

עלון המשפט



ביה"ד "נתיבות חיים" שע"י מוסדות מענה שמחה י-ם בנשיאות הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א פנים מאירות 1 י-ם טל: 02-5023637/55

גליון חודש כסלו ה'תשע"ה | 68

תוכן העניינים:

א | דיני יורד לאומנות חבירו - חלק ז - זכויות יוצרים (א)

ב | האופן הראוי לעריכת חוזה על פי ההלכה

בית הוראה לענייני ממונות "בית גרוס" ע"ש ברוך וברכה גרוס

שע"י כולל חושן משפט אוהל יוסף

בית ההוראה מיועד לבידור עניינים הקשורים לדיני ממונות, ניתן להתייעץ עם חברי בית הדין "נתיבות חיים" בענייני ממונות, וכן ניתן לקבל סיוע בעריכת חוזים צוואות וכדו' ללא צורך בקביעת תור. ניתן לקבל תשובות גם באידיש, באנגלית ובצרפתית.

טלפון: 02-502-3637

פקס: 02-502-3655

דוא"ל: beisdin@neto.net.il

כמו"כ ניתן לקבוע תור לדיונים

בביה"ד "נתיבות חיים"

בפ"ל: 052-7642-346

(בין השעות 8:00-6:30 בערב)

הדיונים נערכים בשפות עברית,

אנגלית ואידיש.

הרחבת פעילות בית ההוראה

בשמחה רבה הננו לבשר לציבור הרחב כי בית ההוראה מרחיב את פעילותו גם לשאלות בענייני אורח חיים ויורה דעה, ע"י מורי הוראה מוסמכים ומובהקים.

טלפון: 02-502-3637

פרטים נוספים בעמוד אחרון

הרב יוסף פליישמן שליט"א

דיני יורד לאומנות חבירו - חלק ז - זכויות יוצרים (א)

הקדמה: את דיני ההגנה על זכויות יוצרים ומניעת תחרות מזיקה ניתן לחלק לשלשה חלקים: א. יש אופנים שהדבר אסור מעיקר הדין, מצד השגת גבול ויתבארו חילוקי הדינים בסעיפים 1-5. ב. יש אופנים בהדפסת ספרי קודש שאיסורם אינו דווקא מעיקר הדין, אך תקנו בהם חכמי הדורות איסור, והיה נהוג עד הדורות האחרונים כפי שיתבאר בסעיפים 6-8. ג. יש עניינים שנהגו בהם היום איסור, והיינו שהמחבר בעצמו אסור על אחרים להדפיס את ספרו, ויתבארו החילוקים בסעיפים 9-12.

1. בשני מקומות בש"ס מצאנו התייחסות לענין זה של אדם המשתמש בעמל חבירו כדי להרויח בקלות: א. במשנה בגיטין (נט:). שנינו שאם עני הוריד זיתים של הפקר מהעץ והפילם לארץ כדי ליטול אותם לעצמו, אף שעדיין לא זכה בהם בקנין גמור, אסור לאדם אחר לזכות בהם לעצמו, והעושה כן עובר על גזל מדרבנן. ב. לפי פירוש חלק מהראשונים בסוגיא בבבא בתרא (כא:), אם אדם השתמש בדג מת כפתיון כדי לצוד דגים, אסור לאדם אחר ליטול את אותם דגים שניצודו שם, אף שהראשון עדיין לא זכה בהם בקנין גמור ונחלקו הפוסקים אם העושה כן עובר על גזל מדרבנן, או משום עני המהפך בחררה, או משום שניהם². ומדינים אלו נלמד יסוד הדין, שבמקרים מסוימים אסרו חכמים על האדם ליטול לעצמו חפץ של הפקר, כיון שאדם אחר טרח

1. איתא במשנה שם, "עני המנקף בראש הזית, מה שתחתיו גזל מפני דרכי שלום. רבי יוסי אומר, גזל גמור". ונקטינן להלכה כחכמים, שאין זה גזל גמור, ולכן אף שאסור ליטול את הזיתים, אם עבר ונטל אין בית דין כופים אותו להחזיר (שם ס"א, א). יש להעיר שהגם שאינו יוצא ממנו בדיינים, מ"מ הגנב עצמו חייב להחזיר, וכמו שלמד הרדב"ז מהגמ' (שבועות מא, א) שאפילו משמתין מי שאינו מחזיר, וכן משמע ברי"א ז' (בפי' לשבועות שם ובפסקים גיטין ה, ה, ב). ואף הש"ך (תקפו כהן ס' ל) לא נחלק אלא לענין זה שאין משמתין, אבל אינו פוטר את הגנב מלהחזיר.

הרא"ש (קידושין ג, ב) והמרדכי (תקכד) והר"ן (קידושין כד, א בדפי הר"ף) הקשו מאן על דעת ר"ת (קידושין נט. ד"ה עני) דס"ל שאין בהפקר איסור של עני המהפך בחררה, מדוע כאן הדבר אסור, והרי זהו עין של הפקר [שהרי מדובר ב'שכחה', ע"י ברמב"ם גזילה ו, ג]. ותיירץ הרא"ש, "ועני המנקף בראש הזית דאמרינן בפרק הניזקין מה שתחתיו גזל מפני דרכי שלום, שאני התם שטרח בהם העני להפילם לארץ, וסמכה דעתיה עליהו", וכן תירצו המרדכי והר"ן. ומשמע מדבריהם שבאופן זה האיסור הוא משום עני המהפך בחררה יחד עם איסור גזל מדבריהם. וע"ז בזה בדברי המהרי"ט בהערה הבאה.

2. מקור הדברים הוא מדברי התוספות (שם). שהביאו את דעת ר"ת הנ"ל, שבהפקר אין דין עני המהפך בחררה, והקשו עליו, "מיהו קשה מההיא דפרק לא יחפור (ב"ב דף כא:). דקאמר התם מרחיקין מן הדג כמלא ריצת הדג אף על פי שהוא של הפקר כו', ועוד אומר רבינו מאיר אביו של ר"ת דמיידי בדג מת שכן דרך הדיינים להשים במצודות דג מת והדגים מתאספים שם סביב אותו הדג, וכיון שזה פירש מצודתו תחילה, וע"י מעשה שעשה זה מתאספים שם סביב, ודאי אם היה חבירו פורש הוה כאילו גזל לו, ויכול לומר לו תוכל לעשות כן במקום אחר". ומבואר בדברי התוס', שאף באופן שאין דין עני המהפך בחררה, מ"מ אסור ליטול את הדגים שבאו כתוצאה מפעולתו של הראשון. ויש להוכיח שנקטינן להלכה כתיירוצו זה, כיון שהת"ס (ח"ה סוף תשובה ע"ט) נסמך על דברי התוס' הללו להלכה, לגבי מחזורים מבוארים שהדפיס ר' וואלף היינדהיים, וז"ל "ואינו נוטל (רו"ה) מעות מתוכן, אלא נקטיות שוקא בעלמא, ושאריו המדפיסים ידפיסו מחזורים אחרים או ספרים אחרים, ולמה יהנו במה שהמציא הוא, וה"ל כציד דגים אליבא דר"מ אביו של ר"ת, בתוס' פרק האומר, שהוא הצידי גרם קיבוץ הדגים, ע"כ ירחיקו שארי הציידים רחוק פרסה, כנ"ל, והכא נמי דכוותיה". וכן המהרש"ד"ם (רנט) סמך עליו לדינא כמו שיובא להלן. וכן משמע מפירושו של המהרי"ט בתוס', שפירש שחידושו של רבינו יצחק שהובא שם נלמד מהביאור של רבינו מאיר, וכיון שדינו של רבינו יצחק נפסק להלכה (ע"י בשו"ע סי' רלז, ב), א"כ ע"כ פוסקים כביאור זה. וכן מוכח שדעת המהרש"ל (לו, ד"ה השם השלישי) לפסוק כן, שהרי הוא סובר שאפי' אם פירש מצודה אסור ליטול ממנו, משום שטרח בגוף הדבר. אמנם, להלן יבואר שלדעת החתם סופר עצמו איסור זה הוא רק אם הפרנסה של הראשון תפגע בכך, וכמו שיובא להלן.

יש לעיין על איזו איסור עובר אותו שלקח את הדגים שבאו בעקבות מעשה חבירו, האם זהו גזל מדבריהם, וכמו עני המנקף, או שהוא אסור משום עני המהפך, או משום שניהם, ונחלקו בזה המפרשים כדלהלן: המהרש"א כתב, "אף על גב דהדגים חיים שרוצים לצוד עדיין הפקר הן, מכל מקום על ידי מעשה זה נתאספו, ולא היו הפקר". ומשמע שהבין שכונות תוס' שר"ת מודה שבאופן זה יש איסור של עני המהפך בחררה, כיון שא"ז הפקר גמור. אמנם המהרי"ט (הנ"ל) הבין שכונות תוס' לומר דאמנם ככה"ל לא שייך דין עני המהפך בחררה, אך יש בזה גזל מדבריהם, שהוא חמור יותר, וכמו בעני המנקף. וז"ל המהרי"ט (ד"ה תו כתבו התוס') "והיה דסוף פרק הניזקין, עני המנקף, שאני התם שטרח להפילם (ומציין ע"ז הר"ן שהבאנו בהערה 1), וא"ת ועני המהפך בחררה מי לא עסקינן שטורח אחריה, ואפ"ה רשע לבד הוא דמקרי, גזל ליכא. וז"ל דעני המהפך אין טורחו מועיל לזה הבא אחריו, אבל עני המהפך בראש הזית ע"י טורחו נתקבצו, והלה אוכל גיע כפיו", הדינו שגם בדגים וגם בעני המנקף החמירו חכמים להחשיב את השני גזלן מדבריהם, כיון שהוא אוכל את

להשיגו לעצמו, ואפילו אם אין השני נהנה ממה שעשה הראשון³.

2. הפוסקים נחלקו באיזה אופן שייך איסור זה: יש אומרים שהאיסור שייך רק באופן שהראשון היה בטוח ששיג את הדבר, לולא שהתערב השני⁴. יש אומרים שהאיסור שייך רק באופן שהראשון טרח טירחא גדולה כדי להשיג את הדבר, או שהכניס עצמו לסכנה עבורו, אבל אם

יגיע כפיו של הראשון. גם החתם סופר (ח"ה תשובה ע"ט, ד"ה ובאמת סברא זו) ביאר שכונת תוס' שהאיסור הוא מחמת שנהנה מטרחת חברו, ומה שכתבו התוס' 'יכול לומר לו תוכל לעשות כן במקום אחר', אין כוונתם שזהו עיקר טעם האיסור, אלא כדי 'דלא תקשי', כיון דמים הפקירא ניהו, א"כ כל הציידים מהפכים בחררה זו, ואין יהיה לו רשות לקבץ דגים בכדי ריצת פוסה, ויפסיד לדייגים אחרים המהפכים כו', ועל זה לא כתב הם יתנו גם כן דגים מתיים במקום אחר, ויקנו גם הם מקום פוסה ההיא. [ובתשובה ק"ח (ד"ה נמצא) כתב החת"ס, פירוש אחר, דכוונתם שבכך אינו כהפקר לכן יש איסור עני המהפך אפי' לר"ת].

והחתם סופר הביא גם את המהרי"ט הנ"ל שסובר שהאיסור של המלמד הוא בגלל שנהנה מיגיעת חברו. אמנם החת"ס (שם, וכן בד"ה מ"מ נקיט האי כללא) צמצם את האיסור למקרים שהשני פוגע באומנותו של הראשון, וביאר שהדין יותר חמור כשמדובר באומנותו של הראשון כי "כשאומנות הראשון בכך והוא לדידיה כאלו לא מצי לאשכוחי במקום אחר". ויש ללמוד מכך שהאיסור על אדם ליהנות מפעולת חברו הוא רק כשזה עיקר חיותו של הראשון או שהשני יכול למצוא כן במקום אחר כמו ההיא דדגים, והוא מדין עני המהפך בחררה, כמו המהרש"א, ורק אם היה לראשון טירחא מרובה (כך כותב בד"ה מ"מ נקיט האי כללא) כמו עני המנקה בראש הזית, יהיה גזל מדבריהם.

אמנם לכאורה יש לתמוה על דברי החת"ס, שהרי הסברא הזו, שיש איסור מיוחד באופן שפוגע באומנותו של הראשון, זהו התירוץ האחר של תוס', ואילו בתירוץ זה משמע שאין תוס' מחלקים בין הדברים. וצריך לומר שהוקשה לחת"ס מדברי המהרש"ל ומשאת בנימין [ויבאו בהערות להלן], שלא כתבו שהאיסור בעני המנקה הוא משום שנהנה ממה שהמציא חברו, ולכן נדחק לומר כן, שהאיסור מחמת שפוגע באומנותו. ובמקום אחר (ח"ה, ק"ח) ביאר החת"ס עפ"י התוס' בייטין (ס, ב ד"ה מצודות), שנתנית דג מת כדי לצוד דגים היו כמו עני המנקה שיש בו גזל מדבריהם, ואם זו גם אומנותו, כיון שיש תרתי לגרעותא, שגם טרח וגם הוא דבר שאפשר לעשות במקו"א, מוציאים ממנו בדיינים.

המהרש"ד"ם הנ"ל הבין שמה שכתבו התוס' "כאילו גזל לו", היינו שיש בכך גם משום חזק דרבנן וגם משום עני המהפך בחררה, וז"ל, "נראה ודאי דדוקא כשרוצה לקנות וזבדו מקדים, זהו הנקרא מהפך, ונקרא רשע חברו עכ"ז, אעפ"י שעדיין לא זכה העני בו כלל. אבל כיון שזכה בו קצת, הוי גזל גמור, ומדינא מעכביין ליה.

ומטעם זה כתב רבנו מאיר אביו של ר"ת לתרץ מה שקשה לפי ר"ת, שפירש בדבר של הפקר לא שייך ביה דין דמהפך, ושמותו לאחר לקדם ולזכות בו, כנודע מחלוקת שיש בין ר"ת לפרש"י, ולפי ר"ת קשה מההיא דפרק לא יחפור, דקאמר התם מרחיקין מן הדג כמלא ריצת הדג, ותיריך בתירוץ שני ר"מ, דמייירי בדג מת, והדגים מתאספים שם סביב אותו הדג, וכיון שזה פירש מצודתו תחלה ועל ידי מעשה שעשה זה מתאספים, ודאי אם היה חברו פורש היו כאילו גזל לו, ויכול לומר לו תוכל לעשות כן במקום אחר, **מכאן נראה דבנידון דידן מעכבין אותו, למי שירצה לבא ולבנות באטניש או בטאן אחר, חדא דהוי עני המהפך בחררה, דמקרי רשע"ו וכו',** והיינו שבזכה קצת, כמו בהניח דג מת, אין הוא רק עני המהפך, אלא יש בכך גם משום גזל מדבריהם. ולכן בסוף התשובה כששבו מביא את שיטת ר"מ, הסיק וכתב "נראה ודאי דבין מעכבין ביד כל מי שיבא ויבנה מבלי רשותו, מלבד דהוי רשע, ופשיטא דמעכבין בידו שלא ירשע", ואח"כ הוסיף "והוי ממש כההיא דכתב רבנו מאיר מהמביא דג מת ומסבתו מתאספים הדגים, ואם כן הבא לפרוש שם מצודה הוי גזלן. הכא נמי עשיית הבטניש הוא הדג מת, שבשבלים עושים הבגדים והמנטאש, ומתאספים, והוי כאלו כבר זכה בהם, והבא להמציא עתה בטאן צריך לפתות לעושי הבגדים שיתנו לו והנה הוי גזל בידו".

3. מקור חידוש זה הוא מדברי המהרי"ק (קלב), שנשאל "על אודות ראובן שפזר מעותיו לעשות תנאים עם צבור אחד ועם אדוני העיר להחזיק שם חנות ולהלות ולא הלך שם לדור ונתעכב כמו ד' שנים. ויהי היום וילך שמעון אל הצבור והוא ולקח גם הוא תנאים מאת הצבור ומאת אדון הארץ להלות שם ולהחזיק שם חנות". ופסק, "לפי הנלע"ד, שמעון הבא לדור שם בלי רשותו יש לדמותו להיאחזע לעני המהפך בחררה כו' אפילו לפי ר"ת, שהרי הקשו התוס' [וזו הקושיא שהובאה דעיל הערה 1] על דברי ר"ת בפ"ג דקדושין, וז"ל, דעני המנקה בראש הזית דתנן בפרק הניצוק על שותחיו גזל משום דרכי שלום, אף על גב דהוי מיידי הדפק, התם נמי כיון שטרח בהם ונתעסק להפילם תקנו חכמים שיהא בהם גזל, עכ"ל, הרי לך דכיון דטורח איכא משום גזל מפני דרכי שלום, וכל שכן הכא טורח טובא". האחרונים התקשו, מדוע בטירחא זו אמרינן שאסור לאחרים להתחרות אתו, ואילו לגבי מי שנפל על המציאה (ב"מ י, א), ס"ל לר"ת שמוותר לאחר לטלה ולזכות בה לעצמו [כמדוייק מלשון הגמרא, "מעביירין", עי' פרשת מרדכי חו"מ ז ד"ה ובעיקר].

רק עשה השתדלות בעלמא להשיגו, אין איסור⁵. ויש אומרים שלדברי הכל [ואף לשתי הדעות הקודמות] האיסור הוא רק בנטילת חפץ מסוים שהראשון טרח בו עצמו, אבל אם מושך אליו לקוחות, אף אם לולא מעשיו היו קונים אצל הראשון, אין בכך איסור⁶.

3. באופן שיש לאדם זכות מחמת דינים אלו, הרי הוא מעביר זכות זו גם ואין אומרים שהדבר אסור משום עני המהפך בחררה [ומשם למד ר"ת את שיטתו, שבהפקר מותר]. ועיין בהערות הבאות מה שיישבו בזה המהרש"ל ומשאת בנימין. והפרשת מרדכי (חו"מ ז ד"ה אבל) כתב שלולא דבריהם היה מבאר את דברי התוס' כך, דגבי המנקה בית השני משתמש במה שהראשון עשה, שהראשון הפילם לארץ והשני נוטלם משם. משא"כ בנפל על המציאה, שאין לשני שום תועלת והנאה ממה שעשה הראשון. ואכן המהרי"ט בפירושו לתוס' (קיד. הנ"ל הערה 2) פירש כן, ועיין מש"כ לקמן בזה בדין 5 ובהערות עליו.

4. המשאת בנימין (כו, ד"ה הדין השלישי) הביא את דברי הרא"ש והמרדכי הנ"ל (הערה 1), והקשה, שאם עני המנקה בזית נחשב כ'טורח' שאסור לטול ממנו גם לר"ת, א"כ איך התייר ר"ת גבי עני המהפך בחררה שאדם אחר טורח לטלה לעצמו קודם שזכה בה, והרי גם בכה"ג טרח הראשון. ותיריך, שבעני המנקה יש לעני סמיכות דעת "מאחר דאין להם בעלים שיעכבו עליו, וגם הפילם ממקום הראשון", ולכן אסור לאחר לטלם. אבל גבי עני המהפך בחררה שהתייר ר"ת לאדם אחר לטלה, אין לראשון סמיכות דעת, "דאפשר שהבעל הבית לא יתן לו, והרי החררה עדיין ביד בעל הבית וכן אם פסק דמים עם המוכר שהמקח עדיין ביד המוכר, ואפשר שיחזור המוכר מהמקח, ולפיכך עדיין לא סמכא דעת הקונה על המקח". והוסיף וכתב שאף המהרי"ק יכול להסכים לו, כי "מהרי"ק מייירי שנתן הישראלי מעות לנכרי ולקח גם השטר, ובהא ודאי סמכא דעתיה יותר מבבעני המנקה". יש לציין ששיטתו מדוייקת בלשון הרא"ש הנ"ל בהערה 1, שכתב "וסמכא דעתיה". וכן המהרי"ט בפירושו לתוס' (קיד.) חילק כן מסברתו (בנוסף לתירוץ שהבאנו בהערה 2).

5. זו היא שיטת המהרש"ל (ל"ו ד"ה השם השלישי), שהקשה מעצמו את קושיית הראשונים הנ"ל בהערה 1, ותיריך, "וצריכים אנו לחלק בין טרחא לטרחא, כי ב' חלוקים בטירחא, יש טרחא שאין מועיל כלל, ויש טרחא שמועיל לעניין איסור גזל מדבריהם, וכל החלוקים מוכיחים מתוך הסוגייה כאשר פירש ר"ת בפרק האומר, דאין שייך דין עני המהפך בחררה אלא במכר או בשכירות כו', על זה נקרא רשע, כי למה מחזר אחר מה שטרח בה חברו, ואפ"ה כתב גבי מציאה או הפקר מותר, משמע דמותר אפילו היכא דטרח, וע"כ צריכין אנו לחלק בין טרח לטרח, דהא מצינו שטירחא אפילו גבי הפקר יש בה איסור משום גזל, כדפירשתי, אלא הא לך מילתא דפסיקא, שאין קרוי טירחא אלא כשטרח ממש, כי מה חילוק בין משתדל לקנות אותו יום או יומיים או יותר, וכעין זה מצאתי בתשובת מהר"ם, דפירש להדיא דאין חילוק לענין מהפך יום אחד או כמה ימים, אלא כשטרח ממש, כי מה חילוק בין משתדל דאפילו בכמה ימים לא נקרא טרח, אלא היכא דטרח בגופו שהוא דבר הניכר, כגון עני המנקה בראש הזית, שאין טירחא גדולה מזה לענין זתים, שנשא נפשו למות, כדמוכח בפרק המקבל (ק"ב) וכאשר פירש רש"י התם, אבל מה שאדם משתדל אחר דבר אחד, נראה לי דאין שייך בו טרחא, דאין הוא דבר המבורר". ומבואר בדבריו, שאם אדם משיג רשיונות, ואפילו משלם למישהו כסף עבור חפץ, בכל זאת אינו בכלל האיסור של טרחא [המהרש"ל הוכיח כן מהדין של 'נכסי עכו"ם הרי הם כמדבר', ולדעת ר"ת אין השני נקרא רשע, הגם שהאפשרות של השני לזכות היא רק כתוצאה מכך שהראשון שילם לגוי כסף, ולכאורה ראייתו צ"ע, שהרי הרמ"א (קצד, ב) פסק שהשני נקרא רשע. אך באמת אין זו קושיא, כיון שהטעם שהוא נקרא רשע מבואר בב"י (ד"ה ורשב"ם) שזהו מחמת שהשני צריך לשלם לראשון, וממילא לא הוי כהפקר אלא כמכר, אבל אין מחלוקת על כך שמוכח מדברי ר"ת שהשני אינו רשע, אף שנהנה ממון שהוציא הראשון]. ולדבריו גם כשאדם נפל על המציאה אינו בכלל האיסור של טירחא, כיון שלא עשה מעשה במציאה עצמה [המ"ב הבין שהחילוק הוא בין טירחא גדולה לטירחא מועטת, אך אין נראה כ"כ שזו כוונת המהרש"ל], ולכן התקשה המהרש"ל מאוד בפסקו של המהרי"ק הנ"ל, כיון שהראשון לא טרח בגוף הדבר אלא עשה השתדלות, ויישב את המהרי"ק "מאחר שהלך ממקומו להשתדל עם השר אף שלא הלך לדור שם, סוף סוף סתם דרכים בחזקת סכנה". [המהרש"ל הוסיף וכתב שהיו למהרי"ק טעמים נוספים, אך אין ללמוד מכך שהסתפק ביסוד ש'מסירות נפש' נחשבת כטירחא בגוף הדבר, אלא יתכן שהסתפק האם הסכנה של 'סתם דרכים' נחשבת כמסירות נפש].

החתם סופר (תשובה עט, ד"ה טרחא השם השלישי) הביא את דברי המהרש"ל והמ"ב הנ"ל, וכתב "קשה להכריע בזה ולתת שיעור וגבול, והכל לפי ראות עיני הדיין מפני דרכי שלום". וצריך עיון מדוע התקשה החת"ס בהכרעת דין זה, והלוא הדרך של המשאת בנימין מתאימה למש"כ הרא"ש והמרדכי והר"ן, והוא מביא אותם, משא"כ המהרש"ל הקשה את הקושיא של הראשונים, וחיידש דרך בפני עצמו. אמנם, יש לציין שהפרשת מרדכי שם ד"ה ולפמש"ל מוכיח כמהרש"ל. כן היא דעת הפרשת מרדכי (חו"מ ז ד"ה וע"כ נלע"ד), אחרי שהביא את המהרש"ל

« המשך בעמוד הבא »

4. באופן שיש איסור ליטול דבר מסוים מחמת שאדם טרח בו, זהו רק אם עדיין לא הרויח הראשון כל כך, אבל אם כבר הרויח סכום שמצדיק את טרחתו⁸, מותר לאחרים ליהנות גם כן⁹.

5. בנוסף לאיסור שהתבאר לעיל (דין 2), יש איסור נוסף, והוא שייך גם באופן שאין איסור מחמת שהראשון טרח בענין זה [כמבואר בסעיף

והמ"ב הנ"ל, וכתב כן בטעם שרצה להתיר לאחרים להדפיס את המחזור של רו"ה, וחילק שאינו דומה לעני המנקה כיון ששם השני לוקח את אותם הזיתים שבהם טרח הראשון, משא"כ כשמדפיס ספר מחדש הרי הוא רק מושך אליו לקוחות, אף שלולא מעשיו היו קונים מהרו"ה, אבל סוף סוף רו"ה לא טרח בהם בעצמם.

אמנם, אף לפי דבריו שצריך לטרוח בגוף הדבר [ודבריו מתאימים לשיטת המהרש"ל שהובאה בהערה הקודמת], יש חידוש גדול נוסף, שהרי בנידון שלו השני רצה להעתיק את מה שכתב המדפיס הראשון מילה במילה, ואף על פי כן הוא סובר שזה לא נחשב שהראשון טרח בדבר עצמו, כיון שהנידון ביניהם אינו על הכתיבה אלא על המכירה ללקוחות, ובלקוחות לא היתה כל טירחה.

בעמק המשפט (יח, ר) כתב שהפרשת מרדכי חזר בו מהחידוש הזה, כיון שבתשובה שאחריה [בה הוא משיב לחת"ס] ביאר הפ"מ מדוע אין נידון זה דומה לנידון המובא בשו"ת הרמ"א, וכתב "המדפיס הבא אחריי נהנה מעמלו של הראשון, ועל ידו הוא בא להפסידו", והבין העמק המשפט שזו הסברא של טירחה שהובאה לעיל, ומכך שהביא הפ"מ סברא זו בנידון של הדפסת ספרים מוכח שחזר בו מסברתו. אמנם,

יש להעיר שהגם שבפשטות נראה כדבריו, אבל הוא דבר תמוה, כיון שבתשובה זו בא הפ"מ להצדיק את דבריו בתשובה שלפניה, באותו נידון. ולכן נראה לומר שאין כוונתו לסברא של טירחה, אלא זו סברא חדשה, והיינו, שהוא חידש בתשובה השניה שהגם שאין איסור מחמת טירחה, אבל אם אדם יצר משהו חדש, אסור לאחרים להשתמש בו לרעת המחדש, או מעיקר הדין או מחמת תקנה "שלא יהיו שלוחי מצוה ניזוקין", והוא כתב בדמקרה של המחזור של רו"ה שלא חידש כלום [לפי דעתו] אין טעם לאסור על השני להדפיס מה שעשה רו"ה מטעם "שלא יהיו שלוחי מצוה ניזוקין", כיון שהשני עוסק במצוה כמו שעסק רו"ה, משא"כ ברמב"ם של המהר"ם אסר הרמ"א לקנות הרמב"ם של הגוי בגלל שהמהר"ם חידש משהו והגוי לא חידש, ולכן שייך לאסור את הרמב"ם של הגוי משום "שלא יהיו שלוחי מצוה ניזוקין", ובה כתב שהוא משום שהגוי נהנה מטרחתו של המהר"ם אבל

דבריו בזה אינם שייכים לאיסור טירחה של המהר"ט מהרש"ל וכו', ולכן אין ללמוד מזה שהפ"מ חזר ממש"כ בתשובה הקודמת... [ובעיקר הנידון כבר העיר עליו העמק המשפט (עמ' שב) שמש"כ הפ"מ שהגוי השתמש בפרי עמלו של המהר"ם, והיינו שהכניס את התיקונים של המהר"ם למהדורה שלו, נסתר ממה שכתב הרמ"א בתשובתו, שאסור לקנות את הרמב"ם של הגוי מאחר שהוא ספר שאינו מוגה, כיון שאין לו את התיקונים של המהר"ם. ומה שהמ"ב חילק בין המחזור של רו"ה לרמב"ם של הפ"מ תמה עליו הישב משה (א, ב ד"ה והרי רו"ה) כי רו"ה חידש בה במה שעשה תרגום וביאור].

7. כך מבואר בהדיא במהרש"ט (רנט), שהביא את המהר"ק הנ"ל לענין יורשים ולקוחות. וכן נראה שהדו"ד בהדפסת המחזורים של רו"ה היה בין באי כוחו של רו"ה, כמש"כ בפרשת מרדכי הנ"ל.

8. כך היה נראה מתשובת החת"ס (עט), שכתב שצריכים לדאוג שלא יפסיקו להדפיס ספרים ולכן קצבו בלעדיות למספר שנים, וכ"כ בוישב משה (א, ב בהגה בעמ' יא), והוסיף (עמ' י"ב ד"ה והחת"ס) שלכן דבר שאינו מצליח תמיד, כמו ביצירת תוכנה, כשבאים לחשב כמה שנים לתת למחדש למכור בבלעדיות, יש לקחת בחשבון את העובדא שלא תמיד הדבר מצליח, וצריך שיהא כדאי לו להתעסק בדבר למרות עובדא זו.

9. סברא זו מובאת גם כן בדברי הפרשת מרדכי (שם ד"ה וממילא), שאדם שהמציא דבר אינו יכול לאסור לעולם את השימוש בו לכל אדם, אלא עד שירויח סכום סביר, וז"ל, "ובלאו הכי הך סברא שכתב משום דבא כחו אין להפסיד טרחתו וליהנות בו חבירו, היינו היכא שלא נהנה הראשון כלל, אבל כאן כבר נהנה הראשון מטרחתו, ומכר המחזורים הראשונים, והיכן מצינו הסברא דבשביל דקא טרח ירויח ויחזרו וירויח" [אלא שהחת"ס טען שהמציאות אינה כן, כיון שרו"ה הפסיד ולא הרויח עדיין]. ונראה שגם הפוסקים האחרים מסכימים איתו בזה, כי בהסכמת גדולי רומי לספר הבחור (הועתק בעמק המשפט עמ' רסא) כתבו כמה טעמים לאסור את העתקת הספר, ואחד מהם הוא משום טרחה ["זה שטרח ועמל"], ואעפ"כ אסרו על אחרים להדפיס הספר רק למשך עשר שנים. וגם החת"ס (ד"ה וא"כ בשארי) הזכיר שאסור לאחרים להדפיס התרגום וביאור של רו"ה בגלל טירחה ["ולמה יהנו במה שהמציא הוא, והוה ליה כצדי דגים אליבא דר"מ אביו של ר"ת בתוספות פרק האומר שהוא הצידי גרם קיבוץ הדגים"] וכב"ז אסרו את הדבר רק למשך עשרים וחמש שנה, וז"ל "קבעו שכרו למינקט ליה שוקא על כ"ה שנין שלא ישיג אחר גבולו, אלא שלא היה ביכולתו להדפיס בפ"א מה שיספיק לכל ישראל על כ"ה שנין, ע"כ מדפיס וחוזר ומדפיס, והכל הוא ליטול שכרו". וכן ביאר דבריו בתשובה אחרת

2 שלא בכל מקרה שייך האיסור], והיינו אם הראשון חידש והמציא דבר מסוים, דעת הרבה פוסקים שאסור לאדם אחר לנצל את המצאת הראשון כדי להתחרות איתו, כמו שאסרו חכמים ליטול זיתים שהפיל העני לארץ¹⁰. אך דעת החתם סופר שאיסור זה שייך רק אם זהו עיסוקו הקבוע של הראשון, או שעשה זאת לפרנסתו¹¹, או שיש לו הפסד ממון מכך¹², אבל לולא זאת, אין איסור¹³. ודוגמא לדבר, אדם ששכנע את

(ו, נז) שטעם האיסור על אחרים הוא רק כדי שירויח ריוח סביר. וכן כל אלו שנתנו הסכמות שבהם אסרו על אחרים להדפיס תמיד הגבילו האיסור למספר שנים ולא לעולם ועד [ראה זו כתב גם בעמק המשפט סי' ל ס"ק ק], וכן פסק הוישב משה (חלק א, סוף תשובה ב). ולכאורה עולה מזה שאפילו במקרה של פירס דג מת אם יבואו דגים רבים מאד, יהא מותר לשני לקחת חלק מהם, כיון שהראשון כבר הרויח מספיק, אם אין איסור של עני המהפך.

אמנם לכאורה המהרש"ט שכתבנו לעיל (רנט) אינו סובר כן, כיון שהוא אסר לכל אדם לעשות בטאן אחר, הגם שכבר עברו עשרות שנים, משום שדימה נידון זה לאדם שצד דגים על ידי הנחת דג מת, וז"ל, "אני אומר שפשיטא והוא דבר שאין בו ספק שלא עלה בדעת המלך יר"ה לעשות בטאן, אלא שהיהודי הראשון המציאו, וטרח להוציא הענין לפועל, ומכאן נתרבו בגדים ועושים אותם, והוי ממש כההיא דכתב רבנו מאיר מהמביא דג מת ומסבתו מתאספים הדגים, וא"כ הבא לפרוש שם מצודה הוי גזלן, הכ"א נמי עשיית הבטניש הוא הדג מת שבשבילם עושים הבגדים והמנטאש ומתאספים, והוי כאלו כבר זכה בהם, והבא להמציא עתה בטאן צריך לפתות לעושי הבגדים שיתנו לו, והנה הוי גזל בידו". וכן בסוף דבריו כתב שהטעם שאסר אחריו כ"כ הרבה שנים הוא "שבא מכה אותו שטרח בתחלה", ולכן "מכל זה נראה דבדין מעכבין ביד כל מי שיבא ויבנה מבלי רשותו מלבד דהוי רשע", וצ"ע מדוע לא הביאו הפוסקים את דעתו בנידון זה.

10. כפי שהובא לעיל בהערה 3 שכך נראה מהמהר"ט והפרשת מרדכי. וכן המהרש"ט (רנט) נראה שסובר כן כי הגדיר את מה שאסר הר"מ אביו של ר"ת שהוא משום ש"זכה בו קצת".

11. כך ביאר החת"ס (שם ד"ה ובאמת סברא זו) את טעמו של אביו של ר"ת שאסר בדג מת, וכן מה שלמד ממנו המהר"ט לענין מלמד, וכבר הארכנו במה שמחמירים כשפוגעים באומנותו בגליון 63 דין 3.

12. החתם סופר (ה, עט ד"ה והרשב"ם) הביא שהמהרש"ל הנ"ל וגם המהר"ק (קיה) הבינו שהרשב"ם שכתב בנכסי עכו"ם הרי הם כמדבר שהשני הוא רשע, סובר בעלמא בעני המהפך כר"ת, שאין איסור בהפקר, וא"כ קשה מדוע כתב הרשב"ם לגבי נכסי עכו"ם שהשני רשע, והרי הם מופקדים [אמנם מלשון התוס' (ב"ב כ"א: ד"ה מרחיקין) משמע שרשב"ם אינו סובר כר"ת, כיון שאחרי דבריו הביאו תוס' את דעת ר"ת וכתבו שלשיטתו אינו רשע]. והביא שהמהרש"ל תירץ שלדעת הרשב"ם יש איסור של עני המהפך אפילו בהפקר, אם הראשון הוציא מעות [כן מדויק במש"כ רשב"ם (שם, ד"ה הרי הן) "נראה בעיני דהאי שני רשע מיקרי, דכיון דיהב לוקח ראשון זוזי לא גרע מעני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה, דמיקרי רשע והוא אחר"], וכיון שפסק הרמ"א (קצד, ב) כדעת הרשב"ם, נמצא שיש איסור של עני המהפך אם השני לקח דבר שהראשון שילם עבורו. אמנם הב"י (קצד, ד"ה ורשב"ם) כתב שהגם שרשב"ם סובר כר"ת אבל היות שהרשב"ם סובר שהשני צריך לשלם עבור מה שזכה, לכך הוי מכה, שבה גם ר"ת סובר שנקרא רשע, והחולקים על הרשב"ם [הרא"ש (ב"ב ג, סה) והתוס' הנ"ל] סוברים שהשני אינו צריך לשלם, ולכן הוי כמו מציאה, ואינו רשע. וכדבריו כתב הסמ"ע (קצד, יב) והגרא"א (ז) ולפי"ז אין מקור לדין של המהרש"ל.

13. החת"ס (שם ד"ה ולכאורה בפשיטות) הביא את הנידון ב"נכסי עכו"ם הרי הם כמדבר", והיינו הדין המבואר בגמרא (ב"ב נד:): בענין קנינים, שאם יהודי נתן כסף לגוי תמורת קרקעו, ועדיין לא קיבל ממנו שטר, הרי מיד עם קבלת הכסף מסתלק הגוי מבעלותו על הקרקע, ואילו היהודי עדיין אינו זוכה בה עד לכתביבת השטר, וכיון שבאותו זמן הקרקע אינה שייכת לשום אדם, אם בא אחר וזכה בקרקע, הרי היא שלו. אמנם נחלקו הראשונים האם השני נקרא רשע, הרשב"ם (ד"ה הרי הן כמדבר) כתב, "ומיהו נראה בעיני דהאי שני רשע מיקרי, דכיון דיהב לוקח ראשון זוזי, לא גרע מעני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה, דמיקרי רשע והוא אחר". ואילו הרא"ש (ב"ב ג, סה) סובר שאינו רשע. והביא החת"ס, שהמהרש"ל והמהר"ק ביארו שהטעם שלפי הרשב"ם השני הוא רשע, היינו מחמת שהראשון הפסיד את הכסף שנתן לגוי תמורת הקרקע [אמנם לפי הב"י (הובא בסמ"ע ס"ק יב) לדעת הרשב"ם הוא מקבל את כספו מן הזוכה, ולכן הוא רשע גם לר"ת]. והקשה החת"ס "לכאורה בפשיטות הנ"ל למימר לאו משום פסידא דראשון, אלא משום שהראשון המציא ההפקר הזה, ואילו הקדים מעותיו לגוי לא נסתלק מעולם מקרקע ולא היה הפקר, ואינו בדין מי שחופר קרקע וממציא מציאה בעולם שיבזו אחרים יגיעו, וכן קשה גבי עני הנוקף בראש הזית דקורא ליה מהרש"ל בשם טירחה, ונדחק מאוד באיזה אופן יהיה הטירחה, ולא אמר בקיצור כי העני הוריד הזיתים לארץ, וזה בא ואוכל יגיע כפו של זה". כלומר, הרי ניתן לומר בפשטות שבכל מקרה שאדם עושה

« המשך בעמוד 8 »

האופן הראוי לעריכת חוזה על פי ההלכה

במאמר זה נדון בהלכות השייכות לשימוש הרווח ב'חוזה' למכירת דירה, ונבאר בו בעז"ה את האופן הראוי לפי ההלכה לכתוב ולנסח את החוזה ואת התנאים שבו:

חלק מהשאלות המצויות שיתבררו במאמר זה הם: האם פיצוי מוסכם של 10% מהמחיר מוגדר כאסמכתא? ❖ האם המפר חוזה חייב לשלם הפסדים של ריביות, שינויי מדד, התייקרות הדירות וכדו'? ❖ **כיצד מנסחים חוזה באופן שלא יהיו טענות של אסמכתא או חוסר גמירות דעת?** ❖ **האם ההסכם מתבטל כאשר היתה הפרת חוזה יסודית, והאם יש הבדל בין הפרה יסודית מסתברת להפרה יסודית מוסכמת?** ❖ **האם יש צורך במשפטי התנאים בחוזה במקרקעין או מיטלטלין? והאם יש דרך לפתור זאת?**

לומר דהכי קאמר אילו היה פוסק על עצמו דבר קצוב לא היו מתקנין לו שישלם, שכבר איפשר שלא יבור אלא מקצתה, שאין ההפסד שיהיה כנגד מה שקצב על עצמו, וכיון שכן כך לי פוסק על עצמו עשרה זוזי כמו פוסק על עצמו אלפא זוזי, משום דהוי אסמכתא גמורה שהיא בדרך גוזמא שאומר אם אוביר אתן כך והוא בוטח בעצמו שלא יוביר ולא גמר ומקני. אבל כשאומר אשלם במיטבא, אף על פי שהיא אסמכתא, אינה כל כך דרך גוזמא כמו האסמכתא הגמורה, ודרך בני אדם הוא דכל כהאי גוונא אף על פי שהוא אסמכתא גמר ומשעבד, ולפיכך תקנו שישלם...". העולה מדברי הב"י, שדעת הרמב"ם דכל סכום קצוב הוי אסמכתא, כיון שיתכן שיעלה הקנס על ההפסד.

ובמל"מ הלכות מכירה פי"א ה"ו כתב לפרש דברי הב"י, וז"ל: "ונראה לפרש דברי מהריק"א דה"ק, דמשום הכי חשיב ליה רבינו בקצב דהוי אסמכתא, משום דשייך ביה גוזמא, והיינו אם קצב כמו שרגילין לעשות שדות העיר, וזה הוביר מקצתה וזרע מקצתה, ומאי ד[לא] הוביר לא הוציא חצי שיעור ממה שדרך השדות להוציא, נמצא דאיגלאי מלתא דמה שהוביר משלם יותר ממה שהפסיד, דזה קצב הרבה והרי השדה לא הוציא אלא חציו, א"כ ע"כ גזים ולכך לא תקינו. אבל כשמתנה אשלם במיטבא, אם זה השדה במה שהוביר נודע שאינו מוציא עכשיו כשאר שדות העיר, אינו משלם אלא כמו שהוציא חצי השדה שעבד, ולא גזים, ולכך קרי ליה רבינו לקצב גזים והוי אסמכתא". וכוונת המל"מ נראה דאם הוביר כולה גם בתנאי דמיטבא היה משלם כפי אומד שאר השדות, דאמאי נימא ששדה זו גרועה משאר שדות, אבל בהוביר מקצתה הרי יש לאמוד ההפסד לפי המקצת שלא הוביר ולא לפי שאר שדות, והוא קצב ע"פ שומת שאר השדות, נמצא שיתכן שיהיה יותר ממה שהיה משלם בתנאי דמיטבא. ולעולם מיירי הב"י כשלא היה ידוע ששדה זו גרועה משאר השדות, שאם מיירי דוקא כשידוע ששדה זו גרועה משאר שדות, א"כ אף בהוביר כולה משלם יותר מן ההפסד.

שיטת המהרי"ק ש'גזים' הוא בדבר רחוק מהדעת

דעת המהרי"ק בשורש קצג דכל שאינו גוזמא ממש ורחוק מן הדעת, אינו גוזמא ולא אסמכתא, וז"ל: "פשיטא דמ"מ כי מתני לא הוה גוזמא דדרך בני אדם לעשות כן... וגדולה מזו כתבו התוס' בשם רבינו יצחק דקנס של שדוכין לא הוי אסמכתא שהרי מביישו וכו' וקני, אע"ג דפשיטא דלפעמים אין דמי הבשת עולה כמו סך הקנס אפ"ה לא הוי אסמכתא, דלא חשיב גוזמא אלא דבר שהוא רחוק מהדעת, אבל הכא אפילו את"ל דמסתמא דלא הוה ניחא ליה, מ"מ דכיון דמתני לאו גוזמא הוה ולא הוי אסמכתא. לא מבעיא בנדון הזה דאין זה רחוק מן הדעת כלל... אלא אפי' היה מתנה דבר שהוא קצת רחוק מן הדעת מ"מ כיון דלא היה גוזמא גמורה לא הוי אסמכתא". וכוונת דבריו נ"ל דבשידוכין כיון שקשה לשער דמי הבושת, מתנים הצדדים קנס שנראה בעיניהם שודאי יכסה דמי הבושת, וכיון שדמי הבושת יכולים להגיע לסך הקנס, אין זה גוזמא. וה"ה בכל פעם שמתנים לשלם פיצוי סכום מוסכם שיתכן (באפשרות שאדם מעלה על דעתו) שכתוצאה מהפרת ההסכם יגיע לצד השני הפסד בגובה הפיצוי, אין זה אסמכתא. דמן הראוי להתחייב בחיוב זה כדי שלא יבוא חבירו לידי הפסד, משא"כ בגוזמא אינו מתכוון רק להסמך חבירו על דבריו.

« המשך בעמוד הבא »

פיצוי ללא הוכחת נזק הכוונה שאין צורך שיהיה נזק בפועל, אלא מספיק שהיה סיכון לנזק

לפי החוק אין אפשרות להתנות על חיוב קנס בחוזה, אבל יש אפשרות להסכים על 'פיצוי מוסכם' ללא הוכחת נזק. הפרשנות המשפטית של פיצוי מוסכם היא שלא צריך להיות נזק בפועל, אבל צריך שבשעת עריכת החוזה הייתה צפויה אפשרות שיהיה נזק כזה בפועל. כאשר נקבע בחוזה פיצוי מוסכם המוגזם לעומת הנזק הצפוי, בית המשפט מפחית אותו ומעמיד אותו על הסכום התואם עם הנזק שהיה צפוי. חשוב לדעת את הפרשנות המשפטית, משום שכאשר מוזכרים מושגים משפטיים בחוזה (כגון: "פיצוי מוסכם ללא הוכחת נזק"), יש לקבל את הפרשנות המשפטית לאותם מושגים, מאחר שכן הייתה כוונת עורך החוזה ועל כוונתו הסתמכו הצדדים.

להבדיל – לפי ההלכה יש אפשרות להתחייב גם קנס בדרכים מסוימות. ומאידך, גם 'פיצוי מוסכם' עלול להיות מוגדר כאסמכתא ולא תקף, וכפי שנבאר בהמשך.

קנס שאינו מוגזם אינו נחשב 'אסמכתא'

תנינן בב"מ קד ע"א "המקבל שדה מחבירו והובירה, שמין אותה כמה ראויה לעשות ונותן לו, שכך כותב לו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא", ובגמ' שם: "ההוא גברא דקבל ארעא מחבריה אמר אי מוברנא לה יהיבנא לך אלפא זוזי, אוביר תילתא, אמרי נהרדעי דינא הוא דיהיב ליה תלת מאה ותלתין ותלתא ותילתא. רבא אמר, אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא. ולרבא, מאי שנא מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, התם לא קא גזים, הכא כיון דקאמר מילתא יתירתא גוזמא בעלמא הוא דקגזים". וביאור הדברים, שכאשר אדם מבטיח סכום מוגזם אין לו כוונה אמיתית לשלם את הכסף, אלא מעוניין להסמך את דעתו של הצד השני שיקיים את החוזה, ומשום כך ההתחייבות מוגדרת כ'אסמכתא' ואין לה תוקף. ומכח גמ' זו כתבו התוס' בב"מ עד ע"א וז"ל: "וכשהיה בידו מכל וכל, כגון אם אוביר ולא אעביד, אי גזים לא גמר ומקני. כגון דאמר אשלם אלפא זוזי כדלקמן בפרק המקבל, אבל אשלם במיטבא דלא גזים, גמר ומקני". וכן כתב הרמ"א בדיני אסמכתא בחור"מ סי' רז סי"ג וז"ל: "ומה שיש בידו לעשות אם לא גזים... לא הוי אסמכתא, וקניא אבל אי גזים... הוה אסמכתא ולא קניא". עוד כתב המחבר וז"ל: "וי"א שקנס שעושים בשידוכים לקנוס החוזר בו לא הוי אסמכתא, כי כדאי הוא שיתחייב החוזר בו בקנס לדמי הבושה שבייש את חבירו". והרמ"א מוסיף: "וכן המנהג פשוט בכל גלילות אלו".

בירור דעת הרמב"ם, האם התחייבות לתשלום גדול מהנזק היא אסמכתא

הרמב"ם בהל' מכירה פי"א ה"ו ס"ל דכל תנאי הוי אסמכתא וז"ל: "כל האומר אם יהיה אם לא יהיה, לא גמר והקנה, שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהיה או שמא לא יהיה", ולא חילק אם בידו או לאו בידו. ובהל' שכירות פ"ח ה"ג כתב בדן אם אוביר ולא אעביד וז"ל: "ומפני מה נתחייב לשלם, מפני שלא פסק על עצמו דבר קצוב כדי שנאמר הרי היא כאסמכתא, אלא התנה שישלם במיטבא, ולפיכך גמר ושיעבד עצמו". והב"י בחור"מ סי' רז (דף נט ע"ב) פירש את דברי הרמב"ם, וז"ל: "יש



דברי המהרי"ק מובאים בב"י בחו"מ סי' רז מחו"מ ובאבה"ע סי' נובד"מ שם. ואין דברי הב"י סותרים עצמם דהב"י כתב כן בדעת הרמב"ם דס"ל דכל תנאי הוי אסמכתא חוץ מאם אוביר אשלים במיטבא, והרמב"ם ס"ל דאין מועיל קנסות בשידוכין אלא על דרך חכמי ספרד וכמו שכתב בהל' מכירה פי"א ה"ח ז"ל: "כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושים, קונין מזה שהוא חייב לחבירו מאה דינרין, ואחר שחייב עצמו קונין מבעל חובו שכל זמן שיהיה כך או שיעשה כך הרי החוב זה מחול לו מעכשיו, ואם לא יהיה או לא יעשה הריני תובעו בממון שחייב עצמו בו, ועל דרך זו היינו עושים בכל התנאים שבין אדם לאשתו בשידוכין ובכל הדברים הדומין להם". ולדידיה אם אוביר הוא דין מיוחד רק בסך שאינו קצוב, אבל מהרי"ק כתב כן לדעת הר"י שמועיל קנסות בשידוכין מצד הבושת, אף שלפעמים אין הבושת עולה לדמי הקנס.

דעת המנחת פתים בשיטת הרמב"ם

שו"ד במנחת פיתים (חו"מ סי' שכח בשיירי מנחה) שהביא דברי הב"י בחו"מ סי' רז בפ"י דעת הרמב"ם, ותמה עליו, ועל פי המל"מ כתב דגם דבריו צ"ע, וכתב וז"ל: "ולדינא נראה מכל הפוסקים דגם בקצב, כל שאינו גוזמא חייב לשלם", והביא את דברי המהרי"ק דלעיל. והביא דברי התוס' בב"מ סו"ע"ב שכתב וז"ל: "והכא (במלוה שמתנה שאם לא יפרע הלוה עד ג' שנים השדה מכורה לו) מאי אסמכתא איכא אם נותן לו קרקע בחובו, וי"ל דחשיב כמו גזים לפי שאין אדם רגיל למכור קרקעותיו כלל". והקשה דזה ודאי לאו גוזמא גמורה היא דכמה בני אדם מוכרין קרקעותיהן, ומסיים ויש ליישב. ולענ"ד נראה ליישב דלמכור קרקעות ושלא יוכל הלוה לסלק המלוה בזווי אחר הזמן שהתנו, הוי הפסד ללוה יותר ממה שהמלוה צריך להשמר מן ההפסד, דלמלוה סגי להתנות שתהיה השדה אפותיקי (דמהני כמבואר בשו"ע שם ס"ט), והתנאי שיהיה מכר גמור הוא הפסד ללוה יותר מצורך המלוה והוא רק כדי לאיים על הלוה. משא"כ עובדא דמהרי"ק (שמכרו ספרים שהיו ממושכנים) הלוה מפסיד כדי שהמלוה ישמר מן ההפסד (שהלוה לא היה לו לפרוע), או בשידוכין שהמבטל מפסיד כדי שהשני לא יגיע לכדי כך שלא יקבל כל דמי בושתו, וזה אינו אסמכתא.

העולה לדינא ביסוד דין פיצוי

לענין הלכה נראה דלבני אשכנז יש לחייב כל שהפיצוי בסכום ריאלי, שההפסד יכול להגיע לכדי כך, שהרי כתב הרמ"א בחו"מ סי' רז ובאבה"ע סי' נ' דהמנהג פשוט לגבות קנס בשידוכין. ונתבאר בשו"ע חו"מ סי' כה ס"ב דדיין המורה נגד דעה שנתפשט המנהג בעולם כמותו הוי טועה בשיקול הדעת, ובש"ך שם סק"י כתב דה"ה בכל המדינה שהוא בתוכה. אבל לבני ספרד דסברי כדעה ראשונה בשו"ע דיש לעשות כתיקון חכמי ספרד, וכלשון הב"ה באבה"ע סי' נ' לענין קנסות בשידוכין: "ולענין הלכה אין להוציא ממון כי אם על פי דרך חכמי ספרד", ולכאורה יכול המוחזק לטעון קים לי כהב"י בדעת הרמב"ם דכל שהיה קנס בסכום קצוב כל דהו הוי אסמכתא, אף אם אינו מוגזם.

פיצוי מוסכם קבוע צריך להתאים לכל סוגי הפרות

יש להדגיש, שאם ניתן לקבוע מראש דרך נוחה לחשב גובה הפיצוי בהתאם לנזק, ובחווזה נכתב סכום קבוע על כל הפרה, הרי זה אסמכתא. כיון שעל הפרות מסוימות, הפיצוי מוגזם. כגון: במכירת דירה, ניתן לקבוע שעל כל חודש איחור ברישום הדירה על שם הקונה ישלם המוכר סכום של אלף דולר. אם בחווזה נכתב שאם המוכר יאחר ברישום הדירה יותר מחודש הרי הוא יחויב בפיצוי של שלושים אלף דולר, ללא הבדל אם איחר בחודש או בשלוש שנים, הרי זה אסמכתא. שהרי אף אם באיחור של שלוש שנים הנזק יכול להגיע לגובה הפיצוי, אבל באיחור של חודש אין הנזק יכול להגיע לגובה הפיצוי והפיצוי מוגזם. וכל שכן אם נקבע בחווזה פיצוי מוסכם על כל הפרה יסודית שתהיה, מבלי לחלק בין סעיף יסודי אחד לסעיף יסודי אחר, לא ניתן לומר שהנזק יכול להגיע לגובה הפיצוי, אם רק בהפרות מסוימות זה יכול להגיע ובשאר הפרות הפיצוי מוגזם.

מנהג הסוחרים אינו מחייב כאשר הדרך לדון בבית דין

מה שנתבאר עד עתה זהו מדינא דגמרא, אך החתם סופר (חו"מ סו) כתב שניתן לחייב מדין סיטומתא (מנהג הסוחרים) התנאה שיש בה אסמכתא במקום שמנהג הסוחרים להתנות כך. והוכיח זאת, שהרי קנין סיטומתא מועיל בדבר שלא בא לעולם, וק"ו שיועיל לענין אסמכתא. אלא שתוס' ב"מ סו,א, כתבו טעם זה לענין שידוכין: "ומיהו קנס שעושים בשעת שידוכין מהני אפילו לא קנו בב"ד חשוב כיון שנוהגין בו כל העולם מידי דהוי אסיטומתא דלקמן דקניא". ואף על פי כן הרמב"ם סובר שצריך לעשות כדרך חכמי ספרד ומשמע שסובר שלא מועיל מדין סיטומתא. מכל מקום אפשר לדחות ולומר שבמקומו לא היה מנהג העולם לעשות קנסות בשידוכין, או מכיון שנהגו על דרך חכמי ספרד אין סיטומתא מועילה שלא על דרך זו.

אמנם, בשו"ת חתם סופר שם מסיים וז"ל: "אך כל זה אי הוה מנהג כהאי אסמכתא דנידון שלפנינו, אך אני לא שמעתי מנהג זה מעולם, אדרבא בכל כיוצא בזה מדיינים עליו בדינא ודיינא, הא לן בדינא והא להו בפליליהם". משמע מדבריו שמנהג המסלק אסמכתא הוא רק מנהג שנהוג לשלם ללא עוררין ומבלי להזדקק לדינא ודיינא, אבל אם אנשים אינם מבינים באופן טבעי שעליהם לשלם התחייבות זו, אינו בגדר מנהג. ולפי זה, בפיצוי מוסכם הנהוג לכתוב בחוזים, לא ברור אם המנהג מסלק את הבעיה של אסמכתא, מאחר שאכן נהוג לכתוב, אבל לא נהוג לשלם. כמו כן, אף לפי החוק יש סמכות לבית משפט להפחית את הגובה הפיצוי אם הוא מוגזם, כך שיייתכן שאין המנהג מסלק את הבעיה של אסמכתא.

אסמכתא בשטר הנעשה בערכאות

כתב הרמ"א (סי' רז סוף סעיף טו) בשם הרשב"א ו"א דאם השלישו משכנות זה כנגד זה במשפטי גוים ובשטרותיהן, קנו אפילו באסמכתא, משום דינא דמלכותא דינא". מלשוננו של הרמ"א נראה שדינא דמלכותא דינא הוא טעם לסלק חסרון של אסמכתא. וכן הבין בשו"ת השיב משה סי' צ"ד"ה ומה שבא, (אמנם, מסקנתו שאין אומרים דינא דמלכותא דינא בדברים שאינם טובת המלך).

אבל המעיין במקור הדין, בשו"ת הרשב"א (ה"ג סי' סג) ובבית יוסף שם שהביאו, יראה שלא בא הרשב"א לומר שדינא דמלכותא דינא מסלק בעיה של אסמכתא, אלא הטעם שאין בעיה של אסמכתא הוא כיון שהשלישו משכונות וטעמים נוספים, ובא הרשב"א לומר שלא נאמר שאין תוקף לכל הקנין כיון שאין שליחות לגויים, וגם שהשטרות נעשו בידי גויים, ועל כך כתב הרשב"א ששטרות העולות בערכאות כשר, ואפילו בשטרי מקח ומתנה מטעם דינא דמלכותא דינא, וממילא אין חסרון מכך שהם נעשו על ידי גויים. יוצא שאין מעלה בכך שעשו את הקניינים והשטרות בערכאות של גויים, אלא אדרבה, היה צד לפסול אותם משום כך.

ועדיין היה מקום לומר שאכן הרשב"א לא חידש שאין חסרון של אסמכתא בשטרות העולות בערכאות, אבל הרמ"א חידש כן וכפי שמשמע מפשטות לשונו וכפי שהבין בשו"ת השיב משה. אלא שקשה שהרי אם הרשב"א הוצרך לטעמים אחרים לסלק בעיה של אסמכתא, משמע שסבר שלולא השלשת משכונות והטעמים הנוספים, היה חסרון של אסמכתא גם בשטרות העולות בערכאות.

שוב מצאתי בספר משפט שלום על השו"ע שם, שבא לומר שהרמ"א הבין ברשב"א שטעם דינא דמלכותא דינא הוא עיקר ושוב אין צריך לטעמים הנוספים שכתב הרשב"א בתחילה. וכתב שאפשר שדין זה תלוי במחלוקת הרמ"א והש"ך בס"י עג סעיף יד אם אומרים דינא דמלכותא דינא בדברים שאינם לטובת המלך. ושוב כתב שאפשר שלענין אסמכתא אף בדיני ישראל הוא כן, כיון שגמיר ומקני, וכמו שכתב הסמ"ע בס"ק מב לענין שמועיל הודאה בשקר, עיין שם. אולם מסקנת דבריו שהרמ"א לא חידש כן מדעתו, אלא מסתמך על דעת הרשב"א ואם כן אין לנו אלא מה שמבואר ברשב"א שדינא דמלכותא אינו טעם לסלק בעיה של אסמכתא, והרמ"א קיצר.

« המשך בעמוד הבא »

האם עריכת הסכם אצל עורך דין מוכיחה על גמירות דעת

היה מקום לומר שבהסכם הנערך אצל עורך דין הצדדים משוכנעים שהוא נערך באופן שיהיה לו תוקף וממילא לא ניתן לטעון טענת אסמכתא, אבל לפי דעת המהרש"ם במשפט שלום שאף שטר הנעשה בערכאות אינו מסלק בעיה של אסמכתא, ומטעם שהמתחייב תכנן לחזור ולתבוע בבית דין, אם כן כל שכן בהסכם הנערך אצל עורך דין שאינו מסלק טענת אסמכתא.

האם כאשר הפיצוי שנקבע מוגזם, חייב המפר לשלם לפחות את הנזקים שאירעו בפועל

ובענין תנאי על יותר מן ההפסד דהוי אסמכתא, נחלקו הר"ף והרא"ש (ב"מ פ"ט ס"ז) האם מתחייב עכ"פ את ההפסד שאכן אירע, לדעת הר"ף הועיל התנאי לסך ההפסד, ולדעת הרא"ש לא הועיל התנאי כלל. ודעת הרמב"ן בחידושי שם כהר"ף, וכן נוטה דעת הגר"א בחו"מ ס' שכח סק"ג. אבל דעת התומים בס' כהרא"ש.

בחוזים שלנו אין הבדל במחלוקת זו משום שנהוג לכתוב לאחר הפיצוי המוסכם "מבלי לגרוע מזכות הנפגע לתבוע כל נזק שייגרם לו". אבל עלינו לברר מה נכלל בגדר נזק ושאלין בהתחייבות לשלם נזק זה משום אסמכתא.

פירוש הב"ח בדעת הרשב"א בענין מניעת רווח

הב"ח בחו"מ ס' סא הביא את דברי הרשב"א בתשובה (ח"ג ס' רכז) בלווה שהתחייב לשלם הפסדים אם יפגר בפירעון החוב, והמלווה טוען שהיתה לו סחורה מזומנת לקנות וטוען שהיה לו רווח בו, והפסיד הרווח ע"י שהלווה פגרו בתשלום, הלווה פטור דמניעת רווח אינה הפסד. והש"ך סק"י מביא שיטת הב"ח שפירש בדעת הרשב"א בהתחייבות לשלם מניעת רווח הוי גוזמא ואסמכתא, דמבטל כיסו של חבירו פטור. ונראה דאף לשיטת הב"ח רק מניעת רווח שאינו ברור נחשבת לגוזמא, אך מניעת רווח ברור, כגון אם הנפגע הפסיד ריביות שהיה יכול לקבל מבנק, אין זה גוזמא. שהרי הדוגמא בגמ' (ב"מ קד) לבידו ולא גזים הוא בשוכר המתחייב שאם יוביר השדה ולא יזרע ישלם כפי מה שהיה נותן אם היה זורע. ואם תשלום מניעת רווח ברור נחשב לגוזמא, אמאי אמרו בגמ' שאין זה גוזמא, אלא ברור שמניעת רווח ברור דינו כהפסד, וכן מדויק בלשון הב"ח שם דאם אוביר 'ההפסד מזומן', וכוונתו שכיון שהרווח מזומן נחשב מניעתו להפסד מזומן. ואף שהש"ך אחר שהביא דברי הב"ח דמניעת רווח הוי אסמכתא, כתב 'ותו דמי ערב בדבר שהיה ודאי ריוח, דילמא אף היה מגיע הפסד', ומשמע שהוא טעם נוסף, מכ"מ מצינו בש"ך כמה פעמים שהטעם הראשון מסתמך אף על הטעם השני, גם יש לומר שהש"ך מוסיף שלא רק שבשעת ההתניה לא היה ברור שירוויח, אלא אף עתה אין אנו יודעים אם היה מרוויח אלמלא הפיגור.

דעת הערוך השולחן לגבי רווח ברור שסומך עליו למחייתו

ובערוך השולחן שם כתב בשם הש"ך דמניעת רווח הוי אסמכתא, ומחדש דמניעת רווח מעסק הקבוע אצלו למחייתו שפיר מיקרי היזק ולא הוי אסמכתא. ונ"ל בדעתו דלאו דוקא רווח הקבוע 'אצלו', אלא כל רווח קבוע שבני אדם סומכים עליו למחייתם, מיקרי היזק. עוד נראה, דכל רווח ודאי דינו כן, דזיל בתר טעמא, דרווח קבוע למחייתו דעתו סומכת עליו כאילו הוא בעין, ה"ה בכל רווח ודאי, שדעתו של הניזוק סומכת עליו.

שיטות נוספות בענין מניעת רווח

אמנם בשער משפט שם סק"ב ודברי מלכיאל ח"ג ס' קנה ס"ל בכוונת הרשב"א דמניעת רווח אינה בכלל לשון הפסד, אך אם התנה לשלם אף מניעת רווח אין זה אסמכתא.

ובשו"ת חבצלת השרון (ח"ב חו"מ ס' ט' וסי' כט) מפרש דעת הש"ך דאם מתנה המלווה שיתחייב הלווה יותר ממה שהוא חייב מן הדין יש בזה איסור ריבית, ובא הש"ך לומר דמן הדין, בלא תנאי, מבטל כיסו של חבירו פטור, וממילא אין המלווה יכול להתנות בשעת הלוואה שיתחייב

הלווה על ביטול כיסו מצד איסור ריבית. אבל אין הש"ך מסכים עם דברי הב"ח שבתנאי לשלם מניעת רווח יש חיסרון של אסמכתא, אלא בלא תנאי פטור מדין מבטל כיסו, ובתנאי אסור משום ריבית. ואם כן במקום שאין איסור ריבית, כגון בהפרה יסודית במקח שהמוכר רשאי לבטל המקח, או אם יש סעיף של היתר עיסקא בחוזה, מועיל תנאי לחייב מניעת רווח, אף לדעת הש"ך, ואין בו משום אסמכתא.

ובשיטת שער המשפט, דמניעת רווח אינו נכלל בלשון הפסד [ולכאורה כל שכן שאינו נכלל בלשון נזק], ניתן לומר שמניעת רווח ברור נחשב להפסד. ועכ"פ משמעות החוזה בגרימת נזק כוללת אף מניעת רווח, היות ונוסח החוזה בנוי על המובן המשפטי, במטרה להבטיח לצדדים את הזכויות המשפטיות, ובדיניהם (חוק החוזים - תרופות סעיף 1) המילה נזק כוללת מניעת רווח.

שיטת האמרי בינה שהחוב הוא על דבר ש'בידו'

האמרי בינה (ס' נג) סובר שהתחייבות לשלם בזמן לאו 'בידו', וחולק על הפוסקים דלעיל שמשמע שסברו שאין חיסרון רק מצד 'גזים', וטעמו שמא לא ישיג הלוח הכסף בזמן שקבע. אמנם לכאורה נראה שקונה דירה ומתחייב לשלם המשכנתא שניתן להוציא בכל הבנקים, יודה האמרי בינה דהוי 'בידו', וכדין תרעא דמשיך באפרוותא דזולשפט. וכן לאידך גיסא, לסוברים שהתחייבות לשלם בזמן הוי 'בידו', נראה שקונה שהתחייב לשלם תמורת הדירה ע"י הוצאת משכנתא, ואין מקור אחר - נראה לעין - להשגת הכסף, ולא היה בידו לקבל המשכנתא בזמן שנקבע, לכו"ע לאו 'בידו' להשיג סכום כסף גדול כשווי הדירה מבלי להוציא משכנתא.

להקפיד לנסח באופן המועיל ביותר שאין בו משום אסמכתא

הרמ"א כתב בס' רז סעיף יד שלשון 'מעכשיו' לחוד אינו מועיל, והט"ז והסמ"ע חולקים האם בית דין חשוב לחוד מועיל. וגדר בית דין חשוב לדעת הרמ"א הוא "כל שלשה דבקיאי בדיני אסמכתא מקרי בית דין חשוב לענין זה, (טור בשם הרא"ש והרא"ש כלל ע"ב ס' ה'). וי"א דבעינן בית דין חשוב שבעיר או המומחה לרבים". והרמב"ם בפירוש המשניות סובר שצריך שיהיו בית דין סמוך.

לדעת המחבר מועיל לשון 'מעכשיו' לחוד או בית דין חשוב לחוד. הרמב"ם מביא דרך חכמי ספרד שהמתחייב התחייב חיוב גמור ללא תנאי והצד השני מחל על תנאי מעכשיו ובבדק הבית אבה"ע ס' נ פסק שאין להוציא ממון כי אם בדרך חכמי ספרד.

בשו"ע שם סעיף יח מבואר שלשון 'דלא כאסמכתא' אינו מועיל. הרמ"א בסעיף טו מביא שדרך של הודאה שנעשה בצורה טובה, מועילה שלא תהיה בעיה של אסמכתא. הסמ"ע כותב שדרך זו מועילה גם לסוברים שאין תוקף להודאה בשקר כיון שיש גמירות דעת. גם לפי הרמב"ם שצריך בית דין סמוך שאין בזמנינו, ייתכן שיועיל בלשון הודאה שנעשה באופן המועיל, כיון שאפשר לפרש כוונתו שנעשה בדרך חכמי ספרד.

העולה לדינא לענין אסמכתא

א. פיצוי בסכום קבוע שיתכן שיגיע הפסד אם יעברו על התנאי עד לגובה הפיצוי, למנהג אשכנז אינו אסמכתא, ואף אם ההפסד יצא פחות מסך הפיצוי המפר חייב לשלם כל הסכום שהותנה. ולמנהג ספרד כל שנקבע סכום קבוע הוי אסמכתא או עכ"פ ספיקא דדינא, ואינו מחייב אם לא היה מעכשיו או בבית דין חשוב.

ב. פיצוי שנהוג לכתוב בחוזה ונהוג לשלם מבלי לדון בבית דין, אין בו אסמכתא. יתכן שאף למנהג ספרד.

ג. עצם עריכת חוזה אצל עורך דין, או אפילו הסכם הנעשה בבית משפט, אינו סיבה לסלק טענת אסמכתא, גם אם לפי החוק התנאי תקף.

ד. מניעת רווח ודאי, כגון: הצמדה וריבית שהבנק נותנת, אין בה משום אסמכתא והמפר חוזה חייב לשלם לפי נוסח החוזים המקובל, ככל שאין איסור ריבית. מניעת רווח שלא היה ידוע בוודאות בשעת הלוואה שיתחייב

« המשך בעמוד הבא »

ה. אם נכתב בחוזה "הצדדים מודים שהכל נעשה באופן שאין בו משום אסמכתא", לא תהיה בעיה של אסמכתא לכל הדעות.

משפטי התנאים

התנאה על ביטול הסכם היא בעצם תנאי במקח. רבי מאיר סובר שכל תנאי צריך להיות כתנאי בני ג' ובני ראובן: תנאי כפול, הן קודם ללא, תנאי קודם למעשה ותנאי שאפשר לקיימו. אם לא התקיימו ארבע דרישות אלו התנאי בטל והמעשה קיים. הב"י בחו"מ סי' רמא מביא את דעת רשב"ם שאין צריך משפטי התנאים אלא בגיטין וקידושין משום חומרא, ודעת רבינו תם, הרמב"ם, הבה"ג והרא"ש שצריך גם דיני ממונות. המחבר בסי' רמא סעיף יב לעניין מתנה ובסי' רז סעיף א לעניין מקח וממכר פסק שצריך תנאי כפול. באבן העזר סי' לח האריך הב"י יותר בביאור השיטות, והביא שם את דעת הרמב"ן והרשב"א שאין צריך תנאי כפול והן קודם ללאו דיני ממונות, אבל יש צורך שיהא תנאי קודם למעשה ותנאי שאפשר לקיימו, כסתם משנה בב"מ סוף פרק ז'.

עוד נחלקו הראשונים, האם קנין 'מעכשיו' צריך תנאי כפול, דעת הרמב"ם והרא"ש שצריך תנאי כפול גם בקנין מעכשיו, ובשו"ע אבן העזר סי' לח הביא המחבר את שתי הדעות.

לפי כל הראשונים הגדרת המעשה היא האמירה של המעשה, כמו בתנאי ב"ג וב"ר 'אם יעברו' זהו התנאי, ויקבלו נחלה בעבר הירדן' זהו המעשה, אבל הרמב"ם בפירוש המשניות בב"מ סוף פרק ז כתב "הוא שיקדם המעשה שבא עליו התנאי קודם התנאי, כגון שנתן גט לאשתו ואמר לה הרי זה גטיך ואחר כך חזר ואמר לה אם היא כך וכך, הרי התנאי הזה אינו חל". משמע שנתנית הגט היא המעשה ולא האמירה שתהיה מגורשת, וכ"כ הרמב"ם בהלכות אישות פ"ו ה"ד, עיי"ש בהשגות.

הבעיה מצד משפטי התנאים בנוסחאות החוזים הנפוצים

לא רק בשטרי מכר ומתנה יש צורך במשפטי התנאים, אלא בחוזה שהוא התחייב למכור ולקנות. וכמו שמוכח מדברי חידושי הרמב"ן בב"מ דף קד ע"א שמסביר למה אין צורך במשפטי התנאים בהתחייבות של פיצוי באם אוביר ולא אעביר, ואם נאמר שבהתחייבות אין צורך למשפטי התנאים אין התחלה לקושיא.

בנוסח החוזים מקובל לכתוב בסוף החוזה רשימה של סעיפים שמוגדרים כסעיפים יסודיים (לפי החוק בהפרה יסודית יש אפשרות לבטל את ההסכם באמצעות הודעה בכתב ללא התראה מראש וגם לבטל את כל ההסכם. ישנם הפרות יסודיות מסתברות, שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אם היה צופה שיקרה דבר כזה, ויש גם אפשרות להוסיף הפרות יסודיות מוסכמות, אם יש לצד מסוים קפידות יותר מאדם סביר.) וכתוב שאם תהיה הפרה יסודית יהיה הצד הנפגע רשאי לבטל את ההסכם. לפי הסדר שהחוזים המקובלים ערוכים, יוצא שהמעשה קודם לתנאי (חוץ מלפירוש הרמב"ם) ולכל הדעות (עכ"פ לרוב דעות) התנאי בטל.

דין הפרה יסודית מסתברת

בהפרה יסודית מסתברת ניתן לומר שאין צריך משפטי התנאים כיון שיש אומדנא דמוכח, וכגון בעמידה על מועדי התשלומים כתב הנתיות בסי' קצ סק"ז "רק כיון שתובע מעות והלוקח טוען שאין לו יכול המוכר לבטל המקח". אבל יש בעיה מסוימת אם כותבים שהמוכר יוכל לבטל את ההסכם, שהרי הרשב"א בגיטין דף ע"ה כתב שאם פירשו את התנאי שלא באופן המועיל הרי זה יותר גרוע מאומדנא דמוכח, וכן כתב הבעה"מ בביצה דף י ע"א, ואם כן לכאורה גם בהפרה יסודית מסתברת נצטרך למשפטי התנאים.

אמנם יש לדחות טענה זו, כיון שטעמו של הרשב"א שם הוא כיון שמכך שלא כתב כדן מוכח שלא הקפיד שיתקיים תנאו. וממילא בחוזים הנהוגים בימינו שבודאי אין זו ראייה שאינו חושש לקיום התנאי, אלא שכך הוא נוסח החוזים המצויים, הדר דינא שאין צורך בקיום משפטי התנאים.

עוד יש לומר על פי מה שכתב בשו"ת עין יצחק אבה"ע ח"ב סי' מ דהיא דאדם מתנה מחיר כיון דהוא מקציצת הדבר אם לא שילם לא בעינן למשפטי התנאים. ולדבריו נראה דכל תנאי דהוא חלק מהקציצה דמתחייב תמורת העיסקא לשלם כך וכך או לעשות כך וכך או זמן פירעון כך וכך דחל התחייבות לא בעינן למשפטי התנאים.

המנהג והתקנה

כתב הנתיה"מ בסי' רז סק"א "ועיין עטרת צבי שעכשיו נוהגין דבמטלטלין לא בעינן תנאי כפול, רק בקרקעות כותבין כתנאי בני ג' ובני ראובן." בטעם התקנה כתב במשפט שלום בשם מסגרת השולחן שהוא מפני תקנת השוק, שאין הכל בקיאים בהלכות וקשה להם להתנות באופן המועיל, ולכן מסתמכים גם על הדעות שאין צורך למשפטי התנאים בדיני ממונות. והחילוק בין מטלטלין לקרקעות מסתבר שבקרקעות נוהג לשכור איש מקצוע כדי לערוך את ההסכם, ולכן לא ראו לתקן לבטל דין תורה שצריך תנאי כפול.

הערוך השולחן שם כתב "יש מי שכתב דעכשיו נוהגין דבמטלטלין לא בעינן תנאי כפול רק בקרקעות כותבים כתנאי בני ג' ובני ראובן, ואנחנו לא שמענו מנהג זה, ואף בקרקעות לא נהגו לדקדק בפרטי התנאים, מפני שברוב מכירות אין כותבים תנאי כלל אלא כותבים מכירה חלוטה, ואם יש איזה תנאי משלישים השטר מכירה עד שיתקיים התנאי, ובזה פשיטא דלא בעינן פרטי התנאי, ובגילוי דעתא סגיי".

למעשה בפסקי דין רבניים ח"ו ובשו"ת יביע אומר ח"ו חו"מ סי' ה, נחלקו הגרי"ש אלישיב והגר"ע יוסף, דעת הגרי"ש שיש חילוק בין מטלטלין לקרקעות, ודעת הגר"ע שהיה שוה הערוך השולחן חולק על מנהג זה יש לפסוק כהשו"ע, שצריך תנאי כפול גם במטלטלין.

ייתכן שבחוזים שלנו שיש בעיה של מעשה קודם לתנאי, לא תועיל התקנה, משום שהתקנה מתבססת על הסוברים שאין צורך למשפטי התנאים בדיני ממונות ובמעשה קודם לתנאי דעת הרמב"ן והרשב"א שאף בדיני ממונות התנאי בטל.

נוסח הפוטר מלפרק משפטי התנאים

הנתיבות כותב שבקרקעות כותבין כתנאי ב"ג וב"ר ומשמע שאין צורך לפרט את התנאים כדן, אלא מספיק בדרך מראה מקום, וכן כתב השו"ע בסי' רמא שאפשר לכתוב בסוף השטר "וקנינא מיניה כחומר כל תנאים וקניינים העשויים כתיקון חכמים". אבל כפי שהקדמנו הבעיה בחוזים היא של מעשה קודם לתנאי, ולענין זה לא ברור שנוסח כזה יועיל וכדלהלן:

הרמ"א כותב באבן העזר סי' לח סעיף ג "וי"א דאפילו לא פירש כל דיני תנאי, רק אמר סתם שמתנה כתנאי בני ג' ובני ראובן, הוי תנאי גמור". וכתבו שם הח"מ והב"ש שלשון זה מועיל רק כדי להיפטר מכפל התנאי, להשלים את החסר, אבל אם הקדים מעשה לתנאי אינו מועיל לשון זה, שהרי בפירוש הקדים את המעשה. ובאבני מילואים שם הביא את המשנה למלך שמתפק באמר מעשה קודם התנאי וחזר ואמר המעשה לאחר התנאי ורוצה להוכיח מהדין בגמ' גיטין דף עה ע"ב שיש לומר בגט שכיב מרע לאו הן ולאו (אם לא מתי לא יהא גט, אם מתי יהא גט ואם לא מתי לא יהא גט) משום סימן טוב להתחיל עם אפשרות שהחולה יבריא ויחיה, הרי שהנוסח שנאמר בסוף הוא הקובע. והאבני מילואים האריך לחלק שבהן ולאו העיקר הוא לסיים בלאו, אבל במעשה ותנאי העיקר הוא להתחיל עם התנאי ולא עם המעשה ולכן אינו מועיל אם יחזור על המעשה. ומטעם זה אינו מועיל נוסח כתנאי ב"ג וב"ר אחר שכבר התחיל עם המעשה כיון ששוב אי אפשר לתקן את התנאי.

ואפילו בלשון הודאה שהתנאים נעשו כתנאי ב"ג וב"ר כתב בשו"ת הרמ"א סי' נא שאינו מועיל, כיון שמפורש בשטר שהיה המעשה קודם לתנאי, אין ההודאה מועילה לסתור מה שכתוב בשטר במפורש. עוד כתב הרמ"א שם שאפילו בשטר על הסכם פשרה שנעשה בערכאות יש צורך למשפטי התנאים, וכמבואר בשו"ע חו"מ סי' סח שיש להקפיד בשטר הנעשה בערכאות שיתקיימו כל פרטי הקניינים כפי דין תורה. וכן פסק

« המשך בעמוד הבא »

הרחבת פעילות בית ההוראה

בשמחה רבה הננו לבשר לציבור הרחב כי בית ההוראה מרחיב את פעילותו גם לשאלות בענייני אורח חיים ויורה דעה, ע"י מורי הוראה מוסמכים ומובהקים.

שעות המענה בבית הוראה הם כדלהלן:

בענייני חושן משפט

בימים א-ה בשעות 3:30-1:45

ע"י דיניי בית הדין ובית ההוראה.

יום א הרב אברהם בוטרמן והרב שלמה ויספיש | יום ב הרב יצחק בלחמן והרב אלחנן רזניק | יום ג' הרה"ג הרב יצחק שובקס והרב יצחק מרקובסקי | יום ד' הגאון הרב אברהם דרברמדיקר שליט"א | יום ה' הגאון הרב יעקב פרבשטיין שליט"א

ביום ו' בשעות 1:00-11:00 ע"י הגאון הגדול הרב נפתלי נוסבוים שליט"א ודייני בית הדין.

בענייני או"ח ויו"ד

ביום ב, בשעות 2:30-2:00 ע"י הגאון הגדול הרב ישראל גנס שליט"א.

בימים א, ג, ה, בשעות 2:15-1:30 ע"י הגאון ר' אהרן הלוי וואזנר שליט"א (רו"כ הוראה "שארית יוסף") ורבני בית ההוראה.

בימים ב, ד, בשעות 2:15-1:30 ע"י הגאון ר' יצחק זאב הלוי רוזנבלט שליט"א (מו"ץ בעיר ביתר יצ"ו) ורבני בית ההוראה.

בענייני ריבית

בימי א' בשעות 3:30-2:30 ע"י הגאון ר' פנחס וינד שליט"א, בעמח"ס "ברית פנחס" על הלכות ריבית. ניתן לערוך "היתר עסקא" במקום מס' הטלפון בבית ההוראה: 02-502-3637

בשו"ת מהרש"ם ח"ב ס' קצב שאינו מועיל אף לשון הודאה. וכן נראה לדייק מדברי הנתיות שכתב אופנים מסוימים שאין צורך למשפטי התנאים, כגון אם התנה שהקנין יחול כאשר תעשה כך וכך, שאין תנאי לבטל המעשה אלא קביעת זמן לחלות הקנין. ואח"כ כתב שיש תקנה שאין צריך תנאי כפול במטלטלין ובקרקעות כותבים כתנאי דב"ג וב"ר, בסיום דבריו כתב הלשון 'תנאי כפול' בשונה ממה שכתב לפני כן כמה פעמים 'משפטי התנאים', משמע שסיום דבריו הם לעניין תנאי כפול בלבד ולא לעניין שאר משפטי התנאים.

בספר פתחי חושן מכירה פרק כ הערה יא מדייק משו"ת הרא"ש כלל עא שנוסח כתנאי דב"ג וב"ר מועיל לכל משפטי התנאים ואפילו למעשה קודם לתנאי, כיון שהרא"ש מפרט שם כל משפטי התנאים ומסיים שלשון כזה מועיל. אבל באמת שגם בדברי הרמ"א בהלכות קידושין ניתן לדייק דיוק זה ואעפ"כ כתב הרמ"א בתשובה שלשון זה אינו מועיל במעשה קודם לתנאי.

כדי לפתור בעיה זו רצוי לכתוב בסוף החוזה שכל התנאים הותנו מראש כתנאי דב"ג וב"ר. ומסתבר שנוסח זה יועיל אף לדעת הרמ"א בתשובה, כיון שהחוזה אינו שטר קנין אלא מעיד על התנאים שהצדדים התנו ביניהם ואם מפורש שהתנו כראוי מראש, הרי הודאת בעל דין כמאה עדים.

שיטת הנודע ביהודה שצריך לאו גמור ומוחלט

יש בעיה נוספת כיצד יכול להועיל התנאי בחוזה, כיון שלא קובעים שאם תהיה הפרה יסודית יתבטל החוזה לגמרי, אלא נותנים את האפשרות לנפגע להחליט אם לבטל.

בפתחי תשובה אבן העזר ס' קמה סק"ב הביא את דעת הנודע ביהודה בכהן שכיב מרע שגירש על תנאי שאם ימות יהא גט ואם לא ימות יעשה מה שירצה, וכתב שהתנאי בטל כיון שלא היה לאו גמור. ואם כן גם בחוזה שכתוב שהתנאים הן כתנאי דב"ג וב"ר תהיה בעיה כיון שתנאי כזה שאין לאו גמור אינו יכול להתאים לתנאי של ב"ג וב"ר. גם במטלטלין יש בעיה זו, משום שבשו"ת השיב משה חו"מ ס' צג כתב שאין התקנה מועילה אלא אם לא אמר מה שצריך לומר ולא בתנאי שאי אפשר לקיימו, שאי אפשר להתנות בשום דרך.

אך מסתבר שאנו יכולים לפרש את ההודאה שהיה תנאי באופן מועיל שבעצם היו שני תנאים. אם לא תהיה הפרה יסודית יהיה המקח קיים ואם תהיה הפרה יסודית יהיה המקח בטל, ועוד קנין עם תנאי שאם לא תישלח הודעת ביטול תוך פרק זמן סביר יהיה המקח קיים ואם תישלח הודעת ביטול יהיה המקח בטל. כך שהמקח יכול להתקיים באחת משתי האפשרויות, אם לא הייתה הפרה, או אם לא נשלחה הודעת ביטול. ואם כן נוכל להסביר את ההודאה בדרך זו.

העולה לדינא לעניין משפטי התנאים

יש לכתוב בסוף החוזה "הצדדים מודים שכל התנאים הותנו מראש כתנאי דבני גד ובני ראובן". אם לא כתוב בנוסח זה, ייתכן שלא יהיה ניתן לבטל את החוזה במקרה של הפרה יסודית.

השלטונות שכדאי להם למכור לו זכות לקדוח ולחפש גז, ומחמת דבריו הסכימו לכך, לדעה הראשונה ייאסר על אדם אחר לרכוש את הזכות הבלעדית של חיפוש הגז, אבל לדעת החת"ס במקרים רבים יהיה הדבר מותר¹⁴.

דבר לעצמו, אסור לשני ליהנות ממנו, אם ע"ז תימנע ההנאה מהראשון, וא"כ בנכסי עכו"ם ראוי שייקרא השני רשע אפילו אם לא היה הראשון מוציא הוצאות, כגון אם שכנע את הגוי להפקיר את שדהו, ובא אחר וזכה בשדה לעצמו, ואילו מדברי המהרש"ל מוכח שאינו סובר כך, אלא רק מחמת שהראשון הוציא הוצאות. ותיירץ החת"ס שדבר זה מוכח מהגמרא (ב"מ ק"ז, ב), שאין איסור ליהנות ממעשה חבירו אא"כ הוציא הראשון הוצאות, כמו בנכסי עכו"ם הרי הם כמדבר, או במקרה שזה הפרנסה של הראשון, ששם לדעת המהרי"ט הדבר אסור [שהרי כתב בפירושו לתוס' (קיד. נט.) שאסור למלמד השני להשכיר את עצמו לזה שכבר יש לו מלמד בביתו, כיון שהשני יהנה ממה שעבד הראשון, והוא פרנסתו], וכן במקרה שהראשון סיכן את עצמו, שזהו האופן של עני המנקה, ושל המהרי"ק (קלב) גבי המלוה ברבית. נמצא לדבריו, שהממצא דבר אין לו בעלות על המצאה ואינו יכול למנוע אחרים מלהשתמש בהמצאה זו ולהרויח ממון. ומטעם זה כשאסר החת"ס (סוף תשו' הנ"ל ד"ה וא"כ בשארי המדפיסין) על אחרים להדפיס המחזור של רו"ה כתב בפירוש שהטעם האיסור הוא מחמת שאם אחרים ידפיסו, רו"ה ייאר עם הפסד, או שלא ירויח מה שראוי לו לפי טרחתו, וז"ל, "והכל הוא ליטול שכרו כאילא ביבנה וכמגיהי ספרים בירושלים". ונראה שהטעם שנקט החת"ס שצריך הלה להרויח, ולא רק שלא יפסיד, היינו כיון שהוא עבד והשקיע בכך הרבה שנים, ואם לא ירויח מספיק כדי להתפרנס, הרי זה נחשב הפסד.

14. נידון זה דומה ממש למבואר לעיל בהערה 9 בשם המהרש"ד"ם, האוסר בכה"ג. אבל לדעת החת"ס נראה שאם הראשון לא הוציא כסף על הדבר, ואין זו אומנותו [עד עתה] לעסוק בקידוחי גז, יהיה מותר לאדם אחר להתחרות איתו ולזכות בבלעדיות על קידוחי הגז.