ד"ה דזבין) שאמר בפירוש שהוא מוכר על דעת כן.

ראה גם לעיל, הערה 303, שהרמ"א אומר שאם משכיר גילה את דעתו, הוא זכאי לבטל את השכירות עקב התפתחות עתידית.

דעת זה הוא התנאת תנאי מכללא, שהחוזה מותנה בקיום מסכת עובדתית מסוימת בעתיד, ועל כן אינו עניין לדיני טעות בחוזה, החלים במצב שלא היה גילוי דעת מראש.

(8) טעות שהתאיינה עקב התפתחות עתידית

עד כאן עסקנו בחוזה שלא הייתה בו טעות ביחס למצב הדברים שבשעת ההתקשרות, אלא שאחר כך התפתחו הנסיבות כך שצד לחוזה לא היה מתקשר בו אילו ידע על ההתפתחות העתידית. כעת נדון במצב הפוך: הייתה לצד לחוזה טעות ביחס למצב הדברים שבשעת ההתקשרות, ואילו ידע את האמת לא היה מתקשר בחוזה, אבל אחר כך התפתחו הנסיבות כך שהבעיה הסתדרה, ואילו ידע על התפתחות העתידית, היה מתקשר בחוזה. פרשני החוק לא עסקו בדינו של מצב זה, אבל הוא נידון במקורות המשפט העברי, ועולה מהם שאין זכות ביטול כיוון שהטעות התאיינה.

דוגמה למצב זה היא במי שנתן את נכסיו במתנה לאחרים מתוך שחשב שאין לו בין שיירש אותו, והתברר שטעה, ויש לו בן. כבר בתלמוד[348] נאמר שהמתנה בטלה בגלל הטעות, שכן יש להניח שאילו ידע שיש לו בן, לא היה נותן את המתנה. אבל הפוסקים קבעו, שאם מת הבן לפני שהגיעו לידו נכסי אביו, המתנה תקפה, שהרי כאן יש אומדנא שאילו ידע בשעת נתינת המתנה שבנו חי אז, אבל ימות לפני שייהנה מהנכסים, היה רוצה שהמתנה לאחרים תהיה תקפה[349].

רק אם צד לחוזה גילה את דעתו בשעת כריתת החוזה שפרט מסוים חשוב לגביו, והתברר שטעה לגבי אותו פרט, הוא זכאי לבטל את החוזה גם אם טעותו התאיינה אחר כך. בדוגמה דלעיל, אם הנותן אמר בשעת נתינת המתנה: "עכשו שאין לי בן, אני נותן את נכסיי במתנה

כמו כן, נאמר בחוק לישראל, ערבות, עמ' 119, שערב שטעה טעות עתידית, וגילה דעתו מראש, יכול לבטל את ערבותו.

ראה גם: תוספות, קידושין מט ע"ב, ד"ה דברים; חידושי הרשב"א, שם, ד"ה הא דאמרי'; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה ההוא גברא; רא"ש, קידושין, פרק ב, סימן טז; שו"ת יד ימין, חו"מ, סימן מג (קמד ע"ב־קמה ע"ב); שו"ת פני יהושע (חנדאלי), סימן ט (צב ע"ג); שו"ת משנת ר' אליעזר (טולידו), חלק ב, חו"מ, סימן מו; רבצמ"ח עוזיאל, השופט והמשפט, שער יב, פרקים לא־לג; בירור הלכה, קידושין דף מט ע"ב, ציון ט, ודף נ ע"א, ציון ו.

[348] בבא בתרא קמו ע"ב. ראה על כך להלן, ליד ציון הערה 398, ובהרחבה בחוק לישראל, מתנה, סעיף 4.

[349] שו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן מו; שו"ת ארבעה טורי אבן, סימן א; שושנת יעקב, סימן רנג, ס"ק ג (גם בדעת סמ"ע, סימן רנג, ס"ק יא); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ג, סימן ט (גם בדעת ב"ח, חו"מ, סימן רנג, סעיף י); יריעות החושן, סימן רנג, ס"ק ו, בדעת הב"ח שם.

מה שנאמר בטקסט שהבן מת לפני שהגיע לידו מנכסי אביו, מקורו בגור אריה יהודה שם. הפוסקים האחרים לא קבעו מגבלת זמן למות הבן. אבל ברור שצריך לקבוע מגבלה לכך, שהרי לא ייתכן שהבן יחיה לאורך ימים וימות בשיבה טובה, והמתנה תקבל תוקף אז.

שושנת יעקב כותב שאם מת הבן רק אחרי מות הנותן, המתנה בטלה, כיוון שהבן ירש, והמתנה אינה יכולה לחול אחר כך.

דעה חולקת: חזון יחזקאל, על תוספתא, כתובות, פרק ד, הלכה טו (עמ' כב), כותב שגם אם מת הבן אחרי שבא, המתנה בטלה, כיוון שמעשה הקניין התבטל כשבא הבן, ואינו יכול לחזור ולהתעורר. אפשר להשיב תשובות אחדות על טענה זו: (א) אם הנכסים ברשות המקבל, הם נקנים לו מחדש על ידי קניין חצר. (ב) כל זמן שלא ביטל את החוזה, החוזה תקף, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 62. (ג) גם אם ביטל, אם אחר כך מת הבן, מתברר שהביטול נעשה בטעות, ומתברר שלא בטל החוזה מעיקרו.

לפלוני", והתברר שהיה לו בן אז, המתנה בטלה גם אם אחר כך מת הבן[350]. כיוון שכשנתן אמר בפירוש שנותן מפני שאין לו בן, וזה היה נתינה בטעות, לכן גם אם מת הבן אחר כך אין המתנה יכולה להיווצר מחדש[351].

ד. טעות בהערכת שווי העסקה

במשפט העברי, הערכה מוטעית של שווי העסקה דינה כטעות המזכה בביטול, בנסיבות מסוימות. למשל, מי שרכש נכס מתוך מחשבה שגובה התשלום שהוא נדרש לשלם עבור הנכס משקף את מחיר השוק שלו, אך גילה שמחיר השוק נמוך מכך, זכאי לבטל את העסקה, בתנאים מסוימים; והוא הדין באשר למוכר שגילה שמחירו של הנכס בשוק גבוה ממה שקיבל עבורו[352]. גם חוזה לעבודה קבלנית ניתן לביטול, אם התברר שהתשלומים הקבועים בחוזה אינם משקפים נכונה את עלות העבודה במחירי השוק.

טעות בהערכת השווי קרויה במשפט העברי "אונאה"[353]. פרטי דיניה מרובים ביותר[354], ולהלן

[350] רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ח, הלכה ז; טור, חו"מ, סימן רנג, סעיף יע; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנג, סעיף ה.
שושנת יעקב, סימן רנג, ס"ק ג, מדייק מסמ"ע, סימן רנג, ס"ק יא, שגם אם מת הבן לפני מות הנותן, שלא ירש אותו, המתנה בטלה כיוון שבשעת הנתינה הייתה זו מתנה בטעות. גם אור שמח, על הרמב"ם שם, כותב שהמתנה בטלה גם אם מת הבן לפני מות הנותן, אף שמדובר במתנת שכיב מרע, ומתנת שכיב מרע חלה רק אחרי מות הנותן, ואז כבר אין בן. הוא משווה זאת למתנה שנתן שכיב מרע, והבריא ואחר כך מת ממחלה אחרת, שמתנתו בטלה.
אבל שושנת יעקב חולק על הסמ"ע, בנימוק שכמו שבאומדנא בלי גילוי דעת המתנה תקפה כיוון שנתקיימה מחשבתו של הנותן בסופו של דבר, כך גם בגילוי דעת. והוא כותב שמה שכתב שולחן ערוך שהמתנה בטלה הוא רק אם מת הבן אחרי מות הנותן, כך שהבן ירש, ולא משנה שאחר כך מת הבן, שהרי כבר ירש.

[351] גור אריה יהודה שם; שואל ומשיב שם. שואל ומשיב נוקט שהיות שזו מתנת שכיב מרע (זה המצב הנידון ברמב"ם ובשולחן ערוך שם) שנקנית באמירת השכיב מרע בלי מעשה קניין, ובשעת האמירה היא לא חלה, אינה יכולה לחול אחר כך. וצריך עיון, אם היה שטר מתנה, והשטר עדיין קיים כשמת הבן, האם המתנה תקפה מכוח השטר?
אבל שער משפט, סימן רנג, ס"ק ב, כותב שמדובר שנודע לנותן שיש לו בן, ולכן בטלה המתנה גם אם אחר כך מת הבן, אבל אם לא נודע לנותן, המתנה תקפה.

[352] ראה: בבא מציעא נא ע"א; רמב"ם הלכות מכירה, פרק יב, הלכה א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף א.

[353] על אף שמם, אין דיני האונאה עוסקים דווקא במקרים של הטעיה, אלא אף במצבים שטעותו של הצד הטועה לא נבעה מדברי הצד השני. ראה רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יב, הלכה א.

[354] למשל, נחלקו הפוסקים בשאלות כיצד לקבוע את שווי העסקה שעל פיו נמדדת הטעות; האם יש הבדל בין טעות בעסקת מיטלטלין לבין טעות בעסקת מקרקעין; האם יש הבדל בין עסקאות מכר לבין עסקאות מסוג אחר. לדיון בשאלות אלו ובשאלות נוספות, ראה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק יח; אנציקלופדיה תלמודית, ערך אונאה, כרך א, עמ' קנג־קס; א' ורהפטיג, "שער, מחירים ואונאה", כתר ד (תשס"ד), עמ' 13־280; נתיב יושר, פרקים יג־כ; ב' פורת, "דין אונאת מחיר — יסודותיו, עקרונותיו וערכיו", כתר ד, עמ' 281־500; נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 19־23; רז"נ גולדברג, "דין אונאה בזמן הזה", משפטי ארץ ג (תש"ע), עמ' 337־341; רא"ז וייס, "דין אונאה בזמן הזה", משפטי ארץ ג (תש"ע), עמ' 342־346 (שניהם בעיקר על אופן קביעת שער השוק).
ראה עוד סעיף 18, הערה 96, שאם המוכר קבע מחיר נמוך מאוד, באופן שניכר שעשה כך במודע מתוך צורך דחוף בכסף, החוזה תקף.

נעמוד על עיקרי הדברים. אך ראשית נבחן את הביסוס המשפטי לזכות לבטל חוזה עקב טעות בהערכת שווי העסקה.

(1) הבסיס המשפטי לביטול

בפשטות, טעות בהערכת שווי העסקה כמוה ככל טעות אחרת המזכה את הצד הטועה בביטול החוזה. אין המתקשר בעסקה נדרש לברר תחילה את שווי השוק של העסקה שלפניו, והוא רשאי לסמוך על כך שהצד שכנגדו יציע לו מחיר הוגן או שיעמיד אותו על הפער בין מחיר העסקה לבין שווי השוק שלה. המתקשר מניח, אפוא, שההצעה שלפניו משקפת את שווי השוק של העסקה, ועל כן הוא רשאי לבטל את החוזה כשהנחה זו מתבררת כמוטעית. לפי גישה זו, אין קשר בין האיסור להונות בדבר שווי העסקה, לבין ביטול החוזה עקב האונאה[355], אלא החוזה בטל מפני חוסר גמירת דעת או מפני שהיה תנאי מכללא שהתמורה תהיה הולמת, במקביל לשני ההסברים שראינו לעיל, פרק שלישי, ב, לגבי כל טעות[356].

גישה אחרת היא, שזכות הביטול עקב טעות בהערכת שווי העסקה היא כעין סנקציה נגד מי שהציג דרישות חריגות מן המקובל ולא יִדַע על כך את הצד השני. לפי גישה זו, ניתן לסווג את דיני האונאה כענף של דיני העושק[357]. כלומר, אין בטעות בהערכת שווי העסקה משום טעות, מבחינת דיני החוזים, אלא זכות הביטול היא תקנת חכמים מיוחדת.

בדומה לזכות הביטול מחמת טעות עובדתית וכדומה[358], גם בטעות בהערכת שווי העסקה, החוזה אינו בטל אוטומטית (void), אלא ניתן לביטול (voidable)[359].

[355] ואכן שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן פא, אות כח, כותב שקטן שמכר לגדול או קנה ממנו (והגיע לעונת הפעוטות, שבה יש תוקף למכירתו ולקנייתו), ואינה את הגדול, החוזה ניתן לביטול בגלל האונאה, אף שהקטן אינו מצווה באיסור להונות.

[356] אחיעזר מביא ראיה לדבריו מן העובדה שגם בעסקאות שדיני האונאה אינם חלים בהן, כגון בעסקאות מקרקעין, סבורים תוספות, כתובות צח ע"א, ד"ה אלמנה, בבא קמא יד ע"ב, ד"ה דבר, ובבא מציעא נז ע"א, ד"ה אמר, ורמ"א, חו"מ, סימן רכז, סעיף כט, שניתן לבטל את החוזה אם הנכס שווה פחות ממחצית מהסכום ששולם עבורו. א' ורהפטיג, "הליכות מסחר — אונאה ומקח טעות", תחומין ב (תשמ"ב), עמ' 486-487, סבור שלפי דעה זו, ביטול החוזה באונאה הוא מטעם מקח טעות, ואילו לפי הדעה שבקרקע וכדומה אין אונאה כלל, ביטול החוזה באונאה הוא דין נפרד, ואין בה זכות ביטול בגלל טעות כיוון שהטעות אינה בגוף הדבר. ראה גם א' ורהפטיג, כתר ד, עמ' 132־133, הערה 8, והערת רז"נ גולדברג, שם. אבל ראה סעיף 18, הערה 98, שיש אומרים שיש האיסור להונות גם בעסקאות שאין בהן זכות ביטול (ולא חובת השבה) עקב אונאה, כגון במקרקעין, בפועל ובקבלן. ראה גם: סמ"ע, סימן רלב, ס"ק טז, וסימן רלג, ס"ק ג, שהשווה את דיני הטעות לדיני האונאה לעניין זכות הביטול של הצדדים.

[357] ראה: ב' פורת, כתר ד, עמ' 375־428; א' ורהפטיג, כתר ד, עמ' 268; א' ורהפטיג, תחומין שם, עמ' 485־487. ראה גם: רז"נ גולדברג, כתר ד, עמ' 268, הערה 1 (שדיני האונאה מבטאים את האיסור לצער את הזולת); נתיב יושר, פרק יג, הערה א (שאונאה פירושה גרימת צערו לחברו).

ראה גם: חידושי ושיעורי מרן רבי ברוך בער, חלק ג — נזיקין ועוד, סימן ס, ד"ה הנה בדין אונאה; חידושי ר' ראובן (גרוזובסקי), חלק א, בבא מציעא, סימן כג, אות א (המעלה ספק האם החוזה בטל משום מקח טעות או כחידוש עצמאי של התורה).

[358] ראה לעיל פרק שלישי, ד(1).

[359] כך עולה ממה שנראה בסמוך, שאם הצד הטועה רוצה בקיום העסקה, היא תקפה.

דעת יחיד חולקת היא של תוספות (לעיל, ליד ציון הערה 101), שטעות ביותר משישית גוררת את ביטולו האוטומטי של החוזה, ושני הצדדים זכאים לבטל אותו. כמו כן, רשב"ם, בבא בתרא צ ע"א (ד"ה כל דבר), וחידושי הרשב"א, מנחות עז ע"א, כותבים שרבא סובר שביותר משישית, שניהם יכולים לחזור בהם.

לפי פוסקים אחדים[360], וכך פסק שולחן ערוך[361], רק מי שהטעות פעלה לרעתו יכול לבטל את החוזה, ואילו הצד השני אינו יכול לבטל אותו. טעמה של דעה זו היא, שלא ייתכן שמי שהיה אמור להרוויח מן הטעות, יוכל להיתלות בה כעילה לביטול החוזה[362], כשברור ששיקולים אחרים, ולא הטעות עצמה, הם המניעים אותו לבטל את החוזה[363].

אולם פוסקים אחרים[364] סבורים, וכמותם פסק הרמ"א[365], שאף הצד השני, שהטעות פעלה לטובתו, זכאי לבטל את העסקה. נימוקם הוא, שכל זמן שהצד הטועה יכול לבטל את החוזה, החוזה עדיין אינו מחייב[366], ומן הסתם הצד הטועה מעוניין בביטולו בגלל הפסדו הגדול[367]. אבל גם לדעתם, זכותו של הצד השני לבטל את החוזה מוגבלת: ברגע שהצד הטועה מאשר את החוזה[368], או שעוברת תקופת הזמן שלאחריה הצד הטועה אינו יכול לבטל את החוזה, כבר לא יוכל הצד השני לבטלו[369].

(2) גובה הטעות

לא כל טעות בהערכת שווי העסקה מזכה בביטול. כפי שראינו לעיל[370], רק טעות יסודית מזכה

[360] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יב, הלכה ד; ספר החינוך, מצווה שלז; ריב"ם, בתוספות, בבא מציעא נ ע"ב, ד"ה ואילו, ובבא בתרא פד ע"א, ד"ה אי לאו.
אבל הריב"ם שם כותב שאם המתאנה מבקש לקיים את החוזה, ורק תובע את ההפרש במחיר, המאנה יוכל להשיב לו: "או בטל את המקח, או מְחל על הכסף". מגיד משנה, וכסף משנה, על הרמב"ם שם, כותבים שגם הרמב"ם סובר כך. ראה גם ליד ציון הערה 85, שהדין הוא כך בכל טעות בחוזה.

[361] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף ד וסעיף י. כך פסק גם שו"ת חוות יאיר, סימן מ.

[362] נימוק זה נותן רב חסדא בבבא בתרא פד ע"א. הרשב"ם שם (ד"ה אי), שולחן ערוך, שם, סעיף י, וסמ"ע, סימן רכז, ס"ק ז, פירשו שנימוק זה מבוסס על העיקרון שלא ייתכן שיהא חוטא נשכר. לכאורה, נימוק זה אינו תקף במצב ששני הצדדים טעו באשר למחיר, שכן אז אין כאן "חוטא". אבל ר' אביאל סליי הוכיח מן המאור הגדול, בבא בתרא מא ע"ב (בדפי הרי"ף), שגם אם שני הצדדים טעו, אין המאנה יכול לחזור בו, שכן המאור אומר שהסוגיה דוחה ראיה לרב חסדא, בכך שייתכן שבאונאה אם שניהם טועים יכול המאנה לחזור בו; ומכאן שרב חסדא סבור שאינו יכול לחזור בו גם אם שניהם טעו. צריך לומר, שגם כאן שייך הנימוק שלא יהא חוטא נשכר, מפני שהמאנה נחשב חוטא בשוגג, כיוון שעמד להרוויח מן הטעות, וגם על חוטא בשוגג נאמר "שלא יהא חוטא נשכר", כפי שכתב שו"ת דעת כהן, סימן רטז (עמ' תה).

[363] מצב זה אפשרי למשל כשמחירו של הנכס נשוא העסקה עלה בשיעור ניכר, כך שהצד הטועה מרוויח מן העסקה על אף טעותו. ראה שולחן ערוך, שם, סעיף י.

[364] עליות דרבנו יונה, בבא בתרא פד ע"א (הובא ברא"ש, בבא בתרא, פרק ה, סימן יד); חידושי הר"ן, בבא בתרא פג ע"ב, ד"ה וזה הדרך (עמ' 306 במהד' סופר); טור, חו"מ, סימן רכז, סעיף ז, בדעת הרא"ש.

[365] רמ"א, חו"מ, סימן רכז, סעיף ד.

[366] סמ"ע, סימן רכז, ס"ק ח.

[367] רבנו יונה, שם.

[368] ראה לעיל פרק שלישי, ד(3), על מחילת הצד הטועה על זכותו לבטל.

[369] הרא"ש והר"ן שם, וסמ"ע, סימן רכז, ס"ק כא (והסכים עמו נתיבות המשפט, שם, חידושים, ס"ק יג), כותבים שאם מחירו של הנכס נשוא העסקה עלה, כך שהצד הטועה מרוויח ממנה על אף הטעות, רואים אותו כמי שאישר את העסקה, והצד השני אינו זכאי לבטלה.
על הדעות השונות בדבר זכותו של המאנה לחזור בו, ראה: מחנה אפרים, הלכות אונאה, סימן יב; ברכת שמואל, בבא מציעא, סימן מו; שו"ת ר' עקיבא איגר, חלק ג, סימן לג; אור שמח, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ח; פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יא, סעיף ט.

[370] לעיל, פרק רביעי. וראה שם, ליד ציון הערה 119, שנימקנו על פי זה את ההבחנה בין שישית לבין פחות משישית.

את הטועה בביטול החוזה. אף בענייננו, רק טעות הגדולה די הצורך כדי להיחשב יסודית מזכה בביטול.

מהו שיעורו של גודל הטעות? התלמוד קובע[371]: "פחות משתות [=שישית], נקנה מקח. יתר על שתות, בטל מקח. שתות, קנה ומחזיר הונאה"[372]. כלומר, יש להבחין בין שלושה מצבים: אם שילם הקונה סכום הנמוך משישית מן הסכום המקובל בשוק[373], העסקה תקפה, ואין שום אפשרות להתערב בה[374]; אם שילם הקונה סכום הגבוה בשישית מן הסכום המקובל, העסקה תקפה, אבל הקונה זכאי לתבוע את החזרת ההפרש[375]; אם שילם הקונה סכום הגבוה

[371] בבא מציעא נ ע"ב. כך פסקו: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יב, הלכות ב־ד; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיפים ב־ד.

[372] על שיעור שישית, ראה ע"צ מלמד, "התפתחות דיני האונאה במקורות המשנה והתלמוד", יבנה ג (תש"ב), עמ' 35־56; א' ורהפטיג, כתר ד, עמ' 133, הערה 10.

[373] מחיר השוק נקבע לפי המקובל באיזור העסקה ובאותה עת. כך כתבו: מישרים, נתיב ט, חלק ג (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רכז, ס"ק יב); שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן צז. שו"ת השיב משה, סימן קב, כותב שבדברים ששעריהם משתנים בכל עת, השער הקובע הוא השער שהיה מקובל בשעת המקח.
אשר למוצרים שאין להם מחיר שוק קבוע או מקובל, כגון בהמות, שיש גדולות ויש קטנות וכו', נחלקו הדעות בעניינם. יש הסוברים שאין במוצרים הללו דין אונאה. כך דעת בית יוסף, חו"מ, סימן רט, סעיף א. ראה גם: שו"ת בית יצחק, או"ח, סימן קח; פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק י, סעיף יג, הערה כה. ויש הסוברים שחלים דיני אונאה על פי המחיר המקובל לגבי המוצר הספציפי שנמכר: ב"ח, חו"מ, סימן רט, סעיף א; ש"ך, שם, ס"ק א; שו"ת שבט הלוי, חלק ה, סימן ריח.
ערוך השולחן, חו"מ, סימן רכז, סעיף ז, מבחין בין שלושה מצבים: (א) דבר שכל המוכרים מוכרים בדיוק באותו מחיר, ומוכר אחד מכר ביותר, אפילו בהפרש הנמוך משישית, הוא חייב להחזיר את ההפרש (כך כתב שם בסעיף ב); (ב) דבר שהמוכרים מוכרים בתוך טווח מחירים סביר, השיעור הוא שישית, כאמור; (ג) דבר שיש מרוויחים בו הרבה ויש מרוויחים מעט, אין בו בכלל אונאה. יש להעיר, שערוך השולחן, חו"מ, סימן רט, סעיף א, מביא את הש"ך שם, אבל נוקט "שלא היה ידוע להן השער"; הוא היה מוכרח לכתוב כך, שהרי דברי הש"ך כפשוטם אינם מתיישבים עם מה שכתב בסימן רכז, שדבר שמחירו משתנה הרבה, אין בו אונאה. אבל פרשנותו לש"ך קשה, שהרי הש"ך מצטט מהב"ח, שדיבר במצב שהשער אינו ידוע כלל. על דבר שאין שערו ידוע, ראה פסקי דין ירושלים, כרך ז, עמ' שסד־שסה.

[374] הרמב"ן בפירושו לתורה, ויקרא כה, יד, מסביר ששיעור זה נקבע משום שחכמים שיערו ש"אין דרך בני אדם לבטל ממכרם מפני אונאה מועטת כזו". רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יב, הלכה ג, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף ג, נימקו, שדרך אנשים למחול על שיעור זה.
סמ"ע, סימן רכז, ס"ק יד, ונתיבות המשפט, סימן רכז, ס"ק ב (לפי הנוסח המתוקן שבמהד' מכון ירושלים), כותבים שבפחות משישית, גם אם הקונה עדיין לא שילם, האונאה מחולה, אף שאם עבר הזמן "כדי שיראה לתגר", אין מניחים שמחל אם עדיין לא שילם (ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בעניין מחילה מכללא אם יש מיגו), מפני שבטלה דעתו אצל רוב העולם. מחנה אפרים, הלכות מכירה, דיני אונאה, סימן יג, כותב שלפי הרא"ש, בבא מציעא, פרק ד, סימן כ, שהטעם שבפחות משישית אין אונאה הוא שאי אפשר לצמצם ודרך למחול, הרי טעם זה קיים גם אם טרם שילם; אבל לפי רמב"ם, הלכות גנבה, פרק ז, הלכה ה, שהטעם הוא שרוב בני אדם מוחלים על פחות משישית, הרי אם עדיין לא שילם, יכול לטעון "אני מהמיעוט שאינו מוחל", ומאחר שהוא מוחזק, אי אפשר להוציא ממנו. אבל בית ישחק, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג, כותב שמה שנקט רמב"ם לשון "רוב" בהלכות גנבה, הוא משום ששם מדובר במטבע חסרה, שמותר לכתחילה להחזיק בה, אבל בפחות משישית, דרך הכול למחול, כלשון רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יב, הלכה ג. ראה בעניין זה: אבני החושן, סימן רכז, ס"ק ז; שו"ת אמרי בינה, סימן ד.

[375] אמנם לדעת רבנו תם, בתוספות, בבא מציעא נ ע"ב (ד"ה אמר רבא), במקרה זה הקונה יכול לבחור בין ביטול העסקה לבין השבת ההפרש, אבל דבריו לא התקבלו להלכה.
פני יהושע, בבא מציעא נו ע"א, ד"ה אלו (הובא במנחת חינוך, מצווה שלז, אות א, ובחידושי ר' ראובן,

ביותר משישית מן המקובל, העסקה בטלה. התלמוד מחשב את השישית מתוך הסכום ששולם למעשה, ולפיכך שיעור האונאה הוא למעשה עשרים אחוזים (חמישית) מן המחיר המקובל[376]. וכפי שכבר אמרנו, הדברים אמורים אף בעניין קונה שהונה את המוכר. נמצאנו למדים, שטעות בהערכת שווי העסקה היא עילה לביטול החוזה, אם הטעות היא מעל עשרים אחוזים משוויה האמתי של העסקה.

(3) הגבלה על משך הזמן של זכות הביטול

הקונה יכול לחזור בו עקב הטעות רק במשך הזמן שהיה יכול לברר את טעותו אצל מי שמתמצא במחירים: "כדי שיראה לתגר או לקרובו". אבל אם עבר די זמן שהיה יכול לברר אצל המומחה מה המחיר הנכון של החפץ, ולא עשה כן, כבר אינו יכול לתבוע את האונאה[377], מפני שהעובדה שהיה יכול לברר זאת, והתעצל ולא בירר, מוכיחה שמחל על כך במחשבתו[378]. יש להניח שמחל, משום שמן הסתם אינו רוצה להיראות כאדם החוזר בו ממעשיו[379].

לעיל, הערה 357), כותב שחובת השבת ההפרש אינה מחמת הטעות, שהרי אילו היה כן, היה המכר בטל; אלא מאחר שהמאנה עבר בלאו של "ולא תונו איש את עמיתו" (ויקרא כה, יז), חלה עליו מצוות השבת גזֵלה. רשב"ם, בבא בתרא פד ע"ב (ד"ה מכר לו), כותב: "גבי הונאה שתות, שקנה מה שרוצה לקנות, וליכא שום טעות אלא מכירת יוקר, התם מחזיר אונאה, משום דכתיב 'אל תונו', אבל המקח קיים". מדבריהם עולה שהחוזה תקף, ואינו נחשב חוזה בטעות. לדעת ר' חיים הלוי (לעיל, הערה 221), אין זה בגדר טעות, וחובת ההשבה היא גזרת הכתוב.

[376] בבא מציעא מט ע"ב. על האפשרויות השונות לחישוב שיעור זה והקושי בהן, ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יב, הלכה ב; מגיד משנה, שם; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף ב; סמ"ע, שם, ס"ק ג; ט"ז, שם.

[377] בבא מציעא מט ע"ב; רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יב, הלכה ה; שולחן ערוך, שם, סעיף ז.

[378] רש"י, בבא מציעא שם (ד"ה עד); שו"ת רגמ"ה, סימן עב; רא"ש, בבא מציעא, פרק ד, סימן טו (הובא בשו"ת רביד הזהב, סימן לו, אות ו); תשב"ץ, חלק א, סימן פד (עמ' קצג); שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן מה (ד"ה ועדיין); שו"ת מהר"ש ענגל, חלק ו, סימן צט; קצות החושן, סימן רכז, ס"ק ג; החכם האלמוני המובא בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שפה.

אבל ספר החינוך, מצווה שלז, נימק: "כדי שיתקיימו ענייני המקח והממכר בין בני אדם". כמו כן, דרכי חושן, חלק א, עמ' קנא, כותב שהטעם אינו מדין מחילה, שהרי אין תוקף למחילה על חפץ בעין (יש להשיב על כך, שזו מחילה על חיוב המוכר להחזיר לו את העודף), ואין לקונה כוונה לקנות, ולא עשה מעשה קניין; אבל הוא לא הסביר מה הטעם.

שו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן י (יד ע"א), כותב שאם הייתה טעות בכמות הממכר, גם אם עבר זמן רב וגם אם נודע לו, אין להניח שמחל, מפני שדווקא באונאה שאינה תביעה ברורה, וגם דרך בני אדם למחול עליה בגלל חן המקח, מניחים שמחל (ראה בשמו בסעיף 20, בעניין פגם במקח, כשנודע לקונה), מה שאין כן כאן, שזו תביעה ברורה, ואין דרך למחול, כיוון שהוא תובע מהמוכר להשלים לו את הכמות.

ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בעניין מחילה מכללא אם יש מיגו, שיש אומרים שאם הקונה עוד לא שילם, יכול לחזור בו גם אחרי שיעור זה, מפני שיש לו מיגו, שהיה יכול לטעון "כבר שילמתי לך"; ויש אומרים שאין מועיל מיגו נגד האומדנא שמחל; ויש אומרים שעצם העובדה שיש לו מיגו מבטלת את האומדנא שמחל, כיוון שהוא יכול לטעון שהסיבה ששתק היא שידע שיהיה נאמן מכוח המיגו, ולא משום שמחל.

על זכות החזרה עד "כדי שיראה לתגר", ראה פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יא, סעיפים יג־יז. לעניין זמן החזרה באונאה במטבעות, ראה שם, סעיף כא.

על קונה שידע מראש שהמחיר מופקע ובכל זאת קנה, ראה רמ"א, חו"מ, סימן רכז, סעיף ז. על מצב דומה כותב שו"ת עטרת חכמים, יו"ד, סימן יד, שהמוכר חמץ לגוי לפני הפסח בזול, לא שייך בו ביטול מקח ואונאה, מפני שעושים כך מראש על דעת כן. גם חוק יעקב, סימן תמח, ס"ק טז, כותב שהמכר מועיל גם אם הגוי משלם רק סכום מועט, ואין זכות ביטול מקח בגלל זה.

אם הציע הקונה הסבר לכך ששהה, שאינו משום שמחל, לא איבד את זכותו. מעשה בראובן שהיה משרתו של לוי כמה שנים, וכחלק משכרו היה לוקח בגדים מחנותו של לוי; ואחרי כמה שנים, פיטר אותו לוי, ותבע מראובן את ערך הבגדים, שהיה מעבר למה שהגיע לו בשכרו; וראובן השיב שסכום התביעה מחושב לפי מחיר מופקע (יותר משישות) של הבגדים, ואמנם עבר זמן רב מאז המכר, אבל הסיבה שלא התלונן עד עכשיו אינה משום שמחל אלא משום שלא הקפיד, כיוון שלא שילם על הבגדים בלאו הכי, ורק עכשו שלוי דרש ממנו תשלום, דורש ראובן שהתשלום יחושב לפי המחיר האמיתי. נפסק שאין כאן מחילה, מהטעם האמור[380].

כל זאת בקונה. אבל מוכר שהתאנה יכול לחזור בו בלי הגבלת זמן, מפני שאין לו דרך לברר את המחיר האמתי, כיוון שהחפץ אינו בידו[381]. עם זאת, גם במוכר, אם הממכר הוא מסוג שיש לו מחיר אחיד ואין מחירו משתנה לפי הפריט המסוים, זמנו מוגבל עד שיעור הזמן שיוכל לברר את מחיר השוק[382].

ה. פשרה בטעות

לדעת פרידמן[383], "בפשרה יש משום 'קניית סיכון' או 'קניית דין'", ועל כן, "אם הסתבר לאחד הצדדים, לאחר מעשה, כי הפשרה לא הייתה מוצלחת מבחינתו, שכן הסיכון התממש בדרך שונה מזו שהעריך, אין מקום לטענת הטעות", אלא אם כן הטעות לא נכללה במסגרת הסיכון שנטלו הצדדים על עצמם בהסכם הפשרה[384].

לפי המשפט העברי, אם בעל דין התפשר עם הצד שכנגדו, ויותר על זכות בגלל טעות עובדתית, ולא בגלל טענה עובדתית שנויה במחלוקת, הסכם הפשרה כמוהו ככל הסכם אחר, וניתן לבטלו[385]. הוא הדין אם לפי שורת הדין צד להסכם הפשרה היה זכאי למלוא זכויותיו, אך התפשר משום שלא ידע את הדין[386].

[379] שו"ת צמח צדק (שניאורסון), חו"מ, סימן מג (נא ע"ב).

[380] שו"ת חוות יאיר, סימן קפז (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן רכז, ס"ק ב).
אבל אין הקונה נאמן לטעון "נאנסתי ולא יכולתי להראות לתגר או לקרובי" — כך כתבו: שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן יט; שו"ת משכנות יעקב, חו"מ, סימן נט, במהד' תש"ך = סימן מח, במהד' וילנא.

[381] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יב, הלכה ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף ח.
אבל בקרקע (לפי הדעה, לעיל, הערה 356, שיש אונאה בקרקע במחיר הכפול משווייה), גם זכות המוכר לבטל קיימת רק אם לא עבר די זמן שיוכל לברר את מחיר השוק, מכיוון שהקרקע גלויה ומומחה יכול לקבוע את מחירה. כך כתבו: שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן צג, ד"ה ובמה שטען (הובא בשו"ת משאת משה, חלק א, חו"מ, סימן נד, דף קמב ע"ד); ש"ך, חו"מ, סימן רכז, ס"ק ה, כמוסבר בפסקי דין ירושלים, כרך ז, עמ' שסה ועמ' שע.

[382] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יב, הלכה ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף ח.

[383] פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 736-741.

[384] אם הסכם הפשרה הושג על ידי מרמה, זכאי הצד הנפגע לבטלו, כגון בפשרה שהושגה בעקבות הגשת תביעה משפטית או איום בהגשת תביעה משפטית, בעוד שהצד המאיים יודע שאין לו זכות על פי דין כנגד הצד השני. ראה פרידמן, שם, עמ' 738. על פשרה עקב כפייה, ראה סעיף 17, נספח ראשון.

[385] שו"ת הרי"ף, סימן קד; ספר העיטור, פשרה (עה ע"ב במהד' רמ"י); שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קט וסימן רעח; שו"ת מהרי"ק, שורש קיא; שו"ת הרשב"ש, סימן תקה (על אישה שמחלה לצד שכנגדה במסגרת פשרה מפני שחשבה שהודאתה תקפה, והתברר שאין הודאתה תקפה); סמ"ע, סימן כה, ס"ק ל; שו"ת מהריט"ץ, סימן רח (על מי ששילם לצד שכנגדו במסגרת פשרה בתמורה לכך שמחל לו על חובו, והתברר שאין למחילה תוקף); שו"ת משאת משה, חלק א, חו"מ, סימן סב (קסג ע"ב).

אלא שפוסקים רבים סבורים[387] שהדברים אמורים רק אם בעל סמכות הלכתית הטעה את הצד ואמר לו שאין הדין עמו, ועל סמך אמירה זו הסכים להתפשר, והתברר שאותו בעל סמכות הלכתית טעה. לעומת זאת, אם הצד טעה מעצמו לחשוב שאין הדין עמו, ולכן התפשר, הפשרה תקפה גם אם התברר שבאמת הדין היה עמו. אפשר לנמק זאת בכך, שבמצב זה אין לקבל את טענתו שאילו ידע שהדין נוטה לטובתו, לא היה מתפשר, שכן, כאמור, זהו טבעו של כל הסכם פשרה: נטילת הסיכון שהתדיינות לפי שורת הדין הייתה משיגה תוצאות טובות יותר, ומניעת הסיכון שהתדיינות כזאת תביא לתוצאות טובות פחות. כלשונו של מהרשד"ם[388]: "אם כן, בטלת כל פשרה, שכולה לכאורה נעשית בטעות". רק אם בעל סמכות הלכתית טעה והטעה אותו, הוא זכאי לבטל את הפשרה, מפני שזהו סיכון לא צפוי, שהפוסק יטעה.

נחלת שבעה, סימן כד, אות ב, השני (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן רמא, ס"ק ג, ובערך ש"י, חו"מ, סימן רכז, סעיף ג), כותב שאם שני הצדדים לא ידעו את האמת, אין הצד הנפגע יכול לבטל את הפשרה, ורק אם הצד השני ידע את האמת, יכול הנפגע לבטל את הפשרה. אבל שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן רסא, פוסק שבין כך ובין כך הוא יכול לבטל אותה.

מקורות אלו עסקו בפשרה שעשו בעלי הדין ביניהם לבין עצמם, אבל נראה שכך הדין גם אם שני הצדדים מסמיכים את בית הדין לפסוק על דרך פשרה.

רמ"א, חו"מ, סימן כה, סעיף ה, נוקט שפשרה בטעות בטלה רק אם הצד הטועה גילה את דעתו מראש שהוא עושה את הפשרה בגלל הנחה מסוימת, שהתבררה כמוטעית.

עוד יש לציין, שהפוסקים כתבו שפשרה שנעשתה בלי מעשה קניין אינה תקפה, מפני שהמתפשר יכול לטעון שטעה ולא ידע שהדיינים יקבעו שהפסיד כל כך: תוספות, סנהדרין ו ע"א (ד"ה צריכה) (הובא בשו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן צח, ובשו"ת יביע אומר, חלק ו, חו"מ, סימן ה = פד"ר, כרך ו, עמ' 99); רא"ש, בבא מציעא, פרק ט, סימן מג, ותוספות הרא"ש, בבא מציעא קיב ע"א; נימוקי יוסף, בבא מציעא סח ע"ב (בדפי הרי"ף); בית הבחירה, סנהדרין ו ע"א (ד"ה פשרה).

[386] תשובות גאוני מזרח ומערב, סימן קסג וסימן קצה; רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ו, הלכה ה (הובא בתשב"ץ, חלק ב, סימן רכד, בשו"ת זקן אהרן, הלוי, סימן קנה, ובשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שצד); חידושי הריטב"א, בבא בתרא מא ע"א; טור, חו"מ, סימן כה, סעיף ז (הובא בשו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן יז, השני, דף לח ע"ב); שולחן ערוך, חו"מ, סימן כה, סעיף ה; שו"ת אבקת רוכל, סימן קמב; שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן יד.

שו"ת משפטים ישרים, חלק א, סימן קמה, כותב שאם ידע מראש שיש מחלוקת בין הדיינים האם הדין עמו, אף אם אחר כך הכריעו לטובתו, אין זה נחשב טעות שיכול לבטל מחמתה את הפשרה, ורק אם התברר לו דבר שלא ידע קודם כלל, זה נחשב טעות.

[387] תשב"ץ, חלק ב, סימן ב וסימן סב (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ג, סימן רכב, בשו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן קמה, בתחילתו, ובישועות ישראל, סימן כה, עין משפט, ס"ק א); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קטז (ד"ה ואני החתום); משכנות יעקב, סימן י.

אבל תשב"ץ, חלק ב, סימן רכח, ושו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן רסא (ד"ה וצ"ל), כותבים שהדין כך בין אם המתפשר טעה משום ששאל פוסק ואותו פוסק טעה והטעה את המתפשר, ובין אם המתפשר סבר מעצמו שכך הדין. וצריך עיון, שהרי התשב"ץ ומהרש"ם סותרים את עצמם.

ראה גם חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילה בטעות, שיש דעה שאם טעה מעצמו, המחילה תקפה, ואם הוטעה, אין המחילה תקפה.

שער משפט, סימן יב, ס"ק ב, כותב במסקנתו שהמתפשר אינו יכול לבטל את הפשרה בטענה שלא ידע שהדין עמו, מפני שדרכו של אדם להתפשר כדי להימנע מריבים גם אם הוא יודע שהדין עמו; וזאת בין אם התפשרו הצדדים בינם לבין עצמם, ובין אם דיינים עשו את הפשרה.

[388] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קטז.

על פשרה בטעות, ראה גם: שו"ת יד יוסף (דייטש), סימן קטו; חוק לישראל, מתנה, שם.

פרק תשיעי

טעות במניע

עד כה עסקנו בטעות שטעה צד לחוזה בעובדה או בדין הקשורים לחוזה עצמו, היינו שלא הבין כראוי את התחייבויות הצדדים. כעת נעסוק במצב שצד לחוזה טעה בעובדה או בדין הקשורים למניע שלו להתקשר לחוזה, שאילו ידע את העובדות ואת הדין לאשורן, לא היה מתקשר. דוגמה לכך היא מי שנתן את נכסיו לאחר במתנה משום שחשב שמת בנו ואין מי שיירש אותו, ולאחר מכן התברר שהבן חי[389]. המניע לחוזה היה המחשבה שהבן מת, וזו הייתה מחשבה מוטעית.

שיטות משפט אחדות[390] מבחינות בין טעות בנשוא החוזה לבין טעות במניע להתקשרות בחוזה: רק טעות בנשוא החוזה היא עילה לביטול החוזה, ולא טעות במניע להתקשרות. טעמה של גישה זו הוא, שטעות במניע אינה נוגעת ישירות להתחייבויות שנטלו עליהם הצדדים בחוזה, אלא קשורה לשיקולים שהביאו את הצדדים להתקשר זה עם זה, ועל כן אין לבטל את החוזה בגינה[391].

לעומת זאת, לפי המשפט הישראלי, צד שטועה טעות במניע, שאינה טעות בכדאיות העסקה, זכאי לבטל את החוזה. כך עולה מן העובדה שהחוק לא הוציא את הטעות במניע מכלל הטעויות המזכות בביטול[392]. גם דברי ההסבר להצעת חוק החוזים תומכים בגישה זו[393].

גם לפי המשפט העברי, הטועה טעות במניע זכאי לבטל את החוזה. אלא שבשונה מטעות הקשורה בחוזה עצמו, שבה אפשר לבחון את יסודיות הטעות במבחנים אובייקטיביים, האם הצד לחוזה היה מתקשר בו אילו ידע את האמת[394], הרי בטעות במניע, הדברים יותר מורכבים. הרי לאנשים שונים עשויים להיות מניעים שונים לעסקה, וגם אם מתברר שמניע מסוים מוטעה, הרי ייתכן שיש מניע אחר, ולכן קשה לדעת האם אמנם הצד הטועה לא היה מתקשר בחוזה אילו ידע את האמת. על כן ביטול החוזה עקב טעות במניע אפשרי רק אם מראש נחשף המניע

[389] ראה להלן, ליד ציון הערה 398.

[390] כך הוא במשפט האנגלי, ובהסתייגות מסוימת גם במשפט הגרמני. ראה שלו, דיני חוזים, עמ' 300, ובהערות 79־80, שם.

[391] לפי גישה זו, טעות במניע דומה לטעות בכדאיות העסקה, שאינה מזכה בביטול, והנימוק כאן כמו הנימוק שם: כדי לשמור על ודאות העסקאות, יש לצמצם את זכות הביטול ככל האפשר. ראה לעיל, פרק שמיני.

[392] ראה: ג' טדסקי, "סיכול החוזה", מסות במשפט, ירושלים תשל"ח, עמ' 106, 142; פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 714־715; שלו, דיני חוזים, עמ' 300.

כמו כן, מ"א ראבילו, בספרו חוק המתנה, מהדורה שנייה, עמ' 42־43, כותב שנותן מתנה זכאי לבטל אותה אם טעה במניע למתנה, כגון אם טעה בזהותו של המקבל, כגון שחשב בטעות שראובן עשה לו טובה, ולכן נתן מתנה לראובן, אך באמת שמעון עשה לו את הטובה; וכן אם טעה לגבי מעמדו האישי של המקבל או לגבי תכונות מסוימות של המקבל, והמתנה ניתנה במיוחד בהתחשב בתכונות אלו, או שנתן מתנה לראובן לרגל נישואיו, ובאמת לא התחתן בכלל.

[393] בדברי ההסבר להצעת חוק החוזים (חלק כללי), התש"ל־1970 (ה"ח תש"ל 126), נאמר שסעיף 14 "מבטל את האבחנות הקלסיות... בין טעות בעובדה וטעות במניע".

[394] ראה לעיל, פרק רביעי, ב.

על ידי גילוי דעתו של אותו צד[395], או שיש אומדן דעת ברור שזה היה המניע שלו לכריתת החוזה[396]. להלן כמה דוגמאות לדבר:

(א) התלמוד[397] דן באנשים שמכרו את בתיהם בזמן רעב במטרה לממן רכישת מזון שמחירו האמיר מאוד, ולא ידעו שבזמן המכירה כבר הגיעה קרוב לעירם אספקה של מזון ושאין צורך לשלם כסף רב לקנייתו. התלמוד קובע שהמוכרים זכאים לבטל את העסקה בטענה של מקח טעות, "זביני בטעות הוו", משום שהמניע למכירת הבתים, השגת מימון לרכישת מזון, שהיה ברור לכול, התבסס על הנחה מוטעית.

(ב) התלמוד[398] דן באדם ששמע שבנו, שהיה בחו"ל, מת, ובעקבות כך כתב שטר מתנה על כל נכסיו לאחֵר; ולאחר מכן התברר שהבן חי וקיים. נפסק[399] שהמתנה בטלה, משום שברור לכול שחוזה המתנה נכרת מתוך הנחה מוטעית של האב ביחס לנסיבות שהיו בעת כריתת החוזה, שהניעה אותו לנתינת המתנה, שכן לא היה משאיר את בנו בלי שום נכסים. ואכן, אם נתן רק חלק מנכסיו לאחֵר, המתנה תקפה גם אם אחר כך התברר שבנו בחיים, מפני שלא ברור אם המחשבה המוטעית שבנו מת הייתה המניע שלו לנתינת המתנה, שהרי ייתכן שהיה נותן אותה גם אילו ידע שבנו בחיים, כיוון שהותיר חלק מנכסיו לצורך בנו[400].

(ג) ר' רפאל ביבאס[401] פסק שאדם שרכש סחורה כדי למָכרה במקום אחר, והתברר שזמן מועט לפני כן נחקק חוק האוסר את ייצוא הסחורה למקום שכל הסוחרים היו רגילים לייצא אותה לשם, זכאי לבטל את העסקה בגלל הטעות במניע שהביא להתקשרות.

על טעות עתידית במניע, ראה לעיל, פרק שמיני, ג[402].

[395] כך הוא בנידונו של רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה ח, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן רז, סעיף ג, שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 344.

[396] רמ"א, חו"מ, סימן רז, סעיף ד.

[397] כתובות צז ע"א.

[398] בבא בתרא דף קלב ע"א ודף קמו ע"ב.

[399] בבא בתרא קלב ע"א; רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמו, סעיפים א־ב. ראה עוד: ר"נ גורטלר, "אומד דעת לביטול מקח או התחייבות", שורת הדין ג (תשנ"ה), עמ' רמו־רסה. חידושי ר' עקיבא איגר, על שולחן ערוך שם (הובא ביריעות החושן, סימן רנג, ס"ק ו), מעלה אפשרות שמדובר שבשעה ששמע שמת בנו, נתן את המתנה, מתוך אותה שמועה, ואז יש להניח שהסיבה למתנה הייתה שחשב שבנו מת; אבל אם נתן את המתנה רק אחרי זמן, אין מניחים כך. אבל שו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן מו, כותב במסקנתו שדין זה נוהג גם במי שלא שמע שמת בנו ואז נתן, אלא שמעולם לא היו לו בנים ולא ידע שנולד לו, או שלא ידע שאשתו מעוברת, וגם אז המתנה בטלה.

על מצב שהבן מת אחר כך, ראה לעיל, ליד ציון הערה 349.

[400] רמב"ם ושולחן ערוך, שם.

[401] כרם חמר, חלק א, חו"מ, סימן יד (הובא בפעמוני זהב, סימן רלב, סעיף ה). דבר דומה כתב שו"ת איגרות משה, אהע"ז, חלק א, סימן קיא (ד"ה ובדבר מי), שהובא לעיל, ליד ציון הערה 243.

בשני המקרים שבתלמוד מדובר בטעות משותפת ביחס לנסיבות, וגם פסקו של כרם חמר עוסק במקרה שהן המוכר והן הקונה לא ידעו על שינוי החוק.

[402] יצוין שר"י דז'ימטרובסקי (לעיל, הערה 304), בעמ' לד, כותב שאם טעה טעות בגוף הדבר, גם אם זו טעות עתידית, החוזה בטל בגלל טעות, ואילו בטעות במניע, החוזה בטל בגלל תנאי מכללא. אבל הוא כותב שמי שמכר מפני שהיה זקוק לכסף, ולאחר מכן עקב התפתחות עתידית כבר אינו זקוק לכסף, זה בגדר טעות בגוף הדבר, שהרי מכר כדי לקבל כסף, ואם כן, הכסף הוא עיקר המכר, והתברר שהכסף אינו ראוי לו, כמו מי שקנה שור והתברר שאינו מתאים לצרכיו, שזו טעות בעיקר המכר.

פרק עשירי

סיכום

חוזה שנכרת מתוך טעות ניתן לביטול על ידי הצד הטועה, וזאת אף אם החוזה כבר קוים, אבל החוזה אינו בטל מאליו. אם גילה הטועה את דעתו שהוא רוצה לבטל את החוזה עקב הטעות, החוזה בטל מעיקרו. אבל אם מדבריו או מהתנהגותו עולה שהוא מעוניין בקיום החוזה (כגון קונה שמצא פגם בממכר, ובכל זאת השתמש בו או לקח אותו למקום רחוק כדי לְמָכרו שם), החוזה תקף למפרע; ואינו יכול לחזור ולבטלו אחר כך.

אם הצד הטועה בחר שלא לבטל את החוזה, אין הצד השני יכול לבטלו. אבל לדעת פוסקים אחדים, יכול הצד השני לבטלו כל זמן שהצד הטועה לא הביע את דעתו.

אם הצד הטועה בחר שלא לבטל את החוזה, אינו זכאי לדרוש מן הצד השני לפצותו על הטעות, כגון שישלם לו את ערך הפחת בקניית נכס פגום. אם הוא דרש זאת, המוכר יכול להשיב לו: או בטל את החוזה, או קַיים אותו בלי קבלת פיצוי.

לפי רוב הפוסקים, קונה שמצא פגם בממכר יכול לבטל את החוזה אף אם יכול היה לגלות את הפגם מראש אילו בדק את הממכר.

הצדדים יכולים למחול מראש על זכותם לבטל את החוזה עקב טעות, ובלבד שהמחילה תהיה מפורטת ("אני מוחל על זכות הביטול, גם אם יתברר שטעיתי בפרט פלוני ואלמוני", או "גם אם יתברר שטעיתי טעות הגורמת לי נזק עד סכום פלוני"), ולא מחילה כללית בלבד.

אם נפלה טעות חמורה, באופן שנשוא החוזה הוא נכס אחר לגמרי ממה שהוסכם עליו (כגון יין לעומת חומץ), או שהיה שינוי מהותי וקיצוני בתכונות נשוא החוזה (כגון חיטים לבנות לעומת אדומות), החוזה בטל מעיקרו. אך בחוזה לאספקת מוצר על פי מפרט (בלי שהצביעו הצדדים על חפץ מסוים), אם קיבל המזמין מוצר אחר, אין לו עילה לביטול החוזה, אם הסַפָּק מעוניין לספק את המוצר שהוזמן תוך עמידה בתנאי החוזה.

זכות הביטול ניתנת לצד הטועה רק אם הטעות היא "יסודית", כלומר שאילו ידע את העובדות ואת הדין לאשורם, לא היה מתקשר בחוזה. המבחן ליסודיות הטעות הוא מבחן אובייקטיבי: האם סביר להניח שלולא הטעות לא היה הצד הטועה מתקשר בחוזה. אין מתחשבים לעניין זה בדעתו הסובייקטיבית של הצד הטועה, שמסיבות שהן ייחודיות עבורו, היה נמנע מתקשרות בחוזה אילו ידע את האמת.

מנהג יכול לקבוע את יסודיות הטעות. לדוגמה, אם יש מנהג במקום מסוים שפגם מסוים בממכר הוא עילה לביטול מכר, פגם כזה נחשב טעות יסודית. כמו כן, פגם שדרך רוב בני אדם להקפיד עליו נחשב טעות יסודית.

אם ידע הצד השני שהטעות היא משמעותית מאוד לגבי הצד הטועה, זו נחשבת טעות יסודית, מפני שמבחינה סובייקטיבית הצד הטועה לא היה מתקשר בחוזה אילו ידע את האמת, אף שמבחינה אובייקטיבית, הטעות אינה כל כך חמורה.

לפי החוק, אם הצד השני לא ידע על הטעות, אין לצד הטועה זכות לבטל את החוזה, אלא אם בית המשפט ראה מן הנכון לבטלו. לעומת זאת, המשפט העברי אינו מבחין בין טעות שהייתה ידועה לצד השני לבין טעות שלא הייתה ידועה לו, וקובע שבשני המצבים, יש לצד הטועה זכות לבטל את החוזה.

לפי המשפט העברי, גם אם הייתה טעות משותפת, דהיינו ששני הצדדים לעסקה היו שותפים לה, זכאי הצד הנפגע לבטל את החוזה.

אם הצד השני לא ידע שהצד הטועה לא היה מתקשר בחוזה אילו ידע את האמת, אין לצד הטועה זכות לבטל את החוזה. מצב זה יכול להיווצר בסוג חוזה שיכולות להיות לצד המתקשר מטרות שונות בהתקשרותו, כך שעובדה מסוימת רלוונטית למטרה זו ולא למטרה אחרת, וייתכן שהצד השני חשב שהלה היה מתקשר גם אילו ידע את העובדה הזאת.

אם חלה טעות הדדית, דהיינו שכל צד הבין את החוזה בדרך אחרת, לפי החוק, החוזה בטל מאליו. לעומת זאת, לפי המשפט העברי, במצב זה, החוזה תקף, ומפרשים אותו על פי מבחן אובייקטיבי, כלומר, איך צופה מן הצד היה מבין את התחייבויות הצדדים.

אין לצד הטועה זכות לבטל את החוזה אם ניתן לקיימו בתיקון הטעות, ולו גם בשינויים. לפי המשפט העברי, הדבר אמור גם אחרי שהודיע הצד הטועה על רצונו בביטול החוזה. אבל אם התיקון דורש שינוי מהותי בנשוא החוזה, בגדר "פנים חדשות בו לכאן", אין לצד השני זכות לתקנו, אלא הצד הטועה זכאי לבטל את החוזה.

הדברים אמורים לגבי נשוא חוזה מסוים, כגון חוזה מכר של חפץ מסוים, משום שהקונה מעוניין בחפץ המסוים כשהוא נקי מפגמים, ואין מועיל לתקנו אם דרוש לכך תיקון מהותי. לעומת זאת, בחוזה לאספקת מוצר מדגם מסוים או על פי מפרט, אין למזמין זכות לבטל את החוזה בטענת טעות, גם אם היה פגם מהותי במוצר שסופק, מאחר שיש לראות זאת כחוזה שטרם בוצע; ואם אין מניעה מבחינת יתר תנאי החוזה, כגון שלא עבר פרק הזמן שנקבע בחוזה לאספקת המוצר, יכול המוכר לעמוד על ביצועו באספקת מוצר חילופי במקום המוצר הפגום.

פרק הזמן שבו ניתנת אפשרות לצד השני לתקן את הפגם נקבע בהתאם לדחיפות הצורך של הצד הטועה להשתמש בנשוא החוזה.

גם בחוזה שביצועו קשור בנכס מסוים, וטעה צד אחד ביחס לנתונים כמותיים של הנכס, זכאי הצד השני לתקנו על פי הנתונים הכמותיים שהסכימו עליהם הצדדים. אבל אם לא ניתן לתקן את החוזה לפי הנתונים שהוסכמו בו, זכאי הצד הטועה לבטל את החוזה, ואין לצד השני זכות לתקנו על ידי שינוי המחיר.

כמו טעות בעובדה, כן גם טעות הנובעת מאי ידיעת הדין נחשבת טעות המזכה בביטול. גם אי ידיעת החוק האזרחי הנוהג נחשבת לפי המשפט העברי כעילה לביטול חוזה, אם הצד הטועה לא היה מתקשר בחוזה אילו ידע את הדין.

אבל אם היה רק פסול טכני ביצירת החוזה, שצד אחד טעה ולא ידע עליו, ואילו ידע היה עושה את החוזה בדרך המועילה, בעוד שהייתה גמירת דעת לביצועה, וביצעו את החוזה, אין לצד הטועה זכות לבטל אותה.

נחלקו פוסקים בשאלה, האם מתקבלת טענתו של צד לחוזה שהוא זכאי לבטל את החוזה מפני שטעה בדין מסוים, או שמא יש להניח שאדם מברר את הדין הרלוונטי לפני שהוא מתקשר בחוזה? לכל הדעות, אם טעותו של המתקשר ניכרת בעליל, יוכל לבטל את החוזה. מצד שני, לכל הדעות, אין לקבל טענה של טעות שאינה מסתברת.

ס"ק (ד) קובע שטעות בכדאיות העסקה אינה עילה לביטול החוזה. פירושים אחדים ניתנו למושג זה. לדעת פרידמן, טעות בכדאיות העסקה היא טעות ביחס לסיכון שנטל על עצמו צד לחוזה או שראוי לייחס לו על פי הנסיבות. בעניין זה, עמדת המשפט העברי היא, שניתן

לבטל חוזה גם אם חלה טעות ביחס לעובדות שלא ניתן היה לבררן בשעת כריתת החוזה, אף שלכאורה טעות זו היא במסגרת הסיכון שכל צד נוטל על עצמו. אלא שנחלקו הדעות בשאלה, האם הדברים אמורים גם ביחס לפגם שכיח?

טדסקי סבור, שטעות בכדאיות העסקה היא טעות של צד בחיזוי העתיד, דהיינו התבדות אמונה או ציפייה שהייתה ביסוד הסכמתו לעסקה. לפי המשפט העברי, טעות בהערכת הצפוי לקרות יכולה לשמש כעילה לביטול חוזה, אבל זאת רק בשני תנאים מצטברים: (א) הצד הטועה לא היה מתקשר בחוזה בגלל הסיכון העתידי שתחזיותיו יתבדו; (ב) המצב הוא שאין צורך להתחשב בדעתו של הצד השני, כגון בחוזה מתנה, או שביטול החוזה לא יפגע בצד השני. אולם אם הצד הטועה גילה את דעתו לפני כריתת החוזה באשר לציפיות שלו, והציפיות לא התגשמו, הוא זכאי לבטל את החוזה גם בלי שהתקיימו התנאים הללו.

בפסיקה נתקבלה הגישה שכל טעות בהערכת שווי העסקה היא טעות בכדאיות העסקה שאינה מאפשרת לבטל את החוזה. בעניין זה, גישת המשפט העברי היא, שאם הטעות בהערכה היא מעל 20% משווי העסקה, זכאי הצד הטועה לבטל את החוזה.

לדעת פרידמן, צד לפשרה אינו יכול לבטל אותה בטענה שטעה, מפני שבמהותה של פשרה יש נטילת סיכון. לעומת זאת, לפי המשפט העברי, אם צד התפשר עם הצד שכנגדו וויתר על זכות בגלל טעות עובדתית, הוא זכאי לבטל את הפשרה. אם הוא טוען שטעה טעות בדין, שאילו ידע שהדין נוטה לטובתו, לא היה מתפשר, טענתו מתקבלת רק אם בעל סמכות הלכתית הטעה אותו ואמר לו שאין הדין עמו, ועל סמך אמירה זו הסכים להתפשר. אך לא תתקבל טענתו שטעה מעצמו בדין.

אם צד לחוזה טעה בעובדה או בדין הקשורים למניע שלו להתקשר לחוזה, שאילו ידע את האמת, לא היה מתקשר בחוזה, הוא זכאי לבטל את החוזה, אף אם הטעות אינה קשורה בנשוא החוזה עצמו, הן לפי החוק והן לפי המשפט העברי. זאת בתנאי שמראש נחשף המניע על ידי גילוי דעתו של אותו צד, או שיש אומדנא ברורה שזה היה המניע שלו לכריתת החוזה.

פרק אחד־עשר

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

טעות

14. (א) מי שהתקשר בחוזה עקב טעות, וסביר להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה, רשאי לבטל את החוזה.

(ב) אם הצד השני לא ידע שלולא הטעות לא היה הצד הטועה מתקשר בחוזה, אין הצד הטועה זכאי לבטל את החוזה.

(ג) טעות אינה עילה לביטול החוזה לפי סעיף זה, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות בלי לשנות שינוי מהותי בנשוא החוזה, והצד השני הודיע שהוא מוכן לעשות כן.

(ד) "טעות", לעניין סעיף זה וסעיף 15 — בין בעובדה בין בחוק, לרבות טעות בהערכת שווי העסקה וטעות במניע להתקשרות בחוזה.

סעיף 15

הטעיה

הטעיה

15. מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעיה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה; לענין זה "הטעיה" — לרבות אי־גילוין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 207

פרק שני: טעות שאינה יסודית 208

פרק שלישי: תיקון הטעות 210

פרק רביעי: סיכום והצעת נוסח לפי המשפט העברי 210

פרק ראשון

מבוא

במבט ראשון, לא מובן מדוע ראה המחוקק צורך לקבוע סעיף זה, עם הוראה האפשרת ביטול חוזה עקב הטעיה. הרי סעיף 14 כבר קבע את זכות הביטול עקב טעות, גם טעות שלא נבעה מהטעיה של הצד השני, ואם כן, קל וחומר הוא שאם הטעות נבעה מהטעיה של הצד השני, זכאי הצד הטועה לבטל את החוזה.

התשובה לשאלה זו מתבררת מהשוואת נוסח שני הסעיפים. בסעיף 14 יש כמה סייגים לזכות הביטול, שאינם נזכרים בסעיף 15. מכאן שהוראת סעיף 15 היא, שאם הטעות נבעה מהטעיה, עומדת לצד הטועה זכות ביטול שאינה מסויגת בסייגים הללו.

בשני תחומים מרחיב סעיף 15 את זכות הביטול של הטועה עקב הטעיה מעבר לזכותו של הטועה מעצמו. התחום הראשון הוא, שמי שהתקשר בחוזה עקב הטעיה של הצד השני, זכאי לבטל את החוזה גם אם טעותו אינה יסודית[1]. זאת בניגוד לטעות שלא נבעה מהטעיה, שבה מעניק סעיף 14 לצד הטועה זכות ביטול רק אם טעה טעות יסודית, היינו שלולא הטעות, לא היה מתקשר בחוזה. משום כך, בסעיף זה חסרות המילים "וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה" המופיעות בסעיף 14[2].

התחום השני הוא, שצד שטעה עקב הטעיית הצד השני זכאי לבטל את החוזה גם אם ניתן לתקן את הטעות[3]. זאת בניגוד לטעות שלא נבעה מהטעיה, שבה קובע סעיף 14 שאם ניתן לתקן את הטעות והצד השני מוכן לעשות כן, אין לצד הטועה זכות לבטל את החוזה. משום כך חסרה בסעיף זה ההוראה שבסעיף 14(ג): "טעות אינה עילה לביטול החוזה לפי סעיף זה, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות".

טעמה של הרחבת זכות הביטול בטעות עקב הטעיה בשני תחומים אלו הוא, שהצד שהטעה את הצד האחר ביצע תרמית, וראוי להענישו בכך שניתנת לצד השני זכות לבטל את החוזה אם ירצה בכך, אף במצבים שלא היה זכאי לכך לולא ההטעיה[4].

[1] שלו, דיני חוזים, עמ' 309, 313. ראה גם עמ' 284.

[2] בכל זאת כתוב בחוק "עקב טעות", כדי להגביל את זכות הביטול למי שהתקשר משום שטעה, כלומר, שהיה קשר סיבתי בין הטעות להתקשרות, אבל אין צורך שתהיה טעות יסודית, אלא גם אם היה גורם אחר "מצטבר" שבגללו היה מתקשר גם לולא הטעות, הוא זכאי לבטל את החוזה. על ההבחנה בין קשר סיבתי ליסודיות, ראה סעיף 14, הערה 108.

[3] שלו, שם, עמ' 315. אבל ראה פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 860.

[4] שלו, שם, עמ' 309.

הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 113, חוזרת על הוראות סעיף זה בשינויי לשון קלים בלבד, כאשר הסיפא הועברה לסעיף 111, שהוא סעיף ההגדרה: "התקשר אדם בחוזה עקב טעות שהיא תוצאה של הטעיה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי הוא לבטל את החוזה".

להלן נראה שהמשפט העברי, בניגוד לחוק, אינו מעניק זכות ביטול רחבה יותר לצד שטעה עקב הטעייה.

פרק שני

טעות שאינה יסודית

לפי המשפט העברי, צד לחוזה שטעה טעות שאינה יסודית אינו זכאי לביטול, אף אם טעותו נבעה מהטעיה של הצד השני.

כך עולה מדברי הפוסקים לגבי דוגמאות אחדות של טעות שאינה יסודית[5]. דוגמה אחת היא של מי ששוכר בית לפני הפסח במחשבה שהמשכיר כבר בדק אותו מחמץ, והסתבר שטעה. טעות זו נחשבת טעות שאינה יסודית, מפני שיש להניח שהיה שוכר את הבית גם אילו ידע שהבית לא נבדק עדיין, ולכן השוכר אינו זכאי לבטל את חוזה השכירות. לעניין זה, נפסק שגם אם הטעה אותו המשכיר ואמר לו (בשקר) שהבית בדוק, אין השוכר זכאי לבטל את השכירות[6].

דוגמה שנייה היא בטעות במחיר, כאשר ההפרש בין המחיר ששולם לבין המחיר המקובל בשוק הוא פחות משישית. טעות זו אינה עילה לביטול החוזה, מכיוון שיש להניח שגם לולא הטעות, הצד היה מתקשר בחוזה, וזו טעות שאינה יסודית. טעות זו אינה עילה לביטול אף שבדרך כלל יש כאן הטעיה: בנכס שמחירו בשוק הוא 100 (לדוגמה), המוכר אומר לקונה שהמחיר הוא 105 (לדוגמה)[7], ובכך הוא נותן לקונה לחשוב שהמחיר בשוק הוא 105, ובכל זאת אין לקונה זכות ביטול, מכיוון שזו טעות שאינה יסודית[8].

[5] דוגמאות אלה הובאו בסעיף 14, פרק רביעי, א.

[6] חידושי הריטב"א, פסחים ד ע"ב; ר"ן על הרי"ף, פסחים א ע"ב (בדפי הרי"ף); בית הבחירה, פסחים ד ע"ב (אם לא אמר בדרך תנאי); חידושי מהר"ם חלאוה, פסחים ד ע"ב; מגיד משנה, הלכות חמץ ומצה, פרק ב, הלכה יח ("דאתני בהדיה"), בשם הרא"ה; רמ"א, או"ח, סימן תלז, סעיף ג ("והתנה בהדיא"); משנה ברורה, סימן תלז, ס"ק יא.

ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 137, בענין בשר איל מסורס, שיש אומרים שאם הקונה הזכיר פרט מסוים, הדבר מראה שפרט זה חשוב בעיניו, וטעות לגביו נחשבת טעות יסודית. אבל אין מדובר שם בהטעיה; אילו היה המוכר מזכיר זאת, הייתה זו הטעיה.

[7] כך כותב נתיבות המשפט, סימן שלב, ס"ק ד (לעניין אחר): "רוב אונאות כך הם, שאומר לו שכך השווי".

[8] משפט שלום, סימן רכז, סעיף ג, כותב על פי נתיבות המשפט, שם, שבאונאה בפחות משישית, גם אם המוכר שיקר ואמר לקונה שזה מחיר השוק, אינו חייב להחזיר לקונה את ההפרש. כמו כן, שו"ת אמרי ישר, חלק ב, סימן קנה, כותב שבמקום שאין אונאה או מקח טעות, אף אם צד אחד הטעה את האחר, המכר תקף.

שולחן ערוך הרב, הלכות אונאה, אות ב, נוקט שאם "עבר או טעה והונה" והייתה אונאה פחות משישית, אין חובה להחזיר את ההפרש, והחוזה תקף; והמשמעות של "עבר והונה" היא שהמוכר הטעה את הקונה ביודעין.

כפי שראינו בסעיף 14, הערה 58, ט"ז, חו"מ, סימן שלב, סעיף ד, ושו"ת חוות יאיר, סימן סט, כותבים שאם המוכר אמר לקונה בשקר: "מישהו הציע לי כך וכך תמורת החפץ ולא הסכמתי למכור לו", ומשום כך הסכים הקונה לשלם יותר, המכר קיים למרות ההטעיה. זאת אף שמדובר מן הסתם בששילם יותר ממחיר

הרי שאין זכות ביטול בטעות שאינה יסודית, אף אם הטעות נבעה מהטעיה של הצד השני. טעם הדבר הוא, שאין פגם בגמירת דעתם של הצדדים, שהרי הצד הטועה היה מתקשר בחוזה אף אם היה יודע את האמת; והעובדה שהצד השני נהג במרמה[9] אינה גורעת מגמירת הדעת של הצדדים.

נשאלת השאלה, אמנם אין לצד הטועה עילת ביטול בגין חוסר גמירת דעת, אבל מדוע אין מעניקים לו זכות ביטול כדי להעניש את הצד המְרַמה (כעמדת החוק)? הרי במצבים רבים, מעניש המשפט העברי אדם הפועל במרמה נגד זולתו, תוך הסתמכות על הפסוק "כאשר עשה כן ייעשה לו" (ויקרא כד, יט), ובנימוק: "הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו בו שלא כהוגן"[10]. נראה שהתשובה לשאלה זו היא, שהמשפט העברי אינו רואה לנכון להעניש את הצד

השוק (שאם לא כן אין חידוש בדבריו), ובכל זאת המכר קיים למרות ההטעיה; ומדובר בשההפרש פחות משישית, שאילו בהפרש יותר משישית, המכר בטל בגלל האונאה.

כמו כן, שו"ת הריב"ש, סימן תג, בסופו, כותב שהמוכר בהמה ומתנה עם הקונה שהמכר יהיה תקף אף אם יתברר שהבהמה טרֵפה, והוא ידע שהבהמה היא טרֵפה, המכר תקף, אף שעבר על איסור גנֵבת דעת.

דעות חולקות: ערך ש"י, חו"מ, סימן רכז, סעיף ג, סבור שיש הבדל בין מי שטעה מעצמו לבין מי שהוטעה על ידי הצד השני. הוא עוסק בשניים שקנו סחורה בשותפות, בלי לראות אותה, והלך אחד מהם וראה שהיא גרועה, והציע לחברו לקנות ממנו את חלקו, והלה שאל אותו אם ראה אותה, ואמר לו בשקר שלא ראה אותה, וחברו קנה אותה ממנו, והסתבר שהונה אותו בכך בפחות משישית מהמחיר; והוא פוסק שהקונה יכול לחזור בו. הרי שלדעתו, אם הייתה הטעיה, זכאי המתאנה לחזור בו גם באונאה בפחות משישית מהמחיר. הוא הסתמך על פוסקים האומרים שמחילה בטעות תקפה ובכל זאת מחילה בהטעיה בטלה; אבל בחוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילה בטעות, מבואר שזו דעת יחיד, ולפי רוב הפוסקים, מחילה בטעות בטלה אף אם לא נבעה מהטעיה. עוד יצוין שפתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק י, הערה מא, כותב שערך שי פסק כך מפני שבנידונו המוכר היה מוחזק.

כמו כן, שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תלג, ושו"ת מור ואהלות (ענתיבי), חו"מ, סימן כג, פוסקים שאם המוכר אמר לקונה שהוא עצמו קנה את החפץ בכך וכך ושהוא רוצה להרוויח עליו כך וכך (זהו "נושא ונותן באמנה", הנידון בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף כז), וזה היה שקר, ובאמת קנה אותו בפחות, זכאי הקונה לתבוע את ההפרש גם אם היה קטן משישית, כיוון שהמוכר הטעה אותו. מ' בארי (שצוין בסעיף 14, הערה 45), עמ' 441, נימק, שהקונה לא היה יכול לברר את האמת.

עוד יש להעיר שמדיברות משה, להלן, הערה 12, עולה, שאונאה במחיר אינה נחשבת הטעיה אלא אם אמר המוכר לקונה "לא תמצא במחיר זול יותר", ולפי דבריו ההוכחה שבטקסט אינה נכונה.

9 הצד המטעה עובר על איסור "גנֵבת דעת". על איסור גנֵבת דעת, ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך גנבת דעת, כרך ה, עמ' רכה־רלא. על איסור ההטעיה, ראה: א' ורהפטיג, כתר ד, עמ' 276; כתר ג, עמ' 39־45.

10 יבמות קי ע"א; כתובות פו ע"א; גיטין מ ע"א; בבא מציעא קא ע"ב; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שס; שו"ת הרא"ש, כלל עח, סימן א וסימן ג; תשב"ץ, חלק ב, סימן ג; שו"ת מהרי"ק, שורש כט; שו"ת בנימין זאב, סימן קלב; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רצו (הובא בחוק לישראל, שכירות ושאילה, עמ' 73); שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן רג; שו"ת הרמ"ע מפאנו, סימן מב; שו"ת תורת אמת, סימן קמז; שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק ד, סימן כה; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קנח, ד"ה אחר, וסימן ריב, ד"ה האמנם (על מי שתבע יהודי אחר בערכאות הנכרים); חלקת מחוקק, סימן עז, ס"ק כח; בית שמואל, סימן קיז, ס"ק כד; שו"ת זית רענן, חלק ב, סימן סט, אות ו; שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אהע"ז, סימן צה; מעיין גנים (מזרחי), דף יב ע"ב (על מי שתבע יהודי אחר בערכאות הנכרים); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק א, סימן ל; שו"ת נושא האפוד, סימן לד; נ' רקובר, זכות היוצרים במקורות היהודיים, ירושלים תשנ"א, עמ' 384־392.

אבל שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, סימן קכה (הובא בחוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 371), כותב על עיקרון זה: "שלא בכל מקום אנו אומרים כן, אלא במקום שאמרו אמרו, ובמקום שלא אמרו לא אמרו... ואנן מנפשין לא אמרינן [=ואנו מעצמנו איננו אומרים]". דברים דומים כתב שו"ת הריב"ש, סימן שצט.

המטעה, כיוון שהטעות הייתה זניחה. הרי למעשה רק במקרים מעטים יפנה הצד טועה לבית הדין לבקש לבטל את החוזה, שהרי הוא היה מתקשר בו גם לולא ההטעיה, וגם לא הפסיד הפסד כספי משמעותי עקב החוזה, ולא ירצה לטרוח בהתדיינות רק בגלל טעותו. אם כן, הזכות לבטל את החוזה במצב כזה לא תרתיע אחרים מלהטעות.

פרק שלישי

תיקון הטעות

גם לעניין תיקון טעות, כמו לעניין טעות שאינה יסודית, עמדת המשפט העברי שונה מעמדת החוק. המשפט העברי אינו רואה לנכון להעניש את הצד המטעה בשלילת זכותו לקיים את החוזה תוך תיקון הטעות. על כן, הצד הטועה אינו זכאי לבטל את החוזה אם הטעות ניתנת לתיקון והצד השני מוכן לתקן את הטעות, אף אם הטעות נבעה מהטעיה של הצד השני[11].

פרק רביעי

סיכום והצעת נוסח לפי המשפט העברי

לפי החוק, אם צד לחוזה טעה, וטעותו נבעה מהטעיה של הצד השני, הוא זכאי לבטל את החוזה. זכותו רחבה יותר מזכותו בטעות רגילה בשני היבטים: (א) הוא זכאי לבטל גם אם טעה טעות שאינה יסודית; (ב) הוא זכאי לבטל גם אם הצד השני מוכן לתקן את הטעות.

אולם לפי המשפט עברי, זכותו של הצד הטועה בטעות שנבעה מהטעיה אינה רחבה מטעות רגילה, ואם הטעות אינה יסודית, או שהצד השני מוכן לתקן אותה, אינו זכאי לבטל את החוזה[12].

על כן מוצע לבטל סעיף זה.

[11] כך עולה מרמ"א, חו"מ, סימן רלב, סעיף ה, הנוקט שתיקון הטעות אפשרי רק בפגם שאינו בגוף הנכס, אבל בפגם בגוף הנכס, כגון אם "אמר לו כותל שלם ונמצא רעוע", אינו יכול לתקן. מכאן שאם הפגם אינו בגוף הנכס, הצד השני זכאי לתקן גם אם הטעה אותו באמירה.

[12] גישת המשפט העברי היא, שאין מקום להעניש את המטעה על כך. א' ורהפטיג, כתר ד, עמ' 275־276, מסביר שהחוק מחמיר יותר בהטעיה כדי להרתיע, ואילו המשפט העברי מתמקד בגמירת הדעת של הצד הטועה, שלגביה אין הבדל בין אם הוטעה לבין אם לא הוטעה. להסבר נוסף לכך שהמשפט העברי אינו מחמיר בהטעיה לעניין טעות שאינה יסודית, ראה לעיל, ליד ציון הערה 10.

בדומה לכך, ראינו בסעיף 14, פרק חמישי, שבניגוד לחוק המעניק לצד הטועה זכות ביטול רחבה יותר אם הצד השני ידע על הטעות, מתוך שיקול שיש להעניש אותו על כך, הרי המשפט העברי אינו מתחשב בידיעת הצד השני, משום שאינו רואה הצדקה להעניש אותו על כך.

עם זאת, יש כמה מקורות המבחינים בין טעות עקב הטעיה לבין טעות בלי הטעיה:

דיברות משה, בבא מציעא, חלק ב, סימן נ, ענף ד, עמ' קיא, כותב שהדין שאין אונאה בקרקע (בבא מציעא נו ע"א) אמור רק בטעות רגילה, שבה דין אונאה נלמד מהפסוקים במקרא, וקרקע מתמעטת מהפסוקים,

אבל בהטעיה כגון אם אמר המוכר לקונה "לא תמצא קרקע במחיר זול יותר", יש ביטול מקח מכוח הסברה, גם בלי פסוקים, ולכן היא חלה גם בקרקע. הוא מסביר בכך את הדעה (רמ"א, חו"מ, סימן רכז, סעיף כט) שיש אונאה בקרקע אם הקונה שילם יותר מפי שניים ממחיר השוק — מפני שבהפרש כזה הוא נחשב כאילו הטעה אותו המוכר. אשר לדעה (שולחן ערוך, שם) שאין אונאה בקרקע גם ביותר מפי שניים מהמחיר, הוא מסביר, ששיטה זו סוברת שאין זה כהטעיה, מפני שאין מוטל על המוכר להודיע לקונה את מחיר השוק; או שהיא סוברת שגם בהטעיה מפורשת אין אונאה בקרקע, מפני שלא היה לקונה להאמין למוכר, ויש להניח שקנה מעצמו במחיר גבוה מאיזו סיבה. אבל הוא כותב שההסבר השני אינו נראה.

בסעיף 14, ליד ציון הערה 49, ראינו שגם לפי הדעה שאם הקונה היה יכול להבחין בפגם שבממכר אילו בדק אותו, ולא בדק אותו, הראה שהוא מוחל על זכותו לבטל את החוזה, הרי אם הטעה אותו המוכר ואמר שאין בו פגם, העובדה שהקונה לא בדק אינה מוכיחה שמחל על זכותו לבטל, מפני שאפשר שלא בדק מפני שהסתמך על דברי המוכר. אבל הייחוד שם בהטעיה אינו בגלל "אשמתו" של הצד המטעה, אלא משום שיש לצד הטועה אמתלא להסביר ששתיקתו לא הייתה מתוך מחילה. כמו כן, חלקת יואב, אהע"ז, סימן כה, כותב שאם הצד הטועה היה יכול לברר את האמת, ולא חקר, אינו זכאי לבטל את החוזה, אלא אם כן הצד השני ידע שהוא טועה, ושתק.

נימוקי יוסף, בבא בתרא מא ע"ב (בדפי הרי"ף), כותב על דברי המשנה, בבא בתרא פג ע"ב, האומרת: "מכר לו חטים רעות ונמצאו יפות, המוכר יכול לחזור בו", שהכוונה היא שהקונה אמר למוכר: "החטים הללו נחשבות רעות בעיר הזאת", ואז המוכר יכול לבטל את החוזה גם אם אין הפרש במחיר. שו"ת דברי חיים, חלק א, חו"מ, סימן לו, מביא את דבריו וכותב שאם שתק הקונה, המוכר אינו יכול לבטל את החוזה; ומשמע שהדין כך גם אם המוכר חשב בטעות (מעצמו) שאלה חיטים רעות.

רמ"א, חו"מ, סימן שלב, סעיף ד, כותב שאם מעביד הציע לפועל לעבוד תמורת סכום מסוים, ואמר שזהו השכר המקובל, והתברר שהשכר המקובל גבוה יותר, רואים כאילו לא שכר אותו כלל, אלא שהיות שכבר עבד אצלו, ישלם לו כשכר המינימלי הנהוג לשלם לפועלים. זאת אף שאין דין אונאה בשכר פועל (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף לג). ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 298, הסביר שההבדל הוא, שכאן המעביד הטעה את הפועל. בדומה הסביר ר"י רוזנר, משפט הפועלים, פרק כ, הערה ב.

פסקי דין ירושלים, כרך ז, עמ' שסז, פוסק שמוכר שהוטעה לחשוב שהנכס שווה מעט, ולכן מכר אותו במחיר נמוך, יכול לבטל את החוזה; והוא מביא ראיה משו"ת מהרי"ק, שורש קיא, הכותב שמחילה בטעות בטלה. נראה מדבריו שכוונתו לומר שאם הייתה הטעיה, המכר בטל גם אם שיעור האונאה היה נמוך, בשיעור שהמכר היה תקף אילו הייתה טעות בלי הטעיה. אבל אין ראיה לכך ממהרי"ק, שהרי לשון מהרי"ק היא: "כל שכן אם יתברר שהטעוהו בפירוש", הרי שגם בלי הטעיה, המחילה בטלה. מ' בארי, "הטעיה בכדאיות העסקה", משפטי ארץ ג (תש"ע), עמ' 443, דוחה את הראיה בכך, שבמכר, חלים דיני אונאה על טעות בגובה התמורה, שלא כבמחילה, ולכן אם הטעות הייתה פחות משישית, המכר תקף.

שו"ת תשובות יהודה, סי' עג, אות ז (צא ע"ד), כותב שבמקח טעות, אם הטעה המוכר את הקונה, עליו להחזיר אותם מטבעות שקיבל מהקונה, מפני שהוא בגדר גזלן שאינו רשאי להשתמש בכסף; אבל אם המוכר לא הטעה את הקונה אלא גם המוכר טעה, הוא רשאי להשתמש בכסף ולהחזיר מטבעות אחרים. בכך הוא מיישב את תוספות, בבא בתרא צב ע"ב (ד"ה אי), שכתבו שאינו רשאי להשתמש בכסף, עם רא"ש, קידושין, פרק ב, סימן לא, שכתב שהוא רשאי.

בסעיף 21, ליד ציון הערה 69, נראה שיש הבדל בין טעות להטעיה לעניין זכותו של הצד הטועה להשבת הוצאות שהטעות גרמה לו. אבל הבדל זה אינו נוגע לזכות הביטול.

ראה סעיף 14, פרק שמיני, ה, שבפשרה בטעות, אם אחד הצדדים טעה בדין, אינו זכאי לחזור בו, אלא אם בעל סמכות הלכתית הטעה אותו. אבל אין זה דומה לנידוננו, שהצד האחר לחוזה הטעה אותו.

ראה סעיף 14, הערה 255, בשם פתחי חושן, על הבדל בין הטעיה לטעות במי שפרע חיוב שיש בו אסמכתא; שם, הערה 158, שלפי הרמב"ן, יש הבדל בין טעות להטעיה בהמחאת חוב; ושם, הערה 161, שתשורת ש"י פסק במקרה מסוים שבטעות רגילה אין זכות ביטול, ואילו בהטעיה יש זכות ביטול.

ראה נתיב יושר, פרק כג, סעיף ה, על מוכר שהודיע לקונה שאין פגם בנכס, והקונה השתמש בו.

סעיף 16

טעות סופר

טעות סופר

16. נפלה בחוזה טעות סופר או טעות כיוצא בה, יתוקן החוזה לפי אומד דעת הצדדים ואין הטעות עילה לביטול החוזה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 215

א. הוראת הסעיף 215

ב. המונח "טעות סופר" במשפט העברי 216

ג. הִיָזמה לתיקון הטעות 217

ד. צורת התיקון 218

פרק שני: תוקף החוזה — "אין הטעות עילה לביטול החוזה" 219

א. טעות במסמך דקלרטיבי ("שטר ראיה") 219

ב. טעות במסמך קונסטיטוטיבי ("שטר קניין") 221

(1) כללי 221

(2) שטר הקנאת מקרקעין 221

(3) טעות בשם או בסכום — לעניין שעבוד נכסים בשטר חוב 222

(4) השמטת "אחריות" — לעניין שעבוד נכסים בשטר חוב 223

(5) תאריך העסקה 223

פרק שלישי: תיקון המסמך — "יתוקן החוזה לפי אומד דעת הצדדים" 228

א. כללי 228

ב. אופן תיקון המסמך 229

ג. תיקון המסמך בהיעדר הסכמת אחד הצדדים 230

(1) תיקון המסמך בהיעדר אחד הצדדים 230

(2) תיקון המסמך נגד רצונו של אחד הצדדים 231

פרק רביעי: סיכום 231

פרק חמישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 232

פרק ראשון

מבוא

א. הוראת הסעיף

סעיף זה עוסק בחוזה שבכתב[1] שנפלה בו טעות, באופן שהכתוב בו אינו תואם את מה שהסכימו עליו הצדדים[2]. טעות כזאת היא הנקראת "טעות סופר".

טעות סופר יכולה ליפול באופנים שונים: השמטת דבר שסוכם עליו, הוספת דבר שלא סוכם עליו[3], שינוי בפרט בהסכם, שיבוש לשוני, טעות בחישוב ועוד. גם הסיבות להתרחשותה יכולות להיות מגוונות: היסח הדעת, תקלה טכנית, חוסר מקצועיות או חוסר ניסיון בניסוח מסמכים משפטיים[4]. אם המסמך נכתב על ידי אדם שלישי, הטעות עלולה ליפול גם משום שלא הבין כדבעי את מה שהוסכם בין הצדדים בחוזה, או שלא ציית להוראות הצדדים. הקביעה שבמסמך נפלה טעות סופר תיעשה על פי ניתוח המסמך עצמו, על פי הנסיבות שבהן הוא נכתב, או על פי עדות בעל פה[5]. הסעיף דן ב"טעות סופר או טעות כיוצא בה" (להלן: טעות סופר), כלומר לא רק בטעויות שנגרמו על ידי כותב המסמך, אלא בכל טעות טכנית הנופלת בכתיבתו[6].

[1] מובנו של המונח "חוזה" בסעיף זה שונה ממובנו הרגיל בחוק החוזים. מובנו הרגיל הוא הסכמת הצדדים, ואילו בסעיף זה מובנו: המסמך הכתוב שבו ביטאו הצדדים את הסכמתם. ראה פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 760. למעשה, גם בסעיף עצמו יש שוני בין שתי הפעמים הראשונות שבהן מוזכר המונח "חוזה", שם הוא מייצג את המסמך הכתוב, לבין הפעם השלישית, שבה הוא מייצג את הסכמת הצדדים. כדי להימנע מבלבול, נבחין בהמשך דברינו בין החוזה, שהוא הסכמת הצדדים, לבין המסמך הכתוב.
מנסחי הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, אכן ניסו להבחין בין המונח "חוזה" לבין המונח "מסמך". נוסח סעיף 124(א) הוא: "נפלה בחוזה טעות סופר, יראו את תוכן החוזה כתוכנו לאחר תיקון הטעות, וכל צד רשאי לדרוש כי המסמך יתוקן בהתאם לכך". אולם היה יותר ראוי לומר "נפלה במסמך" במקום "נפלה בחוזה".

[2] ראה שלו, דיני חוזים, עמ' 301.

[3] לדוגמה, בע"א 424/89 פרקש נ' שיכון ופיתוח לישראל, פ"ד מד(4) 31, 39, נקבע, שלחוזה רכישת דירה שורבב בטעות נספח המשנה את החיוב בריבית פיגורים.

[4] ייתכן גם מצב שהצד הכותב את המסמך שילב בתוכו במכוון "טעות סופר". ראה פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 762.

[5] ראה: פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 761; שלו, דיני חוזים, עמ' 305. אשר להסתמכות על טיוטות קודמות של המסמך הכתוב, ראה פרידמן וכהן, חוזים, שם.

[6] על כן נראה, שהסעיף חל גם על טעויות הנובעות מתקלות טכניות נוספות, כגון וירוס במחשב הגורם לטעות בנוסח המסמך.
יצוין שבהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 124(א), הושמטו המילים "או טעות כיוצא בה", ובדברי ההסבר נומקה השמטתן "בהיותן מיותרות".

מדובר כאן במצב שהחוזה שנכרת בין הצדדים ברור[7], והטעות היא רק במסמך הכתוב, השונה ממה שהסכימו עליו הצדדים[8]. זאת לעומת טעות של הצדדים בכל הנוגע לגוף הסכמתם ולעצם כריתת החוזה, שנידונה בסעיף 14 ובסעיף 15. על כן קובע החוק, שטעות סופר במסמך הכתוב אינה עילה לביטול החוזה, ואף מוסיף וקובע כיצד יש להביא להתאמה בין החוזה שנכרת לבין המסמך הכתוב, וזאת — על פי אומד דעת הצדדים[9].

הגם שטעות סופר היא טעות טכנית, היא עלולה לגרום לשינוי מהותי בתוכנו של החוזה. כך הוא, למשל, בחוזה מכירה שנשמטה בו ספרה אחת ברישום התמורה. העובדה שהסעיף אינו מבחין בין טעות סופר שתוצאתה מהותית לבין טעות סופר שתוצאתה טכנית, מלמדת שבכל מקרה אין טעות סופר מהווה עילה לביטול החוזה[10].

אין צריך לומר שתיקון המסמך הכתוב יכול שייעשה על ידי הצדדים עצמם בהסכמה[11]. אם אחד מהצדדים מסרב לתקנו, יכול הצד השני לפנות לבית המשפט כדי שיורה לתקנו[12]. אבל לא תמיד יש צורך בתיקון על ידי בית המשפט. בית המשפט הדן בסכסוך הנוגע לחוזה יכול לקבוע אגב גרירה מהו תוכנו האמתי של החוזה שעליו הסכימו הצדדים, ולהעניק את הסעד המבוקש בלא שיורה על תיקון טעות הסופר שנפלה במסמך הכתוב. אולם לעתים, אחד הצדדים לחוזה אינו מסתפק בקבלת סעד על פי החוזה האמתי, ומעוניין שהמסמך הכתוב יתוקן. זאת, למשל, משום שהוא חושש שבעתיד תתעורר מחלוקת בדבר תוכן ההסכם, או משום שהוא מעוניין להציג את המסמך הכתוב בפני אדם שלישי כדי שיסתמך על החוזה. אכן בית המשפט מוסמך להורות על תיקון המסמך הכתוב.

ב. המונח "טעות סופר" במשפט העברי

המונח "טעות סופר" שאוב ממקורות המשפט העברי[13]. חכמי המשנה נחלקו[14] בדינו של שטר חוב שלא נכתב בו שהלווה משעבד את נכסיו לפירעון החוב, שעבוד שיאפשר למלווה לגבות

[7] אם לא ברור מה תוכנה של הסכמת הצדדים, בגלל אי בהירות או בגלל חסר, יש להיזקק להוראות סעיף 25 וסעיף 26 לחוק החוזים, הדנים בפירוש חוזים ובהשלמתם.

[8] יש הטוענים שמשום כך, אין מדובר בסעיף זה בטעות אמיתית. ראה שלו, דיני חוזים, עמ' 302.

[9] אשר לדרך ההתחקות אחר אומד דעת הצדדים, ראה לעיל, הערה 7. משום מה, בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 124(א), הושמטו המילים "על פי אומד דעת הצדדים", ואין לכך התייחסות בדברי ההסבר.

[10] זאת בשונה מן הפרשנות הניתנת לסמכותו של בית משפט לתקן טעות סופר בהחלטה שיפוטית (לפי חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד־1984, סעיף 81), ולפיה יכול בית המשפט לתקן רק טעות בעלת אופי טכני. לדעת צלטנר, דיני חוזים, עמ' 204, יש לפרש בדרך זו גם את הוראת הסעיף שלפנינו. אולם שלו, דיני חוזים, עמ' 303, חולקת, באמרה: "הפירוש הזהיר והמצמצם שלו זכתה התקנה הדנה בטעות סופר בהחלטה שיפוטית... אינו צריך לחול בתחום החוזי". ראה גם ע"א 161/59 בלן נ' המוצל"פ של צוואת ליטוינסקי, פ"ד יד 1905.

[11] ראה גם פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 761.

[12] בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 124(א), נאמר במפורש: "וכל צד רשאי לדרוש כי המסמך יתוקן".

[13] עמד על כך השופט דב לוין, בפסק דינו בעניין פרקש, לעיל, הערה 3. אשר למונחים המקבילים במשפט האנגלי ובמשפט הגרמני, ראה צלטנר, דיני החוזים, עמ' 205.

[14] בבא מציעא יב ע"ב.

מנכסי הלווה גם אם הלווה ימכור אותם לאדם שלישי[15]. שטר כזה קרוי בלשון חז"ל "שטר שאין בו אחריות נכסים"[16]. רבי מאיר סובר, שהמלווה אינו זכאי להיפרע מן הנכסים אם בינתיים נמכרו לאדם שלישי, ואילו לדעת חכמים הוא זכאי לכך. האמורא שמואל הסביר[17] שטעמם של חכמים הוא משום ש"אחריות — טעות סופר הוא", כלומר, המלווה והלווה ודאי הסכימו שהנכסים ישתעבדו לפירעון החוב, וה"סופר הוא שטעה"[18] בכך שהשמיט זאת כשכתב את השטר. מאחר שהלכה כדעת חכמים, המסקנה היא שטעות סופר שנפלה בשטר חוב אינה פוגמת בתוקפו של חוזה ההלוואה ולא בתנאיו.

בפרק השני נעמוד על ההבחנה בין טעות סופר שנפלה בשטר דקלרטיבי, המשמש כראיה בעלמא, לבין טעות סופר שנפלה בשטר קונסטיטוטיבי, שהוא עצמו יוצר חלות משפטית[19].

ג. היָזמה לתיקון הטעות

שאלת תוקפו של מסמך כתוב שנפלה בו טעות סופר מתעוררת בדרך כלל ביחסים שבין שני הצדדים לחוזה. אם הצדדים חלוקים ביניהם בשאלת קיומה של טעות סופר או בדרך

[15] אבל כל זמן שנכסי הלווה לא נמכרו, יכול המלווה לגבות מהם גם אם אין שטר על ההלוואה וגם אם לא שעבד אותם למלווה בפירוש (בבא בתרא קעה ע"א).

[16] הגם שהתלמוד מכנה שעבוד זה בלשון גורפת "אחריות נכסים", ניתן לשעבד באופן זה קרקעות בלבד (או מיטלטלין אגב הקרקע, כאמור בבבא בתרא מד ע"ב). על כן המשנה, קידושין כו ע"א, מכנה קרקעות "נכסים שיש בהם אחריות". וראה פירוש המשניות לרמב"ם על משנה זו (קידושין, פרק א, משנה ה).

[17] בבא מציעא יד ע"א.

[18] כלשון רש"י, בבא מציעא יד ע"א, ד"ה אחריות. ראה גם שו"ת הרא"ש, כלל סח, סימן לב. מדבריהם עולה שאנו מניחים שהצדדים הסכימו על כך במפורש, ואף הורו זאת לסופר, אלא שהוא שכח לכתוב זאת. ברם, יש מהראשונים שכתבו, שגם אם נושא אחריות הנכסים כלל לא הותנה בין הצדדים, הדין הוא שאי כתיבת האחריות היא טעות סופר, כלומר שטעה הסופר בדין שיש לכתוב אחריות בשטר, מפני שיש להניח שהצדדים התכוונו לכך, שכן אין המלווה מוכן להסתכן באיבוד כספו (נימוק הנזכר בסוגיה שם). ראה: חידושי הרשב"א, בבא מציעא יד ע"א; חידושי הריטב"א החדשים, שם; חידושי הר"ן, שם; שו"ת הריב"ש, סימן שפב; ש"ך, חו"מ, סימן לט, ס"ק יד, בשם חידושי הרמב"ן, בבא בתרא עז ע"א, תוספות, כתובות נה ע"א, ד"ה כתובו, רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יט, הלכה ג, ובית יוסף, חו"מ, סימן קכט, סעיף ו; שו"ת בית שמואל אחרון, חו"מ, סימן ל. ילקוט ביאורים (בתלמוד מהד' מתיבתא), בבא מציעא שם, עמ' רלא, לומד מן הראב"ד המובא בחידושי הרמב"ן, בבא בתרא עז ע"א, שהוא חולק על הרשב"א וסיעתו, וסבור שאם לא הזכירו הצדדים שעבוד נכסים, הוא אינו חל. לפי ההסבר הראשון, מחלוקתם של רבי מאיר וחכמים היא בדיני הראיות, ואילו לפי ההסבר השני, מחלוקת התנאים היא בכללי השלמת חסר בחוזה, והמונח "טעות סופר" בסוגיה זו אינו עניין לפגמים טכניים בכתיבת השטר, שעוסק בהם סעיף 16, אלא בהשלמת חסר בחוזה על פי אומד דעת הצדדים, שעוסק בהם סעיף 26.
המונח "טעות סופר" במובן של השלמת פרטים בחוזה על פי אומד דעת הצדדים, בלי שהצדדים אכן הזכירו פרטים אלו, משמש גם בספרות השו"ת בנושאים שונים: שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שיד (על השמטת התנאי "על מנת שלא תשמיטני בשביעית" במקום שנוהגים לכתוב כן); שו"ת פני משה, חלק א, סימן יג, דף כח ע"ג (על השמטת "נאמנות" במדינה שנהגו לכתוב אותה בכל השטרות); שו"ת נופת צופים (בירדוגו), אהע"ז, סימן לג (על מתנה שנכתבה בכתובה ונשמט מה שנהוג לכתוב שהקנו את המתנה אגב קרקע), וחו"מ, סימן קכח (על השמטת המילים "מתהום ארעא עד רום רקיעא" שנהגו לכתוב בכל שטרי מכר ומתנה — הוא מסביר שהושמטו עקב "חסרון ידיעה" של הסופר). ראה עוד על כך להלן, הערה 52.

[19] יש להעיר, שלפי המשפט העברי, לא כל מסמך כתוב הוא בגדר "שטר", והלכות מסוימות, ובהן חלק מן ההלכות שנביא בהמשך, חלות רק על מסמך שהוא בגדר "שטר".

תיקונה, יכריע בית המשפט בדבר. לעומת זאת, אם הם מסכימים שנפלה במסמך הכתוב טעות סופר, ובכוונתם להתעלם ממנה ולקיים את החוזה האמתי, אין צורך לתקן את המסמך, בדרך כלל. ברם, יש שאדם שלישי עלול להיפגע מטעות הסופר. כך הוא, למשל, אם מישהו מכר את דירתו, ואחר כך מכר אותה לקונה אחר, ובחוזה המכר השני נרשם בטעות תאריך מכירה הקודם למועד המכירה הראשונה. אם איש מבין הרוכשים טרם רשם את זכויותיו בדירה בלשכת רישום המקרקעין, הכלל הוא: "זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה"[20]. תיקון המסמך הכתוב של המכר השני נחוץ אפוא כדי להגן על זכותו של הרוכש הראשון, שהרי אם לא תתוקן הטעות, יזכה הרוכש השני בדירה.

אין הוראת חוק המחייבת את בית המשפט לתקן ביָזמתו מסמך כתוב שנפלה בו טעות סופר, גם אם הוצג בפניו המסמך[21]. נשאלת השאלה, האם לא ראוי שבית המשפט יפסול ביָזמתו את המסמך הכתוב או יורה על תיקונו, כדי למנוע תקלות? כפי שנראה להלן, פרק שני, ב, חכמי המשנה פסלו ביָזמתם שטרות שנפלה בהם טעות סופר, משום שהיה חשש שינוצלו כדי לרמות את הצד שכנגד או צד שלישי.

ד. צורת התיקון

אחרי שהוחלט על תיקון המסמך, מתעוררת השאלה על דרך תיקונו. לפי המשפט העברי, שטר תקף אם חתמו עליו שני עדים ("עדי חתימה"), או שעדים ראו כיצד נמסר השטר מצד אחד לצד שכנגד ("עדי מסירה")[22], או שהשטר נכתב או נחתם בכתב ידו של הצד המתחייב בחוזה[23].

מכאן יש לשאול, כיצד יתקן בית הדין טעות סופר בשטר תוך מילוי דרישות אלו? ועוד: האם יש הבדל בין תיקון טעות סופר הנעשה על ידי בית דין לבין תיקון הנעשה על ידי אחד הצדדים?

כמו כן נשאלת השאלה, האם תיקון השטר ייעשה על ידי הוספה, מחיקה או שינוי פרט מסוים בגוף השטר שכבר נחתם או נמסר, או שמא יש לכתוב שטר חדש?

זאת ועוד: לפי המשפט העברי, אין למסור שטר לידי הצד הנושה בלי הסכמת הצד המתחייב[24]. ברם, לפעמים מתעורר הצורך בתיקון השטר בהיעדר הסכמת אחד הצדדים, אם משום שאחד הצדדים לחוזה מתנגד לתיקון, ואם משום שאינו נמצא. נשאלת השאלה, האם ניתן לתקן את השטר בהסכמת צד אחד בלבד?

בפרק השלישי נדון בדרך תיקונה של הטעות, ונעיין בשאלה, האם יש צורך שבית הדין יתקן אותה, או שמא די שיצהיר על קיומה ועל התעלמותו ממנה? נבחן גם כיצד יש לתקן את המסמך הכתוב כשהצדדים מעוניינים בכך, וכיצד יש לתקנו בהיעדר הסכמת שני הצדדים.

[20] חוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, סעיף 9.

[21] ראה לעיל, ליד ציון הערה 11.

[22] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן מ, סעיף ב, וסימן מו. ראה גם א' גולאק, השטרות בתלמוד, ירושלים תשנ"ד, עמ' 26.

[23] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן סט, סעיף א.

[24] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן לט, סעיף ב. ראה גם סייגים לכך, שם, סעיף ג, וברמ"א שם.

פרק שני

תוקף החוזה — "אין הטעות עילה לביטול החוזה"

א. טעות במסמך דקלרטיבי ("שטר ראיה")

המסמך שהחוק עוסק בו הוא מסמך דקלרטיבי, שרק משמש ראיה להסכם שבין הצדדים — החוזה[25]. על כן, טעות סופר במסמך אינה פוסלת את החוזה.

גם לפי המשפט העברי, אם במסמך המשמש כ"שטר ראיה"[26] נפלה טעות סופר, החוזה שהוא מעיד עליו אינו מתבטל, כמובן, שהרי זו הגדרתו של שטר ראיה: שטר המשמש רק ראיה, ואינו מעניק תוקף לחוזה[27].

אלא שאם נפלה טעות סופר בפרט מהותי בשטר ראיה, השטר פסול מלשמש כראיה לחלות המשפטית, מפני ששטר ראיה שאינו "מוכח מתוכו" — גם אם האמת מוכחת על ידי צירוף השטר עם עדות חיצונית לגבי פרט מסוים — פסול[28]. רק אם הטעות ניכרת לכול, השטר כשר לשמש כראיה, מפני שאז הוא "מוכח מתוכו". כמה דוגמאות לדבר:

[25] רק מסמך על חוזה במקרקעין הוא מסמך קונסטיטוטיבי, בגלל דרישת הכתב שבחוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, סעיף 8.

[26] על לשון "שטר ראיה", ראה: רש"י, בבא מציעא לח ע"ב, ד"ה ראיה; שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קכט; שו"ת הריטב"א, סימן נ וסימן קנא; שו"ת הר"ן, סימן פ; שו"ת הריב"ש, סימן שד. אשר לשאלה מהו מקור תוקפו של שטר ראיה, ראה: רמב"ם, הלכות עדות, פרק ג, הלכה ד; השגות הרמב"ן לספר המצוות, שורש ב.

[27] דוגמה לשטר ראיה שנפלה בו טעות סופר, ובכל זאת פעלו לפי הנוסח שהתכוונו אליו הצדדים: שו"ת דבר שמואל (עמאר), חו"מ, סימן יד (סג ע"ד), עוסק בהסכם שהיו עליו שני שטרות, אחד עם התחייבות הקונה ואחד עם התחייבות המוכר, ובשטר התחייבות המוכר נכתב "אם לא חזר בו המוכר תוך הזמן יהיה כך וכך", ואילו בשטר של הקונה לא נזכר שזה דווקא "תוך הזמן". הוא פוסק שבכל זאת יש להניח שהתכוונו לכך, ויש ללמוד מהשטר האחר שכך התנו אלא שהסופר השמיט זאת, מה גם שבכתב המזכרת שכתבו הסופרים בשעת הקניין (לפני כתיבת השטר), המילים האלה מופיעות. ראה שם, שהוא דן האם נאמנים העדים לומר זאת, לאור הכלל: "כיוון שהגיד — שוב אינו חוזר ומגיד".

[28] ספר התרומות, שער כא, חלק ד, אות ה (שהבאנו בסעיף 13, הערה 69 — ראה שם), כותב על פי סוגיית כתובות פז ע"ב, שאם בשטר חוב כתוב שהלווה חייב אלף, והמלווה אומר שבאמת הוא חייב רק חמש מאות, השטר פסול לגמרי. תומים, סימן מט, ס"ק ה, מנמק, שהשטר פסול מפני שאינו מוכח מתוכו. גם נתיבות המשפט, סימן מט, ס"ק ה, כותב ששטר חוב שיש בו טעות בשם הוא כחרס.

אף שהשטר הזה פסול מלשמש כראיה, אפשר לתקן את הטעות על ידי כתיבת שטר חדש שישמש כראיה, כפי שנראה בפרק השלישי.

את העיקרון ששטר ראיה צריך להיות מוכח מתוכו (אף יותר משטר קניין), כתבו: קובץ שיעורים, בבא בתרא, סימן רלא; בית אהרן (כהן), גיטין, סימן ט (עמ' מא); שיעורי הרב (סולובייצ'יק), גיטין ג ע"ב (עמ' לד); ארץ הצבי (שכטר), סימן כח; שמועות גיטין (בירנצווייג), גיטין כד ע"ב (עמ' תיד); עוטה אור, כתובות, סימן כו, אות ג.

לעומת זאת, תפארת יעקב (גזונטהייט), חו"מ, סימן מט, ס"ק ו, בסופו, כותב שהשטר כשר כראיה, והלווה אינו יכול לטעון שפרע, ומשמע מדבריו שזאת גם אם אינו מוכח מתוכו.

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן סו, עוסק בשטר שנכתב בו ששמעון חייב מ"ה לבנים (סוג מטבע) לראובן, וראובן טען שהסופר השמיט את המילה "אלפים" אחרי המילה "מ"ה", והיו הוכחות הגיוניות לדבריו, שכן מ"ה לבנים היה סכום קטן שלא התאים לתוכן השטר. בכל זאת הוא פוסק שהיות ששמעון מוחזק, מפרשים את השטר בצמצום, ואמנם לא ייתכן שהיה חייב רק מ"ה לבנים, אבל ייתכן שהחיוב הוא של אלפיים ומ"ה

(א) הרא״ש נשאל[29] על מעמדו המשפטי של שטר חוב שנפלה בו טעות סופר, ונכתב בו ״שמעון ואשתו רחל״ במקום ״שמעון ואשתו לאה״. הוא השיב: ״מאחר שהעדים מכירין ויודעין שנכתבה רחל במקום לאה, יכתבו שטר אחר. דכל טעות סופר בשטרות — חוזר. ואפילו אם לא היו כותבים שטר אחר, והיה השטר בא לפָנַי, והיה מתברר שהיה בו טעות סופר, הייתי מכשירו, כדאמרינן: אחריות — טעות סופר הוא״.

מדבריו עולה, שאמנם ניתן לתקן טעות סופר שנפלה בשטר (על ידי כתיבת שטר חדש), אבל אם ניכר לכול שנפלה טעות סופר בשטר, ניתן להתעלם מן הטעות ולהסתמך על השטר כאילו כבר תוקן[30].

(ב) אם נכתב בשטר סכום אחד ואחר כך נכתב סכום אחר, ואי אפשר ליישב ביניהם, הולכים אחר הסכום השני[31], מפני שזו טעות ניכרת[32].

(ג) אם פורטו סכומי החיוב בשטר, ולבסוף ניתן סיכום של סך החיוב, אבל הסיכום אינו תואם לסכומים המפורטים, מניחים שהסופר טעה בסיכום הכולל, והולכים לפי הסכומים המפורטים, מפני שזו טעות ניכרת[33].

לבנים, והמילה ״אלפיים״ נשמטה מלפני המילה ״מ״ה״; ולכן החוב של אלפיים ומ״ה לבנים נחשב חוב בשטר, ושמעון אינו יכול לכפור בו, וסכום מעבר לזה הוא רק חוב בעל פה, ושמעון יכול לכפור בו.

על שטר חוב שנכתב בו כאילו ששמעון הוא המלווה, ובאמת ראובן הוא המלווה, ועל שטר מכר שכתוב בו כאילו ששמעון הוא הקונה, ובאמת ראובן הוא הקונה, ראה סעיף 13, פרק רביעי.

אם הטעות יוצרת מצב ש״מיחזי כשיקרא״, היינו שנראה כשקר, כגון שנכתב בו מקום כתיבת השטר ולא מקום ביצוע העסקה, או להפך, נחלקו הפוסקים בשאלה האם השטר פסול. המחלוקת מובאת בבית יוסף, חו״מ, סימן מג, סעיף טו, ובסמ״ע, סימן מג, ס״ק לד. פתחי חושן, הלכות שטרות, פרק ה, הערה סא, כותב שמשולחן ערוך ומהט״ז נראה שהם מכשירים.

במקורות המשפט העברי נידון בהרחבה תוקפו של גט שנפלה בו טעות סופר. ראה טור ושולחן ערוך, אהע״ז, סימנים קכו־קכט. ראה גם להלן, ליד ציון הערה 89. ברם, יש לנהוג במשנה זהירות בשעה שבאים להקיש ממקורות אלו לשאר סוגי השטרות. יש דרישות משפטיות חמורות במיוחד בכתיבת גטין, שכן הגט מבטל נישואין ומפקיע איסור ״אשת איש״, שהוא איסור חמור. השווה: ירושלמי, גיטין, פרק ג, הלכה ג; רמב״ם, הלכות גירושין, פרק א, הלכה יג. על כן, טעויות סופר רבות הפוסלות גטין אינן פוסלות שאר שטרי קניין וראיה.

[29] שו״ת הרא״ש, כלל סח, סימן לב (הובא בטור, חו״מ, סימן מט, סעיף י, בשולחן ערוך, חו״מ, סימן מט, סעיף ו, בלשון ״יש מי שאומר״, וברמ״א, חו״מ, סימן מט, סעיף ב).

ביאור הגר״א, חו״מ, סימן מט, ס״ק י, מוצא מקור לדברי הרא״ש בכתובות קד ע״ב. הסביר ברכת אליהו, על ביאור הגר״א שם, שהעובדה שהתלמוד בכתובות שם מביא את דין ״אחריות טעות סופר״ כדי להוכיח שגם השמטה אחרת בשטר אינה פוסלת אותו, מלמדת שזהו עיקרון כללי. בתלמוד שם נידונה אדרכתא (שטר שבו בית הדין מאפשר למלווה לרדת לנכסיו של החייב) שהושמטו ממנה המילים ״ואשתמודענא דנכסי אלו דמיתנא אינון״.

[30] כך הסביר תומים, סימן מט, ס״ק ה, מדוע הרא״ש מכשיר.

ש׳ ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ׳ 293, סבור שמתשובה אחרת של הרא״ש, כלל סח, סימן לא (הובא בטור, חו״מ, סימן מט, סעיף ט), משמע שיש לתקן את השטר ואין להתעלם מן הטעות. אבל אין דבריו נראים, שהרי לדבריו, הרא״ש סותר את עצמו. אלא ההבדל הוא, כפי שהסביר תומים שם, שבסימן לא, הטעות לא הייתה ניכרת, ולכן השטר פסול וצריך לכתוב שטר חדש.

[31] בבא בתרא קסה ע״ב; שולחן ערוך, חו״מ, סימן מב, סעיף ה.

[32] כך הסביר שו״ת הרד״ך, בית ד, חדר ז.

[33] טור, חו״מ, סימן מב, סעיף ח, בשם ר׳ ישעיה; שולחן ערוך, חו״מ, סימן מב, סעיף ה.

(ד) אם נכתב בשטר "ראובן בן יעקב", וידוע שאין בעיר זו אדם בשם זה, אלא בנו של יעקב נקרא שמעון, השטר כשר, מפני שברור לכול למי הכוונה[34].

(ה) שטר מתנה שכתוב בו שהנותן נותן חלקה מס' 326 במתנה, אבל ידוע שחלקה זו מעולם לא הייתה שלו, אלא חלקה מס' 325 הייתה שלו, המתנה חלה על חלקה מס' 325, מפני שברור שלכך הכוונה[35].

אם נפלה טעות בפרט לא מהותי, כגון שנכתב "ז"ל" ליד שמו של אביו של הלווה בעוד שהאב היה בחיים בשעת ההלוואה, השטר כשר כשטר ראיה[36].

ב. טעות במסמך קונסטיטוטיבי ("שטר קניין")

(1) כללי

שטרות רבים במשפט העברי הם קונסטיטוטיביים, כלומר הם לא רק משמשים ראיה על הסכם או חיוב, אלא הם נותנים את התוקף לאותו הסכם או חיוב. דוגמה לכך היא שטר שקונים בו קרקע[37]. בשטר כזה, אם נפלה טעות סופר באחד מן הפרטים המהותיים, החוזה עצמו בטל, מפני שהוא שואב את תוקפו מן השטר, והשטר פסול, שהרי שטר צריך להיות "מוכח מתוכו". רק אם הטעות ניכרת, שברור לכול מה היה צריך להיות כתוב בשטר, השטר כשר, מפני שאז הוא "מוכח מתוכו".

גם בשטר ראיה יכול להיות אלמנט קונסטיטוטיבי, כגון שעבוד הנכסים שנוצר על ידי שטר חוב. גם לגבי אלמנט זה, נפסק שאם חלה טעות סופר בפרט מהותי בשטר, מתבטלת הזכות שהשטר היה אמור ליצור. למשל, בדוגמה של שעבוד נכסים, שעבוד הנכסים מתבטל, אלא אם כן זו טעות ניכרת, כאמור.

עקרונות אלו עולים מדברי הפוסקים שנראה להלן לגבי שטרות ספציפיים.

(2) שטר הקנאת מקרקעין

שטר הוא אחד האמצעים להעברת בעלות על קרקע[38]. שטר כזה אינו משמש רק להוכחה על הסכמת הצדדים, אלא הוא האמצעי שעל ידו נעשית ההקנאה עצמה. נשאלת השאלה, האם טעות סופר בשטר הקנאה פוגמת בתוקף העסקה? יש מקום לומר שהיות שהשטר יוצר את העברת הבעלות, הוא צריך להיות מושלם.

אם נפלה טעות סופר בפרט שולי בשטר הקנאה, כגון טעות דקדוקית, או שיבוש לשוני,

[34] מקצוע בתורה, סימן מט, ס"ק ו.

[35] רז"נ גולדברג, "טעות בצוואה", תחומין כ (תש"ס), עמ' 94-95. בנידונו היה זה שטר ראיה, שכן הקנאת המתנה נעשתה על ידי "קניין סודר" שעשו בנפרד.

[36] שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן מג. הוא דן בשאלה, האם מה שכתוב "ז"ל" מוכיח שההלוואה ניתנה אחרי מיתת האב, ואם כן, התאריך שנכתב בו הוא שקרי, והשטר מוקדם ופסול (כפי שנראה להלן); והוא פוסק שאין בכך הוכחה שהשטר מוקדם, מפני שיותר סביר לומר שהעדים לא שמו לב לפרט זה, כיוון שאינו מגוף החוב. גם חכמים אחרים, שתשובותיהם נדפסו שם, פסקו כך.

[37] ראה להלן, ליד ציון הערה 38.

[38] קידושין כו ע"א; רמב"ם, הלכות מכירה, פרק א, הלכה ז (במכר), והלכות זכייה ומתנה, פרק ג, הלכה א (במתנה).

יש להדגיש שלא כל שטר מכר של קרקע הוא שטר קניין. אם עשו הצדדים מעשה קניין אחר, כגון חזקה או סודר, השטר משמש רק כראיה על ההקנאה.

אין בה כדי לפגום בתוקף החוזה[39]. ברם, יש לשאול, מהו הדין אם נפלה טעות סופר בפרט מהותי בשטר קניין, כגון בתיאור הנכס, בשמות הצדדים או בגובה התמורה.

נתיבות המשפט[40] כותב ששטר מכר שהוא שטר קניין, שעל ידו אמורה הבעלות לעבור, ונכתב בו שהקונה הוא פלוני, ובאמת הקונה הוא אדם אחר, אין הקרקע נקנית לקונה האמתי, כיוון ששמו אינו נקוב בשטר, וגם אינו נקנה לאדם האחר, כיוון שלא הגיע השטר לידו, ושטר הקנאה תקף רק אם הגיע לידי הקונה. ייתכן שמדבריו ניתן להסיק, שאם נפלה טעות סופר בפרט מהותי בשטר קניין, העסקה בטלה[41].

אם מסקנה זו נכונה, נראה שאי אפשר לתקן טעות סופר בפרט מהותי בשטר קניין בלי הסכמת שני הצדדים. לשטר הקניין יש תפקיד מהותי בהשתכללות העִסקה, ובלא שטר קניין כשר שנכתב בהסכמת הצדדים, אין לראותם קשורים זה עם זה קשר משפטי מחייב. על כן, אם לאחר שהתגלתה טעות סופר מהותית בשטר קניין, חזר בו אחד הצדדים מרצונו לבצע את העִסקה ואינו רוצה לכתוב שטר חדש, העִסקה בטלה[42].

ברם, אפשר שיש להבחין בין ההלכה שדן בה נתיבות המשפט לבין טעות סופר שנפלה בשטר קניין בלי כוונה. במעשה שדן בו נתיבות המשפט, נכתב במכוון שם שאינו שמו של הקונה האמתי, ומתוך נסיבות העניין ברור שהצדדים התכוונו לכתוב בחוזה שם מוטעה[43]. לעומת זאת, בשטר שנפלה בו טעות סופר בלי כוונה, כאשר נסיבות העניין מראות שהצדדים התכוונו לכתוב את הפרט האמתי, ייתכן שיש לקרוא את השטר כאילו כתוב בו הפרט האמתי, ולפיכך אין לבטלו.

(3) טעות בשם או בסכום — לעניין שעבוד נכסים בשטר חוב

שטר חוב נועד בעיקר לשמש לראיה על חיובו של הלווה, אבל יש בו גם אלמנט קונסטיטוטיבי. שעבוד נכסי הלווה[44] נוצר על ידי השטר, שאילו בחוב בעל פה אין שעבוד נכסים[45].

[39] שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן לח, מכשיר גט שנכתב בו כאילו הבעל היה לוי, ובאמת לא היה לוי; זאת אף שגט הוא שטר קונסטיטוטיבי, אלא שהשינוי היה בפרט שולי. הוא מסתמך על דברי רב האי גאון, המובאים ברא"ש, גיטין, פרק ט, סימן ד, ובטור, אהע"ז, סימן קכו, שאם סופר טעה בגט בדקדוקי לשון, הגט כשר בדיעבד.

לדעת רז"נ גולדברג (לעיל, הערה 35), גם טעות בציון מספר החלקה של הקרקע שניתנת במתנה (כבנידונו, שתואר לעיל, ליד ציון הערה 35), נחשבת לפרט שולי, כיוון שהמספר הוא רק סימן, ולכן גם אם הטעות נפלה בשטר קניין, המתנה תקפה. הוא מביא ראיה מן האמור בבבא בתרא עא ע"א, שהאומר "תנו לפלוני בית שמחזיק מאה חביות", והתברר שביתו מחזיק מאה ועשרים חביות, המתנה חלה על ביתו, מפני שברור שהתכוון לו.

[40] נתיבות המשפט, סימן ס, ס"ק יט.

[41] יש לציין, שנתיבות המשפט דן בשינוי בשמו של הקונה, ומדבריו אין זה ברור אלו פרטים נוספים נחשבים מהותיים.

[42] עם זאת, ייתכן שמכוח הכללים המחייבים אדם לעמוד בדיבורו (כגון: "מי שפרע", דין "מחוסר אמנה" ודין "שארית ישראל לא יעשו עוולה") חייבים הצדדים לקיים את התחייבויותיהם ולבצע את העסקה.

[43] הדבר נעשה בזִמת הקונה האמתי, כדי לסלק מעליו תובעים פוטנציאליים על הנכס. ראה על כך סעיף 13, ליד ציון הערה 55.

[44] לעניין יכולת המלווה לגבות מהם גם אם ימכור אותם הלווה.

[45] אבל קצות החושן, סימן קצ, ס"ק ז, כותב בשם תוספות, גיטין כ ע"ב (ד"ה וכותב), שהוא רק שטר ראיה, כלומר שעבוד הנכסים נוצר על ידי החוב עצמו, אלא שאם אין שטר, אין לו קול, ולא חל שעבוד.

על כן, אם נפלה טעות סופר בשטר החוב, בין בשמו של הלווה בין בסכום, לא נוצר שעבוד נכסים, מפני שהשטר אינו מוכח מתוכו[46]. רק אם זו טעות ניכרת, כמו בדוגמאות שמנינו לעיל, השטר כשר ויוצר שעבוד נכסים[47].

(4) השמטת "אחריות" — לעניין שעבוד נכסים בשטר חוב

כפי שראינו[48], לדעת חכמים, אין לפסול שטר חוב בגלל השמטת אִזכור "אחריות נכסים", משום שהשמטה זו היא טעות סופר, ואין הדבר פוגם בתוקף השעבוד[49]. מסוגיית התלמוד[50] משמע, שגם רבי מאיר מודה שאין טעות סופר פוגמת את השטר, אלא שלדעתו ייתכן שהשמטת "אחריות הנכסים" לא הייתה טעות סופר אלא נעשתה במכוון על ידי הצדדים, והלווה אכן לא התכוון לשעבד את נכסיו לפירעון ההלוואה. לעומתו, סבורים חכמים, שיש להניח שהלווה התכוון לשעבד את נכסיו, שכן בלא שעבוד נכסים, לא היה המלווה מסכים להלוואה. ההלכה נפסקה כחכמים[51].

אף שיצירת שעבוד נכסים היא אלמנט קונסטיטוטיבי של שטר החוב (ולגבי אחריות בשטר מכר, כל השטר הוא קונסטיטוטיבי), הטעות אינה מבטלת את החלות המשפטית של השעבוד. זאת מפני שזו טעות הניכרת לכול, שהרי ברור שהצדדים התכוונו שתהיה אחריות, כאמור, ולכן השטר כשר גם לעניין האלמנט הקונסטיטוטיבי של יצירת שעבוד[52].

(5) תאריך העסקה

מקרה מיוחד הוא טעות סופר בתאריך שבשטר. חכמי המשנה קבעו שאם נפלה טעות סופר בתאריך העסקה, חלק מהוראות השטר בטלות, ולעתים אף השטר כולו בטל. הסיבה לכך היא החשש מתקלה העלולה להיגרם לאחד מן הצדדים או לצד שלישי, כתוצאה מן התאריך המוטעה הכתוב במסמך.

לכאורה, ההלכה הייתה צריכה להיות שכל העסקה בטלה מעיקר הדין, כיוון שמדובר בשטר קונסטיטוטיבי (שטר מכר) או באלמנט קונסטיטוטיבי בשטר ראיה (שעבוד נכסים בשטר חוב),

[46] תומים ותפארת יעקב, שצוינו לעיל, הערה 28; מקצוע בתורה, שצוין לעיל, הערה 34.

[47] תומים ומקצוע בתורה שם.

[48] לעיל, ליד ציון הערה 16.

[49] דיון דומה מצאנו בתלמוד לעניין השמטת אחריות נכסים בשטרי מכר (בבא מציעא יד ע"א) ובשטרי כתובה (כתובות נא ע"א־ע"ב). משמעותה של אחריות הנכסים בשטר מכר היא התחייבות שנותן המוכר לקונה, שאם יבוא נושה שלו (או מי שנגזלה ממנו הקרקע בעבר) ויגבה את חובו ("יטרוף") מן המקרקעין שנמכרו, ישיב המוכר לקונה את כספו. הראשונים דנו בהשמטת אחריות נכסים בשטר מתנה ובשטר חליפין. ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך אחריות טעות סופר, כרך א, עמ' ריח־ריט.

[50] בבא מציעא יד ע"א.

[51] בבא מציעא שם. ראה גם: רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק יח, הלכה א, הלכות מכירה, פרק יט, הלכה ג, והלכות מלווה ולווה, פרק יח, הלכה ג; שולחן ערוך, חו"מ, סימן לט, סעיף א, סימן קיא, סעיף א, וסימן רכה, סעיף א.

לדעת רמ"א, חו"מ, סימן קיב, סעיף א, גם נכסים שהלווה קנה אחרי מתן ההלוואה משתעבדים בסתם למלווה, מפני שגם לגביהם אומרים שנפלה "טעות סופר". אבל שולחן ערוך שם חולק על כך.

[52] תוספות, בבא מציעא קד ע"א (ד"ה היה), כותבים באופן כללי, שמה שרגילים לכתוב בשטר, גם אם לא נכתב, רואים כאילו נכתב. שו"ת הרד"ך, בית ד, חדר ז, מנמק, שתולים את ההשמטה בטעות סופר, והשטר כשר מפני שגם מה שנשמט מוכח מתוכו. הוא עוסק בגט (שהוא כשטר קניין) וכותב ככלל, שכל שניכר מתוכו שהוא טעות סופר, השטר כשר. ראה על כך עוד לעיל, הערה 18.

והטעות אינה ניכרת, שהרי מי שרואה את השטר אינו יכול לדעת מהו התאריך האמתי של העסקה. נראה שהסיבה שאין אומרים כך היא שהתאריך שבשטר אינו מהותי לפעולה הקונסטיטוטיבית שלו.

ועתה נסקור את דיניהם של שטרות שנפלה בהם טעות סופר לגבי התאריך.

(א) שטר חוב שתאריכו מוקדם: המשנה קובעת[53]: "שטרי חוב המוקדמים — פסולים, והמאוחרים — כשרים". שטר חוב מוקדם הוא שטר שתאריך ההלוואה הנקוב בו מוקדם מן התאריך האמתי של ההלוואה, ושטר חוב מאוחר הוא שטר שתאריך ההלוואה הנקוב בו מאוחר מן התאריך האמתי של ההלוואה. כתיבת שטר חוב מוקדם עלולה לגרום תקלה, שכן עקב התאריך המוקדם שבשטר עלול המלווה לגבות מנכסים שמכר הלווה לפני התאריך האמתי של ההלוואה, והרי על נכסים שמכר הלווה קודם להלוואה לא חל שעבוד, שכן בעת ההלוואה כבר לא היו שלו[54]. כדי למנוע תקלה זו, פסלו חכמים שטר חוב מוקדם.

חכמי המשנה לא הסתפקו בקביעה שהמלווה לא יגבה בעזרת השטר המוקדם מנכסים שנמכרו לפני תאריך ההלוואה האמתי, אלא התקינו תקנה, שהמלווה אינו יכול לגבות כלל בשטר מוקדם מנכסים שמכר הלווה, ואף מאלו שמכר הלווה לאחר המועד האמתי של קבלת ההלוואה[55]. הנימוק לתקנה הוא, שיש חשש שדבר שינוי התאריך לא יהיה ידוע לכול, והמלווה יצליח לגבות באמצעות השטר מנכסים שמכר הלווה טרם קבלת ההלוואה, ובלשון התלמוד: "גזירה שמא יגבה מזמן ראשון"[56]. ואמנם בית הדין יודע על השינוי בתאריך (שאם לא כן, אין מקום לדיון), אבל יש חשש שהקונים לא ישימו לב לכך, והמלווה יצליח לגבות מהם[57].

זאת ועוד: גם אם שינוי התאריך ידוע לכול, קנסו חכמים את המלווה על שרצה להטעות

[53] משנה, שביעית, פרק י, משנה ה. על שטר חוב מוקדם, ראה ד' חדד (סעיף 13, הערה 109), עמ' 269. ראה עבודה זרה ט ע"ב, בעניין שטר שנכתב בו תאריך לפי מניין שנים שונה מן הרגיל.

[54] רש"י, ראש השנה ב ע"א, ד"ה שטרי.
תקלה נוספת שיכולה להיגרם היא במצב שהלווה לָווה מנושים אחרים בעבר, ויש להם זכות קדימה לגבות לפני המלווה הנוכחי (שולחן ערוך, חו"מ, סימן קד, סעיף א). אם בשטר החוב הנוכחי ייכתב תאריך המוקדם לתאריכי ההלוואות של הנושים הקודמים, ימנע הדבר מנושים אלו לגבות מנכסי הלווה כפי שמגיע להם. הראשונים לא הזכירו חשש זה. נראה שטעם ההשמטה הוא שחשש זה קיים רק בלווה שיש לו נושים קודמים. למעשה, לא התחשבו הפוסקים בחשש זה. הרי אילו התחשבו בו, היו צריכים לפסוק שהמלווה לא יגבה אפילו מ"בני חורין" (שלא כדעת רוב הפוסקים, להלן, ליד ציון הערה 60), כקנס על שרצה לגבות מנכסים בני חורין לפני נושים שקדמו לו. ואכן דרישה, חו"מ, סימן מג, סעיף ו, כותב שאין קונסים בגלל חשש זה, משום שמן הסתם המלווה אינו יודע אם יש ללווה מלווים אחרים שבגללם יש לו סיבה להקדים את התאריך. אבל שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן ח (ד"ה ומיהו, במהד' מכון ירושלים), כותב שאכן הגזֵרה שלא יגבה כלל מנכסים שמכר הלווה (ראה בסמוך) כוללת גם שלא יוכל לגבות מנכסים שביד הלווה אם יש מלווה אחר, מפני שגם הם בגדר "נכסים משועבדים". אבל הוא אינו מתכוון לומר שקנסו בגלל החשש שיפגע במלווים המוקדמים, אלא החשש שיפגע בלקוחות הוא סיבה גם לזה.

[55] אך לדעת ריש לקיש, ירושלמי, שביעית, פרק י, הלכה ג, המלווה יכול לגבות מנכסים שמכר הלווה אחרי תאריך ההלוואה האמתי. לפי הבבלי, בבא מציעא עב ע"א, ריש לקיש אומר ששאלה זו תלויה במחלוקת ר' מאיר וחכמים (בבבא מציעא שם) לגבי שטר חוב שיש בו ריבית, האם המלווה יכול לגבות את הקרן בעזרת השטר.

[56] בבא מציעא עב ע"א.

[57] רש"י, בבא מציעא שם: "דאיכא דלא מסיק אדעתיה [=שיש מי שאינו מעלה על דעתו] לדקדק כל כך בזמן הלואה לומר למלווה: שטרך מוקדם, ומקחי קדם להלואתך"; חידושי הריטב"א החדשים, שם, ד"ה גזירה.

את הקונים ואת בית הדין ולגבות לפי התאריך המוקדם, בתקווה שהשינוי לא יתגלה[58]. אילו היה רק חשש להטעיית הקונים, היה אפשר למנוע זאת בכך שבית הדין יתקן את התאריך המוקדם שבשטר על ידי כתיבת התאריך האמתי; אבל למעשה אין מתקנים את השטר, אלא מונעים גבייה מהנכסים המכורים מכול וכול בגלל הקנס[59].

יש הסבורים[60] שחכמים פסלו את השטר לגמרי, והמלווה אף אינו יכול לגבות את החוב מנכסים "בני חורין", כלומר מנכסים שעדיין מצויים ביד הלווה. לדעתם, חכמים פסלו לא רק את סעיף האחריות שבשטר, אלא אף את השטר עצמו. אבל הלכה נפסקה[61], שהיות שהעדים שחתמו על השטר המוקדם לא התכוונו להעיד עדות שקר, לא נפסל השטר לחלוטין, אלא רק סעיף האחריות שבו נפסל[62]. על כן, השטר כשר לשמש ראיה לעצם קיומו של החוב, ולא יוכל הלווה לטוען שמעולם לא לווה מהמלווה אפילו פרוטה או שכבר פרע את החוב, אלא עליו לפרוע מנכסים "בני חורין".

זו אפוא דוגמה לביטול המסמך, כולו או חלקו, עקב טעות סופר שנפלה בו[63], חרף הסכמת הצדדים שהמלווה יוכל להיפרע מנכסים שמכר הלווה. הסיבה לכך היא התקלה שטעות סופר זו עלולה לגרום. הפוסקים אומרים שלא ניתן לתקן שטר מוקדם, ואף אם הצדדים יכתבו שטר

[58] רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כג, הלכה א; טור, חו"מ, סימן מג, סעיף ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן מג, סעיף ז; דרישה, שם, סעיף ו; סמ"ע, סימן מג, ס"ק י.

[59] דרישה וסמ"ע שם.

[60] תוספות, ראש השנה ב ע"א, ד"ה שטרי, בבא מציעא עב ע"א, ד"ה שטר, ובבא בתרא קנז ע"ב, ד"ה המוקדמים; פסקי תוספות, בבא בתרא, סימן שמג; הגהות אשרי, בבא בתרא, פרק ט, סימן לז; רמ"א, חו"מ, סימן מג, סעיף ח, בשם "יש חולקים". וראה: ש"ך, שם, ס"ק יט; באר היטב, שם, ס"ק יג. משו"ת הריב"ש, סימן רסד, משמע שפסק כרש"י (להלן, הערה 61), בעוד שבסימן שפב פסק כשיטת תוספות. ראה על כך לחם משנה, הלכות מלווה ולווה, פרק כג, הלכה א. לדעות נוספות בעניין זה, ראה: שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן ח; ש"ך, חו"מ, סימן נב, ס"ק ד.

[61] רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כג, הלכה א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן מג, סעיף ז. כך פסקו גם: רי"ף, בבא מציעא מב ע"ב (בדפי הרי"ף); רש"י, בבא מציעא עב ע"א, ד"ה פסולים; שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן ד; נימוקי יוסף, בבא מציעא מב ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה פסולים; שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן לח, עמ' פו. ראה על כך: בירור הלכה, בבא מציעא עב ע"א, ציון ו; אוצר מפרשי התלמוד, בבא מציעא עב ע"א, עמ' תס־תסא.

[62] אבל אם העדים חתמו במכוון על שטר מוקדם בידיעה שהתאריך שקרי, הם נפסלים כעדי שקר והשטר פסול. ראה: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עב ע"א, ד"ה אבל יש לדקדק; ערוך השולחן, חו"מ, סימן מג, סעיף ד. על כן הסבירו המפרשים, שבשטר מוקדם, אפשר לגבות מבני חורין רק אם חתימת העדים על התאריך נעשתה בטעות, כגון שהתאריך המוקדם נבע מטעות של הסופר או מטעות העדים בידיעת התאריך (תוספות, בבא מציעא שם, ובבא קמא ל ע"ב, ד"ה וחכמים; וראה שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן ד וסימן ח). בית הבחירה, ראש השנה ב ע"א (ד"ה מה שיעדנו), הסביר שמדובר שההלוואה ניתנה זמן מה לאחר המועד שנקבע מראש, והעדים טעו וחשבו שעליהם לכתוב את התאריך המוקדם שנקבע מראש, ולא את התאריך המאוחר שבו ניתנה ההלוואה (ראה גם חידושי הרמב"ן, שם). לדעת ערוך השולחן, שם, מדובר בשהעדים כתבו שטר ראיה (בלי לעשות קניין, שכן אם עשו קניין, חל שעבוד מאז, אף שההלוואה טרם ניתנה, ואם כן אין זה שטר מוקדם, כאמור בבבא מציעא יג ע"א בעניין שטר אקנייתא) בתאריך מסוים, אך למעשה הלווה ביצע את ההלוואה רק במועד מאוחר יותר. ראה על כך אוצר מפרשי התלמוד, בבא מציעא עב ע"א, עמ' תנז ועמ' תסה־תסח.

[63] גם אם השינוי נעשה בזדון על ידי המלווה, הוא עדיין בגדר טעות סופר לעניין הוראת סעיף זה; ראה לעיל, הערה 4. וראה הערה 62, הבחנה בין מצב שהעדים ידעו על השינוי לבין מצב שטעו בתאריך. אבל לא מצאנו הבחנה בין מלווה שטעה בתאריך לבין מלווה ששינה בזדון.

חדש שבו נקוב תאריך ההלוואה האמתי, לא יוכל המלווה לגבות את חובו מנכסים שמכר הלווה[64]. ברם, רק אם הוצג השטר בפני ערכאה שיפוטית, הוא אינו בר תיקון, אולם כל עוד לא הוצג בפניה, יכול המלווה לכתוב בתחתית השטר שאין להיפרע באמצעותו מנכסים שמכר הלווה אלא מן התאריך האמתי של ההלוואה, ואז יוכל לגבות מנכסים שמכר הלווה מתאריך זה ואילך[65].

(ב) שטר חוב שתאריכו מאוחר: כפי שראינו, המשנה קובעת ששטר חוב מאוחר, כלומר שנכתב בו תאריך שהוא אחרי תאריך ההלוואה האמתי, כשר[66]. בניגוד לשטר חוב מוקדם, צד שלישי לא ייפגע מן התאריך המאוחר שננקב בשטר. אדרבה, המלווה הוא שייפגע, שכן יוכל לגבות רק מנכסים שמכר הלווה לאחר התאריך הנקוב בשטר. ברם, הפוסקים מסייגים כלל זה וקובעים[67] שבנסיבות מסוימות השטר פסול, מפני שאדם שלישי עלול להיפגע מכתיבת התאריך המאוחר. הכוונה היא לשטר חוב שלא נכתב בו שהלווה משעבד למלווה גם נכסים שהוא עתיד לקנות[68]. אם נכתב בשטר תאריך מאוחר מהתאריך האמתי של ההלוואה, עלול המלווה לגבות מנכסים שקנה הלווה לפני התאריך שבשטר, אף שלאמתו של דבר לא חל עליהם שעבוד החוב[69], שהרי הלווה קנה אותם לאחר קבלת ההלוואה. הדבר עלול לפגוע בצד שלישי שירכוש נכסים אלו מן הלווה, שכן המלווה יוכל לגבות מהם שלא כדין[70].

[64] סמ"ע, סימן מג, ס"ק י; ש"ך, חו"מ, סימן מג, ס"ק יא. שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן ח (ד"ה ומ"מ), מעלה ספק האם בית דין יכול לתקן את השטר.

[65] ש"ך, שם.
שו"ת תורת אמת, סימן לז, בסופו, כותב ששטר התחייבות שתאריכו מוקדם, באופן שלא ייגרם מכך נזק לשום אדם, הוא כשר.

[66] ראה לעיל, ליד הערה 53.
שולחן ערוך, חו"מ, סימן מג, סעיף יב, כותב שהשטר כשר גם אם לא נכתב בו שהוא מאוחר, כך שאפשר לטעות לגבי התאריך האמתי של ההלוואה.
ערוך השולחן, חו"מ, סימן מג, סעיף ט, כותב שגם בגבייה מן הלווה עצמו, המלווה יוכל לגבות רק מהתאריך המאוחר הכתוב בשטר, מפני שבשינוי התאריך מחל על זכותו לגבות מתאריך ההלוואה האמתי, אלא אם כן מי שכתב את התאריך המאוחר עשה זאת בלי ידיעת המלווה, שאז לא מחל המלווה.

[67] חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עב ע"א, ד"ה והמאוחרין כשרין; ספר התרומות, שער נו, אות ז; טור, חו"מ, סימן מג, סעיף ט; שולחן ערוך, חו"מ, סימן מג, סעיף יב. מקור הבחנה זו בבבא בתרא קנז ע"ב.
אולם הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כג, הלכה ב, השמיט דין זה. ראה מגיד משנה, שם. ט"ז, חו"מ, סימן מג, סעיף יב (נדפס בסוף הסימן), כותב שהרמב"ם סבור שבכך שהלווה כותב תאריך מאוחר, הוא כאילו אומר שהוא משעבד את הנכסים שיקנה בין ההלוואה לתאריך שבשטר, ואם כן איך מקום לתקלה זו. גם קצות החושן, סימן מג, ס"ק ד, כותב שעצם איחור התאריך מחיל שעבוד על הנכסים שיקנה עד התאריך שבשטר (ראה שם, בנימוקו לכך), ולכן אין מקום לתקלה. לא ברור האם הם יאמרו כך גם אם כתב הלווה בפירוש שאינו משעבד נכסים שיקנה בעתיד.

[68] ש"ך, חו"מ, סימן מג, ס"ק כו, מעיר שדוגמה זו היא לפי דעת שולחן ערוך, חו"מ, סימן קיב, סעיף א, שאם לא נכתב כלום לגבי שעבוד נכסים עתידיים, אין עליהם שעבוד; ואילו לפי הרמ"א שם, הסבור שגם אם לא נכתב כלום, הנכסים שיקנה הלווה בעתיד משתעבדים, שטר מאוחר פסול רק אם נכתב בפירוש שלא יחול שעבוד על נכסים עתידיים. את המחלוקת הבאנו לעיל, הערה 51.

[69] הכוונה היא שלא חל עליהם שעבוד לעניין שיוכל המלווה לגבותם ממי שיקנה אותם אחר כך מהלווה. אבל כל זמן שהם ביד הלווה, יכול המלווה לגבות מהם אף שקנה אותם אחרי ההלוואה (גם בלי ששעבד אותם), כאמור בבבא בתרא קנז ע"א. משום כך, החשש לפגיעה כאן בגלל שינוי התאריך הוא רק לגבי גבייה מן הקונים. ואכן, רשב"ם, בבא בתרא קנז ע"ב (ד"ה מאוחרין אמאי), רבנו גרשום שם (ד"ה והמאוחרין), וערוך השולחן, חו"מ, סימן מג, סעיף י, הסבירו שהחשש כאן הוא לגבי קונים.

(ג) שטר מכר שתאריכו מוקדם או מאוחר: לעומת שטרי חוב, שרק תאריך מוקדם פוסל אותם[71], הרי שטרי מכר שנכתב בהם תאריך שונה מן התאריך האמתי של העסקה, בין אם הוא מוקדם ממנו ובין אם הוא מאוחר ממנו, פסולים[72].

התקלה העלולה להיווצר עקב הקדמת התאריך היא, שהמוכר עלול למנוע ממי שהִלווה לו בין התאריך שבשטר לבין תאריך המכר האמתי, לגבות את חובו מהנכס הנמכר. הרי אף שהמכר נעשה לאחר ההלוואה, והמלווה באמת זכאי לגבות מהנכס, התאריך הנקוב בשטר המכר מוקדם לתאריך ההלוואה, ומי שרואה את שטר המכר חושב שהשעבוד אינו חל על נכס זה. כך תיפגע שלא כדין זכותו של המלווה לגבות[73].

אשר לשטר מכר שנכתב בו תאריך מאוחר מן התאריך האמתי של העסקה, עלולה להיווצר תקלה ביחסים שבין המוכר לבין הקונה עצמו, אם המוכר יחזור וירכוש את הנכס מן הקונה לפני התאריך הנקוב בשטר. הקונה יוכל להציג את שטר המכר הראשון, המאוחר, ולטעון שרכש את הנכס בשנית אחרי שמכר אותו חזרה למוכר. על כן קבעו חכמים שהשטר המאוחר בטל[74]. ברם, כיוון שהתאריך המאוחר אינו מסכן זכויות של צד שלישי, אלא את זכויות המוכר בלבד, קבעו הפוסקים[75] שאם בעת עריכת השטר ידע המוכר שנרשם בשטר תאריך מאוחר, השטר כשר, שכן לפני שהמוכר ירכוש חזרה את הנכס, יוכל לדרוש לקבל לידיו את שטר המכר הראשון ולמנוע בכך את התקלה האמורה[76].

[70] הכוונה היא שבמקרה זה קונסים את המלווה שלא לגבות כלל מנכסים שמכר הלווה, מכיוון שאיחר את התאריך כדי שיוכל לגבות שלא כדין מנכסים שיקנה הלווה אחר כך (במקביל לקנס שבשטר חוב מוקדם, לעיל ליד ציון הערה 58).

[71] למעט החריג שנידון לעיל, ליד ציון הערה 67.

[72] בבא בתרא קעא ע"ב; רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כג, הלכה ז; טור, חו"מ, סימן רלט, סעיף ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן מג, סעיף יג, וסימן רלט, סעיף ב.
נראה שמדובר בין בשטר ששימש כמעשה קניין להעברת הבעלות (ואם כן, מדובר בקרקע, שאילו מיטלטלין אינם נקנים על ידי שטר), ובין בשטר המשמש רק כראיה על מכר שנעשה על ידי קניין אחר (ואז אפשר שמדובר גם במיטלטלין).
על שינוי תאריך בשטר מכר, ראה ד' חדד (סעיף 13, הערה 109), עמ' 270־271.

[73] תקלה נוספת, שהעיר עליה שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן ד (ד"ה ועוד דלא), היא שייתכן שהמוכר מכר אותה קרקע לאדם אחר, שמעון, בין התאריך הנקוב בשטר לבין מועד המכירה האמתי, כך שבאמת הקרקע שייכת לשמעון, אבל הקונה הנוכחי, ראובן, עלול להציג את השטר ולטעון שהוא קנה קודם, שהרי התאריך בשטר מוקדם יותר, ויוכל להוציא בעזרתו את הקרקע שלא כדין משמעון. הרשב"א מעיר שחשש זה קיים גם בשטר מכר שאין בו אחריות.
תקלה נוספת היא לגבי זכותו של הקונה לחזור על המוכר ולגבות ממנו אם הקרקע תילקח ממנו על ידי מי שהִלווה למוכר או על ידי מי שהקרקע נגזלה ממנו בעבר; ואם אין למוכר במה לשלם לו, זכאי הקונה לטרוף קרקע ממי שקנה אותה מאותו מוכר אחרי שהוא עצמו קנה. אם בשטר המכר כתוב תאריך מוקדם, עלול הקונה להשתמש בו לגבות ממי שקנה מן המוכר אחרי תאריך זה, אף שבאמת אינו זכאי לכך, שהרי באמת אותו קונה קנה מן המוכר לפני שהוא קנה ממנו. חשש זה דומה לחשש שיש בשטר חוב מוקדם.

[74] בבא בתרא קעא ע"ב.

[75] ש"ך, חו"מ, סימן מג, ס"ק ל; ערוך השולחן, חו"מ, סימן מג, סעיף יא.

[76] ש"ך, חו"מ, סימן מג, ס"ק כט, מביא את דעת הב"ח, חו"מ, סימן מג, סעיף ט, ששטר מכר מאוחר עלול לפגוע באדם שלישי, ולא רק במוכר עצמו. ברם, הש"ך דחה את דבריו, והוכיח שהתקלות שתיאר הב"ח אינן מצדיקות את פסילת השטר. על כן, הודעה למוכר על התאריך המאוחר שבשטר מכשירה אותו.

גם שטר מתנה שכתוב בו תאריך מוקדם או מאוחר פסול מאותה סיבה כמו בשטר מכר[77].

שלא כשטר חוב מוקדם, אם נפסל שטר מכר או מתנה משום שתאריכו מוקדם, ניתן לכתוב שטר חדש הנושא את התאריך האמתי על סמך דברי הקונה בדבר התאריך האמתי[78], או על סמך עדים שראו את ההקנאה[79]. נראה שטעם ההבדל בין שטר חוב לשטר מכר או מתנה הוא, שבשטר חוב קנסו את המלווה שלא לגבות כלל מנכסים שנמכרו, כפי שראינו, ואם כן, לא ייתכן לאפשר כתיבת שטר חדש, שהיא עקיפת הקנס; מה שאין כן במכר או במתנה, שלא קנסו בהם, ורק פסלו את השטר בגלל החשש לתקלה.

גם במכר או במתנה, אם השטר כולל אחריות, שהמוכר או הנותן מקבל על עצמו לשפות את הקונה (או המקבל) אם הקרקע תיטרף ממנו, כותבים שטר חדש רק אם עשו קניין בשעת ההקנאה[80]. אבל אם לא עשו קניין, אינם יכולים לכתוב שטר חדש אפילו מהתאריך האמתי, שהרי שטר המכר פסול, והקונה לא היה יכול לממש את האחריות בגבייה מנכסים שמכר המוכר לאחרים, ולא ייתכן שנכתוב עכשיו שטר שיאפשר לו לגבות מנכסים אלו; וגם אם יש עדים אחרים שראו את המכר או המתנה, אינם יכולים לכתוב שטר עם אחריות, וגם בית דין אינו יכול לעשות כן[81].

פרק שלישי

תיקון המסמך — "יתוקן החוזה לפי אומד דעת הצדדים"

א. כללי

הסעיף קובע שאם נפלה טעות סופר במסמך הכתוב, תתוקן הטעות לפי החוזה האמתי שנכרת בין הצדדים. בפרק הראשון ראינו, שלפי החוק, די שבית המשפט יקבע תחילה אגב גררא מהו תוכנו של החוזה האמתי ויעניק את הסעד המתאים, ואין הוא חייב לתקן את המסמך הכתוב. הדבר קיבל ביטוי מפורש בהצעת חוק דיני ממונות[82].

כפי שנראה להלן, מסקנה דומה עולה ממקורות המשפט העברי.

[77] ש"ך, חו"מ, סימן מג, ס"ק כח. וראה: שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימנים ג־ד וסימנים ז־ח; ש"ך, חו"מ, סימן רלט, ס"ק ד; תומים, סימן מג, ס"ק יד.

[78] שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן ד, בסופו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן מג, סעיף ט. הם דיברו על מתנה, אבל נראה שהדין כך גם במכר.

[79] רשב"א, שם; סמ"ע, סימן מג, ס"ק יז.
הרשב"א והשולחן ערוך כותבים שאם אפשר לקיים את חתימת העדים על ידי השוואה למקום אחר, אים העדים יכולים לכתוב שטר חדש, מפני שעשו כבר את שליחותם, ואינם יכולים לעשות את שליחותם שוב, לכתוב שטר חדש (ראה על כך להלן, ליד ציון הערה 89); ורק אם אין אפשרות לקיים את חתימותיהם ממקום אחר, ונמצא שהשטר הראשון אינו כאילו "נחקרה עדותם", אינם נחשבים כמי ש"עשו שליחותם" כבר. נראה שבכל מקרה, יוכל בית הדין עצמו לכתוב שטר חדש.

[80] נתיבות המשפט, סימן מט, ס"ק ה; ערוך השולחן, חו"מ, סימן מג, סעיף ו. שניהם עסקו במתנה.

[81] ש"ך, חו"מ, סימן מג, ס"ק כב. הוא עסק במתנה. אבל הוא אינו כותב שאם עשו קניין, אפשר לכתוב שטר חדש.

[82] הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 124(א).

למעשה, הוראת הסעיף בדבר תיקון הטעות חורגת מדיני החוזים. ההוראה מאפשרת לצדדים עצמם, כאשר הם מסכימים לכך, ולבית המשפט, כאשר צד אחד לחוזה תובע זאת, לתקן את המסמך, כך שניתן יהיה להשתמש בו בעתיד כראיה. ברם, דיני הראיות במשפט העברי שונות מדיני הראיות בחוק. המשפט העברי מציב דרישות נוקשות יותר לקבלת ראיות מאלה הנדרשות בחוק. בדיוננו להלן נבחן כיצד משפיעות דרישות אלו על תיקון המסמך הכתוב, באופן שיוכל לשמש ראיה קבילה לפי המשפט העברי.

ב. אופן תיקון המסמך

החוק אינו מציב דרישות צורניות לעריכת חוזה במסמך כתוב כדי שישמש ראיה. ניתן להגיש מסמך כתוב כראיה גם אם אין חתומים עליו עדים ואף לא הצדדים עצמם. על כן, אם נפלה טעות סופר במסמך, יכולים הצדדים לתקן אותה על ידי מחיקת פרט, הוספת פרט או שינוי פרט בגוף המסמך.

לעומת זאת, המשפט העברי מכיר במסמך כתוב כראיה רק אם הוא עומד בדרישות צורניות מסוימות המכשירות אותו כ"שטר". לעיל[83] ציינו את שלוש הדרכים שבהן ניתן ליצור שטר: שטר בכתב ידו של המתחייב; שטר עם עדי חתימה; שטר עם עדי מסירה. נשאלת השאלה, האם ניתן לתקן שטרות אלו על ידי תיקון בגוף המסמך?

הדעת נותנת, שאם מדובר בשטר עם עדי חתימה או עדי מסירה, לא יועיל תיקון המסמך בלי למָסרו שוב בפני עדים או להחתים עדים מחדש. כך גם בשטר שחתום עליו המתחייב — יש צורך שיחתום עליו מחדש.

יתר על כן: נראה שלא ניתן כלל לתקן את גוף השטר, וזאת אף בשטר שנעשה בכתב ידו של המתחייב, מפני שהכלל הוא שאין להסתמך על מילים שנכתבו בשטר על גבי מילים מחוקות או בין השורות, בלי שהסופר יכתוב לפני הסיום הקבוע של נוסח השטר ("והכל שריר וקיים") שאותן מילים אכן נכתבו על ידו על גבי מילים מחוקות או בין השורות[84]. מטרתו של כלל זה היא למנוע ממחזיק השטר לעשות בו שינויים לטובתו אחרי החתימה על השטר בלי ידיעת הצד האחר[85]. מצד אחד, הכלל האמור מונע שינויים חד צדדיים, שהרי מי שיראה שינויים בשטר שאינם מאושרים על ידי הסופר, יבין שהם נעשו שלא כדין. מצד שני, כלל זה מונע שינויים מוסכמים הבאים לתקן טעות סופר. על כן, לא יצלח שום ניסיון להוסיף על דבר הכתוב בשטר, לגרוע ממנו או לתקן אותו[86].

[83] לעיל, ליד ציון הערה 22.

[84] בבא בתרא דף קס ע"ב (על מילה תלויה בין השורות) ודף קסא ע"ב (על מילה הכתובה על גבי מחק); רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כז, הלכה ח; שולחן ערוך, חו"מ, סימן מד, סעיף ה. לדעת הרמ"א, שם, לא רק שאין ללמוד מן המילים שנוספו, אלא שהן פוסלות את השטר כולו. ראה גם נימוקי יוסף, בבא בתרא עה ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה אמר המחבר.

[85] זאת בניגוד לחוק, המאפשר להוסיף מילים ולמחוק מילים במסמך חוזי לאחר חתימתו. מאחר שנהוג ששני הצדדים מחזיקים בעותקים של החוזה, אין חשש שצד אחד יעשה בו שינויים.

[86] כך עולה מסוגיות נוספות בדיני שטרות. למשל, מי ששטרו נמחק או הולך להימחק, אין בית הדין מורה על תיקון האותיות המחוקות בגוף השטר, אלא כותב שטר אחר. ראה: רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כג, הלכה יב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן מא, סעיף א. כמו כן, במשנה, בבא בתרא קסח ע"א, נחלקו רבי יהודה ורבי יוסי לגבי לווה שפרע מקצת החוב הכתוב בשטר, האם ייקרע השטר וייכתב שטר חדש על חלק

ואכן, המעיין בפוסקים העוסקים בתיקון טעות סופר בשטרות, ייווכח לדעת שלעולם התיקון נעשה על ידי כתיבת שטר חדש, ולא על ידי תיקון השטר הישן[87].

ג. תיקון המסמך בהיעדר הסכמת אחד הצדדים

אם שני הצדדים מעוניינים בתיקון השטר, והתיקון מותר, ניתן לכתוב שטר חדש בקלות. ברם, לעתים צד לחוזה מבקש לתקן את השטר בהיעדר הסכמת הצד השני, אם משום שהצד השני אינו נמצא ולא ניתן לקבל את הסכמתו, ואם משום שהוא מתנגד לתיקון השטר.

הדין הוא שאין כותבים ומוסרים שטר אלא מדעת המתחייב ובשליחותו[88]. נשאלת השאלה, לאור העובדה שטעות סופר בשטר אינה פוסלת את החוזה, האם ניתן לכתוב שטר חדש אם אחד הצדדים לחוזה מתנגד לכך? כן יש לשאול, האם ניתן לכתוב שטר חדש אם לא ידועה עמדת אחד הצדדים לגבי תיקון טעות הסופר?

נחלק את דיוננו לשניים: תחילה נדון במצב שעמדתו של הצד שכנגד אינה ידועה, ולאחר מכן נדון במצב שהצד שכנגד מסרב לתקן את המסמך.

(1) תיקון המסמך בהיעדר אחד הצדדים

התלמוד[89] דן באדם שציווה לשני אנשים לכתוב גט ולמסרו לאשתו, ששמה היה "נפאתה". דא עקא, הסופר טעה וכתב "תפאתה", ובכך פסל את הגט. רב יצחק בר שמואל מסביר, שהסופר והעדים אינם יכולים לכתוב גט חדש, ונימוקו: "כבר עשו עדים שליחותן", היינו, העדים כבר מילאו את שליחותם כשכתבו את השטר הראשון, וכתיבת שטר חדש היא חריגה משליחותם. ברם, רב נחמן חולק על כך, וסובר שכל עוד לא מילאו העדים את שליחותם בהצלחה (כלומר, כל עוד הגירושין אינם תקפים), לא בטלה שליחותם, ויכולים לכתוב גט חדש ולמסרו לאישה, ובלשון התלמוד: "כותבים ונותנים אפילו מאה פעמים"[90]. מדובר בשהבעל אינו נוכח, שהרי אילו היה נוכח, היה יכול למנות את העדים שוב, ולא הייתה מתעוררת שום בעיה; ובכל זאת הסופר יכול לכתוב את הגט מחדש.

אף שסוגיה זו עוסקת בטעות סופר שנפלה בגט, הסיקו ממנה הפוסקים[91] לכל השטרות, שאם נפלה בשטר טעות סופר, ודעת אחד הצדדים לגבי התיקון אינה ידועה, ניתן לכתוב בשמו

החוב שנותר, או שיינתן ללווה שובר על הפירעון החלקי; אך הכול מסכימים שלא ניתן לשנות ולתקן את סכום החוב בגוף השטר.

87 ראה: שו"ת הרא"ש, כלל סח, סימן לא; שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן ד. וכלשון שולחן ערוך, חו"מ, סימן מט, סעיף ו: "יכתבו שטר אחר".

88 ראה לעיל, ליד ציון הערה 24.

89 גיטין סג ע"ב.

90 דעת רב נחמן נפסקה להלכה. ראה: רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה ח; שולחן ערוך, אהע"ז, סימן קכב, סעיף א.

דעה נוספת המובאת בסוגיה שם היא דעת רבה, המבחין בין כתיבת גט חדש לאחר שהגט הראשון נכתב עם טעות סופר, שהיא מותרת, מפני שטרם הסתיימה השליחות, לבין כתיבת גט לאחר שהגט הראשון נכתב כראוי ואבד, שהיא אסורה, מפני שכבר הסתיימה השליחות.

91 ראה: שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימנים יב־יג; שו"ת הרא"ש, כלל סח, סימנים לא־לב; שו"ת הרמ"א, סימן מט.

אך שו"ת הרשב"א, סימן יב, שם, מסייג זאת לשטר מכר שאין בו אחריות, אבל לגבי מכר עם אחריות, אינם יכולים לכתוב מחדש, מפני שהם משעבדים בזה את נכסי המוכר, והרי כבר עשו את שליחותם בשטר

שטר חדש, מפני שמי שמצווה לסופר לכתוב שטר ולמָסרו לצד שכנגדו, מעוניין שהשטר ימלא את ייעודו. הצד המעוניין בתיקון השטר יכול אפוא לפנות לסופר שכתב את השטר המקורי ולבקש ממנו לכתוב שטר חדש, ולבקש מעדי השטר המקורי לשמש עדי מסירה או עדי חתימה לשטר החדש[92].

(2) תיקון המסמך נגד רצונו של אחד הצדדים

אם צד שהתחייב בחוזה מתנגד לתיקון המסמך, נראה שהסופר והעדים אינם יכולים לכתוב ולחתום על שטר חדש כשלוחיו של המתחייב בניגוד לרצונו. אך נראה שבית הדין מוסמך לעשות כן מכוח הכלל: "הפקר בית דין — הפקר"[93]. אפשר ללמוד זאת בהיקש מדין שטר שנמחק. מי שיש לו שטר ראיה שחלק מן הכתוב בו נמחק, רשאי בית הדין לכתוב עבורו שטר חדש[94], מכוח הכלל: "הפקר בית דין — הפקר"[95]. הדעת נותנת שיש להחיל דין דומה על טעות סופר בשטר ראיה.

פרק רביעי

סיכום

מסמך חוזי שנפלה טעות סופר בכתיבתו אינו תמיד תקף לפי המשפט העברי, כפי שהוא לפי החוק. לעתים מביאה טעות סופר לבטלות המסמך, אבל לעתים יוכל בית הדין לתקן את טעות הסופר.

טעות סופר שנפלה במסמך דקלרטיבי, שטר ראיה, ואפילו בפרט מהותי בו, אינה מבטלת את החוזה. אלא שאם נפלה בו טעות סופר בפרט מהותי, השטר פסול מלשמש כראיה. רק אם הטעות ניכרת לכול, השטר כשר לשמש כראיה, מפני שאז הוא "מוכח מתוכו". אם נפלה בו טעות בפרט לא מהותי, השטר כשר כשטר ראיה.

במסמך קונסטיטוטיבי, שטר קניין, אם נפלה טעות סופר באחד מן הפרטים המהותיים, החוזה עצמו בטל, מפני שהוא שואב את תוקפו מן השטר, והשטר פסול, שהרי כל שטר צריך להיות "מוכח מתוכו". רק אם הטעות ניכרת, באופן שברור לכול מה היה צריך להיות כתוב, השטר כשר, מפני שאז הוא "מוכח מתוכו".

הראשון. לא ברור מדבריו, האם הוא מתכוון לומר שמטעם זה אינם יכולים לכתוב שטר חדש גם אם הראשון נכתב בטעות.

[92] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן מט, סעיף ו. נראה שהפנייה לסופר לכתוב שטר חדש יכולה להיעשות גם על ידי בית הדין, לאחר שקבע שיש לתקן את השטר.

[93] גיטין לו ע"א.

[94] שולחן ערוך, חו"מ, סימן מא, סעיף א.

כמו כן, בבבא בתרא קעא ע"א, נאמר שאם פרע הלווה חלק מחובו, בית הדין קורע את השטר וכותב במקומו שטר חדש עם התאריך שבשטר הראשון. הגם שלכאורה מדובר בכתיבת שטר חדש, "בי דינא אלימי לאפקועי ממונא [=יד לבית דין כוח להפקיע ממון]". וכך פסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן נד, סעיף א.

[95] סמ"ע, סימן מא, ס"ק ו.

כמו כן, שטר ראיה שיש בו אלמנט קונסטיטוטיבי, אם חלה טעות סופר בפרט מהותי בשטר, מתבטל אותו אלמנט, אלא אם כן זו טעות הניכרת, כאמור לעיל.

דין מיוחד יש לטעות בתאריך שבשטר, מפני שהיא מעוררת חשש של מרמה כלפי אחד הצדדים או כלפי אדם שלישי. שטר חוב שהתאריך שבו מוקדם מן התאריך האמתי, פסול אף לגבי פירעון מן התאריך האמתי ואילך. בית הדין אינו מתקן שטר חוב כזה[96]. לעומת זאת, שטר חוב שהתאריך שבו מאוחר לתאריך האמתי, כשר, אלא אם לא שֶׁעבד הלווה נכסים שהוא עתיד לקנות, שאז יש לחשוש שהדבר ינוצל לפגיעה באדם שלישי. אם הטעות בתאריך היא בשטר מכר, השטר פסול, בין אם התאריך מוקדם ובין אם הוא מאוחר[97].

תיקון טעות סופר ייעשה על ידי כתיבת שטר חדש ולא על ידי תיקון השטר הישן. השטר החדש יכול להיכתב לבקשת אחד הצדדים גם אם הצד שכנגד אינו נמצא. בית הדין יכול לתקן את השטר אף בניגוד לדעת אחד הצדדים. אם הטעות ניכרת לכול, אין צורך לכתוב שטר חדש.

פרק חמישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

טעות סופר

16. (א) נפלה בחוזה[98] טעות סופר או טעות כיוצא בה, ייכתב החוזה מחדש לפי אומד דעת הצדדים, ואין הטעות עילה לביטול החוזה.

(ב) טעות סופר שיש בה כדי לפגוע באחד מן הצדדים או בצד שלישי, היא עילה לפסול את המסמך.

[96] אשר לתיקון השטר קודם שהוא מגיע לערכאה שיפוטית, ראה לעיל, ליד ציון הערה 65.

[97] אך אם מלכתחילה הודיע הקונה למוכר ששטר המכר מאוחר, השטר כשר. ראה לעיל, ליד ציון הערה 75.

[98] נקטנו כאן "חוזה" בעקבות לשון החוק, אך נכון יותר היה לנקוט כאן "מסמך" (ראה לעיל, הערה 1).

סעיף 17

כפיה

כפיה

17. (א) מי שהתקשר בחוזה עקב כפיה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה.

(ב) אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לענין סעיף זה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 235

פרק שני: תוקפו המשפטי של חוזה כפוי 236

א. כללי 236

ב. סוגיית "תליוהו וזבין" 236

ג. סוגיית "גט מעושה" 238

פרק שלישי: התקשרות בכפייה והתקשרות עקב כפייה — "מי שהתקשר עקב..." 238

פרק רביעי: סוג החוזה — "בחוזה" 240

א. ההבחנה בין חוזה בתמורה לחוזה שלא בתמורה 240

ב. חוזה בתמורה 243

(1) צורת התמורה 244

(2) קנייה 246

(3) מכירה לגזלן 248

(4) רמת שיתוף הפעולה הנדרשת מן הצד הכפוי 249

ג. חוזה שלא בתמורה 250

פרק חמישי: צורת הכפייה — "עקב כפייה שכפה עליו" 255

א. כללי 255

ב. כפייה עצמית ("אונסא דנפשיה") 255

ג. פגיעה בנכסים 260

ד. פגיעה באחרים 263

פרק שישי: קשר סיבתי — "עקב כפייה" 265

פרק שביעי: כפייה על ידי אדם שלישי — "או אחר מטעמו" 267

פרק שמיני: איום — "או באיום" 271

פרק תשיעי: "מודעא" — גילוי דעת מוקדם של מי שכפו עליו להתקשר 274
א. "מודעא" מהי? 274
ב. מודעא על חוזה בתמורה 276
ג. מודעא על חוזה בלא תמורה 278

פרק עשירי: האם החוזה בטל או ניתן לביטול? — "רשאי לבטל" 286
א. כללי 286
ב. אם נמסרה מודעא ואם לא נמסרה 286
ג. זכותו של הצד הכופה לבטל את החוזה 287

פרק אחד־עשר: אזהרה על הפעלת זכות — ס"ק (ב) 289
א. כללי 289
ב. לשם מטרה זרה 290
ג. "בתום לב" 291
ד. הפעלת זכות בכפייה 292

פרק שנים־עשר: סיכום 293

פרק שלושה־עשר: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 295

נספח ראשון: פשרה כפויה 295
א. הסוברים שדינה כמכר 295
ב. הסוברים שאין דינה כמכר 299
ג. הבחנות שונות 302
ד. המוחל על חלק מחוב עקב איום שיפסיד את כולו 303
(1) המוחל מפני שהחייב כפר בכול 303
(2) המוחל מפני שלא היה לחייב במה לשלם 306
(3) המוחל מפני שהחייב סירב לשלם 306
(4) המוחל מפני שהיה במקום שלא יוכל לתבוע את חובו 307
ה. המוחל על חלק מחוב בהסדר חובות 307
(1) אם החייב ירד מנכסיו 307
(2) אם החייב הבריח את נכסיו 308
(3) נושה שלא היה חלק מהסדר החובות 308

נספח שני: מחילה כפויה 309
א. אם עשו מעשה קניין 309
ב. אם המוחל נשבע 309
ג. אם המשיכו המוחל והנמחל לשאת ולתת יחד 309
ד. במחילה מכללא 310

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה דן במי שהתקשר בחוזה עקב כפייה שהופעלה עליו, וקובע שמי שנכפה עליו החוזה רשאי לבטלו.

שני אופנים של כפייה נזכרים בסעיף זה, "בכוח או באיום", אך אין החוק קובע את גדריהם. נשאלת השאלה, האם רק פעולה של הכופה, שגרמה לבדה לצד שכנגד להתקשר בחוזה, תקנה לו את זכות הביטול, או שמא גם כפייה שהצטרפה לשיקולים נוספים של הצד הנתון לכפייה? כן יש לשאול, האם כפייה שאפשר להתחמק ממנה נחשבת אף היא כפייה?

לעתים סבור אדם שהוא נתון במצב של כפייה אפקטיבית, בעוד שלמעשה הוא יכול לסרב לדרישות הכופה. מצד שני, תיתכן פעולה שאמנם נחשבת כפייה כלפי "האדם הסביר", אך בגלל נתוניו האישיים של מי שהחוזה נכפה עליו, הוא מסוגל לעמוד מולה. מה דינם של מצבים אלו? בעצם זו שאלה, האם קנה המידה להגדרת הכפייה הוא אובייקטיבי או סובייקטיבי?

גם הגדרת "איום" אינה ברורה. ידועה המימרא התלמודית בדבר השמעת איומי סרק[1]: "עביד איניש דגזים ולא עביד [=עשוי אדם להגזים ולומר שיעשה דבר מה, ולבסוף אינו עושה אותו]". איזה איום נחשב בכל זאת ככפייה?

מלשון הסעיף משתמע, לכאורה, שמדובר בכפייה המופעלת על הנפגע עצמו — "עקב כפייה שכפה עליו". מה דינה של כפייה המופעלת על קרוביו של אדם, או על אנשים אחרים, כדי לאלצו להתקשר בחוזה? ובדומה: האם החוק עוסק דווקא בכפייה המופעלת על גופו של הנתון לכפייה, או שמא גם בכפייה על ידי פגיעה בנכסיו?

הסעיף עוסק בכפייה שמפעיל צד לחוזה או אחר הפועל מטעמו. מכאן שמי שהתקשר בחוזה עקב כפייה שנעשתה על ידי אדם שלישי, הפועל מטעם עצמו ולא מטעם צד אחר לחוזה, אינו זכאי לבטל את החוזה. בהנחה שכפייה זו פוגמת גם היא בגמירת דעתו של מי שהחוזה נכפה עליו, מדוע אין כפייה זו עילה לביטול החוזה?

להלן נעסוק בשאלות אלה מנקודות מבטם של החוק ושל המשפט העברי. בפרק השני נדון בתוקפו המשפטי של חוזה כפוי, ונעמוד על ההבדל היסודי בין עמדת המשפט העברי לבין עמדת החוק בשאלה האם כפייה כשלעצמה מצדיקה את ביטול החוזה? בפרק השלישי נעסוק בכפייה שלא הייתה אפשרות להתנגד לה. בפרק הרביעי נבחין בין סוגים שונים של חוזה,

[1] שבועות מו ע"א. התלמוד משתמש בכלל זה כדי לפטור מאחריות בנזיקין אדם שהחזיק גרזן בידו ואמר: "אלך ואקצוץ את דקלו של פלוני", ונמצא הדקל קצוץ, והוא טוען שלא עשה זאת. הנימוק לפטור מאחריות הוא, שאדם עשוי לאיים ולא לממש את איומיו. ראה גם: נ' רקובר, ניבי תלמוד (ירושלים תשנ"א), עמ' 283. על נפקות מכלל זה לעניין כפייה בחוזה, ראה להלן, ליד ציון הערה 151. לנפקות מעניינת מכלל זה בתחום אחר, ראה תשובת ר' יוסף פיאמיטה, בפחד יצחק, ערך גלוי עריות (הובא אצל נ' רקובר, מטרה המקדשת את האמצעים, ירושלים תש"ס, עמ' 375).

וביתר פירוט: בין כפייה לחוזה בתמורה לבין כפייה לחוזה בלא תמורה, תוך התייחסות למגוון רחב של סוגי חוזים. בפרק החמישי נבחן את הגדרתה של הכפייה, ובהקשר זה נעיין בצורות שונות של כפייה: אילוצים פנימיים, פגיעה בנכסים ופגיעה בקרובים. בפרק השישי נעיין במאפייניו של הקשר הסיבתי שצריך להתקיים בין הכפייה לבין ההתקשרות בחוזה. בפרק השביעי נדון בכפייה שמפעיל אדם שלישי, שאינו פועל מטעם הצד שכנגד. את הפרק השמיני נקדיש לעיון בהגדרת האיום. בפרק התשיעי נסקור את דין "מסירת מודעא", המאפשר לנפגע לבטל את החוזה. לעניין ביטול החוזה עקב כפייה, יש לשאול, האם הכוונה היא שהחוזה בטל או שמא ניתן לביטול? בכך נעסוק בפרק העשירי. לבסוף, בפרק אחד־עשר, נדון במעמדה של אזהרה בתום לב על הפעלת זכות, ונבחין בינה לבין הפעלת זכות בכפייה.

סוגיות המעוררות שיקולים מיוחדים הן סוגיית פשרה שהושגה מתוך כפייה וסוגיית מחילה מתוך כפייה. בכך נעסוק בנספחים לסעיף זה.

פרק שני

תוקפו המשפטי של חוזה כפוי

א. כללי

טעם הזכות לבטל חוזה כפוי הוא שיש פגם בגמירת דעתו של הצד הכפוי להתקשר בחוזה, גמירת דעת הנדרשת לפי סעיף 2 וסעיף 5 לחוק. ברם, למרות החיסרון בגמירת דעתו של מי שנתון לכפייה, לא קבע החוק שהחוזה הכפוי בטל, אלא שהחוזה ניתן לביטול[2]. טעם הדבר הוא, שגישת החוק היא שאין הכפייה שוללת לחלוטין את רצונו של הנתון לכפייה, שהרי הוא הסכים לבסוף להתקשר בחוזה: "רציתי משום שהכריחוני, בכל זאת רציתי". כלומר, הכפייה פוגמת בגמירת דעתו של מי שהחוזה נכפה עליו, אך אינה שוללת אותו לגמרי, ולפיכך החוזה ניתן לביטול אך אינו בטל מאליו[3].

את דיוננו בגישת המשפט העברי לחוזה כפוי, נפתח בסקירת שתי סוגיות תלמודיות הדנות בהתקשרויות כפויות: סוגיית "תליוהו וזבין", העוסקת בכפייה שמפעיל קונה על מוכר; וסוגיית "גט מעושה", העוסקת בבעל שכפו אותו לתת גט לאשתו. כפי שניווכח להלן, לא כל כפייה פוגמת בהכרח בגמירת דעתו של הכפוי, לפי המשפט העברי.

ב. סוגיית "תליוהו וזבין"

לדעת האמורא רב הונא[4], "תליוהו וזבין — זביניה זביני [=תלוהו ומכר — מכירתו מכירה]", כלומר, מי שייסרו אותו עד שמכר אחד מנכסיו — המכר תקף. לעומתו, האמורא רב ביבי

[2] השווה נוסח סעיף זה: "רשאי לבטל את החוזה", עם נוסח סעיף 13: "חוזה שנכרת למראית עין — בטל".

[3] שלו, דיני חוזים, עמ' 326.
אך ראה להלן, ליד ציון הערה 19, שייתכן שחוזים כפויים מסוימים בטלים.
על הנימוק לזכות הביטול לפי החוק, ראה פורת (להלן, הערה 59), עמ' 54־62.

[4] בבא בתרא מז ע"ב.

סבור[5] שהמכר אינו תקף. רבא פוסק[6] כרב הונא, אך הוא מגביל הוראה זו למצבים שניכר שבדיעבד המוכר הסכים למכר, כגון שהכופה הציג בפני הצד שכנגד דרישה סתמית לרכוש אחד מנכסיו, והכפוי בחר בִּיזָמתו למכור נכס מסוים, או שהצד הכפוי בדק ומנה את המעות שנתן לו הכופה בתמורה[7], או שהוא יכול היה להשתמט מן הכפייה ולא עשה כן. אבל התלמוד דוחה את הסתייגויותיו של רבא, ופוסק שבכל מצב המכר תקף[8].

התלמוד מציע שני הסברים להלכה שהמכר תקף: לפי ההסבר הראשון, גם במכירה רגילה[9] שאדם מוכר מנכסיו, יש מידה מסוימת של כפייה, שכן אילו לא היה אנוס למכור את הנכס (מחמת צורך דחוף במזומנים או צורך דחוק אחר), לא היה מוכר, ובכל זאת מכירה רגילה תקפה. מכאן שיש תוקף למכירה גם אם אין למוכר גמירת דעת גמורה להקנות, ולכן גם אם הקונה כופה את המוכר למכור — החוזה תקף, מפני שהעובדה שלא גמר בדעתו לגמרי למכור אינה סיבה לפסול את המכר[10]. אבל התלמוד דוחה הוכחה זו, שכן "דילמא שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני [=אולי שונה אונס של עצמו מאונס של אחרים]"[11]. כלומר, ייתכן שיש הבדל בין אילוצים פנימיים שבהם נתון המוכר, שאז הוא נחשב שיש לו גמירת דעת למכור, ולכן המכר תקף, לבין כפייה חיצונית שכפה עליו אחֵר, שאז אין הוא נחשב שיש לו גמירת דעת, ואולי אין למכר תוקף.

במסקנתו, נותן התלמוד הסבר אחר לתוקפו של המכר[12]: "אגב אונסיה גמר ומקני [=אגב אונסו גומר המוכר בלבו ומקנה]". הרצון להיחלץ מן הכפייה המופעלת עליו, ואפילו במחיר

[5] בבא בתרא מח ע"א.
כך משמע מגרסת התלמוד שבידינו, המנגידה את דברי רב ביבי לדברי רב הונא. ברם, מן הרמב"ם נראה שלדעתו אין אמוראים אלו חולקים זה על זה, שכן הוא פוסק כדעת שניהם, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 55. לדעת חלק מן המפרשים, לפני הרמב"ם הייתה גרסה שונה משלנו בסוגיה, כפי שנראה להלן, הערה 55.

[6] בבא בתרא מח ע"א-ע"ב.
על דעות האמוראים בסוגיה זו, ראה פורת (להלן, הערה 59), עמ' 72-78.

[7] כך לפי גרסת התלמוד שלפנינו: "ארצי זוזי", וכפי שפירש רשב"ם, בבא בתרא מח ע"ב, ד"ה דלא ארצי זוזי. גרסה אחרת היא: "ארצי ליה זוזי", ולפיה משתנה מובנו של חריג זה. למשמעות ההבדל בין הגרסאות, ראה להלן, הערה 44.

[8] בבא בתרא מח ע"ב.

[9] בתלמוד כתוב "כל דמזבין". אבל רשב"ם, בבא בתרא מז ע"ב (ד"ה דכל), נוקט "רוב חפצים וכלי ביתו וטלית", מפני שסוחר המוכר סחורה מוכר בלי שום אונס, שהרי אינו צריך את הסחורה לעצמו. הוכחת התלמוד היא מאדם המוכר נכס על אף שהוא צריך אותו. ברור שגם מכירה כזאת תקפה, כפי שהוכיח הרשב"ם שם מן העובדה שהתורה לא קבעה שאין אדם יכול למכור דבר שהוא זקוק לו.

[10] מלשון הרשב"ם שם: "זביניה זביני אפילו בעל כרחו דלא גמר ומקני... אע"ג דאניס מוכר... אע"ג דלא גמר ומקני", עולה לכאורה, שלפי ההסבר הראשון בסוגיה, המכר תקף מפני שאין צורך בגמירת דעת למכור. כך הבין קובץ שיעורים, בבא בתרא, סימן ר, את הרשב"ם; והתקשה בדבריו: איך תיתכן מכירה בלי גמירת דעת? לבוש מרדכי, בבא קמא, סימן לא, אות ד, הסביר שכוונת הרשב"ם היא, שדי בכוונה להקנות גם בלי לעשות זאת ברצון ובחפץ. חידושי הגרנ"ט, סימן קפב, מסביר שבשלב זה, סבור התלמוד שרצון הבא על ידי כפייה נחשב רצון. דיברות משה, בבא בתרא, סימן מ, ענף ג (דף פז), הסביר שדי ברצון למכור, בלי רצון שהנכס יהיה שייך לקונה. ראה עוד בלב אהרן, אהע"ז, סימן יא, אות ד, בהסבר הדבר.

[11] על כך ראה להלן, ליד ציון הערה 86.

[12] בבא בתרא מח ע"א.

מכירת הנכס, נחשב כגמירת דעת מספקת למכירה[13]. התלמוד מתנה את תוקף המכר בכך שהמוכר יקבל את התמורה לנכס. בתנאי זה נעסוק בהרחבה להלן, בפרק הרביעי.

ג. סוגיית "גט מעושה"

יש שכופים על בעל לתת גט לאשתו. לגבי גט כפוי, קובעת המשנה[14]: "גט מעושה [=כפוי; שכופים עליו לעשות]: בישראל — כשר, ובגוים — פסול. ובגוים חובטין אותו ואומרים לו: עשה מה שישראל אומרין לך — וכשר[15]". את הקביעה שגט המעושה על ידי ישראל כשר, פירש האמורא שמואל[16]: "גט המעושה בישראל: כדין — כשר, שלא כדין — פסול"; כלומר, לא כל גט שנכפה על ידי יהודי — כשר (שהרי הוא ניתן נגד רצונו של הבעל[17]), אלא דווקא גט שהדין כופה על הבעל לתתו לאשתו[18].

סוגיה זו היא מקור לדיונים רבים בנושא הכפייה, שכן גירושין היא פעולה משפטית כשם שפעולות ממוניות הן פעולות משפטיות. אבל הלכות רבות בגירושין נאמרו כחומרה מיוחדת, בגלל חשש איסור אשת איש, ולפיכך, לא נסתמך על מה שנֶאמר בעניין גירושין בכפייה אלא במקום שהפוסקים השוו כפייה זו לכפייה בפעולה ממונית.

פרק שלישי

התקשרות בכפייה והתקשרות עקב כפייה — "מי שהתקשר עקב..."

כאמור, הסעיף קובע שחוזה כפוי ניתן לביטול, אך אינו בטל מעצמו. ברם, הסעיף חל רק במצב שלצד שהיה נתון לכפייה הייתה אפשרות לסרב לדרישות הכופה תוך הסתכנות במימוש איומיו, ובכל זאת הסכים להתקשר בחוזה. ברם, אם מי שהיה נתון לכפייה היה נעדר כל אפשרות של בחירה, כגון שהכופה אחז בחזקה בידו והניע אותה באופן שתחתום על החוזה, אין הוראות הסעיף חלות, והחוזה בטל, מפני שהכפוי עשה את המעשה באופן מכַני בלבד, בלי שום הסכמה. במילים אחרות, החוזה ניתן לביטול אם מחמת הכפייה הסכים הצד הנתון לכפייה להתקשר בחוזה, והוא בטל אם הכפייה שללה את הסכמתו[19]. שאלה שנחלקו בה היא,

[13] על כך ראה עוד להלן, ליד ציון הערה 26.
יש תחושה מסוימת של אי צדק במתן תוקף למכר כפוי. כנגד זה, יש לציין שהמוכר יכול לגרום לביטול המכר על ידי מסירת מודעא מראש, כפי שנראה להלן, פרק תשיעי; ואם לא מסר מודעא, אין לו להלין אלא על עצמו.

[14] גיטין פח ע"ב.

[15] המילה "וכשר" חסרה בכתבי יד רבים. ראה דקדוקי סופרים, שם.
דין דומה יש לכפיית החייב בקרבן למלא את חיובו. ראה ערכין כא ע"א.

[16] גיטין פח ע"ב. כדעתו פסקו: רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה כ; שולחן ערוך, אהע"ז, סימן קלד, סעיף ה.

[17] הקביעה שגט צריך להינתן מרצונו החופשי של הבעל מקורה במשנה, יבמות קיב ע"ב: "אינו דומה האיש המגרש לאשה המתגרשת, שהאשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה, והאיש אינו מוציא אלא לרצונו".

[18] על כך ראה עוד להלן, ליד ציון הערה 229 ואילך.

[19] שלו, דיני חוזים, עמ' 326; פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 892.

האם כפייה המותירה לנפגע מרחב בחירה צר ובלתי משמעותי, כגון הצמדת אקדח לרקתו תוך איום בירי, מביאה לבטלות החוזה או רק לזכות לבטלו[20]?

בקביעה האמורה בדינה של פעולה שאדם מבצע באופן מֻכַני, הולך החוק בעקבות המשפט העברי. בעניינים משפטיים רבים, קובע המשפט העברי שמי שעשה מעשה באופן מכַני שלא בבחירתו, אלא מכוחו של אדם אחר שהניע אותו, אין מצבו המשפטי משתנה. גולאק היטיב לנסח הבחנה זו: "פעולה הנעשית באונס", כלומר על ידי כפייה ובאופן מֻכני — בטלה; ואילו "פעולה הנעשית מחמת אונס", כלומר בהסכמה שהושגה בכפייה — תקפה[21]. יתר על כן: פעולה הנעשית על ידי הנעת אדם את חברו, ללא כל אפשרות בחירה מצידו, לא רק שאינה מחייבת את המבצע אותה פיזית, אלא שהיא כלל אינה מיוחסת לו[22].

[20] לדעת פרידמן וכהן, חוזים, שם, מרחב בחירה צר, כמוהו כהיעדר כל בחירה, והחוזה בטל (וכן הוא לפי המשפט האמריקני; ראה שם, הערה 16). לעומת זאת, לדעת מ' דויטש, "החוזה הכפוי והחופש מהתקשרות בחוזה", עיוני משפט טז (תשנ"א), עמ' 37, הערה 5, קיומו של מרחב בחירה צר גורם שהחוזה יהיה ניתן לביטול, אך לא בטל. ייתכן שכך עולה מע"א 661/88 חיימוב נ' חמיד, פ"ד מד(1) 75, 83.
אבל לפי המשפט העברי, בכפייה חמורה במיוחד, מניחים שהכפוי דווקא הסכים להקנות כדי להינצל מן הכפייה — ראה להלן, הערה 70.

[21] א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ירושלים תרפ"ג, ספר א, עמ' 58. כוונתו היא למצב שהכפוי קיבל תמורה, שאילו אם לא קיבל תמורה, אין תוקף לחוזה, כפי שנראה להלן, פרק רביעי.
ניתן למצוא הרחבה לעיקרון זה בדברי נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק א, שמי שחטף חפץ מבעליו וזרק לו כסף (הוא הנקרא "חמסן"), אין זה מכר תקף (אלא אם הסכים במפורש ואמר "רוצה אני"), מפני שלא ניצל מאונס על ידי הסכמתו כביכול למכור (וכדבריו כתב שו"ת קניין תורה בהלכה, חלק ב, סימן סב, אות ג). גם כאן, הפעולה נעשתה באופן מֻכני בכפייה. הוא כותב שכך הוא הדין בין אם החוטף השליך את הכסף לכיסו ובין אם נתן אותו לבעלים, והבעלים הכניס אותו לכיסו; אלא שהוא כותב שסמ"ע, סימן רה, ס"ק א, הבין שלפי הרי"ף ושולחן ערוך, באופן השני המכר תקף, מפני שהעובדה שלקח את הכסף מעידה על הסכמתו. וראה טבעות החושן על נתיבות המשפט, שם, ולהלן, הערה 44.
ראה גם שו"ת יביע אומר, חלק ג, אהע"ז, סימן כ, שמי שהכניס כסף לידה של אישה ואמר לה "הרי את מקודשת לי", אינה מקודשת, מפני שזו פעולה מֻכנית. וראה על כך בהרחבה באוצר הפוסקים, אהע"ז, סימן מב, אות ג.

[22] לדוגמה, תוספות, סנהדרין עד ע"ב, ד"ה והא (הובא ברמ"א, יו"ד, סימן קנז, סעיף א), כותבים, שמי שגופו משמש כלי רצח בידי אחר, אינו חייב למסור את עצמו למיתה כדי להציל את מי שעומד ליהרג, מפני שאין לדעת דמו של מי סמוק יותר, ומספק, עליו להיות פאסיבי. ראה עוד שם לגבי איסור עריות, וכן תוספות, יבמות נג ע"ב, ד"ה אין. בדומה לכך לגבי איסור עבודה זרה, רא"ש, כתובות, פרק א, סימן ד (הובא בש"ך, יו"ד, סימן קנז, ס"ק ח), כותב שמי שכפפו את קומתו להשתחוות לעבודה זרה, אינו מחוייב למסור את נפשו להימנע מכך, כיוון "שאינו עושה מעשה כלל אלא אחרים עושים בו מעשה"; ותוספות, עבודה זרה נד ע"א (ד"ה כגון), כותבים שמי ש"כפפו קומתו בעל כרחו" להשתחוות לעבודה זרה, לא חל איסור "נעבד" על הדבר שהשתחווה לו, מפני שלא עשה כלום, אלא "הם עשו מעשה בגופו".
אבל חידושי ר' חיים הלוי, הלכות יסודי התורה, פרק ה, הלכה א, כותב שהרמב"ם חולק על התוספות, וסבור שגם מי שרוצים להשליך אותו על אדם אחר להרגו חייב למסור את נפשו כדי למנוע זאת (וכך גם בגילוי עריות), מפני שחייו שלו וחיי האדם האחר שקולים, ולכן איסור הרציחה אינו נדחה מחמת פיקוח נפשו, אף שאינו נדרש לעשות מעשה.
משמעותה של פעולה שעושה אדם כשאחר מניע את ידו נידון גם בהקשרים הלכתיים אחרים. ראה: תוספתא, שבת, פרק יב, הלכה י (הלכות 16־17 במהד' ליברמן; הובא בחלקו ברמב"ם, הלכות שבת, פרק יא, הלכה יד), על אדם האוחז קולמוס, ואדם אחר אוחז בידו וכותב בשבת; מנחת חינוך, מצווה לב, מוסך השבת, אות לד (נא ע"ב), על מי שכשר לכתוב ספר תורה, תפילין, מזוזה או גט, האוחז בקולמוס, ואדם שפסול לכתוב אוחז בידו וכותב (או להיפך). אשר לשחיטה, ראה תבואות שור, סימן ב, ס"ק נה.

פרק רביעי

סוג החוזה — "בחוזה"

א. ההבחנה בין חוזה בתמורה לחוזה שלא בתמורה

החוק אינו מבחין בין חוזה לחוזה; בכל סוג של חוזה, זכאי הנפגע מן הכפייה לבטל אותו. לעומתו, המשפט העברי מבחין בין חוזה בתמורה לבין חוזה שלא בתמורה. כפי שראינו לעיל[23], מסקנת התלמוד היא שמכר כפוי תקף. תנאי לכך, העולה מתוך הסוגיה עצמה, הוא מתן תמורה למוכר, ובלשון התלמוד[24]: "היכא דיהיב זוזי [=היכן שנותן דמים]". מכאן הסיקו הפוסקים[25], שדווקא "תליוהו וזבין — זביניה זביני [=תלוהו ומכר — מכירתו מכירה]", אבל "תליוהו ויהיב [=תלוהו ונתן]", כלומר, מי שכפו אותו לתת מתנה — מתנתו אינה מתנה.

ההסבר הרווח בין הפוסקים להבחנה זו הוא, שרק אם אין לנפגע הפסד כספי מן הכפייה, הוא מתרצה וגומר בדעתו להקנות את הנכס. ברם, אם הכפייה כרוכה בהפסד, כגון אם הוא נותן את הנכס שלא בתמורה, הוא אינו גומר בדעתו לקיים את החוזה. לחוזה בתמורה יש אפוא גמירת דעת, ובלשון הפוסקים: "אגב אונסא וזוזי — גמר ומקנה"[26], בעוד שלחוזה בלא תמורה אין גמירת דעת. וכך כתב רשב"ם[27]: "ודוקא מכר, אבל מתנה לא הויא [=אינה] מתנה, דכיון דלא מקבל מידי [=דבר] — לא גמר [בדעתו] ומקני".

[23] לעיל, ליד ציון הערה 7.

[24] בבא בתרא מח ע"א.

[25] למקורות לכך, ראה להלן, הערה 63.

[26] כלשון חידושי הרשב"א, בבא בתרא מז ע"ב, ד"ה אמר רב הונא. רשב"ם, בבא בתרא מח ע"א, ד"ה אלא, פירש: "דמתוך יסורים גמר בלבו ומקני, הואיל ואיכא תרתי — יסורים ומתן מעות, דלא מפסיד מידי". ראה גם: חידושי הרמב"ן, שם; חידושי הר"ן, שם; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רה, סעיף ב; א' גולאק (לעיל, הערה 21), עמ' 55 (שדי בגמירת דעת, היינו החלטה והכרה ברורה של הדבר, ואין צורך ברצון); ש' אלבק, יסודות בדיני הממונות בתלמוד (תל אביב תשנ"ד), עמ' 196; ז' ורהפטיג, מחקרים במשפט העברי, רמת גן תשנ"ה, עמ' 150; ס' דויטש, "הוראת העושק בחוק החוזים", מחקרי משפט ב (תשמ"ב), עמ' 1, 29; רבצמ"ח עוזיאל, השופט והמשפט, שער יב, פרק א, עמ' 291 (ניתוח אנליטי), פרק כג ופרק מג (אם כתוב אחריות בשטר); א"צ בן זמרה, "גדרי אונס מידי אדם: 'אונסא דאחריני' במשפט העברי", סיני פז (תש"ם) עמ' רמ; ר' חיים גולדברג, "בדין כפיה בגיטין קידושין מכר ומתנה", בנתיבות ים, גיליון יא (תש"ם), עמ' פו־פח; ר' ברוך דב לייבוביץ, בספר זיכרון אש תמיד, עמ' שנז (שזו אומדנא בכל אדם, ולא רק אומדנא כללית); ר' משה אהרן פולייב, "בדין דברים שבלב", המאור, שנה ו, חוברת א (תשרי תשט"ו), עמ' 9־10 (שהוא מקנה בלב שלם, ואין אפילו "דברים שבלב" הנוגדים את מעשהו).
אפשר שברקע מתן התוקף למכר שנעשה בכפייה (ובכלל, המשפט העברי מכשיר חוזה כפוי במצבים רבים שהחוק פוסל), עומדת האגדה שה' כפה עלינו הר כגיגית במתן תורה (שבת פח ע"א), ובכל זאת אנו מחויבים לקיים את התורה.

[27] רשב"ם, בבא בתרא מז ע"ב, ד"ה אית דגרס.
שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ד, סימן פב, מסביר שהיות שהוא מתייסר ומקבל כסף, הוא בגדר "זה נהנה וזה לא חסר", שבו "כופים על מידת סדום", ולכן הוא מקנה בלב שלם. עוד הסביר, שבעצם, הכופה היה יכול לקחת ממנו את הנכס בלי לשלם, ומה שהוא משלם לו הוא כאילו עושה עמו חסד, ולכן המוכר מקנה לו בלב שלם. יש להעיר, שלפי הסברו השני, צריך לומר שרק אם הוא משלם לו את מלוא התמורה, הוא נחשב כעושה עמו חסד, שהרי הדין הוא, שאם הכופה נותן פחות מערך הנכס, אין תוקף למכר, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 75.

אבל הסבר זה קשה, שהרי אין זה סביר "באומד דעת בני אדם, אשר בעת שהוא בסכנה

חזון יחזקאל, על תוספתא, גיטין, פרק ג, הלכה טו (ד"ה והנה), כתב שלדעת הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א, במכר, אין זה שבגלל קבלת הכסף המוכר למכור למכור למרות הכפייה, אלא הרצון להיפטר מהכפייה (בצירוף קבלת הכסף) הוא דווקא גורם ליצירת רצונו למכור, כלשון הרמב"ם: "שמפני אונסו גמר והקנה". אבל יש פוסקים הנוקטים "אגב זוזי גמר ומקנה" (לדוגמה: רשב"ם, בבא בתרא מח ע"א, ד"ה מודה; שו"ת הרי"ד, סימן עט; שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קב; בית הבחירה, בבא בתרא דף מ ע"ב, ד"ה כבר, דף מז ע"ב ד"ה הסיקריקון וד"ה והאונס, ודף מח ע"ב ד"ה זה; שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן קכו; שו"ת מהר"י בי רב, סימן מ; שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן עז, וחלק ג, סימן כח; שו"ת יכין ובועז, חלק ב, סימן כא; משנה למלך, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה כד, והלכות טוען ונטען, פרק טו, הלכה יא; לבוש, חו"מ, סימן רמב, סעיף א; נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק י), ומלשון זה משמע שהרצון נוצר רק בגלל קבלת הכסף, ולא בגלל האונס, אלא למרות האונס.

ר"ע איגר, בספר זיכרון וזאת ליהודה, עמ' עח (הובא בנחלת אב, עמ' קעג), ושו"ת ברכת רצה, סימן קכד (קסט ע"ב), כותבים ש"אגב אונסיה גמר ומקני" הוא רק ספק, ובכל זאת, גם אם "קמי שמיא גליא" שאינו רוצה למכור, הרי אלו דברים שבלב, והולכים אחרי מה שאמר שהוא מסכים. כך כתב גם ר' דניאל לרפלד, "מודעה רבה לאורייתא", מוריה שמז־שמח (ניסן תשס"ט), עמ' צא, בשם ר' חיים סולובייצ'יק וחכמים נוספים. ר' שלום הירשפרונג, "בדין תליוהו וזבין ובגדרי דעת בקנינים", בית אהרן וישראל מד (כסלו־טבת תשנ"ג), עמ' כד, מקשה על פירוש זה, הרי בקניין צריך גמירת דעת, ואיך יקנה אם יש ספק? ואכן ר"ד לרפלד כותב שלדעת בית מאיר, דעתו של המוכר הכפוי גמורה למכור אף בלבו, בגלל "אגב אונסיה גמר ומקני".

זכר יצחק, סימן כג (עמ' צב במהד' מכון ירושלים), מסביר שאף שאין לו רצון למכור, די בהחלטתו למכור, ואין זה משנה שההחלטה נבעה מהכפייה. כך מסביר גם ר' שלום הירשפרונג, שם, עמ' כה־כח, שיש בלבו של כל אדם שיקולים לכאן ולכאן, וזהו "רצונו", וכאן אף שאינו רוצה למכור, אלו דברים שבלב, ורק החלטתו שמתגלה בחוץ, שגומר בדעתו להקנות, היא הקובעת (וראה שם, עמ' לב־לג, בשאלה האם האונס גורם לשינוי בדעת המוכר).

ר' זרח אפשטיין, "בענין תלוהו וזבין", שערי ציון, שנה ב (תרפ"ב), חוב' ה־ו, דף ג, מסביר, שהרצון של המוכר נשאר גם אחרי שחולפת הכפייה, מפני שאם יחזור בו, יצטרך להחזיר את הכסף שקיבל; ואילו בחוזה בלא תמורה, הרצון להקנות קיים רק בשעת הכפייה, אבל כשתחלוף הכפייה, כבר לא ירצה להקנות, ולכן החוזה בטל. כך מסביר גם ר' יצחק רבינוביץ (להלן, הערה 70). גם רא"ד כהנא שפירא, "גירות ונשואין אזרחיים", תלפיות, שנה ב, חוב' א־ב, עמ' 6, מנמק, שהוא מקנה מפני שהוא יודע שגם לאחר שתחלוף הכפייה, לא יוכל להוציא את הנכס מידי הכופה. אבל רי"ל קגן (להלן, הערה 51), חוב' ד, עמ' 30, כותב שנימוק זה מתאים רק לדעת העיטור (להלן, ליד ציון הערה 50), שקנייה כפויה בטלה, וטעמו הוא (כפי שמסביר רי"ל קגן, להלן, הערה 52), שהקונה יודע שיוכל להתנער מהנכס לאחר שתחלוף הכפייה; אבל החולקים על העיטור סבורים שדעתו לאחר חלוף הכפייה אינה חשובה.

ר' יחיאל מיכל חרל"פ, תורת החוף ימים, סימן כ (עמ' קפב), מסביר שהעובדה שלא מסר מודעא מראש מוכיחה שהוא מוכר בגמירת דעת. כך הסביר גם ש' אטלס, "הערמה משפטית בתלמוד", ספר היובל לכבוד לוי גינצבורג, חלק עברי, עמ' כג = נתיבים במשפט העברי (ניו יורק תשל"ח), עמ' 292. אבל ר' איסר זלמן מלצר, בתורת החוף ימים, שם עמ' קצד, דוחה נימוק זה בטענה שייתכן שלא הייתה לו אפשרות למסור מודעא, משום שהכפייה הייתה פתאומית בלי התראה מראש; ואם נאמר שאכן המכר תקף רק אם הייתה לו הזדמנות למסור מודעא מראש, "נתת דבריך לשיעורין".

שערי חיים, קידושין, סימן נא, אות ג, כותב שלא כפו אותו לרצות את חלות המכירה, ולכן אינו רוצה בה, אבל אין צורך ברצונו, ודי בכך שהוא גומר בדעתו לעשות את פעולת ההקנאה, שעל זה כפו אותו. לכאורה, ראוי היה לקבוע שהמכר בטל, כעונש לצד הכופה, כדי להרתיע אחרים מלכפות, מטעם "כאשר יעשה כן ייעשה לו", שראינו בסעיף 15, ליד ציון הערה 10, שמתחשבים בו בתחומים שונים (ונראה שזה אחד מנימוקי החוק המאפשר ביטול חוזה כפוי אף במכר). אפשר להשיב על כך, שאין בכך הרתעה, מפני שלמעשה רק במקרים מעטים פונה המוכר הכפוי לבית הדין לבקש לבטל את המכר, שהרי אינו מפסיד

גמורה לנפשו, שלא יתרצה לגמור בדעתו להציל את נפשו בתתו דבר מה להמְאַנֵס, הלא ׳כל אשר לאיש יתן בעד נפשו׳ (איוב ב, ד)״![28]. כלומר, גמירת דעתו של מי שכפוהו לתת מתנה אינה שונה במהותה מגמירת דעתו של מי שכפוהו למכור אחד מנכסיו, שכן שניהם מתרצים לתת את הנכס תמורת הצלתם מן הכפייה.

לפי הסבר אחר[29], אין הבדל מהותי בין גמירת הדעת של מי שכפוהו למכור נכס לזו של מי שכפוהו לתתו במתנה, שהרי הכפייה המופעלת על שני אלו שווה, והיא הגורם העיקרי המשפיע על גמירת דעתם. יסודה של ההבחנה, לדעתם, הוא ברמה השונה של גמירת הדעת הנדרשת בשני סוגי העסקאות: בעוד שבמתנה דרושה גמירת דעת ברמה גבוהה, כלומר רצון חופשי, ״שאם אינו רוצה בכל לבו להקנות, לא קנה המקבל מתנה״[30], הרי שבמכר די בגמירת דעת ברמה נמוכה, כלומר גם רצון מאולץ[31]. לפי הסבר זה, מתן התמורה מעניק תוקף לחוזה

מבחינה כספית מהמכירה (שהרי מדובר בשקיבל את כל שווי הנכס, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 75), ולא ירצה לטרוח בהתדיינות רק בגלל עניינו בנכס הספציפי הזה.

[28] חידושי ר׳ שמעון יהודה הכהן (שקאפ), כתובות, סימן נ, בתחילתו. בגלל קושי זה, הוא מסביר (שם, אות ד, דף קיד ע״ד) את ההבדל בין מתנה למכר בדרך אחרת: מתנה בכפייה בטלה מפני שאין לנותן רצון פנימי להקנות, והוא מקנה רק כדי להינצל מהכפייה, ואין זה נחשב רצון; ואף שהוא גומר בדעתו לתת כדי להינצל, האונס מבטל את הקניין כשם שהוא מבטל מעשה עבֵרה; ואילו במכר, יש לו בחירה — הוא בוחר לקבל את הכסף ולא להתייסר (לדוגמה), וזה נחשב רצון גמור. ר׳ אשר וייס, שיעור מורנו הרב שליט״א, פרשת יתרו תשע״א, עמ׳ י, דוחה הסבר זה בטענה שאם הוא גומר בדעתו לתת, אין האונס יכול לבטל את הקניין, כשם שכותב הפלאה (להלן, הערה 126), שאונס אינו פוטר מעונש על עברה אם העבריין רצה בלבו לעבור. ובעמ׳ יא דחה את ההשוואה לעבֵרה, שכן בחיוב ממוני לא שייך עונש שהאונס יפטור ממנו.

הסבר שונה במקצת מציע ר״ש שקאפ בחידושיו, בבא בתרא, סימן כז, אות ב: במתנה, אף שהוא רוצה לתת כדי להינצל, אין זה נחשב רצון מוחלט, אלא הוא נותן מתוך העדפת נזק קטן על נזק גדול, אך עדיין הוא מצטער על הפסדו, ורק מי שחושב שהדבר טוב לו באמת, זה נחשב רצון מוחלט; ואילו במכירה, שהמוכר מקבל את שווי הנכס ואינו מפסיד, אף שלולא הכפייה לא היה מסכים למכור, הרי עכשיו נחשב לו רצון מוחלט, כיוון שאינו מפסיד כלום. על הסברו של ר״ש שקאפ, ראה: א׳ וינרוט, ״מקח כפוי״, מגל יא (תשנ״ה), עמ׳ 189־192.

[29] ראה זכר יצחק, סימן לא (עמ׳ קמב במהד׳ מכון ירושלים). ראה גם: דיברות משה, בבא בתרא, סימן מב; ברכת אברהם, בבא בתרא מח ע״ב, עמ׳ קמט; שו״ת חלקת יואב, דיני אונס, ענף ה; צפנת פענח, הלכות תרומות, עמ׳ 106, ד״ה וזהו.

[30] כלשון הרמב״ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ג. דברים אלו של הרמב״ם נאמרו בהקשר לדין מודעא, שנעסוק בו להלן, פרק תשיעי.

[31] ברכת אברהם, שם, הסביר שלמתנה דרושה גמירת דעת גבוהה יותר, שכן היא כרוכה בהפסד לנותן. להסבר שונה, ראה: חלקת יואב, שם; צפנת פענח, שם.

שערי חיים, קידושין, סימן נא, אות ד, הסביר שבמכר אין הולכים אחרי דברים שבלב, אלא אחר מעשה ההקנאה, כיוון שיש קונה שמשלם; אבל במתנה מתחשבים בדברים שבלב, מפני שצריך שהנותן ירצה שהמתנה תחול, ולא די שמעשה ההקנאה נעשה לרצונו, שהרי הכול תלוי בו ואין צד אחר. בדומה הסביר ר׳ אשר וייס (לעיל, הערה 28), עמ׳ ו, שבמכר אינו יכול לטעון שלא התכוון להקנות, שהרי עליו להתחשב בקונה, ששילם; ואילו במתנה, אין צורך להתחשב בצד השני, כיוון שהצד השני לא הפסיד כלום. הסבר זה קשה, שהרי הקונה לא יפסיד כתוצאה מביטול המכר, שכן יקבל את כספו חזרה.

ר׳ שלום הירשפרונג (לעיל, הערה 27), עמ׳ כט, כותב שכך הבין גם ריא״ז (להלן, הערה 192), שכתב שבמתנה מתחשבים בדברים שבלב, וטעמו הוא שבמתנה צריך את רצון הלב של הנותן, כיוון שאינו מקבל כסף.

שנכרת בכפייה משום שמכוחו מסווג החוזה כמכר ולא כמתנה (ולא משום שהוא תורם לריצוי מי שכפוהו)[32].

הגם שכאמור לעיל, אין החוק קובע את דינו של חוזה כפוי על פי השאלה אם במסגרתו הוענקה תמורה, הרי בשני פסקי דין שניתנו בעת האחרונה, קיומה של תמורה מלאה והוגנת הוא שהביא את בית המשפט לפסוק שאין לאפשר את ביטול החוזה בגלל הכפייה[33]. מנקודת מבטו של המשפט העברי, זו מגמה רצויה[34].

ב. חוזה בתמורה

כאמור, מכירה כפויה תקפה לפי המשפט העברי, ובלבד שהקונה־הכופה נתן את התמורה[35]. הפוסקים הרחיבו כלל זה וקבעו שכל הסכם כפוי שיש בו מתן תמורה, גם אם אינו מכר, הוא תקף, ובכלל זה: שותפות[36], פשרה[37], הסכם על התחייבויות הדדיות[38] וכדומה[39].

[32] ר' אשר וייס (לעיל, הערה 28), עמ' ו, מייחס הסבר זה לרמב"ם, שהרי רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א, נימק את דין "תליוהו וזבין" בלשון: "שמפני אונסו גמר ומקנה", ולא הזכיר את מתן הכסף כגורם מרצה המשפיע על גמירת הדעת (שכך הוא לפי ההסבר הראשון שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 26). ובעמ' ח הביא ראיה לכך מתוספות רי"ד, בבא בתרא מ ע"ב, שנקט שמתנה נקנית רק אם נתן "בכל הלב", מה שאין כן במכר; והסביר שהנותן מתנה נותן בעין יפה (בבא בתרא סה ע"א), ולכן צריך רצון גמור, ואילו במכר אין צורך ברצון, ודי במתן רשות (וציין שכתב כן בספרו, מנחת אשר, בבא בתרא, סימן לד).
לעיון נוסף בהבחנה בין חוזה בתמורה לבין חוזה שלא בתמורה, ולהסבר בדרך שונה, ראה פורת (להלן, הערה 59), עמ' 78־110; ת"א (י־ם) 5072/03 ישפרו נ' מנהל מקרקעי ישראל, פסקה 67.

[33] ע"א 5493/95 דיור לעולה נ' קרן, פ"ד נ(4) 509, 512־513; ע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי, פ"ד נז(6), 769, 787־792. לביקורת על פסק דין דיור לעולה, ראה א' זמיר, "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות", משפטים כט (תשנ"ח־תשנ"ט), עמ' 783. יש לציין שביקורתו של א' זמיר היא על ההנמקה של בית המשפט, בעוד הוא סבר שהתוצאה צודקת משיקולים אחרים של מדיניות משפטית.

[34] המגמה רצויה הן מבחינת אימוץ עמדת המשפט העברי, המעמיד את שאלת קיומה של תמורה במוקד עילת הכפייה, הן מן הבחינה התיאורטית של מדיניות צדק חוזי מהותי. ראה פורת (להלן, הערה 59), עמ' 92.

[35] להלן, ליד ציון הערה 75, נדון בגובה התמורה הנדרש.
על הדין שמכר כפוי תקף, ראה: פתחי חושן, הלכות קניינים, פרק כב, סעיפים א־ג; בירור הלכה, בבא בתרא מז ע"ב, ציון ה; אוצר עיונים (בתלמוד מהד' מתיבתא), בבא בתרא, מערכה כט, אות א; כבודה של תורה (בארי), פרשת תולדות, עמ' קנ.
בבני נח: מרגניתא דר"ב, פרשת תולדות, כותב שמכר כפוי בטל, מפני שהנימוק "אגב אונסיה גמר ומקני" הוא חידוש של התורה. אפשר להסביר את דבריו על פי דברי ר' יעקב אריאל (שהבאנו בסעיף 13, הערה 247), שדיני בני נח נקבעים לפי המוחשי ולא לפי המופשט, וכאן הכפייה מוחשית, ורק מחשבה מופשטת מלמדת שיש להניח שהסכים.

[36] שו"ת מהר"י בי רב, סימן מ; שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף קכו (נד); כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רה, הגהות בית יוסף, אות לב; ר' אשר קובו, בתשובתו בשו"ת חקקי לב, חו"מ, סימן יג (סא ע"ג); ר' חיים פלאג'י, בתשובתו שם, סימן יז (דף עב ע"ג־ע"ד). ר' חיים פלאג'י שם כותב שאם צד אחד התחייב לתת את הכסף לקניית הסחורה, והצד השני אמור להתעסק בסחורה, אבל לא התחייב התחייבות כובלת לעשות כן, התחייבותו של הראשון היא בגדר מתנה לעניין זה.
אשר לחלוקה כפויה של שותפות, כשהחלוקה אינה הוגנת, ראה: שו"ת הרמ"א, סימן כב; פד"ר, כרך ד, עמ' 282.

[37] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ג; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף ג. לסייגים לקביעה זו, ראה:

(1) צורת התמורה

נחלקו הפוסקים בשאלה, מה נחשב תמורה לעניין זה?

לדעת הרי"ף[40] ופוסקים נוספים[41], די בעצם התחייבותו של הכופה לשלם את התמורה לצד הנתון לכפייה, ואין צורך שהתמורה תינתן בפועל בעת המכירה. אחרים סבורים, שדרוש שלכל הפחות הכופה ייתן לו שטר חוב על התמורה[42], ויש המוסיפים, שתוקף המכר מותנה בכך שאכן הכופה ישלם לבסוף את הכסף[43]. לעומתם, יש מהפוסקים הסבורים שמכר כפוי תקף רק אם הכופה משלם את דמי הנכס על אתר[44].

ט"ז, חו"מ, סימן יב, סעיף יא; ש"ך, חו"מ, סימן רה, ס"ק ה; חידושי ר' עקיבא איגר, שם, סעיף ג; כנסת הגדולה, שם, הגהות בית יוסף, אותיות עב־פ; שו"ת אוהל יצחק (הכהן), סימן לה (אם עשו קניין); דיני ממונות (בצרי), חלק ב, שער א, פרק טז, סעיף ג, הערה 3; פתחי חושן, הלכות קניינים, פרק כב, הערה ס.

זאת בניגוד למחילה בלי תמורה, שדינה כמתנה, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 65. ייתכנו מקרי ביניים, שיקשה להחליט אם יש להגדירם כפשרה או כמחילה לעניין זה, מפני שהתמורה בהם היא מעורפלת. ראה על כך בנספח ראשון לסעיף זה. שם נביא פוסקים האומרים שפשרה בכפייה בטלה, כמו מתנה; אבל מן הניתוח שם נראה שגם הם מסכימים שיש סוגי פשרה שדינם כמכר לעניין זה.

38 שו"ת מהרי"ק, שורש קיח, ענף י.

אבל שו"ת חמדת שלמה, חו"מ, סימן יג (הובא בחוקת משפט, הלכות מכירה, פרק ל, סעיף ט, עמ' רנד, ומשם אצל א"צ בן זמרא, לעיל, הערה 26, עמ' רסז, על התחייבות למכור), כותב שהתחייבות בכפייה בטלה גם אם ניתנה תמורה (ראה בשמו להלן, הערה 273). הוא מביא ראיה מתשובות מיימוניות, ספר הפלאה, סימן ו; אבל שם מדובר בהתחייבות בלא תמורה. ר"א וייס (לעיל, הערה 28), עמ' יב, מעלה אפשרות שטעמו של חמדת שלמה הוא, שאין הכפוי גומר בדעתו להתחייב לעתיד, מפני שהוא מקווה שבמשך הזמן יוכל להתחמק מקיום ההתחייבות.

ר"י רבינוביץ (להלן, הערה 70), עמ' קטז, מביא ש"אחד מן הראשונים" כתב שהתחייבות כפויה בטלה, והוא מנמק, שכל דבר שנעשה בכפייה אינו יכול לעכב, בגלל העיקרון "אונס רחמנא פטריה".

39 לשאלה האם מתן ערבות דינו כמכר או כמתנה לעניין זה, ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 115־116, ובמילואים שם, עמ' 560. לשאלת תוקפו של גט שנתן בעל שכפו אותו לגרש את אשתו ושילמו לו כסף על הסכמתו, ראה: תורת גיטין, סימן קלד, סעיף ד; שו"ת יביע אומר, חלק ו, אהע"ז, סימן י, אות יא; פד"ר, כרך ג, עמ' 13 ואילך.

40 רי"ף, גיטין כז ע"א (בדפי הרי"ף).

41 רא"ש, גיטין, פרק ה, סימן טז; "יש חולקין", המובאים ברמ"א, חו"מ, סימן רה, סעיף א, לפי הסבר הש"ך, שם, ס"ק ב.

42 כך כנראה הבין סמ"ע, סימן רה, ס"ק ה, את דברי "יש חולקין", המובאים ברמ"א, חו"מ, סימן רה, סעיף א, שהרי דבריהם מובאים כתגובה לדברי "יש אומרים", שלדברי הסמ"ע (להלן, הערה 44) שטר חוב אינו מועיל. פד"ר, כרך ד, עמ' 287, כותב שזו גם דעת "יש אומרים", המובאים ברמ"א, שם, לפי הסבר הש"ך, שם, ס"ק ב (ובאר היטב, שם, ס"ק ד, מעתיק את דבריו), שהרי הש"ך דוחה את מה שפירש הסמ"ע שלפי "יש אומרים" אין מועיל שטר חוב; והוא כותב שגם מביאור הגר"א שם, ס"ק ז, נראה כהבנת הש"ך.

שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן כ, בתחילתו (ד"ה ואמנם מ"ש ראיה) כותב שמדברי בית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף ב, משמע כהבנת הש"ך.

נראה שלפי גישה זו, גם מתן שיק יועיל. על מעמדו ההלכתי של שיק, ראה: רי"א הרצוג, פסקים וכתבים, חו"מ, סימן לא; שו"ת איגרות משה, חו"מ, חלק ב, סימן טו; שו"ת מנחת יצחק, חלק ה, סימן קיט; פד"ר, כרך א, עמ' 136; רצ"י בן יעקב, "שיקים — תוקפם והליכותם", תחומין יג (תשנ"ב־תשנ"ג), עמ' 422.

43 השגות הראב"ד, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א. לדעת דיברות משה, בבא בתרא, סימן מא, ענף ב (ד"ה אבל נראה) לפי הראב"ד, המכר הכפוי תקף ממועד מתן הכסף ולא ממועד מעשה הקניין.

44 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א; משנה למלך, שם; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף א; "יש

שאלה הצריכה עיון היא, מה דינו של מכר כפוי, שבו הכופה שילם לצד שכנגד בכך שמחל לו על סכום שהוא חייב לכופה? מדברי חלק מן הפוסקים[45] משמע, שאין צורך דווקא במתן

אומרים", המובא ברמ"א, חו"מ, סימן רה, סעיף א, לפי הסבר הסמ"ע, שם, ס"ק ה (הובא בעיר חומה, סמיכות זבחים); שו"ת רבי עזריאל (הילדסהיימר), חלק ב, סימן קנה, ד"ה גם יש לדחות. אך ראה: דרישה, חו"מ, סימן רה, סעיף ב; דיברות משה, בבא בתרא, סימן מ, ענף ה, ד"ה והנה הרמב"ם.

מחלוקת זו קשורה בגרסאות השונות בסוגיית בבא בתרא מח ע"ב, שהערנו עליהן לעיל, הערה 7. לפי גרסה אחת, מכירה כפויה תקפה אף "דלא ארצי זוזי", כלומר, אף אם המוכר לא מנה את המעות שקיבל אחר המכירה. לפי גרסה אחרת, מכירה כפויה תקפה אף "דלא ארצי ליה זוזי", וייתכן לפרש, שהמכירה תקפה אף אם המוכר כלל לא קיבל מהקונה מעות על אתר. ראה: רי"ף, בבא בתרא כו ע"ב (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א; תוספות, בבא בתרא מח ע"ב, ד"ה ואפילו; דקדוקי סופרים, בבא בתרא מח ע"ב.

בית יעקב (טבשונסקי), סימן רה, בסעיף א, מביא מי שהוכיח שמועיל כאן שטר חוב, מהדין בחצי עבד וחצי בן חורין, שכופין את האדון לשחררו, והעבד כותב לו שטר חוב על חצי דמיו (גיטין מא ע"ב); הרי שמועיל מה שהעבד קונה את עצמו אף שזה נגד רצון האדון, אף שנותן רק שטר חוב. בית יעקב דוחה הוכחה זו, ששם השחרור אינו על ידי שקונה את עצמו, אלא על ידי הפקר בית דין (והשטר הוא רק פיצוי).

ערוך השולחן, חו"מ, סימן רה, סעיף ג, מעלה אפשרות שלכל הדעות, אם בעת הכפייה מתחייב המוכר לשלם לקונה, ונותן על כך שטר חוב שיש בו אחריות נכסים, נחשב הדבר למתן כסף. פד"ר, כרך ד, עמ' 287, מעלה אפשרות ללמוד מדבריו שכך הוא גם אם נתן ערבות בנקאית, כיוון שהבנק בוודאי ישלם.

רצוף אהבה, שבת פח ע"א (הובא בחוזה דוד, תהילים, פרק טז, דף לב ע"א, ובמערכי לב (חזן), חלק א, דרוש ח, דף טז ע"ד ודף יז ע"ב), כותב שאם הכפוי קיבל הנאה רק אחרי הכפייה, אין תוקף למכר. הוא מסביר בכך את האמור בשבת פח ע"א, שישראל יכולים להיפטר מקיום המצוות מפני שה' כפה עלינו הר כגיגית במתן תורה — שאף שאנו מקבלים שכר על קיום המצוות, אין זה בגדר חוזה בתמורה, מפני שהשכר ניתן רק לאחר זמן.

שאלה קרובה היא, במצב שהכופה נתן את הכסף למוכר על כורחו, כגון שהכניס אותו לכיסו נגד רצונו. סמ"ע, סימן רה, ס"ק ב, כותב שגם אז המכר תקף, ואילו ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רה, ס"ק א, כותב שאז המכר אינו תקף, ורק אם לקח המוכר את הכסף מעצמו, המכר תקף. בהערה 21 עסקנו בשאלה דומה, אלא ששם מדובר בשהכופה לא אילץ את המוכר למכור, אלא חטף ממנו את החפץ, ואילו כאן מדובר בשאילץ אותו לעשות קניין (כגון שטר מכר), וקבלת הכסף נעשתה בכפייה, שהרי הסמ"ע וביאור הגר"א אומרים את דבריהם כפירוש לדברי שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף א, הנוקט לשון "מי שאנסוהו עד שמכר". וראה להלן, הערה 62 והערה 75.

נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק יח, כותב שגם אם התמורה שניתנה היתה שווה כסף, ולא כסף, המכר תקף, מפני שהמוכר יכול למכור את מה שקיבל ולקבל כסף. ר"ק ליכטנשטיין (להלן, הערה 52), מתקשה בדבריו, לאור מה שהוא כותב (שם), שלא נוח לאדם לקבל שווה כסף שאינו זקוק לו.

צורת מעשה הקניין: לדעת ר"י רבינוביץ (להלן, הערה 70), עמ' קיז, מכר כפוי שנעשה עליו רק קניין כסף בלי קניין חזקה (במקרקעין) או משיכה (במיטלטלין), המכר בטל, מפני שקניין כסף מועיל כהתחייבות של המוכר (ראה שם, שהוא מוכיח זאת), והתחייבות כפויה בטלה (ראה בשמו לעיל, הערה 38).

[45] רשב"ם, בבא בתרא מח ע"א (ד"ה אלא), כותב: "דמתוך יסורים גמר בלבו ומקני, הואיל ואיכא תרתי, יסורים ומתן מעות, דלא מפסיד מידי". גם בד"ה התם נמי, כתב: "דהא לא מפסיד מידי". שו"ת ברכת רצה, סימן קכד (קסט ע"ד), כותב בפירוש שהמכר קיים בזכות מחילת החוב.

סוג מיוחד של מחילה: ברכת רצה, שם (דף קסט ע"א), כותב שמי שהתחייב מעצמו לשלם קנס ממוני (לדוגמה, לתת צדקה בסכום מסוים) אם לא יתן מתנה לפלוני (במקביל לבעל שהתחייב לשלם קנס אם לא יתן גט לאשתו, שדן בו רמ"א, אהע"ז, סימן קלד, סעיף ד, האם הוא נחשב כפוי), המתנה תקפה, כיוון שעל ידי נתינת המתנה הוא נפטר מחיובו, והיא כמו מכר, ו"אגב זוזי גמר ומקנה". בעצם, גם כאן התמורה היא מחילת חובו, אלא שהחוב לא היה לכופה אלא לאדם אחר (או לצדקה, כאמור).

כסף, אלא די שהנתון לכפייה לא יפסיד מן העסקה שנכפתה עליו[46]. אם כן, חוזה שתמורתו ניתנת בדרך של מחילת חוב נחשב כמכר, שהרי אין בו הפסד[47]. עם זאת, יש מי שפסק שמכר כפוי תקף רק אם נתן הכופה כסף ממש, ואין די במחילה על חובו של הכפוי[48]. מכל מקום, אם הכפייה נעשית על ידי איום בגרימת הפסד כספי לצד הנתון לכפייה, עצם אי מימושו של איום זה אינו נחשב מתן תמורה[49].

(2) קנייה

כשם שיש שאדם כופה על אחר למכור לו נכס, כך יש שאדם כופה על אחר לקנות ממנו נכס. ונחלקו הפוסקים בשאלה, האם דינה של קנייה כפויה דומה לדינה של מכירה כפויה? לדעת בעל העיטור, מי שאנסוהו לקנות — אין אומרים שבגלל אונסו גמר בדעתו וקנה[50]. בדומה לכך, אדם שכפו אותו לקדש אישה — אין קידושיו קידושין[51]. יש שהסבירו את דעת בעל העיטור בכך שלקנייה דרושה גמירת דעת גבוהה יותר מזו הדרושה למכירה, שכן מן

[46] דוגמה לכך היא בעל שכפו אותו לגרש את אשתו שבלאו הכי שונאת אותו ואינה רוצה להישאר עמו עוד. ראה: שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אהע"ז, סימן רסב, אות ט; שו"ת יביע אומר, חלק ג, אהע"ז, סימן כ, אות לב. צמח צדק מעלה אפשרות שדין זה שנוי במחלוקת ראשונים.

[47] ר"י, בתוספות, בבא בתרא מח ע"א (ד"ה אילימא), אומר שכפיית אדם לבצע מעשה שהוא חייב לעשותו על פי דין נחשבת כפייה למכר ולא כפייה למתנה, שכן על ידי ביצוע המעשה, הוא נפטר מחובתו. ראה גם חידושי הרמב"ן, שם, ד"ה גט מעושה.

[48] אור שמח, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א. ראה על כך להלן, הערה 249.
כמו כן, שו"ת באר יצחק, אהע"ז, סימן י, ענף ב (ד"ה וזה וד"ה וכיון), כותב שאם נושה כופה על החייב לתת לו קרקע בפירעון חובו, אין לכך תוקף בתור מכר כפוי, מפני שהכפוי לא קיבל הנאה ממשית, וזאת גם לפי דעת הרא"ש וסיעתו (לעיל, הערה 41), שאף אם הכופה לא נתן כסף אלא שטר חוב, המכר תקף; ובכל זאת נתינת הקרקע לנושה תקפה, מפני שהנותן־החייב היה חייב לפרוע את חובו, ולכן יש להניח שהוא גומר בדעתו ומקנה. וראה על כך שו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן כ, ולהלן, הערה 236.

[49] ראה: שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן מ; שו"ת מהר"י בי רב, סימן מ; משפט שלום, סימן רה, סעיף א (ד"ה ועיין בקה"י).

[50] ספר העיטור, מודעא (דף מא ע"א במהד' רמ"י; הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רה, מחודש ג).
כמותו נקטו: שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן קכ; רמ"א, חו"מ, סימן רה, סעיף יב; שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן טז וסימן כג; מנחת פתים, חו"מ, סימן רכז, סעיף ט; דרכי חושן, סימן רסד, סעיף ז (עמ' עה). בית הבחירה, בבא בתרא מ ע"ב (ד"ה מי שאנסוהו), נקט בדעה דומה בשם "גאוני הראשונים". ראה גם שם, הערה יא. וראה: קצות החושן, סימן ט, ס"ק א; נתיבות המשפט, סימן ט, ס"ק ב, ומשובב נתיבות שם; שו"ת באר יצחק, אהע"ז, סימן י, ענף א; רא"י זיידל אפשטיין, "כפיה ורצון", הפרדס, שנה טו, חוב' ה (אב תש"א), עמ' 14; ורי"ל קגן (להלן, הערה 51), חוב' ד, עמ' 30, על הדין לפי הדעה זו במי שכפו עליו לתבוע חוב. וראה באר יצחק שם, על בעל שהקנו לו בעל כורחו נייר של גט לגרש בו.

[51] העיטור, שם; שולחן ערוך, אהע"ז, סימן מב, סעיף א, בשם "יש אומרים". ראה: בית שמואל, שם, ס"ק א; ביאור הגר"א, שם, ס"ק ב. ברם, יש שהסבירו שאף אם נניח שקנייה כפויה תקפה, חכמים הפקיעו את תוקפם של קידושין כפויים. ראה: פרישה, אהע"ז, סימן מב, אות ד; חלקת מחוקק, שם, ס"ק א. ראה גם: שו"ת חתם סופר, אהע"ז, חלק א, סימן קיב, וחלק ז, סימן כה, ד"ה ולאחר הנחה; רבצמ"ח עוזיאל, השופט והמשפט (ירושלים תשס"ו), שער יב, פרק כג, עמ' 351 ואילך: "אומדן דעתא במכירת אונס או במתנה"; שו"ת מגדל צופים, חלק ה, סימן צט; רי"ל קגן, "הלכות גרים", הפרדס, שנה כ, חוב' ג (סיוון תש"ו), עמ' 32, וחוב' ד (תמוז תש"ו), עמ' 29; ר' אברהם יהושע העשיל בלייך, "בסוגיא דקידושין בע"כ והמסתעף", בית אהרן וישראל קיג (סיוון־תמוז תשס"ד), עמ' כט־לו; הנ"ל, "הוספה בענין קידושין בע"כ", בית אהרן וישראל קטו (תשרי־חשוון תשס"ה), עמ' קל־קלא.

המוכר נדרש רק להסתלק מבעלותו (פעולה שלילית), ואילו מן הקונה נדרש להכניס את הנכס לבעלותו מבעלות המוכר (פעולה חיובית)[52].

לעומת דעה זו, סבור הרשב"א[53], שאם מכירה כפויה תקפה, כל שכן שקנייה כפויה תקפה, "דיותר ברצון אדם קונה משמוכר"[54].

[52] שו"ת חתם סופר, חלק ז שם, ד"ה והנה סוף; שו"ת דובב מישרים, חלק ג, סימן סד (שדי ב"סילוק רצונו" של המוכר מהנכס); אבני מילואים, סימן מב, ס"ק א (ש"לקנות בעי רצון טפי"). אבל יש להעיר, שלענייניים מסוימים (כגון קנייה ומכירה על ידי קטן), גמירת הדעת של המוכר חשובה מזו של הקונה; ראה חתם סופר, שם. שו"ת קניין תורה בהלכה, חלק ב, סימן סב, אות ה, מקשה על הסבר זה — עיין שם.
יש לציין שביאור הגר"א, על ירושלמי, מעשר שני, פרק ה, הלכה א, כותב שהפקר שנעשה בכפייה אינו חל; אבל אין זה סותר את הסבר חתם סופר, שמכר בכפייה תקף מפני שהוא רק הפקעה, שכן במכר ניתנת תמורה, שלא כבהפקר.
מדברי חכמת שלמה, חו"מ, סימן רה, סעיף יב (הובא בספר אלה הם מועדי, מהד' תשס"ח, כרך ד, עמ' קעה), עולה טעם שונה. לדעתו, מודה בעל העיטור שמי שכפו אותו לקבל מתנה, כלומר שלא בתמורה, קנייתו תקפה. נראה אפוא שלדעתו, טעמו של בעל העיטור הוא שאין אדם גומר בדעתו לשלם בכפייה עבור רכישת נכס, ועל כן שונה הדין בקנייה שלא בתמורה. אולם מבית הבחירה, שם, משמע שאף קבלה כפויה של מתנה אינה תקפה. כך כתב גם מנחת עני (תקמ"ז), דף ג ע"א; עיין שם. כמו כן, רי"ל קגן (לעיל, הערה 51), חוב' ג, עמ' 32, כותב שמדברי הראשונים ומן הרמ"א (לעיל, הערה 50), עולה שלדעת העיטור, אף קבלה כפויה של מתנה בטלה.
ערוך השולחן, אהע"ז, סימן מב, סעיף ג, מנמק דעה זו, שרק מכירה, שהיא בדרך כלל בלי רצון, רק מתוך צורך בכסף מזומן, יש לה תוקף גם כשנעשית בכפייה, אבל קנייה היא תמיד ברצון, ולא מצאנו שום מצב שיש לה תוקף כשנעשית מתוך כורח כל שהוא, ולכן אם הקונה נאנס לקנות, אין לכך תוקף.
רי"ל קגן (לעיל, הערה 51), חוב' ד, עמ' 29, מנמק, שדווקא במכירה כפויה, מניחים שהמוכר גומר בדעתו למכור, מפני שלא ירוויח כלום אם יתנגד אחרי שתחלוף הכפייה, שהרי גם אם יתנגד, הנכס לא יחזור אליו; אבל מי שכפוהו לקנות נכס, אין לו סיבה לרצות לקנותו, שהרי כשתחלוף הכפייה, יוכל לזרוק אותו.
מהלכי משפט, חלק א, מהלך כג, אות ד (עמ' 413), כותב שטעם העיטור הוא, שאף שהקונה הכפוי מקבל נכס בתמורה לכספו, יש לאדם קירוב נפש לכסף יותר מלשווה כסף. גם ר' קלמן ליכטנשטיין, "בענין תלוהו וזבין תלוהו וקני", הפרדס, שנה לו, חוב' ג (כסלו תשכ"ב), עמ' 24, מסביר שהיות שהוא מקבל תמורת כספו חפץ שאינו זקוק לו, אין לו רצון לקנות. אבל משובב נתיבות, סימן ט, ס"ק ב, כותב שגם מי שכפו אותו לקנות שק של מטבעות, אינו קונה (לפי העיטור), הרי שאינו סבור ששווה הכסף הוא הגורם. ר"ק ליכטנשטיין שם מסביר, שלדעת משובב נתיבות, טעם העיטור הוא, שבמכר כפוי, קבלת הכסף יוצרת גמירת הדעת, וזה לא קיים במי שכפו אותו לקנות.

[53] חידושי הרשב"א, קידושין ב ע"ב, ד"ה תנא. ראה גם: עצמות יוסף, קידושין ב ע"ב; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רה, ס"ק לב. מהלכי משפט, שם, עמ' 414, מוכיח שהשולחן ערוך סובר שהקנייה תקפה, מן העובדה שלא הבחין בין קנייה למכירה.
ייתכן שזו גם דעת הרמב"ם, הלכות אישות, פרק ד, הלכה א, הסבור שאדם שכפוהו לקדש אישה — קידושיו קידושין.

[54] כלשון חלקת מחוקק, סימן מב, ס"ק א.
אשר לעסקת חליפין כפויה, שבה כפו אדם להחליף אחד מנכסיו תמורת נכס אחר, הפוסקים דימו אותה לקנייה כפויה, ואם כן דינה שנוי במחלוקת זו שבין העיטור לרשב"א. ראה: נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק יח; חלקת מחוקק, סימן מב, ס"ק א. למעשה, נתיבות המשפט מבחין בין כפייה להחליף נכס תמורת נכס מסוים, שאכן דומה לקנייה כפויה, לבין כפייה להחליף נכס תמורת נכס בלתי מסוים, שהיא דומה למכירה כפויה, ועל כן היא תקפה אליבא דכולי עלמא. ראה גם פתחי חושן, הלכות קניינים, פרק כב, הערה יט.
על מי שכפוהו לקנות, ראה: דברי חיים (אוירבך), דיני מכירה, סימן כח; חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק כו, סעיף ז; פתחי חושן, הלכות קניינים, פרק כב, סעיף ו; אוצר עיונים (בתלמוד מהד' מתיבתא), בבא

(3) מכירה לגזלן

לדעת הרמב"ם[55], אם גזלן כופה על הנגזל למכור לו את הנכס הגזול, המכירה בטלה, אף אם הוא נותן לנגזל את דמי הנכס. ר' מרדכי הלוי[56] נימק זאת בכך, שקבלת הכסף על ידי הנגזל אינה מעידה על גמירת דעתו למכור את הנכס, מפני שייתכן שקיבל את הכסף רק מפני שרצה להציל מידי הגזלן לכל הפחות את כספו, ועוד זאת: "אונס דעלמא שאונס אותו למכור לו, אינו מקפיד כל כך המוכר עליו, כיון שלא בא עליו דרך גזילה, גמר ומקני, ואומר בדעתו: 'במעות אלו אקנה קרקע אחר', ולא יהיה איבה בינו ובין אותו הלוקח. אבל הגזלן אית ליה גביה איבה ואיבה, לומר 'איך מלאו לבו לגזול הימנו', ואף על פי שירבה לו בדמים, אינו גומר להקנותו לו". כלומר, במצב רגיל, מי שכפוי למכור אין לו סיבה לסרב למכירה, שהרי בסכום שהוא מקבל הוא יכול לקנות נכס אחר במקום שלו, ולכן הוא מסכים למכור, כדי שלא

בתרא, מערכה כט, אותיות ב־ה; וינרוט (לעיל, הערה 32), עמ' 192־198; ר' חיים גולדברג, "בדין כפיה בגיטין קידושין מכר ומתנה", בנתיבות ים, גיליון יא (תש"ם), עמ' פד־פו ועמ' צ (גם על מי שאנסוהו לקדש); ר' יעקב וולפין, "בענין תלוהו וקני", בית אהרן וישראל פח (ניסן־אייר תש"ס), עמ' מ־מג.

[55] רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק ט, הלכות יד־טז, והלכות מכירה, פרק י, הלכה ה. כך כתבו גם: מישרים, נתיב יח; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קנא, סעיף ג, וסימן רה, סעיף ח. כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רה, הגהות הטור, אות סו, כותב: "כל הפוסקים מודים בדינו של הרמב"ם ז"ל". ראה גם חידושי הרמב"ן, בבא בתרא מ ע"ב, ד"ה ומפרקינן. אך ראה נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק טו.

מקורו של הרמב"ם הוא בדברי רב ביבי, בבא בתרא מז ע"ב. אבל לפי גרסת התלמוד שלפנינו, בבא בתרא מח ע"א, רב הונא חולק על רב ביבי; וכיוון שהתלמוד פוסק כרב הונא (כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 7), הרמב"ם לא היה צריך לפסוק כרב ביבי. ליישוב דעתו בכמה דרכים, ראה: בית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף יג; שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן טז (דף קצח ע"ב); שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן מג, ד"ה וכן; נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק טז; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ד, סימן פב. יש שהעלו את האפשרות שלפני הרמב"ם הייתה גרסה שונה בבבא בתרא שם. ראה: ב"ח, חו"מ, סימן רה, סעיף יג; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רה, ס"ק כב.

[56] שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן טז (קצח ע"ב).

הסברים נוספים: שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן מג, ד"ה וכן (הובא במרכבת המשנה, הלכות גזלה ואבדה, פרק ט, הלכה טז), מסביר שבמצב רגיל, הכפייה אינה ניכרת, שהרי ייתכן שמכר ברצון, ומה שסירב למכור עד שהלה כפה עליו, היה כדי שיוסיף כסף או "כדי לחבבה"; אבל כאן, בתחילה לקח הגזלן את הנכס נגד רצונו, ולכן גם אם אחר כך נטל בעל הנכס כסף שלא מתוך כפייה, הוא יכול לומר שמה שלקח את הכסף היה מתוך פחד וכדי להציל מידי הגזלן, והוא אינו מפסיד כלום בזה, מפני שבדעתו לתָבעו אחר כך על המכירה; ומה שלא מסר מודעא, הוא משום שפחד שהמודעא תתגלה והגזלן לא ישלם לו.

אבן האזל, על הרמב"ם שם ושם (הובא בתורת החוף ימים, עמ' קפה), מסביר שכיוון שבלאו הכי הנכס אינו בידו, מה שהסכים למכור לגזלן אינו מתוך גמירת דעת למכור, אלא כדי להציל את דמי הנכס.

חידושי הגרנ"ט, סימן קפב, מסביר שבמוכר לגזלן, יש להניח שמכר רק בגלל הכפייה, אבל במכר בכפייה לאדם אחר, אין הוכחה שמכר בגלל הכפייה, ואין חוששים לזה כל זמן שלא אמר זאת בשעת המכר (ואכן, אם הביע התנגדות בשעת המכר, המכר בטל, כפי שעולה מבית יוסף, להלן, הערה 62; וכן אם הביע התנגדות לפני המכר, זו "מודעא" המבטלת את המכר, כפי שנראה להלן, בפרק תשיעי), וגם אם אמר אחר כך שלא רצה, אלו דברים שבלב, שאינם דברים.

ר' יחיאל מיכל חרל"פ (לעיל, הערה 27), עמ' קפב, מסביר על פי מה שכתב (כפי שהבאנו שם) שמכר כפוי תקף מפני שהעובדה שלא מסר מודעא מלמדת שהוא מסכים למכור; נימוק זה אינו קיים במוכר לגזלן, מפני שייתכן שהמוכר פחד מהגזלן, שכבר גזל ממנו. זאת ועוד: ייתכן שהסיבה שלא מסר מודעא היא משום שסמך על כך שיוכל להוציא מן הגזלן בבית דין לאחר חלוף הכפייה, מפני שהכול יודעים שהוא גזלן.

תהיה לכופה איבה כלפיו; ואילו מי שכבר גזל ממנו, הוא שונא אותו, ולכן אינו מסכים למכור לו אף שאין לו הפסד מכך, והוא מקבל את הכסף רק משום שאין לו בְּרֵרה אחרת.

ברם, פוסקים אחרים[57] חולקים, וסוברים שאף כאן המכר הכפוי תקף.

(4) רמת שיתוף הפעולה הנדרשת מן הצד הכפוי

מהי רמת שיתוף הפעולה הנדרש מן הצד הנתון לכפייה כדי שחוזה מכר כפוי יהיה תקף? ברור שדרושה השתתפותו בעשיית מעשה הקניין, ודרוש גם שלא יצהיר על התנגדותו למכר. עם זאת, נחלקו הפוסקים בשאלה, האם דרוש שיאמר במפורש שהוא מסכים להתקשר בחוזה, או שמא די שמעשיו יוכיחו על כך?

בעקבות סוגיה בתלמוד[58], סבורים חלק מן הפוסקים[59], שתוקף החוזה מותנה בכך שהנתון

[57] השגות הראב"ד, הלכות גזלה ואבדה, פרק ט, הלכה טז; רמ"א, חו"מ, סימן קנא, סעיף ג. ראה גם: רי"ף, בבא בתרא כו ע"א (בדפי הרי"ף); רא"ש, בבא בתרא, פרק ג, סימן נ. בית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף יג, כותב: "וכן נראה מדברי שאר הפוסקים, זולתי רבינו ירוחם, שהוא כתב דברי הרמב"ם". שו"ת תורת אמת, סימן קיז, כתב על דברי הרמב"ם: "שדחו הפוסקים דבריו". זאת בניגוד לכנסת הגדולה (לעיל, הערה 55), שכתב שכל הפוסקים סוברים כרמב"ם.

אבל דרישה, חו"מ, סימן רה, סעיף יג, וסמ"ע, סימן רה, ס"ק כ, כתב שאף פוסקים אלו מסכימים שאין תוקף למכר אם בעת הכפייה היה הנכס הגזול ביד הגזלן, והמחלוקת היא רק במצב שבעבר התברר שהוא גזל נכס זה, והוציאו אותו מידו, ועתה הוא שוב כופה על בעל הנכס לִמְכרו לו. ראה גם: שו"ת מהריט"ץ, סימן רע; מרכבת המשנה, הלכות גזלה ואבדה, פרק ט, הלכה יד; שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן טז; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רה, הגהות טור, אות סו; חידושי חתם סופר, בבא בתרא מז ע"א, ד"ה ונ"ל בזה; שו"ת חתם סופר, חלק ז, סימן כה; אבן האזל, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ה.

על מכירה לגזלן, ראה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק כו, סעיף ח; פתחי חושן, הלכות קניינים, פרק כב, סעיף ה; רבצמ"ח עוזיאל, השופט והמשפט, שער יב, פרק מב; ר' חיים גולדברג, "בדין כפיה בגיטין קידושין מכר ומתנה", בנתיבות ים, גיליון יא (תש"ם), עמ' פז־פח.

[58] בבא קמא סב ע"א.

[59] רשב"ם, בבא בתרא מז ע"ב, ד"ה תליוהו וזבין; הגהות מיימוניות, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א, אות א, בשם התוספות. כך נקט גם שו"ת תורת חיים, חלק ב, קונטרס המודעא והאונס, דף ד ע"א, ד"ה והעולה לענין הלכה.

ייתכן שזו גם דעת הראב"ד, הלכות גזלה ואבדה, פרק א, הלכה ט, והלכות אישות, פרק ד, הלכה א, אך נראה שטעמו שונה. ראה על כך: ב' פורת, "החוזה הכפוי ועקרון הצדק החוזי — עיון משפטי פילוסופי בסוגית תליוהו וזבין", דיני ישראל כב (תשס"ג), עמ' 49. ע' פכטר, "שם חמסן ומכירה באונס", מעליות כז־כח (תשס"ח), עמ' 37, כותב שטעם הראב"ד הוא שאם המוכר אינו אומר "רוצה אני", הקונה עובר על איסור "לא תחמוד", ואין תוקף למכר שנוצר על ידי עבֵרה (על טענה זו, ראה להלן, הערה 203). אבל שו"ת קניין תורה בהלכה, חלק ב, סימן סב, אות ד, כותב שהראב"ד סבור שהמכר תקף גם אם לא אמר המוכר "רוצה אני".

כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רה, הגהות בית יוסף, אות א, מביא לעניין זה את שו"ת הריב"ש, סימן רצ, האומר שהקרקע נקנית רק אם בעליה אמר לכופה "טול קרקע והניחני"; והוא מעלה אפשרות ששם מדובר שלא נתן כסף. לכאורה דבריו תמוהים, שהרי אם לא קיבל כסף, החוזה בטל בכל מצב. לאמתו של דבר, הריב"ש מדבר על נושא אחר: נכרי שלקח קרקע מיהודי בכפייה, ולא תבע אותו היהודי בבית משפט, דבר המעיד שהיהודי מחל; ראה על כך סעיף 20, ליד ציון הערה 26.

גם אם הכופה כפה על המוכר לומר "רוצה אני", המכר תקף. כך כתב ר"י שכנזי, "במי שכפה את חבירו למכור לו מכונית", בית הלל שנה א, גיליון ו [לב] (אדר תשס"ח), עמ' סא. הוא מסביר בכך מדוע לדעה זו הוצרך הפתרון של מודעא כדי לבטל את המכר, ולא היה די בכך שהמוכר יימנע מלומר "רוצה אני".

לכפייה יבטא בשפתיו: "רוצה אני"[60]. ברם, רוב הפוסקים חולקים עליהם[61], ומסבירים שעצם שיתוף הפעולה עם הכופה, והיעדר הצהרה על התנגדות, שקולים לאמירת "רוצה אני"[62].

ג. חוזה שלא בתמורה

כפי שראינו לעיל[63], חוזה כפוי בלא שניתנה תמורה אינו תקף. על כן מתנה[64], מחילה על

[60] בחוזה רגיל בלי כפייה, אמירה זו אינה דרושה, ודי בנסיבות העניין שיעידו על גמירת דעת הצדדים.

[61] כך עולה מן הפוסקים דלהלן, שפסקו שמכר בכפייה תקף, ולא כתבו שהוא תקף רק אם אמר "רוצה אני": רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א; טור, חו"מ, סימן רה, סעיף א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף א. ראה גם: מגיד משנה, הלכות אישות, פרק ד, הלכה א; לחם משנה, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א; סמ"ע, סימן רה, ס"ק ב; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רה, ס"ק א; קריית מלך רב, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א; שו"ת חתם סופר, אהע"ז, חלק א, סימן קיב; אור שמח, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה כ; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רה, הגהות בית יוסף, אות א; מחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן כו; שו"ת באר יצחק, אהע"ז, סימן י, ענף ב (שכתב שזו דעת הרמב"ם); אבן האזל, הלכות אישות, שם; ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 123.

[62] כך הסביר בית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף א: "ואפשר דלא בעינן שיאמר בפירוש 'רוצה אני', אלא כל ששתק וקיבל דמים — אומר 'רוצה אני' קרינן ביה". גם נתיבות המשפט, שם, ס"ק א, כתב שגם בלי אמירת "רוצה אני" המכר תקף מפני שיש אומדנא דמוכח שהוא רוצה למכור. גם ע' פכטר (לעיל, הערה 59), עמ' 39, מסביר שעצם לקיחת הכסף בהסכמה מעידה על הסכמת המוכר, כמו אמירת "רוצה אני"; ואכן אם הקונה השליך את הכסף לכיסו של המוכר, המכר אינו תקף (ראה לעיל, הערה 44), משום שאין שום סימן להסכמת המוכר. ראה גם: ב"ח, שם; דרישה, שם, סעיף א. אבל ביאור הגר"א, שם, הדגיש, שקבלת התמורה בעל כורחו של המוכר אינה שקולה לאמירת "רוצה אני".
ליישוב סוגיית בבא קמא לדעה זו, ראה: ספר המפתח (ברמב"ם, מהדורת פרנקל), הלכות מכירה, פרק י, הלכה א (ד"ה לח"מ); שו"ת קניין תורה בהלכה, חלק ב, סימן סב, אות ג; ר"י שכנזי (לעיל, הערה 59), עמ' סב; ע' פכטר (לעיל, הערה 59), עמ' 38-41.
בשאלה האם צריך לומר "רוצה אני", ראה: דברי חיים (אוירבך), דיני מכירה, סימן כד; דברי תורה (תאומים), דף ז ע"ב); אוצר עיונים (בתלמוד מהד' מתיבתא), בבא בתרא, מערכה כט, אות ו; ר' חיים גולדברג, "בדין כפיה בגיטין קידושין מכר ומתנה", בנתיבות ים, גיליון יא (תש"ם), עמ' פג ועמ' צ.

[63] לעיל, ליד ציון הערה 25. וראה להלן, הערה 70, דעה שחוזה כפוי תקף גם בלי שניתנה תמורה; ודעה שגם חוזה בלי תמורה תקף במצבים מסוימים, אם הכפייה הייתה חמורה עד כדי איום ברצח.

[64] רבנו חננאל, המובא ברשב"ם, בבא בתרא מז ע"ב, ד"ה אית דגרס; רשב"ם, בבא בתרא מח ע"א, ד"ה מודה; תוספות, בבא בתרא מח ע"א, ד"ה אמר; שו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תקצה = תשובות מיימוניות, ספר הפלאה, סימן ו (הובא במרדכי, גיטין, סימן שצה); שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קה, וחלק ז, סימן תנט; רא"ש, גיטין, פרק ד, סימן ו, ובבא בתרא, פרק ג, סימן נא, ושו"ת הרא"ש, כלל עב, סימן ו; טור, חו"מ, סימן רמב, סעיף א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף ד, וסימן רמב, סעיף א; שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן כח.
ש' אלבק, מבוא למשפט העברי בימי התלמוד, רמת גן תשנ"ט, עמ' 177, מסביר שמתנה בכפייה בטלה מפני שלא גמר בדעתו, ואף שהסכים לתת, בדעתו לחזור בו בגלל הכפייה, ואומדים את דעתו לפי דעת רוב בני אדם באותו זמן בנתינת מתנה בכפייה; וגם אם יש יחיד שדעתו שונה, הולכים לפי הרוב. והוא מוכיח זאת (גם בעמ' 34) מסוגיית "סיקריקון" בגיטין נה ע"ב, שעולה ממנה שגוי שכפה על יהודי לתת לו את הקרקע שלו באיום שיהרוג אותו, והיהודי נתן אותה לגוי במתנה, הדין משתנה לפי המצב, האם יש עונש על הריגת יהודי, שבזה תלוי האם יש להניח שגמר בדעתו לתת כדי להינצל ממיתה או לא (על סוגיה זו ראה להלן, הערה 70).
שו"ת מהרי"ק, שורש קיח, ענף י, דן בראובן שהיו לו נכסים ביד שמעון, ושמעון סירב להחזיר לו אותם עד שנאלץ ראובן לעשות לו שעבודים כדי להוציא את נכסיו מידו. הוא פוסק, שאם השעבודים הם כעין

זכות[65], הודאה במה שאינו חייב[66], התחייבות לתת מתנה[67], השאלה[68] והקדש[69], שנעשו מחמת כפייה — אינם תקפים[70].

מתנה, כלומר שהתחייב ראובן לשמעון באופן שלא תגיע לראובן שום תועלת תמורת השעבוד, מלבד התועלת שמתוך כך הסכים שמעון לשלם לראובן את מה שהיה חייב לו, ועדים ידעו שראובן היה אנוס להשתעבד, השעבוד בטל.

שער משפט, סימן יב, סק ב, כותב שמתנה כפויה בטלה גם אם עשו מעשה קניין.

שארית ישראל (שציפנסקי), חלק ב, עמ' רד, מקשה על רשב"ם, שמות, פרק ג, כב, פרק יא, ב, ופרק יב, לו, הכותב שמה שהמצרים השאילו את רכושם לישראל ביציאתם, היה במתנה גמורה, מפני שמצאו חן בעיני המצרים — הרי זה היה מתוך הכפייה של מכת בכורות, ומתנה בכפייה בטלה? הוא מתרץ, שכוונת הרשב"ם אינה שהמצרים נתנו במתנה, אלא שה' נתן להם במתנה. עוד תירץ, שישראל זכו ברכוש מדין מציאה, שהמצרים הפקירו להם כדי שיסכימו ללכת. דבריו קשים, שהרי אם כן, בכל מתנה בכפייה נאמר שיהיה לה תוקף מטעם זה.

מהלכי משפט, חלק א, מהלך כג, אות ד (עמ' 416), כותב שמי ששילם לרופא בעד מרשם 800 ש"ח, בעוד שתחילה הסכימו שישלם 400 ש"ח, ועשה זאת מתוך לחץ, משום שחש אי נעימות, זה בגדר כפייה; ואם אין בדעתו להשתמש במרשם, התשלום נחשב מתנה, ולכן הרופא חייב להחזיר לו את מה ששילם.

על מתנה בכפייה, ראה: שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן טז (דף ר ע"א ואילך); פתחי חושן, הלכות קניינים, פרק כב, סעיפים יז־יח; רבצמ"ח עוזיאל, השופט והמשפט, שער יב, פרק כה; ר' חיים גולדברג, "בדין כפיה בגיטין קידושין מכר ומתנה", בנתיבות ים, גיליון יא (תש"ם), עמ' פט־צ.

65 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ג; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף ג; שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתפג, וחלק ב, סימן רצח (הובא בפד"ר, כרך ה, עמ' 71); תשב"ץ, חלק ב, סימן רכז (שכיוון שלא פרע החייב מה שמחל לו הנושה, הרי הוא כאילו נותן לחייב עכשיו, ואין סיבה להבדיל בין נותן מתנה מיד ליד ובין פוטרו ממה שחייב לו); שו"ת זיכרון יהודה, סימן פ; בית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף יב; שו"ת הרשב"ש, סימן קכג; שו"ת ר"א אבן טוואה (תשב"ץ, חוט המשולש, טור ג), סימן כז (הובא בשו"ת דמשק אליעזר, סימן נא); שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן מז (אם יש עדים על הכפייה; הובא בשו"ת תורת משה, חו"מ, סימן יח); שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן עח; שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן טז (רב ע"א); כיסא אליהו (ישראל), חו"מ, סימן רמא, ס"ק ה; שו"ת שער אשר, חו"מ, סימן יג, דף יח ע"ג (הובא בשו"ת מפי אהרן, חו"מ, סימן יב, דף סג ע"א). ראה גם: כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רה, הגהות בית יוסף, אותיות פא־פד; פד"ר, כרך ח, עמ' 80. וראה נספח ראשון לסעיף זה, על אופן ההבחנה בין מחילה לפשרה לעניין זה.

דוגמאות למחילה עקב כפייה: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתפג (הובא בשו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן מז), וחלק ב, סימן רצח (שם נאמר שהוציא אותה מביתו; הובא בכסף משנה, הלכות אישות, פרק יז, הלכה יט, וברמ"א, אהע"ז, סימן קה, סעיף ה), כותב שבעל שהיה מתקוטט עם אשתו תמיד כדי שתסכים למחול על כתובתה, ומחלה לו כדי שתוכל לשבת עמו בשלווה, מחילתה בטלה אף שלא מסרה מודעא. וכך כותב שו"ת שושנים לדוד (צבאח), חלק ב, אהע"ז, סימן עו, על מצב שהתקוטטו תמיד, ומחלה על כתובתה כדי שיגרש אותה.

שו"ת הרשב"ש, סימן קכג, כותב שגם לדעה שמודעא של הערכאות פסולה, הרי אם הכפייה קצת ניכרת, ומסר המוחל מודעא בערכאות, המחילה בטלה.

שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף סא; תשב"ץ, חלק ב, סימן רכז; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מד; שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קטו; ושו"ת מנחת אלעזר, חלק ג, סימן לא — כותבים שאם הכפייה ידועה, המחילה בטלה גם אם ביטל המוחל את המודעא שנתן, כמו אם לא הייתה מודעא בכלל. אבל המבי"ט שם כותב שאם ידעו העדים שהתבטל האונס בזמן ביטול המודעא, המחילה תקפה.

דעה חולקת: שו"ת הרי"ד, סימן צג (ד"ה ומאי דכתב מר כי הוא), כותב שאף אם הכפייה ידועה ומסר מודעא, הרי אם ביטל את המודעא לפני שמחל, המחילה תקפה. הרי שלדעתו מחילה בכפייה תקפה.

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תיט, כותב שגם במחילה גמורה, שהיא מתנה (כלומר, שלא קיבל המוחל

דבר תמורתה), ואף אם יודעים עדים על הכפייה, ומסר עליה מודעא, המחילה תקפה אם ביטל את המודעא, שהרי חידושי הרשב״א, גיטין לד ע״ב, כותב לעניין גט, שהמבטל מודעא, ביטלו דבריו אחרונים את דבריו הראשונים (המודעא), ואם זה מועיל בגט החמור, כל שכן במתנה; ואף שהר״ן חלק על הרשב״א, וסובר שלא מועיל ביטול מודעא אפילו לעניין מכר אם הכפייה ידועה, אין לדחות את דעת הרשב״א מפני קושיית הר״ן (וצריך עיון, שהרי הוא סותר את עצמו לסימן מד). והוא כותב שאף ספר העיטור, מודעא, ליד אות כח (דף מ ע״ג במהד׳ רמ״י), שכתב שאם הכפייה ידועה, ביטול מודעא אינו מועיל אפילו בקניין, מסכים שאם נשבע על ביטול המודעות, הביטול מועיל (נקודה זו הובאה בשו״ת סם חיי, סימן כה, דף נד ע״א).

סם חיי, שם, כותב שאם המוחל ביטל את המודעא שמסר, הנמחל יכול לומר ״קים לי״ כר׳ יונה (המובא בנימוקי יוסף, בבא בתרא כא ע״א, בדפי הרי״ף), שסובר שגם במתנה מועיל ביטול מודעא, שהמתנה קיימת. אבל נראה שר׳ יונה אומר כך על מקרה שהכפייה אינה ידועה, ואין זה כדעת מהרשד״ם. הוא מוסיף, שאם נשבע המוחל על המחילה, אינו יכול לערער עליה, שהרי בכך הוא עובר על השבועה מספק, כיוון שלר׳ יונה המחילה תקפה.

שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן שלד, כותב שלפי ר״י בר ברזילי (להלן, הערה 70), הסבור שגם במתנה, אם הכפייה ידועה אבל לא מסר מודעא, המתנה תקפה — הרי אם מסר מודעא וביטל אותה, מועיל הביטול, והמתנה תקפה.

מקורות נוגדים: שו״ת הרמב״ם (מהד׳ בלאו), סימן שפה, כותב שבעל שהקניט את אשתו וקילל אותה והכה אותה, ואמר לה: ״אם תרצי שלום, תמחלי לי על ה׳מאוחר׳ [מעין כתובה] שלך, ואני אגרשך״, ומרוב פחדה הסכימה — אם מסרה על כך מודעא בפני עדים שיודעים על הכפייה, המחילה בטלה. משמע שבלי מודעא, המחילה תקפה.

שו״ת הריב״ש, סימן שצה, דן באישה שמחלה לבעלה על חוב מסוים, והייתה שם כפייה, שכן הוא היה מכה אותה ואת בנה ומונע מהם מזונות. השואל מעלה אפשרות שהמחילה תקפה על אף הכפייה, כיוון שלא מסרה מודעא קודם המחילה, וגם אחרי המחילה אינה טוענת שהייתה כפייה. אבל המשיב אינו מתייחס לטענה זו.

לפרטים נוספים בעניין מחילה בכפייה, ראה נספח שני לסעיף זה.

66 רמ״א, חו״מ, סימן רה, סעיף יא.

67 מרדכי, גיטין, סימן שצה; שו״ת באר עשק, סימן צה, דף קח ע״ב (גם אם עשה קניין).

על כפייה להתחייב, ראה: נתיבות המשפט, סימן רה, ס״ק ח; ש׳ ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ׳ 125; רבצמ״ח עוזיאל, השופט והמשפט, שער יב, פרק כו.

68 ר׳ רחמים שעיו, ״מתנה מחמת אונס או בושה״, קול התורה מח (ניסן תש״ס), עמ׳ שב־שג.

69 שו״ת מהריט״ץ, סימן רעו. על דבריו ראה: חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ׳ 447.

שליח שנתמנה בכפייה: בחוק לישראל, שליחות, סעיף 3, מובאת מחלוקת האם יש תוקף למינוי שליח בעל כורחו. ושם, סעיף 1, נאמר שלפי פוסקים אחדים, אף שבדרך כלל אין שליח לדבר עברה, הרי אם נתמנה בכפייה, השליחות תקפה (והמעשה מיוחס לשולח); ולפי דעה אחרת, גם אז אין השליחות תקפה (והמעשה מיוחס לשלוח), ככל שליחות לדבר עברה.

70 יש דעה שחוזה כפוי תקף אף בלי שניתנה תמורה. כך כותב שו״ת מהרי״ק, שורש קפה, בשם ר״י בר ברזילי (ברצלוני), שאף מתנה כפויה תקפה. אך דבריו לא נתקבלו להלכה, ״שכל חכמי ישראל חלוקים עליו״ (כלשון שו״ת חכם צבי, סימן א).

מהרי״ק כותב שזו גם דעת שו״ת הרא״ש, כלל לח, סימן ז (להלן, ליד ציון הערה 221), שכתב שהמוחלת כתובתה מפני שבעלה איים לגרשה, המחילה תקפה אם לא מסרה מודעא. שו״ת מהרי״ט, חלק ב, חו״מ, סימן מב וסימן צח, ומשנה למלך, הלכות אישות, פרק יז, הלכה יט, דוחים את דברי מהרי״ק, שהרי רא״ש, בבא בתרא, פרק ג, סימן נא, כתב שמתנה בטלה בלי מודעא, אם יש עדים שהייתה כפייה (גם שו״ת מהר״י בן לב, חלק ב, סימן מז, הקשה משם על מהרי״ק). לכן הם מסבירים שכוונת הרא״ש בתשובה הנ״ל היא שאם אין מודעא והעדים אינם יודעים על הכפייה, חוששים שרק אחרי המחילה חזרה בה. אבל שו״ת מהר״י בן לב, חלק ג, סימן כח, מסביר שמהרי״ק הבין שכוונת הרא״ש היא שאין נידונו נחשב כפייה, מפני ש״עביד איניש דגזים ולא עביד״, ואם כן אין זה קשור לדברי ר״י ברצלוני.

כמובן, אין המתקשר נאמן לומר שהיה אנוס, אלא צריך שיהיו עדים על כך שהיה אנוס[71]. לדוגמה, אישה שמחלה לבעלה על כתובתה, וטוענת שמחלה מתוך כפייה, שבעלה לא היה מפרנס אותה, ומחלה על כתובתה כדי שיפרנס אותה, אינה נאמנת, אלא צריך שיהיו עדים שהיה אונס, ולא די בעדים המעידים שהיא הייתה אומרת תמיד שאינו מפרנס אותה, מפני שאולי גם דבריה אלו היו שקר[72].

הנותן מתנה בכפייה, גם אם כתב בשטר המתנה שהוא מקבל על עצמו אחריות, כלומר שאם הנכס יילקח מן המקבל, הוא יפצה אותו, המתנה בטלה[73]. גם במחילה באונס, אף אם המוחל קיבל עליו אחריות, כפי שהיה נהוג לעשות במחילות, אין מחילתו מחילה[74].

שו"ת פני משה, חלק א, סימן כו (סד ע"ג), אומר שר' יונה (המובא בנימוקי יוסף, בבא בתרא כא ע"א, בדפי הרי"ף) סובר כר"י ברצלוני. מרכבת המשנה, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א, ודברי תורה (תאומים), דף ז ע"ב, כותבים שגם לדעת הרמב"ם, מתנה בכפייה תקפה.

שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן לא (רלג ע"ג), כותב שדעת ר"י ברזילי היא דעת יחיד; והוא דן עוד (שם רלג ע"ד) בשאלה האם לחשוש לדעת ר"י ברזילי. כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רה, הגהות בית יוסף, אות ע (הובא בשו"ת פני יצחק (אבולעפיה), חלק ה, חו"מ, סימן ד, דף קמט ע"ב), מביא פוסקים שכתבו שאי אפשר לומר "קים לי" כר"י ברזילי. אבל ר' שם טוב אבא, בשו"ת סם חיי, סימן כו (נו ע"ד), כותב שלעניין מחילה, המוחזק יכול לומר "קים לי" כר"י ברזילי.

ראה גם: שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן סה; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן ד. כן ראה: תשב"ץ, חלק א, סימן א; שו"ת מהרלב"ח, סימן לד; שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן צח, חלק ב, סימן מז, וחלק ג, סימן כח; שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן רכז; שו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קב, ואהע"ז, סימן קפג; שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן סג; שו"ת תורת אמת, סימן יח; שו"ת מהרש"ם, חלק ז, סימן רז; ובמקורות המובאים לעיל, הערה 64.

באיום בהריגה: מסוגיית "סיקריקון" בגיטין נה ע"ב עולה, שיש שאיום בהריגה יוצר גמירת דעת גם לעניין מתנה, עקב חומרת האיום. הפוסקים נחלקו בשאלה מתי אכן יש תוקף למתנה עקב חומרת הסכנה, ובין היתר נשקלים השיקולים האם המאיים לא ייענש על הריגת בעל הנכס, או האם הנכס כבר נמצא בידי המאיים. ראה על כך: חידושי הרשב"א, גיטין נה ע"ב; מרדכי, גיטין, סימנים שצד־שצה; צפנת פענח (מהרי"ט), תולדות, דרוש א, דף לג ע"א (המסביר בכך את מעשה מכירת הבכורה ליעקב); משנה למלך, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א; חידושי חתם סופר, שבת פח ע"א; חכמת שלמה, חו"מ, סימן רה, סעיף א; מנחת עני (תקמ"ז), דף א ע"ב; דברי תורה (תאומים), דף ז ע"ג־ע"ד; קובץ שיעורים, כתובות, סימן י; בירור הלכה, גיטין נה ע"ב, ציון ז; אלה הם מועדי (מהד' תשס"ח), כרך ד, עמ' קעו; ילקוט ביאורים (בתלמוד מהד' מתיבתא), גיטין שם. בשאלה ההיסטורית, לאיזו תקופה מתייחסת סוגיית "סיקריקון", נחלקו החוקרים. ראה: א' גולאק, "סיקריקון", תרביץ ה (תרצ"ד), עמ' 23; ש' ספראי, "סיקריקון", ציון יז (תשי"ב), עמ' 60. סוגיית "סיקריקון" (גיטין נח ע"א־ע"ב) מתייחסת בעיקרה לדינו של מי שקנה קרקע מגוי שהכריח יהודי לתת לו אותה, כמה עליו לשלם לבעל הקרקע המקורית, ואינה עוסקת בשאלת תקפותה של קניית הגוי, ועל כן לא נעסוק בה כאן. על סוגיית "סיקריקון", ראה פורת (לעיל, הערה 59), עמ' 62־67.

ר' יצחק רבינוביץ, הצבי ישראל (ספר זיכרון לרצ"פ פרנק), עמ' קיב (נדפס גם בזכר יצחק, מהד' מכון ירושלים, חלק ב, סימן מד), ור' זרח אפשטיין, "בענין תלוהו וזבין", שערי ציון, שנה ב (תרפ"ב), חוב' ז־ח, דף ב ע"ג, מסבירים שבעניין הסיקריקון, המציאות הייתה שלא היה סיכוי שהסכנה תחלוף לעולם, ועל כן יש לנותן גמירת דעת בלתי מוגבלת בזמן, ולכן המתנה תקפה. ראה בשמם לעיל, הערה 27, שמתנה בכפייה בטלה בדרך כלל מפני שרצון הנותן להקנות יתבטל עם חלוף הכפייה.

להסברים נוספים מדוע היה שם תוקף למתנה, ראה בית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף יב, ולהלן, הערה 87.

[71] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמב, סעיף א (על מתנה): "יודעין באונסיה".

[72] שו"ת קרני ראם (אנקאווא), סימן סט.

[73] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמב, סעיף א. ראה רבצמ"ח עוזיאל, השופט והמשפט, שער יב, פרק כד.

[74] תשב"ץ, חלק ב, סימן רכז.

יש שהכופה נותן תמורה, אך זאת בשיעור חלקי בלבד. בעיקרון, חוזה כפוי תמורת תשלום חלקי דינו כחוזה כפוי בלא תמורה כלל, ואינו תקף[75]. הסיבה לכך היא: "דאנן דעתיה דמוכר אמדינן, דאגב אונסיה וזוזי, גמר ומזבין [=שאנו אומדים דעתו של מוכר, שאגב אונסו והכסף, גומר בדעתו ומוכר]... והיאך אפשר שיתרצה בפרוטה על קרקע שווה מנה?"[76]. אולם רבנו יונה[77] מבחין בעניין זה בין מקרקעין למיטלטלין: במקרקעין, גם מכירה כפויה תמורת תשלום חלקי תקפה. זאת עקב הכלל: "אין אונאה לקרקעות"[78], שעולה ממנו שמקרקעין שווים כל מחיר[79], ואין לגביהם תשלום הנחשב מופרז או חלקי[80]. לעומת זאת, במיטלטלין, מכירת כפויה במחיר חלקי אינה תקפה, כיוון שהמחיר החלקי אינו שווה ערך לנכס[81].

[75] חידושי הריטב"א, בבא בתרא מח ע"א, ד"ה דרב ביבי; חידושי הרשב"א, גיטין נח ע"ב ד"ה נכרי; נימוקי יוסף, בבא בתרא כו ע"ב (בדפי הרי"ף); חידושי הר"ן, בבא בתרא מח ע"ב, ד"ה והילכתא; בית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף א, בדעת רשב"ם, בבא בתרא מח ע"א, ד"ה אלא; שו"ת הריב"ש, סימן קכז, ד"ה ואם כן בנידון (עמ' קלד); שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן לא, בתחילתו; תורת גיטין, סימן קלד, סעיף ד; מרגניתא דר"ב, פרשת תולדות (שהסביר בכך את דברי יעקב לעשו בפרשת מכירת הבכורה). יש אומרים שכך היא גם דעת הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א. ראה: משנה למלך, שם; שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן נה; שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן יז.
ברם, מכר כזה שונה ממתנה לעניין הדין (שנראה להלן, ליד ציון הערה 187) שמתנה בטלה אם מסר הנותן מודעא מוקדמת, גם אם לא הוכח שהייתה כפייה. כך כתב ב"ח, חו"מ, סימן רה, סעיף א, על פי שו"ת הריב"ש, סימן קכז.
דעה חולקת: נימוקי יוסף שם מביא ש"אחרים אומרים" שגם אם התשלום היה פרוטה בלבד, המכר תקף. ר' אשר וייס, שיעור מורנו הרב שליט"א, פרשת יתרו תשע"א, עמ' ז, נימק דעה זו, שבמכר די בכוונה כלשהי להקנות, ואין צורך ברצון גמור (כהסבר שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 31), ודי בפרוטה כדי שייחשב מכר. אבל הוא כותב שגם לפי דעה זו, אם הכופה זרק לכפוי כסף, בלי שהכפוי הביע רצון לקבלו, אין זה בגדר מכר, והוא ניתן לביטול (בשאלה זו, ראה לעיל, הערה 44). ושם, עמ' ט, נימק דעה זו בדרך אחרת: חכמים קבעו שכל מכר כפוי תקף, ו"לא פלוג רבנן", כלומר לא עשו הבחנות על פי שיעור התשלום, מפני שקשה לקבוע איזה תשלום די בו ליצור רצון אצל הכפוי.
ר"י שכנזי, "במי שכפה את חבירו למכור לו מכונית", בית הלל שנה א, גיליון ו [לב] (אדר תשס"ח), עמ' סג, פוסק שהמכר קיים גם בתמורה חלקית. אבל מכל המקורות דלעיל האומרים להפך, הזכיר רק את משנה למלך.

[76] כלשון חידושי הרשב"א, בבא בתרא מח ע"ב, ד"ה דהא.

[77] עליות דרבנו יונה, בבא בתרא מח ע"א, ד"ה דהא אשה. אשר לאפשרות שיאמר המוחזק "קים לי" כרבנו יונה, ראה ר"ע בצרי, דיני ממונות, חלק ב, שער א, פרק טז, סעיף ד, עמ' עא. ר' שלמה חסון, בשו"ת מקור ברוך (קלעי), דף פז ע"א, כותב כדבר פשוט שבקרקע, המכר קיים גם אם קיבל רק חלק מן השווי. ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רה, ס"ק יא, מביא ראיה להבחנה זו של רבנו יונה — עיין שם.

[78] בבא מציעא נו ע"א.

[79] כך נאמר בבבא קמא יד ע"ב, שקרקע "שווה כל כסף" כיוון שאין בה דין אונאה.

[80] טור, חו"מ, סימן רה, סעיף א, מצמצם חידוש זה של רבנו יונה למצב שהכפייה הייתה רק על עצם המכירה, ואילו התשלום החלקי נקבע בהסכמה; אבל אם המחיר החלקי נכפה על המוכר, מסכים רבנו יונה שהמכר בטל אף במקרקעין. וכתב על כך בית יוסף, שם: "טעמא דמסתבר הוא", והביאו בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף ד, כ"יש מי שאומר". ראה גם עליות דרבנו יונה שם, ד"ה מסקנה דשמעתין. אבל רמ"ל קצנלנבוגן, בהערותיו לחידושי הרשב"א, בבא בתרא מח ע"ב (מהד' מוסד הרב קוק), הערה 58, מדייק מלשון הרשב"א שאין זו כוונת רבנו יונה.

[81] עליות דרבנו יונה, בבא בתרא מט ע"א, ד"ה עלה בידינו. מדבריו נראה שרק תשלום בסטייה של למעלה משישית מהמחיר נחשב תשלום חלקי המבטל מכירה כפויה של מיטלטלין, כשם שנקבע ששיעור זה הוא עילה לביטול מכר בגלל האונאה (ראה סעיף 14, פרק שמיני, ד).

פרק חמישי

צורת הכפייה — "עקב כפייה שכפה עליו"

א. כללי

סעיף זה עוסק בכפייה "בכוח או באיום". לדעת שלו[82], יש לפרש מונח זה בדרך מרחיבה, הכוללת "כל פגיעה בגופו של אדם, בנכסיו, בחירותו ובמעמדו החברתי או הכלכלי", הנעשית כדי לאלצו להתקשר בחוזה. הסיבה לכך היא שבכל המקרים הללו, יש פגם ברצונו של הצד הנתון לכפייה, ולפיכך אין לעשות הבחנות מהותיות בין סוגים שונים של כפייה.

הגדרה מרחיבה מעין זו מצויה, לכאורה, אף במשפט העברי. וזה לשון שולחן ערוך[83]: "אחד האונס את חבירו — בשהכהו או תלאו — עד שמכר, או שהפחידו בדבר שאפשר לו לעשות, בין אונס הגוף, בין אונס ממון, בין בידי גוים, בין בידי ישראל — הרי זה אונס".

ברם, הפוסקים לא החילו דין זה בצורה גורפת, ודנו בצורות שונות של כפייה. למשל, נחלקו הפוסקים בשאלה, האם איום בהפעלת כוח נחשב לכפייה[84]? כמו כן נידונה השאלה, באיזו מידה פגיעה בנכסים, או איום לפגוע בהם, שקולים לפגיעה באדם עצמו? וכן, האם פגיעה בקרובי משפחה של האדם או בידידיו נחשבת אף היא כפייה?

שאלות נוספות טעונות בירור: לעתים הכפייה מופעלת על ידי אדם שלישי, שאינו צד לחוזה. האם זו תיחשב כפייה[85]? לעתים הכפייה אינה מופעלת על ידי איש, אלא נובעת מניצול נסיבות שהכפוי נמצא בהן בלאו הכי. האם גם זו תיחשב כפייה?

ב. כפייה עצמית ("אונסא דנפשיה")

כלל יסוד בדיני כפייה הוא שדווקא כפייה שמקורה במעשה של אדם אחר נחשבת כפייה. לעומת זאת, אילוץ הנובע מנסיבות שבעטיין אדם חש שהוא מוכרח להתקשר בחוזה, כגון שמחמת דוחק כלכלי מכר אחד מנכסיו, אינו נחשב כפייה[86]. מקורה של הבחנה זו בדברי

הפוסקים הוסיפו, שמכר כפוי בתמורה חלקית בטל גם אם המוכר היה מודע לשיעור החלקי של התמורה, ואף אם עבר פרק הזמן שבו ניתן לטעון טענת אונאה. ראה: נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק י; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רה, סעיף טו.

על תמורה חלקית, ראה: שו"ת תורת חיים, חלק ב, קונטרס המודעא והאונס, דף ד ע"א, ד"ה והעולה לענין הלכה; שו"ת ר' יעקב לבית הלוי (מהד' שצ"ב), סימן סז; פתחי חושן, הלכות קניינים, פרק כב, סעיף ד; וינרוט (לעיל, הערה 32), עמ' 195-198; ר' שלום הירשפרונג (לעיל, הערה 27), עמ' ל (שהדין תלוי בתפיסות השונות מדוע אין אומרים במתנה "אגב אונסיה גמר ומקני", לעיל, ליד ציוני הערות 26-32).

[82] שלו, דיני חוזים, עמ' 330. ראה גם ע"פ 356/74 מנוף נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 824, 828.

[83] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף ז. לשון דומה יש ברמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ד, בלי המילים "בין אונס הגוף בין אונס ממון".

[84] נדון בכך להלן, פרק שמיני.

[85] נדון בכך להלן, פרק שביעי.

[86] ראה: ספר העיטור, מודעא (מ ע"ב, במהד' רמ"י); תשב"ץ, חלק א, סימן א; טור, חו"מ, סימן רה, סעיף ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף יב (הובא אצל ר' עזרא בר שלום, "בדין שותפין שחלקו", זכור לאברהם תשנ"ד-תשנ"ה, עמ' תקפח); שו"ת ר' בצלאל אשכנזי, סימן טו; שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן סג; שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן מז; שו"ת משיב דבר, חלק ב, סימן נו; ערך השולחן, חו"מ, סימן רה,

אות כא, לעניין מחילה (אבל הוא כותב שאם ברור שמחל בגלל זה, המחילה בטלה; וצריך עיון למה כוונתו); ערוך השולחן, חו"מ, סימן רה, סעיף ז; שו"ת משפט וצדקה ביעקב, חלק א, סימן ב, דף ג ע"ד (מי שפחד מבעל שררה, שאף לא איים עליו); שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן יד (אם קרוביו הזהירו אותו מפני הצד השני, אבל הצד השני לא איים עליו בפועל); שו"ת יכין ובועז, חלק ב, סימן כא (מי שחשב שאם לא יגרש את אשתו, השר יאסור אותו); צפנת פענח (מהרי"ט), תולדות, דרוש א, דף לג ע"א (המסביר בכך את מעשה מכירת הבכורה ליעקב); שו"ת ציץ אליעזר, חלק יב, סימן עה, אות ב (באונס שהוא פרי דמיונו של האדם); פד"ר, כרך ה, עמ' 72 (באישה שביקשה מבעלה שיגרש אותה, ואמר לה שאם תמחל לו על כתובתה, ייתן לה גט — שאין זה בגדר מחילה בכפייה).

נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק ט, כותב שמי שנתן מתנה מפני שנשבע לתת או מפני שקיבל על עצמו קנס אם לא ייתן, אין זה בגדר כפייה, אם אמר "רוצה אני", כיוון שהכפייה באה מעצמו; ואף שבעל שנתן גט משום שנשבע לתת או משום שקיבל על עצמו קנס אם לא ייתן את הגט, הגט נחשב גט מעושה, הרי זה משום שבגט חשוב מה הבעל חושב בלבו, אבל במתנה לא חשוב מה הנותן חושב בלבו.

אף שכפייה עצמית אינה נחשבת כפייה, הרי אם עדיין לא בוצע החוזה, אפשר לבטלו מטעם עושק; אלא שזכות הביטול מטעם עושק תקפה רק עד ביצוע החוזה, כפי שנראה בסעיף 18, פרק שביעי. כך הסביר בפסקי דין ירושלים, דיני ממונות, כרך א, עמ' נו, שזכות הביטול מטעם עושק היא במצבים של "אונסא דנפשיה", שאין בהם זכות ביטול מטעם כפייה. ייתכן שגם בסוגים אחרים של כפייה שאינם נחשבים כפייה לעניין זכות ביטול מלאה, יש זכות ביטול מוגבלת מטעם עושק.

דרישה, חו"מ, סימן שנט, סעיף ג, כותב שמלך שהציע לאדם מסוים עִסקת חליפין, והלה הסכים, יש בו "צד גזל", שמא הסכים רק מתוך מורא מלכות. מדבריו עולה שראוי לא לקיים חוזה שנכרת מתוך כפייה עצמית, אף שהוא תקף מן הדין. ר' רחמים שעיו, "מתנה מחמת אונס או בושה", קול התורה מח (ניסן תש"ס), עמ' שא, מקשה עליו, הרי מכר בכפייה תקף? ותירץ, ששם המוכר טרם קיבל את התמורה, ולכן אינו תקף.

רידב"ז, על ירושלמי, סוכה, פרק ד, הלכה ב, כותב שמי שנתן אתרוג במתנה לחברו בסוכות כדי שיוכל לקיים בו את המצווה, אף שהוא עושה זאת בלי רצון אלא מפני שאם לא ייתן, חברו יבטל מצווה, בכל זאת נתינתו נחשבת נתינה מרצון, כיוון שאף אחד אינו כופה עליו לתת; ובכל זאת רצוי שיאמר בפירוש שהיה נותן לו גם אם לא היה צריך לקיים בו את המצווה, כדי להראות שהוא נותן בלב שלם.

פסקי דין ירושלים, דיני ממונות, כרך א, עמ' נו, דן בקבלן שדרש מבעל הבית לשלם סכום מעבר למה שהוסכם, ואיים שאם לא ישלם, יפרק את העבודה שכבר עשה; והוא פוסק שאין זה בגדר כפייה, אלא כפייה עצמית, כיוון שהכפייה לא הייתה על עצם התשלום. דבריו קשים, שהרי הכופה אכן דרש את התשלום ואיים לפגוע בממונו אם לא ישלם, ואין זה כפייה עצמית.

דעה חולקת: שו"ת הראנ"ח שם (ד"ה ויש לחלק), ופד"ר, כרך ה, עמ' 72, כותבים שרבנו חננאל חולק וסובר שאף "אונסא דנפשיה" נחשב כפייה המבטלת את החוזה. לדעת ראנ"ח, סבור רבנו חננאל שהבחנת התלמוד (בטקסט בסמוך) בין "אונסא דנפשיה" ל"אונסא דאחריני" היא אפשרות בלבד, שאינה מתקבלת למסקנת הסוגיה. לפי הסבר זה, אדם שנאלץ למכור נכס מחמת דוחק כלכלי, יכול קודם לכן למסור מודעא שהוא עושה כן מחמת אונס, ואחר כך יוכל לבטל את החוזה. לעומתו, אחרים פירשו שדברי רבנו חננאל נאמרו במתנה דווקא — ראה להלן, ליד ציון הערה 101.

כפייה שהכפוי היה יכול לבטלה בקלות על ידי פנייה לבית דין: כפייה מסוג זה קרובה לכפייה עצמית, וגם בה נפסק שאינה בגדר כפייה. שו"ת קרני ראם (אנקאווא), סימן סט, פוסק שבעל שלא היה מפרנס את אשתו, כאמצעי לחץ שתמחל על כתובתה, ומחלה לו — המחילה תקפה, ואינה נחשבת מחילה כפויה, שכן היא הייתה צריכה לתבוע אותו בדין, ולא הייתה מוכרחה למחול לו על כתובתה; ואם בכל זאת מחלה, זאת מחילה ברצון. הוא מביא ראיה מהרדב"ז שבסמוך, שעולה מדבריו שאם הבעל בעיר, אינה נחשבת כפויה, גם אם היו עדים שבעלה כופה עליה למחול, מפני שיכלה לתבוע אותו בבית דין.

התלמוד[87]: "שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני [=שונה אונס של עצמו מאונס של אחרים]". ב"אונסא דנפשיה", נחשב האדם שיש לו גמירת דעת לעשות את המעשה[88], מפני שהוא עושה את המעשה מתוך החלטה אוטונומית שלו, בלי שאדם אחר מנסה להשפיע על החלטתו[89].

עיקרון זה בא לידי ביטוי בפסיקת מהרשד"ם. הוא נשאל[90] על חייב שהושם בבית סוהר עקב חובותיו, ומפני דוחקו, הוצרך להתפשר עם מי שחייב לו (שסירב לפרוע לו אם לא ימחל על חלק מחובו) כדי לקבל מזומנים; ופסק שאין זה נחשב כפייה לבטל את המחילה, אפילו מסר מודעא, מפני שזה בגדר כפייה עצמית[91].

מעשה בראובן שנשא אישה במצרים והלך לצפת, וכתב לה משם שאם לא תמחל לו כך וכך מכתובתה, לא ישוב עוד לביתו; ומסרה האישה מודעא, וכתבה לו בפני עדים כפי שדרש ממנה. שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן אלף נה [תרל] (הובא בשו"ת קרני ראם, שם), פסק שהמחילה בטלה מטעם כפייה, שהרי אילו היה מממש את איומו שלא ישוב לביתו, הייתה מפסידה את מזונותיה ואת כתובתה ואת כסותה, וגם את עונתה, שהיא צער גופה, ואין כפייה חמורה מזה, שתישאר עגונה כל ימיה. היה מקום לומר שאין זה כפייה, מפני שהייתה יכולה ללכת אחריו או למנות שליח ללכת אחריו ולכוף אותו בדין. אבל הרדב"ז דוחה טענה זו, מפני שהליכה למקום הבעל כרוכה בהוצאות רבות, ושמא יברח משם וילך למקום אחר, ואין לדבר סוף.

87 בבא בתרא מז ע"ב, שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 11.

מקור נוסף להבחנה זו הוא בסוגיית "סיקריקון" (לעיל, הערה 70), שנקבע בה שהמתנה תקפה למרות האיום בהריגה, ולפי אחד מהסבריו של בית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף יב, הטעם הוא, שהגוי לא דרש את הקרקע, אלא עמד להרוג את בעל הקרקע, והלה הציל את חייו על ידי שנתן לו את הקרקע במתנה; וזהו כפייה עצמית.

88 כלשון רשב"ם, בבא בתרא מז ע"ב, ד"ה שאני: "דהתם איכא למימר גמר ומקני". אמנם הוא כותב זאת על אדם המוכר מפני שהוא זקוק לכסף מזומן (שבו דנה הסוגיה לפני כן), אבל ברור שהדבר נכון בכל כפייה עצמית, שהרי הוא מסביר בכך את ההבחנה שעושה הסוגיה בין כפייה עצמית לכפיית אחרים.

89 דיברות משה, בבא בתרא, סימן מ, ענף ג (עמ' פז), הסביר, שבכפייה עצמית, האדם רוצה שיהיה תוקף למעשה, מכיוון שאינו רוצה לרמות את הצד השני על לא עוול בכפו; אבל בכפייה של אחר, אינו גומר בדעתו לעשות את המעשה, אלא הוא מביע הסכמה מן השפה ולחוץ, מפני שלא אכפת לו לרמות את מי שכופה אותו. יש להעיר, שלפי נימוק זה, אם צד שלישי כופה אותו, היה מקום לומר שיהיה תוקף לַחוזה, מפני שאינו רוצה לרמות את הצד השני לחוזה, שאינו אשם בכפייה; ואילו להלן, פרק שביעי, נראה שגם אז אין תוקף לַחוזה.

חידושי ר"י מיגאש, בבא בתרא דף מז ע"ב ודף מח ע"א (הובא בשו"ת ר' בצלאל אשכנזי, סימן טו), כותב שגם הכפוי בכפייה עצמית אינו גומר בדעתו להקנות, אבל לא אכפת לנו. ישועת דוד (מהד' תשמ"ד), סימן לה, אות א, ביאר את כוונתו, שכיוון שאינו כפוי על עצם המעשה, המעשה תקף, ואין זה משנה שאינו רוצה להקנות; ואילו אם אדם אחר כופה אותו, יש כפייה על עצם המעשה, ולכן אין לו תוקף. ר' שלום הירשפרונג (לעיל, הערה 27), עמ' לג, ביאר את כוונת הר"י מיגאש, שהמעשה אינו נחשב מעשה כפוי, ולכן החלטתו אינה נחשבת שבאה מתוך כפייה, והיא תקפה, ואין זה משנה אם הוא רוצה אם לאו (ראה לעיל, הערה 27, על הבחנתו בין רצון לבין החלטה).

היה מקום לומר שהטעם לכך שכפייה עצמית אינה נחשבת כפייה הוא, שאלו דברים שבלב, שאינם דברים. אבל נראה שכפייה עצמית אינה נחשבת כפייה גם אם ניכר לצופה מן הצד שהאדם כפוי ("דברים שבלבו ובלב בכל אדם"), שהרי הדוגמה הניתנת בתלמוד לכפייה עצמית היא אדם המוכר מפני שהוא זקוק לכסף, שאז ניכר לכול שזה המניע שלו (עד כדי שהתלמוד אומר שכל מוכר — מוכר מתוך מניע זה), ובכל זאת אין זה נחשב כפייה.

90 שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תיח.

91 ר' חיים עשאל, בשו"ת סם חיי, סימן כה (נא ע"א), דן בשמעון שהיה צריך לצאת מן העיר, אבל היה חייב כסף ללוי, שלא הניח לו לצאת מן העיר עד שיפרע לו; ושמעון רצה להשיג כסף מראובן, שהיה חייב לו

במקום אחר נפסק, שמשודך שביטל את השידוך מפני שלא היה לו כסף לצורכי הנישואין, ובכלל הביטו, הוא מחל על מה שהתחייב הצד השני כלפיו במסגרת השידוך — אין זה נחשב מחילה בכפייה, מפני שהכפייה באה מעצמו[92].

גם אם נסיבות אלו נוצרו על ידי אדם אחר, הרי אם מי שיצר אותן לא עשה כן כדי להכריח את הצד שכנגד להתקשר בחוזה, אלא הצד שכנגד הוא שבחר מעצמו להתקשר בגללן בחוזה, אין זה בגדר כפייה. לפיכך, ראובן שכפה על שמעון לתת לו כסף, וכדי להשיג את הכסף מכר שמעון אחד מנכסיו, אין זו נחשבת מכירה כפויה[93]. אמנם אילולא הכפייה שנעשתה, לא היה

(לשמעון), אלא שראובן טען שאין לו (דבר שהתברר אחר כך כשקר); ולכן עשו פשרה, שראובן יפרע לו חלק מן החוב, ושמעון ימחל על השאר, בשבועה. הוא פוסק (בדף נב ע"ד), שזה נחשב כפייה מאחרים ולא מעצמו, מפני שעבר זמן רב ממועד הפירעון (שראובן היה חייב לפרוע — ובזה שלא פרע, נמצא שראובן כופה עליו), והיה צריך לפרוע ללוי. אבל ר' שם טוב אבא, שם, סימן כו (נו ע"א), כותב שזה נחשב כפייה עצמית, כמו שכתב מהרשד"ם, שם, אף שגם בנידונו מדובר בשעבר זמן הפירעון, שאם לא כן, מדוע הלווה שם הוצרך לומר שאין לו במה לשלם? די היה שיאמר שהוא פטור מפני שעוד לא הגיע זמן הפירעון. אפשר לדחות טענה זו, שמדובר שהגיע זמן הפירעון, אבל לא עבר זמן רב מאז.

שו"ת עולת שמואל (פלורנטין), חו"מ, סימן כב (עג ע"ג) [נתחלפו שם דף עג ודף עד, ואני מציין לפי המספר האמתי], עוסק בראובן שתפס כסף של לוי מפני שהיה חייב לו, ולוי הושם בכלא מפני שהיה חייב כסף לשר אחד; וראובן הודיע לו שאם ימחל לו על תביעות אחרות שלו, יחזיר לו את הכסף שתפס ממנו, וכך יוכל לוי לפרוע לשר; ולוי מחל לראובן, בגלל הייסורים שבכלא, ומפני שלא הייתה לו ראיה שהממון שנתפס היה שלו. הוא פוסק (בדף עד [מצוין עג] ע"א) על פי מהרשד"ם שם, שלוי אינו נחשב כפוי מצד שהיה בכלא.

92 שו"ת ויאמר יצחק, חלק א, אהע"ז, סימן קכ.

דוגמאות נוספות לכפייה עצמית: בית יוסף, אהע"ז, סימן קסה (הובא בשו"ת מהרשד"ם, אהע"ז, סימן קפג), מצריך מסירת מודעא על מחילה, בחלוצה שמחלה לחולץ על זכותה בנכסי בעלה המת שבידו, כדי שיסכים לחלוץ לה. שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן לא (רלג ע"ד), מסביר שטעמו הוא, שלא הייתה כפייה במחילה עצמה, אלא היא מחלה ביִזמתה כדי שיסכים לחלוץ.

שו"ת מפי אהרן, חו"מ, סימן יב (סג ע"א), דן במי שמחל על מינוי להיות שד"ר, מינוי הכרוך בהטבות ממוניות מסוימות, וכותב שזו מחילה בכפייה, שכן היה כפוי מחמת סכנת הדרכים שלא לבצע את שליחותו, ולכן המחילה בטלה. דבריו קשים, שהרי היה יכול שלא לבצע את שליחותו בלי למחול על המינוי כשד"ר (שעליו לא השפיעה סכנת הדרכים), מה עוד שזה כפייה עצמית.

דוגמה מיוחדת לכפייה עצמית נותן שו"ת ברכת רצה, סימן קכד (קסט ע"א): המוכר קרקע בפחות מחצי ערכה, המכר תקף, מפני שאין אונאה בקרקע אף בהפרש גדול (לפי דעה אחת, שראינו בסעיף 14, פרק שמיני, ד). לכאורה היינו צריכים לומר שהמכר בטל בגלל כפייה, שהרי בוודאי המוכר היה זקוק בדחיפות לכסף ולכן הסכים למכור בזול כל כך? התשובה היא, שזו כפייה עצמית, שאינה בגדר כפייה.

93 טור, חו"מ, סימן רה, סעיף ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף יב; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רה, סעיף ז; שו"ת באר יצחק, אהע"ז, סימן י, ענף א; שו"ת עזרת כהן, סימן מא (עמ' קנח).

לכאורה, אין חידוש בדין זה, שהרי כל מכר כפוי תקף, כפי שראינו לעיל, פרק רביעי, ב. צריך לומר, שהחידוש הוא שהמכר תקף כאן אף אם קיבל רק תמורה חלקית (שאז בדרך כלל המכר בטל, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 75), ואף אם מסר מודעא (שאז בדרך כלל המכר בטל, כפי שנראה בפרק תשיעי).

שו"ת קרני ראם (אנקאווא), סימן סט, לומד מדין זה, שבעל שלא דרש מאשתו למחול לו על כתובתה, אלא מנע ממנה מזונות, והיא מחלה לו ביִזמתה על הכתובה כדי שייתן לה מזונות — אינה נחשבת כפויה, מפני שהכפייה הייתה על המזונות, לא על מחילת הכתובה. אבל הוא מעיר, שלפי הש"ך (להלן, ליד ציון הערה 143), שכתב שהמוכר נכס לאדם שדרש ממנו כסף, המכירה בטלה, הרי כאן שהבעל הפעיל עליה כפייה, ולכן מחלה לו, המחילה בטלה.

מוכר את הנכס, אך היות שהכפייה אינה הגורם הישיר לכך, נחשבת המכירה "אונסא דנפשיה", והמוכר אינו זכאי לבטל את המכר בגללה[94]. כמו כן, מי שוויתר על חלקו בעיזבון משום שחש בוש ונכלם במריבות שנוצרו עקב חלוקת העיזבון, אינו יכול לחזור בו מוויתורו בטענת כפייה[95]. כמו כן, מי שהיה נתון בתהליך סבוך ומתמשך של גירושין, והסכים להתחייב בדמי מזונות גבוהים כדי להביא את הגירושין לידי גמר, אינו זכאי לבטל את התחייבותו בגין כפייה[96]. כמו כן, מי שוויתר על זכויותיו כדי שלא יפטרו אותו מעבודתו, אינו נחשב שעשה זאת עקב כפייה[97].

אבל יש אומרים, שהחוזה תקף רק אם האדם האחר רשאי לעשות את מה שהצד הכפוי חושש מפניו; אז זאת נחשבת כפייה עצמית. לעומת זאת, אם הצד הכפוי חושש שהאדם האחר יפגע בו שלא כדין, נחשב הדבר כפייה המבטלת את החוזה[98].

כמו כן, לפי דעה זו, אם הצד השני עשה שלא כדין מעשים המכניסים את הצד הכפוי למצוקה, אף שלא דרש ממנו במפורש להתקשר עמו, ומתוך חששו, התקשר הצד הכפוי בחוזה, הוא זכאי לבטל את החוזה, מפני שזאת נחשבת כפייה מן הצד השני, ולא מצד עצמו. לדוגמה, אם העליל חייב על נושהו עלילות שקר, ועקב כך הושמו הנושה ובני משפחתו בבית

[94] בדומה לכך, אם אדם פגע באחר, או איים לפגוע באחר, והלה נתן לו מִזְמתו אחד מנכסיו במתנה, כדי שיחדל מן הפגיעה או מן האיומים, המתנה תקפה. כך כתב בית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף יב, בהסברו הראשון (כדי לנמק מדוע בסיקריקון, הנכס נקנה לגוי — ראה לעיל, הערה 70 והערה 87), ונתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק ח, כותב בשם שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק ב, קונטרס המודעא והאונס, דף כב ע"ד, שהסבר זה הוא העיקרי; וגם בספרו תורת גיטין, סימן קלד, סעיף ד, כתב שהסבר זה הוא העיקרי, שכן רמ"א, חו"מ, סימן רלו, סעיף א, פסק כמותו. פתחי תשובה, חו"מ, סימן רה, ס"ק ד, מוכיח שזו גם דעת הרמ"א. כהסבר זה נקט גם רא"י זיידל אפשטיין (לעיל, הערה 50), עמ' 14. גם מעיין גנים (מזרחי), פרשת ויצא (סה ע"ב), כותב שהמתנה תקפה. שו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן קלב, מסביר שזה טעמו של שולחן ערוך, אהע"ז, סימן קיח, סעיף יז (שנביא להלן, הערה 220), האומר שאישה שמחלה לבעלה על כתובתה מפני שאיים לגרש אותה, אינה נחשבת כפויה — הטעם הוא, שהבעל לא דרש ממנה למחול לו (וצריך עיון, שהרי הוא עצמו כותב שם שבעל ואישה שהיו רָבים הרבה, ואבי האישה נתן את ביתו לזוג על תנאי שיחיו בשלום שנה אחת, הוא נחשב כפוי, אף שהם לא דרשו ממנו דבר). אבל שו"ת עזרת כהן, סימן מא (עמ' קנח), כותב שהדבר שנוי במחלוקת, כיוון שלפי ההסברים האחרים של בית יוסף שם, אין יסוד להלכה זו. ראה גם: נ' רקובר, מסירות נפש — הקרבת היחיד להצלת הרבים (ירושלים תש"ס), עמ' 41. עם זאת, נתיבות המשפט, שם, כותב שאם רק נתן לפוגע שטר התחייבות, ולא העביר נכס לבעלותו, ההתחייבות בטלה, מפני שבזה אין לומר שגמר בדעתו להקנות.

שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן פא, דף פ ע"ג (הובא בשו"ת פני יצחק, אבולעפיה, חלק ה, חו"מ, סימן ד, דף קמח ע"ב), כותב בשם שו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן יז (השני), שאם צד אחד התקשר מפני שחשש שמא הצד השני יזיק לו (ומדובר בנזק שלא כדין), אבל בפועל הצד השני לא אמר כלום, אין זה נחשב כפייה. והוא מעלה אפשרות שמשפט צדק מסכים שאם הצד השני הוא משומד, כך שיש בסיס לפחד ממנו, הפחד נחשב כפייה.

[95] שו"ת אבני שיש, חלק א, סימן כד.

[96] שו"ת ציץ אליעזר, חלק יב, סימן עד. ראה גם שו"ת איגרות משה, אהע"ז, חלק א, סימן קלז; פד"ר, כרך ה, עמ' 71 (אישה שוויתרה על כתובתה כדי שבעלה ייתן לה גט).

[97] פד"ר, כרך ח, עמ' 80.

[98] פד"ר שם אומר (ברמז) שוויתור של עובד על זכויותיו כדי למנוע פיטורין שלא כדין, נחשב שבא בכפייה. כמו כן, שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק א, סימן פז (הובא בחוק לישראל, ערבות, עמ' 116), כותב שמי שנתן ערבות מפני שפחד שאם לא ייתן, לא יפרע לו הלווה חוב שהוא חייב לו — פטור מערבותו, מפני שהיא ניתנה בכפייה. זאת אף שהחייב לא איים עליו, אלא הערב חשש מכך בעצמו.

סוהר, והנושה מחל בהיותם אסורים, מתוך פחד שיהרגוהו — המחילה בטלה בגלל הכפייה[99]. כמו כן, אם הלשין חייב על נושהו בפני השלטון, והקהילה ביקשה מן הנושה למחול לחייב מחילה על תנאי שיפסיק להלשין — זו מחילה מתוך כפייה, ואינה תקפה, והנושה יכול לתבוע את החייב כשתמה הכפייה[100].

אמנם, יש מן הפוסקים שכתבו, שלגבי מתנה, גם כפייה עצמית נחשבת כפייה המבטלת את המתנה[101]. אך נראה שדעתם לא התקבלה להלכה[102].

ג. פגיעה בנכסים

יש שתי דרכים עיקריות לפגוע בנכסי הצד שכנגד כדי לאלצו להתקשר בחוזה: פגיעה ישירה בנכסיו, והפעלת לחץ עסקי־מסחרי ("כפייה כלכלית")[103]. הסעיף חל הן על פגיעה פיזית בנכסי הצד הנפגע, הן על כפייה כלכלית, וזאת בעקבות המשפט האנגלי[104].

לפי המשפט העברי, פגיעה ישירה בנכסים נחשבת כפייה[105]. התלמוד[106] דן באדם שקרקעו

[99] שו"ת זיכרון יהודה, סימן פ.

[100] שו"ת מהרלב"ח, סימן קלז (ד"ה ועוד אני); שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף שכב (רנא).
כך אפשר להסביר את גידולי שמואל, כתובות לט ע"א (ד"ה והנה), הכותב לעניין מחילת יתומה מפותה על הקנס, שאם בתחילת הביאה, אביה היה חי, כך שלא יכלה למחול, ובאמצע הביאה מת, וידעה על כך, מה שמחלה בסוף הביאה (בכך שהסכימה שיגמור את הביאה) הוא מתוך כפייה, שתאוות הביאה כפתה עליה (כאמור בכתובות נא ע"א, ש"יצרה אלבשה" באמצע הביאה), והמחילה בטלה. לכאורה, זו כפייה עצמית; אפשר לומר שגידולי שמואל סובר כפוסקים אלו, שאם הצד השני יצר את הפגיעה שממנה חשש הכפוי, זה בגדר כפייה.

[101] רבנו חננאל, המובא בחידושי הרשב"א, בבא בתרא מ ע"ב, ד"ה הא דאמרינן; חידושי הר"י מיגאש, שם, בפירושו השני (הובא בטור, חו"מ, סימן רמב, סעיף ט). אמנם רבנו חננאל לא הגביל במפורש את דבריו למתנה, אך כך משמע מהקשר דבריו. ראה: שער המלך, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א, ד"ה הכלל העולה. ראה גם שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק ב, קונטרס המודעא והאונס, דף כ ע"ב. לפירוש שונה של דעת רבנו חננאל, ראה לעיל, הערה 86.

[102] ראה: סמ"ע, סימן רמב, ס"ק טו. ברם, מפד"ר, כרך ה, עמ' 71, משמע שלא הוכרעה ההלכה בעניין זה. ראה על כך משכנות יעקב, אהע"ז, סימן לח (קמב ע"א במהד' וילנא).
על כפייה עצמית, ראה: שו"ת נודע בשערים (אשכנזי), אהע"ז, סימן נה (דף סד) = זכר יהודה (זלקינד), סימן לט (עמ' קלו); ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 117; א"צ בן זמרא (לעיל, הערה 26), עמ' רנג. לעניין מתנה, ראה י' צור (להלן, הערה 196), עמ' 146. לעניין גט, ראה ר"י גולדברג, גט מעושה, ירושלים תשס"ג, פרק ז ונספח ט. לעניין עבֵרה, ראה: קובץ שיעורים, כתובות, סימן ח; חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), כתובות, סימן נ, אות ד; מנחת אשר, פרשת כי תצא, סימן מב.

[103] כגון ספק חומרי גלם המעכב את הגעת החומרים ליצרן כדי ללחוץ עליו להתקשר עמו בחוזה אחר.

[104] ע"א 8/88 שאול רחמים נ' אקספומדיה, פ"ד מג(4) 95, 100; שלו, דיני חוזים, עמ' 330.
אולם לדעת צלטנר, חוזים א, עמ' 550, איום המופנה כלפי נכסים אינו נחשב כפייה.

[105] לכאורה, לעניין עבֵרה, כפייה ממונית אינה נחשבת כפייה, כפי שפוסק רמ"א, או"ח, סימן תרנו, סעיף א, ויו"ד, סימן קנז, סעיף א, שאסור לאדם לעבור על מצוות לא תעשה גם אם יצטרך להפסיד את כל ממונו לשם כך. אבל ר"נ רקובר העלה אפשרות ששם מדובר רק בכפייה עצמית, שאינה נחשבת כפייה גם לעניין חוזה, כפי שראינו לעיל, ב, אבל אם מישהו מאיים עליו: "עבור על לא תעשה, ואם לא, אקח ממך את כל כספך", הוא רשאי לעבור.
יש אומרים, שבמצבים מסוימים מותר לעבור על שבועה מחמת כפייה ממונית, מתוך אומדן דעת שהתכוון ששבועתו לא תחול במצב כזה. כך כתבו: ט"ז, יו"ד, סימן רלב, ס"ק יז; ש"ך, שם, ס"ק כג; משנה למלך, הלכות שבועות, פרק ג, הלכה א, בסופו; ובית שמואל, סימן נ, ס"ק טז (וראה על כך להלן, הערה 108).

של חברו הייתה בשליטתו, ואיים על בעליה שאם לא ימכור לו אותה, הוא לא ישיב לו אותה[107]. מסקנת התלמוד היא שזוהי כפייה המבטלת את תוקף החוזה. מכאן למדו הפוסקים, שפגיעה בנכסים או בזכויות ממוניות נחשבת כפייה[108].

עם זאת, נפסק שמניעת הטבה מן הצד שכנגד, כגון מי שיכול לסייע לשחררו ממאסר, ונמנע מכך כדי לאלצו לכרות עמו חוזה, אינה נחשבת כפייה[109].

אשר לכפייה כלכלית, לא מצאנו מקורות ישירים העוסקים בה. עם זאת, ייתכן שמתוך דברי

בשבועה שנוצרה מלכתחילה עקב כפייה ממונית, כגון שאילו לא היה נשבע, היו שודדים לוקחים ממנו את כספו, פוסק שולחן ערוך, יו"ד, סימן רלב, סעיף יד, שהשבועה בטלה.

[106] בבא מציעא עב ע"א; בבא בתרא מ ע"ב. ראה גם בבא בתרא מז ע"א.

[107] נסיבות העניין אִפשרו לכופה להחזיק בקרקע בטענה שקרית שהקרקע שלו.

[108] ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ד; שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן מ; שו"ת זיכרון יהודה, סימן עג; תשב"ץ, חלק א, סימן א; שו"ת מהרי"ק, שורש קיח, ענף י; שו"ת בנימין זאב, סימן רסח; טור, חו"מ, סימן רה, סעיף ד; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף ז; רבצמ"ח עוזיאל, השופט והמשפט, שער יב, פרק כט; א"צ בן זמרא (לעיל, הערה 26), עמ' רנז־רס.

שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן כג, מוכיח מן הסוגיה שם שכל שיש חשש שיפסיד ממונו, נחשב כפייה.

תשב"ץ, חלק ב, סימן סב, כותב כך לעניין מחילה. הוא נוקט מקרה שעשה מודעא.

מי שמחל לחייב מפני שהחייב תפס מנכסיו ואיים לא להחזירם אם לא ימחל, ולא הייתה לו ראיה להוכיח שהממון שנתפס היה שלו, זו נחשבת כפייה, והמחילה בטלה — כך כתב שו"ת עולת שמואל (פלורנטין), חו"מ, סימן כב (עד [מצוין עג] ע"א) [התחלפו שם דף עג ודף עד, ואני מציין לפי המספר האמתי]. הוא מביא ראיה משו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שלד, הכותב שהיות שבנידונו היה לתובע שטר על הנתבע, אין התובע נחשב כפוי בזה שמחל; ומכאן שאם אין לו ראיה, ומחל בגלל זה, הוא נחשב כפוי.

כמו כן, בשו"ת דברי יוסף (אירגאס), סימן לט (פא ע"א), טען המוחל שהמחילה בטלה מפני שלא גמר בלבו למחול, אלא היה מוכרח למחול חלקית מפני שנכסיו היו מעוכבים ביד החייב. אלא שהמשיב אינו מזכיר נקודה זו בפסיקתו.

כמו כן, כותב בן ידיד, הלכות זכייה ומתנה, פרק ג, הלכה א (מה ע"ג), שאם נכסי המוחל היו ביד הנמחל, ומחל כדי להוציאם מידו, המחילה בטלה מטעם כפייה.

אבל שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק א, סימן עה (קכ ע"ג), כותב שאם נשבע על מחילתו, והייתה רק כפייה ממונית, ראוי להחמיר בגלל השבועה, שהרי יש סוברים שלעניין שבועה, אונס ממון אינו נחשב אונס, והשבועה תקפה (ראה על כך לעיל, הערה 105). שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן כח, מסתפק בזה, כיוון ש"רוב הפוסקים" סוברים שבשבועה, אונס ממון אינו נחשב אונס.

המהדיר בשו"ת הרשב"א, מהד' מכון ירושלים, חלק ב, סימן רעח, הערה 2, הסביר שאף שבנידונו של הרשב"א, שנביא בנספח ראשון לסעיף זה, ד (1), הייתה רק כפייה ממונית, גם זו נחשבת כפייה.

ברם, ייתכן שהדין שונה לגבי כפייה למתן גט. ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך גט מעושה, כרך ה, עמ' תשג. שו"ת צמח צדק, אהע"ז, סימן רסב, כותב: "אף על גב שלגבי מכירת קרקע נחשב אונס ממון אונס, משום שיש לומר שמחמת אונס הממון מכר את הקרקע, אבל לעניין לגרש את אשתו שהוא דבר גדול ביותר, שאין אדם עושה אותו בנקל כל כך כמכירת קרקע, יש לומר אין אונס ממון אונס". ראה גם ר"ש דיכובסקי, "צעדי אכיפה ממוניים כנגד סרבני גט", תחומין כו (תשס"ו), עמ' 173.

על איום בפגיעה בנכסים, ראה להלן, ליד ציון הערה 157.

[109] שו"ת מהרי"ק, שורש קלג, עמ' רעה, ושורש קסו, עמ' שלו (הובא בשו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן כח, בשו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קלב, בשו"ת פני משה, חלק א, סימן כו, דף סב ע"ב, במערכי לב, חזן, חלק א, דרוש ח, דף טז ע"ד, בשו"ת מהרי"א (אסאד), יו"ד, סימן קלב, ואצל ר' דניאל לרפלד, "מודעה רבה לאורייתא", מוריה שמז־שמח (ניסן תשס"ט), עמ' צב); כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רה, הגהות הטור, אות יב; שו"ת מגן גיבורים (אשטרושא), סימן נ (הובא בחוק לישראל, ערבות, עמ' 116); משפט שלום, סימן

התלמוד, הקובע שכפייה עצמית, כגון שמכר אדם מנכסיו מחמת דוחק כלכלי שהיה נתון בו, אינה נחשבת כפייה[110], ניתן ללמוד שאם צד אחד יצר במכוון דוחק כלכלי אצל אחר, כדי שהאחר יתקשר עמו בחוזה, הדבר נחשב כפייה[111]. מסקנה זו עולה גם ממה שכתבו הפוסקים, שנסיבות דחק שנוצרו על ידי אדם אחר שלא במכוון לגרום להתקשרות בחוזה, אינן נחשבות כפייה[112]; הרי שאם נוצרו במכוון, הן נחשבות כפייה.

רה, סעיף ג וסעיף ז. אולם משפט שלום, שם, פסק שמניעת רווח ודאי, שהוא עיקר מחייתו של האדם, נחשבת כפייה.

חידושי הריטב"א (החדשים), בבא מציעא סא ע"א (הובא בבדק הבית, יו"ד, סימן קס, ובגיליון מהרש"א, יו"ד, סימן קס, סעיף ה), ובית לחם יהודה, יו"ד, סימן קס, סעיף ה, כותבים שאם מלווה משביע את הלווה בעת ההלוואה שאחרי הפירעון ימחל לו על חיובו (של המלווה) להחזיר לו את הריבית — זו מחילה בכפייה, שהרי הלווה מוחל בגלל השבועה, והסיבה שנשבע היא שאילו לא נשבע, לא היה מקבל את ההלוואה, ולכן המחילה בטלה. וזאת בניגוד למהרי"ק שם, שהרי כאן האיום היה למנוע את טובת ההלוואה.

בית יחזקאל (סרנה), בבא מציעא, סימן כה, אות ב, מתקשה בדברי הריטב"א, שהרי הגאונים (המובאים ברמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יג), סוברים שמועילה מחילת הריבית לפני ההלוואה, ואם כן, המלווה אינו צריך להשביע את הלווה, שהרי הוא יכול להכריח אותו למחול מראש, וזאת לא תהיה מחילה בכפייה, שהרי זה שהוא מוכרח למחול כדי לקבל את ההלוואה אינו נחשב כפייה.

הד משה, סימן כ, כותב שמי שהתקשר בחוזה מפני שפחד שלא יקבל רווח בעתיד, אינו נחשב כפוי.

חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה (רטז ע"א), מקשה על מהרי"ק, הרי באסיר שנמלט ובחליצה מוטעית (ראה סעיף 18), נפסק שפטור מטעם כפייה, אף שהכפייה הייתה מניעת טובה (אי הצלת האסיר, ומניעת חליצה מן היבמה)? בפשטות התשובה היא ששם אכן אין זה בגדר כפייה, ובכל זאת חל פטור בדרגה נמוכה יותר, מטעם "משטה אני בך", ויש נפקויות מכך שהפטור שם חלש יותר, כפי שנראה בסעיף 18.

ר"ע בצרי, דיני ממונות, חלק ב, שער א, פרק טז (עמ' עה), הערה 17, מביא דעות שונות בעניין מניעת טובה. על מניעת טובה, ראה: פרשת דרכים, דרוש כב; מנחת עני (תקמ"ז), דף ג ע"ב; א"צ בן זמרא (לעיל, הערה 26), עמ' רס. על מניעת טובה בגט, ראה ר"י גולדברג, גט מעושה, ירושלים תשס"ג, פרק ו ונספח ה. וראה להלן, הערה 112, שיש אומרים שהטעם ש"הרחקות דרבנו תם" אינן בגדר כפייה בגט הוא מפני שהן רק מניעת טובה.

[110] ראה לעיל, ליד ציון הערה 87.

[111] זו גם דעת השופט מ' דרורי, בת"א (י-ם) 5072/03 ישפרו נ' מנהל מקרקעי ישראל, פסקה 61.

כמו כן, שו"ת הריב"ש, סימן קעה, עוסק בהורים שהיו חייבים שכר לימוד למלמד של בניהם, והתחייבו שאם לא יפרעו לו עד זמן מסוים, יפרעו לו שכר אף אם לא ילמד את הנערים; והוא פוסק שגם אם כבר פרעו הכול, זו מחילה (יותר מדויק: נתינה) בכפייה, כיוון שפרעו מפני שהנערים היו בטלים מלימודם, ולא רצו ההורים שיתבטלו. זה סוג של כפייה כלכלית. בסעיף 14, הערה 255, הבאנו את דבריו לעניין אחר.

[112] ראה לעיל, ליד ציוני הערות 93, 97.

על כפייה ממונית בגט, ראה ר"י גולדברג, גט מעושה, ירושלים תשס"ג, פרק ג.

בתשובות רבנו תם, סימן כד, קבע, שבמצב שאדם חייב לגרש את אשתו ומסרב לעשות כן, אבל עילת הגירושין אינה מאלה שמותר לכפות את הבעל עליהן, מותר לגרום לו לגרש את אשתו על ידי הטלת גזֵרה "באָלָה חמורה על כל איש ואשה מזרע בית ישראל הנלוים אליכם, שלא יהו רשאין לדבר עמו, לישא וליתן עמו, להאריחו ולהאכילו ולהשקותו וללוותו ולבקרו בחלותו. ועוד יוסיפו חומר ברצונם על כל אדם, אם לא יגרש ויתיר אותו האיש את הילדה הזאת", והגט לא ייפסל מטעם "גט מעושה", מפני שאין זו נחשבת כפייה. וכן פסק רמ"א, אהע"ז, סימן קנד, סעיף כא (ואף ששו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן יח, כותב שנמנעו מלהשתמש בדרך זו, דעתו לא התקבלה, כפי שכתב שו"ת יביע אומר, חלק ח, אהע"ז, סימן כה, אות ב). דרך זו של כפייה עקיפה נקראת "הרחקות דרבנו תם", והיא נתקבלה בחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995, כדרך לאלץ בעל סרבן לתת גט לאשתו. מכאן עולה, לכאורה, שיצירת מצב דחק, הגורם לאדם לעשות פעולה משפטית, אינה נחשבת כפייה. עם זאת, יש פוסקים שהסבירו

ד. פגיעה באחרים

יש שראובן, המבקש לכפות על שמעון לכרות עמו חוזה, אינו פוגע (ואף אינו מאיים לפגוע)

שהדבר אינו נחשב כפייה, משום שהבעל יכול להעתיק את מגוריו למקום שאין מכירים אותו, כלומר, אין זה מצב דחק מוחלט. ראה: שו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קלב; שו"ת היכל יצחק, אהע"ז, חלק א, סימן א, אות נג, וסימן ב, אות יח; יביע אומר, שם. אם כן, הדבר שונה מיצירת מצב של דוחק כלכלי, שהנפגע מן הכפייה אינו יכול להימלט ממנו אלא על ידי התקשרות בחוזה כדרישת הכופה. אבל יש להעיר שאחת ההרחקות שהוטלו בשו"ת יביע אומר שם היא אי חידוש דרכון, מה שימנע ממנו לעבור למקום אחר.

הסבר אחר כתב בשו"ת סדר אליהו רבה, סימן יד, דף סא ע"א (הובא ביביע אומר שם, אות ג): שאין בהרחקות אלה כפייה, מפני שאינן בגופו של הבעל, והן רק מניעת טובה (ראה לעיל, ליד ציון הערה 109). גם שו"ת אוהלי תם, סימן נב, נימק שיש בהן רק מניעת טובה.

על הרחקות דרבנו תם, ראה: המקורות המצוינים ביביע אומר שם; שו"ת הריב"ש, סימן קכז (עמ' קלא); שו"ת מהרשד"ם, אהע"ז, סימן מא וסימן עא; שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן יח, עמ' ע, סימן עט, עמ' רלח, וסימן פח; שו"ת ר"א מזרחי, סימן יד, עמ' לב; שו"ת מהרח"ש, אהע"ז, סימן לח, בתחילתו ובסופו (בחליצה); שו"ת תורת אמת, סימן כח; שו"ת בנימין זאב, סימן עח, עמ' רלד (בחליצה), סימן עט, עמ' רמא־רמב, וסימן פח, עמ' רמח; כנסת הגדולה, אהע"ז, סימן קנד, הגהות בית יוסף, אותיות יא, לו־לז, לט; שו"ת ר' יצחק מלאטאש, עמ' 86; שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן קעב; שו"ת מהרי"ק, שורש כט, שורש קב (עמ' רח), ושורש קלה; שו"ת זקן אהרן (הלוי), סימן י (=שו"ת זרע אנשים, סימן לו) וסימן קסז; שו"ת נבחר מכסף, אהע"ז, סימן מה (צא ע"ב); בית שמואל, סימן קסה, ס"ק יא (הובא בטיב חליצה, דף כא ע"ד); שו"ת לחם רב, סימן לא; גבורת אנשים, סימן עב; שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן א; שו"ת דרכי נועם, אהע"ז, סימן מב (קל ע"ג־ע"ד); שו"ת מקור ברוך (קלעי), סימן יח; שו"ת אוהלי תם (בתוך ספר תומת ישרים), סימנים נב־נג; שו"ת צל הכסף, אהע"ז, סימן ה (יח ע"ג־ע"ד, יט ע"ג־ע"ד, כא ע"ד, כב ע"א וע"ד, כג ע"ג, כה ע"ד, כו ע"א, כז ע"ב); משחא דרבותא, אהע"ז, סימן קנד (קמא ע"ד); שו"ת בני בנימין, סימן לו (סה ע"א); שו"ת יישא איש, אהע"ז, סימן יט; שו"ת עבודת השם, אהע"ז, סימן א (מב ע"א וע"ג); שו"ת דבר אמת (מונסונייגו), אהע"ז, סימן נט; שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אהע"ז, סימן רסב, אות ד ואות יב; שו"ת עזרת ישראל, סימן לד; שו"ת מהר"י אסאד, חלק ב, אהע"ז, סימן צה; שו"ת ויען אברהם (ריוח), אהע"ז, סימן יח (כ ע"ד); שו"ת עין יצחק, חלק ב, סימן לד, אות כז (במרומז מפחד הצנזור), וסימן סב, אות מח; שו"ת בית אפרים, אהע"ז, חלק ג, סימן קכט, ומהדורא תניינא, אהע"ז, חלק א, סימן עד (עמ' שיד־שטו); שו"ת דברי טעם, סימן קכח (קיב ע"א וע"ג, קיד ע"ב); שו"ת והשיב משה, אהע"ז, סימן טו (עמ' שיג); שו"ת אמרי אש, חלק ב, אהע"ז, סימן ג; שו"ת דברי חזקיהו, אהע"ז, סימן ב (עמ' ו, י); שו"ת שבט הלוי, חלק ה, סימן כז; שו"ת משנה הלכות, חלק ב, סימן לה, קונטרס קדושת ישראל, דף נו ע"ד; שו"ת ציץ אליעזר, חלק יג, סימן צד; שו"ת יביע אומר, חלק ז, אהע"ז, סימן כג; שו"ת איגרות משה, אהע"ז, חלק א, סימן קלז; פד"ר, כרך טז, עמ' 261; ז' ורהפטיג, "כפיית גט להלכה ולמעשה", שנתון המשפט העברי ג־ד (תשל"ו־תשל"ז), עמ' 162; ר"ש רפאל, "בעיות הכפייה במתן גט", תורה שבעל פה כב (תשמ"א), עמ' סג; ר"ש דיכובסקי, "בתי דין רבניים־ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם", דיני ישראל יג־יד (תשמ"ו־תשמ"ח) עמ' טו; א' רוזן־צבי, דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול (תל אביב תש"ן), עמ' 278; א' בארי, "הרחקות רבינו תם", שנתון המשפט העברי יח־יט (תשנ"ב־תשנ"ה), עמ' 65; רח"ג צימבליסט, "בענין האומרת מאיס עלי ובענין הרחקה דרבינו תם", שורת הדין ה (תשנ"ט), עמ' רט; ר' יוסף גולדברג, "בענין הרחקה דרבינו תם — בהתייחסות לחוק בתי דין רבניים, קיום פסקי דין של גירושין, תשנ"ה־1995", שם, עמ' רעג-רצז; הנ"ל, "בענין הרחקות דרבינו תם", שורת הדין ו (תש"ס), עמ' תפ, ושורת הדין ח (תשס"ג), עמ' תנו-תסב; הנ"ל, גט מעושה, ירושלים תשס"ג, נספח ו; ר' אוריאל לביא, "הרחקות דרבינו תם ושלילת רשיון נהיגה במקרים בהם אין חיוב לגרש", שם ה (תשנ"ט), עמ' רלז-רעב; הנ"ל "ביאור הלכה של הרחקות דרבינו תם", שם ו (תש"ס), עמ' תלו-תנה; Tsvi Gartner, "Problems of a Forced Get", Journal of Halacha and Contemporary Society IX (1985), p. 118, 125.

בשמעון לשם כך, אלא הוא פוגע (או מאיים לפגוע) לשם כך בלֵוי. מלשון החוק לא ברור האם זו נחשבת כפייה שהיא עילה לביטול החוזה.

בבירור עמדת המשפט העברי בשאלה זו, יש להפריד בין כפייה המופעלת כלפי קרוב משפחתו של האדם שהכופה רוצה שיתקשר עמו בחוזה, לבין כפייה המופעלת כלפי אדם זר. לכל הדעות, כפייה המופעלת כלפי אדם זר, שאינו קרוב משפחתו, אינה נחשבת כפייה[113]. כך פסק מהרשד"ם[114] לגבי שטר ערבות שהושג על ידי הפעלת כוח כלפי אחרים: "שאין טענת אונס פוטר אלא אותו אונס שעושים למתחייב עצמו, אבל אונס אחרים לא".

אשר להפעלת כוח כלפי קרוב משפחה, נחלקו הדעות. הרשב"ץ פסק[115] בעניין כפיית בעל לגרש את אשתו, שאינה נחשבת כפייה, והגט תקף: "אפילו הוציאו להריגה בנו, שרחמיו עליו, אם הוא לא יגרש, וגירשה להציל בנו, אין זה מעושה [=גט כפוי]". ברם, לדעת פוסקים רבים[116], פגיעה בקרובי משפחה, כגון אב, בן, אח, אחות וכדומה, של מי שהכופה רוצה לאלצו בכך להתקשר עמו בחוזה, נחשבת כפייה, שכן "איך יעלה על הדעת שממון יהא חמור מחיי בנו? ואם אונס ממון נחשב כאונס[117], כל שכן אונס בנו"[118]. לדעת ר' יחיאל מיכל אפשטיין[119], הכול מסכימים שפגיעה באשתו של הנתון לכפייה נחשבת כפייה, מפני ש"אשתו כגופו"[120].

[113] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רה, סעיף ז.
שו"ת נושא האפוד, סימן כב, ד"ה זאת שנית, פוסק שאם הכופה מאיים לפגוע בעצמו אם הלה לא יתקשר עמו בחוזה, אין זה בגדר כפייה. לדוגמה, מי שמאיים לשלוח יד בנפשו אם לא תינשא לו אישה פלונית, ומחמת זה נעתרה ונישאה לו, אין זה נחשב כפייה, והקידושין תקפים.

[114] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן פח. כך פסקו גם: שו"ת חוות יאיר, סימן קלז; שו"ת עולת שמואל (פלורנטין), חו"מ, סימן א. ראה על כך: חוק לישראל, ערבות, עמ' 116-117, ובמילואים שם.

[115] תשב"ץ, חלק א, סימן א (הובא במהרשד"ם שם, אלא ששם נדפס בטעות "רשב"א" במקום "רשב"ץ", כפי שהעיר שו"ת תורת חסד, סימן קעג). שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן קלח, מביא את דבריו בהסכמה.
אך תורת גיטין, סימן קלד, סעיף ד, כתב שהתשב"ץ עוסק במצב שמי שהפעיל את הכפייה כלפי הבן, לא הזכיר שהוא עושה זאת כדי לאלץ את האב לגרש את אשתו, אבל אם הזכיר זאת, זאת כפייה. כנגדו, כתב פתחי תשובה, אהע"ז, סימן קלד, ס"ק יא, שמדברי התשב"ץ משמע שמדובר בשהכופה הזכיר את הגט.

[116] שו"ת הריב"ש, סימן קכז; שו"ת הרשב"ש, סימן שלט; בית יוסף, אהע"ז, סימן קלד (הובא בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן סג, ובשו"ת תורת חסד, פרחיא, סימן קעג); שו"ת ר' בצלאל אשכנזי, סימן טז (הובא בשו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן קלב); שו"ת משכנות יעקב, אהע"ז, סימן לח, אות א (הובא בפתחי תשובה, אהע"ז, סימן קלד, ס"ק יב); ערוך השולחן, אהע"ז, סימן קלד, סעיף כד. משכנות יעקב מדייק כך גם מהגהות מרדכי, גיטין, סימן תסז, ומשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן רעג.
אבל יש לציין שפוסקים אלו עסקו בגט, והרי בגט יש נטייה להחמיר ולפסול גם גט שיש בו כפייה מועטת, משום חומרת איסור אשת איש, אף אם אין זו נחשבת כפייה לעניין חוזה.
את שתי הדעות הביאו: רמ"א, אהע"ז, סימן קלד, סעיף ד; כנסת הגדולה, אהע"ז, סימן קלד, הגהות בית יוסף, אות נא; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רה, סעיף ז.

[117] כפי שראינו לעיל, ג.

[118] כלשון בית יוסף שם.

[119] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רה, סעיף ז.
על כפייה המופעלת כלפי אחרים, ראה: ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 122. לעניין גט, ראה: ר"י גולדברג, גט מעושה, ירושלים תשס"ג, פרק ח.

[120] ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך אשתו כגופו, כרך ב, עמ' ש-שא, הלכות שונות שבהן יחס אישה לבעלה כיחס אדם לעצמו. בחלק מן ההלכות, הטעם הוא שאדם חש פגיעה באשתו באותה חומרה שהוא חש פגיעה בעצמו (שזהו הטעם של ערוך השולחן כאן), כגון בהלכה שהמבייש אישה משלם חלק לבעלה, ושבעלה של אישה שנשבתה רשאי לפדותה יותר מכדי דמיה.

נראה שהלכה למעשה תיקבע על פי נסיבות העניין ועל פי מערכת היחסים שבין הצד המתקשר בחוזה נגד רצונו לבין קרבן הפגיעה.

פרק שישי

קשר סיבתי — "עקב כפייה"

יש שמי שנתון לכפייה מתקשר בחוזה כרצונו של הכופה, אבל הוא עושה זאת מסיבות נוספות, שאינן קשורות בכפייה, כשהכפייה מהווה עבורו רק אחד השיקולים מתוך מגוון שיקולים בעד כריתת החוזה. זאת ועוד, ייתכן שהוא כורת את החוזה מרצונו החופשי, והכפייה אינה משפיעה עליו כלל ועיקר. כך הוא למשל אם הוא רוצה בלאו הכי בכריתת החוזה, והיה כורת אותו בתנאים דומים גם בלא הכפייה.

הסעיף קובע, שזכות הביטול ניתנת למי שהתקשר בחוזה "עקב כפייה", כלומר רק אם היה קשר סיבתי בין הכפייה לבין הסכמתו לכרות את החוזה. לפיכך, מי שכרת חוזה זמן רב לאחר שהסתיימה הכפייה, אינו זכאי לבטל את החוזה[121]. עם זאת, אין הסעיף דורש שהכפייה תהיה "יסודית", כלומר שבלעדיה לא היה הצד הכפוי מתקשר בחוזה. אם כן, לפי החוק, הצד הנתון לכפייה זכאי לבטל את החוזה גם אם הכפייה לא הייתה הסיבה הבלעדית להתקשרותו בחוזה[122].

מבחן הקשר הסיבתי בין הכפייה לכריתת החוזה הוא מבחן סובייקטיבי, דהיינו, האם מי שהתקשר בחוזה עשה זאת בעקבות הכפייה; ואין זה משנה אם אדם סביר היה פועל כמותו באותן נסיבות או לאו[123]. זאת משום שהסיבה לביטול החוזה היא הפגם ברצונו של הנתון לכפייה, ועל כן רצונו הסובייקטיבי הוא הקובע[124].

דרישת הקשר הסיבתי בין הכפייה לבין כריתת החוזה מקובלת אף במשפט העברי. כך

[121] קל וחומר שאין זכות ביטול אם האיום הושמע לראשונה לאחר כריתת החוזה. ראה ע"א 1894/90 פלאטו שרון נ' אסולין, פ"ד מו(4) 822, 827.

[122] ראה: שלו, דיני חוזים, עמ' 329; פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 967. גם לפי המשפט האנגלי, זכאי הכפוי לבטל את החוזה אף אם יש אפשרות שהיה כורת את החוזה גם לולא הכפייה. ראה פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 968.

משמעותו של קשר סיבתי שאין בו יסודיות היא, שהכפייה לבדה היה די בה להביא אותו להתקשר בחוזה (ולכן יש קשר סיבתי), אבל היה גורם נפרד, שבגללה הוא התקשר, וגם לולא הכפייה, היה מתקשר בגלל הסיבה האחרת (ולכן אין הכפייה יסודית).

[123] שלו, דיני חוזים, עמ' 328. ראה גם פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 967.

[124] יש לשאול, מדוע בחוזה שנכרת עקב טעות, זכאי הצד הטועה לבטל את החוזה רק אם הטעות הייתה יסודית, ורק אם ה"יסודיות" היא אובייקטיבית, כפי שראינו בסעיף 14, פרק רביעי, ב, ואילו בחוזה שנכרת עקב כפייה, זכאי הצד הכפוי לבטלו גם אם לא הייתה כפייה יסודית — הרי בשני המצבים גמירת דעתו של הצד לחוזה נפגמה? אפשר להבין זאת לאור מה שראינו בסעיף 15, פרק ראשון, שהחוק מתחשב גם בשיקולים של אשמתו של הצד השני, ועל כן, אם הטעה צד אחד את הצד האחר, זכאי הצד המוטעה לבטל את החוזה גם אם זו הייתה טעות שאינה יסודית. גם בעניין כפייה, יש אשמה מוסרית על הצד הכופה, ועל כן ניתנת לצד הכפוי זכות ביטול גם אם לא הייתה יסודית, וגם אם הקשר הסיבתי היה סובייקטיבי.

עולה ממה שכתב הרמב"ם[125], שרק אם יש עדים המעידים שמי שהיה נתון לכפייה כרת את החוזה "מפני האונס", החוזה ניתן לביטול.

נראה שהקשר הסיבתי צריך להיות גם יסודי, כלומר שלולא הכפייה, הצד הכפוי לא היה מתקשר בחוזה. לעומת זאת, אם גם לולא הכפייה, הוא היה מתקשר בחוזה עקב מניע אחר, אינו זכאי לבטל את החוזה[126].

בשאלה אם מבחן הקשר הסיבתי הוא מבחן אובייקטיבי או סובייקטיבי, נראה שלפי המשפט העברי, המבחן הוא אובייקטיבי, כלומר, האם עֶצמת הכפייה שהופעלה הייתה מביאה אדם סביר להתקשר בחוזה עקב הכפייה. כך עולה מכללי המשפט העברי הקובעים איזה מעשה נחשב כפייה ואיזה לא, כגון: פגיעה באנשים זרים או בקרובים, כפייה ממונית, כפייה עצמית, מניעת רווח, איום וכדומה. אילו המבחן היה סובייקטיבי, לא היה מקום לקבוע כללים כאלו, אלא היה עלינו לברר בכל מקרה ספציפי, האם הכפוי התקשר עקב הכפייה או מרצונו[127]. כללים אלו משמשים כמבחני עזר כדי לקבוע האם אדם סביר באותו מצב נתון היה נכנע לכפייה והיה מתקשר בחוזה בגללה. אם, לפי מבחן אובייקטיבי, הכפייה לא הייתה חמורה דיה כדי לאלץ אדם להתקשר בחוזה, החוזה תקף[128].

[125] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ב. הוא כותב כך לגבי מי שמסר מודעא שהוא מוכר מתוך אונס.
יש לציין את דברי רא"י זיידל אפשטיין (לעיל, הערה 50), עמ' 14-15, שאם הכופה הציע בֵּרֵה לכפוי, או לכרות את החוזה או לעשות דבר אחר, והכפוי בחר לכרות את החוזה, החוזה תקף.

[126] לא מצאנו מקורות לכך לעניין חוזה כפוי (מלבד דיוק מלשון הרשב"א, להלן, ליד ציון הערה 131), אבל כך עולה מדברי פרשנים בתחומים אחרים: הפלאה, כתובות ג ע"א, כתב לגבי מי שגירש את אשתו על תנאי שלא יחזור ממקום רחוק תוך שנים עשר חודש, וקרה אונס שמנע ממנו לחזור: "אבל אם באמת הוא אינו רוצה לבוא כלל, ואפילו אם לא היה האונס לא היה בא, לא מקרי אונס" (ראה על כך לעיל, הערה 28). כמו כן, בית הלוי על התורה, שמות, פרק ב, פסוק כה, כתב בעניין אונס לעבור עבֵרה: "טענת אונס לא שייך רק היכא דאם לא היה האונס, לא היה עושה אותו דבר, והאונס הביאו לעשות, ואז נחשב כאילו לא עשאו; אבל היכא דגם אם לא היה אונס היה עושהו, הגם דעתה הוא אנוס, בכהאי גוונא לא מיקרי אנוס כלל". אבל הוא מסייג את דבריו ואומר, ששום אדם אינו יכול לדעת אם עושה העבֵרה היה עושה אותה גם בלי האונס, ורק ה' יכול לדעת זאת. לפי זה, אין משמעות לדברים אלה בבית דין של מטה, לכאורה. ראה גם: שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כא; חלקת יואב, דיני אונס, ענף ב; קובץ הערות (וסרמן), סימן מט; נ' רקובר, מטרה המקדשת את האמצעים (ירושלים תש"ס), עמ' 136-138; מנחת אשר, דברים, סימן מב, אות ג.
מסקנה זו, שהכפייה צריכה להיות יסודית, בניגוד לעמדת החוק, הולמת את מה שהסברנו לעיל, הערה 124, שעמדת החוק לעניין כפייה דומה לעמדתו לעניין הטעייה. הרי לפי המשפט העברי, גם בהטעייה דרושה יסודיות, כפי שראינו בסעיף 15, פרק שני, מפני שהמשפט העברי אינו מתחשב באשמתו של המטעה. ממילא גם בכפייה דרושה יסודיות, מפני שהמשפט העברי אינו מתחשב באשמתו של הכופה.

[127] אמנם אפשר להסביר שכללים אלו הם חזקות שקבעו חכמים, המבטאות על פי רוב את אומד דעתו הסובייקטיבי של האדם הספציפי הנתון לכפייה. אבל המסקנה מכך צריכה להיות, שאם יוכח שהוא התקשר עקב הכפייה למרות שהכפייה הופעלה רק כלפי אדם זר (לדוגמה), החוזה ניתן לביטול; וזאת לא מצאנו.

[128] ראה בנספח ראשון לספר, שר"א וייס מוכיח שהמבחן הוא אובייקטיבי, לפי כלל בני אדם, ולא לפי האדם הספציפי; וראה שם בנימוקיו לכך.
ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ' 232 ואילך, כותב שהמבחן לכפייה הוא אובייקטיבי, אלא שלא הביא סימוכין לדבריו.
בסעיף 14, פרק רביעי, ב, ראינו שגם לעניין חוזה שנכרת עקב טעות, המבחן הוא אובייקטיבי, היינו האם אדם סביר היה נמנע מלהתקשר אילו ידע את האמת. שם הסיבה שאין מתחשבים בדעתו הסובייקטיבית

כך עולה גם מלשון הרשב"א[129]: "אונס הראוי לעשות מחמתו דבר כזה", שמשמעו שרק כפייה בעָצמה כזאת שראוי שתגרום לאדם להתקשר בחוזה, נחשבת כפייה[130]. עוד משתמע מדבריו, שרק כפייה יסודית היא עילה לביטול חוזה[131], דהיינו רק כפייה כזאת שבלעדיה לא היה הכפוי עושה את הפעולה המשפטית, ועשה אותה רק "מחמתו" — מחמת האונס.

גם מדברי מהרש"ך עולה שהמבחן הוא אובייקטיבי. מהרש"ך דן באדם שאיים לפגוע באחר אם לא יתקשר עמו בחוזה, וקבע שאם לא היה בידי המאיים לממש את איומיו, אין המאוים זכאי לבטל את החוזה, גם אם הוא עצמו סבר שהאיומים בני מימוש: "ואף על פי שהיה ברור למוכר [שהאיומים בני מימוש], או שהיה ירא ורך הלבב, לא חשיב משום הכי אונס"[132].

פרק שביעי

כפייה על ידי אדם שלישי — "או אחר מטעמו"

הסעיף קובע, שזכות הביטול מוקנית לצד הכפוי רק אם הכפייה נעשתה על ידי "הצד השני

היא שבטלה דעתו, וכך יש להסביר גם כאן, שאדם שנכנע לכפייה קלה, אין להתחשב בו, מפני שבטלה דעתו.

אפשר לומר שביסוד הדברים, המבחן הוא סובייקטיבי, אלא שקשה להעריך מה דעתו הפנימית של האדם, וייתכן שהיה מתקשר בחוזה גם לולא הכפייה, ובלית בֵרֵה אנו נזקקים למבחנים אובייקטיביים, ואומרים שאם הייתה כפייה קלה שאדם סביר לא היה נכנע לה, יש להניח שגם אדם זה התקשר מרצונו, שכן אילו לא רצה להתקשר, היה מסוגל לעמוד נגד הכפייה. לפי הנחה זו, אם יוכח שהכפייה הביאה להתקשרות, אף במצב שאדם סביר לא היה נכנע לכפייה, הכפוי זכאי לבטל את החוזה.

אבל ראה להלן, הערה 165, הוכחה שהמבחן הוא סובייקטיבי.

יש להעיר, שלעניין היתר לחלל שבת בגלל אונס של פיקוח נפש, כתב שו"ת איגרות משה, או"ח, חלק א, סימן קכז (הובא במשנת פיקוח נפש, סימן כה, אות ב), שאדם מוג לב רשאי לחלל שבת אם בעיניו יש סכנה, אף שאדם אמיץ באותו מצב לא היה מפחד.

[129] שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן כה.

[130] דרך אגב, מדבריו עולה שעָצמת הכפייה צריכה להיות בהתאמה עם תוכן החוזה, כלומר, לביטול התחייבות קטנה די בכפייה חלשה, ולביטול התחייבות גדולה דרושה כפייה חזקה.

אשר לחוזה שנכרת אחרי סיום הכפייה, במצב שהכופה היה מסוגל לחדש את הכפייה, שו"ת מהרי"ק, שורש סג, מביא חילוקי דעות בשאלה האם החוזה בטל, משום שהכפוי התקשר מתוך חשש שהכפייה תחודש, או שהחוזה תקף, כיוון שבפועל לא הייתה אז כפייה. שו"ת מהרלב"ח, סימן לד (ד"ה גם הטענה השנית), כותב שאם מסר מודעא, החוזה בטל גם אם עבר זמן רב עד כריתת החוזה, ובינתיים התבטלה הכפייה.

[131] כפי שראינו לעיל, לעיל ציון הערה 126.

[132] שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן עא.

אבל בשו"ת מהרי"ל דיסקין, פסקים, סימן קמא, כתב שמי שמכר שדה לאחֵר משום שנדמה היה לו שהלה מבקש להרגו (אף שלא היה כן למעשה), המכירה בטלה מחמת הטעות. כלומר, הכפייה עצמה אינה עילה לביטול, אלא הטעות. וצריך עיון, מדוע לא קבע מהרש"ך בנידונו שהחוזה בטל בגלל הטעות. ראה על כך דברי ר"א וייס בנספח הראשון לספר.

א"צ בן זמרא (לעיל, הערה 26), עמ' רס, כותב לעניין כפייה באיסורים, שיש חשיבות להרגשתו הסובייקטיבית של הכפוי.

או אחר מטעמו". לעומת זאת, אם נכרת החוזה עקב כפייה שנעשתה על ידי אדם שלישי, שאינו מטעמו של הצד השני, החוזה תקף[133]. סייג זה אינו מקובל בשיטות משפט מודרניות רבות[134], ונימוקן הוא, שרצונו של הנתון לכפייה נפגם במידה שווה גם אם הכפייה נעשתה על ידי אדם שלישי שאינו פועל מטעם הצד האחר לחוזה.

לדעת שלו[135], הסיבה לסייג זה בחוק היא, שהפגם ברצונו של מי שהחוזה נכפה עליו אינו הנימוק היחיד לזכות לבטל חוזה שנכרת בכפייה, אלא יש נימוק נוסף לזכות הביטול, והוא אשמת הכופה. על כן, אם הכפייה לא באה מטעמו, אין לנפגע זכות לבטל את החוזה.

לעומתה, סבורים פרידמן וכהן[136], שהסיבה לסייג זה היא הגישה האובייקטיבית לדיני החוזים. אם הכפייה אינה מטעמו של הצד השני והוא אינו יודע עליה, הוא רשאי להסתמך על הסכמת הצד שכנגדו, שכן הוא אינו יודע שכפו אותו. מכאן, שלדעתם הצד הכפוי זכאי לבטל את החוזה גם אם הכפייה נעשתה שלא מטעמו של הצד השני, אם היא נעשתה בידיעתו[137].

המשפט העברי אינו מבחין בין כפייה על ידי הצד השני לבין כפייה על ידי אדם זר. למשל, מי שנכפה לגרש את אשתו, גם אם הכפייה לא באה מצד האישה ולא מטעמה, הגט פסול מטעם "גט מעושה"[138]. כמו כן, אישה שכפה אותה אביה להינשא, זכאית לבטל את הקידושין, על אף שהכפייה לא הופעלה על ידי הבעל ולא מטעמו[139].

[133] ראה למשל, ע"א 16/80 לולו נ' סלומון, פ"ד לז(4) 70, 75, שם נידון עניינה של אישה שבעלה כפה אותה למכור את דירתם לצד שלישי.

[134] ראה שלו, דיני חוזים, עמ' 334.

[135] שלו, שם.

היא מזכירה סיבה נוספת לסייג זה: יש לצמצם את הזכות לבטל חוזה, לשם שמירה על תקינות חיי המסחר ועל הדינאמיות הדרושה להם. עם זאת, לדעתה, אם הצד שכנגד ידע על הכפייה שנעשתה שלא מטעמו, זוהי התנהגות שלא בתום לב, ועומדות לצד הנפגע התרופות שבסעיף 12.

[136] פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 961. ראה גם מ' דויטש, "החוזה הכפוי והחופש מהתקשרות בחוזה", עיוני משפט טז (תשנ"א), עמ' 35, 38.

[137] לדעתם (שם, עמ' 962), במקרה זה, אפשר לבטל את החוזה מתוך אנלוגיה לסעיף 14(ב), הקובע, לפי פירושם, שניתן לבטל חוזה בגין פגם ברצון המתקשר (טעות) אף אם הצד השני לא ידע על כך. בהסבר נוסף הם מציעים, שהצד הכפוי יוכל לבטל את החוזה על פי עילת העושק שבסעיף 18, שכן הכפייה שהפעיל כלפיו הצד השלישי גרמה לו להיות נתון במצוקה, והצד שכנגד, שידע על כפייה זו, נחשב כמי שניצל את מצוקתו.

[138] שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן קלח; שו"ת מהרשד"ם, אהע"ז, סימן סג (שניהם הובאו בכנסת הגדולה, אהע"ז, סימן קלד, הגהות בית יוסף, אות מז). וראה דוגמאות לכך באנציקלופדיה תלמודית, ערך גט מעושה, כרך ה, עמ' תשב.

[139] שו"ת יביע אומר, חלק ג, אהע"ז, סימן כ, אות כו, מביא דעה שהזכות לבטל את הקידושין שנכפו קיימת רק אם המקדש עצמו הוא הכופה. זאת בעקבות נוסח דברי מר בר רב אשי בבבא בתרא מח ע"ב: "הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו עמו שלא כהוגן, ואפקעינהו רבנן לקידושיה מיניה", משמע, דווקא אם הוא, המקדש, פעל שלא כהוגן. אבל הוא מביא גם פוסקים אחרים, שלדעתם: "אפילו אם המקדש לא עשה כלום, אלא אחרים אנסוה להתקדש, אפילו הכי יש לומר דאפקעינהו רבנן לקידושין, כדי שלא תצא לפועל כוונת האונסים". הוא מוסיף, שגם הדעה הראשונה מסכימה, שאם ידע הבעל שהיא כפויה, ובכל זאת קידש אותה, יש להפקיע את הקידושין, כיוון שנהג שלא כהוגן. הוא מוסיף (באות כז), שאם האישה התמידה בהתנגדותה, הקידושין בטלים בגלל חוסר רצונה גם בלי ההפקעה המיוחדת, ולכן הקידושין בטלים גם אם לא נהג הבעל שלא כהוגן.

כך קבע ר' חיים בנבנשתי[140] באופן כללי לעניין כפייה בחוזים: "דין זה [של הכפייה חל] לא שנא [=בין אם] אנסוֹ האונס להנאת עצמו, לא שנא [=בין אם] אנסוֹ להנאת אחרים"[141].

כך משמע גם מדינו של מי שכפוהו לתת כסף, וכדי להשיג את הסכום הדרוש, מכר אחד מנכסיו לצד שלישי. בעניין זה נפסק שהמכירה תקפה, משום שהכפייה לא התייחסה במישרין למכירה, והמכירה נחשבת כאונס עצמי[142]. אפשר להסיק מכך, שאילו הכופה היה דורש מן הכפוי למכור נכס מסוים מנכסיו לאדם שלישי, הייתה זו נחשבת כפייה, מפני שזו כפייה ישירה, אף שהכופה אינו צד לחוזה.

ברם, בהלכה האמורה יש בכל זאת הבחנה על פי זהות הכופה: אף על פי שאם מי שנכפה לתת כסף מכר לשם כך אחד מנכסיו לאדם שלישי, אין זו נחשבת מכירה כפויה, הרי אם הכפוי מכר את הנכס לכופה עצמו, זו נחשבת מכירה כפויה, שכן כעת נחשב הדבר לכפייה על ידי אחר ולא לכפייה עצמית, "דעל כורחך האונס בא מחמתו [מחמת הקונה]"[143].

[140] כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רה, הגהות הטור, אות ב, בשם שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קלה. אבל לא מצאנו זאת במהרש"ך שם.
כמו כן, שו"ת יהודה יעלה, חלק א, יורה דעה, סימן שכז, כותב: "דוקא באונס דאתי ליה מאחריני זולתו [נחשב אונס], אבל כל אונס שהאדם מביא על עצמו, לא הוי אונס". משמע שכפייה הבאה מכל אדם אחר נחשבת כפייה.
בחוק לישראל, ערבות, עמ' 117, נאמר שאם החייב כפה על הערב לתת ערבות בעדו, הערבות בטלה מטעם אונס, אף שחוזה הערבות הוא בין הערב לנושה; אלא ששם ניתן לראות את החייב כפועל מטעם הנושה, כיוון שהחייב נהנה מן הערבות, שכן בזכותה מסכים המלווה להלוות לו. יש לציין ששם הובאה גם דעה שהערבות תקפה.

[141] מקורות נגדיים: ערוך השולחן, חו"מ, סימן רה, סעיף ז, הגדיר כפייה כך: "אונס דאתי ליה [=שבא לו] מהלוקח עצמו או מגירי דיליה [=מחמתו]", ומכאן משתמע לכאורה, שכפייה שאינה באה מן הצד שכנגד או מחמתו אינה נחשבת כפייה. אבל מתוך הקשר דבריו נראה, שהוא בא לומר רק שכריתת חוזה מחמת הכרח עצמי שהיה נתון בו המוכר (כפייה עצמית — ראה פרק חמישי, ב) אינה בגדר כפייה, ולא לומר שכפייה של אדם שלישי אינה בגדר כפייה. גם מה שכתב בית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף ו, שהמקרה שלהלן, ליד ציון הערה 142, אינו נחשב כפייה, "דהא אין האונס מצד הקונה", לשון זו אינה בדווקא.
שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תיח, כותב: "שלא אמרו אונס שמבטל מחילה, אלא אונס שעושה לו הנמחל". אבל נראה שאין זה בדווקא, וכוונתו להוציא מן הכלל רק את מה שהוא כותב מיד אחר כך: "אבל אם בא אונס מחמת עצמו לא הוי אונס".
שו"ת מגן דוד (גיג'), אהע"ז, סימן א (שנביא להלן, הערה 197), דן באישה שבעלה מירר את חייה, ולכן ביקשה מאביו לשכנע אותו לגרש אותה, ובתמורה מחלה לאב על חובו כלפיה; והוא כותב (בדף כב ע"ג) שאין לפטור אותה מטעם כפייה, מפני שהייתה כפויה רק מצד בעלה, אבל לא מצד האב, שעל חובו מחלה. אבל ייתכן שעיקר טעמו הוא שהייתה זו כפייה עצמית, שהרי הבעל לא כפה עליה למחול לאביו, אלא יצר מצב שכדי להימלט ממנו, מחלה לאביו ביָזמתה.

[142] ראה על כך לעיל, ליד ציון הערה 93.

[143] ש"ך, חו"מ, סימן רה, ס"ק יא; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רה, סעיף ז; נתיבות המשפט, סימן רה, חידושים, ס"ק כו. במילים אחרות: למעשה, אדם זה אינו מוכר את הקרקע לכופה, אלא נותן לו אותה במתנה, שהרי את התמורה שהוא מקבל ממנו הוא נותן לו לבסוף.
שו"ת שופריה דיעקב, אהע"ז, סימן לח (לג ע"א), לומד מהש"ך, שאם אדם תבע מאחֵר ממון שלא כדין, והלה הוצרך להתפשר עמו בדבר אחר עקב כך, זה נחשב פשרה בכפייה.
דין דומה מובא בחוק לישראל, ערבות, עמ' 117: אם א' דורש מב' להלוות לו, תוך הפעלת כפייה, וב' השיג לו במקום זאת הלוואה מג', שהסכים להלוות לא' על סמך ערבותו של ב', הערבות בטלה, מפני שניתנה מתוך כפייה, ואינה נחשבת כפייה עצמית.

מעשה בשלושה שותפים, ראובן ושמעון, שהיו במקום אחד, ולוי, שהיה במקום רחוק, וסחרו והרוויחו. כשהלך שמעון למקומו של לוי לעשות עמו חשבון, איים עליו לוי: "התחייב לי בקנס מאה זהובים אם לא ימחל לי ראובן כל טענה שיש לו עלי; ואם לא תתחייב לי בזה, אכלה את ממונך וממונו שבידך בדברי ריבות". בגלל האיום, כתב לו שמעון שטר בערכאות הגויים, שאם ראובן לא ימחל ללוי כל זכות שיש לו עליו, יפרע שמעון לו מאה זהובים. עקב כך, מסר לוי לשמעון כל מה שהיה בידו משל ראובן. כשחזר שמעון למקומו, אמר לראובן: "מְחַל ללוי כפי שביקש, מפני שאם לא תמחל לו, אצטרך לשלם קנס מאה זהובים, ואשלם אותו עם מעותיך שבידי"; ולכן נאלץ ראובן למחול ללוי. רשב"ץ[144] פוסק שזו מחילה בכפייה, והיא בטלה, שהרי נכסי ראובן היו ביד שמעון, ואילו לא היה מוחל, היה שמעון נותן את נכסי ראובן כפירעון לקנס שהתחייב ללוי.

עוד מעשה בראובן שמכר בתים לגוי, ונשארה לו ה"חזקה" עליהם[145]. יהודים לא רצו לשכור מהגוי את הבתים ההם, מפני שה"חזקה" הייתה של ראובן. לכן לחץ הגוי על ראובן להודיע: "מי שרוצה לדור בבתים הללו, ייכנס, ואני מוחל לו על החזקה", כדי שיהודים ירצו לשכור ממנו. אם כתוצאה מלחצו של הגוי, מחל ראובן לשוכר על החזקה, המחילה אינה תקפה[146], אף שמי שהפעיל את הכפייה לא היה הנמחל אלא צד ג'.

כמו כן, נפסק, שחייב שנתן שוחד לשלטון, שיכוף את נושהו למחול לו, והשלטון תפס את הנושה עד שמחל לו, המחילה בטלה, כיוון שכפו עליו למחול[147].

הצעת חוק דיני ממונות[148] מבקשת לשנות את המצב המשפטי הקיים בעניין כפייה על ידי אדם שלישי. לפי ההצעה, יוכל הצד הנתון בכפייה לבטל את החוזה גם אם הכופה הוא אדם שלישי "שלא פעל מטעמו של הצד השני לחוזה", אבל זאת רק בתנאי ש"הצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך"[149]; ואם הצד השני לא ידע על הכפייה, ולא היה עליו לדעת על כך, "רשאי בית המשפט, לבקשת הצד הנכפה, לבטל את החוזה, מטעמים מיוחדים"[150]. שינוי זה רצוי, שכן הנוסח המוצע קרוב יותר לעמדת המשפט העברי.

אבל שו"ת קרני ראם (אנקאווא), סימן סט, כותב שהש"ך לא כתב את דבריו בלשון ודאי, ושגם שו"ת ר' בצלאל אשכנזי, סימן טו (עמ' קיט), מסופק בזה.

[144] תשב"ץ, חלק ב, סימן רכז. כאן אפשר לומר שהכופה פעל "מטעמו" של הצד לחוזה.

[145] "חזקות" הן זכויות מסוימות במקרקעין, מלבד הבעלות, שהיו נהוגות בארצות האימפיריה העותומנית, על סמך תקנות הקהל. ראה סעיף 14, הערה 290.

[146] שו"ת לחם רב, סימן קמב.

[147] שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן עא. כאן הכופה פעל "מטעמו" של הצד לחוזה.

[148] הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 114(ב).

[149] הצעה זו עולה בקנה אחד עם עמדותיהם של פרידמן וכהן, לעיל, ליד ציון הערה 137. ראה גם עמדתה של שלו, לעיל, הערה 135.

[150] בהצעה נוסף, שבמצב זה רשאי בית המשפט לחייב את הכפוי לשפות את הצד השני בעד הנזק שנגרם לו עקב כריתת החוזה. כנראה, טעם הדבר הוא, שאמנם אין זה מן הראוי לאכוף חוזה שנכפה על אחד הצדדים, אף אם מקור הכפייה באדם שלישי, אולם גם אין זה מן הראוי להותיר את הצד השני, שלא יזם את הכפייה ולא ידע עליה, כשהוא נפגע מביטול החוזה ובלא שישופה על כך. לפיכך, אפשר שהצד שהיה נתון בכפייה יחויב בשיפוי הצד השני. לא מצאנו במקורות המשפט העברי התייחסות לשאלה זו, אולם נראה שניתן ללמוד משתיקתו שעמדתו שונה: הצד הנתון בכפייה זכאי לבטל את החוזה, ולא יחויב לשפות את הצד

פרק שמיני

איום — "או באיום"

יש שהכופה אינו עושה פעולה ממשית כדי לאלץ את הצד השני להתקשר עמו בחוזה, אלא מסתפק באיום לפגוע בצד השני אם לא יתקשר עמו בחוזה. המציאות מלמדת, שלא כל איום הוא בר־ביצוע ולא כל מי שמאיים מתכוון לכך.

התלמוד קובע כלל: "עביד איניש דגזים ולא עביד [=עשוי אדם לאיים ולא לעשות]"[151]. על יסוד כלל זה, קבעו פוסקים אחדים[152] שחוזה שנכרת תחת איום — תקף.

השני. נראה שטעם עמדה זו הוא, שאמנם ראוי לשפות את הצד השני, שלא יזם את הכפייה ולא היה מודע לה, אולם אין להטיל את חובת השיפוי על הצד שהיה נתון לכפייה, מכיוון שאינו נושא באחריות להשתלשלות העניינים שנכפתה עליו.

[151] שבועות מו ע"א. לביאור כלל זה, ראה לעיל, הערה 1.

בכתובות עז ע"א נאמר שכפייה בדיבור לא תצליח לשכנע אדם לגרש את אשתו, שנאמר "בדברים לא יִוָּסֵר עבד" (משלי כט, יט). ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רה, ס"ק יט, מביא משם ראיה שאיום אינו נחשב כפייה. אבל הוא דוחה את הראיה, בכך ששם מדובר שבית דין מאיים, והבעל בטוח שבית הדין לא יקיים את האיום, שכן אין דרכו של בית דין לעשות דבר שאינו ראוי, מה שאין כן כשאדם אחר מאיים.

[152] שו"ת מהרי"ק, שורש קפה, בשם ראבי"ה. דעתו הובאה ברמ"א, חו"מ, סימן רה, סעיף ז. שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן פא (פ ע"ב), כותב שכך דעת רוב הפוסקים, וביניהם: שו"ת הרמ"א, סימן סו; שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן י וסימן סז, חלק ב, סימן קכט, וחלק ג, סימן קכט; שו"ת ר' יעקב לבית הלוי (מהד' שצ"ב), סימן סח (קמד ע"ג). הוא מביא פוסקים נוספים שכתבו שאפשר לומר "קים לי" כדעה זו. ראה גם במקורות שציין כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רה, הגהות בית יוסף, אות טו.

כך פסקו שו"ת שארית יהודה (טאיטאצאק), דף פב, ושו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן לב, לגבי מי שאיים לתבוע את שכנגדו בערכאות הנכרים ולהעליל עליו עלילות. כך פסק גם שו"ת דברי ריבות, סימן קנט, לגבי איום לעשות מעשה כגון לתבוע בערכאות; אבל הוא כותב שאם נכסי הכפוי היו בידי הכופה, ואיים להחזיקם בידו אם לא יעשה כרצונו, זו נחשבת כפייה.

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שלד, דן בחייב שכתב לנושה שאם לא ימחל לו על תביעות קודמות, יישאר בחוץ לארץ כל ימיו ולא ייתן לו פרוטה, ורק אם ימחל לו, ישלם לו עבור סחורה מסוימת שנתן לו. הוא פוסק שאין זו נחשבת כפייה, כמו שכתב מהרי"ק, מפני שחזקה שאדם לא יעשה לא איסור חמור ולא איסור קל. הוא הוסיף עוד נימוקים: (א) בנידונו היה ברור שאיומי החייב הם הבל, שהרי משפחתו הייתה בעירו של הנושה, ולא יעלה על הדעת שבעבור רווח ממוני, יישאר רחוק מאשתו ובניו ובנותיו הגדולים והקטנים, ואף יסתכן בזה שישימו את בנו במאסר כל ימיו אם לא יפרע. (ב) ייתכן שהנושה היה יכול לגבות מבנו של החייב שנכח בעיר.

הראבי"ה דיבר על מודעא במכר, ואומר שהיא מבטלת את המכר רק אם הייתה כפייה (כפי שנראה להלן, פרק תשיעי, ב), אבל לא אם היה איום בלבד; ומהרי"ק לומד מדבריו למתנה בלי מודעא, שאינה בטלה עקב איום בלבד. אבל שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן מב, כותב שאין להקיש מזה לזה, שכן ייתכן שלעניין מודעא במכר, איום אינו נחשב כפייה, מפני שקיבל כסף, וייתכן שמכר בגלל הכסף ולא בגלל האיום; ואילו במתנה גם איום נחשב כפייה, שכן כדי לבטל מתנה די בכל גילוי דעת של הנותן שאינו נותן ברצונו החופשי. לטעם ההבדל בין מכר למתנה, ראה לעיל, ליד ציון הערה 25.

שו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תקצה = תשובות מיימוניות, ספר הפלאה, סימן ו (הובא במרדכי, גיטין, סימן שצה, ובמהרי"ק שם), נסמך על סברת "עביד איניש דגזים ולא עביד" לעניין אחר: הוא נשאל על נותן מתנה, שכפו אותו במעשה לתת אותה (שמו אותו במאסר), וגם איימו לעשות לו דברים חמורים יותר. היה מקום לומר שדווקא בגלל חומרת הכפייה, גמר בדעתו להקנות (ראה על אפשרות זו לעיל, הערה 70). מהר"ם השיב, שמאחר שהיה רק איום בדבר חמור יותר, אין זה נחשב כפייה בדרגה

אך פוסקים רבים[153] סבורים, שגם איום נחשב כפייה, וכך הכריעו הרמב"ם[154] ושולחן ערוך[155]. יש הוכחה לדעה זו מסוגיית התלמוד שהבאנו לעיל[156], שדנה באדם שהשתמש באיום כדי לגרום לצד שכנגדו להתקשר בחוזה, וקבעה שהחוזה בטל. לפי דעה זו, גם איום בפגיעה בנכסים נחשב כפייה[157].

בעקבות מחלוקת זו, יש שפסקו[158]: "המוציא מחבירו עליו הראיה". ר' יחיאל מיכל אפשטיין

חמורה כל כך שיסכים בגללה; אלא המתנה בטלה בגלל הכפייה שנעשתה בפועל, והיא לא הייתה חמורה כל כך עד שיסכים בגללה.

153 רב האי גאון, ספר המקח והממכר, שער לא; רבנו חננאל, המובא בחידושי הרשב"א, בבא בתרא מ ע"ב, ד"ה אי דזביני, ובנימוקי יוסף, בבא בתרא כא ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה כי ההיא; שו"ת הר"י מיגאש, סימן קכב; שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתפב, וחלק ב, סימן רצח; שו"ת הריב"ש, סימן רכח, בסופו; שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן רכז; שו"ת ר' בצלאל אשכנזי, סימן טו; שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן כח (הובא בשו"ת פני משה, חלק א, סימן כו, דף סג ע"א); שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק א, סימן עא, ד"ה אמנם בענין אי; שו"ת משפט וצדקה ביעקב, חלק א, סימן ב (דף ג ע"ד); שו"ת יביע אומר, חלק ג, אהע"ז, סימן כ, אות כה. ראה גם עליות דרבנו יונה, בבא בתרא מ ע"ב, ד"ה אי דזביני.

שו"ת הרמ"א, סימן כב, מביא את שתי הדעות.

פוסקים אלו יוכלו לדחות את הראיה מדברי התלמוד "עביד איניש דגזים ולא עבד", בכך שהתלמוד אומר כך לעניין חיוב בנזיקין, שהעובדה שאדם איים לעשות מעשה, אינה אומרת שיעשה זאת, ולכן הוא פטור מתשלום הנזק, אם נמצא המעשה עשוי ולא ידוע אם הוא עשאו (כפי שהסברנו לעיל, הערה 1), מפני שכדי לחייב אדם לשלם על נזק, צריך סבירות גבוהה לכך שהוא אכן עשה את המעשה. לעומת זאת, כאן השאלה היא האם אדם סביר ששומע את האיום עלול לחשוש מקיום האיום ולציית לדרישתו של המאיים כתוצאה מחשש זה, ולהתקשר בחוזה בלי גמירת דעת; ופוסקים אלו סבורים שאף שיש רק סבירות נמוכה לקיום האיום, אדם סביר חושש מקיום האיום ומוכן לציית לדרישתו של המאיים כדי למנוע את קיום האיום.

154 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ד.

155 שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף ז (הובא בשו"ת פני יצחק, חלק ה, חו"מ, סימן ד, דף קמח ע"א).

156 ראה לעיל, ליד ציון הערה 107.

ליישוב סוגיה זו לפי הדעה הראשונה דלעיל, ראה ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רה, ס"ק יט.

שו"ת הריב"ש שם (ובעקבותיו ביאור הגר"א שם, ס"ק טז), מביא ראיה גם מן האמור בבבא בתרא מז ע"ב, שבעל שדה שמודה שהגזלן שגזל אותה ממנו קיבל ממנו כסף תמורתה, אין תוקף להודאתו, כיוון שניתנה מתוך פחד: "אי לאו דאודי ליה, הוה ממטי ליה ולחמריה לשחוור [=אילו לא הודה לו, היה מוליך אותו ואת חמורו לשלטון]", וזאת אף ששם מדובר באיום בלבד.

157 ראה: שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן אלף נה [תרל] (לעניין מחילה), וחלק ד, סימן אלף קכו (נד), וסימן אלף שכב [רנא] (לעניין נושה שהיה בסכנת הפסד ממון על ידי גויים, ונימק שזה נחשב כפייה, שכיוון שנמסר בידם אין מרחמים עליו); שו"ת ר' בצלאל אשכנזי, סימן טו. וכך כתב תורת גיטין, סימן קלד, סעיף ד.

לפי הדעה שבאופן כללי איום אינו נחשב כפייה (לעיל, ליד ציון הערה 152), קל וחומר שאיום בפגיעה בנכסים אינו נחשב כפייה.

ראה עוד בנספח ראשון לסעיף, על נושה שמחל על חלק מהחוב עקב איום שאם לא ימחל, יפסיד את כולו.

158 ראה: שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן צח, ד"ה הכלל העולה (הובא אצל ר' שלמה בן שמעון, "הסכמה בערכאות דינה כמתנה כפויה", שערי צדק ט (תשס"ח), עמ' 270; אך בחלק א, סימן קז, כתב שאיום נחשב כפייה, ובחלק ג, סימן כח, החקירה השנייה, כתב שאולי אפשר להוציא ממון ע"פ הדעה שאיום נחשב כפייה; על הסתירה העירו שו"ת תורת אמת, סימן יח, ושו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן לב); שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן סה; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן ד; שו"ת דברי ריבות, סימן סז; שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן סג, ד"ה ומכל מקום; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רה, הגהות בית יוסף, אות ל; שו"ת נושא האפוד, סימן כב, ד"ה ואשא עיני; ר"ע בצרי, דיני ממונות, חלק ב, שער א, פרק טז, סעיף ז (עמ' עב), והערה 7.

כתב[159] שהדבר ייקבע "לפי ראות עיני הדיינים". הדעת נותנת שבמסגרת זו יישקלו המאפיינים הבאים: (א) מידת יכולתו של המאיים לממש את האיום[160], וכלשון הרמב"ם[161]: "בדבר שהפחידו שאפשר לו לעשותו"[162]; (ב) מידת הוודאות שהנזק ייגרם, אם אכן האיום יֵצא אל הפועל[163]; (ג) אופי אישיותו של המאיים ומעמדו החברתי[164].

[159] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רה, סעיף ו. ראה גם משפט שלום, סימן רה, סעיף ז.

[160] ראה: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתפב, וחלק ב, סימן רצח; שו"ת הריב"ש, סימן רכח; תשב"ץ, חלק א, סימן א; שו"ת הרשב"ש, סימן שלט; שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן רכז; שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן כח; שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן מב, ד"ה ויראה לע"ד; שו"ת דברי ריבות, סימן סז; שו"ת מהר"י אלגאזי, סימן לט.

[161] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ד. ראה גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף ז.

[162] כפי שראינו לעיל (ליד ציון הערה 132), לדעת מהרש"ך הדבר נמדד במבחן אובייקטיבי. על כן, אם המאיים לא היה יכול לממש את איומיו, אין הדבר נחשב ככפייה, גם אם מי שהיה נתון לאיום סבר בטעות שהיה יכול לממש אותו. ברם, לא ברור מדבריו מה הדין אם גם "האדם הסביר" היה טועה בכך.
שו"ת ציץ אליעזר, חלק טו, סימן מט, כותב שגם לפי הדעה שהפחדה אינה בגדר כפייה, היינו אם הפחידו אותו סתם, אבל אם המאיים עומד ומנפנף בסכין וכדומה מעל ראשו תוך כדי איום, זוהי כפייה.
מצד שני, שו"ת שמש ומגן, חלק א, חו"מ, סימן ג, כותב שמי שאיימו עליו באקדח שיהרגוהו, אינו בגדר כפוי, מפני שאין חשש שהמאיים יבצע את האיום, כיוון שהממשלה מענישה על הריגה. ראה בדומה להלן, הערה 164, בשם מהר"ם.

[163] ראה: שו"ת מהרי"ק, שורש קפה (הובא בשו"ת שארית יהודה, טאיטאצאק, דף פב ע"ב, ובשו"ת תורת אמת, סימן יח); שו"ת מהריב"ל, חלק א, סימן צח וסימן קב; שו"ת דברי ריבות, סימן סז; שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן סג; שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן י; שו"ת מהר"י אלגאזי, סימן לט; נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק יב. אך ראה: שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן מב; שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן רכז.
שו"ת נדיב לב, חלק א, חו"מ, סימן מה, כותב על פי שו"ת מהרי"ק, שורש סג, שאם איים עליו בדבר אחד, והתחיל להרע עמו, נחשב שעדיין מאיים עליו, ולדעה שהפחדה היא כפייה, נחשב כפוי, ורק כשמגיע זמן שאינו מסוגל להרע לו, הכפייה נפסקת.

[164] ראה: שו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תקצה = תשובות מיימוניות, ספר הפלאה, סימן ו (יהודי המאיים בהריגה, מן הסתם לא יקיים שהרי הוא חושש מעונש; הובא במרדכי, גיטין, סימן שצה); שו"ת הר"י מיגאש, סימן קכב; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן נב (שאיום של גוי או של משומד נחשב כפייה גם למהרי"ק); שו"ת מקור ברוך (קלעי), דף פו ע"ד, הובא בבאר היטב, חו"מ, סימן רה, ס"ק יג (על "כאלו הנכנסין לשערי המלכים" ש"מוחזקין לעשות רעה לחבריהם"); שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן פא (פ ע"ג), הובא במטה שמעון, סימן רה, הגהות בית יוסף, אות כז (שאיום של משומד שחזר בתשובה נחשב כפייה, מפני שהמאוים חושש שיחזור לסורו; וכן במי שמוחזק בכך, או המאיים בפרהסיא); שו"ת חקקי לב, חו"מ, סימן יז, חקירה ד, דף עג ע"ד, עה ע"ד (הבחנה בין יהודי, גוי ומשומד).
ראה גם: תוספות, שבועות מו ע"ב, ד"ה עביד (שמי שמוחזק לבצע פעולה כזאת, עלול לקיים את איומו); כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רה, הגהות בית יוסף, אות כא (שפסק כתוספות שם); שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן יד. אך ראה: עליות דרבנו יונה, בבא בתרא מ ע"ב, ד"ה עלה בידינו (שגם אם המאיים מציית לבית דין, האיום נחשב כפייה); שו"ת ר' בצלאל אשכנזי, סימן טו (גם אם המאיים ירא שמים).
שו"ת הר"י מיגאש שם עוסק בראובן שקידש את לאה, ואחר כך סירב לשאתה בגלל סכסוך כספי, וחייבו אותו "ברורי" המקום לשאת אותה, ושמו אותו בבית הסוהר; ואז הוא איים עליה שימיר את דתו ("בפשעות") ושיניחנה עגונה אם לא תוציאנו מבית הסוהר ותמחל לו על הקנס שנתחייב לשלם אם לא יישאנה; והיא מסרה מודעא לפני עדים, שהיא עתידה למחול לו רק מתוך פחד שמא יניחנה עגונה; ומחלה לו על הקנס. הוא פוסק שאם ראובן אדוק רק מעט בדת ישראל, כך שסביר להניח שהיה מוציא את איומו לפועל, זו כפייה, והמחילה בטלה, אם יש עדים שהפחיד אותה; ואם אינו אדם כזה, הדעת נותנת שאמר כן רק בדרך גוזמה, ולכן מחילת הקנס תקפה.

על כל פנים, אם המאוים מסר "מודעא" שהוא כורת את החוזה בעקבות האיום, איום זה נחשב כפייה, שכן כעת ברור שהמאוים אינו מעוניין בכריתת החוזה ושהוא עושה כן רק מחמת האיום[165].

פרק תשיעי

"מודעא" — גילוי דעת מוקדם של מי שכפו עליו להתקשר

א. "מודעא" מהי?

כאמור לעיל, לפי המשפט העברי, יש חוזים הנכרתים מחמת כפייה והם תקפים, כגון חוזה מכר. אבל חכמים סייגו דין זה, וקבעו[166] שאם מי שהחוזה נכפה עליו מסר "מודעא", כלומר

שו"ת אבני שיש, חלק א, סימן צב, פוסק, שאם המאיים הוא אדם שלישי, ולא הצד שכנגד, אין זו נחשבת כפייה, מפני שיש להניח שלא יממש את איומיו, שכן "אין אדם חוטא ולא לו".
דרש אברהם (אשכנזי), פרשת משפטים (פו ע"א), כותב שהפחדה מצד אדם רחמן אינה נחשבת כפייה, מפני שידוע שלא יקיים את איומו. הוא מסביר בכך שמה שה' כפה עלינו הר כגיגית במתן תורה (שבת פח ע"א) לא נחשב כפייה, מפני שידוע שה' לא היה מקיים את איומו, שהרי הוא רחמן.
על קריטריונים שונים לבחינת האיום, ראה א"צ בן זמרא (לעיל, הערה 26), עמ' רמג־רנ.

[165] שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן י; שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן מב, בסופו (הובא בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן פא, דף פ ע"ג); שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק ב, קונטרס המודעא והאונס, דף יג ע"ב (הובא בנתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק יב). ראה גם: כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רה, הגהות בית יוסף, אות לה ואות לז; שו"ת נושא האפוד, סימן כב; ר' אשר קובו, בתשובתו בשו"ת חקקי לב, חו"מ, סימן יג (סא ע"ג־ע"ד); ר' יצחק נאבארו, בתשובתו שם, סימן טז (סז ע"ב); ר' חיים פלאג'י, בתשובתו שם, סימן יז, חקירה ב (דף עא ע"ב־עג ע"ב).
נראה שההסבר בטקסט מתיישב רק עם התפיסה שהמבחן לכפייה הוא מבחן סובייקטיבי (על שאלה זו ראה לעיל, ליד ציון הערה 127), ולכן סתם איום אינו נחשב כפייה, וגם אם טען המאוים שעשה את הפעולה נגד רצונו, מתוך פחד מן האיום, אין מאמינים לו, מפני שמן הסתם אין אדם חושש ממימוש איומים, והיה עושה את הפעולה גם לולא האיום. רק אם מסר מודעא מראש, מוכיח הדבר שאכן פחד מן האיום. לעומת זאת, אם המבחן לכפייה הוא מבחן אובייקטיבי, אין סיבה שמודעא תשנה את הדין. הרי הדעה שאיום אינו נחשב כפייה, טעמה הוא (לפי תפיסה זו) שאדם סביר יודע שהמאיים לא יממש את איומו, והחלטתו אינה מושפעת מן האיום. אם כן, מה בכך שמסר מודעא, ובכך גילה את דעתו שהוא מושפע מן האיום? הרי המבחן הוא אובייקטיבי, בלי להתחשב ברגישותו האישית.
דעה חולקת: כפי שראינו לעיל, הערה 152, לדעת ראבי"ה, במכר, איום אינו נחשב כפייה גם אם מסר מודעא.
לשאלה האם איום נחשב כפייה, ראה: החפץ חיים (פלאג'י), סימן מט; ר' אשר קובו, בתשובתו בשו"ת חקקי לב, חו"מ, סימן יג (סא ע"ב־ע"ד); ר' יצחק נאבארו, בתשובתו שם, סימן טז (סו ע"ד־סז ע"ד); ר' חיים פלאג'י, בתשובתו שם, סימן יז, חקירה א (דף סט ע"א־עא ע"ב), וחקירה ג (דף עג ע"ב־ע"ד — אם הכפוי עדיין מוחזק בנכס); שו"ת שופריה דיעקב, אהע"ז, סימן לח; ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 120־121. לעניין גט, ראה ר"י גולדברג, גט מעושה, ירושלים תשס"ג, פרק י.

[166] כתובות קט ע"ב (על מכר); קידושין יב ע"ב (על גט); בבא בתרא מ ע"א־ע"ב (על מכר, מתנה וגט); שם מח ע"ב (על מכר); ערכין כא ע"ב (על גט).

גילה את דעתו[167] לפני כריתת החוזה שהתקשרותו נעשית מחמת כפייה ובלא גמירת דעתו לקיים את החוזה, הוא זכאי לבטל את החוזה.

למונח "מודעא" ניתנו שני פירושים: (א) הודעה, כלומר, "שמודיע לעדים העניין איך היה"[168]. (ב) לשון ייסורים[169], היינו, שמי שכפו עליו להתקשר בחוזה מוסר את ייסוריו לעדים[170].

המודעא היא כלי שבאמצעותו יכול הצד הנפגע להתגונן מפני הכופה. היא פוטרת אותו מהצורך להיאבק בכופה, אלא הוא יכול להיענות לדרישותיו של הכופה בלא שיישא באחריות לתוצאות, שכן מאוחר יותר הוא יכול לבטל, בעקבות המודעא, את תוקף הפעולות שעשה[171].

[167] על פי רוב נעשית המודעא במסמך כתוב, אך אפשר גם למסור אותה בעל פה, כלשון הרמב"ם והשולחן ערוך (להלן, הערה 175): "אומר לפני עדים". וכך כתבו בפירוש: מישרים, נתיב יח (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף י); שו"ת ראש יוסף (אישקאפה), דף כא ע"א־ע"ב; ר"ע בצרי, דיני ממונות, חלק ב, שער א, פרק טז, סעיף ב (עמ' ע).

יתר על כן: יש אף יתרון לעדים המעידים בעל פה על המודעא על פני מודעא בכתב בלבד, שכן מודעא בכתב אינה יכולה לשמש כעדות, שהרי עדות צריכה להיות בעל פה (רש"י, דברים יט, טו); אלא שחכמים תיקנו שיש תוקף גם לשטר מודעא בתור עדות, כדי להציל את הכפוי, כפי שהסבירו תוספות, בבא בתרא לט ע"ב, ד"ה מחאה (הובא בנתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק ז); והסביר שו"ת ברכת רצה, סימן כא (ל ע"א), שחוששים שהכפייה תימשך עד שימותו העדים או יצאו מהארץ, ואז אי אפשר יהיה לסמוך על עדותם שבעל פה. פתרון אחר לכך כותב נימוקי יוסף, בבא בתרא כ ע"א (בדפי הרי"ף): העדים כותבים בלשון שליחות, "פלוני אמר לנו לכתוב שמסר מודעא", ולא בלשון עדות, ובזה אין בעיה של עדות בכתב (ראה קצות החושן, סימן רה, ס"ק א, שנימק זאת). קצות החושן, סימן רה, ס"ק ה, כותב שההסבר של תוספות אינו תקף במקום שבאמת לא הייתה כפייה, ולכן גם לפי הדעה (להלן, ליד ציון הערה 192) שמועילה מודעא במתנה גם אם באמת לא הייתה כפייה, היא לא תועיל אם היא בכתב, מפני שזו עדות בכתב; ואין סיבה לתקן תקנה שתועיל מודעא זו, שהרי אין צורך להציל את הנותן אם אינו כפוי.

בלשון הפוסקים, "מודעא" משמשת לפעמים ככינוי לדברי המתקשר הכפוי, ולפעמים היא משמשת ככינוי לשטר שכתבו עדי המודעא, ובו הם מוסיפים מהידע שלהם.

חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא בתרא, סימן כז, אות א (קח ע"ג), כותב שמודעא אינה רק גילוי שמה שהמודיע עושה אחר כך אינו ברצונו, אלא היא אף פועלת פעולה של עקירת המעשה שיעשה אחר כך. כמו כן, במאמרו "סוגיא דמסירת מודעה בנדר", ספר הזיכרון למרן רבי חיים שמואלביץ (ירושלים תש"ם), עמ' תלו, הסביר שהמודעא מעכבת את חלות ההקנאה שיעשה אחר כך, ואף שאין דיבור (המודעא) מבטל מעשה (ההקנאה), הרי כיוון שהמודעא נמסרת לפני ההקנאה, בשלב זה ההקנאה היא עדיין בגדר דיבור, שהמודעא יכולה לבטלו. אבל ר' אשר וייס, שיעור מורנו הרב שליט"א, פרשת יתרו תשע"א, עמ' יג־טז, מוכיח ממקורות אחדים שהמודעא אינה מבטלת את המעשה העתידי, אלא רק מגלה שרצונו היסודי הוא שלא לכרות את החוזה. הוא מסביר עוד, שההנחה שהכפוי מסכים להתקשר בחוזה בגלל הכפייה (בחוזה בתמורה), היא הערכה כללית בכוונת בני אדם, ואינה ודאית, והמודעא מלמדת שהוא שונה משאר בני אדם, ואינו רוצה בחוזה.

על גדר מודעא, ראה: ר' חיים גולדברג, "בדין כפיה בגיטין קידושין מכר ומתנה", בנתיבות ים, גיליון יא (תש"ם), עמ' פח־פט. על לשון המודעא במכר ובמתנה, ראה: ר' אברהם גורביץ, "בדין גלוי דעתא בגיטא ובדין מודעא בגיטא ומתנתא", מוריה, שנה יב, גיליון י־יב (כסלו תשמ"ד), עמ' רנד־רסא.

[168] סמ"ע, סימן רה, ס"ק ו.

[169] על פי הפסוק (שופטים ח, טז): "ויקח את זקני העיר ואת קוצי המדבר ואת הברקנים ויודע בהם את אנשי סוכות".

[170] את שני הפירושים כתבו: חידושי הרמב"ן, בבא בתרא מ ע"ב; תשב"ץ, חלק א, סימן א; סמ"ע שם.

[171] יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סימן קפה (ד"ה והכי), כותב, שאם לא היה ניתן כלי משפטי זה לנפגע, היו חכמים נותנים לו כלי הגנה חלופי בדרך של תקנה, שכן "חס להו לרבנן, גודרי פרצותיהן של ישראל,

הלכות רבות נשנו בדין מסירת מודעא, עד "אשר לא תקיף בהם היריעה"[172]. לא נוכל לדון בכולן, ולכן נתמקד בעקרונות היסודיים של דיני מודעא, תוך עמידה על ההבחנה היסודית בין מודעא הנמסרת על כפייה לכרות חוזה בתמורה לבין מודעא הנמסרת על כפייה לכרות חוזה בלא תמורה.

ב. מודעא על חוזה בתמורה

כפי שראינו[173], חוזה בתמורה תקף אף אם נכרת בכפייה, משום שיש להניח שהמוכר גמר בדעתו למכור את הנכס בגלל קבלת הכסף[174]. על כן, אם הכפוי מסר מודעא לפני מעשה המכירה, ואמר שאינו רוצה למכור, הוא זכאי לבטל את החוזה[175], שהרי בדבריו הוא סותר את ההנחה האמורה[176].

כדי שתוכל המודעא לבטל את החוזה, צריך שיהיה ברור שאכן בפועל הייתה כפייה שמחמתה כרת הכפוי את החוזה. העדים המעידים על הכפייה אינם יכולים להסתמך רק על כך שהמוכר אומר שהוא נתון לכפייה, אלא עליהם להיות עדים לכפייה עצמה[177]. ובלשון

למשבקה להאי פירצה [=להניח לה לפִרצה זו, כלומר, לדין שמכר כפוי תקף] בלא גדר". בכך ניטל במידה מסוימת עוקצה של תחושת אי הצדק בדין שמכר כפוי תקף.

[172] כלשון שו"ת חיים ביד, סימן מה.

סוגיה רחבה נספחת לזה היא סוגיית ביטול מודעא — האפשרות שהמתקשר יבטל את המודעא אחרי שמסר אותה. ראה על כך, בין היתר: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף יא; שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן כח; חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא בתרא, סימן כז, אות ג (הסבר איך פועל הביטול); ר' אברהם בארי, "תקנות גאונים בביטול מודעה", ממזרח וממערב ג (תשמ"א), עמ' 7-44; נ' רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי, נספח ג (על הצורך בקניין).

[173] לעיל, פרק רביעי, ב.

[174] ראה לעיל, ליד ציון הערה 24.

[175] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף א.

[176] ראה גם: שו"ת זיכרון יהודה, סימן עג; שו"ת אדמת קודש, חלק א, יו"ד, סימן יב, ד"ה יצא מהמחובר (המודעא מוציאה את התנגדות המוכר מגדר "דברים שבלב"); שו"ת באר יצחק, אהע"ז, סימן טז; אבי עזרי, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה כ, ד"ה ונראה (המודעא הופכת את התנגדות המוכר מ"דברים שבלב" לדברים שבפיו).

ר' זרח אפשטיין, "מסירת מודעא", המשפט העברי א (תרפ"ו), עמ' 187, מציע שלושה הסברים לכך שמודעא מועילה, על אף שיש הנחה שהמוכר מסכים למכור בגלל הכפייה: (א) המוכר מסתלק בזה מהנכס, כאילו אין לו סמכות למכור את רכושו. (ב) בכל הקנאה, מעשה קניין נועד להוכיח שיש לצדדים גמירת דעת (ראה סעיף 18, הערה 58), והמודעא שוללת את כוח ההוכחה של מעשה הקניין שהוא עתיד לעשות. (ג) המוכר מודיע שהתנועות שיעשו ידיו, כגון בחתימה על שטר המכר, אינן רצוניות, וכאילו הכופה מניע את ידיו, שבזה בשום מצב אין תוקף לחוזה, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 21.

רא"ד כהנא שפירא (לעיל, הערה 27) מסביר על פי דבריו (שם) שמוכר כפוי גומר בדעתו למכור מפני שהוא יודע שלא יוכל להוציא מן הכופה: אם מסר מודעא, הוא יודע שיוכל להוציא מן הכופה על ידי עדי המודעא, ולכן אינו גומר בדעתו למכור.

[177] ר"י ברצלוני, ספר השטרות, שטר לט; רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף א.

שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן לא (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, סימן רה, הגהות הטור, אות לא), ושו"ת ר"ב אנג'יל, סימן ב (כמובא בשו"ת נדיב לב, חלק א, חו"מ, סימן מד), כותבים שאם מודעא על פשרה

התלמוד[178]: "כל מודעא דלא כתיב בה: 'אנן ידעינן באונסא דפלניא' [=אנו יודעים באונסו של פלוני] — לאו מודעא היא". אילולא דרישה זו, כל אדם העומד לעשות פעולה משפטית היה מוסר מודעא שכפו אותו לעשות כך, וזאת במטרה שיוכל לבטל אותה בעתיד, אם ירצה[179].

המתקשר אינו צריך לפרט במודעא את סוג הכפייה שנעשתה[180]. אך לדעת חלק מן הפוסקים, צריך לומר בה במפורש שהייתה זו כפייה בעָצמה שאינה מותירה לנפגע ברֵרה אלא לכרות את החוזה[181].

ניתנה לפני שבירורו הצדדים מי שיפשר ביניהם, המודעא אינה מועילה, שכן ייתכן שמסר את המודעא מפני שחשב שייאלץ לוותר על הכול, אבל ייתכן שמשהחליטו על פשרה, הוא מוכן לכך.

בשאלת נאמנותם של עדי שטר המודעא לומר שהיה אונס, ראה: ר' אשר קובו, בתשובתו בשו"ת חקקי לב, חו"מ, סימן יג (סב ע"א־ע"ג); ר' יצחק נאבארו, בתשובתו שם, סימן טז (סח ע"א); ר' חיים פלאג'י, בתשובתו שם, סימן יז, חקירה ו (דף עז ע"ד־פ ע"ד).

178 בבא בתרא מ ע"ב.

179 רשב"ם, בבא בתרא מ ע"ב, ד"ה ואי דזביני. הוא כותב כך על מי שמוכר מפני שהוא זקוק לכסף מזומן, ובדעתו לבטל את המכר בעתיד, כשיהיה לו כסף.

חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא בתרא, סימן כז, אות א (קח ע"ד), מסביר שבדרך כלל מי שעושה שני מעשים באותו עניין, יש להניח שאת המעשה השני שקל בדעתו יותר טוב, מפני שנוספו לו ידיעות בינתיים וכדומה, ולכן מודעא בלבד אינה יכול לבטל את המעשה שאחר כך, מפני שהמעשה השני חשוב יותר, והמודעא נחשבת כדיבור בלבד ביחס אליו; ורק אם יש קצת כפייה, אף שבמכר כפוי מניחים שהסכים למרות הכפייה, בכל זאת אין לראות את הסכמתו כרצון מוחלט יותר מהרצון שהיה בשעת עשיית המודעא; העובדה שהמכר היה מאוחר יותר אינה מעידה על תוספת שיקול דעת, שהרי עשה זאת מתוך כפייה.

180 אמנם לדעת הרשב"ם, בבא בתרא מ ע"ב (ד"ה דלא כתיב), יש צורך שיכתבו העדים במודעא "שאונס גמור יש לו ומכירין אנו איזה אונס", אבל הפוסקים לא קיבלו דרישה זו. בית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף ט, מעלה אפשרות שאף הרשב"ם לא נקט זאת כתנאי הכרחי, אלא כתב כך מפני שבדרך כלל, עדים שיודעים על הכפייה יודעים גם מהו סוג הכפייה.

ר' חסדאי בן הר' יהודה בר' חסדאי, בתשובתו בשו"ת זיכרון יהודה, סימן עג (ד"ה מעתה אחר), כותב שלא די שהעדים אומרים "ידענו שהוא אנוס", אלא צריכים לבאר שפלוני "אנס את פלוני על ענין כך וכך" (כלומר שיתארו מה עשה לו), מפני שרוב העדים אינם יודעים הלכות, מה נחשב כפייה ומה אינו נחשב כפייה, ולפעמים הם חושבים שהייתה כפייה ואינו כן, ולכן הם צריכים לבאר מה הם יודעים בעניין הכפייה ואיך הם יודעים, כדי שיוכל בית דין לפסוק כדין על פי דבריהם.

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן נב, כותב שאם כתבו העדים במודעא "והכרנו באונסו", בית דין אינו צריך לדעת מה הייתה הכפייה. אבל שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן פא (פ ע"ב), כותב, שרק אם כתבו סתם "הכרנו באונסו", די בזה, מפני שמניחים שהעדים יודעים שהייתה כפייה ממש; אבל אם העדים מפרטים מה קרה, ואנו רואים שזה לא נחשב כפייה, אין המודעא מועילה. בעי חיי מוכיח משו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן כח, שאם כתבו העדים סתם "הכרנו באונסו", וידוע בבירור שמה שקרה אינו נחשב כפייה, המודעא בטלה.

אם אכן הייתה כפייה, המודעא מבטלת את המכר גם אם לא הייתה זו כפייה במעשה אלא רק באיום, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 165, אף שאיום כשלעצמו אינו נחשב כפייה, לפי חלק מהפוסקים.

שו"ת ברכת רצה, סימן קכד (קסט ע"ג), כותב שגם אם הייתה רק כפייה עצמית, מועילה מודעא במכר. ודבריו צריכים עיון.

181 חידושי הרמב"ן, בבא בתרא מ ע"ב, ד"ה לא (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף ט). ראה גם: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ב; שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן עא; פתחי חושן, הלכות קניינים, פרק כב, הערה כח.

המודעא צריכה להימסר בפני שני עדים[182] כשרים[183]. אין מבטלים חוזה על סמך מודעא שנמסרה בפני עד אחד בלבד[184].

ג. מודעא על חוזה בלא תמורה

כפי שראינו[185], חוזה בלא תמורה שנכרת בכפייה בטל אף בלא מודעא. עם זאת, גם לגבי חוזה כזה יש משמעות למודעא: עקב המודעא, החוזה בטל גם אם אין עדות על כך שהייתה כפייה[186]. כך פסק הרמב"ם[187] לגבי מודעא על מתנה: "אם מסר מודעה קודם מתנה, אף על

[182] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א, בעקבות בבא בתרא מ ע"ב.
אבל שו"ת עזרת כהן, סימן מא (עמ' קנט), כותב שאם הייתה כפייה חזקה יותר מכפייה עצמית, די בגילוי דעת כדי לבטל את המכר, גם בלי מודעא; ויתכן שכוונתו היא שדי בעד אחד וכדומה.

[183] ראה: שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן רעג; שו"ת הריב"ש, סימן רכח; תשב"ץ, חלק ב, סימן ריג; שו"ת מהרי"ק, שורש קסו; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רה, סעיף ד.
במקומות מסוימים תיקנו תקנה שהמודעא תימסר בפני תלמידי חכמים או בפני בית דין, וזאת כדי לוודא שהמודעא תימסר כהלכה. ראה: פתחי תשובה, חו"מ, סימן רה, ס"ק ח; שו"ת עולת שמואל (פלורנטין), חו"מ, סימן כב (עג ע"ג); פעמוני זהב, סימן רה, סעיף א. אולם שו"ת כרם חמר, חלק א, חו"מ, סימן קי (הובא בפעמוני זהב שם), כותב שהתקנה הותקנה רק לכתחילה, אבל אם השעה עוברת, או שטעה הסופר ולא ידע שצריך אישור מבית הדין, אין לפסול את המודעא, אלא מבררים אם היא מבוססת על אמת, ואז היא כשרה, משום שיש להניח שאילו נתבקש אישור מבית הדין, הוא היה ניתן.
על סוג אחר של תקנה מספר שו"ת נדיב לב, חלק א, חו"מ, סימן מד: הוא כותב, שבעיר איזמיר תיקנו תקנה שלא תועיל שום מודעא על פשרה שנעשית בפני רב העיר.

[184] ראה: שו"ת הריב"ש, סימן רלב; שער משפט, סימן פא, ס"ק ו.
תשב"ץ, חלק א, סימן א, כותב: "ושלא בפני שנים לא הויא מודעא, אע"פ שהלה מודה". אולם חידושי הרמב"ן, בבא בתרא לט ע"ב, ד"ה מחאה (הובא בריב"ש שם), מעלה ספק האם מודעא שנמסרה בפני עד אחד מקנה לנפגע מן הכפייה זכות ביטול, אם הכופה מודה במסירת המודעא ובעשיית הכפייה.
על מודעא במכר, ראה: רבצמ"ח עוזיאל, השופט והמשפט, שער יב, פרקים לח־לט; חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק כו, סעיפים ה, ט־יב; פתחי חושן, הלכות קניינים, פרק כב, סעיפים ד־טז; בירור הלכה, בבא בתרא מ ע"א, ציון ז, פרק א; ד' חדד (סעיף 13, הערה 109), עמ' 273-276 (נימוקי ההגבלות על המודעא); א' תומר, "בדין מסירת מודעא", מעליות ד (תשמ"ג), עמ' 33־37 (סיכום השיטות במודעא במכר ובמתנה).

[185] לעיל, ליד ציון הערה 64.

[186] בבא בתרא מ ע"ב. את הדין שמועילה מודעא על מתנה כתבו: שו"ת באר עשק, סימן צה (קח ע"א); שו"ת בת עיני, סימן א, דף סו ע"א (אף בלי כפייה; הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ג, סימן לו); שארית ישראל (שציפנסקי), חלק ב, עמ' רד. על מודעא על מתנה, ראה: פתחי חושן, הלכות קניינים, פרק כב, סעיף יח; ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 127־128.

[187] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ג. כך כתב גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף ו.
בני שמואל (חיון), שו"ת, סימן ו, דף כו ע"ב (הובא בשו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן מב, דף פ ע"ב), מדייק מרשב"ם, בבא בתרא מ ע"ב (ד"ה מודעא), שבמודעא בגט צריך גם לומר שהוא כפוי וגם לומר שהוא מבטל. אבל הוא מדייק משו"ת הריב"ש, סימן רלב, שדי לומר שהוא כפוי, בלי לומר "אני מבטל". אבל שו"ת סם חיי, סימן כה (נב ע"א), דוחה, שגם לדעת הרשב"ם אין צורך לומר שהוא מבטל, והזכיר את שני הדברים רק כדי ללמד שלא די לומר "אני מבטל" בלבד, שלא כרמב"ן.
שו"ת לב אהרן (בוארון), חו"מ, סימן ט, אותיות א־ב, כותב (על פי יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סימן קפה), שיש הבדל מהותי בין מודעא על מכר למודעא על מתנה: מודעא על מכר היא עצמה עוקרת את המכר, על ידי גילוי רצונו הפנימי לעדים, ואין עניינה סיפור הכפייה, שהרי הכפייה עצמה אינה עוקרת את המכר; ומה שצריך שהעדים ידעו על הכפייה הוא רק כדי למנוע חשש שהוא משקר; ואילו מודעא על מתנה אינה מבטלת אותה, אלא על ידה אנו מאמינים לנותן שהיה כפוי, וגילוי דעתו מועיל במקום עדים

פי שאינו אנוס, הרי המתנה בטלה; שאין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת הנותן, שאם אינו רוצה להקנות בכל לבו, לא קנה המקבל מתנה".

גם במחילה, אם מסר המוחל מודעא לפני שמחל, שבה טען שהוא מוחל שלא מתוך רצון שלם, המחילה בטלה, גם אם באמת לא הייתה כפייה[188], מפני שדי בגילוי דעת שאינו עושה ברצון מלא.

על הכפייה, כהוכחה שנתן בלי רצון; והמילה "מודעא" במתנה היא מילה מושאלת ממודעא על מכר, שהרי במתנה היא רק גילוי מילתא.

ראה הערה 75, שלעניין זה, מכר בתשלום חלקי אין דינו כמתנה.

סמ"ע, סימן רה, ס"ק כח (הובא אצל ר' אשר וייס, שיעור מורנו הרב שליט"א, פרשת יתרו תשע"א, עמ' יב), כותב שהתחייבות לתת מתנה דינה כמתנה לעניין מודעא.

[188] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ג (הובא בנימוקי יוסף, בבא בתרא כא ע"א, בדפי הרי"ף, ובשו"ת ר"א אבן טוואה (תשב"ץ, חוט המשולש, טור ג), סימן כז [שהובא בשו"ת דמשק אליעזר, סימן נא]); שו"ת הרי"ד, סימן צג, ד"ה ומאי דכתב מר כי הוא; תשב"ץ, חלק ב, סימן סב וסימן רכז; בית הבחירה, בבא בתרא מ ע"ב (עמ' 222 במהד' סופר); טור, חו"מ, סימן רב, סעיף יב; שו"ת מהרי"ק, שורש י, ענף ז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף ב וסעיף ו; שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קטו; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן צח; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שלד; חלקת מחוקק, סימן קה, ס"ק טז; בית שמואל, סימן קה, ס"ק יד; שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן מז (גם בדעת הרא"ש); שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן ל.

שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן טז (רב ע"א), נוקט שבמחילת חוב או מקצתו, אין צריך מודעא אלא די בגילוי דעת.

רבנו אפרים, בהגהות מיימוניות, הלכות מכירה, פרק י, אות ב (הובא בשו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן כח, ובשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שלד וסימן תיט), אומר שצריך שעדי המחילה עצמם יהיו עדי המודעא. שו"ת סם חיי, סימן כה (נד ע"א), מעיר שרבנו אפרים דיבר רק במקום שהמודעא נחוצה מפני שהכפייה אינה ידועה, אבל אם הכפייה ידועה כך שאין צריך מודעא, אין זה משנה מי הם עדי המודעא. שו"ת נדיב לב, חלק א, חו"מ, סימן מד, כותב שספר האגודה מסכים עם רבנו אפרים. אבל ר' שלמה חסון, בשו"ת מקור ברוך (קלעי), דף פו ע"ד, כותב שדעת רבנו אפרים היא דעת יחיד ואין להתחשב בה.

תשב"ץ, חלק ב, סימן סב, דן במצב שלא הייתה כפייה ידועה, והייתה מודעא, והמוחל קיבל על עצמו חרם ונידוי אם יערער על המחילה; והוא פוסק שמטעם זה המחילה תקפה. עיין שם, שהסביר מדוע אין לבטל את המחילה בנימוק שנדר בכפייה בטל.

תשב"ץ, חלק א, סימן סב, כותב שאם המוחל מחה על המחילה וחיפש אדם שיכתוב עבורו שטר מודעא, ולא מצא, מפני שאנשים פחדו מהנתבע, ועל כורחו הוצרך למחול, ויש עדים ששמעו את המודעא ומפני יראת הנתבע לא חתמו עליה, או ידעו שהוא אנוס מתחילתו ועד סופו, המחילה בטלה.

אבל שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שלד, ושו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קטו, כותבים שאם ביטל את המודעא, המחילה תקפה, אם אין עדים שהיה כפוי, כמו במתנה. גם ים של שלמה, בבא קמא, פרק ח, סימן כז, כותב שהמוחל יכול לבטל מראש כל מודעא שייתן אחר כך על המחילה.

שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן כח, מתאר ארבע דרכים לבטל מודעא, כדי שיתקיים המעשה אם אינו כפוי: (א) תוספות, בבא בתרא מח ע"א (ד"ה אמר), כותבים רק שיבטל מודעי. (ב) חידושי הרשב"א, גיטין לד ע"א, כותב שיאמר "הריני פוסל כל עדים שיאמרו שמסרתי מודעא על מכר זה". (ג) רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה כ, כותב שיאמר "כל הדברים שמסרתי שגורמין לבטל גט זה הרי הם בטלים". (ד) הרמ"ה, המובא בטור, חו"מ, סימן רה, סעיף טו, כותב שיעיד על עצמו שלא מסר מודעא ושנסתלקה הכפייה. מהר"י בן לב מעיר שבשתיים מהדרכים, האדם מודה שמסר מודעא, אלא שהוא מבטל אותה, ובשתיים מהן הוא אומר שלא מסר מודעא; ולכן הוא מעלה ספק האם אפשר לכתוב את כל הדרכים, כמקובל, כיוון שהן סותרות זו את זו. הוא כותב שגם אם הייתה כפייה, הרי אם כתוב בשטר המחילה שהוא מעיד על עצמו שלא הייתה כפייה ושלא מסר מודעא ושהוא פוסל את העדים, המחילה תקפה.

מדברי הרמב"ם עולה, שטעם הדבר הוא, שתוקפה של המתנה תלוי בהבעת רצונו החופשי של הנותן, ועל כן, כדי לבטלה, די בגילוי דעתו שהוא עומד לתת את המתנה שלא ברצונו החופשי[189].

הרשב"ם[190] מנמק זאת בדרך אחרת: אם אדם מוסר מודעא על מתנה, יש להניח שהוא באמת

אבל שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף סא, וחלק ז, סימן תנט, כותב שבמחילה, אם מסר מודעא ואחר כך ביטל כל מודעא שמסר, אין ביטולו מועיל, גם אם אין יודעים על הכפייה. שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק ב, קונטרס המודעא והאונס, דף לד ע"ד, מבאר את דברי הרשב"א על פי המבואר בשו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קסג, שכוונתו למי שמסר מודעא על הביטול, אבל אם לא כן, הביטול תקף, כיוון שלא ידוע על כפייה. בחלק ה, שם, כותב הרשב"א שאם כתב המוחל: "כל הדברים שמסרתי שגורמין כשיתקיימו אותן הדברים לבטל שום עניין מכל מה שכתוב בשטר זה, הריני מבטל אותם לגמרי", מועיל לבטל את כל המודעות לדעת הרמב"ם. אבל המהדיר לשו"ת הרשב"א (מהד' מכון ירושלים), הערה 17, מסביר שגם אז, אם ידוע שהייתה כפייה, תולים שגם מה שכתב כך היה בגלל כפייה.

כמו כן, תשב"ץ, חלק ג, סימן רכ, כותב שמועילה מחילה ב"ביטול כל מודעי ומודעי דנפקי מגו מודעי", וכוונתו למצב שלא ידוע שהייתה כפייה, כפי שכתב שבמצב זה אין לו לחוש ממודעא, כלומר אינו צריך לחשוש שכתב המוחל מודעא למרות שלא נכפה.

דעה חולקת: ר"י ברצלוני, ספר השטרות, שטר לט, כותב שבמודעא במחילה, העדים צריכים לדעת על הכפייה, שלא כמו במתנה.

[189] גם ספר העיטור, מודעא (מ ע"ב, במהד' רמ"י), נימק שמודעא מועילה במתנה אפילו בלי כפייה מפני שלא גמר בדעתו.

אבל ר' חסדאי בן הר' יהודה בר' חסדאי, בתשובתו בשו"ת זיכרון יהודה, סימן עג (ד"ה תשובה), דוחה נימוק זה, שהרי דברים שבלב אינם דברים, ואם כן אין זה משנה שלא גמר בדעתו, שהרי רק בלבו לא נוח לו (יש להשיב על כך, שמאחר שיש סימן חיצוני לדעתו הפנימית, יש להתחשב בה, כפי שרומז בעי חיי, שיצוין להלן, בראש הערה 192); ואף שמסר מודעא, הרי הלכה כר' יוחנן שדיבור מבטל דיבור (קידושין נח ע"ב), ואם כן, העובדה שהוא נותן אחר כך את המתנה, מבטלת את המודעא.

[190] רשב"ם, בבא בתרא מ ע"ב, ד"ה גלוי (הובא בשו"ת הריב"ש, סימן רלב, ובשו"ת חוט השני, סימן לו). כך נימק גם ר' חסדאי בן הר' יהודה בר' חסדאי, בתשובתו בשו"ת זיכרון יהודה, סימן עג, ד"ה תשובה.

ר' יעקב בן הרא"ש (בעל הטורים), בשו"ת זיכרון יהודה, סימן עג (ד"ה תשובה), מביא שמהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג הקשה על רשב"ם, אולי אדם גדול ביקש ממנו מתנה ואינו יכול להשיב את פניו, ולכן הוא מעמיד פנים כאילו הוא נותן לו, ובדעתו לבטלה אחר כך, אבל באמת אין זה בגדר כפייה שדי בה לבטל מתנה (קושיית מהר"ם מובאת בשמו גם בתוספות הרא"ש, שבשיטה מקובצת, בבא בתרא מ ע"ב)? ועל כן נימק מהר"ם נימוק אחר: שגם אם לא ידוע שהוא כפוי, המתנה בטלה, מפני שהרבה נותני מתנה כפויים כפייה גמורה. אבל ר' יעקב כותב שזה פירוש רחוק. והוא מיישב את קושיית מהר"ם לגבי גט (שדינו כמתנה לעניין זה, כאמור בסוגיה שם), ואינו מתייחס לקושיה ממתנה.

שו"ת ברכת רצה, סימן כא, דף כט ע"א (כפי שהוסבר בנתיבות הקניינים, סימן רה, סעיף ב, עמ' שצה), מקשה בדומה למהר"ם: אולי באמת לא הייתה כפייה גמורה, אבל הייתה כפייה מועטת, ולכן נתן אף שלא רצה, אבל המתנה תקפה כיוון שהכפייה הייתה מועטת? והוא מתרץ, שלדעת הרשב"ם, כשיש מודעא, לא הכפייה מבטלת את המתנה, אלא המודעא מבטלת אותה, ורק אם התברר שלא הייתה כפייה, מניחים שגמר בלבו לתת על אף שביטל על ידי המודעא; אם כן, כדי שהמתנה תתבטל, די שאין סיבה להניח שגמר בלבו לתת. אך יש להעיר שברכת רצה דיבר על גט, ולא על מתנה, וייתכן שרק בגט אפשר לומר שמודעא מבטלת, מפני שאפשר לבטל גט לפני נתינתו, מה שאין כן במתנה. ברכת רצה שם (ובסימן קכד, דף קסח ע"א), מעלה אפשרות אחרת: שלדעת הרשב"ם, המודעא עצמה אינה מבטלת, אלא היא מוכיחה שהייתה לפחות קצת כפייה, ודי בכך כדי שתיחשב "עילה" למעשה שעשה בסוף, שלא נאמר שהמעשה שעשה מבטל את המודעא שאמר.

כפוי, שהרי אם לא כן, למה לו לשקר ולומר שהוא כפוי, ולתת מתנה, ולבטל אותה אחר כך? במסירת מודעא על מכר, ייתכן שהוא אינו כפוי, ובכל זאת הוא מוכר כדי לקבל את הכסף, ולהשתמש בכסף לצרכיו, ובדעתו לבטל את המכר לאחר זמן (ואמנם הוא יצטרך להחזיר את הכסף, אבל הוא הרוויח את השימוש בכסף בינתיים), ועל כן הוא מוסר מודעא מראש וטוען שהוא כפוי. אבל במתנה אין לומר כך, שהרי אדם אינו מרוויח כלום מנתינת מתנה; ולכן יש רגליים לדבר שהוא אכן כפוי.

יש נפקות בין שני טעמים אלו, לגבי אדם שמסר מודעא, שאינו רוצה שיהיה תוקף למתנה מסוימת שהוא עומד לתת, והתברר שנתן אותה בלא כפייה. יש אומרים[191] שהמתנה תקפה,

חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא בתרא, סימן כז, אות ה, משווה את נימוק הרשב"ם — שאם אין כפייה, "אנן סהדי" שחזר בו מהמודעא — לדין שמי שביטל מראש כל נדר שיידור, ובשעת הנדר זכר את התנאי שעשה, ובכל זאת נדר, בזה ביטל את התנאי (נדרים כג ע"ב).

הסבר אחר לדין מודעא במתנה: ר' חיים שמואלביץ, בהערתו למאמרו של ר"ש שקאפ (לעיל, הערה 167), הסביר בפשטות, שבמתנה, המעשה אינו חזק כל כך, ולכן די במודעא לבטל אותה אף בלי כפייה; ואילו במכר, המעשה יותר חזק, ולכן צריך כפייה בצירוף המודעא כדי לבטל אותו.

[191] רשב"ם, בבא בתרא מ ע"ב, ד"ה גלוי; חידושי הרמב"ן, שם, ד"ה הא דאקשינן; בית הבחירה, שם, ד"ה ממה שכתבנו; שו"ת סם חיי, סימן כה (נא ע"ג), בדעת תוספות, בבא בתרא מ ע"א (ד"ה אמאן). שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן פא (פא ע"א), כותב שזו דעתם של: שו"ת הר"ן, סימן מג; שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן סז וסימן קלה, וחלק ג, סימן כד; בני שמואל, שו"ת, סימן ו; שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן מב. ראה גם כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רה, הגהות בית יוסף, אותיות סב־סג.

הרמב"ן, שם, כותב שהרמב"ם סובר כרשב"ם. שו"ת סם חיי, סימן כה (נב ע"א), מסביר שאף שהרמב"ם כותב (לעיל, ליד ציון הערה 187) שמודעא מועילה במתנה "אף על פי שאינו אנוס", אפשר לפרש שכוונת הרמב"ם היא: אף על פי שלא הזכיר במודעא את הכפייה. עוד על הסוברים שזו דעת הרמב"ם, ראה: שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק ב, קונטרס המודעא והאונס, דף טז ע"א, אות יט במהד' תרנ"ח (הובא בלב אהרן, בוארון, חו"מ, סימן ט, אות ה); שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן סז.

שו"ת ר"א אבן טוואה (תשב"ץ, חוט המשולש, טור ג), סימן כז, מביא את דעת הרשב"ם והרמב"ן, לעניין מחילה בכפייה. גם שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן פא (פא ע"ד), מביא את מחלוקת הרשב"ם והרמב"ם לעניין מחילה (בנידונו הייתה זו מחילה על זכות מצרנות). שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן מא, כותב שמקבל המתנה יכול לטעון "קים לי" כדעה זו.

שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סימן א (ד"ה ועוד שבנ"ד), כותב שהנותן מתנה מדעתו בלי בקשה והפצרה ובלי חשש, אף אם מסר עליו מודעא תחילה, המתנה תקפה.

חידושי הר"ן, בבא בתרא מ ע"ב, ונימוקי יוסף, בבא בתרא כא ע"א (בדפי הרי"ף), כותבים שמהרמב"ן משמע שאם נימק את המודעא בכפייה מסוימת, והיא אינה נחשבת כפייה, המודעא אינה מועילה.

שו"ת לב אהרן (בוארון), חו"מ, סימן ט, אות ג, מנמק את דעת הרמב"ן על פי מה שהסביר רשב"ם, בבא בתרא מ ע"ב (ד"ה גילוי), לגבי גט, שמאחר שלא נכפה, "אנן סהדי" שבשעת מעשה חזר בו מהמודעא וגמר בדעתו להקנות. והוא מסביר (באות ו), שהדין שמועילה מודעא במכר למרות ש"אגב אונסא וזוזי גמר ומקנה", הוא חידוש, וטעמו הוא שסברת "אגב אונסא וזוזי גמר ומקנה" היא עצמה חידוש; ואין ללמוד מזה שמודעא תוכל לבטל מתנה גם אם אין כפייה.

ר' שמעון בר' שלמה, בשו"ת יכין ובועז, חלק ב, סימן מח, דן במוחל שמסר מודעא ואמר שהוא נכפה; והוא פוסק שמה שעשו לו לא היה בגדר כפייה, ולכן המחילה תקפה על אף המודעא. ר' צמח ב"ר שמעון מקשה בהערה שם, הרי מחילה כמתנה, ובמתנה אם גילה את דעתו שהוא נותן מתוך כפייה, המתנה בטלה אף שלא הייתה כפייה? אפשר להצדיק את דברי ר' שמעון על פי דעת הרמב"ן.

בני שמואל, שו"ת, סימן ו, דף כו ע"ד (הובא בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן פא, דף פא ע"ב), אומר שגם לרשב"ם, אפילו התברר שהמודעא הייתה שקר, מניחים שהייתה כפייה אחרת, אלא שלא סיפר עליה, שאם לא כן למה מסר מודעא? אם אינו רוצה לתת את המתנה, אל ייתן! (ראה בדומה להלן, הערה 192,

שכן לא הייתה כפייה בעת הענקת המתנה. דעה זו מתאימה לנימוקו של הרשב"ם, המבוסס על הנחה שאכן הייתה כפייה, ואילו כאן ברור שלא הייתה כפייה. ואילו אחרים אומרים[192],

בשם הרשב"א); והרשב"ם דיבר באופן שהתברר שלא הייתה שום כפייה. אבל הוא מצמצם זאת (בדף כז ע"ד), שמדובר דווקא אם התברר ששיקר, אבל אם לא שיקר, אלא חשב שזה נחשב כפייה, ובאמת אינו נחשב כפייה, המודעא אינה מועילה, מפני שאין הכרח להניח שהייתה כפייה אחרת, אלא ייתכן שלא הייתה כפייה אחרת, והוא מסר מודעא מפני שלא רצה לתת בגלל מה שחשב שזו כפייה. ר"ח עשאל, בשו"ת סם חיי, סימן כה (נב ע"ג), חולק על בני שמואל, ואומר שלדעת הרשב"ם, המודעא בטלה אם התברר שלא הייתה כפייה. לקצה השני, הוא מביא (בדף נב ע"ד) ששו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן מב, בסופו, כותב שלדעת הרשב"ם, המודעא תקפה גם אם סיפר שהכופה עשה לו דבר מסוים, והוא חשב שזה נחשב כפייה, ובאמת אינו נחשב כפייה; וכך כותב שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן פא (פא ע"ד), בדעת הרשב"א והנימוקי יוסף.

ר' שם טוב אבא, בשו"ת סם חיי, סימן כו (נה ע"ד), כותב שמהר"ש הלוי מסכים להבחנתו של בני שמואל בשינוי קל: שאם מוסר המודעא אמר שהוא כפוי על ידי דבר שבני אדם עשויים לחשוב שהוא כפייה, אין סיבה להניח שהייתה כפייה אחרת, מפני שייתכן שהסיבה שעשה מודעא היא מפני שחשב שזו כפייה; אבל אם אמר שהוא כפוי על ידי דבר שבני אדם אינם עשויים לטעות ולחשוב שהוא כפייה, כמו בנידונו של מהר"ש הלוי, שאמר שהיה כפוי מחמת המס, והרי היה מחויב מן הדין לשלם מס, אם כן יש להניח שהייתה כפייה אחרת, שאם לא כן מדוע מסר מודעא?

192 ר"י ברצלוני, ספר השטרות, שטר י (עמ' 17); עליות דרבנו יונה, בבא בתרא מ ע"ב, ד"ה עלה בידינו; רא"ש, גיטין, פרק ד, סימן ו; חידושי הריטב"א, בבא בתרא מ ע"ב, ד"ה דמאי; נימוקי יוסף, בבא בתרא כא ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה דלא ציית דינא, בשם הרשב"א; שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן כח (גם אם אמר שהייתה כפייה ונמצא ששיקר); שו"ת ר"א אבן טוואה (תשב"ץ, חוט המשולש, טור ג), סימן כז (הובא בשו"ת דמשק אליעזר, סימן נא); סמ"ע, סימן רה, ס"ק ח; שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קטו; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן פא (פ ע"ד), בדעת הרמב"ם; שו"ת בית אפרים, אהע"ז, סימן קכה (דפים רכג ע"ג-ע"ד, רכד ע"א במהד' תקע"ח, בדעת הרמב"ם, הרא"ש והר"ן, וכתב שהדין תלוי בטעמים השונים של הרמב"ם והרשב"ם); שו"ת שיבת ציון, סימן קיא; ר"ע בצרי, דיני ממונות, חלק ב, שער א, פרק טז, סעיף ג, עמ' ע.

כך גם משמעותם הפשוטה של דברי הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ג, "אף על פי שאינו אנוס", וכלשונו כתב שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף ו. נראה שזו גם דעת: בית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף יב; תשב"ץ, חלק א, סימן א.

שו"ת ר"א אבן טוואה (תשב"ץ, חוט המשולש, טור ג), סימן כז (הובא בשו"ת דמשק אליעזר, סימן נא), מדייק כך לעניין מחילה מהרמב"ם, ומציין שכך כתבו הרא"ש והרשב"א ורי"ץ קרקושא בשם הרמב"ם.

טור, חו"מ, סימן רמב, סעיף ב, כותב שהמתנה בטלה גם אם המודעא הייתה בשקר, כלומר שלא נכפה, כיוון שגילה את דעתו שאינו חפץ במתנה.

אבן האזל, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ב והלכה ט, כותב שהרמב"ם והרשב"ם חלוקים בשאלה האם מועילה מודעא במתנה בלי כפייה, והמחלוקת תלויה בנימוקיהם השונים, כאמור בטקסט. ובהלכות מכירה, פרק י, הלכה ח (ד"ה והנראה), ופרק יא, הלכה ט, הסביר שבמכר, היות שהוא בין המוכר לקונה, צריך שקיום המכר או ביטולו יהיה בין שניהם, ולכן אין מועיל ביטול שלא בפני הקונה, ומודעא מועילה רק אם הייתה כפייה; אבל מתנה תלויה רק בנותן, ולכן מועיל ביטול שלא בפני המקבל. הסברו מתאים לדעה שמודעא מועילה במתנה גם אם לא הייתה כפייה.

קצות החושן, סימן רה, ס"ק ה, כותב ששתי דעות אלה חולקות בפירוש דברי התלמוד בבא בתרא מ ע"ב, שמודעא במתנה היא "גילוי מילתא בעלמא": לפי הדעה הראשונה, הכוונה היא שהמודעא מגלה שהייתה כפייה; ולפי הדעה השנייה, הכוונה היא שזו גילוי דעת של הנותן שהוא רוצה לבטל את המתנה.

חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא בתרא, סימן כז, אות ד, כותב שהרמב"ם סובר שמועילה מודעא על מתנה גם אם לא הייתה שום כפייה, משום שהוא חולק על הרשב"ם שהסביר שבמתנה, מסירת

שדי בגילוי דעת זה כדי ללמד שהמתנה ניתנה בלא רצון חופשי מלא, ועל כן אינה תקפה. דעה זו מתאימה לנימוקו של הרמב"ם, שדי בגילוי דעת של נותן המתנה שאינו נותן בכל לבו.

גם לדעה הראשונה, מסירת מודעא על חוזה בלא תמורה גורמת לביטול החוזה אם הנותן העניק את המתנה בגלל כפייה עצמית ("אונסא דנפשיה"[193]), אף שהצד השני לא הפעיל כפייה[194].

המודעא היא הוכחה שהייתה כפייה (והוא מוכיח שהרמב"ם חולק על הסבר זה, שהרי הסבר זה אינו שייך במודעא על מעשה העתיד להיעשות אחרי הרבה שנים, ואילו רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה יט, כותב שמועילה מודעא על כל גט שיכתוב לעולם); אלא לדעתו, הטעם הוא שבמתנה צריך יותר גמירת דעת, כיוון שיש לו הפסד, ולכן די בגילוי דעת שאינו נותן בכל לבו, ואילו במכירה אין צורך בגמירת דעת כל כך, כיוון שאינו מפסיד מבחינה ממונית (על עיקרון זה ראה לעיל, ליד ציון הערה 31). הוא מוסיף להסביר, שבמכר, שהמוכר אינו מפסיד, מעשה המכר יותר חזק מן המודעא כיוון שהוא מאוחר, ואילו במתנה, שהנותן מפסיד, המעשה חלש, ולכן מועילה מודעא גם אם הוא מודה שלא הייתה כפייה, וגם אם המתנה ניתנה אחר זמן רב.

חידושי הרשב"א, גיטין לד ע"א, כתב לעניין גט, שאפילו תלה הבעל את מודעתו בכפייה מסוימת, ונמצא שמעולם לא הייתה אותה כפייה, אלא שיקר לעדים, הגט בטל, כיוון שאמר שהוא כפוי ויש גילוי דעת שהוא כפוי, שהרי אם אינו כפוי, אין לו סיבה לגרש, אלא יש להניח שהוא מפחד לגלות את הכפייה האמתית או שהוא רוצה להסתיר אותה, ותולה אותו בדבר אחר (ראה בדומה לעיל, הערה 191, בשם בני שמואל). ר' חסדאי בן הר' יהודה בר' חסדאי, בתשובתו בשו"ת זיכרון יהודה, סימן עג (ד"ה ואני רוצה), לומד מדבריו לעניין מתנה.

חידושי הר"ן, בבא בתרא מ ע"ב (ד"ה נקיטינן), וחידושי הריטב"א, בבא בתרא מ ע"ב, כותבים שגם אם תלה את המודעא בדבר שאינו בגדר כפייה, המודעא מועילה (על מקרה זה, ראה לעיל, הערה 191). שו"ת סם חיי, סימן כה (נא ע"ד), כותב שזו גם דעת הרמב"ם, הרשב"א ורבנו יונה.

יש פוסקים שהשתמשו במושג של מודעא במתנה גם בלי קשר לכפייה, ודבריהם מתאימים לדעה זו, שמודעא אכן מבטלת מתנה גם אם לא הייתה כפייה: חידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא סא ע"א (הובא בבדק הבית, חו"מ, סימן רה, מחודש ט), כותב שהנשבע לתת מתנה לחברו, ובשעת המתנה מסר מודעא שהוא נותן מפני חיוב השבועה, המתנה בטלה, מפני שזו כמסירת מודעא שהוא נותן מתוך כפייה. ש"ך, חו"מ, סימן רה, ס"ק ה, מסביר שבשעת השבועה אמר: "איני נותן ברצון, אלא אהיה מוכרח לתת מחמת השבועה". נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק ט, כותב שיש טעות דפוס בדברי הש"ך, וצריך לומר שבשעת המתנה אמר כך. נתיבות המשפט מסביר שהיה קשה לש"ך, מה בכך שהוא נותן בגלל השבועה, הרי באמת הוא חייב לתת, ובית דין אף כופה עליו לתת כדי לקיים את שבועתו? לכן הסביר הש"ך, שמדובר שכשנתן אמר "איני נותן ברצון", והיות שאינו מקנה ברצון, הדבר אינו קנוי למקבל; ונפקא מינה מכך, שעד שהחפץ נקנה למקבל, יכול הנותן להישאל לחכם על שבועתו (ואם לא נשאל עליה, חייב לתת את המתנה בגלל השבועה), אבל אחרי שנקנה החפץ למקבל, לא מועילה שאלה. אבל מהקשר דברי הריטב"א (שדן שם לפני כן במלווה שכופה על הלווה להישבע שימחל לו על הריבית — ראה לעיל, הערה 109), נראה שהנותן פטור מפני שהשבועה הייתה בכפייה.

שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קו (קכו ע"ג), כותב שמהדין שמודעא מבטלת מתנה גם בלי כפייה, למד ריא"ז, בשלטי הגיבורים, כתובות נו ע"א, בדפי הרי"ף (ומקורו בפסקי ריא"ז, כתובות, פרק יא, הלכה א, אות כה), שבמתנה דברים שבלב הם דברים, כלומר, אם נתן מתוך מחשבה מסוימת, ומחשבתו לא התקיימה, המתנה בטלה. על דברי הריא"ז, ראה סעיף 13, הערה 49. וראה חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן ח (ו ע"ד), שהקשה על בעי חיי.

על המחלוקת שבטקסט, ראה בירור הלכה, בבא בתרא מ ע"א, ציון ז, פרק ב.

[193] ראה על כך לעיל, ליד ציון הערה 86.

[194] כך עולה מסוגיית "מתנתא טמירתא", בבא בתרא מ ע"ב (ראה להלן, ליד ציון הערה 196). כך כתבו:

הבדל נוסף בין מודעא על חוזה בלא תמורה לבין מודעא על חוזה בתמורה הוא, שמודעא על חוזה בלא תמורה אינה צריכה להימסר בפני שני עדים, ודי שהנסיבות יוכיחו שהנותן אינו גומר בדעתו לתת את המתנה[195]. כך נפסק בתלמוד לגבי אישה שהתנתה את נכונותה להינשא לפלוני בכך שייתן לה את כל נכסיו. אותו פלוני אכן נתן לה את נכסיו, אך קודם לכן יצר מצג כאילו נתן אותם בסתר לבנו. נפסק, שמצג זה הוא גילוי דעת שאינו רוצה לתת תוקף

חידושי הר״י מיגאש, שם, ד״ה לא כתבינן, בפירושו הראשון; בית הבחירה, שם, ד״ה כבר בארנו (עמ׳ 231 במהד׳ סופר); טור, חו״מ, סימן רמב, סעיף ט (הובא בשו״ת מהר״י בן לב, חלק ב, סימן מז); שו״ת הריב״ש, סימן רלב, ד״ה וראיה (באונס ״גרוע״); נתיבות המשפט, סימן רה, ס״ק ז; שער המלך, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א, ד״ה הכלל העולה; פד״ר, כרך ח, עמ׳ 80; שו״ת עזרת כהן, סימן מא (עמ׳ קנט). נתיבות המשפט שם מסביר שגם לרשב״ם, שמודעא על מתנה מועילה מפני שהיא מוכיחה שהייתה כפייה, והרי כפייה עצית אינה נחשבת כפייה בכל זאת גילוי הדעת של המודעא מצטרף לכפייה המועטת לבטל את המתנה.

שו״ת ברכת רצה, סימן קכד, דף קסט ע״א (כפי שהוסבר בנתיבות הקניינים, סימן רה, סעיף ב, עמ׳ שצה), מסביר דין זה בכך שלפי הרשב״ם, מה שמועילה מודעא במצב שיש כפייה אינו שהכפייה מבטלת את המתנה, אלא שהמודעא מבטלת אותה, ורק אם התברר שלא הייתה כפייה, מניחים שגמר בלבו על אף שביטל על ידי המודעא; ולכן גם בכפייה עצמית, אף שהכפייה עצמה אינה יכולה לבטל את המתנה, בכל זאת זה מועיל שלא נאמר שיש להניח שחזר בו מהמודעא המבטלת, אלא נשארת המודעא המבטלת. אך יש להעיר שברכת רצה דיבר על גט ולא על מתנה. ראה בשמו לעיל, הערה 190.

בדומה לזה, כתב שו״ת מהרש״ך, חלק א, סימן י (ד״ה ותחלה), שאף שאיום להביא אדם לערכאות של גויים אינו נחשב כפייה (לדעת שו״ת מהרי״ק, שורש קפה, שהבאנו לעיל, הערה 152), הרי אם מסר על כך מודעא, המודעא מועילה, מפני שבזה הראה שהוא מחשיב זאת ככפייה.

[195] שו״ת הרמב״ם (מהד׳ בלאו), סימן טז; שו״ת רבי אברהם בן הרמב״ם, סימן צח; שו״ת זיכרון יהודה, סימן פא; שו״ת מהר״ם אלשיך, סימן עא; שו״ת הראנ״ח, חלק א, סימן סג; שו״ת אדמת קודש, חלק א, אהע״ז, סימן לב; שו״ת עזרת כהן, סימן מא, עמ׳ קנט. ראה גם שער משפט, סימן נד, ס״ק ג (שטר מחילה שניתן לפני התחייבות, המשמש כמודעא על ההתחייבות).

גם שו״ת גינת ורדים, חו״מ, כלל ה, סימן א, כותב שבעניין מתנה די בגילוי מילתא שאינו נותן מתנה זו מרצונו, כדי לבטל את המתנה, ואומדנא גדולה נחשבת כמסירת מודעא, כמו שמוכח מדין מתנה טמירתא. הוא עוסק באדם שנגזל ממנו כסף, ובנו הודה שגזל ממנו, וכתב לו האב שהוא נותן לו את הכסף במתנה. תחילה הוא כותב שמתנה זו בטלה מפני שלא הייתה בלב שלם, שכן הבן הודה רק כדי להציל אחרים שאביו חשד בהם, כדי שלא יערער עליהם אביו, ולא היה בדעת הבן להשיב את הגזֵלה, וכשהבין אביו שאף אם יצעק חמס לא ייענה, ושהכסף כבר אבוד, נתן אותו במתנה לבן, ונמצא שאין מתנה זו ברצונו. אבל אחר כך (בד״ה מ״מ לנ״ד) הוא כותב שהמתנה תקפה, מפני שהאב כתב בשטר המתנה שהוא מבטל כל מודעא שעשה בעבר; מה גם שיש ראיה שמתנה זו הייתה מרצונו של האב, שהרי הוסיף על המתנה לבנו גם מחילה על כמה חובות, וכנראה היה לאב רגע של רחמים על בנו, ולכן מחל לו על הכול.

גם שו״ת פני יצחק (אבולעפיה), חלק ה, חו״מ, סימן ד (קמח ע״ב־ע״ג), כותב שמועיל גילוי דעת בלי מודעא, כפי שמוכח מדין מתנה טמירתא, ובלבד שיש אומדנא ברורה. הוא כותב שלעתים יש אומדנא שאילו לא פחד, לא היה נותן, וזה כמו גילוי דעת, אבל במי שנתן מתנה לאלמנת קרובו, אין אומדנא כזאת, מפני שמקובל שמי שמת בלי בנים, יורשיו נותנים כסף לאלמנתו כדי לפייס אותה וכדי שלא תתבע מהם את כתובתה.

אבל שו״ת פרח שושן, כלל ה, דוחה את הראיה ממתנה טמירתא, בכך שלפי רבנו חננאל, המובא בחידושי הרשב״א, בבא בתרא מ ע״ב, המתנה לאישה בטלה מפני שיש הוכחה שהוא כפוי, שכן לא הסכימה להינשא לו בלי זה; ועוד ששם כתב שטר מתנה לבנו, שזהו מעשה, והוא יותר מגילוי דעת.

למתנה שנאלץ לתת לְאישה, ועל כן המתנה לְאישה אינה תקפה[196]. אפשר להסיק מכך, שאדם המגיש תלונה למשטרה על כך שמופעלים עליו לחצים כדי שיעניק מתנה, תלונתו יכולה לשמש מודעא המבטלת את תוקפה של המתנה שייתן אחר כך.

חוזה שיש בו תמורה חלקית נחשב כחוזה בתמורה לעניין מודעא[197], אף שדינו כדין חוזה בלא תמורה לעניין שאם הוא נכרת בכפייה, הוא ניתן לביטול[198]. על כן, גם אם המתקשר מסר מודעא, הוא זכאי לבטל את החוזה רק אם יש עדות על התרחשות הכפייה בפועל. טעם הדבר הוא, שרק במתנה די בהודעה גרידא, משום שגם אם לא ידוע על הכפייה, יש להניח שהייתה כפייה, שהרי אין לו סיבה לשקר ולומר שהייתה כפייה, שכן אינו מרוויח מהנתינה[199]. לעומת זאת, בחוזה בתמורה חלקית, ייתכן שהוא משקר, ובאמת לא הייתה כפייה, ובכל זאת הוא מתקשר בחוזה כדי לקבל את התמורה החלקית, ובדעתו לבטל את החוזה אחר כך בעזרת המודעא. לכן כאן אין המודעא מועילה לבטל את החוזה אלא אם יש עדים שהיה כפוי[200].

[196] בבא בתרא מ ע"ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמב, סעיפים ט־י. על הלכה זו, ראה: י' צור, "אונסא דנפשיה במתנה", אבני משפט יא (תשס"ט), עמ' 148־154; ר' אשר וייס (לעיל, הערה 187), עמ' ז־ט.
בבבא בתרא שם נאמר שגם המתנה שנתן לבנו ("מתנה טמירתא") בטלה, מפני שברור שלא התכוון לתת לו באמת. ראה על כך בסעיף 13, פרק שלישי.

[197] שו"ת הריב"ש, סימן קכז (עמ' קלד); רמ"א, חו"מ, סימן רה, סעיף ד.
התוצאה מכך היא שבחוזה בתמורה חלקית, מודעא אינה מעלה ואינה מורידה, שהרי אם ידוע שהייתה כפייה, החוזה ניתן לביטול גם בלי מודעא, ואם לא ידוע שהייתה כפייה, המודעא אינה מועילה. נראה שבחוזה בתמורה חלקית, מודעא לא תועיל גם אם הייתה כפייה עצמית, מפני שרק במתנה מועילה מודעא בכפייה עצמית, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 194.
שו"ת שופריה דיעקב (בירדוגו), אהע"ז, סימן י, דן ביתומה שנטלה נדוניה והכניסה לבעלה, ומחלה לאחיה הקטן על כל מה שירשה מאביה, ולפני כן מסרה מודעא. הוא כותב בתחילה (בד"ה ולענין אם מהנייא) שהמודעא מועילה, שהרי זו מתנה, שכן נטלה מקצת מהראוי לה ונתנה את השאר לאחיה, ובמתנה די בגילוי דעת כדי לבטלה. אבל במסקנתו הוא כותב שאין מועילה מודעא, מפני שיש לזה דין מכר, כיוון שנכסי האב היו רובם סחורות וחובות וקרקעות, והבת נטלה בעד חלקה רק חפצים הראויים לנדוניה וכסף, וגם נטלה מחצית חצר, ונמצא שאחיה כאילו קנה ממנה את חלקה בסחורות ומיטלטלין וחובות וקרקעות, תמורת מה שנתן לה כסף וחפצים הראויים לנדוניה ומחצית החצר; וכיוון שיש כאן מכר, אין מועילה מודעא אם לא הייתה כפייה. זאת אף שמדובר בתמורה חלקית, שהרי מן התיאור נראה שהבת קיבלה פחות ממה שנתנה.
שו"ת מגן דוד (גיג'), אהע"ז, סימן א, דן במי שהתחייב לשלם לאשת בנו אלף, אם בנו יגרש אותה; ולבסוף רצתה להתגרש, וביקשה מחמיה לשכנע את בנו לגרש אותה, והסכים רק בתנאי שתמחל לו על האלף ותיתן לו תכשיטים שנתן לה; ואכן הוא שִכנע את בנו לגרש אותה, והיא מחלה לו ונתנה לו כפי שהסכימו, אבל היא עשתה מודעא מראש על המחילה ועל המתנה. הוא כותב (בדפים יט ע"ד, כ ע"א, כב ע"ג) שהמחילה והמתנה נחשבות כחוזה בתמורה, כיוון שבתמורה להן הוא שכנע את בנו לגרש אותה כפי שרצתה; ומודעא על חוזה בתמורה מועילה רק אם הייתה כפייה, וכאן לא הייתה כפייה. זאת אף שאפשר לטעון שהתמורה לא הייתה שוות ערך למחילה ולמתנה.

[198] כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 75.

[199] סברת הרשב"ם, לעיל, ליד ציון הערה 190.

[200] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן לא (הובא בשו"ת בית אפרים, אהע"ז, סימן קכה, דף רכג ע"ד); שו"ת חתם סופר, חלק ז, סימן כה (ד"ה וברמ"א סימן רה, עמ' לח במהד' תשל"ב); קצות החושן, סימן רה, ס"ק ג. סמ"ע, סימן רה, ס"ק יא, נימק: "דשאני בזה, דעל כל פנים נתן לו קצת דמים ונהנה, י"ל דלמא גמר והקנה לו". נימוק זה מתאים להסברו של הרמב"ם (לעיל, ליד ציון הערה 187), שקל יותר לבטל מתנה כיוון שהנותן אינו נהנה.

פרק עשירי

האם החוזה בטל או ניתן לביטול? — "רשאי לבטל"

א. כללי

לפי החוק, חוזה שנכרת בכפייה ניתן לביטול (voidable), אך אינו בטל מאליו (void). בהתאם לזה, קובע סעיף 20 שניתן לבטל את החוזה "תוך זמן סביר לאחר שנודע לו שפסקה הכפייה"; ואילו היה החוזה בטל מעיקרו, לא היה מקום לקבוע הגבלת זמן. החוזה אינו בטל מאליו, מפני שכפייה אינה שוללת לחלוטין את רצונו של הכפוי, אלא רק פוגמת בו[201].

ב. אם נמסרה מודעא ואם לא נמסרה

נראה שהמשפט העברי מבחין לעניין זה בין חוזה כפוי שביחס אליו לא נמסרה מודעא, שהוא רק ניתן לביטול[202], לבין חוזה כפוי שביחס אליו נמסרה מודעא, שהוא בטל: לשון הפוסקים לגבי חוזה כפוי בלי מודעא היא "יכול לבטל"[203], ואילו לגבי חוזה כפוי שנמסרה עליו מודעא, נאמר "לא קנה הלוקח כלום", "כיון שהמוכר מסר מודעא, הרי חזר במקחו כבר"[204].

[201] ראה שלו, דיני חוזים, עמ' 326. וראה לעיל, הערה 20, דעה שבכפייה חמורה במיוחד, החוזה בטל; וראה שם את עמדת המשפט העברי בנקודה זו.

[202] ובלבד, כמובן, שמדובר בחוזה כפוי מהסוג שניתן לבטלו, כגון חוזה שלא בתמורה.

[203] כגון: נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק יח (הובא אצל ר' אשר וייס, שיעור מורנו הרב שליט"א, פרשת יתרו תשע"א, עמ' ג); מרגניתא דר"ב, פרשת תולדות. כך עולה גם ממה שנראה בסמוך, שמועילה מחילה על זכות הביטול. אלא שאפשר לדחות את ההוכחה מהלשון "יכול לבטל", שאין כוונתו שאם אינו מבטל, החוזה קיים, אלא שאם אינו מבטל, הנכס נשאר ביד הכופה, אבל החוזה בטל והנכס אינו בבעלותו.
יש לשאול, מה נותן תוקף לחוזה אם הצד הכפוי מחליט שלא לבטלו? הרי כשעשה את מעשה הקניין, היה כפוי, ולא הייתה לו גמירת דעת, וכשהחליט שהוא רוצה בקיום החוזה, דרוש מעשה קניין חדש לתת לו תוקף. לגבי מכר וכדומה, אפשר להסביר שהממכר נקנה לקונה ב"קניין חצר", כיוון שהוא ברשותו של הקונה (להסבר דומה לעניין טעות, ראה סעיף 14, הערה 99). לגבי חוזים אחרים, אפשר לומר שהסכמתו המאוחרת מגלה שגם בזמן הכפייה הייתה לו גמירת דעת. אין מקום לשאלה זו לפי החוק, שאינו דורש מעשה קניין כדי לתת תוקף לחוזה. וראה בנספח הראשון לספר, שבגלל קושי זה, ר"א וייס סבור שהחוזה אכן בטל מאליו ואי אפשר "להחיותו", ושנתיבות המשפט עסק במצב שכבר בזמן הכפייה, ה"כפוי" רצה להתקשר בחוזה. אבל זהו פירוש דחוק, שהרי אם הצד השני מוכן להתקשר, מה הצורך בכפייה?
שאלה אחרת היא, הרי הכופה עבר ב איסור "לא תחמוד", והחוזה צריך להיות בטל לגמרי משום "כל דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד לא מהני"? מגיד משנה, הלכות גזלה ואבדה, פרק א, הלכה ט, מסביר שהחוזה תקף כיוון שהכופה שילם, כמו שגזלן קונה בשינוי. נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק א, מביא כאילו מגיד משנה תירץ, שמאחר שאמר המוכר "רוצה אני" (ראה לעיל, ליד ציון הערה 60), חל המכר; אבל שושנת יעקב, סימן רה, ס"ק א, מעיר שמגיד משנה אומר זאת רק כדי להסביר מדוע "לא תחמוד" נחשב לאו שאין בו מעשה. מנחת חינוך, מצווה לח, דף נט ע"ג, אות ב במהד' מכון ירושלים (הובא בתורת החוף ימים, סימן כ, עמ' קפח), תירץ בכמה דרכים: (א) לחם משנה, הלכות בכורות, פרק ו, הלכה ה (הובא בבציר אליעזר, חלק ב, חקירה ה, דרישה ב, דף ה ע"ב), אומר שהרמב"ם פוסק ש"אי עביד מהני". (ב) שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן סט, אומר שאין אומרים "אי עביד לא מהני" אם אמירה זו לא תתקן את האיסור, והרי כאן גם אם תבוטל המכירה, הכופה עבר ב"לא תחמוד" (ולדעת שושנת יעקב שם, גם מגיד משנה התכוון לתרץ כך). (ג) שו"ת פנים מאירות, חלק א, סימן לד, אומר שאין אומרים "אי עביד לא מהני" אם אמירה זו תפגע במי שאינו עבריין; וכאן, אם יבוטל המכר, ייפגע המוכר, שאינו עבריין, אם הוא רוצה בקיום המכר. לתשובה אחרת, ראה לעיל, הערה 59, בשם ע' פכטר.

במצב שהחוזה רק ניתן לביטול, אם הצד הכפוי מחל על זכות הביטול, כבר אינו זכאי לבטל אותו[205], כפי שראינו בסעיף 14 לגבי טעות בחוזה, שאם הצד הטועה מוחל על זכות הביטול אחרי קיום החוזה, במפורש או מכללא, כבר אינו זכאי לבטל אותו[206].

ג. זכותו של הצד הכופה לבטל את החוזה

שאלה נוספת המתעוררת לגבי חוזה שנכרת בכפייה היא, האם, במצב שהצד הכפוי רוצה בקיום החוזה, יכול הצד הכופה לבטל אותו?

גם בשאלה זו יש להבחין בין מצב שהכפוי מסר מודעא לבין מצב שלא מסר מודעא:

בחוזים שהכפייה כשלעצמה מעניקה למי שהחוזה נכפה עליו את האפשרות לבטל את החוזה, גם אם לא מסר קודם לכן מודעא[207], הצד הכופה אינו זכאי לבטל את החוזה. כך פסק נתיבות המשפט[208] לגבי אדם שכפה על אחר לקנות ממנו אחד מנכסיו. לפי בעל העיטור[209], מי

יש לציין שלעניין המקדש אישה נגד רצונה, תיקנו חכמים שהקידושין מופקעים, בנימוק: "הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו עמו שלא כהוגן", כאמור בבבא בתרא מח ע"ב. אבל לא מצאנו תקנה כזאת בחוזה כפוי. מגיד משנה, הלכות אישות, פרק ד, הלכה א, הסביר שתיקנו כך דווקא באישה שהתקדשה נגד רצונה, מפני שאינה יכולה לצאת ממעמדה כנשואה מעצמה, בלי שבעלה ייתן לה גט, ולכן מעשה הבעל כאן הוא מאוד "שלא כהוגן". הוא כתב כך כדי להסביר מדוע לא תיקנו כך (לדעתו) באיש שכפו עליו לקדש אישה; ונוכל לומר הסבר דומה בכל חוזה, שמעשהו של הכופה אינו כל כך "שלא כהוגן" כמו מעשהו של המכניס אישה נגד רצונה למעמד אישי שאינה יכולה להיחלץ ממנו. פני יהושע, קידושין ב ע"ב, כותב (בלי להזכיר את סוגיית בבא בתרא על הפקעת הקידושין) שאין תוקף לקידושין נגד רצון האישה מפני שלא ייתכן שיהיו בנות ישראל הפקר. אפשר להשתמש בדבריו כדי להסביר מדוע תיקנו כך דווקא בקידושין. בשאלה זו ראה מנחת עני (תקמ"ז), דף א ע"ד.

[204] קצות החושן, סימן רה, ס"ק ו. כמו כן, שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן י (בסופו), כותב לגבי מודעא: "מן הטעם הראשון של האונס, נתבטל החיוב מעיקרו". כמו כן, שו"ת בית יצחק (שמלקיש), חו"מ, סימן סד, אות א, בסופו, כותב: "המודעא מבטל כל ענין המכירה".

יש להעיר, שבכל זאת מועיל ביטול מודעא שנעשה לפני עשיית מעשה הקניין (כפי שראינו לעיל, הערה 172), מפני שהביטול מביא לכך שהמודעא כבר אינה קיימת, וכשהכפוי עושה אחר כך את הקניין, יש תוקף לחוזה.

אבל יש לציין שיש פוסקים שנקטו לשון "יכול לחזור בו" גם לגבי מודעא, כגון שו"ת חוות יאיר, סימן מ (הובא בשו"ת ציץ אליעזר, חלק יב, סימן עה). כמו כן, מדברי נופת צופים (להלן, הערה 213) לגבי חוזה שנמסרה לגביו מודעא, שאם הצד הכפוי רוצה בקיום החוזה, הצד הכופה אינו זכאי לבטלו, מוכח שלדעתו החוזה אינו בטל מאליו.

עצם העובדה שאם יש מודעא, גם הצד הכופה זכאי לבטל את החוזה (כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 213), אינה הוכחה שהחוזה בטל מעיקרו, שהרי באונאה יש אומרים שגם הצד המטעה יכול לחזור בו (כפי שראינו בסעיף 14, פרק שביעי, ד), ובכל זאת החוזה מוגדר כניתן לביטול, ולא כבטל (כפי שראינו שם).

[205] מקורות לכך נביא בסעיף 20, הערה 26.

[206] סעיף 14, פרק שלישי, ו.

דבר דומה אומר שארית יעקב (אלגזי), פרשת נשוא (דף נח ע"א): שאם הצד הכפוי הוסיף לעשות מעבר למה שהצד השני כפה עליו לעשות, הדבר מוכיח שעשה ברצון גם בתחילה, ואינו זכאי לבטל (אלא ששם אין זו מחילה לאחר מעשה). הוא מסביר שכך הוא גם לגבי מתן תורה, שאף שה' כפה עלינו הר כגיגית (שבת פח ע"א), הרי אנחנו הוספנו לדקדק במצוות יותר מחיובנו, ולכן איננו יכולים לטעון שאנו כפויים.

[207] ראה לעיל, ליד ציון הערה 25.

[208] נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק יח.

[209] ספר העיטור, לעיל, ליד ציון הערה 50.

שכפו עליו לקנות זכאי לבטל את החוזה (אף אם לא מסר מודעא), ובהתייחס לדעתו, קבע נתיבות המשפט, שרק הקונה זכאי לבטל את החוזה, ולא המוכר שכפה את הקונה[210]. הכופה ידע שלנפגע מן הכפייה יש זכות ביטול, ובכל זאת כרת את החוזה, ו"הוי כתולה הקניין ברצון הקונה", ועל כן אינו יכול לבטל את החוזה[211]. הדעת נותנת, שיש להקיש מדבריו על מעשי כפייה נוספים שבגינם יש לצד הכפוי זכות ביטול[212].

לעומת זאת, אם הצד הכפוי מסר מודעא, הדין שונה. הרי ראינו לעיל, שאם הצד הכפוי מסר מודעא, החוזה בטל, ולא רק ניתן לביטול. מכאן ברור, שהצד הכופה אינו חייב לקיים את החוזה, גם אם הצד הכפוי רוצה בקיומו. כך כתב קצות החושן[213]: "דכל שהמוכר מסר מודעא, אם כן לא קנה הלוקח כלום, וממילא יכול נמי [=גם] לוקח לחזור".

[210] אינטרס המוכר לבטל את החוזה (שהוא עצמו כפה על הקונה) יכול לנבוע מעלייה בלתי צפויה בערך הנכס, ההופכת את הרכישה שנכפתה על הקונה לבלתי כדאית עבור המוכר, כפי שהסביר בית יצחק (להלן, הערה 213).

[211] נתיבות המשפט, שם.

דעה חולקת: שושנת יעקב, סימן רה, ס"ק יא, בסופו, חולק על נתיבות המשפט, בטענה שאף לפי הדעה (שהבאנו בסעיף 14, פרק שמיני, ד) שבאונאה, אין המאנה זכאי לבטל, זאת משום שאילולא האונאה, המכר היה תקף, ולא ייתכן שירוויח מן האונאה, שבזכותה יוכל לבטל את המכר; אבל כאן, הרי אילו לא כפה אותו, לא היה מכר כלל. הוא מביא ראיה מדברי קצות החושן (להלן, ליד ציון הערה 213), האומר שאם הייתה מודעא, גם הכופה יכול לבטל את החוזה. בפשטות אין מקום לראיה זו, שכן קצות החושן דיבר רק במקום שנמסרה מודעא, שהחוזה בטל וממילא הצד הכופה אינו חייב לקיים את החוזה; אבל כאן, שלא נמסרה מודעא, והחוזה רק ניתן לביטול, ייתכן שזכות הביטול שמורה רק לצד הכפוי.

[212] כגון כפייה להעניק מתנה.

שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק ד, סימן פב, כותב שבמכר בלי מודעא, הכופה אינו זכאי לבטל, כשם שהכפוי אינו זכאי לבטלו.

[213] קצות החושן, סימן רה, ס"ק ו. שו"ת חתם סופר, חלק ז, סימן כה (ד"ה ודאתאן עלה), מסכים לדברי קצות החושן, שאין כאן מכר כלל.

שו"ת בית יצחק (שמלקיש), חו"מ, סימן סד, אות א, מקשה על הנימוק של קצות החושן, אם אחרי המכר מסכים המוכר למכור, וחזר בו מהמודעא, מדוע יוכל הכופה לבטל? הרי במקרה מקביל במקח טעות, המטעה אינו יכול לחזור בו (ראה בשמו בסעיף 14, פרק שלישי, ד). הוא מתרץ, שלעניין מקח טעות, רואים כאילו מכר על מנת שאין פגם בממכר, ואם אחר כך נמצא פגם, הדבר תלוי אם הקונה מקפיד עליו, ואם אינו מקפיד, המכר קיים, ולכן המוכר אינו יכול לבטל אותו; ואילו מודעא אינה כמכר על תנאי, אלא מבטלת את כל עניין המכירה. אבל הוא כותב (באות ב) שאם המודעא הייתה בכתב, אין הקונה הכופה יכול לחזור בו, שהרי מודעא בכתב מועילה רק מטעם תקנת חכמים לטובת הכפוי (כפי שראינו לעיל, הערה 167), וכאן, שהכפוי אינו רוצה לבטל את החוזה, הוא יכול לומר "אי אפשי בתקנת חכמים", וממילא המודעא בטלה והמכר תקף. אבל הוא מעלה אפשרות שמאחר שהתקנה הועילה לחלק מהעדות (אם ירצה הכפוי לבטל), היא מועילה לכל העדות (גם אם רק הכופה ירצה לבטל).

שו"ת חוות יאיר, סימן מ, דן באדם שמסר מודעא, שעקב כפייה הוא עומד להתפשר עם אדם אחר בניגוד לרצונו. לאחר שהושגה הפשרה, רצה מוסר המודעא בקיום הפשרה, ואילו הכופה התחרט ורצה לבטל אותה. הוא פוסק, שהכופה זכאי לבטל את הפשרה, בנימוק שהענקת זכות הביטול לצד הכפוי הופכת את ההסכם לחוזה בטעות עבור הכופה, שהרי הכופה עשה את הסכם הפשרה על דעת שהצד הכפוי אינו יכול לבטלו, שכן הוא לא ידע שנמסרה מודעא, ואילו ידע שהכפוי זכאי לחזור בו בגלל המודעא, הוא לא היה משלם לו על פי הפשרה. לכאורה, היה יכול לנמק בפשטות, כפי שנימק קצות החושן, שהחוזה בטל מעיקרו; כנראה הוא סבור שגם אם נמסרה מודעא, החוזה אינו בטל אלא רק ניתן לביטול; ואכן כך משתמע מלשונו, כפי שציינו לעיל, הערה 204.

פרק אחד־עשר

אזהרה על הפעלת זכות — ס״ק (ב)

א. כללי

ס״ק (ב) קובע סייג, שאזהרת הצד שכנגד, שאם לא יתקשר בחוזה, תופעל נגדו זכות באמצעים שהחוק מקנה לשם כך, אינה נחשבת כפייה. דוגמה לכך היא משכיר המאיים על השוכר שאם הלה לא ישלם את דמי השכירות שהוא חייב לו, הוא לא יחדש את חוזה השכירות, ואף יתבע את השוכר בבית משפט. אם השוכר שילם את דמי השכירות בעקבות איומים אלו, אינו זכאי לבטל את התשלום בטענה שנעשה תחת איומים[214].

מטרתו של סייג זה היא לקדם את האינטרס הציבורי במימוש זכויות על פי האמצעים שהחוק מועיד לשם כך. כלומר, ייתכן שאיום כזה יוצר פגם בגמירת דעתו של המתקשר, ומבחינת שלמות רצונו אין הבדל בין איום זה לבין איום אחר, ובכל זאת החוזה תקף, מפני שהאינטרס הציבורי דורש זאת, במטרה לעודד שימוש נאות בזכויות המוקנות על פי דין[215].

גם במשפט העברי, אזהרה על הפעלת זכות אינה נחשבת כפייה[216]. כך, למשל, פסק ר׳ יוסף

שו״ת לב אהרן, חו״מ, סימן יג, אות טז, מביא ראיה לעניין זה משו״ת מהר״ם אלשיך, סימן עח (הובא בפתחי תשובה, אהע״ז, סימן קנד, סדר הגט, ס״ק לו), שדן במי שאיים על אשתו שאם לא תשליש את כתובתה (ובכך בעצם תמחל עליה), הוא יעגן אותה, והשלישה את כתובתה אחרי מסירת מודעא, ונתן לה גט, ואחר כך טען שגירש על תנאי שתמחל על הכתובה, והרי לא מחלה; והוא פוסק שהבעל היה צריך להעלות על דעתו שהאישה תמסור מודעא, והיה לו להתנות על זה. כנראה, לב אהרן סבור שמהר״ם אלשיך חולק על חוות יאיר, שלפיו, היות שלא ידע הכופה על המודעא, הוא זכאי לבטל את החוזה בטענת טעות.

שו״ת ציץ אליעזר, חלק יב, סימן עה, מביא את נימוקו של קצות החושן ואת נימוקו של חוות יאיר.

דעה חולקת: שו״ת נופת צופים, חו״מ, סימן כג, פסק שלעולם אין הכופה זכאי לבטל את החוזה, גם אם מי שכפו אותו מסר מודעא, ונימוקו: ״היאך יהא חוטא נשכר?!״ (מדבריו עולה שלדעתו, גם אם נמסרה מודעא, החוזה אינו בטל מאליו אלא רק ניתן לביטול, כפי שציינו בדעתו לעיל, הערה 204).

בתשובה לנימוק זה, חוות יאיר, שם, כותב שהכלל ״שלא יהא חוטא נשכר״ אינו חל כשנמסרה מודעא על חוזה שנכרת בכפייה, מפני שאז המכר אינו מתבטל בגלל החטא (הכפייה) אלא בגלל המודעא. אבל קצות החושן, שם, דוחה את דבריו, שהרי גם אם הוא משלם והקונה מסכים, הוא נקרא ״חמסן״, וזה חטא. חתם סופר שם השיב על כך, שאמנם עבר עבֵרה, אבל העבֵרה אינה זו שגורמת לביטול המכר, אלא המודעא היא שגורמת. על ״שלא יהא חוטא נשכר״, ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ׳ 370־372.

[214] יש להעיר, שבדוגמה זו (שאינה מוזכרת בדברי שלו ופרידמן) אין מדובר על התקשרות בחוזה עקב כפייה, אלא על קיום חוזה עקב כפייה (ראה להלן, הערה 228). שלו, דיני חוזים, עמ׳ 336, נוקטת כדוגמה נושה שאיים להפעיל את זכותו בדרכים חוקיות, ובתגובה התקשר החייב בחוזה כדי למנוע זאת. נראה שכוונתה היא שהנושה לא דרש מהחייב להתקשר בחוזה, אלא החייב עשה זאת מעצמו, שהרי אם הנושה דרש מהחייב להתקשר עמו בחוזה אחר, זו כפייה ל״מטרה זרה״ שנחשבת כפייה, כפי שנראה בסמוך.

לפני חקיקת חוק החוזים, הבחינה הפסיקה בין אילוץ ליצור חיוב, לבין אילוץ לקיים חוב קיים: רק בראשון הייתה זכות ביטול. ראה: ע״א 152/59 סוארי נ׳ ברגרמן, פ״ד יד 2354, 2360; ע״א 352/61 זופוביץ נ׳ רייזל, פ״ד טז 1833; ע״א 784/81 שפיר נ׳ אפל, פ״ד לט(4) 149, 154; נ׳ זלצמן, ״אילוץ ביצירת חיוב ואילוץ בגביית חוב״, עיוני משפט ד (תשל״ה), עמ׳ 457; שלו, שם, עמ׳ 333, הערה 39.

[215] שלו, שם, עמ׳ 336.

[216] זאת אפילו לפי הדעה שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 153, שאיום בהפעלת כוח אסור נחשב כפייה; וקל וחומר שהדין כך לפי דעה שהבאנו שם, ששום איום אינו נחשב כפייה.

בן לב[217] ביחס לאדם שאיימו עליו שאם לא יגיע לפשרה, יתבעו אותו לדין. אותו אדם אכן הסכים לפשרה, אך לאחר מכן ביקש לבטל אותה בטענה שהיה כפוי. נפסק שאינו יכול לבטל את הפשרה, שכן האיום של הצד שכנגד היה רק איום להפעיל את זכותו כדין[218].

ב. לשם מטרה זרה

לפי החוק, איום על הפעלת זכות שבדין נחשב כפייה אם הוא נעשה כדי להשיג מטרה זרה[219]. בדוגמה שנקטנו לעיל, אם המשכיר מאיים שאם השוכר לא ימכור לו את מכוניתו, לא יחודש חוזה השכירות, והשוכר ייאלץ לעזוב את מקום מגוריו, יוכל השוכר לבטל אחר כך את חוזה מכירת המכונית.

נראה, שלפי המשפט העברי, אזהרה על הפעלת זכות אינה נחשבת איום אף אם היא נעשית למטרה שונה מזו שלשמה נועדה. הרא"ש נשאל לגבי אישה שלא ילדה לבעלה, ועקב כך בעלה איים עליה שיגרש אותה או שיישא אישה נוספת. בגלל חששה מאיום זה, נאותה האישה למחול לבעלה על זכויותיה הממוניות שבכתובה. לאחר מכן ביקשה האישה לבטל את מחילתה בטענה שמחלה רק עקב האיום של בעלה. הרא"ש[220] דחה את טענתה, ואחד מנימוקיו הוא: "כי בדין היה עושה לישא אישה אחרת לקיים פריה ורביה, והיא שיחדתו בממון למנעו מלישא אחרת"[221]. האיום לא פגם אפוא במחילה על זכויות הכתובה.

[217] שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן צח (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, סימן רה, הגהות בית יוסף, אות כז).

[218] בנידונו, האיום היה לתבוע אותו בערכאות של גויים, שנחשבו אז בעלי כוח הרתעה רב; והפנייה לערכאות של גויים הייתה מותרת בנידונו, מפני שהנתבע סירב לבוא לדין בבית דין יהודי.

[219] ראה פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 946.

[220] שו"ת הרא"ש, כלל לח, סימן ז (הובא בטור, אהע"ז, סימן קיח, בשו"ת מהרי"ק, שורש קעו, בשו"ת בית יוסף, דיני כתובות, סימן ד, במשנה למלך, הלכות אישות, פרק יז, הלכה יט, בשו"ת תורת משה [בן מהרח"ש], חו"מ, סימן יח, ד"ה וכתב הרשב"א, בשו"ת ר' יעקב לבית הלוי, מהד' שצ"ב, סימן סח, דף קמד ע"ג, בשו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן צח, ובשו"ת מהרי"ד (דנציג), חו"מ, סימן מה); שולחן ערוך, אהע"ז, סימן קיח, סעיף יז (הובא בשו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן קלב, ובשו"ת מהרש"ם, חלק ז, סימן יח).

[221] אמנם הרא"ש נותן נימוקים נוספים, אך מן הפוסקים עולה שראו בנימוק זה נימוק העומד בפני עצמו. כך עולה מבאר היטב, אהע"ז, סימן קיח, ס"ק יא, משו"ת מהריט"ץ (להלן, הערה 222), משו"ת שואל ומשיב ומשו"ת נצח ישראל (להלן, הערה 223), שלמדו עיקרון זה מתשובת הרא"ש ופסקו על פיו במקרים דומים. לדיון בנימוקיו האחרים של הרא"ש, ראה: חלקת מחוקק, סימן קה, ס"ק טז, וסימן קיח, ס"ק כ; בית שמואל, סימן קה, ס"ק יד, וסימן קיח, ס"ק יח.

ראה לעיל, הערה 70, שמהרי"ק הבין שהרא"ש סובר כר"י בר ברזילי (שהבאנו שם), שמתנה באונס תקפה, וממילא גם מחילה באונס תקפה.

עוד יש להעיר, שמדברי הרא"ש אין זה ברור האם מחילת הכתובה נעשתה עקב דרישת הבעל, או שמא יזמה זאת האישה ("והיא שיחדתו בממון") כדי לרכך את לב בעלה. אם כאפשרות השנייה, הרי שאין מדובר בחוזה כפוי, שכן הבעל כלל לא דרש את המחילה, וזו כפייה עצמית (השווה לעיל, הערה 94). אלא שהדבר לא מנע מפוסקים מאוחרים יותר (ראה להלן) להקיש מדברי הרא"ש לדינו של חוזה כפוי.

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן יג, מוכיח מהרא"ש שם שמי שמאיים לתבוע את חברו בערכאות, אין זה כפייה, שהרי מי שבעל דינו אלם ואינו יכול להוציאו ממנו בדיני ישראל, רשאי להציל את שלו בערכאות של גויים. אלא שבנידונו לא הייתה מחילה בכפייה, אלא פירעון בכפייה.

ר׳ יום טוב צהלון[222] הסתמך על פסק זה, כשנשאל בדבר אדם שאוים שאם לא יתחייב כערב על חובו של אדם מסוים, הוא יידרש לפרוע חוב שלו על אתר, ואם יתחייב כערב, יקבל דחייה לפירעון חובו. הוא פוסק, שהיות שהמאיים ״בדין תובע חובו״, הדבר אינו נחשב כפייה[223].

ג. ״בתום לב״

יש שהסיקו[224] מלשון החוק, ״אזהרה בתום לב״, שגם אם המאיים סבר שהוא מאיים בהפעלת זכות שיש בידו, בעוד שלמעשה הוא טעה, ולא היה רשאי לעשות מה שאיים לעשות, הדבר אינו בגדר כפייה. כלומר, לא דרוש שהזכות אכן תהיה בידו, אלא די שיסבור בתום לִבו שהיא בידו.

ייתכן שכאן דווקא המשפט העברי נוקט גישה מצמצמת יותר, שכן, בניגוד לחוק, שהעיקרון המנחה בו הוא קידום אינטרס ציבורי של שימוש בזכויות[225], אינטרס שאכן כולל גם מצב שבו אדם סבור בתום לב שיש בידו זכות (אף שלאמתו של דבר אינה בידו), הרי לפי המשפט העברי, העיקרון המנחה הוא לגיטימציה לשימוש בזכות כדין. כך עולה מן הפוסקים שהבאנו לעיל[226], שאמרו שכל איום בהפעלת זכות כדין, ואפילו נעשה למטרה זרה, אינו בגדר כפייה, משום שהמאיים זכאי להפעיל אותה. מדבריהם אפשר להסיק, שאם צד אחד הזהיר את הצד השני שיפעיל נגדו זכות, בחָשבו בתום לב שהזכות בידו, אך אין הדבר כן למעשה, הצד הכפוי זכאי לבטל את החוזה.

[222] שו״ת מהריט״ץ, סימן קמה (הובא בחוק לישראל, ערבות, עמ׳ 116).

[223] כמו כן, בשו״ת שואל ומשיב, מהדורא ג, חלק ג, סימן קס (ד״ה והנה בשנת תרי״ז), נשאל על אדם שהדפיס סידור מיוחד ומכר את זכויות ההדפסה לראובן, ולאחר מכן מכר את הזכויות לשמעון. כשהחל שמעון להדפיס את הסידור, תבע אותו ראובן בערכאות של גויים, והם אסרו על שמעון להדפיס את הסידור. שמעון התפשר עם ראובן ונתן לו ממון רב, כדי שיתן לו רשות להדפיס את הסידור; אבל תחילה מסר מודעא בפני עדים, שהוא נותן את הממון מתוך כפייה, שראובן תבע אותו בערכאות של גויים. המשיב פסק על פי הרא״ש, שאין כאן אונס, כיוון שמן הדין היה אסור לו להדפיס את הספר, שהרי הזכויות נמכרו לראובן בתחילה. והוא קובע כלל: ״דכל שעל פי דין מגיע לו הזכות, אין זה מיקרי אונס״. גם בשו״ת נצח ישראל, סימן יח, פסק בדומה לכך על סמך תשובת הרא״ש.

דוגמה נוספת: ר׳ שמעון בר׳ שלמה, בשו״ת יכין ובועז, חלק ב, סימן מח, דן באישה שמחלה על ערבותו של מי שערב לה על כתובתה, אלא שמחלה מחמת כפייה, שאמר לה ״אם לא תמחלי על הערבות, לא אוריש לבנך בנכסי״, ופוסק שהמחילה מועילה, מפני שאיום זה אינו אונס, מפני שכל אדם רשאי להוריש את נכסיו למי שלבו חפץ.

ייתכן שנימוקו של המשפט העברי כאן הוא, שהצד הכפוי אינו מפסיד מן הכפייה, שכן בלאו הכי היה הצד השני זכאי לאכוף נגדו את הזכות (שהוא איים לאכוף אותה), ואם כן, הדבר דומה למכר בכפייה, שהוא תקף מפני שהצד הכפוי אינו מפסיד מן הכפייה ולכן יש לו גמירת דעת, כפי שראינו לעיל, פרק רביעי, ב. אלא שנימוק זה אינו קיים במצב שהכפוי מסר מודעא, שהרי גם מכר בטל אם מסר המוכר מודעא (כפי שראינו לעיל, פרק תשיעי, ב), ואילו שואל ומשיב שם עוסק במצב שמסר מודעא, ובכל זאת פסק שהעסקה תקפה.

[224] ע״א 784/81 שפיר נ׳ אפל, פ״ד לט(4) 149, 154; שלו, דיני חוזים, עמ׳ 337.

[225] כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 215.

[226] לעיל, ליד ציוני הערות 220־223.

ד. הפעלת זכות בכפייה

לשון החוק היא, שאזהרה על הפעלת זכות אינה בגדר איום. מכאן יש להסיק[227], שאם הזכות הופעלה בכפייה על ידי בעל הזכות, שלא באמצעים שהועיד לכך החוק, ועקב כך התקשר הכפוי עמו בחוזה, זכאי הצד הכפוי לבטל את פעולתו. לדוגמה, אם אדם התחייב למכור את מכוניתו לאחר, ואחר כך סירב למָכרה לו, והצד שכנגד כפה עליו באמצעים פיזיים לקיים את החוזה, המכירה נחשבת כפויה, והמוכר זכאי לבטל אותה. אף שזו זכות חוקית של הקונה, החוק אוסר לממש אותה בדרכים אלימות[228].

אשר לעמדת המשפט העברי בשאלה האם פעולה כזאת נחשבת ככפייה, נראה שהדעות חלוקות. המשנה[229] קובעת, שאם בעל חייב על פי דין לגרש את אשתו, אך הוא מסרב לגרש אותה, יכול בית הדין לכפותו לעשות כן. התלמוד מסביר שהגט תקף למרות הכפייה, שכן "מצוה לשמוע דברי חכמים"[230]. ונחלקו אמוראים[231] בדינו של הגט, אם הכפייה נעשתה על ידי גויים. רב משרשיא סבור, שמן התורה, גט כזה תקף, אלא שחכמים פסלו את תוקפו של הגט[232]. לפי דעה אחרת (סתמית) בסוגיה, הגט בטל מן התורה[233], אלא שחכמים גזרו שהאישה

[227] ראה שלו, דיני חוזים, עמ' 338.

[228] יש להעיר (כמו לעיל, הערה 214) שבדוגמה זו אין מדובר בהתקשרות בחוזה עקב כפייה אלא בקיום חוזה עקב כפייה, ובכל זאת חלה כאן הוראת ס"ק (א), שהפעולה ניתנת לביטול. נראה שהטעם לכך הוא שהוראות חוק החוזים חלות (בשינויים המחויבים) גם על חיובים שאינם בגדר חוזה, כאמור בסעיף 61(ב).
עם זאת, בתנאים מסוימים מתיר החוק לאדם לעשות דין לעצמו כדי להגן על אינטרסים רכושיים שלו. על עשיית דין עצמית במשפט העברי ראה: ידידיה דינרי, "עביד איניש דינא לנפשיה", דיני ישראל ד (תשל"ג), עמ' 91; שמשון אטינגר, העושה דין לעצמו במשפט העברי, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, ירושלים תשמ"ב; אב"י ונגרובר, "עביד איניש דינא לנפשיה — על העושה דין לעצמו", משפטי ארץ א (תשס"ב), עמ' 357; ר' יועזר אריאל, "תובע העושה דין לעצמו", תחומין כח (תשס"ח), עמ' 193; חוק לישראל, נזיקין, עמ' 112-119.

[229] גיטין פח ע"ב; ערכין כא ע"א.

[230] קידושין נ ע"א; בבא בתרא מח ע"א. אפשר להסביר כלל זה כקובע חזקה שאדם מעוניין לקיים את חיוביו המשפטיים-דתיים, ועל כן אין להתחשב בהתנגדותו למתן הגט. ראה: רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה כ; שו"ת הרמב"ם (מהד' בלאו), סימן קצו. ייתכן גם להסביר, שקיום החיוב המשפטי המוטל עליו שקול כקבלת תמורה בעד הפעולה, ושעל כן זו נחשבת כפייה לחוזה בתמורה. ראה תוספות, בבא בתרא מח ע"א, ד"ה אילימא. ראה גם: חידושי הרשב"א, קידושין נ ע"א, ד"ה הא דאמרינן; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רצח; שו"ת הרי"ד, סימן כב; שו"ת מהריט"ץ, סימן מ. ליחס בין שני הסברים אלו, ראה שו"ת חתם סופר, חלק ז, סימן כה, ד"ה ושיטת רמב"ם. ייתכן שיש נפקות ביניהם לגבי מי שידוע שאינו מעוניין לקיים את חיוביו המשפטיים-דתיים. ראה: אור שמח, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה כ; שו"ת עונג יום טוב, סימן קסז, הגהה, ד"ה ומש"כ, וסימן קסח, ד"ה אולם נ"ל; שו"ת עבודת הגרשוני, סימן לט; בירור הלכה, גיטין פח ע"א, ציון א, פרק א.

[231] גיטין פח ע"ב.

[232] הטעם לכך הוא חברתי: "שלא תהא כל אחת ואחת הולכת ותולה עצמה בגוי, ומפקעת עצמה מיד בעלה".

[233] לכאורה, לאור מה שראינו לעיל, הערה 230 — שאם בית דין כפו על בעל לגרש את אשתו, והוא חייב לגרשה, הגט כשר מפני שזהו רצונו האמתי — הגט היה צריך להיות כשר מאותה סיבה גם אם גוי כפה עליו; ומדוע דעה זו פוסלת את הגט? אפשר להבין זאת על פי שו"ת היכל יצחק, אהע"ז, חלק א, סימן א, אות כב, שהסביר מדוע אביי, בגיטין שם, חשב שאם בית דין שאינו סמוך כופה בעל לגרש, הגט פסול: "שאין לבו ודאי נכנע אלא אם הוא יודע שני דברים: שהדין מצווה עליו ליתן גט, ושמכים אותו עפ"י דין התורה ורז"ל". אף כאן, אין לו רצון פנימי לגרש אם מי שמכריח אותו אינו מוסמך לכך.

תיחשב גרושה לחומרא, להיות אסורה לכהן, מחשש שמא הרואים יתירו לכהן אישה שבית דין כפה על בעלה לגרש אותה כדין.

פוסקים רבים הכריעו[234] כדעה השנייה, שהרי התלמוד עצמו קובע[235]: ״הא דרב משרשיא בדותא הוא [=דין רב משרשיא אינו נכון]״. נראה שלפי דעתם, אם אדם (ולא בית הדין) כפה על אדם אחר לקיים חיוב כלשהו שהוא חייב בו, הוא זכאי לבטל את הפעולה, כיוון שזו הייתה כפייה אסורה[236].

אך הרמב״ם פסק[237] כרב משרשיא, וייתכן שלפי הרמב״ם, כשם שגט כפוי על ידי גוי כשר מן התורה, אף שהכפייה לא נעשתה בדרך הראויה, ובלבד שהדין מחייב את הבעל לתת את הגט, כך גם פעולות משפטיות אחרות שאדם חייב לעשותן, והצד שכנגד כפה את עשייתן עליו, אינן נחשבות כפויות[238]. אף כאן יש לומר כלשון הרמב״ם שם[239]: ״שאין אומרין אנוס אלא למי שנלחץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחוייב מן התורה לעשותו, כגון מי שהוכה עד שמכר או נתן; אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצוה או לעשות עבירה, והוכה עד שעשה דבר שחייב לעשותו... אין זה אנוס ממנו, אלא הוא אנס עצמו בדעתו הרעה״.

פרק שנים־עשר

סיכום

מי שכפו אותו לכרות חוזה, יש לו גמירת דעת להתקשרות, אלא שזו גמירת דעת פגומה.

[234] ראה למשל: חידושי הרמב״ן, בבא בתרא מח ע״א, ד״ה גט המעושה; בית הבחירה, גיטין פח ע״ב, ד״ה ולמדת; טור, אהע״ז, סימן קלד; בית יוסף, שם.

[235] גיטין שם.

[236] אלא שאפשר לעשות הבחנה: דווקא בגט, שהוא עניין איסורי, והוא פסול אם נעשה בכפייה, הוא פסול אם גויים כפו על הבעל לגרש, אף אם הוא חייב מן הדין לגרש. לעומת זאת, בפעולה משפטית ממונית, מי שחייב לעשות פעולה מסוימת, ועשה אותה מתוך כפייה אסורה, אין טעם לבטל את הפעולה, כיוון שבלאו הכי יצטרך למלא את חיובו מרצון.

ראה עוד לעיל, הערה 48, שבאר יצחק כותב שנושה שהכריח את החייב לתת לו קרקע מסוימת בפירעון חובו, הגבייה בטלה.

[237] רמב״ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה כ. על הדעות השונות במחלוקת זו, ראה בירור הלכה (לעיל, הערה 230), פרק ג.

[238] כלומר, אם נעשה כך בדיעבד, אך ודאי שלכתחילה אין לעשות כן. ואמנם בגט גזרו חכמים לפסול גט כזה, אבל לא מצאנו גזֵרה כזאת בפעולות משפטיות אחרות.

גם בספר והוכח אברהם (חלימי), פרשת משפטים, דף נז ע״ב־ע״ד, כותב שהרמב״ם אומר שאם כפו אותו בדבר שהוא חייב בו, כגון אב שכפה על בנו לכבדו, אין זה בגדר כפייה. דרש אברהם (אשכנזי), פרשת משפטים (פה ע״ד), מבאר על פי זה שמה שה׳ כפה עלינו הר כגיגית במתן תורה (שבת פח ע״א) אינו נחשב כפייה, מפני שכל מה שיש לנו הוא משלו, ואם כן אנחנו חייבים לקיים את המצוות מדין כיבוד אב. אבל שו״ת לחם רב, סימן קעט, פוסק שאב שהִכה את בתו ופצע אותה כדי לאלצה למחול לו על חלק מחובו כלפיה, המחילה בטלה מטעם כפייה, ואין אומרים שמחלה בדין מטעם כיבוד אב, מפני שבן אינו חייב להפסיד ממון כדי לכבד את אביו.

[239] רמב״ם, שם.

לפי המשפט העברי, חוזה כפוי אמנם ניתן לביטול, אלא שאם מי שכפו עליו לכרות חוזה קיבל את מלוא התמורה[240], אין רואים את החוזה כחוזה כפוי, וההוזה תקף. אך אם קיבל תמורה חלקית בלבד[241] (או שכלל לא קיבל תמורה), החוזה הכפוי ניתן לביטול.

גם אם קיבל תמורה, מאפשר המשפט העברי לצד הכפוי לבטל את החוזה מראש על ידי גילוי דעתו לפני עשיית החוזה, שהוא עושה כן מחמת כפייה ("מסירת מודעא"). מסירת המודעא משמשת כלי מרכזי בהתגוננותו של הנפגע מפני הכפייה[242]. מאחר שלכריתת חוזה בלא תמורה דרושה גמירת דעת שלמה יותר מלחוזה בתמורה, תנאיה של מסירת מודעא על חוזה בלא תמורה קלים משל מסירת מודעא על חוזה בתמורה[243].

החוק מבחין בין כפייה על ידי הצד השני, או על ידי אחר מטעמו, שבה החוזה ניתן לביטול, לבין כפייה הנעשית על ידי אדם שלישי, שבה החוזה אינו ניתן לביטול. לעומת זאת, לפי המשפט העברי, הצד הכפוי זכאי לבטל את החוזה גם בכפייה מסוג זה, מפני שגמירת דעתו נפגמה, אף שלא הייתה אשמה מצדו של הצד השני לחוזה.

אם הייתה כפייה עצמית גרידא, היינו שאדם חש מעצמו הכרח להתקשר בחוזה עקב נסיבות שנוצרו בלי שהצד האחר כפה עליו לכרות חוזה ("אונסא דנפשיה"), החוזה תקף[244].

כפייה שהופעלה על אחרים, במטרה לשכנע את הצד שכנגד להתקשר בחוזה, אינה נחשבת כפייה. אלא שיש כמה פוסקים האומרים שאם הכפייה הופעלה כלפי קרובו של הצד לחוזה, זו נחשבת כפייה.

פגיעה בנכסים נחשבת כפייה.

לגבי איום, נחלקו הפוסקים האם הוא ככפייה, ונראה שהלכה למעשה יש לפעול "לפי ראות עיני הדיינים"[245].

חוזה כפוי שאינו תקף ניתן לביטול, אך אינו בטל מעצמו. רק אם מסר הנפגע מן הכפייה מודעא מראש, בטל החוזה מעצמו. הבחנה דומה קיימת לגבי זכותו של הצד הכופה לבטל את החוזה: אם הצד הכפוי לא מסר מודעא, אין לצד הכופה זכות לבטל את החוזה; ורק אם הלה מסר מודעא, זכאי הצד הכופה לבטל את החוזה.

אזהרה על הפעלת זכות אינה נחשבת במשפט העברי כפייה, אף אם האזהרה נעשתה במטרה לכפות התקשרות בחוזה אחר, שאינו קשור לאותה זכות. זאת בניגוד לחוק, המתְנֶה זאת בכך שהאזהרה על הפעלת הזכות תיעשה לשם אכיפת אותה הזכות[246].

נחלקו הפוסקים בשאלה, האם אכיפת זכות בכפייה שלא באופן המותר נחשבת כפייה[247]?

[240] לגבי דינן של הדרכים השונות לתשלום התמורה, כגון מסירת שטר חוב, מחילה על חוב וכדומה, ראה לעיל, ליד ציון הערה 40 ואילך.

[241] כך לפי רוב הפוסקים. ראה לעיל, ליד ציון הערה 75.

[242] ראה לעיל, ליד ציון הערה 171.

[243] ראה לעיל, ליד ציון הערה 195.

[244] ראה לעיל, ליד ציון הערה 87.

[245] ראה לעיל, ליד ציון הערה 159.

[246] כפי שאמרנו לעיל, ליד ציון הערה 224, אם המאיים מזהיר על הפעלת זכות שבידו, אך למעשה הוא טועה, ואין בידו זכות כזאת, החוק אינו רואה בכך כפייה, אבל ייתכן שהמשפט העברי רואה בכך כפייה.

[247] ראה לעיל, ליד ציון הערה 234 ואילך.

פרק שלושה־עשר

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

כפיה

17. (א) מי שהתקשר בחוזה עקב כפייה שכפה עליו אדם אחר בכוח[248], ולא קיבל את מלוא התמורה, רשאי לבטל את החוזה.

(ב) מי שהתקשר בחוזה עקב כפייה וקיבל את מלוא התמורה, אינו זכאי לבטל את החוזה; אבל אם קודם כריתת החוזה הודיע שהוא עושה כן מחמת כפייה, החוזה בטל.

(ג) אזהרה על הפעלתה של זכות אינה בגדר כפייה לעניין סעיף זה.

נספח ראשון

פשרה כפויה

א. הסוברים שדינה כמכר

הרמב"ם[249] ושולחן ערוך[250] כותבים שפשרה דינה כמכר לעניין כפייה.

[248] השמטנו את המילים "או באיום", מפני שאיום אינו בגדר כפייה לפי חלק מן הפוסקים. ראה לעיל, ליד ציון הערה 152.

[249] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ג (הובא בשו"ת שארית יהודה, טאיטאצאק, דף, פב ע"ב).
שו"ת לחם רב, סימן קעח וסימן קעט, ושו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק א, סימן עא (ד"ה דהנה בענין), כותבים שהרא"ש מסכים לרמב"ם שפשרה כמכר. אבל ראה להלן, הערה 261, שיש שכתבו שלדעת הרא"ש, פשרה כמתנה. על דעת הרא"ש בשאלה זו, ראה שו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן יז (השני), דף לח ע"ג־לט ע"א.
שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן לא, כותב על פי הרמב"ם, שגם אם בסופו של דבר קיבל התובע רק חלק מועט מתביעתו במסגרת הפשרה, דינה כמכר, כיוון שהייתה אפשרות שהמפשר יחייב את שכנגדו יותר; ובמיוחד אם התביעה לא היתה ברורה, שאז יש להניח שהסכים לפשרה מחשש שתידחה תביעתו לגמרי.
בית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף יב (הובא בשו"ת כרם שלמה (אמרליו), חו"מ, סימן יח, דף קל ע"ד), וסמ"ע, סימן רה, ס"ק ט, כותבים שפשרה כמכר גם לעניין נתבע שכפו עליו להתפשר, מפני שהיה עלול להפסיד בדין ולהתחייב לשלם את כל התביעה, ובזכות הפשרה הוא מתחייב לשלם רק חלק ממנה, ולכן הוא חייב לשלם את מה שהתחייב במסגרת הפשרה, גם אם הוא נכפה להסכים לה. אבל ר' שלמה חסון, בשו"ת מקור ברוך (קלעי), דף פז ע"א, כותב ("לולא דברי בית יוסף") שמה שכתב הרמב"ם שפשרה כמכר הוא רק לגבי התובע, ולא לגבי הנתבע, שהרי מי שמוחל מפני שהחייב מעכב נכסים שלו, מחילתו נחשבת כמתנה, והיא בטלה בגלל הכפייה, אף שהוא מרוויח שחברו מחזיר לו את הנכסים כתוצאה מן המחילה, וכל שכן כאן, שהרווח שלו מהפשרה הוא רק שלא יצטרך לשלם את כל התביעה. ראה עוד לעיל, ליד ציון הערה 48, שמחילת חוב אינה נחשבת תמורה במכר לעניין זה, והרי מה שהנתבע מרוויח מהפשרה הוא רק שהתובע מוחל לו על חלק מחובו. שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק א, סימן עא (ד"ה וזה דלא), כותב שלפי הדעה שמי שכפו עליו לקנות, הקנייה בטלה (ראה לעיל, ליד ציון הערה 50), נתבע שכפו עליו להתפשר, הפשרה בטלה, שכן למעשה כפו עליו להוציא כסף כדי "לקנות את התביעה".
על פשרה כפויה, ראה: שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן ז (דף יא ע"א־ע"ד, יב ע"ד); רבצמ"ח עוזיאל, השופט והמשפט, שער יב, פרק כז; פד"ר, כרך ד, עמ' 284־286.

[250] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף ו.

בפשטות עולה מדבריהם, שתובע המוחל על חלק מהחוב במסגרת פשרה, כדי לקבל את שאר החוב, ועשה זאת מחמת כפייה[251], דינו כמוכר בכפייה. ויש לכך שתי השלכות עיקריות:

(א) כמו שמכר בכפייה תקף אלא אם כן מסר מודעא מראש, כך גם מחילה חלקית שבפשרה תקפה גם אם נעשתה בכפייה, אלא אם כן מסר מודעא[252].

[251] הכוונה היא שהייתה כפייה מעבר לחששו שאם לא יסכים לפשרה, יפסיד הכול. לשאלה אם חשש זה עצמו נחשב כפייה, ראה להלן, ד.

[252] שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, סימן רמו (הובא בשו"ת מהרי"ק, שורש קפו), כותב שאם לווה נשבע לפרוע חוב בזמן מסוים, וכשהגיע הזמן, הכריח השליט הנכרי את המלווה להאריך את הזמן, והמלווה מסר מודעא על כך, הארכת הזמן בטלה גם אם נתן למלווה קצת כסף בתמורה. שו"ת סם חיי, סימן כה (נג ע"א), מדייק מדבריו שכיוון שקיבל קצת כסף, דינו כמכר, ובטל רק אם מסר מודעא. הוא מדייק גם בלשון הרשב"א שם, "וכל דליכא זוזי, מחילה ומתנה באונס לאו כלום הוא", שאם קיבל קצת כסף ומחל סכום יותר גבוה, דינו כמכר. אבל הוא דוחה (בדף נג ע"ג) את ההוכחה, ששם דינו כמכר, משום שהלווה נתן למלווה קצת כסף מעבר לדמי החוב, והכסף בא מכיסו של הנותן (והחוב המקורי נשאר בשלמותו! שאם לא כן, הכסף יוצא מכיס אחד ונכנס לכיס אחר), מה שאין כן אם נתן לו מקצת דמי חובו, שאז לא נהנה המוחל כלום. הוא מעיר (בדף נג ע"א) ששו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רצח (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף יב), אומר שאישה שמחלה מקצת כתובתה לבעלה מחמת כפייה, המחילה בטלה גם בלי מודעא, מפני שאין לה גמירת דעת למחול, שהרי הכסף שהיא מקבלת הוא כסף שלה. על הסתירה בין תשובות הרשב"א, ראה שו"ת ר' יעקב לבית הלוי (מהד' שצ"ב), סימן סז (קלט ע"ג) וסימן סח (קמג ע"ד).

סם חיי, סימן כז (נח ע"ג), דוחה את הראיה משו"ת הרשב"א המיוחסות, שם, שמדובר בכגון שכפו על שמעון למחול על סכום מסוים שיטול ראובן מנכסיו של שמעון (ומוכיח שמועילה לשון מחילה בשמעון שמוחל לראובן אם ראובן ייטול דבר קצוב מנכסי שמעון, מתשובת הרשב"א המובאת בבית יוסף, חו"מ, סימן רמא, מחודש ב, על "מה שתטול מנכסי", שאומר שמועילה לשון מחילה במי שמוחל לחברו מה שיטול מנכסיו), וקיבל שמעון קצת כסף מראובן הנמחל "בתמורה" למחילה, שכיוון שהכסף הוא "מממונם" (כלומר, הכסף שהוא מקבל אינו קשור לכסף שהוא מוחל עליו), יש לו גמירת דעת למחול; אבל אם קיבל מקצת דמי החוב ומחל על שארית החוב, אין לו גמירת דעת למחול, מפני שאין כאן תמורה, אלא מקצת החוב נפרע ומקצת החוב נמחל בכפייה.

ר' יעקב לבית הלוי, שם, דף קלט ע"א (הובא בשו"ת סם חיי, סימן כה, דף נג ע"ג), מפרש שלפי הרמב"ם פשרה כפויה כמכר לעניין שאינה בטלה בלי מודעא, מפני שגם במקצת הכסף, יש לו גמירת דעת.

ר' שם טוב אבא, בשו"ת סם חיי, סימן כו (נו ע"ב), מסתמך על שו"ת הרשב"א המיוחסות, שם, שכתב שאם המוחל קיבל כסף, אפילו מתוך החוב שבלאו הכי היה חייב לו, יש לו גמירת דעת למחול. אשר לתשובת הרשב"א על המוחלת חלק מכתובתה, הוא מסביר ששם המחילה בטלה מפני שבשעת המחילה לא קיבלה כלום, שהרי מדובר בשמחלה בשעה שהייתה נשואה. והוא משווה זאת למה שהרא"ש (שלא מצאנו; ראה לעיל, הערה 75, שיש דעה יחידאית כזאת) אומר שבמכר בכפייה, גם אם נתן פחות משווי הקרקע, המכר תקף, וזאת אף שאסור לכפות על אחר למכור לו נכס במחיר נמוך, ואף על פי כן אומרים שגמר בדעתו למכור, ומוחל על שאר דמי הנכס. הוא כותב (בדף נו ע"ג) שהמוחזק יכול לומר "קים לי" כשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שלד וסימן תיט, האומר שכל מי שהתפשר וקיבל כסף, דין פשרתו כמכר, והיא תקפה אם לא מסר מודעא. הוא מבדיל בין חיוב ברור לחיוב שאינו ברור, ובכל זאת כתב שהמוחזק יכול לומר "קים לי" כדעה שכל מתפשר שקיבל כסף, דין פשרתו כמכר, גם אם החיוב היה ברור.

שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן טז (רב ע"א), נוקט שהמוחל במסגרת פשרה שעושים דיינים, מחילתו בטלה רק אם מסר מודעא, כמו מכר, שהרי מחילה זו שונה ממחילה רגילה בכך שהיא צריכה קניין. הוא נשאל על אלמנה שהייתה ניזונית מנכסי בעלה, והיתומים רצו שתיטול את כתובתה, כדי שתפסיק לקבל מזונות מנכסי בעלה, אבל דרשו שתישבע, ככל אלמנה הגובה כתובה, שלא נפרעה עדיין; והיא לא רצתה להישבע, והתפשרו, ונתנה ליורשים סכום מסוים בתנאי שימחלו לה על חיובה להישבע. הוא פוסק (בדף רב ע"ג)

מכך נובעת עוד נפקות: שאם מסר מודעא, ואחר כך ביטל אותה, כמו שבמכר ביטול המודעא מקיים את המכר, כך גם במחילה חלקית שבפשרה, המחילה תקפה אם ביטל את המודעא. וכך אמנם פסק מהרשד"ם, שביטול מודעא מועיל כאן, גם אם ידוע שהיה כפוי[253].

על פי הרמב"ם והבית יוסף (לעיל, הערה 249), שמחילתם על חיובה להישבע תקפה, שהרי אילו רצתה, לא הייתה תובעת את כתובתה, והייתה ממשיכה לקבל מזונות, ולכן הסכימו לפשרה, והם גומרים בדעתם למחול לה על חיוב השבועה, במיוחד לאור העובדה שתביעתם היא בספק, מפני שאינם יודעים האם לקחה מנכסי הבעל יותר מן המגיע לה, ולכן מחילתם על חיובה להישבע אינה ויתור כל כך משמעותי. הוא מוסיף לנמק, שהם לא היו כפויים להתפשר, מפני שיכלו להמתין ולתבוע ממנה להישבע. נראה שכוונתו היא, שאף שאילו המתינו, היו צריכים לשלם מזונות בינתיים, זה בגדר כפייה עצמית, שאינה נחשבת כפייה.

שו"ת קרני ראם (אנקאווא), סימן סט, כותב שאישה שמחלה לבעלה על כתובתה כדי שייתן לה מזונות, זוהי מכירה, ולכן גם אם הייתה בכפייה, היא תקפה, כיוון שמכר בכפייה בטל רק אם הייתה מודעא. וזה כדעת מהרשד"ם. אבל ייתכן שבשני המקרים הללו יסכים הרשב"א, מפני שהתמורה שקיבל המוחל אינה חלק מהחיוב המקורי.

[253] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מד. בנידונו, ראובן מחל לשמעון על חובותיו, כדי שחבריו של שמעון יסכימו להחזיר לו (לראובן) משכון שנתן להם. הוא מעלה אפשרות (נקודה זו הובאה בשו"ת מגן דוד (גיג'), אהע"ז, סימן א, דף כ ע"א), שהיות שחברי שמעון היו יכולים שלא לתת את המשכון לראובן עד שימחל לשמעון, דין המחילה כדין מכר; אבל הוא מדייק משו"ת מהרי"ק, שורש קיח, שדינה כמתנה, מפני שמה שחברי שמעון עיכבו את משכונו היה שלא כדין, והיו חייבים להחזיר לו, כיוון שפרע לו כל מה שהיה חייב לו על המשכון; ומאחר שספק האם הוא כמכר או כמתנה, ובנידונו הייתה שבועה במחילה, החמיר כדעה שמועיל ביטול מודעא אפילו במתנה (רבנו יונה, המובא בנימוקי יוסף, בבא בתרא כא ע"א, בדפי הרי"ף, ורבותיו), ובמכר, רבים סוברים שמועיל ביטול מודעא.

ר"ח עשאל, בשו"ת סם חיי, סימן כה (נג ע"ג), כותב שמהרשד"ם שם מסופק בשאלה זו. ר' שם טוב אבא, שם, סימן כו (נו ע"ב), דוחה את ראיית מהרשד"ם ממהרי"ק, מפני שבנידונו של מהרי"ק, ראובן נתן לשמעון שעבודים כדי להוציא מידו מה שהיה חייב לו, ולכן אומר מהרי"ק שחיוב ראובן בשעבודים בטל, כיוון שלא נהנה תמורתם, אלא רק קיבל את הכסף שהיה מגיע לו, והיה מוחזק.

כמו כן, שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שלד (הובא בשו"ת סם חיי, סימן כה, דף מג ע"ג), כותב שאם קיבל המוחל כסף, גם אם אין סכום הכסף שקיבל שקול להנאת המחילה, דינה כמכר, לעניין שמועיל ביטול מודעא גם אם הכפייה ידועה. הוא מביא לכך ראיה מרשב"ם, בבא בתרא מ ע"ב (ד"ה גלוי), שכתב "דכיוון דאינו מקבל ממון במתנה" כו'; ומרמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ג, שכתב שפשרה היא מכר; ומשו"ת מהרי"ק, שורש קפה, שכתב "וכל דליכא זוזי, מחילה ומתנה באונס אינה כלום". הוא מוכיח משו"ת הרא"ש, כלל עב, סימן ה, שאם נתבע מסרב לפרוע בגלל תביעה שיש לו על התובע או בגלל איזה טעם שאינו ידוע לנו, מפני שאפשר שיש לו דין, ובגלל זה התפשר עמו התובע, אין זה נחשב כפייה, והמחילה תקפה. שו"ת סם חיי, סימן כה (נג ע"ג), דוחה ראיה זו מהרא"ש, בכך שהרא"ש השווה פשרה למכר רק לעניין שצריך שיהיה ידוע שהייתה כפייה, אבל לא שצריך מודעא.

כמו כן, שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תיט, כותב שמועיל ביטול מודעא בפשרה, במי שהתפשר מפני שהנתבע היה בורח ממנו ולא היה יכול להוציא ממנו כלום, שהרי לדעת ר"י ורבותיו וריב"ם בהגהות אשרי, בבא בתרא, פרק ג, סימן לב, אפילו במתנה בכפייה מועיל ביטול המודעא; ועוד שכאן אינו מתנה, שהרי שו"ת הרא"ש, כלל עב, סימן ה, כתב שזה מכר, שאם לא כן בטלות כל הפשרות והמחילות; וכן מוכח מהרמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ג, שמחילה כמתנה רק אם הנמחל אינו מקבל דבר, ופשרה כמכר מפני שהתובע מקבל קצת מתביעתו, ובשביל זה מוחל על השאר, וזה כדעת הרא"ש; ולכן אם התובע קיבל קצת מהכסף שתבע, מועיל ביטול המודעא לקיים את הפשרה, כיוון שהיא כמכר, ובמכר מועיל ביטול מודעא; ועוד, שבשו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רעח, על תובע שחשב שלא תהיה לו ראיה, ולפיכך מחל מעט וגבה מעט, הביא "מקצת גדולים" שאומרים שגומר בעתו למחול גם תמורת כסף כל שהוא.

שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן כח, עוסק במשודכים, שהחתן המיועד היה חייב כסף לאבי הכלה, ואיים

(ב) כשם שבמכר, אם מסר מודעא מראש, שבה הוא מודיע שהוא מוכר רק מתוך כפייה, המודעא אינה מועילה אם לא ידוע לעדים שהוא אכן היה כפוי[254], כך הוא הדין גם במחילה חלקית שבפשרה[255].

כך פסק מהרשד"ם[256] בעניין זה: הוא נשאל על ראובן, שהיה חבוש בבית סוהר בגלל נושיו הנכרים, והיה זקוק לכסף לשלם לנושיו כדי להשתחרר; ושמעון היה חייב כסף לראובן, אבל ראובן לא היה יכול לכוף את שמעון לשלם, שהרי היה כלוא, ושמעון התנה את הסכמתו לפרוע לו חלק מחובו בכך שראובן ימחל לו על השאר, וראובן הסכים. מהרשד"ם פוסק שהמחילה תקפה אפילו מסר מודעא, מפני ש"אגב זוזי גמר ומקנה", שהרי מחל קצת ומקבל קצת, והייתה כאן רק כפייה עצמית, שאינה נחשבת כפייה[257].

שלא יישא את בתו לאישה אם לא ימחל לו על החוב. הוא מעלה אפשרות שזה נחשב מכר ולא מתנה, כמו שכתב שו"ת מהרי"ק, שורש קפה, שאין צורך שהנאתו תהיה שווה למה שנתן לו חברו תמורתו, ואם כן, מועיל ביטול מודעא.

שו"ת סם חיי, סימן כה (נג ע"ג), פוסק כמהרשד"ם, שמועיל ביטול מודעא בפשרה, מפני שיש דעה שגם במתנה מועיל ביטול מודעא. אבל הוא חולק על מה שכתב מהרשד"ם שגם לדעת הרא"ש (שסובר שבמתנה לא מועיל ביטול מודעא) מועיל ביטול מודעא מפני שפשרה כמכר.

שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן כג, כותב שאם ביטל את המודעא, אבל לפני כן מסר מודעא על הביטול, הפשרה בטלה; ואף שלרא"ש במצב כזה המודעא בטלה, מכל מקום אין לצרף את דעתו לדעת הרמב"ם, האומר שפשרה כמכר, מפני שאולי הרא"ש סובר שפשרה כמתנה, שאם הכפייה ידועה, המתנה בטלה גם אם לא מסר מודעא.

[254] כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 177.

[255] כך הסבירו הגהת מהר"ע (ר' עוזר מקלימנטוב), על באר היטב, חו"מ, סימן רה, ס"ק י (הובא בשו"ת מנחת אלעזר, חלק ג, סימן לא), ושו"ת סם חיי, סימן כה (נג ע"ב-ע"ג, נד ע"א), שהרמב"ם, בא לומר שאם הכפייה אינה ידועה, אין תוקף למודעא. בפשטות, גם דברי שולחן ערוך (לעיל, הערה 250) מוסבים על כך.

כמו כן, שו"ת הרי"ף, סימן רפה, עוסק במי שמסר מודעא בפני עדים, שהוא עושה פשרה בכפייה, וכותב שרק אם ברור לעדים שהיה אונס, הפשרה בטלה. וכך פסק שו"ת חוות יאיר, סימן מ.

ר' יעקב בן הרא"ש, בשו"ת זיכרון יהודה, סימן עג (ד"ה תשובה), מביא שר"י בן מיגאש ור' מאיר הלוי, על בבא בתרא מ ע"א, כתבו שאם ראובן תובע משמעון "תן לי כך וכך שיש לי בידך", והשיב שמעון "לא היו דברים מעולם", והוצרך לעשות עמו פשרה, אם הוא מציית לדין, אין תוקף למודעא, כמו שאין תוקף למודעא על מכר אם העדים אינם יודעים על הכפייה. לפנינו, יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סימן קח, אומר רק שדברי התלמוד שם, שאין כותבים מודעא במי שלא מציית לדין, אמורים בפשרה.

שו"ת סם חיי, סימן כה (נג ע"א), מסביר שזה גם טעמו של שו"ת הרא"ש, כלל עב, סימן ה (הובא גם בשו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן יז (השני), דף לח ע"ג, ובשו"ת ר' יעקב לבית הלוי (מהד' שצ"ב), סימן סח, דף קמג ע"ב ודף קמד ע"ב), שכתב שאם ראובן תובע משמעון מאה ושמעון מודה לו בשמונים, והתפשרו, ומסר ראובן מודעא על הפשרה, הפשרה תקפה, מפני שלא ידוע על כפייה.

גם נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק ט, כותב שפשרה כמכר לעניין שמודעא בלא כפייה אינה מועילה, ורק במתנה היא מועילה, כפי שהסביר הרשב"ם (לעיל, ליד ציון הערה 190), שעצם מסירת המודעא מוכיחה שנכפה, ואילו בפשרה ייתכן שבאמת לא נכפה, אלא הוא מוסר מודעא כדי שאם יתברר שהדין עמו, יבטל את הפשרה; וגם לדעת החולקים על הרשב"ם, אין זה הוגן שיוכל לעשות פשרה ולמסור מודעא שתאפשר לו לחזור מהפשרה, בעוד שבעל דינו לא יוכל לחזור בו.

[256] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תיח (הובא בשו"ת ויאמר יצחק, חלק א, אהע"ז, סימן קכ, ובשו"ת עולת שמואל, פלורנטין, חו"מ, סימן כב). ראה בשמו לעיל, הערה 90, שהמחילה תקפה מפני שזו כפייה עצמית.

[257] הוא מביא ראיה משו"ת הרא"ש, כלל עב, סימן ה, האומר שמועילה פשרה גם אם מסר מודעא. אבל לעיל, הערה 255, הבאנו הסבר אחר לרא"ש, שבנידונו לא היו עדים לדבריו.

ב. הסוברים שאין דינה כמכר

לפי רוב הפוסקים, מחילה חלקית דינה כמתנה לעניין הנפקויות דלעיל, אף שקיבל המוחל דבר בתמורה למחילתו.

הראשון לפוסקים כך הוא הרשב"א[258]. הוא פסק, שמי שמחל על מקצת חובו מפני שלולא זה היה מפסיד הכול, בגלל כפירת הנתבע, מחילתו בטלה, ואף שקיבל מקצת הכסף, אין אומרים שבגלל הכסף גמר בדעתו והקנה למרות הכפייה, כפי שאומרים במכר בכפייה (אם לא מסר מודעא), מפני שזה נאמר דווקא במוכר שקיבל את כל שווי הנכס[259], אבל כאן קיבל רק מקצת מחובו; וגם לפי הדעה[260] שמכר בכפייה תקף גם אם קיבל רק מקצת שווי הנכס, הדין כך רק בקרקע, מפני שאין אונאה בקרקע[261].

כך היא גם דעת הפוסקים שנביא להלן, ד, בסמוך לתשובת הרשב"א, שעסקו במחילה חלקית בלי מודעא, ופסקו שהמחילה בטלה.

העומדים בשיטה זו טוענים שגם הרמב"ם ושולחן ערוך מסכימים למה שאמר הרשב"א, ואת דברי הרמב"ם הנ"ל (ושולחן ערוך בעקבותיו) שפשרה כמכר, הם מפרשים בצמצום, כלהלן:

[258] שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רעח. נביא את דבריו להלן, ליד ציון הערה 274, בהרחבה.
כמו כן, שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קב (הובא בשולחן ערוך, חו"מ, סימן יב, סעיף יא), כותב שמי שעשה פשרה מפני שבעל דינו איים שימסור אותו למלך, הפשרה בטלה, מפני שהיא כמתנה.

[259] כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 75.

[260] לעיל, ליד ציון הערה 77.

[261] שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן כח, כותב שמשו"ת הרא"ש, כלל עב, סימן ה, נראה לכאורה שדין פשרה כדין מתנה, שהרי כתב שאם החייב כופר, ולכן הנושה צריך להתפשר עמו ולמחול לו על חלק מן התביעה, גם בלא מודעא המחילה בטלה, מפני שהכפייה ידועה לכל, שהיות שלא רצה החייב לתת לו את כל תביעתו, הוצרך להתפשר עמו. אבל הוא כותב שאפשר לפרש אחרת את התשובה. גם שו"ת סם חיי, סימן כה (נג ע"ד), מביא ראיה משו"ת הרא"ש, שם, הכותב בסוף תשובתו, שגם בלי מודעא, אם התובע מחל לנתבע באופן חלקי מפני שהנתבע כפר בכול, המחילה בטלה, אם הכפייה ידועה.
שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תיט, מוסר שר' שמואל יפה פסק לגבי מי שהתפשר מפני שהנתבע היה בורח ממנו, ומסר מודעא וביטל אותה, שאין תוקף לביטול המודעא, מפני שפשרה זו היא מתנה ולא מכירה. ראה הערה 253, שמהרשד"ם עצמו חלק עליו.
ר' שם טוב אבא, בשו"ת סם חיי, סימן כו (נו ע"ג), כותב שלפי רבנו יונה (לעיל, ליד ציון הערה 77), שמכירת מיטלטלין תמורת פחות משוויים, דינה כמתנה, לעניין שהיא בטלה גם בלי מודעא אם הייתה כפייה, כך הדין גם לעניין מחילה של פשרה. יש להוסיף, שמי שחולק על ר' יונה סובר שגם בקרקע, מכר תמורת פחות משוויו, דינו כמתנה לעניין זה (כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 75), ואכן, הרשב"א כתב שמשום כך פשרה כמתנה.
שו"ת זכר חיים (שוחט), סימן י, דן בשמעון שהיה חייב לראובן חמש מאות, ונתן לראובן שטרי חוב ("וועקסיל") על סכום זה כביטחון, ושמעון הציע לתת לו פשתן בשווי מאתיים וחמישים, ויחזיר לו את השטרות, ולא הסכים לתת לראובן את הפשתן עד שימחל לו על השטרות, מפני ששמעון היה אלים; והסכימו להשליש את השטרות והפשתן ביד שליש, ושמעון התנה עם השליש שלא יקבל עיקול על השטרות, וראובן הסכים לכך. בתחילה (בענף א) הוא כותב שמחילת ראובן על הזכות לקבל את השטרות תקפה, אף שהייתה בכפייה, מפני שהיא כמו מכר בכפייה, שהרי ראובן מקבל את הפשתן תמורת מחילתו, ועל כן גמר בדעתו ומחל על חובו; וזה כדעה לעיל א. אבל אחר כך (בענף ב) כתב שחכמי הדור חייבים להציל את ראובן מיד שמעון העושקו, שבא בתחבולות לגזול את ראובן, מפני שהיו אומדנות המוכיחות היטב שהוא רוצה לעָשקו, ולכן חייבים לקבל עיקול על השטרות כבקשת ראובן, שחזר בו ממחילתו.

(א) הרמב"ם דיבר על פשרה מחמת ספק בדין: מהר"ם מלובלין[262] כותב שרק אם יש אפשרות שהתובע יפסיד הכול בדין או שיקבל הכול בדין, והתפשרו, הפשרה היא כמכר, לעניין שאין מועילה מודעא אם הכפייה אינה ידועה, מפני שקיבל את כל שווי תביעתו (שהרי זהו הסכום שאדם אחר היה מוכן לשלם לו בעד הסיכוי שיזכה בדין), ו"אגב זוזי גמר ומקנה". לעומת זאת, אם אין סכנה שהתובע יפסיד הכול בדין (כגון שיש לו שטר המוכיח את טענתו), ובכל זאת נאלץ להתפשר ולמחול על חלק מן החוב עקב כפייה כלשהי, הפשרה היא כמתנה, ומועילה מודעא גם אם הכפייה אינה ידועה[263].

[262] שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן כג (הובא בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן לא, דף רלג ע"ב). במקרה של מהר"ם, הנושה נאלץ להתפשר מפני שלא היה יכול להביא את הנתבע לדין. במקרה של מכתם לדוד, היה לנושה שטר, אבל הנתבע היה אלם.

[263] הוא מביא ראיה משו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רצח (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף יב), הכותב על המוחלת מקצת כתובתה, שדינה כמתנה לעניין שאינה צריכה מודעא. עוד הוא מוכיח ממה שנימק בית יוסף, שם, שפשרה כמכר מפני שהמתפשר מפחד שיפסיד את כל תביעתו — משמע שרק אם יש חשש כזה, דינה כמכר. הוא מביא ראיה גם ממה שכתב הטור (שהבאנו לעיל, הערה 80), שאם הכופה כפה את המוכר לגבי סכום הכסף, למכור בפחות משווייה, אף בקרקע המכר בטל, כמו במתנה בכפייה — הרי שמכר בפחות משווייה נחשב מתנה, וגם מחילה חלקית בכפייה היא כמכר כפוי בפחות משוויו.
גם שו"ת לחם רב, סימן קעח וסימן קעט, כותב שאם הנתבע היה חייב לתובע חיוב ברור, ומחל התובע על חלק מהחיוב כדי שיוכל לגבות את השאר, זה נחשב מחילה שהיא כמתנה, ודי במודעא או שהכפייה תהיה ידועה. הוא מביא ראיה משו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רעח (לעיל, הערה 258). בסימן קעט, הוא כותב שדינו כמתנה, לעניין שגם אם ביטל את המודעא, המחילה בטלה.
גם שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק א, סימן עא (ד"ה ובר מן דין), כותב שפשרה דומה למכר רק אם לא היה ידוע מי מהצדדים יזכה בדין, אבל אם היה ידוע מי יזכה, והתפשר, אינו מרוויח כלום, והוא כנותן מתנה בכפייה.
מכתם לדוד שם (רלג ע"ג) מביא שגם שו"ת לחם רב, סימן מז וסימן קעז, כותב שפשרה עם מי שמסרב לפרוע, כשאין טענות, היא כמתנה. הוא מדייק כך גם משו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן ק.
גם שו"ת נדיב לב, חלק א, חו"מ, סימן מה, כותב (על פי שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן מט, וחקרי לב, חו"מ, חלק ב, סי' ח, דף ו ע"ד), שפשרה כמכר רק אם המתפשר מסופק אם יזכה בדין, אבל אם הוא תובע דבר מבורר, שאינו חושש שיפסיד בדין, אלא שהנתבע הוא אלם, ואינו יכול להוציא מידו, ולכן התובע מתפשר כדי להוציא ממנו חלק מתביעתו, הרי זה כמתנה, ובטל גם בלי מודעא.
שו"ת סם חיי, סימן כה (נג ע"ד), כותב שמה שכתב בית יוסף, חו"מ, סימן רה, סעיף יב, שפשרה כמכר לעניין שצריך מודעא גם אם ידוע שנכפה, הוא אם התובע אינו טוען טענת ברי, ואינו יודע מהו הדין, ואינו יודע אם יזכה בדין, ולכן הוא גומר בדעתו למחול, מפני שכל מה שמקבל הוא רווח בשבילו, שהרי הוא עלול להפסיד הכול, שמא לפי הדין לא מגיע לו כלום; אבל אם התפשר מפני שהנתבע כופר, מה שהנתבע משלם לו אינו רווח בשבילו, מפני שבלאו הכי היה חייב לו.
שו"ת דמשק אליעזר (פרלמוטר), סימן נא, מוכיח הבחנה זו גם מבית יוסף, שם, שהסביר את דברי הרמב"ם שפשרה כמכר לעניין כפייה, מפני שהתובע והנתבע מסכימים לה, כיוון שכל אחד חושש שיפסיד יותר בדין; לפי טעם זה, דברי הרמב"ם אמורים רק במי שהתפשר מפני שחושש שיפסיד בדין, אבל אם התובע מתפשר רק מפני שהנתבע כופר בשקר, ואין לו ראיות נגדו, ואחר כך מצא עדים, הרי זה פשרה בכפייה, והיא בטלה.
כמו כן, קצות החושן, סימן רה, ס"ק ב, הסביר שהרמב"ם מדבר במצב שלא ברור מי יזכה בדין, אבל אם ברור לתובע שהדין עמו אלא שהנתבע כופר, זה כפייה גמורה, כמו שכתב הרשב"א. יש להעיר שברמב"ם משמע שהייתה כפייה אחרת, ובמקרה של הרשב"א עצם הכפירה היא הכפייה.
כך כתב גם שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קטו, שאם הייתה לתובע עדות ברורה, ובכל זאת התפשר עם

(ב) הרמב"ם דיבר רק על פשרה שאין בה מחילת ממון: הרשב"ץ[264] מסביר, שמה שכתב הרמב"ם שפשרה כמכר, וממילא היא תקפה אפילו בכפייה (אם לא מסר מודעא), הוא בפשרה שאין בה מחילת ממון כלל, כגון בחלוקת שיתוף, אבל אם יש בה מחילת ממון, גם אם החייב שילם לו כסף במסגרת הפשרה, הפשרה כמתנה, והיא בטלה אף בלי מודעא.

כמו כן, ר' אברהם אבן טוואה[265] כותב לעניין מודעא בלי כפייה, שהרמב"ם אינו מתכוון לפשרה שבה התובע מוחל על חלק מן החוב והנתבע פורע חלק ממנו, שהרי המחילה שבפשרה כזאת דינה כמתנה; ואין לומר שמאחר שהוא מקבל קצת מתביעתו, דינה כמכר, שהרי מי שמוכר מקבל כסף בשווי כל החפץ, ואילו המתפשר אינו מקבל כלום בעד החלק שהוא מוותר עליו. לכן הוא מפרש, שהרמב"ם מדבר רק על פשרה שאין בה מחילת ממון, אלא כגון פשרה בחלוקת נכסים, שבה כפה אחד על חברו להתפשר כרצונו, או כגון שתי

הנתבע מפני שהיה אלים וסירב לפרוע, פשרה זו כמתנה, ובטלה אם הייתה כפייה, מפני שאין אדם עשוי למחול על זכותו שידועה לכול; ודווקא אם יש ביניהם טענות שאי אפשר לברר בבית דין, או שיש חיוב שבועה, הפשרה כמכר. הוא כותב שאם הייתה פשרה בתביעה מסוימת ומחילה בתביעה אחרת, המחילה נחשבת כמתנה.

גם שו"ת דיברות אליהו, חלק ה, סימן צא, כותב שפשרה כמכר רק במקום שיש ספק בעצם קיום החוב, וכל בעל דין חושש שיפסיד הכול; אבל אם ברור שיש חוב, אלא שהם מתפשרים מפני שאין לנתבע במה לשלם, אין זה כמכר, ולכן אם הייתה כפייה, הפשרה בטלה אף בלי מודעא, שהרי ברור שמי שמתפשר עם גזלן שיחזיר חלק מהגזל, אינו כמו מכר, שהרי מוכר מקבל תמורה גמורה, ואילו כאן המתפשר מפסיד.

שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן צח, דן במי שהתחייב בכפייה במסגרת פשרה לשלם מה שלא היה חייב לשלם מן הדין, וכותב שאין דינה כמכר, מפני שרק אם מראש היה פסק הדין מסופק, והתפשרו, הפשרה קיימת על אף הכפייה (אלא אם כן עשה מודעא), מפני שקיבל תמורה, שהיה עלול להפסיד הכול; אבל אם היה ברור מראש שהנתבע פטור, וכפה עליו התובע להתפשר עמו, הפשרה בטלה, כמו מתנה בכפייה. נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק ט, מביא את דבריו לעניין מחילה באונס במסגרת פשרה, ואז הצד השני הוא שהיה ברור שהנתבע חייב.

בדומה לזה, ב"ח, חו"מ, סימן רה, סעיף טז (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן רה, ס"ק ה, בשו"ת כרם שלמה, אמריליו, חו"מ, סימן יח, דף קלא ע"א, ואצל ר' שלמה בן שמעון, "הסכמה בערכאות דינה כמתנה כפויה", שערי צדק ט, תשס"ח, עמ' 268), כותב שאם היה ברור שהנתבע פטור, אלא שהתובע איים שילשין עליו ולכן הנתבע נאלץ לשלם לו במסגרת פשרה, תשלום זה אינו כמכר. שו"ת דיברות אליהו, חלק ה, סימן צא, מביא את דבריו לעניין מחילה, למקרה שהיה ברור שהנתבע חייב.

ראה בעניין זה: שו"ת ושב הכהן, סימן כח.

[264] תשב"ץ, חלק ב, סימן רכז.

כמו כן, תשב"ץ, חלק ב, סימן קסט, עוסק באדם שמחל לשותפו מתוך כפייה, מפני שמסר אותו ביד גויים, ומחל לו על תנאי שיחזיר חפצים שנשארו בעין מהשותפות, כך שזו מחילה חלקית. בכל זאת הוא פוסק שהמחילה בטלה מפני שנעשתה מתוך כפייה, אף שלא מסר מודעא, מפני שהכופה על אחֵר שיניח לו את ממונו, הוא גזלן, ומכירה לגזלן בטלה אף בלי מודעא (כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 55).

כמו כן, שו"ת תורת משה (בן מהרח"ש), חו"מ, סימן יח (ד"ה ועוד יש), עוסק בשמעון שתבע מראובן שייתן לו חשבון על כספי השותפות, והשיב לו שיביא (שמעון) חמש מאות בתורת "שיגורו" (ביטחון) ואחר כך ייתן חשבון; ולא היה לשמעון כסף מזומן, ולכן מחל לו שמעון על חלק מהחוב. הוא פוסק (בד"ה וכתב הרשב"א) שהמחילה בטלה אף בלי מודעא, מפני שהכפייה ידועה, שהרי ראובן נהג שלא כדין בסירובו לתת חשבון לשמעון אם לא יביא חמש מאות לביטחון. הוא מסביר (בד"ה ואין לבעל), שאף שמחל רק על חלק מהחוב, דינו כמחילה, ומה שכתב הרמב"ם שפשרה כמכר אמור רק אם עמדו בדין והתפשרו כדרך המתפשרים, ולא במחילה חלקית, שהיא כמי שגזל ואחר כך ביקש מן הנגזל שימחל על חלק מהגזֵלה.

[265] שו"ת ר"א אבן טוואה (תשב"ץ, חוט המשולש, טור ג), סימן כז (הובא בשו"ת דמשק אליעזר, סימן נא).

ספינות שנפגשו בנהר זו מול זו, ויש בו מקום רק לאחת מהן לעבור, שצריכות לעשות פשרה, שבעל ספינה אחת ישלם לחברו כדי שייתן לו לעבור לפניו[266], או פשרה של הרווחת זמן, שאין בה מחילת ממון; אבל במתנה או במחילה, בין בכול ובין במקצת, מועילה מודעא גם אם הכפייה אינה ידועה. בנידונו, היה לראובן פיקדון ביד שמעון, ושמעון סירב להחזיר לו אותו עד שימחל לו על כל חובותיו מן המשא והמתן שהיה ביניהם; וראובן הוכרח למחול לו, אלא שלפני המחילה, מסר מודעא בפני עדים שמחל רק בגלל הכפייה שבכפירת שמעון בפיקדונו. והוא פוסק על פי האמור, שהמודעא חלה, אף שהעדים לא ידעו על אונסו[267].

(ג) הרמב"ם דיבר רק על מודעא בלי אונס: ר' חיים עשאל[268] כותב שמה שכתב הרמב"ם שפשרה כמכר הוא רק לעניין שמודעא אינה מועילה בה אם הכפייה אינה ידועה, כמו במכר; אבל אם הכפייה ידועה, הפשרה בטלה גם בלי מודעא (שלא כמכר), מפני שקיבל רק מקצת מן הכסף.

ג. הבחנות שונות

הפוסקים עשו הבחנות שונות בדין זה (ולא כדי ליישב את הרמב"ם).

נתיבות המשפט[269] אומר, שאם הנתבע כפה על התובע להתפשר בלי לקבוע סכום, והתפשרו, והכפוי קבע את סכום הפשרה בלי כפייה, הפשרה תקפה (אם הדין היה מסופק), כמו במכר; אבל אם כפה אותו גם על סכום הפשרה, היא בטלה, שהרי גם במכר, אם כפה את המוכר לגבי המחיר, המכר בטל[270].

ר' צבי הירש קאלישר[271] כותב שראובן שחייב לשמעון מאה בשטר, ואיים עליו שלא ישלם לו אלא אם כן ימחל על חמישים מהם, ושמעון מחל בדרך מכירה (כלומר שהתובע מכר את השטר לנתבע תמורת החמישים ששילם), מחילתו נחשבת מכר בכפייה בעד מלוא המחיר, כמו שמכירת קרקע בכפייה תקפה גם אם שילם פחות ממחירו[272], כיוון שאין אונאה בקרקע, והרי גם בשטרות אין אונאה[273].

[266] סנהדרין לב ע"ב.

[267] גם תשב"ץ, חלק ב, סימן סב, מעלה אפשרות שמודעא מועילה גם אם הכפייה אינה ידועה, במחילה על תביעה גדולה תמורת דבר מועט שחייבוהו בפשרה; ומה שכתב הרמב"ם שפשרה כמכר, הוא בפשרה שאין בה מחילת זכות אלא כגון חלוקת אחים (ראה בשמו, לעיל, הערה 264, שכתב כך לגבי כפייה בלי מודעא). אבל הוא כותב שמפשט לשון הרמב"ם אין נראה כן.

[268] שו"ת סם חיי, סימן כה (נג ע"ג). כך כתב גם הגהת מהר"ע על באר היטב, חו"מ, סימן רה, ס"ק י (הובא בשו"ת מנחת אלעזר, חלק ג, סימן לא).

[269] נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק ט.

[270] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף ד.

[271] מאזניים למשפט, סימן יב, ס"ק יד (הובא בתשובת מהרי"ד (דנציג), חו"מ, סימן מה).

[272] לשיטת רבנו יונה, לעיל, ליד ציון הערה 77. אבל ערך ש"י, חו"מ, סימן יב, סעיף יא, מקשה על דברי מאזניים למשפט, הרי שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף ד, אינו פוסק כרבנו יונה.

[273] בבא מציעא נו ע"א.

הבחנה אחרת: שו"ת דמשק אליעזר (פרלמוטר), סימן נא, עושה הבחנה לעניין מי שהתפשר מפני שהנתבע כפר: אם התביעה הייתה על הלוואה, מועילה קבלת מקצת הכסף כדי שלא ייחשב כפייה, מפני שמחילה היא רק הפקעה (ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), על מהות המחילה); אולם אם התביעה הייתה על פיקדון, המחילה בטלה, מפני שבמחילת פיקדון צריך הקנאה, ולא מועילה מחילה (ראה חוק לישראל שם,

ד. המוחל על חלק מחוב עקב איום שיפסיד את כולו

(1) המוחל מפני שהחייב כפר בכול

חייב שדרש מהנושה שימחל לו על חלק מחובו, ואיים עליו שאם לא ימחל לו על חלקו, לא ישלם לו כלום, והמצב היה שלא היה יכול לאכוף אותו בבית דין לשלם מסיבה כלשהי: האם איום זה נחשב כפייה, כך שהמחילה בטלה בגלל הכפייה? נדון תחילה במקרה שהמניעה לגביית החוב היא בגלל כפירת החייב בכולו.

הרשב"א[274] פסק, שאם שמעון כפר בחוב שהיה חייב לראובן, והסכים לשלם לו חלק אם

בפרק על מחילת זכויות קנייניות), ולכן אף שקיבל מקצת הכסף, הוא נחשב כפוי. הוא מסביר בכך מדוע הרשב"א (להלן, הערה 274) הוצרך לנמק בתשובתו את בטלות המחילה גם מצד מחילה בטעות: מפני שהוא עוסק בהלוואה.

שו"ת חמדת שלמה, חו"מ, סימן יג, כותב שמי שנכפה להתחייב התחייבות עתידית תמורת טובת הנאה, אין להתחייבותו תוקף (כפי שהבאנו בשמו לעיל, הערה 38), ולכן פשרה בכפייה שעדיין לא בוצעה, אלא התחייב התחייבות עתידית, אין לה תוקף.

ר' יועזר אריאל, "הפרת הסכם שנחתם עם מורדים בכלא", תחומין כא (תשס"א), עמ' 161-162, עוסק באסירים שכלאו סוהרים, וכדי לשחררם, ויתרה המדינה על זכותה להעמידם לדין. הוא פוסק שזה בגדר מחילה ולא בגדר פשרה, שכן שחרור הסוהרים אינו נחשב תמורה, שהרי זה עצמו היה הכפייה, והשחרור הוא רק סילוק הכפייה, והמדינה לא קיבלה תמורת מחילתה שום דבר שלא היה מגיע לה בדין, ואף הפסידה, שבעתיד יתמרדו אסירים שוב; ולכן זוהי מחילה בכפייה, והיא בטלה.

על ההבחנה בין פשרה למחילה, ראה מחלוקתם של השופטים זילברג וכהן, בע"א 457/61 גרין נ' גרין, פ"ד טז 318 (על פסק דין זה ראה: ת"א (י-ם) 5072/03 ישפרו נ' מנהל מקרקעי ישראל, פסקה 60; עב' (תל-אביב-יפו) 8476/06 יובל אשכנזי נ' אופן גייט בע"מ ואח', פסקה 29; ת"פ (ירושלים) 2003/06 מדינת ישראל נ' פלוני; ע"א (ירושלים) 2001/08 דהן עודד נ' כתר הוצאה לאור בע"מ, פסקה 112; בש"א (ירושלים) 1448/06 עיזבון המנוח דניאל חכיאשוילי ואח' נ' הסתדרות מדיצינית הדסה; בש"א (ירושלים) 2813/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ ואח' נ' הרב דניאל ביטון ואח'; ה"פ (ירושלים) 1172/02 חברת ענבל, מפעלי תיירות בע"מ נ' מלון אשכולות חברון בע"מ; ע"מ (ירושלים) 785/05 פלוני נ' אלמונית; מ"א (תל-אביב) 4504/90 זקין נ' זקין). שם נידון הסכם בין בני זוג, שבמסגרתו ויתרה האישה על תשלומי מזונות הבעל עבור בתם, וזאת תמורת קבלת גט ויתור של הבעל על תביעות כספיות אחרות כלפיה. כעבור זמן ביקשה האישה לבטל את ההסכם בטענת כפייה, שכן היא הייתה נתונה לאיום שתישאר עגונה למשך שנים רבות. השופטים נחלקו בשאלה, האם לפי המשפט העברי, נחשב הסכם זה כפשרה, ולכן הוא תקף אף שנעשה בכפייה, או שמא הוא כמחילה, ולכן אינו תקף, כיוון שנעשתה בכפייה.

[274] שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רעח (הובא בתשב"ץ, חלק ב, סימן רכז, בבית יוסף, חו"מ, סימן יב, מחודש יג, בשולחן ערוך, חו"מ, סימן יב, סעיף יד, בדרכי משה, חו"מ, סימן רמא, ס"ק ד, בשו"ת מהר"ם מלובלין, סימן ה, בשו"ת משנה הלכות, חלק ז, סימן רנח, בשו"ת תורת משה, חו"מ, סימן יח, ובחקרי לב, מהדורא בתרא, חו"מ, סימן ט, בסופו [ומשם בשו"ת שערי עזרה, טראב, חו"מ, סימן ב]).

לכאורה, זו כפייה עצמית, שהרי החייב לא דרש שימחל, ואינה נחשבת כפייה. ייתכן שבמעשה שעליו נשאל הרשב"א, הנושה לא היה זקוק לכסף בדחיפות, אלא מחל מפני שהנתבע איים שימשיך בכפירתו אם לא ימחל לו, ולא יוכל לגבות ממנו כלום, ונמצא שהאיום של הנתבע הוא הגורם המכריע. לעומת זאת, במצבים שדנו בהם מהרשד"ם והאחרים, שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 90 ואילך, שבהם נפסק שהמחילה תקפה מפני שהייתה רק כפייה עצמית, התובע היה זקוק לכסף בדחיפות, מפני שהיה בבית סוהר וכדומה, ואילו האיום של הנתבע היה רק שאם לא ימחל לו על חלק מהחוב, לא יפרע לו את כל חובו מיד, ולא היה יכול לאיים שלעולם לא יפרע לו, שהרי היו לתובע ראיות (כנראה), אלא שבמצב הנוכחי לא היה יכול לתבעו, מפני שהיה בבית סוהר, ולכן הגורם המכריע הוא הלחץ העצמי של התובע.

חקרי לב, מהדורא בתרא, חו"מ, סימן ט (עמ' קמד), נשאל על עִסקא, שבמשך זמן ההתעסקות בה ירד ערך

יכתוב לו ראובן שטר מחילה על השאר — המחילה בטלה, מפני שראובן מחל לו רק עקב הכפייה.

כבר עמדנו על כך לעיל, ב, שדברי הרשב״א מבוססים על דעתו שהעובדה ששילם חלק מהחוב אינה מוציאה את המחילה מגדר מתנה, אלא כפייה היא עדיין עילה לביטולה. כאן אנחנו מביאים את דבריו לעניין זה שהאיום שלא יפרע לו את חובו נחשב כפייה המבטלת את המחילה.

אם מראש היו לנושה ראיות: כמובן, הרשב״א עוסק במצב שהתובע ידע בוודאי שהנתבע חייב לו, אלא שלא היו לו ראיות, ולכן הנתבע כופר בכול; אבל אם היו לו ראיות, והיה יכול להוציא מיד הנתבע, ואף על פי כן מחל, אין זו מחילה כפויה, שהרי לא היה דבר שהכריח אותו למחול, וברור שמחל בלב שלם[275].

אם גם עכשו אין לנושה עדים: הרשב״א פסל את המחילה בנידונו, משום שבסופו של דבר מצא התובע עדים שטענתו היא אמת, שבאמת הנתבע היה חייב לו כסכום התביעה. לעומת זאת, אם גם אחר כך לא מצא עדים, או שהנתבע היה פטור מסיבה כלשהי אף שהיו עדים, המחילה תקפה, ואין אומרים שזו מחילה כפויה, בכך שהנתבע סירב לשלם, וכדי להציל

המטבע, והמתעסק אמר לבעל העֵסקא שהוא מוכן לשלם לו רק שבעים אחוזים מנזק ירידת המטבע, ובעל העֵסקא לקח ממנו את שבעים האחוזים מפני שלא היה יכול לדרוש יותר, כיוון שלא היה לו משכון או ערב מטעם המתעסק. הוא פוסק על פי הרשב״א שם, שהמחילה בטלה, מפני שניתנה מתוך כפייה, שהיה בהול על ממונו.

דבר דומה אומר שו״ת אבני צדק, חו״מ, סימן ב, על פי שו״ת מהר״ם מלובלין, סימן מז: שאם מחל התובע מפני שידע שהנתבע יכול לטעון טענות לפטור, וחשב שאם ילך לבית דין, יפסיד — המחילה אינה מועילה אם לא עשה מעשה קניין, גם בפשרה שנעשתה מחוץ לבית דין (הוא רומז לדין שרק פשרה שנעשתה בבית דין צריכה קניין, ולא פשרה שעושים בעלי הדין עצמם), מפני שזה מחילה בכפייה (מהר״ם מלובלין לא הזכיר כפייה, אלא אומר שעל זה אמרו בסנהדרין ו ע״א שפשרה צריכה קניין; והרי מהר״ם מלובלין עצמו, סימן כג, שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 262, אומר שאם יש ספק לתובע האם יזכה בדין, הפשרה כמכר, ותקפה אף אם הייתה כפייה), שחשש להפסיד הכול. אלא שמדבריו משמע שאם עשה קניין, המחילה מועילה; אולי טעמו הוא, שלא התברר בוודאות שהנתבע יטען להיפטר, ולכן התובע לא היה ממש כפוי למחול. לכאורה קשה, מה משנה אם המחילה תקפה אם לאו, הרי גם אם אינה תקפה, לא יוכל לגבות את כל תביעתו, שהרי הנתבע יטען טענת פטור (בדומה למה שנראה להלן, ליד ציון הערה 279, לגבי מצב שאין עדים שהלה חייב לו)? ואולי יש נפקות למקרה שבסופו של דבר לא טען הנתבע טענות אלה.

שו״ת הרי״ף, סימן רפה, נשאל על ראובן שנתחייב לשמעון שבועה, וראובן נתלה באחד מן השרים (הנכרים), ולא יכול היה שמעון להשביעו, ולכן שמעון נאלץ לעשות פשרה. הוא פוסק, שאם יש עדים על כך, הפשרה בטלה. בנידונו גם מסר מודעא.

שו״ת בנימין זאב, סימן רסח (הובא בשו״ת מהר״ם מלובלין, סימן יא), כותב שאם החייב כפר בחוב, ובינו לבין הנושה אמר לו שהוא מוכן לשלם לו חלק מהחוב בתנאי שיישבע שלא יתבע את היתרה, והנושה עשה מודעא ומחל לו בשבועה, המחילה והשבועה בטלים בגלל הכפייה והמודעא. כך כתב גם בסימן רעו, לגבי חייב שכפר בחוב, והתפשר עמו הנושה שישלם חלק והנושה יישבע שלא יתבע את היתרה, והנושה עשה מודעא ומחל לו בשבועה.

דעה חולקת: שו״ת הרמב״ם (מהד׳ בלאו), סימן תז, נשאל על ראובן שטען שהפקיד פיקדון אצל שמעון, ושמעון כפר, וכאשר חייבוהו שבועה, התחייב אחד מקרוביו לפרוע לראובן מעט מעט, וראובן מחל לשמעון על תביעתו (הוא נוקט לשון ״סילוק״). הוא פוסק שהמחילה תקפה גם אם עשה מודעא.

[275] שו״ת תורת חיים (מהרח״ש), חלק א, סימן עה (קכ ע״ב).

מידו חלק מהחוב, מחל על השאר[276]. כך אפשר להסביר את תשובת הרא"ש[277] העוסקת בראובן שאומר שהפקיד אצל שמעון מאה, ושמעון טוען שהפקיד רק שמונים, ושראובן מחל לו על כל תביעה אחרת, וראובן טען שהיה כפוי למחול, מפני שאילולא מחל, לא היה שמעון נותן לו כלום. הרא"ש פוסק שהמחילה תקפה, מפני שאולי באמת שמעון היה חייב רק שמונים. ההבדל בין זה לדינו של הרשב"א הוא, שבמעשה של הרא"ש, לא היו עדים שהנמחל היה חייב כסכום הגדול[278].

במעשה של הרא"ש, בתחילה כפר הנתבע בכול ואמר לתובע: "אם לא תמחל לי על העשרים, לא אתן לך אפילו פרוטה, מפני שאיני חייב לך". לכאורה, זוהי כפייה, שהרי ראובן נאלץ למחול כדי לקבל חלק מכספו, ואילולא מחל, היה הנתבע כופר בכול, וזה ודאי היה שקר (וביחס לכפירה בכול, זה ממש כמו המעשה של הרשב"א). בכל זאת אומר הרא"ש שאין זה כפייה, מפני שהנתבע כפר בכול מפני שראובן תבע ממנו יותר משהיה חייב, ורק כשראובן הסכים לקבל רק שמונים (שזה מה שהיה חייב לו באמת), הודה שהוא חייב שמונים.

למעשה, במצב שתיארנו אין נפקות בכך שהמחילה תקפה, שהרי גם אילו הייתה בטלה, התובע לא היה יכול לגבות את תביעתו, שהרי אין לו עדים עליה. יש להעיר, שבתשובת הרשב"א אין מדובר בשאחר כך מצא עדים שהיה חייב לו יותר, אלא הוא דן מבחינת "דיני שמים", כלשונו, וכוונתו היא שאם הנתבע יודע שהוא חייב יותר, הוא חייב בדיני שמים לשלם את כל החוב, מפני שהמחילה בטלה. אבל עדיין אין נפקות מכך שהמחילה תקפה כאן, שהרי גם אם אין עדים, הנמחל חייב בדיני שמים, מפני שהוא יודע שבאמת התובע מחל מתוך אונס, ואם כן בדיני שמים המחילה בטלה, והוא חייב לשלם.

נתיבות המשפט[279] מוצא נפקות: שאם תבע מאה, והנתבע כפר בכול, והתפשרו על חמישים, ואחר כך הודה הנתבע בחמישים, התובע אינו יכול להשביעו שבועת "מודה במקצת" בטענה שמחל על השבועה בגלל הכפייה של כפירת הנתבע, מפני שאולי באמת הנתבע חייב רק חמישים, ומחילת השבועה (שלדבריו הייתה מתוך כפייה) היא מחילה על זכות שאינה מגיעה לו, ומספק אין מבטלים את הקניין שעשו על הפשרה[280].

אם היה יכול למצוא ראיה ולא התאמץ: מה שהרשב"א כתב על נידונו, שזו מחילה בכפייה, הוא משום שבשעה שמחל לא היה יכול להביא ראיה לדבריו שהנתבע חייב לו, ולכן

[276] תשב"ץ, חלק ב, סימן סב (בקיצור); שו"ת לב שמח, חו"מ, סימן כא.

[277] שו"ת הרא"ש, כלל עב, סימן ה (הובא בשו"ת עולת שמואל, פלורנטין, חו"מ, סימן כב).

[278] כך הסבירו את הרא"ש: לב שמח שם; נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק ט; שו"ת דמשק אליעזר (פרלמוטר), סימן נא; ור' שם טוב אבא, בשו"ת סם חיי, סימן כו (נו ע"א וע"ג).
ר"ח עשאל, שם, סימן כה (נג ע"א), הסביר שטעם הרא"ש הוא מפני שהכפייה לא הייתה ידועה; ולא הדגיש שזה מצד שלא היו עדים כדבריו.
להסברים נוספים לדברי הרא"ש, ראה לעיל, הערות 255, 257, 261.

[279] נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק ט (הובא בשו"ת דמשק אליעזר (פרלמוטר), סימן נא, ובשו"ת משנה הלכות, חלק ז, סימן רנח).

[280] שו"ת חמדת משה (פרלמוטר), חו"מ, סימן קמג, בסופו, עושה הבחנה אחרת: שאם אמר התובע מרצונו, "כל שיש לי בידך מחול לך", הפשרה תקפה; אבל אם התובע אמר זאת רק משום שהנתבע לא הסכים לשלם לו בלי שיאמר כך, זוהי פשרה בכפייה, והיא בטלה. שו"ת דמשק אליעזר (פרלמוטר), סימן נא, דוחה את דבריו, שהרי מהתשב"ץ עולה שהכל תלוי בשאלה אם נודעה לו ידיעה חדשה אחר כך אם לאו, משמע שאם לא נודע לו דבר חדש, הפשרה תקפה גם אם נאלץ למחול.

נאלץ למחול על חלק כדי לקבל חלק. אבל אם היה יכול למצוא ראיה ולקבל את הכול, ולא התאמץ לחפש, הרי לא היה כפוי למחול, ולכן המחילה תקפה[281].

אם אחר כך הודה הנתבע: גם אם לא מצא אחר כך עדים, אלא הנתבע הודה שהוא חייב הכול, הפשרה בטלה, מפני הכלל: "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי"[282].

אם אחר כך הביע הנתבע נכונות לשלם יותר: מעשה בראובן שתבע משמעון 5000, ושמעון כפר, והחליטו שלוי יפשר ביניהם; וראובן אמר ללוי: "אני מוכן למחול חצי, ושמעון ישלם רק 2500", ואחר כך שמעון אמר ללוי (בלי לדעת מה אמר לו ראובן): "אני מוכן לתת 3000". יש מי שפסק[283], שמועילה מחילת ראובן על ה־2500 האחרים, ואסור לו לקחת יותר מ־2500. אבל ר' מנשה קליין[284] סבור, שהמחילה בטלה, מפני שהתובע יודע שמגיע לו 5000, ומחל רק מתוך כפייה.

(2) המוחל מפני שלא היה לחייב במה לשלם

מהרש"ם[285] נשאל על שניים שעשו "עִסקא", ובשעת החזרת הקרן התפשרו שהתובע לא יתבע עוד, אבל זה היה שלא מרצונו, מפני ששמע מאנשים שאין לנתבע במה לשלם את כל חובו, והלווה טען שאין לו לשלם, ולכן הוכרח לקבל את הקרן בלבד ולמחול על החוב. הוא פוסק שהמחילה בטלה בתור מחילה כפויה, כדברי הרשב"א דלעיל.

(3) המוחל מפני שהחייב סירב לשלם

אם הנתבע מודה בחוב, אלא שלא רצה לשלם, אלא רצה להיכנס לבית הסוהר, ולכן נאלץ הנושה למחול על חלק מהחוב כדי שהנתבע יסכים לשלם את השאר, זה נחשב כפייה, והמחילה בטלה גם בלי מסירת מודעא[286].

[281] שו"ת מלך שלם, חו"מ, סימן כו (לה ע"ב־ע"ג), בשם אחיו, הרב משה. המחבר עצמו מסכים להגבלה זו באופן עקרוני, אלא שהוא חולק על אחיו למעשה, בטענה שבנידונם נכפה התובע בכפייה אחרת: הנתבע מסר את התובע לנושים הגויים שלו, והם לחצו עליו לשלם, ולכן מחל התובע לנתבע בעל כורחו, כדי שיסכים הנתבע לשלם לגויים (וחזר על כך בדף לז ע"ב). אפשר להבין מתוך דבריו טענה נוספת נגד דברי אחיו: נכון שהתובע היה יכול למצוא ראיות לדבריו, אבל זה היה נמשך זמן רב, והנתבע לא הסכים להמתין, אלא לחץ עליו באמצעות הנושים הגויים, ולכן מחילת התובע נחשבת שבאה מחמת כפייה.

[282] נתיבות המשפט, סימן רה, ס"ק ט (הובא בשו"ת דמשק אליעזר, פרלמוטר, סימן נא, ובשו"ת משנה הלכות, חלק ז, סימן רנח).

[283] שו"ת דברי שלום (קרויז), חלק ג, סימן קצז. הוא מביא ראיה מרמ"א, חו"מ, סימן יז, סעיף יא, האומר שאם תובע תבע סכום מועט, גם אם הדיין רואה שמגיע לו יותר, הדיין אינו יכול לחייב את הנתבע יותר ממה שתבע.

[284] משנה הלכות, שם. הוא מתייחס למחילת חמש המאות, שהיא מתוך כפייה; ואמנם גם על שאר האלפיים מחל מתוך כפייה, אבל אין לו דרך לגבותם.

[285] שו"ת מהרש"ם, חלק ה, סימן כב.

שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן יא (הובא בשו"ת חמדת הנפש, סימן יח), כותב שאם החייב לא היה יכול לשלם את כל החוב מפני שהיו עליו נושים רבים, והנושה התפשר עמו שישלם חצי החוב, ונתן לו תקיעת כף שלא יתבע את החצי האחר, ולפני כן מסר מודעא — מחילתו על השאר בטלה.

[286] שו"ת סם חיי, סימן כה (נד ע"א).

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שלד, כותב שחייב שלא פרע במועד הפירעון, אין זה נחשב כפיית הנושה למחול לו על חלק כדי שיפרע את השאר, מפני שאפשר שהחייב עצמו היה כפוי, ולכן לא היה יכול לפרוע בזמן, וגם אנשים צדיקים עושים כן.

שו"ת הריב"ש, סימן קמח, עוסק באישה שתבעה מבעלה לשלם לה את כתובתה בחייו בפני בית דין,

(4) המוחל מפני שהיה במקום שלא יוכל לתבוע את חובו

נושה שהיה מחוץ לעיר, ומינה שליח לגבות את חובו, וייפה את כוחו אפילו למחול או לפשר, ושלוחו עשה פשרה — הפשרה בטלה, מפני שהנושה עשה זאת מחמת כפייה, שכן הוא היה במקום שלא יוכל לגבות את חובו. כך אומר הרשב"ש[287].

אבל לעיל, א, ראינו שמהרשד"ם אומר שהמחילה תקפה במצב כזה, כשיטתו בכל מחילה חלקית.

ה. המוחל על חלק מחוב בהסדר חובות

(1) אם החייב ירד מנכסיו

בפשיטת רגל, היינו שהחייב ירד מנכסיו והוא מחלק בעצמו לנושיו כראוי לכל אחד, למעשה כל נושה מוחל על חלק מחובו. לכאורה הנושה יוכל לטעון שהיה כפוי למחול, שכן אילו סירב להשתתף בהסדר הנושים, לא היה מקבל כלום.

ר' אברהם צבי פרלמוטר[288] פוסק, שהמחילה תקפה גם אם אחר כך התעשר החייב[289], מפני שהדין הוא שאין בחובות דין קדימה, אלא החייב רשאי לשלם אפילו לנושים המאוחרים, אם

וחייבוהו לשלם, אבל בעלה נתן לה נכסים השווים פחות ממחצית הכתובה, וכדי להשיג את מבוקשה, נאלצה למחול לו על ההפרש. הוא פוסק שהמחילה תקפה, מפני שכך דרכן של בני אדם, שכשצריכים כסף, מוכרים שווה מאתיים במאה, וכל שכן כשנושה בא לקחת מן החייב חפצים בעד חובו. אולי הוא מדבר דווקא בתשלום בשווה כסף, שבו אפשר לראות כאילו הנכסים שווים את כל החוב, כיוון שלפעמים מתייחסים אליהם כשווים את כל החוב, אבל אם שילם כסף פחות מסכום החוב, זו נחשבת מחילה כפויה, והיא בטלה.

[287] שו"ת הרשב"ש, סימן קכג.

כמו כן, שו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן קד, עוסק בנושה שהיה בבית סוהר, ובגלל זה נאלץ לעשות פשרה עם מי שהיה חייב לו, ולמחול לו על חלק מחובו, ומסר מודעא; והוא פוסק שהמחילה בטלה, מפני שבנידונו המוחל היה בבית הסוהר בגלל הנמחל.

כמו כן, שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן כג (הובא בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן לא, דף רלג ע"ב), כותב שמי שמחל על חלק מהחוב מפני שלא היה יכול להביא את הנתבע לדין מסיבה כלשהי, המחילה בטלה בגלל הכפייה. הוא נוקט שבעניינים אלו יש להפך בזכות המוחל, להציל עשוק מיד עושקו, כדי שלא ילך כל אחד ויחזיק בממון חברו ויכפה עליו להתפשר עמו.

ר' שלמה בן שמעון, "הסכמה בערכאות דינה כמתנה כפויה", שערי צדק ט (תשס"ח), עמ' 267־272, כותב שמי שנתבע בערכאות, והשופט אמר לו שכדאי לו להתפשר עם התובע, שאם לא כן, יחויב במשפט בסכום גבוה, והתפשר בעקבות זה — הפשרה בטלה מפני שנעשתה מתוך כפייה.

[288] שו"ת דמשק אליעזר (פרלמוטר), סימן נא (הובא באורחות המשפטים, כלל לט, אות כח), גם בשם ר"י פייגנבוים ור"א מסוכאטשוב.

ר"ע בצרי, דיני ממונות, חלק ג, שער ג, פרק א, הערה 19, מעלה ספק, האם דמשק אליעזר מתכוון דווקא למצב שעשו קניין על המחילה.

תשובת מהרי"ד (דנציג), חו"מ, סימן מה, כותב שלווה שעשה הסדר נושים, ושילם לנושיו אחוזים מהחובות, והחזירו לו את שטרי החוב, ואחד הנושים טען שהתפשר מתוך כפייה, שפחד להפסיד הכול — אין טענתו מתקבלת, כיוון שהיה שטר, ומאזניים למשפט (שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 271) כתב שהמחילה תקפה אם יש שטר. משמע שאם לא היה שטר, המחילה הייתה בטלה בגלל הכפייה.

שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן לב, עוסק בראובן שירד מנכסיו, ונושיו חילקו ביניהם את הסחורה שלו, וכל אחד קיבל שליש מחובו, ואחר כך טען אחד הנושים: "אני לקחתי בכללם כדי להקל על החוב, ולא משום שמחלתי לך". הוא פוסק שאין אומרים שמן הסתם מחל, מפני שאין אדם עשוי למחול על חובו סתם (סברה

אין די לשלם לכולם[290], ותמורת הנאת הנושה מכך שהחייב משלם לו כראוי, הנושה גומר בדעתו למחול אף שהיה כפוי למחול. פסק זה מתאים למה שראינו לעיל[291], שאם המצב היה של ספק בדין, המחילה נחשבת כמכר, כיוון שבזכותה קיבל את שווי תביעתו; וכך כאן, שווי תביעתו הוא אותם אחוזים בחוב שנקבעו בהסדר, כיוון שאין לחייב אפשרות לשלם יותר.

(2) אם החייב הבריח את נכסיו

חייב שהבריח את נכסיו ורשם אותם על שם אחרים, ונושיו התפשרו עמו על אחוזים מסוימים מחובותיהם, והחזירו לו את שטרי החובות — אין תוקף למחילתם על היֶתר, מפני שמחלו מתוך כפייה, כדי להציל את מה שניתן להציל, מפני שחשבו שלא יוכלו להוציא מידו, כיוון שרשם את רכושו על שם אחרים[292]. מצב זה דומה למצב שדן בו הרשב"א, לעיל, ד (1), שבו המוחל מחל מפני שהחייב כפר, ונפסק שהמחילה בטלה בגלל הכפייה.

(3) נושה שלא היה חלק מהסדר החובות

אם נושה מסוים לא התפשר עם פושט הרגל, אלא הנושים הגדולים עשו הסדר חובות עם פושט הרגל, שכל נושה יקבל אחוז מסוים, ונאלצו הנושים הקטנים להסכים לפשרה, אין תוקף למחילתם אם לא עשו קניין[293].

שהזכיר שו"ת מהרי"ק, שורש כ, ענף ג, בעניין מחילה בטעות); וזה שירד ראובן מנכסיו, והנושה אינו רואה דרך לגבות את חובו, אינו מראה שמחל, אלא ייתכן שאינו מוחל, מפני שאדם עשוי לרדת מנכסיו ולעלות אחר כך; וכל שכן אם יש לו עליו שטר, שאין להניח שמחל, מפני שהוא סומך על שטרו. כנראה, הפוסקים האחרים דנים במקום שהנושים מחלו בפירוש על יתרת חובם, ולכן היו צריכים לדון מצד מחילה בכפייה. ראה עוד חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בעניין מחילה מכללא, בשאלה האם עצם הסכמתו לגבות חלק מהחוב מעידה שמחל על השאר.

שו"ת מנחת יצחק, חלק ג, סימן קלד, כותב שלווה שפשט את הרגל, והמלווה הסכים להסדר נושים, ולפני כן עשה מודעא, זה פשרה בכפייה, והיא בטלה.

דעה חולקת: שו"ת חמדת הנפש, סימן יח, כותב שהסדר נושים בפשיטת רגל הוא פשרה בכפייה, והיא בטלה אף בלי מודעא, כמו מתנה בכפייה. אבל הוא מעלה אפשרות שאם היו נושים רבים, ולא היה ללווה די כסף לפרוע לכולם, הם הפסידו, מפני שהתייאשו ממותר החוב, ולדעת רמ"א, חו"מ, סימן קסג, סעיף ג, מועיל ייאוש בחוב. אבל הוא מעיר שיש מחלוקת האם מועיל ייאוש בחוב, וזה ספיקא דדינא, ומספק אין מוציאים ממון, אם לא מסר מודעא. וראה שו"ת חמדת משה (פרלמוטר), סימן קמג.

[289] כך היה בנידונו של דמשק אליעזר.

[290] רמ"א, חו"מ, סימן קד, סעיף א.

[291] לעיל, ליד ציון הערה 262.

[292] שו"ת אבני צדק, חו"מ, סימן ב (הובא בדברי גאונים, כלל נז, אות כט); שו"ת מנחת אלעזר, חלק ג, סימן לא (הובא בשו"ת בצל החכמה, חלק ג, סימן קכד, אות א); שו"ת דמשק אליעזר (פרלמוטר), סימן נא. אבני צדק עוסק במוחל שתפס מן הנמחל, וכותב שהתופס (כיוון שהוא מוחזק) יכול לומר: "לא מחלתי, אלא חשבתי שאולי כשיחזור הלווה ויעשיר, יפרע לי מרצונו או אני אתפוס ממנו", ואין אומדנא שמחל. הוא מוסיף, שגם אם המוחל החזיר את שטר החוב כשמחל, אין זה מוכיח שמחל בלב שלם, מפני שהיה מוכרח להחזיר כדי לקבל תשלום חלקי.

מנחת אלעזר שם נשאל על נושה שלא רצה להחזיר את שטר החוב לחייב, ופסק שאינו צריך להחזיר אותו, מפני שהמחילה בטלה.

[293] שו"ת בצל החכמה, חלק ג, סימן קכד, אות א. והוא דן בשאלה האם מותר לנושה לתפוס מצד "עביד איניש דינא לנפשיה".

שו"ת חלקת יעקב, חו"מ, סימן לב = חלק ג, סימן קס במהדורה הראשונה (הובא בשו"ת דיברות אליהו,

נספח שני

מחילה כפויה

כפי שראינו לעיל[294], מחילה שנעשתה עקב כפייה בטלה, ככל פעולה משפטית שנעשתה בכפייה בלי נתינת תמורה. נעסוק כאן במחילה בכפייה במצבים מיוחדים.

א. אם עשו מעשה קניין

מחילה בכפייה בטלה גם אם עשו הצדדים מעשה קניין, כגון קניין סודר[295]. טעם הדבר הוא, שפעולת המחילה אינה הקנאה, ואין מה להקנות על ידי מעשה הקניין[296].

ב. אם המוחל נשבע

גם אם מי שמחל מתוך כפייה נשבע על המחילה, היא בטלה, מפני שגם שבועה בכפייה בטלה[297]. אבל אם הייתה רק כפייה ממונית, ונשבע על המחילה, המחילה תקפה, שהרי לפי רוב הפוסקים, כפייה ממונית אינה נחשבת כפייה לגבי שבועה, ולכן אסור לו לעבור על שבועתו[298].

ג. אם המשיכו המוחל והנמחל לשאת ולתת יחד

אם אחרי שמחל מתוך כפייה, נשאו ונתנו יחד המוחל והנמחל, ופרע המוחל חיובים שונים לנמחל, המשך המשא והמתן מוכיח שאכן מחל בלב שלם, שהרי אילו אכן המחילה הייתה בכפייה, לא היה לו לפרוע חוב לנמחל, אלא היה לו להחזיק את הכסף כפירעון לחוב שנכפה

חלק ג, סימן קס), כותב שנושה שלא נכנס להסדר החובות בפשיטת רגל אינו מפסיד שום חלק מחובו, ואף שלפי דינא דמלכותא הוא מפסיד, הרי לפי הרמ"א, חו"מ, סימן שסט, סעיף ח, דינא דמלכותא חל (בעיני ההלכה) רק בדבר שהוא לתקנת בני המדינה, ולא בדבר כזה, שהרי אין זה לטובת בני המדינה שיפסיד הנושה את כספו רק מפני שכרגע אין לחייב במה לשלם. הוא לא נוקט שזה כפייה, מפני שבנידונו הנושה הזה לא מחל.

[294] לעיל, ליד ציון הערה 65.

[295] שו"ת הרי"ף, סימן קעג; שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן טז (רא ע"ד); ר' רפאל יוסף בר מרדכי, בשו"ת מים החיים (ארוליו), חו"מ, סימן יז.

שו"ת אבני צדק, חו"מ, סימן ב, נוקט שבנידונו, היות שהייתה מחילה בכפייה, היא צריכה קניין. משמע שקניין מועיל. ראה הסבר לכך לעיל, הערה 274. אבל אחר כך הוא מביא ששו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן ג, כתב שאם הדברים מוכיחים שלא מחל מרצונו, אולי אף קניין אינו מועיל (ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בעניין מחילה שאינה בלב שלם, בשם דרכי נועם שם).

שו"ת זכר חיים (שוחט), סימן י, ענף ג, מעלה אפשרות שאם עשו קניין על המחילה, היא מועילה אף שהייתה כרוכה באיסור גזל, שהנמחל רצה לגזול מראובן את חובו, וזאת מפני שחוזה שנעשה באיסור תקף, כמו שכתב שולחן ערוך, חו"מ, סימן רח, סעיף א, שמועיל מכר שנעשה באיסור שבת. אבל בענף ד, הוא כותב שקניין אינו מועיל, מפני שגם אם נאמר שהקניין חל, נשאר מצב של גֵזֵלה; ודווקא מכר בשבת מועיל, מפני שאין איסור במכירה עצמה.

[296] דרכי נועם שם.

[297] שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קטו.

[298] שו"ת סם חיי, סימן כה (נד ע"ד).

למחול לו. אבל אם לא פרע חוב לנמחל, אלא קנה ממנו מיטלטלין, ושילם עבורם, אין זה מוכיח שהמחילה הייתה בלב שלם, מפני שייתכן שהייתה בכפייה, ובכל זאת לא היה יכול לומר "לא אשלם לך, אלא אני לוקח את החפץ כפירעון לחובך כלפיי", שהרי אז הנמחל לא היה מסכים למסור לו את החפץ. גם אם פרע חוב לנמחל, הרי אם הכפייה הייתה עדיין בתָקפה בשעת הפירעון, אין כאן הוכחה שמחל בלב שלם, שהרי גם הפירעון נבע מתוך הכפייה[299].

ד. במחילה מכללא

טעם אחר לבטל מחילה שנעשתה בכפייה קיים במחילה שלא הייתה מפורשת אלא מכללא. הכוונה לנושה ששתק בנוגע לתביעתו, באופן שאפשר להבין משתיקתו שהוא מוחל עליה; אלא שהסיבה ששתק היא שפחד מנזק כלשהו. מאחר שאפשר שהסיבה ששתק אינה משום שמחל, אלא משום שפחד לעמוד על זכויותיו, אי אפשר להסיק משתיקתו על מחילה מכללא, ואין כאן מחילה[300].

[299] ר' רפאל יוסף בר מרדכי, בשו"ת מים החיים (ארוליו), חו"מ, סימן יז.

[300] חקרי לב, מהדורא בתרא, חו"מ, סימן ט (עמ' קמד), מסביר בכך את שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן צג, שכתב שמי ששתק בשעת חלוקת ירושה מפני שלא רצה שנושיו ידעו שיש לו ירושה, אינה מחילה. מהרי"ט אינו מזכיר בתשובתו את הכפייה הזאת, אלא אומר שמשתיקתו אין להסיק שמחל, מפני שבהרבה מקומות מצאנו ששתיקה אינה מחילה; אבל השואל שם מזכיר את הכפייה הזאת. גם במקרה שנידון בחקרי לב שם (שהבאנו לעיל, הערה 274) מדובר בשלא מחל בפירוש, וחקרי לב רומז ששתיקתו אינה מתפרשת כמחילה, מפני שייתכן ששתק מתוך פחד. יש להעיר שגם בנידונו של מהר"ם אלשיך בהסדר חובות, לעיל, הערה 288, מדובר בשלא מחל בפירוש, אלא גבה חלק מן החוב, ושתק לגבי השאר, והוא כותב שאין להסיק משתיקתו שמחל; אבל לא נימק מצד הכפייה אלא מצד שאדם אינו עשוי למחול חובו סתם. ראה גם חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילה מכללא, שאור גדול, סימן ה, אות יב, כותב שאם המוחל מכללא מקבל תמורה, מחילתו תקפה, כמו במכירה בכפייה; ושיש מקום לומר שגם אז המחילה בטלה, מפני שדי בסיבה כלשהי לתלות בה את שתיקתו, ולומר שלא שתק מתוך מחילה אלא מסיבה אחרת.

סעיף 18

עושק

עושק

18. מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר נסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי לבטל את החוזה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 313
א. כללי 313
ב. מרכיבי העושק 314
ג. זכות הביטול 315
פרק שני: היסוד המשפטי של זכות הביטול 316
א. כללי 316
ב. המקורות התלמודיים 317
(1) אסיר נמלט 317
(2) הצלת דבש 318
(3) הבטחה לתמורה בעד חליצה 318
ג. הנימוק של פגם בגמירת הדעת 319
ד. הנימוק של חובת הצד שכנגד להציל את הנתון במצוקה (״שכר מצווה״) 323
ה. הנימוק המוסרי (״כופין על מידת סדום״) 328
ו. סיכום 329
פרק שלישי: צורת החוזה — ״מי שהתקשר בחוזה״ 334
פרק רביעי: כוונה לנצל — ״עקב ניצול״ 338
פרק חמישי: מצב הנעשק — ״מצוקת המתקשר״ 339
א. כללי 339
ב. מצוקה ארעית 342
ג. אם הייתה דרך אחרת 343
פרק שישי: ״ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל״ 344
א. כללי 344
ב. היקף הסטייה ״מן המקובל״ 344
ג. תנאים שאינם סבירים אבל הם מקובלים 348

ד. אם יש הפסד לצד העושֶׂק 351
ה. חוזה מסוג שאין לגביו "תנאים מקובלים" 356
פרק שביעי: הביטול — "רשאי לבטל את החוזה" 357
א. האם החוזה ניתן לביטול או שהוא בטל מעיקרו? 357
ב. ביטול חלקי 362
פרק שמיני: מצבי עושק נוספים — "חולשתו השכלית או הגופנית, או חוסר ניסיונו" 363
א. כללי 363
ב. חולשה שכלית 363
ג. חולשה גופנית 365
ד. חוסר ניסיון 367
(1) התקנה המגבילה מכר מקרקעין על ידי מי שהוא פחות מבן עשרים 367
(2) הרחבת התקנה 370
(3) הביטול 372
פרק תשיעי: סיכום 374
פרק עשירי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 374

פרק ראשון

מבוא

א. כללי

סעיף ה"עושק"[1] שלפנינו סוגר את רשימת עילות הביטול שקובע החוק בשל פגם בכריתת החוזה. הסעיף קובע שמי שהתקשר בחוזה בתנאים גרועים עקב ניצול שניצל הצד השני את מצוקתו, את חולשתו או את חוסר ניסיונו, זכאי להשתחרר מן החוזה על ידי ביטולו[2]. עילת

[1] ראוי לציין בפתח הדברים, שהמונח "עושק" מופיע במקורות המשפט העברי במשמעות שונה. בלשון המקרא המונח "עושק" מציין לעתים עוול הנעשה כלפי חלשים, כגון בפסוק "עושק דל חרף עושהו" (משלי יד, לא), ובפסוק "ואלמנה ויתום, גר ועני, אל תעשוקו" (זכריה ז, י), ובמיוחד בהקשר של כבישת שכר שכיר או הלנתו: "לא תעשוק שכיר... ביומו תתן שכרו" (דברים כד, יד); "לא תעשוק את רעך... לא תלין פעולת שכיר..." (ויקרא יט, יג). זו גם משמעות הפסוק "או עשק את עמיתו" (ויקרא ה, כא) לפי רש"י שם, וראה בפירוש דעת מקרא שם.

בבבא מציעא סא ע"א נאמר ש"לא תעשוק" מלמד איסור לכבוש שכר שכיר. וראה שם קיא ע"א דעות שונות על ההבחנה בין גזל לעושק בשכר שכיר. על הסוגיה שם, ראה ערוך השלם, ערך עשק. וראה ספרא, פרשת קדושים, אות כט, על הפסוק בויקרא יט, שם, ובפירוש המלבי"ם שם.

הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק א, הלכה ד (ובעקבותיו שולחן ערוך, חו"מ, סימן שנט, סעיף ח; וראה על כך: ביאור הגר"א, שם, ס"ק י-יא; השופט אלון, ע"א 719/78 איליט בע"מ ואח' נ' אלקו בע"מ, פ"ד לד(4) 673, 685-687 = נ' רקובר, המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל, עמ' 498-500) מרחיב זאת לכל מצב שאין נתבע מחזיר לתובע ממון המגיע לו: "איזה הוא עושק? זה שבא ממון חבירו לתוך ידו ברצון הבעלים, וכיוון שתבעוהו כבש הממון אצלו בחזקה ולא החזירו, כגון שהיה לו ביד חבירו הלוואה או פקדון או שכירות, והוא תובעו, ואינו יכול להוציא ממנו, מפני שהוא אלם וקשה, ועל זה נאמר 'לא תעשוק את רעך'".

ב' ליפשיץ, משפט ופעולה, ירושלים תשס"ב, עמ' 189, הערה 4, מגדיר: "עושק הוא נטילת דבר, בתשלום, בעל כורחו של הבעלים".

ר' בנימין לוין, דרשות הרבי"ל, פרשת משפטים, עמ' 106, כותב שעושק הוא הלוקח כסף של אחר לעשות בו עסק, ואחר כך מגבב טענות עד שהלה אינו יכול להוציא את ממונו מידו, כמו בפסוק "כי התעשקו עמו" (בראשית כו, כ; אלא ששם השי"ן שמאלית); ומסביר שלכן עובר עליו בשני לאווין, כאמור בבבא מציעא קיא ע"א, מפני שקל יותר בעיני אדם לעשות זאת מלגזול ממש.

מכל מקום, להלן נשתמש במונח "עושק" לפי ההוראה שנתן לו החוק, שבמובן מסוים יסודה בלשון המקרא וחז"ל. הרי גם ב"עושק" במובנו ההלכתי יש ניצול חולשה, שכן מי שממונו ביד חברו נמצא בעמדה נחותה, והעושֵק מנצל זאת בסרבו להשיב לו את ממונו.

[2] יש לזכור, שמלבד הסעדים החוזיים הניתנים לנעשק, עושק הוא עבֵרה פלילית, לפי חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיף 431. על היחס שבין זכות הביטול בגין עושק לבין העניש עליו, ראה ס' דויטש, "הוראת העושק בחוק החוזים", מחקרי משפט ב (תשמ"ב), עמ' 17-19.

עילות עושק נקבעו גם בכמה חוקים מסחריים: חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, סעיף 3; חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, סעיף 4; חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981, סעיף 58.

העושק שונה מעילת הכפייה: בעושק, צד אחד לחוזה מנצל מצב חולשה שנמצא בו הצד השני; ואילו בכפייה, הכופה יוצר את מצב החולשה אצל הצד הכפוי[3].

הנימוק לזכות שמעניק החוק לבטל חוזה בשל עילת העושק שונה מן הזכות בשל העילות שנידונו עד כה. בחוזה למראית עין, ובחוזה שנכרת מחמת טעות, הטעייה או כפייה, שנידונו בסעיפים הקודמים, הפגם בכריתת החוזה הוא בגמירת דעתו של המתקשר, שלא הסכים להתקשר כלל, או שהסכמתו הייתה פגומה. הפגם שם יורד אפוא לשורש תפקודו של החוזה כמפגש רצונות בין המתקשרים. לעומת זאת, מי שניצלו את חולשתו והסכים להתקשר בחוזה, הריהו עושה זאת בגמירות דעת מלאה. ההצדקה להתערבות החוק בעניינו היא הצדקה מוסרית: יש להגן על הצד החלש מפני ניצולו על ידי הצד החזק[4]. סיבה נוספת להתערבות החוק היא מניעת עיוותים כלכליים שהיו עלולים להיווצר עקב ניצול כזה[5].

ב. מרכיבי העושק

הסעיף מונה שלושה מרכיבים של עילת העושק: מצבו של הנעשק (מצוקה, חולשה או חוסר ניסיון); ניצול מצבו על ידי הצד שכנגד; תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל. מרכיבים אלה הם דרישות מצטברות[6], והם ראויים להיבחן כל אחד לגופו, וכך גם במישור היחס שביניהם[7]. כמו כן עולות השאלות הבאות:

(1) מצבו של הנעשק: הסעיף מדבר על מצוקה, חולשה שכלית[8], חולשה גופנית וחוסר ניסיון של המתקשר. מושגים אלה אינם מוגדרים דיים. האם כל מצוקה שנתון בה אחד הצדדים היא עילה לביטול החוזה בגין עושק? אפשר לטעון שהצורך בקיום מסחר חופשי ודינמי דורש שלא להחיל את הסעיף אלא במצוקה קיצונית. האם רק סכנת נפשות במשמע או שמא גם מצוקה כלכלית, נפשית או חברתית? כמו כן יש לשאול, האם המצוקה נמדדת באמת מידה קבועה ואובייקטיבית, או שמא יש להגדירה בכל מקרה לגופו ולפי אמת מידה סובייקטיבית של הנעשק? כן יש לשאול, האם קיים יחס הפוך בין חוסר הסבירות של תנאי החוזה לבין

[3] ראה פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 894־895.

[4] ראה: שלו, דיני חוזים, עמ' 251; ס' דויטש (לעיל, הערה 2). השווה לדברי הנשיא שמגר בע"א 11/84 רבינוביץ נ' שלב, פ"ד מ(4) 533, 541. לדעת פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 970, זכות הביטול בגין עושק מושתתת על צירופם של שני גורמים: חוסר ההגינות ופגם "מרוכך" ברצון. אך גם לדעתם, הפגם ברצון בלבד אינו מצדיק את ביטול החוזה, אלא בצירוף העניין המוסרי.
ראה סקירה על הנושא בע"א 2041/05 מחקשווילי נ' מיכקשווילי (לא פורסם, תק־על 2007(4), 2223). ברוח דברים אלו אפשר להגדיר את עילת העושק כמקרה פרטי של תקנת הציבור.

[5] בע"א 236/84 עזבון המנוחה הלה יפה ז"ל נ' שוורץ ואח', פ"ד מה(5) 13, בפסקה 7(ה) לפסק דינו של השופט בן יאיר, מובאת הגישה שעילת העושק היא עילה כלכלית במהותה, המתמקדת באי התאמה של ערכים וציפיות.

[6] ע"א 719/78 איליט נ' אלקו, פ"ד לד(4) 673, פסקה 5 לפסק דינו של השופט שמגר. ראה גם שלו, שם, עמ' 350.

[7] ראה שלו, שם, שקיום מרכיבי עילת העושק יכולים להשפיע זה על זה. למשל, העובדה שתנאי החוזה אינם סבירים יכולה להוות ראיה לכך שהצד החזק ניצל את חולשתו של הצד החלש.

[8] לדעת שלו, שם, עמ' 257, פער בהשכלה בין הצדדים אינו גורם להגדרת אחד הצדדים כבעל חולשה שכלית. ראה: ע"א 593/79 מימוני נ' פרלמן, פ"ד לו(2) 329; ע"א 395/83 שלום נ' יכין חק"ל, פ"ד לט(2) 741.

מצב המצוקה, כלומר, ככל שתנאי החוזה גרועים יותר, כך יהיה די במצב מצוקה מינורי, או שמא אין הללו תלויים זה בזה? ועוד: מה בין מצוקה לבין חולשה שכלית, חולשה גופנית וחוסר ניסיון? באלו נעסוק בפרק החמישי ובפרק השמיני.

(2) ניצול מצבו של הנעשק: האם הניצול הוא מרכיב הכרחי לעילת הביטול? מה הדין אם פעל הצד שכנגד בתום לב בלא שידע על מצב המצוקה שנתון בו הנעשק? אם מטרת החוק היא מניעת עיוותים כלכליים, עניין הניצול אינו מעלה ואינו מוריד, לכאורה, ויש לאפשר ביטול גם אם לא היה ניצול מכוון. לעומת זאת, אם מטרת החוק היא מניעת התנהגות בלתי מוסרית, הדעת נותנת שהניצול הוא המרכיב העיקרי של עילת העושק, ובלעדיו אין זכות ביטול. נעסוק בכך בפרק הרביעי.

בהנחה שמרכיב הניצול הוא אכן הכרחי, עולות שאלה לגבי מצב שיוזם החוזה היה הנעשק עצמו: האם ניתן להגדיר את התנהגות הצד שכנגד כניצול? גם בכך נעסוק בפרק הרביעי[9].

הסעיף אינו קובע מבחן לקביעת קיומו של ניצול. בהצעת חוק דיני ממונות[10] מוצע לקבוע חזקה (הניתנת לסתירה)[11], שאם נתקיימו יחסי תלות בין שני הצדדים לחוזה[12], ותנאי החוזה גרועים בצורה בלתי סבירה עבור הצד התלוי בצד השני — הרי שהצד השני ניצל את מצוקתו של התלוי בו ועשק אותו, והלה זכאי לבטל את החוזה.

(3) תנאי חוזה גרועים: מהי משמעות הביטוי "במידה בלתי סבירה מן המקובל"? האם משמעותו מידה קיצונית במיוחד? או שמא משמעותו כל סטייה משמעותית מן המקובל? עוד יש לשאול, האם ייתכן עושק בחוזה שאין תנאים מקובלים לגביו, כגון במכירת מוצר חדש שעדיין אין לו מחיר שוק? כיצד ניתן לקבוע שהתנאים "גרועים"? נעסוק בכך בפרק השישי.

ג. זכות הביטול

עד כה הצגנו שאלות בדבר מרכיביה השונים של עילת ה"עושק". שאלות אחרות נוגעות לעצם

[9] מצב גבולי נוסף הוא אם הצד שכנגד הכתיב לנעשק תנאים גרועים כדי לפצות את עצמו מפני הפסד שנגרם לו כתוצאה מהסכמתו להתקשר עמו דווקא, כגון אדם המוכן להעסיק במפעלו עובדים הסובלים מפיגור שכלי תמורת שכר הנמוך משמעותית מהשכר המקובל בשוק. האם גם בכגון זה נחשבת התנהגותו כניצול, רק משום שתנאי החוזה חורגים מן המקובל והצד השני הסכים להם בשל מצבו? אפשר לטעון, שבמצב זה, תנאי החוזה אינם גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, שכן אין להשוות את שכרו המקובל של עובד בריא לשכרו המקובל (והראוי) של עובד הסובל מפיגור שכלי. ראה בעניין זה חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987, סעיפים 17-18.
ראוי לציין, שיש סוג אחד של ניצול מצוקה, שהפגם בו אינו בכך שהנתון במצוקה התקשר בחוזה בתנאים גרועים כדי להוציא את עצמו ממצוקתו, אלא בכך שהנתון במצוקה אינו נותן את דעתו על המשמעות של תנאי החוזה, בגלל מצוקתו. זו משמעות הניצול באחדות מן הדוגמאות שנותנים פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 986-992. אבל נראה שפגם זה נכנס יותר לגדר פגם של טעות, ועל כן לא נעסוק כאן בניצול מסוג זה.

[10] הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, סעיף 115(ב).

[11] ראה ע"א 423/75 בן נון נ' ריכטר, פ"ד לא(1) 372.

[12] ראה גם עח"א 1/79 מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(3) 365, בפסק דינו של השופט שמגר.

זכות הביטול ולהיקפה. לעניין עצם הזכות יש לשאול, האם יש מצבי עושק קיצוניים שבעטיים החוזה בטל, ולא רק ניתן לביטול? בכך נדון בפרק השביעי.

עוד יש לברר, האם תרופתו היחידה של הנעשק היא ביטול החוזה, או שמא הוא זכאי לדרוש את קיום החוזה תוך תיקון תנאיו, כך שיהיו סבירים והוגנים? לכאורה, אם מטרת החוק היא למנוע עיוותים כלכליים, הרי שהמטרה תושג גם בתיקונם של תנאי החוזה. שאלה דומה עולה לגבי הצד שכנגד, אם יתנגד לביטול החוזה בטענה שהוא מוכן לשנות את תנאיו ולתקנם. גם בכך נדון בפרק השביעי.

פרק שני

היסוד המשפטי של זכות הביטול

א. כללי

כפי שכבר הזכרנו[13], עילת הביטול שבחוק בגין עושק שונה בטעמה ובצורך שבה מן העילות האחרות שנקבעו בסעיפים הקודמים, שגם הן עניינן פגמים בכריתת חוזה (מראית עין, טעות, הטעיה וכפייה). התערבות החוק בהתקשרות שהושגה מתוך עושק, עד כדי מתן זכות ביטול חד־צדדית, נובעת משיקולים של מוסר ושל צדק חברתי, כשמטרת החוק היא למנוע ניצול של הצד החלש על ידי הצד החזק.

עקב אופיו הקזואיסטי של המשפט העברי, אין בו הוראה כללית מעין זו של הוראת סעיף זה. עם זאת, ניתן ללמוד על גישה כללית של המשפט העברי מתוך הפסיקות המקומיות לעניין חוזים שנקשרו תוך ניצול מצוקה של צד אחד לחוזה. לא מצאנו במשפט העברי התייחסות גורפת לניצול חולשה שכלית, ניצול מצוקה גופנית וניצול חוסר ניסיון כעילות לביטול חוזה. על כן, בהמשך דברינו נדון בעיקר בעילת העושק הראשונה, ניצול מצוקה, ורק בפרק השמיני נציין הלכות אחדות המשקפות עילות לביטול חוזה הדומות לניצול חולשה וחוסר ניסיון.

לפי המשפט העברי, מי שהתקשר בחוזה בתנאים גרועים תוך שהצד השני ניצל את מצוקתו, רשאי בנסיבות מסוימות לבטל את החוזה. אולם נראה שהיסוד המשפטי לזכות הביטול לפי המשפט העברי שונה מן היסוד לזכות לפי החוק. להבדל זה השלכות רבות, שנעמוד עליהן להלן. נפתח בסקירת המקורות הראשוניים[14].

[13] לעיל, ליד ציון הערה 4.

[14] מקור נוסף לזכות הביטול בחוזה שנכרת מתוך מצוקה, הוא באישה נשואה שמכרה לבעלה נכסים שלה, או שנתנה את הסכמתה שבעלה ימכור את נכסיו (ובכך היא לכאורה מוחלת על זכותה לגבות מהם את כתובתה) — היא יכולה לטענן שלא הייתה לה גמירת דעת, אלא "נחת רוח עשיתי לבעלי", שחששה שהבעל יכעס עליה אם לא תעשה כן (כך פירש רשב"ם, בבא בתרא מט ע"ב, ד"ה תימא). לפרטי הלכה זו, ראה: שולחן ערוך, אהע"ז, סימן צ, סעיפים טו־טז; בירור הלכה, בבא בתרא מט ע"ב, ציון ד.
מקור נוסף הוא הדין שמי שנתן מתנה משום שהתבייש לסרב לתת, המתנה בטלה, ואסור למקבל ליהנות ממנה. כך נאמר בבבא מציעא כב ע"א, לגבי מי שאריסו נתן פירות לאורחים, וכשנודע לו הביע את הסכמתו — הסכמה זו נבעה מתוך בושה, והמתנה בטלה. כך פסק גם שולחן ערוך, אהע"ז, סימן כח, סעיף יז, על הנוטל חפץ של אחר וקידש בו אישה, וכששמע על כך בעל החפץ, הביע הסכמתו — אין כאן מתנה, מפני שהסכמת הנותן נבעה מתוך בושה (כך פירש בית שמואל, שם, ס"ק מד, שגם אחרי שהביע הסכמה, המתנה

ב. המקורות התלמודיים

(1) אסיר נמלט

בתלמוד מובאת ברייתא העוסקת באסיר נמלט שבדוחקו נאלץ להסכים לתנאי חוזה גרועים[15]: "הרי שהיה בורח מבית האסורין, והייתה מעבורת לפניו, אמר לו [לבעל המעבורת], 'טול דינר והעבירני' [את הנהר, כדי שיוכל לברוח] — אין לו אלא שכרו; ואם אמר לו, 'טול דינר זה בשכרך והעבירני' — נותן לו שכרו מְשֻׁלָּם".

הרישא של הברייתא קובעת שהתחייבותו של הנמלט לשלם דינר תמורת השירות שנותן לו בעל המעבורת אינה מחייבת, וזאת משום שהיא התחייבות מופרזת[16] שניתנה מתוך מצוקה. אולם התלמוד תמה: אם כך, מדוע קובעת הסיפא של הברייתא, שאם הוסיף האסיר הנמלט שהוא מתחייב לשלם את הדינר "בשכרך", הוא חייב לעמוד בהתחייבותו? הלוא גם התחייבות זו ניתנה מתוך מצוקה! על כך משיב התלמוד: "אמר רמי בר חמא: בצייד השולה דגים מן הים, ואמר ליה, 'אפסדתני כוורי בזוזא' [=הפסדת אותי דגים בשווי דינר]". כלומר, בסיפא מדובר בבעל ספינה שהוא דייג, שיֵצא נפסד אם יקבל רק את השכר המקובל לבעל מעבורת, שכן מלאכת הדייג רווחית יותר. תוספת המילה "בשכרך" מתפרשת ככוונה לפצות את בעל הספינה על מניעת הרווח שנגרמה לו[17].

בטלה). כמו כן, ספר חסידים, סימן שטז, כותב שמי שמתארח אצל אדם צר עין או עני, שנותן לו רק מתוך בושה, הוא "גזל גמור בדין שמים". פלא יועץ, ערך גזל, כותב שהמקבל ממי שנותן מתוך בושה, יש בכך "סרך גזל". ערוך השולחן, חו"מ, סימן שנט, סעיף א, כותב שאם בעל בית מציע אוכל למי שמגיע לביתו (ואינו אורח), והלה אינו בטוח שבעל הבית באמת רוצה לתת, "ירחיק את עצמו מזה". ר' רחמים שעיו, "מתנה מחמת אונס או בושה", קול התורה מח (ניסן תש"ס), עמ' שא, מקשה, הרי "דברים שבלב אינם דברים"? ותירץ שדברים שבלב אינם יכולים לבטל מעשה גמור, אבל כאן המעשה נחשב כאילו לא נעשה כלל, כיוון שנעשה בלי רצון. בדומה לכך תירץ ר' יעקב נקש, "מתנה מחמת בושה", מאור אברהם, קובץ תורני (מקסיקו תש"ס), עמ' 40, שמי שלא התכוון למכור או לתת בכלל, המעשה אינו חל, אף שאלו דברים שבלב, ורק אם הקנה, אלא שבלבו רצה להגביל את ההקנאה, דברים שבלב אינם דברים. בפשטות, התשובה היא שכאן אלו "דברים שבלבו ובלב כל אדם", שהרי ניכר לכול שאינו נותן בלב שלם. וראה ר"י נקש שם, עמ' 38־39, על מצב שלא ברור אם הנותן נתן מתוך בושה; ושם עמ' 40־41, שהנותן בהתאם למנהג המקום (כגון מתנה שנותנים בשמחות), המתנה תקפה גם אם נתן מתוך בושה.

ראה גם חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילה שלא בלב שלם, שמי שמוחל עקב הפצרת אחרים, או מתוך פחד מבעל רשות, או עקב סבל ממושך, מחילתו אינה תקפה (לפחות לפי חלק מהפוסקים).

החוק, אינו דן במקרים אלו בפירוש. ייתכן שלפי החוק הם ייבחנו על פי הדרישה הכללית לגמירת דעת שבסעיף 2 ובסעיף 5.

15 בבא קמא קטז ע"א. כך פסקו: רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסד, סעיף ז.

16 שו"ת ציוני, חלק ב, סימן ו, אות ד, כותב שהמחיר הרגיל של מעבר במעבורת הוא פרוטה. אבל בסנהדרין קט ע"ב, בתיאור חוקי סדום, נאמר שהעובר במעבורת היה חייב לשלם זוז (=דינר) אחד. לכאורה, מחיר זה סותר את העולה מסוגייתנו, שדינר נחשב מחיר מופרז עבור מעבורת. ייתכן שמטעם זה פירש רש"י, סנהדרין שם (ד"ה דעבר), שהמעבורת שם הייתה במים "עזין", ולכן המחיר הרגיל היה גבוה ממחיר מעבורת בנהר רגיל (וראה אמרי צבי, סנהדרין שם, שנימק בדרך אחרת מדוע רש"י כתב כך).

17 ראה על כך להלן, ליד ציוני הערות 104־114.

אשל אברהם (ניימרק), בבא קמא קטז ע"א, מסביר שמלשון "בשכרך", משמע שמדובר שמורגש וניכר מיד שמגיע לו שכר, והיינו אם הוא מפסיד בגלל פעולתו.

הגהות ר' יוסף צבי דינר, בבא קמא קטז ע"א, כותב שבפשטות ההבדל בין הרישא לסיפא הוא שברישא אמר "דינר" סתם ובסיפא אמר "דינר זה", והבחנה כזאת מצויה בעבודה זרה סג ע"א. אפשר להסביר,

(2) הצלת דבש

העיקרון שהתחייבות שניתנה מתוך מצוקה אינה מחייבת, עולה מסוגיה נוספת, שעניינה זכות השיפוי של המציל את חברו מהפסד. המשנה[18] קובעת שמי שעמד לאבד את דבשו בגלל סדק שאירע בכד הדבש שלו, ולחברו היה כד מלא יין, שהוא זול יותר מדבש, והציע לו חברו שירוקן את כד היין ויעביר את הדבש לתוך כדו הריק תמורת דמי היין, ובעל הדבש הסכים להצעה — ההצעה מחייבת. התלמוד שם[19] מסביר, שבעל הדבש חייב רק משום שבעל היין מפסיד משפיכת יינו, וזאת מתוך השוואה לדינו של האסיר הנמלט, באופן שבעל המעבורת מפסיד מהעברתו.

מן הסוגיה עולה, שאם לא הפסיד המציל, כגון שהיה לו כד ריק, והציע לרוקן לתוכו את הדבש תמורת סכום מסוים, ובעל הדבש הסכים, יכול בעל הדבש לחזור בו מהסכמתו, ואינו חייב לשלם למציל אלא את דמי הטרחה ושכירות הכד בלבד[20], לפי שכרם הראוי[21].

(3) הבטחה לתמורה בעד חליצה

סוגיה נוספת הפוטרת מי שמתחייב מתוך מצוקה היא בדיני חליצה. מדובר ביבמה שאחי בעלה המת רוצה לייבם אותה (לשאת אותה) ומסרב לחלוץ לה (וכל עוד אינה חולצת אינה מותרת להינשא לאחר). היא אינה רוצה להינשא לו, ולפיכך היא מבטיחה לו מאתיים זוז בתמורה לחליצתו. לאחר החליצה מסרבת האישה לקיים את הבטחתה בטענה שזו ניתנה מתוך מצוקתה, שחששה שתישאר עגונה כל ימיה. על יסוד הברייתא שהובאה לעיל בעניין האסיר הנמלט, קובע התלמוד שהדין עמה ואין היא חייבת לשלם לאחי בעלה מאומה[22].

שהתלמוד לא רצה להסביר כך מפני שבעבודה זרה שם, הכוונה היא שאם אמר "זה", נקנה לו הדבר המסוים הזה, ואילו אם אמר "סתם" נוצר רק חיוב; אבל כיוון שהתלמוד מנמק משום "משטה אני בך", אין סיבה להבדיל בין "זה" לבין סתם, ולכן מוכרחים להעמיד בצייד. עוד יש להעיר, שיש שגרסו בסיפא "דינר זהב" במקום "דינר זה" (ראה על כך להלן, הערה 105), ולפי גרסה זו מובן מדוע לא הסביר התלמוד את ההבדל כאמור.

[18] בבא קמא קטו ע"א.

[19] בבא קמא קטז ע"א.

[20] ראה סמ"ע, סימן רסד, ס"ק יט.

[21] וכך פסקו: רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכות ה־ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסד, סעיפים ה־ו.

[22] יבמות קו ע"א. ס' דויטש (לעיל, הערה 2), עמ' 26־27, וע"פ 529/87 אברהם נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 34, 39, הביאו סוגיה זו כדוגמה לעושק. אבל פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 951, הערה 282, סבורים שהתחייבות היבמה ניתנת לביטול מחמת כפייה, לפי סעיף 17.

נראה שמדובר במקום שאין מקובל לשלם שכר ליבם עבור חליצה, אבל במקום שמקובל לשלם שכר, אמנם אין היבמה חייבת לשלם את מאתיים הזוזים שהבטיחה, אבל היא חייבת לשלם את השכר המקובל. כך עולה מדברי הפוסקים שנביא להלן, הערה 52, ביחס לשכר בעד ערבות. וראה על כך להלן, הערה 36. ראה גם ערוך השולחן, חו"מ, סימן רסד, סעיף כ, על מי שהבטיח שכר גבוה מהמקובל.

בכתובות עד ע"א מוסבר שאף שהיבמה אינה משלמת ליבם את מה שהבטיחה, אין אומרים שהיבם חלץ עקב הטעיה וממילא החליצה בטלה, שכן הכלל בדיני חליצה הוא שאין חליצה על תנאי, וחליצה מתירה את האישה בכל מצב, גם אם לא נתקיים התנאי, ולכן גם אילו אמרה "חלוץ לי על מנת שאתן לך מאתיים זוז", ולא נתנה, החליצה כשרה, וקל וחומר כאן, שלא היה תנאי מפורש. לדיון נוסף בנקודה זו, ראה: רש"י, יבמות קו ע"א, ד"ה הב ליה; רא"ש, יבמות, פרק יב, סימן טו; חידושי הרמב"ן, שם; חידושי הרשב"א, שם; חידושי הריטב"א, שם; בית הבחירה, שם (שלפי "גאוני ספרד", הטעם הוא שמניחים שמחל על הכסף); שו"ת הריב"ש, סימן תעו; כסף משנה, הלכות אישות, פרק ו, הלכה א (שלפי הרמב"ם, הטעם הוא

ג. הנימוק של פגם בגמירת הדעת

מן המקורות שהבאנו עולה, שמי שהיה שרוי במצוקה, וכדי להימלט מאותה מצוקה, הבטיח לחברו שכר מופרז תמורת עזרתו, אינו חייב לשלם אלא את השכר הראוי תמורת אותה עזרה, או לפצותו על הפסד שהפסיד עקב עזרתו. מסקנה זו היא מעין הוראת העושק שבחוק[23].

מהו היסוד המשפטי לזכות הביטול בסוגיות אלה? התלמוד מנמק את זכות הביטול בכך שהנעשק יכול לטעון: "משטה אני בך"[24], כלומר, הוא נתן את התחייבותו רק כדי להיחלץ

שמן הסתם מחל היבם על הכסף); קצות החושן, סימן רמא, ס"ק ט; נתיבות המשפט, סימן רמא, ס"ק י, ובספרו תורת גיטין, סימן קמג, סעיף א; קרן אורה, יבמות שם; חזון איש, אהע"ז, סימן מא.

ביבמות שם מדובר ביבם שאינו הגון לה, שדינו לחלוץ ולא לייבם. וכך פסק שולחן ערוך, אהע"ז, סימן קסט, סעיף נ (הובא בשו"ת בשמים ראש, הורביץ, סימן נו), שרק אם היבם חייב לחלוץ, וסירב, והבטיחה לו שכר על החליצה, היא פטורה מלשלם. חידושי הרשב"א, יבמות שם, רא"ש, יבמות, פרק יב, סימן טו, ונימוקי יוסף, יבמות לד ע"ב (בדפי הרי"ף), הסבירו שרק אז היבמה נחשבת לשרויה במצוקה, אבל אילו היה היבם הגון לה, שהיה רשאי לייבם, לא הייתה נחשבת כנתונה במצוקה (אף שהיא רצתה חליצה), והייתה חייבת לקיים כל מה שהבטיחה. כלומר, אין די בחוסר רצונה להתייבם לו, אלא יש צורך בסיבה אובייקטיבית המצדיקה זאת, כגון פער גילים משמעותי ביניהם. רמב"ן, יבמות שם, ובתורת האדם, עמ' מד־מה, ובית הבחירה, יבמות שם (ד"ה ולענין), הסבירו שאם הוא הגון לה, היא חייבת לשלם מה שהבטיחה, משום שהפסיד בחליצתו את זכותו בנכסים ובגוף האישה (לפי העיקרון שראינו לעיל, ליד ציון הערה 17, שהבטחה שגרמה הפסד מחייבת). וראה להלן, ליד ציון הערה 36, הסבר נוסף מדוע היא חייבת אם הוא הגון לה. הדעת נותנת שבזמננו, שאיננו נוהגים בייבום כלל אלא בחליצה בלבד, היבמה מוגדרת כשרויה במצוקה בכל מצב שמסרב היבם לחלוץ. אבל ערוך השולחן, אהע"ז, סימן קסט, סעיף עד, כותב שגם בזמננו, הוא יכול לטעון שהוא רוצה לייבם, וסירובו לחלוץ אינו נחשב כיוצר מצוקה. הוא מעלה ספק, במצב שהיבמה אינה נחשבת במצוקה, האם היא חייבת לשלם כל מה שהבטיחה לו, או רק מה שמגיע לו בחישוב סביר. שערי מאיר, סימן ה (עמ' כב), כותב שאם היבם הגון לה, חייבת לשלם מה שהבטיחה לו, גם אם אנחנו מונעים ממנו לייבם משום ש"מצוות חליצה קודמת" או בגלל תקנת הרבנות הראשית שלא לייבם.

23 אבל לגבי אסיר נמלט, נקבע שהתרופה השמורה לנעשק היא תיקון המחיר, ולא ביטול החוזה. ראה על כך להלן, פרק שביעי, ג.

24 יבמות קו ע"א; בבא קמא קטז ע"א. יש להעיר שכוונת הדברים היא "משטה הייתי בך" (ואכן, כך נוקטים רש"י, בבא מציעא קח ע"א, ד"ה נהרדעי, ורשב"ם, בבא בתרא קכח ע"א, ד"ה אינו, על מצבים אחרים), שהרי כוונת הנתבע היא שמה שהבטיח בעבר היה בצחוק. בכל זאת, הביטוי המופיע בתלמוד פעמים אחדות הוא "משטה אני בך". אפשר לפרש את המלה "משטה" במובן הווה מתמשך או תואר, כלומר, כלל התנהגותו היא של משטה, ולא במובן של הווה פשוט, שעכשו הוא משטה בו.

מסוגיית יבמות עולה שמותר לכתחילה למי שמצוי במצוקה להבטיח הבטחת שווא ולטעון אחר כך "משטה אני בך". על כך ראה: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף רמ; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רסד, סעיף טז (שבשעת שרֵפה, מותר להבטיח לעגלון שכר גבוה תמורת עזרתו בכיבוי, ואחר כך לתת לו רק שכר ראוי); פסקי דין רבניים, כרך ג, עמ' 375. וראה להלן, ליד ציון הערה 98, הסבר נתיבות המשפט לכך שמותר לשַטות.

המעשה והמדרש (מרגולין), פרשת תולדות, עמ' עג־עד, כותב שאם היה במצב של סכנה כשהבטיח סכום גבוה, אינו יכול לטעון "משטה אני בך", מפני שאין אדם משטה בשעת מיתה, כמו שפסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן פא, סעיף ב; והוא מסביר (בעמ' עו) בכך, שלכן חלה מכירת הבכורה של עשו ליעקב, אף שעשו מכר מתוך מצוקה, כיוון שמכר לפני שאכל, שאז היה במצב של סכנה. אבל דבריו קשים, שהרי השולחן ערוך מדבר על אדם המצפה למות, ולכן אין לו תקווה להרוויח מהשטאתו באדם אחר, ולכן ברור שהוא מדבר ברצינות; אבל כאן מדובר במי שמשלם בעבור פעולה שתציל אותו מן הסכנה שהוא נתון בה, וייתכן שהוא משטה כדי להרוויח אחרי שיינצל מהסכנה.

ממצב המצוקה ובלא גמירת דעת לקיימה. לפי נימוק זה, לא כל מי שהתקשר בחוזה מתוך מצוקתו זכאי לבטל את החוזה, אלא רק מי שלא גמר בדעתו לקיים את התחייבותו, והתחייב רק מתוך מצוקה.

טענת המתחייב, "משטה אני בך", טעונה ביאור. הרי כלל הוא ש"דברים שבלב אינם דברים"[25]. אם כן, מה בכך שבלבו לא התכוון למלא אחר התחייבותו? וכי מי שהתקשר בחוזה רגיל, ומוסיף בלבו תניות והסתייגויות, יכול להשתחרר מן החוזה על פי מה שחשב בלבו?! התשובה לכך היא, שהיות שזו התחייבות בלתי סבירה שנעשתה מתוך מצוקה, ברור בעליל שלא ניתנה מתוך גמירות דעת לקיימה. אין זה בגדר "דברים שבלב", משום שזו כוונתו המשוערת של כל מי שנתון בנסיבות דומות, ובלשון הפוסקים "דברים שבלבו ובלב כל אדם", שהם תקפים ומחייבים[26].

[25] על כלל זה, ראה סעיף 13, ליד ציוני הערות 20־23.

[26] כך מסביר מהר"ם, בתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן סד.
ימי שלמה, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ז (קכז ע"ב), מקשה, הרי שולחן ערוך, חו"מ, סימן פא, סעיף ה, פוסק לעניין הודאה, שהמודה יכול לטעון "משטה אני בך" רק אם התובע תבע אותו תחילה, ואילו כאן האסיר התחייב מעצמו? המגיה שם תירץ, שמאחר שהיה בלחץ גדול, וניכר שהמחיר גבוה, ברור שהוא משטה; והיינו כהסברו של מהר"ם. בתירוץ שני כתב, שאכן מדובר כאן בשבעל המעבורת תבע ממנו תחילה את השכר הגבוה; ראה על כך להלן, הערה 75. ר' שלמה איגר, ספר העיקרים, ערך אונאה, אשכול ד, עמ' פח, מסביר (כתירוץ הראשון של המגיה) שיש יסוד להניח שהיה משטה, מכיוון שהסכום הוא מופרז, וזאת על פי מה שכתב (ראה להלן, הערה 94), שמדובר בשההפרש היה בכדי שאין הדעת טועה, כלומר הפרש גדול. ובדעת הריטב"א (להלן, הערה 94), הסובר שיכול לטעון "משטה אני בך" גם בכדי שהדעת טועה, הוא מסביר שדווקא בהודאה, העובדה שהודה בזֵמתו מוכיחה שלא היה משטה, שכן לא הייתה לו סיבה לשַטות בו (ורק בהודאה בעקבות תביעה, יכול לטעון "אתה שיטית בי בתביעתך חסרת הבסיס, ולכן שיטיתי בך חזרה"), אבל כאן הוא נאלץ לשַטות בו ולהבטיח לו סכום מופרז, כדי שיסכים לתת לו את השירות שהיה זקוק לו בדחיפות.
הגהות מרדכי, קידושין, סימן תקמד (הובא בדרכי משה, חו"מ, סימן שלה, ס"ק ג [ומשם הובא בשו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ה], בסמ"ע, סימן קפה, ס"ק כט, בשו"ת מהר"ם מרוטנבורק האחרונים, או"ח, סימן יב, ובערוך השולחן, חו"מ, סימן רסד, סעיף כב), כותב שמי שהבטיח לחברו שכר אם ישתדל אצל השלטון בעבורו, ואחר כך טען שהבטיח שכר רק מתוך חשש שהלה דווקא יקלקל את עניניו אצל השלטון, חייב לשלם, משום שאין ניכר באופן אובייקטיבי שהוא היה במצוקה, ודברים שבלב אינם דברים. שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן עט, וחלק ב, סימן פ, מסביר שהגהות מרדכי סובר שרק אם הייתה מצוקה ידועה, יכול לטעון "משטה אני בך", ואם לא, הוא חייב לשלם כל מה שהבטיח. אבל הוא כותב שהפוסקים בעניין שדכן (ראה להלן, הערה 49) שחייבו לשלם כל מה שהובטח לשדכן רק משום שנהוג לשלם הרבה לשדכן, חולקים על הגהות מרדכי; ובחלק א, שם, כתב שאפשר לטעון "קים לי" נגד הגהות מרדכי. אבל שו"ת לחם רב, סימן רכז, כותב שגם הגהות מרדכי מסכים לאותם פוסקים, שחייב רק אם רגילים לשלם הרבה. שו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימן קיז, מבין שהגהות מרדכי דן בתשלום השכר הרגיל, שהמבקש טען להיפטר ממנו לגמרי בגלל המצוקה, והגהות מרדכי מחייב, מפני שלא הייתה מצוקה ניכרת; אבל על מה שהבטיח מעל לשכר המקובל, פטור גם אם לא ידוע שהייתה מצוקה, מפני שהתוספת היא בגדר מתנה, ובמתנה, דברים שבלב הם דברים (רמ"א, חו"מ, סימן רז, סעיף ד). דבריו יכולים לשמש הסבר נוסף מדוע במעבורת וכדומה טענת "משטה אני בך" מתקבלת אף שהיא דברים שבלב. אבל ראה סעיף 13, הערה 49, שהרמ"א מתכוון למצב שניכרת מחשבתו לכול. שו"ת מי השליח (רבינוביץ), סימן טו, מסביר, ששם מדובר במצב שמי שהשתדל היה יכול להרוויח סכום זה במלאכתו, ולכן מגיע לו כל מה שהפסיד (כלהלן, ליד ציון הערה 103); או שההשתדלות הייתה דבר גדול, שעל זה מקבל כל מה שהובטח לו, כמו שכתב שו"ת הרמ"א, סימן פו.

רוב הפוסקים סבורים שהנימוק לזכות הביטול כאן הוא משום חוסר גמירת דעת גרידא, כאמור, בלי גורמים נוספים[27], בניגוד לפרשנים שנראה להלן, המוסיפים גורמים נוספים לנימוק התלמודי של "משטה אני בך".

אם נשבע הנעשק בעת כריתת החוזה לקיים את התחייבותו, כבר לא יוכל לטעון "משטה אני בך", שכן אילולא התכוון באמת להתחייב, לא היה נשבע[28]; ולכן לפי הנימוק של חוסר גמירת דעת, אין לו עילה לביטול החוזה[29].

חוקי חיים (בורג'ל), חו"מ, סימן רסד, סעיף ז (עד ע"ב), מסביר שהמרדכי מחייב מפני שלדעתו, רק במקום שיש מצווה, יכול לטעון "משטה אני בך", כדעה שלהלן, ליד ציון הערה 30.

27 חידושי הרמב"ן, יבמות קו ע"א, ד"ה ודאמרינן, ובספרו תורת האדם, סוף ענין הסכנה, כתבי הרמב"ן (מהדורת שעוועל), כרך ב, עמ' מד־מה (שזה לא מטעם מצווה); חידושי הרשב"א, יבמות שם, ד"ה בתר דחלץ (שאינו משום חיוב השבת אבדה); רא"ש, יבמות, פרק יב, סימן טו (שהיבמה כעין כפויה), ושו"ת הרא"ש, כלל סד, סימן ג (שלמד מכאן למי שהבטיח שכר למי שייתן ערבות בשבילו, להלן ליד ציון הערה 52, אף שאין מצווה בכך); ביאור הגר"א, יו"ד, סימן שלו, ס"ק יא (שאינו משום השבת אבֵדה). כך היא גם דעתם של פוסקים רבים שהביאו את הנימוק "משטה אני בך" בלי תוספת.

אבן האזל, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ו, כותב שלדעת הרמב"ם, זהו הטעם (ולא משום מצווה). עיין שם להוכחתו. חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה (ריג ע"ד), מדייק מרמב"ן, רשב"א ורא"ש ביבמות, ומשו"ת הריב"ש, סימן תעו, שהטעם הוא מצד המצוקה (ולא מצד המצווה), וכותב שזו דעת רוב הפוסקים. הוא כותב (בדף רטו ע"א) שגם ים של שלמה, בבא קמא, פרק י, סימן לח, סובר שאם אין מצוקה, חייב לשלם מה שהבטיח.

מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן טו (הובא בנתיב חיים, בבא קמא, פרק הגוזל והמאכיל, סימן ו, עמ' שמו), כותב שאם ידוע שהתכוון ברצינות כשהבטיח, הוא חייב. הוא כותב שכן מוכח מתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן סד (הובא במרדכי, סנהדרין, סימן תשד), בעניין מלמד. גם חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה (רטז ע"א), כותב שמתשובת מהר"ם שם מוכח שאם ידוע שלא התכוון לשַטות, כגון שהודה שהתכוון ברצינות, הוא חייב. אבל הוא מדייק מתשובת הרא"ש בעניין ערבות (להלן, ליד ציון הערה 52), שגם אם התכוון ברצינות, חייב רק בכדי שכרו, אלא אם כן עשה קניין. גם קצות החושן, סימן פא, ס"ק ד, ומשובב נתיבות, סימן פא, ס"ק ב, כותב באופן כללי, שאם ידוע לנו שלא התכוון לשטות, הוא חייב. גם שו"ת הליכות ישראל, סימן כט (עמ' מו ועמ' מח), חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא קמא, סימן יט, אות ו, ודרכי חושן, חלק א, עמ' שו, כותבים שאם הוא מודה שהתכוון ברצינות, חייב. המעשה והמדרש (לעיל, הערה 24), עמ' עב, כותב שאם הוא יודע שהתכוון ברצינות, אף שבית הדין אינו יכול לחייבו, הוא חייב לשלם "לצאת ידי שמים".

זרע יעקב (ניניו), דרוש ב, דף לב ע"ב, כותב שאם קהילה הבטיחה שכר מופרז למישהו מתוך מצוקה, אינה יכולה לטעון "משטה", כמו שכתב שו"ת הריב"ש, סימן תעו, עמ' תשה (הובא ברמ"א, חו"מ, סימן פא, סעיף א), לעניין טענת "משטה" בהודאה, שקהילה אינה יכולה לטעון טענת "משטה", מפני שאין דרך ציבור לשַטות.

28 כך פסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן פא, סעיף כח, שמי שהודה שהוא חייב, ונשבע על כך, אינו יכול לטעון אחר כך שנשבע לשקר ושהתכוון "להשביע את עצמו".

29 ט"ז, אהע"ז, סימן קסה, ס"ק ג; קצות החושן, סימן פא, ס"ק ד, בסופו, וסימן רסד, ס"ק ד (הובא בשו"ת הליכות ישראל, סימן יז, ועל ידי ר' אשר וייס, להלן, הערה 38, עמ' ג).

שו"ת אבני שוהם (גרינוולד), סימן יח (עמ' כו), ושו"ת מי השליח (רבינוביץ), סימן טו, לומדים מדברי קצות החושן, שאם נדר בפירוש לשלם, אינו יכול לטעון טענת משטה, וממילא חייב מדין שכירות. אבני שוהם מדגיש שזה רק אם נדר בפירוש, ולא במי שחל עליו נדר ממילא, כגון שהתחייב לעני (ראה בסמוך), מפני שרק אם נדר בפירוש, הדבר מראה שלא התכוון לשַטות.

טיב חליצה, בסוף ההשמטות (דף כב ע"א במהד' תר"ן), בהגהה, כותב שאם נשבע או עשה תקיעת כף, שהיא כשבועה, חייב, מפני שבשבועה לא שייכת טענת "משטה", וממילא חייב מן הדין. אבל הוא מעלה אפשרות שבמצב שדומה לכפייה, כגון ביבם שאינו הגון, יוכל לבטל בלבו כמו בשבועת אונסין (שולחן ערוך, יו"ד, סימן רלב, סעיף יג).

לכאורה, אין צורך לומר שהוא חייב לקיים את התחייבותו מתוקף החוזה, שהרי השבועה עצמה מחייבת אותו לקיים את התחייבותו. קצות החושן מסביר שאילו היה חייב רק מחמת השבועה עצמה, לא היו יורשיו חייבים לשלם אחרי מותו, שהרי אינם חייבים לקיים את שבועת אביהם. אבל היות שהסברנו שהשבועה מוכיחה שהבטחתו אינה בגדר השטאה, אף יורשיו חייבים לקיים את הבטחת אביהם. גם המעשה והמדרש (מרגולין), פרשת תולדות, עמ' עב, כותב שמטעם זה גם יורשיו חייבים.

עוד כתבו שהשבועה מחייבת כאן: עץ החיים (אבולעפיה), פרשת תולדות (כרך א, חלק א, עמ' סג); כתנות אור (אייזנשטט), פרשת תולדות; וקול שמואל (קונפורטי), פרשת תולדות (יד ע"ג). הם הסבירו בכך את דרישת יעקב מעשיו להישבע לו על מכירת הבכורה (בראשית כה, לג): הוא חשש שעשיו יטען "משטה אני בך" בגלל אי סבירות תנאי החוזה; אבל משנשבע, השבועה מחייבת אותו. אלא שהם נקטו רק שחייב לקיים את השבועה, ולא כתבו (כקצות החושן) שבגלל זה יש תוקף גם לחוזה.

"אתם עדי": קצות החושן, סימן פא, ס"ק ד, שם, כותב (במסקנתו, בלשון "אפשר לומר") שאם הנעשק פנה לעדים שנכחו במקום בעת כריתת החוזה ואמר להם: "אתם עדי [שאני מתחייב לו כך וכך]", הוא עדיין יכול לטעון "משטה אני בך"; ואף שלעניין הודאה, אם פונה אדם לעדים שנוכחים במעמד ההודאה, ואומר להם: "אתם עדי שכך וכך", נותן הדבר משנה תוקף ורצינות לדבריו, כך שלא יוכל לחזור בו, כמו שכתב שולחן ערוך, חו"מ, סימן פא, סעיפים ו־ז, הרי לעניין התחייבות, ייתכן שאמר כך כחלק מן ההשטאה שלו (אבל במשובב נתיבות, סימן פא, ס"ק ב, כתב שחייב, וכן נתיבות המשפט, סימן פא, ס"ק ב, ושו"ת אבני נזר, אהע"ז, סימן קלג, אות כ, מבינים שקצות החושן מחייב כאן). גם ש"ך, חו"מ, סימן פא, ס"ק ו, ותומים, סימן פא, ס"ק ו, כותבים שגם אם אמר "אתם עדי", פטור. אבל הם כותבים כך גם על מקרה שאין מצוקה (ראה הערה 40). הש"ך כותב שגם לפי הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה טו, הסובר שמועילה התחייבות באמירת "אתם עדי", כאן הוא פטור, משום שההתחייבות מותנית במעשה שהאחר יעשה. המעשה והמדרש (מרגולין), פרשת תולדות, עמ' עב, כותב שבמצב שיש מצוקה, כגון בחליצה מוטעית, כשם שפטור גם אם עשה קניין (לפי הרשב"א, להלן, ליד ציון הערה 62), כך הוא פטור גם אם אמר "אתם עדי"; אבל אם אין מצוקה, אמירת "אתם עדי" מוכיחה שלא התכוון לשַטות בו, ולכן הוא חייב לשלם מה שהבטיח.

הבטחה לעני: קצות החושן, סימן רסד, ס"ק ד, שם (הובא בשו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן עד), כותב שמי שהבטיח שכר לעני (אפילו מתוך מצוקה של המבטיח), חייב לשלם מטעם נדר צדקה, שהרי המתחייב לתת דבר לעני חייב משום נדר (שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכה, סעיף ה; וראה מקורות נוספים על כך בחוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 463). שו"ת מהרש"ג, חלק ג, סימן קג, כותב שלפי קצות החושן, גם המבטיח הרבה לתלמיד חכם חייב מדין נדר, שהרי מחנה אפרים, הלכות שלוחין, סימן ד, כותב שתלמיד חכם כעני לעניין זה. אבל שו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימן קיז, שו"ת אמרי יושר, חלק א, סימן צא (נידונו — מי שהבטיח למתווך שיתן כסף לבית כנסת תמורת תיווכו), וטבעות החושן על קצות החושן שם, כותבים שרק המבטיח לעני בתור מתנה חייב מטעם נדר, ואילו כאן הבטיח בתור שכר. גם מהרש"ג שם כותב שאין לחייב מטעם נדר, שהרי בהגהות ר' ברוך פרנקל תאומים על צלעות הבית, סימן יב, כתב שאין דין נדר לעני בדבר הנעשה דרך משא ומתן. שו"ת בית שלמה (דרמר), חו"מ, סימן יז, כותב שאמנם המבטיח שכר לעני בעד פעולתו אינו חייב מטעם צדקה, אבל הבטחה לעני לשלם עבור מלמד לבנו (להלן, הערה 40) נחשבת צדקה, כיוון שהאב חייב ללמד את בנו, והוא כאומר לו "הנח תפילין ואשלם לך", וברור שהתכוון לוותר (לתת לו דבר מיותר, ולא שכר פעולה) לעני. נתיבות המשפט, סימן פא, ס"ק ב (הובא באמרי איש (דדש), שו"ת, סימן מט, עמ' שכד), כותב (לעניין אסיר המבטיח שכר גבוה לבעל מעבורת שהוא עני), שאינו חייב מטעם נדר, שהרי נדר באונס אינו מחייב (נדרים כז ע"א), וכמוהו פסק שו"ת אבני שוהם (גרינוולד), סימן יח (עמ' כו). גם לגבי מצב שאין מצוקה, כגון המבטיח לחברו לשלם עבור מלמד לבנו (להלן, הערה 40), שאין טענת נדרי אונסים, כותב אבני שוהם (בעמ' כה) שיכול לטעון "משטה אני בך", שהרי גם נדר אינו חל אם אין פיו ולבו שווים; אלא שלפי הדעה שבצדקה "אמירתו לגבוה

ד. הנימוק של חובת הצד שכנגד להציל את הנתון במצוקה ("שכר מצווה")

יש מן הפרשנים שכתבו[30], שהסיבה שהבטחה מופרזת של אדם השרוי במצוקה אינה מחייבת היא משום שמקבל ההבטחה היה מחויב על פי דין לסייע למי שנתון במצוקה להיחלץ

כמסירתו להדיוט", זה כמו קניין, ואם עשו קניין, אין טענת "משטה" (לפי דעה אחת, שנראה בפרק שלישי); אבל רמ"א, יו"ד, סימן רנח, סעיף ז, פוסק שבצדקה אין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט (על שאלה זו ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 417-420). שו"ת הליכות ישראל, סימן יז, מביא את מחלוקת קצות החושן ואמרי יושר.

יוסף לקח (אבולעפיה), פרשת בלק (כרך ב, חלק א, עמ' קמו), כותב שבלק הבטיח לבלעם שכר מופרז (במדבר כב, יז), אבל אמר לו שאל יחשוש שיטען "משטה אני בך", מפני שהוא מלך, ומלך אינו חוזר בו מהבטחתו (בבא בתרא ג ע"ב).

לאור דיני העושק, מתעורר קושי במכירת הבכורה ליעקב: הרי עשיו מכר את הבכורה במחיר זול מאוד בגלל מצוקתו? אור החיים, בראשית כה, לג, מסביר שמכירת הבכורה הייתה תקפה, מפני שמי שמוכר נכס בזול מאוד מתוך דוחק, אינו זכאי לבטל את המכר (ראה על כך להלן, הערה 96). ר"א וייס (להלן, הערה 38) הסביר שעשיו לא יכל לטעון "משטה", כיוון שגילה את דעתו שהבכורה לא הייתה חשובה בעיניו, כמו שכתוב "ויבז עשו את הבכורה" (בראשית כה, לד). עוד הסביר, שעשיו לא היה נתון במצוקה, שהרי יעקב כבר נתן לו לחם. עוד הסביר (בעמ' ו) על פי השיטה (להלן, ליד ציון הערה 30) שרק אם הייתה מצווה להציל, אפשר לטעון "משטה"; ויעקב לא היה מצווה להאכיל את עשיו. על קושי זה, ראה Geoffrey P. Miller, "Contracts of Genesis", Journal of Legal Studies 22 (1993), pp. 25-26 (צוין על ידי י"ד פריז, פרשת השבוע, וילך, תשס"ה, גיליון 225 = פרשת השבוע על התורה, דברים, עמ' 302).

30 רבנו חזקיה, במרדכי, בבא קמא, סימן קעד (הובא בשו"ת ר"א אבן טוואה [תשב"ץ, חוט המשולש, טור ג], סימן כ), ובהגהות מיימוניות, הלכות שכירות, פרק ט, אות ל (הובא בשו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן נו, וחלק ג, סימן סא); "יש מפרשים", בחידושי הרמב"ן, יבמות שם, ובחידושי הרשב"א, יבמות שם, ד"ה בתר דחלץ; בית הבחירה, יבמות שם, ד"ה אף ("כל שחייב לעשות לחברו"); שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתקפו [תקנו] (שכך דעת רוב המפרשים); ר' יונתן מלוניל, בשיטה מקובצת, בבא קמא קטז ע"א; רמ"ה, בשיטה מקובצת שם; שו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן עט; חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), קידושין, סימן יח (ד"ה לולא); יד המלך, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ז (שזו דעת כל הפוסקים).

רבים כתבו שזו גם דעת רש"י, יבמות קו ע"א, ד"ה אמר ליה, שכתב "וכיון דעליה רמיא למיעבד". כך כתבו בדעתו: ביאור הגר"א, יו"ד, סימן שלו, ס"ק יא; מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן טו; שו"ת משיב דבר, חלק ב, סימן נא; חכמת שלמה, חו"מ, סימן רסד, סעיף ז; שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ה; אבן האזל, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ו; שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן ג (הובא בחוקי חיים, בורג'ל, חו"מ, סימן רסד, סעיף ז, דף עד ע"ב); נתיב חיים, בבא קמא, פרק י, סימן ו (עמ' שמד); שו"ת ישיב יצחק, חלק ט, סימן סב (עמ' שא); אמרי הצבי, בבא קמא קטז ע"א (סימן לו, אות ב). אבל דברי יחזקיהו, קונטרס ג, עמ' צג, דוחה את ההוכחה מרש"י שם (עיין שם לדחייתו).

חידושי הריטב"א, יבמות שם (ד"ה אמר), מסכים עם רש"י שם, אלא שהוא מוסיף לנמק, שפטור משום שהתחייב מתוך כפייה. אבל חידושי הריטב"א, קידושין ח ע"א (ד"ה ושמעינן), כותב שכל שהתחייב מתוך כפייה או מתוך דוחק השעה, פטור; ולא הזכיר את החובה.

כך עולה גם ממהר"ם, בתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן סד (הובא במרדכי, סנהדרין, סימן תשד), שלומד מדין מעבורת, שמי שמבטיח לאחר כסף כדי שיקיים מצווה המוטלת עליו (על האחר), יכול לטעון "משטה אני בך". ראה בשמו להלן, הערה 40.

כמו כן, שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן ק (צט), כותב שמהר"ם (להלן, הערה 49) פוטר את מי שמבטיח שכר גבוה לשדכן, מפני ששידוך הוא מצווה, ומחייב במתווך מכירה, מפני שאין בכך מצווה.

חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה (ריג ע"ד), כותב שמטור, אהע"ז, סימן קסט, ומשולחן ערוך, אהע"ז, סימן קסט, סעיף נ, משמע שהפטור הוא משום מצווה; ושזה טעמו של ר' יהודה, המובא בסמ"ג, עשה עד, בעניין השבעת שד, שהזכיר שזו מצווה להציל.

ממצוקתו, ועל מילוי חובה זו אין צורך לשלם. אף אסור ליטול שכר על קיום מצווה, ולכן אסור למקבל ההבטחה לדרוש את מילוֵיה[31].

בדוגמה של האסיר הנמלט, החיוב הוא של השבת אבדה, שכן אדם חייב להציל את הזולת מהפסד, בין מהפסד ממון ובין מהפסד הגוף[32]. גם בדוגמה של הדבש, החיוב הוא של השבת אבדה[33]. לכן, נותן השירות אינו זכאי לקבל את השכר המופרז שהובטח לו, שהרי הוא היה חייב לתת את השירות גם לולא אותה הבטחה. אמנם את השכר המקובל תמורת עבודתו הוא

מנחת פתים, חו"מ, סימן רסד, סעיף ז, כותב שהמוחזק יכול לומר "קים לי" כדעה שפטור רק בדבר מצווה, אבל בדבר הרשות, משלם כל מה שהתנה.

במצווה המוטלת על כל אדם: שארית יעקב (אלגזי), פרשת תזריע (כ ע"ד), כותב שרק מצווה המוטלת על אדם זה בדווקא היא סיבה לפטור, אבל במצווה המוטלת על כל אדם, אם הבטיח לו שכר אם יקיימנה, חייב לשלם. הוא מסביר בכך (בדף כא ע"א) את הפסוקים בשמואל א' יז, כח־כט, בעניין השכר הגבוה ששאול הבטיח למי שינצח את גלית: דוד חשש ששאול יהיה פטור מלשלם לו, מפני שזה מצווה; וענו לו שזה מצווה המוטלת על כל ישראל, ולכן מי שעושה מקבל את מה שהובטח. אבל זרע יעקב (ניניו), דרוש ב, דף לב ע"א, לומד ממה שמהר"ם ומהרשד"ם (להלן, הערה 40) סתמו את דבריהם, מכאן שהם סוברים שגם במצווה המוטלת על כל ישראל, ההבטחה אינה מחייבת.

31 מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן טו, משיב דבר שם, ואבן האזל, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ו (ד"ה אכן). על האיסור ליטול שכר על קיום מצווה, ראה: חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 164־166.

אבן האזל מוסיף, שאף שאסור ליטול שכר על קיום מצווה, מותר לקחת שכר טרחה, ולכן בעל המעבורת יקבל שכר טרחתו.

משיב דבר שם מסביר שהראשונים האחרים כתבו שאין הטעם משום מצווה, מפני שלדעתם אמנם אסור לדרוש שכר, אבל אם הסכימו על תשלום, מותר ליטלו. הוא מביא ראיות שכך ההלכה: (א) שולחן ערוך, יו"ד, סימן שלו, סעיף ג, פסק שמותר לרופא לקבל שכר גבוה אם הסכימו על כך. (ב) שולחן ערוך, אהע"ז, סימן קנד, סדר הגט, סעיף ד, מביא שר' עובדיה מברטנורא, בכורות, פרק ד, משנה ו, קרא "תגר" על מסדר גט שנוטל שכר, אבל אינו מביא את המשך דברי ר"ע מברטנורא, שהוא גזלן ואנס.

הסברים אחרים לנימוק של מצווה: ר' שמעון שקאפ שם מסביר שהיות שהלה היה חייב לסייע לו בתור מצווה, נמצא שהנאת הנעשק לא נבעה ממנו, ולכן הוא פטור מלשלם לו. ובבבא קמא, סימן יט, אות ו, הסביר שבחליצה ובמעבורת, שהלה מצווה להציל אותו, והוא יכול לכופו להציל אותו, מותר לו להטעות אותו בהבטחת שווא שישלם שכר גבוה, ולכן יכול אחר כך לטעון "משטה הייתי בך"; אבל במקום שאין חובת פעולה, כגון בקונה או בשוכר פועל, אסור להטעותו, אלא אם הוא מוכן לקנות רק בסכום נמוך, אל יקנה! ולכן אינו יכול לטעון "משטה הייתי בך".

שיעורי ר' שמואל (רוזובסקי), בבא מציעא, סימן עב, אות ג, הסביר, שדווקא בפועל שאינו חייב לעבוד, עבודתו מחייבת את המעביד לשלם, מפני שהפועל עבד על דעת כן, אבל כאן, שהלה היה חייב לסייע לו, העבודה אינה יכולה לחייב לשלם את מה שהבטיח; ומה שהתלמוד נימק מטעם "משטה אני בך", הוא משום שלולא טענה זו, היינו אומרים שכיוון שחלה הפסיקה לגבי שיעור ההפסד (כלומר, שיעור השכר הראוי), היא חלה גם ביותר מההפסד.

32 בבא קמא פא ע"ב.

לפי שיטה זו, נראה שמדובר באסיר הנמלט מבית כלא של השלטון הנכרי, שמצווה לסייע לו ולהצילו. ערוך השולחן, חו"מ, סימן רסד, סעיף יז, נוקט שבורח מבית האסורים "של אנסים". אבל אי אפשר להסיק מסקנות מלשונו, שכן הוא כתב כך רק מיראת השלטונות (כרגיל בספרו), שעלולים היו לטעון שהוא מעודד בריחה ממאסר של השלטון.

33 ר' יונתן מלוניל, ורמ"ה, בשיטה מקובצת, בבא קמא קטז ע"א.

אמרי הצבי, בבא קמא קטז ע"א (סימן לו, אות א), מקשה, הרי טור, חו"מ, סימן רעד, סעיף יב (הובא ברמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ה), מביא שהרמ"ה אומר שבעל הדבש אינו יכול לכוף על בעל היין לשפוך את יינו? הוא מתרץ שאמנם אינו חובה, אבל זה מצווה, ולכן הלה יכול לומר "משטה אני בך". עוד תירץ,

זכאי לקבל, כדין כל מי שמקיים מצוות השבת אבדה במהלך עבודתו, שבעל האבידה חייב לשלם לו את שכר טרחתו והפסדו[34], אך לא יותר מכך.

לפי הסבר זה, הסיבה לכך שהיבמה פטורה מתשלום הכסף שהבטיחה ליבם תמורת החליצה, היא שמצווה על היבם לחלוץ ליבמתו, ומדובר דווקא ביבם שאינו הגון לה[35], מה שאין כן אם הוא הגון לה, שאז הוא רשאי לייבם אותה ואינו חייב לחלוץ[36].

שהרמ"ה מסכים שאם בעל היין מוכן לשפוך אותו אבל דורש סכום גבוה, הוא חייב לשפוך, ובעל הדבש ישלם לו רק את דמי יינו.

[34] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסה, סעיף א; חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 126, 127; חוק לישראל, השבת אבדה, עמ' 71־73, ובהערה 5 שם.

שו"ת אבני שוהם (גרינוולד), סימן יח (עמ' כב), כותב שלפי ה"יש מפרשים" שהביא הרשב"א (לעיל, הערה 30), יקבל רק כפועל בטל גם אם זה דבר שרגילים לשלם עליו הרבה.

[35] כך מפורש ביבמות קו ע"א. ראה על כך לעיל, הערה 22.

[36] כך הסביר אבן האזל, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ו, בדעת רש"י. אבל הוא תולה זאת במחלוקת ראשונים, האם כופים יבם שאינו הגון לחלוץ.

מחנה אפרים, לעיל, הערה 31 (הובא בדברי חפץ, טולידו, דרוש כו, דף פד ע"א), הסביר, שמדובר בשהיה ניכר שהיבם אינו רוצה לייבם לשם מצווה אלא בשביל כספה, כדברי רש"י, יבמות שם (ד"ה אמרה), ולכן אין מצווה עליו לייבם אלא לחלוץ. והוא לא נימק מצד שהיבם לא היה הגון. אבל שו"ת מגן דוד (גיג'), אהע"ז, סימן א (כא ע"ג), העיר שדברי מחנה אפרים נכונים רק לפי אבא שאול, ביבמות לט ע"ב, אבל הרי"ף, יבמות יג ע"א (בדפי הרי"ף), וחידושי הרמב"ן, יבמות לט ע"ב, פסקו כחכמים, שגם אם אינו מתכוון לייבם לשם מצווה, מצוות ייבום קודמת; וגם לדעת אבא שאול, שאם אינו מתכוון לייבם לשם מצווה, מצווה לחלוץ, אין זו מצווה המוטלת עליו כמו במעבורת, שהרי הוא יכול להתחמק מהמצווה לחלוץ בכך שיאמר "אני מייבם לשם מצווה ומוחל על הממון".

כמו כן, פד"ר, כרך ה, עמ' 80, כותב שבעל שהיה חייב לגרש את אשתו, והתנה זאת במחילתה על חובותיו כלפיה, יכולה לטעון "משטה אני בך", מה שאין כן אם לא היה חייב מן הדין לגרש.

היבמה פטורה כאן לגמרי. צפנת פענח, הלכות ייבום, פרק ד, הלכה כד, מנמק זאת בכך שהיבם היה חייב לחלוץ, שלא כמו במעבורת, ששם האסיר חייב לשלם את שכרו, מפני שאף שבעל המעבורת היה חייב להצילו, גם האסיר היה חייב להציל את עצמו, כלומר, היה חייב לעשות מה שהוא יכול כדי להציל את עצמו, היינו לשלם. דבריו מחזקים את האמור לעיל, הערה 22, שבמקום שמקובל לשלם בעד חליצה, על היבמה לשלם את המחיר המקובל.

שו"ת אבני שוהם (גרינוולד), סימן יח (עמ' כג), מסביר, שלגבי חליצה, המצווה מוטלת רק על היבם, ולכן אין לו שכר אפילו כפועל בטל, ואילו במעבורת, המצווה אינה מוטלת על בעל המעבורת דווקא, ולכן מקבל את שכרו הראוי, כמו שהסביר רמ"א, יו"ד, סימן שלו, סעיף ג, שרופא מקבל שכר מפני שהמצווה אינה מוטלת עליו דווקא; וההבדל הוא, שבמצווה המוטלת עליו דווקא, יש עליו שעבוד, ולכן לא מגיע לו תשלום, ואילו במצווה שאינה מוטלת עליו דווקא, אין זה שעבוד, ולכן הוא מקבל שכר. והוא מסביר שלכן רמ"א (להלן, הערה 40) אומר שהמבטיח לאחר לשלם על מלמד לבנו, פטור, משמע שפטור לגמרי — הטעם הוא שהמצווה מוטלת רק על אבי הבן. בהערת "אבני מילואים", שם, מסביר בכך את דברי אור זרוע, חלק א, סימן תרעג, שכתב שהיבם אינו מקבל כלום, ואינו כבעל מעבורת שמקבל שכר ראוי מפני שאין מוטל עליו להעבירו — כוונתו היא, שאמנם מוטל עליו להעבירו, אבל אין זה מוטל דווקא עליו.

אור זרוע, שם (הובא בדרכי משה, אהע"ז, סימן קסט, ס"ק לב), כותב שבמצב שמצוות ייבום קודמת, צריכה לשלם לו, אבל במצב שמצוות חליצה קודמת (כגון אם יש לו אישה), לא מגיע לו אף שכר טרחה. בית שמואל, סימן קסט, ס"ק נב, העיר שיש מחלוקת איזו מצווה קודמת, ואם כן, מספק תמיד צריך לחלוץ, וממילא לעולם לא יקבל שכר; אבל ממה ששולחן ערוך, אהע"ז, סימן קסט, סעיף נ, נוקט, שפטורה רק אם יש לה טענה שבגללה הוא צריך לחלוץ, משמע שבסתם היא חייבת; והוא מנמק, שהיבם יכול לטעון "קים לי" כדעה שמצוות ייבום קודמת. בית מאיר, סימן קסט, סעיף נ, מקשה, הרי היבמה מוחזקת בכסף,

מסקנה חשובה מהנמקה זו היא, שאין זכות ביטול בגין עושק אם לא הייתה מוטלת על הצד המנצל חובה לעזור לָאדם שהיה במצוקה[37]. לדוגמה, אדם השרוי במצוקת מגורים קשה, ונוצל על ידי משכיר שאילץ אותו לשכור את דירתו במחיר מופרז, אינו רשאי לבטל את החוזה, שכן בעל הדירה לא היה חייב להעמיד את הדירה לרשותו תמורת מחיר מקובל. זאת בשונה מן ההנמקה הראשונה שראינו, מצד הפגם בגמירת הדעת, שלפיה היות שהשוכר היה במצוקה, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה, נראה שהשוכר פטור מלשלם את המחיר המופרז.

יש קושי מסוים בנימוק המתבסס על חובתו של הצד שכנגד: אם זהו הנימוק לביטול החוזה, מדוע התלמוד נימק זאת בכך שהנעשק טוען "משטה אני בך"? ר' אפרים נבון מסביר[38]: "כל היכא שגמר זה בליבו לתת כמו שהתנה, חייב לתת לו, ואע"פ שהוא שכר מצוה... זולת היכא דאמר ליה 'משטה הייתי בך מעיקרא'". כלומר, הפטור מחמת שכר מצווה קיים רק אם הצד הנעשק לא גמר בדעתו לשלם, אך אם גמר בדעתו לשלם, הוא חייב לעמוד בהתחייבות זו כבכל התחייבות אחרת. על כן, אם מדובר בהתחייבות לתת שכר מצווה מופרז, שברור שהמתחייב לא גמר בדעתו להתחייב, החוזה בטל, אבל אם התחייב לתת שכר ראוי,

והיא תוכל לטעון "קים לי" להפך? טיב חליצה, בסוף ההשמטות (דף כא ע"ג במהד' תר"ן), הסביר שהיא חייבת בוודאי, אלא שאם הוא חייב לחלוץ, יכולה לטעון טענת "משטה", אבל אם יש ספק, היא חייבת לשלם לו כיוון שאינו חייב לחלוץ. דבריו סותרים את מה שכתב בית שמואל, שחייב לחלוץ מספק. כנראה יש טעות הדפוס בדבריו, וצריך להיות: "שאינו מחוייב לחלוץ אלא מכח ספק", וכוונתו היא, שהיות שיש חיוב ודאי, וספק אם יש גורם לפטור (שהרי חיובו לחלוץ, הגורם לפטור, הוא רק ספק), היבמה חייבת, כמו שהטוען "הלוויתני ואיני יודע אם פרעתיך" — חייב (שולחן ערוך, חו"מ, סימן עה, סעיף ט).

שו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן עו, אות ג, כותב שאם יש מצווה בעשיית הפעולה, אף אם יכול היה להיפטר מהמצווה, המבקש יכול לטעון טענת "משטה", כגון באסיר הבורח רק מחמת ממון, ובעל המעבורת הוא זקן ואינו לפי כבודו, שאינו חייב בהשבת אבֵדה מצד הממון, ובחליצה, שהחולץ עשה מצווה אף שלא היה חייב בכך.

סידור יעב"ץ (בית יעקב), הלכות מילה (צט ע"ב במהד' למברג), כותב שאם אין לאב לשלם למוהל, שכופים את המוהל למול בחינם (רמ"א, יו"ד, סימן רסא) — אם אי אפשר לכופו, מותר להטעותו ולהבטיח לו שכר, ואחר כך "לשחק בו". לבושי שרד, חידושי דינים ליו"ד, הלכות מילה, סימן קכה (הובא בפתחי תשובה, יו"ד, סימן רסא, ס"ק ד), כותב בשמו שהמוהל אינו מקבל כלום. אבני מילואים, על אבני שוהם שם, מקשה, הרי זה דומה לרופא, שהמצווה אינה מוטלת עליו דווקא, שאמנם אסור לו ליטול שכר, אבל מי שהבטיח לו שכר חייב לשלם, ואם כן, המוהל צריך לקבל לפחות שכר טרחתו? נראה שאכן כוונת היעב"ץ, במה שכתב שיכולים "לשחק בו", היא שנותנים לו רק שכר ראוי גם אם הבטיחו לו שכר גבוה; ולא כמו שהבין לבושי שרד, שפטורים לגמרי מלשלם לו.

37 יד המלך, לעיל, הערה 30; חוקי חיים, לעיל, הערה 26; ר"א וייס, להלן, הערה 38.

לדעת ר"נ רקובר, אם הצד המנצל הוא גוי, שאין עליו חובה לעזור למי שבמצוקה, אין לנעשק זכות ביטול.

38 מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן טו. שו"ת משיב דבר, חלק ב, סימן נא, ור' אשר וייס, שיעור מורנו הרב שליט"א, שנה ח, קובץ ז (רצז), פרשת תולדות תש"ע, עמ' ה, הסבירו שלפי שיטת רבנו חזקיה וסיעתו, הטעם שיכול לומר "משטה אני בך" הוא, מפני שהייתה מוטלת עליו חובה. להסבר אחר לצורך בטענת "משטה אני בך", ראה לעיל, הערה 31, בשם ר"ש רוזובסקי.

אבל ברכת שמחה, בבא קמא קטז ע"א (עמ' תפה), כותב שלפי שיטה זו, הפטור אינו מטעם טענת "משטה", שהרי אלו דברים שבלב, ואין כאן אומדנא דמוכח שהתכוון לשֵטות, שהרי אולי הבורח מבית האסורים נוח לו לשלם הרבה כדי להינצל; אלא פטור מצד שמצווה להצילו, ואסור לקחת שכר על עשיית מצווה מעבר לשכר הראוי על טרחתו. והוא לא הסביר מדוע התלמוד מנמק מטעם טענת "משטה".

יש להניח שגמר בדעתו לשלם, וחייב לשלם אף שזה שכר מצווה. אם כן, תוצאתה של טענת "משטה אני בך" היא כפייתו של הצד שכנגד לקיים את מצוותו בשכרו הראוי בלבד[39].

על פי דברי ר' אפרים נבון, נראה שגם לפי הגישה שזכות הביטול נובעת מן החובה שהייתה מוטלת על הצד השני, הזכות קיימת רק אם החוזה נכרת מתוך ניצול מצוקה, ולא די בעובדה שנשוא החוזה היה בגדר מצווה שחייב בה הצד שכנגד. הרי הוא הסביר שגם במצב שיש מצווה, רק אם המתחייב לא גמר בדעתו, הוא פטור מהתחייבותו. אפשר שר' אפרים נבון סבור, שרק אם המתחייב היה נתון במצוקה, יש יסוד להניח שלא גמר בדעתו להתחייב, אבל אם לא היה במצוקה, לא הייתה לו סיבה להתחייב התחייבות מופרזת, ואם בכל זאת התחייב, יש להניח שגמר בדעתו לכך, ולכן אינו יכול לבטל אותה[40].

[39] אבל לעיל, הערה 31, הבאנו שאבן האזל מסביר שהאיסור ליטול שכר מצווה אינו חל על שכר ראוי, ולפי דבריו, גם בלי הנימוק של "משטה אני בך", יש הבחנה בין שכר ראוי לשכר מופרז.

[40] אבל יש לציין שמהר"ם בתשובות מיימוניות (לעיל, הערה 30) לומד מדין מעבורת, שאם ראובן מבטיח לשמעון כסף אם ילמד את בנו (של שמעון) תורה, יכול ראובן לטעון "משטה אני בך", מפני שמוטלת מצווה על שמעון ללמד את בנו תורה, וזאת אף שראובן לא היה במצוקה. הוא מבין, כנראה, שהמצוקה אינה תנאי לפטור, אלא עצם המצווה יוצרת הנחה שאין לו גמירת דעת להתחייב, והתחייב רק כדי להביא את האחר לקיים מצווה.

רמ"א, חו"מ, סימן פא, סעיף א, וסימן שלו, סעיף א, פסק כמהר"ם בלי להביא את נימוקו. סמ"ע, סימן פא, ס"ק ה, כתב את הנימוק שהייתה על שמעון חובה ללמד את בנו, וגם שראובן התכוון למצווה, ולכן יש להניח שהתכוון לשַטות. גם נתיבות המשפט, סימן פא, ס"ק ב, כתב שטעם הרמ"א הוא שיש חובה, ושהוא כמו המבטיח למישהו שכר אם יעשה טובה לעצמו. אבל ש"ך, חו"מ, סימן פא, ס"ק ו, מסביר שטעם הרמ"א לפטור מן ההתחייבות הוא שאמירה בעלמא אינה מחייבת, ולא הזכיר את המצוקה ולא את הסכום המופרז (ואמנם הוא מזכיר את החובה ללמוד עם בנו, אבל הוא לומד מזה לכל מי שמקבל על עצמו התחייבות חדשה). כמו כן, אמרי איש (דדש), שו"ת, סימן מט (עמ' שכד־שכה), כותב שלפי נתיבות המשפט, מי שמבקש מאחר לקיים מצווה המוטלת עליו כחובה, פטור לשלם, גם אם הוא מודה שלא התכוון לשַטות, מפני שאין חיוב שכירות על דבר כזה, ולכן פטור גם אם כבר שילם (שלא כמו בפטור מטעם "משטה"; ראה להלן, ליד ציון הערה 121). קצות החושן, סימן פא, ס"ק ד, ומשובב נתיבות, על נתיבות המשפט שם, חולק על הש"ך, וכותב שהוא חייב באמירה בתור שכירות פועל, ורק בהתחייבות מופרזת פטור מטעם "משטה אני בך" (ולא הסביר מדוע הרמ"א פוטר אף שלא היה סכום מופרז). לדעה דומה לדעת הש"ך, ראה הערה 80. ראה טבעות החושן, שם, בביאור מחלוקת קצות החושן ונתיבות המשפט.

חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה (רטו ע"ד), מסביר שמהר"ם נזקק להסבר שמצווה על שמעון ללמד את בנו, מפני שמדובר בשראובן הבטיח לו כדי שכרו, ולכן לולא המצווה היה חייב, וראובן פטור רק משום שהדבר מוטל על שמעון, כמו באומר לאחר "בנה לך בית, ואשלם את שכרך", שפטור כיוון שמה שהלה עשה, היה לטובת עצמו.

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קכח, בסופו (הובא בשארית יעקב (אלגזי), פרשת תזריע, דף כ ע"ג), לומד ממהר"ם שם, שמי שהתחייב לתת למשומד סכום מסוים אם יחזור בתשובה, פטור, מפני שמי שמתחייב לחברו תמורת זה שחברו יעשה דבר שהוא חייב לעשות, פטור.

ר' יוסף מרדכי ידיד הלוי, בשו"ת מפי אהרן, חו"מ, סימן טו (פד ע"ג), כותב שמי שביקשו ממנו לעשות שלום בקהילה והתחייבו לשלם לו על ההוצאות, אינם יכולים לומר "משטים היינו", אף שזה מצווה, מפני שהמצווה לעשות שלום מוטלת על כולם, שלא כמו במבטיח לשלם למי שילמד עם בנו, ששם המצווה מוטלת על האב בעיקר; ועוד, שמה שפטורים משכר מצווה הוא מפני שאסור ליטול שכר על עשיית מצווה, אבל הרי מותר ליטול שכר על טרחה שבהכנת עשיית המצווה; לדוגמה, השולח שליח להביא לו אתרוג מעיר אחרת, חייב לשלם לו על הטרחה.

שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, חו"מ, סימן טו, כותב שמי שהבטיח לחברו לשלם לו אם

ה. הנימוק המוסרי (״כופין על מידת סדום״)

לפי שיטה אחרת[41], זכותו של הנעשק לבטל את החוזה מעוגנת בכלל שכופים על מידת סדום, ובמילים אחרות: ״זה נהנה וזה לא חסר — פטור״[42]. לדוגמה, במקרה של האסיר הנמלט, האסיר הנמלט נהנה, ואילו לבעל המעבורת לא נגרם שום חסרון, אם הוא מקבל את שכרו הראוי. במצב כזה ״כופין על מידת סדום״. אפשר להסביר, שאנו מניחים שאלמלא מצוקתו של האסיר, בעל המעבורת היה מסכים להעביר אותו תמורת שכר ראוי, אלא שבנסיבות העניין ביקש לנצל לרעה את מצוקתו, ולכן אי הסכמתו להעביר את האסיר הנמלט אלא תמורת סכום מופרז, היא בבחינת התנהגות בלתי מוסרית — ״מידת סדום״.

לפי הסבר זה, אם מדובר בבעל ספינה שאינו נוהג להעביר נוסעים בספינתו ואפילו לא בשכר ראוי, חייב האסיר לשלם את כל הסכום שהבטיח, שהרי במצב זה, דרישת התשלום המופרז אינה בבחינת ״מידת סדום״. הרי דין ״כופין על מידת סדום״ אינו מחייב אדם להיענות לכל הצעה שמציע לו חברו, ותהיה זו אפילו הצעה בתמורה ראויה. ואכן, סייג זה עולה מחלקה השני של הברייתא שראינו לעיל[43], הקובע שאם בעל הספינה הוא דייג, חייב האסיר הנמלט לשלם לו את מלוא המחיר שהבטיח, שכן בכגון זה אין בדרישת בעל הספינה משום ״מידת סדום״[44].

ישתדל אצל מישהו שיסכים למינוי רב מסוים, יכול לטעון ״משטה אני בך״, מפני שמצווה למנות רב. אבל שו״ת בשמים ראש (הורביץ), סימן נו, ור׳ יוסף מרדכי ידיד הלוי, בשו״ת מפי אהרן, חו״מ, סימן טו (פד ע״ג), חלקו עליו, בטענה שאין מצווה לקבל רב זה דווקא, ולא רב אחר.

שו״ת אבני שוהם (גרינוולד), סימן יח, עמ׳ כד, כותב שמי שנתבקש לעשות השתדלות שיש בה מצווה, ורק הוא היה יכול להשתדל, הוא מקבל רק כפועל בטל.

41 שו״ת מהרש״ל, סימן כה (ד״ה גרסינן וד״ה ואף שיש); קצות החושן, סימן רסד, ס״ק ב (שהוא נחשב ״זה נהנה וזה לא חסר״); יוסף לקח (אבולעפיה), פרשת בלק (כרך ב, חלק א, עמ׳ קמו); פסקי דין רבניים, כרך ג, עמ׳ 375 (״שזה שיכול לפטור עצמו אחר כך בשכרו [הראוי בלבד], מבוסס על יסוד זה, דכופין על מידת סדום״). יש לציין שמהרש״ל, יוסף לקח וקצות החושן כתבו את דבריהם בדרך אגב, שלא במסגרת הסבר יסודי של הדין. וראה להלן, הערה 110, שטבעות החושן מסביר את קצות החושן באופן שאינו מתכוון ל״זה נהנה״ וכו׳ במובן הרגיל. עוד יש להעיר, שמהרש״ל עצמו, בים של שלמה, בבא קמא, פרק י, סימן לח, נוקט שבמעבורת פטור מפני שבעל המעבורת היה חייב להציל אותו.

נראה שהסיבה ששאר הפרשנים לא הסבירו כשיטה זו היא, ש״זה נהנה וזה לא חסר״ פטור רק לאחר מעשה, אבל אם אדם אוסר על אחר ליהנות ממנו, ובכל זאת נהנה, חייב לשלם על הנאתו אף שהלה לא חסר (שולחן ערוך, חו״מ, סימן שסג, סעיף ו); ואף כאן, בעל המעבורת דרש את הסכום הגבוה מראש.

אבל ייתכן שגם פרשנים אלו סבורים שזכות הביטול נובעת מחוסר גמירת דעת, כשיטה דלעיל, ליד ציון הערה 27, ומה שנקטו שיש כאן ״מידת סדום״ הוא רק כדי להצדיק את השימוש בטענת ״משטה אני בך״, כפי שהסביר נתיבות המשפט (להלן, ליד ציון הערה 97), שהצדקת טענה זו מבוססת על כך שהלה נהג עמו שלא כהוגן בדרישתו לתשלום מופרז.

42 בבא קמא כ ע״א. רמב״ם, הלכות שכנים, פרק ז, הלכה ח, מחבר בין ״זה נהנה וזה לא חסר״ לבין ״כופין על מידת סדום״. וראה בעניין זה: נ׳ רקובר, עושר ולא במשפט, ירושלים תשמ״ח, עמ׳ 20, 22; חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ״ב, עמ׳ 55; ב׳ ליפשיץ, ״זה נהנה וזה לא חסר — זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה?״, הפרקליט לז (תשמ״ז), עמ׳ 203 ואילך; השופט מ׳ דרורי, בש״א (י־ם) 2813/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא״י נ׳ הרב דניאל ביטון (27.7.06).

43 לעיל, ליד ציון הערה 15.

44 מקרה ביניים הוא שיש מידת סדום לגבי חלק מן ההתחייבות, כגון בהתחייבות אסיר נמלט לצייד דגים, בסכום גבוה משווי הדגים שהיה יכול לצוד. ראה על כך להלן, ליד ציון הערה 105.

כך הוא גם במצב שברור שלולא התנאים המופרזים, הצד המנצל לא היה מתקשר כלל בחוזה. דוגמה לכך היא מי שנתן טיפול רפואי למי שהיה שרוי במצוקה, שבעקבותיה הוא הסכים למחיר מופרז עבור הטיפול, אבל לולא המחיר המופרז, המטפל לא היה נותן את הטיפול, גם לולא המצוקה. העיקרון של "כופין על מידת סדום" אינו שייך כאן, שהרי המטפל הוא בגדר "חסר", ועל כן המטופל חייב לקיים את התחייבותו.

גם לפי גישה זו, שטעם הפטור הוא משום "כופין על מידת סדום", נשאלת השאלה ששאלנו לעיל[45]: מדוע נותן התלמוד את הנימוק של "משטה אני בך"? אפשר להסביר זאת בכך, שלולא טענת "משטה אני בך", כלומר, אילו הייתה למתחייב גמירת דעת לשלם, היה חייב לשלם כפי שהתחייב, שהרי אדם יכול להתחייב לשלם גם יותר מהתשלום הראוי, גם אם דרישת התשלום המופרז היא "מידת סדום" מבחינת מקבל ההתחייבות. משום כך, הפטור חל רק בהתחייבות שניתנה מתוך מצוקה, שאילו בהתחייבות שלא מתוך מצוקה, ההסכמה לפעול תמורת ההתחייבות אינה בגדר מידת סדום.

על כל פנים, לפי גישה זו, זכות הביטול אינה מוגבלת למצבים שבהם מוטלת על הצד העושק מצווה לסייע לנעשק, אלא חלה בכל מצב שבו העושֵק נוהג עמו באופן בלתי ראוי. גישה זו קרובה לגישת החוק[46].

ו. סיכום

בהסבר היסוד המשפטי של זכות הביטול, יש תפיסות שונות. רוב הפוסקים סבורים שהיסוד המשפטי הוא היעדר גמירות הדעת של הנעשק. אחרים סבורים שהיסוד המשפטי טמון בחובתו של הצד שכנגד לעזור לזולתו הנמצא במצוקה, ומכאן הסיקו שבמקום שאין חובה, אין זכות ביטול. ויש המבססים את זכות הביטול בשיקול המוסרי, שיש למנוע ניצול לרעה של מצוקות הזולת.

בהתאם לגישות השונות, דנו הפוסקים בשאלת תוקפם של חוזים נוספים החשודים כחוזי

[45] לעיל, ליד ציון הערה 38.

[46] מהקבלה זו ניתן להסיק שגם לפי החוק, אם הצד המנצל לא היה מתקשר לולא התנאים המופרזים, אין לנעשק זכות ביטול, כיוון שאין כאן מידת סדום, כפי שאמרנו לעיל לפי המשפט העברי. ניתן להגיע למסקנה זו בדרך אחרת: לא התקיים בחוזה הנדון המרכיב של הניצול, שהוא תנאי להחלת הסעיף (ראה להלן, ליד ציון הערה 67), שהרי ה"מנצל" לא פעל מתוך מגמת ניצול אלא משיקולי כדאיות בלבד; ועל אף שיש כאן מעין ניצול מצוקת האחר, שהרי רק בגלל המצוקה הוא מסכים למחיר המופרז, שמא אין זה הניצול שהחוק מדבר עליו, שהוא קרוב להגדרת מידת סדום, המוצגת כאן.

נימוק רביעי: ברכת שמחה, בבא קמא קטז ע"א (עמ' תפה־תפו), כותב שלפי תוספות, בבא קמא נח ע"א (ד"ה א"נ), ורא"ש, בבא קמא, פרק ו, סימן ו, שהסבירו שמבריח ארי פטור מפני שאין זה נחשב הנאה, גם במעבורת פטור מפני שאין זה נחשב הנאה אלא רק מניעת הפסד. והוסיף (בעמ' תצב) שגם מי שהבטיח שכר גבוה למי שיביא תרופה לחולה, פטור מלשלם את השכר הגבוה, מפני שאינו הנאה אלא מניעת נזק. צריך להוסיף, שחייב לשלם לבעל המעבורת שכר שראוי לשלם עבור ההעברה, מפני שההעברה עצמה נחשבת הנאה, אבל מה שהבטיח יותר בגלל ההצלה מבית האסורים נחשב רק מניעת נזק. לפי פירוש זה, האלמנט של מצוקה הוא סיבה לפטור, מפני שהתשלום הובטח תמורת הצלה ממצוקה, שאינה נחשבת הנאה. אבל פירוש זה קשה, שהרי לפיו לא היה התלמוד צריך לנמק מטעם "משטה אני בך".

עושק, כגון: שכר מופרז של רופא[47], סַפָּק תרופות[48], שדכן[49], שתדלן[50] ומתווך[51], תשלום למי

[47] חידושי הרמב״ן, יבמות קו ע״א, ד״ה ודאמרינן, ותורת האדם, עניין הסכנה, בסופו (כתבי הרמב״ן, מהד׳ שעוועל, כרך ב, עמ׳ מד־מה), וחידושי הרשב״א, יבמות שם (ד״ה בתר דחלץ), הביאו דעה שרופא מקבל רק שכר כפועל בטל, כיוון שהוא מצווה לרפא. אבל הרמב״ן והרשב״א שם פסקו שיקבל את כל מה שהובטח לו, מפני שחכמתו שווה הרבה, והמצווה אינה הגורם המכריע. כך פסקו גם: טור, יו״ד, סימן שלו; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער ד, אות ו (עמ׳ סג); שו״ת הריב״ש, סימן תעו; חידושי תלמיד הרשב״א והרא״ש, בבא קמא קטז ע״א; מגיד משנה, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ז (הובא בשו״ת יישא איש, חו״מ, סימן ט, דף צג ע״ב); ים של שלמה, בבא קמא, פרק י, סימן לח; שו״ת ר״א אבן טוואה (תשב״ץ, חוט המשולש, טור ג), סימן כ; שולחן ערוך, יו״ד, סימן שלו, סעיף ג (הובא בשו״ת אדני פז, הקשר, סימן ז).

חידושי הריטב״א, יבמות שם (ד״ה בתר דחלץ), כותב שאין לו אלא שכר ראוי. אבל בחידושיו בקידושין ח ע״א, ד״ה לעולם, הסכים לדעת הרמב״ן.

שו״ת הרדב״ז, חלק ג, סימן תתקפו (תקנו), כותב שאין לרופא אלא שכר בטלה, אלא שאם כבר שילם, אין מוציאים מיד הרופא, שמא הלכה כרמב״ן. אבל בשו״ת הרדב״ז, חלק ו, סימן שני אלפים רעט, פסק כרמב״ן, שמשלם מה שהבטיח, מפני שאין מחיר קבוע לחכמה.

ב״ח, יו״ד, סימן שלו, מסביר שאף שמצווה עליו לרפא, מכל מקום, אם אינו רוצה לקיים את המצווה אלא בתשלום, אין מפקיעים את זכותו לתשלום. ט״ז, יו״ד שם, ס״ק ג, נימק שהמצווה אינה מוטלת דווקא עליו, שהרי כל אדם יכול ללמוד רפואה, ואדם זה לא היה חייב ללמוד רפואה. בית יצחק (לעיל, הערה 36) הוסיף לנמק, שאם הובטח לו שכר, ולא קיבל אותו, יש חשש שבעתיד לא ידקדק ברפואתו.

נתיב חיים, בבא קמא, פרק הגוזל והמאכיל, סימן ו (עמ׳ שמז), מקשה על הרמב״ן, מדוע אינו יכול לטעון ״משטה״, הרי אין הכול יודעים ש״חכמתו מכר״? הוא מתרץ, שחיוב שכר פועל אינו בגלל ההתחייבות אלא בגלל שווי הפעולה, שעצם הפעולה מחייבת תשלום, ופעולת הרופא שווה כל סכום שבעולם מצד עצמה, ולא שייך לומר על כך ״משטה אני בך״, וגם אם יש עדים שהתכוון לשטות, הוא חייב; ורק בתוספת שמעל לשכר הראוי, שהחיוב הוא מחמת ההתחייבות, יש מקום לטענת ״משטה״.

יוסף לקח (אבולעפיה), פרשת בלק (כרך ב, חלק א, עמ׳ קמו), מסביר על פי זה, שבלעם טען לבלק שמגיע לו שכר גבוה בעד עצתו (במדבר כב, יח), מפני שהוא מוכר לו את חכמתו המיוחדת, כמו רופא.

רדב״ז, חלק ג שם (הובא בשארית יעקב (אלגזי), פרשת תזריע, דף כ ע״ג), כותב שגם לדעת הרמב״ן, אם אין רופא מובהק כמותו, כך שהמצווה מוטלת דווקא עליו, אין לו אלא שכרו (שו״ת אבני שוהם [גרינוולד], סימן יח, עמ׳ כד, כותב בשם הרדב״ז שם, שבמקרה זה מקבל רק כפועל בטל). כך כתב גם שו״ת ציץ אליעזר, חלק ה, קונטרס רמת רחל, סימן כה, אות ב, על פי לבוש, יו״ד שם. אבל באות ה כתב, שגם אם הוא היחיד, יש לשלם לו מה שהובטח לו, כדי שלא יימנע מלטפל בחולים בעתיד; ועוד, שמקובל לשלם שכר גבוה לרופא (ורמ״א פסק שדבר שרגילים לשלם עליו הרבה, ההתחייבות תופסת — ראה להלן, ליד ציון הערה 102), והלה אינו נאמן לומר שהיה משטה.

שארית יעקב (אלגזי), פרשת נשוא (נח ע״ג), מסביר על פי זה, שאף שה׳ הבטיח שכר מופרז על קיום המצוות (ויקרא כה, ג־יג), הוא חייב כביכול לתת שכר זה, מפני שצריך להיות חכם גדול כדי להתגבר על יצר הרע, ומגיע לאדם שכר גבוה על חכמה זו.

זרע יעקב (ניניו), דרוש ב, דף לב ע״א, מסביר שמשה הבטיח ליתרו חלק בארץ ישראל אם יבוא עם ישראל ויהיה בסנהדרין (רש״י, במדבר י, לב), ואף שהמבטיח למישהו שכר על עשיית מצווה שהוא חייב בה, פטור מלשלם, ויישוב ארץ ישראל היא מצווה, הרי כאן חייב לשלם כיוון ש״חכמתו מכר״. עוד הסביר בכך (בדף לב ע״ב־ע״ג) שזקני גלעד היו חייבים לקיים את מה שהבטיחו ליפתח להמליכו אם יילחם בעדם בבני עמון (שופטים יא, ח), אף שהבטיחו זאת מתוך צרה, כיוון שעשיית מלחמה היא דבר חכמה.

אשר לשכר רופא שהובטח על ידי אדם שלישי, ולא על ידי החולה עצמו, ראה אמרי בינה, דיני דיינים, סימן יח, אות ב.

שערי מאיר, סימן ה, עמ׳ כד, לומד מדברי הרמב״ן על רופא, שרב שמסדר גט ודרש תשלום גבוה, והתבטל

ממלאכתו לצורך סידור הגט (כך שלא הייתה עליו מצווה לסדר את הגט), חייבים לשלם לו הכול, מפני שמכר את חכמתו.

48 ראה תוספות, בבא קמא קטז ע״ב, ד״ה להביא. אשר לניצול מצוקה בעניין מחיר התרופות, חידושי הרמב״ן והרשב״א (לעיל, הערה 47), סוברים שאף כאן הנעשק פטור מהתחייבותו המופרזת. כך גם דעת: חידושי הריטב״א, יבמות וקידושין שם (שאין לו אלא דמיהן); טור, יו״ד, סימן שלו (שאין לו אלא דמיהן); מגיד משנה, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ז (שאין לו אלא דמיהן); חידושי תלמיד הרשב״א והרא״ש, בבא קמא קטז ע״א; צרור הכסף הקצר, דרך ב, שער ד, אות ו (עמ׳ סג); ר״א בן טוואה שם (שישלם רק את המחיר הראוי); שו״ת הרדב״ז, חלק ג שם וחלק ו שם (שיכול לטעון ״משטה אני בך״).

אבל בית הבחירה, יבמות שם, סבור שזכות הביטול קיימת רק בפעולה שבגופו, כגון מעבורת וחליצה, מה שאין כן לגבי מחיר התרופות, שעליו חלים דיני אונאה במחיר. כך משמע גם משו״ת משיב דבר, חלק ב, סימן נא.

ברכת שמחה, בבא קמא קטז ע״א (עמ׳ תצב), כותב שלפי השיטה (לעיל, ליד ציון הערה 30), שנעשק פטור מפני שאסור ליטול שכר על מצווה, המבטיח שכר גבוה לשליח להבאת תרופה לחולה חייב לשלם לו, מפני שהשליח אינו חייב במצווה זו, ורק משפחת החולה חייבת משום ״מבשרך אל תתעלם״, והשליח אינו חייב במצוות השבת אבדה כיוון שאינו באותו מקום.

49 ראה: אור זרוע, בבא קמא, סימן תנז, בשם ר׳ שמשון בר אברהם (שמגיע לו שכר גבוה מפני שלא כל אדם מוכן לעסוק בזה, שכן יש בכך ביזיון, ולא כל אדם יודע לשכנע את הצדדים [נימוק זה מובא בתשובת ר׳ חיים אור זרוע, שבסמוך, שהשכר הגבוה הוא בגלל אומנותו ולא בגלל המצוקה], ולכן חייב לשלם מה שהבטיח); אור זרוע שם בשם ר׳ שמחה (שמאחר שרגילים לשלם הרבה לשדכנים, חייב לשלם מה שהבטיח); ר׳ חיים אור זרוע, בתשובות בעלי התוספות, סימן קכד (בתחילה כתב שאם רק הפגיש בין הצדדים בלי לשכנע, מקבל רק את שכרו, אבל בסוף כתב שאין בזה מקום לטענת ״משטה אני בך״); שו״ת מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תצח (שלדעת מהר״ם, מקבל רק את שכרו, ולדעת ר׳ שמחה וספר החכמה, מקבל מה שהובטח); מרדכי, בבא קמא, סימן קעב (המביא את שתי הדעות, והובא בשו״ת מהר״ם מינץ, סימן עד, עמ׳ שלו במהד׳ מכון ירושלים); הגהות מיימוניות, דפוס קושטא, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ו (שמהר״ם מסופק אם יקבל את כל מה שהבטיח, מפני שהחמיץ אפשרות להרוויח במקום אחר, או שמא אין זה נחשב הפסד מפני שאין ודאות שירוויח במקום אחר; ומביא גם את דעת ר׳ שמחה); אגודה, בבא קמא, סימן קמ (המביא את שתי הדעות); שו״ת הרא״ש, כלל קה, סימן א, בסופו (שיש מרבותיו שמדמים זאת למעבורת); פסקי רקנטי, סימן תצה (המביא את ר׳ שמשון ור׳ שמחה); שו״ת ר״א אבן טוואה, סימן כ, בסופו (שבדבר שדרך להרבות בשכרו, חייב, ובדבר שאין דרך להרבות, חייב אם התוספת אינה גדולה מדי); רמ״א, חו״מ, סימן רסד, סעיף ז (שאין לו אלא שכרו הרגיל); שו״ת מהרשד״ם, אהע״ז, סימן ריב (שחייב לשלם לו מה שהבטיח; אבל לא הזכיר בעיית ״משטה״); שו״ת המבי״ט, חלק ב, סימן נו, וחלק ג, סימן סא (המביא את שתי הדעות); שו״ת הב״ח, סימן כח (שחייב לשלם את מה שהבטיח, ושגם אם לא הבטיח, נהגו בתי הדין לחייב לשלם מעֵבר לשכר טרחה רגיל); שו״ת חכם צבי, סימן נז (שבגלל מחלוקת הפוסקים, המוציא מחברו עליו הראיה); שו״ת פנים מאירות, חלק א, סימן צז (שאין לו אלא השכר שקבעה הקהילה לשדכנים); שו״ת דברי ריבות, סימן שצו (כר׳ שמחה); לבוש, חו״מ, סימן רסד, סעיף ז (שאין לו אלא שכרו); חושן אהרן, סימן רסד, סעיף ז (שהיות שאין בו מצווה, יקבל כל מה שהתנה, ועוד שיש לו הפסד כשיעור שהתנה, שהרי היה יכול לעשות שידוך זה לאיש אחר, ואולי היה מקבל ממנו שכר גבוה); פתחי תשובה, חו״מ, סימן רסד, ס״ק ח; חידושי רבי עקיבא איגר, על הרמ״א, שם; משפט שלום, סימן קפה, סעיף י; שו״ת הר הכרמל, חו״מ, סימן ה; חוקי חיים (בורג׳ל), חו״מ, סימן רסד, סעיף ז, דף עד ע״ג (שנחלקו הפוסקים בשאלה האם בשדכנות מצווה לזווג זיווגים, וממילא דינה תלוי במחלוקת האם בדבר רשות אפשר לטעון ״משטה אני בך״); חידושי ר׳ שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא קמא, סימן יט, אות ו (שאינו יכול לטעון ״משטה אני״, מפני שאסור להטעות אותו, ויש אומדנא שלא היה מסכים תמורת סכום נמוך יותר — ראה בשמו לעיל, הערה 31); שו״ת הליכות ישראל, סימן יז (שאם השדכן היה צריך להשתדל הרבה, והלה הבטיח לו שכר הרבה אם ישתדל יותר, מקבל מה שהובטח), וסימן כט, עמ׳ מז (ששדכן שהבטיח שכר גבוה למי שיסייע לו בשידוך, גם אם יש עדים על הבטחתו, יכול לומר

שיסכים לתת ערבות[52], תשלום בעד גילוי סוד כלכלי[53] ועוד[54]. המשותף לכולם הוא ניצול מצוקתו של מקבל השירות וקביעת תנאי תשלום מופרזים.

"משטה אני", וחייב לשלם רק כמה שיעריכו מומחים את עבודתו). עניין העושק בשכר שדכנות נידון בעת האחרונה בע"א 4839/92 גנז נ' כץ, פ"ד מח(4) 749. ראה על כך גם להלן, הערות 80, 99, 101.

50 ראה: שו"ת הרמ"א, סימן פו (שהמבטיח לשלם שכר גבוה למי שיפייס שר שהעליל עליו, חייב, מפני שרגילים לשלם הרבה על כך); שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קנז (שהמבטיח למישהו שכר גבוה כדי שישיג לו "חזקת ישוב", חייב לשלם מה שהבטיח, ובמיוחד שנהוג לשלם על כך הרבה, והסכים עמו שו"ת אמרי יושר, חלק א, סימן צא); שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן צא, ד"ה הנה אם (שמשודך שהבטיח למישהו סכום גדול אם ישתדל להשיג מאבי המשודכת "שטר זכר שלם", חייב לשלם הכול, מפני שרגילים לשלם על כך הרבה); משכנות הרועים (אלחאיך), מערכת ש, אות קפד, דף שעא ע"ד; שו"ת הרי בשמים, חלק ב, סימן קיג; שו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן עד (שמקבל לפי מידת טרחתו); פתחי תשובה, חו"מ, סימן רסד, ס"ק ח; שו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן עו, אות ג (שמי שהובטח לו שכר גבוה אם ישתדל אצל בני העיר שימנו את פלוני לרב, מקבל רק את השכר הראוי, שלא כשתדלן אחר שרגילים לשלם לו הרבה, שהרי אסור למנות רב בשביל ממון); לעיל, הערה 26.

51 בלשון חכמים "סרסור". ראה: אור זרוע, בבא קמא, סימן תנז; שו"ת בנימין זאב, סימן רפ (שר' שמחה מחייב); שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן ק [צט] (שרגילים לשלם לו הרבה, ולכן חייבים לשלם לו כל מה שהובטח, מה גם שאין בכך מצווה); ש"ך, חו"מ, סימן רסד, ס"ק יד (שאין לו אלא שכרו); שבות יעקב, שם (שאין לו אלא שכרו); שו"ת חכם צבי, סימן נז (שבגלל המחלוקת, המוציא מחברו עליו הראיה); שו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן ז (שמקבל רק שכר ראוי, מפני שתקנות "הארצות" [להלן, הערה 100] קבעו כמה לשלם לסרסור, ולכן אין זה נחשב דבר שרגילים לשלם עליו הרבה); שו"ת אמרי יושר, חלק א, סימן צא (שסרסור סתם מקבל רק את שכרו הראוי, אבל אדם מיוחד שנתבקש לשכנע מישהו למכור משהו, משום שדבריו חשובים בעיני המוכר, נקרא שתדלן, ואין הגבלה על שכרו); שו"ת חמדת משה (בק), סימן לה, אות יא (שאם לא היה דחוק אינו יכול לטעון "משטה"); שו"ת הליכות ישראל, סימן טו (שאפשר לומר "קים לי" כדעה שמתווך אינו מקבל יותר מהמנהג). ראה הערה 80, על כך שאין כאן מצוקה.

טיב חליצה, בסוף ההשמטות (דף כא ע"ג־כב ע"א במהד' תר"ן), בהגהה, כותב שלמתווך ולשדכן צריך לשלם כל מה שהובטח להם, ואין מקום לטענת "משטה", שהרי הוא לא חייב לעזור לחברו, ויכול לדרוש בתמורה כמה שירצה, ולומר שאינו מוכן אלא במחיר זה; ודווקא במעבורת יכול האסיר לטעון "משטה", מפני שהיה אנוס, ובעל המעבורת דרש ממנו הרבה רק משום שראה שהוא בהול; ועוד, שמי שמבטיח הרבה למתווך או לשדכן, מן הסתם זה שווי העיסקה או הסחורה או השידוך, ולפי עניין המקח או השידוך ראוי לשלם לו; ודווקא במעבורת, אין סיבה שישלם יותר בגלל נחיצות העניין, והוא מוסיף תשלום רק משום שהוא דחוק. עוד נימק, שכמו שרופא מקבל כל מה שהובטח מפני שחכמתו מכר (לעיל, הערה 47), כך גם בשדכן ובמתווך, שהרי הם צריכים התחכמות, איך לכלכל את דבריהם. הוא מוסיף, שמה שנקבע במדינות מסוימות שיש קצבה לשדכן (ראה להלן, הערה 100), הוא רק לא לשלם פחות, אבל מעל זה אין הגבלה. הוא מביא ראיה לכך מהדין (להלן, הערה 122), שפועל שחזר בו בדבר האבד, מותר להטעותו, משמע שאם מראש הבטיח הרבה לפועל, חייב לשלם מה שהבטיח, מפני שאין מקום לטענת "משטה", כיוון שהפועל אינו חייב לעזור לו. הוא מביא עוד ראיה מתמורה כט ע"א, שמשמע משם שהמבטיח שכר גבוה לזונה חייב לשלם לה הכול, וזאת מפני שאינו אנוס.

52 שו"ת הרא"ש, כלל סד, סימן ג (הובא ברמ"א, חו"מ, סימן קכט, סעיף כב, ובשי למורא, על חו"מ, סימן קכט, דף קכד ע"ג), פוסק שהמתחייב פטור לגמרי, משום שאין זה מקובל לשלם שכר תמורת ערבות. אבל בתומים, סימן קכט, ס"ק כ, כתב שבכל זאת על המתחייב לשלם לערב שכר ראוי לפי הנהוג ולפי הנסיבות. לעומתו, סבור קצות החושן, סימן קכט, ס"ק ט, כפי שנראים פשטם של דברי הרא"ש, שהמתחייב אינו חייב לשלם דבר עבור הערבות, מפני שאין זה מקובל (ייתכן שהתומים לא ראה את תשובת הרא"ש, הכותב שאין נהוג לשלם בעד ערבות). ראה לעיל, הערה 22, עיקרון זה לעניין תמורה בעד חליצה.

שו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן עא, כותב שבמקום שרגילים לתת ערבויות בשכר, גם לפי הרמ"א יחויב המתחייב לשלם לערב בשיעור השכר המקובל.

דרכי חושן, סימן רסד, סעיף ח, ביאורי חושן (עמ׳ עז), כותב שבזמננו, שמקובל לשלם שכר תמורת ערבות על סכום גבוה, חייב.

שו״ת תורת חסד (פרחיא), סימן קסח (הובא בחוק לישראל, ערבות, עמ׳ 729), כותב שגם לפי הרא״ש, אם ראובן ערב בעד לוי, וכתבו בשטר הערבות שהוא עושה זאת בתנאי שגם לוי יערוב בעדו בסכום כזה כשיצטרך, לוי חייב לערוב בעדו, מפני שהוא הבטיח לעשות מה שעשה לו ראובן, וכך היא המידה, שכאשר עשה כן ייעשה לו; מה גם שדברי הרא״ש תמוהים, שלקתה מידת הדין, שהרי ייתכן שהערב יצטרך לפרוע בעד החייב, ומדוע לא יקבל שכר על ערבותו? ו״הבו דלא לוסיף עלה״.

מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן טו, מעיר שבנידונו של הרא״ש, הלווה לא היה במצוקה (וגם הרמ״א אינו מזכיר מצוקה), ומכאן שלדעתו התחייבות מופרזת אינה מחייבת גם אם ניתנה שלא מתוך מצוקה, כדעת מהר״ם לגבי שדכן (להלן, הערה 80). וראה הערה 80, שחקרי לב מנמק את דברי הרא״ש מטעם אחר.

ראה חוק לישראל, ערבות, עמ׳ 564, בשאלה מדוע לא יוכל הערב לבטל את ערבותו בטענה שערב רק על דעת שיקבל שכר.

53 ראה כסף הקדשים, סימן רסד, סעיף ז.

סמ״ג, עשה עד (הובא במרדכי, בבא קמא, סימן קעב, בהגהות מיימוניות, דפוס קושטא, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ו, ובשו״ת בנימין זאב, סימן רפ), מביא שר׳ יהודה פסק שהמבטיח סכום גדול למי שיעשה ״השבעת שד״ לגלות מי גנב ממנו את כספו, חייב לשלם מה שהבטיח, מפני שהיה מקובל לשלם הרבה על דבר כזה.

54 כגון שכרו של רב (שו״ת מהרש״ך, חלק ב, סימן פ [שגם שכר גבוה נחשב שמגיע לו]; שו״ת לחם רב, סימן רכז; שו״ת משיב דבר, חלק ב, סימן נא); שכר בעד תקיעת שופר בראש השנה (שו״ת חוות יאיר, סימן קפו — שאם סירב עד שהוצרכו להבטיח לו יותר מן הראוי, מקבל רק שכר שראוי לשלם על דבר רשות באותה מידת הטורח; ואם היה צריך להגיע ממקום אחר דרך מקום סכנה, שרגילים לשלם על כך הרבה, מקבל כל מה שהוסכם); תשלום למי שמסייע לטעון על בהמה משא שנפל ממנה (ראה להלן, הערה 79); מלמד תינוקות (כנסת הגדולה, חו״מ, סימן שלג, הגהות בית יוסף, אות כב — משלם רק את שכרו, מפני שזה מצווה); שכר בעד הסכמת הבעל לגרש (שו״ת מהרש״ל, סימן כה; פסקי דין רבניים, כרך ג, עמ׳ 375, וכרך ה, עמ׳ 78); מי שהיה לו דין, וביקש מאדם שיודע לטעון, שיטען במקומו (משכנות הרועים (לחאייך), מערכת ה, אות צג — שמקבל כל מה שהובטח, מפני שחכמת הטענה שווה הרבה, ועוד שהטוען קונה שונאים בדין, ועוד שהבא בהרשאה נקרא ״לא טוב״ [שבועות לא ע״א]); המביא בשורה טובה (מנחת פתים, חו״מ, סימן רסד, סעיף ז — שבמקום שרגילים לשלם על כך הרבה, מקבל מה שהובטח לו); פועל (שו״ת חמדת משה, בק, סימן לה, אותיות ט־י — שהמעביד יכול לטעון ״משטה״ אם היה דחוק לשכור פועל); מי שגבה חוב שבעל פה בעבור המלווה (חוקי חיים (בורג׳ל), חו״מ, סימן רסד, סעיף ז — שמקבל כל מה שהובטח לו, מפני שרגילים לשלם על כך הרבה); מומחה לאפייה (שארית יעקב (אלגזי), פרשת תזריע, דף כ ע״ד — שלא היה חיוב לשלם שכר גבוה לבית גרמו על אפיית לחם הפנים אחרי שביתתם, מפני שהם היו היחידים שידעו את המלאכה, והמצווה הייתה מוטלת עליהם); שכר דירה מופרז (שו״ת הר הכרמל, חו״מ, סימן ה — שהשוכר חייב לשלם מה שהבטיח, כיוון שלא היה צריך לדור דווקא שם, ולא הייתה על בעל הבית מצווה להשכיר לו, ואף יש אנשים שאינם מסכימים להכניס שוכר בביתם גם תמורת סכום גבוה); אישה שלא יכלה לסבול את בעלה, והבטיחה שכר גבוה למי שישכנע את בעלה לגרש אותה (שו״ת מגן דוד, גיג׳, אהע״ז, סימן א, דף כב ע״ג — שיקבל רק את שכרו הראוי לפי שומת בית דין, מפני שאין רגילים לשלם כל כך הרבה על הסכמה לגרש, וזו התחייבות מתוך דחק); קונה ששילם הרבה על חפץ בטעות, ואינו יכול להחזירו מפני שהחפץ נחוץ לו (שו״ת בית אבי, חלק ד, סימן קפח, אות ו — שמי שקנה אתרוג, והאתרוג התחיל להצטמק, וראה שעד אמצע סוכות יהיה קטן מדי לשיעור המצווה, אבל לא רצה לבטל את המכר כיוון שהיה זקוק לאתרוג לימים הראשונים, זה שהוכרח לקיים את המקח בימים הראשונים הוא מתוך עושק, ויכול לתבוע את ההפרש במחיר בין אתרוג כזה לסכום ששילם).

הפסיקה הישראלית נטתה בדרך כלל לדחות טענות עושק בהקשר של גירושין. ראה: ע״א 162/72 אמזלג

ניתן לסכם כך (בהתחשב בהבדלים בין הגישות דלעיל ובסייגים שיובאו בהמשך): בכל התחייבות מופרזת שניתנה בעקבות ניצול מצוקה, רשאי המתחייב לשלם את התמורה לפי שיעורה המקובל בלבד. ברם, אם כתוצאה מכך ייגרם לצד שכנגד הפסד או מניעת רווח, כגון שאמור היה להרוויח יותר מן השכר הראוי, על המתחייב למלא את התחייבותו.

פרק שלישי

צורת החוזה — "מי שהתקשר בחוזה"

הסעיף אינו מבחין בלשונו בין צורות שונות של חוזים לעניין העושק. מכאן שעילת העושק חלה בכל חוזה — בין בכתב, בין בעל פה, בין בדרך אחרת[55].

לעומת זאת, במשפט העברי, זכות הביטול תלויה (לדעת חלק מהראשונים) בצורת ההתקשרות. לדעת הרא"ש[56], המתחייב מחמת מצוקה זכאי לבטל את התחייבותו רק אם

נ' אמזלג, פ"ד כז(1) 582, 587; ע"א 573/82 ברק נ' ברק, פ"ד לח(4) 626; ע"א 5490/92 פגס נ' פגס, תק־על 94(4) 516. למקור חריג, ראה ע"א 457/61 גרין נ' גרין, פ"ד טז 318. ראה גם פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 954 ו־990.

55 אלו צורות החוזים המוזכרות בסעיף 23 לחוק החוזים. ייתכן שיש בכל זאת הבחנה בין חוזה בכתב לבין חוזה בעל פה, לעניין התנאי של ניצול המצוקה. בעוד שבהסכמה בעל פה על תנאים גרועים, נוכל לקבוע בנקל שההסכמה נבעה רק מהמצוקה, הרי שבהתחייבות שהגיעה לחוזה כתוב, פחות סביר להניח שמעשהו של אחד הצדדים נבע רק ממצוקתו. אדם שערך חוזה כתוב על כל המשתמע מכך, בוודאי נתן את דעתו לכל השלכותיו של החוזה וגם לתנאיו, וניתן להניח שהסכמתו לתנאיו הגרועים של החוזה באה מתוך שיקול דעת. לדוגמה, הבטחה בעל פה של אדם הנתון במצוקה לתת שכר מופרז בתמורה לשרות שיוציא אותו ממצוקתו, אינה דומה להבטחה הבאה לידי ביטוי בחתימה על מסמך מסועף בתנאים דומים. על כן, ייתכן שיידרשו תנאי חוזה גרועים בצורה קיצונית, או מצוקה חמורה במיוחד, כדי להחיל את הוראת הסעיף על חוזה כתוב. מכל מקום, בהיעדר מקור מפורש, ראוי לפרש את החוק לפי מקורות המשפט העברי, כלהלן.

56 שו"ת הרא"ש, כלל סד, סימן ג (הובא בשו"ת תורת חסד, פרחיא, סימן קסח; וראה להלן, הערה 65, הסבר אחר לדברי הרא"ש). רמ"א, חו"מ, סימן קכט, סעיף כב, כותב בעקבות הרא"ש שם, שאם עשה קניין, חייב. כך משמע גם מתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן סד, הפוטר בנידונו מתוך השוואה לדין מעבורת (ראה בשמו לעיל, הערה 40), ומציין שהמתחייב טען להיפטר כיוון שלא עשה קניין; אלא שאפשר שציין זאת רק לרווחא דמילתא, והיה פוטר אותו גם אילו עשה קניין.

משכנות הרועים (לחאייך), מערכת ה, אות צג, כותב שאם עשו קניין, חייב, ומביא ראיה מתשובות מיימוניות, ספר נזיקין, סימן כב, שכתב (לגבי שדכן) שטוב לעשות קניין סודר.

גם ט"ז, אהע"ז, סימן קסה, ס"ק ג, כותב לגבי חליצה מוטעית, שאם עשתה היבמה קניין על התחייבותה, היא חייבת.

גם שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן פ (ד"ה ועתה), כותב שחייב אם עשה קניין.

גם שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רכא, כותב שאם עשה קניין, נותן כל מה שהבטיח, גם בדבר מצווה. חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה (ריד ע"ג), כותב לגבי דברי מהר"ם (להלן, הערה 99) שהמבטיח שכר גבוה לשדכן, פטור, שמהר"ם מסכים שאם עשה קניין, חייב, ואינו יכול לטעון "משטה אני בך", מפני שגמר בדעתו והקנה. גם טיב חליצה, בסוף ההשמטות (דף כב ע"א במהד' תר"ן), בהגהה, מדייק ממהר"ם שם שלדעתו במעבורת ובחליצה מועילים קניין ושטר.

שו"ת אבני נזר, אהע"ז, סימן קלג, אות כ, כותב שחידושי הריטב"א, קידושין נ ע"א, הכותב שאין מתחשבים בדברים שבלבו ובלב כל אדם נגד מה שהתנה במפורש (ראה על כך סעיף 13, ליד ציון הערה 292), סובר

ההתחייבות הייתה באמירה בלבד[57], אבל אם נתלווה לאמירתו "מעשה קניין", הוא חייב לקיים את כל מה שסוכם, גם אם הייתה זו התחייבות מופרזת. כך הוא כותב בהתייחסו לסוגיית "מעבורת": "הרי שהיה בורח מבית האסורין והיתה מעבורת לפניו, ואמר 'טול דינר והעבירני', אין לו אלא שכרו. אלמא, אף על פי שהתנה לו... כיון שהוא יותר מכדי שכרו, צריך קנין...".

נראה שטעמו של הרא"ש הוא, שעשיית מעשה קניין מעידה שההתחייבות ניתנה בלב שלם. הרי הנימוק להלכה הכללית שדרוש מעשה קניין כדי לתת תוקף לחוזים ולהעברת בעלות הוא, שביצוע מעשה הקניין יוצר גמירת דעת או מוכיח את קיומה[58]. על כן אין מקבלים את טענתו

שאם עשה קניין, חייב, מפני שהקניין גובר על דברים שבלבו ובלב כל אדם, היינו על האומדנא שהתכוון לשַטות; ורק אם לא עשה קניין, מתחשבים בדברים שבלבו ובלב כל אדם, מפני שלא נתחייב בדיבורו, אלא על ידי דיבורו נתחייב בפעולה, אבל הדיבור עצמו אינו עושה שום דבר, ולא שייך לומר שדברים שבלבו אין מבטלים את הדיבור.

הבחנות שונות: דרכי חושן, סימן רסד, סעיף ח, ביאורי חושן (עמ' עד), כותב בדעת נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ח, שקניין מועיל רק בפועל וכדומה, שהקניין אינו נחוץ בו לעצם החיוב, ולכן הוא מוכיח שאינו משטה, מה שאין כן במכר, שהקניין נחוץ לתוקף המכר (וחוזר על כך בעמ' עה). נראה שהוא כתב כך כדי ליישב מדוע המוכר בזול יכול לטעון "משטה אני בך" במצב מסוים (ראה הערה 96), אף שעשה קניין בהקנאת הממכר.

שו"ת בית אבי, חלק ד, סימן קפח, אות ח, כותב שאם עשה קניין מרצונו הטוב, אינו יכול לטעון "משטה", מה שאין כן אם הוכרח לעשות את הקניין.

[57] אף על פי שבמשפט העברי, בדרך כלל אין תוקף להתקשרות חוזית בלי מעשה קניין, יש חוזים הנקשרים אפילו בעל פה. שכירות פועל, למשל — והיא הדוגמה הקרובה לנידוננו — אינה דורשת קניין, וגם באמירה בלבד מתחייב המעביד בכל מה שהתנה עם הפועל, כדברי רא"ש, עבודה זרה, פרק ה, סימן ב, בסופו: "שכר פעולה לא בעי קניין, דפועל העושה עם בעל הבית, קנה שכרו", ותשב"ץ, חלק א, סימן סד: "דע, כי שכירות פועלים אין צורך לקניין כלל, אלא בדברים בעלמא הם נשכרין". בכלל זה, כל המבקש מאחֵר לעשות מעשה בשבילו, כמו שכתב קצות החושן, סימן פא, ס"ק ד (על דבריו ראה לעיל, הערה 40). תנאי להחלת כלל זה הוא תחילת עבודתו של הפועל; אבל בטרם התחיל הפועל בעבודתו, שניהם רשאים לחזור בהם. ראה ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, חלק א, עמ' 91 ואילך.

כמו כן, שולחן ערוך, חו"מ, סימן מ, סעיף א, פוסק שהתחייבות לתת דבר לאחֵר חלה בלי קניין, אם המתחייב אומר אחד הביטויים המנויים שם, המוכיחים על גמירת דעת.

כמו כן, המבקש מאחֵר לעשות דבר כלשהו, שכרוכה בו הוצאת כסף וכדומה על ידי האחר, חייב המבקש לשלם לו על כך מדין ערב גם בלי קניין, כמבואר בהרחבה בחוק לישראל, ערבות, עמ' 78־90.

[58] חזון איש, חו"מ, סימן כב, בשם אביו; רי"ב וכטפוגל, "הנאה בקניינים", בית יצחק ה (תשט"ז), עמ' 88; ר' זרח אפשטיין, "בענין תלוהו וזבין", שערי ציון, שנה ב (תרפ"ב), חוב' ה־ו, דף ג, וחוב' ז־ח, דף ב ע"ב; הנ"ל, "מסירת מודעא", המשפט העברי א (תרפ"ו), עמ' 187; דברי ירמיהו, הלכות לולב, פרק ח, הלכה י, ד"ה אמנם כמ"ש; מועדים וזמנים, חלק ו, סימן נט (עמ' צט); חמדת אהרן, עמ' קלט; אמרי דעת (זכאי), חו"מ, סימן א, עמ' קכ; ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ' 169; לוחות אבן, בבא בתרא, עמ' רכו ועמ' רכח; הד משה, סימן א, עמ' 10. לפרשנים נוספים שזו דעתם, ולפרשנים החולקים על כך, עם ראיות לכאן ולכאן, ראה: ר"ש קליינמן, "יסודות הקניין — גמירות הדעת ומעשה הקניין", משפטי ארץ ג (תש"ע), עמ' 91־108. הוא אומר (בעמ' 93) שזו דעת ר"ש שקאפ, מערכת הקניינים, סימן יא. לעומתו, א' וינרוט, "מקח כפוי", מגל יא (תשנ"ה), עמ' 196־197, לומד ממערכת הקניינים, סימן ב, שלדעת ר"ש שקאפ, מעשה הקניין דרוש לא רק ליצירת גמירת דעת; וראה שם, שהוא מביא ראיות לתפיסה זו. שו"ת שם עולם (סטול), או"ח, סימן ז, וסימן יד, אות ז, כותב שבשאלה זו חלוקים שני התירוצים שבתוספות, בכורות יח ע"ב (ד"ה אקנויי) — ראה שם להסברו.

של המתחייב "משטה אני בך", כלומר שלא התכוון לקיים את התחייבותו, אף שהנסיבות האובייקטיביות של המצוקה מאששות את טענתו.

ההבחנה בין הסכם בעל פה להסכם שנעשה בקניין מובנת יותר לפי גישתם של רוב הראשונים[59], שזכות הביטול בגין עושק מבוססת על חוסר גמירת הדעת של המתחייב, ועשיית קניין מוכיחה על גמירת דעת. לעומת זאת, לפי הנימוקים האחרים[60], אין מקום להבחנה בין צורות שונות של חוזים.

אולם לדעת הרשב"א, זכות הביטול קיימת אף אם ההתחייבות נעשתה בקניין. לעניין חליצה מוטעית[61], הוא אומר[62]: "וקרוב בעיני, שכל שחלץ קודם שנטל מעות[63], שאין מוציא מיד האשה, ואפילו חייבה עצמה לו בשטר[64], ואפילו בקנין". נראה שטעמו הוא, שהנעשק יכול לטעון שגם את הקניין עשה מחמת מצוקתו, ושהצד השני לא היה מסכים להתקשר עמו אילולא עשה קניין[65].

ניתן לומר, שגם לדעת הרשב"א, שהקניין אינו שולל באופן עקרוני את זכות הביטול בגין

[59] לעיל, ליד ציון הערה 27.

[60] לעיל, ליד ציון הערה 30 וליד ציון הערה 41.

[61] שנידון לעיל, ליד ציון הערה 15.

[62] שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף רמ (הובא בבית שמואל, סימן קסט, ס"ק נג, בשו"ת בשמים ראש, הורביץ, סימן נז, בספר המעשה והמדרש, מרגולין, פרשת תולדות, עמ' עב־עג, ובערוך השולחן, אהע"ז, סימן קסט, סעיף עה). גם נתיבות המשפט, סימן פא, ס"ק ב, כותב שבחליצה מוטעית, גם בקניין או בשטר פטור, מפני שהוא כמו בכפייה ידועה. נראה שכוונתו להשוות זאת למוכר נכס בכפייה, שהמכר בטל (אם מסר מודעא; ראה סעיף 17, ליד ציון הערה 175) אף שמדובר שעשה קניין.

[63] אבל אם המתחייב כבר שילם, אינו זכאי לקבל את כספו חזרה, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 121.

[64] על שטר, ראה להלן, ליד ציון הערה 129.

[65] לדעת תומים, סימן פא, ס"ק ו, וסימן קכט, ס"ק כ, ההלכה בשאלה זו אינה מוכרעת, ו"המוציא מחבירו עליו הראיה".

אבל יש מן האחרונים הסבורים שאין מחלוקת בין הרשב"א לרא"ש, אלא כל אחד דיבר במקרה אחר. שו"ת ר"א אבן טוואה (תשב"ץ, חוט המשולש, טור ג), סימן כ, בסופו; שולחנו של אברהם, סימן רסד, סעיף ז (אבל יש להעיר שהוא עצמו, בספרו משמרות כהונה, בבא קמא קטז ע"א, כותב שיש מחלוקת בין הרשב"א לרא"ש); נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ח (הובא בשו"ת חסד לאברהם, תאומים, מהדורא קמא, חו"מ, סימן טו, בשו"ת הליכות ישראל, סימן יז, ועל ידי ר' אשר וייס, שיעור מורנו הרב שליט"א, שנה ח, קובץ ז (רצז), פרשת תולדות תש"ע, עמ' ג); אמרי הצבי, בבא קמא קטז ע"א, סימן לו, אות ז; וערוך השולחן, חו"מ, סימן רסד, סעיף כ — מבחינים בין מצבים שיש בהם מצווה או מצוקה, שאז אין מועיל קניין, כמו שאין מועיל קניין בחוזה כפוי, לבין מצבים שאין בהם מצווה או מצוקה, אך ההתחייבות מופרזת, ובהם מועיל קניין, מפני שבהם יותר קל להתגבר על חוסר גמירת הדעת. על פי זה, כתב נתיבות המשפט, שהרא"ש כתב שקניין מועיל, מפני שהוא דן במי שהבטיח שכר לאחר אם יערוב בעדו (לעיל, הערה 52), ואין בכך מצווה, ואילו הרשב"א דן בהתחייבות ליבם תמורת החליצה, והוא מקיים מצווה (החליצה), ואין הקניין משנה בזה. אולם בתשובת הרא"ש שהבאנו כאן, מפורש שדבריו אמורים גם לגבי מעבורת, ששם יש מצווה להצילו (השבת גופו), ואף על פי כן, כתב הרא"ש שמועיל קניין. כך הוכיח חוקי חיים (בורג'ל), חו"מ, סימן רסד, סעיף ז, דף עה ע"א (אולם שולחנו של אברהם, שם, דחה הוכחה זו בכך שהרא"ש הזכיר מעבורת רק כדי להביא ראיה ממנו שיכול לטעון "משטה", אבל לא לעניין שמועיל בו קניין), והביא ראיה גם ממהר"ם (להלן, הערה 99), שהזכיר קניין בשדכן, "טוב שיעשו קנין", אף שיש בו מצווה של זיווג זיווגים, ומש"ך, חו"מ, סימן פא, ס"ק ו, שכתב שקניין מועיל במקרה של לימוד עם בנו, אף שעסק בלימוד תורה, שהוא מצווה. מכל מקום, הבחנת נתיבות המשפט יכולה להתקבל בדברי הרשב"א, שדיבר רק על חליצה.

עושק, הקניין יכול לשמש גורם הערכתי נוסף, בבואנו לבחון האם היה קשר סיבתי בין המצוקה וניצולה לבין ההתקשרות בחוזה. אם בחוזה בעל פה נוכל לקבוע בנקל שקיים קשר סיבתי, הרי שבחוזה כתוב, או בחוזה שנעשה עליו קניין, קשה יותר לקבל קביעה זו כדבר המובן מאליו[66].

וכך כתב חוקי חיים שם, שהרשב"א מסכים שבדבר רשות, מועיל קניין. משפט שלום, סימן קפה, סעיף י (לד ע"א), ופתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ח, הערה נח, מסכימים להבחנת נתיבות המשפט.

יפלס נתיב, על נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ח (במהד' אשדוד תשס"ו), אות ח, מקשה, שכאן כתב שבדבר מצווה קניין אינו מועיל; ואילו בנתיבות המשפט, סימן פא, ס"ק ב, כתב שמועיל קניין בדבר מצווה? ותירץ שמה שכתב כאן, שבמצווה גם אם עשה קניין יכול לטעון "משטה", היינו שמספק (בגלל המחלוקת), הוא פטור.

קצות החושן, סימן קכט, ס"ק ח, מיישב בין הרשב"א לרא"ש בדרך דומה: שהרשב"א כתב בעניין חליצה שקניין אינו מחייב, מפני שהיבמה הייתה במצוקה, וזה כעין חוזה כפוי, שאין מועיל בו קניין, והרא"ש מסכים לזה, ומה שכתב שקניין מועיל הוא לעניין ערבות, שאין שם מצוקה. ועיין טבעות החושן שם, על דבריו אלו, ולדעתו, גם בנידונו של הרא"ש יש אונס. גם קצות החושן, סימן פא, ס"ק ד, כותב שדווקא בחליצה אין מועיל קניין, מפני שהיא במצוקה, מה שאין כן במעבורת או במצב אחר שאין בו מצוקה (!).

אבל בסימן רכז, ס"ק א, עסק במצב של מצוקה, ובכל זאת פסק שקניין מחייב.

גם בית מאיר, אהע"ז, סימן קסט, סעיף נ, כותב שהרשב"א דיבר רק במצב של מצוקה, ומסכים שאם אין מצוקה, מועיל קניין.

לפי נתיבות המשפט וסיעתו, אפשר לומר שעילת העושק מתחלקת לשני מישורים: מישור אחד הוא מצב שיש בו מצוקה, ואז העילה חזקה, וקניין אינו מועיל נגדה; ומישור אחר כשאין מצוקה, ובו העילה חלשה, ומועיל קניין.

הבחנה אחרת: שו"ת אבני שוהם (גרינוולד), סימן יח (עמ' כה), כותב שטעם הרשב"א בעניין חליצה, שגם אם עשה קניין יכול לטעון טענת "משטה", הוא שיש אומדנא שהתכוון לשַטות, שהרי אין הצדקה שישלם לחברו סכום גדול עבור מה שחברו חייב לעשות; אבל הרי תוספות, כתובות מז ע"ב (ד"ה שלא), כתבו שאין מתחשבים באומדנא של צד אחד אם הצד השני מפסיד מכך (על הבנה זו בדעת התוספות, ראה בסעיף 14, הערה 305, בשם משנה למלך), ואם כן, בחליצה אפשר להתחשב באומדנא שהוא משטה, שהרי החולץ לא מפסיד, והכול תלוי בדעת היבמה, אבל במקום שיש הפסד לצד השני, כגון בהבטחה לאחר לשלם לו אם ילמד עם בנו (המקרה של תשובות מיימוניות, לעיל, הערה 30), יש הפסד, שהרי הוא מבטל את עצמו בלימוד עם בנו, ולכן מועיל קניין (כמו שרומזים תשובות מיימוניות שם, וש"ך, חו"מ, סימן פא, ס"ק ו, בסופו), ואין הולכים אחר אומדנא. והוא כותב שגם במעבורת, בעל המעבורת אינו מפסיד, ולכן הולכים אחר אומדנא. נראה שכוונתו היא שאם הוא מקבל שכר ראוי, אינו מפסיד.

גם שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, חו"מ, סימן טו, עושה הבחנה זו על פי תוספות שם, והסביר שלכן במקרה של לימוד מועיל קניין ולא בחליצה. הוא כותב על פי זה שבנידונו, מי שהבטיח לחברו לשלם לו אם ישתדל אצל מישהו שיסכים למינוי רב מסוים, מועיל קניין, מפני שהמשתדל הפסיד, שהיה יכול להשתדל לצורך רב אחר, והרב עצמו היה משלם לו על השתדלותו, והיות שהפסיד, אין הולכים אחר אומדנא, ומועיל קניין (אך יש להעיר, שאם יש הפסד, בלאו הכי חייב, גם בלי קניין, כפי שנראה ליד ציון הערה 103). אבל הוא פוטר בנידונו מסיבה אחרת: מהר"ש יונה, המובא במשנה למלך שם (ראה סעיף 14, הערה 303), כתב שאם עוד לא נגמר המכר, כגון שהוא תלוי בקיום תנאי, הולכים אחר אומדנא לפטור גם בדבר התלוי בצד שני; לפי זה, כאן, שהבטיח לשלם לו רק אם יצליח לשכנע את כל בני העיר להסכים לבחירת הרב, הרי גם אם עשה קניין, יכול לטעון "משטה" כל זמן שלא חתמו כולם, שהרי בכגון זה הולכים אחר אומדנא.

על הדין אם עשו קניין, ראה גם: שו"ת ציוני, חלק ב, סימן ו, אותיות ב, ה.

[66] ראה לעיל, הערה 55, בדבר ההבחנה בין חוזה כתוב לחוזה בעל פה, ברמת הרצינות של המתקשר, לפי החוק.

פרק רביעי

כוונה לנצל — "עקב ניצול"

מלשון הסעיף עולה שניצול המצוקה הוא מרכיב הכרחי לגיבוש עילת הביטול בגלל "עושק"[67]. מכאן, שאם פעל הצד שכנגד בתום לב ובלא שהיה מודע למצב המצוקה שנתון בו הצד שכנגד, או שלא היה מודע לכך שהסכמת הצד שכנגד נבעה ממצוקה, אין לצד שכנגד זכות ביטול[68]. טעם הדבר נעוץ במגמת החוק בסעיף זה, למנוע עיוותים חברתיים־מוסריים[69], ואלו אינם קיימים אם הצד שכנגד פעל בתום לב[70].

נראה שעמדת המשפט העברי בשאלה זו שונה. באופן כללי ניתן לומר, שלפי המשפט העברי, אם צד אחד לחוזה נתון במצב מצוקה, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה, הוא יוכל לטעון "משטה אני בך" גם אם הצד שכנגד לא היה מודע למצוקה[71]. קביעה זו היא פועל יוצא של היסוד המשפטי של הוראת העושק במשפט העברי, השונה מגישת החוק. כפי שראינו לעיל[72], לדעת רוב הפוסקים, טעם זכות הביטול הוא שגמירת הדעת של הנעשק פגומה, והרי פגם זה קיים גם אם הצד שכנגד אינו מודע למצוקה, ולכן גם אז זכות הביטול קיימת. אבל לדעת הפוסקים[73] המבססים את זכות הביטול על "כופין על מידת סדום", נראה שאם העושֵק

[67] שלו, דיני חוזים, עמ' 255 (וראה שם, בהערה 18, המקורות לקביעה זו בפסיקה הישראלית); ע"א 719/78 איליט נ' אלקו, פ"ד לד(4) 673, 679; ע"א 624/80 אמארה נ' נמני, פ"ד לז(2) 606, 609; ע"א 510/82 חסן נ' פלדמן, פ"ד לז(3) 1, 5.

[68] ע"א 403/80 סאסי נ' קיקאון, פ"ד לו(1) 762, 768; ע"א 10/81 כהן נ' גדע, פ"ד לז(4) 635, 641; ע"א 226/87 זועבי נ' ניקולא, פ"ד מג(1) 714, 717.

[69] כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 4.

[70] שלו, שם, עמ' 251.

[71] אמנם בשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן ג, כתב: "שלשם [במעבורת] שכר הפעולה לא עדיפא, שכל אדם היה יכול להעבירו אם היה כאן והיה לו מעבורת, וגם הוא מעביר אחרים, שאין השעה דחוקה להם בזה בשכר מועט, אלא שלזה שרואה שהשעה דחוקה לו, רוצה להתיקר להרבות לו שכר. וכן לחלוץ, כל אדם היה עושה בקל, אם היה כשר, הרי אין אומנות המעביר והחולץ גורם להרבות השכר, אלא דוחק העוֹבֵר והחולצת". וכן בשו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן מה, כתב: "שאני הכא, לפי שמעבורת זו לכך היא עומדת, להעביר בני אדם בשכרן, ולפי שראוהו להא [=לזה] בהול ונחפז ללכת, לא נתרצה אלא בדינר. והואיל ולא חסרו כלום, אין לו אלא מה שהוא רגיל ליקח". מדבריהם משתמע לכאורה שמרכיב הניצול הכרחי לזכות הביטול. ברם, נראה שאין כוונתם אלא להדגיש שאם היה מקובל לשלם מחיר מופרז, לא היו יכולים לטעון "משטה אני בך". לחילופין, ייתכן שהם סבורים שטעם זכות הביטול הוא "כופין על מידת סדום", וטעם זה שייך רק אם יש כוונה לנצל, כפי שנראה בסמוך. אבל זו דעת מיעוט.

יש להעיר, שכפי שנראה בהערה 80, לפי פוסקים אחדים, יש זכות ביטול בכל התחייבות מופרזת, גם אם לא הייתה מתוך מצוקה, וקל וחומר שאם הייתה מתוך מצוקה, יש זכות ביטול גם אם הצד השני לא ידע עליה.

כיוון שלפי המשפט העברי אין חשיבות לכוונת הניצול, אין מקום לדון בדברי החוק "או אחר מטעמו".

[72] לעיל, ליד ציון הערה 27.

[73] לעיל, ליד ציון הערה 41.

יש להוסיף, שלפי נתיבות המשפט (להלן, ליד ציון הערה 97), הזכות לטעון "משטה אני בך" מבוססת על כך שהצד האחר נהג בו שלא כדין, וייתכן שאין מקום לומר כך אם לא הייתה כוונת ניצול. אבל ראה בשמו, להלן, הערה 80, שאם לא עשו קניין, יכול לטעון "משטה אני בך" גם אם לא היה במצוקה כלל.

אינו יודע על מצוקת הנעשק, אין לנעשק זכות ביטול, שהרי ה"עושֵק" אינו נוהג עמו במידת סדום; אלא שכאמור, זו דעת מיעוט.

עם זאת, נראה שזכות הביטול קיימת דווקא במצב שנוכל להניח בוודאות שהצד השני היה מתקשר בחוזה זה גם בתנאים סבירים. אם אין ודאות כזאת, יוכל הצד השני לטעון, שלולא התנאים הטובים במיוחד (מבחינתו), לא היה מתקשר בחוזה.

ערוך השולחן[74] מוכיח מסוגיית התלמוד, שאף אם הצד הנתון במצוקה הוא שיזם את ההתקשרות, והוא שפנה לצד שכנגד כדי שיתקשר עמו בחוזה, הוא זכאי לבטל את החוזה (אם תנאי החוזה אכן גרועים באופן בלתי סביר). זאת אף שכאן אין הוכחה ברורה לכוונת ניצול של הצד שכנגד. הוכחתו היא מסוגיית האסיר הנמלט[75], ששם האסיר הוא שפנה לבעל המעבורת ואמר לו בִיזָמתו: "טול דינר והעבירני", ובכל זאת יקבל בעל המעבורת רק את שכרו הראוי. נראה שטעם הדבר הוא, שגם במצב זה יש אותו פגם בגמירת דעתו של הנעשק.

פרק חמישי

מצב הנעשק — "מצוקת המתקשר"

א. כללי

מהי הגדרתה של "מצוקת המתקשר", שהיא עילה לביטול החוזה? לשון הסעיף היא סתמית, אבל בפסיקה נקבע שלא כל מצוקה מצדיקה את ביטול החוזה, אלא מצוקה קיצונית בלבד[76]. טעם הדבר הוא, שזהו האיזון הראוי בין הצורך במניעת עיוותים חברתיים לבין הצורך בקיום מסחר חופשי ודינאמי[77].

לדוגמה, מצבים של עוני ומחסור או אי נוחות עקב קשיים כלכליים, אינם יכולים להיחשב

[74] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רסד, סעיף יז.
גם אבני שוהם (פרץ), בבא קמא קיז ע"א, כותב שיכול לטעון "משטה" בין אם הנעשק הציע תשלום מעצמו, ובין אם העושק דרש תשלום.

[75] לעיל, ליד ציון הערה 15.
אבל ר' יונתן, בשיטה מקובצת, בבא קמא קטז ע"א, כותב שמדובר שם בשבעל הספינה סירב להעביר אותו בשכר הרגיל, עד שהתחייב סכום גבוה. אמרי הצבי, בבא קמא קטז ע"א (סימן לו, אות ז), לומד מדברי ר' יונתן שאם האסיר יזם את הבטחת התשלום, בלי שבעל המעבורת דרש זאת, אינו יכול לטעון "משטה". אבל הוא מעלה אפשרות שר' יונתן כתב זאת רק על מצב שכבר שילם לו (כלומר רק בהצטרף שתיים לגריעותא, שכבר יזם וגם כבר שילם, אינו יכול לטעון "משטה"). וכתב (באות ה) שמהר"ם פוטר לגבי שדכן גם אם האחר יזם את השכר הגבוה. אבל בירור הלכה, בבא קמא קטז ע"א, ציון ב, מפרש שתנאי זה הוא רק לעניין דעת ר' יונתן (להלן, הערה 122) שגם אם כבר שילם, חייב המנצל להחזיר לו את העודף מעל השכר הראוי.
ראה גם לעיל, הערה 26, שימי שלמה כותב (בתירוצו השני) שאם הנעשק יזם את ההתקשרות, הוא חייב.

[76] בפרשת איליט (לעיל, הערה 67), קבע השופט אלון ש"מצוקה" משמעותה מצב של "חומרה ושקיעה" שמסיט את שיקול הדעת סטייה של ממש מנתיבו הנכון. דבריו צוטטו גם בפרשת סאסי (לעיל, הערה 68), ובפרשת גנז (לעיל, הערה 49).

[77] שלו, דיני חוזים, עמ' 255.

למצוקה לעניין זה. מצבים אלה הם חלק מחיי המסחר הנורמליים, וביטול החוזה במקרים אלה עלול לשבש את חיי המסחר ולא לתקנם[78].

לפי המשפט העברי, זכות ביטול בגין עושק קיימת לא רק במצב קיצוני של סכנת נפשות, סכנה לשלמות הגוף או מצוקה גופנית, אלא גם בניצול מצוקה כספית, ובלבד שזו מצוקה קשה עד כדי כך שהיא פוגמת בגמירת דעתו של הנעשק[79]. ראיה לכך ניתן להביא מהדיונים בדבר עושק בשכר שדכן, מתווך ושתדלן[80], שבהם אין מצוקה גופנית משום סוג.

[78] בית המשפט העליון מצא פגם בחוזים כאלו, אלא שראה אותם כחוסים בצלה של עילת הכפייה שבסעיף 17. ראה: ע"א 8/88 רחמים בע"מ נ' אקספומדיה, פ"ד מג (4) 95; ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705. בשני פסקי הדין, קבע בית המשפט שרק אם הלחץ הכלכלי חורג מכללי המוסר העסקי, יש בכך משום כפייה. וראה שלו, דיני חוזים, עמ' 330־332.

[79] שו"ת הרדב"ז, חלק ו, סימן שני אלפים רעט. הוא כותב שזכות הביטול ניתנת לאסיר נמלט אף אם "היה חבוש על ממון ואין שם סכנת נפשות". אלא שאפשר לדחות הוכחה זו, שכן ניתן להתייחס למצוקת המאסר כמצוקה גופנית, אף אם אינה גורמת לנזק גופני בלתי הפיך.

מן הסוגיה (לעיל, ליד ציון הערה 21) המשווה מי שהדבש שלו הולך לאיבוד לאסיר נמלט, מוכיח שו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס לבוב, סימן שח, שאסיר אינו בדווקא; וכוונתו היא, שגם סיכון ממוני נחשב מצוקה לעניין זה.

רא"ש, בבא מציעא, פרק ב, סימן כח, מישרים, נתיב כ, חלק ד, וטור, חו"מ, סימן רעב, סעיף א, כותבים שמי שהבטיח שכר גבוה למי שיטען בשבילו משא על בהמה, משלם רק כפי השכר הראוי, כמו באסיר. חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה (רטו ע"ב), מסביר שזה נחשב מצוקה, מפני שאותו אדם חייב לטעון במסגרת מצוות "הָקֵם תקים עמו" (דברים כב, ד), והוא מסרב, ודומה ליבם, שחייב לחלוץ, והוא מסרב.

ראה גם שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קנז.

אך פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ח, הערה נה, כתב: "ונראה שמה שאמרו שמחמת אונס ודוחק יכול לומר משטה... אינו אלא באונס הגוף אבל באונס ממון אינו יכול".

חידושי הריטב"א (הישנים), בבא מציעא עה ע"ב (הובא אצל ר"א שפירא, שבילין, שנה כג, חוב' לג־לה, אייר תשמ"ד, עמ' ס), כותב שהאסיר פטור מלשלם את הסכום הגבוה שהבטיח מפני שהיה בסכנת נפשות, אבל מעביד שמבטיח סכום גבוה לפועל משום שהוא זקוק לו כדי להציל מהפסד ממוני, חייב לשלם מה שהבטיח; ורק פועל שחזר בו באמצע עבודתו בדבר האבד, רשאי המעביד להבטיח לו שכר גבוה ולשלם לו רק את השכר המקובל, כדין אסיר.

אשר לאפשרות (שהבאנו בהערה 78) לבטל חוזה שנכרת מתוך מצוקה כספית מטעם כפייה, אפשר לומר כך רק אם הצד השני הפעיל את הכפייה תוך דרישה מהצד שכנגדו לכרות עמו חוזה, אבל אם הצד שבמצוקה כרת את החוזה משום שהרגיש הכרח לעשות כן, בלי כפיית הצד השני, אין זה בגדר כפייה משום שזו כפייה עצמית, כפי שראינו בסעיף 17, פרק חמישי, ב. וראה על כך להלן, הערה 123.

ראה לעיל, הערה 24, דעה שאם הייתה סכנת נפשות, החוזה תקף.

[80] לעיל, ליד ציוני הערות 49־51.

דעות שפטור גם אם לא הייתה מצוקה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן טו, מעיר שבשדכן אין מצוקה, ובכל זאת פוטר מהר"ם (לעיל, הערה 49) את המתחייב מהתחייבותו המופרזת. אבל הוא כותב שאין כך הלכה, אלא אם לא הייתה מצוקה, ולא הייתה חובה לעזור, ההתחייבות חלה גם בדבר שאין רגילים לשלם עליו הרבה. אחר כך כתב, שהמבטיח שכר מופרז לשדכן נחשב אנוס (!), וחייב לשלם רק אם רגילים לשלם לו הרבה. וצריך עיון, שהרי הוא כתב שזה נחשב הבטחה שלא מתוך דוחק.

גם חכמת שלמה, חו"מ, סימן רסד, סעיף ז, מתקשה מדוע פוסקים אחדים פוטרים בשדכן אף שלא הייתה מצוקה. הוא מציין שאף הרא"ש, שפטר בתשובתו (לעיל, הערה 49), כתב בפסקיו ביבמות, פרק יב, סימן טו, שפטור רק אם הייתה מצוקה (על הסתירה בר"א"ש העיר גם אמרי הצבי, בבא קמא קטז ע"א, סימן לו, אות ו, שהוסיף שאותה סתירה יש ברמ"א, שבחו"מ, סימן רסד, סעיף ז, פסק ששדכן מקבל רק את שכרו, ואילו באהע"ז, סימן קסט, סעיף נ, כתב שיבמה יכולה לטעון "משטה" רק אם היה חייב לחלוץ). גם חידושי

ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), קידושין, סימן יח (ד"ה אמנם), התקשה מדוע בשדכן פטור, הרי אין בזה מצווה, ואינו שונה ממי שקנה קרקע ביוקר, שאינו יכול לטעון "משטה אני בך".

שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קנז, מסביר שבשדכן יש מצוקה, מפני שבלעדיו אי אפשר לקיים מצוות פרייה ורבייה, ויש חשש שהאישה תישאר עגונה (שו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן עו, אות ג, מביא כאילו שבות יעקב כתב ששדכן אינו מקבל כל מה שהובטח מפני שזה מצווה). אך הוא מעיר שבמתווך במכר אין מצוקה, ובכל זאת גם הוא מקבל רק את שכרו, לדעת פוסקים אחדים (לעיל, הערה 51).

שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן צט, שו"ת שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רכא, חוקי חיים (בורג'ל), חו"מ, סימן רסד, סעיף ז (עד ע"ב), ושו"ת מגן דוד (גיג'), אהע"ז, סימן א (כ ע"ד), נימקו שמהר"ם סבור ששדכנות היא מצווה, ולכן פטר.

אמרי הצבי, בבא קמא קטז ע"א (סימן לו, אות ד), כותב שטעם מהר"ם הוא ששדכן הוא קבלן, ובקבלן יש דין אונאה, ולכן יקבל רק שכר רגיל (כלומר, אף שמהר"ם נימק מצד "משטה", באמת כוונתו מצד אונאה). לאור זה הוא כותב (באות ה), שמהר"ם מסכים ששדכן שאינו מקצועי יכול לומר שלולא הציע לו שכר גבוה, לא היה עוסק בזה, כמו שהקונה מבעל הבית בסכום גבוה אין בו אונאה (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף כג), מפני שאילו לא הוצע לו מחיר גבוה, לא היה מוכר. והוסיף (באות ו), שאם השדכן אמר בלשון תנאי, "אם תתן לי כך וכך אעשה את השידוך, ואם לא, לא אעשה", הלה חייב לשלם מה שהבטיח לו, גם למהר"ם. עיין שם, שהוכיח זאת מירושלמי, יבמות, פרק יב, הלכה ו.

אבל יש לציין ששו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תשך, כותב שמי שהבטיח לסופר שכר גבוה תמורת כתיבת ספר עבורו, אינו יכול לומר לו "משטה אני בך", ומן הסתם נימוקו הוא שאין כאן מצוקה, וזאת אף שיש בכך מצווה.

רבנו ירוחם, תולדות אדם וחוה, נתיב כה, חלק ב (ריז ע"ג בדפוס ונציה), כתב (אחרי שהביא את דין חליצה מוטעית): "כי כל מי שמתנה יותר מן הראוי בשכירות אינו שום דבר". מלשונו ומדבריו שם ניכר שהוא סבור ששום התחייבות מופרזת כשכר לפעולה אינה מחייבת, גם אם לא הייתה מצוקה. ראה דעה דומה לעיל, הערה 40.

נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ח, כותב שבשדכן וכדומה יכול לטעון "משטה אני בך" אף שאין מצווה ואין מצוקה, ובלבד שלא עשה קניין (ראה בשמו לעיל, הערה 65), מפני שדיבור בעלמא אינו מחייב. צריך להוסיף, שחייב לשלם שכר ראוי בגלל עצם הפעולה, גם בלי דיבורו (כדברי חקרי לב שבסמוך).

חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה (ריד ע"א), כותב שמהר"ם, הפוטר בשדכן אף שאין שם מצוקה ולא מצווה, הוא יחיד בדעתו, ואי אפשר לטעון "קים לי" כמותו. הוא מסביר, שמה שר' שמחה (לעיל, הערה 49) מחייב בשדכן בנימוק שרגילים לשלם לו הרבה, ולא נימק מצד שאין שם מצוקה ולא מצווה, אינו משום שהוא אינו מצריך מצוקה או מצווה, אלא שנקט טעם אחד מתוך כמה טעמים. הוא דוחה (בדף ריד ע"ב) את ההסבר דלעיל, שמהר"ם פטר בשדכן מפני שזו מצווה (ולכן כתב שבמתווך חייב, מכיוון שאין בו מצווה), שהרי הפרשנים שהזכירו מצווה דיברו על חובה של "לא תעמוד על דם רעך" (באסיר), של חיוב חליצה, או של מצוות השבת אבדה, ואילו בשדכן אין חובה; ועוד, שאין מצווה לשדך דווקא אישה זו עם איש זה, אלא אפשר לשדך עם אחרים, ואילו השכר מתקבל על השידוך עם אדם זה דווקא. הוא מסביר (בדף רטו ע"ד) שמהר"ם סובר שחיוב שכר פעולה חל בלי קניין רק בכדי שכרו, שכן גם בלי הבטחה היה חייב, מפני שההנה אותו, ואילו מה שיותר מכדי שכרו הוא מתָּנָה, וחייב רק אם עשה קניין. הוא דוחה (בדף רטו ע"ב) את מה שכתב מחנה אפרים, הלכות שכירות שם, שהרא"ש (לעיל, הערה 52) בעניין ערבות סובר כמהר"ם, שפטור גם אם אין מצוקה ולא מצווה, שהרי הרא"ש ביבמות כתב שפטור רק בגלל המצוקה. לכן הוא מסביר שהרא"ש סבור שאמנם המבטיח שכר עבודה חייב גם בלי עשיית קניין, אבל זאת רק בדבר שרגילים לשלם עליו שכר, ועל ערבות אין נהוג לשלם שכר, כיוון שאין בכך שום טרחה, ולכן פטור אם לא עשה קניין (לפי דבריו, יש שני היבטים בהוראת הסעיף: היבט אחד הוא, שאם רגילים לשלם, והבטיח הרבה בגלל מצוקה, משלם רק מה שרגילים לשלם; והיבט שני, שאם אין רגילים לשלם, והבטיח לשלם, פטור לגמרי, גם אם אין מצוקה — וזה סוג אחר של "תנאים גרועים"). אבל לגבי דין זה הוא כותב, שתשובות מיימוניות, ספר נזיקין, סימן כב, בעניין "המבשרני", חולק עליו, שהרי אין רגילים לשלם על מסירת בשורה; ושגם שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן כג, חולק, שהרי הוא מסביר שב"המבשרני" חייב

ב. מצוקה ארעית

שופטי בית המשפט העליון חלוקים בדעותיהם בשאלה, האם מצוקה ארעית וחולפת מוגדרת אף היא כמצוקה לעניין זכות הביטול בגין עושק? או שמא רק "חומרה ושקיעה" מתמשכת נחשבת כמצוקה לעניין זה[81]? שלו[82] נוטה לדעה שגם מצוקה ארעית דינה כמצוקה.

בלי עשיית קניין מדין שליחות (ואכן שו"ת מהרא"ל צינץ, חו"מ, סימן לח, אות ז, דף סו ע"ב-ע"ג, מקשה על מהרי"ט, הרי יכול לומר "משטה" כיוון שזה סכום גבוה); ושגם שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן נו, כנראה חולק על הרא"ש, שהרי הוא עוסק במי שהבטיח עשרים פרחים לראובן, שיש לו שטר חוב על מאה פרחים, שיכתוב שטר אחד, חציו על שמו וחציו על שם ראובן (הבקשה הייתה מוצדקת, שכן השטר היה על חוב לשותפות שבין ראובן לבין אותו אדם), ופסק שחייב לשלם גם אם לא עשה קניין, וזאת אף שאין רגילים לשלם שכר על חלוקת שטר לשניים. אבל הוא מסיים (בדף רטו ע"ג) שאף שאי אפשר לטעון "קים לי" כמהר"ם, טוב לעשות פשרה, כיוון ששו"ת ר"א אבן טוואה, סימן כ, פסק שאם ההפרש גדול מאוד, פטור גם בלי מצוקה או מצווה, ועוד שהרמ"א (לעיל, הערה 49) פסק כמהר"ם בעניין שדכן.

שו"ת הרא"ש, כלל קד, סימן ב (הובא בטור, חו"מ, סימן שלג, סעיף ד), כתב שבקבלן, גם אם אינו דבר האבד, אם המעביד אינו מוצא פועל אחר, רשאי להטעותו בכך שיבטיח לו שכר גבוה יותר, ופטור מלשלם את ההפרש. אפשר להסביר, שאף שאין שם מצוקה, הקבלן זכאי רק לסכום שהסכימו עליו מראש, כיוון שקבלן אינו רשאי לחזור בו, אלא הוא חייב להשלים את המלאכה, ולכן דינו שונה ממי שמתחייב כלפי מי שלא היה לו עמו חוזה מקודם. מכל מקום, חקרי לב, חו"מ, חלק ג, סימן עח, מוכיח שרוב הפוסקים חולקים על הרא"ש, וסוברים שאין למעביד זכות להטעותו אם אינו דבר האבד. אבל חקרי לב, מהדורא בתרא, חו"מ, סימן לט (רמו ע"א), כתב שגם לדעה שאינו רשאי להטעותו, הדבר אמור רק בקבלן שאין עליו שעבוד הגוף, אבל משכיר בית שסירב למסור אותו לשוכר, והוצרך השוכר להבטיח יותר ממה שקצבו ביניהם, זכות השכירות קנויה לשוכר מראש, ולכן הוא רשאי להטעות את המשכיר.

קצות החושן, סימן קכט, ס"ק ח, כותב שהמבטיח שכר גבוה לפועל חייב לשלם לו, מפני ששכר פועל אינו קצוב, אלא הוא לפי טיב העבודה. דרכי חושן, סימן רסד, סעיף ח, ביאורי חושן (עמ' עו), מדייק מדבריו שיש טענת "משטה" גם במצב שאין מצוקה, כמו בפועל. אבל דרכי חושן עצמו אומר שיש טענת "משטה" רק אם הוא דחוק.

שו"ת מי השליח (רבינוביץ), סימן טו, מביא את דברי סמ"ע, סימן רסה, ס"ק ז, שאם פסקו לו יותר מדמי מלאכתו, יכול לטעון טענת "משטה" גם לדבר הרשות. ונראה מדבריו שהוא רוצה להוכיח שגם במצב שאין מצוקה, יכול לטעון "משטה". אבל אפשר לפרש שהסמ"ע מדבר במצב שיש מצוקה.

חוקי חיים (בורג'ל), חו"מ, סימן רסד, סעיף ז (עד ע"ג-ע"ד), מונה רשימה של פוסקים הפוטרים גם במקום שאין מצווה. אבל הוא אינו מזכיר את האלמנט של מצוקה, וייתכן שהם פוטרים בגלל מצוקה.

שו"ת הליכות ישראל, סימן כט (עמ' מז), מקשה על הדין שמי שראה מציאה ואמר לחברו "זכה לי", וחברו הגביה אותה, אין המגביה יכול לומר "הגבהתי לעצמי" (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסט, סעיף ו): מדוע אינו יכול לטעון, "משטה הייתי בך כשהסכמתי להגביה בשבילך"? יש להעיר שקושיה זו קשה רק לשיטה שגם במצב שאין מצוקה, כמו כאן, יכול לטעון טענת "משטה". הוא מתרץ, ששם, אילו באמת לא רצה להגביה עבור חברו, היה צריך לומר מראש "אני מגביה לעצמי", ומשתיקתו מוכח שהגביה עבור חברו; וטענת "משטה" מתקבלת דווקא במי שלא רצה לומר את האמת, והבטיח תשלום רק מפני שרצה שחברו יעזור לו.

תורת נזיקין (סיטרוק), פרק ג, ביאורים וחידושים אות פד, מדייק מרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ו, שטענת "משטה" אינה תלויה במצווה או באונס, שהרי נימק לגבי יין ודבש (המקרה דלעיל, ליד ציון הערה 19) "שהרי לא הפסידו כלום". הוא מתקשה להבין מדוע הוא פטור, הרי אסור לשקר בלי סיבה מוצדקת, ושיטוי הוא שקר.

[81] ראה בפרשת איליט (לעיל, הערה 67), דברי השופט אלון, בעמ' 685, ולאידך גיסא בפרשת סאסי (לעיל, הערה 68), דברי השופט טירקל, בעמ' 768, ודברי הנשיא לנדוי, בעמ' 770. כמו כן, ראה בפרשת שלום (לעיל, הערה 8), דברי הנשיא שמגר, בעמ' 741, שצוינו אצל שלו, דיני חוזים, עמ' 256, הערה 24.

[82] שלו, דיני חוזים, עמ' 256.

נראה שלפי המשפט העברי, זכות הביטול קיימת גם במצוקה ארעית. הרי מצוקתו של האסיר הבורח, שבו דננו לעיל[83], היא מצוקה ארעית וחולפת, ובכל זאת האסיר זכאי לבטל את החוזה בגינה.

ג. אם הייתה דרך אחרת

אחד המבחנים לקיומה של מצוקה, לפי החוק, הוא היעדר אלטרנטיבה ממשית סבירה להתקשרות בחוזה הנידון[84]. מי שיכול היה לוותר על החוזה או להשיג תנאים סבירים עם אדם אחר, לא יוכל לטעון שהתקשרותו בתנאים גרועים נבעה ממצוקה.

גם לפי המשפט העברי, מי שיכול היה לוותר על החוזה או להתקשר בחוזה דומה עם אדם אחר בתנאים סבירים, ובכל זאת התקשר בתנאים שאינם סבירים, אינו זכאי לבטל את החוזה, שהרי התקשרותו בתנאים גרועים לא נבעה ממצוקה. זאת, בתנאי שאפשר להניח שעל אף מצוקתו יכול היה עדיין להפעיל את שיקול דעתו לבחור בין שתי האפשרויות. אם עקב המצוקה הוא היה כל כך בהול ולחוץ לצאת ממצוקתו, עד שלא הייתה שהות בידו לבחור בין שתי האפשרויות, נוכל לומר שזו הייתה הברֵרה היחידה שעמדה בפניו[85]. לפיכך, בדוגמה של האסיר הנמלט[86], אם היו שם כמה מעבורות, והוא בחר בראשונה שנתקל בה, והתחייב לשלם מחיר גבוה, הוא נחשב כמי שלא הייתה לו ברֵרה אחרת, שכן זו התנהגות טבעית של אדם המצוי במצוקה[87]. לעומת זאת, מי שרכש תרופות והתחייב לשלם מחיר גבוה, ולא היה בהול, ויכול היה לרכוש אותן תרופות במקום אחר במחיר סביר, חייב לעמוד בהתחייבותו, ולא יוכל לטעון שפעל מתוך מצוקה (אף שבאמת היה זקוק לאותן תרופות), שהרי יכול היה לרכוש אותן במקום אחר[88].

[83] לעיל, ליד ציון הערה 15.

[84] ראה שלו, דיני חוזים, עמ' 256 ובהערה 25. ראה גם ע"א 11/84 רבינוביץ' נ' שלב — הקואופרטיב המשולב להובלה בע"מ, פ"ד מ(4) 533.

[85] כך כותב הרדב"ז (לעיל, הערה 79), לעניין ניצול במחירי תרופות, שגם אם יש תרופות דומות בידי אחרים, אלא שהקונה בהול לרכוש את תרופותיו במהירות, ואין לו שהות לפנות למוכרים אחרים, והתחייב לשלם מחיר מופרז, הוא פטור מהתחייבותו.

[86] ראה לעיל, ליד ציון הערה 15.

[87] רדב"ז שם.

גם שו"ת מגן דוד (גיג'), אהע"ז, סימן א (כב ע"א), כותב שמדובר שיש כמה מעבורות, ואף שאין מוטל על בעל המעבורת הזאת במיוחד להציל אותו, יכול לטעון "משטה אני בך", אבל אם רגילים לשלם הרבה על כך, הוא חייב לשלם כפי שהבטיח.

אבל דברי חפץ (טולידו), דרוש כו (פד ע"א), כותב שאם היו שם כמה בעלי מעבורות, והאסיר התנה עם אחד מהם, הוא חייב לשלם מה שהתנה עמו, מפני שהמצווה להצילו לא הייתה מוטלת דווקא על בעל מעבורת זו, כמו שכתב רמ"א, יו"ד, סימן שלו, סעיף ג, שרופא מקבל שכר מלא מפני שהמצווה לרפא מוטלת על כל אדם. נראה שדבריו מתאימים לשיטה (לעיל, ליד ציון הערה 30) שהפטוֹר הוא משום המצווה להציל; ואילו דברי הרדב"ז מתאימים לשיטה (לעיל, ליד ציון הערה 27) שפטור גם בלי המצווה, בגלל המצוקה.

חוות בנימין, סימן קי, כותב שאם היו כמה מעבורות, וחלק מבעלי המעבורות לא דרשו מחיר מופרז, ובכל זאת הבטיח האסיר לבעל מעבורת אחת מחיר מופרז עקב דרישתו — הוא חייב לשלם; אבל אם כולם דרשו מחיר מופרז, הוא פטור.

[88] רדב"ז שם. אבל הוא כותב שאם התרופות הן לצורך חולה שיש בו סכנה, בכל מקרה משלם רק את שוויין.

פרק שישי

"ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל"

א. כללי

המרכיב השלישי והאחרון בעילת העושק הוא, שהתנאים שנקבעו בחוזה "גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל".

מלשון החוק, "במידה בלתי סבירה מן המקובל", עולה שלא די בסטייה קלה מן המקובל, אלא יש צורך בסטייה משמעותית[89]. עם זאת, אין כאן הגדרה מדויקת, ובית המשפט הוא שאמור לקבוע בכל מקרה לגופו, "על פי נסיבות העניין, תנאי השוק, הוראות החוזה ועמדות המיקוח היחסיות של הצדדים לעסקה"[90], אם הסטייה מן המקובל היא סבירה או בלתי סבירה.

הקביעה שתנאי החוזה גרועים "מן המקובל" נתקלת בקושי מסוים אם מדובר בחוזה שאין לגביו תנאים מקובלים, כגון מוצר או שירות חדשים, או חוזה בלתי שגרתי. בפסיקה הובעה דעה שבמקרה זה, השופט הוא שיקבע, בהתחשב בכל פרטי החוזה, את מידת סבירותם של התנאים שסוכם עליהם בחוזה[91].

מלשון הסעיף, "תנאי חוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל", עולה שתנאים מקובלים לעולם אינם נחשבים תנאים גרועים. מכאן, שגם אם מבחן אובייקטיבי של תנאי החוזה מוביל למסקנה שהתנאים אינם הוגנים ואינם צודקים (ואף שאר מרכיבי העושק מתקיימים), אין לנעשק זכות ביטול אם אלו התנאים המקובלים[92].

ב. היקף הסטייה "מן המקובל"

לא מצאנו בפוסקים הגדרה מדויקת לסטייה מן המקובל כמרכיב בהחלת זכות הביטול בגין עושק. עם זאת, ייתכן שאפשר ללמוד זאת מדיני אונאה, כפי שנראה להלן.

חוזה שתנאיו גרועים עלול להיות מותקף בבית הדין מכוח שתי עילות שונות: עילת

[89] ראה שלו, דיני חוזים, עמ' 259-260. והשווה דבריו של השופט טירקל בע"א 403/80 סאסי נ' קיקאון, פ"ד לו(1) 762: "ככל שהיחס בין הערכים נוטה יותר לרעתו של הנעשק, יטה בית המשפט לשעות יותר לשוועתו גם לגבי יסודותיה האחרים של עילת עושק". זוהי גם עמדתם של פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 976.

[90] שלו, דיני חוזים, עמ' 252.

[91] ראה ע"א 719/78 איליט נ' אלקו, פ"ד לד(4) 673, 680. גישה זו אומצה על ידי שופטים נוספים הלכה למעשה. ראה דבריו של השופט טירקל בפרשת סאסי, שם, עמ' 769; ע"א 4839/92 גנז נ' כץ, פ"ד מח(4) 749. לעומת זאת, בע"א 236/84 עזבון המנוחה הלה יפה ז"ל נ' שוורץ ואח', פ"ד מה(5) 13, כתב השופט בן יאיר בדעת מיעוט שאם אין אפשרות לקבוע תנאים סבירים, לא חלה עילת העושק כלל. ראוי לציין שבחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, סעיף 3, מופיע ניסוח חלופי שיכול לפתור קושי זה: "תנאים בלתי מקובלים או בלתי סבירים". לפי נוסח זה, במקום שאין תנאים מקובלים, המבחן הוא האם התנאים הנוכחיים הם סבירים.

[92] זוהי עמדתו של הנשיא שמגר, בפרשת איליט שם, עמ' 681. אולם השופט ברק, שם, עמ' 687, העדיף להשאיר את הנושא ב"צריך עיון".

השווה עם לשון חוק הגנת הצרכן, שם: "תנאים בלתי מקובלים או בלתי סבירים". לפי נוסח זה, יש זכות ביטול אם התנאים אינם סבירים, גם אם הם מקובלים.

האונאה, מחד גיסא[93], ועילת העושק, מאידך גיסא. אף שקיים דמיון רב בין העקרונות העומדים ביסודן של שתי העילות הללו, אין תלות ביניהן. עילת האונאה קיימת במצב שיש פער בין מחיר השוק לבין התמורה שמשלם הקונה, ואילו עילת העושק קיימת במצב שלפער זה מצטרף ניצול מצוקה.

מתעוררת השאלה, מדוע ראו חכמי התלמוד צורך לבסס את הגנתו של מי שהתקשר בחוזה בתנאים גרועים מתוך מצוקה, על "משטה אני בך", כעילה חדשה? הלוא הוא יכול לבטל את החוזה מכוח עילת האונאה[94]?

[93] ראה על כך בסעיף 14, פרק שמיני, ד.

[94] מלבד התשובה שבטקסט, מצאנו עוד תשובות לקושי זה (שאין להן השלכה להיקף הסטייה):

(א) חידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא נו ע"ב, מסביר שהתלמוד לא היה יכול לומר שהאסיר הנמלט פטור מטעם אונאה, מפני שאין דין אונאה בפועֵל (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף לג) או בקבלן (אבל בכך אין הלכה כמותו, כפי שנראה להלן בסמוך).

גם חכמת שלמה, חו"מ, סימן רסד, סעיף ז, משיב על קושי זה (אף שאינו מנסח את הקושי כך) על פי הדין שאין אונאה בפועֵל, וההתחייבות לבעל המעבורת (ויש להוסיף: או ליבם החולץ) היא התחייבות לשלם שכר פעולה, ולכן רק בגלל המצוקה הוא פטור, מטעם "משטה אני בך"; ואף שבעל המעבורת הוא קבלן, שיש בו אונאה (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף לו), הדין הוא כך רק בקבלן שיכול לעשות את המלאכה בכל זמן שהוא רוצה, ולכן אינו דומה לעבד (כפי שהסביר סמ"ע, סימן רכז, ס"ק נט), ואילו כאן הוא מוכרח לעשות את הדבר מיד, ולכן הוא כפועֵל, שאין בו אונאה (אבל ר' שלמה איגר, ספר העיקרים, ערך אונאה, אשכול ד, עמ' פח, דוחה הסבר זה, שהרי בחליצה מוטעית, החולץ אינו מוכרח לחלוץ מיד, ובכל זאת לא נימקו מטעם אונאה אלא מצד "משטה אני בך"). מתוך כך הוא מקשה על הדעה (לעיל, הערה 80), שגם אם אין מצוקה, המתחייב לשלם שכר מופרז פטור — אם כן, מדוע אין דין אונאה בפועל, הרי די שהמעביד ישלם שכר ראוי אף שלא היה במצוקה? מעין זה מסביר משפטי הממון (לייפר), סימן רכז, הערה 35, שאף שיש בקבלן אונאה, הרי שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן יט, כותב שרק בקבלן להשביח כלי יש אונאה, ולא בקבלן למלאכה, שאין בו מכר, ובעל המעבורת הוא קבלן למלאכה.

(ב) יד המלך, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ז, מסביר שאף שיש דין אונאה בקבלן, האסיר הנמלט (לדוגמה) אינו יכול להתגונן בטענת אונאה, מפני שאין דין אונאה אחרי ביצוע השירות, ולכן צריך את טענת "משטה אני בך" (אבל לא ברור מניין לו שאין דין אונאה לאחר ביצוע השירות). מצד שני, הוא כותב שבכל המצבים שאין בהם דין אונאה, כגון במכירת קרקע, עבדים ושטרות (בבא מציעא נו ע"א), ובשכירות פועל, מי שהתאנה אינו יכול להיפטר בטענת "משטה אני בך", אף שטענה זו מתקבלת בכל מי שעשה מצווה (כשיטה שהבאנו לעיל, הערה 30), וכאן הרי המאנה עבר בלאו של "לא תונו"; וזאת משום שהדרשה המלמדת שאין אונאה במצבים אלו, מלמדת גם שאינו יכול לטעון "משטה אני בך".

(ג) ר' שלמה איגר, ספר העיקרים, ערך אונאה, אשכול ג, עמ' פג־פה, מסביר, שמדובר בהפרש יותר מכדי שהדעת טועה, שאז אין דין אונאה, אלא מניחים שהתכוון לתת את ההפרש במתנה (בבא בתרא עח ע"א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכ, סעיף ח), ובכל זאת אם הוא טוען "משטה אני בך", פטור, בגלל המצוקה. ובאשכול ד (עמ' פח), כותב שבכדי שהדעת טועה אינו יכול לטעון "משטה אני בך" (אלא שפטור מטעם אונאה, בכפוף לדיני אונאה). הוא מביא לכך ראיה מהפוסקים שכתבו שיש אונאה בשכירות בהמה וכלים (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף לה), אף ששכירות משתלמת רק בסוף, ולכאורה בלאו הכי, הרי כל זמן שלא שילם יכול לטעון "משטה אני בך" (ראה להלן, ליד ציון 121, שאחרי ששילם אינו יכול לטעון כך, ולכן אין ראיה מהפוסקים שדיברו על אונאה במכר, שכן שם הקונה משלם מיד, בדרך כלל)? אלא, אינו יכול לטעון "משטה אני בך" מפני שבכדי שהדעת טועה אין מקבלים טענה זו (אפשר לדחות הוכחה זו בכך ששם אין מקום לטענה זו, מפני שלא הייתה מצוקה). אבל הריטב"א שם דוחה אפשרות להסביר כך, שהרי דברי התלמוד נאמרו בסתם, משמע גם בהפרש בכדי שהדעת טועה.

(ד) לכאורה, ניתן להשיב על קושי זה, שאם הפער בין הסכום הראוי לסכום שהובטח הוא פחות משישית (שישית "מלבר", כלומר 20%), אין טענת אונאה, והעסקה נשארת בתוקפה, מפני שהצד המפסיד מוחל מן

לדעת נתיבות המשפט[95], במצבים שהוחלה בהם עילת העושק, הנעשק היה מודע לכך שהמחיר שהוא מתחייב לשלם הוא מופרז, ועל כן הוא נחשב שמחל על זכות הביטול מכוח אונאה[96]. לפיכך, כדי לפטור את הנעשק בכל זאת בגלל מצוקתו, הוצרך התלמוד לחדש את עילת העושק, מטעם "משטה אני בך".

עם זאת, אומר נתיבות המשפט שנודעת השפעה לאונאה גם בענייננו, כדי להתיר לנעשק

הסתם, בעוד שהוראת "העושק" חלה גם כשהפרש הערך פחות משישית. אך נראה שתשובה זו אינה נכונה, שכן מן התלמוד משמע שניצול מצוקה הוא בפער גדול הרבה יותר משישית. לדוגמה, בעניין האסיר הנמלט שהתחייב דינר בתמורה להעברת הנהר, משמע שהפער בין דינר לבין השכר הראוי הוא גדול (ראה על כך לעיל, הערה 16), ולא פחות משישית. הרי הברייתא (לעיל, ליד ציון הערה 15) המתארת את האסיר המבטיח דינר, ופוסקת "אין לו אלא שכרו", בוודאי יוצאת מתוך הנחה שהקורא יודע שדינר עולה בהרבה על השכר הרגיל; אילו הכוונה הייתה להבטחת שכר הגבוה אך במעט מהשכר הרגיל, לא הייתה הברייתא נוקטת סכום אלא הייתה אומרת "יותר משכרו". גם מדוגמאות רבות אחרות המופיעות בספריהם של ראשונים ואחרונים (ראה לעיל, הערות 47־54), נראה שמדובר בפער הגדול משישית.

על הקושי מצד אונאה, ראה: משפט הפועלים, עמ' תצב; משפטי חיים, סימן טו (עמ' שסג).

[95] נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ח. הוא דוחה אפשרות לומר שאכן טעם זכות הביטול במעבורת הוא מטעם אונאה, שהרי אם כן לא מובן הדין (להלן, ליד ציון הערה 121) שאם כבר שילם, אין לו זכות ביטול, דין שאינו קיים באונאה.

[96] הוא מסתמך על האמור בבבא בתרא עח ע"א (וכך פסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכ, סעיף ח), שאם ההפרש היה כל כך גדול, עד שברור שידע הצד המפסיד שהמחיר מופקע, מניחים שמחל והתכוון לתת מתנה לצד השני. עוד הוא מסתמך על שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף ט (שמקורו בשו"ת הרא"ש, כלל קב, סימן ד, והובא באמרי הצבי, בבא קמא קטז ע"א, סימן לו, אות א; וראה על כך בפסקי דין ירושלים, כרך ז, עמ' שסו ועמ' שע־שעא), האומר שהמוכר בזול מאוד מחמת דוחקו אינו יכול לחזור בו. הוא מסביר ששם, שמדובר במכר, אינו יכול לטעון "משטה אני בך" (אף שלכאורה הוא דומה לאסיר נמלט), מפני שאין זה הגיוני שיקנה במחיר מופקע כהשטאה, ואחר כך יבטל את המקח, שכן מה הרוויח מכך? דווקא באסיר נמלט וכדומה, שמדובר במתן שירות, ייתכן שהתכוון לשַטות, שהרי בסופו של דבר כשיגלה שהתכוון לשַטות, לא יתבטל הכול, שהרי כבר השיג את ההסעה שרצה; וגם במכר, במצב שאי אפשר להחזיר את החפץ (כגון בדבר מאכל שנאכל), יכול לטעון שהתכוון לשַטות כדי להשיג את התוצאה של מכירת החפץ (או קנייתו), על דעת לתקן את האונאה אחר כך על ידי החזרת ההפרש במחיר (וכך הוא מיישב את חידושי הריטב"א, קידושין ח ע"א, הכותב שהקונה ביוקר מתוך דוחק יכול לטעון "משטה אני בך"). הוא משווה זאת לדינו של רמ"א, חו"מ, סימן רכז, סעיף ז, שאם האונאה הייתה שישית בדיוק, גם אם המתאנה ידע על כך, אין זה אומר שמחל, מפני שייתכן שהתכוון לתבוע את ההפרש אחר כך; גם שם טענה זו מתקבלת, מפני שייתכן שרצה להשיג את התוצאה של המכר על דעת לתבוע את ההפרש אחר כך, שהרי אם האונאה היא שישית בדיוק, המכר נשאר בתוקפו, ורק ההפרש חוזר.

דרכי חושן, סימן רסד, סעיף ח, ביאורי חושן (עמ' עה), מיישב בדרך אחרת את הריטב"א (שם), האומר שהקונה ביוקר יכול לטעון "משטה אני בך", עם השולחן ערוך, האומר שהמוכר בזול אינו יכול לטעון כך: מוכר מוכן למכור בזול, ואילו קונה אינו מוכן לקנות ביוקר, כמו שמי שכפו עליו למכור, המכר תקף, מפני שהוא מסכים בדיעבד, אבל מי שכפו עליו לקנות, המכר אינו תקף (כפי שראינו בסעיף 17, ליד ציון הערה 50), מפני שאינו מסכים אף בדיעבד; וכן כאן, מי שלחוץ למכור בזול, מסכים לזה, מה שאין כן בקונה שלחוץ לקנות ביוקר. עוד העלה אפשרות, שהריטב"א חולק על השולחן ערוך, והשולחן ערוך סובר שבמכר אין מתקבלת טענת "משטה אני בך", לא מצד הקונה ולא מצד המוכר.

ר' יוסף רוטשטיין, "הערות בענייני העוסק במצוה והמסתעף", אוהל שרה לאה, עמ' תשצא, מסביר בדרך אחרת מדוע המוכר בזול מאוד מתוך דוחקו אינו יכול לבטל: מפני שמניחים שהוא מחל על שאר התמורה, ומוחל אינו יכול לטעון "משטה אני בך" (ראה על כך חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילה שאינה בלב שלם). אפשר להסביר בדרך אחרת, על פי הדין שמי שנעשק אינו יכול לטעון "משטה אני בך"

להבטיח הבטחה שאין בדעתו לקיימה. לכאורה, אסור לנעשק להבטיח לצד השני תשלום גבוה על דעת שלא לשלם, מפני שזו גנֵבת דעת, שכרוך בה אף אינטרס ממוני, וגנֵבת דעת אסורה. אף על פי כן, מותר לנעשק להבטיח זאת, מפני שהצד העושק עבר על האיסור להונות כשדרש מחיר גבוה מהראוי, ודבר זה מתיר לצד הנעשק להתגונן על ידי הטעייתו[97].

מכאן עולה, שהגדרת תנאים גרועים לעניין "עושק" היא כהגדרתם לעניין אונאה, דהיינו הפרש של עשרים אחוזים[98].

אחרי ששילם (להלן, ליד ציון הערה 121); וכך גם מי שמכר בזול מאוד אינו יכול לטעון כך אם כבר מסר את החפץ לקונה.

קצות החושן, סימן רכז, ס"ק א, מסביר, שבמכר נעשה קניין, וקניין מונע טענת "משטה אני בך", כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 56. וראה לעיל, הערה 56, דחיית דרכי חושן להסברו.

גם שו"ת נצח ישראל (גרוסמן), סימן יז, אות יא, ובספרו שו"ת הליכות ישראל, סימן יד (עמ' כ), מסביר כמו נתיבות המשפט, שהיות שבמעבורת יודעים שהמחיר מופרז, אין לפטור מטעם אונאה.

97 נראה שהוא כותב כך כדי ליישב מדוע יש פרשנים (שאת חלקם הוא מציין שם) שמבססים את זכות הביטול בעושק על סמך דין אונאה: ר' יונתן, בשיטה מקובצת, בבא קמא קטז ע"א (ד"ה מי), כותב שזכות הביטול במעבורת היא אכן מטעם אונאה (אבל אמרי הצבי, בבא קמא קטז ע"א [סימן לו, אות א], מסביר שר' יונתן נקט לשון "אונאה" בהשאלה, כלומר שיכול לטעון "משטה" כיוון שזה מחיר גבוה מהרגיל). רמ"ך, בשיטה מקובצת, בבא מציעא נח ע"ב, מוכיח מדין המעבורת שגם במוכר נשק בשעת מלחמה יש דין אונאה. שו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, שערי תשובות, שער ג, סימן שעב (עמ' 294), כותב שהמבטיח לחברו שכר הגבוה בשישית מהשכר המקובל אם ירכב עמו, אין לו אלא שכר טרחתו, מפני שיש אונאה בשכירות, וזה כמו במעבורת — משמע שהפטור במעבורת הוא מטעם אונאה. גם שו"ת פנים מאירות, חלק א, סימן צז, הזכיר אונאה בהקשר זה, כדי להסביר מדוע נאמר בבבא מציעא עו ע"א, שהמבטיח לפועל לשלם לו יותר מהמקובל חייב בכך; הטעם הוא, שאין אונאה בשכר פועל (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף לג). גם שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קנז, כותב לעניין שדכן שהובטח לו שכר מופרז, שאין לו אלא שכרו מטעם אונאה. כמו כן, ים של שלמה, בבא קמא, פרק י, סימן לח, נוקט שפטור מלשלם יותר מהמחיר הקצוב, מטעם אונאה. אבל חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה (רטו ע"ד), טיב חליצה (לעיל, הערה 29), ודברי חפץ (טולידו), דרוש כו (פג ע"ד), דוחים את דבריו, שהרי אין אונאה בפועֵל.

דרכי חושן, סימן רסד, סעיף ח, ביאורי חושן (עמ' עד), מקשה על נתיבות המשפט, הרי הדעת נותנת שבכל התחייבות מתוך דוחק אין איסור אונאה, שהרי מדובר בשיודעים שני הצדדים שהסכום המובטח גבוה מהראוי, ואם הם יודעים זאת, אין איסור אונאה? יפלס נתיב, על נתיבות המשפט שם (במהד' אשדוד תשס"ו), אות יד, כותב שאכן נתיבות המשפט סבור שגם אם שני הצדדים יודעים שהמחיר המוסכם לגבוה מהראוי, יש איסור אונאה, מפני שיסוד דין אונאה אינו מטעם רמאות אלא מטעם גרימת צער לחברו (אלא שאפשר למחול על זה). על הבנה כזאת, ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 357.

יפלס נתיב, שם, אות יב, מסביר בדעת נתיבות המשפט, שאף שבעל המעבורת נחשב פועל, כיוון שהוא מחויב לעשות מיד, ולכן אין בו אונאה, בכל זאת יכול האסיר לטעון "משטה", כיוון שבעל המעבורת היה מוכרח לעשות, וזו מצווה, גם אם אין אונאה.

ר"א אוסטרן, הערות וציונים, בבא קמא קטז ע"א, כותב כאילו כוונת נתיבות המשפט היא, שבעצם פעולת פועל מחייבת תשלום, ואין מקום לטענת "משטה", שהרי חיוב המעביד אינו בגלל התחייבותו אלא בגלל הפעולה; אבל הפעולה יכולה לחייב רק כדי שווייה ולא יותר; ואמנם אין לפטור מטעם אונאה, כיוון שידע, אבל התוספת אינה חיוב בגלל הפעולה אלא התחייבות, ועל התחייבות שייכת טענת "משטה". אבל לפי הסברו לא מובן מדוע הראשונים הזכירו אונאה, שהרי העניין הוא רק שהתשלום שווה יותר מהפעולה, ואין זה תלוי באונאה; וכן לא מובן מדוע הזכיר נתיבות המשפט את האיסור להונות.

98 כך כותב נתיבות המשפט בסוף דבריו (והובא בשו"ת אמרי יושר, חלק א, סימן צא, בשו"ת הליכות ישראל, סימן יד, עמ' יט, בשו"ת ישיב יצחק, חלק ט, סימן סג, עמ' שז, ובפתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ח,

ג. תנאים שאינם סבירים אבל הם מקובלים

אשר לחוזה שנכרת מתוך מצוקה, ותנאיו גרועים מן הסביר אלא שאינם גרועים מן המקובל, החוזה מחייב, לפי המשפט העברי.

נכון הוא שמהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג[99] סבור שאם קבעו הצדדים תנאים מופרזים ובלתי

הערה נו), וטעם הדבר מובן לאור מה שהסביר שהאונאה מצדיקה את טענת "משטה אני בך" (אלא שהוא לא הזכיר את הקשר במפורש).

הוא מפרש שזאת כוונת שו"ת ר"א אבן טוואה (תשב"ץ, חוט המשולש, טור ג), סימן כ, בסופו, הכותב שרק "בתוספת הרבה יותר מדאי", יש זכות ביטול החוזה בגין עושק.

שו"ת אמרי יושר, חלק א, סימן צא, מדגיש שלא רק שאין חיוב ממוני של אונאה בפחות משתות, אלא אף אין איסור אונאה בפחות משישית (ספר החינוך, מצווה שלז; ספר חסידים, סימן תקלב), ולכן אין בו דין עושק, שהוא מבוסס על האיסור להונות, כמו שהסביר נתיבות המשפט. אך הוא מעיר שהרא"ש, בבא מציעא, פרק ד, סימן כ (הובא בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף ו), מסופק בזה.

אמרי יושר שם כותב שגם בעסקת מקרקעין, ששיעור האונאה בהם הוא כשהפרש הערך בינן לבין המקובל הוא מחצית ויותר, לפי רמ"א, חו"מ, סימן רכז, סעיף כט, ולדעת שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף כט, אין אונאה בקרקעות כלל, דינם כדין עסקת מיטלטלין לעניין עושק, כיוון שדין עושק מבוסס על איסור אונאה (כפי שהסביר נתיבות המשפט), ויש איסור אונאה בקרקעות וכדומה גם בפחות מחצי ההפרש (על שאלת האיסור, ראה בירור הלכה, בבא מציעא נו ע"א, ציון ו). גם חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא קמא, סימן יט, אות ו, כותב שהמתחייב לשלם בעד קרקע יותר משוויה יכול לטעון "משטה הייתי", כיוון שבקרקע אמדה התורה שאין אונאה (כלומר, שאדם מוכן לשלם עליה מחיר גבוה), ולכן הקונה רשאי להטעות את המוכר ולהבטיח מחיר גבוה, מפני שהתורה אמדה שהמוכר היה מסכים גם בפחות, נמצא שהיה משטה כשהבטיח לחברו סכום גבוה; ורק אם שילם את המחיר הגבוה, אין דין אונאה. על שיעור אונאה, ראה בסעיף 14, פרק שמיני, ג.

הגדרות אחרות לשיעור הסטייה: תוספות, יבמות קו ע"א (ד"ה אין לו), ורא"ש, יבמות, פרק יב, סימן טז, נקטו שמדובר בשהבטיח "דבר גדול" בעד דבר שרגילים לשלם בעדו "דבר מועט". שו"ת חוות יאיר, סימן קנד (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן רסד, ס"ק א וס"ק ז), נוקט שאם הבטיח "סך גדול ורב מהראוי לדבר כזה", פטור.

לעיל, הערה 94, ראינו שר"ש איגר סובר שהשיעור הוא ביותר מכדי שהדעת טועה, שהוא הרבה יותר משישית; וכנגדו, שהריטב"א סובר שגם בכדי שהדעת טועה, יכול לטעון "משטה אני בך".

שאלה אחרת היא בתנאים גרועים בחוזה שאינם נוגעים לתמורה, אלא למרכיבים אחרים של החוזה, שרק את חלקם ניתן לתרגם לערכים כלכליים, כגון: דרך הביצוע, זמן הביצוע, מקום הביצוע, ותנאים מגבילים. ראה על כך ב' פורת, "דין הונאת מחיר — יסודותיו, עקרונותיו וערכיו", כתר ד (תשס"ד), עמ' 281-493.

99 שו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תצח (הובא במרדכי, בבא קמא, סימן קעב).

יש לציין שבתשובות מיימוניות, ספר נזיקין, סימן כב, בהגהות מיימוניות, דפוס קושטא, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ו, ובשו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתקנב, נאמר שמהר"ם מסופק בשאלת שדכן, האם נחשב שהפסיד כיוון שהיה יכול להשיג שכר גבוה בשידוך אחר. ואכן מסיבה זו כתב שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן ק (צט), שאי אפשר לטעון "קים לי" כמהר"ם, כיוון שהוא עצמו מסופק בזה. אבל חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה (ריד ע"ג), כותב שהספק של מהר"ם אינו בשאלה האם במקום שרגילים לשלם הרבה, חייב לתת מה שהבטיח (שזה פשוט לו שפטור), אלא בשאלה האם שדכן נחשב שמפסיד בכך שהיה יכול לעשות שידוך אחר באותו זמן, והמבטיח חייב לפצותו על הפסדו (ראה על כך להלן, הערה 104). שו"ת מהר"ם, דפוס קרימונה, סימן קכג, כותב שאין לו אלא שכרו, אלא אם כן התבטל על ידי זה משידוכים אחרים שהיו מוכנים לו. ובשו"ת מהר"ם, דפוס לבוב, סימן שח, כתב שאם קרוב לוודאי שהיה מרוויח בשידוך אחר, יקבל את כל מה שהובטח לו מטעם הפסד.

שו"ת הרמ"א, סימן פו (ד"ה ומה שטוען), כותב ששו"ת הרא"ש, כלל קה, סובר כמהר"ם. אבל חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה (ריד ע"ד), כותב שהרא"ש מזכיר את מהר"ם רק כ"סניף" לפסיקתו, ואילו סבר

סבירים, יש לנעשק זכות ביטול אף שאלה הם התנאים המקובלים בשוק, ולכן פסק שאם שדכן דרש תמורת שירותו יותר מכדי טרחתו, פטור המשודך מלשלם לשדכן יותר משכרו הראוי, וזאת אף אם מקובל לשלם שכר גבוה עוד יותר[100].

אולם הרמ"א[101] פסק: "יש אומרים הא דאין לו אלא שכרו, היינו בדבר שאין רגילות ליתן עליו הרבה, אבל בדבר שדרך ליתן הרבה... חייב ליתן לו כל מה שהתנה עמו". כלומר, אם השכר שהוסכם עליו הוא השכר המקובל, אין עילה לביטול ההתחייבות, אף שאובייקטיבית השכר מופרז ובלתי מוצדק. וכך דעת רוב הפוסקים[102].

כמותו, היה מזכיר את שמו במקום לכתוב "ויש מרבותי"; ועוד, שהרא"ש עצמו, ביבמות, פרק יב, סימן טו, כתב שאם רגילים לשלם הרבה, חייב.

שו"ת מגן דוד (גיג'), אהע"ז, סימן א (כא ע"ב), כותב שלדעת רמ"ה, בשיטה מקובצת, בבא קמא קטז ע"א, מהר"ם, הגהות מרדכי, קידושין, סימן תקמד, ורבנו חזקיה, במרדכי, בבא קמא, סימן קעד, בדבר מצווה, מקבל רק את שכרו גם אם רגילים לשלם הרבה על פעולה כזאת. עוד כתב (בדף כב ע"א), שלפי רא"ש, יבמות, פרק יב, סימן טו, וטור, אהע"ז, סימן קסט, אם היה מצב של מצוקה, כמו ביבמה, פטור גם אם רגילים לשלם הרבה.

כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רסד, הגהות בית יוסף, אות ב, ובספרו שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רכ (ד"ה ונראה שמפני), כותב שאפשר לטעון "קים לי" כדעה זו, אך כתב שמשו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן עט, משמע שאי אפשר לטעון "קים לי" כדעה זו. שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן ג, כותב שמספק, המוציא מחברו עליו הראיה.

שו"ת חתם סופר, אהע"ז, חלק ב, סימן קה (הובא בשו"ת נצח ישראל, גרוסמן, סימן יז, אות ד), כותב שאפשר לטעון "קים לי" כדעה שגם בדבר שרגילים לשלם בעדו הרבה, די לשלם שכר ראוי, אבל רצוי שבית הדין יעשה פשרה, לשלם קצת יותר. הוא עוסק במי שהתחייב לזונה לשאתה תמורת הביאה, ופוסק שפטור מלשאתה, אבל חייב לתת לה שכר פעולה הראוי לאותה פעולה. לא ברור איזו מצוקה ואיזו מצווה היו שם.

[100] עוד לעניין שכר שדכנים, ראה לעיל, הערה 49. לתקנה של "ועד ארבע ארצות" בדבר גובה התשלום לשדכן ולמתווך, ראה: מאסף ראשונים (ירושלים תרע"ד), תקנות גאוני ד' ארצות, אותיות כא-כב.

[101] רמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ז. וכך פסק בשו"ת הרמ"א, סימן פו (ד"ה ומה שטוען).

אבל רמ"א, חו"מ, שם, כותב תחילה שאם רגילים לשלם הרבה, חייב לשלם כמה שהבטיח, ואחר כך כתב שבשדכן אין לו אלא שכרו, ומדייק מכך חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה (ריד ע"ד), שהרמ"א הבין שמהר"ם סבור שמה שמחייב ר' יהודה (המובא בסמ"ג, עשה עד) בהשבעת שֵד, הוא מפני שזו חכמה, ששווה הרבה, כמו שנאמר ברופא; ומה שהסמ"ג ופוסקים נוספים נימקו שחייב מפני שרגילים לשלם על כך הרבה, טעמם הוא שאילו היו רגילים לשלם מעט, זה היה מוכיח שאין משלמים על החכמה; ואם כן, ייתכן שהסמ"ג סובר כמהר"ם, ולכן הרמ"א פסק כמותו. אבל הוא כותב (בדף רטו ע"א) שאין הלכה כרמ"א, מפני שאילו ראה הרמ"א שהכל חולקים על מהר"ם, לא היה פוסק כמותו.

[102] תוספות, יבמות קו ע"א, ד"ה אין לו; רא"ש, יבמות, פרק יב, סימן טז (הובא בדברי חפץ, טולידו, דרוש כו, דף פג ע"ב, בקול בן לוי, דרוש ב, עמ' רעא במהד' תשס"ג, בבגדי כהונה, פרחיא, דרוש ו, דף קלז ע"ג, ובשו"ת ישיב יצחק, חלק ט, סימן סא, עמ' רצז); שו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תשו; מרדכי, בבא קמא, סימן קעב, בשם ר' שמחה ור"י ור' ברוך ממגנצא; סמ"ג, עשה עד; פסקי הלכות לר' מנחם ריקנטי, סימן תקסב (על המשביע שדים כדי לגלות גנב); שו"ת בנימין זאב, סימן רפ (שחייב לשלם לרופא כל מה שהובטח, מפני שדרך בני אדם לשלם הרבה בעד רפואה); כנסת הגדולה, חו"מ, סימן שלג, הגהות בית יוסף, אות כב, בדעת הגהות מרדכי, בבא מציעא, סימן תנו, ובדעת רמ"א, חו"מ, סימן שלג, סעיף ב; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רכ (ד"ה ובטעם), בדעת הגהות מרדכי, קידושין, סימן תקמד; שו"ת מהרש"ל, סימן כה, ד"ה ואף שיש (על גט, שבעלים רגילים לקחת הרבה כסף תמורתו); שו"ת לחם רב, סימן רכז (שזו גם דעת רוב הפוסקים, גם אם היה אנוס); שו"ת הב"ח, סימן כח

(בפועל, שדרך להוסיף על שכרו כדי שיסכים לעבוד מיד); שו"ת דברי ריבות, סימן שצו; חוקי חיים (בורג'ל), חו"מ, סימן רסד, סעיף ז; שו"ת אדני פז (הקשר), סימן ז (לגבי המבטיח למישהו שכר גבוה אם יגלה לו מי גנב את סחורתו, שיש שמשלמים הרבה על כך, ויש בזה תיקון העולם, שאם לא כן, אנשים לא יגלו גנֵבות מחשש לנקמת הגנב); שו"ת אבני שוהם (גרינוולד), סימן יח, עמ' כד (על שתדלן); שו"ת נצח ישראל (גרוסמן), סימן יז, אות יב (על מי שהבטיח לשמאי שכר גבוה תמורת הערכה שקרית נמוכה או שהבטיח סכום גבוה לעד שיעיד שקר, שרגילים לשלם על כך הרבה, שהרי קשה למצוא אדם שמוכן לשקר כך).

לכאורה, לפי הדעה (לעיל, ליד ציון הערה 30) שהנימוק לזכות הביטול בעושק הוא שאסור ליטול שכר על מצווה, קשה: מה בכך שרגילים לשלם על כך הרבה? צריך להסביר, שהיות שרגילים לשלם על כך הרבה, סכום זה מוגדר שכר טרחה, והרי גם העושה מצווה רשאי ליטול עבורה שכר טרחה, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 34. אבל שערי מאיר, סימן ה (עמ' כב), מעלה אפשרות שהתוספות והרא"ש אכן מסכימים שאם ההבטחה ניתנה כדי להציל אדם מסכנת נפשות, ההבטחה אינה מחייבת, בגלל המצווה להציל, אף שרגילים לשלם הרבה, כשיטה שהמצווה היא הטעם לפטור.

שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קלה, דן באישה שהבטיחה בצוואתה שכר לתלמידי חכמים כדי שילמדו לעילוי נשמתה, וכתב שגם אם הפריזה בשכרם, הכול נחשב שכר פעולה, מפני שזה דבר שדרך לשלם הרבה בעבורו, כדברי הרמ"א. בנידונו, חלק מהעיזבון נלקח אחרי מותה על ידי "שר", ולכן נוצר צורך לקצץ בסכומים שנקבעו בצוואה, והוא פוסק שהחלק שהובטח לתלמידי חכמים לא יקוצץ, מהטעם האמור, ויקוצץ רק החלק שהובטח כמתנה לאחרים.

שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן ג, מעלה אפשרות שגם לדעה זו, אם הבטיח לשדכן הרבה יותר מהמקובל, אינו חייב לשלם הכול, אף כשרגילים לשלם לו יותר משכר טרחתו. כמו כן, שו"ת מהרש"ג, חלק ג, סימן קג, כותב שגם במקום שאין שכר קצוב לשדכן, אמנם הש"ך מחייב לשלם מה שהובטח, אבל אינו חייב לשלם יותר מהסכום שמשלמים במקום היקר ביותר.

פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ח, סעיף כו, הביא דעה זו, וראה במקורות המובאים שם, הערה נז. שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רכא, מביא את שתי הדעות.

סמ"ג שם נוקט, שרפואות הן דבר שרגילים לשלם עליהם הרבה, ולכן חייב לשלם מה שהבטיח. שו"ת לחם רב, סימן רכז, כותב שכוונתו לתרופות שאינן מצויות. אבל חידושי הרמב"ן, יבמות קו ע"א, וטור, יו"ד, סימן שלו, ושולחן ערוך, יו"ד, סימן שלו, סעיף ג, כותבים שבתרופות משלם רק את מחירן הרגיל. לחם רב מסביר שהם מדברים במצב שאין רגילים לשלם הרבה על תרופות.

נחלת שמעון (קרסנר), שופטים, חלק א, סימן כו, אות א, כותב שהבטחת זקני גלעד ליפתח למנותו לראש אם יילחם עבורם בבני עמון (שופטים יא, י) הייתה הבטחה מחייבת, מפני שזהו תמורה ש"רגילים" לתת עבור שירות כזה, כדברי הרמ"א שם.

קול בן לוי, דרוש ב (עמ' רעא במהד' תשס"ג), מביא שסבו ר' דוד הכהן ביאר שדוד, בשאלותיו במערכה מול גלית (שמואל א' יז, כו), התכוון לברר האם השכר שהבטיח הכרוז למי שיהרוג את גלית, "יעשרנו המלך עושר גדול" וכו', הוא השכר המקובל לדבר כזה, ואם כן, אי אפשר לטעון לגביו טענת "משטה". גם לשון ערומים, דרוש ה (טו ע"ג), מפרש שדוד התכוון לשאול האם זה דבר שרגילים לשלם עליו הרבה. אבל דברי חפץ (טולידו), דרוש כו (פג ע"ג), דוחה הסבר זה, שהרי זה היה דבר חד פעמי, ולא שייך לקבוע מה השכר הרגיל עליו.

הרמב"ן (שהבאנו לעיל, הערה 47) כותב שהמבטיח לרופא שכר מופרז עבור עבודתו, חייב לתת מה שהבטיח, מפני שהוא מוכר את חכמתו, דבר שאין לו מחיר, כלומר, שזה מחיר סביר; ולא נימק שזה המחיר המקובל. ייתכן שהוא מדבר שם אף במצב שאין מקובל לשלם לו הרבה שכר, ובכל זאת פסק שחייב לשלם מפני שזה המחיר המגיע לו, כלומר, זה מחיר סביר. ואכן ר' אשר וייס, "שיעור מורנו הרב שליט"א", שנה ח, קובץ ז (רצז), פרשת תולדות תש"ע, עמ' י, כותב על פי דברי הרמ"א שם, שבזמננו, שנהוג לשלם שכר גבוה לרופא, המבטיח שכר מופרז חייב לשלמו.

ד. אם יש הפסד לצד העושֵׂק

כפי שראינו לעיל[103], אין זכות ביטול עקב ניצול מצוקה אם תנאי החוזה הגרועים נבעו מכך שה"מנצל" ביקש לפצות את עצמו על הפסד שנגרם לו כתוצאה מן החוזה. הדבר עולה מן האמור בסוגיית האסיר הנמלט[104], שאם דייג נאלץ להפסיק את מלאכתו כדי לעזור לאסיר, הוא רשאי לדרוש שכר מופרז כפיצוי על ההפסד שנגרם לו.

כמו כן, מה שכתב שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן פ: "דהשכר הניתן להחכם המרביץ תורה הנהנים ממנו מתורתו והַיְשָׁרָתו אין קץ לפרס הראוי לו", כתב כך כדי לחייב גם במקום שאין רגילים לשלם הרבה לרב. וצריך עיון, ששו"ת לחם רב, סימן רכז, כותב ששכרו של רב נחשב דבר שרגילים לתת עליו הרבה, כיוון שחכמתו שווה הרבה; הרי שנימק את עניין הרגילות בעניין הסבירות.

[103] לעיל, ליד ציון הערה 17.

[104] שם. הדין הובא בנימוקי יוסף, בבא מציעא טז ע"ב (בדפי הרי"ף).

מטעם זה פסק שו"ת הרמ"א, סימן פו, ד"ה ומה שטוען (הובא בחקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה, דף ריד ע"ג), שמי שהבטיח שכר גבוה למי שיפייס שר שהעליל עליו עלילה, חייב לשלם לו, מפני שהלה הפסיד בזה שנסע מרחק גדול מביתו.

ספק הפסד: ר"מ מסרקסטה, בשיטה מקובצת, בבא קמא קטז ע"א, שו"ת הרשב"ש, סימן פח, דרישה, חו"מ, סימן רסד, סעיף ג, פרישה שם, סעיף ח, וסמ"ע שם, ס"ק כ (גם בדעת הרא"ש; והובא בכלי גולה, בבא קמא קטז ע"א), ואבני החושן, סימן רסד, ס"ק ט, כתבו, שהאסיר הנמלט חייב לשלם לדייג כל מה שהתחייב לו, שהרי ייתכן שבאותו הזמן יכול היה לדוג דגים בשוויו של סכום ההתחייבות, וזה שיעור ההפסד שלו. הסמ"ע כותב שהדין כך גם אם לא ניכר שהיה מפסיד כל כך. גם שו"ת דברי ריבות, סימן שצו, פסק שמתווך במכר מקבל כל מה שהתנו, מפני שהפסיד מה שאולי היה מקבל שכר תיווך מאחר. דרכי חושן, סימן רסד, סעיף ז (עמ' עז), פוסק כסמ"ע.

גם אבני שוהם (פרץ), בבא קמא קטו ע"ב, כותב שאף שבצייד זה הפסד בספק, שמא לא יהיו דגים, בכל זאת נחשב הפסד. הוא מקשה מתוך כך מדוע הרא"ש (לעיל, הערה 52) פוסק שאין חובה לתת שכר שהובטח לערב, הרי יש לערב הפסד בכך שהוא מסתכן שיצטרך לשלם אם הלווה לא ישלם; מה גם שמהרא"ש משמע שגם אם בסופו של דבר נאלץ הערב לפרוע, אינו מקבל שכר. כמו כן, בן המחבר, בהגהתו, שם קיז ע"א, מסביר בכך מדוע שו"ת מהרי"ק, שורש קלג, ענף ב, מחייב בתשלום עבור השתדלות — מפני שאילו לא היה משתדל בשבילו, אולי היה מרוויח סכום כזה בעסק אחר, וחייב בגלל ההפסד.

אבל מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, בתשובות מיימוניות, ספר נזיקין, סימן כב, מעלה ספק האם אומרים כך בשדכן, וכתב שמספק המוציא מחברו עליו הראיה. חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה (רטו ע"ד), כותב שדברי ריבות, שם, מתכוון לומר שמהר"ם הסתפק רק בשדכן, מפני שלא קל למצוא מי שיסכים לשידוך מסוים, אבל במכר קל למצוא, שכן אין סיבה שיהיה איכפת למוכר מי יקנה ממנו, ולכן יש למתווך במכר הפסד ברור מהזמן שהקדיש לתיווך הנוכחי, והמבטיח חייב לשלם לו על הפסדו.

שו"ת הליכות ישראל, סימן יד (עמ' כא), מסביר על פי הסמ"ע את מה שעולה מבבא מציעא עו ע"א, שמי שהבטיח לפועל ארבע במקום שהשכר המקובל הוא שלוש, חייב לשלם ארבע (שהתקשה בכך שו"ת הב"ח, סימן כח) — ששם מדובר בשהמיעוט נשכרים בארבע, ולכן חייב לשלם ארבע, מפני שהפועל יכול לטעון: "אילולא אמרת לי ארבע, לא הייתי נשכר לך, אלא הייתי מתאמץ למצוא מי שישלם לי ארבע"; וגם אם לא נראה לעיניים שהיה יכול להשיג ארבע, נחשב שמפסיד, ולכן מגיע לו.

שערי מאיר, סימן ה, עמ' כד, כותב בדעת ר' יונתן, בשיטה מקובצת, בבא קמא קטז ע"א, שבדייג, אם כבר שילם לו את הסכום המופרז, אי אפשר להוציא מידו מספק, מפני שיכול לטעון שהפסיד את כל הסכום הזה, אבל אם עוד לא שילם לו, פטור מהסכום המופרז, מפני שאז נטל הראיה על הדייג, להוכיח שהפסיד כל כך הרבה.

דרכי חושן, חלק א, עמ' שו, כותב שדי באפשרות רחוקה של הפסד כדי לחייב.

טיב חליצה, בסוף ההשמטות (דף כא ע"ד במהד' תר"ן), מקשה, מדוע החולץ אינו מקבל את כל מה

למעשה, במצב כזה, אין אלו "תנאים גרועים", שכן אלו התנאים הראויים בנסיבות המקרה. נחלקו הפוסקים בדבר מצב שההפסד שהיה צפוי ל"מנצל" היה אמנם גבוה יותר מן התמורה המקובלת בחוזים דומים, אך קטן מן הסכום שהתחייב בו הצד השני מתוך מצוקתו.

שהיבמה הבטיחה לו (לעיל, ליד ציון הערה 22)? הרי אילו ייבם, היה יורש את נכסי אחיו, ועכשו שחלץ, הפסיד אותם? הוא מתרץ, שאין זה נחשב הפסד, כיוון שאינו יכול לכוף על היבמה להתייבם כדי שיירש את הנכסים. כלומר, גם אילו לא חלץ, לא היה מקבל בוודאות את הנכסים, שהרי ייתכן שלא היה לא מייבם ולא חולץ, ונמצא שזה ספק הפסד.

אמירת "טול בשכרך": רמ"ה, בשיטה מקובצת, בבא קמא קטז ע"א, כותב שגם אם יש הפסד, אם לא אמר "טול בשכרך", משלם רק את השכר הראוי; ולא נימק את דבריו. יד המלך, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ז, כותב שזו גם דעת הרמב"ם, שאם לא אמר שישלם כך וכך בגלל ההפסד, משלם רק את השכר הראוי, גם אם הלה הפסיד יותר מזה. הוא מנמק, שטעם החיוב לשלם את ערך ההפסד הוא "מדין ערב", כיוון שנותן השירות סמך על הבטחתו והניח את עבודת עצמו, ומבקש השירות נהנה מן האמון שהלה נתן בו (על "דין ערב", ראה: חוק לישראל, ערבות, סעיף 2, פרק ד); והרי אם לא אמר "בשכרך", לא הראה שהוא יודע שהלה נכנס להפסד תוך הסתמכות עליו, ולכן אין לו הנאת האמון. צריך להוסיף, שאין חיוב לשלם על עצם ההפסד מטעם מזיק, מפני שזה "גרמא".

חכם אחד, בעילום שם, בקובץ וילקט יוסף יז (תרע"ה), סימן מב, עוסק במצב שהייתה סכנה שהאויב ייקח סחורות, ובעל עגלה דרש שכר גבוה תמורת לקיחת סחורה לרכבת לשם הברחתו; ופוסק שמגיע לו השכר הגבוה, מפני שהפסיד את מה שהיה יכול להשכיר עצמו לאחר בשכר גבוה כזה. אבל שו"ת מהרש"ג, חלק ג, סימן קכא, פוסק שדי שישלם שכר רגיל של בעל עגלה, מפני שאין זה נחשב שהפסיד, שהרי גם אילו השכיר את עצמו לאחר, היה רשאי לקחת רק את השכר המקובל, שכן אסור ליטול שכר בעד השבת אבֵדה, וגם מי שרואה שתי אבֵדות (ויכול להציל רק אחת), אסור לו לקחת שכר מבעל אחד מהן כדי שיציל דווקא את שלו. אבל הוא כותב שאם היה יכול להשכיר את עגלתו לגוי בשכר גבוה, שממנו מותר לקחת שכר גבוה, גם הישראל חייב לשלם לו שכר זה שהפסיד, אף שזה רק מניעת רווח. החכם הראשון כותב עוד, שאם באמצע עבודתו חזר בו בעל העגלה, ובעל הסחורה הבטיח להוסיף על שכרו כדי שיסכים להמשיך, הוא פטור מלשלם את התוספת, אף שבעל העגלה הפסיד, וזאת מפני שפועל שחזר בו בדבר האבד, רשאי המעביד להטעות אותו בכך שיבטיח לו שכר גבוה ולא ישלם, אף אם הוא גורם לו בכך הפסד, מפני שכבר חל עליו חיוב לגמור את העבודה.

ר' יוסף מרדכי ידיד הלוי, בשו"ת מפי אהרן, חו"מ, סימן טו (פד ע"ג), כותב שמי שרק בטל ממלאכתו עקב הפעולה, אין זה נחשב הפסד אלא רק מניעת רווח. אבל שו"ת מהרש"ג, חלק ג, סימן קג, כותב שאם תלמיד חכם עשה את הפעולה, הוא יכול לטעון שהפסיד מלימוד תורתו בשביל ההתעסקות, ואילו הובטח לו שכר מועט, לא היה מבטל לימוד תורה, ואי אפשר למדוד את ערכו של לימוד תורה, שנאמר "וכל חפציך לא ישוו בה" (משלי ג, טו), ולכן יקבל כל מה שהובטח.

שבות יהודה (אלבאז), על תהלים, פרק קה (עמ' שסא במהד' תשס"ח), משווה את הבטחת ישראל שיעבדו את ה' אם יציל אותם ממצרים (כך הוא מפרש את זעקת ישראל "מן העבודה" — שמות ב, כג), להתחייבות מופרזת מתוך מצוקה, ומסביר שבכל זאת היא כובלת, מפני שהקב"ה הפסיד, כביכול, בכך שהוצרך לשנות את הטבע כדי לגאול אותם. לכיוון השני, הוא משווה את הבטחת ה' לתת לישראל את ארץ ישראל כדי שיסכימו לצאת ממצרים (שמות ג, ח), להתחייבות מופרזת מתוך מצוקה, ומסביר שבכל זאת היא כובלת, מפני שישראל הפסידו את החופש לעבור עברות — "עבדא בהפקירא ניחא ליה" (גיטין יג ע"א).

חריג: שו"ת בשמים ראש (הורביץ), סימן נז, כותב שרופא יהודי שהיה מחלל שבת כדי לרפא גויים, ומישהו הבטיח לשלם לו סכום גבוה אם יפסיק לחלל שבת, יכול לטעון "משטה אני בך", אף שהרופא הפסיד את השכר שהחולים היו משלמים לו. הוא מנמק, שכיוון שמצווה להצילו מחילול שבת, אינו חייב על הפסדו, ולכן אף אם עשה קניין, הוא פטור.

יש שכתבו שעל המנוצל לשלם את מלוא המחיר שעליו הסכימו[105]. קצות החושן[106] מנמק זאת על פי התפיסה[107] שזכות הביטול בעושק היא מפני ש"זה נהנה וזה לא חסר — פטור": הרי בעניין "זה נהנה וזה לא חסר", הכלל הוא שאם צד אחד חסר אפילו מעט, חייב הצד השני לשלם את כל דמי הנאתו[108]. לכן גם כאן, היות שהצד השני מפסיד, אפילו הפסד מועט, חייב המתקשר לשלם כל מה שהבטיח[109]. ר' חיים פנחס שיינברג[110] מסביר דעה זו גם לפי התפיסה

[105] רא"ש, בבא מציעא, פרק ב, סימן כח (שכתב לעניין דייג העוזר לאסיר נמלט: "וכיוון שיש לו קצת הפסד יטול כל מה שפסק לו"); לחם משנה, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ז; מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יח, בדעת רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה שם; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רסד, הגהות בית יוסף, אות ב, בסופו, בשם מרדכי (שלא מצאנו); שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ה, בדעת נימוקי יוסף, בבא קמא מב ע"א (בדפי הרי"ף); באר הגולה, חו"מ, סימן רסד, אות פ, בדעת שולחן ערוך, שם, סעיף ז; לשון ערומים, דרוש ה (טו ע"ג), בדעת מרדכי, בבא קמא, סימן קעב; כרם שלמה (האס), אהע"ז, סימן נ, דיני שכירות, אות ג.

כמו כן, רמ"ה, בשיטה מקובצת, בבא קמא קטז ע"א, נוקט שאם "לא אפסדיה ולא מידי" אין לו אלא שכרו, משמע שאם גרם לו הפסד מועט, חייב בכל מה שהבטיח.

מחנה אפרים שם (הובא בימי שלמה, על הרמב"ם שם, דף קכז ע"ד) כותב שגם לדעה זו, חייב לשלם רק כשיעור ההנאה שנגרמה לו, אבל אם לא גרם לו הנאה, די שישלם את שיעור ההפסד. דבריו מתאימים להסבר קצות החושן בסמוך, שהחיוב הוא בגלל ההנאה שגרם.

זריחת השני, בבא קמא קטז ע"א (עמ' 251), מביא ראיה לרא"ש מן הגִרסה (המובאת בדקדוקי סופרים, בבא קמא שם) בסיפא "טול דינר זהב" — הרי שאף שהפסיד רק "כוורי בזוזא", כלשון התלמוד, משלם דינר זהב, שהוא 25 זוז. אבל הוא מציין שר' יונתן מלוניל, בבא קמא שם, גורס "דינר זהב", ובכל זאת מפרש "דינר זהב כשיעור שהיה מרוויח היום".

דברי חפץ (טולידו), דרוש כו (פד ע"ג), כותב ששאול, שהבטיח שכר גבוה למי שיהרוג את גלית (שמואל א' יז, כה), היה חייב לשלם זאת לדוד על הריגת גלית, מפני שהפסיד בכך שנטש את הצאן. דבריו מתאימים לשיטה שדי בהפסד מועט כדי לחייב לשלם את כל מה שהובטח.

[106] קצות החושן, סימן רסד, ס"ק ב. כפי שהוא מציין, ההסבר מצוי ברמז בפלפולא חריפתא, על הרא"ש שם, אות ה.

קצות החושן, שם, ס"ק ג, כותב על פי זה, ששדכן מקבל כל מה שהובטח לו, שהרי יש לו הפסד מועט: הזמן שהפסיד (על מניעת רווח, ראה לעיל, הערה 104). אבל שו"ת בית יצחק, חו"מ, סימן עו, אות ג, כותב שמאחר שהחיוב הוא מצד הנאה, כאן פטור, שהרי המבקש לא נהנה מהשדכן, שכן ייתכן שגם אדם אחר היה עושה שידוך זה, והשדכן הוא רק גורם; ורק אם השדכן הוא אדם חשוב, ולכן דבריו השפיעו, נמצא שהמבקש נהנה מאדם זה דווקא, וחייב לשלם כל מה שהבטיח בגלל ההפסד המועט.

[107] לעיל, ליד ציון הערה 41.

[108] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ז. ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך זה נהנה, כרך יב, עמ' ט־י, שכך דעת רוב הראשונים. וראה על כך: פני יהושע, בבא קמא כ ע"א; נ' רקובר, עושר ולא במשפט, עמ' 30־32; חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 69.

[109] אבל אבני החושן, סימן רסד, ס"ק ט, מקשה עליו, הרי ב"זה נהנה וזה לא חסר", אם היה למהנה הפסד מועט, משלם הנהנה רק את דמי הנאתו (בנידונו של השולחן ערוך שם — שווי המגורים בבית), ואילו כאן הנאתן של הבורח שוות ערך למחיר המקובל של נסיעה במעבורת ולא למחיר המופרז שדורש בעל המעבורת, ומדוע ישלם את המחיר המופרז? כך הקשה גם בירור הלכה, בבא קמא קטז ע"א, ציון ג.

עוד הקשה אבני החושן שם על הסבר זה, שאם כן, בכל מעבורת (גם שאינה של דייג) נאמר שכיוון שהוא חייב לשלם לו את שכרו הראוי, מגלגלים עליו את הכול? וכך הקשו גם: אמרי יוסף, על הרמב"ם שם; ר' שמעון שקאפ, בבא קמא, שיצוין בסמוך; ושיעורי ר' שמואל (רוזובסקי), בבא מציעא, סימן עב, אות ב (וצריך להעיר שלולא דברי קצות החושן, לא היה קשה מכאן על שיטת מהרש"ל, שהפטור במעבורת הוא מטעם "זה נהנה וזה לא חסר", מדוע פטור, והלוא כלל הוא שאם צד אחד חסר מעט, הצד האחר חייב

המקובלת[111], שזכות הביטול בעושק היא משום פגם בגמירת דעתו של המתחייב: היות שכאן הצד נותן השירות מפסיד, גם אם זה רק הפסד מועט, אין המתחייב מתכוון לשַטות בו, שכן אין דרכו של אדם לגרום נזק לאחר בצחוק, והוא גומר בדעתו לשלם את מלוא התמורה שהבטיח[112]. לפי זה תתפרש לשון התלמוד: "טול דינר זה בשכרך" — בשכר הפסדך[113].

בכל? שהרי אכן במעבורת חייב לשלם על כל הנאתו, והנאתו שוות ערך לשכר הרגיל בעד מעבורת, וכך נאמר בסוגיה, שיקבל את שכרו הרגיל; הקושיה מתעוררת רק לפי קצות החושן, שכתב שבגלל החסרון המועט, חייב לשלם את כל מה שהבטיח, אף שזה יותר משווי הנאתו). טבעות החושן, על קצות החושן שם, תירץ, שכוונת קצות החושן היא שאם אין הפסד, חייב לשלם שכר ראוי גם אם לא חסר כלל, כגון שהמעבורת הייתה עוברת בלאו הכי, כמו שנפסק בעניין הדר בחצר חברו, שאם בעל החצר הביע התנגדות מראש, חייב הדייר לשלם לו את שכר הדירה (שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו), וגם כאן, דרש תשלום מראש; אלא שאינו חייב לשלם יותר משווי הנאתו, מפני שיכול לטעון "משטה אני בך"; אבל אם הלה חסר משהו, סכום ההנאה נחשב כסכום שהבטיח, כאילו שעבורו זה שווה כל כך. אבל הוא לא הסביר מדוע החיסרון גורם שנראה את סכום ההנאה כסכום שהבטיח. המגיה בימי שלמה, על הרמב"ם שם (קכז ע"ד), מסביר שאם אינו דייג, יש לו שכר ידוע בעד ההעברה, ואילו בדייג, לא ידוע כמה דגים יתפוס, ולכן מקבל כפי שהובטח לו, לדעה זו.

אור החמה (קרויזר), בבא קמא קטז ע"א, מסביר, שאם הפסיד רק את עבודתו, יכול הלה לטעון: "מה שהבטחתי לך הרבה היה 'פיטומי מילי', שהרי רגילים לשלם עבור עבודתך סכום נמוך, ומדוע אשלם יותר?"; אבל אם יש לו הפסד צדדי, לא היה די לשלם לו שכר על ההעברה, אלא היה צריך לחשב גם את ההפסד, ואם כן, הקַצבה לא הייתה פיטומי מילי.

שיעורי ר' שמואל (רוזובסקי), בבא מציעא, סימן עב, אות א, מקשה על הסבר קצות החושן, הרי רק במקום שחייב על ההנאה, די בהפסד מועט כדי לחייב, אבל כאן הרי בעל המעבורת היה חייב להציל אותו, ומקבל רק שכר על שהשכיר לו את המעבורת, שלא היה חייב בכך, אלא די היה שיצילנו בגופו; ואם הפסיד דגים, מקבל תשלום על זה מפני שאינו חייב להציל אם הוא מפסיד מזה, אבל ברגע ששילם על ההפסד, חזר החיוב להציל. עוד הקשה עליו (באות ב), שלפי הסבר זה, שהנאתו מההצלה שוות ערך לסכום הגבוה שהובטח, היה צריך להיות חייב לשלם לו סכום גבוה גם אם לא הבטיח לו.

חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), קידושין, סימן יח (ד"ה אלא), ובבא קמא, סימן יט, אות ו, דוחה את הנימוק שחיסרון מועט מחייב לשלם הכול, שזה רק משום שהיה יכול למנוע ממנו מראש מליהנות ממנו, ונמצא שהוא כנהנה ממנו, וחייב על כך, אבל כאן מצווה עליו לעזור לו, ולא היה יכול למנוע ממנו, ויכול לקבל רק את מה שהפסיד, מפני שאינו חייב לעזור תוך הפסד, לפי הכלל "שלך קודם לשל כל אדם" (בבא מציעא ל ע"ב). בבבא קמא שם הוסיף, שהיות שהתורה חייבה אותו לעשות את פעולת ההצלה, הניצול אינו חייב לשלם על הנאתו, מפני שהתורה כאילו זיכתה לו הנאה זו, והוא נהנה משל התורה ולא מן המציל.

אמרי הצבי, בבא קמא קטז ע"א (סימן לו, אות ט), כותב שלפי קצות החושן, שבהפסד מועט חייב לשלם כל מה שהבטיח, שדכן יקבל כל מה שהובטח לו גם לדעת מהר"ם (לעיל, הערה 49) האומר שאפשר לטעון טענת "משטה" גם כלפי שדכן, שהרי כל אדם רגיל להרוויח מעט במלאכתו, ועכשו הפסיד את זה, ורק אם הוא הולך בטל, אפשר לטעון טענת "משטה". דבריו קשים, שהרי האסיר יכול לטעון טענת "משטה" אף שבעל המעבורת אינו הולך בטל.

[110] טבעות החושן, שם.

[111] לעיל, ליד ציון הערה 27.

[112] יש להעיר, שלפי הסבר זה, החיוב אמור רק אם המתחייב ידע שהלה מפסיד.

[113] הסברים אחרים לדעה זו: באר הגולה (לעיל, הערה 105) מנמק על פי רמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ה, האומר שבעל חבית יין אינו חייב לשפוך את יינו כדי להציל דבש של חברו ההולך לאיבוד (אפילו תמורת דמי היין); וכוונתו היא, שלכן אם המציל בכל זאת הציל, יכול לדרוש יותר מדמי יינו. והוא כותב שלפי מי שחולק על הרמ"א (ופוסק כדעת ר' ישמעאל בבבא קמא קיד ע"ב), אכן יקבל כאן רק את סכום הפסדו.

אולם אחרים סבורים, שאינו חייב לשלם אלא כגובה ההפסד שנגרם למנצל[114].

אמרי יוסף, על הרמב"ם כאן, מקשה עליו, הרי הרא"ש פוסק כאן שישלם יותר מדמי הפסדו, אף שבבבא קמא, פרק י, סימן טז, פסק כר' ישמעאל. עוד יש להקשות, ששולחן ערוך עצמו, בסימן רסד, סעיף ה, פסק כר' ישמעאל, ואיך אומר באר הגולה שהשולחן ערוך סובר שחייב לשלם יותר מכדי הפסדו?

אבן האזל, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ז, נימק, שעל אבדן חפץ (כמו הדגים), יכול לבקש הרבה (כלומר, שבעינו זהו שוויים), אבל לגבי פעולה שהוא צריך לעשות, התורה נתנה קיצבה לסכום שהוא רשאי לדרוש — כמה שהיא שווה. ואין דבריו ברורים.

שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן ה, נימק בתחילה על פי דברי הסמ"ע (לעיל, הערה 104), שייתכן שהעושק היה מפסיד כערך הסכום שהנעשק התחייב לו. אבל נימוק זה קשה, שהרי יש מצבים שלא ייתכן שההפסד היה מגיע לסכום הזה. עוד נימק, שתמורת הנאתו ממה שהעושֵק נכנס להפסד כדי לעשות את רצונו של הנעשק, והאמין לו שישלם מה שהבטיח, גמר הנעשק בדעתו לשלם כל מה שהבטיח, ולא יוכל לטעון טענת "משטה"; ואף אם הוא עצמו לא התכוון ברצינות, הרי זה לא תלוי רק בכוונתו, שהרי העושק סומך עליו, וכיוון שהעושֵק מפסיד על סמך הבטחתו של הנעשק, אינו יכול לטעון טענת "משטה". יש להעיר, שהתחייבות "מדין ערב" מבוססת על הנאה זו, מכניסתו של הצד האחר להפסד על סמך הבטחת המתחייב (ראה לעיל, הערה 104), אבל התחייבות זו אינה יכולה לחייבו לשלם יותר מגובה הפסדו של הצד האחר. אבל הוא כותב שלדעת הרמ"ה (לעיל, הערה 104), במצב שלא היה העושק חייב לפעול, חייב הנעשק לשלם כל מה שהתנה, אבל אם הייתה חובה על העושק לפעול, אין לומר שפעל רק עקב בקשתו של הנעשק, לכן אין לו אלא שכרו הראוי; אבל זאת רק אם הבטיח לו בתחילה כשיעור הפסדו, ולא הסכים עד שהבטיח לו עוד, שאז יכול לטעון טענת "משטה" לגבי התוספת, כיוון שמיד כשהבטיח לו כדי הפסדו היה חייב לפעול, ונמצא שלגבי הסכום הנוסף יכול לטעון טענת "משטה", אבל אם כבר בהבטחה הראשונה הבטיח לו יותר משיעור הפסדו, הוא חייב בזה, שהרי אז עדיין לא היה העושק חייב לפעול, שכן אדם אינו חייב להפסיד משלו כדי לקיים מצווה. בזה הוא מסביר את ההבדל בין סתם מעבורת לצייד: בסתם מעבורת, יש תשלום קבוע, ואם כן כשבעל המעבורת סירב בתחילה, הוא מתכוון לתבוע יותר, ולכן האסיר יכול לטעון "משטה אני בך", אבל בצייד, סכום הפסדו אינו ידוע, לכן אם הבטיח לו מראש סכום גבוה, חייב לשלם הכול, כיוון שבשעה שהבטיח לא היה מוטל על הצייד לפעול בגלל ההפסד. הוא כותב שאפשר לטעון "קים לי" הן כרמ"ה הן כדעה שתמיד חייב לשלם את כל מה שהבטיח.

אמרי יוסף, על הרמב"ם, שם מסביר (בהסברו השני), שהמציל יכול לטעון "לדידי שווה לי יותר"; לדוגמה, הדייג יכול לטעון: "הדגים שהייתי דג, שווים עבורי כסכום שהבטחת לי, אף שבשוק הם שווים פחות".

ברכת שמחה, בבא קמא קטז ע"א (עמ' תפו), מסביר על פי שיטתו (לעיל, הערה 46), שנעשק פטור מפני שהפעולה שעשה עבורו העושק אינה נחשבת הנאה — לפי זה, במקום שיש הפסד, זה נחשב הנאה המחייבת, כפי שנאמר בבבא קמא נח ע"א, שהמבריח ארי מנכסי חברו והפסיד כתוצאה מכך, זכאי לתשלום על כל ההנאה. הוא כותב, שלפי ההסבר (לעיל, ליד ציון הערה 30), שנעשק פטור משום האיסור ליטול שכר מצווה, די שישלם את שווי ההפסד, מפני שאז הוא משלם בגלל ההפסד, ולא בעבור עשיית המצווה; או מפני שלגבי סכום זה לא היה האחר חייב להצילו, שהרי "שלו קודם".

שיעורי ר' שמואל (רוזובסקי), בבא מציעא, סימן עב, אות ב, נימק, שאם יש הפסד, יכול המציל לדרוש כך וכך עבור טורח ההשבה, ויכול לדרוש עבור ההשבה עד כדי שיעור ההפסד; וכיוון שחל דין פסיקה מעבר לשיעור הטרחה, ממילא יכול לפסוק גם יותר מההפסד.

[114] חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), קידושין, סימן יח (ד"ה אלא), ובבא קמא, סימן יט, אות ו; מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יח, בדעת רש"י, בבא קמא קטז ע"א, ד"ה דאפסדתן, בדעת תוספות, בבא קמא קטז ע"ב, ד"ה להביא (בסופו), ובדעת מרדכי, בבא קמא, סימן קעד; מנחת פתים, חו"מ, סימן רסד, סעיף ז, בדעת מרדכי שם; דברי התורה, סימן רסד, סעיף ח, בדעת תוספות שם (שמקבל רק מה שייתכן שאכן הפסיד); זריחת השני, בבא קמא קטז ע"א (עמ' 250), בדעת אור זרוע, בבא קמא, סימן תנו, ופסקי ריא"ז, בבא קמא, פרק י, הלכה ה, סימן ד. אבני החושן (לעיל, הערה 109) כותב שכך דעת כל הפוסקים. קצות החושן שם (הובא בשו"ת ויען דוד, וייס, חלק ב, סימן רמז, אות א) כותב שכך משמע מדברי האחרונים. וכך משמע: מבית הבחירה, בבא קמא שם; מר' יונתן, בשיטה מקובצת, בבא קמא שם; משו"ת

ה. חוזה מסוג שאין לגביו "תנאים מקובלים"

המבחן שקובע החוק, של סטייה מן "התנאים המקובלים" של החוזה, אינו ניתן להפעלה בחוזה שאין לגביו תנאים מקובלים. על כן קבעו הפוסקים, שבחוזה כזה, על המתחייב לשלם את כל מה שהבטיח, גם אם הסכום נראה גבוה[115].

מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס לבוב, סימן שח (שכתב שקרוב לוודאי שהיה צד דגים בשווי זוז); ומשו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן מה ("כמה שחיסרו") — שהרי כולם כתבו שהדייג הפסיד זוז, או שמשלם כמה שחסר, ולא דיברו במפורש על מצב שהחיסרון נמוך מסכום ההתחייבות. שו"ת לחם רב, סימן רכז (ד"ה עלה בידינו), דייק כך מרש"י ומתוספות שם.

מדברי הפוסקים שהבאנו לעיל, הערה 104, האומרים שחייב לשלם על ספק הפסד, יוצא שאם שיעור ההפסד הצפוי ידוע, אינו חייב לשלם כל מה שהתנה, אלא את שיעור ההפסד בלבד.

ר"ש שקאפ, קידושין שם (ד"ה והנה), כותב שזו גם דעת הרא"ש (לעיל, הערה 105), ומה שכתב שאם יש "קצת הפסד" חייב לשלם כל מה שהבטיח, כוונתו למצב שהלה יכול היה להרוויח במלאכתו את כל הסכום שהובטח, ולכן המתחייב חייב לשלם לו מה שהבטיח, שהרי אינו יכול לטעון "משטה אני בך", ומה שהרא"ש קרא לזה "קצת הפסד", הוא מפני שמדובר בשרוב בני אדם היו מסכימים ליטול מעט ולעסוק במלאכה קלה, ורק אדם זה אינו מוכן לכך. כך כתב גם בבבא קמא שם, והוסיף להסביר שהרא"ש קרא לזה "קצת הפסד" מפני שאולי לא היה מזדמן לו רווח ברור, ובכל זאת היות שיש קצת הפסד, אינו חייב להשיב; אבל באמת חייב לשלם רק את ההפסד שהיה לו.

שיעורי ר' שמואל (רוזובסקי), בבא מציעא, סימן עב, אות ב, כותב שהרא"ש מתכוון לומר שחייב לשלם מה שהבטיח, מפני שייתכן שהאחר היה מפסיד סכום זה, אף שאין זה דבר ודאי.

שו"ת דברי מלכיאל, חלק א, סימן עו (ד"ה וגם מ"ש), כותב שבמעבורת, האסיר אינו צריך לשלם את כל מה שנהנה, אף שבעל המעבורת חסר מעט, אלא נותן כמה ששווה בשכרו. אבל הוא מדבר על מצב סתמי, לא על מצב שהפסיד דגים.

קול שמואל (קונפורטי), פרשת תולדות (יד ע"ג), כותב שבמכירת הבכורה ליעקב, היה עשיו יכול לטעון "משטה", אף שיעקב הפסיד את נזיד העדשים, מפני שהבכורה שווה הרבה יותר מהנזיד (ועל כן דרש יעקב שיישבע — ראה בשמו לעיל, הערה 29). הרי שלדעתו הפסד מועט אינו מצדיק מחיר מופרז.

לשון ערומים, דרוש ה (טו ע"ד), מסביר בכך את הפסוקים בשמואל א' יז, כח־כט, בעניין השכר הגבוה ששאול הבטיח למי שינצח את גלית: אליאב אמר לדוד שמטעם ההפסד, שנטש את הצאן, הוא יהיה זכאי לכל מה שהובטח; ואילו דוד אמר לו "מה עשיתי", היינו כדעה שמקבל רק את הפסדו.

את המחלוקת הביאו: חושן אהרן, סימן רסד, סעיף ז; שו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן עד; שו"ת דברי חיים, חלק א, יו"ד, סימן מב, שאלה ג (ברמז); נחלת שמעון (קרסנר), שופטים, חלק א, סימן כו, אות א. בשאלה זו ראה חלת דבש, סימן רסד, סעיף א, ס"ק ב (עמ' עז-פב).

אבני החושן (לעיל, הערה 109) מעלה אפשרות, שהמבטיח סכום שגבוה מההפסד, פטור לגמרי, לפי רא"ש, בבא מציעא, פרק ט, סימן ז (הובא בחוק לישראל, ערבות, עמ' 499), האומר שאריס שהבטיח לבעל השדה סכום גדול אם יוביר אותה, פטור לגמרי, אף שגרם הפסד, כיוון שהבטחתו היא אסמכתא. אבל יש להעיר שהרא"ש שם כתב שחייב בכל זאת על ההפסד, מפני שהיה חייב בכך גם אילו לא הבטיח כלום; וטעם זה שייך גם כאן.

[115] ים של שלמה, בבא קמא, פרק י, סימן לח; ש"ך, חו"מ, סימן רסד, ס"ק טו (על שדכן שאין מחיר קבוע לשכרו); שו"ת אבני שוהם (גרינוולד), סימן יח (עמ' כב); שו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימן קיז (על מלמד תינוקות, שאין קצבה לשכרו, ועוד, שאין מחיר לחכמתו, כמו שנאמר ברופא, לעיל, הערה 47).

שו"ת פנים מאירות, חלק א, סימן צז, כותב שמי שהבטיח לפועל ארבע, במקום שהרוב נשכרים בשלוש ויש שנשכרים בארבע, חייב לשלם ארבע. אמרי הצבי, בבא קמא קטז ע"א (סימן לו, אות ח), כותב שדברי פנים מאירות הם כדברי ים של שלמה, שאם השכר אינו קצוב, אינו יכול לטעון טענת "משטה".

דברי חפץ (טולידו), דרוש כו (פג ע"ג), מקשה על ים של שלמה, מדוע בחליצה פטורה היבמה, הרי אין סכום קצוב שניתן תמורתה? יש להשיב על כך, ש"התנאי המקובל" הוא שאין נוטלים שום שכר תמורתה.

פרק שביעי

הביטול — "רשאי לבטל את החוזה"

א. האם החוזה ניתן לביטול או שהוא בטל מעיקרו?

הסעיף קובע שאם נתגבשה עילת ה"עושק", הצד הנפגע "רשאי לבטל את החוזה". מכאן שהחוזה ניתן לביטול (voidable) ואינו בטל מאליו (void). הדברים מובנים לאור מה שראינו בפרק הראשון, שיסודה של עילת העושק הוא הרצון להגן על הצד החלש מפני ניצולו על ידי הצד החזק, ואין סיבה לכפות על הצד החלש הגנה זו ולבטל את החוזה בעל כורחו.

נראה שזו גם עמדת המשפט העברי[116], שהרי לשון התלמוד[117] בסוגיה של הצלת דבש[118] היא: "לימא ליה משטה אני בך". אף שנפסק שגם אם ה"נעשק" אינו טוען "משטה אני בך", בית הדין מעלה טענה זו בשמו[119], מכל מקום העובדה שהדין תלוי בכך שטוענים "משטה אני בך" מלמדת שהחוזה אינו בטל מעיקרו[120].

[116] יש להעיר שלא מצאנו במשפט העברי הגבלת זמן על הזכות לטעון "משטה אני בך" (על הגבלת זמן לזכות הביטול בגין עילות אחרות, ראה סעיף 20). אם כן, אין נפקות בקביעה שהחוזה אינו בטל מאליו, שהרי כל זמן שירצה, יוכל לבטלו. אבל יכולה להיות נפקות בחוזה להעברת בעלות שנכרת מתוך מצוקה, שבו אילו היינו אומרים שהחוזה בטל, לא הייתה הבעלות עוברת גם אילו הביע ה"נעשק" רצון בכך אחר כך, אלא אם כן יעשה מעשה קניין חדש. ראה לעיל, הערה 96, על זכות הביטול של המוכר נכס מתוך מצוקה. נפקות נוספת היא, שאם מחל על זכות הביטול, כבר אינו יכול לבטלו.

[117] בבא קמא קטז ע"א.

[118] לעיל, ליד ציון הערה 19.

[119] תשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן סד (הובא במרדכי, סנהדרין, סימן תשד, וברמ"א, חו"מ, סימן פא, סעיף א). ש"ך, חו"מ, סימן פא, ס"ק ו, הסביר שדווקא בהודאה על חיוב קודם, אם לא טען "משטה אני בך", מניחים שהודאתו היא אמת, אבל בהתחייבות חדשה, אין סיבה שיחול עליו חיוב, ולכן פטור גם אם לא טען מעצמו (ראה בשמו, לעיל, הערה 40).

חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה (רטו ע"ד), מדייק כך גם משו"ת הרא"ש בעניין ערבות (לעיל, הערה 52). יש לציין שמהר"ם ורא"ש כתבו כך לעניין מצבים שלא הייתה מצוקה (ראה על כך לעיל, הערה 80), וקל וחומר הוא שבית דין טוען לו כך אם התחייב מתוך מצוקה.

ר' שלמה איגר, ספר העיקרים, ערך אונאה, אשכול ד, עמ' פז־פח, תולה שאלה זו במחלוקת אחרת: לפי הדעה שיכול לטעון "משטה אני בך" רק אם הבטיח סכום מופרז כל כך, יותר מכדי שהדעת טועה (ראה בשמו לעיל, הערה 94), טוענים לו גם אם לא טען, מפני שניכר שהוא משטה; ואילו לפי הדעה (שם) שיכול לטעון "משטה אני בך" גם בסכום נמוך יותר, אין טוענים לו כך, מפני שייתכן שהוא טעה וחשב שזה המחיר הראוי.

דעה חולקת: דרכי חושן, סימן רסד, סעיף ח, ביאורי חושן (עמ' עה), כותב שטענת "משטה אני בך" מתקבלת רק אם הוא טוען בעצמו.

ר' שמשון בר אברהם, באור זרוע, בבא קמא, סימן תנז, מעלה ספק, אם הנעשק טוען "לא היו דברים מעולם", ויש ראיה שהיו דברים מעולם, האם טוענים לו שהיה משטה, אף שהוחזק כפרן.

[120] יש לציין, שתשובות מיימוניות שם כותב שהתובע את ביטול החוזה בטענה שהצד השני ניצל את מצוקתו, אינו צריך להישבע שבשעה שהסכים לדרישות הצד השני התכוון לשטות בו ("משטה אני בך"). כך כתב גם מהר"ח אור זרוע, בתשובות בעלי התוספות, סימן קכד, אלא שהוא עושה הבחנה: אם "מוכחא מילתא שלהשטות נתכוון", כגון במעבורת ובחליצה המוטעית, הוא פטור משבועה; אבל במקרה אחר, כגון המבטיח שכר מופרז לשדכן או לפועל, הוא צריך להישבע על כך, כמו שנפסק בעניינו של מי שהודה בחיוב וטוען "משטה אני בך" (שולחן ערוך, חו"מ, סימן פא, סעיף א). ואילו תשובות מיימוניות שם דן

כך עולה גם ממה שכתבו הפוסקים[121], שאם קיים הנעשק את התחייבותו, כבר אינו זכאי לבטל את החוזה, "שאין [טענת] השטאה אחרי נתינה"[122], כלומר, אילו לא התכוון ברצינות

במקום שאין מצוקה, ובכל זאת לא הצריך שבועה. על כל פנים, הדברים אינם סותרים את מה שאמרנו, שהחוזה רק ניתן לביטול על ידי טענת "משטה אני בך".

[121] שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף רמ (הובא בשו"ת דברי ריבות, סימן שצו, בשארית יעקב, אלגזי, פרשת תזריע, דף כ ע"ד, בשו"ת ישיב יצחק, חלק ט, סימן סא, עמ' רצח, וסימן סג, עמ' שח, ובדברי חפץ, טולידו, דרוש כו, דף פד ע"ד); שו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן ל, הובא במרדכי, יבמות, סימנים כד־כה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסד, סעיף ח (הובא בקצות החושן, סימן רכז, ס"ק א, ובפסקי דין ירושלים, דיני ממונות, כרך א, עמ' נה); רמ"א, אהע"ז, סימן קסט, סעיף נ; שו"ת הליכות ישראל, סימן טז. ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רסד, ס"ק יח, מסביר שדין זה מבוסס על הדין (שולחן ערוך, חו"מ, סימן פא, סעיף כו), לעניין הודאה על חוב קודם, שהמודה אינו יכול לטעון "משטה אני בך" לאחר נתינת הכסף. חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה (רטז ע"ב), מדייק משו"ת הרא"ש (לעיל, הערה 52), האומר שאם עשה קניין, חייב לשלם מה שהבטיח, קל וחומר שאם כבר שילם, אינו יכול להוציא מיד המקבל.

שו"ת ויען דוד (וייס), חלק ב, סימן רמז, אות א, כותב שאם היה חוזה ארוך טווח (כגון בנידונו, במי שהתחייב לתת לחברו חצי מכל רווח שירוויח), גם אם כבר שילם לו על פי החוזה, יכול לטעון "משטה אני בך" לגבי העתיד. הוא לא הזכיר את הרשב"א.

בגדי כהונה (פרחיא), דרוש ו (קלז ע"ג), מסביר על פי זה, מדוע שילם יונה הנביא את שכר הספינה מראש (יונה א, ג), ולא אחרי הנסיעה כמקובל: הסיבה לכך היא, שהוא שילם שכר מופרז (נדרים לח ע"א), ובעלי הספינה חששו שיטען "משטה אני בך", ולכן דרשו שישלם מראש, ואחרי התשלום אינו יכול לטעון כך.

צפנת פענח (מהרי"ט), תולדות, דרוש א (לב ע"ד־לג ע"א), מסביר בכך, שיעקב דרש מעשיו שיעשה קניין על מכירת הבכורה (בראשית כה, לג), מפני שחשש שמא יטען עשיו טענת "משטה", ועכשו שעשה קניין, הוא כאילו כבר שילם, שאז אינו יכול לטעון "משטה". נראה שכוונתו היא שכאן, שה"תמורה" המופרזת היא הבכורה, ואי אפשר למסור את הבכורה, הרי עשיית הקניין על כך היא כאילו מסר את הבכורה. גם נימוקי רידב"ז, פרשת תולדות (יט ע"ב), מסביר שאילו היה יעקב אומר "מכור לי בכורתך ואתן לך נזיד", עשיו היה יכול לטעון טענת "משטה", ולכן דרש יעקב שעשיו יַקנה לו את הבכורה לפני שנתן לו את הנזיד, ובכך הוא משלם את כל השכר שהובטח, ולכן אינו יכול לטעון טענת "משטה".

אף שבעניין אונאה, גם לאחר התשלום ניתן לבטל את החוזה, הרי כבר התבאר לעיל, ליד ציון הערה 95, שאין כאן אונאה, שהרי הנעשק מודע לתנאים הגרועים של החוזה בשעת כריתתו.

צפנת פענח, הלכות ייבום, פרק ד, הלכה כד, תולה בחקירה מסוימת (שאינה ברורה) את דין חליצה מוטעית אם היבמה שילמה לפני החליצה.

[122] שו"ת הרשב"א, שם. שו"ת משיב דבר, חלק ב, סימן נא, נימק, שמניחים שנתן במתנה.

אבל ר' אשר וייס, שיעור מורנו הרב שליט"א, שנה ח, קובץ ז (רצז), פרשת תולדות תש"ע, עמ' ד, כותב שטעם הדין אינו שהעובדה ששילם מוכיחה שהוא מתחייב בלב שלם, שהרי אם כן, מדוע הרשב"א והמרדכי כתבו שאם האסיר שילם לבעל המעבורת לפני שהעביר אותו, אינו יכול להוציא מידו? הרי אין בכך הוכחה שעשה בלב שלם, שכן ייתכן ששילם משום שחשש שאם לא ישלם, לא יסכים בעל המעבורת להעביר אותו; ורק תשלום כשכבר עברה המצוקה יכול להוכיח שהתחייב בלב שלם. לכן הוא מנמק את הדין בדרך אחרת: שטענת "משטה אני בך" היא טענה חלשה, ומועילה רק להשאיר אצל המוחזק ולא להוציא מן המוחזק, כמו שמיגו מועיל רק להשאיר אצל המוחזק ולא להוציא מן המוחזק. בזה הוא מיישב איך הועילה מכירת הבכורה על ידי עשיו (ראה לעיל, הערה 29): הבכורה היא דבר שאינו מוחשי, ונמצא שעשיו לא היה מוחזק בה, ולכן לא היה יכול לטעון "משטה אני בך" (כפי שהוא מעיר, לפי הטעם שהתשלום מוכיח על גמירת דעת, לא היה מקום להסבר זה, שהרי עשיו לא עשה מעשה של תשלום).

כמו כן, מדברי יד המלך, על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ז, עולה שהרמ"ה, בשיטה מקובצת, בבא קמא קטז ע"א, סובר גם הוא שאם שילם, כבר אינו יכול להוציא, אבל מטעם אחר: משום שעכשו הוא "מוציא מחברו", ועליו להוכיח שהיה משטה. כלומר, טענת "משטה אני בך" היא רק טענת ספק, ומועילה רק להחזיק ולא להוציא.

כשהבטיח, לא היה משלם את מה שהבטיח. דין זה מראה שעילת הביטול בגין עושק חלשה מעילת הביטול בגין טעות או כפייה, שהרי שם עילת הביטול קיימת גם אחרי קיום החוזה[123]. והרי חוזה שנכרת עקב טעות או כפייה אינו בטל, אלא ניתן לביטול[124], וקל וחומר שכך הוא בחוזה שנכרת עקב עושק.

לעניין הלכה זו, גם מחילת חוב נחשבת כתשלום. כלומר, אם התחייבותו של הנעשק הייתה רק למחול על חוב שהעושֵק היה חייב לו, בתמורה לקבלת השרות, והוא מחל על החוב, כבר

דעה חולקת: חידושי הריטב"א, קידושין ח ע"א, ד"ה לעולם, כתב: "ואפילו נתן לו הדמים חוזר". וכך כתב גם בחידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא לא ע"ב, ד"ה ה"ג יש. וכך כתב ר' יונתן, בשיטה מקובצת, בבא קמא שם (הובא בשערי מאיר, סימן ה, עמ' כד). בית הבחירה, בבא קמא קטז ע"א, מביא את שתי הדעות. שו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, סימן כה, פרק לה, מסביר את דעת הריטב"א על פי מה שכתב בית יוסף, חו"מ, סימן לב, מחודש ה, שראב"ד, תמים דעים, סימן נא (הובא בספר התרומות, שער מב, חלק ו, אות ב), סובר לעניין הודאה שגם אם כבר שילם, יכול לטעון "משטה אני בך"; אלא שש"ך, חו"מ, סימן פא, ס"ק סו, כותב שהראב"ד סובר שכאן אינו יכול לטעון "משטה אני בך". ר"א וייס (שם) מסביר שדעה זו סבורה שטענת "משטה אני בך" אינה טענה בעלמא, אלא יש כאן "אנן סהדי", שמועיל גם להוציא מן המוחזק. אבל משפטי הממון (לייפר), סימן רכז, הערה 14, מעלה אפשרות שהריטב"א בקידושין מסכים לרשב"א, והוא לא התכוון לומר שבנידונו פטור משום "משטה", אלא משום אונאה, ומה שהביא ראיה מ"טול דינר והעבירני", הוא רק שלא נאמר שאם הוא במצוקה, הסכום שהבטיח נחשב סכום ראוי, ואין בכך אונאה, ומ"טול דינר והעבירני" הוכיח שעל אף מצוקתו, מחיר השוק הוא המחיר הראוי; וכיוון שבקונה יש אונאה, יכול לתבוע את ההפרש גם אחרי ששילם.

חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה (רטז ע"א), מעיר שבעניין מי ששכר פועל, והפועל חזר בו, והבטיח לו יותר מן המגיע לו, פסקו רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ט, הלכה ד, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן שלג, סעיף ה, שגם אם כבר שילם לפועל, חייב הפועל להחזיר את התוספת, אם זה דבר האבד; וזה סותר את דברי השולחן ערוך (לעיל, הערה 121), שהרי בשני המקרים אדם נמצא במצוקה והאחר חייב לעזור לו (אפשר ליישב, שבפועל, היות שכבר הסכים לשכר נמוך, גם אחרי שחזר בו נחשב המשך מלאכתו ככפוף לאותו שכר נמוך, מה שאין לומר במצב רגיל; על הבדל נוסף בין מצב רגיל לבין פועל שהפסיק והוטעה, ראה לעיל, הערה 104, בשם וילקט יוסף). והוא פוסק (בדף רטז ע"ב) שגם אם כבר שילם, הרי אם לאחר מכן הגיע לידו רכוש של האחר, הוא יכול לטעון "קים לי" כדעה שגם אם כבר שילם הוא זכאי להחזר, ויכול לגבות חזרה את ההפרש מרכושו של האחר.

חקרי לב, מהדורא בתרא, חו"מ, סימן לט (רמו ע"א), כותב שמשכיר בית שסירב למסור אותו לשוכר, והוצרך השוכר להבטיח לו יותר ממה שקצבו ביניהם, פטור מלתת לו את ההפרש, אבל אם כבר נתן, המשכיר אינו חייב להחזיר לו, כמו במעבורת. הוא מעיר על הקושי, שלגבי פועל בדבר האבד, גם אם נתן שכר מופרז הוא זכאי לקבלו חזרה, ומשיב על כך שכאן אין זה דבר האבד. דבריו קשים, שהרי מעבורת היא מצב של דבר האבד, שכן האסיר נמצא בסכנה, ובכל זאת נפסק בו שאם שילם, אינו זכאי להחזר.

אמרי הצבי, בבא קמא קטז ע"א (סימן לו, אות ז), מעלה ספק האם מועילה תפיסה אחרי שכבר שילם, בהסתמך על ר' יונתן.

אבני שוהם (פרץ), בבא קמא קיז ע"א, כותב שמלשון "טול דינר" משמע שכבר שילם, ובכל זאת זכאי להשבה. אבל הוא לא הזכיר את הרשב"א ולא את השולחן ערוך, וכנראה, דבריהם נשמטו ממנו.

[123] בכך יש תשובה לשאלה, הרי כפי שראינו בסעיף 17, פרק חמישי, ב, אין זכות ביטול בגין כפייה אם לא כפה צד אחד על האחר לכרות את החוזה, אלא הוא עצמו כרת את החוזה מתוך פחד ("אונסא דנפשיה" — כפייה עצמית), והרי זה המצב במעבורת ובחליצה מוטעית, ומדוע יש בהם זכות ביטול? התשובה היא, שזכות הביטול בהם מוגבלת למצב שעוד לא קוים החוזה. ואפשר להסיק בכך שבכל כפייה עצמית, יוכל לבטל את החוזה כל עוד לא קוים. אבל זאת רק במצב שאכן תנאי החוזה היו גרועים, כגון מתנה; ורק במצב שניכר מבחוץ שהנעשק פחד, שאם לא כן, אלו דברים שבלב. וראה על כך לעיל, הערה 79.

[124] ראה סעיף 14, פרק שלישי, ד, לעניין חוזה בטעות, וסעיף 17, פרק עשירי, ב, לעניין חוזה בכפייה.

אינו יכול לבטל את החוזה; כלומר, החוב מחול באופן סופי[125]. כמו כן, אם היו בידי העושק נכסים של הנעשק, כך שהתחייבותו של הנעשק לשלם לעושק בעצם הייתה התחייבות למחול על זכותו על נכסים אלו, אינו יכול לבטל את התחייבותו[126].

כמו כן, אם הנעשק התחייב לשלם סכום מסוים לעושֵק, והוא הפקיד את הסכום בידי אדם שלישי, שלאחר מעשה יעביר אותו לעושֵק, כבר אינו יכול לבטל את החוזה[127]. אף מסירת

[125] שו"ת מגן דוד (גיג'), אהע"ז, סימן א (כב ע"ד); פסקי דין רבניים, כרך ה, עמ' 78. בפד"ר שם מדובר באישה שמחלה לבעלה על חיוביו כלפיה, בתמורה לכך שיגרש אותה, ואחר כך טענה שמחלה מחמת מצוקתה, ושאין הגירושין שווי ערך לחובות שמחלה.

מגן דוד נימק, שבמחילתו, הוא כאילו שילם לעושֵק, שהרי העושֵק מוחזק. אבל הוא כותב, שאם אמר: "אני מוחל על החוב כשתעשה את הפעולה", כך שהמחילה תחול רק לאחר עשיית הפעולה, עדיין יכול לטעון "משטה אני בך", ורק אם שילם לפני שהלה ביצע את הפעולה, אומרים שאין השטאה אחר נתינה (ולא ברור מדוע יש יותר מקום לטעון טענת "משטה" אם שילם אחרי ביצוע הפעולה; אדרבה, אם שילם לפני ביצוע הפעולה, ייתכן שעשה זאת רק כדי שהלה יסכים לבצע את הפעולה; ואמנם כאן, שהמחילה נאמרה לפני ביצוע הפעולה, אין מקום לסברה זו, אבל עדיין לא מובן מה בכך שהמחילה חלה רק אחרי ביצוע הפעולה). בכל זאת פסק בנידונו שהמחילה תקפה: מדובר במי שהתחייב לשלם לכלתו אלף, אם בנו יגרש אותה; ואחר כך היא סבלה מבעלה, וביקשה מהאב שישכנע את בנו לגרש אותה, ותמורת זאת מחלה לאב (חמיה) על חיובו כלפיה. הוא כותב שהאב זכה במחילה מיד, שהרי התחייבותו אמורה לחול רק ברגע שהבן מגרש, וברגע שהוא אמור להתחייב, היא אומרת "אני מוחלת על החיוב שאתה חייב עכשו לתת, בשכר השכנוע", ואם כן, חל הכלל שאין השטאה אחרי נתינה.

[126] שו"ת גור אריה יהודה, חו"מ, סימן ז; אמרי איש (דדש), שו"ת, סימן מט, עמ' שכה (אם העושק תפס מנכסיו עוד לפני כן).

הם מסתמכים על סמ"ע, סימן פא, ס"ק יג, שכתב לעניין הודאה, שאין טענת "משטה" אם התובע תפס לפני כן, מפני שלא היה לו להודות (אילו היה רק משטה), כיוון שידע שממונו ביד התובע.

גור אריה יהודה מוסיף, שאף שהש"ך, חו"מ, סימן פא, ס"ק יא, סובר שאף אם תפס התובע לפני ההודאה, יכול הנתבע לטעון טענת "משטה", הרי הוא נימק, שהנתבע אומר לתובע: "הרי אתה רוצה להחזיר מה שתפסת ממני, שאם לא כן לא היית תובע ממני 'מנה לי בידך', אלא ודאי ידעת שתתחייב להחזיר לי מה שתפסת ממני, ותבעת ממני כסף אחר, ועל זה שיטיתי בך"; ונימוק זה אינו שייך כאן, שהרי מה שבעל המעבורת דרש סכום גבוה (ולא סמך על כך שרכושו של האסיר בידו), הוא מפני שהיה צריך להסכים עמו על גובה דמי טרחתו, והתכוון לנכות מזה את ממון האסיר שבידו, ואם כן, לא היה לאסור לשַטות בו.

דעות חולקות: שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, חו"מ, סימן טו, כותב שאם לא נתן כלום, אלא היה ביד העושֵק ממונו של הנעשק (שהיה חייב לו כסף), הוא יכול לטעון "משטה אני בך", והלה חייב להחזיר לו את ממונו, ואין התפיסה מפקיעה טענת "משטה".

כמו כן, משמרות כהונה, בבא קמא קטז ע"א, מוכיח מהסוגיה שגם אם תפס בעל המעבורת אחרי שעשה את הפעולה, אין תפיסתו מועילה. הוא דוחה את ההוכחה מהודאה, שבה אין מתקבלת טענת "משטה" אם תפס אחרי ההודאה, שכן בהודאה, אם עשה קניין, אינו יכול לטעון טענת "משטה", ואילו כאן, גם בקניין יכול לטעון "משטה", לפי הרשב"א (לעיל, הערה 62).

[127] מהר"ם מרוטנבורג ומרדכי (לעיל, הערה 121); רמ"א, אהע"ז, סימן קסה, סעיף א, וסימן קסט, סעיף נ, ודרכי משה, אהע"ז, סימן קסה, ס"ק ד; חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה (ריד ע"ג).

מהר"ם ומרדכי שם (הובא בט"ז, אהע"ז, סימן קסה, ס"ק ג, ובערוך השולחן, אהע"ז, סימן קסט, סעיף עד, וחו"מ, סימן רסד, סעיף יח), עושים הבחנה: אם אמר הנעשק לשליש שייתן את כספו לעושק לאחר המלאכה, השלשה זו נחשבת כנתינה לענייננו; אבל אם לא אמר לשליש שעם סיום המלאכה יעביר את הכסף לידי העושק, אין זה נחשב כנתינה.

שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן ג, כותב שגם אם נתן את הכסף לבנו הקטן של העושק, שעוד לא הגיע לגיל

משכון להבטחת התשלום, די בה כדי למנוע טענת "משטה אני בך"[128]. נראה שכך הדין גם אם הנעשק נתן ביטחונות אחרים לקיום חיובו, כגון שהעמיד ערבים. אבל העובדה שהנעשק מסר לעושֵק שטר ובו הוא מתחייב לשלם את הסכום, אינה נחשבת כאילו כבר שילם[129].

כאמור, הלכה זו, שהנעשק אינו יכול לבטל את החוזה אחרי שקיים אותו, נובעת מכך שקיום החוזה מראה שהייתה לו גמירת דעת בהסכמתו לחוזה. משום כך, פסק מהרש"ל[130], שאם הנעשק מסר "מודעא"[131] לפני התשלום, כלומר, הודיע לעדים שהוא משלם מחמת מצוקתו ובכוונתו לתבוע בעתיד את החזר הסכום המופרז, והוא שילם כשעודנו נתון במצוקה, הוא עדיין זכאי לבטל את החוזה[132].

"צרור וזורקו", כך שאינו יכול אף לזכות לעצמו, ואביו נטל ממנו את הכסף, גם אם נטל בלי רשות מפורשת של המשלם, נחשב שכבר שילם, מפני שעל דעת כך נתן הנעשק לבן.

דעה חולקת: שו"ת מהרש"ל, סימן כה (ד"ה ואומר), כותב שגם אם מסר את הכסף לשליש, יכול לבטל את התחייבותו.

[128] שו"ת הרמ"א, סימן פו, ד"ה ומה שטוען (הובא בשו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קנז, ובחקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלה, דף ריד ע"ג).

שו"ת פנים מאירות, חלק א, סימן צז, כותב שמסירת משכון אינה נחשבת כאילו שילם, אלא אם כן אמר לו שיקנה בגוף המשכון כנגד הסכום שהתחייב לו.

יש לציין שבנידונו של הרמ"א, המשכון היה ביד מקבל ההתחייבות עוד לפני ההתחייבות.

[129] רשב"א (לעיל, הערה 121); שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קנז (אלא אם כן עשה קניין גמור).

נראה שכך יהיה גם אם המתחייב נתן המחאה דחויה לפני קבלת השירות, ומועד פירעונו לאחר קבלת השירות, באופן שניתן לבטלו לפני הפקדתו.

פנים מאירות שם עושה הבחנה: אם מראש נתן לו את השטר כתשלום, או שנתן לו אותו לאחר זמן, ולא נכתב בשטר שהוא למילוי התחייבותו, נחשב כאילו שילם; אבל אם מראש התחייב לשלם לו, ואחר כך נתן לו את השטר למילוי התחייבותו, וכתב בו שהוא בעבור התחייבותו, אינו נחשב תשלום. נראה שטעמו הוא, שהעובדה שציין עבור מה ניתן התשלום, מראה שהוא שומר על זכותו לטעון אחר כך שהתשלום ניתן במסגרת ההשטאה.

[130] שו"ת מהרש"ל, סימן כה, ד"ה וכן נראה (הובא בבאר היטב, אהע"ז, סימן קסט, ס"ק נ, ובפסקי דין רבניים, כרך ה, עמ' 78־79).

שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתקפו (תקנו), עושה הבחנה דומה: אם שילם בתור מתנה, אינו יכול לחזור בו, אבל אם שילם מחמת שחשב שהוא חייב מן הדין, יכול לחזור בו, כיוון שזוהי נתינה בטעות. לא ברור אם לדעתו הוא נאמן בטענה שחשב כן או שטענה זו צריכה להיות מוכחת מהנסיבות.

שו"ת משיב דבר, חלק ב, סימן נא, מעלה אפשרות שאם הנעשק אמר במפורש לעושֵק שהוא משלם רק מפני שהוא במצוקה, עדיין יכול הוא לטעון "משטה אני בך" (אולי סבר שרק אמירה לעושֵק עצמו מוכיחה חוסר גמירת דעת, ולא אמירה לאדם אחר). אבל במסקנתו כתב שבכל מקרה, אם שילם, אין מוציאים מיד העושֵק. אבל מדבריו עולה שהוא דיבר על מצב שהנעשק פטור מלשלם מפני שהייתה מצווה על האחר לעזור לו, ואסור ליטול שכר מצווה (ראה בשמו לעיל, הערה 31), ועל כך הוא מסביר שזה רק איסור לכתחילה, אבל אם כבר לקח, אינו חייב להשיב. והוא לא דן מצד הפטור של "משטה אני בך".

[131] דין "מודעא" מקורו בדיני חוזה שנכרת בכפייה. ראה סעיף 17, פרק תשיעי.

[132] נראה שאם לא מסר מודעא, אינו זכאי לבטל גם אם לא היה סיפק בידו למסור מודעא, מפני שההנחה בסתם היא שהתשלום מוכיח על גמירת דעת, ורק הוכחה חיובית על חוסר גמירת דעת יכולה לעקור הנחה זו.

דעה חולקת: דרכי משה, אהע"ז, סימן קסט, ס"ק לא* (במהד' הטור השלם), כתב על הדין שאם היבמה שילמה לחולץ, אינה יכולה לתבוע ממנו, "ואפילו מסרה מודעא". אבל באר היטב ובית הדין הרבני, שם, לא ראו את דבריו מפני שהדברים אינם מופיעים במהדורות רגילות של דרכי משה.

ב. ביטול חלקי[133]

התרופה שנותן המשפט העברי למי שכרת חוזה מתוך מצוקה, אינה ביטול מוחלט של החוזה אלא העמדתו על תנאים סבירים[134]. להסברת טעם הדבר, יש להבחין בין שני מצבים.

המצב הראשון הוא שכבר ניתן שירות. שם אין מקום לביטול החוזה, שהרי אי אפשר להחזיר את השירות. השאלה היחידה העומדת לדיון במצב זה היא אפוא, מה גובה התמורה שעל מזמין השירות לשלם? כך הוא, לדוגמה, בעניין אסיר נמלט שהסכים לשלם שכר מופרז לבעל ספינה תמורת חציית הנהר. משחצה את הנהר, אין מקום לביטול החוזה אלא רק להעמדתו על תנאים סבירים.

המצב השני הוא, כשמבחינה תאורטית אפשר היה לבטל את החוזה לגמרי. לדוגמה, לגבי רכישת מוצרים מתוך מצוקה[135], ניתן היה לבטל את המכירה, ובכל זאת נקבע שהמכירה תקפה, והתרופה היא העמדת התמורה על גובה סביר. דוגמה נוספת היא בבעל שניצל את מצוקת אשתו כדי לדרוש ממנה סכום מופרז תמורת הסכמתו לתת לה גט[136]. גם שם ניתן היה לכאורה לבטל את תוקפו של הגט ולהשיב את המצב לקדמותו. אף על פי כן נקבע שהגט תקף ושהבעל זכאי לשכר ראוי בלבד. כך גם נקבע לגבי ערב שהסכים לחתום על שטר ערבות תמורת שכר מופרז: הערבות עומדת בתוקפה והערב זכאי רק לשכר ראוי[137]. מדוע במצב זה אין המשפט העברי נוקט בתרופה של ביטול מוחלט של החוזה?

אפשר להסביר את עמדת המשפט העברי בשתי דרכים, בהתאם לשתיים מן הגישות שראינו לעיל בעניין היסוד המשפטי לזכות הביטול.

לפי הגישה האחת (המקובלת על רוב הפוסקים)[138], יסודה של זכות הביטול בפגם בגמירת דעתו של הנעשק. מאחר שפגם זה נוגע אך ורק לתנאיו הגרועים של החוזה, ולא לעצם ההתקשרות, שנעשתה מרצון שלם, אין עילה לבטל את החוזה עצמו אלא רק את תנאיו הגרועים[139].

[133] דיוננו כאן אינו נכנס למסגרת לסעיף 19 (שכותרתו "ביטול חלקי"), העוסק בחוזה שניתן לפרקו לחלקים באופן שחלקו פגום בטעות, כפייה או עושק, וחלקו אינו פגום. שם הכוונה לחוזה שאפשר לפצל את התחייבויות שני הצדדים לזוגות, חיוב חלקי כנגד חיוב חלקי, ורק בזוג אחד (או בכמה זוגות) יש פגם. כאן מדובר בהתחייבות אחת שכולה פגומה, אלא שבפועל מסתפקים בקיום חלק ממנה.

[134] כך הוא לדוגמה במקרה של אסיר נמלט (לעיל, ליד ציון הערה 15): "אין לו אלא שכרו". לעומת זאת, לגבי חליצה מוטעית (לעיל, ליד ציון הערה 22), נקבע שהיבמה פטורה לגמרי, מפני שבאופן רגיל לא מגיע לחולץ שום תשלום בעד החליצה.

לא מצאנו בדברי פרשני החוק הסבר לכך שהחוק אינו מאפשר את תיקון החוזה, כפי שהוא מאפשר בטעות, בסעיף 14, וכן בחוזה אחיד, ומאפשר רק את התרופה של ביטול החוזה. תרופה של ניכוי מהמחיר נקבעה בחוק השכירות והשאילה, התשל"א־1971, סעיף 9(א)(1), ובהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 497.

[135] ראה לעיל, הערה 48. אם המוצר כבר אינו בעין (כגון מאכל שכבר נאכל), אי אפשר לבטל את החוזה, כמובן, וזו הסיבה שהתרופה היא העמדת התמורה על תנאים סבירים. אבל מלשון הפוסקים נראה שגם אם המוצר עדיין קיים, התרופה זהה, ולכן עלינו למצוא סיבה אחרת לכך שאין מבטלים את החוזה לגמרי.

[136] ראה לעיל, הערה 54.

[137] ראה לעיל, הערה 52. שם ראינו שלפי פוסקים אחדים, לא יקבל שום שכר.

[138] לעיל, ליד ציון הערה 27.

[139] לפי נתיבות המשפט (לעיל, הערה 95), שזכות הביטול בעושק מבוססת על כך שיש אונאה, לכאורה היה

לפי הגישה השנייה[140], יסודה של זכות הביטול הוא מפני ש"כופין על מידת סדום". לפי גישה זו, אין מקום לבטל את ההתקשרות כולה אלא רק למנוע מן העושק את היתרונות שביקש להשיג באמצעות התנאים הגרועים.

כפי שראינו לעיל[141], גישת החוק דומה לגישה השנייה, שזכות הביטול יסודה בשיקולים מוסריים. על כן, מן הדין לפרש את החוק כך שניתנת לצד הנעשק תרופה של העמדת תנאי החוזה על תנאים סבירים.

פרק שמיני

מצבי עושק נוספים — "חולשתו השכלית או הגופנית, או חוסר ניסיונו"

א. כללי

מתוך ארבעת סוגי העושק המנויים בסעיף, עוסק המשפט העברי בהרחבה רק בניצול מצוקה, ובו התמקד דיוננו עד כה. אשר לסוגים האחרים — ניצול חולשה שכלית, ניצול חולשה גופנית וניצול חוסר ניסיון — מצאנו במשפט העברי רק הלכות אחדות המשקפות הכרה בשיקולים הדומים לאלו של עילת העושק שבחוק[142]. להלן נעסוק בהלכות האלה.

ב. חולשה שכלית

לפי המשפט העברי, חרש שאינו מדבר ואינו שומע הוא חסר כשרות משפטית לביצוע פעולות משפטיות, וזאת על יסוד ההנחה, שעל פי רוב, אדם כזה "אין בו דעה"[143]. עם זאת,

מקום לומר שכמו שבאונאה מעל שישית, יש לצד הנפגע רק אפשרות לבטל את החוזה לגמרי או לקיימו בתנאים שנקבעו, ואינו זכאי לקבל את ההפרש (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 85, לענין טעות בחוזה בכלל), גם כאן זכאי הצד השני לטעון: "הסכמתי לכרות את החוזה רק בגלל תנאיו הטובים במיוחד מבחינתי, ואילו ידעתי שהתנאים ישונו, לא הייתי מתקשר". כנראה, הסיבה שאין אומרים כן היא בגלל השיקול המוסרי של "כופין על מידת סדום"; ואף שגם באונאה, המאנה פעל שלא כראוי, בהטעיית הצד השני, הרי כאן הצד השני ניצל מצוקה, וזו התנהגות חמורה יותר, שיש להרתיע מפניה (אבל כפי שראינו לעיל, הערה 80, לפי פוסקים אחדים, הדין חל גם במצב שאין מצוקה). זאת ועוד: אילו היינו קובעים שבאונאה, זכאי הצד המתאנה לקבל את ההפרש חזרה, היה אדם מציע תמורה גבוהה לאדם תמורת נכס (שהיה מסרב למָכרו במחירו הרגיל), והלה היה מוכר לו, ואחר כך היה הקונה דורש ממנו את ההפרש.

[140] לעיל, ליד ציון הערה 42.

[141] לעיל, ליד ציון הערה 46.

[142] נראה שהסיבה שהמשפט העברי לא הכיר בעילת העושק במצבים אלו היא שלא היה צורך בכך. בעיית התנאים הלא־סבירים במצבים אלו יכולה להיפתר על ידי דיני האונאה. דווקא בניצול מצוקה, היה צורך בהסדר מיוחד, מפני שלפי דיני אונאה, לא הייתה תרופה למנוצל, כיוון שבשעת ההתקשרות הוא ידע שהתמורה מופרזת. לעומת זאת, במצבים של חולשה שכלית, חולשה גופנית וחוסר ניסיון, הצד המתקשר אינו יודע שהתמורה מופרזת, ולכן חלים דיני אונאה. אולם יש לציין שגם כאן האונאה אינה תמיד פתרון, שכן יש חריגים שאין בהם דין אונאה, כגון בפועל.

[143] יבמות צט ע"ב; רש"י, חגיגה ב ע"ב, ד"ה חרש, ונידה יג ע"ב, ד"ה בכל מקום; שו"ת חתם סופר, אהע"ז, חלק ב, סימן ב (ד"ה גרסינן). רמב"ם, הלכות עדות, פרק ט, הלכה יא, נוקט ש"אין דעתו נכונה".

תיקנו חכמים שתועיל עסקה שהוא עושה בקניית מיטלטלין או במכירתם[144], וזאת משום "כדי חייו"[145], כלומר, כדי שיוכל לנהל את חייו השוטפים תוך כדי משא ומתן הדרוש לכך, ולצורך זה צריך שיוכל לקנות ולמכור מיטלטלין, אבל אין לו צורך בקיום עסקאות במקרקעין.

לעומת זאת, על חרש המדבר ואינו שומע, אומרת התוספתא[146] שהוא "כפיקח לכל דבר". לאור זה, תמהו רבים על הרמב"ם[147], שפסל את תוקפה של עסקה במקרקעין שעושה חרש המדבר ואינו שומע: "חרש... שמדבר ואינו שומע כלום, מוכר ולוקח ברמיזה[148] במטלטלין אבל לא בקרקע"[149].

ביישוב קושי זה הועלו דרכים אחדות. דרך אחת היא, שאמנם חרש המדבר ואינו שומע הוא כפיקח לכל ענייניו, אך עם כל זה הוא נחשב בעל רפיון שכלי, ואין לו רמה שכלית מספקת לבצע פעולות משפטיות[150]. אלא שפסלותו של חרש המדבר היא בעסקי מקרקעין בלבד, ואילו עסקאותיו במיטלטלין תקפות, מפני תקנת "כדי חייו".

אך צפנת פענח, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טז, כתב שדינו של חרש הוא גזֵרת הכתוב, ואף שהוא חריף ביותר, אין במעשיו כלום. וראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך חרש, כרך יז, עמ' תצה ואילך.
לעניין מעמדו המשפטי של חרש בכלל ובימינו במיוחד, ראה: נ' רקובר, אוצר המשפט, כרך א, עמ' 307, וכרך ב, עמ' 308.

144 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף יז.
מקור דברי הרמב"ם הוא במשנה, גיטין נט ע"א: "החרש רומז ונרמז. רבי יהודה בן בתירא אומר: קופץ ונקפץ, במטלטלין". הרמב"ם הבין שהמילה "במטלטלין" אינה חלק מדברי רבי יהודה בן בתירא, אלא מתייחסת לשתי הדעות שבמשנה, ומכאן למד הרמב"ם שחרש יכול לשאת ולתת (ברמיזה) רק במיטלטלין, אך לא בקרקע. ראה: כסף משנה, שם; מרכבת המשנה, שם; דרישה, חו"מ, סימן רלה, סעיף יט; גידולי תרומה, שער לו, אות א; פרי חדש, אהע"ז, סימן קכ, סעיף ה; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רלה, ס"ק נד.

145 רמב"ם שם; רש"י, גיטין נט ע"א, ד"ה קמ"ל.
בית הבחירה, גיטין נט ע"א, כותב ש"גדולי המפרשים" (כינוי שהוא רגיל להשתמש בו לראב"ד) נוטים לומר שגם עסקאותיו בקרקע תקפות. בירור הלכה, גיטין נט ע"א, ציון ב, פרק ב, מסביר שהראב"ד סובר שמה שנאמר במשנה שם "מטלטלין", הוא חלק מדברי ר' יהודה בן בתירה, שאין הלכה כמותו.

146 תוספתא, תרומות, פרק א, הלכה ב, הובא בחגיגה ב ע"ב ובגיטין עא ע"א. וכך פסק רמב"ם, הלכות אישות, פרק ב, הלכה כו. יש לכך חריגים, כמצוין באנציקלופדיה תלמודית שם, הערות 13-16.

147 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ב. כך פסק גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף יז.
צפנת פענח, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טז, משווה חרש המדבר ואינו שומע למי שפחות מבן עשרים, שאינו יכול למכור קרקע שירש מאביו (כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 160), שגם חרש זה אינו יכול להקנות דבר שנקנה לו ממילא. משמע מדבריו שהחרש הזה יכול למכור קרקע שהשיג בעצמו. כמו כן, הוא כותב שאם אותו חרש חריף בדעתו, גם לדעת הרמב"ם, דינו ככל אדם. אלא שפשטות לשון הרמב"ם אינה תומכת בסייגים אלה.
על מי שנולד שומע ואחר כך נתחרש, והוא מדבר, ראה: שו"ת בית הלוי, חלק ג, סימן ג, אות ג (הובא בבית אהרן וישראל יג, סיוון-תמוז תשמ"ח, עמ' פט); שו"ת דברי יציב, חו"מ, סימן עח.

148 כלומר, באמצעות תנועות ראש וידיים, כאמור במשנה, גיטין נט ע"א, שציטטנו בהערה 144.

149 מגיד משנה, שם, הקשה על הרמב"ם מהתוספתא. על קושיה זו ראה גם: אמרות טהורות, אהע"ז, סימן קכ (קלח ע"ד); שו"ת בניין שלמה (הכהן), חלק ב, יו"ד, סימן לו (על סימן א, סעיף ו); גבול יאודה (אשכנזי), גיטין עא ע"א (עז ע"א בדפי הספר); גט מקושר (בולה), החרש והאילם, סימן יז, אות יא..
טור, חו"מ, סימן רלה, סעיף יט, חולק על הרמב"ם, ופוסק שיש תוקף גם לפעולתו במקרקעין. כנראה, הוא מפרש את המשנה המבחינה בין מקרקעין למיטלטלין, על חרש שאינו שומע ואינו מדבר, אבל אם הוא מדבר, הוא יכול לפעול גם במקרקעין.

150 נתיבות המשפט, סימן רלה, ס"ק כ; שו"ת שאילת דוד, אהע"ז, סימן כז, בסופו; שו"ת איגרות משה, אהע"ז,

דרך יישוב אחרת היא, שהרמב"ם סבור שהתוספתא שאמרה שהוא כפיקח עוסקת בחרש השומע מעט, ואילו הרמב"ם מדבר ב"חרש... שמדבר ואינו שומע כלום", כפי שהוא מדגיש בלשונו, ודין חרש כזה כדין חרש שאינו שומע ואינו מדבר[151]. לפי דרך זו, עסקת מקרקעין של מי שאינו שומע כלל, פסולה עקב חוסר כשרותו המשפטית לבצע פעולות משפטיות, ורק במיטלטלין הוא יכול לסחור משום תקנת "כדי חייו".

לפי הדרך הראשונה, פסלותו של המדבר ואינו שומע לעסקה במקרקעין היא דוגמה לפסילת חוזה עקב חולשה שכלית. אולם לפי הדרך השנייה, אין זה בגדר חולשה שכלית אלא חוסר דעת של ממש, כמו בחרש שאינו שומע ואינו מדבר.

גם לפי הדרך הראשונה, שונה הלכה זו בכמה היבטים מהוראת החוק בדבר "חולשה שכלית". בחלקם ההלכה צרה יותר מהוראת החוק, ובחלקם היא רחבה יותר. מחד גיסא, היא אינה מתייחסת לכל בעל רפיון שכלי, אלא לחרש המדבר ואינו שומע בלבד. כמו כן, היא מתייחסת לעסקאות מקרקעין בלבד. מנגד, היא אינה מקנה זכות ביטול בלבד, אלא קובעת שהחוזה בטל מעיקרו בגלל חסרון בכשרותו המשפטית[152]. כמו כן, לפי המשפט העברי, אין בטלות החוזה תלויה בכוונת ניצול או בתנאים גרועים שיש בחוזה, אלא אך ורק בזהות המתקשר.

ג. חולשה גופנית

הביטוי "ניצול חולשה גופנית" יכול להתפרש בדרכים אחדות:

(א) ניצול חולשה גופנית הגורמת למתקשר שייאלץ להסכים להתקשר בחוזה, אף שהוא מודע לתנאים הגרועים שיש בו. דוגמה לכך היא הדורש מאדם נכה מחיר מופרז עבור שירות שהלה זקוק לו, כשהוא יודע שאין לנכה בֵּרֵה אלא לקבל את דרישותיו. ניצול החולשה הגופנית במשמעות זו אינו אלא מקרה פרטי של ניצול מצוקה שעסקנו בו בפרקים הקודמים,

חלק ג, סימן לג; מרכבת המשנה, על הרמב"ם שם; שו"ת דברי חיים, חלק ב, אהע"ז, סימן עב, בסופו (הובא בשו"ת רבי עזריאל, חלק ב, סימן נח); שו"ת נושא האפוד (פיפאנו), סימן טו, ד"ה איברא; שו"ת אבני נזר, אהע"ז, סימן רכה, אות ג; שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן קמ. הם משווים זאת לדינו של צעיר שאינו יודע בטיב משא ומתן, שנראה להלן, ליד ציון הערה 176.

[151] כך פירשו: בית יוסף, חו"מ, סימן רלה, סעיף יט, וכסף משנה, על הרמב"ם שם, בתירוצו השני; סמ"ע, סימן רלה, ס"ק מו.

ואכן בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף יט, כתב שחרש ששומע קצת דינו כפיקח לכל דבר. הבחנה זו בין מי ששומע קצת לבין מי שאינו שומע כלל מקובלת גם על השיטה הקודמת, אלא שלפי השיטה השנייה, התוספתא אומרת דין זה במי ששומע קצת, ולפי השיטה הראשונה, דינו של מי ששומע קצת לא נזכר בדברי חז"ל, אלא הוא מסברה.

שו"ת מהר"ם שיק, אהע"ז, סימן עט, אות ג, תירץ תירוץ אחר: התוספתא עוסקת במי שמדבר ממש, ואילו הרמב"ם עוסק במי שאינו מדבר אלא רומז, כפי שהרמב"ם נוקט "רמיזה" (הפרשנים האחרים יסבירו שהסיבה שנקט לשון "רמיזה" היא, שהוא עוסק גם בחרש שאינו שומע ואינו מדבר). להסבר אחר בדברי הרמב"ם, ראה להלן, ליד ציון הערה 155.

[152] כך עולה מלשון רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה א: "אין מקחו מקח ואין ממכר ממכר".

אבל ערוך השולחן, חו"מ, סימן רלה, סעיף כד, כותב שלדעת מגיד משנה, אם החרש וקרוביו רוצים בקיום עסקת המקרקעין, אין הצד השני יכול לבטל אותו (ראה בשמו בהערה 193, בעניין מי שהוא פחות מבן עשרים) — הרי שיש לחרש ולקרוביו רק זכות ביטול, ולא שהחוזה בטל מעיקרו.

שכן גם כאן, כמו שם, המתקשר פועל מתוך מודעות מלאה לתנאי החוזה, ואף שהוא יודע שתנאים אלה גרועים, הוא נאלץ להסכים להם עקב המצוקה שהוא שרוי בה. על כן, לא נדון כאן במשמעות זו.

(ב) ניצול חולשה גופנית הגורמת למתקשר שלא יהיה מודע לכל הפרטים הרלוונטיים להתקשרות. דוגמאות לכך הן מכירת דירה לעיוור, שאינו יכול לראות את מצבה של הדירה ואינו מסוגל אפוא להעריך את מחירה הראוי; או מכירת דירה לנכה שאינו יכול להסתובב בדירה כדי לראות את מצבה האמתי. הנימוק לביטול העסקה במקרה כזה הוא שיש כאן סוג של הטעיה, ואינו מעניינו של סעיף זה, אלא של סעיף 15.

(ג) ניצול חולשה גופנית הגורמת למתקשר שלא יוכל להשקיע את המאמץ הדרוש להתמקחות בעניין תנאי החוזה, כגון עקב כאבים המכבידים עליו או עקב חולשה כללית, וכתוצאה מכך הוא מסכים לתנאים גרועים משהיה יכול להשיג אילו היה לו כוח גופני להתמקח[153]. נראה שזו כוונת החוק כאן.

את עמדת המשפט העברי בשאלה זו, אפשר ללמוד מתוך דינו המיוחד של חרש המדבר ואינו שומע, שעמדנו עליו לעיל[154], שאף שהוא "כפיקח לכל דבר", אין לו כשרות משפטית לעניין עסקה במקרקעין. שם ראינו, שלפי אחד ההסברים, הדבר נובע מחולשתו השכלית. אבל ר' איסר זלמן מלצר[155] מסביר שהדבר נובע מחולשתו הגופנית: היות שאינו שומע, והוא מסתמך רק על הרמזים והסימנים שמעביר לו הצד השני, וייתכן שאינו מבין את הרמזים כל צורכם, אין תוקף לפעולותיו[156]. אמנם אדם זה מסוגל לגבש גמירות דעת מלאה ומספקת לקיום החוזה על בסיס הנתונים שהוא מכיר, אך ייתכן שמגבלותיו הגופניות ימנעו ממנו הבנת פרטים רלוונטיים, ולפיכך אינו יכול לעשות עסקה במקרקעין; אלא שבמיטלטלין תיקנו חכמים שבכל זאת, פעולתו תהיה תקפה משום "כדי חייו", כאמור לעיל[157].

אם כן, לדעת ר' איסר זלמן מלצר, חרש המדבר ואינו שומע אינו מאופיין בחולשה שכלית (יכולת מוגבלת לגבש גמירות דעת), אלא בחוסר יכולת לקבל את מלוא הפרטים הרלוונטיים.

הרי לנו דוגמה לכך שחולשה גופנית המונעת מאחד הצדדים להבין את משמעות החוזה כראוי, היא סיבה לביטול החוזה. עם זאת, במשפט העברי אין זה עיקרון כללי כמו בחוק, אלא הלכה חריגה, המתייחסת רק לחרש המדבר ואינו שומע.

יש הבדל נוסף בין הלכה זו לבין הוראת החוק: בעוד המשפט העברי שולל כליל מאותו

[153] פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 988-989, נותנים כדוגמה לחולשה גופנית, זקן חולה שהוחזק על ידי אחיו בבידוד, ומכר את כל קרקעותיו לאחיו תמורת סכום נמוך.

[154] לעיל, ליד ציון הערה 147 ואילך.

[155] אבן האזל, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ב. הוא מסביר שאין תוקף למכירה ולקנייה שלו, מפני שאיננו סומכים על כך שהוא מבין כראוי את רמיזותיו של הצד השני (צריך להוסיף, שבכל זאת במיטלטלין תיקנו חכמים שיועיל, משום כדי חייו), ומה שהתוספתא אמרה שהוא כפיקח לכל דבר, הוא במה שתלוי בדעת, ואילו כאן הדבר תלוי בהבנת דבריו של הצד השני.

גם שו"ת מהר"ם שיק, אהע"ז, סימן קמו, אות ג, כתב שבמכר יש סיבה מיוחדת שאין תוקף למעשיו, מפני שהצד השני רק רומז לו, ולכן אין לו גמירת דעת מלאה, כיוון שהוא חושש שהאחר משטה בו.

יש להדגיש שדברי אבן האזל ומהר"ם שיק שייכים גם אם הצד השני חרש, שהרי סוף סוף זה אינו מבין את רמיזותיו של זה לגמרי.

[156] ראה לעיל, ליד ציון הערה 143.

[157] לעיל, ליד ציון הערה 145.

חרש את האפשרות לעשות עסקאות במקרקעין, מכיר החוק בתוקף העסקה ונותן למנוצל זכות ביטול[158]. ועוד: המשפט העברי מגן על בעל החולשה בלא קשר עם תנאי החוזה, ואילו החוק עושה כן רק אם תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל.

ד. חוסר ניסיון

(1) התקנה המגבילה מכר מקרקעין על ידי מי שהוא פחות מבן עשרים

אין במשפט העברי הוראה כללית הדומה להוראת החוק, המאפשרת ביטול חד צדדי של חוזה על ידי מי שניצלו את חוסר ניסיונו, אולם יש הוראה מוגבלת, הנוגעת למי שטרם מלאו לו עשרים שנה, שעניינה הגנה על חסר ניסיון מפני ניצול של הצד שכנגד.

אף שאדם נחשב כגדול (בגיר) לכל ענייניו כבר מגיל שלוש עשרה[159], צמצמו חכמים את כשרותו המשפטית לעניין מכירת מקרקעין שירש מאביו. וזה לשון התלמוד[160]: "קטן מאימתי מוכר בנכסי אביו? רבא אמר: בן שמונה עשרה שנה, ורב הונא בר חיננא אמר: מבן עשרים שנה". הלכה נפסקה כדעה האחרונה[161]. טעמה של תקנה זו מתברר במהלך הסוגיה[162]: "קים להו לרבנן דינוקא מקרבא דעתיה גבי זוזי [=ידוע לחכמים שדעתו של הצעיר קרובה לכסף], ואי אמרת זביניה זביני [=ואם תאמר שממכרו ממכר], זמנין דמקרקשי ליה זוזי [=לפעמים אם משמיעים לו קול של מטבעות], אזיל מזבין לכולהו נכסי דאבוה [=הוא ילך וימכור את כל נכסי אביו]". וכפי שמנסח זאת הרמב"ם[163]: "שמא ימכור בזול, מפני שדעתו נוטה אחר המעות, ועדיין לא נתיישבה דעתו בדרכי העולם". כלומר, תמורת כסף מזומן, ניתן לפתותו בקלות לעשיית עסקאות בלתי משתלמות.

התקנה נאמרה בקרקע דווקא, מפני שטעות בעסקת מקרקעין עלולה לגרום הפסד רב[164].

[158] ראה לעיל, פרק שביעי, א.

[159] להגדרת מעמדו של גדול במשפט העברי, ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך גדול, כרך ה, עמ' קלז ואילך, וערך גדולה, שם, עמ' קסח ואילך.

[160] בבא בתרא קנה ע"א. הדין נזכר גם בגיטין סה ע"א.

[161] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה יג; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף ט.
זוהי תקנה, כלשון רשב"ם, בבא בתרא קנו ע"א, ד"ה אלא, חידושי הריטב"א, בבא בתרא קנה ע"א, יד רמה, בבא בתרא, פרק ט, סימן קמז, ושו"ת הריב"ש, סימן כ.
דעה חולקת: רב האי גאון, בספר המקח והממכר, שער ג, הדרך החמישי (הובא ברי"ף, בבא בתרא עג ע"א, בדפי הרי"ף, בכינוי "איכא מאן דסבירא ליה", בשו"ת הר"י מיגאש, סימן קנא, ובספר המאור הגדול, בבא בתרא עב ע"ב, בדפי הרי"ף; והם חלקו עליו), מפרש את הסוגיה בדרך אחרת, ולפי פירושו אין הגבלה על מכירה עד גיל עשרים, וגיל זה נזכר רק לומר שעד אז צריך לבדוק אם יש לו סימנים (שערות), אבל אם התברר שיש לו סימנים, יכול למכור אף את נכסי אביו; ואחרי גיל עשרים אין צריך לבדוק אותו. שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קיג, כותב שגם לדעת רב האי, יכול למכור רק אם הוא יודע בטיב משא ומתן (ראה על כך להלן, ליד ציון הערה 176).

[162] בבא בתרא קנו ע"א.

[163] רמב"ם שם.
א' הולצר, "בין קניין פרטי לזיקה ציבורית", פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, גל' 214, פנחס תשס"ה (=פרשת השבוע, על התורה, במדבר, עמ' 250), כותב (ברמז), שטעם הדין הוא שיש למשפחת הקטן זיקה לנכסים, בדומה לדין שהמוכר את קברו, יכולים בני משפחתו לקבור אותו שם אף בלי הסכמת הקונה (בבא בתרא ק ע"ב). אולם לדעת ר"נ רקובר, אין בהסבר זה ממש.

[164] נימוקי יוסף, בבא בתרא עב ע"ב, בדפי הרי"ף ("ולקרקעות דוקא חששו שהפסדן מרובה"); שו"ת מהר"ם

זאת ועוד: עסקי המקרקעין ראויים להגנה מיוחדת, משום שדרושה בהם מומחיות רבה, מה גם שמכר תקף בהם גם אם הייתה במכר אונאה גדולה[165], כך שהצעיר עלול להפסיד הרבה[166].

למסקנת התלמוד[167], תקנה זו חלה גם אם הצעיר מכר את הקרקע במחיר גבוה מן המקובל, וזאת כדי למנוע ניצול צעירים כמותו במקרים אחרים[168].

לאור הנימוק של חשש לפיתוי, קובע התלמוד[169] שיש תוקף למתנתו של הצעיר בקרקע שירש, שכן אין בה חשש של פיתוי תמורת מזומנים, שהרי אם הוא נתן קרקע במתנה, יש להניח שהיה זה מתוך הכרת תודה, ולא עקב פיתוי. לכן העדיפו חכמים להכיר בתוקפה של מתנתו, כדי שיגמלו לו חסד (בתקווה שהוא יגמול להם במתנות). הרמב"ם[170] הוסיף נימוק על הנימוק שבתלמוד: מתנה היא דבר שאינו מצוי, ולכן לא היה צורך לתקן דבר בעניינה.

הביטוי הנקוט בתלמוד, "בנכסי אביו", מעורר את השאלה, האם התקנה חלה גם על נכסים המצויים בבעלותו של הצעיר שלא מכוח ירושה? בשאלה זו נחלקו ראשונים. יש הסבורים שהיא חלה על כל נכסי המקרקעין שבבעלותו, שכן חשש הפיתוי רלוונטי גם לגביהם[171]; ומה

אלאשקר, סימן יא. רשב"ם, בבא בתרא קנה ע"א (ד"ה מאימתי), מסביר שבמיטלטלין תיקנו תקנה הפוכה, שאף קטן מגיל ה"פעוטות" (מגיל שבע בערך) יכול למכור, משום כדי חייו (גיטין נט ע"א).

[165] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף כט.

[166] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רלה, סעיף יג, כתב כך לגבי הדין (להלן, ליד ציון הערה 180) שמי שאינו יודע בטיב משא ומתן אינו יכול למכור קרקע.

כך כתב גם סמ"ע, סימן רלה, ס"ק ט, להסביר מדוע לא תיקנו חכמים ש"פעוטות" (קטנים מגיל שבע בערך) יכולים לסחור במקרקעין.

מטעמים אלו גם החוק מטיל הגבלות על עסקאות במקרקעין. ראה למשל: חוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, סעיף 8 (דרישת הכתב); חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב־1962, סעיף 20 (דרישת אישור בית המשפט למכירת יחידה משקית).

[167] בבא בתרא קנו ע"א.

[168] חידושי הריטב"א, בבא בתרא קנו ע"א (הובא בנימוקי יוסף, בבא בתרא עג ע"ב, בדפי הרי"ף), נוקט שהיות שעל פי רוב הוא מוכר בזול, ביטלו חכמים גם מכר שמכר ביוקר, משום "לא פלוג רבנן".

בתלמוד לא נזכר חשש שימכור בזול, אלא חשש שימכור את כל נכסי אביו (ראה לעיל, ליד ציון הערה 162). וכך נימק שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קכא. ייתכן שהכוונה היא שחוששים שהצעיר יתפתה לכך, ואין ראוי שכל ירושתו תעבור לאחרים, אפילו במחיר הולם, בלי שיקול הדעת שיש רק לאדם מבוגר. אבל גם אם מכר רק חלק מנכסי אביו, אין לכך תוקף, וצריך לומר שחכמים הרחיבו את תקנתם גם למצבים שהחשש האמור אינו קיים, כפי שכותב רשב"ם, בבא בתרא קנו ע"א (ד"ה אלא).

[169] בבא בתרא קנו ע"א. וכך פסקו: רמב"ם הלכות מכירה, פרק כט, הלכה יד; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף י.

אבל בית הבחירה, בבא בתרא קנה ע"ב (עמ' 646 במהד' סופר), מביא דעה שאין מועילה מתנתו מנכסים שירש מאביו, עד גיל עשרים.

תשב"ץ, חלק ג, סימן רנא, כותב (גם בשם הראב"ד), שצעיר פחות מבן עשרים שנתן מתנה בכל נכסיו (כלומר, גם את מה שירש מאביו), המתנה בטלה, כיוון שלא השאיר לעצמו חיי שעה. הוא מוצא טעם נוסף לבטל את המתנה בנידונו: שהטעם שמתנתו קיימת הוא משום שנתן בגלל נחת רוח שעשו לו וכדי שיתעסקו בנכסיו להצלחתו, ובנידוננו לא נתן בשביל זה, שהרי לא ייתכן שנהנה מן המקבל בשווי של כל הנכסים. ובסימן רנג, הסביר יותר את הנימוק השני, שמה שההנה אותו המקבל הייתה הדרכה, ויש להניח שלא ייתן את כל נכסיו בגלל הנאה מועטת זו.

[170] רמב"ם שם. וכך כתב בעקבותיו שולחן ערוך שם. כך נימקו גם שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רמט, וחלק ג, סימן קכא, וחידושי הריטב"א, בבא בתרא קנה ע"א.

[171] רבנו תם, המובא בתוספות, בבא בתרא קנה ע"א, ד"ה מוכר, ברא"ש, בבא בתרא, פרק ט, סימן לג, ובמרדכי,

שהתלמוד נוקט "נכסי אביו", אינו בדווקא, אלא משום שאלו הנכסים שהבן עשוי למכור, בדרך כלל[172]. אך לדעת רוב הראשונים[173], וכך פסק גם שולחן ערוך[174], הוגבלה תקנה זו דווקא לנכסים שירש, שהיות שלא טרח בהשגתם, יש חשש מבוסס יותר שיתפתה למָכרם בזול[175].

גורם נוסף שהוזכר בתלמוד[176], שיש להתחשב בו בדיוננו, הוא אי ידיעתו של המוכר בטיב משא ומתן, כלומר חוסר ניסיונו[177]. יש מהראשונים[178] הסבורים, שאי ידיעה בטיב משא ומתן היא תנאי עצמאי שאינו תלוי בגיל, כלומר, גם אדם למעלה מבן עשרים שאינו יודע בטיב משא ומתן אינו יכול למכור קרקע. לעומתם, יש מהראשונים[179] שכתבו ששני התנאים הם

בבא בתרא, סימן תרלד; המאור הגדול, בבא בתרא עב ע"ב (בדפי הרי"ף); רבנו שמשון, בשו"ת מהר"ם אלאשקר, סימן יא.

בית הבחירה, בבא בתרא קנה ע"ב (ד"ה יש חולקים), מביא ש"גדולי המפרשים שבצרפת" סבורים שאין הבדל בין נכסי עצמו לבין נכסים שירש, ובכולם, אם הוא יודע בטיב משא ומתן, יכול למכור, ואם אינו יודע בטיב משא ומתן, יכול למכור רק בגיל עשרים. ראה להלן, ליד ציון הערה 176 ואילך, על מי שאינו יודע בטיב משא ומתן.

172 רא"ש שם.

173 רי"ף, בבא בתרא עג ע"א (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה יב; מלחמות ה', בבא בתרא עב ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתצח, חלק ב, סימן רמז (גם בשם הראב"ד) וסימן רמט, וחלק ה, סימן קיג; סמ"ג, עשה פב (קס ע"ד); שו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תקצו (הובא במרדכי, גיטין, סימן ת); רא"ש, שם, ושו"ת הרא"ש, כלל א, סימן ח (גם בשם ר"י בר שמואל ור' אליקים); חידושי הריטב"א, בבא בתרא קנה ע"א; נימוקי יוסף, בבא בתרא עב ע"ב (בדפי הרי"ף); טור, חו"מ, סימן רלה, סעיף יג; תשבץ קטן, סימן תצט; שו"ת הריב"ש, סימנים כ, שעא, תסח (עמ' תרפה), ו־תסט.

174 שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף ט.

שולחן ערוך כותב שהדין כך גם בקרקע שירש משאר מורישיו. אבל טור, חו"מ, סימן רלה, סעיף יג, מביא דעה שהתקנה אינה חלה על קרקע שירש משאר מורישיו.

175 שולחן ערוך כותב שהדין כך גם בקרקע שקיבל במתנת שכיב מרע (ומקורו ביד רמה, בבא בתרא, פרק ט, סימן קמח, ד"ה וה"מ כל כמה, המובא בטור שם, וכך כתב שו"ת הריב"ש, סימן תסח, עמ' תרפה). טעמו הוא, שמתנת שכיב מרע נחשבת כירושה (בבא בתרא קמט ע"א). זה שונה מקרקע שקיבל במתנת בריא, שעליה לא חלה התקנה, שכן יש להניח שהקרקע ניתנה לו עבור משהו שעשה, ולפיכך היא כנכסים שקנה בכספו, שאינו מזלזל בהם, כפי שנימק שו"ת הריב"ש, סימן תסח, עמ' תרפו (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רלה, סעיף יג), וכן נימק ערוך השולחן, חו"מ, סימן רלה, סעיף יג.

לדעת שו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק ב, סימן מ, התקנה חלה גם על קרקע שקיבל הצעיר מכוח כתובת אמו על פי תקנה (נראה שהוא מתכוון לתקנת קהל מסוימת), כיוון שלא טרח בהשגתה, כמו מה שקיבל במתנת שכיב מרע.

176 בבא בתרא קנה ע"ב.

177 פירוש אי ידיעה במשא ומתן כחוסר ניסיון עולה מתוך דברי כמה מן הפוסקים. ראבי"ה, בתשובה המובאת בשו"ת מהרש"ל, סימן סה (ד"ה דרך קצרה), כתב שיש אדם שהוא חכם בכל שאר ענייניו, אך אינו יודע בטיב משא ומתן. נראה שכוונתו היא, שידיעה בטיב משא ומתן אינה חכמה אלא ניסיון במקח וממכר. כמו כן, שו"ת מהר"ם גאלנטי, סימן עב, כתב שבנות קטנות נחשבות שאינן יודעות בטיב משא ומתן, שהרי "כל כבודה בת מלך פנימה", "ומעולם לא נשאה ונתנה". אף כאן עולה שכוונתו לחוסר ניסיון. שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן צח (ד"ה ועל דבר), נוקט: "זאת העלמה בירכתי ביתה, בל ידעה מה בטיב משא ומתן".

178 חידושי הריטב"א, בבא בתרא קנו ע"א (גם בשם "מורו" — הוא הרא"ה); בית הבחירה, בבא בתרא קנה ע"ב, בשם "יש מפקפקין".

179 שו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתמז = שו"ת רבנו גרשום מאור הגולה, סימן נו

מצטברים, כלומר, רק מי שהוא פחות מבן עשרים וגם אינו יודע בטיב משא ומתן, אינו יכול למכור מנכסי אביו. לדעתם, התקנה אינה חלה על פחות מבן עשרים היודע בטיב משא ומתן, ולא על בן עשרים ומעלה שאינו יודע בטיב משא ומתן.

אולם לדעת חלק גדול מהראשונים[180], מדובר בשתי תקנות נפרדות: התקנה האחת היא, שמי שפחות מבן עשרים אינו יכול למכור קרקעות שבאו לו בירושה, גם אם הוא יודע בטיב משא ומתן[181]. התקנה השנייה היא, שמי שפחות מבן עשרים ואינו יודע בטיב משא ומתן אינו יכול למכור אפילו קרקעות שבבעלותו שלא מכוח ירושה[182]. אבל מי שהגיע לגיל עשרים יכול למכור כל קרקע, ואפילו אינו יודע בטיב משא ומתן[183]. השולחן ערוך פוסק כשיטה זו[184].

(2) הרחבת התקנה

כפי שאמרנו לעיל, אין במשפט העברי הוראה כללית בדבר בטלות חוזה שנכרת תוך ניצול חוסר ניסיון, אלא תקנה ספציפית המעניקה לקטן מבן עשרים זכות ביטול לחוזה מכר במקרקעין שירש. עם זאת, יש מהפוסקים שהרחיבו תקנה זו והחילו אותה גם על עסקאות אחרות הדומות למכר במקרקעין[185].

(הובא במרדכי, בבא בתרא, סימן תרלה); המאור הגדול, בבא בתרא עב ע"ב (בדפי הרי"ף); רא"ש, בבא בתרא, פרק ט, סימן לג, בסופו; רשב"ם, בבא בתרא קנו ע"א, ד"ה והלכתא כגידל וד"ה והלכתא כאמימר; ספר העיטור, מכירת קרקעות (דף סד ע"א במהד' רמ"י); ראבי"ה, בתשובתו המובאת בשו"ת מהרש"ל, סימן סה, ד"ה דרך.

180 רי"ף, בבא בתרא עג ע"א (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכות יב־יג; בית הבחירה, בבא בתרא קנה ע"ב, ד"ה דברים אלו שכתבנו; שו"ת הר"י מיגאש, סימן קנא; שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתצח; שו"ת הריב"ש, סימן כ, בתחילתו, וסימן תסח, עמ' תרפה; נימוקי יוסף, בבא בתרא עב ע"ב־עג ע"א (בדפי הרי"ף).

181 שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רפג, בסופו, ושו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן צח, בסופו, כתבו רק נקודה זו.

182 נראה שהתקנה במי שאינו יודע בטיב משא ומתן חלה גם על קנייה, ולא רק על מכירה. כך משתמע מדברי הרמב"ם שם, ומדברי שולחן ערוך וערוך השולחן (להלן, הערה 184), שכתבו: "אין מעשיו קיימים", בניגוד לביטוי "אין ממכרו ממכר", שאמרו לעניין התקנה בנכסים שירש. טעם הבדל זה בין התקנות ברור: כשמדובר בקרקעות שירש, רק מכירה אפשרית, ואילו כשמדובר בכל קרקע, גם קנייה אפשרית, ויש חשש שמחמת חוסר ניסיונו יפסיד הרבה. אבל שו"ת הריב"ש, סימן כ, בתחילתו, וסימן תסח, עמ' תרפה, נוקט גם לגבי מי שאינו יודע בטיב משא ומתן: "שלא ימכרו".

לדעת נימוקי יוסף, בבא בתרא עג ע"א, בדפי הרי"ף (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, סימן רלה, הגהות הטור, אות כא), סתם אדם מעל גיל שלוש עשרה הוא בחזקת יודע בטיב משא ומתן עד שיוכח אחרת. שו"ת איגרות משה, אהע"ז, חלק א, סימן קסד, כותב שגם לדעת נימוקי יוסף, אם ראו בו "ריעותא", צריך לבדוק אותו. אבל הוא כותב שמרמב"ם שם ומיד רמה, בבא בתרא, פרק ט, סימן קמד, משמע שבכל מקרה צריך לבדוק אותו.

183 חידושי הריטב"א, בבא בתרא קנו ע"א, בשם רא"ם (רבנו אבן מיגאש); נימוקי יוסף, בבא בתרא עג ע"ב, בדפי הרי"ף (גם בשם רא"ם); שו"ת הריב"ש, סימן כ, בתחילתו, וסימן תסח, עמ' תרפו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף ט; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רלה, סעיף יג.

184 שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיפים ח־ט. לפי סמ"ע, סימן רלה, ס"ק לה, זו גם דעת הרמ"א, חו"מ, סימן רלה, סעיף ט. כך פסקו גם באר שבע, שו"ת, סימן לט, השאלה השישית, וערוך השולחן, חו"מ, סימן רלה, סעיף יג.

185 יש לציין מי שהרחיב את התקנה להקשר שאינו מדיני הממונות: פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סימן מב, מציע את גיל עשרים כגיל שבו ראוי אדם להיות מועמד לתפקיד ציבורי, וזאת על סמך התקנה הנזכרת.

ר' יששכר בער איילינברג[186] פסק שגם לחזקת חנות (כלומר, זכות שימוש בקרקע, שאינה זכות בעלות) יש דין קרקע לעניין תקנה זו: "לא עלה ולא יעלה על דעת שום אדם בעולם שיהיה לה דין מטלטלין, הואיל שאין לנו בזמן הזה שדות וכרמים, ועיקר עסקנו במעות להלוותם בריבית, אם כך חשוב חזקה זו בזמן הזה כמו קרקע בימי חכמי הגמרא... וכבר נתבאר דבקרקע שירשו מאביהם אין ממכרן ממכר עד שיהו [היורשות] בנות עשרים שנה". הרי לנו שר' יששכר בער איילינברג הרחיב את תקנת חז"ל, והחיל אותה גם על עניינים שאינם מקרקעין, אם הם נחשבים כמקרקעין[187].

תקנות דומות, לשלילת תוקפם המשפטי של מעשים מסוימים של צעירים, נתקנו בקהילות

וכך הוא כותב: "מכל זה נלמד שקטן מבן עשרים, הואיל ואינו רשאי לנהל את עניניו הקרקעיים, כל שכן הוא, שאינו רשאי לנהל עניני ציבור".

[186] באר שבע, שו"ת, סימן לט, השאלה השישית (הובא בש"ך, חו"מ, סימן רלה, ס"ק ב).

[187] גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רלה וסימן רלז, כותב, שהעברת זיכיון עבודה על קרקע והעברת חזקת מגורים בקרקע, דינן כמכירת קרקע לעניין זה. בסימן רלה, כתב שאף אינו יכול למחול על חזקה בקרקע (אלא שאחר כך כתב שבכלל אי אפשר למחול על חזקה בקרקע; ראה על כך: ב' כהנא, מחילה על זכויות קנייניות במשפט העברי, חיבור לשם קבלת תואר מוסמך, האוניברסיטה העברית בירושלים, ירושלים תשס"ב, שער ב, פרק יא). לעומתו, שו"ת חוק ומשפט, סימן קעח, כותב שמועילה מחילתו, מפני שהיא כמו מתנה. מדובר כאן ב"חזקות" שתיקנו הקהילות באימפריה העותמנית; ראה סעיף 14, הערה 290.

פעולות אחרות שלו במקרקעין: שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קכא, ורמ"א, חו"מ, סימן רלה, סעיף טו, כותבים שפחות מבן עשרים יכול לשעבד קרקע לצורך הלוואה, מפני שאם לא יוכל לעשות כן, לא יסכים אף אחד לתת לו הלוואה, ולא יסכימו לקנות ממנו נכסים אחרים, שמא ייטרפו מהם הנכסים, ויצטרכו לחזור עליו, ולא יהיה ממה לגבות. נתיבות המשפט, סימן רלה, ס"ק יד (הובא בשו"ת בית שלמה, דרמר, חו"מ, סימן קיב, בסופו, ובשו"ת קול מבשר, חלק ב, סימן א, אות טו), מציע דין זה כאמצעי לאפשר מכירת קרקע על ידי מי שפחות מבן עשרים: הוא ייקח הלוואה ממי שמעוניין לקנות את הקרקע, וכשלא יפרע את ההלוואה, יגבה ה"מלווה" מן הקרקע המשועבדת להלוואתו. דרך אחרת לעקיפת התקנה הוצעה בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קנו, ד"ה ומה שנראה (הובא בשו"ת אבני שיש, חלק א, סימן נט): השבעתו שלא יחזור בו מהמכירה אחרי שיגיע לגיל עשרים, כך שיחויב למכירה מכוח השבועה.

שו"ת הר"י מיגאש, סימן קנא, כותב שהתקנה אינה חלה על חלוקת קרקעות ומינוי מורשה לטפל בחלוקה, ואף ש"אחים שחלקו לקוחות הן" (קידושין מב ע"ב), התקנה היא רק במכר ממש.

שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קכב, כותב שמי שהוא פחות מבן עשרים יכול למכור קרקע שירש כדי לפרוע את חובות מורישו. טעם הדבר הוא שהקרקע משועבדת לנושי המוריש, והמוריש זכאי "לטרוף" את הקרקע עצמה, ונמצא שמה שהצעיר מוכר הוא רק כמימוש שעבודו של הנושה.

אשר לשאלה האם מי שפחות מבן עשרים יכול להשכיר קרקע שירש, פסק שו"ת רשמי שאלה, סימן נד (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן רלה, ס"ק ז, ובשו"ת ישיב יצחק, חלק כה, סימן ק, עמ' תכ), שהוא יכול, מפני שאין להרחיב את התקנה מעֵבר למכר. אבל שו"ת קול מבשר, שם, כתב שהשכירות אינה תקפה, לפי הכלל שקבע שולחן ערוך, חו"מ, סימן שטו, סעיף ב, שכל מי שאינו יכול למכור, אינו יכול להשכיר. גם בשו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן מב, כתב שאין תוקף לשכירות.

שו"ת הריב"ש, סימן תסח, כתב: "אף שאינו יכול למכור קרקעות שירש, מכל מקום יכול הוא לפקח בהם... לבנות ולסתור... כאשר יראה בעיניו".

בעדות: תוספות, בבא בתרא קנה ע"ב, ד"ה לא, כותבים שמי שהוא פחות מבן עשרים אינו יכול להעיד על שווייה של קרקע מסוימת, מפני שהוא מתפתה בקלות לכסף, ואינו מחשיב את ערך הקרקע כראוי. הב"ח, בהגהותיו שם, אות ד, מסביר שיש חשש שהצעיר יעריך את הקרקע ביותר משווייה, מפני שקרקע אינה נחסרת עם הזמן, שלא כמיטלטלין. שולחן ערוך, חו"מ, סימן לה, סעיף ג, כותב בסתם, שמי שאינו בקי בטיב משא ומתן אינו יכול להעיד על קרקע.

ליטא. תקנה אחת שללה ממי שטרם מלאו לו שמונה עשרה שנים את היכולת להתקשר בקשרי נישואין[188]: "בחור אשר איננו בן שמנה עשר שנים שיתחתן בזיווג בלי ידיעת אביו, או קרוביו אם אין לו אב, [אין בו ממש ו]אין במעשיו כלום". תקנה אחרת הגבילה את יכולתו להתחייב בשטר חוב[189]: "שטר חוב של בחור אשר יעשה בלי ידיעת אביו או אב"ד בצירוף הראש או קרוביו אין בו ממש, ואין לשום בית דין להשתדל בזה".

בדורנו נחלקו פוסקים בדבר תוקפה של הסכמתו של צעיר כזה לתרום איבר להשתלה, כדי להציל חיים של חולה. ר' אשר וייס[190] הסתייע בתקנות שהזכרנו, ופסק שאין לתת תוקף להסכמתו של מי שלא הגיע לגיל עשרים (ולפחות מי שלא הגיע לגיל שמונה עשרה) לתרומת איבר. לעומתו, ר' יצחק זילברשטיין[191] כותב בשמו של הרב י"ש אלישיב, חותנו, שהיות שתרומת איבר היא מצווה, אין חשש שהסכמתו נבעה מקלות דעת, והתקנות שהזכרנו, עניינן מצבים שיש בהם חשש להחלטה הנובעת מקלות דעת, כדברי התלמוד, שהצעיר עלול למכור קרקע בזול מתוך משיכתו לכסף. על כן, יש תוקף להסכמה לתרום איבר החל מגיל שלוש עשרה. אף ר"י זילברשטיין מסכים, שאם הצעיר מוכר את האיבר, אין לכך תוקף עד גיל עשרים, כיוון שייתכן שהחלטתו נבעה מקלות הדעת, בגלל הפיתוי הכספי. כמו כן, אין לדעתו תוקף להסכמת הצעיר לבצע ניתוח שאינו הכרחי, כגון ניתוח קוסמטי, מכיוון שייתכן שהדבר נובע מקלות דעת.

יש לשים לב, שאף שהפוסקים הרחיבו את התחומים שאין בהם תוקף למעשיו של מי שטרם מלאו לו עשרים שנה, הם לא הרחיבו את התקנה כך שתחול על כל מי שהוא חסר ניסיון, אלא השאירו אותה במתכונתה המצומצמת: רק על קטנים מבני עשרים, ורק על עניינים חשובים כמו מקרקעין.

(3) הביטול

חוזה מכר במקרקעין של מי שפחות מגיל עשרים בטל מעיקרו, כלשון הרמב"ם[192]: "אין מעשיו קיימין"[193].

[188] תקנות קהילות ליטא, שנת שפ"ג, סימן לב. ראה בנספח השני לספר, שר"א וייס הסביר שהכוונה לשידוכין.

[189] שם, סימן לג. תקנה דומה מצויה בתקנות מדינת מעהרין (שהוציא לאור י' היילפרין, ירושלים תשי"ב), שנת ת"י, סימן רלד.

[190] ראה תשובת ר"א וייס, בנספח השני לספר.

[191] ראה תשובת ר"י זילברשטיין, בנספח השני לספר.

אפשר להביא ראיה לדבריו מכך שיש תוקף למתנה שנותן מי שלא הגיע לגיל עשרים (כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 169), ותרומת כליה בלי תמורה היא מתנה.

שו"ת ישיב יצחק, חלק כה, סימן ק, עמ' תיט־תכ, וסימן קא, עמ' תכו, כותב שיש תוקף להסכמתו לתרום איבר, שכן זהו איבר שלו, וההגבלה על יכולתו של פחות מבן עשרים למכור נכסים נאמרה רק בנכסים שירש. אפשר להשיב על טענה זו, שדווקא בנכסים שקנה, אין חשש לקלות דעת מצדו כשהוא מוכר, מפני שהתאמץ בקנייתם, אבל איבר שלו דומה לעניין זה לנכסים שירש, שכן לא התאמץ בהשגת האיבר, ויש לחוש שהוא תורם אותו מתוך קלות דעת.

[192] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה יב.

[193] ראה גם הערה 194, שהרשב"א כותב שהמכר בטל מעיקרו.

חידושי הריטב"א, בבא בתרא קנו ע"א (הובא בנימוקי יוסף, בבא בתרא עג ע"ב, בדפי הרי"ף), נוקט שהקונה יכול לחזור בו, ומשמע מדבריו שהדין כך גם אם המוכר (הצעיר) אינו רוצה לחזור בו. הלכה זו מתאימה לתפיסה שהחוזה בטל מעיקרו, שאילו אם יש כאן רק זכות ביטול, הדעת נותנת שרק הצד החלש

עם זאת, אם הוא עבר את גיל עשרים, וראה שהקונה משתמש בקרקע ולא מחה, הקרקע שייכת לקונה[194]. טעם הדבר הוא, שרואים כאילו הקנה לו את הקרקע לאחר הגעתו לגיל עשרים[195]. ואכן הקרקע נקנית לקונה רק מזמן הגעת המוכר לגיל עשרים, ולא מזמן כריתת החוזה המקורי.

יכול לבטל את החוזה. ערוך השולחן, חו"מ, סימן רלה, סעיף כד, מביא את נימוקי יוסף, ומביא שמגיד משנה, הלכות מכירה, פרק כט, כותב שהקונה אינו יכול לחזור בו (ייתכן שכוונתו למה שכתב מגיד משנה, הלכה יז, להצדיק את מה שכתב הרמב"ם שנביא בסמוך, שאם שתק אחרי גיל עשרים, המכר קיים); והוא מדייק מלשון הרמב"ם, "אין מעשיו קיימים", שהוא סובר כנימוקי יוסף.

דעה חולקת: שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קכב, כותב שהמכר תקף כל זמן שהצעיר לא חזר בו, ולכן הקונה אינו יכול לחזור בו, כיוון שהתקנה נתקנה לטובת הצעיר המוכר.

[194] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה יז (הובא בקצות החושן, סימן קמט, ס"ק ו, ובחזקה רבה, חו"מ, חלק א, הלכה כא); בית הבחירה, בבא בתרא קנה ע"ב, עמ' 646 במהד' סופר; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף יד (הובא בשו"ת תורת חסד, לובלין, או"ח, סימן א, אות ח); ערוך השולחן, חו"מ, סימן רלה, סעיף טו.

דעה חולקת: כפי שמציין הרמב"ם שם, רבותיו פסקו שהוא יכול לבטל את המכר גם אחרי גיל עשרים. כך פסק גם שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קיג, בנימוק שהמכר בטל מעיקרו, כלשון התלמוד, "לא עשה ולא כלום", והמכר אינו יכול לקום לתחייה לאחר מכן; ואין לומר שרואים כאילו בעל הקרקע אמר לקונה (אחרי גיל עשרים) "לך, החזק וקנה את הקרקע", שהרי שתק, ולא עשה מעשה המוכיח על רצונו בקיום המכר; ואת שתיקתו אפשר לפרש בכך שחָשש למחות מחשש שהקונה ילחץ עליו להחזיר לו את כספו, ולכן המתין עד שהשיג את הכסף.

שו"ת הריב"ש, סימן שעא, בסופו, כותב שדינו של הרמב"ם הוא "הלכתא בלא טעמא", ויש לצמצם אותו למקרה שדן בו הרמב"ם, שהמוכר קיבל כסף.

שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קסט (ד"ה ועל מה), וחלק ב, סימן מב, כותב שגם לדעת רבותיו של הרמב"ם, אם עברו שלוש שנים אחרי שהגיע לגיל עשרים, לא יוכל לטעון לביטול המכר, מפני שהקונה קנה בחזקת שלוש שנים.

[195] קצות החושן, סימן רלה, ס"ק ו (הובא במרפא לנפש, זילבר, חלק ג, סימן עא, אות י), כותב שהרמב"ם הולך לשיטתו, בהלכות מכירה, פרק א, הלכה טז, שאכילת פירות קרקע היא סוג של חזקת קניין. והוא כותב שלפי רמ"א, חו"מ, סימן קצב, סעיף יא, הסובר שאכילת פירות אינה קונה, גם כאן יכול המוכר עדיין לבטל את המכר.

דברי יוסף (קונוויץ), חלק א, סימן כז (עמ' 96), מנמק, שמן התורה מועילה המכירה, מכיוון שהוא גדול, אלא שחכמים תיקנו שהמכירה בטלה, וכאן, שעבר את גיל עשרים ושתק כשראה שהקונה משתמש בקרקע, ביטלו חכמים את התקנה.

נתיבות שמואל, נתיב ג, אות יב (דף לא ע"ד), נימק, שבשעת המכר, שהיה חסר תוקף, נתחייב הצעיר להחזיר לקונה את הכסף שקיבל ממנו, וכשגדל ורואה שהקונה משתמש, ושותק, דבר המראה שהוא מסכים למכר, נקנית הקרקע לקונה על ידי החוב שחייב לו הצעיר, שהרי רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ז, הלכה ד, סובר שמִלווה יכול לקנות במכר. עוד נימק (בדף לב ע"ב), על פי מה שהוא מוכיח שם, שקטן שעשה מעשה על תנאי שהמעשה יחול כשיגדל, המעשה חל, מפני שבזה מצטרפת לדעתו הדעת שתהיה לו כשיגדל; וגם כאן, הוא כאילו מכר על מנת שיחול הקניין כשיגדל, ולכן אם ראה שהקונה משתמש ושתק, הדבר מראה שהוא מסכים, והקניין חל.

בתי כהונה, בית ועד, סימן ו (מג ע"ג), מנמק, שהיות שבזמן שמכר, עשה מרצון, גילוי הדעת שלאחר שהגיע לגיל עשרים מקיים את המכר, והקונה אף אינו חייב להחזיר את הפירות שאכל עד גיל עשרים, מפני שהמוכר מחל; ודווקא אם המוכר הצעיר חזר בו לפני גיל עשרים, חייב הקונה להחזיר את הפירות, כאמור ברמב"ם שם, מפני שמחילתו על הפירות אינה מועילה עד גיל עשרים לעניין זה, כחלק מן התקנה שאין מועילה המכירה באותו זמן; אבל אחרי גיל עשרים, מועילה המחילה על הפירות.

פרק תשיעי

סיכום

גישת החוק וגישת המשפט העברי לגבי עילת העושק שונות מבחינה מהותית. לפי החוק, עילת העושק נובעת משיקוליים מוסריים או כלכליים, ואילו המשפט העברי שם דגש על חוסר גמירות הדעת של הצד החלש. עם זאת, יש פרשנים שתולים את עילת העושק במצווה שמוטל על הצד האחד לקיימה כלפי הצד השני, או בהתנהגות בלתי ראויה של הצד המנצל.

כתוצאה מהבדלי גישות אלו, נותן החוק משקל לכוונתו המנצלת של העושק, ומחיל את העילה על כל סוג של חוזה. לעומת זאת, המשפט העברי מתמקד בתנאי החוזה הגרועים, ואינו מתחשב בכוונתו של העושֵק, ולדעת חלק מהפוסקים, אין זכות ביטול בגין עושק בחוזה שנעשה עליו מעשה קניין.

עושק הוא עילה לביטול חוזה רק אם הייתה מצוקה קשה. מצד שני, עילת העושק קיימת גם אם המצוקה הייתה ממונית בלבד ולא קבועה.

זכות ביטול בגין עושק חלה רק אם תנאי החוזה גרועים מהמקובל בשיעור של עשרים אחוזים, כמו השיעור בעניין אונאה.

חוזה שנכרת עקב עושק אינו בטל מאליו, אך הוא ניתן לביטול. ברוב המקרים, גם אם טען הנעשק טענת עושק, מעדיף המשפט העברי לתקן את תנאיו של החוזה, כדי שיתאימו לתנאים המקובלים, ולא לבטל את החוזה.

כל זה אמור לגבי עושק של ניצול מצוקה. לעניין שאר מצבי העושק המנויים בחוק — חולשה שכלית, חולשה גופנית וחוסר ניסיון — אין במשפט העברי זכות ביטול כללית, אלא רק במצבים אחדים, כגון ביטול עסקאות מקרקעין של חרש המדבר ואינו שומע או של מי שטרם מלאו לו עשרים שנה שמכר מקרקעין שקיבל בירושה. הלכות אלו הורחבו אמנם במידה מסוימת לתחומים נוספים, אך לא בצורה גורפת.

פרק עשירי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

עושק

18. (א) מי שהתקשר בחוזה עקב מצוקה, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי לתקן את תנאי החוזה בהתאמתם לתנאים המקובלים או לבטל את החוזה כל עוד לא קוים החוזה.

(ב) היה מושא החוזה מקרקעין והמתקשר חרש, או מקרקעין שעברו בירושה והמוכר טרם מלאו לו עשרים שנה, החוזה בטל.

סעיף 19

ביטול חלקי

ביטול חלקי

19. ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד; אולם אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה כולו.

התוכן

פרק ראשון: זכות הביטול של הצד הנפגע 377

פרק שני: זכות הביטול של הצד השני 378

פרק שלישי: סיכום 380

פרק רביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 380

פרק ראשון

זכות הביטול של הצד הנפגע

סעיף זה עוסק בהיקפה של זכות הביטול (עקב טעות, כפייה או עושק) בחוזה שניתן להפרידו לחלקים שונים, כאשר עילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו. הסעיף קובע שבמצב זה, זכות הביטול עומדת לנפגע רק לגבי אותו חלק, ואילו שאר החוזה אינו ניתן לביטול.

השאלה אם החוזה ניתן להפרדה תלויה בהקשר של החוזה[1]. חזקה שחוזה אינו ניתן להפרדה. חוזה ייחשב כניתן להפרדה בהתקיים שני תנאים: (א) יש בו חלקים, "יחידות חוזיות", המורכבים מהתחייבויות של צדדים לחוזה שניתנות לייחוס הדדי; (ב) אפשר לנתק חלק אחד מהחלקים האחרים, באופן שהניתוק אינו פוגע בחלקים האחרים. לעומת זאת, אם על ידי הניתוק, החוזה מאבד את משמעותו, אין הוא נחשב ניתן להפרדה. לדוגמה, אם צד אחד התחייב להדפיס כרטיסים מסוגים שונים תמורת מחיר כולל, אין זה נחשב ניתן להפרדה, מפני שהדפסת סוג אחד עולה יותר מהדפסת סוג אחר[2].

דוגמאות לחוזה הניתן להפרדה הן: (א) חוזה שההתחייבויות ההדדיות אמורות להתבצע במקביל ולשיעורין; או שצד אחד אמור לבצע את חיוביו לשיעורין והצד האחר אמור לבצע הכול בבת אחת; (ב) חוזה למכירת מיטלטלין אחדים, כאשר נקבע לכל אחד מהם מחיר, או שאפשר לייחס חלק מסוים מהמחיר לכל פריט; (ג) חוזה לבניית בית בקבלנות, שנקבע בו תשלום עבור כל שלב בהתקדמות בבנייה[3].

הצעת חוק דיני ממונות[4] מרחיב הוראה זו לחוזה בטל (ולא רק לחוזה שניתן לביטול, כמו לפי הנוסח הנוכחי), ועל כן, ההוראה תחול גם על חוזה למראית עין[5].

אשר לעמדת המשפט העברי בשאלה זו, מצאנו במקורות דיון בחוזה הניתן להפרדה, שעילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, לעניין ביטול חוזה עקב טעות. לגבי מי שקנה חפצים אחדים יחד, ומצא פגם באחד מהם, פסק ערוך השולחן[6], שאם אלה דברים נפרדים שאינם זקוקים זה לזה, והקונה אינו צריך דווקא את כולם, או שהוא צריך דווקא את כולם אבל הוא יכול להשיג אחרים בקלות, הוא יכול לבטל את החוזה רק לגבי החפץ שנמצא בו פגם, ואילו שאר החוזה נשאר בתוקפו. רק אם יש סיבה סבירה שבגללה אין אפשרות לקיים את החוזה באופן חלקי — דהיינו, שאינו ניתן להפרדה — הוא זכאי לבטל את כל החוזה. נמצא שעמדתו כעמדת החוק.

[1] שלו, דיני חוזים, עמ' 358.

[2] שלו, שם, עמ' 359.

[3] שלו, שם, עמ' 360.

[4] הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 117(א).

[5] הוראה דומה יש במשפט העברי לגבי חוזה עם מראית עין "יחסית", היינו שלגבי חלק מהסכום הוא אמתי ולגבי חלקו הוא למראית עין: החוזה תקף לגבי החלק האמתי. ראה סעיף 13, פרק רביעי.

[6] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רלב, סעיף ט.

לעומתו, הרדב"ז[7] פסק שבכל מצב, הקונה זכאי לבטל את כל החוזה, גם אם המוכר רוצה לבטל רק חלק מהחוזה, מפני שהקונה יכול לטעון שקנה את כל החפצים בשביל החפץ הזה. במונחים של החוק, הרדב"ז מרחיב את הסיפא של הסעיף: הסיפא מאפשרת את ביטול כל החוזה אם "יש להניח" שלא היה מתקשר כלל לולא העילה, כלומר אם לפי מבחן אובייקטיבי אין ערך לקיום חלקי של החוזה, והרדב"ז קובע שבכל מצב יכול הצד הנפגע לטעון מבחינה סובייקטיבית שלא היה מתקשר כלל לולא העילה, גם בלי לבסס את טענתו ביסוס ענייני.

לכל הדעות, חוזה מכר של מערכת המורכבת מפרטים, כגון מערכת צלחות או סדרת ספרים, אינו נחשב ניתן להפרדה, ואם נמצא פגם באחד מהפרטים, זכאי הקונה לבטל את כל החוזה[8]. אבל אם המוכר מחליף את הפרט הפגום, אין הקונה זכאי לבטל את החוזה[9].

לא מצאנו דיון בפוסקים לגבי כפייה ועושק הנוגעות רק לחלק מהחוזה[10].

פרק שני

זכות הביטול של הצד השני

הסיפא של הסעיף מורה שגם אם החוזה ניתן להפרדה, ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקי החוזה, הצד הנפגע רשאי לבטל את כל החוזה (מלבד זכותו, שנקבעה ברישא, לבטל את חלקו), אם לא היה מתקשר בחוזה לולא עילת הביטול. כדי להדגים זאת, נמשיך לדון בדוגמה שהבאנו לעיל, חוזה למכירת חפצים, שהייתה עילת ביטול לגבי אחד מהם, כגון שטעה הקונה לגביו: אם יש יסוד להניח שאילו ידע את האמת לגבי אותו חפץ, לא היה מתקשר בחוזה כלל, אף לא בקניית שאר החפצים (שלא טעה לגביהם), הוא זכאי לבטל את כל החוזה. טעם הדבר הוא, שבמצב זה, למעשה עילת הביטול נוגעת לכל חלקי החוזה בעקיפין, אף שבאופן ישיר היא נוגעת רק לחלק אחד ממנו.

הסעיף אינו דן בזכות הביטול של הצד השני במצב כזה. אולם הצעת חוק דיני ממונות[11] קובעת: "[אם] סביר להניח כי צד לחוזה לא היה מתקשר בו אלמלא החלק שאליו מתייחסת עילת הבטלות או הביטול, בטל או ניתן לביטול החוזה כולו, אלא אם כן בחר צד הזכאי לביטול החוזה, בביטול החלק האמור, במקום ביטול החוזה כולו". בכך ניתנת זכות ביטול

[7] שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתס (תיז), בסופו. נראה שזו תהיה גם דעתם של שבות יעקב ושואל ומשיב (להלן, הערה 13), ואף שהם עסקו במקרה הפוך, שהמוכר רוצה לבטל הכול והקונה רוצה לבטל רק חלק, הרי הנימוקים שלהם (שכל החוזה נעשה בבת אחת, ושמכר שבטל מקצתו בטל כולו) שייכים גם כאן.

[8] פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יג, הערה יז, עמ' שצט; נתיב יושר, פרק כא, הערה לג.

[9] פתחי חושן שם. נראה שדין זה כפוף לכללים של הזכות לתקן טעות, שראינו בסעיף 14, פרק שישי. ראה סעיף 14, הערה 200, שמי שקנה מכשיר שאחד מחלקיו פגום, רשאי לדרוש את ביטול העִסקה, ואינו חייב להסתפק בתיקון החלק או בהחלפתו.

[10] אמנם לגבי מכר בכפייה ששולם עליו פחות משוויו, נפסק שאינו תקף (ראה סעיף 17, פרק רביעי), ואין אומרים שיהיה תקף לגבי החלק שכנגד מה ששילם. אבל אין זה חוזה שניתן להפרדה, שהרי הצדדים לא התכוונו שהתשלום ניתן בעד חלק מהנכס (והוא מכר בכפייה) ועל חלקו לא ניתן תשלום (והוא מתנה בכפייה), אלא הכופה התכוון שיהיה זה מכר בזול.

[11] הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 117(ב). סעיף זה מקביל לסיפא של סעיפנו.

גם לצד השני (שאינו הנפגע המקורי), אף שבדרך כלל אין לו זכות ביטול, מפני שגם לו יש אינטרס שלא לפצל את החוזה[12].

במשפט העברי נידון חוזה הניתן להפרדה לחלקים, ועילת הביטול (מדובר ב טעות בחוזה) נוגעת רק לחלקם, והצד הטועה מבקש לבטל את החוזה רק לגבי אותם חפצים שטעה בהם, ואילו הצד השני מבקש לבטל את החוזה כולו. בעניין זה נפסק, שהצד השני זכאי לבטל את החוזה כולו, בטענה שכל החוזה נכרת כיחידה אחת[13]. כלומר, הוא התקשר בחוזה מסוים, ואינו מוכן למצוא את עצמו כבול בחוזה שונה מזה שהסכים אליו. נימוק נוסף לכך הוא, שהצד השני יכול לטעון שהוזיל את המחיר הכולל בגלל הפגם שהיה באחד מהחפצים[14].

[12] בדברי ההסבר שם, נומקה הרחבה זו: "פתרון אחר מהמוצע עשוי להוביל לכך שאחד הצדדים ימצא עצמו קשור בחוזה שונה מזה שבו חפץ ושלתנאיו הסכים". אבל הדברים אינם מובנים, שהרי הסייג "אלא אם כן בחר צד הזכאי לביטול החוזה, בביטול החלק האמור" משאיר את הצד השני קשור בחוזה שונה מזה שחפץ בו, אם הצד הנפגע רוצה בביטול חלקי.

[13] שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתס (תיז), בסופו, וחלק ד, סימן אלף רו (קלו); שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סימן קסט; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק א, סימן סה, ד"ה והנה אירע.
ערך ש"י, חו"מ, סימן רלב, סעיף ג, עושה הבחנה (גם בדעת שבות יעקב): אם המוכר ידע על הפגם, הקונה זכאי לבטל חלק מהחוזה ולקיים את השאר, והמוכר אינו זכאי לבטל את השאר; ואם המוכר לא ידע על הפגם, והקונה רוצה לבטל חלק מחהחוזה, המוכר זכאי לבטל את השאר.
הרדב"ז, חלק ד, שם, עוסק במצב שלכל פרט נקבע סכום נפרד, ובכל זאת הוא פוסק שכל המכר נחשב יחידה אחת. אבל ערך שי שם כותב שאם נקבע מחיר בנפרד לכל פרט, רק חלק מהמכר מתבטל, גם אם שני הצדדים לא ידעו על הפגם.
שואל ומשיב, שם (הובא בשו"ת הליכות ישראל, סימן ט), מסתמך על דעת משנה למלך, הלכות זכייה ומתנה, פרק יב, הלכה יג, ומחנה אפרים, הלכות מכירה, דיני אונאה, סימן כג, שכל מכר שבטל מקצתו — בטל כולו (על דעה זו ועל החולקים עליה, ראה: מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן א; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רטז, הגהות הטור, אות ט; שו"ת דבר משה, אמריליו, חלק ב, סימן עה, דף פ ע"ד ואילך), מפני שהמוכר יכול לטעון שמכר את הכול יחד (אבל הם לא עסקו בביטול עקב טעות); ואף שיש חולקים עליהם, מספק אין מוציאים מן המוחזק; כלומר, הדין תלוי אם הקונה כבר שילם אם לאו. אבל הוא כותב שאם המוכר אינו טוען כך, בית דין אינו טוען כך בשבילו, מפני ש"אינו נכון" לבטל את כל המקח. נתיבות המשפט, סימן קפב, חידושים, ס"ק טו, ומשפט שלום, סימן קפב, סעיף ח (ד"ה העולה), קבעו כללים לגבי השאלה, האם אומרים "מכר שבטל מקצתו בטל כולו" במצב שבטל המכר עקב היעדר מעשה קניין, או משום שהנכס לא היה כולו של המוכר; ולא הזכירו ביטול עקב טעות או כפייה. יש להעיר, שאם החוזה בטל בחלקו בגלל טעות, הרי כדי שהביטול יגרור את ביטול שאר החוזה, נצטרך להרכיב טענת טעות על טענת טעות: אילו ידע את האמת לגבי חלק מהחוזה, לא היה מתקשר באותו חלק, ואילו ידע שיטעה בחלק מהחוזה, לא היה מתקשר כלל.
דעות חולקות: ערוך השולחן (לעיל, הערה 6) כותב שהצד השני אינו יכול לטעון "או קיים הכול או בטל הכול", והוא זכאי לבטל את כל החוזה רק אם הוא מעלה טענה מוצדקת שבגללה אי אפשר לקיים את החוזה באופן חלקי.
כמו כן, שו"ת גור אריה יהודה (תאומים), חו"מ, סימן ו, כותב שאם היה פגם בחלק מן הפרטים, זכאי הקונה לבטל את החוזה לגבי אותם פרטים ולקיים את השאר, גם אם המוכר דורש לבטל הכול. אבל בנידונו לא היה מדובר בפגם, אלא שחלק מהפרטים היו שווים פחות מהמחיר שנקבע לכל פרט, בהפרש של יותר משישית, כך שהיה זכאי לבטל את החוזה בגלל אונאה, והמוכר טען שיש לקיים את החוזה ושלא יצטרך להחזיר אפילו את ההפרש, מפני שאם הכול יחושב כיחידה אחת, נמצא הפרש פחות משישית; וטענתו נדחתה. אבל הוא כותב, שאם בשעת המכר הזכיר המוכר את המידה הכללית עם הסכום הכולל, הכול נחשב יחידה אחת, והמוכר יכול לדרוש לבטל את הכול (או לקיים את הכול), מפני שגילה את דעתו שהוא מוכר

פרק שלישי

סיכום

לפי החוק, חוזה שניתן להפרדה לחלקים, ולגבי חלק אחד ממנו הייתה טעות, כפייה או עושק, ולא לגבי שאר החלקים, הצד הנפגע זכאי לבטל רק את החלק שנכרת בפגם. אולם אם הנסיבות מלמדות שהפגם השפיע על מכלול החוזה, כך שלולא העילה לא היה הצד הנפגע מתקשר בחוזה כלל, הוא זכאי לבטל את כולו.

במשפט העברי נחלקו הפוסקים בשאלה האם זכאי הצד הנפגע לבטל רק את חלק החוזה שהפגם נוגע לו, או שהוא זכאי לבטל את כולו בטענה שהתקשרותו בחוזה כולו נבעה מהפגם.

במצב הפוך, כשהצד הנפגע מבקש לבטל רק חלק מהחוזה, זכאי הצד השני לדרוש את ביטול כל החוזה.

פרק רביעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

ביטול חלקי

19. ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ויש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה כולו; אם בחר לבטל את חלקו, זכאי הצד השני לבטל את החוזה כולו.

את הכול יחד מפני שהוא זקוק לכל סכום הכסף, מה שאין כן אם הזכיר את המחיר של כל פרט. הוא דוחה טענה אפשרית של המוכר, שהתכוון למכור את הכול יחד כדי שהקונה לא יבחר רק את הטובים, מפני שאלו דברים שבלב. אבל דחייה זו קשה, שהרי אלו דברים "שבלבו ובלב כל אדם", שהרי כל צופה מהצד יבין שהמוכר התכוון לכך. על דברי גור אריה יהודה, ראה משפט שלום, סימן רכז, סעיף ד.

[14] רדב"ז, סימן תתס שם; שואל ומשיב, שם.

כמובן, אם לפני כן אמר המוכר שלא ידע על הפגם, אינו יכול לטעון שהוזיל בגלל הפגם, כפי שמעיר שואל ומשיב.

ערך ש"י שם נוקט שמקבלים טענה זו של המוכר אם הוא טוען כך (וידע על פגם), בתנאי שלפי ראות עיני הדיין הוא אומר אמת בטענה זו.

סעיף 20

דרך הביטול

דרך הביטול

20. ביטול החוזה יהיה בהודעת המתקשר לצד השני תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול, ובמקרה של כפיה — תוך זמן סביר לאחר שנודע לו שפסקה הכפיה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 383

פרק שני: היקף בטלות החוזה עקב הודעת הביטול 384

פרק שלישי: משך זכות הביטול — "תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול" 385

פרק רביעי: משך זכות הביטול בחוזה שנכרת בכפייה — "ובמקרה של כפיה — תוך זמן סביר לאחר שנודע לו שפסקה הכפיה" 388

פרק חמישי: סיכום 389

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 390

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה עוסק בדרך לבטל חוזה עקב אחד הפגמים שנזכרו בסעיפים הקודמים: טעות, כפייה ועושק. הסעיף קובע שהביטול ייעשה בהודעת הצד הנפגע לצד השני[1].

הסעיף מטיל הגבלה על הזמן שבו זכאי המתקשר לבטל את החוזה עקב פגם בו: הוא יכול לעשות כן רק תוך זמן סביר לאחר "שנודע לו על עילת הביטול". מדובר בידיעה ממשית, ולא ידיעה קונסטרוקטיבית[2]. טעם ההגבלה הוא, שאם עבר זמן זה, מניחים שהמתקשר ויתר על זכות הביטול[3].

לעניין כפייה, קובע הסעיף מגבלה שונה על הזמן שבו זכאי המתקשר הכפוי לבטל את החוזה: תוך זמן סביר לאחר שנודע לו שפסקה הכפייה.

הדעת נותנת, שכמו בכפייה, כך גם כשהפגם שבחוזה הוא ניצול מצוקתו, זכות הביטול נמשכת כל משך הניצול, ומדידת הזמן הסביר תחל רק משעה שנודע לו על הפסקת הניצול[4].

[1] לדעת שלו, דיני חוזים, עמ' 364, הודעת הביטול תקפה גם אם לא הגיעה לצד השני. אבל היא מציינת שלפי הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 11, "פעולה משפטית חד צדדית טעונה קליטה בידי האדם שהפעולה משנה את זכויותיו... ואם נשלחה לו הודעה על הפעולה, יראו כקליטה גם הגעת ההודעה למענו של נמען הפעולה", ואם כן יש תוקף להודעת הביטול רק אם הגיעה לצד השני. כך העירו גם בדברי ההסבר להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 116, המקביל לסעיפנו.

[2] שלו, שם, עמ' 366.

[3] שלו, שם, עמ' 362, 365.

ייתכן שקציבת הזמן פועל גם לטובתו של הצד הזכאי לבטל, בכך שגם אם הודיע על רצונו בקיום החוזה למרות שנודע לו על עילת הביטול, הוא זכאי לחזור בו, בתוך אותו פרק זמן סביר, ולבטל את החוזה. אולם אפשר לטעון שבכך שהודיע על רצונו בקיום החוזה, מחל על זכות הביטול, והרי בעל זכות המוחל עליה אינו יכול לחזור בו ממחילתו. אם השתנה מצבו של הצד השני לרעה בעקבות ההודעה הראשונה, ברור שהצד הזכאי לבטל אינו יכול לחזור בו מהסכמתו לקיום החוזה. כמו כן, אם יש חוסר תום לב בחזרתו מהסכמתו זו, אינו זכאי לחזור בו ולבטל את החוזה, שהרי על הנפגע להפעיל את זכות הביטול בדרך מקובלת ובתום לב, לפי העיקרון הכללי בסעיף 39 לחוק. ראה שלו, שם, עמ' 296, 356. המקום הראוי לדיון בתנאי זה הוא אכן סביב סעיף 39 לחוק. אולם נעיר כאן, שאף שעקרון תום הלב מוּכָּר בדיני החוזים במשפט העברי (ראה למשל דברי השופט אלון בע"א 148/77 רוט נ' ישופה, פ"ד לג(1) 617), הרי שבנסיבות מסוימות עמידה על קיומו המדויק של החוזה, ודרישה לביטולו אם לא יקוים, תתקבלנה אף בניגוד לעקרון תום הלב. ראה: המחלוקת בין סמ"ע, סימן שיא, ס"ק ב, לבין ש"ך, שם, ס"ק א; חוק לישראל, שכירות ושאילה, עמ' 72־73.

לפי המשפט העברי, נפגע המביע רצון לקיים את החוזה כבר אינו יכול לחזור בו ולבטלו, כפי שראינו בסעיף 14, פרק שלישי, ו. אבל ייתכן שהדבר קשור בכך שהמשפט העברי אינו קוצב זמן לזכות הביטול (כפי שנראה להלן, פרק שלישי). לעומת זאת, לפי החוק שקוצב לכך זמן, ומצמצם בכך את זכות הביטול, ייתכן שיש לכך גם השלכה להרחבת זכות הביטול, בכך שיוכל לבטל תוך הזמן הסביר אף אחרי שהסכים לקיים את החוזה.

[4] בע"א 10/81 כהן נ' גדע, פ"ד לז(4) 635, 646, נאמר שהזמן הסביר מתחיל משנודע לו על העושק. אבל

ואכן, בהצעת חוק דיני ממונות נאמר[5]: "ואם היתה עילת הביטול כפיה או עושק — בתוך זמן סביר אחרי שנודע לו שפסקו הכפיה או העושק".

בפרקים הבאים נדון בעמדת המשפט העברי בתחומים הללו. בפרק השני, נברר את משמעותה של הודעת הביטול: היקפה של בטלות החוזה, ושאלת הדירותה של הודעת הביטול. בפרק השלישי, נבחן האם יש מגבלת זמן על זכות הביטול לגבי חוזה בטעות, ובפרק הרביעי נדון בכך לגבי חוזה בכפייה.

פרק שני

היקף בטלות החוזה עקב הודעת הביטול

לפי החוק, הודעת הביטול היא קונסטיטוטיבית[6]. אם כן, בהתגבש עילת הביטול ובמסירת הודעה כאמור, מתבטל החוזה למפרע[7]. אבל בניגוד לחוזה שלא נכרת כלל, כאן החוזה אינו בטל באופן מוחלט. על כן, למשל, הוראותיו המשניות נותרות בתוקף גם לאחר הביטול[8].

אם הצד הנפגע מסר הודעת ביטול בתוך פרק זמן סביר, אינו יכול לחזור בו ולקיים את החוזה[9].

על גישת המשפט העברי בשאלה זו, ניתן ללמוד מדברי ר"י מיגאש[10] לעניין חוזה שצד אחד טעה לגביו, שאם הצד הטועה גילה את דעתו שהוא רוצה לבטל את החוזה עקב הטעות, החוזה בטל "מעיקרו".

עניין נוסף העולה מעיקרון זה הוא, שאם הביע הצד הטועה את רצונו לבטל את החוזה,

שם לא הייתה לכך נפקות, שכן היה מדובר באישה חולה זקנה שנוצלה, ואיבדה את הזיכרון, כך שמעולם לא נודע לה על העושק, והאפוטרופוס שלה ביטל את החוזה בשמה, כשנודע לו.

5 הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 116, המקביל לסעיפנו.

6 פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 1085.

7 פרידמן וכהן, שם עמ' 1108־1115. השווה שלו, דיני חוזים, עמ' 356־357, 368־372. ראה גם דיוננו בסעיף 21, פרק שני.

8 פרידמן וכהן, שם, עמ' 1109־1110; שלו, שם, עמ' 357. ראה שם, מה מוגדר "הוראות משניות". עוד נפקות מכך היא, שאם עבר נכס מיד ליד על פי החוזה, הבעלות בו עוברת למרות הטעות והביטול. ראה על כך בסעיף 21, פרק שני.

ראה גם סעיף 14, פרק שני, ג, שלמרות הפגם, החוזה עצמו קיים.

9 פרידמן וכהן, שם, עמ' 1113־1114; שלו, שם, עמ' 366.

10 שו"ת הר"י מיגאש, סימן קלו. הבאנו את דבריו בסעיף 14, ליד ציון הערה 61. גם לבוש, חו"מ, סימן רלב, סעיף טו, וסמ"ע, סימן רלב, ס"ק לג, כותבים שבמקח טעות, בטל המכר "מעיקרו". ראה עוד בסעיף 21, פרק שני, א, על ההשלכה מביטול החוזה למפרע, על הבעלות בנכס בעת כריתת החוזה.

ר"י הילדסהיים, כתר ג, עמ' 165־168, מביא ראיות אחדות שהחוזה בטל למפרע: בכתובות נז ע"ב, נאמר שאישה שהתקדשה ונמצא בה מום, בטלים הקידושין למפרע; תוספות, בבא מציעא מב ע"ב (ד"ה הכא), אומרים שהקונה שטר ונמצא בו מום, הוא נחשב שמעולם לא היה שלו; ועוד.

נפקות נוספת מכך שהחוזה בטל למפרע, כותב שו"ת הליכות ישראל, סימן ט (עמ' ט): שאם שולמו דמי תיווך למי שתיווך בעִסקה, עליו להחזיר אותם, כיוון שהתברר שמעולם לא הייתה עִסקה.

אינו יכול לחזור בו ולקיים את החוזה אלא בכריתת החוזה מחדש[11], מפני שכריתת החוזה, שהייתה תלויה ועומדת, מעולם לא הסתיימה[12].

הפוסקים הללו אמנם דיברו רק על עילת הטעות, אבל אפשר ללמוד מדבריהם גם לעניין עילות הכפייה והעושק.

פרק שלישי

משך זכות הביטול — "תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול"

לעניין קונה המוצא פגם בממכר, נחלקו הפוסקים בשאלה עד מתי הוא זכאי לבטל את החוזה. לפי פוסקים אחדים, הוא זכאי לחזור בו גם אם הממכר היה בידו כמה שנים אחרי שנודע לו על הפגם אם לא השתמש בו[13]. טעמם הוא, שאין מפרשים את השתהותו כמחילה על זכות

[11] ר"ן על הרי"ף, כתובות לג ע"ב, בדפי הרי"ף, שורות 4־5 מהשורות הרחבות (הובא בקצות החושן, סימן רמג, ס"ק ב); בית יעקב (לר' יעקב מליסא), כתובות עב ע"ב, ד"ה בתוס'; שו"ת מהרי"ל דיסקין, פסקים, סימן קלח; פעמוני זהב, סימן רכז, סעיף ד, ד"ה אך (לגבי אונאה במחיר). הר"ן ובית יעקב דיברו על תנאי, שעושה התנאי גילה את דעתו אחרי מעשה שהוא מקפיד על אי קיום התנאי, ואחר כך רצה לחזור בו ולקיים את הקידושין או את המכר; ולפי הגישה שהבאנו בסעיף 14, ליד ציון הערה 36, חוזה בטעות הוא כמו תנאי שלא קוים. וראה על כך בסעיף 14, ליד ציון הערה 76.

אך ראה: בית שמואל, סימן לח, ס"ק נז; כתר ג, עמ' 295־296, והערת רז"נ גולדברג, שם, עמ' 296. לעניין אונאה במחיר, כותב דברי משפט, סימן רכז, סעיף ד, שנחלקו המאור, בבא בתרא מא ע"ב (בדפי הרי"ף), ומלחמות ה' שם בשאלה האם המתאנה יכול לחזור בו ולקיים את המכר אחרי שביטל אותו.

[12] לשון סמ"ע, סימן רכז, ס"ק ח: "דכיוון שהנתאנה [=שהמתאנה] יכול לחזור, לא נגמר המקח מעולם". הוא כותב כך כדי לנמק את דעת רמ"א, חו"מ, סימן רכז, סעיף ד, שגם המאנה יכול לבטל את החוזה כל זמן שהמתאנה לא קיים אותו. אבל עיקרון זה נכון גם לדעת שולחן ערוך, שם, האומר שהמאנה אינו יכול לבטל את החוזה, שכן זכות הביטול נשללת מן המאנה מכוח סנקציה, ולא בגלל חלות המכר. ראה על כך סעיף 14, ליד ציון הערה 322.

[13] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג; אורחות חיים, חלק ב, סימן מב (עמ' 474); שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף ג; שו"ת צמח צדק (שניאורסון), חו"מ, סימן מג (ד"ה ומה שטוענים); ערוך השולחן, חו"מ, סימן רלב, סעיף ד; בית יעקב (מסקין), סימן יז (כג ע"ד); ערך השולחן (טייב), חו"מ, סימן רלב, אות ו; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רלב, הגהות הטור, אות ו (גם אם המוכר נמצא באותה עיר) ואות כח; משפט שלום, סימן רלב, סעיף ג (ד"ה איך); שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סימן קסט; קריית מלך רב, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג, דף רד ע"ג; שו"ת בית שערים, חלק ג, סימן פה, ד"ה ועיין בסמ"ע (אפילו זמן רב אחרי שנמצא המום); מחנה אפרים, הלכות מכירה, דיני אונאה, סימן ד; אמרי איש (דדש), שו"ת, סימן טז; שו"ת דבר יהושע, חלק א, סימן עא, עמ' רל; שו"ת יישא איש, חו"מ, סימן ד (ד"ה ובאמת).

שו"ת אשר לשלמה, דנאן, סימן סב (ד"ה איך), כותב שאפשר לומר "קים לי" כדעה זו.

מדובר בשהקונה לא השתמש בממכר, אבל אם השתמש, הדבר מוכיח שמחל, כפי שראינו בסעיף 14, פרק שלישי, ד.

גם לעניין טעות בכמות, היינו שסופקה כמות שונה מזו שהוסכם עליה, כותבים רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכות א־ב, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף א, שהנפגע זכאי לחזור בו "אפילו אחר כמה שנים". אבל אפשר לומר שמדובר שם במי שנודעה לו הטעות רק אחרי זמן רב. סמ"ע, סימן רלב, ס"ק ג, מסביר

הביטול, מפני שחזקה שאין אדם מסכים לקבל מוצר פגום[14], וייתכן שהסיבה שלא הודיע מיד על רצונו בביטול החוזה היא מפני שלא רצה לטרוח בדין, והמתין לשעת כושר[15]. עוד ייתכן, ששתק מפני שהיה טרוד, או שלא מצא את המוכר; והעובדה שלא השתמש בממכר מוכיחה שלא מחל[16]. דעה זו מתבססת על העיקרון הכללי, שהעובדה שנושה לא תבע את חובו זמן רב, אינה הוכחה שמחל עליו[17].

לעומתם, דעת פוסקים אחרים היא שאם הקונה רוצה לבטל את החוזה, עליו להודיע למוכר על כך מיד לאחר שנודע לו על הפגם, ואם השתהה, הדבר מוכיח שמחל על זכות הביטול[18].

שבזה לא נקבע שיעור "כדי שיראה לתגר" (ראה בסמוך לגבי אונאה במחיר), מפני שזו טעות ברורה כמו גזל. אבל גם כאן אפשר לומר שמדובר במי שנודעה לו הטעות רק אחרי שעבר הזמן, מה גם ששם מדובר על החזרת ההפרש במחירים ולא על ביטול החוזה.

גם לעניין אונאה בשכירות, כותב שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף לה, שיכול לחזור בו "אפילו לאחר זמן מרובה".

[14] מחנה אפרים, שם.

[15] קריית מלך רב, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג, דף רד ע"ג; דבר יהושע, שם.

[16] שו"ת זרע יעקב (בן נאים), סימן כא.

בית אהרן (וולקין), בבא מציעא נ ע"ב (ד"ה הן), נימק, שייתכן ששתק מפני שידע שהוא יכול לחזור בו, ולא מפני שמחל.

[17] דיברות משה, בבא מציעא, חלק ב, סימן נ, ענף ג, עמ' קי. על עיקרון כללי זה, ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילה מכללא. יש להוסיף, שגם אין אומרים שזכות התביעה נמחקת עקב התיישנות, אם עבר זמן רב, שכן המשפט העברי אינו מכיר במושג של התיישנות. ראה על כך חוק לישראל, נזיקין, עמ' 340-344.

[18] מחנה אפרים שם, בדעת רב האי גאון, המובא בשו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף רו (קלו); שו"ת מהריט"ץ, סימן קה (ד"ה ובאמת), וסימן רכה, בדעת רי"ף, בבא מציעא ל ע"ב (בדפי הרי"ף); דיברות משה, בבא מציעא, חלק ב, סימן נ, ענף ב, עמ' קד, בדעת הרי"ף שם; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן פב (הובא בשו"ת אשר לשלמה, דנאן, סימן סב, ד"ה הנה מצינו), וכנסת הגדולה, חו"מ, סימן רלב, הגהות הטור, אות ו (בקיצור), בשם מהר"ם אלשיך ור' אברהם ן' אשר, ובדעת שו"ת הרדב"ז, סימן קלה; שו"ת מור ואהלות (ענתיבי), חו"מ, סימן כא, דף קיב ע"ד (הובא בשו"ת דברי משה, מזרחי, חו"מ, סימן קח), בדעת הרי"ף והרמב"ם; שו"ת מגן גיבורים (אשטרושא), סימן יח, דף לג ע"ב (הובא בשו"ת אשדות הפסגה, חו"מ, סימן יג, דף צ ע"ג); שו"ת הלכה למשה (אלבז), חו"מ, סימן מה, בדעת שו"ת הר"י מיגאש, סימן נא, המובא בהגהות מרדכי, כתובות, סימן רצב; חכמת שלמה, חו"מ, סימן רלב, סעיף ג.

הדיוק מר"י מיגאש הוא ממה שכתב שרק אם הקונה לא נכנס לבית שקנה, כך שלא ראה את הפגם, יכול לבטל; משמע שאם נכנס, בוודאי ראה את הפגם, והיות ששתק, אינו יכול לבטל את החוזה.

אפשר לדחות את הוכחת מחנה אפרים מרב האי, כיוון שרב האי נוקט מקרה שעבר זמן רב, והקונה הראה את הסחורה לקונים, והוא כותב שזה מבסס אומדנא שידע על המום; כלומר, החידוש שלו הוא, שהיות שעבר הרבה זמן, והקונה השתמש בממכר, גם אם אין ודאות שידע על המום, יש להניח שידע ומחל; ואין ללמוד מזה למקרה שידע ולא השתמש.

מהריט"ץ שם מסתמך על הרי"ף בבבא מציעא, כאמור, ולא כהבנת פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יג, הערה ז, ומ' ויגודה, חוק לישראל, שכירות ושאילה, עמ' 117, שכוונתו לשו"ת הרי"ף, סימן קנג.

כמו כן, משנה למלך, שהבאנו בסעיף 14, הערה 47, מבין שלפי הדעה שהבאנו שם, שאם הקונה היה יכול לגלות את הפגם, ולא בדק, מראה הדבר שמחל, קל וחומר שאם נודע לו ולא הודיע למוכר, מראה הדבר שמחל. אבל חסד לאברהם ושבות יעקב ופוסקים נוספים שהבאנו שם מעלים אפשרות שגם לפי דעה זו, יכול לבטל גם אם עבר זמן רב אחרי שנודע לו — עיין שם.

כנסת הגדולה שם, אות י, מביא שמהר"ש ן' וירגא כותב שגם אם המוכר היה במקום אחר, הרי אם יש שיירות מצויות להגיע שם, על הקונה לשלוח לו הודעת ביטול על ידי השיירות, ואם לא הודיע, זו מחילה.

הם סבורים שאמנם היעדר תביעה אינו מוכיח על מחילה, אבל טעם הדבר הוא, שיכול הנושה לטעון שלא רצה לדחוק בחייב עד שיהיה לו במה לשלם; וטעם זה אינו שייך במקח טעות, משתי סיבות: (א) הכסף ששילם הקונה נמצא אצל המוכר; (ב) הקונה היה צריך לפחות להודיע שברצונו לבטל את החוזה, גם בלי לתבוע מהמוכר את השבת כספו מיד[19].

השולחן ערוך[20] פוסק כדעה הראשונה.

גם לפי הדעה הראשונה, שהטועה זכאי לחזור בו גם לאחר זמן רב, הרי בטעות בהערכת המחיר, מעל לשישית, אם נודע לצד הטועה על הטעות, ולא הודיע לצד השני מיד על ביטול החוזה, כבר אינו יכול לבטלו, מפני שמניחים שמחל על זכותו[21]. גם אם טרם שילם את

מהריט"ץ שם כותב שיש לפרש גם את דברי הרמב"ם כך, אף שזהו פירוש דחוק, וזאת כדי שלא תיווצר מחלוקת בינו לבין הרי"ף, שהיה רבו. כמו כן, מהר"ם אלשיך ור' אברהם ן' אשר הסבירו שמה שכתב הרמב"ם, שיכול לחזור בו "אחרי כמה שנים", אמור במצב שלא ראה את הפגם; אבל אם ראה את הפגם, והמוכר היה בעיר, והקונה לא הודיע לו מיד, יש להניח שמחל. שו"ת אשר לשלמה (דנאן), סימן סב (ד"ה קושטא), כותב שלפי הבנה זו צריך לומר, שמה שנקט הרמב"ם שאם השתמש, זו מחילה, אינו לומר ששתיקה בלבד אינה מחילה, אלא נקט שימוש כדי לחדש שרק שימוש אחרי ידיעתו על הפגם הוא מחילה, ולא שימוש לפני שנודע לו על הפגם (על שימוש לפני שנודע לו, ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 74).

חכמת שלמה שם מסביר שמה שכתבו הרמב"ם ושולחן ערוך, שיכול להחזיר אחרי כמה שנים, הוא במצב שהמוכר אינו נוכח, ולכן הקונה לא היה יכול להחזיר לו (ואף על פי כן, אם השתמש, הדבר מראה שמחל); או שמדובר שעוד לא שילם, ואז אין הוכחה משתיקתו (על עיקרון זה, ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילה מכללא).

גור אריה (צרמון), על הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג (ריט ע"א), מעלה אפשרות שהרמב"ם מסכים שאם ראה ושתק, זו מחילה, והסיבה שנקט שהשתמש, היא מפני שאם לא השתמש, יכול לטעון שלא ראה את הפגם, ואילו אם השתמש, ברור שראה את הפגם. אבל הוא מעיר, שמלשון הרמב"ם, "נשתמש אחר שראה", לא משמע כך.

[19] דיברות משה (לעיל, הערה 17). כך נראית כוונתו.

עוד העלה שם אפשרות להסביר שרק בהלוואה, היעדר תביעה אינו מוכיח שמחל, משום שייתכן שהסיבה שלא תבע היא בגלל איסור "לא יגוש" (רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק א, הלכה ב), ונימוק זה אינו קיים במכר. הוא מוסיף, שגם אם נניח שהאיסור לנגוש חייב שהוא עני נוהג גם בשאר סוגי חיוב (בשאלה זו הסתפק גם כסף הקדשים, סימן צז, סעיף ב), האיסור אינו נוהג כאן, כיוון שהכסף ביד המוכר (כך נראית כוונתו).

[20] שולחן ערוך (לעיל, הערה 13).

[21] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יב, הלכה ז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף ח; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רכז, סעיף י; שו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן י; שו"ת צמח צדק (שניאורסון), חו"מ, סימן מג (ד"ה ומה שטוענים). רמב"ם, שולחן ערוך וצמח צדק דיברו על מוכר שנתאנה; ערוך השולחן וגליא מסכת דיברו על קונה שנתאנה.

כמו כן, אוצר מפרשי התלמוד, בבא מציעא נ ע"ב, הערה 114, מדייק מנתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק א, וממשפט שלום, סימן רכז, סעיף ז, שאם נודע לו על האונאה ולא תבע מיד, זו מחילה גם אם טרם עבר השיעור "כדי שיראה לתגר". אבל הוא מדייק מקריית מלך רב, הלכות מכירה, פרק טו, שיכול לחזור בו עד "כדי שיראה לתגר", גם אם השתמש בנכס.

צמח צדק שם מנמק, שיש להניח שמחל מפני שאינו רוצה לבטל את מעשיו ולהיקרא "הדרנא" (יש להעיר, שאין בכך כדי להסביר את ההבדל בין שתיקה כאן לבין שתיקה בפגם שנמצא במכר). על פי זה הוא כותב שאם לא מכר מעצמו אלא שלוחו מכר (כגון יתומים שבית הדין או האפוטרופוס מכרו מנכסיהם), שתיקתו אינה הוכחה שמכר, מפני שבזה לא יקראו לו "הדרנא". הוא משווה זאת לדינו של אפוטרופוס שמכר וטעה, שיכול לחזור בו גם בטעות שהיא פחות משישית (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף ל), ושם הטעם הוא: "לתקוני שדרתיך ולא לעוותי". אבל שם לא נאמר שכך הוא הדין גם אם שתק כשנודע לו. עוד נימק

התמורה, העובדה שלא הודיע למוכר מיד על ביטול החוזה מוכיחה שמחל[22]. טעם ההבדל הוא, שבאונאה במחיר, כל צד מעוניין במכר אלא שיש לו תביעת ממון, ולכן מצוי שימחל, מפני ש"חן מקח על לוקחו"[23], ולפעמים מוכן הקונה לשלם בעדו יותר משוויו; ועוד, שאין זו תביעה ברורה כל כך, שהרי קשה לדעת מה היה המחיר האמתי בשעה שקנה; מה שאין כן במקח שנמצא בו פגם, שאינו רוצה בקיום המכר כלל, וזו תביעה ברורה, וגם אין מצוי שימחל, כיוון שאינו רוצה אותו, ולכן שתיקתו אינה מוכיחה שמחל[24].

הפוסקים אמנם דיברו רק על מכר בטעות, אבל ניתן ללמוד מדבריהם לכל חוזה בטעות.

פרק רביעי

משך זכות הביטול בחוזה שנכרת בכפייה — "ובמקרה של כפיה — תוך זמן סביר לאחר שנודע לו שפסקה הכפיה"

בעיקרון, לפי המשפט העברי, אין הגבלה על משך הזמן שאפשר לבטל חוזה שנכרת בכפייה. כך כותב הרמב"ם[25]: "ואפילו החזיק כמה שנים, מוציאים אותה מידו". הוא עוסק במכר בכפייה שנמסרה עליה מודעא.

עם זאת, במצבים מסוימים, טענת כפייה אינה מתקבלת אם לא עירער המתקשר על הכפייה

(שם נא ע"ג), שאין אדם מוכן למחול על טעות שטעה מישהו אחר. עוד נימק (בדף נא ע"ד) שבנידונו בעל הנכס היה קטן, ולא ידע למחות, ולכן גם כשגדל ונודע לו, ושתק, אין שתיקתו מוכיחה שמחל.
צמח צדק מביא כדעה חולקת, את הרשב"א המובא במגיד משנה, הלכות מכירה, פרק יב, הלכה ו, האומר שהמוכר יכול לחזור בו לעולם בכל מצב. אבל יש להעיר, שכוונת הרשב"א היא, שיכול לחזור בו עד שייוודע לו שהתאנה, וכאן מדובר על חזרה אחרי שנודע לו.
גליא מסכת כותב שאם המוכר אינו בביתו, שתיקת הקונה אינה הוכחה שמחל, שהרי ייתכן שלא ראה טעם להודיע על רצונו לבטל את החוזה כל זמן שלא יוכל להחזיר את החפץ למוכר.

[22] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רכז, סעיף י. זאת אף שלעניין הדין שאם עבר שיעור זמן שהקונה היה יכול לברר אצל תגר אם התאנה, מניחים שמחל גם אם לא נודע לו שטעה (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 378), יש אומרים שאם טרם שילם, אין הוכחה שמחל (ראה על כך חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילה מכללא).

[23] סוטה מז ע"א.

[24] שו"ת גליא מסכת, חו"מ, סימן י (יד ע"א). הוא דיבר על קונה שהתאנה, אבל נימוקו שייך גם במוכר שהתאנה.

[25] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה א. וכך פסק בעקבותיו שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף א.
שו"ת תורת אמת, סימן קיז וסימן רכד, מעלה אפשרות שאם מוכר קרקע מסר מודעא, והעדים יודעים שאכן הייתה כפייה, אבל עברה הכפייה, והקונה־הכופה ישב בקרקע שלוש שנות חזקה, החזקה אינה מועילה, כמו שגזלן אין לו חזקה.
שו"ת נדיב לב, חלק א, חו"מ, סימן מד, עוסק בשניים שעשו פשרה, ושנים רבות לאחר מכן, תבע צד אחד את חברו על פי הפשרה, והלה טען שמחילתו במסגרת הפשרה ניתנה עקב כפייה, והציג שטר מודעא להוכיח את הכפייה. הוא אינו מתייחס לעובדה שעבר זמן רב מאז הפשרה, אלא פוסל את המודעא מטעם אחר.

במשך זמן רב, מפני שהדבר מוכיח שהסכים לקיים את חוזה[26]. לדוגמה, אישה שמחלה לבעלה על כתובתה, ורק אחרי מות בעלה טענה שהייתה אנוסה למחול לו — המחילה אינה בטלה[27].

פרק חמישי

סיכום

הן לפי החוק הן לפי המשפט העברי, אם צד הזכאי לבטל מודיע לצד השני על רצונו לבטל, החוזה בטל למפרע, ואינו יכול לחזור בו מן הביטול.

החוק מגביל את זכות הביטול לזמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול, היינו על הטעות. לעומת זאת, המשפט העברי אינו מגביל זכות זו בזמן. רק בטעות בהערכת המחיר, אם הצד שטעה לא הודיע לצד השני על רצונו לבטל מיד כשנודע לו על הטעות, איבד את זכות הביטול.

[26] מערכי לב (חזן), חלק א, דרוש ח, דף טז ע"ג (הובא בספר ליצחק ריח, מע' מ, מודעא, אות ח, דף נד ע"ב, ובאורח משפט, חזן, סימן רה, הגהות הטור, אות יד).
כמו כן, שו"ת ציץ אליעזר, חלק יב, סימן עה, עוסק במודעא שעברו חמש עשרה שנה אחרי מסירתה, ופוסק שאין לסמוך על המודעא, כמו שאם נושה מציג שטר חוב ישן, בית דין חוקר היטב לפני שגובה בו (שולחן ערוך, חו"מ, סימן צח, סעיף ב).
בגיטין נח ע"ב נאמר, שאם גוי לקח קרקע מיהודי בכפייה, ולא תבע אותו היהודי בבית משפט, הדבר מראה שמחל, ואם יהודי אחר קנה אותה מהגוי, אינו חייב להחזיר אותה לראשון. שו"ת הריב"ש, סימן רצ, אומר שמדובר בשהגוי טוען שהיהודי חייב לו כסף ועל כן הוא לוקח ממנו את הקרקע, והיהודי מכחיש את החוב, ובכל זאת הקנה את הקרקע לגוי בגלל הכפייה, כגון שאמר "טול קרקע והניחני", ושהתה אצל הגוי כמה שנים ולא תבע אותו. אם כן, מדובר במתנה בכפייה, שניתנת לביטול, ובכל זאת, העובדה שלא תבע, מוכיחה שמחל, וכבר אינו יכול לבטל את החוזה; וכך הסביר את דבריו תרומת הכרי, סימן שעא, וכתב כך גם בדעת שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלו, סעיף ח. גם חידושי הרשב"א, גיטין שם (ד"ה נכרי), פירש שמדובר במתנה בכפייה, שלא שילם הגוי ליהודי כלל או ששילם פחות משוי הקרקע (שדינו כמתנה לעניין זה, כפי שראינו בסעיף 17, ליד ציון הערה 75), ובכל זאת, אם לא תבע את הנכרי בדין, הראה שמחל. גם ר"ן על הרי"ף, גיטין כז ע"א (בדפי הרי"ף), מסביר שזה בגדר מתנה בכפייה, ובכל זאת העובדה שלא תבע מוכיחה שמחל. הריב"ש נקט שעברו כמה שנים, אבל לא ברור אם כתב כך בדווקא, או שדי בזמן סביר, שהיה יכול לתבוע בו. אבל משכנות יעקב (מהד' תש"ך), אהע"ז, סימן מא (=סימן לח, תשובה רביעית, במהד' וילנא), אות יד, כותב בדעת הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק י, הלכה א, שרק אם הגוי טען שהיהודי חייב לו כסף ועל כן לקח את הקרקע, שתיקת היהודי מוכיחה שטענת הגוי נכונה, ולכן הקרקע נקנית לגוי; אבל אם הגוי לקח את הקרקע מהיהודי בלי לטעון שום טענה, הרי זו מתנה בכפייה, ולעולם חוזרת לבעליה ואין אומרים שמחל בשתיקתו.
רשב"ם, בבא בתרא מ ע"ב (ד"ה ואי דזביני), מדבר על אפשרות לבטל מכר על פי מודעא, "היום ולמחר". ייתכן שנקט לשון זו מפני שאם יעבור זמן רב, לא יוכל לבטל, מפני שזה מגלה שבאמת היה נוח לו במכר. מצד שני, שו"ת איגרות משה, אהע"ז, חלק א, סימן קלז, עוסק במי שטען לפסלות גט שלושים שנה אחרי שניתן, בגלל כפייה, ואינו כותב שעצם העובדה שעבר זמן רב ושתק הבעל מוכיחה שלא הייתה כפייה. אלא שבגט, אין מקום להכשירו בנימוק שהזמן שעבר מוכיח שמחל, שהרי מחילה אינה מכשירה גט, שלא כמו בחוזה.

[27] שו"ת קרני ראם (אנקאווא), סימן סט, על פי מערכי לב שם.

סעיף 20: דרך הביטול

הבדל דומה בין החוק לבין המשפט העברי הוא לגבי זכות הביטול בחוזה שנכרת בכפייה או בעושק: החוק מגביל אותה לזמן סביר לאחר שנודע לצד הנפגע שפסקו הכפייה או העושק, ואילו המשפט העברי אינו מגביל אותה, אלא אם ניתן להסיק מן הנסיבות וממשך הזמן שעבר, שהמתקשר הסכים לביצוע החוזה.

פרק שישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

דרך הביטול

20. ביטול החוזה יהיה בהודעת המתקשר לצד השני, ועם מסירת ההודעה, החוזה בטל למפרע, והמתקשר אינו יכול לבטלו; ובמקרה של הונאה במחיר, על המתקשר להודיע על כך מיד כשנודעה לו עילת הביטול.

סעיף 21

השבה לאחר ביטול

השבה לאחר ביטול

21. משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה — לשלם לו את שוויו של מה שקיבל.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 393

פרק שני: חובת כל צד "להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה" 393

א. זכות אובליגטורית או קניינית 393

ב. על מי מוטלת עלות ההשבה? 395

ג. צד לחוזה שהשביח את מה שקיבל 396

פרק שלישי: השבת השווי — "ואם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה — לשלם לו את שוויו של מה שקיבל" 397

א. מבוא 397

ב. אם מכר את הנכס שקיבל 398

ג. אם ניזוק הנכס שקיבל 399

ד. אם אכל את הנכס שקיבל 400

פרק רביעי: תשלום תמורת שימוש שהמקבל עשה במה שקיבל 409

פרק חמישי: חובת הצד השני לשלם לצד הנפגע הוצאות שהוציא עקב החוזה 411

פרק שישי: סיכום 412

פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 413

פרק ראשון

מבוא

עניינו של סעיף זה בחוזה שבוטל עקב פגם בו, אבל לפני הביטול הועברו טובין מצד זה לצד זה על פי החוזה. הסעיף קובע, שכדי למנוע עשיית עושר ולא במשפט, צריך להשיב את המצב לקדמותו לאחר הביטול[1]. הסעיף קובע שתי דרכים להשבת המצב לקדמותו: הדרך העדיפה היא להשיב בעין את מה שכל צד קיבל; ואם דרך זו אינה אפשרית, או שהיא יוצרת קשיים בלתי סבירים, יש ללכת בדרך השנייה: השבת שוויו של מה שקיבל כל צד.

לעניין החובה להשיב את גוף הדבר שנתקבל על פי החוזה, מתעוררת שאלה בדבר נכס שהבעלות בו הועברה על פי החוזה: האם הבעלות חוזרת באופן אוטומטי לצד שנתן אותו, מכוח הוראת הסעיף? או שמא הבעלות נשארת של הצד שקיבל את הנכס, אלא שמוטלת עליו חובה אובליגטורית להשיב את הנכס? בשאלה זו נדון בפרק השני.

שאלה נוספת מתעורת במצב שהשבת הנכס כרוכה בעלויות: על מי מוטלות עלויות ההשבה? ועוד: אם השביח הנכס בין מועד קבלת הנכס לבין מועד ביטול החוזה, האם גם השבח חוזר לבעליו המקורי? אף בשאלות אלה נדון בפרק השני.

כאמור, הדרך השנייה להשבת המצב לקדמותו היא השבת שוויו של הדבר שהתקבל, אם השבת הנכס עצמו אינה אפשרית או אינה סבירה. בפרק השלישי, נדון בשאלות העולות במצבים אחדים, שבהם השבת הנכס אינה אפשרית, כגון שהנכס נמכר, ניזוק או נאכל.

שאלות נוספות יכולות לעלות עקב ביטול החוזה ומה שנעשה בינתיים כחלק מביצוע החוזה. למשל: אם הועבר נכס מיד ליד על פי החוזה, האם על מקבל הנכס לשלם על שימוש שעשה בו עד ביטול החוזה? וכן, אם הוציא צד אחד הוצאות עקב החוזה, האם הוא זכאי לשיפוי על כך? שאלות אלה לא נידונו בחוק, אבל המשפט העברי נותן להן תשובות. נעסוק בהן בפרקים הרביעי והחמישי.

פרק שני

חובת כל צד "להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה"

א. זכות אובליגטורית או קניינית

לדעת שלו[2], זכותו של צד לחוזה לקבל חזרה את מה שנתן לצד השני על פי החוזה היא זכות

[1] ואכן, בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, הוראת סעיף זו הוכללה בפרק על עשיית עושר ולא במשפט, סעיף 412, המגדיר קטגוריות לצמיחת הזכות להשבה: "...ישיב הזוכה למזכה זכייה שהגיעה אליו בשל אחד מאלה... (2) מעשה של המזכה, אשר העביר את הזכייה לזוכה — (א) בשל טעות, הטעיה, כפייה

אובליגטורית בלבד, אבל הבעלות על הנכס שנתן לצד השני אינה חוזרת אליו באופן אוטומטי עקב הביטול. אפשר להבין זאת לאור מה שראינו לעיל[3], שלפי החוק, גם אחרי ביטול החוזה, אין הוא בטל באופן מוחלט.

אף על פי שהנכס שייך למי שקיבל אותו, הרי אם הוא רוצה להשיב אותו, הוא זכאי לכך, ואין הצד השני זכאי לדרוש לקבל כסף במקומו, גם אם הצד השני הוא הצד שנפגע מהפגם בחוזה. סעיף זה אינו מעניק לצד שנפגע זכויות יתר, אלא זכויות ההשבה הן הדדיות, מפני שמטרת הסעיף היא מניעת התעשרות שלא כדין, ולא הענשה[4].

לעומת זאת, לפי המשפט העברי, אם הנכס הוא בעין, הבעלות בו היא של בעליו המקורי, ורק אם השבת הנכס אינה אפשרית או אינה סבירה, שאז רק שוויו מושב, אין לבעליו המקורי של הנכס זכות קניינית בו. לדוגמה, בחוזה שבוטל עקב טעות, נכס שעבר מיד ליד על פי החוזה נשאר בבעלותו המקורית[5]. כך עולה ממה שכתב ר״י מיגאש[6], שאם הצד הטועה הודיע

או עושק...״. הסיפא של סעיפנו, על השבת שווי, בא שם בסעיף 415: ״השבה תהיה בעין; היתה ההשבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה, תהיה ההשבה בהשבת שווי״.

[2] שלו, דיני חוזים, עמ׳ 370.

[3] סעיף 20, פרק שני.

[4] שלו, דיני חוזים, עמ׳ 371.

[5] שפת אמת, סוכה ל ע״א (ד״ה בתוס׳ ד״ה משום), כותב שמי שקנה לולב, ו״נטל״ אותו ביום ראשון של סוכות למצווה, ואחר כך התברר שהיה בו פגם, והמקח בוטל בגלל הטעות, לא יצא ידי חובתו, מפני שהתברר למפרע שהיה של המוכר, ואדם יכול לקיים מצוות לולב ביום הראשון רק בלולב שלו. כמו כן, נחל יצחק, סימן צו, ס״ק ד, ענף ב (קצ ע״ב), כותב שאם התברר שבשעת המכר, היה הקונה עני, ואכן בסופו של דבר לא שילם, המכר בטל בגלל הטעות, והנכס שייך למוכר למפרע. כמו כן, שו״ת ר׳ עקיבא איגר, חלק ג, סימן לג, כותב שבמכר שבוטל עקב אונאה יותר משישית, הנכס שייך למוכר למפרע.
כמו כן, מגדל עוז, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ג, כותב שכל מקח טעות נשאר ברשות בעליו המקורי.
כמו כן, שו״ת כוכב מיעקב (וידנפלד), חלק א, סימן קנח (עמ׳ רלג); שו״ת שם עולם (רבין), חלק ב, סימן קסח; אשל אברהם (ניימרק), זרעים, פירות גינוסר, סימן ח (עמ׳ לג); ושו״ת הר צבי, או״ח, חלק ב, סימן ל, בסופו, וזרעים, חלק א, סימן צז (עמ׳ קנח) — כותבים שהקונה טבל וחשב שהופרשו ממנו תרומות ומעשרות, הטבל נחשב עדיין בבעלות המוכר, כיוון שהמכר היה בטעות, ולכן גם לדעה שטבל שנמכר חייב בתרומות ומעשרות רק מדרבנן (שולחן ערוך, יו״ד, סימן שלא, סעיף סא), כאן הוא חייב מן התורה, כיוון שבאמת לא נמכר, ולכן אם הקונה אוכל אותו, הוא עובר באיסור מהתורה. וראה על כך להלן, הערה 44.
אבל ראה להלן, הערה 44, בשם עין יצחק, שהקונה עובר רק על איסור דרבנן. הר צבי עצמו, באו״ח, חלק ב, סימן קיב, אות ב, חוזר בו וכותב שאין זה מקח טעות, מפני שיש להניח שהקונה מעוניין שהמכר יהיה תקף, כדי שהטבל יהיה בגדר טבל שנמכר, ויהיה אסור רק מדרבנן (אבל אינו חוזר בו לגבי העיקרון שאם יש מקח טעות, הנכס שייך עדיין למוכר).
כמו כן, שיח שלמה (קלוגר), עמ׳ 119, כותב שמי שמכר את חמצו לגוי, והתברר שאינו גוי אלא ישראל מומר, המכר בטל מפני שאילו ידע שאינו גוי, לא היה מוכר לו, ולכן החמץ אינו נאסר אחרי פסח מצד שהיה ברשות הישראל הקונה בפסח; פסק זה מבוסס על כך שהנכס שייך למוכר למפרע. ראה שם, מדוע אינו נאסר מצד שהיה בבעלותו של המוכר בפסח.
אמנם שו״ת רשמי שאלה, סימן נז, הבין שמשנה למלך, הלכות אישות, פרק ה, הלכה ז (ד״ה אך אני), סבור שהנכס אינו בגדר גזל ביד הקונה, ולכן אם הקונה מכר אותו לאחר, המכר תקף. אבל לאמתו של דבר, משנה למלך אומר רק שהכסף שקיבל המוכר אינו גזל בידו — ראה להלן, הערה 10.

[6] שו״ת הר״י מיגאש, סימן קלו. הבאנו את דבריו בסעיף 14, ליד ציון הערה 61.
גם שו״ת יד יצחק (גליק), חלק ב, סימן קס, ושו״ת גנזי יוסף (שוורץ), סימן מ, אות ג, נוקטים שבמקח טעות המכר בטל למפרע.

שברצונו לבטל את החוזה, החוזה בטל "מעיקרו". גם מן הפוסקים הקובעים שהקונה נחשב שומר על הנכס[7], עולה שהנכס בבעלות המוכר.

אשר לכסף שקיבל צד על פי חוזה, שהוא חייב להחזיר אותו[8], יש אומרים שגם לגביו, ביטול החוזה מביא לכך שהכסף נשאר בבעלותו של בעליו המקורי, עד כדי כך שאם הצד שקיבל אותו ממשיך להחזיק בו, הוא בגדר גזלן[9]. אלא שבזה יש אומרים, שמאחר שכסף ניתן להשתמש בו ולהוציא אותו, אין הכסף נשאר בבעלות בעליו המקורי[10], אלא מוטלת רק חובה אובליגטורית על מי שקבל אותו להשיבו.

גם לפי הדעה השנייה, על המוכר להשיב לקונה כסף בסכום שקיבל ממנו, ואינו רשאי לתת שווה כסף במקומו[11], שהרי גם בחיוב אובליגטורי צריך החייב לשלם כסף, שנוח להשתמש בו. רק אם אין לו כסף, יוכל לשלם בשווה כסף[12].

ב. על מי מוטלת עלות ההשבה?

לפי המשפט העברי, אם נפלה טעות במכר, והקונה מעוניין לבטל את החוזה, עליו להחזיר למוכר את נשוא החוזה כפי שקיבל אותו, אבל עלות ההחזרה מוטלת על המוכר. כך נקבע,

7 ראה להלן, ליד ציון הערה 33.

8 ר"י ברצלוני, ספר השטרות, שטר י, עמ' 16 (על כסף שניתן תמורת קרקע במכירה כפויה); שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קכא, ורמ"א, חו"מ, סימן רלה, סעיף טו (על כסף שניתן לצעיר פחות מבן עשרים שמכר קרקע שירש; וכתבו שאם אינו מחזיר לקונה את הכסף, הקונה יכול לגבות מקרקעו).

9 נחל יצחק, סימן צו, ס"ק ד, ענף ב (קצ ע"ב), בדעת רא"ש, קידושין, פרק ב, סימן לא. הרא"ש שם כותב שהמוכר ערלה, שהיא אסורה בהנאה, הכסף נחשב גזל בידו, מפני שהוא שייך לקונה.
אבל המגיה במחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן כג, מעלה אפשרות שדווקא מוכר ערלה, שהטעה את הקונה, נחשב גזלן על הכסף, מה שאין כן במקח טעות, אם המוכר לא התכוון להטעות את הקונה. ראה סעיף 15, על ההבחנה בין הטעייה לטעות עצמית.

10 משנה למלך, הלכות אישות, פרק ה, הלכה ז, ד"ה אך אני; מחנה אפרים, הלכות גזילה, סימן כג, בדעת חידושי הרשב"א וחידושי הריטב"א, קידושין נו ע"ב. הרשב"א והריטב"א העלו אפשרות שמטעם זה, המוכר ערלה, אין הכסף נחשב גזל בידו.
נחל יצחק שם כותב, שהשאלה תלויה בשינויי גִרסאות בסוגיות בבא קמא מו ע"ב ובבא בתרא צב ע"ב, החלוקות ביניהן בשאלה, האם רשאי המוכר לשלם לקונה במיטלטלין במקום בכסף, אם יש בידו כסף אבל לא אותן מטבעות שקיבל מהקונה.
משנה למלך שם כותב שאם הנכס אסור בהנאה והקונה לא ידע על כך, הכסף נחשב גזל ביד המוכר, מפני שאין ערך לאיסורי הנאה, ולא מגיע למוכר שום כסף תמורתם, שלא כמו נכס רגיל שיש לו ערך, אלא שבגלל הפגם הוא שווה פחות מהסכום ששולם בעדו. הוא מוסיף שגם בדבר האסור בהנאה, אם לא ידע המוכר שהוא אסור בהנאה, אין הכסף נחשב גזל בידו, כיוון שלא התכוון לגזול.
לבוש, חו"מ, סימן רלב, סעיף טו, נוקט שהכסף הוא בגדר הלוואה ביד המוכר (ראה להלן, ליד ציון הערה 61). בשאלה האם הכסף נחשב גזל ביד המוכר, ראה חוקת משפט, הלכות מכירה, קונטרס אחרון, סימן ג.
ר' אליהו ציון סופר, "בענין מקח טעות אם חשיבי המעות כהלואה או כגזילה", מקבציאל ו (ניסן־סיוון תשמ"ה), עמ' קמו־קנז, כותב שבעיקרון הכסף נחשב כהלוואה ביד המוכר (ויכול להחזיר מטבעות אחרים), אבל אם המוכר ידע על הפגם בממכר, הכסף נחשב גזל בידו. ראה שם, לנפקות מכך.
לשאלה האם המוכר רשאי להשתמש בכסף שקיבל אחרי ביטול החוזה, ראה נתיב יושר, פרק כט, סעיף יג.

11 רמ"א, חו"מ, סימן רלב, סעיף כג.

12 מחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן כג. ראה לעיל, הערה 10, שלפי גרסה אחת בתלמוד, הוא רשאי לתת שווה כסף אם אין בידו הכסף המקורי, גם אם יש לו כסף אחר.

שאם הקונה הודיע למוכר מראש, לפני כריתת החוזה, שבדעתו לקחת את הממכר למקום רחוק למטרה כלשהי, ואחרי שהגיע לשם גילה פגם בממכר, אין הקונה חייב להשיב את הממכר למקומו של המוכר. הוא חייב רק לאפשר למוכר לקחת את הממכר ממנו, ועל המוכר לשאת בהוצאות ההובלה למקומו; והקונה זכאי להשבת כספו אף שאינו מוביל את הממכר למוכר[13].

רק אם הקונה לקח את הממכר למקום רחוק בלי להודיע על כך למוכר מראש, ושם גילה את הפגם, עלות ההחזרה מוטלת על הקונה[14].

ג. צד לחוזה שהשביח את מה שקיבל

אם צד לחוזה קיבל נכס על פי החוזה, והשביח אותו, והחוזה בוטל, עליו להשיב את הנכס לצד האחר, בעליו המקורי, אבל הצד האחר חייב לשלם לו על השבח שהשביח. לדוגמה, הקונה בגד ותפר אותו, ומצא בו פגם, וביטל את החוזה בגלל הטעות, צריך להחזיר את הבגד למוכר, והמוכר צריך לשלם לו על השבח שהתפירה השביחה[15].

כמו כן הקונה ספר שכריכתו הייתה מפורקת, ושילם לכורך לתקן אותו, ואחר כך ביטל את החוזה מפני שהתברר שהיו בספר דפים מחוקים, על המוכר לשלם לקונה את השבח שהכריכה השביחה את הספר[16].

הקונה קרקע ובנה בה, ואחר כך התבטל המכר בגלל טעות, נחלקו הדעות בשאלה האם המוכר חייב לשלם לקונה את ערך הבניין[17].

[13] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ג (הובא בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קמז, ובשו"ת בני אברהם, חו"מ, סימן ס, דף מג ע"ב); אורחות חיים, חלק ב, סימן מב (עמ' 474); שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף כא.
הרמב"ם נוקט "למדינה אחרת". נראה שבכלל "מקום רחוק" לעניין זה הוא כל מקום שהשבת הממכר ממנו כרוכה בהוצאות.

[14] רמב"ם, שם; שולחן ערוך, שם.
על החובה לטרוח בהחזרה, ראה: נתיב יושר, פרק כח, סעיף ז; א' ורהפטיג, "הגנת הצרכן לאור ההלכה", תחומין ח (תשמ"ז), עמ' 384.

[15] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ז (הובא בשו"ת הרשב"ש, סימן תעו); שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יד.

[16] שלטי הגיבורים, בבא מציעא ל ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, סימן רלב, הגהות הטור, אות ס, ובשו"ת דברי משה, מזרחי, חו"מ, סימן קט).
שאלה אחרת מתעוררת אם הקונה מכר את הנכס לאחר, והרוויח במכר זה — למי שייך הרווח? תוספות יום טוב, בכורות, פרק ה, משנה ו, כותב שהקונה בשר, ומכר אותו לגוי ביוקר, והתברר שהבהמה הייתה טרפה, כשהמוכר מחזיר לו את כספו, מנכה ממנו את הסכום שקיבל הקונה מהגוי, אף שסכום זה גדול מערכו האמיתי של הבשר, מפני שהרווח שייך למוכר המקורי (כך הסביר את דבריו תורת חיים וחסד, עמ' תעח). אבל אור גדול, על המשנה שם, מדייק מרבנו גרשום, בכורות לז ע"א, שבמקרה זה הרווח שייך לקונה, והמוכר חייב להחזיר לו את מה ששילם בניכוי השווי האמתי של הטרפה בלבד. דבריו מתאימים לאמור בטקסט, ששבח שהשביח הקונה בנכס שייך לו.
שו"ת ר' עקיבא איגר, חלק ג, סימן לג, כותב שאם מכר הקונה ברווח, אין המוכר חייב להחזיר לקונה את הכסף שקיבל ממנו, מפני שהוא יכול לטעון: "אם אתה רוצה בקיום המכר, לא מגיע לך שום החזר; ואם אתה רוצה בביטול המכר, הרווח שייך לי, כיוון שהנכס היה שלי כשמכרת אותו". אבל לגבי מצב שהמחיר היה קצוב, ובכל זאת מכר לצד השלישי מעל למחיר הזה, הוא מעלה ספק, האם הרווח נחשב מתנה לקונה, או שגם אז שייך הרווח למוכר הראשון. בשאלה למי שייך הרווח, ראה כתר ג, עמ' 263־269.

[17] שו"ת תורת אמת, סימן קיז (ד"ה ועל ענין) וסימן רכד (ד"ה ועל ענין), כותב שדינו של הקונה כדין מלווה

אבל אם המכר התבטל בגלל מודעא על כפייה, הכופה נחשב גזלן, ואם היה זה קרקע שהכופה־הקונה בנה עליו, אינו זכאי לתשלום על דמי הבניין, לכל הדעות, כשם שגזלן אינו זכאי לתשלום על בניין שבנה בקרקע שגזל[18].

פרק שלישי

השבת השווי — "ואם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה — לשלם לו את שוויו של מה שקיבל"

א. מבוא

השבה "בלתי אפשרית" כוללת מי שקיבל שירות על פי החוזה או השתמש בנכס על פי החוזה או שהנכס אבד או נמכר לצד שלישי וכדומה[19]. השבה "בלתי סבירה" כוללת מצב שהנכס חובר או עורבב עם נכס אחר (כגון לבנים שנבנו בקיר), עד שאיבד את צורתו המקורית, או נכס שיוצר על פי הזמנה, או שהשתמשו בו ובלה, וכדומה[20].

באופן עקרוני, גם לפי המשפט העברי, מי שקיבל נכס על פי חוזה, והנכס אינו בעין, והחוזה בוטל, עליו להשיב את שוויו, כמובן. אלא שאם הוא כבר שילם תמורתו לצד השני, אין טעם שיחזיר לו את שוויו, מפני שחיובו להחזיר את שוויו מתקזז עם חיובו של הצד השני להשיב לו את הכסף שנתן לו על פי החוזה. אם הסכום ששילם לא היה שווה לשווי הנכס שקיבל, מי שבידו כסף עודף ישיב לשכנגדו את ההפרש[21].

כמו כן, השוכר נכס והשתמש בו, ודמי השכירות ששילם היו גבוהים ביותר משישית ממחיר

שגבה קרקע בחובו, ובנה עליה, ואחר כך הלווה פרע את החוב, שנחלקו הפוסקים לגביו (בטור, חו"מ, סימן קג), האם הלווה צריך לשלם למלווה את דמי הבניין. שולחן ערוך, חו"מ, סימן קג, סעיף ט, פוסק בעניין זה, שאם לא השביחה הקרקע מחמת הוצאות הבנייה, פטור הלווה מלשלם למלווה על ההוצאות, ואילו סמ"ע, שם, ס"ק טו, פוסק שהוא חייב לשלם. שולחן ערוך שם פוסק, שאם השבח יותר מן ההוצאה, מקבל המלווה בשבח. סמ"ע, ס"ק טז, מפרש שנוטל חצי השבח כדין שותף היורד ברשות. אבל ש"ך, ס"ק יב, כותב שמקבל כשיעור שמקבלים שַׁתְּלֵי העיר.

על חלוקת השבח אם הקונה השביח את הקרקע, ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך יורד לנכסי חברו, כרך כג, עמ' תצ, ליד ציוני הערות 777־779.

[18] תורת אמת, שם ושם.

[19] שלו, דיני חוזים, עמ' 371.

אשר לזכותו של מי שקנה מן הנפגע, לדעת שלו, שם, עמ' 369, צד שלישי שקנה בהסתמך על קיום החוזה, ואחר כך בוטל החוזה, זכותו מוגנת. בעניין זה כותב שו"ת רשמי שאלה, סימן נז (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן רכז, ס"ק ו), שמי שקנה נכס ומכר אותו לצד שלישי, ואחר כך התברר שהייתה בו אונאה יותר משישית, אי אפשר להוציא את הנכס מן הצד השלישי, מפני שהוא יכול לטעון שאינו מאמין למוכר ולקונה שהייתה טעות. הוא מרחיב בנידון, אך אין דבריו ברורים — עיין שם.

[20] שלו, שם, עמ' 371.

[21] כך כותב שו"ת הר"י מיגאש, סימן קכח, שהמוכר נכס בתוספת של יותר משישית משוויה, שהדין הוא שהמכר בטל, והנכס חוזר למוכר, והתשלום חוזר לקונה, הרי אם הנכס כבר אינו בעין, הקונה "יחזיר" למוכר את שווי הנכס, כלומר, המוכר יחזיר לו את ההפרש בין המחיר ששולם לבין שוויו האמתי של הנכס.

השוק, אף שבאונאה יותר משישית בדרך כלל החוזה בטל, הרי כאן, שכבר השתמש בנכס, אין טעם לבטל את החוזה, אלא המשכיר יחזיר רק את ההפרש בין מחיר השוק למחיר ששולם[22]. נמצא שבעצם השוכר מחזיר למשכיר את שווי השימוש, והמשכיר מחזיר לשוכר את מה ששילם, והיות ששילם יותר משווי השימוש, מקבל השוכר מהמשכיר את ההפרש.

להלן נדון בשאלות המתעוררות לגבי חיוב השבה במצבים שונים שהנכס כבר אינו בר השבה.

ב. אם מכר את הנכס שקיבל

ראובן שקנה נכס משמעון ומכר אותו ללוי, ואחר כך התברר שהייתה טעות במחיר, באונאה לרעת ראובן הקונה, וגם המחיר שקיבל מלוי היה נמוך ממה ששילם לשמעון, שמעון המוכר חייב להשיב לראובן את ההפרש בין מחיר השוק לבין מה ששילם[23].

אם ראובן, הקונה, מכר במחיר טוב, ולא הפסיד מהקרן (מה ששילם לשמעון, המוכר), אין שמעון, המוכר, חייב להחזיר לו כלום[24]. לעניין זה, אם השיג הקונה מחיר טוב בגלל התאמצותו וחריצותו, אין לוקחים זאת בחשבון (כלומר, המוכר חייב להחזיר לו את האונאה כמו אילו היה הקונה מוכר בהפסד), וכן אין לוקחים בחשבון את הוצאות הקונה (כלומר, רק אם הקונה מכר אותו במחיר שכיסה גם את מה ששילם למוכר וגם את הוצאותיו, פטור המוכר מלהחזיר לו)[25].

במקרה הפוך, שהטעות הייתה לרעת המוכר, חייב הקונה להשיב לו את ההפרש במחיר[26].

[22] תרומת הדשן, שו"ת, סימן שיח (הובא בסמ"ע, סימן רכז, ס"ק סד).

[23] פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יא, סעיף יח, על פי משפט שלום, סימן רכז, סעיף ד (ואינו מפורש בדבריו).

אבל שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קלח, בסופו, כותב בסתם שהמוכר אינו חייב להחזיר לקונה את ההפרש, מפני שהמוכר יכול לטעון: "החזר לי את הממכר ואחזיר לך מה ששילמת לי", כיוון שבאונאה יותר משישית, הדין הוא שהמקח בטל, ולא שמחזיר את ההפרש. מטה שמעון, סימן רכז, הגהות הטור, אות טו, דוחה אפשרות לומר שמהרש"ך מדבר רק במצב שהקונה מכר במחיר טוב ולא הפסיד מהקרן (כדעת מהרשד"ם שבסמוך), שהרי אם כן, היה לו לפרט זאת. שו"ת בני יוסף (קאריו), סימן ה, כותב שאי אפשר לומר "קים לי" כדעת מהרש"ך, מפני שדעתו דעת יחיד. אבל ייתכן שמהרש"ך אינו חולק על הר"י מיגאש, לעיל, ליד ציון הערה 21, האומר שהמוכר חייב להשיב את ההפרש, והוא מסכים שאם הנכס אינו בעין מסיבה שאינה תלויה בקונה, הוא זכאי לקבל את ההפרש, ורק אם הקונה הוא זה שאחראי לכך שהנכס כבר אינו בעין, סבור מהרש"ך שהמוכר אינו חייב להשיב את ההפרש.

פתחי חושן שם כותב שאם הקונה מכר אחרי שנודע לו על אונאתו, המוכר אינו חייב לו כלום, ונימק בהערה לח, שבכך מחל על אונאתו. ראה על כך בסעיף 14, ליד ציון הערה 78.

שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קפ, נשאל על קונה שטרם שילם למוכר, ומכר את הנכס לאחר בהקפה, ואחר כך התברר שהקונה התאנה. הוא פוסק שדי שהקונה ישלם למוכר את הערך האמתי הנמוך של הנכס. בנידונו היה זה יין שאסור מדרבנן, והקונה השני שתה אותו, כך שאי אפשר היה להשיבו בעין. הוא נוקט לשון "דמי סתם יינם בזול", וייתכן שכוונתו היא, שדי שישלם שני שלישים ממחיר השוק, כיוון שהחיוב הוא על הנאתו מהשתייה (על פי בבא בתרא קמו ע"ב).

[24] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קמז.

על מצב שהקונה מכר ברווח, ראה לעיל, הערה 17.

[25] שו"ת בני יוסף (קאריו), סימן ה.

[26] פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יא, סעיף יח.

ג. אם ניזוק הנכס שקיבל

מי שקיבל נכס על פי החוזה, והזיק לנכס, עליו להשיב לצד השני את שוויו המקורי. אבל אם נהג בנכס בדרך המקובלת לפני שנודעה לו עילת הביטול, וכתוצאה מכך ניזוק הנכס, הוא פטור מלשלם על הנזק[27]. כך כותב הרמב"ם[28] לעניין מקח טעות: "מכאן אתה למד, שהמוכר שהיה מום בממכרו, ועשה בו הלוקח מום אחֵר קודם שיִוָדע לו המום הראשון, אם עשה דבר שדרכו לעשותו, כגון זה ששחט את הטרפה, פטור. ואם שינה ועשה מום אחר קודם שיִוָדע לו המום, מחזיר המקח לבעליו, ומשלם דמי המום שעשה". למסקנה זו מגיע הרמב"ם על פי דברי התלמוד[29] בדין המוכר בהמה לשחיטה ונמצאה טרפה.

ביטוי נוסף לעיקרון שאם נהג בדרך המקובלת, הוא פטור, הוא שהקונה זרעים המיועדים לזריעה, וזרע אותם, ולא צמחו בגלל פגם שהיה בהם, זכאי להשבת כספו, אף שאינו משיב את הזרעים למוכר[30].

אבל אם השתמש בנכס אחרי שנודע לו על הפגם, והשימוש הזיק לנכס, הוא חייב בנזק גם אם השתמש בדרך המקובלת[31], שהרי אסור היה לו להשתמש בו בזמן שבדעתו לבטל את החוזה עקב הפגם, שאז הנכס שייך למוכר.

בהערה לח כתב שאם מכר אחרי שנודע לו על האונאה, הדין שנוי במחלוקת: לפי משפט שלום, סימן רכז, סעיף ד, ודברי גאונים, כלל ו, סימן לח, יחזיר לו את ההפרש לפי שווי החפץ בשעת המכר; ולפי ערך ש"י, חו"מ, סימן רכז, סעיף ד, פטור. בהערה לז הוא מעלה ספק, אם הקונה מכר את הנכס במחיר הנמוך ששילם למוכר, בתוספת רווח מקובל, או שנתן אותו במתנה, האם חייב להשיב למוכר את ההפרש, או שיכול לטעון: "אילו ידעתי שהמחיר האמיתי גבוה יותר, לא הייתי קונה".

[27] השווה חוק הגנת הצרכן, סעיף 32(ב), הקובע לעניין מכר שבוטל עקב הטעייה, שעל המוכר להשיב לקונה את כספו, ועל הקונה להשיב למוכר את הנכס, ואם "עשה הקונה בינתיים שימוש בנכס, אשר הפחית באופן ניכר מערכו או גרם לו נזק, רשאי המוכר לנכות מן התמורה המוחזרת את הסכום שבו פחת שווי הנכס לעומת שוויו בעת המכירה".

[28] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ו. כך פסק גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יג.
נתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק ה, מסביר שאם עשה דבר שאין דרך לעשותו, חייב בנזק, מפני שהיה צריך לבדוק תחילה אם יש פגם בממכר. ר' אליעזר יחזקאל גרוסמן, "תשובה להלכה בדין מקח טעות", אהל משה (ויז'ניץ), חוב' ד (אלול תשמ"ד), עמ' מה, לומד מדבריו, שאם עשה דבר שדרך לעשותו, הוא פטור גם אם היה יכול לבדוק אם יש פגם.

[29] כתובות עו ע"ב; חולין נא ע"א.

[30] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף כ. על נזק באופן המקובל, ראה: פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יג, סעיף טו; א' ורהפטיג, "הגנת הצרכן לאור ההלכה", תחומין ח (תשמ"ז), עמ' 384-385.
כמו כן, נימוקי יוסף, בבא בתרא מו ע"א (בדפי הרי"ף), כותב בשם הריטב"א, שאם עשה הקונה בממכר את מה שקנאו למענו, כגון שחיטת בהמה וזריעת זרעים, אינו חייב לשלם למוכר על הנזק.
ר' חיים שמואל, בתשובתו בשו"ת בני אברהם, חו"מ, סימן ס (מג ע"א), לומד מהרמב"ם שמי שקנה בשר ובישל אותו, ואחר כך מצא בו פגם, אף שבשר מבושל אינו שווה למוכר כלום, הוא פטור מלשלם על הנזק.
שלטי הגיבורים, בבא מציעא ל ע"ב (בדפי הרי"ף), כותב על פי הרמב"ם, שהקונה סוס ורכב עליו ומצא בו פגם וביטל את החוזה בגלל הפגם, פטור על מה שהסוס כחש עקב הרכיבה, מפני שזהו שימוש רגיל.
דוגמה נוספת לנזק באופן המקובל היא במי שקנה ספר, והחתים בו את חותמתו, ואחר כך נודע לו שחסרים בו דפים. אמרי איש (דדש), שו"ת, סימן טז, ורא"י גרוסמן (לעיל, הערה 28), עמ' מד, פסקו שאינו חייב לשלם למוכר על ירידת ערך הספר, מפני שזהו דבר שרגילים לעשות.

[31] תשובות מיימוניות, ספר קניין, סימן ז, כותב שהקונה סוס ומצא בו פגם, ובכל זאת המשיך לרכוב עליו,

צד שקיבל נכס על פי החוזה נושא באחריות כשומר עליו, ולכן יש שהוא נושא באחריות לנזק גם אם לא הזיק לנכס, אלא הנכס ניזוק מעצמו. כך נפסק לעניין קונה נכס שמצא בו פגם[32]. ונחלקו פוסקים בשאלה האם קונה כזה אחראי על הנכס כשומר חינם או כשומר שכר[33]. אבל אחרי שהודיע למוכר על הפגם בממכר, הקונה כבר אינו חייב בשמירה עליו[34].

ד. אם אכל את הנכס שקיבל

מי שקיבל דבר מאכל על פי החוזה, ואכל אותו, ובוטל החוזה, חייב להשיב לצד השני את שוויו של המאכל[35]. אם מדובר בקונה שכבר שילם למוכר בעד המאכל, והתברר שהמאכל היה שווה פחות מהמחיר ששילם בעדו, ישלם לו המוכר את ההפרש בין מחיר השוק לבין המחיר ששילם[36].

מה הדין אם, לאחר שאכל הקונה את המאכל, התברר שהמאכל היה אסור לפי דיני הכשרות? הפוסקים מבחינים בין מאכל האסור מן התורה לבין מאכל האסור מדרבנן:

אם התברר שהוא אסור באכילה מן התורה, פטור הקונה מלשלם למוכר (ואם כבר שילם,

חייב על מה שהסוס כחש עקב הרכיבה. זאת אף שרכיבה היא השימוש הרגיל בסוס. ר"נ רקובר העיר שמדובר שלא היה מוכרח לרכוב על הסוס, אבל אם היה מוכרח לעשות כן, כגון שמצא את הפגם בהיותו באמצע הדרך, ולא היה יכול להשיג סוס אחר, הוא רשאי להמשיך לרכוב עליו, ופטור על הנזק שנגרם מכך.

32 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ד; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף כב.

33 ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 127. וראה במילואים שם, עמ' 809, שיש אומרים שהוא חייב אף באונס. וראה שם לעניין רמת אחריותו לפני שנודע לו על המום, או לאחר שנודע לו אבל לא היה לו זמן להודיע למוכר על הפגם בנכס. כסף משנה, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ג, מעלה ספק בקונה שנודע לו על המום, אבל לא היה לו זמן להודיע למוכר, האם חייב הקונה בשמירה.

עוד ראה בחוק לישראל שם, בשאלות האם הוא חייב בשמירה אם טרם שילם למוכר, ומה מידת אחריותו אם השתמש בנכס לפני שנודע לו על המום. וראה שם, עמ' 810, בשאלה האם המוכר חייב כשומר על הכסף שקיבל מהקונה, ובאחריותו על הנכס אם הוא לקח אותו לביתו כדי לבדוק את המום. על אחריות הקונה כשומר על הממכר, ראה גם: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק כח, סעיף ו (וסעיף ב, בדבר אחריות המוכר על הכסף); פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יג, סעיפים יג־יד (וסעיף יא, על אחריות המוכר על הכסף); שו"ת לב דוד (פלדמן), סימן פד; נתיב יושר, פרק כט, סעיפים א־י (וסעיף יא, על אחריות המוכר על הכסף); ר' נפתלי נוסבוים, "בדין חיובי הלוקח בשמירת החפץ במקח טעות", מקבציאל י (אלול תשמ"ו), עמ' קלג־קלד; א' ורהפטיג, "הגנת הצרכן לאור ההלכה", תחומין ח (תשמ"ז), עמ' 387־390.

פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יא, הערה לז, כותב שבאונאה יותר משתות, אף שהמקח בטל, הקונה הוא רק שומר חינם על הנכס.

רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ד, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף כב, כותבים שהקונה פטור משמירה אם הנכס התליע בגלל הזמן שעבר, אלא אם כן היה יכול להודיע למוכר ולא הודיע. טור, חו"מ, סימן רלב, סעיף כ, מעתיק את הרמב"ם בלשון "התליע מחמת המום", כלומר שרק אז הקונה פטור.

34 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ג; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף כא.

35 כרם שלמה (אהרמן), יבמות פה ע"ב (עמ' רנח), כותב שהמוכר שעורים כאילו הן חיטים, והקונה אכל אותן, המכר בטל, והקונה יקבל חזרה את מה ששילם, אבל חייב לשלם למוכר על השעורים שאכל.

חושן אהרן (מיטלמן), סימן א (עמ' כא־כב), כותב שמי שקנה מזון שחסר בו ויטמין מסוים שהיה אמור להיות בו, ואכל אותו, וגופו סבל ממחסור בויטמין, גם אם לא ניזוק, נחשב שלא נהנה, ואינו חייב לשלם את מחירו; וגם מי שלא סבל מהמחסור, אולי יינזק לטווח ארוך, ואינו נחשב שנהנה.

36 חידושי מחנה אפרים, הלכות מכירה, פרק יב, הלכה ד.

הוא זכאי לקבל את כספו חזרה), אף על פי שאינו מחזיר את המאכל[37]; ואם נשאר חלק מהמאכל, יחזיר אותו למוכר, מכיוון שהוא שווה מעט[38]. אין אומרים שהנאתו מן האכילה היא כשווה כסף שקיבל מן המוכר, מפני שאכילת איסור דאורייתא אינה נחשבת אכילה[39], ואדם דווקא מצטער מכך שעבר על איסור תורה באכילתו, ואין לו שום הנאה מכך[40]; ועוד, שקנסו

[37] רמב״ם, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה יד; אורחות חיים (מלוניל), חלק ב, סימן מב (עמ׳ 475); שולחן ערוך, יו״ד, סימן קיט, סעיף יג, וחו״מ, סימן רלד, סעיף ב; שו״ת חתם סופר, אהע״ז, חלק א, סימן קמא; מנחת משה (ירושלימסקי), חלק א, או״ח, סימן טו, דין יז (עמ׳ צא).
נראה שהטעם הוא שנהג במאכל בדרך המקובלת, וכפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 28, במצב זה אין חיוב על הנזק. מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ט, מסביר שהקונה אינו חייב מטעם מזיק, כיוון שהיה אנוס באכילתו.
הרמב״ם נקט מאכל האסור באיסור כרת או לאו, ומדייק מזה ר׳ שמואל ברנשטיין, ״בדיני החשוד לדבר איסור אין לסמוך עליו בדברים הנאכלים״, מוריה, שנה יח, גל׳ א־ב (רה־רו), תשרי תשנ״ב, עמ׳ לה, שבמאכל שאין עליו לאו אלא רק איסור דאורייתא, המוכר אינו חייב להחזיר את התשלום. כרם שלמה (אהרמן), יבמות פה ע״ב (עמ׳ רנח), כותב שהרמב״ם נקט רק איסורי כרת ולאו, מפני שבדבר האסור רק מכוח מצוות עשה, אין האיסור חל על החפץ (צפנת פענח, מהדורא תניינא, דף סב ע״ד), וזה נחשב אותו מין שקנה, והמכר תקף. אבל ראה להלן, הערה 44, שיש שכתבו שגם באיסור דרבנן, המכר בטל מפני הטעות, שאילו ידע שאסור, לא היה קונה אותו, וכך כתב ערוך השולחן, חו״מ, סימן רלד, סעיף א (וכרם שלמה הולך לשיטתו, להלן, הערה 41, שאין זו סיבה לבטל את המכר).

[38] שולחן ערוך, חו״מ, שם.

[39] דרישה, יו״ד, סימן קיט, אות י; ט״ז, או״ח, סימן קצו, ס״ק א; משפט כהן, סימן מא (עמ׳ צד); כנסת אברהם, סימן ד (עמ׳ כח); מועדים וזמנים, חלק ג, סימן רסו (עמ׳ קנד).

[40] סמ״ע, סימן רלד, ס״ק ד (הובא בשו״ת באר יצחק, יו״ד, סימן כה, ד״ה ולכן, בשו״ת פני מבין (פריד), יו״ד, סימן כב, באהלי אהרן, חלק א, סימן ל, בספר צל החכמה, סימן לג (ל ע״ד), בשו״ת קול אריה (שוורץ), סימן עד [דף סח ע״א במהד׳ תרס״ד], ובאבני ציון, חלק א, סימן לג, אות ד, וחלק ד, סימן יא, אות א); הפלאה, כתובות ל ע״ב, ד״ה ובזה נלע״ד (שלא נחשב שנהנה); ישועות יעקב, או״ח, אחרי סימן תקפו, דף נז ע״ג (שאף שבשעת אכילה הוא נהנה, הרי כשנודע לו אחר כך על האיסור, הוא מצטער יותר משנהנה); שו״ת יהודה יעלה (אסאד), יו״ד, סימן יט; שו״ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, או״ח, סימן נב; שו״ת נזר הקודש (רוזין), יו״ד, סימן קכד, אות ט; בית מאיר, אהע״ז, סימן קטז; פרשת המלך, הלכות אישות, פרק ה, הלכה א (מב ע״ד), בדעת הרמב״ם; א׳ ורהפטיג, ״הגנת הצרכן לאור ההלכה״, תחומין ח (תשמ״ז), עמ׳ 386, בדעת הרמב״ם.
ראשית ביכורים, בכורות לז ע״א (עד ע״א־ע״ב בדפי הספר), מסביר שכיוון שאדם קץ במאכל אסור, אין לחייבו לשלם על הנאתו מצד שהשתרש לו במה שאכל, מפני שאילו ידע, לא היה אוכל אותו גם אילו היה ניתן לו בחינם, ונמצא שלא הרוויח כלום, וזה דומה למי שאוכל דבר שרע לו, שמזיק לו בסופו של דבר; ואף שבשעה שאכל, נהנה, מפני שחשב שהמאכל מותר, אין זו נחשבת הנאת רווח, מפני שחשב שהמאכל שלו; וגם כשאנחנו רוצים לחייבו על הנאת הרווח שלאחר מכן, שאם לא יצטרך לשלם על הנאתו, נמצא שנהנה משל אדם אחר — בזה אומרים שכיוון שהוא מצטער באיסור שעבר, הרווח אינו נחשב הנאה, מפני שצערו גדול מהנאתו.
הסבר זה מבוסס על הנחה שהעובר באיסור דאורייתא בשוגג נחשב שעבר עברה, שאם לא כן, אין סיבה שיצטער על מה שאכל. מטה אהרן (רוזנטל), שבועות, עמ׳ ט, מקשה מכאן על חידושי הר״ן, סנהדרין פד ע״ב, האומר שאין עונש על העובר באיסור לא תעשה בשוגג; ומתרץ שדווקא כאן, שמדובר באיסור אכילה, אינה נחשבת אכילה אף שעבר בשוגג, כפי שכתבו תוספות, חולין ס ע״ב (ד״ה צדיקים), שיש בכך גנאי, ואילו הר״ן דיבר בשאר עברות. שו״ת בית נפתלי, סימן ד, מתרץ כך קושיה דומה על רמב״ן, ויקרא, א, ד, שכותב שאין צורך בכפרה על עבֵרה בשוגג (חוץ מעבֵרות שחייבים עליהן קרבן חטאת) — הוא מתרץ שהרמב״ן דיבר באיסורים חוץ מאכילה, אבל באכילת איסור בשוגג, יש גנאי (אבל העיר שלא משמע כך

את המוכר על שהכשיל את הקונה באכילת איסור תורה[41]. אם הקונה לא אכל אותו, אלא מכר

מהרמב"ן). שו"ת שערי צדק (פאנעט), או"ח, סימנים קח־קט, תירץ שבכל עבֵרה יש שני דברים, מרד בה' ופגם בנפש, ופגם בנפש יש גם בשוגג, ועל כך צריך כפרה, אבל מרד יש רק בשוגג, ועל כך כתב הרמב"ן שאינו צריך ריצוי.

שו"ת שם עולם (רבין), חלק ב, סימן קסח, מסביר שאין מחייבים את הקונה לשלם על שהשתרש לו, שחסך את הצורך לאכול מאכל מותר, מפני ש"זה נהנה וזה לא חסר" פטור, וכאן מה שהמוכר נחסר אינו בגלל הקונה, שכן אילו ידע את האמת, לא היה קונה.

שו"ת שרגא בטהרה, סימן סו, מקשה על הנימוק ששוגג צריך כפרה, הרי כאן אינו שוגג אלא אנוס, שהרי לא היה צריך להעלות על דעתו שהמאכל אסור.

במוכר לקטן: אחיעזר, חלק ג, סימן פא, אות יא, כותב לאור נימוק זה, שהמוכר לקטן מאכל האסור מהתורה והאכיל אותו, הקטן חייב לשלם, מפני שנהנה מן המאכל, שהרי כאן אין לומר שנפשו קצה במאכל האסור, כיוון שאין איסור על הקטן לאכול, ויש רק איסור על אדם אחר להאכיל אותו; ועוד, שקטן אינו צריך כפרה על חטאו גם אם חטא במזיד. והוא מעלה ספק לגבי בן נח שקנה בטעות מאכל האסור לבני נח ואכל אותו — האם גם הוא פטור מלשלם על הנאתו, כיוון שנפשו קצה באיסור?

[41] רש"י, בכורות לז ע"א (ד"ה ויחזיר); נימוקי יוסף, בבא בתרא מו ע"ב (בדפי הרי"ף); ר' עובדיה מברטנורא, בכורות, פרק ה, משנה ו; בית מאיר, אהע"ז, סימן קטז; שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, עניינים כלליים, סימן ו, אות ה (קנס על שעבר על האיסור לסחור במאכל אסור).

סמ"ע, סימן רלד, ס"ק ד; דרוש וחידוש, מערכה ה, אות כה; שו"ת יד יצחק (גליק), חלק ב, סימן קס; ושו"ת מוצל מאש, סימן סא — כותבים את שני הנימוקים.

שו"ת דברי מלכיאל, חלק א, סימן כח, אות ז, כותב שמגיד משנה, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ד, מתכוון לומר שבאיסור דאורייתא קנסו מפני שעשה סחורה באיסור.

אבל מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ט (הובא בתורת חיים וחסד, עמ' תעו), כותב שמה שנימק רש"י מטעם קנס הוא רק לגבי ספק איסור, שמן הדין פטור המוכר מלהחזיר את התשלום, שכן "המוציא מחברו עליו הראיה", ובכל זאת קנסו אותו להחזיר. ראשית ביכורים, בכורות לז ע"א (עד ע"א בדפי הספר), מסביר את דברי מחנה אפרים, שאדם אינו קץ בספק איסור, מפני שלבו אומר לו שלא חטא. גם שו"ת תפארת אדם (אסטרייכר), סימן מט (עמ' קכז), כותב שרש"י סובר שבאיסור ודאי, הנימוק הוא שלא נהנה, אבל בספק איסור, אין לקונה צער מהאכילה, אלא הוא נהנה ממנה, כיוון שהוא חושב שלא עשה איסור, ובכל זאת על המוכר להחזיר את התשלום, מטעם קנס.

קהל יאודה, יו"ד, סימן קיט, סעיף יג, כותב שגם פרשנים אלו סבורים שהטעם הוא שהקונה לא נהנה, ומה שנימקו מטעם קנס, הוא לגבי דבר שאדם אינו קץ בו, אבל בדבר שאדם קץ בו, על המוכר להחזיר את התשלום גם אם היה שוגג (אבל יש להעיר שההבנה הפשוטה היא שאדם קץ בכל מאכל אסור); ועוד, שהנימוק שלא נהנה שייך רק אם נודע לו על האיסור בשעה שהמאכל עדיין בגופו, ואז הוא קץ בו, והטעם של קנס הוצרך למצב שנודע לו רק אחרי כמה ימים.

כרם שלמה (אהרמן), יבמות פה ע"ב (עמ' רנז), כותב שהפרשנים שנימקו מטעם קנס סבורים שמן הדין המכר תקף (אבל בפשטות, כוונתם היא שמן הדין המכר בטל, ובכל זאת המוכר פטור מלהחזיר את התשלום לקונה מפני שהקונה נהנה מאכילת המאכל; וכך מסביר כרם שלמה עצמו לגבי נבֵלה — ראה בסמוך). הוא מסביר, שאף שהקונה לא רצה לקנות איסור, זה רק שאינו רוצה לעשות עבֵרה, ולא שאינו רוצה את המאכל, וחוסר הרצון הוא מחוץ למכר; ואמנם אם לא אכל את המאכל, המכר בטל מפני שיש להניח שקנה את המאכל כדי לאכול אותו, וכאילו התנה "על מנת שאוכל לאכול את המאכל", והתנאי לא התקיים, אבל אם אכל אותו, התנאי התקיים, ולכן המכר תקף; ואמנם יש להניח שקנה על דעת שלא ייכשל באיסור באכילת המאכל, אבל אין זה תנאי במכר אלא חוץ למכר, ואינו כתנאי מפורש, ועצם המכר הוא הקנאה לצורך שימוש. הוא משווה זאת למי שקנה בלא יודעין מאדם מנודה או שקנה משהו בשבת, שאף שאילו ידע, לא היה קונה, שהרי אסור לקנות ממנודה או בשבת, אבל אין זו סיבה לביטול המכר. אבל הוא כותב (בעמ' רנח), שהקונה בשר, ונמצא שהוא בשר נבלה, לדוגמה, המכר בטל, מפני שאלו שני מינים שונים,

אלא שאם אכל אותו, המוכר לא היה צריך להחזיר לו את התשלום, כיוון שנהנה, ובכל זאת חייב להחזיר לו מטעם קנס.

שו"ת הרד"ד, או"ח, מהדורא בתרא, סימן כב (לא ע"ד), כותב שהטעם שנפשו קצה שייך רק בנבֵלות וטרֵפות, שאכן נפשו קצה בהן, ובשאר איסורים שייך רק הטעם של קנס.

אם המוכר היה שוגג: אמר יוסף, על הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה יד (לח ע"א־ע"ב); הרד"ד שם; וערוך השולחן, חו"מ, סימן רלד, סעיף א — מוצאים נפקות בין הטעמים: לפי הטעם של קנס, אם המוכר מכר בשוגג, אין קונסים אותו; אבל לפי הטעם שאכילת איסור אינה נחשבת אכילה, המוכר צריך להחזיר את התשלום גם אם היה שוגג. וערוך השולחן שם כותב שהטעם של קנס הוא הנכון.

בית אהרן (וולקין), כתובות ל ע"ב (ד"ה ברש"י ד"ה ואי), וחזון יחזקאל, מעשר שני, פרק ג, הלכה יב, בחידושים, כותבים שלפי הרמב"ם, הטעם הוא שאין זה נחשב הנאה, ולכן המוכר חייב להחזיר את התשלום גם אם היה שוגג ולא ידע שהדבר אסור.

גם עצי אלמוגים, הלכות שניות לעריות, סימן ב, ס"ק יד (רנ ע"ב), ובית פנחס (גרהר), חלק א, דף נב ע"ד, כותבים שלפי הטעם של קנס, אם המוכר שוגג, אינו חייב להחזיר את התשלום.

קהל יאודה, יו"ד, סימן קיט, סעיף יג, מסביר שאף שבדאורייתא קונסים שוגג בגלל ההצדקה לקנוס את המזיד (ראה לדוגמה גיטין נג ע"ב), זאת רק בקנס שנועד למנוע חזרה על מעשה זה, אבל כאן די בביטול המכר כדי למנוע זאת (דבריו קשים, שהרי בביטול המכר המצב רק שב לקדמותו, ואין הרתעה מפני הישנות המעשה), ומה שקונסים אותו להחזיר את הכסף במזיד הוא תוספת עונש, ואינו שייך בשוגג.

אבל תורת חיים וחסד, עמ' תעו, מדייק ממה שנתיבות המשפט (בסמוך) לא נקט נפקות זאת בין הטעמים, מכאן שלדעתו גם לפי הטעם שהקונה לא נהנה, הכוונה היא שלכן קונסים את המוכר, אבל גם לדעתו, אם המוכר שוגג, הוא פטור, שהרי אין לקנוס אותו.

מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ט, כותב בתחילה שבדבר שאדם קץ בו בגלל האיסור, המוכר צריך להחזיר את התשלום גם אם מכר בשוגג, כיוון שהקונה לא נהנה; אך בדברים אחרים, חייב להחזיר את התשלום רק אם מכר במזיד (כלומר, הוא סובר את שני הטעמים). אבל אמר יוסף שם כותב שנימוקי יוסף שם סובר שהטעם הוא משום קנס, ולכן אין קונסים את המוכר אם היה שוגג, גם במאכל שאדם קץ בו בגלל האיסור. אחר כך כותב מחנה אפרים, שהטעם אינו משום קנס, אלא משום שנפשו קצה במאכל; וגם לטעם של קנס, אם המוכר שוגג, יחזיר רק את שווי המאכל האסור, שנמוך מן הסכום שהקונה שילם, גם אם באותו יום מחירם היה שווה, כיוון שהנאת הקונה (שהייתה ביום רגיל) הייתה לפי הערך הנמוך.

שו"ת תפארת אדם (אסטרייכר), סימן מט (עמ' קכח), כותב שגם לפי הנימוק שלא נהנה, אם המוכר היה שוגג, אינו חייב להחזיר את התשלום, מפני שיש להניח שהוא ירא שמים, והקונה לא היה צריך לבדוק אם המאכל מותר, והוא אנוס באכילתו, ולכן אינו צריך כפרה עליה, ולכן אינו מצטער בה אלא נהנה ממנה, והוא צריך לשלם על הנאתו; אבל אם המוכר היה מזיד, הדבר מראה שאינו ירא שמים, והקונה היה צריך לברר אם המאכל מותר, ולכן אינו אנוס באכילת האיסור, וצריך כפרה עליה, ונמצא שלא נהנה מאכילתו, ולכן המוכר חייב להחזיר לו את התשלום.

אם אכל בתערובת: נתיבות המשפט, סימן רלד, ס"ק ב (הובא בערוך השולחן, חו"מ, סימן רלד, סעיף א), מוצא נפקות בין הטעמים, אם המוכר מכר איסור תורה, והקונה עירב אותו בשישים, כך שנעשה היתר, ואכל אותו: לפי הטעם הראשון, המוכר פטור, שהרי הקונה נהנה מאכילת דבר היתר; ואילו לפי הטעם השני, הרי גם כאן המוכר הכשיל את הקונה באיסור לבטל דבר אסור לכתחילה. ראשית ביכורים, בכורות לז ע"א (עה ע"א בדפי הספר), מוסיף שכאן יש לקנוס את המוכר מפני שעבר על איסור "לפני עיוור", שהרי היה סיכוי שהקונה יאכל את המאכל האסור בלי לערב אותו בשישים (אבל הוא מעיר שייתכן שהמכשיל אינו עובר על איסור "לפני עיוור" אם המוכשל לא עשה את העברה בסופו של דבר — ראה על כך שדי חמד, כללים, מערכת ו, כלל כו, אות א; כרך ב, עמ' 106־108); ועוד, שעבר על האיסור לסחור במאכל אסור.

ספק איסור: ר' שמואל ברנשטיין (לעיל, הערה 37), עמ' לה, מוצא נפקות בין הטעמים בספק איסור: אם הטעם הוא שהקונה לא נהנה, כאן נהנה (כלומר, ייתכן שהדבר מותר והקונה נהנה, ומספק המוכר אינו חייב להחזיר לו את התשלום), ואם הטעם משום קנס, גם על מכירת ספק איסור במזיד יש לקנוס. על הקונה

אותו לגוי או האכיל אותו לבהמתו, מנכה המוכר ערך זה (הסכום שקיבל מהגוי או שווי ההנאה של אכילת הבהמה) מן הסכום שהוא מחזיר לקונה[42].

אם התברר שהמאכל אסור באכילה רק מדרבנן, חייב הקונה לשלם כשווי מאכל רגיל[43],

ספק איסור בטעות ואכל אותו, ראה: ט"ז, יו"ד, סימן קט, ס"ק יג; שו"ת ר' משה פרובינצאלו, חלק ב, סימן קכ; מחנה אפרים, שהובא לעיל; קהל יאודה, יו"ד, סימן קיט, סעיף יד.

עבריין: שו"ת פני מבין (פריד), יו"ד, סימן קטז, כותב שאם הקונה הוא אדם החשוד על אכילת מאכלות אסורים, אין שייך לגביו הטעם שאדם אינו נהנה ממאכל אסור, שהרי אדם זה אכן נהנה ממאכל אסור, אבל הטעם של קנס למוכר שייך גם לגביו, שהרי אסור למכור מאכל אסור גם לאדם כזה. והוא כותב שאין להוציא ממון מן המוכר, כיוון שהטעם הראשון מבורר יותר.

תרומה: ייתכן שזר שקנה תרומה בטעות ואכל אותה, חייב לשלם על הנאתו ממנה, מפני שאין נפשו קצה בה. זאת על פי דברי חיים (אוירבך), דיני נזקי ממון, סימן א, בהגהת בן המחבר, הכותב (לעניין אחר) שזר נחשב שנהנה באכילת תרומה על אף האיסור, מפני שהתרומה מתחללת ברגע שהגיעה לגרונו (יומא פא ע"א), וכשהיא באה למעיו, היא כבר חולין, והוא נהנה בהיתר ממילוי כרסו; אלא שהוא כותב שזו הנאה פחותה, כיוון שנהנה רק בהנאת כרסו אך לא בהנאת גרונו, שכן אז הייתה עדיין אסורה.

נימוק נוסף נותן ביאור הגר"א, יו"ד, סימן קיט, ס"ק כז: המאכל הזה אינו בר דמים, כיוון שאסור לסחור בדבר האסור באכילה מן התורה (רמב"ם, הלכות מאכלות אסורות, פרק ח, הלכה טז). תורת חיים וחסד, עמ' תעח, מבאר את נימוק הגר"א, שהמוכר אינו מחזיק מאכל זה בתורת סחורה אלא בתורת חליפי הכסף שיקבל בעבורו, ולכן נחשב שאינו בר דמים. אבל נימוק זה קשה, שהרי ברור שהמזיק למאכל כזה חייב לשלם לבעליו את ערכו. תורת חיים וחסד, עמ' תעד, כותב שאכן, לפי הנימוק של הגר"א, גם מי שקנה מאכל אסור ביודעין ואכל אותו, פטור מלשלם. שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, עניינים כלליים, סימן ו, אות ה, מקשה על הגר"א, אם המאכל אינו בר דמים, מדוע אם הקונה מכר אותו לגוי או האכיל אותו לבהמה הוא חייב לשלם למוכר את כל מה שקיבל? אלא צריך לומר שהוא נחשב בר דמים, כיוון שמותר לסחור במאכל אסור שנזדמן לו (רמב"ם, שם, הלכה יז).

42 שולחן ערוך, יו"ד, סימן קיט, סעיף יג, וחו"מ, סימן רלד, סעיף ב, כמוסבר בסמ"ע, סימן רלד, ס"ק ב.
ר' שמואל ברנשטיין (לעיל, הערה 37), עמ' לה, כותב שמרש"י, בכורות לז ע"א (ד"ה מכרוהו), משמע שאם לא שילם, אינו צריך לשלם אף אם מכר את המאכל לגוי, וזה מובן רק לפי הטעם של קנס; ואילו מרא"ש, בכורות, פרק ה, סימן יב, משמע שצריך לשלם למוכר שווי של מאכל אסור.
אבל עטרת ישראל, סימן לח, אות כה (עמ' קיב), כותב שאם הקונה האכיל את המאכל לאשתו או לילדיו במסגרת חובתו במזונות כלפיהם, המוכר חייב להחזיר לו את התשלום, ואם עוד לא שילם למוכר, אינו חייב לשלם, ואינו נחשב שנהנה בכך שהמאכל פטר אותו מחובתו במזונות.
לכאורה, אם הקונה מכר את המאכל לגוי (ומדובר שמכר אחרי שנודע לו שאסור, שלכן לא אכל אותו בעצמו), הדין צריך להיות שהמכר המקורי תקף, שהרי קונה המשתמש בנכס פגום אחרי שנודע לו הפגם מוחל בכך על זכותו לבטל את המכר (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 70), ואם כן מדוע דנים הפוסקים כאן בחיוב המוכר להחזיר כסף לקונה? בספר אולם המשפט, סימן רלד, סעיף ב (נדפס אחרי סעיף ד), הסביר שמדובר במוכר שהיה רגיל למכור מאכלים כאלו לסחורה; כוונתו היא, שמשום כך, מה שהקונה מכר אף הוא, אינו מראה שמחל על הפגם, שהרי הוא ממשיך בעסק של המוכר. בדומה לכך מסביר תורת חיים וחסד, עמ' תעח, שאם הקונה האכיל את המאכל האסור לבהמתו, אין בכך מחילה על זכותו, מפני שהוא בעצם ממשיך במעשי המוכר, שהרי גם אצל המוכר, המאכל היה עומד להאכלה לבהמה.

43 שער משפט, סימן רלד, ס"ק א.
אבל שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קפ; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רלד, סעיף ב; עצי אלמוגים, הלכות שניות לעריות, סימן ב, ס"ק יד, דף רנ ע"ב (שפטור מלשלם); ופתחי תשובה, חו"מ, סימן רלד, ס"ק א — כותבים שאם טרם שילם, די שישלם את מחירו של מאכל כזה שידוע שהוא אסור מדרבנן. גם ר' שמואל ברנשטיין (לעיל, הערה 37), עמ' לה, כותב שאם עוד לא שילם, גם באיסור דרבנן אינו צריך לשלם על אכילתו, מפני שיש לו קצת צער מאכילתו. גם שו"ת הרד"ד, או"ח, מהדורא בתרא, סימן כב (לב ע"ד),

ואם כבר שילם, אין המוכר חייב להחזיר לו את מה ששילם[44], מפני שהקונה נהנה מן האכילה. מאחר שהמאכל אסור רק מדרבנן, אין אומרים (כמו שאמרנו באיסור תורה) שאדם מצטער מכך שעבר על איסור באכילתו[45]; וגם אין לקנוס את המוכר על שהכשיל את הקונה[46].

כותב שבאיסור דרבנן, המוכר אינו חייב להחזיר את התשלום לקונה, מפני שהוא יכול לטעון שאולי נהנה הקונה, אבל אם הקונה טרם שילם, הוא פטור מלשלם, בטענה שלא נהנה.

44 רמב"ם ואורחות חיים, לעיל, הערה 37; שולחן ערוך, יו"ד, סימן קיט, סעיף יג, וחו"מ, סימן רלד, סעיף ג; שו"ת ר' משה פרובינצאלו, חלק ב, סימן קכ (עמ' יח); אגרא לישרים, סימן לו (עמ' רלה); גידולי ציון (מהד' תשנ"ב), סימן צד (עמ' רלז); זכר יצחק השלם, סימן יג (עמ' רצ).

על המקור להבחנה בין איסור תורה לאיסור דרבנן, ראה: שו"ת הריב"ש, סימן תצט; מגיד משנה, על הרמב"ם שם; ישועות יעקב, או"ח, אחרי סימן תקפו (דף נז ע"ג); ראשית ביכורים, בכורות לז ע"א (דף עד ע"ד בדפי הספר); עטרת ישראל, סימן לח, אות כה (עמ' קיב); פרשת המלך, הלכות אישות, פרק ה, הלכה א (מג ע"א).

בית יעקב (מסקין), סימן יז (כה ע"א), לומד מן ההבחנה שבין איסור מהתורה לאיסור דרבנן, שמי ששכר בית לפני הפסח בחזקת שהוא בדוק מחמץ, ואחרי הפסח התברר שלא היה בדוק, לפי רש"י, פסחים ב ע"א (ד"ה בודקין), הסובר שחיוב בדיקת חמץ הוא מן התורה, אינו חייב לשלם דמי שכירות, ואילו לפי התוספות שם (ד"ה אור), שזהו חיוב מדרבנן, חייב לשלם דמי שכירות.

דעות חולקות: משנת יעקב, על הרמב"ם שם (עמ' צב), כותב שלפי הדעה שחיוב תרומות ומעשרות בפירות האילן הוא רק מדרבנן (השגות הראב"ד, הלכות מעשר, פרק א, הלכה ט, ועוד), צריך לומר שגם הקונה איסור דרבנן בטעות ואכל אותו, המוכר צריך להחזיר לו את מה ששילם, שהרי בבכורות לז ע"א נאמר שכך הדין בקונה פירות והתברר שהם טבל, אף שלפי דעה זו, מדובר באיסור דרבנן. אבל שו"ת עין יצחק, חלק א, אהע"ז, סימן סז, אות כט, כותב שהמוכר פירות ונמצאו טבל, חייב להחזיר את התשלום גם לדעה שפירות חייבים בתרומות ומעשרות רק מדרבנן, מפני שעיקר חיוב תרומות ומעשרות הוא מהתורה, כמו שכתבו תוספות, עירובין לב ע"א (ד"ה תאנים), סברה זו לעניין אחר; ולפי דבריו, אין ללמוד מזה לאיסור אחר דרבנן.

בדומה, ר' דוד לאבון, המובא בשו"ת שם עולם (רבין), חלק ב, סימן קסח, כותב שלפי הדעה שחיוב תרומות ומעשרות בפירות שנמכרו הוא רק מדרבנן (רמב"ם, הלכות מעשר, פרק ב, הלכה ב), צריך לומר שגם הקונה איסור דרבנן בטעות ואכל אותו, המוכר צריך להחזיר לו את מה ששילם, שהרי בבכורות לז ע"א נאמר שכך הדין במי שקנה פירות והתברר שהם טבל, אף שלפי דעה זו, מדובר באיסור דרבנן. אבל ראה לעיל, הערה 5, שפרשנים אחדים הסבירו שהיות שכאן המכר בטל בגלל הטעות, נמצא שהפירות לא נמכרו, והם חייבים בתרומות ומעשרות מהתורה, ונמצא שהקונה עבר איסור תורה כשאכל אותם.

45 סמ"ע, סימן רלד, ס"ק ד; ישועות יעקב, או"ח שם; צמח צדק (שניאורסון), חידושי ש"ס, שבת יב ע"א; דברי חיים (אוירבך), דיני נזקי ממון, סימן א (קכז ע"א); פרשת המלך, שם; ורהפטיג (לעיל, הערה 40), עמ' 386, הערה 23.

שדי חמד, כללים, מערכת א, כלל שצט (כרך א, עמ' 100), מסביר שאף שלדעת הרמב"ם, הלכות ממרים, פרק א, הלכה ב, בכל איסור דרבנן יש איסור תורה של "לא תסור", הרי קריית ספר, בהקדמה, פרק ה, הסביר שחכמים קבעו מראש שעבֵרה על איסור דרבנן קלה יותר מבאיסור תורה.

אבל לב השבת, סימן טו, הערה 15, כותב שאף שאין אדם קץ באיסור דרבנן כל כך, הנאתו פגומה מעט (ראה שם, לנפקות מכך). שו"ת מהרש"ם, חלק ח, סימן נ, כותב שבדבר שבאופן טבעי אדם קץ בו, גם באיסור דרבנן על המוכר להחזיר את התשלום לקונה.

לעומתם, שו"ת פנים מאירות, חלק ב, סימן ז, ושמחת תורה (שטטנר), על ירושלמי תרומות, סימן נא (עמ' קצה), כותבים שאדם קץ גם באיסור דרבנן, ויש טעם אחר לכך שהמוכר אינו צריך להחזיר את התשלום.

46 סמ"ע, שם; שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, עניינים כלליים, סימן ו, אות ה.

שו"ת דברי מלכיאל, חלק א, סימן כח, אות ז, מסביר על פי מה שכתב (לעיל, הערה 41) שמגיד משנה סובר שבאיסור דאורייתא קנסו מפני שעשה סחורה באיסור — לכן באיסור דרבנן לא קנסו, שהרי סחורה בו מותרת (רמב"ם, הלכות מאכלות אסורות, פרק ח, הלכה יח). כך הסביר גם משפטי עוזיאל, שם.

אף על פי ששוויו בשוק של מאכל אסור נמוך משוויו של מאכל מותר, והקונה שילם שווי של מאכל מותר, אין המוכר חייב להשיב לו את ההפרש[47], מפני שחכמים התכוונו שתקנתם לא תשפיע בתחום הממוני[48]; ועוד, ששווי הנאתו מאכילת המאכל היה כשווי הנאה מאכילת מאכל מותר, שהרי אין עונש על אכילת מאכל האסור מדרבנן בשוגג[49].

נימוקים נוספים: שו"ת צפנת פענח, מהד' דווינסק, חלק ב, סימן ט וסימן לב (נדפס גם בצפנת פענח, שמות, עמ' פד), מהד' ורשא, סימן קעח, ומהד' ניו יורק, סימן לג, צפנת פענח, הלכות תרומות, דף כג ע"ב (הובא בצפנת פענח, כללי התורה והמצוות, מערכת א, סימן קיז, ומשם הובא בשערי טוהר, חלק ו, סימן לב, דף עד ע"א), צפנת פענח, הלכות חמץ, פרק ו, הלכה ב (הובא בחידושים וביאורים (שניאורסון), חלק א, עמ' קיד), וצפנת פענח, מהדורא תניינא, דף יז ע"ג, דף מו ע"ג, ודף סו ע"ד; ראשית ביכורים שם (דף עד ע"א); שו"ת שערי צדק (פאנעט), או"ח, סימן קט; שו"ת כרם שלמה (קוטלר), או"ח, חלק ב, סימן צט (קד ע"א); שו"ת מנחת אלעזר, חלק א, סימן ה, וחלק ב, סימן יח (שם כתב שאיסור "סתם יינם" הוא חריג, וחל על היין); כנסת אברהם, סימן ד (עמ' כח); כרם שלמה (אהרמן), יבמות פה ע"ב (עמ' רנח); בן אשר, סימן ח, הערה ט (עמ' פח); ובד קודש (פוברסקי), חלק ד, סימן ג (נדפס גם בבד קודש, ברכות, סימן טז, עמ' נט), נימקו, שאיסור דרבנן מופנה רק כלפי האדם, ואינו חל על החפץ. שדי חמד, פאת השדה, מערכת א, כלל קח (כרך א, עמ' 293-294), מביא פרשנים נוספים שכתבו שאיסור דרבנן אינו חל על החפץ.

ביאור הגר"א, יו"ד, סימן קיט, ס"ק כז, מנמק, שמותר לסחור במאכל האסור מדרבנן, ולכן הוא בר דמים, בניגוד לדבר האסור מן התורה (ראה בשמו לעיל, הערה 41, בסופה).

שו"ת פני מבין (פריד), יו"ד, סימן קטז; שו"ת תפארת אדם (אסטרייכר), סימן מט, עמ' קכז (בדעת הרמב"ם); ושו"ת אבני צדק (טייטלבוים), או"ח, סימן יז — מנמקים על פי מגיד משנה, הלכות אישות, פרק א, הלכה ד, הכותב שאין הכול זהירים באיסורים דרבנן; לכן המוכר יכול לטעון שהקונה הוא מאלו שאינם זהירים, ונמצא שהוא נהנה מאכילת האיסור; ומספק אין מחייבים את המוכר להחזיר את התשלום לקונה. אבל שו"ת חסד יהושע, חלק א, סימן לב, בסופו, דוחה הסבר זה, כיוון שיעיר אוזן, מערכת א, אות ע, כותב שמגיד משנה דיבר רק באיסורי עריות.

שם עולם (לעיל, הערה 40) נימק, שהקונה חייב לשלם על הנאתו, ואין זה בגדר "זה נהנה וזה לא חסר" (ראה בשמו שם), שהרי המוכר נחסר, שאילו לא אכל הקונה, היה המוכר יכול לאכול את המאכל בחצאי שיעור, שכן מותר לאכול חצי שיעור של איסור דרבנן (אבל ראה בהערה שם, שהדבר שנוי במחלוקת).

שערי יושר, שער א, פרק י (ד"ה ומש"כ לחלק), מנמק שהמכר תקף, מפני שביטול מכר עקב טעות תלוי בהקפדת הקונה אחרי שקנה, וכאן, כשנודע לקונה על האיסור, בטלה הקפדתו. נראה שכוונתו היא, שאין לו סיבה להקפיד, כיוון שכבר נאכל האיסור. גם א' ורהפטיג, "הגנת הצרכן לאור ההלכה", תחומין ח (תשמ"ז), עמ' 387, הערה 25, מעלה אפשרות לנמק שהמכר תקף מפני שהמאכל מילא את ייעודו, ולכן המוכר אינו צריך להחזיר אף את ההפרש בין שווי מאכל אסור לבין שווי מאכל מותר. אבל הוא מעיר שמהפוסקים משמע שהמכר בטל, מפני שהנאת הקונה באה רק בדיעבד.

47 ש"ך, יו"ד, סימן קיט, ס"ק כז; פרי תואר, סימן קיט, ס"ק יז; אמר יוסף, לעיל, הערה 41 (לז ע"ד).
דעה חולקת: פרי חדש, יו"ד, סימן קיט, ס"ק כד; מחנה אפרים, הלכות מכירה, דיני אונאה, סימן כו; ושו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, עניינים כלליים, סימן ו, אות ה — כותבים שאם שווי המאכל האסור מדרבנן נמוך משווי מאכל רגיל, על המוכר להשיב לקונה את ההפרש, מפני שהקונה נהנה רק ממאכל בשווי נמוך. משפטי עוזיאל הוסיף, שאם הקונה חייב לשלם על הנאתו כאילו אכל מאכל מותר, נמצא שהמוכר, שחטא במכירת מאכל אסור, יוצא נשכר; ועוד, שהקונה יכול לטעון למוכר: "מה הפסדתי אותך, הרי היה בידך רק מאכל בעל שווי נמוך". פתחי תשובה, חו"מ, סימן רלד, ס"ק א, כותב שאפשר לטעון "קים לי" כמו פרי חדש.

48 ש"ך, שם (הובא בבציר אליעזר, חלק א, בסופו, אחרי לוח התיקון, בשו"ת הרד"ם (פדר), או"ח, סימן כז, בשמחת תורה (שטטנר), על ירושלמי תרומות, סימן נא (עמ' קצה), ובשו"ת אוריין תליתאי (תאומים), סימן מא, סימן סד, וסימן צג); שער משפט, סימן רלד, ס"ק א; שו"ת תשובות יהודה, או"ח, סימן ח (יג ע"ג), בדעת הרמב"ם.
אוצרות השיעורים (פיקארסקי), סימן א (עמ' ח), כותב שנימוק זה שייך רק בדבר שחכמים אסרו סתם, כגון

ביין גויים, אבל בדבר שהרחיבו איסור תורה, כגון חמץ נוקשה, שאמרו שהוא נחשב כחמץ, תיקנו גם להוציא ממון בגלל האיסור (ראה שם להוכחתו), והמוכר יצטרך להחזיר לקונה את מה ששילם.

שדי חמד, כללים, מערכת א, כלל שצט (כרך א, עמ׳ 101), מביא ראיה לש״ך שחכמים לא גזרו להפסיד ממון (ראה שם את ראייתו). הוא כותב שהש״ך מסכים שכשחכמים אסרו משהו בהנאה, האיסור חל אף שבעליו מפסיד ממון (ומיישב בכך את קושיית יד שאול, יו״ד שם, על הש״ך, מאיסור חמץ נוקשה), ורק בענייננו, שהאיסור יפעל רק הפסד ממוני, אין בכוח חכמים לפעול בדבר שהוא רק הפסד ממון. הוא חוזר על הסבר זה בפאת השדה, מערכת א, כלל כד, אות ח (כרך א, עמ׳ 200). ושם (עמ׳ 199) הוא מביא שכך כתב לו ר׳ שמואל ישכר שטרק. רש״י שטרק שם מסביר שכוונת הש״ך היא שאיסור דרבנן חל על האדם ולא על החפץ (כפי שראינו לעיל, הערה 46), ולכן אכילתו נחשבת אכילה.

אבל שו״ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ב, סימן לג, ומהדורא ג, חלק א, סימן צא, ושו״ת דברי מלכיאל, חלק א, סימן כח, אות ז, מביאים את הש״ך כאומר שחכמים לא גזרו אם על ידי האיסור יפסיד האדם ממון, והקשו על כך — ראה שם. שואל ומשיב, מהדורא ג, שם כותב שהש״ך דיבר רק באיסור דרבנן שאסור מצד עצמו, אבל באיסור שגזרו חכמים מחשש שיעברו על איסור תורה, גזרו גם להפסיד ממון. עוד כתב, שהש״ך דיבר רק באיסור שברור לכול, אבל באיסור שאינו ברור לכול, שיש חשש גדול שיעברו עליו, החמירו יותר, וגזרו גם להפסיד ממון. גם ראשית ביכורים, בכורות לז ע״א (עה ע״ב בדפי הספר), כותב שהש״ך מסכים שחכמים גזרו איסורים גם אם האיסור גורם הפסד ממון, ואדם צריך אף לתת את כל ממונו כדי שלא לעבור על איסור דרבנן; והוא אומר רק שאם נובעת מאיסור זה נפקות ממונית, לא העמידו חכמים את דבריהם, מפני שבזה, האדם אינו עובר על גוף האיסור.

[49] נתיבות המשפט, סימן רלד, ס״ק ג (הובא בשו״ת חסד לאברהם, תאומים, מהדורא תניינא, או״ח, סימן מט, בראשית ביכורים, שם, דף עד ע״ג, בשו״ת מנחת אלעזר, חלק א, סימן ה, במשפט כהן, סימן מא, עמ׳ צד, בשו״ת נזר הקודש (רוזין), יו״ד, סימן קכד, אותיות י־יא, בכנסת אברהם, סימן ד, עמ׳ כח, במשנת יעקב, הלכות מאכלות אסורות, פרק ח, הלכה ט, באבני ציון, חלק א, סימן לג, אות יד, בחושן אהרן (מיטלמן), סימן א (עמ׳ כב), ובאמת ליעקב (קמינצקי), נשים־נזיקין, עמ׳ לז); שו״ת חתם סופר, חו״מ, סימן קפ; שו״ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, או״ח, סימן נב; אמרי שפר (קלצקין), סימן עג (ד״ה ועפמ״ש מיושב).

בדומה לכך, מסביר משך חכמה, דברים יז, יא, שמאכל האסור מדרבנן אינו גורם לאדם מחלה בנפשו, שלא כמו מאכל האסור מהתורה.

נתיבות המשפט (והובא בחידושי ר׳ שמעון יהודה הכהן, שקאפ, בבא קמא, סימן יט, אות ו) מסתמך על הכלל (בבא קמא כ ע״ב), שמי שנהנה משל אדם אחר, חייב לשלם את שווי הנאתו אף אם האחר נחסר רק מעט. שערי יושר, שער א, פרק י (ד״ה וכן יש), מקשה על הסבר זה, הרי מי שחייב לשלם מטעם הנאה משלם רק ״בזול״, היינו בשליש פחות מערך המאכל (בבא בתרא קמו ע״ב, ועוד)? הוא מתרץ, ששם מדובר במי שנהנה בעל כורחו, אבל כאן, הקונה קנה את המאכל לשם אכילתו, ונהנה ממנו כמו ממאכל מותר.

דברי חיים (אוירבך), דיני נזקי ממון, סימן א (קכז ע״א), בהגהת בן המחבר, מקשה על נתיבות המשפט, איך ייתכן שבגלל הנאתו יחויב לשלם יותר משווי המאכל בשוק? שערי ישר שם מתרץ, שהקונה משלם את הסכום שהיה רגיל לשלם כשהיה רוצה לאכול מאכל מותר כזה, שהרי כאן הוא קנה כדי לאכול; ומביא ראיה מתוספות, כתובות ל ע״ב (ד״ה לא), שכתבו שמי שנהנה ממאכל משלם על כל הנאתו גם אם בעל המאכל הפסיד פחות משווה פרוטה.

גם מחנה אפרים (לעיל, הערה 47) דוחה את ההשוואה לבבא קמא שם, בכך שכאן הנאתו הייתה רק בשווי של מאכל אסור. שו״ת דברי מלכיאל, חלק א, סימן עו (ד״ה וגם מ״ש), דוחה את הראייה מבבא קמא, ששם הדבר שנהנה ממנו שווה לכל אדם כסכום הגבוה, ואילו כאן המאכל שווה כסכום הגבוה רק למי שאוכל אותו בלי לדעת שהוא אסור (ראה שם, מה שדחה עוד את הראיה).

שו״ת כרם שלמה (קוטלר), או״ח, חלק ב, סימן צט (קד ע״ב), דוחה את הסבר נתיבות המשפט, מפני שגם אם אין צורך בכפרה על עבֵרה דרבנן בשוגג, עדיין הוא נחשב שלא נהנה מהאכילה, כמו שהאוכל מאכל האסור מהתורה באונס נחשב שלא נהנה מהאכילה, כפי שמוכח מתוספות, כתובות ל ע״ב (ד״ה ואי).

שדי חמד, פאת השדה, מערכת א, כלל קח (כרך א, עמ׳ 293־294), מביא פרשנים נוספים שכתבו שאין צורך בכפרה על עבֵרה דרבנן בשוגג, וגם פרשנים שכתבו להפך. שו״ת תשורת ש״י, מהדורא תניינא, סימן

גם אם הוזל המאכל לפני שאכל אותו, המוכר אינו צריך להחזיר לקונה את הפרש המחירים, ואין אומרים שהחוזה התבטל בגלל הטעות, וממילא הקונה יצטרך לשלם רק את שווי המאכל בעת שאכל אותו. טעם הדבר הוא, שהקונה עשה במאכל את מה שהיה עושה במאכל מותר, כיוון שלא ידע על האיסור בשעה שאכל אותו, ונמצא שלא עבר על איסור, ובאיסור דרבנן אין איסור על עצם המאכל[50], אלא הוא נהנה מהמאכל, ושווי המאכל בעבורו היה כשווי מאכל מותר; ואין כאן אונאה, כיוון שמחשבתו בעת שקנה יצאה אל הפועל[51].

אם התברר שהמאכל היה אסור בהנאה, בין מן התורה בין מדרבנן, פטור הקונה מלשלם למוכר (ואם כבר שילם, הוא זכאי לקבל את כספו חזרה מן המוכר בגלל הטעות), אף שאינו מחזיר את המאכל או את שוויו, שהרי דבר שאסור בהנאה אינו שווה כלום[52]; וגם אסור למוכר

קעג (פב ע"ד), ושו"ת תשובות יהודה, או"ח, סימן ח (יב ע"ג-ע"ד), מביאים ראיות שאין צריך כפרה — עיין שם. שו"ת עין יצחק, חלק א, או"ח, סימן כו, אות ב, ושו"ת אבני צדק (טייטלבוים), או"ח, סימן יז, כותבים שצריך כפרה. אחיעזר, חלק ב, סימן נ, אות ז (הובא במטה אהרן, רוזנטל, שבועות, עמ' ט); דברי חיים (אוירבך), דיני נזקי ממון, סימן א (קכז ע"א), בהגהת בן המחבר; משפט שלום, סימן רלד, סעיף א; גידולי הקדש, על דעת קדושים, יו"ד, סימן לה, ס"ק יח; שו"ת דברי מלכיאל, חלק א, סימן עו (ד"ה ומ"ש כת"ר); שו"ת פני מבין (פריד), יו"ד, סימן קטז; שו"ת נזר הקודש (רוזין), חו"מ, סימן ד, אות א; ושו"ת שערי צדק (פאנעט), או"ח, סימן קט — מביאים ראיות שצריך כפרה. עיין שם. אור שמח, הלכות גירושין, פרק א, הלכה יז, מסביר בתחילה כמו נתיבות המשפט מדוע המוכר אינו חייב להחזיר כלום לקונה, אבל אחר כך הוא מוכיח שיש עבֵרה גם באיסור דרבנן בשוגג. שו"ת עין יצחק, חלק א, אהע"ז, סימן סז, אותיות כד-מא; שו"ת תשורת ש"י, מהדורא תניינא, סימן כט; ושו"ת כרם שלמה (קוטלר), או"ח, חלק ב, סימן צט (קד ע"ב) — מביאים ראיות לכאן ולכאן בשאלה האם צריך כפרה על שוגג בדרבנן. תשובות יהודה שם (יג ע"ב) כותב שרמב"ם, הלכות ברכות, פרק א, הלכה יט, סובר שצריך כפרה, לשיטתו בהלכות ממרים, פרק א, הלכה ב, שבכל איסור דרבנן יש לאו של "לא תסור", ואילו הראב"ד, הלכות ברכות שם, סובר שאין צריך כפרה. ר' שמואל ישכר שטרק, המובא בשדי חמד, פאת השדה, מערכת א, כלל כד, אות ח (כרך א, עמ' 199), מקשה על דברי נתיבות המשפט שאין צריך כפרה על איסור דרבנן בשוגג — ראה שם. חסד לאברהם, מהדורא קמא, שם; שו"ת מנחת אלעזר, חלק ג, סימן כג; שו"ת תורת חסד (לובלין), או"ח, סימן לא, אות ה; ומשנת יעקב, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה יד (עמ' צא) — מסבירים שטעם נתיבות המשפט הוא שאיסור דרבנן אינו חל על החפץ (עיקרון שראינו לעיל, הערה 46). משנת יעקב שם מביא ראיות שאין איסור על החפץ, אבל מביא ראיות שהשוגג צריך כפרה — ראה שם.

שו"ת עין יצחק, חלק א, אהע"ז, סימן סז, אות לז, ושו"ת תשובות יהודה, סימן ח (יג ע"א), כותבים שגם אם נאמר ששוגג בדרבנן צריך כפרה, כאן המוכר אינו צריך להחזיר את התשלום, מפני שהקונה נחשב קרוב לאונס באכילתו, שכן היה רשאי לסמוך על המוכר שאמר לו שהדבר מותר, שהרי עד אחד נאמן באיסורין, ואנוס באיסור דרבנן אינו צריך כפרה, ורק באיסור דאורייתא הוא צריך כפרה. תשובות יהודה מוסיף, שבכל זאת, במאכל האסור מהתורה על המוכר להחזיר את התשלום, מפני שמאכל כזה פוגם את נפש האדם, ונזק זה גדול מהנאתו מן האכילה, ואילו איסור דרבנן אינו פוגם בנפש (נראה שהוא מסתמך על כך שאיסור דרבנן אינו חל על החפץ, כאמור לעיל).

[50] ראה לעיל, הערה 46.

[51] אור שמח, הלכות קרבן פסח, פרק ד, הלכה ב.

[52] רמב"ם ואורחות חיים, שם; שולחן ערוך, יו"ד, סימן קיט, סעיף יג, וחו"מ, סימן רלד, סעיף ד (הובא בשו"ת דברי יהודה, יו"ד, סימן טו, דף נה ע"ב).

צל החכמה, סימן לג (ל ע"ד), מסביר שמוכר איסור הנאה חייב להחזיר את התשלום, מפני שהוא כאילו מכר דבר שאינו שלו, אף שבאיסור הנאה דרבנן הוא נחשב שנהנה מהאכילה (ראה שם נפקות מכך).

אמרי שפר (קלצקין), סימן עג (ד"ה ועפמ"ש מיושב), ופרשת המלך, הלכות אישות, פרק ה, הלכה א (מג

ליהנות מהכסף, שהוא חליפי איסורי הנאה[53]; וגם אם נשאר חלק מהמאכל, אין טעם שיחזיר אותו למוכר, שהרי הוא אסור בהנאה.

פרק רביעי

תשלום תמורת שימוש שהמקבל עשה במה שקיבל

לדעת שלו[54], אם צד לחוזה קיבל נכס על פי החוזה, והנכס הניב פירות, או שהשתמש בו, והחוזה בוטל, הוא חייב להשיב לצד השני את פירות הנכס ואת דמי השימוש בו[55].

כך היא גם עמדת המשפט העברי לגבי חוזה שבוטל עקב טעות. כפי שראינו לעיל[56], ביטול החוזה עקב טעות, אף לאחר ביצועו, מעמיד את הצדדים במצב שההתקשרות כאילו לא חלה כלל, ועל כן, גם אם עבר חפץ מיד ליד על פי החוזה, הבעלות עליו מעולם לא עברה לצד המקבל, ולמעשה הוא מחזיק ברשותו חפץ של המוכר. גישה זו מעמידה את דין הקונה כדין נהנה מנכסי זולתו, ועל כן הוא חייב דמי שימוש ראויים עבור הנאתו מנשוא העסקה. וכך כתב הרמב"ם[57]: "המוכר קרקע[58] לחברו ואכל פירותיה, ולאחר זמן נראה לו בה מום, אם רצה

ע"א), מסבירים שגם באיסור הנאה דרבנן, על המוכר להחזיר את התשלום, מפני שבכך שחכמים אסרו את המאכל בהנאה, נטלו ממנו דיני מכר וקניין, והפקיעו את בעלותו, מכוח "הפקר בית דין — הפקר".
שערי יושר, שער א, פרק י (ד"ה ומש"כ לחלק), מסביר שגם באיסור הנאה דרבנן, הקונה אינו צריך לשלם על הנאתו (שלא כבאיסור אכילה דרבנן), מפני שהמוכר לא נחסר; ובכלל אין כאן מכר כיוון שהמוכר לא נחסר.
משנה למלך, הלכות שבועות, פרק ה, הלכה ה, בסופו, נימק שדבר שאסור בהנאה אינו נחשב אוכל. אבל אמת ליעקב (קמינצקי), נשים־נזיקין, עמ' לז, מוכיח מלשון הרמב"ם שהטעם הוא שאין בו דין מכירה, כלומר, הקונה פטור מלשלם על הנאתו, כיוון שנהנה משל הפקר או מדבר שאי אפשר למכור.

[53] עטרת ישראל, סימן לח, אות כה (עמ' קיב).
שדי חמד, פאת השדה, מערכת א, כלל כד, אות ח (כרך א, עמ' 199), מביא שמנחת שי (אינו מציין מראה מקום) כותב שהמוכר איסור הנאה דרבנן חייב להחזיר את התשלום כדי שלא ייהנה מאיסור הנאה.
על הקונה מאכל אסור ואכל אותו, ראה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק טז, סעיף כא; פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יג, סעיפים יט־כ; נתיב יושר, פרק כז, סעיפים ו־ט; דיני ממונות, חלק ב, שער ב, פרק ח, אות ג.

[54] ג' שלו, פגמים בכריתת חוזה (ירושלים תשמ"א), עמ' 161.

[55] בדיוננו בסוגיה זו נתייחס להיבט העקרוני של החיוב בלבד, ולא לאופן חישוב החיוב או לגובהו.

[56] לעיל, ליד ציון הערה 5.

[57] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ח. כך פסק גם שולחן ערוך, שם, סעיף טו. על חובת השבת הפירות, ראה פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יג, סעיף יב.
שו"ת הרי"ף, סימן קנג, כותב לגבי מקח טעות בחצר, שאם החצר עומדת להשכרה, חייב הקונה לשלם למוכר דמי שכירות; הרי שהוא מחיל כאן את הכללים שנאמרו בבבא קמא כ ע"א לגבי הדר בחצר חברו.
במתנה בטעות: רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יג (הובא בטור, חו"מ, סימן רמו, סעיף יז), ושולחן ערוך, חו"מ, סימן רמו, סעיף יז, פסקו במתנה שהתבטלה בגלל טעות, שאין המקבל חייב להחזיר פירות שאכל. סמ"ע, סימן רלב, ס"ק לג, וסימן רמו, ס"ק כג; נתיבות המשפט, סימן רמו, ס"ק ד; וערוך השולחן, חו"מ, סימן רלב, סעיף כג — מסבירים ששם מדובר במצבים שהנותן התכוון שהמתנה תהיה קיימת באופן זמני, כגון הנותן את נכסיו לאחֵר משום שחשב שבנו מת או משום שהיה צריך לברוח מאויביו (ראה סעיף 14, ליד ציון הערה 311), או אישה שרצתה להינשא ונתנה את נכסיה במתנה לאחֵר כדי להבריח

להחזיר קרקע לבעלים, מחזיר כל הפירות שאכל; ואם היה חצר ודר בו, צריך להעלות לו שכר".

נחלקו הפוסקים בגדרו של חיוב תשלום זה. יש הסוברים[59] שהבסיס לחובת התשלום הוא הנאת הצד הטועה מרכושו של חברו המצוי ברשותו[60]. לעומת זאת, יש שהסבירו[61], שמאחר שהחוזה בטל למפרע, התמורה שקיבל הצד השני היא בגדר הלוואה, ואם כן, הנאת הצד הטועה מרכושו של הצד השני היא ריבית, שהדין מחייב את השבתה[62].

אותם מבעלה (ראה סעיף 13, ליד ציון הערה 24); במצבים כאלו רואים את הנותן כאילו אמר שהוא נותן במתנה גמורה עד שיבוא הבן, או עד שתסתיים הבריחה, או עד שהאישה תתאלמן או תתגרש. אבל לחם משנה, על הרמב"ם שם, כותב שהרמב"ם מתכוון רק למברחת, אבל במקרים האחרים אכן הפירות חוזרים לנותן בגלל הטעות. ראה על כך חוק לישראל, מתנה, סעיף 4. וראה ר' יונה נבון, בשו"ת חיים שאל, חלק א, סימן סג (עמ' רנב במהד' יהדות), שהקשה על הבחנת הסמ"ע.

58 הפוסקים כתבו דין זה גם לעניין מיטלטלין. שלטי הגיבורים, בבא מציעא ל ע"ב (בדפי הרי"ף), כותב שמי שקנה סוס, והרוויח על ידי רכיבתו עליו, ומצא בו פגם וביטל את המכר, חייב לשלם למוכר את מה שהרוויח בו, וגם אם לא הרוויח בו אלא עשה בו מלאכה, הוא חייב לשלם על השימוש. שו"ת הרשב"ש, סימן תעו, כותב שמי שקנה בגד ולבש אותו, ומצא בו פגם, וביטל את החוזה, חייב לשלם למוכר שכר על הלבישה. כרם שלמה (אהרמן), יבמות פה ע"ב (עמ' רנז), כותב שמי שקנה בגד, ולבש אותו כמה פעמים, ונמצא שעטנז, המכר בטל, מפני שהתכוון לקנות בגד שיוכל ללבוש לאורך זמן, אבל חייב לשלם למוכר דמי שימוש על לבישתו.

אך אור גדול, על המשנה, בבא מציעא, פרק ד, משנה ג, מעלה אפשרות שדווקא בקרקע חייב להחזיר פירות, אבל על שימוש במטלטלין אין חובה לשלם דמי שימוש (כנראה, טעמו כטעם אור שמח שבסמוך). הוא מיישב בכך את חידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא נ ע"ב, ד"ה יתר (הובא ב) שכתב שבאונאה, אם השתמש הקונה בנכס לפני שנודע לו על האונאה, מחזירו כמות שהוא, ולא הזכיר חיוב בדמי השימוש (גם משכנות הרועים, לחאייך, מערכת א, אות נב, מדייק מהריטב"א שאינו חייב על דמי שימוש לפני שנודע לו). אבל יש להעיר, שהריטב"א שם כותב, שאם השתמש אחרי שנודע לו על האונאה, חייב לשלם למוכר דמי שימוש. כמו כן, אור שמח, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ח, מבחין בין קרקע למיטלטלין: קרקע אינה נגזלת, אלא נשארת ברשות המוכר, ולכן הקונה חייב לשלם דמי שימוש עליה; אבל במיטלטלין חל דין גזל, ולכן הקונה אינו צריך לשלם על הרווח. הוא מעלה אפשרות שהוא פטור גם מדמי שימוש, מפני שלא התכוון לשלם שכר, והוא בגדר גזלן, שקונה את החפץ, וכאילו השתמש בשלו.

59 סמ"ע, סימן רלב, ס"ק לג; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רלב, סעיף כג. כך עולה גם מאור שמח, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ח, ומנתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק ה.

60 הסמ"ע וערוך השולחן נוקטים שזה "כגזל" בידו. כוונתם היא שהפירות הם גזל. אין כוונתם שהוא גזלן על הנכס עצמו, שהרי גזלן פטור מתשלום על שימושו בחפץ הנגזל, כפי שפסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ה (ראה לעיל, הערה 58, בשם אור שמח). וראה עוד: רז"נ גולדברג, כתר ג, עמ' 188.

61 לבוש, חו"מ, סימן רלב, סעיף טו; נתיבות המשפט, סימן רלה, ס"ק ד. אך סמ"ע, סימן רלב, ס"ק לג, דוחה הסבר זה בטענה שזה רק אבק ריבית, שאין חיוב להחזירו.

ב"ח, חו"מ, סימן רלב, סעיף יב, עושה הבחנה: אם התקבלה תמורה אצל הצד השני, חובת ההשבה היא מטעם ריבית; אבל אם לא התקבלה תמורה, חיוב התשלום הוא מטעם גזל.

62 ראה שולחן ערוך, יו"ד, סימן קסא, סעיף ה.

נראה שגם אם הצד הטועה הוא המוכר, על הקונה לשלם לו דמי שימוש, אם השתמש בנכס.

אשר לשימוש המוכר בתמורה שהגיעה לידיו, נראה שאין לחייבו לתת לקונה רווחים שעשה בכסף, משום שהוא בגדר "מבטל כיסו של חברו". ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 296-297.

על חובת תשלום דמי השימוש, ראה: נתיב יושר, פרק כח, סעיף א; כתר ג, עמ' 169-262; א' ורהפטיג, "הגנת הצרכן לאור ההלכה", תחומין ח (תשמ"ז), עמ' 385; הנ"ל, "הסיפור 'מחרוזת הפנינים' לאור

כמו כן, הקונה שדה בכפייה, ואכל ממנה פירות, והצליח המוכר להוציא אותה ממנו בדין — חייב הכופה־הקונה להחזיר לו את הפירות שאכל[63].

כמו כן, צעיר פחות מבן עשרים שמכר קרקע שירש מאביו, שהמכר בטל עקב עושק[64], הקרקע חוזרת אליו, והוא יכול להוציא מן הקונה פירות שאכל, בניכוי הוצאות שהוציא הקונה לשם גידול הפירות[65].

פרק חמישי

חובת הצד השני לשלם לצד הנפגע הוצאות שהוציא עקב החוזה

בעיקרון, אם בגלל עילת הביטול, נגרמו נזקים עקיפים לצד לחוזה שביטל אותו, אין הצד השני חייב לפצותו על כך, מפני שהם בגדר נזק ב"גרמא", שאין חייבים עליו.

לדוגמה, הקונה זרעים לזריעה, וזרע אותם ולא צמחו עקב פגם שהיה בהם, הוא זכאי לבטל את החוזה, ואם ביטל, המוכר חייב להשיב לו את מה ששילם עבורם; אבל אינו חייב לשלם לו את ההוצאות שהוציא בחרישה ובזריעה[66].

כמו כן, אם הקונה לקח את הממכר למקום אחר למטרה מסוימת, וגילה שם פגם בממכר, הוא זכאי לבטל את החוזה, ועל המוכר להשיב לו את כספו, אבל המוכר אינו חייב לפצותו על הוצאות נסיעתו[67].

ההלכה", תחומין ל (תש"ע), עמ' 307 ואילך (בעניין חובת החזרת הפירות ותשלום דמי שימוש על דבר שניתן בטעות); חוקת המשפט, הלכות מכירה, פרק כח, סעיף ד.

[63] ר"י ברצלוני, ספר השטרות, שטר י (עמ' 16).

[64] ראה על כך סעיף 18, פרק שמיני, ד.

[65] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה יז. פרישה, חו"מ, סימן רלה, סעיף טו, כותב שלדעת הרמב"ם, הקונה מקבל שכר על טרחתו.

כמו כן, שו"ת ציץ אליעזר, חלק יב, סימן עה, דן בהסכם בין משכיר לבין שוכר, שהשוכר יחזיר את הדירה למשכיר תמורת כסף שישמש לו להעברת חפציו; והמשכיר מסר על כך מודעא. הוא כותב שהשוכר צריך להחזיר את הכסף למשכיר, מפני שבכלל, מי שמסר מודעא, והמכירה חוזרת, צריך הקונה להחזיר למוכר את מה שקיבל ממנו.

[66] רי"ף, בבא בתרא מו ע"א (בדפי הרי"ף); השגות הראב"ד, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה כד; מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ג; כסף משנה, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה א; סמ"ע, סימן רלב, ס"ק מו.

מגיד משנה, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה כד, נימק שהקונה הוציא את ההוצאות כדי להרוויח בהן, ולכן אין להטיל על המוכר לפצותו על כך. המקנה, קונטרס אחרון, סימן נ, סעיף ג (ד"ה ואם היה), ושו"ת עין יצחק, חלק א, אהע"ז, סימן סח, אותיות כ-כא, נימקו שהקונה היה צריך לברר אצל מומחים האם הזרעים ראויים לזריעה. על פי זה כותב המקנה, שאם אכן אמר הקונה למוכר שהוא סומך עליו ויזרע אותם, המוכר חייב בהוצאותיו. שער משפט, סימן שפו, ס"ק א, נימק שהנזק לא קרה מיד אלא עבר זמן בין המכירה לזריעה. בדומה הסביר ט"ז, אהע"ז, סימן נ, ס"ק ה.

ראה על כך: ר"ש יגר, "דיני חזרת שיק — על מי לשלם את העמלות שגובה הבנק", בית אהרן וישראל, שנה כא, גל' ה [קכה] (סיוון־תמוז תשס"ו), עמ' פט־ק.

[67] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף כא.

אבל אם ידע המוכר על הפגם, הוא חייב בהוצאות שנגרמו לקונה, כגון בהוצאות הנסיעה[68], מפני שגרימת נזק ביודעין היא בגדר "גרמי", שהמזיק חייב עליו[69].

פרק שישי

סיכום

אם בוטל חוזה בשל פגם בכריתתו, ולפני שבוטל, קיבל צד אחד טובין מן הצד האחר על פי החוזה, עליו להשיב אותם.

לפי המשפט העברי, זוהי זכות קניינית, כלומר, הנכס נשאר בבעלותו של הבעלים הקודם, מפני שהעברתו נעשתה בטעות, עקב חוזה שבוטל בסופו של דבר. לעומת זאת, לפי החוק, זו זכות אובליגטורית בלבד, ואילו הבעלות נשארת של הצד שקיבל אותו על פי החוזה.

במכר בטעות, אמנם מוטל על הקונה להשיב למוכר את הנכס שקיבל על פי החוזה, אבל עלויות ההשבה מוטלות על המוכר, אלא אם הקונה לקח אותו למקום רחוק בלי להודיע על כך למוכר מראש.

צד לחוזה שקיבל נכס על פי החוזה והשביח אותו, ולאחר מכן בוטל החוזה, עליו להחזיר את הנכס לבעליו המקורי, והבעלים ישלם לו על השבח שהשביח. חריג לכך הוא חוזה מכר בכפייה, שאחרי ביטול החוזה, חוזר הנכס לבעליו המקורי עם השבח שהשביח הקונה־הכופה ועם הפירות שאכל.

אם השבת הנכס אינה אפשרית או אינה סבירה, יש להשיב את שוויו. דוגמאות לכך: הנכס אבד או נמכר לצד שלישי, או שחובר לנכס אחר ואיבד את צורתו המקורית.

[68] יד רמה, בבא בתרא, פרק ו, סימן סב (הובא בטור, חו"מ, סימן רלב, סעיף כ, ועל ידי ר' חיים שמואל בתשובתו בשו"ת בני אברהם, חו"מ, סימן ס, דף מג ע"ב); שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף כא. ראה על כך כסף הקדשים, סימן רכז, סעיף ח, וסימן רלב, סעיף ז.

אבל ב"ח ופרישה, על הטור שם, העלו אפשרות שהרמב"ם חולק על הרמ"ה, וסובר שגם אם ידע המוכר על הפגם, אינו חייב בהוצאות. כמו כן, שו"ת בני אברהם, חו"מ, סימן סא, מדייק מתוספות, בבא בתרא צב ע"א (ד"ה זרעוני), שהם פוטרים את המוכר מהוצאות גם אם ידע. כמו כן, שו"ת צמח צדק (שניאורסון), חו"מ, סימן לו, כותב שגם אם ידע המוכר על הפגם, פטור מלשלם לקונה את הוצאות הליכתו, מפני שזה גרמא. ראה על כך: שו"ת שביתת יום טוב, חו"מ, סימן ד; עין יצחק (לעיל, הערה 66); ר"ש יגר (לעיל, הערה 66).

[69] ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רלב, ס"ק לה.

נתיבות המשפט, סימן רלד, ס"ק א, כותב שמי שקנה בטעות מאכל אסור, וחשב שהוא מותר, ועירב אותו עם מאכל מותר, כך שהכל נאסר, המוכר חייב לשלם על הנזק (על קונה שעירב את המאכל ביותר משישים של מאכל אסור, ראה בשמו לעיל, הערה 41). ערוך השולחן, חו"מ, סימן רלד, סעיף ד, כותב שאם המוכר לא ידע שהמאכל אסור, הוא פטור מלשלם. תורת חיים וחסד, עמ' תעה, מעלה אפשרות שאם המאכל לא היה מיועד לעירוב עם מאכל אחר, המוכר פטור מהנזק, כמו שלעניין ההוצאות על הובלת חפץ פגום חזרה למוכר, המוכר פטור אם הקונה לא הודיע לו שבדעתו להוביל אותו למקום רחוק, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 14.

על חיוב המוכר בהוצאות הקונה, ראה: שערי זיו, חלק ב, סימן מח; פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יג, סעיפים כד־כו; נתיב יושר, פרק כח, סעיפים ו, י; חוק לישראל, שכירות ושאילה, עמ' 109־110;

אם ניזוק הנכס באשמתו של הצד שקיבל אותו, עליו לשלם את הנזק. אבל אם נהג בנכס בדרך המקובלת לפני שנודעה לו עילת הביטול, וכתוצאה מכך נגרם לו נזק, אינו חייב לשלם על הנזק.

המחזיק בנכס אחראי כשומר על נזק שקורה לנכס, עד שיודיע לצד השני על ביטול החוזה. ונחלקו הפוסקים בשאלה, האם קונה נכס שמצא בו פגם הוא שומר חינם או שומר שכר.

מי שקיבל דבר מאכל על פי החוזה, ואכל אותו, ובוטל החוזה, חייב להשיב לצד השני את שוויו של המאכל. אם התברר שהמאכל היה אסור בהנאה, הוא פטור מלשלם, שהרי המאכל לא היה שווה כלום. אם התברר שהיה אסור באכילה מן התורה, אבל מותר בהנאה, פטור מלשלם, מפני שלא נהנה מאכילתו. אבל אם התברר שהיה אסור באכילה רק מדרבנן, עליו לשלם שווי מאכל רגיל, כיוון שנהנה מן האכילה.

הן לפי החוק הן לפי המשפט העברי, מי שקיבל נכס על פי חוזה, והנכס הניב פירות או שהשתמש בו, ובוטל עקב פגם, חייב להשיב לצד השני את הפירות ולשלם דמי שימוש.

נזקים שנגרמו לצד הנפגע עקב פגם בחוזה, אין הצד השני חייב לפצותו עליהם. אולם אם הצד השני ידע על הפגם בחוזה, הוא חייב לפצות את הצד הנפגע על נזקים שנגרמו לו.

פרק שביעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

השבה לאחר ביטול

21. משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם הניב הנכס פירות, עליו להשיב גם את הפירות; ואם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה, עליו לשלם לו את שוויו של מה שקיבל.

א׳ ורהפטיג, ״הגנת הצרכן לאור ההלכה״, תחומין ח (תשמ״ז), עמ׳ 392 (ושם, עמ׳ 396־397, בעניין האחריות על נזק שהחפץ הפגום גורם לצד ג׳).

נספחים

נספח ראשון: תשובת הגאון הרב אשר וייס בעניין קניין באונס ובטעות

נספח שני: תשובות בעניין תרומת אברים על ידי אדם צעיר

א. תשובת הגאון הרב יצחק זילברשטיין ב. תשובת הגאון הרב אשר וייס

נספח שלישי: פגם בחוזה שכבר קוים

נספח ראשון

תשובת הגאון הרב אשר וייס בעניין קניין באונס ובטעות

כבוד ידי״נ

חכם וסופר, איש אשר רוח בו

הרב נחום רקובר הי״ו

שלום רב לאוהבי תורתך!

א. הקריטריון לקביעת האונס והטעות — סובייקטיבי או אובייקטיבי

הנני במענה קצר לשאלתו המחכימה.

שאל מע״כ בדין קנין באונס שבטל, האם זה תלוי מה נחשב אונס אצל רוב בנ״א, דהיינו אונס סביר, או שמא יש לדון כל אדם לפי מה שהוא, האם הרגיש מאויים עד שמתוך אילוץ מכר ללא גמירת דעת. ומענין לענין שאל כנ״ל לגבי מקח טעות, האם זה תלוי מה נחשב טעות אצל סתם בנ״א או לפי המוכר והלוקח לפי מה שהם ולפי תכונות נפשם.

מחד מסתבר דכיון דסיבת שלילת הקנין היא משום חוסר בגמירת דעת, מסתבר לכאורה דאין הדבר תלוי אלא בכל אדם לפי מה שהוא ולפי גמר דעתו, אך מאידך גיסא ממה שאמרו דאונסא דנפשיה לא הוי אונס, נראה דכלל יש בדבר, וחז״ל קבעו גדרים אלה לפי סתם בנ״א. וכך נראה ממה שנקטו הפוסקים דמי שמכר לחבירו דבר המותר באכילה אלא שיש מחמירים שלא לאכלו, אין הלוקח יכול לבטל הקנין אף אם הוא מן המחמירים (רדב״ז מעשר פי״ב הי״ח, ושו״ת מהרש״ם ג, קצד), הרי דגם לגבי מקח טעות תלוי הדבר בכלל בנ״א ולא במוכר ולוקח.

ובאמת פשוט בכל מקום דיש בהלכות אלה גדרים כלליים שנקבעו ע״י חז״ל והראשונים, עפ״י הערכת דעתם ודרכם של כלל בני אדם.

עיין בזה באהע״ז סי׳ קלד ס״ה, במה שדנו במי שנתן גט מחמת אונס שיפגעו בבני משפחתו דלא הוי אונס, ובאב על בנו נחלקו הפוסקים. ובשו״ת מהרי״ק סימן קפה ומהרש״ך סימן עא דנו לגבי המאיים להלשין בפני השלטונות או לתבוע בערכאות אם הוי אונס, ולא משכחת א׳ מן הפוסקים לומר דיש לבי״ד להעריך דעתן של הצדדים כדי לקבוע אם עשו מה שעשו מתוך אונס ופחד. ופשוט הדבר דיש בזה כללים קבועים לכל איש.

וכן פשוט גם לגבי דין מקח טעותו ואונאה, הלא חילקו חכמים בין שתות ליתר על שתות ופחות ממנה, ולא חילקו בין אדם לאדם. ובחשן משפט סימן רלד סעיף ו כתוב: ״כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזירים בו את המקח הרי זה מחזירין, וכל שהסכימו עליו שאינו מום הרי זה אינו מחזיר בו״. ומקור הלכה זו ברמב״ם. הרי לן שאין הדבר תלוי לפי דעתו של כל אחד ואחד, אלא בהסכמת בני המדינה. וכך מוכח מכל הסימן בשו״ע שם. דו״ק ותשכח.

וביאור דבר זה אפשר בשלש דרכים.

א: הלא דברים שבלב לא הוי דברים, וא״כ אף אם נעריך ונתרשם שהאיש הזה אכן הרגיש מאויים ואנוס, או שמכר ללא גמירות דעת, אין בהערכה זו לבטל את חלות הקנין, משום דהוי דברים שבלב. אמנם כאשר קבעו שסתם בן אדם רואה עצמו במצב מסויים כאנוס, הרי הוי דברים שבלבו ובלב כל אדם, והוי דברים. וכך גם לגבי מקח טעות.

ב: קבעו חז״ל ברוחב דעתם דאין זה ראוי לתת תורת כל אחד ואחד בידו ולסמוך על כל בי״ד להעריך את דעתם של הבריות אם אנוס היה או לא או אם טעה במקחו או לא, ולרוב גם לבי״ד אין הדברים ברורים. אלקים יראה ללבב ואדם יראה לעינים. וכדי שלא תהא מדת הדין לוקה קבעו בזה הלכה דלעולם יש לדון לפי דעת סתם בני אדם.

ג: כיון שיש שני צדדים במכירה, מסתבר שאין ביטול המקח תלוי רק בדעת האחד, ואף אם גברא קפדנא הוא, הלא ברור דזה שכנגדו לא היה מסכים לכל קפידותיו. וכבר כתבו התוס׳ כעין סברא זו בכתובות מז ע״ב לגבי מקח טעות, עי״ש.

ב. איום סרק — האם נחשב כאונס לביטול המקח

ובמה ששאל מה הדין כאשר האדם מרגיש מאויים ולבסוף נתברר שהאיום היה איום סרק ולא היה ביד המאיים להזיק לו, אם דינו כאונס לבטל מקח, וכתב שיש בזה סתירה בין שני מקורות. בשו״ת מהרש״ך, ח״א סימן עא, כתב: ״אמנם מה שיש לדקדק בנ״ד כיון שזה האונס שמסר מודעא עליו ה״ר דוד זלה״ה אינו אונס, שהיה עושה אז התוגר רק שהיה מגזים ומאיים ומפחיד לעתיד, ואפשר שלא היה יכולת ביד התוגר לעשות איומיו וגזומיו, כיון שלא נתברר לעדים בודאי שהיה יכולת בידו, אין כאן אונס ואעפ״י שהיה ברור למוכר או שהיה ירא ורך הלבב לא חשיב משום הכי אונס״.

ובשו״ת מהרי״ל דיסקין, פסקים סימן קמא, כתב: ״נסתפקנו בא׳ שנדמה לו שחבירו רוצה להורגו אם לא ימכור לו שדה, ומסר מודעא ומכר, מהו, אי נימא דהוי אונסא דנפשיה, כיון ששקר היה, או לא. (ויותר נ״ל דמ״מ בטלה המכירה מחמת הטעות גופיה)״.

ולענ״ד אין כאן סתירה, מר אמר חדא ומר אמר חדא, ולא פליגי.

המהרש״ך שם דן באחד שמכר שדה לתוגר שאיים עליו שאם לא ימכור ילשין עליו בפני השלטונות, ודן המהרש״ך אם יש בזה דיני אונס, דשמא אין כלל בידו להלשין ולהזיק ודבריו אינם אלא דברי שטות ורהב. ובאמת הסיק המהרש״ך דמ״מ יש כאן דין אונס, כיון שהמוכר בצדק חשש ממלשינות. ובאמת שאלה זו דנו בה כל גדולי הפוסקים, וכבר הבאתי לעיל מש״כ בזה המהרי״ק סימן קפה.

מהרי״ל דיסקין דן במי שנדמה לו שפלוני רוצה להרגו אם לא ימכור, אף שלא איים עליו ולא התרה בו, ובסוף נתברר שכלל לא רצה להרגו. ולבסוף הסיק דמ״מ הוי מקח טעות, כיון שהיה טעות בשעת הקנין, דסבור היה שפלוני זומם עליו להרגו, ולא היא. אבל בנידון דהמהרש״ך אין זה מקח טעות כלל אלא ספק בדין אונס. ודו״ק בזה.

ובגוף הענין יש שלשה דינים וגדרים חלוקים שיש בהם כדי לבטל קנין לחלוטין. תנאי, טעות ואונס. ואף שכולם משום חסרון בסמיכת דעת, מ״מ שלשה גדרים שונים הם. וז״ב.

ג. האם יכול הנאנס לקיים את המקח

ומה שלמד מדברי הנתיבות בסימן רה ס"ק יח לגבי קנין הנעשה באונס, דיכול הנאנס לבטל הקנין, אך אם ירצה לקיים את הקנין אכן הקנין קיים ואין צריך קנין חדש, לכאורה משמע כדבריו שהרי כתב הנתיבות דרק הנאנס יכול לבטל את הקנין ולא המאנס.

אך באמת מסקנה זו מופרכת מיסודה. ונראה פשוט דקנין שנעשה באונס בטל ומבוטל מעיקרו, ואין לו תקומה כלל, וכוונת הנתיבות כך היא. אם פלוני אנס את אלמוני למכור ואלמוני מוכר ברצון, ובכה"ג פשוט הדבר שהקנין חל, דכל גדר אונס הוא חוסר רצון. אבל אם המוכר מוכר ברצון ואף ללא כל כפייה היה מוכן למכור, בכה"ג חל הקנין. ובזה כתב הנתיבות דהמאנס אינו יכול לבטל את הקנין אף שיש כאן מציאות של אונס, ואף אילולי שרצה המוכר למכור היה נאלץ לעשות כן משום כפיית הלוקח, מ"מ אין ביד המאנס לבטל הקנין. כך נלענ"ד ביאור דברי הנתיבות.

בידידות עמוקה

ובהוקרה רבה,

אשר וייס

נספח שני

תשובות בעניין תרומת אברים על ידי אדם צעיר

א. תשובת הגאון הרב יצחק זילברשטיין[70]

שאלה

ב"ה, כ"ב בשבט תשנ"ב

כבוד הרב יצחק זילברשטיין שליט"א
רמת אלחנן, בני ברק

שלום רב,

ברצוני לשאול, לפי דעת תורה, מאיזה גיל אפשר לקבל הסכמת נער, המוכן לתרום כליה להצלת נפשות.

מאחר שעל־פי החוק הגדרת "קטין" הוא עד גיל שמונה עשרה, הוגשה הצעה המבקשת לקבוע כמה דרגות גיל, לעניין הסכמה לטיפול רפואי:

א. קטין שטרם מלאו לו ארבע עשרה שנה תינתן ההסכמה על־ידי אפוטרופוס.

ב. קטין שמלאו לו שש עשרה שנה, תינתן ההסכמה על־ידי הקטין.

ג. קטין שמלאו לו ארבע עשרה שנה אך טרם מלאו לו שש עשרה שנה, תינתן ההסכמה במשותף על־ידי הקטין ואפוטרופסו.

ברצוני לשאול, מהי דעת תורה בנדון? האם ראוי להבחין בין טיפול רפואי רגיל לבין טיפול רפואי מיוחד, כגון ניתוח, שבו ראוי לקבוע את גיל הקטין לא עד גיל שלוש עשרה, אלא למשל עד גיל עשרים, בגלל ההכרעה הכבדה הכרוכה בדבר, שצדדיה אינם נהירים לאדם צעיר? ואם נלך בדרך זו, שמא ראוי גם בעניינים אחרים, כמו נישואין למשל, שההכרעה בהם אינה פחותה מהכרעה בדבר טיפול רפואי מיוחד, להגביל את הגיל?

דוגמא להגבלת גיל של כשרות משפטית יש הרי במכירת קרקעות שירש מאביו, שדרוש גיל מינימום של עשרים, או גם במקרקעין שלא ירש מאביו, אם אינו יודע בטיב משא ומתן. ור' שו"ת מהר"ם אל אשקר, סימן יא, "שהוא דבר המסויים והפסדו מרובה", וכן ר' בבאר שבע, סימן לט, שאלה ד, שכתב לעניין "חזקת חנות", וזה לשונו: "פשיטא ופשיטא שאינו רשאי האפוטרופוס למכור בלא בית דין דבר חשוב ויקר ערך שאין למעלה הימנו בזמן הזה, כמו חזקת חנות". ור' ש"ך חו"מ סימן רלה, ס"ק ב, שהביא תשובה זו, האמורה לגבי סמכותו של אפוטרופוס, לעניין כשירותו של קטין במקרקעין.

יש לציין, כי בתקנת הקהילות הוגבל תוקף ההתחייבות של צעירים שנעשתה בלא ידיעת אביו או קרובו או אפוטרופוסו. כך הוא בתקנות מדינת ליטא משנת שפ"ג, ובתקנות מדינת

[70] התשובה נדפסה בכותרת "שו"ת בענין ההסכמה הנצרכת לכרות כליה מקטן או שוטה לצורך חולה", קול התורה, חוברת מב (ניסן תשנ"ז), עמ' רלא־רלג. על דבריו ראה: ר' משה הרשלר, "תרומת כליה ממשותק מוחין ומחוסר דעת", הלכה ורפואה, כרך ב (ירושלים תשמ"א), עמ' קכב־קכח; ר' מרדכי הלפרין, "נטילת אברים להשתלה מתורם חי — היבטים הלכתיים", אסיא, חוב' מה־מו (טבת תשמ"ט), עמ' 34-61.

מעהרין משנת ת״י, ובפנקס ועד ארבע ארצות, בתקנות משנת שפ״ד ועוד תקנות, עיי״ש, שפסלו התחייבויות של אדם בלתי נשוי, ואף נשוי - למשך שנתיים או שלוש לאחר נישואיו.

ובתקנות מדינת ליטא סימן לב, ובפנקס ועד ד׳ ארצות משנת שצ״ו, הוגבל כושרו של צעיר מתחת לגיל שמונה עשרה או עשרים להתחייב לנישואין.

אודה לכת״ר, אם יואיל להודיעני חוות דעתו בשאלה זו.

בברכה ובהוקרה

נחום רקובר

תשובה

בס״ד, אדר תשנ״ב

שלום וישע רב,

מכתבו היקר הגיעני בדבר שאלתו על הצעת חוק הבאה להסדיר את שאלת הסכמת קטין לטיפול רפואי, ובס״ד נראה להשיב.

הרמב״ם (הלכות מכירה פרק כט, יב־יג) כתב, וז״ל: ״קרקע שירש מאבותיו, אין ממכרו ממכר עד שיהיה בן עשרים שנה, אף על פי שהביא ב שערות, ואף על פי שיודע בטיב משא ומתן, שמא ימכור בזול, מפני שדעתו נוטה אחרי המעות, ועדיין לא נתיישבה דעתו בדרכי העולם״.

הרמב״ם במתק לשונו הסביר, דלכן אין ממכרו ממכר עד גיל כ׳, משום ד״חוששים שמא ימכור בזול, מפני שדעתו נוטה אחר המעות, ועדיין לא נתיישבה דעתו בדרכי העולם״. כלומר, אדם צעיר דעתו נוטה אחרי הנאות רגעיות, והוא עלול להמשך אחריהם, ולהחליף נכסים רבי ערך, כגון קרקעות, תמורת מעות שערכם פחות, ואפילו בזול, כי הצעיר קל דעת הוא, ובמקום לקנות במעות קרקע, שהוא נכס חשוב, עושה הוא את ההיפך בגלל אהבת התענוגים. מסוגל הוא להחליף חיי עולם בחיי שעה, ולהמיר את הקרקע במעות נזילות, כדי לספק תאוותיו, והוא גם יחליף וימכור קרקע יקרה בזול, כי העיקר אצלו מעות להנאות רגעיות.

לאור זאת, שמעתי ממו״ח הגרי״ש אלישיב שליט״א, שיש להבדיל בין צעירה המחליטה לבצע הפלה, לבין צעיר המחליט לתרום כליה להציל את חברו מהמוות.

כשצעירה מחליטה לבצע הפלה (כשאין בזה פיקוח נפש), יש לחוש שדעתה נוטה אחר הנוחיות הרגעית, ומאחר שכעת לא נוח לה להיות מטופלת בילד, לכן היא מסוגלת להחליף חיי עולם (שהוא הילד) תמורת חיי שעה של נוחיות, והדבר דומה למכירת קרקע, דאין מכירתו מכירה עד שיגיע לגיל כ׳, שמא ימכור בזול, מפני שדעתו נוטה אחרי המעות (שהם הנאה רגעית) ועדיין לא נתיישבה דעתו בדרכי עולם.

כמו כן, צעיר שימכור כליה תמורת מעות, יש לחוש שימכרנה בזול, מפני שדעתו נוטה אחר המעות, והוא מחליף כליה, שהיא חיי עולם, תמורת מעות, שהם עומדות לחיי שעה. מה שאין כן נער שהחליט לתרום כליה להצלת נפש, אין בהחלטה זו קלות הדעת, אלא אדרבה דעת זקנים בו, ומחליף את כליתו בחיי עולם, בזה אפשר לסמוך על החלטת הצעיר, אם מלאו לו י״ג שנה והביא ב׳ שערות. ע״כ שמעתי.

ולאור זאת נראה להציע כדלהלן:

מדין תורה, נער שהגיע לגיל י״ג והביא ב׳ שערות, דינו כגדול לכל דבר, אבל בעניינים שיש לחוש שהוא נוטה אחריהם, מחמת קלות דעת ובקשת תאווה או נוחיות, בהם יש לצרף דעתו של אפוטרופוס עד שיגיע לגיל עשרים.

אי לכך, לכל ניתוח הקשור לפקוח נפש, כגון קטיעת רגל מחמת נמק, כריתת מעי גס ופתיחת פתח ויציאה מלאכותי colostomy וכדומה, מספיקה הסכמתו בלבד. אולם להפלה, לניתוחים קוסמטיים, או לניתוח להחלפת המין ר״ל וכדומה, יש לצרף דעת אפוטרופוס, כי יש לחוש שהצעיר דעתו נוטה לנוחיות ולקלות הדעת, ועדיין לא נתיישבה דעתו בדרכי העולם.

בנוגע לנישואין, מאחר שעצם העניין טוב הוא, ויש בהם קיום מצווה, לכן אין להגבילם מעל גיל י״ג, ואינו דומה למכירת קרקע שביסודה היא הפסד, וכן הניתוח, בעיקרו הוא סכנה, ולכן יש לצרף אליהם הסכמת אפוטרופוס, כשיש בהם חשש של קלות דעת ואינם באים להציל נפש.

ביצוע ההפלה וכמו כן ניתוח להחלפת המין אסורים גם מעיקר הדין אחרי ההסכמה.

ויתן השי״ת ויקוים בנו: ״והשיבה שופטינו כבראשונה ויועצינו כבתחילה״. והשי״ת ייתן לכב׳ ברכה והצלחה להגדיל תורה ולהאדירה.

בברכה נאמנה,

יצחק זילברשטיין

ב. תשובת הגאון הרב אשר וייס

כבוד ידי״נ איש תורה ודעת
פרופ׳ הרב נחום רקובר הי״ו

נעימות בימינך נצח.

בדבר מה ששאל לחו״ד, האם יש להגביל את הגיל שבו יקבלו תרומת כליות או איברים אחרים ממי שרוצה לתרום לטובת בן משפחה. דהלא חזינן בגיטין סה ע״א, דאף שבן שלש עשרה שנים מתנתו מתנה וממכרו מכר, מכל מקום למכור בנכסי אביו — עד שיהא בן עשרים, וכן הוא בחושן משפט סימן רלה, סעיף ט. הרי דאין דעתו שלימה עד עשרים שנה. ואם במכירת קרקע אמרו חכמים עד שיהא בן עשרים, לכאורה קל וחומר בתרומת איברים, שאין לך בעולם קרבן כזה שאין לו תמורה.

הנני מסכים לגמרי לדעתו, וברור לענ״ד דאילו הייתה בזמנם אפשרות של תרומת איברים לחולה, היו חז״ל מגבילים את יכולתו של האדם לתת איבר לזולתו עד עשרים שנה, כשם שתיקנו לגבי מכירת קרקע שירש מאביו, אלא שלא ידעו בזמניהם על אפשרות זו.

ואין לדחות, דמה שלא תיקנו לא תיקנו, ואין בידנו לתקן מה שלא תיקנו קדמונינו; דבאמת מצינו במקורות שונים שחכמי הדורות תיקנו והנהיגו כעין זה בענינים שונים, להגביל את גיל המקנה. עיין בשו״ת באר שבע סימן לט שאלה ד, והביאו הש״ך בחו״מ סימן רלה ס״ק ב, דחזקת חנות שירש מאביו דינו כקרקע שירש מאביו, כיון שהוא ״דבר חשוב ויקר ערך שאין למעלה ממנו בזמן הזה״. ובהגהות הגאון ר׳ עקיבא איגר שם, הביא כן גם בשם שו״ת מהרשד״ם, עיי״ש. וכבר הביא מע״כ מפנקס מדינת ליטא (שנת שפ״ג) סעיף לב: ״בחור אשר איננו בן שמנה עשר שנים שיתחתן בזיווג בלי ידיעת אביו, או קרוביו אם אין לו אב, [אין בו ממש ו]אין במעשיו כלום״. והדברים חידוש עצום, שהפקיעו קידושי תורה. אלא נראה, דאין כונתו לנישואין ממש, אלא להסכם שידוכין, וכנראה שבזמנם ומקומם קראו לארוס חתן, ובכתבם דמי שיתחתן בלי הסכמת אביו, היינו שיעשה הסכם שידוכין בלי הסכמת אביו. ומכל מקום חזינן שתיקנו שהתחייבותו של נער לא יהיה בה תוקף עד שיהיה בן י״ח שנים.

ושם בסעיף לג כתוב: ״שטר חוב של בחור אשר יעשה בלי ידיעת אביו או אב״ד בצירוף הראש או קרוביו אין בו ממש ואין לשום בית דין להשתדל בזה״. הרי שתיקנו כך גם בנוגע לשטרי חוב.

ובתקנות מדינת מעהרין (שנת ת״י) סעיף רלד, מצינו כעין זה: ״שום אדם לא יעשה שטר חוב על בחור או על נער, בלתי ידיעות אביו, קודם נשואין שלו. ואם יעשה שטר חוב עליו, לא יעשה עליו דין, ויוקרע בקרע בית דין. ואם הוא יתום, צריך שיהא לדעת אפטרופס, אם יש לו אפטרופס״.

הרי לן שלשה מקורות שבהן תיקנו להגביל כחו והקנאתו של נער עד שיהיה בן י״ח או בן כ׳. ונראין הדברים קל וחומר לגבי תרומת איבר, שאין לך הקרבה גדולה ממנה, שעד שיהיה בן כ׳ או לפחות בן י״ח שנה לא לקבלו אלא בהסכמת אביו או אפוטרופוס.

ואין לדחות, דכיון דהוי פקוח נפש די בהסכמה כל דהו, ועדיף ממכירת קרקע או שטר חוב, דכבר ביארתי בכמה מקומות דאין חיוב על האדם לתרום איבריו להצלת חבירו, ואין בזה אלא מדת חסידות. וכיון שכן, אין הדבר תלוי אלא ברצונו השלם של התורם.

וראיתי מה שכתב ידידי הגר״י זילברשטיין, בשם חמיו הגדול מרן הגרי״ש אלישיב שליט״א,

לדייק מדברי הרמב״ם (פרק כט ממכירה הלכה יג): ״קרקע שירש מאבותיו... אין ממכרו ממכר עד שיהיה בן עשרים, אף על פי שהביא שתי שערות ויודע בטיב משא ומתן, שמא ימכור בזול מפני שדעתו נוטה אחר המעות, ועדיין לא נתיישבה דעתו בדרכי העולם״. הרי דרק משום שדעתו נוטה אחר המעות אמרו שאין ממכרו ממכר, אבל בדבר שאין בו טובת הנאה אין ריעותא בשלימות דעתו.

ולעניות דעתי נראה טפי, שאין לדייק כן מדברי הרמב״ם (שהעתיק המחבר בחשן משפט סימן רלה סעיף ט, עי״ש), דהרמב״ם לא בא אלא לבאר, למה חששו חכמים ותיקנו שלא יוכל למכור בנכסי אביו, ומה הפסד ומכשול יכול להיות מזה, אך מכל מקום חזינן שאין ״דעתו מתיישבת״ עד שיהיה בן עשרים, וכיון שאין דעתו מתיישבת לשקול היטב את כל צדדי הענין, אין לקבל ממנו תרומת איבר.

כך נלענ״ד בהלכתא דא.

באהבה וביקר,

אשר וייס

נספח שלישי

פגם בחוזה שכבר קוים

שאלה מקדמית בתחום הפגמים בחוזה היא השאלה בדבר היקף הדיון: האם אנו עוסקים בחוזה שנכרת אך טרם קוים, או בחוזה שכבר קוים? בחוזה שטרם קוים, צד לחוזה מבקש להתנער מן ההתחייבויות שקיבל על עצמו במסגרת החוזה; בחוזה שכבר קוים, צד לחוזה מבקש להחזיר את המצב לקדמותו, ולבטל את המעשים שנעשו במסגרת קיום החוזה.

אשר לתוקפה של התחייבות חוזית לפי המשפט העברי, יש מי שסבור שהמקבל על עצמו התחייבות עתידית, אינו חייב לקיים את התחייבותו (אלא שבמצבים מסוימים התחייבותו תקֵפה, משום שהיא נחשבת כאילו כבר קוימה)[1]. כמובן, לפי דעה זו, אין מקום לדיון בשאלת תוקפה של התחייבות שנוצרה באופן פגום. ברם, הדעה המקובלת היא שיש תוקף להתחייבות חוזית במשפט העברי, אלא שיש צורך בקיומו של אובייקט ממשי שעליו תחול ההתחייבות, ואף קיימת כעיקרון דרישה לעשיית מעשה קניין או פעולה שוות ערך למעשה קניין, המבטאים את גמירת הדעת של הצדדים להתקשר בחוזה[2]. אם כן, יש מקום לדון בשאלה, האם התחייבות שנוצרה באופן פגום יש לה תוקף מחייב, לצד הדיון בחוזה שכבר קוים, אלא שכריתתו הייתה פגומה: האם יש להשיב את המצב לקדמותו?

מבחינה עיונית, גם אם הצדדים פעלו בהתאם לחוזה שהיה פגם בכריתתו, אין מקום לומר שחל שינוי מהותי בזכויות הצדדים רק עקב העברה פיזית של ממכר מצד אחד למשנהו, או עקב ביצוע פעולות אחרות על פי החוזה, שהרי פעולות אלו אף הן נעשו מכוח אותו פגם. צריך לומר, אפוא, שהביצוע כולו לוקה בחסר כבר מעת כריתת החוזה, ואין בקיום החוזה כשלעצמו כדי לרפא את הפגם. אי לזאת, דיוננו מקיף את כל החוזים שכריתתם הייתה פגומה, בין אם טרם קוימו ובין אם כבר קוימו.

גם לפי החוק, העובדה שהחוזה קוים אינה משפיעה מבחינה מהותית על זכות הביטול, אלא שהתוצאות עשויות להשתנות בהתאם לנסיבות. כך עולה מסעיף 21, שחל על כל דיני הפגמים בכריתת החוזה, וקובע שביטול החוזה גורר חובת השבה של מה שעבר מצד לצד

[1] בשאלה זו ראה: ש׳ אלבק, יסודות בדיני הממונות בתלמוד, רמת גן תשנ״ד, עמ׳ 186־201; א׳ ורהפטיג, ההתחייבות — תוקפה, אופייה וסוגיה, ירושלים תשס״א; ש׳ ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, ירושלים תשל״ד, עמ׳ 1־30; ב׳ ליפשיץ, אסמכתא — חיוב וקניין במשפט העברי, ירושלים תשמ״ח; הנ״ל, עובד וקבלן: בין קניין לבין התחייבות, ירושלים תשנ״ד.

[2] ראה: א׳ ורהפטיג, ההתחייבות, עמ׳ 5־8 (ובפרק הסיכום, עמ׳ 455־472), וההפניות, שם, עמ׳ 8, הערה 17. לדעת א׳ ורהפטיג, שם, עמ׳ 518, הדעה הראשונה הסתמכה רק על מקורות תלמודיים, בלא שהתחשבה בדברי הראשונים והאחרונים.

על פי החוזה. השבה אפשרית רק במצב שהחוזה בוצע בפועל, לפחות בחלקו, ומכאן שזכות הביטול קיימת באופן עקרוני גם אחרי קיום החוזה.

כך עולה גם מחוק הגנת הצרכן, העוסק גם בחוזי מכר שבוצעו[3], ומעניק לצרכן הגנות וסעדים בגין פגמים ברצון. אלא שסעדים אלו שונים בחלקם מאלה שחוק החוזים מעניק לצד שנפגע עקב פגם בחוזה[4], מה גם שחוק החוזים חל על מגוון רחב הרבה יותר של מצבים ונסיבות. צרכן שנפגע עקב פגם בחוזה שבוצע יוכל לבחור באיזה מסלול לתבוע את סעדיו[5].

מן האמור עולה אפוא, שבדיון בסוגיית פגם בחוזה, ניתן להתעלם מהשאלה האם החוזה קוים, שכן לעניין זכות הביטול אין נפקות עקרונית אם החוזה קוים או לא[6].

[3] ראה למשל חוק הגנת הצרכן, התשמ"א־1981, סעיף 32(א).

[4] ראה: חוק הגנת הצרכן והתקנות שהותקנו מכוחו. ליחס בין חוק הגנת הצרכן וחוקים צרכניים נוספים לבין החוק הכללי, ראה גם א' דויטש, מעמד הצרכן במשפט, ירושלים תשס"ג, עמ' 317־326.
דיני הגנת הצרכן עוסקים בעיקר במצבים מקבילים להטעייה, לכפייה ולעושק שבחוק החוזים, ופחות בדיני הטעות. ראה הדיון בהפניות שבהערה הבאה.

[5] ראה: חוק הגנת הצרכן, סעיף 41. ראה גם: א' דויטש, שם, עמ' 386־412, 472־473; ס' דויטש, דיני הגנת הצרכן, תל אביב תשס"א, כרך א, עמ' 372־385.

[6] אבל ראה סעיף 14, פרק שביעי, שיש שטעות בדין אינה עילה לביטול אם כבר קוים החוזה. וראה סעיף 14, פרק שמיני, ג(6), שלדעת פוסקים אחדים, אין זכות ביטול עקב טעות בהתפתחות עתידית אם כבר קוים החוזה. וראה סעיף 18, פרק שביעי, שאין זכות ביטול בגין עושק אם כבר קוים החוזה.

חוקים

חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, פרק ב

הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, בטלות חוזה ונפסדותו

הצעת נוסח לפי המשפט העברי — חוק החוזים, פרק ב

חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973

פרק ב': ביטול החוזה בשל פגם בכריתתו

חוזה למראית עין

13. חוזה שנכרת למראית עין בלבד — בטל; אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על קיום החוזה.

טעות

14. (א) מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך, רשאי לבטל את החוזה.

(ב) מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך, רשאי בית המשפט, לפי בקשת הצד שטעה, לבטל את החוזה, אם ראה שמן הצדק לעשות זאת; עשה כן, רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה.

(ג) טעות אינה עילה לביטול החוזה לפי סעיף זה, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות והצד השני הודיע, לפני שבוטל החוזה, שהוא מוכן לעשות כן.

(ד) "טעות", לענין סעיף זה וסעיף 15 — בין בעובדה בין בחוק, להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה.

הטעיה

15. מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעיה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה; לענין זה "הטעיה" — לרבות אי־גילוין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן.

טעות סופר

16. נפלה בחוזה טעות סופר או טעות כיוצא בה, יתוקן החוזה לפי אומד דעת הצדדים ואין הטעות עילה לביטול החוזה.

כפיה

17. (א) מי שהתקשר בחוזה עקב כפיה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה.

(ב) אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לענין סעיף זה.

עושק

18. מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר נסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי לבטל את החוזה.

ביטול חלקי

19. ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד; אולם אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה כולו.

דרך הביטול

20. ביטול החוזה יהיה בהודעת המתקשר לצד השני תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול, ובמקרה של כפיה — תוך זמן סביר לאחר שנודע לו שפסקה הכפיה.

השבה לאחר ביטול

21. משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה — לשלם לו את שוויו של מה שקיבל.

שמירת תרופות

22. אין בהוראות פרק זה כדי לגרוע מכל תרופה אחרת.

הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011

חלק שלישי: חיובים

חלק משנה שני: הוראות מיוחדות לחוזים

פרק שלישי: בטלות חוזה ונפסדותו

סימן א': חוזה בטל

חוזה פסול

109. (א) חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, או סותרים את תקנת הציבור — בטל.

(ב) בטל חוזה לפי הוראות סעיף קטן (א), רשאי בית המשפט לפטור צד מהחובה, כולה או חלקה, להשיב לצד השני את מה שקיבל על פי החוזה, ובמידה שצד קיים את חיובו לפי החוזה — לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או חלקו.

חוזה למראית עין

110. חוזה שנכרת למראית עין בלבד — בטל; אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על החוזה.

סימן ב': חוזה הניתן לביטול מחמת פגם ברצון

טעות והטעיה

111. בסימן זה —

"טעות" — בין בעובדה ובין בדין, למעט טעות שהסיכון לגביה מוטל על הטועה;

"הטעיה" — לרבות אי גילויין של עובדות אשר לפי הדין, הנוהג, או נסיבות הענין, היה על הצד השני לגלותן.

ביטול חוזה בשל טעות

112. (א) התקשר אדם בחוזה עקב טעות וסביר להניח שאותו אדם לא היה מתקשר בחוזה אלמלא הטעות, והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך — רשאי אותו אדם לבטל את החוזה; לא ידע הצד השני ולא היה עליו לדעת על כך — רשאי בית המשפט, לבקשת הצד שטעה, לבטל את החוזה, מטעמים מיוחדים, ורשאי הוא לחייב את הצד שטעה לשפות את הצד השני בעד הנזק שנגרם לו עקב כריתת החוזה.

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), טעות אינה עילה לביטול החוזה, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות, והצד השני הודיע לצד שטעה, לפני ביטול החוזה, שהוא מוכן לקיום החוזה כאמור.

ביטול חוזה בשל הטעיה

113. התקשר אדם בחוזה עקב טעות שהיא תוצאה של הטעיה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי הוא לבטל את החוזה.

כפיה

114. (א) התקשר אדם בחוזה עקב כפיה, בכוח או באיום, שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי הוא לבטל את החוזה.

(ב) התקשר אדם בחוזה עקב כפיה, בכוח או באיום, שכפה עליו אדם שלישי, שלא פעל מטעמו של הצד השני לחוזה, והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך, רשאי אותו אדם לבטל את החוזה; לא ידע הצד השני על הכפיה ולא היה עליו לדעת על כך, רשאי בית המשפט, לבקשת הצד הנכפה, לבטל את החוזה, מטעמים מיוחדים, ורשאי הוא לחייב את הצד הנכפה לשפות את הצד השני בעד הנזק שנגרם לו עקב כריתת החוזה.

(ג) אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות לא תיחשב איום לענין סעיף זה.

עושק

115. (א) התקשר אדם בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקתו, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר ניסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי אותו אדם לבטל את החוזה.

(ב) היו תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל עבור אחד הצדדים, ובעת כריתת החוזה נתקיימו יחסי תלות בין אותו צד לבין הצד השני, חזקה כי קיימת לאותו צד עילה לביטול לפי סעיף קטן (א).

סימן ג': ביטול ובטלות חוזה — הוראות כלליות

דרך הביטול

116. ביטול החוזה יהיה בהודעה של המתקשר לצד השני בתוך זמן סביר כאמור בסעיף 16; ואם היתה עילת הביטול כפיה או עושק — בתוך זמן סביר אחרי שנודע לו שפסקו הכפיה או העושק.

הפרדת החוזה

117. (א) ניתן החוזה להפרדה לחלקים, ועילת הבטלות או הביטול של החוזה מתייחסת רק לאחד מחלקיו, בטל או ניתן לביטול אותו חלק בלבד.

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), סביר להניח כי צד לחוזה לא היה מתקשר בו אלמלא החלק שאליו מתייחסת עילת הבטלות או הביטול, בטל או ניתן לביטול החוזה כולו, אלא אם כן בחר צד הזכאי לביטול החוזה, בביטול החלק האמור, במקום ביטול החוזה כולו.

הצעת נוסח לפי המשפט העברי — חוק החוזים (חלק כללי)

פרק ב׳: ביטול החוזה בשל פגם בכריתתו

חוזה למראית עין

13. (א) חוזה שכרתו אותו הצדדים למראית עין בלבד — בטל, אך אם מראית העין היא מצד אחד לחוזה בלבד — החוזה תקף.

(ב) אם לצדו של החוזה הגלוי יש חוזה נסתר שהצדדים התכוונו להעניק לו תוקף — החוזה הנסתר תקף.

(ג) חוזה מלאכותי תקף, אך בית המשפט רשאי לבטלו, אם ראה שהחוזה נעשה כדי לפגוע באדם שלישי.

טעות

14. (א) מי שהתקשר בחוזה עקב טעות, וסביר להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה, רשאי לבטל את החוזה.

(ב) אם הצד השני לא ידע שלולא הטעות לא היה הצד הטועה מתקשר בחוזה, אין הצד הטועה זכאי לבטל את החוזה.

(ג) טעות אינה עילה לביטול החוזה לפי סעיף זה, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות בלי לשנות שינוי מהותי בנשוא החוזה, והצד השני הודיע שהוא מוכן לעשות כן.

(ד) "טעות", לעניין סעיף זה וסעיף 15 — בין בעובדה בין בחוק, לרבות טעות בהערכת שווי העסקה וטעות במניע להתקשרות בחוזה.

הטעיה

15. [בוטל]

טעות סופר

16. (א) נפלה בחוזה טעות סופר או טעות כיוצא בה, ייכתב החוזה מחדש לפי אומד דעת הצדדים, ואין הטעות עילה לביטול החוזה.

(ב) טעות סופר שיש בה כדי לפגוע באחד מן הצדדים או בצד שלישי, היא עילה לפסול את המסמך.

כפיה

17. (א) מי שהתקשר בחוזה עקב כפייה שכפה עליו אדם אחר בכוח, ולא קיבל את מלוא התמורה, רשאי לבטל את החוזה.

(ב) מי שהתקשר בחוזה עקב כפייה וקיבל את מלוא התמורה, אינו זכאי לבטל את החוזה; אבל אם קודם כריתת החוזה הודיע שהוא עושה כן מחמת כפייה, החוזה בטל.

(ג) אזהרה על הפעלתה של זכות אינה בגדר כפייה לעניין סעיף זה.

עושק

18. (א) מי שהתקשר בחוזה עקב מצוקה, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי לתקן את תנאי החוזה בהתאמתם לתנאים המקובלים או לבטל את החוזה כל עוד לא קוים החוזה.

(ב) היה מושא החוזה מקרקעין והמתקשר חרש, או מקרקעין שעברו בירושה והמוכר טרם מלאו לו עשרים שנה, החוזה בטל.

ביטול חלקי

19. ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ויש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה כולו; אם בחר לבטל את חלקו, זכאי הצד השני לבטל את החוזה כולו.

דרך הביטול

20. ביטול החוזה יהיה בהודעת המתקשר לצד השני, ועם מסירת ההודעה, החוזה בטל למפרע, והמתקשר אינו יכול לבטלו; ובמקרה של הונאה במחיר, על המתקשר להודיע על כך מיד כשנודעה לו עילת הביטול.

השבה לאחר ביטול

21. משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם הניב הנכס פירות, עליו להשיב גם את הפירות; ואם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה, עליו לשלם לו את שוויו של מה שקיבל.

מפתחות

מפתח העניינים

מפתח המקורות

רשימה ביבליוגרפית

מפתח העניינים

אבדה (ראה: השבת אבדה)
אבדה מדעת
האם היא כהפקר 119 120
אבל
הקנאת סחורתו לאחר שיסחור בה בימי אבלו
בקניין סודר או בקניין אחר 102
הערמה - שיקולי מדיניות להתיר 102
לפני המיתה או אחריה 101
'אגב אונסיה גמר ומקני' 237 238 240 241 243
'אגב זוזי גמר ומקני' 241 246 254 298 300
אדרכתא (אישור לרדת לנכסי חייב)
שהושמטו בו מילים 220
אודיתא (ראה גם: הודאה)
הקנאת שטר חוב ע"י אודיתא 42
אומדנא
בדבר שיש צד שני שיפסיד ממנה 337
במכר שעוד לא נגמר 337
במברחת 32 33
במכר 28 29 31
לבטל מכר מיטלטלין 87
במתנה 28 29 31
במתנתא טמירתא 33
הוצאת כסף ע"פ אומדנא 83
אם יש אומדנות סותרות 83
הנוגדת מה שהאדם אמר 102
ספק אומדנא 31
אונאה 193-198
אופן קביעת מחיר השוק 196
בדבר שאין לו מחיר שוק קבוע 196
בדבר שמחירו משתנה מעת לעת 196
אם המוכר הוזיל בגלל צורך דחוף בכסף 193
אם המתאנה לא ביטל כשנודע לו 387 388
אם המוכר לא היה בביתו 388
אם שלוחו מכר 387
במוכר נכס של קטן 388
מחילה מכללא על זכות הביטול 387 388
אם טעות המתאנה לא נבעה מהמאנה 193
אם ידע שהמחיר מופרז 346 347 363
באונאה של שישית בדיוק 346
ביותר מכדי שהדעת טועה 345 346
במכירת חמץ לגוי בפסח 197
במכירת חפצים אחדים שבאחד יש אונאה 379
במכירת נשק בשעת מלחמה 347
במכירת תרופות 331
בנושא ונותן באמנה 209
בעושק (ראה: עושק)
בקבלן 193 341
אחרי ביצוע השירות 345
בקבלן להשביח כלי 345
בקבלן למלאכה 345
שמוכרח לעבוד דווקא בזמן מסוים 345 347
בקונה מבעל בית 341
בקרקע 254 302 345 368
אם המאנה הטעה את המתאנה 210
ביותר מפי שניים 154 194 198 211 258 348
בעיית כפייה במכירה בזול 258
טענת עושק 345
טענת עושק אם לא שילם 348
משך זמן זכות הביטול 198
בשדכן 341
בשטר 302 345 368
בבנקנוטים 162
ביותר מפי שניים 146
בשכירות 345
בשכירות פעולה - בעד רכיבה עמו 347
בשכר פועל 211 345 347
אם הטעה אותו המעביד 211
בתנאי 'ע"מ שאין לך עלי אונאה' 132 135
אם אמר שיודע שזה שווה פחות 133 134
האיסור להונות 345 347
בפחות משישית 348
בקרקע 348
מצד גרימת צער 347
זכות המאנה לבטל את החוזה 125 126 194 195
287 288 385
אם גם המאנה טעה 195
אם המתאנה אישר את החוזה 195
אם המתאנה מבקש רק את ההפרש 195
אם התייקר הנכס 195
באונאה יותר משישית 126 135
באונאה של שישית 126
טעם זכות הביטול 117
באונאה של פי שניים בקרקע 117
חוסר גמירת דעת 117
כמו בכל טעות בחוזה 194
סנקציה כלפי המאנה 194
תנאי מכללא 117
יותר משישית 196 197
אחריות הקונה כשומר על הנכס 400
אם המתאנה מבקש רק את ההפרש 363

במכר חוזר שנועד להתיר ריבית 100
הנכס של המוכר למפרע 394
מוכר שהתאנה
והקונה מכר אחרי שנודעה האונאה 399
והקונה מכר לפני שנודעה האונאה 398
משך זמנה של זכות הביטול 197 198
אם הקונה עוד לא שילם 197 388
אם עבר הזמן - האם המכר תקף למפרע 131
במוכר שהתאנה 198
בקרקע 198
כדי שיראה לתגר או לקרובו 197 198 255 388
מתאנה שביטל את המכר 385
האם יכול לחזור בו ולקיימו 385
ניתן לביטול ולא בטל מאליו 194
ביותר משישית 135
פחות משישית - המכר קיים 156 196 345 346
אם המאנה הטעה את המתאנה 208 209 211
אם עוד לא שילם 196
באפוטרופוס שמכר 387
בדבר שהכול מוכרים במחיר מדויק 196
טעות שאינה יסודית 138
כי אי אפשר לדייק במחיר 156
מניחים שהוא מוחל 138
רגילים למחול על כך 196
קונה שהתאנה ביותר משישית
בשכירות 397 398
ומכר לאחר - חיובו להשיב 397 398
תשלום המוכר אם הנכס אינו בעין 397
שימוש הקונה בנכס אחרי שנודע לו - מחילה 127
אם השתמש אחרי שהודיע למוכר 127 129
באונאת שישית או יותר 127
שימוש הקונה בנכס לפני שנודע לו 129
שישית בדיוק 196 417
חובת השבתה - השבת גזלה 197
אונס (ראה: כפייה)
אונסא דנפשיה (ראה: כפייה, כפייה עצמית)
אורנדא (זיכיון)
שותף בו שמחל על חלקו לשותפו 188
אותו ואת בנו (איסור שחיטת שניהם באותו יום)
חובת מוכר בהמה להודיע לקונה שמכר את אמה 123
אם לא הודיע - מקח טעות 124
ביום שרגילים לשחוט הרבה בהמות 123
אחריות (ראה: מכר)
'אחריות טעות סופר' 217 220 223
אי ידיעת הדין
בדיני חוזים (ראה: טעות בחוזה, טעות בדין)
במשפט הפלילי 159
חזקת ידיעת הדין 171-168
בדין הידוע לכול 170 171
בדין פשוט 170
בנותן מתנה האומר שטעה בדין 169
בעם הארץ 171
בתלמיד חכם 170 171
מול טענת 'מיגו' 169
'אי עביד לא מהני'
אם קביעה זו לא תתקן את האיסור 286
אם קביעה זו תפגע במי שלא חטא 286
בחוזה כפוי 286
איום (ראה: כפייה)
אילם (ראה: חרש)
'אין אדם חוטא ולא לו' 274
'אין אדם מוציא דבריו לבטלה' 102
'אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות' 177
אם בעל בלי עדים 169
'אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו' 129
איסור דרבנן
אינו חל על החפצא 408-406
בסתם יינם של גויים 406
אינו פוגם בנפש האדם 407 408
אסור מהתורה מ'לא תסור' 405 408
בכל זאת הוא קל יותר 405
השפעתו לתחום הממוני 406 407
באיסור הנאה דרבנן 407
באיסור שאינו ברור לכול 407
באיסור שהוא הרחבה של איסור תורה 407
חובה לתת כל ממונו להימנע מכך 407
חצי שיעור שלו 406
לא הכול זהירים בו 406
באיסורי עריות ובאיסורים אחרים 406
עונש על העובר עליו בשוגג 408-406
אם עבר באונס 408
איסור הנאה
אינו שווה כלום 408
איסור ליהנות מחליפיו 408
דרבנן 408 409
המוכר איסור הנאה
אם המוכר לא ידע שאסור בהנאה 395
אם הקונה לא ידע שאסור בהנאה 395
האם הכסף שבידו נחשב גזל 395
הקונה בטעות מאכל האסור בהנאה ואכלו 408 409
אישה (ראה גם: אשת איש)
ידיעתה על מה שכותבים בשטר 31
אמנה (ראה: שטר אמנה)
'אנן סהדי'
בהקפדה על פגם בממכר 132
במודעא על גט 282
במודעא על מתנה 280 284
במכירת חמץ 93
במכירת מבכרת 123
ב'משטה אני בך' 358 359
בקבלת חמץ כתשלום בפסח 124
בקידושין בארנק 181
בשימוש במקח טעות 127
אסיר נמלט (ראה: עושק)
אסמכתא
אם המתחייב פרע או נתן משכון 165 166
אם אחרים אמרו לו שאינו אסמכתא 165
באסמכתא עם ריבית 166
במשחק בקוביא 166
במחילה 188 190
הבטחה מוגזמת תמורת הפסד מועט 356
מלווה שגבה מהלווה ע"פ הסכם עם אסמכתא 164

מפתח העניינים

אפוטרופוס
העמדתו לשותף קטן לעשות 'גוד או אגוד' 57
העמדתו לשותף קטן להשתתף בתיקון הנכס המשותף 60
השכרת הנכס לשלם הוצאות 60
חובתו למסור את הנכסים ליתום כשגדל 35
אם יש חשש שיפסיד עקב כך 35
ארבעת המינים
אם התברר שלא היו שלו כשנטל 394
הנותנם לאחר לשם קיום המצווה 256
גמירת הדעת 256
הקונה אתרוג והתחיל להצטמק 333
ארץ ישראל
המוכר נכסיו לעלות לא"י ולא עלה 191
מצוות יישוב א"י 330
אשת איש
אשתו כגופו 264
לעניין אישה שנשבתה 264
לעניין המבייש אישה 264
לעניין כפייה המופעלת כלפי אשתו 264
המוחל לאשתו על חיובה להישבע בגביית כתובתה 188
והוא טוען ברי שפרע 188
המתחייב לאשתו לדור במקום מסוים 60
וגירש אותה והחזירה 60
הנותן את כל נכסיו לאשתו 34 64
זכות נושי הבעל לגבות מהם 187
כדי להבריחם מאשתו הראשונה 64
הנותן מתנה לאשתו ע"מ שלא תינשא כשימות ואח"כ נתן לה מתנה סתם 185
זכות הבעל בנכסיה 32
בנכסים שלא ידע שהם שלה 32
ירושת בעל את אשתו
בנכסים שלא ידע שהם שלה 32
זכותו מתחילה בחייה 30
מתנה הפוגעת באיזון המשאבים בין בני זוג 62
'נחת רוח עשיתי לבעלי'
אם הסכימה שבעלה ימכור נכס 316
אם מכרה לבעלה נכס שלה 316
שמחלה לבעל על חוב כדי שיגרשנה, והיה חייב לגרש מן הדין 325
שמתה בלי בנים - דין הנדוניה 185
שנתנה מתנה לבעל ואח"כ גירשה על כרחה 183
שקנתה קרקע מבעלה בכסף שהסתירה 37
ששילמה מכתובתה על קבורת בעלה 160 161
'אתם עדי'
בהודאה 322
בהתחייבות 322
בעושק 322
אתנן (ראה: זונה)
אתרוג (ראה: ארבעת המינים)

בדיקת חמץ
אדם רוצה לבדוק בעצמו 137
אם ביטל את החמץ 90
השוכר בית וחשב שנבדק (ראה: שכירות)
מהתורה או מדרבנן 405
'בטלה דעתו אצל כל אדם' 267
ביטוח
המבטל חוזה ביטוח כי חשב שהוא בריא 172
ביטול חוזה (עקב פגם בו)
אחרי שהודיע שרוצה לקיימו 383
בחוזה שכבר קוים 425 426
ביטול חלקי בחוזה הניתן להפרדה 362 377-380
בבטלות חוזה למראית עין 377
הגדרת חוזה הניתן להפרדה 377
היקף זכות הביטול של הצד הנפגע 377 378
היקף זכות הביטול של הצד השני 378-380
הודעת ביטול שלא הגיעה לצד השני 383
מחילה על זכות הביטול (ראה גם: טעות בחוזה)
מחילה מכללא אם עבר זמן סביר 383
משך הזמן שזכאי לבטל
בטעות 383 385-388
בכפייה ועושק 383 384
ע"י אפוטרופוס 384
ביטול חוזה - תוצאותיו
אם ניזוק הנכס שקיבל צד ע"פ החוזה 399 400
אחריותו כשומר על הנכס 400
אם נהג בו בדרך המקובלת 401
אם צד קיבל מאכל ע"פ החוזה ואכלו 400-409
אם היה חסר ויטמין שהיה אמור להיות בו 400
אם המוכר לא ידע שהמאכל אסור 403
אם התברר שהוא שווה פחות מששילם 400
אם קנה מאכל אסור ביודעין 404
בבן נוח שקנה מאכל אסור 402
בזר שקנה תרומה בטעות 404
בקונה הרגיל לאכול איסורים, שקנה מאכל אסור 404
בקונה טבל דרבנן בטעות 405
בקטן שקנה מאכל אסור 402
חובת השבת שווי המאכל 400
מאכל אסור שאכלו בתערובת של שישים 403
מאכל האסור באכילה מדרבנן 404-408
מאכל האסור באכילה מהתורה 400-404
מאכל האסור בהנאה 408 409
מאכל האסור מספק 402-404
הוצאות שנגרמו לצד הנפגע 411 412
הוראות משניות של החוזה 384
התבטלות החוזה למפרע 384
חובת השבת מה שעבר מיד ליד ע"פ החוזה 393-409 425 426
אם הלה רוצה כסף במקום הנכס 394
אם השביח את הנכס 396 397
אם קיבל כסף ורוצה להשיב שווה כסף 395
האם הכסף שקיבל נחשב גזל בידו 395
השבת שווי במקום הנכס שקיבל 397-409
חובה אובליגטורית או חזרת הבעלות מאליה 384 393-395
על מי מוטלת עלות ההשבה 395 396
חובת תשלום על שימוש במה שקיבל ע"פ החוזה 409-411
צד ג' שקנה על סמך החוזה 393
ביטול חמץ
אמירה שהחמץ כעפר בעיניו 90

הוא הפקרה 90
יחד עם מכירתו 90-94
מועיל בלב 87 91
כי בלאו הכי אינו ברשותו 87 91
צריך גם לבער 90 91
ביטחון העסקאות
כשיקול לשלול זכות ביטול חוזה 36 112 113 136 139 142 144 171 174 176 180 200 268 339
בית דין (ראה גם: דיין)
חובתו להציל עשוק 35
סמכותו לכתוב שטר חוב (ראה: שטר)
ראות עיני בית דין 37 39 273 380
בית המקדש
קריעה על ראיית מקום המקדש (ראה: קריעה)
בית כנסת
הבטחה למתווך לתת כסף לבכ"נ כשכרו 322
בית משפט
טעות סופר בהחלטה שיפוטית 216
בית סוהר
ויתור על העמדה בדין של אסיר שחטף סוהר 303
כליאת מי שסירב לשאת אישה שקידש 273
נושה שמחל כי היה בכלא 257-260 298 307
בכור אדם (ראה: פדיון הבן)
בכור בהמה
הקונה בהמה והתברר שהיא מבכרת 122
ושתק כשנודע לו 123
מכירת אבר מהעובר לגוי 82
מכירת האֵם לגוי כדי להפקיע קדושת הוולד 81 83 87-89
אם המוכר מוסר אותה ליד הגוי 81
אם המוכר מלווה לגוי את הכסף לשלם לו 81
זו מצווה 81 123
כהערמה 81
תמורת פרוטה 81
בלעם (ראה: בלק)
בלק
השכר המופרז שהבטיח לבלעם 323 330
בן
אדם מעדיף את בנו על עצמו 29
הנותן מתנה לבנו
והבן חדל משמירת מצוות 183
ומת הבן 185
הנותן מתנה לבנו הקטן
כדי להבריח מנושים 60 66 68
כדי למנוע כפייה לשחרר עבד 57 64
כדי למנוע כפייה לתקן בית משותף 60 64
כדי למנוע פירוק שותפות 57
הנותן מתנה לבנו הקטן, כדי למנוע מכר כפוי 57
משמשת כמודעא על המכר 57
תוקף המתנה 57
הנותן נכסיו לאחר ואח"כ נולד לו בן 181 182
הנותן נכסיו לאחר כי בניו לא נהגו כשורה 184 185
והמקבל נתן לבנים 184
וחזרו הבנים למוטב 184 185
הנותן נכסיו לאחר כי חשב שמת בנו 86 181 182 200 201
אם התברר שבנו חי ואח"כ מת 192 193
אם נתן רק מקצת נכסיו 201
הנותן נכסיו לבנו - זכותו למזונות מהנכסים 184
בן נוח (ראה גם: גוי)
דיניו - לפי המוחשי ולא המופשט 90 243
האם נפשו קצה במאכל האסור לו 402
בעל ואישה (ראה: אשת איש)
בר מצרא
במתנה 43
הערמה ע"י מכירת שדה באמצע שדותיו לאחר 56
השארת זכות המצרנים 56
תוקף המכירה 56
הערמה ע"י נתינת תלם סביב לשדה לאחר 43
מול אישה שקונה 41
המערים וקונה ע"ש אשתו 41
בשורה
המבטיח שכר גבוה למי שיביא בשורה טובה 333 341
גביית חוב
המבטיח שכר גבוה למי שיגבה חוב עבורו 333
זכות קדימה לחוב מוקדם 308
נושה שטרף קרקע ובנה עליה, והלווה פרע 396 397
גוי (ראה גם: בן נוח)
אמירה לגוי לעשות מלאכה בשבת 100
גוים אינם מרחמים על יהודי המסור בידם 272
הקנאת נכס לגוי כדי לעקוף איסור (ראה: טבילת כלים; מכירת חמץ; שבת)
מעשה קניין של גוי בלי גמירת דעת 90
נתינת מתנה לגוי (ראה: מתנה)
גזל
המקבל כסף ע"פ חוזה, ובוטל - האם נחשב גזל 395
פחות משווה פרוטה 186
ואח"כ גזל ממנו עוד פחות משווה פרוטה 186
והתייקר לשווה פרוטה 186
מחילה מכללא 186
פירות שצמחו מהנכס הגזול 67
שואל שלא מדעת - גזלן 128
גזלן
הכופה על נגזל למכור לו את הנכס הגזול 248 249
חזקה שאדם אינו גזלן 128
קונה בשינוי 286
גט (ראה: גירושין)
גיל (ראה: כשרות משפטית)
גילוי דעת
ביטול מכר ע"י גילוי דעת 88
מודעא - כגילוי דעת 275 278 279
על כפייה בחוזה בלי תמורה בלי מודעא 278
על מתנה, שאינו רוצה לתת 284
גירושין
ביטול מודעא עליהם 252
ביטול גט לפני נתינתו 280
בכפייה 238
אם בלאו הכי האישה שונאת אותו 246
אם היה רק איום 274
אם שילמו לבעל הכפוי על הסכמתו 244

גירושין (המשך)
בעל שהקנו לו על כרחו נייר של גט 246
המגרש מפני שנשבע לגרש 256
המתחייב לשלם קנס אם לא יגרש 245 256
הרחקות רבנו תם 262 263
והבעל טען לכפייה רק אחר זמן רב 389
כפייה ממונית 261
כפייה שאינה באה מצד האישה 268
כפייה שהופעלה על קרוב של הבעל 264 417
מניעת טובה 262 263
בתנאי מכללא שהאישה תמחל על כתובתה 289
האיסור למסדר גט ליטול שכר 324
שכר גבוה שהובטח לו 330 331
המבטיחה שכר גבוה לבעל תמורתם 333 349 362
אם מקובל לשלם שכר גבוה על כך 349
תרופתה - ניכוי מהמחיר 362
המגרש אישה מפני שנדרה 53 54
המוחלת לבעלה על חוב תמורת הגט 360
הממנה שליח לקבל את הגט בעבור אשתו 169
בעם הארץ 171
המשלמת למי שישכנע את בעלה לגרשה 285
אם הבטיחה לו שכר גבוה על כך 333
המתחייב לפצות אישה אם בעלה יגרשנה 285
טעות סופר בגט 220
השמטה שניכרת כטעות סופר 223
טעות בדקדוקי הלשון 222
טעות בשם הבעל 222
כדי לגבות את הכתובה מהערב 52-54
איסור לייעץ לעשות כך 53
אם הבעל תלמיד חכם והערב - אביו 53
חובת הבעל לנדור שלא יחזירנה 53 54
פטור הערב בגלל טעותו 54
תוקף הגירושין 53
כדי להבריח נכסיו מנושיו ע"י פרעון הכתובה 58 60 61
השבעת הבעל שלא יחזירנה 58
כדי להפקיע התחייבות לאשתו לדור במקום מסוים 60
כדי להפקיע התחייבות לזון את בת אשתו 60
כדי להפקיע שעבוד כתובת יבמה (ראה: ייבום)
כדי שאשתו תגבה כתובתה מנכסים שהוקדשו 53
כדי שאשתו תגבה כתובתה מנכסים שמכר 54 60
כפיית בעל החייב לגרש ע"פ דין 238 292 293
אם גויים כפוהו 292 293
אם כפהו בית דין שאינו סמוך 292
בבעל שאינו רוצה לקיים מצוות 292
מודעא עליהם 274 280
אם תלה אותה בדבר שלא נחשב כפייה 283
מודעא על כל גט שיכתוב לעולם 283
מחילת אשה על מזונות תמורת גט ומחילת הבעל על תביעותיו 303
פעולה משפטית חד צדדית 52
ראוי להחזיר את גרושתו 53
שליח לכתוב גט, שכתבו - יכולתו לכתוב שני 230
אם אבד הראשון 230
אם טעה בכתיבת הראשון 230
תנאי בגט שאסורה לפלוני 159
תיקונו ע"י נישואין וגירושין חוזרים 159
תנאי בגט שהתקיים מחמת אונס 266
גמירת דעת
הגדרתה 116
מבחן אובייקטיבי 23 24
שלילית, בהקנאה למטרה צדדית 66
גנב; גנבה
חמור מגזלן כי עושה בסתר 100
המבטיח שכר גבוה על גילוי הגנב 350
קונה רכוש גנוב (ראה: תקנת השוק)
אחרי יאוש של הנגנב 48
גנבת דעת
בעשוק המבטיח שכר גבוה 347
האיסור 209
גרם הפרת חוזה
בקבלת מתנה מחייב, הפוגעת בנושהו 62
גרמא; גרמי
הוצאות שהוציא הקונה במקח טעות 145 411
אם המוכר ידע על הפגם 412

דבר שאין בו ממש
זכות דירה בבית 166
דבר שאינו קצוב
התחייבות שאינה קצובה 132-134
מחילה שאינה קצובה 132-134
דבר שלא בא לעולם
בתיקון פגם כמותי בממכר 154 155
הקונה אותו ותפס כשבא לעולם 67 163 165-168
אם תפס בלי ידיעת המוכר 165
התחייבות בו 155
'דברים שבלב אינם דברים' 27 184
אם יש הוכחה שהתכוון לכך 28
אם מישהו אחר יודע על כוונתו 28
בדבר שאין לאדם טענה בו עם אחרים 36
בהבטחה לשלם למי שישתדל בעבורו 320
בהבטחת שכר גבוה מתוך מצוקה 326
בחוזה למראית עין שצד אחד חשב שהוא אמיתי 36
בטעות בחוזה 113
בכפייה סובייקטיבית 417 418
במודעא על מתנה 280
במי שאינו רוצה להקנות כלל 317
במי שרוצה להגביל את ההקנאה 317
במכירה בכפייה 241 248 276
במכירת בהמה לגוי שיאכילנה חמץ בפסח 93
במכירת קרקע לגוי בשביעית 103
במתנה 36 37 100 283 320
בנותן מתנה מפני שהתבייש לסרב לתת 317
'דברים שבלבו ובלב כל אדם' 28 116 257
אין פגיעה בביטחון העסקאות 149
אם עשה קניין 335
בהתחייבות מתוך מצוקה 320
בכפייה עצמית 257
במברחת 33
במוכר חפצים טובים עם גרועים יחד 380

במכר 28 29
במתנה 28 29 36 37
במתנתא טמירתא 34
בנותן כל נכסיו לאשתו 34
בנותן מתנה מפני שהתבייש לסרב לתת 317
בעושק 335
התחשבות ברצונו הידוע 149
חוסר הרצינות שבמכירת חמץ 86
לעניין כפייה אובייקטיבית 418
שסותרים דבר שאמר בפירוש 87 102 104 334
חוסר הרצינות שבמכירת חמץ 86
מחילה בלב 133
שיקול של ביטחון עסקאות 36 113 149
דוד המלך
השכר שהבטיח שאול למי שינצח את גלית 324
350 353 356
דיין (ראה גם: בית דין)
שדן תמורת שכר 162
חובתו להשיב את השכר 162
דינא דמלכותא דינא 49
בחוק שאינו לתקנת בני המדינה 309
בחוק שנועד לרדוף יהודים 97
הפסד נושה אם החייב פשט רגל 309
דיני שמים
חיוב לצאת ידי שמים 321
מי שחייב רק לצי"ש ופרע כי חשב שהוא חייב בדין 168
חיוב לשלם בדיני שמים 305

הבלעה
במכירת מעשר בהמה אגב עורו 82
בקניית חפצים בכסף מעשר שני 82
בקניית פירות שביעית מעם הארץ 82
בשכר שבת 82
בתשלום על נסיעה במונית בחול המועד 82
טעם ההיתר 82 83
הברחה מנושים
במלווה הכותב שטר ע"ש אחר 42
מנושים נכרים 60
מתשלום מס (ראה: מס)
נושים שעשו הסדר חובות כי החייב הבריח מנכסיו 308
נידוי למבריח 35
סילוק סופר שכתב שטר הברחה 35
ע"י אבי החייב הממעט בחלקו בירושה 60
ע"י ביום הלוואה אחרת 71
ע"י גירושין ופרעון הכתובה מהנכסים 58 60 61
ע"י הקדשת נכסיו 67
ע"י יצירת התחייבות לקרובו 71
אם לא הסתכן בהפסד מכך 71
והתנה אותה בכך שלא יחזור בו 71
ע"י נתינת מתנה (ראה: מתנה)
ע"י רישום כסף בערכאות ע"ש אחר 66
אם נושי האחר לקחו את הכסף 66
ע"י רכישת נכס כאילו הוא עבור אחר 40 41
אם אין לו נכסים אחרים 41
בספק אם התכוון להברחה 41
עד האומר שהשטר הוא להברחה 25
שימוש בשטר של ערכאות הנכרים 31
'הוא עשה שלא כהוגן...' 209 268 286
הודאה (ראה גם: אודיתא)
במה שאינו חייב, בכפייה 251
הודאה בעל דין כמאה עדים 306
טענת 'התכוונתי להשביע עצמי' 42 321
טענת 'משטה אני בך' 320
אחרי ששילם 358 359
אין טוענים לו אם לא טען בעצמו 357
אם אמר 'אתם עדי' 322
אם הודה בלי תביעה מהתובע 320
אם התובע תפס ממנו 360
אם עשה קניין 360
בציבור שמודה 321
החובה להישבע על כך 357
מי שנשבע על הודאתו 321
מתוך פחד מאיום שאיים הצד השני 272
הוצאות
מי שגרם להן - חובת תשלום 151
אם לא הייתה כוונה להזיק או אשמה 151
עקב טעות בחוזה 145
עקב פגם בחוזה 411 412
הטעיה בחוזה 207-211
אי גילוי עובדה שהיה חייב לגלות 115
אם ידע שהאחר לא היה מתקשר לו ידע 115
איסור רמאות 115
אם ניתן לתקן את הטעות 207 210
בטעות שאינה יסודית 138 207-209 265 266
במכר לעיוור 366
הבדלים בין טעות להטעיה 210
קשר סיבתי בין הטעות להתקשרות 207
היתר עסקא
הסבר ההיתר 97
גמירת דעת הצדדים לגבי תנאיו 97 98
אם אחד אומר לחברו שאינו מחייב 97 98
אם התנאים מוגזמים 98
אם נעשה בעל פה 98
במלווה חילוני 98 99
ההערמה בו - חילול השם 98
תקפו לפי חוקי הכנסת 98
הלוואה
איסור נגישת הלווה 387
בחיובים מלבד הלוואה 387
המצווה להלוות 162
הקונה שטר חוב והתברר שהלווה עני 146
הקנאת הכסף ע"י המלווה לאחר בחליפין 167
אם הקונה כבר גבה מהלווה 167
מלווה גובה למפרע או מכאן ולהבא 187
מלווה שכתב בשטר כאילו בנו הקטן הִלווה 42
והכסף היה שייך לבן 42
והתכוון להקנות את הכסף לבן 42
מלווה שמחל ואח"כ פרע הלווה 187 189
שחלקה נפרע - מניעת תביעה חוזרת 229-231
שטר אמנה על הלוואה עתידית 25
שטר אמנה על הלוואה פיקטיבית 25 26
שטר חוב שנכתב בו שם של אדם זר כאילו הוא המלווה 39-42
אם הודה שפעל בשליחותו של אחר 41

אם הלווה והעדים לא ידעו את האמת 42
כדי להבריח מנושי המלווה האמתי 42
מי זכאי לגבות בו 41
שטר פסים על הלוואה פיקטיבית 26
שעבוד נכסי הלווה 216
אם לא התנו הצדדים שיהיה שיעבוד 217
אם לא נזכר השעבוד בשטר 216 217
דרישה מאשתו לוותר על זכויותיה בהם 54
הלכת הצפיות 61
המחאה (שיק)
מעמדה ההלכתי 244
תקנת השוק בקונה המחאה שאינה בת פרעון 48
המחאת חוב (ראה: מעמד שלושתן)
הנאה
חיוב תשלום על הנאה 401 407
ממאכל אסור 401
ניכוי שליש מערך הנכס 398 407
הסדר חובות (ראה גם: פשיטת רגל)
המוחל על חלק מהחוב במסגרת זו 307-309
אם לא מחל בפירוש 307 308
והחזיר את שטר החוב 307 308
ועשה מודעא 308
ועשו קניין 308
ושטר החוב נשאר בידו 308
כי החייב הבריח את נכסיו 308
כי החייב ירד מנכסיו 307
נושה שהסכים להסדר על כרחו 308
ייאוש משארית החוב 308
נושה שלא השתתף בהסדר 308 309
תפיסה מהחייב 308
הסתייגות הדעת 36
הערמה
אם המטרה חיובית 73
באיסור בין אדם לחברו 74 83
באיסור בין אדם למקום 74
באיסור דאורייתא 80 82 83 91-94 96 101 103
באיסור דרבנן 91-95
במצווה שיש לה טעם עצמי 106
הערמה ניכרת 107
באיסור שהוא עצם הרע 99
באיסור שנועד רק לחצוץ מפני הרע 99
במכירת חמץ (ראה: מכירת חמץ)
במכירת פירות לגוי כדי לפטרם מתרו"מ 83
במכירת קרקע לגוי בשביעית (ראה: שביעית)
הטוען שהתכוון לדרך המותרת 73
חוזה שנועד לעקוף איסור דתי 73-107
חילול השם כשישראל נשבע בהערמה 96
כדי לאפשר קיום מצווה 80
כדי לחוס על נכסי ישראל 106
להיפטר ממצווה 99
לפני זמן האיסור 81 92 94 101
מצבים שרצוי להערים 79 81
משמעות הביטוי 52
שאינה מבטלת את מטרת האיסור 95
שיקולי מדיניות הלכתית 92 94-96 98
שיקולי מדיניות הלכתית לא להתיר 73 74
שמפעילים רק במצבים חריגים 95
'הפה שאסר הוא הפה שהתיר'
בקונה נכס לעצמו ומצהיר שהוא עבור אחר 40
הפלה
הסכמת צעירה להפלה 421 422
הפקר
בכפייה 247
לזמן 91
אם זכה בו מישהו 91
הפקר בית דין
בדבר שאסרו חכמים בהנאה 409
לעניין סמכות בית דין לכתוב שטר חוב
במקום שטר שנמחק 231
במקום שטר שנפרע מקצתו 230
הפרת חוזה
גרם הפרת חוזה (ראה: גרם...)
הגנת צד ג' שרכש זכות בתום לב ע"פ חוזה שבוטל
עקב הפרה 47
חיוב פיצויים עליה 151
הצלת ממון של אחר
החובה להציל ממון של אחר 324
לשפוך יין כדי להציל דבש של אחר 324 325 354 355
התחייבות לשלם למציל שלא הפסיד 318
התחייבות מופרזת 318
זכות המציל לשיפוי 318
השופך יינו להציל דבש של אחר 318 324
הקדש
בטעות
בהערכת התפתחות עתידית 176 179
שחשב שמותר להקדיש בעל מום 159
בכפייה 251
המגרש את אשתו אחרי שהקדיש את נכסיו 53
המקדיש נכסיו כדי להבריח מנושים 67
הנותן להקדש דבר שחשב ששייך להקדש 168
מתנה שהמקבל אינו יכול להקדיש 78 95
שכיב מרע שהקדיש את כל נכסיו 67
הר סיני (ראה: מתן תורה)
הרחקות רבנו תם 262 263
השבה
של מה שנתקבל ע"פ חוזה פגום (ראה: ביטול חוזה, תוצאותיו)
'השבעה' - 'כדי לא להשביע את עצמו' 42 321
השבת אבדה
איסור נטילת שכר עליה 352
אם יש שתי אבדות 352
במי שיפסיד מההשבה 354 355
הנוטל אבדה לגָזלה והשיב אחרי יאוש 159
אם חשב שמקיים מצווה בכך 159
זכות המשיב לשכר טרחה 325
זקן ואינה לפי כבודו 326
כוללת חובת הצלת גוף וממון של אחר 324
השתק
בצד ג' שרכש זכות על סמך חוזה למראית עין 47
התחייבות
באמירה בעלמא 327
אם אמר 'אתם עדי' 322
בדבר שלא בא לעולם 155

בכפייה 245-243 303
אם ניתנה תמורה 243 244
כלפי מי שאיים ולא דרש שיתחייב 259
כפייה עצמית 259
התחייבות לתת מתנה (ראה: מתנה)
חסרת תוקף, שקוימה 167
לשלם למישהו, אם יעשה טובה לעצמו 327
שאינה קצובה 134-132
אם המתחייב מקבל תמורה 133
שטר מחילה שניתן לפני ההתחייבות 284
תוקפה 425
בהתחייבות למכור 152
התיישנות 386

ודאות במסחר (ראה: ביטחון העסקאות)
'ולפני עיוור...'
אם האחר לא חטא 403
במוכר מאכל אסור 403
ועד ארבע ארצות
תקנתו בעניין ריבית באופן מותר 99 100
תקנתו בעניין שכר מתווך ושדכן 349

'זה נהנה וזה לא חסר'
אם השני הביע התנגדות מראש 328 354
אם השני נחסר רק מעט 353 354 407
במכר בכפייה 240
בקונה מאכל אסור בטעות ואכלו 402
באיסור דרבנן 406
הקשר ל'כופין על מידת סדום' 328
זונה
המבטיח אתנן לזונה האסורה לו 161
המבטיח לה אתנן מופרז 332
המבטיח לשאתה תמורת הביאה 349
חיוב לתת שכר פעולתה 349
זכויות יוצרים
מכירת הזכות להדפיס ספר 291
'זכין לאדם שלא בפניו'
במכירת קרקע לגוי בשביעית 103
בקונה נכס לעצמו ומצהיר שהוא עבור אחר 39
בקונה נכס עבור אחר ומצהיר שהוא עבורו 40
זקן ואינה לפי כבודו 326

חוזה; חוזים
השלמתו ע"פ אומד דעת הצדדים 217
חוזה סימולציה 23
חופש החוזים 51 124
מבחן אובייקטיבי 23 24 268
התחשבות בכוונת הצדדים 23 24
לפי הבנתו של אדם זר או של הצדדים 24
פרשנות חוזה שאינו ברור 149
מחלוקת בין הצדדים בפרשנותו 149 150
צדק חוזי מהותי 243
חוזה אסור (בלתי חוקי)
אם צד אחד לא ידע על אי החוקיות 61
ביטולו ע"י הצד שלא ידע 160 161
חוזה כפוי - כמו גזל 309
מכר שנעשה באיסור שבת 309
מכר שנעשה תוך עברת 'לא תחמוד' 249
סמכות בית המשפט להכשירו 61
חוזה למראית עין 50-23
איסור החזקת שטר עליו 25
איסור עשיית שטר עליו 25
אם התכוונו לחוזה אחר - סמוי 46-38
בשטר קניין - קונסטיטוטיבי 45 46
תוקפו של החוזה הגלוי 38
אם ניכר לכול שהוא למראית עין 28
אם רק חלקו למראית עין וניתן להפרדה 377
בטל מעיקרו 23 25
הנימוק לבטלותו 29-27
בטלות יחסית - לא לעניין זכות צד ג' 46
במכר שהמוכר מחזיר את הכסף לקונה 34
הברחת נכסי עיזבון מהשלטון 34
התחשבות ב'דברים שבלב' 29-27
זכות שרכש צד ג' על סמך החוזה 50-46
אם לא נשתנה מצבו לרעה 47
אם לא קיבל לחזקתו את הנכס 48
אם רכש קרקע או זכות אובליגטורית 48
אם רכש שלא בתמורה 47
אם רק קיבל התחייבות 47
רכישה שלא במהלך עסקים רגיל 48
חובת השבה 23
חוזה מלאכותי (ראה: חוזה מלאכותי)
מברחת (ראה: מברחת)
מי זכאי לפירות הנכס שהועבר בחוזה 45
מראית עין של צד אחד בלבד 28 37-35 89
אם הודיע למישהו על כוונתו 36
אם יש אומדנא שהתכוון למראית עין 37
במתנה 36
מתנתא טמירתא (ראה: מתנתא טמירתא)
נטל הראיה 23
סנקציות לאכיפת הבטלות 35
חובה לבטל את השטר אם נעשה בערכאות 35
נידוי לעושה החוזה 35
סילוק הסופר שכתב את השטר 35
חוזה מלאכותי 61-50
אם רק צד אחד מתכוון למלאכותיות 50 51
הבדל בינו לחוזה למראית עין 24 50
דרך סיווג חוזה מסוים 24 73
הערמה בה (ראה: הערמה)
שנועד לחסוך בתשלום מס 50 51
שנועד לעקוף איסור דתי 107-73
יש לצדדים גמירת דעת כדי להינצל
מהאיסור 81-79 83 85 86 89 92 94 96 98 99
103-105
תוקפו 51 52
תוקפו אם הוא פוגע בצד ג' 61-51
אם הפגיעה מוצדקת 58-54 60 61
אם צד ג' היה יכול להתגונן 54
אם צד ג' נכנס לעניין לשם מצווה 54
אם צד לחוזה נפגע ממנו 59
סיכול פגיעתו בצד ג' בלי לבטלו 53 58-56 60
חוכר
אם היה בשדה מעיין והתייבש 177
חול המועד
הבלעה בתשלום על נסיעה במונית בו 82
הטלת שיכר בו בהערמה 92 94

חזקה
זכות חלקית בקרקע 41
זכיון 41
חזקה (פרזומציה)
אדם אינו גזלן 128
אדם אינו מוחל על פגם 122 128 134
אדם אינו נשבע לשקר 37
אדם אינו עושה איסור 271
אדם אינו שותה בכוס אלא אם כן בודקו 129
ידיעת הדין (ראה: אי ידיעת הדין)
'חזקה' בקרקע (ע"פ תקנות הקהל)
הקונה 'חזקה' ובעל הקרקע הגוי סילק אותו 174
מחילה עליה 371
מחילה עליה למי ששוכר מבעל הקרקע 270
מחמת כפייה של בעל הקרקע 270
פחות מבן עשרים שמכר אותה 371
'חזקת ישוב'
שתדלן להשיג 'חזקת ישוב' 332
חזקת מרא קמא
בקרקע או במיטלטלין 41
ברכישת נכס כאילו הוא עבור אחר 41
חזקת שלוש שנים
במוכר בכפייה שמסר מודעא 388
חזקת תשמישים
אם השותק טען שלא ידע שעליו למחות 169 170
חילול השם
כשגוים רואים שישראל נשבע בהערמה 96
לעג על ההערמה שבהיתר עסקא 98
חילוני
בפנימיותו רוצה לקיים מצוות 98
היתר עסקא במלווה חילוני 98 99
מכירת חמץ שלו 86 87 94
מכירת קרקעו לגוי בשביעית 105 106
חלה
המפריש אותה מקמח - חובת הכהן להשיב 159
חליפין (ראה: קניין סודר)
חליצה (ראה גם: ייבום)
אין תנאי בחליצה 318
בכפייה
הרחקות רבנו תם 263
כפיית יבם שאינו הגון, לחלוץ 325
האם עדיף לחלוץ או לייבם 325
יבמה שהבטיחה שכר תמורת חליצה 318 319
אם התחייבה בשטר 336
אם יש לו אישה 325
אם לא היה חייב לחלוץ 340
בגדר כפייה 318
בזמננו שאין נהוג לייבם 319
ביבם המתאים לה 325
ביבם שאינו מתאים לה 319 325
ביבם שרוצה לייבם בשביל כסף 325
ביבם שרשאי לייבם 319
במקום שמקובל לשלם תמורת חליצה 318
הנחה שמחל על השכר 318 319
ונשבעה לשלם 322
ועשתה קניין 334 336 337
ושילמה 358
טענת אונאה 345
לא מקובל לשלם על כך 356 362
מצד שהפסיד את ירושת נכסי אחיו 351 352
תוקף החליצה אם לא נתנה שכר 190 318
חמסן
החוטף ומשלם 289
החוטף חפץ וזורק כסף לבעליו 239 245
חמץ (בפסח)
אם אינו ברשותו 94
אם הפקיר אותו 88
בדיקתו (ראה: בדיקת חמץ)
ביטולו (ראה: ביטול חמץ)
התורה עשתה כאילו הוא ברשותו 87
מכירת בהמה לגוי שיאכילנה חמץ 87
מכירתו (ראה: מכירת חמץ)
נתינתו לגוי במתנה 89
במתנה ע"מ להחזיר 80 84 87
'חמצי נתון לך במתנה, ותחזירנו לי' 85
חצי שיעור
של איסור דרבנן 406
חצר
הדר בחצר חברו בלי רשות 409
אם בעל החצר הביע התנגדות מראש 354
קניין חצר (ראה: קניין חצר)
חרם
שקהילה מטילה
בחיוב המס 71
לחייב להלוות כסף לגוי מסוים 71
חרם סתם 58
חרש
שאינו מדבר ואינו שומע
אין לו 'דעת' 364
אם הוא חריף 364
אם הוא יכול לדבר ברמיזה 365
כשרותו המשפטית 363 364
שמכר מיטלטלין 364
שמכר קרקע 364
שמדבר ואינו שומע
אם הוא חריף 364
אם תנאי החוזה סבירים 367
בעל חולשה גופנית 366
בעל רפיון שכלי 364 365
כשרותו המשפטית 364
שמכר מיטלטלין 366-364
שמכר קרקע 366-364
שמכר קרקע - ניתן לבטל או בטל
מעיקרו 367-365
ששומע מעט 365

טאבו
רישום קרקע בו ע"ש אחר להברחה 46
תקנת השוק בקונה קרקע זו 49 50
טבילת כלים (שנקנו מגוי)
חיוב מהתורה או מדרבנן 96
טבילת כלי חמץ שנמכרו לגוי וחזרו 94
כלי חשמלי שקשה להטביל 96
עקיפת החיוב ע"י הקנאת הכלי לגוי 95 96
במתנה ע"מ להחזיר 95
גמירת הדעת בהקנאה 95

כהערמה - שיקולי מדיניות להתיר 96
טומאה (ראה: פרה אדומה)
טעות
בהקדש (ראה: הקדש)
בחלוקת שותפות (ראה: שותפות)
במכר (ראה: מקח טעות)
במתנה (ראה: מתנה)
בקידושין (ראה: קידושין)
טעות בחוזה
אם הכתוב שונה ממה שהוסכם (ראה: טעות סופר)
אם הצד השני הטעה אותו (ראה: הטעיה בחוזה)
אם הצד השני לא ידע על הטעות 151-142 268
אם הצד השני לא היה יכול לדעת 143
סמכות בית המשפט לבטל 142 143
אם הצד השני לא ידע שזו טעות יסודית 148 149
אם היה עליו לדעת 149
אם התאיינה בגלל התפתחות עתידית 192 193
אם גילה דעתו שהדבר חשוב לו 192 193
אם לא ברור לכול שטעה 113
בחוזה עם ציבור 185
בחוזה שכבר קוים 114
בטעות במהות נשוא העסקה (ראה גם: מקח טעות) 136-134
אם הנפגע מחל על זכות הביטול 134
בחוזה לאספקת מוצר ע"פ מפרט 135 136
החוזה בטל מאליו 134 135
הגדרתה 112
הוצאות שנגרמו לטועה - חיוב הצד השני בהן 145
אם גם הצד השני טעה 145
היקש לדיני טעות בקידושין 114
זכות הביטול של הנפגע
הודעת הביטול אינה הדירה 129
החוזה בטל רק אם רצה הנפגע 124 125
עוברת בירושה 115
זכות הביטול של הצד השני 125
אם הטועה דורש את הפרש השווי 126
אם הטעות גררה אונאה במחיר 126
במוכר מין שונה מהמוסכם 126
טעות בדין 171-158
אם הטועה כבר קיים את חלקו 168-163
חוזה אסור שצד אחד לא ידע שאסור 160 161
טעות בדין האזרחי 162
טעות בדין שבין אדם למקום 162-160
נטל הראיה שטעה בדין (ראה גם: אי ידיעת הדין) 160 162 171-168
טעות בהערכת התפתחויות עתידיות 172 192-174
אם אין צד שני שצריך להתחשב בו 179-176
אם גילה דעתו מראש 191 192
אם גילה דעתו מראש, במכר 77
אם היה מתקשר בחוזה על אף הסיכון 176
אם הצד הטועה מוחזק 178
אם הצד השני גרם להתפתחות 178
אם יש אומדנא חזקה שלא היה מתקשר אילו ידע 177 178
אם יש צד שני שצריך להתחשב בו 176 177
אם כבר קוים החוזה 190 191
אם נפגע הקונה או המוכר 191
בדבר הנוגע לצדדים או לנשוא העסקה 191
בדבר התלוי בשני הצדדים 89
בכך שהצד השני לא שילם 178
במחילה 190-186
במתנה (ראה: מתנה)
טענת 'מזלך גרם' 176
סיכון העלול לקרות לשני הצדדים 178
שיקול של ביטחון העסקאות 174 176
תרופה בדיני סיכול 174 175
טעות בהערכת שווי העסקה (ראה גם: אונאה) 172 173
הפרש משמעותי 173
טעות בכדאיות העסקה 199-171
טעות בכמות 127 158-156
אם עבר זמן רב אחרי שנודע לו 197
חובה להשלים 127
תיקון הטעות 158-156
טעות במניע 200 201
אם גילה דעתו מראש 201
טעות בהערכת התפתחות עתידית לגבי המניע 201
טעות בנטילת סיכון שהתממש 174-172
טעות הדדית - הבנות שונות בחוזה 149 150
אם יש ויכוח רק בפרטים 149
בטל מאליו 149
טעות משותפת - ששני הצדדים טעו 147-143 201
בהמחאת חוב 145 146
במתנה 145
לעניין חיוב בהוצאות הצד הנפגע 145
טעות שאדם סביר לא היה טועה 124-118
טעות שאפשר לתקן 158-151
אם הפרש השווי מהווה אונאה 154
אם כבר בוטל החוזה 152
בחוזה לאספקת מוצר לפי מפרט 154
בטעות עקב הטעיה (ראה: הטעיה)
חובה לתקן 152
משך הזמן שיכול לתקן 155
ע"י ניכוי מהמחיר 155 157 158
תיקון טעות בכמות 158-156
תיקון מהותי 154-152
טעות שנבעה משכחה 124
טעם זכות הביטול
בטעות בגוף הדבר ובדבר חיצוני 117
בטעות בהתפתחות עתידית 117
הטועה נחשב כשוטה 116 177 190
חוסר גמירת דעת 113 116 132 138 143 144 180
פיצויים לצד השני עקב הביטול 150 151
תנאי מכללא שהמציאות היא כפי שחשבו 116 117 125 132 135 138 144 179 180 385
יסודיות הטעות כתנאי לזכות הביטול 142-136
בטעות בהערכת התפתחות עתידית 176
בטעות עקב הטעיה 138 209-207 265 266
במתנה 139 140 142
יסודיות אובייקטיבית שאינה סובייקטיבית 125 139
יסודיות סובייקטיבית שאינה אובייקטיבית 142-139 417 418

יסודיות סובייקטיבית שהצד השני ידע עליה 141 142
מבחן ע"פ המנהג 141 174 417
מבחן ע"פ רוב בני האדם 141
מחילה מראש על זכות הביטול 118 134-131
אם הצד השני יודע על פגם בממכר 209
מחילה כללית 132 133 134
מחילה מכללא, לגבי פגם שכיח 174
על טעות מסוימת 132
על כל טעות עד הפרש מחירים מסוים 132
מחילה על זכות הביטול אחרי קיום החוזה 131-126 384
אינה הדירה 126 384
החוזה תקף למפרע 130 131
מחילה מכללא (ראה: מקח טעות)
מחילה מכללא כדי לא לעבור באיסור 130
שימוש מעיד על מחילה (ראה: מקח טעות)
שיפוי על הפרש המחיר 128 131
צד שחשב שהצד השני מאיים עליו 418
צד שטעה מתוך מצוקה שהיה בה 315
קשר סיבתי בין הטעות להתקשרות 136
שיקולים בדיני טעות 112 113
אינטרס ההסתמכות 112
ביטחון העסקאות 112 113
חופש הרצון של המתקשרים 112 113
שיקול מוסרי - הגינות 113
שיקולי אשמה וענישה 119
תוצאות הביטול
החוזה בטל למפרע מעיקרו 124 152 384
החוזה עצמו קיים 113 114
טעות סופר בחוזה (ראה גם: שטר) 231-215
אופן הקביעה שהייתה טעות 215
'אחריות טעות סופר' 217 220 223
בשטר קניין (קונסטיטוטיבי) (ראה: שטר)
בשטר ראיה (דקלרטיבי) (ראה: שטר)
סיבותיה 215
פרט שלא הוסכם עליו וטעון השלמה 217
צד ג' שרכש זכות בתום לב ע"פ הטעות 47
שטר חוב שלא נזכר בו שעבוד נכסי החייב 216 217 223
בכתובה 223
שיש לה תוצאה מהותית 216
תוקפו של החוזה 216 217 228-219
תיקונה 231-228
אינו הכרחי 216 218 220 228
אם אדם שלישי עלול להיפגע ממנה 218
בהסכמת הצדדים 216 218 229
ע"י בית המשפט 216
טעינה (טעינת משא על בהמה)
המבטיח לאחר שכר גבוה תמורתה 340
המצווה לטעון 340

יובל
הקונה שדה בשנת היובל עצמה 161 170 171
הנחה שהתכוון לתת את הכסף במתנה 170 171
יונה הנביא
שילם את שכר כל הספינה מראש 358
יונתן בן עוזיאל
קיבל נכסים ממי שלא רצה להוריש לבניו 74 75
ייאוש
הקונה רכוש גנוב אחרי יאוש של הנגנב 48
מחוב 308
בחייב שפשט את הרגל 308
ייבום (ראה גם: חליצה)
בימינו אין נהוג לייבם 319
תקנת הרבנות הראשית שלא לייבם 319
יבמה שמחלה על זכותה בנכסי המת 258
כי היבם סירב לחלוץ 258
נכסי הנפטר משועבדים לכתובת היבמה 55
ביטול השעבוד ע"י שיגרש ויחזיר 55
היבם אינו יכול למכרם 55
יעקב אבינו
מכירת הבכורה לעשו 253
בעיית הכפייה 253 254 256
בעיית העושק 319 322 323 356 358
יפתח הגלעדי
הבטחת זקני גלעד להמליכו 330 350
יציאת מצרים
הבטחת א"י לישראל כדי שיסכימו לצאת 352
הבטחת ישראל לעבוד את ה' תמורתה 352
הרכוש הגדול שהוציאו ממצרים 251
בגדר מתנה 251
ירושה
האיסור להעביר נחלה מהיורש 69
מבת שהתחייב להוריש לה 69
ע"י נתינת מתנה לאחר 69
הנותן נכסיו לאחר כדי שבניו לא יירשו 74
'חצי שטר זכר' לבת 69 189
ירושת בעל את אשתו (ראה: אשת איש)
מתנה שבגללה אין בעיזבון די מזונות לזכאים 62
'שטר זכר שלם' לבת 332
יתום
הנותן מזונות ליתום - הנחה שהתכוון למתנה 183
אם קיבל ירושה ומת 183
יתרו
הבטחת משה שיקבל חלק בא"י 330

'כאשר עשה כן יעשה לו' 56 57 60 70 209 241 333
'כופין על מידת סדום'
הקשר ל'זה נהנה וזה לא חסר' 328
במכר בכפייה 240
בעושק 328 329 338 339 353 363
כיסוד לחייב אדם לטעון 'קים לי' 64
כיבוד אב
אב שכפה על בנו לכבדו 293
'כיון שהגיד אינו חוזר ומגיד' 219
כלאים
אם כל מין בשדה של אדם אחר 107
המוכר לאחר את שטחי המין האחר שבשדהו 107
הקונה בגד ונמצא כלאים 410
כליה (ראה: תרומת אברים)
כללי פסיקה
כשיש שני לשונות בתלמוד 77

כפייה בחוזה 235-310
איום בלבד 252 271-274 289 417
איום בהריגה במקום שמענישים עליה 273
איום להביאו לערכאות של גויים 284
איום לפגוע בנכסים 272
איום תוך נפנוף בנשק 273
בפרהסיא 273
המאיים לפגוע בעצמו 264
מצד אדם רחמן 274
מצד גוי 273
מצד מי שמוחזק לבצע פעולה כזאת 273
מצד משומד 273
מצד צד ג׳ 274
שלא יכל לממש אך המאוים חשב שיכל 267
איום להפעיל זכות כדין 289-293
אם המאיים חשב בטעות שזו זכות כדין 291
זכות של אב שבנו יכבד אותו 293
כדי להשיג מטרה אחרת 290
לגבות חוב 289 291
שלא לתת לו חלק בירושה 291
אם היה מוכן להתקשר גם בלי הכפייה 419
אם הכפוי עשה יותר משדרש הכופה 287
אם חשב בטעות שהאחר יהרוג אותו 267
אם יש דרך להתחמק ממנה 37
ע״י פנייה לבית דין 256 257
אם לא היה יכול לסרב 238
אם היה לו מרחב בחירה צר 239
בחוזה בתמורה (ראה גם: מכר) 240-250 292
בתמורה חלקית 240 254 255 258 285 378 389
בחוזה שלא בתמורה 250-254
בחייב הכופר בחיובו 37
בטלות החוזה מטעם ׳אי עביד לא מהני׳ 286
במחילה (ראה: מחילה)
במכר (ראה: מכר)
המופעלת ע״י צד ג׳ 257 261-267
אם ידע עליה הצד לחוזה 268 270
אם ניזוק הצד השני מביטול החוזה 270 271
זכותו של הכופה לבטל 287 288 418
חובת הכופה להשיב כסף שקיבל 395
חובת הכופה להשיב פירות שאכל מהנכס 411
חוזה שנכרת אחרי סיום הכפייה והיה יכול
לחדשה 267
טעם זכות הביטול
אשמת הכופה 265 266 268
היעדר גמירת דעת 236
טעם שלא הפקיעו חכמים את החוזה 286 287
כופה שדרש מהכפוי או לכרות את החוזה או לעשות
דבר אחר 266
כפייה חמורה במיוחד 239
כפייה לקיים חוזה 289 292
כפייה ממונית 255
לחץ עסקי - כפייה כלכלית 260-263 340
פגיעה בנכסים 260-263
פגיעה ישירה בנכסים 260
כפייה עצמית 237 255-260 269 298 417
אם טרם קוים החוזה 359
דוחק כלכלי 255
המוכר נכסיו כי הוא זקוק לכסף 262
זכות ביטול מטעם עושק 256 340 359
חייב המפגר זמן רב בפירעון החוב 258
חשש שהלה יפגע בו שלא כדין 259
טעם שאין זכות ביטול 257
מודעא עליה 298
מחילה חלקית כדי שהחייב יפרע השאר 303
פחד מבעל שררה 256
שנגרמה מנסיבות שיצר אחֵר 258 259
כפיית אדם לעשות מה שחייב לעשות ע״פ דין 246
מבחן סובייקטיבי או אובייקטיבי 417 418
אם חשב בטעות שהמאיים מסוכן 418
מודעא עליה (ראה: מודעא)
מחילה על זכות הביטול 286
מי שכפו עליו לתבוע חוב 246
מניעת הטבה 261 262
מניעת רווח ודאי 262
משך זמן זכות הביטול 388 389
אם מסר מודעא 388 389
אם עברו שלוש שנות חזקה בקרקע 388
במתנה בכפייה 389
ניתן לביטול או בטל מאליו 286 418 419
אם נמסרה מודעא 286 287
בכפייה חמורה במיוחד 286
לא בטל מאליו כי יש גמירת דעת מועטת 236
ע״י הפעלת זכות באמצעי פסול 292 293
אכיפה בכוח של התחייבות למכור 292
ע״י פגיעה בצד ג׳ 263-265
פגיעה בקרוב משפחה של צד לחוזה 264 417
ע״י תביעה בערכאות של גויים 291
עדים על הכפייה 266
עוצמת הכפייה - בהתאם לתוכן החוזה 267
קשר סיבתי בין הכפייה להתקשרות 265-267
אם הכפייה לא הייתה הסיבה הבלעדית 265-267
אם התקשר זמן רב אחרי הכפייה 265
מבחן סובייקטיבי או אובייקטיבי 265-267 273
274
כפירה
הוחזק כפרן 357
כשרות משפטית
מי שאינו יודע בטיב משא ומתן - שמכר 367 369
אם הוא מעל גיל עשרים 369 370
בדיקה אם הוא יודע 370
בקרקע 368 420
בקרקע שבבעלותו שלא מכוח ירושה 370
בקרקע שירש 370
בת קטנה 369
מי שאינו יודע בטיב משא ומתן - שקנה 370
מי שפחות מבן עשרים
בחלוקת קרקע 371
בתרומת אבר (ראה: תרומת אברים)
שהשכיר קרקע שירש 371
שמחל על ׳חזקה׳ בקרקע 371
שנתן במתנה את כל הקרקע שירש מאביו 368
שנתן מתנה 368 371 372
ששעבד קרקע לצורך הלוואה 371
מי שפחות מבן עשרים - שמכר 364 367-373
אם הוא יודע בטיב משא ומתן 369 370
אם הקונה אכל פירות 373 411

אם מכר רק חלק מנכסיו 368
אם נשבע שלא יחזור בו מהמכר 371
אם שתק גם אחרי גיל עשרים 373
בטל מעיקרו או ניתן לביטול 372 373
במחיר גבוה 368
במטרה לפרוע חוב של המוריש 371
בקרקע שירש מאביו 364 367 369 420 421 423 424
בקרקע שירש ממי שאינו אביו 369
בקרקע שלא קיבל מכוח ירושה 368 379 372
בקרקע שקיבל במתנת בריא 369
בקרקע שקיבל במתנת שכיב מרע 369
בקרקע שקיבל מכוח תקנת הקהל 369
זכות הקונה לבטל 372 373
חובת השבת הכסף שקיבל 395
מכירת 'חזקה' של קרקע 371 420 423
עקיפת התקנה שהמכר בטל 371
תקנות להגבלת כשרות של צעיר (ראה: תקנות קהל)
כתובה
הגורם לאשתו למכרה לאביו, שלא יגבה 58 59
המגרש כדי לגבות כתובה מהערב (ראה: גירושין)
המוחלת על כתובתה כדי שבעלה יגרשנה 187 256 259 289
והתברר שהגט פסול 187
המוחלת על כתובתה מתוך כפייה 253 389
שבעלה איים לגרשה 259 290
שבעלה איים לעגן אותה 256 257
שבעלה איים לשאת אחרת 290
שבעלה היה מתקוטט עמה 251
שבעלה לא היה מפרנס אותה 253 256 258 297
התובעת כתובתה מפסידה מזונות 296
התניית מחילת האישה בהסכמת אביה 59
חיוב אלמנה להישבע כשגובה כתובתה 296 297
שנכתב בה סכום גבוה מן האמת 42 43
אם לא עשו מעשה קניין נפרד 45
בגלל טעות של העדים 42
בהסכמת הבעל והאישה 42 43
גבייתה מנכסים שהבעל מכר 43
שעבוד הנכסים לכתובה 55
זכות הבעל למכרם 55
לכתובת יבמה (ראה: ייבום)
תוספת כתובה, אם מת הבעל בין אירוסין לנישואין 175

'לא יהא חוטא נשכר'
בחוטא בשוגג 195
במקנה בגד לאחר כדי להיפטר מקריעתו בראיית מקום המקדש 107
לעניין כופה שרוצה לבטל את החוזה 289
לעניין מאנה שרוצה לבטל את החוזה 195
'לא פלוג רבנן' 128 254 368
'לא תחמוד'
בחוזה כפוי 249 286
לאו שאין בו מעשה 286
'לדידי שווה לי' 355
לחם הפנים
השכר הגבוה שהובטח עבור עשייתו 333
לימוד תורה (ראה גם: תלמיד חכם)
אי אפשר למדוד את ערכו 352
המבטיח לאחר תשלום על לימוד עם בנו שלו 322 325 327
אם עשה קניין 336 337
בהבטחה לעני 322
לפני עיוור (ראה: ולפני עיוור)
לצאת ידי שמים (ראה: דיני שמים)
'לקתה מידת הדין' 333

'מאוחר' (מעין כתובה)
מחילת האישה עליו מתוך כפייה 252
מאכל אסור
אדם מצטער מאכילתו 401
אם אכל אותו באונס 407
במאכל האסור מדרבנן 405
אכילתו מגונה יותר מעברה אחרת 401
האיסור לסחור בו 402 403
אם נזדמן לו 404
באיסור דרבנן 405 406
בגלל האיסור, נחשב המאכל חסר ערך 404
עקיפתו ע"י הקנאה לגוי 107
הקונה מאכל שחשב שהוא מותר 139 140 162
אם הוא אסור רק לפי דעה מחמירה 140 417
אם הותר רק משום 'הפסד מרובה' 140
ואכל אותו (ראה: ביטול חוזה)
והאכיל אותו לבהמתו 404
והאכיל אותו למי שחייב לו מזונות 404
מבטל כיסו של חברו
מוכר במקח טעות שהרוויח בכסף שקיבל 411
מברחת (אישה המבריחה נכסיה מבעלה לעתיד)
אומדנא שהתכוונה להבריח 31-33
אומדנא ודאית או ספק 31
טעם שמניחים שלא התכוונה למתנה אמתית 64
אם חזרה בה מהמתנה בחיי הבעל 44
אם כתבה 'מתנה גמורה' 31 104
אם זה הנוסח המקובל 31
וגילתה דעתה שמתכוונת להבריח 31
אם לא גילתה דעתה שמתכוונת להבריח 31
אם מכרה את הנכסים 31
אם מת הבעל 65
אם מתה - מי יורש 30
אם מתה בחיי הבעל 32 44 104
אם מתה מיד אחרי הבעל 30 32
אם נתנה זמן רב לפני נישואיה 29
אם נתנה לפני שהשתדכה 29
אם נתנה לקרובה 29 33
אם נתנה רק חלק מנכסיה 29 30 37 57 59 69
אם גילתה דעתה שמתכוונת להבריח 30 37
אם השאירה לעצמה כדי פרנסה 29
אם התנתה 'מהיום ולכשארצה' 30
לא תיקנו לבטל את המתנה 69
בטלות המתנה 26 27 63 65
המתנה תלויה ועומדת בחיי הבעל 63 65 67 44 45 101
הפירות למקבל 30 45-43 410
פירות שנשארו בעין אחרי ביטול המתנה 45

טעם שהבעל אינו זוכה בנכסים 32 44 65
מכונה 'שטר פסים' 26
סתירה בין אמירתה לכוונתה 104
מבריח ארי (מניעת הפסד) 329
אם הפסיד המבריח בגלל זה 355
מואב
האיסור להילחם בו 73
עקיפתו ע"י כיבוש סיחון את מואב 73
מודעא (הודעה שפעולה משפטית נעשית בכפייה)
אי מסירת מודעא - כהוכחה לרצון 241 248
אם הצד השני רק איים 274
ביטול מודעא 251 252 276 279 287 297
אם נשבע על כך 252
במחילה 279 280
במחילה חלקית 297 298
במכר 297
במתנה 297 298
בפשרה 297 298 299
בקניין 252
דרכים לבטל 279
מודעא על הביטול 298
בכתב 275
בעיית עדות בכתב 275
העדים כותבים לשון שליחות 275
תקנת חכמים שהיא תקפה 275 288
בעל פה 275
בערכאות 251
גילוי דעת או פעולת עקירה 275 278 279
הגדרתה 274-276
החוזה בטל מאליו או ניתן לביטול 286 287
זכות הכופה לבטל את החוזה 287-289
ככלי להגנת הכפוי 275 276
מתנה לבן קטן - כמודעא על מכר כפוי 57
מתנתא טמירתא - כמודעא למתנה אחרת 33 34
על חוזה בלי תמורה 278-286
אופן פעולתה 280 282 283 284
אם אמר 'אני מבטל' 278
אם התברר שלא הייתה כפייה 275 281-283
באיום 284
בהתחייבות לתת מתנה 279
בכפייה עצמית 283 284
בלי עדים 284
נסיבות המלמדות שאינו רוצה לתת 284 285
על מתנה 179 252 274 275
תלונה במשטרה על לחצים 285
על חוזה בתמורה 276-278
אופן פעולתה 276 277
אם הייתה רק כפייה עצמית 277
בעד אחד, אם הכופה מודה 278
גילוי דעת בלי מודעא 278
הצורך בעדים על הכפייה 276-278 298
פירוט סוג הכפייה במודעא 277
פירוט עוצמת הכפייה במודעא 277
על חוזה בתמורה חלקית 254 285
בכפייה עצמית 285
הצורך בעדים על הכפייה 285
על מחילה 252 258 273 279 289
אם לא הייתה כפייה 279 280 281
אם קיבל על עצמו נידוי אם יערער על המחילה 279
מי שלא מצא עדים למודעא כי פחדו 279
עדי מחילה שאינם עדי המודעא 279
על מכר 238 248 258 274
אם היה רק איום 271
זכות הכופה לשבח שהשביח בקרקע 397
על פשרה 288
לפני שביררו הצדדים מפשר 276
על תשלום במצב של עושק 361
פירוש המילה 275
שהוציא הכפוי אחר זמן רב 389
תקנה שלא מועילה על פשרה שעשה רב העיר 278
תקנה שתימסר בפני תלמיד חכם או בית דין 278
מומר (ראה: משומד)
מוסר
חיוב בדיני שמים (ראה: דיני שמים)
'לא יהא חוטא נשכר' (ראה: לא יהא...)
'לקתה מידת הדין' 333
מידת חסידות 168
נימוק מוסרי לזכות הביטול בעושק 314 316 338 339 357 363
שיקול מוסרי בדיני טעות בחוזה 113
תום לב כדרישה מוסרית ולא משפטית 113
מורדת
דין מתנה שנתן לה בעלה לפני מִרדה 182
מזוזה
שוכר בית שחשב שיש בו מזוזה 137
מזונות
המפרנס אחר - האם התכוון למתנה (ראה: מתנה)
המתחייב לזון את בת אשתו למשך נישואיהם 60
וגירש אותה והחזירה 60
הקונה מאכל אסור והאכילו למי שהוא חייב במזונותיו 404
התחייבות לשלם מזונות גבוהים 259
מחילת אשה עליהם תמורת גט ומחילת הבעל על תביעותיו 303
מתנה שבגללה אין בעיזבון די מזונות לזכאים 62
'מזלך גרם'
בטעות בהערכת התפתחות עתידית 176
בסיכול 176
מחילה
אין אדם עשוי למחול על חובו 307
אם שטר החוב ביד המוחל 133
בגדר הפקעה 302
בטעות 132 211
אם היה יכול לברר ולא בירר 118
אם המוחל רוצה להישאר במהימנותו 163
אם הנמחל הטעה אותו 209
אם לא ידע על מה הוא מוחל 132 133
אם לא מוכח שטעה 187 190
בטעות בדין 165 166 168
בטעות בהערכת התפתחויות עתידיות 186-190
במוכר דבר שלא בא לעולם 67
במוכר דבר שלא בא לעולם ולא חזר בו 163
בקונה שטר חוב שלא כדין וגבה בו 164
בקרקע 164
בריבית 166

מחילה (המשך)
המוחל לעני, והתעשר 189
טעות שאינה יסודית 169
נטל הראיה שטעה 169
על חוזה ביטוח 172
בכפייה 244 252-250 257 258 269 290
אב שהיכה את בתו כדי שתמחל לו 293
אי החזרת משכון שלו 297
איום לבטל שידוך 297 298
איום להפעיל זכות כדין 291
איום של החייב לפגוע בנכסיו 272
אם אח"כ המשיכו לשאת ולתת 309 310
אם היה כלוא עקב העללה של החייב 259 260
אם המוחל קיבל על עצמו אחריות 253
אם כפה עליו חייב להישבע שימחל 262
אם נשבע על המחילה 304 309
אם עשו מעשה קניין 309
בכפייה ממונית 261
בכפייה עצמית 259-256
במחילה מכללא 310
בעל שאיים על אשתו שישתמד ויעגנה 273
הארכת זמן הפירעון בכפייה 296
המופעלת ע"י מי שאינו הנמחל 270
חייב שאיים שלא לשלם לו שום חוב 271
חייב ששיחד את השלטון לכוף על הנושה למחול 270
חייב שתפס מנכסיו ואיים לא להחזירם 261 295
מפני שהחייב הלשין עליו לשלטון 260
בלב 133
במסגרת פשרה (ראה: פשרה)
בשבועה 252
יש לה יותר תוקף מפעולה משפטית אחרת 190
מוחל הטוען 'משטה אני בך' 346
מחילה חלקית בכפייה (ראה גם: פשרה, בכפייה) 296 297 299
אישה נשואה שמחלה חלק מכתובתה 296 300
אם אח"כ אמר הנתבע שישלם יותר 306
אם היו למוחל ראיות 304
אם המוחל היה זקוק לכסף בדחיפות 303
אם המוחל היה יכול למצוא ראיה 305 306
כי היה כלוא ונזקק לכסף 257 258 298 307
כי הנתבע כפר 299 306-303 308
כי נמסר ביד גוים 301 305
מחילת אשה על מזונות תמורת גט ומחילת הבעל על תביעותיו 303
מחילת נגזל על חלק מהגזל 301
עקב הסדר חובות (ראה: הסדר חובות)
עקב סירוב לתת חשבון לשותפו 301
מחילה מכללא
אם ייתכן ששתיקתו נבעה מפחד 310
אם יש מיגו נגד האומדנא שמחל 197
בגזל פחות משווה פרוטה 186
ביבמה שהבטיחה שכר תמורת חליצה 318 319
על זכות לבטל מקח טעות (ראה: מקח טעות)
עקב שתיקה לאורך זמן 386 387
תובע שתבע פחות מהמגיע לו 306
מחילה מכללא באונאה
אחרי שהיה יכול להראות לתגר 197
פחות משישית 196
מחילת חוב כתשלום על עושק 359 360
על דבר בעין 80 197 302
על מה שיטול אחר מנכסיו 296
על זכות ביטול חוזה (ראה: טעות בחוזה; מקח טעות)
על זכות גבייה מחלק מנכסי החייב 188
על זכות מצרנות 281
על מלווה הכתובה בתורה 133
על נזקי שכנים 186
על רווחים, תמורת הבטחת הנתבע לשלם קרן 187
על שכר טרחה למי שמשודך עמו 189
אם אח"כ בוטל השידוך 189
שאינה קצובה 134-132
שיש בה אסמכתא 188 190
של מברחת, על פירות הנכסים 45
שלא בלב שלם 317
מטבע
חיוב מתעסק בנזק מירידת ערכה 304
שחסרה פחות משישית 196
מיגו
אם היה יכול לטעון שפרע 128
להוציא 358
למי שטוען שטועה בדין 169
מחילה מכללא, אם יש מיגו נגד האומדנא שמחל 197
מידת חסידות
מי שצריך לשלם רק ממידת חסידות ופרע כי חשב שהוא חייב בדין 168
'מיחזי כשיקרא'
בשטר 220
מילה
כפיית מוהל למול בחינם כי אין לאב לשלם 326
הבטחת שכר למוהל בלי לקיים 326
מכירת חמץ (לנכרי בפסח)
אם אינה לצורך גדול 94
אם המוכר נועל את חדר החמץ 73
אם מישהו קונה את החמץ מהגוי בפסח 94
בהקנאת מקום החמץ בכסף בלי שטר 86
בלי קביעת מחיר 94
במכירה למשך הפסח בלבד 87
במצב שיש איסור דאורייתא 80
גמירת דעתו של המוכר 81
התפתחותה במשך הדורות 84
חשש שאינם מתכוונים באמת להקנאה 94-84
אם גילה המוכר דעתו שאינו מתכוון להקנאה 86
אם גם ביטל את החמץ 87 94-90
אם הגוי מתחייב לשלם את כל ערכו תמורתו 87
אם הגוי עני 89
אם החוק לא דורש חותמת לשטר שלה 87 88
אם יש שטר על המכר 90
אם לא פירט את כל מיני החמץ 93
אם מכר במחיר פעוט 85 89-87
אם מסר אותו לגוי 89
אם נכתבה בשטר כמות לא נכונה 92
אם נעל את החדר שבו החמץ 105
אם קבע לגוי שכר טרחה מראש 85
אם רבים מוכרים לגוי אחד 87

בחמץ של מומר, חילוני וקראי 86 87 94
במכירה אגב קרקע 88
במכירה בי״ג בניסן 93
במכירה ע״י שליח 93
במכירה שלפני הביטול 92 93
במכירת בהמה לגוי שיאכילנה חמץ 92 93
בקניין סודר או בקניין אחר 102
בשומר המוכר חמץ המופקד אצלו 94
גמירת דעתו של הגוי 86 90-88 105
השכרת החדרים שהחמץ בתוכם 89 94
חשש שמתכוונים למכירה לזמן 87
חשש שיבואו לזלזל באיסור חמץ 102
טבילת כלי החמץ אחרי חזרתם 94
טענת אונאה אם מכר בזול 197
כהערמה - שיקולי מדיניות להתיר 92 94 95
מפקיעה מצוות ביעור חמץ 93 94
על תנאי 84
׳ע״מ שתחזור ותמכור לי אחרי פסח׳ 87
צריך מעשה קניין כשהגוי מחזיר 89
תניה בשטר שנותן לגוי במתנה חמץ ששכח לפרט 130
אם שכח לפרט הרבה חמץ 130
תקפותה במשפט הנכרי 89
מכר
אדם עשוי למכור את שלו בלי רצון 191
אחריות - חיוב המוכר לפצות את הקונה אם ייטרף הנכס 223 228 230
אם לא נכתבה בשטר המכר 223
גביית הקונה מנכסים שמכר המוכר 227
אכילת פירות קרקע - כקניין חזקה 373
אם הכוונה האמיתית היא למתנה 38
אם נכתב בשטר שם של מי שאינו הקונה 27 46
אם נכתב ע״ש שליש 46
אם נכתבו שם הקונה ושם אחר 40
בשטר קניין 45 46
ביוקר, מתוך מצוקה 357
התרופה - ניכוי מהמחיר 362
ביטול מכר ע״י אומדנא 87
במיטלטלין או בקרקע 87 88
ביטול מכר ע״י גילוי דעת 88
במיטלטלין או בקרקע 88
בכפייה 236-238 240-250 291 296 336 346
׳אגב אונסיה גמר ומקני׳ 237 238 240 241 243
׳אגב זוזי גמר ומקני׳ 241 246 254 298 300
אם הביע התנגדות בשעת המכר 248
אם הכופה גזל ממנו את הנכס בעבר והוציאו מידו 249
אם הכופה הכניס כסף לכיס המוכר בעל כרחו 245 250 254
אם הכופה התחייב לתת תמורה ולא נתן 244 245
אם הכופה נתן ערבות בנקאית 245
אם הכופה נתן שטר חוב על התמורה 244 245
אם הכופה נתן שטר חוב עם אחריות 245
אם הכופה רק מחל לו על חוב 245 246 295
אם הכופה שילם בשווה כסף 245
אם המוכר מנה את הכסף שקיבל 237 245
אם התמורה ניתנה רק לאחר זמן 245
אם לא אמר המוכר ׳רוצה אני׳ 249 250 286
אם לא נכפה לגבי המחיר 302
אם לא עשו משיכה או חזקה 245
אם מסר מודעא (ראה: מודעא)
בבני נוח 243
במכר עם אחריות 240
בתמורה חלקית 240 254 255 258 285 296 299 300 378 389
בתמורה חלקית, בקרקע ובשטר 302
גדר הרצון 240-242
גזלן הכופה על נגזל למכור לו את הנכס הגזול 248 249 301
החוטף חפץ וזורק כסף לבעליו 239 245
המוכר כדי להשיג כסף לתת למי שאיים עליו 258 259 269
המוכר למי שדרש ממנו כסף 258 269 270
המחזיק נכסי אחר ומאיים לתפסם 261
המסכים למכור וכפו עליו מחיר נמוך 254
הנחה שהמוכר מסכים 275
הסרת איום לגרום נזק - כתמורה 246
הענשת הכופה 241 242
התחייבות למכור שניתנה מתוך כפייה 244
כופה שהחזיק ביד הקונה והחתים אותו 239 276
כפייה עצמית 237
נושה שכפה על חייב לתת לו נכס בפרעון החוב 246
עסקת חליפי נכסים כפויה 247
בלי קביעת מחיר 94
׳דברים שבלבו ובלב כל אדם׳ 28 29
האם דעת המוכר להקנות לבעל הכסף 39
המוכר בזול מחמת דוחקו 323 346 347
דבר מאכל וכדומה שאי אפשר להחזיר 346
המוכר ׳כל נכסיו של ראובן׳ - פרשנותו 149
המוכר מסתלק רק עם קבלת הכסף 88
המוכר ׳קרקע של ראובן׳ - פרשנותו 149
הקונה ביוקר מחמת דוחקו 341 345 346
הקונה לעצמו ומצהיר שהוא עבור אחר 38-41
אם אבד שטר המכר ומצאו האחר 39
אם האחר טוען שהקונה היה שלוחו 39 40
אם האחר מודה שהקונה התכוון לקנות לעצמו 40
אם הודיע למוכר או לעדים את האמת 38 39 41
אם הצהיר שהוא עבור בנו הקטן 40
אם לא הודיע את האמת 39 40
אם מעשה הקניין היה כסף או שטר 39
אם מעשה הקניין היה קניין סודר 40
כדי לגבור על זכות בר מצרא 41
כדי להבריח מנושיו 40 41
כדי להרחיק עוררים 38
למי נקנה הנכס 39 40
הקונה עבור אחר ומצהיר שהוא עבורו 40
בלי שנתמנה כשלוחו 40
התחייבות למכור שנאכפה בכוח 292
תוקפה 152
טעות בו (ראה: מקח טעות)
לוי המוכר שדה ע״מ שהמעשר שלו 57
אבדן זכותו אם הקונה מכר לאחר 57

מודעא עליו (ראה: מודעא)
מי שכפו עליו לקנות נכס 241 248-246 287 288 295 346
אם כפו עליו לקנות שק מטבעות 247
מכירת קרקע בכסף במקום שכותבים שטר 103
ע"י ממון של מִלווה 373
קונה צריך יותר גמירת דעת ממוכר 246 247
קונה קרקע הרושם אותה בטאבו ע"ש אחר 41
קונה רוצה לקנות יותר משמוכר רוצה למכור 247
שבטל מקצתו - האם בטל כולו
בביטול מפני שחלק לא היה של המוכר 379
בביטול עקב היעדר מעשה קניין 379
בביטול עקב טעות 379
שותפים שמכרו ואחד התכוון למראית עין 46
שטר מכר שתאריכו מוקדם או מאוחר (ראה: שטר)
שטר פסים על מכר פיקטיבי 26
של חבית או כד 150
שנכתב עליו שטר בלשון מתנה 43
שנכתבו עליו שטר מכר ושטר מתנה 43
שנעשה ע"י עברה 249
איסור שבת 309
עבֵרת 'לא תחמוד' 249
תניה בעל פה במכר קרקע 38
'מלווה הכתובה בתורה ככתובה בשטר' 133
מלך
אינו חוזר מהבטחתו 323
מלמד
שהובטח לו שכר גבוה 333
ממרני (שטר למוכ"ז)
תקנת השוק בקונה ממרני שכבר נפרע 48 49
מנהג (ראה גם: סיטומתא)
הנותן מתנה לפי מנהג המקום מתוך בושה 317
מקח טעות בחפץ שנהוג שאין בודקים 121
קובע איזו טעות נחשבת יסודית 141 174 417
שהקונה בהמה ונמצאה טרפה - המכר תקף 174
מניעת הפסד 329
מס
הברחה מתשלום מס
הנותן מתנה כדי להיפטר ממס עיזבון 62
ע"י חוזה מלאכותי 50 51
ע"י מתן הנכסים למי שפטור ממס 71
ע"י הקנאת נכס ושבועה עליה 96 97
הקונה סחורה ואח"כ עלה המס עליה 176
זיכיון לגבות מס 167
הקנאת שטר הזיכיון 167
שותף בו המוחל על חלקו לשותפו 167
חרם שמטילה הקהילה לשלם אותו 71
מוכר שלא ידע שהמכס על הממכר עלה 163
מחילת קהילה ליחיד על המס 187
אם אח"כ דרש ממנה השלטון עוד מס 187
מי שפרע מס שלא היה חייב בו 167 168
תוך הבעת התנגדות 168
קונה שטעה לגבי שיעור המס שעל הסחורה 157
קונה שלא ידע שיצטרך לשלם מס קנייה 179
מעמד הר סיני (ראה: מתן תורה)
מעמד שלושתן
אם התברר שהחייב חדל פירעון 145
והנמחה ידע על כך 146
והנמחה לא ידע על כך 146
מרכיבי העסקה 145
מעשר (ראה גם: תרומות ומעשרות)
לוי המוכר שדה ע"מ שהמעשר שלו 57
מעשר בהמה
הבלעה במכירת מעשר בהמה אגב עורו 82
מעשר עני
נתינת כסף במקומו 107
מעשר שני
הבלעה בקניית חפצים בכסף מעשר שני 82
הוספת חומש בפדיון מעשר שני שלו 79
אם נתן את הפירות לאחר לפדות עבורו 79
אם נתן כסף לאחר לפדות עבורו 79 80 83
הקונה קרקע בכסף מעשר שני 169
מפתה (חיוב קנס חמישים סלע)
מחילת יתומה מפותה על הקנס 260
אם הבטיח לשאתה 187
אם התייתמה באמצע הביאה 260
מצווה
איסור מכוח מצוות עשה
האם זה איסור חפצא 401
המקדש אישה והתברר שהיא אסורה ב'עשה' 114 115
איסור נטילת שכר על קיומה 324 325 327 350
אם הסכימו על תשלום 324
במצווה המוטלת על כל ישראל 325
שכר על טרחה שבהכנה למצווה 327
המבטיח לשלם לחברו לקיים מצווה שעליו 323 327
אם כבר שילם 327
במצווה שאינה מוטלת עליו דווקא 324 327
תמורת פעולה שהלה מצווה לעשות עבורו 323
המפקיע עצמו ממצווה (ראה גם: הערמה) 107
אם לא נתקיימו תנאי המצווה 107
'מצווה לשמוע דברי חכמים' 292
נוח לאדם לקיים מצווה בגופו 137
שכר גדול עליה מה' 330
מצוקה
ניצולה (ראה: עושק)
מצורע
קרבן טהרתו, בעשיר ובעני 80
עשיר הנותן נכסיו לאחר כדי להביא קרבן עני 80
מציאה (ראה גם: השבת אבדה)
המגביה מציאה לחברו 342
ע"מ שנושי חברו לא יוכלו לגבותה 67
מקח טעות
אחריות המוכר כשומר על הכסף 400
אחריות הקונה כשומר על הנכס 395
איסור מכירת חפץ פגום 132
אם בוטל - המכר בטל מעיקרו 384 394 395
אם בוטל - הנכס שייך למוכר למפרע 394 395 409
אם הקונה מכר אותו 394
אם התברר שהקונה עני ולא שילם 394
בקונה טבל וחשב שהופרשו תרומות ומעשרות 394
אם החפץ באיכות בינונית 138
אם היה פגם ברור והקונה לא הביט 118 119
אם ההפרש בשווי גדול משישית 119

מקח טעות (המשך)
אם הנכס השביח - למי השבח 396
אם הקונה השביח אותו 396 397
אם הקונה מכר אותו לאחר ברווח 396 397
הקונה קרקע ובנה בה 396 397
אם התברר שהחפץ אסור מדרבנן 114
אם מחל הקונה - חובת המוכר להשיב את הפרש המחיר 122
אם נודע הפגם לקונה אחרי הקנייה ושתק 120 123
במצב שיש מצווה בביטול המכר 123
אם ניזוק הנכס
אחריות הקונה כשומר עליו 400
אם היה יכול לבדוק אם יש פגם 399
עקב שימוש אחרי שנודע הפגם 399 400
עקב שימוש מקובל לפני שנודע הפגם 399
עקב שימוש שאינו מקובל 399
אם סופק מוצר טוב יותר, שהקונה חשב שהוא גרוע 124
אם עבר זמן רב משידע על הפגם 385-388
אם המוכר היה במקום אחר 386 387
אם עוד לא שילם 387
בטעות בכמות 385
אם עבר זמן רב עד גילוי הפגם 130
אם שילמו למתווך דמי תיווך 384
בטעות במהות נשוא העסקה (ראה גם: טעות בחוזה) 136-134
אם השתמש בו הקונה 134 135
אם משך אותו הקונה 134 135
הקונה דירה ע"מ שלא תימכר דירה בבניין לחילוני 135
בטעות במניע 201
אם התברר שהחוק אוסר לייצא את הסחורה 201
אם התברר שהמוכר אינו זקוק לכסף 201
בפגם שכיח 173 174
אם המוכר היה יכול לדעת עליו 173 174
בקונה ממתווך (ראה: מתווך)
הכסף שביד המוכר - האם נחשב גזל 395
אם המוכר ידע על הפגם 395
במוכר איסורי הנאה (ראה: איסור הנאה)
זכותו להשיב שווה כסף במקומו 395
הכסף שביד המוכר - האם רשאי להשתמש בו 395
המוכר ספר תורה ולא ידע שהיתר השימוש בכסף מוגבל 160 161
המציג כוס ואומר "קנֵה כוס של זהב" 118 119
הקונה אתרוג והתחיל להצטמק 333
הקונה בגד ונמצא כלאים 410
הקונה בהמה ואח"כ נטרפה 176
הקונה בהמה ונמצאה טרפה 145 173
בטרפה שכיחה 173
מנהג שהמכר תקף 174
הקונה בית והגביהו את הכביש שלידו 178
הקונה בשבת בלא יודעין 402
הקונה דבר אסור ומכרו 404
אם כבר שילם 404
הקונה זרעים ולא צמחו 145
הקונה חפצים אחדים והיה פגם באחד מהם
אם המוכר ידע על הפגם 379 380
אם המוכר רוצה לבטל הכול 379 380
אם הקונה רוצה לבטל הכול 377 378
אם לא היה קונה כלל אילו ידע 378
במערכת המורכבת מפרטים 378
הקונה כסף וקיבל כסף סיגים שאפשר לזקק 153
הקונה מאדם מנודה בלא יודעין 402
הקונה מאכל שחשב שהוא מותר (ראה: מאכל ואכלו (ראה: ביטול חוזה)
הקונה מזון שחסר בו ויטאמין 141
הקונה מכשיר ואחד מחלקיו נמצא פגום 153
הקונה סחורה שלא ידע שאסורה ע"פ חוק 162 163
הקונה קרקע בלי אחריות וטרפה נושה של המוכר 177
הקונה קרקע וטרפה המלך 176
הקונה שור וחשב שהוא תם 138
הקונה שור ונמצא נגחן 139
אם הוא רגיל לקנות לחרישה 148
אם הוא רגיל לקנות לחרישה ולשחיטה 148
אם המוכר לא ידע שהקונה רגיל לקנות לחרישה 148 149
אם התכוון לקנות לשחיטה 139
במקום שהרוב קונים לחרישה 139
זכות המוכר לבטל 288
חובת המוכר להחזיר את המטבעות שקיבל 211
אם טעה הקונה מעצמו 211
חובת הקונה להשיב פירות שאכל 409 410
חובת הקונה לשלם שכר על השימוש 409 410
אם המוכר הוא שטעה 410
על שימוש במיטלטלין 410
על שימוש שלפני שנודע לו הפגם 410
חיוב המוכר בהוצאות הקונה 411
אם ידע המוכר על הפגם 412
בהוצאות לקיחת הממכר למקום אחר 411
בקונה זרעים שלא צמחו - הוצאות הזריעה 411
קונה מאכל אסור שעירבו בהיתר ואסר הכול 412
חפץ באיכות טובה אך פחות משחשב 137-139
טעות בכמות
אם הנכס אינו ניתן לשינוי 157
אם הקונה זקוק לכל הכמות בדחיפות 156
אם חשב שכמות החפץ שונה מהאמת 156
אם תוך כדי מדידת הממכר נתן פחות מדי 156
בגלל שוני במידות בין ערי המוכר והקונה 157
בטעות פעוטה 158
במכר ע"י שליח 157
המוכר שדה ונמצא שחלקה גזול 158
השלמת החסר 156 157
ניכוי במחיר 157 158
כמכר על תנאי שאין פגם 288
מוכר בהמה שלא הודיע לקונה שמכר את אמה באותו יום 123
מוכר שאמר לקונה בשקר שהוצע לו מחיר גבוה 123 208 209
מוכר שהרוויח בכסף שקיבל 411
מוכר שידע שהקונה אינו אוכל מאכל זה מתוך איסטניסיות 142
מוכר שלא ידע על הפגם 145
מחילה מכללא על זכות הביטול 385-387
אם היה יכול לבדוק ולמצוא את הפגם ולא בדק 119-123

אם הקונה מכר חלק מהממכר 129
אם הקונה ניסה למכרו 129
אם ידע על הפגם ובכל זאת קנה 118 119
אם שתק כשנודע לו הפגם 123
נטייה למחול עליה יותר מעל אונאה 133 134
עבד שיש מום ביופיו 137 139
עלות ההשבה - על מי 396
אם הודיע הקונה מראש שבדעתו ללכת למקום רחוק 396
קונה המשתמש בו - האם נחשב גזלן 410
קונה שהיה יכול לגלות את הפגם ע"י בדיקה ולא בדק 124-119 211 386
אם אמר לו המוכר שאין פגם 121
אם הבדיקה היתה כרוכה במאמץ 121
אם הבדיקה היתה כרוכה בתשלום 121
אם החזקת החפץ כרוכה באיסור 123
אם המוכר הטעה אותו 211
אם השתמש אח"כ בחפץ 119
אם התחיל לבדוק ולא גמר 123
אם סופק מין שונה מהמוסכם 121
אם עבר זמן שהיה יכול להודיע לתגר 120
אם עוד לא שילם 122 123 127
אם שילם הרבה יותר ממחיר השוק 121
בדבר שמצויים בו פגמים 123
בטעות במחיר 119
חפץ שנהוג שאין בודקים 121
פגם נדיר שלא היה צריך לחשוב עליו 121 123
פגם שרק בקיאים יכולים לגלות 122
קונה שהשתמש אחרי שנודע לו הפגם - מחילת זכות הביטול 114 128-126 134 385 386 404
אם אמר שהתכוון להשתמש בגזל 128
אם גילה דעתו שרוצה לבטל 129
אם הלך לקנות דבר אחר כזה 127
אם השתמש אחרי שהודיע למוכר 127
אם התנה מראש 'ע"מ שאין בו פגם' 126
אם לא ידע שאסור להשתמש אם דעתו להחזיר 128
אם עוד לא שילם 128
באדם שאינו חושש מאיסור גזל 128
בבהמה העובדת ואוכלת 128
בדבר שהוא מרוויח בו 127
בטעות בחלוקת שיתוף 127
בטעות בכמות 127
במכונית שכבר קנה ביטוח עבורה 128
במצב שאפשר לתקן ע"י ניכוי במחיר 127
בפגם שאינו מפריע לשימוש 127
המכר תקף למפרע 131
קונה שהשתמש לפני שנודע לו הפגם 119 129 387
בפגם שאינו נראה לעין 129
קונה שלא ידע שיצטרך לשלם מס קנייה 179
קונה שראה את הפגם 118 119
אם עדיין לא שילם 122
ושתק 134
תיקון הפגם (ראה: טעות בחוזה)
מקרא (ראה: דוד; יונה; יעקב; יפתח; יציאת מצרים; יתרו; מואב; מתן תורה; פלשתים)
מקרקעין
דרישת הכתב בחוזה עליהם 219
הגבלות על מכר מקרקעין 368
המוכר קרקע לשניים זה אחר זה 218 227
מראית עין (כטעם לאיסור)
באבל המוכר את חנותו לאחר בימי אבלו 102
במוכר קרקע לגוי שיבנה עליה בשבת 101
במוכר בהמה לגוי שיעבוד בה בשבת 100
מראית עין בחוזה (ראה: חוזה למראית עין)
מרוקו
תקנת חכמי מרוקו 59
מרשם המקרקעין (ראה: טאבו)
משומד
המבטיח לו תשלום אם יחזור בתשובה 327
הנשבע להשיא את בתו לפלוני, והלה המיר דתו 183
ואח"כ חזר בתשובה 183
מכירת החמץ שלו 86
'משטה אני בך'
אין אדם משטה בשעת מיתה 319
בהודאה (ראה: הודאה)
במחילה 346
בעושק (ראה: עושק)
הוצאת ממון ע"פ טענה זו 358 359
טענה או 'אנן סהדי' 358 359
מלך - אין דרכו לשַטות 323
ציבור - אין דרכו לשַטות 321
משיכה
הקונה עציץ וזרעים במשיכה 188 189
משפט אנגלי 63
מתווך
המבטיח למתווך לתת כסף לביכ"נ כשכרו 322
הקונה ממתווך ומצא פגם בממכר 147
אם המתווך הפסיד מאי בדיקת הקונה 147
אם המתווך ידע עליו 147
שהובטח לו שכר גבוה 323 332 341
אבדן האפשרות לקבל שכר תיווך מאחר 351
אם נהוג לשלם לו הרבה 332
למי שנתבקש במיוחד לשכנע אדם למכור 332
שלא מתוך מצוקה 332 341
שמכר חפץ במחיר נמוך בגלל אי הכרתו 147
שקיבל דמי תיווך, ונמצא פגם במקח 384
תקנת ה'ארצות' על גובה שכרו 332
מתן תורה
כפיית הר כגיגית 240 245
בעיית הכפייה 274 287 293
סיבה לפטור מקיום מצוות 245
מתנה
בטעות
אישה שנתנה מתנה לבעלה כי חשבה שנתן לה מתנה 140
אם הנותן אומר שטעה בדין 169
בטעות במניע 200
במוכר חמץ ונתן לגוי במתנה חמץ ששכח לפרט 130
המשלם תשלום שאחר היה חייב לשלם 160
הנותן מפני שברח מאויבים ובסוף לא הוצרך לברוח 409 410
הנותן מתנה כי חשב שבנו מת (ראה: בן)
הפירות שאכל המקבל מהנכס 409 410

מתנה (המשך)
טעות משותפת לנותן ולמקבל 145
טעות של המקבל 142
מבחן יסודיות הטעות 139
שבגלל המתנה לא נשאר כסף ליורשו 182
בטעות בהערכת התפתחויות עתידיות 175 178-186
אם אחר כך חזר המצב לקדמותו 182 183
אם אין אומדנא חזקה שטעה 181
אם לפני כן נתן מתנה אחרת בתנאי מפורש 185
בהתחייבות לתת מתנה 175
בטלה מטעם תנאי מכללא 179
הנותן את נכסיו לאחר ואח"כ נולד לו ילד 181 182
הנותן לאוהבו, ונעשה שונאו 184
הנותן לעני, והעשיר 185
הנותן לצדיק, ונעשה רשע 183
ביטולה ע"י אומדנא קלה 37
בכפייה (לתת) 240 250-255
איום בלבד 271
איום ברצח 250 253
אם אין סיכוי שהסכנה תחלוף 253
אם הנותן קיבל על עצמו אחריות 253
בכפייה חמורה במיוחד 271 272
בכפייה עצמית 259 260
היעדר גמירת דעת 250
טעם ההבדל בינה למכר 240-243
כדי למנוע ריב בין בני זוג 259
למי שאיים בלי לדרוש מתנה 259
עדות על הכפייה 253
שנשבע לתת 256
שקיבל על עצמו קנס אם לא יתן 245 246 256
בעין יפה נותן 243
גילוי דעת שאינו רוצה לתת 284
בנותן מתנה לאלמנת קרובו 284
דברים שבלב בה 36 37 242
'דברים שבלבו ובלב כל אדם' בה 28 29 36 37
דורשת יותר גמירת דעת מבמכר 29 242 243 254 283
המפרנס אחר - האם התכוון למתנה 183
אם מת המתפרנס 183 184
אם פרנס אותו מפני שנתן לו מתנה 183
בחותן שפירנס את חתנו 189
המפרנס יתום - הנחה שהתכוון למתנה 183
אם קיבל ירושה ומת 183
הנותן כל נכסיו לאשתו (ראה: אשת איש)
הנותן כסף למטרה מסוימת והושגה חלקית 184
הנותן מפני שהתבייש לסרב לתת 316 317
בנתינה לפי מנהג המקום 317
גזל או סרך גזל 317
הנשבע לתת מתנה, ומסר מודעא שנותן בגלל השבועה 283
הפוגעת באיזון המשאבים בין בני זוג 62
התחייבות לתת מתנה
בכפייה 251 252
בלי מעשה קנין 335
יש לצדדים פחות גמירת דעת מבמכר 87
לאדם רגיל ולמי שטרם נלד - יחד 169
לבן קטן (ראה: בן)
להברחה ממי שלוחץ עליו לתת לו 35
להברחה מנושים 58 61-71 105
אחריות המקבל כשומר 66
אם אח"כ התפשר עם נושיו 181
אם אח"כ פשט את הרגל 62 63
אם אמר שנותן כדי להבריח 64
אם המקבל אומר שהתכוון למתנה גמורה 69
אם הנכס ביד המקבל 64
אם הנכס עדיין ביד הנותן 64 65 67 68
אם התכוון למתנה אמתית 59 61 63 68 71 181
אם התנה שהמקבל יחזיר לו מדי פעם כדרוש למחייתו 70
אם התנה שיוכל לחזור בו כשירצה 68 69
אם זיכה אותה ע"י אחר 'מעכשיו' 69
אם כתב בשטר 'מתנה חלוטה' 59 68
אם לא התכוון למתנה אמתית 61 63
אם נכתבו בשטר לשונות 'יפוי כוח' 59
אם נתן לאשתו 65 68
אם נתן לבנו הקטן 60 66 68
אם נתן לבניו 65
אם נתן לפני ההלוואה 65 67 69
אם נתן לקרובו 68
בגדר 'מזיק שעבודו של חברו' 69
ביטולה בגלל אי-חוקיות 61
ביטולה בגלל ההונאה 51 61-63
במקרקעין 69
במתנה ע"מ להחזיר 70 71
במתנה של מקצת נכסים 59 66-69 71
גמירת דעת שלילית 66
האם מותר לתת מתנה אחרי ההלוואה 64 69
האם מן הסתם התכוון למתנה אמתית 62-69 71
זכות הנותן לחזור בו 65
חיוב המקבל בגין גרם הפרת חוזה 62
חיוב המקבל להחזיר לנותן 27
טעם שיש לאפשר אותה 70
יש לתקן תקנה לבטלה, בשעת הצורך 69-71
כדי להיפטר ממס עיזבון 62
כפייתו לנדור הנאה מהנכסים 58
מי זוכה בפירות שצמחו מהנכסים 66 67
עברה פלילית 61 62
תקנת חכמי מרוקו לבטל אותה 59 70
'מהיום ולאחר מיתה' - הפירות לנותן עד מותו 182
מודעא עליה (ראה: מודעא)
מי שכפו עליו לקבל מתנה 247
מכר נחזה שמטרתו האמיתית היא מתנה 38
מכר שנכתב עליו שטר בלשון מתנה 43
מכר שנכתבו עליו שטר מכר ושטר מתנה 43
מתנת בית חורון 75-79
על מנת להחזיר
האם צריך הקנאה כשמחזיר 44
הקנאת כלי לגוי במתנה ע"מ להחזיר לפוטרו מחיוב טבילה 95
יכולת המקבל להקדיש אותה 79
כדי לאפשר שבועה לפטור ממס 96 97
מצבים שבסתם מניחים שהתכוון שיחזיר 97
מתנת מברחת - כמעמ"ל 44

נתינת בגד שאין בו ציצית במתנה ע"מ להחזיר כדי להיפטר מהפשטתו 103
נתינת חמץ לגוי במתנה ע"מ להחזיר 80
נתינת מעשר שני במעמ"ל לחסוך חומש בפדיון 79 80
תקנת השוק במקבל מעמ"ל שקידש בה אישה 49
נתינה לגוי 95
במתנה ע"מ להחזיר 95
נתינה לטובת היהודי 95
על תנאי שיוכל לחזור בו 65 68 69
האם נושהו יכול לגבות ממנה 65
קל יותר לבטלה ממכר 179
שבגללה אין בעיזבון די מזונות לזכאים 62
שהמקבל אינו יכול להקדיש 78 95
שהמקבל סירב לקבל - האם היא הפקר 88
שטר מתנה שתאריכו מוקדם או מאוחר (ראה: שטר)
של נכס שהתחייב למכור לאחר 62
שנועדה למנוע מבנו לרשת 66
שניתנה תמורת הסכמה לקנות מהנותן 182
שנכתב עליה שטר בלשון מכר 43
מתנת שכיב מרע
בטלה אם הבריא 193
אם הבריא ומת ממחלה אחרת 193
אם נתן את כל נכסיו 180
זכות אשתו לגבות כתובתה ממנה 66
חלה רק אחרי מותו 193
כירושה 369
נקנית באמירה 193
שקיבל פחות מבן עשרים ומכר 369
מתנתא טמירתא (מתנה שניתנה בסתר)
אם יש לנותן סיבה לתת בסתר 34
בהקנאה לבנו הקטן 34
הניתנת עקב הפצרת המקבל 33
חוזה למראית עין 33 34
חשש שהנותן התכוון לקנוניה 34
מבטלת את המתנה שלאחריה 284 285
כמודעא 33 34

'נאמנות' (התחייבות להאמין לשכנגדו)
אם לא נכתבה, במקום שנהוג לכתבה 217
נדוניה
התחייבות הבעל להחזירה אם תמות אשתו בלי בנים 58
עקיפתה ע"י נתינתה לאחר והחזרתה 58
'תקנת הישבון' להחזירה אם האישה מתה בלי בנים 59
אם הבעל נתן מתנה לבני אשתו האחרת 59
אם נתנה מתנה לבעל מהנדוניה 59
נדר
אם אין פיו ולבו שווים 322
באונס 322
גרימת הנאה למי שמודר הנאה ממנו 74 75 77
הטלתו כדי למנוע חשש קנוניה 53 58 60 69
התרתו על סמך התפתחות שאחרי הנדר 179 189
ויתור למי שמודר הנאה ממנו 76 78
נתינה למי שיתן לאדם שמודר הנאה ממנו 74-79
אם אסר על השני להקדיש 78 79
אם גילה דעתו שרוצה שיתן למודר 75-78 85 86
אם התנה עמו שיתן למודר 75
אם יש למודר מה לאכול 74 78
אם לא גילה דעתו שרוצה שיתן לו 104
בנותן דבר שטרח בו 76 77
בנותן סעודה 75-78 85 104
האם כוונתו למתנה אמתית 74 75
תקפות המתנה 74-79
נתינה למי שיתן לאדם שמודר הנאה מנכסיו 74
על דעת רבים - אין לו התרה 53
נזק
בגרמא (ראה: גרמא)
האומר לאחר 'קרע כסותי' 186
המאיים להזיק ואח"כ נמצא הנזק עשוי 235 272
המבייש אשת איש 264
הקונה שור וחשב שהוא תם 138
מתנה להבריח מנושה - מזיק 69
נזקי שכנים
עשן וריח בית הכסא 186
חזקה בהם 186
מחילה עליהם 186
נידוי
הקונה מאדם מנודה בלא יודעין 402
למי שעושה חוזה למראית עין 35
מוחל שקיבל על עצמו נידוי אם יערער על המחילה 279
ניצול (ראה: עושק)
נישואין
בטעות 117
במטרה לקבל אזרחות של בן הזוג 50
של מי שפחות מבן שמונה עשרה 372 420-423
לעניין שידוכין 423
שנועדו לגבות 'פרנסה' מעזבון האב 55 56
שנועדו לשימוש הבעל במחסן של האישה 55 56
תנאי בהם 117
ניתוח
למי שפחות מבן עשרים - הסכמתו 372
ניתוח לצורך פיקוח נפש 422
ניתוח קוסמטי 372 422
'נתת דבריך לשיעורין' 241

סוד
הבטחת שכר גבוה על גילוי סוד כלכלי 332
סופר
שהובטח לו שכר גבוה על כתיבת ספר 341
סידור לבעל חוב (הותרת נכסים חיוניים) 67
סיטומתא (ראה גם: מנהג)
שטר מכר שתוקפו מכוח סיטומתא 45
סיכול
בטעות בהערכת התפתחות עתידית 174 175
טענת 'מזלך גרם' 176
סיני (ראה: מתן תורה)
סיקריקון
חובת הקונה מהגוי לשלם לבעל הקרקע 253
רקע היסטורי 253
תֻקפה של המתנה לַגוי 253
כפייה עצמית 257

ספינה
פשרה בין ספינות על קדימה במעבר 302
ספק
ודאי בחיוב וספק בגורם לפטור 326
'איני יודע אם פרעתיך' 326
ספק איסור (ראה: ביטול חוזה)
ספר תורה
המוכרו ולא ידע שהיתר השימוש בכסף מוגבל 160 161
סרסור (ראה: מתווך)

עבד כנעני
חצי עבד וחצי בן חורין - כפייה לשחררו 57
כותב לאדון שטר על חצי דמיו 245
מניעת הכפייה ע"י הקנאתו לבן קטן 57
משתחרר ע"י הפקר בית דין 245
נוח לו במצב שהוא 'מופקר' 352
קניין 'מדין עבד כנעני' 40
עבד עברי
פטור מהענקה אם הוא משתחרר בשטר 107
שחרורו בשטר כדי להיפטר מהענקה 107
שחלה יותר משלוש שנים 178
עבודה זרה
הקונה גרוטאות ומצא בהן עבודה זרה 122
'עביד איניש דגזים ולא עביד' 235 271 272
'עביד איניש דינא לנפשיה' (ראה: עשיית דין עצמית)
עברה (ראה גם: מאכל אסור)
בכפייה
אם היה עובר גם ללא הכפייה 242 266
כפייה ממונית 260
כפייה עצמית 260
בשוגג (ראה: שוגג)
המבטיח שכר גבוה לעבריין אם יפסיק לחטוא 352
יש בכך מצווה 352
מי שגופו משמש כלי לאחֵר לעשות עברה 239
עשיית עברה כדי לא להפסיד כסף 260
עד; עדות
בכתב, במודעא 275
הבטחת שכר גבוה תמורת עדות שקר 350
'כיון שהגיד אינו חוזר ומגיד' 219
נאמנות העד לומר שהשטר הוא אמנה 25
עד אחד נאמן באיסורין 408
על שווי של קרקע
בעד שאינו יודע בטיב משא ומתן 371
בעד שפחות מבן עשרים 371
פסילת עד שחתם בשטר חוב מוקדם 225
אם חשב שמותר לכתוב תאריך מוקדם 225
אם ידע שהתאריך שקרי 225
פסילת עדים ב'ביטול מודעא' 279
קיום חתימות העדים בשטר 228
עובר
המזכה לעובר 165
אם נולד והחזיק בחפץ 165
עורך דין
הבטחת שכר גבוה למי שיטען בעבורו 333
עושק (במובן כללי)
במובן של כבישת שכר שכיר 313
יש להציל 'עשוק מיד עושקו' 35 70 299 307
עובר בשני לאווים 313
עושק (ניצול מצוקה וכדומה) 313-374
אינו בגדר כפייה 262
בגדר כפייה עצמית 256 340 359
אישה שמחלה לבעלה כדי שיגרשנה, והיה חייב לגרש 325
אם אמר העשוק 'אתם עדי' 322
אם לא הייתה מצוקה 322
אם היה מצב של סכנה 319 320
אם הייתה לֶעשוק אלטרנטיבה 343
אם הלחץ מנע ממנו לשקול דרך אחרת 343
להתקשר עם אחר בתנאים סבירים 343
לוותר על החוזה 343
אם ה'עושֵק' הוא עני 322
אם ה'עושק' הוא תלמיד חכם 322
אם ה'עושק' הפסיד בגלל הסכמתו 317-319 337 348 351-356
אם היה חייב לפעול 355
אם העשוק עשה מצווה בהבטחתו 352
אם לא אמר העשוק 'טול בשכרך' 352
אם רק התבטל ממלאכתו עקב הפעולה 352
הפסד שקטן מהסכום שהובטח 352-356
מ'דין ערב' 352
ספק הפסד 351 355 356
שהיה יכול להרוויח במלאכתו 320 321
שהיה יכול לעשוק אדם אחר 352
תלמיד חכם שהפסיד לימוד תורה 352
אם העושק יזם את ההתקשרות 320
אם העושק לא היה מתקשר לולא השכר הגבוה 329
אם זה ספק 339
אם העשוק היה תלוי בעושֵק 315
אם העשוק יזם את ההתקשרות 339
אם העשוק נדר לשלם 321
אם העשוק נשבע לשלם 321 322
חיוב יורשיו לשלם 322
אם העשוק תקע כף על התחייבותו 322
אם ידוע שהעשוק התכוון ברצינות להתחייב 321
אם הודה בכך 321
אם כבר שילם העשוק 256 339 345-348 358-361
אם העשוק יזם את ההתקשרות 339
אם מסר את התשלום לשליש 360 361
אם נתן המחאה דחויה 361
אם נתן רק משכון 361
אם נתן רק שטר התחייבות 361
אם שילם כי חשב שהוא חייב 361
בחוזה ארוך טווח 358
ואמר שהוא משלם מתוך מצוקה 361
ומסר מודעא על התשלום 361
לבנו הקטן של העושק 360 361
ע"י מחילת זכותו בנכסיו שביד העושק 360
ע"י מחילת חוב 359 360
אם לא הייתה מצוקה 320-322 332 333 338 340-342 345 357 363
אם ההפרש גדול מאוד 338
אם הייתה מצווה לפעול 327
אם לא התכוון העושק לנצל 338 339

עושק (המשך)
אם עשו קניין 102 321-323 334-337 347 358 360
אם לא הייתה מצווה או מצוקה 336 337
אם לא עשאו העשוק ברצונו הטוב 335
במכר בסכום מופרז 335
אסיר נמלט ששילם שכר מופרז למעבורת 317 318
אי תשלום חוב 313
אם בעל המעבורת מפסיד דגים 317 318 328 351 353 354
אם בעל המעבורת ספק מפסיד דגים 351
אם הוא יזם את ההתקשרות 339
אם היו כמה מעבורות 343
אם לא היה בסכנת נפשות 340
אם עשה קניין 336 337
אם רגילים לשלם שכר גבוה 343
במעבורת שאינה מיועדת לנוסעים 328
המחיר הרגיל של מעבורת 317
חובת בעל המעבורת להצילו 324
חיוב לשלם שכר ראוי 325
טענת אונאה 345
שנמלט מכלא של יהודים או של גוים 324
בדבר שאין לו שכר קצוב 349 350 356
בדבר שאין רגילים לשלם עליו כלל 341
בדבר שרגילים לשלם עליו הרבה 325 330-333 338 348-351
בהצלה מסכנת נפשות 350
בחוזה כתוב 334 337
בחוזה שאין לגביו תנאים מקובלים 344 356
במטרה למנוע הפסד מעצמו 315
במצב שהייתה מצווה לפעול
מצווה על כל אדם 324
מצווה שהיה יכול להיפטר ממנה 326
במצב שלא הייתה מצווה לפעול 321 323 324 329 331 342 343
בציבור שהבטיח 321
גמירת דעתו של העשוק 314
הבטחת שכר גבוה על גילוי סוד כלכלי 332
היקף סטיית תנאי החוזה מהמקובל 344-348
בכדי שאין הדעת טועה 320 345 357
בפרמטרים שאינם כמותיים 348
סטייה משמעותית 344
פחות משישית 346
שישית 347 348
התחייבות מופרזת תמורת הצלת ממונו 318
טעם זכות הביטול
המצווה לפעול 323-328 331 333 341 345 350 355
זו מניעת נזק בלבד 329 355
חוסר גמירת דעת 319-323 336 338 339 354 362 363
כופין על מידת סדום 328 329 338 339 353 363
נימוק כלכלי 314
נימוק מוסרי 314 316 338 339 357 363
יבמה שהבטיחה שכר תמורת חליצה (ראה: חליצה)
כפייה שהפעיל מי שאינו צד לחוזה - כעושק 268
מכר בזול מתוך מצוקה (ראה: מכר)
מרכיב האונאה 338 358
בסיס זכות הביטול 338 363
טעם שלא די בעילת האונאה 345-347
'משטה אני בך' 332-318 334-339 345-348 350 352 354-361
אם לא התכוון לשַטות 321
בית דין טוען כך עבורו 357
האיסור לשַטות 342
החובה להישבע על טענה זו 357 358
היתר לשַטות בגלל המצוקה 319 324 328 347
נטילת שכר גבוה מגוי 352
ניצול חולשה גופנית 365-367
שבגללה אינו יכול להתמקח על תנאי החוזה 366
שבגללה אינו מודע לפרטי החוזה 366
שבגללה נאלץ לקבל תנאים לא סבירים 365 366
ניצול חולשה שכלית 363-365
חרש (ראה: חרש)
כאונאה 363
פער השכלה בין הצדדים 314
ניצול חוסר נסיון 367 369
מי שאינו בקי במסחר (ראה: כשרות משפטית)
מי שפחות מבן עשרים (ראה: כשרות משפטית)
ניתן לביטול או בטל מעיקרו 357 358
משך זמן זכות הביטול 357
סוג המצוקה 339-343
מצוקה ארעית 342 343
מצוקה שאינה קיצונית 339
קושי כלכלי 339 340
עברה פלילית 313
תנאים מקובלים שאינם סבירים 344 348-351
תרופה עליו
אם כבר קוים צד אחד 362
ביטול החוזה 362
ניכוי מהמחיר 362 363
קיום החוזה בתנאים סבירים 362
עירובי תבשילין
הקנאת קמח של מי שלא הניחם למי שהניח 84
עני
התחייבות לעני - נדר צדקה 322
בהתחייבות לשלם שכר 322
ערב; ערבות
בטעות
ערב שחשב שיקבל שכר על ערבותו 177
ערב שנאלץ למכור את נכסיו כדי לפרוע 177
שהחייב ברח לחו"ל 177
בטעות בהערכת התפתחויות עתידיות 192
אם גילה דעתו מראש 192
בכפייה 244
איום לתבוע חוב שהערב חייב 291
אם החייב דרש ממנו הלוואה תחילה 269
אם החייב כפה עליו לערוב 269
חשש שהלווה יימנע מפירעון חובו כלפיו 259
המגרש כדי לגבות כתובה מהערב (ראה: גירושין)
התחייבות 'מדין ערב' 335 352
בעושֶק שהפסיד 352 355

מחילה עליה 291
על כתובה 138
אישה שנישאה מפני שחשבה שהערב חייב 138
על מנת שהלווה יערוב בעדו כשיצטרך 333
שהובטח לו שכר על ערבותו 321 332 341
אם הערב נאלץ לפרוע למלווה 351
אם לא הייתה מצוקה 333 341
אם עשה קניין 336 337
במקום שמקובל לשלם על כך 332 333
האם זכאי לשכר ראוי 332 362
הסתכנותו שמא יצטרך לפרוע למלווה 351
ערכאות הנכרים (ראה גם: טאבו)
איום לתבוע בהן 290
חובה לבטל שטר למראית עין שנעשה בהן 35
מודעא בהן 251
רישום כסף בהן ע"ש אחר, להבריח מנושה 66
אם נושי האחר לקחו את הכסף 66
שטר התחייבות בהן 270
שימוש בשטר שלהן לשם הברחה 31
תביעה בהן 291
היתר לתבוע בהן מי שמסרב לבוא לב"ד 290
קנס למי שתבע בהן 209
עשיו (ראה: יעקב)
עשיית דין עצמית 292 308
תפיסה מחייב שעשה הסדר חובות 308
עשיית עושר ולא במשפט
בחובת השבה בחוזה למראית עין 23
בעקבות ביטול חוזה 393 394
סמכות בית המשפט לפטור מחובת השבה 23

פדיון הבן
בשטר התחייבות לכהן 159 160
חובת האב לשלם לכהן 159-161
האומר לכהן 'הילך ה' סלעים ותחזירם לי" 76
פדיון שבויים
ביותר מכדי דמיהן 264
בפדייה ע"י בעלה של השבויה 264
פועל
הטעייתו אם חזר בו בדבר האבד 332 340 352
אם כבר שילם את השכר הגבוה 359
כבישת שכרו 313
שהובטח לו שכר גבוה 332 342
אם היה יכול לקבל הרבה במקום אחר 351
אם המעביד היה במצוקה 333 340
במצב שמקובל לשלם הרבה כדי שיעבוד מיד 350
במקום שאין סכום קצוב לשכר פועל 356
שהמחהו מעבידו אצל אחר שישלם לו 186
אם חזר בו האחר 186
שכרו - בגלל עצם הפעולה או ההתחייבות 330 341 347
בקניין או בלי קניין 341
תוקף החיוב לשלם יותר משכרו 341
שכרו - חיוב בלי מעשה קנין 335
שמחל על זכויותיו כדי שלא יפוטר 259
שעבד אף שראה שאין צורך בעבודתו 118
'פיטומי מילי'
בהבטחת שכר גבוה מתוך מצוקה 354
הטוען שתניה בחוזה נכתבה שלא ברצינות 182
פיקציה משפטית 73
פלשתים
שבועת אברהם לא לכבשם 73
עקיפתה ע"י כיבושם בידי כפתורים 73
'פנים חדשות באו לכאן'
בתיקון פגם כמותי בממכר 153 154
פרה אדומה
הנוטל שכר להזות מי אפר פרה 162
חובתו להשיב את השכר 162
קנייתה מגוי 107
באמצעות סוחר יהודי 107
פרוזבול 107
'פרנסה' (חלק מעיזבון שניתן לנישואי הבת)
לבת שנישאה אחרי שבגרה 55 56
פשיטת רגל (ראה גם: הסדר חובות)
בטלות מתנה שניתנה לפני כן 62
מחילת הנושה 189
אם אחר כך התעשר הלווה 189
פשרה
בטעות 198-199
אם בעל סמכות הלכתית הטעהו 199
אם הצד השני ידע את האמת 199
אם טעה מעצמו 199
אם ידע מראש שהדין שנוי במחלוקת 199
אם לא גילה דעתו מראש 199
בטעות בדין 198
בפשרה שעושה בית דין 199
טעות הכלולה בסיכון שקיבלו הצדדים 198
מתוך מרמה 198
בכפייה (ראה גם: מחילה, מחילה חלקית בכפייה) 243 244 295-309
אי החזרת משכון שלו 297
איום למסרו למלך 299
איום לתבעו לדין אם לא יתפשר 290
אם לא נכפה לגבי סכום הפשרה 302
אם נכפה רק להתחייב 303
אם קיבל התובע חלק קטן מתביעתו 295
בחיוב ברור 296 300
בחיוב שאינו ברור 296 300 301 304 308
בחלוקת שיתוף 301
בלי מחילת ממון 301
בפשרה בין ספינות על קדימה במעבר 302
בפשרה שעושה בית דין 296
בשטר חוב שמכר לנתבע בפחות משוויו 302 307
בתביעת פיקדון 302
הפסקת הכפייה - כתמורה 303
נתבע שנכפה להתפשר 295 301 307
ע"י תביעה אחרת שלא כדין 269
עם תקיעת כף 306
פשרה עם גזלן שיחזיר חלק מהגזל 301
פשרה של הרווחת ממון 302
שאין לנתבע ממה לשלם 301 306
שהנתבע ברח 297 299
שהנתבע היה אלם 300 301
שהנתבע העדיף להיכלא מלשלם 306
שהנתבע כפר 299 300
שהנתבע לא פרע במועד 306

שהשופט בערכאות אמר לו שהוא עלול להפסיד בדין 307
שהתובע היה במקום שאינו יכול לתבוע 307
הצורך במעשה קניין 199 296
בפשרה שעושה בית דין 304
בפשרה שעושים בעלי הדין 304
מודעא עליה
אם הנתבע היה אלם 300
אם הנתבע כפר 302
אם התפשר אף שהדין עמו 300
אם לא הייתה כפייה 302
בפשרה בלי מחילת ממון 301
בפשרה מחמת ספק בדין 300
הצורך בעדים על הכפייה 298 301

צדקה
אמירה לצדקה - כמסירה להדיוט 323
הנותן צדקה לעני, והעשיר 185
התחייבות לעני - נדר צדקה 322
התחייבות לשלם שכר 322
התחייבות לתלמיד חכם - נדר צדקה 322
צוואה
הממעט חלקו של בן אחד כדי להבריח מנושיו 60
המקבל כסף ע"פ צוואה שהתבררה כפסולה 168
ציבור
אין דרכו לשַטות 321
טעות בחוזה עם ציבור 185
מגבלת גיל במינוי ציבורי 370
ציצית
החובה לפשוט בגד שאין בו ציצית 103
במקום ציבורי 103
עקיפתה ע"י הקנאת הבגד לאחר 103
צ'יק (ראה: המחאה)
צנזורה
שינויים מפחד הצנזורה 263 324
צער בעלי חיים
במניעת חמץ מבהמה בפסח 93

קבורה
המוכר את קברו המשפחתי 367
חובה על יורשי המת 160
כסף שגבו לקבורה ונשאר עודף 184 185
קבלן
אונאה בעבודתו (ראה: אונאה)
אינו רשאי לחזור בו 342
בדבר האבד 342
היתר להבטיח לו שכר גבוה בלי לשלם 342
תקנת השוק בקבלן ששכר קבלן משנה ופשט את הרגל 49
קבר (ראה: קבורה)
קהילה (ראה: ציבור)
קומוניזם
נטייה לו במשפט העברי 70
קטן
גביית חוב אביו ממנו 66
המקנה לבנו הקטן (ראה: בן)
מי שפחות מבן עשרים (ראה: כשרות משפטית)
מלווה שכתב בשטר כאילו בנו הקטן הִלווה 42
קנייה ומכירה של קטן 247
במיטלטלין בגיל הפעוטות 368
שחטא במזיד - אינו צריך כפרה 402
שיודע בטיב משא ומתן 167
שנתן קרקע במתנה והמקבל אכל פירות 167
שעושה מעשה על תנאי שיחול כשיגדל 373
שקידש אישה (ראה: קידושין)
קידושין
אם נתן את כסף הקידושין בידי האישה 239
בארנק שאינו שווה פרוטה, והיה בו כסף 180 181
בטעות 114 117
אם הבעל המשיך לחיות עמה בכל זאת 114
אם לא רצה הבעל לבטלם 124
טעות בעצם המעשה או בדבר חיצוני 117
מה שנחשב טעות בעיני רוב בני אדם 141
שהתברר שהיא אסורה באיסור עשה 114 115
שהתברר שהיא נדרנית 141
ביטולם אם מת הבעל, והיבם מאוס 175 176 190
אם כבר נישאה 190
ביטולם אם נעשה הבעל בעל מום 190
אם כבר נישאה 190
בכפיית האיש 246 247 287
האם חכמים הפקיעו את הקידושין 246 287
בכפיית האישה 286
אב שכפה על בתו להינשא 268
חכמים הפקיעו את הקידושין 268 286 287
המקדש אישה בפחות משווה פרוטה ובא עליה 169
המקדש בחפץ של אחר ואחר כך הסכים האחר 316
המקדש בקידושין בטלים - מתכוון לתת לה מתנה במקדש אחותו 169 170
במקדש אשת איש 170
המשאיל חפץ לחברו לקדש בו אישה 169
חזרת כסף הקידושין אם מת אחד מהם 190 191
אם נישאו 190 191
על תנאי - מחילה על קיום התנאי 125 130 131
קטן שקידש אישה
ובא עליה אחרי שגדל 169
ושלח לה מתנות אחרי שגדל 170
קשה לזווגם כקריעת ים סוף 114
תקנת השוק במקבל מתנה ע"מ להחזיר, שקידש בה 49
'קים לי'
טענות 'קים לי' סותרות 325
כדעת יחיד - אין אומרים 398
כפוסק שהוא עצמו מסופק 348
כפייה לטעון כך כדי למנוע פגיעה באחר 64
מצבים שבהם אפשר לטעון כך 64 71 120 146 159 254-252 271 296 320 324 332 341 342 349 355 359 385 406
שימוש בטענה זו להפקיע נכס מבעלותו 64
'קנה על מנת להקנות'
בנתינה למי שיתן לאדם שמודר הנאה ממנו 75
בשטר מכר שנכתב ע"ש שליש 46
קניית בעלות בלי הנאה 104
קנוניה
חוזה קנוניה (ראה: חוזה מלאכותי)

משמעות הביטוי 52
קניין
באופן שהמקנה לא יהיה מוכן לתת 105
בעושק (ראה: עושק)
העושה מעשה קניין בלי כוונה לקנות 86
אם התכוון לקנות ע"י פעולה אחרת 86
הצורך בכוונת הקונה לקנות 89 90 104
אם החפץ נמסר לידו 89
במכר רגיל או בזול 90
בקונה גוי 90
הקנאת בעלות בנכס בלי הנאה ממנו 104
במכר או במתנה 104
חוזים שתקפים בלי מעשה קניין 335
אם ברור שרוצה להקנות 90
התחייבות לתת מתנה 335
שכר פועל 335
מעשה קניין יוצר גמירת דעת 335
מעשה קניין מוכיח גמירת דעת 276
מעשה קניין של גוי בלי גמירת דעת 90
משיכה (ראה: משיכה)
קניין חצר
בחוזה כפוי שנמחלה זכות הביטול 134
במקח טעות שהקונה מחל עליה 134
קניין סודר (חליפין)
זכות לחזור כל זמן שעסוקים באותו עניין 102
מטבע אינו נקנה בחליפין 167 188
הקנאת מטבע ומיטלטלין יחד 188
קניין פירות
המוכר ק"פ והלה חשב שקנה הכול 125 126
זכות המוכר לבטל 125 126
קראי
מכירת החמץ שלו 86
קרבן
כפיית החייב בו להביאו 238
של מצורע (ראה: מצורע)
של שותפים שרק אחד מהם חייב בו 80
קריעה
חובת קריעה על מות קרובו 107
בבגד שאול 107
חובת קריעה על ראיית מקום המקדש 106 107
בבגד שאול 107
הפקעתה ע"י הקנאת הבגד - בעיית הערמה 107
הפקעתה ע"י הקנאת הבגד - האם ההקנאה אמתית 106 107
'קרעצמי' (סוג של חזקה) 41

רב
איסור למנותו תמורת כסף 332
שהובטח לו שכר גבוה 333 350 351
במקום שרגילים לשלם הרבה 351
שתדלן לשכנע בני עיר למנות פלוני כרב 332
הבטחת שכר לַשתדלן 328
רבנו תם
הרחקות רבנו תם 262 263
מגמתו בפסיקה - לעודד מסחר 64
רוב
יסודיות של טעות - לפי רוב בני האדם 141
רופא
האם מותר לו ליטול שכר 324 325
המצווה לרפא 330
אינה מוטלת עליו דווקא 325 326 330 343
שהובטח לו שכר גבוה 330
אם אין רופא מובהק כמותו 330
אם רגילים לשלם הרבה לרופא 349 350
תשלום על חכמתו 330 349 350
ריבית
אבק ריבית - אין חובה להשיבו 410
ביטול ההלוואה אם המלווה חשב שריבית מותרת 160-162
אם הלווה מוכן לשלם ריבית 161
אם חשב שאיסור הריבית לא ייאכף 161
בקונה שמצא פגם בחפץ והשתמש בו 410
דרכים לעקוף איסור ריבית 99
בעיית הערמה בהן 99
גמירת דעת הצדדים 99
היתר עסקא (ראה: היתר עסקא)
הערמת ריבית 74
בהערמה - חמורה יותר 100
יכולת המלווה לגבות את הקרן ע"י השטר 224
מחילה בטעות בריבית 166
מחילת הלווה למלווה על חיוב החזרת הריבית לפני ההלוואה 262
מלווה המשביע את הלווה שימחל 262 283
עקיפתה ע"י מכירה חוזרת במחיר גבוה 99 100
אם המחיר הראשוני זול מאוד 99
אם עשה תנאי שימכור חזרה 99
גמירת דעת הצדדים להקנות 99 100
רמאות
עונש עליה 209
רציחה
איום בה (ראה: כפייה)
מי שזרקוהו על תינוק להרגו 239
חובתו למסור נפש 239

שאול המלך
השכר שהבטיח למי שינצח את גלית 324 350 353 356
שאילה
כפייה להשאיל 251
שבועה
בהערמה
במצב של אונס 97
חשש לזלזול עמי הארץ בשבועות 96
הנשבע עקב כפייה 309
ביטול בלבו 322
בכפייה ממונית 260 261 309
הנשבע להשיא את בתו לפלוני, והלה המיר דתו 183
ואח"כ חזר בתשובה 183
הנשבע לתת מתנה, ומסר מודעא שנותן בגלל השבועה 283
הקנאת נכס לאחר כדי לאפשר להישבע
אם גילה דעתו שאינו מתכוון למתנה אמתית 97
אם המקנה נשבע או הקונה 97

מפתח העניינים

בחייב שצריך להישבע שהנכס אינו שלו 96 97
כי אחד חייב מס ולא האחר 96 97
כי האחר אזרח מדינה שאין מחרימים ממנו נכסים 96
חזקה שאדם אינו נשבע לשקר 37
חיוב אלמנה להישבע כשגובה כתובתה 296 297
מחילה על חיוב זה 297
חיוב יורשיו לקיים את שבועתו 322
חילול שבועה בגלל הכרח ממוני 260 261
על ביטול מודעא 252
עשוק שנשבע לקיים את התחייבותו 321 322
פחות מבן כ׳ שמכר ונשבע שלא יחזור בו 371
מחילה בכפייה על חיוב להישבע 305
מלווה המשביע את הלווה שימחל על הריבית 262 283
שניים שנשבעו זה לזה, ועבר אחד על שבועתו 188

שביעית
אוצר בית דין 106
איסור קניית פירות שביעית מעם הארץ 82
בהבלעה עם דבר אחר 82 83
קניית חפץ מע״ה ע״מ שיתן לו פירות שביעית במתנה 82
׳אפקעתא דמלכא׳ 161
באתרוג 82
השווי הנוסף בגלל המצווה - קדוש מדרבנן 82
בזמן הזה - רק מדרבנן 106
בשדה של גוי שהשימושים של יהודי 104
הערמה במכירת קרקע לגוי - שיקולי מדיניות 105 106
המכירה עצמה היא זכר לשביעית 106
לחוס על נכסי ישראל 106
מכירת קרקע לגוי - גמירת דעת להקנות 103-106
במוכר חילוני 105
במכירה ע״י ׳זכין׳ 103
גמירת דעתו של הגוי 104 105
מכירת קרקע של חילוני - הצלתו מאיסור 106
שמיטת כספים (ראה: שמיטת כספים)

שבת
אמירה לגוי לעשות מלאכה בשבת 100
הבלעה בשכר שבת 82
הקונה בשבת בלא יודעין 402
הקנאת בהמה לגוי שיעבוד בה בשבת 100
אם הגוי לוקח אותה מרשות היהודי בשבת 100
בבהמה גסה 100
בסכום פעוט 101
גמירת דעתם של הצדדים 100
הערמה - שיקולי מדיניות להתיר 100
לגוי עני 101
לצורך מצווה 100
השכרת זיכיון גביית מכס לגוי בשבת 100
חילול שבת לפיקוח נפש 267
מצב שרק מוג לב חושב שיש סכנה 267
לקיחת שותף גוי שיפעיל את חנותו בשבת 100
מכירת בית לגוי שיבנה אותו בשבת 100
מכירת זיכיון דייג לגוי בשבת 101
מכירת חנות לגוי שיעבוד בה בשבת 101
מכירת קרקע לגוי שיבנה עליה בשבת 101
מכר שנעשה באיסור שבת 309

שד״ר (שלוחא דרבנן)
מחילה על המינוי להיות שד״ר 258

שד
המבטיח שכר גבוה למשביע שדים 323 333 349

שדכן (ראה גם: שידוך)
אונאה בו 341
האם יש בכך מצווה 331 336 341
שהבטיח שכר גבוה למי שיסייע לו 331
שהובטח לו שכר מופרז 323 331 332 342-340
אם האחר יזם את השכר המופרז 339
אם הוא אדם חשוב שדבריו נשמעים 353
אם הוצרך להשתדל הרבה 331
אם לא הייתה מצוקה 332 340 341
אם עשו קניין 334 336
במקום שנהוג לשלם לו הרבה 320 331 341 348-350
בעיית אונאה 347
בשדכן שאינו מקצועי 341
תשלום על אבדן רווח במקום אחר 331 348 351 353 354
שהקהילה קבעה לו שכר קצוב 331
מינימלי או מכסימלי 332

שואל
שואל שלא מדעת - גזלן 128

שוגג
העובר עברה בשוגג
האם טעון כפרה 401
האם יש עונש - באיסור לאו 401
האם נפשו נפגמת 402
קנס לשוגג אטו מזיד 403

שומר
אם נגנב, ומחל המפקיד, ונמצא הגנב 186 187
מצבים שנוצרת בהם אחריות כשומר
המקבל מתנה שניתנה להבריח מנושה 66
מוכר במקח טעות - על הכסף 400
קונה באונאה - על החפץ 400
קונה במקח טעות - על החפץ 147 400

שותף
חובת השתתפותו בתיקון הנכס המשותף 60
עקיפתה ע״י נתינתו לבנו הקטן 60 64
כפייתו לעשות ׳גוד או אגוד׳ 57
העמדת אפוטרופוס לשותף קטן לעשות כך 57
מניעתה ע״י הקנאה לבן קטן 57
ששינה מהמוסכם בניהול השותפות 189
אם הודיע לשותפו והלה הסכים 189 190

שותפות
חלוקתה בכפייה 243
טעות בחלוקתה
אם הנפגע השתמש בחלקו אחרי שנודע לו 127
טעות בדין 160 161
יצירתה בכפייה 243
פשרה על חלוקתה, בכפייה 301

שטר
אין שטר לחצאין 45
אישה אינה יודעת מה כותבים בו 31
המבטיח שכר בעד חלוקת שטר חוב לשניים 342

שטר (המשך)
המוכר שטר חוב בלי כתיבה ומסירה 164
אם הקונה כבר גבה מהלווה 164 165
הצורך בהסכמת הצד המתחייב 218
הקונה שטר חוב
ואח"כ העני הלווה 176
והתברר שהלווה עני 146
הקונה תעודת משלוח של סחורה 146
הקנאת שטר חוב
ע"י אודיתא 42
ע"י כתיבה ומסירה 42 167
טעות בו (ראה גם: טעות סופר)
בזיהוי נשוא החוזה 221
בפרט לא מהותי 221
בשם של אחד הצדדים 220 221
בתאריך 223-228
סיכום שגוי של הסכומים 220
טעות בשטר קניין (קונסטיטוטיבי) 221-228
אם אינו 'מוכח מתוכו' 221
בסכום החוב 223
בפרט מהותי 222
בפרט שולי 221 222
בשטר הקנאת מקרקעין 221 222
בשמו של הלווה 223
בשמו של הקונה 222
טעות הניכרת לכול 223
תיקונה אם צד אחד מתנגד 222
טעות בשטר ראיה (דקלרטיבי) 219-221
אם אינו 'מוכח מתוכו' 219-221
אם הטעות ניכרת לכול 219-221
צירוף עדות חיצונית 219
טענת כותב השטר, שלא הבין אותו 169
בנוסח שנחלקו בו הפוסקים 169
כתיבת מילים בין השורות 229
כתיבת מילים על גבי מילים מחוקות 229
מי ששטרו נמחק או הולך להימחק 229 231
סמכות בית דין לכתוב שטר חוב
במקום שטר שנמחק 231
במקום שטר שנפרע מקצתו 230
סתירה בין שני שטרות על אותו חוזה 219
קיום חתימות העדים 228
שהושמט ממנו פרט שרגילים לכתוב 223
שטר הקנאת מקרקעין 221
שנכתב על שם מי שאינו הקונה 222
שטר התחייבות שתאריכו מוקדם 225
שטר חוב ישן 389
שטר חוב מאוחר 226
אם לא נכתב שהלווה משעבד נכסים שעתיד לקנות 226
גבייה מהלווה לפי התאריך האמיתי 226 227
שטר חוב מוקדם 224-226
אם העדים ידעו שהתאריך מוקדם 225
גבייה בו מנכסים שביד החייב 225
הוכחה מלשון 'ז"ל' על זמן השטר 221
התקלות העלולות להיגרם 224
כהוכחה לקיום החוב 225
כתיבת שטר חדש בתאריך האמיתי 226
מלווה ששינה את הזמן בזדון או בשוגג 225
פסילתו לעניין גבייה מנכסים מכורים 224 225 228
תיקון התאריך 225 226 228
שטר חוב שנכתב בו סכום גבוה מן האמת 42 43 219
שטר חוב שעשה בחור צעיר 372 423
שטר מכר שתאריכו מוקדם או מאוחר 227 228
אם המוכר ידע שהתאריך מאוחר 227
אם יש בו 'אחריות' 228
בשטר קניין או ראיה 227
התקלות העלולות להיגרם 227
תיקון התאריך 228
שטר מתנה שתאריכו מוקדם או מאוחר 228
אם יש בו 'אחריות' 228
תיקון התאריך 228
ש'מיחזי כשיקרא' 220
שנכתבו בו סכומים סותרים 220
תאריך שנכתב לפי מניין שנים אחר 224
תיקון טעות בו 229-231
בהיעדר אחד הצדדים 230 231
בהסכמת הצדדים 229
בשטר מכר עם אחריות 230 231
בשטר שנעשה בחתימת המתחייב 229
בשטר שנעשה בעדי מסירה או עדי מסירה 229
נגד רצונו של אחד הצדדים 231
ע"י כתיבת שטר חדש 230 231
תקנת השוק בקונה שטר למוכ"ז שנפרע 48 49
שטר אמנה
איסור החזקתו 25 35
איסור עשייתו 25
כדי להציל משלטון נכרי 25
להבריח מנושה - איסור לסייע בעשייתו 70
נאמנות עד האומר שהשטר הוא אמנה 25
על הלוואה פיקטיבית 25 26
נאמנות הצדדים לומר שהוא אמנה 25
על הלוואה שטרם ניתנה 25 49
הקונה את השטר, ולא ניתנה הלוואה 49
על מכר עתידי 26
שטר חצי זכר (שבת תקבל חצי חלק של בן)
בת שמחלה על זכות זו 189
צמצום זכותה ע"י נתינת מתנה מהנכסים 69
שטר פסים
איסור החזקתו 25
על הלוואה פיקטיבית 26
על מכר זמני לשם הברחה 26
על מכר פיקטיבי 26
נאמנות צד למכר לומר שהוא פיקטיבי 26
שידוך (ראה גם: שדכן)
ביטולו בגין טעות בהערכת התפתחות עתידית 178
התחייבות ממונית במסגרת שידוך 258
מחילה עליה 258
שימוש
במה שקיבל צד ע"פ חוזה שבוטל עקב פגם 409-411
שיק (ראה: המחאה)
שיתוף (ראה: שותפות)

שכיב מרע
המודה שנכסיו שייכים לאחר 27
מתנתו (ראה: מתנת שכיב מרע)
שהקדיש את כל נכסיו 67
שמכר את כל נכסיו והבריא 178
שכירות
אונאה בה 345
ביותר משישית ותמה השכירות - השבת ההפרש 397 398
זכות חזרה אחרי זמן רב 386
אם התייקרו דמי השכירות בשוק אחרי ההשכרה 177
אם נמצא פגם בבית והשוכר המשיך לדור בו 128
במשאיל בית וטוען שהקנה לו דבר שאין בו ממש 166
המשכיר בית לאוהבו, ונעשה שונאו 177
השוכר בית והתברר שהיה מושכר לאחר 158
משכיר שחשב ששכירות גבוהה יותר אסורה 162
משכיר ששילם לשוכר תמורת פינוי הבית 411
אם מסר על כך מודעא 411
משתלמת רק בסוף 345
שוכר בית שחשב שיש בו מזוזה 137
שוכר בית שחשב שלא נבדק מחמץ 137
שוכר בית שחשב שנבדק מחמץ 137 139 141
ואחרי פסח נודע שלא נבדק 405
והתנה שהבית יהיה בדוק 137 208
מתוך שהטעה אותו המשכיר 208
שוכר שהבטיח דמי שכירות גבוהים 333 342
אם כבר שילם 359
כי היה במצוקת דיור 326
כי המשכיר סירב למסור לו את הבית 342 359
של קרקע בכסף, במקום שכותבים שטר 103
'שלא יהא חוטא נשכר' (ראה: לא יהא...)
'שלא לנעול דלת בפני לווים'
טעם לבטל מתנה להברחה מנושים 70
שלום
המבטיח שכר למי שיעשה שלום 327
המצווה לעשות שלום בקהילה 327
מוטלת על כולם 327
שליח; שליחות
בקנייה 40
הלוואה ע"י שליח 41
הגדרת הכסף שביד השליח 41 42
חזקה שליח עושה שליחותו 46
יסוד החיוב לשלם למביא בשורה טובה 342
לעשות פעולה פיקטיבית 93
שמכר יותר משהוסמך למכור 157
זכות הקונה לבטל את החוזה 157
שנתמנה בכפייה 252
בשליח לדבר עברה 252
שליש
שטר מכר שנכתב ע"ש שליש 46
שמאי
שהובטח לו שכר גבוה בעד הערכה שקרית 350
שמיטת כספים
בהלוואה לעשר שנים 161
עקיפתה בדרך הערמה 74
תנאי 'על מנת שלא תשמטני בשביעית' 217
אם לא נכתב, במקום שנהוג לכתבו 217
שעבוד
'אחריות טעות סופר' 217 220 223
בשטר חוב דווקא ולא בחוב בעל פה 222
אם יש טעות סופר בשטר 223
השעבוד נוצר ע"י החוב או ע"י השטר 222
זכות קדימה לחוב מוקדם 224
חייב ששעבד מיטלטלין אגב קרקע ונתן מתנה כדי להבריחם מהנושה 69
תקנת השוק בקונה מיטלטלין אלו 48 69
חלותו לפני ההלוואה, בשטר אקנייתא 225
של נכסים שקנה הלווה אחרי ההלוואה 223 226
אם לא נכתב בשטר 223 226
שעבודא דרבי נתן
בהלוואה ע"י שליח 41
שקר
אין אדם משקר בדבר העשוי להתגלות 35
הבטחת שכר גבוה תמורת עדות שקר 350
חזקה שאדם אינו נשבע לשקר 37
שתדלן
הבטחה לשלם למי שישתדל בעבורו 320
אם הבטיח מתוך מצוקה 320
להשיג 'חזקת ישוב' 332
להשיג 'שטר זכר שלם' מאבי משודכתו 332
לפייס שר שהעליל עלילה 332 351
אם הוצרך ללכת רחוק 351
לשכנע בני עיר למנות מישהו כרב 332 337
שהובטח לו שכר מופרז 332 337
אם נהוג לשלם לו הרבה 332 350
על אבדן יכולתו להרוויח בדבר אחר 351
שתיקה
כמחילה מכללא (ראה: מחילה)

תוך כדי דיבור
זכות חזרה ממכר 102
תום לב
ביטול חוזה בגין טעות שאפשר לתקן 152
במשפט העברי 383
בצד לחוזה שמתכוון שיהיה מלאכותי 51
דרישה מוסרית ולא משפטית 113
הזכאי לבטל חוזה, שאישר אותו וחזר בו 383
כלפי צד שלישי 51 52
צד ג' שרכש זכות בתום לב (ראה: תקנת השוק)
תלמיד חכם
התחייבות כלפיו - נדר צדקה 322
חזקת ידיעת הדין בו 170 171
שדרש שכר גבוה על פעולה כי הפסיד לימוד תורה 352
שהובטח לו שכר גבוה ללימוד לעילוי נשמה 350
תנאי
אם יש ו' החיבור בין המעשה לתנאי 76 78
אם עושה התנאי הקפיד עליו ורוצה לחזור בו 385
בנישואין 117
הכוח להגביל דבר ע"י תנאי 116
משפטי התנאים 117
במקום שיש אומדנא שהתכוון לתנאי 117 179

בתנאי לשעבר 142
על מה שכתוב בתורה 132
אם לא ידע על מה הוא מוחל 132
שהתקיים באופן חלקי 182
תנאי מכללא
שאין טעות בחוזה (ראה: טעות)
שהמוצא פגם שכיח בממכר - המכר תקף 173
תערובת
ביטול איסור לכתחילה 403
תפילין
'הנח תפילין ואשלם לך' 322
תפיסה
מחייב שעשה הסדר חובות 308
תקיעת כף
על פשרה בכפייה 306
עשוק שתקע כף על התחייבותו 322
תקיעת שופר
המבטיח שכר גבוה לתוקע 333
אם היה צריך לעבור דרך מקום מסוכן 333
תקנות חכמים (ראה גם: איסור דרבנן)
'אי אפשי בתקנת חכמים' 288
אין מתקנים תקנה למצב שאינו שכיח 49 50 368
המקיים מצווה שלא כפי שתיקנו 160
סמכות לגזור איסור אחרי חתימת התלמוד 92
תקנות ספציפיות
בפחות מבן עשרים שמכר קרקע שירש 367
לפסול גט שכפוהו גויים 292
מכר מיטלטלין בגיל הפעוטות 368
שמועילה עדות בכתב במודעא 275 288
שמכר של חרש במיטלטלין תקף 366-364
תקנות קהל
בנישואין של מי שפחות מבן י"ח 372 420-423
בשטר חוב שעשה בחור צעיר 372 420 423
החזרת נדוניה אם האישה מתה בלי בנים 59
היתר ריבית בדרך מכר 99
למנוע מתנה להבריח מנושים 66 69 70
ביטול המתנה 59
שלא מועילה מודעא על פשרה שעשה רב העיר 278
שמודעא תימסר בפני תלמיד חכם או ב"ד 278
תקנות ה'ארצות' על גובה שכר מתווך 332
תקנת השוק
במקבל מתנה ע"מ להחזיר, שקידש בה אישה 49
בקבלן ששכר קבלן משנה ופשט את הרגל 49
בקונה המחאה שאינה בת פרעון 48
בקונה מיטלטלין ששועבדו לנושה 48 69
בקונה שטר משועבד 49
בקונה על סמך חוזה למראית עין 50-46
בקונה על סמך חוזה שבוטל עקב הפרה 47
בקונה על סמך טעות סופר בחוזה 47
בקונה עקב הטעייה של אדם אחר 47
בקונה קרקע שנרשמה בטאבו ע"ש אחר להברחה 49 50
בקונה רכוש גנוב 47
אם הנכס לא הגיע לחזקת הקונה 48
החזרת הנכס לבעליו תמורת דמיו 48
זכות אובליגטורית 47
מקרקעין 47 48
שטר 49
שטר למוכ"ז 49
שלא במהלך העסקים הרגיל 48
בקונה שטר אמנה, שלא ניתנה עליו הלוואה 49
בקונה שטר למוכ"ז שכבר נפרע 48 49
תרומות ומעשרות
אם גוי גומר מלאכת הפירות עבור יהודי 83
בפירות האילן - מהתורה או מדרבנן 405
בפירות שנמכרו - מהתורה או מדרבנן 394 405
אם הקונה לא ידע שהוא טבל 405
גוי שהפריש תרומות ומעשרות מפירותיו 83
גזרה משום בעלי כיסין 83
הפקעת חיוב ההפרשה
ע"י הכנסת פירות דרך גג 91 92
ע"י מכירת פירות לגוי שיגמור מלאכתם 83
הקונה טבל וחשב שהופרשו תרו"מ 394
תרומת אברים
מידת חסידות לתרום להציל אחר 423
ע"י מי שפחות מבן עשרים 372 420-424
תמורת כסף 372 421
תרופה (למחלה)
המבטיח שכר מופרז תמורתה 329 331 343
אם אינו יכול למצוא בזול בגלל הלחץ 343
במקום שרגילים לשלם הרבה בעדה 350
לחולה שיש בו סכנה 343
המצווה להביא תרופה לחולה 331
מוטלת על משפחתו 331

מפתח המקורות

מקרא

בראשית כא, כד 73
כה, לג 322 358
כה, לד 323
כו, כ 313
שמות ב, כג 352
ג, ח 352
ויקרא ה, כא 313
יט, יג 313
כה, ג-יג 330
כה, יז 197
במדבר כב, יז 323
דברים ב, ט 73
יד, כד 79
כב, ד 340
כד, יד 313
שופטים ח, טז 275
יא, ח 330
יא, י 350
שמואל א׳ יז, כה 353
יז, כו 350
יז, כח-כט 324 356
יונה א, ג 358
זכריה ז, י 313
משלי ג, טו 352
יד, לא 313
כו, כז 46
כט, יט 271
איוב ב, ד 242
יא, יד 25

משנה

שביעית י, ה 224
מעשר שני ד, ד 79
ה 79
נגעים יד, יג 80

תוספתא

שביעית ח, א 106
תרומות א, ב 364-366
שבת יב, י 239
פסחים ב, ו 84 85 89
בבא בתרא ט, א 27

מדרשים

ספרא, פרשת קדושים, אות כט 313

תלמוד ירושלמי

שביעית ה, ג 160 161
י, ג 224
מעשר שני ד, ג 79
ביצה ג, ד 106
יבמות יב, ו 341
כתובות ב, ג 27
גיטין ג, ג 220
קידושין ג, ד 145 146

תלמוד בבלי

שבת פח, א 240 245 274 287 293
קלט, ב 92
עירובין כז, א 82
סח, א 105
פסחים ד, ב 137
ל, ב 187
יומא פא, א 404
סוכה ל, ב 48
לט, א 82
ביצה יז, א 84
כ, א 76
מועד קטן יב, ב 94
חגיגה ב, ב 364
יבמות לט, ב 325
צד, ב 117
צט, ב 363
קו, א 318 319 325
קז, א 117
קי, א 209
קיב, ב 238
כתובות יט, א 25 26
יט, ב 25 35
מז, ב 175
נ, א 184
נא, א 223 260
נא, ב 223
נז, ב 384
סח, ב 55
עב, ב 141

עד, א 117 190 318
עה, ב 129
עו, א 114
עו, ב 399
עז, א 271
עח, ב 29
עט, א 26 27 29 30 32 33 44
פא, א 55
פג, א 166
פו, א 209
פז, ב 43 219
צה, ב 53
צז, א 191 201
קד, ב 220
קט, ב 274
נדרים כג, ב 281
כז, א 322
כח, א 27
לז, א 82
לח, א 358
מג, א 74
מח, א 74-76 78 95
מח, ב 75 104
סוטה ב, א 114
כא, ב 53
מז, א 388
גיטין יג, א 352
יג, ב 145
לו, א 231
לו, ב 106
מ, א 209
מ, א-ב 57
מא, ב 57 245
מד, ב 161
מה, א 169
נג, ב 403
נה, ב 250 253
נח, ב 389
נט, א 364 368
סג, א 169
סג, ב 230
סה, א 79 367 423
עא, א 364
פח, ב 238 292 293
קידושין יא, א 137
יב, ב 181 274
כו, א 43 103 217 221
מב, ב 156 371
מו, ב 159 169
נ, א 27 191 292
נח, ב 280
בבא קמא יד, ב 254
כ, א 328 409
כ, ב 407
כז, א 150
כט, ב 87
מו, א 148
מו, ב 395
נח, א 355
סב, א 249
עט, ב 100
פא, ב 324
צב, א 186
קב, ב 27 38 41
קג, א 27 38
קי, ב 175
קיד, ב 354
קטו, א 318
קטז, א 317-319 346 357
בבא מציעא טו, ב 169
יב, ב 216
יג, א 52 225
יד, א 217 223
כב, א 316
כו, ב 159
ל, ב 354
לט, א 161
מב, ב 147
מה, ב 79 167
מט, ב 197
נ, ב 196
נא, א 193
נו, א 146 210 254 302 345
נו, ב 156
ס, ב 118
סא, א 313
סב, ב 74
סו, ב 163 164 166
עב, א 57 224 261
עו, א 347 351
עו, ב 118
קא, ב 55 209
קו, א 161
קח, א-ב 56
קיא, א 313
בבא בתרא ג, ב 323
ל, א 150
מ, א-ב 274
מ, ב 33 34 261 277 278 282 283 285
מא, א 165
מד, ב 217
מז, א 261
מז, ב 236 248 257 272
מח, א 237 240 248 292
מח, א-ב 237
מח, ב 237 245 268 274 287
נא, א 43
נא, ב 37
סג, א 58
סה, א 243
עא, א 222
עח, א 345 346
פג, ב 125 126 134 135 137 211
פד, א 195

צ, א 156
צב, א 148 150
צב, ב 395
צח, א 176
ק, ב 367
קלא, ב 34 64
קלב, א 187 201
קלג, ב 66 69 74 184
קלד, א 78 184
קלו, ב 29
קלז, ב 53
קמב, ב 165
קמו, ב 180 192 201 398 407
קמח, ב 67
קמט 29
קמט, א 369
קנא, א 27 29 44
קנד, ב 26 27
קנה, א 367
קנה, ב 369
קנו, א 367 368
קנז, א 226
קנז, ב 226
קנט, ב 150
קס, ב 229
קסא, ב 229
קסה, ב 220
קסח, א 229
קעא, א 231
קעא, ב 227
קעג, ב 53
קעד, ב 52 53 138
קעה, א 217
סנהדרין ו, א 304
כד, ב 166
לב, ב 302
מח, א 184
קט, ב 317
מכות ג, ב 161
שבועות לא, א 333
מב, ב 52
מו, א 235 271 272
עבודה זרה ט, ב 224
כ, א 95
כד, א 107
סג, א 317 318
מנחות סז, א 83 91
סט, א 156
עז, א 156
חולין נא, א 173 399
ס, ב 73
פג, א 123
בכורות ג, ב 81 82
לא, ב 82
לז, א 405
נא, א 159
נט, ב 162
ערכין כא, א 238 292
כא, ב 274
כב, א 66
כג, א 52 53
כג, ב 53 54
כט, ב 161
ל, א 169
תמורה כט, א 332
מעילה כא, א 27
נדה ע, א 80

גאונים

רב האי גאון, ס׳ המקח והממכר
שער ג, הדרך החמישי 367
שער כג 137
שער לא 272
שער לה 157
רב האי גאון
ברי״ף, בבא מציעא ל ע״ב, בדפי הרי״ף 130
בס׳ התרומות, שער נא, חלק ו, אות ט 145
ברא״ש, גיטין, פרק ט, סי׳ ד 222
בבא מציעא, פרק ט, סי׳ כה 56
בשו״ת הרדב״ז, סי׳ אלף רו (קלו 386
רב חפני, בס׳ העיטור, מאמר שני, קניין, דף יב ע״א
במהד׳ רמ״י 39
רב יוסף גאון
בהלכות פסוקות מן הגאונים, סי׳ קכז 100
תשובות גאוני מזרח ומערב
סי׳ קי 95
סי׳ קסג 199
סי׳ קצה 199
תשובות הגאונים שערי צדק, חלק ד
שער ד, סי׳ ג 53 58
שער ו, סי׳ ד 119
תשובות הגאונים (הרכבי), סי׳ שמב 169 170
גאונים, ברמב״ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה
יג 262

ראשונים

ר׳ אברהם אב ב״ד
בחידושי הרשב״א, בבא בתרא קלג ע״ב 74
ר׳ אברהם בן הרמב״ם, שו״ת, סי׳ צז 41
סי׳ צח 284
ר׳ אברהם מן ההר, על נדרים, מח ע״א 78
מח ע״ב 75
ס׳ האגודה, בבא קמא, סי׳ קמ 331
אור זרוע
חלק א, סי׳ תריא 139
סי׳ תרעג 325
בבא קמא, סי׳ שנט-שס 44
סי׳ שסא 63
סי׳ שסב 29 63
סי׳ תנו 355
סי׳ תנז 331 332 357
בבא מציעא, סי׳ עא 147
בבא בתרא, סי׳ קפ 28
סנהדרין, סי׳ ע 164

אורחות חיים (מלוניל), חלק ב
סי׳ ז, אות יח 43
אות כג 32
סי׳ מב 126 132 141 147 385 396 401 405 408
ר׳ אליהו
בחידושי הריטב״א, מכות ג ע״ב 161
בתוספות, כתובות נח ע״א (ד״ה הנהו) 119
בתוספות, קידושין יא ע״א (ד״ה הנהו) 119
ר׳ אליקים, בשו״ת הרא״ש, כלל א, סי׳ ח 369
רבנו אפרים, בהגהות מיימוניות, הלכות מכירה, פרק י,
אות ב 279
בחידושי הרמב״ן, חולין נא ע״א 173 174
בית הבחירה (המאירי)
פסחים ד ע״א 94
ד ע״ב 208
ו ע״א 95
לא ע״ב 36
ראש השנה ב ע״א 225
יבמות קו ע״א 318 319 323 331
כתובות יט ע״א 26
יט ע״ב 26
נדרים מח ע״א 75 76
גיטין מה ע״א 171
נט ע״א 364
פח ע״ב 293
קידושין מב ע״ב 156
מט ע״ב 32 36
בבא קמא מו ע״א 148
קב ע״ב 39
קטז ע״א 355 359
בבא בתרא מ ע״ב 34 241 246 247 279 281 284
מז ע״ב 241
מח ע״ב 241
קלג ע״ב 184
קלד ע״א 76 78
קמו ע״ב 36
קנד ע״ב 26
קנה ע״ב 368-370 373
סנהדרין ו ע״א 199
בעלי התוספות, תשובות, סי׳ קכד 331 357
ר׳ ברוך ממגנצא, במרדכי, בבא קמא, סי׳ קעב 349
רבנו גרשום, פירוש לתלמוד
בבא בתרא קלד ע״א 78
קנד ע״ב 26
קנז ע״ב 226
בכורות לז ע״א 396
רבנו גרשום, שו״ת
סי׳ נו 369
סי׳ עב 197
רבנו דוד, חידושים, פסחים ד ע״א 94
ה׳ [הידיעה] (ראה בלי ה)
הגהות אשרי, על הרא״ש
כתובות, פרק ח, סי׳ ב 32
בבא מציעא, פרק ב, סי׳ ט 147
פרק ה, סי׳ לב 163
פרק ט, סי׳ כו 43
בבא בתרא, פרק ג, סי׳ לב 297
פרק ט, סי׳ יח 28
פרק ט, סי׳ לז 225
הגהות מיימוניות, על הרמב״ם
הלכות מכירה, פרק י, הלכה א, אות א 249
אות ב 279
הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב, אות ח 63
הלכות שכירות, פרק ט, הלכה ח, אות ל 323
הלכות מלווה ולווה, פרק כג, הלכה ה, אות ה 25
דפוס קושטא, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה
ו 331 333 348
הגהות מרדכי
כתובות, סי׳ רצב 152 386
גיטין, סי׳ תסז 264
קידושין, סי׳ תקמד 320 321 349
בבא מציעא, סי׳ תנ 39
סי׳ תנו 349
הלכות ומנהגי מהר״ש, סי׳ קמב 187
ס׳ ההשלמה, בבא בתרא, פרק ו, סי׳ א 148
זיכרון יהודה, שו״ת
סי׳ עג 261 276 277 280 283 298
סי׳ פ 251 260
סי׳ פא 31 32 284
חוקות הדיינים, סי׳ רג 130
חזה התנופה, סי׳ יז 35
רבנו חזקיה
במרדכי, בבא קמא, סי׳ קעד 323 326 349
חידושי... (ראה לפי שם המחבר)
ר׳ חיים אור זרוע (ראה: מהר״ח)
ס׳ החינוך, מצווה שלז 195 197 348
מצווה תקפ 53
ס׳ החכמה, בשו״ת מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג, דפוס
פראג, סי׳ תצח 331
רבנו חננאל, בתוספות רי״ד, קידושין מט ע״ב 32
בתוספות, בבא בתרא קנא ע״א, ד״ה גליא 44
בחידושי הרשב״א, בבא בתרא מ ע״ב 256 260
272 284
ברשב״ם, בבא בתרא מז ע״ב, ד״ה אית דגרס 250
ר׳ חסדאי בן הר׳ יהודה בר׳ חסדאי
בזיכרון יהודה, סי׳ עג 277 280 283
ס׳ חסידים, סי׳ שטז 317
סי׳ תקלב 348
טור
או״ח, תמח 85
יו״ד, טז 124
שכ 123
שלו 330 331 350
אהע״ז, עז 182
צ 29 33-31 45
צו 43
קיח 290
קכו 222
קכו-קכט 220
קלד 293
קסט 323 349
חו״מ, כה, ז 199
מב, ח 220
מג, ו 225
מג, ט 226
מט, ט 220

מט, י 220
ס, ז 48
ס, יז 41
ס, יח 42
סו, יז 165
פד, ד-ה 42 43
צט, ח 41
קג 397
קכו, יג 145
קנד, לח 169
קנה, סא 186
קעה, מה 56
רב, יב 279
רה, א 250 254 300
רה, ד 261
רה, ו 255 258
רה, טו 279
רכז, ז 195
רכז, נב 160
רל, ה 191
רלב, ג 156
רלב, ד 125 126
רלב, ה 154
רלב, ז 133 134
רלב, י 173
רלב, טו 147
רלב, כ 145 400 412
רלג, א 134 135
רלה, יג 369
רלה, יט 364
רלט, ב 227
רמב, א 250
רמב, ב 282
רמב, ט 260 284
רמו, ג 180 181
רמו, יז 409
רנ, ב 180
רנג, יע 193
רסא, א 120
רעב, א 340
רעד, יב 324
שלג, ד 342
יד רמה, על בבא בתרא
פרק א, סי׳ קעג 57
פרק ג, סי׳ קח 298
סי׳ קיב 33
סי׳ קפה 275 276 278
פרק ו, סי׳ י 148
סי׳ סב 145 412
פרק ח, סי׳ קס 75 78 184
פרק ט, סי׳ עח 181
סי׳ קלז 26 27
סי׳ קמד 370
סי׳ קמז 367
סי׳ קמח 369
ר׳ יהודה, בסמ״ג, עשה עד 323 333 349
רבנו יונה (ראה גם: עליות דרבנו יונה)
בנימוקי יוסף, בבא בתרא כא ע״א, בדפי
הרי״ף 252 253 297
ר׳ יונתן מלוניל, בבא קמא קטז ע״א 353
ר׳ יונתן מלוניל
בשיטה מקובצת, בבא קמא קב ע״ב 40
קטז ע״א 323 324 339 347 351 355 359
ר׳ יעקב בן הרא״ש (ראה גם: טור)
בזיכרון יהודה, סי׳ עג 280 298
ר׳ יצחק אלברגלוני (ברצלוני) = ר׳ יצחק בר ראובן =
ר״י בר ברזילי (ראה גם: ס׳ השטרות)
בחידושי הר״ן, בבא בתרא קלג ע״ב 74 77
בחידושי הרשב״א, בבא בתרא קלג ע״ב 74
בשו״ת מהרי״ק, שורש קפה 252 253 290
ר׳ יצחק בר אברהם (ראה: ריב״א)
ס׳ יראים (השלם), מצווה ז 28 29 102
ר׳ ישעיה (ראה גם: רי״ד)
בטור, חו״מ, סי׳ מב, סעיף ח 220
כפתור ופרח, פרק ד 83
המאור הגדול, בבא בתרא (בדפי הרי״ף)
מא ע״ב 195 385
עב ע״ב 367 369 370
מגיד משנה, על הרמב״ם
הלכות חמץ ומצה, ב, יח 208
הלכות אישות, א, ד 406
ד, א 250 287
הלכות גזלה ואבדה, א, ט 286
יב, ז 330 331
הלכות מכירה, יב, ב 197
יב, ד 195
יב, ו 388
טו, ג 114 119
טו, ו 132 133
טז, ג 411
טז, ד 402
טז, יד 405
יז, א 135
כב, ג 164
כח, ה 157
כט, ב 364
כט, יז 373
הלכות זכייה ומתנה, ה, א 33 34
ו, יב 31 44 63
ו, כד 411
הלכות שכנים, יב, יד 41
הלכות מלווה ולווה, כג, ב 226
מהר״ח אור זרוע, שו״ת
סי׳ ג 338
סי׳ קכו 241
סי׳ קנד 63 64
מהר״ח אור זרוע
בתשובות בעלי התוספות, סי׳ קכד 331 357
מהר״י בי רב, שו״ת, סי׳ מ 241 243 246
מהרי״ח, בהגהות אשרי, בבא מציעא, פרק ה, סי׳
לב 163
מהרי״ל, שו״ת החדשות, סי׳ קצו 160

מהרי״ל, שו״ת, סי׳ פח 69
ס׳ מהרי״ל, ליקוטי מהר״ש, סי׳ פט 187
מהרי״ק, שו״ת
שורש י, ענף ז 279
שורש כ 159
שורש כ, ענף ג 308
שורש כב 25 37 42 65
שורש כט 209 263
שורש סג 267 273
שורש קא 178
שורש קב 263
שורש קיא 198 211
שורש קיח 297
שורש קיח, ענף י 244 250 261
שורש קכט 187
שורש קלג 261 262
שורש קלג, ענף ב 351
שורש קלה 263
שורש קסו 261 262 278
שורש קעו 290
שורש קפה 252 271 273 284 290 297 298 417 418
שורש קפו 296
מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג, שו״ת, דפוס לבוב
סי׳ שח 340 348 355 356
מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג, שו״ת, דפוס פראג
סי׳ ל 358 360
סי׳ פ 63
סי׳ רפה 180
סי׳ תצח 323 331 333 334 336 339-342 348 349 354
סי׳ תקצה 250 271 273
סי׳ תקצו 369
סי׳ תשו 349
סי׳ תשך 341
סי׳ תתמז 369
סמן תתקמב 117
סי׳ תתקנב 348
מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג, שו״ת, דפוס קרימונה
סי׳ קכג 348
סי׳ שטו 179
מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג, שערי תשובות
שער ג, סי׳ שעב 347
מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג (ראה גם: תשובות מיימוניות)
בזיכרון יהודה, סי׳ עג 280
במרדכי, יבמות, סי׳ כט 178
במרדכי, בבא בתרא, סי׳ תרמח 58 69
סי׳ תרמט 30 40 66
בשיטה מקובצת, בבא בתרא מ ע״ב 280
מהר״ם מינץ, שו״ת, סי׳ עד 331
מהר״ם מירזבורק, נימוקים (בסוף שו״ת מהר״י וייל)
עמ׳ קסט 71
מישרים
נתיב ט, חלק א 31
חלק ג 196
נתיב יא, חלק ו 130 152
נתיב טו, חלק א 45 184
נתיב טו, חלק ג 32 45 65
נתיב יח 248 275
נתיב כ, חלק ד 340
נתיב כח, חלק א 40
מלחמות ה׳ (בדפי הרי״ף)
בבא בתרא מא ע״ב 385
בבא בתרא עב ע״ב 369
ס׳ המנוחה, על הרמב״ם
הלכות חמץ ומצה, פרק ב, הלכה יח 137
מרדכי
ביצה, סי׳ תרעז 95
יבמות, סי׳ כד-כה 358
סי׳ כט 178
כתובות, סי׳ קעו 175
סי׳ רח 30 32 63
סי׳ רנד 28 32
גיטין, סי׳ שצד 253
סי׳ שצה 250 252 253 271 273
סי׳ ת 369
בבא קמא, סי׳ קעב 331 333 348 349 353
סי׳ קעד 323 349 355
בבא מציעא, סי׳ רנח 147
סי׳ רצא 145
סי׳ שכד 166
בבא בתרא, סי׳ תצג 179
סי׳ תרטו 180
סי׳ תרלד 369
סי׳ תרלה 370
סי׳ תרמח 54 58
סי׳ תרמט 30 40 66
סנהדרין, סי׳ תשד 321 323 357 360
נימוקי יוסף, על הרי״ף (בדפי הרי״ף)
פסחים ו ע״א (בדפי הגמרא) 95
יבמות לד ע״ב 319
נדרים טז ע״א 78-75
בבא קמא מב ע״א 353
בבא מציעא טז ע״ב 351
לז ע״ב 164
לח ע״א 160
מב ע״ב 225
מט ע״ב 114
סח ע״ב 199
בבא בתרא כ ע״א 275
כא ע״א 252 253 272 279 281 282 297
כו ע״ב 254
מא ע״ב 135 137 138 211
מו ע״א 148 399
מו ע״ב 402 403
מט ע״ב 156 158
נ ע״ב 118
נא ע״א 158
סב ע״ב 125
סד ע״ב 185
עב ע״ב 367 369 370
עג ע״א 370
עג ע״ב 368 370 372 373

עה ע"ב 229
סנהדרין טו ע"א 184
סמ"ג
לא תעשה עה 100
לא תעשה פא 31 63
לא תעשה קע 141 156
לא תעשה רמב 77
עשה עד 323 333 349 350
עשה פב 369
ספר... (ראה לפי שם הספר)
ר' עובדיה מברטנורא, פירוש המשנה
בכורות, פרק ד, משנה ו 324
פרק ה, משנה ו 402
ס' העיטור (לפי מהד' רמ"י)
מאמר שני, קניין, דף יב ע"א 39
כתובות, דף לד ע"ד 184
מודעא, דף מ ע"ב 255 280
דף מ ע"ג 252
דף מא ע"א 241 246 247 287
מכירת קרקעות, דף סד ע"א 370
המחאה, דף עג ע"ג 146
פשרה, דף עה ע"ב 198
שער שני, הלכות שחיטה, דף לה ע"ג 173
שער החדש, בלוח הטעות וההשמטות, חלק ב, דף פ ע"ב 39 40
עליות דרבנו יונה, על בבא בתרא
מ ע"ב 272 273 282
מח ע"א 254 299 302
מט ע"א 254
פג ע"ב 137 138
פד ע"א 131 137 138 195
צח ע"א 191
ס' הערוך
ערך פסים 26
ערך קנוניא 52
הערוך השלם
ערך עשק 313
ערך קנוניא 52
פסקי תוספות, בבא בתרא, סי' שמג 225
רבנו פרץ, תוספות לתלמוד
בבא קמא קב ע"ב 39
בבא מציעא סז ע"א 164
צרור הכסף
הקצר, דרך א, שער י, אות א 63
דרך ב, שער ד, אות ו 330 331
דרך ד, שער ד, אות א 130
אות ב 126 141
הארוך, דרך ד, שער ד, אות א 130
אות ב 126 141
רבנו קרשקש, חידושים, גיטין מה ע"א 170 171
מה ע"ב 31
ר'... (ראה לפי שמו)
ראב"ד, השגות על הרמב"ם
הלכות ברכות, א, יט 408
הלכות אישות, ד, א 249
הלכות מעשר, א, ט 405
הלכות איסורי מזבח, א, ג 159
הלכות גזלה ואבדה, א, ט 249
ט, טז 249
הלכות מכירה, י, א 244
טו, א 156 158
הלכות זכייה ומתנה, ה, א 33
ו, כד 411
ראב"ד, חידושים, בבא קמא קב ע"ב 38
ראב"ד (ראה גם: תמים דעים)
בשיטה מקובצת, בבא מציעא נז ע"א 131
בבית הבחירה, גיטין נט ע"א 364
בחידושי הרמב"ן, בבא בתרא עז ע"א 217
בנימוקי יוסף, בבא מציעא לח ע"א (בדפי הרי"ף) 160
בס' התרומות, שער כח, חלק א, אות ג 146
בשו"ת הרשב"א, חלק ב, סי' רמז 369
בתשב"ץ, חלק ג, סי' רנא 368
ראב"ן, נדרים מג 76
ראבי"ה, בשו"ת מהרי"ק, שורש קפה 271 274
בשו"ת מהרש"ל, סי' סה 369 370
רא"ה, חידושים, כתובות
ב ע"א 176
נד ע"א 184
עט ע"א 32-30 45-43 63
רא"ה, בחידושי הריטב"א, בבא בתרא קנו ע"א 369
במגיד משנה, הלכות חמץ ומצה, פרק ב, הלכה יח 208
רא"ש, פסקים על התלמוד
יבמות, פרק יב
סי' טו 318 319 321 340 341 349
סי' טז 350-348
כתובות, פרק א, סי' ד 239
פרק ח, סי' ב 31 32 37 43 45
סי' ג 66-63 105
פרק ט, סי' כא 31
פרק יא, סי' ט 32 191
סי' טו 157
גיטין, פרק ד, סי' ו 250 282
פרק ה, סי' טז 244 246
פרק ט, סי' ד 222
קידושין, פרק א, סי' כ 169
פרק ב, סי' טז 192
סי' לא 211 395
בבא קמא, פרק ו, סי' ו 329
פרק ט, סי' יח 39
פרק י, סי' טז 355
בבא מציעא, פרק ב, סי' כח 340 353 355 356
פרק ד, סי' טו 197
סי' כ 196 348
פרק ה, סי' לב 164 165
פרק ט, סי' ז 356
סי' כה 56
סי' מג 186 199
בבא בתרא, פרק ג, סי' נ 249
סי' נא 250 252
פרק ה, סי' יד 131 195
פרק ו, סי' ב 148
פרק ז, סי' א 158

פרק ח, סי׳ לח 76
פרק ט, סי׳ כו 29
סי׳ ל 44
סי׳ לג 368-370
מכות, פרק א, סי׳ ג 161
עבודה זרה, פרק ה, סי׳ ב 335
חולין, פרק ג, סי׳ לד 173 174
פרק ה, סי׳ ו 123 124
בכורות, פרק ה, סי׳ יב 404
הלכות ספר תורה, סי׳ ג 89
רא״ש, שו״ת
כלל א, סי׳ ח 369
כלל ט, סי׳ א 65 96 97
סי׳ ג 71
כלל לד, סי׳ א 32 178
כלל לח, סי׳ ז 252 290 291
כלל מה, סי׳ ז 171
כלל נה, סי׳ ט 59
כלל סד, סי׳ ג 321 332-337 341 351 357 358
כלל סח, סי׳ כג 32
סי׳ לא 220 230
סי׳ לב 217 220 230
כלל סט, סי׳ ו 163 166 168 169
כלל עב, סי׳ א 165 166
סי׳ ה 297-299 305
סי׳ ו 250
כלל עח, סי׳ א 40 59 63 66 69 70 209
סי׳ ב 35 66 69
סי׳ ג 29 35 40 67 68 209
כלל עט, סי׳ ד 48
כלל פא, סי׳ א 32
כלל פד, סי׳ ד 32
כלל צו, סי׳ ב 42
סי׳ ג 39 40
סי׳ ד 39 40
סי׳ ה 39 40
סי׳ ו 153 154-157
כלל צח, סי׳ ה 160
כלל קב, סי׳ ד 117 346
סי׳ ז 129
כלל קד, סי׳ ב 342
כלל קה 348
סי׳ א 331 340
רא״ש, תוספות לתלמוד
בבא מציעא סו ע״ב 164
קיב ע״א 186 199
רא״ש, בשיטה מקובצת, בבא קמא קב ע״ב 39 40
קה ע״א 186
קי ע״ב 176 177
בבא בתרא קלג ע״ב 184
ר״י, במרדכי, בבא קמא, סי׳ קעב 349
במרדכי, סנהדרין, סי׳ תרעט 199
בתוספות, בבא בתרא מח ע״א (ד״ה אילימא) 246
ר״י בר שמואל, בשו״ת הרא״ש, כלל א, סי׳ ח 369
ר״י מיגאש, חידושים, בבא בתרא
מ ע״ב 260 284
מז ע״ב 257
מח ע״א 257
צ ע״א 157
קנא ע״א 31 44
קנד ע״ב 26
ר״י מיגאש, שו״ת, סי׳ מב 78
סי׳ נא 152 154-158 386
סי׳ קכב 272 273
סי׳ קכח 397 398
סי׳ קלו 124 384 394
סי׳ קנא 367 370 371
ר״י מיגאש, בזיכרון יהודה, סי׳ עג 298
בחידושי הריטב״א, בבא בתרא קנו ע״א 370
ריא״ז, פסקים על התלמוד
כתובות, פרק ב, הלכה ב, אות יא 25
פרק ח, הלכה א, אות ג 32 45
פרק יא, הלכה א, אות כה 28 29 36 37 242 283
נדרים, פרק ד, הלכה ו, אות ד 75 76
בבא קמא, פרק י, הלכה ה, סי׳ ד 355
ריב״א, ברא״ש, מכות, פרק א, סי׳ ג 161
בתשובות מיימוניות, ס׳ קניין, סי׳ כה 29 64
בכסף משנה, הלכות תרומות, פרק א, הלכה יא 83
ריב״ם, באור זרוע, בבא בתרא, סי׳ קפ 28 29
בהגהות אשרי, בבא בתרא, פרק ג, סי׳ לב 297
בתוספות, בבא מציעא נ ע״ב, ד״ה ואילו 195
ריב״ש, שו״ת
סי׳ ב 30 63 71 79 96 97
סי׳ כ 367 369 370
סי׳ קכז 254 263 264 285
סי׳ קמא-קמה 34
סי׳ קמב 30 32 63
סי׳ קמח 306
סי׳ קעה 166 262
סי׳ קצג 28
סי׳ קצה 28
סי׳ רכח 272 273 278
סי׳ רלב 278 280 284
סי׳ רנ 39 40
סי׳ רסד 225
סי׳ רצ 249 389
סי׳ שא 184
סי׳ שד 219
סי׳ שלה 164-166 168
סי׳ שמא 165
סי׳ שעא 369 373
סי׳ שפב 217 225
סי׳ שצה 252
סי׳ שצט 209
סי׳ תג 128 209
סי׳ תסח 371-369
סי׳ תסט 369
סי׳ תעו 318 321 330
סי׳ תפ 169
סי׳ תצט 405
רי״ד, פסקים על התלמוד
כתובות עח ע״ב 31 37
נדרים מח ע״א 77-75
רי״ד, שו״ת
סי׳ כב 292
סי׳ עט 241

סי׳ צג 251 279
רי״ד, תוספות לתלמוד
כתובות יט ע״ב, ד״ה אמר 25
קידושין מט ע״ב 28 32
נ ע״א 28
בבא בתרא מ ע״ב 243
ריטב״א, חידושים לתלמוד
פסחים ד ע״ב 208
כא ע״א 95
יבמות קו ע״א 318 323 330 331
כתובות נח ע״ב 101
עה ע״א 119
עח ע״ב 31 32
עט ע״א 26 29 63
עט ע״א, והערה 55 45
פז ע״ב 43
נדרים מח ע״א 75-78
קידושין ו ע״ב 76
ח ע״א 323 330 331 346 359
יז ע״א 178
מב ע״ב 156
מט ע״ב 28 192
נ ע״א 29 31 102 104 334
נו ע״ב 395
נח ע״ב 162
בבא מציעא (החדשים)
יד ע״א 217
לא ע״ב 359
נ ע״ב 126 127 129 410
נו ע״ב 320 345 348
סא ע״א 262 283
סו ע״ב 164
סז ע״א 160
עב ע״א 57 224
בבא מציעא (הישנים)
נ ע״ב 130
עב ע״א 57
עה ע״ב 340
צו ע״ב 178
בבא בתרא מ ע״ב 34 282 283
מא ע״א 199
מח ע״א 254
קו ע״א 118
קלג ע״ב 74 77
קלו ע״א 125
קלט ע״א 185
קנא ע״א 45
קנד ע״ב 26
קנה ע״א 367-369
קנו ע״א 368-370 372
מכות ג ע״ב 161
עבודה זרה סג ע״א 161
ריטב״א, שו״ת
סי׳ י 32 63
סי׳ נ 219
סי׳ קכ 167
סי׳ קנא 219
ריטב״א, בנימוקי יוסף, בבא בתרא מו ע״א (בדפי הרי״ף) 399
בנימוקי יוסף, בבא בתרא נא ע״א (בדפי הרי״ף) 158
בשערי תורה, קובץ א (תמוז תשי״ט), עמ׳ לג 36
רי״ף, על התלמוד (בדפי הרי״ף)
יבמות יג ע״א 325
גיטין כז ע״א 244
בבא בתרא כו ע״א 249
כו ע״ב 245
מו ע״א 411
ע ע״א 29
עג ע״א 367 369 370
בבא מציעא ל ע״ב 130 386 387
מב ע״ב 225
נט ע״א 55
רי״ף, שו״ת
סי׳ קד 198
סי׳ קכט 41
סי׳ קנג 130 141 386 409
סי׳ קעג 309
סי׳ רסה 41
סי׳ רפה 298 304
רי״ף, במישרים, נתיב טו, חלק ג 65
ריקנטי, ר׳ מנחם, פסקי הלכות
סי׳ נה 179
סי׳ תצה 331
סי׳ תקסב 349
ר״מ מסרקסטה
בשיטה מקובצת, בבא קמא קטז ע״א 351
רמב״ם, משנה תורה
הלכות ברכות, א, יט 408
הלכות שבת, יא, יד 239
הלכות יום טוב, ו, ט 84
הלכות חמץ ומצה, ב, יח 137
הלכות אישות, ב, כו 364
ד, א 247
ז, ו 141
טז, י 55
טז, יג 55
טז, יז 43
יז, ט 53
יז, י 53 54
כ, הלכות א-ג 55
כ, יג 55
כב, ט 32 44
כב, יא 55
כב, כט 37
כד, ד 114
כה, ו 114
הלכות גירושין, א, יג 220
ב, ח 230
ב, כ 98 238 292 293
ו, יט 283
ו, כ 279
הלכות מאכלות אסורות, ח, טז-יז 404
ח, יח 405

רמב״ם, משנה תורה (המשך)
הלכות נדרים, ז, טו 78-76 85
הלכות מתנות עניים, י, ז 162
הלכות תרומות, א, יא 83
ד, טו 83
הלכות מעשר, ב, ב 405
הלכות מעשר שני, ה, ח 80
הלכות שמיטה ויובל, ח, יא 82
ט, ט 161
יא, יא 161
הלכות איסורי מזבח, א, ג 159
הלכות פרה אדומה, א, ז 107
הלכות גנבה, ז, ה 196
הלכות גזלה ואבדה, א, ד 313
ט, יד-טז 237 248
י, א 389
יא, יא 120
יב, ה 318
יב, ו 318 342
יב, ז 317 352 353
יח, א 223
הלכות מכירה, א, ז 221
א, טז 373
ז, ד 373
י, א 241 245-243 250 254 275 276 278 388
י, ב 266 276 277
י, ג 242 243 251 283-278 285 302-295
י, ד 255 261 272 273
י, ה 237 248
יא, ד 190
יא, ח 191 201
יא, טו 322
יא, טז 133
יב, א 193
יב, ב 196 197
יב, ג 196
יב, ד 195 196
יב, ה 197
יב, ו 198
יב, ז 387
יג, ג-ד 133
טו, א 157 158 385
טו, ב 385
טו, ג 114 120 126 129 385 387
טו, ד 128 131 155
טו, ה 139 141 174
טו, ו 132 134
טו, יא 132
טו, יב 137
טז, א 399
טז, ג 396 400
טז, ד 400
טז, ה 148 149
טז, ו 173 399
טז, ז 396
טז, ח 409
טז, יא 147
טז, יד 401 403 405 408 409
יז, א 125 137
יז, ב 134 135
יח, א 115
יט, ג 217 223
כ, טו 173
כא, כא 150
כב, י 165
כט, א 365
כט, ב 364 365
כט, יב 369 370 372 421
כט, יג 367 370 421 424
כט, יד 368
כט, יז 373 411
הלכות זכייה ומתנה, ג, א 221
ה, א 33 34
ו, א 31 201
ו, ד 34
ו, יב 29 32 44
ו, יג 45-43 409 410
ו, כ 169
ח, ז 193
ט, יט 67
הלכות שכנים, ז, ח 328
יג, ה 56
הלכות שלוחין ושותפין, ב, ה 38
הלכות עבדים, ז, ח 57
הלכות שכירות, ט, ד 359
הלכות מלווה ולווה, א, ב 387
ב, ב 71
ד, יג 262
יד, ה 26
יח, ג 223
כג, א 225
כג, ב 226
כג, ז 227
כג, יב 229
כז, ח 229
הלכות סנהדרין, ו, ה 199
הלכות ממרים, א, ב 405 408
הלכות עדות, ג, ד 219
ט, יא 363
רמב״ם, פירוש המשנה
נדרים, פרק ה, משנה ה 76 77
קידושין, פרק א, משנה ה 217
תמורה, פרק ה, משנה א 52
רמב״ם, שו״ת (מהד׳ בלאו)
סי׳ טז 284
סי׳ קצו 292
סי׳ רעה 126 141
סי׳ שעד 58 69
סי׳ שפה 252
סי׳ תז 304
רמב״ן, השגות על ס׳ המצוות לרמב״ם
שורש ב 219
רמב״ן, חידושים לתלמוד
יבמות לט ע״ב 325
קו ע״א 318 319 321 323 330 331 350

כתובות עח ע"ב 31 32
גיטין נא ע"א 170
בבא מציעא ו ע"א 170
סו ע"ב, והערה 296 164
עב ע"א 225 226
בבא בתרא לט ע"ב 278
מ ע"ב 248 275 277 281
מא ע"א 165
מח ע"א 240 246 293
עז ע"א 217
קג ע"ב 157
קלג ע"ב 75 184
קלד ע"א 76
חולין נא ע"א 173 174
פג ע"א 123
רמב"ן, פירוש לתורה
ויקרא א, ד 401 402
ויקרא כה, יד 196
רמב"ן, פסקים, נדרים טז ע"א (בדפי הרי"ף) 75
רמב"ן, שו"ת, סי' ז 164 165
רמב"ן (ראה גם: מלחמות ה'; תורת האדם)
בס' התרומות, שער נא, חלק ו, אות ט 146 211
בטור, חו"מ, סי' רמו, סעיף ג 181
רמ"ה (ראה גם: יד רמה)
בטור, אהע"ז, סי' צ 32
חו"מ, סי' רה, סעיף טו 279
חו"מ, סי' רעד, סעיף יב 324 325
בנימוקי יוסף, בבא מציעא מט ע"ב (בדפי הרי"ף) 114
בשיטה מקובצת, בבא קמא קב ע"ב 39 40
קטז ע"א 323 324 349 352 353 355 358
רמ"ך, בשיטה מקובצת, בבא מציעא נח ע"ב 347
סה ע"א 160 161
עב ע"א 57
קא ע"ב 55
ר"ן על הרי"ף (בדפי הרי"ף)
פסחים א ע"א 87 91 208
כתובות ו ע"א 25
לג ע"א 141
לג ע"ב 130 131 125 385
לז ע"ב 31 32 63
מב ע"א 185
גיטין י ע"ב 188
כז ע"א 389
קידושין יז ע"ב 157 158
כ ע"ב 28 32
חולין יד ע"א 173
כח ע"א 123
ר"ן, חידושים לתלמוד
גיטין מו ע"ב 142
בבא מציעא יד ע"א 217
קד ע"א 177
בבא בתרא מ ע"ב 281 283
מח ע"א 240
מח ע"ב 254
פג ע"ב 195
קג ע"ב 157
קלג ע"ב 74 77
סנהדרין פד ע"ב 401
ר"ן, על נדרים
לד ע"ב 74
מח ע"ב 75 76
ר"ן, שו"ת, סי' מג 281
סי' פ 219
סי' פה 32
ר"ן, בנימוקי יוסף, בבא מציעא לח ע"א (בדפי הרי"ף) 160
רנב"י, בשיטה מקובצת, נדרים מח ע"א 76
רשב"א, חידושים לתלמוד
יבמות קו ע"א 318 319 321 323 325 330 331
כתובות (מהד' הירשלר) מט ע"ב 184
עב ע"א 114
עח ע"ב 31 32
עט ע"א 31 44 63
נדרים מח ע"א 78-75 85
מח ע"ב 75
גיטין כ ע"ב 90 104
לד ע"א 279 283
לד ע"ב 252
מה ע"א 170
נה ע"ב 253
נח ע"ב 254 389
פא ע"ב 169
קידושין ב ע"ב 247
מב ע"ב 157
מט ע"ב 192
נ ע"א 292
נו ע"ב 395
בבא קמא קב ע"ב 39 40
בבא מציעא יד ע"א 217
סו ע"ב 164
בבא בתרא מ ע"ב 260 272 284
מז ע"ב 240
מח ע"ב 254
צ ע"א 157
קג ע"ב 157 158
קלג ע"ב 76-74
מנחות עז ע"א 194
חולין פג ע"א 123
רשב"א, שו"ת
חלק א, סי' קצח 76
סי' תתפב 272 273
סי' תתפג 251
סי' תתצח 369 370
סי' אלף סא 251 280
סי' אלף עו 68 71
סי' אלף קכט 219
סי' אלף רמ 102 319 322 336 337 358 359-361
חלק ב, סי' כה 266 267
סי' עא 270
סי' קה 250
סי' קט 198
סי' רכה 64 67 68

סי׳ רמז 369
סי׳ רמט 368 369
סי׳ רעח 198 297 299 300 303-305 308
סי׳ רעח, הערה 2 261
סי׳ רפג 60 70
סי׳ רצח 251 272 273 292 296 300
סי׳ שיב 65 69
סי׳ שיד 217
סי׳ שס 57 66 209
חלק ג, סי׳ ג 228
סי׳ ד 225 227 228 230
סי׳ ז 228
סי׳ ח 224 225 226 228
סי׳ יב-יג 230
סי׳ פו 164
סי׳ קב 241 299
סי׳ קכא 368 371 395
סי׳ קע 41
חלק ד, סי׳ מ 246 261
חלק ה, סי׳ פה 65 68
סי׳ קיג 367 369 372 373
סי׳ קסג, והערה 17 280
סי׳ קצט 68 71
חלק ו, סי׳ קיא 166 168
סי׳ קנט 167
סי׳ ריז 184
סי׳ רנג 60 70
חלק ז, סי׳ שלד 164
סי׳ תנט 250 280
המיוחסות לרמב״ן, סי׳ ב 167
סי׳ קכה 209
סי׳ רמו 296 297
סי׳ רעג 264 278
רשב״א, בנימוקי יוסף, בבא מציעא לח ע״א (בדפי הרי״ף) 160
בבא בתרא כא ע״א (בדפי הרי״ף) 282
במגיד משנה, הלכות מכירה, פרק יב, הלכה ו 388
בבית יוסף, חו״מ, סי׳ רמא, מחודש ב 296
סי׳ רמא, סעיף ד 164
בכנסת הגדולה, חו״מ, מהדורא בתרא, סי׳ צט, הגהב״י, אות ו 58
רשב״ם, על בבא בתרא
ל ע״א, ד״ה כל 150
מ ע״ב, ד״ה גלוי 282-280 284 285 297 298
מ ע״ב, ד״ה דלא כתיב 277
מ ע״ב, ד״ה ואי דזביני 277 389
מ ע״ב, ד״ה לא מגבינן 33 34
מ ע״ב, ד״ה מודעא 278
מז ע״ב, ד״ה אית דגרס 240 250
מז ע״ב, ד״ה דכל 237
מז ע״ב, ד״ה שאני 257
מז ע״ב, ד״ה תליוהו וזבין 249
מח ע״א, ד״ה התם נמי 245
מח ע״א, ד״ה אלא 240 245 254
מח ע״א, ד״ה מודה 241 250
מח ע״ב, ד״ה דלא ארצי זוזי 237
מט ע״ב, ד״ה תימא 316
פג ע״ב, ד״ה ונמצאת לבנה 126
פד ע״א, ד״ה אי 195
פד ע״ב, ד״ה מכר לו 197
צ ע״א, ד״ה כל דבר 194
צב ע״א, ד״ה בגברא 148
צב ע״א, ד״ה ה״ג וליחזי 148
קג ע״ב, ד״ה פיחת 156
קכח ע״א, ד״ה אינו 319
קלב ע״א, ד״ה ותעמוד 187
קלד ע״א (בראש העמוד) 78
קלד ע״א, ד״ה ואינן 77
קלח ע״א, ד״ה כאן 88
קמו ע״ב, ד״ה לא שייר 180
קנא ע״א, ד״ה אבל 44
קנד ע״ב, ד״ה שטר אמנה וד״ה פסים 26
קנה ע״א, ד״ה מאימתי 368
קנו ע״א, ד״ה אלא 367 368
קנו ע״א, ד״ה והלכתא כגידל 370
קנו ע״א, ד״ה והלכתא כאמימר 370
קנז ע״ב, ד״ה מאוחרין אמאי 226
קעג ע״ב, ד״ה ידירנה 53
רשב״ם, על התורה
שמות, פרק ג, כב 251
פרק יא, ב 251
פרק יב, לו 251
רשב״ש, שו״ת
סי׳ פח 351
סי׳ קכג 251 307
סי׳ שלט 264 273
סי׳ תסח 84 95
סי׳ תעו 396 410
סי׳ תקה 198
סי׳ תקסו 185
סי׳ תקפא 126
סי׳ תקפט 127 129
רש״י, על התורה
ויקרא ה, כא 313
במדבר י, לב 330
דברים יט, טו 275
רש״י, על התלמוד
פסחים ב ע״א, ד״ה בודקין 405
ראש השנה ב ע״א, ד״ה שטרי 224
חגיגה ב ע״ב, ד״ה חרש 363
יבמות קו ע״א, ד״ה אמרה 325
קו ע״א, ד״ה אמר ליה 323
קו ע״א, ד״ה הב ליה 318
כתובות ב ע״א, ד״ה נסתחפה 176 177
יב ע״ב, ד״ה נסתחפה 176
יט ע״א, ד״ה שטר אמנה 25 49
יט ע״ב, ד״ה אעוולה לא חתימי 25
עח ע״ב, ד״ה דבעיא 30 31 37
עט ע״א, ד״ה עד 30
עט ע״א, ד״ה שטר פסים 26
עט ע״א, ד״ה עשאום 32
פא ע״א, ד״ה ויפייס 55
פא ע״א, ד״ה מגרשה 55
פז ע״ב, ד״ה באומרת 43

פז ע"ב, ד"ה בהאי שטרא 42
צז ע"א, ד"ה זבן 191
גיטין יט ע"ב, ד"ה שטר פסים 26
יט ע"ב, ד"ה שטר אמנה 25 49
נ ע"א, ד"ה גובה 176
נט ע"א, ד"ה קמ"ל 364
קידושין מב ע"ב, ד"ה חוזר 156
נ ע"א, ד"ה דזבין 191
נו ע"א, ד"ה אלא 169
בבא קמא כז ע"א, ד"ה למקח וממכר 150
קב ע"ב, ד"ה הלוקח 38
קיא ע"א, ד"ה דמינח 175
קטז ע"א, ד"ה דאפסדתן 355 356
בבא מציעא יד ע"א, ד"ה אחריות 217
לח ע"ב, ד"ה ראיה 219
מט ע"ב, ד"ה עד 197
סו ע"ב, ד"ה לא מפקינן 163 165 167 168
עב ע"א, ד"ה פסולים 225
עב ע"א, ד"ה שמא 224
עח ע"א, ד"ה הרי 176
קה ע"ב, ד"ה אינו 176
קו ע"א, ד"ה לתך 176
קח ע"א, ד"ה נהרדעי 319
קח ע"ב, ד"ה ואי לא 56
סנהדרין קט ע"ב, ד"ה דעבר 317
שבועות מב ע"ב, ד"ה אדם עושה 52
מנחות סט ע"א, ד"ה כל 156
בכורות יז ע"ב, ד"ה אפשר 80
לז ע"א, ד"ה ויחזיר 402
לז ע"א, ד"ה מכרוהו 404
ערכין כט ע"ב, ד"ה מכורה ויוצאה 161
כריתות ז ע"ב, ד"ה מאי עבדן 80
נידה יג ע"ב, ד"ה בכל מקום 363
ס' השטרות (ר"י ברצלוני)
שטר י 282 395 411
שטר לט 276 280
שטר נא 26
שיטה לא נודע למי, קידושין מב ע"ב 156
שיטה מקובצת, על התלמוד
כתובות יט ע"א 25
יט ע"ב 25
נדרים מח ע"א 76 77
בבא קמא קב ע"ב 39 40
קה ע"א 186
קי ע"ב 176 177
קטז ע"א 323 324 339 347 349 351-353 358 359
בבא מציעא נז ע"א 131
נח ע"ב 347
סה ע"א 161
סז ע"א 160
עב ע"א 57
קא ע"ב 55
בבא בתרא מ ע"ב 280
פג ע"ב 135
קלג ע"ב 184
ר' שמואל בר' יצחק
באור זרוע, בבא קמא, סי' שנט 44
ר' שמחה, באור זרוע, בבא קמא, סי' תנז 331 341
במרדכי, בבא קמא, סי' קעב 349
ר' שמשון בר אברהם
באור זרוע, בבא קמא, סי' תנז 331 357
ברא"ש, כתובות, פרק ח, סי' ג 63
בשו"ת מהר"ם אלאשקר, סי' יא 369
תולדות אדם וחוה
נתיב יד, חלק ה 77 86 87
נתיב כב, חלק ד 117
נתיב כה, חלק ב 341
תוספות, על התלמוד (ראה גם: בעלי התוספות)
עירובין לב ע"א, ד"ה תאנים 405
פסחים ב ע"א, ד"ה אור 405
ראש השנה ב ע"א, ד"ה שטרי 225
סוכה ג ע"א, ד"ה דאמר 160
מא ע"ב, ד"ה הילך 78
יבמות נג ע"ב, ד"ה אין 239
קו ע"א, ד"ה אין לו 348-350
כתובות ל ע"ב, ד"ה ואי 407
ל ע"ב, ד"ה לא 407
מז ע"א, ד"ה כתב 28
מז ע"ב, ד"ה שלא 89 175-180 337 418
נה ע"א, ד"ה כתובו 217
נח ע"א, ד"ה הנהו 119
עג ע"א, ד"ה לא תימא, בסופו 125
עח ע"ב, ד"ה כתבתינהו 31 32 37
פא ע"א, ד"ה הרוצה 55
פא ע"א, ד"ה מגרשה בגט 55
צז ע"א, ד"ה זבין 31
צח ע"א, ד"ה אלמנה 194
גיטין כ ע"ב, ד"ה וכותב 222
מה ע"א, ד"ה מיד 170 171
קידושין ג ע"א, ד"ה ואשה 88
ו ע"ב, ד"ה לא 117 179
יא ע"א, ד"ה הנהו 119
כו ע"א ד"ה ולמה 43
כט ע"א, ד"ה משכו 179
מט ע"ב, ד"ה דברים 77 192
בבא קמא ט ע"א, ד"ה ויצאו 176
יד ע"ב, ד"ה דבר 194
כז ע"א, ד"ה המניח 150
ל ע"ב, ד"ה וחכמים 225
נח ע"א, ד"ה א"נ 329
קי ע"ב, ד"ה דאדעתא 175 176
קטז ע"ב, ד"ה להביא 331 355 356
בבא מציעא טו ע"ב, ד"ה ונתן 170 171
מב ע"ב, ד"ה הכא 384
נ ע"ב, ד"ה אמר רבא 196
נ ע"ב, ד"ה ואילו 135 194 195
נו ע"ב, ד"ה כל 156
נז ע"א, ד"ה אמר 194
סו ע"ב, ד"ה התם 163
עב ע"א, ד"ה שטר 225
קד ע"א, ד"ה היה 223
בבא בתרא לט ע"ב, ד"ה מחאה 275
מ ע"א, ד"ה אמאן 281
מח ע"א, ד"ה אילימא 246 292
מח ע"א, ד"ה אמר 250 279

מח ע״ב, ד״ה ואפילו 245
נא ע״א, ד״ה ולמה 43
פד ע״א, ד״ה אי לאו 135 194 195
צב ע״א, ד״ה זרעוני 412
צב ע״ב, ד״ה אי 211
צו ע״א, ד״ה כל 121
קלג ע״ב, ד״ה בא 75
קלח ע״א, ד״ה כאן 88
קנ ע״ב, ד״ה ואלו 63
קנא ע״א, ד״ה אפילו 30
קנא ע״א, ד״ה גליא 44
קנה ע״א, ד״ה מוכר 368
קנה ע״ב, ד״ה לא 371
קנז ע״ב, ד״ה המוקדמים 225
סנהדרין ו ע״א, ד״ה צריכה 199
סח ע״ב, ד״ה קטן 90
עד ע״ב, ד״ה והא 239
שבועות מו ע״ב, ד״ה עביד 273
עבודה זרה נד ע״א, ד״ה כגון 239
עא ע״א, ד״ה רב 81 89
מנחות סט ע״א, ד״ה והאמר 156
חולין ס ע״ב, ד״ה צדיקים 401
בכורות יג ע״ב, ד״ה כיון 120
יח ע״ב, ד״ה אקנויי 90 335
ערכין ל ע״א, ד״ה דלמא 171
קנים, פרק א, משנה ד, ד״ה לאיזו 80
תורת האדם, ענין הסכנה 319 321 330
תלמיד הרשב״א והרא״ש, חידושים
בבא קמא קטז ע״א 330 331
תלמיד הרשב״א, חידושים
בבא מציעא סו ע״ב 164 167
תמים דעים, סי׳ נא 359
רבנו תם, תשובות, סי׳ כד 262
רבנו תם, באור זרוע, בבא קמא, סי׳ שסא-שסב 42
63-66 71
בהגהות מיימוניות, הלכות מלווה ולווה, פרק כג,
הלכה ה, אות ה 25
בחידושי הרמב״ן, בבא בתרא מא ע״א 165
ברא״ש, בבא מציעא, פרק ה, סי׳ לב 164-168
בתוספות, בבא מציעא נ ע״ב, ד״ה אמר רבא 196
בבא מציעא סו ע״ב, ד״ה התם 163
בבא בתרא נא ע״א, ד״ה ולמה 43
בבא בתרא קנה ע״א, ד״ה מוכר 368
ס׳ התרומות
שער ב, חלק ב, אות א-ב 70 71
שער כא, חלק ד, אות ה 42 43 219
שער כח, חלק א, אות ג 146
שער מב, חלק ו, אות ב 359
שער נא, חלק ד, אות ג 164
חלק ו, אות ט 145 146
חלק ח, אות א 39-41
חלק ט, אות א 42
שער נו, אות ז 226
תרומת הדשן
שו״ת, סי׳ שיג 164 165 167
סי׳ שיז 189
סי׳ שיח 398
סי׳ שכב 140-142
פסקים וכתבים, סי׳ רל 171
תשב״ץ, שו״ת
חלק א, סי׳ א 253 255 261 264 273 275 278
282
סי׳ יג 25 34 45
סי׳ סב 279
סי׳ סד 335
סי׳ פד 32 33 197
סי׳ צה 32
חלק ב, סי׳ ב 184 199
סי׳ ג 209
סי׳ סב 199 261 279 302 305
סי׳ קסט 301
סי׳ ריג 278
סי׳ רכד 199
סי׳ רכז 251 253 270 279 301 303
סי׳ רכח 199
חלק ג, סי׳ רכ 280
סי׳ רנא 35 368
סי׳ רנג 35 368
תשבץ ״קטן״, סי׳ תצט 369
תשובות מיימוניות
ס׳ נשים, סי׳ א 28 32
ס׳ הפלאה, סי׳ ו 244 250 271 273
ס׳ נזיקין, סי׳ כב 334 341 348 351
ס׳ קניין, סי׳ ז 399
סי׳ כה 29 64
ס׳ משפטים, סי׳ סד 320 321 323 324 327 334
337 357

אחרונים

אבי עזרי, על הרמב״ם
הלכות גירושין, פרק ב, הלכה כ 276
אבלות החורבן (שוורץ), פרק ג, עמ׳ 100 106 107
אבן האזל, על הרמב״ם
הלכות אישות, פרק ד, הלכה א 250
הלכות גזלה ואבדה, פרק ט, הלכה טז 248
פרק יב, הלכה ו 321 323-325 327
הלכה ז 355
הלכות מכירה, פרק י, הלכה ב 282
הלכה ה 248 249
הלכה ח 282
הלכה ט 282
פרק יא, הלכה ט 282
פרק טז, הלכה יא 147
פרק כט, הלכה ב 366
אבן טוואה, ר״א, שו״ת (תשב״ץ, חלק ד, חוט
המשולש, טור ג)
סי׳ כ 323 330 331 336 342 348
סי׳ כז 251 279 281 282 301
אבן ישראל (פיקארסקי)
דרשה לשבת הגדול, דף לא ע״ב 91
אבן ישראל (פישר), חלק ח, סי׳ קא 32 39 41 46
אבן עטר, ר׳ שם טוב
בשו״ת אבני שיש (אביטבול), חלק א, סי׳ ל 59
אבני החושן, על שו״ע, חו״מ
סי׳ רכז, ס״ק ז 196
סי׳ רסד, ס״ק ט 351 353 355 356

אבני ישפה, שו"ת, חלק ג, סי' נט 106 107
אבני מילואים, על שו"ע, אהע"ז
סי' לט, ס"ק ג 116
סי' מב, ס"ק א 247
אבני נזר, שו"ת
אהע"ז, סי' קלג, אות כ 102 322 334
סי' רכה, אות ג 365
סי' רנה 116 117
חו"מ, סי' יח 176 179
סי' נ 158
אבני צדק (טייטלבוים), שו"ת
או"ח, סי' יז 406 408
חו"מ, סי' ב 304 308 309
אבני ציון
חלק א, סי' לג, אות ד 401
אות יד 407
חלק ד, סי' יא, אות א 401
אבני שוהם (גרינוולד), שו"ת
סי' יח 179 321 322 325 326 328 337 350 356
אבני שוהם (פרץ)
בבא קמא קטו ע"ב 351
בבא קמא קיז ע"א 339 359
אבני שיש (אביטבול), שו"ת, חלק א
סי' כד 259
סי' ל 59 68 69
סי' נט 371
סי' צב 274
אבקת רוכל, שו"ת
סי' פז 83
סי' קמב 199
סי' רג 163 168
ר' אברהם דוד מבוטשאטש
ב"אזהרות" שבתחילת שו"ת נטע שעשועים (קארא),
אזהרה ג 87 89 93
בנחלת יעקב (מליסא), סי' א 101
ר' אברהם מסוכאטשוב (ראה גם: אבני נזר)
בדמשק אליעזר (פרלמוטר), סי' נא 307
ר' אברהם ן' אשר, בכנסת הגדולה, חו"מ, סי' רלב,
הגה"ט, אות ו 386 387
אגרא לישרים, סי' לו 405
אדמת קודש, שו"ת, חלק א
יו"ד, סי' יב 276
אהע"ז, סי' כג 176 190
סי' לב 33 169 170 284
אדני פז (הקשר), שו"ת, סי' ז 330 350
אוהל אברהם, כתובות, עמ' תמו 178
אוהל יהושע, שו"ת, חלק א, סי' טז, אות ו 90
אוהל יצחק (הכהן), שו"ת, סי' לה 244
אוהל שם (ברודנא), סי' ל 52 59 66 67 69 71
אוהלי אהרן, חלק א, סי' ל 401
אוהלי יעקב, שו"ת, סי' קכז 100
אוהלי תם (בתוך ס' תומת ישרים), שו"ת
סי' נב-נג 263
אולם המשפט, על שו"ע, חו"מ
סי' רלב, סעיף ה 152-155
סעיף יח 147
סי' רלד, סעיף ב 404
אוסטרן, ר"א, הערות וציונים
בבא קמא קטז ע"א 347
אוסף חידושי תורה (קוטלר), סי' יח 39
אוצר הפוסקים, אהע"ז, סי' מב, אות ג 239
אוצר מפרשי התלמוד
בבא קמא מו ע"א, ליד ציוני הערות 27, 44-46 148
בבא מציעא נ ע"א, הערה 116 127
בבא מציעא נ ע"ב, הערה 114 387
בבא מציעא עב ע"א, עמ' תנז, תס-תסא,
תסה-תסח 225
אוצר עיונים (בתלמוד מהד' מתיבתא)
בבא בתרא, מערכה כט
אות א 243
אותיות ב-ה 247
אות ו 250
אוצרות השיעורים (פיקארסקי), סי' א 406
אור גדול, על המשנה
בבא מציעא, פרק ד, משנה ג 410
בכורות, פרק ה, משנה ו 396
אור גדול, שו"ת
סי' ה, אות יב 310
אות יד 126
אור החיים, בראשית כה, לג 323
אור החמה (קרויזר), בבא קמא קטז ע"א 354
אור הלבנה (רובין), על הרמב"ם, חלק ב
הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב 43 44
אור לציון, על התלמוד, כתובות צז ע"א 36 37
אור לציון, שו"ת, חלק ג, פרק ל 107
אור שמח, על הרמב"ם
הלכות אישות, פרק י, הלכה ב 116 117
הלכות גירושין, פרק א, הלכה יז 408
פרק ב, הלכה כ 250 292
הלכות קרבן פסח, פרק ד, הלכה ב 408
הלכות מכירה, פרק י, הלכה א 246
פרק טו, הלכה ג 120 122
פרק טז, הלכה ה 138
פרק טז, הלכה ח 195 410
פרק יז, הלכה ט 137 154
הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב 30
פרק ח, הלכה ז 193
אורח משפט (חזן), על טור, חו"מ
סי' רה, הגה"ט, אות יד 389
אורחות המשפטים, כלל לט, אות כח 307
אורחות חיים (כהנא), סי' תמח, אות כא 93
אורי וישעי, סי' קכא 95
אוריין תליתאי (תאומים), שו"ת
סי' מא 406
סי' סד 406
סי' צג 406
אורים גדולים, לימוד קעח 146
אורים ותומים, על שו"ע, חו"מ
אורים, סי' נ, ס"ק י 49
תומים, סי' מג, ס"ק יד 228
סי' מו, ס"ק מז 25
סי' מט, ס"ק ה 219 220 223
סי' נ, ס"ק ו 49
סי' ס, ס"ק יז 40 46

סי׳ עב, ס״ק כב 147
סי׳ פא, ס״ק ו 322 336
סי׳ צט, ס״ק ט 44 67
ס״ק י 30 41 65-63
ס״ק יא 66 71
סי׳ קכט, ס״ק כ 332 336
אחיעזר
חלק א, סי׳ כד, אות ג 33
סי׳ כה, ס״ק יד 28
סי׳ כז, אות ו 170
חלק ב, סי׳ יט, אות ב 33
סי׳ נ, אות ז 408
חלק ג, סי׳ סח 29
סי׳ פא, אות יא 402
אות כח 194
אחר כתלנו (דבליצקי), עמ׳ טו 107
איגר, ר״ש, שו״ת, חלק א, כתבים, סי׳ לד 79 96
איגר, ר׳ עקיבא (ראה: ר׳ עקיבא איגר)
איגרא רמה, שו״ת, סי׳ ל 93
איגרא, ר׳ משולם, שו״ת, או״ח, סי׳ לט, אות א 93
איגרות משה, שו״ת
או״ח, חלק א, סי׳ קכז 267
יו״ד, חלק א, סי׳ קכח 28
חלק ב, סי׳ סב 98
אהע״ז, חלק א, סי׳ פב, ענף יב 28
חלק א, סי׳ קיא 162 201
חלק א, סי׳ קלז 259 263 389
חלק א, סי׳ קסד 370
חלק ג, סי׳ לג 364 365
חו״מ, חלק ב, סי׳ טו 244
איגרות ראיה
איגרת פט 70
איגרת קנח 99
איגרת שיב 103
אילנא דחיי, חלק ב — שו״ת הרג״ת
ענף כט, שריג ד 30
איתן האזרחי, שו״ת, סי׳ כה (הראשון) 188
אלה הם מועדי (מהד׳ תשס״ח), כרך ד
עמ׳ קעה 247
עמ׳ קעו 253
אלישר, ר׳ חיים
בשו״ת תועפות ראם (אנקאווא), סי׳ ל 183
אלמליח, ר׳ עיוש
בשו״ת אבני שיש (אביטבול), חלק א, סי׳ ל 59
אמר יוסף, על הרמב״ם
הלכות מכירה, פרק טז, הלכה יד 403 406
אמרות טהורות (ישראל), אהע״ז, סי׳ קכ 364
אמרי איש (דדש), שו״ת
סי׳ טז 120 129 134 135 385 399
סי׳ מט 322 327 360
אמרי אש, חלק ב, אהע״ז, סי׳ ג 263
אמרי בינה
דיני תרומות ומעשרות, סי׳ א 160 161
שו״ת, סי׳ ד 196
דיני דיינים, סי׳ ג, דף ג ע״ד 32
סי׳ יח, אות ב 330
דיני גביית חוב, סי׳ לב, אות א 146
קונטרס בדיני קניינים, סי׳ יא 160 161 191
אמרי ברוך, הגהות על שו״ע
חו״מ, סי׳ ס, סעיף א 49
אמרי דעת (זכאי)
חו״מ, סי׳ א 78 85 104 105 335
אמרי הצבי, בבא קמא קטז ע״א, סי׳ לו
אות א 324 346 347
אות ב 323
אות ד-ו 341
אות ה 339
אות ו 340
אות ז 336 339 359
אות ח 356
אות ט 354
אמרי יוסף, על הרמב״ם
הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ז 353 355
אמרי יושר, שו״ת
חלק א, סי׳ צא 322 323 332 347 348
סי׳ קמט 160 161
חלק ב, סי׳ קנה 146 163 208
אמרי משפט, חלק א, סי׳ יב, אות ד 179 189
אמרי צבי, סנהדרין קט ע״ב 317
אמרי שפר (קלצקין), סי׳ עג 407 408
אמת ליעקב (קמינצקי), נשים-נזיקין, עמ׳ לז 407 409
אנג׳ל, ר׳ ברוך, שו״ת
סי׳ ב 276
סי׳ ג 31 69
אנציקלופדיה תלמודית
ערך אומדנא, כרך א, עמ׳ רצה-שב 113
ערך אונאה, כרך א, עמ׳ קנג-קס 193
ערך אחריות טעות סופר, כרך א, עמ׳ ריח-ריט 223
ערך אשתו כגופו, כרך ב, עמ׳ ש-שא 264
ערך גדול, כרך ה, עמ׳ קלז ואילך 367
ערך גדולה, כרך ה, עמ׳ קסח ואילך 367
ערך גט מעושה, כרך ה, עמ׳ תשב 268
עמ׳ תשג 261
ערך גלוי דעת, כרך ו, עמ׳ פה-צז 28
ערך גנבת דעת, כרך ה, עמ׳ רכה-רלא 209
ערך דברים שבלב, כרך ז, עמ׳ קעא 28
ליד ציוני הערות 22-20, 25, 54-50, 91,
ו-118 28
ערך הבלעה, כרך ח, עמ׳ קל-קלז 82
ערך הערמה, כרך ט, עמ׳ תרצז 52 74
פרק ב 73
ערך זה נהנה, כרך יב, עמ׳ ט-י 353
ערך חרש, כרך יז, עמ׳ תצה ואילך 364
ערך יורד לנכסי חברו, כרך כג, עמ׳ תצ 397
אסאד, מהר״י, שו״ת (ראה: יהודה יעלה)
ארבעה טורי אבן, שו״ת, סי׳ א 192
ארץ הצבי (שכטר), סי׳ כח 219
ארץ צבי (פרומר), חלק א, סי׳ פד 81 91 94
ארצות יהודה (דבורץ), שו״ת, סי׳ יח 63 68
אשדות הפסגה, חו״מ, סי׳ יג 122-120 386
אשטרושה, ר׳ דניאל, בס׳ זיכרון ניצוצי אש
עמ׳ סו 30 45
עמ׳ סז 30 44
עמ׳ סח 44

מפתח המקורות

עמ׳ סט 30 44 45
עמ׳ ע 31
אשכנזי, ר׳ בצלאל, שו״ת
סי׳ טו 255 257 270 272 273
סי׳ טז 264
סי׳ כט 158
אשכנזי, ר׳ נתן, ביד יוסף (דייטש), סי׳ קטו 188
אשל אברהם (ניימרק), על התלמוד
זרעים, פירות גינוסר, סי׳ ח 394
בבא קמא קטז ע״א 317
אשר לשלמה (דנאן), שו״ת, סי׳ סב 385-387
באוהלה של תורה, שו״ת, חלק ד, סי׳ כד 90
באר הגולה, חו״מ, סי׳ רסד, אות פ 353-355
באר היטב, על שו״ע
אהע״ז, סי׳ קיח, ס״ק יא 290
סי׳ קסט, ס״ק נ 361
חו״מ, סי׳ מג, ס״ק יג 225
סי׳ רה, ס״ק ד 244
ס״ק יג 273
סי׳ רלג, ס״ק ד 153
סי׳ רמו, ס״ק ג 185
באר יצחק, שו״ת
או״ח, סי׳ ז 86
יו״ד, סי׳ כה 401
אהע״ז, סי׳ י, ענף א 246 258
סי׳ י, ענף ב 246 250 293
סי׳ טז 276
סי׳ טז, ענף א 170
באר מים חיים (ויטאל), שו״ת, סי׳ לג 183
באר עשק, שו״ת, סי׳ צה 252 278
באר שבע, שו״ת, סי׳ לט
שאלה ד 420 423
שאלה ו 370 371
בגדי ישע, שו״ת, סי׳ ב
אותיות א-ג 88
אותיות ב, ד 89
אות ה 86 93
אות ט 91-89
אות טז 89
בגדי כהונה (פרחיא), דרוש ו 349 358
בד קודש (פוברסקי)
חלק ד, סי׳ ג 406
ברכות, סי׳ טז 406
בדק הבית, על הטור
יו״ד, סי׳ קס 262
חו״מ, סי׳ קנד, סעיף לח 170
סי׳ רה, מחודש ט 283
סי׳ רלב, סעיף ז 132
ב״ח, הגהות על התלמוד
בבא בתרא קנה ע״ב, אות ד 371
ב״ח, על הטור
יו״ד, סי׳ שלו 330
חו״מ, סי׳ ט, סעיף א 162
סי׳ מג, סעיף ט 227
סי׳ צט, סעיף טז 68
סעיף יט 63-65
סעיף כ 67 68
סי׳ קכו, סעיף יג 145
סי׳ קנה, סעיף סא 186
סי׳ רה, סעיף א 250 254
סעיף יג 248
סעיף טז 301
סי׳ רז, סעיף כז 134
סי׳ רט, סעיף א 196
סי׳ רלב, סעיף ד 155-157
סעיף ז 133
סעיף יב 410
סעיף כ 412
סי׳ רלג, סעיף א 142
סי׳ רמו, סעיף ג 181
סי׳ רנג, סעיף י 192
ב״ח, שו״ת, סי׳ טז 177
סי׳ כח 331 349 351
סי׳ נא 162
סי׳ קנא 122
בטיטו, ר׳ נחמן
בשו״ת תועפות ראם (אנקאווא), סי׳ ל 183
ביום הראשון תשביתו (ברנד)
עמ׳ טז-יט 95
עמ׳ כא 92
עמ׳ לא 95
עמ׳ לח-מא 100
עמ׳ מד-מה 95
עמ׳ נג 95
עמ׳ נו-נח 95
עמ׳ סד 78 95
עמ׳ סה 88
עמ׳ פח 95
עמ׳ צט-קד 88
עמ׳ קג 81
עמ׳ קח 88
עמ׳ קט-קיא 88
עמ׳ קיג 88
עמ׳ קטו 92
עמ׳ קיח 88
עמ׳ קכ 86
עמ׳ קלב-קלה 84
ביכורי גושן, סי׳ כה, ענף ד 121
בירור הלכה (מכון הלכה ברורה)
פסחים ד ע״ב, ציון ד 137
כתובות יט ע״ב, ציון א 25 26
מז ע״ב, ציון א 185
נד ע״א, ציון ח 182
עט ע״א, ציון א, פרק א 31
פרק ד 44
פרק ז 45
פא ע״א, אחרי ציון ג 55
נדרים מג ע״א, ציון ג, פרק ד 74
מח ע״א, ציון ו 75
גיטין יג ע״ב, ציון א 145
מ ע״א, ציון ח 57
נה ע״ב, ציון ז 253

נט ע״א, ציון ב, פרק ב 364
פח ע״א, ציון א, פרק א 292
פרק ג 293
קידושין ז ע״א, ציון ד 40
מט ע״ב, ציון ט 192
נ ע״א, ציון ו 192
בבא קמא קטז ע״א, ציון ב 339
ציון ג 353
בבא מציעא י ע״א, ציון ו 86
נו ע״א, ציון ו 348
נו ע״ב, ציון ג 158
עב ע״א, ציון ו 225
בבא בתרא מ ע״א, ציון ז, פרק א 278
פרק ב 283
מז ע״ב, ציון ה 243
מט ע״ב, ציון ד 316
עבודה זרה כ ע״א, ציון ב, פרק ד 95
בית אבי, שו״ת, חלק ד, סי׳ קפח
אות ו 333
אות ח 335
בית אהרן (וולקין), על התלמוד
כתובות ל ע״ב 403
עב ע״ב 124
בבא מציעא נ ע״ב 386
נו ע״ב 156
בית אהרן (כהן), גיטין, סי׳ ט 219
בית אפרים, שו״ת
או״ח, סי׳ לג 79 80
אהע״ז, סי׳ קכה 282 285
אהע״ז, חלק ג, סי׳ קכט 263
חו״מ, סי׳ כ 244
מהדורא תניינא, אהע״ז, חלק א, סי׳ עד 263
בית הלוי, על התורה, שמות, פרק ב, פסוק כה 266
בית הלוי, שו״ת, חלק ג, סי׳ ג 117 175 364
בית יוסף, על הטור
או״ח, סי׳ תמח 92
יו״ד, סי׳ רצא 137
אהע״ז, סי׳ לט 117
סי׳ צ 30 32
סי׳ קלד 264 293
סי׳ קסה 258
חו״מ, סי׳ יב, מחודש יג 303
סי׳ לב, מחודש ה 359
סי׳ מג, סעיף טו 220
סי׳ מז, מחודש א 43
סי׳ מח, סעיף ל 167
סי׳ צט, מחודש ה 64-66
סי׳ קכט, סעיף ו 217
סי׳ קעה, סעיף מה 56
סי׳ קפג, מחודש ג 40
סי׳ קפד, מחודש א 39
סי׳ קצ, מחודש ה 34
סי׳ רה, סעיף א 248 250 254
סעיף ב 244
סעיף ו 269
סעיף ט 277
סעיף י 275
סעיף יב 251 253 257 259 282 295 296 297 300
סעיף יג 248 249
מחודש ג 246
סי׳ רט, סעיף א 196
סי׳ רכז, ס״ק יב 196
סי׳ רלב, סעיף א 158
סעיף י 173
סי׳ רלה, סעיף יג 369
סעיף יט 365
מחודש ד 167
סי׳ רמא, סעיף ד 164
מחודש ב 296
סי׳ רמו, סעיף ג 181
סי׳ רנג, מחודש ו-ז 166
סי׳ רנז, מחודש ב 184
סי׳ שטז, מחודש א 166
סי׳ שעה, סעיף ד 166
בית יוסף, שו״ת, דיני כתובות, סי׳ ד 185 290
בית יחזקאל (סרנה)
בבא מציעא, סי׳ כה, אות ב 262
בית יחיאל, חו״מ, חלק א, סי׳ נו 120
בית יעקב (טבשונסקי), סי׳ רה, סעיף א 245
סי׳ רלב, סעיף יח 147
בית יעקב (לר׳ יעקב מליסא), כתובות עב ע״ב 385
בית יעקב (מסקין)
סי׳ יז 119 131 137 153 385 405
בית יעקב (מצויזמיר), שו״ת, סי׳ ס 167 168
בית יצחק (שמלקיש), שו״ת
או״ח, סי׳ קח 196
יו״ד, חלק ב, סי׳ ג 161
חו״מ, סי׳ סד, אות א 116 125 287 288
סי׳ סד, אות ב 288
סי׳ עו, אות ג 326 330 332 341 353
בית ישחק, על הרמב״ם
הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג 120 122 196
בית לחם יהודה, יו״ד, סי׳ קס, סעיף ה 262
בית מאיר, על שו״ע, אהע״ז
סי׳ מב 28
סי׳ קטז 401 402
סי׳ קסט, סעיף נ 325 337
בית מאיר, שו״ת, סי׳ טז 149
בית נפתלי, סי׳ ד 401
בית פנחס (גרהר), חלק א, דף נב ע״ד 403
בית שלמה (דרמר), שו״ת, חו״מ
סי׳ יז 322
סי׳ קיב 371
בית שמואל אחרון, שו״ת, חו״מ, סי׳ ל 217
בית שמואל, על שו״ע, אהע״ז
סי׳ כח, ס״ק מד 316
סי׳ לח, ס״ק נז 385
סי׳ מב, ס״ק א 246
סי׳ נ, ס״ק טז 260
סי׳ צ, ס״ק כט 32
ס״ק לא 44 45
ס״ק לה 31
סי׳ קה, ס״ק יד 279 290

סי׳ קיז, ס״ק כד 209
סי׳ קיח, ס״ק יח 290
סי׳ קסה, ס״ק יא 263
סי׳ קסט, ס״ק נב 325 326
ס״ק נג 336
בית שערים, שו״ת, חלק ג
סי׳ פב 128
סי׳ פה 385
בכור שור, פסחים כא ע״א 80 84 85 87 90-93 96
בן אשר, סי׳ ח, הערה ט 406
בן ידיד, על הרמב״ם
הלכות זכייה ומתנה, פרק ג, הלכה א 134 261
בני אברהם, שו״ת, חו״מ
סי׳ ס 396 399 412
סי׳ סא 129 158 412
בני בנימין, שו״ת
סי׳ ב 187
סי׳ ג 187
סי׳ לו 263
בני דוד, על הרמב״ם
הלכות נדרים, פרק ח 179
הלכות מלווה ולווה, פרק ב, הלכה ב 63 70
בני יהודה (=בית יהודה, חלק ב)
סי׳ טו 30
סי׳ מב 132 134
בני יוסף (קאריו), שו״ת, סי׳ ה 120 121 398
בני משה (מאג׳אר), הלכות מכירה, סי׳ ב 122
בני שמואל (חיון)
על טור, חו״מ, סי׳ ס 39 40 42 133
שו״ת, סי׳ ו 278 281-283
סי׳ לד 31
סי׳ לה 168
בניין עולם, שו״ת
או״ח, סי׳ כא 74 81 82 85-89 91 93 101
בניין שלמה (הכהן), חלק ב, יו״ד, סי׳ לו 364
בנימין זאב, שו״ת
סי׳ עח 263
סי׳ עט 263
סי׳ פח 263
סי׳ קלב 209
סי׳ רסח 261 304
סי׳ רפ 332 333 349
בעי חיי, שו״ת, חו״מ
חלק א, סי׳ קו 29 283
סי׳ קנו 371
סי׳ קנח 209
סי׳ ריב 209
סי׳ רכ 349
סי׳ רכא 334 341 350
חלק ב, סי׳ מב 30 57 59 60 64 67 68
סי׳ מג 60
סי׳ פא 259 271 273 274 277 280-282
סי׳ פב 386
בציר אליעזר
חלק א, בסופו, אחרי לוח התיקון 406
חלק ב, חקירה ה, דרישה א 87
דרישה ב 286
דרישה ג 87
בצל החכמה, שו״ת, חלק ג, סי׳ קכד, אות א 308
בצרור החיים (פרידלנד), חלק ט
עמ׳ עט-פ 37
עמ׳ פח 36 113
עמ׳ צח-קד 33
ברית אברהם (מפיעטרקוב), שו״ת
או״ח, סי׳ כח, בהגהה 94
ברית יהודה (בלוי), פרק מ, הערה א, יד 97
ברכי יוסף, על שו״ע, חו״מ, סי׳ ט, אות יח 162
ברכת אברהם (ארלנגר)
כתובות מז ע״ב 142
ס״ק ב, ו 117 180
בבא בתרא מח ע״ב 242
ברכת אברהם (קליין), חלק ב, עמ׳ יח-יט 91
ברכת אליהו, על ביאור הגר״א
חו״מ, סי׳ מט, ס״ק י 220
ברכת רצה, שו״ת
סי׳ יד 116 129
סי׳ כא 275 280
סי׳ קכד 241 245 258 277 280 284
ברכת שמואל, בבא מציעא, סי׳ מו 124 130 195
סי׳ מו, אות א 113 131 135
ברכת שמחה, בבא קמא קטז ע״א 326 329 331 355
בשמים ראש (הורביץ), שו״ת
סי׳ נו 319 328
סי׳ נז 336 352
בת עיני, שו״ת, סי׳ א 37 278
בתי כהונה, בית ועד, סי׳ ו 373
סי׳ טו 177
גבול יאודה (אשכנזי), גיטין עא ע״א 364
גבורת אנשים, סי׳ עב 263
גבעת פנחס (ארבייטמן), עמ׳ לא 180
גבעת שאול, שו״ת, סי׳ כה 49
גור אריה (צרמון), על הרמב״ם
הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג 387
גור אריה יהודה (תאומים), שו״ת, חו״מ
סי׳ ו 379 380
סי׳ ז 332 360
סי׳ מו 181 192 193 201
סי׳ עא 332
גט מעושה (גולדברג)
פרק ג 262
פרק ו 262
פרק ז 260
פרק ח 264
פרק י 274
נספח ה 262
נספח ו 263
נספח ט 260
גט מקושר (בולה), החרש והאילם, סימן יז, אות
יא 364
גידולי הקדש, על דעת קדושים, על יו״ד
סי׳ לה, ס״ק יח 408
גידולי ציון (מהד׳ תשנ״ב), סי׳ צד 405
גידולי שמואל, כתובות לט ע״א 260
גידולי תרומה, על ס׳ התרומות
שער לו, אות א 364
שער נא, חלק ט, אות א 39 42

גיליון הש"ס (ר"ע איגר), נדרים עט ע"א 33
גיליון מהרש"א, יו"ד, סי' קס, סעיף ה 262
גינת ורדים, שו"ת
יו"ד, כלל ו, סי' ח 98
כלל ו, סי' ט 98
חו"מ, כלל ה, סי' א 182 185 281 284
סי' יג 166 168
סי' טו 166 168
כלל ו, סי' א 174
גליא מסכת, שו"ת
חו"מ, סי' י 122 127-129 197 387 388
גנזי יוסף (שוורץ), שו"ת, סי' מ, אות ג 394
הגר"א, ביאור לשולחן ערוך
יו"ד, סי' קיט, ס"ק כז 404 406
סי' שלו, ס"ק יא 321 323
אהע"ז, סי' מב, ס"ק ב 246
חו"מ, סי' טו, ס"ק יב 33
סי' מט, ס"ק י 220
סי' ס, ס"ק מד 39
סי' קכו, ס"ק כח 146
סי' קצ, ס"ק לח 45
סי' רה, ס"ק א 245 250
ס"ק ז 244
ס"ק יא 254
ס"ק טז 272
ס"ק יט 271 272
ס"ק כב 248
ס"ק לב 247
סי' רז, ס"ק יג 33
סי' רלב, ס"ק ה 114
ס"ק ו 114
ס"ק לה 412
סי' רלה, ס"ק נד 364
סי' רמו, ס"ק ד 181
סי' רסד, ס"ק יח 358
סי' שנט, ס"ק י-יא 313
הגר"א, ביאור על ירושלמי
מעשר שני, פרק ה, הלכה א 247
גרודזינסקי, ר' חיים עוזר, בשערי תודה (אפשטיין),
חלק א, דף מב ע"ב 25 85 101
גרודינצקי, רי"ד, הערה לתוספות הרא"ש, בבא מציעא
סו ע"ב, הערה קנב 165
גרוזובסקי, ר' ראובן (ראה: ר' ראובן)
גרנ"ט, חידושים, סי' קפב 237 248
דבר אליהו (לרמן), שו"ת
סי' פד 120 122 128 129 132
דבר אמת (מונסונייגו), שו"ת, אהע"ז, סי' נט 263
דבר השמיטה (לוי)
סי' א 31 74 78 81 87 104-106
עמ' כא 29 102
עמ' כב 77
עמ' כה 93
עמ' כו 85 93
דבר יהושע, שו"ת, חלק א, סי' עא 128 385 386
דבר משה (אמריליו), שו"ת, חלק ב
סי' ז 165
סי' עה 379
דבר משה (תאומים), שו"ת, מהדורא תניינא
סי' צח, ס"ק מא 94
דבר שמואל (עמאר), שו"ת,
חו"מ, סי' יד 163 177 219
דברי אברהם (מנדלזון), סי' סה 87
דברי אמת, קונטרס ז, סי' ה 182
דברי גאונים
כלל ו, סי' י 127 128
כלל ו, סי' לח 399
כלל נז, אות כט 308
כלל פז, אות לה 126
דברי התורה, על שו"ע, חו"מ
סי' רסד, סעיף ח 355
דברי חזקיהו, אהע"ז, סי' ב 263
דברי חיים (אוירבך)
דיני מכירה, סי' כד 250
סי' כח 247
דיני נזקי ממון, סי' א 405
סי' א, בהגהת בן המחבר 404 407 408
דברי חיים (הלברשטאם), שו"ת
חלק א, יו"ד, סי' מב, שאלה ג 356
אהע"ז, סי' ח 119
סי' מח 120 178
סי' צב 121-123
חו"מ, סי' ב 187
סי' לו 120 121 129 134 211
חלק ב, אהע"ז, סי' עב 365
דברי חפץ (טולידו)
דרוש כו 325 343 347 349 350 353 356 358
דברי טעם, סי' קכח 263
דברי יהודה, שו"ת, יו"ד, סי' טו 408
דברי יוסף (אירגאס), שו"ת, סי' לט 261
דברי יוסף (קונוויץ), חלק א, סי' כז 373
דברי יחזקאל (פרנקל-תאומים), שו"ת
סי' ז 122 178
דברי יחזקיהו, קונטרס ג, עמ' צג 323
דברי יציב, חו"מ, סי' עח 364
דברי ירמיהו, על הרמב"ם
הלכות לולב, פרק ח, הלכה י 335
דברי מלכיאל, שו"ת
חלק א, סי' כח, אות ז 402 405 407
סי' עו 356 407 408
סי' פו, אות ו 119 121
חלק ב, סי' פה 124
חלק ג, סי' צ 140
סי' קסג 70
חלק ד, סי' קלט 45 46 121 123
דברי משה (מזרחי), שו"ת, חו"מ
סי' קח 127 129 386
סי' קט 396
דברי משפט, על שו"ע, חו"מ
סי' צט, סעיף ו, ס"ק ג 32 65 68
סי' רכז, סעיף ד 385
סי' רלב, סעיף ה 154
סעיף יח 147
דברי ריבות, שו"ת
סי' סז 272 273

סי׳ קכט 29
סי׳ קנט 271
סי׳ ש 154
סי׳ שט 29
סי׳ שצו 331 350 351 358
דברי שאול — יוסף דעת, על שו״ע, יו״ד
סי׳ שפא, סעיף ו 102
דברי שלום (קרויז), שו״ת, חלק ג, סי׳ קצז 306
דברי תורה (תאומים)
דף ז ע״ב 250 253
דף ז ע״ג-ע״ד 253
דגול מרבבה, על שו״ע, חו״מ, סי׳ ס 69
דובב מישרים, שו״ת
חלק א, סי׳ יח 140
חלק ג, סי׳ סד 247
סי׳ צג 140
דודאי השדה
סי׳ לב 102
סי׳ מט 85 88 102
דוראן, ר׳ שלמה, שו״ת (תשב״ץ, חלק ד, חוט המשולש, טור א)
סי׳ ח 121 129
סי׳ ט 169
סי׳ כט 56
דיברות אליהו, שו״ת
חלק ג, סי׳ קס 308 309
חלק ה, סי׳ סב 184
סי׳ צא 301
חלק ו, סי׳ קג 120 141 143
דיברות משה
בבא מציעא, חלק ב, סי׳ נ, ענף ב 119 120 122 386
ענף ג 128 386 387
ענף ד 209 210
בבא בתרא, סי׳ מ, ענף ג 237 257
סי׳ מ, ענף ה 245
סי׳ מא, ענף ב 244
סי׳ מב 242
דיני ממונות (בצרי)
חלק ב, שער א, פרק טז, סעיף ב 275
סעיף ג 282
סעיף ג, הערה 3 244
סעיף ד 254
סעיף ז, והערה 7 272
סעיף יז, הערה 17 262
שער ב, פרק ז, סעיף ז, והערה 7 137
פרק ח, אות ג 409
חלק ג, שער ג, פרק א, הערה 19 307
דינר, ר׳ יוסף צבי, הגהות, בבא קמא קטז ע״א 317
דיסקין, מהרי״ל, שו״ת
פסקים, סי׳ קלח 385
סי׳ קמא 267 418
סי׳ קעט 182
דמשק אליעזר (פרלמוטר), שו״ת
סי׳ נא 251 279 282 300-302 305-308
דעת כהן, שו״ת, סי׳ רטז 195
דעת מקרא, ויקרא ה, כא 313
דעת תורה, על שו״ע, יו״ד, סי׳ ה, ס״ק יד 159
דקדוקי סופרים
גיטין פח ע״ב 238
בבא קמא קטז ע״א 353
בבא בתרא מח ע״ב 245
קנד ע״ב 26
דרוש וחידוש, מערכה ה, אות כה 402
דרישה, על הטור
יו״ד, סי׳ קיט, אות י 401
חו״מ, סי׳ מג, ו 224 225
סי׳ ס, סעיף ד 48
סי׳ קפג, סעיף ג 40
סי׳ רה, סעיף א 250
סעיף ב 245
סעיף יג 249
סי׳ רלב, סעיף טו 147
סי׳ רלה, סעיף יט 364
סי׳ רסד, סעיף ג 351
סי׳ שנט, סעיף ג 256
דרכי חושן
חלק א, עמ׳ קנא 197
עמ׳ שו 321 351
סי׳ רסד, סעיף ז 246 351
סעיף ח, ביאורי חושן 333 335 342 346 347 357
דרכי משה, על הטור
יו״ד, סי׳ רכא, ס״ק כח 117
אהע״ז, סי׳ קסה, ס״ק ד 360
סי׳ קסט, ס״ק לא* 361
ס״ק לב 325
חו״מ, סי׳ רז, ס״ק ד 28
סי׳ רז, ס״ק ז 166
סי׳ רלב, ס״ק א 152
סי׳ רמא, ס״ק ד 303
ס״ק ט 180
סי׳ שלה, ס״ק ג 320
דרכי משה הארוך, חו״מ, סי׳ רלג, ס״ק ג 142
דרכי נועם, שו״ת
יו״ד, סי׳ ל 32
אהע״ז, סי׳ מב 263
חו״מ, סי׳ ג 309
סי׳ טז 246 248 249 251 279 296 297 309
סי׳ יז 254
סי׳ כג 246
דרכי תשובה, על שו״ע, יו״ד, סי׳ קיז, ס״ק כ 107
דרש אברהם (אשכנזי), פרשת משפטים 274 293
דרשות הרבי״ל (לוין), פרשת משפטים, עמ׳ 106 313
ה׳ [הידיעה] (ראה בלי ה)
הד משה, סי׳ א 335
סי׳ כ 262
הוראות שעה, פרק לא 104
הורוביץ, ר׳ אליקים גציל
בדודאי השדה, סי׳ מט 102
היבנר, ר׳ מיכל, בדברי שאול — יוסף דעת, יו״ד, סי׳ שפא, סעיף ו 102
היכל יצחק, שו״ת, אהע״ז, חלק א
סי׳ א, אות כב 292
אות נג 263
סי׳ ב, אות יח 263

מפתח המקורות

הליכות והנהגות מרן רבינו הגרי״ש אלישיב, בין המצרים (תשס״ח), עמ׳ 24 106 107
הליכות ישראל, שו״ת
סי׳ ט 379 384
סי׳ יד 347 351
סי׳ טו 332
סי׳ טז 358
סי׳ יז 321 323 331 336
סי׳ כט 321 331 342
הלכה ברורה (אוירבך), או״ח, סי׳ יג, ס״ק ד 103
הלכה למשה (אלבז), שו״ת, חו״מ
סי׳ מה 118 120 130 153 386
סי׳ נה 35 59
הלכה פסוקה, סי׳ ט, סעיף ה, הערה 200 162
ר׳ הלל מוולוז׳ין, בחוט המשולש, חלק ב, סי׳ ב 81
סי׳ ג 81 89
הפלאה
כתובות ג ע״א 242 266
כתובות ל ע״ב 401
קונטרס אחרון, סי׳ קב, ס״ק יג 53
הר הכרמל, שו״ת, חו״מ
סי׳ ה 320 323 331 333 353 355
הר צבי, שו״ת
או״ח, חלק ב, סי׳ ל 394
סי׳ מד 85 88 90 104
סי׳ קיב, אות ב 394
זרעים, חלק א, סי׳ צז 394
הרי בשמים, שו״ת, חלק ב
סי׳ לא 140
סי׳ פח 121 122
סי׳ קיג 332
סי׳ קיד 81
הרצוג, רי״א (ראה גם: היכל יצחק), פסקים וכתבים, חו״מ, סי׳ לא 244
השיב משה, שו״ת, סי׳ קב 196
והוכח אברהם (חלימי), פרשת משפטים 293
והשיב משה, שו״ת, אהע״ז, סי׳ טו 263
ויאמר יצחק, שו״ת
חלק א, אהע״ז, סי׳ קכ 258 298
חלק ב, סי׳ ט 68
סי׳ קפ 57
סי׳ קצב 59 67 68 76 77 96
ויאמר מאיר (ועקנין), חלק א, סי׳ כ 92
וייס, ר׳ אשר זליג (ראה: מנחת אשר)
וייס, ר׳ יהושע
בפסקי דין ירושלים, כרך ז, עמ׳ שע 117
וילקט יוסף יז (תרע״ה), סי׳ מב 352 359
ויען אברהם (ריוח), אהע״ז, סי׳ יח 263
ויען דוד (וייס), חלק ב, סי׳ רמז, אות א 355 358
ויקרא אברהם (אדאדי), שו״ת, חו״מ, סי׳ מג 132
ושב הכהן, שו״ת
סי׳ כח 301
סי׳ מה 133
זיכרון בצלאל, עמ׳ קטז 107
זיכרון יהושע (ויסברוד), עמ׳ שנח 117
זיכרון יוסף, שו״ת, חו״מ, סי׳ ד 189
זיכרון שמואל, סי׳ מו, אות ו 116 132
זית רענן, שו״ת, חלק ב, סי׳ סט, אות ו 209
זכר חיים (שוחט)
סי׳ י 299
סי׳ י, ענף ג-ד 309
זכר יהודה (זלקינד), סי׳ לט 260
זכר יצחק
סי׳ יג 405
סי׳ כג 241
סי׳ לא 242
חלק ב, סי׳ מד 253
זקן אהרן (הלוי), שו״ת
סי׳ י 263
סי׳ קנה 199
סי׳ קסז 263
זקן אהרן (וולקין), שו״ת, חלק ב, סי׳ כג 90
זריחת השני, בבא קמא קטז ע״א 353 355
זרע אנשים, שו״ת, סי׳ לו 263
זרע יעקב (בן נאים), שו״ת
סי׳ כא 118-121 130 386
זרע יעקב (ניניו), דרוש ב 321 324 330
זרע יצחק (קצנלבוגן), או״ח
סי׳ ו, ערוגה ה 85
סי׳ ו, ערוגה ו 77
חאטים, ר׳ שלמה
בחקרי לב, מהדורא בתרא, חו״מ, סי׳ כב 40
חבל יעקב, שו״ת, חלק א
סי׳ ו, אות כא 86 88
אות כב 90
חבלים בנעימים, חלק א, סוגיא לג, חלק א, אות ג 80
חבצלת השרון, שו״ת, חלק א
יו״ד, סי׳ סג 175
אהע״ז, סי׳ סג 119 128 141
חוות בנימין, סי׳ קי 343
חוות דעת, על יו״ד, ביאורים
סי׳ קסא, ס״ק ה 160
סי׳ קעג, ס״ק ד 99
סי׳ קעד, ס״ק א 100
חוות יאיר, שו״ת
סי׳ מ 195 287-289 298
סי׳ סט 121-123 208
סי׳ קלד 183
סי׳ קלז 264
סי׳ קנד 348
סי׳ קעא 147
סי׳ קפו 333
סי׳ קפז 198
סי׳ ר 68 71
חוזה דוד, תהילים, פרק טז 245
חוט המשולש, שו״ת, חלק ב
סי׳ ב 81 90
סי׳ ג 81 89 90
סי׳ ה 89 90
חוט השני, שו״ת, סי׳ לו 78 280
חוק ומשפט, שו״ת, סי׳ קעח 371
חוק יעקב, על שו״ע, או״ח
סי׳ תמח, ס״ק טז 81 85 87 89 197
חוקי חיים (בורג׳ל), על שו״ע, חו״מ, סי׳ רסד, סעיף ז 321 323 326 331 333 336 341 342 350
חוקי חיים (גאגין), סי׳ מג 130

חוקת משפט (רבינוביץ), הלכות מכירה
פרק טו, סעיף ט 126
פרק טז, סעיף ב 124
סעיף ג 126
סעיף ו 152
סעיף כא 409
מקורות, ס"ק יא 154
פרק יח 193
פרק כו, סעיף ה 278
סעיף ז 247
סעיף ח 249
סעיפים ט-יב 278
פרק כח, סעיף ב 400
סעיף ד 411
סעיף ו 400
פרק ל, סעיף ט 244
קונטרס אחרון, סי' ג 395
חושן אהרן (וולקין), על שו"ע, חו"מ
סי' רכז, סעיף ז 126
סי' רלב, סעיף א 156
סי' רסד, סעיף ז 331 356
חושן אהרן (מיטלמן)
סי' א 141 400 407
סי' ח 175
סי' יג 120 124
חזון איש
כלאים, סי' ה, ס"ק יד 107
שביעית, סי' כז, ס"ק ז 85 104
אהע"ז, סי' מא 319
סי' נו, ס"ק ט 116 117
סי' עו, ס"ק ו 44
ס"ק ח-י 30
ס"ק ט 44
ס"ק יב 57
ס"ק יג 31
סי' קמח, על קידושין טז ע"ב 107
חו"מ, סי' כב 335
בבא קמא, סי' כא, ס"ק כב 39
חזון יחזקאל, על תוספתא
מעשר שני, פרק ג, הלכה יב, בחידושים 403
כתובות, פרק ד, הלכה טו 192
גיטין, פרק ג, הלכה טו 241
חזון נחום, שו"ת, סי' נו 189
חזקה רבה, חו"מ
חלק א, הלכה כא 373
חלק ד, הלכה תיד 119 120 122
הלכה תכד 122
חידושי... (ראה לפי שם המחבר)
חידושי ושיעורי מרן רבי ברוך בער
חלק ג — נזיקין ועוד, סי' ס 194
חידושים וביאורים (שניאורסון), חלק א, עמ' קיד 406
חיים ביד, שו"ת
סי' לט 177
סי' מה 276
ר' חיים מטלז, חידושים, בבא קמא, סי' יא 150
חיים שאל, שו"ת, חלק א
סי' יא 190
סי' סג 45 181 410
סי' סד 181
סי' עד, אות לה 140
ר' חיים שמואל
בשו"ת בני אברהם, חו"מ, סי' ס 399 412
סי' סא 129
חכם צבי, שו"ת
סי' א 252
סי' מא 178
סי' נז 331 332
סי' קטו 28
חכמת שלמה (קלוגר), על שו"ע, חו"מ
סי' רה, סעיף א 253
סעיף יב 247
סי' רלב, סעיף ג 119 120 123 386 387
סי' רסד, סעיף ז 323 340 345
חלקת יואב
יורה דעה, סי' כג 161
אהע"ז, סי' כה 116 211
דיני אונס, ענף ב 266
ענף ה 242
חלקת יעקב (במוסגר — הסי' במהדורה הראשונה)
יו"ד, סי' מג, אות ב (חלק ב, סי' סא) 96
סי' סח (חלק ג, סי' קצג) 85 91 98
סי' סט (חלק ג, סי' קצד) 98
אות א 87
אות ב 81 85
סי' קפט (חלק א, סי' קלא) 102
חו"מ, סי' לב (חלק ג, סי' קס) 308
חלקת מחוקק, על שו"ע, אהע"ז
סי' מב, ס"ק א 246 247
ס"ק ד 28
סי' נ, ס"ק ב 190
ס"ק ה 191
סי' עז, ס"ק כח 209
סי' צ, ס"ק כ 29
ס"ק כב 32
ס"ק כו 31
סי' צט, ס"ק ז 184
סי' קה, ס"ק טז 279 290
סי' קיח, ס"ק כ 290
חלת דבש, על שו"ע, חו"מ
סי' רסד, סעיף א, ס"ק ב 356
חמדת אהרן, עמ' קלט 335
חמדת הנפש, שו"ת, סי' יח 306 308
חמדת משה (בק), סי' לה
אותיות ט-י 333
אות יא 332
חמדת משה (פרלמוטר), שו"ת
חו"מ, סי' קמג 305 308
חמדת שלמה, שו"ת
או"ח, סי' א 89 178
חו"מ, סי' יג 244 303
חסד יהושע, שו"ת, חלק א, סי' לב 140 406
חסד לאברהם (תאומים), שו"ת
מהדורא קמא, או"ח, סי' כ 85 100 101
סי' כא 91 100 100

סי׳ נב 401 407 408
חו״מ, סי׳ טו 178 179 327 336 337 360
מהדורא תניינא, או״ח, סי׳ מט 407
יו״ד, סי׳ פח 160
חו״מ, סי׳ ו 160
סי׳ לא 119 120 122 386
חסדי דוד, תוספתא, בבא בתרא, פרק ט, הלכה א 27
חסון, ר׳ שלמה, במקור ברוך (קלעי), דף פו ע״ד 279
דף פז ע״א 254 295
החפץ חיים (פלאג׳י), סי׳ מט 274
חקקי לב, שו״ת, חלק ב, חו״מ
סי׳ יג 243 274 277
סי׳ טז 274 277
סי׳ יז 243
חקירות א-ג 274
חקירה ד 273
חקירה ו 277
סי׳ כג 29
חקר הלכה (לנדא)
חלק ב, אות ח, ס״ק כב 83 84 91
חקרי לב (חזן)
יו״ד, חלק ב, סי׳ מח 63 65 85 96 97 99 100
חו״מ, חלק א, סי׳ קלה 262 321 323 327 333
334 340 341 347-349 351 357-361
חלק ב, סי׳ ח 37 283 300
חלק ג, סי׳ עח 342
מהדורא בתרא, חו״מ, סי׳ ט 303 310
סי׳ כב 40
סי׳ כג 40
סי׳ לט 342 359
חשוקי חמד, פסחים ו ע״א 36
חשק שלמה (לוינסון), סי׳ ב 91
חתם סופר, הגהות לשו״ע
חו״מ, סי׳ קצ, סעיף יח 34
חתם סופר, חידושים לתלמוד
שבת פח ע״א 253
כתובות מז ע״ב 191
נדרים מח ע״א 77
בבא בתרא מז ע״א 249
חתם סופר, שו״ת
או״ח, סי׳ סב 79 81 83 88 91 92
סי׳ סה 140
יו״ד, סי׳ שי 86 88
סי׳ שכד 102
אהע״ז, חלק א, סי׳ קא 181
סי׳ קיב 246 250
סי׳ קמא 182-184 401
חלק ב, סי׳ ב 363
סי׳ קה 349
חו״מ, סי׳ ע 191
סי׳ צא 332
סי׳ קלה 350
סי׳ קפ 398 404 407
חלק ז, סי׳ כה 246 247 249 285 288 289 292
ליקוטי הערות, על חתם סופר, או״ח, סי׳ סב 91
טביומי, ר׳ טוביה
בשו״ת משפטי עוזיאל, חו״מ, סי׳ כז, אות ג 83
טבילת כלים (מהד׳ תשמ״ב)
פרק ג, הערה ד 94
פרק ו, הערה ב* 95
טבעות החושן, על חו״מ
סי׳ פא, קצות החושן, ס״ק ד 327
סי׳ רה, נתיבות המשפט, ס״ק א 239
סי׳ רסד, קצות החושן, ס״ק ב 328 354
סי׳ רסד, קצות החושן, ס״ק ד 322
סי׳ רסד, נתיבות המשפט, ס״ק ח 337
טוב טעם ודעת, שו״ת
מהדורא ג, חלק ב, סי׳ כב 94
טולידאנו, ר׳ שלמה, באבני שיש, חלק א, סי׳ ל 69
ט״ז, על השו״ע
או״ח, סי׳ קצו, ס״ק א 401
סי׳ רמו, ס״ק ה 100
יו״ד, סי׳ קט, ס״ק יג 404
סי׳ רלב, ס״ק יז 260
סי׳ שה, ס״ק ג 160
ס״ק ו 79
סי׳ שלו, ס״ק ג 330
אהע״ז, סי׳ נ, ס״ק ה 411
סי׳ קסה, ס״ק ג 321 334 360
חו״מ, סי׳ יב, סעיף יא 244
סי׳ מג, סעיף יב 226
סי׳ קפד, סעיף ב 39 40
סי׳ רכז, סעיף ב 197
סי׳ שלב, סעיף ד 123 208
טיב חליצה, בסוף ההשמטות (דף כא ע״ג — כב ע״א
במהד׳ תר״ן) 263 322 326 332 334 347 351
יביע אומר, שו״ת
חלק ג, אהע״ז, סי׳ כ 239
אות כה 272
אותיות כו-כז 268
אות לב 246
חו״מ, סי׳ ג, אות יט 187
סי׳ ד, אות א 132
חלק ו, אהע״ז, סי׳ ו, אות ז 169
סי׳ י, אות יא 244
חו״מ, סי׳ ה 199
חלק ז, אהע״ז, סי׳ כג 263
חלק ח, אהע״ז, סי׳ כה, אות ב 262 263
אות ג 263
יד המלך, על הרמב״ם
הלכות אישות, פרק יז, הלכה טז 42
הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ז 323 326 345
352 358
יד יוסף (דייטש), שו״ת, סי׳ קטו 188 199
יד ימין, שו״ת, חו״מ, סי׳ מג 31 177 192
יד יצחק (גליק), חלק ב, סי׳ קס 394 402
סי׳ קסא 94
יד שאול, יו״ד, סי׳ קיט 407
יהודה יעלה (אסאד), שו״ת
חלק א, או״ח, סי׳ קפט 102
יו״ד, סי׳ יט 401
סי׳ קלב 261
סי׳ שכז 269
סי׳ של 36

חלק ב, סי׳ נב 170
סי׳ צה 263
סי׳ רכג 119-123
יהל אור
דף יח ע״ד 87
דף יט ע״ב-ע״ג 87
דף כז ע״ב 33
יוסף לקח (אבולעפיה), פרשת בלק 323 328 330
יישא איש, שו״ת
אהע״ז, סי׳ יט 263
חו״מ, סי׳ ד 129 385
סי׳ ט 330
יכין ובועז, שו״ת, חלק ב
סי׳ כא 241 256
סי׳ מח 65 66 281 291
ילקוט ביאורים (בתלמוד מהד׳ מתיבתא)
נדרים מח ע״א, הערה מד 77
גיטין נה ע״ב 253
בבא קמא קי ע״ב 177
בבא מציעא יד ע״א 217
מב ע״ב 147
בבא בתרא צ ע״א 158
ילקוט הגרשוני, על שו״ע
או״ח, סי׳ תמג, על מגן אברהם, ס״ק ד 94
ילקוט שינויי נוסחאות, ברמב״ם מהד׳ פרנקל
הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יג 45
ים של שלמה, בבא קמא
פרק ח, סי׳ כז 279
פרק ט, סי׳ לג 39
פרק י, סי׳ לח 321 328 330 347 356
ימי שלמה, על הרמב״ם
הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ז 320 339 353 354
הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג 122
יעיר אוזן, מערכת א, אות ע 406
ר׳ יעקב לבית הלוי, שו״ת (מהד׳ שצ״ב)
סי׳ סז 255 296
סי׳ סח 271 290 296 298
יפה, ר׳ שמואל
בשו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סי׳ תיט 299
יפלס נתיב, על נתיבות המשפט
סי׳ רסד, ס״ק ח, אות ח 337
אותיות יב, יד 347
ר׳ יצחק מלאטאש, שו״ת, עמ׳ 86 263
יצחקי, ר׳ דוד
בס׳ ביום ראשון תשביתו, עמ׳ כז-כט 95
יריעות החושן, על שו״ע, חו״מ, סי׳ רנג, ס״ק ו 192 201
ר׳ ישועה שבאבו ידיע זיין
בשו״ת גינת ורדים, יו״ד, כלל ו, סי׳ ח 98
ישועות יעקב, על שו״ע, או״ח
סי׳ יג, ס״ק ד 90 95 96 103
קונטרס אחרון להלכות פסח (נדפס אחרי סי׳ תצד) 88
אחרי סי׳ תקפו 401 405
ישועות יעקב, שו״ת
אהע״ז, סי׳ כה 117
חו״מ, סי׳ ח 120 122
סי׳ ט 120 122
ישועות ישראל, על שו״ע, חו״מ
סי׳ כה, עין משפט, ס״ק א 199
ישועת דוד (מהד׳ תשמ״ד), סי׳ לה, אות א 257
ישיב יצחק, שו״ת
חלק ט, סי׳ סא 349 358
סי׳ סב 323
סי׳ סג 347 358
חלק יט, סי׳ סא 184
סי׳ סב 184
חלק כה, סי׳ ק 371 372
סי׳ קא 372
ישכיל עבדי, שו״ת
חלק ו, חו״מ, סי׳ ח 162
אות א 189
כבוד יום טוב, על הרמב״ם
הלכות מכירה, פרק כ, הלכה ב 185
כבודה של תורה (באר׳), פרשת תולדות, עמ׳ קנ 243
הכהן, ר׳ דוד, בקול בן לוי, דרוש ב 350
הכהן, ר׳ מלאכי, בשו״ת לחמי תודה, סי׳ יא 188
כוכב מיעקב (וידנפלד), שו״ת
חלק א, סי׳ קנח 394
חלק ב, סי׳ כ 119 122
כיסא אליהו (ישראל), על שו״ע, חו״מ
סי׳ רמא, ס״ק ה 251
כיסא אליהו (רוסוף), עמ׳ 74 92
עמ׳ 75 91 92
כלי גולה, בבא קמא קטז ע״א 351
כנסת אברהם, סי׳ ד 401 406 407
כנסת הגדולה, על הטור
אהע״ז, סי׳ קלד, הגהב״י, אות מז 268
אות נא 264
סי׳ קנד, הגהב״י, אותיות יא, לו-לז, לט 263
חו״מ, מהדורא קמא, סי׳ פה, הגהב״י, כללי קים לי, אות מד 64
חו״מ, מהדורא בתרא, סי׳ צט, הגהב״י, אות ו 58
סי׳ קפד, הגה״ט, אות יד 39 40
סי׳ רה, הגה״ט, אות ב 269
אות יב 261
אות לא 276
אות סו 248
אות סו 249
סי׳ רה, הגהב״י, אות א 249 250
אות טו 271
אות כא 273
אות כז 290
אות ל 272
אות לב 243
אות לה 274
אות לז 274
אותיות סב-סג 281
אות ע 253
אותיות עב-פ 244
אותיות פא-פד 251
סי׳ רז, הגהב״י, אות רכד 187
סי׳ רטז, הגה״ט, אות ט 379

סי׳ רלב, הגה״ט, אות ו 385 386
אות יא 129
אות כח 385
אות ס 396
סי׳ רלב, הגהב״י, אות יא 118
אות טז 154
אות לז 127 129
סי׳ רלג, הגה״ט, אות א 134
סי׳ רלה, הגה״ט, אות כא 370
סי׳ רמו, הגה״ט, אות א 182
סי׳ רסד, הגהב״י, אות ב 349 353
סי׳ שלג, הגהב״י, אות כב 333 349
כסף הקדשים, על שו״ע, חו״מ
סי׳ צז, סעיף ב 387
סי׳ צט, סעיף ו 69
סי׳ רכז, סעיף ח 412
סי׳ רלב, סעיף ג 121
סעיף ז 412
סי׳ רמו, סעיף ג 31
סי׳ רסד, סעיף ז 333
כסף משנה, על הרמב״ם
הלכות אישות, פרק ו, הלכה א 318
פרק יז, הלכה יט 251
הלכות נדרים, פרק ז, הלכה טו 77 78 85
הלכות תרומות, פרק א, הלכה יא 83
הלכות מכירה, פרק יב, הלכה ד 195
פרק טו, הלכה א 156
הלכה ו 132
פרק טז, הלכה א 411
הלכה ג 400
פרק כט, הלכה ב 364 365
הלכות עדות, פרק ג, הלכה ז 25
כרם חמר, חלק א, חו״מ
סי׳ יד 157 176 201
סי׳ קי 278
כרם שלמה (אהרמן), על יבמות
פה ע״ב 402-400 406 410
כרם שלמה (אמרילין), חו״מ, סי׳ יח 295 301
כרם שלמה (האס), על שו״ע
אהע״ז, סי׳ נ, דיני שכירות, אות ג 353
כרם שלמה (קוטלר)
או״ח, חלק ב, סי׳ צט 408-406
כתב סופר, שו״ת, יו״ד, סי׳ קפו 102
כתנות אור (אייזנשטט), פרשת תולדות 322
לאבון, ר׳ דוד
בשם עולם (רבין), חלק ב, סי׳ קסח 405
לב אהרן (בוארון)
אהע״ז, סי׳ יא, אות ד 237
חו״מ, סי׳ ט, אותיות א-ב 278
אות ג 281
אות ה 281
אות ו 281
סי׳ יג, אות טז 289
לב דוד (פלדמן), שו״ת, סי׳ פד 400
סי׳ פה 139
קונטרס ״תמה על עצמך״, סי׳ ה, אופן ב 87
סי׳ ח 87
לב השבת, סי׳ טו, הערה 15 405
לב ים, קידושין, סי׳ מג
אות ח 29
אותיות י-יא 37
לב שמח, שו״ת, חו״מ
סי׳ כא 305
סי׳ כה 30 31 44
לבוש מרדכי, בבא קמא, סי׳ לא, אות ד 237
לבוש
יו״ד, סי׳ שלו, סעיף ג 330
חו״מ, סי׳ רלב, סעיף טו 384 395 410
סי׳ רמב, סעיף א 241
סי׳ רסד, סעיף ז 331
לבושי שרד, חידושי דינים ליו״ד, הלכות מילה, סי׳ קכה 326
לוחות אבן, בבא בתרא, עמ׳ רכו ועמ׳ רכח 335
הלוי, ר׳ יוסף מרדכי ידיד
בשו״ת מפי אהרן, חו״מ, סי׳ טו 327 328 352
הלוי, ר׳ יצחק, במשנה למלך, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה א 178
הלוי, ר׳ שמואל, במשנה למלך, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה א 178 179
לוין, רא״ד, פסקי דין ירושלים, כרך ז, עמ׳ שסג 117
לחם משנה, על הרמב״ם
הלכות נדרים, פרק ז, הלכה טו 76
הלכות בכורות, פרק ו, הלכה ה 286
הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ז 353
הלכות מכירה, פרק י, הלכה א 250
הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יג 45 410
הלכות מלווה ולווה, פרק כג, הלכה א 225
לחם רב, שו״ת
סי׳ לא 263
סי׳ מז 300
סי׳ קמב 270
סי׳ קעז 300
סי׳ קעח 295 300
סי׳ קעט 293 295 300
סי׳ רכז 320 333 349 350 351 356
לחמי תודה, שו״ת, סי׳ יא 188
לייבוביץ, ר׳ ברוך דב (ראה גם: חידושי ושיעורי...)
בס׳ זיכרון אש תמיד, עמ׳ שנז 240
ליכטנשטיין, ר״א, שיעורים בפרק חזקת הבתים
עמ׳ 325-324 31
ליצחק ריח
חלק א, סי׳ לג 35 59 68 70
מע׳ מ, מודעא, אות ח 389
לשון ערומים, דרוש ה 350 353 356
מאזוז, ר׳ יששכר
בדבר השמיטה (לוי), עמ׳ ו 105
מאזניים למשפט, על שו״ע, חו״מ
סי׳ יב, ס״ק יד 302 307
ר׳ מאיר שמחה, חידושים לתלמוד
בבא מציעא נ ע״ב 122
מבי״ט, שו״ת, חלק א, סי׳ ב 52 58 59
סי׳ קח 146
סי׳ קכב 371 373
סי׳ קעח 177

מפתח המקורות

חלק ב, סי׳ נו 323 331 342
סי׳ נז 60 76
סי׳ ע 60 65
סי׳ ק 300
סי׳ קכ 246
סי׳ קלח 264 268
סי׳ רכ 183
חלק ג, סי׳ סא 323 331
סי׳ עט 176
סי׳ צז 196
סי׳ קטו 251 279 282 300 309
סי׳ קמז 188
סי׳ קפ 185
סי׳ רכז 253 272 273
מגדל עוז, על הרמב״ם
הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ג 394
מגדל צופים, שו״ת, חלק ה, סי׳ צט 246
מגילת ספר, על הסמ״ג, לאוין פא 29 31
מגן אברהם, על שו״ע, או״ח
סי׳ יג, ס״ק ח 95 103
סי׳ רמו, ס״ק ט 100
סי׳ תמח, ס״ק ה 80 85 87
מגן גיבורים (אשטרושא), שו״ת
סי׳ יח 119 121 130 386
סי׳ נ 261
מגן דוד (גיג׳), שו״ת, אהע״ז
סי׳ א 269 285 297 325 333 341 343 349 360
מגן האלף, על שו״ע, או״ח
סי׳ תמח, ס״ק י 84 91 93
מהלכי משפט, חלק א, מהלך כג, אות ד 247 251
מהרא״ל צינץ, שו״ת, חו״מ, סי׳ לח, אות ז 342
מהרח״ש, שו״ת, אהע״ז, סי׳ לח 263
מהר״י אלגאזי, שו״ת, סי׳ לט 273
מהר״י בן לב, שו״ת
חלק א, סי׳ סה 125 126
סי׳ עה 183
סי׳ עח 170
סי׳ צ 169
סי׳ צח 199 253 272 273 290
סי׳ צט 341
סי׳ ק (צט) 323 332 348
סי׳ קב 273
סי׳ קז 272
חלק ב, סי׳ יח 262 263
סי׳ לז 125
סי׳ מז 251-253 255 279 284
סי׳ עג 159
סי׳ עז 241
סי׳ עט 263
סי׳ פח 263
חלק ג, סי׳ כח 241 250 252 253 261 272 273
276 277 279 282 297 299
מהר״י בסאן, שו״ת, סי׳ נג 64 67 68
מהרי״א הלוי, שו״ת, חלק ב, סי׳ קיז 320 322 356
מהריא״ז ענזיל, שו״ת, סי׳ ג 74
מהרי״ד (דנציג), שו״ת, חו״מ, סי׳ מה 290
מהרי״ט, חידושים, כתובות צז ע״א 31
מהרי״ט, שו״ת
חלק א, סי׳ כא 266
סי׳ כג 41 56 74 82 99 100
סי׳ לא 254 276 285 295
סי׳ לח 30 45 59
סי׳ מה 44 338 356
סי׳ סט 286
סי׳ צג 198
סי׳ קב 166-164
סי׳ קכב 169 170
חלק ב, יו״ד, סי׳ כו 179
חו״מ, סי׳ ד 253 272
סי׳ יט 198 345
סי׳ כ 117
סי׳ כג 341 342
סי׳ כט 41
סי׳ מב 252 271 273
סי׳ מג 248
סי׳ מה 197
סי׳ מט 300
סי׳ נב 33 169 170
סי׳ נו 140
סי׳ צג 167 310
סי׳ צח 252 279 290 301 369 370
מהרי״ט אלגזי, על הלכות בכורות לרמב״ן
פרק ה, אות נא 140
מהריט״ץ, שו״ת
סי׳ מ 292
סי׳ קה 120 386 387
סי׳ קמה 290 291
סי׳ רח 198
סי׳ רכה 120 147 386 387
סי׳ רע 249
סי׳ רעו 252
מהריט״ץ, שו״ת החדשות
סי׳ יד 256 273
סי׳ לח 222 225
סי׳ קיז 176 179
סי׳ קעב 263
מהרלב״ח, שו״ת
סי׳ לד 253 267
סי׳ קלז 260
מהר״ם אלאשקר, שו״ת, סי׳ יא 369-367 420
מהר״ם אלשיך, שו״ת
סי׳ יד 199
סי׳ ל 279
סי׳ לב 307 310
סי׳ סח 60
סי׳ עא 284
סי׳ עח 251 289
מהר״ם אלשיך, בכנסת הגדולה, חו״מ, סי׳ רלב,
הגה״ט, אות ו 386 387
מהר״ם גלאנטי, שו״ת, סי׳ עב 369
מהר״ם חביב
בשו״ת גינת ורדים, חו״מ, כלל ה, סי׳ יג 168
מהר״ם חלאווה, חידושים, פסחים ד ע״א 94
ד ע״ב 208

ל ע"ב 95
מהר"ם מלובלין, שו"ת
סי' א 263
סי' ה 303
סי' יא 304 306
סי' כג 261 298 300 304 307
סי' מז 304
סי' קח 179 181 182
מהר"ם פדובה, שו"ת, סי' לט 126
מהר"ם מרוטנבורק, שו"ת מהר"ם מרוטנבורק
האחרונים, או"ח, סי' יב 81-79 85 86 93 100
320
מהר"ץ חיות, חידושים, גיטין סה ע"א 80 91
מהר"ש הלוי, שו"ת, חו"מ
סי' לב 271
סי' מב 278 281 282
מהר"ש ן' וירגא, בכנסת הגדולה, חו"מ, סי' רלב,
הגה"ט, אות ו 386
מהר"ש ענגל, שו"ת, חלק ו
סי' מז 66 67
סי' צט 197
מהרש"א, מהדורא בתרא, בבא קמא קי ע"ב 178
מהרש"ג, שו"ת, חלק ג
סי' קג 322 350 352
סי' קכא 352
מהרשד"ם, שו"ת
יו"ד, סי' עט 323
סי' קב 253
סי' קלב 261 263
אהע"ז, סי' מא 263
סי' סג 268
סי' עא 263
סי' קפג 253 258
סי' ריב 331
חו"מ, סי' יג 290
סי' מד 251 252 297 298
סי' מה 83
סי' נב 273 277
סי' סג 264
סי' סו 219
סי' פח 264
סי' קטז 159 199
סי' קכח 324 327
סי' קמז 130 147 396 398
סי' רלה 371
סי' רלז 371
סי' רנג 181
סי' רסד 100
סי' רעג 168
סי' רפג 370
סי' רצו 209
סי' רצט 181
סי' שלד 252 261 271 279 296 297 306
סי' שע 187
סי' שעו 174
סי' שפה 120 121 197
סי' שצד 199
סי' תיח 257 258 269 298 303 307
סי' תיט 251 252 279 296 297 299
סי' תלג 209
מהרש"ך, שו"ת
חלק א, סי' י 271 273 274 284 287
סי' מא 281
סי' סה 253 272
סי' סז 271 281
סי' עא 267 273 277 417 418
סי' עט 320 349
סי' קלה 269 281
סי' קלח 398
סי' קסט 373
חלק ב, סי' לח 179
סי' מב 371 373
סי' פ 320 333 334 351
סי' קכט 271
סי' רג 209
חלק ג, סי' כ 246
סי' כד 281
סי' קד 307
סי' קכט 271
מהרש"ל, שו"ת
סי' כה 328 333 349 361
סי' סה 369 370
מהרש"ם, שו"ת
חלק ב, סי' טו 33
סי' עד 159
סי' קמ 365
סי' קמה 159 165 199
חלק ג, סי' קצד 139 417
סי' רסא 199
חלק ד, סי' ס 159 165 170
סי' עד 322 332 356
חלק ה, סי' כב 189 306
סי' לח 30 31 41
חלק ו, סי' קכ 122
חלק ז, סי' יח 290
סי' רז 253
חלק ח, סי' נ 405
חלק ט, סי' קיד 159
המועדים בהלכה (זווין), עמ' רמו-רנה 84
עמ' רנג 93
מועדים וזמנים
חלק ג, סי' רסו 401
חלק ד, סי' רעו 91-86
חלק ו, סי' נט 30 66 335
חלק ז, סי' קנה 82
סי' רנז 106
מוצל מאש, שו"ת, סי' סא 402
מור ואהלות (ענתבי), שו"ת, חו"מ
סי' כא 121 386
סי' כג 209
מזרחי, ר' אליהו, שו"ת
סי' יד 263
סי' טז 33 178-176 185
סי' לה 171

מזרחי, ר׳ נסים יצחק
בשו״ת בני בנימין, חו״מ, סי׳ ב 187
מחזיק ברכה, על שו״ע, או״ח
סי׳ תמח, אות טז 76 85
מחנה אפרים
הלכות נזקי ממון, סי׳ ט 404-401
הלכות גזלה, סי׳ כג 395
סי׳ כו 250
הלכות מכירה, דיני אונאה, סי׳ ד 385 386
סי׳ ה 127 129
סי׳ יב 126 131 195
סי׳ יג 196
סי׳ כג 379
סי׳ כו 406 407
הלכות זכייה ומתנה, סי׳ א 125 126 158 379
סי׳ לה 166
הלכות שלוחין, סי׳ ד 322
סי׳ יח 39 40
הלכות שותפות, סי׳ ד 171
הלכות שכירות
סי׳ טו 321 327-323 333 340 341
סי׳ טז 162
סי׳ יח 353 355
הלכות מלווה ולווה, דיני ריבית, סי׳ יג 100
סי׳ לז 160
חידושים על רמב״ם
הלכות מכירה, פרק יב, הלכה ד 400
פרק טו, הלכה ג 134 135
מחצית השקל, על שו״ע, או״ח
סי׳ תמח, ס״ק ד 86 87
מטה אהרן (רוזנטל), שבועות, עמ׳ ט 401 408
מטה שמעון, על שו״ע, חו״מ
סי׳ רה, הגהב״י, אות כז 273
סי׳ רכז, הגה״ט, אות טו 398
מי השליח (רבינוביץ), סי׳ טו 320 321 342
מילי דמרדכי, על הרמב״ם
הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב 45
מילי דפיסחא, אות י 90
אות יח 91 93
מים החיים (ארוליו), שו״ת, חו״מ, סי׳ יז 309 310
מים חיים (סילווא), שו״ת, סי׳ יג 134 164 167
מים חיים (רפפורט), שו״ת, או״ח, סי׳ ח 92 93
מים עמוקים, שו״ת, חלק ב (ראנ״ח)
סי׳ ב 33-30 37 43 64 68
סי׳ לא 171
סי׳ סג 185
מכתם לדוד, שו״ת, חו״מ
סי׳ י 130 154
סי׳ טז 29
סי׳ לא 253 258 300 307
מלבי״ם, ויקרא יט, יג 313
מלך שלם, שו״ת, חו״מ, סי׳ כו 188 306
מלמד להועיל, שו״ת, חלק ג, סי׳ נז 147
מלצר, ר׳ איסר זלמן (ראה גם: אבן האזל)
באוהל אברהם, כתובות, עמ׳ תמו 178
בתורת החוף ימים, סי׳ כ, עמ׳ קצד 241
מנחת אלעזר, שו״ת
חלק א, סי׳ ה 406 407
סי׳ עו 102
חלק ב, סי׳ יח 406
חלק ג, סי׳ כג 408
סי׳ לא 251 298 302 308
מנחת אשר, בבא בתרא, סי׳ לד 243
מנחת אשר, דברים
סי׳ מב 260
סי׳ מב, אות ג 266
מנחת ביכורים, על תוספתא
בבא בתרא, פרק ט, הלכה א 27
מנחת חינוך, על ס׳ החינוך
מצווה לב, מוסך השבת, אות לד 239
מצווה לח, אות ב 286
מצווה שלז, אות א 196
מנחת יצחק, שו״ת
חלק ג, סי׳ קלד 308
חלק ה, סי׳ קיט 48 49 244
סי׳ קכ 48 49
חלק ו, סי׳ קז 33
סי׳ קע, ענף ז, ס״ק ב 37
ענף ז, ס״ק ד 57
ענף ז, ס״ק ו 30
ענף ז, ס״ק ט 181
ענפים יא-יג 41
ענף טו 41
ענף טו, ס״ק א 40
ענף טו, ס״ק ה 44
ענף טז 46
חלק ח, סי׳ מא 91
מנחת משה (ירושלימסקי)
חלק א, או״ח, סי׳ טו, דין יז 401
מנחת עני (שלוסברג, תקמ״ז)
דף א ע״ב 253
דף א ע״ד 287
דף ג ע״א 247
דף ג ע״ב 262
מנחת פתים, על שו״ע, חו״מ
סי׳ רח, סעיף א 160
סי׳ רכז, סעיף ט 246
סי׳ רמו, סעיף ג 181
סי׳ רסד, סעיף ז 324 333 355
מנחת שי (שריקי), עמ׳ רצז 103
מנחת שלמה, שו״ת, חלק א, סי׳ פ, אות ט 116
מסגרת השולחן, סי׳ רכד, ס״ק ו 174
מעדני ארץ, שביעית
הקדמה, ליד ציון הערה 33 103
סי׳ א, אות כ 103
קונטרס ״מילי דאבא״, דפים קמב-קמד 106
מעיין גנים (מזרחי)
דף יב ע״ב 209
פרשת ויצא 259
מערכי לב (חזן), חלק א, דרוש ח 245 261 389
מערכת הקניינים
סי׳ ב 335

סי׳ יא 335
המעשה והמדרש (מרגולין)
פרשת תולדות 319 321 322 336
מעשה רוקח, על הרמב״ם
הלכות נדרים, פרק ז, הלכה טו 77
הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב 45
מפי אהרן, שו״ת, חו״מ
סי׳ יב 251 258
סי׳ טו 327 328 352
ס׳ המפתח (ברמב״ם, מהדורת פרנקל)
הלכות מכירה, פרק י, הלכה א 250
מקור ברוך (גינזבורג), חלק ב, סי׳ לג 187
מקור ברוך (קלעי), שו״ת
סי׳ יח 263
דף פו ע״ד 273 279
דף פז ע״א 295
מקור חיים (ר׳ יעקב מליסא), על שו״ע, או״ח, ביאורים
סי׳ תמ, ס״ק ג 90
סי׳ תמח, ס״ק ט 46 116 130
ס״ק יא 74 79 81 86 87 91 93 94 100 101
המקנה, קונטרס אחרון
סי׳ כח, סעיף יט 49
סי׳ נ, סעיף ג 411
סי׳ סא 117
מקצוע בתורה, סי׳ מט, ס״ק ו 221 223
מראה יחזקאל, סי׳ כא 87 92 93
מרגליות, ר׳ סנדר
בשערי תשובה, סי׳ תמח, ס״ק ח 85 86
מרגליות, רא״ז (ראה גם: בית אפרים)
בקונטרס מקנה וקניין (הורוביץ), דף כו ע״ב 80
דף כט ע״ד 100
דף ל ע״ג-ע״ד 81
מרגניתא דר״ב, פרשת תולדות 243 254 286
מרומי שדה, נדרים מח ע״ב 76
מרכבת המשנה, על הרמב״ם
הלכות גזלה ואבדה, פרק ט, הלכה יד 249
הלכה טז 248
הלכות מכירה, פרק י, הלכה א 253
פרק כט, הלכה ב 365
מרפא לנפש (זילבר), חלק ג, סי׳ עא, אות י 373
משאת בנימין, שו״ת, סי׳ נט 87
משאת משה, שו״ת, חלק א, חו״מ
סי׳ נד 198
סי׳ סב 198
ר׳ משה זאב מביאליסטוק
בשו״ת חוט המשולש, חלק ב, סי׳ ה 89 90
משובב נתיבות, על שו״ע, חו״מ
סי׳ ט, ס״ק ב 246 247
סי׳ פא, ס״ק ב 321 322 327
משחא דרבותא, על שו״ע, אהע״ז, סי׳ קנד 263
משיב דבר, שו״ת
חלק ב, סי׳ נא 323 324 326 331 333 358 361
סי׳ נו 255
חלק ג, סי׳ יט 147
משך חכמה, דברים יז, יא 407
משכנות הרועים (לחאייך)
מערכת א, אות נא 119
אות נב 410
מערכת ה, אות צג 333 334
מערכת מ, אות ח 36
מערכת ש, אות קפד 332
משכנות יעקב (מהד׳ תש״ך) (במוסגר — הסימן במהד׳ וילנא)
אהע״ז, סי׳ לח 260
סי׳ לח, אות א 264
סי׳ מא (סי׳ לח, תשובה רביעית), אות יד 389
חו״מ, סי׳ י 199
סי׳ נט (סי׳ מח) 122 198
משמרות כהונה, בבא קמא קטז ע״א 336 360
משנה ברורה, על שו״ע, או״ח
סי׳ תלז, ס״ק יא 208
ס״ק יב 137
סי׳ תמח, ס״ק יב 105
משנה הלכות, שו״ת
חלק ב, סי׳ לה, קונטרס קדושת ישראל, דף נו ע״ד 263
חלק ה, סי׳ רצב 186
חלק ז, סי׳ רנח 303 305 306
חלק ט, סי׳ שעו 186
חלק יב, סי׳ קנז 185
משנה למלך, על הרמב״ם
הלכות אישות, פרק ה, הלכה ז 394 395
פרק יז, הלכה יט 252 290
הלכות שבועות, פרק ג, הלכה א 260
פרק ה, הלכה ה 409
הלכות מכירה, פרק י, הלכה א 244 253 254
פרק טו, הלכה ג 119 120 122 123 128 386
הלכות זכייה ומתנה
פרק ו, הלכה א 175 178 179 337
פרק ו, הלכה כד 241
פרק יב, הלכה יג 125 379
הלכות מלווה ולווה, פרק ב, הלכה ב 71
פרק ח, הלכה א 160
הלכות טוען ונטען, פרק טו, הלכה יא 241
הלכות סנהדרין, פרק כג, הלכה ה 162
משנת יוסף, שו״ת, חלק א, סי׳ מ
אות ד 82
אות ה 83 85 100
הערה ב 100
משנת יעקב, על הרמב״ם
הלכות מאכלות אסורות, פרק ח, הלכה ט 407
הלכות מכירה, פרק טז, הלכה יד 405 408
משנת עזר, חלק ב, סי׳ לט 126
משנת פיקוח נפש, סי׳ כה, אות ב 267
משנת ר׳ אליעזר (טולידו), שו״ת
חלק ב, חו״מ, סי׳ מו 192
משפט הפועלים (רוזנר)
פרק כ, הערה ב 211
תשובות והערות, עמ׳ תצב 346
משפט וצדקה ביעקב, שו״ת, חלק א
סי׳ ב 256 272
סי׳ רפ 70
משפט כהן, שו״ת, סי׳ מא 401 407
סי׳ נח 106
משפט צדק, שו״ת
חלק ב, סי׳ יז (השני) 37 199 259 295 298

משפט שלום (שבדרון), על שו״ע, חו״מ
סי׳ קעו, סעיף יב 169 171
סי׳ קפב, סעיף ח 379
סי׳ קפה, סעיף י 331 337
סי׳ רה, סעיף א 246
סעיף ג 261 262
סעיף ז 262 273
סי׳ רכז, סעיף ג 208
סעיף ד 380 398 399
סעיף ז 387
סי׳ רלב, סעיף ג 385
סעיף יא 174
סעיף יב 140
סי׳ רלד, סעיף א 408
משפטי הלוי, שו״ת, חלק ב, סי׳ א
אות א 143
אות ד 121
אות ה 123
אות ו 121
אות ז 126
אות ט 128
משפטי הממון (לייפר), סי׳ רכז
הערה 14 359
הערה 35 345
משפטי חיים, סי׳ טו 346
משפטי עוזיאל, שו״ת
חו״מ, סי׳ כז, אות ב 77 96
אותיות ג-ד 83
אות ה 81 91
אות ו 67 64
אות ז 67 70 71 96
חו״מ, עניינים כלליים, סי׳ ו, אות ה 402 404-406
משפטי שאול, סי׳ יז 184
סי׳ יח 184
משפטים ישרים (בירדוגו), שו״ת
חלק א, סי׳ קמה 199
חלק ב, סי׳ מ 369
סי׳ רסח 31 59 68
משק ביתי, סי׳ רפז 118
נאבארו, ר׳ יצחק
בשו״ת חקקי לב, חו״מ, סי׳ טז 274 277
נאות דשא (אייבשיץ), שו״ת
סי׳ כא 49
תשובת ר״ש קלוגר, בסופו 90 94
נבון, ר׳ יונה
בשו״ת חיים שאל, חלק א, סי׳ סג 181 183 410
נבחר מכסף, שו״ת
אהע״ז, סי׳ מה 263
חו״מ, סי׳ צד 189
נדיב לב, שו״ת, חלק א, חו״מ
סי׳ מד 276 278 279 388
סי׳ מה 273 300
נודע ביהודה, שו״ת
מהדורא קמא, יו״ד, סי׳ סט 177 178
יו״ד, סי׳ עה 100
אהע״ז, סי׳ נט 28 102
מהדורא תניינא, אהע״ז, סי׳ עג 170
סי׳ עג 171
סי׳ צג 44
חו״מ, סי׳ לב 187
נודע בשערים (אשכנזי), אהע״ז, סי׳ נה 260
נוכח השולחן, אהע״ז, סי׳ טו 140
נופת צופים (בירדוגו), שו״ת
אהע״ז, סי׳ לג 217
חו״מ, סי׳ כג 287 289
סי׳ קכח 217
נושא האפוד (פיפאנו), שו״ת
סי׳ טו 365
סי׳ כב 264 272 274
סי׳ לד 209
נזר הקודש (רוזין), שו״ת
יו״ד, סי׳ קכד, אות ט 401
אותיות י-יא 407
חו״מ, סי׳ ד, אות א 408
נחל יצחק, על שו״ע, חו״מ, סי׳ צו
ס״ק ד, ענף א 178
ס״ק ד, ענף ב 394 395
נחלת אב, עמ׳ קעג 241
נחלת יעקב (ר׳ יעקב מליסא), שו״ת
סי׳ א 74 79 80 85 89 93 101
נחלת צבי, על שו״ע, חו״מ, סי׳ רלב, סעיף ג 129
נחלת שבעה, סי׳ כד, אות ב (השני) 199
נחלת שמעון (קרסנר)
שופטים, חלק א, סי׳ כו, אות א 350 356
נחמת ישראל
קונטרס קריעה על המקדש, הערה 66 106
נחפה בכסף, שו״ת, חלק א, חו״מ, סי׳ א 137
נטע שעשועים (קארא), שו״ת, אזהרה ג 87 89 93
נימוקי רידב״ז, פרשת תולדות 358
נצח ישראל (גרוסמן), שו״ת
סי׳ יז, אות ד 349
אות יא 347
אות יב 350
סי׳ יח 290 291
נשמת אדם, שאלה ח 81-79 84 87 91 93 94
נשמת כל חי, שו״ת
חלק ב, חו״מ, סי׳ כג 118 122-120
נתיב חיים, בבא קמא
פרק הגוזל והמאכיל, סי׳ ו 321 323 330
נתיב יושר (איטאח)
פרק יג, הערה א 194
פרקים יג-כ 193
פרק כא, סעיף ב 143
סעיף ד 141
סעיפים יא-טו 152
סעיף כ 149
הערה ג 124
הערה יא 174
הערה לג 378
פרק כג, סעיפים ב-ד 127
סעיף ה 211
סעיף ו 130
סעיפים יג-טז 124
סעיף יד 121
פרק כד 135
פרק כו 158

פרק כז, סעיפים ב-ד 140
סעיפים ו-ט 409
פרק כח, סעיף א 410
סעיף ו 412
סעיף ז 396
סעיף י 412
פרק כט, סעיפים א-יא 400
סעיף יג 395
נתיבות המשפט, על שו"ע, חו"מ (בסתם — הביאורים)
סי' ט, ס"ק ב 246
סי' מט, ס"ק ה 219 228
סי' נ, ס"ק ה 49
חידושים, ס"ק ו 49
סי' ס, ס"ק א 69
ס"ק יז 42
ס"ק יט 39 40 42 45 46 222
סי' סו, ס"ק כח 164
סי' פא, ס"ק ב 322 327 336 337
סי' צט, ס"ק ה 44 67
ס"ק ו 68
סי' קפב, חידושים, ס"ק טו 158 379
סי' קצ, ס"ק י 45
ס"ק טו 34 45
סי' ר, ס"ק יד 90
סי' ר, חידושים, ס"ק כג 151
סי' רה, ס"ק א 239 250 286
ס"ק ז 275 284
ס"ק ח 252 259
ס"ק ט 256 283 298 301 302 305 306
ס"ק י 241 255
ס"ק יב 273 274
ס"ק טו 248
ס"ק טז 248
ס"ק יח 245 247 288-286 418 419
חידושים, ס"ק כו 269
סי' רז, ס"ק ה 116
ס"ק יג 165
סי' רכז, ס"ק א 131
ס"ק ב 196
חידושים, ס"ק יג 195
סי' רל, ס"ק א 190
סי' רלב, ס"ק א 119 121 127 128 134 387
ס"ק ב 133 134
ס"ק ה 399 410
ס"ק ו 147
ס"ק ז 147 153 154
חידושים, ס"ק ז 154
חידושים, ס"ק לה 148
סי' רלג, ס"ק א 126
ס"ק ג 142
סי' רלד, ס"ק א 412
ס"ק ב 403
ס"ק ג 407 408
סי' רלה, ס"ק ד 410
ס"ק יד 371
ס"ק כ 364
סי' רמא, ס"ק י 319
סי' רמו, ס"ק ד 409
סי' רסד, ס"ק ח 319 328 335-338 341 346-348 362
סי' שלב, ס"ק ד 208
סי' שלג, ס"ק טו 151
סי' שנו, ס"ק א 48
נתיבות הקניינים, סי' רה, סעיף ב 280 284
נתיבות השלום (כהנוב)
אורחות משפט, נתיב לב, אות יז 128
נתיבות מאיר, כתובות, סי' לו, אות א 31
אות ד 32
נתיבות שמואל, נתיב ג, אות יב 373
סביב ליראיו, על ס' יראים, מצווה רנט, אות ז 156
סדר אליהו רבה (שו"ת), סי' יד 263
סולובייצ'יק, ר' חיים הלוי (גר"ח), חידושים על הש"ס
(סטנסיל), מסכת יבמות, אות צג 116
סולובייצ'יק, ר' חיים הלוי, חידושים על הרמב"ם
הלכות יסודי התורה, פרק ה, הלכה א 239
הלכות מכירה, פרק יג, הלכה ג 132
פרק טו, הלכה א 150 157 197
סולובייצ'יק, ר' חיים הלוי
במוריה שמז-שמח (ניסן תשס"ט), עמ' צא 241
סידור יעב"ץ (בית יעקב), הלכות מילה 326
סלומון, ר' ברוך שמעון
בפסקי דין ירושלים, כרך ז, עמ' שסג 117
סם חיי, שו"ת
סי' כה 252 257 258 278 279 281-283 296-300 302 305 306 309
סי' כו 253 258 282 296 297 299 305
סי' כז 296
סמ"ע, על שו"ע, חו"מ
סי' כה, ס"ק ל 198
סי' מא, ס"ק ו 231
סי' מג, ס"ק י 225 226
ס"ק יז 228
ס"ק לד 220
סי' סו, ס"ק מו 164
ס"ק ס 151
סי' פא, ס"ק ה 327
ס"ק יג 360
סי' צט, ס"ק ה 70
סי' קג, ס"ק טו-טז 397
סי' קכו, ס"ק כו 145 146
סי' קפה, ס"ק כט 320
סי' קצ, ס"ק לא 34
סי' קצה, ס"ק כ 103
סי' רה, ס"ק א 239
ס"ק ב 245 250
ס"ק ה 244 245
ס"ק ו 275
ס"ק ח 282
ס"ק ט 295
ס"ק יא 285
ס"ק כ 249
ס"ק כח 279
סי' רז, ס"ק ח 191
ס"ק י 36

סי׳ ריח, ס״ק סו 149 150
סי׳ רכז, ס״ק ג 197
ס״ק ז 195
ס״ק ח 126 131 195 385
ס״ק יד 196
ס״ק כא 195
ס״ק נט 345
ס״ק סד 398
ס״ק עב 160
סי׳ רלב, ס״ק ב 158
ס״ק ג 385
ס״ק י 119
ס״ק יד 154
ס״ק טו 132 133
ס״ק טז 133 132 194
ס״ק לג 384 409 410
ס״ק מו 145 411
סי׳ רלג, ס״ק א 134
ס״ק ג 126 194
סי׳ רלד, ס״ק ב 404
ס״ק ד 401 402 405
סי׳ רלה, ס״ק ט 368
ס״ק לה 370
ס״ק מו 365
סי׳ רמב, ס״ק טו 260
סי׳ רמו, ס״ק ד 181
ס״ק כג 409 410
סי׳ רנ, ס״ק יג 178
סי׳ רנג, ס״ק יא 192 193
סי׳ רסד, ס״ק יט 318
ס״ק כ 351 355
סי׳ רסה, ס״ק ז 342
סי׳ שיא, ס״ק ב 383
סי׳ שפ, ס״ק ג 186
ספר... (ראה לפי שם הספר)
ספר יהושע, שו״ת, פסקים וכתבים
סי׳ קכא 162
סי׳ תלב 121 122
עבודת הגרשוני, שו״ת, סי׳ לט 292
עבודת השם, שו״ת, אהע״ז, סי׳ א 263
עדות ביעקב (בוטון), שו״ת
סי׳ לג 178
סי׳ לד 178
ר׳ עוזר מקלימנטוב, הגהת מהר״ע, על באר היטב,
חו״מ, סי׳ רה, ס״ק י 298 302
עוטה אור על שביעית — שביעית בזמן הזה
הסכמת ר״א שך 104
סי׳ יד 105
סי׳ טז, אות ד 86
עוטה אור, כתובות, סי׳ כו, אות ג 219
עולת שמואל (פלורנטין), שו״ת, חו״מ
סי׳ א 264
סי׳ כב 258 261 278 298 305
סי׳ לו 168
עונג יום טוב, שו״ת
סי׳ כח 74 80 85 91
סי׳ לח 164
סי׳ קסז 292
סי׳ קסח 292
עושה שלום (מרגנטו), דף סז ע״ב 77
ר׳ עזריאל (הילדסהיימר), שו״ת, חלק ב
סי׳ נח 365
סי׳ קנה 245
עזרת ישראל, סי׳ לד 263
עזרת כהן, שו״ת, סי׳ מא 258 259 278 284
עטרת חכמים, שו״ת
יו״ד, סי׳ יד 85 91 99 197
חו״מ, סי׳ יד 91
עטרת ישראל
סי׳ לח, אות כה 404 405 409
חלק התשובות, סי׳ כ 127 178
עיונים במסכתות התלמוד (ויין)
חלק א, עמ׳ לט 137 153
עמ׳ מט-נא 28
עמ׳ רלג-רלו 147
עמ׳ רלו 120
עין יצחק, שו״ת
חלק א, או״ח, סי׳ כו, אות ב 408
אהע״ז, סי׳ מח, אות ה 170
סי׳ נח, אות ב 170
סי׳ סז, אותיות כד-מא 408
סי׳ סז, אות כט 394 405
סי׳ סז, אות לז 408
סי׳ סח, אותיות כ-כא 411 412
חלק ב, סי׳ לד, אות כ 170
אות כז 263
סי׳ מב, אות כב 170
סי׳ סב, אות מח 263
ס׳ העיקרים (איגר), ערך אונאה
אשכול ג 345 348
אשכול ד 320 345 348 357
עיר חומה, סמיכות זבחים 245
עמודי אש, סי׳ יג, אות יז 95
עמק יהושפט, סי׳ א, אות ב 167
עץ החיים (אבולעפיה), פרשת תולדות 322
עצי אלמוגים, הלכות שניות לעריות
סי׳ ב, ס״ק יד 403 404
עצי לבונה, על שו״ע, יו״ד, סי׳ קכ 94
עצמות יוסף, קידושין ב ע״ב 247
ר׳ עקיבא איגר, חידושים על השולחן ערוך
אהע״ז, סי׳ קב, ס״ק ז 53
חו״מ, סי׳ רה, סעיף ג 244
סי׳ רלה, על ש״ך, ס״ק ב 423
סי׳ רמו, סעיף א 201
סי׳ רסד, על רמ״א, סעיף ז 331
ר׳ עקיבא איגר, חידושים, בבא מציעא מט ע״ב 122
ר׳ עקיבא איגר, שו״ת
מהדורא תניינא
סי׳ נא 116 117 125 132 179
סי׳ קו 116 117 125 132 179
חלק ג, סי׳ לג 195 394 396
ר׳ עקיבא איגר
בס׳ זיכרון וזאת ליהודה, עמ׳ עח 91 241
ערוך השולחן
אהע״ז, סי׳ מב, סעיף ג 247
סי׳ קלד, סעיף כד 264

סי׳ קסט, סעיף עד 319 360
סעיף עה 336
חו״מ, סי׳ מג, סעיף ד 225
סעיף ו 228
סעיף ט 226
סעיף י 226
סעיף יא 227
סי׳ סו, סעיף מ 165
סי׳ צט, סעיף ד 69
סי׳ קכו, סעיף יא 146
סי׳ קפד, סעיף ב 39 40
סי׳ רה, סעיף ב 240
סעיף ג 245
סעיף ד 278
סעיף ו 273
סעיף ז 256 258 264 269
סעיף טו 255
סי׳ רז, סעיף יב 37
סי׳ רט, סעיף א 196
סי׳ רכז, סעיף ב 196
סעיף ז 196
סעיף ח 127
סעיף י 387 388
סי׳ רלב, סעיף ד 126 127 129 385
סעיף ה 120
סעיף ט 377 379
סעיף יז 143
סעיף כג 409 410
סי׳ רלג, סעיף ד 142
סי׳ רלד, סעיף א 401 403
סעיף ב 404
סעיף ד 412
סי׳ רלה, סעיף יג 370-368
סעיף טו 373
סעיף כד 365 373
סי׳ רמא, סעיף ו 113 145 169 185 189
סי׳ רסד, סעיף טז 319
סעיף יז 324 339
סעיף יח 360
סעיף כ 318 336
סעיף כב 320
סי׳ שיט, סעיפים א-ב 56
סי׳ שנט, סעיף א 317
סי׳ שפו, סעיפים יא-יב 151
ערך השולחן (טייב), על שו״ע, חו״מ
סי׳ עג, אות ע 28
סי׳ רה, אות כא 255 256
סי׳ רלב, אות ו 385
ערך ש״י, על שו״ע
יו״ד, סי׳ קסא, סעיף ה 160
חו״מ, סי׳ יב, סעיף יא 302
סי׳ עג, סעיף יד 49
סי׳ קצ, סעיף ז 46
סי׳ רכז, סעיף ג 146 199 209
סעיף ד 399
סי׳ רלב, סעיף ג 379 380
פאת שדך, שו״ת, חלק א, סי׳ נז 102 106 107
פוקס, ר׳ מנחם מנדל
במשנת יוסף, חלק א, סי׳ מ, הערה ב 82 100
פחד יצחק, ערך גלוי עריות 235
פיאמיטה, ר׳ יוסף, בפחד יצחק, ערך גלוי עריות 235
פייגנבוים, ר״י
בשו״ת דמשק אליעזר (פרלמוטר), סי׳ נא 307
פלא יועץ, ערך גזל 317
פלפולא חריפתא, על הרא״ש
בבא קמא, פרק ה, סי׳ א, אות ב 148
בבא מציעא, פרק ב, סי׳ כח, אות ה 353
פני יהושע (חנדאלי), שו״ת, סי׳ ט 33 192
פני יהושע (פלק), על התלמוד
סוכה לט ע״א 82
קידושין ב ע״ב 287
בבא קמא כ ע״א 353
קי ע״ב 177
בבא מציעא נו ע״א 196
פני יצחק (אבולעפיה), שו״ת
חלק ב, סי׳ ט 31
חלק ה, חו״מ, סי׳ ד 185 253 259 272 284
פני מבין (פריד), שו״ת, יו״ד
סי׳ כב 401
סי׳ קטז 404 406 408
פני משה (בנבנשתי), שו״ת
חלק א, סי׳ יג 217
סי׳ כו 253 261 272
סי׳ נה 121
סי׳ סב 190
סי׳ סו 31
חלק ב, סי׳ נ 33
סי׳ נה 119 121
פנים מאירות, שו״ת
חלק א, סי׳ לד 286
סי׳ מו 124
סי׳ צז 331 347 356 361
חלק ב, סי׳ ז 405
סי׳ קנט 162
פנקס ועד ארבע ארצות
תקנות משנת שפ״ד 421
תקנות משנת שצ״ו 421
פנקס מדינת ליטא, תקנות משנת שפ״ג
סי׳ לב 372 420 421 423
סי׳ לג 372 420 423
פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סי׳ מב 370
פעמוני זהב, על שו״ע, חו״מ
סי׳ רה, סעיף א 278
סי׳ רכז, סעיף ד, ד״ה אך 385
סי׳ רלב, סעיף ה 157 176 201
פרובינצאלו, ר׳ משה, שו״ת
חלק ב, סי׳ קכ 404 405
פרח מטה אהרן, שו״ת
חלק א, סי׳ י 33
סי׳ יא 33
סי׳ כ 169
סי׳ סב 185
חלק ב, סי׳ ז 295
פרח שושן, שו״ת, כלל ה 185 284

פרי אהרן, עמ׳ לח 159
פרי האדמה, על הרמב״ם
חלק ג, הלכות מכירה, פרק טז 140
פרי הארץ, שו״ת, חלק א, חו״מ, סי׳ ה 31
פרי השדה, שו״ת, חלק א, סי׳ א 85 88 130
פרי חדש, על שו״ע
יו״ד, סי׳ קיט, ס״ק כד 406
אהע״ז, סי׳ קכ, סעיף ה 364
פרי יצחק, חלק ב, סי׳ נב 29 102
פרי מגדים, על שו״ע, או״ח
סי׳ תסז, אשל אברהם, ס״ק כה 140
פרי צדיק (צרור), שו״ת, סי׳ ט 164
פרי תבואה, שו״ת, חלק א, סי׳ נו 63 71
פרי תואר, על שו״ע, יו״ד, סי׳ קיט, ס״ק יז 406
פרישה, על הטור
אהע״ז, סי׳ מב, אות ד 246
סי׳ צ, אות כו 29
חו״מ, סי׳ צט, סעיף ב 70
סי׳ קעו, סעיף טז 189 190
סי׳ רלב, סעיף ה 154
סעיף יח 145
סעיף כ 412
סי׳ רלה, סעיף טו 411
סי׳ רמו, סעיף ג 181
סי׳ רסד, סעיף ח 351
פרנקל-תאומים, ר׳ ברוך
הגהות על צלעות הבית, סי׳ יב 322
פרשת דרכים, דרוש כב 262
פרשת המלך, על הרמב״ם
הלכות אישות, פרק ה, הלכה א 401 405 408
פתח הדביר, על שו״ע, או״ח, סי׳ רמו, אות ד 95
פתחי חושן
הלכות גנבה ואונאה, פרק ג 48
פרק ג, סעיף ט 49
פרק י, סעיף יג, הערה כה 196
הערה מא 209
פרק יא, סעיף ט 195
סעיפים יג-יז 197
סעיף יח 398
סעיף כ 127
סעיף כא 197
סעיף כד 158
הערה לז 399 400
הערה לח 399
פרק יב, סעיפים ח-ט 127
סעיף לג 191
הערה מא 149
פרק יג, סעיפים ד-ו 155
סעיף ח 127
סעיף ט 119
סעיפים יא, יג-יד 400
סעיף יב 409
סעיף טו 399
סעיפים יט-כ 409
סעיפים כד-כו 412
סעיפים לב-לו 191
הערה ז 386
הערה יז 155 378
הלכות הלוואה ואבדה, פרק יב, סעיף ז 133
הלכות ירושה ואישות, פרק ח, סעיפים צח-צט 33
הלכות נזיקין, פרק ג, סעיף לז, הערות פז-פח 151
הלכות פיקדון, פרק יב, הערה עג 46
הלכות קניינים, פרק ד, הערה ד 46
פרק טו, הערה קכח 182
הערה קלא 181
הערה קלד 69
פרק כא, הערה מב 165 211
פרק כב, סעיפים א-ג 243
סעיף ד 255
סעיף ה 249
סעיף ו 247
סעיפים ז-טז 278
סעיף יז 251
סעיף יח 251 278
הערה יט 247
הערה כח 277
הערה ס 244
הלכות שטרות, פרק ה, הערה סא 220
הלכות שכירות, פרק ח, סעיף כו, והערה נז 350
הערה נה 340
הערה נו 347 348
הערה נח 337
פתחי תשובה, על שו״ע
יו״ד, סי׳ קכ, ס״ק טו 95
סי׳ רסא, ס״ק ד 326
אהע״ז, סי׳ צט, ס״ק ז 183 184
סי׳ קלד, ס״ק יא 264
ס״ק יב 264
סי׳ קנד, סדר הגט, ס״ק לו 289
חו״מ, סי׳ ס, ס״ק א 69
סי׳ רה, ס״ק ד 259
ס״ק ה 301
ס״ק ח 278
סי׳ רכז, ס״ק ב 198
ס״ק ו 397
סי׳ רלב, ס״ק א 126-128
ס״ק ד 133 134
סי׳ רלד, ס״ק א 404 406
סי׳ רלה, ס״ק ז 371
סי׳ רמא, ס״ק ג 189 199
סי׳ רסד, ס״ק א 348
ס״ק ז 348
ס״ק ח 331 332
צבי גאון יעקב, סי׳ יז 190
צדקה, ר׳ יהודה, בעוטה אור על שביעית — שביעית בזמן הזה, סי׳ יד 105
צור תעודה, על הרמב״ם
הלכות שלוחין, פרק ב, הלכה ה 39 40
ציוני, שו״ת, חלק ב
סי׳ ו, אות ב 337
אות ד 317
אות ה 337
סי׳ יט 41 68
סי׳ כט 178 184

ציץ אליעזר, שו"ת
חלק ה, סי' כה, פרק לה 359
קונטרס רמת רחל, סי' כה, אותיות ב, ה 330
חלק יב, סי' עד 259
סי' עה 287 289 389 411
סי' עה, אות ב 256
חלק יג, סי' צד 263
חלק טו, סי' מט 273
ציץ הקודש, שו"ת
חלק א, סי' טו, אות ג 82 83 99 100
צל החכמה, שו"ת, סי' לג 401 408
צל הכסף, שו"ת, אהע"ז, סי' ה 263
ר' צמח ב"ר שמעון
בשו"ת יכין ובועז, חלק ב, סי' מח 281
צמח צדק (קרוכמל), שו"ת
סי' כ 100
סי' לה 100
סי' מה 77
צמח צדק (שניאורסון), חידושי ש"ס
שבת יב ע"א 405
צמח צדק (שניאורסון), שו"ת
יו"ד, סי' פח 98 107
אהע"ז, סי' כח, אות ג 31
סי' צה 209
סי' רסב 261
אות ד 263
אות ט 246
אות יב 263
חו"מ, סי' לה 28 31 177
סי' לו 128 129 412
סי' מג 120 127 164 198 385 387 388
צפנת פענח (מהרי"ט)
תולדות, דרוש א 253 256 358
צפנת פענח, כללי התורה והמצוות
מערכת א, סי' קיז 406
צפנת פענח, על הרמב"ם
הלכות חמץ, פרק ו, הלכה ב 406
הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טז 364
הלכות ייבום, פרק ד, הלכה כד 325 358
הלכות תרומות, דף ג ע"ב 137
דף כג ע"ב 406
עמ' 106 242
מהדורא תניינא, דף יז ע"ג 406
דף מו ע"ג 406
דף סב ע"ד 401
דף סו ע"ד 406
צפנת פענח, על התורה, שמות, עמ' פד 406
צפנת פענח, שו"ת
מהד' דווינסק, חלק ב, סי' ט 406
סי' לב 406
מהד' ורשא, סי' קעח 406
מהד' ניו יורק, סי' לג 406
קהילות יעקב (קנייבסקי), יבמות, סי' לח במהד' תשי"ח
= סי' מד במהד' תשמ"ח 114 120 140
קהילת יעקב (אלגאזי)
מצוות חכמים, אות א, ס"ק א 169
קהל יאודה, על שו"ע, יו"ד, סי' קיט
סעיף יג 402 403
סעיף יד 404
קובו, ר' אשר
בשו"ת חקקי לב, חו"מ, סי' יג 243 274 277
קובץ הערות (וסרמן), סי' מט 266
קובץ שיעורים (וסרמן)
כתובות, סי' ח 260
סי' י 253
בבא בתרא, סי' ר 237
סי' רלא 219
סי' תרמז 52 54
קול אריה (שוורץ), סי' עד 401
קול בן לוי, דרוש ב 349 350
קול יהודה (צדקה), שער ההלכה, סי' יז 105
קול מבשר, שו"ת, חלק ב, סי' א, אות טו 371
קול שמואל (קונפורטי), פרשת תולדות 322 356
קונטרס הרבית לבעל הסמ"ע, דיני ריבית, הדרך
הארוכה, אותיות יב-יג 99
קונטרס מקנה וקנין (זולקווא תרכ"ה) 92
קונטרס על איסור המכירה בשביעית (סופר)
סי' ד 86 88 105
קונטרסי שיעורים (גוסטמן), קידושין
שיעור כא, אות ה 31
אות ו 178
אות ח 117 180
שיעור כב, אות ט 36
קלוגר, ר' שלמה, תשובתו השנייה שבסוף שו"ת נאות
דשא (אייבשיץ) 90 94
קנייבסקי, ר' חיים
בשו"ת רבבות אפרים, חלק ז, סי' קמה 106
קנייבסקי, ר' יעקב ישראל (ראה גם: קהילות יעקב)
בעוטה אור על שביעית, סי' טז, אות ד 86
בתולדות יעקב, עמ' קכח 106
קניין תורה בהלכה, שו"ת, חלק ב, סי' סב
אות ג 239 250
אות ד 249
אות ה 247
קצות החושן, על שו"ע, חו"מ
סי' ט, ס"ק א 246
סי' יב, ס"ק א 133
סי' יז, ס"ק ג 165
סי' מג, ס"ק ד 226
סי' ס, ס"ק ט 42
סי' עה, ס"ק ד 165 168
סי' פא, ס"ק ד 321 322 327 335 337
סי' צט, ס"ק ה 68
ס"ק ו 67 68
ס"ק ז 67
ס"ק ח 69
סי' קכו, ס"ק ט 146
סי' קכט, ס"ק ח 337 342
ס"ק ט 332
סי' קמט, ס"ק ו 373
סי' קפג, ס"ק ג 40
ס"ק ד 39
סי' קצ, ס"ק ז 43 45 222
סי' רה, ס"ק א 275
ס"ק ב 300
ס"ק ג 285

ס״ק ה 275 282
ס״ק ו 287-289
סי׳ רז, ס״ק ה 166
סי׳ רכז, ס״ק א 337 347 358
ס״ק ג 197
סי׳ רלה, ס״ק ד 90
ס״ק ו 373
סי׳ רמא, ס״ק ט 319
סי׳ רמג, ס״ק ב 385
סי׳ רסד, ס״ק ב 328 353-355
ס״ק ג 353
ס״ק ד 321-323
קצנלנבוגן, רמ״ל, בחידושי הרשב״א, בבא בתרא מח
ע״ב, הערה 58 254
קרבן נתנאל, על הרא״ש
כתובות, פרק ח, סי׳ ב, אות מ 30
קרואי מועד, פסח, עמ׳ רד 36
קריינא דאיגרתא, סי׳ קנד 106
קריית מלך רב, על הרמב״ם
הלכות מכירה, פרק י, הלכה א 250
פרק טו 387
פרק טו, הלכה ג 121 385 386
הלכות מלווה ולווה, פרק ב, הלכה א 70
קריית ספר (המבי״ט), הקדמה, פרק ה 405
קרן אורה, על התלמוד
יבמות קו ע״א 319
נדרים מח ע״א 77
קרני ראם (אנקאווא), שו״ת
סי׳ סט 253 258-256 270 297 389
ר׳... (ראה לפי שמו)
ר׳ ראובן, חידושי ר׳ ראובן (גרוזובסקי)
חלק א, בבא מציעא, סי׳ כג, אות א 194 196
ראנ״ח, חידושים, כתובות מז ע״ב 177
ראנ״ח, שו״ת (ראה גם: מים עמוקים), חלק א
סי׳ ג 323 349 350 360
סי׳ לא 182
סי׳ מא (הראשון, שנדפס לפני סי׳ מ) 120 126 127
סי׳ מב 273 274
סי׳ מג 221
סי׳ נא 31
סי׳ סג 253 255 256 272 273 284
ראש אליהו, חלק ג, סי׳ לו, אות ו 37
ראש יוסף (אישקאפה), שו״ת, דף כא ע״א-ע״ב 275
ראשי בשמים, חו״מ, סי׳ צא, אותיות ו-ז 131
ראשית ביכורים, בכורות לז ע״א 401-403 405-407
רבבות אפרים, שו״ת, חלק ז, סי׳ קמה 106
רביד הזהב, שו״ת, סי׳ לו, אות ו 197
רבינוביץ, ר׳ יצחק (מפוניבז׳), בס׳ זיכרון הצבי ישראל
עמ׳ קיב 241 253
עמ׳ קטז 244
עמ׳ קיז 245
רבינוביץ, ר׳ יצחק אייזיק (משאוויל)
בס׳ הוראות שעה, פרק לא 104
רדב״ז, על הרמב״ם
הלכות מעשר, פרק יב, הלכה יח 140 417
הלכות עדות, פרק ג, הלכה ז 25
רדב״ז, שו״ת
חלק א, סי׳ נה 254
סי׳ קכח 83
סי׳ קלה 386
סי׳ קצז 145
סי׳ רעא 186
סי׳ שב 119 141 152
סי׳ תקמו 186
חלק ג, סי׳ תתס (תיז) 119 122 134 378-380
סי׳ תתקפו (תקנו) 323 330 331 361
סי׳ אלף נה (תרל) 256 257 272
חלק ד, סי׳ אלף קכו (נד) 243 272
סי׳ אלף קצג (קכג) 30
סי׳ אלף רו (קלו) 119 121 126 133 134 379
386
סי׳ אלף רט (קלט) 119 121 134
סי׳ אלף רכט (קנח) 185
סי׳ אלף שכב (רנא) 260 272
סי׳ אלף שכה (רנד) 58 60
חלק ו, סי׳ שני אלפים רעט 330 331 340 343
חלק ז, סי׳ יב 159
רד״ד, שו״ת, או״ח, מהדורא בתרא, סי׳ כב 403 404
רד״ך, שו״ת
בית ד, חדר ז 220 223
בית ט 175
רד״ם (פדר), שו״ת,
או״ח, סי׳ כז 406
חו״מ, סי׳ ה 28
רוב דגן (הלוי), חלק א
חו״מ, הלכות מתנות, סי׳ א 45
רידב״ז, על ירושלמי
שביעית, פרק ז, הלכה י 82
סוכה, פרק ד, הלכה ב 256
רמ״א, הגהות על שו״ע
או״ח, יג, סעיף ג 103
תלז, סעיף ג 208
תרנו, סעיף א 260
יו״ד, קנז, סעיף א 239 260
רכח, סעיף מג 183
רנח, סעיף ז 323
רסא 326
רצא, סעיף ב 137
שלו, סעיף ג 325 343
אהע״ז, לא, סעיף ט 169
נ, סעיף א 191
קה, סעיף ה 251
קח, סעיף ג 69
קלד, סעיף ד 245 264
קנד, סעיף כא 262
קסה, סעיף א 360
קסט, סעיף נ 340 358 360
חו״מ, יד, סעיף ה 151
יז, סעיף יא 306
כה, סעיף ה 199
לט, סעיף ג 218
מב, סעיף ט 170

מג, סעיף ח 225
מד, סעיף ה 229
מט, סעיף ב 220
פא, סעיף א 321 325 327 357
צט, סעיף ו 52 63 68 69 71
סעיף ח 69 70
קד, סעיף א 308
קיב, סעיף א 223 226
קכו, סעיף כב 167
קכט, סעיף כב 332-334
קנא, סעיף ג 249
קסג, סעיף ג 308
קעה, סעיף כח 43
קפד, סעיף ב 39
קצ, סעיף טז 45
סעיף יח 34
קצב, סעיף יא 373
ר, סעיף ז 151
רה, סעיף א 244 245
סעיף ד 285
סעיף ז 271
סעיף יא 252
סעיף יב 246 247
רז, סעיף ג 88
סעיף ד 28 29 36 37 100 201 320
סעיף י 165 166
רכז, סעיף ד 195 385
סעיף ז 197 346
סעיף כט 154 194 211 348
רלב, סעיף ה 153 154 210
סעיף יח 147
סעיף כג 395
רלג, סעיף א 141 142 153
רלה, סעיף ט 370
סעיף טו 371 395
רלו, סעיף א 259
רמו, סעיף יז 189
רסד, סעיף ה 324 354
סעיף ז 330 331 340 342 349 350
שיב, סעיף ט 177 191
שלב, סעיף ד 211
שלג, סעיף ב 349
שלו, סעיף א 325 327
שסט, סעיף ח 309
רמ"א, שו"ת
סי' כב 243 272
סי' לג 53 54
סי' מט 230
סי' סו 271
סי' פו 320 332 348 349 351 361
רמ"ע מפאנו, שו"ת, סי' מב 209
סי' עב 33 76
רמ"ץ, שו"ת
או"ח, סי' כט, אות ב 92
אות ג 90 91
יו"ד, סי' פו, אות ה 91 101 102
אות ח 102
ר' רפאל יוסף בר מרדכי
בשו"ת מים החיים (ארוליו), חו"מ, סי' יז 309 310
ר' רפאל יצחק ישראל
ביישא איש, חו"מ, סי' ד 139 176 177
רפאל, ר"ש, בחידושי הריטב"א, מהד' מוסד הרב קוק,
בבא מציעא עב ע"א, הערה 851 34
רצוף אהבה, שבת פח ע"א 245
רשמי שאלה, שו"ת, סי' נד 371
סי' נז 394 397
רש"ש, הגהות, בבא מציעא נו ע"ב 156
שאילת דוד, שו"ת, אהע"ז, סי' כז 364
שארית יהודה (טאיטאצאק), דף פב 271 273 295
שארית יוסף (כ"ץ), שו"ת, סי' עה 41
שארית יעקב (אלגזי)
פרשת תזריע 324 327 330 333 358
פרשת נשוא 287 330
שארית ישראל (מינצברג), שו"ת, יו"ד, סי' י 28
שארית ישראל (שציפנסקי), חלק ב, עמ' רד 251 278
שבות יהודה (אלבאז), תהלים, פרק קה 352
שבות יעקב, שו"ת
חלק ב, סי' קנז 332 340 341 347 361
סי' קסו 132 133
חלק ג, סי' קסט 120 378 379 385 386
שבט הלוי (גרייבסקי), סי' ד, אות טז 91
שבט הלוי (ווזנר), שו"ת, חלק ה
סי' כז 263
סי' ריח 196
שביתת יום טוב, שו"ת, חו"מ, סי' ד 129 158 412
שבת הארץ, מבוא, אות יג 79 81 86 103 106
שדי חמד
כללים, מערכת א, כלל שצט 405 407
מערכת ד, כלל יז 28
מערכת ו, כלל כו, אות א 403
אסיפת דינים, מערכת חמץ ומצה
סי' ח, אות ט 86
סי' ט, אות ב 85
אות ג 86
אות טו 85 86
פאת השדה, מערכת א, כלל כד, אות ח 407-409
כלל קז 177
כלל קח 406 407
שואל ומשיב, שו"ת
מהדורא קמא, חלק א, סי' ל 209
חלק א, סי' מד 33
סי' פד 90
סי' צג 90 94
חלק ב, סי' נז 36 37
סי' קג 166
חלק ג, סי' לו 29 278
סי' סה 176-178
סי' רכ 90 94
סי' רכב 199
מהדורא תניינא, חלק א, סי' סה 158 378-380
חלק ב, סי' לג 407
סי' עז 90 93
חלק ד, סי' י 90 92 93
סי' פב 240 248 288

מהדורא תליתאה, חלק א, סי׳ צא 407
סי׳ קנא 48
סי׳ ריט 90
חלק ב, סי׳ ס 90
סי׳ קמח 90
חלק ג, סי׳ ט 153 192 193
סי׳ קל 188
סי׳ קס 290 291
מהדורא רביעאה, חלק ג, סי׳ ג 187
מהדורא שתיתאה, סי׳ נא 90 94
שואל ונשאל, שו״ת, חלק ב, חו״מ, סי׳ טו 189
שולחן גבוה, על שו״ע, יו״ד, סי׳ קעז, ס״ק טו 98
שולחן ערוך הרב, הלכות אונאה, אות ב 208
שולחן ערוך
או״ח, רמד, סעיף ו 100
שכג, סעיף ז 95
תלז, סעיף ג 137
תמח, סעיף ג 84
תקכז, סעיף כ 84
יו״ד, טז, סעיף ו 124
קיט, סעיף יג 401 404 405 408
קכ, סעיף טז 95
קסא, סעיף ה 410
רכא, סעיף ט 77
רכח, סעיף יב 179 189
רלב, סעיף יג 322
סעיף יד 261
רלו, סעיף ו 188
רסז, סעיף סג 57
רע, סעיף א 160
שה, סעיף ד 159
שכ, סעיף ו 81
שלא, סעיף סא 394
שלד, סעיף ו 83
שלו, סעיף ג 324 330 350
שמ, סעיף לד 107
אהע״ז, י, סעיף ז 53
כח, סעיף יז 316
סעיף יט 169
לא, סעיף ט 169
לח, סעיפים ב-ד 117
מב, סעיף א 246
נ, סעיף א 190
סעיף ה 178
סעיפים סא-סב 169
נג, סעיף ג 185
עז, סעיף ב 182
פה, סעיף ט 37
צ, סעיף ז 32 33 44
סעיף ח 31
סעיפים טו-טז 316
צו, סעיף א 55
סעיף יד 43
ק, סעיף ג 55
קב, סעיף ז 53
סעיף ח 53
סעיף ט 54
קיח, סעיף יז 259 290
קכב, סעיף א 230
קכו-קכט 220
קלד, סעיף ה 238 417
קנד, סדר הגט, סעיף ד 324
קסט, סעיף נ 319 323 325
חו״מ, ט, סעיף ה 162
יב, סעיף יא 299
סעיף יד 303
כה, סעיף ה 199
לה, סעיף ג 371
לט, סעיף א 223
סעיף ב 218
סעיף ג 218
מ, סעיף א 335
סעיף ב 218
מא, סעיף א 229 231
מב, סעיף ה 220
מג, סעיף ז 225
סעיף ט 228
סעיף יב 226
סעיף יג 227
מד, סעיף ה 229
מו 218
מז, סעיף ב 42 43
מט, סעיף ו 220 230 231
נד, סעיף א 231
ס, סעיף א 48 49 69
סעיף ב 133
סעיף ו 155
סעיף ח 41
סעיף ט 42
סא, סעיף טו 169
סו, סעיף א 164
סעיף יז 164 165
סעיף כג 151
סעיף לד 176
סז, סעיף י 161
סט, סעיף א 218
עה, סעיף ט 326
פא, סעיף א 357
סעיף ב 319
סעיף ה 320
סעיפים ו-ז 322
סעיף כו 358
סעיף כח 321
פד, סעיף ד 42 43
צח, סעיף ב 389
צט, סעיף ו 65 66
סעיף ז 67 68
קג, סעיף ט 397
קד, סעיף א 224
קיא, סעיף א 223
קיב, סעיף א 223 226
קיג, סעיף ג 48
קכה, סעיף ה 322
קכו 145
סעיף ט 145
סעיף י 146

שולחן ערוך (המשך)
קנא, סעיף ג 248
קעה, סעיף כח 56
קפב, סעיף ח 157
קפד, סעיף ב 38
קצ, סעיף ד 40
קצה, סעיף ו 102
רה, סעיף א 244 245 250 275 276 388
סעיף ב 279
סעיף ג 243 251
סעיף ד 250 254 302
סעיף ו 278 279 282 295 298 299
סעיף ז 255 261 272 273
סעיף ח 248
סעיף יא 276
סעיף יב 255 258
רז, סעיף ג 191 201
סעיף יז 166
סעיף כא 133
רח, סעיף א 309
רט, סעיף ד 153
רי, סעיף א 165
ריח, סעיף כה 150
רכ, סעיף ח 345 346
רכה, סעיף א 223
סעיף ב 176
רכז, סעיף א 193
סעיף ב 196 197
סעיף ג 196
סעיף ד 195 196 385
סעיף ו 348
סעיף ז 197
סעיף ח 198 387
סעיף ט 346
סעיף י 195
סעיף כג 341
סעיף כז 209
סעיף כט 146 211 348 368
סעיף ל 387
סעיף לג 211 345 347
סעיף לה 345 386
סעיף לו 345
סעיף לט 160
רכח, סעיף ו 115
רלב-רלד 114
רלב, סעיף א 157 385
סעיף ג 120 126 129 385 387
סעיף ד 128 131 155
סעיף ה 152 154
סעיף ו 141 174
סעיף ז 132
סעיף י 137
סעיף יא 145 173
סעיף יב 174
סעיף יג 399
סעיף יד 396
סעיף טו 409
סעיף יח 147
סעיף כ 399
סעיף כא 130 145 396 400 411 412
סעיף כב 400
סעיף כג 148 150
רלג, סעיף א 125 134 135 137
רלד, סעיפים א-ד 140
סעיף ב 114 162 401 404
סעיף ג 405
סעיף ד 408
סעיף ו 417
רלה, סעיף ח 370
סעיף ט 367 369 370 423 424
סעיף י 368
סעיף יד 373
סעיף יז 364
סעיף יט 365
רלו, סעיף ח 389
רלט, סעיף ב 227
רמב, סעיף א 250 253
סעיפים ג-י 33
סעיפים ט-י 285
רמו, סעיף ג 181
סעיפים א-ב 201
סעיף ד 34
סעיף יז 45 409
רנ, סעיף ב 180
סעיף ג 178
סעיף ד 68
רנג, סעיף ה 193
רסא, סעיף ד 120
רסד, סעיף ה 318 355
סעיף ו 318
סעיף ז 317 353 355
סעיף ח 358 359
רסה, סעיף א 325
רסט, סעיף ו 342
שיג, סעיף י 177
שטו, סעיף ב 371
שלג, סעיף ה 359
סעיף ח 151
שנו, סעיף ב 48
סעיף ג 48
שנט, סעיף ח 313
שסג, סעיף ה 410
סעיף ו 328 354
סעיף ז 353
שולחנו של אברהם, חו"מ, סי' רסד, סעיף ז 336
השופט והמשפט (רבצמ"ח עוזיאל), שער יב
פרק א 240
פרק ט 179
פרקים טו-טז 179
פרק יז 35
פרק כג 240 246
פרק כד 253
פרק כה 251
פרק כו 252

פרק כז 295
פרק כט 261
פרקים לא-לג 192
פרקים לח-לט 278
פרק מב 249
פרק מג 240
עמ׳ 334 176 179
שופריה דיעקב (בירדוגו), שו״ת, אהע״ז
סי׳ י 285
סי׳ לח 269 274
שושנים לדוד (צבאח), שו״ת, חלק ב, אהע״ז
סי׳ נה 59
סי׳ עו 251
שושנת יעקב, על שו״ע, חו״מ
סי׳ רה, ס״ק א 286
ס״ק יא 288
סי׳ רנג, ס״ק ג 182 183 192 193
שטרן, ר׳ זכריה, בשדי חמד, אסיפת דינים, מערכת
חמץ ומצה, סי׳ ט, אות ב 85
שטרק, ר׳ שמואל ישכר, בשדי חמד, פאת השדה,
מערכת א, כלל כד, אות ח 407 408
שי למורא (מהר״ש יונה)
שו״ת, סי׳ לד 188 189
סי׳ מ 178 337
על חו״מ, סי׳ קכט 332
שיבת ציון, שו״ת, סי׳ קיא 282
שיח שלמה (קלוגר)
עמ׳ 118 90
עמ׳ 119 394
שיעורי הרב (סולובייצ׳יק), גיטין ג ע״ב 219
שיעורי ר׳ שמואל (רוזובסקי), בבא מציעא
סי׳ עב, אות א 354
אות ב 353-355 356
אות ג 324 326
שיק, מהר״ם, שו״ת, אהע״ז
סי׳ עט, אות ג 365
סי׳ קמו, אות ג 366
ש״ך, על שו״ע
יו״ד, סי׳ קיט, ס״ק כז 406 407
סי׳ קנז, ס״ק ח 239
סי׳ רכא, ס״ק נב 74
סי׳ רלב, ס״ק כג 260
סי׳ שכ, ס״ק ז 81
חו״מ, סי׳ לט, ס״ק יד 217
סי׳ מב, ס״ק כ-כא 170
סי׳ מג, ס״ק יא 226
ס״ק יט 225
ס״ק כב 228
ס״ק כו 226
ס״ק כח 228
ס״ק כט 227
ס״ק ל 227
סי׳ נ, ס״ק ז 48 49
סי׳ נב, ס״ק ד 225
סי׳ ס, ס״ק לב 41
סי׳ סו, ס״ק פב 151
סי׳ פא, ס״ק ו 322 327 336 337 357
ס״ק יא 360
ס״ק סו 359
סי׳ פח, ס״ק לו 168
סי׳ צט, ס״ק יח 67
סי׳ קג, ס״ק יב 397
סי׳ קכו, ס״ק טו 186
ס״ק מג 145 146
סי׳ רה, ס״ק ב 244
ס״ק ה 244 283
ס״ק יא 258 269 270
סי׳ רט, ס״ק א 196
סי׳ רכז, ס״ק ה 198
סי׳ רלב, ס״ק ד 132
סי׳ רלג, ס״ק א 153
סי׳ רלה, ס״ק ב 371 420 423
סי׳ רלט, ס״ק ד 228
סי׳ רמו, ס״ק ג 181
סי׳ רסד, ס״ק יד 332
ס״ק טו 350 356
סי׳ שיא, ס״ק א 383
סי׳ שנו, ס״ק ד 48
סי׳ שפו, ס״ק ו 151
שך, ר׳ אליעזר
הסכמה לס׳ עוטה אור על שביעית 104
שלטי הגיבורים (בדפי הרי״ף)
כתובות לז ע״ב, אות א 28 45
נו ע״א 283
בבא מציעא ל ע״ב 174 399 396 410
שלם, ר׳ משה, במלך שלם, חו״מ, סי׳ כו 306
ר׳ שם טוב אבא
בסם חיי, סי׳ כו 253 282 296 297 299 305
שם ישראל (פלדמן), אהע״ז, סי׳ ו 140
שם עולם (סטול), או״ח
סי׳ ב, אות ג 90
סי׳ ז 335
סי׳ יד, אות ז 90 335
שם עולם (רבין), שו״ת
חלק ב, סי׳ קסח 394 402 405 406
שמואלביץ, ר׳ חיים (ראה גם: שערי חיים)
בס׳ הזיכרון למרן רבי חיים שמואלביץ, עמ׳
תלו 281
שמועות גיטין (בירנצווייג), גיטין כד ע״ב 219
שמחת תורה (שטטנר), על ירושלמי
תרומות, סי׳ נא 405 406
שמיטת קרקעות - הלכות ומנהגים השלם, פרק י, הערה
יא 106
שמירת שבת כהלכתה
פרק סו, הערה מג והערה קסד 82
שמן המור, שו״ת, חו״מ, סי׳ א 33
שמע שלמה, שו״ת, חלק ה, חו״מ
סי׳ ב, ס״ק ג 68
ס״ק ה 68
ס״ק ו 65 68
ר׳ שמעון בר׳ שלמה
בשו״ת יכין ובועז, חלק ב, סי׳ מח 281 291
ר׳ שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חידושים
כתובות, סי׳ נ 242
סי׳ נ, אות ד 260
קידושין, סי׳ יח 323 324 340 341 354-356

בבא קמא, סי׳ יט, אות ו 321 324 331 348
356-353 407
סי׳ כו 150
בבא בתרא, סי׳ כז, אות א 275 277
אות ב 242
אות ג 276
אות ד 282
אות ה 281
שמרו משפט, על חוקות הדיינים, סי׳ רג 158
שמש ומגן, שו״ת, חלק א
אהע״ז, סי׳ ז 32
חו״מ, סי׳ ג 273
שניאורסון (ראה: חידושים וביאורים; צמח צדק)
שעות דרבנן, שו״ת, סי׳ ב 188
שער אשר, שו״ת, חו״מ, סי׳ יג 251
שער החיים [ספר החיים] (ביק), חוקת הפסח, פתיחות לסי׳ תמח
פתיחה ג 87
פתיחה ד 87
שער המלך, על הרמב״ם
הלכות נדרים, פרק יב, הלכה י 101 102
הלכות מכירה, פרק י, הלכה א 260 284
שער הקדים, שו״ת, סי׳ א 65 68
שער יהושע, שו״ת, חלק א, סי׳ מ 129 134
שער משפט, על שו״ע, חו״מ
סי׳ ט, ס״ק ב 160 162
סי׳ יב, ס״ק ב 199 251
ס״ק ד 187
סי׳ כט, ס״ק ג 44
סי׳ נד, ס״ק ג 284
סי׳ פא, ס״ק ו 278
סי׳ פז, ס״ק נה 28
סי׳ רלב, ס״ק א 122
ס״ק ב 119 122
ס״ק ג 137 153
סי׳ רלד, ס״ק א 404 406
סי׳ רמה, ס״ק א 69
סי׳ רנג, ס״ק ב 193
סי׳ שפו, ס״ק א 411
שערי זיו, חלק ב, סי׳ מח 137 412
שערי חיים (אריה), על ס׳ המקח, שער טז 31
שערי חיים (שמואלביץ), קידושין
סי׳ נא, אות ג 241
אות ד 178 242
סי׳ נב, אות ב 178
שערי טוהר, חלק ו, סי׳ לב 406
שערי יושר
שער א, פרק י 125 406 407 409
שער ה, פרק יב 163
שערי לימוד, בבא מציעא, סי׳ יט 36
שערי מאיר, סי׳ ה 319 330 350 351 359
שערי עזרה (טראב), שו״ת, חו״מ, סי׳ ב 303
שערי צדק (פאנעט), שו״ת, או״ח
סי׳ קח 402
סי׳ קט 402 406 408
שערי ציון (שטרנפלד), חלק א
סי׳ יג 87
סי׳ יד 77 85 86 88 92
סי׳ טו 87 92 100
שערי שביעית (שארף), עמ׳ קא-קה, קיז-קיח 106
שערי תודה (אפשטיין), חלק א
דף מב ע״א 44 85
דף מב ע״ב 101
שערי תורה (לעוו), חלק א
כלל ד, פרט יד, אות מ 76 78
כלל יג, פרט ח 83
שערי תורת הבית (טשזנר)
סי׳ יח, פרק ב, אות יג 107
שערי תורת התקנות
חלק ב, מחברת ב, עמ׳ 137-136 65
שערי תשובה, על שו״ע, או״ח
סי׳ תמח, ס״ק ח 85 124
שפירא, ר״י, בתל תלפיות (בלויא), חלק ב, פרק יג 106 107
שפירא, רמ״ש, בחידושי הר״י מיגאש, בבא בתרא קנא ע״א, הערה לז 44
שפת אמת, על סוכה
ל ע״א 394
מא ע״ב 78
שפת הים, שו״ת, חו״מ
סי׳ נ 119 121 122 130
סי׳ נה 121 130
שקאפ, ר׳ שמעון יהודה הכהן (ראה גם: ר׳ שמעון יהודה; שערי יושר)
בס׳ הזיכרון למרן רבי חיים שמואלביץ
עמ׳ תלו 275
עמ׳ תמא 116
עמ׳ תמב 177 180
שרגא בטהרה, שו״ת, סי׳ סו 402
שרידי אש, שו״ת
חלק א, סי׳ כג 100
חלק ג, סי׳ נג 28
שרייבר, ר׳ יששכר
בשו״ת תשובות והנהגות, חלק ה, סי׳ רסג 98
שרשי הים, על הרמב״ם
הל׳ זכייה ומתנה, פרק ג, הלכה ט 70 75 77 96
תאומים, ר׳ אברהם
בשו״ת נחלת יעקב (מליסא), סי׳ א 80 89
תבואות השדה
חלק ג, בית המועד, שער א, אות י 91
תבואות שור, על שו״ע, יו״ד, סי׳ ב, ס״ק נה 239
תולדות יעקב (קניבסקי), עמ׳ קכח 106
תולדות שם (רבינוביץ), סי׳ ד (״דגל יהודה״)
אות ג 127
אות ה 131
תוספות יום טוב, בכורות, פרק ה, משנה ו 396
תועפות ראם (אנקאווא), שו״ת, סי׳ ל 182 183 186
תורה לשמה, שו״ת, סי׳ שמח 156
תורת אמת, שו״ת
סי׳ יח 253 271-273
סי׳ כח 263
סי׳ לז 226
סי׳ נה 184
סי׳ קג-קד 146

סי׳ קיז 249 388 396 397
סי׳ קמז 209
סי׳ רכד 388 396 397
תורת גיטין, על שו״ע, אהע״ז
סי׳ קלד, סעיף ד 244 254 259 264 272
סי׳ קמג, סעיף א 319
תורת החוף ימים, סי׳ כ 241 248 286
תורת המשפט (אריאל), עמ׳ 36-41 176
תורת חיים (מהרח״ש), שו״ת
חלק א, סי׳ עא 272 295 300
סי׳ עה 261 304
סי׳ פז 259
חלק ב, קונטרס המודעא והאונס
דף ד ע״א 249 255
דף יג ע״ב 274
דף טז ע״א 281
דף כ ע״ב 260
דף כב ע״ד 259
דף לד ע״ד 280
חלק ד, סי׳ כה 209
תורת חיים וחסד
עמ׳ תעד 404
עמ׳ תעה 412
עמ׳ תעו 402 403
עמ׳ תעח 396 404
תורת חסד (לובלין), שו״ת, או״ח
סי׳ א, אות ח 373
סי׳ לא, אות ה 408
תורת חסד (פרחיא), שו״ת
סי׳ פב 185
סי׳ פד 185
סי׳ קסח 333 334
סי׳ קעג 264
סי׳ ריד 37
תורת יהונתן (אבלמן), אות נה 116
תורת משה (בן מהרח״ש), שו״ת
חו״מ, סי׳ יח 251 290 301 303
תורת נזיקין (סיטרוק)
פרק ג, ביאורים וחידושים, אות פד 342
תורת נתן (קפלן), עמ׳ 40 165
תל תלפיות (בלויא), חלק ב, פרק יג 106 107
תפארת אדם (אסטרייכר), סי׳ מט 402 403 406
תפארת יעקב (גזונטהייט), חו״מ
סי׳ מט, ס״ק ו 219 223
תפארת ישראל, כתובות, פרק ד, בועז, אות א 189
תקנות מדינת מעהרין
שנת ת״י, סי׳ רלד 372 421 423
תרומת הכרי, על שו״ע, חו״מ
סי׳ רלב, סעיף ג 120
סי׳ שעא 389
תרשיש שוהם, שו״ת, סי׳ עא 164
תשובות והנהגות, שו״ת
חלק ד, סי׳ קלא 106 107
חלק ה, סי׳ קיב 94
סי׳ קיג 87 94
סי׳ קכג 90 93
סי׳ קסה 106 107
סי׳ רסג 98
תשובות יהודה, שו״ת
סי׳ ח 406 408
סי׳ לו 102
סי׳ עג, אות ז 211
תשובת מהרי״ד (דנציג), חו״מ, סי׳ מה 302 307
תשורת ש״י, שו״ת
מהדורא קמא, סי׳ קלב 46 259 264 290
סי׳ רפה 128
סי׳ שצב 146 162 211
מהדורא תניינא, סי׳ כט 408
סי׳ נד 49
סי׳ קעג 407 408

קבצי פסקי דין רבניים

פסקי דין של בתי הדין הרבניים
כרך א, עמ׳ 136 244
עמ׳ 138 184
עמ׳ 318-314 60
עמ׳ 317 68
כרך ב, עמ׳ 112 37
כרך ג, עמ׳ 13 ואילך 244
עמ׳ 375 319 328 333
כרך ד, עמ׳ 187 28 36
עמ׳ 262 184
עמ׳ 282 243
עמ׳ 286-284 295
עמ׳ 287 244 245
כרך ה, עמ׳ 64 33
עמ׳ 71 251 259 260
עמ׳ 72 256
עמ׳ 78 333 360 361
עמ׳ 79 361
עמ׳ 80 325
כרך ו, עמ׳ 99 199
כרך ח, עמ׳ 80 251 259 284
כרך י, עמ׳ 137 37
כרך יא, עמ׳ 123, 129, 256 184
עמ׳ 124 182
עמ׳ 257 182 184
כרך טז, עמ׳ 261 263
פסקי דין מבית הדין לדיני ממונות ולברור יהדות של הרבנות הראשית לירושלים
כרך א, עמ׳ נה 358
עמ׳ נו 256
עמ׳ קלה 126
עמ׳ קנא 189
כרך ב, עמ׳ קסב-קסד 149
כרך ג, עמ׳ עא 116
עמ׳ עב 134
עמ׳ עג 127
כרך ה, עמ׳ קל 121 130
כרך ו, עמ׳ עה-עו 174
עמ׳ קמ 184
כרך ז, עמ׳ שסג 117
עמ׳ שסד 196
עמ׳ שסה 196 198
עמ׳ שסו 346
עמ׳ שסז 211

עמ׳ שסח 190
עמ׳ שע 198 346
עמ׳ שעא 178 346
כרך ח, עמ׳ רח 153
כרך ט, עמ׳ קעב 153

חקיקה

הצעת חוק דיני ממונות, התשע״א-2011
סעיף 11 383
סעיף 110 46
סעיף 111 158 172 207
סעיף 112 139 143
סעיף 113 207
סעיף 114(ב) 270
סעיף 115(ב) 315
סעיף 116 384
סעיף 116, דברי ההסבר 383
סעיף 117(א) 377
סעיף 117(ב) 378 379
סעיף 124 215 216
סעיף 124(א) 228
סעיף 131 172
סעיף 412 393
סעיף 415 394
סעיף 497 362
הצעת חוק החוזים (חלק כללי), התש״ל-1970 (ה״ח תש״ל 126), דברי ההסבר 200
חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ״א-1981
סעיף 4 313
חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ״ה-1995 262
חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ״ד-1984
סעיף 81 216
חוק הגנת הצרכן, התשמ״א-1981
סעיף 3 313 344
סעיף 32(א) 426
סעיף 32(ב) 399
סעיף 41 426
חוק החוזים (חלק כללי), התשל״ג-1973
סעיף 2 116 236 317
סעיף 5 116 236 317
סעיף 12 51 52 268
סעיף 23 334
סעיף 25 149 216
סעיף 26 216 217
סעיף 30 51 52 61
סעיף 31 61
סעיף 39 52 383
סעיף 61(ב) 51 52 292
חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל״א-1970
סעיפים 8-7 113
סעיף 18 144 174
חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל״ג-1973
סעיף 7 62
חוק יסודות המשפט, התש״ם-1980, סעיף 1 63
חוק הירושה, התשכ״ה-1965, סעיף 63 62
חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ״ב-1962, סעיף 20 368
חוק המיטלטלין, התשל״א-1971, סעיף 12 47 62
חוק המכר, התשכ״ח-1968, סעיף 34 47 48
חוק מס עזבון, התש״ט-1949, סעיף 3(א) 62
חוק מס שבח מקרקעין, התשכ״ג-1963, סעיף 84 51
חוק המקרקעין, התשכ״ט-1969
סעיף 8 219 368
סעיף 9 47 62 218
סעיף 10 47
חוק המתנה, התשכ״ח-1968
סעיף 5 175
סעיף 5(ב) 47
חוק הנאמנות, התשל״ט-1979, סעיף 9(ב) 47
חוק הספנות (הגבלת אחריותם של בעלי כלי שיט), התשכ״ה-1965, סעיף 14 52
חוק העונשין, התשל״ז-1977
סעיף 431 313
סעיף 439(א) 61
חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל״ט-1979
סעיף 2 23
חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ״א-1981, סעיף 58 313
חוק השכירות והשאילה, התשל״א-1971
סעיף 9(א)(1) 362
חוק שכר מינימום, התשמ״ז-1987
סעיפים 18-17 315
חוק השליחות, התשכ״ה-1965, סעיף 6(א) 47
פקודת המכס [נוסח חדש], סעיף 208 52
פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], סעיף 86(א) 51
פקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ״ח-1968
סעיף 62 47 62
פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש״ם-1980
סעיף 96 62
פקודת הרוקחות [נוסח חדש], התשמ״א-1981
סעיף 22(ב) 52
פקודת השטרות, סעיף 29 47

פסיקה

ע״פ 529/87 אברהם נ׳ מדינת ישראל, פ״ד מג(1) 34, 39 318
ע״א 719/78 איליט נ׳ אלקו, פ״ד לד(4) 673 314 339
עמ׳ 679 338
עמ׳ 680, 681, 687 344
עמ׳ 685 342
עמ׳ 687-685 313
ע״א 624/80 אמארה נ׳ נמני, פ״ד לז(2) 606, 609 338
ע״א 162/72 אמזלג נ׳ אמזלג, פ״ד כז(1) 582, 587 333 334
ע״א 630/78 ביטון נ׳ מזרחי, פ״ד לג(2) 576, 582 38
ע״א 161/59 בלן נ׳ המוצל״פ של צוואת ליטוינסקי, פ״ד יד 1905 216
ע״א 423/75 בן נון נ׳ ריכטר, פ״ד לא(1) 372 315
ע״א 760/77 בן עמי נ׳ בל״ל, פ״ד לג(3) 567 171 567, 574 36
ע״א 1780/93 בנק המזרחי נ׳ אולצ׳יק, פ״ד נ(2) 41 23 30
עמ׳ 43 27

ע"א 5779/92 בנק הפועלים נ' אירון חברה לניהול והחזקות 51
ע"א 4360/90 בר-חן נ' כוכבי, פ"ד מז(2), 311, 318-319 23
ע"א 573/82 ברק נ' ברק, פ"ד לח(4) 626 334
ע"א 4839/92 גנז נ' כץ, פ"ד מח(4) 749 332 339 344
ע"א 442/81 גרומט נ' סרוסי, פ"ד לו(4) 214, 218 38
ע"א 457/61 גרין נ' גרין, פ"ד טז 318 303 334
ע"א (י-ם) 2001/08 דהן עודד נ' כתר הוצאה לאור, פסקה 112 303
ע"א 5493/95 דיור לעולה נ' קרן, פ"ד נ(4) 509, 512-513 243
ע"א 311/78 הווארד נ' מיארה, פ"ד לה(2) 505
עמ' 513 38
עמ' 514 38 46
ע"א 367/70 הוכברג נ' שלגי, פ"ד כה(2) 149 62
בג"צ 501/80 זועבי נ' אבו רביעה, פ"ד לה(2) 262, 266 36
ע"א 226/87 זועבי נ' ניקולא, פ"ד מג(1) 714, 717 338
ע"א 352/61 זופוביץ נ' רייזל, פ"ד טז 1833 289
ע"א 440/75 זנדבנק נ' דנציגר, פ"ד ל(2) 260, 272 144
מ"א (תל-אביב) 4504/90 זקין נ' זקין 303
בש"א (י-ם) 2813/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י נ' הרב דניאל ביטון 303 328
ה"פ (י-ם) 1172/02 חברת ענבל נ' מלון אשכולות חברון 303
ע"א 626/68 חג' מורשד נ' חג' אחמד, פ"ד כג(1) 573, 576 136
ע"א 629/89 חושנג'י נ' אמגר, פ"ד מו(1) 588, 594 173
ע"א 661/88 חיימוב נ' חמיד, פ"ד מד(1) 75, 83 239
ע"א 510/82 חסן נ' פלדמן, פ"ד לז(3) 1, 5 338
עב' (תל-אביב-יפו) 8476/06 יובל אשכנזי נ' אופן גייט, פסקה 29 303
ת"א (י-ם) 5072/03 ישפרו נ' מנהל מקרקעי ישראל
פסקה 60 303
פסקה 61 262
פסקה 67 243
ע"א 10/81 כהן נ' גדע, פ"ד לז(4) 635, 641 338
עמ' 646 383
ע"א 351/67 כהן נ' וקסלמן, פ"ד כא(2) 661, 667 175
ע"א 318/85 כוכבי נ' גזית, פ"ד מב(3) 265, 280 38
דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות הברית, פ"ד נז(2) 632, 666 144
בג"צ 221/86 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(1) 469, 481 144
עמ' 482 172
ע"א 16/80 לולו נ' סלומון, פ"ד לז(4) 70, 75 268
ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד, פ"ד מח(5) 705 340
ע"א 455/82 מאיר נ' מזרחי, פ"ד לז(3) 579 172
ת"פ (י-ם) 2003/06 מדינת ישראל נ' פלוני 303
ע"א 2041/05 מחקשווילי נ' מיכקשווילי, תק-על 2007(4), 2223 314
ע"א 593/79 מימוני נ' פרלמן, פ"ד לו(2) 329 314
ע"פ 356/74 מנוף נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 824, 828 255
ע"א 265/67 מפי נ' פקיד השומה, פ"ד כא(2) 593, 599-601 73
עח"א 1/79 מפעלים לניקוי יבש קשת נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(3) 365 315
ע"א 403/80 סאסי נ' קיקאון, פ"ד לו(1) 762 339
עמ' 768 338 342
עמ' 769 344
עמ' 770 342
ע"א 152/59 סוארי נ' ברגרמן, פ"ד יד 2354, 2360 289
ע"א 53/86 סולל נ' צוקרמן, פ"ד מב(2) 625 50
עמ' 630 24
עמ' 631 51
ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231, 241-242 171 172
בש"א (י-ם) 1448/06 עיזבון המנוח דניאל חכיאשוילי ואח' נ' הסתדרות מדיצינית הדסה 303
ע"א 236/84 עזבון המנוחה הלה יפה ז"ל נ' שוורץ, פ"ד מה(5) 13 314 344
ע"א 130/50 עמל נ' שינדלר, פ"ד ט 163 28
ע"א 5490/92 פגס נ' פגס, תק-על 94(4) 516 334
ע"א 1894/90 פלאטו שרון נ' אסולין, פ"ד מו(4) 822, 827 265
ע"מ (י-ם) 785/05 פלוני נ' אלמונית 303
תמ"ש (ב"ש) 2160/06 פלונית נ' עזבון המנוח פלוני, פסקה 29, 35 175
ע"א 343/87 פרי נ' פרי, פ"ד מד(2) 154 62
ע"א 424/89 פרקש נ' שיכון ופיתוח לישראל, פ"ד מד(4) 31 216
עמ' 39 215
ע"א 488/83 צנעני נ' אגמון, פ"ד לח(4) 141, 152 171 172
ע"א 11/84 רבינוביץ' נ' שלב, פ"ד מ(4) 533 343
עמ' 541 314
ע"א 148/77 רוט נ' ישופה, פ"ד לג(1) 617 383
ע"א 8/88 רחמים בע"מ נ' אקספומדיה, פ"ד מג (4) 95 340
עמ' 100 260
ע"א 414/78 רכב ישראל נ' פקיד השומה ת"א 2, פ"ד לג(3) 337, 343 51
ע"א 6234/00 ש.א.פ. נ' בנק לאומי, פ"ד נז(6), 769, 787-792 243
ה"פ (י-ם) 254/93 שיר נ' שיר 52
ע"א 395/83 שלום נ' יכין חק"ל, פ"ד לט(2) 741 314 342
ע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס, פ"ד נז(4) 817 172
רע"א 8791/01 שלם נ' טווינקו 54
ע"א 784/81 שפיר נ' אפל, פ"ד לט(4) 149, 154 289 291

רשימה ביבליוגרפית

אוירבך, ש״ז, ״בעניני הערמת ריבית״, הנאמן, שנה יז, חוב׳ לב (תשכ״ו), עמ׳ 1-8
אונגר, י׳, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, ירושלם תש״ע
אזרחי, ב״מ, ״שטר מכירה ביחס לאיסורי שבת״, נועם ד (תשכ״א), עמ׳ קמט-קעב
אטינגר, ש׳, העושה דין לעצמו במשפט העברי, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, ירושלים תשמ״ב
אטלס, א׳, נהרי, מ׳, רלב״ג, מ׳, ושחור, י׳, ״מקח טעות ואונאה ברכב״, תחומין כב (תשס״ב), עמ׳ 251-280
אטלס, ש׳, ״הערמה משפטית בתלמוד״, ספר היובל לכבוד לוי גינצבורג, ניו יורק תש״ו, חלק עברי, עמ׳ א-כד = נתיבים במשפט העברי, ניו יורק תשל״ח, עמ׳ 265-304
אלבק, ש׳, דיני הממונות בתלמוד, ירושלים תשל״ו, עמ׳ 169, 232 ואילך, 250
אלבק, ש׳, יסודות בדיני הממונות בתלמוד, רמת גן תשנ״ד, עמ׳ 186-201
אלבק, ש׳, מבוא למשפט העברי בימי התלמוד, רמת גן תשנ״ט, עמ׳ 177, 184
אלון, מ׳, המשפט העברי, ירושלים תשל״ח, עמ׳ 573-574
אלון, מ׳, חרות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי, ירושלים תשכ״ד, עמ׳ 121
אנגלרד, י׳, ״כנפי הנשר הדורסני: דיני עשיית עושר ולא במשפט״, בתוך: ספר זכרון לגד טדסקי, ירושלים תשנ״ו, עמ׳ 37, 53
אנקר, א׳, עיקרים במשפט הפלילי העברי, רמת גן תשס״ז, עמ׳ 197-266
אפשטיין, אי״ז, ״כפיה ורצון״, הפרדס, שנה טו, חוב׳ ה (אב תש״א), עמ׳ 14-15
אפשטיין, ז׳, ״בענין תלוהו וזבין״, שערי ציון, שנה ב (תרפ״ב), חוב׳ ה-ו, דף ג; חוב׳ ז-ח, דף ב
אפשטיין, ז׳, ״מסירת מודעא״, המשפט העברי א (תרפ״ו), עמ׳ 187
אריאל (שטיגליץ), יעקב, ״מצוות בני נח״, מתתיה (תשל״א), עמ׳ 85-86
אריאל (שטיגליץ), יעקב, ״מצוות בני נח״, ברורים בהלכות הראי״ה, ירושלים תשנ״ב, עמ׳ 373-405
אריאל, יועזר, ״הפרת הסכם שנחתם עם מורדים בכלא״, תחומין כא (תשס״א), עמ׳ 161-162
אריאל, יועזר, ״תובע העושה דין לעצמו״, תחומין כח (תשס״ח), עמ׳ 193
בארי, א׳, ״הרחקות רבינו תם״, שנתון המשפט העברי יח-יט (תשנ״ב-תשנ״ה), עמ׳ 65
בארי, א׳, ״מורדת משיבה מתנות לבעלה — גיבוש ההלכה במקורות ההלכתיים״, עיונים במשפט העברי ובהלכה, רמת גן תשנ״ט, עמ׳ 134, 146
בארי, א׳, ״תקנות גאונים בביטול מודעה״, ממזרח וממערב ג (תשמ״א), עמ׳ 44-7
בארי, מ׳, ״הטעיה בכדאיות העסקה״, משפטי ארץ ג (תש״ע), עמ׳ 437-443
בירדוגו, י׳, ״בדין נמצא מום במקח״, מקבציאל ה (שבט-אדר תשמ״ה), עמ׳ ט-י
בית אולפנא דרבנו יוחנן, ״הערות וביאורים בשולחן ערוך אבן העזר״, בית אהרן וישראל ל (אב-אלול תש״נ), עמ׳ צח-צט
בלייך, אי״ה, ״בסוגיא דקידושין בע״כ והמסתעף״, בית אהרן וישראל קיג (סיוון-תמוז תשס״ד), עמ׳ כט-לו
בלייך, אי״ה, ״הוספה בענין קידושין בע״כ״, בית אהרן וישראל קטו (תשרי-חשוון תשס״ה), עמ׳ קל-קלא
בלס, י׳, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ״ב
בן ארצי, ח׳, הרב קוק בפולמוס השמיטה, ירושלים תשס״ז, עמ׳ 47-48
בן דב, י׳, ״גמירות דעת בהיתר המכירה בשביעית״, תחומין כא (תשס״א), עמ׳ 23-25
בן זמרה, א״צ, ״גדרי אונס מידי אדם: ׳אונסא דאחריני׳ במשפט העברי״, סיני פז (תש״ם), עמ׳ רמ-רסז
בן יעקב, צ״י, ״שיקים — תוקפם והליכותם״, תחומין יג (תשנ״ב-תשנ״ג), עמ׳ 422
בן מנחם, ח׳, ״מתנה טמירתא״, שנתון המשפט העברי יג (תשמ״ז), עמ׳ 39 ואילך
בן שמעון, ש׳, ״הסכמה בערכאות דינה כמתנה כפויה״, שערי צדק ט (תשס״ח), עמ׳ 267-272
בר שלום, ע׳, ״בדין שותפין שחלקו״, זכור לאברהם תשנ״ד-תשנ״ה, עמ׳ תקפח
בריזל, א״י, ״בעניין פדיון בסלעים שקנה אבי הבן מהכהן״, בית אהרן וישראל ז (תשרי-חשוון תשמ״ז), עמ׳ עז-עח
ברנשטיין, ש׳, ״בדיני החשוד לדבר איסור אין לסמוך עליו בדברים הנאכלים״, מוריה, שנה יח, גל׳ א-ב (רה-רו), תשרי תשנ״ב, עמ׳ לה

רשימה ביבליוגרפית

ברק, א׳, ״עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים״, משפטים ז (תשל״ו), עמ׳ 15-33
ברקוביץ, א׳, ההלכה — כוחה ותפקידה, ירושלים תשמ״א, עמ׳ 120-131
גולאק, א׳, ״סיקריקון״, תרביץ ה (תרצ״ד), עמ׳ 23
גולאק, א׳, השטרות בתלמוד, ירושלים תשנ״ד, עמ׳ 26
גולאק, א׳, יסודי המשפט העברי, ירושלים תרפ״ג, ספר א, עמ׳ 55, 58, 63
גולדברג, ז״נ, ״דין אונאה בזמן הזה״, משפטי ארץ ג (תש״ע), עמ׳ 337-341
גולדברג, ז״נ, ״טעות בצוואה״, תחומין כ (תש״ס), עמ׳ 94-95
גולדברג, ז״נ, ״להשתמש בתחבולות להוריד את האיסור מדאורייתא לדרבנן״, הלכה ורפואה ה (תשמ״ח), עמ׳ קי-קכג
גולדברג, ז״נ, ״מיהו דתי״, תחומין יח (תשנ״ח), עמ׳ 182-183
גולדברג, ז״נ, כתר ג (תש״ס), עמ׳ 65, 84-85, 188, 296, 367
גולדברג, ז״נ, כתר ד (תשס״ד), עמ׳ 132-133, 268
גולדברג, ח׳, ״בדין כפיה בגיטין קידושין מכר ומתנה״, בנתיבות ים יא (תש״ם), עמ׳ פג-צ
גולדברג, י׳, ״בענין הרחקה דרבינו תם — בהתייחסות לחוק בתי דין רבניים, קיום פסקי דין של גירושין, תשנ״ה-1995״, שורת הדין ה (תשנ״ט), עמ׳ רעג-רצז
גולדברג, י׳, ״בענין הרחקות דרבינו תם״, שורת הדין ו (תש״ס), עמ׳ תפ
גולדברג, י׳, ״בענין הרחקות דרבינו תם״, שורת הדין ח (תשס״ג), עמ׳ תנו-תסב
גורביץ, א׳, ״בדין גלוי דעתא בגיטא ובדין מודעא בגיטא ומתנתא״, מוריה, שנה יב, גיליון י-יב (כסלו תשמ״ד), עמ׳ רנד-רסא
גורטלר, נ׳, ״אומד דעת לביטול מקח או התחייבות״, שורת הדין ג (תשנ״ה), עמ׳ רמו-רסה
גורי, ר׳, ״לסיכול שבסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות)״, קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים, תשל״ה, עמ׳ 99
גליקסברג, ד׳, גבולות תכנון המס, ירושלים תש״ן, עמ׳ 252-213
גרוסמן, א״י, ״תשובה להלכה בדין מקח טעות״, אהל משה (ויז׳ניץ), חוב׳ ד (אלול תשמ״ד), עמ׳ מא-מה
גשטטנר, נ׳, ״מיהו דתי״, תחומין יח (תשנ״ח), עמ׳ 175-176
דויטש, א׳, מעמד הצרכן במשפט, ירושלים תשס״ג, עמ׳ 317-326, 386-412, 472-473
דויטש, מ׳, ״החוזה הכפוי והחופש מהתקשרות בחוזה״, עיוני משפט טז (תשנ״א), עמ׳ 35-38
דויטש, ס׳, ״גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי״, שנתון המשפט העברי ו-ז (תשל״ט-תש״ם), עמ׳ 71-104
דויטש, ס׳, ״הוראת העושק בחוק החוזים״, מחקרי משפט ב (תשמ״ב), עמ׳ 17-29
דויטש, ס׳, דיני הגנת הצרכן, תל אביב תשס״א, כרך א, עמ׳ 372-385
דז׳ימטרובסקי, י׳, ״בענין דברים שבלב״, שערי תורה א (תמוז תשי״ט), עמ׳ לא-לה
דיכובסקי, ש׳, ״בתי דין רבניים-ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם״, דיני ישראל יג-יד (תשמ״ו-תשמ״ח) עמ׳ טו
דיכובסקי, ש׳, ״צעדי אכיפה ממוניים כנגד סרבני גט״, תחומין כו (תשס״ו), עמ׳ 173
דינרי, י׳, ״עביד איניש דינא לנפשיה״, דיני ישראל ד (תשל״ג), עמ׳ 91
דסברג, א׳, ״הערמה בדיני תורה ובתקנות חז״ל״, שנה בשנה תשמ״ב, עמ׳ 215-218
הולצר, א׳, ״בין קניין פרטי לזיקה ציבורית״, פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, גל׳ 214, פנחס תשס״ה = פרשת השבוע — עיונים משפטיים בפרשיות התורה, ירושלים תשע״ב, במדבר, עמ׳ 250
הילדסהיים, י׳, מסחר וצרכנות בהלכה, כתר ג, קדומים תש״ס
הירשפרונג, ש׳, ״בדין תליוהו וזבין ובגדרי דעת בקנינים״, בית אהרן וישראל מד (כסלו-טבת תשנ״ג), עמ׳ כד-לג
הכהן, א״ב, ״בדין איסור סחורה״, הפרדס, שנה לד, חוב׳ ב (חשוון תש״ך), עמ׳ 20-23
הלפרין, מ׳, ״נטילת אברים להשתלה מתורם חי — היבטים הלכתיים״, אסיא, חוב׳ מה-מו (טבת תשמ״ט), עמ׳ 34-61
הרשלר, מ׳, ״תרומת כליה ממשותק מוחין ומחוסר דעת״, הלכה ורפואה, כרך ב (ירושלים תשמ״א), עמ׳ קכב-קכח
וולפין, י׳, ״בענין תלוהו וקני״, בית אהרן וישראל פח (ניסן-אייר תש״ס), עמ׳ מ-מג
ויגודה, מ׳, חוק לישראל, השבת אבדה, ירושלים תשנ״ב
ויגודה, מ׳, חוק לישראל, שכירות ושאילה, ירושלים תשנ״ח
ויטמן, ז׳, לקראת שמיטה ממלכתית במדינת ישראל, אלון שבות תש״ס, פרק א
וייס, א״ז, ״דין אונאה בזמן הזה״, משפטי ארץ ג (תש״ע), עמ׳ 342-346
וייס, א״ז, שיעור מורנו הרב שליט״א, פרשת תולדות תש״ע, עמ׳ ג-י
וייס, א״ז, שיעור מורנו הרב שליט״א, פרשת תולדות תשע״א, עמ׳ ה-ו
וייס, א״ז, שיעור מורנו הרב שליט״א, פרשת יתרו תשע״א, עמ׳ ג-טז
וינבוים, י׳, בדרך מקובלת ובתום לב, תל אביב תש״ס, עמ׳ 77
וינרוט, א׳, ״מקח כפוי״, מגל יא (תשנ״ה), עמ׳ 192-198
וכטפוגל, י״ב, ״הנאה בקניינים״, בית יצחק ה (תשט״ז), עמ׳ 88
ונגרובר, אב״י, ״עביד איניש דינא לנפשיה — על העושה דין לעצמו״, משפטי ארץ א (תשס״ב), עמ׳ 357

רשימה ביבליוגרפית

ורהפטיג, א׳, ״דברים שבלב׳ וטעות בהלכה״, דיני ישראל ג (תשל״ב), עמ׳ 191-206
ורהפטיג, א׳, ״הגנת הצרכן לאור ההלכה״, תחומין ח (תשמ״ז), עמ׳ 384-397
ורהפטיג, א׳, ״הליכות מסחר — אונאה ומקח טעות״, תחומין ב (תשמ״ב), עמ׳ 485-487
ורהפטיג, א׳, ״הסיפור ׳מחרוזת הפנינים׳ לאור ההלכה״, תחומין ל (תש״ע), עמ׳ 307 ואילך
ורהפטיג, א׳, ״שטר הטבה — מכר חוזר״, שנתון המשפט העברי יח-יט (תשנ״ב-תשנ״ד), עמ׳ 215-249
ורהפטיג, א׳, ״שער, מחירים ואונאה״, כתר ד (תשס״ד), עמ׳ 13-280
ורהפטיג, א׳, ההתחייבות — תוקפה, אופייה וסוגיה, ירושלים תשס״א, עמ׳ 4-8, 409-472, 518
ורהפטיג, ז׳, ״טיעון לאי ידיעת הדין בדיני נפשות״, מחקרים במשפט העברי, רמת גן תשמ״ה, עמ׳ 229-256
ורהפטיג, ז׳, ״כפיית גט להלכה ולמעשה״, שנתון המשפט העברי ג-ד (תשל״ו-תשל״ז), עמ׳ 162
ורהפטיג, ז׳, מחקרים במשפט העברי, רמת גן תשנ״ה, עמ׳ 150
ורהפטיג, ש׳, דיני חוזים במשפט העברי, ירושלים תשל״ד
ורהפטיג, ש׳, דיני עבודה במשפט העברי, תל אביב תשכ״ח, עמ׳ 91 ואילך, עמ׳ 298
זייבלד, ח׳, ״אי שרי לעשות תחבולות כדי להיפטר מקיום מ״ע״, ברה כחמה, ירושלים תש״ס, עמ׳ שצא-שצג
זילברג, מ׳, כתבי משה זילברג, ירושלים תשנ״ח, עמ׳ 464-481
זילברשטיין, י׳, ״שו״ת בענין ההסכמה הנצרכת לכרות כליה מקטן או שוטה לצורך חולה״, קול התורה, חוברת מב (ניסן תשנ״ז), עמ׳ רלא-רלג
זלצמן, נ׳, ״אילוץ ביצירת חיוב ואילוץ בגביית חוב״, עיוני משפט ד (תשל״ה), עמ׳ 457
זמורה, י״ז, ״בדין מקח טעות וקידושי טעות״, בית אהרן וישראל נז (שבט-אדר תשנ״ה), עמ׳ כז-כח
זמיר, א׳, ״רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות״, משפטים כט (תשנ״ח-תשנ״ט), עמ׳ 783
זמיר, א׳, חוק המכר תשכ״ח-1968, ירושלים תשמ״ז, עמ׳ 692
חדד, ד׳, ״קנוניה, מרמה והערמה משפטית — בין פרקטיקה מסחרית לגיטימית לנורמה פסולה״, מגל יד (תשס״ד), עמ׳ 244-296
חרל״פ, ח״ז, ״עבודת נכרי בשבת ע״י שטר מכירה״, נועם ד (תשכ״א), עמ׳ קעג-קעד
טדסקי, ג׳, ״חוזה למראית עין ודבר פסלותו״, משפטים ח (תשל״ח), עמ׳ 507, 510
טדסקי, ג׳, ״טעות בכדאיות העסקה״, משפטים יב (תשמ״ב) 329, 332
טדסקי, ג׳, ״סיכול החוזה״, מסות במשפט, ירושלים תשל״ח, עמ׳ 106, 142
טייטלבוים, י״י, ״בענין הערמת מכירה לעכו״ם במלאכת שבת״, האוהל, שנה כג, חוב׳ ב (סיוון תשל״ז), עמ׳ א
טננבוים, א׳, ״על ריבית, היתר עיסקא, חובות המדינות העניות והיובל״, פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, פרשת בהר-בחקותי, תשס״א, גיליון 26 = פרשת השבוע — עיונים משפטיים בפרשיות התורה, ירושלים תשע״ב, ויקרא, עמ׳ 229-230
יגר, ש׳, ״דיני חזרת שיק — על מי לשלם את העמלות שגובה הבנק״, בית אהרן וישראל קכה (סיוון-תמוז תשס״ו), עמ׳ פט-ק
ידין, א׳, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל״א-1970, ירושלים תשל״ט, עמ׳ 151
כהן, נ׳, גרם הפרת חוזה, ירושלים תשמ״ו, עמ׳ 37, עמ׳ 124-126
כהנא, ב׳, חוק לישראל, ערבות, ירושלים תשנ״ב
כהנא, ב׳, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ״ט
כהנא, ב׳, מחילה על זכויות קנייניות, חיבור לשם קבלת תואר מוסמך, האוניברסיטה העברית בירושלים, ירושלים תשס״ב, שער ב, פרק יא
כהנא, ב׳, המחילה במשפט העברי, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, ירושלים תשס״ז, שער ב
כהנא, ש״ז, ענף עץ אבות, קראקא תרס״ג, חלק הענפים, עמ׳ XIX
כהנא שפירא, א״ד, ״גירות ונשואין אזרחיים״, תלפיות, שנה ב, חוב׳ א-ב, עמ׳ 6
לביא, א׳, ״ביאור הלכה של הרחקות דרבינו תם״, שורת הדין ו (תש״ס), עמ׳ תלו-תנה
לביא, א׳, ״הרחקות דרבינו תם ושלילת רשיון נהיגה במקרים בהם אין חיוב לגרש״, שורת הדין ה (תשנ״ט), עמ׳ רלז-רעב
לוין, ש׳, וא׳ גרוניס, פשיטת רגל, מהדורה שנייה, ירושלים תשס״א, עמ׳ 309
ליכטנשטיין, ק׳, ״בענין תלוהו וזבין תלוהו וקני״, הפרדס, שנה לו, חוב׳ ג (כסלו תשכ״ב), עמ׳ 24
ליפשיץ, ב׳, ״זה נהנה וזה לא חסר — זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה?״, הפרקליט לז (תשמ״ז), עמ׳ 203 ואילך
ליפשיץ, ב׳, אסמכתא — חיוב וקניין במשפט העברי, ירושלים תשמ״ח, עמ׳ 169-171
ליפשיץ, ב׳, משפט ופעולה, ירושלים תשס״ב, עמ׳ 189
ליפשיץ, ב׳, עובד וקבלן: בין קניין לבין התחייבות, ירושלים תשנ״ד
לרפלד, ד׳, ״מודעה רבה לאורייתא״, מוריה שמז-שמח (ניסן תשס״ט), עמ׳ צא-צב
מאוטנר, מ׳, ״יוצרי סיכומים, ונקלעי סיכונים — הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה״, משפטים טז (תשמ״ו), 92, 132
מאיר, א׳, ״היבטים כלכליים וערכיים של עקיפת איסור ריבית״, בד״ד 3 (תשנ״ו), עמ׳ 27-30, 38-40

רשימה ביבליוגרפית

מוזסון, י״ש, ״בענין הקנאת מעשר עני״, בית אהרן וישראל קיא (שבט-אדר תשס״ד), עמ׳ עב-עג
מולכו, מ׳, ״תקנת חזקת בתים, חצרות וחנויות בשאלוניקי״, סיני כח (תשי״א), עמ׳ רצו-שיד
מילר, י׳, ״בעניין שטר אמנה״, בית אהרן וישראל עד (כסלו-טבת תשנ״ח), עמ׳ לו-לט
מלמד, ע״צ, ״התפתחות דיני האונאה במקורות המשנה והתלמוד״, יבנה ג (תש״ב), עמ׳ 35-56
משען, ד׳, ״היתר עסקא — אכיפתו ועקיפתו״, פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, פרשת כי תצא, תשס״ב, גיליון 88 = פרשת השבוע — עיונים משפטיים בפרשיות התורה, ירושלים תשע״ב, דברים, עמ׳ 197-198
נוסבוים, נ׳, ״בדין חיובי הלוקח בשמירת החפץ במקח טעות״, מקבציאל י (אלול תשמ״ו), עמ׳ קלג-קלד
נקש, י׳, ״מתנה מחמת בושה״, מאור אברהם, קובץ תורני, מקסיקו תש״ס, עמ׳ 38-41
סגל, ש״מ, ״בענין פדיון בסלעים שקנה אבי הבן מהכהן״, בית אהרן וישראל ח (כסלו-טבת תשמ״ז), עמ׳ פז-צא
סהר, ל׳, ביטול חוזה בשל פגמים בכריתתו, בני ברק תשס״ט, עמ׳ 13-4, 86-96
סופר, א״צ, ״בענין מקח טעות אם חשיבי המעות כהלואה או כגזילה״, מקבציאל ו (ניסן-סיוון תשמ״ה), עמ׳ קמו-קנז
סופר, א״צ, ״תשובה בענין מקח טעות במדה ובמשקל, ומחל הלוקח על ההפרש״, מקבציאל ה (שבט-אדר תשמ״ה), עמ׳ קא-קה
ספראי, ש׳, ״סיקריקון״, ציון יז (תשי״ב), עמ׳ 60
עובדיה, מ׳, ״הערמה״, קטורת הלבונה תשנ״ו, עמ׳ 153-155
פולייב, מ״א, ״בדין דברים שבלב״, המאור, שנה ו, חוב׳ א (תשרי תשט״ו), עמ׳ 9-10
פורת, ב׳, ״דין הונאת מחיר — יסודותיו, עקרונותיו וערכיו״, כתר ד (תשס״ד), עמ׳ 281-500
פורת, ב׳, ״החוזה הכפוי ועקרון הצדק החוזי — עיון משפטי פילוסופי בסוגית תליוהו וזבין״, דיני ישראל כב (תשס״ג), עמ׳ 49, 54-67, 72-110
פיינברג, ל׳, ״התפתחות ההלכה על ידי פירוש והערמה״, Proceedings of the Rabbinical Assembly of America 5 (38-1933), p. 194
פכטר, ע׳, ״שם חמסן ומכירה באונס״, מעליות כז-כח (תשס״ח), עמ׳ 37-41
פלק, ז׳, מבוא לדיני ישראל בימי הבית השני, ירושלים תשמ״ג, עמ׳ 233
פלר, ש״ז, יסודות בדיני עונשין, ירושלים תשמ״ד, עמ׳ 518
פרוקצ׳יה, א׳, דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית בישראל, ירושלים תשמ״ד, עמ׳ 119-122
פרוקצ׳יה, ג׳, ״תחולת עקרון תום הלב״, הפרקליט לט (תשמ״ט-תשנ״א), עמ׳ 291
פרידמן, ד׳, ״אי-חוקיות וחוזה למראית עין״, הפרקליט לג (תשמ״א), עמ׳ 152, 156
פרידמן, ד׳, ״הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות״, עיוני משפט יד (תשמ״ט), עמ׳ 459, 467, 471-475
פרידמן, ד׳, ״הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה״, עיוני משפט ד (תשל״ה), עמ׳ 245, 260, 261, 263
פרידמן, ד׳, ונ׳ כהן, חוזים, תל אביב תשנ״א-תשנ״ג
פריז, י״ד, ״התורה כשירה״, פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, וילך, תשס״ה, גיליון 225 = פרשת השבוע — עיונים משפטיים בפרשיות התורה, ירושלים תשע״ב, דברים, עמ׳ 302
פרנצוס, י׳, ״שיטת הקדמונים במתנתא טמירתא״, סיני קג (תשמ״ט), עמ׳ ריג-רכט
צור, י׳, ״אונסא דנפשיה במתנה״, אבני משפט יא (תשס״ט), עמ׳ 146-154
צימבליסט, ח״ג, ״בענין האומרת מאיס עלי ובענין הרחקה דרבינו תם״, שורת הדין ה (תשנ״ט), עמ׳ רט
צלטנר, ז׳, דיני חוזים — חלק כללי, תל אביב תשכ״ב-תש״ל, עמ׳ 261
צלטנר, ז׳, דיני חוזים של מדינת ישראל, תל אביב תשל״ד, עמ׳ 181, 183
קגן, י״ל, ״הלכות גרים״, הפרדס, שנה כ, חוב׳ ג (סיוון תש״ו), עמ׳ 32; חוב׳ ד (תמוז תש״ו), עמ׳ 29-30
קופמן, א׳, ״דברים שבלב אינם דברים״, אבני משפט ו (תשס״ו), עמ׳ 167-192
קליינמן, ש׳, ״יסודות הקניין — גמירות הדעת ומעשה הקניין״, משפטי ארץ ג (תש״ע), עמ׳ 91-108
ראבילו, מ״א, חוק המתנה, תשכ״ח-1968, מהדורה שנייה, ירושלים תשנ״ז, עמ׳ 39-43, 52, 113-120
רוזן, י׳, ״הערמות הלכתיות כתקנות ציבור״, תחומין כא (תשס״א), עמ׳ 211, 216
רוזן, י׳, ״על ׳הערמות׳ כמדיניות הלכתית״, אקדמות יא (תשרי תשס״ב), עמ׳ 115, 119-120
רוזנטל, ח״ש, ״בענין מכירת חמץ בי״ד בניסן״, מוריה כב, גל׳ ה-ז (ניסן תשנ״ט), עמ׳ קמט = קובץ המועדים, פסח, חלק ב, עמ׳ רמא-רמג
רוזן-צבי, א׳, דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול, תל אביב תש״ן, עמ׳ 278
רוטשטיין, י׳, ״הערות בענייני העוסק במצוה והמסתעף״, אוהל שרה לאה, ירושלים תשנ״ט, עמ׳ תשצא
רימון, י״צ, שמיטה מן המקורות ועד להלכה למעשה, אלון שבות תשסח, עמ׳ 302-303, 319-320, 322
רפאל, ש׳, ״בעיות הכפייה במתן גט״, תורה שבעל פה כב (תשמ״א), עמ׳ סג
רקובר, נ׳, אוצר המשפט, כרך א, עמ׳ 307, וכרך ב, עמ׳ 308
רקובר, נ׳, גדול כבוד הבריות, ירושלים תשנ״ט, עמ׳ 170-171
רקובר, נ׳, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ״ח, עמ׳ 19-23, 55-87, 199-201
רקובר, נ׳, המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל, ירושלים תשמ״ט, עמ׳ 113-115, 498-500

רשימה ביבליוגרפית

רקובר, נ׳, השליחות וההרשאה במשפט העברי, ירושלים תשל״ב, נספח ג
רקובר, נ׳, זכות היוצרים במקורות היהודיים, ירושלים תשנ״א, עמ׳ 384-392
רקובר, נ׳, מטרה המקדשת את האמצעים, ירושלים תש״ס, עמ׳ 136-138, 375
רקובר, נ׳, מסירות נפש — הקרבת היחיד להצלת הרבים, ירושלים תש״ס, עמ׳ 41
רקובר, נ׳, ניבי תלמוד, ירושלים תשנ״א, עמ׳ 283
רקובר, נ׳, עושר ולא במשפט, ירושלים תשמ״ח, עמ׳ 20, 22, 30-32
שור, מ״ש, ״בענין אחריות בעה״ב כלפי קבלן משנה״, בית אהרן וישראל קיב (ניסן אייר-תשס״ד), עמ׳ עז
שטיינברג, א׳, ״בענין פרעון חוב ע״י שליח וספק אם קיים שליחותו״, בית אהרן וישראל נט (סיון-תמוז תשנ״ה), עמ׳ פג
שטרנפלד, ב״צ, יגדיל תורה (אודסה), גל׳ ד, סימן ל; גל׳ ה, סימן לה
שילה, ש׳, ״ההערמה בתלמוד״, שנתון המשפט העברי ח (תשמ״א), עמ׳ 309-355
שילה, ש׳, ״עידוד המסחר והכלכלה בפסיקת רבנו תם״, סיני ק (תשמ״ז), עמ׳ תתפו-תתפז
שינפלד, א״צ, חוק לישראל, נזיקין, ירושלים תשנ״ב
שיפמן, פ׳, יחסי ממון בין בני זוג, ירושלים תשל״ז, עמ׳ 18
שיש, ל׳, ״בענין גיהוץ בגדים ונסיעה במונית בחול המועד״, בית אהרן וישראל קכד (ניסן-אייר תשס״ו), עמ׳ קסב
שכנזי, י׳, ״במי שכפה את חבירו למכור לו מכונית״, בית הלל שנה א, גיליון ו [לב] (אדר תשס״ח), עמ׳ סא-סג
שלו, ג׳, דיני חוזים — החלק הכללי, ירושלים תשס״ה
שלו, ג׳, פגמים בכריתת חוזה, ירושלים תשמ״א, עמ׳ 161
שעיו, ר׳, ״מתנה מחמת אונס או בושה״, קול התורה מח (ניסן תש״ס), עמ׳ שא-שג
שפירא, א׳, ״הפקר בית דין הפקר״, אפיקי יהודה, עמ׳ 277
שפירא, א׳, שבילין, שנה כג, חוב׳ לג-לה (אייר תשמ״ד), עמ׳ ס
שציפנסקי, י׳, התקנות בישראל, כרך ד, עמ׳ תקפא
שרמן, א״ח, ״תוקפו של היתר העיסקא בבנקים״, תחומין כא (תשס״א), עמ׳ 224, 235
תומר, א׳, ״בדין מסירת מודעא״, מעליות ד (תשמ״ג), עמ׳ 33-37
חוק לישראל, שיתוף נכסים, ירושלם תשס״ט
מאסף ראשונים, ירושלים תרע״ד, תקנות גאוני ד׳ ארצות, אותיות כא-כב
מילון אבן-שושן, ערך הערמה; ערך קנוניה
מילון בן יהודה, ערך הערמה

Cohn, M., Assmachta, Jüdisches Lexikon 1, pp. 523-527 = Wörterbuch des Jüdischen Rechts, Basel 1980, pp. 44-46
Cohn, M., Irrtum, Jüdisches Lexikon 3, pp. 30-33 = Wörterbuch des Jüdischen Rechts, Basel 1980, pp. 23-25
Cohn, M., Oness, Jüdisches Lexikon 4, pp. 572-575 = Wörterbuch des Jüdischen Rechts, Basel 1980, pp. 27-29
Gartner, T., “Problems of a Forced Get”, Journal of Halacha and Contemporary Society IX (1985), pp. 118, 125
Miller, G.P., “Contracts of Genesis”, Journal of Legal Studies 22 (1993), pp. 25-26

CONTENTS

Introduction ז
Contents in Detail יא
Section 13 Contract Made for Appearance Sake 21
Section 14 Mistake 109
Section 15 Deceit 205
Section 16 Clerical Error 213
Section 17 Duress 233
Section 18 Extortion 311
Section 19 Partial Rescission 375
Section 20 Mode of Rescission 381
Section 21 Restitution after Rescission 391

Appendices 415

Laws
Contract Law, 5733-1973, Chapter 2 429
Civil Code Bill, 5771-2011, Part 3, Chapter 3 431
Suggested Version According to Jewish Law: Contract Law, Chapter 2 433

Indices
Subject Index 437
Source Index 467
Bibliography 513

D:\RAKOVER-PGAM\PGAMIMENGLISH.I

Dedicated to the memory of my dear mother

Yemima, daughter of R' Yisrael Hovav z"l

By her daughter

Tzippy and Tzvi Katz

The Library of Jewish Law

Ministry of Justice

The Jewish Legal Heritage Society

Talpiot College of Education

No part of this book may be reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher.

©

The Jewish Legal Heritage Society

P.O.Box 7483 Jerusalem 91074

jewishl@zahav.net.il

www.mishpativri.org.il

Printed in Israel 2011

JEWISH LAW FOR ISRAEL

A Systematic and Up to Date Presentation of Jewish Law
As a Basis for Legislation and Judicial Decision
Arranged According to the Law of the State of Israel

Edited by
Nahum Rakover

DEFECTIVE CONTRACTS

Appearance, Mistake, Duress and Extortion

The Library of Jewish Law

In the "Jewish Law for Israel" series the following books have been published:

Guarantee
Torts
Unjust Enrichment
Restoration of Lost Property
Bailment (2 volumes)
Hire and Loan
Joint Ownership
Trust
Defective Contracts

In preparation:

Agency
Gift
Remedies for Breach of Contract
Criminal Liability
Exemptions from Criminal Liability
Mortgage
Sale

JEWISH LAW FOR ISRAEL: Defective Contracts