

חוק לישראל

עריכה שיטתית ועדכנית של המשפט העברי

כיסוד לחקיקה ולפסיקה

על פי סדר חוקי מדינת ישראל

בעריכת נחום רקובר

מיכאל ויגודה

בהשתתפות

חיים צפרי

סיכול

ספריית המשפט העברי

ירושלים תשפ"ג

סעיף 18

פטור בשל אונס או סיכול החוזה

מיכאל ויגודה
בהשתתפות חיים צפרי

18. (א) היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ושלא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, וקיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים.

(ב) במקרים האמורים בסעיף קטן (א) רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה או, על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות הענין ובמידה שנראה לו.

התוכן :

1. מבוא 10

2. אונס - "קיום החוזה... אינו אפשרי" 17

א. פטור מפיצויים 17

(1) פיצויים על פי דין (חוזה עבודה כמשל - ביצוע העבודה אינו אפשרי בשל

אונס העובד) 17

(2) פיצויים מוסכמים 24

(א) כללי 24

(ב) הכלל "אונס רחמנא פטריה" כיסוד פטור 26

(ג) ההבחנה בין אונס שכיח לשאינו שכיח (ודין אונס "שכיח ואינו שכיח") 31

(ד) חריג לפטור (תיקון חכמי ספרד) 37

(ה) סיכום 39

ב. פטור מאכיפת התשלום (חוזה עבודה כמשל - ביצוע העבודה אינו אפשרי בשל

אונס המעסיק) 40

(1) מבוא 40

(2) הסוגיות התלמודיות 43

(א) הסכם לעיבוד שדה והשקייתו (בבא מציעא ע"ב – ע"א) 43

(ב) הסכם להובלת סחורה בספינה (בבא מציעא ע"א) 47

49	(3) יישוב הסתירה בין הסוגיות ומסקנות משפטיות
49	(א) סיכול הוא עילת פטור מכוח הדין (ריב"ס)
54	(ב) סיכול אינו עילת פטור (רבנו חננאל)
56	(ג) סיכול הוא עילת פטור מכוח אומד הדעת (ריב"ן)
64	ג. חוזה המקנה זכות מעין-קניינית (שכירות נכסים)
64	(1) מבוא - ההבחנה בין עבד לפועל
66	(א) קניין לעומת חיוב (תוספות)
67	(ב) תשלום מראש לעומת תשלום בסוף (מהר"ם מרוטנבורג)
69	(ג) מחלה בתחילת תקופת ההעסקה לעומת מחלה בסיומה (רא"ש)
70	(2) מושכר שנמנע השימוש בו
76	(3) שוכר שנמנע ממנו להשתמש במושכר
84	ד. "מכת מדינה"
84	(1) שכירות נכסים
89	(2) שכירות פועלים
	3. סיכול - "קיום החוזה... שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים"
95	א. מבוא
97	ב. האם שינוי יסודי דינו כאונס?
97	(1) הכבדה על קיום החוזה
103	(2) נושה שאין לו עניין בקיום החוזה (סיכול המטרה)
103	(א) מבוא
105	(ב) עמדת המשפט העברי
108	(ג) ההבחנה בין שכירות נכסים לשכירות פועלים
110	ג. פטור על יסוד תנאי מכללא ("אומדנא דמוכח")
111	(1) כללי
120	(2) סקירת הפטור בספרות הפוסקים
120	(א) שינוי הגורם הכבדה על קיום החוזה
120	הכבדה כלכלית
128	הכבדה אחרת
128	(ב) שינוי הגורם פגיעה בתמורה המצופה
137	(ג) שינוי מהותי אחר
139	(3) שכיחות השינוי
146	(4) ההסתמכות על אומדנה לנוכח קיומו של צד שני להסכם
155	(5) הזהירות מפני פסיקה על פי אומדנה
159	ד. פטור על יסוד פרשנות החוזה
159	(1) מבוא : בין "תנאי מכללא" לפרשנות
160	(2) הכלל הפרשני - חוזה על תנאי אינו כולל אירועים חריגים

163	(א) אומדנה פרשנית (רמב"ם)
166	(ב) כלל פרשני קטגורי (גישת התוספות)
167	(ג) יישום המחלוקת בגט על תנאי
172	(ד) אירוע "שכיח ואינו שכיח"
174	(3) חוזה בלתי מותנה
180	4. נטילת אחריות מפורשת או משתמעת
180	א. נטילת אחריות מפורשת
180	(1) היקף האחריות
181	(2) היקף האחריות בנטילת סיכון מסוים
181	(3) אף אירוע נדיר ביותר אינו עילת פטור
182	ב. נטילת אחריות משתמעת
182	(1) אי-החרגת אונס שכיח
183	(2) הסכם לחלוקת האחריות
183	(3) תוספת שכר כנטילת אחריות מוגברת
184	5. אפשרות מניעת הסיכול - "... ולא היה יכול למונען"
184	א. סיכול שהחייב הביא על עצמו
189	ב. אונס שניתן להתגבר עליו בהוצאה כספית
190	ג. אונס שנגרם בעקבות דחיית ביצוע החיוב לרגע האחרון ("אונס ביום אחרון")
199	6. מועד הסיכול
199	א. הפרה שקדמה לסיכול
203	ב. סיכול מחמת נסיבות שאירעו לפני כריתת החוזה (בין "סיכול" ל"טעות")
205	7. התרופות לנפגע מאי-קיום החוזה
205	א. ביטול החוזה
205	(1) ביטול החוזה, פקיעתו או קיומו בקירוב
210	(2) סיכול זמני (השעיית החוזה)
212	ב. השבה ושיפוי (סעיף 18(ב))
212	(1) השבה - "רשאי בית המשפט לחייב כל צד ... להשיב... מה שקיבל על פי החוזה או ... לשלם לו את שוויו"
213	(א) עבודה חלקית שלא הועילה למעסיק
214	סיכול בעטיו של העובד
215	סיכול בעטיו של המעסיק
216	(ב) תשלום מראש ומקדמה

216	סיכול בעטיו של החייב ("ספינה זו ויין סתם")
218	סיכול בעטיו של הנושה ("ספינה סתם ויין זה")
219	סיכול בעטיים של החייב והנושה גם יחד ("ספינה זו ויין זה")
222	סיום החוזה בהסכמה ("ספינה סתם ויין סתם")
223	ניתוח מקרה מבחן - ביטול אירועים עקב מגפת הקורונה

(2) שיפוי – "ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא" 226

226	(א) מבוא
227	(ב) בעקבות אונס
231	(ג) בעקבות סיכול
232	(ד) הוצאות המפר

8. סיכום 232

9. הצעת נוסח לפי המשפט העברי 239

10. נספח ראשון: פועל שנשכר להשקות שדה, וירד גשם, האם זכאי לשכר - שיטת הראב"ד 241

11. נספח שני: פגם שאירע לאחר הקנייה - שלילת ביטול העסקה מכוח אומדנה 244

א. טענת "מזלך גרם" כשוללת ביטול מכוח אומדנה ('מחנה אפרים', 'נתיבות המשפט', 'צלעות הבית') 244
 ב. טענת אומדנה מועילה רק ביחס לדבר מה שמחוץ לאובייקט העסקה (חתם סופר) 246

12. נספח שלישי: "דבר האבד" - שיטת מהרי"ח 248

13. נספח רביעי: יסוד הפטור מכוח אומדנה 250

14. נספח חמישי: סוגיית משכיר רחיים 255

15. נספח שישי: שינוי ערך המטבע 257

16. נספח שביעי: מדוע לשיטת הרשב"א קנס מוסכם גורם ל"גט מעושה"? 261

17. נספח שמיני : אומדנה בנדירים ושבועות 264

264 א. מבוא

265 ב. טעות

269 ג. שינוי נסיבות

269 (1) המקורות והסתירה ביניהם

269 (א) משנת "נדרי אונסים"

270 (ב) משנת "אין פותחין בנולד"

273 (ג) סיכום והגדרת השאלות

274 (2) הפתרונות

274 (א) לגישה שנדרים ושבועות עשויים להתבטל מכוח אומדנה

276 (ב) לגישה שנדרים ושבועות אינם עשויים להתבטל מכוח אומדנה

279 ד. שבועה ונדר הטפלים להתחייבות

18. נספח תשיעי : דין אומדנה בנפלה לייבום לפני מומר לאחר הנישואין 280

280 א. בעילות הבעל לא הופכות למפרע לבעילות זנות

280 (1) אומד דעת הבעל - לא היה מתנגד לביטול הקידושין

281 (2) אומד דעת האישה

282 ב. בעילות הבעל הופכות למפרע לבעילות זנות

282 ג. הסבר חלופי – אחרי הנישואין אין מקום לאומדנה

19. נספח עשירי : שאלת שכיחות האונס בפטור מחמת "מכת מדינה" 285

285 א. גישה א : אין פטור באונס שכיח

288 ב. גישה ב : יש פטור גם באונס שכיח

289 ג. גישה ג : יש פטור רק באונס שאינו שכיח כלל

20. נספח אחד-עשר : שו"ת הרא"ש, כלל לד, סימן א 291

291 א. ביסוס הפטור על סוגיית גיטין עג ע"א

292 ב. ביסוס הפטור על אומדנא דמוכח אף שלא היה גילוי דעת בשעת כריתת החוזה

294 ג. סייג : שינוי שאירע לאחר הקידושין (טענת "נסתחפה שדהו")

294 ד. מסקנה

21. נספח שנים-עשר : שו"ת פני משה, חלק א, סימן סב 295

295 א. עובדות המקרה

295 ב. טענת האחים לפטור מהמס המוסכם

297 ג. דחיית נימוק הפטור של ר' חסדאי פרחיה מדין מכת מדינה

- ד. קבלת נימוק הפטור של ר' חסדאי פרחיה מכוון אומדנא 297
- (1) דחיית טענה לצמצום הפטור העולה משו"ת הרא"ש 298
- (2) פטור על יסוד פרשנות החוזה – החוזה אינו כולל אונס לא שכיח 298
- ה. פטור מכוון "אומדנא דמוכח טובא" חל אפילו באונס שכיח 298
- (1) ראיה שהפטור אמור גם באונס שכיח משו"ת מהריב"ל בעניין הקדשת תשמישי קדושה 299
- (2) אונס שכיח מחייב רק אם קיבל בפירוש כל אונס שיבוא 299
- (3) ראית מהרש"ך משו"ת הרא"ש שהפטור אמור גם באונס שכיח 299
- (4) דיון בסתירה לכאורה בעניין זה בשו"ת מהריב"ל 300
- (א) הצעה ראשונה ביישוב הסתירה לכאורה בין תשובות מהריב"ל 301
- (ב) הצעה שניה ביישוב הסתירה לכאורה בין תשובות מהריב"ל 301
- (5) ראיה שהפטור אמור גם באונס שכיח מסוגיית נדרים 302
- ו. ניתוח התוספות, בקא קמא קי ע"ב, ודחיית הטענה שהרא"ש חולק על התוספות וסבור שאומרים אומדנא גם כאשר יש צד שני 305
- (1) הצעת ראשונה מדוע הרא"ש לא חולק על תוספות – הרא"ש עוסק בשבועה שהיא עניין חד-צדדי 305
- (2) הצעת שנייה מדוע הרא"ש לא חולק על תוספות – אומדנא דמוכח לעומת אומדנא גדולה ("שיקול האומדנות") 306
- ז. כוח האומדנה - סיכום 307
- ח. ביטול ההסכם מחייב שומת מס חדשה 307
22. חוקים א': סעיף הסיכול בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 312
23. חוקים ב': סעיפי הסיכול בחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971 313
24. חוקים ג': חוק החזר מקדמה בשל ביטול אירוע (נגיף הקורונה החדש), תשפ"א-2020 314
25. חוקים ד': פרק הסיכול בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 316
26. חוקים ה': הצעת נוסח לפי המשפט העברי - פטור בשל אונס או סיכול החוזה 318

1. מבוא

יש שלאחר שנכרת החוזה נוצרות נסיבות שאינן בשליטת הצדדים ההופכות את קיום החיוב החוזי ל"בלתי אפשרי" ("אונס"), או המכבידות על קיומו באופן קיצוני עד שהופך ל"שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים" ("סיכול").¹ במצבים אלה עולה השאלה: על מי מבין הצדדים לשאת בהפסד שנגרם מאי-קיום החוזה, או בלשון אחרת, מי נושא בסיכון? האם ה"חייב", משום ש"חוזים יש לקיים" בכל מחיר, ועל כן עליו לפצות את ה"נושה", הנפגע מאי-הקיום, על נזקיו ועל אבדן ציפיותיו? או שמא ה"נושה" הוא שנושא בסיכון וסופג את תוצאות אי-קיום החוזה, משום שעל אף חיובו של החייב, אין זה הוגן לבוא בתביעה כלפיו, כשהוא מנוע מלקיים את חיובו או כשהקיום אינו מעשי?²

החוק הישראלי מגדיר אמנם את מי שנבצר ממנו לקיים את חלקו בחוזה, כמפר חוזה,³ אך עם זאת, אינו מזכה את הצד השני, הנחשב כנפגע, באכיפה ובפיצויים. שלילת הפיצויים אינה מוחלטת, שכן סעיף 18(ב) קובע שבית המשפט רשאי להטיל על "המפר" חובת שיפוי, היינו פיצויים בגין הוצאות ההסתמכות העיקרית שהוציא הצד השני לצורך קיום החוזה (המיועדים להעמיד אותו במצב שבו היה **אילו נכרת** החוזה, שאז לא היה מוציא הוצאות לקיומו). אם כי, הוא משאיר את חובת השיפוי לשיקול דעתו של בית המשפט.

תנאי עיקרי לתחולת הפטור מאכיפה ומפיצויים בגין סיכול החוזה הוא, שהאירוע המסכל לא היה ידוע ל"מפר",⁴ ואף לא היה צפוי מבחינתו, מעשית או נורמטיבית ("לא ידע ולא... היה עליו לראותן מראש"). תנאי זה מכונה בספרות המשפטית **מבחן הצפיפות**. יש לשים לב שאין מדובר

¹ על ההבחנה בין "אונס" ו"סיכול", ראה דברי ההסבר להצעת חוק דיני החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשכ"ט-1969, סעיף 17. וראה גם טדסקי, "הנטל ובעיית האונס והסיכול", **משפטים** טז (תשמ"ו), עמ' 335, בעמ' 343. וראה עוד להלן, ליד ציון הערה 342. נעיר שסעיף 130 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (להלן: הצעת החוק), נוטש את השימוש בביטוי "אונס" ומאחד את שני המצבים תחת הגדרה אחת - "אירוע מסכל": "אירוע מסכל - כל אחד מאלה: (1) התרחשות נסיבה חדשה הגורמת לכך שקיום חיוביו של צד לחוזה הוא בלתי אפשרי, בלתי חוקי, או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים..."

² ראה גם טדסקי, "על החוזה אשר נבצר ביצועו", **מחקרים במשפטנו הפרטי**, ירושלים תשי"ט, עמ' 30-106, בעמ' 35.

³ המלומדים מותחים ביקורת על הגדרת מי שחיובו סוכל כ"מפר". ראה על כך להלן, ליד ציון הערה 770. בהצעת חוק דיני ממונות, נתקבלה ביקורתם, ומוצע לא לראות חוזה שסוכל, כחוזה שהפרתו "מוגנת" מפני אכיפה ופיצויים, אלא כחוזה **שפקע**. ראה סעיף 131(א) להצעת החוק (מובא להלן, ליד ציון הערה 21). בהתאם לכך, דין הסיכול הוצא מפרק התרופות בשל הפרת החוזה והועבר לפרק החוזים הכללי (ראה סעיפים 130-136 להצעת החוק). וראה להלן, הערה 767.

⁴ אורי ידן, **חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)**, ירושלים 1979, עמ' 155, מטעים: "קובעת כאן ידיעתו או אי-ידיעתו של המפר ושל בלבד... ואין נפקא מינה אם היו או לא היו ידועות לנפגע. לכן אין לפי חוק התרופות מקום לשאלה שהעסיקה את בתי המשפט באנגליה, אם יחולו הלכות הסיכול במקרה ששני הצדדים ידעו, או יכלו לראות מראש את ה'נסיבות'". בתי המשפט באנגליה התלבטו בשאלה זו לדוגמה בעניין סגירת תעלת סואץ בעקבות מבצע סיני, שהייתה צפויה באותה מידה למזמין ולחברת התובלה הימית, ראה Société Franco-Tunisienne d'armement v. Sidemar S.P.A [1961], 1 Q.B. 278. וראה טדסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 49-54. והשווה להלן, הערה 57.

במבחן **חיובי** הקובע אימתי חל הפטור, אלא במבחן **שלילי**; כלומר, בעיקרון במצבי אונס וסיכול חל הפטור, ומבחן הצפיות קובע אימתי **אינו חל**.⁵ אלא שהנטייה המקובלת בפסיקה, הדוגלת בעקרון קדושת החוזים, היא לצמצם את היקפה של ההגנה, על ידי הקביעה, שכמעט כל מאורע, ויהא זה החרג והקיצוני ביותר, ניתן לצפייה מראש.⁶ כך למשל נקבע, שניתן לצפות אירועים רבים, ובהם: מצבי חירום לאומיים, הנובעים מפריצת מלחמה ("בענייני מלחמה ושלום, הבלתי-צפוי הוא לעולם בגדר הצפוי עבור אדם מ"ישראלי");⁷ נפילה במלחמה של צד להסכם;⁸ הפיכה צבאית באוגנדה;⁹ הטלת סגר על השטחים המונעת הגעת פועלים לעבודה;¹⁰ מחדלים בפעילויות הרשויות המונעים השגת היתרים או רישום של העסקה;¹¹ ופגעי מזג האוויר.¹² בכל אלה וכיוצא בהם, מאחר שהנסיבות המסכלות מוגדרות על ידי בתי המשפט כנסיבות הניתנות לצפיה, ההנחה היא שהמבקש להשתחרר מחיובו יכול וצריך היה להתנות על כך במפורש בחוזה, ומשלא עשה כן, הפסיד.¹³

⁵ ומכאן, דחיית אחת הביקורות של גיא מור על מבחן הצפיות. הוא כותב: "מבחינה אנליטית, מוסד הסיכול עוסק בהתרחשותם של אירועים בלתי-צפויים, ולכן יש כשל לוגי פנימי בשימוש במבחן המבוסס על צפיות" (גיא מור, "האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי", **המשפט** יז (תשע"ד), עמ' 566-515, בעמ' 563). מבחינה אנליטית, מבחן הצפיות אינו אלא מבחן שלילי, ועל כן אין כאן כשל לוגי.

⁶ ראה: דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים**, כרך ג, ירושלים תשס"ד, פרק 28 (פרק זה על סיכול חוזה נכתב על ידי ברק מדינה), עמ' 442 ואילך (להלן: מדינה); גבראלה שלו ואפי צמח, **דיני חוזים**, מהדורה רביעית, ירושלים תשע"ט, עמ' 767-772 (להלן: שלו וצמח). כולם מצביעים על כך שגישה זו מושפעת מן המשפט האנגלי. וראה להלן, הערה 13. שונה גישתו של המשפט הקונטיננטלי, כמו המשפט הצרפתי לדוגמה, המדגיש יותר את הפן המוסרי בדיני החוזים ורואה כתנאי עיקרי לתחולת הפטור היעדר אשמה מצד החייב (Force majeure). מן ההיבט הזה הוא מרחיב יותר את הפטור של החייב במקרי סיכול. ראה Jean Carbonnier, *Droit civil*, Tome 4, *Les Obligations*, 21^e édition, Paris 1998, p. 300. וראה להלן, הערה 344.

⁷ ע"א 715/78 כץ נ' נצחוני מזרחי בע"מ, פ"ד לג(3) 639 (1979), בעמ' 643. וראה מיגל דויטש, "סיכול חוזה מחמת פעולות איבה", **משפט וצבא** 11-12 (תשנ"ב), עמ' 11-33. אבל ראה להלן, ליד ציון הערה 15.

⁸ ע"א 865/76 לופז נ' שושני, פ"ד לא(3) 748 (1977).

⁹ ע"א 101/74 חירם לנדאו נ' פיתוח מקורות מים (ארצות הוצ''), פ"ד ל(3) 661 (1976).

¹⁰ ת"א (ת"א) 651/92 בלוק אמריקה בע"מ נ' גזית ושחם חברה לבניין בע"מ (לא פורסם). וראה רם כהן, "העדרות מן העבודה מסיבות בטחוניות - זכויות הצדדים ליחסי עבודה", **שנתון משפט העבודה** ה (תשנ"ה) 111-122.

¹¹ ע"א 748/80 גולדשטיין נ' גוב-ארי חברה לבנין ולהשקעות נתניה, פ"ד לח(1) 309 (1984); ע"א 291/82 פישברג נ' דים, פ"ד לט(2) 625 (1985).

¹² ע"א 421/74 שגן נ' מדר, פ"ד כט(1) 445 (1974); ע"א 736/82 כפר חסידים, מושב עובדים דתי בע"מ נ' אברהם, פ"ד לט(2) 490 (1985). אם כי החל להסתמן שינוי מגמה בע"א 345/89 נאות דברת נ' מעליות ישראל לפט י.מ.ש. אילן נהול והשקעות בע"מ, פ"ד מו(3) 350 (1992), בעמ' 357 ("אפשר שונים היו פני הדברים לו באו הגשמים שלא בעתם או שלא כדרכם").

¹³ בגישה זו ניכרת השפעתה, עדיין, של המסורת המשפטית האנגלית המעצימה את קדושת החוזה ואופיו המוחלט, כפי שבאה לידי ביטוי קיצוני בפסק הדין המפורסם מן המאה הי"ז, *Paradine v. Jane*, (1647) 82 E. Rep. 897 (K.B.): "When the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract". לימים, ריכך המשפט האנגלי גישה קיצונית זו באמצעות דוקטרינת ה"הסכם מכללא", לפיה הצדדים נחשבים כמי שהסכימו מראש שהחייב החוזי ביניהם מותנה בכך ששינוי נסיבות לא

על מגמה זו של הפסיקה נמתחה ביקורת, שמסכם אותה יפה מיגל דויטש¹⁴:

הפסיקה פרשה את מבחן הצפיות כמתייחס **ליכולת** הצפיה, ולא **לחובת** הצפיה הנורמטיבית. זאת, אף שהפרשנות האמורה לא התחייבה מלשון החוק. התוצאה המתבקשת הייתה הפיכת רעיון הסיכול לרעיון עקר [ההדגשות במקור].

יש לציין שגם בבתי המשפט החלה להסתמן גישה מרוככת יותר, כפי שעולה מדברי השופט אנגלרד בפרשת **רגב**¹⁵ (שם נדונה אי-עמידת משרד הביטחון בהתחייבות למכור מלאי של מסכות אב"כ ישנות בעקבות הצורך הדחוף לעשות בהן שימוש עם פרוץ מלחמת המפרץ), אם כי הדברים נאמרו רק באמרת אגב:

את מבחן הצפיות יש להחיל לא על עצם פרוץ המלחמה, אלא על ההשלכות המעשיות של האירוע על מהות היחסים החוזיים... יתרה מזו, לטעמי, קיימת קירבה רעיונית גדולה בין עקרון הסיכול בנסיבות של שינוי מהותי בתשתית החוזית לבין הדרישה לתום-לב בביצוע החוזה... מתקשר העומד על ביצוע דווקני של החוזה על-אף השינוי המהותי שחל בו בשל

יהפוך אותו לבלתי אפשרי, חסר עניין או בלתי מעשי. ראה: גד טדסקי, "סיכול החוזה", **מסות במשפט**, ירושלים תשל"ח, עמ' 106, בעמ' 129-124; שלו וצמח (לעיל, הערה 6), עמ' 788; דויטש (לעיל, הערה 7), עמ' 16-17 (מצוטט להלן, הערה 463); מנחם מאוטנר, "שינוי נסיבות בתקופה שלאחר כריתת חוזה - הערות מקדמיות בפרספקטיבה של המשפט האנגלו-אמריקאני", **עיוני משפט** ט (תשמ"ג), עמ' 363, בעמ' 373. מאוטנר מזהה כאן מעבר מגישה **אידאליסטית** לתכנון החוזי, לפיה הצדדים נחשבים כמי שמסוגלים לצפות את כל הקשיים העתידיים בקיום החוזה ולהתגונן מפניהם, לגישה **ריאליסטית**, המכירה בחולשתם של הצדדים. הוא מדבר על "נטישת דימוי המתקשר החוזי כיאדם כלכלי" והחלפתו בדימוי מציאותי יותר, של מתקשר בשר ודם, ובעל מגבלות, הזקוק מעת לעת לידה המושתת של המדינה" (עמ' 376).

¹⁴ מיגל דויטש, **פרשנות הקודקס האזרחי**, ישראל תשס"ה, עמ' 446. וראה גם מור (לעיל, הערה 5), בעמ' 522: "במקום לבחון אם המתקשר היה **צריך** לדעת על הנסיבות המסכלות או לצפות את התרחשותן, בית המשפט ביקש לבחון אם המתקשר היה **יכול** לצפותן" [ההדגשות במקור]. וכן ראה איל זמיר ותמי כץ-קריכלי, "השפעת הפקעה מאוחרת על מכר מקרקעין: סיכול, פירוש, או העברת הסיכון - בשולי ע"א 5628/99 מרקין נ' משה", **משפטים** לה (תשס"ה-תשס"ו) 331, בעמ' 351.

¹⁵ ע"א 6328/97 **רגב נ' משרד הביטחון**, פ"ד נד(5) 506 (2000), בעמ' 517-518. וראה להלן, הערה 16. לנכונותו של השופט אנגלרד להכיר ביד נדיבה יותר בטענת סיכול, ראה גם 5628/99 **נחמה מרקין נ' שרה משה**, פ"ד נז(1) 14 (2002), בעמ' 20, בעניין הפקעת מקרקעין שאירעה לאחר העברת החזקה בהם לקונה אך לפני רישומם על שמו. לדעת אנגלרד אי-הרישום אינו מזכה את הקונה באכיפה או בפיצויים בגין הפרת חוזה המכר, אף שהמוכר התחייב בו לרשום את המקרקעין על שמו, משום שבעקבות ההפקעה סוכל הרישום במשמעות סעיף 18. נציין שהשופטים ריבלין ומצא דוחים הנמקה זו משום שלדעתם הפקעה היא דבר שניתן לצפות אותו. עם זאת הם מגיעים לאותה תוצאה מכוח **פרשנות החוזה**, לפיה הצדדים התכוונו להעביר את הסיכון בגין הפקעה כבר ממועד מסירת החזקה, שאירע שנים רבות לפני ההפקעה, ולא ממועד הרישום הפורמלי. על פסק דין זה ראה איל זמיר וכץ-קריכלי (לעיל, הערה 14), בעמ' 348-353. והשווה עוד פסק דינו של השופט זילברטל, ע"א 5054/11 **ספיר וברקת נדל"ן (הולילנד) בע"מ נ' עו"ד יעקב אמסטר** (פורסם בנבו, 7.3.2013), פסקה 36.

נסיבות חיצוניות – מתקשר כזה אינו נוהג בתום-לב... על רקע דברים אלה, אפשר ומן הראוי לשוב ולעיין בגישתו המצמצמת של בית-המשפט בפרשת כץ¹⁶.

בשונה מן המשפט הישראלי, אין המשפט האמריקאי מתנה את האפשרות לטעון טענת סיכול בכך שהנסיבות או ההשלכות של האירוע לא היו צפויות או לא היו יכולות להיות כאלה¹⁷. הבחינה היא, "אם הנסיבות שהתרחשו הן בגדר הסיכון המוטל על הטוען לסיכול, היינו האם מדובר באירוע הנופל בגדר 'מתחם הסיכון' של ההתחייבות שנטל עליו צד לחוזה"¹⁸. התפיסה היא "שכל חוזה, מעצם טיבו, ובעיקר חוזה ארוך טווח, צופה לעתיד ונושא עמו גורם של הימור מסוים וחוסר ודאות. לפיכך, צריכים דיני החוזים להתמודד עם חלוקת הסיכונים הטמונים בחוסר ודאות זו"¹⁹.

¹⁶ פרשת כץ (לעיל, הערה 7). על הזיקה בין דרישת תום הלב בחוזים ובין דין הסיכול, ראה צמח, להלן, הערה 27. וראה להלן, הערה 769.

גישתו של השופט אנגלרד אומצה על ידי השופט טובי מבית משפט השלום בחיפה בעניין ביטול נסיעה לאנטליה בעקבות התראות של המטה ללוחמה בטרור המזהירות מפני נסיעה לרצועת החוף בדרום תורכיה, ת"א (חי) 14721/05 **הרשקוביץ נ' איסתא** (פורסם בנבו, 20.11.2007). היא אומצה גם על ידי השופט צבן בדונו בטענת סיכול חוזה בנייה עקב "אינתיפאדת אלאקצא", ת"א (מחוזי י-ם) 3531/01 **בן אבו חברה לבנין ולפיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 21.7.2002). אולם פסק דין זה בוטל בבית המשפט העליון בעקבות הסכם פשרה, ע"א 8579/02 **מדינת ישראל נ' בן אבו** (פורסם בנבו, 17.9.2009). היא אומצה גם על ידי השופטת ג' כנפי-שטייניץ, בעניין דומה, ת"א (מחוזי י-ם) 4205/02 **יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון** (פורסם בנבו, 31.7.2008), פסקה 21. אולם גם פסק דין זה בוטל בבית המשפט העליון בהסכם פשרה, ע"א 8236/08 **מדינת ישראל נ' ב. יאיר** (פורסם בנבו, 4.6.2017). וראה גם פסק דינה של השופטת מיכל אגמון-גונן, ת"א (מחוזי חיפה) 1072/07 **גדעון נ' פוקס** (פורסם בנבו, 7.3.2010): "הגיעה העת לומר באופן מפורש כי בהקשרים חוזיים מלחמה אינה בגדר הצפוי, גם באזור כמו אזורנו. עצם האפשרות הקיימת באזור בו לא שורר שלום מלא, כי תפרוץ מלחמה, אינה מביאה צדדים לחוזים לקחת עניין זה במסגרת השיקולים העסקיים שלהם בעת כריתת חוזה". וגם על פסק דין זה הוגש ערעור שהסתיים בפשרה, ע"א 3531/10 **גדעון נ' פוקס** (פורסם בנבו, 23.5.2011). על שינוי המגמה ראה עוד ע"ע 256/08 **קוקא נ' שורץ** (פורסם בנבו, 13.2.2011), פסק דינו של השופט פליטמן, פסקאות 51-60, הדוחה את תביעת פיצויי הפיטורין של פועלים פלשתינאים שעבודתם הופסקה בעקבות ההתנתקות (בפסקאות 61-69 בית המשפט מבחין בין "סיכול חוזי" ובין "סיכול חוקי", ומחדש שעל האחרון לא חל מבחן הצפיות, ולא ברור מה הבסיס להבחנה זו). וראה גם ע"א 4893/14 **זועבי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 3.3.2016), פסקה 30 בפסק דינו של השופט עמית, אך גם הוא באמרת אגב. נמצא שנכון להיום תקפה עדיין, למצער פורמלית, הגישה המצמצמת. וראה עוד איריס מרקוס, **תרופות בדיני חוזים – הלכה ומעשה**, פתח תקוה 2019, עמ' 481-517, סקירה עדכנית של פסיקת בתי המשפט.

על אי-הבהירות השוררת במשפט הישראלי בכל הנוגע לדין הסיכול, יעידו פסיקות סותרות שניתנו בעיצומו של משבר הקורונה ובעניינו (הנדון היה מימוש ערבות בנקאית בגין הפרת הסכם לשכירות חנות): יש שפסקו כי "קורונה" איננה מילת קסם ואין בכוחה לפטור את הצדדים מאחריותם החוזית המוחלטת (ראה ה"פ (תל אביב-יפו) 12741-04-20 **רב בריח (08) תעשיות בע"מ נ' פ.ל.א.ר ניהול נכסים בע"מ** (פורסם בנבו, 16.4.20)); ולעומת זאת, יש שפסקו כי משבר הקורונה עשוי להצדיק פטור מתשלום דמי השכירות, ועל כן אין לאפשר את מימוש הערבות (ראה: ת"א (ירושלים) 10815-04-20 **טוראי קליבר בע"מ נ' די. ג'יי אסושיאטס** (פורסם בנבו, 19.4.20); ת"א (ירושלים) 25129-04-20 **ריקושט בע"מ נ' שיש האלוני בע"מ** (פורסם נבו, 23.4.20)). וראה צמח (להלן, הערה 27).

¹⁷ ראה שְׁלֹ וצמח (לעיל, הערה 6), עמ' 776, הערה 76.

¹⁸ מדינה (לעיל, הערה 6), עמ' 445.

¹⁹ שְׁלֹ וצמח (לעיל, הערה 6), עמ' 772.

בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (להלן: הצעת חוק דיני ממונות)²⁰, הוצע לזנוח את **מבחן הצפיות** ולאמץ במקומו את **מבחן הסיכון**, כמו במשפט האמריקאי²¹. וזה לשון סעיף 131 לחוק המוצע, שכותרתו "פקיעה מחמת אירוע מסכל":

- (א) התרחש אירוע מסכל והסיכון להתרחשות אירוע כאמור ולתוצאותיו אינו מוטל על מי שחיוביו סוכלו - יפקע החוזה במועד התרחשותו של האירוע המסכל.
- (ב) צד לחוזה ייחשב כנושא בסיכון כאמור בסעיף קטן (א), אם הוא נטל על עצמו את הסיכון, במפורש או במשתמע, או כשמן הצדק להטיל עליו את הסיכון האמור.

שני חידושים עיקריים יש אפוא בהצעת החוק: (א) **סיכול מפקיע** את החיוב, ואינו יוצר רק הפרה "מוגנת" כמו בחוק הקיים²²; (ב) החיוב פוקע רק אם האירוע המסכל אינו סיכנו של הצד לחוזה הטוען לסיכול. נתעכב קמעה בחידוש השני.

לפי ס"ק (ב) הסיכון מוטל על צד לחוזה אם הוא נטל אותו על עצמו "במפורש או במשתמע", ובהעדר אינדיקציה לכך בחוזה ובנסיבותיו, יוטל הסיכון על מי ש"מן הצדק להטיל עליו את הסיכון"²³. ראוי להעיר, שהוראה זו עמומה, ואין בה תשובה לשאלה שעומדת בלב לבו של דין הסיכול: **מיהו זה ואיזהו שראוי ומוצדק שיישא בסיכון בנסיבות העניין?** ובסגנונו של ברק מדינה²⁴: "השאלה הקשה היא, מה תוקפו של החיוב שקיומו שובש בנסיבות שבהן איש מהצדדים לא הסכים, במפורש או במשתמע, לשאת בסיכון שהתממש"²⁵.

דומה שבשל מורכבות העניין וריבוי השיקולים בו²⁶, נואשו מציעי החוק מלקבוע מבחנים להכרעה בשאלה מרכזית וקשה זו, והעדיפו להעביר את ההכרעה בה לשיקול דעתו של בית המשפט בכל מקרה לגופו, כשההנחיה היחידה שניתנה לו היא להכריע **על פי הצדק**. דרך חקיקה זו חוטאת,

²⁰ הנוסח המלא של פרק הסיכול בהצעת החוק מובא במדור חוקים, להלן, עמ' פפפ.

²¹ ראה: שלו וצמח (לעיל, הערה 6), עמ' 772; דויטש (לעיל, הערה 14), בעמ' 447; מור (לעיל, הערה 5), בעמ' 527.

²² על כך ראה להלן, ליד ציון הערה 770.

²³ וראה שלו וצמח (לעיל, הערה 6), עמ' 774.

²⁴ ברק מדינה, "הפרק בדבר סיכול חוזה בהצעה לחוק דיני ממונות: פוליטיקה ומשפט בניסוח קוד אזרחי", **משפטים** לו (תשס"ז) 453, בעמ' 464.

²⁵ ואכן ראה Arthur L. Corbin, *Corbin on Contracts* (1952) §1325: "Where neither custom nor agreement determines the allocation of risk, the court must exercise its equity powers and pray for the wisdom of Solomon".

²⁶ על מקצת משיקולים אלה מצביע דויטש (לעיל, הערה 14), עמ' 447: "הדין י שקול מיגוון של שיקולים, לרבות יכולת הצפיה של האירוע ותוצאותיו, העלות הכרוכה במניעת ההשלכות המסכלות של האירוע העתידי, מאזן הנוחות בעקבות ההכרעה בשאלת הסיכול, הרווח שעתידי היה החייב להפיק מהעסקה, אלמלא השיבוש (דהיינו – השוואת סיכון מול סיכוי) וכיוצא באלה גורמים".

אולי בדלית ברירה, לאחת מהתכליות המוצהרות של הצעת חוק דיני ממונות: "קידום ביטחון, ודאות ויעילות במשפט" (סעיף 1(2) להצעת החוק)²⁷.

שלו וצמח²⁸ מנסים לצקת תוכן למבחן הסיכון. לדעתם, גם לפי ההצעה החדשה הצפיות של הסיכול מהווה עדיין שיקול חשוב לשם ההכרעה מי מהצדדים ראוי שיישא בסיכון להתרחשות. אולם זהו רק שיקול אחד מני רבים, שעשוי להצביע על נטילת הסיכון. עוד הם סבורים²⁹, שכאשר אין נטילת סיכון מפורשת או משתמעת על ידי הצדדים, יש להעדיף את עניינו של הנושה על פני זה של החייב. **העיקרון של קיום הסכמים מורה, שהסיכון יוטל על כתפיו של החייב.** יש להעיר, שקביעה זו מרוקנת לכאורה מתוכן את כוונת הצעת החוק הקובעת, אחרי שהעלתה את האפשרות של נטילת סיכון מפורשת או משתמעת, את האפשרות "שמן הצדק להטיל עליו את הסיכון האמור"³⁰. עם זאת, מגמת התיקון ברורה והיא, הרחבת הגנת הסיכול לעומת הנהוג כיום, כך שעשוי ליהנות ממנה גם מי שתיאורטית יכל לצפות את האירוע המסכל, ובלבד שבית המשפט ישתכנע שאין זה צודק להטיל עליו את הסיכון³¹.

²⁷ וכבר ביקרו את הצעת החוק גם בהיבט הזה: מדינה (לעיל, הערה 24), בעמ' 487-488, ובעמ' 492; מור (לעיל, הערה 5), בעמ' 517. לביקורת על הצעת החוק ראה גם, דוד רונן, **התאמת חוזה לנסיבות משתנות**, ירושלים תשס"א, עמ' 144-147.

על גורמים נוספים לאי-הוודאות המשפטית בתחום זה של סיכול החוזה מצביע אפי צמח, "על קורונה, משפט ודיני החוזים – דברי הקדמה", **מחקרי רגולציה** ה (תשפ"ב) 21, בעמ' 24: "חוסר הוודאות [בתקופת הקורונה] נבע לא רק מעמימותו של דין הסיכול ומאיהבהירות לגבי עצם תחולתו או לגבי תוצאותיו בפועל. חוסר הוודאות נבע גם מכך שבתי המשפט יכולים להשתמש במגוון רב של ערוצים משפטיים, לבד מדין הסיכול, במטרה להתחשב בקשיים המתעוררים במהלך חיי החוזה. בין אלה ניתן למנות את פירוש החוזה, חובת תום הלב [ראה על כך אנגלרד, לעיל, ליד ציון הערה 16], ההסדר בדבר תנאי מתלה ומפסיק, סייגים לתרופת האכיפה וסמכותו של בית המשפט להתנות את אכיפת החוזה בתנאים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות העניין [סעיף 3(4) וסעיף 4 לחוק החוזים (תרופות)]. כוחו של בית המשפט להשתמש במערכת מגוונת של נורמות, שחלקן אף מושתתות על מושגי שסתום מופשטים, מעצים את שיקול דעתו של בית המשפט ומרחיב את קשת התוצאות המשפטיות הניתנות להשגה במצבים עובדתיים שונים. דבר זה בוודאי גרם לתסכול בקרב מי שחפץ בוודאות ובביטחון משפטיים".

ובהמשך דבריו (שם, עמ' 25-26), הוא מוסיף בעניין פסיקות בתי המשפט בתקופת הקורונה: "יש בסיס לסברה שבעוד שבתחילת המשבר התאפיינו הפסיקות בפורמליזם, בעמידה קפדנית על דקדוקי הדוקטרינה ועל הרעיון של 'חוזים יש לקיים', בהימנעות מהכרה במגפת הקורונה כמצדיקה הכרה בטענת סיכול ובהדגשת מקומו של רעיון האחריות החוזית המוחלטת, הרי בחלוף זמן חל פיחות ניכר בביטוייה של תפיסה נוקשה זו. תחתיה באה תפיסה גמישה המדגישה את הממד הערכי של המשפט ומתאפיינת במאמץ להתאים את החיובים החוזיים לנסיבות או למתן את תוצאת הפרתם ולהסיט את הדיון אל עבר עקרון תום הלב ופירוש חוזים, תוך קידום ערכים של הוגנות ושיתוף פעולה בין הצדדים".

²⁸ שלו וצמח (לעיל, הערה 6), עמ' 772-775. הקשר מרכזי נוסף שבו הם דנים בשאלת חלוקת הסיכונים בין הצדדים לחוזה, הוא דין הטעות לרבות טעות בכדאיות העסקה, ראה שם, עמ' 339-343.

²⁹ שם, עמ' 775-776.

³⁰ וראה מור (לעיל, הערה 5), בעמ' 560-561.

³¹ נעיר, שמגמת הרחבה זו נכנסה כבר לחקיקה הישראלית בשנת 2011, אמנם בהקשר נקודתי, עם תיקון מס' 5 לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973. במסגרת התיקון הוסף סעיף 5א הקובע חובת תשלום פיצויים ללא הוכחת נזק בגין איחור במסירת דירה על ידי קבלן (יש לציין שהוראות חוק מכר דירות קוגנטיות ולא ניתן להתנות עליהן, ראה סעיף 7 לחוק), אבל סעיף 5א(ג) סייג חובה זו וקבע: "הצדדים לחוזה המכר רשאים להסכים כי הסעיפים הקטנים האמורים

בדברינו להלן נבקש לברר, מי נושא בסיכון לסיכולו של חוזה לפי המשפט העברי. נקדים ונאמר, שלפי דרכו של המשפט העברי, אין הוא דן בעניין זה במופשט, אלא בזיקה למקרים ממשיים, בעיקר בנוגע לחוזי שכירות למיניהם (שכירות פועלים³² ושכירות נכסים³³), שהם חוזים ארוכי טווח המועדים לסיכול עקב השתנות הנסיבות³⁴, וכן חוזי הבטחת תשלומי מזונות, הבטחת נישואין, וכיוצא באלה.

בדיונונו להלן, נבחין בין שני אופני הסיכול שבחוק, השונים במהותם. נפתח בשינוי נסיבות ההופך את קיום החוזה לבלתי אפשרי (המוגדר בכותרת סעיף 18 כ"אונס"). כאן נבחין בין קיום שהפך לבלתי אפשרי מחמת שינוי נסיבות שאירע לחייב (כגון שאבד הנכס שהוא הסכם המכר ואין אפשרות לקיים את העסקה, או פועל שחלה ואינו מסוגל לעבוד), ובין קיום שהפך לבלתי אפשרי מחמת שינוי נסיבות שאירע לנושה (כגון ששכר בלדר להובלת סחורה מסוימת ואבדה הסחורה לפני מסירתה לבלדר, או ששכר מלמד ללמד את בנו ומת הבן). במקרה הראשון, באונס שאירע לחייב, התרופה היחידה הבאה בחשבון, מלבד ביטול החוזה, היא תשלום פיצויים³⁵. במקרה השני, באונס שאירע לנושה, עולה גם שאלת אכיפת התשלום, לנוכח נכונותו של החייב למלא את חלקו בהסכם.

לאחר מכן, נדון בשינוי נסיבות שאינו הופך את קיום החוזה לבלתי אפשרי, אלא ל"שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים" (המוגדר בכותרת סעיף 18 כ"סיכול"), כגון שעקב שינוי בפעולות חומרי הגלם הפך חוזה קבלנות ללא כדאי עבור הקבלן, או שעקב שינויים במצבו של

[בעניין הפיצויים הקבועים בחוק] לא יחולו על איחור במסירה שנגרם כתוצאה מנסיבות שאין בשליטת המוכר ושהסיכון להתרחשותן ולתוצאותיהן אינו מוטל עליו". ובכך, כאמור, נכנס לחוק (בהקשר לחוזי מכר דירות) מבחן הסיכון. אולם, בשל טענות שהקבלנים עושים שימוש לרעה בסעיף זה בהחתימים את הקונים על תניות פטור מרחיבות (אף שתניות אלה כפופות להכרעה שיפוטית) סייג זה בוטל בשנת 2022 עם תיקון מס' 9 לחוק, המפנה את בית המשפט לסעיף הסיכול הקיים. וזהו כיום נוסחו של ס"ק (ג): "הוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב) [בעניין הפיצויים הקבועים בחוק] לא יחולו אם מתקיים לגבי האיחור במסירת הדירה אחד מאלה: [...] (2) הוא תוצאה מנסיבות כאמור בסעיף 18(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ומתקיימים לגביו שאר התנאים הקבועים באותו סעיף". בכך הוחזר מבחן הצפיות הנוקשה על כנו, עם ההבדל המשמעותי שבמסגרת חוק מכר דירות הצדדים אף אינם יכולים להתנות עליו, שכן, כאמור, הוראות החוק קוגנטיות, בשונה מהוראות סעיף 18(א) שהן דיספוזיטיביות וניתן עקרונית להתנות עליהן, ראה שג' וצמח (לעיל, הערה 6), עמ' 787-789 (לעניין התניה על הוראות סעיף 18(ב), ראה להלן, הערה 796).

³² חומר רב אסף בעניין זה שילם ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, תל-אביב תשכ"ט, עמ' 721-779, אך דרכנו להלן שונה מדרכו. וראה גם אורי סדן, דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה, הוצאת מכון כתר (כרך י), ירושלים תשע"ה, עמ' 297-310, ועמ' 373-378.

³³ על סיכול חוזה שכירות נכסים, ראה בהרחבה מיכאל ויגודה, חוק לישראל, שכירות ושאלה, ירושלים תשנ"ח, עמ' 279-354 (להלן: ויגודה, שכירות).

³⁴ מעניין כאן לצטט מדברי דויטש (לעיל, הערה 7), בעמ' 15, בהקשר למשפט הישראלי: "ראויה לכאן המודעות לעובדה, כי גמישותם של מבחני הסיכול גוררת תוצאה, לפיה מצוי היבט קזואיסטי חריף בפיתוחו של הדין".

³⁵ לכאורה אפשרות נוספת היא ביצוע בקירוב של החוזה, המתחייבת מדרשת תום הלב בקיום חוזה. ראה מדינה (לעיל, הערה 6), בעמ' 419 ובעמ' 462-466. אולם דומה שאין כאן תרופת אכיפה, אלא צמצום הגדרת הפרת החוזה בשל דרישת תום הלב. על ביצוע בקירוב בהצעת חוק דיני ממונות, ראה דיונונו להלן, ליד ציון הערה 771.

המזמין, אין לו עוד תועלת בקיום החוזה או שאין לו עוד עניין בו (סיכול המטרה). גם בכגון זה, עולה שאלת האכיפה.

בהמשך דברינו נדון בתרופת **ביטול החוזה** בעקבות סיכולו. נבחן תרופה זו לעומת הפתרון של **פקיעת החוזה**, כפי המוצע בהצעת חוק דיני ממונות. עוד נשאל, אם נכון לאפשר ביטול החוזה, גם כאשר עומדת חלופה של **קיומו בקירוב**, או כאשר הסיכול הוא **זמני** בלבד.

ככלל, כפי שנקבע בחוק, אין לפטור את החייב מחיובו, אם יכול היה למנוע את הנסיבות שהביאו לסיכול, אולם שאלת השאלה, מה מידת המאמץ שנדרש מן החייב? בהקשר זה נבחן: האם נדרש החייב להשקיע כספים לסילוק האונס? ומה דינו של חייב שיכול היה לקיים את חיובו, לולי דחה את קיום החיוב לרגע האחרון?

עוד ניתן את הדעת לשאלות הנוגעות למועד הסיכול: האם החייב יכול ליהנות מפטור, אם הסיכול אירע לאחר שכבר הפר את החוזה? ומה הדין כשהנסיבות שהביאו לסיכול, התקיימו כבר בטרם נכרת החוזה. כאן תעלה שאלת היחס בין סיכול ובין טעות.

ולבסוף נדון בחיובי ההשבה והשיפוי בעקבות סיכול החוזה, המוסדרים בסעיף 18(ב) לחוק.

2. אונס - "קיום החוזה... אינו אפשרי"

א. פטור מפיצויים

(1) פיצויים על פי דין (חוזה עבודה כמשל - ביצוע העבודה אינו אפשרי בשל אונס העובד)

חיוב בתשלום פיצויים בגין הפרת חוזה מצאנו במשנה³⁶ בהפרת חוזה עבודה: "השוכר... פועלן להעלות פשתנו מן המשרה וכל דבר שאבד וחזרו בהן, מקום שאין שם אדם [אחר לעשות את העבודה באותם תנאים] **שוכר עליהן או מטען**. השוכר את האומנין וחזרו בהן **ידן על התחתונה**"³⁷. התלמוד מביא ברייתא³⁸ המסייגת את החיוב כאשר מחמת שינוי נסיבות נמנע מן הפועל להשלים את עבודתו:

³⁶ משנה, בבא מציעא ו, א-ב (עה ע"ב).

³⁷ אין כאן המקום להאריך ולפרט את תרופות המעביד כנגד עובד המפר את חוזה העבודה. לעניין זה ולעניין פיצויים בגין הפרת חוזה בכלל, ראה בהרחבה חוק לישראל, **תרופות בשל הפרת חוזה**, סעיף 10. כאן נציין רק, שתורפות אלו מוגבלות יחסית ומתמצות בעיקר במימון עלות שכרו של פועל חלופי שימנע הפסד מן המעסיק ("שוכר עליהם"). הפועל חייב במימון שכר זה אף אם הוא גבוה בהרבה משווי השוק, אם כי הוא מוגבל עד לתקרה של כפל שכרו של הפועל (ואם הפועל הותיר משכון בידו של המעסיק - "שבאתה חבילה לידו" [בבא מציעא ע"א] - עד גובה המשכון). כך הדין כאשר ביצוע העבודה אינו סובל דיחוי - מה שהמשנה מכנה "דבר האבד" (להגדרת מושג זה ראה להלן, הערה 49). אם השלמת ביצוע העבודה סובל דיחוי, והעסקת פועל חלופי להשלמת המלאכה יקרה יותר מן המוסכם, רשאי המעסיק, אם מדובר בעובד **קבלן, לקזז** עלות זו מן השכר המגיע לקבלן תמורת העבודה שביצע עד הפרת החוזה (זהו דין "ידו על התחתונה"). אבל לא כן **בפועל שכיר**, שזכאי לתשלום יחסי מלא תמורת העבודה שביצע (על פי הכלל "פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום" [בבא מציעא ע"א]). כך פסק האמורא רב להלכה, בניגוד לדעת חכמים

השוכר את הפועל, ולחצי היום שמע [הפועל] שמת לו מת או שאחזתו חמה, אם שכיר הוא
- **נותן לו שכרו**³⁹, אם קבלן הוא, **נותן לו קבלנותו**.

הברייטא דנה הן במניעה פיזית-עובדתית, "אחזתו חמה" (הפועל מנוע מלעבוד משום שחלה בקדחת⁴⁰), והן במניעה חוקית, "מת לו מת" (הפועל מנוע מלעבוד בשל דיני אבלות האוסרים על עבודה ב'שבועה'⁴¹). בשני המצבים נקבע, שמאחר שהפועל הפסיק את עבודתו מאונס, אין לדון אותו כמפר חוזה מרצון, ואין להטיל עליו אפוא את החיובים המוטלים בדרך כלל על פועל המפר

לפיהם גם קבלן שחזר בו "ידו על העליונה". אשר לדעת רבי דוסא, תחילה סבר התלמוד שהוא נוקט עמדה קיצונית הפוכה לפיה בין קבלן בין פועל "ידים על התחונה". אבל למסקנת הסוגיה, דעתו דעת רב להבחין בין השניים. אשר לתרופות בגין **מניעת רווח**, העניין שנוי במחלוקת, ואף שאלת הפיצוי בגין **הפסד** אינה נקיה מספקות. על התרופות בגין הפרת חוזה עבודה, ראה בהרחבה: ורהפטיג (לעיל, הערה 32), עמ' 688-717; איתמר ורהפטיג, **ההתחייבות**, ירושלים תשס"א, עמ' 245-264; מ' ויגודה וח' צפרי, חוק לישראל, **שליחות**, ירושלים תשע"ד, עמ' 498-490; חוק לישראל, **תרופות בשל הפרת חוזה**, סעיף 10, פרק שישי. וראה להלן, ליד ציון הערה 71.

³⁸ בבא מציעא עז ע"א-ע"ב.

³⁹ אין הכוונה לשכר מלא אלא לשכר יחסי בהתאם לעבודה החלקית שבוצעה. ראה להלן, ליד ציון הערה 66.

⁴⁰ מן הראוי להעיר, שלא רק מחלה של הפועל עצמו משמשת עילת פטור אלא גם מחלה של קרוב משפחתו של הפועל, שעליו לטפל בו. ראה דיוננו להלן, ליד ציון הערה 350.

⁴¹ ראה שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שפ, סעיף טז. כך מפרש את הברייטא רבינו יחונתן מלוניל על הרי"ף, בבא מציעא מז ע"א (לפי דפי הרי"ף): "ולחצי היום שמע שמת לו מת **והוא אסור בעשיית מלאכה**". וכך מפרשים גם: שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן ריט, ד"ה ואעיקרא דדינא (והוזר על כך בספרו כנסת הגדולה, חו"מ, סימן שלג, הגהות טור, אות יז); חסדי דוד, בבא מציעא ז, ב (מצוטט להלן, הערה 353); פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק יא, הערה מד; מנחת צבי (שפיץ) חלק ב, סימן א, אות סה, ד"ה ואמנם. וכן ראה שו"ת אבן שתיה (דון יחיאל), אבן העזר, סימן צג, ד"ה לפי"ז (ק"ח ע"ד) (אם כי ב"דבר האבד" הוא מצמצם את האיסור לעבוד רק עד הקבורה). אבל השווה חלקת בנימין (כהן), הלכות שכירות פועלים, סימן שלג, סעיף ה, ביאורים, ד"ה או ששמע (עמ' קיא), לדעתו מניעת האבל לעבוד אינה הלכתית (הוא מפנה לרמ"א, יורה דעה, סימן שפ, סעיף ה, שב"דבר האבד" מותר לאבל לעבוד) אלא עובדתית, שאינו מסוגל נפשית לעבוד בשל האבל שפוקד אותו ("אלא מחמת שהוא טרוד במעשה או במחשבה, ודרך העולם שלא לעשות מלאכה במצב זה"). וראה להלן, הערה 356 (בסופה). וראה עוד חוק לישראל, **תרופות בשל הפרת חוזה**, סעיף 3, פרק שלישי, ג.

כעין זה, ראה כתובות ב ע"א, בעניין פטור חתן ממזונות ארוסתו, כשבעל כורחו אינו מכניסה לחופה במועד המיועד (שנה לאחר הקידושין), שהפטור אמור בין שהמניעה היא בשל מחלה ובין שהיא בשל תקנת חכמים שתקנו שחופה תיערך ביום ד' בשבוע דווקא. אמנם, לכאורה חיוב המזונות שמדובר בו שם, אינו חיוב חוזי אלא חיוב על פי דין, אולם ראה מאירי, בית הבחירה, שם ע"ב, ד"ה ולעניין ביאור דמיון (וראה להלן, הערה 454), וראה משנת יעקב (רוזנטל), נשים ב, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה ט, אות ג, ד"ה אך לא מצאתי. וראה להלן, הערה 115 והערה 164.

[נעיר שהתלמוד שם מביא שיטה בשם "איכא דבעי לה מיבעיא", לפיה ספק אם הפטור אמור גם במניעה בשל מחלה או רק **במניעה משפטית** (בשל תקנת חכמים). להגינה של שיטה תמוהה זו, ראה מו"ר הרב משה בוצ'קו, הגיוני משה על הש"ס, כרך א, ירושלים תשס"ו, כתובות ב ע"א (עמ' צח)].

סעיף 130 להצעת חוק דיני ממונות מבהיר אף הוא, שסיכול עשוי להתרחש בין כתוצאה מנסיבה עובדתית בין כתוצאה מנסיבה משפטית. וראה שְׁלו וצמח (לעיל, הערה 6), עמ' 778, לדעתם קטגוריה זו כלולה כבר בחוק הקיים על פי הגיונו, אבל השווה ידן (לעיל, הערה 4), עמ' 157, לדעתו ראוי לפרש את החוק על דרך הצמצום ולא לכלול בו מניעה חוקית.

את חוזה העבודה וגורם הפסד למעסיקו. פטור זה הוסבר בדרכים שונות על ידי הראשונים בהתאם להבנתם השונה את יסוד החיוב של הפועל המפר את חוזה העבודה שלא מתוך אונס:

(א) רש"י⁴² מסביר: "הואיל ואונס הוא - אין לקנסו ולעשות ידו על התחתונה, ונותן לו חצי דמי שכרו". מלשוננו של רש"י עולה שהפטור בנסיבות אלו הוא מכוח הדין. קביעה זו נכונה הן אם יסוד חיובו של פועל החוזר בו מהסכם העבודה הוא קנס שקנסו אותו חכמים, בגין הנזק שגרם למעסיקו בהפרת חיובו (כפי שעולה לכאורה מלשוננו), ולא נכון אפוא להטיל עליו קנס כאשר כוח עליון מונע ממנו לקיים או להשלים את חיובו⁴³; והן אם יסוד החיוב הוא מכוח הדין (ולא מכוח קנס)⁴⁴, שהלא כלל הוא - "אונס רחמנא פטריה"⁴⁵.

(ב) הריטב"א⁴⁶ מציע הסבר אחר, ולפיו אם חזרו בהם הפועלים מחמת אונס, "פטורין, דאונסא לא קבילו עלייהו [=אונס לא קיבלו עליהם]. והטעם בתשלומין אלו [בחזרת פועל שלא מחמת אונס],

⁴² רש"י, בבא מציעא עז ע"ב, ד"ה נותן לו שכרו. כדברי רש"י ראה: אור זרוע, בבא מציעא, סימן רמ, ד"ה אמר רב הלכה; נימוקי יוסף, בבא מציעא מז ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה נותן לו שכרו.

⁴³ אמנם דברי רש"י אמורים על דין "ידו על התחתונה" (ראה לעיל, הערה 37) בשלב ה"הוה אמינא" של הסוגיה, שבו הניח התלמוד שדין זה חל גם על שכיר ולא רק על קבלן (כשיטת רבי דוסא), אבל יש להניח שהם נכונים גם לגבי דין "דבר האבד" (שכפי מסקנת הסוגיה חל אכן על שניהם, בשונה מדין "ידו על התחתונה" שחל רק על קבלן, ראה לעיל, הערה 37). כך עולה לכאורה גם מנתיבות המשפט, סימן שלג, ס"ק ג, הנוקט אף הוא (כחלופה ראשונה) שמקור החיוב ב"דבר האבד" הוא בתקנת חכמים: "תדע דתקנת חכמים היא, דהא ודאי במוכר סחורה ולא קנו מידו (וחוזר בו הלוקח), אף שהפסיד הסוחר על ידי זה אפילו הכי פטור, וכאן חייב, אלא ודאי דתקנת חכמים היא בפועל". ויש להניח שהדברים נכונים לדעת רש"י גם ביחס לקבלן. ואכן, ראה מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סימן ד, שהטעים שהמזמין אינו "קונה" את הקבלן, ויסוד חיובו של הקבלן הוא רק קנס, שאין ראוי להטילו במקרי אונס. אבל השווה להלן, הערה 44.

⁴⁴ כפי שעולה מן העובדה שבמשנה (בבא מציעא עה ע"ב), בעניין "דבר האבד", לא הזכיר רש"י קנס כיסוד החיוב. זאת ועוד, את יסוד הקנס העלה רש"י רק בשלב ה"הוה אמינא" של הסוגיה (שם עז ע"ב) בו הניחה הגמרא שהברייתא (שצוטטה לעיל, הערה 38, בעניין פועל שהפסיק את עבודתו "בחצי היום") עוסקת בדין "ידו על התחתונה" וקבעה שהפועל פטור מכך רק אם נאנס. אבל הגמרא דוחה הנחה זו ומפרשת שהברייתא עוסקת באחריותם הן של פועל והן של קבלן ב"דבר האבד", שאין סיבה להניח שיסודה בקנס ולא בדין, שהלא ב"דבר האבד" אסור אפילו לפועל לחזור בו תוך גרימת נזק ישיר למעסיקו. ומשכך, למסקנת הסוגיה, אפילו לגבי קבלן, שחל עליו דין "ידו על התחתונה" (אף כשאין מדובר ב"דבר האבד"), אפשר שיסוד חיובו כשהפר את החוזה הוא בדין ולא בקנס, שכן בשונה מפועל אינו רשאי לחזור בו בחצי היום, אפילו כשאינו גורם נזק ישיר למזמין. ולא כ'מחנה אפרים', לעיל, הערה 43. לניתוח מהלך הסוגיה ראה עוד תורת האומנין (חידושי תורה מכולל ישיבת מיר), ירושלים תשע"ה, עמ' עב-עג.

⁴⁵ ראה שו"ת אבן שתיה (דון יחיאל), אבן העזר, סימן צג, ד"ה לפי"ז (קח ע"ד). וראה להלן, הערה 573. על הכלל "אונס רחמנא פטריה" כיסוד לפטור מן הדין, נרחיב להלן, ליד ציון הערה 78.

⁴⁶ חידושי הריטב"א, בבא מציעא עה ע"ב, ד"ה להביא. נציין שדברי הריטב"א שאנו מביאים כאן לא נאמרו כפירוש לדין הברייתא שציטטנו לעיל, ליד ציון הערה 38 ("השוכר את הפועל, ולחצי היום שמע שמת לו מת או שאחזתו חמה..."), אלא כפירוש לדין המשנה, שכבר ציטטנו לעיל, ליד ציון הערה 37: "שכר... פועלין להעלות פשתנו מן המשרה, וכל דבר שאבד, וחזרו בהן - מקום שאין שם אדם, שוכר עליהן או מטען". אבל נימוק הפטור שהוא מעלה בזיקה למשנה נכון גם בזיקה לברייתא, כפי שנטעים להלן, הערה 49.

הוא ממה שאמרנו למעלה⁴⁷, דכל שהבטיח לחברו וסמך חברו עליו, ואלמלא הבטחתו, לא היה בא לו שום הפסד, חייב לשלם לו **אם פשע בדבר**. בשונה מרש"י, אין הריטב"א מבסס את החיוב בהפרת חוזה העבודה על הדין (קנס או חיוב מעיקר הדין), אלא על מעין חוזה - "דין ערב", שלפיו מאחר שהמעסיק סמך על הבטחת הפועל לעבוד, זכאי הוא בפיצויים על נזקיו במקרה של הפרה⁴⁸.
⁴⁹ עם זאת, ההנחה היא (תנאי מכללא), שהפועל לא התחייב שלא לחזור בו מהסכם העבודה **אם**

⁴⁷ ראה חידושי הריטב"א, שם עג ע"ב, ד"ה האי מאן: "וזה ענין שכירות פועלין דפרקין דלקמן, שחייבין לשלם לבעל הבית מה שמפסיד כשחזרו בהן, או שבעל הבית חייב לשלם להם מה שמפסידים [כשהוא חוזר בו], **דכיון שסמכו זה על זה, נתחייבו זה לזה במה שיפסידו על פיו, וזה דין גדול**". והוא הנקרא "חיוב מדין ערב". וכאן מוסיף ומדגיש הריטב"א שההתחייבות אינה כוללת חזרה מאונס. וראה: נתיבות המשפט, סימן שלג, ס"ק ג (חלופה שניה); שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן פו, ס"ק ב; שם, סימן פז, ס"ק יז. על "חיוב מדין ערב" ראה: ברוך כהנא, חוק ישראל, **ערבות**, ירושלים תשנ"ב, עמ' 78-89; איתמר ורהפטיג, **ההתחייבות**, ירושלים תשס"א, עמ' 429 ואילך.

⁴⁸ אפשר שכך נוקט כבר חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עו ע"ב, ד"ה והוי יודע: "**דסמכא דעתייהו מעיקרא**, ואין כאן דרך [אולי צ"ל: צרך] לקניין". רמב"ן מטעים, שלשם הטלת חובת פיצויים בגין הפרת התחייבות שהצד השני סמך עליה, אין צורך בקניין. ולא ברור, מה יסוד החיוב (אם לא "דין ערב" שהציע הריטב"א)? ואולם אפשר שיסודו בתקנת חכמים (ראה נתיבות המשפט, לעיל, הערה 43), או אפשר שחיוב זה הוא מכלל ה"דברים הנקנים באמירה" (ראה: מלא הרועים, ערך שכירות פועלים, אות ז; אבן ישפה (טאובר), שכירות פועלים, בני-ברק תשע"ב, סימן יא, אות א).

⁴⁹ הן לפי הריטב"א הן לפי רש"י מדובר בפיצויי הסתמכות, היינו פיצויים בגין **הנזק שגרם** הפועל למעסיק, שסמך שיעמוד בהתחייבותו ועל כן לא העסיק פועל אחר לביצוע המלאכה. בהתאם לכך, ריטב"א מטעים (ורש"י מסכים לכך, ראה מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סימן ז, ד"ה איברא) שהפועל פטור אם הנזק היה נגרם למעסיק גם אילו קיבל על עצמו לבצע את העבודה. כך הוא לדוגמה, אם קיבל על עצמו להעלות פשתן מן המשרה בשעה שהפשתן כבר היה נתון במשרה ועומד להתקלקל ופועלים אחרים לא היו **בנמצא לעשות את העבודה**. בכגון זה, גם אילו הסכים הפועל לעבוד, הפשתן היה הולך לאיבוד, ועל כן הוא פטור משום שלא הפרת התחייבותו יצרה את הנזק. במילים אחרות, על פי גישתם, הפועל נושא באחריות לא בגין הפרת החוזה כשלעצמה (שלו קיים היה ההפסד נמנע), אלא בגין הנזק **שיצר** בהפרתו. יש לציין שחיוב זה מוטל על העובד בלא קשר למעשה קניין לכריתת הסכם העבודה ואף לפני שהחל בעבודה (ראה איתמר ורהפטיג, **ההתחייבות**, ירושלים תשס"א, עמ' 251). אבל השווה תלמידי הרשב"א בשם הרמב"ן (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן שלג, ס"ק, ד"ה ומ"ש): "בדבר האבד חייבים פועלים אפילו לא היה בעל הבית מוצא פועלים אחרים מתחילה משום דאין אדם רואה ממונו אבד ושותק ומסתמא טרח בתר פועלים, ואי טרח ומטפי להו אאגריהו קצת ודאי משכח [=ואילו היה טורח ומוסיף להם על שכרם קצת ודאי היה מוצא (פועלים אחרים)].

[נציין שגיישה אחרת נוקט מהרי"ח (מורנו הרב יחזקיה ממגדבורג), המובא בהגהות אשרי, בבא מציעא, פרק ו, סימן ב. לדעתו, הפועל מתחייב ב"דבר האבד" אף כשפועלים אחרים לא היו בנמצא ולא הוא יצר אפוא את הנזק. לבירור שיטתו, ראה להלן, נספח ג, עמ' פפפ].

לדעת פנס שלמה (פינס), הלכות שכירות, פרק ט, הלכה ד, אם החל הפועל בעבודה, נראה שמוטלת עליו אחריות אף אם לא הייתה למעסיק אופציה להעסיק פועל אחר, משום שאז מקבל הסכם העבודה תוקף משפטי ואינו מוגבל לפיצוי על יצירת הנזק (פיצויי הסתמכות), אלא די באי-מניעתו (פיצויי קיום) – (וצריך עיון אם אז הפיצוי אינו מוגבל לכפל שכרו של הפועל או ל"באת חבילה לידו"). לדעתו, כך ניתן ללמוד בהיקש מהפרת חוזה עבודה על ידי המעסיק, שם מטעים הרמב"ן (להלן, הערה 134), שאחריות חוזית מוטלת עליו עם תחילת העבודה לשלם לפועל את שכרו, **אף אם לא הייתה לפועל הצעת עבודה אחרת** (ראה להלן, ליד ציון הערה 137. נעיר שאין מקום להיקש זה לפי 'חזון איש', להלן, הערה 137, שלדעתו יסוד חיוב המעסיק הוא משום שהפועל נחשב כמי שביצע את העבודה, שכן יסוד זה אינו קיים בחזרת פועל). לפי זה, בברייטא שצוטטה לעיל (ליד ציון הערה 38), בעניין פועל שחלה באמצע יום העבודה, מאחר שמדובר בפועל שכבר החל בעבודתו, יסוד חיובו, לולי האונס, הוא גם התוקף החוזי של הסכם העבודה ולא רק "דין ערב". ואף שאינו "דבר האבד" ממש, שהלא דחיית השלמת העבודה אינה גורמת הפסד למעסיק, הוא "מעין דבר האבד", שאין אדם רוצה שתהא מלאכתו מותחלת אף על פי שהוא יכול להמתין" (חידושי הריטב"א, שם עו ע"ב, ד"ה

יארע לו אונס ("אונס לא קבילו עליהו"). נמצא שחזרה מאונס אינה הפרה כלל, ועל כן אינה מזכה את המעסיק בפיצוי.

הסבריהם השונים של רש"י והריטב"א מדגימים יפה את שני דרכי ההתמודדות עם מצבי סיכול, בהם חוש הצדק דורש לפטור את החייב מחיובו⁵⁰. על פי דרכו של רש"י, אונס הוא עילה לפטור את החייב מתשלום פיצויים בגין הפרת החוזה, וזאת בשל העדר אשמה מצדו, לשון אחר מדובר **בפטור מן הדין**. ואילו על פי דרכו של הריטב"א, **תנאי מכללא** הוא, שמלכתחילה לא כלל החוזה מצב של אונס, ולא הייתה אפוא הפרה כלל. על שתי דרכים אלו עוד נחזור ונידרש רבות בהמשך דיוננו⁵¹.

העולה ממה שראינו עד כה הוא, שבין לפי רש"י ובין לפי הריטב"א, המעסיק הוא שיישא בהפסד הנובע מהפסקת העבודה על ידי הפועל באונס⁵². אם רצה המעסיק להבטיח לעצמו פיצוי בכגון זה, עליו היה להתנות על כך מראש.

זאת ועוד, כפי שנראה, דומה שהפטור של הפועל אמור לא רק באונס כמו מחלה, שאינו אונס שכיח⁵³, אלא **אפילו באונס שכיח**⁵⁴, אף שהאונס היה צפוי וניתן היה להתנות עליו. כך ניתן להסיק בהיקש מדין אונס המעסיק, שנדון בו להלן⁵⁵, שם נראה שמעסיק שנמנע מלספק עבודה

בד"א בשלא). עם זאת, נראה שיסוד הפטור שהעלה הריטב"א (תנאי מכללא) נכון גם בשלב חוזי זה. וראה להלן, הערה 62. ואולם גישת פנס שלמה צריכה עיון, שכן לפי דבריו לא ברור מדוע נזקק הרמב"ן לנימוק "דאין אדם רואה ממונו אבד ושותק..."? (כפי שהובאו דבריו ב'בית יוסף', לעיל). מנימוק זה עולה לכאורה, בניגוד לגישת פנס שלמה, שלפי הרמב"ן, גם בדבר האבד אין על הפועל חיוב חוזי כי אם רק חיוב נזיקי (בשל הכלל "פועל יכול לחזור בו בחצי היום", ראה להלן, הערה 136). או שמא, הצדק עם פנס שלמה, והרמב"ן נזקק לנימוק זה רק ביחס לפועל שטרם החל בעבודה, אבל משהחל בעבודה חל עליו חיוב חוזי.

⁵⁰ על שני דרכים אלה במשפט הישראלי ראה: אייל זמיר, **חוק חוזה קבלנות**, ירושלים תשנ"ה, עמ' 416-421, ומעמ' 429 ואילך; מדינה (לעיל, הערה 6), עמ' 412-413. וראה גם: לעיל, הערה 13 והערה 15, ולהלן, הערה 463. וראה גם שְׁלֹ וצמח (לעיל, הערה 6), עמ' 761.

⁵¹ ראה להלן, פרק 3.ג, עמ' פפפ, ופרק 3.ד, עמ' פפפ. וראה הרב יוסף דב סולובייצ'יק, רשימות שיעורים, בבא מציעא עז ע"ב, ד"ה רש"י ד"ה נותן לו שכרו.

⁵² להלן, ליד ציון הערה 860, נראה שבעיקרון המעסיק אינו זכאי אפילו לפיצויים על הנזקים שנגרמו לו או על ההוצאות שהוציא לשם קיום החוזה (פיצויי הסתמכות). ואין צריך לומר שאינו זכאי לפיצויים בגין הפגיעה באינטרס הציפייה (פיצויי קיום).

⁵³ רמב"ן, נדרים ט ע"ב (בדפי הרי"ף), מגדיר מחלה כאונס "שכיח ואינו שכיח". וראה גם **פד"ר** ב, עמ' 313 [=מנחת אברהם (שפירא), חלק א, סימן לה]. על שלוש דרגות האונס – שכיח, שכיח ואינו שכיח, לא שכיח כלל – ראה דיוננו להלן, ליד ציון הערה 94 ואילך, ובייחוד הערה 101.

⁵⁴ אין צריך לומר שאין הדברים אמורים אם היה סיפק ביד הפועל למנוע את האונס, כגון שהפועל מאחר לעבודה בגלל פקקים בדרך. מאחר שהפקקים היו צפויים, עליו היה להקדים לצאת מביתו כדי להגיע בזמן לעבודה.

⁵⁵ להלן, ליד ציון הערה 143. על הבסיס השווה בין דין חזרת הפועל ב"דבר האבד" ובין דין חזרת בעל הבית, ראה: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עז ע"ב, ד"ה והא דקתני; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שלג, סעיף ב (וראה גם ריטב"א, לעיל, הערה 47).

לפועל באונס, פטור מתשלום שכרו **אף באונס שכיח**.⁵⁶ ההסבר לכך הוא, שמאחר שהפועל יכול היה גם הוא לצפות את האונס והוא תובע להוציא ממון מן המעסיק, עליו היה להתנות שיקבל שכר אף אם יקרה אונס למעסיק, ואם לא התנה - הפסיד.⁵⁷ במקביל לכך ניתן להקיש לענייננו; כאשר נאנס הפועל והמעסיק יכול היה לצפות את האונס באותה מידה כמו הפועל, יזכה המעסיק בפיצוי רק אם התנה על כך מראש, ואם לא עשה כן - הפסיד. אמנם, אם הפועל לבדו היה מודע לאונס העלול לבא והסתיר אותו מן המעסיק, מוצדק לחייבו (בין לפי רש"י ובין לפי הריטב"א), שכן הסתרה זו פושעת, ודינה כהפרת חוזה העבודה מרצון.⁵⁸ נמצא לפי זה שבשונה מהחוק, ככל שהדברים אמורים בפיצויים על פי דין (חיוב הפועל ב"דבר האבד"), העובדה שניתן היה לצפות את האונס אינה שוללת את הפטור, כל אימת שהתובע יכול היה לצפותו באותה מידה.⁵⁹

אשר לשיטת הריטב"א⁶⁰, יש להעיר כי הוא מסייג את דבריו כשמביא את דעת מורי: "ודעת מורי הרב [הרא"ה]... שאם נתחייבו פועלים בקנין, הרי המלאכה מוטלת עליהן, ואפילו אם נאנסו חייבין להשלימה, על ידן או על ידי אחרים, או לשלם מה שהפסיד בעל הבית, והוא הדין כשקבלו כבר כל שכרן".⁶¹ לדעת הרא"ה, מעשה קניין⁶², או הקדמת השכר, הופכים את ההסכם

⁵⁶ ראה להלן, ליד ציון הערה 150. לגישה אחרת ראה, הערה 150.

⁵⁷ השווה לעיל, הערה 4, שם הערנו שלפי החוק הישראלי ידיעת המפר די בה לשלול ממנו את טענת הסיכול, אף כשהצד השני היה מודע גם הוא לאפשרות קרות האירוע המסכל. זאת בשונה מן המשפט האנגלי שמתלבט בכך.

⁵⁸ וכפי שנטעים להלן, ליד ציון הערה 146, בעניין אונס המעסיק. השווה עולת איש (שרבאני), ענייני שכירות, ירושלים תשע"ג, עמ' שמט, הערה יט.

אמנם, לכאורה לא כך משתמע מדברי המאירי: "אם נאנס [הפועל], כגון שחלה או שמת לו מת וכיוצא באלו אין כאן אלא תרעומת, ואף תרעומת אין כאן אלא אם כן היה לו להעלות על לב חליו ומיתת קרובו" (בית הבחירה, בבא מציעא עו ע"ב, ד"ה כל שאמרו). ייתכן שלפי המאירי קל דין הפיצויים המוטלים על הפועל (שיסודם בקנס) מדין האכיפה המוטל על המעסיק. עם זאת, אפשר שהמאירי יודה, שאם הפועל היה מודע למניעה האפשרית והעלים אותה במכוון מן המעסיק (ולא רק שיכול היה לצפות אותה), יוכל המעסיק לתבוע ממנו פיצוי.

⁵⁹ להלן, פרק 2.א(2), עמ' פפ, נראה שלא כך הדין בפיצויים מוסכמים.

⁶⁰ לעיל, הערה 46. ועוד ראה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא ע"א, ד"ה ורבינו נ"ר [=שיטה מקובצת שם, ד"ה ורבינו], בשם הרמב"ן; שו"ת הריטב"א, סימן קיז. וראה להלן, הערה 169. וראה איתמר ורהפטיג, **ההתחייבות**, ירושלים תשס"א, עמ' 285-291, דיון נרחב בדברי הריטב"א. וראה גם הרב שלום מרדכי הלוי סגל, "בענין מכת מדינה ושאלות שעלו בתקופת הקורונה", **בית אהרן וישראל** רט (תש"פ), עמ' לו-קטו, בעמ' נז-נט (להלן: הרב סגל, "בענין מכת מדינה") [גרסה מקוצרת של מאמר זה פורסמה בספר **הביאני חדריו – הלכות מגפת הקורונה**, ירושלים תש"פ, עמ' ת-תכז]. וכן הנספח למאמרו של הרב סגל, "פסקי דין בענין החזר מקדמות ששולמו עבור אירועים באולמות לאחר שבוטלו בתקופת הקורונה", **בית אהרן וישראל** רי (תש"פ), עמ' לג, בעמ' מד-מח (להלן: הרב סגל, "החזר מקדמות").

⁶¹ נראה שהריטב"א עצמו מזדהה עם הדברים, שכן הוא חוזר עליהם (בהקשר למעסיק שנאנס), כפי שנראה להלן, הערה 169.

⁶² לעיל, הערה 49, הבאנו את דעת הרב פינס, לפיה די בתחילת העבודה, שכמוהו כמעשה קניין, להעצים את חיובו של הפועל כלפי המעסיק ולחייבו, אף כשלמעסיק לא הייתה אפשרות להעסיק פועל אחר. אולם, לעניין החמרת אחריותו של הפועל אף באונס, שדן בה הריטב"א כאן, נדרש מעשה קניין ממש, ולא די בתחילת העבודה, כפי שמעיר רבי עקיבא איגר בהקשר לאונס המעסיק, להלן, הערה 171, כשהוא מכנה תחילת עבודה כ"קצת קניין" בלבד, להבדיל מקניין ממש. וראה שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), בבא מציעא ע"ב, אות שלה. ועוד ראה משפטי החושן, שכירות פועלים, ירושלים תשע"א, עמ' קה, ציונים אות קלב, שלעניין זה חתימה על חוזה כמוהו כמעשה קניין.

מהתחייבות לעבוד גרידא, ל"שעבוד נכסים להשלמת המלאכה" - כלשון 'חזון איש'⁶³. בכגון זה, אפילו אונס המונע ממנו לעבוד, לא ישחרר אותו משעבודו⁶⁴.

לסיום פרק זה נדגיש, שהגם שבעיקרון פועל המפסיק את עבודתו באמצע תקופת העסקתו בשל אונס פטור מתשלום פיצויים, עם זאת, ודאי אין לראותו כמי שקיים את חיובו במלואו, אף שנמנע מכך בעל כורחו⁶⁵, וברור אפוא שהמעסיק חייב לשלם לו רק שכרו היחסי בהתאם לעבודה שבוצעה בפועל⁶⁶ ("חצי דמי שכרו", כלשון רש"י⁶⁷ בעניין פועל שהפסיק את עבודתו בחצי היום באונס),

⁶³ חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק כט. וראה גם: מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סימן ב; חידושי רבנו מאיר שמחה, בבא מציעא עו"א, אות ז. לפי ר' מאיר שמחה, רוב הפוסקים דוחים שיטה זו, אבל לא כן דעתו של 'מחנה אפרים'. לדעת 'חזון איש', החולקים על הריטב"א חלקו עליו רק בסתם ולא אם אמר במפורש שהוא משעבד את נכסיו להשלמת המלאכה (וכך הטעים הריטב"א בעצמו בתשובתו, לעיל, הערה 60). וראה עוד: הערת המהדיר (בהוצאת מוסד הרב קוק), חידושי הריטב"א, בבא מציעא עה"ב, הערה 15; אוצר מפרשי התלמוד, בבא מציעא עה"ב, ע"א, עמ' תרכג-תרכז. וראה מנחת אשר (וייס), ויקרא, סימן סא, אות ג. וכן שו"ת מנחת אשר, חלק א, סימן קיב.

⁶⁴ אמנם יש מקום לדון בשאלה, האם דברי הריטב"א אמורים גם ב"אונס שאינו שכיח כלל" (על שלוש דרגות האונס, ראה לעיל, הערה 53)? להלן, ליד ציון הערה 601, נראה שאפילו כאשר אדם נוטל על עצמו אחריות גם במקרי אונס **במפורש**, נקבע (מכוח פרשנות) שאין לכלול בהתחייבותו אירועים **בלתי שכיחים לגמרי**. ואכן ראה עולת איש (שרבאני), ענייני שכירות, ירושלים תשע"ג, עמ' שנט, שמקיש מכך שהוא הדין בענייננו, לאמור: גם לשיטת רבו של הריטב"א, אין לפרש את התחייבות הפועל ככזו המשעבדת נכסיו להשלמת המלאכה אפילו במקרי קיצון שלא עלו על דעתו. ברם, היקש זה אינו נקי מספקות, שכן אפשר לטעון שיש להבחין בין אירוע חריג הגורם לכך שמילוי ההתחייבות הופך לבלתי סביר ועל כן אינו כלול בהתחייבות (כפי הנדון שם, התייקרות קיצונית בשינוע הסחורה), לבין אירוע חריג הגורם להתחייבות סבירה (כפי הנדון בענייננו, העמדת פועלים חלופיים תחתיו), שאין הוכחה שאינה כלולה בהתחייבות.

⁶⁵ לשאלת ביטול החוזה על ידי הצד השני בשל הפרה כפויה זו, ראה להלן, ליד ציון הערה 787.

⁶⁶ כך דעת רוב הפוסקים. אמנם ראוי לציין שיש פוסקים הנוקטים שהפועל זכאי לשכר מלא, כפי שנראה להלן, הערה 233.

להלן, ליד ציון הערה 138, נציג את השאלה אם הוא הדין גם כאשר מניעת המשך העבודה היא מחמת אונס **המעסיק**, ונראה שהעניין שנוי במחלוקת.

נעיר שהעדר זכותו של הפועל לקבל שכר תמורת עבודה שלא ביצע בשל אונס, אמורה גם כאשר האונס אירע בנסיבות של "**מכת מדינה**" (על "מכת מדינה", ראה להלן, פרק 2.ד, עמ' פפפ). ראה שו"ת מהרש"ג (גרינפלד), חלק ג, סימן קכב, ד"ה ומה שטען (בעניין פטור מתשלום שכרו של שוחט שגויס לצבא). אמנם, להלן, ליד ציון הערה 325, נעמוד על שיטתו הייחודית של מהר"ם מרוטנבורג, לפיה במכת מדינה הפועל זכאי לשכר, אבל נראה שהוא נוקט כך רק במכת מדינה המונעת מן **המעסיק** לספק לו עבודה, ולא במכת מדינה המונעת מן **הפועל** לעבוד. ראה להלן, הערה 337 (אם כי השווה שם, שו"ת אבני שיש, שלדעתו, המבוססת על שיטת מהר"ם מרוטנבורג, פועל שנאנס במכת מדינה - זכאי לשכר). על תשובת מהרש"ג ראה מה שהעיר הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), הערה 77.

⁶⁷ לעיל, הערה 42. וכך נפסק בעקבות רש"י בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס לבוב, סימן יז (הדעה השנייה, בשם ר' יחזקאל). וראה גם ראב"ן (מהדורת דבליצקי), סימן תנח: "אם חלה הסופר או המלמד, פסידא דידהו הוא ומנכה להו". וכך פסק רמ"א, חו"מ, סימן שלג, סעיף ה (ולא שכר מלא, כפי שסבר תחילה מהר"ם מרוטנבורג, להלן, הערה 233). כך עולה כבר מן התוספתא, בבא מציעא (ליברמן) ז, ח, כפי שנפסקה ברמב"ם, הלכות שכירות, פרק ט, הלכה ה: "השוכר את הפועל ונאחז לעבודת המלך, לא יאמר לו הריני לפניך [ותן לי שכר מלא], **אלא נותן לו שכר מה שעשה**". ונפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שלו, סעיף ד. לשאלת גרסת התוספתא ופירושה, ראה תוספתא כפשוטה, בבא מציעא, עמ' 253, הפירוש לשורות 45-46. וראה להלן, הערה 238.

ראיה לכך שהכוונה לתשלום שכר חלקי ולא שכר מלא, מביאים התוספות, קידושין יז ע"א, ד"ה חלה שלוש. התלמוד (בבא מציעא עז ע"א) מקשה על רב שפסק ש"פועל יכול לחזור בו בחצי היום", מכוח ברייתא זו לפיה רק כאשר הפועל

לכל היותר⁶⁸. ואף אם קיבל הפועל תשלום מראש, עליו להשיב את החלק היחסי של העבודה שטרם בוצעה⁶⁹.

(2) פיצויים מוסכמים

(א) כללי

עד כה העלנו⁷⁰ שבעיקרון אונס הוא עילת פטור מתשלום פיצויים שמכוח הדין ("דבר האבד" בדיני פועלים), אף אם הפרת החוזה הייתה תוצאה **מאונס שכיח**, ובלבד שהצד השני, הנפגע, יכול היה

הפסיק את עבודתו מאונס זכאי הוא לקבל את שכרו. מעירים התוספות: אילו כוונת הברייתא הייתה שכשהפועל חלה מגיע לו שכר מלא, לא היה מקום להקשות על רב, שכן הוא היה יכול להסביר, שרק בחזרה מאונס מקבל הפועל **שכר מלא**, ועל כך דברה הברייתא, ואילו כשקבע הוא שהפועל יכול לחזור בו מרצון, התכוון לומר שהוא יכול לעשות כן בלא להפסיד את **שכרו היחסי** בלבד. אלא ברור שהתלמוד הניח שאף באונס אין הפועל מקבל אלא את **שכרו היחסי**, ומכאן לתמיהה על רב כיצד קבע שפועל רשאי לחזור בו **מיוזמתו** מהסכם העבודה בלא להפסיד משכרו היחסי בעוד שלפי הברייתא כך הדין רק אם חזר בו **מאונס** (כתירוץ לכך באה בהמשך הסוגיה ההבחנה בין "דבר האבד" לבין "דבר שאינו אבד"). וראה חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק יא, המגדיר ראייה זו כ"ראיה מכרעת". וראה להלן, הערה 243.

נציין, שאם המעסיק צפה מראש את אפשרות המניעה של הפועל והעלים אותה ממנו, הוא יחוייב בתשלום מלוא שכרו. ראה להלן, הערה 148.

חוק דמי מחלה, התשל"ו-1976, מחייב את המעסיק לשלם לעובד את שכרו בתקופת מחלתו עד גבול המוגדר בחוק (18 יום בשנה הניתנים לצבירה עד 90 יום לכל היותר). זהו חוק סוציאלי שאף שאינו מעוגן במשפט העברי, כפי שאנו רואים כאן, יש לו תוקף מכוח "דינא דמלכותא", מכוח "תקנת הקהל" או מכוח המנהג. והשווה תשב"ץ (להלן, הערה 233).

⁶⁸ בדינונו להלן על סעיף 18(ב), ליד ציון הערה 801, נראה שלפי חלק מן הפוסקים תנאי לכך הוא שהעבודה החלקית שעשה הועילה למעסיק.

⁶⁹ ראה: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ג; תרומת הדשן, שו"ת, סימן שכט (בסופו); שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיא, סעיף ב. אמנם השווה להלן, ליד ציון הערה 241, שיטת מהר"ם מרוטנבורג (שנזכרת על ידי הרמ"א, חו"מ, סימן שלג, סעיף ה, בשם יש אומרים), לפיה אם קיבל הפועל תשלום מראש, אינו חייב בהשבה. אבל ראה להלן, הערה 243, שרוב הפוסקים דוחים את גישתו.

להלן, הערה 162, נראה שלא כן הוא כאשר מניעת העבודה היא מחמת אונס של **המעסיק**, שם תשלום מראש עשוי להועיל לפועל אף לדעת הרואים בעיקרון באונס המעסיק עילה לפוטרו מחיובו כלפי הפועל. על דין התשלום מראש בחוזה שסוכל נדון ביתר הרחבה להלן, פרק 7.ב(1), עמ' פפפ.

עוד נעיר, שאם מת הפועל ויורשיו מבקשים להשלים את עבודת אביהם, הדין עמם ואינם חייבים להחזיר את יתרת השכר ששולם מראש. ראה נתיבות המשפט, סימן שכט, ס"ק א. אבל יש להניח שהדברים אמורים רק בעבודה שאינה דורשת מיומנות או יחסי אימון מיוחדים.

[שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, חו"מ, סימן מו (הובא בדברי גאונים, כלל פב, סימן יח), דן באישה שבקשה בצוואתה שפלוגי יאמר עליה קדיש וינתן לו בתמורה סך מסוים, ופלוגי מת אחרי כמה ימים. הוא פוסק שירשי פלוגי אינם זכאים לקבל תמורה מעבר למה שעשה מורישם. כך נוקט גם שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ג, סימן קנב (הובא בדברי גאונים, כלל סה, סימן כד), אבל הוא מסייג, שאם ניתנה התמורה לפלוגי **מראש**, יורשיו אינם חייבים בהשבה, משום שאין בכוח אומדנה להוציא ממון אלא רק להחזיק (כשיטת מהר"ש יונה להלן, הערה 574, אות ג). פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק יא, הערה נג, תמה מדוע לא דנו פוסקים אלה בעניין זה על פי דיני שכירות פועלים? התשובה לכך היא כנראה, שלדעתם אין כאן שכירות פועל אלא צוואה על תנאי (או שיוור בצוואה, ראה שו"ת רבנו חיים כהן (רפפורט), חו"מ, סימן טז, ד"ה ולפענ"ד, מובא במשפט שלום, סימן רז, סעיף א. ראה חוק לישראל, **תרופות בשל הפרת חוזה**, סעיף 7, הערה 89). והשווה אורחות המשפטים, חלק ב, כלל לה, ס"ק ג].

⁷⁰ ראה לעיל, ליד ציון הערה 54.

גם הוא לצפות את האונס. מאחר שגם הנפגע יכול היה לצפות את האונס, הרי כיון שהוא מבקש להוציא ממון מן הצד השני, עליו היה להתנות שגם בכגון זה הוא יהיה זכאי לפיצויים, ומשלא עשה כן – הפסיד. כעת נראה שהדין שונה בפיצויים מוסכמים.

מן הראוי להזכיר, שאף **בהפרה רצונית** של חוזה עבודה מצד הפועל, היקף הפיצויים מוגבל ל"דבר האבד", ולפי חלק מן הפוסקים, מושג זה אינו כולל מניעת רווח ואף לא הפסד⁷¹. מצב משפטי זה, המצביע על "חולשת" החיוב החוזי במשפט העברי בכלל⁷², ובחוזה העבודה בפרט⁷³, הביא כבר בתקופת המשנה⁷⁴, וביתר שאת במרוצת הדורות⁷⁵, לחיזוק החוזה על ידי **התחייבות לפיצויים מוסכמים מראש** והיה והחוזה לא יקויים (וגם על ידי נדר ושבועה, כפי שנראה בהמשך דברינו). ואכן, כאשר צד לחוזה נוטל על עצמו **התחייבות מפורשת לשלם פיצויים** אם לא יקיים את החוזה (קנס מוסכם), כי אז עשוי המפר להתחייב בלא קשר ל"דבר האבד" דווקא⁷⁶.

⁷¹ ראה לעיל, הערה 37.

⁷² על "חולשת" החוזה במשפט העברי, ראה: א' גולאק, **החיוב ושעבודיו**, ירושלים תרצ"ט, פרק ראשון; איתמר ורהפטיג, **ההתחייבות**, ירושלים תשס"א, עמ' 297, ועמ' 446; הרב דוד בס, "חוזים על פי דיני התורה", **כתר** א (תשנ"ו), עמ' 17, בעמ' 36-59. אמנם ראה נחום רקובר, **סודו של המשפט העברי**, ירושלים תשע"ט, עמ' 681 (וראה מה שהביא משו"ת אהל משה (הורוביץ), חלק ב, סימן קלח). אבל השווה ברכיהו ליפשיץ: "מדוע אין המשפט העברי אוסף קיומה של הבטחה", **משפטים** כה (תשנ"ה), עמ' 179-161; "מהותה של ההבטחה במשפט העברי", **ספר גבריאלה שלו** – **עיונים בתורת החוזה**, ירושלים 2021, עמ' 221-248 (וראה גם מאמרו להלן, הערה 117). לא למותר לציין שהמונח "חוזה" כמעט שאינו קיים במשמעותו המודרנית במקורות הקלסיים של המשפט העברי, ראה בנימין פורת, "תוס' לב: עיון מושגי השוואתי", **משפטים** מה (תשע"ו), עמ' 603, בעמ' 606, הערה 15. בעניין זה ראה עוד חוק לישראל, **תרופות בשל הפרת חוזה**, סעיף 1, הערה 49.

⁷³ ראה ורהפטיג (לעיל, הערה 32), עמ' 131.

⁷⁴ משנה, בבא מציעא ט, ג: "המקבל שדה מחבירו והובירה, שמין אותה כמה ראויה לעשות ונותן לו, **שכך כותב לו אם אוביר ולא אעביר, אשלם במיטבא** [=אם אעשנה בורה ולא אעבוד, אשלם (כפי מה שהייתה ראויה לעשות אם הייתה חרושה וזרועה) כראוי]".

⁷⁵ ראה לדוגמה: שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן פז, ד"ה ואם: "ואם רצו שלא לחזור בו אחד מהם אין להם תקנה אלא בחיוב ובקנין גמור, כגון שיכתבו **שכל החוזר בו יתחייב לחברו בכך וכך**". והשווה שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן ריא, שם מדגיש הרשב"א, שבשל בעיית "אסמכתא", תנאי לתוקף הקנס הוא שנעשה **בקניין מעכשיו**. ראה להלן, הערה 76. וכן כתב שו"ת חתם סופר, אבן העזר, סימן קה, בעניין הבטחת נישואין (שידוכים): "והאמת שאי אפשר לשום קנין שיחול על אדם שיתחייב לישא אשה פלונית ומשום הכי הצריכו קדמונינו לתקן חרמות וקנסות בתנאים של שדוכים משום שאין שום קנין וחיוב חל על נישואי אשה". אבל ראה שו"ת מהר"י ווייל (להלן, הערה 788).

⁷⁶ ראה לדוגמה, להלן, הערה 114, הערה 373.

עם זאת, יש לציין שהתחייבות זו לתשלום 'קנס' תקפה רק אם אין בה פגם "אסמכתא", היינו, לפי חלק מן הפוסקים, רק אם הקנס הוגן ובגובה סביר, כלומר שהוא הולם את **הנזק או את מניעת הרווחים הצפויים**, ובוודאי כשכך נהוג בין הבריות. ראה: תוספות, בבא מציעא סו ע"א, ד"ה ומניומי (יומיהו קנס שעושים בשעת שידוכין מהני אפילו לא קנו בבית דין חשוב, כיון שנוהגין בו כל העולם מידי דהוי אסיטומתא [=מנהג הסוחרים]... דקניא. ועוד דבדין הוא להתחייב כל החוזר בו כיון שמבייש את חברו. וכן אם קבל עליו המלמד בשעה שהשכירוהו קנס אם יחזור בו, ולא נמצא מלמד אחר מזומן, אין זה אסמכתא דלא חשיב גזום [=התחייבות מוגזמת] כיון שמפסידו והוי כמו 'אם אוביר ולא אעביר אשלם במיטבא' (בבא מציעא קד ע"א), דלאו אסמכתא היא"; ראו"ש, נדרים, פרק ג, סימן י ("וערבות של שידוכין לקנוס החוזר בו אף על גב דגזים לא הוי אסמכתא, דלית כאן מלתא יתירתא כי כדאי הוא שיתחייב החוזר בו הקנס שהתנו ביניהם לדמי בשת שבייש את חברו, והוי כמו אם אוביר ולא אעביר אשלם במיטבא"); בית יוסף, חו"מ, סוף סימן שלד; ש"ך, חו"מ, סימן שלג, ס"ק מט; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שלג, סעיף לב; הרב יא"ה

בתת-פרק זה נראה שאמנם גם בכגון זה המפר פטור מן הקנס המוסכם אם הייתה ההפרה **כתוצאה מאונס**, אולם בשונה ממה שראינו לעיל בעניין פיצויים **על פי דין**, כאן **אינו פטור באונס שכיח**; מאחר שאין מדובר בחיוב מן הדין אלא **בהתחייבות רצונית** לתשלום קנס, ההנחה היא שקיבל אחריות גם בגין אירועים שכיחים שעלו על דעת הצדדים או שהיו צריכים לעלות על דעתם, ואם רצה להיפטר גם בהם, עליו היה להתנות על כך מראש במפורש⁷⁷.

לפני שנבסס את ההבחנה בין אונס שכיח ובין אונס שאינו שכיח, נעמוד תחילה על הכלל "אונס רחמנא פטריה" כיסוד לפטור מהתחייבות שהופרה באונס.

(ב) הכלל "אונס רחמנא פטריה" כיסוד פטור

התלמוד⁷⁸ דן במי שהסכים לוותר על שטרותיו אם לא יבוא עד יום פלוני לבית הדין ("מתפיס זכויותיו"), ולא הגיע לבית הדין בשל אונס:

הרצוג, פסקים וכתבים, כרך ט, שו"ת חו"מ, סימן נט, אות ב ("שפיצויים הקיימים על פי דינא דמלכותא אינם בגדר אסמכתא", ועוד: "הרי אין לך עסק שיש לו איזו חשיבות שהיא, שאיננו נעשה בחוזה ושאינו בו סעיף המחייב פיצויים, ובכגון זה דעתי נוטה דלית דינא דאסמכתא, שאם כן ביטלת את כל העסקים והקבלנויות"); אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל, חלק א, ירושלים תשמ"ה, עמ' פו, בעמ' פט ("נוסף לכך סבור בית הדין כי סעיף בחוזה המחייב פצויים במקרה של אי-קיום החוזה אין בו משום דינא דאסמכתא כלל, שאם לא כן ביטלת את כל העסקים והקבלנויות. יש לראות סעיף מעין זה כאילו מפורש בו 'שלא כאסמכתא'. וכאילו מפורש שנעשה בבית דין חשוב ועדיף מסיטומתא". וראה להלן, הערה 580). והשווה רשב"א (לעיל, הערה 75), השולל תוקפו של קנס מוסכם בשל בעיית "אסמכתא", ואף אם נהגו בו העולם, אם לא נעשה בקניין **מעכשיו** (ראה סוף ההערה, וראה להלן, הערה 107). בעניין מנהג העולם כפתרון ל"אסמכתא", ראה הרב עובדיה יוסף טולידאנו, "פרטי דינים בחוזי מכר הנהוגים בזה"ז", **דרכי הוראה** ב (תשס"ה), עמ' רז, בעמ' ריז-ריח, ושם, הערה 5 (וראה עוד בספרו, משפט הקנין, כרך ג, ירושלים תש"פ, פרק ב, סעיף ז, עמ' שנו). וראה בהרחבה: בנציון שרשבסקי, "קנס ופיצויים עקב הפרת חוזים לפי דיני ישראל" (בר-אילן, תש"ד); **פד"ר** יד, עמ' 33, ועמ' 42-35; הרב אוריאל לביא, "התחייבות לפיצוי מופרז עקב הפרת הסכם", עטרת דבורה, ישראל תשס"ט, חלק ב, חו"מ, סימן מ [= **שורת הדין** ז (תשס"ב), עמ' קמב]; הרב אברהם דוב לוי, **פסקי דין – ירושלים, דיני ממונות** א (תשנ"ג), עמ' סא, אותיות ד-ה (עמ' סד-סה); רון ש' קליינמן, "תוקפם ההלכתי של חוזה בכתב, זיכרון דברים וסעיף פיצויים מוסכמים", **משפטי ארץ ד - חוזים ודיניהם** (תשע"ו) 117, בעמ' 126-131. על בעיית האסמכתא בחוזי שידוכין ראה עוד שמחה עמנואל, להלן, הערה 108, בעמ' 158-159. לסיגים שונים לדין אסמכתא (כגון בקניין מעכשיו ובקניין בפני בית דין חשוב), ראה **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך ב, ערך אסמכתא (קנין). וראה גם להלן, הערה 117, בעניין תיקון חכמי ספרד. וראה עוד בהרחבה חוק לישראל, **תרופות בשל הפרת חוזה**, סעיף 15, פרק שני ופרק שישי, ב.

הסקירה שלעיל תואמת את מושג ה"אסמכתא" כפי שהתקבע בעולמה של ההלכה. ברכיהו ליפשיץ, מוכיח מניתוח ביקורתי ומדוקדק של המקורות התלמודיים וספרות הגאונים, שלפנים הייתה למושג זה משמעות שונה לגמרי ולפיה אין תוקף משפטי להבטחה, באשר היא צופה פני עתיד. ואף שבתקופת המקרא הייתה להבטחה תוקף, הוא מנסה להתחקות אחרי הגורמים שהביאו לשינויי התפיסה. ראה בהרחבה ספרו **אסמכתא**, ירושלים תשמ"ח. ובתמצית ראה מאמרו, "מהותה של ההבטחה במשפט העברי", **ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה**, ירושלים 2021, עמ' 221, בעמ' 232-248.

⁷⁷ להבחנה בין חיוב מן הדין ובין חיוב מוסכם, ראה ברכי יוסף, להלן, הערה 552. אבל השווה דעת מהרש"ד, להלן, הערה 99.

⁷⁸ ראה נדרים כז ע"א – כז ע"ב.

ההוא גברא דאתפס זכוותא בבי דינא, ואמר: אי לא אתינא עד תלתין יומין ליבטלון הני זכוותאי, איתניס ולא אתא [=מעשה באדם שמסר שטרותיו בבית דין ואמר: אם לא אבוא עד שלושים יום יתבטלו זכויותי, ונאנס ולא בא]... אמר ליה רבא⁷⁹: אנוס הוא, ואנוס רחמנא פטריה, דכתיב: "ולנערה לא תעשה דבר" (דברים כב, כו)⁸⁰.

החלת הכלל "אנוס רחמנא פטריה", שמקורו בפטור מעונש בפלילים (פטור נערה מאורסה שנאנסה) על התחייבות חוזית אומרת דרשני. רבא עצמו מודע לקושי זה: "וכי תימא קטלא שאני

⁷⁹ רבא חולק בכך על רב הונא, שלדעתו אנוס אינו משמש עילת פטור. על מחלוקת זו ראה ראה ר"ן, נדרים כז ע"א, ד"ה וכי תימא קטלא שאני (מובא בשו"ת פני משה, חלק א, סימן סב, ראה להלן, נספח יב, ליד ציון הערה 1164).

⁸⁰ הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה יד, פוסק הלכה זו בזה הלשון: "הרי שהתפס שטרו או שוברו בבית דין, וקנו מידו שאם לא בא ביום פלוני ינתן שטר זה לבעל דינו, והגיע היום ולא בא, הרי אלו נותנים. ואם עכבו נהר או חולי מלבא, לא יתנו, וכן כל כיוצא בזה" (משום מה, בהלכות סנהדרין, פרק ז, הלכה י, הרמב"ם חוזר על הלכה זו, אם כי בסגנון אחר: "שאם לא יבא ביום פלוני וישבע ויטול, אבד את זכותו..."). על כפילות זו העירו רבים, ראה בין השאר: תומים, סימן כא, ד"ה איברא; חידושי חתם סופר, נדרים כז ע"ב, ד"ה אונסא דמיגליא שאני; שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן א, ד"ה ולפי הנלע"ד; אבן האזל, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה יג. וראה: ר"ן, נדרים כז ע"ב, ד"ה והוא דקנו מיניה; שו"ת הריב"ש, סימן שלה, ד"ה אבל לענין. הם מטעימים שאין כאן בעיית "אסמכתא" משום שמדובר בתנאי שנכפה על ידי בית הדין (ובתנאי שמדובר בבית דין חשוב, ראה סוף הערה 76).

בהתאם לזה, כך הדין גם בהסכם לחילוט משכון (הסכם לפיו המשכון יעבור לבעלות המלווה אם לא ייפרע החוב במועד). ראה חידושי הריטב"א, בבא מציעא סו ע"א, ד"ה והא דקתני: "והא דקתני 'להלווה על שדהו ואמר לו, אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי, הרי היא שלי' [משנה, בבא מציעא ה, ג], יש שפירשו שאם מת אחד מהם, שוב אינו יכול לקיים תנאו וזכה הלוקח בקרקע... וכך כתב רבינו מאיר הלוי ז"ל, ואין זה נכון... דהא קיימא לן דיש טענת אנוס בממון... הילכך כשמת אחד מהם ואינו יכול לקיים כלשון תנאו, אנוס הוא ופטור. וכן דעת רבותי". וראה גם בין השאר: נתיבות המשפט, סימן נה, ס"ק א; קצות החושן, סימן נה, ס"ק א. על כן יש לתמוה על מגן אברהם, אורח חיים, סימן קח, ס"ק יא, שאימץ לכאורה את גישת הרמ"ה וכתב: "לא מהני אנוס, מידי דהוה אהלווה על שדהו והתנה לפדותו תוך ג' שנים, וארעו אנוס ולא פדאו, שהוא חלוט לוי" (וכן יש לתמוה על משכנות הרועים (אלחייך), מערכת אות ה"א, סימן קב). וראה הגהת רבי עקיבא איגר על מגן אברהם, שם (מועתק בחידושי לפסחים לא ע"א, ד"ה וגם משי"כ), שאכן תמה על 'מגן אברהם' מדוע קבע שאנוס אינו מונע את החילוט, ודחה את דבריו. והשווה: דברי משפט (אוירבך), סימן נה, ד"ה והוא דכתב; פתח הבית (טיקטין), דין אסמכתא, סימן כב, ענף א, ד"ה ועוד נזכיר; משובב נתיבות, סימן נה, ס"ק א; שו"ת אבן שתיה (דון יחיא), חו"מ, סימן פא, ד"ה גם בלא הכי (צח ע"א). הם נדחקים ליישב את דברי 'מגן אברהם' תוך העמדתם, שלא כפשוטם לכאורה, בהסכם למכר חוזר ("מכר בהטבה", לפיו הקונה מתחייב לאפשר למוכר לרכוש בחזרה את הנכס, אם ישלם לו את ערכו עד מועד מוסכם), שם אכן לא מועילה למוכר טענת אנוס לרכוש בחזרה את הנכס (בדומה למה שנראה להלן, ליד ציון הערה 116, בעניין אנוס בהסכם שנעשה על דרך תיקון חכמי ספרד, וראה שם, הערה 118). נעיר, שכך מפרש רש"י את משנת "הלווה על שדהו" (בבא מציעא סו ע"ב, ד"ה ואיבעית אימא, מובא בקצות החושן, סימן עג, ס"ק יב, וראה מלבושי יום טוב (בסליינסקי), קונטרס משפטי התנאים, סימן ד, ד"ה ועתה נשובה, לדעתו כך נוקט גם הרמ"ה שהוזכר בדברי הריטב"א, לעיל). ואולי כך מפרש גם 'מגן אברהם', ואם כן סרה התמיהה על דבריו. והשווה מחצית השקל, אורח חיים, סימן קח, ס"ק יא, ד"ה והתנה לפדותו: "בנדון זה דהלווה על שדהו והתנה שאם לא יפדנה תוך ג' שנים תהיה של המלוה מעכשיו, אם כן כשהגיע הזמן ולא פדאה הרי הוא של המלוה למפרע, ועל ידי שארעו אנוס אתה רוצה לחייב המלוה להחזיר לו שדהו שקנה מצד הדין, זה לא אמרינן". הצעתו קרובה אמנם לפשט דברי 'מגן אברהם', אבל קשה לקבל אותה, שכן מאחר שהתנאי התקיים בשל אנוס הלווה, לא נכון לומר "הרי הוא של המלוה למפרע". וראה דוד ניסני, חוק לישראל, משכון ומשכנתא, ירושלים תשפ"ב, עמ' 295.

[=] ואם תאמר עונש מיתה שונה (ואין להסיק ממנו מסקנות לעניין אונס בדיני ממונות)⁸¹. ואולם לדעתו הבחנה זו בין דיני עונשין ובין תחומי הלכה ומשפט אחרים אינה נכונה. הוכחה לכך הוא מביא ממשנת "נדרי אונסין"⁸²:

והתנן, נדרי אונסין: הדירו חבירו שיאכל אצלו [כלומר, הדירו שייאסר עליו ליהנות ממנו אם לא יבוא לסעוד עמו], וחלה הוא [מודר ההנאה] או שחלה בנו, או שערכו נהר [ונמנע ממנו בעל כורחו להגיע לסעודה] - הרי אלו נדרי אונסין [ואיסור ההנאה לא חל עליו].

ומכאן שהכלל "אונס רחמנא פטריה" אינו ייחודי לדיני עונשין אלא הוא חל גם בתחומים אחרים כגון דיני נדרים⁸³. מהמשך הסוגיה עולה⁸⁴ שהכלל חל גם בגטין; בעל שעמד לנסוע למרחקים, נתן גט לאשתו בתנאי שלא יחזור עד למועד מסוים. הבעל ביקש לחזור לפני המועד האמור, אלא שאונס מנע זאת ממנו. גם כאן, בעיקרון, האונס מונע את תחולת הגט, ורש"י⁸⁵ מטעים שהיסוד לכך הוא הכלל "אונס רחמנא פטריה": "שמצינו טענת אונס מן התורה שנאמר 'ולנערה לא תעשה דבר'"⁸⁶.

ועדיין קמה וגם ניצבה השאלה, כיצד כלל שעניינו לכאורה בפטור מענישה פלילית, בכוחו למנוע תוצאה משפטית מותנית בדיני נדרים, בדיני גטין או בדיני חיובים?

אחרונים אחדים מסבירים שביסוד הכלל "אונס רחמנא פטריה" עומד עיקרון אוניברסלי ולפיו **אין להחיל על מי שפעל מתוך אונס את התוצאות המשפטיות של מעשהו**. כך הוא בדיני עונשין,

⁸¹ ראה חידושי הריטב"א, שם, ד"ה ההוא גברא: "דגבי נערה להצילה ממיתה יש טענת אונס, ולא לענינים אחרים". וכן המיוחס לרש"י, שם, ד"ה וכי תימא קטלא שאני: "דגבי קטלא חס רחמנא עלה כי אניסה, אבל בשאר אונסין דליכא חיוב קטלא לא מפטר משום אונס". והשווה להלן, הערה 90.

⁸² משנה, נדרים ג, ג. על משנה זו ראה דיונונו להלן, נספח ח, ליד ציון הערה 1061.

⁸³ כהבנה זו לפשר אי-תחולת הנדר, ראה להלן, ליד ציון הערה 353, וראה גם להלן, נספח ח, ליד ציון הערה 1089. להבנה אחרת במהלך הסוגיה ולפיה כוונת רבא בהבאת משנת "נדרי אונסין" היא להציע הסבר חלופי לפיו הפטור באונס מבוסס על **אומדנה**, ראה להלן, הערה 90, הערה 355 וליד ציון הערה 456.

⁸⁴ וכך עולה גם מכתובות ב ע"ב. וראה להלן, הערה 96.

⁸⁵ רש"י, כתובות ג ע"א, ד"ה דמדאורייתא. וראה עוד דברנו להלן, הערה 356.

⁸⁶ אמנם התלמוד בנדרים מביא ברייתא שקובעת לכאורה את ההפך: "הרי זה גיטך מעכשיו אם לא באתי מכאן עד י"ב חדש, ומת בתוך י"ב חדש - הרי זה גט", ומכוחה הוא מקשה על רבא: "אמאי? והא מינס איתניס!". אולם התלמוד משיב, שהברייתא עוסקת דווקא במניעה מחמת **מוות**, שם הבעל מעוניין בתחולת הגירושין על אף האונס, ובכגון זה מודה רבא שהגירושין בתוקפן ("דלמא שאני התם דאי הוה ידע דמית [=שימות]), מן לאלתר הוה גמר ויהיב גיטא"). כך הוא בוודאי כשהבעל המגרש לא הותיר אחריו ילדים, שיש להניח שנוח לו שהגט יהיה תקף כדי שאשתו לא תזדקק לייבום. וראה עוד להלן, ליד ציון הערה 96.

[נעיר, שמדברי רש"י בסוגייה המקבילה בכתובות ב ע"ב, ד"ה דלמא מת דוקא, עולה לכאורה שסייג זה אמור רק כשיש **וודאות** שזה היה רצונו. ובלשונו: "דכל עצמו שכתב לה גט מחמת כן כתב לה שאם ימות יהיה גט למפרע שלא תיזקק ליבם". אבל תמה עליו חידושי רבי עקיבא איגר, שם, ד"ה שם דלמא מת. הוא סבור שדי **בהשערה** שהבעל היה מעוניין בקיום הגט. לכן, לדעתו, הגט תקף אף אם יש לבעל בנים, מאחר שסביר להניח שלא רצה שאשתו תישאר עגונה].

ועל כן העובר עבירה שלא מרצונו החופשי, פטור מאחריות. כך הוא בדיני גטין, אם התנאי שהגט תלוי בקיומו מתקיים בעל כורחו של הבעל, הרי הוא **כמי שנתן את הגט בעל כורחו ולא מרצונו החופשי**, ועל כן בעיקרון אין תוקף לגט⁸⁷. וכך הוא גם, כפי שראינו, בדיני נדרים ("נדר אונסין") ובדיני חיובים ("מתפס זכויותיו"). המכנה המשותף לכולם הוא, שבאונס **הדין מונע את תחולת התוצאה המשפטית**⁸⁸. והוא הדין אפוא גם לענייננו: המפר חוזה מאונס פטור מן הקנס המוסכם.

מן הראוי להעיר, שפרשנות זו בסוגיית נדרים ובהבנת יסוד הפטור באונס אינן מוסכמות על הכל. ואכן, כפי שנראה בהרחבה להלן, יש המסבירים שהפטור באונס מבוסס על **אומדנה**⁸⁹ לפיה הוסכם מכללא בין הצדדים להחריג נסיבות אונס מן ההתחייבות. גישה זו בהבנת יסוד הפטור של

⁸⁷ למעשה נתקנה תקנה מיוחדת, ולפיה אונס אינו עילה לביטול הגט, אם כי באונס שאינו שכיח כלל חל עיקר הדין והגט בטל. ראה על כך, להלן, הערה 101 והערה 102.

⁸⁸ א. הסבר זה עולה מדברי הרא"ה בענין אי תחולת הגט בנסיבות אלו: "הרי הוא כאילו נאנס על עיקר המעשה למפרע" (הובא בשיטה מקובצת, כתובות ב ע"ב, ד"ה אבל הרא"ה ותלמידו), וכפי שביארו את דבריו אחרונים רבים, ראה: חידושי רבי שמואל (רוזובסקי), כתובות, סימן ב, אות ה ("ויכמו דאונס רחמנא פטריה מעונשים, כמו כן רחמנא אפקעיה מכל דינים וחלויות שלא יחולו עליו לאונסו... דגם זה גופא שלא אסיק אדעתיה בשעת המעשה שיהיה אחר כך אונס, זה עצמו חשוב דנאנס על המעשה, דהוא מצידו עשה פעולה כדי שיחול המעשה באם ירצה לקיים תנאו ונתחדש דבר המכריחו, שאף שרוצה לקיים תנאו, מכל מקום אין יכול, וחל המעשה בעל כורחו, וזה הוי אונס ואין חלות יכול לחול באונס"). וראה גם: שו"ת מצפה אריה (ברודא), סימן יא, ד"ה בדבר ("המעשה נתהוה על ידי אונס בלי רצונו וזה הוא חק התורה דלא מהני כלל"). על דבריו, ראה להלן, הערה 619; שערי ישר, שער ז, פרק טז, ד"ה אלא נראה; חידושי רבי שמעון יהודא הכהן (שקאפ), כתובות, סימן א, ד"ה ועתה נבוא. וראה בהרחבה, הרב אריאב עוזר, ראש ישיבת אתרי, בשיעורו על פרשת בחקתי, שסב (תשע"ד), "אונס ביום אחרון", אות ה, <https://tinyurl.com/ariav-ozar-362> ("דכשנאנס על קיום התנאי ירי הוא כאילו נאנס על עיקר המעשה למפרע" [לשון הרא"ה]... ומעשה זה [כגון הגירושין] הוא שאינו מתייחס לעושה (לא מעשה קיום התנאי כמו ההבנה הפשוטה [המוצעת להלן, אות ב]). הסבר זה מתיישב היטב עם סייג הרא"ה (להלן, הערה 607), לפיו אונס לא משמש עילת פטור אם הבעל התנה את הגט בגורם שאין לו עליו שליטה.

[לכאורה כעין זה נוקט גם המאירי, בית הבחירה, נדרים כז ע"ב, ד"ה זה: "כל שנתעב על ידי אונס אין תנאו כלום, כך הוא הדין בכל דבר שבממון. כלל גדול אמרו: אונס רחמנא פטריה מ'ולנערה לא תעשה דברי'". אבל להלן, סוף הערה 90, נראה שמכלל דבריו ברור שכוונה אחרת עמו].

להבנה אחרת בדברי הרא"ה, השווה: אבן האזל (להלן, הערה 93); קהלות יעקב, כתובות, סימן א, ס"ק א; מנחת אברהם, חלק ד, סימן יב, אות א, ד"ה והנה לכאורה.

ב. אחרים מסבירים אחרת את יסוד הכלל "אונס רחמנא פטריה", לדעתם **פעולה שנעשתה באונס אינה מתייחסת לעושה הפעולה**, וממילא מובן שאינו נחשב כמי שעשה את הפעולה האסורה או כמי שקיים את התנאי, ולא **שאין מחילים** עליו את תוצאות פעולתו, כגישת הרא"ה, לעיל, אות א. ראה: ספר העיקרים (איגר), ערך אונס רחמנא פטריה, ענב א (עמ' קמג בהוצאת מוסד הרב קוק) ("כי כל הנעשה באונס אינו חשוב מעשה"); ברכת שמואל, כתובות, סימן ג, בשם רבו הגר"ח סולוביצ'יק ("דמעשה אונס לא הוי כמו שעשה"); קובץ שיעורים (וסרמן), כתובות, אות ב ("דקיום תנאי באונס לא חשיב קיום, דנחשב כאילו נתקיים מאליו ולא על ידי האדם"). הרב וסרמן נסמך על דברי שו"ת חמדת שלמה, או"ח, סימן לח, שנאמרו בהקשר אחר; הגיוני משה (לעיל, הערה 41), עמ' קב. קשה להלוו גישה זו, שכן מהמשנה בנדרים עולה שאונס כולל לא רק מחלה של האדם עצמו אלא אף מחלת בנו, הגם שאונס זה אינו אונס גמור, ולא סביר להגדיר אדם זה כמי שהפעולה אינה מתייחסת אליו (כך מקשה הרב אריאב עוזר, שם. אין מקום לשאלה זו לפי הגישה הקודמת באות א, ראה להלן, ליד ציון הערה 734). לקושי נוסף בגישה זו, העולה מהמשך הסוגיה המבחינה בין אונס שכיח ובין אונס שאינו שכיח, ראה להלן, הערה 97.

⁸⁹ ראה להלן, ליד ציון הערה 450. על יסוד פטור זה וגדרו נעמוד בהרחבה להלן, פרק 3, עמ' פפפ.

אונס בחוזים (ובהתאמה גם ביטול הגט) שונה לגמרי מן הגישה שהרחבנו בה לעיל, שכן היא גורסת שהפטור אינו מיוסד על שחרור מאחריות **מכוח הדין**, אלא על **אומדנא דמוכח**, לפיה מלכתחילה החייב לא נטל על עצמו התחייבות והיה ואונס ימנע ממנו מלקיים את התחייבותו. לשון אחר, לא פטור מאחריות יש כאן, אלא קביעה שההתחייבות לא הופרה כלל⁹⁰.

בדומה לגישה זו, אחרים מסבירים שיסוד הפטור הוא משום שכך היא **פרשנותה** הסבירה של ההתחייבות⁹¹. גישה זו כקודמתה, נוקטת גם היא **שלא פטור מכוח הדין** יש כאן, אלא יסוד אי תחולת הגט המותנה, כשהתנאי התקיים באונס, נעוץ **בכלל פרשני**, ולפיו כאשר התנה הבעל את תוקף הגט באי חזרתו עד מועד מסוים, המשמעות היא שהגט ייכנס לתוקפו אם לא יחזור **מרצונו**⁹², אבל לא כן אם תימנע חזרתו מאונס (והוא הדין בנדר ובחווזה על תנאי)⁹³.

⁹⁰ א. נוקטי גישה זו מפרשים אחרת לגמרי את מהלך סוגיית נדרים. לדעתם, בעקבות הקושי "וכי תימא קטלא שאני", זונח התלמוד את הפטור כמיוסד על הכלל "אונס רחמנא פטריה" (משום שאכן פטור זה ייחודי לדיני עונשין), ובמקומו מציע התלמוד את משנת "נדרי אונסין" כמקור אחר לבסס עליו את הפטור, מקור המיוסד לדעתם על **אומדנא**. כך מסביר הר"ן, שם, ד"ה הרי אלו נדרי אונסין: "לפי **שלא עלה על דעתו** לאסור נכסיו על חבריו אם לא יאכל עמו, אלא כשיוכל לבא בלא אונס כלל ולא יבא, אבל כל שנאנס קצת, כגון שחלה בנו וצריך לשמרו, מותר, **דלאו אדעתא דהכי אדריה** [=לא על דעת כן הדירו]". והוא הדין, ממשיך הר"ן (שם, ד"ה וכי תימא), **בחיוב חוזה**, כגון בויתור על שטור חוב על תנאי: "הכא נמי גבי מתפס זכותיה, נימא **דלא עלה על דעתו דליבטל זכותיה כל היכא דלא מצי למיתי**". וכך נוקטים: רא"ש, נדרים כז ע"א (כפי שהעיר ספר העיקרים (איגר), ערך אונס רחמנא פטריה, ענב א; שו"ת הריב"ש (מובא להלן, ליד ציון הערה 476 ובהערה 375, בהסבר השלישי); שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן א. וראה להלן, ליד ציון הערה 453, וליד ציון הערה 458. כגישה זו עולה גם מתוך הפולמוס שבין רבי בצלאל אשכנזי ובין רבי חיים כפוס, להלן, הערה 462.

ב. גישה קרובה לגישת הר"ן, אך שונה ממנה **בפרשנות הסוגיה התלמודית**, נוקטים: תוספות, נדרים כז ע"א, ד"ה והא אונס; מאירי, בית הבחירה, כתובות ב ע"ב, ד"ה ולענין ביאור. לדעתם, מלכתחילה נתכוון רבא לפטור מכוח "אומדנא דמוכח", ולא הקיש מדיני עונשין ("ולנערה לא תעשה דבר"), אלא **כהשראה** לכך שבני אדם אינם מתכוונים לכולל בהתחייבותיהם מצב של אונס, וממילא אין אדם צריך להתנות על כך: "והכא נמי לא הוצרך להתנות עליו דדבר פשוט הוא" (תוספות); "שאומדין את דעתו שאינו אלא כל זמן שיוכל לעשות כן... הא בכל מקום אונס רחמנא פטריה מולנערה לא תעשה דבר" (מאירי). וראה גם: חידושי חתם סופר, נדרים שם, ד"ה ולנערה; חכמת שלמה (קלוגר), בהגהתו לשולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף ו (ראה להלן, הערה 501); שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן רמג ("ידלא רצה לחייב עצמו יותר מחיוב התורה"); אבן האזל, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה יג, ד"ה והנראה בזה (בהסבר השיטה המבססת את הפטור על אומדנא).

ג. על מחלוקת הרא"ה וראשונים אלו בהבנת יסוד הפטור באונס בדיני ממונות, ראה: קובץ שיעורים (וסרמן), כתובות, אות ג; הרב ברוך בער ליבוביץ, "בגדר פטור אונס", **אהל אברהם** (בעריכת הרב הלל מן), ירושלים תשס"א, עמ' תיח. וראה עוד הרב יועזר אריאל, "פיגורים בביצוע חוזים כתוצאה מה'סגר'", **תורת המשפט**, חלק א, קרית ארבע תשנ"ז, עמ' 27-55, בעמ' 28-31.

⁹¹ על יסוד פטור זה וגדרו נעמוד בהרחבה להלן, פרק 3. ד, עמ' פפפ.

⁹² להלן, הערה 97, נדון בקושי העולה - בגישה זו - מהמשך הסוגיה המבחינה בין אונס שכיח ובין אונס שאינו שכיח. ⁹³ להלן, הערה 556, נראה שכך נוקט שו"ת פני משה. וראה תשובת ר' אפרים זלמן מרגליות (בעל שו"ת בית אפרים) המובאת בשו"ת אגודת אזור (מרגליות), אבן העזר, סימן לד, אות י. וראה להלן, ליד ציון הערה 637. וראה עוד להלן, נספח ח, הערה 1094, שיש שביארו בדרך זו את דברי הר"ן והריב"ש שהובאו לעיל, הערה 90.

כעין זה נוקט גם אבן האזל, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה יג, ד"ה ונראה דהנה, בהבנת שיטת הרא"ה (לעיל, הערה 88, אות א), לאור הבחנת הרא"ה בין בעל התולה את הגט בפעולה או במחדל של עצמו ובין בעל התולה את הגט בפעולה או במחדל של אחרים (ראה להלן, הערה 607). וראה להלן, הערה 97.

בהמשך סוגיית התלמוד בעניין "מתפיס זכויותיו"⁹⁴, התלמוד מקשה על רבא מהלכה שקבע שמואל בעניין בעל שנתן גט לאשתו והתנה את תחולתו באי-הגעתו אליה עד למועד מסויים ועקב קשיי תעבורה נאנס ולא הגיע ("פסקיה מעברא" - המעבורת הייתה בצד השני של הנהר ועל כן הבעל לא הצליח להגיע במועד⁹⁵). על אף האונס, שמואל קובע שהגט תקף, ומכאן שאונס אינו עילה לביטול הגט וממילא גם אינו עילה לפטור מהתחייבות, ולא כפי שקבע רבא! התלמוד משיב שדברי רבא אמורים רק באונס שאינו שכיח, ואילו שמואל אמר את דברו באונס שכיח⁹⁶. ואכן, בעיית המעבורת הייתה צפויה, ואם רצה הבעל שהגט לא יכנס לתוקפו אם יקרה אונס כזה, בידו היה להחריגו, ומשלא עשה כן, אין לו להלין אלא על עצמו, ולכן פסק שמואל שהגט תקף⁹⁷. וכלשון

כשיטה זו לפיה פטור האונס מבוסס על פרשנות דברי הבעל, שכוונתו הייתה שהגט יכנס לתוקף רק אם לא יחזור **מרצונו**, ראה גם שו"ת מלבושי יום טוב (בסליינסקי), קונטרס משפטי התנאים, סימן א, ד"ה מ"מ. וראה להלן, הערה 750, מה שהסיק מכך לעניין אירוע שאירע מאונס ומרצון גם יחד.

⁹⁴ לעיל, ליד ציון הערה 78.

⁹⁵ ראה רש"י, כתובות ב ע"ב, ד"ה ופסקיה מברא.

⁹⁶ נציין שהבחנה זו בין אונס שכיח ובין אונס שאינו שכיח (גם היא בעניין גט על תנאי, אבל בהקשר אחר), עולה בכתובות ב ע"ב. התלמוד מביא את הלכת שמואל כדי להוכיח ממנה ש"יש אונס בגיטין": "דההוא דאמר להו אי לא אתינא מיכן ועד תלתין יומין ליהוי גיטא, אתא בסוף תלתין יומין ופסקיה מברא, אמר להו חזו דאתאי חזו דאתאי, אמר שמואל: לאו שמיא מתיא [=אין זה נקרא שהגיע (והגט תקף על אף האונס)]". אבל התלמוד דוחה את ההוכחה: "ודלמא אונסא דשכיח שאני, דכיון דאיבעי ליה לאתנויי ולא אתני, איהו דאפסיד אנפשיה", ועל כן אין להוכיח מכאן "שאין אונס בגיטין". וראה להלן, הערה 101.

⁹⁷ הבחנה זו בין אונס שכיח לאונס שאינו שכיח מובנת היטב לשיטת הרא"ה שנקטנו בפנים (לעיל, ליד ציון הערה הערה 88, ובהערה 88, אות א), לפיה יסוד ביטול הגט באונס הוא משום **שעל פי הדין אין להחיל תוצאות משפטיות על פעולה שנעשתה באונס**. אכן, אם הייתה לבעל בררה סבירה להתנות על כך מראש, אין סיבה לשחרר אותו מתוצאות פעולתו. וכפי שמסביר רבי שמעון שקאפ הנוקט בגישת הרא"ה (ראה לעיל, הערה 88, אות א): "וזה גם כן הטעם דבאונס דשכיח אמרינן איהו הוא דאפסיד אנפשיה, דבכהאי גוונא שהיה ביכולתו להתנות ולא התנה, אין האונס גרם ליה לחלות הדין, שהרי היה בידו להנצל". וכן הסביר גם רב שמואל רוזובסקי (לעיל, הערה 88, אות א): "דכיון דהוי אונס דשכיחא, אם כן הוי ליה לאסוקי אדעתיה בשעת המעשה שיתכן שיהא אחר כך דבר שיעכבו מלקיים התנאי, וכיון דהוי ליה לאסוקי אדעתיה, תו לא חשיב אונס על המעשה במה שאחר כך אין יכול לקיים התנאי, דאיהו דאפסיד אנפשיה במה שלא אסיק אדעתיה להתנות... דלא שייך להפקיע את מעשהו מחמת שנתקיים לאונסו, דכיון דהוי פושע לית ליה שם אונס".

הבחנה זו בין אונס שכיח לאונס שאינו שכיח מובנת גם למי שמבסס את הפטור על **אומדנא דמוכח** (לעיל, הערה 90), כפי שמסביר אבן האזל (לעיל, הערה 93), ד"ה והנראה בזה: "ולא עלה על דעתו להתחייב אלא באופן הרגיל", מה שכולל גם אונס שכיח (אם כי זה אינו עולה יפה עם לשון התלמוד לפיו אם לא התנה על אונס שכיח "איהו דאפסיד אנפשיה", שאם זה רצונו מדוע להגדיר זאת כהפסד). וראה דיונונו להלן, ליד ציון הערה 675.

קשה יותר להבין סייג זה למי שנוקט שפעולה שנעשתה באונס כמוה **כפעולה שלא נעשתה כלל** (לעיל, הערה 88, אות ב), שאף אם אונס שכיח הוא שמנע מן הבעל לחזור הביתה במועד, עדיין אין לראותו כמי שנתן את הגט, ומן הדין היה אפוא לבטל את הגירושין.

הסייג קשה גם למי שמבסס את הפטור על פרשנות החוזה (לעיל, ליד ציון הערה 92), וזאת משתי סיבות: (א) אם רצונו של הבעל לגרש את אשתו אם תימנע חזרתו מחמת אונס שכיח, מניין הביטחון שאינו רוצה לגרשה אם תימנע חזרתו מחמת אונס שאינו שכיח?! (ב) וקשה גם לשון התלמוד "איהו דאפסיד אנפשיה", שאם רצונו לגרשה אם תימנע חזרתו מחמת אונס שכיח, מדוע להגדיר אותו כמי שהפסיד?! ראה הגיוני משה (לעיל, הערה 41), עמ' ק. ואכן השווה אבן האזל (לעיל, הערה 93). לדעתו, מאחר שהבעל נחשב כמי שהתנה במפורש שהגט יחול רק אם לא יחזור **מרצונו**,

התלמוד: "דכיון דאיבעי ליה לאתנויי ולא אתני⁹⁸ - איהו דאפסיד אנפשיה [=כיון שהיה לו להתנות ולא התנה – הוא הפסיד את עצמו]⁹⁹".

הגט לא יחול אם נמנעה חזרתו מאונס, **לרבות אונס שכיח**; זאת בהתאם לשיטת רבנו חננאל (מובא בתוספות, כתובות ג ע"א, ד"ה איכא דאמרי), לפיה ההבחנה בין אונס שכיח ובין אונס שאינו שכיח היא הבחנה דחוקה ("שינויא דחיקא"), ולהלכה מסקנת סוגיית כתובות היא ש"אין אונס בגיטין" מכוח **תקנה** (ראה להלן, הערה 101) ולא מכוח **פרשנות**. לפי זה, ההבחנה בין אונס שכיח ובין אונס שאינו שכיח נדחית להלכה, ככל שמדובר ב**פרשנות החוזה**, ומכאן תשובה לקושי שהעלינו כנגד גישת הפרשנות. עם זאת 'אבן האזל' מדגיש, שגישה זו אינה חולקת על תוקף ההבחנה בין אונס שכיח ובין אונס שאינו שכיח, ככל שהדבר נוגע לפטור מכוח **אומדנה**, כפי שעולה לדעתו מסוגיית נדרים כז ע"ב (והשווה שו"ת מהרש"ך, להלן, הערה 99, לדעתו גם סוגיית נדרים דוחה למסקנה את ההבחנה בין אונס שכיח ובין אונס שאינו שכיח).

⁹⁸ נעיר כאן על שיטתו הייחודית של מחנה אפרים, הלכות שבועות, סימן יב, ד"ה והשתא. לדעתו, הטענה "היה לו להתנות", אמורה רק באונס שלא היה מקום לחייב לטעות ולחשוב שיוכל להתגבר עליו. אבל אונס שהיה מקום לחייב לטעות ולחשוב שיוכל להתגבר עליו, אין לבוא אליו בטענה מדוע לא התנה עליו מראש. לדעתו, זה פשר הפטור מן הנידוי מכוח טענת אונס שפסק הרשב"א (שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תשיג), בעניין מי שנטל על עצמו נידוי אם לא יפרע חוב עד מועד פלוני, ובאותו מועד לא השיגה ידו לפרוע את חובו. 'מחנה אפרים' מסביר, שאף שעניות היא דבר שכיח (ראה להלן, הערה 112), אין לחייבו בטענה שהיה לו להתנות, משום שחשב בתום לב שיעלה בידו לגייס את הכסף ועל כן לא התנה. ובלשונו: **"הגם דעניות שכיח מכל מקום מצי לומר אדעתא דהכי לא נשבעתי שהייתי סומך לגבות מהקפאתי שיש לי על אחרים**, וכי אמרו גבי מברא... שאני, היינו דוקא התם דשכיח הדבר להיות ואינו בידו ואם כן איבעי ליה לאתנויי דעל מי סמך... אבל זה סמך בדעתו שיהיה בידו לקיים". והשווה להלן, הערה 110.

בסוף דבריו, 'מחנה אפרים' מסייג את הפטור לאור שיטת ה"אגודה", שנראה להלן, הערה 716: "אם קודם שהגיע הזמן היו לו נכסים כדי לפרוע, ואחר כך בבא הזמן שקבע לו אין לו. נראה דכהאי גוונא **לא חשיב אונס מכיון דהוה מצי לפרועו מקודם כשהיו לו**. וכן כתב בעל האגודה". אולם סייג זה אמור לדעתו רק בהתחייבות בשבועה מלבד הקנס. ראה להלן, הערה 730.

⁹⁹ ואכן רוב ככל הפוסקים נוקטים שאונס שכיח אינו עילת פטור. ראה לדוגמה: רמב"ן, נדרים ט ע"ב (בדפי הרי"ף); רא"ש, נדרים, פרק ג, סימן ט (ראה גם, כתובות, פרק א, סימן ב); רבינו ירוחם, תולדות אדם וחווה, נתיב יד, חלק ג (קט ע"ד).

לעומתם השו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן מה, בעניין ארבעה שהתחייבו בנדר ושבועה לעלות יחד לארץ ישראל ונקלעו לקשיים [הודפס גם בשו"ת תורת אמת (ששון), סימן ס]. לדעתו, לא נתקבלה להלכה הבחנה זו, בין אונס שכיח לאונס שאינו שכיח, שכן לפי מסקנת הסוגיה בכתובות, לא הוסבר תוקפו של הגט בכך שחזרתו של הבעל נמנעה מחמת אונס שכיח, אלא משום הכלל "אין אונס בגיטין", שיסודו בתקנה "משום צנועות ומשום פרוצות" (ראה להלן, הערה 101, וכבר הקדימו רבי אברהם מן ההר, נדרים כז ע"ב, ד"ה דלא אניס. וראה גם תשב"ץ, חלק א, סימן צה, ד"ה האחד הוא, שרמזו לאפשרות זו אך לא הכריע כמותה). **נמצא לכאורה על פי שיטתו, שגם אונס שכיח פוטר מקנס מוסכם**. ראייה לגישתו הוא מביא בין השאר משו"ת הרא"ש (להלן, הערה 466), שפטר אדם שירד מנכסיו מהתחייבות כספית אף שעניות היא דבר שכיח. אבל השו"ת תורת אמת (ששון), סימן סא, שדחה ראיותיו (מובא בהסכמה בשו"ת, חו"מ, סימן נה, ס"ק א). וראה להלן, הערה 555, נימוקים נוספים לדחיית הראייה מהרא"ש. וראה עוד כנגד גישת מהרש"ך, שו"ת לחם רב, סימן סט. נעיר שבעניין דומה מאוד לזה שדן בו מהרש"ך דן כמה דורות לפניו רבי צמח בן שלמה דוראן (נכדו של הרשב"ץ), שו"ת יכין ובוזע, חלק א, סימן נח (חמישה נשבעו לעלות לארץ ישראל והשלטונות אסרו על נשותיהם לעלות עמהם). הוא פוסק (שם, ד"ה והמין השני) שאונס זה אינו עילה להתיר את שבועתם משום שבנסיבות התקופה מדובר באונס שכיח ("כיון דהוו שכיחי בעדן שבועתא ולא אתנו עליהו, אינן נפטרינן מהשבועה מטעם אונסי").

והשווה אמרי בינה, חו"מ, דיני דיינים, סימן כח, אות א, המצמצם את משמעות דברי מהרש"ך. לדעתו אונס שכיח פוטר מקיום ההתחייבות רק אם יש אומדנה שאילו היה מתנה על כך במפורש מראש, הצד השני לא היה מסתייג מכך.

ראוי להדגיש, שמן התלמוד עולה, שבעיקרון נפסל הגט לא רק באונס שאינו שכיח כלל, היינו שלא היה צפוי לחלוטין, כגון שנתעכב בגלל שנפצע כשנפל עליו בית¹⁰⁰, אלא גם באונס "שכיח ואינו שכיח", היינו אונס חריג אף שאינו בלתי צפוי לגמרי, כגון מחלה¹⁰¹. ואף שיכול היה הבעל לצפות, הוא לא היה צריך להחריגו, מאחר שלא היה סביר שיקרה, ועל כן גם אונס כזה מבטל בעיקרון את הגט¹⁰².

עוד כתב מהרש"ד, שם, ד"ה ועוד יראה טעם, שגם אם נניח שאונס שכיח אינו פוטר, הרי צירוף הרבה אונסים שכיחים (כפי שאירע בעניין הארבעה שהתחילו לעלות לארץ ישראל ונקלעו לקשיים רבים) מוגדר כאונס "לא שכיח". וכך מובא בהסכמה בחידושי רבי עקיבא איגר, יורה דעה, סימן רלב, סעיף יב, על הש"ך ס"ק כ. וראה להלן, הערה 675.

וצריך עיון בשיטת מהרש"ד שכן בתשובה אחרת (חלק ב, סימן לו, ד"ה ואיברא) הוא מאמץ את ההבחנה בין אונס שכיח ובין אונס שאינו שכיח. על סתירה זו הצביע שו"ת פני יצחק (אבולעפיה), חלק ב, סימן י, ד"ה איך שיהיה (עמ' קמט במהדורת תשע"ז). בהמשך, שם, ד"ה והנה אמת (עמ' קנב), הוא מציע ליישב את הסתירה בכך שמהרש"ד מבחין בין התחייבות דו-צדדית (לגביה יש פטור רק באונס שאינו שכיח) ובין התחייבות חד צדדית (לגביה יש פטור גם באונס שכיח). הצעתו מרחיבה מאוד את הגדרת ההתחייבות כחד-צדדית, ויש בכך דוחק. וראה להלן, הערה 553, אות ג, הצעתנו לשוב הסתירה.

¹⁰⁰ בדומה לדוגמה המובאת בגיטין עג ע"א. ראה להלן, ליד ציון הערה 622, ובהערה 625.

¹⁰¹ כפי שעולה מסוגיית כתובות ב ע"ב. וראה חידושי הריטב"א, גיטין עג ע"א, ד"ה ומיהו: "באונס דשכיח ולא שכיח בממון, קיימא לן דטוענין טענת אונס".

לפי מסקנת סוגיית כתובות, בענייני גטין נתקנה תקנה מיוחדת, ולפיה אונס אינו עילה לביטול הגט ("אין אונס בגטין"). מטרת התקנה להגן על שני סוגי נשים: על נשים צנועות, שאף שהבעל לא נאנס (והגט תקף) עלולות לחשוש שהוא כן נאנס ולעגן את עצמן מתוך הקפדת יתר (על כן תקנו שהגט יהיה תקף אף אם הבעל נאנס); ועל נשים פרוצות, שאף שהבעל נאנס (והגט אינו תקף), עלולות לטעון שהוא לא נאנס ולנהוג כפנויות, להינשא לאחר ולהוליד ממזרים (וגם בגללן, לאמור להגנת ילדיהן, תקנו שהגט יהיה תקף גם באונס). עם זאת התוספות (כתובות ג ע"א, ד"ה איכא דאמרי; גיטין עג ע"א, ד"ה איתביה) מעירים בשם ר"י, שתקנה זו אמורה רק ב"אונס שכיח ואינו שכיח" (באונס שכיח אין צורך בתקנה, כאמור לעיל), אבל באונס שאינו שכיח כלל, אין תוקף לגט אף לאחר התקנה. וראה להלן, הערה 102. והשווה רמב"ם, להלן ליד ציון הערה 628, שהגט תקף אם כי לא מכוח התקנה.

¹⁰² אמנם, כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 101, נתקנה תקנה בגטין, "משום צנועות ומשום פרוצות" שב"אונס שכיח ואינו שכיח" יש תוקף לגט. לפי הרשב"א (ראה חידושי הרשב"א, כתובות ג ע"א, ד"ה כל דמקדש), התקנה מיוסדת על כך שאף שהאונס חריג, מאחר שניתן בכל זאת לצפות אותו, הרי שבשל חומרת דיני גטין, קבעו חכמים שעל הבעל היה להתנות, ואם לא התנה, "איהו דאפסיד אנפשיה" ("וכי היכי דלא לישוינהו רבנן לבעילותיו בעילת זנות, אף הוא מסיק אדעתיה כל אונסא ואפילו אונסא דשכיח ולא שכיח ומחיל להו"). כך עולה גם מלשון השולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמד, סעיף א: "אמר לה, הרי זה גיטין אם לא אבא בתוך שלשים יום, או שאמר על מנת שלא אבא בתוך ל' יום, והיה בא בדרך בתוך ל' יום, וחלה או עכבו נהר ולא בא עד אחר ל' יום, הרי זה גט, אפי' עומד וצווח: הריני אנוס - שאין אונס בגיטין. ואף על פי שגילה דעתו שאין רצונו לגרש, [בכל זאת הגט תקף] כיון שלא התנה חוץ מאם יקראני אונס. אבל אונס דלא שכיח כלל, כגון אכלו ארי או הכישו נחש או נפל הבית עליו, לא אסיק אדעתיה להתנות עליו, ומבטל הגט והיא זקוקה ליבם". ומכאן שלא כך הדין בפעולות משפטיות אחרות, אף על פי שניתן תיאורטית לצפות "אונס שכיח ואינו שכיח". ראה שו"ת אגודת אזוב (מרגליות), מהדורת תשס"ט, אבן העזר, סימן לב (ב), אות יג, ד"ה וביותר קשה (בהגה"ה).

התלמוד¹⁰³ מקיש גט על תנאי, שהיא פעולה משפטית **חד-צדדית**, למתפיס זכויותיו (מי שהסכים לוותר על זכויותיו אם לא יתייצב בבית הדין)¹⁰⁴, שהיא פעולה משפטית **דו-צדדית**¹⁰⁵. ומכאן שההבחנה בין אונס שכיח ובין אונס שאינו שכיח או אפילו "שכיח ואינו שכיח", אמורה גם בחוזה דו-צדדי.

ואכן הרשב"א¹⁰⁶ מיישם הבחנה זו במי שהיב עצמו בקנס אם לא יקיים את חיובו¹⁰⁷. הוא נשאל בעניין קנס שידוכין¹⁰⁸ שקיבל על עצמו סב הכלה באם לא יביא את נכדתו לחופה עם החתן

¹⁰³ נדרים כז ע"א - ע"ב.

¹⁰⁴ ראה לעיל, ליד ציון הערה 78.

¹⁰⁵ אם כי קביעה זו אינה מוסכמת על כל, כפי שנראה להלן, הערה 462.

¹⁰⁶ שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תשעא (וביתר אריכות שם, חלק ג, סימן ריא). הובא בהסכמה בשו"ת הרדב"ז, חלק ז, סימן סא. והובא להלכה על ידי הרמ"א, אבן העזר, סימן נ, סעיף ו. וראה גם ש"ך, יורה דעה, סימן רלב, ס"ק כ; חו"מ, סימן נה, ס"ק א. אבל ראה להלן, הערה 109.

¹⁰⁷ ואף שבחוזה דו-צדדי, יש לכאורה להתחשב גם בדעת הצד שכנגד (ולכן אין זה פשוט לבטל את החוזה מכוח אומדן דעתו של המפר - "**אומדנה**" - בטענה שלא על דעת כן התחייב, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 563), כאן יסוד הפטור הוא **מכוח הדין** על פי הכלל "אונס רחמנא פטריה", ועל כן הפטור תקף בוודאי גם כאשר יש צד שכנגד. על הבחנה יסודית זו עומד שו"ת ב"ח (הישנות), סימן ח, ד"ה הנה התבאר.

והשווה: חלקת מחוקק (להלן, הערה 121); שו"ת בית יצחק, אבן העזר, חלק א, סימן קי, אות ה, לדעתם יסוד הפטור לפי הרשב"א אינו אונס אלא **אומדנה**. ועוד השווה שו"ת בית אפרים, אבן העזר, סימן סג, ד"ה ועוד ראיתי לברר (לב ע"ד), לדעתו יסוד הפטור מן **הקנס** המוסכם אינו יכול להיות "אונס", שאם כן ראוי היה להטיל על האב את נטל ההוכחה שלא הוא עומד מאחורי סרבנות בתו, והרשב"א לא היה מטיל על הצד השני להוכיח את ההפך (ולא פטר הרשב"א מנימוק האונס אלא **משבועה**, שהיא עניין שבין אדם לבין קונו). ראה להלן, הערה 689. יסוד הפטור גם אינו יכול להיות אומדנה, שכן ככלל אין תוקף לאומדנה בחוזה דו-צדדי. לדעתו (כך הוא מדייק מנוסח השאלה בתשובתו הארוכה של הרשב"א, חלק ג, סימן ריא), יסוד הפטור מן הקנס לפי הרשב"א הוא שאין תוקף להתחייבות בשל פגם "**אסמכתא**" (אלא אם כן ההתחייבות נעשתה בקניין **מעכשיו**, ראה לעיל, הערה 75). לניתוח תשובת הרשב"א השווה שו"ת פני יצחק (אבולעפיה), חלק א, סימן יז, ד"ה ונראה לעני"ד (עמ' שנו-שנו במהדורת תשע"ז), לדעתו, מתשובה זו של הרשב"א עולה שהוא פוטר את האבא מן הקנס משני הנימוקים – אונס ואסמכתא.

וראה משפטי תשמורו (שרים), סימן טו, אות טז. הוא מיישם את פסק הרשב"א ופוטר מתשלום קנס מוסכם בביטול קניית דירה בשל טענת אונס מחמת פשיטת רגל של הבנק בו היה מופקד כספו של הקונה. נעיר, שספק אם במשפט הישראלי היה זוכה הקונה להגנה. ראה להלן, ליד ציון הערה 345.

והשווה הרב יעקב אריאל, "פיגורים בביצוע חוזים כתוצאה מה'סגר'", **תורת המשפט**, חלק א, קרית ארבע תשנ"ז, עמ' 27-55, בעמ' 32, שמבחין בין פעולה משפטית חד-צדדית (גט) לדו-צדדית (חוזה), אך לרעת הצד השני דווקא: "אבל כשנעשית **עיסקה ממונית**, שתלויה ברצון **שני הצדדים**, מוטלת חובת ההתנאה – להיפטר [?] באונס שכיח, על הצד הבא **להוציא ממון** מחבירו, ואם לא התנה **'איהו דאפסיד אנפשיה'** (ההדגשות במקור). ומכאן לשיטתו, לפיה התחייבות חוזית לתשלום קנס מחייבת רק בהפרה רצונית או פושעת ולא בהפרה מאונס, **אפילו לא אונס שכיח**: "לפיכך חובת ההתנאה מוטלת על **הלוקח** – הבא **להוציא** קנס מהקבלן, ומאחר שהלוקח לא התנה – נפטר הקבלן באונס". הרב אריאל עירב כאן בין חוב חוזי רגיל, כגון חיוב המעסיק בתשלום שכר לפועל שהעסקתו סוכלה (ששם אכן חובת ההתנאה מוטלת על הפועל, גם באונס שכיח, מאחר שהוא מבקש להוציא מהמעסיק תמורה בגין עבודה שלא עשה בפועל; ראה להלן, ליד ציון הערה 151), ובין התחייבות לתשלום קנס, המחייבת את המפר לא רק אם הפר את החוזה מרצון, אלא גם אם הפר אותו בשל **אונס שכיח**, כפי שפוסק הרשב"א (וראה גם להלן, ליד ציון הערה 372, בשו"ת הרדב"ז). וראה לעיל, הערה 54. בעמ' 42, הרב אריאל מנסה ליישב את שיטתו עם פסק הרשב"א, אך דבריו אינם נהירים. וראה הרב אברהם דוב לוין, **פסקי דין – ירושלים, דיני ממונות** א (תשנ"ג), עמ' סא, אות ו (עמ' סו), שמחמיר לאידך גיסא, שהפטור מקנס מוסכם אמור רק אף לפי הרשב"א **באונס שאינו שכיח כלל**, ולא באונס "שכיח

המיועד. הוא פוטר את הסב מן הקנס, מאחר שהנישואין לא יצאו אל הפועל בשל סירוב נכדתו להינשא לחתן המיועד, דבר הנחשב לדעתו לאונס לא שכיח (ולכל היותר לאונס "שכיח ואינו שכיח")¹⁰⁹, שלא היה צריך הסב לצפותו¹¹⁰.

ואינו שכיח". נעיר שפסק זה (שתואם את גישת החוק), עומד בסתירה לדבריו המפורשים של הרשב"א, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 109.

¹⁰⁸ על חוזה הבטחת נישואין במשפט העברי, ראה: אליאב שוחטמן, "עוד לשאלת החיוב בפצויים על הפרת הבטחת נישואין", **משפטים** ט (תשל"ט) 109, בעמ' 117-121; איתמר ורהפטיג, **ההתחייבות**, ירושלים תשס"א, עמ' 195-197; חשוקי חמד, כתובות מב ע"א (בעניין "ראובן הטיב עם שמעון על מנת שישא את בתו ושמעון חזר בו"); יחיאל ש' קפלן, "הפרת הבטחת נישואין", **פרשת השבוע**, גיליון מס' 186 (תשס"ה); שמחה עמנואל, "ביטול שידוכין", בתוך **מחקרים בתולדות יהודי אשכנז – ספר היובל לכבוד יצחק (אריק) זימר** (רמת-גן תשס"ח), 157-202; אברהם גרוסמן, "החרם על ביטול שידוכין ומניעי ההיסטוריים", בתוך **הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון** (ירושלים תשע"ח), 513-526. וראה לעיל, הערה 76. וראה להלן, הערה 691, והערה 788. וראה חוק לישראל, **תרופות בשל הפרת חוזה**, סעיף 15, ליד ציון הערה 14.

על חוזה הבטחת נישואין במשפט הישראלי (מלבד המקורות שציין שוחטמן וקפלן), ראה: פנחס שיפמן, "הבטחת נישואין — חוזה מחייב?" **משפטים** יג (תשמ"ג) 104-125; גבריאלה שלו, "הסכמים גינטלמניים", **משפטים** לב (תשס"ב) 3, בעמ' 29-30; ע"א 5258/98 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 14.7.2004); שחר ליפשיץ, "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני", **קריית המשפט** ד (תשס"ד) 271, בעמ' 307-308; עופר גרוסקופף וסלה חלבי, "הפרה של הבטחת נישואין: מדגם הפיתוי הגברי" לדגם "שברון הלב", בתוך **משפט חברה ותרבות – משפטים על אהבה** (תשס"ה), 107-156; נילי כהן, "ירידתה ועלייתה של הבטחת נישואין", **המשפט** יא (תשס"ז) 27-53.

¹⁰⁹ דומה שקביעה זו של הרשב"א, לפיה סירוב הבת נחשב לדבר לא שכיח, שנויה במחלוקת, כפי שעולה לכאורה משו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן נ, ד"ה הי' נ"ל (מובא במדרכי, בבא מציעא, סימן רמז). מהר"ם דן במקרה דומה בו התחייב אבי המשודכת בקנס שידוכין, ומת לפני החתונה והבת נישאה לאחר. אמנם, הוא פוטר את היורשים מן הקנס, אולם לא בשל הנימוק שסירוב הבת אינו שכיח, אלא בשל **מות האב** ("ואם היה חי היה מפתה את בתו שלא להתקדש אלא לזה"). יש המסיקים מכאן, שאילו האב היה בחיים, סירוב בתו לא היה משמש לו עילת פטור, כנראה משום שהאב היה צריך לצפות את הסירוב ולהתנות עליו (או שלדעתו אין מצב שהאב אינו מסוגל לשכנע את בתו להסכים לשידוך). כך הסיקו: דרכי משה, אבן העזר, סימן נ, ס"ק ג; בית שמואל, שם, ס"ק טז. אבל השווה שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן קיד, ד"ה הרשב"א, שדוחה מסקנה זו מדברי מהר"ם. אמנם, אילו האב היה בחיים עליו היה לפתות את בתו להסכים לשידוך, אבל "אי טען [האב] שעשה כל יכולתו ולא הועיל, [מודה מהר"ם] דהוה אונס, דלא יכחיש ש"ס ארוך [צ"ל: ערוך] דגיטין [להלן, הערה 702]... אטו תרקבי דדינרי".

והשווה שו"ת בית אפרים, אבן העזר, סימן סג, ד"ה והנה כדי. הוא מסכים שיש לכאורה מחלוקת בין הרשב"א למהר"ם מרוטנבורג, אבל הוא מעלה דרך ליישב אותה בהצעה לסייג את דברי הרשב"א **לבית גדולה** שהסכימה לשידוך ואחר כך חזרה בה, שרק אז נחשב סירוב הבת לאונס שאינו שכיח. אבל אם השידוך נעשה **בלא ידיעתה** או בעודה **קטנה** (כפי שהיה במקרה שדן בו מהר"ם מרוטנבורג), נחשב סירובה של הבת לשכיח ואין עילה לפוטרו מן הקנס.

והשווה שו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ג, סימן כט, שמאמץ את שיטת הרשב"א גם בשידוך שנעשה בלא ידיעת בני הזוג ובקטנותם, ולא זו בלבד אלא הוא פוטר מקנס גם את אבי **החתן** שסירב לשידוך, משום שלדידו **גם סירוב הבן אינו דבר שכיח**.

¹¹⁰ בדומה לדברי דויטש (לעיל, ליד ציון הערה 14), בפרשנות החוק.

אמנם השווה: שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קלא; שו"ת מהר"י באסן, סימן כט, שבעניין דומה לזה של הרשב"א לא פטרו את האבא מן הקנס המוסכם. אולם יש לשים לב שבאותו מקרה עליו דנו שניהם, האבא התחייב לא רק להביא את בתו לחופה אלא הסכים במפורש שהקנס ישולם אם הבת תסרב לשידוך, כלומר הוא תלה את הקנס לא רק בהשתדלות אלא בהשגת התוצאה (וכעין ההבחנה שנעמוד עליה להלן, הערה 607). זאת ועוד, באותו מקרה האבא נטל על עצמו התחייבות לקנס על דרך **תיקון חכמי ספרד**, היינו שהוסכם בין הצדדים על חוב שתוקפו מידי, שהמשודך

כיוצא בזה, דן רבי בצלאל אשכנזי¹¹¹ במי שקנס עצמו בנדר שלא יאכל בשר ולא ישתה יין, אם לא יפרע במועדן הלוואות שעָרַב להן, ולא עמד בהתחייבותו כי ירד מנכסיו, ופוסק שכיון שעניות היא דבר שכיח¹¹², הנדר חל ועליו להינזר מבשר ויין¹¹³.

ימחול עליו אם יתקיימו הנישואין (ראה להלן, ליד ציון הערה 117), וכפי שהדגיש מהרי"ט, שם, ד"ה גם מה שטוען. וראה להלן, הערה 121.

יש מקום לתמוה על הרשב"א, שכן בתשובה אחרת הוא סותר את עצמו לכאורה. ראה שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תשיג, בעניין מי שקיבל על עצמו נידוי אם לא יפרע את חובו במועד, ובהגיע המועד ירד מנכסיו ולא היה לו ממה לפרוע. אף שעניות היא דבר שכיח (ראה להלן, הערה 112), הרשב"א פוטר את החייב מן הנידוי שקיבל על עצמו, ובכך כאמור, הוא סותר את עצמו לכאורה. אולם, הרשב"א מטעים שהפטור אמור רק כשלא נותר לחייב דבר, אפילו לא כסות, שסביר להניח שעל דעת כן לא קיבל על עצמו את הנידוי; או, הסבר חלופי, מאחר שהוא אנוס לגמרי, אין מקום להטיל עליו עונש כמו נידוי אף שמדובר באונס שכיח (ראה להלן, הערה 113). ראה נכח השולחן (לבטון), חו"מ, סימן ל, ד"ה ומ"מ (וראה ר' שלמה דוראן, להלן, הערה 111, ד"ה וגם יש לומר). פתרון אחר לחלוטין מציע מחנה אפרים, הלכות שבועות, סימן יב, ד"ה והשתא. לדידו אף שעניות היא דבר שכיח, אין לבוא בטענה לחייב מדוע לא התנה מראש שייפטר אם ייקלע למצוקה כלכלית, משום שהלה הניח שיעלה בידו להתגבר על קשייו הכלכליים, ולכן לא התנה (על גישה ייחודית זו של 'מחנה אפרים', הערנו כבר לעיל, הערה 98). ועוד אפשר שהרשב"א נוקט כמו שו"ת לחם רב (להלן, סוף הערה 112), שעניות מוגדרת כאונס "שכיח ואינו שכיח".

¹¹¹ שו"ת רבי בצלאל אשכנזי, סימן לג (במהדורת ירושלים תשנ"ד. בפרויקט השו"ת סימן לב ובמהדורות אחרות סימן לה. מודפס גם בשו"ת רבינו חיים כפואי, סימן ט). העניין הנדון שם עורר פולמוס גדול בין רבני התקופה, ראה שו"ת רבינו חיים כפואי, סימנים ח-יג (להשתלשלות הפולמוס ראה הקדמת הרב יעקב משה טולידאנו לקונטרס שלוש תשובות, הוסיאטין תרס"ח, מובא בנספח לשו"ת רבינו חיים כפואי, הוצאת מכון ירושלים תשע"א, עמ' רלה. וראה עוד: שם, מבוא, עמ' 26; שם, סימן ח, הערה 3; הרב משה זאב זארגער, "קונטרס פושט רגל", **גינת ורדים** יג (תשע"ב), עמ' קלב-קמ). וכך נוקט גם ר' שלמה דוראן, תשב"ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור א, סימן מג [=שו"ת רבינו חיים כפואי, סימן יב], וראה להלן, הערה 541, אות ג. לעמדת יריבו של רבי בצלאל אשכנזי, רבי חיים כפואי ותומכיו, ראה להלן, הערה 462, והערה 555, אות (ה), ונספח ח, הערה 1074.

¹¹² ראה לכך שעניות מוגדרת כדבר שכיח הוא מביא (בשם רבו הרדב"ז, המובא להלן, הערה 372) מן הירושלמי, נדרים, פרק ט, הלכה ד, הקובע: "עניות מצויה", ועל כן משמשת "פתח" להתרת נדר, מה שלא היה אפשר לו הייתה נחשבת לאירוע שאינו שכיח, שכן כלל הוא בדיני התרת נדרים "אין פותחין בנולד", כלומר אין מתירים נדר בשל אירוע **בלתי שכיח** שאירע לאחר הנדר ("נולד") ומקשה על קיומו. לא כן אם מדובר באירוע **שכיח**, שכן הוא נחשב כמוחרג מראש מן הנדר. על מושג מיוחד זה בדיני נדרים, ראה **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך יא, ערך התרת נדרים, פרקים ו-ז, וראה ביתר הרחבה להלן, נספח ח, ליד ציון הערה 1068 (לשאלה, מאחר שעניות מצויה, מדוע שלל הרב בצלאל אשכנזי גם את האפשרות של התרת הנדר על ידי חכם? ראה נספח ח, הערה 1080). על עניות כדבר שכיח ראה גם: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתקמב (מובא להלן, הערה 558); ולהלן, נספח ח, הערה 1073, אות (א).

והשווה: שו"ת תורת אמת (ששון), סימן סא, ד"ה עוד יש להכריח (לפי הבנת שו"ת פני משה, חלק א, סימן סב, ראה להלן, נספח יב, ליד ציון הערה 1161, אבל השווה להלן, הערה 555, אות (ג)); שו"ת לחם רב, סימן סט, ד"ה אי"כ יצא (ראה להלן, הערה 555, אות (א)), המגדירים עניות כאונס "שכיח ואינו שכיח". לדעת שו"ת השיב משה (טייטלבוים), יורה דעה, סימן מח, אות יז, כך נוקט גם שו"ת מהר"ם גאלנטי, סימן פט. אבל ראה הרב אברהם עמרם מייזעלס, "בעניין חומרות בפסח אי צריך התרה", **גינת ורדים** יא (תש"ע), עמ' קד, בעמ' קח, אות ז, שדוחה את דבריו, ומפרש אחרת לגמרי את דברי מהר"ם גאלנטי, ראה להלן, נספח ח, הערה 1074.

[לדעת לחם רב, חריג לכך הוא אם נגרמה העניות כתוצאה מפירות ערך המטבע בהחלטה שלטונית, "דירידת המעות מצוי הוא בזמן הזה". שילס ורהפטיג, **דיני מטבע במשפט העברי**, ירושלים תש"ס, עמ' 145, רואה סתירה בין קביעה זו של ר' אברהם די בוטון בעניין פירות ערך המטבע לבין קביעת רבו, ר' שמואל די מודינא, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ,

עוד כיוצא בזה מבחין 'נתיבות המשפט'¹¹⁴ בין אונס שכיח לאונס שאינו שכיח, בענין הסכם אריסות שהאריס קנס בו את עצמו אם לא יעבד את השדה ("אם אוביר ולא אעביד - אשלם במיטבא"), ומחייב את האריס בתשלום רק אם נמנע מלעבוד מחמת אונס שכיח¹¹⁵.

(ד) חריג לפטור (תיקון חכמי ספרד)

להשלמת התמונה נוסיף את הדעה¹¹⁶ לפיה הפטור מקנס מוסכם בגין אונס שאינו שכיח, תלוי באופי החוזה וניסוחו: אם החוזה מנוסח כך **שהפרת ההתחייבות גורמת להטלת הקנס** (כנהוג בניסוח חוזים), כי אז אכן הפרת החוזה מאונס פוטרת מן הקנס. לעומת זאת, אם החוזה מנוסח כך שצד לחוזה נוטל על עצמו חוב כספי גמור, תוך הסכמת הצד השני **לפטור אותו מחוב זה אם יקיים את ההתחייבות נשוא החוזה** (כתיקון חכמי ספרד)¹¹⁷, כי אז טענת אונס לא תשמש עילת

סימן עה, שמגדיר זאת כביכול כאונס לא שכיח. אולם דומה שאין סתירה, שכן מהרשד"ם דן בתיסוף מלאכותי של המטבע המקומי על חשבון המטבע הזר, שהוא באמת צעד כלכלי חריג. ראה להלן, נספח ו, הערה 1018].

¹¹³ אמנם הוא מודה שאילו השאלה היתה ביחס ל**שבועה** שנשבע לפרוע את החוב, לא היה מקום לדון כמי שעובר על שבועתו, אף שמדובר באונס שכיח (כלשון שו"ת הריב"ש, סימן קג: "ומה יעשה? היגזול או יגנוב כדי לקיים שבועתו?"), וכעין מה שפסק הרשב"א (לעיל, הערה 110), בעניין לוה שקיבל על עצמו **נידוי** באם לא יפרע את חובו במועד, וירד לחלוטין מנכסיו ופטר אותו מן הנידוי, שאם הפרת שבועה אין כאן - בשל אונס העניות, אף שהוא אונס שכיח - אף נידוי אין כאן. אבל לא כן לעניין הנדר שקיבל על עצמו באם יעבור על התחייבותו, שהרי סוף סוף הוא יכול לקיים את הנדר ולהינזר מבשר ויין (ובלשוננו: "אבל איסר [=נדר] כבנדון דידן הרי יכול לקיים נדרו, ולא יאכל בשר ולא ישתה יין, ומעיקרא אדעתא דהכי נדר").

¹¹⁴ נתיבות המשפט, סימן רז, ס"ק ט: "גבי אם אוביר ולא אעביד, אפילו נאנס באונסא **דשכיח** ולא עביד, אפילו הכי חייב, כיון דתחילת חיובו היה שלא באסמכתא כיון שבדבר שבידו הוא, בודאי חייב עצמו בקנין גמור או בעבודה או בתשלומין". וראה בהרחבה בכורי גשן (גורטלר), חלק ב (תשע"ט), סימן כו ("אסמכתא לא קניא") [=שורת הדין יא (תשס"ז), עמ' לה], ענף ג (עמ' תקיט-תקכא), מדוע התחייבות לתשלום קנס באונס שכיח אינה בגדר אסמכתא.

¹¹⁵ ונראה שהוא הדין בחיוב תשלום שמקורו בחוק ולא בחוזה. כך הוא לדוגמה לגבי חיוב תשלום מזונות של חתן לארוסתו בהגיע זמן החופה (ראה לעיל, הערה 41), שאינו נפטר ממנו באונס שכיח. ראה מגלת ספר (קאזיס), על סמ"ג, עשין מח, ד"ה שם (או חלה הוא) (מה ע"ג). ואין להביא ראיה לסתור מדברי המאירי, בית הבחירה, כתובות ב ע"ב, ד"ה אונס, שאף שכתב "אונס זה שכתבנו שמפקיע ממנו חיוב מזונותיה הבא מצד הגעת זמן, **אין בו חלוק בין אונס המצוי לשאינו מצוי**", שכן סביר שאין כוונתו לאונס שכיח אלא לאונס "שכיח ואינו שכיח" (הבחנה המקובלת עליו כפי שעולה מדבריו שם ג ע"א, ד"ה זה שבארנו).

¹¹⁶ ראה שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן ל. וראה הערתו של ר' יעקב כולי בהגהת משנה למלך, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה יח, בשם מהר"ש הלוי (מצוטט להלן, הערה 119).

¹¹⁷ מכוח מחילה מראש. ראה רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה יח: "כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא [=התחייבות] (שתוקפה בעייתי בשל אופיה העתידי) כך היו עושין, 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 עושין בכל התנאין שבין אדם לאשתו בשדוכין ובכל הדברים הדומין להם". ראה ברכיהו ליפשיץ: **אסמכתא**, ירושלים תשמ"ח, עמ' 106 ואילך; "בין קדושת החוזים

לחירות האדם", **פרשת השבוע**, גיליון מס' 7 (תשס"א). וראה J. David Bleich, *Compelling the Husband to Divorce – The Device of the "Sages of Spain"*, in *Maimonides as Codifier of Jewish Law*, Jerusalem 1987, pp. 237-253 (=The Device of the "Sages of Spain" as a Solution to the Problem of the Modern Day Agunah, *Tradition* 22 (1986), pp. 77-87).

פטור אפילו באונס שאינו שכיח¹¹⁸, שכן סוף סוף לא התקיים התנאי לויתור על החוב, והצד השני רשאי לעמוד אפוא על הזכות שהוקנתה לו. והלא, טענת אונס משמשת "מגן" מפני הטלת חיוב, אבל אינה יכולה לשמש "חרב" לחייב אחרים¹¹⁹. אך יש המפקפקים בכך: חלקם, משום שלדעתם

¹¹⁸ לכאורה כך הוא אפילו אם האונס נגרם כתוצאה מנסיבות שאירעו לצד השני. כך ניתן להסיק משו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שפא, ד"ה ואם נפשך עוד, בעניין פדיון משכון, שם קובע הרשב"א, שאם המלווה נעדר ממקומו, הרי שלולי תקנה המאפשרת למסור את הפירעון בבית הדין, לא יכול היה הלווה לפדות את משכונו. לא זו אף זו, לדעת הרשב"א בתשובה אחרת, הוא הדין אפילו אם האונס נגרם באשמת הצד השני שמנע ממנו במכוון לקיים את תנאו. כך עולה משו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רכט, ד"ה ואני רואה, בעניין הסכם מכר עם תנאי מפסיק (שאם המוכר ימסור לקונה סכום מסוים עד מועד פלוני, יתבטל המכר), והקונה סירב לקבל לידיו את הסכום, ובכך סיכל את אפשרות קיום התנאי על ידי המוכר.

ברם תוצאה זו קשה להולמה, ובייחוד לגבי הסכם שמהותו קנס. וכאן, ראה מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סימן כד, שתמה על הרשב"א, שהרי ברור שעל דעת כן לא הסכים המוכר למכור. וכך הוא גם בענייננו, שלא על דעת כן הסכים החייב ליטול על עצמו את הקנס. והשווה שו"ת מכתם לדוד, סימן לד, ד"ה ואמנם כי דייקנין, שנדחק בלשון הרשב"א, וטוען שלא אמר את דברו אלא בקונה נכס שיזם תנאי עם המוכר, לפיו ימכור לו בחזרה את הנכס אם יקיים הלה תנאי מסוים, ומנע ממנו לקיים את התנאי, שרק שם המוכר אינו יכול לטעון שלא על דעת כן מכר, שהרי לא הוא יזם את התנאי בעניין המכר החוזר אלא הקונה. מחנה אפרים, שם, מסכים עם הבחנה זו בין התנה המוכר להתנה הקונה, אבל לא ראה אפשרות לדחוק בלשון הרשב"א שדבריו נאמרו בהתנה הקונה. והשווה להלן, הערה 725.

¹¹⁹ כפי שמטעים, בהקשר אחר, ש"ך, חו"מ, סימן כא, ס"ק ג (ראה להלן, הערה 789). וזה לשונו של ר' יעקב כולי (לעיל, הערה 116): "הרב מהריק"א [רבי יוסף קארו] ז"ל הקשה, דכיון דקנין דמעכשיו מסלק האסמכתא לדעת רבינו [הרמב"ם], למה הוזקק לעשות התנאי במחול לך [כלומר, מה צורך בתיקון חכמי ספרד]? יעניין שם מה שתירץ. וכתב מהר"א רוזאניס ז"ל וזה לשונו: ואני שמעתי מפי מורי הרב מהר"ש הלוי ז"ל דלכך הוזקקו לזה, דאם בדרך חיוב אם אעשה כך או לא אעשה, אם נאנס המתחייב ולא יכול לעשות, נפטר מחיובו... אבל כשהחיוב הוא מוחלט וקונים מזה שאם יהיה כך, החוב מחול מעכשיו, כל שלא נתקיים התנאי אף שנאנס הלה - חייב ליתן, שזה לא מחל אלא על מנת שיתקיים כיון דבדידיה תליא מלתא. וזה כפתור ופרח ראויים הדברים למי שאמרם". וכבר הקדים אותו שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן ל. וראה נתיבות המשפט, סימן רז, ס"ק יט, שלפני שראה את דברי ר' יעקב כולי הסתפק אולי "יש לומר כיון שידוע שלא נעשה תיקון זה רק להוציא מדין אסמכתא הוי כאונסא רחמנא פטריה", אבל משראה את דבריו קיבל אותם להלכה.

מהר"ם אלשיך מוסיף, שעל פי זה יש לסייג את דינו של הרשב"א (לעיל, הערה 106) הפוטר מקנס שידוכים אם הופר ההסכם באונס, שלא כן אם נעשתה ההתחייבות כתיקון חכמי ספרד (לניתוח דבריו ראה ברכי יוסף, חו"מ, סימן כא, ס"ק ב, ד"ה וכיוצא בזה). וראה כנסת הגדולה, אבן העזר, סימן נ, הגהות בית יוסף, אות יט, שכך פסק עוד לפניו הרב אלישע גאליקו. וכך עולה גם משו"ת מהרי"ט (כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 110. אבל ראה להלן, הערה 121, שיש שהבינו אחרת את דבריו). וכך לכאורה נוקט גם חלקת מחוקק, סימן נ, ס"ק טו (כך הבינו אותו: אבני מילואים, שם, ס"ק ו; בית מאיר וספר המקנה (להלן, הערה 122); שו"ת בית אפרים, אבן העזר, סימן סג, ד"ה ועוד ראיתי לברר (לב ע"ד). אבל השווה להלן, הערה 121). וראה עוד נחלת שבעה, שטרות, סימן ח, אות ח, ד"ה אבל נראה לי.

[אמנם בתשובה אחרת בעניין הפרת הבטחת נישואין (הכלה חזרה בה משום שהחתן הפך למהמר כפיית), הרשב"א פוטר את אבי הכלה מן הקנס, אף על פי שבאותו מקרה "נתחייבו זה לזה בסך ידוע בחוב גמור ובמעכשיו, והשלישו השטרות ביד אחר" (שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן לה. מובא להלן, הערה 525. נעיר שלפי הנוסח הארוך של תשובת הרשב"א שהוזכר לעיל, הערה 106, כך היה גם בעניין הנכדה המסרבת לשידוך של הסבא). אולם, אין כאן סתירה לסייג שהעלו פוסקים אלה, שכן יש להבחין בין שטרות שכבר עברו לידי הצד השני והוא הבטיח שימחול את החוב אם יקויים החוזה (כתיקון חכמי ספרד), ובין שטרי חוב שהצד השני טרם זכה בהם ורק הועברו לידי שליש להבטחת תשלום הקנס. כך מעיר אל נכון הרב יצחק לבטון בשו"ת הוד יוסף (ארוואץ), אבן העזר, סימן ב, ד"ה והנעל"ד (קלד ע"א)].

"אומדנא דמוכח"¹²⁰ עשויה לבטל את ההתחייבות שהופרה באונס, כלומר אומדן דעת ברור הוא שמראש לא הסכים החייב להתחייב, אם אונס בלתי צפוי ימנע ממנו לכבד את החוזה¹²¹; וחלקם, משום שלדעתם לא ברור שהשיטה לפיה אונס יכול לשמש "חרב" נדחתה מן ההלכה¹²².

(ה) סיכום

העולה ממה שראינו הוא, שבחוזה שאינו כולל פיצויים מוסכמים מראש, גם אונס שכיח משמש עילת פטור¹²³. ורק אם כלל החוזה פיצויים מוסכמים מראש, אונס שכיח אינו משמש עילת פטור אלא רק אונס שאינו שכיח.

¹²⁰ על פטור מכוח "אומדנא דמוכח" וגבולותיו, ראה בהרחבה דיונונו להלן, פרק 3.ג, עמ' פפ. שם נראה שיש בכוח אומדנא לבטל אפילו עסקה קניינית, ראה להלן, הערה 427.

¹²¹ ראה חלקת מחוקק, סימן נ, ס"ק טו. אומדנא זו באה בחשבון רק אליבא דתרומת הדשן, שו"ת, סימן שכא, לפיו העובדה שאדם נטל על עצמו חוב מוחלט אינה הופכת אותו ללווה לכל דבר ועניין ואינה חוסמת אותו אפוא מלטעון לביטול התחייבותו מכוח אומדנא ("אפילו היכא דזקפה במלוה נמי איתא להך טעמא"). לעומת זאת, היא אינה באה בחשבון אליבא דריא"ז, כתובות, פרק ד, הלכה ב, אות ו (מובא בשלטי הגיבורים, כתובות יז ע"ב בדפי הרי"ף, אות ב), ושו"ת מהר"י ווייל, סימן קמב, לפיהם משעה שאדם נטל על עצמו חוב מוחלט, הריהו מסכים להיות ללווה ומוותר בכך על טענת אומדנא. וראה עוד חידושי דינין והלכות למהר"י ווייל, סימן טז: "לא אמרינן אהודאה אומדנא דדעתא" (וכך נראה שנוקט גם שו"ת הרדב"ז, חלק ז, סימן סא, בהקשר לתשובת הרשב"א (לעיל, הערה 106), בעניין סירוב הנכדה להתחתן עם המשוודך: "אם זקף עליו הקנס בתורת מלוה, חייב לקיים תנאו"). על מחלוקת זו ראה שו"ת הרמ"א, סימן פט, ד"ה ואין לפקפק (וראה רמ"א, אבן העזר, סימן נ, סעיף ו, שם פסק כשיטה השנייה: "ודוקא בפסיקא בעלמא פטורים [יורשי החייב] מן הקנס [אם מת החייב ונאנס מלקיים חלקו בהסכם], אבל אם [החייב] נתחייב עצמו בשטר, חייבין יורשיו לשלם, ולא מהני אונס"). וראה שו"ת שערי תורה (לוו), סימן כב (במהדורת מכון ירושלים), אות ג, שלדעתו למחלוקת זו מתכוונים חלקת מחוקק, שם, ובית שמואל, שם, ס"ק טז. השווה לעיל, הערה 119.

אמנם, בעניין הפרת הסכם שידוכים בשל סירוב הבת, חלקת מחוקק אינו קובע מסמרות, משום ש"צריך להתיישב אם זה מקרי אומדנא דמוכח" (וראה מה שהסיק מכאן שו"ת אמרי נועם, להלן, הערה 367). כך נוקטים גם: שו"ת משאת משה (ישראל), קרית ספר תשס"ח, חלק ראשון, יורה דעה, חלק א, סימן ז, ד"ה וקודם כל דברי (לדבריו, אין להוכיח את ההפך משו"ת מהר"יט, לעיל, הערה 110, משום שבנסיבות המקרה הנדון שם, האב התחייב במפורש לשלם את הקנס אם הבת תסרב לשידוך, וזו הסיבה שמהר"יט לא פטר אותו מתשלום הקנס. אבל לולי כן, היה מקום לפטור אותו מכוח אומדנא, וזאת אף שהקנס נעשה כתיקון חכמי ספרד. והסכים עמו שו"ת פני יצחק (אבולעפיה), חלק א, סימן יז, ד"ה ואני יא"ה [עמ' שסז-שסח במהדורת תשע"ז]; שו"ת ויען אברהם (ריווח), אבן העזר, סימן מא, ד"ה אף אתה אמור (מה ע"א). לסקירת חילוקי הדעות בין הפוסקים בשאלה אם אומדנא דמוכח מועיל להיפטר מחיוב שנעשה כתיקון חכמי ספרד, ראה: צדק ומשפט (פרדו), חו"מ, סימן רז, ד"ה תבנא (קכה ע"ד); שערי עזרה (טאראב), חלק ב, סימן ו, ד"ה ומוהר"ם אלשיך (ועד סוף התשובה); שו"ת פני יצחק שם, ד"ה אולם כל לעומת (עמ' שנה-שנז במהדורת תשע"ז).

¹²² ראה בית מאיר, אבן העזר, סימן נ, סעיף ו. לדעתו, במחלוקת המובאת בירושלמי, גיטין, פרק ז, הלכה ו (וראה גם שם, קידושין, פרק ג, הלכה ב), בין רבי יוחנן הסובר "אונסא כמאן דלא עבד" ובין ריש לקיש הסובר "אונסא כמאן דעבד", כלל לא ברור שהוכרעה ההלכה כרבי יוחנן (השווה להלן, הערה 777). וכן נוקט חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן צז, ד"ה וגם מטעם אחר (קכז ע"ג-קכח ע"ב). והשווה גם ספר המקנה (הורוביץ), קונטרס אחרון, סימן נ, סעיף ו, ד"ה שם בהג"ה. וראה: אוצר הפוסקים, אבן העזר, סימן נ, סעיף ו, ס"ק מז, אות א; שו"ת תבואות שמש (משש), אבן העזר, סימן קנח; קהילות יעקב, כתובות, סימן ב, אות ג. וראה להלן, הערה 720.

¹²³ אלא אם כן מדובר באונס שרק המפר היה מודע לאפשרות התרחשותו והסתיר זאת מן הצד השני. ראה לעיל, ליד ציון הערה 53.

אפשר, שבמציאות שבה חובת תשלום פיצויים בגין הפרת חוזה, היא "מנהג המדינה", כפי שהוא במדינת ישראל, ראוי לפרש כל חוזה ככולל התחייבות מכללא לשלם פיצויים במקרה של הפרה (אף שסכום הפיצוי לא נקבע מראש)¹²⁴, אף אם החוזה אינו כולל תניה מפורשת בדבר.

עם זאת, אמנם לא יחול הפטור באונס שכיח, אבל הוא יחול לכאורה לא רק באונס שאינו שכיח כלל אלא גם באונס "שכיח ואינו שכיח", כאמור לעיל¹²⁵, אף שהוא אונס שניתן היה לצפות אותו (כגון מחלה). אלא אם כן נחדש, שמכוח המנהג, מתפרשת התחייבות חוזית כנטילת אחריות גם בגין אונס "שכיח ואינו שכיח"¹²⁶.

ב. פטור מאכיפת התשלום (חוזה עבודה כמשל - ביצוע העבודה אינו אפשרי בשל אונס המעסיק)

(1) מבוא

עד כה עסקנו באירוע בלתי נשלט שאירע לחייב ומנע ממנו לקיים את חיובו, כגון פועל שחלה. ראינו שככל שהדברים נוגעים לפיצוי על פי דין (להבדיל מפיצויים מוסכמים), מאחר שהפועל הפסיק את עבודתו מאונס, אין לדון אותו כמפר חוזה מרצון, ופטור הוא מלפצות את המעסיק על הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מהפסקת העבודה, אפילו היה זה אונס שכיח (אם כי הראינו¹²⁷, שמכוח מנהג המדינה, ייתכן שיש לשחרר אותו מאחריות רק באונס בלתי שכיח, שלא צריך היה לצפותו). עם זאת, ברור שאין לראות את הפועל כמי שקיים את חיובו, אף שהוא נמנע מכך מאונס, ואינו זכאי אפוא לדרוש את מלוא שכרו¹²⁸.

עתה נדון באונס המונע את קיום החיוב החוזי מחמת שינוי נסיבות שאירע לצד שכנגד - הנושה. כך לדוגמה נשאלת השאלה: מהו הדין כאשר הפועל מוכן ומזומן לעבוד והמעסיק הוא שאינו

¹²⁴ כעין מה שכתבו חידושי הר"ן, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה ולפי"ז, ונימוקי יוסף, בבא מציעא סא ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה ולא אעביד: "שכל שההדיוטות רגילין לכתוב, אף על פי שלא נכתב, כאילו נכתב דמיון". וכך הסכמת פוסקי זמננו בעניין פיצויי פיטורין, ראה לדוגמה שו"ת ציץ אליעזר, חלק ז, סימן מח, פרק י. לאור דברי הרב הרצוג (לעיל, הערה 76), נראה שכך הוא בכל חוזה. בהתאם לזה, אף שלפי דין התלמוד עובד שהפר את חוזה העבודה פטור מתשלום פיצוי אם עשה כן באונס, לרבות אונס שכיח (ראה לעיל, ליד ציון הערה 54), מנהג המדינה מרחיב את חובת הפיצוי כך שתחול גם באונס שכיח, והעובד ייפטר רק באונס שאינו שכיח. וראה עוד חוק לישראל, תרופות בשל הפרת חוזה, סעיף 10, ליד ציון הערה 124.

אמנם ראוי לציין, שלפי ר' זלמן נחמיה גולדברג, אפילו בהעדר אונס, עדיף הסכם מפורש כדי להימנע מספקות (דבריו הובאו בחוק לישראל, תרופות בשל הפרת חוזה, סעיף 10, הערה 9).

¹²⁵ ראה לעיל, ליד ציון הערה 101.

¹²⁶ ברוח דרכו של דויטש (לעיל, הערה 14), בפרשנות הראויה לחוק.

וראה בכורי גשן (גורטלר), חלק א (תשע"ט), סימן מב ("שאלה בדיני שכר שכיר ושכירות בתים") [= שורת הדין ו (תש"ס) קלד], ענף ה (עמ' תרפז-תרפט). לדעתו, כך נכון לפסוק הלכה למעשה בכל חוזה (אפילו בלא מעשה קניין) שבו שני הצדדים מסתכנים בהפסד באם הצד שכנגד לא יקיים את חלקו בחוזה, ולכן הם נחשבים כמי שהסכימו מכללא, שהמפר יפצה את הצד שכנגד, גם באונס "שכיח ואינו שכיח".

¹²⁷ לעיל, ליד ציון הערה 123.

¹²⁸ ראה לעיל, ליד ציון הערה 65.

מספק לו עבודה כתוצאה מנסיבות שאינן בשליטתו והביאו לסיכול חיובו? האם במקביל לדינו של פועל שנאנס, יש בכך עילה לפטור את המעסיק מתשלום שכרו של הפועל, אף שהלה מוכן ומזומן לעבוד?¹²⁹

לפני שדנים בשאלה זו, ראוי להקדים ולבחון, מהו יסוד חיובו של המעסיק, **שמרצון** ולא מאונס מפר חוזה עבודה ומפטר את עובדו או שאינו מספק לו עבודה?¹³⁰. ובכן, עניין זה שנוי במחלוקת בין התוספות לרמב"ן¹³¹: לדעת התוספות¹³², יסוד החיוב של המעסיק הוא **בדיני הנזיקין**, ולפיהם חייב המעסיק לפצות את הפועל על הפסד השכר שגרם לו שעה שיכול היה להשיג עבודה אצל מעסיק אחר¹³³. לעומת זאת, לדעת הרמב"ן¹³⁴, אם הסכם העבודה נעשה בקניין (והוא הדין כשהחל העובד לעבוד, שכן תחילת העבודה כמוה כמעשה קניין לעניין זה¹³⁵), יסוד חיובו של המעסיק הוא **בדיני החוזים**, לאמור, תשלום השכר הוא זכות חוזית של הפועל הנחשב כמי שעשה את מלאכתו, וממילא המעסיק חייב בשכרו. לפי הרמב"ן, בשונה מפועל שאין לאכוף עליו את

¹²⁹ ראה **פד"ר י, עמ' 136**, שם עומד ר' אברהם שפירא על צדדי הספק: "...נחלקו אם אונס המעביד שלא למסור לו עבודה... [הוא] גם נימוק מספיק שאין לשלם שכר לפועל שלא עבד, או שעצם הדבר שעובד טוען 'הא קאימנא' ומוכן לקיים ההסכם, מספיק לזכותו בשכר, גם אם למעביד יש טענת אונס".

¹³⁰ שאלה דומה העלינו לעיל, ליד ציון הערה 37, בעניין יסוד חיובו של פועל המפר את חוזה העבודה. וראה שם, הערה 49. ראה חנוך גולדברג, "פיצוי על הפרת הסכם עבודה – עילת חוזית או נזקית", **דיני ישראל יח (תשנ"ה-תשנ"ו)**, עמ' קצה-רד. וראה גם חוק לישראל, **תרופות בשל הפרת חוזה**, סעיף 10, פרק רביעי, ה.

¹³¹ על מחלוקת זו עומד מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סימן ד. וראה בהרחבה: איתמר ורהפטיג, **ההתחייבות**, ירושלים תשס"א, עמ' 236-241; א' פרייזלר, אבן יעקב, חלק א, ירושלים תשע"ב, סימן ב וסימן י. אבל יש הטוענים שאין מחלוקת ביניהם להלכה אלא רק בפרשנות התלמוד, כפי שעולה לכאורה מדברי הרא"ש, בבא מציעא, פרק ו, סימן ב. וכך נקטו: מהר"ם שיף, בבא מציעא עו ע"ב, ד"ה בתוס' בד"ה אין; חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן עט. וכך נוקט גם הרב זלמן נחמיה גולדברג, מובא אצל ורהפטיג, שם, עמ' 526, בהערות לעמ' 239. והשווה 'מחנה אפרים' (להלן, הערה 137).

¹³² תוספות, בבא מציעא עו ע"ב, ד"ה אין להם.

¹³³ האחרונים חלוקים בהבנת שיטת התוספות, אם חיוב נזיקי זה הוא מעיקר הדין - "דינא דגרמי" (כפי שנוקט קצות החושן, סימן שלג, ס"ק ב), או שהוא מתקנת חכמים (כפי שנוקט נתיבות המשפט, סימן שלג, ס"ק ג). לעיל, הערה 47, ראינו שלפי הריטב"א, כל זמן שהפועל לא התחיל לעבוד, מדובר בפיצוי שישודו ב"דין ערב", ולא באכיפת החוזה. יודגש שבין אם יסוד החיוב ב"דינא דגרמי", בין אם הוא מתקנת חכמים, ובין אם הוא מ"דין ערב", חיוב זה הוא רק כשנגרם לעובד הפסד, שעה שיכול היה להשתכר במקום אחר לולי קיבל את הצעת העבודה. והשווה להלן, הערה 137, גישת הרא"ש (להבנת 'מחנה אפרים'), לפיה משעה שהתחיל הפועל במלאכתו חייב המעביד בפיצוי (לא באכיפה), על עצם הפרת החוזה, גם כשלא הייתה לפועל הצעת עבודה אחרת ולא נגרם לו אפוא הפסד. עוד יצוין שככלל המעסיק אינו חייב לשלם לו שכר מלא אלא רק **"פועל בטל"**, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 149.

¹³⁴ חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עו ע"ב, ד"ה והא דקתני. וכך נוקטים: חידושי הרשב"א, שם, ד"ה אבל הלכו; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה בד"ה שלא הלכו. ולפניהם כך נקט כבר שו"ת הרי"ף, סימן רכג.

¹³⁵ ראה חידושי הרמב"ן, שם: "שכשם ששאר הדברים נקנין בקניין, כך שכירות פועלים נקנית בהתחלת מלאכה". כתבנו "לעניין זה", משום שלא בכל עניין תחילת עבודה כמוה כמעשה קניין, כפי שנטעים להלן, ליד ציון הערה 170 ובהערה 171 (לשיטה לפיה, בסיכול, מעשה קנין מטיל את הסיכון על המעסיק). וראה גם לעיל, הערה 62 (לעניין הטלת הסיכון על הפועל).

קיום החוזה¹³⁶, אין מניעה לאכוף על המעביד את תשלום השכר, אף כאשר לפועל לא נגרם הפסד, כגון שלא עמדה לפניו הצעת עבודה אחרת¹³⁷.

לאור זאת, דומה שמנקודת מוצא של דיני הנוזיקין (גישת התוספות), דין סיכול חיובו של המעסיק, צריך להיות זהה לדין סיכול חיובו של הפועל, וגם עליו אין להטיל חובת תשלום פיצויים, כאשר הוא פועל מתוך אונס. לעומת זאת, מנקודת מוצא של דיני החוזים (גישת הרמב"ן), חובת תשלום השכר אינה פיצוי על נזק, אלא **אכיפת חוזה העבודה**, וייתכן שעל המעסיק לעמוד בחיובו כלפי הפועל בכל מקרה, אף אם נמנע בעל כורחו מלספק לו עבודה, ואינו יכול להטיל על הפועל את הפסד שכר עבודתו, כשהלה מוכן ומזומן לעבוד¹³⁸. ואולם, מסקנה זו אינה הכרחית, שכן אפשר

¹³⁶ על פי הכלל "פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום" (בבא מציעא י ע"א). ולכל היותר ניתן להטיל עליו תשלום פיצויים בגין הנזק שגרם למעסיקו ב"דבר האבד", לפי רש"י (לעיל, הערה 42 והערה 45) מכוח תקנת חכמים (קנס) או מכוח הדין (תוקף החיוב החוזי), ולפי הריטב"א (לעיל, הערה 46) מכוח "דין ערב".

¹³⁷ ראה להלן, הערה 147, אות א. וראה חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק לו: "שכר זה הוא **שכר פועל ממש ולא גרמי** [כלומר לא פיצוי נזיקי]". 'חזון איש' מסיק מכאן מסקנות נוספות: שעל התשלום חל איסור הלנת שכר; שאת התשלום יש לשלם בכסף ולא בשווה כסף; ושהוא מוטל גם על יורשי המעביד. כל זאת בשונה מחיוב שיסודו בפיצוי נזיקין (כשיטת התוספות) או בפיצויים מכוח התחייבות (כשיטת רמב"ן וריטב"א בהעדר קניין, ראה לעיל, הערות 47, 48). וראה ביתר הרחבה, חוק לישראל, **תרופות בשל הפרת חוזה**, סעיף 10, פרק רביעי, ה1.

לדעת מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סימן ד, ד"ה ונראה דהא, הרא"ש (לעיל, הערה 131) נוקט גישה שלישית, לפיה, בשונה מגישת התוספות (לעיל, הערה 133), משהחל הפועל לעבוד חל על המעסיק חיוב חוזי להעסיקו, **והפרת חיוב זה מחייבת אותו בקנס, אף אם לא הייתה ברירה לפועל לעבוד במקום אחר ולא נגרם לו נזק** (את דברי הרא"ש: "מיהו נפקא מינה במאי דהלכו, במקום שאין פועלים מוצאין להשתכר ושכרן בעל הבית זה היום... **נותן להם שכרן כפועל בטל**", מפרש 'מחנה אפרים': "דסבירא ליה [לרא"ש] דהא דחייב לשלם [אם הפועל התחיל בעבודה] הוא **מתורת קנס**"). לגישה זו, מאחר שבקנס עסקין ולא בתשלום שכר, נראה שלא חלים עליו דיני הלנת שכר ושאר ההלכות שהצביע עליהן 'חזון איש' בדעת הרמב"ן. עוד נראה ברור, שלא יוטל קנס זה על המעסיק אם הפר את חוזה העבודה **באונס** (וראה להלן, הערה 147, אות א), מה שאינו ברור לפי הרמב"ן, כפי שאנו מעלים כאן בסמוך. וראה עוד בדעת הרא"ש, דיונו להלן, ליד ציון הערה 865, ובהערה 868, דברי הרב יצחק אוברלנדר.

¹³⁸ על ההבחנה בין פיצויים ובין אכיפה לעניין סיכול חוזה, העירו בהקשר אחר ורהפטיג ואריאל (להלן, הערה 547).
על פי החוק, ברור שיש כאן עילת פטור מאכיפה כמפורש בסעיף 18(א), וראה לדוגמה תע"א 11171-08 **פסגות נ' צולר** (26.8.2013).

[נעיר שלפי החוק, גם בפיטורים **רצוניים** של העובד, אין העובד זכאי לאכיפת תשלום שכרו על אף נכונותו לעבוד אלא רק לפיצויים, אם כי הדעות חלוקות באשר להנמקה המשפטית לקביעה זו. בבג"ץ 473/77 **ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד לב(1) 819 (1978), קובע השופט שמגר (בעמ' 824): "דעתו של בית-משפט זה היתה מאז ומתמיד, כי פיטורים שנעשו שלא כדין מזכים את העובד בפיצויים, אך הקביעה המשפטית בדבר **העדר יסוד משפטי למעשה הפיטורים אינה מחזירה, כשלעצמה, את יחסי העובד והמעביד לקדמותם**" (ההדגשה שלי – מ"ו). גישה זו מבוססת על כך שלפי סעיף 2(2) לחוק החוזים (תרופות), העובד אינו זכאי לאכוף על המעביד את העסקתו, לכן הביאו הפיטורין להפסקת יחסי עובד-מעביד, אף שהיו שלא כדין (כלומר, בחוזה עבודה יזמת הביטול בידי המפר!). וראה בעניין זה, חוק לישראל, **תרופות בשל הפרת חוזה**, סעיף 3, פרק רביעי, ושם, הערה 127. משנסתיים חוזה העבודה, מובן שהעובד אינו זכאי לתבוע את אכיפת תשלום שכרו לתקופה שאחרי הפיטורין, על אף נכונותו לעבוד, אלא זכאי הוא רק לתביעת פיצויים, הכפופים על פי סעיף 14 לחוק לחובת הקטנת הנזק. לעומתו השווה רות בן-ישראל, "פיטורים שלא כדין - תקפותם ונפקותם", **עיוני משפט** ז (תש"ס) 345, בעמ' 354-366. בן-ישראל מבקרת את קביעתו הפסקנית של השופט שמגר ומוכיחה, לאור ניתוח מקיף ומעמיק של הפסיקה (לרבות עמדתו של השופט חיים כהן באותו פסק דין), שפיטורין שלא כדין אינם מביאים לסיום יחסי עובד-מעביד. אמנם, אין לאכוף על המעסיק את **ביצוע העבודה**, אולם מאחר שיחסי העבודה לא באו לקיצם, אין מניעה עקרונית לאכוף עליו

שאונס פוטר גם מאכיפת תשלום השכר, אם מן הדין ("אונס רחמנא פטריה"¹³⁹, ואולי גם משום שאין חובת תשלום על עבודה שלא בוצעה בפועל¹⁴⁰), ואם מכוח אומדנה (תנאי מכללא)¹⁴¹ לפיו המעסיק לא התחייב לשלם לפועל אם ייבצר ממנו בעל כורחו לספק לו עבודה¹⁴².

להלן נראה, שאכן שאלת תוצאת סיכול חיובו של המעסיק שנויה במחלוקת הפוסקים. אך לפני שנראה את שיטותיהם (ונבחן את היחס של שיטות אלה לשיטות התוספות והרמב"ן שסקרנו זה עתה), נקדים ונציג שתי סוגיות תלמודיות בסיסיות הדנות על פניהן בסיכול חיובו של המעסיק, והסותרות לכאורה זו את זו. את שיטות הפוסקים נגזור מדרכיהם השונות ביישוב סתירה זו.

(2) הסוגיות התלמודיות

(א) הסכם לעיבוד שדה והשקיינו (בבא מציעא ע"ב – ע"א)

הסוגיה הראשונה¹⁴³ דנה בשלושה אירועים, בהם המעסיק מנוע מלספק עבודה לפועל: (א) פועל נשכר לחרוש שדה וירד גשם שהציף את השדה **באופן שאינה ראויה לחרישה** ("האי מאן דאגר אגירי לרפקא, ואתא מטרא ומלייה מיא"); (ב) פועל נשכר להשקות שדה, וירד גשם, והשדה כבר **אינה זקוקה להשקיה** ("האי מאן דאוגיר אגורי לדוולא, ואתא מטרא"); (ג) פועל נשכר להשקות שדה, ופסקה זרימת המים בנהר ששואבים ממנו את מי ההשקיה, **ואי אפשר להשקותה** ("האי מאן דאוגיר אגורי לדוולא, ופסק נהרא בפלגא דיומא") (להלן נכנה מקור זה, סוגיית הפועלים או סוגיית דוולא).

את **תשלום שכרו של העובד** המוכן ומזומן לעבוד ("עובד שפוטר שלא כדין והוא בוחר לקיים את החוזה הינו מוכן ומזומן לעבוד, מכאן שעובד זה זכאי לשכר עבודתו גם מבלי שבצעה בפועל... חוק החוזים תרופות כשלעצמו סוטה מההסדר של המשפט המקובל, ואינו מתנה יותר את זכותו של הנפגע לקיום החוזה על ידי המפר בכך שהוא מצידו יקיים את חיוביו" (עמ' 370)). עם זאת, היא מסכימה שהלכה למעשה, אף שעל פי סעיף 14 אכיפת חוזה אינה כפופה לחובת הקטנת הנזק, ניתן לשלול מן העובד שכר תמורת עבודה שלא ביצע בפועל מכוח סעיף 43(4) לחוק, לפיו אין לאכוף את החוזה כאשר אכיפתו "היא בלתי צודקת בנסיבות הענין" (השווה להלן, הערה 147, אות ג, שלפי המשפט העברי, חובת הקטנת הנזק חלה גם באכיפה). וראה עוד נילי כהן, "זכות ותרופה באכיפת חיוב כספי - מחוק התרופות לטיטות הקודקס האזרחי - חוק דיני ממונות", **הפרקליט** מח (תשס"ו), עמ' 355, בעמ' 367-372. חילוקי הדעות שסקרנו כאן מקבילים למחלוקת בין הרא"ש (לפי הבנת 'מחנה אפרים', לעיל, הערה 137) המדבר על פיצויים בגין הפרת חוזה העבודה ובין הרמב"ן המדבר על אכיפת תשלום שכר העבודה].

¹³⁹ על יסוד פטור זה, ראה לעיל, ליד ציון הערה 78 ואילך.

¹⁴⁰ ראה להלן, ליד ציון הערה 176.

¹⁴¹ על יסוד פטור זה וגדרו נעמוד בהרחבה להלן, פרק 3.3, עמ' פפפ.

¹⁴² כך עולה מהריטב"א (לעיל, הערה 47), כשהוא מקיש בין חיוב המעסיק ובין חיוב הפועל. וכשם שפועל שנאנס פטור לדעתו מכוח תנאי מכללא (כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 46), כך גם דינו של מעסיק שנאנס. עם זאת, הוא מחמיר את אחריות הצדדים ומחייב אותם **אף באונס** כשנכרת החוזה ביניהם **במעשה קניין** (להבדיל מתחילת עבודה), כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 62, וכפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 168. אבל השווה שו"ת פני האריה החי (רוטנברג), סימן ט, מד"ה והנה מר הקשה, שדוחה אפשרות לבסס את הפטור על אומדנה, משום שבדבר שכיח (כמו "עביד דפסיק"), על המעסיק היה להתנות (ראה להלן, ליד ציון הערה 558). לדעתו, יסוד החיוב של המעסיק אינו בדיני חוזים אלא בתקנת חכמים, אולם החיוב מותנה בביצוע העבודה בפועל (וכעין נימוקי יוסף, להלן, הערה 161).

¹⁴³ בבא מציעא ע"ב – ע"א. לניתוח הסוגיה וגירסאותיה, ראה שמא יהודה פרידמן, **תלמוד ערוך, פרק השוכר את האומנין - הפירושים**, ירושלים תשנ"א, עמ' 64-69.

בכל אלה נקבע שבעיקרון, אין הפועל¹⁴⁴ זכאי לדרוש את שכרו ("פסידא דפועלים"), אף שאי עשיית העבודה לא הייתה תלויה בו, אלא בנסיבות אובייקטיביות המונעות ממעסיקו לאפשר לו לעבוד¹⁴⁵.

התלמוד מוסיף שחריג לכלל זה, הוא כאשר המעסיק יכול וצריך היה לצפות את האירוע המסכל, ואילו הפועל לא היה יכול לצפותו. לדוגמה, המעסיק ידע שדרכו של הנהר להיסכר ולהתייבש בעוד שהפועל לא ידע זאת ("עביד דפסיק, אי בני מתא - פסידא דפועלים, לאו בני מתא - פסידא דבעל הבית" = דרכו של הנהר להיסכר, אם הם מבני המקום – ההפסד של הפועלים, אם אינם מבני המקום – ההפסד על בעל הבית]). בכגון זה, המעסיק היה חייב לגלות את אוזנו של הפועל על המניעה האפשרית¹⁴⁶, ומשלא עשה כן, דינו כדין מי שהפר את החוזה ביזמתו שלא כדין, שהוא

¹⁴⁴ לדעת הרמב"ן, הוא הדין גם בקבלן ולא רק בפועל. ראה חידושי הרמב"ן, בבא מציעא ע"א, ד"ה ואתא מיטרא. הרמב"ם לעומתו, סבור שהפטור במקרה השני (נשכר להשקות שדה וירד גשם, והשווה להלן, סוף הערה 195), אמור רק בפועל ולא בקבלן: "דדוקא בפועל הוא דאמרין דפסידא ידיה, לפי ששכרו אינו אלא כפי טרחו, וכל שאינו טורח אינו נוטל. אבל קבלן, אין שכרו תלוי אלא בגמר מלאכה, וכל שנגמר, בין על ידו בין על ידי אחרים - נוטל קבלנותו" (השגות הרמב"ם על הרי"ף, גיטין לה ע"ב (בדפי הרי"ף)). ואף בפועל, הוא מסייג את הפטור של המעסיק רק במקרה שהפועל טרם החל במלאכתו. לבירור שיטת הרמב"ם, ראה להלן, נספח א, ליד ציון הערה 937.

¹⁴⁵ כך מגדירים רוב הראשונים מקרים אלה, ראה: תוספות, בבא מציעא ע"א, ד"ה אלא ("היכא דהשוכר אנוס דאתא מיטרא דאין צריך להשקות..."); רמ"ש, בבא מציעא, פרק ו, סימן יא ("משמע דכל אנוסא שאירע לבעל הבית שלא היה לו לידע יותר מן הפועלים..."); שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן סו ("דהיכא דהשוכר אנוס הוא כגון דאתא מטר ואין צריך להשקות..."); חידושי הרשב"א, בבא מציעא ע"ב, ד"ה כללא ("ואם חזר בו בעל הבית מתוך האנוס").

אמנם השווה רבנו חננאל (מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא ע"א, ד"ה וזה לשון גליון תוספות), המגדיר את המקרים כאנוס של הפועל (וראה להלן, ליד ציון הערה 188). רבי עקיבא איגר מגדיר את שני המקרים הראשונים בהם נמנעה העבודה עקב ירידת גשם ("אתא מטר") כאנוס המעסיק, ואילו את המקרה האחרון ("פסק נהרא") הוא מגדיר כאנוס הפועל. על שיטתו נרחיב להלן, הערה 225.

ועוד השווה מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ד, ד"ה ובעיקר, הסבור שאין אפשרות לקבוע על מי נפל האנוס: "דהתם לא מצי פועל לומר אנא הא קאימנא [=אני נמצא (ומוכן לעבוד)]... דבעל הבית גם כן יכול לומר הרי השדה לפניך. ונמצא דאין העיכוב בא לא מזה ולא מזה". מן הראוי לציין ש'מחנה אפרים' אומר את דבריו בדעת הרשב"א (הנוקט כעיקרון שאנוס המעסיק אינו משמש עילת פטור, ראה להלן, ליד ציון הערה 194), לאמור, לדעתו הרשב"א אינו מגדיר מקרים אלה כאנוס של המעסיק דווקא, אלא כאנוס הפוגע במעסיק ובפועל באותה מידה, ועל כן המעסיק פטור (וראה להלן, הערה 195). וראה גם מחנה אפרים, שם, סימן ה, ד"ה אבל לע"ד.

¹⁴⁶ היקף חובת הגילוי שנוי במחלוקת הראשונים בעניין פועל שהושכר לעדור שדה וירד גשם שמנע את ביצוע העבודה. לדעת ר' ברוך בן שמואל הספרדי, בעל השדה אינו חייב לבקר בשדה כדי לוודא שנדרשת בה עבודת עידור וכדי לבחון מה תהיה השפעת ירידת גשמים על אפשרות ביצועה, ורק אם במקרה ביקר בשדה והיה מודע לכך שהאדמה לחה או רכה ואם יירדו גשמים בלילה לא יהיה טעם בעבודה ולא גילה את אזנו של הפועל, הוא נושא באחריות (מודפס בשיטת הקדמונים על שלוש בבות, תחת הכותרת פירוש רבינו ברוך מארץ יוון, בבא מציעא ע"ב, ד"ה תני תנא). לעומתו, רש"י והרמב"ם מסכימים שאם בעל השדה לא טרח לבדוק את מצב השדה לפני העסקת הפועל, הוא נושא בהפסד אם יתברר שירידת הגשם מונעת את ביצוע העבודה. אולם רש"י מרחיק לכת יותר מן הרמב"ם בהיקף הגילוי שהוא מטיל על המעסיק. לדעת הרמב"ם, "אם ביקר בעל הבית מלאכתו מבערב ומצא שצריכה פועלים, אין לפועלים כלום, מה בידו לעשות" (רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ט, הלכה ד). לעומת זאת לפי רש"י (בבא מציעא שם, ד"ה לא סיירוה מאורתא), מאחר שבעל השדה בקי בטיב שדהו ויודע שירידת גשמים עלולה לסכל את אפשרות ביצוע העבודה,

חייב לשלם לפועל את שכרו^{147 148} (אם כי ייתכן שאינו חייב לשלם לו שכר מלא אלא רק "כפועל בטל", שכן ההנחה היא, שהפועל היה מעדיף לשבת בחיבוק ידיים, כפי שנכפה עליו, תמורת שכר נמוך יותר¹⁴⁹).

אף על פי שביקר בשדה מראש ומצא שהיא זקוקה לעבודה, עליו היה להתנות עם הפועל שלא ישלם לו אם יירדו גשמים ותבטל העבודה, מאחר שהלה לא היה מודע לטיב השדה, ואם לא עשה כן, הפסיד. רק אם ביקר בשדה עם הפועל והלה יכול היה לעמוד על טיבה, נפטר הוא מחובת ההתניה והעביר אותה על כתפי הפועל (ראה רש"י, שם, ד"ה הא דסיירא לארעא מאורתא). והשווה: רש"י, שם עז ע"א, ד"ה לא סיירא מאורתא פסידא דבעל הבית; רא"ש, שם, פרק ו, סימן ג (וראה להלן, הערה 395). על היחס בין שני פירושי של רש"י, ראה: דרישה, חו"מ, סימן שלד, ס"ק א; מהר"ם שיף, בבא מציעא עז ע"א, ד"ה ברש"י בד"ה לא סיירה). וראה: הרב עמיהוד יצחק מאיר לוי, "תוצאות סיכול חוזה עבודה", **אורייתא** יז (תשנ"ג), עמ' רעג-רפד; משפטיך ליעקב (בן יעקב), חלק ח, סימן כ. והשווה להלן, הערה 395.

א. לעיל, ליד ציון הערה 137, כבר הטעמנו שכך הוא, לדעת הרמב"ן (לעיל, הערה 134), אף אם לפועל לא הייתה הצעת עבודה אחרת ולא נגרם לו נזק, שכן לדעתו יסוד החיוב הוא חוזי. לא כן לדעת התוספות (לעיל, הערה 132), שלדעתם יסוד החיוב הוא נזיקי, ועל כן לדידם המעסיק חייב רק אם הפועל ויתר על אפשרות עבודה אצל מעסיק אחר, שאם לא כן לא גרם לו הפסד (וכפי שכבר הערנו, לעיל, הערה 133). מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סימן ד, ד"ה ונראה דהא, מטעים שכך נוקט גם הרא"ש. אמנם, שלא כתוספות, דעת הרא"ש היא שאף אם לא הייתה לפועל הצעת עבודה אחרת, חייב המעסיק לשלם לו את שכרו מדין קנס (כפי שראינו לעיל, הערה 137), אולם אם נמנע מלספק לו עבודה בשל אונס (ירידת הגשמים), פטור המעסיק מתשלום שכרו, אף כשהתירשלו ולא בדק את מצב השדה לפני ההעסקה ("כשחוזר מחמת ששדהו לחה, **אין ראוי כל כך לקונסו אף שפשע מתחלה** ולא סייר שדה"). ראה הרב משה אליהו ויינמן, אבן שהם, ירושלים תשע"א, סימן צה (עמ' רעה) [=תשובות הבית, שאלה כח, "מתמחה במלאכת המילה חזר בו באמצע הקורס", **הישר והטוב** ד (תשס"ז), עמ' קסט, בעמ' קעב]. אבל השווה טעמי משה, שכירות פועלים, בני ברק תשע"ב, סימן ד, עמ' כה-כו.

ב. ומה הדין כאשר הפועל הוא מבני העיר, אבל המעסיק שלא הזהיר אותו לא ידע זאת, האם העובדה שהפועל היה מודע לאפשרות קרות האונס משחררת את המעסיק מאחריותו? שאלה זו מעלה משפטי החושן, שכירות פועלים, ירושלים תשע"א, עמ' ריג, ציונים אות ז, ומותיר אותה בצריך עיון. ויש מקום לשאול גם להפך, מה הדין כאשר המעסיק טעה לחשוב שהפועל הוא מבני העיר בעוד שאינו מבני העיר, האם מוטלת עליו אחריות על כך שלא הזהיר אותו מפני אפשרות קרות האונס? או שמא אין להטיל עליו אחריות מאחר שסובייקטיבית הוא לא פשע כשנמנע מלהזהירו? לדעת משפטי החושן, שם, בכגון זה המעסיק פטור (הוא מסיק זאת משו"ת מהר"ם מינץ, סימן כח, אבל ספק אם מסקנה זו מתחייבת ממקור זה).

ג. יש להעיר, שחובת המעסיק המפטר את עובדו ללא עילה לשלם לו את שכרו (כפועל בטל) מסויגת בכך שעל העובד מוטלת החובה לחפש מעסיק חלופי, כפי שנפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שלג, סעיף ב: "והוא שעכשיו אינם נשכרים כלל. אבל אם מוצאים מי שישכירם בשכירותו, אין להם אלא תרעומת". לשון אחר, בשונה מהחוק, במשפט העברי (כך ניתן להסיק משיטת הרמב"ן, לעיל, הערה 134), חובת הקטנת הנזק חלה גם בתביעת אכיפה. ראה חוק לישראל, **תרופות בשל הפרת חוזה**, סעיף 14, פרק שני, יא, 9. וראה ורהפטיג (לעיל, הערה 32), עמ' 606. והשווה לעיל, הערה 138.

יתירה מזו, הרמ"א שם, מביא בשם "יש אומרים": "דאפילו לא מצא[ו] רק מלאכה כבדה מזו, רק שרוצים להוסיף בשכרן, צריכין להשכיר עצמן במקום אחר". נתיבות המשפט, שם, ס"ק ד, מנמק זאת על פי **אומד דעת הפועלים**, ש"אנן סהדי דהיו משכירין עצמם למלאכה כזו אם לא היו מוצאין מלאכה אחרת". והשווה דברי שמואל (ראטה), שו"ת בעניינים שונים, אורח חיים, סימן צה, ד"ה ובזה אפשר וד"ה אמנם להנ"ל. הוא מנמק את ההלכה על פי **אומד דעת המעסיק**, "דכולי האי לא התחייב את עצמו, שאפילו אם עתה יש להם מקום להשתכר, רק שבא [צ"ל: שהיא] מלאכה כבדה מזו, יתחייב גם כן לשלם". ואף שהשימוש באומדנה בעייתי בעסקה דו-צדדית (כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 107), הוא מצדיק זאת בכך שיחסי עובד מעביד הינם חוזיים בלבד, ולפי רבו המהרש"ג "דווקא לבטל מקח גמור לא מהני [אומדנה של צד אחד], אבל לבטל התחייבות מהני". על גישה זו שנקוטה על ידי פוסקים רבים נוספים, ראה

לפי מקור זה עולה אפוא, שאם נמנע המעסיק לספק עבודה לפועל בעל כורחו, ואפילו כתוצאה מאירוע שכיח שניתן היה לצפותו¹⁵⁰, נכונותו של הפועל לעבוד אינה מזכה אותו בשכר, מאחר שגם הפועל יכול היה לצפות את הסיכוי, ועליו היה להתנות על כך¹⁵¹ (ורק אם הוטעה הפועל על

להלן, הערה 574 (לדידו), כך מתפרשים גם דברי 'נתיבות המשפט', אבל קשה לקבל זאת, שכן, כאמור, 'נתיבות המשפט' שם את הדגש בדבריו על אומד דעת הפועלים).

¹⁴⁸ לעיל, ליד ציון הערה 58, הנחנו שהוא הדין גם ביחס לפועל שחלה או שמת לו מת, שאם ידע מראש שכך עלול לקרות ולא גילה את אזורו של המעסיק שלא היה מודע לזה, יהיה דינו כדין פועל שמפר את חוזה העבודה בזדון, והמעסיק יוכל לתבוע ממנו פיצויים ב"דבר האבד".

במקרה ההפוך, שהמעסיק יכול היה לצפות את מחלת העובד ואילו העובד עצמו לא היה יכול לצפות אותה, יחוייב המעסיק בתשלום שכרו, כדין מעסיק היוזם פיטורין, וזאת אף שמניעת העבודה נובעת מאונס של הפועל ולא של המעסיק. כך פוסק הרמ"א, חו"מ, סימן שלד, סעיף א, בשם הטור: "וכן בכל אונס שאירע לפועל... אם בעל הבית יודע והפועל אינו יודע, הוי פסידא דבעל הבית". וכך עולה מחידושי רבי עקיבא איגר (להלן, הערה 225). רבי עקיבא איגר רואה את המקרה של פועל שהושכר כדי להשקות שדה מן הנהר וייבש הנהר, כאונס של הפועל, ואף על פי כן מבואר בתלמוד שאם המעסיק צריך היה לצפות את הסיכוי ולא הפועל, חייב המעסיק לשלם לו את שכרו.

¹⁴⁹ אבל הנחה זו ניתנת לסתירה כמפורש בתלמוד, בבא מציעא עז ע"א, בעניין אותם עובדי כפיים שחוסר מעש מזיק להם. וכן הוא גם בעניין מלמדי תינוקות משום ש"לומדי התורה אינם נהנים בבטולם, אלא מצירים" (שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן א. וראה גם בין השאר, שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס לבוב, סימן קנז, ד"ה ששאלתם על תינוק), וכפי שפסק הרמ"א, חו"מ, סימן שלה, סעיף א. וראה עוד שיטת הרמ"א (להלן, הערה 156). הדעות נחלקו כיצד מעריכים שכר "פועל בטל". לפי שו"ת רש"י, סימן רלט, שכר "פועל בטל" הוא מחצית השכר המוסכם (מובא בט"ז, חו"מ, סימן שלג, סעיף א. וראה פד"ר ו, עמ' 192, ד"ה ולפי"ז). הרמב"ם לעומתו (פירוש המשניות, בכורות ד, ו, ד"ה כפועל), אינו קובע בזה מסמרות, שכן לדעתו הדבר תלוי בפרמטרים שונים הקשורים באופי המלאכה (כבדה או קלה) ובאופי הפועל (זריז או עצל, בריא או חלש). וראה שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תשצג. כשיטה אחרונה זו נוקט מנחת אשר – בתקופת הקורונה, מהדורא תליתאה, ירושלים סיון תש"פ, סימן טו, אות ד (עמ' נח-סא). וראה דבריו עוד להלן, הערה 338.

¹⁵⁰ אולם השווה פני מבי"ן (לר' מימון בירדוגו), הלכות שכירות פעולים, סימן שלד, סעיף א (מודפס יחד עם ספרו לב מבי"ן), וכן שו"ת דברי יוסף (בירדוגו), חו"מ, סימן של, המפרשים כנראה אחרת את הסוגיה, ולדידם כעיקרון, אם נאנס המעסיק באונס שכיח, עליו לשלם לפועל את שכרו, אף שבטבע הדברים גם הפועל היה מודע לאפשרות קרות האונס. ורק אם נאנס המעסיק באונס "שכיח ואינו שכיח", הוא פטור מלשלם את שכר הפועל (פני מבי"ן מסתמך על ש"ד, חו"מ, סימן נה, ס"ק א. ונעיר, שאמנם כך כותב הש"ד, אבל עניינו שם בקנס מוסכם, וראה להלן, הערה 151). לכאורה, אין דעתם מתיישבת עם המפורש בסוגיה: "עביד דפסיק, אי בני מתא - פסידא דפועלים". וצריך לומר שהם מפרשים "עביד דפסיק" כאירוע "שכיח ואינו שכיח" ולא כאירוע שכיח (והשווה תשב"ץ, להלן, הערה 233). בהתאם לכך, 'דברי יוסף' פוסק, שמעסיק שפיטר את עובדו משום שירד מנכסיו, חייב לשלם לו את הפיצויים המוסמכים ביניהם, מאחר שירידת אדם מנכסיו הוא דבר שכיח, ועליו היה להתנות שייפטר אם כך יקרה לו. וראה להלן, הערה 151.

¹⁵¹ וראה מה שהערנו לעיל, הערה 57, בעניין ההשוואה למשפט הישראלי והאנגלי. לפי מה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 106, לא כן הדין כאשר הצדדים סיכמו על קנס מוסכם במקרה של הפרה, שאז חובת ההתניה באונס שכיח מוטלת על החייב, וטענת פטור עומדת לו רק באונס "שכיח ואינו שכיח" (ואין צריך לומר באונס שאינו שכיח כלל). ראה תשובות הבית, שאלה יד, "חתן הזמין אולם לחתונה, וביטלו בגין חזרת הכלה מהשדוך", הישר והטוב ז (תשס"ט), עמ' קיג, בעמ' קטו-קטז. להלן, הערה 373, אנו מציעים להצדיק, על יסוד זה, את פסקו של 'דברי יוסף' (לעיל, הערה 150), כלומר לא מטעמו, אלא משום שמדובר היה שם בקנס מוסכם.

ידי המעסיק, שלא הזהיר אותו מפני אפשרות הסיכול, **שהוא לא היה מודע לה**, יזכה הפועל בשכר¹⁵²).

(ב) **הסכם להובלת סחורה בספינה (בבא מציעא ע"א)**

מסקנה שונה לגמרי, עולה לכאורה מסוגיה תלמודית אחרת¹⁵³ הדנה בברייתא שעניינה סיכול שכירות שירותי תובלה ימית:

תנו רבנן. השוכר את הספינה [שירות להובלת סחורה (יין לדוגמה)]¹⁵⁴ וטבעה לה בחצי הדרך [עם מטען היין]. רבי נתן אומר: אם נתן [בעל היין שכר מראש למוביל] - לא יטול [בחזרה את כספו]; ואם לא נתן - לא יתן [כלומר, פטור הוא מתשלום].

התלמוד מנסה לעמוד על הנסיבות שעמדו לנגד עיני רבי נתן כשאמר את דברו, ומעלה בין השאר את האפשרות שרבי נתן אמר את דברו ביחס למי שביקש להוביל סחורה מסוימת ומוגדרת ("יין זה"), בעוד שהספן התחייב לעשות את ההובלה בספינה בלתי מסוימת ומוגדרת ("ספינה סתם"), והספינה טבעה בים על מטענה. לפנינו מקרה של סיכול מצד המעסיק (בעל היין), שאינו מסוגל לספק לפועל (הספן) את המשך העבודה המוסכמת, שהרי יינו המסוים טבע בלב ים, בעוד הפועל מצדו מוכן ומזומן להביא ספינה אחרת ולהמשיך ולקיים את ההסכם. אולם התלמוד דוחה אפשרות זו להעמיד את הלכת רבי נתן ב"יין זה וספינה סתם", שאם כן רבי נתן לא היה פוסק "אם לא נתן – לא יתן", אלא היה מחייב את המעסיק בתשלום. וזה לשון התלמוד:

[אולי תאמר שרבי נתן אמר את דברו] בספינה סתם ויין זה? [אין לקבל הצעה זו, שכן] אם לא נתן [המעסיק לספן דמי שכירות], **אמאי לא יתן?** נימא ליה [=מדוע לא יתן? יאמר לו (הספן למעסיק)]: הב לי ההוא חמרא, ואנא מייתינא ספינתא! [=הבא את היין המסוים, ואני אביא ספינה].

¹⁵² ראה סמ"ע, חו"מ, סימן שלד, ס"ק א. וראה לעיל, ליד ציון הערה 55, מה שהסקנו מכאן לעניין אונס הפועל. יש פוסקים המיישמים עיקרון זה גם בהקשרים משפטיים אחרים, לרבות שכירות נכסים. כך נוקטים: מהר"ם מרוטנבורג (להלן, הערה 212); רא"ש (להלן, הערה 304). וראה גם מגן אברהם, אורח חיים, סימן קנד, ס"ק כג, שכך עולה מהערתו על שו"ת הרמ"ע מפאנו, סימן סד, בעניין מי שקנה מצווה בבית הכנסת וגורשו היהודים מן העיר. וראה להלן, סוף הערה 233.

¹⁵³ בבא מציעא ע"א.

¹⁵⁴ על הגדרת סוגיה זו כסוגיה העוסקת בשכירות פועלים (הספן), ולא בשכירות נכס (הספינה), ראה גם בין השאר: חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כג, ס"ק י, ד"ה ולדעת, וס"ק יב (ראה להלן, הערה 290); דברות משה, בבא מציעא, חלק ג, פרק האומנין, סימן ג, ענף ג, ד"ה והנה בספינה. אבל ראוי להעיר, שיש הטוענים שהנדון בסוגיה זו הוא שכירות נכס, וזה פשר ההבדל בין סוגיה זו לסוגיית דוולא. כך מציע אבן האזל, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א, ד"ה ובדעת הרי"ף (וראה גם שם, בהשמטות ומילואים להלכה ג, ד"ה ונראה). וראה להלן, הערה 163, שכך נוקט כנראה גם 'מנחת פתים'. אבל השווה מהר"ם מרוטנבורג (להלן, ליד ציון הערה 241 וליד ציון הערה 294), לדידו אין הבדל בין שכירות פועלים ובין שכירות נכסים, וממילא אין בכך פתרון לסתירה בין הסוגיות. וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33): עמ' 305, הערה 125; עמ' 341, הערה 268.

ראשונים רבים¹⁵⁵ מפרשים שכוונת התלמוד היא שמאחר שהספן מוכן ומזומן לקיים את חלקו בהסכם, אף אם המעסיק לא הקדים לו את התשלום, הוא זכאי בעיקרון **למלוא שכרו**¹⁵⁶ (ועל כן ברור שרבי נתן התייחס למקרה אחר, כפי שנראה להלן¹⁵⁷).

ויש לתמוה, כיצד מתיישבת סוגיה זו (שנכנה אותה להלן סוגיית הספינה והיין) עם הסוגיה הקודמת, סוגיית דוולא, בעניין פועלים שהושכרו לעבוד בשדה¹⁵⁸, שם ראינו שכעיקרון סיכול המעסיק פוטר אותו מחיובו כלפי הפועל, והיא "קושיה עצומה", כלשון ר' מאיר שמחה מדווינסק¹⁵⁹.

¹⁵⁵ ראה: רבנו חננאל (מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא ע"א, ד"ה וזה לשון גליון תוספות); ר"ף, בבא מציעא מט ע"א (בדפי הרי"ף); רש"י, בבא מציעא עט ע"ב, ד"ה נימא ליה הב לי ההוא חמרא; ריב"ן, מובא בתוספות, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה אלא; רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ג; ראב"ה, סימן אלף ל, ד"ה ואם מת הנער; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן אלף ב; הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, פרק ה, אות ו; שו"ת הרשב"א, חלק ו, סימן רכד; חידושי הריטב"א, בבא מציעא עט ע"ב, ד"ה אבל בין סתם (בשם רבו); בית הבחירה למאירי, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה השוכר את הספינה. וכך פסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיא, סעיף ג. והשווה להלן, הערה 161.

¹⁵⁶ ריב"ן (לעיל, הערה 155) מסיק זאת מכך שהתלמוד לא תמה על חלקה הראשון של הלכת רבי נתן "אם נתן לא יטול", ומכאן שכאשר התלמוד שואל על חלקה השני של ההלכה: "אם לא נתן אמאי לא יתן?", הכוונה היא מדוע לא יתן **שכר מלא**: "על כרחך פריך שיתן אפילו שכר חצי הדרך שלא הלך, **מדניחא ליה הא דקתני 'אם נתן לא יטול'**, **דמשמע אם נתן כל שכרו לא יטול כלל**". והשווה ריב"ם (להלן, הערה 162). וראה להלן, הערה 226.

[מהרש"א, שם, ד"ה בד"ה אלא בספינה, מעיר שהלכת "אם נתן לא יטול" עצמה אינה מובנת לכאורה, ובאמת לא ברור מדוע התלמוד לא הקשה גם עליה: "אמאי לא קשיא להו בפשיטות ארישא דמשמע אם נתן כל שכרו לא יטול כלל, ולמה לא יטול שכר חצי הדרך שלא הלך כיון שאירע לו אונס דהוי פסידא דפועלים?". תשובה לשאלתנו ראה להלן, הערה 184. והשווה להלן, ליד ציון הערה 823].

לדעת רוב הראשונים והפוסקים (ראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), בעמ' 341, הערה 268), על חצי הדרך שלא הפליג, זכאי הספן רק לשכר כפועל בטל, בהתאם למה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 149. לא כן דעת הרמ"ה הפוסק שהספן זכאי לשכר מלא, משום שבדומה למה שראינו לעיל, הערה 149, יש להניח שהיה מעדיף להמשיך לעבוד ולא לאבד את ספינתו: "דלא שייך למימר אינו דומה הבא טעון לבא ריקן, דבטילא דהאי דאפסדיה לספינתיה קשה ליה טפי מהיכא דעביד מלאכה, ודמי לאוכלוסי דמחוזא דיהיב להו כל שכרן משום דכי לא עבדי חלשי" (מובא בטור, חו"מ, סימן שיא). וכן פסק גם ר' יוסף בר' ברוך, שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס לבוב, סימן קנה. וראה מהר"ם מטיקטין (להלן, הערה 286).

¹⁵⁷ להלן, פרק 7.ב(1)(ב), עמ' פפ, נדון בתשלום מראש והשלכותיו, ושם, ליד ציון הערה 824, נראה שהתלמוד מגיע למסקנה שרבי נתן אמר את דברו ביחס ל"ספינה זו ויין זה", כלומר במצב של סיכול הדדי, ונבחן את השאלה מדוע בכגון זה מפסיד המעביד אם שילם מראש. עוד נדון שם במקרים הנוספים שנבחנו על ידי התלמוד: "ספינה זו ויין סתם", בו נקבע "אם נתן - אמאי לא יטול?" (כלומר, שאפילו שולם השכר מראש, על הספן להשיבו), ראה להלן, ליד ציון הערה 817; ו"ספינה סתם ויין סתם", בו נקבע "חולקים" (בלא קשר אם השכר שולם מראש אם לאו), ראה להלן, ליד ציון הערה 834.

¹⁵⁸ לעיל, הערה 143.

¹⁵⁹ חידושי רבנו מאיר שמחה, בבא מציעא עט ע"א, אות יד, ד"ה תוס' ד"ה אלא בספינה סתם.

(3) יישוב הסתירה בין הסוגיות ומסקנות משפטיות

שלוש דרכים עיקריות הוצעו לפתרון שאלה זו, וכל אחת מן הדרכים מובילה למסקנה שונה בעניין סיכול חיובו של המעסיק.¹⁶⁰

(א) סיכול הוא עילת פטור מכוח הדין (ריב"ם)

יש מן הראשונים, ובראשם ריב"ם¹⁶¹ (ר' יצחק בן מאיר), המפרשים את סוגיית הספינה והיין, באופן שאין סתירה בינה ובין סוגיית הפועלים. לדעתם, כוונת התלמוד בעניין ספינה סתם שטבעה כשהייתה מושכרת להוביל יין מסוים - "אם לא נתן, אמאי לא יתן?" - אינה מדוע לא ישלם השוכר שכר מלא (כפי שפירשו שאר הראשונים), אלא מדוע לא ישלם **שכר עד טביעת הספינה**¹⁶².¹⁶³ לפי זה כאמור, אין סתירה בין סוגיית הספינה ובין סוגיית הפועלים, ובכל מקרה, מעסיק שנאנס פטור מלשלם לפועל תמורת עבודה שהלה לא ביצע, אף שהפועל מוכן לעבוד.¹⁶⁴

¹⁶⁰ לסקירה מקיפה יותר ראה אבן יעקב (פרייזלר), חלק ב, סימן נא, הסוקר לא פחות מעשרה תירוצים.

¹⁶¹ מובא בתוספות, בבא מציעא ע"ב, ד"ה אי אתה. וכך נוקטים: תוספות שאנץ, מובא בשיטה מקובצת, שם ע"א; רא"ש, בבא מציעא, פרק ו, סימן יא; חידושי הריטב"א, בבא מציעא ע"ב, ד"ה ת"ר השוכר את הספינה (בשם תוספות). לדעת נתיבות יהושע, בני ברק תשמ"ד, בבא מציעא, סימן נד (עמ' רעד), זו גם דעת 'נימוקי יוסף', כך הוא מסיק מדבריו: "והפועל תלוי שכירותו בעשיית פעולה, אם כן **כל שלא עשה פעולתו פסידא זידיה הוא**" (בבא מציעא מו ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה פסידא דפועלים (השני)). אבל צריך עיון בשיטת 'נימוקי יוסף', שכן לא כך עולה מדבריו, שם מט ע"א, ד"ה הב לי חמרא.

¹⁶² וזה לשון ריב"ם: "הא דפריך בספינה סתם ויין זה 'אם לא נתן' - אמאי לא יתן, לא פריך אלא אמאי לא יתן שכר חצי הדרך שכבר הלך, אבל **שכר חצי הדרך שלא הלך** [הספן] **פשיטא שלא יתן** [המעסיק] **כיון שהוא אנוס**". ואף על פי שהמעסיק אינו נהנה מן ההובלה, נכונותו של הספן להשלים את מלאכתו די בה להצדיק את שכרו עד חצי הדרך. וראה להלן, ליד ציון הערה 808.

אמנם, אם שילם המעסיק לפועל את השכר כולו מראש, לא יידרש הפועל, **המוכן מצדו להשלים את המלאכה**, להחזיר את השכר עבור הדרך שלא עשה (כפי שנקבע שם בתלמוד "אם נתן - לא יטול"), שכן בשלמו מראש, נחשב המעסיק כמי שנטל את הסיכון לאבדן השקעתו, שאם לא כן, עליו היה להתנות על כך במפורש: "דכיון שהוא [הספן] מוחזק ומזומן לקיים תנאו, ניחא ליה [לתלמוד, כלומר מובן] שלא יחזיר כלל". וראה להלן, הערה 823. והוא הדין ככל הנראה לדעת ריב"ם בעניין פועל שהושכר להשקות שדה, שאם שילם לו המעסיק מראש ואחר כך נאנס המעסיק, זכאי הפועל להחזיק בשכרו מאחר שהוא מוכן ומזומן לעבוד. ראה: שער משפט, סימן שלד, ס"ק א (מובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן שלד, ס"ק ב. והסכים עמו שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן רז (במפתחות), אלא שהעיר שעליו להחזיר מחצית מיתרת השכר כדין פועל בטל); חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק יג; נתיבות יהושע, בני ברק תשמ"ד, בבא מציעא, סימן נד, ד"ה הא דנקטינן (עמ' רעב). והשווה להלן, הערה 226, שיטת ריב"ן בנושא תשלום מראש.

[אבל השווה ריטב"א שם, המפרש בשם תוספות, שאין להבין "לא יטול" כפשוטו שלא יטול כלל, אלא "אפילו נתן, יטול ממשכיר שכר הדרך הנשאר". ובחצי הדרך שעבר הוא דקאמר דזוזי היכא דקיימי לוקמי ואין מוציאין מזה לזה"].

¹⁶³ וכך הדין גם אם טבע רק היין ולא הספינה, שהמעסיק משלם רק עד טביעת היין. ראה: הגהות אשרי, בבא מציעא, פרק ו, סימן ה; לב מבין (נברו), הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ג, ד"ה ונראה לישב. אמנם השווה מנחת פתים, חו"מ, סימן שלד, סעיף א (במהדורת צוויבל, ירושלים תשע"ד, מודפס בסוף הספר כשו"ת מנחת פתים, סימן כא, ד"ה ואע"ג). לדעתו, אם אבד רק היין, מאחר שהספינה קיימת, מודים ריב"ם והרא"ש שהשוכר **חייב בתשלום מלוא הדרך**, שכן הפטור שהם מעניקים לשוכר על חצי הדרך שאחרי טביעת הספינה, הוא משום **ש"הקלקול אירע גם בחפץ המושלם** [שכר], דהא אבדה הספינה, ונהי דהשכיר לו ספינה סתם, אין השוכר מחויב ליקח ממנו ספינה אחרת כשאינו לו יין להוליך. אבל... אם שכר ספינה ליין זה ונטבע יינו **והספינה קיימת... ודאי דצריך לשלם לו שכר כל הדרך**" (כראה

יש מי שמעיר¹⁶⁵ שעל פי גישת ריב"ם, ברור ששומר שכר שנפל קרבן לשוד מזוין (אירוע שאינו בגדר אחריותו)¹⁶⁶, אינו זכאי למלוא שכרו, אלא רק לשכרו עד השוד, אף שהוא מוכן ומזומן להמשיך בשמירה¹⁶⁷.

נראה שגם רבו של הריטב"א¹⁶⁸ מסכים בעיקרון עם ריב"ם. אף שהוא מפרש (שלא כמו ריב"ם) שכוונת התלמוד בסוגיית הספינה היא לחייב את המעסיק בתשלום מלא, הוא מסביר בשם רבו (הרא"ה) שיש הבחנה בין הסוגיות והיא, שבעניין הספינה והיין, מדובר שההסכם בין המעסיק לספן נעשה **במעשה קניין**, ועל כן אין למעסיק עילת פטור מתשלום מלוא השכר, ואילו בעניין הפועלים שהושכרו לעבוד בשדה, לא היה מעשה קניין, ועל כן סיכול הוא עילה לחזרת המעסיק¹⁶⁹.

לדבריו הוא מפנה לשו"ת הרשב"א, להלן, הערה 195, אבל ראוי להעיר שהרשב"א נוקט כעיקרון שאונס המעסיק אינו עילת פטור, ואין להביא אפוא ראייה ממנו כנגד שיטת ריב"ם שנוקט בפירוש דעה הפוכה). מדברי 'מנחת פתים' ניכר, שלדידו סוגיית הספינה עניינה **בשכירות נכסים**, בעלת האופי הקנייני, שם דמי השכירות משולמים כנגד זכות הקניין במושכר, ואין עניינה **בשכירות פועלים**, בעלת האופי החוזי, שם דמי השכירות משולמים כנגד מלאכתו של הפועל "ויכין שלא עשה מלאכה ובעל הבית לא פשע – אינו משלם לו" (שם, ד"ה והנה. בדומה להסברו של 'אבן האזל' בדעת הרי"ף והרמב"ם, להלן, הערה 201). וראה: שו"ת צמח צדק (שניאורסון), חו"מ, סימן מה, ד"ה ועתה נשוב; שם, שער המילואים, חלק ד, סימן קעב. גם הוא סבור שמשכיר הספינה עשוי לזכות במלוא דמי השכירות, אבל מסיבה אחרת והיא, שאם יציע לשוכר להטעין יין אחר (אף שההסכם היה על יין מסוים) והשוכר לא יעשה כן, ייחשב השוכר כמפר חוזה מרצון שחייב בתשלום מלא. אלא שאז, שבה ועולה הסתירה עם סוגיית דוולא, משם מוכח שגם בכגון זה המעסיק פטור (משום כך, ביישוב הסתירה בין הסוגיות, הוא מעדיף על פני גישת התוספות את גישת הריטב"א והרמב"ן, להלן, הערה 169).

בעניין טבע היין ולא טבעה הספינה ראה עוד משכן שלום (סגל), חלק ב, סימן סז, אות א. והשווה להלן, הערה 203. וראה להלן, הערה 298.

¹⁶⁴ מסקנה דומה עולה לכאורה מסוגית התלמוד, כתובות ב ע"א-ע"ב, בעניין חיוב הבעל במזונות ארוסתו. בעיקרון, חיוב מזונות אישה חל רק מן הנישואין (כניסה לחופה) ולא מן האירוסין (הקידושין), אבל חכמים קבעו שאם הגיע הזמן המיועד לנישואין ולא נישאו, הארוס חייב במזונות. עם זאת, אם נידחו הנישואין מחמת אונס הבעל (כגון שחלה), פטור הוא ממזונות. גם מכאן עולה כאמור לכאורה שסיכול פטור מאכיפה, ובלבד שמניחים שחיוב המזונות בהגיע זמן הנישואין אינו מתורת קנס אלא מחיובי הבעל כלפי אשתו (עניין שנחלקו בו הפוסקים, ראה בין השאר: חידושי בעל שרידי אש (ירושלים תשנ"ט), חלק א, סימן כג; שיעורי רבי דוד פוברסקי, כתובות (בני ברק תשס"ט), סימן ד; אבי עזרי (שך), כתובות, סימן ג; **פד"ר** ג, עמ' 50; **פד"ר** כב, עמ' 49). אבל ראה לעיל, הערה 115, שפטור זה אינו אמור באונס שכיח.

¹⁶⁵ ראה תומים, סימן סו, ס"ק סח.

¹⁶⁶ ראה רמב"ם, הלכות שכירות, פרק א, הלכה ב.

¹⁶⁷ וראה ברוך כהנא, חוק לישראל, **שומרים**, ירושלים תשנ"ט, עמ' 331, וראה שם הערות ומילואים לסעיף 5, הערה 171, שהביא פוסקים רבים שנוקטים כך. וראה מה שהערנו עליו להלן, הערה 213. וראה גם, הערה 214.

¹⁶⁸ חידושי הריטב"א, בבא מציעא עט ע"ב, ד"ה אבל ביין סתם.

¹⁶⁹ וזה לשונו של הריטב"א: "דכי אמרינן פסידא דפועלים, דוקא פועל או קבלן דעלמא, שלא נשכר אלא בדיבור בעלמא, אבל קבלן שנתחייב לגמרי להוליך דבר ידוע או לעשותו, ומשך הדבר, ודאי **כל שאין העכבה מצדו, ואירע בו שום אונס, אין לו להפסיד משכרו כלום**". לדעת הריטב"א, חיוב זה מקביל לחיובו של פועל שהתחייב במעשה קניין ונאנס (ראה לעיל, ליד ציון הערה 60), כפי שמפורש בדבריו שם עח ע"א, ד"ה ורבינו נ"ר, בשם הרמב"ן: "שאין דברים אלו אמורים אלא בשנשכר המלמד באמירה בעלמא, אבל אם נתחייב בקנין כראוי ללמד בן חברו ונתחייב לו בעל הבית בשכרו, שוב אין אחד מהם יכול לחזור בו, ואם חזר בו יפסיד, ואף על פי שחלה המלמד פסידא דמלמד על מה שיש לו לעשות, וכן אם חלה הבן פסידא דבעל הבית לגמרי". על הצדקת הקשר בין השניים, עומד חידושי רבנו מאיר

ואף שבהקשרים אחרים תחילת עבודה נחשבת כמעשה קנין¹⁷⁰, לא כן הוא לעניין חיוב המעסיק בסיכול, שם נדרש מעשה קניין ממש¹⁷¹.

נמצא לפי גישה זו, שדין אחד לסיכול חיובו של הפועל ולסיכול חיובו של המעסיק, ובשניהם הסיכול פוטר מתשלום פיצויים בגין הפרת חוזה, אפילו באונס שכיח¹⁷²: פועל שאינו עובד בעל כורחו, פטור מתשלום ההפסדים שגרם למעסיקו; ומעסיק שאינו מספק עבודה לפועל בעל כורחו, פטור מתשלום על אבדן שכרו. ורק אם המפר לבדו צריך היה לצפות את האונס, לא יוכל להיפטר מחיובו¹⁷³.

שמחה, בבא מציעא עו ע"א, אות ז, ד"ה אבל: "דזה משפט מעוקל, ליפות כח הבעל הבית מן הפועל, ולא עלה על לבם [של הפועלים] לשעבד עצמן ולהתחייב עצמן באונס, בגונא דאם [=במקרה שאם] יקרה כזה אצל בעל הבית, יפטר". וראה בכורי גשן (לעיל, הערה 126).

וכך נקטו תלמידי הרשב"א (להלן, הערה 171). שו"ת צמח צדק מאמץ את הבחנת הרמב"ן והריטב"א בין התחייבות בדיבור ובין התחייבות בקניין, שהוא רואה אותה כעדיפה על פני דרכם של התוספות ביישוב הסוגיות (ראה לעיל, הערה 163). וראה: ויגודה, שכירות (לעיל, הערה 33), בעמ' 332, הערה 236; איתמר ורהפטיג, ההתחייבות, ירושלים תשס"א, עמ' 244.

[לדעת הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), הערה 37, כהבחנה זו מציע לכאורה גם מהר"ם מרוטנבורג, הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, פרק ה, אות ו, בתירוצו השני ליישוב הסתירה בין הסוגיות (לאחר שהביא את תירוצו של ריב"ן שנעמוד עליו להלן, ליד ציון הערה 202): "ועוד יש לחלק, דלעיל איירי בשכירות, והכא בקבלנות" (מקורו בתשובות מהר"ם מרוטנבורג וחבריו, מהדורת שמחה עמנואל, ירושלים תשע"ב, סימן תנב). אבל השווה אבן האזל, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א, ד"ה אח"כ ראיתי בהגה"מ, לדעתו הבחנת מהר"ם בין שכירות לקבלנות מיוסדת על שיטת רבנו תם, לפיה קבלן שעשה מעשה קנין, אינו יכול לחזור בו, בשונה מפועל, ומאחר שהמזמין "קנה" את הקבלן, כבר התחייב בתשלום שכרו, וממילא עליו רובץ הסיכון אם נמנע ממנו לספק לו עבודה. ועוד אפשר שהוא מתכוון להבחנה שנראה להלן, סוף הערה 195, בדעת הראב"ד. ועל כל פנים, מפסק אחר של מהר"ם מרוטנבורג בעניין שוכרת בית שמתה באמצע תקופת השכירות (להלן, הערה 288), עולה בבירור שמהר"ם לא אימץ הבחנה זו להלכה והעדיף על פניה את דרכו של ריב"ן, שהלא נטילת החזקה בבית היא מעשה קניין במושכר, ובכל זאת פסק שירשיה פטורים מתשלום].

¹⁷⁰ ראה לעיל, ליד ציון הערה 135.

¹⁷¹ כך עולה מדברי הריטב"א (לעיל, הערה 169). וכך הביא בית יוסף, חו"מ, סימן שיא, בשם תלמידי הרשב"א: "וכתבו תלמידי הרשב"א, גבי ספינה סתם ויין זה, אף על פי שלא נתן - יתן, על כרחך בקנין, דאי בלא קנין הרי יכול לחזור בו כל שעה שירצה. וליכא למימר דכיון דהתחיל במלאכה אפילו בלא קנין אין שום אחד מהם יכול לחזור בו, דכיון דנאנס יכול לחזור בו, דדמי לאתא מיטרא דהוי פסידא דפועלים" (וראה להלן, הערה 195, לניתוח שיטת הרשב"א בהקשר זה). וכעין זה ראה גם חידושי ר' עקיבא איגר, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה עוד י"ל, המבחין בין "הלכו פועלים", שהוא "קצת קנין", ובין "קניין ממש" (מובא בפד"ר ו, עמ' 185, ד"ה ומצאנו שכן כתב. נעיר שזו הצעתו השנייה של ר' עקיבא איגר ביישוב הסוגיות. להצעתו הראשונה, ראה להלן, הערה 225). והוא הדין לעניין חיוב הפועל, ראה לעיל, הערה 62.

¹⁷² כמו שהטעמנו לעיל, ליד ציון הערה 150. הדברים אמורים בפיצויים מן הדין, בפיצויים מוסמכים אין פטור באונס שכיח, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 123.

¹⁷³ כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 146. בכל מקרה אחר, אם הפועל היה מעוניין לקבל שכר על אף האונס של המעסיק, עליו היה להתנות על כך מראש. ואף כשהמעסיק יכול היה לצפות את האירוע המסכל (כגון פסיקת הנהר), כל זמן שגם הפועל יכול היה לצפות אותו ולהתנות עליו, אין לשלול מן המעסיק את טענת הסיכול. וראה לעיל, הערה 57.

לכאורה, מסקנה זו נובעת מכך, שריב"ם וסיעתו נוקטים כשיטת התוספות¹⁷⁴, שחיוב התשלום של מעסיק המפר את חוזה העבודה, אינו שונה במהותו מחיובו של הפועל כלפיו; יסוד שניהם בפיצוי נזיקין¹⁷⁵, ולאור יסוד זה, מובן שאין להטיל חיוב על המפר כאשר הוא פועל מתוך אונס. אולם, אין הכרח לכך, שכן אפשר שריב"ם נוקט כמו הרמב"ן, שיסוד החיוב הוא בדיני החוזים, ואף על פי כן, סיכול עשוי לשמש עילת פטור, בין משום שבהעדר חזרה מרצון של המעסיק, נכונות העובד לעבוד אין די בה לזכותו בשכר¹⁷⁶, ובין מכוח אומדנה¹⁷⁷.

מדברי הרא"ש¹⁷⁸ - שנוקט כריב"ם בפירוש סוגיית הספינה והיין¹⁷⁹ - עולה לכאורה הסבר אחר לגמרי, ולפיו הפטור של המעסיק מיוסד על **ספק בדין**. וכך הוא כותב בפירושו לסוגיית דוולא:

דכל אונסא דלא איבעי לאסוקי אדעתייהו לא פועל ולא בעל הבית, אי נמי תרוייהו איבעי להו לאסוקי אדעתייהו [=שכל אונס שלא היו צריכים להעלות על דעתם לא הפועל ולא בעל הבית, וכן גם אונס ששניהם היו צריכים להעלות על הדעת], פסידא דפועלים, **דהמוציא מחבירו עליו הראיה וידו על התחתונה**¹⁸⁰.

מדבריו משתמע לכאורה, שהמעסיק פטור מתשלום שכר הפועל, כל עוד לא ירים הלה את נטל ההוכחה שמניעת העבודה לא אירעה במזלו, כי אם במזל המעסיק. כלומר, **הוא פטור משום הספק, מזלו של מי משניהם גרם לאונס**. אבל, אם יעלה ביד הפועל להרים את הנטל ולהוכיח שלא זו בלבד שהאונס נפל בתחומו של המעסיק אלא גם נגרם **במזלו**, כי אז, נכונותו לעבוד מזכה אותו בשכר¹⁸¹. לפי זה נמצא, שאליבא דהרא"ש, בשונה מריב"ם, **אונס אינו מעניק למעסיק פטור**

¹⁷⁴ לעיל, הערה 132.

¹⁷⁵ ראה לעיל, הערה 133. ואכן ראה ריטב"א (לעיל, הערה 168), המבסס את חיוב שניהם על "דין ערב". וראה גם נתיבות המשפט, סימן שלג, ס"ק ג, המבסס את חיוב שניהם על תקנת חכמים. אמנם יש לציין, שלא מצאנו דברים מפורשים של ריב"ם במחלוקת שבין התוספות לרמב"ן (לעיל, הערה 134). לכאורה סביר להניח שאילו נקט כמו הרמב"ן, הוא לא היה נדחק בפירוש סוגיית הספינה והיין, אבל ראה להלן בסמוך.

¹⁷⁶ כשיטת 'נימוקי יוסף' (לעיל, הערה 161).

¹⁷⁷ על אפשרויות אלה בדעת הרמב"ן עצמו רמזנו כבר לעיל, ליד ציון הערה 140. ואכן ראה חידושי הרשב"א, בבא מציעא עו ע"ב, ד"ה כללא דנקטינן, שאף שהוא נוקט כרמב"ן (ראה לעיל, הערה 134), הוא קובע: "ואם חזר בו בעל הבית מתוך האונס בין כך ובין כך אינו נותן להם כלום ואפילו התחילו במלאכה". כאמור, נראה שהפטור מיוסד על אומדנה, ומכאן תשובה לתמיהתו של הרב פוברסקי (שיעורי רבי דוד פוברסקי, בבא מציעא עו ע"ב, אות כו).

¹⁷⁸ רא"ש, בבא מציעא, פרק ו, סימן ג.

¹⁷⁹ כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 161.

¹⁸⁰ בטור, חו"מ, סימן שלד, סעיף ב, הביא את הדברים בזה הלשון: "דלעולם לא יתחייב בעל הבית אלא אם כן היה יודע והפועל לא ידע. אבל אם שניהם יודעין או שניהם אינן יודעין - הפועל מפסיד, שהמוציא מחבירו עליו הראיה וידו על התחתונה". וראה רמ"א, שם, סעיף א.

¹⁸¹ וראה עולת איש (שרבאני), ענייני שכירות, ירושלים תשע"ג, עמ' שסט, הערה ז: "אם אירע איזה אונס שכל קרקעות השוכר שהם בכמה מקומות נפסדו באופן שאי אפשר לעבוד בהם, בזה ברור לנו שמזלו גרם וממילא יהיה מחוייב השוכר לשלם את הממון לבעל הבית [צ"ל: לפועל] **באשר באמת ליכא כאן פטור אמיתי של אונס**".

מהותי אלא רק פטור דיוני-ראייתי¹⁸², שכן רק בשל **הספק** אולי האונס נגרם בשל מזלו של הפועל, הוא שאין לחייבו בתשלום שכרו של הפועל, על פי הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה"¹⁸³. כך אכן פירשו את דבריו אחרונים אחדים¹⁸⁴.

אולם גישה זו, קשה להולמה, שכן לא סביר לטעון שאונס שנפל בתחומו של המעסיק¹⁸⁵ נגרם ב"מזלו" של הפועל¹⁸⁶. לכן נראה שיש להציע לפרש את דברי הרא"ש בדרך אחרת התואמת את גישת ריב"ם, לפיה אם רצה הפועל לקבל תשלום בגין עבודה שלא יבצע בפועל בשל אונס המעסיק, **עליו היה להתנות על כך מראש**, ואם לא עשה כן הפסיד מאחר שלמעסיק יש טענת פטור מהותית. וזה אולי פשר ניסוח דברי הרא"ש שלא הסתפק בטענת "המוציא מחברו עליו הראיה", והוסיף **"וידו על התחנתה"**, לאמור שעל הפועל היה להתנות מראש על קבלת שכר גם אם המעסיק ייקלע לאונס, ואם לא עשה כן אין לו עילה לתביעת שכר¹⁸⁷ (לשון אחר, יש להבין כאן את הביטוי "המוציא מחברו עליו הראיה" במשמעות תיאורית של הוצאת ממון מן המעסיק ולא במשמעות הנורמטיבית הרגילה של קביעת נטל הוכחה במצבי ספק).

¹⁸² במובן זה הוא מסכים בעיקרון עם גישת רבנו חננאל שנראה להלן, ליד ציון הערה 188. קשה לייחס גישה זו לריב"ם, שכן ב"ספינה סתם ויין זה" ריב"ם מסביר שברור שהמעסיק פטור מתשלום עבור הדרך שאחרי טביעת הספינה **"כיון שהוא אנוס"**, והוא נזקק לטענת "המוציא מחברו עליו הראיה" רק ב"ספינה זו ויין זה". ראה דיונונו להלן, ליד ציון הערה 830.

¹⁸³ ועדיין, אם המעסיק לבדו היה מודע לאפשרות קרות האונס, עליו היה להזהיר את הפועל, ואם לא עשה כן, הרי הוא כמי שפיטר אותו מרצון ועליו לשאת באחריות, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 146. שו"ת שבות יעקב (להלן, הערה 184) מסיק על פי הרא"ש, שמאחר שאין מדובר בפטור מהותי של המעסיק בשל אונס אלא בספק מזלו של מי משניהם גרם, מועילה תפיסה של הפועל. אבל דבריו נסתרים מדברי הרא"ש עצמו (בכורות, פרק א, סימן טו), כפי שנעיר להלן, הערה 833. והשווה להלן, הערה 187.

¹⁸⁴ ראה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שלד, ס"ק ה; שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קעו; דברי משפט (אורבך), סימן שי, ס"ק ד. וכך נוקטים גם, בלי לציין לרא"ש: שו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן פו; שו"ת נפת צופים (בירדגו), סימן שנב.

ומכאן תשובה לשאלת מהרש"א (לעיל, הערה 156), מדוע התלמוד לא הקשה על הלכת "אם נתן לא יטול". לפי גישת הרא"ש המוצעת כאן התשובה לכך פשוטה, והיא שהספן מוחזק ו"המוציא מחברו עליו הראיה". ראה קיקיון דיונה, שם, ד"ה ד"ה אלא. והשווה דיונונו להלן, ליד ציון הערה 823.

¹⁸⁵ ראה לעיל, הערה 145.

¹⁸⁶ וכפי שמעיר רבי עקיבא איגר: "היכא שאירע אונס בשל בעל הבית והוא אונס דלא שכיחא דלא הוי פשיעה, **יש לומר דמזל דבעל הבית גרים**" (חידושי רבי עקיבא איגר, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה תד"ה אלא). וראה דברות משה, בבא מציעא, חלק ג, פרק האומנין, סימן ג, ענף ב, ד"ה והנכון: "אבל נראה שהוא לא מצד ספק, **דאיזה ספק יש בזה?**".

¹⁸⁷ ראה הרב צבי יהודה בן יעקב, "תשלום לגן ילדים ששבת בזמן מלחמה", **תחומין** יב (תשנ"א), עמ' 200-218, בעמ' 201-202 [=משפטיך ליעקב, חלק א, סימן יא, בשינויי עריכה].

על פי גישה זו, מאחר שאונס מעניק למעסיק פטור מהותי, כשיטת ריב"ם, ברור שלא מועילה תפיסה. ראה ערוך השולחן, חו"מ, סימן שלד, סעיף א (ו"אפילו תפיסה לא מהני בזה, דאין זה דומה לכל מוציא דמהני לפעמים תפיסה, דבכאן מעיקר הדין כן הוא דכששניהם ידעו, כיון שגם הפועל פושע למה ישלם לו? ואם שניהם לא ידעו, כיון דגם הבעל הבית אנוס משמיה הוא דגזרי עליה דפועל שלא ירויח"). והשווה שו"ת שבות יעקב (לעיל, הערה 184).

עמדה הפוכה בהבנת היחס בין הסוגיות נוקט רבנו חננאל¹⁸⁸. הוא מפרש את **סוגיית הפועלים** שהושכרו לעבוד בשדה, באופן שגם לפי פירושו אין סתירה בין הסוגיות. לדעתו יש לפרש את המקרים שבאותה סוגיה, כאונסים הנופלים על **הפועל** ולא על המעסיק. כך, לגבי פועלים שנשכרו כדי לעדור שדה וירד גשם, הוא מסביר: "יכול בעל הבית לומר לפועלים לכו חפרו"¹⁸⁹. וכן לגבי השוכר פועל להשקות שדה ויבש הנהר, הוא מסביר: "בעל הבית יכול לומר, הביאו מן הנהר האחר"¹⁹⁰. נמצא שלדיו, הכלל הקובע בעניין **סיכול המעסיק** הוא הכלל העולה מסוגיית הספינה והיין, ולפיו אונס המעסיק אינו משמש עילת פטור לתשלום השכר, ובלבד שהפועל מוכן ומזומן להשלים את חלקו בהסכם¹⁹¹.

יש לשער ששיטה זו של רבנו חננאל נובעת מכך שהוא נוקט כשיטת הרמב"ן¹⁹², שחיוב התשלום של מעסיק המפר את חוזה העבודה הוא חיוב **חוזי** שמתגבש משעה שהפועל מתייצב לעבודה ומוכן לעבוד ועל כן הוא ניתן **לאכיפה**, ואינו (או אינו רק) חיוב נזיקי (פיצויים).

בעקבות גישתו של רבנו חננאל, יש פוסקים הנוקטים, שהשוכר מלמד לבנו ומת הבן, זכאי המלמד למלוא שכרו מאחר שהוא מוכן ומזומן ללמד¹⁹³.

¹⁸⁸ רבנו חננאל, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא ע"א, ד"ה וזה לשון גליון תוספות.

¹⁸⁹ ואף שפרשנות זו של רבנו חננאל דחוקה, יש בה ללמד שהוא לא מצא כנראה דרך אחרת להסביר מדוע על הפועל לשאת בסיכון ולהפסיד את שכרו (הרב אברהם שיינפלד ז"ל העיר לי שיתכן שרבנו חננאל מפרש שהגשם מפרע **לפועל** לעדור ולא שאי אפשר לעדור את הקרקע, ואם כן אכן האונס הוא של הפועל). והשווה להלן, הערה 225.

¹⁹⁰ אמנם לא ניתן לפרש כך את המקרה הנוסף הנדון שם בעניין פועלים שהושכרו כדי להשקות שדה וירד גשם ועתה המעסיק אינו זקוק לעבודת הפועלים, וכבר העיר על כך בגליון התוספות המובא בשיטה מקובצת שם, ויישב ששם יש נימוק אחר מדוע ההפסד על הפועלים: "דפועלים אפסדו אנפשיהו דבלילה נחת מטרם ומאי בעי התם". כלומר, הפועלים ידעו שירד גשם בלילה ומוטל היה עליהם לא להתייצב לעבודה זו.

¹⁹¹ מעניין לציין שזו בעיקרון גישת המשפט הרומי, שלפיו אם לא עבדו פועלים בגלל תקלה בתחום ענייניו של בעל הבית, חיוב הוא לשלם שכרם. ראה: אשר גולאק, **תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד - החיוב ושיעבודיו**, ירושלים תרצ"ט, עמ' 5, הערה 25; D. 19.2.19.9 et seq; M. Kaser, *Roman Private Law*, London 1968, p. 197; J.A. Crook, *Law and Life of Rome*, London 1967, p. 186; (מובא על ידי ש"י פרידמן, לעיל, הערה 143, עמ' 64, הערה 46). ההבדל היחד בין השיטות נוגע לעניין ניכוי השכר כפועל בטל, עליו הערנו לעיל, הערה 149.

¹⁹² לעיל, הערה 134.

¹⁹³ ראה ר' יוסף בר' ברוך, שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס לבוב, סימן קנה. וראה גם שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תלד (אבל ראה להלן, הערה 210 והערה 212, שבנושא זה חזר בו מהר"ם), הוא מסתמך רק על סוגיית הספינה, אינו עומד על הסתירה לכאורה בין הסוגיות ואינו מזכיר את רבנו חננאל. וכן פוסק גם ראב"ה, סימן אלף ל (בשם אביו ר' יואל. מובא באור זרוע, בבא מציעא, סימן רמג, ובהגהות מיימוניות, הלכות שכירות, פרק ה, אות ו), אלא שהוא מבחין בין מת הבן לחלה ("וכשנחלה הבן לא שייך לומר תן לי ואני אלמוד, דלא שייך למימר אלא היכא שמת"). וראה להלן, הערה 325). הבחנה זו בין תלמיד שחלה ובין תלמיד שמת תמוהה מאוד וכבר הקשה עליה מהר"ם מרוטנבורג (הובא בהגהות מיימוניות, שם): "וכיון דהיכא דחלה התינוק אפילו כל הזמן הוי פסידא דמלמד, היכא דמית, איך יתכן לומר שאבי התינוק יפסיד יותר? יציבא בארעא וגירורא בשמי שמיא?". וראה מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ד, ד"ה ובעיקר.

וכעין זה פוסק הרשב"א¹⁹⁴, בעניין משרת שנשכר לתקופה מסוימת ומת האדון לפני סיום התקופה, שהמשרת שמוכן ומזומן לקיים את חלקו בהסכם, זכאי לתשלום שכר, אף לאחר פטירת מעסיקו¹⁹⁵.

¹⁹⁴ שו"ת הרשב"א, חלק ו, סימן רכד (מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן שלה, סעיף ג, ואחריו בסמ"ע, שם, ס"ק ז. אבל ראה להלן, הערה 228). להלן, הערה 281, נראה שכיוצא בזה פוסק הרשב"א בשכירות בית, שאם מת השוכר חייבים הירשים להמשיך ולשלם דמי שכירות. וראה להלן, הערה 282.

והשווה קונטרס הספיקות, כלל ז, אות ה, ד"ה ולפי זה נראה לי. הוא מבקש לטעון שהרשב"א מבחין בין **שכירות נכסים**, בעלת האופי הקנייני (שם מתחייב השוכר מיד במלוא דמי השכירות ולא חל הכלל "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף"), ובה אונס סובייקטיבי אכן אינו עילת פטור, ובין **שכירות פועלים**, בעלת האופי האישי (שם חל הכלל "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף"), ובה אונס סובייקטיבי מקנה למעביד עילת פטור ("ולפי זה נראה לי, דבשוכר פועל לשנה ומת בעל הבית בתוך השנה, גם הרשב"א מודה דיוכל בנו לומר איני חפץ בך ואשלם לך לפי החשבון, משום דבפועל ודאי ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, מיהו לא נתחייב אביו מיד בדמי כל השכירות דמשך שנה"). אולם הצעתו נסתרת משו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שכח (על תשובה זו נרחיב להלן, ליד ציון הערה 281), ד"ה גם אם באו בטענה, שם מחיל הרשב"א במפורש את הכלל "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף" גם על שכירות נכסים (וכבר העיר על כך קובץ הערות, סימן נג, אות יא, ראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 26, הערה 96), והיא נסתרת לכאורה גם מתשובת הרשב"א שהובאה כאן בעניין המשרת שאדונו נפטר, אבל ראה להלן, הערה 195. נוסף שכהצעתו של קונטרס הספיקות עולה לכאורה גם מחזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק יג, ד"ה בש"ך.

[אין לתמוה על מה שמובא בשמו של הרשב"א (שו"ת הרשב"א, חלק ז, סימן תקטז), בעניין שוכר מלמד וחלה התלמיד, שהמעסיק פטור מהמשך תשלום שכר המלמד. אין כאן סתירה, משום שתשובה זו אינה משל הרשב"א אלא משל משיב אחר, כפי שהראה שמחה עמנואל, "ספר שו"ת הרשב"א דפוס קושטא, מקורותיו ועריכתו", **המעין** (א) (תשמ"א), עמ' 46 (תודתי לפרופ' עמנואל שהפנה אותי למאמרו)].

¹⁹⁵ כך מטעים הרשב"א בנימוקו השלישי: "וכל שכן כאן, דהוה ליה כטבע חמרא וקיימא ספינתא" (כך נוסח תשובת הרשב"א בבית יוסף, שם), והשווה לעיל, הערה 163 (הנימוק הראשון הוא שכך מנהג הספנים, והנימוק השני הוא שדין המשרת כדין קבלן שהשלים את מלאכתו).

לעיל, הערה 145, טעננו שבשונה מרבנו חננאל, הרשב"א רואה בסוגיית הפועל שנשכר לעבוד בשדה וירד גשם או פסק הנהר (סוגיית דוולא), כעוסקת בסיכול **המעסיק**. ונשאלת השאלה, אם נכונה הבנה זו שהסקנו מדבריו שם, כיצד מתיישב פסק זה של הרשב"א בעניין המשרת עם סוגיה זו, ממנה עולה לכאורה הכרה בסיכול המעסיק כעילת פטור? ואולי יש מכאן חיזוק לפרשנותו של 'מחנה אפרים', לעיל, הערה 145, אליבא דהרשב"א, לפיה הנדון באותה סוגיה אינו סיכול המעסיק בלבד אלא **סיכול דו-צדדי**, ומשום כך יש שם למעסיק עילת פטור, מה שאין כן בעניין המשרת ובעניין "ספינה סתם ויין זה", שם ברור שהסיכול הוא של המעסיק בלבד.

אפשרות אחרת היא שאף שסוגיית דוולא עוסקת בסיכול המעסיק בלבד, הוא מצמצם את המסקנה העולה ממנה רק כשהעסקת הפועל לא התגבשה במעשה קניין (כשיטת הרא"ה, לעיל, ליד ציון הערה 168, ואכן, לעיל, הערה 168, הבאנו שכך נקטו תלמידי הרשב"א). כך העלו בדעת הרשב"א: הרב שמואל עדילה, "תשובה בדיני גרמא וגרמיי", **מוריה**, שנה כב, גיליון י-יב (אלול תשנ"ט), עמ' יז, בעמ' כד; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן שלה, הגהות בית יוסף, אות ט, בשם "יש מי שתירץ"; הרב וינטרויב, "בדין חזרה בשכירות מחמת אונס", **קריית ספר** טז-יז (תשס"ג), עמ' כ, בעמ' כב, אות ח. וראה שערי משפט (כהן), ירושלים תש"ס, סימן ז, אות י. והשווה בכורי גשן (לעיל, הערה 126). אולם, לפי הצעה זו, יש לסווג את הרשב"א יחד עם הריטב"א, לעיל, הערה 168, כמי שבהעדר קניין נוקט כמו ריב"ם.

לדרכים אחרות בהבנת הרשב"א לפיהן הוא מבחין כמו הראב"ד (השגות הראב"ד על הרי"ף, גיטין לה ע"ב בדפי הרי"ף), בין שכירות לקבלנות או בין פועל שהחל במלאכה לפועל שלא החל בה (ראה לעיל, הערה 144), ראה: כנסת הגדולה, שם; שו"ת חכם צבי (הנוספות), סימן ט, אות לג; נתיבות המשפט, סימן שלה, ס"ק א; משכנות יעקב (קרלין), חו"מ, סימן סד, ד"ה וראה ברורה (בסופו). להבנתם של אחרונים אלה גם הראב"ד נוקט, כמו רבנו חננאל, שמשאחל הפועל לעבוד או אם הועסק בקבלנות, סיכול המעסיק אינו עילת פטור. אולם קשה להכניס כוונה זו בלשון הראב"ד. ואכן, השווה להלן, נספח א, ליד ציון הערה 941, ובהערה 946. וראה עוד שו"ת מחזה אברהם (די בוטון), סימן לב, אות טו, ד"ה ובזה.

תימוכין לגישתו מוצא הרשב"א בין השאר בברייתא¹⁹⁶ בעניין הנותן גט לאשתו על תנאי:

הרי זה גיטיך על מנת שתשמישי את אבא שתי שנים, על מנת שתניקי את בני שתי שנים, מת האב או מת הבן... חכמים אומרים: אף על פי שלא נתקיים התנאי - הרי זה גט, יכולה היא שתאמר לו "תן לי אביך ואשמשנו, תן לי בנך ואניקנו"¹⁹⁷.

מחנה אפרים¹⁹⁸ מכריע כגישה זו. הוא מוצא לה תימוכין ממקורות תלמודיים אחרים¹⁹⁹, ולדעתו כך היא גישת רוב הראשונים²⁰⁰. אולם, נראה שדעתו אינה מקובלת בין הפוסקים²⁰¹.

(ג) סיכול הוא עילת פטור מכוח אומד הדעת (ריב"ן)

ריב"ן²⁰² (ר' יהודה בר' נתן), אינו מתעלם מן הסתירה לכאורה בין הסוגיות ומציע ליישב את הסתירה בהבחנה הבאה: "ותירץ ריב"ן, דלעיל שהפועלים לא אָבדו כלום רק שנתבטלו, אין נותן להם כלום, אבל הכא שהמשכיר הפסיד ספינתו, כפועל בטל מיהא אית ליה [=מכל מקום יש לשלם לו כפועל בטל] כיון שמזומן לקיים תנאו"²⁰³. רבים תמחו על דבריו של ריב"ן, כיצד אפשר

¹⁹⁶ גיטיך עו ע"א.

¹⁹⁷ מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ד, מעיר, שראיה זו אינה מכרעת לכאורה, שכן יש מקום להבחין בין גט (או מתנה) המותנה בביצוע עבודה, שם הסכם העבודה הוא משני, לבין הסכם עבודה רגיל, שבו ביצוע העבודה הוא עיקר החוזה. אכן, בגט המותנה בביצוע עבודה מצד האישה, אף אם העבודה לא תצא אל הפועל, מובן שהגט תקף, ובלבד שלא יבוא העיכוב ממנה. אבל, אולי לא כן הוא בהסכם עבודה רגיל: "אבל בשוכר פועל לעשות לו מלאכה איכא למימר, דלא שכרו אלא אדעתא שיעשה לו מלאכה, וכי לא הוצרך - אינו שכירו" (וכך מעירים גם: שו"ת חכם צבי (הנוספות), סימן ט, אות לג; שו"ת שמע שלמה, חלק ז, סימן ה, אות ה, ד"ה וצ"ע). אולם בהמשך דבריו, 'מחנה אפרים' מביא ראיה אחרת לגישת הרשב"א מן הירושלמי, גיטין, פרק ז, הלכה ו (מט ע"א). על סוגיה זו ראה להלן, הערה 817. וראה להלן, סוף הערה 260.

¹⁹⁸ מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ד וסימן ח.

¹⁹⁹ בין השאר הוא מפנה (בסימן ח) לבבא מציעא נח ע"א, בעניין שומר שכר שנשדד, שזכאי לשכרו המלא. אבל השווה לעיל, ליד ציון הערה 165, ולהלן, הערה 214.

²⁰⁰ כך הוא מסיק לדוגמה בדעת הרי"ף והרמב"ם מן העובדה שפסקו בספינה סתם ויין זה שהספן נוטל שכרו כפועל בטל (ראה לעיל, הערה 155). אולם אין מכאן ראיה חד-משמעית, שכן אין לשלול את האפשרות שהם נוקטים כשיטת ריב"ן שנראה להלן (ליד ציון הערה 202), או שלדעתם סוגיית הספינה עוסקת בשכירות נכסים ולא בשכירות פועלים, ראה לעיל, הערה 154.

²⁰¹ ראה להלן, ליד ציון הערה 227 (שם נראה שהרמ"א פסק כדעת ריב"ם) וליד ציון הערה 229 (שם נראה שלפי פוסקים רבים רבי יוסף קארו פסק כדעת ריב"ן שנראה להלן, ליד ציון הערה 202). וראה להלן, הערה 228.

²⁰² ריב"ן, מובא בתוספות, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה אלא (בהגהות אשרי, בבא מציעא, פרק ו, סימן ה, מובאים הדברים בשם ר"י, דבריו מצוטטים בשו"ת המב"ט, חלק ב, סימן רה). וראה: תרומת הדשן, שו"ת, סימן שכט; נתיבות יהושע, בני ברק תשמ"ד, בבא מציעא, סימן נד (עמ' רעג); יברך ישראל (בינשטוק), בבא מציעא, פרק השוכר את האומנין, אות כג (עמ' רז).

²⁰³ מדברי ריב"ן משמע, שאם אבד רק היין ולא הספינה, פטור השוכר מתשלום חצי הדרך הנותן, כפי שעולה מסוגיית דוולא (אלא אם כן הקדים ושילם מראש, ראה להלן, הערה 226). וראה חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק יב. וראה שו"ת מגן גיבורים (להלן, הערה 264). לעמדת ריב"ם בכגון זה, ראה לעיל, הערה 163.

לבסס את זכותו של המשכיר-הספן על אבדן ספינתו!! כך תמה לדוגמה 'חזון איש'²⁰⁴: "ואם הדין נותן שאינו חייב [השוכר] בחצי הדרך שלא הוליד, כי הפסיד [המשכיר] ספינתו מאי הוי?".

ונראה שכוונת ריב"ן היא, שפתרון הסתירה מצוי באומדן דעת הפועל, השונה בשתי הסוגיות: אמנם, בעיקרון סיכול המעסיק אינו עילת פטור כנגד פועל המוכן ומזומן לקיים את חלקו בהסכם (שכן רואים את הפועל כמי שעשה את שלו, מה שמזכה אותו לאכוף על המעסיק את חיובו). אבל, מאחר שהפועל לא ביצע את העבודה בפועל בשל אונס המעסיק, הוא נחשב כמי שהיה מוכן לוותר על שכרו, אלא אם כן יתקיימו נסיבות מיוחדות בהן ניתן להעריך שלא היה מוכן לוותר. כך הוא לדעתו בסוגיית הובלת יין מסוים בספינה בלתי מסוימת (ספינה סתם ויין זה); מאחר שספינתו של הפועל (הספן) טבעה בלב ים, אין להניח שבנוסף לאבדן ספינתו היה מוכן גם להפסיד את שכרו, ועל כן נקבע שהמעסיק, בעל היין, חייב לשלם לו את מלוא שכרו. לעומת זאת, כשלא נגרם הפסד לפועל, מלבד אי-קבלת שכרו, כמו בסוגיית הפועל שהושכר לעבוד בשדה, נחשב הפועל כמי שהיה מוכן לוותר למעסיק אם יימנע בעל כורחו מלספק לו את העבודה, ואם לא התכוון לוותר כאמור, עליו היה להתנות שיקבל את שכרו בכל מקרה²⁰⁵.

²⁰⁴ חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק יב, ד"ה ויש. כך תמהו גם: שו"ת צמח צדק (שניאורסון), חו"מ, סימן מה, ד"ה ועתה נשוב; אבן האזל, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א, ד"ה ונראה. וראה עוד ויגודה, שכירות (לעיל, הערה 33), עמ' 305, הערה 125.

²⁰⁵ כעין הסבר זה ראה שו"ת יג"ל יעקב (גוטליב), חו"מ, סימן לא, ד"ה והנה בתה"ד: "דלכאורה גוף הדין בפועלים גופיהו דכל אונסא הוי פסידא דפועל הוא כהלכתא בלא טעמא, דכיון דהפועל הוא מוכן לקיים תנאו והמניעה מצד בעל הבית, ניהו דנאנס [=אף שנאנס] מכל מקום האונס נעשה בו, מדוע יהיה פסידא דפועל? ועל כורחך לומר דתקנת חז"ל היתה כן משום דסוף סוף הפועל לא הפסיד ממון מכיסו רק גרמא שלא יוכל להרויח, מה שאין כן הבעל הבית יפסיד מכיסו אם יצטרך לשלם בחנם. אם כן ממילא בספינה שהפסיד הפועל ספינתו, שוב מוקמינן ליה אדינא כיון דגם הפועל הפסיד על כן שפיר מחויב לשלם כיון דהאונס הוא מצד בעל הבית ולא מצד הפועל. כך נראה לעניות דעתי נכון בסברא". והוא ממש כהסבר שלנו אלא שאינו מבסס את פטור המעסיק שנאנס על ויתור של הפועל אלא על תקנת חכמים (ואפשר שגם לדידו, חכמים תיקנו את תקנתם משום שירדו לסוף דעתו של הפועל, וכפי שמצאנו בתקנות אחרות המיוסדות על כך שירדו חכמים לסוף דעת הבריות. ראה לדוגמה: חידושי הרשב"א, כתובות מט ע"ב, ד"ה באושא התקינו; רשב"ם, בבא בתרא קלא ע"ב, ד"ה לא עשאה).

קרוב להסבר המוצע כאן בדעת ריב"ן, אך שונה ממנו באשר הוא בנוי בעיקר על אומדן דעתו של המעביד, ראה משפטי שמואל (רבינוביץ), שמעתתא דזה נהנה וזה חסר, פרק י, אות ג. הוא בוחן את סוגיות דוולא וספינה לאור דיני אומדנה שנרחיב בהם להלן, ליד ציון הערה 563, לפיהם ניתן להסתמך על אומדנה בהסכם דו-צדדי רק במקרים חריגים. הוא מטעים, שאומדנה דמוכח הוא, שהמעביד לא התכוון לשלם שכר לפועל, אם העבודה לא תוכל לצאת אל הפועל. כאשר לא נגרם הפסד לפועל, יש תוקף לאומדנה זו משום שיש להניח שהפועל היה מסכים לכך (כשיטת מהר"ש הלוי המובא במשנה למלך, להלן, הערה 564). לעומת זאת, כאשר נגרם הפסד לפועל, אין להסתמך על האומדנה החד-צדדית של המעסיק, שכן יש אומדנה נוגדת, שהפועל לא היה מסכים לשחרר את המעסיק מחיובו (כעין זה ראה גם הרב יועזר אריאל, "פיגורים בביצוע חוזים כתוצאה מה'סגר'", תורת המשפט, חלק א, קרית ארבע תשנ"ז, עמ' 27, עמ' 38-39). יש הבדל בין גישה זו בהבנת דעת ריב"ן, הבנויה על אומדן דעת המעביד, ובין הפירוש שהצענו כאן בדעת ריב"ן, הבנוי על אומדן דעת הפועל, והוא יבוא לידי ביטוי בדיונונו להלן, ליד ציון הערה 218, שם נגיע למסקנה על פי דרכנו, שאם האונס היה בלתי שכיח לגמרי, אין לבוא בטענות לפועל על שלא התנה מראש שאינו מוותר על שכרו. ואף שלא נגרם לו הפסד, המעביד חייב, מאחר שאין אומדנה שהפועל וויתר על שכרו. לא כן על פי גישתו של 'משפטי שמואל'.

ועוד השווה דברות משה, בבא מציעא, חלק ג, פרק האומנין, סימן ג, ענף ב, ד"ה ויש חלוק. לדעתו, יסוד הפטור של המעסיק שונה באונס שכיח לעומת אונס בלתי שכיח. באונס שכיח, הפטור מיוסד על כך שעל הפועל היה להתנות

ונראה שגם לפי הר"ן²⁰⁶ בפירושו לסוגיית הפועלים שהושכרו לעבוד בשדה, הפטור של המעסיק מיוסד על אומדנת וויתור מצד הפועל אם ייאנס המעסיק, כשלא התנה אחרת. לדעתנו, כך יש לפרש את דבריו:

ואף על פי שבעל הבית גם כן ידע זה ולא אתני [=ולא התנה], אפילו הכי, **כיון שהפועל בא**

להוציא מבעל הבית [ולא התנה על כך מראש] - **ידו על התחתונה**²⁰⁷.

שיקבל את שכרו גם אם ייאנס המעסיק, בהיותו "מוציא" ממנו (ראה להלן, ליד ציון הערה 224). **באונס בלתי שכיח** לעומת זאת, אי אפשר לבוא בטענה לפועל מדוע לא התנה, שהרי לא העלה את האונס על דעתו, ועל כן יסוד הפטור הוא כלל הפרשנות (שעליו נרחיב להלן, פרק 3.ד, עמ' פפפ) לפיו חוזה מתפרש בסתמא כחל רק בנסיבות רגילות ולא בנסיבות חריגות שלא עלו על דעתו של המתחייב. על פי זה 'דברות משה' מסייג את שיטת ריב"ן (לפיה הפועל זכאי לשכרו במקרה של אבדן מעבר לשכרו) רק **לאונס בלתי שכיח**, שכן יש להניח ('אנן סהדי') שלו אונס כזה היה עולה על דעתו, הפועל לא היה מסכים לפרשנות מצמצמת של החוזה לטובת המעסיק. ורק כשהוא מסכן את שכרו בלבד, אין זה ברור שלא היה מסכים, ולהפך סביר להניח שלא היה מוותר על הסיכוי להרוויח בשל החשש הרחוק שלא ירוויח כלום אם יתרחש אונס בלתי שכיח (ראה עוד שם, ענף ג, ד"ה אבל יש חלוק). לא כן הוא **באונס שכיח**, שם הטענה העיקרית כלפי הפועל, כאמור, היא שבהיותו "מוציא", מאחר שהוא מודע לאפשרות קרות האונס, עליו להתנות על קבלת שכרו על אף האונס, וטענה זו כוחה יפה גם אם הפועל צפוי להפסד גדול יותר מאבדן שכרו. כעין זה בדעת רש"י, ראה חידושי אנשי שם, בבא מציעא מו ע"ב (בדפי הר"ן). וראה גם: כסף הקדשים, חו"מ, סימן שי, סעיף ג, ד"ה הא דקיימא; שו"ת שאילת שלום (טויבש), חלק א, סימן עג (מובא להלן, הערה 332); ערוך השולחן, חו"מ, סימן שלד, סעיף א. והשווה דברינו להלן, ליד ציון הערה 218, בהסבר פסקי מהר"ם מרוטנבורג על פי שיטת ריב"ן. עוד להבנה אחרת בדברי ריב"ן ראה חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק יב: "ונראה, דלעולם, שכר שהמשכיר נוטל, כלול בו אחריות של אונסין, דכל הדרכים בחזקת סכנה, ואם באמת אירע האונס, הוי ליה כשימש השוכר בספינה שימוש יתירא, ואשר נשתעבד בשכרה בשביל ספק זה". לפשר דבריו ראה חידושים וביאורים (גריינמן), בבא מציעא עט ע"א, ד"ה תירוץ ריב"ן ("דאם היה המשכיר צריך להוציא הוצאות לחזק את בדקי הספינה לקראת הדרך הזו, ובשביל חצי דרך, שהשכר מועט, לא היה משקיע בספינה את ההוצאות הללו, הרי בזה מובן דעל השוכר לשלם בעד כל הדרך. והכי נמי אם הספינה נפחתת על ידי הדרך, והסכים לפחת דידה רק בגלל הריוח של כל הדרך, הרי גם בזה אין השוכר יכול לחזור בו באמצע הדרך. והכא נמי טביעת הספינה כפחת שהסכימו עליה בגלל הריוח של כל הדרך"). וכעין זה ראה הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), בעמ' לו.

²⁰⁶ חידושי הר"ן, בבא מציעא עו ע"ב, ד"ה שם אי סייירה. והשווה 'נימוקי יוסף' (לעיל, הערה 161).

²⁰⁷ וראה גם תרומת הדשן, שו"ת, סימן שכט, שאף שמציין (כנראה בעקבות הרא"ש, לעיל, הערה 178) את הכלל "המוציא מחבירו עליו הראייה", הוא מפרש: "ואינהו [הפועלים] הוי להו לאתנויי עם בעל הבית דאי מתיליד אונס, שלא ירצו להפסיד שכר... ואם כן כיון דלא אתני בתחילה השכירות איחור דאפסיד אנפשיה מעיקרא **ומחל על האונס**", ומכאן שהבין את הפטור של המעסיק כמיוסד על חזקת מחילה של הפועל. וראה גם דברות משה, בבא מציעא, חלק ג, פרק האומנין, סימן ג, ענף ב, ד"ה והנכון, שהציע שהרא"ש מתכוון לכך ש"כשלא התנה [הפועל], **הוא כהסכים שרק אם יעבוד יתחייב לו** [המעסיק]". ואולם השווה דיונונו לעיל, ליד ציון הערה 185, שם הצענו שהרא"ש נוקט כריב"ם, שאונס מעניק למעסיק פטור מהותי, ולפי זה אין כאן עניין לחזקת מחילה של הפועל, אלא להפך, אם הפועל רצה לקבל שכר על אף האונס של המעסיק, עליו היה להתנות על כך. וראה עוד בבירור שיטת הרא"ש, הרב צבי יהודה בן יעקב (לעיל, הערה 187).

אפשר, שכן יש להבין גם את דברי רש"י (בבא מציעא עו ע"ב, ד"ה לא הוה יהבינא כלל), בעניין פועלים שמפסידים שכרם כשהושכרו לעדור שדה ומצאו את השדה לחה ולא ראויה לעידור: "דמזליהו גרם ואינהו נמי הוה להו לאסוקי אדעתיהו שלא [צ"ל: שמא] ימצאו שדה לחה [=ההפסד שלהם, מפני שגם הם היו צריכים להעלות על הדעת שמא ימצאו שדה לחה (ועליהם היה להתנות שאף על פי כן יקבלו שכרם)]". אבל השווה חידושי אנשי שם, בבא מציעא מו ע"ב (בדפי הר"ן), שפירש אחרת את דברי רש"י. ועוד השווה הרב יעקב אריאל, "פיגורים בביצוע חוזים כתוצאה

נראה שכמו רבנו חננאל, ריב"ן נוקט אף הוא כשיטת הרמב"ן, שיסוד חיובו של המעסיק הוא בדיני החוזים ולא (או לא רק) בדיני הנזיקין. אלא שעמדתו מורכבת יותר מזו של רבנו חננאל, שכן לדידו אפשר שהמעביד ייפטר מתשלום מכוח אומדן דעת הפועל²⁰⁸, כפי שראינו בפירושו לסוגיית הספינה והיין.

מפסקיו של מהר"ם מרוטנבורג נראה שהוא נוקט כשיטת ריב"ן²⁰⁹. מחד גיסא, מהר"ם פוסק²¹⁰, בהסתמך על סוגית הפועלים שנשכרו כדי לעבוד בשדה²¹¹, שהשוכר מלמד לבנו ומת או חלה הבן, פטור המעסיק מהמשך תשלום שכרו של המלמד, אף שהלה מוכן ומזומן לעבוד²¹². אך מאידך גיסא, בעניין שומר שכר שנשדד על ידי ליסטים מזוינים, הוא פוסק²¹³ שהשומר זכאי **למלוא שכרו**,

מה"סגר", **תורת המשפט**, חלק א, קרית ארבע תשנ"ז, עמ' 27-55, בעמ' 36-38, שהסביר אחרת את טענת "מזלך גרם".

²⁰⁸ לעיל, הערה 205, ראינו שיש מי שמפרש את הפטור כמיוסד על אומדן דעת המעסיק, ולא על אומדן דעת הפועל.
²⁰⁹ על זיקתו לריב"ן מעיר מהר"ם בעצמו, ראה: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן אלף ב (וראה להלן, הערה 293, אות א); הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, פרק ה, אות ו (בתירוץ הראשון).
וראה שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתכא, שם הוא דוחה בפירוש את שיטת התוספות בעניין יסוד החיוב בהפרת חוזה מצד המעביד (לעיל, הערה 132). קצות החושן, סימן שלג, ס"ק ב, משער שיסוד החיוב לפי מהר"ם הוא חוזי בלבד (ולכן הוא חל רק לאחר מעשה קניין). אבל ראה קצות החושן, שם, ס"ק ג. וראה איתמר ורהפטיג, **ההתחייבות**, ירושלים תשס"א, עמ' 239, הערה 23.

²¹⁰ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן אלף ב (מובא במרדכי, בבא מציעא, סימן שמח).

²¹¹ לעיל, הערה 143.

²¹² בעניין זה חזר בו מהר"ם ממה שפסק, לעיל, הערה 193 (כפי שהעיר מרדכי, שם, סימן שמח-שמו. ראה וסטרייך, להלן, הערה 238, בעמ' 229-231). וראה תשובות מהר"ם מרוטנבורג וחבריו (מהדורת שמחה עמנואל, ירושלים תשע"ב), סימן תנב, שם דוחה מהר"ם את ההבחנה של ר' יואל הלוי (לעיל, הערה 193) בין תלמיד שחלה ובין תלמיד שמת: "וכיון דהיכא דחלה התינוק אפילו כל הזמן הוי פיסדא דמלמד, היכא דמית [=שמת] איך יתכן לומר שאבי התינוק יפסיד יותר, יציבא בארעא וגיוורא בשמי שמיא". אף על פי שהוא כתב בעצמו יש לחלק, לא נהירא לי, אלא כדברי ריב"ן". וראה עוד שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס לבוב, סימן קנז.

להלן, ליד ציון הערה 288, נראה שמהר"ם מרוטנבורג מחיל עיקרון זה, שמקורו בשכירות פועלים גם על שכירות נכסים, ובהתאם לכך הוא פוסק לגבי שוכרת בית, בדומה למה שפסק בעניין שוכר מלמד שבנו חלה, שאם מתה השוכרת לפני תום תקופת השכירות, פטורים היורשים מהמשך תשלום דמי השכירות. וראה להלן, הערה 293, אות א. להלן, ליד ציון הערה 325, נראה שלמהר"ם מרוטנבורג מיוחסת הדעה (בהערה 325, נראה שיש הסבורים שדעה זו יוחסה לו בטעות), שהפטור של המעסיק אמור רק במכה פרטית, אבל ב"מכת מדינה" **חייב המעסיק** לשלם לעובד את שכרו (וראה להלן, הערה 332, מדוע פסיקת הנחר, לעיל, הערה 143, אינה מוגדרת כ"מכת מדינה").

²¹³ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן צ (מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן שלג, סעיף ה. וכך הבין אותו גם שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ סימן ד, ד"ה גם ראיתי מה). לדברינו כאן השווה כהנא (לעיל, הערה 167), שלא עמד על כך ששיטת מהר"ם מרוטנבורג אינה כשיטת שאר הפוסקים השוללים מה"שומר שכר" את מלוא שכרו.

וראה שו"ת אבן שתיה (דון יחיאל), אבן העזר, סימן צג, ד"ה ומה שהקשה (קט ע"א), שהסיק מהלכה זו, שהוא הדין בשכירות שירותי תובלה ופסק הנחר וסוכלה ההובלה (גיטין עג ע"א, וראה להלן, ליד ציון הערה 602), **שהספנים זכאים לקבל את שכרם**. דבריו צריכים עיון, שכן קשה להגדיר מקרה זה כסיכול המעסיק וסביר יותר להגדירו כסיכול הספנים, ואם כך ודאי אינם זכאים לשכר. ואכן ראה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן א, ד"ה ראשית דברי (בסופו).

ולא רק לשכר עד אירוע השוד²¹⁴). כיוצא בזה, בדונו בשוחט שקצבי העיר מנעו ממנו לעבוד, בטענה שהוא איטי מדי ומעכב אותם בעבודה, הוא פוסק²¹⁵:

אם [הקצבים] מקפידים בדבר שאין טבחי גוים מקפידים כיוצא בזה כלל וכלל, ומעולם לא שמע אדם שיקפידו בכך, דמי לאונסים... **ולא מפסיד אגרא בכך** [=ואינו מפסיד שכר בשל כך].

דומה שפשר הסתירה לכאורה בין פסקי מהר"ם מרוטנבורג הוא, כאמור, שהוא נוקט (כפי שהצענו בדעת ריב"ן), שבעיקרון סיכול המעסיק אינו עילה לפטור אותו מחיובו²¹⁶, אולם **חזקה שהפועל היה מוכן לוותר על שכרו**, ואם לא כן עליו היה להתנות על כך, אלא אם כן מתקיימות נסיבות מיוחדות בהן ניתן להעריך שלא היה מוותר²¹⁷. לעיל ראינו, בדעת ריב"ן, שנסיבה כזו מתקיימת כאשר לפועל נגרם הפסד מעבר לאבדן שכרו (כגון שספינתו טבעה בלב ים). אולם, לפי מהר"ם, אין זו הנסיבה היחידה, כך הוא גם כאשר הסיכול היה בלתי שכיח כל כך (כגון בשל שוד מזוין או בשל ההקפדה הבלתי צפויה של הקצבים)²¹⁸ עד שהפועל לא היה צריך להעלות אותו על דעתו ולהתנות עליו. ההנחה, לפיה הפועל היה מוכן לוותר על שכרו בגין סיכול המעסיק, נכונה רק בסיכול שניתן

²¹⁴ השווה לעיל, ליד ציון הערה 165, שלא כך עולה בדעת ריב"ם. אמנם השווה תומים, שם, שמעיר שגם ריב"ן עשוי להסכים שהשומר אינו זכאי לשכרו המלא, מאחר שלא נגרם לו הפסד מעבר לאבדן שכרו. וכך נוקטים גם: נתיבות המשפט, סימן שלה, ס"ק ג; לב מבין (נברו), הלכות שקלים, פרק ג, הלכה ט, ד"ה ברם מה שתייר. יסוד חילוקי הדעות, אם לשומר מגיע שכר מלא או חלקי, בהבנה שונה בסוגיית התלמוד, בבא מציעא נח ע"א, בעניין בני עיר ששלחו את שקליהם למקדש והשליח נשדד על ידי ליסטים מזוינים. התלמוד קובע שהשליח אינו מפסיד את שכרו, והשאלה היא, האם הכוונה שאינו מפסיד את שכרו עד אירוע השוד בלבד (כך הבינו 'תומים' ו'נתיבות המשפט'), או שמגיע לו שכר מלא (כך הבין מהר"ם).

²¹⁵ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (לעיל, הערה 213).

²¹⁶ עמדה עקרונית זו מתיישבת היטב עם תפיסתו את שכירות הפועלים כעסקה קניינית (ראה להלן, הערה 244). בהתאם לכך, מובן שעילת הפטור מיוסדת על הנחת מחילה של הפועל ולא על טענת אונס כשלעצמה.

²¹⁷ אין לומר שפשר הסתירה בין פסקי מהר"ם מרוטנבורג הוא שפסקיו בעניין השומר ובעניין השוחט נאמרו לפני ששינה את דעתו (ראה לעיל, הערה 212), משום שאם כן לא היה טורח לעמוד על ההבחנה בין אונס שכיח לאונס שאינו שכיח, ראה להלן, הערה 218.

²¹⁸ ההבחנה בין אונס שכיח לאונס שאינו שכיח כלל מפורשת בדברי מהר"ם עצמו (לא רק לגבי קצב שעבודתו נמנעה על ידי עמיתיו אלא גם לגבי שומר שכר שנשדד על ידי ליסטים מזוינים), וכפי שעמד על כך מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ח, ד"ה במאי ('יוזה ימים ראיתי למהר"ם ז"ל בתשובה שישב זה לפי דרכו, דעד כאן לא אמרין כל אונסא פסידא דפועלים כי אם באונס דשכיח אבל באונס דלא שכיח הוי פסידא דבעל הבית'). וראה גם: תרומת הדשן, שו"ת, סימן שכט (הוא קובע שגם על דבר "שלא הוי ליה למידע", בכל זאת היה לו להתנות, ומכאן שיש דרגות שונות של אי-צפיות); שו"ת אבני שיש (אביטבול), חו"מ, סימן קיח. והשווה מנחת פתים, חו"מ, סימן שלד, סעיף א, שתמה על הבחנה זו בין אונס שאינו שכיח ובין אונס שאינו שכיח כלל.

להסבר שאנו מציעים כאן, השווה הרב יצחק כץ, "בענין חיובי תשלומין באונס בשכירות פועלים ובתים", עומקא דדינא א (תשס"ג), עמ' קנו, בעמ' קסג, ד"ה אולם המהר"ם. לפי הבנתו, ההבחנה שעושה מהר"ם בין אונס שכיח ובין אונס שאינו שכיח קשורה בגדרי אחריותו של הפועל כשומר: הפועל מוגדר כשומר שכר שנושא באחריות באונס שהוא כעין גניבה ואבדה, כך הוא לדוגמה בסוגיית דוולא, ולכן אינו זכאי לשכרו, לעומת זאת הפועל אינו נושא באחריות באונס גמור, כגון ליסטים מזוינים, וממילא בכגון זה הוא זכאי למלוא שכרו.

היה להעלותו על הדעת, אף אם אינו שכיח²¹⁹; מאחר שהפועל מבקש תשלום תמורת עבודה שלא ביצע בפועל, שתיקתו בשעת כריתת החוזה בעניין סיכול אפשרי של המעסיק, מתפרשת כוויתור מראש, שאם לא כן היה מתנה במפורש שאינו מוותר על שכרו גם בנסיבות כאלה²²⁰. מה שאין כן, כאמור, בסיכול חריג ביותר שהפועל לא צריך היה להעלותו על דעתו, וממילא אין לראותו כמי שוויתר על שכרו כשלא התנה עליו²²¹.

וכך אכן מסביר ר' אהרן לפפא²²² את פסק מהר"ם, כשהוא מטעים את ההבחנה בין דבר שאינו שכיח אבל ניתן בכל זאת לצפייה, ובין דבר שאינו שכיח כלל שאינו ניתן לצפייה: כאשר האונס לא היה ניתן לצפייה, כבעניין השוחט ("ומעולם לא שמע אדם שיקפידו בכך"),²²³ מאחר שמניעת עשיית העבודה תלויה במעסיק ולא בפועל, נחשב הפועל, המוכן ומזומן לעבוד, כמי שעומד בהתחייבותו, והוא זכאי להמשך העסקתו ולתשלום שכרו, ואין לבוא אליו בטענות מדוע לא התנה על כך מראש, שהרי אפשרות הסיכול כלל לא עלתה על דעתו. ורק אם צריך היה לצפות את האונס, ואף אם אינו שכיח (כגון פסיקת מי הנהר שמשקים ממנו את השדה)²²⁴, דין הפועל כדין מי

²¹⁹ כדוגמת "פסק נהרא", לעיל, ליד ציון הערה 143.

²²⁰ להתניה כזו ראה: שו"ת הריב"ש, סימן קעה; תשב"ץ, חלק א, סימן סד. שני משיבים אלה עונים לאותו שואל - מלמד שהתנה עם מעסיקו, שבין אם יחלה הוא ובין יחלו תלמידיו, הוא ימשיך לקבל משכורת מלאה (ראוי לצטט כאן את הערת הביקורת המאלפת של הריב"ש על תנאים כאלה, שם, ד"ה ואני אבאר: "אלו התנאים אינם הגונים, ובמלאכת השם אין ראוי למי שהוא ירא שמים להתנות כן, כי יניא לבב מגדלי בניהם לתלמוד תורה בהכביד עליהם תנאים שלא כמשפט. מכל מקום תנאי שבממון הוא, [ו]קיים"). לדיון בהיבט אחר של תקדים זה ראה חוק לישראל, תרופות בשל הפרת חוזה, סעיף 15, ליד ציון הערה 83.

²²¹ דוגמאות נוספות ראה להלן, ליד ציון הערה 335, ובהערה 336. וראה כעין זה להלן, הערה 627, אות ג(1). נעיר שההסבר שאנו מציעים כאן אינו עולה יפה לפי גישתם של 'משפטי שמואל' ו'דברות משה', אשר הטעונו את הפטור של המעסיק לא על אמדן דעת הפועל אלא על אמדן דעת המעסיק. וכפי שכבר הערנו, לעיל, הערה 205.

²²² שו"ת בני אהרן, סימן ל. הנדון שם הוא בשוחט שנעדר מן העבודה במשך שבוע ימים בשל איומים שאיימו עליו גוים אם לא ילשין על חבר בקהילה, ופסק ר' אהרן לפפא לשלם לו שכרו בימי היעדרותו. בני חיי, חו"מ, סימן שלד, בית יוסף, אות א, הקשה עליו שמקרה זה דומה לכאורה לפועל שחלה, ובכגון זה אפילו באונס גמור מפסיד הפועל את שכרו, שכן הוא שנאנס ואינו יכול להשלים את מלאכתו, ולא העמסיק.

²²³ וכך יש להגדיר גם שוד מזוין, כפי שעולה מדין שומר שכר שנשדד, וכפי שמעיר מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ח: "ובפרק הזהב [לעיל, הערה 214] מוקי לה תלמודא בנגב בליסטים מזויין דהוי אונס דלא שכיח".

²²⁴ והשווה שו"ת משאת משה (ישראל), חלק שני, חו"מ, חלק א, סימן מב, ד"ה ובעניותי. לדעתו, אין לקבל את ההבחנה שמציע הרב לפפא בין אונס לא שכיח (שמפורש בתלמוד בעניין פסיקת הנהר, שפוטט את המעסיק) ובין אונס שאינו צפוי כלל. הוא מציע הסבר אחר בהבנת פסק מהר"ם מרוטנבורג בעניין השוחט. לדעתו (ראה שם, ד"ה ומה שנלע"ד), מקרה זה שונה מן הנדון בתלמוד בכך שזהו אונס שאינו מסכל את אפשרות ביצוע העבודה לחלוטין, שהלא ביד המעסיק לשחד את הקצבים כדי שיסירו את התנגדותם להמשך עבודת השוחט (שלא כמו בסוגיה התלמודית בעניין פסיקת הנהר שם אין למעסיק דרך לספק לפועל את העבודה). כשאין מניעה מוחלטת לאספקת העבודה, אין להגדיר את המעסיק כאונס, וממילא אין לו עילה להיפטר מתשלום שכר השוחט ("דאיבעי ליה לעילויא תרקבא דדינרי למעכבים על ידו דלפסידנהו דלשבקינהו לפועלים, כיון דעבידתא לא איתנסא לגמרי כי התם [=שהיה לו לשלם שלושה קבין של דינרים למעכבים על ידו ולהפסיד כדי שיניחו לפועלים, כיון שהעבודה לא סוכלה לחלוטין כמו שם [בעניין פסיקת הנהר]"). אבל השווה להלן, הערה 706. ומה שהטעים מהר"ם מרוטנבורג שהתנגדות השוחטים לא היתה צפויה לחלוטין, אינו אלא כדי להדגיש שהשוחט אינו אשם בהפסקת עבודתו, ועל כן על המעסיק מוטלת

שנטל את הסיכון, מפני שבהיותו "מוציא מחברו" תמורת עבודה שלא בוצעה בפועל, **היה עליו להתנות במפורש שיהיה זכאי לשכרו, אף אם יהיה המעסיק מנוע מלספק לו את העבודה**.²²⁵

והוא הדין, גם כשקיבל הפועל את שכרו מראש; אין רואים אותו כמי שהיה מוכן לוותר על שכרו אם יארע סיכול למעסיק, גם לא סיכול צפוי, אלא אז להפך, על המעסיק היה להתנות.²²⁶

האחריות לעשות כל אשר לאל ידו לספק לו את העבודה, אפילו במחיר השקעה כספית. גישתו של 'משאת משה' תואמת לכאורה את הגישה שנראה להלן, ליד ציון הערה 365, בעניין הכבדה.

'משאת משה' מטעים שעל פי הבחנה זו, ניתן להסביר פסק קשה נוסף של מהר"ם מרוטנבורג (להלן, הערה 325) בענין המלמד שגזר המושל שלא ילמד, שאף הוא זכאי למלוא שכרו: "דמצו לפייסו ברצי כסף והכל מתוקן, דומיא דשוחט מתא [=העיר]" (שם, ד"ה וחזינן לגאון). לדעתו, פסק זה אינו מובן על פי גישתו של הרב לפפא, שכן גזרות דת נגד לימוד תורה אינן בלתי שכיחות. אבל השווה דיונו להלן, ליד ציון הערה 325.

²²⁵ והשווה חידושי רבי עקיבא איגר, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה תד"ה אלא בספינה סתם וכו'. הוא מצמצם עוד יותר את הפטור של המעסיק. לדעתו מוטל על הפועל להתנות עם המעסיק שיקבל את שכרו אף אם תימנע ממנו מסירת העבודה, רק אם יקרה כן עקב אירוע שכיח (כמו ירידת גשם). לעומת זאת, אם האירוע המונע מן המעסיק מלמסור את העבודה לפועל אינו שכיח (אף שניתן היה לצפותו), על המעסיק לשאת בסיכון. וזה לשונו: "באונס גמור [אירוע מסכל שאינו שכיח] יש לומר דאם אירע אונס בשל בעל הבית, ופועל מצי אמר הא קאמינא [צ"ל: קאימנא], הוי פסידא דהבעל הבית". רבי עקיבא איגר מסיק כן, משום שלדעתו המקרים שהתלמוד מטיל בהם את הסיכון לאבדן השכר על הפועל אף על פי שהאונס של המעסיק, הם רק בירידת גשם (המונע את חרישת השדה או את השקייתו) שהוא אונס שכיח, ולכן על הפועל לשאת בסיכון, משום שהיה חייב להתנות. אמנם, בעניין פועל שהושכר להשקות שדה ופסק הנהר שמשקים אותה ממנו, נקבע בתלמוד שהסיכון רובץ על הפועל אף בש"ל עביד דפסיק", כלומר גם באונס שאינו שכיח. אולם הוא מעיר: "שאני התם, שאירע אונס בשל פועל, ובעל הבית מצי אמר הא קאמינא [צ"ל: קאימנא]". כלומר, לדעתו יש לסווג מקרה זה כאונס של הפועל (שאינו מסוגל להשקות את השדה) ולא כאונס של המעסיק, ומאחר שהפועל הוא שמנוע מלקיים את חיובו, עליו לשאת בסיכון לאבדן שכרו אף באונס לא שכיח, כדין פועל שחלה או מת לו מת (להצעה אחרת של רבי עקיבא איגר ביישוב הסוגיות, ראה לעיל, הערה 169). וכך נקט לפני רבי יחיאל מפריז כפי שמביא תלמידו מהר"ם מרוטנבורג, שערי תשובות, שער א (כ"י פארמא), סימן תקכא [=שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס לבוב, סימן תע (במהדורת מכון ירושלים, תשע"ד, סימן תקכא)]. והשווה רבנו חננאל (לעיל, ליד ציון הערה 189), שנקט כך גם בעניין השוכר פועל לעדור בשדה וירד גשם.

²²⁶ ראה תרומת הדשן, שו"ת, סימן שכט. וכך מוכח גם משו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן אלף ב (ראה להלן, ליד ציון הערה 289). וראה גם: ש"ך, חו"מ, סימן שלד, ס"ק ב; מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ח, ד"ה במאי דקיי"ל; שו"ת באר יצחק (ספקטור), חו"מ, סימן ו, ענף ד, ד"ה ולכאורה י"ל; ערך ש"י, חו"מ, סימן שלד, סעיף א, ד"ה מיהו; נתיבות יהושע, בני ברק תשמ"ד, בבא מציעא, סימן נד (עמ' רעג-רעד). וראה להלן, הערה 829. לשאלה אם הדברים אמורים דווקא כאשר הקדמת השכר היתה מתנאי החוזה או שהם אמורים גם כשהמעסיק הקדים לפועל את שכרו במהלך תקופת החוזה מרצונו הטוב, ראה להלן, הערה 298, אות (ב).

[להלן (ליד ציון הערה 243) נראה שלפי מהר"ם מרוטנבורג, הפועל זכאי להחזיק בשכר ששולם לו מראש, אפילו אם הפועל הוא שנאנס כגון שחלה, שכן חזקה על המעסיק שהוא מוותר. ואין צריך לומר אפוא שהוא הדין אם נאנס המעסיק. טענתנו כאן היא, שבאונס המעסיק, יש לכך נימוק נוסף, והוא שכאשר המעסיק הוא שנאנס, השכר מגיע לפועל על פי דין, וחזקה עליו שמשעה שהגיע השכר לידו, שוב אינו מוותר עליו. נימוק נוסף זה חשוב לאותם פוסקים הדוחים מכל וכל את שיטת מהר"ם בעניין תשלום מראש בפועל שחלה (ראה להלן, הערה 243), וכן לפוסקים המסייגים את היקף שיטתו של מהר"ם בעניין תשלום מראש בפועל שנאנס (ראה להלן, הערה 820)].

לא כך נוקט דברי משפט (אוירבך), סימן שי, ס"ק ד, וסימן שלד, ס"ק ב. לדידו, אם לא נגרם הפסד לפועל (כגון שלא טבעה ספינתו), דעת ריב"ן שאינו זכאי לתשלום, אף אם שולם לו השכר מראש (אלא אם כן נהנה המעסיק לפחות ממחצית העבודה, ראה להלן, הערה 820). וכך נוקט גם שו"ת יג"ל יעקב (גוטליב), חו"מ, סימן לא. לדעתם, אילו ריב"ן היה סבור שתשלום מראש מזכה את הפועל, לא היה עוד הכרח לפרשנות שלו (לעיל, הערה 156) בעניין "אם לא נתן, אמאי לא יתן?", שכן אפשר היה לפרש: אם לא נתן, אמאי לא יתן שכר חצי הדרך שהלך בלבד (שהרי בהעדר הקדמת

שלוש הגישות הפרשניות שסקרנו כאן, מובילות כאמור לשלוש מסקנות שונות בעניין התוצאות המשפטיות של סיכול חיוב המעסיק, שלכל אחת מהן מצאנו עקבות בין הפוסקים: יש מי שפוסק בעקבות ריב"ם, שסיכול המעסיק משמש תמיד כעילת פטור מתשלום שכרו של הפועל (אלא אם כן רק הוא היה מודע לאפשרות הסיכול), וכך נוקט הרמ"א²²⁷; יש מי שפוסק בעקבות רבנו חננאל, שסיכול המעסיק אינו פוטר אותו מאכיפת התשלום²²⁸; ויש מי שפוסק בעקבות ריב"ן, שתחולת הפטור תלויה בנסיבות העניין, ונראה שכך נוקט השולחן ערוך²²⁹.

תשלום, מדוע להניח שמגיע לו תשלום מעבר למחצית הדרך), והייתה נעלמת מאליה הסתירה מסוגיית דוולא, כמו שפירש ריב"ם. מכאן שלפי ריב"ן, בשונה מריב"ם, תשלום מראש כלשעצמו אינו מזכה את הפועל. זכות הפועל להחזיק בשכר ששולם לו מראש ב"ספינה סתם ויין זה" מעידה אפוא על זכות מהותית, ומכאן לפרשנות "אם לא נתן, אמאי לא יתן" – **שכר מלא ולסתירה עם "סוגיית דוולא"** (לכאורה יש לתמוה על בעל שו"ת יג"ל יעקב, שכן טיעון זה אינו מתיישב עם ההנחה שלו עצמו שראינו לעיל, הערה 205, לפיה בעיקרון אונס המעסיק אינו עילת פטור! אם כי לשיטתו, שישוד הפטור בתקנת חכמים - ולא בויתור של הפועל כפי הצעתנו שם - אין מניעה להניח שחכמים שללו מן הפועל את שכרו אף כששולם לו השכר מראש). לפי גישה זו, בשונה מריב"ם (לעיל, הערה 162), פועל ששולם לו מראש כדי להשקות שדה ונאנס המעסיק, חייב להחזיר למעסיק את שכרו, אף שהוא מוכן ומזומן לעבוד (כשיטה זו מבקש הרב גוטליב לדייק משו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תקעג (אלף ב), ד"ה ולעניין דין, ראה שו"ת יג"ל יעקב, הגהות על שולחן ערוך חו"מ, סימן שלד, ד"ה שם בפ"ת. אולם דיוקו דחוק ובלתי משכנע). וראה להלן, הערה 829, הסברו של יג"ל יעקב מדוע ב"ספינה זו ויין זה" כן מועיל תשלום מראש. לביקורת על 'דברי משפט' ראה עוד נתיבות יהושע, שם, עמ' רעב-רעג.

וראה: נפש חיה (לוריא), בבא מציעא עט ע"א, ד"ה אלא בספינה; שו"ת יג"ל יעקב, שם. הם מעירים שעל פי גישה זו בדעת ריב"ן ניתן להצדיק, אם כי לא מטעמו, את פסקו של הרב יוסף אישקפה (רבה של איזמיר באמה הי"ז), שו"ת ראש יוסף (כב ע"ב [ספר זה הודפס בפרנקפורט בשנת 1709 ללא מספור התשובות]), בעניין מי ששילם מראש לקבלן כדי שיתקן לו עשרים בגדים ולאחר שהלה תיקן עשרה, ביקש המעסיק לחזור בו משום שלא מצא עוד בגדים למסור לו. 'ראש יוסף' פוסק שהמעסיק זכאי לדרוש את החזר מחצית השכר (מנימוק שנוכר להלן בסוף ההערה). 'שער משפט' (לעיל, הערה 162), דוחה בחריפות את פסקו מכוח סוגיית הספינה והיין (לדיון בדבריו ראה אורחות המשפטים, חלק א, כלל ז, ס"ק ב). פוסקים אלה טוענים שפסקו של 'ראש יוסף' עולה בקנה אחד עם שיטת ריב"ן, כפי שהם מבינים אותה. והשווה בעניין זה משכנות הרועים (אלחידך), מערכת אות שי"ן, סימן קפח: "ולעניות דעתי צריך לשער דבר זה על ידי אומנים בקיאים אם יש הפרש בין לקבל עשרים בגדים לתקנם מהכתמים למקבל עשרה".

[ראש יוסף' עצמו הביא ראיה לפסק שלו בהיקש ממשנת כתובות יב, א, בעניין שניים שהתחייבו בזה אחר זה כלפי אישה לפרנס את בתה במשך חמש שנים תמורת הסכמתה להינשא להם (המדובר שהראשון גירש את האישה לפני חלוף חמש השנים ואז התחייב השני כלפיה), שם נקבע: "לא יאמרו שניהם הרי אנו זנין אותה כאחד, אלא אחד זנה **ואחד נותן לה דמי מזונות**", ממנה הוא מסיק שמי שזכאי לקבל שירות שאין לו תועלת בו, זכאי לדרוש להמיר אותו בכסף. ואולם אין הנידון דומה לראיה, שכן אינו דומה בעל שנטל התחייבות לזון את הבת במטרה לזכות בנישואין עם אמא שלה, שאין זה משנה לו אם יקיים את חיובו במזון או בכסף, לפועל שכל מטרתו היא השגת כסף לפרנסתו].

²²⁷ רמ"א, חו"מ, סימן שיא, סעיף ג, בשם "יש אומרים". וראה ביאור הגר"א, שם, ס"ק ד.

²²⁸ כך נוקט 'מחנה אפרים', כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 199, אבל ציינו שם הערה 201 שדעתו אינה מקובלת. אמנם, כפי שהעירו לעיל, הערה 194, 'בית יוסף' וסמ"ע מביאים להלכה את תשובת הרשב"א לפיה משרת שאדונו מת באמצע תקופת העסקתו זכאי למלוא שכרו, התואמת כפי שראינו את שיטת רבנו חננאל. אבל כבר תמה על כך רבי עקיבא איגר, חו"מ, סימן שלה, סעיף ב. ואכן ראה שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן רה, שדן במקרה דומה לזה של הרשב"א ולא פסק כמותו (ואף אינו מזכיר אותו). וראה עוד: משכנות יעקב (קרלין), חו"מ, סימן סד, ד"ה וראיה ברורה (בסופו. בפתחי תשובה, שם, ס"ק ב, מצויין בטעות סימן מה); שו"ת חכם צבי (הנוספות), סימן ט, אות לג;

להלן נראה²³⁰ שהדעות חלוקות אם מסקנות אלו אמורות רק בנסיבות המונעות לחלוטין את ביצועה העבודה, או שהן אמורות גם בשינוי נסיבות המביא לייקור העבודה.

ג. חוזה המקנה זכות מעין-קניינית (שכירות נכסים)

(1) מבוא - ההבחנה בין עבד לפועל

התלמוד²³¹ קובע שאם עבד עברי מושבת עקב מחלה ולא יכול לעבוד כלל²³², פטור הוא מלהשלים את ימי מחלתו²³³, ובלבד שעבד שלוש שנים לפחות מתוך שש השנים, שהן תקופת עבודתו של עבד

נתיבות המשפט, סימן שלה, ס"ק א (גם הם מובאים בפתחי תשובה, שם), שאף הם הסתייגו מהלכה זו הבנויה על שיטת הראב"ד שלא התקבלה להלכה.

עוד יש לציין, שאם החוזה מורכב מחלקים שונים הניתנים להפרדה, כי אז חובת התשלום חלה רק עד החלק שסוכל. ראה רבי אברהם אליגרי (מחכמי טורקיה במאה הי"ז), "תשובה בדיני גרמא וגרמי", מוריה, שנה כב, גיליון י-יב (אלול תשנ"ט), עמ' כח, בעמ' לא, ד"ה ועם כל זה (בעניין שליח שנשלח לקבל שטר חוב בעיר א' ולאחר מכן ללכת לעיר ב' כדי לגבות את השטר, שאם לא נמצא השטר בעיר א', פקעה מאליה השליחות לעיר ב' ולא יקבל עליה שכר: "דעת המשלח שאם בלכת השליח לאנדרינופלה לא ימצא שם השטר חוב כי נשבר או נשבה וכיוצא משאר סיבות המתרגשות, יפסיק שם שליחותו ואז יותן לו שכר על אותו מהלך כפי הערך הקצוב לו על הכל, כי מעתה לא יוכל לגבות מלוי בגאליפול כיון ששטר חובו אין בידו").

²²⁹ שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיא, סעיף ג. וראה: ש"ד, שם, ס"ק ב; חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק כ, שהעיקר לדינא כשיטת ריב"ן. וראה: שו"ת יביע אומר, חלק ט, סימן יא (בעניין הזמנת אולם חתונה ובוטלה החתונה במועד המתוכנן בשל מות אבי החתן); שו"ת שמע שלמה, חלק ז, סימן ה, אותיות א-ג (בעניין תזמורת שהוזמנה לנגן בחתונה, ובוטלה החתונה באונס בשל מחלת החתן), ופסקו שניהם לפטור את החתן מתשלום בשל אונס (וראה שמע שלמה, שם, אות ז, סיכום דעות הפוסקים). ורק אם הקדים החתן לשלם, יד הצד השני על העליונה (ראה לעיל, הערה 162, שכך נוקט אפילו ריב"ם). וראה עוד משפטי התורה (שפיץ), בבא מציעא, סימן נו, אות א. לדעתו, הוא הדין אם דחיית החתונה היא בשל מחלת ההורים שמונע מהם (באופן זמני) ללוות את ילדיהם לחופה, "זוהי נכלל בגדר צורכי הכלה או החתן עבור חופתם ולא ניתן לוותר עליהם". וצריך עיון.

²³⁰ ראה להלן, ליד ציון הערה 364.

²³¹ קידושין טז ע"ב – יז ע"א. התלמוד מביא מדרש תנאים על שמות כא, ב, בעניין עבד עברי, שזה לשונו: "מנין לבורח שחייב להשלים? תלמוד לומר: 'שש שנים יעבד'. יכול אפילו חלה? תלמוד לומר: 'ובשביעית יצא'". מדרש הלכה מקביל מובא בספרי, דברים, פיסקא קיח: "ברח וחזר מנין שמשלם לו שני? תלמוד לומר 'שש שנים יעבד'. חלה ונתרפה, יכול יחזיר לו שכר בטלתו? תלמוד לומר 'יצא לחפשי חנם'".

²³² אם לא הושבת העבד לגמרי אלא הוא יכול לבצע ולו עבודות קלות ('עושה מעשה מחט' - תפירה), האדון חייב לשחררו כמתוכנן בתום שש שנים, ואף להעניק לו מענק שחרור כדין. כך מפורש בתלמוד, שם.

²³³ יש להעיר שלפי מהר"ם מרוטנבורג (לפני שחזר בו, ראה להלן, הערה 242), כך יש לפרש גם את סוגיית בבא מציעא בעניין פועל שחלה, לעיל, הערה 38. כך מובא בשמו במרדכי, בבא מציעא, סימן שמו: "הואיל ואניס, נותן בעל הבית [לפועל] שכרו משלם [=שלם], ואפילו ימי חוליו נראה דאין צריך [הפועל] להשלים... והרב רבינו ברוך אבי רבינו מאיר [מרוטנבורג] הביא ראיה מספרי [לעיל, הערה 231]... וכן כתב רבינו מאיר בתשובתו... דקיימא לן פרק קמא דקדושין עבד עברי שחלה שלוש ועבד אינו חייב להשלים, וכל קולי דעבד עברי יש לשכיר, מקל וחומר דעבד עברי דעבד איסורא [=שעשה איסור] (כשמכר את עצמו ועבר על ימי בני ישראל עבדים) (ויקרא כה, נה), ואם הוא אינו צריך להשלים ימי חוליו, קל וחומר שכך הדין בשכיר). וראה גם: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן פה; שם, דפוס לבוב, סימן יז (הדעה הראשונה); תשובות מהר"ם מרוטנבורג וחבריו (מהדורת שמחה עמנואל, ירושלים תשע"ב), סימן תצח. וכך נוקטים גם: שו"ת רבנו גרשום מאור הגולה, סימן עג; הר"ש משאנץ, מובא בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן שפה [=דפוס לבוב, סימן קנד; תשובות מיימוניות, ספר קנין, סימן ל]. דעה זו הובאה גם

עברי²³⁴. מקור זה סותר לכאורה את מה שראינו לעיל²³⁵ בעניין פועל שחלה, שכן בניגוד למה שנקבע שם, שאין הפועל זכאי לתשלום בימי מחלתו, העבד אינו מפסיד בשל ימי מחלתו.

על ידי התוספות, קידושין יז ע"א, ד"ה חלה שלוש, בשם "יש שהיו רוצים לומר", אבל דחה אותה, ראה לעיל, הערה 67 [מעניין לציין, שעריכת התוספות על מסכת קידושין מיוחסת ל"חכמי איברא" (Évreux) המאוחרים (ראה אפרים אלימלך אורבך, **בעלי התוספות**, ירושלים תש"ס, עמ' 632), שהיו מרביתיו של המהר"ם (אורבך, שם, עמ' 528), ונראה אפוא שגישה זו התהלכה בבית מדרשם, עד שנחתה לבסוף].

לפי זה אין סתירה בין הסוגיות (ולא כפי שנטען להלן, ליד ציון הערה 235). אכן ברכיהו ליפשיץ מסביר שלדעת מהר"ם מרוטנבורג "אין הבדל בין עבד עברי לבין פועל מבחינת מהותן של הזכויות שיש לאדון ולבעל הבית בעבד או בפועל. אם יש הבחנה כזאת, הרי שהיא מצויה בהיקפן של הזכויות מבחינת זמן" (**עובד וקבלן: בין קניין לבין התחייבות**, ירושלים תשנ"ד, עמ' 39). והוא מטעים: "מכוח הדמיון שבין עבד עברי לבין פועל, החיל [מהר"ם] על הפועל שחלה את ההלכה שלמדנו בדינו של העבד שחלה בתקופת עבודתו שאינו חייב להשלים את תקופת שכירותו" (שם, עמ' 40). אולם כאמור, להלן, ליד ציון הערה 241, ניווכח שמהר"ם חזר בו וקבע שבעיקרון פועל שחלה אינו מקבל אלא את שכרו היחסי (והוא הדין בעיקרון גם עבד שחלה).

[והשווה תשב"ץ, חלק א, סימן סד, ד"ה וכן מה שהתנית (הראשון). מדבריו עולה שמהר"ם מרוטנבורג כן ראה סתירה בין הסוגיות, אך פתר אותה בהבחנה בין **שכיר יום** לבין חוזה עבודה **ארוך טווח**; בשכיר יום המעסיק פטור מתשלום שכרו של הפועל, משום שלא היה צריך להעלות בדעתו שיחלה, אבל בחוזה עבודה ארוך טווח, המעסיק נושא בהפסד משום שהיה ברור שהפועל יחלה אי פעם במהלך תקופת עבודתו, ועליו היה להתנות שלא יקבל שכר, כפי שניתן ללמוד מדין עבד עברי, ובלשונו: "עבד הנמכר לשש שנים כולי עלמא ידעי שאי אפשר לו שיעבוד כל הזמן ההוא, שהרי רגיל הוא האדם שיחלה תוך זמן גדול, ומשום הכי אם חלה לא ישלם [צ"ל: ישלים] לו אחר שש. והוא הדין נמי למלמד ששוכר [צ"ל: שמשכיר] עצמו לשנה שנוטל שכירותו מִשְׁלָם [=בשלמות] אף אם יחלה, כיון שלא התנה עמו בעל הבית" (להבחנה זו בהקשר אחר, ראה מנחת אברהם, להלן, הערה 651, אות ג).

יש להעיר שקביעה זו לפיה חובת ההתניה מוטלת על המעסיק, אינה סותרת את הכלל שראינו בסוגיית דוולא, לעיל, ליד ציון הערה 151 (ושרשב"ץ סוקר אותו בעצמו באריכות לפני כן באותה תשובה), לפיו בכל אונס המונע את ביצוע העבודה, כגון פועל שנשכר לעדור שדה וירד גשם ומנע את ביצוע העבודה, חובת ההתניה מוטלת על **הפועל**, ולא על המעסיק, אף אם שניהם יכלו לצפות את האירוע המסכל. אין כאן סתירה משום שלפי רשב"ץ יש להבחין כנראה בין סיכול **אפשרי** לבין סיכול **וודאי**; רק בסיכול אפשרי (כגון ירידת גשם שימנע את העבודה) אין לראות את המעסיק כמי שהסכים להעסיק את הפועל בשכר מלא גם אם תסוכל עבודתו, ועל כן חובת ההתניה על הפועל. אבל בסיכול וודאי (כגון מחלת העובד בחוזה עבודה ארוך טווח), נחשב המעסיק כמי שהסכים להעסיק אותו בשכר מלא על אף ימי המחלה, ואם לא הסכים לכך עליו היה להתנות על כך (כפי שנלמד לדעתו מדין עבד עברי). והשווה שו"ת מחזה אברהם (בוטון), סימן ז, ד"ה א"כ לפי דרכינו (כה ע"ב). ייתכן שסברא מעין זו היא שעומדת ביסוד שו"ת הרמ"ע מפאנו, סימן סד, בעניין מי שקנה חזקת מצווה בבית הכנסת (כגון גלילת ספר תורה), ש"אם בשעה שקנה ראובן מצווה לזמן שנה **כבר נשמע דבר המלך ודתו לגרש את היהודים** - אף על פי שהיו משתדלים לבטל את הגזרה, הוה ליה לאסוקה אדעתיה ומדלא אתני איכא למימר אחולי אחיל", ועליו לעמוד בחיובו כלפי הקהילה אף שאינו יכול לממש את חזקת המצווה שקנה. ומכאן תשובה לתמיהה 'מגן אברהם' עליו (לעיל, הערה 152) לפיה לכאורה חובת ההתניה הייתה צריכה להיות מוטלת על הקהילה ולא על קונה חזקת המצווה.

כעין גישת רשב"ץ ראה שו"ת ציץ אליעזר, חלק ב, סימן כו. לדעת הרב וולדינגר הדברים אמורים לא רק לעניין דמי מחלה אלא גם לעניין זכותו של עובד להמשיך ולקבל שכרו לעת זקנתו, אף שנחלש כוחו ואינו מסוגל לעבוד עוד. דבריו מתמיהים שכן בכגון זה וודאי רשאי המעביד לפטרו (ראה להלן, סוף הערה 238, והערה 779), וכפי שהעיר אל נכון הרב יהודה סילמן, דרכי חושן, הלכות שכירות פועלים, ירושלים תשע"ו, עמ' לה-לו].

²³⁴ להבחנה זו בין חלה פחות משלוש שנים ובין חלה יותר משלוש שנים מביא שם התלמוד ברייתא שזה לשונה: "חלה שלש ועבד שלש - אינו חייב להשלים, חלה כל שש - חייב להשלים". אולם לא ברור מה מקור ההבחנה (התוספות, קידושין יז ע"א, ד"ה חלה שלוש, בתירוצם השני, מציעים לזה אחיזה בלשון המקרא), וגם לא ברור מה הגיונה של ההבחנה, כפי שמעיר פני יהושע, קידושין יז ע"א, ד"ה תוספות בד"ה חלה שלש: "לא מצאתי שום סברא לחלק בין חציו ויותר מחציו". אבל ראה חידושי הריטב"א, שם, ד"ה אמר רב ששת: "דכי חלה יותר משלש הוי **אומדן דעתא**

הראשונים מיישבים את הסתירה לכאורה בין הסוגיות, בדרכים שונות²³⁶. רבים סבורים, שיש להבחין עקרונית בין פועל לעבד, כהבחנה שבין חיוב לקניין, ואילו אחרים מיישבים את הסתירה, בהבדלים נסיבתיים, ולא עקרוניים, בין הסוגיות, וכפי שנסקור להלן:

(א) קניין לעומת חיוב (תוספות)

הגישה המקובלת ביישוב הסתירה, בין דין פועל לדין עבד עברי, היא גישת בעלי התוספות²³⁷, המבחינה בין עבד עברי לבין פועל שכיר (הם דנים במלמד שחלה):

דעבד עברי גופו קנוי לאדונו, הילכך חלה שלש אינו חייב להשלים, דאין יכול לעשות מלאכה יותר מיכולתו. אבל **מלמד אין גופו קנוי**, אלא שכר [=השכיר] עצמו ללמוד [=ללמד] עד הזמן, וכשאינו יכול להשלים, לא יטול אלא מה שהרויח [כלומר, מה שהספיק לעבוד]²³⁸.

דמוכח דלאו להכי נחת למזבן". כלומר, אם העבד חלה יותר משלוש שנים, יש אמדן דעת ברור שלא על דעת כן קנה אותו האדון. נעיר שמכאן עולה שאף בעסקה קניינית, לא תמיד נחשב הקונה כמי שנטל את הסיכון, וכפי שנעיר להלן, הערה 427. והשווה חידושי הריטב"א, בבא מציעא עז ע"א, ד"ה אם שכיר הוא, שם הוא מטעים שהפטור של העבד העברי מימי מחלה אם עבד לפחות שלוש שנים הוא גזרת הכתוב, כשם שגזרת הכתוב היא שאפילו חלה כל השש שנים, אינו חייב להשלים אם לא הושבת לגמרי ועשה מלאכה כלשהי ("מעשה מחטי"), ראה לעיל, הערה 232. וראה להלן, הערה 238.

מאחר שבדרך כלל אין לעבד אפשרות להחזיר לאדון את כספו, נקבע שהוא ישתחרר רק אחרי השלמת ימי מחלתו. ראה חידושי הריטב"א, שם.

יש להעיר, שדין זה אמור **בעבד עברי** דווקא, משום שהוא נקנה לתקופה מוגבלת של שש שנים (ראה להלן, ליד ציון הערה 240), אבל **בעבד כנעני** שנקנה לצמיתות, הסיכון על הקונה אף אם הושבת העבד כליל ולא חזר לאיתנו כלל, שהמוכר אומר לו: "נסתחפה שדך". ראה בינת ראובן (טרופ), קידושין, סימן טו, ד"ה והנה. וראה להלן, הערה 245. לעיל, ליד ציון הערה 67.²³⁵

²³⁶ לסקירת הגישות השונות ביישוב הסתירה בין הסוגיות ראה בספריו של ר' חיים בנבנשתי: שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן ריט, ד"ה נמצאת למד; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן שלג, הגהות הטור, אות טז. וראה גם: שו"ת אשר לשלמה (אבן דן), סימן ע, ד"ה ואנא חלא (ואילך); שו"ת שמע שלמה, חלק ז, סימן ה, אות ו. וראה גם הרב יעקב אפשטיין, חבל נחלתו, חלק ב, סימן צא.

²³⁷ תוספות, קידושין יז ע"א, ד"ה חלה שלוש. וראה גם ר' חיים פלטיאל, שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס לבוב, סימן קנז, ד"ה והא דאמר. לניתוח שיטות חכמי צרפת ואשכנז בימי הביניים בעניין המלמד, ראה Elimelech Westreich, *Legal Reasoning in Jewish Law: The Case of the Melamed*, Jewish Law Association Studies VII (1994), pp. 221-231.

²³⁸ כך נוקטים גם: ש"ך, חו"מ, סימן שלג, ס"ק כה; שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן רז (ראה ציטוט דבריו להלן, ליד ציון הערה 815).

והשווה ריטב"א, קידושין יז ע"א, ד"ה אמר רב ששת, הכותב: "לא דמי פועל לעבד עברי. דאילו פועל או קבלן השכירו [=שכרו] בעל הבית למלאכה זו [ועל דבר ידוע נוטל שכרו, וכיון שלא עשאו, אף על פי שחלה או נאנס, אין לו אלא שכר מה שעשה לפי חשבון]. אבל עבד עברי לא נשתעבד לו לעשות דבר ידוע אלא נשתעבד לו שיכופהו למלאכתו לומר שכל מלאכתו תהא לרבו, ולפיכך אם חלה ולא עשה כלום, נסתחפה שדהו של אדון". והשווה חידושי הריטב"א, בבא מציעא עז ע"א, ד"ה אם שכיר הוא, שם הוא מטעים שהפטור של העבד העברי מימי מחלה הוא גזרת הכתוב, ועדיין הוא טורח להסביר שהפועל, לעומתו, אינו נהנה מפטור זה משום שהוא הושכר למלאכה ידועה: "אבל השוכר את הפועל למלאכה ידועה אין לו לקבל שכר על מה שלא עשה ואף על גב דאניס". הש"ך (שם) סבור שהבחנה זו בין פועל לעבד עברי נכונה גם אם הפועל השכיר עצמו לכל המלאכות, שכן אין גופו קנוי למעסיק. לשון אחר, לדעתו, הריטב"א

לשון אחר, שאלת התשלום בעד ימי המחלה, תלויה באופי הקנייני או האובליגטורי של החוזה. הפועל אינו קנייני של המעסיק, אלא הוא **מתחייב** כלפיו לספק לו עבודה תמורת שכר²³⁹. לכן, יאבד את יתרת שכרו, אפילו אם יימנע ממנו בעל כורחו לקיים את חיובו. לעומת זאת, אופי החוזה שבין האדון לעבד הוא **קנייני**, היינו האדון "קונה" את העבד לתקופת העבדות (שש שנים), לכן האדון נושא בסיכון במקרי סיכול, כדין כל קונה שנושא בסיכון לאבדן קניינו. עם זאת, מאחר שאין מדובר בזכות קניין מלאה, שהרי העבד נקנה רק לזמן מוגבל של שש שנים, אבדן ימי המחלה אינו מוחלט אלא הוא מותנה בכך שהעבד יהיה כשיר לעבודה כלשהי לפחות מחצית מתקופת העבדות²⁴⁰.

(ב) תשלום מראש לעומת תשלום בסוף (מהר"ם מרוטנבורג)

פתרון אחר לגמרי, מציע מהר"ם מרוטנבורג²⁴¹, לדעתו, בעיקרון, **הן הפועל הן העבד נושאים בסיכון לאבדן ימי מחלתם**²⁴², אבל לא נקבע כך בעניין העבד, משום שהוא קיבל את שכרו מראש,

התכוון בדבריו להבחנה התוספות. לעומת זאת, בעל קצות החושן (שם, ס"ק י) סבור שיש הבדל בין שיטת הריטב"א לשיטת בעלי התוספות. לפי בעלי התוספות, ההבחנה היא בין מי שגופו קנוי לבין מי שאין גופו קנוי, ולפיכך פועל שהשכיר עצמו לכל המלאכות לא יקבל שכר עבור ימי מחלתו, בניגוד לעבד. לעומת זאת, לפי הריטב"א, ההבחנה היא בין מי שהשכיר עצמו לכל המלאכות לבין מי שהשכיר עצמו לעבודה מוגדרת. נמצא, לשיטת הריטב"א, שאם הפועל השכיר עצמו לכל המלאכות הוא יקבל שכר עבור ימי מחלתו. ואף שהדברים מתיישבים יותר בלשון הריטב"א, הגיונם אינו ברור לכאורה. וראה מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סימן א, ד"ה ועל, המסביר שלפי הריטב"א פועל שנשכר לכל מלאכה דינו כדין עבד עברי שגופו קנוי ("דיכול [המעסיק] לשנותו לכל מלאכה שירצה"), מה שאין כן פועל שנשכר למלאכה ידועה ("שהרי אינו יכול לשנותו למלאכה אחרת"). ואולם דומה שאת שיטת הריטב"א יש להבין לאור שיטתו (קידושין טז ע"א, ד"ה אלא) [שהיא שיטת רבו הרשב"א (שם, ד"ה אמר) ושיטת רבו של רבו הרמב"ן (שם, ד"ה זאת אומרת)], לפיה בהיבט הממוני **עבד עברי אין גופו קנוי** (להבדיל מן ההיבט האיסורי), שאם עבד עברי אין גופו קנוי וודאי שפועל אין גופו קנוי, ועל כן העמיד הריטב"א את ההבחנה בין פועל לעבד בשאלה אם נשכר לעבודה מסוימת או שנשכר לכל עבודה שהיא. ונראה אפוא שהצדק עם 'קצות החושן' (לביאור שיטת הרמב"ן בעניין עבד עברי ראה בהרחבה ברכיהו ליפשיץ, **עובד וקבלן: בין קניין לבין התחייבות**, ירושלים תשנ"ד, עמ' 18-23, ועמ' 57). בבירור שיטת הריטב"א ראה עוד: שו"ת אשר לשלמה (לעיל, הערה 236), ד"ה ובהורמותיה דמר; הרב בנימין רבינוביץ תאומים, "זקני דיינים", **התורה והמדינה** ט-י (תשי"ח-תשי"ט), עמ' מט, בעמ' סד-סז (הוא נוקט כמו 'קצות החושן', ומטעים (עמ' סה-סו) שלפי כל הראשונים, לרבות תוספות, "העיקר סובב הולך על ההבדל בין מי שמכר או עצמו או זמנו לבין מי שמכר את פעולתו". ועוד הוא מבקש לחדש: "ואף הפועל, אם יתמנה לעשות מלאכה של נגרות כל מה שיזדמן לו לבעל הבית, לא יהא דינו כשכיר יום אלא כעבד, ומה לי אם הוא עושה הרבה מלאכות שונות או הרבה מלאכות במקצוע מיוחד שהוא מומחה לו, על כל פנים לא את המלאכה קיבל עליו אלא את זמנו מכר לשם זו המלאכה הידועה לו". ומכאן הוא מסיק שפועל כזה זכאי להמשיך ולקבל את שכרו אף שהזקין ואינו מסוגל לעבוד עוד. ויש מקום רב לפקפק בסברתו, ראה בעניין זה לעיל, סוף הערה 233, ולהלן, הערה 779).

²³⁹ על שיטת החיוב בהבנת מהות יחסי עובד מעביד, ראה בהרחבה ברכיהו ליפשיץ, **עובד וקבלן: בין קניין לבין התחייבות**, ירושלים תשנ"ד, עמ' 50-57.

²⁴⁰ ראה לעיל, הערה 234.

²⁴¹ תשובות מיימוניות, ספר קניין, סימן לא. דעתו הובאה להלכה על ידי הרמ"א, חו"מ, סימן שלג, סעיף ה, בשם יש אומרים. אבל ראה ש"ך (להלן, הערה 243).

²⁴² בכך מהר"ם מרוטנבורג חזר בו מדעתו שראינו לעיל, הערה 233, ולפיה דין הפועל כדין עבד עברי שאינו נושא בסיכון לימי מחלתו. ראה להלן, הערה 243.

ככל הנראה משום שאז נחשב המעסיק כמי שמוותר לפועל²⁴³. לשון אחר, לא האופי הקנייני של ההסכם הוא המכריע (מאחר שלפי מהר"ם מרוטנבורג שכירות פועל נושאת אופי קנייני לא פחות מקניית עבד עברי²⁴⁴, שאף בה אין מדובר בקניין מלא²⁴⁵), אלא מועד התשלום הוא המכריע. אשר

מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימנים ד-ה, לא שת לבו לחזרתו של מהר"ם בעניין מחלת הפועל (כפי שהעירו: שו"ת נחפה בכסף, חלק א, חו"מ, סימן ל, ד"ה איך שיהיה (עמ' קמט); לב מבין (נברו), הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ג, ד"ה ותבט עיני בשורי להרב (קסט ע"ג)), ועל כן הציע דרך אחרת בהבנת שיטת מהר"ם מרוטנבורג. בספרי **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 307, צעדתי בעקבות 'מחנה אפרים'. בדבריי כאן, אני חוזר בי מן הדברים שכתבתי שם בתיאור שיטת מהר"ם מרוטנבורג. וראה להלן, הערה 307.

²⁴³ וכך מעיד תלמידו של מהר"ם, ר' מאיר הכהן, בתשובות מיימוניות, שם: "שוב חזר בו מורי רבינו מאיר זצ"ל במקצת. וזה לשונו אשר כתב במגדל אינזי"ג שהי"ם [Ensisheim]... דנותן לו שכרו דקתני [בבא מציעא עז ע"א, בעניין פועל שחלה] היינו חצי שכרו דעד חצי היום [הוא מסיק זאת מנוסח הברייתא "נותן לו שכרו" ולא "שכרו מְשָׁלֵם", ומוסיף גם את הראיה שהביאו התוספות לעיל, הערה 67]... וקשיא לן והא פועל יש לו דין עבד עברי? דמהאי טעמא אמרינן פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום דילפינן לה מעבד עברי דיוצא בגרעון כסף, דכל קולי דעבד עברי יהיבין לפועל מקל וחומר. השתא, עבד עברי דעבד איסורא ועבר על יכי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים, וגופו קנוי, מקילין ביה, כל שכן פועל!... ויש לומר שאני התם [=שונה הדין שם (בעבד עברי)] **שכבר קיבל העבד הכסף**, אבל הכא [בפועל שחלה] עדיין לא נתן לו בעל הבית שכר. הילכך אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן אלא שכר פעולתו. מפי בעל החלום במגדל אינזי"ג שהי"ם. וכן נראה לי הלכה למעשה במלמד שחלה וכל פועלים". על פסק זה של מהר"ם מעיד בקיצור גם ר' יצחק מאופנהיים, ראה תשובות מהר"ם מרוטנבורג וחבריו (מהדורת שמחה עמנואל, ירושלים תשע"ב), סימן שפב, אות ו.

הש"ך (לעיל, הערה 238) דוחה את דעת מהר"ם ונימוקו עמו: "ולפי עניות דעתי דברי חלומות לא מעלין ולא מורידין בזה... דלא מסתבר כלל לחלק בין הקדים לו שכרו או לא, **דמה בכך שהקדים לו שכרו?** הרי לא נתנו לו אלא על דעת שיעשה לו מלאכה כפי הזמן ששכר עמו!". וכך נקטו רוב הפוסקים, ראה: תרומת הדשן, שו"ת, סימן שכט, בסופו ("ו**אפילו אם קבלה** [צ"ל: קבל (שכרו)] **יחזיר**, דכיון דלא גמר ועשה למה יקבל שכר על זה, ואף על גב דאנוס הוא מכל מקום הרי העיכוב נשאר בו, ובעל הבית לא נתרצה אלא אם כן שלא ישאר בו"); שו"ת הרדב"ז (לעיל, הערה 238. צוטט להלן, ליד ציון הערה 815). פוסקים אחדים מציינים שהפועל יכול לטעון "קים לי" כמהר"ם, ראה: ט"ז, חו"מ, סימן שלג, סעיף ה; כנסת הגדולה (לעיל, הערה 236), סוף אות טז (וראה לב מבין (נברו), הלכות עבדים, פרק ב, הלכה ה (קסט ע"ג), שלנוכח כך תמה על פסקו של הרדב"ז). אבל השווה פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק יא, הערה נ, בשם הגרש"א אלפנדרי שדעת מהר"ם יחידאית ואין לבסס עליה טענת "קים לי" (ולא מצאנו מקור לדברים).

כדעת הש"ך מוכח לכאורה מסוגיית השוכר ספינה זו להוביל בה יין **סתם** וטבעה הספינה (בבא מציעא עט ע"א. על סוגיה זו ראה לעיל, ליד ציון הערה 154), שם נקבע שאף אם שולמו דמי השכירות מראש, על המשכיר (הפועל), שנבצר ממנו לקיים את חלקו בהסכם (שהרי טבעה ספינתו המסוימת), להחזירם לשוכר ("אם נתן – אמני לא יטולי"). וראה להלן, הערה 820, הצעות שונות כיצד מתמודד מהר"ם מרוטנבורג עם מקור זה.

וראה לעיל, הערה 226, מה שהערנו בסוגריים מרובעות לעניין תשלום מראש **במעסיק שנאנס**.

²⁴⁴ כמפורש בדבריו, לעיל, הערה 243: "והא פועל יש לו דין עבד עברי...". וראה שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן ככה: "עבד עברי גופו קנוי לבעל הבית ולא מצי מקני ליה לנפשיה בלשון מחילה, **ומלמד וכל מיני פועלים לעבד עברי דמו, לכל מילי**" (והשווה ש"ך, חו"מ, סימן שלד, ס"ק ב, הטוען שמהר"ם אינו מקבל את הכלל "שכירות ליומיה – ממכר הוא". אבל ראה על כך ביקורתו של חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק יג, ד"ה בש"ך. וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 307, הערה 130). וראה ברכיהו ליפשיץ, **עובד וקבלן: בין קניין לבין התחייבות**, ירושלים תשנ"ד, בעמ' 50, שגישה זו הייתה מקובלת על הראשונים עד הרמב"ם, ורק לאחר מכן עלתה שיטת החיוב.

²⁴⁵ ולזה הלא חייבים גם התוספות להודות, לאור הדין בעבד שחלה יותר משלוש שנים (כפי שהדגשנו לעיל, ליד ציון הערה 240), שרק משום שזכותו הקניינית של האדון בו אינה מלאה (שהרי היא נפסקת אחרי שש שנים), הסיכון שלו במחלת העבד מוגבל לשלוש שנים בלבד.

על כן, כמו בדין **עבד**, כאשר המעסיק הקדים ושילם **לפועל** את שכרו מראש והלה נמנע מלעבוד בעל כורחו, נחשב המעסיק כמי שמוותר לו²⁴⁶ (ובלבד שהפועל יעבוד רוב התקופה המוסכמת²⁴⁷).

(ג) מחלה בתחילת תקופת ההעסקה לעומת מחלה בסיימה (רא"ש)

הרא"ש²⁴⁸ מזכיר את תירוץ רבו, מהר"ם מרוטנבורג, אבל הוא מעדיף פתרון מקומי דווקני. גם הוא סבור שהכלל הוא **שהן הפועל הן העבד נושאים בסיכון לאבדן ימי מחלתם** (ומכאן שגם לדעתו, לא הפן הקנייני של ההסכם הוא המכריע). וגם הוא נוקט, שדינו של עבד שחלה שאינו חייב להשלים את ימי העדרותו, מיוסד על **חזקת מחילה של המעביד העולה מן הנסיבות המיוחדות** המתוארות בסוגייה התלמודית, ואולם, בשונה מרבו, לא בשל התשלום מראש. הוא מדייק מלשון הברייתא: "חלה שלוש ועבד שלוש", שהדין הפוטר את העבד מהשלמת ימי מחלתו, אמור רק אם האירועים התרחשו בסדר הזה דווקא, **שתחילה חלה, ולאחר מכן קיבל אותו בעל הבית לעבודה בסתם** (כלומר, בלא לדרוש את השלמת ימי ההיעדרות), ולא להפך. רק אז יש **חזקת מחילה**: "כיוון שאחר חוליו קבלו בעל הבית למלאכתו, ולא אמר לנכות לו מה שחלה, **מסתמא מחל לו**". והוא הדין אפוא גם בפועל שכיר²⁴⁹.

כאמור²⁵⁰, רוב הפוסקים דוחים את גישתם של מהר"ם והרא"ש.

יש להניח, שאם היה מדובר בזכות קניינית מוחלטת, כלומר בהעברת בעלות טוטלית, כגון עבד כנעני שחלה, גם מהר"ם היה פוסק לרעת הקונה בנימוק ש"נסתחפה שדהו". ראה לעיל, הערה 234.

²⁴⁶ לדברינו כאן, השווה: לבוש מרדכי (אפשטיין), בבא מציעא, סימן כט, ד"ה ועתה נבוא; הרב בנימין רבינוביץ תאומים, "זקני דיינים", **התורה והמדינה** ט-י (תשי"ח-תשי"ט), עמ' מט, בעמ' סב, ד"ה אלא. לדעתם, שיטת מהר"ם מרוטנבורג מיוסדת על כך שהקדמת תשלום לפועל משנה את אופי העסקתו מהתחייבות לקניין. כעין זה עולה כבר מהגהת רבנו פרץ מקורביל לספרו של ר' שמשון בן צדוק (תלמיד המהר"ם), תשב"ץ קטן, סימן תקכז (סימן תקל במהדורת מכון ירושלים): "וואף על גב דאמרינן התם חלה שלש ועבד שלש אינו חייב להשלים, הני מילי גבי עבד עברי שפרעו לו כל שכרו מתחלה בשעה שקנה אותו, ואין שום חוב ממון עליו כדאמרינן עבד עברי גופו קנוי... אבל מלמד שהוא כשכיר יום לעולם אין נותנים לו שכר מאשר לא עשה אף על גב דנאנס" [מובא בשינויים קלים בשו"ת הרשב"א, חלק ז, סימן תקטז (על תשובה זו ראה לעיל, סוף הערה 194)]. על גישה זו בהקשרים אחרים של דיני שכירות, ראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 266-268. וראה להלן, הערה 289.

²⁴⁷ כך מטעים קצות החושן, סימן שלג, ס"ק ט.

²⁴⁸ רא"ש, בבא מציעא, פרק ו, סימן ו. גם דעתו הובאה להלכה על ידי הרמ"א, חו"מ, סימן שלג, סעיף ה. אבל ראה ש"ך (להלן, הערה 249).

²⁴⁹ קצות החושן, שם, ס"ק ט, מטעים גם כאן, שחזקת מחילה קיימת רק כאשר תקופת החולי היא פחות ממחצית תקופת החוזה, כמו בדין עבד עברי.

הש"ך (לעיל, הערה 238) דוחה גם את דעת הרא"ש: "דכי בשביל שקבלו בסתם יהא נמחל לו מה שלא עבד?!". וראה גם תפארת שמואל על הרא"ש, שם, שגם הוא הסתייג מדבריו. וראה גם הגהת הגר"א, שם. שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן ריט, מאריך להוכיח שרוב הפוסקים דוחים את שיטת הרא"ש.

²⁵⁰ בתחילת דיונו, לעיל, ליד ציון הערה 237, פתחנו בקביעה ששיטת התוספות היא המקובלת בין הפוסקים. ואכן בהערה 243 ובהערה 249, ראינו ששיטות מהר"ם והרא"ש נדחו.

להלן, ליד ציון הערה 294, נראה אילו השלכות עשויות להיות למחלוקת זו, על סיכול חוזה שכירות נכסים המקנה אף הוא זכות מעין קניינית.

לעיל²⁵¹ ראינו את שיטת התוספות, לפיה בחוזה עבודה, השאלה מי נושא בסיכון להפסד ימי מחלת הפועל, תלויה באופי הקנייני או האובליגטורי של החוזה: בעבד (קניין), המעסיק - בעל העבד - נושא בסיכון, ואילו בפועל (חוזה) הסיכון רובץ על הפועל.

בהתאם להבחנה זו, שונה לכאורה דין מושכר שנמנע השימוש בו בשכירות נכסים מאשר בשכירות פועלים. בשכירות נכסים, בדומה לדין העבד, השוכר רוכש זכות מעין קניינית במושכר ("שהשכירות מכירה בת יומה היא"²⁵²), ועל כן הסיכונים שהוא נוטל על עצמו כשהמושכר יוצא מכלל שימוש גדולים יותר, והוא עשוי להתחייב להמשיך ולשלם דמי שכירות אף בכגון זה. וכך עולה לכאורה מדין המשנה בעניין שוכר חמור, ולפיו אם הוחרם החמור, יכול המשכיר לומר לו: "הרי שלך לפניך"²⁵³.

ואולם מסקנה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, שכן אף ששכירות נכס מעניקה לשוכר זכות "מעין קניינית", מדובר בזכות קניין מוגבלת יותר מאשר זכות האדון בעבדו, והבדל זה עשוי לתת את אותותיו לעניין היקף הסיכון הרובץ על השוכר. וכך משתמע לכאורה כבר מן התלמוד²⁵⁴ המצמצם את דין המשנה ומבחין בין אם ההחרמה הייתה "בדרך הליכתה", שרק אז השוכר נושא בסיכון, ובין אם ההחרמה הייתה "שלא בדרך הליכתה", שם השוכר אינו נושא בסיכון. ואכן הראשונים מצמצמים את היקף הסיכון של שוכר נכס, אם כי היקף הצמצום (כמו גם פשר ההבחנה בין "בדרך הליכתה ניטלה" ובין "שלא בדרך הליכתה ניטלה"), שנוי במחלוקת ביניהם מן הקצה אל הקצה, כפי שנסקור להלן.

²⁵¹ לעיל, ליד ציון הערה 238.

²⁵² רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יג, הלכה יז. על פי בבא מציעא נו ע"ב. וראה בהרחבה, ויגודה, שכירות (לעיל, הערה 33), עמ' 7 ואילך.

²⁵³ משנה, בבא מציעא ו, ג (ע"א): "השוכר את החמור ו...נעשית אנגריא - אומר לו: הרי שלך לפניך". וכך יסבירו כנראה התוספות את הבדל בין חמור שכור שהוחרם, שאם היה זה בדרך הליכתו (כפי שנראה מיד, ליד ציון הערה 254), יכול המשכיר לטעון כנגד השוכר "מזלך גרם" ולתבוע תשלום מלא דמי השכירות המוסכמים (ראה: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שי, סעיף א), ובין פועל שהוחרם, שנפסק בסתם שאינו מקבל יותר ממה שעשה, בלא קשר לנסיבות החרמתו (ראה לעיל, הערה 67). ואכן ראה מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה, ד"ה והשתא: "בשלמא לדברי התוספות שכתבו... דפועל אין גופו קנוי לבעל הבית איכא ליישובי [=אפשר להסביר (את ההבדל בין פועל שהוחרם ובין חמור שהוחרם)], דדוקא פועל הוא דאינו קנוי לבעל הבית משום דכל אימת דבעי חוזר בו, והלכך כי חלה או נאחז באנגריא לא אמרינן מזליה דבעל הבית גרם כיון דלא הוי קניינו. מה שאין כן בשוכר את החמור, כיון דקנה ליה השוכר לגמרי, שאין המשכיר יכול לחזור בו, קניינו קא חשיב, והלכך כי נאחז באנגריא מזליה דשוכר גרם". אשר לגישת מהר"ם מרוטנבורג הנוקט שגם פועל גופו קנוי, ראה להלן, הערה 260.

²⁵⁴ בבא מציעא ע"ב. לתיאור הסוגיה וניתוחה ראה בהרחבה ויגודה, שכירות (לעיל, הערה 33), עמ' 187 ואילך.

בקצה האחד, דעתם של הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א (הרא"ה)²⁵⁵, הנוקטים שזכותו המעין קניינית של השוכר מטילה עליו את הסיכון כמעט בכל מקרה, כולל הרס המושכר²⁵⁶. כך לדוגמה, השוכר בית ונפל הבית באמצע תקופת השכירות או נשרף, **חייב** להמשיך ולשלם את מלוא דמי השכירות. לדידם, העובדה שאין מדובר בזכות קניינית מוחלטת נותנת את אותותיה רק בנסיבות של "מכת מדינה"²⁵⁷.

בקצה השני, דעתם של הראב"ד והרשב"א²⁵⁸, הנוקטים כלל גורף, לפיו לא רק בשכירות פועלים²⁵⁹, אלא גם בשכירות נכסים, יציאת המושכר מכלל שימוש (כגון החרמתו, והוא הדין חנות שכורה שנסגרה בפקודת השלטונות), היא עילת **פטור** מתשלום דמי השכירות²⁶⁰. אמנם, השכירות מקנה

²⁵⁵ ראה: תשובות מיימוניות, משפטים, סימן כז, בשם הר"ש משאנץ; חידושי הריטב"א, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה היכי דמי. וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 330 (וראה שם, הערה 232, רשימת פוסקים הסבורים שיש לחשוש לשיטה זו. על רשימה זו יש להוסיף: שו"ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימן פח; שו"ת ישמח לב (פראנגי), חלק ב, חו"מ, סימן יז, ד"ה באופן. וראה גם הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), בעמ' סו).

²⁵⁶ אלא אם כן יוכיח השוכר שמניעת השימוש באה באשמת המשכיר, כמובן. סייג מובן נוסף הוא, אם הוסכם בין הצדדים שהשוכר יפטור מתשלום, והיה והמושכר ייצא מכלל שימוש בעוד הוא מוכן ומזומן להמשיך בשכירות. בהקשר זה ר"ש משאנץ (שם) מחדש שכך יש להסביר את הפטור של השוכר בשכירות "ספינה זו" להובלת "יין סתם" וטבעה הספינה באמצע הדרך (בבא מציעא עט ע"א). מאחר שהמשכיר ציין במפורש "ספינה זו" ואילו השוכר ציין בתגובה "יין סתם", מתפרש הדבר כתניית פטור ("דהתם יפה כח האומר 'סתם', כיון שחבירו פירש 'זה' והוא אמר 'סתם'"). ר"ש משאנץ מטעים שאין להסיק מכאן אפוא, שכל אימת שהשוכר מוכן ומזומן לקיים את חלקו בשכירות הוא פטור מן הדין.

²⁵⁷ אם נשרף הבית בנסיבות של "מכת מדינה" (כגון שנשרפה כל העיר), אז מודים פוסקים אלה שיש לשוכר עילת פטור (כמפורש בתשובות מיימוניות, שם). וכך מתפרשת לדעתם הבחנת התלמוד (לעיל, ליד ציון הערה 254) בין החרמת חמור שאירעה "בדרך הליכה" (מכה פרטית) ובין שאירעה "שלא בדרך הליכה" ("מכת מדינה"). על "מכת מדינה" נרחיב להלן, פרק 2.1, עמ' פפ. וראה להלן, הערה 307.

שיטה זו נסתרת לכאורה מסוגיות מפורשות, כגון בבא מציעא עט ע"א, שם נקבע: "השוכר את החמור לרכוב עליה, ומתה לו בחצי הדרך - **נותן לו שכרו של חצי הדרך**" – ולא שכר כל הדרך. וכן נקבע (שם ע"א-ע"ב) בעניין ספינה שכורה, שאם טבעה הספינה באמצע הדרך "**אם לא נתן – לא יתן**". ר"ש משאנץ מודע לקושי ומוסיף: "ויש סברות הרבה לחלק בין בית לספינה ובין ספינה לחמור שמת בחצי הדרך". סתם ולא פירש. להצעת פירוש לדבריו, ראה שו"ת בני אברהם (מיוחס), חו"מ, סימן מד, ד"ה אמנם אכתי. לדעתו, כוונת ר"ש משאנץ להבחין בין אירוע שכיח ובין אירוע שאינו שכיח: "דספינה וחמור דבר ההוא ורגיל הוא שימות החמור או שיטבע הספינה וליכא למימר מזלו של שוכר גרם, אבל בבית שלא שכיחא נפילה או שריפה איכא למימר מזלו של שוכר גרם וברשותו נשרפה או נפלה". להצעות נוספות ראה: אמר יוסף (אלקלעי), הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ו, ד"ה ולענ"ד נראה; בכורי גשן (לעיל, הערה 126), ענף ט (עמ' תרצז-תרצט). וראה עוד ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 331-335.

²⁵⁸ ראה חידושי הרשב"א, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה אומר לו. וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 329. זוהי כנראה גם גישת רש"י, אם כי הדבר אינו נקי מספקות, ראה ויגודה, שם, עמ' 328.

²⁵⁹ כמפורש בתוספתא שהוזכרה לעיל, הערה 67, בעניין פועל שהוחרם, שמקבל שכר רק לפי מה שעשה.

²⁶⁰ לכאורה, כך נוקטים גם מהר"ם מרוטנבורג והרא"ש, בדומה לדין שכירות פועל שחלה, שלדידם אף שהיא עסקה קניינית, בכל זאת השוכר-המעסיק פטור מתשלום שכרו (ראה לעיל, הערה 241, והערה 248). ואף שלא מצאנו להם התייחסות מפורשת לדין **חמור** שנלקח לאנגריא, הרי שלעניין **פועל** שנלקח לאנגריא, הרא"ש (בבא מציעא, פרק ו, סימן י) מצטט את התוספתא (לעיל, הערה 67), לפיה: "השוכר את הפועל ונאחו באנגריא, לא יאמר לו הריני לפניך אלא **נותן לו שכרו כמה שעשה**". ומאחר שלדידו, כאמור, אין הבדל מהותי בין שכירות פועל לשכירות נכס, כך הוא אפוא הדין גם ב**חמור** שנלקח לאנגריא. אבל לא כך נוקט מחנה אפרים בשיטתם, כפי שנראה תכף.

לשוכר זכות מעין-קניינית במושכר²⁶¹, ומתחייב היה מכך לכאורה שלא לפטור את השוכר מתשלום. אולם, מאחר ששכירות אינה זכות קניינית מוחלטת, השוכר חייב לשלם רק תמורת אפשרות ההנאה בפועל מהמושכר במשך השכירות, שהעמדתה היא מחיובי המשכיר, ולא תמורת זכות הקניין החלקית בו²⁶². ומה שנקבע בתלמוד²⁶³ בעניין חמור שהוחרם, "אם בדרך הליכה ניטלה - אומר לו: הרי שלך לפניך", אין פירושו שהמשכיר יכול לדרוש מהשוכר את תשלום מלוא דמי השכירות, אלא רק שהוא פטור מלהעמיד לרשותו חמור חלופי, אף אם השכיר לו "חמור סתם"²⁶⁴.

[מסקנה זו מתחזקת לאור מה שנראה להלן, ליד ציון הערה 288. בדיונו שם נראה שלפי מהר"ם מרוטנבורג, אפילו מניעה סובייקטיבית לשימוש במושכר, כגון שוכר בית שמת, משמשת עילת פטור (כיון שלמשכיר, שעומד בחיובו, לא נגרם הפסד, ראה להלן, הערה 293, אות א), ואין צריך לומר אפוא שהוא הדין במניעה אובייקטיבית (מושכר שהוחרם). כך הוא בוודאי אם לא נגרם למשכיר הפסד (מלבד אי-קבלת דמי השכירות, וכגון שההחרמה הייתה רק לתקופת השכירות). ואפשר שכך הוא גם אפילו אם נגרם לו הפסד (וכגון שההחרמה הייתה לצמיתות), שכן משהוחרם החמור יש מקום לראות את המשכיר כמי שאינו מקיים את חיובו, ואין לו אפוא עילה לדרוש תשלום].

אבל השווה בית יוסף, חו"מ, סימן שי, ס"ק א, לדעתו בחמור שנלקח לאנגריא דעת הרא"ש היא שהשוכר חייב לשלם את מלוא דמי השכירות (אבל ראה ויגודה, שכירות, לעיל, הערה 33, עמ' 288, הערה 40). וראה מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה, ד"ה והשתא איכא, שנוקט כך גם בדעת מהר"ם מרוטנבורג. אשר לשאלה מדוע שונה דינו של פועל שהוחרם מדינו של חמור שהוחרם, הלא לשיטתם של מהר"ם והרא"ש גם פועל "גופו קנוי"? עונה 'מחנה אפרים': "דפועל שאני משום דבהדיא אמר לו הבעל הבית [השוכר] כששכרו על מנת שיעשה לו מלאכה וכי אינו יכול לעשות אינו שכירו [כעין שיטת נימוקי יוסף, לעיל, הערה 161], מה שאין כן בשוכר בהמה או כלים דמשעה שמסר המשכיר בידו תו לא נשאר למשכיר לעשות לו ולהשתדל שיוכל השוכר לגמור מלאכתו ולא רמי עליה מידי". וראה לעיל, הערה 197. והשווה גישת התוספות, לעיל, הערה 253.

²⁶¹ ראה לעיל, הערה 252. וראה: השגות הראב"ד, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ח; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שכח.

²⁶² כך משתמע מדברי הרשב"א המובאים בשיטה מקובצת, בבא מציעא ע"א, ד"ה ועוד כתב הרב. ראה ויגודה, שכירות (לעיל, הערה 33), עמ' 329, הערה 225. הסבר שונה במקצת מציע משכנות הרועים (אלחייך), מערכת אות שי"ן, סימן קפ: "ונראה דסבירא ליה לרשב"א ז"ל, דשכירות ממכר הוא, הני מילי היכא דלא אתניס וקיימא אכתי ברשותיה, אבל היכא דאתניס, ותו לא חזיא לאשתמושי בה, פקעה מניה שכירות, ולא מחייב ליה אלא במאי שאתהני בעודה ברשותיה".

יהא ההסבר אשר יהא, כך הוא רק במניעת שימוש אובייקטיבית במושכר, ולא במניעה סובייקטיבית, כפי שמטעים הרשב"א, להלן, ליד ציון הערה 282.

סייג נוסף לפטור זה הוא כאשר השוכר לבדו צפה את האונס והסתיר זאת מן המשכיר. כך עולה בקל וחומר מסוגיית שכירות פעולים (לעיל, ליד ציון הערה 146), כפי שנראה להלן, סוף הערה 290.

²⁶³ לעיל, הערה 253.

²⁶⁴ וזה לשון חידושי הרשב"א, בבא מציעא ע"א, ד"ה אומר: "אומר לו הרי שלך לפניך", פרשה הראב"ד ז"ל בחמור סתם, וכתב הוא ז"ל נראה לי דלענין תביעת השוכר על המשכיר [כלומר, טענת 'הרי שלך לפניך' אמורה רק לדחיית תביעת השוכר להעמדת חמור חלופי]... אבל לענין השכר... אנגריא שאינה חוזרת לשמואל, והוא שיש למלך מלאכה ארוכה שאינה חוזרת לכמה שנים, איך יתבע ממנו שכר והוא אינו יכול להשתמש בה!! עד כאן [לשון הראב"ד]. ואף על פי שהיה באפשר לומר שיכול לומר לו בעל החמור ממך לקחיה ומזלך גרם [וכפי שאכן נקבע להלכה בעקבות הרמב"ם, ראה לעיל, הערה 253], מה שכתב הרב [הראב"ד] נראה לי עיקר, דאם כן, אפילו מתה, אמאי חייב להעמיד לו חמור, לימא ליה מזלך גרם". נעיר, שהפטור מהעמדת חמור חלופי אמור אף על פי שהחווה לא התייחס לחמור מסויים אלא ל"חמור סתם", דבר המתפרש בנסיבות אחרות כמחייב העמדת חמור חלופי. לפשר חיובו של המשכיר, על פי גישה זו, להעמיד לשוכר חמור חלופי אם "לא בדרך הליכתה ניטלה", ראה ראב"ד המובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא ע"ב: "מפני ש[המשכיר] היה מבריה מהן [מהשלטונות] המס... וארבו לו ולקחוה. וענין זה

בתווד, עומדת דעת הרמב"ם²⁶⁵, המקובלת על רוב הפוסקים ונפסקה להלכה בשולחן ערוך²⁶⁶. גישה זו מיוסדת על כך שזכויות הקניין במושכר מתחלקות בין השוכר והמשכיר; השוכר רכש את זכות השימוש במושכר, ואילו המשכיר נותר בעלים בגוף המושכר.

אכן, כלל משפטי יסודי בדיני הקניין הוא שאדם נושא בסיכונים לאובדן קניינו. אלא שלנוכח פיצול זכויות הקניין בין השוכר והמשכיר, השאלה היא על פי איזה מבין נקבע מי משניהם יישא בסיכון? כפי שנראה להלן, בשאלה זו נחלקו הדעות. בהתאם לכך נחלקו הדעות גם בהבנת פשר ההבחנה בין החרמת המושכר בידי השלטון ב"דרך הליכתה" ובין החרמתו "שלא בדרך הליכתה":

(א) הגישה ה"דתית" (גזרת שמים): יש הטוענים²⁶⁷ שהמבחן העיקרי להכרעת השאלה מי נושא בסיכון הוא: מה נפגע? גוף המושכר או השימוש בו? היה ונפגע גוף המושכר, שהוא בבעלותו של

ודאי מקח טעות הוא, שהיית יודע שנבאשת בעיניהם ומאיימין אותך ושכרת אותה לי, וכמי שלא נתן לו חמור מתחלה הוא". להרחבה בעניין זה ראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 190-191.

וראה שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קצח, ד"ה תשובה, שדן בשוכר חנות בשוק הזגגים שגורש מן החנות, ונוקט כדבר המובן מאליו, שהשוכר פטור מתשלום דמי השכירות (ומרחיב בדיון, רק משום שבאותו מקרה השוכר התחייב בחוזה השכירות לשלם "בין מלאה בין ריקנית", ומסביר שוודאי כוונתו הייתה, שישלם גם אם יותיר את החנות ריקה **מרצונו**. ראה להלן, ליד ציון הערה 671). וראה פעמוני זהב (אנקווא), סימן שלד, סעיף א, ד"ה אך, שמטעים שהפטור הוא משום ש"האונס בא מחמת החנות שגזר המלך שלא יסתחרר בה", כלומר שהאונס פגע ב**מושכר**, להבדיל מאונס שפגע ב**שוכר**, כגון שמת או חלה, ראה דיונונו להלן, ליד ציון הערה 281 (נעיר שכיוצא בזה פסק מהרש"ך גם בעניין שוכר שעזב את הדירה ששכר מפחד הגוי האלים שפלש לדירה שמתחתיו. ראה שו"ת מהרש"ך, חלק ד, סימן יג, ד"ה ואם נרצה [=שו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ב, סימן לא (סד ע"ב-ע"ג)]).

דומה שגישת מהרש"ך תואמת את גישת הרשב"א. היא עשויה להתיישב גם עם שיטת הסמ"ע ונתיבות המשפט, שנראה להלן, ליד ציון הערה 275. היא לא מתיישבת עם שיטת 'פני משה' וימחנה אפרים' (להלן, ליד ציון הערה 267), ואכן מחנה אפרים (הלכות שכירות, סימן ז), משיג עליו. וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 295-296. לדעת מהרש"ך (שם, ד"ה ועוד טעם), נימוק נוסף לפטור הוא, שהגירוש אירע בנסיבות של "מכת מדינה". והשווה להלן, הערה 286. וראה ר' שמואל אבן דנאן, פרפראות לחכמה, סימן לב, מודפס בספר מנחת העומר לר' שלמה אביטבול, שהביא את שני נימוקי הפטור של מהרש"ך בהסכמה.

נימוק שלישי מציע מהרש"ך (שם, ד"ה ואחזור) והוא, שהתחייבותו לשלם גם אם תהיה החנות "ריקנית", וודאי אינה כוללת נסיבות בלתי צפויות, וכפי שנרחיב בדיונונו להלן, פרק 3. ד, עמ' פפפ, כשנדון בפטור המיוסד על פרשנות החוזה. וראה שם, ליד ציון הערה 664.

[נעיר שבעניין דומה נשאל שו"ת מגן גיבורים (אישטרושה), סימן סז. גם הוא מגיע למסקנה שהשוכר שגורש מחנותו פטור מתשלום דמי השכירות, אבל מנימוק אחר לגמרי. הוא מסיק זאת מסוגיית שכירות ספינה סתם ויין זה, משם עולה שהשוכר פטור כל זמן שלא נגרם הפסד למשכיר מעבר לאבדן שכרו (ראה לעיל, ליד ציון הערה 202). וראה גם שו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ג, סימן נח (מובא להלן, הערה 290). וראה לב מבין (נברו), הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ג, ד"ה ועיין, שתמה על פוסקים אלה שלא הזכירו את תשובת מהרש"ך בעניין].

²⁶⁵ ראה: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ו (בעניין **בית שכור שנפל**, שהשוכר פטור מהמשך תשלום דמי השכירות); שם, הלכה א (בעניין **חמור שכור שהוחרם בדרך הליכתו**, שהשוכר חייב בתשלום מלוא דמי השכירות). וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 288-289.

²⁶⁶ שולחן ערוך, חו"מ, סימן שי, סעיפים א-ב; וסימן שיב, סעיף יז.

המשכיר (והפגיעה בשימוש בו רק משתלשלת מפגיעה עיקרית זו ונלווית לה), אות היא שהפגיעה במושכר אירעה בעטיו של המשכיר (ובלשון פרשני התלמוד והפוסקים, "מזלו גרם"),²⁶⁸ ועל כן עליו לשאת בסיכון. כך לדוגמה, השוכר בית ונפל הבית, פטור השוכר מהמשך תשלום דמי השכירות.²⁶⁹

לעומת זאת, אם **רק השימוש במושכר** הוא שנפגע ואילו גוף המושכר עומד בעינו, ההנחה היא שהנזק אירע בעטיו של השוכר, שכן אפשר שזקק זה לא היה קורה אילו היה המושכר נשאר בחזקת המשכיר.

לשון אחר, המשכיר יכול לטעון כלפי השוכר **טענה דתית-תיאולוגית שגזרת שמים נגזרה עליו - "מזלך גרם"**.²⁷⁰ על כן, השוכר הוא שנושא בסיכון, ועליו להמשיך ולשלם דמי שכירות, אף שאינו יכול להשתמש במושכר. כך לדעתם יש לפרש את מה שנקבע בתלמוד, בעניין השוכר את החמור והחמור הוחרם לעבודת המלך - "נלקחה לאנגריא" - ש"אומר לו [המשכיר לשוכר]: **הרי שלך לפניך**", וזכאי לתבוע ממנו את המשך תשלום דמי השכירות.²⁷¹

²⁶⁷ ראה מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ו (הוא מסתמך חלקית על שו"ת פני משה, חלק ב, סימן לב, ד"ה והבאתי, בעניין שוכר בית שגורש מן המושכר על ידי השלטונות, מפני שהמשכיר מת בלא ילדים ועל פי החוק המקומי מי שמת בלא ילדים נכסיו עוברים לווקף). וראה ביתר הרחבה, ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 290-292.

²⁶⁸ ראה דברי ר' אהרון בן שלמה חסון, בתוך שו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ב, סימן לא (סה ע"א): "כיון שנפל הבית, **יותר יש לתלות במזל המשכיר, שמפסיד ביתו לעולם**, מלתלותו בשוכר, שאין לו הפסד אלא מן השכירות ליומיה". וכך הוא גם בבית שהוחרם לצמיתות (כך נראה שנוקט 'מחנה אפרים' בסוף דבריו, שם, ובכך הוא חולק על 'פני משה'). וכיוצא בזה ראה גם יד דוד (זינצהיים), ערכי כ' ע"ב, ד"ה המשכיר.

²⁶⁹ שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף יז. ואף אם שילם השוכר מראש, הוא יקבל בחזרה את כספו, כלשון השולחן ערוך: "אלא מחשב על מה שנשתמש **ומחזיר לו שאר השכירות**".

וראה חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כג, ס"ק י, המציע שני הסברים אחרים לפשר הפטור של השוכר כשאבד גוף המושכר: (א) אמנם השכירות היא כמכר, אך מכר לזמן, וכשנהרס המושכר לפני תום השכירות, "נמצא דמכר **זמן שאינו בעולם כלל**"; (ב) תנאי מכללא ("דחשיב **כתנאי**, שאם יפול, לא שכן על זמן שלאחר נפילה"). וראה ביתר הרחבה, ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 337-338.

²⁷⁰ כך עולה בבירור מדברי 'מחנה אפרים': "דאפשר שאם לא היתה שכורה אצלו לא היתה נלקחת". על הבנה זו של המושג "מזלך גרם", ראה הרב צימבליסט (להלן, הערה 529). והשווה להלן, ליד ציון הערה 277.

השווה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 198-199 ועמ' 290, שם ביקשתי לטעון ש'מחנה אפרים' אינו מפרש את הביטוי "מזלך גרם" במשמעות דתית-תיאולוגית ("גזרת שמים" שאולי לא הייתה נגזרת על המשכיר), אלא כוונתו היא שבררת המחלוקת בפגיעה בשימוש היא שהיא סיכנונו של השוכר. בדבריי כאן אני חוזר בי ומבהיר שלפי 'מחנה אפרים' טענת "מזלך גרם", במשמעותה הדתית-תיאולוגית כאמור, היא שמאפשרת למשכיר להטיל על השוכר את נטל הראייה שגזרת השמים לא אירעה בעטיו, ולא - נושא הוא בסיכון.

²⁷¹ בבא מציעא ע"ב (הובא לעיל, הערה 253). וכך נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שי, סעיף א. וראה שו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן קח, בעניין שוכר חנות שהכניסה לחנותו נחסמה מחמת עבודות תשתית עירוניות "ולא הניחו לכנוס לשם רק דרך משעול צר", מה שפגע קשות בהכנסותיו בתקופת העבודות. מהרש"ם מתלבט אם לשוכר יש עילה לנכות מדמי השכירות בשל כך, שכן לא ברור אם יש לראות בפגיעה האמורה פגיעה בגוף החנות או בדבר שהוא חיצוני לחנות והוא מזלו של השוכר.

ברם, גם כשנפגע רק השימוש במושכר, היה ויעלה ביד השוכר להוכיח ששימוש זה היה נמנע אפילו המושכר היה נשאר בחזקת המשכיר, יוטל הסיכון על המשכיר ולא עליו. כך לדוגמה, אם החרמת החמור הייתה "שלא בדרך הליכתה", היינו, לפי פירושם של בעלי גישה זו²⁷², בנסיבות של "מכת מדינה" שפגעה בכולי עלמא ואינה קשורה דווקא לשוכר, כי אז מוכח שגזרת השמים לא נגזרה בעטיו של השוכר, וממילא הוא יהיה פטור מהמשך תשלום דמי השכירות²⁷³. בהתאם לכך, אם לא נפל הבית אלא הוחרם על ידי השלטונות או שנחסמו דרכי הגישה אליו, יישא השוכר בסיכון וימשיך לשלם דמי שכירות²⁷⁴, אלא אם כן אירע הדבר בנסיבות של "מכת מדינה".

(ב) **הגישה המשפטית (מבחן הזיקה בין השימוש לפגיעה במושכר):** אחרים טוענים²⁷⁵ שהמבחן אינו מה נפגע אלא, **כיצד ובאילו נסיבות נפגע המושכר?** האם הפגיעה הייתה קשורה בשימוש השוכר במושכר או **שלא הייתה קשורה בו?** לפי בעלי גישה זו, העובדה שהנכס נשאר בבעלות המשכיר, על אף היותו מושכר, מצדיקה את ההנחה ההפוכה מן הגישה הקודמת. כלומר, אפילו נפגע רק השימוש במושכר, כל עוד לא הוכח ההפך, ההנחה היא שכך היה קורה אפילו היה המושכר נשאר בחזקת המשכיר ("מלאך המוות - מה לי הכא מה לי התם").

כך הוא לדוגמה בבית שנפל או בחמור שנלקח לאנגריא "שלא בדרך הליכתה". כלומר, על פי פירושם, **בלא קשר לשימוש במושכר**²⁷⁶. רק אם המשכיר יכול להרים את הנטל ולהצביע על קשר

²⁷² בעניין זה פירשו זהה לפירוש הר"ש משאנץ והרא"ה, לעיל, הערה 257, אלא שלדעתו כשהפגיעה היא בגוף המושכר, להבדיל מפגיעה בשימוש, פטור השוכר מתשלום גם במכה פרטית.

²⁷³ שכן השימוש היה נמנע גם אם המושכר היה נשאר בחזקתו של המשכיר, כפי שנראה בהרחבה להלן, פרק 2.2 ד.1, עמ' פפפ, וראה שם, ליד ציון הערה 308. וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 291, הערה 51. אבל ראה להלן, הערה 286, שלפי 'מחנה אפרים' "מכת מדינה" הוא שיקול פטור רק במניעה אובייקטיבית בשימוש במושכר ולא במניעה סובייקטיבית.

²⁷⁴ ראה מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ו: "ולא דמי לנפלה, דליתא הבית בעיניה [=שהבית אינו בעין], אבל כל היכא דאיתיה הבית בעיניה [=כל מקום שהבית ישנו בעין], כמות שהשכירה, יכול לומר 'הרי הבית לפניך'... בנדון דידן דלא נלקחה כי אם בית זו בלבד, **כיון דלא הוי מכת מדינה איכא למימר דמזליה דשוכר גרם**, דאפשר שאם לא היתה שכורה אצלו לא היתה נלקחת". וראה שו"ת אדמת קודש, חלק א, חו"מ, סימן סז, בעניין שוכרי דירות המשקיפות על הר הבית, ובשנת 1732 גורשו מבתיהם בהוראת הוויזר. על "מכת מדינה" ראה דיונונו להלן, פרק 2.2 ד.1, עמ' פפפ.

²⁷⁵ ראה: שו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן לט (לתיאור המקרה הנדון שם, ראה להלן, הערה 312); סמ"ע, חו"מ, סימן שכא, ס"ק ו. וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 292-294.

²⁷⁶ וכך הוא גם במקרה שדן בו איתמר ורהפטיג, "קן צרעות שהתנחל בבית מושכר", **תחומין** לד (תשע"ד), עמ' 253. מאחר שהבית הפך לבלתי ראוי למגורים בלא קשר לשימוש, לדעת הסמ"ע יש לשוכר עילת פטור מתשלום דמי השכירות. ברור שכך הוא גם לשיטת הראב"ד והרשב"א (לעיל, הערה 258), שהרי לדידם יציאת המושכר מכלל שימוש היא תמיד עילת פטור.

לעומת זאת לשיטת 'פני משה' ו'מחנה אפרים' (לעיל, הערה 267), לכאורה, אין לשוכר עילת פטור מאחר שלא נפגע גוף המושכר אלא רק השימוש בו. אלא אם כן נגדיר בית שהתנחל בו קן צרעות כבית שגופו נפגם, שאז גם לשיטתם פטור השוכר מתשלום דמי השכירות כדין בית שנהרס, כפי שנוקט שו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק א, סימן שמג, בעניין שוכר בית ששכנו לקה במחלה מידבקת: "הוי ליה כאלו בא ארי או נחש ודר בחצר, ומה תועלת בבית וארי דר בחצר? וכל כי האי גונא בורחים בני אדם מחצר שיש בה חולי המדבק כבורח מן הנחש, והוי ליה **כמום בבית** ויוכל לצאת". וכך נוקט גם בנסיבות דומות, כתונת יוסף (בירדוגו), חלק א, שורשי הדינים, שורש אות א, השורש השלישי

בין שימושו של השוכר לבין הפגיעה במושכר, עובר הסיכון לכתפי השוכר שהוכח שהסיכון נפל בחלקו²⁷⁷, והוא יחויב בתשלום דמי שכירות מלאים. זאת, אפילו אם המושכר נהרס או אבד. כך הוא לדוגמה בחמור **שנטרף** בדרכו, להבדיל מחמור שנפגע שעה שעמד בבית השוכר.

(ג) ויש מי שמסכים עם הגישה הקודמת אך מסייג אותה לפגיעה בשימוש בלבד²⁷⁸. לדעתו, ככלל, המשכיר הוא שנושא בסיכון למניעת השימוש במושכר, אלא אם כן מתמלאים שני תנאים מצטברים: (א) הפגיעה הייתה **בשימוש במושכר בלבד** (ולא בגוף המושכר); (ב) הוכח **קשר בין השימוש במושכר על ידי השוכר לבין מניעת השימוש**. כך הוא לדוגמה בחמור **שהוחרם** בדרך הליכתו, (פגיעה בשימוש בלבד), אבל לא בחמור **שנטרף** בדרך הליכתו (פגיעה בגוף, אף שהייתה קשורה בשימוש).

(3) שוכר שנמנע ממנו להשתמש במושכר

אם נמנע השימוש במושכר בשל אונס אשר אירע **לשוכר**, להבדיל מאונס שאירע **למושכר** שדננו בו עד כה, יודו לכאורה כולי עלמא, לרבות הרשב"א²⁷⁹, שבשונה משכירות פועלים, ההפסד נופל על השוכר ולא על המשכיר, ועל השוכר להמשיך ולשלם את דמי השכירות, **בשל אופיו הקנייני של חוזה שכירות**²⁸⁰. וכך אכן פוסק הרשב"א²⁸¹, בעניין שוכר בית ומת באמצע תקופת השכירות,

(מדיני אונסין), ענף יח (יב ע"ג במהדורת לוד תשנ"א), ומעיר שתשובת פני משה, שם, צריכה עיון בהקשר זה. והשווה להלן, הערה 286.

ואין צריך לומר שגם לשיטת הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א (לעיל, הערה 255), אין לשוכר עילת פטור, מאחר שלדידם אפילו הרס המושכר אינו עילת פטור.

לדיוננו כאן השווה דיונו של ורהפטיג, שם, עמ' 255-257.

[בחלקו הראשון של מאמרו, עמ' 253-255, ורהפטיג דן בשאלת חובת תיקון המושכר על ידי המשכיר, ומגיע למסקנה שחובה זו שנויה במחלוקת. לשאלה זאת החורגת מענייננו כאן, ראה בהרחבה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 121-154].

²⁷⁷ וזו המשמעות של הביטוי "מזלך גרם", כלומר יש בו תיאור התוצאה המשפטית ולא טיעון דתי-תיאולוגי (שלא כמו הגישה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 270). על הבנה זו של המושג "מזלך גרם", ראה הרב צימבליסט (להלן, הערה 529). אבל ראה להלן, הערה 278. והשווה יד דוד (להלן, הערה 665, אות (ג)) המציע גישה ייחודית ומקורית להיקף המושג "מזלך גרם".

²⁷⁸ ראה נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ב. וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 294-296.

אמנם השווה להלן, ליד ציון הערה 949, שבעסקת מכר הוא מעלה את הטיעון "מזלך גרם" כטיעון דתי-תיאולוגי ("כיון **דבמזלו וגרמתו** נהרגה או נטרפה, ודאי דההיזק חל עליו"). ונראה ש'נתיבות המשפט' אינו שולל קטגורית את תוקפו של הטיעון הדתי-תיאולוגי, אלא הוא סבור שהטיעון אינו תקף בעסקת **שכירות**. זאת, משום שבעסקה ייחודית זו יש לשני הצדדים זיקת קניין למושכר (זה בשימוש וזה בגוף), וממילא נשללת לדעתו האפשרות לתלות את הפגיעה במושכר ב"מזלו וגרמתו" של מי מהם.

²⁷⁹ לעיל, ליד ציון הערה 258.

²⁸⁰ במשפט הישראלי יזכה החייב בפטור רק אם החוזה היה בעל אופי אישי. כך, בת"א (שלום תל אביב-יפו) 45581/96 **אהוד גיסמר נ' יעקב פאפו** (פורסם בנבו, 17.12.1998), פטר בית המשפט את עזבונה של שוכרת חנות שמתה מהמשך תשלום דמי שכירות, משום שעל פי תנאי החוזה הייתה השכירות אישית ובלתי ניתנת להעברה. לעומת זאת, במקרה דומה, בתא"מ (שלום כפר סבא) 12761-06-14 **אילנה קרול נ' לאון לוי** (פורסם בנבו, 1.10.2015), לא הכיר בית המשפט בעילת הסיכול משום שחוזה השכירות לא היה אישי. עמדה זו קרובה לעמדת הרשב"א שנראה להלן בסמוך.

שמאחר שהמושכר ראוי לשימוש, **חייבים** היורשים להמשיך ולשלם את דמי השכירות עד סיום תקופת השכירות, אף על פי שאין להם עניין בהמשך השכירות²⁸²: **"דשכירות כמכר ומכור הוא לא [צ"ל: לו] לימי שכירותו... ואילו קנה בית ונתחייב בדמיו ומת קודם שידור שם, הנטען בזה טענת אונס?... אלא שזה קנה כדי שישתמשו בהן הוא ובניו אחריו וכן זה"**²⁸³. כלומר, הרשב"א מבחין בין מניעה **אובייקטיבית** לשימוש במושכר ובין מניעה **סובייקטיבית**, הוא מטעים: "הגע עצמך: אילו הלך לו למקום אחר לעכבו [צ"ל: ועכבו] נהר, או ששמו לו מארבים בדרך, ולא בא ולא גר שם כל אותו הזמן או מקצתו, היטעון טענת אונס זה?"²⁸⁴. ונראה שהוא הדין אף אם מניעת השוכר

²⁸¹ שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שכח (מובא בהסכמה בבית יוסף, חו"מ, סוף סימן שיב). וראה גם (ביתר קיצור) שם, חלק א, סימן אלף כח, בשם הראב"ד. וראה להלן, נספח א, הערה 946.

²⁸² אמנם לעיל, הערה 194, ראינו שכיוצא בזה פסק הרשב"א גם בשכירות פועל, אף שאינה עסקה קניינית, אבל ראה לעיל, הערה 195. והשווה מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה, שקושר בין שני פסקים אלה של הרשב"א. וראה עוד להלן, הערה 418, מדוע הרשב"א אינו פוטר את השוכר מכוח אומדנה.

²⁸³ בד"ה גם אם באנו, מתמודד הרשב"א עם הטענה לפיה יש לפטור את היורשים מכוח הכלל "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף". על פי כלל זה, חוב השכירות הולך ומתגבש עם התקדמות השכירות, ומשמת השוכר היה מקום לטעון לכאורה שהחוב מפסיק. הרשב"א דוחה טענה זו: "דמכל מקום אין השוכר רשאי לצאת בכל יום ויום ולחשב עמו לשעות, אלא מחוייב הוא שלא להניח לפני זה עד זמנו". וראה עוד שם, מדוע שונה הדין בשכירות לעומת שאילה, שם נקבע: "הניח להם אביהם פרה שאולה - משתמשין בה כל ימי שאלתה, **מתה - אין חייבין באונסיה**" (בבא קמא קיב ע"א). ותשובתו לכך היא שבשאלה "כשמת האב קודם שנאנסה, איגלי מלתא שהאב לא נתחייב מעולם באונסיה של זה... אבל כאן משעת קנין נתחייב האב בתשלומי שכירות... **דשכירות כמכר**".

²⁸⁴ כך עולה לכאורה גם משו"ת הרא"ש, כלל צב, סימן ג (ראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), בעמ' 462-463). הרא"ש דן בשוכר בהמה שאיחר בהחזרתה בשל הצפת הנהר, ופוסק: "אם שכר הבהמה לימים, לא שייך ביה טענת אונס כל כך, כי היה התנאי בכל יום שיעכבנה יתן שכרו". וכך נפסק בעקבותיו בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שי, סעיף ג: "ראובן השכיר בהמתו לשני ימים לילך ולחזור, ובחזרתו [של השוכר] ביום השני גדל הנהר עד שהוצרך לעכב יום אחד, אם שכרה לימים, פשיטא שצריך ליתן לו שכירות כל יום ויום". ואם כך הדין לעניין עיכוב אובייקטיבי בהחזרת המושכר (הצפת הנהר), בודאי שכך הדין כאשר אונס סובייקטיבי מונע מן השוכר שימוש במושכר **בתוך תקופת השכירות המוסכמת**; ואכן, כך מסיק הרב גרוסמן בשו"ת נצח ישראל, סימן ג, ס"ק ג. הוא דן בשוכר מכונית שבאמצע תקופת השכירות לקה בלבו ואושפז, ופוסק לאור הלכת הרא"ש והשולחן ערוך, שהשוכר חייב בתשלום דמי השכירות גם בתקופת האישפוז בה נמנע ממנו מלהשתמש במכונית (וראה להלן, הערה 296).

ברם, מסקנה זו בדברי הרא"ש אינה מוכרחת, שכן הרא"ש מטעים שכך הדין רק כאשר "שכר בהמה לימים" **ולא ציין השוכר את מטרת השכירות**, שאז יכול המשכיר לטעון, שאף שהוצף הנהר, השוכר אינו אנוס, שכן הוא יכול להשתמש בבהמה לכל מטרה אחרת, וכפי שהסבירו: נתיבות המשפט, שם, ס"ק ח ("אם יתרצה הלה [השוכר] לעשות מלאכה בהחמור כשהוא מעוכב, יכול לעשות, אם כן אף בשעת אונס החמור מושכר לו לעשות בו איזה מלאכה שירצה, ולא ביטל האונס את השכירות"); וביאור הגר"א, שם, ס"ק י ("וכאן, כלא סירה, שהרי לא שכר לו למקום ידוע". על המושג "לא סירה", ראה להלן, הערה 395). לפי זה, שלא כמו שהסיק הרב גרוסמן, לא כן הוא כאשר **נמנע כליל** מן השוכר שימוש במושכר, כגון שאושפז, או כאשר **צינה מטרת השכירות** והאונס הסובייקטיבי מנע את הגשמתה (ראה להלן, הערה 290). אם כי, השוכר לא יזכה בפטור אם הייתה לו אפשרות להחזיר למשכיר את המושכר והוא נמנע מלעשות כן. ראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 463, הערה 60. על המקורות המצויינים שם, יש להוסיף שו"ת לב מבי"ן (בירדוגו), חו"מ, סימן ריז.

ליישום הלכה זו בעניין הזמנת מונית במחיר ידוע (לא לפי מונה) ובשל חסימת הדרכים אין אפשרות להגיע ליעד, ראה משפטי אליהו, סימן מב, שאם שני הצדדים היו מודעים באותה מידה לסיכון שלא תתאפשר השלמת הנסיעה, בעל המונית (המשכיר) אינו יכול לתבוע את מלוא השכר המוסכם, שכן עליו היה להתנות. וראה עוד להלן, הערה 363.

הייתה בנסיבות של **מכת מדינה**²⁸⁵, כגון שלקו רוב תושבי המקום בקוצר נשימה, ביניהם השוכר, ואינו מסוגל לעלות אל הדירה המושכרת²⁸⁶. וכמו כן, בשוכר דירה שנסע לחו"ל, ואינו יכול לשוב ארצה בשל ביטול הטיסות עקב מגפה עולמית²⁸⁷.

²⁸⁵ על "מכת מדינה", ראה בהרחבה דיונו להלן, פרק 2.1(ד), עמ' פפפ. והשווה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 323, שם לא הייתי עדיין נחרץ כל כך והשארתי שאלה זו בצריך עיון.

²⁸⁶ ראה מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ז, ד"ה וראיתי למהרש"ך, בהשגתו על פסקו של מהרש"ך (לעיל, הערה 264) בעניין שוכר חנות בשוק הזגגים שנאסר עליו בהוראת השלטון להמשיך ולנהל בה את עסקו. אחד מנימוקי הפטור שמעלה מהרש"ך הוא שמניעת השימוש של השוכר הייתה בגדר "מכת מדינה". על כך משיג 'מחנה אפרים': "אבל עדין יראה דבנדון הרש"ך [אף שמניעת השימוש הייתה במכת מדינה] יש להעמיד השכירות ולחייבו לשוכר [=לחייב את השוכר], כיון דלא נשתנה החנות מכמות שהיה וראויה היא לאומנות אחרת, **אלא שלזה השוכר אינה ראויה**, כהאי גוונא לא שייך לומר מזליה דמשכיר גרם". לביקורת דומה כנגד מהרש"ך ראה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קסא, ד"ה ואין סברא, ומעיר שם שכך נוקט גם שו"ת ראני"ח, סימן לח, ד"ה במה שטוען (מובא בהסכמה במנחת פתים, לעיל, הערה 163, ד"ה ועי' תשו'). שניהם דנים בשוכר חנות שהכנסותיו נפגעו עקב הטלת מכס על סחורתו, ופוסקים שמאחר שהחנות עצמה לא נפגעה, אין לשוכר עילת פטור (ראני"ח מודה שהדין שונה בשכירות זכיון ובוטל הזכיון שאז יש לראות בכך פגיעה בגוף המושכר - הזכיון. ראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 318, הערה 172). וראה הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), בעמ' צה-צו. יש להעיר, שאפשר שמהרש"ך מסכים ש"מכת מדינה" אינה עילת פטור כאשר האונס פגע **בשוכר**, ולא הוסיף נימוק פטור זה אלא משום שהוא רואה בסגירת החנות על ידי השלטון משום פגיעה **במושכר**, וכפי שהעיר פעמוני זהב, לעיל, הערה 264.

'מחנה אפרים' מטעים שמאותו נימוק יש להצדיק את הפסק של מהר"ם מטיקטין, ר' מנחם דוד בר' יצחק תלמיד הרמ"א, בעניין שוכר בית שברח באמצע תקופת השכירות מפחד גמגמ דְּבָר שפלה על העיר (הוא מייחס את הדברים למרדכי, אבל ברור שהכוונה לפסק מהר"ם מטיקטין שנדפס במרדכי דפוס קראקא שני"ח, עמ' סב, ד"ה ראובן. נדפס ברוב מהדורות הש"ס, אחרי תוספתא עדויות; במהדורת טלמן, תשמ"א, אחרי תוספתא הוריות; במהדורת עוז והדר, אחרי ילקוט מפרשים על מסכת הוריות. להחדרת הפסק ראה, אריה פרייזלר, "תשובות מהר"ם מטיקטין שהושמטו מספרי הרי"ף המצויים", **מוריה**, שנה כח, גליון ח-ט (אב תשס"ז), עמ' כב, בעמ' כה-כז). מהר"ם מטיקטין פוסק, שאף שהבריחה מן העיר הייתה בשל מכת מדינה, השוכר חייב להמשיך ולשלם את דמי השכירות, ונימוקו עמו: **"דהכא לא היתה המכה בביתים אלא בבני אדם"**. 'מחנה אפרים' מאמץ את הדברים ומחדד: "משום דסבירא ליה [למהר"ם מטיקטין] דהמכה לא נגזרה על הבתים **אלא על האנשים**, והמשכיר אומר לו **הא ביתא קמך** [=הנה הבית לפניך]". וראה: קצות החושן, סימן שטז, ס"ק א (שהזכיר פסק זה אגב אורחה בלא להסתייג ממנו); שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן קפ, ד"ה ועוד דגם (שהביא אותו בהסכמה); ערוך השולחן, חו"מ, סימן שלד, סעיף יב (גם הוא מסכים עם פסק מהר"ם מטיקטין אבל לא מטעמו, אלא מנימוק אחר שלא זכיתי להבינו. וראה להלן, הערה 296, אות (א)).

אמנם יש התמהים על פסקו של מהר"ם מטיקטין, ראה: שו"ת חו"מ, סימן שלד, ס"ק ג; וט"ז, שם, סעיף א. לדעתם, בכונן זה, יש לשוכר טענת "מכת מדינה". אולם נראה שטעמם הוא, שיש לראות במגפה גם **פגם בבית עצמו**, שאינו ראוי למגורים (ראה לעיל, הערה 276), כפי שהעירו: שו"ת גלי ים (רבינוביץ), סימן לח, ד"ה והנה הטו"ז בסימן של"ד (עמ' 120); פרייזלר, **מוריה**, שם, הערה 67. וראה עוד להלן, הערה 822.

וראה: שו"ת חינוך בית יהודה, סימן ק, ד"ה ומ"ש מהר"ם; הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), בעמ' פז-פח. לדעתם, מהר"ם מטיקטין אמר את דברו רק כאשר לא ברחו כולם מן העיר ואף שברחו רובם, שכן הבית ראוי עדיין למגורים למיעוט שנתר בעיר. אבל אם היה הדָּבָר חזק עד שהוכרחו **כולם** לברוח, ברור שיש לראות את הבית כבלתי ראוי למגורים, ומודה מהר"ם מטיקטין שהשוכר פטור.

על פסקו של מהר"ם מטיקטין, ראה עוד: חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן פא, ד"ה והנה ראיתי (שמסתפק אם לקבל אותו); שו"ת מנחת אשר, חלק ב, סימן קכ, אות ח; הרב שלמה לוינגר, "ביטולים בשכירות בתים בשעת הסכנה – תשלומי שכירות עבור הימים שלא דרו השוכרים בבית", **הישר והטוב** יג (תשע"ב), עמ' קנט, בעמ' קסד.

²⁸⁷ ראה הרב מנחם מנדל שפרן (להלן, הערה 300).

אמנם ראה הפסק שיצא מטעם בית דינו של הרב שפרן לפיו: "מי ששכר דירה או חדר במירון לל"ג בעומר, ונסגר הישוב כדי שלא יגיעו אנשים לציון הרשב"י, אין צריכים לשלם השכירות, ואף כשכבר שילמו - מחזירין, **שסגירת**

אבל לא כך נוקט מהר"ם מרוטנבורג. לדידו כל מניעה בהשגת מטרת השכירות, **אף שאינה קשורה במושכר אלא בשוכר עצמו**, היא עילה לפטור מתשלום. כך לדוגמה, כשדן בשוכרת בית שנפטרה במהלך תקופת השכירות, הוא פוסק²⁸⁸, שלא כמו הרשב"א, שאם דמי השכירות לא שולמו מראש²⁸⁹, **היורשים פטורים** מלשלם את דמי השכירות לתקופה שאחרי פטירתה, אף שהמושכר עומד וראוי לשימוש. מהר"ם מקיש בעניין זה בין שכירות נכסים לשכירות פועלים²⁹⁰; וכשם

מקום זה נחשב כמכת מדינה ("הודעה מטעם בית הדין [הישר והטוב]", **אסיא** קיז – קיח (תשפ"א), עמ' 76, סעיף ג). ואף שהבית עצמו ראוי לשימוש ורק ההגעה אליו נמנעת ממי שאינם תושבי המקום, אולם מאחר שמדובר בבתיים שכל ייעודם השכרה לתיירים, סגירת היישוב נחשבת למכת מדינה **למושכר**, ועל כן חייב המשכיר להחזיר לשוכר את דמי השכירות (על הבחנה זו עמד אל נכון הרב סגל, "בענין מכת מדינה", לעיל, הערה 60, בעמ' צז). וראה **מנחת אשר – בתקופת הקרונה** (לעיל, הערה 149), סימן יז. הוא סבור שהוא הדין גם לגבי שוכר שנתקע בחו"ל, ככל שהמדובר באזור שבו רוב השוכרים הם בני חו"ל. בכגון זה הפגיעה אינה רק בשוכרים כי אם גם במושכר שאינו עומד להשכרה, וממילא יש לשוכרים עילת פטור מתשלום דמי השכירות בטענת "מכת מדינה" (עם זאת, מאחר שהשוכר אינו מפנה את הדירה, הוא פוסק על דרך הפשרה שעליו לשלם מחצית מדמי השכירות. וראה שם, סימן יח).

²⁸⁸ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן אלף ב (מובא במרדכי, בבא מציעא, סימן שמה). אמנם השווה שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן שפח (בעניין שוכר בית שברח מחמת מגיפה) משם עולה שאילולא הייתה זו מכה מדינה **לא היה לשוכר עילת פטור** (על תשובה זו ראה להלן, הערה 822). על סתירה זו מעיר שו"ת צמח צדק (שניאורסון), חו"מ, סימן מה, ד"ה הילכך. אולם אין כאן סתירה שכן תשובה זו אינה של מהר"ם מרוטנבורג אלא של ראב"ן. ראה שמחה עמנואל, "תשובות מהר"ם מרוטנבורג שאינן של מהר"ם", **שנתון המשפט העברי** כא (תשנ"ח-תש"ס), עמ' 149, בעמ' 191.

²⁸⁹ על הגיון ההבחנה בין תשלום מראש לאי-תשלום מראש, ראה לעיל, ליד ציון הערה 226. להסבר אחר ראה שו"ת יג"ל יעקב (להלן, הערה 829). להסבר שלישי, ראה שו"ת גלי ים (להלן, הערה 296, אות ב). לדעת נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק יג, תשלום מראש משווה לשכירות אופי קנייני, וזה מה שמסביר את הטלת הסיכון באונס על השוכר. אבל הסבר זה קשה להולמו, ראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 267, הערה 25. וראה לעיל, הערה 246.

²⁹⁰ לדידו, היקש זה בין שכירות פועלים לשכירות נכסים עולה מקושיית התוספות בעניין הסתירה לכאורה בין סוגית דוולא, שעניינה שכירות פועלים, ובין סוגית הספינה והיין, שעניינה, לדעתו, שכירות נכסים (הספינה), משם מוכח שאם לא אבדה הספינה, פטור השוכר מתשלום דמי השכירות שאחר טביעת היין. ולא הבחינו התוספות בין שכירות פועלים ושכירות נכסים. אבל ראה לעיל, הערה 154 והערה 201. ולהלן בהמשך ההערה.

היקש זה בין שכירות פועלים ושכירות נכסים עולה גם בשו"ת הרמ"א, סימן כ (כפי שנעיר להלן, הערה 361). וראה גם שו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ב, סימן לא (סד ע"ב), שמכוח ההיקש מדיני פועלים פטור מדמי שכירות שוכר שנאלץ לנטוש את הדירה ששכר מפחד הגוי שפלש לחנות שמתחת למושכר (הוא חוזר על הדברים בחלק ג, סימן נח, בעניין שוכר חנות שהמלך אסר על המשך העיסוק שלו בה). גם לדידו, כשם שמעסיק שנאנס פטור מתשלום שכר הפועל, כך שוכר חנות שנאנס פטור מדמי שכירות (אלא אם כן הוא לבדו יכול וצריך היה לצפות את האונס). כך נוקט גם שו"ת מגן גיבורים (לעיל, הערה 264).

כפי שראינו, ברור שהרשב"א דוחה את ההיקש בין שכירות פועלים ובין שכירות נכסים (חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק יב, מעיר שהרשב"א מפרש את סוגיית הספינה והיין כעוסקת בשכירות פועלים. אשר ליישוב הסתירה לכאורה בין סוגיה זו לסוגיית דוולא לפי הרשב"א, ראה לעיל, הערות 194 ו-195). לפי 'אבן האזל' (לעיל, הערה 201), גם הר"ף והרמב"ם דוחים את ההיקש בין שכירות פועלים ושכירות נכסים. לדעתו, הם מפרשים (כמו מהר"ם מרוטנבורג) שסוגיית הספינה והיין עוסקת בשכירות נכסים, **ודווקא משום כך** אינם רואים סתירה בינה ובין סוגיית דוולא. ראה לעיל, הערה 154. וראה גם אבן יעקב (פרייזלר), חלק ב, סימן מה, ס"ק ט-י.

להשלמת התמונה נעיר, שהרא"ש, בדיונו בעניין שוכר המאחר בהחזרת המושכר (לעיל, הערה 284), מקיש אמנם בין שכירות פועלים ושכירות נכסים, ופוסק שאם צוינה מטרת השכירות, פטור השוכר מתשלום דמי שכירות על ימי העיכוב, **אלא אם כן הוא היה צריך לצפות את העיכוב, ולא המשכיר**, סייג שמקורו בסוגיית דוולא (לעיל, ליד ציון

שנקבע²⁹¹ שסיכול העבודה שלשמה נשכר הפועל (כגון שהושכר להשקות שדה ובינתיים ירד גשם ואין למעביד צורך עוד בהשקיה), הוא עילה לפטור את השוכר-המעביד מתשלום²⁹², כך באותה מידה סיכול סובייקטיבי של השוכר מן השימוש בבית המושכר הוא עילה לפטור את השוכר מתשלום²⁹³. ואין לתמוה על היקש זה בין חוזה שכירות פועלים, שהוא לכאורה בעל אופי אישי,

הערה 143), שעניינה שכירות פועלים. אולם, אין להסיק מכאן שהוא מסכים עם רבו, המהר"ם מרוטנבורג, שכן אפשר שמסוגיית דוולא למד רק, בדרך קל וחומר, את העיקרון לפיו צד לחוזה אינו זכאי לפטור אם העלים מן הצד השני את אפשרות קרות האונס, שהוא לבדו היה מודע לה. ואכן, עיקרון זה נכון שבעתיים בשכירות נכסים, שם רכש השוכר במושכר זכות מעין קניינית, כפי שהערנו לעיל, הערה 262.

²⁹¹ ראה דיונונו לעיל, ליד ציון הערה 143.

²⁹² וראה לעיל, הערה 212, שכך פסק מהר"ם מרוטנבורג, בעניין שוכר מלמד לבנו ומת הבן או חלה. ליד ציון הערה 216, הצענו שהפטור מבוסס על חזקת מחילה של הפועל (עוד אפשר שהפטור מבוסס על אומדנא דמוכח של המעביד, ראה לעיל, הערה 205).

²⁹³ א. על היקש זה כבר הערנו לעיל, הערה 212. הוא מוסיף שאמנם בספינה סתם ויין זה, אם טבעה הספינה עם היין, השוכר חייב להמשיך ולשלם את מלוא דמי השכירות, אף שאין לו עניין בהמשך השכירות. אולם הוא מסביר, שהדין שם שונה משום "שגם בעל הספינה הפסיד ספינתו... כל זה יש לי ללמוד מפירוש ריב"ן". כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 216. וראה חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק יג, ד"ה בש"ך.

[לכאורה, סייג נוסף הוא שהפטור של השוכר אמור רק במכה פרטית ואילו במכת מדינה חייב השוכר להמשיך ולשלם את דמי שכירות, שהלא לדעת מהר"ם מרוטנבורג (כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 325) כך הדין בשכירות פועלים **שמכת מדינה היא דווקא עילה לחיוב את השוכר!** (להלן, ליד ציון הערה 334, הצענו הסבר להלכה תמוהה זו). **ואם כך הדין בשכירות פועלים הרי לכאורה, מכוח ההיקש, כך הדין גם בשכירות נכסים.** ואולם קביעה זו (לחייב את השוכר בתשלום דמי השכירות אם נמנע ממנו השימוש בנסיבות של מכת מדינה) נראית בלתי אפשרית בעליל, שכן היא עומדת בסתירה לסוגיות מפורשות בתלמוד בעניין שכירות קרקע (ראה להלן, הערה 306) לפיהן מכת מדינה משמשת לשוכר **עילת פטור ולא עילת חיוב** (ובאמת בשל כך תמחו הפוסקים על פסקו של המהר"ם בעניין מכת מדינה בשכירות פועלים, ראה להלן, הערה 331). וצריך עיון].

ב. והשווה מהר"ם מטיקטין (לעיל, הערה 286), הדוחה היקש זה: "**בבית, ליכא למימר בזה פסידא דפועלים כלל** [כלומר אין להטיל את ההפסד על המשכיר], דשאני פועלים וספינה שאין פעולתם בעולם, ובקל יש לדחות [את תביעתם לשכר] ולומר מזליהו הוא דריע, אבל בית הרי הוא עומד לפנינו ופעולתו ישנה בעולם ולא ריע ממה דהוה מעיקרא. אין זה דומה אלא להא דתנן בההיא שמעתתא [בבא מציעא ע"ב] שכר את החמור והבריקה שנתקלקלו עיניה או רגליה וראויה קצת למלאכה או שנעשית אנגריא דרך הילוכה [כפירוש רש"י, שם, ד"ה בדרך הליכתה ניטלה] כיון שראויה לו ואפילו בטורח, אומר לו הרי שלך לפניך". לשון אחר, בשכירות פועלים, מושא השכירות הוא פעולת הפועל (ולא גוף הפועל), ואם הפועל אינו מסוגל לספק את הפועלה ("אין פעולתו בעולם"), כגון שטבע היין, אין לראות בכך בהכרח מזלו של המעביד-השוכר, ועל כן יש לו עילת פטור. לעומת זאת, בשכירות נכסים, מושא השכירות הוא הנכס, שקיים ועומד אף כשאונס סובייקטיבי מונע מן השוכר להשתמש בו ("פעולתו ישנה בעולם"), ועל כן אין לשוכר עילת פטור. טענה דומה כנגד פסקו של מהר"ם מרוטנבורג מעלים: מנחת פתים (לעיל, הערה 163), ד"ה והנה; שו"ת גלי ים (רבינוביץ), סימן לח, ד"ה והנה מה, וראה להלן, הערה 296, אות (ב).

ג. תנאי לפטור הוא שהסיכול היה צפוי באותה מידה לשני הצדדים, אבל אם השוכר היה אמור לצפות את הסיכול יותר מן המשכיר, עליו היה להתנות שייפטר מתשלום ומשלם עשה כן – הפסיד (וכפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 146, בדין שכירות פועלים). כך מעיר מנחת פתים (לעיל, הערה 163), ד"ה ובנדון, בעניין שוכר חנות שהשלטונות לא נתנו לו אישור לנהל בה את העסק שתכנן. לדעתו, אפילו מהר"ם מרוטנבורג יודה שאין לפטור את השוכר מתשלום דמי השכירות, שכן: "בנדון דידן השוכר יודע יותר טובו של הדירקציה"ע אם יסכימו להחזיק טאריפ"א בחנות ששכר ויש לו שיח ושיג עמם, אבל המשכיר אינו יודע כלום".

ובין חוזה שכירות נכסים, שהוא בעל אופי קנייני, שכן, כפי שראינו לעיל²⁹⁴, מהר"ם מרוטנבורג כופר בהבחנה זו ומגדיר גם חוזה שכירות פועלים כחוזה בעל אופי קנייני. ומכאן להיקש בין שכירות פועלים ובין שכירות נכסים²⁹⁵, ומכאן גם, שכל אונס, ולא רק אונס מיתה, משמש לשוכר עילת פטור²⁹⁶.

²⁹⁴ לעיל, ליד ציון הערה 241, ראינו שמהר"ם מרוטנבורג אינו רואה הבדל מהותי בין עבד עברי ובין פועל, ואף שלדיו יש למעסיק זכות מעין קניינית הן בעבד והן בפועל, אם חלה אחד מהם, הסיכון לאבדן שכרם עליהם (מכוח הנחת מחילה מצדם), ולא על המעסיק.

ליד ציון הערה 248, ראינו שכך נוקט גם הרא"ש, אבל לא מצאנו שהרא"ש חיווה את דעתו במקרה של שוכר בית שמת.

²⁹⁵ וראה ב"ח, חו"מ, סימן שיב, ס"ק יט (בסופו). הוא מסתייג מה'בית יוסף' (לעיל, הערה 281) שמכוח הכלל "שכירות לזמניה ממכר הוא" פוסק כמו הרשב"א, ומאמץ דווקא את פסקו של מהר"ם מרוטנבורג, שכן לדעתו **שכירות נכס אינה בעלת אופי קנייני**. הוא מטעים, שאמנם מן התלמוד (בבא מציעא נו ע"א) עולה ש"שכירות ליומיה ממכר הוא", אבל לפי התוספות (שם, ד"ה והא"י), כך הוא רק לעניין דיני הונאה, בעוד שהכלל הוא - **"שכירות לא קניא"**. לניתוח דברי הב"ח ולהסבר מדוע לא נקבע אם כן שהשכירות מסתיימת עם מות השוכר, אלא עוברת ליורשים אם הם מעוניינים בכך, ראה בהרחבה, ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), בעמ' 432, הערה 103. וראה גם שם, עמ' 431-433. ועוד ראה הרב יעקב אברהם כהן, עמק המשפט, חלק ה, שכירות בתים, נתניה חש"ד, סימן מט.

הש"ך, חו"מ, סימן שלד, ס"ק ב, מביא בהסכמה את הב"ח ומוסיף שגם אם נוקטים שהשכירות נושאת אופי קנייני, יש נימוקי פטור אחרים: **ראשית**, "דאפילו אי אמרינן 'שכירות ליומא ממכר הוא', אין היורשים צריכין לשלם, דיש לומר דלכל יומא ויומא ממכר הוא". כלומר, זהו ממכר שמתחדש בכל יום, ועל כן אף על פי שאונס אינו יכול לבטל מכר למפרע, הרי כאן אין ביטול למפרע אלא רק מניעת חידוש המכר. **שנית**, אפילו אם נראה בשכירות עסקה בעלת אופי קנייני נמשך ולא מתחדש, היא ניתנת לביטול כשהשוכר נקלע לאונס: "דאטו [=האם] במכירה גופא, כשיש אונס, והוא בענין שהוי ליה להמוכר להתנות, מי לא נתבטל המכר?! והכא נמי, כיון דטעמא הוא דבעל הבית הוי כמו פועל, והוי ליה להתנות [ראה לעיל, ליד ציון הערה 216], בטל השכירות". דברי הש"ך תמוהים לכאורה, שכן לא ברור אימתי חלה על המוכר חובת ההתניה. ונראה שכוונתו היא, שיש בכוחה של **אומדנה גדולה** לבטל אפילו עסקה קניינית, כפי שנראה להלן, הערה 427 (ו"הוי ליה להתנות" אינה סיבה אלא תוצאה). וכך נראה שהבין אותו שו"ת צמח צדק (שניאורסון), חו"מ, סימן מה (י"אלא הכל תלוי באם האומדנא גדולה שאנן סהדי שלא היה נכנס באותו ספק מתחלה"). להצעה אחרת בהבנת הש"ך ולפיה דברי הש"ך אומרים רק במכר בהקפה, ראה שו"ת הברי והשמא, חלק ג, ברוקלין תשע"ו, סימן י, עמ' תתקי, הערה תקנ.

[והשווה מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה, שמבין, כנראה, שכוונת הש"ך, שגם עסקת מכר ממש ניתנת לביטול באונס **מכוח אומדנה**, ומתוך כך מסתייג מדבריו, על פי הכלל (שנדון בו בהרחבה להלן, פרק ג.3, (4), עמ' פפ) לפיו אין תוקף לאומדנה כאשר יש צד שני לעסקה: "וכיון ד'שכירות ליומיה' - ממכר הוא, תו לא מצי טעין השוכר טענת אונס אדעתא דהכי לא קניתי, כיון דלאו בלוקח לחוד תליא מלתא אלא כמו כן בדעת מוכר, ומוכר לא אקני ליה אדעתא דהכי". וראה ערוך השולחן, חו"מ, סימן שלד, סעיף יא, שדוחה את טיעונו של הש"ך מנימוק אחר: "דבמכר גופא כשנתהוה אונס בטלה המכירה, זהו כשעדיין לא החזיק הלוקח בהמקח אבל כשכבר החזיק ונתקיים המקח אין האונס שאחר כך מבטלו"].

²⁹⁶ אנו מטעמים זאת, משום שמבין האחרונים מצאנו מי שמצמצמים את פסק המהר"ם מרוטנבורג **לאונס מיתה בלבד**. להלן סקירתם וביקורת עליהם:

(א) כך נוקט ערוך השולחן, חו"מ, סימן שלד, סעיף יב, כשהוא מאמץ את פסקו של מהר"ם מטיקטין (לעיל, הערה 286): "דודאי כל אונס שמחמתו יצא השוכר מהבית, אפילו במכת מדינה, ההפסד על השוכר. ואפילו לא שילם לו, צריך לשלם לו כל השכר, כגון שהשוכר הוכרח לברוח באמצע זמן שכירותו, מכל מקום צריך לשלם דמי השכירות בשלימות. ורק כשמת... שאני, דהרי אינו בחיים שיתבענו, וכשתובע יורשיו, יכולים לומר מה לנו לעשות כיון שנתבטלה המלאכה על פי אונס, הוי פסידא דידך". ולא זכיתי להבין את דבריו, שהלא מהר"ם מרוטנבורג מקיש לעניין פטור באונס, בין שכירות נכסים ובין שכירות פועלים, שם השוכר-המעביד עדיין בחיים ואף על פי כן פטור הוא מתביעת המשכיר-הפועל.

הלכה למעשה, לנוכח מחלוקת ראשונים זו בין מהר"ם מרוטנבורג לבין הרשב"א, אין לחייב את השוכר בתשלום דמי שכירות שכן הוא יכול לטעון "קים לי" כדעת מהר"ם מרוטנבורג²⁹⁷ (ובלבד

(ב) כך נוקט גם הרב יחיאל מיכל רבינוביץ בשו"ת גלי ים, סימן לח, ד"ה והנה מה וד"ה אולם כ"ז. הרב רבינוביץ דן בקהילה ששכרה בית כדי שישמש בית כנסת, והשלטונות אסרו לקיים בו תפילות. הוא פוסק לטובת המשכיר, ומטעים שפסק זה תואם גם את שיטת מהר"ם מרוטנבורג, שכן אפילו לשיטתו, הפטור של השוכר אמור **רק באונס מיתה**. הוא מסביר שהפטור באונס מיתה יסודו בכלל "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף", ומשמת השוכר "לא חל השעבוד על הנכסים [של המוריש] שיצטרכו היורשים לשלם, כיון דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף" ניש להניח שכוונתו לכלל "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף", וכיון דמת, מעולם לא נתחייבו הנכסים כיון שלא דר בו" (והשווה שו"ת הרשב"א, לעיל, הערה 283, שדחה טענה זו). לדעתו, זו גם הסיבה מדוע השוכר מפסיד כאשר הקדים ושילם את דמי השכירות מראש, שכן אז אין מקום לטענה שלא חל השעבוד (השווה לעיל, הערה 289). אבל "אם השוכר חי, רק דנולד דבר חדש דאינו צריך לדירה, או אונס אחר, ... **גם הר"ם [מרוטנבורג] מודה דצריך לשלם**". אשר לראיית המהר"ם מרוטנבורג משכירות פועלים, **שאינו עניינה אונס מיתה**, לדעתו לא התכוון מהר"ם להקיש ממנה לשכירות נכסים, אלא התכוון רק לדחות מכוחה את שיטת הראב"ד (להלן, הערה 941) לפיה אפילו בשכירות פועלים, אם התחיל הפועל לעבוד כבר זכה בשכרו, שיטה שלפיה משהחלה השכירות, אפילו אונס מיתה אינו משמש עילת פטור. דברי הרב רבינוביץ דחוקים מאוד, מה עוד שכפי שנראה בנספח א, עמ' פפ, הראב"ד אינו נוקט את השיטה שהוא מייחס לו, אלא הוא שולל מן המעסיק טענת פטור מחמת אונס, **רק כאשר הושגה מטרת ההעסקה מאליו**, ראה להלן, ליד ציון הערה 946.

(ג) כיוצא בזה ראה שו"ת נצח ישראל (גרוסמן), סימן ג, ס"ק יט, בעניין מי ששכר מכונית ובאמצע תקופת השכירות לקה בלבו ואושפז (הוזכר לעיל, הערה 284). הוא פוסק שהשוכר חייב בתשלום דמי השכירות גם בגין התקופה בה נמנע ממנו מלהשתמש במושכר, **וזאת אף אליבא דמהר"ם מרוטנבורג**. לדעתו, מהר"ם פסק כפי שפסק **רק במות השוכר**, שאז מסתיימת השכירות (כך הוא מסיק מהב"ח והש"ך, לעיל, הערה 295), אבל כל זמן שהשוכר חי, השכירות ממשיכה, ואונס השוכר אינו משמש לו עילת פטור. לדעתו, זו הסיבה שהש"ך לא השיג על ההלכה שראינו לעיל, הערה 284, בעניין המאחר בהשבת בהמה שכורה מאונס, שם נקבע שאין לשוכר עילת פטור מתשלום, שכן שם אין מדובר באונס מיתה. אבל הוכחה זו קלושה: א) בסוף הערה 284, הערנו שהלכה זו אמורה רק כאשר לא הוסכם מראש על מטרת השכירות, וממילא מקור זה אינו עוסק באונס, שכן השוכר רשאי להשתמש בהמה גם בזמן העיכוב; ב) כפי שראינו לעיל (הערה 209), מהר"ם מרוטנבורג נוקט כמו ריב"ן, שאונס משמש טענת פטור לשוכר רק כאשר לא נגרם הפסד למשכיר, ואילו כאן אפשר שמהר"ם מגדיר את המשכיר כמי שנגרם לו הפסד, שכן בזמן שהבהמה ברשות השוכר, נמנעת ממנו לא רק הפקת רווח מן הבהמה אלא גם אפשרות השימוש בה (בשונה מבית שחוזר ועומד לרשות המשכיר ולשימושו). זאת ועוד, אם אכן יסוד הלכת מהר"ם מרוטנבורג הוא שמות השוכר מביא לסיום השכירות, לא מובן מדוע נזקק מהר"ם לטענת אונס ולהוכחה מסוגיית שכירות פועלים.

ואכן, רוב הפוסקים לא צמצמו את שיטת מהר"ם מרוטנבורג לאונס מיתה. בהתאם לכך ראה עמק המשפט (לעיל, הערה 295), אות ח, ד"ה ועיין (עמ' תרטו), שלפי מהר"ם מרוטנבורג, שוכר דירה בקומה עליונה שלבו נחלש ואינו יכול לעלות לדירה, רשאי לבטל את השכירות בטענה אונס ולהיפטר מתשלום דמי שכירות. הוא מציין שהבנה זו בדעת מהר"ם עולה ממחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה, המקשה שמהר"ם סותר את עצמו לכאורה בין מה שפסק בעניין שוכר בית **שמת**, שיש לו עילת פטור, ובין מה שפסק בעניין שוכר מלמד **וחלה** המלמד, שם פסק שאין לשוכר (המעסיק) עילת פטור (ראה לעיל, הערה 214, שכך פסק מהר"ם לפני שחזר בו). אילו סבר 'מחנה אפרים', שמהר"ם מבחין בין אונס מיתה לאונסים אחרים, לא היה מקום לקושיה זו. וראה עמק המשפט, שם, אות יב (עמ' תריט), שכך הוא מדייק גם משו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן כה. וראה עוד שו"ת ברית שלום (טולדנו), חלק ב, חו"מ, סימן ח, אותיות א-ג.

²⁹⁷ וכך נוקטים: רמ"א (להלן, הערה 298); שו"ת בני אהרן (לפפא), סימן כט; שו"ת פרח מטה אהרן (פרחיא), חלק א, סימן צד; שו"ת תורת חסד (פרחיה), סימן רנו; חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן פב, עמ' קלא ע"ד, ד"ה לדידי.

אבל ראוי לציין שיש פוסקים הסבורים ששיטת מהר"ם מרוטנבורג דחוייה מן ההלכה. ראה: שו"ת צמח צדק (שניאורסון), חו"מ, סימן מה, ד"ה הילכך; שו"ת עדות ביהוסף (אלמושינו), חלק ב, סימן יח, ד"ה שוב (שו"ת מהר"ש

שפינה את הדירה). ורק אם שילם מראש לא יוכל לדורש השבה²⁹⁸ (במקרה אחרון זה, הוא פטור מהשבה אפילו כשמניעת השוכר אירעה בשל מכת מדינה, משום שגם בכגון זה דעת הרשב"א שאין

הלוי, סימן לה, מתלבט אם ראוי לומר "קים לי" כשיטת מהר"ם מרוטנבורג). כך נוקט גם מנחת פתים (לעיל, הערה 163), ד"ה לכן: "נראה עיקר לדינא, דבמת השוכר אין המשכיר מפסיד כלום, כי דעת המרדכי [כלומר, דעת מהר"ם מרוטנבורג] יחידאה נגד כל הפוסקים" (יש לתמוה שבדברי הביקורת שלו כנגד מהר"ם הוא מתעלם משיטת ריב"ן, לעיל, הערה 203, שמהר"ם נסמך עליה). ועוד הוא מוסיף (שם, ד"ה והנני): "וגדולה מאוד התמיה [צ"ל: התמיהה] בעיני על רמ"א וש"ך, שבסימן שי [סעיף א] סתמו כהרמב"ם גבי חמור [שחלה או שהוחרם, ראה לעיל, הערה 253], דצריך לשלם שכרו מִשְׁלָם [=שלם]. אם כן מכל שכן במת השוכר, דאין המשכיר מפסיד כלום. ולא דמי כלל לשכירות פועל". והוא נשאר בצריך עיון. וראה מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה, שמכריע גם הוא כרשב"א (אבל אינו מתייחס לשאלת "קים לי"). וראה מה שהעיר עליו מנחת פתים, שם. אמנם ראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 438, הערה 133, שם תמהתי על 'מנחת פתים' מדוע התעלם מתשובת 'מחנה אפרים' לשאלתו. אבל, לאור מה שראינו לעיל, הערה 242, בעניין חזרת מהר"ם מרוטנבורג מפסקו בדין מלמד שחלה, ובדומה למה שנעיר להלן, הערה 307, עלי לחזור בי מן הדברים.

²⁹⁸ שתי הדעות הובאו על ידי הרמ"א, חו"מ, סימן שלד, סעיף א, והסיק: "לכן [כלומר, לאור מחלוקת זו] אם קבל השכר כולו, אין צריך להחזיר כלום [שכן יכול המשכיר לטעון 'קים לי' כדעת הרשב"א]. רבים תמהים, מדוע תלה הרמ"א את דין אי-החזרת תשלום ששולם מראש במחלוקת מהר"ם מרוטנבורג והרשב"א? הלא מהר"ם מרוטנבורג עצמו סייג את פסקו וכתב: "**אם לא נתנה אמם כבר כל השכירות**"! (אם כי ראוי להעיר שבדרכי משה, שם, ציטט בהמשך דבריו את תשובת מהר"ם מרוטנבורג בזה הלשון: "אם כבר נתנה השכירות **צריך בעל הבית להחזיר ליורשין נגד מה שלא דרה בה**", ולפי גרסה זו אין מקום לתמיהתם. ופלא שלא מצאנו מי שהעיר על כך). והוצעו פתרונות שונים, שלהלן סקירתם:

(א) הש"ך (שם, ס"ק ב), מסביר שלפי מהר"ם מרוטנבורג, המשכיר אינו זכאי להחזיק במלוא דמי השכירות אלא רק כדין פועל בטל, ועל כן הסמיך הרמ"א את הקביעה "אין צריך להחזיר כלום", על שיטת הרשב"א (עם זאת, הש"ך מעיר שהצעה זו אינה מתאימה לדברי הרמ"א עצמו ב'דרכי משה', ונשאר בצריך עיון).

(ב) פתרון אחר מציע חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן פד, לאור ניתוח תרומת הדשן, שו"ת, סימן שכט, ולפיו היה מקום לסייג את דברי מהר"ם מרוטנבורג רק לחוזה שבו הקדמת השכירות הייתה **מתנאי החוזה** (ואף אם בפועל לא שילם השוכר מראש. כך מטעים גם בהקשר אחר נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק יג), שכן בכגון זה על השוכר היה להתנות שאם יקרה לו אונס ישיב לו המשכיר את דמי השכירות, ומשלא עשה כן אין לו עילה לדורש השבה (ראה לעיל, ליד ציון הערה 226). אבל לכאורה, לא כן הוא כאשר השוכר הקדים למשכיר את התשלום **לאחר כריתת החוזה** אף שלא היה חייב לעשות כן על פי מתנאי החוזה, שהרי בכגון זה חובת ההתניה לא הייתה עליו אלא על המשכיר, ויש לו אפוא עדיין עילה לדורש השבה. אמנם 'תרומת הדשן' מסיק מריב"ן (להלן, הערה 829), שגם בכגון זה המשכיר אינו חייב בהשבה, שכן הקדמת השכר כשלעצמה מתפרשת כהסכמה שהמשכיר יזכה בשכרו אף שהשוכר ייקלע למצב של אונס ('ידכיון דנתן לו שכרו נתרצה לו שיהיו שלו אפילו יארע אונס, רק שלא ישאר בו'). ולחידוש זה התכוון הרמ"א, כפי שעולה מדבריו ב'דרכי משה'.

ואולם לפי זה קשה, מדוע סיים הרמ"א את דבריו במילים "כך נראה לי", הלא אין זה חידוש שלו אלא של 'תרומת הדשן'? כך מקשה 'חקרי לב' עצמו. ועוד קשה, מדוע הקדים הרמ"א את חידושו במילה "לכן", הלא חידוש זה אינו קשור במחלוקת הרשב"א ומהר"ם מרוטנבורג שעמד עליה בתחילת הגהתו? ואולי אפשר להציע, שמאחר שחידוש זה אינו בטוח בדעת מהר"ם מרוטנבורג, על כן העדיף הרמ"א להסמיך את ההלכה **בעניין הקדמת השכר לאחר כריתת החוזה** על שיטת הרשב"א (שהמשכיר יכול להסתמך עליה מדין "קים לי"), ולא על שיטת מהר"ם.

(ג) והשווה ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שלד, ס"ק ה. לדעתו, לפי מהר"ם מרוטנבורג, היסוד המשפטי לשלילת השכר מן הפועל כשנאנס המעסיק, הוא שיש ספק מזלו של מי גרם (כך לדעתו סובר גם הרא"ש, ראה לעיל, הערה 184), וממילא ברור מדוע אם הפועל (המשכיר) מחזיק בשכר אינו חייב להשיבו למעסיק (השוכר), שכן המוציא מחברו עליו הראיה. אולם, מעיר הגר"א, הרמ"א עצמו אינו מקבל הסבר זה והוא נוקט הסבר אחר, לפיו הפועל אינו זכאי לשכר כשנאנס המעסיק משום שעליו היה להתנות שגם אם כך יקרה ישלם לו הלה את שכרו, ו**נימוק זה תקף לדעתו אף כששולם לו השכר מראש** ("ולכן לא חילק [הרמ"א] ברישא בדין דפועל באם נתן או לא, ואם כן אפילו נתן - יחזיר"), ועל כן ביסס את הכרעתו בעניין הקדמת השכר על מחלוקת הרשב"א ומהר"ם (אבל ראה להלן, הערה 823, שלפי משפטי החושן

לשוכר עילת פטור²⁹⁹). כך פסק לאחרונה הרב מנחם מנדל שפרן, שנשאל אודות שוכר דירה שנמנע ממנו לחזור ארצה בתקופת התפשטות מגפת הקורונה³⁰⁰.

ד. "מכת מדינה"

(1) שכירות נכסים

כאמור³⁰¹, רוב הפוסקים מחמירים עם החייב, כאשר חיובו נובע מזכות מעין-קניינית, כגון שכירות נכסים (להבדיל משכירות פועלים), שם השוכר עשוי להתחייב בתשלום דמי השכירות, אף כשכוח עליון מונע את השימוש במושכר, וזאת מכוח הטענה: "מזלך גרם", כלומר שמניעת השימוש נגזרה עליו מן השמים (הגישה ה"דתית")³⁰², או שהיא נפלה בחלקו (הגישה המשפטית)³⁰³. ברם, בנסיבות שבהן ברור שאין לייחס את הפגיעה לשוכר, פטור הוא מהמשך תשלום דמי השכירות, וההפסד נופל על כתפי המשכיר. דוגמה לכך היא כאשר הפגיעה בזכותו של השוכר אירעה בנסיבות של "מכת מדינה"³⁰⁴, היינו אירוע כללי אשר פגע ברוב בעלי הזכויות

דברי הגר"א אמורים רק בהקדמת שכר שלא הוסכם עליה מראש, ואם כנים הדברים נמצא שהסברו של הגר"א הוא ההסבר שסקרנו באות (ב), בעקבות 'חקרי לב'. עוד נעיר שהגר"א דוחה את פירוש הש"ך, לעיל, אות (א), משום שלדעתו גם הרשב"א מסכים שעל המשכיר לקזז מדמי השכירות המלאים עד כדי השכר של "פועל בטל".

(ד) דברי משפט (שם, ס"ק ב, ד"ה ולפי זה מיושב) מיישב את הקושי בהתאם לשיטתו (להלן, הערה 820), לפיה שיטת מהר"ם מרוטנבורג היא שהקדמת השכר לפועל או למשכיר מועילה רק אם נהנה השוכר לפחות ממחצית תקופת השכירות. ומה שכתב מהר"ם "אם לא נתנה אמם כבר כל השכירות", אמור רק כשדחה בבית לפחות מחצית תקופת השכירות. לפי זה מובן, שאם השוכר לא נהנה מן השכירות כלל, ועל כגון זה מדבר הרמ"א, זכאי הוא להחזיק בדמי השכירות רק משום שהמשכיר יכול לטעון "קים ליי" כדעת הרשב"א.

[נעיר, שהצעותיהם של הגר"א וידברי משפט צריכות עדיין עיון, שכן, לעיל, הערה 227, ראינו שהרמ"א מביא להלכה את שיטת ריב"ם, והלא לפי ריב"ם, הקדמת השכר מועילה בכל מקרה (ראה לעיל, הערה 162)].

²⁹⁹ ראה לעיל, הערה 286, שם הטעמנו, שלפי הרשב"א, אונס המונע מהשוכר מלהשתמש במושכר, אינו מקנה לו עילת פטור, גם לא במכת מדינה (להבדיל מאונס הפוגע במושכר, המקנה לו עילת פטור אפילו במכה פרטית). אשר לדעת מהר"ם מרוטנבורג במכת מדינה. ראה לעיל, הערה 293, אות א. על דין תשלום מראש במכת מדינה, ראה להלן, הערה 822.

³⁰⁰ תודתנו נתונה לו על שהואיל להעביר לנו פסק זה ופסקים נוספים שנתן בקשר למשבר הקורונה. ראה גם שיעורו המוקלט בקול הלשון, "שו"ת בנושא קורונה מבית הישר והטוב - חוה"מ פסח תש"פ", <https://tinyurl.com/shafran-korona-5780>. ועוד ראה הרב אברהם דרבנדיקר, **קונטרס הקורונה**, בית הוראה הישר והטוב, ניסן תש"פ, שאלה א [=שו"ת הקורונה, תמוז תש"פ, חלק א, פרק א, שאלה א]. וראה "הודעה מטעם בית הדין [הישר והטוב]", **אסיא** קיז-קיח (תשפ"א), עמ' 76, סעיף א. וראה לעיל, הערה 287.

³⁰¹ ראה לעיל, ליד ציון הערה 266 ואילך.

³⁰² ראה לעיל, ליד ציון הערה 270.

³⁰³ ראה לעיל, ליד ציון הערה 277.

³⁰⁴ וזאת אף אם מכת המדינה הייתה בגדר **אונס שכיח** וניתן היה לצפותה. ראה מנחת פתים, סימן שכא, סעיף א, ד"ה וע"ע. אלא אם כן מדובר במכת מדינה שרק השוכר היה אמור לצפות אותה ולא המשכיר, והשוכר לא הזהיר את המשכיר כי אז לא יזכה בפטור שכן עליו היה להתנות, בדומה למה שראינו בשכירות פועלים (לעיל, ליד ציון הערה 146). ראה מנחת פתים, חו"מ, סימן שי, סעיף א (במהדורת ירושלים תשע"ד, מודפס בסוף הספר כשו"ת מנחת פתים, סימן יט, ד"ה ועוד נראה). הוא חוזר על הדברים בתמצית בסימן שלד, סעיף א (במהדורת ירושלים תשע"ד, שו"ת מנחת פתים, סימן כא, ד"ה ול"ד האי דינא). אבל השווה מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה, ד"ה אבל לע"ד,

כמותו באותו אזור, וחזקה אפוא שגם לולי השכירות הייתה פוגעת במשכיר³⁰⁵. בכגון זה, נקבע במשנה שהמשכיר נושא בתוצאות הסיכול, או לכל הפחות בחלקו. וזה לשון המשנה³⁰⁶:

המקבל [=החוכר] שדה מחבירו, ואכלה חגב או נשדפה, אם מכת מדינה היא - מנכה לו מן חכורו. אם אינו מכת מדינה - אין מנכה לו מן חכורו.

מהו הגיונה ומשמעותה של הלכת "מכת מדינה"? גם בעניין זה נחלקו הדעות, במקביל לחילוקי הדעות שראינו לעיל, בשאלה, אימתי נטל האונס נופל על השוכר³⁰⁷:

לדעתו אין להקיש בעניין זה בין שכירות פועלים לשכירות נכסים, ובאונס שכיח על השוכר מוטלת חובת ההתניה. על מחלוקת זו נרחיב להלן, נספח י, עמ' פפפ.

³⁰⁵ המושג "מכת מדינה" קשה להגדרה, וכבר התקשה בכך התלמוד עצמו והותיר מקרים רבים בסימן שאלה אם הם עונים להגדרה אם לאו ("תיקו"), כגון שאין שדות מעובדות אחרות באזור, או ש"כל העולם כולו בירקון, ושל בשדפון". ראה בבא מציעא קה עב – קו ע"א. בנוסף לכך הפוסקים נחלקו בשאלת היקף האזור הפגוע המצדיק פטור בשל "מכת מדינה", ויש בזה מבוכה. ראה בית יוסף, חו"מ, סימן שכב. וראה: שו"ת בני אברהם (מיוחס), חו"מ, סימן מד, ד"ה אמנם; שו"ת ישמח לב (פראנק), חלק ב, חו"מ, סימן יז, ד"ה ואולם (לדעתם, מבוכה זו נוגעת רק לאירועים כגון שידפון או חגב בהם "כפי הטבע לוקים כל השדות או רובם", ועל כן כשלא לקו רובם אות היא שמזל השוכר גרם. לא כן אירועים כגון שרפה שבדרך כלל אינה פוגעת בכל בתי העיר ואפילו לא ברובם, ועל כן לכולי עלמא די בשרפת מקצת בתים להגדירה כמכת מדינה. אבל השווה שו"ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימן פח, שהבחנה זו כנראה אינה מקובלת עליו). וראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך יג, ערך חוכר, פרק ו. וראה הרב ישעיהו חיים לוי, "תשלום שכירות בתקופת מגפת הקורונה", תחומין מא (תשפ"א) 371, בעמ' 372-373.

³⁰⁶ משנה, בבא מציעא ט, ו (קה ע"ב). נפסק להלכה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שכב, סעיף א. שאלה מעניינת שחורגת ממסגרת דיונו היא מה דין "רווח מדינה". בעניין זה ראה חבל נחלתו, חלק ג, סימן סב, אות ג.

³⁰⁷ בדברינו להלן אנו סוקרים רק את השיטות שנאמרו בדעתו המרכזית של הרמב"ם (לעיל, הערה 265) שנפסקה להלכה. אשר לעמדות הקיצוניות של הר"ש משאנץ מחד גיסא (לעיל, הערה 255), ושל הרשב"א מאידך גיסא (לעיל, הערה 258), ראה ויגודה, שכירות (לעיל, הערה 33), עמ' 343-344 (לשיטת הר"ש משאנץ), ועמ' 347-349 (לשיטת הרשב"א). ואשר לשיטת מהר"ם מרוטנבורג, לפיה אפילו מניעה סובייקטיבית לשימוש במושכר מצדיקה פטור מתשלום דמי השכירות (ראה לעיל, הערה 288), באמת לא ברור מדוע בשדה שאכלה חגב הפטור מצומצם למכת מדינה דווקא?! ונראה שלדיו החידוש בדין "מכת מדינה" הוא בכך שהוא מאפשר ניכוי דמי השכירות גם בגין התקופה שלפני קרות האירוע המסכל (כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 312, בדעת מהר"ם מפאדווה), ועל כן הוא מצומצם למכת מדינה. והשווה ויגודה, שכירות (לעיל, הערה 33), עמ' 351, שם הוצע הסבר אחר בשיטתו (בעקבות מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה), המבוסס על ההבחנה שמבחין כביכול מהר"ם מרוטנבורג בין אונס הפוגע ברקע של השכירות, המעניק לשוכר עילת פטור, ובין אונס הפוגע באובייקט השכירות, כלומר במושכר, שאינו מעניק לשוכר עילת פטור שכן אז ראוי לומר: "נסתחפה שדהו" "וימזלו גרם". אולם כבר ראינו לעיל, הערה 242, שמהר"ם חזר בו מהבחנה זו, ועלינו אפוא לחזור בנו ממה שכתבנו שם. והשווה הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), בעמ' סט-ע, ובעמ' עז-עח, שאימץ את הסברו של 'מחנה אפרים', אף שהעיר בעצמו (שם, הערה 55), שמהר"ם חזר בו בעניין מלמד שחלה, ודבריו צריכים עיון.

לדרכנו השווה: בכורי גשן (לעיל, הערה 126), ענפים ח-י (בעניין שוכרי דירות באזור המרכז שבזמן מלחמת המפרץ ברחו מבתיים מפחד הטיילים); שם, חלק ב (תשע"ט), סימן כז (בעניין שוכרי דירות נופש בצפון שבזמן מלחמת לבנון השנייה נמנעו מלהגיע אל הדירות).

(א) ראינו שיש פוסקים הסבורים³⁰⁸, שכעיקרון פגיעה בשימוש במושכר (כגון חמור שהוחרם זמנית) - להבדיל מפגיעה בגוף המושכר (כגון חמור שמת ובית שנהרס) - היא סיכנון של השוכר, שכן המשכיר יכול לטעון שהפגיעה אירעה בשל השוכר ובעטיו ("מזלו גרם"), אלא אם כן ירים הלה את נטל ההוכחה שהשימוש היה נמנע, גם לו נותר המושכר בחזקת המשכיר. כפי שכבר ראינו, לפי גישתם, אחד המצבים שבהם השוכר יכול להרים את הנטל ולהוכיח שמניעת השימוש אינה קשורה בו דווקא, אלא הייתה מתרחשת גם אם היה המושכר נשאר בחזקת המשכיר, הוא "מכת מדינה", היינו מכה שפוגעת בכל בעלי הנכסים הדומים למושכר. בכגון זה, המשכיר אינו יכול לטעון ש"מזל השוכר גרם", שהרי ברור בעליל, שמניעת השימוש הייתה פוגעת גם בו לו נשאר המושכר בחזקתו³⁰⁹.

(ב) לעומתם, ראינו שיש פוסקים³¹⁰ הסבורים שכעיקרון השוכר פטור מהמשך תשלום דמי השכירות אף כשהפגיעה במושכר היא **בשימוש** בלבד³¹¹, אפילו הייתה זו "מכה פרטית". ומאליה עולה השאלה, מה החידוש לגישתם בפטור שקבעה המשנה ב"מכת מדינה"?

הנוקטים גישה זו מסבירים שדין מכת מדינה מאפשר לשוכר לא רק לבטל את החוזה וכך להיפטר מתשלום דמי השכירות מכאן ואילך, אלא הוא עשוי להעניק לו פטור מתשלום דמי השכירות גם **למפרע**. לדעתם זהו ייחודו של המקרה הנדון במשנה בעניין 'שדה שאקלה חגב'. פגיעה זו גורמת לכך שהשקעת השוכר בשדה עד כה יורדת כולה לטמיון. במקרה זה, ביטול החוזה - אפשרות הקיימת גם במכה 'פרטית'³¹² - לא תעלה לו ארוכה לעניין זה³¹³.

³⁰⁸ 'מחנה אפרים' ואחרים (לעיל, הערה 267).

³⁰⁹ ראה לעיל, הערה 273. וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 290-292, ועמ' 314-315.

³¹⁰ מהר"ם מפאדווה והסמ"ע (לעיל, הערה 275).

³¹¹ אלא אם כן, כאמור, המשכיר יכול להצביע על קשר בין שימוש של השוכר לבין הפגיעה במושכר, שאז על השוכר להמשיך ולשלם דמי שכירות, וזאת אפילו אם נפגע גוף המושכר.

³¹² לדעת מהר"ם מפאדווה, סימן לט (צוין לעיל, הערה 275), פגיעה בתועלת המופקת מן השימוש במושכר כמוה כבפגיעה במושכר, ומצדיקה לכשעצמה את ביטול השכירות. כך הוא לדעתו בפגיעה ביבול ("אקלה חגב"), וכך הוא גם במקרה שנדון בפניו בעניין מי ששכר חנות לנהל בה עסק של הלוואות בריבית. מטעם השלטונות יצאה הוראה לבתי המשפט, שלא להיזקק לתביעות של מלווים יהודים הנוגעות ל"הלוואות אמנה" (הלוואות ללא בטחונות), דבר שהביא לפגיעה קשה בהכנסות מן העסק. וראה להלן, הערה 337, מה שנעיר עליו בעניין מכת מדינה בשכירות פועל, שם נראה לכאורה שהוא סותר את עצמו כשאנו מאפשר את ביטול שכירות הפועל. והשווה להלן, הערה 319, דעת 'נתיבות המשפט'.

³¹³ כך עולה גם מלשון התלמוד, בבא מציעא עט ע"א: "אמר רב: השוכר את החמור לרכוב עליה, ומתה לו בחצי הדרך - **נותן לו שכרו של חצי הדרך**", וזאת לכאורה אף אם מהלך חצי הדרך אינו מועיל לשוכר, וכפי שעולה ממה שפסק הרמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ב, שלא סייג את החיוב. אמנם השווה תוספות, שם, ד"ה אילו עד הכא, המסייגים את החיוב ומחילים אותו רק כשמהלך חצי הדרך הועיל לשוכר, ואם לאו **פטור הוא למפרע, אף במכה פרטית**. ככל הנראה מהר"ם מפאדווה חולק בעניין זה על התוספות. וראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן שי, סעיף ב, שם מביא הרמ"א את דעת התוספות בשם "יש חולקים". וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 342, הערה 272, ועמ' 349.

זהו אפוא חידושה של המשנה: אם אירע הדבר בנסיבות של "מכת מדינה", רשאי השוכר לנכות את דמי השכירות **למפרע**, ובלבד שביטל את השכירות מיד כשנודע לו הסיכול. לפי פוסקים אלה, התרופה שעומדת לשוכר ב"מכת מדינה" **צופה רק פני עבר** (ניכוי דמי השכירות בשל כך שכתוצאה מהאונס ירדה לטמיון התועלת מהשכירות עד כה). לעומת זאת, במבט הצופה פני עתיד עומדת לו הזכות לבטל את השכירות, ואם לא עשה כן רואים אותו כמי שוויתר על מימוש זכות זו, וחייב הוא להמשיך ולשלם את דמי השכירות³¹⁴.

אשר להנמקת הלכת "מכת מדינה", רבי אברהם ישעיהו קרליץ, בעל ה'חזון איש', מציע שני הסברים לשיטת פוסקים אלה³¹⁵:

- הסבר אחד מבוסס על דוקטרינת '**הסכם מכללא**'. ככל משקיע אחר, השוכר נוטל על עצמו סיכון שהשקעתו תרד לטמיון, עקב פגם שימנע את המשך השימוש במושכר. אולם אם ההפסד שייגרם למפרע יהיה בגדר "מכת מדינה", דהיינו הפסד הנתפס בתודעת הצדדים כבלתי נמנע, כי אז מוסכם בין הצדדים שלא תהיה הצדקה לכך שהשוכר יישא בתשלום דמי שכירות תמורת השקעה שלא היה לה שום סיכוי להניב פירות.

- הסבר שני מבוסס על דוקטרינת '**מקח טעות**'. בעיקרון, סיכון הפגיעה בתועלת שהשוכר עשוי להפיק מן המושכר מוטל על שכס השוכר. אכן, במקרה של "מכת מדינה" מוכח שהמושכר לא היה יכול להניב כל תועלת. מתברר אפוא למפרע שהמשכיר "מכר" לשוכר מושכר שאינו מתאים כלל לצרכיו, והרי לפנינו "מקח טעות". משום כך חייב המשכיר להחזיר לשוכר את כספו³¹⁶.

(ג) בניגוד לשיטות הקודמות לפיהן "מכת מדינה" היא שיקול שיש בכוחו לסלק את הסיכון מעל כתפי השוכר ולהטילו על שכס המשכיר, לפי 'נתיבות המשפט'³¹⁷ "מכת מדינה" **מטילה את הסיכון על שני הצדדים**: "דכל שההיזק בא מכח מכת מדינה, הוא על שניהם", כלומר על שניהם לשאת בהפסד. הסיבה לכך היא, "דליכא למימר מזלא דהשוכר והמשכיר גרם"³¹⁸.

³¹⁴ וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 292-294, ועמ' 315-319. שם, ליד ציון הערה 172, עמדנו על כך שלפי רוב האחרונים זכות השוכר לבטל את השכירות מכאן ואילך נתונה לו רק כשנפגע גוף המושכר. אם לא נפגע גוף המושכר, אין לשוכר עילת פטור אף אם פסקה התועלת מן השכירות.

³¹⁵ ראה חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כג, ס"ק י. וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 316-317.

³¹⁶ כעין זה ראה הרב אברהם שפירא, **פד"ר** ב, עמ' 311 [=מנחת אברהם, חלק א, סימן לה]: "אם הוי מכת מדינה נחשב שהפסד הוא בשדה שחכר, ועל שדה כזו אינו חייב לשלם חכירות".

³¹⁷ ראה: נתיבות המשפט, סימן שכא, ס"ק א; סימן שלד, ס"ק א. וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 322-319.

³¹⁸ כך נקט לפנינו ראב"ן (מהדורת דבליצקי), סימן צח, ד"ה וכי תימא: "דכיון דמכת מדינה היא, על שניהם הוי ההפסד, וזה יפסיד מחצה וזה יפסיד מחצה... דמכת מדינה לתאי [=מזל] שניהם הוא, ולהכי ההפסד על שניהם". וראה להלן, הערה 822.

לפי זה, אף כשנפגעה **תועלת** השכירות בלבד ("אֶכְלָה חֶגְבִּי")³¹⁹, מאחר שהמכה פגעה בכולי עלמא, אין לומר שעל השוכר בלבד לשאת בסיכון, שהרי נפגעו כל בעלי הזכויות באזור, ומאחר שגם המשכיר הוא בעל זכות במושכר, אין סיבה שלא יישא גם הוא בסיכון.

בניגוד לגישה הקודמת, "מכת מדינה" **צופה אפוא גם פני עתיד**; אף צד אינו רשאי לבטל את החוזה, ושני הצדדים לו נדרשים להתאים את תוכן החוזה לנסיבות החדשות, באופן ששניהם יישאו בסיכון הנובע משינוי הנסיבות.

לפי זה, לכאורה, גם אם נפגע **גוף המושכר או נחסמו דרכי הגישה אליו**, לא יהיה השוכר זכאי לפטור מלא מדמי השכירות אלא רק לניכוי מחציתם. ואולם, קביעה אחרונה זו אינה נקייה מספקות, שכן אפשר שלא אמר 'נתיבות המשפט' את דבריו אלא כאשר נפגעה רק **התועלת** מן המושכר ("אֶכְלָה חֶגְבִּי") להבדיל מפגיעה **בגוף המושכר או בשימוש בו**, שנותרת סיכונו של המשכיר אף במכת מדינה³²⁰.

*

הצד השווה בין השיטות שסקרנו הוא, שהפטור בשל "מכת מדינה" בא בחשבון רק בעסקת **שכירות ולא בעסקת מכר**, משום שבשכירות המשכיר נותר בעלים **בגוף המושכר**³²¹, ועל כן אפשר

³¹⁹ בשונה ממחר"ם מפאדווה ומהסמ"ע (לעיל, הערה 312), 'נתיבות המשפט' אינו רואה בפגיעה ביבול חקלאי ("אֶכְלָה חֶגְבִּי") משום פגיעה בגוף המושכר, ואף לא בשימוש בו, אלא רק פגיעה בתועלת המופקת ממנו, שבמכה פרטית היא סיכונו של השוכר, ובוודאי אינה מצדיקה את ביטול השכירות. ראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 319, ליד ציון הערה 176.

³²⁰ ואכן ראה עולת איש (שרבאני), ענייני שכירות, ירושלים תשע"ג, סימן סא, ד"ה ובאמת (עמ' ריט). לדעתו אם נפגע גוף המושכר או השימוש בו, ההפסד של המשכיר בלבד, גם אם אירע הדבר במכת מדינה, ולא אמר הנתבות את דבריו אלא כאשר נפגעה רק התועלת מן המושכר שאינה מצדיקה את ביטול השכירות במכה פרטית, כפי שראינו לעיל, הערה 319.

³²¹ על אופי ייחודי זה של השכירות עמדנו לעיל, ליד ציון הערה 266. אמנם לכאורה מדברי רבי מאיר הלוי אבולעפיה (יד רמ"ה, בבא בתרא צח ע"א, אות סא, ד"ה ואמר רבא) עשוי להשתמע ש"מכת מדינה" מועילה גם לבטל עסקת מכר (ראה יפה ענף, להלן, הערה 665, ד"ה והנה), אבל עיון בדבריו יראה שאין הדבר כן. התלמוד (בבא בתרא צח ע"א) דן במי שקנה יין על דעת למכור אותו במקום אחר שם הוא נמכר יותר ביוקר, וקובע שאם הוזל היין במקום המיועד לפני שהספיק להגיע לשם, רשאי הקונה לבטל את הקנייה משום שהיא נחשבת לעסקה על תנאי מכוח גילוי דעתו בדבר מטרת הקנייה (ראה דיונו להלן, הערה 444). הרמ"ה מסייג הלכה זו בסייג כפול: (א) היא אמורה רק בקנייה **באשראי**, שרק אז, לדעתו, מתפרשת הקנייה כקנייה מותנית ("ידלחכי לא יהיב דמי מעיקרא, דאי לא מזדבן ליה ביוקר מהדר ליה נחליה [=שלכן לא נתן דמים מתחילה, שאם לא יתאפשר לו למכור ביוקר יחזיר לו (את היין)]"); (ב) ביטול העסקה אפשרי רק משום שירידת שער היין הוא בגדר "מכת מדינה" שאינו מזלו של הקונה. אבל אם נמנעה המכירה ביוקר בשל אירוע שניתן לייחסו למזלו של הקונה, אין לו עילת ביטול (את הסייג השני מסיק הרמ"ה בהיקש מדין מכת מדינה בשכירות שדה שדנו בה בפרק זה). אולם אין להסיק מכאן שמכת מדינה מועילה לבטל עסקת מכר, שהלא מוכח מדבריו שבקנייה **שלא באשראי** מכת מדינה אינה עילה לביטול העסקה! יסוד הפטור, כאמור, הוא **גילוי הדעת** של הקונה שכמוהו כהתנית העסקה בכך שתהיה לו אפשרות למכור את היין ביוקר במקום אחר, ואילו הדרישה של "מכת מדינה" באה רק לסייג את זכות הביטול,

לייחס למזלו את הפגיעה בשימוש במושכר. לעומת זאת, במכר, המוכר מסתלק לחלוטין מקניינו, ואין מקום אפוא לייחס לו את הפגיעה במקח. כך מטעים רבנו ניסים גירונדי³²²:

והא דאמרינן הכא [=וזה שאנו אומרים כאן (במכת מדינה)]... דמנכה מחכירו, דוקא בחכירות הוא דאמרינן הכי, אבל במכר... לא מחייב ליה מוכר ולא מידי, דהא אסתלק ליה. אבל הכא [בשכירות] היינו טעמא [=זה הטעם (שהשוכר פטור במכת מדינה)], משום דכיון שהבעלים נוטלין חלק בפירות³²³, **אכתי שייכי בקרקע**. מה שאין כן במוכר, שכיון שנגמר המכר, **נסתלק [המוכר] לגמרי**.

(2) שכירות פועלים

כאמור, "מכת מדינה" מציינת אירוע כללי, להבדיל מאירוע נקודתי. כפי שראינו³²⁴, המקורות התנאיים והתלמודיים לנושא זה, עניינם שכירות נכסים, ולא שכירות פועלים. מהר"ם מרוטנבורג³²⁵ הוא שמעלה את הדיון ב"מכת מדינה" בזיקה לשכירות פועלים, כשהוא דן במלמד

לאמור: הקונה אינו יכול לבטל את העסקה אם ניתן לייחס את האירוע המסכל למזלו. כעין זה ראה נתיבות המשפט, להלן, נספח ב, הערה 952.

³²² חידושי הר"ן, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה ודאמרינן. והעתיק דבריו נימוקי יוסף, בבא מציעא סא ע"א (בדפי הר"ן), סוף ד"ה אידי ואידי. וראה גם: שו"ת מהר"ם מפאדווה וסמ"ע (לעיל, הערה 275, מובאים בביאור הגר"א, חו"מ, סימן שכא, ס"ק ז); שו"ת נטע שעשועים (קרא), סימן מה; שו"ת מהרש"ם (שבדרון), חלק ב, סימן קצט, ד"ה והנה עוד; שם, חלק ג, סימן קפ, ד"ה מכתבם; שם, סימן קפא, ד"ה והנה. לדעתנו, לזאת מתכוון גם שו"ת מהר"ל, סימן לו, ד"ה ומה שטען, ושו"ת מהר"ל החדשות, סימן קעה (ולא כפי שיש שבקשו להסיק מדבריו, שאין דין מכת מדינה במיטלטלין. ראה לדוגמה הרב ישועה רטבי, "מכת מדינה - האם ניתן לבטל חוזים, ומה הגדר של מכת מדינה", **מאמרים בסוגיית מגפת הקורונה**, מכון פסקים, קובץ ד (אדר תשפ"א), עמ' 64, בעמ' 76. המאמר נגיש ברשת בכתובת: <https://www.psakim.org/Psakim/File/13411>.

לדעת מהרש"ם (שם, סימן קצט וסימן קפא) כך עולה גם משו"ת הריב"ש, סימן תכו, בעניין מי ששילם מראש תמורת זיכיון לגביית מכס הבשר והיין במשך שנה, ולאחר מכן יצאה הוראה מאת המלך לגרש את כל הזרים מן העיר, מה שגרם לירידה דרמטית בהכנסות ממכס ולהפסד ההשקעה. מהרש"ם מעיר, שאף שלכאורה מדובר במכת מדינה, הריב"ש פוסק שאין לו עילה לבטל את העסק ולדרוש את כספו חזרה, ומכאן שגם הוא נוקט שאין אחר מכר כלום (על תשובה זו ראה שו"ת שמחת כהן (רחמים חי חויתנה הכהן), חו"מ, סימן כה, ד"ה שוב ראיתי). על הבעייתיות של שכירות זכויות (כגון זיכיונות), ועל השאלה אם דינה כדן שכירות (שחל עליה דין "מכת מדינה") או כדן מכר (שלא חל עליו דין "מכת מדינה"), ראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 62-66. וראה להלן, הערה 952. וראה עוד הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), בעמ' צג-צה.

³²³ שו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן לט, ד"ה בעסק (בסופו), מביא את דברי הר"ן בשינוי לשון כשהוא משמיט את עניין אכילת הפירות: "גם למשכיר שייכא ביה כי שלו הוא" (מובא בסמ"ע, סימן שכא, ס"ק ו).

³²⁴ לעיל, פרק 2. ד(1), עמ' פפפ.

³²⁵ דברי מהר"ם מובאים במרדכי, בבא מציעא, סימן שמג. וראה גם הגהות אשרי, בבא מציעא, פרק ו, סימן ו, בשם אור זרוע [ראה פסקי אור זרוע לר' חיים אור זרוע, בבא מציעא, אות שעו] ("...ונותן לו כל שכרו"). ומסכים עמו שו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן פו (כפי שמעירים ש"ך וט"ז, להלן, הערה 332).

ואולם השווה הרב צבי יהודה בן יעקב, "תשלום לגן ילדים ששבת בזמן מלחמה", **תחומין** יב (תשנ"א), עמ' 200, בעמ' 208 [=משפטיק ליעקב, חלק א, סימן יא, בשינוי עריכה]. לדעתו, הלכה זו אינה של מהר"ם מרוטנבורג אלא של ה"מרדכי" (ראה שם, הערה 7), שעל פי הקשר דבריו לא התכוון לומר שהמלמד זכאי למלוא שכרו, אלא רק שאין להחיל עליו דין "דבר האבד", ורק במובן זה ההפסד של בעל הבית. כך מציע גם הרב ניר אביב (להלן, הערה 338), בעמ' 48 (לדחיית הצעה זו, ראה הרב שאול ישראלי, "נגנת ששבתה מאונס זכאית למלוא שכרה (תגובה למאמרו של

ש"מכת מדינה" מונעת את העסקתו: "ואם הביטול של המלמד מחמת גזירת המושל שבעיר, ואי אפשר למלמד ללמוד [=ללמד], הוי **מכת מדינה** ויהא **ההפסד של בעל הבית**". וכך פוסק בעקבותיו הרמ"א³²⁶: "מלמד שגזר המושל שלא ילמוד [=ללמד], דהוי **מכת מדינה - וכל ההפסד על בעל הבית**". לשון אחר, בשונה ממכה פרטית, ב"מכת מדינה", המעסיק אינו יכול להשתחרר מן החוזה, ועליו להמשיך ולשלם דמי שכירות³²⁷.

אולם הלכה זו תמוהה ביותר, משום שהיא סותרת את המסקנה שהגענו אליה לעיל, לרוב הפוסקים, ולפיה אפילו כאשר ברור שהמעסיק לבדו נאנס (מכה פרטית), יש לו עילת פטור מתשלום שכרו של הפועל, שכן על הפועל היה להתנות שאינו מוותר על שכרו. כך ראינו בסוגיית השוכר פועל להשקות את שדהו וירד גשם או פסק הנהר³²⁸, וכך פוסק מהר"ם מרוטנבורג בעצמו בעניין שוכר מלמד לבנו וחלה הבן³²⁹, וכן בשוכרת בית שמתה³³⁰. ואם כן, לא ברור מדוע ייגרע מצבו המשפטי של המעסיק (השוכר) דווקא כאשר הייתה המניעה בנסיבות של מכת מדינה?! זאת ועוד, כפי שראינו לעיל בדיוננו על מכת מדינה בשכירות נכסים, לרוב הפוסקים "מכת מדינה" משמשת **עילת פטור לשוכר ולא עילת חיוב**³³¹.

הרב צ"י בן-יעקב - בדעתו של הרמ"א³³², **תחומין** יב (תשנ"א) 219, בעמ' 220, המעיר בעיקר שלו זאת הייתה כוונת המרדכי, לא היה מצמצם את דבריו למכת מדינה, שכן כך הדין גם במכה פרטית). עוד נעיר, שפירוש זה אינו אפשרי ביחס להלכה זו כפי שהיא מובאת בהגהות אשרי, שם הוסיף במפורש "ונותן לו **כל שכרו**".

עוד השווה הרב גורטלר, בכורי גשן (לעיל, הערה 126), ענף ו. גם הוא סבור שהלכה זו יוחסה בטעות למהר"ם מרוטנבורג. אולם לדעתו - ודבריו מסתברים - מקור ההלכה ב'אור זרוע' (אור זרוע, בבא מציעא, סימן רמה: "שאם הביטול מחמת גזירת המושל בעיר ואי אפשר למלמדים ללמוד, הוה ליה מכת מדינה". ואף על פי שלא הוסיף שההפסד על בעל הבית שחייב לשלם לו כל שכרו, ברור שלזאת כוונתו, וכך מפורש בפסקי אור זרוע). הרב גורטלר מסביר, שיש להבין הלכה זו בזיקה להבחנה של ר' יואל הלוי (לעיל, הערה 193), ש'אור זרוע' מסכים לה (ראה אור זרוע, שם, סימן רמג), בין תלמיד שחלה ובין תלמיד שמת; כשם שאם מת התלמיד, זכאי המלמד לשכר, משום שברור שאין זה מזלו של המלמד אלא של האב, כך גם בגזרת המושל (מכת מדינה), ברור שאין זה מזלו של המלמד, ולכן זכאי המלמד לשכרו. וראה לעיל, הערה 212. והשווה הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), שבהערה 65, ובהערה 73, דוחה את הניסיון לייחס את ההלכה לראב"ה (בשם אביו ר' יואל) ולא למהר"ם.

ועוד השווה שו"ת שלום בית (לר' יצחק גומבינר), סימן קט. גם הוא סבור שהלכה זו אינה של מהר"ם אלא של "מרדכי", ומדייק על פי הקשר דברי המרדכי, שלא נתכוון לומר שהמלמד זכאי לתבוע תשלום שכרו, אלא רק שאם **השכר שולם לו מראש** אינו חייב להחזיר: "דאם הביטול של המלמד הוא מחמת המושל **ולא מחמת מרדו**, הוי הפסד של בעל הבית **אם כבר קיבל השכר**" (וקשה, שכן לפי נימוק זה, כך היה צריך להיות הדין גם במכה פרטית ולא רק במכת מדינה. וצריך עיון).

³²⁶ רמ"א, חו"מ, סימן שכא, סעיף א.

³²⁷ נזכיר שככלל, המעסיק אינו חייב בתשלום שכר מלא, אלא רק כ"פועל בטל", כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 149.

³²⁸ לעיל, ליד ציון הערה 143.

³²⁹ ראה לעיל, הערה 210.

³³⁰ ראה לעיל, הערה 288.

³³¹ לעיל, ליד ציון הערה 306, ראינו שבשכירות קרקע חקלאית, אם נפגע היבול בנסיבות של "מכת מדינה", רשאי השוכר לנכות מדמי השכירות. וכך תמה על פסק זה בפסקי אור זרוע (לעיל, הערה 325): "וצריך עיון לקמן בפרק המקבלי". אמנם הרמ"א עצמו מסביר (דרכי משה, חו"מ, סימן שכא, ס"ק א), שכך הוא בשכירות קרקע, משום שלמשכיר יש חלק בקרקע שנפגעה, ועל כן מוצדק להטיל גם עליו חלק מן הסיכון, אבל לא כן במלמד שאין לו חלק

הלכה זו תמוהה כל כך, עד שפוסקים רבים חלקו עליה ודחו אותה מכל וכל³³², או שנדחקו מאוד בפירושה, והוציאו אותה ממשמעותה הפשוטה³³³.

בתלמיד שלימודו נפגע, ועל כן אין עילה להטיל עליו אף לא חלק מן הסיכון. אולם דבריו תמוהים, שכן לא התלמיד הוא המושכר אלא המלמד (שהוא גם המשכיר וגם המושכר), ובוודאי שלמלמד יש חלק בעצמו, כפי שתמה חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן פא, ד"ה ולכאורה ("והדבר קשה, דהרי גם במלמד המלמד מוחזק בגופו יותר מן משכיר קרקע"). להצעתו של הרב ישראלי (לעיל, הערה 325) בהבנת הלכה תמוהה זו ולביקורת עליה, ראה ויגודה, שכירות (לעיל, הערה 33), עמ' 352, הערה 312. וראה וררפטיג (לעיל, הערה 32), עמ' 742-748.

³³² הגר"א, חו"מ, סימן שכא, ס"ק ז, דחה את הפסק של מהר"ם מרוטנבורג כבלתי מובן ("מרפסן איגרא, יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא"), וכן ראה שם, ס"ק ח, שדחה לחלוטין את דברי הרמ"א, שהסתמך על פסק לא מובן זה, וקבע שדבריו אינם אלא "דברי נבואה". וכן דחו את דבריו: חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן פא, ד"ה ולכאורה; שו"ת מהרש"ג (גרינפלד), חלק ג, סימן קכב (בעניין שוחט שגויס לצבא). וראה שו"ת מהר"ל, סימן מא, ד"ה ועל אודות המלמד, שנראה שאף הוא אינו מחייב את המעסיק בתשלום ב"מכת מדינה". וראה עוד שו"ת אדמת קודש, חו"מ, סימן סז, ד"ה אמנם רואה ("באופן דלדידהו [לא לה] שדוחים את הסברו של הסמ"ע, להלן, הערה 333) דברי מהר"ם ב"ב הן כהלכתא בלא טעמא"). וראה עוד הרב צ"י בן יעקב (לעיל, הערה 325).

אולם יש לציין, שלא כולם דחו את הפסק, ראה: שו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן פו; ש"ך, חו"מ, סימן שכא, ס"ק א; ט"ז, חו"מ, סימן שכא, סעיף א, ד"ה וכן פסק מהר"ם ("בכל מקום שיש מכת מדינה אין הכי נמי דכל ההפסד על בעל הבית דמזל ידידה גרים... והוא ברור והוא פשוט", ולא הבחין בין שכירות נכסים, שם בעל הבית הוא המשכיר, ובין שכירות פועלים, שם בעל הבית הוא השוכר! ותמה עליו בזה הרב וייס בשו"ת מנחת אשר, חלק ב, סימן קכ, אות ג, ד"ה והנה הש"ך. ויש אפוא לתמוה על דברי הרב וייס בעניין מגפת הקורונה, לעיל, הערה 149, בעמ' נג, שם הוא מאמץ את דברי ה"ט"ז ללא עוררין). וראה גם ט"ז, שם, סימן שלד, סעיף א, ד"ה ופסק הנהר (שעל פי זה מסייג את ההלכה בעניין פסיקת הנהר, לעיל, הערה 143: "צריך לומר, דלאו נהרא רבה קאמר, דאם לא כן הוה מכת מדינה וכל ההפסד על בעל הבית"). והשווה הסברו של מהר"ם מפאדווה, שם, מדוע פסיקת הנהר אינה בגדר "מכת מדינה": "שלא יקרא מכת מדינה רק השוה בכל אדם, כמו גזירת המושל שלא ילמדו התלמידים שכולם בטלים, מה שאין כן בפסיק נהרא דיש שיפיקו במים שהיו עד חצות ויש שאינם צריכים עד ישוב המים או שאינם מסתפקין במים אלו כי יש להם בארות ונהרות אחרות"). וראה שו"ת אבני שיש (אביטבול), חו"מ, סימן קיח, ד"ה ואחר (הוא דן בסוחרים שנאסר עליהם מטעם השלטון "ללכת להסתחר עוד", ומסתמך על פסק זה כדי לחייב אותם לשלם שכר לפועליהם). וכן פוסק במקרה דומה שו"ת נפת צופים (בירדוגו), חו"מ, סימן שמו. וראה גם שו"ת שאילת שלום (טויבש), חלק א, סימן עג (הובא בדברי גאונים, כלל פב, סימן יד), בעניין מלמדים שהמושל גזר שלא ילמדו כל זמן שלא יקימו בעיר בית ספר (שבו כנראה ילמדו הילדים גם מקצועות כלליים), וראה בסוף ההערה. וראה עוד הרב ישראלי (לעיל, הערה 325). וראה ויגודה, שכירות (לעיל, הערה 33), עמ' 352, הערה 312, מה שתמהנו עליו.

בדיונו בנושא זה בעקבות מגפת הקורונה, הרב אשר וייס (לעיל, הערה 149, בעמ' נג) מצדיק את הפסק בנימוק הבא (שהוא מציע בנוסף לנימוק ה"ט"ז): "לעולם יד הפועל על העליונה, ובהלכות רבות חזינן שהתורה והחכמים חסו על הפועל וזכויותיו, וכדחזינן ממצוות רבות כגון 'ביומו תתן שכרו', שלא מצינו במקח וממכר ובפריעת בעל חוב, וזכות הפועל לאכול מן הפירות בשעת מלאכתו, ולחזור בו בחצי היום, ולעולם יד הפועל על העליונה, אלא אם כן מזליה גרם. ובאונס דעלמא אמרינן מזליה גרם, כיון שהוא זה שאמור לעשות מלאכתו ונאנס לבטלה, וכן נראה לי מדברי רש"י, אבל במכת מדינה דאין עילה להניח שמזלו של הפועל גרם, שוב יד הפועל על העליונה". נימוק זה, לפיו במכת מדינה יד הפועל על העליונה משום שמוכח שלא מזלו גרם, העלו כבר בעלי שו"ת אבני שיש, נפת צופים ושאילת שלום, שהוזכרו לעיל. נעיר שנימוק זה מבוסס על ההנחה שהפטור בסוגיית דוולא אינו פטור מהותי אלא פטור ראייתי - אולי מניעת העבודה נגרמה במזלו של הפועל. לביקורת על הנחה זו, ראה דיונונו לעיל, ליד ציון הערה 185.

עוד נעיר ששו"ת שאילת שלום, שם, מסייג את הפטור של הפועל רק למכת מדינה **שלא הייתה צפויה**, לא כן אם ניתן היה לצפות אותה, שכן אז שאלת המזל אינה רלוונטית, וההפסד של הפועל **משום שעליו היה להתנות**, ראה להלן, נספח י, הערה 1127 (וכך פסק במקרה הנדון לפניו, שמאחר שדרישת השלטונות לייסוד בתי ספר הועלתה כבר בשנים קודמות, אלא שאז הצליחו המלמדים לבטלה בתשלום "רצי כסף" [=שוחד], עליהם היה להעלות על דעתם שאולי

אולם, אפשר שהגיונה של הלכה זו, קשור למה שהסברנו לעיל³³⁴, בדעת מהר"ם מרוטנבורג, שהפטור של המעסיק אינו נובע מעיקר הדין, אלא מהסכם מכללא בין הצדדים, ולפיו מאחר שלא התנה הפועל שיקבל את שכרו גם אם ייאנס המעסיק ולא יוכל לספק לו עבודה, נחשב הוא כמי שוויתר על שכרו. ושמה סברתו של מהר"ם מרוטנבורג היא, שבנסיבות של "מכת מדינה" אין להניח שהמשכיר (הפועל) הסכים לוותר על שכרו, וזאת משתי סיבות: (א) אונס כזה לא היה צפוי כלל, ולא העלה אפוא על דעתו להתנות עליו, וממילא אין לראות באי-התניה משום וויתור³³⁵; (ב) "מכת מדינה" שוללת מן המלמד (המשכיר) כל אפשרות להתפרנס (הוא אינו יכול ללמד תלמיד אחר, שהרי הוראת המושל היא כללית שלא ילמדו תורה), ובנסיבות של פגיעה אנושה במטה לחמו, אין להניח שהסכים לוותר על שכרו³³⁶, **כאשר מצדו הוא מוכן ומזומן ללמד**³³⁷.

השנה לא יעלה הדבר בידם, ולכן היו צריכים להתנות על כך, ומשלא עשו כן אין לזכות אותם בשכרם). להבחנה בין אונס צפוי ואונס בלתי צפוי לעניין סיבת הפטור של המעסיק, ראה לעיל, הערה 205.

³³³ ראה לדוגמה סמ"ע, חו"מ, סימן שכא, ס"ק ו, לדעתו אין הכוונה שבמכת מדינה כל ההפסד נופל על המעסיק, אלא שהמעסיק והמלמד חולקים בהפסד (ראה ביתר הרחבה להלן, הערה 836. אולם ראה מה שהעיר עליו הש"ך, שם, ס"ק א). אחרים רואים בהלכה זו הלכה ייחודית למלמדים שאין להחילה על פועלים אחרים, ראה: נתיבות המשפט, סימן שלד, ס"ק א (להצעתו ראה להלן, ליד ציון הערה 407); שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קסא, ד"ה והנלע"ד (להצעתו ראה להלן, הערה 337). וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 352, הערה 312. בסוף ההערה, שם, הבאנו את דרכו המקורית והתמונה של לבוש, עיר שושן, סימן שכא, סעיף א, בהסבר פסקו של מהר"ם מרוטנבורג: "כי הנער הוא כמו השדה הנחרש ונזרע, והמלמד הוא כמו החוכר החורש וזורע, והלימוד הוא הפירות". על כן ב"מכת מדינה", שאסרו למלמד (השוכר) ללמד, כל ההפסד על בעל הבית (המשכיר), אף שהמושכר (הילד) קיים, ולא נפגם אלא הלימוד (פרות השכירות); בדיוק כמו בדין שדה שאקלה חגב. דבריו תמוהים על פניהם, שהרי המלמד אינו השוכר כי אם המשכיר, האב אינו המשכיר כי אם השוכר, והילד אינו המושכר כי אם מטרת השכירות. הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), בעמ' עז-עח, תמה תחילה אף הוא על "הדברים המופלאים" של ה'לבוש', אבל בהמשך הוא מציע להם פשר, עד שהוא רואה בדבריו עיקר (ראה שם, עמ' פא). אודה שלא זכיתי להבין את הצעתו. וראה עוד פסקי ושו"ת מהר"ש מלובלין, סימן קט (לדעתו, פסקו של מהר"ם אמור רק במלמד שקיבל את שכרו מראש, ועדיין צריך עיון מדוע זכאי המלמד להחזיק בשכרו רק במכת מדינה, הלא כך הדין גם במכה פרטית, ראה לעיל, ליד ציון הערה 226).

³³⁴ לעיל, ליד ציון הערה 209.

³³⁵ כעין זה ראה לעיל, ליד ציון הערה 218. להגדרת "מכת מדינה" כאירוע בלתי שכיח, ראה להלן, נספח י, עמ' פפ. וכך מטעים שו"ת שאילת שלום (טויבש), חלק א, סימן עג. אבל השווה הרב יהודה סילמן, דרכי חושן, שכירות פועלים, ירושלים תשע"ו, שו"ת, סימן י, ד"ה ונראה (עמ' רד). לדעתו: "רק באונס פרטי שלו צריך [הפועל] להתנות, אבל אין צריך להתנות על אונס דעלמא. ולפי זה באונס דמכת מדינה אף אם הוא אונס שכיח יקבל שכרו ודלא כהשאלת שלום". ועדיין צריך לחדד ולהסביר מדוע "אין צריך להתנות על אונס דעלמא"?

³³⁶ על פי אותו היגיון ניתן אולי לדחות את הראיה שמביא מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה, ד"ה אבל לע"ד (בסופו), נגד שיטת מהר"ם מרוטנבורג לפיה מות הילד היא עילת פטור מהמשך תשלום שכרו של המלמד (לעיל, הערה 210). 'מחנה אפרים' מפנה לתקדים המובא בבבא מציעא קו ע"ב, בעניין אדם ששכר קרקע חקלאית ליד "נהר מלכא סבא" ויבש הנהר ומשום כך לשוכר אין עוד עניין בקרקע. רבא פסק לטובת השוכר בהטעימו שהפגיעה במטרת השכירות הייתה בגדר "מכת מדינה" ("נהר מלכא סבא לא עביד דמיסכר, מכת מדינה היא, זיל נכי ליה"). מכאן, מסיק 'מחנה אפרים', שאילו היה מדובר במכה פרטית ולא ב"מכת מדינה", ההפסד היה נופל על השוכר, שהיה נדרש להמשיך ולשלם את דמי השכירות, ולא על המשכיר, ולא כשיטת מהר"ם מרוטנבורג בעניין מות הילד. אלא שכאמור, גם כאן, במכה פרטית שהופך את הקרקע לבלתי ראויה לעיבוד, אולי ההסבר הוא שמאחר שהחזרת הקרקע למשכיר תפגע בו קשות שכן לא יוכל להשכיר את הקרקע למישהו אחר, ההנחה היא שאינו מוותר על דמי השכירות. וזו

הסיבה שלשוכר יש עילת פטור רק ב"מכת מדינה", כשהגיון הפטור הוא שאז מוכח שהסיכון לאבדן השימוש בקרקע לא היה של השוכר אלא של המשכיר. ראה דיונו לעיל, פרק 2.1(1), עמ' פפפ.

³³⁷ ההסבר המוצע כאן בא בחשבון רק אם מאמצים את הצעתו של חכמת שלמה (קלוגר), בהגחתו לשולחן ערוך, חו"מ, סימן שכא, סעיף א, לפיה "בהך תשובה שגור המושל שלא ילמוד... הוי הכונה **רק על התלמידים למונעם מן הלימוד, לא על המלמד**, ובוזה סבירא ליה דההפסד על בעל הבית דמזלו ידידה גרם". וכך נוקט גם ערוך השולחן, חו"מ, סימן שלד, סעיף י וסעיף יב, המטעים שאם הפועל אינו מזומן לקיים את חיובו, אף אם כתוצאה ממכת מדינה, כגון שברח מן העיר בשל מגפה, פטור המעסיק מלשלם לו את שכרו, כדין פועל שחלה. וכך פסק שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק ב, סימן קמג, ד"ה ואמנם, בעניין שוחט שגויס לצבא, ומטעים: "ולא דמי להווא עובדא דמהר"ם מרוטנבורג כשגור המושל על המלמדים שלא ילמדו דהוי מכת מדינה, **שהתם מוכן המלמד ללמוד אלא שאין מניחים אותו**, אבל הכא בנדון דידן שהשוחט עזב את עירו ואינו מוכן לשחוט, הוי זה פסידא דשוחט" (הערנו על כך לעיל, הערה 66). וראה גם הרב ישראלי (לעיל, הערה 332).

וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 349, הערה 304, שכך הצענו לפרש את שו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן פו, ממנה עולה שאם ברחו כל התלמידים מן העיר מפחד מגפת דִּבְרָ, זכאי המלמד לקבל את שכרו (אלא שבמקרה הנדון בפניו לא ברחו כולם, ועל כן סבר שאין להגדיר את המצב כמכת מדינה, ועל כן פטר את האב מתשלום שכרו של המלמד). אך צריך להטעים (כמו שעשינו בדעת מהר"ם מרוטנבורג), שההסבר אפשרי רק אם מניחים שרק התלמידים ברחו מן העיר ולא המורים, ויש בזה דוחק (והשווה חכמת שלמה, שם, שהניח הנחה הפוכה לפיה מהר"ם מפאדווה פטר את האב מתשלום למלמד משום שמכת המדינה פגעה בתלמידים ובמלמדים כאחד. אך דבריו צריכים עיון שכן מהר"ם מפאדווה מטעים: "לא סבירא לי לכתות נדון דידן מכת מדינה", ומכאן שאילו היה הנדון בגדר מכת מדינה היה מודה לפסקו של מהר"ם מרוטנבורג, שהמלמד זכאי לשכרו). כעין הסבר זה ראה אבן יעקב (פרייזלר), חלק א, סימן כד, ס"ק י. אבל השווה שו"ת אבני שיש (אביטבול), חו"מ, סימן קיח, ד"ה ואחר המשא, שבפירוש לא הבין כך את דברי מהר"ם מרוטנבורג ("אפילו בהיכא שגזירת המושל היתה על הפועל שהוא המלמד ואי אפשר לו ללמד מחמת גזירת המושל..."). לעיל, הערה 332, כבר הערנו, שהוא מאמץ את פסק מהר"ם מרוטנבורג.

[שיטת מהר"ם מפאדווה צריכה עיון. הלא ראינו לעיל, הערה 312, שבתשובה אחרת, סימן לט, בעניין שכירות זיכיון, מהר"ם מפאדווה קובע שפטור השוכר ב"מכת מדינה" **צופה רק פני עבר** (שאם כתוצאה ממנה נפגעה תועלת השכירות למפרע, כמו בשדה שאקלה חגב, הוא יכול לנכות את ההפסד מדמי השכירות שנתחייב בהם עד כה), ואילו מכאן ולהבא, עומדת לו הזכות **לבטל את השכירות**, ואם לא עשה כן, הריחו כמי שוויתר על הפטור. ונשאלת אפוא השאלה: מדוע לא יוכל האב, גם כאן בעניין גזירת המושל, לפטר את המלמד ולהיפטר מהמשך תשלום שכרו? ונראה להציע, שבשונה מעניין הזיכיון, שמשעה שנפגם - ולו חלקית - יש עילה לבטל את שכירות הזיכיון, בעניין גזירת המושל המלמד עצמו לא נפגם, ולכן אין לאב עילה לפטר אותו (וכפי שהעיר לי הרב שיינפלד ז"ל, ראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 349, הערה 304). לפי זה, מהר"ם מפאדווה מסכים, **שכאשר אין עילת ביטול, הלכת מכת מדינה צופה גם פני עתיד ולא רק פני עבר**. והשווה רמ"א, חו"מ, סימן שכא, סעיף א (ראה לעיל, ליד ציון הערה 326), שביקש להוכיח מפסק מהר"ם מרוטנבורג בעניין גזירת המושל, כנגד מהר"ם מפאדווה, שמכת מדינה כשלעצמה שוללת אפשרות ביטול, וממילא צופה גם פני עתיד ("וכל מקום שמנכה לו אין חילוק במה שעבר או להבא. וכן פסק מהר"ם [מרוטנבורג] על מלמד שגור המושל שלא ילמוד, דהוי מכת מדינה וכל ההפסד על בעל הבית"). ולא נתן דעתו לכך שמהר"ם מפאדווה עצמו, בסימן פו, מאמץ את פסקו של מהר"ם מרוטנבורג, ומבחין כנראה בין יש או אין עילת ביטול.

הסבר אחר ביישוב שיטת מהר"ם מפאדווה מציע שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קסא, ד"ה והנלע"ד דהמלמד. אף הוא מסביר שהגיון פסקו של מהר"ם מפאדווה בעניין גזירת המושל הוא שאין כאן עילת ביטול, אבל לדעתו הנימוק לכך הוא שהפגיעה במלמד היא במהותה פגיעה בלשעבר, כמו בשדה שאקלה חגב, וזאת בשל אופי עבודת המלמד הדורשת השקעה רבה בתלמידים בתחילת השנה ו"הפקת פירות" רק בסופה. אולם הסבר זה דחוק, שכן מה יאמר כאשר מכת המדינה אירעה בתחילת תקופת העבודה. וגם לא ברור מדוע לא ינוכה שכרו של המלמד בהתאם להערכת שווי העבודה שעשה בפועל כפי שהוא ב"שדה שאקלה חגב". כך מעיר הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), עמ' פ. הש"ך, חו"מ, סימן שכא, ס"ק א, מציע אף הוא הסבר משלו: "דהתם לא למד מכאן ואילך ולא היה אפשר לו ללמוד עוד, **אם כן כשהגיע סוף הזמן הוי כמו לשעבר**. מה שאין כן בחנות, וכהאי גוונא דהחזיק החנות עדיין תחת ידו, יש לומר דהיה לו לחזור ולא חזר - מחל. **וזה לא שייך במלמד**". אולם לא ברור מה פירוש "כשהגיע סוף הזמן הוי כמו לשעבר". וגם דבריו

יהא אשר יהא ההסבר לשיטה זו, הלכה למעשה, יש מפוסקי ההלכה, שאף שאינם מאמצים אותה, חוששים לה, ובנסיבות של מכת מדינה, כגון מצבי חירום למיניהם או פגעי מזג אוויר המשתקים את המשק, מהססים לפטור את המעסיק מתשלום שכרו של הפועל, וממליצים להביא את הצדדים לפשרה³³⁸.

ואולם נראה, שהדברים אמורים רק בשכירות פועל שעבודתו נקטעה באיבה, ולא בפועל שטרם התחיל לעבוד ועדיין לא חל הקניין על שכירותו. ולא זו אף זו, אף בקבלן שהתחייב לספק שירות (כגון קייטרינג או צלם חתונה) ויש תוקף להתחייבותו, אם נבצר ממנו לספק את השירות או את התוצאה, גם אם בשל מכת מדינה, אינו זכאי לשכר (ואף אם קיבל שכר מראש עליו להשיבו),

נראים כסותרים את עצמם, שכן מן הסיפא נראה שגם הוא נוקט שלא ניתן לפטר את המלמד, בעוד שמן הרישא משתמע להפך שהאב רשאי היה לפטרו. כך מעיר הרב סגל, שם, עמ' עט].

³³⁸ מעניינים במיוחד בהקשר זה דברי רבי משה סופר, בעל ה"חתם סופר" (בחיבורו ספר הזכרון, ירושלים תשי"ז, עמ' נא, בעניין השבתה מלימודים עקב מלחמה [החיבור נכתב בשנת 1809 בעקבות מלחמת נפוליאון נגד האימפריה האוסטרית, במסגרתה המטיר נפוליאון ארטילריה כבדה על העיר פרשבורג (היום ברטיסלבה), מקום מושבו של 'חתם סופר']): "ואני בעניי אמרתי דין תורה לא ידעתי, ואני משלם לשכירים שלי שכרם מְשָׁלָם [=שלם], בלי ניכוי פרוטה, ואתם תבצעו הדין על דרך הפשר [הפשרה] לשלם החצי ויפסיד המלמד החצי. וטעמי ונמוקי, כי זה הוא ברור שהוא כדין מכת המדינה... ומסברא נראה דמזל שניהם גרם, על כן עשיתי פשר מרצון שניהם וחפצם, שיהיה ההפסד על שניהם, אבל דין תורה לא ידעתי, עד יבוא מי שלבו יותר שלם ויוציא דין לאמתו". וראה עוד: שו"ת אחיעזר, חלק ד, סימן סח (בעניין קהילה ששכרה שוחטים ואסרו השלטונות את השחיטה); שו"ת מנחת אשר, חלק ב, סימן כק, אות ו (בעניין השבתת מורים עקב מצב מלחמה). וראה אבן יעקב (פרייזלר), חלק ב, סימן לו, סוף ס"ק ט. אם כי הרב פרייזלר מפנה לספר הערות הגרי"ש אלישיב, בבא מציעא עז ע"א, ד"ה במהר"ם, שם מובא בשם הרב אלישיב שמורים שהושבתו ממלאכתם מחמת סגירת בתי הספר בשל מצב חירום, אינם זכאים לקבל את שכרם (אלא אם כן יש מנהג אחר). וכך נוקט גם הרב שפרן (לעיל, הערה 300). אבל השווה הרב עובדיה אחיטוב, "תשלום שכר פועלים שלא עבדו בזמן המלחמה", **שערי צדק** ח (תשס"ז), עמ' 173-187. וראה עוד: משפט שלמה (זעפרני), חלק ב (ירושלים תשנ"ג), נתיב יט, אות ג; שו"ת דברי בניהו (דיין), חלק כג (ירושלים תשע"ו), סימן קג, אות ו ואילך; הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), בעמ' פא-פד.

הרב אשר וייס (לעיל, הערה 149), אות ג, מטעים, שאין להרכיב על פשרה זו את הכלל בעניין "פועל בטל", ולשלם לפועל רק רבע משכרו (מחצית מן השכר מכוח הפשרה, ומחצית מן המחצית מכוח דין "פועל בטל"), שכן ברור שהפועל אינו מעדיף לשבת בטל תמורת רק רבע משכרו. עוד הוא מוסיף, שדין "פועל בטל" נאמר רק בהפסקה קצרה של העבודה, ולא בהפסקה הנמשכת זמן רב (כמו במגפת הקורונה), שם ברור שהעובד מעדיף לעבוד ולא לאבד את פרנסתו. סמך לדבר נמצא בחידושי רבינו יהונתן מלוניל על הרי"ף (מודפס בש"ס אל המקורות), בבא מציעא מט ע"ב (בדפי הרי"ף). וראה ביתר הרחבה הרב ניר אביב, "שכר בטלה למוסדות חינוך וגנים בזמן הקורונה", **מאמרים בסוגיית מגפת הקורונה**, מכון פסקים, קובץ ד (אדר תשפ"א), עמ' 30, בעמ' 54-58 (המאמר נגיש ברשת בכתובת: <https://www.psakim.org/Psakim/File/13418>).

דעה מעניינת מביע הרב יעקב אפשטיין, חבל נחלתו, חלק כג, סימן מא, אות ח, לפיה: "מכת מדינה שמדינת ישראל הטילה על אזרחיה אינה מכת מדינה **כלפי עצמה**, ואפילו אם זו הדרך היעילה ביותר לצמצם את המגיפה... לממשלה יש אמנם זכות להטיל סגר לשם צמצום ההדבקה במגיפה, אולם במשפט המלך מצאנו שהמלך מפצה על פעולות בכפיה שלו כלפי היחידים". לשון אחר, לדעתו, ביחסים החוזיים שבין המדינה לבין אזרחיה, כגון ביחסים שבין משרד החינוך לעובדי ההוראה, לא חלים דיני מכת מדינה, אלא על המדינה שהחליטה להטיל סגר לפצות את מי שנפגע מכך. וראה חבל נחלתו, כך כד, סימן מד, הפולמוס בעניין זה בינו ובין הרב יעקב אריאל.

וזאת גם אליבא דמהר"ם מרוטנבורג. לדעת הרב מנחם מנדל שפרן³³⁹ כך הדין בביטול הזמנת אירוע באולם שמחות בשל מגפת הקורונה. הוא מטעים ששכירות זו אינה בעלת אופי קנייני, אלא דינה כעין התחייבות קבלנית לספק שירותי אירוח לעריכת חתונה (לרבות אולם, שולחנות, כיסאות, חדרי שירותים וכו')³⁴⁰, ובהעדר אספקת השירות, ולו בשל מכת מדינה, אין זכאות לתשלום וחובה על בעל האולם להשיב למזמין את כל המקדמה³⁴¹.

3. סיכול - "קיום החוזה... שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים"

א. מבוא

החוק פוטר מאחריות בגין הפרת חוזה, לא רק במצב של "אונס", שבו עקב שינוי נסיבות קיום החוזה אינו אפשרי (impossibility), אלא גם במצב של "סיכול", שבו "קיום החוזה באותן נסיבות... שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים"³⁴². סיכול מעין זה נקרא בפי המלומדים "אי-מעשיות"³⁴³ (impracticability). כך לדוגמה, כשבשל שינוי נסיבות, בעיקר עקב שינוי משמעותי בעלויות הכרוכות בביצוע החוזה, כגון בשל סגירת נתיבי תחבורה, הביצוע מטיל על החייב מאמץ כספי בלתי סביר. וכך לדוגמה, כשעקב ירידת ערך המטבע, התמורה שהחייב עומד לקבל יורדת ריאלית בצורה בלתי סבירה ביחס לתמורה המוסכמת³⁴⁴.

³³⁹ לעיל, הערה 300. וראה הקלטת השיעור המקיף שנתן בעניין בפסח תש"פ באתר קול הלשון:

<https://tinyurl.com/shafran-5780>

³⁴⁰ כך נוקט גם הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), בעמ' קט, וראה שם, הערה 94. והשווה הרב דרברמדיקר (לעיל, הערה 300), שאלה ה, הוא דן בהזמנת אולם אירועים כבשכירות נכס לכל דבר, ובהתאם לכך הוא מסתפק אם יכול בעל האולם להחזיק במקדמה על סמך שיטת 'מחנה אפרים' (להלן, הערה 822). ואולם ראה שם, הערה 1, שהוא עצמו מתלבט אולי אין כאן שכירות נכס כי אם התחייבות להספקת שירות.

³⁴¹ והשווה להלן, הערה 849, דעתו החולקת של הרב סגל, לפיה בנסיבות אלה רשאי בעל האולם להחזיק בחלק מהמקדמה (25%).

בעניין זה חוקקה הכנסת חוק מיוחד: חוק החזר מקדמה בשל ביטול אירוע (נגיף הקורונה החדש), התשפ"א-2020 (מובא להלן, מדור חוקים, עמ' פפפ). נדון בו להלן, ליד ציון הערה 797.

³⁴² ראה לעיל, הערה 1.

³⁴³ ראה: מאוטנר (לעיל, הערה 13), עמ' 374; ש'ו וצמח (לעיל, הערה 6), עמ' 780-781; מדינה (לעיל, הערה 6), עמ' 422-433. לכאורה עילת פטור זו אמורה רק כל זמן שהחוזה לא יצא אל הפועל. אבל ראה דויטש להלן, הערה 428.

³⁴⁴ נעיר שעד העת האחרונה המשפט הצרפתי לא הכיר בהכבדה כלכלית, ולו משמעותית ביותר, כעילה לפטור את החייב מקיום חיובו. ראה Carbonnier (לעיל, הערה 6), בעמ' 301: "plaie d'argent n'est pas mortelle" =פצע ממון אינו קטלני]. רק בשנת 2016, בעקבות רפורמה גדולה בדיני החוזים, חוקק סעיף 1195 לקוד סיביל, הקובע שאם בעקבות שינויים שלא ניתן היה לצפותם הפך קיום החוזה ליקר באופן בלתי סביר, חייבים הצדדים לנהל משא ומתן לעדכון תנאי החוזה לנסיבות החדשות, ובהעדר הסכמה, בית המשפט מוסמך להכריע בעניין עדכון החוזה או ביטולו ("Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant... A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe).

בתי המשפט נוטים להכיר בסוג זה של סיכול רק בשינוי דרסטי מהמתוכנן. הם גם לא מוכנים להכיר בקושי סובייקטיבי של החייב לעמוד בחיובו כעילת פטור, כגון שמקורות המימון שסמך עליהם הכזיבו, אלא רק אי-מעשיות אובייקטיבית עשויה לשמש עילת פטור³⁴⁵.

לכאורה עמדת המשפט העברי במצב זה תלויה בשאלה, אם הכבדה על קיום החוזה נחשבת כאונס הפוטר את החייב מחיובו (על פי הכלל "אונס רחמנא פטריה")³⁴⁶; אם הכבדה דינה כאונס, אף שפיזית המשך קיום החוזה אפשרי, יהיה המפר פטור מאכיפה ומפיצויים, בהתאם לעקרונות שראינו לעיל.

אולם, אף אם אין מגדירים הכבדה כאונס, לא יישלל בהכרח הפטור מאכיפה ומפיצויים, שכן אפשר שמצב זה של הכבדה לא היה חלק מהתחייבותו של ה"מפר" - בין משום שאומדן דעת ברור הוא שה"מפר" לא היה מוכן ליטול על עצמו התחייבות בכגון זה, וכאילו הותנה מכללא להוציא מצב זה מן החוזה, ובין משום שמלכתחילה ברור שנסיבות אלו לא נכללו בו - ובאין הפרה אין עילה לתבוע אכיפה ופיצויים³⁴⁷. להלן נבחן אפשרויות פטור אלה.

כבר עמדנו על כך³⁴⁸, שבשל "חולשת" החוזה במשפט העברי, נהגו לחזק אותו בקנס מוסכם באם יופר. מלבד נוהג זה השתרש גם הנוהג לחזק את החוזה בנדר ואף בשבועה (או בקבלת חרם), ובכך ניתן כלי דתי אפקטיבי לאכיפת החוזה, לבל יהיה המתחייב עובר על נדרו ועל שבועתו. על כן, חלק ניכר מן המקורות שנזדקק להם להלן עוסקים גם בתוקפם של הנדר והשבועה לנוכח נסיבות חדשות המכבידות על קיומם.

³⁴⁵ ראה שלו וצמח, שם. וראה גם מדינה, שם, עמ' 419 ועמ' 450.

והוא הדין בקושי סובייקטיבי שאינו כספי, ראה ע"א 1/84 נתן נ' סטרוד, פ"ד מב(1) 661 (1988). באותה פרשה טען מוכר דירה שחיובו סוכל בשל דיכאון חמור שלקתה בו אשתו עקב המכירה. טענתו נדחתה על ידי שופטי הרוב בניגוד לדעת השופט אלון (עמ' 675) שהיה מוכן להכיר עקרונית גם בכך כ"אי-מעשיות". וראה שלו וצמח, שם, הערה 97.

³⁴⁶ אמנם, להלן, ליד ציון הערה 699, נראה שכאשר יש אונס אובייקטיבי המונע את קיום החוזה, העובדה שניתן להתגבר על מצב האונס בתשלום ממון אינו גורע מהגדרת המצב כאונס. אולם, כאן אנו מעלים שאלה אחרת והיא, מה הדין כאשר אין מניעה אובייקטיבית לקיום החוזה, אלא שהמשך קיומו כרוך בהכבדה. על הבחנה יסודית זו נעמוד להלן, הערה 700.

³⁴⁷ תיאורטית שיקולי פטור אלה עשויים לבוא בחשבון גם בשינוי נסיבות המונע את קיום החוזה (אונס), בו דננו בפרק הקודם, וכפי שנרמז כבר לעיל (ליד ציון הערה 50; ליד ציון הערה 89; הערה 107; הערה 120; ליד ציון הערה 142; הערה 147, אות ג; הערה 177; הערה 205; הערה 295), וכפי שנרמז עוד להלן (הערה 501; הערה 368; הערה 372; ליד ציון הערה 376; הערה 418).

עם זאת, העדפנו לעסוק בשיקולי פטור אלה כאן במסגרת הדיון על הכבדה על קיום החוזה, משום שלפי פוסקים רבים, בהכבדה, זהו שיקול הפטור היחיד, שכן אינם מכירים בהכבדה כאונס (ראה להלן, ליד ציון הערה 375). זאת ועוד, לא בכל אונס קיימת אומדנה (כפי שמטעים מהר"ב בן לב, להלן, הערה 556), ויש אף מי שנוקט שכלל שהאונס נדיר יותר מתערערת האומדנה (כפי שנעיר להלן, ליד ציון הערה 618).

³⁴⁸ ראה לעיל, הערה 72 והערה 75.

ב. האם שינוי יסודי דינו כאונס?

(1) הכבדה על קיום החוזה

א. ראינו לעיל³⁴⁹ שפועל שנמנע בעל כורחו מלעבוד, בשל מחלה לדוגמה, פטור מתשלום פיצויים למעסיק, אף שגרם לו הפסד. עתה נראה שהוא הדין גם כשהפועל בריא ויכול פיזית לעבוד, אלא ששינוי נסיבות גורם **הכבדה** בלתי סבירה על המשך ביצוע העבודה. כך עולה מדברי 'תרומת הדשן'³⁵⁰ בעניין פועל שהושכר כדי להפיק יין, ולאחר דריכת הענבים, הפסיק את עבודתו בשל מחלת אשתו, וגרם הפסדים למעסיקו. 'תרומת הדשן' מרחיב את הפטור של פועל שנאנס בשל מחלה, גם למחלה של אשתו או של ילדיו³⁵¹. לדבריו, אף שהפועל עצמו מסוגל פיזית להמשיך לעבוד, אין זה סביר שלא יישאר ליד מיטת חוליים לסעוד אותם.

מקור להרחבה זו מביא 'תרומת הדשן' מהמשנה בעניין "נדרי אונסין"³⁵². המשנה קובעת³⁵³ שמי שהודר הנאה מחברו אם לא יבקרנו ו"חלה בנו"³⁵⁴ או שעכבו נהר", לא חל עליו הנדר. 'תרומת הדשן' מסיק מכאן, ש"חלה בנו חשיב אונס, שצריך להיות עמו"³⁵⁵. מדבריו עולה לכאורה, שהכבדה כמוה כאונס, ולכן גם היא משמשת עילת פטור³⁵⁶.

³⁴⁹ לעיל, ליד ציון הערה 40.

³⁵⁰ ראה תרומת הדשן, שו"ת, סימן שכט. נפסק להלכה ברמ"א, חו"מ, סימן שלג, סעיף ה, שעל לשון השולחן ערוך "כגון שחלה", מוסיף: "הוא או אשתו או בניו". וראה נתיבות שכיר, ירושלים תשע"ו, פרק כח, הלכה ח, הערה יב (עמ' רסג).

³⁵¹ שאלה מעניינת היא מה הדין במחלת ילד כששני ההורים עובדים: מי מבין השניים רשאי להיעדר מן העבודה? ואולי עליהם לחלק ביניהם את ימי ההיעדרות? והאם יש עדיפות לבן זוג שהיעדרותו מן העבודה אינה גורמת הפסד למעסיקו? ראה אבן עקב (פרייזלר), חלק א, סימן כה, ס"ק יד, שמשאיר שאלות אלה לשיקול דעת הדיין.

³⁵² משנה, נדרים ג, ג. נציין שמקור זה תקף לענייננו רק אם נניח שלפי 'תרומת הדשן' יסוד הפטור מקיום הנדר במשנת "נדרי אונסים" מבוסס על הכלל "אונס רחמנא פטריה", כפי שהגישה שהרחבנו עליה לעיל, ליד ציון הערה 82 (וראה להלן, ליד ציון הערה 1089). אבל השווה לעיל, ליד ציון הערה 89, שיש המבססים את הפטור באותה סוגיה על אומדנה או על פרשנות, ולדידם מקור זה אינו רלוונטי לענייננו. עוד ראה בעניין זה להלן, הערה 355 והערה 356.

³⁵³ והשווה חסדי דוד על התוספתא, בבא מציעא ז, ב. לדעתו, מקור לחידושו של 'תרומת הדשן' נמצא בברייתא שהובאה לעיל, ליד ציון הערה 38, בעניין פועל שנאנס: "ולפי עניות דעתי יש לפרש דהיא גופא תני תנא [=שעניין זה עצמו (מחלת קרוב) נדון בברייתא], והכי קאמר לא מבעיא מת לו מת, כלומר אחד מקרוביו שחייב להתאבל דאסור במלאכה ואונס גמור הוא, אלא אפילו נאנס מחמת שאחזתו חמה, כלומר לאחד מקרוביו שאמר ברישא, שאין זה אונס כל כך דאפשר לעשות צרכי חולה על ידי אחר, קא משמע לן דאפילו הכי חשיב אונס שדעת החולה מיטרפת כשאין עמו קרובו".

³⁵⁴ הוא מטעים שקל וחומר שכך הדין במחלת אשתו, שחובתו כלפיה גדולה יותר, שהרי אשתו כגופו ("ואשתו רמיא עליה טפי, דכגופיה דמיא").

³⁵⁵ והשווה שער משפט, סימן נה, ס"ק ג, שמסכים עם הרחבה זו של 'תרומת הדשן', אבל תמה על הראיה שהביא מנדרים: "ומאי ראייה היא זו? דבשלמא לענין נדרים, אף דבחלה בנו לא הוי אונס גמור, מכל מקום כיון דלא אסיק אדעתיה אונס זה, אמרינן אדעתא דהכי לא נדר... מה שאין כן התם, כיון דהא דפועל אינו חוזר בחצי היום בדבר האבד, הוא משום שלא יגרום פסידא להבעל הבית, ומשום הכי צריך הפועל לשלם להבעל הבית הפסידו, כמו שכתב התרומת הדשן שם, אם כן יש לומר דחלה בנו ואשתו כיון דלא הוי אונס גמור, אינו יכול לגרום היזק לבעל הבית עבור זה, וכשחזר בו, חייב מדינא דגרמי, כיון דהוא עשה דבר זה מרצונו הטוב... אך מכל מקום, לענין דינא יש לומר, כיון

ונראה שכך הוא גם לעניין מעביד שנגרמה לו הכבדה בהעסקת הפועל ומבקש להיפטר מאכיפת התשלום³⁵⁷. כך ניתן להסיק אולי מפסקו של מהר"ח אור זרוע³⁵⁸, בעניין בעל בית עשיר שהזמין סופר לכתוב לו תנ"ך, נקלע למצוקה כלכלית קשה, וירד מנכסיו במידה שאנשים במצבו אינם

שאינו אלא גרמא בעלמא מקילין ביה טפי. וצריך עיון". נמצא שאינו מסכים עם הגדרת הכבדה כאונס, ופותר את הפועל שחלתה אשתו רק משום שאין יסוד לחייבו בדיני נזיקין (הסתיוגות דומה נראה להלן, הערה 360, בעניין הכבדה על המעסיק).

משאלתו של 'שער משפט' ניכר, שלדעתו יסוד הפטור במסכת נדרים אינו הכלל "אונס רחמנא פטריה" אלא **אומדנא דמוכח**, כשיטת הר"ן (לעיל, הערה 90, ולהלן, ליד ציון הערה 458). ייתכן ש'תרומת הדשן' מבין את הפטור במסכת נדרים כמו הרא"ה (לעיל, הערה 88, אות א), כמיוסד על דין "אונס רחמנא פטריה", ולפי אין להחיל על מי שפעל בעל כורחו את התוצאות המשפטיות של פעולתו, וזה יכול לכלול אולי גם מי שעשה כן בשל מחלת קרוביו (אמנם לדעת הרב ישראל, להלן, ליד ציון הערה 546, פסקו של 'תרומת הדשן' מיוסד על **אומדנא** ולא על הכלל "אונס רחמנא פטריה", אבל כאמור אין הכרח בדבר).

³⁵⁶ ואכן ראה רש"י, כתובות ג ע"א, ד"ה דמדאורייתא, ממנו עולה שהפטור מחמת אונס בסוגיית נדרים, לרבות במניעה מחמת מחלת בנו, הוא מטעם "אונס רחמנא פטריה" (ראה לעיל, ליד ציון הערה 85). כך משתמע לכאורה גם מלשון תשב"ץ, חלק א, סימן א, ד"ה עוד יש אונס אחר: "אם חלה בנו היינו למימר דמקרי אונס לענין למפטריה, **משום דאונס רחמנא פטריה**". וראה גם שו"ת רשב"ש, סימן שלט, ד"ה והדרך השלישית: "יש נדרי אונסין ושבועות מותרין... נשבע ונדר ואחר כך נאנס ולא יכול לקיים, כגון מה ששנינו בפרק ארבעה נדרים שהפסיקו נהר או חלה הוא או חלה בנו, **ונפקא להו התם מ'ולנערה לא תעשה דבר'**". כך עולה גם מבית יוסף, יורה דעה, סימן רכח, ס"ק מו, בהסברו לשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן רעח, בעניין הפרת הסכם שידוכים של חתן שלא הגיע לחתונה משום שהיגר למקום אחר. לדעת 'בית יוסף' ה"אונס" באותו מקרה היה "מפני שהיה תחת יד אביו ולא היה יכול להתפרנס אם יצא מתחת ידו" (ובעקבותיו ראה ערוך השולחן, שם, סימן רלב, סעיף ג). אבל השווה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יורה דעה, סימן סט, ד"ה ועוד איך וד"ה ומעתה נעתיק, שהבין שהלכה זו מיוסדת על **אומדנא**. ברם יש להעיר, שתקדים זה של הרשב"א מופיע גם בשו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן רלז, ושם מפורש שה"אונס" באותו מקרה היה שהחתן נכלא בבית האסורים, ולפי זה אין מדובר בהכבדה אלא במניעה של ממש להגיע לחתונה (המהדיר במהדורת מכון ירושלים, הערה 8, מעיר ש'בית יוסף' לא היה נדחק לפרש כפי שפירש לו ראה תשובה מקבילה זו של הרשב"א). וראה שו"ת הסבא קדישא, חלק ב, אבן העזר, סימן יד, ד"ה ויש לתמוה על דברי מרן.

אמנם יש לציין שיש המצמצמים את חידושו של 'תרומת הדשן' וסבורים שאפשר שאינו אמור אלא כשצפויה סכנת חיים אם לא יסעד הפועל את בנו או את אשתו (ראה שו"ת אבן שתיה (דון יחיאל), אבן העזר, סימן צג, ד"ה לפי"ז (ק"ח ע"ד), על פי שו"ת הריב"ש, להלן, הערה 375, בפירושו הראשון למשנת נדרים, שם. והשווה חסדי דוד, לעיל, הערה 353), ולפי גישתם יש לפקפק במקור זה כראיה להרחבת דין האונס גם על הכבדה, שכן לפי זה אין כאן הכבדה גרידא אלא מניעה של ממש. אבל ראה שער משפט, שם, שדחה גישה מצמצמת זו, משום שאם כן הלכה זו הייתה צריכה לחול לגבי כל אדם ולא רק לגבי אשתו ובנו של הפועל, שהרי חובת הצלה חלה כלפי כולי עלמא: "דאם כן אף כשחלה קרובו ושאר אוהביו נמי נימא הכי, דפשיטא גרם היזק נפשות עדיף טפי מגרם היזק דממון. אלא ודאי דליכא הכא גרם חשש סכנת נפשות שהיא חששא רחוקה טובא". וראה להלן, הערה 375.

אף אם מחלת קרובו אינה עולה כדי פיקוח נפש, אולי כוונת 'תרומת הדשן', הרשב"ץ והרשב"ש, **שהדין מחייב אותו** לטפל בהם (כלשון הריטב"א, נדרים כז ע"א, ד"ה ולמדנו: "חולי בניו ובני ביתו **המוטלים עליו**"), ואם כך, שוב אין להביא מכאן ראיה שהכבדה דינה כאונס, שכן הוא מנוע **מכוח הדין** ואין לו שיקול דעת (כעין מה שראינו לעיל, הערה 41).

³⁵⁷ בדומה למה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 143 ואילך, לעניין מעסיק שנאנס.

³⁵⁸ שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רכה. יש להעיר שדברי מהר"ח אור זרוע לא הובאו להלכה בפוסקים. וראה להלן, הערה 373. עוד יש להעיר, שאפשר ש'אור זרוע' בעצמו לא התכוון לכך, ויש לפרש אחרת את דבריו, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 402.

כותבים לעצמם תנ"ך. הוא רואה בכך אונס, ופותר את בעל הבית מלשם לסופר מעבר למה שהספיק לכתוב. הוא מסיק זאת בהיקש מן הסוגיה התלמודית שדננו בה לעיל³⁵⁹, בעניין פועלים שהעסקתם בעיבוד השדה **נמנעה** כתוצאה מירידת גשמים (סוגיית דוולא), שם נקבע שהמעסיק פטור מתשלום שכרם. ומכאן לכאורה שלדידו דין **הכבדה** כדין **מניעה**³⁶⁰.

אולם דומה שהרחבה זו מכוח סוגיית דוולא אינה מקובלת על הרמ"א³⁶¹. לדעתו יש להבחין בין מניעה להכבדה: "דכל זה [סוגיית דוולא] לא מיירי [=אינו אמור] אלא **שאי אפשר לעשות השכירות או הפעולה מחמת אונס**, אבל **במקום דאפשר לגמור השכירות... זה אינו תלוי בזה כלל**"³⁶².

בשאלה זו, אם נכון או לא נכון להקיש מסוגיית דוולא על נסיבות שבהן המשך קיום החוזה גורם **הכבדה** בלבד, נחלקו פוסקי זמננו (תוך התעלמות מדברי הרמ"א) בזיקה למזמין מונית, ובאמצע הדרך נקלעת המונית לפקק תנועה, המייקר מאוד את עלות הנסיעה (שהוסכם עם בעל המונית שתקבע לפי מונה)³⁶³. מזמין המונית טוען לסיכול, ומבקש לסיים את הנסיעה, ולשלם לפי המונה עד כאן. ואילו בעל המונית טוען, שאין להטיל עליו את ההפסד הכרוך בשהייה בפקק, אלא על

³⁵⁹ לעיל, ליד ציון הערה 143.

³⁶⁰ אם כי ראה אבן יעקב (פרייזלר), חלק א, סימן כה, ס"ק ה, המעיר שאפשר שמהר"ח אור זרוע נוקט כשיטת התוספות (לעיל, הערה 132), לפיה אין למעביד המפטר את עובדו אלא חובת **פיצויים** (שיסודם בדיני נזיקין), ולעניין זה אכן דין הכבדה כדין אונס (הסתייגות דומה ראינו לעיל, הערה 355, בעניין הכבדה על הפועל). אבל אפשר שלמי שנוקט שניתן לאכוף על המעביד את החוזה (כפי שנוקט הרמב"ן, לעיל, הערה 134), אין די בהכבדה כדי לפטור **מאכיפה**, שכן הפועל שמוכן ומזומן לעבוד, נחשב כמי שכבר זכה עקרונית בחלקו, ורק מניעה מוחלטת פוטרת את המעביד מאכיפה. ראה בהרחבה דיונו לעיל, פרק 2.ב, עמ' פפ. וראה חוק לישראל, **תרופות בשל הפרת חוזה**, סעיף 3, פרק שישי, ה.

³⁶¹ שו"ת הרמ"א, סימן כ, ד"ה ולא שייך. הוא דן במי שהשכיר חדר בביתו, ומבקש לבטל את החוזה ולמנוע את כניסת השוכר לבית, משום שאשתו של השוכר לקתה במחלה מידבקת. ראוי לציין שהרמ"א אינו דוחה את ההיקש מסוגיית דוולא כשלעצמו, אף שעניינה של אותה סוגיה בשכירות פועלים בעוד שהוא דן בשכירות נכסים. בכך הוא צועד בעקבות מהר"ם מרוטנבורג, כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 290. והשווה להלן, סוף הערה 395.

³⁶² הרמ"א שולל גם פטור מטעם אומדנה (כלומר, המשכיר אינו יכול לטעון שעל דעת כן לא השכיר את החדר). ראה לכך הוא מביא בעיקר מן הירושלמי, בבא מציעא, פרק ח, הלכה ט, בעניין מי שהשכיר בית ומצא עצמו בלא קורת גג אחרי שבית מגוריו שלו נפל (ראה בהרחבה, ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 424-426). עוד הוא מוסיף לשלילת ההסתמכות על סוגיית דוולא: "וזה פשוט, דאם היה יכול לחזור מטעם דשוכר הוה ליה לאתנווי [כפי שעולה מסוגיית דוולא], אם כן אחר שנכנס נמי [יכול היה להוציא]. אלא ודאי זה הטעם לא שייך כלל לכאן".

[דבריו תמוהים לכאורה, שכן הכלל העולה מסוגיית דוולא אינו שעל **השוכר** להתנות, אלא להפך על **המשכיר** (הפועל) להתנות. נמצא אפוא שמקור זה לא רק שאינו סותר את הפסק שלו, אלא הוא יכול לשמש לו ראיה; למשכיר החדר אין עילה לבטל את השכירות, שכן עליו היה להתנות! אולם אפשר שהכלל לפיו על הפועל להתנות הוא משום שהוא מבקש להוציא ממון מן המעסיק (הוא תובע ממנו את שכרו), ואילו כאן המשכיר אינו מבקש להוציא ממון מן השוכר אלא לבטל את השכירות, ואילו השוכר הוא שמבקש להוציא ממון מן המשכיר (הוא מבקש לעשות שימוש בחדר שלו), ועל כן עליו היה להתנות. ומשום כך נזקק הרמ"א להבחנה בין מניעה להכבדה].

³⁶³ לדיון בשאלה ההפוכה, היינו שהוסכם מראש על מחיר הנסיעה (לא לפי מונה) ובשל העיכוב שנוצר מבקש בעל המונית להשתחרר מהתחייבותו, ראה פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ב, הערה נא, ד"ה על פי האמור. וראה עוד לעיל, סוף הערה 284.

הנוסע לשלם את המחיר המלא שיציג המונה עד השלמת הנסיעה שהוזמנה (נבהיר ונסייג, שלדעת כולם הדיון ההלכתי עולה רק במידה שאין הנושא מוסדר בחוק או שאין לגביו מנהג מדינה).

חלק מן המחברים שעסקו בשאלה זו³⁶⁴, מכריעים לטובת הנוסע ופוטרים אותו מהשלמת הנסיעה בשל ההכבדה שנגרמה לו (התייקרות הנסיעה). הם מסיקים זאת מסוגיית דוולא, ממנה עולה, שאם אירע אונס ששני הצדדים יכלו לצפות באותה מידה - וכך הוא פקק תנועה - ידו של הפועל (בעל המונית) על התחתונה, שעליו היה להתנות מראש, שיקבל את שכרו גם אם תתארך הנסיעה בשל פקק, ומאחר שלא עשה כן, עליו לשאת בהפסד.

הרב שלמה עמאר³⁶⁵ דוחה את גישתם. לדעתו, יש להבחין בין אונס המונוע את ביצוע העבודה ובין אונס שאינו מונע את ביצוע העבודה, אלא מאט אותה ומייקר אותה³⁶⁶. בדומה לרמ"א (אך כאמור, בלי להסתייע בדבריו), הוא מטעים, שהסוגיה שסקרנו לעיל, דנה באונס המונוע את המשך העבודה (אי אפשר לעדור את השדה או להשקותה), ורק בכגון זה, יש מן הפוסקים שפוטרים את המעסיק מתשלום שכרו של הפועל. אבל אם הפועל יכול להמשיך לעבוד, והנסיבות מכבידות על המעסיק שיידרש עתה לשלם יותר מן המתוכנן, בשל התארכות העבודה, חובת ההתנאה עליו ולא על הפועל. על כן לדעתו, אין למזמין המונית, עילה לסיים חד צדדית את הנסיעה, ולהטיל את ההפסד על בעל המונית, אלא עליו להמשיך ולשלם עד סיום הנסיעה שהוזמנה.

ב. אם אכן דין הכבדה כדין אונס, ואף היא פוטרת מאכיפה ומפיצויים, הרי שגם אם הותנה בין הצדדים על קנס מוסכם, תהיה למפר עילת פטור במקרה של הכבדה על קיום החוזה³⁶⁷. כך עולה

³⁶⁴ ראה: הרב יהודה אריה הלוי דינר, "שאלות ופסקים בעניינים שונים", קול התורה נב (תשס"ב), עמ' קצג, בעמ' קצה-קצז; "נוסע במונית שהתעכב בגין פקק", הישר והטוב א (תשס"ו), עמ' קמח; חשוקי חמד, נדה ס ע"ב (בעניין "שכר מונית שיסיעו למקום פלוני ונקלעו לפקק, האם יכול לרדת באמצע הדרך"). והשווה לב אהרן (בוארון), חו"מ, סימן יא, אות ד (באות ג, הוא קובע שאם מדובר בפקק מצוי ההפסד על הנוסע, שכן "אדעתא דהכי עלה למונית וסבר וקבל". וכך נוקט גם הרב אברהם פיעטרקובסקי, באר חנוך, חלק ב, חיפה תשס"ח, פרק ז, אות יד. אבל גישתם צריכה עיון שכן מן הסוגיה עולה שהמעסיק פטור גם באונס מצוי ובלבד שהפועל היה מודע לו כמותו). וראה גם: שערי חיים (רוטר), חלק ב, סימן קנ.

³⁶⁵ שו"ת שמע שלמה, חלק ז, סימן ד (וחוזר ומטעים הבחנה זו שם, סימן ה, אות ב, ד"ה וכאן שניהם). וראה שו"ת ברוך אומר, ירושלים תשע"ז, סימן קד. ודומה שכן נוקט גם 'משאת משה' (לעיל, הערה 224).

³⁶⁶ לשאלה מה הדין אם אין לו עוד תועלת בנסיעה, כגון שהזמין את המונית לנמל תעופה ובשל הפקק אין לו עניין להגיע לשם, שהרי הוא יגיע אחרי המראת המטוס, ראה דיונונו להלן, פרק 3.ב(2), עמ' פפפ.

³⁶⁷ וכך פוסק שו"ת אמרי נועם (הורוביץ), סימן יח, בעניין מי שמכר את ביתו והסכים, באיום קנס, לפנות את הבית עד מועד מסוים. בהגיע המועד, התברר למוכר שהקונה עלול להתחמק מתשלום התמורה, והוא חושש לפנות את ביתו, פן יקשה עליו לגבות מן הקונה את חובו. הוא פוטר אותו מן הקנס ומטעים, שהפטור הוא מכוח טענת אונס דווקא, ולא מכוח אומדנה (שכן בנסיבות העניין לא ברור שהייתה אומדנה דמוכה). בד"ה אולם בעיקר, הוא מוכיח מחלקת מחוקק (לעיל, הערה 120), שהפטור מכוח טענת אונס ("אונס ממוין") מועיל גם בנסיבות שאינן עולות כדי אומדנה דמוכה ("מבואר בדברי החלקת מחוקק דהא דהבת ממאנת אינו אומדנה דמוכה לכל העולם, ועם כל זה, באם לא נתן שטר [על דרך תיקון חכמי ספרד] רק התחייב את עצמו בקנס הוי אונס ופטור, אף דלא אמרינן בבירור דעל דעת זה לא נתתיב").

לכאורה מן ההיקש שעושה התלמוד³⁶⁸ בין מי שהדירזו חברו אם לא יבקרנו ("נדרי אונסין" – שכאמור, הוא המקור ממנו הסיק 'תרומת הדשן' את דינו), ובין מי שוויתר על שטרותיו אם לא יתייצב בבית הדין עד יום פלוני ("מתפיס זכויותיו"), שגם זה האחרון, **אף שקיבל על עצמו את קנס הוויתור**, פטור מהתחייבותו גם כשנמנע מלהתייצב בבית הדין בשל **מחלת בנו**, ולא רק בשל מחלת עצמו³⁶⁹.

אולם, כפי שהדגשנו לעיל³⁷⁰, בדיונו על אונס (מניעת הקיום), פטור זה לא יחול אם שינוי הנסיבות היה בגדר דבר **שכיח** הניתן לצפייה, כגון שהמעבורת הייתה בצד השני של הנהר ומשום כך נמנע ממנו להגיע אל בית הדין שבעיר במועד³⁷¹, שאז על המתחייב היה לסייג מראש את חיובו, ומשלא עשה כן, הפסיד.

כך עולה לכאורה מפסקו של הרדב"ז³⁷², בעניין משודכת שהבטיח לה אביה נדוניה ומת, והותר אותה עניה, והיא מפרה את הבטחת הנישואין בטענה שאינה רוצה להתחתן בלא נדוניה. הרדב"ז קובע, שאף אם נראה בכך משום הכבדה (דבר שהוא מפקפק בו, שכן מקובל מאוד ששנים עניות נישאות בלא נדוניה), אין בה עילה לפטור אותה מן **הקנס המוסכם**, משום ש"עניות שכיח ובעלי בתים יורדין מנכסיהם, והוה לה לאתנויי 'אם לא יתן אבי נדוניה', שתהיה פטורה מן הקנס", ומשלא התנתה על כך מראש, חייבת היא בתשלום הקנס.

בדומה לזה נראה, שאם נכרת חוזה עבודה וחוזק החוזה **בקנס מוסכם**, ולאחר מכן מבקש המעסיק לחזור בו, בשל משבר כלכלי שגרם לירידה בהזמנות, או שירד מנכסיו, וטוען לפטור מחמת אונס, אין לקבל טענתו, משום שאלה אירועים מצויים בחיי המסחר, ומדרכו של עולם הם, ועליו היה להתנות עליהם מראש³⁷³.

³⁶⁸ נדרים כז ע"א. וראה בהרחבה דיונו לעיל, ליד ציון הערה 78 ואילך. והשווה להלן, ליד ציון הערה 458, הצעת הבנה אחרת בסוגיה, לפיה יסוד הפטור אינו בכלל "אונס רחמנא פטריה" אלא בתנאי מכללא ("אומדנא דמוכח").

³⁶⁹ כפי שנפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן נה, סעיף א.

³⁷⁰ לעיל, הערה 99.

³⁷¹ ואכן ראה נדרים כז ע"ב. וראה לעיל, ליד ציון הערה 95. אמנם משנת נדרים (לעיל, הערה 353), הפוטרת את המודר הנאה במקרי אונס, כוללת גם את המקרה של "עכבו נהר", אבל ראה רא"ש, שם, פרק ג, סימן ט, המטעים שעיקב זה הוא מחמת **מי גשמים והפשרת שלגים** דווקא, דבר שאינו שכיח, ולא בגלל שהמעבורת הייתה בצד העיר, שהוא אונס שכיח. וראה גם רבנו ירוחם, תולדות אדם וחוה, נתיב יד, חלק ג (קט ע"ד). וכך נקט להלכה הש"ך, חו"מ, סימן נה, ס"ק א. אבל השווה: שו"ת מהרש"ך (לעיל, הערה 99); שו"ת פני משה (להלן, הערה 554, והערה 556); 'מחנה אפרים' (לעיל, הערה 98), לדעתם הפטור בסוגיה אמור גם ב"פסקיה מברא".

³⁷² שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן תסג. הוספנו "לכאורה" משום שאפשר שיסוד הפטור לפי הרדב"ז אינו מכוח אונס אלא מכוח אומדנא דמוכח, שנרחיב עליו בתת-הפרק הבא. אבל מלשונו נראה יותר שיסוד הפטור לדעתו הוא מכוח טענת אונס, שכן אינו מזכיר את עניין האומדנא כלל.

³⁷³ על פי זה, נראה שיש לקיים את פסקו של שו"ת דברי יוסף (בירדוגו), חו"מ, סימן של, הדין ברצען שהעסיק פועל, תוך הסכמה ביניהם שכל החוזר בו, יחויב בקנס. המעסיק ביקש לפטר את הפועל, בטענה של ירידה דרמטית בהזמנות. הרב בירדוגו דוחה את טענתו, ופוסק לטובת הפועל, מן הנימוק, שזהו אונס צפוי, שעל המעסיק היה להתנות עליו. הוא מסתמך על שו"ת באר עשק, סימן ג, הכותב בהקשר אחר: "כי הקב"ה עושה סולמות, מוריד לזה

ג. בסיום תת-פרק זה נעיר, שמלבד העובדה שהחלת הכלל "אונס רחמנא פטריה" על הכבדה, אינה מוכחת בדעת 'תרומת הדשן'³⁷⁴, יש פוסקים השוללים לחלוטין את החלת המושג "אונס" על הכבדה³⁷⁵. ואולם, הכבדה עשויה בכל זאת לשמש עילת פטור מן החיוב החוזי מכוח דוקטרינות

ומעלה לזה" (וכך נקט גם פני מבי"ן (בירדוגו), הלכות שכירות פעולים, סימן שלד, סעיף א). נימוק זה אינו מתיישב לכאורה עם הסוגיה שדננו בה בהרחבה לעיל, הערה 143 (והוזכרה גם לעיל, ליד ציון הערה 55), ממנה עולה, שאף באונס צפוי, חובת ההתניה על הפועל, ולא על המעסיק, וכפי שכבר הערנו לעיל, הערה 150. אולם למעשה, נראה שיש לקיים את הפסק, משום שכאן מדובר בקנס מוסכם, שבו חובת ההתנאה באונס שכיח מוטלת על המתחייב (וראה לעיל, הערה 151). זו גם הסיבה, שאין סתירה בין פסק זה ובין מה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 358, בשם מהר"ח אור זרוע, בעניין ירידת המעסיק מנכסיו, כעילת פטור מהמשך העסקת הפועל, שכן מהר"ח אור זרוע דיבר בחוזה רגיל בלא קנס מוסכם, ואילו דברינו כאן אמורים בחוזה שהוסכם בו על קנס במקרה של הפרה. והשווה נתיבות שכיר, ירושלים תשע"ו, פרק כה, הלכה כד, הערה כג (עמ' רמג). לדעתו, כוונת הרב בירדוגו אינה לחיוב גורף, אלא רק לאותו מקרה, שבו רק המעסיק, כבעל העסק, היה אמור לצפות את הקשיים שנקלע אליהם, ולא הפועל. אבל פירוש זה אינו מתיישב עם המקורות שהביא 'דברי יוסף' עצמו.

³⁷⁴ ראה לעיל, הערה 355 והערה 356.

³⁷⁵ א. כך נוקט שו"ת הריב"ש, סימן שפז, ד"ה ולענין טענת האונס (במהדורת מכון ירושלים). על תשובה זו נרחיב להלן, ליד ציון הערה 478. הריב"ש מטעים באופן מאוד רדיקלי שהגדרת אונס (הנלמד מן הפסוק "ולנערה לא תעשה דבר", ראה לעיל, ליד ציון הערה 79) היא רק מניעה פיזית **ולא הכבדה** (אפילו לא סכנת חיים, אם כי סכנת חיים היא עילת פטור מדין פיקוח נפש). אשר למשנת נדרים ג, ג (שהיא המקור לחידושו של 'תרומת הדשן', לעיל, הערה 352), הנראית כסותרת קביעה זו (שהרי היא פוטרת מן הנדר בשל מחלת הבן אף שיש כאן **רק הכבדה** ולא מניעה מוחלטת), הריב"ש מציע שלושה הסברים: א) הבן שמדובר בו במשנה נמצא בסכנת חיים אם לא יישאר אביו ליד מיטת חוליו, כלומר הפטור הוא מדין **פיקוח נפש** (הוזכר לעיל, הערה 356); ב) אף אם אין כאן פיקוח נפש, בענייני **שבועות ונדריים** יש פטור מיוחד בסוג זה של אונסים כשהנדר עוד לא נכנס לתוקפו ("האדם בשבועה – פרט לאונס"). ראה שבועות כו ע"א, וראה להלן, נספח ח, ליד ציון הערה 1091, אבל אין להרחיבו לדיני ממונות ובוודאי לא כשהחובה כבר נכנס לתוקפו; ג) **אומדנה ברורה** היא שנוספות כאלה לא היו כלולות בנדר (על הסבר זה, ראה להלן, הערה 458, הערה 477. והשווה, להלן, הערה 1094).

על תשובה זו של הריב"ש הסתמך ר' אפרים זלמן מרגליות (בעל שו"ת בית אפרים) בדונו בעניין בעל שנתן גט על תנאי לאשתו, אם לא יחזור מחו"ל עד מועד מסוים, ובינתיים גזר המושל גזרה שכל החוזר מחו"ל דינו להיאסר לצורכי חקירה כנגד זייפנים. הוא קובע לאור תשובת הריב"ש, שחשש זה אינו בגדר אונס. ראה דבריו בשו"ת אגודת אזוב (מרגליות), אבן העזר, סימן לד, אותיות ט-יד. אבל השווה הרב משה זאב מרגליות, אגודת אזוב, שם, סימן לה, אות יא, בהגה"ה, שאין להוכיח כן מדברי הריב"ש, שכן אפשר שרק "אונס גרוע", קרי הכבדה שאינה משמעותית ביחס להתחייבות היא שאין להגדירה כאונס, אבל הכבדה רצינית (כדוגמת החשש מפני מאסר, הנדון שם) ייתכן שיודה הריב"ש שדינה כאונס.

ב. נעיר שלפי ההסבר השני של הריב"ש (שהפטור הוא יחודי לשבועות ונדריים), לא היה מקום לכאורה להיקש שעושה התלמוד בין נדרי אונסין למתפיש זכויותיו (ראה לעיל, ליד ציון הערה 368, ולהלן, ליד ציון הערה 459), שהוא עניין ממוני מובהק. תמיהה זו מעלה רבי עקיבא איגר, יורה דעה, סימן רלב, סעיף יב, ד"ה נדרי אונסין. אך ראה חידושי חתם סופר, נדרים כז ע"א, ד"ה ואמנם, שההיקש אינו לעיקר הפטור, אלא רק לדחיית הטענה שאף באונס שאינו שכיח אין פטור משום שהיה לו להתנות. ועוד השווה חקרי לב, יורה דעה, סימן רלב, ד"ה והיה מקום, המעלה אפשרות שלפי הריב"ש ההיקש שעושה התלמוד בין נדרי אונסין למתפיש זכויותיו הוא רק ביחס לאונס גמור ("חלה הוא") ולא ביחס להכבדה ("חלה בנו"), ושלא כדברי הר"ן שנביא להלן, הערה 460. נעיר שהריטב"א קדם לריב"ש בפירוש הסוגיה לפיו יסוד הפטור בגזרת הכתוב (ראה להלן, הערה 1093), וכבר עמד בעצמו על הקושי העולה מן ההיקש לפטור בדין "מתפיש זכויותיו", ראה חידושי הריטב"א, נדרים כז ע"א, ד"ה ואי קשיא לך.

ג. כשיטת הריב"ש, שהכבדה אינה עולה כדי אונס, נוקט לכאורה גם בן דורו הרשב"ץ. ראה תשב"ץ, חלק א, סימנים צד-צו. הוא קובע שגם אם קיום ההתחייבות יגרום למתחייב לבטל מצוה, "אונס מצוה" אינו מתיר לו להפר את

משפטיות אחרות, כגון מכוח תנאי מכללא, כאשר ברור שנסיבה זו לא הייתה כלולה בהתחייבות, וכפי שנרחיב להלן.³⁷⁶

(2) נושה שאין לו עניין בקיום החוזה (סיכול המטרה)

(א) מבוא

יש מצבים שבהם שינוי הנסיבות אינו מונע מהחייב מלקיים את חיובו על פי ההסכם, אבל לנושה אין יותר עניין בקיום החיוב, כגון ששכר מכונית, אך אינו מסוגל לנסוע בה, בשל מחלה או שהתערוכה שהתכוון להגיע אליה בוטלה.³⁷⁷ במצבים אלה מדברים על "סיכול המטרה", להבדיל מ"סיכול הקיום". המלומדים חלוקים בשאלת דין "סיכול המטרה" במשפט הישראלי, אם כי אינם חולקים באשר לדין הרצוי.

לדעת טדסקי³⁷⁸, החוק בישראל, בניסוחו הנוכחי, אינו מכיר בסיכול המטרה כעילה לביטול החוזה ולשחרור הנושה מחלקו בו, והוא קורא לתיקון החוק.³⁷⁹

לעומתו, של³⁸⁰ סבורה שאין צורך בתיקון החוק. לדעתה, סעיף הסיכול בחוק הקיים, כולל גם סיכול המטרה, מאחר שכאשר אין לנושה עוד עניין בקיום החוזה, הרי החוזה "שונה באופן יסודי

התחייבותו. הוא דן במי שהתחייב כלפי אשתו שלא ישא אשה שנייה, ושאל יעשה כן יתן לה גט וישלם לה את כתובתה (על התחייבות זו ראה להלן, הערה 531). משעברו עשר שנים ולא נולדו להם ילדים, ביקש הבעל לשאת אישה שנייה, וטען שהוא אנוס להפר את התחייבותו בשל חיובו לקיים מצוות "פרו ורבו". רשב"ץ (סימן צה, ד"ה עוד הרואה) דוחה את טענתו: "העושה דבר מעצמו, אף על פי שהוא עושה כן לקיים מצותו אינו בכלל אונסין... אמשול לך משל למתק הדבר הזה בפך: הרי שגרש אשתו בתנאי אם לא באתי מכאן ועד שלשים יום ויפרש בתנאי 'אלא אם כן נאנס' - שאם לא פירש אפילו נאנס הרי שגרש אשתו בתנאי אם לא באתי מכאן ועד שלשים יום ויפרש בתנאי 'אלא אם כן נאנס' או איזו מצוה שתרצה ונטרפה אותה שעה במצוה זו ולא בא, היעלה על דעתך שזה אנוס הוא ואינו גט!! ואם קבלה אשתו קדושין מאחר לא יהיו קדושין?!" (רשב"ץ מוסיף נימוק אחר לדחיית טענת הבעל והוא, שגם אם אנוס מצוה היה נחשב אונס, "הרי בכאן אינה מעכבת על ידו שלא ישא, אלא שיפרענה בתנאי שהתנה עמה, וישא [אחרת] ויקיים מצותו"). להלן, ליד ציון הערה 583, נראה שרשב"ץ סבור שאין גם לפטור את הבעל מהתחייבותו מטעם אומדנה ("תנאי מכללא"). לדעה חולקת לפיה גם "אנוס מצוה" אנוס הוא, ראה: שו"ת הרמב"ם (להלן, הערה 642); שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן קיד; שם, סימן שכז; שם, חלק ב, סימן תרנה. לדיון בחילוקי הדעות בין פוסקים אלה, ראה מחנה אפרים, הלכות שבועות, סימן ב. כנראה כדי להימלט מחילוקי דעות אלו התקינו חכמי מרוקו תקנות בעניין זה, המתירות לבעל לשאת אישה שנייה בהתקיים נסיבות אלה או אחרות המונעות ממנו קיום מצוות פרו ורבו. ראה פרידמן (להלן, הערה 531), עמ' 346 (מילואים לעמ' 46).

³⁷⁶ ראה להלן, פרק 3. ג, עמ' פפפ.

³⁷⁷ להלן, הערה 383, נראה שיש להבחין בין שני המקרים.

³⁷⁸ ג' טדסקי, "סיכול החוזה", מסות במשפט, ירושלים תשל"ח, עמ' 106, 114-116.

³⁷⁹ לדעת אייל זמיר, חוק חוזה קבלנות, ירושלים תשנ"ה, עמ' 398, הערה 712, טדסקי אמר כן לפני חקיקת חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, אבל לאחר חקיקת החוק סביר להניח שהיה מסכים להסיק את הפטור מכוח היקש לסיכול הקיום שבסעיף 18. לעומתו השווה מור (לעיל, הערה 5), בעמ' 524: "נראה שניסוח עילת הסיכול כטענת הגנה אשר שמורה רק למפר מונעת מן הצד שמנגד לטעון לסיכול מטרה". והשווה ידן (לעיל, הערה 4), עמ' 153-154, המבקר את טדסקי: "סבורני כי ברוח הקודיפיקטיבית הפועמת בחוק זה... התכוון המחוקק לכסות את מלא הקשת של סיכול, כולל 'סיכול המטרה', וכי יש לתת לכוונה זו משקל גדול יותר מן הניתוח האנליטי של הנוסח".

ממה שהוסכם עליו בין הצדדים", כהגדרת הסיכול בסעיף 18(א). היא מוסיפה, שעיקרון תום הלב ופרשנות תכליתית של החוזה עשויים, אף הם, להביא למסקנה, שסיכול המטרה הוא בגדר סיכול החוזה.

ברק מדינה³⁸¹ מסכים עם גישה זו. גם הוא מציין: "הכרה בסיכול החוזה במקרים של 'אי מעשיות' היא סימטרית, במידה רבה, להכרה בסיכול המטרה כעילה לביטול החוזה או לשינוי תנאיו. בשני המקרים מדובר במצבים בהם קיום החוזה הוא אפשרי, אך התועלת מן החוזה קטנה, בין משום שעלות הביצוע הופכת להיות גבוהה מן הצפוי ובין משום שהתועלת מן הקיום הופכת להיות נמוכה מן הצפוי"³⁸². עם זאת הוא מטעים, שהדברים אמורים רק בנוגע למטרה המשותפת לשני הצדדים לחוזה, או לכל הפחות בנוגע להנחה המשותפת לשניהם בדבר "תכלית" החוזה (להבדיל מסיכול מניע פרטי שאינו בגדר סיכול החוזה, כגון ששכר דירה בתל אביב משום שמצא שם תעסוקה, ולבסוף בוטלה העסקתו³⁸³). דוגמה להנחה משותפת, הוא מביא³⁸⁴ מפסק הדין האנגלי המפורסם Krell v. Henry³⁸⁵, בעניין שוכר דירה המשקיפה על מסלול תהלוכת ההכתרה של מלך אנגליה אדוארד ה-7. ברגע האחרון בוטלה התהלוכה בשל מחלת המלך, ולשוכר כבר לא היה עניין בשכירות. בית המשפט באנגליה ראה בכך סיכול החוזה, ופטר את השוכר מתשלום דמי השכירות. מדינה מסביר, שאין מדובר כאן בסיכול מניע פרטי, מפני שדמי השכירות, שהיו מן הסתם גבוהים, נקבעו על יסוד ההנחה המשותפת שהתהלוכה תתקיים. התהלוכה שירתה אפוא גם את המשכיר, בכך שאפשרה לו לגבות מחיר גבוה, ואם כן מדובר בסיכול תכלית החוזה, אף שתכלית זו לא צויינה במפורש בגוף החוזה.

הצעת חוק דיני ממונות מבקשת להסיר כל ספק בעניין זה, והיא מגדירה במפורש כסיכול גם "התרחשות נסיבה חדשה המכשילה את מטרת ההתקשרות בחוזה"³⁸⁶.

³⁸⁰ שלו וצמח (לעיל, הערה 6), עמ' 781.

³⁸¹ מדינה (לעיל, הערה 6), עמ' 434 ואילך.

³⁸² שם, עמ' 422. ראוי לציין שטדסקי (לעיל, הערה 378) אינו מתעלם מהקבלה זו בין סיכול הקיום לסיכול המטרה, שהרי הוא כותב, בע' 139: "סיכול מטרתו של הנושה אפשר לראותו כהנחה מקבילה לקיום שנעשה 'שונה' לחיוב, מבחינת המדיניות הראויה בשני המקרים". אלא שלדידו מדיניות ראויה לחוד ולשונו המפורשת של החוק לחוד, ועל כן הוא קורא לתיקון החוק.

³⁸³ אלא אם כן המניע הפרטי מקבל ביטוי בחוזה עצמו ובכך מגדיר את "תכליתו". ראה מדינה (לעיל, הערה 6), עמ' 436-437. על כן, בדוגמאות שהוזכרו בפתח הדברים, לעיל, ליד ציון הערה 377, בעניין שכירות מכונית, ביטול התערוכה לשמה נשכרה המכונית אינה עילת פטור, משום שאינה אלא מניעה פרטי של השוכר. לעומת זאת, מחלת השוכר היא עילת פטור משום שאפשרות השימוש בפועל במכונית היא מטרה משותפת שבלעדיה לא היה נקשר החוזה.

³⁸⁴ מדינה (לעיל, הערה 6), עמ' 437.

³⁸⁵ 2 K.B. 740 [1903].

³⁸⁶ סעיף 130(2) להצעת החוק.

בפרק הקודם דננו בפגיעה באפשרות קיום החוזה בשל שינוי נסיבות שאירע לנושה. בחלק ניכר מן המקרים שנסקרו במסגרת זו, במקביל לאי-אפשרות הקיום, סוכלה גם מטרת החוזה. כך הוא במעסיק ששכר פועל כדי להשקות את שדהו, ובינתיים ירד גשם, ואין עוד צורך בעבודתו³⁸⁷; כך הוא באב ששכר מלמד לבנו ומת הבן או חלה³⁸⁸; וכך הוא במי ששכר שירותי תובלה ימית להוביל חביות יין וטבע היין³⁸⁹.

הפוסקים, כמו **רבנו חננאל** וסיעתו³⁹⁰, שאינם רואים במקרים אלה עילה לפטור את הנושה (המעסיק), אף שהחייב (הפועל) אנוס מלקיים את חיובו (בשל אונס המעסיק), בוודאי יחייבו את הנושה כאשר מטרת החוזה לבדה היא שסוכלה³⁹¹. אך נשאלת השאלה, מה עמדת הפוסקים האחרים - **ריב"ם**³⁹² ו**ריב"ן**³⁹³ - הפוטרים את הנושה, כל אחד מטעמו, כאשר סוכל הקיום; האם לדעתם, די בסיכול המטרה גרידא לפטור את הנושה אף שהקיום אפשרי עדיין?³⁹⁴

לשון אחר, מהו הדין, לשיטות אלו, כשהנושה (התובע מן הצד השני את קיום חיובו החוזי) יכול תיאורטית לקבל את ההתחייבות, אך ההנאה שהוא ציפה להפיק ממנה, ו**שהחייב היה מודע לה**³⁹⁵, שונה באופן יסודי ממה שציפה.

³⁸⁷ ראה לעיל, ליד ציון הערה 143.

³⁸⁸ ראה לעיל, ליד ציון הערה 193, וליד ציון הערה 212.

³⁸⁹ ראה לעיל, ליד ציון הערה 154.

³⁹⁰ ראה לעיל, ליד ציון הערה 188.

³⁹¹ אלא אם כן הנושה ציין מראש את המטרה עד שהיא עולה כדי תנאי בחוזה. ראה להלן, הערה 401.

³⁹² ראה לעיל, ליד ציון הערה 161.

³⁹³ ראה לעיל, ליד ציון הערה 202, וליד ציון הערה 210.

³⁹⁴ להבחנה זו בין הסוגיות שנדונו לעיל ובין נדונו, ראה עולת איש (שרבאני), ענייני שכירות, ירושלים תשע"ג, עמ' שעד, הערה טו.

³⁹⁵ אם החייב לא היה מודע ל"מניע הפרטי" של הנושה (כלשונו של מדינה), ברור שסיכולו לא יכול לשמש עילת פטור. ראה עולת איש, שם, הערות טו-טז. הוא מוכיח זאת בקל וחומר מדברי הרא"ש (בבא מציעא, פרק ו, סימן ג), בהסברו השני לחיובו של מעסיק ששכר פועלים לעדור את שדהו ולא סייר אתם מקודם בשדה, והפועלים מצאו את השדה לחה עד שאינה ראויה לעידור ("לא סיירא לארעיה מאורתא - פסידא דבעל הבית"): "כיון שלא הרקם מערב באיזה שדה יעשו מלאכה, יכולין לומר 'לריפקא [=לעדור] סתם השכרתנו, **תנה לנו שדה אחרת דחזיא לריפקא**', הלכך נותן להן שכרן כפועל בטל" (כך פירש גם רש"י, בבא מציעא עז ע"א, ד"ה לא סיירא: "מי יימר דלדעתא דההוא ארעא אגרתן", אבל השווה לעיל, הערה 146. וכך עולה גם מפירושם של 'נתיבות המשפט' והגר"א בתשובות הרא"ש בעניין איחור בהחזרת בהמה מושכרת בשל הצפת הנהר, כשלא צוינה מטרת השכירות, ראה לעיל, הערה 284). וראה הרב גולדברג (להלן, הערה 409), שהפנה בעניין זה לתרומת הדשן, שו"ת, סימן שכט (המפנה בעצמו לרש"י, שם). וראה סמ"ע, חו"מ, סימן שלד, ס"ק י.

'עולת איש' נוטה לומר, שלא די שהחייב יהיה מודע למניע הפרטי של הנושה, אלא נדרש שהנושה יזכיר בפירוש מניע זה בשעת ההתקשרות, אלא אם כן מדובר במניע שהוא ברור מאליו, כמו במי שהזמין מונית לנסוע לנמל תעופה עם מזוודות, ועם כניסתו למונית קיבל הודעה שהטיסה שלו מבוטלת.

ניתן לכאורה להביא ראיה מן התלמוד, שגם סיכול המטרה גרידא משמש עילת פטור. התלמוד³⁹⁶ דן באדם שנשכר להביא תרופה ממקום רחוק, תוך ידיעה שהתרופה מיועדת לחולה מסוים, וכשחזר משליחותו עם התרופה התברר שמת החולה או שהבריא, וסוכלה מטרת שליחותו:

השוכר את הפועל להביא כרוב ודורמסקנין לחולה, והלך ומצאו שמת או שהבריא - נותן לו שכרו מְשָׁלִם³⁹⁷ [=שלם]... התם עביד שליח שליחותיה [=שם עשה השליח את שליחותו].

מן הנימוק של התלמוד "התם עביד שליח שליחותיה", כלומר שחיוב השולח הוא משום שהשליח כבר עשה את שליחותו³⁹⁸, מסיק הרמב"ן³⁹⁹, שאילו שינוי הנסיבות היה מתרחש לפני כן ולא עשה השליח את שליחותו, היה בכך עילת פטור מתשלום שכרו, בדיוק כמו בסוגיית הפועלים ששינוי נסיבות סיכל את השלמת מלאכתם:

אלמא אלמלא לא הביאם, אף על פי⁴⁰⁰ שהבריא או שבאו לו דורמסקנין ממקום אחר ואינו צריך לאלו, אינו נוטל שכרו, והיינו דרבא דאמר האי מאן דאגר אגרי לדולא ופסק נהרא בפלג דיומא.

ומכאן שסיכול המטרה גרידא אף הוא דינו כאונס⁴⁰¹.

אפשר שכך יש להבין גם את פסקו של מהר"ח אור זרוע⁴⁰² בעניין בעל בית עשיר שהזמין סופר לכתוב לו תנ"ך, וירד מנכסיו. לעיל⁴⁰³ דננו בתקדים זה במסגרת הדיון על הכבדה על קיום החוזה.

³⁹⁶ בבא קמא קטז ע"א-ע"ב. וראה להלן, נספח א, ליד ציון הערה 943.

³⁹⁷ למסורות שונות בקריאת מילה זו, מְשָׁלִם או מושלם, ראה: ורהפטיג (לעיל, הערה 32), עמ' 599, הערה 5; אליהו לוי, "על ניקור נותנין לו שכרו 'משלם'", בית אהרן וישראל צט (תשס"ב), עמ' קעה-קעו.

³⁹⁸ ליישום עיקרון זה, ולפיו אם יצא החוזה אל הפועל, כי אז סיכול אינו יכול לשמש עילת פטור, ראה שו"ת מהרי"ל דיסקין, קונטרס ספיקות ופסקים, אות רכב. הוא דן במי ששכר שליח ללכת למקום פלוני, ותוך כדי ביצוע השליחות התברר למעסיק שכבר אין בה צורך, ושלח שליח אחר אחריו להחזירו, ופשע השליח השני ולא הודיע לשליח הראשון. הוא פוסק, שהמעסיק חייב לשלם לשליח את כל שכרו, מפני שהוא עשה את שליחותו, "ומה לי ולאונסך שפשע בדך [השליח השני]?".

³⁹⁹ חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עז ע"א, ד"ה ואתא. וראה אבן יעקב (פרייזלר), חלק א, סימן כה, ס"ק ג.

⁴⁰⁰ נראה שכוונתו שהפטור חל לא רק כשמת החולה, שלא נתקיימה מטרת השליחות, אלא אפילו אם החולה הבריא או שהגיעה לו תרופה ממקום אחר, והיה מקום לומר שמאחר שנתקיימה מטרת השליחות מאלה, נזקף הדבר לזכותו של השליח. ראה בעניין זה המחלוקת בין הרמב"ן לראב"ד, להלן, נספח א, עמ' פפ. והשווה אהלי יאודה, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ד, הנוקט שדעת הרמב"ן בעניין זה היא דעת יחיד.

⁴⁰¹ לכאורה, מקור זה אינו עולה בקנה אחד עם שיטת רבנו חננאל השולל הכרה בסיכול המטרה, כפי שכבר הערנו לעיל, ליד ציון הערה 390. ואולם, אפשר שלדעתו הנסיבות בסוגיה עולות כדי גילוי דעת מפורש של השולח שהשליחות היא לטובת החולה, ומשכך הרי זה כתנאי מפורש, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 437.

⁴⁰² שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רכה.

⁴⁰³ לעיל, ליד ציון הערה 358.

אולם לאור דברי מהר"ח אור זרוע המטעים את הפטור בכך שאנשים במצבו הכלכלי של המזמין אינם נוהגים לכתוב לעצמם תנ"ך, ולא שבמצבו הכלכלי קשה לו לעמוד בהוצאה, ייתכן שראה בנסיבות אלה משום סיכול המטרה; היינו, שלנוכח שינוי מצבו הכלכלי של בעל הבית, אין לו עוד עניין בנתיבת הספר⁴⁰⁴. ואם כנים הדברים, לפנינו מקור להכרה בסיכול המטרה כאונס.

מקור נוסף להכרה בסיכול המטרה יש מי שמביא⁴⁰⁵ מתוך פירושו של 'נתיבות המשפט' להלכה התמוהה לכאורה של מהר"ם מרוטנבורג שראינו לעיל⁴⁰⁶, בעניין מלמד שגזר המושל שלא ילמד. מהר"ם פוסק, שמאחר שמניעת הוראת המלמד באה כתוצאה מ"מכת מדינה", חייב המעסיק להמשיך ולשלם לו את שכרו. כזכור, הקושי בהלכה זו הוא, מדוע לראות ב"מכת מדינה" שיקול להחמיר עם המעסיק, הרי סוף סוף הוא אנוס! ואדרבה "מכת מדינה" אמורה להיות שיקול נוסף לפטור! לדעת 'נתיבות המשפט'⁴⁰⁷ פשר העניין טמון בייחודו של חוזה ללימוד תורה. מאחר שכידוע אסור כעיקרון לקבל שכר על לימוד תורה⁴⁰⁸, עניינו הפורמלי של החוזה הוא שמירת הילדים וההשגחה עליהם ("שכר שימור"), אף שברור לכל שמטרת החוזה האמתית היא ההוראה. אשר על כן, כאשר ברור שאין לייחס את מניעת ההוראה למזלו של המלמד, וכך הוא בגזרת המושל ("מכת מדינה"), מאחר שהחוזה הפורמלי לא סוכל, שכן ניתן להמשיך ולהשגיח על הילדים, אין למעסיק עילה להיפטר מחיובו כלפי המלמד. ומכאן, שבמכה פרטית, סיכול המטרה (לימוד תורה) כשלעצמו משמש עילת פטור⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ הוא מסיק את הפטור בהיקש מסוגיית התלמוד שדננו בה לעיל, ליד ציון הערה 143, בעניין פועלים שהועסקו להשקות שדה וירד גשם. נעיר שמכאן עולה, שבשונה ממה שהוצע עד כה (ראה לעיל, ליד ציון הערה 387), הוא מפרש מקרה זה כסיכול המטרה בלבד ולא גם כסיכול הקיום, לאמור: הפועלים אינם מנועים מלקיים את חלקם בחוזה, שכן הם יכולים לשפוך מים על גבי השדה, אלא שלמעסיק אין עניין להשקות שדה המושקת כבר במי גשמים.

⁴⁰⁵ ראה עולת איש (לעיל, הערה 394), סימן נו, אות ב. והשווה הרב גולדברג (להלן, הערה 409).

⁴⁰⁶ לעיל, הערה 325.

⁴⁰⁷ נתיבות המשפט, סימן שלד, ס"ק א.

⁴⁰⁸ ראה נדרים לו ע"א.

⁴⁰⁹ והשווה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קסא, ד"ה ואמנם, הדוחה את הסברו של 'נתיבות המשפט' משני טעמים: (א) "והסברא רחוקה מן הדעת"; (ב) "וגם לא קיימא לן הכי אלא שכר פיסוק טעמים כר"י בנדרים לו ע"א וכמו שכתב ר"ן שם וכך פסק הרמב"ם. ועוד כתב שם הר"ן, ד"ה ולענין הלכה וכו', דנוטלים שכר בטלה". הוא מציע הסבר אחר, ולפיו הוראה כמורה כעבוד שדה, שכן היא מחייבת השקעה רבה בתחילת השנה כדי לקטוף את הפירות בסיומה (וכפי שכבר ראינו לעיל, סוף הערה 337). מנחת אשר (לעיל, הערה 149), עמ' נב-נג, דוחה הן את הסברו של 'נתיבות המשפט' והן את הסברו של חתם סופר. לביקורת על 'נתיבות המשפט' ראה גם הרב ישראלי (לעיל, הערה 325), בעמ' 223. ראה הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), בעמ' פ-פא.

והשווה עוד הרב אליעזר רפאל גולדברג, "בדין ביטול נסיעה מחמת אונס צדדי", אהל המשפט (תשי"ע), עמ' קעד, בעמ' קעו. הוא מבקש להסיק מ'נתיבות המשפט' מסקנה הפוכה, לפיה סיכול המטרה גרידא אינו אונס, ודומה שלא שת לבו להבחנה בדברי 'נתיבות המשפט' בין מכת מדינה למכה פרטית. על פי זה הוא פוסק שמי שהזמין מונית ונתייתה הנסיעה (תכנן לנסוע לסבתא ולבסוף הגיעה הסבתא אליו בהפתעה), חייב בדמי פועל בטל לבעל המונית. לגופו של עניין, דומה שפסק זה נכון, אבל לא מנימוק זה אלא מנימוק אחר (עליו הוא עומד בעצמו בתחילת דבריו), והוא שבעל המונית לא היה מודע למטרת הנסיעה. ראה לעיל, הערה 395.

מסקנה מרחיקת לכת אף יותר עולה מפירוש הראב"ד⁴¹⁰ לסוגיית התלמוד בעניין הפועלים שנשכרו כדי להשקות שדה⁴¹¹ שם נקבע: "אתא נהרא – פסידא דבעל הבית". הראב"ד מפרש, שאין הכוונה שהנהר עלה על גדותיו והשקה את השדה⁴¹², אלא "שעלה ונתקרב אל השדה ובמעט שיפתחו ראשי תלמים יכנסו המים וישקו את השדה". עם זאת, הראב"ד מסייג את ההלכה. לדעתו היא אמורה רק אם עלה הנהר עד פתח השדה **לאחר שהפועלים החלו בעבודה** והקל עליהם את מלאכתם⁴¹³, ולא אם אירע הדבר לפני שהחלו הפועלים במלאכת ההשקיה. ומסיק מכאן הרשב"א⁴¹⁴: "למדנו מדבריו, שאף על פי שלא נגמרה מלאכה, שהרי עדיין צריך לפתוח פתחים בראשי תלמים [ולא סוכל אפוא הקיום], **כל שהוקלה כל כך עד שאינו צריך אלא מלאכה מועטת, הרי זה כאלו אינו צריך להם כלל**, ואפילו הלכו עד שלא חזר בהם - אינו נותן להם כלום"⁴¹⁵. לפי זה, עילת פטור קיימת לא רק כאשר לא ניתן להשיג את מטרת החוזה, אלא גם כאשר הנושה יכול להשיגה בקלות יתירה המייתרת את ההתקשרות⁴¹⁶.

(ג) ההבחנה בין שכירות נכסים לשכירות פועלים

לפי רוב הפוסקים, מסקנה זו בדבר ההכרה בסיכול המטרה כעילת פטור, אמורה רק בשכירות פועלים ולא בשכירות נכסים, שם הם רואים בסיכול המטרה סיכנון של השוכר בשל אופייה

⁴¹⁰ מובא בחידושי הרשב"א, בבא מציעא ע"ב, ד"ה אמר.

⁴¹¹ בבא מציעא ע"ז ע"א. וראה לעיל, ליד ציון הערה 143.

⁴¹² כפי שפירש רש"י, שם, ד"ה אתא נהרא. לפי הסברו של רש"י (ד"ה פסידא דבעל הבית) בכגון זה נושא המעסיק בהפסד משום ש"פועלים אינם יודעין במנהג שדהו שיהא נהר עולה להשקותו, אך הוא היה יודע", בהתאם לעיקרון שעמדנו עליו לעיל, ליד ציון הערה 146.

⁴¹³ בהתאם לשיטתו לעיל, הערה 144, וראה להלן, נספח א, ליד ציון הערה 941.

⁴¹⁴ לעיל, הערה 410.

⁴¹⁵ עמדה זו של הרשב"א תמוהה לכאורה, שכן הוא נוקט כמו רבנו חננאל שאפילו סיכול הקיום אינו עילת פטור אם הוא נגרם כתוצאה משינוי נסיבות שאירע לנושה-המעסיק, וכפי שפסק לדוגמה בעניין המשרת שמעסיקו מת לפני סיום תקופת ההעסקה, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 194. והלא כבר הקדמנו, לעיל, ליד ציון הערה 390, שהפוסקים כרבנו חננאל וודאי אינם מכירים בסיכול המטרה כעילת פטור. אולם כפי שהערנו לעיל, הערה 195, יש אומרים שהרשב"א אינו נוקט כרבנו חננאל, ומטיל את הסיכון על המעסיק רק כשהחוזה בין הצדדים נקשר במעשה קניין.

⁴¹⁶ כעין זה עולה גם מחזון איש, חו"מ, סימן א, ס"ק כו, בעניין שולח שהזדמן לו לעשות בעצמו את הפעולה נשוא השליחות. והשווה שו"ת ישיב יצחק (שכטר), נתניה תשס"ד, חלק ח, חו"מ, סימנים פח-פט, בעניין אִם שהפסיקה לעבוד ואינה זקוקה עוד לשירותי המטפלת לבן שלה. לדעתו (שם, סימן פט, עמ' תצב), העניין שנוי במחלוקת ראשוניים, אבל דומה שאין הנדון דומה לראיה. וראה הרב מנדל ויליגר, "הזמין פועל למלאכה מסוימת ואח"כ לימדו אחר איך לעשות", **בית ועד להכמים** (בית מדרש "ערוך לנר" - רמת שלמה), שנה א, רבעון ב (תשע"ה), עמ' שא, בעמ' שד. וראה הרב סגל (להלן, הערה 686).

והשווה מנחת צבי, הלכות שכירות פועלים, סימן א, אות יד. הוא דן במי שהזמין ארון אצל נגר ולאחר מכן קבל ארון במתנה ואינו זקוק עוד לארון. לדעתו, אין זה נקרא אונס ש"אין מניעה מצד בעל הבית שמעכב ממנו מלעשות ארון נוסף, אלא ישנה סיבה צדדית שלכן הוא איננו זקוק כעת לארון". לכאורה דבריו אינם מתיישבים עם דברי הרשב"א. והשווה עוד להלן, הערה 944.

הקנייני של העסקה. בהתאם לכך פוסק הרשב"א⁴¹⁷, בשוכר בית שמת, שחייבים היורשים להמשיך ולשלם דמי שכירות, אף שאין להם עניין בהמשך השכירות⁴¹⁸. כפי שכבר ראינו לעיל⁴¹⁹, לא כך נוקט מהר"ם מרוטנבורג. בדונו בשוכרת בית שנפטרה במהלך תקופת השכירות, הוא פוסק⁴²⁰, בהיקש מסוגיית סיכול העסקת הפועלים שסקרנו לעיל⁴²¹, שיורשיה **פטורים** מלשלם את דמי השכירות לתקופה שאחרי פטירתה, משום שמטרת השכירות הייתה למגורי אמם. אין לטעון שפשר גישתו הוא, ששכירות נכסים אינה עסקה קניינית, שהרי גישתו היא שגם שכירות פועלים היא בעלת אופי קנייני⁴²². אלא לדידו, הפטור מיוסד על הנחת מחילה של המשכיר, והנחה זו קיימת בין בשכירות פועלים ובין בשכירות נכסים, שלדידו שתיהן עיסקאות קנייניות הן⁴²³.

⁴¹⁷ ראה לעיל, ליד ציון הערה 281. הצגה זו בדעת הרשב"א נכונה רק אם נאמץ את הדעה לפיה בשוכר משרת שמת (לעיל, הערה 194), חייבים היורשים להמשיך ולשלם למשרת את שכרו **רק מפני שהעסקתו נעשתה בקניין**. ראה לעיל, הערה 415. לעומת זאת, אם הרשב"א מאמץ את שיטת רבנו חננאל (שאינו מכיר אף לא בסיכול הקיום של המעסיק כעילת פטור, ראה לעיל, הערה 390), אין מקום לשיטתו להבחנה שאנו מעלים כאן בין שכירות נכסים ובין שכירות פועלים.

⁴¹⁸ אמנם הרשב"א מעלה אפשרות לפטור את היורשים מכוח אומדנה (עילת פטור שנרחיב בה בדיונונו להלן בסמוך). אולם הוא דוחה אפשרות זו, משום שכל זמן שניתן להמשיך בחוזה על ידי היורשים אין כאן סיכול, וממילא אין עילה לבטל את העסקה מכוח אומדנה: "ואילו קנה בית, ונתחייב בדמיו, ומת קודם שידור שם... הנאמר בזה: הרי נאנס ולא דר ונתבטל המכר, וכענין שאמרו באדעתא למיסק לארץ ישראל [ראה להלן, הערה 437]! אלא שזה קנה כדי שישתמשו בהן, הוא ובניו אחריו, וכן זה".

לכאורה היה מקום לתמוה, מדוע בעניין המשרת שמעסיקו מת לפני סיום תקופת ההעסקה (לעיל, הערה 194), לא העלה הרשב"א אפשרות לפטור את יורשי המעסיק מכוח אומדנה? והלא כאן בשונה משכירות בית, המשרת אינו עובר אליהם בירושה! אולם אין מקום לתמיהה זו, שכן הרשב"א מציין שם שמנהג הספנים הוא לשלם למשרת גם במצב זה, וממילא מובן שאין מקום לפטור מכוח אומדנה.

וראה עוד לעניין אומדנה שו"ת צמח צדק (שניאורסון), ח"ו"מ, סימן מה, ד"ה אך לכאורה יש וד"ה ומ"מ לענין.

⁴¹⁹ כפי שכבר ראינו לעיל, ליד ציון הערה 288.

⁴²⁰ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן אלף ב (מובא במרדכי, בבא מציעא, סימן שמה). וראה להלן, נספח א, הערה 946.

⁴²¹ לעיל, ליד ציון הערה 143.

⁴²² וכפי שכבר ראינו בדיונונו לעיל, ליד ציון הערה 290.

והשווה בכורי גשן (גורטלר), חלק ב (תשע"ט), סימן כח (עמ' תקעא-תקעג). הוא דן במוסד ששכר בית מגורים במטרה שישמש "הוסטל" לנערים עם צרכים מיוחדים. משנודע הדבר לשכנים, התנכלו למוסד עד שזה חזר בו מן השכירות. מאחר שמטרת השכירות צוינה במפורש על ידי המוסד, ולאור תשובת הרא"ש (לעיל, הערה 284), נוטה תחילה הרב גורטלר לפסוק לטובת המוסד. אבל הוא מפקפק שמא הלכה זו אמורה רק בשכירות פועלים ובשכירות בהמות בשל אופיין החוזי, ולא בשכירות בתים, בעלת האופי הקנייני, שם על השוכר היה להתנות שייפטר מתשלום והיה ואונס ימנע ממנו את השגת המטרה. אמנם, כפי שראינו לעיל, הערה 288, מהר"ם מרוטנבורג פוטר את השוכר בשל אונס סובייקטיבי גם בשכירות בית, אבל לדעתו יש לצמצם את דבריו לאונס שאינו מצוי (כדוגמת מות השוכר). אבל, אם השוכר היה מודע לאפשרות קרות האונס, כפי שהיה באותו מקרה שם ידעו השוכרים שהשכנים מתנגדים להקמת הוסטל בשכונתם, יודה מהר"ם שאין לשוכר עילת פטור משום שעליו היה להתנות שייפטר באם יתממש האונס. נעיר, שהבחנה זו שמציע הרב גורטלר בדעת מהר"ם בין אונס מצוי לאונס שאינו מצוי תמוהה מאוד; הלא מסוגיית דוולא, שהיא המקור לגישת מהר"ם, מוכח שהפטור של השוכר אמור גם באונס מצוי, ובלבד שגם המשכיר היה מודע לאפשרות התרחשותו של אונס זה.

⁴²³ וכפי שביארנו דבריו לעיל, ליד ציון הערה 216. והשווה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה; תשורת ש"י, מהדורא תניינא, סימן קכז, ד"ה ובחכ"צ. לדעתם, יסוד הפטור לפי מהר"ם מרוטנבורג הוא מכוח אומדנה של השוכר

ג. פטור על יסוד תנאי מכללא ("אומדנא דמוכח")

כבר הקדמנו⁴²⁴, שאף אם אין מכירים בהכבדה כאונס, אין זה סותם את הגולל על הכרה אפשרית בשינוי יסודי מן המוסכם - לרבות בשל "סיכול המטרה" - כעילת פטור, וזאת מכוח דוקטרינות אחרות המגדירות את היקף החוזה. אחת מהן, אם לא העיקרית שבהן, היא דוקטרינת ה"תנאי מכללא", שבבסיסה "אומדנא דמוכח" שלא על דעת נסיבות אלו התחייב המתחייב בחוזה. דוקטרינה זו, שהיתה בעבר אבן יסוד של דיני הסיכול במשפט הכללי⁴²⁵, נדונה בהרחבה במשפט העברי. אין צריך לומר, שדוקטרינה זו עשויה לשמש עילת פטור נוספת גם במקרי אונס (מניעת הקיום)⁴²⁶.

לפני שנלבן יסודה והיקפה של עילת פטור זו, נבהיר שהשימוש בה הוא רחב וחורג אל מעבר לדיוננו, שכן היא עשויה להפקיע לא רק התחייבות חוזית אלא אפילו עסקה קניינית⁴²⁷, מה שמחייב כמובן משנה זהירות בשימוש בה⁴²⁸.

(ולא של המשכיר). גישתם אפשרית רק אם מסבירים את סוגיית דוולא, שמהר"ם מתבסס עליה, כמוסדת על אומדנא. אמנם, לעיל, הערה 205, ראינו שיש מי שמפרש כך את שיטתו, אבל אנחנו נקטנו הבנה אחרת בדבריו, כפי שהערנו שם.

⁴²⁴ לעיל, ליד ציון הערה 347.

⁴²⁵ ראה לעיל, הערה 13 והערה 50. וראה דויטש (לעיל, הערה 7), בעמ' 17: "לדיני התנאי מכללא, שמור מקום מיוחד בפיתוחם של דיני הסיכול. דינים אלה שימשו כמקור המשפטי, אשר עליו נסמכה הפסיקה האנגלו-אמריקאית, בתחילת פיתוחה של תאוריית הפטור מחמת שינוי נסיבות קיצוני. שינוי נסיבות פטר מביצוע, משום שאילו נשאלו צדדים, במעמד העסקה, מהו ההסדר בו הם חפצים, בוודאי היתה תשובתם, כי מובן מאליהם שיש לפטור אותם מהמשכו של הביצוע בתנאים אלה". וראה להלן, הערה 463, ביקורתו על גישה זו.

⁴²⁶ וכבר הערנו על כך לעיל, הערה 347.

⁴²⁷ אמנם, ביטול עסקה קניינית מכוח אומדנא בעייתי ונדיר הרבה יותר, אבל הוא קיים, כפי שעולה מן הסקירה הבלתי ממצה שלהלן:

- מקורות רבים מדברים על ביטול **מתנה** מכוח אומדנא. ראה להלן, ליד ציון הערה 431 ובהערה 435.

- יש מי שנוקט שאומדנא עשויה להצדיק ביטול **שכירות** נכס על אף אופייה הקנייני של השכירות. זו אולי דעת מהר"ם מרוטנבורג בעניין משכיר דירה שביתו נפל ומוצא עצמו בלא קורת גג, אם כי אינו מזכיר במפורש את נימוק האומדנא (ראה מרדכי, בבא מציעא, סימן שפג. וראה להלן, סוף הערה 1008). וכך נוקט גם שו"ת מהרש"ל (לוריא), סימן לח (בעניין מי שהשכיר את ביתו לאחר שקיבל זיכיון בעיר אחרת, ולאחר זמן נשלל ממנו הזיכיון והוא מבקש לחזור לעירו ולביתו. וראה להלן, הערה 568). אמנם דעה זו אינה מקובלת בין הפוסקים, ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף א; שו"ת הרמ"א, סימן כ (מובא להלן, הערה 574, אות א). וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 423, הערה 67 (בדיון על "צורך עצמי" כעילה לסיום השכירות). עם זאת, בהגחתו על השולחן ערוך, שם, מעיר הרמ"א: "ואם היה מושכר בענין שלא היה יכול לפדותו לעולם אם לא מכרו, יכול למכרו ולהוציאו מיד" (מובא להלן, ליד ציון הערה 570). ומסביר ערוך השולחן, שם, סעיף ג: "אמנם רבנו הרמ"א סבירא ליה דאף על גב דבנפל ביתו של משכיר אינו יכול להוציאו, מכל מקום היכא דפסדו לגמרי, כופין אותו לצאת, **דאומדנא גדולה היא**, שלא השכירו על מנת כן, ולא גרע מכל האומדנות דסימן רמ"ו". וראה בהרחבה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 424-428 (אבל ראה שם, הערה 85, הספק שאנו מעלים בדעת 'ערוך השולחן'). וראה עוד: לעיל, הערה 295 (בעניין שוכר בית שמת, וראה לעיל, הערה 423, שלפי 'מחנה אפרים' יסוד הפטור באומדנא); להלן, הערה 446 (בעניין שוכר בית שנעשה שונאו של המשכיר); להלן, נספח ה, עמ' פפ (בעניין משכיר רחיים). והשווה עוד הרב שלמה לוינגר, "ביטול השכירות מחמת אונס המשכיר", **מכון הוראה ומשפט** (בעלז) ט (תשע"ה), עמ' קפג, לדעתו, אפשרות ביטול עסקת שכירות תלויה בשאלת הגדרת מהות השכירות - קניינית או חוזית (זאת, בהתאם להבחנת 'נודע ביהודה', להלן, ליד ציון הערה 573).

כדי שתנאי בעסקה או בחוזה יהיה תקף, נדרש שייעשה **על דעת שני הצדדים**. בהתאם לכך, הדרך הרגילה היא שהתנאי ייאמר **במפורש**, כדי להוציאו מגדר "דברים שבלב" ש"אינם דברים"⁴²⁹,

- אפילו **מכר** עשוי להתבטל מכוח אומדנה, כפי שמטעים הש"ך (לעיל, הערה 295). וראה עוד: לעיל, הערה 234 (בעניין עבד עברי שחלה יותר משלוש שנים); להלן, הערה 435 (בעניין ביטול קניית פשתן); להלן, ליד ציון הערה 437 (בעניין ביטול מכר בית); להלן, הערה 445 (בעניין ביטול קניית עורות). וראה ב"ח, חו"מ, סימן צו, ס"ק כג, בעניין מי שקנה סחורה בהקפה ופשט את הרגל. לדעת הב"ח, המוכר קודם לשאר הנושים להיפרע מן הסחורה שמכר לו, ומסביר ר' מאיר פוזנר שהנימוק לכך הוא שיש "אומדנא דמוכח" שהמוכר מכר בתנאי שיקבל את התמורה, ומשלא קיבל אותה מתבטל המכר וממילא המוכר קודם לשאר הנושים לגבי אותה סחורה (ראה בית מאיר, אבן העזר, סימן צ, ס"ק ט. אמנם בית מאיר עצמו חולק על הב"ח. על מחלוקת זו ראה פתחי תשובה, חו"מ, סימן צו, ס"ק ב). וראה עוד: שו"ת חמדת אפרים (אפרים שרגא הלוי לוונטאל), אורח חיים, סימן סז, ד"ה ונלע"ד (בעניין מוכר שפועל בכוונת מכוון למנוע מהקונה ליהנות מן המוצר שקנה ממנו); שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק א, סימן רמ (בעניין מי שקנו קבר זוגי עבור הוריהם בשעה שהאב נפטר. כעבור זמן, נפטרה האם והתברר שגבאי "חברה קדישא" מכרו את הקבר שהיה מיועד לה לאדם אחר שנקבר שם באופן שלא ניתן לקבור אותה ליד בעלה. הרב פיינשטיין פוסק שיש בכך עילה לבטל את המכר משום שאומדנא דמוכח היא מצד הקונה שהמוכר לא יפעל לסיכול מטרת הקנייה, ומשכך הוא מתיר לפנות את האבא מקברו על מנת לקבורו ליד אשתו, שהרי הוא כמי שנקבר בקבר שאינו שלו שמותר לפנותו (והשווה אבן יעקב (וולדינברג), סימן כח, אות ט, שתמה על דבריו: "היכן מצינו כזאת שאם כעבור זמן בהתקיים המכר כדת וכדין יבוא המוכר ויגזול חלק ממה שמכר שיבטל על ידי זה המכירה, ובפרט אחרי שהלוקח כבר עשה שימוש לעצמו בחלק הנשאר").

- כלי זה של אומדנה רב עצמה כל כך שהוא עשוי לבטל אפילו **קידושין**, ראה להלן, הערה 565 והערה 567. וראה בהרחבה: בכורי גשן (גורטלר), חלק א (תשע"ט), סימן לח ("אומד דעת לביטול מקח או התחייבות") [= **שורת הדין** ג (תשנ"ה), עמ' רמו-רסה]; פתחי חושן, בדיני קניינים, פרק כ, סעיפים כט-לד; **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך א, ערך אומדנא, פרק ד - אומדנא מוכחת באישות.

⁴²⁸ על הזהירות מפני פסיקה על פי אומדנה, ראה דיוננו להלן, פרק 3.ג.5, עמ' פפפ.

לכאורה, סכנה זו אינה עורבת לפתחו של המשפט הישראלי. דויתש (לעיל, הערה 7), בעמ' 25, מטעים: "טענת הסיכול היא, איפוא, טענה הרלוונטית למקרה בו הארוע המסכל מתערב במהלך הביצוע עצמו. אין הטענה מועילה כאשר נכזבות הציפיות לתועלת מן החוזה, לאחר ביצועו". ולפי זה ודאי שטענת הסיכול אינה מועילה לביטול עסקה קניינית שיצאה אל הפועל. ואולם, בעמ' 27-28, בביקורתו על מה שפסק בית המשפט בע"א 865/76 **לופז נ' שושני**, פ"ד לא(3) 748 (1977), נראה שדויתש סותר את עצמו. באותו מקרה **קנה** אדון לופז מניות וסוכם שישלם תמורתן לשיעורין. זמן קצר לאחר שהשליטה בחברה הועברה אליו מכוח המניות שרכש, נפל לופז במלחמת יום הכיפורים. יורשיו טענו כי עסקת הרכישה הייתה מושתתת על אישיותו של המנוח ומשמשת סוכלה מטרת הרכישה. בית המשפט דוחה את הטענה בהטעימו כי יש להשוות את מצבם של היורשים למצבו של אדם, אשר רכש נכס, והנכס אבד לאחר שהגיע לידי, שם ברור שהקונה אינו זכאי להשתחרר מחובתו עקב האבדן, והוא הדין כאן. דויתש מסתייג מן ההשוואה: "ההקבלה האמורה בעייתית למדי: חוק המכר קובע הוראה קונקרטית ביחס לסיכונים פיזיים העלולים לפגוע בנכס. מן ההכרח הוא, אכן כי דינים קונקרטיים אלה יגברו על דין הסיכול... אולם בדוגמת פסק דין לופז אנו עוסקים בסוג אחר של ארוע, דהיינו ארוע, אשר הופך את החוזה ל'בלתי מעשי' (impracticable) כאן אין לדיני הסיכון במכר רלוונטיות ונפתחת הדרך ליישומם של דיני הסיכול. אם אמנם קיים פער קיצוני בין יכולת ההנאה מן הנכס כאשר המנוח היה בחיים, ליכולת להנות הימנו לאחר מותו, שורת הדין מחייבת את בדיקת תחולתם העניינית של דיני הסיכול על המקרה". כאמור דומה שדויתש סותר כאן את עצמו. לגופה, ההבחנה שמצביע עליה דויתש דומה מאוד להבחנה של 'חתם סופר' שנביא להלן, נספח ב, הערה 959.

⁴²⁹ קידושין מט ע"ב. וראה **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך ז, ערך דברים שבלב. וראה חוק לישראל, **פגמים בחוזה**, ירושלים תשע"ב, עמ' 28, הערה 21.

מלבד זאת, לפי חלק מן הפוסקים, בראשם הרמב"ם, נדרשים גם כללי פרוצדורה נוקשים הידועים כ"משפטי התנאים". ראה להלן, הערה 447.

ומה עוד שהצד השני אינו מודע להם. אולם, יש שתנאו של המתקשר ברור ומובהק כל כך ("דברים שבלבו ובלב כל אדם"), עד שאין ספק שהתקשרותו מותנית בתנאי זה, אף שלא הותנה הדבר במפורש⁴³⁰. בהתאם לכך פוסק הרמב"ם⁴³¹, במי שנתן את כל נכסיו במתנה: "לעולם אומדין דעת הנותן, אם היו הדברים מראין סוף דעתו, עושין על פי האומד, אף על פי שלא פירש. כיצד? מי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת, וכתב כל נכסיו לאחר, מתנה גלויה גמורה, ואחר כך בא בנו - אין מתנתו קיימת, שהדברים מוכיחין, שאילו ידע שבנו קיים, לא היה נותן כל נכסיו". ובלשון הרא"ש⁴³²: "דברים דאיכא [=שיש] אומדנא דמוכח בלא גילוי דעתו⁴³³, וכוונתו ידוע[ה] לכל, לאיזה דעת הוא עושה, אפילו לא גלה דעתו בשעת מעשה, לא הוי דברים שבלב, אלא עבדין [=עושים אנו] כאלו התנה"⁴³⁴, ואם השתנתה הנחת היסוד שעמדה בבסיס החוזה או שסוכלה מטרתו, יש לו אפוא לכאורה עילה לחזור בו מן החוזה⁴³⁵.

⁴³⁰ ראה תוספות, כתובות צז ע"א, ד"ה זבין (בשם ר"י). וראה עוד: שם, קידושין מט ע"ב, ד"ה דברים שבלב; רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן ט; שו"ת הרא"ש, כלל לד, סימן א (על תשובה זו ראה דיונו להלן, הערה 520). הרי"ד מעיד שכך נוקט גם רבנו חננאל: "אבל רבינו חננאל זצוק"ל כתב דכל היכא דמוכחא מילתא דאדעתא דהכי זבין ולא איתקיים, הדרי זביני" (פסקי רי"ד, קידושין נ ע"א, ד"ה אלא אמר). אבל הרי"ד עצמו חולק על כך, ראה להלן, הערה 435. וראה משה זילברג, **כך דרכו של תלמוד**, ירושלים תשמ"ד, עמ' 114-117.

⁴³¹ רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, פרק ו, הלכה א. על פי בבא בתרא קלב ע"א.
אמנם הרמ"א, חו"מ, סימן רז, סעיף ד, מביא ש"ש אומרים **דבמתנה דברים שבלב הויין דברים**. ביאור הגר"א, שם, ס"ק יד, מציין שה"ש אומרים "הוא ריא"ז (להלן, הערה 435), ונראה שהוא מבין את דבריו כפשוטם, שמתנה היא חריג לכלל, כנראה בשל היותה עסקה חד-צדדית. אבל לפי רוב הפוסקים אין להבין שיטה זו כפשוטה, ואף בפעולה משפטית חד-צדדית, דוגמת מתנה, חל בעיקרון הכלל "דברים שבלב אינם דברים", אלא שלפי שיטה זו "אומדן דעת כל דהו מבטל המעשה" (סמ"ע, שם, ס"ק י), ואין צורך באומדנא דמוכח. ראה בהרחבה חוק לישראל, **פגמים בחוזה**, ירושלים תשע"ב, עמ' 36, הערה 49. וראה להלן, הערה 435. והשווה להלן, הערה 566. וכן ראה ברוך כהנא, חוק לישראל, **מתנה**, סעיף 4 (בהכנה).

⁴³² שו"ת הרא"ש, כלל לד, סימן א (על תשובה זו ראה דיונו להלן, הערה 520). וראה גם שו"ת הרא"ש, כלל פא, סימן א (מובא ברמ"א, חו"מ, סימן רז, סעיף ד). שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתקמב, ד"ה ומה ששאלת, מטעים שלגבי הנותן את כל נכסיו במתנה מתוך הנחה שאין לו בן (בבא בתרא קלב ע"א), יש נימוק חזק במיוחד לבטל את המתנה מכוח אומדנא, והוא שזו "מתנה בטעות". וראה קונטרסי שיעורים (גוסטמן), קידושין, שיעור כא, אות ח. וראה להלן, סוף הערה 442.

⁴³³ על נסיבות בהן נדרש "גילוי דעת", ראה להלן, ליד ציון הערה 437.

⁴³⁴ הרא"ש מביא לכך ראיות רבות נוספות מהתלמוד ביניהן: "שטר מברחת" (כתובות עט ע"א) - אישה שלפני נישואיה כתבה שטר מתנה לבתה ובו העבירה לה כביכול את כל נכסיה, הבת אינה זוכה במתנה משום שברור בעליל שלא התכוונה האם אלא להבריא את נכסיה מבעלה (וראה חוק לישראל, **פגמים בחוזה**, ירושלים תשע"ב, עמ' 27 ואילך); "הכותב כל נכסיו לאשתו, לא עשאה אלא אפטרופא" (בבא בתרא קלא ע"ב); שכיב מרע שחילק כל נכסיו לאחרים ולאחר מכן הבריא, בטלה המתנה (בבא בתרא קמו ע"ב); לקח קרקע מן הבעל שהייתה משועבדת לאשתו, אף שחזר ולקח מן האשה, אין תוקף לעסקה משום שאומדנא דמוכח הוא שהאשה לא הסכימה לעסקה אלא משום שלום בית - "נחת רוח עשיתי לבעלי" (גטין נח ע"ב). הרא"ש מסכם: "בכל אלו הדברים סמכו חכמים ז"ל על אומדנא דמוכח לדון על פי אומד [כ]אלו עדים מעידים על דבר זה".

מכל אלה עולה לכאורה שיש בכוח אומדנא דמוכח אפילו **לבטל עסקה קניינית ולהוציא ממון מיד המוחזק**. אולם המושג "אומדנא דמוכח" אינו מוגדר דיו ועל כן הפוסקים מזהירים מפני השימוש בו. ראה על כך בהרחבה בדיונו להלן, פרק ג.3(5), עמ' פפפ.

⁴³⁵ אמנם לא כן נוקט רי"ד. לדעתו, מקורות התלמוד מהם עולה שיש בכוח אומדנא דמוכח לבטל עסקה (לעיל, הערה 434), אמורים רק **במתנה** שאופיה חד-צדדי ("ואזלין בתר אומדנא משום דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחרני"),

אמנם, יש שהאומדנה אינה מוכחת דיה בלא **"גילוי דעת" בשעת ביצוע הפעולה**, כפי שמטעים הרא"ש בהמשך דבריו⁴³⁶, בהקשר למובא בתלמוד⁴³⁷ בעניין המוכר את המקרקעין שלו על דעת לעלות לארץ ישראל ("ההוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל"): "אף על גב דגלי דעתיה מעיקרא וידוע לכל שלדעת כן הוא מוכר, בעי [=צריך] גילוי דעת"⁴³⁸ **בשעת מעשה**⁴³⁹; משום דליכא [=שאינן] אומדנא דמוכח בלא גילוי דעת, שהרבה פעמים אדם מוכר **קרקעותיו** ואין ידוע לעולם למה מוכרן"⁴⁴⁰. הוא הדין בעניין המובא בתלמוד⁴⁴¹ במי שמכר נכסיו כדי לממן עסקה

לעומת זאת עסקאות דו-צדדיות, כגון מכר, ניתנות לביטול מכוח **אומדנה רק בצירוף גילוי דעת**. ראה: פסקי הרי"ד, קידושין נ ע"א, ד"ה אלא אמ' (ליד ציון הערה 342 בהוצאת מכון התלמוד הישראלי השלם); תוספות רי"ד, שם מט ע"ב, ד"ה אמר רבה; פסקי ריא"ז (בשם סבו – הרי"ד), כתובות, פרק יא, סוף הלכה א; שלטי הגיבורים, כתובות נו ע"א (בדפי הרי"ף), אות ח (בשם ריא"ז). וראה לעיל, הערה 431.

אבל דעת רי"ד אינה מקובלת על התוספות ועל הפוסקים הרבים ההולכים בעקבותיהם (כפי שנעיר להלן, הערה 514). וראה גם חוק לישראל, **פגמים בחוזה**, ירושלים תשע"ב, עמ' 28, הערה 23. ואכן ראה שו"ת הרשב"ש, סימן שפז, ד"ה ולפי שכבודך. הוא דן בסוחרים שקנו פשתן מתוך כוונה לשלוח את הסחורה בספינה שנודמנה להם, ונאנסה הספינה ולא יכלו לשלוח את הפשתן. הוא מצדיק את פסקו של אביו (הרשב"ץ) לפיו הקונים רשאים לחזור בהם מן העסקה, משום שאומדנא דמוכח היא, שקנו רק בתנאי שיתאפשר המשלוח: "אומדנא דמוכח הוא שלא קנה זה פשתן והספינה בנמל אלא לשלחו במיורקה, ואם נאנסה הדרי זביני, דאן סהדי דלא קנאו אלא לשלחו". אמנם השווה כרם חמר, חלק א, חו"מ, סימן יד, בשם ר' שמואל ו' מלכה (מובא בפעמוני זהב (אנקווא), סימן רלב, סעיף ה). הוא דן בסוחר שקנה עורות, ולאחר הקניה אסר השלטון יצוא סחורה זו למקום **שדרך הסוחרים לייצא אותה**, ופוסק לרעת הקונה, שמזלו גרם ואינו יכול לבטל את המכר. אם כי שם הסוחר כבר שילם תמורת הסחורה ואילו בנדון הרשב"ץ דובר במכר באשראי. וצריך עיון. על אומדנא דמוכח ראה עוד הרב דניאל כ"ץ, "הסתמכות על אומדן", **שערי צדק** יב (תשע"א), 418, בעמ' 446-452 [=אור המשפט, חושן משפט, ירושלים תשע"ג, עמ' 109-115].

⁴³⁶ וכך הטעים גם תוספות, קידושין מט ע"ב, ד"ה דברים, בשם רי"י.

⁴³⁷ קידושין מט ע"ב - נ ע"א.

⁴³⁸ וכך נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רז, סעיף ד: "אבל המוכר סתם, אף על פי שהיה בלבו שמפני כך וכך הוא מוכר, ואף על פי שנראים הדברים שלא מכר אלא לעשות כך וכך, ולא נעשה, אינו חוזר, **שהרי לא פירש, ודברים שבלב אינם דברים**..." (וראה המשך ההלכה להלן, הערה 439).

וראה שו"ת הרשב"ש, סימן שפז, ד"ה אבל גילוי דעת, שלכאורה לפי הרמב"ם גילוי הדעת חייב להיות בדיבור דווקא, אבל לפי רוב הפוסקים, גילוי הדעת יכול להיות גם בהתנהגות. וראה שו"ת יד נתן (אורטנר), חלק ב, סימן נט, אות ב. ⁴³⁹ ראה חידושי הרשב"א, קידושין מט ע"ב, ד"ה בעידנא: "כיון שלא אמר **בשעת המכר**, קרינן להו דברים שבלב, דדלמא [=אולי] בשעת המכר חזר בו מכונתו ורוצה הוא למכור בין עולה [לארץ ישראל] בין אינו עולה". ועוד ראה תשב"ץ, חלק א, סימן צה, ד"ה הוי יודע: "ואף על פי שהדבר קרוב מאד שמפני זה מכר [שהרי כך גילה דעתו **לפני** ישעת מעשה], כיון שאפשר בדרך רחוקה שלא היה דעתו כן, לא אזלינן בתר דברים שבלבו, דלאו אומדן דעתא הוא כיון דאפשר למימר הכי ולמימר הכי [=אין זה אומדן דעת כיון שאפשר לומר כך ולומר כך]. וכך מטעים השולחן ערוך (לעיל, הערה 438): "...ואף על פי שקודם מכירה אמר שהוא מוכר על דעת לעשות כך וכך, **כיון דבשעת המכירה לא אמר, אינו חוזר**". וראה להלן, ליד ציון הערה 583.

⁴⁴⁰ וראה חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן ט. הוא מעלה את השאלה, האם זכות הביטול נתונה רק למוכר או שהיא נתונה גם לקונה? ומגיע למסקנה שהיא נתונה **רק למוכר**. הוא מטעים, שאמנם אילו הותנה במפורש שקיום המכר תלוי בכך שהמוכר יעלה לארץ ישראל, והתנאי לא נתקיים, העסקה הייתה בטלה מאליה, אבל שונה הדין בביטול עיסקת מכר מכוח אומדנה, שם הכל תלוי בהקפדת המוכר (דבריו נאמרו ביחס למוכר את שדהו על דעת לעלות לארץ ישראל וסוכלה עלייתו, אבל יש להניח שהם תקפים גם ביחס לאומדנא דמוכח בלא גילוי דעת). והשווה שו"ת גליא מסכת (להלן, הערה 997). לשאלה מעין זו בדין שליח שחרג מהרשאתו, ראה מ' ויגודה וחי' צפרי, חוק לישראל, **שליחות**, ירושלים תשע"ד, עמ' 356, הערה 156.

אחרת, ולבסוף בוטלה אותה עסקה בשל שינוי נסיבות שאינו תלוי בו⁴⁴². ואף כאן, משסוכלה מטרת החוזה **שגילה דעתו** עליה בשעת המכירה (מימון עסקה אחרת)⁴⁴³, יש למתקשר⁴⁴⁴ עילה לחזור בו⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ כתובות צו ע"א. וראה תוספות, שם, ד"ה זבין. וראה: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה ח; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רז, סעיף ג. אמנם השווה שו"ת הרא"ש, כלל פא, סימן א, שם כולל הרא"ש מקור זה בין המקרים בהם לא צריך גילוי דעת, ותמה על כך בית יוסף, חו"מ, סימן רז, ס"ק ז, ונשאר בצריך עיון. הב"ח, שם, ס"ק ז, מציג שהרא"ש בתשובה זו נמשך אחרי שיטת רש"י (כתובות שם, ד"ה זבין ולא איצטריכו ליה זוזי), שבכגון זה אם ידועה כוונת המוכר אין צורך בגילוי דעת, אבל מאוחר יותר, בפסקיו, חזר בו ונקט כתוספות שצריך גילוי דעת גם בכגון זה. על קושי דומה בשיטת התוספות, ראה להלן, הערה 463. וראה **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך ו, ערך גלוי דעת, ליד ציון הערה 18.

⁴⁴² וכגון שמכר קרקע לפלוני כדי לממן רכישת פרה מפלמוני וחזר בו מוכר הפרה (רש"י, כתובות צו ע"א, ד"ה ולא איצטריכו). דוגמה נוספת: "מי שמכר חצירו או שדהו, ופירש בשעת המכירה שהוא מוכר... מפני המטר שנמנע כדי לקנות חטים בדמי חצירו הרי זה כמוכר על תנאי, לפיכך אם ירד המטר אחר שמכר, או באו חטין והוזלו... או שלא נסתייע לו... לקנות חטים, הרי זה מחזיר אותן הדמים ותחזור לו קרקע, שהרי פירש שאינו מוכר אלא לעשות דבר פלוני והרי לא נעשה, וכן כל כיוצא בהן" (רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה ח).

כאשר, כבר בשעת ביצוע העסקה, טעה המתקשר בעניין **העובדות העומדות ברקע העסקה**, וההנחה היא שלו היה מודע לעובדות לאשורן, הוא לא היה עושה את העסקה, יש אומרים שהיא ניתנת לביטול מכוח אומדנא **גם בהעדר גילוי דעת** (וראה לעיל, הערה 432). כך מטעים מהר"ט בסוגיית כתובות שם, שזה לשונה: "ת"ש: דההוא בצורתא דהוה בנהרדעא [=הייתה בצורת בעיר נהרדע], ובנינהו כולי עלמא לאפדנייהו [=מכרו כולם את ביתם] (כדי לקנות חטין), לסוף אתו חטי [=הגיעו חטים]. אמר להו רב נחמן: דינא הוא דהדרי אפדני למרייהו [=הדין הוא שהבתים חוזרים לבעליהם]... **זביני בטעות הוו**, דאיגלאי מילתא דארבא בעקולי הוה קיימא [רש"י: ישל ידי שגדל הנהר הוצרכו הספינות ללכת עקלקלות, ואילו ידעו המוכרים כן לא היו מוכרים בתיבה, ומשעת מכירה הוה ליה טעות]". חידושי מהר"ט, שם, ד"ה זבין (בסופו), מטעים: "זביני בטעות הוא **ולא בעינן** [=צריכים] **גילוי דעת**". וראה גם: שו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק א, סימן קעט; שו"ת שארית יהודה (לר' יהודה ליב, אחי בעל התניא, ברוקלין תשס"ט), חו"מ, סימן ב, ד"ה גם בזה; כרם חמר (לעיל, הערה 435); שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן קפא; שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן קיא, ד"ה ובדבר מי. והשווה שו"ת אמרי יושר, חלק ב, סימן קנה (בעניין ביטול עסקה למכירת י"ש בשל אי ידיעת המוכר שבאותה שעה עלה מאוד המס על מכירת י"ש), לדעתו העניין שנוי במחלוקת בין רש"י ותוספות. וראה שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן לד, השולל טענת טעות, אם ניתן היה לברר את הטעות בטרם ביצע העסקה (הוא דן במי שמכר כרטיס הגרלה לאחר שכבר נערכה ההגרלה, ולא ידע שמדובר בכרטיס זוכה). וכך נוקט גם שו"ת דברי שלום (מזרחי), חו"מ, חלק ב, סימן קמט, ד"ה והנלעני"ד.

כאשר הטעות אינה ברקע העסקה אלא **באובייקט נשוא העסקה** עצמו, אין ספק שיש עילת ביטול גם בלא גילוי דעת, ראה לדוגמה: שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קעח, בעניין ביטול עסקה לקניית זיכיון משהתברר שהזיכיון בוטל לפני המכירה; שו"ת בית הלוי (סולובייצ'יק), חלק ג, סימן ג, בעניין ביטול קידושין בשל מומים שנמצאו בבעל בשעת הקידושין (הוא מבחין בין מומים אלה, שהם עילה לביטול הקידושין בטענת מקח טעות, ובין מום שהתפתח לאחר מכן, שלדחיית האומדנא שלא על דעת כן נישאה, די בחזקה "טב למיתב תן דו מלמיטב ארמילו", ראה להלן, הערה 552); שו"ת אחיעזר, חלק א, אבן העזר, סימן כז, אות ד, בעניין מי שקידש אישה והסתיר ממנה שהוא מחייב לאווין (וראה שם ביקורתו על שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימן פ, ד"ה וכיון שזה עולה). וראה חוק לישראל, **פגמים בחוזה**, ירושלים תשע"ב, עמ' 200-201.

⁴⁴³ שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קפו, מבחיר שזכות החזרה אינה מוגבלת בזמן: "כל שעבר אותו הענין ולא נזדמן לו לעשותו או שלא הוצרכו לו לכך, **אפילו לשנה ואפילו לשנתיים חוזר בו**, שהרי גלוי דעת כאן כתנאי גמור". עם זאת ראה פתחי חושן, קנינים, פרק כ, הערה מט, שהדעת נותנת שזכות החזרה מוגבלת למשך זמן סביר אחרי שנודעה עילת הביטול. עוד מעיר פתחי חושן בשם משפט שלום, סימן רז, סעיף ג, שאם השתנו הנסיבות **לאחר שהושגה המטרה**, אין עוד עילת ביטול. כך לדוגמה, מי שמוכר את ביתו בשל קשיי פרנסה, ולאחר שהחל להתפרנס מכספי המכירה - התעשר, אין לו עוד עילה לבטל את העסקה (וראה שם ביקורתו כנגד שו"ת פני יהושע, חו"מ, סימן צז,

אבל יש, וכך הוא בעסקאות שגרתיות כגון מכירת מיטלטלין, שגם גילוי דעת אינו מספיק⁴⁴⁶ אלא נדרש תנאי פורמלי ומפורש⁴⁴⁷.

שלפיו מכירה הנעשית בשל קשיי פרנסה, גם אם המוכר גילה דעתו שלכן הוא מוכר, אין עילה לבטלה אפילו אם יעשיר לפני שהחל להתפרנס מן התמורה).

⁴⁴⁴ כאן המקום להעיר על שיטת רבנו יונה המובאת בטור, חו"מ, סימן רל, לפיה, בשונה מן המוכר, גילוי דעת אינו מועיל לקונה: "אבל הלוקח יין מחבירו אף על פי שאמר דעתי להוליכו למקום פלוני והזול קודם שהגיע לשם, המקח קיים שהרי מקחו מקח גמור", ורק במוכר מועיל גילוי דעת משום "שהמוכר - מתוך אונס הוא מוכר". אבל רבנו החולקים עליו, ראה: טור, שם, בשם רבנו חננאל וראב"ד (הטור מביא גם את שיטת רמ"ה לפיה גילוי דעת עשוי להועיל גם לקונה, אבל זאת רק בקנייה באשראי, שרק אז מתפרש גילוי הדעת כתנאי בעסקה. תנאי נוסף לדעת רמ"ה, שלא הזכיר הטור, הוא שאין לתלות את האונס במזלו של הקונה, ראה לעיל, הערה 321); שו"ת הרשב"ש (לעיל, הערה 435); שו"ת מהרשד"ם (להלן, הערה 445); שו"ת יד נתן (אורטור), חלק ב, סימן נט, אות ד (בעניין מי ששכר דירה כדי לגור בה לאחר החתונה, ונתבטלה החתונה. וראה להלן, הערה 580). וראה גם שו"ת שער אפרים (הכהן), סימן קמ, בעניין מי שקנה נכס והודיע למוכר שהוא עושה זאת על דעת למכור לפלוני אך פלוני סירב לקנות. הוא פוסק שהקונה רשאי לחזור בו מן העסקה (אמנם נראה שהוא חש לשיטת רבנו יונה, אבל מאחר שהקונה טרם שילם, יכול הוא לטעון "קיים לי" כשיטת רבנו חננאל וסיעתו). וראה שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ל, לדעתו גם רבנו יונה אינו שולל לחלוטין תוקפו של גילוי דעת בקנייה, והדבר תלוי בהקשר ובנסיבות. וראה: פתחי תשובה, סימן רז, ס"ק ו; פתחי חושן, קנינים, פרק כ, סעיף לג, ובהערות שם.

⁴⁴⁵ כיוצא בזה ראה לדוגמה שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שצז, בעניין סוחר שקנה עורות בתנאי שיסופקו עם העגלות הראשונות שיבואו מן העיר שהעורות שם, אבל לא התנה זאת בתנאי פורמלי (כנדרש על פי "משפטי התנאים", להלן, הערה 447). הוא פוסק שגילוי הדעת עולה כאן כדי אומדנא דמוכר, "דאין אדם קונה מטלטלים לשלחם על פני המים", ולכן אם העורות לא הגיעו עם העגלות הראשונות, רשאי הוא לבטל את הקנייה. ואין צריך לומר שגילוי דעת עשוי להצדיק שינוי מינורי יותר בהסכם, כגון שינוי אמצעי התשלום שסוכם עליו, כפי שניתן להסיק מסוגיית משכיר רחיים שהסכים עם השוכר שהלה ישלם בשירותי טחינה ולא בכסף, ועקב שינוי נסיבות הוא דורש שמעתה ישלם השוכר את דמי השכירות בכסף כמקובל. ראה על כך להלן, נספח ה, עמ' פפפ.

⁴⁴⁶ הרא"ש, קידושין, פרק ב, סימן טו, מסביר את ההבדל בין מכירת מקרקעין ובין מכירת מיטלטלין: "לפי שאין דרך אדם למכור קרקעותיו שהוא מתפרנס מהם אם לא היה בדעתו לעקור דירתו מכאן. אבל, אם מכר כל מטלטלים שלו אפילו אומר בשעת מכירה אדעתא למיסק, המכר קיים אם לא שהתנה [באופן פורמלי כנדרש על פי "משפטי התנאים", להלן, הערה 447], לפי שפעמים אדם מוכר מטלטלין אפילו דעתו לישאר בכאן". וראה גם תוספות (לעיל, הערה 442): "ויש דברים שאינו מועיל בהם גילוי דעת עד שיתנה, כגון אם היה מוכר מלבושיו אדעתא למיסק לארץ ישראל, דזהו דבר שאין רגילין למכור אדעתא דהכי [כלומר, על דעת לעזוב את המקום], התם ודאי אין מועיל גילוי דעת, שאם לא תאמר כן, מעכשיו אין צריך לשום תנאי אלא גילוי דעת בעלמא, ובכל מקום בעינן דומיא דתנאי בני גד ובני ראובן תנאי כפול!".

[הפוסקים דנו במכירת חפצים בעלי אופי מיוחד, כגון תפילין, ספרי קודש, כלי כסף, האם דינם כקרקע שדי בגילוי דעת לבטל את המכר? ראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שצז; וזכור לאברהם (אלקלעי), חלק ג, חו"מ, אות מ, ס"ק טז (צט ע"ב); פתחי חושן, קנינים, פרק כ, הערה נו. וראה: שו"ת מהרש"ם, חלק ו, סימן רכה (בעניין מכירת משרת רבנות). להרחבה בעניין אומדנא וגילוי דעת ראה אנציקלופדיה תלמודית: כך א, ערך אומדנא; כך ו, ערך גילוי דעת, פרק א].

האם דין השכרת בית כדין מכירת בית ומועיל בה גילוי דעת? או כיון שמקובל להשכיר בתים דינה כדין מכירת מיטלטלין ולא מועיל בה גילוי דעת? בשאלה זו נחלקו הפוסקים. דעת הרמ"א, חו"מ, סימן שיב, סעיף ט, שגילוי הדעת מועיל, כך הוא פוסק בעניין המשכיר בית לחברו ומודיע לו שהוא עושה כן רק משום שהוא אוהבו, ונעשה שונאו. וכך נוקט שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סימן קעט, בעניין מי שהשכיר את ביתו תמורת תשלום דמי השכירות מראש, תוך גילוי דעת שהוא עושה כן כדי שיוכל לסחור בהם (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ו, ובפד"ר ב, עמ' 112. וראה להלן, הערה 775). קצות החושן, סימן שיט, ס"ק א, דוחה פסק זה של הרמ"א ונימוקו עמו, הלא הרמ"א עצמו

בהתאם לסקירה זו בעניין **אומדנא דמוכח**, עולה מדברי הפוסקים עילת פטור נוספת במצב של שינוי נסיבות, שייחשב החייב כמי שהתנה **מכללא**⁴⁴⁸, שייפטר מהתחייבותו אם קיומה יהיה כרוך בהכבדה, לרבות סיכול מטרת החוזה, וממילא לא חל עליו הקנס המוסכם. כלשון התלמוד בהקשר דומה: "אדעתא דהכי לא יהב ליה [=על דעת כן לא נתן לו]"⁴⁴⁹. ואין צריך לומר, שעילת פטור זו אמורה גם במקרי אונס (מניעת הקיום).

קבע שסתם בתים עומדים להשכרה (ראה רמ"א, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו), וממילא דינם לעניין גילוי דעת כדין מיטלטלין שלא מועיל בהם גילוי דעת. ליישוב פסקו של הרמ"א ראה: נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק ז (לדעתו דברי הרמ"א אמורים רק בנסיבות שבהן ברור שביתו של המשכיר לא עמד להשכרה). וראה עוד בהרחבה: משפט שלום, סימן רז, סעיף ג, ד"ה שם בהג"ה; שו"ת קול מבשר, חלק ב, סימן א, אות ב; מנחת אברהם (שפירא), חלק ד, סימן י.

⁴⁴⁷ והוא הנקרא "משפטי התנאים", כפי שמסכם אותם הרמב"ם, הלכות אישות, פרק ו, הלכות א-ב: "וכל תנאי שבעולם בין בקידושין בין בגירושין בין במקח וממכר בין בשאר דיני ממון, צריך להיות בתנאי ארבעה דברים. ואלו הן הארבעה דברים של כל תנאי: שיהיה תנאי כפול; ושיהיה הין שלו קודם ללאו; ושיהיה התנאי קודם למעשה; ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו. ואם חסר התנאי אחד מהן הרי התנאי בטל, וכאלו אין שם תנאי כלל אלא תהיה זו מקודשת או מגורשת ויתקיים המקח או המתנה מיד וכאלו לא התנה כלל הואיל וחסר התנאי אחד מן הארבעה". וראה רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה א, שם הוא מפנה להלכה זו בעניין "משפטי התנאים". הדיון בפער משפטי התנאים חורג ממסגרת זו, וראה בעניין זה בהרחבה ברכיהו ליפשיץ: "היסוד העיוני של התנאי במשפט העברי", **משפטים** ד (תשל"ג), עמ' 636; **אסמכתא**, ירושלים תשמ"ח, פרק שני, א, עמ' 118-152.

⁴⁴⁸ יש הסבורים שהפטור אינו מבוסס על תנאי גמור (כזה הנעשה על פי משפטי התנאים, לעיל, הערה 447), אלא הוא נובע מעמידה על **היקף גמירות דעתו** של המתקשר (וכפי שמטעים לדוגמה חקרי לב, לעיל, הערה 440). בהתאם לכך, ברור שהפטור אמור רק כאשר קיום התנאי נמנע **בעל כורחו** של המתקשר, כפי שמטעים מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה ח: "ודוקא כשהמונעים אינם מחמת רצונו, אבל [אם] לא היה שם מונע אלא שהוא אינו רוצה לעשות, קנה הלה, **שאין זה כדין תנאי גמור**, כמי שאמר 'שדי מכורה לך אם אעלה לארץ ישראל או אלך למקום פלוני', שאם אינו רוצה לעלות או לילך שהמכר בטל, **דהכא דוקא בשיש מונע**. ולזה נתכוון המחבר [הרמב"ם]" (מובא בשו"ת מהר"ם אלשקר, סימן מד, ד"ה עוד שאלתם). וראה גם: ר"ן, קידושין כא ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה ההוא גברא (מובא בחקרי לב, לעיל, הערה 440); שיטה לא נודע למי, קידושין מט ע"ב, ד"ה ואיכא דמוכחי. וראה להלן, פרק 5.א, עמ' פפפ.

אבל יש הסבורים שהפטור מבוסס על **תנאי גמור**. כך מטעים לדוגמה רב שמואל רוזובסקי, שיעורי רבי שמואל, קידושין מט ע"ב, אות שעב, בדעת התוספות: "אין זה משום דבמקום דאיכא אומדנא אין צריך לחידוש תנאי ורק היכא דעושה תנאי צריך להלכות תנאים, **אלא כונתם דאומדנא נמי מהני** [=מועיל] **מתורת תנאי**, אלא דהיכא דאיכא אומדנא הוי ככפל תנאו והן קודם ללאו ושאר משפטי התנאים". ועם זאת, הנוקטים גישה זו וודאי אינם חולקים על מה שנראה להלן, פרק 5.א, עמ' פפפ, שהפטור אמור רק כאשר קיום התנאי נמנע **בעל כורחו** של המתקשר, שכן יש להניח שזהו תוכנו של התנאי מכללא, שהמתקשר יהיה פטור רק אם החוזה יסוכל בעל כורחו. ולדידם נראה שכן יש לפרש את דברי מגיד משנה, שם.

לבירור גישות אלה ומקורותיהם, ולסקירת גישות נוספות בדבר פשר הפטור מכוח אומדנה, ראה להלן, נספח ד, עמ' פפפ.

⁴⁴⁹ ראה בבא קמא קי ע"ב, בעניין גוזל הגר (ולא הספיק להשיב לו את הגזלה עד שמת הגר בלא יורשים), שדינו שחייב לשלם קרן וחומש לכוהנים בנוסף לחיובו להקריב קרבן אשם. המשנה (בבא קמא ט, יב) דנה בגזול ששילם קרן וחומש לכוהנים וקובעת שאף אם הוא מת לפני שהספיק להקריב קרבן אשם, יורשיו אינם זכאים לדרוש כסף זה בחזרה. התלמוד מביא (שם קי ע"ב), שאב"י מסיק מכך ש"כסף מכפר מחצה", שאם לא כן יכולים היו יורשי הגזול לתבוע את הכסף בחזרה, משום **שבוודאי אביהם נתן כסף זה לכוהנים רק על דעת כן שיזכה בכפרה** ("דאי לא מכפר, הוה אמינא מהדר ליורשין, מאי טעמא? **אדעתא דהכי לא יהב ליה**").

ואכן לפי ראשונים אחדים, זהו העיקרון שעומד ביסוד שתי סוגיות תלמודיות שכבר הוזכרו לעיל, הדנות בין השאר בפטור מחיוב חוזי בשל שינוי נסיבות. הסוגיה הראשונה עוסקת רק באונס (מניעת קיום החוזה) ואילו הסוגיה השנייה עוסקת גם בהכבדה:

(א) **כתובות ב ע"ב** - כזכור⁴⁵⁰, התלמוד קובע, שמעיקר הדין, אם נתן אדם גט על תנאי לאשתו אם לא יחזור עד למועד מסוים, ובהגיע המועד נמנעה חזרתו מאונס, אין תוקף לגט. ראינו שיש מן הראשונים הגורסים שביטול הגט בכגון זה יסודו בכלל "אונס רחמנא פטריה" ולפיו אין תוצאות משפטיות למה שאדם עושה בעל כורחו (וממילא אם התקיים התנאי באונס הריהו כאילו לא התקיים)⁴⁵¹. אבל כבר הערנו⁴⁵² שיש מן הראשונים הגורסים שביטול הגט בכגון זה יסודו באומדנא דמוכח שלא התכוון הבעל לגרש את אשתו אלא אם יחליט מרצונו שלא לחזור, ולא אם תימנע חזרתו מאונס⁴⁵³.

והוא הדין בהתחייבות חוזית, כפי שעולה מהשוואת התלמוד בין גט על תנאי ובין התחייבות הארוס לשלם מזונות לארוסתו אם לא יכניס אותה לחופה במועד המסוכס, שכל שנמנע ממנו באונס מלהכניס אותה לחופה – פטור מכוח אומדנה, כלשון המאירי: **"שאומדין את דעתו שאינו [חייב] אלא כל זמן שיוכל לעשות... וכל חיוב התלוי בתנאי [דוגמת חיוב המזונות של הארוס] ואותו תנאי לא נתעכב אלא על ידי אונס, הרי הוא כמי שלא נתעכב, והמעשה בטל [כלומר, ההתחייבות בטלה]"**⁴⁵⁴.

(ב) **נדרים כז ע"א** - המשנה⁴⁵⁵ קובעת ששינוי נסיבות עשוי לפטור אדם מחיוב נדרים: "הידירו חבירו שיאכל אצלו [כלומר שהדיר אותו מנכסיו אם לא יבוא לסעוד אצלו] וחלה הוא [המזומן] או שחלה בנו או שעיקבו נהר, הרי אלו **נדרים אנסיין** [והנדר לא חל]". וגם כאן, לפי חלק מן הראשונים אין פשר דין זה שאונס משמש עילת פטור מן הנדר⁴⁵⁶, אלא הפטור נובע מן האומדנה, שוודאי

⁴⁵⁰ לעיל, ליד ציון הערה 84.

⁴⁵¹ כפי שנקטו הרא"ה ואחרים, ראה לעיל, ליד ציון הערה 88, והערה 88, אות א.

⁴⁵² לעיל, ליד ציון הערה 89.

⁴⁵³ ראה ר"ן, קידושין כה ע"א (בדפי הרי"ף) ד"ה גרסי': **"אינו גומר לגרש אלא אם יעבור על תנאי ברצון אבל באונס לא"**. וכך עולה גם מדבריו בנדרים המובאים להלן, הערה 458, ומדברי שאר הראשונים המובאים שם. וראה לעיל, הערה 90.

⁴⁵⁴ השוואה זו של התלמוד (בין גט על תנאי ובין התחייבות למזונות) מובנת למי שרואה באונס טענת פטור מן הדין (ראה לעיל, הערה 115. וראה עוד לעיל, הערה 41 והערה 164), שהרי חיוב המזונות בהגעת זמן החופה הוא **תקנת חכמים**, והם שפטרו אותו באונס! לעומת זאת ההשוואה אינה מובנת לכאורה למי שמבסס את הפטור על אומדנה, שאם תקנת חכמים היא, מה מקום יש לאומדנה? המאירי מתמודד עם קושי זה ומסביר שתוכן התקנה היא שעל הארוס **ליטול על עצמו התחייבות לזון** את ארוסתו אם לא יכניס אותה לחופה במועד, ומשכך כפופה התחייבותו לאומד דעתו. ובלשונו: **"והרי הוא כאלו קדשה על תנאי שיעלה לה מזונות בהגעת זמן, שהרי תנאי בית דין הוא"**.

⁴⁵⁵ משנה, נדרים ג, ג (על פי כ"י קאופמן).

⁴⁵⁶ כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 82, וכפי שייחסנו ל'תרומת הדשן' (לעיל, ליד ציון הערה 353), אבל השווה שם, הערה 355.

כוונת המדיר הייתה להדיר את חברו רק אם לא יגיע לסעוד עמו מרצון, ולא אם תימנע הגעתו בשל אונס ("חלה הוא... או שערכו נהר" ⁴⁵⁷) או אפילו בשל הכבדה ("חלה בנו") ⁴⁵⁸.

מתוך ההיקש שעושה התלמוד בין דין זה לבין דין מי שוויתר על שטרותיו אם לא יתייצב בבית הדין עד יום פלוני ("מתפס זכויותיו") ⁴⁵⁹, ניתן לכאורה להסיק שאומדנה משמשת עילת פטור גם מקיום חיוב חוזי, **לרבות בגין הכבדה**. וכפי שמטעים הר"ן ⁴⁶⁰: "דכי היכי דאמר במתניתין דאדעתא דחלה בנו, לא הדירו, הכא נמי, כי אתפס זכותיה, לא עלה על דעתו, שיניח בנו חולה, ויצא לריב [בבית הדין]". כלומר, אומדים את דעת בעל הדין, שלא נתכוון לוותר על זכויותיו, אם הגעתו לבית הדין במועד הנקוב תהיה במחיר של נטישת בנו החולה ⁴⁶¹.

אמנם, נחלקו הדעות, אם ניתן לבסס על סוגיה זו, פטור גורף מקנס מוסכם בגין הכבדה בכל התחייבות עסקית, שכן ניתן לטעון, שאין הפטור אמור בה, אלא בשל הנסיבות המיוחדות שבהן דנה הסוגיה העשויות להתפרש כהתחייבות חד-צדדית ולא כהתחייבות חוזית ⁴⁶². עם זאת, להלן

⁴⁵⁷ הגדרת עיכוב הנהר כאונס אינו מוסכם על הכל, ראה להלן, הערה 477.

⁴⁵⁸ כך נוקטים: פירוש הרא"ש, נדרים כז ע"א, ד"ה מתני' ("דמעיקרא לא היה בדעתו שיחול הנדר אם יעכבו אונס, ודברים שבלב כי האי דמוכחי וידיעי לכל - הויין דברים"); ר"ן, שם, ד"ה נדרי, וד"ה הרי אלו ("דאף על גב דלאו אונס גמור הוא, הרי אלו נדרי אונסין, לפי שלא עלה על דעתו לאסור נכסיו על חברו אם לא יאכל עמו אלא כשיוכל לבא בלא אונס כלל ולא יבוא. אבל כל שנאנס קצת כגון שחלה בנו וצריך לשומרו, מותר, דלאו אדעתא דהכי אדריה"); חידושי הריטב"א, שבועות כז ע"א, ד"ה ונדרי אונסין (והשווה חידושי הריטב"א, נדרים כז ע"ב, ד"ה ואי, ומה שהעיר עליו ברכת שמואל, נדרים, סימן יד, אות א; שם, סימן טז); שו"ת הריב"ש (לעיל, הערה 375, אות א), בהסברו השלישי ("לא עלה על דעת אחד משניהם שיניח בנו חולה וילך לסעוד אצלו, שאין ענין האכילה דבר של קפידא כל כך שאינו אלא לכבוד בעלמא או לתועלת מועט. ודבר ידוע לכל שלא עלה על דעת אחד מהם שיחול האסור בענין זה. ואונס כזה במקום תנאי גרוע כזה הוא שקראוהו נדרי אונסין"). אבל השווה חידושי חתם סופר, נדרים כז ע"א, ד"ה והנה, שלדעתו גם הסבר זה של הריב"ש מיוסד על הפטור המיוחד בדיני שבועות ונדריים, ראה לעיל, הערה 375, אות א). אם כי אפשר שיש לצמצם את משמעות משנת "נדרי אונסים" רק לעניין פרשנות הנדר מכוח אומדנה ולא מעבר לכך, ראה להלן, הערה 600, ולהלן, נספח ח, ליד ציון הערה 1094.

והשווה שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, סימן רעג, המגדיר את מחלת הבן כמניעה מוחלטת ולא רק כהכבדה ("...שיש אונס גמור שהפסיקו נהר או חלה בנו"). ואולם ראה שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סימן קד, שאם ההכבדה משמעותית עד שיש אומדנה ברורה שלא על דעת כן התחייב, גם הרשב"א מודה שיש גם בה עילת פטור, וכפי שנראה אכן להלן, ליד ציון הערה 525. וראה שו"ת הרשב"א החדשות (מכתב יד), סימן קכא, מהדורת מכון ירושלים, הערה 16.

⁴⁵⁹ על היקש זה כבר עמדנו לעיל, ליד ציון הערה 368.

⁴⁶⁰ ראה ר"ן, שם. וראה בהרחבה לעיל, הערה 90, כיצד מבארים נוקטי גישה זו את מהלך סוגיית נדרים.

⁴⁶¹ והשווה יחקרי לבי' (לעיל, הערה 375, אות ב), בדעת הריב"ש.

⁴⁶² חילוקי דעות אלו התגלעו בפולמוס בין רבי בצלאל אשכנזי ורבי חיים כפוזי (לעיל, הערה 111), בעניין מי שהיה בא כוחו של איש עסקים, והתחייב להינזר מבשר ויין אם לא יעמוד בערבות להשקעה ששכנע מלווים להשקיע בה אצל שולחו. ההשקעה ירדה לטמיון והוא לא עמד בערבותו, אך טען שאונס מונע ממנו לקיים את הערבות מאחר שירד מנכסיו, ועל כן הנזירות לא חלה עליו. יש מהם הנוקטים שאין לבסס פטור מן הנדר מכוח אומדנה על סוגיית נדרים, שכן יש להבין סוגיה זו כעוסקת בהתחייבות בעלת אופי חד צדדי (כולל המקרה של "מתפס זכויותיו" שהם רואים כנראה כמו הריטב"א, נדרים כז ע"א, ד"ה ההוא גברא, כיזמה עצמאית וחד צדדית של המתחייב ולא כדרישה של בית הדין או של הצד שכנגד). כך נוקטים: שו"ת רבי בצלאל אשכנזי (לעיל, הערה 111); שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן א.

נסקור פוסקים רבים שהכירו בהכבדה או סיכול המטרה כעילות פטור מקיום חוזה מכוח "אומדנא דמוכח", אף אם לא על בסיס סוגיה מסוימת זו.

לאחר סקירת פוסקים אלה ועמידה על היקף שיטתם (האם היא אמורה גם באונס שכיח), נבחן, אם וכיצד מתיישבים דבריהם עם הכלל המפורסם והמתבקש שקבעו בעלי התוספות, לפיו בעסקה דו-צדדית יש להתחשב גם בדעת הצד השני, שאף לגביו קיימת אומדנא דמוכח שהוא עומד על קיום ההתחייבות, ואין לבטל התחייבות מכוח אומדנא של **צד אחד בלבד**⁴⁶³, ובייחוד אם הביטול גורם הפסד לצד השני⁴⁶⁴. לא למותר לציין, שקושי זה אינו קיים בפטור המיוסד על הכלל "אונס רחמנא פטריה", שהוא פטור מכוח הדין וממילא אינו תלוי בצד השני⁴⁶⁵.

לעומתם, רבים סבורים שיש לפרש את סוגיית נדרים כעוסקת בהתחייבות **דו-צדדית** (לא רק לעניין מתפס זכויותיו, שעשה כן בשל דרישה על בית הדין או הצד השני כתנאי למתן אורכה, כפי שעולה מפירוש הר"ן, שם, ד"ה אי לא, אלא גם לעניין המדיר את חברו אם לא יבוא לסעוד אצלו, שהרי הוא מוציא הוצאות להכנת הסעודה ויש לו ציפייה שהצד השני יגיע אליה כמובטח), ועל כן אפשר לבסס עליה פטור מכוח אומדנא. כך נוקטים: שו"ת רבינו חיים כפז, סימן ח, וסימן י; שו"ת מהר"ם גאלנטי, סימן פט, ד"ה תמהתי (ראה להלן, נספח ח, הערה 1074); מחנה אפרים, הלכות שבועות, סימן יב. וראה חקרי לב, יורה דעה, חלק ב, סימן נח (קלו ע"ד), שהביא פוסקים נוספים הנוקטים גישה זו ומכריע כמותם. וראה שו"ת בית שלמה (דרימר), חו"מ, סימן צד, הסוקר את דעות הפוסקים. נראה שבעיקרון הריב"ש נוטה לגישה אחרונה זו, כפי שעולה ממה שנביא בשמו להלן, ליד ציון הערה 476 ואילך. ניכר שהשמתתפים בפולמוס זה נוקטים כולם שהפטור בסוגיית נדרים מיוסד על **אומדנא** (כשיטת הר"ן, לעיל, הערה 90), ולא על פטור **מכוח הדין** (כשיטת הרא"ה, לעיל, הערה 88).

⁴⁶³ כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 563, וכפי שהעיר 'מחנה אפרים' (לעיל, הערה 295). ואכן, הדוגמאות התלמודיות לביטול עסקה על יסוד אומדנא שהביא הרא"ש (לעיל, הערה 430), שאת חלקן סקרנו לעיל, הערה 434, עוסקות כולן במתנה, שהיא פעולה משפטית חד-צדדית. וכפי שמעירים הב"ח (להלן, הערה 523) וביאור הגר"א (להלן, הערה 514). אבל, כבר הצבענו לעיל על פוסקים שביטלו עסקאות **דו-צדדיות** על יסוד אומדנא: בהערה 435, הבאנו את שו"ת הרשב"ש, בעניין ביטול עסקת קנייה מכוח אומדנא דמוכח; ובהערות 445 ו-446, הבאנו פוסקים בעניין ביטול עסקאות קנייה והשכרה מכוח אומדנא בצירוף גילוי דעת.

[מעניין להצביע על הקרבה בין דברי התוספות לבין דברי דויתש (לעיל, הערה 425) בביקורתו על דוקטרינת ה"תנאי מכללא": "כיום שוב אין אוהדים גישה זו... ונוטים להעדיף תפיסה, לפיה הפטור צומח מכח הדין, ולא מכח החוזה. בעיקר סוברים, כי **השקפה ביחס לתנאי מכללא מניחה הנחה אופטימית, לפיה שני הצדדים היו משיבים אותה תשובה עצמה באשר לתוצאות הארוע המסכל, דבר שאיננו מעוגן במציאות**" (ההדגשה שלי – מ"ו)].

אמנם אם היה גילוי דעת ומטרת העסקה סוכלה, הביטול אינו מעורר לכאורה קושי, שכן שתיקת הצד השני לנוכח גילוי הדעת עשויה להתפרש כהסכמה (ראה ביאור הגר"א, שם). אולם דומה שלא כך נוקטים התוספות (כתובות מז ע"ב, ד"ה שלא), שאם כן הם לא היו מצביעים על סוגיית "ההוא דזבין ולא איצטריכו ליה זוזי" (כתובות צז ע"א, הובא לעיל, ליד ציון הערה 441), כמקור שבעיית לכאורה להחיל בו דין אומדנא, שהלא הם עצמם מפרשים שהיה שם גילוי דעת (ראה תוספות, שם, ד"ה זבין). והשווה שו"ת שארית יהודה (לר' יהודה ליב, אחי בעל התניא, ברוקלין תשס"ט), חו"מ, סימן ב, ד"ה אבל האמת, שמצביע על שני מקורות אלה בדברי התוספות כסותרים זה את זה. וראה לעיל, הערה 441.

⁴⁶⁴ אמנם מהר"ש הלוי (להלן, הערה 564) סבור שבכל מקרה, ביטול עסקה מכוח אומדנא אפשרי רק כאשר בעקבות הביטול שב המצב לקדמותו ולא נגרם הפסד לצד השני. אבל כפי שנראה להלן, לא כולם תמימי דעים עם סייג זה.

⁴⁶⁵ כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 107.

(2) סקירת הפטור בספרות הפוסקים

(א) שינוי הגורם הכבדה על קיום החוזה

האפשרות לפטור את המתחייב בחוזה מכוח "תנאי מכללא" הועלתה במגוון הקשרים, ובראשם כאשר שינוי נסיבות גורם להכבדה על המשך קיום החוזה, בין הכבדה כלכלית ובין הכבדה אחרת, כפי שנסקור להלן.

הכבדה כלכלית

(א) הרא"ש⁴⁶⁶ דן באב ששידך את בתו, ובהסתמך על החזר חובות שחייבים לו אחרים, התחייב בשבועה לתת לחתנו סכום מסוים תוך חצי שנה (כעין נדוניה), אבל "נתקלקלו החובות" ולא נותר לו דבר, חוץ מביתו וחפציו האישיים. הרא"ש פטר אותו משבועתו⁴⁶⁷ ונימוקו עמו: **"דאדעתא דהכי לא נשבע, ללין ברחוב ולמות ברעב"**⁴⁶⁸. לשון אחר, וודאי נחשב האב כמי שהסכים מכללא עם חתנו, שאינו מתחייב לשלם במחיר הכבדה דרסטית כל כך⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ שו"ת הרא"ש, כלל ח, סימן ד.

⁴⁶⁷ וכך פסק בעקבותיו שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רלב, סעיף טז: "מי ששידך בתו ונדר לתת עמה כך וכך מעות ונשבע, ואחר כך נתקלקלו החובות שהיו חייבים לו, אם אין לו ממה לפרוע חוץ מבית דירתו וכלי תשמישו - פטור, דאין לך אונס גדול מזה... דאדעתא דהכי לא נשבע ללין ברחוב ולמות ברעב".

לכאורה תשובה זו של הרא"ש אינה עולה בקנה אחד עם מה שפסק הוא עצמו בשו"ת הרא"ש, כלל ח, סימן יח, בעניין חייט עני שתמורת שלושים זהובים הסכים להכניס לעסק שותף שילמד ממנו את המקצוע ונשבע שיתחלק עמו ברווחי העסק במשך תקופה של חמש שנים, ועתה מחצית הרווחים אינם מספיקים לחייט לפרנס את משפחתו. הרא"ש מחייב את החייט לעמוד בשבועתו. על סתירה לכאורה זו מצביע שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סימן קכג, ומסביר שאין כאן סתירה משום שבסיפור החייט ניתן היה לצפות את שינוי הנסיבות, ולכן שבועתו מחייבת אף שתוצאותיה קשות. לפתרון זה השווה: שו"ת משאת משה (ישראל), חלק ראשון, יורה דעה, חלק א, סימן ח, ד"ה ועוד נלע"ד (לדעתו ההבדל הוא בגודל האומדנות בשני המקרים); שו"ת משאת משה (ישראל), חלק שני, חו"מ, חלק ב, סימן כז, ד"ה עוד לאלו"ד מילין לישב (הוא מציע להבחין בין האב שחיבו טרם התגבש, שכן לדעתו הוא ירד מנכסיו לפני החתונה, ובין החייט שחיבו כבר התגבש, ועל כן אומדנה אינה משמשת לו עילת פטור. אבל השווה שו"ת נודע ביהודה, להלן, הערה 573, ממנו עולה שדברי הרא"ש אמורים גם כשישנו הנסיבות אירע לאחר החתונה). וראה פד"ר י, עמ' 156-158.

⁴⁶⁸ ראה לדבריו מביא הרא"ש בהיקש מדין צדקה: "אפילו עני המתפרנס מן הצדקה אין מחייבין אותו למכור ביתו וכלי תשמישו [והוא זכאי ליטול כספי צדקה. ראה שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנג, סעיף א]". וכשם שהלכה ידועה היא שביתו וכלי תשמישו של אדם אינם באים בחשבון בכל הנוגע לזכויות לקבלת צדקה מיחידים (להבדיל מקבלת צדקה מן הקופה הציבורית, ראה שולחן ערוך, שם, וראה רוח חיים (פלגי), חו"מ, סימן שא, ד"ה ואכתי (קלט ע"ב)), כך בידוע שהלוקח על עצמו התחייבות לתשלום נדוניה לחתנו, אינו כולל בה את ביתו וכלי תשמישו. לשאלה מדוע חל כאן הפטור אף שירידת אדם מנכסיו היא לכאורה אירוע שכיח, ראה להלן, הערה 555.

⁴⁶⁹ הרא"ש מטעים שאין לאב טענת פטור אם יש לו נכסים אחרים, אף שנכזבה ציפייתו בעניין מקורות מימון הנדוניה: "ואין לומר אם הפסיד חובותיו, אף אם יש לו קרקעות וחפצים, אדעתא דהכי לא נשבע למכור קרקעותיו וחפציו אלא כסבור היה לו לפרוע מחובותיו, כי דבר הווה הוא שאדם מוכר מקרקעותיו וחפציו להשיא בתו". מנימוקו של הרא"ש בסיום דבריו עולה, שאין לצמצם את משמעות תשובתו ולהסיק ממנה שעילת פטור בגין הכבדה כספית אמורה רק בהכבדה משמעותית ביותר עד כדי שלא נותר בידי החייב אלא ביתו וכלי תשמישו, שכן הוא מטעים שכן הדין בהתחייבות לנדוניה משום שכן נהוג שאדם מממש נכסים לנישואי בתו. ומכאן שלא כן הוא בהתחייבויות עסקיות שאין נהוג לממש נכסים כדי להוציאם אל הפועל. כך מעיר שו"ת פני משה (בנבנשת), חלק א, סימן סב (קמא ע"ד) [ראה להלן, נספח יב, 21.ד.1], ליד ציון הערה 1158]. בכך דחה כנראה בעל 'פני משה' את השגת תלמידו כנגד רב חסדאי הכהן פרחיה, ראה שו"ת מהר"י קצבי, סימן יח, ד"ה ועתה כפי האמת ("ועד כאן לא קאמר

(ב) הרשב"א⁴⁷⁰ דן בלווה שנשבע לפרוע את חובו למלווה עד מועד מוסכם, אך פקודת השלטון אסרה עליו לעשות כן (שכן אותו מלווה היה חייב בעצמו כספים רבים לנושים, וחששו השלטונות שיבריח נכסים). הרשב"א מגדיר נסיבה זו כאונס, משום "שאינו רשאי לעבור על צוואת האדון", ופטר אותו משבועתו. אף שניתן לפרש שפסקו של הרשב"א מיוסד על הכלל "אונס רחמנא פטריה" (מניעת הקיום בשל איסור חוקי⁴⁷¹), ואינו נוגע אפוא לעניינו, לא כך מפרש הריב"ש⁴⁷²: "ואף על פי שידוע שאין בכאן קנס גוף אלא שהיה חייב לפרוע מנה אחר [כלומר שהייתה כאן רק הכבדה כספית], אף על פי כן **לא על דעת כן נשבע** שיפרע מאתים בעד מנה". כלומר, היה ברור שאם ימרה את פקודת השלטון יידרש לשלם מכיסו תשלום מלא לטובת נושי המלווה, ועל דעת כן בוודאי לא נשבע למלווה⁴⁷³.

(ג) הריב"ש⁴⁷⁴ מאמץ תשובה זו של הרשב"א, על פי פרשנותו, ומסתמך עליה במקרה הבא: יהודים התחייבו מכוח "חרם הקהל" (שכמוהו כשבועה) להגיש הצהרות הון ("הודאות", לחישוב תשלומי המס) לפרנסי הקהל עד מועד מסוים, אך מטעם השלטונות יצאה הוראה שכל המגיש הצהרת הון כאמור, יוטל עליו קנס⁴⁷⁵. הוא פטר את בני הקהילה מן החרם בהסתמך על תשובת הרשב"א, ומוסיף ראייה לדבריו ממשנת "נדרי אונסין"⁴⁷⁶: "שמחמת צווי הגזבר היו רשאים למנוע [=להימנע] מלתתם [את הצהרות ההון] מחמת הקנס, דהוה להו נדרי אונסין, דומיא דחלה הוא או **חלה בנו** או שעכבו נהר... **לא על דעת כן נשבע**... ובאומדנא דמוכח בזה [צ"ל: כזה] דברים שבלב הו דברים". וזאת, אף שלדעתו "**חלה בנו**" הוא רק הכבדה כספית, שהרי ניתן לשכור מי שיטפל בבנו במקומו⁴⁷⁷.

הרא"ש שלא למכור כלי תשמישיו אלא התם שאם ימכרם ויפרע את חובו, שוב לא יתן להשבון ולמלאת חסרונו ונמצא מת ברעב, כמו שתלה הדבר הרא"ש ואמר דאדעתא דהכי לא נשבע ללון ברחוב ולמות ברעב". וראה להלן, הערה 492.

והשווה מדינה (לעיל, הערה 4), עמ' 450, ליד ציון הערה 175, שלא כך הוא במשפט הישראלי הרואה בכך סיכנו הסובייקטיבי של המתחייב בחוזה.

⁴⁷⁰ שו"ת הרשב"א, חלק ז, סימן רסח.

⁴⁷¹ ראה לעיל, ליד ציון הערה 41.

⁴⁷² שו"ת הריב"ש, סימן תס. וראה גם ש"ד, חו"מ, סימן עג, ס"ק כ.

⁴⁷³ הריב"ש מעלה נימוק נוסף לפטור: "ואין צריך לומר בצווי שלטון או ממונה שלו, שיש גם סכנת נפש". הב"ח (להלן, הערה 485), ראה נימוק זה כעיקר, אבל קביעתו אינה עולה יפה בלשון הריב"ש, ולא כך נקטו רוב הפוסקים, כפי שניבא להלן.

⁴⁷⁴ שם.

⁴⁷⁵ לא ברור מה גובה הקנס שנקבע. כמו כן, לא ברור מה היה הרקע להוראה זו. אולי הגזבר ביקש להשקיט את הסכסוך הפנימי בקהילה סביב שאלת דרך חישוב המס. ראה: אברהם הרשמן, **רבי יצחק בר ששת (הריב"ש) – דרך חייו ותקופתו**, ירושלים תשט"ז, עמ' צד; ישראל שציפנסקי, **תקנות הקהילות**, כרך ד, ירושלים תשס"ד, עמ' תצה.

⁴⁷⁶ לעיל, ליד ציון הערה 455.

⁴⁷⁷ כך קובע במפורש הריב"ש, בסימן שפז (בהתאם להסברו השלישי שהובא לעיל, הערה 375, אות א). אבל השווה להלן, נספח ח, ליד ציון הערה 1094, שם הצענו דרך אחרת בהבנת דבריו.

אמנם, מתשובה אחרת של הריב"ש⁴⁷⁸ עולה שהכבדה כספית אינה משמשת תמיד עילת פטור. באותו עניין התחייב אדם בשבועה להתחתן עם פלונית במקום ובמועד שנקבע, ומבקש להיפטר משבועתו, משום שעל פי גזרת המושל בעירו אם ייצא את העיר (כדי להגיע למקום החתונה), יוטל עליו קנס. כאן פוסק הריב"ש, שאין בהכבדה ממונית זו כדי לפטור אותו מקיום חיובו במועד המוסכם, **"אפילו לא היה יכול לבטל אנסו אלא על ידי ממון הרבה** שיצטער בנתינתו". הריב"ש מעיר, שאמנם במשנת "נדרי אונסין" למדנו שהכבדה כספית עשויה לשמש עילת פטור, אולם הוא מסביר, שאין זאת אלא משום ששם, בעניין הזמנה לסעודת ג'עים, ברור היה שכך הוסכם מכללא בין שני הצדדים, ולא התכוון המזמין להדיר את חברו אם לא יבוא לסעוד אצלו בשל מחלת בנו ("ידבר ידוע לכל שלא עלה על דעת אחד מהם, שיחול האסור בענין זה"). לא כן בהפרת תנאי הבטחת נישואין, "אין הענין מוכיח, שהיה רצון שניהם [גם צד הכלה] מתחלה שלא תחול השבועה אם יקרה לו אונס".

עולה אפוא לפי זה, שהשאלה אם הכבדה כספית עשויה לשמש עילת פטור היא עניין לשיקול דעת שיפוטי, **האם גם הצד השני היה מסכים לפטור**, והדבר תלוי בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה⁴⁷⁹.

יושם אל לב ש"עכבו נהר" (להבדיל מ"חלה בנו") מגדיר הריב"ש כמו "חלה הוא" כמניעה מוחלטת. והשווה: חידושי הריטב"א, נדרים כז ע"א, ד"ה ולמדנו; נימוקי יוסף, נדרים ט ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה או שחלה, הרואים ב"עכבו נהר" הכבדה כספית דווקא, שכן ניתן להתגבר עליה בשכירת כלי שיט (וכלשון 'נימוקי יוסף': "לא זו אף זו קתני, לא מיבעיא חלה הוא שהאונס בגופו, אלא אפילו בנו שאין האונס בגופו. ולא מיבעיא אונס דגוף דחמיר אלא **אפילו אונס ממון שהיה יכול לעבור בספינה שלא כמנהג**, אונס הוי ומותר, שלא עלה על דעתו להדירו היכא דאיכא אונס כללי"). שאר הראשונים לא הגדירו מצבים אלה כהכבדה כספית אלא כהכבדה גרידא או כמניעה. ראה לעיל, ליד ציון הערה 355, וראה גם, הערה 356. וראה גם 'מחנה אפרים' (להלן, הערה 505).

⁴⁷⁸ שו"ת הריב"ש, סימן שפז, ד"ה ולענין טענת האונס (במהדורת מכון ירושלים). הובא לעיל, הערה 375, אות א.

⁴⁷⁹ כפי שהטעים הריב"ש עצמו (בסימן שפז) בטעם הפטור של נדרי אונסין ב"חלה בנו" ("ואונס כזה, במקום תנאי גרוע כזה, הוא שקראוהו נדרי אונסין"). בעניין הצהרות ההון (סימן תס), שהובא לעיל, הערה 474, פסק הריב"ש שההכבדה הכספית הצדיקה את הפטור, ככל הנראה משום שסביר להניח שהקהל היה מסכים לכך. וכך עשוי להיות הדין גם בהתחייבות עסקית, כמו בתשובת הרשב"א בעניין ההכבדה על פרעון חוב בגזרת המושל, שאין זה סביר בנסיבות העניין לדרוש מן הלווה שישלם פי שניים ובלבד שלא יאחר בתשלום, וסביר אפוא להניח שגם הנושה מסכים לכך (ועדיין צריך עיון אם הריב"ש מסכים עם רבו הר"ן בעניין המסקנה שהלה מסיק מן ההיקש שעושה התלמוד בין "נדרי אונסין" ובין "מתפיס זכויותיו", ראה לעיל, ליד ציון הערה 460, וראה גם לעיל, הערה 375, אות ב, וראה להלן, הערה 506). כך נוקט ש"ד, יורה דעה, סימן רלב, ס"ק כג; שם, חו"מ, סימן עג, ס"ק כ (וכעין זה עולה גם מדברי ט"ז, יורה דעה, סימן רלב, ס"ק יז). וראה גם שו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן קיט, ד"ה נמצאנו למדין. והשווה שו"ת נכח השלחן, חו"מ, סימן לא, ד"ה גם אנכי הרואה, שהשיג על פרח מטה אהרן: "אם כן נתת דברך לשיעורין".

דרכים אחרות העלו הפוסקים ביישוב פסקיו הסותרים לכאורה של הריב"ש, והרי סקירתם בקצירת האומר:

- מבחן מועד חלות ההכבדה, לפני חלות השבועה או אחריה: בעניין הצהרות ההון (סימן תס), אירעה ההכבדה קודם חלות השבועה (שכן הגזרה נגזרה לפני הגיע המועד להגשת הצהרות ההון), ולכן ראה בה הריב"ש עילת פטור. לעומת זאת, בעניין הבטחת הנישואין (סימן שפז), אירעה ההכבדה אחרי שהשבועה כבר חלה, ולכן פסק הריב"ש שאין בה עילת פטור (וכפי שהטעים הריב"ש בעצמו, שם). כך נקטו: אבני מילואים, סימן נ, ס"ק ז; שו"ת כהונת עולם (לר' משה הכהן מקושטא), סימן רלב (פט ע"ב); שו"ת מהר"ש הלוי, יורה דעה, סימן א; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן קיט, ד"ה ועדיין לא יצאנו (קלב ע"ג); שו"ת עדות ביהוסף (אלמושינינו), חלק א, סימן א, ד"ה והוברר הדבר (ט ע"א);

אחד השיקולים המשפיעים על הערכת אומד דעת הצדדים הוא, האם ההתחייבות חוזקה בקנס בלבד או שהיא חוזקה בשבועה⁴⁸⁰. כך פוסק בעל "שארית יוסף"⁴⁸¹ בעניין הפרת הבטחת נישואין. באותו מקרה, לא הגיע החתן לחתונה במועד המיועד בשל הליך משפטי שהתנהל נגדו בעירו עקב עלילה. לו נעדר מההליך המשפטי, היה עלול להיגרם לו הפסד כספי ניכר. אמנם כפי שראינו⁴⁸², במקרה דומה לא ראה הריב"ש בהכבדה כספית עילת פטור, אפילו יידרש לשלם "ממון הרבה שיצטער בנתינתו"! אולם, מסביר "שארית יוסף", הריב"ש פסק כך רק בהתחייבות בשבועה, שבשל אופיה הדתי, מתפרשת כהתחייבות לקיים את החוזה גם במחיר זה⁴⁸³ (אם כי לא במחיר

אמרי בינה, חו"מ, דיני דיינים, סימן יט, ד"ה ובפמ"ג במשב"ז, וסימן כח, ד"ה וראיתי במהרי"ט. יש להעיר שלכאורה אין בגישה זו כדי ליישב את תשובת הרשב"א שהביא הריב"ש (בסימן תס) בעניין לווה שבשל גזרת המושל הפר את שבועתו לפרוע את חובו במועד (לעיל, הערה 470). וצריך עיון.

- מבחן מהות ההכבדה, ישירה או עקיפה: בעניין פרעון החוב והצהרות ההון (סימן תס), מדובר בהכבדה ישירה על קיום ההתחייבות והשבועה, שכן השלטונות אסרו על פרעון החוב ועל הגשת הצהרות ההון, ועל כן הריב"ש רואה בהכבדה הממונית עילת פטור באותם המקרים. לעומת זאת, בעניין הבטחת הנישואין (סימן שפז), השלטונות לא אסרו על הנישואין כלל, אלא הטילו מס על כל המבקש לצאת את העיר, תהא מטרת היציאה אשר תהא. כך נקט משנה למלך, הלכות שבועות, פרק ג, הלכה א, ד"ה כתב הריב"ש (אפשר שלכך מתכוון גם כנסת הגדולה, חו"מ, סימן צז, הגהות בית יוסף, אות כב, ד"ה וראיתי בתשו', אבל דבריו מגומגמים). גם גישה זו אינה נהירה, שמאחר שישוד הפטור הוא אומד הדעת (להבדיל מטענת אונס, ראה להלן, הערה 700), מה הבדל יש בין הכבדה ישירה להכבדה עקיפה? וראה: אמרי בינה, חו"מ, דיני דיינים, סימן יט, ד"ה ובפמ"ג במשב"ז; חידושי חתם סופר, נדרים כז ע"א, ד"ה ועוד נ"ל.

ויש פוסקים הסוברים שתשובות הריב"ש סותרות זו את זו, וכנראה חזר בו. לדעתם, העיקר כפי שפסק הריב"ש בסימן תס, שהכבדה ממונית משמשת עילת פטור. כך נוקטים: שו"ת לחם רב, סימן סט, ד"ה איברא דראיתי, וסימן קיב, ד"ה הגם הלום; חקרי לב, יורה דעה, חלק ב, סימן נח, ד"ה ובעיקר (קלט ע"ד). והשווה עוד: שו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן ס, ד"ה מעתה אם; שו"ת זרע אברהם (יצחקל), יורה דעה, סימן ט, ד"ה תדע, שנותרו בצריך עיון ביישוב תשובותיו הסותרות של הריב"ש.

⁴⁸⁰ ראה לעל, ליד ציון הערה 75.

⁴⁸¹ שו"ת שארית יוסף, סימן עא. מובא בהסכמה על ידי בית שמואל, אבן העזר, סימן נ, ס"ק טז. והשווה שו"ת הרמ"א, סימן יב, על פי הבנתם של שו"ת בית יצחק ושו"ת דברי מלכאל (להלן, הערה 863).

⁴⁸² לעיל, הערה 478.

⁴⁸³ לדעת שארית יוסף, קיומה של השבועה משפיע רק על אכיפת החוזה ולא על תשלום הקנס המוסכם (אלא אם כן השבועה התייחסה בפירוש גם לקנס). לעומתו, אבני מילואים, סימן נ, ס"ק ד, ד"ה מיהו לולי דמסתפינא, סבור שקיום השבועה לאכיפת החוזה משדרג את החוזה והופך את ההתחייבות על פיו לרצינית ומחייבת יותר, וממילא הפרתו מחייבת תשלום קנס גם בהכבדה משמעותית (הוא מטעים שהדברים אמורים בין אם סיבת הפטור בהעדר שבועה היא משום ש"אונס ממון" נחשב אונס, ובין אם סיבת הפטור היא מכוח אומדנה). ושם ניתן להסיק מגישתו, שהוא הדין בימינו אף שלא נהוג לחזק את החוזה על ידי שבועה. אכן, בימינו החיוב החוזי נחשב לחיוב רציני ומחייב מכוח החוק והמנהג, ובהתאם לכך אפשר שרק הכבדה דרסטית על קיומו תוכר כעילת פטור, בדומה לעמדת בתי המשפט עליה הצבענו לעיל, ליד ציון הערה 345. והשווה להלן, הערה 495.

אבדן כל ממונו⁴⁸⁴). אבל שונה הדין בהתחייבות בקנס בלבד, שם הכבדה כספית משמעותית הגורמת לו צער, די בה לפטור אותו מן הקנס המוסכם⁴⁸⁵.

(ד) למסקנה דומה, שהכבדה כספית עשויה לשמש עילת פטור, מגיע מהרשד"ם⁴⁸⁶. הוא דן ביתום מאב שהתחייב בשבועה, שלא על דעת אמו, לשאת את בת קרובו של אביו ושלא להשתדך עם אחרת. משנוכח לדעת שאמו, שילדה אותו לאחר מות בעלה וגידלה אותו לבדה, מתנגדת נחרצות לשידוך ומאיימת לנשל אותו מנכסיה, ביקש לבטל את התחייבותו בטענה ש"אדעתא דהכי לא נשבע". מהרשד"ם מצדיק אותו, כשהוא מסתמך על תשובת הרא"ש שפתחנו בה לעיל⁴⁸⁷.

(ה) כיוצא בזה פוסק מהרשד"ם גם בעניין אחר⁴⁸⁸: קהל העניק זיכיון למבטשת צמר, והתחייבו בני הקהל בשבועה לשמור על המונופול של בעל הזיכיון. ברבות השנים, עם גידול ענף מסחרי זה, מבטשה זו אינה עומדת בביקוש, דבר הפוגע בפיתוח הענף. ושוב, בהסתמך על הרא"ש, הוא פוסק, שלנוכח שינוי הנסיבות רשאי הקהל להפר את המונופול שהתחייב להעניק לבעל הזיכיון⁴⁸⁹.

⁴⁸⁴ כך מסיק שארית יוסף מלשון הריב"ש: "אבל שיתן כל אשר לו וגם שיהיו נתפסים, משמע שאפילו בשבועה פטור. כך נראה ממשמעות הלשון [של הריב"ש]".

⁴⁸⁵ והשווה ב"ח, יורה דעה, סימן רלב, סעיף יד, ד"ה כתב ב"י, גם הוא נוקט שלפי הריב"ש התחייבות בשבועה חמורה יותר, אלא שלדעתו דעת הריב"ש שהתחייבות זו חמורה כל כך, שאדם נדרש להפסיד אפילו כל ממונו כדי שלא לעבור על איסור לא תעשה של הפרת שבועה, ואין לפוטרו אלא בפיקוח נפש. וכך יש לפרש לדעתו גם את תשובת הריב"ש בסימן תס, ראה לעיל, הערה 473. בשל כך הוא דוחה את פסק הרמ"א, שם, סעיף יב, לפיו אונס ממון הוא עילה לפטור מקיום נדר. הט"ז, שם, ס"ק יז, מגן על פסק הרמ"א ומסביר שאמנם אדם נדרש לוותר על כל ממונו כדי שלא לעבור על מצוות לא תעשה (ראה רמ"א, אורח חיים, סימן תרנו, סעיף א), אבל הוא עשוי להיפטר מכוח אומדנה שלא על דעת כן נשבע.

ועוד השווה ביאור הגר"א, יורה דעה, סימן רלב, ס"ק כד, שהבין בדעת הריב"ש, שהכבדה כספית אינה עילת פטור **אף בהעדר שבועה**. הוא מסביר שפסק הריב"ש בסימן שפז, מיוסד על דברי רש"י (להלן, הערה 704), מהם עולה, לדעתו, שאף תשלום כל ממונו של אדם אינו בגדר אונס, ואין הוא פטור אלא כשאין לו. ראה להלן, הערה 706. הגר"א אינו מסביר כיצד הדברים מתיישבים עם שו"ת הריב"ש, סימן תס, שם הכיר בהכבדה כספית כעילת פטור. וצריך עיון. וראה עוד הרב יועזר אריאל, "התייקרות בלתי צפויה של סחורה מיובאת", **תורת המשפט**, חלק א, קרית ארבע תשנ"ז, עמ' 131-159, בעמ' 143-147.

⁴⁸⁶ שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סימן קד.

⁴⁸⁷ לעיל, ליד ציון הערה 466.

⁴⁸⁸ שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סימן קכג.

⁴⁸⁹ מהרשד"ם רואה בתשובת הרא"ש אבן יסוד לשימוש באומדנה כעילת פטור מהתחייבות בשל שינוי נסיבות, והוא מרבה להפנות אליה בתשובותיו. ראה לדוגמה שם, חו"מ, סימן תכב (בעניין התחייבות בשבועה לפרעון בסחורה שאמורה היתה להישלח מעיר אחרת לחייב. הסחורה לא הגיעה. לאור עליית ערך הסחורה, הנושה דורש שהחייב יקיים את חיובו ויקנה סחורה זהה מכספו, ואילו החייב מבקש להשתחרר מחיובו בשל ההפסד שייגרם לו. גם כאן מהרשד"ם פוטר את החייב מכוח אומדנה). וראה עוד להלן, הערה 537.

(ו) כיוצא בזה פוסק רבי משה בבבבשת⁴⁹⁰: שני אחים הסכימו עם ראשי הקהל על הנחה משמעותית בתשלום מסי הקהילה בתמורה להתחייבותם לשלם מס לקהילה על עסק ייצור היין שלהם, שלא יפחת מכמות מינימלית של יין, **אפילו אם כמות זו לא תיוצר בפועל** (הסכם שהיה מבטיח לקהילה הכנסה נאה שהצדיקה את ההנחה במס). לימים פגעה מחלה בכרמים, ועלו מחירי התשומות פלאים, עד שייצור היין הפך לבלתי משתלם בעליל. לנוכח ההכבדה האמורה, פוטר 'פני משה' את האחים מהתחייבותם⁴⁹¹, תוך שהוא מסתמך אף הוא על תשובת הרא"ש⁴⁹².

אמנם בתשובה אחרת⁴⁹³ שהשיב כשני עשורים לפני כן, הוא הגיע למסקנה שונה, כשהוא דוחה את ההסתמכות על תשובת הרא"ש. עניינו היה באב שחתם על שטר חוב שבו נטל על עצמו חיוב כספי כלפי בתו, וירד מנכסיו. לדעתו, אין בירידת האב מנכסיו עילת פטור, ומטעים שאין להקיש בין נדון זה לנדון הרא"ש: "דעד כאן לא קאמר הרא"ש, אלא בנדון ידידה, דלא היה שם חיוב כי אם שבועה לבד היה ביניהם, אז השיב דאדעתא דהכי לא נשבע. אבל בנדון דידן דנתחייב בשטר חיוב גמור לפרעם, אף אם אחר כך הפסיד, לית לן בה [=אין עילת פטור], כיון דבשעת החיוב נתחייב היטב, **אין אחר החיוב והמעשה כלום**". אולם נראה שאין הכרח לראות סתירה בין התשובות⁴⁹⁴, שכן אפשר, שהוא מבחין בין חוב המגובש כבר ("חיוב גמור"), שאין בכוח אומדנה לבטלו, לבין התחייבות עתידית (הנעשית בדרך כלל בשבועה או בנדר, וזו כוונתו "**לא היה שם חיוב**" כי אם שבועה לבד"⁴⁹⁵), שמאחר שטרם התגבשה, עשויה האומדנה לבטלה⁴⁹⁶.

⁴⁹⁰ שו"ת פני משה (בבבבשת), חלק א, סימן סב. התשובה משנת תכ"ו (1666) [תשובה זו מובאת במלואה להלן, נספח יב, עמ' פפפ]. וראה להלן, ליד ציון הערה 554.

⁴⁹¹ אין צריך לומר שהוא מחייב אותם במסי הקהילה הרגילים, ראה שם, ד"ה אמנם כל היד (קמד ע"ג) [ראה להלן, נספח יב, ח.21, עמ' פפפ].

⁴⁹² נעיר שבאותו עניין חיוו דעתם לפניו ר' חסדאי הכהן פרחיה (שו"ת תורת חסד, סימן רכו), ותלמידו של ר' משה בבבבשת ר' יוסף קצבי (שו"ת מהר"י קצבי, סימן יח), שמרבה לבקר את תשובת ר' חסדאי הכהן. בתשובתו פני משה מקבל חלקית את נימוקי הפטור של ר' חסדאי הכהן. סביר להניח שהוא ראה את תשובת ר' יוסף קצבי (ראה לעיל, הערה 469) אך אינו מציין אותה במפורש.

⁴⁹³ שו"ת פני משה (בבבבשת), חלק ב, סימן סה, ד"ה אמינא (קט ע"ג). התשובה משנת ת"ח (1648).

⁴⁹⁴ ולא כפי שנקט הרב משה ישראל (שו"ת משאת משה, חלק ראשון, יורה דעה, חלק א, סימן ז, ד"ה אלא דאכתי, וסוף ד"ה וליכא למידחי), שראה סתירה בין התשובות ולא מצא לה פתרון, וכפי שנקט גם בנו הרב אברהם ישראל (שם, חלק ב, סימן כז, ד"ה עודהו הסל על כתפי), שאף הוא ראה סתירה בין התשובות והציע לומר ש'פני משה' חזר בו בשנת תכ"ו ממה שפסק בשנת ת"ח.

⁴⁹⁵ לפי הצעתנו כוונת 'פני משה' אינה להתחייבות ב"שבועה" דווקא אלא לכל התחייבות עתידית, לרבות התחייבות המחוזקת בקנס. ואולם השווה: משנה למלך, הלכות זכיה ומתנה, פרק ו, הלכה א, ד"ה ונראה דתרתני קשיא; שו"ת משאת משה (ישראל), חלק ראשון, יורה דעה, חלק א, סימן ז, ד"ה ומן התימא; שו"ת בית אפרים, אבן העזר, סימן סג, ד"ה ועוד ראיתי לברר (לב ע"ג); שער משפט, סימן ס, ס"ק ד. מדבריהם של פוסקים אלה עולה שפסק הרא"ש נאמר ב"שבועה" דווקא, שמאחר שהיא נעשית כלפי שמיא, בין האדם ובין קונו, קל יותר לבטלה מכוח אומדנה (וראה הרב יעקב אריאל, "תוקפו של הסכם גירושין במתחייב שירד מנכסיו", **שורת הדין** ט (תשס"ה), עמ' רצה, בעמ' רצו-רצט. לדעתו, גישתם של פוסקים אלה מבוססת על שיטת התוספות (להלן, הערה 563), לפיה אין לפטור מכוח אומדנה בהסכם דו-צדדי אלא רק בהתחייבות חד-צדדית). ברור שיפני משה', שאף הוא העלה תחילה סברה זו (ראה שם, ד"ה והעולה על רוחי (קמג ע"ד) [ראה להלן, נספח יב, ח.21(1)], עמ' פפפ), חזר בו ממנה, שאם לא כן לא היה מסתמך על תשובת הרא"ש כדי לפטור את האחים מכוח אומדנה, שהלא חיובם לא היה חיוב מכוח שבועה כי אם

(ז) לסיום סקירה זו נציין שהכבדה כלכלית הנגרמת כתוצאה משינויים דרסטיים בערך המטבע או במחירי התשומות וכיוצא בזה, עשויה אף היא לשמש עילת פטור מכוח אומדנה, ובלבד ששינויים אלה לא היו צפויים⁴⁹⁷. עם זאת, חשוב לסייג, שככלל הפטור אינו אמור לגבי **חוב שכבר התגבש**, כגון עקב הלוואה, מכר או שכירות. אלה הן עסקאות קנייניות שכל צד נושא בסיכון לשינוי בערכו הריאלי של החוב⁴⁹⁸, מה עוד שאין אומדנה ברורה שהצדדים היו נסוגים מן העסקה אם היו מודעים לסיכון⁴⁹⁹. לא כן הוא **בהתחייבות עתידית** שכתוצאה מהשינויים האמורים הופכת לבלתי סבירה בעליל. כך פוסק ר' שלמה קלוגר⁵⁰⁰ בעניין מי שהתחייב לספק סחורה, ועלה המחיר הרבה מעבר לצפוי: "אם יש הפסד להמוכר כל כך, עד שיש **אומדנא** שאדעתא שיצטרך להפסיד כל כך משלו לא היה מתחייב את עצמו להעמיד המקח הזה – אז פטור"⁵⁰¹. כך סבור גם הרב מנחם מנדל

חיוב מס רגיל. ואכן השווה הרב אברהם ישראל (שו"ת משאת משה, חלק שני, חו"מ, חלק ב, סימן כז, ד"ה עודהו הסל על כתפי), המבקר את גישתם של פוסקים אלה ומביא מקורות רבים מהם עולה גישה הפוכה לפיה האפשרות להשתמש באומדנה מצומצמת יותר בשבועה בשל חומרתה (כפי שראינו לעיל, הערה 483, וכפי שנראה להלן, הערה 527).

⁴⁹⁶ בדומה לדברי שו"ת שי למורא (להלן, הערה 574, אות ב). וראה דברי הרב מרדכי קריספין, שו"ת משאת משה (ישראל), חלק שני, חו"מ, חלק ב, סימן כח, ד"ה אלכה ואשוב', שדומה שאף הוא מכוון להבחנה מעין זו.

⁴⁹⁷ כשיטה המקובלת על רוב הפוסקים, ראה להלן, ליד ציון הערה 558 (וראה להלן, הערה 557, שגם 'פני משה' היה מסכים לכך אלא אם כן מדובר באומדנה גדולה). וראה פסק הרבנים (להלן, הערה 504, סוף אות א): "כל האמור מתייחס רק לעסקאות שנעשו לפני שהחלה הירידה התלולה בשער הדולר כשעדיין לא היו צפויים שינויים כאלו" (אות ו, שם). והשווה להלן, הערה 652.

⁴⁹⁸ אמנם ידועה שיטתו של מהרשד"ם, ר' שמואל די מדינא, בעניין שינוי ערך המטבע, לפיה חוב צריך להשתלם לפי ערכו הריאלי בשעת התשלום ולא לפי ערכו הנומיליני (ראה בין השאר שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן עה). אולם יש להעיר על כך שני דברים: (א) לדעתנו, גישתו אינה מיוסדת על אומדן דעת הצדדים אלא על **שורת הדין** (ואף שבתוך דבריו הוא מזכיר את שיקול האומדנה, אין זה אלא כדי להתגבר על עניין נקודתי הקשור בנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון בפניו, כפי שנרחיב בנספח ו, עמ' פפ, אם כי נצביע שם על דעות אחרות בהבנת דבריו); (ב) דברי מהרשד"ם אמורים רק כאשר ברור שהשינוי בכוח הקנייה אירע בשל **שינוי במטבע** - בין שינוי צורתו ומשקלו של המטבע ובין שינוי יזום בשער המטבע - וספק אפוא אם ניתן להסתמך על דבריו בתנאי אינפלציה או דפלציה, שכן קשה לקבוע בנסיבות אלו שהשינוי הוא במטבע ולא בטובין שבשוק. ראה: עטרת דבורה, חלק ב, ישראל תשס"ט, סימן יט, עמ' 785, ד"ה ולפי דרך זו; הרב בנימין בארי, "הצמדת ערך הכתובה", **כנס הדיינים – התש"ע, התשע"א**, עמ' 251, בעמ' 256 (אם כי גם עניין זה שנוי במחלוקת, כפי שנראה בנספח ו, הערה 1025).

⁴⁹⁹ ראה הרב מנחם מנדל שפרן, "ירידת ערך הדולר", **הישר והטוב** ז' (תשס"ט), עמ' יא, בעמ' כב: "ומסתבר שאפילו היה המוכר מפרש שאם ירד הדולר ישתנה המחיר, אילו היה הקונה או השוכר מתעקש בשעת מעשה לא להטיל שום תנאי בחוזה או לא להגביל את הדולר לשום שער או רף, היה מוכן המוכר או המשכיר בכל זאת לחתום על החוזה בצורתו הנוכחית, ומה גם שלפעמים נצרך המוכר או המשכיר לדולרים כדי לפרוע הלואה דולרית וכדומה ואין הערך השקלי משנה לו כלום, אם כן נראה שאין האומדנא ברורה כל כך כדי שתוכל לבטל את החוזה אפילו כשהוא תלוי בצד נוסף".

⁵⁰⁰ חכמת שלמה (קלוגר), בהגהתו לשולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף ו.

⁵⁰¹ אמנם הוא מנמק זאת בכלל "אונס רחמנא פטריה", אבל מדבריו ניכר שהוא נוקט כמו תוספות ומאירי (לעיל, הערה 90, אות ב), שהפטור מכוח טענת אונס מבוסס בעצמו על אומדנה.

וראה גם הרב יעוזר אריאל, "התייקרות בלתי צפויה של סחורה מיובאת", **תורת המשפט**, חלק א, קרית ארבע תשנ"ז, עמ' 131-159.

שפרן⁵⁰² בעניין חוזי עבודה וחוזים קבלניים שהתמורה נקבעה בהם **בדולרים** (כפי שהיה נהוג בישראל בשנות השמונים בשל האינפלציה הדוהרת והירידה המתמדת בשער השקל), ולפתע צנח ערכו של הדולר לעומת השקל ב-25%: **"יש אומדנא ברורה וחזקה שלא נשכר על דעת כן, כמו מגיד שיעור ומלמד וסופר סת"ם שבודאי לא נשכר על דעת לקבל משכורת זעומה שלא יצליח לפרנס ממנה את משפחתו"**⁵⁰³, וכן קבלן שיפוצים שמשלם לפועליו בשקלים וקונה את חומרי הבניה בשקלים וסיכם על סך דולרי כשהוא היה גבוה, **אומדנא ברורה היא שלא הסכים על סך זה גם בשער נמוך ויפסיד מכיסו הפרטי כדי לשלם לפועליו ולחומרי הבניה"**⁵⁰⁴.

⁵⁰² שם, בעמ' כב-כג.

⁵⁰³ זו דוגמה נוספת לשינוי הגורם פגיעה בתמורה המצופה, שנדון בו בהרחבה בתת-פרק הבא.

⁵⁰⁴ א. נימוק זה בדבר "אומדנא ברורה וחזקה" מועלה על ידי הרב שפרן כנימוק נוסף ונבדל מן הנימוק המבוסס על שיטת 'נודע ביהודה' (להלן, הערה 573), המרחיב את תוקפה של אומדנה לביטול **התחייבות חוזית** לעומת ביטול **עסקה קניינית** (וכפי שנעיר להלן, הערה 574, סוף אות א).

והשווה: שו"ת פנים מאירות, חלק ב, סימן ח; שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ד (מובאים בפתי תשובה, חו"מ, סימן רכו, ס"ק ז). פוסקים אלה דנים בהתחייבות לספק סחורה במחיר מסוים, ובשעת קיום ההתחייבות, התייקרות חריגה של הסחורה גורמת הפסד בלתי צפוי לספק. גם הם נוטים לפטור את הספק, אבל לא משיקולי אומדנה או אונס אלא מכוח **דיני הונאה**. הם מטעימים, ששעת **קיום ההתחייבות** היא השעה הקובעת לעניין דיני הונאה ולא שעת **יצירת ההתחייבות**, ואם בשעת הקיום יש הונאה במחיר, יש עילה לביטול העסקה (לעניין השפעת תשלום מראש על תחולת דין הונאה, ראה נחלת צבי, חו"מ, סימן רכו, סעיף ט). להבאת שיקול זה כשיקול נוסף לפטור במקרה של ירידת שער הדולר (מלבד השיקול המבוסס על שיטת 'נודע ביהודה', להלן, הערה 574, סוף אות א), ראה: הרב שריאל רוזנברג, "טענת מקח טעות מחמת ירידת שער הדולר", **קול התורה** סו (תשס"ט), עמ' שנז-שנט (אם כי הוא מעיר, שם, סוף אות ג, ששיקול זה מוגבל לאותם עניינים בהם חלים דיני הונאה, כגון מיטלטלטין, ולא במקרקעין, שהם מן ה"דברים שאין להם אונאה"); הרב יהונתן דוד הול והרב אברהם בוטרמן, "חזרה מהסכם מחמת ירידה בשער הדולר", **קול התורה** סו (תשס"ט), עמ' שסא, בעמ' שסד-שסה. וראה פסק ההלכה ברוח זו החתום על ידי הרבנים: שריאל רוזנברג, יהודה סילמן, מנחם מנדל שפרן, נפתלי נוסבוים וזלמן נחמיה גולדברג (פורסם גם בכתב העת **הישר והטוב** ז (תשס"ט), עמ' כו).

לשיקול אחר לפטור שהעלה ה"ז, ראה דיונונו להלן, ליד ציון הערה 649.

ב. לדעת הרב שפרן, שם, עמ' כג-כד, אם התמורה לא נקבעה בדולרים אלא **בשקלים בצמוד לדולר**, ניתן להגיע לאותה תוצאה מכוח **פרשנות** כוונת הצדדים כאשר הצמידו את החוזה לדולר: "כיון שאין מטרת ההצמדה לדולר אלא כדי שהדולר ישמש כקנה מידה של ערך מסויים למטבע, אם כן אף שאכן אם ינוע הדולר רק במקצת לכאן או לכאן אין בכך לבטל את מטרתו, שהרי הדולר עדיין נשאר בגדר קנה מידה נכון, אך אם נהפך עליו הגלגל ואינו משמש שוב כקנה מידה למטבע ולערך הכסף, נתרוקנה מטרת ההצמדה מתוכנה ואינה מחייבת. וצריך עיון למעשה" (וראה גם, אם כי ביתר היסוס, הרב שריאל רוזנברג, שם, עמ' שנז, ד"ה ובהרבה). יש להטעים, ששיקול זה נכון לא רק בהתחייבות חוזית אלא גם **בעסקה קניינית** (כגון: הלואה, מכר ושכירות). לקביעה דומה ראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן עה; שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קיא; שו"ת דברי ריבות, סימן תיט (בעניין התקדים שנדון בו להלן, נספח ו, ליד ציון הערה 1014, וראה שם, הערה 1021). וראה להלן, הערה 554.

ג. להתאמת חוזה לנוכח אינפלציה גדולה ובלתי צפויה במשפט הישראלי, ראה ע"א 554/83 **אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' עיזבון המנוח זלוטולוב יצחק**, פ"ד מא(1) 282 (1987). לדיון רחב בפסק הדין וביחסו (בין היתר) לדין הסיכול, ראה איל זמיר, **פירוש והשלמה של חוזים** (תשנ"ו), עמ' 131-141. להתאמת חוזה בעקבות שינוי המטבע במשפט הישראלי, ראה מדינה (לעיל, הערה 6), בעמ' 462, הערה 226.

(א) 'מחנה אפרים'⁵⁰⁵ דן במי שנטל על עצמו קנס בשבועה אם לא יפרע חוב עד מועד מוסכם, ולא הגיע במועד המוסכם למקום הפרעון **בשל מחלת בנו**. הוא פוטר אותו מן הקנס, מן הנימוק שאומדנא דמוכח הוא שלא נטל על עצמו את הקנס אם קיום החיוב יהיה כרוך בנטישת בנו החולה. הוא מסתמך על דברי הר"ן בסוגיית נדרים שהבאנו בתחילת דיוננו⁵⁰⁶.

(ב) כיוצא בזה פוסק ר' יעקב הכהן⁵⁰⁷, בעניין שליח ציבור שעזב את קהילתו, קהילת הלבדשטאט, לפני סיום תקופת החוזה עמה משום שהאוויר השורר במקום מזיק לבריאותה של אשתו. בהסתמכו בין השאר על תשובת הרא"ש⁵⁰⁸, הוא פוסק שזהו אונס המצדיק את הפרת החוזה, ופוטר את שליח הציבור מן החרם שנטל על עצמו, ומוסיף: "דודאי אין דעת הקהילת קודש הלבדשטאט שידור בלא אשתו"⁵⁰⁹.

(ב) שינוי הגורם פגיעה בתמורה המצופה

פטור מכוח "תנאי מכללא" אפשרי לא רק כשינוי הנסיבות גורם להכבדה על קיום החוזה אלא גם כאשר הוא גורם לשינוי מהותי אחר בקיום החוזה, כגון שהתמורה המצופה ממנו נכזבת⁵¹⁰, וככלל, כשברור שלא על דעת נסיבות חדשות אלה ניתנה ההתחייבות, וכפי שנפרט ונדגים להלן.

(א) בעניין תוספת כתובה, היינו התוספת שמתחייב החתן לשלם לאשתו אם יסתיימו הנישואין בגירושין או במות הבעל (מעבר לחיוב הבסיסי - עיקר הכתובה - שקבעו חכמים), נקבע במשנה⁵¹¹: "אף על פי שאמרו בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה [עיקר הכתובה], אם רצה [החתן] להוסיף אפילו מאה מנה - יוסיף. נתארמלה [=נתאלמנה]⁵¹² או נתגרשה... רבי אלעזר בן עזריה אומר, מן הנשואין גובה את הכל, מן האירוסין בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, **שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה**"⁵¹³.

⁵⁰⁵ מחנה אפרים, הלכות שבועות, סימן יב. והשווה לעיל, הערה 477, שיש הרואים במחלת הבן הכבדה כלכלית.

⁵⁰⁶ ראה לעיל, ליד ציון הערה 460. הוא מטעים (שם, ד"ה והשתא) שאמנם מסקנה זו אינה מקובלת כנראה על דעת הריב"ש (לעיל, הערה 478), אבל היא מוכחת בדעת הר"ן.

⁵⁰⁷ שו"ת שב יעקב (כ"ץ), חלק א, סימן מט.

⁵⁰⁸ לעיל, הערה 466.

⁵⁰⁹ שם, ד"ה אבל בגוף. הדגשה זו, שהאומדנא מקובלת גם על בני הקהילה, קשורה בדיון שנרחיב בו להלן, ליד ציון הערה 562, ולפיו, ככלל, בהסכם דו-צדדי, יש קושי להסתמך על אומדנא של צד אחד.

⁵¹⁰ דוגמה לפגיעה בתמורה הכלכלית המצופה כבר פגשנו לעיל, ליד ציון הערה 503. המקורות שנסקור להלן עוסקים בפגיעות אחרות בתמורה, לאו דווקא בפגיעות כלכליות.

⁵¹¹ משנה, כתובות ה, א (נד ע"ב).

⁵¹² לשורש ארמ"ל (שמקורו בארמית) במשנה, ראה משה בר-אשר, **מחקרים בלשון חכמים**, ירושלים תשס"ט, לפי המפתח שם עמ' 370.

⁵¹³ והוא הדין לעניין מתנות שנתחייבו הצדדים זה לזה. ראה בית שמואל, סימן פה, ס"ק יח. אבל ראה להלן, הערה

לפנינו לכאורה, מקור תנאי מפורש לפטור מהתחייבות בשל שינוי נסיבות מכוח אומדנה⁵¹⁴; הבעל נחשב כמי שהתנה מכללא את התחייבותו לשלם לאשתו תוספת כתובה בעת פירוק הנישואין, בכך שיזכה לממש איתה חיים זוגיים, אבל אם ימות או יגרש אותה לפני הנישואין, ייפטר מתשלום התוספת. אמנם הפטור אמור כאן לא רק בנסיבות של סיכול, שהרי הוא חל גם כאשר הבעל מחליט חד-צדדית לגרש את אשתו⁵¹⁵, אבל עולה ממנו כוחה של אומדנה⁵¹⁶.

(ב) כיוצא בזה, לדעת רבנו תם⁵¹⁷, מי שטרם נתן לבתו נדוניה שהתחייב לתת לה לרגל נישואיה ומתה הבת, פטור מחיובו ואין הבעל יכול לדרוש מהאב להעביר לו את הנדוניה (מדין ירושת אשתו), משום שיש אומדנה שהאב התחייב לתת את הנדוניה רק אם תיהנה ממנה גם בתו^{518 519}.

⁵¹⁴ כך הבינו תוספות, כתובות מז ע"ב, ד"ה שלא, שהרי לנוכח משנה זו הם שואלים: "ואם תאמר אם כן כל אדם הלוקח פרה מחבירו ונטרפה או מתה [לאחר הקנייה], אכן סהדי שלא על מנת כן לקחה?". אותה שאלה מעלים התוספות מכוח סוגיית בבא קמא קי ע"ב, ראה להלן, הערה 552. תשובת התוספות אינה מעניינת כאן, וראה על כך להלן, הערה 567.

והשווה פני יהושע, כתובות מז ע"ב, ד"ה בד"ה שלא כתב לה אלא. לדעתו, ניתן היה להבין את הפטור מתוספת כתובה לא מכוח תנאי מכללא, אלא שכוונת הבעל מראש היא, שחיובו יכנס לתוקפו רק לאחר שיכניס את כלתו לחופה ("והרי זה כאילו קובע זמן שמאותו שעה יתחייב התוספת"), ואם כן לא היה מקום לשאלת התוספות, שעניינה ביטול חיוב שכבר נכנס לתוקפו בשל התפתחות מאוחרת (ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, ירושלים תשע"ב, עמ' 175, הערה 298, שם הועלתה השאלה בלא לציין לפני יהושע). אבל ראה שו"ת אחיעזר, חלק ב, יורה דעה, סימן כב, אות ה, המוכיח מנייתוח הסוגיה (כתובות נה ע"ב) שהדברים אמורים "גם אם פירש מעכשיו, ומכל מקום אמרינן שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה וכאילו התנה בכל דיני התנאים". והשווה שיעורי ר' דוד (פוברסקי), כתובות מז ע"ב, אות רכב: "ואולי נימא דכוונת התוספות רק להקשות, דכמו דהכא מהני האומדנא לומר דנתחייב רק אחר כך, אף על פי שלא אמר כלום, ולא אמרינן דהוי דברים שבלב, כמו כן התם ליהני אומדנא זה דליהוי תנאי נמי". לפי דבריו, סוגיה זו היא רק מקור עקיף לענייננו, בשונה מ'אחיעזר' שרואה בה מקור ישיר. וראה עוד הרב אברהם שפירא, להלן, הערה 516. וראה עוד אפרים אלימלך אורבך, ההלכה – מקורותיה והתפתחותה, גבעתיים 1984, עמ' 114-115.

ועוד השווה ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רז, ס"ק יד (ליקוט). לדעתו, תוספת כתובה דינה כמתנה, ולפי ריא"ז בשם רי"ד (לעיל, הערה 431), אין מקום לשאלת התוספות שכן במתנה "דברים שבלב הויין דברים", מה שאין כן במכר, שם חל הכלל "דברים שבלב אינם דברים", וניתן לבטל מכוח אומדנה רק בצירוף גילוי דעת. אם צדקו דברי הגר"א שתוספת כתובה דינה כמתנה, מוכח מכאן שהתוספות והפוסקים הרבים ההולכים בעקבות התוספות, אינם מקבלים את גישת רי"ד, שאם כן לא היו מקשים את קושייתם (וכפי שהערנו לעיל, הערה 435). ואולם אפשר שתוספות מגדירים תוספת כתובה כעסקה דו-צדדית – התמורה להסכמת האישה להינשא. ועוד השווה להלן, סוף הערה 567.

⁵¹⁵ כמפורש במשנה "נתארמלה או נתגרשה". כנראה משום שבאותו עניין מדובר באומדנה חזקה ביותר. לדעת פני יהושע (לעיל, הערה 514), מובן יותר מדוע הדין אמור גם בבעל שיזם את הגירושין, שהרי מועד החיוב (הנישואין) טרם הגיע. וראה הרב אברהם שפירא (להלן, הערה 516).

⁵¹⁶ כאמור לעיל, הערה 514, התוספות הסיקו מכאן את כוחה של האומדנה, אף כשאינה חזקה עד כדי כך, לפטור חייב מחיובו אם השתנו הנסיבות מאונס. להבחנה בין אומדנת פטור באי-קיום מאונס דווקא לבין אומדנת פטור אפילו באי-קיום מרצון, ראה בהרחבה פסק דינו של הרב אברהם שפירא, פד"ר י, עמ' 130-136 [=מנחת אברהם, חלק א, סימן לד], בעניין הסכם גירושין שבו הבעל הסכים להסדר תשלום מזונות לאשתו ולילדיו תמורת הסכמת אשתו להתגרש, ובמועד סידור הגט הבעל הוא שסירב לתת את הגט, וטען שהסכים להסדר תשלום המזונות רק אם יתקיימו הגירושין. וראה שו"ת יש מאין (ילוז), חלק א, סימן כב, בעניין תוספות כתובת ומתנות שהוטחו על ידי הבעל בשל דרישת האישה להבטחת הנישואין (ולא כתוספת כתובה רגילה), שאז אין לפטור את הבעל אם הוא יזם את הגירושין.

⁵¹⁷ ספר הישר (חלק החידושים), סימן לד; תוספות, כתובות מז ע"א, ד"ה כתב.

⁵¹⁸ כך מתפרשת לדעתו הברייתא המובאת שם: "כתב לה [האב לבתו] (כנדוניה) פירות, כסות וכלים שיבואו עמה מבית אביה לבית בעלה, מתה - לא זכה הבעל בדברים הללו" (וראה שו"ת מהרי"ק, שורש פא, ענף ב, ד"ה ועל אשר נשבע לתת לבתו, שפטור זה אמור גם כאשר החתן מרבה להתקוטט עם אשתו. מובא ברמ"א, חו"מ, סימן עג, סעיף ח). בכך דוחה רבנו תם את פירוש רש"י, שם, ד"ה ומתה, לפיו דין זה אמור רק כשהבת מתה בתוך תקופת האירוסין, אבל אם מתה הבת אחרי הנישואין זכה החתן בנדוניה כיורש אף שלא תיהנה הבת ממנה, משום שדי לאב ב"חבת נישואין" (ראה שם מז ע"ב, ד"ה מ"ד לא זכה). לפירוש שיקוליו הפרשניים של רבנו תם וניתוחם הביקורתי, ראה אברהם (רמי) ריינר, **רבנו תם – פרשנות, הלכה, פולמוס**, ישראל תשפ"א, עמ' 242-251. על מחלוקת זו ראה רמ"א, אבן העזר, סימן נג, סעיף ג. וראה להלן, הערה 627.

יש להטעים שרבנו תם מודה שאם כבר נתן האב את הנדוניה לבתו, זוכה החתן בירושתה אף אם תמות האשה ממש בסמוך לנישואיה. על כך מקשה הרשב"א, שאילו צדק רבנו תם בפירושו, מן הדין וההיגיון היה להחיל את האומדנה גם בכגון זה: "ומיהו עיקר פירושו אינו מחוור, דאי אמרת **אומדן הדעת** הוא שלא כתב לו אלא על מנת שתתקיים עמו עד שעה שיגבה אותן נכסים בחייה, **הגע עצמך** זו שנכנסה אמש והביאה עמה נכסיה ומתה היום הבעל יורשה וזו שהזקינה עם בעלה אין הבעל יורשה, **אומדן הדעת כזה לא שמענו**" (חידושי הרשב"א, כתובות מז ע"א, ד"ה ומיהו). ואולם אפשר שלעניין כוחה של אומדנה רבנו תם מבחין בין ביטול התחייבות לביטול זכות קניין. ואכן, ראה להלן, הערה 573, שינוע ביהודה' שנוקט הבחנה זו, מבסס אותה בין השאר על שיטה זו של רבנו תם. וראה עוד הערה 574, אות ב.

[לימים תיקן רבנו תם תקנה לפיה, אף אם כבר נתן האב את הנדוניה, אם מתה בתו בתוך שנת הנישואין הראשונה בלא להותיר אחריה וולד של קיימא, חייב הבעל להשיב את הנדוניה. ראה Shalem Yahalom, *The Dowry Return*, *European Journal of Jewish Studies* 12 (2018) 136-167. יהלום מצייך, שהסדר זה מוזכר בתלמוד הירושלמי כתנאי שניתן להוסיפו בכתובה, ראה ירושלמי, כתובות, פרק ט, הלכה ה. עוד הוא מצייך, שלפי ספר העיטור, סוף ערך כתובה, הוספת תניה כזו היא **נוהג ר'זוח**: "ומסתברא דמנהגא הוה למיכתב בכתובה, כדגרסינן בירושלמי 'אילין דכתבי אי מיתא בלא בני תיהדר פורנא לבי נשא, תנאי ממון הוא וקיים', ומשום דלא מקדמי פורענותא לנפשיהו אמרו אף על גב דלא כתב כמאן דכתב דמי. וזה המנהג פשוט בינינו דקיימא לן בכתובה הכל כמנהג המדינה". וראה עוד בענין זה ריינר, שם, עמ' 251-256. בהערה 63, הוא מביא מכאן ראיה נוספת לכך שרבנו תם לא התעניין בתלמוד הירושלמי, שאם כן היה יכול להסתמך עליו ולא היה נזקק לתקנה]. ומה הדין (בהעדר תקנה) אם האב מוחזק אך בתו הותירה אחריה זרע של קיימא? לכאורה בכגון זה אין אומדנה, אבל לא כך פסק הגהות מיימוניות, הלכות אישות, פרק כב, אות א (וראה רמ"א, אבן העזר, סימן נג, סעיף ג). אבל ראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן מט, שתמה על עמדה זו (מובא בפתיח תשובה, שם, ס"ק ח).

⁵¹⁹ וראה ט"ז, חו"מ, סימן ס, סעיף ג, ד"ה ראובן שקיבל, בעניין מי שהתחייב לתת **מזונות** לבנו ולכלתו ומת הבן. לדעתו, יש להבחין בין **נדוניה**, הניתנת בעיקרה על ידי האב **לבתו**, ולכן הוא פטור אם מתה הבת, ובין **מזונות** הניתנים על ידי האב ישירות **לשני בני הזוג**, ובהם מודה רבנו תם שחייב האב להמשיך ולתת לכלתו את חלקה במזונות, אף לאחר מות בנו. כך הוא מסיק מהדין (כתובות קא ע"ב) לפיו הנושא אישה והתחייב כלפיה לזון את בתה חמש שנים, חייב לזון את הבת אפילו אם גירש את האם, ואינו נפטר מחיוב זה מכוח אומדנה. וראה הגהות חכם צבי על הט"ז (מודפס שם, בתוך דבריו), שמסכים לדין זה של הט"ז, אבל לא מטעמו. הוא מסביר, שאופיה של הנדוניה משתנה לגמרי אם היא ניתנת בחיי הבת, שאז הבעל אינו רשאי למכור את הנדוניה, מאשר אם היא ניתנת לאחר מותה, שאז היא הופכת לממונו של הבעל לכל דבר ועניין, ולזה אומדנה ברורה היא שלא התכוון האב. מה שאין כן המזונות שתובעת הכלה, שאופיים זהה בין ניתנו בחיי הבן ובין ניתנו לאחר מותו, ועל כן אין לגביהם אומדנה שלא הייתה כוונה לתתם גם לאחר מותו. וראה גם בית שמואל, סימן נג, ס"ק י. והשווה שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קמב, החולק על הט"ז ועל החכם צבי וקובע להפך, שבחיוב מזונות, גם החולקים על רבנו תם יודו שהאב פטור, משום שאומדנא דמוכח הוא, שלא התחייב האב לשלם מזונות לבנו וכלתו אלא כדי לעזור לבנו לקיים את חיובו כלפי אשתו, ומשמת - פג החיוב (ואין זה דומה למתחייב לזון את בת אשתו, שעושה כן בתמורה לזכויות שהוא זוכה בהן בעקבות הנישואין - מעשי ידיה ירושתה ומציאתה - ולכן אין שם אומדנה ברורה שלא התכוון לזון את בתה גם אחר הגירושין). והסכים עמו בית מאיר, אבן העזר, סימן קיד, סעיף ו. וראה גם תומים, סימן ס, ס"ק ט (והשווה ישועות יעקב (אורנשטיין), אבן העזר, סימן נג, אות א). וראה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן ז, ד"ה ואחר הנחה זו, שגם הוא חולק על הט"ז (ומבחין) - על פי דרכו להלן, הערה 959 - בין הלכת רבנו תם לבין דין המתחייב לזון את בת אשתו. לדיון

(ג) הרא"ש⁵²⁰ נשאל בענין חוזה שידוכין שהוסכם בו, כנהוג, על קנס במקרה של הפרה. אחות המשודכת (ולא המשודכת עצמה) המירה את דתה, ועקב כך הפר החתן את חיובו וסירב לשאת את משודכתו, ועלתה השאלה, האם יוטל עליו הקנס המוסכם? הרא"ש פוטר אותו מתשלום הקנס, בנימוק של "תנאי מכללא", וזה לשונו, בחלקה השני של תשובתו: "בנדון זה **אומדנא דמוכח**"⁵²¹ שאלו היה יודע דבר זה שהיה עתיד ליעשות, לא היה מקבל עליו קנס זה, דישראל קדושים הם, והרבה פורשים מלהתערב בפגם שמד⁵²²... ואומדנא דמוכח הוא, וכאלו התנה בפירוש דמיי"⁵²³ (אם כי הוא מסייג שכך הדין רק לפני האירוסין)⁵²⁴, וראה עוד להלן).

ברוב המקורות שהוזכרו כאן ראה **פד"ר** ג, עמ' 334-335. וראה עוד: חשוקי חמד, כתובות מז ע"ב (בעניין "נתן דירה לבתו לכשתינשא, ונשאה לעם הארץ, וישנה אומדנה שלא לזה נתכוון"); שם, שם קא ע"ב (בעניין "כתב דירה על שם בתו וחתנו התלמיד חכם, ובתו נפטרה מיד אחר החתונה"); שם, יומא לח ע"ב (בעניין "הבטיח לראש הישיבה של בנו שיתן לו כל שנה אתרוג נאה ובנו נפטר"); בכורי גשן (לעיל, הערה 427), אות ט.

⁵²⁰ שו"ת הרא"ש, כלל לד, סימן א (נפסק בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן נ, סעיף ה. וראה שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רכח, סעיף מג, שהוא הדין גם אם ההתחייבות הייתה בשבועה). בשל חשיבותה של תשובה זו המצוטטת פעמים אין ספור בדברי הפוסקים, אנו מביאים אותה כלשונה, להלן בנספח יא, עמ' פפ, תוך עריכתה וחלוקתה לפרקים. על חלקה הראשון של התשובה, ראה להלן, הערה 617. וראה אברהם גרוסמן, "ייחוס משפחה ומקומו בחברה היהודית באשכנז הקדומה", בתוך **פרקים בתולדות החברה היהודית, ספר יובל ליעקב כ"ץ** (ירושלים תש"ס) ט-כג, בעמ' יז-יט.

על תשובה זו של הרא"ש מסתמך שו"ת פני משה (בבבנשת), חלק א, סימן ה (בעניין מי שנדר שאם יוציא אותו ה' מצרתו יעלה לארץ ישראל עם כל משפחתו, וביקש להיפטר מקיום נדרו בשל סכנת הדרכים).

⁵²¹ הרא"ש מביא שלל ראיות מהתלמוד שאפשר לבטל עסקה בטענת "אומדנא דמוכח", כפי שראינו לעיל, הערה 434. הוא מטעים בעקבות ר"י (תוספות, כתובות צז ע"א, ד"ה זבין) שב"אומדנא דמוכח" אין צורך בגילוי דעת בשעת ההסכם כדי לסייג את ההסכם מכוח תנאי מכללא. וראה גם רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן ט. וכבר עמדנו על כך לעיל, ליד ציון הערה 432.

⁵²² וראה ט"ז, אבן העזר, סימן נ, ס"ק ח, שמרחיב את דברי הרא"ש גם לפגם של זנות שנמצא באחות המשודכת (וכעין זה ראה שו"ת תועפות ראם, להלן, הערה 523, בעניין התאבדות אבי הכלה). אבל הוא מציין שהלכת הרא"ש אמורה באחות המשודכת דווקא, ולא בקרובות אחרות, כגון דודת המשודכת: "כיון שעיקר הדבר אינו אלא סברת הרא"ש על פי אומדנא כמוזכר בתשובה, לא נלמד ממנה רק מה דדמי מכל צד ואין לך להוסיף יותר". והשווה שו"ת נודע ביהודה, אבן העזר, מהדורא קמא, סימן סט, ד"ה והנה לא אמרו. לדעתו, ההצדקה לחזרה מן השידוך אינה בשל העובדה שיש פגם בקרובת משפחתה של המשודכת, אלא בשל החשש שמא מקור הקלקול בהורי האחיות, ועל כן ייש לחוש שגם המשודכת עצמה תהיה מקולקלת וישחית נחלתה", כלומר שהצאצאים שיבואו ממנה יצאו גם הם לתרבות רעה. על פי זה, ברור שדין הרא"ש חל גם כאשר האבא ואפילו הסבא של המשודכת הוא שהשתמד (הוא מסכים שאין הדין כן אם נשתמדה דודת המשודכת, שכן אפשר לתלות זאת בסבא של הדודה, ואין מקום לחשוש מעבר לשלוש דורות. ראה שו"ת חתם סופר, אבן העזר, סימן קיג. אבל השווה שו"ת הר הכרמל, להלן, הערה 523, שמצדיק חזרה מן השידוך בשל השתמדות דוד החתן). וראה עוד שו"ת באר משה (דנושבסקי), יורה דעה, סימן לו.

⁵²³ והשווה שו"ת ב"ח (הישנות), סימן ח, ד"ה וכל הראיות שהביא הרא"ש, בעניין הפרת שידוך בטענה שאחיינית המשודך זינתה תחת בעלה. הוא מבקר קשות את פסק הרא"ש ודוחה את הראיות שהסתמך עליהם בהצביעו על כך שכולן עוסקות **במתנה** שהיא פעולה משפטית חד-צדדית: "כל הני ראיות איכא למידחי ולמימר דשאני **מתנה** דכל עיקרה נידון על פי דעת הנותן דאמדין דעתו שנתכווין לכך ולכך, התם קאמרינן דבדידה לחודא תליא מלתא. **אבל בשנים שנשתעבדו זה לזה כל אחד נשתעבד לדעת חבירו וחבירו אינו מתרצה אלא בכך בסתמא**" (על מתנה כעסקה חד-צדדית ועל הצורך באומדנה לביטולה, ראה לעיל, הערה 431). נעיר, שביקורת זו נסתרת ממה שנביא להלן, הערה 566, בדעת מהר"ם מרוטנבורג. וראה עוד לעיל, הערה 463, ולהלן, הערה 1154.

(ד) כך פוסק גם הרשב"א⁵²⁵ בעניין חוזה שידוכין שהופר על ידי הכלה, לאחר שהחתן "קלקל את מעשיו" והפך למהמר כפייתי. הוא מצדיק את אבי הכלה ופוטר אותו מן הקנס המוסכם, משום שאמדם דעת ברור הוא, שעל דעת כן לא התחייב, ומטעים "ואף במקום השבועה והנדרים הולכים בטר אומדנא"⁵²⁶.

וראה עוד, שם, וד"ה הנה התבאר. והוסיף שם: "אי לאו תשובות הרא"ש שפסק כך בפירוש בשידוכין דאזלינן בטר אומדנא וכי היה הדין נותן דבשידוכין לא אזלינן בטר האי אומדנא. אכן אחר שיצא מפי הרא"ש להקל בדבר זה לפוטרו מן הקנס, מאחר דאיכא צד טענה לומר, אלו היה יודע דבר זה שעתיד לעשות לא היה מקבל עליו קנס זה, איכא למימר דסבירא ליה להרא"ש דבממון הקל אזלינן לקולא שלא להוציא ממון מחזקתו. ואף על פי דאין כאן אונס ברור וידוע אלא שאנו מחשבין אותו לאונס, אמרי - זוהי היכא דקיימה קיימה. מיהו היכא דאיכא שבועה בהדי קנס, אף הרא"ש מודה דאינו פטור משבועה שנשבע על דעת חבירו מטעם האי אומדנא". כלומר, רק בשל סמכותו הגדולה של הרא"ש הוא מקבל את פסקו, ומטעים שהרא"ש פסק כפי שפסק רק משום שבאותו עניין הייתה ההתחייבות בקנס בלבד ולא בשבועה (שלדעתו היא חמורה יותר מ"ממון הקל"). כפי שנוקטים פוסקים נוספים, ראה לעיל, סוף הערה 495. אבל הצעתו נסתרת משו"ת הרא"ש (לעיל, הערה 466), שם הייתה ההתחייבות בשבועה ובכל זאת פטר הרא"ש את האב מהתחייבותו כלפי חתנו מכוח אומדנה.

לביקורת דומה ולהרכנת הראש בפני סמכותו הגדולה של הרא"ש, ראה שו"ת חכם צבי, סימן מא, ד"ה ועוד אמרי בהאשה: "לא דמו לנדון הרב ז"ל [=הרא"ש] דהנהו בנותן לחוד תליא מילתא לאפוקי בשידוכין שהוא נדון הרא"ש שהדבר תלוי בדעת שניהם. ומאן חכים כהרא"ש ז"ל, וכיון שבעיני חכמתו נראה לדון כך אף שאין ראיותיו מכריעות, אליו נשמע הא מיהא הבו דלא להוסיף עלה באומדנות אחרות".

והשווה: שו"ת הר הכרמל, אבן העזר, שאלה ג (בעניין הפרת חוזה שידוכין בשל המרת דתו של דוד החתן); שו"ת תועפות ראם (טויבש), אבן העזר, סימן מב (בעניין הפרת שידוכים בשל התאבדות אבי הכלה), שבעקבות הרא"ש, פוטרים את המפר מן הקנס. וראה עוד אוצר הפוסקים, אבן העזר, סימן נ, סעיף ה, אות לד.

⁵²⁴ הרא"ש מטעים בסיום תשובתו (ראה להלן, ליד ציון הערה 1155) שכאשר אחות המשוודת המירה דתה לפני האירוסין (הקידושין), אין לומר כלפי החתן "מזלו גרם ונסתחפה שדהו" שכן "קודם אירוסין אינה תלויה במזלו". אבל אם אירע הדבר אחר האירוסין והבעל מסרב להכניס אותה לחופה, יכולה האישה לטעון כלפי הבעל "מזלך גרם ונסתחפה שדך", ואם יסרב להכניס אותה לחופה, לא יוכל להתחמק מתשלום הקנס. וראה ישועות יעקב, אבן העזר, סימן נ, ס"ק ד. אבל השווה להלן, הערה 529, שיש החולקים על קביעה זו של הרא"ש.

לכאורה, סייג זה של הרא"ש צריך עיון לאור מה שפסק בעצמו בעניין הבטחת הנדוניה (לעיל, הערה 466), שם החובות עליהם סמך החותן לקיום התחייבותו וודאי הם שלו, ואף על פי כן מש"נתקלקלו החובות", פטר אותו - מטעם אומדנה - מתשלום הנדוניה המובטחת, ולא שלל זאת ממנו בטענת "מזלך גרם". כך מקשה שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן פו. וראה תשובתו להלן, הערה 541, אות א.

⁵²⁵ שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן לה (נפסק בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן נ, סעיף ה). וראה שו"ת נודע ביהודה, אבן העזר, מהדורא קמא, סימן סט, ד"ה והנה ראשית, שמטעים שאף שבנדון הרשב"א המשודך כבר עסק בהימורים לפני השידוך, אין לטעון סברה וקיבלה "הואיל ונתקלקל אחר כך יותר". וראה להלן, הערה 554.

⁵²⁶ מדברי בית יוסף, יורה דעה, סימן רכת, אות מג, ד"ה כתוב בהגהות (עמ' תעט במהדורת מכון ירושלים), עולה שאומדנה זו כוחה יפה גם אם בינתיים שב המשודך ותיקן דרכיו. כך עולה מתמיהתו על מהר"ם מרוטנבורג (שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, מהדורת מכון ירושלים, כרך ג (תשע"ה), סימן תקכח, מבוא בקיצור במרדכי, שבועות, סימן תשפא). מהר"ם דן בהסכם שידוכים שבו קבלו הצדדים "חרם הקהילות" (שהוא כעין שבועה) באם יחזרו בהם מן השידוך. החתן המיר את דתו ולאחר מכן חזר ליהדות. מהר"ם פוסק שאם המשודך חזר ליהדות לפני שהספיקה המשודכת לקבל היתר מבית הדין להתחתן עם אחר, החרם אינו פוקע. 'בית יוסף' תמה על כך: "ואני אומר שאם לדין יש תשובה, דכיון שהמיר, אף על פי ששב, פגם משפחה הוא ואדעתא דהכי לא נשבעה!". בדרכי משה, יורה דעה, סימן רכת, ס"ק ט, מסתייג הרמ"א מתמיהת 'בית יוסף': "ומיהו אפשר דהרשב"א לא קאמר אלא לענין לפוטרו מן הקנס, אבל על השבועה מיהו צריך שאלה לחכם וחרטה על שבועתו, דהא לא עדיף מנולד דאין פותחין בו [לכלל 'אין פותחין

(ה) מאותו נימוק, תוך הסתמכות על תשובת הרא"ש, פוטר מהרי"ק⁵²⁷ חתן מקנס שידוכין לאחר שמשודכתו איבדה את שפיות דעתה. אולם, כמו הרא"ש, גם הוא מסייג שהפטור אמור רק אם המשודכת איבדה את שפיות דעתה לפני האירוסין ולא אם אירע הדבר אחרי האירוסין, שאז ניתן לטעון כנגדו "מזלך גרם". וכך מביא הרמ"א⁵²⁸: "ויש אומרים דכל זה קודם אירוסין, אבל אחר אירוסין נסתחפה שדהו"⁵²⁹.

בנולד", ראה להלן, נספח ח, ליד ציון הערה 1068]. וכן נראה ל"י. וכך פסק להלכה ביורה דעה, סימן רכח, סעיף מג. וראה ביאור הגר"א, שם, ס"ק קיא.

[אמנם בהגהות הרמ"א על המרדכי, שם, הסכים עם 'בית יוסף' ואף הביא לו תימוכין משו"ת הרא"ש (לעיל, הערה 520). אבל ראה אשר זיו, "הגהות הרמ"א על המרדכי", **הגות עברית באמריקה**, כרך א, תל-אביב תשל"ב, עמ' 426, שכבר הוכיח שהגהות אלה אינן של הרמ"א אלא של תלמידו הרב הירש עלזישר. אחת מראיותיו (ראה שם, עמ' 435, אות ד), היא שהביטוי "לי הדיוט נראה", המופיע בין השאר בהגהה זו, היא סגנונו המובהק של התלמיד ולא של הרב. תודה לרב אליעזר גלינסקי שהפנה אותנו למאמרו של הרב זיו].

שו"ת נודע ביהודה (לעיל, הערה 525), ד"ה ועוד איך, מבקר קשות את הצעתו של 'דרכי משה' לפיה הלכת הרא"ש והרשב"א אמורה רק בהתחייבות **בקנס כספי** ולא בהתחייבות **בשבועה**, דבר הנסתר מלשונו המפורשת של הרשב"א וכן משו"ת הרא"ש, לעיל, הערה 466 (עוד הוא מקשה, מדוע באבן העזר, סימן נ, סעיף ה, לא הסתייג הרמ"א על פי דרכו מההלכה לפיה השתמדות אחות המשודכת היא עילה להפרת הסכם שידוכים אף כשנעשה **בשבועה**). לדעת 'נודע ביהודה' (ד"ה וכל זה), אף מהר"ם מרוטנבורג מסכים שיש בכוח אומדנה לשחרר גם מהתחייבות **בשבועה**, והסיבה שלא פסק כך בעניין החתן המשוּמַד שחזר ליהדות היא פשוט משום שבכגון זה אין אומדנא דמוכח שהכלה הייתה מתנגדת לשידוך. וראה שם, ד"ה אבל לפי, כיצד נדחק לפרש את הרמ"א (כשהוא מבחין בין קלקול אחות **המשודכת** לבין קלקול אחות **המשודך**).

⁵²⁷ שו"ת מהרי"ק, שורש קא (נפסק בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן נ, סעיף ה). הוא מטעים שהפטור חל לא רק על **קנס** מוסכם אלא גם על התחייבות **בשבועה** (על הבחנה אפשרית בין קנס לשבועה, ראה לעיל, הערה 495, והערה 526, ולהלן, הערה 735). והשווה שו"ת ב"ח (לעיל, הערה 523), ד"ה ומה שכתב מהרי"ק. לדעתו, לא דיבר מהרי"ק אלא בשבועה לשלם את הקנס, אבל שבועה לכשעצמה אין בכוח אומדנה לבטלה. לביקורת גישת הב"ח, ראה ר' יהודה ליב (אחי בעל התניא), שו"ת שארית יהודה (ברוקלין תשס"ט), יורה דעה, סימן יב, ד"ה והב"ח. וראה בעניין זה להלן, נספח ח, ושם, ליד ציון הערה 1086.

ומסכים עם מהרי"ק שו"ת פני משה (בנבנשת), חלק ב, סימן קיז (הוא דן במקרה דומה לזה של הרא"ש, הפרת הסכם שידוכים בשל המרת דתו של אחי המשודכת), ותמה על מהרי"ק מדוע לא הביא ראיה מדבריו המפורשים של הרשב"א, לעיל, הערה 525 (ואולי נמנע מהרי"ק מלהביא ראיה משו"ת הרשב"א, משום ששם שינוי הנסיבות אירע באשמתו של הצד השני, וקל אפוא יותר להצדיק את ביטול השבועה כלפיו, מאשר כלפי מי שאינו אשם בשינוי הנסיבות). וראה להלן, נספח ח, הערה 1044, שמהרי"ק הביא ראיה מתשובה אחרת של הרשב"א. וראה עוד שם, הערה 1093, בעניין ההבחנה בין הפרת השבועה באופן פסיבי ובין הפרתה באופן אקטיבי.

⁵²⁸ רמ"א, אבן העזר, סימן נ, סעיף ה. וראה שו"ת הרמ"א, סימן כ, ד"ה ולא דמיא (מובא להלן, הערה 574). וראה באר היטב, שם, ס"ק יד, שלא כן אם המיר אחי **המשודך** אחרי האירוסין, שמאחר שאי אפשר לטעון שנסתחפה שדה המשודכת, שהרי 'אין הבעל שדה שלה' (ראה תוספות, כתובות ב ע"ב, ד"ה מציא), יכולה היא לחזור בה מן השידוך.

⁵²⁹ וראה טיב קידושין, סימן נ, ס"ק יד, שתמה על הלכה זו: "ותמוה בעיני, איך נכריחו לישא משוגעת שאין אדם דר עם נחש בכפיפה, ואם ישאנה בשביל הקנס, ודאי יגרשנה מיד... ואין ענין מזה לנסתחפה שדהו, כיון דאמרין שלא נתחייב רק כשתהיה ראויה לכונסה כמו שהיה בעת שהתחייב בקנס, אבל כשאינה ראויה לכונסה לא נתחייב בקנס כלל שהרי תלה הקנס בנשואין במה שלא ישאנה, ואם יש לו טענה על שאינו רוצה לכונסה, ממילא פטור מן הקנס... לכן לעניות דעתי צריך עיון בזה טובא אף דמשמע כן בתשובת הרא"ש (כלל לד, סימן א) האמת יורה דרכו". וראה להלן, הערה 541.

אולם הסתייגות זו אינה מקובלת על הכל (ואף לשיטת הרא"ש ומהרי"ק אפשר שאינה גורפת, כפי שנראה להלן), ויש פוסקים המטעימים שאומדנה עשויה לשמש עילת פטור מהתחייבות ומשבועה, ולא רק כאשר שינוי הנסיבות אירע אחרי האירוסין אלא אפילו אם אירע **לאחר הנישואין**. כך פוסק לדוגמה הר"י מיגאש⁵³⁰ בעניין בעל שהתחייב כלפי אשתו שלא יישא אישה שנייה ואם יעשה כן מתחייב הוא לה שיגרש אותה וישלם לה את כתובתה⁵³¹, וביקש להשתחרר מהתחייבותו משום שהווסת של אשתו השתבש באופן **שמנע ממנו לקיים אתה יחסי אישות**. ואף שהדבר אירע לאחר הנישואין, הר"י מיגאש מצדיק את הבעל מכוח אומדנה: "ודבר זה נדון אותו באומדן דעתא, שיכול לומר לה 'אני לא נתחייבתי בזה אלא כשארצה להנשא בעוד שאת ראויה לתשמיש, אבל בשתהיה בלתי ראויה לתשמיש ואני עומד ב'עמוד והוצא' [כלומר, יש לי עילת גירושין] - לא הקניתי לך".

כיוצא בזה פוסק מהר"י בן לב⁵³² באישה שבשל בעיה גיניקולוגית חמורה שנגרמה לה כתוצאה מהפלה, **אינה מסוגלת עוד לחיות עם בעלה חיי אישות**. הוא מסתמך על תשובת הרא"ש ומתיר

וראה הרב חיים גדליה צימבליסט, "חייב כתובה לאשה שהיא הגורמת לגירושין וביאור ענין נסתחפה שדהו", **מוריה** שנה י, גיליון ג-ד (שבט תשמ"א), עמ' נז, בעמ' נט. לדעתו הלכה זו שנויה במחלוקת ראשונים שיסודה בהבנה שונה של המושג **"נסתחפה שדהו"**:

- הרא"ש ומהרי"ק מבינים את המושג **כנימוק** להטלת אחריות, כלומר, **הבעל אחראי משום שמזלו הרע גרם למה שקרה** (כהבנה זו ראה לעיל, ליד ציון הערה 270. ונראה שכך נוקטים גם 'מחנה אפרים', 'צלעות הבית' ו'נתיבות המשפט', המובאים להלן, נספח ב, וכפי שנעיר שם, הערה 950).

- לעומת זאת, הרמב"ן מבין זאת **כתיאור התוצאה**, כלומר **שההפסד נפל בחלקו של הבעל**. כך הוא מסיק בין השאר מחידושי הרמב"ן, כתובות ב ע"א, ד"ה או דילמא, בעניין נישואין שנדחו בשל מחלת האישה: "ופירוש נסתחפה שדהו כך הוא, [האישה אומרת] אף על פי שנאנסתי אני [כשחליתי], כיון שאין העכבה מדעתי אלא אנוסה אני, חייב אתה ליתן לי מזונות כיון שהגיע זמן, **וכיון שתעלה לי מזונות נמצא האונס לחובתך**, מעתה יהיה כשדה שלך שנסתחפה". וכן מובא שם בשם הרא"ה: "דחא לאו משום מזל ממש אתינן עלה, אלא לומר דכיון דמטא [=שמגיע] זמן נשואין ועכבה לאו דידה [כלומר לא מצרונה], אלא דלא חזיא ליה [כיון שחלתה], **פסידא זידיה הוי** ודינא הוא דיהיב לה מזונות". וראה עוד שם רשב"א, בשם ר' קרשקש וידל תלמיד הרא"ה (כהבנה זו ראה לעיל, ליד ציון הערה 277. ונראה שכך נוקטים 'חקרי לבי' ו'חתם סופר', המובאים להלן, נספח ב, וכפי שנעיר שם, הערה 963). על פי גישה זו, מעיר הרב צימבליסט, אין מניעה שאומדנה תבטל את החיוב ("על דעת כן לא נתחייבתי"), וממילא לא יפול ההפסד עליו. והיא היא שיטת טיב קידושין. וראה עוד קונטרס הביאורים (שפירא), כתובות, ירושלים תשס"ד, סימן ז, אותיות א-ב.

⁵³⁰ שו"ת הר"י מיגאש, סימן קכט, ד"ה ואמנם האשה.

⁵³¹ עדויות ראשונות ל"תניית המונגמיה" (כפי שהיא מכונה בספרות המחקר), עלו מן הגניזה משלהי תקופת הגאונים. ראה מרדכי עקיבא פרידמן, **ריבוי נשים בישראל – מקורות חדשים מגניזת קהיר**, ירושלים תשמ"ו, עמ' 29-46. על תשובת הר"י מיגאש, ראה שם, עמ' 35. וראה וסטרייך (להלן, הערה 534), עמ' 26-29. וראה צבי ויצמן, "על ריבוי נשים בישראל", **פרשת השבוע**, גיליון מס' 328 (תשס"ח).

לשאלה מדוע אין רואים בהתחייבות זו משום "מתנה על מה שכתוב בתורה", למקרה שאשתו לא תלד או למקרה שתפול לפניו יבמה, והלא מצווה הוא על פריה ורביה ומצווה הוא על ייבום, ראה: שו"ת הרא"ש, כלל לג, סימן א; שו"ת הריב"ש, סימן צח.

⁵³² שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן כב. וראה שו"ת כהונת עולם (לר' משה הכהן מקושטא), סימן נא, ד"ה אקומה, שהסתמך עליו ופסק כמותו במקרה דומה.

לבעל לשאת אישה שניה⁵³³, בניגוד לשבועתו שלא לעשות כן בלא הסכמתה (שבועה שהתחילה כנראה באימפריה העות'מנית במאה ה־15⁵³⁴ ונהוגה עד היום בקהילות ספרד⁵³⁵), כשהוא מטעים, שמדובר באונס לא שכיח שלא היה על הבעל להתנות עליו מראש⁵³⁶. וכך פוסק גם מהרש"ם⁵³⁷ במקרה דומה (האישה חלתה במחלה כרונית המכבידה על חיי האישות)⁵³⁸. כך משיב גם מהר"ם

⁵³³ אבל השווה שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן נא (בעניין אישה שנסמית משני עיניה), שבהסתמך על הרא"ש (ראה לעיל, הערה 524), חולק על גישה זו. לדעתו אם נפגמה האישה **אחרי הקידושין**, עולה מתשובת הרא"ש שאין לבעל עילה להיפטר משבועתו שלא לשאת אישה שניה בטענה ש"אדעתא דהכי לא נשבע". ובלשונו: "וכמו שאינה מפסדת במומים שנולדו תחתיו כל הי' דברים שחייב האיש לאשתו [על פי הדין]... כן שאר התנאי - כמו תנאי זה שלא ישא עליה - קיים, וכל שכן כשנשבע" (עם זאת, לדעתו יש לבעל מוצא בהתרת השבועה על ידי חכם). נראה, שלדעת מהר"ם בן לב יש ויש מקום להבחין בין חיובים שמוטלים על הבעל **על פי הדין**, שעליהם חל הכלל "נסתחפה שדהו", ובין החיובים שהוא מתחייב בהם **באופן רצוני**, שהרא"ש יסכים שהכלל אינו חל עליהם. וכפי שנרחיב להלן, ליד ציון הערה 541, ובהערה 541, אות א.

⁵³⁴ על "שבועת המונגמיה" ראה אלימלך וסטרייך, **תמורות במעמד האישה במשפט העברי - מסע בין מסורות**, ירושלים תשס"ב, בעמ' 29-30. שבועה זו נוספה על "תניית המונגמיה", לעיל, הערה 531.

⁵³⁵ ראה בהרחבה אשר חלקיהו, **במעגלי צדק**, חלק א, ניו יורק תשס"ד, סימן א, ענף א (עמ' 29-37).

⁵³⁶ מתשובה אחרת של מהר"ם בן לב (להלן, ליד ציון הערה 552) עולה שאומדנה כוחה יפה **גם באונס שכיח**. ליישוב הסתירה ראה להלן, הערה 553, אות ב.

⁵³⁷ שו"ת מהרש"ם, יורה דעה, סימן קז [=שם, אבן העזר, סימן קיט]. הוא מסתמך על תשובת הרא"ש בעניין הנדוניה (לעיל, הערה 466) ואינו מזכיר את תשובת הרא"ש בעניין המרת הדת, כנראה משום שבאותה תשובה לא הייתה התחייבות בשבועה אלא רק בקנס, בעוד שבמוקד עניינו שלו עמדה שאלת תוקף השבועה של הבעל שלא לשאת אישה שניה.

[להלן סקירת תשובות רבות נוספות של מהרש"ם (מלבד אלה שדננו בהם לעיל, ליד ציון הערה 486) בהן פטר מהתחייבות מכוח אומדנה (ובחלקן הוא מזכיר גם את תשובת הרא"ש בעניין המרת הדת): יורה דעה, סימן קה (בענין מי שנשא את בת אחיו שנפטר, ונשבע שלא ישא אשה אחרת על פניה. נישואין אלה הוצבו כדרישה של אלמנת אחיו בתמורה להתחייבות בשבועה שלא להינשא בשנית. משראתה האלמנה שאינה יכולה לעמוד בהתחייבותה, ביקשה את הסכמת חתנה - אחי בעלה - להינשא בשנית והלה הסכים לכך לאחר שפייסה אותו בממון רב. השאלה הייתה האם בנסיבות אלה שבועתו שלו, שלא ישא אחרת על פני אשתו, עומדת בעינה. מהרש"ם פוסק שאומדנה היא שגם שבועתו שלו פוקעת); יורה דעה, סימן קכב (=ח"מ, סימן שסג). בעניין קהל שקבל עליו שלא למכור עורות שאינם מעובדים לפלוני הבא מעיר אחרת, וזאת כדי להגן על פרנסת מעבדי העורות בעיר. לימים נכנסו קניינים אחרים לשוק שקנו כמויות גדולות של עורות בלתי מעובדים, ועלתה השאלה אם שינוי זה מצדיק את הפרת קבלתם נגד פלוני, ומכריע מהרש"ם (שאכן כן); יורה דעה, סימן קמ (בעניין מי שנדר לאשתו שלא יישא אחרת על פניה, ועתה היא מורדת בו, ופוסק מהרש"ם: שעל דעת כן לא נדר); יורה דעה, סימן קלח (שותפים בזיכיון לגביית מכס, הסכימו בשבועה עם הקהל, שבתמורה להנחה בתשלומי המכס, מתחייבים בני הקהל להגיש להם תצהירי אמת. אחד הזכיינים מבקש להפר את ההתחייבות ולהעלות את תשלומי המכס משום שהוא צופה שלא יעמדו ביעד שהתחייבו לו כלפי השלטונות, והם עלולים להישלח בשל כך למאסר. וגם כאן מכריע מהרש"ם לטובתו); יורה דעה, סימן קנב, ד"ה עוד ראיה (בעניין בני קהילה שנשבעו שלא להקים קהילה נפרדת, וטוענים שלאור שינוי הנסיבות בקהילה יש לשחרר אותם משבועתם, ופוסק לטובתם); יורה דעה, סימן רי (בעניין מי שהתחייב בשבועה ללמד במשך עשרים שנה, ולאחר כמה שנים מבקש להשתחרר מהתחייבותו בין השאר מסיבות בריאות, ופוסק לטובתו)].

⁵³⁸ וכך נוקטים בנסיבות כיוצא באלה (שיבוש וסת האישות): שו"ת עדות ביהוסף (אלמושינו), חלק ב, סימן י, ד"ה ואומר (ל ע"ג); שו"ת שער אשר (קובו), חלק א, אבן העזר, סימן ב; שו"ת כוכב מיעקב (קובו), אבן העזר, סימן ז; שו"ת שמחה לאיש (אלישר), אבן העזר, סימן טז. אבל השווה שו"ת חכם צבי, סימן מא, ד"ה ועוד אמרי' בהאשה. חכם צבי מתייחס למקרה שדן בו הרב אלמושינו, ומרבה לדון בדבריו ולבקרים. הוא מגיע למסקנה, שככלל, מאחר שהשבועה כבר נכנסה לתוקפה, אין בכוח אומדנה לבטלה. אמנם הוא מודה שאומדנה **גדולה** עשויה לבטל אף שבועה

אלשיך⁵³⁹ בעניין אישה שבמהלך הנישואין **איבדה את מאור עיניה**, וקובע ששבועת הבעל שלא לשאת אישה שניה, אינה מחייבת אותו, שודאי לא על דעת כן נשבע לה. וכך פוסק גם ר' חיים שבת⁵⁴⁰ בעניין בעל שאשתו איבדה את שפיות דעתה. רוב הפוסקים האלו מטעימים שפסיקתם אינה עומדת בסתירה למה שפסקו הרא"ש ומהרי"ק (כשסייגו את הפטור רק אם שינוי הנסיבות אירע לפני הקידושין). הם מסבירים שיש להבחין בין חיובים המוטלים על הבעל **מכוח הדין**, כגון החיוב לשאת ארוסה, שעליהם חל הכלל "נסתחפה שדהו" (ולכן אין פטור כשהשינוי אירע אחרי הקידושין), ובין החיובים שהוא מתחייב בהם **באופן רצוני**, כגון שלא לשאת אישה שניה, שהכלל "נסתחפה שדהו" אינו חל עליהם, ואפשר לבטלם אפוא מכוח אומדנה, אפילו אחרי הנישואין⁵⁴¹.

שכבר נכנסה לתוקפה, אבל אומדנה כזו אינה מתקיימת לדעתו בנסיבות העניין, ועל כן אינו מוכן לשחרר את הבעל משבועתו מטעם זה. ראה להלן, הערה 567.

⁵³⁹ שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן פו. וכך פסקו: הרב אלישע גאליקו (מובא בשו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן נא. וראה להלן, הערה 613); שו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן לב. באותו עניין ראה גם: שו"ת מכתם לדוד, אבן העזר, סימן ח; שו"ת יש מאין (ילוז), חלק ב, סימן א; כתונת יוסף (בירדוגו), חלק א, שורשי הדינים, שורש אות א, השורש השלישי (מדני אוניסין), ענף ו (יא ע"א במהדורת לוד תשנ"א). וראה להלן, הערה 697. וראה עוד אשר חלקיהו, **במעגלי צדק**, חלק א, ניו יורק תשס"ד, סימן א, ענף ב, סעיף א (עמ' 38-54), ליקוט תשובות רבות נוספות בהן התירו הפוסקים לבעל לשאת אישה שנייה בניגוד לשבועתו בטענת "אדעתא דהכי לא נשבע".

[והשווה שו"ת שופריה דיעקב (בירדוגו), חלק א, סימן סז, ד"ה אך לכו. הוא מבקש לדייק מדברי מהר"ם אלשיך שהפטור הוא רק מקיום **השבועה** שלא לשאת אשה שניה ולא **מהתחייבותו הממונית** של הבעל לשלם לאשתו את כתובתה אם יעשה כן. אבל השווה ויען אברהם (ריווח), אבן העזר, סימן מא, ד"ה ודבר פשוט, שמוכיח שלפי מהר"ם אלשיך יש בכוח "אומדנה דמוכח" לפטור משניהם, שהרי הוא מסתמך גם על שו"ת הרא"ש, כלל לד, סימן א, שעניינה התחייבות ממונית **בלא שבועה**, ראה לעיל, ליד ציון הערה 520].

⁵⁴⁰ שו"ת תורת חיים (שבת), חלק ד (אבן העזר), סימן לג, ד"ה אמנם מה שצריך, ואילך. הוא מסתמך בין השאר על שו"ת מהרי"ק (לעיל, הערה 527), ומתעלם מן ההבחנה שהבחין מהרי"ק בין אבדן שפיות הדעת לפני האירוסין ובין לאחר האירוסין. אבל ראה דבריו להלן, הערה 541, אות ב. וראה להלן, הערה 617, אות א.

⁵⁴¹ א. כך כתבנו כבר בקיצור, לעיל, הערה 533 (ולא כשיטת המבי"ט, שם), וכאן נרחיב. מהר"י בן לב (לעיל, הערה 532) מסביר שיש להבחין בין חיובים המוטלים על אדם כלפי אשתו **מכוח הדין** (בין מדאורייתא ובין מדרבנן), שעליהם נאמר הכלל "נסתחפה שדהו" (ועל כן ברור לדוגמה שאינו יכול להיפטר מחובות מזונות וכתובה שהוא מחויב בהם על פי הדין מכוח האישות, וכן אינו יכול להיפטר מחובתו לשאת את אשתו משעה שאירס אותה), ובין חיובים שאדם נוטל על עצמו **מכוח התחייבותו הרצונית** המגובה בנדר, בשבועה או בתשלום קנס במקרה של הפרה, כגון שנתחייב שלא לשאת אישה שנייה, שעליהם ניתן לטעון שעל דעת כן לא התחייב (אף שהדבר נעשה בתמורה, במסגרת משא ומתן עם הצד שכנגד). ובלשונו של מהר"י בן לב, שם, ד"ה וגדולה מזו וד"ה ונחזור: "וואם לחשך אדם לומר דכיון דאחר שנשאת נולד בה המום הגדול הזה, נסתחפה שדהו ומזל רע ידידה גרם... הא ודאי לאו קושיא היא, דאין [=שאכן], ודאי דלענין הכתובה, כל זמן שנוולו בה מומין אחר שנתארסה או שנשאת, דלא מצי טעין מקח טעות הוא, מחוייב לפרוע הכתובה דנסתחפה שדהו... דשאני כתובה דעליה ידידה רמיא מתקנת חכמים ז"ל **והוא כחוב גמור** [והוא הדין החיוב לשאת אותה לאחר שקידש אותה]... אבל מה שהוא התנה מרצונו וחפצו **וקבל על עצמו שלא לישא אשה אחרת עליה שלא ברשות בית דין**, יראה דמצוי למימר **אדעתא דהכי לא נשבעתי**, וליכא למימר נסתחפה שדהו, שהרי לא היה מחוייב לקבל עליו זה החיוב, וכשקבלו לא קבלו **אדעתא דאונסא כי האי**, ואי לא אתני הוי משום דלא אסיק אדעתיה, דאונסא דלא שכיחא הוא". כעין זה כותב גם מהר"ם אלשיך, שם: "אבל למיחל שעבודא דאשתעבד לה במה שאינו נוגע אל קנינה, בנדר או בשבועה כי הא דנדון דידן שנשבע שלא ישא אחרת עליה, או כי הא דהרא"ש ז"ל (לעיל, הערה 466) **שנתחייב ה' אלפים זהובים לחתנו בשבועה וכיוצא באלו, ודאי דאזלינן בתר אומדנה ובאונס דלא שכיח הוי אנוס**" (וראה שם דבריו ביתר אריכות. בכך הוא משיב לשאלתו לעיל, הערה 524). וראה גם שו"ת מכתם לדוד (לעיל, הערה 539): "דבהא מלתא שאינו דבר הנוגע לנישואין על פי התורה או תקנת חז"ל, לא שייך בהא ההיא דנסתחפה שדהו כלל, אלא הכל תלוי לדעת מה נכלל בתנאו". לפי זה, הפטור מכוח אומדנה אמור בין בשבועה

(א) יש ששינוי נסיבות גורר אחריו שינוי יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים בשל כך שקיום החיוב יוצר עוול כלפי אחר, עד שסביר להניח שלא על דעת כן ניטלה ההתחייבות. בכיוצא בזה דן מהר"י בן לב⁵⁴². בפניו הובאה שאלה בעניין הסכם שידוכים שבו התחייב האב בקניין ובשבועה לתת לבתו נדוניה בסך מסוים. האב נפטר לפני החתונה והותיר אחריו בנות נוספות. קיום החוזה על פי המוסכם, היה מביא לכך שהמשודכת תופלה לטובה לעומת אחיותיה, בכך שהחלק שהובטח לה לא ייחשב כחלק מן העיזבון העומד לחלוקה בין האחיות, והיא תזכה בו **בנוסף** לירושה, בעוד שאחיותיה יזכו בירושה בלבד ויאלצו לממן את נדונייתן לכשיתחתנו מתוך חלקן בעיזבון. מהר"י בן לב פוסק לטובת האחיות מכוח האומדנה, לפיה סביר שהאב לא התכוון להפלות כך בין האחיות, אלא תכנן לתת גם לשאר בנותיו נדוניה דומה לזו של המשודכת. ובלשונו: "על הסתם דעתו של כל אדם הוא להשוות את היורשים בנים או בנות"⁵⁴³.

ובין בקנס. לדעתם, הרא"ש ומהרי"ק היו מסכימים להבחנה יסודית זו והיו פוסקים כמותם. ולזה הסכים גם שו"ת עדות ביהוסף (אלמושינו), חלק א, סימן מז, ד"ה ובר מן דין (בענין אשה שיצאה מדעתה לאחר נישואיה, ופסק, מכוח אומדנא דמוכח, שהבעל רשאי להפר את שבועתו ולשאת אישה שנייה).

ב. והשווה שו"ת תורת חיים (שבת), חלק ג, סימן עד, ד"ה ויש להתבונן (להלן: מהרח"ש). הוא מעיר שגישה זו אינה מתיישבת לכאורה עם מה שפסקו הרא"ש ומהרי"ק, שהלא גם הם עסקו בחיוב רצוני (תשלום קנס במקרה של הפרת שידוכים), ואף על פי כן הדגישו שהפטור אמור רק לפני הקידושין ולא אחריהם. כדי ליישב את הדברים הוא מציע לומר שמהר"י בן לב כיוון את הבחנתו (בין חיוב מן הדין ובין חיוב רצוני) רק לעניין **שבועה** (שלא יישא אישה על אשתו) בשל אופיה החד-צדדי שאינו עולה כדי חיוב מן הדין, ולא לעניין **קנס שידוכים** שעל פי מהותו הדו-צדדית "חשיב כחוב גמור", ועל כן אין עילה להיפטר ממנו לאחר הקידושין (לעין הבחנה זו בין שבועה לקנס ראה גם: שו"ת פני משה (בבבנשת), חלק ב, סימן קיז (רכד ע"ב), הובא לעיל, הערה 527; שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן סו, ד"ה תו איכא צד). אולם הצעה זו דחוקה והעיקר בה חסר מן הספר. ונראה שאין מקום להשגתו של מהרח"ש, שכן כפי שכבר נרמז לעיל, משעה שקידש את אשתו חלה על הבעל **חובה מן הדין** להכניס אותה לחופה, וזו הסיבה שהרא"ש ומהרי"ק מחילים על הקנס - הנלווה לחיוב עיקרי זה - את הכלל "נסתחפה שדהו".

ג. ר' שלמה דוראן (תשב"ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור א, סימן מג, מד"ה איברא אם עד ד"ה ועוד תשובה, מודפס גם בשו"ת רבינו חיים כפוס, סימן יב), מביא בהסכמה הבחנה זו בין חיוב רצוני ובין חיוב מן הדין, ומגייס אותה בהקשר נוסף, והוא שהנודר לחברו נאמן לומר "לכך התכוונתי", רק אם מדובר בחיוב שנטל על עצמו בנדר ולא בחיוב המוטל עליו מן הדין וחזק אותו בנדר. לדעתו, רק כך מתיישבת סתירה לכאורה בין שתי תשובות אחרות של מהר"י בן לב: חלק א, סימן לו (שם נעשה הנדר לחיזוק חיוב המוטל על הנודר מן הדין, ולכן אינו נאמן לומר "לכך התכוונתי"), וסימן קיב (שם מדובר בחיוב שאדם נטל על עצמו בנדר, ולכן נאמן לומר "לכך התכוונתי", ובלבד שמדובר בפרשנות אפשרית בלשון הנדר). בכך הוא דוחה את הסיוע שביקש הרב חיים כפוס למצוא בתשובה אחרונה זו בעניינו (לעיל, הערה 111), ראה שו"ת רבינו חיים כפוס, סימן ח, ד"ה ואף אם דברים.

⁵⁴² שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן צג (השני). במקרה דומה דן שו"ת מהרי"ט (להלן, הערה 590).

⁵⁴³ על גבולותיה של אומדנה זו נחלקו האחים ר' שמואל הלוי ור' יצחק הלוי (ראה משנה למלך, הלכות זכיה ומתנה, פרק ו, הלכה א, המעתיק חילופי דברים ארוכים בנושא ביניהם, ואחר כך מחווה את דעתו): לדעת מהר"י הלוי, כוחה של האומדנה יפה רק אם האב הותיר אחריו נכסים מרובים, אבל אם הותיר אחריו נכסים מועטים שלא היו מספיקים לנדוניה שווה לכל הבנות, הרי שבמתן נדוניה לאחת הבנות יש משום גילוי דעת שאין בכוונתו להשוות בינה ובין אחיותיה. אחיו מהר"ש הלוי דוחה סייג זה. לדעתו, אין בכך לערער את האומדנה, שכן ייתכן שהאב ציפה להרוויח כסף עד שתגענה בנותיו האחרות לפרקן ויוכל לתת גם להן נדוניה דומה. עם זאת, למעשה הוא מסכים שבנסיבות אלו תועדף המשודכת, אבל לא בשל היעדר אומדנה אלא מנימוק אחר שנרחיב עליו בהמשך (ליד ציון הערה 563), והוא שאין מקום להתחשב באומדנה של צד אחד **על חשבון הצד השני**. מאותה סיבה סבור מהר"ש הלוי, שאם בנוסף לנדוניה לבת הבטיח האב מתנה לחתן, וודאי אין מקום להתחשב באומדנה של האב, משום שהדבר יבוא

(ב) דוגמה מקורית נוספת לשימוש באומדנה, כהצדקה להפרת חוזה בשל הכבדה על קיומו בשל שינוי יסודי בנסיבות, נביא מדבריו של הרב שאול ישראלי⁵⁴⁴ ב"פרשת נחמני" המפורסמת⁵⁴⁵: בני הזוג נחמני, חשוכי הילדים, החלו בתהליך הבאת ילד לעולם באמצעות אם פונדקאית, אך לאחר שהביצית של גברת נחמני הופרתה בזרעו של בעלה, ובטרם הושלתה הביצית המופרית ברחמה של אם פונדקאית, עלו היחסים בין בני הזוג על שרטון, והם נפרדו. לנוכח שינוי המצב, ביקש מר נחמני שלא להמשיך בתהליך ולא לכפות עליו אבהות בניגוד לרצונו, ואילו הגברת נחמני ביקשה להמשיך בתהליך, כדי לממש את תקוותה האחרונה להפוך לאם. הרב ישראלי דן בעניין כבהסכם שותפות, ומסיק מתשובת 'תרומת הדשן' שראינו לעיל⁵⁴⁶, שהכבדה מעין זו היא עילה לביטול ההסכם מאחר שאומדנה ברורה היא ("אנן סהדי") שלא על דעת כן הסכים הבעל לתהליך. כנגד פסק זה של הרב ישראלי יצאו עוררין⁵⁴⁷ שהעלו שתי השגות למדניות עיקריות: (א) אמנם אונס (לרבות הכבדה) עשוי להיות עילת פטור מתשלום **פיצויים** בגין הפרת חוזה, אך אין להסיק מכאן שיש בו גם עילה לפטור **מאכיפה**, בייחוד כאשר קיום החוזה אינו דורש שיתוף פעולה מצד המפר, כמו בפרשת נחמני⁵⁴⁸; (ב) והוא העיקר, הרב ישראלי מתעלם מהכלל שקבעו התוספות⁵⁴⁹ לפיו

בהכרח על חשבון המשוך. לעומתו, סבור מהר"י הלוי, שגם בכגון זה כוח האומדנה יפה, ובלבד שהותיר האב נכסים המספיקים הן לנדוניות לבנות והן למתנות לחתנים העתידיים, משום שהחתן יכול לכפות על אשתו להעביר לו מתוך חלקה בעיזבון את המתנה שהובטחה לו על ידי האב. בוויכוח זה בין האחים נוטה 'משנה למלך' לדעת מהר"ש הלוי, אלא אם כן מוכנה המשוך מרצונה הטוב לתת לבעלה את המתנה שהובטחה לו על ידי האב מתוך חלקה בעיזבון. וראה שו"ת מנחת שלמה (אורבך), מהדורא תניינא (תש"ס), סימן קלד, ד"ה ולכן נראה. לגישה אחרת ולפיה אין לפסוק בכגון על זה פי אומדנה משום שאינה אומדנה שבלב כל אדם, ראה הרב עוזיאל, **השופט והמשפט**, ירושלים תשס"ו, שער יב, פרק ט, עמ' 318-319.

⁵⁴⁴ **חוות בנימין**, חלק ג, סימן קח, עמ' תרפח, בעמ' תרצו. וראה להלן, הערה 686.

⁵⁴⁵ ע"א 5587/93 **דניאל נחמני נ' רותי נחמני**, פ"ד מט(1) 485. בפסק דינה (המבטא את דעת הרוב שקיבל את ערעורו של הבעל) מצטטת השופטת שטרסברג-כהן את פסקו של הרב ישראלי (ראה שם, עמ' 506, פסקה 16). על פסק דין זה נתקיים דיון נוסף שבו נהפכה ההלכה ונפסק לטובת האישה, ראה דנ"א 2401/95 **רות נחמני נ' דניאל נחמני**, פ"ד נ(4) 661. להשתלשלות הפרשה ולסקירת דעות פוסקי ההלכה בה ובדומותיה, ראה אברהם שטיינברג, **הרפואה כהלכה**, כרך ב, ירושלים תשפ"ב, עמ' 98-99. על פרשת נחמני במשפט הישראלי, ראה גבריאלה שלו, "הסכמים ג'נטלמניים", **משפטים** לב (תשס"ב) 3, בעמ' 30-31.

⁵⁴⁶ לעיל, הערה 350.

⁵⁴⁷ ראה: איתמר ורהפטיג, "תוקפו של הסכם להפריה חוץ-גופית", **תחומין** טז (תשנ"ו), עמ' 181, בעמ' 184-185; הרב יעוזר אריאל, "הפסקת תהליכי הפריה חוץ-גופית (IVF) לפי דרישת בן הזוג", **אסיא** סז-סח (תשס"א), עמ' 102, בעמ' 105-107. וראה לעיל, ליד ציון הערה 138.

והשווה השופט צבי טל (ע"א 5587/93, עמ' 528, פסקה 7). הוא מטיל ספק באומדנה עצמה: "הנחה זו אינה, בהכרח, נכונה. באותה מידה יכולנו להניח שהאיש - מתוך שיקולי מוסר - הסכים למלא את תקוותה האחת והיחידה של אשתו לאמהות, בכל מקרה, ואפילו יחול פירוד". לגופו של עניין הוא פוסק שהבעל מחויב להמשיך בתהליך. לתמיכה בעמדתו של השופט טל והרחבת טיעוניו ההלכתיים, ראה הרב שבתי א' הכהן רפפורט, "כפיית הסכם בין בעל לאשתו להולדת ילד בהפריה חוץ-גופית", **אסיא** סז-סח (תשס"א), עמ' 127. לביקורת נוספת על פסקו של הרב ישראלי, ראה להלן, הערה 686.

⁵⁴⁸ כנגד טענה זו הרב ישראלי מפנה לשיטת מהר"ח (ראה להלן, נספח ג, עמ' פפפ) שיסוד חיובו של פועל המפר חוזה עבודה ב"דבר האבד", הוא גם יסוד חוזה, ואף על פי כן פטור הוא מאכיפת החוזה כאשר אונס מונע ממנו לעבוד. והוא הדין לדעת הרב ישראלי גם בהכבדה. ראה שם, אותיות ו-ח, ואותיות טו-כב.

כעיקרון אין לבטל הסכם דו-צדדי מכוח אומדנה של צד אחד בלבד, והלא כאן ברור שהפסקת תהליך הפונדקאות אינה על דעת האשה.

בהשגה אחרונה זו, המתבקשת לכאורה גם כנגד חלק מן התשובות שסקרנו כאן, נדון בהמשך⁵⁵⁰, אך לפני כן ולהשלמת התמונה, נדון בשאלה, אם הפטור מכוח אומדנה בגין הכבדה אמור גם כאשר זו נגרמה עקב אירוע שכיח, על אף שהמפר יכול היה בקלות לצפות אותו ולהתנות עליו.

(3) שכיחות השינוי

יש מן הפוסקים המטעימים, שהפטור עקב הכבדה, אמור אפילו כשהכבדה אירעה בעקבות אירוע **שכיח**, שמאחר שהצדדים **נחשבים כמי שהסכימו מכללא**, שהחיוב מותנה בכך שלא תהיה הכבדה, אין מקום להעלות כנגדו את הטענה "היה לך להתנות" (וזאת בשונה מפטור מכוח טענת אונס שדננו בו לעיל⁵⁵¹, בעניין קנס מוסכם, שם ראינו שאינו חל באונס שכיח). כך עולה לכאורה מתשובת מהר"י בן לב⁵⁵², במי שהקדיש ספר תורה לקהילה, ומבקש ליטול אותו עמו עם עזיבתו

⁵⁴⁹ על כלל זה כבר הצבענו לעיל, ליד ציון הערה 463. וראה להלן, ליד ציון הערה 563.

⁵⁵⁰ להלן, ליד ציון הערה 563.

⁵⁵¹ ראה לעיל, ליד ציון הערה 106.

⁵⁵² שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן קכב, ד"ה ומה שצריך (בסופו).

כך מוכח לכאורה גם משאלת התוספות, בבא קמא קי ע"ב, ד"ה דאדעתא. התלמוד קובע שם, שבעיקרון, יבמה שנפלה לפני מוכה שחין (כלומר, שבעלה מת בלא ילדים והיא זקוקה לייבום לאחי בעלה שהוא חולה במחלת השחין), הייתה יכולה להיפטר מן הייבום, בטענה ש"אדעתא דהכי לא קדשה עצמה", לולי הכלל "טב למיתב תן דו מלמיתב ארמלו" (לצמצום התחולה של כלל זה, ראה שו"ת בית הלוי, לעיל, סוף הערה 442. לשאלה אם ביטול תיאורטי זה אמור אפילו אם מת הבעל אחרי הנישואין ולא רק אחרי האירוסין, ראה להלן, נספח ט, עמ' פפפ, וראה הערה 567, בעניין הגט מצפת). התוספות תמהים על קביעה זו, שכן על פי אותו היגיון, "אדם שקנה מחברו שום דבר ונתקלקל, יבטל המקח דאדעתא דהכי לא קנה", דבר שבוודאי אינו מתקבל על הדעת!! (וראה לעיל, הערה 514, שאותה שאלה העלו התוספות גם בסוגיית כתובות מז ע"ב). תשובת התוספות אינה מעניינת כאן (ראה על כך להלן, ליד ציון הערה 563), ולעת עתה, די לנו להעיר, שלכאורה, תוספות לא היו מעלים את השאלה, לו סברו שאין טענת פטור מכוח אומדנה **באונס שכיח**, שהלא דבר שכיח הוא, שדברים מתקלקלים, ומכאן לכאורה, שגם לדעתם, הפטור מכוח אומדנה, אמור גם **באונס שכיח**. ותמוה אפוא, שהפוסקים הסוברים כך, לא הביאו מכאן ראיה לגישתם. והשווה תורת חיים (שור), בבא קמא קי ע"ב, ד"ה אדעתא, שמנימוק זה עצמו (היות קלקול מקח אירוע שכיח) דוחה את שאלת התוספות (וזאת אף אם למעשה התקלקל המקח בשל אירוע בלתי שכיח, ראה להלן, הערה 675). והשווה הרב יועזר אריאל, "תוקפו של הסכם גירושין במתחייב שירד מנכסיו", **שורת הדין** ט (תשס"ה), עמ' רצה, בעמ' שי, לדעתו התוספות שואלים את שאלתם רק ביחס לקלקול כתוצאה מאונס שאינו שכיח.

ואולם דומה, שאין מקום להביא ראיה מן התוספות לענייננו, משום שיש להבחין בין **חיוב מן הדין**, הנובע מכריתת הסכם רגיל (בלתי מותנה), שם אכן אומדנה אמורה הייתה לפטור גם באונס שכיח (ועליו שאלו התוספות את שאלתם), ובין **חיוב רצוני** שצד לחוזה נוטל על עצמו בהתקיים נסיבות מסוימות; בחיוב רצוני, הנחה סבירה היא, שהמתחייב נטל על עצמו אחריות גם באונס שכיח, ואם לא כן, יכול וצריך היה להתנות על כך. על הבחנה זו עמדנו לעיל, ליד ציון הערה 77. וראה ברכי יוסף, חו"מ, סימן כא, אות ד, בשם רבי ישמעאל הכהן: "צריך עיון, לסוברים דאונסא דשכיח הוי ליה לאתנויי, אם יש חילוק בין היכא **שמתחייב על תנאי**, להיכא שכבר **היה מחוייב** איזה דבר, ובא לפטור עצמו מחמת אונס, דאפשר דכי האי גוונא לא הוי ליה לאתנויי, שהרי החיוב לא היה על תנאי". וראה גם דבריו בשו"ת חיים שאל (לחיד"א), חלק א, סימן יא, ד"ה ועלה במחשבה לישב. וראה עוד מצות כהונה, סימן נז, ד"ה איברא דהיכא. וכך נוקטים כנראה הפוסקים שנביא להלן, הערה 558, לפיהם אין פטור מכוח אומדנה באונס שכיח, וכפי שנעיר בסוף ההערה שם.

לקהילה אחרת, דבר השכיח למדי, ומתיר לו לעשות כן מכוח אומדנה, אף על פי שלא התנה על כך במפורש מראש⁵⁵³. וכך נוקט בעקבותיו, ר' משה בנבנשת⁵⁵⁴, במקרה שראינו לעיל, בעניין האחים

⁵⁵³ א. הוא מציין (שם, ד"ה איברא) שכך כבר פסק לפניו שו"ת הרא"ם, סימן נג. ואף שהרא"ם עצמו (שם, ד"ה אבל הא דנסתפק) הצדיק את הפסק שלו בכך שהקדשת ספר תורה הוא עניין חד-צדדי, ועל כן די באומדנה של המקדיש בלבד וממילא מובן מדוע לא היה עליו להתנות, מהר"י בן לב מתעלם מנקודה זו. לדעתו, כשקיימת אומדנה דמוכה, הוא הדין גם בחוזה דו-צדדי, ומטעים שאף שעזיבת הקהילה היא דבר שכיח, לא היה עליו להתנות על כך: "אמדין דעתיה דלכך נתכוון ולא אצטריך ליה לאתנויי, ולא אמרינן דאיהו דאפסיד אנפשיה, כי סמכה דעתיה דכולי עלמא ידעי דלכך הוא מתכוון". וכך הבינו דבריו: שו"ת מהרש"ד (לעיל, הערה 99), ד"ה והנה רבנו; שו"ת תורת אמת (לעיל, הערה 99), ד"ה עוד יש להכריח. והשווה שו"ת חיים שאל (לחיד"א), חלק א, סימן יא, ד"ה ולא אכחד, שמעלה ספק אולי דברי מהר"י בן לב אמורים בהקדשות דווקא, שעיקרם תלוי באומדנה, ולא בהקשרים משפטיים אחרים. אבל ראה שם, חלק א, סימן סג, ד"ה ומה שטענה, שחזר בו.

ב. לכאורה מהר"י בן לב סותר את עצמו, שכן בתשובה אחרת (שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן כב, ד"ה ועל מה ששאל, הובא לעיל, הערה 532), בעניין בעל שאשתו חלתה במחלה גינקולוגית עד שאינו יכול לקיים אתה יחסי אישות, הוא פוסק שהבעל רשאי להפר את שבועתו כלפי אשתו שלא לשאת אישה שניה בלא הסכמתה, כשנימוקו הוא שהכבדה זו על חיי הנישואין היא בגדר **אונס שאינו שכיח**, שלא עלה על דעתו להתחייב בגינו. סתירה דומה עולה משו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן עד, ד"ה ומכל הני, בעניין בעל שנשבע לאשתו שלא יהגרו למדינה אחרת בלא הסכמתה, ונקלע לקשיי פרנסה ומבקש להגר למדינה אחרת כדי למצוא בה פרנסה, ובעניין בעל שנשבע לאשתו שלא ישא אחרת על פניה ושהו עשר שנים ולא ילדה. בשני המקרים מהר"י בן לב פוסק שאין לבעל טענת אונס משום שמדובר **באירועים שכיחים** שעליו היה להתנות עליהם. וראה מצות כהונה, סימן נו, סוף ד"ה איברא דלכאורה וד"ה וראיתי, שכנראה מהר"י בן לב מאמץ את ההבחנה שהציע שו"ת חיים שאל (לעיל, סוף הערה 552), בין חיוב בלתי מותנה (דוגמת הקדשת ספר תורה), שרק בו חל הפטור אפילו באונס שכיח, ובין חיוב מותנה (דוגמת התחייבות אגב קידושין שלא לשאת אישה שניה), שבו הפטור חל רק באונס שאינו שכיח.

והשווה 'פני משה' (לעיל, הערה 490), ד"ה אמנם מה שנראה לי לתרץ (קמב ע"ב) [ראה להלן, נספח יב, 21.ה(4)א], ליד ציון הערה 1162]. לדעתו, אין כאן סתירה למסקנה העולה מתשובת מהר"י בן לב בעניין הקדשת ספר תורה (הוא אינו מתייחס לסתירה מתשובת מהר"י בן לב בסימן עד, אך הסברו תקף גם לגביה). הוא מסביר, ששם יש אומדנה **גדולה** שהתורם לא היה מקדיש לקהילה את ספר התורה לו חשב שלא יוכל לקחת אותו עמו אם יעזוב לקהילה אחרת, ואילו כאן אין אומדנה גדולה שהבעל היה מוותר על הנישואין לו עמדה אשתו על קיום התנאי שלא יישא אישה אחרת בלא הסכמתה אף אם תִּקְלָה (על "אומדנה גדולה" לעומת אומדנה רגילה, ראה להלן, ליד ציון הערה 567). ועדיין יש לפטור אותו מכוח אומדנה דמוכה (אף שאינה "גדולה"), ומאחר שמדובר באונס שאינו שכיח, אין לבוא אליו בטענה "היה לך להתנות" (מה שאין כן בעניין התחייבות הבעל שלא להגר ונקלע לקשיי פרנסה, ובבעל שנשבע שלא לשאת אישה שנייה ושהו עשר שנים ולא ילדה, משום שכאמור שניהם אירועים שכיחים, אם כי ראה להלן, אות ד). וראה להלן, הערה 556.

ג. בעניין התחייבות הבעל שלא להגר בניגוד לרצון אשתו ונקלע לקשיי פרנסה, ראה שו"ת מהרש"ד, חלק ב, סימן לו, ד"ה ואיברא. הוא מאמץ את שיטת מהר"י בן לב (חלק א, סימן עד), שמאחר שקשיי פרנסה הם דבר **מאוד שכיח**, עליו היה להתנות ואינו רשאי לעזוב את אשתו ולהגר (וצריך עיון בשיטת מהרש"ד שכן בתשובה אחרת, שו"ת מהרש"ד, חלק ב, סימן מה, הוא כופר בהבחנה בין אונס שכיח ובין אונס לא שכיח, כפי שכבר הערנו לעיל, סוף הערה 99. ואולי הוא מבחין בין אונס להכבדה, ועדיין צריך עיון).

עם זאת, מסייג מהרש"ד, אם הבעל לא נשבע שלא להגר אלא **שלא לשאת אשה אחרת** ונקלע לקשיי פרנסה ואשתו מסרבת להגר, רשאי הוא להגר לבדו ובמקומו החדש לשאת אישה אחרת, שכן דבר **"לא שכיח"** הוא שתראה האשה את בעלה מצטער ומיצר על מזונותיו ולא תרצה אשתו ללכת אחריו, ועל דעת כן לא נשבע ואין לבוא אליו בטענת "היה לך להתנות". ונטעים, אף שסירוב האישה אינו שכיח, לדעת מהרש"ד, אם נשבע הבעל בפירוש **שלא להגר**, מאחר שקשיי פרנסה הם דבר **מאוד שכיח**, מתפרש הדבר "דקפדה [האישה] שאף על פי שיהיה צער מזונות שלא יוכל להוציאה משם". וראה שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן תקט. גם הוא נוקט שהבעל אינו יכול להיפטר משבועתו מכוח אומדנה אלא רק בהתרה על ידי חכם. ואף שנשבע על דעת אשתו, מאחר שסירובה אינו סביר, "בטלה דעתה אצל כל הנשים" (על התרה על ידי חכם, ראה להלן, נספח ח, עמ' פפפ). ראה לכך שסירוב האישה בלתי סביר הוא מביא

שהתקשו לעמוד בהתחייבותם לתשלום המס על ייצור היין שלהם עקב מחלה שפגעה בכרמים. הוא מטעים, שהם היו פטורים אפילו אם מחלת הכרמים הייתה דבר שכיח⁵⁵⁵, שכן אומדנא דמוכח הוא, שלא התחייבו אם ישתנו הנסיבות באופן קיצוני כל כך^{556 557}.

מתרומת הדשן, שו"ת, סימן רטו, שפסק שבעיקרון יכול בעל לכופ את אשתו להגר לצורכי פרנסה "דלאו בתר שבוש דעתה אזלינן דבטלה דעתה ולא אזלינן אלא בתר אורחא דמילתא וסתם בני אדם לאו דעתייהו הכי". והשווה נתיבות משפט (אלגזי), על רבנו ירוחם, מישרים, נתיב כג, ד"ה וכתב מהריב"ל (רמ ע"ג). הוא אינו מקבל את פסק מהר"י בן לב ודוחה את ההבחנה של מהרש"ך. לדעתו, מאחר שמוסכם שסירוב האשה הוא בלתי סביר וממילא בלתי שכיח (גם הוא מפנה בעניין זה ליתרומת הדשן), די בכך לשחרר את הבעל משבועתו שלא להגר (ולא רק משבועתו שלא לשאת אישה אחרת), ואינו מוצא טעם להבחין בין השניים: "גם לענין השבועה [שלא להגר] יכול לומר אדעתא דהכי [שאשתי תסרב להגר על אף קשיי הפרנסה] לא נשבעתי, ומילתא דלא שכיחא כי האי לא הוה ליה לאתנווי".

ד. בעניין קביעת מהר"י בן לב כי עקרות היא אונס שכיח, השווה שו"ת חכם צבי, סימן מא, ד"ה וראיתי להחכם נר"ו, שמשגי עליו ומוכיח מכמה מקורות שעקרות אינה דבר שכיח. הלכה למעשה הוא מצדיק את פסיקת מהר"י בן לב אבל לא מטעמו אלא משום שאפשר לתלות בבעל את העובדה שלא זכו להיפקד בילדים (על פי יבמות סד ע"א: "נשא אשה ושהה עמה עשר שנים ולא ילדה - יוציא ויתן כתובה, שמא לא זכה להבנות ממנה"), ועל כן סביר להניח שהתחייב גם בכגון זה. אם כי, נימוק זה מסתבר בנוגע לחיוביו הממוניים (כתובה), אבל אין זה מסתבר שהתכוון לשלול מעצמו גם את האפשרות להביא ילדים לעולם עם אישה אחרת. ועוד השווה תשב"ץ (להלן, ליד ציון הערה 584), שלדעתו, עקרות, אף שאינה דבר שכיח, אינה עילה לשחרר את הבעל משבועתו שלא לשאת אישה שניה ושאם יעשה כן, יגרש את אשתו וישלם לה כתובתה, משום שאין אומדנא דמוכח שלא התחייב לכך גם בכגון זה. סביר להניח שהדין יהיה שונה לדעתו אם הבעל לא הותיר לעצמו שום אופציה לקיום מצוות פריה ורביה (כגון שנשבע שלא יגרשנה על כורחה ושלא ישא אחרת על פניה ללא הסכמתה). וכפי שנוקט מחנה אפרים, הלכות שבועות, סימן ב.

⁵⁵⁴ שו"ת פני משה (לעיל, הערה 490), ד"ה אמנם עדיפא (קמא ע"ד) [ראה להלן, נספח יב, 21.ה, ליד ציון הערה 1159]. וראה גם שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן קיט, ד"ה אמנם (קלג ע"א): "דאפילו אונסא דשכיח טובא דאיבעי ליה לאתנווי, מכל מקום באומדנא דמוכח אמדינן דעתיה דזהו ליה כמו שהתנה מעיקרא" (וכך כתב גם בקצרה בספרו שיירי כנסת הגדולה, יורה דעה, סימן רלב, הגהות בית יוסף, אות לט). כך נוקט בעקבות 'פני משה' גם שו"ת חיים שאל (לעיל, הערה 553, אות א). וראה עוד שו"ת פני דוד (פאפו), אבן העזר, סימן ג, ד"ה ואחרי כתיבי (לו ע"א), המפנה לפוסקים רבים נוספים שהסיקו כך משו"ת הרשב"א (לעיל, הערה 525), שם ידוע היה שלחתן יש נטייה להימורים, ואף על פי כן הרשב"א פוטר את אבי הכלה מן הקנס המוסכם, ואינו אומר שהיה לו להתנות. וראה עוד חידושי חתם סופר, נדרים כז ע"ב, ד"ה אונסא דמיגליא שאני. ועוד ראה ערך השולחן (טייב), אבן העזר, סימן נ, ס"ק ח, בעניין הפרת הסכם שידוכים עקב ירידת החתן מנכסיו, דבר שהוא שכיח (אבל השווה שו"ת מגן דוד (גיג), אבן העזר, סימן ט, ד"ה מעתה הבוא, לדעתו "ליכא אומדנא ודאית דאדעתא שיהא עני לא נשתדכה". ומשכך: "כיון דעניות שכיחא, אם איתא דלא ניחא לה, היה לה להתנות"). וראה עוד: שו"ת אגרות משה, אורח חיים, חלק ה, סימן מג, אות ג; שו"ת שבט הלוי, חלק ו, סימן רלב. שניהם נוטים לדעה שבתנאי אינפלציה דוהרת בארץ ישראל, אף שההסכם נעשה במטבע ישראלי, אומדנא דמוכח הוא שכוונת הצדדים היא להצמיד את ההתחייבות לדולר (אבל אולי דבר שהוא שכיח ביותר שאני, ובעין שיטת ר' חיים כפוזי, להלן, הערה 555, אות ה)). והשווה לעיל, הערה 504. וראה עוד: הרב גורן (להלן, הערה 652), שדבריו נוטים לשיטת 'פני משה'; הרב יועזר אריאל, "פשרה בהצמדת חובות ובתוספת כתובה", שורת הדין יז (תשי"ע), עמ' נו-עז, בעמ' נט.

⁵⁵⁵ 'פני משה' [ראה להלן, נספח יב, 21.ה(3), ליד ציון הערה 1160] מביא ראיה לדבריו גם משו"ת הרא"ש (לעיל, הערה 466), שפטר חותן מהתחייבות לתשלום נדוניה לחתנו בשל כך שירד מנכסיו, וזאת אף שעניות היא דבר שכיח, ראה לעיל, הערה 112 (הוא מציין שכך כבר הסיק מהרא"ש, שו"ת מהרש"ך, לעיל, הערה 99, ד"ה ויש להוכיח זה, אבל כבר העיר עליו משנה למלך, הלכות שבועות, פרק ג, הלכה א, ד"ה כתב הרב בעל פני משה, שמהרש"ך רוח אחרת עמו. ואכן ראה לעיל, הערה 99). אבל ראיה זו משו"ת הרא"ש אינה נקייה מספקות, וזאת מכמה סיבות: (א) שו"ת לחם רב, סימן סט, ד"ה והנה ראיתי להרא"ש, נוקט שהרא"ש רואה בעניות באשר היא "אונס שכיח ואינו שכיח", ורק משום כך פטר את החותן. וראה לעיל, הערה 112.

(ב) מחנה אפרים, הלכות שבועות, סימן יב, ד"ה והשתא, מסביר בדעת הרא"ש שאף שעניות היא דבר שכיח, היא חריג לכלל לפיו "היה לו להתנות", שכן החייב חשב בתום לב שיעלה בידו לגייס את הכסף ועל כן לא התנה (ראה לעיל, הערה 98), ואין ללמוד אפוא ממנו לאונס שהחייב יודע שאינו בשליטתו.

(ג) שו"ת תורת אמת (לעיל, הערה 99), ד"ה ומעתה העלינו, מטעים שאמנם ירדית אדם מנכסיו היא דבר שכיח, אבל אין זה שכיח שהירידה תהיה קיצונית עד כדי כך שלולי הפטור היה נאלץ למכור את כלי תשמישו, וזהו המקרה שדיבר בו הרא"ש ("ואף שהעניות שכיח טובא מכל מקום שימכור כלי ביתו כו' לא שכיח"). ומוסיף 'תורת אמת' שאף אם היינו מניחים שמכירת כלי ביתו של אדם שהעני היא דבר שכיח, אמנם החייב לא היה צריך להתנות במפורש שייפטור מכך כלפי חתנו אם יירד מנכסיו, אבל הסיבה לכך היא שידוע לכל שוודאי לא עלה על דעתו לוותר על כלי תשמישו (ראה לעיל, הערה 468), וזה מה שמייצר את הצורך בהתניה מפורשת, אבל לולי כן הכלל הוא שאין פטור בגין אונס שכיח משום ש"היה לו להתנות". וכך נוקט גם שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן רכח, ד"ה ואם אולי (מובא בהסכמה על ידי הדיין הרב יצחק אלמילח, שו"ת אמרי משפט, חלק א, סימן כו, אות ב, ס"ק יח, כנימוק לפטור אב מחיוב מזונות ילדיו שנטל על עצמו מעבר לחיובו על פי הדין, ולאחר מכן נקלע למצוקה קשה עד ש"אין לו שום אפשרות לעמוד בהתחייבותו, וכגון שסובל ממחלה והוא מחוסר עבודה ועלול למצוא עצמו במאסר על ידי הוצאה לפועל").

(ד) הרב אפרים זלמן מרגליות (בעל שו"ת בית אפרים), בשו"ת אגודת אזוב (מרגליות), אבן העזר, סימן לו, אות יד, מטעים שאין זה שכיח שבנסיבות אלה החתן אינו מתפייס ("שהמשודך כשרואה שזה [החותן] ירד היום בעניות אינו אכזרי שלא למחול לו ולקחת כל אשר לו מידו והוא ישרא עטוף ברעב... ועל כל פנים הוי ליה כמלתא דשכיח ולא שכיח דלא הוי ליה לאתנווי, דלא אסיק אדעתיה שירצה לישא בתו וינקש לכל אשר לו").

(ה) שו"ת רבינו חיים כפוס, סימן ח, ד"ה ועתה שמע (בעניין מי שנדר להנזר מבשר ויין אם לא יפרע חובות שעבר להם, וקעני, ראה לעיל, ליד ציון הערה 111, ובהערה 462), מסביר שעניות היא דבר שכיח כל כך ("שכיח טובא"), שבוודאי אם לא התנה על כך בפירוש, אין זה אלא משום ששכח להתנות והרי זה כנדר טעות, ולכן פטור הוא מנדרו (כל זמן שאין לו נכסים). לא כך הדין באונס שאינו שכיח מאוד, כגון הפסקת הנהר (לעיל, הערה 95). והשווה תשובת ר' שלמה דוראן, תשב"ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור א, סימן מג, ד"ה ואני הצעיר, שדחה את דבריו, שכן ברור שהפסקת הנהר שכיחה יותר מעניות ("דיותר רחוק הוא להיות העשיר עני מהמעברא להיותה עומדת בצד האחר [של הנהר]"). והשווה להלן, הערה 558, שיטת מהר"ם מרוטנבורג. ולביקורת אחרת של הרב דוראן כנגד הרב חיים כפוס, ראה לעיל, הערה 541, אות ג.

להבחנה דומה לזו של רבי חיים כפוס בין "אונס שכיח" ובין "אונס שכיח טובא", ראה הרב שלמה דיכובסקי, "שינויים בערך המטבע בעבר ובהווה", תורה שבעל פה כו (תשמ"ה), עמ' עד, בעמ' פא [=לב שומע לשלמה, כךך א (תשע"ד), סימן כו, עמ' תמה, בעמ' תנז].

ועוד השווה בכורי גשן (לעיל, הערה 427), אות י (עמ' תריב).

⁵⁵⁶ שיטה זו תמוהה לכאורה, שכן לדעת חלק מהראשונים, גם הפטור בשל אונס המונע את קיום החיוב (ולא רק אונס המכביד עליו את הקיום) יסודו באומדנה (כך היא לדוגמה שיטת הר"ן והרא"ש, כפי שהערנו לעיל, הערה 90, וליד ציון הערה 455), ולשיטה זו, התלמוד (כתובות ב ע"ב; נדרים כז ע"א) לא היה אמור להבחין בין אונס שכיח ובין אונס שאינו שכיח?!

על שאלה זו עומד מהר"י בן לב עצמו (לעיל, הערה 552), ובעקבותיו 'פני משה' (שם, ד"ה אמנם (קמב ע"ב) [ראה להלן, נספח יב, 21ה.5], ליד ציון הערה 1163). 'פני משה' מסביר, שאכן אף באונס המונע את הקיום, כשיש אומדנה ברורה שהתוצאה מאי הקיום היא למורת רוחו של החייב, כגון שנגרם לו הפסד, אין הבדל בין אונס שכיח ובין אונס שאינו שכיח, ובשני המקרים יש לו עילת פטור, שכן בוודאי לא התכוון לשאת בהפסד בגין אירוע שאינו באשמתו ובשליטתו. וכך לדוגמה, מי ש"מתפס זכויותיו" אם לא יבוא לבית דין עד מועד פלוני (ראה לעיל, ליד ציון הערה 78), אינו מפסיד את זכויותיו אם נמנע ממנו מלהגיע מחמת אונס, לרבות אונס שכיח (שלא כמו שפירשנו לעיל, הערה 371), שכן ברור שלא התכוון להתחייב בכגון זה ולגרום לעצמו הפסד, ולא על זה נאמר "היה לו להתנות". וגם לא לעניין זה העמידו הרא"ש ורובנו ירוחם (לעיל, הערה 371), את המקרה של "עכבו נהר" בנסיבות חריגות של הפשרת שלגים, שכן "אפילו שיהיה האונס שכיח ולא התנה עליו, [ב'מתפס זכויותיו'] האומדנא היא העיקר" (וראה בהמשך, מה הניע אותם לדבריו להעמיד את הסוגיה בהפשרת שלגים).

אבל יש לציין, שהחלת הפטור גם באונס שכיח, אינה מוסכמת על הכל, ופוסקים רבים וחשובים נוקטים, שהפטור מכוח אומדנא אמור רק באונס שאינו שכיח או באונס "שכיח ואינו שכיח", אבל אינו אמור באונס שכיח, מן הטעם, שאף שמדובר באומדנא דמוכח, אם רצה המתחייב לזכות בפטור, עליו היה להתנות על כך במפורש מראש, בדומה למה שראינו לעיל, בעניין הפטור מכוח אונס⁵⁵⁸.

פני משה' ממשיך ומסביר, שלא הבחין התלמוד בין אונס שכיח ובין אונס שאינו שכיח אלא כשאין אומדנא ברורה. כך הוא לדוגמה, באדם הנותן גט לאשתו על תנאי אם לא ישוב עד מועד פלוני, ולא ציין במפורש שהגט לא יחול אם תימנע חזרתו מחמת אונס שעלה על דעתו (אונס שכיח), משום שאין אומדנא ברורה שאינו רוצה לגרשה גם אם תימנע חזרתו מאונס, שכן אפשר שבמכוון הוא שלא חריג אונס זה שעלה על דעתו, כדי להצילה מעינות (שהרי גם זה יכול להיות במשמעות לשונו "אם לא באתי"), ועל זה הוא שנאמר שאם לא זו הייתה כוונתו "היה לו להתנות והוא שגרם הפסד לעצמו". ומה שבאונס לא שכיח הגט בטל, לולי תקנת "אין אונס בגטין", הוא משום הכלל הפרשני ולפיו אונס בלתי צפוי בוודאי אינו במשמעות לשונו. ראה להלן, פרק 3. ד, עמ' פפפ.

וזהו ההסבר לדעתו גם בנדרי אונסין; המדיר את חברו מנכסיו אם הלה לא יבוא לסעוד עמו, אין אומדנא ברורה שלא התכוון להדירו גם אם לא יבוא אליו בעל כורחו מחמת אונס שכיח, שכן אונס כזה וודאי עלה על דעתו, ואפשר שלא חריגו במכוון, שהרי הוא לא יפסיד מכך דבר! ורק אם נמנע מלהגיע לסעודה בשל אונס לא שכיח, לא חל עליו הנדר. הסיבה לכך, מסביר פני משה' היא, שאז יש להניח שלו אונס כזה היה עולה על דעתו "לא היה מדירו בהחלט והיה מתנה עליו". וזו הסיבה שהרא"ש ורבנו ירוחם העמידו את המקרה של "עכבו נהר" בנסיבות חריגות של הפשרת שלגים, מה שלא היה נדרש, כאמור, לעניין "מתפס זכויותיו". וראה מה שהשיג עליו משנה למלך, הלכות שבועות, פרק ג, הלכה א, ד"ה עוד כתב הרב לתרץ.

קושי נוסף כנגד גישת פני משה' עולה לכאורה מתשובת הרא"ש בעניין המרת אחות המשודכת (לעיל, הערה 520), שם מדגיש הרא"ש שמדובר באירוע בלתי שכיח, ועל כן החתן פטור מן הקנס שקיבל על עצמו באם יפר את השידוך; והלא לפי שיטת פני משה' אי-שכיחות האירוע אינה מעלה ואינה מורידה! יש לתמוה שפני משה' מתעלם מתשובה זו, אבל אפשר שלא ראה בה סתירה לדבריו, משום ששם ברור שאילו המרת דת הייתה תופעה שכיחה, לא ניתן היה לטעון לאומדנא דמוכח.

⁵⁵⁷ והשווה שו"ת אגודת אזור (מרגליות), אבן העזר, סימן לה, אותיות טו-יט. הוא מסייג את כוונת פני משה' וקובע, שכעיקרון גם הוא מודה, שמאחר שהצד השני לא היה מסכים לשחרר את החייב מחיובו בגין אונס שכיח, מתערערת האומדנא. ורק באונס לא שכיח, מאחר שמדובר בחשש רחוק, ההנחה היא שהצד השני לא היה מתעקש והיה מוכן לשחרר את החייב מחיובו, ועל כן האומדנא קיימת (הוא מציין שסברה זו העלה לפניו הרב אפרים זלמן מרגליות, ראה להלן, ליד ציון הערה 678, ומחדש שגם את שיטת פני משה' יש לפרש על פיה). ומה שהרא"ש פטר את החותן שירד מנכסיו מתשלום הנדוניה אף שעניות היא דבר שכיח, הרי זה משום ש"אומדנא גדולה" היא (בלשונו: "אומדנא הפשוטה לכל מצד עצמה"), שהחותן לא היה נכנע ולא היה מתחייב לשלם דבר שאין בידו לשלם, ובאומדנא גדולה אכן אין הבדל בין אונס שכיח ובין אונס שאינו שכיח (אגודת אזור, שם, אות ל). על פי זה נראה להוסיף, שמה שפסק פני משה' בעניין האחים, שהיו פטורים אף אם מחלת הכרמים היה דבר שכיח, הוא כנראה מקרה ייחודי, שבו קיימת האומדנא אף באונס שכיח, משום שיש להניח שלו האחים היו מתנים מראש עם הקהל, שאם ילקו הכרמים תיבטל הסכמתם וישלמו מס בשיעור רגיל כמו כולם, ודאי הקהל היה מסכים לכך. יש לתמוה לכאורה על דבריו, שכן על פיהם עולה שהתוספות (לעיל, הערה 552) שאלו את שאלתם באונס שכיח דווקא (שכן לפי דבריו באונס שאינו שכיח הצד השני מוכן לוותר), ולא כך הבינו רוב הפוסקים בדעת התוספות.

⁵⁵⁸ ראה לעיל, ליד ציון הערה 99. ראה: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתקמב, ד"ה ומה ששאלת ("מלתא דשכיחא הוא שבני אדם מתמוטטין וגלגל החוזר בעולם הוא... איבעיה ליה לאתנויי, ואי לא אתני איהו הוא דאפסיד אנפשיה"). אם כי ראה להלן, נספח ח, הערה 1076; תשובת ר' שלמה דוראן, תשב"ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור א, סימן כח ("יועתה דלא אסקיה אדעתיה איהו דאפסיד אנפשיה כי פשע בעצמו במה שהיה לו להעלות על לבבו מה שהוא נראה לעין כלי"); שו"ת מהר"י בן לב (לעיל, הערה 532, אבל ראה מה שהעיר עליו פני משה', לעיל, הערה 553, אות ב); שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן פו ("ודאי דאזלינן בתר אומדנא ובאונס דלא שכיח הוי אונס"); שו"ת תורת

להשלמת התמונה נעיר, שיש הסבורים⁵⁵⁹, לאידך גיסא, שהפטור מכוח "תנאי מכללא" אינו אמור באונס בלתי שכיח, שכן אם המתחייב לא העלה על דעתו את האפשרות להתרחשות האונס, לא ניתן לייחס לו כוונה להתנות את חיובו באי-קיום האונס. ורק באונס שכיח (ואולי גם אונס שכיח ואינו שכיח), מאחר שהעלה את האונס על דעתו, ניתן לייחס לו כוונה להתנות את חיובו באי-קיומו של האונס⁵⁶⁰. אולם אחרים רואים שיטה זו כבלתי מסתברת ודוחים אותה על הסף⁵⁶¹.

אמת (ששון), סימן סא, ד"ה ומעתה העלינו ("דמאי דקאמר הרא"ש ז"ל [לעיל, הערה 466] היינו שכיח ולא שכיח... אבל שכיח טובא הוי ליה לאתנוויי". וראה לעיל, הערה 555); שו"ת דברי ריבוב, סימן קצט (בענין שליח ציבור שמבקש להפר התחייבות בשבועה שלא לעזוב לטובת קהילה אחרת במשך חמש שנים, ובין שאר טענותיו טוען לשינוי נסיבות. מהר"י אדרבי דוחה טענה זו: "דדוקא באונס בלתי מצוי מצי למימר אדעתא דהכי לא נשבעתי דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה, אבל בדבר מצוי הוה ליה לאסוקי אדעתיה ולהתנות. וכיון שלא התנה - הכל בכללי"); תורת חיים (שור), בבא קמא קי ע"ב, ד"ה אדעתא (הוזכר לעיל, סוף הערה 552, ומצוטט להלן, הערה 675); שו"ת תורת חיים (שבת), חלק ד (אבן העזר), סימן לג, ד"ה אמנם נראה ("תירתי בעיני, שיהא מילתא דלא שכיח דלא אסיק אדעתיה, וגם אומדן דעת דמוכח טובא". וראה מה שהעיר עליו שו"ת עדות ביהוסף, להלן, הערה 617, אות (ב)); ש"ד, חו"מ, סימן נה, ס"ק א (אם כי השווה שו"ת חיים שאל, חלק א, סימן יא, ד"ה אך אוסיף להביט); קרית מלך רב, הלכות שבועות, פרק ג, הלכה א ("ובאונס דשכיח אף אם איכא אומדנא לא מהני"); שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן טו (וראה חידושו להלן, ליד ציון הערה 681); שו"ת עטרת חכמים (תאומים-פרנקל), אבן העזר, סימן כו; ר' אפרים זלמן מרגליות (בעל שו"ת בית אפרים) בתשובה המובאת בשו"ת אגודת אזור (מרגליות), אבן העזר, סימן לד, אות טו; שו"ת מנחת שי (שור), חלק א, סימן נג, ד"ה אמנם אחר העיון; שו"ת פני האריה החי (לעיל, הערה 142). כך ניתן להסיק גם מחלקת מחוקק (לעיל, הערה 120), בהצעתו השנייה לפיה הפטור של הרשב"א מקנס שידוכין כשהבת מסרבת להתחתן (ראה לעיל, הערה 106) יסודו באומדנה (לשיטת הרשב"א, השווה לעיל, הערה 554). ככלל, זו גם גישתו של מחנה אפרים, הלכות שבועות, סימן יב, אם כי הוא מסייג מעט את הכלל ולדעתו יש שהחייב יהיה פטור גם בגין אונס שכיח אם סבר בתום לב שבידו יהיה להתגבר על אונס זה (על גישתו הייחודית עמדנו לעיל, הערה 98). וראה עוד מצות כהונה, סימן נז, המביא בעניין זה דעות לכאן ולכאן. וראה לעיל, הערה 497.

נעיר שפוסקים אלה (להוציא תורת חיים) אינם רואים סתירה בין גישתם ובין דברי התוספות (בבא קמא קי ע"ב, ד"ה דאדעתא) השואלים על דין אומדנה: "אדם שקנה מחברו שום דבר ונתקלקל, יבטל המקח דאדעתא דהכי לא קנה?" ואף שקלקול דבר שכיח הוא, שכן הם מבחינים כנראה בין חיוב מן הדין ובין חיוב רצוני, כפי שהצענו לעיל, הערה 552.

⁵⁵⁹ ראה: מחזור ויטרי, מובא בשלטי הגיבורים על מרדכי, יבמות, סימן ל, אות ו (אות ב במהדורת עוז והדר) [וראה מה שנעיר להלן, הערה 560]; תשובות מיימוניות, נשים, סימן כט, בשם מהר"ם מרוטנבורג (אבל ראה מה שנעיר להלן, הערה 560). וכך נוקטים גם: תשב"ץ, חלק א, סימן צה, ד"ה הוי יודע (מובא בתיק 1064682/4, להלן, הערה 590, עמ' 10); שו"ת הרי בשמים, מהדורא תניינא, סימן רלג, ד"ה והנה בהגהות (מובא להלן, נספח ט, הערה 1119); הרב ברוך בער ליבוביץ (להלן, הערה 627, אות ב).

⁵⁶⁰ א. אם כי אפשר שסייג זה אמור רק לביטול עסקה קניינית ואילו לביטול התחייבות חוזית, מודה מחזור ויטרי שמועילה אומדנה גם באונס בלתי שכיח. וצריך עיון.

ב. בהתאם לכך, מחזור ויטרי מקבל את שיטת הגאונים - שהתירו אישה שנפלה לפני יבם משומד בלא צורך בחליצה מכוח הסברה ש"אדעתא שתיפול לפני מומר לא קידשה עצמה" (ראה להלן, הערה 565) - רק כשאחי בעלה היה מומר כבר בשעת הקידושין. כך מביא בשם מחזור ויטרי מרדכי, כ"י ששון-טורונטו, <https://collections.library.utoronto.ca/view/fisher2:11952>, תמונה 277, ד"ה מצאתי: "ושוב מצאתי במחזור ויטרי, בודאי כשנשאה בעלה [ו]הוא יבם הוה משומד קודם לכן, אינה צריכה חליצה, ולא שייך למימר סברא וקבילה" (הדברים אינם מופיעים במחזור ויטרי שבידינו ולא בכתבי יד אלא צוטטו בשמו על ידי המרדכי. נעיר שהנוסח שהבאנו כאן - ודברי הביקורת של המרדכי עליהם, להלן, הערה 561 - מתוקן יותר מן הנוסח שבישלטי הגיבורים, לעיל, הערה 559. עוד נעיר ששלטי הגיבורים לא ציין שהוא מעתיק מן המרדכי, והשווה: שו"ת מהרי"ק,

שורש קעה, ד"ה ועוד; וש"ת הרד"ך, בית ט, חדר ב, שהביאו את דברי מחזור ויטרי מתוך המרדכי. העיר על כך אהל דוד (ששון), לונדון 1932, עמ' 174. תודתי לפרופ' שמחה עמנואל שהפנה אותי למקורות חשובים אלה. וראה עוד מרדכי השלם, מכון ירושלים תשפ"א, כרך ב, עמ' כט, הערה 259, שם מצויין שקטע זה של המרדכי, שאינו מופיע בדפוס, נמצא - בשינויי נוסח קלים - בעוד שלושה כתבי יד של המרדכי).

[לתקופה של תנאי מפורש בכגון זה, ראה רמ"א, אבן העזר, סימן קנז, סעיף ד, בשם מהר"י ברונא. אמנם ראה הסתייגותו של בית יוסף, שם, אות ג, ד"ה כתוב בתרומת הדשן, אבל ראה פתחי תשובה, שם, ס"ק ח]. לעומת זאת, באונס שלא עלה על דעתו של המתחייב, אין מקום לייחס לו כוונה מעין זו, ומכוחה להכניס אל תוך החוזה תנאי מכללא. ולפי זה, אישה שנפלה לפני יבם משומד, אינה מותרת, אם אחי הבעל לא היה משומד בשעת הקידושין. אף שכידוע מחזור ויטרי מבטא בדרך כלל את תורת רש"י, ראוי לציין שרש"י דוחה מכל וכל את שיטת הגאונים ודוחה במפורש את ההבחנה בין יבם שהשתמד אחרי הקידושין ובין יבם שהיה משומד עוד לפני הקידושין: "על היבמה שנפלה לפני יבם משומד - צריכה חליצה, ואין חילוק בין שקדשה הבעל ואחר כך נשתמד בין שנשתמד לאחר [צ"ל: קודם] קידושין" (תשובות רש"י, סימן קעג. התשובה מובאת גם בתשובות מיימוניות, נשים, סימן כט, ובשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תנו, וכשיטתו נפסק להלכה בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קנז, סעיף ד, ראה באר הגולה, שם, ס"ק כ). והשווה אור זרוע, חלק א - הלכות יבום וקידושין, סימן תרה, מה שהביא בענין זה בשם הספר "בשר על גבי גחלים". וראה: שו"ת בני אברהם (מיוחס), אבן העזר, סימן כ (בעניין יבמה שנפלה לפני יבם שעקבותיו נעלמו עוד לפני שנישאה); שו"ת יביע אומר, חלק ט, אבן העזר, סימן לו, אותיות ב-ה (בעניין יבמה שנפלה לפני יבם כופר); הרב שמואל ברוך ורנר, "בדין יבמה שנפלה לפני יבם מומר לחלל שבת", ספר הזכרון לגר"י אברמסקי, מהדורה שלישית, ירושלים תש"ס, בעמ' ש-שנא.

כשיטת מחזור ויטרי נוקט גם מהר"ם מרוטנבורג (אליבא דתשובות מיימוניות, שם): "לגבי משומד... היכא דמשומד היה בשעה שנתקדשה לאחיו דאסקה אדעתא, והוי ליה כאילו התנתה על מנת שלא תתייבם לו" (אבל השווה להלן, הערה 561). הב"ח (אבן העזר, סימן קנז, ס"ק ג), שכנראה לא ראה תשובה זו, נוקט כך בדעת מהר"ם מרוטנבורג מסברא (כשהוא דוחה את הגהות מרדכי בדעת מהר"ם, להלן, הערה 561): "לפי עניות דעתי נראה דאף למהר"ם יש לחלק, דכיון דלא התנתה האשה בפירוש שלא תהא זקוקה לו אלא דאנן סהדי דכך היה דעתה מתחלת נישואיה, ליכא למימר אנן סהדי בהא, אלא אם כן דהיה משומד בשעת נישואיה, דכיון דסתמא דמילתא הכי הוא לא בעיא לאתנוי". ולא ברור כיצד מתיישבים דבריו אלה עם קביעתו בהמשך דבריו שם, ס"ק ד, בעניין בעל שהשתמד ומת בלא בנים, שאלמנתו אינה זקוקה לייבום משום ש"אנן סהדי דלא קיבלה קידושין ממנו ולא נישאת לו אלא על דעת שיחזיק בדת ישראל".

ג. ב"ח, שם, מעלה נימוק נוסף לשלילת טענת אומדנה באונס שאינו שכיח כלל: "אפשר דמכנסת עצמה לספק שאפילו ימות בעלה תזקק ליבום", שכן מדובר רק בספק ספיקא - ספק אם האח ישתמד וספק אם הבעל ימות בלא בנים (אבל לא כן בספק אחד בלבד, ראה ב"ח, שם, ס"ק ד, בעניין בעל שהשתמד, שעל דעת כן לא נתקדשה לו). על נימוק זה ראה ביתר הרחבה, להלן, הערה 618. והשווה שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק ג, סימן מח, ד"ה וטעמו. הוא מסכים שאם היבם השתמד לאחר הקידושין, אין מקום לביטול הקידושין מכוח אומדנה, אבל לא משום שמדובר בספק רחוק כפי שטוען הב"ח (שכן לו היה מקום לספק שתיפול לייבום לפני מומר, ראוי היה לחשוש גם לספק רחוק בשל חומרת הסכנה שמא יעביר אותה היבם על דתה), אלא משום שאין מקום לספק זה כל עיקר: "אין מקום להסתפק כלל שמא יתחלף דעתו להעשות רשע ומומר, וגם אולי אסור להסתפק כלל על אדם כשר שמא יעשה רשע ומומר... שלכן ליכא טעם דאדעתא דהכי לא קדשה". ולדעתו (שם, ד"ה ולפ"ז מוכרחין) כך מתפרשת גם שיטת מחזור ויטרי. עוד מוסיף הרב פיינשטיין: "אבל בהיה מומר בשעת קידושין גם לרש"י אפשר שפטורה [מן החליצה] מטעם שבשביל [=שבשל החשש של] העברת דת תחוש אף לספק רחוק". אבל כפי שראינו, השערה זו נסתרת מדבריו המפורשים של רש"י בתשובה, סימן קעג.

⁵⁶¹ ראה לדוגמה שו"ת הרא"ם, סימן סח, ד"ה אבל ראיתי, בעניין אישה שנפלה לפני יבם משומד: "אדרבה איפכא מסתברא דהיכא דנשתמד קודם שנתקדשה לאחיו דאסקא אדעתא ואיבעי ליה לאתנוי ולא אתנייה, איהי היא דאפסידא אנפשה. אבל היכא דלא הוה משומד בשעה שנתקדשה לאחיו דלא אסקא אדעתא שישתמד, ולא הוה לה לאתנוי עליה, איכא למימר דאנן סהדי דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה, דסתם נשים אינן מתרצות בכך. והא דלא אתנייה משום דמלתא דלא שכיחא היא, ומילתא דלא שכיחא לא מסקי אדעתיה לאתנוי עליה". וכן העיר כבר המרדכי (לעיל, הערה 560), כנגד מחזור ויטרי, אם כי בהיסוס: "וזה להפך מסברא, ורפיא בידי אי מסיק כשקדשה

(4) ההסתמכות על אומדנה לנוכח קיומו של צד שני להסכם

סקרנו עד כה פוסקים רבים אשר פטרו את החייב מחיובו במקרי אונס וסיכול, מכוח אומדנה. ונשאלת השאלה⁵⁶², הלא בעלי התוספות קבעו את הכלל הגדול כי אין להסתמך על אומדנה של

כבר היה משומד אז יחלוץ כדאמרינן מינח נייח לה כדאמי גבי מנוול, ואי נשתמד לאח' שקידשה נר' שהיא פטורה כיון דלא שייך למימר מינח נייחא דהא לא סברא שנשתמד, או להפך וליתן טעם ב', ויש לדקדק בזה". ברור שכך נוקטים גם התוספות, כפי שמעיר הרב ויינברג, שו"ת שרידי אש (ירושלים תשנ"ט), חלק א, סימן צ, אות מ: "מדברי התוספות בבבא קמא ובכתובות, שהקשו, אם כן כל אדם שקנה מחברו שום דבר ונתקלקל יבטל המקח, דאדעתא דהכי לא קנה? [ראה לעיל, הערה 514] - משמע דמפרשי דקושית הגמרא: אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין וכו', **מייירי אפילו נעשה מוכה שחין אחר כך**, שאם לא כן אין התחלה לקושיתם, דבמקח וודאי שאם היה קלקול בשעת הקניה בטל המקח [משום מקח טעות]". הוכחה אחרת שכך נוקטים התוספות מציג ר' שניאור זלמן פרדקין מלובלין, שו"ת תורת חסד, אבן העזר, סימן כ, אות ו, ד"ה אמנם, מהעובדה שהתוספות ראו לנכון להסביר מדוע לא דן התלמוד באישה **שבעלה** נעשה בעל מום (מצוטט להלן, הערה 563): "מוכח מדברי התוספות [כתובות מז ע"ב, ד"ה שלא], דאף כשנעשה מוכה שחין אחר כך, גם כן שייך לומר דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה. ולפי זה יש לומר אליבא דאמת לפי דברי המהר"ם, דביבם מומר אמרינן דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, **דהיינו אפילו בהמיר אחר הנישואין**".

ואכן לעומת שו"ת מהר"ם מרוטנבורג המובא בתשובות מיימוניות, שראינו לעיל, הערה 560, אות ב, ראה שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תקסד (מובא להלן, הערה 565), שם אינו מבחין בין יבם שהמיר לפני הקידושין או אחריהם, כפי שהעירו אביו וחמיו של מהרי"ל (ר' משה בר יקותיאל הלוי מולין ור' אברהם בן גמליאל בן פדהצור) בתשובה המובאת בשו"ת מהרי"ל, סימן רה [=שו"ת מהרי"י מיץ, סימן קה; =שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן אלף כב (ראה שמחה עמנואל, "תשובות מהר"ם מרוטנבורג שאינן של מהר"ם", **שנתון המשפט העברי** כא (תשנ"ח-תש"ס), עמ' 150, הערה 2]. וכך נקט גם בדעת מהר"ם, הגהות מרדכי, יבמות, סימן קז (והשווה ב"ח, לעיל, הערה 560, סוף אות ב, שדחה את דבריו).

ונשאלת השאלה, כיצד מתמודדים מחזור ויטרי וסיעתו כנגד הביקורת המוטחת כלפיהם? הלא ביקורת זו נתמכת לכאורה מסוגיות מפורשות בתלמוד (כתובות ב ע"ב; נדרים כז ע"א) המבחינות בין אונס שכיח לאונס שאינו שכיח בכיוון ההפוך משלהם, היינו שהפטור אמור דווקא **באונס שאינו שכיח**, ואילו באונס שכיח אין פטור, משום ש"היה לו להתנות"! דומה שהתשובה לכך היא, שלדעתם סוגיות אלה עוסקות **בפטור מן הדין בשל אונס (מניעת הקיום)** על פי הכלל "**אונס רחמנא פטריה**" (כשיטת הרא"ה, לעיל הערה 88, אות א), שם יש היגיון בהחרגת אונס שכיח (ראה לעיל, הערה 97), **ולא בפטור מכוח אומדנה בשל הכבדה על הקיום**, שם פועל היגיון הפוך ולפיו ככל ששינוי הנסיבות נדיר יותר, קשה יותר ליחס למתחייב כוונת פטור. אשר לשאלה, מדוע באונסים השכיחים שהוזכרו באותן סוגיות שעניינן מניעת הקיום (כגון "פסקיה מברא", ראה לעיל, הערה 371), לא נפטר החייב מכוח אומדנה? ניתן להסביר זאת בכך ששם בכוחו של החייב היה להיערך מראש כדי להתגבר על האונס, ובכגון זה גם הם מודים שאין עילת פטור, גם לא מכוח אומדנה. או אולי דעתם בעניין זה כדעת מהר"י בן לב ופני משה' (לעיל, הערה 556), ששם לא הייתה אומדנה דמוכח.

⁵⁶² כך מקשים: חידושי מהרש"א, מהדורא בתרא, בבא קמא קי ע"ב; שו"ת ב"ח (ראה בהרחבה, לעיל, הערה 523); שו"ת חכם צבי, סימן מא, ד"ה ועוד אמרי' בהאשה (בעניין בעל שנשבע שלא לשאת אישה על אשתו ולא לגרש אותה בעל כורחה, אך בשל בעיות רפואיות שונות היא אינה מסוגלת להוליד ואף אי אפשר לחיות אתה חיי אישות, ראה לעיל, הערה 538).

יש לציין שהשאלה עולה גם ביחס להתחייבות בשבועה, שאם ניתנה על דעת הצד שכנגד, לא ניתן לכאורה לבטל אותה מכוח אומדנה של צד אחד, כפי שפוסק שו"ת הריב"ש, סימן קצה, ד"ה ועוד שאף: "ועוד דכל הני הוו בנדרים שנודר אדם בינו לבין עצמו והולכין אחר כונתו משום דבעינן שיהו פיו ולבו שוים. **אבל במי שנותן מתנה לחבירו כל שלשון המתנה כולל, הולכין אחריו ואין הולכין בזה בתר אומדנא**, אלא אם כן הוא אומדנא דמוכח, כההיא דמי שהלך בנו למדינת הים דפרק מי שמת (קמו): וכההוא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל ופירש כן בשעת המכירה... והנדר שנדרו הקהל, אם כן, כיון שהוא על קיום המתנה משמעותו בהכרח כמשמעות המתנה" (מובא ברמ"א, יורה דעה, סימן ריח, סעיף א. וראה ט"ז, שם, ס"ק ב). וראה גם שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן נא: "אבל במשביע את חברו

המתחייב אלא **בהתחייבות חד-צדדית**, ולא **בהסכם דו-צדדי**, שם יש להתחשב בדעת הצד שכנגד שלגביו קיימת אומדנא דמוכח הפוכה שלא היה מסכים לביטול. הם מסבירים שזו הסיבה שהקונה חפץ מחברו (כגון פרה) ונפגם החפץ לאחר הקנייה (כגון שנטרפה הפרה), אינו יכול לטעון שלא על דעת כן קנה את החפץ, **שכן ודאי שתנאי זה אינו מקובל על המוכר**⁵⁶³. כיצד מתיישבים אפוא פסקים אלה עם כלל גדול זה?⁵⁶⁴.

לא אזלינן בתר כוונתו כי לדעת אחר הוא נשבע". כך היא גם דעת רבי בצלאל אשכנזי, כפי שראינו לעיל, הערה 462 (וכן נקט באותו עניין ר' שלמה דוראן, תשב"ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור א, סימן מג, ד"ה אבל בני"ד שנדר לאחרים). וראה: שו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן ס, ד"ה ועדיין וד"ה מ"מ; שו"ת משאת משה (ישראל), חלק ראשון, יורה דעה, חלק א, סימן ח, ד"ה ובמה שכתבנו תשוי. והשווה חקרי לב (לעיל, הערה 462), ד"ה גם ראיתי לראנ"ח (קלח ע"ב). והשווה לעיל, הערה 495.

עוד יש לציין, שהשאלה אינה עולה לכאורה כאשר היה גילוי דעת, כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 463.⁵⁶³ כך משיבים התוספות (בבא קמא קי ע"ב, ד"ה דאדעתא) על שאלתם העולה מתוך סוגיית התלמוד (שם) בעניין ביטול קידושין באישה שנפלה לייבום לפני מוכה שחין, שעל דעת כן לא התקדשה: "ואם תאמר אדם שקנה מחבירו שום דבר ונתקלקל יבטל המקח, דאדעתא דהכי לא קנה" (על שאלתם זו עמדנו כבר לעיל, הערה 552). על כך משיבים התוספות: "ויש לומר דהתם לאו בלוקח לחודיה תליא מילתא אלא כמו כן בדעת מוכר, ומוכר אקנה ליה אדעתא דהכי". וראה גם תוספות, כתובות מז ע"ב, ד"ה שלא, שבחלק השני של דבריהם עומדים על אותה שאלה (העולה מסוגיית בבא קמא) ומציעים אותו תירוץ ("ולא דמי ללוקח חפץ ואירע בו אונס דלא אמרינן דאדעתא דהכי לא קנה ומבטל המקח, דאינו תלוי בדעת הקונה לבדו דהא איכא נמי דעת מקנה שלא היה מקנה לו לדעתו אם לא יפרש").

אמנם גם קידושין הוא הסכם דו-צדדי, אבל, מטעמים התוספות, הצורך להתחשב בצד השני הוא רק כאשר יש להניח שהלה היה מתנגד לתנאי מכללא, ואילו כאן יש להניח שהבעל היה מסכים להתניית הקידושין באי נפילת אשתו לייבום לפני אחיו מוכה השחין, משום שלא איכפת לו שיתבטלו הקידושין למפרע אחרי מותו. ובלשון התוספות (כתובות, שם): "שברור לנו שהוא [הבעל] לא יעכב בשביל שום דבר שאירע אחר מיתתו, כי אינו חושש במה שאירע אחרי" (וראה בעניין זה להלן, נספח ט, תת-פרק א, עמ' פפפ). התוספות מוסיפים, שזו הסיבה שהתלמוד לא העלה אפשרות ביטול הקידושין מכוח תנאי מכללא לגבי בעל שהשתנה מצבו לרעה בעודו בחיים, כגון שנעשה בעל מום, שמאחר שהוא עוד בחיים ברור שאינו אדיש לביטול הקידושין: "ולחכי לא פריך מאשה שנעשה בעלה בעל מום תיפוק בלא גט, דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, כיון דתלוי נמי בדעת המקדש" (וראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן פח, ד"ה אבל באמת. הוא מטעים, שהוא הדין לא רק בבעל שהפך לבעל מום אלא גם בבעל שהפך למומר. ואין לומר שמאחר שאשתו אסורה עליו לא איכפת לו מביטול הקידושין, שכן מומר יכול לחזור בתשובה ושוב יהיה מותר באשתו. על כן המרת הבעל אינה עילה לביטול הנישואין בטענת אומדנא דמוכח, שכן העניין תלוי גם בו). להבנה אחרת בדברי התוספות, ראה להלן, נספח ד, ליד ציון הערה 1000, ובהערה 1002. וראה להלן, נספח ב, עמ' פפפ, סקירת גישות אחרות במענה לשאלה מדוע אומדנא אינה עילה לבטל מכר בשל פגם שאירע לאחר הקנייה.

יש לציין שבסוגיית התלמוד בכתובות (מז ע"ב) בעניין ביטול התחייבות לתוספת כתובה אם מת הבעל לפני הנישואין, "שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה", התוספות העלו בתחילת דבריהם את אותה השאלה: "ואם תאמר אם כן כל אדם הלוקח פרה מחבירו ונטרפה או מתה אנה סהדי שלא על מנת כן לקחה?" (על שאלתם זו עמדנו כבר לעיל, הערה 514), והציעו לה תירוץ אחר. לעת עתה נעיר רק שבהקשר לסוגיה זו נדרש אכן תירוץ אחר, שכן הסכם לתוספת כתובה הוא הסכם דו-צדדי שהאישה אינה אדישה לביטולו. על התירוץ האחר של התוספות והיחס בינו ובין התירוץ שסקרנו כאן, נעמוד להלן, הערה 567.

⁵⁶⁴ אמנם, מהר"ש הלוי המובא במשנה למלך (לעיל, הערה 543), ד"ה אבל אני הצעיר, וד"ה אך הפוסק, סבור שגם בחוזה דו-צדדי יש מקום להתחשב באומדנא דמוכח, ובלבד שביטול ההסכם בשל ההכבדה מביא להשבת המצב לקדמותו באופן שלא נגרם הפסד לצד השני, שאז ההנחה היא שהצד השני אינו מתנגד לביטול (כך הוא מסיק מסיים דברי התוספות, שם). אך סייג זה אינו מועיל ליישב את פסקיהם של הרא"ש, הרשב"א, מהר"ק ואחרים, שראינו לעיל, שם הביטול מזיק לכאורה לצד השני. לביקורת על גישה זו ראה: שו"ת נטע שעשועים (קרא), חו"מ, סימן מה ("לא שמענו מעולם שיוכל הלוקח לבטל המקח משום שהבית והשדה כדמעיקרא הווין"); שו"ת צמח צדק (שניאורסון), חו"מ, סימן לה, ד"ה אבל התוס' והרא"ש ("נהי דאינו כניזק ודאי חשוב הפסד וקפידא"); שו"ת ציוני

אכן, יש שרצו לטעון שגישת התוספות אינה מקובלת על כל הפוסקים, ואפשר שהפוסקים שסקרנו לעיל נמנים עליהם⁵⁶⁵. אולם רבים מן האחרונים נקטו שהכלל שקבעו התוספות מקובל על הכל⁵⁶⁶, והפוסקים שסקרנו לעיל אינם סותרים אותו, מן הנימוקים שנביא להלן.

(אהרן זליג בן נפתלי), חלק ב, סימן לו, ד"ה ומנא (מט ע"ב). וראה גם: שו"ת מנחת שלמה (אורבך), מהדורא תניינא (תש"ס), סימן קלד, ד"ה והנה התוס'; בכורי גשן (לעיל, הערה 427), אות ג.

והשווה נתיבות המשפט, סימן רל, ס"ק א. בתחילת דבריו (ד"ה אמנם עדיין, במהדורת 'מורשה להנחיל') הוא מצדד בדברי 'משנה למלך' (הכוונה למהר"ש הלוי המובא במשנה למלך) אבל מסייג אותם. לדעתו לא שאלו התוספות את שאלתם (לעיל, הערה 514) אלא ביחס לפרה שנטרפה לפני שיכול היה הקונה ליהנות ממנה, כלומר לפני השלמת העסקה (כגון שמסירת הפרה לקונה נדחתה למועד מאוחר יותר). אבל אם נטרפה הפרה לאחר השלמת העסקה שעה שהקונה יכול היה ליהנות ממנה (אף אם לא נהנה ממנה בפועל), לא עלה על דעתם שיוכל לבטל את המקח, אפילו לא יגרום הביטול הפסד לצד השני, "דכי [=האם] קנה הפרה שתחיה לעולם?". וראה להלן, נספח ט, תת-פרק ג (כעין זה ראה ערוך השולחן, לעיל, הערה 295). בהמשך דבריו הוא מציע תירוץ אחר לקושיית התוספות (עליו נעמוד להלן, נספח ב, ליד ציון הערה 949), אבל דומה שאינו חוזר בו מסייג זה, כפי שניכר ממה שכותב לבעל שו"ת נטע שעשועים בשו"ת רבנו יעקב מליסא, חו"מ, סימן סג (מודפס גם בשו"ת נטע שעשועים, סימן מו).

ר' יעקב מליסא (שם, ד"ה ועוד וד"ה לכן) עומד על סייג נוסף, והוא שהקונה טרם שילם למוכר את התמורה: "וכוונת התוספות בקושייתם הוא גם כן בכהאי גוונא במתה או נטרפה מיד אחר שנעשה קניין בעוד לא נתן דמים", שאם כבר שילם הקונה "לא מהני שום אומדנא... דכיון שנתן לו, נתרצה שיהיה שלו לאלתר" (מקורו בריב"ן, להלן, ליד ציון הערה 827). כלומר, תשלום מראש מלמד על אומדנה הפוכה לפיה הקונה מסכים לשאת בסיכון. ומסתפק מה הדין אם נתן רק מקדמה (ראה שם, ד"ה אך).

⁵⁶⁵ כך הציעו בדעת שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תקסד (מובא גם במרדכי, יבמות, סימן כט-ל; ובתשובות מיימוניות, נשים, סימן כט): משנה למלך, הלכות זכיה ומתנה, פרק ו, הלכה א, ד"ה ונראה דתרת קשיא; מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ד, ד"ה מי ששכר. למסקנה זו הגיעו משום שמהר"ם עוסק שם בדין אישה שנפלה לפני יבם מומר גם אחרי הנישואין (ולא רק אחרי האירוסין, אם כי השווה הגהות מרדכי, יבמות, סימן קז), ומצדיק (בניגוד לרש"י, לעיל, הערה 560, אם כי להלכה ולא למעשה) את שיטת הגאונים לפיה האישה מותרת בלא חליצה, מכוח הסברה ש"אדעתא דהכי לא קדשה נפשה מעיקרא... דאנן סהדי דלא ניחא [לה] להתייבם לו כי יעבירנה על דת לבא בגויות" (לשאלה אם כך הדין רק כאשר האח היה משומד כבר בשעת הקידושין או גם כשנשתמד לאחר מכן, ראה לעיל, הערות 560 561). מכאן הם מסיקים, שמהר"ם אינו מקבל את הכלל של התוספות, שהרי יש להניח שאחרי הנישואין הבעל היה מתנגד לביטול (ראה שיטה מקובצת, בבא קמא קי ע"ב, ד"ה אלא מעתה, בשם הרא"ש: "ודאי לא הוה הבעל שומע לה לעשות בעילותיו בעילות זנות"), ואף על פי כן מהר"ם מאפשר לאישה לבטל חד-צדדית את הקידושין שלה למפרע מכוח הטענה שלא התחתנה על דעת כן, וכך להשתחרר מזיקת הייבום. כמו כן העלו את האפשרות שהרא"ש וסיעתו נוקטים כשיטת מהר"ם (רבו של הרא"ש), ואם כן אין מקום לשאלתנו. ואולם, הסקת מסקנה זו מפסק זה של מהר"ם מרוטנבורג אינה נקיה מספקות (כפי שנרחיב להלן, נספח ט, עמ' פפפ), והיא אף נסתרת במפורש מתשובה אחרת שלו (כפי שנראה בהערה הבאה).

⁵⁶⁶ כך עולה מתשובת מהר"ם עצמו לתלמידו הרא"ש (ולא כמו שנטען בהערה הקודמת). ראה שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס ברלין, סימן קלא (קעד) [=דפוס קרימונה, סימן שטו (בקיזור)], בה הוא אף מוסיף, שהכלל שקבעו התוספות אמור אפילו במתנה, משום שגם היא ניתנת תמיד בתמורה למשהו: "וכן במתנה נמי תליא בדעתיהו דתרווייהו אי לאו דעביד ליה ניחא לנפשיה - לא הוי יהיב ליה [=אילולי עשה לו טובה לא היה נותן לו מתנה (לקביעה זו יש מקור בתלמוד, גיטין נ ע"ב)]. הלכך, לא תליא בדעתיה דנותן לבד, אלא אף בדעתיה דמקבל מתנה, ובלב מקבל לא היה תנאי" (והשווה לעיל, הערה 431. ועוד השווה עדות ביהוסף (קאפח), סימן סג, עמ' 357 [=משפטי שאול, סימן ל]). גם הרא"ש המובא בשיטה מקובצת, שם, מאמץ בפירוש את גישת התוספות. ואכן 'משנה למלך' (לעיל, הערה 495) העדיף לפרש את הרא"ש באופן שלא יסתור את הכלל של התוספות. וגם את פסק מהר"ם מרוטנבורג בעניין היבם המומר הוא מעלה אפשרות (בעקבות שו"ת פני משה) לפרש באופן שאינו סותר את הכלל של התוספות, ראה משנה למלך, שם, ד"ה שוב ראיתי (וראה להלן, הערה 567).

ראשית, התוספות עצמם מסייגים את דבריהם ומטעימים, שיש נסיבות בהן יש בכוח אומדנה לצמצם התחייבות גם **במסגרת הסכם דו-צדדי**. כך הוא כאשר ברור בעליל ("אומדנא גדולה" בלשון הפוסקים), שהמתחייב "אין דעתו כלל להכניס עצמו בספק", והיה מעדיף לסגת מן ההסכם לו ידע שהצד השני יעמוד על קיומו אף בשינוי נסיבות מעין זה⁵⁶⁷. אמנם לצד השני יש אומדנה

⁵⁶⁷ כך עולה מהבחנת התוספות, כתובות מז ע"ב, ד"ה שלא (ראה לעיל, הערה 514), בין קונה פרה, שאינו יכול לבטל את הקנייה אם נטרפה הפרה, ובין בעל שהתחייב לתוספת כתובה, שפטור ממנה אם מת לפני הנישואין: "ויש לומר, דהתם [בקניית פרה] אגן סהדי שבאותו ספק היה רוצה [הקונה] ליכנס, ואפילו אם אומר לו [המוכר] אם תטרף יש לך לקבל הפסד, היה לוקחה. אבל הכא [לגבי תוספת כתובה] לא כתב [הבעל] כלל כי אם על מנת לכונסה, ואין דעתו כלל להכניס עצמו בספק" (לעומת זאת, ביטחון כזה אינו קיים מצד האישה, ואדרבה, יש להניח שהיא מסכימה להתקדש על אף הספק אולי לא תזכה בתוספת הכתובה, ראה להלן, הערה 568).

כך מסיקים מדברי התוספות: חידושי ראנ"ח, כתובות מז ע"ב, ד"ה והא דפריך ("וכל היכא דאין מכניס עצמו בספק, אפילו תלוי בדעת שכנגדו נמי, אמדינן דעתיה דיליה לבד"); שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יורה דעה, סימן סט, ד"ה ומעתה עוד בה שלישיה ("שמבואר בדבריהם [של התוספות] שאומדנא גדולה מהני אפילו בתליא בדעת שניהם. ולוקח פרה שאני ששם אין כאן אומדנא גדולה, אדרבה אגן סהדי שבאותו ספק היה רוצה לכנוס. אבל הכא לא כתב אלא על מנת לכונסה ואין דעתו ליכנס בספק כלל").

[אמנם, אף כאשר האומדנה אינה גדולה כל כך וניתן להניח שהמתקשר היה מוכן לקחת את הסיכון (כך לדוגמה, יש להניח שאישה לא הייתה מוותרת על חתונה בשל החשש שמא תיפול לפני יבם מוכה שחין), עדיין יש תוקף לאומדנה ככל שיש להניח שהצד השני לא היה מתנגד לה, כפי שהסבירו התוספות בחלק השני של דבריהם (וכפי שראינו לעיל, הערה 563). וזה פשר היחס בין שני חלקי התוספות, שם. כך מטעימים: ראנ"ח ("והיכא דהיה נכנס בספק, אם הדבר תלוי בו לבדו דומיא דיבמה - אמדינן דעתה"), ונודע ביהודה ("ואבל ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין שסברא גם כן שבאותה ספק היתה רוצה ליכנס... ובוזה אנו צריכין לחלק בין תליא בדעת נותן לחוד").

גישה זו נוקטים עוד רבים מהאחרונים (חלקם בלא לציין את התוספות בכתובות כמקור). ראה פני משה (לעיל, הערה 490), ד"ה והנלע"ד (קמ"ד ע"א) [ראה להלן, נספח יב, 21 ו.2], עמ' פפ"ב: "ואם היו מפרשים דבריהם בפירוש, המתחייב לא היה מתרצה והיה מבטל הענין כדי שלא להתחייב בכך" (וכך כתב גם לעניין התחייבות בשבועה ובנדר, ראה שו"ת פני משה, חלק ב, סימן קיז (רכב ע"ג), על פי דברי זקנו הראנ"ח, שו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן עב, ד"ה אבל מ"מ. וראה גם שם, סימן ס, ד"ה ואחר הדקדוק). לדעתו (מובא בהסכמה במשנה למלך, לעיל, הערה 565, ד"ה שוב ראיתי), כך מתפרשים דברי התוספות בבבא קמא קי ע"ב, ד"ה דאדעתא (הוא מתעלם משום מה מן התוספות בכתובות). וראה גם: שו"ת בני אברהם (מיוחס), אבן העזר, סימן כ, ד"ה אמנם (מט ע"א); שו"ת אגודת אזוב (מרגליות), אבן העזר, סימן לו, אות כב (תשובת ר' אפרים זלמן מרגליות בעל שו"ת אפרים); שו"ת דברי חיים (הלברשטם), אבן העזר, חלק א, סימן ג, ד"ה אך באמת ("רבים ושלמים סבירא להו דבאומדנא גדולה אפילו בדבר התלוי בדעת שניהם אמרינן אומדנא"); שו"ת הרד"ך, בית ט, חדר ז; בית מאיר, אבן העזר, סימן קיד, סעיף ו (וכן כתב גם בספרו צלעות הבית, סימן ו (בסופו): "...וגם אנן סהדי דלא היה נכנס כלל לספק זה ואפילו הצד השני היה ממאן בתנאי זה, לא היה עושה השידוך"); שו"ת נטע שעשועים (קרא), סימן מה (בעניין ביטול עסקה לקניית פשתן. מובא להלן, נספח ב, הערה 952); שו"ת שארית יהודה (לעיל, הערה 527), עמ' רי-ריב; שו"ת ברית אברהם (פצנובסקי), חו"מ, סימן כט, ס"ק י; שו"ת שערי תורה (לוו), סימן כב (במהדורת מכון ירושלים), אות ו, ד"ה וגם; שו"ת תועפות ראם (טויבש), אבן העזר, סימן מב, ד"ה אלא; שו"ת מנחת שלמה (אורבך), מהדורא תניינא (תש"ס), סימן קלד, ד"ה ולכן נראה ("שהאומדנא היא גדולה ואגן סהדי שלא היה נכנס על ספק זה, לא תלוי כלל בדעתו של צד השני").

חכם צבי (לעיל, הערה 538) מסכים אף הוא עם גישה זו, אם כי דומה שהוא מחמיר יותר מאחרים בהגדרת אומדנה כ"גדולה" (על כל פנים במקרה שהוא דן בו הוא לא היה מוכן לשחרר את הבעל משבועתו כלפי אשתו בטענה ש"אדעתא דהכי לא נשבע", שכן "מאן לימא דהאי גברא לא היה נכנס לספק זה? וסופו שלא חש על שאין לה אורח כנשים יוכיח!". כלומר, אין זה ברור שאם היה עומד לנגד עיני הבעל הסיכון שלא יוכל לחיות חיי אישות עם אשתו, הוא היה מסרב להתחייב שלא לשאת אישה שנייה ומוותר על הנישואין, וזאת משום שמדובר בסיכון רחוק. ומה עוד

הפוכה שהוא עומד על קיום ההסכם על אף שינוי הנסיבות, אבל כאשר האומדנה של מבקש הביטול גדולה יותר - הדין עמו, והיא עשויה להצדיק אף ביטול עסקה קניינית, דוגמת שכירות לזמן קצוב⁵⁶⁸. כך מטעים הרב שמואל יצחק שור⁵⁶⁹ ומסביר, שזה פשר הלכת הרמ"א⁵⁷⁰, לפיה

שהוכיח סופו על תחילתו, שכן שהה עמה שלוש עשרה שנה אחרי שחלתה, ורק עתה החל לטעון שעל דעת כן לא נשבע). ונראה שלזה מתכוון הרמ"א (לעיל, הערה 562), בעניין הפרת שבועה כשהוא מסייג: "אם לא באומדנא דמוכח". וראה גם חקרי לב, יורה דעה, חלק ב, סימן נח. ועוד ראה: שדי חמד, פאת השדה, מערכת האלף, סימן קז; הרב מנחם מנדל שפרן, "ירידת ערך הדולר", הישר והטוב ז (תשס"ט), עמ' יא, בעמ' יג-כב. וראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, ירושלים תשע"ב, עמ' 177, הערה 303.

וראה בהרחבה פסק הדין של בית הדין הרבני האזורי בצפת (הדיינים אוריאל לביא – אב"ד, חיים בזק ויוסף יגודה) בתיק 861974/2 פלונית נ' פלוני, מיום כ' באייר תשע"ד (<https://tinyurl.com/861974-2>), בעניין אישה שבעלה הפך לצמח. בחלקו הראשון של פסק הדין (עמ' 4-21), בית הדין מביא שלל מקורות (ובראשם שו"ת הר צבי, אבן העזר, סימן קלג, וראה עוד להלן, נספח ט, הערה 1105) לפיהם יש יסוד לבטל למפרע את הקידושין מכוח האומדנה שהאישה לא הסכימה להתחתן על דעת שתישאר עגונה אם ייקלע בעלה למצב של צמח. המקור להיתר זה נמצא כבר בתלמוד, בבא קמא קי"ב, כפי שכבר ראינו לעיל, הערה 552 והערה 565. עם זאת, בית הדין קובע שאין לבסס רק על נימוק זה את היתר האישה ומצטרף לכך את האפשרות והצורך לתת לאישה "גט זכוי" בשם הבעל (בכך עוסק חלק הארי של פסק הדין, עמ' 21-93, ומכאן לכינוי המפורסם בציבור של תקדים זה כ"גט מצפת"). פסק הדין עורר פולמוס חריף, וראה מני רבים: בכורי גשן (לעיל, הערה 427), אות ז; קונטרס "הגט מצפת", משנת יוסף (מהדורת מייל, טבת תשע"ו); אמת על תילה (בעילום שם), משנת יוסף, ירושלים תשע"ז; שמרו משפט (זעפרני), חלק ד, ירושלים תשע"ו, סימן קסג. וראה מה שנעיר להלן, נספח ט, הערה 1119.

[ליישום עכשווי של עיקרון זה בדבר "אומדנה גדולה", ראה הרב יעקב אפשטיין, חבל נחלתו, חלק יד, סימן נז. הוא דן בהסכם שחתמה מדינת ישראל מול החברות לחיפוש גז לפיו אם יימצא גז תקבל המדינה תמלוגים מזעריים (5%, 12). לדעתו, משעה שנמצאו מצבורי גז ענקיים מעל ומעבר לכל ציפייה, רשאית המדינה לחזור בה מן ההסכם ולהעלות את שיעור התמלוגים: "שבאומדנא כמו מקרה דן שדבר ברור שאף אדם, כל שכן מדינה, לא היה מקבל כה מעט אם היה יודע שהגז הוא כה עצום ורב, דבר ברור שמותר לשנות את חלוקת הרווחים ולא ליתנם כמעט בחינם כפי שהוסכם בחוזה הזכיון". אבל ראה שם, הערה 4, הערתו של הרב אביגדור נבנצל: "צריך עיון אם אין דרך המשקיעים להשקיע בתקווה לרווחים גדולים". הרב אפשטיין משיב על השגה זו: "לעניות דעתי יש הערכות מוקדמות, וברור שמשקיע אינו נכנס לעסק אם אינו צופה רווח, אבל רווח בכפלי כפליים ויותר נראה לי הגזמה גדולה ולא לכך הם ציפו". אבל השווה הרב יעקב אריאל, "העלאת שיעור המס על רווחי גז ונפט", תחומין לב (תשע"ב), עמ' 160, בעמ' 166, שלדעתו רווח מעל ומעבר למצופה, כשלעצמו, אינו עילה לביטול הסכם. עם זאת, הוא בוחן נימוקים הלכתיים אחרים – מדין הונאה או מדין צדקה - להצדיק בהם את שינוי ההסכם].

והשווה מהר"ש הלוי המובא במשנה למלך (לעיל, הערה 564), החולק על גישה זו. לדעתו, בהסכם דו-צדדי אומדנא דמוכח מועילה רק אם ביטול חד צדדי לא יגרום הפסד לצד השני, או אם היה גילוי דעת בשעת כריתת ההסכם. כך מנתח את דעתו שו"ת צמח צדק (שניאורסון), חו"מ, סימן לה, ד"ה ואעפ"כ לא מצאו וד"ה ובאמת שכן. לדעתו, כך נקט כבר ריא"ז בעקבות סבו הרי"ד (לעיל, הערה 514). אבל השווה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ז, ערך דברים שבלב, הערה 30, שייתכן שרי"ד מסכים עקרונית שאומדנא דמוכח עשויה לבטל התחייבות אף בהסכם דו-צדדי בלא גילוי דעת, אם "עצם הענין מורה כן" להבדיל מהוכחת הכוונה מכוח "ידיעה מן החוץ".

⁵⁶⁸ ראה חוקי חיים (פרידמן), שכירות בתים (תש"ע), עמ' קצה, בעניין ביטול שכירות על ידי המשכיר בשל שינוי נסיבות. הוא מביא בשם הרב שפרן, שגם לשיטת מהרש"ל המאפשר בעיקרון את הביטול (ראה לעיל, הערה 427), אם השוכר שינה את מצבו בהסתמך על החוזה, יודה מהרש"ל שאין בכוח אומדנה של המשכיר, אף אם היא אומדנה גדולה, לבטל את החוזה. ונראה שכוונתו היא שבנסיבות אלה גם לשוכר יש אומדנא גדולה שלא היה מסכים לביטול, ומאחר שהאומדנות "מתקזזות", אין עילה לבטל את השכירות. זאת בשונה מדין תוספת כתובה (לעיל, הערה 567), שם יש להניח שהאישה הייתה נכנעת להתניית תוספת הכתובה בכך שתיכנס לחופה, ולא הייתה מוותרת על החתונה בשל תנאי זה.

⁵⁶⁹ שו"ת מנחת שי (שור), חלק א, סימן צד, ד"ה ובזה, בעקבות 'נודע ביהודה' (לעיל, הערה 567).

משכיר, שהבית שבו הוא מתגורר ממושכן לנושה שמאגים לחלט את ביתו אם לא יפרע את חובו, רשאי לפנות שוכר מבית אחר שהוא משכיר לו, כדי שיוכל למכור אותו וכך יעלה בידו לממן את פירעון החוב. הסיבה לכך היא, **שהאומדנה שלו גדולה יותר בעליל משל השוכר**, שכן בעוד שהשוכר יאלץ רק לחפש קורת גג אחרת, הוא עלול בנוסף לכך להפסיד את ביתו.

סייג נוסף שמעלים הפוסקים לעיקרון שקבעו התוספות, הוא כאשר האומדנה עשויה להועיל באותה מידה לשני הצדדים, וברור **ששניהם** היו מעדיפים, לו נתנו את דעתם לכך מראש, שהחוזה יבוטל אם יארע להם שינוי נסיבות מעין זה.⁵⁷¹ אמנם, כך הוא בענייני אישות, כגון הסכמי שידוכים. אבל בענייני מסחר, כשהסיכון של שני הצדדים שקול, כגון בעסקת חליפין, סביר להניח שכל צד מעדיף להסתכן בהפסד, ובלבד שהצד השני לא יוכל להתחמק מהתחייבותו אם ייגרם לו הפסד.⁵⁷²

⁵⁷⁰ רמ"א, חו"מ, סימן שיב, סעיף א (הובא לעיל, הערה 427, וראה 'ערוך השולחן' המצוין שם).

⁵⁷¹ שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יורה דעה, סימן סט, ד"ה ולדידי שלוש: "אבל בשידוכין בעובדא דהרא"ש שקלקלה אחות המשודכת דאמרינן אומדנא דמוכח דבשעת השידוך לא נתקשרו אדעתא שיפגמו משפחתם וישחיתו נחלתם. **אומדנא זו היא טובת ב' הצדדים בשעת השידוך**, שהרי היה יכול להיות להיפך שידמון פגם במשפחת המשודך ואמרינן אדעתא דהכי לא נתקשרו שני הצדדים... ולדעתי סברא זו ישרה ואמתית, ויודה בה כל מי ששכלו זך וישר" (במהדורא תניינא, אבן העזר, סימן קל, הוא מדגיש שהאינטרס בשני הצדדים חייב להיות שווה). וראה גם: ר' דוד טעבלי מליסא, "בדין המירה אחות המשודך ורוצים להיפרד אי פטורים מהקנס ואי צריך התרה להשבועה", **נתיבות – מערכת כתבו לכם**, חלק ב (ארה"ב תשע"ד), עמ' ל; שו"ת הר הכרמל, אבן העזר, שאלה ג (בעניין הפרת חוזה שידוכין בשל המרת דתו של דוד החתן). וראה צלעות הבית (לעיל, הערה 567), שהזכיר גם סייג זה כחיזוק לסייג הקודם: "מה שאין כן באונס גדול... דומיא דהכי למד הרא"ש **לאונס גדול** שהשתמדה אחות המשודכת, שלולי שלא עלה על רוחם אונס כזה ודאי היו מתרצים לתנאי זה שני הצדדים, כי **אונס גדול** הוא ואין דרך העולם כלל שלא יתרחצו הצד שכנגדו בתנאי זה, ובפרט **שהתנאי הוא לתועלת שניהם** דמי יודע מה יולד יום". כעין זה ראה שו"ת עדות ביעקב (די בוטון), סימן נט. הוא דן בסכסוך שנתגלע בין שתי קהילות שכנות, צור וצידון, החייבות מס משותף. על פי המוסכם ביניהן, קהילת צור, בהיותה הגדולה והמבוססת בין השתיים, היא זו שנטלה אחריות כלפי השלטונות לשלם את המס מידי שנה, וגבתה לאחר מכן מקהילת צידון את חלקה היחסי. כך נהגו שנים רבות. ברם, עם הזמן השתנו יחסי הכוחות, ובעוד שהקהילה בצור התדלדלה מאוד הרי שבד בבד גדלה הקהילה בצידון. רבי יעקב די בוטון פוסק שגם אם הוסכם ביניהן שאחת לכמה שנים ייבחנו יחסי הכוחות בין הקהילות, והגדולה מביניהן היא שתישא באחריות תשלום המס, יש לפטור את קהילת צור אפילו לפני המועד המוסכם, וזאת מכוח אומדנה שעל דעת שינוי כה קיצוני לא נתחייבה לשאת באחריות התשלום, אף שהיה זה הסכם דו-צדדי (בנקודה זו הוא חולק על רבו, ר' אהרן הכהן פרחיא, כפי שמובא שם, סימן נח, מודפס גם בשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן סא). נימוקו הוא שמדובר בסיכון הדדי, ראה שם, ד"ה אך כד מעיינין: "דתרווייהו שוים בזה ולא מצו למימר לבני צור דהוי להו לאתנויי כיון דגם הם מעותדים לכך, ואם כן אדרבא, אית לן לאמוד דעת כולם ולומר דודאי דעת כולם... שאם חס ושלוש יהפך על שום חד מהעירות בלהות הזמן ומילדהן, שהנה כי כן יעמדו לדון לעשות ערך מחדש על הדין ועל האמת. ולא דמי להחיא דהתוספות כלל דהתם דעת שניהם בקלקול החפץ אינו שווה, שהמוכר ודאי דעתו לעמוד במעות המכירה בין יתקלקל בין לא יתקלקל ואם כן עליה דלוקח לאתנויי".

⁵⁷² כך מטעים נודע ביהודה, שם, ד"ה אלא שיש לדקדק: "אפשר בחליפין, אדרבה, בלאו הכי ניחא, דאין לומר שאם ידע שהשחורה יהיה בה הפסד לא היה מקבלה, שהרי כשם שיוכל להיות הפסד בשחורה זו כך היה יכול להיות הפסד אצלו ממש בשחורה שלו ומה בין דבר זה לדבר זה, שניהם מידי דמיטלטל נינהו".

ועוד סיג נוסף, משמעותי ביותר, מעלה ר' יחזקאל לנדאו בעל 'נודע ביהודה'⁵⁷³, ולפיו העיקרון שקבעו התוספות, שאין אומרים אומדנה בהסכם דו-צדדי, אמור בעסקה קניינית שכבר יצאה אל הפועל (כדוגמת קניית פרה ונטרפה), אבל התחייבות חוזית, יש בכוחה של **אומדנא דמוכח** לבטלה, **אף שאין ודאות שהצד השני היה נכון להסכים לכך מתחילה**. ואף כשהאומדנות של שני הצדדים שקולות, רשאי החייב לסגת מחיובו בהסתמך על האומדנה שלו⁵⁷⁴. וזה עשוי להיות פשר הפטור

⁵⁷³ שו"ת נודע ביהודה, שם, ד"ה ועוד הדבר מוכח: "ועוד הדבר מוכח **דמה שלא נעשה עדיין, אלא שיש עליו חיוב לעשות, מהני אומדנא לפוטרו מהחיוב, אפילו במאי דלאו בזידה לחוד תליא מלתא**, הוא מדברי רבנו תם [ראה לעיל, הערה 517 והערה 518] שפוסק בפוסק מעות לחתנו ומתה בתו אפילו לאחר הנשואין שאין צריך ליתן משום דאומדנא הוא שלא פסק אלא על מנת שתהנה בתו, והרי שם תליא בתרומתו שאלמלי לא פסק לו לא היה נושא את בתו, **אלא ודאי כיון שעדיין לא נתן אלא שנתחייב ליתן, פטור על פי אומדנא אפילו בתליא בדעת שניהם לא משגיחין**. ואם כן בזה כל פסקי הרא"ש נכונים". והשווה ישועות יעקב (אורנשטיין), אבן העזר, סימן נג, אות א, שנראה שאינו מקבל את הקביעה שכך אפשר להסיק מדברי רבנו תם. לדעתו המבחן הוא, מי יזם את ההתחייבות? שרק אם יזם אותה **החותן**, יכול הוא לבטלה באומדנא דמוכח. אבל אם יזם אותה **החתן** והתנה בה את הסכמתו לנישואין, כי אז חל הכלל של התוספות לפיו אומדנא דמוכח אינה מועילה בהסכם דו-צדדי. והסכים עמו בשו"ת יש מאין (ילוז), חלק א, סימן כב, ד"ה ומצאתי (עמ' קע).

ראיה נוספת לדבריו מביא 'נודע ביהודה' משולחן ערוך, חו"מ, סימן רד, סעיף ב (בשם "יש אומרים"), לפיה "מי שחוזר בו [מהתחייבות לקנות] לאחר שכבר נתן מעות אך טרם עשה מעשה קניין בממכר] מפני שהוא ירא להפסיד כל המקח", אין להטיל עליו את קללת "מי שפרע", וזאת אף על פי שיש צד שני. והשווה שו"ת אבן שתיה (דון יחיא), אבן העזר, סימן צא (קט"ז ע"א) (בעניין ביטול שידוכין מחשש שהחתן יגויס לצבא), שמסתייג מראיה זו (אף שהוא מסכים עם גישת 'נודע ביהודה', ומביא לה ראיות אחרות). וראה עוד שם, סימן צג, ד"ה עוד (ק"ח ע"ד), שיש מי שביקש להביא ראיה לשיטת 'נודע ביהודה' מסוגית פועל שחלה (לעיל, הערה 38), אבל הוא מסתייג גם מראיה זו, ראה שם, ד"ה לפי"ז, משום שלדעתו יסוד הפטור שם אינו מכוח אומדנא אלא מכוח אונס. ראה לעיל, הערה 45. לביקורת נוספת על 'נודע ביהודה' ועל ראיותיו, ראה הרב עוזיאל, **השופט והמשפט**, ירושלים תשס"ו, שער יב, פרק ט, עמ' 316-315.

⁵⁷⁴ א. וכך נוקט דברי חיים (אוירבך), דיני קידושין, סימן לו, ד"ה אבל העומד לנגדי. בד"ה ומצאתי, שם, הוא מעיר שכך כבר נקט שו"ת הרמ"א, סימן כ, בעניין משכיר חדר בביתו, ומבקש לבטל את השכירות משום שאשתו של השוכר לקתה במחלה מידבקת, ועל דעת כן לא השכיר לו את החדר. הרמ"א פוסק שהנזק שנגרם למשכיר כתוצאה מן השכירות אינו עילה לביטול השכירות, ומטעים: "ולא דמיה להא דפסק הרא"ש בתשובה, באחד ששידך בקנס, וקודם שהגיע החופה יצאה אחות המשוכרת מן הכלל כו', ופטרנו מטעם דאנן סהדי דאדעתא דאונס גדול כזה לא שידך כו'. דמהא לא איריא כלל [=אין תפיסה, כלומר לא קשה כלל], **דשאני התם דעדיין לא נגמר שום דבר** דראוי לומר עליו נסתחפה שדהו, **דעדיין לא בא ברשותו**. אבל במקום שנקנה הקנין דומיא דארוסה, בודאי דראוי לומר מזלך גרם" (וראה לעיל, הערה 541). והוא הדין כמובן לגבי חוב שבא בתמורה לקניין שכבר התגבש, כגון תשלום על קניית נכס או שכירותו.

שו"ת מנחת שי (לעיל, הערה 568), ד"ה אכן (בסופו), מסביר על פי זה את ההלכה בעניין "מי שפרע" (לעיל, הערה 573): "מה שאין כן כשלא נגמר המקח [במעשה קניין אלא רק במתן מעות] והמוכר בא להכריחו לקיים המקח כמו בסימן ר"ד [עניין מי שפרע], דאז אזלינן בתר אומדנא דלוקח לבטל המקח, כיון שעדיין עומד בחזקת המוכר". עם זאת הוא מטעים (שם, ד"ה ובזה), שאם יש למוכר **אומדנא גדולה** (ראה לעיל, ליד ציון הערה 568), כי אז יוכל להכריח את הקונה לקיים את המקח. וראה בינת המשפט (דסקל), חלק ה, בני ברק תשע"ז, סימן רמח. וראה הרב מנחם מנדל שפרן, "ירידת ערך הדולר", **הישר והטוב** ז (תשס"ט), עמ' יא, בעמ' כב-כג. הוא מיישם הבחנה זו בין קניין להתחייבות, לעניין השפעת ירידה תלולה ובלתי צפויה בערך הדולר (25%); לעניין קנייה או שכירות בתים (קניין), אין לדעתו בירידה עילה לביטול, משום שאין כאן אומדנה גדולה. לעומת זאת, לעניין **שכירות פועלים** (התחייבות), יש בירידת הדולר עילה לביטול (וראה לעיל, ליד ציון הערה 502, נימוקו הנוסף). וכך נוקטים גם: הרב שריאל רוזנברג, "טענת מקח טעות מחמת ירידת שער הדולר", **קול התורה** סו (תשס"ט), עמ' שז-שנט (הוא מטעים שכך הוא גם בשכירות נכסים כל זמן שהעסקה נמצאת בשלב החוזי. ועוד הוא מטעים, עמ' שנה, ד"ה אמנם יש: "דגם

שקבעו הפוסקים, לפחות בחלק מהמקרים של הפרת חוזים שנסקרו לעיל, אף שמדובר בהם בהסכמים דו-צדדיים. עם זאת ראוי להדגיש, שגם על פי חריג זה, סביר לקבוע שרמת האומדנה הנדרשת בחוזה דו-צדדי תהיה גבוהה יותר מאשר בהתחייבות חד-צדדית. כך למשל, מי שמתחייב חד-צדדית לפרנס אדם חסר אמצעים, פטור מהתחייבותו משעה שהלה מסוגל להתפרנס בכוחות עצמו.⁵⁷⁵ אבל לא כן הדין בהכרח אם ניתנה ההתחייבות במסגרת הסכם דו-צדדי, ובייחוד כשכבר ניתקבלה תמורה כנגד אותה התחייבות.⁵⁷⁶ לדעת חכם צבי,⁵⁷⁷ זהו פשר ההלכה⁵⁷⁸ לפיה, בניגוד

לטעם זה דהנודע ביהודה יהא תלוי אם השינוי הוא יותר משתות או לא", כלומר שהכלל בדיון הונאה - בעניין סטייה ביותר או פחות משישית המחיר - משמש אבן בוחן לאומדנה; הרב יהונתן דוד הול והרב אברהם בוטרמן, "חזרה מהסכם מחמת ירידה בשער הדולר", **קול התורה** סו (תשס"ט), עמ' שסא, בעמ' שסו (וראה לעיל, הערה 504, נימוקם הנוסף של הרבנים רוזנברג, הול ובוטרמן). וכבר ראינו לעיל, הערה 147, אות ג, שכך נוקט גם שו"ת דברי שמואל, בשם מהרש"ג. וראה עוד: הרב אלעזר שטרן, "ייסודות דיני כסף והמסתעף", **נזר התורה** יט (תשס"ט), עמ' קכב, בעמ' קלד, ד"ה אולם באופנים; הרב שמואל כהן, "ביטול חוזה קניית דירה עקב פריצת מלחמה", **שערי צדק** ח (תשס"ח) עמ' 204, בעמ' 213-214.

ב. והשווה שו"ת שי למורא (לר' שבתי יונה), סימן מ, ד"ה עוד אמרין (בתירוץ הראשון), שנראה שנקט הבחנה אחרת ולפיה העיקרון שקבעו התוספות לפיו בהסכם דו-צדדי אין להתחשב באומדנה של צד אחד בלבד, אמור ביחס לקניין או לחיוב **שכבר התגבשו**. אבל קניין או חיוב **שטרם התגבשו** (כגון התחייבות שנטל אדם כלפי חברו על תנאי שחברו יעשה דבר מה, והלה איחר מאוד בביצוע חלקו באופן שגרם לו הפסדים, שבה דן מהר"ש יונה), יש בכוח אומדנה דמוכח כדי למנוע את גיבושם **אף באופן חד-צדדי** (מובא בהסכמה על ידי ר' אברהם ישראל, שו"ת משאת משה, חלק שני, חו"מ, חלק ב, סימן כז, ד"ה עוד לאלו"ד מילין לישב). הבחנה זו מרחיקה לכת פחות מזו של 'נודע ביהודה', המבחין באופן גורף בין חיוב וקניין (נעיר שבשאלה שדן מהר"ש יונה דנו לפניו, כפי שהוא מציין בעצמו בתחילת תשובותיו: שו"ת מהרש"ד, חלק ד, סימן צב [=שו"ת תורת אמת (ששון), סימן קסח]; שו"ת תורת אמת, סימן קסט). כעין הבחנה זו העלה גם שו"ת חכם צבי, סימן מא, ד"ה ועוד אמרי' בהאשה. אבל ראה הביקורת החריפה שהעלה נגד נודע ביהודה, שם, ד"ה ואומר אני. כנגד ביקורת זו ראה שו"ת דברי חיים (הלברשטם), אבן העזר, חלק א, סימן ג, ד"ה ומחמת שמוצאי ירכו אני.

להבנה אחרת, מסויגת יותר, בשיטת מהר"ש יונה, ראה מהר"ש הלוי המובא במשנה למלך (לעיל, הערה 543). הוא מעיר (שם, ד"ה אלא שנלע"ד לפרש) שהחיוב שדן בו מהר"ש יונה היה "מעכשיו", ואם כן אין לדון בו כחיוב שטרם התגבש, שכן משעה שמקיים הצד השני את חלקו, חל החיוב למפרע. לכן לדעתו, לא אמר מהר"ש יונה את דברו אלא בנסיבות המיוחדות של המקרה שהובא בפניו, בו הצד השני לא היה צפוי לסנקציה כלשהי באם לא יקיים את חלקו בהסכם. רק בכגון זה, יכול החייב להשתחרר מחיובו מכוח אומדנה (כנראה בשל היותו מעין הסכם חד-צדדי).

ג. להשלמת התמונה נציין שבתירוץ השני, שו"ת שי למורא מציע סייג משמעותי נוסף והוא, שהכלל לפיו אין אומדנה בעסקה דו-צדדית אמור רק **להוציא ממנו** (כפי שהוא בקונה פרה ונטרפה והוא תובע את כספו בחזרה מהמוכר), אבל לא להחזיק. אמנם, ר' יצחק הלוי המובא במשנה למלך (לעיל, הערה 543), ד"ה איברא דברי הרב, תמה על שי למורא, וחריף ממנו מהר"ש הלוי (שם), ד"ה ומ"ש עוד מעכ"ת, דחה את דבריו מכל וכל. אבל הרב שאול יוסף נתנון מאמץ גישה זו של מהר"ש יונה. ראה: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ג, סימן סה (בעניין הפרת הסכם שידוכים בעקבות המרת דתה של אחות המשודכת. הוא מזהה את שיטת 'נודע ביהודה' עם שיטת מהר"ש יונה, וצריך עיון); שם, סימן קנב (הובא לעיל, הערה 69); מהדורא תנינא, חלק א, סימן עא. גם הרבנים עובדיה יוסף ויוסף קאפח לא שללו הסתמכות על שיטתו, ראה דבריהם במשפטי שאול, סימן ל, עמ' רב [=עדות ביהוסף (קאפח), סימן סג]. והשווה הרב שאול ישראלי, שם, עמ' רה, שדחה את דבריהם. למחלוקות נוספות בין הדיינים בתיק זה, ראה להלן, הערה 576 והערה 652.

⁵⁷⁵ ראה רמ"א, חו"מ, סימן ס, סעיף ג, על פי הסברו של סמ"ע, שם, ס"ק טו.

⁵⁷⁶ בהקשר זה מעניינת מחלוקת הדיינים קפאח וישראלי בעניין בני זוג שחיו יחד עשר שנים ולא נולדו להם ילדים (משפטי שאול, סימן ל). האישה הסכימה להתגרש כנגד התחייבות הבעל לשלם לה מזונות לשארית חייה צמוד ליוקר המחיה (הבעל ביקש הקלה בתשלום בשל עלייה חריגה ביוקר המחיה, ראה להלן, הערה 652). הדיינים נחלקו בין השאר בשאלה אם האישה נחשבת כמי שנתנה תמורה. לפי הרב קאפח, סרבנות האישה, חשוכת הילדים, אינה הוגנת

להתחייבות חד צדדית לפרנס ולזון, מי שבמסגרת הסכם נישואין התחייב לזון את בת אשתו במשך חמש שנים, אינו יכול להשתחרר מחיובו, אף כשבעקבות שינוי נסיבות השיגה הבת מקורות פרנסה משלה, כגון עקב נישואין או ירושה.^{579 580}

ועל כן אין לראותה כמי שנתנה תמורה ("מה תמורה נתנה לו? נכון שהיתה יכולה לנהוג בחוסר הגינות ולנצל את החרם דרבנו גרשום שלא לגרש בעל כורחה עד תום גם מעבר לכוונת המתקן, אך האם אי עשיית השלילי נקראת תמורה?"). לא כן דעת הרב ישראלי ("הרי זו אי הגינות מטעם הבעל הלוחץ עליה לקבל גיטה, והתנאי המינימלי שהיא מציגה, שלא תצטרך להזקק לצדקה, הוא בהחלט מוצדק ויש לראות בהסכמתה זו בתנאים אלה כנותנת תמורה מלאה לבעל"). וראה הרב יועזר אריאל, "תוקפו של הסכם גירושין במתחייב שירד מנכסיו", **שורת הדין** ט (תשס"ה), עמ' רצה, אות ז. הוא מצדד בגישת הרב ישראלי (ראה שם, עמ' שט-שיא), ומוסיף שוודאי כן הוא כאשר המזונות נקבעו גם **כפיצוי נפשי** על בגידת הבעל (שם, עמ' שיא-שיב). אין ספק שגם הרב קאפח היה מסכים לזה, שהרי לא אמר את דברו (כפי שהטעים בעצמו, שם, עמ' רו), אלא באישה שלא נולדו לה ילדים, שפוסקים רבים סבורים שבעניינה לא תיקן רבנו גרשום את החרם שלו. למחלוקות נוספות בין הדיינים קאפח וישראלי באותו תיק, ראה לעיל, הערה 574, אות ג, ולהלן, הערה 652.

⁵⁷⁷ הגהת חכם צבי על ט"ז, חו"מ, סימן ס, סעיף ג, ד"ה בהג"ה או כל זמן (בדבריו הוא עונה על שאלת הט"ז שמצביע על סתירה לכאורה בין ההלכה בעניין הפוסק לזון את חברו ובין הפוסק לזון את בת אשתו).

⁵⁷⁸ שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קיד, סעיפים א, י.

⁵⁷⁹ א. את ההבחנה בין התחייבות חד-צדדית ובין הסכם דו-צדדי מעלה כבר לפניו שו"ת מהרש"ל (לוריא), סימן טז, ד"ה מה שאדוני שאל [=שו"ת הרמ"א, סימן ס, אות ב], בעניין בת נשואה שאביה ציוה לפני מותו לאפשר לה להמשיך ולגור בביתו. משהשיגה מדור אחר, ביקשה הבת להשכיר את חלקה בבית, אבל היורשים התנגדו לכך בטענה שלא על דעת כן ניתנה לה המתנה. מהרש"ל מצדיק את היורשים, ודוחה את ההשוואה מדין "הפוסק לזון את בת אשתו", שם מדובר בחוזה דו-צדדי. ובלשונו: "ואינו דומה להפוסק לזון את בת אשתו כו' **דהתם לאו בדעתיה לחוד תליא מלתא אלא אף בזידה תליא**, שהרי פסקה עמו שיוון ונתחייב לזה בשיעבודו שנשתעבד לה, ואם כן אין שייך אומדנא כל כך, **דאדרבא אומדנא זידה מוכח שיוון אותה על כל פנים בדמיו**". הרמ"א לעומתו (שו"ת הרמ"א, שם, אות א), לא נמנע מן ההשוואה להלכת "הפוסק לזון את בת אשתו", והסיק ממנה שאין בכוח אומדנה לבטל את צוואת האב, והדין עם הבת. וחוזרת אפוא השאלה שהעלה הט"ז (לעיל, הערה 577), כיצד מתיישבים הדברים עם מה שפסק הרמ"א בעצמו בעניין "המקבל עליו לזון חברו" (אמנם חכם צבי מציע הבחנה אחרת - בין חוזה קצוב בזמן ובין חוזה שאינו קצוב בזמן - אבל גם הבחנה זו אינה מסייעת ביישוב שיטת הרמ"א, שכן צוואת האב לא הייתה קצובה בזמן, ואף על פי כן הוא פסק שאין בכוח אומדנה לבטלה).

אבל השווה הפלאה, קונטרס אחרון, סימן קיד, אות ו. לדעתו, פשר ההלכה השונה בין המתחייב לזון את חברו ובין המתחייב לזון את בת אשתו, אינו בין התחייבות חד-צדדית להתחייבות דו-צדדית, אלא פשוט שהתחייבות לזון את בת אשתו ניתנה בשעה שכבר היה לה תמיכה כלכלית ממקום אחר, ומוכח אפוא שעל דעת כן התחייב (נעיר שגם גישתו לא תעלה ארוכה ליישוב תשובת הרמ"א, שכן בשעת הצוואה שדן בה הרמ"א לא היה לבת מדור אחר, ואף על פי כן פסק הרמ"א שאין בכוח אומדנה לבטלה).

ב. מחלוקת זו בין החכם צבי לבין בעל ה'הפלאה', מוזכרת הרבה בפסקי דין רבניים בעניין התחייבות למזונות ילדים במסגרת הסכמי גירושין, כשעקב שינוי נסיבות, הבעל טוען לפטור מכוח אומדנה (ומבקש להעמיד את גובה המזונות על מה שהוא מחוייב על פי הדין בלבד). ראה: **פד"ר** ט, עמ' 293, בעמ' 298 (הבת שהתחייב כלפיה החלה לעבוד ולהתפרנס); **פד"ר** י, עמ' 153 (התחייב לפרנס את הבן עד גיל שמונה עשרה והבן החל לעבוד לפרנסתו כבר בגיל שש עשרה. לאחר שבית הדין מביא את המחלוקת בין החכם צבי לבעל ה'הפלאה', הוא קובע שבנסיבות הענין, "אין לנו אומדנא ברורה שאדעתא דהכי לא התחייב ויש מקום להניח שדעתו של האב קרובה לבן ורצונו לתת לו עד הגיעו לגיל שמונה עשרה גם כשיתחיל בינתיים להרויח"); הרב אברהם שיינפלד, "הפחתת מזונות שבהסכם גירושין", **שורת הדין** א (תשנ"ד), עמ' קיז, אות ב, עמוד קכ (התחייב לפרנס את הבת ונפלו לה מקורות הכנסה בלתי צפויים). וראה עוד **פד"ר** כ, עמ' 8, סעיף ו [=מנחת אברהם (שפירא), חלק ג, סימן ד, אות ד; **תחומין** טז (תשנ"ו), עמ' 78-79]. הרב שפירא קובע, בהסתמך על שיטת "חכם צבי", **שניכור הורי** אינו עילה להפחתת המזונות: "בהסכם גירושין שנעשה על ידי שני הצדדים, ובמיוחד בהסכם גירושין ש...נעשה אחר לחצים שונים משני הצדדים, ומקפידים מאד שכל אחד יקבל כפי

מן המקורות שנסקרו עד כה עולה שאומדנא דמוכח הוא כלי רב עצמה שבכוחו אפילו **לבטל עסקה קניינית ולהוציא ממון מיד המוחזק**⁵⁸¹. אולם, כפי שכבר הערנו⁵⁸², המושג "אומדנא דמוכח" אינו מוגדר דיו ועל כן הפוסקים מזהירים מפני השימוש בו. כך, בעניין בעל שהתחייב לאשתו שלא יישא אישה שנייה ואם יעשה כן יתן לה גט וישלם לה את כתובתה, ומבקש להפר את התחייבותו

שניתן לו לקבל, אי אפשר להכניס מעצמו [צ"ל: מעצמנו] תנאי חשוב שלא הוזכר בהסכם כאילו ברור שהיה מקובל על שניהם" (הובא בהסכמה בשו"ת אמרי משפט (אלמליח), חלק א, סימן כה, אות יב, בעניין תוקפו של חיוב מזונות כלפי בת שהחלה לעבוד לפרנסתה).

והשווה משפטי שאול, סימן כד, ד"ה אולם (לאחר הסכם המזונות תוקן החוק באופן שמעביר את קצבת הילדים ישירות לילדים ולא לאב). הרב ישראלי מצדיק את תביעת הקיזוז של האב, כשהוא מבחין בין חיוב מזונות שאדם נוטל **כלפי ילדיו**, שהוא חייב בו מן הדין ועל כן סביר לאמוד דעתו שלא התכוון להתחייב מעבר לחיובו על פי דין, ובין חיוב מזונות **כלפי בת אשתו**, שאינו חייב בו מן הדין אלא רק מכוח הסכם, ועל כן סביר לפרשו כחיוב גורף. כפי שניכר מפסקי הדין שהובאו לעיל, רוב הדיינים דוחים גישה זו ורואים בחיוב מזונות במסגרת הסכם גירושין כהתחייבות לכל דבר ועניין (כך משיג עליו אמרי משפט, שם, אות יא). וראה עוד: עיונים במשפט (שאנן), אבן העזר, סימן לו; **פד"ר** יז, עמ' 311. ועוד ראה לעיל, הערה 519.

⁵⁸⁰ בסיום פרק זה נעיר כאן על פסק דין של בית הדין לממונות "ארץ חמדה – גזית", מיום כ"ב באייר תשע"ג, בתיק http://dintora.org/article/214_73045, בעניין שוכר דירה לקראת חתונתו הצפויה, ועקב ביטול החתונה הוא מבקש לבטל את החוזה ולהיפטר מתשלום דמי השכירות. בית הדין דוחה את התביעה מן השיקול המכריע בעניין, שאין לבטל הסכם מכוח אומדנה, כאשר הביטול גורם הפסד לצד השני, בהתאם לשיטת מהר"ש הלוי המובא במשנה למלך שראינו לעיל, הערה 564. אף שלדעתנו מסקנת פסק הדין נכונה, הרי שעל נימוק זה יש להעיר, שרוב הפוסקים אינם רואים אותו כמכריע. כפי שסקרנו, לפי רבים מן הפוסקים, ובראשם 'נודע ביהודה', חוזה ניתן לביטול מכוח אומדנה אף כאשר הביטול גורם הפסד לצד השני (אם כי הלה זכאי לשיפוי על הוצאותיו הישירות, ראה להלן, ליד ציון הערה 873), ובלבד שמדובר ב"אומדנה גדולה", היינו אומדנה חזקה מאוד. אמנם כאמור, צדק בית הדין כאשר דחה את התביעה, שכן בנסיבות העניין אין "אומדנה גדולה", שהלא אנשים שוכרים דירות ממגוון שיקולים ומטרות, ועל כן אם השוכר מבקש שהשכירות תהיה מותנית בהגשמת מטרה מסויימת, נדרש לכל הפחות "גילוי דעת" על כך בשעת כריתת החוזה, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 437, בעניין המוכר את ביתו על דעת לעלות לארץ ישראל. וראה בעניין דומה: שו"ת יד נתן (לעיל, הערה 444); פסק דינו של הרב יהושע וייס, **פסקי דין – ירושלים, דיני ממונות ובירורי יוחסין** י (תשס"ז), עמ' תנח, בעמ' תסז, ד"ה אבל במקרה שחוזה (הוא מציין שאם החוזה רשום על שם שני בני הזוג, יש בכך משום גילוי דעת).

כיוצא בזה ראה אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל, חלק א, ירושלים תשמ"ה, עמ' פו-צ (הוזכר לעיל, הערה 76). בית הדין הרבני הגדול (בנשיאות הרב הרצוג) דן באדם שקנה חנות באזור מסוים מפני שנאמר לו שבאותו אזור אמורה להיבנות תחנה מרכזית לאוטובוסים, וערך הנכסים שם צפוי לעלות מאוד. אבל בניית התחנה התעכבה כארבע שנים. בשל העיכוב סירב לשלם את יתרת המחיר **בטענה שעל דעת כן לא קנה**. בית הדין דחה טענה זו, בנימוק שבהסכם עצמו לא נאמר ולו ברמז שיש קשר בין רכישת החנות ובין הקמת התחנה. בית הדין מטעים (עמ' פח) שאמנם אפשר לבטל מכר ב"אומדנא דמוכח" (ראה לעיל, הערה 432), אבל: "אין כאן אומדנא דמוכח. עובדה היא, שכמעט כל הסכם מסחרי מקושר בתקוות מסוימות בנוגע להתפתחות העניינים לעתיד, ורבים קונים על יסוד של פרספקטיבה קרובה או רחוקה. אבל אם תקוות או פרספקטיבות אלו לא באו לידי ביטוי מפורש בחוזה, הרי הן 'דברים שבלב' בעלמא, ודברים שבלב אינם דברים". הרי שאם לא היה גילוי דעת, החוזה בתוקף וחובה לקיימו (עם זאת, בשל עליית ערך החנות ומשיקולי "ועשיית הישר והטוב", בית הדין דוחה את תביעת המוכר לתשלום הפיצויים המוסכמים שהתחייב בהם הקונה (המפר). ראה על כך חוק לישראל, **תרופות בשל הפרת חוזה**, סעיף 15, פרק שני, ז).

⁵⁸¹ ראה לעיל, הערה 427.

⁵⁸² לעיל, סוף הערה 434.

משום שאשתו עקרה ונמנע ממנו לקיים מצוות "פרו ורבו", כותב הרשב"ץ⁵⁸³: "הוי יודע שאין לילך אחר אומדן דעתא אלא בדברים שאין לפקפק כלל שלא היה כן דעת הנותן או הנשבע... דאין לחלוק כלל בדעתו שלא היה כן, אף על פי שלא פירש הרי הוא כמי שפירש, ולא הווי דברים שבלב אלא דברים שבפה ושבבל, דכולי עלמא סהדי [=כולם עדים] שזהו דעתו". והלא אין להוציא מכלל אפשרות שהבעל נטל את התחייבותו גם במקום מצווה, כלומר גם אם יתברר שאשתו עקרה והוא יבקש לקיים מצוות "פרו ורבו", ועל כן הוא דוחה את טענת הבעל⁵⁸⁴.

סייג זה נכון שבעתיים כשהמתחייב בא להוציא ממון מיד המוחזק. כך לדוגמה, בעניין חותן שנתן מתנת אירוסין לחתנו, ומתה הכלה לאחר החופה בלא ולד של קיימא, ובשל כך תובע החותן את המתנה בחזרה, מטעים רבי אליהו מזרחי⁵⁸⁵ שבשל עמימות האומדנה יש לסייג את השימוש בה כנגד המוחזק: "וכיון דאין לא בקיאינן האידנא בשעור האומדנא, כמו שהיו בקיאים בהם חכמי התלמוד דהווי בקיאי טפי באומדן כל דבר ודבר, ואיזה מהם הוי אומדנא דמוכחא ואי זה מהם לא הוי אומדנא דמוכחא, לא נוכל אנחנו להוציא ממון מיד המחזיק בו בלא ראיה ברורה, אלא או באומדן שנוכח בתלמוד או באומדנא דמוכחא טפי דליכא למיתלי בה משום מלתא אחריתא [=שאין לתלות בה משום דבר אחר]"⁵⁸⁶.

עם זאת, על מידת הזהירות מפני פסיקה על פי אומדנה, אין אחידות דעים בין הפוסקים⁵⁸⁷ וכפי שעולה לדוגמה מחילוקי הדעות שהתגלעו בין דיני בית הדין הרבני הגדול בשנת תשנ"ז⁵⁸⁸, בעניין בעל שקנה דירה בכסף, רשם אותה בטאבו על שם אשתו, ובגירושין תבע בעלות על מחציתה. הראשון לציון הרב בקשי דורון והרב שלמה דיכובסקי מכריעים לטובת הבעל, שכן, לדעתם, אומדנא דמוכח היא שלא התכוון להעניק את הדירה כולה במתנה לאשתו. לעומתם, הרב שלמה בן שמעון⁵⁸⁹, בהסתמך על רשב"ץ ועל ר' אליהו מזרחי, דוחה את התביעה משום שאין ביטחון שהבעל לא התכוון לתת מתנה לאשתו⁵⁹⁰.

⁵⁸³ תשב"ץ, חלק א, סימן צה, ד"ה הוי יודע. מובא בהסכמה בסוף שו"ת רבי בצלאל אשכנזי, סימן כד.

⁵⁸⁴ וראה דבריו עוד לעיל, הערה 439. לשלילת טענה אונס ב"אונס מצווה", ראה לעיל, הערה 375, אות ג.

⁵⁸⁵ שו"ת הרא"ם, סימן טז (עמ' מא ע"א).

⁵⁸⁶ דבריו הובאו בהסכמה על ידי פוסקים רבים, ראה לדוגמה: שו"ת דברי יוסף (אירגאס), סימן ל, ד"ה איברא; שו"ת דבר שמואל (אבוהב), סימן סו, ד"ה ועל ענין; שו"ת חכם צבי, סימן קלה; שו"ת חלקת יעקב, חו"מ, סימן יג, אות א.

⁵⁸⁷ ואכן השווה: משכנות הרועים (אלחייך), מערכת אות ב, סימן ה, ערך בית חתנות, ד"ה וגם ראיתי; שו"ת מנחת יצחק, חלק ט, סימן קד, ד"ה ועוד דגם. שנתעים פחות מן השימוש באומדנה.

⁵⁸⁸ פד"ר יז, עמ' 321.

⁵⁸⁹ שם, עמ' 326-327.

⁵⁹⁰ ראה באותו נושא, פד"ר כב, עמ' 186-187. וראה בעניין דומה (חלוקת דירה לפי ההשקעה או לפי הרישום), דעת הרוב בבית הדין הרבני האזורי בירושלים (הדיינים אוריאל לבאי – אב"ד, שלמה תם ודוד מלכה) בתיק 1064682/4 פלוגית נ' פלוגי, מיום כ"א באלול תשע"ז (<https://tinyurl.com/1064682>) [=עטרת דבורה, חלק ג, ישראל תשפ"א, חו"מ, סימן טו]. וראה עוד: ישועות יעקב (אורנשטיין), אבן העזר, סימן נג, אות א ("ובגוף הענין בעסק האומדנא, זה זמן רב אמרתי דהיכי דאנו מסופקין באומדן דעת האדם, ממילא הדין נותן שאין באומדנא זו ממש"); שו"ת גינת ורדים (הלוי), חו"מ, כלל ה, סימן א, ד"ה ועדיין; שו"ת שמע שלמה, חלק ה, סימן ו; דיני ממונות (בצרי), חלק ג, עמ' קכב, הערה 11.

וראה עוד בית הדין הרבני הגדול (הדיינים דוד לאו - נשיא, אליעזר איגרא, מיכאל עמוס) בתיק 1312042/4 **פלוגי נ' פלוגית**, מיום ג' באלול תשפ"ב (<https://tinyurl.com/1312042>). הדיון נסב על זכות איזון המשאבים של אישה שבגדה בבעלה והכחישה זאת בפניו, עד שלאחר כמה שנים התברר שיקרה, והצדדים התגרשו. בית הדין קובע ש"המקרה שלפנינו דומה למוכר או נותן בסתם, ולא גילה דעתו שהדבר מותנה בזה שהאשה אינה בוגדת בו". לאור הנחה זו הוא פוסק, שגם לפי ההלכה אין לשלול מן האישה את זכותה לאיזון משאבים (שמגיע לה על פי חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973), משום שכדי לבטל מכר או מתנה צריך אומדנה חזקה ביותר שאין לפקפק בה כלל ("שלכולי עלמא אין לבטל את הנתינה אלא באומדנה ברורה לגמרי, וכלשון הרשב"ץ"), ואילו במקרה הנדון אין אומדנה ברורה שאילו הבעל היה יודע שאשתו בגדה בו הוא היה מפסיק מיד את השותפות ביניהם.

[יש להעיר, שהנחת בית הדין לפיה האישה נחשבת כמי שכבר זכתה בנכסי האיזון אינה נקייה מספקות. לכאורה קביעה זו אינה נכונה, שכן חוק יחסי ממון בין בני זוג אינו מקנה זכות קניין לבן זוג אחד על נכסי בן זוגו הנצברים במהלך הנישואין, אלא רק זכות אובליגטורית (כפי שעולה בבירור מהוראות החוק: "**אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם** כדי... להקנות לאחד מהם זכויות בנכסי השני" (סעיף 4); "**עם התרת הנישואין**... זכאי כל אחד מבני הזוג למחצית שווים של כלל נכסי בני הזוג" (סעיף 5א)); "היה שווים של נכסי בן הזוג האחד עולה על שווים של נכסי השני, **חייב האחד לתת לשני את מחצית ההפרש**, אם בעין **ואם בכסף או בשווה כסף**" (סעיף 6ב)). ואכן ראה הרב אברהם שיינפלד, "נסיבות מיוחדות בחלוקת רכוש", **שורת הדין** ג (תשנ"ה) קלו, בעמ' קמ: "הסדר איזון המשאבים על פי החוק גם הוא בנוי על הסכמת הצדדים עובר לנישואין. שאם רצו, היו יכולים לערוך הסכם שונה, ומשלא עשו כן, הסכימו לאיזון על פי החוק [לא עשו בני הזוג הסדר ממון... **יראום כמסכימים** להסדר איזון המשאבים" (סעיף 3 לחוק)]. אך דבר פשוט הוא, שהתחייבות לתת מחצית מעמל ידיו לא היתה למקרה שהגרשוני יהיו בנסיבות אלה [בגידה]. וזו **'אומדנה שבלבו ובלב כל אדם' שעל דעת זו לא התחייב**". אם כי השווה דעת המיעוט של הרב דיכובסקי בתיק 1219-21-1 מיום כ"ז באלול תשס"ו (<https://tinyurl.com/1219-21-1>), המתייחס לנכסים בני איזון כנכסים משותפים שאין לפגוע בבעלות עליהם למפרע בגין בגידה. ואכן בית המשפט העליון פסק (בערעור על פסק הרוב בתיק זה) שאין לשלול תשלומי איזון בגין בגידה, כשהוא מתייחס לזכות האיזון **כזכות קניין** שמיושמה נדחה למועד הקרע בין בני הזוג, **ולא כזכות אובליגטורית**. ראה בג"ץ 8928/06 **פלוגית נ' ביה"ד הרבני הגדול** (נבו, 8.10.2008), בפסקאות 10-13 לפסק דינה של השופטת נאור. וראה גם בג"ץ 4602/13 **פלוגית נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה** (נבו, 18.11.2018), פסקה 10 לפסק דינו של השופט שטיין. אולם גישה זו אינה מתיישבת עם הניתוח האנליטי של חוק יחסי ממון, ראה שחר ליפשיץ, "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים: אוטונומיה ומשימות בעקבות בג"ץ 4602/13", **עיוני משפט** מג (תש"פ) 5, בעמ' 40-42. דבריו מאשרים שמבחינה **אנליטית** אפשר להכניס תנאי מכללא של נאמנות מינית גם להסדר איזון המשאבים (אם כי לדעתו, שם, הערה 122, נדרש אומד דעת משותף של שני הצדדים), ואינו שולל זאת אלא מנימוק **אידיאולוגי-ליברלי**.

כיוצא בזה ראה עטרת דבורה, חלק ג, ישראל תשפ"א, חו"מ, סימן לא, בעניין "תשלום כתובה בנוסף לזכויות מכח חוק יחסי ממון". הוא מגיע למסקנה שאומדנה דמוכח שלא התכוון הבעל לשלם תשלום כפול, גם כתובה וגם איזון משאבים (קביעה זו מקובלת על רוב הדיינים, ראה אבישלוס וסטרייך, "שלושה צמתים ביחסי בית הדין הרבני ובית המשפט האזרחי: מזונות ילדים, שיתוף רכוש והחוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה", **משפטים** נב (תשפ"ב) 217, בעמ' 248-260).

על ההבדל בין ביטול **קניין** מכוח אומדנה ובין ביטול **התחייבות** מכוח אומדנה, ראה לעיל, ליד ציון הערה 573. ועוד ראה: צלעות הבית, סימן ג (בעניין מי שנתן לחתנו כסף לקניית רהיטים כדי לזרוז לשכור דירה ויפסיק לגור אצל הוריו, והלה אכן שכר דירה אבל אשתו נפטרה לפני שהספיק לקנות רהיטים). הוא נרתע מלפסוק על פי אומדנה לאור דברי ראב"ה, חלק ב, סימן תקצב: "דאין כל האומדנות שוין". וכן ראה שו"ת הרד"ם, חו"מ, סימן ה (בעניין מי שהתחייב לפרנס את חתנו ובתו וטוען שעשה זאת על דעת שחתנו יתמיד בלימוד תורה, והלה איכזב את ציפיותיו). מלבד המקורות שהובאו לעיל, הוא מפנה לשו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן צג, ד"ה ועל דבר הט"ו (בעניין אב שנתן מתנה לבתו הגדולה הנשואה ונפטר לפני שהספיק לתת נדוניה לבנותיו הקטנות, שלכאורה "היה כאן אומדנה דמוכח שראובן זה לא נתן לבתו הגדולה מתנה זו אלא בחשבו שיטלו הקטנות כל נדונייתם משלם קודם חלוקה [של הירושה]"). במקרה דומה דן מהרי"י בן לב, לעיל, הערה 542. מהרי"ט נרתע אף הוא מפסיקה על פי אומדנה, "שהרי כתב הרמב"ם ז"ל [הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה ב] שבדורות האחרונים האלה לא ידון הדיין בסמיכת דעתו". ומסכם הרד"ם, שם, ד"ה והנה הארכתי: "אבל ודאי דצריך לזה דעת גדולים ולהחמיץ הדין ולראות אי הוי כלל

אומדן דמוכח... וצריך להיות הדין בקי בעומקי הלכות אומדנא שבגמרא ופוסקים כי בשולחן ערוך קיצר בזה. ועם כל זה טוב לפני השם יתברך ימלט מלדון בזה כמו שכתבו מהרי"ט ובית מאיר הנזכרים.

נעיר שהסתמכות המהרי"ט על הרמב"ם כמי שמסתייג מפסיקה על פי אומדנה תמוהה לכאורה, שכן מה שהרמב"ם מסתייג ממנו הוא **מסטייה מדיני הראיות** מכוח אומד דעתו של הדיין ושכנועו הפנימי (כגון על ידי קבלת עדותו של מי שפסול לעדות), ולא מפסיקה על פי אומדנה כאשר ההלכה עצמה קובעת שיש להכריע על פיה (וכפי שעולה מדברי הרמב"ם עצמו, לעיל, הערה 431, ולהלן, הערה 612, בעניין פרשנות חוזה).

ונשאלת השאלה, מה מבדיל בין אומדנות שהן במסגרת ההלכה ובין אומדנות שחורגות ממסגרת ההלכה? בשאלה זו הובעו דעות שונות. לדעת מהרי"ק (שו"ת מהרי"ק, שורש קכט, ד"ה ונחזור לעיקר הדין), ההבחנה היא בין אומדנות שבאות לברר את **כוונת הצדדים** ובין אומדנות שבאות לברר את **העובדות**: "ודאי דכל היכא שהמעשה מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסופקין באומדן דעת הנותן או המוכר או המגרש אזלינן בתר אומדנא, אבל היכא דלא נתברר גוף המעשה אצל הדיינים כי ההיא דגמל אחר כו' [תוספתא, בבא קמא ג, ו; בבא בתרא צג ע"א]: "גמל שהיה אחר (=מתפרע) בין הגמלים ונמצא גמל (אחר) מת (בקרבנות)" דאין ידוע לנו אם נגחו ואם לאו אלא מתוך אומדן, בהא ודאי פליגו רבנן עליה דרבי אחא [וההלכה כמותם שאין להכריע את העובדות על פי אומדנה]" (מובא בפד"ר יט, עמ' 111. וראה עוד שם פסקה יד). והסכימו עמו: שו"ת דרכי נועם (הלוי), חו"מ, סימן נא, ד"ה ואמנם היורד (מובא בפד"ר, שם, פסקה טו); שו"ת מהר"ם חביב (מהדורת מכון חכמת שלמה), חלק א, סימן קלב, ד"ה ומה גם.

אמנם, רבי יואל סירקיס, בעל הבית חדש (שו"ת הגאונים בתרא, חלק א, סימן נד, ד"ה ועוד נראה לי עיקר. מובא בפד"ר שם, עמ' 120) דוחה הבחנה זו ומציע הבחנה אחרת. לדעתו, ההלכה מאפשרת הכרעה על פי אומדנה בכל עניין **שבטבעו אי אפשר להביא לגביו עדות כשרה**, כגון לבירור כוונת המתקשר בחוזה, עניין החבוי בתודעתו של המתקשר ואין אפשרות להביא לגביו עדות: "וכך היא בכל אומדנא שבתלמוד דקאמרי רבנן, דאמדינן דעת הנותן או המוכר או המגרש הזה, **טעמו כיון דאי אפשר בעולם להביא עדים על זה**". ואולם גם לפי גישת הבי"ח יש לתמוה על מהרי"ט. וראה עוד: שו"ת עזרת כהן (לראי"ה קוק), סימן כט, ד"ה ובתשובת וד"ה ובעיקר; הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, **השופט והמשפט**, ירושלים תשס"ו, נספח ב - אומדנת הדיינים, עמ' 414-423; הרב בנימין ליפקין, "גדרי אומדנא ורוב בדיני ממונות ובדיני נפשות", **התורה והמדינה** יא-ג (תשכ"ט-תשכ"ב), עמ' תקמא, בעמ' תקנ, הערה 6 [=בני בנימין, ירושלים תשנ"ו, עמ' קמה]; הרב אליהו בקשי-דורון, 'הוכחות ועדויות נסיבתיות בהלכה', **תורה שבעל פה** י (תשכ"ח), עמ' קלח, בעמ' קמא-קמב [=שו"ת בנין אב, חלק א, סימן עא]; משפטיך ליעקב (בן יעקב), חלק ג, סימן לד, אות ד. וראה אפרים אלימלך אורבך, **ההלכה – מקורותיה והתפתחותה**, גבעתיים 1984, עמ' 114.

ואולי מהרי"ט רוח אחרת עמו ואין לתמוה עליו. אכן, השווה הרב חיים גדליה צימבליסט, "אומדן הדיינים בדיני ממונות", **מוריה**, שנה יא, גיליון ה-ו (ניסן תשמ"ב), עמ' סג-סה. גם הוא דוחה את ההבחנה של מהרי"ק בין אומדנה לבירור **כוונת הצדדים** ובין אומדנה לבירור **העובדות**. לדעתו, הרמב"ם מבחין בין **אומדנה כללית** (סטטיסטית) ובין **אומדנה פרטית** של הדיין. עוד הוא מוכיח שגם הרא"ש דוחה את ההבחנה של מהרי"ק, שכן בתשובות אחרות בהן הרא"ש מבסס את כוחה של אומדנה, הוא מביא בחדא מחתא מקורות שעניינם אומדנה לבירור כוונת הצדדים ומקורות שעניינם בירור העובדות (ראה: שו"ת הרא"ש, כלל סח, סימן כג; כלל פו, סימן א; כלל קז, סימן ו, ד"ה עוד שאלוהו הרבה). אפשר שמהרי"ט מאמץ גישה אחרונה זו, ועל כן לא ראה מניעה להסתמך על הרמב"ם השולל סטיה מדיני הראיות ("שבדורות האחרונים האלה לא ידון הדיין בסמיכת דעתו") כדי להזהיר מפני השימוש באומדנה.

[נראה הרב אברהם דוד כ"ץ, "האומדן בדיני הראיות", **משפטי ארץ** ב – **טענות וראיות** (תשס"ה), עמ' 107, בעמ' 119. הוא מפנה לדברי הרב קוק בשו"ת עזרת כהן, סימן מא, ד"ה והדבר קשה, שזה לשונו: "ונראה שדוקא בדבר פרטי לפסוק שתמיד יהיה הדין לסמוך על אומדנא מיוחדת, לא אזלינן בתרה, דשמא ישתנה הענין ובזמן אחר לא יהיה הענין מכריח כל כך... אבל בדרך כלל, במקום שמתברר להדיין, בכלל אמיתת הענין, לא על פי איזה פרט של אומדנא, אלא מההקף של כמה עניינים ביחד, זהו ענין ברור, שעל זה לא שייך כלל לומר דלא אזלינן בתר אומדנא... אם באותו המאורע מתברר לדיין ביחוד שהאמת הוא באופן מיוחד דנין על פיו מדינא". לדעת כ"ץ (ראה שם, הערה 62), בדבריו אלה הקדים הרב קוק את הרב צימבליסט בהבחנה בין אומדנה כללית לאומדנה פרטית (כך טוען גם הרב שלמה אישון, "ראיות נסיבתיות בדיני ממונות", **תחומין** יט (תשנ"ט), עמ' 239, בעמ' 241, הערה 4). אולם ספק אם הרב קוק מתכוון להבחנה זו, ומסתבר יותר שהוא מרמז לחידושו (שם, סימן כט, ד"ה אבל באמת), לפיו יש ראיות נסיבתיות שעולות כדי "ידיעה ברורה", ואם כן, כאמור, אינו מתכוון לאומדנה **סובייקטיבית** פרטית של הדיין, כהצעת הרב צימבליסט, אלא לאומדנה **אובייקטיבית** ברורה כל כך עד שעולה כדי בירור ודאי. וראה עוד: הרב סיני לוי, "שיטת

בסיום הדברים, יש להודות שעם כל הזהירות, יסוד זה של "אומדנא" מכניס גורם בעייתי מאוד של חוסר וודאות בחיי המסחר. אמנם, כפי שראינו⁵⁹¹, בהעדר גילוי דעת, תנאי סף להתחשבות באומדנא הוא, שתהיה זו "אומדנא דמוכח", מה שעשוי להקהות את הקושי. עם זאת, מושג זה אינו מוגדר דיו⁵⁹², והוא נתון לשיקול דעתו של כל פוסק. ראוי בהקשר זה לצטט את דברי חזון איש⁵⁹³: "ואע"ג דבאמת כל האומדנות אינו מחשבת הקונה והמקנה בשעת הקנין והמעשה, מכל מקום מידת סתמא שתלוי במשפט החכמים מה חשיב תנאי ומה לא חשיב תנאי, תלוי בחזק החשק של הענין שעושה ובחזק ההפסד של החשש העתיד המסופק".

ד. פטור על יסוד פרשנות החוזה

(1) מבוא: בין "תנאי מכללא" לפרשנות

עד כה עמדנו על שתי דוקטרינות שניתן לבסס עליהן פטור בגין סיכול חוזה: אונס ו"תנאי מכללא". על פי הדוקטרינה הראשונה, אף שהופר החוזה, מאחר שקיום החוזה לא היה אפשרי (אונס)⁵⁹⁴, יש בכך עילת פטור על פי העיקרון הגדול "אונס רחמנא פטריה". על פי הדוקטרינה השנייה, יסוד הפטור הוא שהחוזה לא הופר כלל, שכן חזקה על המתחייב ("אומדנא דמוכח") שאילו עמדו נסיבות הסיכול לנגד עיניו ודאי לא היה מוכן ליטול על עצמו התחייבות בכגון זה. וכיון שכך, רואים אותו כמי שהתנה מכללא להוציא מצב זה מן ההתחייבות שבחוזה, וממילא אין כאן הפרה.

ויש דוקטרינה שלישית, הקרובה לדוקטרינה השניה במובן זה שגם לפיה לא הופר החוזה, ועם זאת היא שונה ממנה. דוקטרינה זו מיוסדת אף היא על אומדנה, אבל לא אומדנה שמכוחה מוסף לחוזה "תנאי מכללא", אלא אומדנה בדבר פרשנות החוזה. במרכז של דוקטרינה זו עומדת התפיסה לפיה אין לפרש חוזה באופן מילולי-דווקני אלא יש לפרשו באופן רחב יותר לאור אומד דעת המתחייב, כך שאירוע הסיכול לא היה כלול בחוזה, וממילא מובן שאי קיום החוזה בנסיבות אלה אינו הפרה.

ההבדל בין תנאי מכללא ובין פרשנות החוזה הוא, שתנאי מכללא אינו עולה מלשון החוזה אלא מתווסף עליו כמעין נספח חיצוני, בעוד שאומדנה פרשנית ניתן לעגנה בלשון החוזה עצמו⁵⁹⁵.

הרמב"ם בהכרעה על פי אומדנא בדיני ממונות", חמדת הארץ ה (תשס"ז), עמ' 86, בעמ' 88; הרב דניאל כ"ץ (לעיל, הערה 435), בעמ' 451.

⁵⁹¹ בדברי הרא"ש (לעיל, ליד ציון הערה 432).

⁵⁹² ועל כן הפוסקים הזהירו מפני פסיקה על פי אומדנה, כפי שראינו בפרק זה.

⁵⁹³ חזון איש, אבן העזר, סימן עט, ס"ק טז (מובא בתיק הגט מצפת, לעיל, הערה 567, עמ' 15).

⁵⁹⁴ לשאלה אם הכבדה על קיום החוזה וכן סיכול המטרה דינם כאונס, ראה דיונונו לעיל, פרק 3.ב, עמ' פפפ.

⁵⁹⁵ ראה בהרחבה נחל יצחק (ספקטור), חו"מ, סימן סא, סעיף טז, ענף ב.

יש להודות שהגבול בין השניים עשוי להיות עמום. ואכן, יש מקורות שנתפרשו על ידי חלק מן הפוסקים על יסוד "תנאי מכללא", ועל ידי אחרים על יסוד פרשנות החוזה.⁵⁹⁶ כך הוא לדוגמה בעניין אי-תחולת גט על תנאי, אם התקיים התנאי באונס: "הרי זה גיטך... מעכשיו"⁵⁹⁷ **אם לא באתי** מכאן ועד י"ב חדש, ומת בתוך י"ב חדש"⁵⁹⁸. יש הסבורים שביטול הגט, אף שלכאורה התנאי לתוקפו התקיים, מבוסס על "תנאי מכללא", לאמור - אומדים את דעת הבעל שהתכוון להתנות שהגט לא יחול אם תימנע הגעתו מחמת אונס שאינו שכיח⁵⁹⁹. לעומתם, יש הסוברים שביטול הגט מיוסד על הפרשנות הסבירה של תנאי הבעל כשאמר **"אם לא באתי"**, שברור שכוונתו הייתה שהגט ייכנס לתוקפו אם לא יבוא **מרצונו**⁶⁰⁰, ואין צורך כאן בתנאי מכללא חיצוני.

להלן נעמוד על הנפקויות המשפטיות שעשויות לצמוח מן העובדה שהאומדנה גלומה בלשון החוזה.

(2) הכלל הפרשני - חוזה על תנאי אינו כולל אירועים חריגים

אחד המקורות המרכזיים לפטור על יסוד פרשנות במצבי אונס או סיכול, עולה מסוגיה תלמודית הדנה בהתחייבות עסקית לנטילת אחריות (כעין חוזה ביטוח). התלמוד⁶⁰¹ דן באדם שמכר קרקע לחברו וקבל עליו אחריות בגין "כל אונס שיוולד" בקרקע. לימים "אפיקו בה נהרא" ("צוה המלך שיעבירו את הנהר דרך אותה שדה" - רש"י), כך שהקרקע הוצפה ואבדה למעשה מתחת למים. הקונה תבע את המוכר שיפצה אותו על אבדן קניינו בהתאם להתחייבותו הגורפת ("כל אונס שיוולד"). רבא פסק, שעל אף ההתחייבות הגורפת, יש לדחות את התביעה, שכן כלל הוא בפרשנות

⁵⁹⁶ לטשטוש דומה במשפט הישראלי, ראה רמי בר-נחן, "דיני התניה מכללא במשפטנו העכשווי - עיון נוסף", **משפטים** יז (תשמ"ח) 571, בעמ' 574. על פרשנות החוזה כאחת מדרכי ההתמודדות עם מצבי סיכול במשפט הישראלי, ראה צמח (לעיל, הערה 27).

⁵⁹⁷ הציון "מעכשיו" נדרש משום ש"אין גט לאחר מיתה".

⁵⁹⁸ כתובות ב ע"ב. ראה לעיל, ליד ציון הערה 84. וראה גם, לעיל, ליד ציון הערה 450. למעשה חכמים הכשירו את הגט משום "תקנת צנועות ופרוצות", ראה לעיל, הערה 101.

⁵⁹⁹ ראה לעיל, הערה 90. וראה גם לעיל, ליד ציון הערה 450.

⁶⁰⁰ ראה תשובת ר' אפרים זלמן מרגליות (בעל שו"ת בית אפרים) המובאת בשו"ת אגודת אזור (מרגליות), אבן העזר, סימן לד, אות י: **"לפי שאינו בלשון התנאי"**. לגישתו, הגט היה צריך בעיקרון להתבטל (לולי "תקנת צנועות ופרוצות"), לא משום שיש אומדנה שאינו רוצה בגירושי אשתו (שאם לא רצה בכך, וודאי היה מחרג במפורש אונס שכיח, ומאחר שלא עשה כן, אין אומדנה שהוא מעוניין בביטול הגט, וככל הנראה לא מניעת ייבום מנחה אותו, אלא מניעת הותרת אשתו עגונה מעבר למועד שקבע), אלא פשוט משום שמילותיו "אם לא באתי" מתפרשות כמכוונות לומר "אם לא באתי **מרצוני**", ולכן הגט היה צריך להתבטל בעיקרון כל אימת שתנאי זה לא התקיים (וראה לעיל, הערה 375, אות א, מה שפסק בעניין שנדון בפנינו). ולזה נוטה גם מהר"ם שיף, ראה להלן, הערה 637. על גישה זו בהבנת יסוד ביטול הגט בסוגיית כתובות הצבענו לעיל, הערה 93. וראה עוד לעיל, הערה 88, שיש המבססים פטור זה על יסוד טענת אונס.

בדומה לזה ראה להלן, נספח ח, הערה 1094, בהסבר שיטת הר"ן והריב"ש, שאף שכלל הם נוקטים שאין אומדנה בנדרים, לא כן הוא כאשר עניינה של האומדנה הוא הפרשנות הסבירה של הנדר.

⁶⁰¹ גיטין עג ע"א. וראה הרב יהודה פרומן, "עקרונות הלכתיים בחוזה ביטוח", **כתר** ב (תשנ"ט), עמ' 223-404, בעמ' 232-233. וראה להלן, הערה 602.

חוזים, שאין להיצמד ללשונו הדווקנית, ואין לכלול בהתחייבות אלא תרחישים שכיחים ולא תרחישים נדירים ("אונסא דלא שכיחא לא קבילו עליהו").

רבא מיישם את הכלל האמור, בתקדים נוסף שאירע בעניינם של רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע, אשר קנו סחורה (שומשומין) והוסכם על הובלתה תוך נטילת אחריות "על כל אונס שיוולד"⁶⁰². באופן בלתי צפוי לחלוטין, הוקם סכר על הנהר, וכתוצאה מכך סוכלה ההובלה דרכו. הקונים (רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע) ביקשו להיאחז בלשון ההתחייבות הגורפת, ולא לך את המוכרים לעמוד בהתחייבותם, ויהי מה⁶⁰³, ואם לא ניתן להוביל את הסחורה דרך הנהר כמקובל, דרשו שההובלה תתבצע דרך היבשה על גבי חמורים - דרישה "בלתי מעשית" בעליל בשל עלותה המופרזת⁶⁰⁴. כשבא הדבר בפני רבא, הוא ביקר אותם קשות⁶⁰⁵ וקבע גם כאן,

⁶⁰² לפי רש"י, שם, ד"ה קבילו עליהו, המוכרים הם שקבלו על עצמם את האחריות להוביל את הסחורה. וראה גם רא"ש, גיטין, פרק ו, סימן ד ("וקבילו למיעברניהו וכל אונסא דאיתליד להו, אגרו ארבי, איסתכר נהרא [=שכרו ספינות, ונסתכר הנהר]"). והשווה רמב"ם (להלן, הערה 614), שלדעתו מדובר היה בהסכם הובלה נפרד שנכרת עם ספנים. על הבדל אפשרי להלכה בין שני הפירושים, ראה ש"ח קוק, **עיונים ומחקרים**, ירושלים תשי"ט, חלק א, עמ' 175-176. וראה להלן, הערה 604. על האפשרות לכרות חוזה ביטוח הן במסגרת עסקת מכר הן כשכירות שירותי ביטוח, ראה פרומן, לעיל, הערה 601, בעמ' 306.

⁶⁰³ השווה: מאוטנר (לעיל, הערה 13), עמ' 386, הערה 89; מדינה (לעיל, הערה 6), עמ' 432, הערה 94, בעניין חסימת תעלת סואץ.

⁶⁰⁴ לכאורה קשה לפי הרמב"ם המפרש שמדובר בהסכם הובלה נפרד עם המובילים (ראה לעיל, הערה 602), מדוע המובילים אינם יכולים לחזור בהם חד צדדית מהתחייבותם (אפילו בלא אונס), הלא במשפט העברי, פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום ו"קנין דברים" אינו מחייב. ואין לפרש שהסיבה שאינם יכולים לחזור בהם היא משום שחזרתם הייתה גורמת נזק למזמין ("דבר האבד"), שכן לא הייתה אפשרות להעסיק אחרים שהיו מתחייבים, באותן נסיבות, להוביל את הסחורה על גבי חמורים, וממילא אין כאן "דבר האבד". ראה ערך שי, סימן רכה, סעיף ד, ד"ה וזה נראה (להסבר אחר מדוע לא חל כאן דין "דבר האבד" ראה שו"ת פרי החיים (רוזנברג), חו"מ, סימן יב, ד"ה אמנה נראה). על שאלה זו הוצעו שתי תשובות:

(א) יש המפרשים "קבילו עליהו", כנטילת אחריות **שהסחורה תגיע ליעדה** (כלומר, התחייבות לתוצאה ולא לפעולה), והתחייבות זו, שכמוה כהתחייבות ממונית, היא בת אכיפה. ראה מרדכי, גיטין, סימן תכד (וראה להלן, הערה 643). שו"ת פרי החיים (שם, ד"ה והנה בנתיבות, וד"ה אמנם הרמב"ם) מעיר, שלפי רש"י (לעיל, הערה 602) המפרש שההתחייבות הייתה של המוכר, ההתחייבות תקפה מכוח היותה תנאי במכר, ואילו לפי הרמב"ם (לעיל, הערה 602) המפרש שההתחייבות הייתה של הספנים, צריך לומר שההתחייבות נעשתה במעשה קניין, שלולי כן לא היה לה תוקף. וראה: תפארת בחורים (רפאל שלום חי הכהן), בבא מציעא עז ע"א, ד"ה גמ' אמר רבא; עולת איש (שרבאני), שכירות, ירושלים תשע"ג, עמ' שנט, הערה ג.

(ב) לעומתם יש המפרשים "קבילו עליהו" **כוויתור על הזכות לקבל שכר יחסי על הובלה חלקית**, אף שתועיל לבעל הסחורה. ראה: עולת איש, שם (הוא מעלה אפשרות פרשנית זו אבל רואה אותה כדחוקה); ורהפטיג (לעיל, הערה 32), עמ' 777 (והשווה מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סימן ה, שלדעתו זכותו של המזמין לעכב את שכרו של הקבלן עד להשלמת העבודה, יסודה בדיון ולא בהתחייבות מיוחדת של הקבלן).

⁶⁰⁵ הוא הטיח בהם: "קאקי חיורי [רש"י: 'אווזים לבנים, לפי שהיו זקנים'] משלחי גלימי דאינשי [רש"י: 'מפשיטין בגדי אנשים, כלומר פוסקים עליהם דין להנאתן']!".

שהתחייבות אינה כוללת אירוע בלתי שכיח מעין זה, שברור לכל שלא עלה על הדעת בשעת ההתחייבות, וברור אפוא שלא נכלל בה⁶⁰⁶.

בטרם נראה אלו מסקנות הסיקו הפוסקים מסוגיה זו, נטעים שבתקדימים אלו לא היה מקום לפטור את המתחייב מכוח הדוקטרינות עליהן עמדו בפרקים הקודמים – אונס ותנאי מכללא. טענת **האונס** אינה רלוונטית, שהלא המתחייב נטל על עצמו אחריות "בכל אונס שיוולד" במפורש⁶⁰⁷. ומאותה סיבה קשה לספח לחוזה "**תנאי מכללא**" לפיו המתחייב יהיה פטור באונס, שהלא הוא נתן דעתו למצבים אלה וחייב עצמו "בכל אונס שהוא"!

נראה אפוא שרבה פטר את המתחייב מהתחייבותו משום שבנסיבות העניין היה נכון בעינינו לסטות מהפרשנות הדוקטורית של החוזה. אמנם המתחייב קיבל על עצמו אחריות לכל אונס, אבל לדעת רבה סביר לפרש את דבריו על דרך הצמצום ולא לכלול בהתחייבותו אחריות לתרחישים שלא עלו על לבו בשעת ההתחייבות.

יתרון שעשוי להיות בהעמדת הפטור על בסיס פרשנות ההתחייבות ולא על בסיס "תנאי מכללא" שאינו מעוגן בלשון ההתחייבות, הוא שאולי מתייתר הצורך להתמודד עם שאלת קיומו של צד שני לעסקה⁶⁰⁸. ואכן, לדעת אחד מן הראשונים, זו הסיבה שבהעניקו את הפטור בגין אונס לא שכית, לא לקח רבה בחשבון את דעתו של הצד השני לחוזה⁶⁰⁹. אולם קביעה זו אינה נקיה מספקות⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ אמנם, בדיני השומרים ידוע שה"שואל" נושא באחריות אף באונס שאינו שכיח, אבל יש להבחין בין חיוב המוטל על אדם מכוח הדין (כמו חיובו של שואל) ובין חיוב שאדם נוטל על עצמו מיזמתו, וכפי שהעיר המאירי, בית הבחירה, גיטין עג ע"א, ד"ה כל שכתבנו: "כל שכתבנו לפטור באונס שאינו מצוי, פירושו **כשהוא מתחייב על ידי תנאי שהוא מתנה על עצמו**, אבל **שואל שחייב באונסין אף בלא תנאי, חייב אף באונס שאינו מצוי**". וראה להלן, הערה 667.

⁶⁰⁷ ראה אבי עזרי, כתובות, סימן ו, ד"ה ונראה בזה.

זאת ועוד, אונס עשוי לפטור אדם מהתחייבות התלויה במעשה או במחדל שלו, אך לא מהתחייבות התלויה בגורם שלישי (כפי שהוא בחוזה ביטוח). ראה רא"ה, מובא בשיטה מקובצת, כתובות ב ע"ב, ד"ה אבל הרא"ה ותלמידו: "ולא אמרינן נמי יש אונס אלא בתולה בדעת עצמו, כגון 'אם לא באתי' 'אם לא עשיתי כך וכך' או 'אם באתי' או 'אם עשיתי כך וכך'... אבל בתולה בדעת אחרים כגון 'אם יבא פלוני', 'אם לא יבא' - לא, אלא כל היכא דנתקיים התנאי אף על פי דנתקיים מתוך אונס [של פלוני], המעשה קיים, שאין כוונתם בזה אלא שתעשה [=שייעשה] המעשה והרי נעשה [ראה לעיל, הערה 93, מה הסיק 'אבן האזל' מדבריו אלה של הרא"ה]. אבל בתולה בדעת עצמו, סבור הוא לקיים תנאו וכשנאנס ולא קיימו הרי הוא כאילו נאנס על עיקר המעשה למפרע [ראה לעיל, הערה 88, אות א, מה הסיק הרב רוזובסקי והרב שקאפ מדבריו אלה של הרא"ה]".

⁶⁰⁸ על בעיה זו ראה דיונונו לעיל, פרק 3 ג(4), עמ' פפפ.

⁶⁰⁹ ראה שיטה מקובצת, כתובות ב ע"ב, ד"ה דילמא אונסא דשכיח שאני (בשם "שיטה ישנה לא נודע למי"): "אלא ודאי משום אונסא דלא מסיק אדעתיה הוא ולא חל הגט כלל ולא נכתב על אותו אונס". לדעתו פרשנות זו מוכחת מן העובדה שבסוגיית גיטין - המקבילה לסוגיית כתובות - אין מתחשבים בדעת הצד השני: "ותדע לך דאפילו למאן דאמר טוענין [טענת אונס בגיטין], במקח וממכר שהוא תלוי בדעת אחרים לא טענינן... וההוא עובדא דבפרק מי שאחזו מקח וממכר הוה", ואם בכל זאת פוטרים את המתחייב, מוכח שאין זה אלא משום שהתחייבותו מתפרשת כך שאינה כוללת אונס בלתי שכיח. וראה כעין זה שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן קיד, בעניין הנשבע שלא לשאת אישה על אשתו ונפלה לפניו יבמה (ראה להלן, הערה 642): "וואף על גב דכל הנשבע לתועלת חבירו, לדעת חבירו הוא נשבע,

אשר לכלל הפרשני העומד מאחורי העדפתו של רבא לפרש את ההתחייבות בדרך מצומצמת, האם מדובר באומדנה פרשנית, כפי שהנחנו עד כה, או שמדובר בכלל פרשני קטגורי, נחלקו הראשונים⁶¹¹. להלן נעמוד על דבריהם ונראה את ההשלכות המעשיות למחלוקת זו.

(א) אומדנה פרשנית (רמב"ם)

יש הטוענים שהכלל הפרשני העומד מאחורי הוראתו של רבא הוא, שהתחייבות אינה מתפרשת פירוש דווקני לשוני, אלא נכון לתת לה פרשנות סבירה בהתאם לאומד דעת המתחייב בשעת ההתחייבות. כך לדוגמה, המתחייב נטל אמנם על עצמו התחייבות גורפת לשאת בכל אונס שיבוא, אבל ברור שמה שעמד לנגד עיניו בשעה שנטל את האחריות בלשון גורפת זו, היו תרחישים ההוויים והשכיחים ולא תרחישים נדירים. כך עולה לכאורה מניסוח הרמב"ם את פסקיו של רבא ומהכלל שהוא מבקש להסיק מדבריו⁶¹²:

המוכר קרקע לחברו, והתנה עמו שכל אונס שיוולד בקרקע זו יהיה חייב לשלם [חוזר ביטוח]... אם נפסק הנהר שהיה משקה אותה, או שחזר הנהר לעבור בתוכה ונעשית ברכה, או שבאה זנעה והשחיתה אותה, הרי זה פטור, שאלו וכיוצא בהן אונס שאינו מצוי הוא, ולא עלה על לב המוכר דבר זה הפלא בעת שהתנה, וכל אונס שאינו מצוי אינו בכלל התנאי הזה.

ודעת האשה הוא שלא ישא אשה אחרת עליה אפילו יבמה, מכל מקום כיון שלא פירשה כן בהדיא אין מכניסים בתוך תנאי השבועה אלא מלתא דשכיחא, והא הוי מלתא דלא שכיחא ואין זה בכלל, ואפילו התרה אינו צריך". וראה שו"ת אבן שתי (דון יחיא), אבן העזר, סימן צג, ד"ה ומה שהקשה (ק"ט ע"א) (שמעלה אפשרות להצדיק כך את תשובת הרא"ש, לעיל, הערה 520, בעניין המרת אחות המשודכת, וראה להלן, הערה 616). וראה גם הרב אברהם שפירא, פד"ר ב, עמ' 312, ד"ה וי"ל [=מנחת אברהם, חלק א, סימן לה]: "ויש לומר שיש הבדל אם האומדנה הוא על סמך שמקרה זה אינו כדאי לבעל הדין והוא התכוין רק לתנאי שכדאי בשבילו, כהאי גוונא מניחים שכמו שזה אינו כדאי בשבילו, הרי משום זה גופא כדאי הוא בשביל הצד האחר, והלה לא יסכים לכך, ועל כן אין דנים כלל דין אומדנה לבטל המקח. אבל בהאי דגיטין באונס דלא שכיח הרי... עיקר הדיון הוא שמקרים לא שכיחים - בכלל אינם נכללים בתנאים שבני אדם מתנים, ולא מבחינת ההפסד והריוח שבדבר, וכיון שלא מצד הריוח של צד אחר הדבר נידון, הרי האומדנה שוה בזה מצד שני הצדדים, ועל כן אין הבדל בזה בין גיטין להתחייבות".

⁶¹⁰ ראה שו"ת ציוני (אהרן זליג בן נפתלי), חלק ב, סימן לו (מט ע"ד), שאף שגם הוא מפרש את סוגיית גיטין כמיוסדת על אומדנה פרשנית, עומד על השאלה מדוע אין מתחשבים כאן בדעת הצד שכנגד, ומציע לתרץ, שיש להבחין בין חיוב שיסודו בדין, שאין די באומדנה להשתחרר ממנו, ובין חיוב שיסודו בהתחייבות (קנס מוסכם), שדי באומדנה להשתחרר ממנו, אף בעסקה דו-צדדית. וראה גם דברות משה (לעיל, הערה 205).

⁶¹¹ על מחלוקת זו בהבנת סוגיית גיטין, ראה הרב אברהם יהודה שטיין, "שכירות בתים – נזקי שכירות דירה", הישר והטוב יג (תשע"ב), עמ' קעח, בעמ' קצט.

⁶¹² רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יט, הלכות ה-ז (מהדורת מקבילי). מועתק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רכה, סעיפים ג-ד. וראה גם שו"ת הרמב"ם, סימן שעג: "שלא נדון על נוסח לשון התנאי ולחייב כל מה שיראה ממנו. אף על פי שהתנה עליו כל אונסא דמתיליד, עם כל זה החיוב הוא כפי מה שיראה לנו אומדן דעת האיש המתנה על עצמו במה שאינו מחוייב, ולא נחייבהו אלא במה שנאמת ונברר שהיה כונתו ורצונו עת התנאי". נראה שכך הבינו גם: שו"ת משאת משה (ישראל), חלק ראשון, יורה דעה, חלק א, סימן ח, ד"ה וכדו חזינה (בסופו); שו"ת תועפות ראם (טויבש), אבן העזר, סימן מב; שו"ת ציוני (אהרן זליג בן נפתלי), חלק ב, סימן לו (מט ע"ד).

והוא הדין לכל תנאי שבממון, שאומדין דעת המִתְנֶה, ואין כוללן באותו התנאי, אלא דברים הידועין שבגללן היה התנאי, והם שהיו בדעת המִתְנֶה בשעה שהתנה⁶¹³.
מעשה באחד ששכר מלחים לעביר [צ"ל: להעביר] שומשמן למקום פלוני, והתנה עמה⁶¹⁴ שהן חייבין בכל אונס שיארע להן עד שיגיעו השומשמן למקום פלוני [חוזה תובלה], ונפסק הנהר שהיו מוליכין בו. ואמרו חכמים, זה אונס שאינו מצוי, ואין חייבין להוליך שומשמן אלו על גבי בהמה עד אותו המקום. **וכן כל כיוצא בזה**⁶¹⁵.

⁶¹³ הרב אלישע גאליקו (לעיל, הערה 539), מוצא בדברים אלו של הרמב"ם נימוק נוסף לפטור משבועתו אדם שנשבע שלא יישא אישה על אשתו, וזו איבדה את מאור עיניה ("דהוי מילתא דלא שכיחא טפי - לא נכלל בשבועה"). שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן נא, דוחה נימוק זה משום שלדעתו יש לסייג את משמעות דברי הרמב"ם רק למי שתולה את חיובו בהתרחשות עתידית, כגון מי שנטל אחריות אם יקרה אונס, שאכן אונס לא שכיח אינו כלול בהתחייבותו. אבל מי שהתחייב בסתם [באופן מוחלט] בלא קשר להתרחשות עתידית, חיובו עומד בתוקפו גם לנוכח התרחשויות בלתי צפויות, אף אם אלה הופכות את הקיום לשונה באופן יסודי ממה שהיה בדעתו בעת שהתחייב ("ואני אומר כי אין משם ראייה. דהתם, התנה בפירוש על כל אונס שיוולד ואותו אונס של נפסק הנהר אינו בכלל זה. אבל מי שנשא אשה ונשבע שלא ישא עליה, לא הזכיר שום תנאי בשבועה זו כמו שהזכיר במכר של קרקע"). אבל גישתו אינה מקובלת על מרבית הפוסקים, כפי שיתברר בדוגמאות הרבות שנביא להלן. ראה לדוגמה: רמ"ה (להלן, הערה 644); מהרי"ק (להלן, הערה 642); ט"ז (להלן, הערה 649).

⁶¹⁴ והשווה לפירוש רש"י, שם, ד"ה קבילו עליהו, המפרש שההתחייבות להובלת הסחורה לא הייתה של הספנים אלא של המוכר. וראה לעיל, הערה 602.

⁶¹⁵ הרמ"א מיישם דין זה בהלכות שכירות פועלים, חו"מ, סימן שלה, סעיף א: "פועל שקבל עליו כל אונס, ובא אונס דלא שכיח כלל - פטור, שעל מנת כן לא התנה". וראה לעיל, הערה 604.
להדגמת דין זה בהקשר אחר, ראה רמ"א, חו"מ, סימן קלא, סעיף ז, בענין גבולות השיפוי שחייב הלווה לערב שהמלווה גבה ממנו את החוב שלא כהוגן באופן בלתי צפוי. אף שככלל, חיוב שיפוי זה כולל גביית החוב מן הערב באונס, "יש אומרים הא דמחייב לפטור מן האונסין [כלומר, שהלווה חייב לשפות את הערב אם המלווה גבה ממנו את החוב באונס], דוקא באונס דשכיח; אבל באונס דלא שכיח, לא". מקור הלכה זו בשו"ת מהרי"ק, שורש ז, שהתבסס על סוגייתנו.

ועוד דוגמה ראה ברמ"א, חו"מ, סימן קעו, סעיף מח: "מי ששלח אחר חבירו [מכתב ובו הוא מבקש שיבוא אליו], וקבל עליו לפדותו [הלבוש גורס: לפצותו] מכל הפסד, ונתפס בדרך, אפילו הכי פטור לפדותו, דאונסא דלא שכיח הוא" (מקורו באגודה, גיטין עג ע"א). נעיר שממקור זה עולה ששבי נחשב לאונס לא שכיח כלל. והשווה רמ"א, אבן העזר, סימן קמד, סעיף א, שם פסק להפך ששבי הוא אונס שכיח. רבים עומדים על סתירה זו בדברי הרמ"א. ראה בין השאר: ט"ז, אבן העזר, שם (לדעתו דברי הרמ"א באבן העזר בטעות יסודם); בית שמואל, שם, ס"ק ג (לדעתו כוונת הרמ"א באבן העזר ששבי הוא בגדר שכיח ולא שכיח); שו"ת אגודת אזוב (מרגליות), מהדורת תשס"ט, אבן העזר, סימן לב (ב), אות יג, ד"ה וביותר קשה; שו"ת מעין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ב, ד"ה איברא כי לא (ואילך, עמ' 15-18 במהדורת מכון הכתב). וראה להלן, הערה 642.

עוד הדגמות לדין זה, ראה: שו"ת משאת משה (ישראל), חלק שני, חו"מ, חלק א, סימן לא וסימן לב (בעניין מי שנטל אחריות ביטוחית על הובלת סחורה בים והסחורה אבדה כתוצאה מאירוע בלתי שכיח); שו"ת ויוסף אברהם (דיין), סימן לו (בעניין שותף שנטל אחריות כלפי שותפו על חובות בגין סחורות השותפות שהוא מוכר באשראי וכל החייבים פשטו את הרגל כתוצאה משרפה שאינה מצויה).

וראה חשוקי חמד, ברכות כב ע"ב (בעניין "הקבלן חשב שיוכל להכניס חמרי בניה ברכב אך השכן התנגד"). הוא מבקש להסיק מסוגיית גיטין שאם אין זה שכיח שהשכן יסרב לאפשר הובלה דרך חצרו, הקבלן זכאי לעשות את העבודה ולאחר מעשה לדרוש תוספת שכר. אולם יש להעיר שאין הנדון דומה לראיה כלל, שכן הבדל גדול יש בין מתן פטור לפועל ובין הטלת חיוב על המעסיק! לכל היותר ניתן היה להסיק מסוגיית גיטין שהקבלן רשאי לבטל את החוזה לפני מעשה אם יסרב המזמין לתת לו תוספת שכר.

נראה שכך נוקט גם הרא"ש בעניין המרת דתה של אחות המשודכת⁶¹⁶, כשבתחילת תשובתו הוא מביא את סוגיית גיטין ומבסס עליה את הפטור של החתן מן הקנס שהתחייב לשלם באם לא יקיים את השידוך: "יש לנו לומר, **דבאונס שאינו רגיל** כזה - גזרה בבנות ישראל [כלומר השתמדות אחות המשודכת], והוא פגם משפחה - **דאדעתא דהכי לא שעבד עצמו**"⁶¹⁷.

⁶¹⁶ שו"ת הרא"ש, כלל לד, סימן א. הובא לעיל, לעיל, הערה 520. וראה התשובה במלואה, להלן, נספח יא, עמ' פפפ.
⁶¹⁷ לעיל, הערה 520, ראינו, שבחלקה השני של התשובה, נימק הרא"ש את פטור המשודך מן הקנס המוסכם באומדנא דמוכח. שאלת היחס בין חלקה הראשון של תשובת הרא"ש (שבה הוא מפנה לסוגיית גיטין) ובין חלקה השני (שבה הוא מפנה למקורות תלמודיים אחרים בעניין כוחה של אומדנא), שנוי במחלוקת:
(א) יש הסבורים (כפי שנקטנו בפנים), שאומדנא היא יסוד הפטור גם בחלקה הראשון של התשובה, כפי שעולה מן העובדה שהרא"ש מטעים כבר שם: "**אנן סהדי** שאם היה יודע שדבר זה עתיד לעשות לא היה משדך בנו לבתו, **הוי כאלו התנה מעיקרא בשעת מעשה**". על פי גישה זו, מטרת הרא"ש בהבאת סוגיית גיטין היא רק להוכיח שאין להיצמד לנוסח הגורף של ההתחייבות, אלא אומדנא פרשנית עשויה לצמצם את הקנס כך שלא יחול על החתן אם יחזור בו מן השידוך מסיבה בלתי שכיחה כמו המרת דתה של אחות המשודכת. וראה כעין זה שו"ת באר משה (דנושבסקי), יורה דעה, סימן לו, ד"ה ולפענ"ד.

כעין זה ראה גם שו"ת תורת חיים (שבת), חלק ד (אבן העזר), סימן לג, ד"ה אמנם נראה (להלן: מהרח"ש): "תרתני בעינן, **שיהא מילתא דלא שכיח דלא אסיק אדעתיה, וגם אומדן דעת דמוכח טובא**" (הובא לעיל, הערה 558). אמנם, ראוי להעיר שדברי מהרח"ש אינם אמורים ישירות על תשובת הרא"ש, אלא הוא מגיע למסקנה זו כדי ליישב סתירה לכאורה בדברי מהר"י בן לב, שמחד גיסא, בעניין אישה שנשאת פתחה, **בהסתמך על הרא"ש**, פוטר את הבעל משבועתו לאשתו שלא לשאת אישה שנייה (ראה לעיל, הערה 553, אות ב), ומאידך גיסא, אינו פוטר אותו מן השבועה כאשר גיסתו נפלה לפניו לייבום, אף שמדובר באירוע בלתי שכיח (ראה שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן טז). לדעתו, סתירה זו באה על פתרונה אם מניחים שאירוע בלתי שכיח אינו תנאי מספיק (ולכן בעניין הייבום, הבעל אינו נפטר משבועתו, שכן אין אומדנא דמוכח שהיה מוותר על הנישואין אם היה עולה בדעתו הסיכון שגיסתו תיפול לפניו לייבום). וראה שו"ת חכם צבי, סימן מא, ד"ה ואני הצעיר, שמצדד בגישתו ואף מביא לה ראייה מן התלמוד (נדרים כז ע"א-ע"ב).

[את קביעתו שייבום אינו פוטר את הבעל משבועתו, מבסס מהר"י בן לב על סוגיית התלמוד (יבמות קיב ע"א), בעניין אישה שנדרה "נטולה אני מן היהודים", היינו שאסרה על עצמה יחסי אישות עם שום יהודי חוץ מבעלה, משם עולה שאף שלא העלתה בדעתה שתזדקק ליבם, בכל זאת הנדר שלה תקף גם ביחס אליו, ומשום כך מחייבים את היבם לחלוץ לה. מזה הוא מסיק: "הא קמן, דבנדון דידן **אפילו שנאמר שזה האיש ראובן לא עלה על דעתו - בשעה שנשבע שלא ישא אשה אחרת - שימות לו אח בלא בנים, מכל מקום השבועה חלה אף על היבמה**". והשווה להלן, סוף אות (ב)].

(ב) אחרים סבורים, שמטרת הרא"ש בחלקה הראשון של תשובתו היא להקדים נימוק פטור שיסודו בכלל **פרשני קטגורי**, אותו הוא למד מסוגיית גיטין, לפיו חוזה על תנאי אינו כולל אירועים בלתי שכיחים שלא עלו על דעתו של החייב (כשיטת התוספות שנדון בה בהרחבה להלן, ליד ציון הערה 619). ואילו בחלקה השני של התשובה, מעלה הרא"ש את נימוק האומדנא **כיסוד נוסף** לפטור את החתן מן הקנס שקיבל על עצמו. להבנה זו ראה שו"ת עדות ביהוסף (אלמושינו), חלק ב, סימן י, ד"ה והנה ראיתי למהרח"ש (לא ע"א). בהתאם לכך הוא דוחה את דברי מהרח"ש (לעיל, אות א), לפיהם "תרתני בעינן, שיהא מילתא דלא שכיח דלא אסיק אדעתיה, וגם אומדן דעת דמוכח טובא", כנגדו הוא טוען: "מאי איכפת לן אי ליכא אומדנא? **אפילו איכא אומדן דעת שיהא נשבע עליו** [אילו העלה אפשרות זו על דעתו], **אי לא אסיק אדעתיה סוף סוף הרי לא נשבע**, דנהי דהיה נשבע אבל מכל מקום **לא אסיק אדעתיה ולא נשבע עליו**".

אמנם, גם כאן ראוי להעיר, שדבריו אינם אמורים ישירות על הרא"ש, אבל כך הוא מפרש את שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן עד, וחלק ב, סימן כב (ראה לעיל, הערה 553, אות ב), המסתמך על תשובת הרא"ש. והסכים עמו ר' אפרים זלמן מרגליות (לעיל, הערה 600), אות כא. וכך נראה שנוקטים בהבנת הרא"ש: הרב משה יקותיאל, שו"ת רב דגן, חו"מ, סימן ו, ד"ה ומזה (קח ע"ג); הרב יצחק הלוי, שו"ת רב דגן, שם, סימן ז, ד"ה מ"מ וד"ה הרי (קיא ע"א);

אבל יש המפקפקים באומדנה פרשנית זו, ולדעתם, אדרבא, אם המתחייב לא נרתע מפני נטילת סיכון בגין "כל אונס שיוולד", סביר לפרש את התחייבותו ככוללת גם אונס שאינו שכיח כלל⁶¹⁸. לדידם יש למצוא אפוא את הגיונו של רבא ביסוד פרשני אחר, וכפי שנפרט להלן.

(ב) כלל פרשני קטגורי (גישת התוספות)

ואכן, יש הטוענים שהכלל הפרשני מכוחו פטר רבא את מי שנטל על עצמו אחריות בגין כל אונס שלא יבוא, אינו בשל **פרשנות סבירה** בהתאם לאומד דעת המתחייב, אלא בשל כלל אחר בפרשנות

שו"ת אבן שתייה (דון יחיאל), אבן העזר, סימן צג, ד"ה ומה שהקשה (וראה לעיל, הערה 609); שו"ת אמת מארץ (דויד), סימן לד (מו ע"ב).

[בניגוד למהרח"ש (לעיל, אות א)], לדעת הרב אלמושנינו, שם, ד"ה והן אמת (ל ע"ד), תשובת מהר"י בן לב (חלק א, סימן טז) בעניין תוקף השבועה של הבעל כלפי אשתו שלא לשאת אישה שנייה גם אם נופלת לפניו אשת אחיו לייבום, אותו הסיק מהר"י בן לב מסוגיית "נטולה אני מן היהודים", אינה עומדת בסתירה לתשובותיו האחרות, וזאת "משום שנדרה בפירוש לאסור עצמה על היבם, ומאי דאמרינן דלא אסיק אדעתא, היינו לומר דלא היתה מזידה... אבל היכא שבעיקר השבועה מצי למימר אדעתא דהכי לא נשבעתי **שעוקר השבועה מעיקרא** משום דלא אסיק אדעתיה, ואין בלשון שבועה כולל אותו דבר שאומר שלא נשבע, בודאי דלא חלה" (נודה שדבריו אינם נהירים כל צורכם וטעונים עוד תלמוד). עוד הוא מפנה לשו"ת מהר"ט, חלק א, סימן קיח, ד"ה ומעתה אנו, שדוחה את המסקנה שהסיק מהר"י בן לב מסוגיית "נטולה אני מן היהודים" (לדעת מהר"ט, כוונת הסוגיה אינה שמות הבעל בלא ילדים הוא אירוע שאינו עולה על הדעת, אלא **"שלא היתה עיקר כוונת נדרה לכך"**). וזו הסיבה שכופים את היבם לחלוץ לה ואין קונסים אותה על ידי השארת החליצה לטוב ליבו של היבם, מה שעלול היה להותירה עגונה לעולם). לביקורת נוספת על המסקנה שהסיק מהר"י בן לב מסוגיית יבמות, ראה: מחנה אפרים, הלכות שבועות, סימן ב, ד"ה תשובה ("דליכא לגבה שום צד אונס"); חקרי לב, יורה דעה, חלק ג, סימן פז, ד"ה והנה, עמ' קפה ("התם לא נצטונת") היא על היבום ליכא אומדנא, מה שאין כן בנדון דידן דאיכא אומדנא דלא עלה על דעתו לבטל מצות יבום"). ועוד ראה שו"ת שמחה לאי"ש (אלישר), אבן העזר, סימן טז, ד"ה ובאמת (נא ע"ד), שמעלה ביקורת אחרת המיוסדת על הבחנה בסיסית בין נדר ושבועה. לדעתו, מהר"י בן לב חזר בו מתשובה זו, כפי שעולה מתשובותיו המאוחרות יותר].

לבירור שיטת הרא"ש (אם נוקט כמו תוספות את שיטת הכלל הפרשני הקטגורי, או כמו הרמב"ם את שיטת האומדנה הפרשנית), ראה עוד להלן, הערה 627.

⁶¹⁸ ראה שו"ת רב דגן, חו"מ, סימן ז, ד"ה באופן (קי ע"ג): "על כרחך לאו מטעם אומדנא ואנן סהדי הוא דאתינן עליה, דאדרבא האומדנא מחייבתו במכל שכן, דהשתא באונס דשכיח נתחייב, באונס דלא שכיח לא כל שכן; ואדרבא אנן סהדי דאי הוה מסיק אדעתיה, היה מתחייב, לפי שהוא יותר רחוק שיארע אונס כזה ואינו חושש שיארע דבר כזה שאינו מצוי כלל. **ויותר מתחייב האדם באונס שלא שכיח ממה שמתחייב באונס דשכיח**".

כעין זה (בלא קשר לסוגיית גיטין) ראה גם שו"ת בית אפרים, אבן העזר, סימן סג, ד"ה ועוד ראיתי לברר (לב ע"ד): "ונקוט האי כללא בידך - דכל שהפטור מחמת אונס [מניעת קיום] אז אונס דלא שכיח עדיף דלא הוה ליה לאתנויי [ראה לעיל, ליד ציון הערה 94]; וכל שהפטור מחמת אומדנא אדעתא דהכי לא התחייב, אז כשאירע דבר דלא שכיח לא אמרינן הך אומדנא, אלא אמרינן **דהכניס עצמו על ספק זה כיון שרחוק הוא שיארע כן**". הוא מציין שרעיון זה העלה כבר לפנינו בעל ה'הפלאה', ראה להלן, הערה 627, אות ג (אבל ראה מה שהערנו על 'בית אפרים', להלן, הערה 678). וראה גם שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אבן העזר, סימן צט, אות ד. וכן ראה ב"ח, לעיל, הערה 560, אות ג. כסברה זו מצינו בעניין נדרים (ראה להלן, נספח ח, עמ' פפז) בדין "אין פותחין בנולד" (נדרים סד ע"א), שכלל שהאירוע נדיר יותר, יש להניח שהנדר היה נכון ליטול את הסיכון, ואולי לא היה נמנע מלנדור בשל סיכון רחוק זה. כך מעיר שו"ת רב דגן, חו"מ, סימן ז, ד"ה וכמו (קי ע"ד).

סברה מעין זו מעלה גם שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן טו: "בישכיח ולא שכיח" יש לומר שפיר שהיה מכניס עצמו לספק כזה אפילו היה מתנה עליו, כי אומר בלבו 'רחוק הדבר שיבא', ומכל שכן בלא שכיח כלל!". אבל הוא חוזר בו: "ודאי אין אדם מכניס עצמו בספק כזה ואמרינן לא גמר והתחייב להפסיד כשיארע לו אונס המעכב הקיום, והא דלא התנה, משום דרחוק היה בעיניו שיבא לידי כך, לכך לא חש להתנות". אלא אם כן קיבל תוספת תשלום תמורה הסיכון שנטל על עצמו, וכפי שנביא בשמו להלן, ליד ציון הערה 681.

חוזים **תלויי נסיבות**, לפיו אין לכלול בהם תרחישים נדירים (אונס שאינו שכיח) שחזקה שלא על לב המתחייב בשעת ההתחייבות. כך נוקטים התוספות.⁶¹⁹

לדרך זו, בפנינו **עיקרון קטגורי** בפרשנות חוזים, ולפיו חוזה תלוי נסיבות **אינו יכול** לכלול אירועים שלא עלו על דעתו של החייב בשעת כריתת החוזה, שכן יסוד החיוב הוא הרצון וההסכמה להתחייב, **ובהעדר מודעות - רצון והסכמה מניין!!** לפי זה מדובר בעיקרון פרשני שעשוי לפעול גם כנגד **רצון החייב** ולא רק לטובתו. לאמור, אף אם ברור שאילו נתן החייב דעתו לנסיבות הבלתי מצויות שאירעו, הוא היה מעוניין בקיום החוזה, גם אז אין להרחיב את החוזה מעבר למה שהצדדים נתנו עליו את דעתם בשעת ההתקשרות.⁶²⁰

(ג) יישום המחלוקת בגט על תנאי

כגישת התוספות מוכח לכאורה מההיקש שמבקש התלמוד לעשות בין ההתחייבויות על תנאי שדן בהן רבא ("כל אונסא דמתיליד"), ובין פעולה משפטית מותנית מסוג אחר לגמרי – גירושין על תנאי; אדם נתן גט לאשתו והתנה את תוקפו "אם מתי מחולי זה" או "אם לא אעמוד מחולי זה",⁶²¹ ולבסוף מת הבעל מסיבה אחרת לגמרי שלא עלתה על דעתו בשעת ההתניה, כגון שנפל עליו הבית, הכישו נחש או אכלו ארי. ברור הדבר, שאילו נשאל הבעל מראש, וודאי היה מעוניין לשחרר את אשתו מזיקת ייבום גם בכגון אלה, שהרי בדיוק בשל החשש ממותו נתן לה את הגט

⁶¹⁹ תוספות, כתובות ב ע"ב, ד"ה דלמא מת: "דבאונס דלא שכיח כלל לא אסיק אדעתיה שירצה שיהא גט". כך מפרשים את גישת התוספות: חידושי רבי עקיבא איגר, גיטין עג ע"א, ד"ה שכ"מ שניתק מחולי לחולי; שו"ת מצפה אריה (ברודא), סימן יא (הוא מטעים שאונס מבטל את תוקף הפעולה המשפטית מדין תורה, ראה לעיל, הערה 88, אות א, אלא אם כן יש אומדנה שעושה הפעולה התכוון לתת לה תוקף על אף האונס, מה שאינו יכול להתקיים באונס בלתי שכיח מאחר שלא עלה על דעתו); חידושי רבי שלמה (היימן), גיטין, סימן יא, ד"ה והנראה; אבי עזרי, הלכות גירושין, פרק ט, הלכות יז-יח; שיעורי ר' דוד (פוברסקי), כתובות ב ע"ב, אות קב.

⁶²⁰ ראה חידושי הגרנ"ט השלם, ירושלים תשמ"ט, סימן כ, ד"ה ועפ"י. הוא מטעים שגישה זו מובנת היטב אם מניחים שככלל מהותו של תנאי הוא "תנאי קיום" (בלשון המשפטים "תנאי מתלה") ולא "תנאי ביטול" (בלשון המשפטים "תנאי מפסיק"), וממילא מובן שאין תחולה לתוצאה המשפטית אם התקיים התנאי כתוצאה מאירוע שלא חשב עליו פוזיטיבית: "דכיון שקיומו של התנאי הוא קיום המעשה, אם כן על כרחך הכל צריך להיות כלול במחשבתו, ואם לא אסיק אדעתיה אם כן היינו דדבר זה לא כיוון שיהא קיום למעשה... שהרי לא כללו במחשבתו". אבל השווה תורת גיטין (להלן, הערה 635).

⁶²¹ לכאורה התלמוד אינו מבחין בין אמר "אם מתי מחולי זה" או אמר "אם לא אעמוד מחולי זה". והשווה תוספתא, גיטין ה, ב: "זה גיטין מהיום אם מתי מחולי זה, נפל עליו בית ונשכו נחש, אינו גט - שלא מת מאותו חולי. אם לא עמדתי מחולי זה, נפל עליו בית ונשכו נחש, הרי זה גט - שלא עמד מאותו חולי". וכן נוקט גם התלמוד הירושלמי, גיטין, פרק ז, הלכה ד, כפי שמציין תוספות, גיטין עג ע"א, ד"ה מאי שנא, ומעיר: "אבל גמרא שלנו אינו סובר חילוק זה אלא בכולם [בין אמר "אם מתי" ובין אמר "אם לא אעמוד"] משמע ליה שימות מתוך חולי זה" (לכאורה כך נוקט גם רש"י, ד"ה שלחו מתם [אכלו ארי - אין לנן]: "על ידי מעשה שאירע באחד שאמר אם לא אעמוד מחולי זה ואכלו ארי ושלחו הדבר לארץ ישראל והשיבו אין לנו שיהא גט, דאונסא דלא שכיח לא אסיק אדעתיה", אבל ראה פני יהושע, להלן, הערה 630). וראה רא"ש, גיטין, פרק ו, סימן ד, שגם הוא עומד על המחלוקת בעניין זה בין הבבלי לירושלמי. וראה להלן, הערה 630.

המותנה⁶²², ובכל זאת רבא קובע גם כאן, שמאחר שאירועים אלה היו בלתי צפויים, הבעל לא נתן עליהם את דעתו, ועל כן אין תוקף לגט. מוכח אפוא שהכלל שמכוחו בטל הגט הוא **כלל קטגורי** בפרשנות חוזים אשר אינו תלוי באומד דעתו של המתקשר⁶²³, שאם לא כן, היה רבא מכשיר את הגט.

בהתאם לגישתם, מחילים התוספות כלל זה גם בסוגיית כתובות, שם דן התלמוד בגט מותנה שניתן באופן שבו אין ספק מצד ניסוח התנאי שכוונתו של הבעל על כל מיתה שהיא (הנותן גט לאשתו מעכשיו)⁶²⁴ על תנאי "אם לא באתי מכאן ועד י"ב חודש", ובכל זאת, לדעתם, אם מת כתוצאה מאירוע בלתי מצוי לגמרי, כגון שנפל עליו בית או הכישו נחש או אכלו ארי, אין תוקף לגט, מאחר שאירוע מעין זה לא היה בתודעתו בשעת מתן הגט ולא נכלל אפוא בתנאי תחולתו⁶²⁵. וכך פוסק השולחן ערוך⁶²⁶ בעניין בעל שנתן גט לאשתו על תנאי אם לא יבוא תוך שלושים יום: "...אבל אונס דלא שכיח כלל, כגון אכלו ארי או הכישו נחש או נפל הבית עליו, לא אסיק אדעתיה להתנות עליו, ומבטל הגט והיא זקוקה ליבם"⁶²⁷.

⁶²² בדומה למה שמפורש בברייתא המובאת בכתובות ב ע"ב: "הרי זה גיטך... מעכשיו אם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש, ומת בתוך שנים עשר חדש - הרי זה גט". ומסביר התלמוד שתוקפו של גט זה, על אף שהתנאי התקיים באונס, מובן משום "דלא ניחא ליה דתפול קמי יבם". וכפי שאנו מטעימים להלן בסמוך.

⁶²³ כך הוא אף שכלל רבא נוקט ש"יאוש שלא מדעת - הוי יאוש" (ראה בבא מציעא כא ע"ב). ראה חידושי רבי שמעון יהודא הכהן (שקאפ), כתובות, סימן א, ד"ה והנה לפמש"כ: "דאף לרבא דסובר יאוש שלא מדעת מהני, זהו רק היכא דסגי' בנחותא גרידא, אבל בדבר שהמחשבה פועלת לא מהני אף לרבא אם לא חשב על עניין זה בפועל". והשווה דעת הרמב"ם, להלן, הערה 631. על "יאוש שלא מדעת" ראה: **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך כא, ערך יאוש שלא מדעת; מתיבתא, בבא מציעא, אוצר עיונים, מערכת כא; מ' ויגודה, חוק לישראל, **השבת אבדה**, ירושלים תשנ"ב, עמ' 77-78.

⁶²⁴ הצורך בתחולת הגט "מעכשיו" היא משום הכלל שאין גט לאחר מיתה, ראה כתובות ב ע"ב.

⁶²⁵ לדעת התוספות, התקנה לפיה "אין אונס בגיטין" אינה אמורה באונס שאינו שכיח כלל. ראה לעיל, הערה 101. ואף שהבעל נתן את דעתו לאפשרות שימות, מאחר שלא נתן דעתו לאפשרות שימות **מסיבה זו**, הרי מיתה משונה זו אינה כלולה בתנאי תחולת הגט. מסקנה זו העולה מן הסוגיה סותרת לכאורה את מה שפסק ר' יוסף מטראני, שו"ת מהרי"ט, חלק ב, אבן העזר, סימן יב, בעניין בעל שנתן גט על תנאי אם לא יופיע בבית הכנסת בחג השבועות. הוא נאסר על ידי השלטונות בשל עיסוקו בהימורים אסורים, והגעתו לבית הכנסת במועד נמנעה בעל כורחו. מהרי"ט פוסק, שמאחר שהמאסר היה צפוי (בשל התנהגותו העבריינית של הבעל) הגט תקף אף שלמעשה נגרם המאסר בשל סיבה בלתי שכיחה (הלשנת האשה), וזאת משום "שאין להשוות **סבת האונס** לאונס עצמו", וכל שהאונס שכיח ולא התנה עליו, אינו עילת פטור אף אם נגרם בשל סיבה בלתי שכיחה. כאמור, קביעה זו נסותרת לכאורה מסוגיית גיטין ממנה עולה שאף שמיטה אינה דבר בלתי מצוי, אין זה כולל מיתה הנגרמת בשל סיבה בלתי שכיחה. מהרי"ט דוחה את ההשוואה וטוען "דשאני התם **דמיטה עצמה ומיתה משונה תרי מילי ניהו**". והסכים עמו בעל שו"ת רב דגן (להלן, הערה 673), ד"ה ועוד אני אומר (קטו ע"ב). אבל הבחנה זו צריכה ביאור. ואכן לביקורת על הבחנה זו של מהרי"ט ראה: שו"ת משאת משה (ישראל), חלק ראשון, אבן העזר, חלק א, סימן יג, מד"ה האמנם אעיקרא עד ד"ה לאיי הא; שו"ת תשובה שלמה (אפשטיין), חלק ב, אבן העזר, סימן לב. לדיון בדברי מהרי"ט ראה עוד: שו"ת אגודת אזוב (מרגליות), מהדורת תשס"ט, אבן העזר, סימן לב (ב), אות יז ואילך; ושם, סימן לה, אות מד; ישועות ישראל (טרונק), עין משפט, סימן נה, ס"ק ב.

⁶²⁶ שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמד, סעיף א.

⁶²⁷ א. לכאורה כך נוקט גם שו"ת הרא"ש, כלל נד, סימן א (מובא בתרומת הדשן, כתבים ופסקים, סימן רסז, ונפסק בשם "יש אומרים" ברמ"א, אבן העזר, סימן קיח, סעיף יט). דבריו מוסבים על שיטת רבנו תם (שראינו לעיל, ליד ציון

הערה 518) לפיה מי שטרם שילם נדוניה שהתחייב לבתו ולחתנו ומתה בתו, פטור מחיובו משום שיש אומדנה שלא התכוון לתת את הנדוניה לחתנו אלא אם תיהנה ממנה גם בתו. הרא"ש מסייג הלכה זו ומחדש חידוש תמוה לכאורה, לפיו הפטור אמור רק באונס שאינו חריג ביותר, אותו העלה האב על דעתו, אבל אם אירע אונס שאינו שכיח כלל, כגון שמתה הבת מוות לא טבעי (או שהשתמדה, כך מרחיב תרומת הדשן, שם), אין הוא פטור מתשלום הנדוניה, משום שלא העלה אפשרות זו על דעתו ("אבל בנדון זה לא עלה על דעת חמיו גזרות הללו")! 'תרומת הדשן' מציין את סוגיתנו כמקור לחידושו של הרא"ש, כלומר לדעתו יסוד ההלכה בדיני פרשנות חוזים. ומכאן כאמור, שגם לפי הרא"ש, בפנינו **כלל קטגורי** בפרשנות חוזים ולא רק אומדנה פרשנית; ואף שוודאי האב היה רוצה להיפטור מתשלום הנדוניה גם אם מתה בתו בנסיבות בלתי שכיחות (וגם אם השתמדה יש להניח שלא היה מעוניין לתת את הנדוניה), אין לפטור אותו, משום שנסיבות אלה לא עלו על דעתו כלל. וראה שו"ת אגודת אזור (מרגליות), מהדורת תשס"ט, אבן העזר, סימן לה, אות מד, ד"ה משא"כ בנדון הרא"ש, שכך הבין את תשובת הרא"ש: "אין מקום לפוטרו מטעם [כלומר, בטענה] דלא אסיק אדעתיה מאונס זה, כיון שכבר הוא מחוייב ועומד... ונשאר בחיובו כמקדם באין אונס, דהא לא אסיק אדעתיה לפטור עצמו מחיובו באונס זה" (דבריו תואמים את דברי הגר"ט, לעיל, הערה 620, שהטעים אף הוא את ההבחנה בין "תנאי קיום" ל"תנאי ביטול").

ב. ועדיין צריך עיון מדוע לא לפטור את אבי הכלה מכוח אומדנה? לדעת הרב ברוך בער ליבוביץ, ההסבר לכך הוא שאין לפטור את האב מטעם **אומדנה** משום שכעיקרון **אין אומדנה אלא באונס שיכול היה החייב להעלות על דעתו**, שכן אין אפשרות ליחס לו כוונה פוזיטיבית שלא להתחייב על דבר שכלל לא עלה על דעתו ("אונס דלא שכיח כלל שאינו עולה על דעתו דיכול להתרחש, בזה לא שייך להגיד שמקודם לא גמר בדעתו להקנות באופן כזה"). ראה הרב ברוך בער ליבוביץ, "בגדר פטור אונס", **אהל אברהם** (בעריכת הרב הלל מן), ירושלים תשס"א, עמ' תיח, בעמ' טיט, ד"ה גם יהי, וד"ה וכן. הסברו תואם את תפיסת הפוסקים שראינו לעיל, הערה 559.

אבל השווה שער משפט, סימן כא, אות א. הוא לא מקבל את התפיסה לפיה דין אומדנה אמור רק בדבר שהחייב העלה אותו על דעתו (ראה לעיל, הערה 558, שלהפך, באונס שכיח אין פטור, משום שעליו היה להתנות), ועל כן הוא תמה על הלכה זו: "דהא האב לא נתחייב בהנדוניה אלא על מנת שתהנה בתו ממנה, ואם כן אף שאירע לה אונס דלא אסיק אדעתיה כלל, מכל מקום הוא לא נתחייב אלא באופן שתהנה בתו ממנו... **דבר זה הוא מוקצה מן הדעת לחלק בין אונס דשכיח קצת לאונס דלא שכיח כלל דמחייב את עצמו על תנאי**". לשון אחר, אף אם נוקטים כלל קטגורי בפרשנות החוזה, סביר לומר, בעקבות התלמוד, שכלל זה עשוי **להגביל התחייבויות**, שרק דברים שהחייב העלה אותם על דעתו התחייב בהם, אבל אין זה סביר להחיל את הכלל על פטור! אם התכוון האב לפטור עצמו אם לא תהנה בתו, מדוע נשלול ממנו את הפטור בנסיבות שלא העלה על דעתו שבתו לא תהנה בהן?! והוא נשאר בצריך עיון.

ג. ואולם מסקנה זו בדעת הרא"ש, לפיה גם הוא נוקט את כלל הפרשנות הקטגורית, אינה הכרחית, כפי שעולה מן ההצעות הבאות בהבנת דבריו (שיש בהן גם ליישב את תמיהתו של 'שער משפט'):

(1) פוסקים אחדים מסבירים את הלכת רבנו תם לא כתנאי מכללא בהתחייבות האב, אלא **כוותור מכללא של החתן**. כלומר, אף שעם הנישואין החתן זכאי לתשלום הנדוניה, הוא נחשב כמי שהתחייב לוותר על זכותו, אם תמות אשתו ולא תוכל ליהנות גם היא מן הנדוניה. נמצא לפי זה, שחידושו של הרא"ש מקביל ממש לסוגיית גיטין, וממנה למד שהתחייבות זו של החתן **לוותר** על הנדוניה אינה כוללת אלא אירועים שכיחים העשויים למנוע מאשתו הנאה מן הנדוניה, ולא אירועים בלתי שכיחים שלא עלו על דעתו של החתן, וממילא לא התכוון לוותר על זכותו באם יתרחשו. ומאחר שאין כאן התנגשות בין פרשנות החוזה ובין אומד דעתו של החתן, אין להוכיח מכאן שהרא"ש נוקט את כלל הפרשנות הקטגורית. כך הסבירו את חידושו של הרא"ש: שו"ת אבן שתיא (דון יחיא), אבן העזר, סימן צג, ד"ה והנה (קיט ע"ב); שו"ת מנחת יצחק, חלק א, סימן טו, אות י. כעין זה ראה לעיל, ליד ציון הערה 221.

(2) הסבר אחר לדינו של הרא"ש, **המיוסד על דיני אומדנה**, מעלה הפלאה, קונטרס אחרון, סימן קיח, ס"ק יג, ד"ה מ"מ, ולפיו מאחר שמדובר באונס שאינו שכיח כלל, **אין אומדנה דמוכח שהאבא היה מעדיף לוותר על השידוך בשל חשש רחוק זה** ("אם היו אומרים לאב שיכניס את עצמו בספק שמא תיהרג, מסתמא היה מכניס עצמו כיון דלא שכיח **ולכא אומדנא**"). והסכים עמו שו"ת בית אפרים, כפי שכבר הערנו, לעיל, הערה 618. והשווה בית יעקב (מליסא), סוף סימן קיח, שבסיום דבריו מעלה אותו נימוק: "ואפילו אי אסיק אדעתיה **ליכא אומדנא על כך**", אבל לפני כן הוא כותב (ברוך גישתו של הרב ברוך בער ליבוביץ): "אבל להתנות בנהרגה במילתא דלא שכיח **ודאי לא אסיק אדעתיה להתנות כלל**". ודבריו צריכים אפוא עיון.

ברם, כפי שראינו לעיל, לא כך דעת הרמב"ם. בהתאם לגישתו, שהנימוק העומד מאחורי פסקיו של רבא אינו כלל פרשני קטגורי אלא אומדנה פרשנית, מתבקשת מאלה המסקנה שכשאומדן הדעת מורה שלמתחייב היה ענין לכלול בהתנית ההתחייבות (או הפעולה המשפטית) גם תרחישים שלא עלו בתודעתו, אין לכך מניעה.

ועל פי זה יש להבין את דבריו בעניין גט על תנאי; אמנם הוא פוסק⁶²⁸: "הרי זה גטיך מהיום אם מתי מחולי זה, ונפל עליו בית או נשכו נחש או טרפו ארי וכיוצא בזה, ומת - אינו גט". אבל אין זה בשל כלל פרשני קטגורי (כפי שנקטו התוספות), אלא משום שהבעל הביע את רצונו במפורש, משום מה, להתנות את תוקף הגט **במותו כתוצאה ממחלתו דווקא**, ולא כתוצאה מגורם אחר (שאם לא כן, מדוע ציין הבעל "מחולי זה"). ואכן, כך ניתן להסיק מפסקו הנוסף של הרמב"ם⁶²⁹: "אמר לה אם לא יעמוד מחולי זה, ונפל עליו בית או נשכו נחש או טרפו ארי - הרי זו ספק מגורשת". יסוד הספק טמון בניסוח התנאי ("אם לא יעמוד מחולי זה"), המעורר את השאלה האם כוונתו הייתה לקשור בין מותו לבין מחלתו, אם לאו⁶³⁰. ומכאן, שאם אמר בסתם "הרי זה גיטך אם מתי", או "הרי זה גיטך אם לא באתי", ונפל עליו הבית, אכלו ארי או הכישו נחש, לדעת הרמב"ם **הגט תקף**, אף שלא העלה אירועים בלתי מצויים אלה על דעתו!⁶³¹ כאמור, פסיקה זו של

(3) וראה עוד שו"ת שרידי אש (ירושלים תשנ"ט), חלק א, סימן צ, אות נד. גם הוא נוקט שהלכת הרא"ש **מיוסדת על דיני אומדנה**. הוא מסביר, שאף אם האב היה מעלה בדעתו אפשרות שבתו תמות מיתה משונה או תשתמד, **הוא לא היה רוצה להתנות על כך**, וזאת הן משום "שהאב מפחד להוציא בשפתיו שיארע חס ושלום אסון גדול כזה לבתו", והן משום שאף אם היה עושה כן "אז היה החתן מפחד מלהשתדך עמו". אבל השווה עיטור (לעיל, הערה 518).
לבירור שיטת הרא"ש (אם הוא נוקט כמו תוספות את שיטת הכלל הפרשני הקטגורי, או כמו הרמב"ם את שיטת האומדנה הפרשנית), ראה עוד לעיל, הערה 617.

⁶²⁸ רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה יז.

⁶²⁹ שם, הלכה יח.

⁶³⁰ ראה: ר"ן, גיטין לה ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה אונסא דלא שכיח הוא (בסופו); מגיד משנה, שם; מחנה אפרים, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה יח. אמנם ראה רא"ש, גיטין, פרק ו, סימן ד, לפיו, לכאורה, מקור הספק של הרמב"ם במחלוקת בבלי וירושלמי (לעיל, הערה 621). אבל ראה קרבן נתנאל, שם, אות ע, לדעתו כוונת הרא"ש (כמו שפירש 'מגיד משנה' בדעת הרמב"ם), שהבבלי עצמו מסתפק (בשונה מן הירושלמי) כיצד לפרש את כוונת הבעל המגרש כאשר אמר "אם לא אעמוד מחולי זה" (וזו כוונת "אכלו ארי - אין לנו", כלומר אין לבבלי פירוש חד-משמעי לביטוי "אם לא אעמוד מחולי זה"). וראה תוספתא כפשוטה, גיטין, עמ' 866, הפירוש לשורות 6-9.

והשווה פני יהושע, כתובות ב ע"ב (קונטרס אחרון), ד"ה גמרא אמר רבא (לדעתו הספק הוא שאף לולי "אכלו ארי", אולי המגרש היה מת ממחלתו. ראה להלן, ליד ציון הערה 750. ולדעתו כך יש לפרש את כוונת רש"י, לעיל, הערה 621, שכתב "אין לנו שיהא גט", ולא כתב "אינו גט"). וכעין זה ראה גם חידושי הגר"ח (סטנסיל), סימן קסה (בענין גט על תנאי), ד"ה והנה.

⁶³¹ יש להעיר, שאין כאן בעיית "יאוש שלא מדעת" (שבה נחלקו אב"י ורבא, בבא מציעא כא ע"ב, ראה לעיל, הערה 623), מאחר שגם אירועים נדירים אלה כלולים במשמעות לשונו של הבעל אף שלא חשב עליהם פוזיטיבית, ועל כן הגט תקף אפילו לשיטת אב"י (והשווה דעת התוספות, לעיל, הערה 623).

נעיר שגם לולי כן, דין "יאוש שלא מדעת" (שנפסק שאינו יאוש - כשיטת אב"י) אינו מהווה בעיה בענייננו למי שנוקט שבאומדנה **ברורה** מודה אב"י ש"יאוש שלא מדעת" - הוי יאוש, שכן בענייננו וודאי קיימת אומדנה ברורה שהבעל רוצה בקיום הגט. לסייג זה בשיטת אב"י ראה: נחלת דוד, בבא מציעא כב ע"א, ד"ה שוב ראיתי בדברי הריטב"א;

הרמב"ם עולה בקנה אחד עם הכלל שהסיק מפסקיו של רבא. ומדבריו עולה אפוא שסוגיית גיטין בנויה כולה על הכלל הפרשני לפיו חוזה מתפרש על פי אומד דעתו של המתחייב ואין לפרשו פרשנות דווקנית. על פי אמת מידה זו, התחייבות חוזית עשויה אפוא לכלול גם אירועים בלתי מצויים, ובלבד שניתן לשער שזה היה רצונו של החייב לו מציאות זו עמדה לנגד עיניו (ובלבד גם, כמובן, שניתן לכלול אירועים אלה במשמעות לשון התחייבות)⁶³².

לאור מחלוקת יסודית זו בין הרמב"ם לתוספות, יש לתמוה לכאורה על השולחן ערוך, שמחד גיסא פוסק⁶³³ כמו התוספות, כפי שראינו בעניין הנותן גט לאשתו על תנאי "אם לא אבא בתוך שלשים יום" ("אבל אונס דלא שכיח כלל, כגון אכלו ארי או הכישו נחש או נפל הבית עליו, לא אסיק אדעתיה להתנות עליו, ומבטל הגט והיא זקוקה ליבם"). ומאידך גיסא, הוא פוסק⁶³⁴ כמו הרמב"ם ("הרי זה גיטך מהיום... אם לא יעמוד מחולי זה, ונפל עליו בית או נשכו נחש או טרפו ארי, הרי זה ספק מגורשת"). על סתירה זו הצביעו האחרונים ונשארו ב"צריך עיון"⁶³⁵.

חידושי ר' מאיר שמחה, בבא מציעא כו ע"א, ד"ה ויאוש דמועיל; קהלות יעקב (קנייבסקי), בבא מציעא (בני ברק תשמ"ח), סימן כו, אות ב.

[אמנם יש שאינם מקבלים סייג זה. ואף שגם הם מסייגים את שיטת אבין, הסייג שלהם לא יועיל לענייננו. לגישתם, "יאוש שלא מדעת" אינו מועיל לפי אבין רק להעברת בעלות, אבל אבין מודה שהוא מועיל במקום שדי באי-הקפדה (בהתאם לכך, לדודס, רשאי אדם לאכול דבר מה של זולתו בלא ידיעתו אם ברור לו שהלה יסכים לכך בדיעבד ואין בזה משום גזל, ורק אי-אפשר מתוך הנחה זו לרכוש בעלות בנכס הזולת, ולקדש בו אישה, לדוגמה). ראה: ש"ד, חו"מ, סימן שנח, ס"ק א (החולק בעניין זה על תוספות, בבא מציעא כו ע"א, ד"ה מר זוטרא). מובא בהסכמה בשו"ת עונג יום טוב, סימן לא, ד"ה ועוד לפי מש"כ. וראה בהרחבה הרב אבא מרדכי ברמן, "בביאור סברת הש"ך ביאוש שלא מדעת", קול התורה ס (תשס"ו), עמ' קו. ועוד ראה שו"ת ישיב יצחק, חלק כה, סימן צח, עמ' תטו ואילך (בעניין נטילת איבר מפסול דין להצלת חיי קרובו). כאמור, סייג זה אינו מועיל לענייננו שכן דין גט כדן העברת בעלות. עם זאת, נראה שגם לפי פוסקים אלה אם אמר הבעל "הרי זה גיטך אם מתי", יש תוקף לגט גם אם "אכלו ארי", מאחר שכאמור גם אירוע זה כלול במשמעות לשונו של הבעל אף שלא חשב עליו פוזיטיבית, ולשיטת הרמב"ם די בכך להכשיר את הגט. והשווה רבי שמעון שקאפ, לעיל, הערה 623].

⁶³² לדברינו כאן השווה הרב ברוך בער ליבוביץ (לעיל, הערה 627, אות ב), ד"ה והרמב"ם. ולא זכיתי להבין את דבריו.

⁶³³ שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמד, סעיף א.

⁶³⁴ שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמה, סעיף ו.

⁶³⁵ ראה: בית שמואל, אבן העזר, סימן קמה, ס"ק י; מחנה אפרים, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה יח.

והשווה תורת גיטין, סימן קמה, ס"ק ו. לדבריו, תוספות מסכימים שאם יש אומדנא ברורה והלשון סובלת זאת ("אם לא באתי") הגט תקף גם אם הבעל מת כתוצאה מאירוע בלתי שכיח לגמרי. לדעתו, מה שפסק שולחן ערוך בהתנה את הגט ב"אם לא אבוא" ואכלו ארי או הכישו נחש, שאינו גט, הוא רק כשאין אומדנא דמוכח שהוא מעוניין בדבר (לדעתו, הנחת התלמוד בכתובות "דלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם", נדחית למסקנה, לאחר שנקבע שיסוד תוקף הגט הוא בתקנה "משום צנועות ופרוצות" (ראה לעיל, הערה 101), שכן אפשר שהבעל אינו חושש מכך שאשתו תיפול לפני יבם, וכונתו כשנתן לה גט על תנאי הייתה רק כדי שלא תתעגן בעודו בחיים). מדבריו עולה אפוא, שתוספות מודים לרמב"ם, שהחרגת אונס בלתי שכיח מן החוזה היא רק אומדנא פרשנית.

לדרכים אחרות בישוב פסקי השולחן ערוך, ראה: פני יהושע (לעיל, הערה 630); אבן האזל, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה יג, ד"ה ועכשיו שפיר [לדברים דומים של הרב מלצר בשינויי עריכה, ראה: אהל אברהם (בעריכת הרב הלל מן), ירושלים תשס"א, עמ' תצד-תצו; תורת ראשי הישיבות, נדרים כז ע"א, עמ' תריב-תרטז]; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), כתובות, סימן א, ד"ה ועפ"ז יש מקום; מנחת אברהם, חלק ד, סימן יב, אות א.

ממה שראינו עד כה עולה, שחווה תלוי נסיבות מתפרש כך שהוא כולל אירועים מצויים, ולא אירועים בלתי מצויים (לרמב"ם מכוח אומדנה פרשנית, ואילו לתוספות מכוח כלל פרשני קטגורי). ונשאלת השאלה, מה דינם של אירועים העומדים בתווך בין שני קצוות אלה, "שכיח ואינו שכיח", בלשון הראשונים?⁶³⁶

בשאלה זו יש לדון הן לגישת התוספות והן לגישת הרמב"ם.

לגישת התוספות, לפיה כלל פרשני קטגורי הוא שהתחייבות תלויה נסיבות אינה כוללת אירועים בלתי שכיחים שלא עלו על סף תודעתו של המתחייב, יש מקום לכאורה להבחין בין אונס שאינו שכיח כלל (עליו מדובר בסוגיית גיטין), לבין אונס "שכיח ואינו שכיח" (הנדון בסוגיית כתובות), שאין לומר שלא עלה על סף תודעתו של המתחייב⁶³⁷. אם כי יש לציין שמסקנה זו בדברי התוספות, שלא אמרו דברים מפורשים בעניין זה, אינה נקייה מספקות⁶³⁸.

לגישת הרמב"ם, ולפיה ההחרגה של אונס שאינו שכיח היא מכוח אומדנה פרשנית, אפשר שגבולות החווה לא נקבעים לפי מה שניתן תיאורטית לצפות, אלא לפי מה שמקובל לצפות, ומקובל לצפות אירועים מצויים ולא אירועים החורגים מן המצוי.

בשונה מן התוספות, הרמב"ם⁶³⁹ הביע דעתו בעניין. דא עקא, שהוא כתב דברים סותרים לכאורה, ועל כן גם עמדתו אינה נהירה, ונחלקו בה הפוסקים. מחד גיסא, כשהוא מתאר את המאורע עליו קבע רבא את דבריו⁶⁴⁰, הוא מציין שהאירוע הפוטר היה דבר חריג ביותר ("דבר זה הפלא"), ומכאן לכאורה, שבחווה על תנאי אין עילת פטור מכוח פרשנות החווה ב"אונס שכיח ואינו שכיח". ומאידך גיסא, כשהוא בא לנסח עיקרון כללי, דומה שהוא מרחיב יותר, וכולל בפטור גם

⁶³⁶ לעיל, ליד ציון הערה 101, ראינו שטענת הפטור מכוח "אונס" (מניעת הקיום) כוללת גם אירועים אלה, אבל שם הסיבה לכך מובנת והיא שסוף סוף "אונס רחמנא פטריה", ורק לגבי אונס שכיח נשלל הפטור מתשלום פיצויים בגין ההפרה בשל הטענה ש"היה לו להתנות". והוא הדין, לרוב המכריע של הפוסקים, גם בפטור מכוח "תנאי מכללא", כפי שראינו לעיל, פרק ג.3 (3), עמ' פפ. לעומת זאת, אולי שונה הדין לעניין **קביעת גבולות החווה** (הנדון כאן), שכן אפשר שגבולות החווה מתפרסים על כל אשר **ניתן לצפות**, לרבות אירועים שהם בגדר "שכיח ואינו שכיח".

⁶³⁷ ואכן כך עולה מ"תרומת הדשן" (לעיל, הערה 627, אות א), בהבנת הרא"ש. וראה גם מהר"ם שיף, כתובות ב ע"א, ד"ה בתד"ה דלמא מת, ממנו עולה שלפי תוספות, יסוד ביטול הגט בסוגיית כתובות אינו פרשנות החווה אלא **אומדנה**. כלומר, אף שהבעל העלה בדעתו "אונס שכיח ואינו שכיח", הוא נחשב כאילו התנה שהגט ייכנס לתוקפו רק אם לא יבוא מרצונו, ואין לבוא אליו בטענות מדוע לא התנה זאת במפורש, משום שלא חשב שכך יקרה (ורק באונס שכיח נטען שעליו היה להתנות). וראה לעיל, הערה 600.

⁶³⁸ היא אינה נקייה מספקות משום שהיא תלויה בהבנת השקלא וטריא בסוגיית כתובות אליבא דתוספות. דיון למדני זה מורכב והוא חורג מן המסגרת שלנו. בעניין זה ראה ביאורי סוגיות (הוניגסברג), כתובות, בני ברק תשס"ג, סימן א, דרך א; שם, סימן ג (ביתר הרחבה); סימן ח, אות ו-ז (סיכום הדברים).

⁶³⁹ לעיל, הערה 612.

⁶⁴⁰ ראה לעיל, ליד ציון הערה 601.

"אונס שכיח ואינו שכיח", שכן הוא כותב: "ואין כוללן באותו תנאי אלא **דברים הידועים**, שבגללן היה התנאי, **והם שהיו בדעת המתנה, בעת שהתנה**".

ואכן נחלקו הפוסקים בדעת הרמב"ם: יש אומרים, ש"אונס שכיח ואינו שכיח" כלול בהתחייבות, מאחר שהיה ניתן לצפייה⁶⁴¹. ויש אומרים, ש"אונס שכיח ואינו שכיח" אינו כלול בהתחייבות, משום שאף שהאירוע היה ניתן תיאורטית לצפייה, יש להניח שהמתחייב נטל על עצמו אחריות רק על אירוע שכיח⁶⁴². ומה שמשמע מהתלמוד שרק "אונסא דלא שכיח לא קביל עליה" (ולא אונס

⁶⁴¹ ראה שו"ת בית יוסף, דיני יבום וחליצה, סימן ד, בעניין מי שהתחייב בשבועה שלא לשאת אישה על אישתו ומת אחיו וביקש לייבם את גיסתו בטענה שאירוע זה לא נכלל בשבועתו כלפי אשתו. 'בית יוסף' דוחה את טענת הבעל, מכוח דיוק כאמור בלשון הרמב"ם: "הרי שלא פטרו הרב [הרמב"ם] משום אונסא דלא שכיח אלא דבר שאינו מצוי אלא בפלא, אבל אם הוא דבר דשכיח ולא שכיח לא היה נפטר משום טענת אונס" (רי' יוסף קארו מודע שלא כך נפסק בשו"ת הרמב"ם, להלן, הערה 642, בהסתמך על סוגייתנו, אבל הוא מפקפק במקורות התשובה, ואם התשובה מקורית אולי הרמב"ם חזר בו. אבל ראה מה שמשיג עליו מחנה אפרים, הלכות שבועות, סימן ב). כך ניתן לכאורה להסיק גם משו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתיב (אבל שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תרנה, מפקפק אם אמנם הרשב"א חתום על תשובה זו. והשווה שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קיח, ד"ה ומיהו איכא). וראה פד"ר ז, עמ' 89-90. ועוד השווה שו"ת מהרי"י בן לב, חלק א, סימן טז (וראה מה שהערנו עליו, לעיל, הערה 616, אות א). מהרי"י בן לב מעיר, שדברי הרשב"א בעניין זה סתומים, שכן לא התייחס במפורש לתוקפה של השבועה לאחר הנישואין. וכן פסק גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן לג, בעניין מלווה שקיבל על עצמו אחריות בגין סיכונים שבהובלת מטבעות על ידי הלווה בספינה, שכוללים בדרך כלל טביעה או שוד ים, אלא שאירע אונס אחר כשהוחרמה כל תכולת הספינה על ידי הרשויות. לדעתו אירוע זה כלול באחריות המלווה מאחר שאינו בלתי שכיח לגמרי.

וכך נוקט גם שו"ת מקור ברוך (קלעל), סימן נא (ראה להלן, הערה 679). וראה שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קנא, ד"ה ומיהו, המציין שהנושא שנוי במחלוקת ועל כן "המוציא מחבירו עליו הראיה" (וכך כתב גם מעשה רוקח על הרמב"ם, שם). וראה: כנסת הגדולה, אבן העזר, סימן א, הגהות בית יוסף, אותיות פג-פז; שם, חו"מ, סימן רכה, הגהות הטור, אות כח.

⁶⁴² ראה שו"ת תורת חסד (פריה), סימן רעט. לכך נוטה גם מעשה רוקח על הרמב"ם, שם, הלכה ו (אם כי הוא מציין שהדעות נחלקו בעניין, וראה עוד דבריו שם, הלכה ה). וכך עולה לכאורה משו"ת הרמב"ם עצמו, סימן שעג, בעניין בעל שהתחייב בקנס שלא לשאת אשה על אשתו ונפלה לפניו אשת אחיו לייבום. הוא פוטר את הבעל מן הקנס משום ש"לא יוכל שום אדם לומר שזה האיש המתנה עלה על לבו, עת הנישואין, שימות אחיו בלא ולד ותפול לו אשת אחיו לייבום", אלא אם כן נאמר שהרמב"ם רואה בכך אירוע בלתי מצוי לגמרי (אבל השווה שו"ת בית יוסף, לעיל, הערה 641). וכך פסקו בעקבותיו, במקרה דומה בו התחייב הבעל בשבועה שלא לשאת אישה שנייה ונפלה לפניו יבמה: שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן קיד; שם, חלק ב, סימן תרנה; שו"ת דרכי נועם (הלוי), אבן העזר, סימן מב, ד"ה ועל מה שהקשה; שו"ת לב שמת, יורה דעה, סימן ב, ד"ה ואני הצעיר (יא ע"ד); הרב אברהם סכנדרני, מובא בשו"ת גינת ורדים (הלוי), אבן העזר, כלל ב, סימן ח (אבל בעל שו"ת גינת ורדים עצמו, הרב אברהם הלוי, חולק עליו. לדעתו, הרמב"ם אמר את דברו רק בהתחייבות בקנס ולא בהתחייבות בשבועה, ראה שם, סימן ז, ד"ה עוד נראה מדבריו, וסימן ח, ד"ה והעני פשט ידו, בהגהה. וכבר הקדימו בהבחנה זו שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קמו, כפי שהוא מציין שם. וראה פד"ר ז, עמ' 92-94. והשווה לעיל, הערה 495).

וראה שו"ת מהרי"ק, שורש ז. מהרי"ק דן בהסכם בין שותפים לפיו בכל היטל של הקהילה על העסק המשותף עבור צדקה, התשלום יפול על שני השותפים בשווה (בעוד ששאר ההוצאות יתחלקו ביניהם לפי חלקם היחסי בשותפות). הוא נשאל אם הסכם זה כוחו יפה גם למגבית עבור פדיון שבויים בלתי צפוי, כשההיטל בגין הפדיון יקר לאין ערוך מההיטל עבור צדקה, והשותף הזוטר טוען שלא לכך הסכים. מהרי"ק משיב שגם אם נניח (בניגוד לדעתו) שלשון צדקה כולל גם פדיון שבויים, מכל מקום, לא לכך התכוון השותף הזוטר בהתחייבות שנטל על עצמו. הוא מסתמך על דברי הרמב"ם: "'דאין כוללן באותו תנאי אלא דברים הידועים שבגללן היה התנאי', ופשיטא שבנדון הזה אין ידוע לנו שבגלל פדיון שבויים היה התנאי שיפרעו בשה מענין הצדקה אלא ידוע הוא שלא כווננו לזה". מכאן שלדעת מהרי"ק יש בכוח כלל זה למנוע את תחולת ההתחייבות גם ב"אונס שכיח ואינו שכיח" (בהנחה שפדיון שבויים נופל

"שכיח ולא שכיח", הוא משום ששם מדובר היה בחוזה שבו החייב נטל על עצמו בפירוש אחריות על "כל אונס שיבוא", ובהכרח שהתחייבות זו משמעה נטילת אחריות על "אונס שכיח ואינו שכיח"⁶⁴³.

(3) חוזה בלתי מותנה

מסוגיית גיטין שראינו עולה, שהתחייבות על תנאי אינה מחייבת כשהתנאי מתקיים כתוצאה מנסיבות בלתי צפויות, משום שהחייב לא נתן דעתו על נסיבות אלה, וממילא, לפי הרמב"ם, **לא התכוון להתחייב בהן, ולפי התוספות, לא יכול היה להתחייב בהן**.

בגדר זה. אבל השווה תשובת ר' ישמעאל הכהן המובאת בשו"ת חיים שאל, חלק א, סימן י, ד"ה ומצאתי און לי, לדעתו יש להגדיר פדיון שבויים כלא שכיח כלל. וכן ראה שו"ת מעין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ב, ד"ה ועוד נ"ל – עמ' 16 במהדורת מכון הכתב. וראה לעיל, הערה 615). וראה גם שו"ת דברי ריבות (אדרבי), סימן פא, שדן בשאלה שדן בה מהרשד"ם (לעיל, הערה 641) ופוסק לעומתו: "אבל בממונא אפילו אונסא דשכיח ולא שכיח טענין טענת אונס" (אבל ראה מה שהעיר ר' ישמעאל הכהן, שם, שיש נסיבות שבהן גם מהר"י אדרבי יודה, שלשון החוזה עשוי להתפרש ככולל אחריות גם באונס "שכיח ולא שכיח").

וכך עולה כבר מדברי ראשונים אחדים מתוך ההיקש שעשו בין סוגיית גיטין לסוגיית כתובות. ראה מגיד משנה, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה ח: "וכתבו מקצת המפרשים ז"ל שאף על פי שאין טענת אונס בגיטין, הני מילי [כלומר הדברים אמורים] באונס דשכיח, כגון עכבו נהר [פסקיה מעברא], אי נמי כגון **שכיח ולא שכיח**, כגון חולי או מיתה כדרך הארץ, אבל אונסא דלא שכיח כלל, כגון נפל עליו הבית או אכלו ארי, אפילו בגיטין הוי טענת אונס, **ולא עדיפי גיטין מהמתנה בפירוש בדיני ממונות כל אונס שיוולד**, שהאונס שאינו מצוי [כלומר, שאינו שכיח כלל] אינו בכלל, כנזכר פרק י"ט מה' מכירה, ולזה הסכימו הרמב"ם והרב רשב"א ז"ל". ומכאן שלדידן, בדיני ממונות "אונס שכיח ולא שכיח" אינו כלול בהתחייבותו של מי שנוטל אחריות אלא אם כן התחייב באונסין בפירוש. וראה עוד אריכות דברים בשו"ת פני יצחק (אבולעפיה), חלק א, סימן יז, ד"ה ואם בעיני (עמ' שמז-שנ במהדורת תשע"ז).

⁶⁴³ ראה שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן ס. הוא מטעים שאין סתירה בדברי הרמב"ם, אלא כל התחייבות צריכה להתפרש על פי הקשרה והגיונה הפנימי; הנוטל אחריות על "**כל אונס שיוולד**" (עליו מדבר הרמב"ם בהלכה ה), וודאי התכוון ליטול על עצמו אחריות מקיפה הכוללת גם "אונס שכיח ואינו שכיח", ואין להוציא אפוא ממשמעות לשונו אלא אונס שאינו שכיח כלל. לעומת זאת, המתחייב **"על תנאי"** סתם (עליו מדבר הרמב"ם בהלכה ו), לא הביע נכונות ליטול על עצמו אחריות גם במצב של אונס, ועל כן חיובו נכנס לתוקפו רק בהתקיים התנאי כתוצאה מאירועים מצויים ולא כתוצאה מאירועים החורגים מן המצוי, כולל לא אירוע "שכיח ואינו שכיח". וכך נוקט בדעת הרמב"ם מחנה אפרים, הלכות שבועות, סימן ב, ד"ה אבל מדברי (ומציין שהבחנה זו העלה כבר תשב"ץ, חלק א, סימן צה, ד"ה עוד הרואה דברך).

וכך נוקט גם המרדכי, גיטין, סימן תכד. לדעתו, מסקנה זו מתחייבת מפרשנות לשונו של המתחייב לשאת באחריות גם באונס, שהרי לדעת המרדכי, גם אם לא ציין החייב במפורש שהוא נוטל על עצמו אחריות באונס אלא התחייב שהסחורה תגיע ליעדה, חל עליו חיוב באונס שכיח (שכך היא המשמעות של נטילת **אחריות סתם** להבאת הסחורה ליעדה, ראה לעיל, הערה 604). ברור אם כן שכאשר נטל על עצמו **אחריות באונס**, הוא התכוון להחמיר את חיובו ולכלול גם "אונס שכיח ואינו שכיח" (ובלשון: "תימה, הואיל ולא קבלו עליהו אונסא דלא שכיחא, [ו]גם אונסא דשכיחא לא הוצרכו לקבל, דאפילו לא קבלו חייבין כיון דהוי להו לאסוקי אדעתיהו [ואם כן איזה אונס קבלו עליהם (הגהת הב"ח)]: יש לומר דקבילו עליהו **אונסא דשכיח ולא שכיח**"). ראה בעקבותיו ר' ישמעאל הכהן בשו"ת חיים שאל, חלק א, סימן י, ד"ה וכזה. וכך נוקט גם שו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן לז, ד"ה נמצא דבאונס ("ובאונסא דשכיח אפילו לא קבל עליו כל אונסא, אין לטעון טענת אונס מדהוה ליה לאתנויי"). והסכים עמו החיד"א, שו"ת חיים שאל, שם, סימן יא, ד"ה איברא דראיתי. ונראה שכך יש להסיק גם מחידושי הריטב"א, גיטין עג ע"א, ד"ה ומיהו: "דאפילו בממון אין טוענין אונסא דשכיח, דהוי ליה לאתנויי. ואונסא דלא שכיח כלל, אפילו בגיטין יש טענת אונס. [אבל] **באונס דשכיח ולא שכיח, בממון קיימא לן דטוענין טענת אונס**". ומכאן שהמקבל במפורש אחריות אונסין, הכוונה ל"אונס שכיח ולא שכיח".

ונשאלת השאלה, האם הוא הדין גם בחוזה שאינו על תנאי, כשהנסיבות **האובייקטיביות** שעמדו בבסיסו, משתנות לחלוטין בדרך בלתי צפויה? לשון אחר, האם ניתן להסיק מסוגיית גיטין עיקרון כללי בפרשנות חוזים, לפיו היקף החוזה מוגבל לנסיבות רגילות וצפויות, והחוזה אינו מחייב כאשר בדרך בלתי צפויה **משתנות הנסיבות שעמדו ברקע לכריתתו**, עד שהמשך קיומו הופך לשונה באופן יסודי מן המוסכם?⁶⁴⁴ או שמא משנכנס החוזה לתוקפו, אין בשינוי נסיבות כדי לפטור מקיומו?⁶⁴⁵

הרב אלישע גאליק⁶⁴⁶, מסיק מדברי הרמב"ם שאונס בלתי צפוי הוא עילת פטור גם בחוזה בלתי מותנה. בהתאם לכך הוא פוטר משבועתו אדם שנשבע שלא לשאת אישה שנייה, ואשתו איבדה את מאור עיניה. הוא מנמק: "דהוי מילתא דלא שכיחא טפי - **לא נכלל בשבועה**". המב"ט חולק עליו. לדעתו דברי הרמב"ם אמורים בחוזה על תנאי דווקא ואין להביא מהם ראיה לעניין חוזה בלתי מותנה.⁶⁴⁷

שאלה זו עולה גם בהלכה הבאה בעניין התחייבות בלתי מותנית לתשלום מזונות. השולחן ערוך פוסק⁶⁴⁸: "הנושא אשה, ופסקה עמו לזון את בתה ה' שנים, חייב לזונה במאכל ובמשקה חמש שנים הראשונים שאחר הנשואין, **בין אם המזונות ביוקר או בזול**". ברור שהמתחייב לזון את בת אשתו לוקח בחשבון תנודות בשער המזונות, ועל כן השולחן ערוך מדגיש שחיובו עומד בתוקפו גם אם המזונות מתייקרים. ואולם האם הוא הדין גם כאשר שינוי השער חורג מן המקובל באופן קיצוני ובלתי צפוי?

הט"ז⁶⁴⁹ דן בשאלה זו, ומסיק, בהיקש מסוגיית גיטין, שאכן חיובו של הבעל מוגבל לתנודות שער רגילות, ואינו כולל שינויי שער קיצוניים, שכן על דעת כן לא התחייב; ובלשונו: "נראה דהיינו על

⁶⁴⁴ אמנם, הרמ"ה מסיק מסוגיית גיטין עיקרון כללי בפרשנות חוזים, אבל הוא אינו עוסק בשינוי נסיבות אלא בפרשנות היקף החיוב החוזי. עניינו במי שמכר יין למקפה (לתבל בו תבשילים), שאחריותו לאיכות היין ארוכה אמנם יותר מאשר המוכר יין לשתייה, אבל מכוח סוגיית גיטין הוא קובע, שאחריותו מוגבלת לפרק זמן סביר של שלוש שנים ולא יותר (אף שודאי שיש יינות שמחזיקים יותר זמן). וזה לשונו: "ומסתמא כי נחתי מוכר ולוקח **לא אדעתא דמילתא דלא שכיחא נחתי**, אלא דעתא הוה לאסתפקי מיניה למקפה טפי מהאי שיעורא דמשתער גבן [=דעתו להשתמש בו למקפה יותר מן השיעור של יין לשתייה]. **תדע: אפילו בתנאה דמתנו אינשי בפירוש, כל היכא דאיכא למתלי במילתא דשכיחא, לא תלינן במילתא דלא שכיחא, כדמיברר מההוא דקביל עליה כל אונסא דמתיליד, דקיימא לן דאונסא דלא שכיח לא קביל עלויה**" (יד רמ"ה, בבא בתרא צז ע"ב, אות נז, ד"ה אלא מיהו).

⁶⁴⁵ הבחנה זו מסתברת לאור הסברו של הגרנ"ט (לעיל, הערה 620) בשיטת התופסות.

⁶⁴⁶ לעיל, הערה 539.

⁶⁴⁷ כפי שהערנו לעיל, הערה 613.

⁶⁴⁸ שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קיד, סעיף א.

⁶⁴⁹ ט"ז, אבן העזר, סימן קיד, ס"ק ב. והסכים עמו בית שמואל, שם, ס"ק ג. והשווה דיונו לעיל, ליד ציון הערה 497. בשו"ת אור שמח, חלק ב, סימן סג, דן באדם שנדר סך קצוב של ליטרות שמן לבית המדרש (לתאורה), ואחר זמן התייקר השמן מאוד, ונשאל כיצד לאמוד את דעת הנדר, האם התכוון לסכום מסוים ואינו מושפע משינוי השער? או שהתכוון לכמות שמן ועליו לשאת בשינוי השער? והוכיח מכתובות נד ע"א, שהתחייבות מעין זו מתפרשת כהתחייבות

כל פנים ביוקר דשכיח, אבל **ביוקר דלא שכיח - לא קיבל עליו**, דזהו כמו באונס דלא שכיח דאיתא בחו"מ סימן רכ"ה [בעניין התחייבות לשאת באחריות בכל אונס שייוולד] דלא מהני אפילו קיבל עליו אחריות בפירושו⁶⁵⁰. ומכאן שגם לדעתו, אף חוזה שאינו על תנאי, אינו כולל נסיבות בלתי צפויות.

יש אמנם מי שפקפקו בדין זה של הט"ז⁶⁵¹, אבל כשיטתו ובעקבותיו, פוסק בעל 'נחלת צבי'⁶⁵² בעניין הסכם שכירות שבו תמורת דמי השכירות התחייב המשכיר לספק לשוכר, מלבד דירת

לסיפוק הכמות הנקובה. לכאורה עולה מכאן שהוא חולק על הט"ז, אולם אפשר שלא דן 'אור שמח' בשינוי בלתי שכיח של השער, ואין אפוא להסיק ממנו שהוא חולק בהכרח על הט"ז.

⁶⁵⁰ לאור הנמקתו של הט"ז, יש להטעים שדבריו אמורים אף אם הבעל הוא אדם עשיר שמסוגל לעמוד בשינוי השער הבלתי צפוי, כפי שמסביר הרב אברהם שפירא: "אבל ביוקר לא שכיח, לא משום אונס שאין בידו ליתן הוא פטור, אלא גם אם בידו ליתן - פטור, שבכלל התחייבותו היה רק מזונות כפי שיעור הרגיל, ולשיעור שאינו רגיל לא התחייב מלכתחילה בשעת דבורו". ראה פד"ר ב, עמ' 310 [=מנחת אברהם (שפירא), חלק א, סימן לה].

עוד מציין הרב שפירא (שם, עמ' 309), שהפטור אמור רק ביחס לתשלום מעבר לתנודות שער צפויות, שעליהם לא נתן הבעל את דעתו, אבל התוספת הצפויה ייאלץ הוא לשלם, כמובן: "נראה פשוט מסברא דהט"ז אינו פוטרו מלזון אלא מהשיעור העודף על היוקר דשכיח, אבל מהשיעור שבזמן התחייבותו וגם בתוספת היוקר דשכיח, מזה אינו נפטר". והשווה הרב מרדכי אילן, פד"ר י, עמ' 382, ד"ה מפי השמועה, ודבריו צריכים עיון.

⁶⁵¹ א. ראה שער משפט, סימן ס, ס"ק ד. לדעתו משכנע החיוב לתקפו, כבר נשתעבדו נכסי החייב ו"מזלו גרם". אבל השגתו אינה מובנת, שכן אם מניחים ששינוי דרסטי של השער אינו כלול בהתחייבות, אין מקום לטענה זו. וכפי שדחה את דבריו אמרי בינה, חו"מ, דיני הלוואה, סימן מט, ד"ה והא דחייב: "אבל כאן הספק על עיקר החיוב אם נתחייב כלל לזון בזמן יוקר דלא שכיח... וכיון דלא נחית על יוקר דלא שכיח כלל, נתבטל החיוב מכל וכל ואינו דומה לחיוב כללי דחל על גופו ונשתעבדו נכסיו". וכך דחה את השגתו גם ב'מנחת אברהם' (לעיל, הערה 650): "כשמתחייב ליתן מזונות, מתכוון למזונות בשיעור הרגיל, ובשיעור שאינו רגיל לא התכוון כלל מלכתחילה, ולא משום שעל ידי זה הוא אונס והאונס פטור, אלא משום שמזונות בשיעור כזה לא נכללו מעולם בכלל התחייבותו".

ב. השגה אחרת על הט"ז מעלה בית מאיר, אבן העזר, סימן קיד, סעיף ג (בסופו), ולפיה בשונה ממי שנטל אחריות גורפת על כל אונס שלא יבוא, שניתן לומר שלא העלה בדעתו אונס שאינו מצוי כלל, הנוטל על עצמו חיוב מסוים - לזון את בת אשתו - העלה בדעתו אפשרות של התייקרות, ואולי בכגון זה אין מקום להבחין בין התייקרות סבירה להתייקרות חריגה (השגה זו קרובה לכאורה לשיטת המבי"ט, לעיל, הערה 613). גם השגה זו דוחה 'אמרי בינה', שם: "וקשה לחלוק בסברא קלושה בזה על הט"ז ובית שמואל דמצינו בכל מקום מה דלא שכיח כלל לא צריך להתנות ולאסוקי אדעתיה, והוי כמו אונס, ומניין לנו לחייבו במאי דלא צריך להעלות על דעתו?!!".

ג. גם אבני מילואים, סימן קיד, ס"ק ב, משיג על הט"ז. לדעתו שיטת הט"ז נסתרת מההלכה לפיה המתחייב לזון את בת אשתו, חייב גם בהוצאות רפואתה (ראה תוספות, כתובות נ ע"ב, ד"ה ומאי עלייה), אף שמחלה אינה מוגדרת כאונס שכיח, ראה לעיל, הערה 53 (מאחר שמחלה היא "אונס שכיח ואינו שכיח", יש להעיר שיש מקום להשגה זו רק לפי השיטה, לעיל, הערה 642, לפיה ככלל גם אירועים שהם בגדר "שכיח ולא שכיח" אינם כלולים בחוזה). 'מנחת אברהם' דוחה גם השגה זו ומסביר, שנכון הוא שאין זה שכיח שאדם יחלה דווקא ביום שבו הוא אמור לקיים את חיובו, אבל "כשדנים על תקופה ממושכת, אם עלול אדם לחלות במשך זמן זה, ודאי שכיח ושכיח הוא" (עמ' 313). הבחנה זו מועילת בהקשר אחר על ידי תשב"ץ (לעיל, הערה 233).

ד. והשווה עוד: שו"ת מהרש"ג, חלק ב, סימן רכו (בעניין חברה קדישא שהתחייבה להדליק נר שמן ביום השנה של נפטרי הקהילה, ועתה בעקבות המלחמה עלה מחיר השמן פלאים); שו"ת חבצלת השרון, חלק א, סימן כז, ד"ה וגם (בעניין מי שהתחייב לפרנס את חמותו, ונתייקרו המזונות ביוקר דלא שכיח). שניהם דוחים את ההשגות שהועלו כנגד הט"ז בהסבירם, שסוד הפטור בעליית שער חריגה אינו רק שעלייה דרסטית של השער היא אירוע בלתי שכיח, אלא בעיקר שמדובר באירוע שהוא "מכת מדינה", וממילא מאחר שעליית השער פוגעת בכולי עלמא ולא רק בחייב, מובן מדוע אין מקום לטעון כנגד החייב "מזלו גרם" (דחיית השגת 'שער משפט'). כמו כן, אין זה דומה לרפואת הבת, שרק

מגורים, גם עצים להסקה. לימים התייקרו העצים בכפליים, ופוסק שמאחר שהמשכיר לא העלה על דעתו התייקרות דרסטית כל כך, רשאי הוא לדרוש התאמת דמי השכירות.⁶⁵³

נעיר שלכאורה, עמדה זו של ה"ז וסיעתו נסתרת מתוספתא⁶⁵⁴ העוסקת בהתחייבות למזונות, ומביאה על כך מעשה בכלתו של רבי עקיבא:

היא חלתה ולא כולי עלמא (דחית השגת אבני מילואים). נעיר, שלפי פוסקים אלה, הלכת ה"ז מסוייגת אפוא לאירועים שהם בבחינת "מכת מדינה", אבל אם האירוע הבלתי שכיח אירע לחייב בלבד, לגישתם לא תהיה לו עילת פטור. ואכן ראה חשוקי חמד, בבא מציעא קג ע"ב, בעניין מי ש"תרמה דירה לשיבה על מנת שיפרנסוה וירפאוה, וחלתה במחלה שריפויה גבוה יותר מערך הדירה". הוא מסיק: "לפי מה שהסביר המהרש"ג את סברת ה"ז, אם כן מאחר ורק אשה זו חלתה במחלה הנדירה, לכן אמרין שמזלם [של מנהלי השיבה] גרם. ולכן הנהלת השיבה חייבת לשלם את הוצאות הריפוי למרות שהם עולים יותר משווי הדירה".

לדעתנו, צמצום זה לפיו ה"ז דיבר רק ב"מכת מדינה" אינו מתיישב עם סוגיית גיטין עליה מסתמך ה"ז, שם עיקר טענתו של רבא היא, שאונס בלתי שכיח לא עלה על דעתו של החייב וממילא אינו חלק מן החוזה, וזאת בלא קשר אם מדובר באונס פרטי או במכת מדינה (הלא גם אם הגישה לנהר הייתה נאסרת על הפועלים דווקא, ברור שרבא היה פוטר אותם מלהעביר את השומשומין על גבי חמורים, כפי שניתן להוכיח מן ההיקש שעושה שם התלמוד בין דין הספנים ודינו של אדם שנתן לאשתו גט על תנאי שלא יקום ממחלתו, ונפל עליו הבית או אכלו ארי, שהוא אירוע פרטי במובהק). עם זאת, אפשר שמסקנת חשוקי חמד נכונה מטעם אחר, והוא על פי מה שנראה להלן, ליד ציון הערה 670. ועוד השווה הרב יועזר אריאל, "התייקרות בלתי צפויה של סחורה מיובאת", תורת המשפט, חלק א, קרית ארבע תשנ"ז, עמ' 131-159, בעמ' 149-155.

⁶⁵² נחלת צבי (השלמות לפתחי תשובה), חו"מ, סימן שיב, סעיף י. וראה גם עדות ביהוסף (קאפח), סימן סג [=משפטי שאול, סימן ל] (בעניין הסכם גירושין שבו הבעל התחייב לשלם מזונות לגרושתו עד סוף חייה בצמוד למדד יוקר המחיה, ובאופן בלתי צפוי לחלוטין המדד עלה הרבה מעבר למדד השכירים במשק). הרבנים עובדיה יוסף ויוסף קאפח מקבלים את תביעתו של הגרוש לעדכן את הסכם הגירושין, כשהם מסתמכים בין השאר על ה"ז. וראה שם דעתו החולקת של הרב שאול ישראלי, לפיו אין להסתמך על ה"ז אלא בהתייקרות שהיא פלא גמור, ולא בהתייקרות חריגה גרידא. ייתכן שיסוד מחלוקתם במחלוקת שעמדנו עליה לעיל, ליד ציון הערה 641, בעניין אירוע "שכיח ואינו שכיח". לנקודות מחלוקת נוספות בין הדיינים בתיק זה, ראה לעיל, הערה 574, אות ג, והערה 576.

בכיוצא בזה דן גם הרב שלמה גורן, פד"ר יא, עמ' 247-249, בעניין התחייבות למזונות ילדים שהוצמדה למדד, ועלה המדד הרבה מעבר למדד השכירים במשק. הוא אינו דוחה עקרונית את טענת האב לפיה עליית המדד הייתה בגדר אונס בלתי שכיח כתוצאה ממלחמת יום הכיפורים "ואדעתא דהכי לא התחייב" (ופלא שלא הפנה בעניין זה ל"ז). את טענתו הוא דוחה רק מבחינה עובדתית; לדעתו, לא הוכח שמלחמת יום הכיפורים האיצה את התהליך האינפלציוני שהיה קיים כבר בישראל, מעבר לצפוי. עם זאת, הוא מוכן לקבל את הטענה להכבדה, אם ההתחייבות תגרום לכך שישאר בידי האב פחות ממה שהוא נותן לילדיו, "באשר אומדנא מבוררת היא שעל דעתא דהכי שהוא יצטרך לחזור על הפתחים כדי לפרנס את עצמו, לא התחייב בהסכם, ולכן יש לחלק את משכורתו לפי הנפשות". מאחר שהרב גורן קבע שעליית המדד הייתה בגדר אונס שכיח, דבריו אינם מתיישבים עם מה שראינו לעיל, הערה 497. ואפשר שהוא נוקט כשיטת 'פני משה' (לעיל, הערה 554), שהפטור מכוח אומדנה אמור גם באונס שכיח. וראה עוד שו"ת ויען אברהם, סימן ד [=הרב אברהם מאיר איזרעאל, "יוקר גדול אונס דלא שכיח הוא", המאור, שנה כה, חוברת ו (תשל"ג), עמ' 4] (בעניין מי שהתחייב לפרנס את הוריו של חברו ונתייקרו ההוצאות), שאף הוא נסמך על שיטת ה"ז ופוטר את החייב.

⁶⁵³ ואף על פי שלנוכח השגתו של "בית מאיר" על ה"ז (לעיל, הערה 651, אות ב) הוא מפקפק במסקנה זו, הרי הלכה למעשה הוא מסיק שיוכל המשכיר לטעון "קים לי" כדעת ה"ז. אבל, מוסיף "נחלת צבי", אם יפסיק המשכיר לספק עצים, השוכר יהיה רשאי מצידו לבטל את החוזה או לבקש את עדכון דמי השכירות, שכן הוא נכנס לדירה על תנאי שהמשכיר יספק לו עצים להסקה. וראה הרב מנחם מנדל שפרן, "להעלות שכר הלימוד באמצע שנת הלימודים", הישר והטוב יב (תשע"ב), עמ' לח, בעמ' מ-מב.

⁶⁵⁴ תוספתא, כתובות, פרק ד, הלכה ז.

נושא אדם אשה ופוסק עמה על מנת שלא לזון, על מנת שלא לפרנס. ולא עוד, אלא שפוסק עמה על מנת שתהא זנתו ומפרנסתו ומלמדתו תורה. מעשה ביהושע בנו של רבי עקיבא שנשא אשה ופסק עמה על מנת שתהא זנתו ומפרנסתו ומלמדתו תורה⁶⁵⁵. היו שני בצורות, עמדו וחלקו [את הנכסים]. התחילה קובלת עליו לחכמים, וכשבא לבית דין אמר להם: "היא נאמנת עלי יתר מכל אדם". אמרה להם: "ודאי כך התנה עמי". אמרו לה חכמים: "אין כלום אחר הקיצה"⁶⁵⁶.

יש המפרשים שהתנאי שעשו רבי יהושע ואשתו קלל שני עניינים: מחילת האשה על חיובו של הבעל לפרנס אותה; והתחייבות האשה לפרנס את הבעל. בתחילת הבצורת חילקו ביניהם בהסכמה את הנכסים, כנראה על דעת שכל אחד יתפרנס מחלקו. כשראתה האשה שהנכסים שקיבלה אינם מספיקים לה, ביקשה האשה לחזור בה ממחילתה ותבעה מבעלה לפרנס אותה. ופסקו חכמים, שההסכם קיים לא רק לעניין הפטור של בעלה לפרנס אותה, **אלא גם לענין ההתחייבות שלה לפרנס אותו**⁶⁵⁷. והרי שם מדובר בשנות בצורת, שבהן המזונות ביוקר, וגם קשה להשיג עבודה שתאפשר רכישת המזונות, ומכל מקום נפסק שהתחייבות בתוקפה! ומכאן סתירה לכאורה לגישת הט"ז.

אולם בעל חסדי דוד⁶⁵⁸ מפרש אחרת את התוספתא. לדעתו, טענת הבעל הייתה שאשתו **הסכימה במפורש לפרנס אותו גם בשנות בצורת**, וכשנשאלה על כך ידי בית הדין, הודתה שאכן כך סוכם⁶⁵⁹. ויש להניח שהט"ז היה מאמץ פירוש זה⁶⁶⁰.

⁶⁵⁵ "שעל ידי מה שהיא נושאת ונותנת ומפרנסתו יכול ללמוד תורה" (חסדי דוד, שם).

⁶⁵⁶ המעשה מובא גם בירושלמי, כתובות, פרק ה, הלכה ב, בשינוי קל: "... וכיון שבאו שני רעבון וחלקו הנכסים **ביניהן**, התחילה קובלת עליו לחכמי ישראל. אמר להן: היא נאמנת עלי יותר מן הכל. אמרה להן: בודאי כך התנתי עמו. אין אחר **הקנין** כלום".

⁶⁵⁷ כך מסיק חזון יחזקאל, על התוספתא, שם, חידושים, ד"ה ויש לעיין, מנוסח הירושלמי "אין אחר הקנין כלום". לפירוש זה נוטה גם ר' יהושע בנבנשתי, בעל פירוש שדה יהושע על הירושלמי, שם. וראה פסק דינו של הרב שלמה דיכובסקי, **פד"ר** כב, עמ' 295, המטעים שהתחייבות כזו של האשה תקפה רק אם נעשתה בהסכם מפורש ובקנין. וראה ביתר הרחבה הרב יעקב אריאל, "חובת 'אברך' במזונות אף שנישא על דעת שאשתו תפרנס", **כנס הדיינים תשע"ו**, עמ' 321-333, המאמר עוסק בעיקר בחובת מזונות ילדים, אבל ראה שם בעמ' 325, ושם, הערה 2. הרב אברמסקי מעיר, שאף שמדובר בהתחייבות על דבר שאינו קצוב, שלפי הרמב"ם (הלכות מכירה, פרק יא, הלכה טז) אין לה תוקף, כאן יש תוקף להתחייבות מאחר שניתנה במסגרת הסכם נישואין, שם "גמרי ומקני אפילו בדבר שאינו קצוב".

⁶⁵⁸ חסדי דוד על התוספתא, שם.

⁶⁵⁹ ובלשונו: "והוא בא לבית דין והיה מעכב [את חלוקת הנכסים] באומרו **שכך היה תנאי מפורש ביניהם שאפילו יהו שני בצורת תפרנסנו**. וכשאמר היא נאמנת הודית שכך היה התנאי". בהמשך דבריו, חסדי דוד דוחה בתוקף את פירושו של שדה יהושע (לעיל, הערה 657).

⁶⁶⁰ שו"ת אמרי משפט (אלמליח), חלק ב, סימן לו, אותיות ז-ט, מצביע על ההקבלה בין המחלוקת שבין הט"ז וישער משפט' ובין המחלוקת בין חסדי דוד ושדה יהושע.

[אין צריך לומר, שאם הבעל עוזב את הבית ומפר בכך את ההסכם עם אשתו, היא מצדה פטורה מלהמשיך ולפרנס אותו, אפילו אם התחייבה לפרנס אותו גם אם יקרה אונס. ראה אמרי משפט, שם, אות י (בעניין אברך שעזב את

עד כה עסקנו באונס בלתי צפוי כשיקול פטור מחיוב שיסודו בהסכם חוזי, כדוגמת ההסכמים שבסוגיית גיטין⁶⁶¹. כעת נשאל האם שיקול זה עשוי לפטור גם מחיוב שיסודו בהסכם מעין קנייני, כדוגמת הסכם חכירת קרקע שבסוגיית בבא מציעא⁶⁶²? שאלה זו שנויה במחלוקת.

מרבית הפוסקים נוקטים שאף אם הפגיעה במושכר אירעה בנסיבות של אונס שאינו שכיח כלל, אף שהשוכר לא יכול היה להעלותו על דעתו, כל שהמשכיר יכול לטעון כנגדו "מזלך גרם", אין בכך כשלעצמו כדי לשמש לו עילת פטור⁶⁶³.

אמנם לא כל הפוסקים סבורים כך ובראשם מהרש"ך⁶⁶⁴. על סוגיית בבא מציעא בעניין חכירת שדה שאכלה חגב הוא מעיר, בהסתמכו על סוגיית גיטין, שדי היה בעובדה שהנדון שם הוא אירוע בלתי שכיח לפטור את החוכר: "דמלתא דלא שכיח ולא אבעי ליה לאסוקי אדעתיה סגי לפטור [=שדבר שאינו שכיח שלא היה צריך להעלותו על דעתו מספיק לפטור]". ועל כן הוא נשאר בצריך עיון מדוע רבא נזקק גם לשיקול של "מכת מדינה" כדי לבסס את הפטור⁶⁶⁵.

הבית והוא תובע שאשתו תמשיך לפרנס אותו בהתאם להתחייבותה). וראה הרב יועזר אריאל (לעיל, הערה 657), בעמ' 330-328.

⁶⁶¹ גיטין עג ע"א, שדננו בה בהרחבה לעיל, ליד ציון הערה 601 ואילך.

⁶⁶² בבא מציעא קו ע"ב, שדננו בה לעיל, הערה 306.

⁶⁶³ כך מטעמים: שו"ת מהר"י קצבי, סימן יח, ד"ה ואל זה אביט ("דאדרבה כשהאונס הוא דבר פלא ואינו מכת מדינה הדבר מוכח ביותר דמזל החוכר גרם כי בימיו נפלגה לו הארץ... אמרינן ליה לחוכר מזלך גרם ולא אהני ליה טענת לא אסיק אדעתיה"); שו"ת מעין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ב, ד"ה והנראה בעיני (עמ' 40 במהדורת מכון הכתר). אף הוא מטעים: "גבי חוכר אם הוא אונס דלא שכיח כל שכן דהוא על החוכר דמזלו גרם". וראה להלן, נספח י, הערה 1147; תפארת בחורים (רפאל שלום חי הכהן), בבא מציעא עז ע"א, ד"ה גמ' אמר רבא (י"בעניין חכירת שדה) אי לא הוי מכת מדינה, אפילו אונס דלא שכיח אומר לו מזלך גרם... אבל הך דגיטין כיון דקיבל אונסא [כלומר, התחייבות גרידא] דוקא שכיח אבל דלא שכיח, לא. וזה פשוט"); הרב אברהם שפירא, פד"ר ב, עמ' 311 [=מנחת אברהם, חלק א, סימן לה] ("פשוט שכאן [בחכירת שדה, אף שהשדה נפגעה באונס בלתי שכיח] יש כבר חוב ואינו נפטר מחיובו על ידי אונס, אבל אם הוי מכת מדינה נחשב שהפגם הוא בשדה שחכר, ועל שדה כזו אינו חייב לשלם חכירות"). וראה להלן, נספח י, הערה 1146.

⁶⁶⁴ שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קצח, ד"ה הואיל. וראה גם שו"ת מהרש"ך, חלק ד, סימן יג.

⁶⁶⁵ ראה להלן, נספח י, ליד ציון הערה 1135.

לשאלה זו, שעולה כאמור רק לגישת מהרש"ך, הציעו האחרונים תשובות שונות, שהצד השווה שבהן הוא שאכן אונס בלתי שכיח לחלוטין הוא עילת פטור עצמאית גם בשכירות נכסים, והרי סקירתן:

(א) יפה ענף (פאלומבו), מערכת אות מ, מכירה, סימן א, ד"ה והנה מהרש"ך. לדעתו, הצורך בשני יסודות הפטור גם יחד ("אונס לא שכיח" ו"מכת מדינה") אמור רק באונס לא שכיח בדרגת "שכיח ואינו שכיח" (עליו מדברת סוגיית בבא מציעא), ואילו באונס שאינו שכיח כלל (עליו מדברת סוגיית גיטין) אכן יש עילת פטור עצמאית גם אם אינו בגדר מכת מדינה (נטעים שהרב פאלומבו מסכים שבאונס שכיח אין עילת פטור אף במכת מדינה מאחר שעל השוכר היה להתנות, כשיטת רשב"ד, שיטה מקובצת, בבא מציעא קו ע"ב, ד"ה נהר מלכא (מצוטט להלן, נספח י, ליד ציון הערה 1127).

(ב) שו"ת ויוסף אברהם (דיין), סימן לו, ד"ה וראיתי. לדעתו, פסקו של רבא בסוגיית בבא מציעא אמור דווקא בהסכם שכירות שבו השוכר התחייב לשלם בדמי שכירות קבועים ולא בחלק מן היבול. בכגון זה, בצד הסיכוי לגרוף רווח לא שכיח אם יתמזל מזלו, נחשב הוא כמי שהסכים לשאת בסיכון אף אם יקרה אונס לא שכיח, ולכן הוא פטור רק אם

4. נטילת אחריות מפורשת או משתמעת

א. נטילת אחריות מפורשת

(1) היקף האחריות

ראינו⁶⁶⁶ שכאשר צד לחוזה נוטל על עצמו אחריות מפורשת גם בגין כל אונס שלא יבוא, אין פירוש הדבר שהוא מתחייב לשאת בסיכון בכל מקרה, אלא יש לפרש את התחייבותו על דרך הצמצום, כך שאינה כוללת **אונס שאינו מצוי**. אשר על כן, אם כוונת הצדדים שהחייב יטול על עצמו אחריות גורפת גם בגין **אונס שאינו מצוי כלל**, עליהם להסכים על כך **במפורש באופן חד-משמעי**⁶⁶⁷.

זאת ועוד, אף אם החייב הסכים במפורש ליטול על עצמו אחריות גורפת גם בגין אונס שאינו מצוי כלל, עדיין תתפרש ההתחייבות בצמצום בהתאם לנסיבות שיש להניח שהחייב התכוון אליהם. כך

אירע האונס בנסיבות של מכת מדינה. ובלשונו: "גבי חכירות שדה **בדמים**, אפילו אונס דלא שכיח קביל עליה, שהרי כל חוכרי שדות בוטחים על מזלם אם טוב אם רע, וכשיבוא לו אונס אפילו דלא שכיח אומר זה חלקי ומזלי, **שהרי אם עשתה השדה יותר ממה שאמדה אינו נותן לבעל השדה יותר ממה שפסק עמו**, ואדעתא דהכי נחית לה בין לטובה בין לרעה". כעין זה ראה: שו"ת מהרא"ש, סימן פג, אות א.

והשווה שו"ת משאת משה (ישראל), חלק שני, חו"מ, חלק א, סימן לא, ד"ה והשתא נר', וסימן לב, ד"ה והנלע"ד ליישב.

(ג) יד דוד (זינצהיים), בבא מציעא קו ע"ב, ד"ה נהר מלכא. לדעתו, אונס לא שכיח עשוי לשמש עילת פטור רק בנסיבות דוגמת סוגיית גיטין (הסכם הובלה), שם מדובר בהסכם שאין בו שום אינדיקציה שהאונס אירע במזלו של החייב דווקא (כשם שהאונס קרה לו כך היה עשוי לקרות לכל אדם אחר). לעומת זאת, בנסיבות דוגמת סוגיית בבא מציעא (חכירת קרקע), הלא באזור של החוכר יש עוד בעלי קרקע שמעבדים את שדותיהם, ואם הם לא נפגעו אות היא שמזלו גרם ועל כן לא נפטר אלא בנסיבות של מכת מדינה ("כל שלא אירע כן לשאר בני אדם, אמרינן מזליה הוא דקגרם... ולחכי בעי תרווייהו [כלומר, לכן צריכים את שני שיקולי הפטור] 'מכת מדינה' דלא נימא מזליה גרם, ו'אונסא דלא שכיח' דלא הוה בעי לאתנוי, אבל **באונסין דגיטין** [בעניין הסכם ההובלה] **מנלן לומר מזליה הוא דקגרם?**"). וראה מגד שמים (סיניגאליה), סימן טו, שמתפלמס עמו. להיקף המושג "מזלך גרם", השווה לעיל, הערה 277. וראה עוד להלן, נספח י, הערה 1147.

(ד) שו"ת רבנו חיים כהן (רפפורט), חו"מ, סימן יט, ד"ה ועוד דתלמוד. לדעתו, אכן שני השיקולים של רבא (אונס לא שכיח ומכת מדינה) אינם שיקולים מצטברים אלא שיקולים חלופיים. וראה להלן, נספח י, ליד ציון הערה 1141.

⁶⁶⁶ לעיל, ליד ציון הערה 612.

⁶⁶⁷ ראה חידושי הריטב"א (מכתב יד), גיטין עג ע"א, ד"ה אמרו להו אגורו. כך מתפרשת לדוגמה התחייבותו של שומר חינם לשאת באחריות כמו שואל (תוספתא, בבא מציעא (ליברמן), פרק ח, הלכה יט), שאחריותו כוללת גם אונס שאינו שכיח כדין שואל (וראה לעיל, הערה 606). אבל לא כן אם מתנה לשאת באחריות גם באונס, שאחריותו מוגבלת לאונס שכיח בלבד. מעיר על כך הרב אברהם שפירא (לעיל, הערה 650), בעמ' 313-314.

לדיון בניסוחים של קבלת אחריות כוללת, ראה: שו"ת מהר"ם אלשקר, סימן לב, בד"ה עוד כתב שהאומר; שו"ת בית יוסף, דיני קידושין, סימן ג, ד"ה ומ"ש ועוד (והשווה תשובת ר' שמואל הלוי, שם, ד"ה והצד הב'); שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן לו; חידושי רבי עקיבא איגר, חו"מ, סימן רכה, סעיפים ג, ו. וראה באר היטב, חו"מ, סימן רכה, ס"ק ז, שציין לפוסקים נוספים שדנים בעניין זה. וראה עוד הרב דרברמדיקר (לעיל, הערה 300), שאלה ט ושאלה יא.

לעיל, הערה 121, בהקשר לחיוב שניטל על דרך תיקון חכמי ספרד, עמדנו על מחלוקת הפוסקים בשאלה אם נטילת אחריות בדרך של "זקיפת מלווה" מונעת מן החייב להיפטר מן החיוב בטענת אומדנה, אם לאו.

לדוגמה, בעניינו של שוכר פונדק שהתחייב לשלם קנס אם לא יתפנה במועד **אפילו אם יקרה אונס בלתי צפוי**, נפסק שכוונתו הייתה להתחייב בקנס אם הפינוי יהיה כרוך **בהכבדה** (כגון שלא ימצא מקום חלופי) אף אם כתוצאה מאונס בלתי צפוי, אבל לא אם הפינוי יהיה **בלתי אפשרי** (כגון עקב מחלה).⁶⁶⁸

(2) היקף האחריות בנטילת סיכון מסוים

ונשאלת השאלה, מה דינו של חייב שנטל על עצמו אחריות מפורשת בגין **סיכון מסוים**, אלא שהסיכון התממש בדרך בלתי מצויה? מהר"ם אלשיך⁶⁶⁹ דן בהסכם מכר שכלל סעיף ביטוח תובלה ימית, שעל פיו נטל המוכר אחריות על הסחורה מפני "שוללים שיבואו על הספינה". אכן הסחורה נשדדה, אך לא על ידי פיראטים שבאו מן החוץ כפי שקורה כרגיל, אלא למרבה ההפתעה על ידי צוות הספינה עצמו, שרצח את נוסעי הספינה היהודים ושדד את מטענם. מהר"ם אלשיך פוסק שנוסח התחייבותו של המוכר לא כלל אירוע בלתי צפוי זה, שהרי דיבר על "שוללים שיבואו על הספינה", כלומר על איום חיצוני. אבל הוא מטעים, שבנוסח "אם ישללוה" סתם, כוללת ההתחייבות גם את האירוע הבלתי צפוי שאירע.⁶⁷⁰

נראה שעמדה זו של מהר"ם אלשיך אינה מקובלת על ר' שלמה כהן⁶⁷¹. הוא דן בבעל מלאכה ששכר חנות בשוק הזגגים ("שוק הקאזאזיש"), והתחייב לשלם דמי שכירות אף אם תישאר החנות ריקה, וגורש מן השוק בגזרת המלך. לדעתו, יש לפטור את השוכר מתשלום דמי השכירות, בין השאר⁶⁷² משום "דאפילו אם תמצא לומר דקביל עליה אחריות דריקנית דעלמא [ולא רק אם יעזוב את החנות ריקה מרצונו], מכל מקום, כהאי גוונא **דלא שכיח שיגזור המלך שיקום מאותו מקום שהיה וילך למקום אחר - לא קביל עליה, ולא אסיק אדעתיה**".

(3) אף אירוע נדיר ביותר אינו עילת פטור

הרב יצחק הלוי מקושטא⁶⁷³ מחדש חידוש מעניין בעניינו של צד לחוזה שנטל אחריות מפורשת בגין אירוע בלתי מצוי. הוא דן בשני יהודים מטורקיה, שתמורת זיכיון לגביית מכס שקבלו מבעל הזיכיון, התחייבו לשלם לו קצבה חודשית עד סוף ימיו, והוסיפו שהם מתחייבים לעשות כן "בין

⁶⁶⁸ ראה שו"ת משיב דבר, חלק ג, סימן ה: "דדוקא אם היה אפשר לו לעקור דירה אלא שאינו רוצה משום דאירע לו אונס, כגון שאין לו מקום לדור וכדומה, הוא דהתנה דבכל אונס מוכרח לצאת. אבל בחלה ומת שאינו יכול לצאת, בזה לא עלה על הדעת לחייבו" (לשון השואל, והסכים עמו הנצי"ב).

⁶⁶⁹ שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן ס. יש לשים לב להבדל בין התקדים שדן בו מהרשד"ם (לעיל, הערה 641), שם דובר על נטילת אחריות כללית, ובין התקדים של מהר"ם אלשיך שבו מדובר על נטילת אחריות ספציפית בגין שוד הספינה.

⁶⁷⁰ מהר"ם אלשיך טוען שפסקו אינו עומד בסתירה למה שפסק מהרי"ק (לעיל, הערה 642) בעניין התחייבות השותפים לשאת בשווה בהוצאות צדקה. לדעתו, מהרי"ק פסק שהתחייבות זו אינה כוללת פדיון שבויים, משום שאין נוהגים לכנות פדיון שבויים "צדקה" סתם, אלא "צדקה של פדיון שבויים", מה שאין כן הביטוי "ישללוה" הכולל כל שוד בין על ידי גורם חיצוני ובין על ידי גורם פנימי.

⁶⁷¹ שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קצח, ד"ה ואחזור.

⁶⁷² לנימקיו האחרים של מהרש"ך, ראה לעיל, הערה 264.

⁶⁷³ שו"ת רב דגן, חו"מ, סימן ז, ד"ה וא"כ אף (ק"ג ע"א). בתשובה זו דוחה הרב הלוי את פסקו של הרב משה יקותיאל, שם, סימן ו, שבאותו עניין הכריע לטובת הנתבעים בשל האירוע הבלתי שכיח שאירע להם.

שיעמדו המה במכס... **ובין שחש ושלום יגורשו מהמכס לגמרי**". לימים גזר המלך לפקד את כל המוכסים היהודים, והעמיד תחתיהם מוכסים מוסלמים. רוכשי הזיכיון טענו שעל דעת אונס כזה לא התחייבו. המשיב דוחה את טענתם ופוסק, שמאחר שקבלו עליהם אחריות על אונס בלתי שכיח במפורש (שהרי אין זה שכיח שמוכס שעושה את עבודתו נאמנה יסולק ממשרתו), התחייבות זו מחייבת אותם אף כאשר בפועל אירע אונס עוד יותר נדיר, ואין מקום להבחין בין דרגות אי-השכיחות⁶⁷⁴.

ב. נטילת אחריות משתמעת

(1) אי-החרגת אונס שכיח

יש מי שטוען⁶⁷⁵, שאם החייב לא החרג אונס צפוי, ניתן להסיק, שמאחר שהוא נכון לקבל על עצמו אחריות בגין אונס צפוי, בוודאי נכון הוא לקבל על עצמו גם אחריות בגין אונס בלתי צפוי, ולא היה מותר על החוזה בשל חשש רחוק זה^{676 677}.

לעומתם, יש הדוחים⁶⁷⁸ סברה זו ומסבירים, שהסיבה לכך שהחייב לא החרג את אחריותו באונס שכיח, היא משום החשש שהצד השני לא יסכים לפטור אותו בגין אונס שכיח, אבל אין להסיק

⁶⁷⁴ הוא מסתמך על תשובת רבו רב ניסים גבאי בעל שו"ת פאת נגב, חו"מ, סימן מט, שפסק כיוצא בזה בעניין שוכר שהתחייב לשלם דמי שכירות בית אף אם יעלה הבית באש, ולבסוף עלתה כל העיר באש ("דכיון שקיבל עליו אפילו אם ישרף שישלם השכירות, מה לי שישרף ביתו או כל העיר?!"). המשיב דוחה את טענת ההגנה גם מנימוק נוסף המבוסס על שיטת מהרי"ט (לעיל, הערה 625).

⁶⁷⁵ ראה תורת חיים (שור), בבא קמא קי ע"ב, ד"ה אדעתא ("הקונה מחבירו דבר ונתקלקל מילתא דשכיחא הוא, הלכך אפילו נתקלקל קלקול דלא שכיח, כיון דאיכא נמי דשכיח הוה ליה לאסוקי אדעתיה ולא תנווי, וכיון דלא אתני אמרינן דאדעתא דהכי קנה"). כך הוא דוחה את שאלת התוספות, לעיל, הערה 552). וראה חידושי רבי עקיבא איגר (נורה דעה, סימן רלב, סעיף יב, על הש"ך ס"ק כ), שדייק כך מן המיוחס לרש"י, נדרים כז ע"ב, ד"ה דלמא אונסא דמגליא שאני, אבל נשאר ב"צריך עיון לדינא". וראה 'אמרי בינה', להלן, הערה 678, שהצביע על כך שגישה זו אינה מתיישבת עם המובא לעיל, הערה 99 (על ידי ר' עקיבא איגר עצמו שם), בעניין צירוף מספר אונסים שכיחים. ואולי זו הסיבה שר' עקיבא איגר נותר בצריך עיון.

⁶⁷⁶ אמנם ראינו שמי שנטל על עצמו אחריות מפורשת בגין אונס, אחריותו אינה כוללת אונס בלתי צפוי, אולם סייג זה אין יסודו באומדנה אלא בכלל הפרשני לפיו התחייבות מפורשת אינה כוללת דברים שלא עלו על דעת המתחייב, ובאין התחייבות אין אחריות. כך מטעים שו"ת רב דגן (לעיל, הערה 618).

⁶⁷⁷ וראה חידושי רבי שמואל (רוזובסקי), כתובות, סימן ב, אות ה, ד"ה ומעתה. הוא מעיר שסברה זו באה בחשבון רק לגישה שרואה באומדנה את יסוד הפטור באונס (ראה לעיל, הערה 90 והערה 93), שמאחר שההנחה היא שהחייב מוכן לשאת בסיכון באונס שכיח, וודאי מוכן הוא לשאת בסיכון גם באונס שאינו שכיח. אולם, סברה זו לא באה בחשבון לגישה (אתה הוא מזדהה, ראה לעיל, הערה 88, אות א) לפיה הפטור באונס מיוסד על הכלל לפיו אין להטיל על אדם את התוצאות המשפטיות של פעולה שעשה בעל כורחו. על פי גישה זו, הסיבה שאין פטור באונס שכיח, היא רק משום שהחייב יכול וצריך היה להתנות על תחולת הפעולה, ומשלא עשה כן אין דינו כאונס אלא כ"פושע" שאין לו להלין אלא על עצמו ("איהו דאפסיד אנפשיה"), "אשמה" שאין לטפול עליו, כמובן, באונס שאינו שכיח. וכבר הערנו על כך לעיל, הערה 97 (מובן שהסתייגות זו אינה רלוונטית לגבי שינוי יסודי, ככל שהפטור בשינוי יסודי מיוסד על אומדנה ולא על אונס. ליסוד הפטור בשינוי יסודי, ראה דיונו לעיל, פרק 3.ב, עמ' פפפ).

⁶⁷⁸ לסברה זו ראה הרב אפרים זלמן מרגליות (בעל שו"ת בית אפרים), בשו"ת אגודת אזוב (מרגליות), אבן העזר, סימן לד, אות טו (וצריך עיון כיצד דבריו מתיישבים עם מה שהבאנו בשמו, לעיל, הערה 618). והסכים עמו הרב משה זאב

מכאן שהוא מוכן לקבל גם את הסיכון בגין אונס שאינו שכיח, ואף לא בגין אונס "שכיח ואינו שכיח", שכן יש להניח שבכגון אלה הצד השני לא היה מתנגד לפטור, ואם לא החרג אותם אין זה אלא משום שלא נתן דעתו עליהם באותה שעה.

(2) הסכם לחלוקת האחריות

יש שעשוי החייב לשאת באחריות בגין אירוע חריג אף שלא נטל אחריות מפורשת, והוא כאשר הצדדים הסכימו על חלוקת הסיכונים ביניהם. כך עולה מתשובת הרא"ש⁶⁷⁹ בעניין עסקה למכירת חביות יין. באותו עניין הסכימו המוכר והקונה על חלוקת האחריות ביניהם עד אספקת הסחורה; המוכר נטל אחריות בגין **שפיכת היין ושבירת החביות**, ואילו הקונה נטל אחריות בגין **החמצת היין**. למעשה ניזוק היין כתוצאה מאירוע אחר, בלתי צפוי לגמרי, כאשר גוי אלים גרם להפיכת היין **ליין נסך**. אף שהמוכר נטל אחריות מפורשת רק בגין שבירת החביות ושפיכת היין, מאחר שאף הקונה נטל אחריות רק בגין החמצת היין, פוסק הרא"ש שההפסד בגין האירוע הבלתי שכיח שאירע בפועל, נופל על המוכר, וזאת משתי סיבות: (א) לנוכח הספק, אין להוציא ממון מיד המוחזק (הקונה); (ב) המוכר קיבל על עצמו אחריות בגין אירועים חיצוניים (שבירה ושפיכה), בעוד שהקונה קיבל אחריות בגין פגם פנימי (החמצה), מאחר שיש הכרח להכריע מי משניהם נטל את האחריות בגין האירוע הבלתי צפוי שנפל "בין הכיסאות", סביר יותר להטילה על המוכר בהיות אירוע זה אף הוא אירוע חיצוני⁶⁸⁰.

(3) תוספת שכר כנטילת אחריות מוגברת

שיקול נוסף שעשוי ללמד על נטילת סיכון גם בגין אירוע חריג מעלה הרב אליהו מבילגוריי בעל שו"ת הר הכרמל⁶⁸¹. הוא דן בעגלון שמלבד הובלת הסחורה, קיבל על עצמו גם אחריות לתשלום המכס שיושת על הסחורה, **וזאת תמורת שכר גבוה מהרגיל, בשל הסיכון שבדבר**. לצורך קביעת גובה המכס, המקובל היה שהמוכס מסתפק בהצהרה אודות התכולה, אולם בעקבות צו שיצא זה עתה מטעם המלך להקפיד על הנוהל הרשמי, בדק המוכס בדקדקנות את תכולת העגלה וקבע מכס גבוה בהרבה מהצפוי, מה שגרם הפסד גדול לעגלון. הלה טען שלא על דעת כן הסכים ועל כן הוא תובע תוספת שכר. המשיב דוחה את תביעתו ומסביר, שאף שככלל אונס שאינו שכיח משמש עילת פטור⁶⁸², לא כן הוא כשהוסכם על תמורה גבוהה מהרגיל המגלמת בתוכה את הסיכון. ובלשונו:

מרגליות, שם, סימן לה, אות טו. וראה גם: שער משפט, סימן נה, ס"ק ב; אמרי בינה, חו"מ, דיני דיינים, סימן כח, ד"ה והיכא דיש (הם אינם מציינים סברה זו אבל מגיעים לאותה מסקנה מכוח מקורות תלמודיים שאינם מתיישבים עם ההנחה לפיה אי-התנאה על אונס שכיח כמוהו כוויתור גם על אונס בלתי שכיח).

⁶⁷⁹ שו"ת הרא"ש, כלל קב, סימן ב. וראה מהר"ם אלשיך (לעיל, הערה 669) שעומד על כך שתשובת הרא"ש אמורה דווקא במקום "ששניהם מיעטו בלשונם", כלומר הסכימו על חלוקת האחריות ביניהם והותירו בהכרח אירועים בלתי צפויים הנופלים "בין הכיסאות". והשווה שו"ת מקור ברוך (קלעי), סימן נא, שהסביר את פסק הרא"ש בכך שניסוך הוא בגדר אירוע "שכיח ואינו שכיח", ודומה שנעלם ממנו המשקל שראוי לתת לעובדה שבאותו מקרה נטלו שני הצדדים אחריות מפורשת, כפי שהטעים מהר"ם אלשיך.

⁶⁸⁰ ולא ברור אם נימוק שני זה הוא רק תוספת שיכנוע לנימוק הראשון, הפורמלי, לפיו הספק מוכרע לטובת המוחזק; או שמדובר בנימוק העומד בפני עצמו, וכוחו עשוי להיות יפה גם כנגד מוחזק?

⁶⁸¹ שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן טו. וראה לעיל, הערה 618.

⁶⁸² ראה לעיל, הערה 558.

"בכהאי גוונא [=בכגון זה] שפיר אמרינן אדם מכניס עצמו לספק כזה, מאחר דהוא 'שכיח ולא שכיח', וגמר להתחייב באם יארע האונס, כדי שירויח אם לא יארע... ואין לו טענת אונס". ועל כן בנדון שלפניו הוא פוסק כנגד העגלון, ומטעים שכך הדין אף על פי שהנסיבות היו בגדר 'מכת מדינה': "ואע"ג דליכא למימר הכא מזליה דראובן גרים כי היא גזירה כללית לכל הסוחרים, מכל מקום לאו מטעם מזל באנו לחייבו, רק אנן סהדי דהכניס עצמו לספק כזה"⁶⁸³.

5. אפשרות מניעת הסיכול - "... ולא היה יכול למונען"

א. סיכול שהחייב הביא על עצמו

האם יכול צד לחוזה לטעון לפטור, אם הוא גרם בעצמו לנסיבות אשר הביאו לסיכול החוזה ('סיכול עצמי')? סעיף 18 שולל ממנו במפורש את הפטור, אפילו אם רק יכול היה למנוע נסיבות אלה⁶⁸⁴. עם זאת, אם המאמץ הנדרש למנוע את הסיכול אינו סביר, לא תידחה טענת הפטור⁶⁸⁵.

גם המשפט העברי שולל פטור ממי שמביא על עצמו את האונס⁶⁸⁶, כפי שפוסק הרשב"א בעניין חתן שהתחייב בשבועה להתגורר ליד חמיו בחמש השנים שלאחר הנישואין, וטוען שאונס מונע ממנו לעמוד בשבועתו ועל כן הוא פטור מקיומה, כשלמעשה הוא שהביא את האונס על עצמו⁶⁸⁷:

⁶⁸³ עוד הוא מטעים, שבנסיבות העניין יש נימוק נוסף לדחות את התביעה, והוא שהעגלון שילם כבר את המכס ודרש תוספת שכר רק לאחר מעשה. בכגון זה, "ודאי כוננו לפטור את שמעון מהמכס, כי היכי דליקום בהימנותיה כפי שהתחייב עצמו נגד שמעון" (מקורה של חזקה זו בבבא מציעא טו ע"ב: "ניחא ליה דליקום בהימנותיה"). כלומר, אף אם היתה לעגלון טענת פטור מתשלום המכס הגבוה, הרי משקיים את התחייבותו ושילם את המכס שנדרש, ההנחה היא שכוונתו היתה לוותר על טענת הפטור, מתוך העדפה להגן על אמינותו ועל שמו הטוב. וכך אכן מצאנו בתרומת הדשן, שו"ת, סימן שכ. והשווה הרב יועזר אריאל, "התייקרות בלתי צפויה של סחורה מיובאת", תורת המשפט, חלק א, קרית ארבע תשנ"ז, עמ' 131-159, בעמ' 155-157, שרוח אחרת עמו בהבנת 'תרומת הדשן', שלפיה לא ירד להבחנה בין לכתחילה ובין בדיעבד.

⁶⁸⁴ ראה ע"א 767/77 בן חיים נ' כהן, פ"ד לד (1) 564 (1979), בעמ' 572. וראה ש"ל וצמח (לעיל, הערה 6), עמ' 776-777. אמנם, יש אי בהירות ביחס לשאלה, מה הדין כאשר החייב לא יכול היה למנוע את הנסיבות אשר הביאו לסיכול, אבל הוא יכול היה למנוע את תוצאותיהן. ראה מדינה (לעיל, הערה 6), עמ' 440, ליד ציון הערה 129.

⁶⁸⁵ ראה מדינה (לעיל, הערה 6), עמ' 440-442.

⁶⁸⁶ הכוונה שהביא על עצמו את האונס בהתנהגות חריגה ולא נורמטיבית, אבל אדם אינו נדרש לוותר על התנהגות רגילה ונורמטיבית, אף שהוא מביא בכך לסיכול החוזה. כך ראינו לעיל, ליד ציון הערה 414, בעניין מעסיק שיכול בקלות לעשות בעצמו את העבודה שלשמה שכר את הפועל (וראה שם, הערה 416). וראה גם, להלן, נספח ה, בעניין משכיר רחיים, הערה 1008. וראה להלן, הערה 944. וראה ביתר הרחבה הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), בעמ' נד-נו, והמקורות הנוספים שציין שם. ומכאן פתרון להתלבטות של הרב מסעוד בן שמעון, שומרי משפט, בני ברק תשנ"ח, סימן שלד, עמ' קמד, בעניין אישה שהוציאה את בתה מגן פרטי למשך חודש ימים משום שעברה לעיר אחרת לטפל שם באקיה היתומים מאב כדי לאפשר לאמא שלה לנסוע לחו"ל לטיפול רפואי. הרב בן שמעון מסתפק אם מצב כזה מוגדר כאונס. ונראה שאין לשלול ממנה טענת אונס מאחר שמדובר בהתנהגות נורמטיבית. והשווה שו"ת ישיב יצחק (לעיל, הערה 416). וזה כנראה גם פשר פסקו של הרב ישראלי (לעיל, ליד ציון הערה 544), בפרשת נחמני. אבל השווה דברי השופט טל באותה פרשה, ע"א 5587/93, עמ' 528, פסקה 6: "נכון הדבר שהנסיבות נשתנו, עקב הפירוד שנוצר. אך גם בטענה זו מושתק האיש, שכן הוא ששינה את המצב. איני בא לדון אותו מבחינת 'האשם'. אבל אין מִשְׁנָה רשאי לטעון, שהוא זכאי ליהנות מן השינוי שהוא עצמו יצר, לרעת הצד השני". אמנם הוא אומר את

הדברים לביסוס טענת ההשתק ולא לשלילת טענת האונס, אולה דומה שהסברה אחת ויש בכך ביקורת נוספת על פסקו של הרב ישראל.

[סייג זה עולה לכאורה גם מכתובות ג ע"ב. התלמוד תמה מדוע בתקופה שבה נגזרה הגזרה "בתולה הנשאת ביום הרביעי, תיבעל להגמון תחלה", לא עמדו חכמים על תקנתם לפיה נישואין צריכים להיערך ביום הרביעי בשבוע דווקא, "ולידרוש להו דאונס שרי", וזאת אף שלכאורה בנישואיה תביא האישה על עצמה את האונס! אלא, כאמור, שנישואין היא התנהגות רגילה ונורמטיבית, וכפי שמסביר הרב קנייבסקי: "שאין רצונה כלל להיות אנוסה ולעשות החטא, אלא מה דנשאת היתה בשביל נישואין עם בעלה, והאונס ממילא בא, וכל כהאי גוונא שפיר נקראת אנוס לענין מיתה ולענין לאוסרה על בעלה" (קהלות יעקב, בבא קמא, בני ברק תשמ"ח, סימן כא, אות ב, ד"ה ולכאורה). ואולם השווה בית אהרן (ראב"ן), הלכות גיטין, סימן קלד, סעיף ד, ס"ק ג, ד"ה וראיתי, לדעתו כך הוא רק בהתנהגות שהיא בגדר מצווה (כמו נישואין), "אבל באונס שהביא על עצמו בדבר הרשות, יש לומר דלא מיקרי אונס". אולם לפי זה עולה השאלה: מדוע אסתר נאסרה על מרדכי, הלא כוונתה הייתה להציל את עם ישראל, ומדוע אפוא לא נחשבה כאנוסה אף שבאה אל המלך ביזמתה? (השווה קובץ שיעורים (וסרמן), כתובות, אות ט). על כך משיב הרב מרדכי שטרנברג: "אין כאן קושיה כלל, משום שנראה בבירור שהמציאות בזמן הגזרה הייתה אמנם שמי שנתפשה נבעלה להגמון, אלא שרובן המוחלט של הנשים שנישאו ברביעי היו מצליחות להסתתר ולא להיתפס. ממילא, אישה שנישאה ביום רביעי לא הכניסה עצמה לאונס, משום שידעה כי קרוב לוודאי שלא תיבעל להגמון כלל. זאת לעומת אסתר שנכנסה לאחשוורוש וידעה שקרוב לוודאי שתיבעל באונס - ועל כן נאסרה בזה למרדכי" (עיונים משיעורי הרב מרדכי (שטרנברג), כתובות, גבעת שמאול תשע"ג, עמ' מה. ולפי זה אין להביא ראיה מכתובות).

⁶⁸⁷ שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן רעב (נפסק בשולחן ערוך, יורה דעה, סימן רלב, סעיף יז, ומובא גם בחלקת מחוקק, אבן העזר, סימן נ, ס"ק טז). וראה גם שו"ת הריב"ש, סימן תכב, בענין בני קהל שנאנסו לעבור על חרם הקהילה (ו'אין צריך לומר, שאם מבני הקהל סבבו הצווי ההוא... הגורמים האונס ומסבבים אותו, אינם אנוסים [ועל כן חל עליהם עונש החרם]). כך עולה גם משו"ת מהרי"ק, שורש סג, בענין אונס ממון בגטין, שבעל שהתחייב לשלם לאשתו קנס כספי גבוה אם לא יגרש אותה, אין זה פוסל את הגט, "דאין אונס אלא הבא לאדם מחמת אחרים זולתו, לאפוקי [=להוציא] זה שהביא האונס עליו" (והשווה להלן, הערה 690). וראה עוד שו"ת מהרש"ל (לוריא), סימן לח, שמדגיש כתנאי מוקדם לשיחרור מעסקה או מחיוב חוזי בטענת אונס: "והוא לא פשע מידי [=כלל] או [גם] לא שברצונו נעשה". וראה לעיל, הערה 448.

[פשיעה לענין זה, לרבות שיכחה (אף שבהקשרים אחרים שיכחה נחשבת לאונס, ראה לדוגמה רמב"ם, הלכות שבועות, פרק א, הלכה יג), וכפי שמסביר רבי יהושע מקוטנא, ישועות ישראל (טרונק), עין משפט, סימן נה, ס"ק א: "כללא דמלתא, דשכחה מקרי פשיעה בעת שהסיח דעתו מדבר שהיה מוטל עליו, אבל מה שנעשה בעת שכחה מקרי אונס... ולפי זה... ודאי יש להסתפק הרבה אם זה מקרי אונס לגבי תנאי ממון [כגון קנס מוסכם], דעיקר הטעם [לפטור מן הקנס במקרה של הפרה מאונס] דעל דעת זה לא נתחייב ולא אסיק אדעתיה שיהיה אונס [אומדנה], ולא שייך זה גבי שכחה כיון שבא על ידי פשיעה... הדעת נוטה דשכחה לא מיקרי אונס... כמו בשומר חנם שנחשב לפשיעה [והשומו חייב אף אם לאחר מכן נקלע למצב של אונס כתוצאה מן הפשיעה. ראה להלן, נספח ז, ליד ציון הערה 1033]; שו"ת זכרון יהונתן (אבלמן), חו"מ, סימן ב, אות כ. וראה עוד שלל מקורות בשדי חמד, כללים, מערכת האל"ף, אות שלו ("אונס הבא לאדם ע"י עצמו"). על שכחה כפשיעה בדיני שומרים, ראה בהרחבה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ"ט, עמ' 203-206, ומילואים שם; הרב שלמה זלמן מרק, "בענין טענת שכחה בשומרים", בית אהרן וישראל צד (תשס"א), עמ' צו. לאור זאת, השווה 'נימוקי יוסף' וט"ז (להלן, הערה 714, אות א, ואות ג), המגדירים לכאורה שכחה כאונס, ודבריהם צריכים עיון (כפי שהעיר בית מאיר, יורה דעה, סימן רלב, על שולחן ערוך סעיף יב), אלא אם כן נצמצם את דבריהם למקרים בהם השכחה עצמה נגרמה באונס, כגון עקב אירוע טראומטי, ואין כוונתם ששכחה כשלעצמה מוגדרת כאונס (ראה מגן אברהם, אורח חיים, סימן תקכו, ס"ק ו). לשכחה כפשיעה ראה עוד שמרו משפט (זעפרני), חלק ב, ירושלים תשס"ח, סימן סב, אות ה (עמ' רצג), בענין נהג שלא ביצע הסעה במועד וטען לאונס מחמת שיכחה).

ואולם השווה נימוקי יוסף, בבא קמא י ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה אשו משום חציו, שנראה שהוא חולק על גישה זו. לדעתו, מי שמזיק נכס על ידי יריית חץ, נחשב כמי שעשה את הנזק כבר ברגע יריית החץ ולא בשעת הפגיעה בנכס (ועל כן, לדוגמה, אף אם מת לפני פגיעת החץ, חייבים יורשיו לפצות על הנזק, שכן חיוב הנזיקין התגבש עוד בחיי המוריש והם יורשים את חיובו). הוא מוכיח זאת על דרך האבסורד; אילו היינו רואים אותו כמי שעושה את הנזק ברגע פגיעת החץ, "הוה לן למפטריה [=היינו צריכים לפטור אותו], דאונס הוא שאין בידו להחזירה". והלא היורה הוא שגרם

אני אומר דרך כלל, שאונס כשמו, ואין הרצון - אונס. ואילו מסבב זה אונסין לעצמו, כגון סבב על ידו או שלוחו, או שאחרים עושים על דעתו, שיהיו אדוני הארץ מאיימין אותו ומשימין עליו קנס [לבל יעתיק את מקום מגוריו], אין זה אונס אלא רצון.

בהתאם לכך, בעניין הפטור מקנס שידוכים שהוא מעניק לסבא, כשלא יצאה החתונה אל הפועל בשל סירובה של נכדתו לשידוך (משום שיש בסירוב זה משום אונס), מטעים הרשב"א⁶⁸⁸: "ומיהו אין דברינו אלא במי שהוא אונס ודאי לא במסבב וגרם האונס. והלב יודע אם לעקל אם לעקלקלות"⁶⁸⁹. ומכאן כאמור, שסיכול עצמי אינו יכול לשמש עילת פטור⁶⁹⁰.

לאונס! ומכאן שלדידו, גם מי שגורם לעצמו אונס - אונס הוא. כך מסיק מדבריו קהלות יעקב (קנייבסקי), בבא קמא (בני ברק תשמ"ח), סימן כא, אות ב, ד"ה ולכאורה (והשווה שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן רמה, אות ו, שמסיק מדבריו מסקנה הפוכה, וצריך עיון). לדעת הרב חיים וינקלר, אין להסיק כך מ'נימוקי יוסף', שכן נראה שדבריו אמורים לעניין אחריות נזיקין דווקא, שהתורה היא שמחייבת את המזיק, וכיון שסוף סוף היה אונס בשעת הנזק הוא פטור. אבל בהתחייבות שאדם מבקש להיפטר ממנה לפי שהוא אונס, לא עלה על הדעת שייפטר כשהוא גרם את ההפרה, בדומה להבחנה שנראה להלן, נספח ז, עמ' פפ. לכל זה השווה עוד שו"ת משנה הלכות, חלק ג, סימן לו, ד"ה ומה שהביא.

⁶⁸⁸ שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן ריא (הובא לעיל, הערה 106). באותו מקרה, משסרבה הנכדה לשידוך שתכנן עבורה הסבא, חיתן אותה הסבא עם חתן אחר ואף נתן לה נדוניה לשם כך (וראה להלן, הערה 691). להלן, הערה 693, נראה שהרמ"ע מפאנו מפרש אחרת תשובה זו של הרשב"א ומסיק ממנה מסקנה הפוכה, אבל נראה שם שפוסקים רבים סבורים שתשובה זו של הרשב"א עולה בקנה אחד עם תשובתו שראינו לעיל, הערה 687, ולפי "אין הרצון אונס". [וראה ספר יהושע (באבד), פסקים וכתבים, סימן קנב (בעניין השכרת משנה של דוכן בשוק, והשובר הראשי גרם לסירובו של בעל הדוכן לאשר את החזקת הדוכן על ידי שוכר המשנה). לדעתו, אם הסבא גורם אונס לא לעצמו אלא לצד השני, היינו אם הוא גורם לכך שנבצר מן החתן להתחתן עם נכדתו, אין דינו כמפר מרצון, שכן פורמלית הוא מוכן ומזומן לקיים את חלקו, והחתן הוא שמפר את ההסכם (אם כי מאונס, ועל כן אף החתן פטור מתשלום הקנס המוסכם). וכעין זה ראה כסא אליהו (ישראל), חו"מ, סימן עג, אות ב, בעניין הנשבע לפרוע חוב עד יום פלוני, והוא גרם למלווה שלא יוכל להגיע למקום הפירעון. גם הוא נוקט, מאותו נימוק, שהלווה פטור. תימוכין לכך הוא מוצא באגדת התלמוד (סנהדרין קט ע"ב), בעניין און בן פלת שנשבע לעדת קרח שיצטרף אליהם כל אימת שיקראו לו. כדי שיוכל להתחמק מכך, אשתו נהגה בפריצות על מפתן ביתה (סתרה את שערותיה), מה שגרם לשלוחים שבאו לקרא לבעלה לחזור על עקבותיהם. והשווה שו"ת דעת משה (פרידמן), ירושלים תשמ"ד, סימן לב, ד"ה ובפרט (בעניין רב שעשה הסכם פוליטי עם "הציונים" שתמורת תמיכתם בו התחייב הוא לתמוך בהם, ועתה הוא מבקש להתחמק על ידי שיטמין עצמו ולא ימצאו אותו). לדעת הרב פרידמן, האגדה בעניין און בן פלת, היא דווקא ראייה לסתור, משום ששם לא נמנע מן השלוחים ישירות למלא את שליחותם אלא אשתו של און בן פלת גרמה להם בערמה להחליט לחזור על עקבותיהם: "דשרי רק בכהאי גוונא שהמה מסבבים עליהם המניעה שחזרו מלקרוא אותו על ידי שאשתו ישה בפתח בסתירת שער". וצריך עיון. וראה עוד: בגדי שש (שמאמה), יורה דעה, סימן ריט, אות ד; שו"ת שמע אברהם (פלאג'י), חלק ב, סימן לט, מד"ה ואשא].

⁶⁸⁹ ביטוי זה מקורו בתוספתא, שביעית ג, ח, ופירושו בהקשר זה: רק הסבא יודע אם טענת האונס שלו כנה (לעקל=ליישר, להסיר עיקולים ומעקשים), או שבאמת הוא שעומד מאחורי סירובה של נכדתו והוא מְרַמָּה (לעקלקלות=לעיקום). ראה תוספתא כפשוטה, שביעית, עמ' 517, הפירוש לשורה 19. נמצא אפוא, שחובת ההוכחה שהסבא הוא שגרם לסיכול החתונה מוטלת על הצד השני. והשווה שו"ת בית אפרים (לעיל, הערה 107), שכוונת הרשב"א היא שכן הוא רק לעניין פטור משבועה, שהוא עניין שבין אדם למקום, אבל לעניין קנס, שהוא עניין שבין אדם לחברו, חובת ההוכחה על הטוען לאונס ולא על הצד השני.

⁶⁹⁰ לפי זה, לא מובן לכאורה מדוע הרשב"א (בשונה ממהרי"ק, לעיל, הערה 687) פוסל גט כ"גט מעושה" (גט שניתן מתוך אונס) כשהבעל הוא שהביא על עצמו מרצונו את האונס, כגון שהתחייב לשלם לאשתו קנס כספי גבוה אם לא

וכך פוסק גם רבי משה מטראני⁶⁹¹ במקרה דומה של הפרת שידוכים בשל סירוב הכלה, והוא אף מוסיף, שלא זו בלבד שאין לפטור את האב אם מתברר שהוא שידל את בתו לסרב לשידוך, אלא הקנס יוטל עליו אף אם לא פייס אותה בדברים שתסכים לשידוך^{692 693}.

יגרש אותה (ראה שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן מ). על סתירה לכאורה זו בדברי הרשב"א עומד ר' אריה ליב צינץ בספרו גט מקושר, סדר הגט הראשון, אות לט, ס"ק ג, ד"ה וצ"ע. לפתרונה של סתירה לכאורה זו, ראה להלן, נספח ז, עמ' פפפ.

⁶⁹¹ שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן פה. וראה גם שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן קיד, ד"ה ובתשו' רמ"ע. [חתם סופר, שם, ד"ה אבל אני תמה, תמה על הרשב"א שפטר את הסבא מן הקנס אף שסייע לנכדתו ונתן לה נדוניה לצורך נישואיה עם גבר אחר (ראה לעיל, הערה 688), דבר שלדעתו אסור היה לו לעשות (והוא נדחק ליישב שהנדוניה הייתה מירושת אביה ולא מנכסי הסבא). כנגד גישה זו של 'חתם סופר' ראה שו"ת מהר"ש מוהליבר, אבן העזר, סימן ח, ד"ה והנה בתשו', שדוחה הסבר דחוק זה שאינו מתיישב עם דברי הרשב"א, ומוסיף: "ובאמת עיקרא דדינא פריכא, כי סברתו [של 'חתם סופר'] ז"ל אינה מוכרחת כלל, דהן אמת שהאב מחוייב לעשות כל מה שביכולתו לרצות את בתו שתבחר בהמשודך מרצון נפשה, אבל לא להכריחה שתנשא לאיש שמאסה בו נגד רצונה, כי חלילה לעשות כן ואיסורא איכא. ואם כן, כשישליכה אחרי גיוו שלא ליתן לה מאומה ולא להתעסק בצורכי נשואיה יכריח אותה להנשא לאיש השנוא לה, זה אינו מחוייב ואינו רשאי" (שם, ד"ה ובאמת). וראה לעיל, הערה 108. וראה שו"ת מהר"י ווייל (להלן, הערה 788).

⁶⁹² לכאורה כך מוכח כבר מן הרמב"ם, הלכות יסודי התורה, פרק ה, הלכה ד, המסייג את הפטור של מי שעבד עבודה זרה באונס: "אבל אם יכול למלט נפשו ולברוח מתחת יד המלך הרשע ואינו עושה, הנה הוא ככלב שב על קיאו, והוא נקרא עובד עבודת כוכבים במזיד". אולם שו"ת הריב"ש, סימן קעא, ד"ה תשובה, דוחה ראייה זו משום שדברי הרמב"ם נאמרו לעניין עונש בדיני שמים בלבד.

⁶⁹³ לאור כל זאת, קשה להבין את פסקו של ר' מנחם עזריה מפאנו (שו"ת הרמ"ע מפאנו, סימן פא) שדן בעניין דומה ופטר אב מקנס שידוכים, אף אם הוא עווד את בתו לסרב לשידוך. הוא מסיק זאת מניתוח תשובת הרשב"א (לעיל, הערה 688), שלהבנתו פטר את הסב מקנס השידוכים, אף על פי שבאותו מקרה היה ברור "כי הוא היה הגורם ועושה בידים מעשה לסתור השידוכים הראשונים ושידוכה לאחר קודם שנתפרסם מאון בת הבת". ומה שהוסיף הרשב"א "והלב יודע אם לעקל אם לעקלקלות" (ראה לעיל, הערה 689), הוא רק שיפוט מוסרי, ואף אם ברור שהסבא הוא שעומד מאחורי סירובה של נכדתו, אין לכך השלכה משפטית, שלולי כן היה הרשב"א מטיל לכל הפחות חרם על הסבא באם יתברר שידו במעל (כפי שנדרש על פי תקנת הגאונים, כל אימת שהתובע מעלה טענת ספק אודות הנתבע, שלו היתה מתבררת כנכונה, היה זוכה בדין. ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך יז, ערך חרם א, ליד ציון הערה 153). כך הבינו את דברי הרמ"ע מפאנו, ופסקו כמותו לכאורה: שו"ת כהונת עולם (לר' משה הכהן מקושטא), סימן סט (והסכים עמו הרב אפרים נבון, בעל 'מחנה אפרים', שם, סימן ע); גדולת מרדכי (גלאנטי), סימן יג (מודפס בסוף ספרו דברי מרדכי). וכך הבינו גם אחרים את פסק הרמ"ע מפאנו ובראשם חלקת מחוקק, אבן העזר, סימן נ, ס"ק טז, אבל לא פסקו כמותו, ולהפך תמחו על דבריו באשר הם עומדים בסתירה לשו"ת הרשב"א (לעיל, הערה 687), הקובע נחרצות ש"אין הרצון אונס" (וראה גם: שו"ת מהרש"ם, חלק ה, סימן כו, ד"ה אך דיש; שו"ת מהר"ש מוהליבר, אבן העזר, סימן ז, ד"ה והנה כ"ת).

ואולי לפי הרמ"ע מפאנו, שונה הדין בהפרת שידוכים משום שסוף סוף הכלה היא אישיות עצמאית, וההחלטה להסכים או לסרב לשידוך נתונה בידה (כפי שהוא מטעים בד"ה ומה שטוען: "והכא אלו אמרה הבת בעינא ליה [=אני רוצה אותו], מאי אהנו [=מה הועילו] מעשיו לסבא? אלמא, בדידה תליא מלתא [=לכן, בה תלוי הדבר]"), ועל כן עידוד האבא את בתו לסרב לשידוך אינו גורע מהגדרתו כאנוס. אבל אין הכי נמי, כפי שהוא כותב בעצמו להלן, ד"ה וכ"ת והלא, "אם יתברר הדבר בבית דין חשוב שהמעכב [הוא] אביה ולא היא", כלומר אם יוכח שאין לה רצון משלה, כגון שהאב כופה עליה את הסירוב, אכן יוטל עליו הקנס. אבל לפי זה קשה, שהרי גם חשש זה די היה בו להצדיק הטלת חרם על האב.

והשווה שו"ת עבודת הגרשוני, סימן עד. לדעתו, הרמ"ע מפאנו חזר בו בסיום דבריו ופטר את האב (אף מחרס), רק מפני שבנסיבות העניין שהובא בפניו היה ברור ("אנן סהדי"), שיד האב לא הייתה במעל. אבל אין הכי נמי, אם הדבר

בהתאם לכך נקבע בתקופת מגפת הקורונה, ששוכר בית שנסע לחו"ל **אחרי שידע שלא יוכל לחזור עקב הפסקת הטיסות לארץ וסגירת הגבולות**, חייב להמשיך לשלם דמי שכירות, ואינו יכול להיפטר בטענת אונס, מאחר שהביא את האונס על עצמו, כפי שפוסק הרב מנחם מנדל שפרן⁶⁹⁴: "במקרה שלנו, השאלה הראשונה [היא]: האם כשנסע ידע כבר שאי אפשר יהיה לחזור, שאז הכניס עצמו לאונס ואין לו טענת אונס".

והוא הדין לאידך גיסא, אם המשכיר הוא שאחראי לאבדן המושכר, אף אם אין אפשרות עוד לקיים את חוזה השכירות כלשונו, יחוייב המשכיר לקיימו בקירוב ולהעמיד מושכר חלופי, ולא תתקבל טענת סיכול. כך עולה מהלכת הרמב"ם⁶⁹⁵ בעניין בית שכור שנהרס: "בית זה אני משכיר לך, ואחר שהשכירו לו נפל, אינו חייב לבנותו, אלא מחשב עמו על מה שנסתמש בו, ומחזיר לו שאר השכירות. אבל אם סתרו [=אם המשכיר עצמו סתר את הבית בתוך תקופת השכירות], חייב להעמיד לו בית אחר, או ישכיר לו כמותו. וכן אם חזר אחר שהשכירו לזה והשכירו או מכרו לגוי או אנס, שהפקיע שכירות הראשון, הרי זה חייב להשכיר לו בית אחר כמותו, וכן כל כיוצא בזה".

נוסיף, שסייג זה לפיו סיכול שהחייב הביא על עצמו אינו משמש עילת פטור, נכון שבעתיים בפטור שישודו באומדנה. דומה שכך הוא אפילו בהתחייבות חד-צדדית ובוודאי שכך הוא בהתחייבות דו-צדדית, שכן בכגון זה "אומדנא דמוכח" הוא שהצד השני לא היה מסכים לפטור. כך פוסק רבי אברהם הלוי⁶⁹⁶ בעניין בעל שרוצה לגרש את אשתו על לא עוול בכפה, היא מסרבת להתגרש, ועתה הוא מבקש להשתחרר משבועתו שלא לשאת אישה שנייה בטענה שעל דעת כן לא נשבע. הרב הלוי דוחה את טענתו מאחר שהוא הביא לפירוק הנישואין: "שאם היה מתברר מעט קט מעניינים הללו בשעת כניסתן לחופה לא היתה מותרת לבעלה כלום והיתה אוסרתו בשבועה חמורה וברורה שלא יוכל לישא אשה אחרת כל עוד שלא תתגרש ממנו לגמרי והיתה קושרת אותו קשר על גבי קשר של קיימא"⁶⁹⁷.

אינו נקי מספקות, יש להטיל עליו חרם. כך אכן עולה לכאורה מדברי הרמ"ע מפאנו, שם, ד"ה וכ"ת והלא: "אם הועילו עם הבת עצות מרחוק עד שהושמטה כר מתחתיו, אף שידע האב ולא מחה עד שבחרה רצתה נפש לרחקה ולא לקרב... אין לך אונס אצל האב גדול מזה". ולפי זה מצטמצמת המחלוקת בין הרמ"ע מפאנו למב"ט רק בשאלה אם חובה על האב לנסות ולהניא את הבת מסירובה. הא ותו לא. אבל ראה שו"ת חתם סופר (לעיל, הערה 691), שדוחה את גישתו, ולדעתו אין די בחשד להטיל חרם בהקשר זה.

⁶⁹⁴ לעיל, הערה 300. ראה "הודעה מטעם בית הדין [הישר והטוב]", שם.

⁶⁹⁵ רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ו. וראה גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף ב וסעיף יז. וראה חוק לישראל, תרופות בשל הפרת חוזה, סעיף 3, פרק שלישי, ד. ועוד ראה ויגודה, שכירות (לעיל, הערה 33), עמ' 181, הערה 32; שם, עמ' 227-229.

⁶⁹⁶ שו"ת גינת ורדים (הלוי), יורה דעה, כלל ג, סימן ד, ד"ה וכפי.

⁶⁹⁷ זאת, בשונה מן התקדימים שראינו לעיל, ליד ציון הערה 530 עד ציון הערה 539, שם מניעת חיי האישיות הייתה כתוצאה מנסיבות הקשורות באישה, וברור שלא הייתה מתנגדת להתליית השבועה, כפי שמטעים בעל גינת ורדים, שם, ד"ה אמנם: "ואנן סהדי שלא היתה הכלה מקפדת בכך ולא היתה מעכבת לינשא לו אם היה החתן מברר שיחותיו אלה, כי לא תוהו בראה" (ישעיה מה, יח) וצערנו של איש מרובה... ואין כאן שום תקלה בעניינים הללו מצדו של חתן וכמעט הוא אנוס לישא אשה אחרת ואין הכלה מקפדת על תנאים הללו כלל".

עתה נראה שיש הסוברים שהחייב נדרש אף להשקיע כספים במידה סבירה כדי להתגבר על האונס, אבל העניין שנוי במחלוקת.

ב. אונס שניתן להתגבר עליו בהוצאה כספית

לעיל⁶⁹⁸, הבאנו את תשובת הרשב"א הפוטר סב מקנס שידוכים שקיבל על עצמו, כשנכדתו סרבה להינשא לחתן המיועד, משום שסירוב זה נחשב לאונס שאינו שכית. הרשב"א מדגיש⁶⁹⁹, שאף אם התחייב הסבא בהסכם השידוכים לפייס את נכדתו כדי שתסכים לשידוך, אין הוא חייב לעשות כן במחיר של תשלום כסף כלל ("שאין לו ליתן ממון לפייסה"). לשון אחר, ככלל התחייבות "לפייס" מובנה שכנוע גרידא והעובדה שניתן להתגבר על מצב אובייקטיבי של אונס על ידי הוצאה כספית⁷⁰⁰ ולו מזערית⁷⁰¹, אינה גורעת מהגדרת המצב כאונס. ראייה לדבריו, הוא מביא מתוך היקש לדברי התלמוד⁷⁰² בעניין בעל שנתן גט לאשתו והתנה שהגט יכנס לתוקפו אם לא יפייס אותה, והוא ניסה לפייסה אך היא סרבה להתפייס. התלמוד קובע, שהגט בטל משום שיש בכך אונס⁷⁰³, אף שלכאורה היה בידו להסיר את התנגדותה לפיוס על ידי תשלום כסף ריצוי, ובלשון

⁶⁹⁸ לעיל, ליד ציון הערה 106.

⁶⁹⁹ מובא בש"ד, יורה דעה, סימן רלב, ס"ק כג, וכן בבית שמואל, אבן העזר, סימן נ, ס"ק טז. לדברינו להלן השווה הרב יעקב אריאל, "התייקרות בלתי צפויה של סחורה מיובאת", **תורת המשפט**, חלק א, קרית ארבע תשנ"ז, עמ' 131-136, בעמ' 134-136.

⁷⁰⁰ להבדיל ממצב שדננו בו לעיל, ליד ציון הערה 346, שבו ניתן לקיים את החיוב אלא שבשל שינוי נסיבות הדבר כרוך בהוצאה כספית המכבידה על הקיום, וכפי שהערנו שם, הערה 346. על הבחנה יסודית זו, ראה: שו"ת חכם צבי, ליקוטי תשובות, סימן קמה ("הובא מכת"י רבי אריה לייב מאמשטרדם זצ"ל חתנו של רבינו, וזה לשונו: זכורני שמורי חמי הגאון זצ"ל פסק באחד שהייב את עצמו לבא לדין ממקום למקום, דהיינו ממדינה למדינה בקנס עצום בלא אסמכתא ושלא יועיל שום טענת אונס ממון, כי אם אונס הגוף, ואחר זמן גזר המלך שלא ילך שום אדם מהמדינה, ומי שיעבור דמו בראשו, ואפשר אילו הוציא ממון רב על זה היה המלך מתירו. **ופסק שפטור מן הקנס, כיון דהאונס הוא אונס הגוף, אף דאפשר לפוטרו בממון**"); שו"ת בית דוד (יוסף דוד), יורה דעה, סימן קיא, ד"ה גם ממ"ש עוד הריב"ש; שיעורי מרן ר' פסח מקוברין, כתובות, סימן ה, ד"ה אלא ("דבעצם המעשה הוא אונס גמור, כגון בעכבו נהר אינו יכול לעבור בשום אופן, אלא **דיכול לסלק האונס על ידי ממון הרבה לשכור ספינה – זה מקרי אונס**"). לתוקפה של הבחנה זו בפטור מכוח אומדנה להבדיל מאונס, ראה לעיל, הערה 479.

[וראה גם בהקשרים אחרים: רמ"א, יורה דעה, סימן שעד, סעיף ג (בעניין כהן שמותר לו להיטמא למת מצווה ואינו חייב לשכור מי שיטפל בו במקומו); שו"ת מנחת שלמה (אורבך), חלק א, סימן ז, אות א (המסיק מהלכת הרמ"א, לעניין חילול שבת, שאין אדם מצווה להשקיע ממון כדי להוציא עצמו ממצב אובייקטיבי של פיקוח נפש, אלא מותר לו במצב זה לחלל את השבת להצלת נפשו). והשווה הרב יעקב אריאל (לעיל, הערה 699), בעמ' 137-138].

⁷⁰¹ כך מטעים תורת גיטין, גיטין ל ע"א, ד"ה תוס' ד"ה מי. וכך משתמע לכאורה מלשון שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן ריא ("שאין לו ליתן ממון לפייסה"). אבל ראה להלן, הערה 704.

⁷⁰² גיטין ל ע"א. בביאור סוגיה זו ראה שיעורי ר' דוד (פוברסקי), שם, סימנים תלז-תלט.

⁷⁰³ התלמוד מציין שכך הוא לפי מאן דאמר "יש אונס בגיטין". התלמוד מביא שם מסורת אחרת אליבא דמאן דאמר "אין אונס בגיטין", אך היא אינה מעניינת כאן.

התלמוד: "מידי תרקבא דדינרי בעי למיתב לה? [=האם עליו לשלם לה שלושה קבים של דנרים?]"⁷⁰⁴.

מקור תלמודי זה משמש גם את בעל 'תרומת הדשן'⁷⁰⁵, אם כי דומה שהוא מסיק ממנו מסקנה מצמצמת יותר. הוא דן במי שהתחייב בשבועה להגיע למקום מסוים ונמנע מכך בשל סכנת הדרכים, ופוסק שאינו חייב להוציא הון תועפות על שומרי ראש כדי לעמוד בדיבורו. ומכאן שלדעתו, בשונה מן הרשב"א, אם ניתן להתגבר על האונס בהוצאה סבירה, אין המצב מוגדר עוד כאונס⁷⁰⁶.

גישת 'תרומת הדשן' מסתברת יותר אם מניחים שיסוד הפטור באונס הוא אומדנא דמוכח, ואילו גישת הרשב"א מסתברת יותר אם מניחים שיסוד הפטור באונס הוא מכוח דין "אונס רחמנא פטריה"⁷⁰⁷.

ג. אונס שנגרם בעקבות דחיית ביצוע החיוב לרגע האחרון ("אונס ביום אחרון")

בהמשך לדיוננו עד כה בעניין אפשרות מניעת הסיכול, נשאלת השאלה: מה דין חייב שדחה את קיום חיובו למועד האחרון שבו עדיין היה סיפק בידו לעמוד בחיוב, ואז נאנס? כגון קבלן שדחה את קיום החוזה לרגע האחרון, ואז כוח עליון מנע ממנו את הביצוע. האם יוכל לטעון לסיכול? או

⁷⁰⁴ מלשון התלמוד משתמע לכאורה שרק סכום גדול אינו נדרש לשלם, אבל סכום סביר נכלל בחובת הפיוס (וכפי שפוסק 'תרומת הדשן', להלן, הערה 705). אבל תורת גיטין מפרש שכוונת התלמוד שאינו חייב להוציא דבר "שלא עלה על דעתו שיצטרך ליתן". הוא אף נדחק לפרש כך גם בדעת רש"י שם, ד"ה אטו תרקבא ("והרי אין לו ואונס הוא, דהא פייסה במה שבידו לעשות ולא איפייסא ולא גיטא דיש אונס בגיטין"). אבל קשה לקבל את דבריו, שכן מרש"י עולה שהפטור אמור רק כשאין לבעל כסף לפייסה, ומכאן שאם יש לו, עליו לשלם (אם כי אין להסיק מכאן שלפי רש"י עליו לשלם גם סכום בלתי סביר. ראה להלן, הערה 706). תורת גיטין טוען שכדבריו עולה גם משו"ת הריב"ש. הכוונה היא כנראה לשו"ת הריב"ש, סימן צט, בעניין בעל שנשבע לאשתו שלא ישא אישה שניה בלא לפייסה תחילה, וזו סרבה להתפייס, ופוסק שאם נתן לה סכום סביר שנהוג שנשים כמותה מתפייסות בו, אינו חייב לשלם לה מעבר לכך **אפילו כלשהו**, ופטור הוא משבועתו. אבל לכאורה לא כך עולה משו"ת הריב"ש, להלן, הערה 706.

⁷⁰⁵ תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן רנד (מובא בש"ך, יורה דעה, סימן רלב, ס"ק כג).

⁷⁰⁶ ביאור הגר"א, יורה דעה, סימן רלב, ס"ק כד, מעיר שקביעה זו אינה תואמת את פירושו של רש"י (לעיל, הערה 704), ממנו משתמע שהבעל צריך לשלם הון רב, והוא אונס רק אם אין לו (וראה לעיל, הערה 485). אבל אין הכרח לדייק כך מרש"י שכן אפשר שכוונתו כמו המאירי: "ונראה לי במה שבידו לעשות **וכפי הראוי והמוטל עליו** לפי ראות עיני בית דין, **ותרקבא דדינרי כאן לאו דוקא אלא כפי הראוי**" (בית הבחירה, גיטין ל ע"א, ד"ה כבר ביארנו שיש). וראה הרב יעזר אריאל (לעיל, הערה 699), בעמ' 138-139.

כדעת 'תרומת הדשן' משתמע לכאורה גם משו"ת הריב"ש, סימן תס, בעניין המובא לעיל, ליד ציון הערה 474, שאף אם ניתן לשחד את הגזבר, אין זה מוציא מידי אונס שכן "לא היו מחויבים לפזר ממון ולמיהב תרקבא דדינרי כדי לבטל הצווי ההוא", אבל "אם בנקלה היו יכולין לבטל צווי הגזבר, **היה להם להשתדל בזה**". אבל השווה שו"ת הריב"ש (לעיל, הערה 704). לכאורה תשובותיו סותרות זו את זו בנקודה זו, וצריך עיון. והשווה עוד 'משאת משה' (לעיל, הערה 224).

⁷⁰⁷ לסקירת הגישות השונות בדבר יסוד הפטור באונס, ראה לעיל, פרק 2א(2)(ב), עמ' פפפ (ושם הערות 88, 90, 91); לעיל, פרק 3, ג, עמ' פפפ; ולעיל, פרק 3, ד, עמ' פפפ.

שמא רואים אותו כמי שהביא את האונס על עצמו, שכן לולי דחה את קיום החוזה לרגע האחרון, לא היה נאנס?

לכאורה, הדעת נותנת שדחיית הביצוע לא צריכה לשלול את טענת האונס (אלא אם כן, בנסיבות העניין, הדחייה עולה כדי רשלנות), כפי שמנמק הרב אברהם שפירא⁷⁰⁸: "דמה לי שהיה יכול לקיים מקודם, הא כיון שהתנה שיכול לקיים את התנאי גם ביום אחרון, הרי לכתחילה התנה שאף אם לא ירצה לקיים את התנאי עד היום האחרון יהיה פטור, ולמה יהא חייב על שלא קיים מקודם את התנאי?".

ואכן כך עולה לכאורה במפורש מן התלמוד⁷⁰⁹ בעניין הנותן גט לאשתו ומתנה את תוקפו של הגט באי חזרתו עד שלושים יום, וביום השלושים נאנס: "דההוא דאמר להו אי לא אתינא מיכן ועד תלתין יומין ליהוי גיטא, אתא בסוף תלתין יומין ופסקיה מברא [=הגיע בסוף שלושים והפסיקו הנהר]. התלמוד קובע שהבעל אינו יכול לטעון לאונס, משום ש"פסקיה מברא" הוא אונס שכיח שצריך היה להתנות עליו מראש⁷¹⁰. ומכאן, שאילו אירע לו אונס שאינו שכיח, כי אז בעיקרון⁷¹¹ יכול היה לטעון לביטול הגט בטענת אונס, אף שהשהה את חזרתו ליום האחרון, ובלבד שיכול היה עדיין להגיע לאשתו לולי השתבשו העניינים ברגע האחרון⁷¹².

עמדה זו, לפיה "אונס ביום אחרון" – אונס הוא, נוקט 'נימוקי יוסף'⁷¹³. הוא מביא את שיטת הרמ"ה לפיה שכחה מוגדרת כאונס, ומחדש: "מי שנתחייב לחבירו בשבועה שיתן לו מעות יום

⁷⁰⁸ מנחת אברהם, חלק ד, סימן יב, אות א, ד"ה ובה נראה לי. וראה לפניו, באופן לקוני יותר, נתיבות המשפט, סימן נה, ס"ק א: "אין מהסברא שיהיה צריך להיות אונס מיום התנאי".

⁷⁰⁹ כתובות ב ע"ב (הובא בדיונו לעיל, הערה 84). על מקור זה מצביעים בין השאר: שו"ת רבי יצחק הלוי מקושטא, סימן יא, ד"ה אך קודם; נתיבות המשפט, סימן נה, ס"ק א; מנחת אברהם, שם. הוכחה נוספת מחלק אחר באותה סוגיה תלמודית, מביא קצות החושן, שם, ס"ק א. התלמוד מבקש להוכיח ש"אין אונס בגיטין" (ראה לעיל, הערה 101) מן המקור הבא: "דתן: הרי זה גיטך אם לא באתי מכאן ועד שנים עשר חדש, ומת בתוך שנים עשר חדש - אינו גט; מת - הוא דאינו גט [משום שאין גט לאחר מיתה], הא חלה - הרי זה גט [אף על פי שמחלה היא אונס, ומכאן שאין אונס בגיטין]". טוען 'קצות החושן': אילו נכון היה שאונס ביום אחרון אינו אונס, מקור זה לא היה יכול לשמש הוכחה ש"אין אונס בגיטין", שכן אפשר שמדובר בו בבעל שיכול היה לבוא לפני שחלה, ולכן הגט תקף, "אלא מוכח דכל שנאנס בסוף הזמן הוי אונס. והוא ברור".

⁷¹⁰ ראה לעיל, ליד ציון הערה 95.

⁷¹¹ למעשה, שללו חכמים את תוקף טענת האונס בגיטין, אף באונס שאינו שכיח, משום תקנת צנועות ופרוצות. ראה לעיל, הערה 101.

⁷¹² וראה: מגן אברהם, אורח חיים, סימן קח, ס"ק יא; תומים, סימן כא, ס"ק א, ד"ה איברא. לדעתם, כך ניתן להסיק גם ממה שפסק הרמב"ם בעניין "מתפס זכויותיו" (לעיל, הערה 80): "ואם הביא ראייה שהיה אונס באותו היום [כלומר ביום האחרון], הרי זה פטור". אמנם יש הדוחים ראייה זו, שכן הרמב"ם מדבר על התחייבות לבוא "ביום פלוני", ולא "עד יום פלוני" (ראה: פנים במשפט, סימן כא, אות ב, ד"ה ולעיקר; שו"ת נכח השלחן (לבטון), חו"מ, סימן לא, ד"ה האמנם המעיין). ועדיין עובדה היא שהרמב"ם אינו מסייג את הפטור לאונס בתחילת היום דווקא.

⁷¹³ נימוקי יוסף, בבא קמא י ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה אמר המחבר. מובא בבית יוסף, חו"מ, סוף סימן עג. מובא גם בדרכי משה, יורה דעה, סימן רלב, ס"ק ז. וראה להלן, הערה 716.

פלוגי, ונזכר בעוד היום גדול ואומר בלבו עדיין יש לי פנאי, והלך לעסקיו ושב עד שעבר היום - הרי זה כאנוס⁷¹⁴. ואין באים אליו בטענה מדוע לא קיים את חיובו לפני כן⁷¹⁵.

ואולם נראה, שעמדה זו אינה מקובלת על אחד מן הראשונים, הלא הוא ר' אלכסנדר זוסלין הכהן בעל ספר "האגודה"⁷¹⁶. הוא פוסק: "אדם שנדר לעשות דבר בתוך ל' יום או זמן אחר, ולא נאנס תוך הזמן, והיה יכול לעשות, וביומא דמשלים זימניה נאנס, לא קרי אנוס".

⁷¹⁴ א. להגדרת שכחה כאנוס, נסמך 'נימוקי יוסף' כאמור על הסבר הרמ"ה (המובא שם, ד"ה איכא בינייהו) להלכה לפיה מי שהניח אבן בחיקו, שכח ממנה, וכשקם נפלה האבן וגרמה חבלה, חייב רק בתשלומי נזק ופטור משאר התשלומים שחייב בהם בעיקרון "אדם המזיק" אף כשאינו מתכוון להזיק - צער ריפוי ושבית (ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן תכא, סעיף י. ומוסיף שם, שכך הדין גם באדם שחבל תוך כדי שינה). רמ"ה מסביר שלא היה פסול ופשיעה בעצם הנחת האבן בחיקו, משום שבאותה שעה יכול היה להיזהר בה, ומוסיף: "ואי משום דשכח, אנוס הוא לגבי שכחה, כדאמרין גבי שבועה [שבועות כו ע"א] לפ"א אנוס" (ואף שהוא אנוס, על הנזק הוא חייב, בהתאם לכלל "אדם מועד לעולם", משנה, בבא קמא ב, ו). ואולם, לעיל, הערה 687, ראינו ש**שכחה אינה אנוס**, ודברי הרמ"ה ו'נימוקי יוסף' צריכים אפוא עיון, וראה מה שהצענו שם בעקבות 'מגן אברהם'.

[לדעת מרומי שדה, בבא קמא כו ע"ב, ד"ה לענין, ראינו זו אינה מקובלת על האגודה שנראה בסמוך (להלן), הערה 716], משום שלדעתו דברי התלמוד בענין "המניח אבן בחיקו", נאמרו בשעה ש"עדיין לא היה אדם שם שיהיה צריך להיות נזהר מלעמוד, משום הכי אחר כך כשהניח איזה אדם ראשו [לדון] והוא שכח [מהאבן] - פטור. אבל אם היה שם אדם תחלה, והיה לו להזהר מעמידה, כמו כן היה לו להיות נזהר שלא לשכוח, או להסיר האבן מחיקו". וכן כתב בפירושו על התורה העמק דבר, דברים, כו, יג. לדרך אחרת בהסבר דין זה אליבא דאגודה, ראה: שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן מב, ד"ה איברא; ברכת שמעון (שניאורסון), בבא קמא, סימן כח, אות ד, ד"ה וכן].

ב. בתחילת דבריו נוקט 'נימוקי יוסף' כדבר פשוט שהוא הדין לענין "תפילת תשלומים" (שנתקנה רק עבור מי שלא פשע כשלא התפלל במועד, ראה ברכות כו ע"א). כלומר, אם דחה אדם את התפילה לזמן מאוחר יותר כדי לפנות לעסקיו, ובתוך כך עברה שעת התפילה, הוא זכאי להתפלל "תפילת תשלומים" ("ולפירוש הרמ"ה ז"ל נראה לי ברור דמי שלא התפלל בעוד שיש לו זמן להתפלל מפני שסבור שעדיין ישאר לו זמן אחר שיגמור אותו עסק שהוא מתעסק בו, ובין כך ובין כך עברה לו השעה, שאינו נקרא מזיד ופושע אלא הרי הוא בכלל טעה ולא התפלל שמתפלל שנים לתשלומין"). אולם בסיום דבריו הוא מסתפק, שכן חכמים תקנו שלא להתחיל במלאכה בהגיע זמן התפילה, ש**מא ישכח**, ומשלא נמנע מכך הרי הוא כפושע ואינו זכאי לתפילת תשלומים. להלכה נפסק, שזכאי לתפילת תשלומים, ראה שולחן ערוך, אורח חיים, סימן קח, סעיף ח (מעניין לציין שהרמ"א אינו מעיר כאן על דעה חולקת, וראה להלן, הערה 716). והשווה חתם סופר (להלן, הערה 729). וראה שו"ת שמע שלמה, חלק ג, סימן ב.

ג. הט"ז (יורה דעה, סימן רלב, ס"ק יט, בסופו), מאמץ את שיטת 'נימוקי יוסף' ומיישם אותה גם לענין פטור מקנס מוסכם. וגם עליו תמהנו, לעיל, הערה 687.

⁷¹⁵ אמנם השווה ביאור הטור לתלמיד רבי שמואל גאון, מודפס בסיום ספרו של רבו, בני שמואל (חיון), חו"מ, סימן עג בסופו, ד"ה ומ"ש (עמ' תעא במהדורת יד הרב ניסים, ירושלים תשנ"ב). לדעתו, אין להסיק כך מ'נימוקי יוסף' שכן אפשר לטעון (אם כי, הוא מודה, "קצת בדוחק"), ש"בהא שכתב בעל 'נימוקי יוסף' שהשבועה הוא לפרוע לפלוגי ביום פלוגי, ומשמעותו הוא לפרוע לו בסוף אותו היום, אם כן אם נאנס בשעת החיוב אין לך אנוס גדול מזה, ומשום הכי כתב בעל 'נימוקי יוסף', הרי זה כאנוס". כלומר, אם סוף היום הוא מועד החיוב, להבדיל מהתחייבות לעשות דבר "בתוך זמן פלוגי", אין להסיק דבר מ'נימוקי יוסף' לענין "אנוס ביום אחרון" (וכעין זה ראה גם בני חיי, חו"מ, סימן עג, בית יוסף, אות ב). אולם הצעה זו אינה מסתברת, שכן 'נימוקי יוסף' מקיש בין מי שדוחה את פירעון חובו למועד מאוחר יותר ובין מי שדוחה את התפילה למועד מאוחר יותר (ראה לעיל, הערה 714, אות ב), והלא התפילה מצוותה **בתוך זמן פלוגי**.

⁷¹⁶ ספר האגודה, גיטין, אות קלב. מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רז, סעיף ה. מובא גם בדרכי משה (לעיל, הערה 713), המצביע על גישתו השונה של 'נימוקי יוסף' (זאת בשונה מ'בית יוסף' שמביא גם הוא את שיטת 'נימוקי יוסף', כפי שראינו לעיל, הערה 713, אבל אינו מצביע על המחלוקת לכאורה בינו ובין האגודה, וראה להלן, הערה 736). הרמ"א

גישתו נסמכת על ניתוח המשנה שדנה בתקנה שתיקן הלל בעניין בתי ערי חומה. להבנת דבריו יש להקדים שעל פי דין תורה, מכירת **קרקע חקלאית**, אינה לצמיתות אלא רק עד היובל⁷¹⁷, ואילו מכירת **בית בעיר חומה** היא לצמיתות, בכפוף לכך שלמוכר נתונה הזכות לגאול את ביתו בתוך שנה מיום המכירה: "וְאִישׁ כִּי יִמְכֹּר בֵּית מוֹשָׁב עִיר חוֹמָה וְהִיָּתָה גְּאֻלָּתוֹ עַד תֵּם שְׁנַת מִמְכְּרוֹ יָמִים תִּהְיֶה גְּאֻלָּתוֹ. וְאִם לֹא יִגְאֹל עַד מְלֹאת לוֹ שָׁנָה תִּמְכְּמָה וְקָם הַבֵּית אֲשֶׁר בָּעִיר אֲשֶׁר לֹא [קרי: לו] חֲמָה לְצִמְיֻתָּהּ לְקַנָּה אֹתוֹ לְדֶרְתּוֹ לֹא יֵצֵא בַּיָּבֵל" (ויקרא כה, כט-ל). המשנה⁷¹⁸ מספרת על תחבולה שהיה הקונה נוקט: "בראשונה היה נטמן [הקונה] יום שנים עשר חודש [היום האחרון של שנת המכירה], שיהא [הבית] חלוט לו". כלומר, ביום השלמת השנה מיום המכירה, הקונה היה מסתתר כדי למנוע מן המוכר אפשרות לגאול את ביתו, וכך ייחלט לו הבית. כדי להתגבר על תחבולה זו של הקונה, "התקין הלל הזקן שיהא [המוכר] חולש [=מטיל] את מעותיו בלשכה ויהא שובר את הדלת [של ביתו] ונכנס, [ו]אימתי שירצה הלה [=הקונה], יבוא ויטול את מעותיו [מן הלשכה]". טוען בעל ספר האגודה: אילו אונס ביום אחרון היה נחשב אונס, לא היה נדרש הלל לתקן תקנה למנוע את חילוט הבית, שהרי אם הקונה מסתתר, **המוכר אונס מלפדות את ביתו**, והיה בכך כדי לדחות את מועד גאולת הבית. העובדה שנדרש הלל לתקן תקנה בעניין מוכיחה אפוא שאונס ביום אחרון אינו אונס.

רבים דוחים הוכחה זו של האגודה מדין בתי ערי חומה, וזאת מנימוקים שונים:

לדעת חלק מהם⁷¹⁹, עם מכירת הבית עוברת הבעלות המלאה על הבית לקונה, אלא שגזרה התורה שהמוכר זכאי לפדות את ביתו בתנאי שיחזיר לקונה את כספו לפני חלוף שנה. אשר על כן ברור,

חוזר ומצביע על מחלוקת זו בהגהתו לשולחן ערוך, יורה דעה, סימן רלב, סעיף יב. לדעת מגן אברהם, אורח חיים, סימן קח, ס"ק יא, הסיבה לכך שדווקא כאן הזכיר את שיטת האגודה (ולא עשה זאת לעניין תפילת תשלומים, לעיל, הערה 714, אות ב), היא "דגבי שבועה חשש לחומרא". אבל השווה בית הלל, יורה דעה, סימן רלב, ס"ק ה, שתמה על כך לאור עמדת 'נימוקי יוסף' עצמו בעניין "תפילת תשלומים".

והשווה הרב אריאב עוזר (לעיל, הערה 69), אות א. לדעתו סביר להניח שהאגודה אינו חולק על 'נימוקי יוסף' בעניין "תפילת תשלומים", שכן אף שאדם שיכול היה לעשות את חיובו מוקדם יותר אינו מוגדר **כאנוס** (ולכן דינו כמי שעובר על שבועתו), אין להגדירו בשל כך **כמזיד ופושע** (ולכן אין לשלול ממנו תפילת תשלומים). וראה גם: ברכת שמעון (שניאורסון), בבא קמא, סימן כח, אות ד; הרב ויסבקר והרב רייכמן (להלן, סוף הערה 736).

⁷¹⁷ ראה ויקרא כה, ח-יח. משחלפו שנתיים מיום המכירה, זכותו של המוכר לגאול את הקרקע לפני היובל בעל כורחו של הקונה (לפני כן אסור לפדות את הקרקע, גם לא בהסכמה). אולם זכות זו אמורה רק ב"שדה אחוזה" (כלומר שדה שהיא ירושת אבות) ולא ב"שדה מקנה". ראה מנחת חינוך, מצוה שלט, ד"ה ולאחר.

⁷¹⁸ משנה, ערכין ט, ד.

⁷¹⁹ ראה קצות החושן, סימן נה, ס"ק א: "בית בבתי ערי חומה תיכף נקנה ללוקח, אלא שציותה התורה על תנאי שיהיה רשות ביד המוכר לפדותו תוך שנים עשר חודש, וכל שלא פדאו אפילו על ידי אונס, אין השדה חוזר למוכר. והוי כמו אונס רחמנא חייביה, ולא אמרינן כן [ראה להלן, ליד ציון הערה 789]. וכבר קדם לו שו"ת רבי יצחק הלוי מקושטא, סימן יא, ד"ה והנה ראיתי. וראה גם: הגהת רבי עקיבא איגר על מגן אברהם, אורח חיים, סימן קח, ס"ק יא (הוא מעתיק את הדברים בחידושי לפסחים לא ע"א, ד"ה וגם מש"כ); הגהות אמרי ברוך (פרנקל), יורה דעה, סימן רלב, על הט"ז, שם, ס"ק יט; בני חיי, חו"מ, סימן עג, בית יוסף, אות ב. וראה גם שו"ת שמע שלמה, חלק ג, סימן ב, אותיות ד-ה.

שאפילו אם נבצר מן המוכר לפדות את ביתו לאורך כל השנה כולה, ולא רק ביום האחרון, לא יועיל לו הדבר, שכן אי-קיום התנאי לפדיון הבית, אף שהוא מחמת אונס, אינו שקול כקיום התנאי⁷²⁰. ואכן כבר ראינו לעיל⁷²¹, שטענת אונס משמשת "מגן" מפני הטלת חיוב, אבל אינה יכולה לשמש "חרב" לחייב אחרים.

ויש⁷²² שלא מגדירים את המכירה כמוחלטת, אלא כמכירה עם **תנאי מפסיק** ("תנאי ביטול"), שאם המוכר יפדה את הבית תבטל המכירה. אבל גם לדידם, אונס המוכר אינו שקול כקיום התנאי, ואין בו אפוא כדי לבטל את המכירה.

אחרים מצדיקים את גישתו של האגודה ומסבירים, שלדידו מכירת בית בעיר חומה אין עניינה מכירה עם הסכם למכר חוזר, וגם אין עניינה מכירה עם **תנאי מפסיק**, אלא עניינה מכירה עם **תנאי מתלה**⁷²³, היינו, שזכותו של הקונה מותנית בכך שהמוכר לא יפדה את ביתו בתוך שנה⁷²⁴. לפי זה מובן שכעיקרון, אם נאנס המוכר מלפדות את ביתו, לא ייחלט הבית, ורק כשחיכה ליום האחרון נשללת ממנו טענת האונס, וזה פשר הוכחת האגודה.

ויש המצדיקים את גישת האגודה בדרך אחרת. הם מסבירים, שאף אם מגדירים את זכות גאולת הבית כהסכם למכר חוזר או כהסכם מכר עם תנאי מפסיק, ואף שנכון הוא שטענת אונס היא "מגן" ולא "חרב", הרי אומדנא דמוכח הוא שהמוכר הסכים למכור את ביתו על דעת כן שהקונה יאפשר לו לגאול אותו בתוך שנה אם יעלה הדבר בידו, **אבל וודאי לא הסכים למכור אם הקונה ינהג בתחבולה ויסכל במכוון את גאולת הבית!** אם נזקק הלל לתקן תקנה כנגד קונה המטמין עצמו ביום האחרון, אין זה אפוא אלא משום שהמוכר נחשב כמי שהתרשל כאשר דחה את פדיון

⁷²⁰ והשווה זית רענן (זילברברג), או"ח, סימן א, אות ו, ד"ה ונראה ליישב. לדעתו, כוונת האגודה היא שכך מתפרשת משנת ערכין אליבא דריש לקיש (לעיל, הערה 122) הנוקט ש"אונסא כמאן דעבד". ואם ריש לקיש נוקט שאין אונס ביום אחרון, יש להניח שרבי יוחנן (הגם שנוקט ש"אונסא כמאן דלא עבד"), אינו חולק עליו בנקודה זו. ועוד השווה קהילות יעקב, כתובות, סימן ב, אות ג, שלדעתו האגודה עצמו נוקט כריש לקיש ש"אונסא כמאן דעבד" (וראה לעיל, הערה 122, שם ראינו שיש מבוכה בין הפוסקים בעניין זה).

⁷²¹ ראה לעיל, ליד ציון הערה 119. וראה גם להלן, ליד ציון הערה 789.

⁷²² ראה משובב נתיבות, סימן נה, ס"ק א (הגהת מהריא"ז עניין מסטרי תלמיד 'קצות החושן'). וכך נוקט גם מגן אברהם, אורח חיים, סימן קח, ס"ק יא (וראה לעיל, הערה 80).

⁷²³ על הגישות השונות בעניין זה עומד מנחת חינוך, מצוה שמ. וראה בהרחבה הרב אריאב עוזר (לעיל, הערה 88), אות ב ואות ו, המדבר במושגים המקבילים בעולם הישיבות: "תנאי ביטול" (=תנאי מפסיק) ו"תנאי קיום" (=תנאי מתלה). וראה יעקב שמעוני, "גאולת בית בעיר חומה - על תנאי מתלה, תנאי מפסיק ומכר חוזר", **פרשת השבוע**, גיליון מס' 251 (תשס"ו).

⁷²⁴ ראה נתיבות המשפט, סימן נה, ס"ק א: "דמי [=דומה] ממש להתנה ואמר הרי אני מוכר לך ביתי אם לא אתן לך **מעות עד זמן פלוני**, דודאי בתנאי כזה אם נאנס ולא נתן, נתבטלה המכירה למפרע". וראה דברי שר (רוזנברג), כתובות, סימן ד, אות א, ד"ה והנה מבואר. לדעתו האגודה אינו מכיר כלל במושג "תנאי ביטול" וכל תנאי הוא "תנאי קיום".

ביתו לרגע האחרון, ועל כן נדחית טענתו לביטול העסקה למפרע. **ובדומה לכך** הסיק האגודה, שאין להכיר באונס ביום אחרון כאונס⁷²⁵.

נמצא אפוא שניתן להצדיק את ההוכחה שהביא האגודה לגישתו, לפיה "אונס ביום אחרון" אינו אונס⁷²⁶. דא עקא, שגישתו זו, השוללת טענת "אונס ביום אחרון", אינה מתיישבת לכאורה לא עם הסברה ולא עם מקורות תלמודיים אחרים, כפי שראינו לעיל⁷²⁷. פתרונות שונים הוצעו כדי להסביר את הגיון שיטתו וכדי ליישבה עם המקורות הסותרים אותה לכאורה, כשכל פיתרון מוביל למסקנה שונה בדבר היקף שיטתו:

1) יש מי שנוקט שלפי האגודה **עיקוב של הרגע האחרון** הוא תמיד בגדר הסביר, גם אם נגרם כתוצאה מאירוע נדיר, על כן דחיית הביצוע לרגע האחרון בלא "טווח ביטחון", הופכת את האונס **לשכיח**, וכידוע **אונס שכיח** אינו משחרר מאחריות. וזו כוונת התלמוד בעניין "פסקיה מברא"⁷²⁸.

⁷²⁵ ראה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן מב, ד"ה אמנם במג"א: "אבל אונסא שאנסו הלוקח שזה הלך והטמין עצמו לא שמענו [שיהיה בו כדי לפגוע בזכויות המוכר]". אמנם, שונה הדין בבתי ערי חומה, "דהתם נתעצל בתוך י"ב חודש והלוקח לא הטמין עצמו אלא בסוף הזמן". ראה גם חסד לאברהם (תאומים), חו"מ, סימן נ, ד"ה ועפ"ד: "דנהי דחזרת בתי ערי חומה עד שנתו היא מגזירת הכתוב ... הואיל ולא נעלם ממנו חוקי התורה שהדין כן, אמדינן דעתיה [של המוכר] שבודאי בתחילה לא מכר לו רק [=אלא] על תנאי זה... ואין לך אומד גדול מזה, ומה לו להרבות שיח". ועוד ראה הרב אריאב עוזר (לעיל, הערה 88), אות א, הערה ב: "כשהלוקח הוא סיבת האונס, סברא הוא דאין הבית חלוט לו שהרי המכר נעשה עם זכות גאולה וכאילו נתחייב הלוקח במפורש להעמיד לו זכות גאולה, הלכך אין בידו לאבד זכות המוכר, ולכן פשיטא ליה שאם המוכר רצה לגאול וכל אימת שבא לגאול הלוקח דחאו - הרי לא עמד בהסכם המכירה ובטל המכר. ונקט האגודה להוכיח מדעיכוב מחמת הלוקח ביום אחרון אינו מבטל את החלטת הבית, מוכח דכמו כן בעלמא אין ביום אחרון טענת אונס להיפטר דסוף סוף היה בידו לגאול כל השנה". ולא כמו שכותב בני חיי, חו"מ, סימן עג, בית יוסף, אות ב: "ודוחק לומר דהכא שאני שהאונס בא מיד הלוקח והוא גרם האונס... דמפשט הדברים אין נראה שתלוי בזה". והשווה מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סימן כד, שהבחין בין שהתנאי הותנה על ידי המוכר או על ידי הלוקח. וראה לעיל, הערה 118.

⁷²⁶ אם כי השווה ט"ז, יורה דעה, סימן רלב, ס"ק יט. הוא דוחה את ראיית האגודה ואת שיטתו מנימוק אחר. לדעתו, אף שאונס ביום אחרון – אונס הוא, היה גם היה צורך בתקנת הלל, וזאת משני טעמים מעשים: א) קושי ראייתי של המוכר להוכיח שהקונה מסתתר מפניו (ויהיה צריך להעמיד שם עדים כל היום ולחפש אחריו בכל העיר אם אינו מצוי בבית אחר, דהא יוכל למחר לומר בבית אחר הייתי עמד, וזה מן הנמנע, על כן תיקן הלל"י); ב) מתן אפשרות למוכר להיכנס מיד לביתו בלא להמתין שדמי הפידיון יגיעו בפועל לידי המוכר ("שזה רוצה ליכנס לביתו מיד, על כן תיקן שהנתינה לחדר [=ללשכה] הוה כנותן לו עצמו ויוכל ליכנס תיכף לביתו בלא ידיעת הלוקח"). לדחיית השגת הט"ז, ראה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן מב (מובא להלן, הערה 729). אבל הסכימו עם הט"ז: מגן אברהם, אורח חיים, סימן קח, ס"ק יא; ביאור הגר"א, שם, סעיף ח.

⁷²⁷ ראה לעיל, ליד ציון הערה 708 והערה 709.

⁷²⁸ א. ראה ישועות יעקב (אורנשטיין), אבן העזר, סימן קמד, אות ב (הרב אורנשטיין הוא כנראה ה"גדול" שמזכיר אבני החושן (רייזנר), חו"מ, סימן נה, אות ב): "דביום מישלם הזמן הוי אונס שכיח, דידוע דביום אחד יוכל להיות אונס שחבירו לא יהיה בעיר וכדומה". לדעתו, זו גם כוונת התלמוד בעניין "פסקיה מברא" (לעיל, הערה 709), לא שהדבר שכיח כשלעצמו, אלא "דעיכוב הנהר ביום מישלם הזמן חשיב אונס דשכיח" (והשווה חידושי חתם סופר, כתובות ב ע"ב, ד"ה לסוף. הוא דוחה את הסברו של הרב אורנשטיין, משום שלפי זה, הוא הדין גם אם ביום אחרון אירע אונס בלתי שכיח בעליל, כגון שאכלו אריה: "דלעולם אין שום חילוק בין אונס לאונס, אלא על סמיכות יום אחרון הוה כל אונסים שכיחי, דמי יודע מה יולד יום והיה לו להקדים איזה ימים קודם... ולא נהירא לחדש מה שלא

2) יש המסייג את שיטת האגודה רק למקרים בהם מוטלת על החייב חובה או אף מצווה להזדרז בקיום חיובו, כגון בנדר ובשבועה. רק בכגון זה, יש לראות בדחיית ביצוע החיוב משום פשיעה השוללת ממנו טענת אונס⁷²⁹. בהתאם לכך, מובן מדוע בסוגיית התלמוד בעניין "פסקיה מברא", שבו אין לבעל חובה להקדים את חזרתו, לא נשללה טענת האונס בשל קרות האירוע ביום האחרון (אלא בשל היות האונס שכיח). לפי זה, בשונה מן ההצעה הקודמת, שיטת האגודה אינה רלוונטית בחוזים עסקיים (בהם אין חובה ולא מצווה להקדים את קיום החיוב). אמנם, יש מקום להתלבט, לפי הצעה זו, מה דינם של חוזים אלה כאשר בנוסף לקנס ממוני התחייב החייב כלפי הנושה גם בשבועה או בנדר⁷³⁰.

שיערו אבותינו הראשונים ("). לגישה דומה ראה: בית האוצר (ענגיל), חלק א, ערך אונס, כלל כה (הובא בהסכמה בברכת שמעון (שניאורסון), בבא קמא, סימן כח, אות א, ד"ה והנראה דהנה).

ב. ויש מי שמייחס לאגודה עמדה פחות רדיקלית, היינו שלא כל דחייה ליום האחרון שוללת טענת אונס, אלא רק כשצפוי היה שיקרה אונס ברגע האחרון. לשון אחר, רק כאשר הדחייה עולה כדי רשלנות. ראה: מאזניים למשפט (קאלישר), סימן כא, ס"ק ב ("התם [במוכר בית בעיר חומה] היה לו לדעת שחבירו יטמין עצמו ביום ההוא כמו שעשו רבים כן בראשונה"); שו"ת הרי בשמים, מהדורא חמישאה, סימן מו ("אבל אם נולד סוף הזמן אונס כזה שלא היה עולה על דעתו בכהאי גוונא מיקרי אונס גם לדעת האגודה"); מנחת אברהם (שפירא), חלק ד, סימן יב, אות א, ד"ה אבל לפי ("דכיון דהיה יודע מקודם שיהיה אונס, אונס כזה אינו פוטרו"). והשווה חשן אהרן (וואלקין), סימן נה, ד"ה שם.

⁷²⁹ כך משתמע מרמ"א, יורה דעה, סימן רלב, סעיף יב, שמביא את דברי האגודה מיד לאחר דברי שו"ת הריב"ש, סימן קצח, לפיהם על הנשבע או הנודר לקיים את חיובו מיד. וכך משתמע גם ממחנה אפרים, הלכות שבועות, סימן יד, ד"ה ועוד בנדון, שגם הוא מביא את האגודה באותו הקשר. וכך מפורש בחידושי חתם סופר, נדרים כז ע"ב, ד"ה חזו דאתאי, המטעים שדברי האגודה נאמרו ביחס למי שנדר או נשבע: "דכל מצות שבעולם הזריז הרי זה משובח... ועל זה סובב דברי האגודה". וראה גם: הגהות אמרי ברוך (לעיל, הערה 719); אמרי בינה, דיני דיינים, סימן כח, ד"ה ועיין בתומים; מרומי שדה, בבא קמא כז ע"ב, ד"ה לענין ("כיון שנתחייב לעשות מקודם, לא היה לו להמתין על קצה הזמן ולשלח", וראה לעיל, הערה 714, אות א, כיצד לדעתו דוחה האגודה את הראיה של 'נימוקי יוסף').

אמנם 'אמרי בינה' תמה מדין בתי ערי חומה, שם אין חובה לפדות קודם לכן (וכן תמה גם הרב אריאב עוזר, לעיל, הערה 88, ד"ה אכן). אולם ראה חתם סופר, שם, המסביר שגם גאולת בית בארץ ישראל היא מצווה שיש להזדרז בקיומה, ודי בכך לשלול טענת אונס ביום אחרון ("וימיתי מבתי ערי חומה **דודאי מצוה רבה איכא לפדות בית בארץ ישראל ושלא להחליטו ומצוה לזרוזי נפשיה**"). וראה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן מב, ד"ה גרסי' בעירוכין. על פי דרכו הוא דוחה את השגת הט"ז (לעיל, הערה 726). הוא מסכים עם הט"ז שאכן הלל נדרש לתקן את תקנתו בשל קושי ראייתי של המוכר, אולם לדעתו הקושי הראייתי הוא, שלולי התקנה, המוכר היה צריך להוכיח שלא היה לו יכולת כספית לגאול את ביתו **לאורך השנה כולה** (כך עולה לדעתו מנייתוח הסוגיה התלמודית), ומכאן שאונס ביום אחרון אינו אונס. בתשובה זו חתם סופר מאמץ את גישת האגודה להלכה, ובהתאם להבנתו בדבריו, לפיה כל מקום שמצווה להזדרז, דין הדוחה כדין מזיד, הוא פוסק (שם, ד"ה איברא, וד"ה היוצא מזה), שהדוחה תפילה ואחר כך שכח להתפלל, אינו זכאי לתפילת תשלומים, וזאת כנגד מה שפסק בעניין זה השולחן ערוך, אורח חיים, סימן קח, סעיף ח (הובא לעיל, הערה 714, אות ב). והשווה לעיל, הערה 716 (אבל השווה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן י, ד"ה ועוד דנרא' עיקור, שם הוא דוחה את האגודה, ומאמץ את גישתם של 'מגן אברהם' וט"ז. וצריך אפוא עיון בשיטתו).

⁷³⁰ ראה מחנה אפרים, הלכות שבועות, סימן יב, שמלבד הגדרת החייב כמי שעבר על שבועתו, הוא מחייב אותו גם בקנס שהוסכם עליו, ומכאן שלדעתו החיוב הדתי משפיע על החיוב הממוני (כבר הערנו לעיל, הערה 98, שבכך הוא מסייג את שיטתו הייחודית בעניין הפטור באונס שכיח). לעומתו ראה אמרי בינה, שם (בסופו), לדעתו עניין זה אינו נקי מספקות: "ולעניות דעתי יש לעיין בזה טובא, אף דחייב מדרבנן לעשות מיד לקיים שבועתו שמא ימות, מכל מקום אם לא עשה, **שיתחייב הקנס בשביל זה, צריך עיון**". דהא כיון דקבע זמן, התנה בפירוש דצריך לו להמעות עד

3) יש הסוברים⁷³¹ שהאגודה אמר את דברו רק ביחס להתחייבות שעניינה **ביצוע פעולה**, להבדיל **ממחדל**. והוא הדין, ביחס לפעולה משפטית שתוקפה מותנה **בביצוע פעולה**, להבדיל **ממחדל**. מי שהתחייב לעשות **פעולה** תוך זמן פלוני, די שיכול היה לעשותה במועד כלשהו בזמן המוקצב, שלא להגדירו כאנוס. לעומת זאת, מי שהתחייב **להימנע מפעולה** במשך זמן פלוני, והוא הדין, מי שהיתנה את תוקפה של עסקה **במחדל** עד מועד פלוני, כגון הנותן גט לאשתו על תנאי שלא ישוב תוך חודש, הרי עליו לקיים את המחדל מרצונו החופשי לאורך הזמן המוקצב כולו. לכן, אם "פסקיה מברא" בסוף החודש, די בכך להגדירו כאנוס ולהביא לביטול הגט^{732 733}.

4) ויש הטוענים⁷³⁴ שהאגודה מבחין בין מי שעשה פעולה משפטית **בלתי מותנית, שתחולת תוצאותיה אינה תלויה עוד ברצונו**, כגון מי שהתחייב לעשות דבר מה עד מועד פלוני, ובין מי שעשה פעולה משפטית והתנה את תחולתה **בתנאי התלוי בהתנהגות הצדדים, כלומר ברצונו החופשי**, כגון הנותן גט לאשתו בתנאי שלא ישוב עד מועד מסוים:

- **בפעולה משפטית בלתי מותנית**, הפטור יחול רק **באנוס גמור**. וזה פשר קביעת האגודה בעניין אנוס ביום אחרון, **שמאחר שהייתה לחייב הזדמנות לקיים את חיובו, אין כאן אנוס גמור**, ואין עילה לשחרר אותו מחיובו. וכך הוא גם במכירת בית בעיר חומה; תוצאת המכירה שנקבעה בדין היא, שהבית נחלט לקונה אם המוכר אינו פודה אותה תוך שנה. אמנם אם נמנע מן המוכר בעל

אותו זמן... אבל לדינא, להוציא ממון בשביל שלא פרע מקודם, צריך עיון". וראה גם נכח השלחן (לבטון) חו"מ, סימן לא, ד"ה וכזאת.

⁷³¹ ראה: זית רענן (לעיל, הערה 720), ד"ה ומה שהקשה; קהלות יעקב (לעיל, הערה 720), אות ב, ד"ה ונראה.

⁷³² זית רענן מבהיר: "ואין להקשות דאם כן, גם כשחלה באמצע הזמן ועדיין היה יכול לבא בכל יום ויום עד סוף הזמן נמי נימא הכי? דזה אינו, שהרי סופו הוכיח על תחילתו דלא משום שחלה וקרהו אונסא הוא שלא קיים התנאי, שהרי עודנו יכול לקיים ולבא אחר כך, אלא מרצונו הוא דלא בא. ודמי ממש כאילו לא נאנס גם באותו היום ומגורשת, אבל כשנאנס ביום אחרון דמכל מקום ביום זה מיהת הרי הוא אנוס ואינו יכול לקיים תנאו, מאי אמרת הרי היה לו לבא ביום שלפניו, הרי הוא לא גירשה רק על משך כל הזמן יחד". וראה גם הרב אריאב עוזר (לעיל, הערה 88), אות ג, הערה ה.

⁷³³ קרובה לגישה המוצגת כאן, אבל ברמת הפשטה גבוהה יותר, היא גישתו של ר' חיים מבריסק, חידושי הגר"ח, כתובות ב ע"ב. לדעתו יש לסווג את ההתחייבויות התלויות בזמן לשתי קטגוריות נבדלות, בהתאם לתפקיד הזמן בשתיקה: יש שהזמן הוא חלק מהותי בהתחייבות, לאמור שההתחייבות צריכה להתקיים לאורך כל ציר הזמן שנקבע; ויש שהזמן קובע רק את המסגרת שבתוכה ניתן לקיים את ההתחייבות, שמתמצית בפעולה חד פעמית. בסוג האחרון, אם היתה הזדמנות לקיים את החיוב על ציר הזמן, די בכך לשלול את טענת האנוס ("ועל זה אמרין שפיר דכיון דהיה לו זמן דהיה יכול לקיים התנאי בלא אנוס - אין זה אנוס"). לעומת זאת, בסוג הראשון, אנוס בכל מקטע על ציר הזמן (לרבות המקטע האחרון), די בו להגדיר אנוס ("מה לי שנאנס רק יום אחד, מכל מקום הא הוי אנוס"). וראה גם: חידושי רבי שמעון יהודא הכהן (שקאפ), כתובות, סימן א, ד"ה ובהא דהקשו האחרונים; שם, סימן ד, אות ב, ד"ה אמנם לפ"ז; הרב אביגדור עמיאל, המידות לחקר ההלכה, מידה ד, סימן יג.

[וראה חידושי הגר"ח, שם, פלפולו בעניין מהות הזמן בחילוט בית בעיר חומה. וראה הרב חיים רבינוביץ, "בענין לא תלין פעולת שכיר", קול התורה מה (תשנ"ט), עמ' רנ"ג, רנה, הדין בשאלה "אם יש פטור אנוס בסוף זמן דבל תלין". הוא מפלפל, בעקבות ר' חיים, במהות הזמן באיסור הלנת שכר, האם מדובר באיסור נמשך או באיסור חד פעמי].

⁷³⁴ ראה: חידושי רבי שמואל (לעיל, הערה 88); אריאב עוזר (לעיל, הערה 88).

כורחו לפדות את הבית לאורך השנה כולה, יוכל לטעון טענת אונס ולמנוע את החילוט. אבל אם נמנע ממנו הדבר רק ביום האחרון, אין כאן אונס גמור, ואין אפוא עילה למנוע את חילוט הבית.

- לעומת זאת, מי שעשה **פעולה משפטית מותנית בהתנהגות הצדדים**, התכוון שתישאר בידו השליטה עד הרגע האחרון, אם לקיים את התנאי, אם לאו. לפי זה מובן, שגם אם אירע אונס ברגע האחרון, עדיין לא נעשתה הפעולה המשפטית מרצון חופשי, והריהו אונס. וכך הוא במי שנתן גט לאשתו בתנאי שלא ישוב עד מועד מסוים, שאם נמנעה חזרתו ביום האחרון, אין תוקף לגט, שכן לא ניתן הגט מרצונו החופשי.⁷³⁵

כפי שפתחנו, להצעות שסקרנו בהבנת דברי האגודה, נודעת משמעות רבה, בדבר היקף שיטתו. שיטות אלו ניתן לסווג לשתי קבוצות: על פי שתי ההצעות הראשונות, האגודה מגדיר את **דחיית ביצוע החיוב כ"פשיעה"**, בין משום שהחייב צריך היה לצפות שיקרה אונס ברגע האחרון, ובין משום שהפר את חובתו להזדרז בקיום חיובו. לעומת זאת, על פי שתי ההצעות האחרונות, **העובדה שהחייב יכול היה להקדים ולקיים את חיובו, היא ששוללת את הגדרת המצב כאונס**, אם כי לשיטה אחת, כך הוא רק בהתחייבות שעניינה פעולה, להבדיל ממחדל, ולשיטה אחרת, כך הוא רק בפעולה משפטית בלתי מותנית, להבדיל מפעולה משפטית מותנית.

יהא היקף שיטת ה'אגודה' אשר יהא, במחלוקת בינו ובין 'נימוקי יוסף', נראה שבהתחייבויות ממוניות, רוב הפוסקים נוקטים כמו 'נימוקי יוסף', שדחיית ביצוע החיוב כשלעצמה אינה שוללת טענת אונס, ובלבד שאינה עולה כדי רשלנות.⁷³⁶

⁷³⁵ עמדה קרובה לזו, אך שונה ממנה מציע נתיבות המשפט, סימן נה, ס"ק א, ד"ה לכן נראה דודאי. לדעתו, פשר שיטת האגודה הוא, שאונס משמש כעילת פטור משתי סיבות שונות (עליהן עמדנו בהרחבה בדיונונו לעיל, ראה לדוגמה הערה 347, וליד ציון הערה 424): (א) "אונס רחמנא פטריה", שהוא רק באונס גמור, לכן אינו מועיל ביום האחרון; (ב) אומדנא דמוכח, שהחייב לא התכוון ליטול על עצמו חיוב אם יקרה לו אונס. נימוק שני זה מועיל גם כשהאונס אינו גמור, כמו אונס ביום אחרון, זולת באותן תחומים בהם לא מועילה אומדנה, והם: שבועות ונדרים (שרק חכם יכול להתיר); חילוט בית בעיר חומה, שאינו פרי רצונו של המוכר אלא נגזר על פי דין תורה, וממילא מובן שאינו תלוי באומדנה של המוכר. לכאורה, בכל הנוגע לנדרים ושבועות קשה לקבל את הצעת 'נתיבות המשפט', שכן גם בהם מועילה אומדנא דמוכח (דוגמאות למכביר ראינו בדיונונו לעיל, כגון ליד ציון הערה 458). וכך הקשה עליו חידושי רבי שמעון יהודא הכהן (שקאפ), כתובות, סימן ד, ד"ה בקצה"ח סי' נ"ה. ליישוב דבריו ראה: הרב אריאב עוזר (לעיל, הערה 88), אות ד, ד"ה והנה; הרב אברהם עמרם מייזעלס, **גינת ורדים** יב (תשע"א), "בענין מי שנהג בחומרות, ועתה קשה עליו אי צריך התרה", עמ' קפב, סימן יב וסימן טו. וראה להלן, נספח ח, הערה 1091.

⁷³⁶ ראה **פד"ר** יד, עמ' 32, בענין קנס מוסכם במקרה של איחור ברישום דירה בטאבו. המוכר דחה את הרישום ואירע אונס בשל טעות במשרדי הרישום. הדיינים תמימי דעים שפוסקים רבים (הט"ז, מגן אברהם, ביאור הגר"א, לעיל, הערה 726) דחו את שיטת האגודה, ו'נתיבות המשפט' (לעיל, הערה 735) סובר שה'אגודה' לא חולק על 'נימוקי יוסף' בכגון זה, ועל כן יש לפטור את המוכר מן הקנס (אמנם השווה חתם סופר, לעיל, הערה 729, שפסק כאגודה, אבל דומה שיחיד הוא בכך, וגם ראינו שם, שאינו עקבי בגישתו).

כפי שראינו לעיל, הערה 713, דעת 'נימוקי יוסף' הובאה הן על ידי ר' יוסף קארו (בית יוסף, חו"מ, סוף סימן עג), והן על ידי הרמ"א (יורה דעה, סימן רלב, סעיף יב). הרמ"א מצביע שם על דעת החולקת של האגודה (ראינו לעיל, הערה 716, שלדעת 'מגן אברהם', הוא עשה כן בשל חומרת דיני שבועות ונדרים הנדונים שם), ואילו ר' יוסף קארו מביא גם את דעת האגודה (בית יוסף, חו"מ, סימן רז, סעיף ה), אך בלא להעיר על המחלוקת בינו ובין 'נימוקי יוסף', וכבר תמה על כך כנסת הגדולה, חו"מ, סימן עג, הגהות בית יוסף, אות נז, ולא זכיתי להבין את תירוצו. אפשר ש'בית יוסף' נוקט

6. מועד הסיכול

א. הפרה שקדמה לסיכול

א. יש שצד לחוזה מפר את החוזה באופן רצוני, ולאחר מכן, בלא קשר להפרה, משתנות הנסיבות והמשך קיום החוזה הופך לבלתי אפשרי, אף לו רצה לקיימו. האם יזכה המפר להגנת הסיכול? באחד מפסקי הדין שנדון בבית המשפט המחוזי בחיפה⁷³⁷, עלתה השאלה הבאה: אישה הפרה הסכם גירושין בסרבה לקבל את הגט שבעלה התחייב לתת לה בתוספת סכום מסוים תמורת ויתור שלה על מחצית הדירה, ואז מת הבעל. האישה טענה שמות בעלה הביא לסיכול החוזה, שכן משעה שמת אינה יכולה לקבל ממנו גט, ועל כן יש לפטור אותה מאכיפת החיוב שנטלה על עצמה בעניין העברת מחצית הדירה. בית המשפט דחה את טענתה: "זהו הכלל: אדם שקיבל על עצמו לבצע פעולה אישית שאדם אחר איננו יכול לבצע והוא נפטר לפני ביצוע הפעולה - מסוכל ההסכם. אולם אם קדמה למותו הפרת ההסכם מטעם הצד השני **באופן שקמה למנוח זכות תביעה עוד בימי חייו**, זכות תביעה זו אינה מסוכלת על-ידי הפטירה, אלא היא מוסיפה להתקיים ויורשי המנוח רשאים לתבוע על-פי הפרת ההסכם הנ"ל"⁷³⁸ (ההדגשה שלי - מ"ו).

סעיף 131(ב) להצעת חוק דיני ממונות קובע: "צד לחוזה ייחשב לנושא בסיכון כאמור בסעיף קטן (א), אם הוא נטל על עצמו את הסיכון, במפורש או במשתמע, או אם **מן הצדק להטיל עליו את הסיכון האמור**". ומעיר ברק מדינה⁷³⁹: "הסיפא של סעיף 131(ב) מבהיר כי אם האירוע המסכל חל רק לאחר שהופר החוזה, לא תעמוד למפר טענת סיכול". מדבריו משתמע, שטענת סיכול אחרי הפרה נדחית, לא רק משום שכבר קמה לצד השני זכות תביעה, אלא משום שמעשה שהפר את החוזה מרצון, אין הצדקה לשחרר את המפר מאחריות"⁷⁴⁰.

כמו הפוסקים שהבאנו לעיל, הערה 728, אות ב, לפיהם האגודה אמר את דברו רק כשדחיית ביצוע החיוב ליום האחרון עולה כדי רשלנות, ועל כן לא ראה סתירה בינו ובין 'נימוקי יוסף'. אבל קשה לדחוק כוונה זו בדבריו. [לעיל, הערה 715, הבאנו מי שמנסים לטעון ש'נימוקי יוסף' מודה ל'אגודה', אבל דחינו את הצעתם. והשווה עוד הרב ברוך ויסבקר, בית אליהו, סימן לט, ד"ה ונראה (נדפס בסוף ספר חזון אליהו (דרבקי)). לדעתו, ייתכן "שגם האגודה יודה שאינו נקרא עובר במזיד על שבועתו (לענין העונש של העובר במזיד על שבועתו. וכמו שהוכיח 'נימוקי יוסף' מדברי הרמ"ה), אבל סוף סוף אנוס לא מיקרי". וכך הציע גם הרב אליהו רייכמן, הפלאת ערכין, סימן לד, אות יג. לעיל, הערה 716, ראינו שהצעה זו כבר הועלתה על ידי אחרים לענין תפילת תשלומים, אבל אין בה כדי ליישב את התמיהה על ר' יוסף קארו, שכן סוף סוף, יש נפקות משפטית בין שתי הגישות, במי שהתחייב בקנס אם לא יעשה דבר מה עד מועד פלוני ונאנס ביום האחרון, שלפי 'נימוקי יוסף' פטור מן הקנס, ולא כן לפי האגודה].

⁷³⁷ ת"א (חי) 1817/79 **אידה פייר נ' עזבון המנוח נח פייר ז"ל**, פ"מ תשמ"ב(2) 23 (ללא תאריך). מובא אצל מדינה (לעיל, הערה 24), הערה 76.

⁷³⁸ שם, עמ' 29.

⁷³⁹ לעיל, הערה 24, עמ' 493.

⁷⁴⁰ זו גם דעתו של דויטש (לעיל, הערה 14), בעמ' 451.

ב. עניין זה של הפרה שקדמה לסיכול הועלה כבר במאה ה־17 על ידי הרמ"א⁷⁴¹; קהילה שכרה מורה הוראה וחזרה בה עוד לפני שהחל בעבודה. הרמ"א פוסק, שהקהילה חייבת בתשלום שכר⁷⁴², ומטעים שהוא הדין אף אם לאחר ההפרה אירע אונס (עיפוש האוויר) שבעטיו נאלצו בני הקהילה לברוח מן העיר ובכך סוכל החוזה ממילא, זאת משום שההפרה קדמה לסיכול.

ישער משפט⁷⁴³ תמה על פסק הרמ"א, ונימוקו עמו: "אף שחזר בו הבעל הבית, מכל מקום כיון שחיוב השכירות אינו חל עליו אלא יום יום, ואף אם לא חזר בו הבעל הבית, לא היה הפועל נוטל שכירותו אחר כך [כיון שבני הקהילה נאלצו לברוח מן העיר], למה יתחייב הבעל הבית לשלם לו בחנם כיון שלא הפסידו כלום?!".

ביקורת זו נכונה לכאורה, אם נוקטים שחיובו של המעסיק המפטר את העובד בלא עילה יסודו בדיני חוזה⁷⁴⁴ - אכיפת תשלום שכר העובד, שכאמור אינו מתגבש בבת אחת אלא הולך ומתגבש עם התקדמות העבודה "יום יום".

לעומת זאת, הביקורת אינה נכונה אם נוקטים שיסוד חיוב המעסיק בדיני הנזיקין⁷⁴⁵ - חיוב פיצויים בגין הנזק שגרם לפועל. אמנם, גם הנזק אינו מתגבש לכאורה מיד עם ההפרה, שהרי היקפו תלוי בשאלה מה היה קורה אילו קיים החוזה, ואם מתברר שגם אילו הפיטורין לא היה הפועל מקבל שכר בשל אונס המעסיק, אין בסיס נזיקי לחיוב המעסיק. אולם, סביר להניח שבנסיבות בהן דן הרמ"א המדובר היה שהייתה לרב הצעת עבודה בקהילה אחרת שבה לא נעפש האוויר, ומשכך מיד עם ההפרה קמה לו זכות לתביעת פיצויי נזיקין⁷⁴⁶.

הביקורת כנגד פסקו של הרמ"א וודאי אינה נכונה אם נוקטים שיסוד חיוב המעסיק המפר את חוזה העבודה בקנס שהטילו עליו חכמים⁷⁴⁷; מאחר שקנס זה מתגבש במלואו מיד עם ההפרה, מובן מדוע הסיכול המאוחר אינו משחרר את המעסיק מאחריות. ואפשר שכך נוקט הרמ"א.

⁷⁴¹ שו"ת הרמ"א, סימן נ. הובא בהגהות רבי עקיבא איגר לשולחן ערוך, חו"מ, סימן שלד, סעיף א.

⁷⁴² אף שבחוזה עבודה בין פרטים, רשאי המעסיק לחזור בו כל זמן שהעובד לא החל בעבודה, ובלבד שלא גרם לו להפסיד הזדמנות עבודה אצל מעסיק אחר (שולחן ערוך, חו"מ, סימן שלג, סעיף א), לא כן הוא בחוזה רשות. הרמ"א מפנה בעניין זה למרדכי, בבא מציעא, סימן תנז: "כל דבר הנעשה בפני שבעה טובי העיר ואפילו בפני ג', אין יכול לחזור, דאין דומה מעשה רבים למעשה יחיד".

⁷⁴³ ישער משפט, סימן שלג, ס"ק א.

⁷⁴⁴ כשיטת הרמב"ן (לעיל, הערה 134).

⁷⁴⁵ כשיטת התוספות (לעיל, הערה 132).

⁷⁴⁶ ראה ערך שי, חו"מ, סימן שלג, סעיף א, ד"ה ובתשובת, שמעלה נימוק זה לדחיית השגת ישער משפט. וכך העלה גם גידולי שמואל, בבא מציעא עו"ב, ד"ה תו נ"מ, המסביר שפסק הרמ"א תלוי בשתי השיטות האמורות לביסוס חיובו של המעסיק - חוזים או נזיקין. וראה גם שיעורי ר' דוד (פוברסקי), בבא מציעא עו"ב, אות לג. לביקורת על הצעה זו בפירוש פסק הרמ"א ראה שמרו משפט (זעפרני), חלק ד, סימן צז, אות ה (הוא דן במי שהזמין תזמורת לחתונה וביטלה שבועיים לפני המועד ובזמן המיועד אירע אונס שהיה מונע מהתזמורת להגיע).

⁷⁴⁷ כפי שנוקט הרא"ש על פי הבנתו של 'מחנה אפרים'. ראה לעיל, הערה 137.

עוד אפשר, בדומה למה שהסקנו מדברי ברק מדינה אודות הצעת חוק דיני ממונות, שפסקו של הרמ"א אינו תלוי בעמדתו בעניין מועד גיבוש החיוב, אלא בתפיסה עקרונית בעניין דיני אונס, לפיה **אונס אינו עילת פטור בגין פעולה או מחדל שנעשו מרצון**⁷⁴⁸. לשון אחר, אפשר שלפי הרמ"א יסוד חיובו של המעסיק כלפי העובד הוא בדיני חוזים, אולם אם פיטר המעסיק את העובד מרצון, אין האונס המאוחר יכול לשמש לו עילת פטור, וממילא זכותו של העובד לקבלת שכרו ממשיך ומתגבש כאילו לא אירע אונס⁷⁴⁹.

ג. דילמה זו, מה דין אירוע שאירע מרצון ומאונס גם יחד, העסיק את הפוסקים בהקשרים אחרים, ונחלקו בו הדעות. כך לדוגמה, בעניין בעל הנותן גט לאשתו על תנאי "אם לא באתי מכאן ועד שנים עשר חודש". נניח שבהגיע המועד החליט הבעל **מרצונו החופשי** שלא לשוב אל אשתו, מתוך מודעות שכתוצאה מכך ייכנס הגט לתוקפו, ובסמוך לכך אירע לו **אונס** שמנע אובייקטיבית את חזרתו של הבעל אף לו רצה לחזור, כגון שחלה, נאסר או אכלו ארי. לדעת חלק מן הפוסקים בכגון זה הגט תקף עקרונית⁷⁵⁰. ואפשר שכשיטתם נוקט הרמ"א.

⁷⁴⁸ הסבר נוסף זה הועלה על ידי ערך שי, שם. אמנם הרמ"א מטעים: "דמיד דחזרו בו [צ"ל: בהם] נתחייבו לפועל מאחר דלא היו יכולין [לפטר אותם], ואונס שנעשה אחר כך פסידא דבעלי הבתים הוא". אולם ניסוח זה אינו שולל הצעה זו. ונראה שכך נוקט גם מנחת פתים, סימן שלג, סעיף ה. הוא מביא בשם תוספות ירושלים, חו"מ, סימן שלג, סעיף ה, שפועל שחזר בו מרצון מחוזה העבודה ונאנס אחר כך, זכאי המעסיק לכל התרופות כנגדו (כגון "שוכר עליהם", ראה לעיל, הערה 37). ראה לכך הוא מביא מן התלמוד הירושלמי, קידושין, פרק א, הלכה ב, בעניין עבד עברי שברח ואחר כך חלה, שחייב להשלים את ימי עבדותו (וכך פירשו רוב הראשונים את הברייתא בעניין עבד הבורח המובאת בקידושין טז ע"ב-יז ע"א, בעקבות הירושלמי. ראה: רמב"ן, שם יז ע"א, ד"ה יכול; רשב"א, שם טז ע"ב, ד"ה מנין; ריטב"א, שם, ד"ה דתניא. ולא כשיטת ה"יש מפרשים", המובאת בריטב"א שם, לפיה הפטור אמור אף כשחלה לאחר שברח). והשווה "שער משפט" (לעיל, הערה 743), המבחין בעניין זה בין מחלה שהיא מכה פרטית לבין מחלה כתוצאה ממכת מדינה. אבל ראה להלן, הערה 754.

⁷⁴⁹ ראה להלן, הערה 754, אות ב, שהצעה זו אינה נקייה מספקות.

⁷⁵⁰ ראה: פני יהושע, כתובות ב ע"ב (קונטרס אחרון), ד"ה גמרא אמר רבא; הפלאה, כתובות ג ע"א, ד"ה עוד נלענ"ד; קובץ הערות, סימן מט. וראה הרב אריאב עוזר (לעיל, הערה 88, הערה ה: "ודאי אם לא רצה לבוא באותה שעה, לא אכפת לן שגם היה מנוע באונס (ויש לומר שבדוקא נקטו בגמרא בההוא מעשה ד'אתא ואמר חזו דאתא', לאשמעינן דאילו לא כן אין להחשיבו אונס), שהרי לא האונס עיכבו אלא הוא עיכב".

אבל יש החולקים על השיטה שאונס ורצון אינו אונס, ראה: בית יעקב (ליסא), כתובות ב ע"ב, ד"ה בתוס' ד"ה מת (בסופו); שו"ת מלבושי יום טוב (לעיל, הערה 93); אור שמח, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה יח, ד"ה ונראה משום; שו"ת חלקת יואב, חלק א, דיני אונס, ענף ב (אם כי, הוא מודה **שבאיסורים** אכן אונס ורצון אינו אונס, להבדיל **מתנאים**, שבהם קיום התנאי נחשב כקיום מרצון רק כאשר נעשה בלעדית מרצון. וכך נוקט גם ברכת שמואל, נדרים, סימן יד, אות ב, ד"ה והקשתי, בשם רבו הגר"ח).

נטעים שאין לבלבל בין שאלה זו אודות אדם שפועל מרצון, שבעניינו נחלקו הפוסקים מה הדין אם בנוסף לכך מתקיים מצב של אונס, ובין אדם שלא היה פועל מרצון אבל הוא מרצה שהאונס נכפה עליו, או אף מקווה שייקלע למצב של אונס. לדעת חלקת יואב, שם, ד"ה אבל, וודאי שאין דינו כרצון ("אבל אם אין רצונו לעבור, רק רצונו שיהיה אונס ויעבור, זה ודאי לא מקרי רצון"). וכך אפשר להוכיח מן התלמוד הירושלמי, גיטין, פרק ז, הלכה ו, בעניין "אילפא", שם מסופר על אדם בשם אבא בר הונא, שהקדים לשלם לבעל ספינה כדי שיוכל לו סחורה, והתפלל שיתייבש הנהר כדי שאונס זה יפטור אותו מחיובו ובעל הספינה יאלץ להחזיר לו את כספו (ראה להלן, הערה 817). והשווה מנחת אשר (וייס), דברים, סימן מב, אות ג. הוא סבור, בניגוד ל'חלקת יואב', שאונס "רצוני" אינו אונס (כך הוא מסיק מה'הפלאה' ומ'קובץ הערות'), ומחדש שמכלל זה יש להוציא את העובר עבירה כדי להציל חיים, שמאחר

כגישה זו נראה שנוקט ר' אליעזר דייטש, בעל שו"ת פרי השדה⁷⁵¹. הוא דן באבי חתן שהפר הבטחת נישואין ולא הגיע עם בנו לחתונה בטענה שבן אחר שלו חלה, אך התברר שבין כה וכה לא התכוון להגיע לחתונה. הרב דייטש מחייב את אבי החתן בתשלום הקנס המוסכם שהופקד בידי צד שלישי. הוא מסתמך על שיטת הפוסקים לפיה אונס שמצטרף לרצון אינו אונס, ואף מביא לכך ראיה מן התלמוד בעניין "מכת מדינה"; כפי שראינו לעיל⁷⁵², ככלל חוכר שדה חייב בתשלום דמי החכירה אף אם הושמד היבול שגדל בו ("אכלה חגב"), אלא אם כן היה זה בנסיבות של "מכת מדינה", אולם התלמוד⁷⁵³ מסייג את הפטור ב"מכת מדינה":

אמר שמואל: לא שנו [לא למדו חכמים שהחוכר פטור במכת מדינה] אלא שזרעה וצמחה ואכלה חגב, אבל לא זרעה כלל - לא. דאמר ליה: אילו זרעתה הוה מקיים בי "לא יבשו בָּעֵת רָעָה וּבְיָמֵי רָעָבון יִשְׁבְּעוּ" (תהלים לז, יט).

משהפר החוכר את חלקו בהסכם מרצון, כשישב בחיבוק ידיים ולא עיבד את השדה, שוב לא מתקבלת טענת "מכת מדינה" כטענת פטור. ואף ש"מכת מדינה" מציינת אירוע שמוכח לכאורה שלא נגרם בעטיו של החוכר, יכול המחכיר לדחות הוכחה זו בקש ולטעון שאילולי ההפרה לא היה נקלע למצב זה⁷⁵⁴. ומאחר שהחוכר אינו מסוגל להרים את הנטל ולהוכיח את ההפך, הוא נותר בחיובו⁷⁵⁵.

שחובתו לעשות את העבירה מדין פיקוח נפש, יחסו הנפשי כלפי העבירה אינו מעלה ואינו מוריד. וראה עוד נחום רקובר, **מטרה המקדשת את האמצעים**, ירושלים תש"ס, עמ' 134-138.

⁷⁵¹ שו"ת פרי השדה, חלק ד, סימן ה (אם כי ראוי להעיר, שהוא אינו מפנה לתשובת הרמ"א). וראה גם ערך שי, שם, בהסברו השני (שמציע דברים דומים להצדקת פסקו של הרמ"א).

⁷⁵² לעיל, ליד ציון הערה 306.

⁷⁵³ בבא מציעא קו ע"א. בעל 'פרי השדה' מציין שמקור זה הובא לפניו על ידי שו"ת שער אפרים (הכהן), סימן קלז. באותו מקרה דובר במוכר שהתחייב בקנס לספק סחורה במועד מסוים. הוא לא עמד בחיובו אך טען להגנתו שביום ההספקה המיועד נאלץ הקונה, יחד עם כל בני העיר, לברוח מפני רדיפות ולהותיר אחריו את כל רכושו, כך שממילא לא נגרם לו הפסד, ועל כן יש לפטור אותו מן הקנס המוסכם. 'שער אפרים' דוחה את טענתו מכוח סוגיה תלמודית זו. להיבט אחר של תשובה זו ראה חוק לישראל, **תרופות בשל הפרת חוזה**, סעיף 3, פרק שישי, ד.

⁷⁵⁴ א. וראה שם שהוא הדין אם הוסכם שיזרע חטים וזרע שעורים, שהמחכיר יכול לטעון שאילו עמד החוכר בתנאי החוזה וזרע חטים, היה מתקיים בו, במחכיר, הפסוק "וְתִגְזֹר אֹמֶר וְיָקָם לָךְ" (איוב כב, כח), ושדהו לא היה נפגע. שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכד, מסביר: "ולא שהם טענות בריאות... אלא שמצאה קפידא מקום לנוח ונחה". והשווה 'שער משפט' (לעיל, הערה 743), המביא מקור תלמודי זה דווקא כראיה לסתור את פסק הרמ"א. לדעתו, "לא שייך טעם זה" בנסיבות שדיבר בהן הרמ"א (כלומר, אין לטעון שלולי הפרת הקהילה לא היה אוויר האזור נעפש ולא היו נאלצים לברוח), ומשכך, עולה מן התלמוד שאין הצדקה לשלול מן הקהילה את טענת הפטור בעקבות עיפוש האוויר, אף שקדמה לזה הפרת הסכם העבודה. אולם, לאור הסברו של מהרי"ט, דומה שאין לקבל את קביעתו ש"לא שייך טעם זה". וכך הסביר גם ערך ש"י: "ואפשר סבירא ליה לרמ"א, דיכול לומר הרב, אולי אם היה אצלם היו ניצולים בזכות התורה".

ב. אילולי העלה 'שער משפט' נימוק זה לדחיית פסקו של הרמ"א, ניתן היה להציע, שעקרונית גישת הרב דייטש מקובלת על 'שער משפט', אלא שלא ניתן ליישם אותה במסגרת הפרת חוזה עבודה. אכן, אפשר היה לומר, שלפי 'שער משפט' פיטורין שלא כדין אינם מביאים לסיום החוזה (בדומה לגישתה של רות בן-ישראל במשפט הישראלי, ראה

ב. סיכול מחמת נסיבות שאירעו לפני כריתת החוזה (בין "סיכול" ל"טעות")

צלטנר⁷⁵⁶, ידין⁷⁵⁷ וברק⁷⁵⁸ סבורים שלפי החוק הקיים, דין הסיכול כולל מקרים של חוסר אפשרות לקיום החוזה גם עקב נסיבות שאירעו לפני כריתת החוזה: "דין אחד נקבע... לאונס ולסיכול מראש, עוד לפני כריתת החוזה, ולאונס ולסיכול בדיעבד, אחרי כריתתו", כלשונו של ידין.

לעומתם, שלז⁷⁵⁹ וצמח⁷⁵⁹ סבורים שלפי החוק הקיים, אם חוסר האפשרות לקיום החוזה היה עקב נסיבות שאירעו לפני כריתת החוזה, הרי שאין הדבר בגדר סיכול אלא בגדר "טעות", כלומר פגם בכריתת החוזה, עליו חל סעיף 14 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, שלפיו מי שהתקשר בחוזה עקב טעות רשאי לבטל את החוזה (אם הצד השני ידע או היה עליו לדעת על הטעות – ס"ק (א)), או לבקש מבית המשפט לבטלו (אם הצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על הטעות – ס"ק (ב)), וכך להשתחרר מחיובו, ואין לדבר על סיכול אלא כשהאירוע התרחש לאחר כריתת החוזה.

פרידמן וכהן⁷⁶⁰ מודים, ש"עדיף היה להחיל את דיני הסיכול רק על אירועים שהתרחשו לאחר קרות החוזה"⁷⁶¹, כדי למנוע את החפיפה הבעייתית בין סעיף הטעות ובין סעיף הסיכול, בשל

ליעל, הערה 138), וממילא אין לומר שההפרה קדמה לסיכול, שכן הפיטורין היו כלא היו. וכך אכן נוקט אבני חושן, השמטות, סימן שלד, בהשגתו על הרמ"א. אולם, כאמור, לא כך מנמק "שער משפט" את הסתייגותו מפסק הרמ"א. ג. לדברינו בתת-פרק זה השווה שו"ת בדי משה (ויליגר), חלק ג (ירושלים תשע"ט), סימן רצה, בעניין שוכר דירה שחזר בו מן השכירות ואחר כך נאנס.

⁷⁵⁵ מקור תלמודי זה עומד לכאורה בסתירה להלכה ידועה בדיני שומרים לפיה, אף שהכלל הוא "תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב", אין זה אלא כאשר הפשיעה איפשרה את קרות האונס, אבל אם האונס היה קורה גם אילולי הפשיעה, כי אז השומר פטור (ראה לדוגמה תוספות, בבא מציעא ע"א, ד"ה הוחמה בהר פטור). וקשה, מדוע אין טוענים כנגד השומר שאילולי הפשיעה היה האונס נמנע, בדומה לטענה "אילו זרעתה הוה מקיים בי לא יבשו בעת רעה". שאלה זו מעלה הרב יעקב אפשטיין בספרו חבל נחלתו, חלק טז, סימן מז (ומציע להבחין בין פשיעה קלה לפשיעה חמורה, והדברים דחוקים). דומה שהתשובה לכך היא, שיש להבחין בין חוכר, שכעיקרון חייב בתשלום דמי חכירה אלא אם כן יכול להעלות טענת פטור, שאת טענת הפטור שהוא מעלה ניתן לדחות בטענה קלושה, ובין שומר, שכעיקרון אינו חייב אלא אם כן מוכח שאבדן הפקדון אירע במסגרת אחריותו, שלא די בטענה קלושה כדי להטיל עליו אחריות. ראה גידולי שמואל, בבא מציעא קה ע"ב, ד"ה המקבל (הוא מפנה לאור שמח, הלכות שכירות, פרק ג, הלכה ח, ד"ה ובאמת). והשווה הרב יעקב ח' חרלפ, "אין סומכין על הנס – האמנם?", המעיין מד (תשס"ד), עמ' 41, בעמ' 58-60, שלא ירד להבחנה זו.

⁷⁵⁶ זאב צלטנר, **דיני החוזים של מדינת ישראל**, ירושלים 1974, עמ' 261.

⁷⁵⁷ ידין (לעיל, הערה 4), עמ' 151.

⁷⁵⁸ אהרן ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים", **משפטים** ז (תשל"ו), עמ' 15, בעמ' 31.

⁷⁵⁹ שלז וצמח (לעיל, הערה 6), עמ' 785-786.

⁷⁶⁰ דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים**, כרך ב, ירושלים תשנ"ג, עמ' 744. וראה גם ריקרדו בן-אוליאל, "היסודות של דין הסיכול: סקירה ביקורתית לאור התפיסה של המשפט הקונטיננטלי", **ספר לנדוי**, כרך ג, תל-אביב תשנ"ה, עמ' 1111-1135, בעמ' 1122-1124.

⁷⁶¹ ואכן כך היה בהצעת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשכ"ט-1969, סעיף 17(א): "היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שלא היה על המפר לחזותן מראש ולא יכול היה למנען...". בעוד שהנוסח שהתקבל הוא: "היתה

השוני ביניהם, הן בתנאים הדרושים לתחולתם והן בתוצאות תחולתם: (א) לעניין התנאים: בסיכול, תנאי הפטור חמורים יותר, שכן הפטור חל רק אם לא היה על "המפר" לראות מראש את הנסיבות שהביאו להפרה, מה שאין כן אם הוא מבקש לבטל את החוזה בשל טעות; (ב) לעניין התוצאה: בסיכול, ההגנה על המפר מפני תביעת אכיפה ופיצויים אינה נתונה לשיקול דעת בית המשפט⁷⁶², ואילו ביטול החוזה בשל טעות, נתון לשיקול דעת בית המשפט⁷⁶³. עם זאת, הם חולקים על הפרשנות של ש'ו בחוק הקיים, שכן "ספק אם נוכח לשון סעיף 18 לחוק התרופות [בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליה...]' ניתן להשיג תוצאה כזו באמצעות פרשנות".

סעיף 130 להצעת חוק דיני ממונות שם קץ לחפיפה האפשרית בין סעיף הסיכול וסעיף הטעות ולמבוכה שבעקבותיה. הסעיף קובע באופן חד משמעי, שאין סיכול אלא בגין "נסיבה... המתרחשת לאחר כריתת החוזה". עם זאת, עדיין לא ברור מה ההצדקה להחיל הסדר שונה על החייב ("המפר"), רק משום שהנסיבות שהביאו לסיכול חיובו היו קיימות כבר בעת כריתת החוזה⁷⁶⁴.

במשפט העברי, ספק אם יש הבדל בין פטור מכוח טענת טעות לבין פטור מכוח טענת אונס⁷⁶⁵. על כל פנים, לא מצאנו שהעובדה שהנסיבות אשר הביאו לאונס היו קיימות כבר בשעת כריתת החוזה שוללת את הפטור מכוח טענת אונס, ובלבד שאינו אונס שכיח שעל החייב היה להתנות עליו, כפי שראינו לעיל⁷⁶⁶.

הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ושלא היה עליו לראותן מראש...".

⁷⁶² למעט לעניין פיצוי הסתמכות, הנתונים לשיקול דעת בית המשפט על פי סעיף 18(ב).

⁷⁶³ כפי שנקבע בסעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973: "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, על פי בקשת הצד שטעה, לבטל את החוזה, אם ראה שמן הצדק לעשות זאת...".

⁷⁶⁴ לביקורת על ההסדר המוצע ראה מדינה (לעיל, הערה 24), עמ' 488-491.

⁷⁶⁵ אמנם ראה רא"ש, חולין, פרק ג, סימן לד, המביא מחלוקת בעניין "מקח טעות" אם הטענה מתקבלת גם במום שכיח (המדובר שם במי שקנה בהמה ולאחר שחיטה מצא בה סימני טריפה – "סירכא"); לדעת רבנו אפרים ובעל העיטור (והרא"ש נוקט כמותם), בדומה לאונס שכיח, טענת "מקח טעות" אינה מתקבלת במום שכיח, שכן על הקונה היה להתנות עליו מראש. לעומתם, הרמב"ן סבור שבשונה מאונס שכיח, טענת "מקח טעות" מתקבלת גם במום שכיח.

⁷⁶⁶ ראה לעיל, ליד ציון הערה 123. לעניין היחס בין פטור מכוח טענת "אומדנה" ובין פטור מכוח טענת "מקח טעות", ראה לעיל, הערה 442.

7. התרופות לנפגע מאי-קיום החוזה

א. ביטול החוזה

(1) ביטול החוזה, פקיעתו או קיומו בקירוב

א. כפי שראינו במבוא, החוק קובע, שהפרת חוזה בנסיבות של סיכול, שוללת מן הנפגע את תרופות האכיפה והפיצויים, אבל נותרת בידו תרופת הביטול, המאפשרת לו להשתחרר מן החוזה.⁷⁶⁷

שלו וצמח⁷⁶⁸ מבקרים את ההסדר הקיים כיום בחוק, שלפיו הסיכול מהווה הפרה, וזאת מכמה טעמים: (א) הפרה מאופיינת במעשה או במחדל מכוון של חייב בניגוד לחוזה. הסיכול, לעומת זאת, מאופיין בהתרחשות בלתי נשלטת אשר מביאה לחוסר יכולת של קיום החוזה, כלומר הוא מאופיין בהעדר יסוד של אשמה מצד החייב (טעם מושגי); (ב) בחוזה הדדי, שבו הסיכול מונע משני הצדדים לקיים את חיוביהם, קשה להגדיר מיהו המפר ומיהו הנפגע (טעם מעשי); (ג) הגישה שמשווה סיכול להפרה (ורק מקנה חסינות לחייב מפני אכיפה ופיצויים), אינה מתיישבת עם עקרון תום הלב (טעם ערכי).⁷⁶⁹

כפי שהערנו לעיל⁷⁷⁰, גישה זו אומצה בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ונקבע בסעיף 131(א) להצעה, שבהתרחש אירוע מסכל **"יפקע"** החוזה במועד התרחשותו של האירוע המסכל⁷⁷¹ (ובלבד ש"הסיכון להתרחשות אירוע כאמור ולתוצאותיו אינו מוטל על מי שחיוביו סוכלו"). וכך מטעימים דברי ההסבר בהקדמה לפרק הסיכול: "בהתאם להסדר המוצע, הסיכול מפקיע את

⁷⁶⁷ יש להדגיש שמחד גיסא, זכות הביטול שמורה לנפגע רק בהתקיים תנאי הביטול הקבועים בסעיפים 7 ו-8 לחוק התרופות. ראה ע"א 464/81 **מפעלי ברוך שמיר חברה לבנין ולהשקעות בע"מ נ' ברוריה הוך**, פ"ד לז(3) 393, בעמ' 408 (1983). לשון אחר, "טענת הסיכול כשלעצמה אינה מקנה עילת תביעה לנפגע אלא היא טענה העומדת למפר, שבידיו הברירה להעלותה אם לאו" (שלו וצמח (לעיל, הערה 6), עמ' 791). ומאידך גיסא, זכות הביטול עומדת רק לנפגע ולא ל"מפר". לשון אחר, ביטול החוזה הוא מגן ולא חרב, ומי שאינו מסוגל לקיים את חלקו בחוזה מחמת שנינו נסיבות, אינו יכול לזיזם את ביטולו. על גישה זו נמתחה ביקורת ובתי המשפט מצאו דרכים להביא לביטול החוזה גם ביזמת ה"מפר". ראה מדינה (לעיל, הערה 6), בעמ' 457. וראה ת"א (מחוזי י-ם) 4205/02 **ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון** (31.7.2008), פסקה 20 (בתיק זה, התובעת, חברה קבלנית לבנייה, שלא הצליחה לעמוד בהתחייבותה בהקמת פרויקט הדירור "אגן האיילות" סמוך לירושלים בשל אינתיפאדת אל-אקצה, ביקשה לבטל את החוזה בשל סיכול. וראה פסק דין נוסף הקשור לאותו פרויקט, ת"א (מחוזי י-ם) 2259/08 **יורו ישראל ואח' נ' משרד הבינוי והשיכון** (4.3.2012)). עניין זה בא על פתורו בהצעת חוק דיני ממונות, לפיה הסיכול מפקיע את החוזה, ראה להלן בסמוך.

⁷⁶⁸ שלו וצמח (לעיל, הערה 6), עמ' 765. וראה גם: דניאל פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט**, כרך ב, מהדורה שניה, ירושלים תשנ"ח, עמ' 721-723; אריאל פורת, "חלוקת אחריות במקרים של סיכול חוזה", **עיוני משפט טז** (תשנ"א), עמ' 65, בעמ' 69.

⁷⁶⁹ על הזיקה בין דרישת תום הלב בחוזים ובין דין הסיכול ראה דבריו של השופט אנגלרד (לעיל, ליד ציון הערה 16). וראה שלו וצמח (לעיל, הערה 6), בעמ' 764. וראה עוד אפי צמח, "על קורונה, משפט ודיני החוזים – דברי הקדמה", **מחקרי רגולציה ה** (תשפ"ב) 21, בעמ' 23. וראה לעיל, הערה 27.

⁷⁷⁰ לעיל, הערה 3.

החוזה באופן אוטומטי מיום האירוע המסכל. זאת, בעוד שבחוק הקיים הסיכול יוצר הפרה 'מוגנת', המקנה חסינות מפני תרופות האכיפה והפיצויים (כקבוע בסעיף 18 לחוק התרופות) או מפני דרישת התיקון, הפיצויים או החזרת הוצאות בגין תיקון הפגם (כקבוע בסעיף 10 לחוק השכירות והשאלה).⁷⁷¹ בהתאם לכך, לא שובצו סעיפי הסיכול במסגרת דיני התרופות, כפי שהוא בחוק הקיים, אלא במסגרת דיני החוזים הכלליים (בסעיפים 130-136 להצעת החוק).

נטעים, שגם על פי ההסדר החדש, אין זה מדויק לומר שהחוזה פוקע אוטומטית, שכן הדבר תלוי בבקשת החייב המעוניין להשתחרר מחיובו בשל הסיכול. זאת ועוד, יש נסיבות שבהן הצעת החוק מותירה את פקיעת החוזה לשיקול דעתו של הנושה, וזאת כשניתן לקיים בקירוב את החיוב שסוכל, כפי שנקבע בסעיף 135 להצעת החוק:

התרחש אירוע מסכל, אך ניתן לקיים בקירוב את החיוב שסוכל, והנושה דרש קיום כאמור, לא יחולו הוראות פרק זה והחיוב יקום בקירוב; בסעיף זה, "קיום בקירוב" - קיום חיוב על פי חוזה, בשינויים הנדרשים, אשר אין בו כדי לשנות את מהות החיובים והזכויות של הצדדים לחוזה, או כדי לגרום עוול לאחד הצדדים.⁷⁷²

ולא ברור מה ההצדקה לצמצם הסדר זה רק לדרישת הנושה.⁷⁷³

ב. גם לפי המשפט העברי, אף אם החוזה הופר מאונס, רשאי הצד השני להשתחרר מן החוזה.⁷⁷⁴ כך לדוגמה, הרשב"א⁷⁷⁵ פוסק שהפרת חוזה שידוכין מאונס על ידי החתן, משחרר גם את הכלה מהתחייבותה. כך נפסק גם, ששוכר שמפסיק לשלם דמי שכירות, גם אם הפסיק מאונס, רשאי המשכיר לבטל את החוזה ולהוציאו מן המושכר.⁷⁷⁶ וכך פוסק 'ערוך השולחן' גם בהפרת חוזה

⁷⁷¹ הוראה מקבילה מצויה בסעיף 448 להצעת החוק המרחיב את גבולות תרופת האכיפה (ראה דברי ההסבר, שם). לאור זאת, ההסדר החדש אינו מונע את תחולתם של ההסדרים הקיימים בחוקים אחרים בנסיבות של סיכול, כגון סעיף 28 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, המאפשר ניכוי מן המחיר במקרה של הפרת חובת ההתאמה (=סעיף 497 בהצעת החוק). הנושה יוכל לבחור בקיום בקירוב של החוזה על ידי ניכוי, במקום בפקיעתו.

⁷⁷² לביקורת על כך וביקורות נוספות על הסעיף המוצע, ראה מדינה (לעיל, הערה 24), בעמ' 495-496. וראה דויטש (לעיל, הערה 14), בעמ' 454-456. וראה לעיל, הערה 35. על כל פנים דומה שכל צד יהיה רשאי לדרוש לשאת ולתת להתאמת החוזה לנסיבות המשתנות, כפי שהוא כיום, ראה אייל זמיר, **חוק חוזה קבלנות**, ירושלים תשנ"ה, עמ' 426: "ככל שמדובר בשלילת הסתמכות על דין הסיכול מקום שהצד השני מציע להתאים את החוזה לנסיבות המסכלות, יש מקום לסברה שזהו הדין הנוהג. סברה זו מבוססת לא רק על עקרון תום-הלב, אלא גם על היקש מכלל דומה שנקבע בסוגיה קרובה: תיקון טעות לפי סעיף 14(ג) לחוק החוזים הכלליים". וראה להלן, הערה 798.

⁷⁷³ ובלבד, כמובן, שהפרת החוזה יסודית, ראה בהרחבה, חוק לישראל, **תרופות בשל הפרת חוזה**, סעיף 7. וראה להלן, הערה 788.

⁷⁷⁴ שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן רלו (מובא לעיל, הערה 356). וראה גם שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קלא, ד"ה ונראה דודאי.

⁷⁷⁵ כך מציין, בדרך אגב, שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קיג, ד"ה ואני רגיל: "מי שהשכיר בית לחבירו בשנים עשר דינרים לשנה בדינר לחדש לפרוע בכל חדש וחדש, והרי הוא [השוכר] עני שאין ספק בידו לפרוע מה שעבר ומה שעתיד לבא, וכי לא יוכל [המשכיר] לומר לו צא מביתי שעל מנת כן לא השכרתי לך!"; וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה

עבודה מאונס: "השוכר את הפועל ונאחז באנגריא לעבודת המלך... אפילו יחזור מהאנגריא בעוד ימים אין צריך הבעלים להמתין עליו וישלם לו מה שעשה וישכור פועל אחר"⁷⁷⁶. הפרה מאונס אינה שקולה כקיום החוזה, ולכן אין לחייב את הצד השני להמשיך בחוזה⁷⁷⁷. לשון אחר, כפי

33), עמ' 255. וראה עוד שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סימן קעט, בעניין מי שהשכיר את ביתו תמורת תשלום דמי השכירות מראש, תוך גילוי דעת שהוא עושה כן כדי שיוכל לסחור בהם. דבר העסקה נודע לבעלי חובותיו של המשכיר והם עיקלו את דמי השכירות מידי השוכר. הוא פוסק (בעקבות הש"ך, להלן, הערה 789) שהמשכיר רשאי לבטל את החוזה, מאחר שהשוכר לא קיים את חלקו בהסכם, גם אם מאונס ("השכירות בטל אף שהוא [השוכר] נאנס ואונס רחמנא פטריה, מכל מקום המשכיר גם כן פטור, דאין לחייבו לאחר בשביל אונסו [כלומר, אין לחייב צד אחד לחוזה בשל אונסו של הצד האחר]"⁷⁷⁸). אמנם, אם, בעקבות ביטול החוזה, לא יחזירו המעקלים לשוכר את כספו, המשכיר יהיה חייב לשפות אותו, כדין מי שנאנס לפרוע את חובו של חברו, ראה שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכד, ד"ה תשובה. וראה עוד נחלת צבי, לעיל, הערה 653 (ואם 'שבות יעקב' לא פסק כן אין זה כנראה אלא משום שבאותו מקרה השוכר הוא שגילה למעקלים את דבר העסקה). לתוקפו של גילוי דעת בהשכרת בית, ראה לעיל, הערה 446. על פי אותו עיקרון נפסק כעין זה, שבעל שאינו משלם מזונות לאשתו, אף אם מחמת אונס כגון שירד מנכסיו, כופין אותו לגרשה, שעל דעת שיפרנס אותה הסכימה להתחתן עמו. ראה: בית מאיר, אבן העזר, סימן ע, סעיף ג; שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן קלא. והשווה שו"ת אהל משה (להלן, הערה 779), בעניין פיטורי עובד שאינו מתייצב לעבודה בשל אונס.

⁷⁷⁶ ערוך השולחן, חו"מ, סימן שלו, סעיף ז. והוא הדין פועל שחלה, ראה שו"ת ציץ אליעזר, חלק ז, סימן מח, פרק י [=פד"ר ד, עמ' 127]. וראה להלן, הערה 779. וכנראה חזר בו הרב וולדינברג ממה שפסק (ראה סוף הערה 779), בעניין פועל שהזקין. וראה חוק לישראל, תרופות בשל הפרת חוזה, סעיף 1, ליד ציון הערה 33.

⁷⁷⁷ כפי שמטעים ר"ן, קידושין כה ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה גרסי' בגמ', בעניין המקדש אישה על תנאי שיעשה דבר מה, שאם לא קיים התנאי ולו מאונס, אינה מקודשת: "שהאשה אינה מתקדשת אלא מדעתה, הרי אינה מסכמת בקדושיה אלא אם כן יקיים תנאו, אבל כל שלא נתקיים, אף על פי שנאנס, אינה מתרצה בקדושיה". לדעת הר"ן, זהו פשר דברי רבי יוחנן בתלמוד הירושלמי (לעיל, הערה 122), "אונסא כמאן דלא עבד".

ניש להטעים שהנמקתו של הר"ן, היא לכאורה העדר הסכמתו של הצד שכנגד להסתפק ב"קיום וירטואלי" אף שמניעת הקיום בפועל היה מחמת אונס. וראה גם: ש"ך (להלן, הערה 789); ב"ח, חו"מ, סימן כא; בית שמואל, סימן לח, ס"ק א; מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ד, ד"ה וראיתי, וד"ה איברא; קצות החושן, סימן כא, ס"ק א. לעומת הר"ן, הרא"ה נוקט הנמקה עקרונית וגורפת יותר ולפיה תמיד אי-קיום תנאי מתלה אפילו מתוך אונס אינו שקול כקיומו, לרבות בפעולה משפטית חד-צדדית כגון גירושין על תנאי (שלא כמשתמע מדברי הר"ן). ובלשונו בעניין גט על תנאי: "בהא דאמר אם באתי [ייכנס הגט לתוקפו] ונאנס ולא בא, לדברי הכל אין אונס, שכיון שנתבטל [כלומר, שלא נתקיים התנאי המתלה], אף על פי שנתבטל מתוך אונס, ליכא למימר דחשבינן ליה כאילו לא נתבטל, דמכל מקום הרי לא נתקיים [והגט בטל]" (מובא בשיטה מקובצת, כתובות ב ע"ב, ד"ה אבל הרא"ה). בעקבותיו רבים פרשו כך את כוונת רבי יוחנן בתלמוד הירושלמי "אונסא כמאן דלא עבד", ראה: שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן א; קובץ שיעורים (וסרמק), כתובות, אות ג (לביאור דבריו ראה הרב אריאב עוזר (לעיל, הערה 88), אות ד); קהלות יעקב (קנייבסקי), כתובות, סימן א, אות ב (וראה ברכי יוסף, חו"מ, סימן כא, ס"ק ב, ד"ה וכיוצא בזה, שכך דייק בדעת מהר"ם אלשיך, סימן ל, ולא ציין לרא"ה). והשווה אבני מילואים, סימן לח, ס"ק א. כאמור, מהר"ן משתמע שבכגון זה הגט תקף מאחר שמדובר בפעולה חד-צדדית. ונשאלת השאלה, כיצד מתמודד הר"ן עם טיעונו המשכנע לכאורה של הרא"ה? על כך עונה קהלות יעקב, שם, ד"ה ודעת הר"ן: "דלא משום דאונס בביטול תנאו הוי כקיום התנאי, אלא משום דאגוונא זו שיאנס בביטולו, לא היה תנאי מעולם כלל, דאדעתא דאונסא לא התנה". וכך מסביר גם קובץ שיעורים, שם. לניתוח שיטות הר"ן והרא"ה ראה עוד: שו"ת בית אפרים, אבן העזר, סימן סג, ד"ה ואמנם מלתא דפשיטא; הערות המהדיר בשיטה מקובצת, כתובות, מהדורת מוסד הרב קוק, כרך א, עמ' צה, הערות 279-285.

שכבר הטעמנו לעיל בהקשרים אחרים⁷⁷⁸, טענת אונס משמשת "מגן" מפני הטלת חיוב, אבל אינה יכולה לשמש "חרב"⁷⁷⁹ להטלת חיוב על הצד הנפגע מאי-קיום החוזה.

בהקשר זה יש לציין את מחלוקת הפוסקים בפרשנות "תקנת ארצות". מקובל היה בהסכמי שידוכים שכל צד מתחייב מראש, באם יפר את ההסכם, לקנס בשיעור חמשים אחוז מערך ההבטחה, היינו "חצי נדן". ב"תקנת ארצות" נקבע שיש לפטור מקנס זה מי שירד מנכסיו, ובלבד שהוא מוכן לעמוד בשני שליש מהתחייבותו המקורית. הפוסקים נחלקו בפרשנות התקנה: האם מובנה הוא שהמקיים שני שליש מהבטחתו נחשב כאילו קיים את הבטחתו במלואה, ומשכך הצד שכנגד אינו רשאי לבטל את חוזה השידוכים ולהסתלק מהתחייבותו?⁷⁸⁰ או שמא יש לתת פרשנות מצומצמת לתקנה ולפיה עמידה בסף זה, בכוחה אמנם לפטור את המפר מתשלום הקנס ("חצי נדן"), אבל אין בה כדי לכבול את ידי הצד שכנגד ולמנוע ממנו לסגת מהתחייבותו, "שאונס רחמנא חייביה לזה שכנגדו, לא אמרינן"⁷⁸¹.

אשר לשאלה, האם הסיכול מפקיע את החוזה או שהוא משמש רק עילת פטור, דומה שבמשפט העברי לא זו החלופה אלא החלופה היא בין פטור לבין אי-תחולה, בהתאם ליסודות הפטור שסקרנו עד כה. מחד גיסא, יש מקום לראות בחוזה שלא קיים בשל אונס, כחוזה שהופר, אלא שהחייב פטור, מכוח הכלל הגדול "אונס - רחמנא פטריה", ולפיו אין להחיל על אדם את התוצאות המשפטיות של מעשה שעשה שלא מרצונו החופשי. מאידך גיסא, שאלת ההפרה, תלויה בהגדרת היקף החוזה, ואם ניתן לקבוע (בין מכוח "אומדנה" ובין מכוח פרשנות), שהתחייבותו של החייב לא כללה נסיבות אונס שהתחדשו במהלך החוזה, הרי אין לדבר על הפרה "מוגנת" כי אם על אי-תחולת החוזה באותן נסיבות.

⁷⁷⁸ ראה לעיל, ליד ציון הערה 119, וליד ציון הערה 721.

⁷⁷⁹ לאור זאת, יש להעיר על שו"ת אהל משה (לר' חיים רויזמן), אורח חיים, סימן א, אות ו, ד"ה ובעיקר, בעניין מלמד שלא התייצב לעבודה בתחילת שנת הלימודים בשל מחלה, ושכרו במקומו מלמד אחר. הוא מסתמך על הש"ך, חו"מ, סימן נה, ס"ק א (בעניין פטור מהפרת חוזה באונס לא שכיח), כדי לקבוע שהעסקת המלמד השני הייתה "קנין בטעות"; כך הוא מסיק ככל הנראה מן העובדה שהמלמד הראשון היה אנוס, ולא הייתה אפוא עילה לבטל את העסקתו ולהעסיק במקומו מלמד אחר. אולם, דומה שהרב רויזמן עירב כאן בין שאלת הפטור מפיצויים בשל אונס, ובין שאלת ביטול החוזה, אף כשהופר באונס. ואכן השווה שו"ת מהרי"ל דיסקין, קונטרס ספקות ופסקים, אות ריט. לדעתו, אמנם פועל שחלה, בעיקרון חייב המעביד לקבלו בחזרה לעבודה אחר שהבריא (כך הוא מסיק מן ההלכה לפיה אין לפטר פועל אלא כשפשע בעבודתו, ראה רמ"א, חו"מ, סימן שו, סעיף ח), אבל אם המעביד נזקק בינתיים להעסיק פועל אחר, יש לו עילה לבטל את החוזה עם הפועל הראשון. וראה סדן (לעיל, הערה 32), עמ' 375-376. על כל פנים, נראה שאם הפועל הזקין ואינו מסוגל יותר לעבוד, ודאי רשאי המעסיק לסיים את העסקתו, ולא כמו שפסק הרב וולדינגברג, שו"ת ציץ אליעזר, חלק ב, סימן כו (כפי שכבר הערנו לעיל, סוף הערה 233. וראה גם לעיל, סוף הערה 238). אבל השווה לעיל, הערה 776.

⁷⁸⁰ כך נוקטים: שו"ת ספר יהושע (באבד), אבן העזר, סימן צג; שו"ת דברי חיים (הלברשטם), חלק א, יורה דעה, סימן מב.

⁷⁸¹ כך נוקטים: שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, חו"מ, סימן מב, ד"ה והשנית; שם, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לג; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק א, סימנים קלה-קלו; פתחי תשובה, אבן העזר, סימן נ, ס"ק ט (בשם ספר מעין גנים לרב ניסן בן אהרון, בסוף חלק ב של ספרו עצי לבונה); שו"ת שאילת שלום (טויבש), מהדורא תניינא, סימן רכח. על תקנה זו ראה עוד משפט שלום, סימן רז, סעיף טז, אותיות לח-לט.

על כל פנים ברור, שהעלאת טענת סיכול (בין כעילת פטור ובין כעילה לצמצום תחולת החוזה) נתונה לחייב, והוא רשאי להחליט שלא לנצל את הסיכול, ולהמשיך לקיים את חיובו על אף ההכבדה שנגרמת לו. כך לדוגמה, אף על פי שפועל שחלו בנו או אשתו, רשאי להפסיק את עבודתו כדי לטפל בהם, בלא להתחייב בפיצויים⁷⁸², אין הוא חייב לעשות כן, אלא רשאי הוא להמשיך בעבודה על אף שינוי הנסיבות, "דזה האונס אינו אלא לזכותם של הפועלים, ואם מבליגים על אונסם, הפסיקה קיימת [=החוזה קיים]"⁷⁸³. וברור שאם יבחר להמשיך בחוזה, לא תהיה לצד השני עילת לדרוש את ביטולו או לטעון לאי-תחולתו.

וכך הוא, לא רק כאשר שינוי נסיבות גורם להכבדה על קיום החוזה, אלא אפילו כאשר החייב מנוע מלקיים את חיובו, גם אז אין החוזה מסתיים בהכרח, שכן רשאי הוא, ולא רק הנושה, לבקש את קיומו בקירוב⁷⁸⁴. כך נקבע לדוגמה, בעניין שוכר מלמד לבנו וחלה הבן; אף שסוכלה המטרה המקורית של החוזה, לא נקבע שהחוזה בטל מאליו, אלא הבררה ביד האב (החייב) להמשיך בחוזה עם תלמיד אחר, ובלבד שהשינוי אינו מכביד על המלמד: "יכול ליתן לו [תלמיד] אחר ללמוד, שטוב כל כך כמו הראשון או יותר טוב. אבל אינו יכול ליתן לו אחר שהוא גרוע מן הראשון"⁷⁸⁵.

⁷⁸² ראה לעיל, ליד ציון הערה 350. וראה גם לעיל, ליד ציון הערה 505.

⁷⁸³ חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק כט.

⁷⁸⁴ לפי שו"ת מהרי"ק, שורש קיב, קיום בקירוב היא תמיד זכות של צד לחוזה, ובלבד שאינו גורם הכבדה לצד השני: "נראה לעניות דעתי, שבכל תנאי שאדם מתנה עם חברו אין לומר הולך אחר לשון התנאי דוקא עד שלא נלמד ממנו לחייב המתנה כי אם באותו תנאי שהוזכר דוקא ולא בכיוצא בו, אלא יתחייב המתנה אפילו בדבר שאינו יוצא מתוך לשון התנאי כלל, רק שלא יקשה עליו יותר ממה שהתנה עם חברו". וכן משמע מחזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק יד.

הנושה וודאי רשאי לדרוש קיום בקירוב כאשר הפרת החוזה הייתה באשמת המפר (ראה לעיל, ליד ציון הערה 695), ובכגון זה נראה שזו זכותו הבלעדית של הנושה, ואילו המפר אינו יכול לכפות עליו קיום בקירוב. ואין כאן סתירה למה שקבענו בפנים, שכן אין מדובר כאן בסיכול החוזה אלא בהפרה זדונית.

⁷⁸⁵ ראה שו"ת הרשב"א, חלק ז, סימן תקטז (לעיל, סוף הערה 194, הערנו שתשובה זו אינה של הרשב"א). וכך פסק מרדכי, בבא מציעא, סימן שמו. לא כך נוקט שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן א: "שלמוד החכמה אינה כשאר מלאכות שיאמר לו צא והשכר עצמך לאחרים, כי יש תלמיד מבין וקל ללמדו ויש תלמיד קשה וטורח ללמדו". הרמ"א, חו"מ, סימן שלה, סעיף א, מביא את שתי הדעות ומכריע כראשונה (וראה סמ"ע, שם, ס"ק ה, שמדבריו עולה שאין כאן מחלוקת עקרונית, אלא מחלוקת עובדתית, אם תלמיד אחר הוא תמיד בגדר הכבדה). וראה שו"ת מהרי"ק, שורש קיב, שמכריע אף הוא כדעה הראשונה (הוא מייחס אותה למהר"ם). אבל ראה מרדכי, בבא מציעא, סימן שנו (בשם רבנו יואל), שמסתפק בנושא. וראה חוק לישראל, תרופות בשל הפרת חוזה, סעיף 1, ליד ציון הערה 21.

לשאלת התאמת חוזה בעקבות שינוי נסיבות, ראה עוד הרב מנחם מנדל שפרן, "שאלות המתעוררות בגין רישום נכס על שם אחר", הישר והטוב טו (תשע"ג), עמ' יא, בעמ' יח-כ. בעניין חוזה לאספקת סחורה, הוא מבחין בין סחורה שהתייקרה, שם יכול המזמין למנוע את ביטול החוזה אם יסכים לעדכון המחיר, ובין סחורה שאזלה, שם אין המזמין יכול לכפות על הספק את המשך החוזה בסחורה מקבילה, גם לא בתוספת מחיר, כי "ברגע שהסחורה שאותה התחייב לספק אזלה מהשוק - אזלה ההתחייבות איתה יחד".

(2) סיכול זמני (השעיית החוזה)

לפי הצעת חוק דיני ממונות, אם אירע דבר המונע זמנית את קיום החיוב, מוגדר האירוע כ"אירוע משעה" ולא כ"אירוע מסכל". בכגון זה, החוזה אינו פוקע, אלא קיום החיוב נדחה למשך זמן סביר לאחר סיום האירוע המשעה, ובלבד שדחייה כזו אינה משנה באופן יסודי את מהות החיוב⁷⁸⁶.

דומה שזו גישת ה"ט"ז⁷⁸⁷, כפי שעולה מדבריו בעניין סיכול חוזה לאספקת סחורה: מחד גיסא, הוא מטעים שאין עילה להטיל על הספק חובת פיצויים (אף אם הוסכמו מראש), מאחר שכוח עליון הוא שמנע את אספקת הסחורה במועד, ועל דעת כן לא נתחייב; אך מאידך גיסא, הספק אינו נחשב כמי שסיפק את הסחורה במועד, אף שהוא נמנע מכך באונס, וממילא יש למזמין עילה לביטול החוזה, ובלבד, מדגיש ה"ט"ז, שמועד האספקה מהווה תנאי יסודי בחוזה, כגון אספקת אתרוגים לפני חג הסוכות⁷⁸⁸.

⁷⁸⁶ ראה הצעת חוק דיני ממונות, סעיפים 133-134. בעקבות מלחמת חרבות ברזל שפרצה ב-7 באוקטובר 2023, חוקקה הכנסת (ב-18 באוקטובר!) את חוק דחיית מועדים (הוראת שעה - חרבות ברזל) (חוזה), פסק דין או תשלום (לרשות), התשפ"ד-2023. החוק דוחה את מועד החיוב החוזי שחל בתקופת המלחמה (תקופה זו מוגדרת בסעיף) רק בשלושים יום (ראה שם, סעיף 2). ביום 31.12.2023 תוקן החוק ונדחה מועד החיוב ב-145 ימים או עד יום כ' באדר א' תשפ"ד (29 בפברואר 2024), לפי המוקדם. וראה שם עוד סעיף 2 לחוק.

⁷⁸⁷ ט"ז, יורה דעה, סימן רלו, ס"ק יג.

⁷⁸⁸ ה"ט"ז מוסיף: "משום הכי נמי באיש ואשה שעשו שבועה לישא זה את זו והגבילו זמן לנשואין באותה שבועה ואירע אונס באותו זמן שלא יכול אחד מהם לעשות הנשואין, ודאי לא בטלה עיקר השבועה לישא זה את זו כיון שאין עיקר הזוג תלוי בזמן ההוא". ה"ט"ז מעיר שגישתו עולה בקנה אחד עם שו"ת מהר"י ווייל, סימן קלו (הובא להלכה בהגהת הרמ"א, שם, סעיף ו), והוא דוחה את השגת חותנו ר' יואל סירקיס (ב"ח, יורה דעה, סימן רלו, ס"ק יא), על מהר"י ווייל.

[מהר"י ווייל דן בהבטחת נישואין שבה, מלבד הקנס ההדדי שבני הזוג נטלו על עצמם, המשודכת חיזקה את ההתחייבות שלה ב"תקיעת כף", כלומר בקבלת חרם. המשודך לא הגיע לחתונה במועד המוסכם ועלתה השאלה, האם בשל כך יכולה המשודכת להשתחרר מן החרם שנטלה על עצמה? הוא פוסק שאילו הוכח שהמשודך היה אנוס החרם היה עומד בתוקפו, ומכאן שאיחור אינו פרט יסודי ואינו מצדיק אפוא את ביטול החרם (אמנם אם המשודך איחר מרצון – מה שלא נשלל באותו מקרה – בטל החרם, שכן ברור שהמשודכת לא התכוונה להתחייב כלפיו בחרם אם הוא יאחר מרצון). על תשובה זו ראה חוק לישראל, תרופות בשל הפרת חוזה, סעיף 7, ליד ציון הערה 108. וראה עוד שם, סעיף 3, ליד ציון הערה 258, שמהר"י ווייל מעלה נימוק נוסף מדוע האישה פטורה מן החרם, והוא ש"אם היא טוענת שאינה יכולה לקבל דעתו לשכב עמו ולהיות אצלו והיא נותנת טעם ואמתלא לדבריה שניכרים שיש ממש בדבריה", כי אז אין לאכוף את הבטחת הנישואין אפילו הוכח שהמשודך נאנס (להסתייגות מאכיפת הסכם הבטחת נישואין ראה גם שו"ת מהר"ש מוהליבר, לעיל, הערה 691)].

וכך נוקטים גם: שו"ת צמח צדק (קדמון), סימן לט (הוא מרחיק לכת אף יותר, שכן מדבריו משתמע שאם השתנו הנסיבות, כך שיש עדיין טעם בקיום החוזה על אף האיחור, כגון שנדחה מועד סיום היריד, שוב אין לצד השני זכות ביטול); חידושי רבי עקיבא איגר, חו"מ, סימן שלג, סעיף ה (בשם תפארת למשה (מגזע צבי), יורה דעה, סימן שפ, ד"ה בש"ך ס"ק י"ז): "המוסר דבר לחבירו לארוג וכדומה בקבלנות ואירע אונס להאומן. יש לומר דאין הבעל הבית יכול לטלו ממנו [כלומר, אינו יכול לבטל את החוזה], דיכול לומר לא שכיר יום אנא ואעשה לך הפעולה אחר עבור האונס, אם לא שרואים שצריך לזה לאותו הזמן כגון לצורך הרגל וכדומה".

הש"ך⁷⁸⁹ מטעים אף הוא, שאונס אינו שקול כקיום החוזה, וממילא זכאי הצד השני לבטל את החוזה. וזה לשונו בעניין מי שהתחייב כלפי חברו בתנאי שחברו יעשה דבר מה כלפיו **עד יום פלוני**, ואירע אונס לחברו:

ד"אונס, רחמנא פטריה" - אמרינן. אבל אונס, רחמנא חייביה - לא אמרינן [=שאונס, התורה פטרה אותו (את החייב) - אנו אומרים. אבל אונס, התורה חייבה אותו (את הצד השני) - אין אנו אומרים]. ומה לו בזה שאירעו לחבירו אונס? הרי לא קיבל על עצמו חיוב זה אלא על תנאי זה. וכיון שלא קיים חבירו התנאי, אף שהוא מחמת אונס, למה יתחייב הוא?!⁷⁹⁰.

אבל, הש"ך מחמיר עם המפר יותר מאשר הט"ז, ולדעתו אף אם האיחור אינו עולה כדי הפרה יסודית של ההסכם, אם הותנה מועד הקיום בשעת כריתת החוזה כדי לרצות את הצד שכנגד, רשאי הלה לבטל את החוזה בגין אותו איחור, אף שאירע באונס⁷⁹¹. ורק אם מועד הקיום הוסכם במנותק מן החוזה העיקרי, מסכים הוא עם הט"ז, שאין לבטל את החוזה בלא שניתנה למפר הזדמנות לקיימו⁷⁹².

דומה כאמור, שעמדת הט"ז קרובה יותר לעמדת המשפט הישראלי.

ר' אפרים זלמן מרגליות בעל שו"ת בית אפרים⁷⁹³, דן במקרה הבא: איש עסקים נתן לבנקאי סך מסוים במטבע מקומי ("אדומים") תמורת שטר למוכ"ז [=למוציא כתב זה] שבאמצעותו יוכל לשלם במדינה אחרת במועד מוסכם במטבע של אותה מדינה⁷⁹⁴. בהגיע המועד, סירב הסוחר באותה מדינה לקבל את השטר משום שהבנקאים המקומיים סגרו זמנית את שעריהן בשל מצור שהוטל על העיר. בשל אי-כיבוד השטר במועד, ביקש איש העסקים לחזור בו מקניית השטר ודרש

⁷⁸⁹ ש"ך, חו"מ, סימן כא, ס"ק ג (וראה להלן, הערה 791). וכעין מה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 119, בעניין אונס בחוזה המנוסח על דרך "תיקון חכמי ספרד".

⁷⁹⁰ תימוכין לדבריו מביא הש"ך מהר"ן (לעיל, הערה 777).

⁷⁹¹ וראה גם דבריו בנקודות הכסף, יורה דעה, סימן רלו, ס"ק ג, שם דוחה הש"ך את השגת הט"ז על הב"ח (לעיל, הערה 788). וראה קצות החושן, סימן כא, ס"ק א, שהסכים לדעת הש"ך. והשווה חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן טז, ס"ק יא, ד"ה בזמן. לדעתו, דברי הט"ז אמורים רק כאשר הזמן לא הותנה בין הצדדים כתנאי מפורש, ואין מחלוקת אפוא בינו ובין הש"ך. אולם רוב האחרונים לא הבינו כך את הט"ז, כפי שמעיר הרב אוריאל לביא, עטרת דבורה, חלק ב, ישראל תשס"ט, סימן לט, ד"ה ועיי"ש בש"ך. וראה חוק לישראל, **תרופות בשל הפרת חוזה**, סעיף 7, פרק שני, ד.

⁷⁹² ראה ש"ך, חו"מ, סימן כא, ס"ק ג, ד"ה ועיין מה שכתבתי, בעניין דחיית מועד הנישואין ("ולכן בקדושין שבזמן הזה, שמתחילה נעשה השידוך בסתם, ואחר כך נותנין תנאים כגון שזמן הנישואין יהיה ליום פלוני וכותבים כך בקשרי התנאים, ולא נתפרש שהשידוך נעשה על מנת כן, אף על פי שאחר כך אחד מהם עבר הזמן, חבירו מחויב לקיים השידוך, כיון שעבר מחמת האונס ואין עיקר הזיווג תלוי בזמן").

⁷⁹³ שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן נו. יש להעיר שהתשובה מקוטעת וסיומה חסר. דבריו מובאים כאן על פי הבנת פתחי תשובה, חו"מ, סימן רז, ס"ק ב. והשווה שילם ורהפטיג, **דיני מטבע במשפט העברי**, ירושלים תש"ס, עמ' 66, הערה 69.

⁷⁹⁴ הרב מרגליות מסביר שזו הייתה שיטת העברת כספים מקובלת בין בנקאים והיא מכונה בלעז "אן ווייזונג".

לקבל בחזרה את כספו, ששערו עלה בינתיים. המשיב קובע שההכרעה בעניין תלויה במחלוקת הט"ז והש"ך: לפי הט"ז, מאחר שמועד פירעון השטר למוכ"ז אינו יסודי כל כך ואי-פירעונו במועד המוסכם אירע באונס, אין לו עילת ביטול; לעומת זאת, לפי הש"ך, האיחור, גם אם אינו יסודי, מעניק לו זכות ביטול. ומסיק 'בית אפרים', שמאחר שהנושא שנוי במחלוקת, יכול המוחזק (הבנקאי) לטעון קים לי כשיטת הט"ז שאין לאיש העסקים עילת ביטול, ואינו זכאי אפוא לדרוש בחזרה את את כספו.

ב. השבה ושיפוי (סעיף 18(ב))

(1) השבה - "רשאי בית המשפט לחייב כל צד... להשיב... מה שקיבל על פי החוזה או... לשלם לו את שוויו" סעיף 18(ב) קובע:

במקרים האמורים בסעיף קטן (א) רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה או, על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו... והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות הענין ובמידה שנראה לו.

שני חידושים עיקריים יש בחיוב השבה זה לעומת חיוב ההשבה שבסעיף 9 לחוק: הוא חל אף אם לא בוטל החוזה עקב הסיכול, בעוד שלפי סעיף 9 חיוב ההשבה חל רק משבוטל החוזה⁷⁹⁵; החיוב נתון לשיקול דעת בית המשפט, שיכול לשלול אותו, או לאשר אותו חלקית בלבד, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות הענין, בעוד שלפי סעיף 9 מדובר בחיוב מוחלט שאינו נתון לשיקול דעת בית המשפט⁷⁹⁶.

⁷⁹⁵ עומד על כך דניאל פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט**, מהדורה שניה, ירושלים תשנ"ח, פרק 22.15, עמ' 722, ומטעים שהודות להסדר זה, לא יוכל הנפגע למנוע השבה על ידי כך שיימנע מביטול החוזה. וראה צמח (לעיל, הערה 769), עמ' 22-23, המצביע על כך שקושי זה (כוח הנפגע לא לבטל את החוזה וכך למנוע השבה) נותר בעינו כל אימת שלפי בית המשפט שינוי הנסיבות אינו עולה כדי סיכול. לדעתו, הפתרון לכך הוא גישה גמישה יותר בהכרה בסיכול, שאז בית המשפט יהיה רשאי להורות על השבה גם אם לא ביטל הנפגע את החוזה.

⁷⁹⁶ ראה בעניין זה להלן, הערה 877. לשאלה האם השבה לפי סעיף 18(ב) חייבת להיות הדדית? ראה ע"א 39/75 **שמחון נ' רדינגר**, פ"ד כט(2) 610 (1975), בעמ' 615. על פי הצעת חוק דיני ממונות, מאחר שהחוזה פוקע מאליו, מחויבים הצדדים בהשבה הדדית, ואין העניין נתון לשיקול דעת בית המשפט. וראה ש'ו וצמח (לעיל, הערה 6), עמ' 793-794. וראה דניאל פרידמן ונינה זלצמן, "תקנת השוק והשפעתה על יחסי מוכר-קונה", **עיוני משפט** ה (תשל"ו-תשל"ז) 122, בעמ' 130-137. כעיקרון, להבדיל מסעיף 18(א) (ראה לעיל, סוף הערה 31) אין אפשרות להתנות על הוראת סעיף 18(ב), ראה ידן (לעיל, הערה 4), עמ' 152. אבל השווה ש'ו וצמח (לעיל, הערה 6), עמ' 795-796. להסדרה ייחודית של זכויות השבה עקב ביטול טיסה, ראה חוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה), התשע"ב-2012, סעיף 6(א) וסעיף 6(ה)1. הסדר ייחודי נחקק בעקבות מגפת הקורונה גם בעניין אולמות אירועים, עליו נעמוד מיד.

בעקבות מגפת הקורונה, חוקקה הכנסת חוק מיוחד הנוגע לאולמות אירועים⁷⁹⁷. החוק חל על אירוע שהוזמן לפני יום ט"ז באדר התש"ף (12 במרס 2020) והיה מיועד להתקיים אחרי תאריך זה ובוטל בשל איסורים והגבלות שנקבעו לפי דין (החל ממועד זה) עקב התפשטות הנגיף. נקבע בו, שחובה על בעל האולם להחזיר למזמין את המקדמה, ואינו רשאי לקזז מכך אלא סכומים מוגבלים⁷⁹⁸.

חיוב ההשבה של צד לחוזה שקיבל דבר מה מן הצד השני במסגרת חוזה שלא יצא אל הפועל, נדון בהרחבה מנקודת מבטו של המשפט העברי במסגרת הדיון על סעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, וסעיף 9 לחוק החוזים (תרופות)⁷⁹⁹ וכן במסגרת הדיון על חוק עשיית עושר ולא במשפט⁸⁰⁰. העובדה שהחוזה לא יצא אל הפועל כתוצאה מסיכול אינה מורידה מחיוב זה.

כאן נדון בהיבטים ייחודיים לחובת ההשבה בסיכול חוזה שכירות פועלים ובסיכול חוזה שכירות נכסים. כפי שנראה, יש שחובת ההשבה שנויה במחלוקת, ויש שהיא תלויה בנסיבות העניין, אבל בכל מקרה, בשונה מן ההסדר הכללי שבסעיף 18(ב) לחוק, **אין היא נתונה לשיקול דעת בית המשפט**.

(א) עבודה חלקית שלא הועילה למעסיק

מחד גיסא, ניתן לראות את העבודה שהשקיע הפועל עד אירוע הסיכול כדבר מה שנתן הפועל למעסיק, ומאחר שהשבה בעין אינה אפשרית, שהרי מדובר בשירות, על המעסיק לשלם לו תמורתה. מאידך גיסא, ייתכן שאין למעסיק תועלת במה שעשה הפועל עבורו עד הסיכול, ואם כן אינו חייב "להשיב" לו דבר. כפי שנראה, עניין זה שנוי במחלוקת, והוא גם תלוי, לפי חלק מן הפוסקים, בשאלה במי משני הצדדים לחוזה פגע הסיכול - בחייב או בנושה.

⁷⁹⁷ חוק החזר מקדמה בשל ביטול אירוע (נגיף הקורונה החדש), התשפ"א-2020 (מובא להלן, מדור חוקים, עמ' פפפ). וראה צמח (לעיל, הערה 769), עמ' 24-25. הוא מעיר שבניגוד למצופה, הסדר נקודתי זה לא תרם ממש לוודאות המשפטית.

⁷⁹⁸ החוק מורה לצדדים לנהל משא ומתן בתום לב כדי לקיים את האירוע במועד חלופי (סעיף 2(א)) [לעיל, הערה 772], ואינו שלדעת זמיר חובה זו קיימת גם בלא הוראת חוק מפורשת (הוא אף מפקפק בתועלת הוראה חקוקה, ראה דבריו בעמ' 425-426). והיה ולא הצליחו הצדדים להסכים על מועד חלופי, על בעל האולם להשיב למזמין את המקדמה ואינו רשאי להפחית סכום כלשהו למעט הוצאות מיוחדות (טעימות), עד 2000 ₪ לכל היותר (סעיף 2(ג)), אלא אם כן יוכיח שהוא נהג בתום לב והמזמין הוא שלא הסכים למועד חלופי, שאז רשאי יהיה להוסיף על סכום זה דמי ביטול, שלא יעלו על 3000 ₪ (סעיף 2(ד)). כלומר, החוק מאפשר לבעל האולם לקזז מן המקדמה שעליו להשיב למזמין עד 5000 ₪ לכל היותר.

⁷⁹⁹ ראה חוק לישראל, **פגמים בחוזה**, ירושלים תשע"ב, סעיף 21, עמ' 391-413. וראה חוק לישראל, **תרופות בשל הפרת חוזה**, סעיף 9. הדיון שם נסמך הרבה על מאמרו של איתמר ורהפטיג, "הגנת הצרכן לאור ההלכה הליכות מסחר - השבה ואחריות", **תחומין** ד (תשמ"ג), עמ' 382.

⁸⁰⁰ ראה יהונתן בלס, חוק לישראל, **עשיית עושר ולא במשפט**, ירושלים תשנ"ב, עמ' 165.

ראינו לעיל⁸⁰¹, **שפועל שהפסיק את עבודתו בעל כורחו**, בשל מחלה לדוגמה, זכאי לתשלום עבור מה שעשה (בלשון רש"י: "חצי דמי שכרו"). אולם, יש הסבורים, שתנאי לחובת תשלום זו, הוא שהמעסיק הפיק תועלת מן העבודה החלקית של הפועל עד שנאלץ להפסיק את עבודתו, כגון שחרש חלק מן השדה שהיה אמור לחרוש, או שארג חלק מן הבגד שהיה אמור לארוג, וניתן להשלים את העבודה עם פועל אחר. אבל אם ירדה עבודתו לטמיון, כגון שליח שנאלץ לחזור על עקבותיו לפני שהספיק להגיע ליעדו, אינו זכאי לתשלום, אף אם קיבל את התשלום מראש⁸⁰².

הגיונה של שיטה זו אינו ברור, שכן סוף סוף הפועל קיים את חיובו עד אירוע האונס. ואכן, יש מפוסקי זמננו הסבורים שהדברים אמורים רק בעובד קבלן, ששכרו מותנה בהצלחת עבודתו, ואילו עובד שכיר זכאי לשכר עבודתו בלא קשר להנאה שהפיק המעסיק מהעבודה⁸⁰³.

סייג זה בדבר התועלת שהפיק המעסיק מן העבודה החלקית, אינו מקובל על רש"י⁸⁰⁴, ולדעתו הפועל, בין שכיר בין קבלן, זכאי לשכרו היחסי בכל מקרה. וכך נוקטים פוסקים אחרים⁸⁰⁵.

⁸⁰¹ לעיל, ליד ציון הערה 66.

⁸⁰² ראה סמ"ע, סימן שלה, ס"ק ט. מקורו במרדכי, בבא מציעא, סימן שנג, בעניין שליח שנשא איגרת בשכר ומצאו "תגר" (הסמ"ע מפרש "אויבים ובעלי מלחמות"), כלומר הוא נקלע לאזור לחימה ונאלץ לחזור על עקבותיו (וראה ביקורתו על הרמ"א, שם, סעיף ב, שדבריו "מגוממים"). והסכימו עמו: ט"ז, שם, סעיף ב; באר הגולה, שם, ס"ק י; נתיבות המשפט, שם, ס"ק ג (בסימן שלג, ס"ק ט, מוסיף 'נתיבות המשפט', שהמעסיק נחשב לנהנה אם היה בידו לשכור פועל חלופי להשלמת המלאכה, ולו בתוספת שכר. אם נמנע מלעשות כן, חייב לשלם לפועל את שכרו היחסי אף שלא נהנה בפועל. לשון אחר, מוטלת עליו חובת הקטנת הנזק). בהתאם לכך ראה שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליתאה, חלק א, סימן תסט, שאם סופר סת"ם נאנס להפסיק את עבודתו באמצע כתיבת ספר תורה, פטור המזמין מתשלום, משום שהמשך הכתיבה על ידי סופר אחר פוגע בהידורו של הספר, והמזמין ראשי שלא לקבל את עבודתו החלקית. אם המזמין בוחר להשלים את המלאכה עם סופר אחר, הוא חייב לשלם לסופר הראשון עבור מה שעשה, מאחר שסוף סוף הפיק ממנו תועלת, אף שהיא פחותה מן הצפוי. ראה שו"ת נצח ישראל, סימן יב אות ט (על הגדרת חזרת סופר באמצע כתיבת ספר כדבר האבד, ראה: שו"ת מהר"ם מרוטנברג, דפוס קרימונה, סימן רמז; רמ"א, שולחן ערוך, חו"מ, סימן שלג, סעיף ה).

מקור שיטתם: תוספות, בבא מציעא ע"א, ד"ה אילו וד"ה אילימא; מרדכי, שם. וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 342, ליד ציון הערה 272, שלפי חלק מן הפוסקים ובראשם הרמב"ם, סייג זה אינו אמור בשכירות נכסים. ראה להלן, הערה 819.

⁸⁰³ ראה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק יא, הערה מה; שם, פרק יב, הערה נ; בכורי גשן (לעיל, הערה 126), ענף יא (עמ' תשב); משפט הפועלים (רוזנר), פרק יא, סעיף כ, הערה נב (כעין זה במשפט הישראלי ראה דניאל פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט**, מהדורה שניה, ירושלים תשנ"ח, פרק 23.8, עמ' 737). והשווה הרב לייביש קרניאל, "המזמין עבודה והפועל החל לעבוד עבורו האם מותר להתחרט?", **מכון להוראה** ד (תשע"ב, בהוצאת כולל חסידי בעלז), עמ' יט, בעמ' לב, הערה לב, המפקפק בהבחנה זו.

⁸⁰⁴ ראה תוספות רבנו פרץ, בבא מציעא ע"א, ד"ה וטבעה, לפיו בעניין "ספינה זו ויין סתם" רש"י מפרש: "לא יטול - אותו חצי שלא הלך". מילים אלה לא מופיעות בפירוש רש"י שבפנינו, ואולי כוונתו שכך יש להסיק מדבריו, כפי שעולה מחידושי הריטב"א, שם, ד"ה ת"ר: "ואומרים בתוספות [רבנו פרץ?] שנראה דעת רש"י, דלא איירי רבי נתן אלא לענין שכר חצי הדרך הנשאר, **דאילו בשכר חצי הדרך שכבר הלך פשיטא שנותן לו**. ואולי טעמו של רש"י מההיא דאמרינן בפרק הגוזל [בבא קמא קטז ע"ב] דעבד שליח שליחותיה דנותן לו שכרו אף על גב דלא אישתריש ליה להאי [=לא הועיל לזה], שמת החולה או שהבריא".

יש מי שסבור, **שבהפרת חוזה מצד המעסיק, ולו מאונס, העובדה שהמעסיק אינו מפיק תועלת מעבודת הפועל אינה עילה להפחית משכרו היחסי של הפועל (וזאת גם לדעת החולקים על רש"י), שהרי הפועל לא הפר את החוזה, והוא מוכן ומזומן להמשיך בו**⁸⁰⁶. כך עולה מסוגיית הספינה והיין (שכירות שירותי תובלה ימית וטבעה הספינה באמצע הדרך) ב"ספינה סתם ויין זה"⁸⁰⁷, והוא הדיון, כך מטעים 'נתיבות המשפט', בעניין שומר שכר שנפל קרבן לשוד מזוין⁸⁰⁸; מאחר שהשוד נחשב כאונסו של בעל הבית, זכאי השומר לשכרו עד השוד, אף שהתועלת מן השמירה עד אז ירדה לטמיון. וזה לשונו:

אבל באונס שאירע לבעל הבית, ודאי דצריך לשלם לו מה שעשה, דמה לו לפועל מה שנאנס בעל הבית, **ואפילו כשלא נהנה בעל הבית צריך לשלם**... ומשום הכי בשליח שנאבד ממנו [הפיקדון בשוד מזוין]... **אונסא דבעל הבית הוא** שנאבד הדבר [הנכס המופקד], והפועל אומר: **אנא הא קאימנא [=אני נמצא (ומוכן להמשיך בשמירה)]**⁸⁰⁹, ולכך משלם על כל פנים **על מה שהלך, אף שלא נהנה**.

⁸⁰⁵ ראה: שו"ת מהר"ש לבית הלוי, חו"מ, סימן ד (הוא מאריך להביא ראיות שזו דעת רוב הראשונים, ומוסיף שמסקנה זו מתחייבת גם מן הכלל "ישנה לשכירות מתחילה ועוד סוף", לפיו חובו של המעסיק כלפי הפועל, בין שכיר ובין קבלן, הולך ומצטבר עם התקדמות העבודה. ואף שככלל, חוב זה מותנה באספקת המוצר נושא העבודה, אין זה אלא כאשר המוצר ביד הפועל, ולא אם אבד באונס. והשווה שו"ת שואל ומשיב, לעיל, הערה 802, הדוחה סברה זו מכוח הכלל "שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף", והלא כאן לא הגיעה השכירות לסיומה); שו"ת נחפה בכסף, חלק א, חו"מ, סימן כו, ד"ה וממ"ש מוהר"ש (קלו ע"ב).

⁸⁰⁶ לעיל, ליד ציון הערה 214, ראינו מי שסובר שבעיקרון יש בטיעון זה כדי לזכות את הפועל בשכר מלא, אבל לא כך נוקט 'נתיבות המשפט', כפי שהערנו שם, הערה 214.

⁸⁰⁷ כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 162.

⁸⁰⁸ נתיבות המשפט, סימן שלה, ס"ק ג. וראה גם סמ"ע, סימן שד, ס"ק ג, שפועל שהושכר להעביר חבית ממקום למקום, ובאמצע הדרך נשברה החבית **שלא באשמתו**, זכאי לשכר על מה שעשה.

⁸⁰⁹ הרב משה אליהו וינמן פוסק, שמי שנשכר כדי להקליד חומר ולפני סיום ההקלדה אבד החומר המוקלד באונס (כתוצאה מוירוס במחשב שלו וכדומה), אינו זכאי לשכר, שכן טענת "הא קאימנא" אינה מועילה לגבי החומר שאבד. ראה שו"ת אבן שהם, סימן צג [=עורכים שאבד חלק מהחומר שהקלידו במחשב אם מפסידים שכרם], **הישר והטוב** ב (תשס"ז), עמ' קמט-קנד]. על פסק זה ראה פקוקו של הרב חיים קרויס, **הישר והטוב** ו (תשס"ח), עמ' רכה-רכו. לדעתו, פסק זה נכון רק אם רואים את העובד כבעלים של החומר המוקלד כל זמן שלא הועבר למזמין, אבל אם רואים את המזמין כבעלים על חומר המוקלד, זכאי העובד לקבל שכרו, בדומה לשומר שכר שנשדד. אבל ראה שם, הערות המערכת, אות ו, שכך הדיון גם אם רואים את המזמין כבעלים של החומר המוקלד, שכן בשונה משומר שתפקידו **לשמור** בלבד, ולכן הוא יכול לטעון "הנני מוכן ומזומן להמשיך בשמירה", כאן תפקיד הפועל **לייצר** חומר מוקלד ולהעבירו למזמין, ומאחר שאינו עומד בכך, ולו מאונס, אין די בעובדה שהוא מוכן להמשיך בהקלדה כדי לזכותו בשכר על ההקלדה עד כאן, שכן עליו לספק גם את החומר שאבד.

אבל יש מי שאינם מבחינים בעטיו של מי נמנעה השלמת העבודה, ולדעתם בכל מקרה המעסיק משלם לפועל את שכרו היחסי רק אם נהנה מהעבודה החלקית⁸¹⁰. גישתם תמוהה ואולי נאמרה רק בפועל קבלן, ששכרו מותנה בהשגת התוצאה, ולא בפועל שכיר⁸¹¹.

(ב) תשלום מראש ומקדמה

סיכול בעטיו של החייב ("ספינה זו ויין סתם")

אף אם שולמה התמורה מראש, אם אירע הסיכול **בעטיו של החייב** (משכיר הנכס או ספק השירות), עליו להשיב את התמורה לצד השני. כך הוא, לרוב הפוסקים, **בשכירות נכסים**, כפי שהערנו לעיל בעניין בית שכור שנפל⁸¹², כשחובת השבת דמי השכירות ששולמו מראש היא כמובן רק בגין התקופה שלאחר הסיכול⁸¹³.

וכך הוא גם, לפי רוב הפוסקים, **בשכירות פועלים**, כפי שראינו לעיל בעניין פועל שחלה⁸¹⁴, וכפי שמטעים הרדב"ז⁸¹⁵: "כללא דמלתא, אין לשום שכיר, לא מלמד ולא זולתו, שכר אלא ממה שעשה, אף על פי [שלא השלים את מלאכתו משום] שהיה אנוס, ואפילו לקח שכירותו מקודם"⁸¹⁶. כך עולה גם מסוגיית התלמוד שכבר נדונה לעיל בעניין השוכר שירותי תובלה ימית וטבעה הספינה באמצע הדרך⁸¹⁷. אחת מן האפשרויות שהתלמוד דן בהן היא "ספינה זו ויין סתם", כלומר

⁸¹⁰ ראה: כנסת הגדולה, ח"מ, סימן שלד, הגהות בית יוסף, אות לט; תומים, סימן סו, ס"ק סו, ד"ה ובהכי נחא.

⁸¹¹ כך מסתבר בקל וחומר ממה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 803, בעניין סיכול שאירע בעטיו של הפועל.

⁸¹² כפי שנפסק בשולחן ערוך (לעיל, הערה 269). היחידים החולקים על כך הם הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א (לעיל, ליד ציון הערה 255), לדעתם בעיקרון חייב השוכר בתשלום דמי השכירות גם אם נפל הבית, והוא פטור מכך רק בנסיבות של מכת מדינה. נמצא שלדעתם, רק אם נפל הבית כתוצאה ממכת מדינה חייב המשכיר להשיב לו את דמי השכירות ששילם מראש.

⁸¹³ אשר לתקופה שעד הסיכול, לדעת התוספות, זכותו של המשכיר בדמי השכירות (אף אם שולמו מראש) מותנית בכך שהשוכר הפיק תועלת מן השכירות, ואילו לפי הרמב"ם, זכאי המשכיר לדמי השכירות (אף אם לא שולמו מראש), בלא קשר לתועלת השוכר. על מחלוקת זו עמדנו לעיל, הערה 313. וראה להלן, הערה 819, שהרמב"ם מבחין בעניין זה בין שכירות נכסים לשכירות פועלים.

⁸¹⁴ לעיל, ליד ציון הערה 69. האם הפועל זכאי לשכרו היחסי עד אירוע הסיכול בכל מקרה? או רק אם עבודתו החלקית הועילה למעסיק? על כך עמדנו כבר לעיל, ליד ציון הערה 801.

⁸¹⁵ שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן רז.

⁸¹⁶ דעה חריגה בעניין זה היא דעתו של מהר"ם מרוטנבורג עליה עמדנו לעיל, ליד ציון הערה 241, ולפיה פועל שחלה זכאי להחזיק בשכר ששולם לו מראש (אם כי לפי 'דברי משפט', להלן, הערה 820, כך הוא רק אם המעסיק נהנה לפחות ממחצית תקופת עבודתו). וראה ורהפטיג (לעיל, הערה 32), עמ' 774-776.

⁸¹⁷ לעיל, ליד ציון הערה 153.

כך עולה לכאורה גם מן התלמוד הירושלמי, גיטין, פרק ז, הלכה ו, בעניין ספן ("אילפא") שקיבל תשלום מראש להובלת סחורה ונמנע ממנו באונס לבצע את ההובלה בשל ייבוש הנהר, שלפי רבי אבא ורבי יוחנן חייב להשיב למזמין את כספו. אמנם התלמוד הירושלמי מביא שם שלפי רב נחמן בר יעקב וריש לקיש הספן אינו חייב להשיב את השכר, אולם לפי המוצע בירושלמי הסיבה לכך היא שהם נוקטים ש"אונסא כמאן דעבד", בעוד שרבי אבא ורבי יוחנן נוקטים ש"אונסא כמאן דלא עבד". מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ז, מסיק משיטתם של רב נחמן בר יעקב וריש לקיש, ש"מכת מדינה" אינה עילה לתביעת החזר, שהרי הם פוטרים את הספן מהחזר אף שייבוש הנהר הוא בגדר "מכת מדינה". אולם לאור הנמקת הירושלמי "אונסא כמאן דעבד", ספק אם ניתן להוכיח זאת מכאן. והשווה שו"ת

שהמשכיר-הפועל התחייב לעשות את ההובלה **בספינה מסוימת** (ומכיון שטבעה ספינתו המסויימת אינו יכול להמשיך במילוי חלקו בחוזה), ואילו השוכר-המעסיק שכר את שירותיו כדי להוביל **יין בלתי מסוים** (ובאופן תאורטי יש ביכולתו להביא יין אחר ולהמשיך לקיים את חלקו בחוזה). הרמב"ם⁸¹⁸ מסכם את הלכת התלמוד בעניין זה:

השוכר את הספינה וטבעה לו בחצי הדרך, אם אמר לו ספינה זו אני משכיר לך ושכרה השוכר להוליך בה יין סתם, **אף על פי שנתן לו השכר, יחזיר כל השכר**,⁸¹⁹ שהרי זה אומר לו הבא לי הספינה עצמה ששכרתי, שהקפדה גדולה יש בספינה זו, ואני אביא יין מכל מקום ואוליך בה.⁸²⁰

משכנות יעקב (קרלין), חו"מ, סימן סד, ד"ה ואולם משמע וד"ה ולפי". וראה מה שהעיר עליו ורהפטיג (לעיל, הערה 32), עמ' 775.

לדיון בסוגיית הירושלמי (לרבות שאלות גירסה), החורג ממסגרת דיונו כאן, ראה: חידושי הרשב"א, גיטין עו ע"א, ד"ה ובירושלמי; מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ד, מד"ה וראיתי בירושלמי; ברכי יוסף, חו"מ, סימן כא, ס"ק ב; חתם סופר, חו"מ, סימן א, ד"ה ראשית; אבן האזל, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה יג, ד"ה והנה בהך, וד"ה ונראה דהך. וראה לעיל, הערה 750.

[בד"ה אבל הסמ"ג, 'ברכי יוסף' מציע פירוש מקורי מאוד למחלוקת רבי יוחנן וריש לקיש אם "אונסא כמאן דלא עבד" או "אונסא כמאן דעבד". לדעתו, השאלה שנחלקו בה היא: מה דינו של חייב שהיה אמור לעשות דבר מה במועד מסוים ונאנס, האם משחלף האונס רשאי החייב מעתה לקיים את חיובו בלא הגבלת זמן (כך נוקט רבי יוחנן: "כשיארע לו אונס נעשה כמאן דלא עבד קביעות זמן, ומצי להתאחר שלא באונס"), או שחייב הוא לעשות את חיובו בהקדם האפשרי (כפי שנקוט ריש לקיש: "אונסא משוי ליה כמאן דעבד קביעות זמן אחר, ואחר עבור האונס קאי בכל תאחר וצריך לקיים תנאו תכף"). אולם, פירוש מקורי זה אינו מתיישב עם המחלוקת שלהם בעניין "אילפא". וצריך עיון].

⁸¹⁸ רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ג.

⁸¹⁹ הרמב"ם מטעים "כל השכר" משום שהמעסיק אינו מפיק תועלת מהבאת היין ללב ים. ראה תוספות, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה אילמא. וראה לעיל, הערה 802. אבל השווה שיטת רש"י (לעיל, הערה 804). הלכה זו של הרמב"ם סותרת לכאורה את מה שפסק בעניין שכירות חמור (לעיל, הערה 313), שם קבע שהשוכר חייב לשלם דמי שכירות עד חצי הדרך, אף שלא הפיק מכך תועלת. וראה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 346-347, שם הצענו ליישב סתירה זו בכך שהרמב"ם דן בשכירות ספינה כבשכירות פועלים (שכירות שירותי תובלה), שם חל סייג התועלת, ואילו בשכירות חמור הוא דן כבשכירות נכסים, שם לא חל סייג התועלת (ראה לעיל, הערה 813). וראה עולת איש (שרבאני), שכירות, ירושלים תשע"ג, סימן טז, עמ' עח, שגם הוא נוקט הסבר זה.

⁸²⁰ לכאורה, כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 243, מקור תלמודי זה סותר בעליל את גישתו של מהר"ם מרוטנבורג (לעיל, הערה 241, הוזכר גם לעיל, הערה 816), לפיה פועל שקיבל תשלום מראש ונאנס אינו חייב בהשבה. אבל ראה דברי משפט, סימן שלד, ס"ק ב, ד"ה אך לפעד"נ, לדבריו, דעת מהר"ם היא שתשלום מראש מועיל רק אם השוכר נהנה לפחות ממחצית תקופת השכירות (כפי שהוא בעבד עברי שעבד שלוש שנים וחלה שלוש שנים), לכן מובן שכאשר טבע יינו של המעסיק ולא נהנה מן השכירות כלל, על המשכיר (הפועל) להחזיר לו את שכרו (וראה לעיל, הערה 298, אות (ד)). תירוץ אחר מציע הרב אברהם אוירבך (אב"ד בונא וגלילות הריינוס), "אונס בשכירות", **ירושתנו** ג (תשס"ט), עמ' כב, בעמ' כו, שדין הקדמת מעות לא נאמר אלא בפועל ולא בקבלן (שכן רק בפועל נאמר שיכול לחזור בו, וכל ההטבות שחלות על עבד חלות גם עליו בקל וחומר), וממילא אין סתירה מדין ספינה זו ויין סתם, שם מדובר בקבלן ולא בפועל. תירוץ נוסף מציע הרב יוסף רוזנר, **משפט הפועלים**, אשדוד תשס"ז, עמ' קפד-קפו, ולפיו תשלום מראש אינו מעיד על וויתור אם תימנע המשך העבודה מחמת אונס, אלא באונס מצוי, כגון מחלה, שסביר שהעלה אותו המעסיק על דעתו, ולא באונס חריג, כגון טביעת ספינה.

אולם יש שהחייב (משכיר הנכס או ספק השירות) אינו חייב להשיב את התשלום שקיבל מראש. כך הוא בשכירות נכסים כאשר הסיכול בא בעטיו של הנושה (השוכר), כפי שכבר ראינו לעיל⁸²¹ בדעת מהר"ם מרוטנבורג בעניין שכירות בית. אף שלדעתו אונס המונע מן השוכר אפשרות ליהנות מן המושכר משמש עילת פטור מתשלום (אף שמדובר במניעה סובייקטיבית של השוכר ולא במניעה אובייקטיבית הקשורה במושכר), הוא מטעים שלא כן הוא אם שולמו דמי השכירות מראש. וכבר הצענו שהסיבה לכך היא, שאז אין לראות את המשכיר כמי שהסכים לוותר על התשלום, אלא על השוכר היה להתנות על כך מראש⁸²².

וכך הוא גם בשכירות פועלים, כפי שהוא בדוגמה של שכירות שירותי תובלה ימית ב"ספינה סתם ויין זה", שאם שולם השכר מראש, הפועל (שבשונה מן המעסיק יכול לקיים את חלקו בחוזה, שכן הוא יכול להעמיד ספינה אחרת) אינו חייב להשיבו למעסיק. וזאת, אף למי שנוקט, כמו ריב"ם, שלולי הקדמת השכר היה למעסיק עילת פטור⁸²³. הסיבה לכך, מסביר ריב"ם, היא "דכיון שהוא

⁸²¹ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן אלף ב (מובא במרדכי, בבא מציעא, סימן שמה). וראה לעיל, ליד ציון הערה 288.

⁸²² כך הצענו לעיל, ליד ציון הערה 226, בדעת ריב"ן ומהר"ם מרוטנבורג. להסברים אחרים ראה: שו"ת יג"ל יעקב (להלן, הערה 829); שו"ת גלי ים (לעיל, הערה 296, אות ב). וראה לעיל, הערה 289. על הגיון ההבחנה בין תשלום מראש לאי-תשלום מראש בדעת ריב"ם, ראה להלן, ליד ציון הערה 823. נעיר שאף אם שולמו דמי השכירות מראש, דעת רב"ן היא שאם נמנע מן השוכר השימוש במושכר בנסיבות של "מכת מדינה", כי אז השוכר זכאי להחזר. ראה ספר רב"ן (מהדורת דבליצקי), סימן צח, בעניין שוכר בית ששילם מראש ונאלץ לברוח מן העיר יחד עם שאר היהודים מפני פיקוח נפש (אם כי לדעתו השוכר זוכה רק להחזר חלקי, ראה להלן בסוף ההערה). אמנם, השווה מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ז. לדעתו, בניגוד למה שפסק רב"ן, מוכח מן הירושלמי (גיטין, פרק ז, הלכה ו), שמכת מדינה שפוגעת בשוכר (להבדיל ממכת מדינה שפוגעת במושכר, ראה לעיל, הערה 257), אינה עילה לתביעת החזרת שכר ששולם מראש (הובא בהסכמה בשו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן קצט, ד"ה והנה עוד. לעומתו, מנחת פתים, חו"מ, סימן שכא, סעיף א, תמה על דברי 'מחנה אפרים'). לעיל, הערה 817, פקפקנו במסקנה זו מן הירושלמי. וראה שו"ת מנחת אשר, חלק ב, סימן קכ, אות ז. ועוד ראה הרב יורם כהן, "בעניין דמי שכירות וחזרה משכירות ושכר אברכים", שערי צדק ח (תשס"ז), עמ' 159-164. וראה הרב אברהם דרברמדיקר (לעיל, הערה 300), שאלה ה. הוא מתלבט בשאלה, אם בעל אולם שמחות שקיבל תשלום מראש ובוטל האירוע בשל מגפת הקורונה, יכול להסתמך על שיטה זו של 'מחנה אפרים', או שמא היא דעת מיעוט שדחיה מן ההלכה (עוד הוא דן בשאלה לאור שיטת מהר"ם מטיקטין, לעיל, הערה 286). והשווה בעניין זה שיטת הרב שפרן (לעיל, הערה 339).

[לעיל, הערה 318, כבר הערנו שלפי רב"ן השוכר זכאי להחזר מחצית השכר בלבד, שכן לדעתו במכת מדינה הצדדים משתתפים בהפסד. עוד מטעים רב"ן, שאם לא ברחו כל תושבי העיר, יש נימוק נוסף לחלוקת ההפסד, והוא שהפסד המשכיר לא היה בטוח, שכן אילו השכיר את ביתו לאחד מאלה שלא ברחו לא היה מפסיד, ומספק ישאו שניהם בהפסד. יש לציין שתשובה זו של רב"ן הובאה בקיצור בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן שפח (ראה שמחה עמנואל, לעיל, הערה 288, שתשובות רבות בקובץ זה אינן של מהר"ם), ולא הובא ממנה אלא נימוק אחרון זה (ראה מהדורת דבליצקי, הערה שנא, והערה שנד. וראה עוד שו"ת צמח צדק (שניאורסון), חו"מ, סוף סימן מה). והשווה קצות החושן, סימן שכב, ס"ק א, לדעתו אין בכוח הספק להוציא מיד המוחזק (אין הוא מתייחס לנימוק הראשון של רב"ן, משום שלנגד עיניו עמדה התשובה הקטועה כפי שהובאה בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג)].

⁸²³ לדעת ריב"ם (כפי שראינו לעיל, הערה 162), בעיקרון מעסיק שנאנס פטור מתשלום. אולם, מכך שלגבי "ספינה סתם ויין זה" לא תמה התלמוד על דין "אם נתן – לא יטול" הוא מסיק, שאם הפועל קיבל את שכרו מראש והמשך

[הספן] מוחזק ומזומן לקיים תנאו, ניחא ליה [לתלמוד, כלומר מובן] שלא יחזיר כלל", שכן פְּשִׁלְמוּ מראש נחשב המעסיק כמי שמוותר על טענת אונס, ובלבד שהצד השני יהיה מוכן לקיים את חלקו בחוזה.

סיכול בעטיים של החייב והנושה גם יחד ("ספינה זו ויין זה")

ולא זו אף זו, כך הוא גם כאשר הסיכול בא בעטיים של שני הצדדים (אונס דו-צדדי), היינו שהאונס מונע משני הצדדים בשווה לקיים את חלקם בחוזה; הפועל אינו מסוגל לעבוד או להשלים את העבודה, ובה במידה המעסיק אינו מסוגל לספק לו את העבודה המוסכמת. דוגמה קלסית לאונס דו-צדדי מעין זה יש בסוגית הספינה והיין. אחת האפשרויות שהתלמוד דן בהן היא "ספינה זו ויין זה", כלומר שהמשכיר-הפועל התחייב לעשות את ההובלה בספינה מסוימת, והשוכר-המעסיק שכר את שירותיו כדי להוביל יין מסוים. עם קרות האירוע המסכל - טביעת הספינה עם היין - נמנע בו זמנית משני הצדדים לקיים את חלקם בחוזה. לפי התלמוד זהו המקרה שעמד לנגד עיני רבי נתן כשפסק: "אם נתן - לא יטול; ואם לא נתן - לא יתן". וכפי שפוסק הרמב"ם⁸²⁴:

העבודה נמנע בשל המעסיק, ואילו הוא מוכן ומזומן לקיים את התחייבותו, רשאי הפועל להחזיק בשכר אף שלא השלים את המלאכה. וראה עוד להלן, ליד ציון הערה 831. והשווה לעיל, הערה 184. וכך הוא גם, כפי שראינו לעיל, הערה 226, לדעת ריב"ן, המצמצם את הפטור של מעסיק שנאנס. אמנם הערנו שם, שלא כך נוקטים 'דברי משפט' ובעל שו"ת יג"ל יעקב בדעת ריב"ן. לדעתם אם לא נגרם הפסד לפועל, דעת ריב"ן היא שעליו להחזיר למעסיק את השכר שקיבל מראש (אלא אם כן המעביד נהנה לפחות ממחצית תקופת העבודה, כך נוקט 'דברי משפט' בדעת מהר"ם מרוטנבורג, לעיל, הערה 820). אבל ראה להלן, הערה 829. וראה: ש"ך, חו"מ, סימן שלד, ס"ק ב; שו"ת מהרש"ם, חלק ז, סימן קלה (בעניין אישה שקבלה תשלום מראש כדי לטפל בילד חולה במשך כחמש שנים ומת הילד אחרי חצי שנה). אבל השווה תשובות הבית, שאלה י, "תשלום שכירות בתים או עובדים ומלמדים ששכירותם הופסקה זמנית באונס או במצבי חרום", הישר והטוב ט (תש"ע), עמ' קנ, בעמ' קנו-קנח. עוד נעיר, שהפועל והמשכיר נכס אינם זכאים להחזיק במלוא השכר, אלא רק "כפועל בטל". ראה: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן אלף ב ("יחזור [=ישיב] ליורשים כפי חשבון כמה אדם רוצה לקח פחות שלא היתה דרה ממה שהיתה דרה בו, וכעין זה בכמה דוכתי כפועל בטל"); תרומת הדשן, שו"ת, סימן שכט ("אף על פי שמחזיק בשכרו, לא שקל אלא כפועל בטל"). וכך ניתן לדייק גם מהלכת הרמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ג (בעניין ספינה סתם ויין זה: "אף על פי שלא נתן לו מן השכר כלום חייב ליתן כל השכר... אבל צריך לנכות כדי הטורח של חצי הדרך שאינו דומה המטפל בהולכת הספינה ליושב ובטלי"). וראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיא, סעיף ג. וראה לעיל, הערה 298, אות (ג) שלפי הגר"א, כך סבור גם הרשב"א, ולא כפי שנוקט הש"ך, שם, אות (א).

[מביאור הגר"א, חו"מ, סימן שלד, ס"ק ה, משתמע לכאורה, שלפי הרמ"א, בשכירות פועלים תשלום מראש אינו מועיל לפועל, ורק בשכירות נכסים זכאי המשכיר להחזיק בדמי השכירות ששולמו לו מראש מכוח טענת 'קים לי' כרשב"א (לעיל, הערה 281), שאונס השוכר אינו מקנה לו עילת פטור (אף אם לא שילם מראש). על דברי הגר"א עמדנו לעיל, הערה 298, אות (ג). אולם משפטי החושן, שכירות פועלים, ירושלים תשע"א, אור אפרים, אות ח, ד"ה אלא שמצאנו (עמ' רלב), מצמצם את דברי הגר"א וקובע שאמר את דברו רק בתשלום מראש שלא היה מתנאי החוזה, שאז על הפועל להחזיר את המקדמה שניתנה לו, שכן עליו היה להתנות בשעת כריתת החוזה. על הבחנה זו עמד כבר 'חקרי לב' מתוך ניתוח דברי 'תרומת הדשן', שם, כפי שראינו לעיל, הערה 298, אות (ב). והשווה פד"ר ו, עמ' 190-192, שם מציע בית הדין הסבר שונה לגמרי להבחנה של הגר"א בין שכירות פועלים ושכירות נכסים, ולפיו הקדמת השכר בשכירות נכסים מגדירה את העסקה כעסקה קניינית, שבה נושא הקונה בכל הסיכונים, מה שאין כן שכירות פועלים שנותרת עסקה אישית על אף הקדמת התשלום. לעניין השפעת מועד התשלום על הגדרת מהות השכירות כקניין או כחוזה (על פי חלק מן האחרונים), ראה ויגודה, שכירות (לעיל, הערה 33), עמ' 26, ועמ' 266-269.

וראה ורהפטיג (לעיל, הערה 32), עמ' 754-759.

⁸²⁴ רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ג.

השוכר את הספינה וטבעה לו בחצי הדרך... אמר לו ספינה זו אני משכיר, ושכר השוכר להוליך בה יין זה, **אם נתן השכר - אינו יכול להחזירו**; ואם לא נתן - לא יתן, שאין זה יכול להביא הספינה עצמה ולא זה יכול להביא יין עצמו.

אולם הלכה זו צריכה עיון. אמנם, מאחר שהפועל אינו מסוגל להשלים את חלקו בהסכם, קל להבין שאין לו עילה לתבוע את תשלום שכרו ("אם לא נתן [המעסיק שכר לפועל] - לא יתן"), כדין פועל שחלה⁸²⁵. אך מדוע אם קיבל תשלום מראש, רשאי הוא להחזיק בשכרו ("אם נתן [המעסיק שכר לפועל] - לא יטול"), הלא סוף סוף אינו מסוגל להשלים את חלקו בחוזה?⁸²⁶

שאלה זו שואל ריב"ן⁸²⁷: "וכי בשביל שמשכיר [הפועל] מוחזק ירויח?" והוא עונה: "ויש לומר, כיון שנתן לו שכרו, נתרצה שיהא שלו לאלתר, אף על גב ד[שכירות] אינה משתלמת אלא לבסוף, **לדעת כן נותנו שיהא שלו לאלתר**"⁸²⁸, **אם לא ישאר בו**". דהיינו, כשהמעסיק משלם לפועל מראש, בעוד שעל פי הדין אינו חייב לשלם לו אלא בסיום העבודה, הריהו **מסכים מכללא** שהפועל יזכה בשכרו, אף אם לא יעלה בידו להשלים את מלאכתו, **ובלבד שיהיה זה מחמת אונס דו-צדדי**, כלומר שגם המעסיק לא יהיה מסוגל להשלים את חלקו (כך מתפרשות המילים "אם לא ישאר בו")⁸²⁹.

⁸²⁵ לדעת רוב הראשונים, אפילו בגין חצי הדרך שעשה, שכן המעסיק לא נהנה מכך. ראה לעיל, ליד ציון הערה 802.
⁸²⁶ ראה לעיל, ליד ציון הערה 69, שם הדגשנו שפועל שקיבל תשלום מראש וחלה, חייב להחזיר את שכרו היחסי. וכאמור (לעיל, הערה 825), לפי רוב הראשונים, אפילו לשכרו היחסי אינו זכאי אם לא נהנה המעסיק מעבודתו.
⁸²⁷ תוספות, בבא מציעא ע"ב, ד"ה אי אתה. וראה גם תוספות הרא"ש, שם, ד"ה אמר רב פפא, שבעניין זה נראה שנוקט כריב"ן ולא כריב"ם שנראה להלן בסמוך.

⁸²⁸ שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן סו, מסייג וקובע שהקדמת השכר מועילה לפועל רק אם נעשתה ביזמת המעסיק ולא אם נעשתה ביזמת הפועל שהתנה את הסכמתו לעבוד בתשלום מראש ("אבל היכא שראובן השכיר [=שכר] את שמעון ללמוד בפניו זמן אחד **ושמעון לא רצה להשתכר אם לא שהיה מקדים לו כל השכירות תחילה**, והקדים לו ראובן כל השכירות תחלה ואחר כך מת ראובן בתחלת הזמן, **שם אין שייך לומר גילה בדעתו**"). לביקורת על גישתו ראה ערך שי, חו"מ, סימן שלד, סעיף א, ד"ה מיהו. להבחנה בין תשלום מראש שהוא מתנאי החוזה ובין הקדמת השכר שלא מכוח תנאי החוזה, ראה לעיל, הערה 298, אותיות (ב) ו(ג).

⁸²⁹ ראה נתיבות יהושע, בני ברק תשמ"ד, בבא מציעא, סימן נד (עמ' רעג). נראה שכך יש לפרש גם את דברי תרומת הדשן, שו"ת, סימן שכט: "ומתריצין [התוספות בשם ריב"ן]... נתרצה לו שיהיו שלו אפילו יארע אונס **רק שלא ישאר בו**" (והשווה שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן סו, שנראה שכוונה אחרת עמו: "ויש לומר כיון שהקדים לו כל שכרו נתרצה שיהיה שלו **כל זמן שישאר בידו** ולענין זה קנאו לאלתר דמדעת כן נתן לו"). ולא זכיתי להבין את דבריו.
לכאורה, אם תשלום מראש מועיל לפועל אף שאינו מסוגל להשלים את חלקו בהסכם, ובלבד שגם המעסיק אינו מסוגל להשלים את חלקו שלו, קל וחומר שהוא מועיל כאשר הוא מסוגל להשלים את חלקו. יש בכך חיזוק לשיטה שהסתמכנו עליה לעיל, ליד ציון הערה 226 (וראה גם לעיל, הערה 823), לפיה שיטת ריב"ן היא אכן שתשלום מראש מועיל לפועל המוכן ומזומן לעבוד אף כשלא נגרם לו הפסד (לא טבעה ספינתו), שהלא, כאמור, הדברים קל וחומר! וערעור לשיטה האחרת שהזכרנו בהערה שם (דברי משפט; שו"ת יג"ל יעקב), לפיה ריב"ן סבור שלא מועיל תשלום מראש ב"ספינה סתם" אם לא נגרם לו הפסד.

[דברי משפט אינו מתייחס לקושי זה בשיטתו. לעומתו, שו"ת יג"ל יעקב, ד"ה והנה בהשקפה, כן מתייחס לקושי (הוא מעיר: "ופלא שלא מצאתי לשום אחד מהמפרשים הידועים שיעמדו בזה"), ומנסה ליישבו. לדעתו, תשלום

השאלה קשה שבעתיים לריב"ם⁸³⁰, שכן, כפי שראינו לעיל, לדידו, כעיקרון, אונס מצד המעסיק הוא עילת פטור מתשלום תמורת עבודה שלא נעשתה בפועל, ומדוע לא יזכה המעסיק בפטור גם ב"ספינה זו ויין זה", אף אם שילם מראש? אמנם ראינו⁸³¹, שב"ספינה סתם ויין זה", אם הפועל קיבל שכר מראש, מודה ריב"ם שאינו חייב להשיבו למעסיק, אולם הוא מסביר שהסיבה לכך היא שפְּשָׁלְמוּ מראש, נחשב המעסיק כמי שוויתר על טענת אונס ונטל את הסיכון לאבדן השקעתו **באם הפועל יהיה מוכן להשלים את העבודה**, שאם לא כן, עליו היה להתנות על כך במפורש: "דכיון שהוא [הספן] **מוחזק ומזומן לקיים תנאו**, ניחא ליה [לתלמוד, כלומר מובן] שלא יחזיר כלל". אבל, ב"ספינה זו ויין זה" הפועל אינו מזומן לקיים את חלקו, ומדוע אפוא יזכה בשכר ששולם לו מראש?⁸³²

במענה לכך חוזר בו ריב"ם ומחדש, שזכותו של הפועל להחזיק בשכר ששולם לו מראש אינו מותנה בכך שיהיה "מזומן לקיים תנאו" דווקא, אלא די בכך שהכסף הגיע לידו כדין, אף שקיים ספק אם מגיע לו שכר (שכן אולי יש לייחס את אי-השלמת המלאכה למזלו), וכך מוגדר המצב כשהמעסיק אינו מסוגל יותר ממנו לקיים את חלקו בהסכם (שכן אולי יש לייחס **למעסיק** את אי-השלמת המלאכה)⁸³³. ובלשונו: "דהמוחזק יאמר לחבירו 'כיון שאינך יכול לקיים תנאך, **מזלך**

מראש מועיל דווקא ב"ספינה זו" בשל האופי הקנייני של העסקה. לאמור, מאחר שהשוכר יודע שהמשכיר אינו חייב לו דבר משעה שהעמיד לרשותו את הספינה המוסכמת, מתפרש התשלום מראש כהסכמה שהמשכיר יחזיק בשכר אם שני הצדדים יהיו מנועים מלהשלים את חלקם בחוזה (לדעתו, זה גם ההסבר לפסק מהר"ם מרוטנבורג, לעיל, הערה 289, בעניין הקדמת השכר בשוכרת בית שמתה). לא כן תשלום מראש ב"ספינה סתם"; מאחר שהשוכר יודע שהמשכיר (הפועל) משועבד להשלים את המלאכה בכל מקרה, אין לפרש את הקדמת השכר כוויתור מראש על השלמת המלאכה (מקור להבחנה זו הוא מוצא בנתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק יג, אבל השווה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 334, הערה 246). וראה ביתר הרחבה משפטי החושן, שכירות פועלים, ירושלים תשע"א, אור אפרים, אות ח (עמ' רכז-רלה). אבל השווה **פד"ר** ו, עמ' 190-192, וצריך עיון.

⁸³⁰ מובא בתוספות, שם. לניתוח שיטתו ראה נתיבות יהושע, שם (עמ' רעא-רעב). לדרך אחרת בהבנת ריב"ם השווה הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 51), עמ' מו-מו.

⁸³¹ לעיל, הערה 162. וראה גם לעיל, ליד ציון הערה 823.

⁸³² והשווה שיטה מקובצת, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה כתוב בתוספות, שמעיד על גירסה אחרת בדעת ריב"ם לפיה: "אם נתן - לא יטול שכר חצי הדרך שכבר הלך דוקא... דחצי שכר שכבר הלך תלוי במוחזק, אבל חצי האחר לעולם יחזיר". גירסה זו פותרת אמנם את הקושי בהלכת "לא יטול", אבל במחיר של פרשנות דחוקה בלשון התלמוד (מה עוד שביחס למקרה של "ספינה סתם ויין זה", פירש ריב"ם את הביטוי "לא יטול" כפשוטו, כלומר שהמעביד לא יטול בחזרה כלום מהשכר ששילם מראש, ראה לעיל, הערה 162).

⁸³³ אכן, ב"ספינה זו ויין סתם", הדין הוא שעל הפועל להחזיר את כל השכר ("אם נתן אמאי לא יטול?"), אפילו בעד חצי הדרך שעד טביעת הספינה. הסיבה לכך היא, שהוא קיבל שכר רק על דעת כן שיוביל את היין ליעדו, ומשנבצר ממנו לעשות כן, **בעוד שהמעסיק מסוגל להשלים את חלקו**, מוגדר הוא כמחזיק בשכר שלא כדין, ועל כן עליו להשיבו. ראה נתיבות יהושע, שם, מד"ה ואכתי קשיא לו, המפנה בעניין זה לפרישה, חו"מ, סימן שיא, ס"ק ב, ד"ה אמר המשכיר ספינה זו: "ביין סתם וספינה זו, דקאמר אף על גב דבעל הספינה מוחזק צריך להחזיר הכל, התם שאני כיון דבעל היין יכול לקיים תנאו, אמרינן דהממון בחזקת מאריה קיימא, ואף שכבר קבלה בעל הספינה, **הרי לא קבלה אלא אדעתא לקיים התנאי**, והרי הוא כאילו התנה בעל היין לומר שאם לא תוכל לקיים בספינה זו - תחזיר. מה שאין כן בשניהן אמרו 'זו', ובעל הספינה מוחזק, דמועיל לו חזקתו לחשביניה כאילו התנה לומר ש[אם יטבע היין] לא יוכל בעל היין להביא יין [אחר], ואין צריך להחזיר לו כלל".

גרם – המוציא מחבירו עליו הראיה”⁸³⁴. לשון אחר, אומר הפועל למעסיק: מאחר שאתה מונע את השלמת המלאכה לא פחות ממני, אינך יכול לומר שאני מחזיק בשכר שלא כדין, ועליך אפוא נופל ההפסד.

סיום החוזה בהסכמה (”ספינה סתם ויין סתם”)

להשלמת התמונה נציין שבסוגיית הספינה והיין נדון מקרה נוסף – ”ספינה סתם ויין סתם” – שבו תיאורטית שני הצדדים יכולים להמשיך ולקיים את החוזה (זה יכול להעמיד ספינה אחרת, וזה יכול להביא יין אחר), אך מטעמים של חוסר כדאיות, הם מסכימים שלא להמשיך בו. התלמוד קובע שבכגון זה הצדדים **חולקים**⁸³⁴. הפוסקים מטעימים שכך הדין **אפילו שולם השכר מראש**, שכן הצדדים הסכימו יחד לסגת מן החוזה אף שכל אחד מהם יכול היה להמשיך בו, ורואים אותם אפוא כמי שהסכימו לחלוק ביניהם את ההפסד⁸³⁵.

ואפשר שכך הדין, לא רק לשיטת ריב”ן, אלא גם לשיטת ריב”ם. אמנם לפי ריב”ם, ב”ספינה סתם ויין זה”, בעל היין אינו חייב לשלם יותר מחצי הדרך (כלומר עד טביעת הספינה), ולפי זה משמעות דין ”חולקים” ב”ספינה סתם ויין סתם”, היא לכאורה, חלוקה של החיוב עד אמצע הדרך, כלומר המעסיק יחייב לשלם לפועל רק **רבע** מן השכר המוסכם. אולם, יש מקום לטעון שסיבת הפטור ממחצית הדרך ב”ספינה סתם ויין זה”, היא שהמעסיק **אנוס** כשטבע יינו, ועל כן פטור הוא מתשלום על המשך הדרך. מה שאין כן ב”יין סתם”, שם אינו אנוס מלהביא יין אחר ולהמשיך בחוזה, ואין לו אפוא עילת פטור. ייתכן שבכגון זה יודה ריב”ם שהצדדים חולקים את מלוא השכר, שהרי כאמור שני הצדדים מזומנים לקיים את חיובם והחלטתם המשותפת לסיים את

ונראה שכך נוקט גם רמב”ן, שכן הוא מסיק מסוגיה זו, שכל מקום שיש ספק בדין, יד המוחזק על העליונה ובלבד שהגיע הממון לחזקתו מרצון ולא בכוח: ”וגרסינן נמי בפרק השוכר את האומנין [בבא מציעא עט ע”א] ’השוכר את הספינה וטבעה לה בחצי הדרך, רבי נתן אומר אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן’, פירוש דמספקא לן מילתא ואוקי ממונא בחזקת מריה, ושמע מינה דהיכא דנתן ברצונו אין מוציאין מידו, ומדלא קאמר אם תפס לא יחזיר, שמע מינה דלא מהניא ביה תפיסה” (חידושי הרמב”ן, בבא מציעא ו ע”א, ד”ה מ”מ למדנו. מובא בהסכמה על ידי הרא”ש, בכורות, פרק א, סימן טו. והשווה שו”ת שבות יעקב, חלק א, סימן קעו, שבהסתמך על דברי הרא”ש שהובאו לעיל, הערה 178, הסיק שמועילה גם תפיסה, וכנראה נעלמו ממנו דברי הרא”ש בבכורות. וראה מנחת פתים, חו”מ, סימן שלד, סעיף א, ד”ה או אפילו, שדחה את דבריו מכוח תרומת הדשן, שו”ת, סימן שכט. וראה לעיל, הערה 183).

⁸³⁴ ראה בבא מציעא עט ע”ב. וכך נפסק בשולחן ערוך, חו”מ, סימן שיא, סעיף ה.

⁸³⁵ ראה ערוך השולחן, שם, סעיף ז: ”שכר ספינה סתם ליין סתם, דשניהם יכולים לקיים התנאי, מי שרוצה לקיים ידו על העליונה, דאם בעל היין מביא יין וזה אינו מביא ספינה, אפילו אם נתן שכרו – יחזירנו לו המשכיר כולו. ואם זה מביא ספינה וזה אינו מביא יין, צריך לשלם לו כל השכר אף אם לא נתן לו עדיין כלום. ואם שניהם רוצים לקיים יקיימו. ואם שניהם אין רוצים לקיים, הרי חולקין השכר ביניהם. ובזה אין חילוק בין המוחזק ובין הבא להוציא ובין הולוכו חצי הדרך להולוכו פחות או יותר, **דכיון דשניהם שוים בקיום התנאי ושניהם אינם רוצים, הוי ליה כאלו הושו לחלוק**”.

[מקורו של ערוך השולחן בתחילת דבריו בעניין ”מי שרוצה לקיים, ידו על העליונה”, בדברי הרא”ש, בבא מציעא, פרק ו, סימן יא: ”[ומיהו] כל אחד מהם שהביא את שלו וחבירו לא הביא – יפסיד” (וראה גם חידושי הרמב”ן, בבא מציעא עט ע”ב, ד”ה ודאמרינן). חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס”ק יג, ד”ה כ”ה הרא”ש, מסייג שכך הדין רק אם ביקש לקיים את חלקו **בתום לב**, ”אבל אם השוכר מודה שאין לו צורך בהולכת יין אחר, ולא השתדל להביא יין רק כדי ליפטר מן המשכיר מפני שידוע שאין לו ספינה אחרת, לאו כלום הוא. וכן במשכיר שהביא ספינה מפני שידוע שאין לו יין להוליד, לאו כלום הוא. ונשאר דינו כיון סתם וספינה סתם”, כלומר נשאר הדין שחולקים].

החוזה כמוה כהסכמה לחלוקת **מלוא השכר**⁸³⁶. ריב"ם עצמו מתלבט בספק זה⁸³⁷, ולהלכה נוטים הפוסקים לראות כעיקר את החלופה השניה, היינו שחולקים את **כל השכר**⁸³⁸. על כל פנים **בתשלום מראש**, ברור שריב"ם מודה לריב"ן, שהצדדים חולקים את **מלוא השכר**, כפי שמטעים 'חזון איש': "וספיקו של ריב"ם אינו אלא בלא נתן, אבל **נתן ודאי חולקין הכל**"⁸³⁹.

ניתוח מקרה מבחן - ביטול אירועים עקב מגפת הקורונה

סקירתנו בסוגיית הספינה והיין תסייע בידינו להבין את חילוקי הדעות שנתגלעו בין דיינים בני זמננו בעניין החזר מקדמות בעקבות ביטול אירועים עקב מגפת הקורונה, כפי שנראה מיד.

לעיל⁸⁴⁰, הבאנו את שיטתו של הרב מנחם מנדל שפרן, אב"ד בבית הדין לענייני ממונות "הישר והטוב" בירושלים, בעניין ביטול אירועים עקב מגפת הקורונה, ולפיה מאחר ששכירות אולם אירועים אינה בעלת אופי קנייני, אלא דינה כהתחייבות קבלנית לספק שירותי אירוח לעריכת חתונה (לרבות אולם, שולחנות, כיסאות, חדרי שירותים וכו'), הרי שבהעדר אספקת השירות, ולו

⁸³⁶ כך מסביר את ספקו של ריב"ם, חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק יג, ד"ה שם.

הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), עמ' מט-נא, מעלה הצעה אחרת, ולפיה גם ב"ספינה סתם ויין סתם" שני הצדדים נחשבים כ"אנוסים" ולא רק ב"ספינה זו ויין זה", ודין החלוקה אינו מיוסד על הסכם מכלל בין הצדדים כי אם על עיקר הדין. לשאלה, מדוע באמת שונה הדין בשני המקרים, הוא מציע את ההסבר הבא, שבו הוא עומד על הבדל יסודי בין האנוסים בשני המקרים: ב"ספינה זו ויין זה", נמנעת לחלוטין מכל אחד מן הצדדים האפשרות לקיים את חיובו החוזי, ואין קשר מהותי בין האנוס של בעל הספינה ובין האנוס של בעל היין, שכן אבדן היין אינו מחייב את אבדן הספינה וכן להפך, ורק בדרך מקרה נקשרו שניהם באותו אירוע טביעה. לעומת זאת, ב"ספינה סתם ויין סתם", אין האנוס מונע את המשך קיום החוזה, אלא רק מכביד על קיומו (שהלא ביד שניהם להביא ספינה ויין חלופיים ולהמשיך בחוזה אלא שהדבר קשה להם), והכבדה זו תלויה מהותית בשניהם באשר היא נגרמה כתוצאה מאבדן עסקם המשותף להובלת יין. בכגון זה ש"תולין הקלקול בשניהם, דשניהם שוים בהסכם זה ובקלקול... הדין הוא שחולקין בהפסד" (ראה להלן, ליד ציון הערה 845).

לדעתו הבחנה זו עולה מסמ"ע, חו"מ, סימן שכא, ס"ק ו. הסמ"ע טוען שבעניין מלמד שגזר המושל שלא ילמד (לעיל, ליד ציון הערה 325), לא התכוון מהר"ם מרוטנבורג לחייב את האב בתשלום מלא למלמד, שכן "כיון דמכת מדינה היא, המשכיר והשוכר שוין בהדבר, ואין לומר דמזלו דשום אחד גרם, ונחזור [לכל היותר] לכללנו המוציא מחבירו עליו הראיה [כמו בדין ספינה זו ויין זה]!", ובוודאי לא פסק מהר"ם להטיל את ההפסד כולו על האב. אלא, ממשיך הסמ"ע ומציע, שכאשר מהר"ם קבע שהאב מפסיד: "פשוט דכונת... מהר"ם היא דגם לבעל הבית יהיה הפסד, דהיינו יחלוקו, כמו שאמרו בספינה הנ"ל [כלומר, כמו בספינה סתם ויין סתם]". לכאורה לא ברור ההיקש בין עניין גזרת המושל ובין דין "ספינה סתם ויין סתם", שהלא בעניין הספינה והיין יכול כל אחד מן הצדדים להשלים את חלקו בחוזה, מה שאין כן בעניין המושל, שם אף אחד מהם אינו יכול להשלים את חלקו (ונכון היה יותר לכאורה להקיש לדין "ספינה זו ויין זה"). אלא על כרחך, מסיק הרב סגל, שלפי הסמ"ע הגורם המכריע בדין "ספינה סתם ויין סתם" אינו שכל אחד יכול להשלים את חלקו, אלא שהאנוס נפל על שניהם כאחד כמו בגזרת המושל. וראה להלן, ליד ציון הערה 846, שכך מסיק הרב סגל גם מראב"ן.

⁸³⁷ ראה תוספות, בבא מציעא עט ע"ב, ד"ה אי אתה מוצא (בסופו).

⁸³⁸ ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן שיא, ס"ק ז; ש"ך, שם, ס"ק ג; חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק יג, ד"ה בהא.

⁸³⁹ חזון איש, שם, ד"ה שם. אמנם השווה דרישה, חו"מ, סימן שיא, ס"ק ב: "ובאם כבר קבל כל השכירות, בזה לא כתבו דנסתפק ריב"ם, אלא סבירא להו דגם בהא אין צריך להחזיר לו כלום". אבל דבריו תמוהים (כפי שהעיר הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), הערה 24) שהלא מדובר כאמור בסיום החוזה בהסכמה.

⁸⁴⁰ לעיל, ליד ציון הערה 339.

בשל מכת מדינה, אין זכאות לתשלום ועל בעל האולם להשיב למזמין את מלוא המקדמה ששילם.

לרב שלום מרדכי הלוי סגל⁸⁴¹, חבר בית הדין של הרב קרליץ בבני ברק, גישה שונה. לדעתו, הסוגייה הרלוונטית לדיון בנושא היא סוגיית הספינה והיין⁸⁴², וכפי שיפורט להלן.

בניתוח הנושא, שעניינו אונס דו-צדדי, הוא מקדים הבחנה חשובה בין שני סוגי חוזים: יש חוזים שבהם כל צד עצמאי ואינו תלוי בצד השני לצורך קיום התחייבותו, ויש חוזים שבהם קיום ההתחייבות של כל אחד מן הצדדים תלוי בשיתוף פעולה עם הצד השני.

דוגמה לסוג החוזה הראשון הוא חוזה קייטרינג, שכן הכנת האוכל אינה דורשת שיתוף פעולה של המזמין, ואכן בכגון זה אם אונס מונע מבעל הקייטרינג להכין את מנות האוכל, לא זו בלבד שאינו זכאי לדרוש תשלום כשאינו מספק את אשר התחייב לספק, אלא אף אם קיבל מקדמה עליו להשיבה במלואה למזמין (בזה מסכים הוא אפוא אם הרב שפרן)⁸⁴³.

דוגמה לסוג השני משמש המקרה שנדון בתלמוד בעניין ספינה ויין; קיום הסכם ההובלה מחייב שיתוף פעולה בין הצדדים - זה מביא את הספינה וזה מביא את היין. בחוזים "שיתופיים" אלה, אם שני הצדדים מנועים מלקיים את חלקם (כמו בספינה זו ויין זה), כל צד לוקח את הסיכון ל"הפרת הסכם השותפות", ועל כן ידו של המוחזק על העליונה (ואם טבעה הספינה עם היין "אם לא נתן לא יתן, ואם נתן לא יטול")⁸⁴⁴.

⁸⁴¹ הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), בעמ' קז-קט. וביתר הרחבה במאמרו הנוסף, "החזר מקדמות" (לעיל, הערה 60).

⁸⁴² הרב שפרן מתעלם מסוגיה זו, ואולי הסיבה לכך היא שלדעתו הסוגיה עוסקת בשכירות נכסים (שכירות ספינה) ולא בשכירות פועלים או שירותים, ועל כן אינה רלוונטית לעניין הזמנת אירוע באולם אירועים. וכבר הערנו לעיל, הערה 163 והערה 201, על חילוקי הדעות בין הפוסקים באשר לאיפיונה של סוגיה זו.

⁸⁴³ וראה להלן, הערה 849, לעניין התחייב להחזר המקדמה.

⁸⁴⁴ וכפי שראינו בהרחבה לעיל, ליד ציון הערה 824.

נביא כאן את לשונו של הרב סגל בעניין ההבחנה בין חוזה אספקה ובין חוזה שיתוף, מתוך מאמרו, "החזר מקדמות" (לעיל, הערה 60), עמ' לו:

אכן שאני ספינה זו ויין זה, ששני הצדדים משותפים בביצוע עצם הפעולה, וממילא גם במניעת האפשרות לביצוע המלאכה, דהא אין הספן יכול לעשות מלאכתו ללא יינו של בעל הבית, וכשאינו לפנינו לא ספינה ולא יין הרי גם חסרון היין משותף במניעת ביצוע המלאכה, כיון שגם אילו היתה ספינה קיימת לא היה מה לעשות בה, ואינו דומה להתחייבות להעמיד חטים, שאין הקונה משותף בקיום חיובו של המוכר להעמיד החטים, וממילא אי העמדת החטים איננה קשורה כלל לאי אפשרות הקונה לקבלם, וכיון שכן אין הקונה משותף כלל במניעתו של המוכר להעמיד החטים, מה שאין כן בספינה זו ויין זה שבעל היין משותף בביצוע מלאכת העברת היין על ידי העמדת יינו, ובאי העמדת היין הוא משותף במניעת המלאכה, אף אם גם בעל הספינה אינו יכול להעמיד הספינה, ולכן דינם דאם כבר שילם אין צריך להחזיר.

לדעתו חוזה הזמנת אירוע באולם אירועים הוא חוזה שיתוף, ועם ביטול האירוע בשל מגפת הקורונה חל אפוא לכאורה דין "ספינה זו ויין זה": "ומעתה גם בנידוננו, כיון שביצוע האירוע הוא תפקיד משותף של שני הצדדים, ואי אפשר לבצע את האירוע ללא המוזמנים, הרי זה דומה ממש לספינה זו ויין זה", ולפי זה הדין היה צריך להיות שיד

אולם, לדעתו, כך הדין רק כאשר כל אחד מהצדדים מעוכב מסיבתו הוא, כפי שהוא בהסכם מסוג "ספינה זו ויין זה"; זה משום שאיבד את יינו, וזה משום שאיבד את ספינתו, ואין קשר מהותי בין אונסו של זה ובין אונסו של זה, שכן אבדן היין אינו מחייב את אבדן הספינה וכן להפך, ורק בדרך מקרה נקשרו שניהם באותו אירוע טביעה (ואכן הדין זהה כשהיין והספינה לא אבדו בו-זמנית, כגון שהיין נשדד ולאחר מכן טבעה הספינה).

לא כן, כששניהם מעוכבים בשל אותה סיבה עצמה, כפי שהוא לדעתו ב"ספינה סתם ויין סתם"⁸⁴⁵, שאז הדין הוא "יחלוקו", וכפי שפוסק ראב"ן⁸⁴⁶ בענין שוכר שברח מחמת מגיפה שפרצה בעיר, שמאחר שיש לומר ש"גזירת המכה על שניהם היתה, על הבתים להיות בדודים ועל האנשים להיות גולים, הילכך לתאי [=מזל] שניהם הוא, ויחלוקו ההפסד".

והוא הדין לדעת הרב סגל בהזמנת אולם אירועים. גם כאן, רק השיתוף בין הצדדים מאפשר את קיום חלקו של כל אחד מן הצדדים; אין אירוע בלא מוזמנים ואין מוזמנים בלא אולם אירועים. ומשכך, אם נבצר קיומו של האירוע בשל איסורים והגבלות שנקבעו בהוראת השלטונות עקב התפשטות נגיף הקורונה - הוראות החלות על המזמין ועל בעל האולם כאחד - מאחר שמדובר בעיכוב שהוא משותף לשני הצדדים⁸⁴⁷, עליהם לשאת בהפסד יחד.

אמנם, מסיים הרב סגל, אם המזמין עוד לא שילם, הוא יוכל להסתמך על שיטת מהר"ם מרוטנבורג⁸⁴⁸ לפיה גם אונס סובייקטיבי משמש עילת פטור מתשלום. אבל אם שילם מראש, יכול בעל האולם להסתמך על שיטת ראב"ן ולהשיב למזמין רק מחצית המקדמה⁸⁴⁹.

המוחזק על העליונה. אולם בהמשך דבריו הוא חוזר בו, וקובע שנכון יותר להקיש בעניין זה לדין "ספינה סתם ויין סתם" (על פי הסברו בסמ"ע, לעיל, הערה 836), ובהתאם לכך הוא פוסק דין חלוקה. וראה להלן, ליד ציון הערה 845. ⁸⁴⁵ ראה לעיל, הערה 836, שלפי הסמ"ע זה פשר דין יחלוקו ב"ספינה סתם ויין סתם", וכך יש להבין גם את פסקו של מהר"ם מרוטנבורג בעניין גזרת המושל.

⁸⁴⁶ ספר ראב"ן (מהדורת דבליצקי), סימן צח, ד"ה וכי תימא.

⁸⁴⁷ לא כל הדיינים רואים נקודה זו עין בעין. יש הסבורים, שהמניעה היא רק מצד המזמין באשר מקור הבעיה אינה באולם אלא בהתכנסות האורחים שהיא גורמת הסיכון הבריאותי. כך דעתו של הרב יעקב רייסנר, ובהתאם לכך דעתו היא שאין לבעל האולם חובת השבה כלל (ראה הרב יעקב רייסנר, "בעניין ביטול שכירות בתים, פועלים וחוזים בגלל אונס מגיפת הקורונה", הביאני חדיו – הלכות מגפת הקורונה, ירושלים תש"פ, עמ' תצג, אות כ). לעומתו, הרב יצחק מרדכי רובין בדעה הפוכה, שאולם שיש מניעה לקיים בו אירועים בשל מכת מדינה כמוהו כשדה שאקלה חגב, שכל ההפסד על המשכיר, ועל כן חובה על בעלי האולמות להשיב את המקדמות במלואן. לדעות אלה ודחייתן, ראה הרב סגל, "בענין מכת מדינה" (לעיל, הערה 60), עמ' קח. וראה עוד הרב שריאל רוזנברג, "ביטול אירועים מחמת המגיפה", הביאני חדיו – הלכות מגפת הקורונה, ירושלים תש"פ, עמ' תצ-תצב.

⁸⁴⁸ לעיל, ליד ציון הערה 288.

⁸⁴⁹ לפי הרב סגל, "החזר מקדמות" (לעיל, הערה 60), עמ' לד, לאור בחינת הנושא בשטח, התשלום לאולמות אירועים מתחלק לשני חלקים: מחצית עבור מנות האוכל (קייטרינג) ומחצית עבור שירותי האירוח. כמו כן, הוא מניח שהמקדמות משולמות בשווה תמורת שני החלקים. כאמור (לעיל, ליד ציון הערה 843), לעניין חלק הקייטרינג, סבור הרב סגל שחובה על בעל האולם להשיב למזמין את מלוא המקדמה. אשר לחלק האירוח, כפי שראינו כאן, חובה עליו

נמצא אפוא שהחוק החדש⁸⁵⁰ המחייב בעיקרון את בעלי האירועים להשיב למזמינים את **מלוא** המקדמות⁸⁵¹, עולה בקנה אחד עם גישת הרב שפרן ולא עם גישת הרב סגל.

(2) שיפוי – "ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא"

(א) מבוא

מלבד חובת ההשבה ההדדית של הצדדים לחוזה שסוכל, הנתונה לשיקול דעת בית המשפט, רשאי בית המשפט גם להטיל על "המפר" חובת שיפוי כלפי הצד הנפגע. כך קובע סעיף 18(ב):

במקרים האמורים בסעיף קטן (א) רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, [...] לחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות הענין ובמידה שנראה לו.

המלומדים מבקרים את העובדה שסמכות זו לחייב שיפוי נתונה לבית המשפט רק לטובת הנפגע ולא לטובת ה"מפר", אף שאין הצדקה שמי שהפר חוזה בעל כורחו יישא לבדו בסיכון אבדן הוצאותיו והתחייבויותיו עד לסיכול⁸⁵². ביקורת זו באה על תיקונה בהצעת חוק דיני ממונות, סעיף 132, שם נקבע: "פקע החוזה לפי הוראות סעיף 131(א), פוקעים החיובים על פיו ורשאי בית המשפט **לחייב כל צד לשפות את הצד השני** בשל הוצאות סבירות שהוציא או התחייבויות סבירות שהתחייב בהן לשם קיום החוזה" (ההדגשה שלי - מ"ו).

השיפוי מפצה את הנפגע אך ורק בגין ההוצאות וההתחייבויות הסבירות שהוציא **"לשם קיום החוזה"**. בלשונו של פורת⁸⁵³, הוא מגן רק מפני פגיעה באינטרס **ההסתמכות העיקרית**, ולא מפני

להשיב את מחצית המקדמה. נמצא הלכה למעשה, שבעל האולם חייב להשיב למזמין 75% מהמקדמה ורשאי להחזיק בידו 25%. להדגמת העניין בסדרת פסקי דין שיצאו מבית דינו, ראה שם, עמ' לט-מד.

⁸⁵⁰ לעיל, הערה 797.

⁸⁵¹ למעט טעימות ופיצוי מוגבל במקרה של סירוב שלא בתום לב של המזמין להסכים למועד חלופי, ראה לעיל, הערה 798.

⁸⁵² ראה: דניאל פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט**, מהדורה שנייה, ירושלים תשנ"ח, פרק 22.15, עמ' 723; פורת (לעיל, הערה 768), בעמ' 69.

עם זאת, המלומדים מעירים שהמפר עשוי לקבל שיפוי על הוצאותיו, זאת כאשר לצד השני מגיעה השבה (כגון החזר של דמי קדימה). מאחר שלפי החוק השבה זו נתונה לשיקול דעת בית המשפט, בית המשפט עשוי להקטין אותה, ובכך למעשה לקזז ממנה את ההוצאות או הנזקים שנגרמו **למפר**. ראה: פרידמן, שם, פרק 23.8, עמ' 737-745; מדינה (לעיל, הערה 6), עמ' 468. וראה צמח (לעיל, הערה 769), עמ' 25, המצביע על תוצאה בלתי רצויה עקב אפשרות שיפוי עקיף זה, והיא כאשר בית המשפט משתמש בה כדי לפצות את המפר על הוצאות שלא נעשו כלל בהסתמך על החוזה הנדון, אלא הוצאות שהוציא המפר בטרם הצדדים נפגשו זה עם זה. למשל: הוצאות שיווק ופרסום.

⁸⁵³ שם, עמ' 87.

פגיעה באינטרס **ההסתמכות האגבית**⁸⁵⁴ (היינו הוצאות שהוציא בהסתמך על החוזה, אך לא לצורך ביצועו)⁸⁵⁵, או הזדמנות עסקית שוויתר עליה בהסתמך על החוזה⁸⁵⁶). פורת מצדד בכך שבית המשפט יפעיל את סמכותו ויחלק נזקים אלה בין שני הצדדים (אם כי לאו דווקא בשווה), הוא מסביר⁸⁵⁷:

ראיית החוזה כשותפות מחייבת חלוקת הפסדים בלתי-צפויים, כבמקרי סיכול. זאת, מכיוון שהחוזה המודרני מתאפיין בהיותו מבוסס על הצורך בשיתוף פעולה בין הצדדים, ועל ראייתם של הצדדים את החוזה שביניהם כמעין שותפות, שבה מחלקים רווחים והפסדים. איחלוקת האחריות במקרי סיכול והותרת הנזק במקום שנפל עומדות בניגוד בולט לרעיון השיתוף [ההדגשה במקור].

בהתאם לכך הוא מוסיף ומסביר, מדוע חלוקה זו חלה רק על נזקים לאינטרס ההסתמכות העיקרית⁸⁵⁸:

ההנמקה בעד חלוקת הנזקים לאינטרס ההסתמכות העיקרית הינה, שנזקים אלה נגרמו לצדדים עקב **ביצוע** החוזה שבין **שני הצדדים**, והוצאו לשם **מטרה משותפת** לשניהם. העובדה שכל ההוצאות שהוצאו (או העבודה שהושקעה) או רובן הוצאו דווקא עלידי צד אחד, וטרם נוצרה טובת הנאה מקבילה אצל הצד האחר, אינה אלא מקרית... אך צודק הוא לחלק בין הצדדים את נזקי ההסתמכות העיקרית [ההדגשות במקור].

עמדת המשפט העברי מורכבת יותר, ונראה שיש להבחין בה בין אונס לסיכול.

(ב) בעקבות אונס

לעיל⁸⁵⁹ ראינו, שפועל המפסיק את עבודתו מאונס, פטור מתשלום פיצויים. ולא זו בלבד שהמעסיק אינו זכאי לפיצויים בגין הפגיעה באינטרס שציפה להפיק מן החוזה (**פיצויי קיום** - היינו הרווח שהיה מפיך לו קיום החוזה), אלא נראה שאינו זכאי אפילו לפיצויים על ההוצאות שהוציא לשם קיום החוזה (**פיצויי ההסתמכות העיקרית**), שמאחר שהנזק אירע באונס, אין בסיס להטלת חיוב על הפועל⁸⁶⁰. וכך הוא, בין אם נוקטים שיסוד החיוב בגין הפרת חוזה מרצון הוא

⁸⁵⁴ ראה פורת, שם, עמ' 89.

⁸⁵⁵ כגון שבהסתמך על חוזה לקניית בית, הוא שילם לאדריכל עבור תוכנית לעיצוב הבית, ובעקבות סיכול חוזה הקנייה, ירדה השקעה זו לטמיון.

⁸⁵⁶ ראה פורת, שם, עמ' 90.

⁸⁵⁷ שם, עמ' 78.

⁸⁵⁸ שם, עמ' 87-88.

⁸⁵⁹ לעיל, ליד ציון הערה 54. שם ראינו שמן הדין, הפטור אמור אפילו באונס שכח. אבל ראה לעיל, ליד ציון הערה 123.

⁸⁶⁰ לעיל, הערה 49, ראינו שבסיכול חוזה, המשפט העברי שולל פיצוי בגין פגיעה באינטרס ההסתמכות האגבית (אבדן הזדמנות עסקית). בהעדר יסוד לחיוב, נראה שהוא הדין אפילו בגין בפגיעה באינטרס ההסתמכות העיקרית.

בדין, שהרי אין מטילים חיוב או קנס על מי שגרם נזק באונס⁸⁶¹, ובין אם נוקטים שיסוד החיוב הוא **בהסכם** ("דין ערב"), שהרי ברור שהתחייבות המתקשר בחוזה היא שלא להפר אותו מרצון, אבל אינו מתחייב שלא להפר אותו מאונס⁸⁶².

וכך הוא אפילו כאשר הפרת החוזה עולה כדי מעשה נזיקין ("דינא דגרמי")⁸⁶³. כך הוא לדוגמה בחוזה להזמנת מוצר או שירות; אם המזמין חוזר בו מן ההזמנה בשל אונס, הוא פטור מלפצות את הקבלן על הוצאותיו. אמנם יש להטעים, שכך הוא רק אם המזמין לא העסיק את הצד השני כפועל או כשליח, שאם עשה כן, משביצעו הפועל או השליח את חלקם בהסכם, זכאים הם לתשלום שכרם ולא מועילה למעסיק טענת אונס⁸⁶⁴. אולם, כאמור, אם הצד השני פעל באופן

⁸⁶¹ כשיטת רש"י, לעיל, ליד ציון הערה 42.

⁸⁶² כשיטת הריטב"א, לעיל, ליד ציון הערה 46.

⁸⁶³ ראה ש"ך, חו"מ, סימן שפו, ס"ק ו. וכן ראה שו"ת חוות יאיר, סימן קסח, שדן, דרך אגב, בחתן שנאנס ולא הגיע לחתונה, שפטור מתשלום הפסד הסעודה.

אמנם כנסת הגדולה, חו"מ, סימן יד, הגהות בית יוסף, אות לא, מפנה לשו"ת הרמ"א, סימן יב, השולל לדעתו פטור באונס בכיוצא בזה, ומסיק מדבריו ש"ודאי פשיטא דבא ללמדינו שאפילו נאנס ישלם לו יציאותיו" (נעיר, שעניינה העיקרי של תשובת הרמ"א אינו בענייננו אלא בהגנת שמה הטוב של אישה מפני עלילה שרקם נגדה בעלה, ורק בשולי תשובתו דן הרמ"א בחיוב אבי האישה שלא התייצב במועד למשפט ובכך גרם הפסד לבעל-התובע. ראה הרב אשר זיו, "הרמ"א כפוסק ומכריע בישראל", **הדרום** כה (תשכ"ז), עמ' 211). אבל רבים דוחים הבנה זו בדברי הרמ"א. ואכן, המעיין בתשובה יראה (ד"ה ועל דבר ההוצאה), שהרמ"א אינו שולל את הפטור, אלא הוא מטעים שהפטור של הנתבע בגין ההוצאות שגרם לתובע כשלא התייצב בזמן למשפט, אמור רק באונס המונע ממנו **לחלוטין** מלהתייצב למשפט (כגון מחלה שאינה בשליטתו) ולא באונס המותיר בידו בררה (כגון עיכוב בשל הצורך לטפל במניעת גזירת גירוש, כפי שהיה במקרה שנדון בפניו), שכן "לא מיקרי אונס, אלא הוה כרוצה להציל עצמו בממון חברו, שחייב לשלם לו". ישועות ישראל (טרונק), עין משפט, סימן יד, ס"ק ה, חולק על הרמ"א, משום שהמציל עצמו תוך כדי גרימת נזק לא **ישיר** לחברו – פטור (הוא מוסיף שדברי הרמ"א סותרים את מה שפסק במפורש הוא עצמו בשו"ת הרמ"א, סימן פו, ד"ה אמנם מה שהגבילה). והשווה: שו"ת בית יצחק, אבן העזר, חלק א, סימן קי, אות ב; שו"ת דברי מלכאל, חלק ה, סימן קכה. לדעתם, כוונת הרמ"א היא, שלעניין "דינא דגרמי", אונס **ממון** אינו פוטר (וצריך עיון אם הוא הדין, לדעת הרמ"א, גם בהפרת הסכם עבודה, שם החיוב אינו מ"דינא דגרמי" אלא מדין קנס או מדין ערב? או שמא שם, גם אונס ממון פוטר?).

אמנם השווה הרב מרדכי אילן, **פד"ר** ג, עמ' 31 [=נר מרדכי, סימן ב, עמ' 159, מודפס בספר שיטה מקובצת על מסכת תמיד שהוציא בנו, בני ברק תשמ"ב]. לדעתו, אם יסוד החיוב ב"לך ואבוא אחריך" אינו דינא דגרמי אלא "דין ערב", כי אז "יש מקום לדון ולחייב גם באונס כמו שכתב הכנסת הגדולה". אולם הצעה זו של הרב אילן נסתרת מדבריו המפורשים של הריטב"א שראינו לעיל, ליד ציון הערה 46, לפיהם חיוב הפועל המפר חוזה עבודה הוא ב"דין ערב" (הסתמכות), אבל באונס פטור **משום שלא על דעת כן התחייב** (וכפי שמעיר אבן יעקב, להלן, הערה 864). וראה עוד בעניין זה: הרב אריה מושקוביץ, "בדו"ד שהתעורר מחמת הענן הוולקני באירופה", **שערי הוראה** טו (תשע"ב), עמ' קצד (הנדון שם הוא באיש עסקים מאנגליה שקבע עם עמיתו הישראלי להיפגש בהודו לצורך עסקי יהלומים, ולא הצליח להגיע להודו בשל הענן הוולקני שכיסה את אירופה); תשובות הבית (לעיל, הערה 151), עמ' קיז; הרב אריאל בראלי, "ביטול אירוע בזמן מבצע 'צוק איתן'", **אמונת עתיד** 105 (תשע"ה), עמ' 97, בעמ' 99-98.

⁸⁶⁴ אם דינו כפועל או כשליח, ברור שהמזמין חייב בתשלום כדין מעסיק שנאנס **לאחר** שהפועל כבר עשה את עבודתו, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 396. וראה להלן, הערה 866. ראה גם תשובות הבית (לעיל, הערה 151), עמ' קיח (בעניין הזמנה אולם חתונה, שאם ההזמנה נעשתה על דעת הכלה, "הוי כעשה בשליחותה" ואין לה עילת פטור). ועוד ראה אבן יעקב (פרייזלר), חלק א, סימן י, ס"ק טו, אות ה. הוא דן במי שהזמין מקום בהסעה לטיול מאורגן. המארגן נאלץ בגללו לשכור אוטובוס גדול יותר, ולאחר מכן ביטל המזמין את השתתפותו בטיול בשל מחלה. לדעתו, יש לראות

עצמאי, כשהמזמין רק התחייב לרכוש ממנו את המוצר לכשיהיה מוכן, אם נקלע המזמין לאונס, פטור הוא לא רק מתשלום השכר המוסכם אלא פטור הוא גם מתשלום פיצויים לקבלן בגין הוצאותיו. כך עולה מהנמקת הרא"ש בעניין אחריותו של מי שמפר חוזה מעין זה **מרצון**. וזה לשון הרא"ש⁸⁶⁵:

ילמדנו רבינו. ראובן הלך לאומן, ואמר לו: עשה לי כך וכך הלילה ואקחנו למחר⁸⁶⁶, והוא עשה אותו דבר, ולמחר הלך לו ואמר לו: טול הפעולה שאמרת לי לעשות, שאם לא תטלנו, תפסד; וראובן אמר לו: כבר לקחתיה מאחר.

תשובה: על מעשה האומן, חייב המצוה לפרוע לאומן כל הפסדו, **משום דינא דגרמי**, מידי דהוה אהלכו חמרין ולא מצאו תבואה, פועלים ומצאו שדה לחה, נותן להם שכרם מְשָׁלם [=שלם] (בבא מציעא ע"ב), שעל ידו הפסידו מלאכת היום; **והכא נמי, על פי דבור הפסיד**.

כאמור, לאור הנמקתו של הרא"ש שחיובו של המזמין יסודו ב"דינא דגרמי", ניתן להסיק לכאורה שאם חזר בו המזמין מאונס ולא מרצון, פטור הוא מתשלום פיצויים⁸⁶⁷ והיצרן הוא שנושא בהפסד ההוצאות שהוציא לשם קיום החוזה⁸⁶⁸.

את המארגן כמי שביצע חלק מן המשימה שהטיל עליו המזמין, ועל כן אין למזמין עילה להיפטר מתשלום מקומו. וראה להלן, הערה 868, בעניין הזמנת קייטרינג.

⁸⁶⁵ שו"ת הרא"ש, כלל קד, סימן ו. הובא להלכה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שלג, סעיף ח (בהשמטת ההנמקה): "אמר לאומן: עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, ועשאו האומן, ואחר כך אינו רוצה לקחתו, והוא דבר שאם לא יקחנו מיד, יפסיד - חייב".

⁸⁶⁶ ראה נתיבות המשפט, סימן שלג, ס"ק טו, המטעים: "והכא מיירי שלא אמר לו שיעשה בתורת שכירות [שאם כן ברור שהיה חייב לשלם לו אף שאונס מנע ממנו ליהנות מן המוצר, ראה לעיל, הערה 864], רק שאמר לו שאחר שיעשהו לעצמו יקנהו ממנו בתורת קנין לפי שוויו, דאז לא נעשה שלוחו להתחייב תיכף, רק בדבר האבד חייב מטעם גרמי". וכך הסביר גם חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק לה: "למה אינו חייב מדין פועל ממש?... וצריך לומר, דכשאמר לו ואני אקחנו ממך, אין דעתו להתחייב מדין שוכר פועל אלא **הבטחה שיקח**". וראה שו"ת תורת אמת, סימן קיט, ד"ה אלא דמ"מ, שכך הוא בכל חוזה שבו חומרי הגלם הם של היצרן (הובא בהסכמה על ידי: קצות החושן, סימן שלט, ס"ק ג; חידושי רבי עקיבא איגר, שם, סעיף ו; חפץ חיים, אהבת חסד, נתיב החסד, חלק א, פרק י, ס"ק ד). לגישה זו בהבנת הרא"ש השווה גישת הרב יצחק אוברלנדר (להלן, הערה 868). וראה הרב יוסף פליישמן, "מתי קבלן שמספק מוצר גמור נחשב מוכר ולא פועל – חלק א", **עלון המשפט** 109 (אדר א' תשע"ט) (<https://tinyurl.com/alon-hamishpat-109>); "מתי קבלן שמספק מוצר מוגמר נחשב למוכר, חלק ב – דינים היוצאים", **עלון המשפט** 110 (אדר ב' תשע"ט) (<https://tinyurl.com/alon-hamishpat-110>). שני המאמרים נמצאים גם בפרויקט השו"ת.

⁸⁶⁷ ראה לעיל, הערה 863.

וראה הרב מנחם מנדל שפרן, "מזמין מוצר אצל מוכר וחזר בו והיו למוכר הוצאות בגין ההזמנה", **הישר והטוב ט** (תש"ע), עמ' לו, בעמ' מ (בעניין מזמין מכשיר רפואי וחזר בו עקב מות החולה). הוא מטעים, בהתאם למה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 146, שאין פטור אם המפר צפה את האונס והסתיר אותו מן הצד השני שלא היה מודע לאונס (אם הצד השני צפה גם הוא את האונס, אין לו להלן אלא על עצמו שלא התנה במפורש שיהיה זכאי לתשלום גם בכגון זה). והשווה להלן, סוף הערה 868.

אולם, יש המסייגים פטור זה מפיצוי על ההוצאות שהוציא הצד השני לשם קיום החוזה, רק לחוזה שלא הוסכם בו מראש על תשלום פיצויים במקרה של הפרה, אבל אם כלל החוזה פיצויים **מוסכמים**, חייב המפר לשפות את הצד השני בגין הוצאותיו. כך פוסק ר' יעקב ריישר⁸⁶⁹, בעניין הפרת הסכם שידוכין מחמת אונס לא שכיח: "אף על גב דפטורה מהקנס [המוסכם], מכל מקום

⁸⁶⁸ וראה הרב שלמה זעפרני, ל"ב נתיבות, ירושלים תשנ"ג, נתיב כ, שהסיק מכאן שהוא הדין בעניין הזמנת קייטרינג לברית מילה שבוטלה ברגע האחרון בשל מחלת התינוק: "נראה כיום שהזמנת קייטרינג אכן נעשית באופן זה של תשלום לפי מנות וכאומר 'עשה, ואני אקנהו ממך', אין לחייבו לא על שכירות פועלים ולא על המצרכים שהופסדו. ואף על פי שנגרם הפסד לקבלן הוי ליה גרמי באונס דפטור". והשווה: הרב אברהם דרבמרדיקר, "חיוב תשלומין בגין הזמנה שבטלה", **תפארת ישראל** נד (תשס"ו), עמ' 8, בעמ' 12, ד"ה ברם (הוא מציע להבחין בין קייטרינג גדול, שהוא אכן נחשב כעצמאי המוכר את מוצריו, ולכן הוא נושא בהפסד אם נאנס המזמין, ובין קייטרינג קטן, שיש להגדירו כשליח של המזמין, שעל המזמין לשאת בהפסדיו אם נאנס). ועוד השווה הרב מאיר אליהו שטיינברג, "הזמין סעודת ברית מילה ונודע שלא ניתן למול לעת עתה", **הישר והטוב** יד (תשע"ג), עמ' קצא. לדעתו, יש להבחין בין החלק היחסי בתשלום שהוא כנגד המוצרים (שעליו הוא פטור, כדין החוזר בו מאונס מהבטחה לקנות), ובין החלק היחסי בתשלום שהוא כנגד שכר העבודה, הכנת המקום, שכר מלצרים וכדומה (שעליו הוא חייב, כדין החוזר בו, גם אם מאונס, לאחר ביצוע העבודה). הרב שטיינברג מאריך לדחות אפשרות לחייב את המזמין בגין המוצרים מ"דין ערב" (שם, בעמ' קצו-רא).

לעומתם ראה הרב ישראל מאיר מורגנשטרן, "בירור הדין בברית שנדחתה ביום הברית – אם חייב לשלם לקייטרינג", **בית ועד לחכמים** (בית מדרש "ערוך לנר" - רמת שלמה), שנה א, רבעון ב (תשע"ה), עמ' רצא, בעמ' רצא-רצד. לדעתו, דין קייטרינג כדין פועל (וכך הוא אפילו לשיטת 'תורת אמת', לעיל, הערה 866, בכל הנוגע לחלק היחסי בתשלום שהוא כנגד שכר פעולה: הובלה, עריכה, הגשה וכו', ראה שם, עמ' רצד). עוד הוא מוסיף, שאף אם נוקטים שדין הקייטרינג כדין מוכר, עדיין יש עילות אחרות לחייב מכוחן את המזמין: "הוציא הוצאות על פיו – דינא דגרמי" (עמ' רצד-רצו); "דין ערב" (עמ' רצו-רצח); המכר תקף מכוח "סיטומתא" ואי אפשר לבטלו (עמ' רצח-רצט). אבל השווה הרב מנדל ויליגר, "תגובה בעניין ביטול קייטרינג", **שם**, רבעון ג (תשע"ו), עמ' 245, החולק על כל טיעוניו. כך לדוגמה: באות א, הוא נוקט כמו הרב זעפרני, שמאחר שההזמנה היא לפי מנות, דין הקייטרינג כדין מוכר ולא כדין פועל; באות ג, הוא דוחה את ביסוס החיוב על דין "הוציא הוצאות על פיו"; באותיות ה-ט, הוא דוחה את ביסוס החיוב על "דין ערב"; ובאות יא, הוא מסביר שאף אם נראה בכך "מקח גמור" מכוח סיטומתא, ניתן לבטלו מכוח אומדנה ("כתב החתם סופר (שו"ת, חו"מ, סימן קב) וביתר בהירות שם, סימן ע, ד"ה ובסי' ר"ל בטור) דבכל מקח אם קנה בשביל יעוד מסוים ונתבטל, יכול לבטלו אם גילה דעתו בעת המקח למה קנאו, ואם כן, כאן דפשוט למה קנאו, יכול לומר קים לי ולבטל המקח ולא לשלם".

והשווה הרב יצחק אוברלנדר, **תל תלפיות** סז (מכון "הוראה ומשפט", תשס"ח), עמ' רכז-רלה, המפרש אחרת את תשובת הרא"ש ומכוח זה מחייב את מזמין הקייטרינג. לאור ההנמקה שמוסיף הרא"ש – "דהוה אהלכו חמרין ולא מצאו תבואה, פועלים ומצאו שדה לחה" – וכן לאור העובדה שהרא"ש מחייב את המזמין בתשלום **השכר המוסכם** ולא רק בפיצוי על ההפסד שגרם לאומן, הוא מסיק שישוד החיוב של המזמין לפי הרא"ש אינו "דינא דגרמי" אלא דין שכירות פועלים (או למצער "הוי חיוב ד'גרמי' מדין שכירות פועלים", בדומה לשיטת 'מחנה אפרים' בדעת הרא"ש, לעיל, הערה 137), ועל כן משעה שבוצעה העבודה, אין לפטור אותו בטענת אונס. הרב אוברלנדר מוסיף (עמ' רלב-רלג), שאף למי שסבור שישוד החיוב לפי הרא"ש הוא "דינא דגרמי" (ראה לעיל, הערה 866), כאן לא תועיל טענת אונס, משום שמחלת תינוק המעכבת את הברית, היא אונס שכיח, שהמזמין צריך היה להתנות עליו (דבריו אלה תמוהים, שכן ראינו לעיל, ליד ציון הערה 150, שאם שני הצדדים מודעים לאפשרות קרות האונס, חובת ההתניה היא דווקא על הפועל ולא על המזמין, וכפי שראינו בשם הרב שפרן, לעיל, הערה 867. אבל השווה פני מבי"ן ושו"ת דברי יוסף לעיל, הערה 150).

⁸⁶⁹ שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סימן קיז.

על כל פנים **לא תפסיד הצד שכנגדה** [=לא תגרום הפסד לצד השני] **שום דבר מכיסו**. סתם ולא פירש.

ר' יצחק שמלקיס⁸⁷⁰ מסכים עמו, ומטעים שאומד דעתו של המתחייב בקנס, אמנם אינו כולל מקרה של אונס בלתי שכיח, אבל יש להניח שהמפר התכוון לפצות את הצד השני בגין הוצאות שהוציא, או בגין הפסדים שנגרמו לו, גם אם כתוצאה מאונס בלתי שכיח⁸⁷¹.

(ג) בעקבות סיכול

ראינו שבהעדר פיצויים מוסכמים מראש יש פטור משיפוי. קביעה זו נכונה, אם בכלל⁸⁷², בחזרת המזמין בשל **אונס** דווקא, כלומר שהוא מנוע פיזית לקיים את התחייבותו, אבל אם חוזר בו בשל **סיכול**, כלומר בשל ההכבדה הנגרמת לו בקיום החוזה, כי אז חייב הוא לשפות את הצד השני בגין ההוצאות שהוציא בהסתמך על קיום החוזה (גם בהעדר פיצויים מוסכמים מראש).

דומה שהבחנה זו היא שעומדת ביסוד פסקו של מהרש"ם⁸⁷³ בעניין מי שמכר את ביתו תוך גילוי דעת שהוא עושה כן על דעת לעלות לארץ ישראל, ונמנע ממנו לעלות. לדעתו, אם בינתיים הוציא הקונה הוצאות לצורך המעבר לדירתו החדשה, אף שהמוכר זכאי לבטל את המכירה ולקבל את ביתו בחזרה, חייב הוא, מלבד השבת דמי המכר, **לשפות את הקונה גם על ההוצאות הסבירות שנגרמו לו**. אמנם, כפי שהוזכר, אם נגרם הנזק באונס, אין חיוב ב"דינא דגרמי"⁸⁷⁴, אולם כאן אין דבר המונע מן המוכר לקיים את החוזה, אלא הוא בוחר לדרוש את ביטולו, בשל ההכבדה שנגרמה לו בעקבות סיכול תוכנית העלייה שלו, ואין הצדקה שיוכל לגרום נזק לצד השני כדי למנוע מעצמו הכבדה גרידא⁸⁷⁵.

⁸⁷⁰ שו"ת בית יצחק, אבן העזר, חלק א, סימן קי, אות ה.

⁸⁷¹ כבר הערנו לעיל, הערה 109, שלפי 'בית יצחק' יסוד הפטור בכגון זה אינו אונס אלא אומדנה, התלויה בעיקרון בהסכמת הצד השני, ולפי זה מובנת היטב אי-תחולת הפטור על החזר ההוצאות, שכן וודאי הצד השני לא היה מסכים לו.

נעיר, שיייתכן שלא התכוון בית יצחק שהמפר חוזה באונס נחשב כמי שהתחייב לשפות את הצד שכנגד על הוצאותיו בכל מקרה, אלא רק במקרה הייחודי שדן בו 'שבות יעקב', היינו הפרת הסכם שידוכין בשל סירוב הבת. מאחר שלא ברור שהבת פועלת מתוך אונס, האב שעומד בצידה, מוכן לשאת לכל הפחות, במסגרת הקנס שנטל על עצמו, בהוצאות שנגרמו לצד השני עקב הסירוב. וצריך עיון.

⁸⁷² ראה שיטתם של הרבנים מורגנשטרן ואוברלנדר (לעיל, הערה 868).

⁸⁷³ שו"ת מהרש"ם, חלק ו, סימן רכה. וראה גם 'שער משפט' (לעיל, הערה 355).

⁸⁷⁴ וראה פתחי חושן, קניינים, פרק כ, סוף הערה נב, שאכן, משום כך, תמה על פסקו של מהרש"ם.

⁸⁷⁵ הצעה זו בהבנת פסקו של מהרש"ם מעלה הרב נתן אורטנר (רבה של לוד, נפטר בשנת תשע"ח), שו"ת יד נתן, חלק ב, סימן נט, אות ו, ד"ה ונראה לחלק: "אף שהוא יכול לבטל המכר כי מכר רק על דעת שיעלה לארץ ישראל, בכל זאת הוא אינו אנוס לבטל המקח, כי הרי קיבל כסף עבור הבית והוא יכול להשאירו ביד הלוקח ולקנות בית אחר. ואם הוא רוצה לבטל המכר כי מותר לו לעשות כן, זה לא נחשב דעושה כן מתוך אונס, דנפטור אותו מדינא דגרמי, אם גורם בזה נזק לחבירו". אמנם כאן ההכבדה באה בעקבות גילוי דעת, אבל דומה שהוא הדין בכל הכבדה.

להסבר אחר, ראה מבשן אשיב (צויבל), בני-ברק תשס"ח, סימן ב, ד"ה ובעיקר. הוא מטעים שחובת השיפוי מתחייבת משיטת מהר"ש הלוי (לעיל, הערה 564) בדבר תחולת דין האומדנה בעסקה דו-צדדית: "דכיוון דמה דיכול המוכר לבטל המקח הוא משום דאיכא אומדנא שאדעתא דהכא לא מכר, אם כן צריך שגם הלוקח יכנס אדעתא דהכא,

אשר להוצאות שנגרמו **למפר** עד אירוע הסיכול, לא עלה על דעתו של אף פוסק לזכות אותו בשיפוי. ואפילו אם קיבל תשלום מראש, עליו להשיבו במלואו ואינו זכאי לקזז ממנו דבר בגין ההוצאות או ההפסדים שנגרמו לו, כפי שעולה לדוגמה ממה שפסק הרמב"ם⁸⁷⁶ בעניין שכירות שירותי תובלה: "השוכר את הספינה וטבעה לו בחצי הדרך, אם אמר לו 'ספינה זו אני משכיר לך' ושכרה השוכר להוליך בה יין סתם, אף על פי שנתן לו השכר, **יחזיר כל השכר**". זאת, שלא כבהצעת חוק דיני ממונות⁸⁷⁷, שם מוצע שגם שיפוי כזה יהיה נתון לשיקול דעת בית המשפט.

8. סיכום

א. על סיכול חוזה ניתן להשקיף אפריורי מנקודות מבט שונות: ערכית ומעשית.

מבחינה ערכית, יש פנים לכאן ולכאן. מחד גיסא, "חוזים יש לקיים", ועל החייב לשאת באחריות לאי-קיום החוזה על אף הקשיים הנקרים בדרכו. אך מאידך גיסא, אין זה הוגן להטיל עליו אחריות בגין הפרת חוזה, כאשר נסיבות בלתי צפויות ושאינן לו שליטה עליהן מונעות ממנו את הקיום (אונס) או הופכות אותו לבלתי מעשי (סיכול).

גם **מבחינה מעשית** (פרגמטית-כלכלית), יש פנים לכאן ולכאן, שכן במצב של סיכול החוזה, מתנגשים שני אינטרסים. מחד גיסא, אם לא יובטח קיום החוזה על אף הקשיים הניצבים בדרכו של החייב, תיפגע אמינות החוזה ככלי חיוני לפיתוח חיי המסחר והכלכלה. אך מאידך גיסא, אם לא יובטח לו פטור כאשר שינוי נסיבות מונע את קיום החוזה או הופך אותו לבלתי מעשי, אדם עלול להירתע מליטול על עצמו התחייבות חוזית. לשון אחר, מצד אחד, חשוב לעודד את אינטרס ההסתמכות של הנושה על החוזה, ומצד שני, חשוב להבטיח את אינטרס ההגנה על החייב מפני שינויים בלתי צפויים.

שיטות המשפט מתחבטות הרבה במציאת נקודת האיזון בין שני קטבים אלה, ובשאלה מהו המבחן הנכון להכריע על מי להטיל את תוצאות סיכול החוזה⁸⁷⁸.

סעיף 18 נשוא חיבורנו נוקט את **מבחן הצפיות**, ולפיו, ככלל, סיכול משמש עילת פטור, ובלבד שנגרם כתוצאה מאירוע ש"המפר" לא צריך היה לצפותו⁸⁷⁹. אולם, הלכה למעשה, עד לאחרונה,

ובודאי לא היה מסכים הלוקח לתנאי כזה שלעולם יוכל המוכר לחזור בו וההוצאות יפלו על ראשו, ועל כן אמרין **דאדעתא דהכא לא לקח שיחזור בו המוכר ויפסיד את אשר הוציא הוצאות בבית אשר לקח** (וראה שם, ד"ה ובמשנה). אולם הוא מודה שהסבר זה אינו עולה בקנה אחד עם שיטת 'נודע ביהודה' (לעיל, הערה 567), לפיה אומדנא גדולה תקפה בלא קשר לדעתו של הצד השני.

⁸⁷⁶ רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ג.

⁸⁷⁷ סעיף 132 (הובא לעיל, הערה 852). וראה לעיל, הערה 852, שיש נסיבות בהן ניתן להגיע לתוצאה דומה גם לפי החוק הקיים.

⁸⁷⁸ ראה בהרחבה מאוטרנר (לעיל, הערה 13), עמ' 379-390.

בתי המשפט רוקנו את הסעיף מתוכן כשברוב המקרים שהגיעו לפתחם קבעו שהמפר יכול היה לצפות את שינוי הנסיבות, ועל כן הטילו עליו את האחריות, הגם שהפר את החוזה בעל כורחו.⁸⁸⁰ על גישה זו נמתחה ביקורת. ואכן הצעת חוק דיני ממונות⁸⁸¹ מעדיפה על פני מבחן הצפיות את **מבחן הסיכון**, ולפיו, ככלל, החיוב החוזי יפקע⁸⁸² אלא אם כן הטוען לסיכול "נטל על עצמו את הסיכון... או כשמן הצדק להטיל עליו את הסיכון" (כלשון סעיף 131(ב) להצעת החוק). דא עקא, שמבחן זה עמום ובלתי מוגדר, ולא ברור כיצד יידע בית המשפט על מי מן הצדדים "**מן הצדק**" להטיל את הסיכון.

בחיבורנו השתדלנו להציג את דרכו של המשפט העברי בנושא חשוב ומורכב זה, המעלה את שאלת גבולות החיוב החוזי. על דרך הכלל נוכל לומר, שגישת המשפט העברי קרובה יותר ל**מבחן הסיכון** של הצעת חוק דיני ממונות מאשר למבחן הצפיות של החוק הקיים. יתרונו של המשפט העברי הוא שמכוח ניסיונו העשיר הוא עשוי לשמש מעיין בלתי נדלה שניתן לשאוב ממנו מלא חופניים ליציאת תוכן לשיקולי ה"צדק" האמורים להנחות את בית המשפט ביישומו של מבחן הסיכון. על כן בהצעת הנוסח לפי המשפט העברי שנביא להלן, נעדיף לקחת כיסוד את הצעת החוק ולא את החוק הקיים.

אכן, על פי דרכו הקזואיסטית אין במשפט העברי כלל מופשט הקובע את חלוקת הסיכון בין הצדדים לחוזה.⁸⁸³ בין התקדימים הרבים שעלו ונדונו במקורותיו, למן התלמוד ועד לפוסקי זמננו, ראינו אמנם ששאלת צפיות האירוע המסכל עשויה להיות שיקול בהכרעה על מי מהצדדים מוטל הסיכון. אולם גם ראינו, שיש שאף שהאירוע המסכל לא היה צפוי, אין די בכך לפטור מאחריות. כך הוא לדוגמה בחוזה המקנה זכות **מעין קניינית** ושינוי הנסיבות גורם לסיכול מטרת החוזה, כגון שוכר נכס שחלה ואין לו עוד עניין במושכר שאינו מסוגל לעשות בו שימוש. בכגון זה, לרוב השיטות, עליו לשאת בסיכון ואין לו עילת פטור מהמשך תשלום דמי השכירות.⁸⁸⁴

ב. **יסודות הפטור**: את ההגנה על חייב שנבצר ממנו לקיים את חיובו החוזי, ניתן לבסס על שני יסודות השונים זה מזה בתכלית:

היסוד הראשון הוא, שהעובדה שהחוזה מופר בעל כורחו של החייב, מעניקה לו **עילת פטור**. אכן, כלל הוא במשפט העברי, שאת התוצאות המשפטיות של מעשיו יש להחיל על אדם, רק כשפעל

⁸⁷⁹ "לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ושלא היה עליו לראותן מראש". תנאי נוסף ומובן מאליו הוא שהמפר לא יכול היה למנוע את הנסיבות שהביאו לסיכול.

⁸⁸⁰ הרחבנו על כך במבוא, לעיל, ליד ציון הערה 6.

⁸⁸¹ ראה סעיף 131 להצעה. פרק הסיכול בהצעת החוק מובא במלואו במדור חוקים, להלן, עמ' פפפ.

⁸⁸² בשונה מהחוק הקיים, הצעת החוק אינה מדברת על הפרה "מוגנת" אלא על פקיעת החוזה.

⁸⁸³ אמנם ידוע הכלל "אונס רחמנא פטריה", שאף שמקורו בדין הפלילי יש לו תחולה גם בדיני ממונות (ראה לעיל, ליד ציון הערה 79). אולם ראינו שכלל זה אינו מספק תמיד מענה בשלל מקרי הסיכול, ולצידו משמשות דוקטרינות משפטיות נוספות.

⁸⁸⁴ ראה דיוננו לעיל, פרק 2.ג(3), עמ' פפפ.

מרצון ולא כשפעל מאונס - "אונס רחמנא פטריה". על פי יסוד זה, **אף שהחווה הופר**, אין להחיל על המפר את תוצאות ההפרה, כשזו אירעה באונס.

היסוד השני הוא, **העדר עילת חיוב**. אכן, שאלת ההפרה תלויה בהגדרת היקף החווה, ואם ניתן לקבוע שהתחייבותו של החייב לא כללה נסיבות אונס שהתחדשו במהלך החווה, הרי שאי-עמידה בו בנסיבות אלה **אינה הפרה כלל**. שני שיקולים, דומים אך שונים, עשויים להוביל לצמצום היקף היוב החוזי:

(א) **אומדנה** (תנאי מכללא)⁸⁸⁵ – יש נסיבות שבהן אומדן דעת ברור הוא שה"מפר" לא התכוון ליטול על עצמו התחייבות במצב של אונס, וכאילו הותנה מכללא **להוציא מצב של אונס מתחולת החווה**, ואם כן אין לדבר על הפרה;

(ב) **פרשנות**⁸⁸⁶ – על פי כללי פרשנות חווה, אין לכלול בו מצבים בלתי שכיחים (לרמב"ם, מכוח **אומדנה פרשנית**, לפיה לא התכוון המתחייב למצבים אלה; ואילו לתוספות, מכוח **כלל פרשני קטגורי**, לפיו חווה אינו יכול לכלול מצבים שלא היו בתודעתו של החייב בזמן ההתקשרות). מאחר שמצבים אלה **לא נכנסו אל תוך החווה**, ברור שאין לדבר בהם על הפרה.

היקף תחולתם של כל אחד מיסודות פטור אלה (אונס, וצמצום היקף החווה) שונה, וכל אחד מהם מעורר קשיים ולבטים אחרים, המושכים בחלקם לכיוון הצמצום, ובחלקם לכיוון ההרחבה. כך לדוגמה, מחד גיסא, לא ברור שאונס **כעילת פטור** כולל גם נסיבות המכבידות על קיום החווה והופכות אותו ללא מעשי, אך לא מונעות אותו לחלוטין⁸⁸⁷. מה שאין כן **אומדנה** שעשויה להוציא גם מצבים אלה מתחולת החווה. מאידך גיסא, יש קושי בצמצום היקף החווה מכוח **אומדנה**, משום שיש לכאורה לקחת בחשבון גם את עמדת הצד השני לחווה⁸⁸⁸, ולעומת זאת, **עילת הפטור** בגין אונס אינה תלויה בדעת הצד השני⁸⁸⁹.

ג. **שיקול הצפיות (בין פיצויים מן הדין ובין פיצויים מוסכמים)**: ההגנה שמעניק המשפט העברי לחייב שלא עמד בחיובו בשל כוח עליון (אונס), נראית לכאורה, רחבה הרבה יותר מאשר הגנת החוק⁸⁹⁰. על פי החוק, אין הגנה על המפר, אם היתה הפרת החווה תוצאה מנסיבות שראה או שהיה עליו לראותן מראש (מה שמכונה "מבחן הצפיות"). לעומת זאת, על פי המשפט העברי, בעיקרון, החייב פטור מתשלום **פיצויים**, אפילו אם נמנע קיום החווה בשל **אונס שכיח**, אלא אם

⁸⁸⁵ על שיקול זה הרחבנו בדיונו לעיל, פרק 3.ג, עמ' פפפ.

⁸⁸⁶ על שיקול זה הרחבנו בדיונו לעיל, פרק 3.ד, עמ' פפפ.

⁸⁸⁷ ראה לעיל, פרק 3.ב, עמ' פפפ.

⁸⁸⁸ ראה לעיל, פרק 3.ג(4), עמ' פפפ. וראה גם הערת הביקורת של דויטש לעניין "תנאי מכללא", לעיל, הערה 463.

⁸⁸⁹ ביחס לעניין הראשון, ההגנה מכוח פרשנות דומה להגנה מכוח אומדנה, שכן ברור שהיא עשויה לחול גם על הכבדה, ואילו ביחס לעניין השני, אפשר שאינה תלויה בדעתו של הצד השני, ואם כן היא דומה להגנה מכוח אונס.

⁸⁹⁰ ראה דיונו לעיל, ליד ציון הערה 54.

כן הוא לבדו יכול היה לצפות את אפשרות קרות האונס, והסתיר אותה מן הנושה. בהעדר הסתרה, אם רצה הנושה שהחייב יטול אחריות גם בנסיבות אונס, עליו היה להתנות על כך מראש. כך הוא בוודאי בכל הנוגע לאונס **כעילת פטור**, ולחלק מן הפוסקים כך הוא גם בנוגע לפטור **מכוח אומדנה**.⁸⁹¹

עם זאת ראינו⁸⁹², שיש להבחין בין פיצויים מכוח הדין ובין פיצויים מוסכמים. אם הסכימו הצדדים מראש על תשלום פיצויים (קנס מוסכם) והיה החוזה יופר, עוברת חובת ההתניה אל החייב, ואם לא התנה על כך במפורש, הוא לא יפטור מאחריות אם אירע אונס שכיח. הוספנו⁸⁹³, שמכוח מנהג המדינה אפשר שכך מתפרשים כל החוזים בימינו, גם כשלא נכלל בהם קנס מוסכם במפורש. העלינו אף אפשרות לחדש שיש לפרשם ככוללים התחייבות לשאת באחריות לא רק באונס שכיח אלא גם באונס "שכיח ואינו שכיח"⁸⁹⁴.

ד. **אכיפת התשלום כשהקיום נמנע מן החייב בשל אונס שאירע לנושה**: אם נבצר קיום החוזה על ידי החייב בשל אונס שאירע לנושה, כגון מעסיק שאינו מסוגל לספק עבודה לפועל, עולה שאלת **אכיפת תשלום התמורה שהתחייב בה הנושה-המעסיק**, לנוכח נכונותו של החייב-הפועל לקיים את חיובו. בעניין זה סקרנו שלוש גישות: לפי ריב"ם וסיעתו⁸⁹⁵, אונס משמש תמיד עילת פטור, לרבות מאכיפת התשלום⁸⁹⁶; לפי רבנו חננאל וסיעתו⁸⁹⁷, אונס אינו פטור מאכיפת התשלום (אף שהעבודה לא בוצעה בפועל); ולפי ריב"ן וסיעתו⁸⁹⁸, אף שהחייב המוכן למלא את חלקו בחוזה, זכאי בעיקרון לאכוף על הנושה את חיובו, יש חזקה שהוא מוותר על אכיפת התשלום, שאם לא כן, ההגיונות הייתה מחייבת אותו להתנות על כך מראש, שהרי סוף סוף הוא דורש תשלום על עבודה שלא ביצע בפועל. אולם חזקה זו, ניתנת לסתירה, כגון: שהחייב סבל הפסד בביצוע חלקו בחוזה; שהאונס

⁸⁹¹ ראה לעיל, ליד ציון הערה 551. כמובן שאין מקום לפטור את החייב מכוח פרשנות החוזה, משום שאירועים שכיחים ודאי נכללו בחוזה.

⁸⁹² לעיל, ליד ציון הערה 106.

⁸⁹³ לעיל, ליד ציון הערה 124.

⁸⁹⁴ ראה לעיל, ליד ציון הערה 126. ואם כנים הדברים, מצטמצם הפער בין המשפט העברי לחוק הישראלי לפיו אונס משמש עילת פטור מפני הפרת חוזה רק אם הופר החוזה כתוצאה "מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ושלא היה עליו לראותן מראש". ובלבד שיתפרש החוק על דרך הצמצום. כלומר, לא במשמעות **יכולת הצפייה**, כנהוג בפסיקת בתי המשפט (ראה לעיל, ליד ציון הערה 6), אלא במשמעות **חובת צפייה נורמטיבית**, ברוח דבריו של דויטש ואחרים (ראה לעיל, ליד ציון הערה 14).

⁸⁹⁵ לעיל, ליד ציון הערה 161.

⁸⁹⁶ אם כי העלנו אפשרות אחרת לפטור והיא, שנכונות העובד לעבוד אין די בה כשלעצמה לזכותו בשכר (רק חזרה מרצון של המעסיק מזכה אותו בשכר). ראה לעיל, ליד ציון הערה 176.

⁸⁹⁷ ראה לעיל, ליד ציון הערה 188.

⁸⁹⁸ ראה לעיל, ליד ציון הערה 202.

היה בלתי שכיח עד שאי אפשר היה לצפות ממנו שיתנה עליו מראש⁸⁹⁹; שקיבל את שכרו מראש, שאז על הנושה היה להתנות שיקבל את כספו בחזרה במקרה אונס⁹⁰⁰.

עוד ראינו⁹⁰¹, שלפי רוב הפוסקים, שונה הדין בחוזה בעל אופי **קנייני**, כגון חוזה שכירות נכסים, בו חיובו של המשכיר, מתמצה בהעמדת מושכר ראוי לשימוש לרשות השוכר. אם נמנע מן השוכר להשתמש במושכר או להפיק ממנו תועלת, **בשל שינוי נסיבות הקשורות בשוכר עצמו**, הרי מאחר שהוא רכש במושכר זכות קניינית, עליו לשאת בסיכון, ולהמשיך ולשלם את דמי השכירות⁹⁰². אמנם, כאשר **מניעת השימוש קשורה במושכר**, כגון שהוחרם על ידי השלטונות, פוסקים רבים סבורים שאין להטיל את הסיכון בהכרח על השוכר, מאחר שהבעלות על גוף המושכר, נותרת של המשכיר. אבל, נחלקו הדעות, באילו תנאים הוא זוכה לפטור מתשלום⁹⁰³.

ה. **חוזה שהפך לבלתי מעשי (סיכול)**: עד כאן סיכמנו את עיקרי הדברים אשר העלינו לעניין אונס, היינו כאשר הנסיבות משתנות עד כדי כך ש"קיום החוזה באותן נסיבות הוא **בלתי אפשרי**", כלשון החוק.

לפי החוק, הפטור מהפרה, ניתן לא רק בנסיבות אלה, אלא גם כאשר קיום החוזה הופך "שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים", היינו כאשר קיום החוזה הופך **לבלתי מעשי**, כלשון המלומדים. כך הוא לדוגמה, כאשר עקב עלייה דרמטית במחיר חומרי הגלם או עקב סגירת נתיבי תחבורה, קיום החיוב שנטל על עצמו קבלן, היה מטיל עליו מעמסה כלכלית בלתי סבירה.

כאמור, לא ברור שהכלל "אונס רחמנא פטריה" יכול לשמש **עילת פטור** מחיוב חוזי שהפך **לבלתי מעשי** (להבדיל מבלתי אפשרי), שכן סוף סוף אין מניעה מוחלטת לקיים את החוזה. אמנם הבאנו מקורות, שכך עולה מהם לכאורה⁹⁰⁴, לרבות מצבים שבהם סוכלה מטרת החוזה, ואין עוד לנושה עניין או צורך בקיום החוזה על ידי החייב⁹⁰⁵. אולם ציינו, שהדבר אינו נקי מספקות⁹⁰⁶. ואכן, ראינו תקדימים רבים בהם הפוסקים אינם פוטרים את החייב בנסיבות אלו מכוח הכלל "אונס רחמנא פטריה", אלא מכוח **תנאי מכללא** ("אומדנה"). הערנו⁹⁰⁷, שאף שתנאי סף לכך הוא, שתהיה זו "**אומדנא דמוכח**", עדיין אין המושג מוגדר דיו, והוא נתון במידה רבה לשיקול דעתו של

⁸⁹⁹ ראה לעיל, ליד ציון הערה 218.

⁹⁰⁰ ראה לעיל, ליד ציון הערה 226.

⁹⁰¹ ראה לעיל, פרק 2.ג, עמ' פפפ.

⁹⁰² כך נוקטים כאמור רוב הפוסקים, להוציא מהר"ם מרוטנבורג. ראה לעיל, ליד ציון הערה 288.

⁹⁰³ ראה לעיל, פרק 2.ג(2), עמ' פפפ.

⁹⁰⁴ ראה לעיל, פרק 3.ב(1), עמ' פפפ.

⁹⁰⁵ ראה לעיל, פרק 3.ב(2), עמ' פפפ. אם כי, לרוב הפוסקים, כך הוא רק ביחס לחוזה בעל אופי אובליגטורי (כגון שכירות פועלים), ולא ביחס לחוזה בעל אופי קנייני (כגון שכירות נכסים). ראה לעיל, ליד ציון הערה 417.

⁹⁰⁶ ראה לעיל, ליד ציון הערה 374.

⁹⁰⁷ לעיל, ליד ציון הערה 591.

כל פוסק לאור הנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון בפניו. עובדה זו מאפשרת גמישות, הנוחה לעשיית צדק במקרה הקונקרטי, אך אין להכחיש שהיא פוגעת בוודאות המשפטית.

ראינו⁹⁰⁸ שאף אם האירוע שבגינו מבקש החייב להיפטר אינו עולה כדי **מניעה מוחלטת** (אונס), ואף אם אין לראות את החייב כמי **שהתנה מכללא** שייפטר מהתחייבותו אם קיומה של ההתחייבות יהיה כרוך בהכבדה (אומדנה), הוא עשוי בכל זאת להיות פטור, אפילו מקנס מוסכם, אם ברור הדבר שהאירוע שהביא להכבדה היה כה חריג, עד שלא נכלל בחוזה על פי **פרשנותו הסבירה**. אכן, כלל גדול הוא בדיני **פרשנות חוזים** במשפט העברי, שאין לכלול בהם תרחישים קיצוניים (אונס שאינו שכיח), שחזקה שלא עלו על לב המתחייב בשעת ההתחייבות. וכך פוסק הרמב"ם⁹⁰⁹: "והוא הדין לכל תנאי שבממון, שאומדין דעת המִתְנֶה, ואין כוללן באותו התנאי, אלא דברים הידועין שבגללן היה התנאי, והם שהיו בדעת המִתְנֶה בשעה שהתנה" (ראינו שלפי התוספות⁹¹⁰ אין מדובר באומדנה פרשנית גרידא אלא בכלל פרשני קטגורי). בהתאם לכך, הבאנו את שיטת הט"ז וסיעתו⁹¹¹, לפיה עליה דרמטית בעלות קיום החיוב, עשויה לשמש עילת פטור. ואף אם נטל החייב אחריות מפורשת במקרי אונס או הכבדה, התחייבותו מחייבת רק בגבולות אירועים צפויים ("שכיח ואינו שכיח"), אלא אם כן נטל במפורש אחריות גם בגין אונס בלתי שכיח כלל⁹¹².

ו. **סיכול עצמי**: סיכול שהחייב הביא על עצמו שולל ממנו טענת פטור⁹¹³. וכך הוא גם כאשר אינו משתדל להתגבר על אונס הנקרה בדרכו, אם כי חלוקות הדעות אם נדרש הוא להוציא הוצאות לשם כך⁹¹⁴. עם זאת, דחיית קיום החיוב החוזי לרגע האחרון, כשלעצמה, אינה נחשבת לסיכול עצמי, אלא אם כן עלתה הדחייה כדי רשלנות, כגון שאפשר היה לצפות את האונס⁹¹⁵.

ז. **מועד הסיכול**: ראינו שאם ההפרה קדמה לסיכול, אין היא משמשת עילת פטור⁹¹⁶. לעומת זאת, אם הנסיבות שהביאו לסיכול, היו קיימות כבר בשעת כריתת החוזה, אין בכך כדי לשלול את טענת הפטור (ובלבד כמובן שהחייב לא היה מודע להן)⁹¹⁷.

⁹⁰⁸ לעיל, ליד ציון הערה 601 ואילך.

⁹⁰⁹ רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יט, הלכות ה-ז (מצוטט לעיל, ליד ציון הערה 613).

⁹¹⁰ לעיל, ליד ציון הערה 619.

⁹¹¹ לעיל, ליד ציון הערה 649.

⁹¹² ראה לעיל, פרק 4, עמ' פפפ.

⁹¹³ ראה לעיל, פרק 5.א, עמ' פפפ.

⁹¹⁴ ראה לעיל, פרק 5.ב, עמ' פפפ.

⁹¹⁵ ראה לעיל, פרק 5.ג, עמ' פפפ.

⁹¹⁶ ראה לעיל, פרק 6.א, עמ' פפפ.

⁹¹⁷ ראה לעיל, פרק 6.ב, עמ' פפפ.

ח. **סיכול זמני**: סיכול זמני אינו עילה לביטול החוזה, אלא קיום החיוב נדחה למשך זמן סביר לאחר סיום האירוע המשעה, ובלבד שהדחייה אינה משנה באופן יסודי את מהות החיוב⁹¹⁸. כמו כן, כל צד יכול למנוע את ביטול החוזה, אם ניתן **לבצע אותו בקירוב**, היינו באופן שאינו שונה במהותו מן המוסכם ואינו גורם לצד השני הכבדה של ממש.

ט. **השבה**: אם הצדדים החלו לקיים את חיובם על פי החוזה והחוזה סוכל בטרם הושלם, חלה בעיקרון על הצדדים **חובת השבה**, כלומר על כל צד להשיב לצד השני את אשר הלה נתן לו בציפייה להשלמת החוזה, ציפייה שנכזבה. סעיף 18(ב) משאיר את חיוב ההשבה לשיקול דעתו של בית המשפט. לא כן המשפט העברי. עם זאת, ראינו שלעניין **עבודה חלקית שבוצעה עד הסיכול**, נחלקו הדעות בין הפוסקים אם ניתן לדרוש בגינה תשלום גם אם עבודה חלקית זו לא הועילה לצד השני. רש"י⁹¹⁹ סבור שחייב, ואילו לפי חלק מן הפוסקים, הדבר תלוי בשאלה במי משני הצדדים לחוזה פגע הסיכול, ורק אם הוא פגע בנושה-המעסיק, חייב הוא לשלם לפועל עבור הביצוע החלקי, אף אם אינו מפיך ממנו תועלת. אבל אם פגע הסיכול בחייב-הפועל, לא יהיה זכאי לכולם, אם לא הועיל למעסיקו⁹²⁰.

שאלת חובת ההשבה של **תשלום ששולם מראש**, תלויה אף היא בשאלה במי מהצדדים פגע הסיכול: אם הוא פגע בחייב, וודאי חלה עליו חובת השבה⁹²¹; לעומת זאת, אם הסיכול פגע בנושה, פטור החייב מחובת השבה⁹²².

י. **שיפוי**: אשר לחובת **שיפוי על הוצאותיו ועל נזקיו** של הנושה, שנגרמו לו כתוצאה מביטול החוזה בעקבות אונס או סיכול של החייב, גם זאת משאיר החוק לשיקול דעתו של בית המשפט. לעומת זאת, במשפט העברי, אם הופר החוזה **באונס**, כעיקרון אין בסיס לחיוב זה⁹²³. עם זאת, יש מי שסבור, שניתן לבסס חיוב החזר הוצאות, אם הסכימו הצדדים על קנס מוסכם במקרה של הפרה. ואף שהחוזה הופר באונס, ההנחה היא, שאף שהחייב לא היה מוכן ליטול על עצמו חובת פיצויים, לא כן הוא לגבי החזר הוצאות שהוציא הצד השני לקיום חלקו בחוזה⁹²⁴.

כך הדין **באונס** (מניעת הקיום), אבל אם **סוכל החוזה** (הכבדה על הקיום), זכאי הנושה לשיפוי על הוצאותיו ועל נזקיו בכל מצב (כלומר, אף בהעדר קנס מוסכם), שכן אין הצדקה שהחייב יוכל לגרום נזק לצד השני כדי למנוע מעצמו הכבדה גרידא.

⁹¹⁸ זו שיטת הט"ז (לעיל, ליד ציון הערה 787). אמנם ראינו, ליד ציון הערה 789, שהש"ך חולק.

⁹¹⁹ לעיל, ליד ציון הערה 804.

⁹²⁰ ראה לעיל, ליד ציון הערה 806.

⁹²¹ כך נוקט הרוב המכריע של הפוסקים להוציא מהר"ם מרוטנבורג, ראה לעיל, הערה 243.

⁹²² וזאת אף אם הסיכול פגע במקביל גם בחייב ואין הוא יכול לטעון "הא קאימנא" (אני כאן ומוכן למלא את חלקי בהסכם), אם כי ריב"ן וריב"ם נחלקו בהסבר הדבר. ראה לעיל, ליד ציון הערה 827.

⁹²³ ראה לעיל, ליד ציון הערה 867.

⁹²⁴ ראה לעיל, ליד ציון הערה 869.

9. הצעת נוסח לפי המשפט העברי

כאמור, מבחן הסיכון תואם יותר את המשפט העברי מאשר מבחן הצפייות, על כן בהצעת הנוסח שלהלן, אנו מעדיפים לקחת כיסוד את הצעת חוק דיני ממונות ולא את החוק הקיים. כמו כן, יש בהצעת חוק דיני ממונות סעיפים חדשים שנכון לאמץ אחדים מהם בהצעתנו.

הצעתנו מאמצת את הכלל שבהצעת החוק לפיו הסיכון יוטל על מפר החוזה רק אם "מן הצדק להטיל עליו את הסיכון". אמנם, אף בהצעתנו אין מענה לשאלה על מי מהצדדים "מן הצדק" להטיל את הסיכון⁹²⁵. אולם, עושר המקורות של המשפט העברי שנסקרו ונתלבנו בגוף החיבור, יש בו לצקת תוכן ממשי למושג ה"צדק" הערטלאי הזה. שיקולים מגוונים רלוונטיים בעניין זה, ביניהם: מידת הפגיעה בקיום (מניעה או הכבדה); צפיות האירוע המסכל; מידת נדירותו; אפשרות מניעתו; אופיו הקנייני או האובליגטורי של החוזה (שכירות נכסים או שכירות פועלים); היקף האירוע המסכל (מכה פרטית או "מכת מדינה"); מיהו המוחזק (השפעת תשלום מראש); ועוד⁹²⁶. כפי שראינו שיקולים אלה מורכבים ועשויים להשתנות בהתאם לנסיבות הייחודיות של כל מקרה (וחלקם אף שנויים במחלוקת), על כן אין בידינו לפשט את הדברים ולמצות את פרטיהם בהוראת חוק קצרה.

כידוע, להכרעת שאלות קשות שאין להן מענה בחקיקה, בפסיקה ובדרך של היקש, החוק הישראלי מפנה את בית המשפט למשפט העברי⁹²⁷. ליישום מבחן הסיכון, ישאב אפוא בית המשפט השראה מנסיונו העשיר של המשפט העברי, אימתי נכון להטיל את הסיכון על צד זה של החוזה, אימתי נכון להטילו על הצד השני, ואימתי ראוי ששניהם יחד יישאו בסיכון.

הגדרות 18. בסעיפים 18א עד 18 ד -

"נסיבה חדשה" - נסיבה עובדתית או משפטית, המתרחשת לאחר כריתת החוזה;

"אירוע מסכל" - כל אחד מאלה:

- (1) אונס - התרחשות נסיבה חדשה הגורמת לכך שקיום חיוביו של צד לחוזה הוא בלתי אפשרי או בלתי חוקי;
- (2) סיכול - התרחשות נסיבה חדשה הגורמת לכך שקיום חיוביו של צד לחוזה שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים⁹²⁸;
- (3) סיכול המטרה - התרחשות נסיבה חדשה המכשילה את מטרת ההתקשרות בחוזה.

⁹²⁵ במבוא (לעיל, ליד ציון הערה 24) עמדנו על "חולשה" זו בהצעת חוק דיני ממונות.

⁹²⁶ והשווה השיקולים שמנה דויטש לעיל, הערה 26.

⁹²⁷ כך מורה סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל".

⁹²⁸ לעיל, פרק 3.ב, עמ' פפפ, ראינו שהחלת הכלל "אונס רחמנא פרטיה" על מצב ה"שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים" אינו נקי מספקות (ראה לעיל, ליד ציון הערה 374). עם זאת, ראינו שיש וניתן לבסס את הפטור על דוקטרינות משפטיות אחרות כגון אומדנא דמוכח - תנאי מכללא (לעיל, פרק 3.ג, עמ' פפפ) או פרשנות החוזה (לעיל,

"אירוע משעה" - אירוע מסכל המתרחש במשך תקופה מוגבלת.

פטור מחמת אירוע מסכל (א) 18א. התרחש אירוע מסכל והסיכון להתרחשות אירוע כאמור ולתוצאותיו אינו מוטל על מי שחיוביו סוכלו - לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים⁹²⁹.

(ב) צד לחוזה ייחשב כנושא בסיכון כאמור בסעיף קטן (א), אם הוא נטל על עצמו את הסיכון, במפורש⁹³⁰ או במשתמע⁹³¹, או כשמן הצדק להטיל עליו את הסיכון האמור⁹³².

השבה ושיפוי 18ב. התרחש אירוע מסכל כאמור בסעיף 18א, רשאי בית המשפט:

(1) לחייב כל צד להשיב⁹³³ לצד השני מה שקיבל על פי החוזה או, על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו, וזאת אף אם לא בוטל החוזה;

(2) לחייב את המפר בשיפוי⁹³⁴ הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה.

קיום בקירוב בשל 18ג. התרחש אירוע מסכל, אך ניתן לקיים בקירוב את החיוב שסוכל, ודרש אחד הצדדים⁹³⁵ לחוזה קיום כאמור, לא יחולו הוראות סעיפים 18א והחיוב יקום בקירוב; בסעיף זה, "קיום בקירוב" - קיום חיוב על פי חוזה, בשינויים הנדרשים, אשר אין בו כדי לשנות את מהות החיובים והזכויות של הצדדים לחוזה, או כדי לגרום עוול לאחד הצדדים.

פרק 3.ד, עמ' פפפ), המפקיעות נסיבות אלה מתחולת החוזה. אולם יישומן של דוקטרינות אלה דורש זהירות רבה. אכן, קיומו של צד שני לחוזה מצמצם את אפשרות השימוש בתנאי מכללא רק לאומדנה חזקה ביותר, וכך הוא גם בנסיבות מסוימות לעניין פרשנות החוזה. ראה לעיל: פרק 3.ג(4), עמ' פפפ; פרק 3.ג(5), עמ' פפפ; פרק 3.ד(ד), עמ' פפפ.

⁹²⁹ הוראה מרכזית זו מאמצת את סעיף 131 להצעת חוק דיני ממונות בהבדל יסודי אחד והוא, שהותרנו את הוראת הסיכול כהוראת פטור (הפרה "מוגנת"), כמו בחוק הנוכחי, ולא אימצנו את הגישה של הצעת החוק לפיה סיכול מביא לפקיעת החוזה.

⁹³⁰ להיקף האחריות בנטילת אחריות מפורשת ראה דיונונו לעיל, פרק 3.ד(2), עמ' פפפ, ופרק 4.א, עמ' פפפ.

⁹³¹ ראה דיונונו לעיל, פרק 4.ב, עמ' פפפ.

⁹³² ליישום שיקול "הצדק" הלכה למעשה, ראה דברי המבוא להצעתנו.

⁹³³ על חיוב ההשבה ראה דיונונו לעיל, פרק 7.ב(1), עמ' פפפ.

⁹³⁴ על חיוב השיפוי ראה דיונונו לעיל, פרק 7.ב(2), עמ' פפפ. בשונה מהצעת חוק דיני ממונות על פי המשפט העברי חיוב זה אינו הדדי אלא מוטל רק על המפר, ראה לעיל, ליד ציון הערה 876.

⁹³⁵ על קיום בקירוב ראה דיונונו לעיל, פרק 7.א(1), עמ' פפפ. הוראה זו שונה מהוראת סעיף 135 להצעת חוק דיני ממונות, המאפשר רק לנושה לדרוש קיום בקירוב.

- השעיית החוזה 118. (א) התרחש אירוע משעה, רשאים הצדדים שלא לקיים חיוביהם על פי החוזה במהלך תקופת התרחשותו; היה מועד לקיומו של חיוב במהלך תקופת התרחשותו של האירוע המשעה, או סמוך לאחר סיומו, יידחה המועד לקיום החיוב למשך זמן סביר לאחר סיום האירוע.⁹³⁶
- (ב) נדחה קיום חיוב לפי הוראות סעיף קטן (א), רשאי בית המשפט לחייב צד לחוזה לשפות את הצד השני בשל הוצאות סבירות שהוציא או התחייבויות סבירות שהתחייב בהן עקב הדחיה, לשם קיום החוזה, כולן או חלקן.
- (ג) הוראות סעיף זה לא יחולו אם דחיית קיום החיוב גורמת לכך שקיום החוזה במועד הנדחה יהיה שונה באופן יסודי מן הקיום במועד המוסכם, ויחולו הוראות סעיף 118א.

10. נספח ראשון: פועל שנשכר להשקות שדה, וירד גשם, האם זכאי לשכר - שיטת הראב"ד

(להערות 144; 195; 281; 296; 396; 400; 413; 420)

לעיל⁹³⁷, הזכרנו את שיטת הראב"ד, בעניין השוכר פועל להשקות שדה וירד גשם, אירוע המייתר את הצורך בהשקיה. נבקש להרחיב כאן בבירור שיטתו.

הראשונים עמדו על סתירה לכאורה בין שתי סוגיות תלמודיות: מחד גיסא, כפי שראינו, נקבע⁹³⁸ שהשוכר פועל להשקות את שדהו וירד גשם שייתר את ההשקיה, הפועל מפסיד את שכרו. מאידך גיסא נקבע⁹³⁹, שאם בעל השדה סיכם עם אריסו שישקה את השדה ארבע פעמים (בעוד שמקובל להשקות רק שלוש פעמים), ובתמורה הוא יזכה בשליש מן היבול (במקום ברבע בלבד כמקובל), אם ירד גשם ואין צורך בהשקית השדה, זכה האריס.

הרי"ף ורוב הראשונים מיישבים את הסתירה על ידי הבחנה בין אריס לפועל (והוא הדין קבלן). אריס, בשונה מפועל (וקבלן), דומה לשותף, וכשם שהוא נושא בסיכון אם השדה אינה מניבה פירות, כך אין לגרוע מחלקו ברווח אף אם התמזל מזלו והוא נדרש לעבוד פחות מן הצפוי⁹⁴⁰.

⁹³⁶ על השעיית החיוב החוזי ראה דיונו לעיל, פרק 7.א(2), עמ' פפ.

⁹³⁷ לעיל, הערה 144.

⁹³⁸ בבא מציעא ע"א. הובא לעיל, ליד ציון הערה 143.

⁹³⁹ גיטין עד ע"ב.

⁹⁴⁰ רי"ף, גיטין לה ע"ב (בדפי הרי"ף): "ומסתברא לן דשאני אריס מפועל דאריס כשותף דאמי [=דומה], דאי איתניסא ההיא ארעא לא הוה שקיל מידי, הילכך כיון דקביל עליה דדלי ארבעה קנה ליה תילתא, וכיון דלא איצטריך לא פקעא

הראב"ד⁹⁴¹ נוקט גישה שונה. לדעתו, לא רק אריס, אלא גם קבלן נהנה מירידת הגשמים, שכן התמורה שהוא מקבל אינה בגין טרחתו, כמו פועל, אלא בגין התוצאה. ולא זו בלבד, אלא גם פועל עשוי ליהנות מירידת הגשם, ובלבד שכבר החל במלאכתו, שאז נחשב הגשם כמסייע לו במלאכתו. הוא מסביר, שהסוגיה השוללת מן הפועל את שכרו, מדברת דווקא כשירד הגשם לפני שהפועל החל במלאכת ההשקיה. ובלשונו: "והא דאמר רבא דאי אתא מטר א פסידא דפועלים, כשלא התחילו במלאכה קאמר, אבל משהתחילו במלאכה, משמיא הוא דמסייע בהדייהו [=מן השמים סייעו להם]"⁹⁴².

הרמב"ן דוחה את שיטת הראב"ד, כשהוא מפנה לסוגיה אחרת⁹⁴³, שם נקבע, שאם שלח אדם שליח להביא תרופה לחולה, ועד שהגיע השליח ליעדו עם התרופה, הבריא החולה או שמת, השליח זכאי לקבל את שכרו. אולם, טוען הרמב"ן, ההסבר שניתן לכך בתלמוד אינו שהשליח כבר החל במלאכתו, אלא שהשליח את שליחותו כשעשה את כל הדרך, ומכאן שתחילת המלאכה אינה מעלה ואינה מורידה.

בית הדין הרבני האזורי ברחובות⁹⁴⁴ מביא מחלוקת זו בין הראב"ד לרמב"ן, ומעיר שהראיה של הרמב"ן נדחתה על ידי חכם צבי⁹⁴⁵ בזה הלשון: "ולעניות דעתי, אין משם הכרע, דהתם מילתא אחריתי היא, דאין צריך להכרוז [התרופה] כלל, ולא נהנה הבעל הבית, אבל היכא דנהנה הבעל הבית, אלא שלא טרח בו הפועל, זהו ענין אחר, ולא מיירי ביה כלל התם".

מנתא דיליה". וראה גם: תוספות, בבא מציעא ע"א, ד"ה דאגר אגורי; תוספות, גיטין עד ע"ב, ד"ה רבה; חידושי הרמב"ן, בבא מציעא ע"א, ד"ה ואתא מיטרא; מגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ט, הלכה ו ("כתב הרמב"ן ז"ל דקבלן דינו כפועל שלא כדברי הראב"ד ז"ל ועיקר").

⁹⁴¹ השגות הראב"ד על הרי"ף, גיטין לה ע"ב (בדפי הרי"ף). דבריו הובאו על ידי: ר"ן, גיטין לה ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה וקשיא לן; חידושי הרי"ן, בבא מציעא ע"א, ד"ה האי מאן דאגור; נימוקי יוסף, בבא מציעא מו ע"ב, ד"ה פסידא דפועלים; בית יוסף, חו"מ, סימן שלד, סעיף ד, ד"ה ומ"ש במה דברים אמורים.

⁹⁴² בית הדין ברחובות, פד"ר ו, עמ' 189, ד"ה והנה דעת מהר"ם, מעיר (בעקבות שו"ת מהר"י באסן, סימן כ, ד"ה אבל) שזו גם שיטת מהר"ם מרוטנבורג, כפי שמובא בשמו במרדכי, גיטין, סימן תלא: "והא [דין האריס] לא דמי לההיא דפרק הפועלים [צ"ל: האומנים] דאתא מיטרא ומסיק התם פסידא דפועלים הוי, שאני התם דלא קעבדי פועלים מידי ואכתי לא נכנסו לה".

⁹⁴³ בבא קמא קטז ע"א-ע"ב.

⁹⁴⁴ פד"ר ו, עמ' 188-190. בית הדין דן בתביעת אשה נגד טוען רבני שיחזיר לה חלק מהשכר שקיבל ממנה כדי לייצגה בבית הדין בתביעת מזונות נגד בעלה. הטוען הרבני החל במלאכתו, אך לפני הדיון בבית הדין השלימה האישה עם בעלה וביטלה את תביעתה נגדו (בית הדין מגיע למסקנה שהמחלוקת בין הראב"ד לרמב"ן אינה רלוונטית בתיק הנדון "דהרי זה פשוט מסברא דאם שכר פועל ולא היה אנוס ועשה בעצמו את המלאכה ולא נשאר לפועל מה לעשות, ודאי חייב דהרי כל הפטור הוא מאחר והוא אנוס, אבל אם הוא לא אנוס הרי הוא פושע... ולכן בנידון דידן דהתובעת לא היתה אנוסה אלא שעשתה המלאכה לבדה, הרי היא לא אנוסה ולכן אין מקום לחייב את הנתבע להחזיר את שכרו"). אבל השווה לעיל, ליד ציון הערה 416, ואולי שונה המצב כאן שלא נשתנו הנסיבות אלא האישה שינתה את טעמה והחליטה להשלים עם בעלה.

⁹⁴⁵ שו"ת חכם צבי (הנוספות), סימן ט, אות לב.

לשון אחר, שיטת הראב"ד היא, שפועל שהחל במלאכתו והמעסיק נהנה מן המלאכה, זכאי הוא למלוא שכרו, אף אם התמזל מזלו וחלק מן העבודה הושלם על ידי גורם אחר (כגון שהחל להשקות את השדה וירדו גשמים שהשלימו את ההשקיה). אבל אם לא התקיימו אחד משני התנאים המצטברים האלה – תחילת המלאכה והנאת המעסיק – אינו זכאי לקבלת שכרו. כך, אם הגשמים ירדו לפני שהחל במלאכתו, או שהחל במלאכתו אבל אונס מנע ממנו את השלמת המלאכה והמעסיק לא נהנה (כגון שפסקו המים מן הנהר ואינו יכול עוד להשקות) – מפסיד הוא את שכרו⁹⁴⁶. אשר לקבלן, מאחר ששכרו תלוי רק בתוצאה, דעת הראב"ד שדי במבחן ההנאה.

⁹⁴⁶ בית הדין מציין שמבחן הנאת המעסיק עולה כבר מתשובת הראב"ד, המובאת על ידי הרשב"א בתשובותיו, חלק א, סימן אלף כח, שם קבע שהשוכר בית ומת באמצע תקופת השכירות, חייבים היורשים להמשיך ולשלם את מלוא דמי השכירות, משום ששכירות כמכר. ומעיר בית הדין: "ולמה ליה להראב"ד לחייב אותו מפני שהוא כמכר, הלא גם בפועל אם התחיל לעבוד חייב לשלם? אלא ודאי דהראב"ד לא חידש דינו אלא רק כשנהנה בעל הבית, אבל היכי שלא נהנה הרי הוא פטור... ולכן כשמת השוכר הרי לא נהנה ולכן דן הראב"ד לחייב מאחר והוא כמכר גמור" (פד"ר ו, עמ' 189, ד"ה וראיה מוכרחת).

בית הדין מוסיף ומעיר שמבחן הנאת המעסיק מקובל גם על מהר"ם מרוטנבורג (לעיל, הערה 942) ומאחר שלדעתו אין הבדל מהותי בין שכירות פועלים לשכירות בתים (ראה לעיל, ליד ציון הערה 244), מובן מדוע פסק בעניין שוכר בית שמת, שהשוכר פטור מהמשך תשלום דמי השכירות.

עוד מעיר בית הדין שלאור מבחנים אלה – תחילת המלאכה והנאת המעסיק – מתחוויר יפה מדוע במקרה של הפסקת הנהר שממנו אמור הפועל להשקות את השדה (שם המעסיק לא נהנה) מודגש (בכל נוסחי התלמוד) שהנהר פסק "בפלגא דיומא", כלומר באמצע היום, לאמור שאפילו שהפועל התחיל במלאכתו מאחר שהמעסיק לא נהנה, הפועל אינו זכאי לשכרו (והשווה תשובת הרב אברהם ישראל המובאת בבן ידיד, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה י, ד"ה אך לדידי חזי, הטוען שהגהות מרדכי גורס "בפלגא דליליא", ולא היא), ואילו במקרה של ירידת הגשם (שם המעסיק נהנה) לא ציין התלמוד דבר (ובגרסאות רבות אף מודגש שהגשם ירד "בפלגא דליליא", כלומר באמצע הלילה), לאמור שהפועל מפסיד את שכרו רק משום שעדיין לא החל במלאכת ההשקיה.

[ומכאן תשובה לתמיהת רבי עקיבא איגר על הראב"ד: "וצריך עיון מההוא דאגר אגירא לדולא ופסק בפלגא דיומא דהתחיל במלאכה" (חידושי רבי עקיבא איגר, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה עוד י"ל). שמאחר שהמעסיק לא נהנה, אין משמעות לעובדה שהפועל התחיל במלאכה. וכפי שהעיר בית הדין שם, עמ' 189, ד"ה והנה במה. והשווה לעיל, הערה 195, שפוסקים נוספים הבינו כמו רבי עקיבא איגר שדברי הראב"ד אמורים גם בסיכול העסקת הפועל, ולא רק כשהושגה מטרת העסקתו מאליה].

וראה עוד פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק יב, הערות טו*, טז.

11. נספח שני: פגם שאירע לאחר הקנייה - שלילת ביטול העסקה מכוח אומדנה

(להערות 428; 529; 563; 564; 567)

לעיל ראינו שלפי התוספות, הקונה חפץ מחברו ונפגם החפץ לאחר הקנייה, אינו יכול לטעון שלא על דעת כן קנה את החפץ, משום שוודאי שתנאי זה אינו מקובל על המוכר. בנספח זה נסקור גישות אחרות לשלילת טענת הביטול⁹⁴⁷.

א. טענת "מזלך גרם" כשוללת ביטול מכוח אומדנה (מחנה אפרים, 'נתיבות המשפט', 'צלעות הבית')

לדעתם של 'מחנה אפרים'⁹⁴⁸ ו'נתיבות המשפט'⁹⁴⁹, הסייג המכריע להסתמכות על "אומדנה דמוכח", אינו התחשבות בצד שכנגד (כפי שטוענים התוספות), אלא הסייג הוא **כאשר ניתן לייחס את האירוע המכביד ל"מזלו" של המתחייב**. זו הסיבה לדעתם, שככלל, אירוע מכביד המתחולל לאחר העברת הבעלות בעסקת מכר, אינו פוטר את הקונה מקיום חלקו בעסקה, שכן יכול המוכר לטעון כנגדו: "מזלך גרם", לאמור אילולי עבר הנכס לבעלותך לא היה נפגם ("דכל היכא דנסתחפה שדהו, ליכא טענה למימר אדעתא דהכי לא עשיתי, כיון דמזלו גרם" – לשון 'מחנה אפרים'; "מה שייך לומר אדעתא דהכי לא קנה, כיון דבמזלו וגרמתו נהרגה או נטרפה, ודאי דההיזק חל עליו" – לשון 'נתיבות המשפט')⁹⁵⁰.

בהתאם לגישה זו, 'נתיבות המשפט' מרחיק לכת ומחדש, שאם אין לייחס את האירוע המכביד למזלו של הקונה-החייב - כגון ב"מכת מדינה", הפוגעת בכל בלא הבחנה, שוודאי אין לייחסה למזלו של הקונה - הרי שאומדנה דמוכח עשויה לבטל **חד-צדדית** אף עסקה **קניינית**⁹⁵¹.

⁹⁴⁷ מלבד הגישות הנסקרות להלן, ראה עוד אבן האזל, הלכות סנהדרין, פרק ז, הלכה י, ולכן נראה דאפשר.

⁹⁴⁸ מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ד, ד"ה מי ששכר.

⁹⁴⁹ נתיבות המשפט, סימן רל, ס"ק א. וראה דבריו גם בשו"ת רבנו יעקב מליסא, חו"מ, סימן סג.

⁹⁵⁰ למשמעות זו של המושג "מזלך גרם", **כנימוק** להטלת אחריות, שאילולי עבר הנכס לבעלות הקונה הוא לא היה נפגע, ראה הרב צימבליסט (לעיל, הערה 529). והשווה לעיל, הערה 278.

והשווה ר' אפרים זלמן מרגליות בשו"ת אגודת אזור (מרגליות), אבן העזר, סימן לו, אות כא, המצביע על כשל לוגי בסברה זו: "דעת התוספות דאדרבה, כיון דמצי טעין אדעתא דהכי לא קנה ובטל המקח, לא נסתחפה שדהו כלל רק **שדה המוכר**". וכך העיר גם ישועות יעקב (אורנשטיין), אבן העזר, סימן נ, אות ג. והשווה ר' דוד טעבלי, מובא בצלעות הבית, שם, בתחילת הסימן. וראה להלן, הערה 952, ביקורות נוספות על גישה זו.

⁹⁵¹ וראה צלעות הבית (לר' מאיר פוזנר), סימן ו (בסופו), שלדעתו, המשקל המכריע שיש לתת לטענת "מזלך גרם", **מקובל על התוספות**, ועל כן יש לפרש, שהם שאלו את שאלתם בעניין "הלוקח פרה" ב"מכת מדינה" **דווקא**, שם לא ניתן לייחס את הפגיעה בפרה למזלו של הקונה. ובכל זאת, חידשו התוספות, שהקונה מפסיד, משום שאין כאן אלא אומדנה בינונית, שאין לבטל מכוחה את העסקה, כאשר הביטול פוגע בצד השני (להבדיל מאומדנה גדולה, שגם תוספות מסכימים שהיא עילת ביטול גם בחוזה דו-צדדי, כפי שראינו לעיל, הערה 567).

על פי זה, פסק 'נתיבות המשפט' לטובת סוחר שחתם על חוזה לקניית כמות גדולה של פשתן במחיר גבוה לאור הביקוש, בהסתמך על חוזים שחתם הוא מול השלטון (שהיה זקוק לפשתן לאספקת מדים לצבא). לימים, נחל המלך תבוסה במלחמה וביטל את הזמנת הפשתן. כתוצאה מכך ירד שער הפשתן, וביקש הסוחר לחזור בו מחוזה הקנייה שלו. כאמור, 'נתיבות המשפט' רואה בכך "מכת מדינה", ועל כן הוא פוסק לטובת הסוחר-הקונה מכוח אומדנה, שעל דעת כן לא קנה.⁹⁵²

נציין, שאחדים מחכמי מרוקו במאה הי"ט הסתמכו על פסק מחודש זה של 'נתיבות המשפט', בעניין שהובא לפתחם בשנת 1887. באותו מקרה, סמוך לאחר חתימת עסקה לקניית טבק וסמים, ביטל המלך את הזיכיונות למסחר בחומרים אלה, וציווה על השמדת כל מלאי הטבק והסמים. רב שמואל עמאר⁹⁵³ (רבה של מקנאס), ורב יצחק אבן דנאן⁹⁵⁴ (דיין בפאס), מזכירים את פסקו של 'נתיבות המשפט', ופוטרים את הקונים מתשלום, מכוח אומדנה דמוכה, **לרבות ביחס לסחורות שכבר נטלו בהן חזקה**. אבל עניין זה עורר פולמוס גדול בין רבני מרוקו. רב רפאל משה אלבז⁹⁵⁵

⁹⁵² שו"ת נטע שעשועים (קרא), סימן מה, דוחה סברה זו בתקיפות: "לבטל המקח אחר שקנה, משום דלא מצי המוכר למימר הא משום ליתך דידך [=מזל שלך], זה דבר זר שלא עלה על לב אדם... מוכר כבר נסתלק מדבר המכור, ולא שייך לומר מזליה גרם". לשון אחר, אין מקום לטענת "מכת מדינה" במכר כי אם רק בשכירות, וכפי שהטעמנו לעיל, ליד ציון הערה 322. אותה ביקורת (תוך הפנייה לשו"ת נטע שעשועים) משמיע הרב שלום שבדרון בשו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן קפ, ד"ה מכתבם; שם, סימן קפא, ד"ה והנה כבר. בסימן קפא הוא דן בסוחרים מרוסיה שקנו מטען גדול של קרשים ומבקשים לחזור בהם מן העסקה בטענה שבשל מכס כבד שהוטל בינתיים על הסחורה ברוסיה הם ייצאו נפסדים. הוא דוחה את תביעתם, משום שאין מקום לטענת "מכת מדינה" במכר (ראה לעיל, הערה 322). אולם יש לשים לב, ש'נתיבות המשפט' אינו טוען שהפטור של הקונה מבוסס על "מכת מדינה" כשלעצמה (יש להניח שהוא מסכים שפטור זה קיים רק בשכירות ולא במכר), אלא רק שמכת מדינה מאפשרת לפטור את הקונה מכוח אומדנה שאדעתא דהכי לא קנה. וראה כעין זה לעיל, הערה 321, בהסבר דברי הרמ"ה בעניין ביטול עסקת מכר באשראי. ביקורת אחרת על חידושו של 'נתיבות המשפט' מעלה הרב שבדרון בספרו משפט שלום, חו"מ, סימן רל, סעיף ט, ד"ה והנה בנה"מ. הוא מעיר, שירידה או עלייה בשער הסחורות בשוק הם תמיד בגדר "מכת מדינה", ולא עולה על הדעת לבטל עסקאות בשל כך, שאם כן יתמוטטו חיי המסחר, אלא "הדבר ברור כי אדעתא דהכי קונים, אם לשכר אם להפסד, וידוע כי השערים משתנים מיום ליום... ואין אדם יודע במה משתכר... אדעתא דהכי נכנס! והתוספות לא הקשו רק [=אלא] בענין המקרה המתחדש מבחוח, כגון אם מתה או נטרפה אחר כך".

עם זאת, לגופו של עניין, בעל 'נטע שעשועים' ומהרש"ם מסכימים עם הפסק של 'נתיבות המשפט', לפיו הקונה רשאי לבטל את העסקה, משום שבאותו מקרה, היה גם גילוי דעת וגם "אומדנה גדולה" שהעסק נעשה על סמך החוזים מול השלטון (וזה עילת ביטול גם בחוזה דו-צדדי, כפי שראינו לעיל, הערה 567. ואכן כך פסק בעניין דומה שו"ת שער אפרים כפי שראינו לעיל, הערה 444. נתיבות המשפט מפנה בעצמו לתשובה זו ומטעים שמכוח נימוקו נכון הפסק לכולי עלמא, היינו גם לשיטת רבנו יונה אף שכעיקרון הוא נוקט שאין בכוח גילוי דעת לבטל עסקת קנייה, ראה לעיל, הערה 444). וראה שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ל, שמצדד אף הוא בפסקו של 'נתיבות המשפט' (ומביא לו סיוע משו"ת הרשב"ש, לעיל, הערה 435), כשהוא מתעלם מדבריו בעניין טענת "מזלך גרם". וכן ראה שו"ת שארית יהודה (לר' יהודה ליב, אחי בעל התניא, ברוקלין תשס"ט), חו"מ, סימן ב. וראה פתחי תשובה, חו"מ, סימן רז, ס"ק ו. וראה עוד בכורי גשן (לעיל, הערה 427), אותיות ז-ח.

⁹⁵³ שו"ת דבר שמואל, חו"מ, סימן טו, ד"ה גם מדברי, וסימן יז (סימנים אלה מודפסים גם בספר השו"ת של הרב יעקב בירדוגו, להלן, הערה 956, בעמ' רכח-רלא, ובעמ' רלב-רלד. הוא מעתיק את דברי הרב עמאר ומתפלמס אתו).

⁹⁵⁴ שו"ת ליצחק ריח, סימן א, ד"ה אתאן.

⁹⁵⁵ שו"ת הלכה למשה, חו"מ, סימן קיט (הוא חוזר בו ממה שפסק תחילה, בסימן קיח, לטובת הקונים. סימן קיח מודפס גם בשו"ת דבר שמואל, שם, סימן יד, עמ' סג, ד"ה נדרשתי).

(רבה של צפרו), ורב יעקב בירדוגו⁹⁵⁶ (דיין במקנאס), חולקים על עמיתיהם ומצמצמים את ההסתמכות על אומדנא דמוכח בקניית נכס. לדעת שניהם, 'נתיבות המשפט' סייג בעצמו את הפסק שלו לעסקאות בהן הקונה **טרם נטל את החזקה במקח**⁹⁵⁷, ולא זה היה המצב במקרה דנן. ולדעת רב יעקב בירדוגו, הטלת הסיכון בגין אבדן הסחורה על המוכר מכוח אומדנא, אמור רק באונס שכיח ולא באונס שאינו שכיח, שלא עלה על דעתו כלל⁹⁵⁸.

ב. טענת אומדנא מועילה רק ביחס לדבר מה שמחוץ לאובייקט העסקה (חתם סופר)

לדעת 'חתם סופר'⁹⁵⁹, ככל שנפגע האובייקט נשוא העסקה או החוזה, על בעל הקניין או הזכות לשאת בתוצאות אבדן קניינו או זכותו, ואין בכוח אומדנא לבטל את העסקה, כמאמר הקלסי של התלמוד, במי שאבד קניינו: "נסתחפה שדהו", וההפסד שלו.

על פי גישתו, אומדנא שייכת רק באירוע מסכל הנוגע **לדבר מה שמחוץ לאובייקט העסקה**, היינו דבר הנוגע למוכר או לקונה, שגרם לכך ששינו את מצבם לרעה. לפי זה, מובן מדוע הקונה פרה ונטרפה, אינו יכול לבטל את הקנייה, שכן **קניינו** הוא שנפגע, בעוד שהמוכר נכסיו וגילה דעתו שהוא עושה כן על דעת לעלות לארץ ישראל, יכול לבטל את המכירה אם נמנע ממנו לעלות, מאחר שלא פגע סיכול המטרה בקניינו. וזה לשונו⁹⁶⁰:

דלא מצינו אומדנא, אלא בהלוקח או בהמוכר, **לא בדבר הניקח**... אם נעין בכל האומדנות, לא מצינו אלא בהמוכר, כגון... על מנת למיסק לארץ ישראל ולא איתדר ליה, דעל דעת כן לא מכר... וכן בהלוקח חפץ, ואירע אונס בהלוקח, כמו שכתבו תוספות. אבל אירע אונס בהדבר הניקח, כגון שנטרפה הפרה, לא אמרינן אומדנא. **דכיון שמשך או קנה, ברשותו נעשה מה שנעשה.**

לשון אחר, ככל שהאירוע נוגע לאובייקט העסקה, הכלל הוא ש"אין אחר קניין כלום"⁹⁶¹, אלא אם כן ניתן להניח, שהתנאי מכללא לקיום העסקה היה מוסכם על הצד השני, כפי שהטעימו

⁹⁵⁶ שו"ת עדות ביעקב, חו"מ, סימן קג, עמ' רכו-רלה (חלק מסימן זה מודפס גם בספר השו"ת של הרב שמואל עמאר, לעיל, הערה 953: עמ' רלא-רלב, בסימן טז, ועמ' רלד-רלה, בסימן יח. הוא מעתיק את דברי הרב בירדוגו ומתפלמס אתו).

⁹⁵⁷ ראה: שו"ת עדות ביעקב, שם, עמ' רכח, ד"ה הרי; שו"ת הלכה למשה, שם, סימן קיט. וראה לעיל, הערה 564, ולחלן, נספח ט, תת-פרק ג, עמ' פפפ.

⁹⁵⁸ בדומה למה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 612. הרב עמאר דוחה את הטיעון הראשון, שם, סימן יז, ד"ה גם מ"ש מההיא, ואת הטיעון השני, שם, ד"ה גם מ"ש הידיד.

⁹⁵⁹ ראה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן ז, ד"ה וכשאני לעצמי; חו"מ, סימן ע, ד"ה ובסי' ר"ל בטור; אבן העזר, חלק ב, סימן עד, ד"ה ומעתה אומר; שם, סימן קנו, ד"ה ולענין בגדים; שם, סימן קנט, ד"ה והתוס' כתובות (מקורות אלה מובאים בפתחי תשובה, חו"מ, סימן רז, ס"ק ו).

⁹⁶⁰ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן ז, ד"ה וכשאני לעצמי.

⁹⁶¹ שם, אבן העזר, סימן קנו, ד"ה ולענין בגדים. וראה מבשר אשיב (צויבל), בני-ברק תשס"ח, סימן ב, ד"ה מיהו בענין ידין, הוא מאמץ גישה זו של חתם סופר ומחיל אותה על מי שמכר ביתו במחיר הנקוב בדולרים, במטרה לפרוע

התוספות. הוא מודה שקשה להעמיס גישה זו בדברי התוספות, שאם כן, לא היה מקום לשאלתם, בעניין פרה שנטרפה אחרי הקניה: "ואם אולי אי אפשר להעמיס כן בלשון התוספות וסברתם, מכל מקום נראה לי האמת כן, **שלא ימצא אומדנא בהדבר הניקח**".

דומה שלהבחנה זו בדיוק, מכוון הרב רפאל יוסף חזן, בעל 'חקרי לב'⁹⁶². הוא דן במי שהשכיר בשכירות משנה מקומות באוניה המפליגה לארץ ישראל, וההפלגה בוטלה, בשל מלחמה שפרצה בין צרפת לטורקיה. הוא פוסק, שהשוכרים אינם זכאים להחזר כספם, שלא קָדִין "המוכר נכסיו על דעת לעלות לארץ ישראל", ומסביר: "נראה לי, דהתם [בעניין המוכר על דעת לעלות לארץ ישראל], דהמכר הוא דבר אחד – דהיינו הקרקע – והגילוי דעת, דחשיב כתנאי גמור הידוע, בדבר אחר, דהיינו אם יעלה לארץ ישראל, הוי ליה כמוכר על תנאי, דאי לא נתקיים התנאי בטל המכר. **אבל בנדון דידן, דהשכירות [היא של מקומות בספינה] לעלות לארץ ישראל - אין כאן מעשה ותנאי, ובעינן... שיהיה העיכוב מצד המשכיר כי היכי דלחייב**"⁹⁶³.

חובות, וירד ערך הדולר וכתוצאה מכך קיבל בשקלים כעשרים אחוז פחות ממה שציפה. לדעתו, אין למוכר עילה לחזור בו מן העסקה, "לפי שירידת המטבע זה אונס בגוף המקח ולא אונס צדדי". ומוסיף: "והגע בעצמך המוכר ביתו וכעבור זמן מה נתיקרו הדירות, וכי יוכל המוכר לבטל המקח, בודאי שלא לפי דזה נקרא מסחר".

⁹⁶² חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן פא, בסופו.

⁹⁶³ ואילו כאן העיכוב אירע בשל המלחמה ולא באשמת המשכיר, ועל כן אין עילה להטיל עליו חיוב. גישה זו של 'חקרי לב' ו'חתם סופר' תואמת יותר את ההבנה השנייה של המושג "מזלך גרם", שעומד עליה הרב צימבליסט (לעיל), הערה 529, היינו כתיאור תוצאה ולא כנימוק להטלת אחריות.

12. נספח שלישי: "דבר האבד" - שיטת מהרי"ח

(להערות 49; 548)

בדיוננו לעיל הערנו⁹⁶⁴, שחיוב הפיצויים המוטל על פועל בגין הפרת חוזה עבודה ב"דבר האבד" מוגבל בשניים: (א) הוא מוגבל עד לתקרה של כפל שכרו של הפועל (ואם הפועל הותיר משכון בידו של המעסיק - "באת חבילה לידו" - עד גובה המשכון); (ב) לפי רוב הראשונים⁹⁶⁵, הוא מוגבל למקרים בהם אילולי ההפרה לא היה נגרם נזק למעסיק, אבל אם הנזק היה נגרם גם אילולי ההפרה, הפועל פטור. כך לדוגמה, הפועל לא יחויב בפיצויים, אם קיבל על עצמו להעלות פשתן מן המשרה בשעה שהפשתן כבר היה נתון במשרה ועומד להתקלקל, ופועלים אחרים לא היו בנמצא לעשות את העבודה.

למהרי"ח⁹⁶⁶, מורנו הרב יחזקיה ממגדבורג, שיטה ייחודית ביחס לנקודה השנייה. לדעתו, אם הייתה למעסיק אופציה להעסיק פועלים אחרים לולי העסיק את הפועל, כלומר, אם בהפרת חוזה העבודה יצר הפועל את הנזק, אין צורך להזדקק לדין "דבר האבד", שכן קיים בסיס משפטי אחר – "דינא דגרמי" - מכוחו ניתן להטיל עליו חיוב פיצויים, שאינו מוגבל לכפל שכרו של הפועל, אלא מחייב את הפועל בפיצוי מלא. דין "דבר האבד" אמור אפוא **דווקא** כשפועלים אחרים לא היו בנמצא, שם אין בדיני הנזיקין בסיס להטיל על הפועל תשלום פיצויים, מאחר שלא הוא יצר את הנזק⁹⁶⁷.

אמנם, לכאורה, מלשון מהרי"ח עולה שחיוב זה מוטל על הפועל משהסכים לעבוד, אף בלא מעשה קניין, ואף לפני שהחל בעבודה ("כיון שנשכרו לו כבר, צריכין לעשות או שוכר עליהן"). ואכן כך הבינו דבריו חלק מן הפוסקים⁹⁶⁸. אלא שלפי זה קשה להבין מה יסוד החיוב, שהלא לכאורה, מאחר שלא הוא יצר את הנזק, מלבד שאין לחייבו מ"דינא דגרמי", גם אין לחייבו מדין ערב⁹⁶⁹, וגם קנס קשה להצדיק בנסיבות אלה⁹⁷⁰.

⁹⁶⁴ לעיל, הערה 37.

⁹⁶⁵ ראה לעיל, הערה 49.

⁹⁶⁶ מובא בהגהות אשרי, בבא מציעא, פרק ו, סימן ב.

⁹⁶⁷ מהרי"ח מטעים שדין "דבר האבד" אמור גם ביחס לנזקים שאינם ברי פיצויי נזיקין, משום שאינם מסיבים לניזק "הפסד ממון" אלא "הפסד רצון" (כלשון חידושי הריטב"א, בבא מציעא עה ע"ב, ד"ה להביא פרייפרין וחלילין לכלה). כך הוא לדוגמה במי שהזמין תזמורת לחתונה, שאי-הגעת התזמורת גורמת לו עוגמת נפש ("הפסד רצון" - שאינו בר פיצויי נזיקין) ולא "הפסד ממון" ("וגבי חלילים ופירפורין נמי, דליכא הפסד ממון - שוכר עליהם או מטען").

⁹⁶⁸ ראה: ש"ד, חו"מ, סימן שלג, ס"ק כח; רבי עקיבא איגר, חו"מ, סימן שלג, סעיף ב, ד"ה הר"ז; חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק כג. וראה גם שילס ורהפטיג, **דיני חוזים במשפט העברי**, ירושלים תשל"ד, עמ' 27.

⁹⁶⁹ על דין ערב כבסיס לחובת תשלום פיצויים בהפרת חוזה עבודה, ראה ריטב"א (לעיל, הערה 46).

⁹⁷⁰ על קנס כבסיס לחובת תשלום פיצויים בהפרת חוזה עבודה, ראה רש"י (לעיל, הערה 42).

ואולם פוסקים אחרים טוענים⁹⁷¹, שחיוב מיוחד זה, חל רק לאחר מעשה קניין או למצער עם תחילת העבודה, שכמוה כמעשה קניין⁹⁷². ולפי זה, אפשר שלדעת מהרי"ח עניינו של דין "דבר האבד" באכיפת החיוב החוזי של הפועל⁹⁷³, באמצעות מימון פועל חלופי על חשבון הפועל המפר.

נעיר לסיום, שמהרי"ח אינו דן בפטור הפועל מחיוב זה כשאירע לו אונס, אבל יש להניח שיסודות הפטור שמצאנו בדברי רש"י והריטב"א⁹⁷⁴, עשויים להיות מקובלים גם עליו. על יסוד הנחה זו, הרב ישראלי מוכיח משיטת מהרי"ח, שסיכול חוזה פוטר לא רק מפיצויים אלא גם מאכיפה⁹⁷⁵.

⁹⁷¹ ראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סימן ז; צמח צדק (שניאורסון), בבא מציעא, פרק ו, משנה א, ד"ה בהרא"ש; לחקרי הלכות (הלר), סימן ה; הרב שאול ישראלי, חוות בנימין, חלק ג, סימן קח, בעמ' תרצה, אותיות ז-ח; עולת איש (שרבאני), ענייני שכירות, ירושלים תשע"ג, עמ' שמג, הערה יא. וראה עוד איתמר ורהפטיג, ההתחייבות, ירושלים תשס"א, עמ' 253.

⁹⁷² מחנה אפרים, שם, מקשה עליו שלא כך עולה מן המשנה, ממנה עולה שדין "דבר האבד" חל אף לפני תחילת המלאכה.

⁹⁷³ שהתגבש עם מעשה הקניין או עם תחילת העבודה.

⁹⁷⁴ לעיל, פרק 2.א(1), עמ' פפפ.

⁹⁷⁵ ראה לעיל, הערה 548.

13. נספח רביעי: יסוד הפטור מכוח אומדנה

(להערה 448)

לעיל⁹⁷⁶ ראינו, שהפטור מכוח אומדנה ("אדעתא דהכי לא...") יסודו **בתנאי מכללא**. הערנו⁹⁷⁷ שהדעות נחלקו בשאלה אם יסוד הפטור **בדיני התנאים** (כמשתמע לכאורה מלשון הרא"ש⁹⁷⁸: "וכאלו התנה בפירושו"), או שישודו בעמידה על **היקף גמירות דעתו של המתקשר**⁹⁷⁹. להלן נרחיב מעט בליבון גישות אלה והנפקות המשפטית ביניהן, ונעמוד גם על גישות נוספות.

תנאי - רב שמואל רוזובסקי⁹⁸⁰ מטעים בדעת התוספות⁹⁸¹: "דמה שחידשו דאומדנה מהני [=מועיל] גם בלא פירש כלום, אין זה משום דבמקום דאיכא אומדנה אין צריך לחידוש תנאי ורק היכא דעושה תנאי צריך להלכות תנאים, **אלא כונתם דאומדנה נמי מהני מתורת תנאי**, אלא דהיכא דאיכא אומדנה הוי ככפל תנאו, והן קודם ללאו, ושאר משפטי התנאים"⁹⁸². לשון אחר,

⁹⁷⁶ לעיל, פרק ג.ג, עמ' פפ.

⁹⁷⁷ לעיל, הערה 448.

⁹⁷⁸ שו"ת הרא"ש, כלל לד, סימן א. מצוטט לעיל, ליד ציון הערה 523.

⁹⁷⁹ בדומה ליסוד הפטור בגין טעות בחוזה, היינו טעות הנוגעת למצב הדברים בשעת כריתת החוזה. ראה חוק לישראל, **פגמים בחוזה**, ירושלים תשע"ב, עמ' 116, ליד ציון הערה 35. אמנם השווה שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא תניינא, סימן נא, ד"ה והנראה לענ"ד, וסימן קו, ד"ה והנלענ"ד. לדעתו, אף הפטור בגין **טעות בחוזה** יסודו בדיני התנאים (ראה חוק לישראל, **שם**, ליד ציון הערה 36). ואם זהו יסוד הפטור בגין טעות הנוגעת למצב הדברים בשעת כריתת החוזה, קל וחומר שזהו יסוד הפטור מכוח אומדנה בגין התפתחות עתידית. וראה קונטרסי שיעורים (גוסטמן), קידושין, שיעור כא, אות ח. לדעתו, כשיטת רבי עקיבא איגר נוקט גם אור שמח, הלכות אישות, פרק י, הלכה ב, ד"ה עוד הנני וד"ה ונתבונן נא. אבל לאור דברי אור שמח, שם, ד"ה אולם בזה יש לדון, ספק אם הוא אכן נוקט כמו רבי עקיבא איגר. בהתאם לגישתו, רבי עקיבא איגר קובע, שאותן פעולות שלא ניתן לעשותן על תנאי, כגון נישואין (להבדיל מקידושין), אי אפשר לבטלן בטענה שתוקף הפעולה היה מותנה במצב מסוים. וסייג זה חל אפוא גם על אומדנה בגין התפתחות עתידית.

לביקורת על גישה זו ראה הרב אשר וייס, שיעור מורנו הרב שליט"א, פרשת תולדות, תשע"א, אות ה, <https://tinyurl.com/mtxemrem>.

⁹⁸⁰ שיעורי רבי שמואל, קידושין מט ע"ב, אות שעב.

⁹⁸¹ דבריו מתייחסים לתוספות, קידושין מט ע"ב, ד"ה דברים שבלב, בשם ר"י.

⁹⁸² כעין זה נוקט לכאורה הר"ן, קידושין כא ע"א (בדפי הר"ן), ד"ה ההוא גברא: "אבל גלוי הדעת בלא תנאי הרי הוא כמו שהתנה וכפל". אבל השווה מהרי"ט (להלן, הערה 992), שמפרש אחרת את דבריו. כך נוקט הרב גוסטמן (לעיל, הערה 979), ד"ה והנלענ"ד, בדעת מהר"ם מרוטנבורג ודרכי משה: "דבאומדנה דמעכשיו [היינו בנוגע למצב הדברים בשעת כריתת החוזה] וכל שכן אומדנה שהוא מחמת חסרון ידיעה, אינו צריך לדיני תנאי [שלא כשיטת רבי עקיבא איגר, לעיל, הערה 979] אלא הוא מדין טעות בעלמא, דהרי זה כמכר לו יין ונמצא מים, דפשוט דאין זה המקח שקנה... אבל אומדנה... דלאחר זמן [היינו בנוגע להתפתחות עתידית], בזה סברי שאינו מדין טעות אלא מדין חידוש של תנאי".

כאשר יש אומדנא דמוכח, קיימת פיקציה משפטית כאילו עמד המתקשר בכל "משפטי התנאים"⁹⁸³. לדעתו, כך מוכח מדברי התוספות⁹⁸⁴ בעניין מי שנותן מתנה (אתרוג) על מנת להחזיר, שכן אחר שחידשו שכאשר יש אומדנא אין צורך בתנאי כפול, הוסיפו התוספות להקשות איך מועילה האומדנא? הלא על פי משפטי התנאים צריך שיהיה "תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר"⁹⁸⁵, מה שאינו מתקיים במתנה על מנת להחזיר, שהתנאי והמעשה מתייחסים לאותו אובייקט (האתרוג)?!⁹⁸⁶. מכוח שאלה זו מסיק הרב רוזובסקי, שלפי התוספות יסוד הפטור באומדנא הוא **בדיני התנאים**, שאם לא כן לא היה מקום לשאלה. ובלשונו: "ואי נימא בשיטתם דאומדנא מהני בלא חידוש תנאי [כגון בשל העדר גמירות דעת], אין צריך גם שיהא תנאי [בדבר אחד] ומעשה בדבר אחר, **ועל כרחך דסברתם דאומדנא נמי מהני מתורת תנאי**, אלא דהוי ככפל תנאו ושאר משפטי התנאים"⁹⁸⁷.

על פי גישה זו יש לקבוע⁹⁸⁸, שאותן פעולות שלא ניתן לעשותן על תנאי, כגון נישואין (להבדיל מקידושין), אי אפשר לבטלן בטענת אומדנא.

גמירות הדעת – לעומת הגישה הקודמת, הרמב"ן⁹⁸⁹ מטעים, שיסוד הפטור במי שמוכר את ביתו על דעת לעלות לארץ ישראל, אינו בדיני התנאים אלא בעמידה על היקף גמירות דעתו: "מוכר על דעת מעשה של עצמו – 'שדי מכורה לך אם אעלה לארץ ישראל' – אם לא עלה ודאי בטל מקח... [ש]על דעת כן עשה ולא גמר אלא בכך". ואפילו שלא עמד ב"משפטי התנאים", העדר גמירות

כך נוקט גם הרב אברהם ארלנגר, מראשי ישיבת קול תורה, ברכת אברהם, כתובות (מהדורא תנינא) מז ע"ב, אות ב. לדעתו, כך מתחייב מסברא: "ומה שאינו יודע עתידות לא מקרי טעות כלל, ואין טעות אלא במה שחסר לו ידיעה של דבר שכבר קיים! ומה דמכל מקום שייך לבטל מקח בנדון דידן שלא כתב אלא על מנת לכונסה או היכא דמכר אדעתא למיסק לארץ ישראל באופן דלא הוי דברים שבלב... בכל כי האי לא שייך לבטל אלא מכח אומדנא, **שמתכוין בודאי להתנות כן ולתלות המקח במה שבעתיד יהיה. וזה לא מכח דין טעות** [כלומר לא מכוח העדר גמירות דעת] **אלא מכח התנאה**".

⁹⁸³ על משפטי התנאים, ראה לעיל, הערה 447.

⁹⁸⁴ תוספות, קידושין ו ע"ב, ד"ה לא. וכך הסיק מתוספות שערי חיים (שמואלביץ), קידושין, סימן נב, אות ב, ד"ה אכן.

⁹⁸⁵ ראה גיטין עה ע"א. משמעו של כלל זה הוא שהתנאי שבו תלויה התוצאה המשפטית צריך להתייחס לאובייקט שונה מאשר האובייקט שעליו חלה התוצאה. כך היה בתנאי בני גד ובני ראובן; התנאי היה השתתפות במאמץ המלחמתי לכיבוש הארץ, ואילו התוצאה הייתה קבלת נחלה בעבר הירדן.

⁹⁸⁶ לשאלה זו מציעים התוספות שתי תשובות: "יש לומר, התם לא הוי מסקנא הכי ואיכא שינוי אחריני. אי נמי יש לומר, הא דלא מהני תנאי ומעשה בדבר אחד היינו כששניהם סותרים זה את זה". ואין כאן מקומו.

⁹⁸⁷ הרב רוזובסקי טוען שכך יש לפרש גם את דעת ר"י בתוספות, קידושין מט ע"ב, ד"ה דברים שבלב. והשווה חידושי הגרי"ז, נזיר יא ע"א, ד"ה והנראה בזה דהנה שיטת הגאונים. הוא מסכים שאכן כך מוכח מתוספות, קידושין ו ע"ב, ד"ה לא. אבל לדעתו מתוספות, קידושין מט ע"ב, ד"ה דברים שבלב, עולה שיסוד פטור האומדנא הוא בהעדר גמירות דעת. יש להעיר שהרב רוזובסקי עצמו נוקט כך במקום אחר, ראה שיעורי רבי שמואל, נדרים ט ע"ב, אות סט.

⁹⁸⁸ בדומה למה שראינו לעיל, סוף הערה 979, בדעת רבי עקיבא איגר.

⁹⁸⁹ חידושי הרמב"ן, קידושין נ ע"א, ד"ה דברים שבלב.

הדעת די בו להצדיק את ביטול המכירה⁹⁹⁰. כך עולה גם מדברי הרשב"א⁹⁹¹: "דטפי עדיף גלוי הדעת לבד מתנאי שאינו כהלכתו"⁹⁹². וכפי שמסיק מדבריו הרב רוזובסקי⁹⁹³: "ובהכרח צריך לומר, דהרשב"א הבין בהא דמהני אומדנא בלא משפטי התנאים, **דזה אינו מהלכות תנאי, אלא הוא עוד דין שמבטל המעשה, דאדעתא דהכי לא עביד**".

כעין זה מטעים רבי דוד מנובהרדוק, תלמיד רבי חיים מוולוז'ין⁹⁹⁴, שיסוד דין אומדנא אינו בדיני התנאים הפורמליים, אלא רואים את המתקשר כמי שמסר מעין מודעה שבה הבהיר באילו נסיבות הוא מסכים לבצע את העסקה. וכך נוקט גם הרב שלמה זלמן אוירבך⁹⁹⁵, ומסביר שזו הסיבה ש"תנאי" זה תקף אף שאינו עומד ב"משפטי התנאים": **"דבאומדנא דמוכח לא בעינן למשפטי התנאים, והיינו נמי משום דכיון שאנן סהדי שזה עיקר רצונו, נעשה כשיר בגוף הדבר"**⁹⁹⁶.

⁹⁹⁰ הרמב"ן מוכיח את גישתו מן הכלל לפיו "אסמכתא לא קניא": "שאפילו פְּעֵלָה [לארץ ישראל] קרוב לאסמכתא הוא, [ש]על דעת כן עשה ולא גמר אלא בכך, שהתולה תנאו בדעת אחרים יש לומר כיון שגמר ונתן על ספק התנאי, אינו רוצה בביטול מעשה שבו, אבל זה שתלה תנאו בעצמו, לא גמר ונתן, דאי לא תימא הכי **כל אסמכתא קניא עד שיכפול תנאי שבה**".

⁹⁹¹ חידושי הרשב"א, גיטין עה ע"ב, ד"ה אתקין.

⁹⁹² הרשב"א בא לענות על השאלה, כיצד ייתכן שיש תוקף לפעולה משפטית על תנאי כשהתנאי לא נעשה כפי משפטי התנאים, הלא סוף סוף "גילה בדעתו שאינו רוצה שיתקיים המעשה כי אם בקיום התנאי?". וראה חידושי מהרי"ט על הרי"ף, קידושין כא ע"א, ד"ה ההוא גברא דזבנינהו, שכך פירש את כוונת הר"ן (לעיל, הערה 982).

⁹⁹³ שיעורי רבי שמואל, קידושין מט ע"ב, אות שעה.

⁹⁹⁴ שו"ת גליא מסכת, סימן יא, ד"ה אולם (ז ע"ג).

⁹⁹⁵ שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), חלק א, סימן פ, אות ט, ד"ה וכיון [תשובה זו היא מהדורה מורחבת ממאמרו, "בענין תנאי שלא נעשה לפי משפטי התנאים", סיני מז (תש"ך), עמ' שפג, בעמ' ת]. וראה גם: מקור חיים (לר"י מליסא), ביאורים, סימן תמח, ס"ק ט, ד"ה וזוה ישבתי ("ולפי זה נראה דבאומדנא דמוכח **לאו תנאה הוי אלא שיורא הוא**"); חידושי הגר"ט השלם, ירושלים תשמ"ט, סימן נז, ד"ה ויתיישב ("דבכהאי גוונא **לא מיקרי תנאי כלל**, דלא תלה מעשה המכירה בדבר כלל, אלא דהוא סבר לפי תומו שבדאי יעלה [לארץ ישראל] ועל פי הנחתו עשה את המכירה בכל אופן, ובכהאי גוונא אם נתברר אחר כך שהנחתו היתה טעות, נתבטל המכירה מאליה, אלא דבעינן בזה שיגלה דעתו שעושה המכירה מפני שחושב שבדאי יעלה, דאי לאו הכי הוי ליה דברים שבלב ונמצא שמכר סתם בלי כל סיבה כלל").

⁹⁹⁶ כשיטה זו ראה גם שו"ת בית הלוי (סולובייצק), חלק ג, סימן ג (מובא לעיל, סוף הערה 442). כך עולה גם מדברי הרב ברוך בער ליבוביץ (הוא אינו מזכיר בדבריו את דיני התנאים), ראה ברכת שמואל, נדרים, סימן יד, אות א: "דבמקח וממכר וקדושין דהדעת עושה החלות, ואם כן דאפילו האונס נארע לאחר כך, כיון דהשתא אינו רוצה **נמצא דליכא דעת על החלות**, ומשום הכי בטל הקנין אפילו באונס לאחר כך".

והשווה שערי חיים (שמואלביץ), קידושין, סימן נב, אות ד (=כתובות, סימן קג, אות ג). לדעתו, לא כל האומדנות שוות; יש שיסודן בתנאי מכללא, ויש שיסודן בהעדר גמירות דעת (טעות). וראה שם כיצד הוא מיישב בכך את הסתירה בדברי הרא"ש (שמצביע עליה שו"ת באר יצחק (ספקטור), אבן העזר, סימן י, ענף ד) בענין דין **ספק אומדנה**. מחד גיסא, הרא"ש, בבא בתרא, פרק ט, סימן כג, פוסק בעקבות התלמוד שם קמח ע"ב, ששכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ועמד מחוליו, אינו יכול לבטל את ההקדש מכוח אומדנה שלא התכוון להקדיש אם יחלים, שכן יש **ספק באומדנה** זו אולי לגבי הקדש התכוון להקדיש בלב שלם בין יחיה בין ימות. ומאידך גיסא, לגבי תוספת כתובה, לגביה נאמר כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 513, "לא כתב לה [תוספת] אלא על מנת לכונסה", הרא"ש פוסק (כתובות, פרק ה, סימן ו) **שספק אומדנה** (כגון כשהכניס אותה לחופה אך לא הספיק לחיות עמה חיי אישות) מספיק כדי לשלול

נמצא לפי גישה זו, בשונה מן הגישה הקודמת, שגם אותן פעולות שלא ניתן לעשותן על תנאי, כגון נישואין, אין מניעה לבטלן בטענת אומדנה⁹⁹⁷.

גישה אחרת לכאורה מציע רבי יונה לנדסופר⁹⁹⁸, לפיה הפטור מיוסד על "מעין מקח טעות". גישה זו קשה להולמה, שכן אין לדבר על "מקח טעות" בכל הנוגע להתפתחות עתידית, שהלא טעות נבחנת לפי שעת כריתת ההסכם, וברור שהחייב אינו נביא לדעת מה ילד יום⁹⁹⁹. אבל נראה שאין כוונתו ל"מקח טעות" ממש, אלא "מעין מקח טעות", היינו שגם לפי גישתו, כך יש לאמוד את גמירות דעתו של החייב.

להשלמת התמונה נציין את גישתו המקורית של רבי שמעון שקאפ¹⁰⁰⁰, המאגדת תחת יסוד אחד את דין "מקח טעות" ואת דין האומדנא. לדעתו, יסוד ביטול עסקה בגין "מקח טעות" הוא שהטועה נדון כשטות, משום שכמו השטות, גם הטועה כרת את ההסכם בלי להבין את המציאות שבפניו לאשורה¹⁰⁰¹. ומחדש הרב שקאפ, שפעמים שכך יש להגדיר גם מתקשר ש"טועה" ביחס להתפתחות עתידית; כך הוא כאשר היה בידו להתנות על התחייבותו כדי להיפטר ממנה במקרה של התפתחות בלתי רצויה, ובטפשות הוא נמנע מכך. אמנם, לרוב, מצב זה אינו מתקיים, שכן הצד השני לא היה מסכים לתנאי כזה שיפגע באינטרסים שלו. אולם, באותם מצבים בהם יש להניח

מן האישה את התוספת. הרב שמואלביץ מסביר, שהדין הראשון יסודו בדיני תנאים, ומאחר שהייתה הקדשה וספק אם היה תנאי, לא יכול המקדיש לחזור בו. לעומת זאת, הדין השני מבוסס על העדר גמירות דעת, ואף אם יש רק ספק בגמירות הדעת, ספק זה פועל לרעת האישה שכן "המוציא מחבירו עליו הראיה". לגישה דומה לפיה יש אומדנה שיסודה בדיני תנאים ויש אומדנה שיסודה בהעדר גמירות דעת, ראה הרב עוזיאל, **השופט והמשפט**, ירושלים תשס"ו, שער יב, פרק ט פרק טו.

⁹⁹⁷ וכפי שעולה מפוסקים רבים שסקרנו לעיל, הערות 565 566.

בעל שו"ת גליא מסכת (שם, ד"ה והאי) מצביע על נפקות אחרת בין שתי הגישות והיא, שאם המתקשר מבקש לחזור בו מהמודעה שלו, ולהסכים למכור אף אם לא יוכל לעלות לארץ ישראל, עליו לעשות מעשה קניין חדש (בשונה מתנאי פורמלי שניתן למחילה, משום שנחשב ל"מילתא אחרייתא [=דבר אחר]", ראה שו"ת הרא"ש, כלל לה, סימן ט). אבל דומה שנפקות זו אינם מוסכמת על הכל, שכן השווה 'חקרי לב' (לעיל, הערה 440), המדבר על זכות ביטול, שהמתקשר שומר לעצמו והיה אם לא יתקיימו הנסיבות שציפה להן והוא יקפיד על כך, ולא על ביטול ממילא. והשווה גם שערי חיים (שמואלביץ), קידושין, סימן נב, אות א [=כתובות, סימן קג, אות ב].

⁹⁹⁸ שו"ת מעיל צדקה (לנדסופר), סימן ב, ד"ה ועוד כיון.

⁹⁹⁹ כפי שהקשו עליו: שו"ת משיבת נפש (צינץ), אבן העזר, סימן טז; שו"ת מהר"ם שיק, אבן העזר, סימן ע, ד"ה וכיון שנתברר. וראה ברכת ציון (אבא שאול), קידושין, סימן קעג. וראה גם חוק לישראל, פגמים בחוזה, ירושלים תשע"ב, עמ' 179-180.

¹⁰⁰⁰ רבי שמעון יהודה שקאפ, "סוגיא דנדרי אונסין ועניין תנאי וטעות ויש טענת אונס", **ספר הזכרון למרן הגר"ח שמואלביץ זצ"ל** (ירושלים תש"ם), עמ' תלט, סעיף ו [=תורת ראשי הישבות, נדרים, מודיעין תשע"ו, עמ' תקסט]. וראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, ירושלים תשע"ב, עמ' 175, הערה 303.

¹⁰⁰¹ בשונה מן ההסבר שראינו לעיל, המתמקד בבירור היקף גמירות הדעת של המתקשר, הסבר זה מגדיר את המתקשר כמי שנעדר יכולת לגבש גמירות דעת כל עיקר.

שהצד השני היה מסכים לתנאי משום שהאינטרסים שלו לא היו עלולים להיפגע, החייב נהג כשוטה כאשר לא התנה כאמור, וזה פשר ביטול חוזה או עסקה מכוח אומדנה¹⁰⁰².

¹⁰⁰² כך הוא מפרש את תירוץ התוספות שראינו לעיל, הערה 563. נעיר, שאף הסבר זה קשה להולמו: (א) משום שהעיקר בו (טענת שטות) חסר מן הספר המדבר על טענת "אדעתא דהכי לא..."; (ב) תמוה להגדיר כשוטה מי שנמנע מלנקוט אמצעי משפטי (תנאי) שעמד לרשותו (אמנם באותו ז', הרב שקאפ מצמם הגדרה זו למקרים בהם עלולה עצם מטרתו שלא להתקיים, להבדיל מ"טעות" הנוגעת לעניין צדדי, אבל עדיין קשה לקבל את הדברים). כעין הסברו של רבי שמעון שקאפ ראה ארץ צבי (פרומר), בבא מציעא כא ע"ב, ד"ה ונראה (מודפס בסוף שו"ת ארץ צבי). את המקרה של יבמה שנפלה לפני מוכה שחין (לעיל, הערה 552), אף שמדובר בהתפתחות עתידית, הוא מגדיר כטעות בהווה: "דחשיב טעות בהווה, דאם היה עולה על דעתה שיש מקום להסתפק שמא ימות הבעל, לא הוי מקדשה נפשה, וזה היה אפשר לה לעלות על דעתה, על כן חשיב טעות בהווה". אולם הסבר זה אינו מועיל לגבי התפתחות עתידית בלתי צפויה לחלוטין, שמאחר שלא ניתן היה לצפותה, אין להגדירה כטעות בהווה. בעניין אומדנה ראה עוד שארית יעקב (רוטבלום), חלק ב, בסוגיא דאומדנא, בב"ב קמו ע"ב (דף ד ע"א).

14. נספח חמישי: סוגיית משכיר רחיים

(להערה 445)

בדיוננו לעיל¹⁰⁰³ ראינו שיש שאומדנה תקפה לביטול התחייבות חוזית בשל שינוי נסיבות רק בצירוף גילוי דעת מראש בדבר תכלית ההתקשרות. על הדוגמאות שנסקרו שם ניתן להוסיף את העולה מפירוש התוספות לסוגיית התלמוד¹⁰⁰⁴ בעניין משכיר רחיים של יד. באותו עניין הסכימו הצדדים, שבמקום תשלום דמי שכירות בכסף, ישלם השוכר בשירותי טחינה למשכיר. בתוך תקופת השכירות התעשר המשכיר וקנה רחיים גדולות המופעלות על ידי חמור¹⁰⁰⁵, ומאחר שלא נזקק עוד לשירותי הטחינה של השוכר, דרש ממנו לשלם לו מעתה, שלא כפי שסוכם ביניהם, בכסף כמקובל בהסכמי שכירות. התלמוד קובע, שאם המשכיר יכול למכור את הקמח העודף, כלומר אם לא נגרם לו הפסד, ואילו השוכר אינו מוצא לקוח חלופי, רשאי השוכר לעמוד על המשך תשלום השכירות בשירותי טחינה. בלשון התלמוד, השוכר רשאי לטעון כלפי המשכיר: "טחון וזבין [=טחון ומכור (ברחיים שקנית)], טחון ואותיב [=טחון והניח (למזונותך באותה שאצלי)]"¹⁰⁰⁶.

מכוח טענה זו מסיקים התוספות¹⁰⁰⁷, שאם המשכיר אינו מוצא קונים לקמח העודף, והשוכר מתעקש בכל זאת להמשיך ולשלם בטחינה שאין עוד למשכיר תועלת בה ואף גורמת לו הפסד, רשאי המשכיר לשים קץ לחוזה בטרם זמנו. ומסבירים האחרונים, שהוא רשאי לעשות כן מכוח אומדנה (תנאי מכללא), שהרי המשכיר גילה דעתו בשעת כריתת חוזה השכירות שהוא מסכים שהשוכר ישלם בשירותי טחינה משום שהוא זקוק לקמח למזונות בני ביתו, ומשנשתנו הנסיבות ואינו זקוק לקמח זה עוד, רשאי הוא לחזור בו ולדרוש תשלום בכסף כמקובל, ואם השוכר מסרב, קמה למשכיר עילת ביטול¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰³ לעיל, ליד ציון הערה 436.

¹⁰⁰⁴ כתובות קג ע"א.

¹⁰⁰⁵ לפי ה"ט"ז (בהסברו לשיטת התוספות), קנייה זו נדרשה בשל שינוי מעמדו הכלכלי. ראה להלן, הערה 1008.

¹⁰⁰⁶ על פי רש"י, שם (והשווה ט"ז, להלן, הערה 1008, שמפרש כנראה להפך).

אמנם, אם יש לשוכר מספיק לקוחות כדי שיוכל באותו הזמן לטחון בשכר עבור אחרים במקום לטחון עבור המשכיר, כי אז אינו יכול להתעקש לשלם למשכיר בשירותי טחינה דווקא, שמאחר שלא נגרם לו הפסד "כופין אותו על מדת סדום". וראה שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תקעג (אלף ב), ד"ה ולעניין דין.

¹⁰⁰⁷ תוספות, שם, ד"ה ולא אמרן.

¹⁰⁰⁸ ראה: ב"ח, חו"מ, סימן שיח; ט"ז, חו"מ, סימן שיח, סעיף א, המקישים מקרה זה למה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 437, בעניין מי שמוכר את ביתו על דעת לעלות לארץ ישראל (אמנם, אם המשכיר יכול למכור את הקמח לאחרים ולא ייגרם לו הפסד, אין די בגילוי הדעת). הב"ח מטעים שגילוי הדעת מועיל לבטל את השכירות משום שהביטול לא יגרם הפסד לשוכר אלא רק מניעת רווח, מה עוד שהוא יוכל לשכור רחיים אצל בעל בית אחר. והשווה שו"ת ראש יוסף (לעיל, הערה 226).

אמנם הרא"ש, כתובות, סימן יב, סימן ה, חולק על תוספות. לדעתו, אין לפרש את הדברים ששם התלמוד בפי השוכר – "טחון וזבין טחון ואותיב" – כעומדים ביסוד ההכרעה לטובת השוכר, אלא רק כחיזוקה ("לאלומי למילתיה"). יסוד ההכרעה הוא, שבשל אופיה הקנייני של השכירות ("שכירות ליומיה ממכר הוא"), אי אפשר לסיימה טרם זמנה, מה

עוד שהמשכיר הוא שהביא לסיכול המטרה כאשר קנה רחיים, "יומי הזקיקו לקנות רחיים ויפסיד השוכר? והואיל דאיכא פסידא לתרווייהו יותר ראוי שיפסיד המשכיר ויתקיים שכירות הריחיים עד זמנו". הסמ"ע, סימן שיח, ס"ק ג, מכריע כשיטת הרא"ש.

אבל לדעת ה"י אין מחלוקת עקרונית בין רא"ש ותוספות. הוא מסביר, שלפי התוספות אין לראות את המשכיר כמי שהביא על עצמו את הסיכול, שאם כן התוספות היו פוסקים גם הם כמו הרא"ש. לדעתם, קניית רחיים חדשות נדרשה משהתעשר המשכיר, בהתאם למעמדו החדש: "דהעשירים לא היה מספיק להם טחינת רחיים מה שאדם טוחן ברחיים של יד, או אפשר שאין מאכל עשירים אותו הקמח, שאינו נטחן יפה כמו שנטחן על ידי בהמות. נמצא שמשעה שהעשיר הוצרך לרחיים של חמור, וממילא בטלה השכירות" (וצריך לומר שהוא מפרש הפוך מרש"י, לעיל, הערה 1006: "טחון וזבין טחון ואותיב [=מכור את הקמח שאני מביא לך, והניח אצלך את הקמח שאתה טוחן ברחיים שקנית]). וראה לעיל, הערה 686. לפי זה, כאמור, הרא"ש אינו חולק עקרונית על התוספות, אלא רק בשאלה באיזה מידה היה מוצדק שהמשכיר יקנה רחיים חדשות. אשר על כן, אילו היה מדובר שהמשכיר קיבל רחיים בירושה, גם הרא"ש היה מודה שיש לו עילה לביטול השכירות בשל סיכול מטרת אמצעי התשלום שהוסכם עליו. וראה: הרב שמעון רוסק, "הלכות שכירות בתים - באילו אופני אונס רשאי המשכיר לבטל השכירות", הישר והטוב יט (תשע"ה), עמ' רנט, בעמ' רסה-רסו; הרב ויליגר (לעיל, הערה 416); חוקי חיים (פרידמן), שכירות בתים, בני ברק תש"ע, פרק לה, סעיפים ב-ג; הרב שלמה לויןגר, "החליפו דירות - האם יכולים השוכרים להוציא את המשכירים מבתיהם", הישר והטוב יג (תשע"ב), עמ' קסח-קעג.

[והשווה חבל יוסף, אולם המשפט, סימן שיח, סעיף א, המבסס את הפטור על טענת אונס. לדעתו, יש להתבונן על מקרה זה כשכירות פועל לטחינה כשהשכר שהוסכם עליו הוא השאלת הרחיים בחינם. "שוכר" זה כמוהו כמעביד שאינו זקוק עוד למלאכתו של הפועל, שפטור מתשלום שכרו (כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 143), היינו פטור הוא להמשיך להשאיל לו את הרחיים (שהוא השכר שהוסכם עליו). וכבר ראינו לעיל, הערה 226, שיש דעות לפיהן הקדמת השכר אינו מועיל לפועל, אם כי אולי אין לראות בהשאלת הרחיים משום הקדמת השכר, מאחר שגוף הרחיים נותר בבעלות המשכיר, כפי שמעיר הרב גוטליב, שו"ת יג"ל יעקב, הגהות על שולחן ערוך חו"מ, סימן שלד, ד"ה שם בפ"ת). יש דוחק בנייתו מקרה זה של שכירות נכס כמקרה של שכירות פועל, כפי שמעיר הרב שלום מרדכי הלוי סגל, "פיטורי משגיח כשרות במלון באמצע ימי החג", בית אהרן וישראל קמ (תשס"ט), עמ' עז, בעמ' פב, אות יב (הרב סגל דן בחוזה שבו אדם הסכים לשמש משגיח כשרות במלון תמורת שהייה במלון בחינם בימי החג, ופטר שלא באשמת המעסיק, ועלתה השאלה האם חייב הוא לפנות את החדר. וראה שם בהרחבה ניתוחו היסודי)].

לכל האמור כאן יש להוסיף את השיטה המיוחסת למהר"ם מרוטנבורג על ידי תלמידו המרדכי (בבא מציעא, סימן שפג, הוזכר לעיל, הערה 427), לפיה יש שצורך עצמי של המשכיר יכול לשמש עילה לסיום מוקדם של שכירות בית מכוח אומדנה (כך הוא לדעתו במשכיר המבקש לסיים את השכירות משום שביתו נפל והוא נותר ללא קורת גג, אבל לא במשכיר שהעני ומבקש לסיים את השכירות כדי לפרנס את משפחתו). ראה בהרחבה ויגודה, שכירות (לעיל, הערה 33), עמ' 421-429. שלא כפי שכתבנו שם, הערה 69, אין הכרח לקשור בין שיטה זו של מהר"ם ובין שיטת התוספות שסקרנו כאן, שכן בוודאי קל יותר להצדיק, מכוח אומדנה, דרישה לתשלום דמי השכירות בכסף במקום בשווה כסף, מאשר להצדיק דרישה לסילוק השוכר מן המושכר. וראה חוקי חיים, שם, עמ' קפט.

15. נספח שישי: שינוי ערך המטבע

(להערות 112; 498)

הפוסקים נחלקו בשאלת השפעת שינוי ערך המטבע¹⁰⁰⁹ על גובה תשלום חוב, יהא מקור החוב אשר יהא - הלוואה, מכר, שכירות, גזל, נזיקין ועוד¹⁰¹⁰. לדעת רוב הפוסקים ובראשם מהרש"ך¹⁰¹¹, חובת התשלום היא על פי הערך הנומינלי של המטבע בשעת יצירת החוב, בין אם ירד כוח קנייתו בשעת התשלום ובין אם עלה. לעומתם, נוקטים מקצת מן הפוסקים ובראשם מהרשד"ם¹⁰¹², שאם ברור שהשינוי בכוח הקנייה אירע בשל שינוי במטבע - בין שהשלטונות שינו את צורתו ומשקלו של המטבע ובין ששינו את שער המטבע - חובת התשלום היא על פי הערך הריאלי של המטבע בשעת ביצוע העסקה, היינו לפי כוח הקנייה שלו¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁹ הכוונה לשינוי בכוח הקנייה של המטבע, להבדיל משינוי שנעשה בגוף המטבע, כגון שהוסיפו או הפחיתו את משקלו, שאז נקבע כבר בתלמוד (בבא קמא צו ע"ב) שיש להתאים את התשלום לפי המשקל החדש. וכך נפסק להלכה, ראה: רמב"ם, הלכות מלוה ולוה, פרק ד, הלכה יא; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קסה, סעיף א. לפי הראב"ד (מובא ברא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן יב), חובת התאמת התשלום היא רק אם הוסיפו משקל על המטבע, וזאת בשל איסור ריבית, ולא אם פחת המשקל. אבל לא כן נוקטים הרי"ף הרמב"ם והרא"ש, ומכאן שלדעתם יסודה של הלכה זו אינו רק בדיני ריבית, לבל יפרע הלווה יותר ממה שקיבל מהמלווה, אלא גם בדיני גזל, לבל יזכה אחד הצדדים ברווח שאינו מגיע לו. ראה נתיבות שלום (גלבר), ירושלים תשנ"ט, סימן קסה, אות טז [=ישורון א (תשנ"ז), עמ' רעט-שג] (להלן: הרב גלבר). אם השלטון ציווה לפרוע מעתה את החובות נומינלית במטבע החדש, רוב הראשונים סבורים שחל הכלל "דינא דמלכותא דינא" והוא גובר על כללי ההלכה (כלומר, אם עלה ערך המטבע אין חשש איסור ריבית, ואם ירד ערך המטבע אין חשש איסור גזל). ראה בהרחבה, שמואל שילה, דינא דמלכותא דינא, ירושלים תשל"ה, עמ' 403-411.

¹⁰¹⁰ ראה: כנסת הגדולה, הגהות טור, חו"מ, סימן עד, ס"ק טו; ברית יהודה (בלוי), פרק כ, סעיף ז. וראה: יצחק זאב כהנא, "שנוי ערך המטבע במשפט העברי", מחקרים בספרות התשובות, ירושלים תשל"ג, עמ' 330-348 [=סיני כה (תש"ט), עמ' קכט-קמח]; שילם ורהפטיג, דיני מטבע במשפט העברי, ירושלים תש"מ, עמ' 74-125; הרב שלמה דיכובסקי, "שינויים בערך המטבע בעבר ובהווה", תורה שבעל פה כו (תשמ"ה), עמ' עד-פג [=לב שומע לשלמה, כרך א (תשע"ד), סימן כו, עמ' תמה-תנט]. וראה פסק דינו המאלף של השופט זילברג, ע"א 248/53 דוונבאום נ' זגר, פ"ד ט 533 (1955), בעמ' 548-557. ועוד ראה חוק לישראל, תרופות בשל הפרת חוזה, סעיף 4, פרק שלישי.

¹⁰¹¹ ראה שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קיא, ד"ה תשובה, וראה גם: שם, סימנים סב, עב; שם, חלק ב, סימן נג. ובלשונו (בסימן עב, בעניין פירעון הלוואה): "צר לי מאד על ההפסד הגדול שהגיע לכל ישראל מחמת זאת הגזרה, אמנם כל איש ישראל צריך שיצדיק עליו את הדין ויקבל בסבר פנים יפות ההפסד המגיע לו מחמת הגזרה על פי התורה". וכך נוקט גם שו"ת דברי ריבות, סימן קיח.

¹⁰¹² ראה שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סימנים קעו, רכד; שם, חו"מ, סימנים עב, עה, צג.

¹⁰¹³ בלשון מהרשד"ם: "מה לי שיהיה הפחת או העילוי מצד המשקל או מחמת גזרה ומאמר המלך ירום הודו". וכך נקט לפניו לכאורה המאירי, בית הבחירה, בבא קמא צו ע"ב, ד"ה הלווה על מטבע: "כן הדין לדעתי בנייתוסף ערך המטבע או פחת אף על פי שלא נתוסף במשקלו". וכך נראה שנוקט חזון איש, בבא קמא, סימן יז, ס"ק לד ("כיון שהפחת על פי צנאת המלך הוי כשינה צורתו". וחוזר על הדברים ביורה דעה, סימן עד, ס"ק ח). וראה חידושים וביאורים (גריינמן), בבא קמא, סימן יג, ס"ק יא. וראה: הרב גלבר (לעיל, הערה 1009), אות ז.

לאור זה, אין מקום לכאורה להסתמך על דברי מהרשד"ם באינפלציה או בדפלציה, שכן קשה לקבוע בנסיבות אלו שהשינוי הוא במטבע ולא בטובין שבשוק. ועוד נטעים זאת ונביא לכך תימוכין, להלן, הערה 1025.

אחד מן התקדימים בעניין זה אירע בסלוניקי בשנת 1582¹⁰¹⁴. באותם הימים מקובל היה בין הסוחרים לקבוע את התמורה במטבע זר - ה"גרושוש"¹⁰¹⁵ - בשל איכות המתכת שלו¹⁰¹⁶, ולא במטבע המקומי - ה"לבנים"¹⁰¹⁷ - שאיכותו ירודה. בפני חכמי סלוניקי הובא מקרה של מכר באשראי, שבו בטרם הגיע מועד התשלום, הפחיתו השלטונות באופן מלאכותי את שער הגרושוש ב-20% לעומת המטבע המקומי¹⁰¹⁸. בשל השינוי, המוכר תובע שהתשלום בגרושוש יעודכן¹⁰¹⁹ או לחלופין שהקונה ישלם במטבע המקומי.

בהתאם לכלל הנקוט בידו, מהרשד"ם מצדיק את תביעת המוכר ופוסק שעל הקונה לשלם למוכר לפי הערך הריאלי של המטבע בשעת המכירה. ואף שבמקרה הנדון סוכם במפורש על תשלום במטבע זר, והיה מקום לומר שהחווה גובר על הכלל, מסביר מהרשד"ם שישנה **אומדנה ברורה** שבקביעתו שהתמורה תשולם במטבע זר, לא התכוון המוכר לנסיבות כאלו, ועל כן על הקונה לשלם את החוב לפי ערכו הריאלי **כפי שורת הדין**: "לא התנה כן [המוכר, שהפירעון יתבצע במטבע הזר] אלא לתועלת ותוספת טובתו, ואין אפשר יהפך לו אור לחושך ויתן לו [הקונה] פ' בעד ק' [=שמונים בעד מאה]?!"^{1020 1021}.

¹⁰¹⁴ ראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן עה; שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קיא; שו"ת דברי ריבות, סימן טיט.

¹⁰¹⁵ Grossos - מטבע אירופי שנסחר היטב ברחבי האימפריה העות'מאנית ובכללה בסלוניקי.

¹⁰¹⁶ כך עולה מטענת הנושה: "כדי שיפרענו במטבע עובר לסוחר ושהכל רצים אחריו בגרושוש ולא במעות רעים כי אם משופרי שופרי כנודע שלא היו בכל המטבעות יותר טוב מהגרושוש".

¹⁰¹⁷ המטבע מכונה גם אשפרוש - Aspros.

¹⁰¹⁸ באותו מקרה, בתמורה למכירת 40 אדרות (גלימות) מיובאות מוולנסיה שערכן 101 לבנים ליחידה (סך הכול 4040 לבנים), התחייב הקונה לשלם עד תאריך נקוב את מרבית הסכום ב"גרושוש". מאחר ששער החליפין בין המטבעות בזמן עריכת החווה עמד על 50 לבנים עבור גרושוש אחד, הועמד החיוב על 80 גרושוש (=50:4000) ועוד 40 לבנים. בצו שלטוני חריג (ראה להלן, הערה 1024) שהוצא לפני ביצוע התשלום, נקבע שאין לשלם על גרושוש אחד יותר מ-40 "לבנים", זאת בניסיון להעלות באופן מלאכותי את ערך המטבע המקומי. וראה לעיל, סוף הערה 112.

¹⁰¹⁹ ובמקום 80 גרושוש ישלם הקונה 101 גרושוש (=40:4040).

¹⁰²⁰ לניתוח דברי מהרשד"ם בדרך זו, ראה: הרב גלבר (לעיל, הערה 1009), אות ו, הערה ב; הרב בארי (להלן, הערה 1025), עמ' 257, ד"ה אולם. הרב גלבר מסביר מדוע אין לראות בנימוק זה נימוק חלופי: "ונראה דאין כוונתו לומר בזה טעם נוסף להא דצריך להוסיף לו על מנין הגרוסוס ומשום דאנן סהדי שאינו רוצה להפסיד, דעד כמה שלא יהא די לנו בטעם הראשון שכתב מהרשד"ם אלא נאמר שאף שנפחת המטבע לא נשתנה החוב, אם כן מה בכך שאנן סהדי שאינו רוצה להפסיד? אטו משום שאינו רוצה להפסיד יכול המלוה להתנות עם הלוח [כלומר לחייבו] שישלם לו יותר ממה שהוא מחויב על פי דיני הממונות?!".

טיעון זה נראה לנו מכריע, אבל יש לציין שלא כולם מנתחים כך את תשובת מהרשד"ם. יש שהבינו שמהרשד"ם רואה ב"אומדנה" נימוק נוסף ועצמאי לפסקו, ראה לדוגמה הרב יעזר אריאל, "הצמדה בכתובה, בתוספת כתובה ובנדוניה", שורת הדין ט (תשס"ה), עמ' תפא, בעמ' תפד ("לפי מהרשד"ם בנימוק השני עולה, שקיימת אומדנה שהלווה הסכים להתחייב להחזיר את השווי האמיתי של הכסף שקיבל"). וראה גם מאמרו, "פשרה בהצמדת חובות ובתוספת כתובה", שורת הדין יז (תש"ע), עמ' נו-עז, בעמ' נז. ויש שאף ראו באומדנה נימוקו הבלעדי של מהרשד"ם, ראה להלן, הערה 1022.

¹⁰²¹ מהרשד"ם מוסיף שאף לולי נימוקו העקרוני, ניתן להגיע לאותה תוצאה, שכן ניסוח החווה באותה עניין אינו מותיר ספק שוודאי כוונת הצדדים הייתה לתשלום שיהיה שווה ערך לסך 4040 לבנים. לזה הסכימו גם שו"ת

מובן אפוא, שאין להסיק מכאן שלפי מהרשד"ם יש בכוחה של אומדנה לא רק לפטור או להמעט מחיוב מגובש, אלא יש בכוחה אף להוסיף על חיובו של הצד השני, **זאת לא עלתה על דעתו!**¹⁰²² עיקר נימוקו של מהרשד"ם הוא תפישתו העקרונית בדבר השפעת ירידת ערך המטבע על גובה החיוב, אותה הוא מסיק מניתוח סוגיות התלמוד ודברי הראשונים¹⁰²³. ההיזקקות לשיקול האומדנה לא בא בדבריו, כאמור, אלא לסלק טענה שעשויה הייתה להישמע, שאף שכך הוא עיקר הדין, מאחר שבנסיבות המקרה הותנה במפורש בחוזה שהתשלום יבוצע ב"גרוש"ו", לשון החוזה גובר. כנגד טענה זו, ורק כנגדה, הועלה על ידו שיקול האומדנה¹⁰²⁴.

אשר על כן, במקום שבו הדין אינו מחייב תשלום לפי הערך הריאלי - וכך סבור מהרשד"ם כנראה בכל מקום שבו **לא הוכח שהירידה בכוח הקנייה נגרמה כתוצאה משינוי במטבע**, כגון שנגרמה כתוצאה משינוי במדד המחירים במשק (בשל אינפלציה או דפלציה) - מודה מהרשד"ם שיש לשלם את החוב לפי ערכו הנומינלי, **ואין בכוח אומדנה לשנות זאת**, בין אם עלה כוח הקנייה של סכום זה ובין אם ירד¹⁰²⁵.

מהרש"ד, חו"מ, סימן קיא, ד"ה כל זה ("כי בלי ספק אין משמעותו אחר בזה השטר"), ושו"ת דברי ריבות, סימן קיט (וזאת, אף שהם חולקים על מהרשד"ם בשאלה העקרונית, כפי שראינו לעיל, הערה 1011). וראה לעיל, הערה 504, אות ב.

¹⁰²² ולא כמו שהבינו אחרים שפסקו של מהרשד"ם מבוסס **בלעדית** על "אומדנה", ראה לדוגמה: ברית יהודה, פרק כ, הערה כ ("לדעת הרשד"ם... דאמרין דמסתמא הוי כהתנו"); הרב דיכובסקי (לעיל, הערה 1010); הרב שלמה שפירא, "קונטרס משפט הכתובה – שינוי ערך המטבע", **שורת הדין** יב (תשס"ו), עמ' קצג, בעמ' רי [=תיק 3615-24-1 בבית הדין הרבני האזורי נתניה, **פלוני נ' פלונית**, מיום כ"ז בניסן תשס"ו, <https://tinyurl.com/2s48kt9p>] ("דלסברת המהרשד"ם שהיא דינא בנוי על אומדנא"). ונראה שכך גם הבינו לפניהם: שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ד, סימן א, ד"ה ולע"ד יש לדחות (וראה להלן, הערה 1024); שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ד, ד"ה אך כ"ז לענין. אך כאמור, דומה שהבנה זו אינה נכונה.

¹⁰²³ סוגיות שאין כאן המקום להאריך בהצגתן ובניתוחן.

¹⁰²⁴ ואף שהודגש בחוזה שהתשלום יבוצע בגרוש"ו **"ולא בדבר אחר"**, אין זה מוריד מכוחה של אותה אומדנה, שכן כלל ידוע הוא בפרשנות חוזה, כפי שעולה מסוגיית גיטין עג ע"א (ראה דיונונו לעיל, ליד ציון הערה 601), שאין כוללים בו אלא דברים שעלו על דעתו של המתחייב ולא מקרים נדירים שלא עלו על דעתו, כפי שאירע כאן עם ההחלטה השלטונית לתיסוף מלאכותי של המטבע המקומי. כך מדגיש מהרשד"ם: "שלא נשמע מעולם שיעשה מלך ממלכי תוגרמה דבר כזה שיכריז ויקפיד בירידת שיווי המטבעות" (וראה לעיל, הערה 1018). ומכאן תשובה להשגתו של שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ד, סימן א, ד"ה ולע"ד אין תבלין, לפיה סוגיית גיטין היא דוקא ראייה לסתור, שאין להטיל על הקונה אחריות בגין התיסוף וירידת כוח הקנייה של הגרוש"ו שבוודאי לא התכוון הקונה לשלם יותר מחיובו הנומינלי. אבל כאמור, מהרשד"ם אינו מבסס על סוגיה זו את חיובו של **הקונה**. חיוב זה יסודו בדין, ולא נזקק מהרשד"ם לסוגיית גיטין אלא כהשלמה לדחיית הטענה לפיה הנוסח המפורש של החוזה מחייב את **המוכר** לשאת בתוצאות ירידת ערך הגרוש"ו בשוק המקומי.

¹⁰²⁵ וכפי שכבר הדגשנו לעיל, הערה 1013. וכך נוקטים רבים לעניין תשלום כתובה, שאין בדברי מהרשד"ם בסיס לחייב את הצמדת הכתובה גם כאשר ירד ערכה לחלוטין בעקבות האינפלציה. ראה לדוגמה: עטרת דבורה, חלק ב, ישראל תשס"ט, סימן יט, עמ' 785, ד"ה ולפי דרך זו; הרב בנימין בארי, "הצמדת ערך הכתובה", **כנס הדיינים – התש"ע, התשע"א**, עמ' 251, בעמ' 256.

אבל יש לציין שלא כך נוקט הרב יעוזר אריאל, דיני בוררות, ירושלים תשס"ה, עמ' רלא-רלו, וביתר הרחבה במאמרו, "פשרה בהצמדת חובות ובתוספת כתובה", **שורת הדין** יז (תש"ע), עמ' נו-עז, בעמ' סז-עא (בתשובתו להשגה ה):

נציין, שכדי להתגבר על הפגיעה הקשה הנגרמת לנושים כתוצאה מן האינפלציה, נתקנו לימים תקנות שלפיהן יש לפשר בין הצדדים ולחלק את ההפסד ביניהם¹⁰²⁶.

"נמצא שבנק ישראל מעורב מאד בקביעת מחיר המטבע, שהוא מספק לבנקים. אלא שהמדיניות הממשלתית היא, לאפשר לכוחות השוק להשפיע על שער המטבע. לכן אם כתוצאה מהמסחר במטבע, בהתאם לבקוש והיצע, יפחת שיעור המטבע, הרי פיחות זה נחשב פיחות מכח גזרת המלכות, כי רצון המדינה שהשער יקבע באמצעות המסחר הכללי במטבע, ביחד עם מעורבותו של בנק ישראל, והכל נחשב למדיניות ממשלתית אחת, ביחס לשער המטבע". ובהמשך: "עליית מדד המחירים המורידה את כח הקניה של המטבע, נחשבת אף היא כפיחות ממשקלו של המטבע, והלווה צריך להוסיף למלווה את הפרשי הפיחות". וכעין זה ראה גם הרב גלבר (לעיל, הערה 880), אותיות לא-לב. בשאלת הצמדת הכתובה רבו חילוקי הדעות בין הדיינים בבתי הדין בישראל. מלבד המקורות שצינו כאן ולעיל, הערות 1020, 1022, ראה סקירתו של השופט גרשון גרמן בת"ע 12362/01 **וקסלר נ' עזבון המנוח ויליאם וקסלר** (פורסם בנבו, 9.9.2004). וראה עוד פסק דינו של השופט אליקים רובינשטיין בע"מ 9606/11 **עזבון המנוח פלוני נ' פלוני** (פורסם בנבו, 20.5.13).

¹⁰²⁶ לסקירת תקנות אלו והשתלשלותן, ראה: כהנא (לעיל, הערה 1010), עמ' 337-345; אליאב שוחטמן, "תקנת צפת ותשובות חכמי צפת בענין שינוי ערך המטבע", **סיני פב** (תשל"ח), עמ' קט-קכב (שהשיג על כהנא במקצת מן הפרטים); ורהפטיג (לעיל, הערה 1010), עמ' 185-197. וראה ברית יהודה, פרק כא, הלכה יא, הערה טו, שלדעת חלק מן הפוסקים מוסמך בית הדין להטיל פשרה גם בהעדר תקנה. וראה הרב אריאל, דיני בוררות (לעיל, הערה 1025), עמ' רלו-רלט.

16. נספח שביעי: מדוע לשיטת הרשב"א קנס מוסכם גורם ל"גט מעושה"?

(להערות 687; 690)

ראינו לעיל¹⁰²⁷ שהרשב"א הוא מאבות הקביעה לפיה אונס שאדם הביא על עצמו אינו אונס. על רקע זה תמהנו¹⁰²⁸ מדוע הרשב"א¹⁰²⁹ פוסל גט כ"גט מעושה" (גט שניתן מתוך אונס) כשהבעל הוא שהביא על עצמו **מרצונו** את האונס, כגון שהתחייב לשלם לאשתו קנס כספי גבוה אם לא יגרש אותה¹⁰³⁰. לפתרונה של תמיהה זו ייוחד נספח זה.

הרב אוריאל לביא¹⁰³¹ מצביע על כך שהעובדה שמי שהביא על עצמו אונס אינו זוכה לפטור, אין פירושה שדינו כמי **שפעל מרצון לכל דבר ועניין**, שכן אפשר שבשעת קרות האונס הוא באמת מתחרט. וזה פשר שיטת הרשב"א בעניין גטין; כידוע תנאי לתוקפו של גט הוא **שיינתן על ידי הבעל מרצונו החופשי בעת נתינת הגט**, ואף שהסכים מראש לשלם קנס אם לא יגרש את אשתו, עדיין, אובייקטיבית, הגט כפוי עליו בשעת נתינתו, ועל כן סבור הרשב"א שאין לו תוקף. לעומת זאת, בהפרת שבועה או בהפרת הסכם, אין דרישה לרצון פוזיטיבי גם בשעת ההפרה כדי להטיל אחריות על המפר, לשם זה מספיקה העובדה שהוא גרם להפרה על כל התוצאות המשפטיות הנובעות מכך, כלומר, יש להגדירו כמי שעבר על שבועתו וכן יש לחייבו בקנס המוסכם.

מקור להבחנה זו מוצא הרב לביא בתשובה של הריב"ש¹⁰³² בעניין קהל אשר אסר בחרם משחק השחמט (דאו"ש). המלך אירגן טורניר שחמט, והציבור היהודי הוזהר על ידי ראשי הקהל לבל יתקברו למקום הטורניר פן ייאלצו על ידי המלך ליטול בו חלק. אחד מאנשי הקהל לא חש לאזהרה, נתפס על ידי עבדי המלך, נאנס לשחק, ואף ניצח בתחרות והרוויח סכום כסף גדול. ונשאלה השאלה, האם יש לראותו כמי שעבר על החרם במזיד ולהעניש אותו בהתאם, לרבות חילוט רווחיו? תחילה נוטה הריב"ש לומר שאין לנאשם עילת פטור, שכן הוא הביא על עצמו את האונס. והוא אף מביא לכך ראיה מדיני השומרים, לפיהם שומר שכר אינו יכול לטעון לאונס אם הביא בעצמו את הפיקדון למקום הסכנה ושם נאנס הפיקדון¹⁰³³. אולם, הוא מטעים שראיה זו אינה מוכחת:

¹⁰²⁷ לעיל, ליד ציון הערות 687 688.

¹⁰²⁸ לעיל, הערה 690.

¹⁰²⁹ שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן מ.

¹⁰³⁰ על קושי זה בדברי הרשב"א עומד ר' אריה ליב צינץ בספרו גט מקושר, סדר הגט הראשון, אות לט, ס"ק ג, ד"ה וצ"ע.

¹⁰³¹ הרב אוריאל לביא, עטרת דבורה, חלק א, ישראל תשס"ט, סימן עה, עמ' 467-468 [= "הסכם קדם נישואין לפיו המסרב להתגרש מחוייב בתשלום", **שורת הדין** יד (תשס"ח), עמ' רמא, בעמ' רסד-רסז].

¹⁰³² שו"ת הריב"ש, סימן קעא.

¹⁰³³ ראה בבא מציעא צג ע"ב.

ואפשר לחלק ולומר, דהתם הוא לענין חיוב הנזק **שנתחייב בו מן הדין**, והוא רוצה לפטור את עצמו מחמת האונס, וכיון שהוא גורם האונס הרי הוא פושע וגורם האונס ואין ראוי שיהיה פוטר אותו האונס ההוא. אבל בנדון זה [משחק השחמט האסור], אף אם מתחלה פשע בהראות עצמו במקום הצחוק [=המשחק]... כשהמלך צוה עליו וצחק מפני פקוד נפש, **הרי עתה אנוס הוא בשעת הצחוק ולא חל עליו החרם**, שאין כונת הקהל שיִהרג ולא יעבור, שהרי אם בא לפנינו לישראל היינו מורים לו שיצחק ולא יעבור על מצות המלך.

פשר ההבחנה בין האחריות בדיני שומרים ובין האחריות בדין הפלילי (עבירה על החרם), הוא שלצורך הטלת אחריות בפלילים נדרש להגדיר את העברין **כמזיד בשעת ביצוע העבירה**, ואם אובקייטיבית הוא אנוס באותה שעה, אין להוכיח מדיני השומרים שדינו כמזיד רק משום שנכנס למצב זה מרצון, שכן בדיני השומרים המועד הקובע הוא מועד ההתרשלות ולא מועד קרות האונס. הרב לביא מפנה בעניין זה לרב אברהם בורנשטיין בעל שו"ת אבני נזר¹⁰³⁴ המסביר: "נהי דאנוס כזה [=על אף שאנוס כזה (בדיני השומרים)] אינו **פוטר** מפשיעה שבתחילה, מכל מקום אינו בדין **שיתחייב** עליו [מי שעבר על חרם הקהילה]". לאמור, אכן אנוס שאדם הזמין על עצמו אינו משמש **עילת פטור**, אך אין להסיק מכאן שיש בו **עילת חיוב**.¹⁰³⁵

עוד מפנה הרב לביא לרב ישראל זאב גוסטמאן¹⁰³⁶, הקושר בין שאלה זו ובין יסודות הפטור באונס:

ביאר מורי ורבי שליט"א [הרב שמעון שקאפ] בשיעורו בישיבה דהא דפטרה התורה אונס שני טעמים בזה¹⁰³⁷: א) רחמנא חס עליה, דהא לא פשע; ב) דאנוס מגרע מעשה האדם, ... נראה לי דהיכא דהוא גרם לעצמו והכניס את עצמו בזה האונס, טעם הראשון לא שייך בזה דהא פשע! אבל טעם השני שייך נמי הכא [במי שהביא על עצמו אונס לעבור עבירה] דנהי דפשע מתחילה, אבל **מכל מקום המעשה נעשה באונס ויש כאן גירעון המעשה**.¹⁰³⁸

¹⁰³⁴ שו"ת אבני נזר, סימן רמה, אות ז.

¹⁰³⁵ ומבואר עוד יותר אצל תלמיד האבני נזר, הרב יואב יהושע ויינגרטן (חלקת יואב, דיני אונס, ענף ה, ד"ה אבל לפענ"ד): "היכא שאנו רוצין **לפטור מחמת האונס**, אז אמרינן דאנוס הבא מחמת רצון אינו יכול לפטור. אבל במקום שאנו רוצין **לחייבו**, כמו בגזרו הקהל שלא לצחוק, דודאי על אונס לא עשו התקנה, ועל כן אתה רוצה **לחייבו מחמת רצונו שבתחילה**, בזה שפיר לא הוי רצון כיון דמכל מקום עכשיו אנוס הוא". ובד"ה לפי"ז: "דאנוס הבא מחמת רצון לא מיקרי לא אונס ולא רצון, ואינו פוטר ואינו מחייב".

¹⁰³⁶ רב ישראל זאב גוסטמאן, "בענין אונס וקלב"מ", בתוך **ספר היוכל לר"ש שקאפ** (תרצ"ו), עמ' צו, בעמ' צז.

¹⁰³⁷ על שני טעמים אלה עמדנו לעיל, הערה 88, אותיות א-ב.

¹⁰³⁸ כפי שמציין הרב גוסטמן, זה גם פשר שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כא, בענין מי שקיבל על עצמו "ניירות שמשו"ן" אם יפליג בספינה, וגרם שאחרים יכפו עליו את ההפלגה, ונשאלה השאלה האם חלה עליו הניירות? (עובדות אלה מתוארות שם בסימן יט). מהרי"ט מפנה לתשובת הריב"ש ומגיע למסקנה, **שבהעדר רצון חופשי בשעת ההפלגה בספינה, שהיא השעה שבה אמור הנדר לחול, לא חל עליו הנדר** ("בנדר על ידי תליה [כלומר נדר התלוי בקיומו של תנאי], אין אנו רואין אלא שעת חיילות [=תחולת] הנדר, ואם אז הוא אנוס - לא חל עליו הנדר כלל"). וראה עוד: שו"ת דעת משה (לעיל, הערה 688), ד"ה וקשה לי; דברי שלמה (קרליץ), סימן יח, ד"ה וראיתי לגאון.

נציין שעל פי החוק הישראלי גם מי שהכניס את עצמו ביודעין למצב של אונס ראוי לענישה, על כן נקבעו לעניין זה הוראות חוק **מפורשות** שעל פיהן דינו כמזיד¹⁰³⁹.

¹⁰³⁹ ראה חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיף 34ט (לעניין אחריות מי שפועל מתוך שכרות), וסעיף 34יד (לעניין כניסה מדעת למצב של העדר שליטה). וראה דוד ניסני, "מעמדו המשפטי של השיכור", **פרשת השבוע**, גיליון מס' 144 (תשס"ד).

17. נספח שמיני: אומדנה בנדרים ושבועות

(להערות 87, אות ג; 111; 112; 375, אות א; 458; 462; 526; 527; 553, אות ג; 558; 600; 618; 735)

א. מבוא

בדיוננו לעיל סקרנו מקורות רבים מהם עולה שאפשר לפטור אדם מהתחייבות עקב שינוי נסיבות מכוח טענת "אומדנה" לפיה המתחייב לא גמר בדעתו להתחייב על דעת הנסיבות החדשות שנוצרו¹⁰⁴⁰. ואף שכלל גדול הוא ש"דברים שבלב – אין דברים", לא כן הוא כאשר האומדנה חזקה וברורה עד שהיא בגדר "דברים שבלבו ובלב כל אדם".

לכאורה, הוא הדין גם בהתחייבויות שמקורן בחיוב דתי: בין אם התחייב האדם בשבועה לעשות דבר מה, ובין אם קיבל על עצמו סנקציה באם לא יעשה דבר מה – בשבועה או בנדר¹⁰⁴¹, שהרי גם בהם תנאי לתוקף החיוב הוא **גמירות הדעת**. ואכן, כך נוקטים פוסקים רבים כפי שסקרנו לעיל ובראשם הרא"ש¹⁰⁴² (בעניין מי שנשבע לתת סכום מסוים לחתנו והפר את שבועתו מפני שירד מנכסיו): **"דאדעתא דהכי לא נשבע, ללין ברחוב ולמות ברעב"**. וכן פסקו הרשב"א¹⁰⁴³ (בעניין הפרת הבטחת נישואין עקב "קלקל מעשיו" של החתן: **"ואף במקום השבועה והנדרים הולכים בתר אומדנא"**), ומהרי"ק¹⁰⁴⁴ (בעניין הפרת הבטחת נישואין עקב איבוד שפיות דעתה של המשודכת: **"אפילו היה שם שבועה פשיטא שנתבטלה והוחלה השבועה"**).

¹⁰⁴⁰ ראה לעיל, הערה 448.

¹⁰⁴¹ היינו שבועה או נדר לשלם קנס על תנאי, כשהתנאי הוא באם לא יקיים את התחייבותו. ההבחנה בין שבועה ונדר היא שבשבועה האדם **אוסר על עצמו** דבר מה – "איסור גברא", ואילו בנדר האדם **אוסר דבר מה על עצמו** – "איסור חפצא", ראה נדרים ב"ב. לדוגמה של שבועה על תנאי, ראה רמב"ם, הלכות שבועות, פרק ד, הלכה טז. לדוגמה של נדר על תנאי, ראה רמב"ם, הלכות נדרים, פרק ג, הלכה ב. להבדלים בין שבועה ונדר, ראה רמב"ם, שם, הלכה א. ¹⁰⁴² שו"ת הרא"ש, כלל ח, סימן ד. וראה לעיל, ליד ציון הערה 466. הפוסקים מפנים גם לשו"ת הרא"ש, כלל לד, סימן א (בעניין הפרת הבטחת נישואין בעקבות המרת דתה של אחות המשודכת, ראה לעיל, ליד ציון הערה 520). נעיר, שאמנם כך פסק בשולחן ערוך, יורה דעה, סימן רכח, סעיף מג, ואבן העזר, סימן נ, סעיף ה (מצוטט להלן, ליד ציון הערה 1066), אולם בתשובת הרא"ש לא הוזכר שהייתה שם שבועה, וכפי שהעיר שו"ת פני משה, חלק ב, סימן קיז (רכב ע"ג). וראה מה שהערנו על הבי"ח (לעיל, הערה 523).

¹⁰⁴³ שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן לה. וראה לעיל, ליד ציון הערה 525. ראה לדבריו מביא הרשב"א מבבא קמא פ ע"א: "מעשה באשה אחת שהיה בנה מיצר לה, וקפצה ונשבעה: כל מי שיבא איני מחזירתו [כלומר, היא תסכים להינשא לו], וקפצו עליה בני אדם שאינן מהוגנין, וכשבא הדבר אצל חכמים, אמרו: **לא נתכוונה זו אלא להגון לה**".

¹⁰⁴⁴ שו"ת מהרי"ק, שורש קא. וראה לעיל, ליד ציון הערה 527. בסיום תשובתו, מהרי"ק מוסיף ראה לגישתו משו"ת הרשב"א החדשות (מכתב יד), סימן קנז, בעניין חרם דרבנו גרשום האוסר ריבוי נשים וגירושי אישה בעל כורחה. הרשב"א קובע שבוודאי לא הייתה כוונת רבנו גרשום לתקן את תקנתו בנסיבות בהן הבעל לא יוכל לקיים עם אשתו מצוות פרו ורבו. האחרונים נחלקו בשאלה אם תקנת רבנו גרשום חמורה יותר משבועה וניתן ללמוד אפוא מפסק זה של הרשב"א על תוקפה של אומדנה בשבועה, כפי שנוקט מהרי"ק. או שמא, דווקא תקנה שלא ניתן להתנות עליה יש מקום לתור בה אחר כוונת המחוקק, אבל אין ללמוד מכך שהוא הדין בשבועה פרטית שניתן להתנות עליה. ראה שו"ת פני משה, חלק ב, סימן קיז (רכב ע"א-ע"ב).

בנספח זה נראה שגישה זו אינה פשוטה ואינה מוסכמת על הכל. ואכן, יש הטוענים שבנדרים ושבועות, גם כשנעשו **בין האדם לבין קונו** ולא כלפי הזולת¹⁰⁴⁵, יש כללים מחמירים שאינם מאפשרים שימוש גורף בטענת "אומדנה" לביטול הנדר או השבועה. ואם אין בכוח אומדנה לבטל נדר או שבועה חד-צדדיים, ודאי שאין בכוחה לבטלם אם נעשו במסגרת הסכם דו-צדדי! נציג את המקורות התלמודיים בעניין זה, נעמוד על סתירה לכאורה ביניהם, נסקור כיצד הגישה שנקטנו בגוף הדיון מיישבת את הסתירה, ובהמשך נציג את הגישה האחרת והאופן שבו היא מיישבת את הסתירה בין המקורות.

אך לפני כל אלה נקדים דברים בעניין "נדרי טעות", היינו כאשר הנודר מבקש לבטל את נדרו לא עקב שינוי נסיבות שאירע **לאחר שנדר** אלא עקב טעות שעשה **בשעת הנדר**¹⁰⁴⁶. כפי שנראה, דברים אלו ישמשו תשתית להמשך הדיון.

ב. טעות

לכאורה, דיני הטעות הכלליים חלים גם על נדרים ושבועות, כפי שעולה ממשנת נדרים לפיה **"נדרי שגגות"** מותרים מאליהם¹⁰⁴⁷. **"נדרי שגגות"** הם נדרים שאדם נדר בטעות, כפי שעולה מן הדוגמאות הבאות שבמשנה¹⁰⁴⁸:

- אמר קונם אשתי נהנית לי [כלומר, הדיר את אשתו הנאה ממנו], שגגה את כיסי ושהכתה את בני, **ונודע שלא הפתו ונודע שלא גנבתו**;
- ראה אותן אוכלים תאנים ואמר הרי עליכם קרבן [כלומר הדיר אותם הנאה מן התאנים], **ונמצאו אביו ואחיו...**

כאמור, **"נדרי שגגות"** מעין אלה בטלים מאליהם. אולם, ראשונים אחדים סבורים, שהמקור לביטולם אינו בדיני הטעות הכלליים - כלומר, אינו בהעדר גמירות הדעת של הנודר - אלא מקורו

¹⁰⁴⁵ התחייבות בנדר או בשבועה שייכת ביסודה לדינים שבין אדם לקונו ועניינה יצירת מחויבות דתית-אישית, כהוראת הכתוב: "איש כי ידור נדר לה' או השבע שבועה לאסור איסור על נפשו, לא יחל דברו ככל הוצא מפיו יעשה" (במדבר ל, ג). כפי שראינו בדיונו לעיל (ליד ציון הערה 463, וליד ציון הערה 562), הפטור מהתחייבות חד-צדדית מכוח אומדנה פשוט יותר מאשר מהתחייבות דו-צדדית. אלא שפעמים משמשים הנדר או השבועה ליצירת התחייבות דו-צדדית או לחיזוקה (ואכן לעיל, ליד ציון הערה 348, ראינו שבשל חולשת החיוב החוזי במשפט העברי, רווח הנוהג להצמיד להתחייבות **שבועה** לקיום ההתחייבות או **סנקציה** במקרה של הפרה **אם בנדר** אם **בשבועה** ואם **בקנס כספי**, ואם בכולם גם יחד).

¹⁰⁴⁶ על ההבדל בין סיכול לטעות, ראה דיונו לעיל, פרק ב, עמ' פפ. וראה דיונו לעיל, הערה 442.

¹⁰⁴⁷ משנה, נדרים ג, א: "ארבעה נדרים התירו חכמים: נדרי זירוזין, ונדרי הבאי, ונדרי שגגות, ונדרי אונסים". לדעת שמואל (נדרים כא ע"ב), בניגוד לרב אסי, נדרים אלה אינם צריכים התרה על ידי חכם אלא בטלים הם מאליהם (כפי שעולה מלשון המשנה "התירו חכמים"), וכדעתו נפסק להלכה, ראה: רמב"ם, הלכות נדרים, פרק ד, הלכה א; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רלב, סעיף א.

¹⁰⁴⁸ משנה, נדרים ג, ב.

בדין ייחודי בנדרים ושבועות, ולפיו תנאי לתחולת הנדר הוא **שבשעת הנדר** יהיה הנודר בגדר **"פיו ולבו שוים"**, דין הנלמד לדעתם בגזירת הכתוב מהפסוק **"הָאָדָם בְּשִׁבְעָה"** (ויקרא ה, ד)¹⁰⁴⁹.

בהתאם לגישה זו, הר"ן¹⁰⁵⁰ מטעים שלא כל טעות עולה כדי "נדרי שגגות", אלא יש להבחין בין טעות "בעיקר הנדר", כגון שהנודר טעה בזיהוי האדם המודר מנכסיו (הדוגמה השנייה במשנה), ובין טעות בגורם שהניע אותו להדירו מנכסיו (הדוגמה הראשונה במשנה), שהיא טעות צדדית ולא טעות ב"עיקר הנדר", ואינה כלולה אפוא בגזירת הכתוב¹⁰⁵¹. הבחנה שאינה קיימת בדיני הטעות הכלליים¹⁰⁵².

אחרונים אחדים מסבירים שפשר הצורך ב"גזרת הכתוב" טמון במכניזם הייחודי של תחולת נדרים ושבועות; בניגוד לחלויות אחרות (כגון מכר, מתנה וכדומה) הנובעות מכוחו של האדם העושה את הפעולה המשפטית, הרי שבנדר ושבועה החלות אינה מכוחו של הנודר אלא **מכוח התורה** - "דבנדרים אין האדם פועל את החלות אלא דכשהוא נודר, **התורה מחילה חלות הנדר**", כלשון רב שמואל רוזובסקי¹⁰⁵³ - ומכאן מובן מדוע משהוציא הנודר את הנדר מפיו, העדר גמירות

¹⁰⁴⁹ ראה חידושי הרשב"א, נדרים כה ע"ב, ד"ה תנא: "עיקר שגגה כי כתיבא שהיא מותרת גבי שבועות כתיבא, דהא מדכתיב 'האדם בשבועה' ילפינן לה בשבועות [כו ע"א] דאמרינן התם 'האדם בשבועה' - פרט לאנוס". וכך הוא גם בנדרים, ראה: נדרים כה ע"ב; שבועות כה ע"ב: "תנא: כשם שנדרי שגגות מותרין, כך שבועות שגגות מותרות". וראה תוספות, שבועות כה ע"ב, ד"ה כשם, ורשב"א שם, שהתקשו בכך שהתלמוד תולה שבועה בנדר בעוד שהמקור הוא בשבועה.

יחס זה בין המושג "פיו ולבו שווין" ובין הפסוק "האדם בשבועה" אינו מוסכם על הכל, ונאמרו בו גם דעות אחרות. לסיכום השיטות ראה מתיבתא, ילקוט ביאורים, נדרים כה ע"ב ("הטעם שנדרי שגגות אינם חלים"), עמ' קיא.

¹⁰⁵⁰ ר"ן, נדרים כה ע"ב, ד"ה ובי"ה. כך הבין אותו ט"ז, יורה דעה, סימן רלב, ס"ק יג. וכך הבינו אותו אחרונים רבים, ראה להלן, הערה 1053. אבל השווה להלן, הערה 1059.

¹⁰⁵¹ בכך הוא מיישב את הקושי מדוע בדוגמה הראשונה המשנה שמה בפי הנודר הנמקה לנדרו ("שגגה את כיסי"), ואילו בדוגמה השניה ("ונמצאו אחיו או אביו") אין הנמקה. והשווה להלן, הערה 1057.

¹⁰⁵² ראה שו"ת מהרי"ט, חלק ב, יורה דעה, סימן כז, ד"ה וגבי נדרי שגגות, בביקורתו על הר"ן: "כל מידי דהוי טעות שחשב שגגה ולא גנבה אדעתא דהכי לא נדר דכהאי גוונא גבי ממון אמרינן קנין בטעות חוזר". ראה דיוננו לעיל, הערה 442.

¹⁰⁵³ חידושי רבי שמואל, נדרים, סימן ג, אות ד, ד"ה אכן. וראה גם שיעורי רבי שמואל, נדרים ט ע"ב ("בדין התרת נדרים ע"י פתח או חרטה, ובדין נדרי שגגות"), אות סז, ד"ה ובשיטת הר"ן. וכך פירשו את שיטת הר"ן אחרונים נוספים, ראה: ברכת שמואל, נדרים, סימן טו, אותיות ב-ג (בסימן יד, אות א, הוא אומר את הדברים בדעת הריטב"א, נדרים כז ע"א); חידושי הגר"ט, נדרים, סימן נז, ד"ה אבל קשה; משנת רבי אהרן (קוטלר), נדרים, סימן ג, אות יב. והשווה רבי חיים שמואלביץ, "כוונה ורצון בנדרים", **ספר הזכרון למרן הגר"ח שמואלביץ זצ"ל**, ירושלים תש"ס, עמ' קעו, אות ט.

על ייחודיות זו בנדר ושבועה עמד בהרחבה (בהקשר אחר) רבי שמעון שקאף, שערי ישר, שער ה, פרק כא: "דשאני חלות נדר מחלות מקח וממכר וגיטין וקידושין, דבמקח וממכר ודומיהם האדם עושה חלות הדבר שהוא מוכר והוא מקדש והוא מגרש, ולכן צריך שיהא גמירות דעת ורצון גמור לאותו קנין, וכל שנתברר שהיה טעות ואין רצונו בכך לא חל הדבר. ומה שאין כן נדרים, האדם אינו עושה חלות הדבר, שאין בכוחו לאסור דברים, אלא שהוא דין התורה שאם האדם עושה נדר התורה אוסרת החפץ, ולכן אף שהיה לו טעות ולא היה רצונו בכך לא מתבטל הדבר מסברא וצריך קרא [=פסוק] מיוחד שאינו חל".

דעתו כשלעצמו אינו מבטל את הנדר, ולולי "גזרת הכתוב" הנדר היה עומד בעיקרון בתוקפו על אף הטעות הברורה שביסודו.

ביטוי נוסף לייחודיותם של נדרים ושבועות לפי הר"ן¹⁰⁵⁴ הוא, שכאשר הטעות אינה ב"עיקר הנדר" אלא במניע שעמד ברקע הנדר, ניתן אמנם בכל זאת להתיר את הנדר, אבל רק באמצעות **חכם ומכוח "פתח"**. "פתח" עניינו **אומדנה** לפיה משתכנע החכם שאילו הנדר היה מודע לעובדות לאשורן (כגון שאשתו לא גנבה אותו) הוא לא היה נודר, ובכך הופך החכם את הנדר ל**נדר טעות**! 'נתיבות המשפט'¹⁰⁵⁵ מטעים, שאף שתאורטית ניתן היה לעשות שימוש בדין הכללי של **טעות** לצורך ביטול הנדר, **גזירת הכתוב**¹⁰⁵⁶ היא שביטול נדרים בשל טעות שאינה בעיקר הנדר ייעשה באמצעות **התרה על ידי חכם** דווקא:

דכל כהאי גוונא [=כגון זה] דאיכא למימר אדעתא דהכי לא נדר, צריך היתר חכם, **דכל שאלת נדרים הוא כך דמשוי ליה לנדר טעות**, כמבואר בנזיר פרק בית שמאי [ל"א ע"ב], **ואפילו הכי צריך היתר חכם!**

ומכאן כאמור, ביטוי נוסף לכך שהעדר גמירות דעת כשלעצמו אינו מספיק לבטל נדרים ושבועות.

אמנם לא כך נוקטים ראשונים אחרים. לגישתם, הפטור ב"נדרי שגגות" יסודו בדיני הטעות הכלליים (העדר גמירות דעת)¹⁰⁵⁷. אשר ללימוד מן הפסוק, הוא נדרש לפטור את הנדר

¹⁰⁵⁴ ראה ר"ן, נדרים כה ע"ב, ד"ה תנן התם פותחים בשבתות וי"ט. וראה גם שם עה ע"ב, ד"ה הא כדאיתא.

¹⁰⁵⁵ ראה נתיבות המשפט, סימן נה, ס"ק א (בהסבר שיטת האגודה בעניין אונס ביום אחרון, ראה לעיל, הערה 735).

¹⁰⁵⁶ כך מטעים גם שו"ת זכרון יהונתן (אבלמן), סימן ה, אות יד: "וזהו רק גבי נדרים, אבל בשאר דוכתא [=מקומות] כל שגלוי לכל דאדעתא דהכי לא עשה הפעולה, מהני שפיר משום דרק גבי נדרים בעינן חרטה גמורה על שעת עשיית הנדר, דהכי הוא חק התורה דלא נפקע הנדר מאתו אלא על ידי פתח או חרטה גמורה דמעיקרא, ואז החכם מתיר לו מגזירת הכתוב 'דהוא אינו מיחל אבל אחרים מוחלין לו'. אבל בכל מקום זולת נדרים לא בעינן בהו כלל חרטה דמעיקרא, וכל שמוכח דאדעתא דהכי לא עשה הפעולה, נעקר המעשה למפרע".

והשווה שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן צח (בסופו), לדעתו, מדאורייתא די ב"פתח" והצורך בחכם להתיר את הנדר הוא **גזרה דרבנן** (ורק היתר החכם מכוח **חרטה** הוא מדאורייתא. על ההבחנה בין "פתח" ו"חרטה", ראה להלן, הערה 1069), והסכים עמו בנו, ראה: שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן יט, ד"ה ומ"מ; שם, חלק ב, יורה דעה, סימן כו (אבל ראה להלן, הערה 1057, שלדעתו יש מצבים שבהם אף מדרבנן אין צורך בפתח). אבל שיטה זו אינה מקובלת על רוב הפוסקים ולדעתם הצורך, מלבד "פתח", בהתרה על ידי חכם הוא מדאורייתא. על מחלוקת זו ראה מנחת אשר (וייס), במדבר, סימן סה.

¹⁰⁵⁷ ראה חידושי הריטב"א, נדרים כה ע"ב, ד"ה מתניין. ואף שיסוד הביטול הוא בהעדר גמירות הדעת, הרי ברישא (מי שהדיר את אשתו) אין האומדנה מוכחת ועל כן הנדר בטל רק אם הבעל גילה דעתו בשעת הנדר או בסמוך לו מדוע הוא מדיר את אשתו ("שגנבה את כיסי") והתברר שטעה. וראה להלן, הערה 1059. כך נוקט גם שו"ת מהרי"ט, חלק ב, יורה דעה, סימן כז, ד"ה וגבי נדרי שגגות, ודוחה בין השאר בשל כך את גישת הר"ן (לעיל, הערה 1050 והערה 1051). וכך הסיקו בדעת הרמב"ם, הלכות נדרים, פרק ח, הלכות ג-ד: שו"ת מהרי"ט, שם; לחם משנה, הלכות נזירות, פרק ב, הלכה ב (אבל השווה כסף משנה, נדרים, שם, שלדעתו דעת הרמב"ם כדעת הר"ן). וכך עולה לכאורה גם מתוספות: נדרים כ ע"ב, ד"ה ארבעה נדרים; שם כה ע"ב, ד"ה פותחין. וראה מחנה אפרים, הלכות נדרים, סימן ו.

מקרבן¹⁰⁵⁸. ואשר להתרת נדרים על ידי חכם באמצעות "פתח", הליך זה נדרש במקום שבו אין אומדנא דמוכח שהנודר לא היה נודר אילו היה מודע לעובדות לאשורן¹⁰⁵⁹.

העולה ממה שראינו עד כאן הוא, שיש ראשונים השוללים תוקפה של אומדנא בנדרים ושבועות, אפילו כאשר מדובר באומדנא ביחס לכוונת הנודר בשעת הנדר. לראשונים אלו, ברור בקל וחומר, וכפי שנעיר להלן, שגם בשינוי נסיבות שאירע לאחר הנדר אין מקום לאומדנא. לעומת זאת, יש ראשונים המכירים בעיקרון בתוקפה של אומדנא בנדרים ושבועות, ולדידם אפשר אפוא שגם בשינוי נסיבות יבוטלו הנדר או השבועה מכוח אומדנא.

להלן נסקור שני מקורות תלמודיים העוסקים בשינוי נסיבות בנדרים ושבועות, שהמסקנה העולה מכל אחד מהם לענייננו סותרת לכאורה את חברתה. לאחר מכן נבחן כיצד כל סיעה בראשונים מתמודדת עם המקור הסותר לכאורה את גישתה.

¹⁰⁵⁸ כפי שעולה משבועות כו ע"א: "אמר מר: האדם בשבועה - פרט לאנוס. היכי דמי? כדרב כהנא ורב אסי כי הווי קיימי מקמי דרב [=כשלמדו בפני רב], מר אמר: שבועתא דהכי אמר רב [=אני נשבע שכך אמר רב], ומר אמר: שבועתא דהכי אמר רב. כי אתו לקמיה דרב, אמר כח מנייניהו [=כשבאו לפני רב, אמר כאחד מהם]. אמר ליה אידך: ואנא בשיקרא אישתבעי? [=אמר לו השני, ואני עברתי על שבועת שקר?]. אמר ליה: לבך אנסך". אבל, אילו תלו רב כהנא ורב אסי איסור פירות באמיתות עדותם, ברור מסברה שהאיסור לא היה חל על זה שטעה בעדותו (שלא כמו שפירש הר"ן, נדרים כה ע"ב, ד"ה היכי דמי). ראה אור שמח, הלכות גירושין, פרק א, הלכה יז, בדעת הרמב"ם. וראה גם קרן אורה, נדרים כה ע"ב, ד"ה תנא. הוא מטעים, שמלשון המשנה (לעיל, הערה 1047) "התירו חכמים", עולה שהפטור אינו מגזרת הכתוב אלא מן הסברה.

ויש מי שמסביר שהלימוד מהפסוק נדרש כשאין אומדנא דמוכח שלולי הטעות הנודר לא היה נודר, וכך הוא לדעתו בדוגמאות שבמשנה. כך נוקט ר' חיים מברסק, ראה חידושי הגר"ח, נדרים כה ע"ב (בענין נדרי שגגות ופתח): "מאי שנא נדרים [מקניינים] ולמה צריך למילף מקרא [=ללמוד מפסוק]? ועל כורחך דהילפותא [=שהלימוד] הוא אפילו כי ליכא אומדנא דמוכח, דכל הקנינים כהאי גוונא לא בטלי [=בכגון זה לא בטלים], והכא ילפינן מקרא דבטל [=וכאן (בנדר) לומדים מהפסוק שהוא בטל]". אשר לשאלה, אם כן, מדוע נדרש חכם בנוסף ל"פתח" כדי להתיר נדרים? ראה להלן, הערה 1059.

¹⁰⁵⁹ כפי שמטעים הריטב"א (לעיל, הערה 1057): "אבל אי... נדר סתם ולבתר הכי [=ולאחר מכן] אמר כסבור הייתי שגנבה את כיסי או שהכתה את בני ואילו ידעתי שלא גנבה ושלא הכתה לא נדרתי, כיון דנדר סתם הווי להו דברים שבלב ונדריה נדרא, אלא שמתירין לו על ידי פתח זה". וראה שו"ת אור גדול, סימן ו, אות א, ד"ה אמנם גוף: "נראה פשוט דהיכא דאיכא אומדנא דמוכח, עד דגם בממון וגיטין וקידושין מבטלין הדבר משום האומדנא דאין סהדי דאדעתא דהכי לא עבד, פשיטא דגם נדרים ושבועות לא חמיר מינייהו ובטלין מעצמן משום האומדנא דאדעתא דהכי לא נדר ונשבע. רק שאלה [לחכם] אינו אלא להקל היכא דליכא אומדנא דמוכח, דבממון וגיטין וקידושין מעשיו קיימין ואינו יכול לבטלן על ידי שאלה לומר דאדעתא דהכי לא עבד, אפילו הכי נדרים ושבועות קילי דיכול להתירן על ידי שאלה לחכם על ידי פתח כל דהו אף דליכא אומדנא".

לשיטת הגר"ח (לעיל, הערה 1058), לא ברור לכאורה מדוע נדרש להתיר את הנדר על ידי חכם, שהלא לדעתו גזרת הכתוב היא שהנדר בטל גם כשאין אומדנא דמוכח! על כך עונה הגר"ח, בעקבות הר"ן (לעיל, הערה 1050), שחכם נדרש כאשר הטעות אינה ב"עיקר הנדר" אלא "מסיבה אחרת חוץ מהנדר, דהיינו שאם היה יודע כך וכך לא היה נודר, אבל עצם הנדר נדר כמו שדעתו היתה, וזה לא נקרא שוגג, רק דהוי 'פתח' דצריך שאלה [לחכם]". ולפי זה, אם הטעות החיצונית עולה כדי "אומדנא דמוכח", ניתן להתיר את הנדר בלי להיזקק לחכם (ואף שהגר"ח אינו מזכיר את הר"ן במפורש, ניכר שהוא מתבסס עליו, שהלא הר"ן הוא בעל ההבחנה בין טעות ב"עיקר הנדר" ובין טעות צדדית). כהבנה זו בדעת הר"ן העלה כבר לפנינו שו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראני"ח), סימן עב, ד"ה והנראה בעיקרן (מהדורת זכרון אהרן, ירושלים תשע"ד).

ג. שינוי נסיבות

(1) המקורות והסתירה ביניהם

(א) משנת "נדרי אונסים"

בין הנדרים המותרים מאליהם, מונה המשנה "נדרי אונסים"¹⁰⁶⁰, שיסוד הפטור בהם הוא לכאורה שהנדר לא נדר על דעת הנסיבות שהשתנו, ומפרטת המשנה¹⁰⁶¹:

נדרי אונסים: הידירו חבירו שיאכל אצלו [כלומר שהדיר אותו מנכסיו אם לא יבוא לסעוד אצלו] וחלה הוא [המוזמן] או שחלה בנו או שעכבו נהר, הרי אלו נדרי אונסין [והנדר לא חל].

על משנה זו ראוי להעיר שתי הערות:

א) היא מתיישבת היטב עם השיטה השנייה שראינו לעיל לפיה תוקף הנדרים והשבועות נבחן על פי מבחן "גמירות הדעת". היא אינה מתיישבת לכאורה עם השיטה הראשונה לפיה הפטור בנדרי טעות יסודו בגזירת הכתוב ולא בהעדר גמירות דעת, שהלא דרישת הכתוב היא שהנדר יהיה במודעות מלאה **בשעת הנדר**, ואילו הלכת "נדרי אונסין" מאפשרת לבטל נדר בשל שינוי נסיבות שאירע מאוחר יותר, דבר שאין לו אחיזה בכתוב לכאורה¹⁰⁶².

ב) התלמוד¹⁰⁶³ מקיש בין "נדרי אונסין" ובין אונס בהתחייבות כספית על תנאי ("מתפיס זכויותיו"), או במתן גט על תנאי, וכשם שזה פטור מנדרו אם נאנס, כך אלה פטורים מהתחייבותם אם נאנסו¹⁰⁶⁴. מהיקש זה עולה, שכשם שבחווה ובגט הטענה ש"על דעת כן לא התחייבתי" או "לא גירשתי" אינה מתקבלת באונס שכיח, משום ש"היה לו להתנות", הוא הדין גם בנדרי אונסין, שהפטור חל רק באונס שאינו שכיח!¹⁰⁶⁵ אבל, כפי שנראה מיד קביעה זו עומדת לכאורה בסתירה למקור אחר בתלמוד.

¹⁰⁶⁰ ראה לעיל, הערה 1047. כאמור, "נדרי אונסין" שייכים לקבוצת "ארבעה נדרים שהתירו חכמים" (שם, משנה א). בשלושת הנדרים האחרים בקבוצה זו הפטור הוא מסיבה הקיימת **בשעת הנדר**; כך הוא ב"נדרי שגגות", כפי שראינו לעיל, וכך הוא גם ב"נדרי זרוזין" וב"נדרי הבאי", נדרים שבעליל נאמרו מן השפה ולחוץ או על דרך הגזמה, ולכן הם מותרים מאליהם בלי צורך להיזקק לחכם. ורק ב"נדרי אונסין" הפטור הוא עקב **שינוי נסיבות**.

¹⁰⁶¹ משנה, נדרים ג, ג (על פי כ"י קאופמן).

¹⁰⁶² ראה חידושי הריטב"א, שבועות כו ע"א, ד"ה האדם בשבועה, וד"ה ונדרי אונסין. אבל השווה להלן, הערה 1093.

¹⁰⁶³ נדרים כז ע"א.

¹⁰⁶⁴ על היקש זה עמדנו פעמים רבות בדיוננו לעיל, ראה: ליד ציון הערה 368; הערה 375, אות ב; ליד ציון הערה 459.

¹⁰⁶⁵ ומכאן לפירושו של הרא"ש, שעכוב הנדר המדובר במשנה הוא מחמת **הפשרת שלגים** (אירוע שאינו שכיח), ולא משום ש"פסקיה מברא" (שהוא אירוע שכיח). ראה לעיל, הערה 371. והשווה 'פני משה' (לעיל, הערה 556).

אמנם ראה חידושי הריטב"א, קידושין נ ע"א, ד"ה ודאיתיה: "וכן בנדר ואחר כך נולד לו אונס המעכבו לקיים נדרו או שבועתו - מיפטר, **דאדעתא דהכי לא נדר, ואפילו היכא דקא הוה אונסא דשכיח**, מפי מורי נר"ו". אבל, כנראה אמורים הדברים רק בנדר חד-צדדי, אבל אם נדר כלפי זולתו עליו היה להתנות על אונס שכיח. ראה מחנה אפרים,

כמסקנה זו לפיה יש תוקף לאומדנה גם בנדרים ושבועות, העולה לכאורה ממשנת "נדרים אונסים", פוסק השולחן ערוך¹⁰⁶⁶ בעקבות הרא"ש והרשב"א¹⁰⁶⁷: "נשבע לתת בתו לפלוני לאשה לזמן פלוני, ובתוך הזמן קלקל המשודך מעשיו, **פטור הלה משבועתו**. והוא הדין אם המירה אחות המשודך".

(ב) משנת "אין פותחין בנולד"

כאמור¹⁰⁶⁸, אחד הדרכים להתרת נדר על ידי חכם הוא באמצעות "פתח"¹⁰⁶⁹, שעניינו שימוש באומדנה כאשר החכם משתכנע שאילו הנודר היה מודע לנסיבות לאשורן הוא לא היה נודר, ובכך הופך את הנדר לנדר טעות.

אשר לשימוש ב"פתח" בשל שינוי נסיבות שהנודר לא צפה מראש בשעת הנדר, דעת חכמים היא שהדבר אינו אפשרי - "אין פותחין בנולד" - כלומר שינוי נסיבות אינו יכול לשמש בסיס לאומדנה אפילו לא בהתרת הנדר על ידי חכם, כפי שנקבע במשנה¹⁰⁷⁰:

ועוד אמר רבי אליעזר פותחין בנולד וחכמים אוסרין. כיצד?

הלכות שבועות, סימן יב, ד"ה תשובה. אבל לא כך עולה מחידושי הריטב"א, נדרים כז ע"א, ד"ה ותו דא"כ, משם נראה שהפסוק באונס שכיח אמור גם כאשר נדר כלפי זולתו ומגזרת הכתוב "האדם בשבועה", וכפי שביאר דבריו ברכת שמואל, נדרים, סימן יד, אות א. ואכן השווה הערת המהדיר, שם (במהדורת מוסד הרב קוק), הערה 434, אם כי לדבריו כוונת הריטב"א ל"אונס שכיח ולא שכיח" ולא לאונס שכיח.

¹⁰⁶⁶ שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רכח, סעיף מג. וראה לעיל, הערה 466. וכך פסק גם שם, אבן העזר, סימן נ, סעיף ה: "ראובן שידך בתו לשמעון בקנין ושבועה והשלישו שטרות, ואחר כך אירע שהמירה אחות המשודכת, יכול שמעון לחזור בו ופטור מהקנין ומהשבועה ומחויב השטר". אמנם, הרא"ש, הרשב"א ומהרי"ק (לעיל, ליד ציון הערה 1042) לא הסתמכו על משנת "נדרים אונסים" (אף שהרא"ש מפרש אותה כמיוסדת על אומדנה, ראה לעיל, הערה 90, והערה 458). ואולי הסיבה לכך היא שהם רואים את המניעה באותה משנה כמניעה מוחלטת ואין להסיק ממנה על הכבדה, או אפשר ששם האומדנה מועילה לפירוש מצמצם של הנדר, ועוד אפשר ששם די באומדנה קלושה כפי שהסביר הריב"ש. לאפשרויות אלה ראה לעיל, הערה 458. ואולם השווה שו"ת מהר"ם אלשיך (לעיל, הערה 539), שכן הסתמך על משנה זו. וראה שו"ת הסבא קדישא (אלפנדר), חלק ב, אבן העזר, סימן טז, ד"ה ובר מן דין.

¹⁰⁶⁷ לעיל, הערה 1042 והערה 1043.

¹⁰⁶⁸ לעיל, ליד ציון הערה 1054.

¹⁰⁶⁹ בקצרה נציין שהתרת הנדר על ידי חכם יכול שתיעשה או מכוח "פתח" או מכוח "חרטה". בחרטה שלא כמו בפתח, לא נעלמה מן הנודר שום עובדה בשעה שנדר, ולכן אינו יכול לטעון שנדר בטעות ("אילו ידעתי לא הייתי נודר"), אלא הוא טוען שמצבו הנפשי בשעה שנדר הוא שהביאו לנודר והיה בבחינת אנוס. כלשון הר"ן, נדרים כא ע"ב, ד"ה אין חכם: "שהנדר כשהוא ניתר בפתח מוכיח מתוכו שהוא נדר טעות והוי כעין ארבעה נדרים, אבל בחרטה לא. והיינו טעמא דעדיף פתח מחרטה, לפי שכל נדר שהוא ניתר בפתח הרי הנודר אומר שאפילו בתחלה כשנדר אילו היה נותן אל לבו אותו פתח לא היה נודר ונמצא נדרו בטעות. אבל נדר שהוא ניתר בחרטה, [הנודר] אינו מוצא עם עצמו שום ענין שאילו היה נותנו אל לבו מתחלה שלא היה נודר [כלומר אינו מוצא 'פתח'], אלא שהוא [הנודר] אומר עכשיו: 'מתוך הכעס או מפני מהירות נדרתי, ועכשיו אני מתחרט על שנדרתי מעולם' [והוא המכונה בלשון הפוסקים 'חרטה דמעיקרא']".

¹⁰⁷⁰ ראה משנה, נדרים ט, ב. וראה גם משנה, נזיר ה, ד: "וזו טעות טעה נחום המדי כשעלו נזירין מן הגולה ומצאו בית המקדש חרב, אמר להם נחום המדי: 'אלו הייתם יודעים שבית המקדש חרב הייתם נוזרים?', אמרו לו: 'לא!', והתירן נחום המדי, וכשבא הדבר אצל חכמים אמרו לו, **כל שנזר עד שלא חרב בית המקדש – נזיר** [שכן 'אין פותחין בנולד'], ומשחרב בית המקדש – אינו נזיר [שכן זה נדר טעות]". וראה להלן, הערה 1085.

- אמר קונם שאיני נהנה לאיש פלוני, ונעשה [אותו פלוני] סופר... ואמר [הנודר] אילו הייתי יודע שהוא נעשה סופר... לא הייתי נודר.
- קונם לבית זה שאיני נכנס, ונעשה [אותו בית] בית הכנסת, אמר [הנודר] אילו הייתי יודע שהוא נעשה בית הכנסת לא הייתי נודר.
רבי אליעזר מתיר וחכמים אוסרין.

המשנה קובעת שמי שהדיר עצמו הנאה מפלוני או מבית מסוים, ולאחר שחל הנדר השתנו הנסיבות והוא נזקק ליהנות מהם - כגון שאותו פלוני נעשה סופר או שאותו בית הפך לבית כנסת - אין בכך, לדעת חכמים, כדי להתיר את נדרו¹⁰⁷¹. מכאן נסיק לענייננו, שאם בשינוי נסיבות אפילו חכם אינו יכול להתיר את הנדר מכוח אומדנה, קל וחומר שהנדר אינו נותר מאליו מכוח אומדנה¹⁰⁷².

עם זאת, ממקורות תלמודיים אחרים הסיקו הראשונים שיש לסייג את הכלל וקבעו שאינו חל ב"נולד שכח"¹⁰⁷³, שמאחר שהאירוע היה צפוי כבר בשעת הנדר וכנראה נעלם הוא מן הנודר באותה שעה, נחשב הוא כמי שנדר בטעות¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷¹ יש לציין שלמעשה אין יישום לכלל "אין פותחין בנולד", וזאת לאור ההלכה לפיה אפשר להתיר נדר מכוח חרטה גם בנולד (כלומר, גם אם מה שהניע את הנודר להתחרט מעיקרא הוא נולד), ולאור הנוהג להפוך כל פתח לחרטה. ראה: רמב"ם, הלכות שבועות, פרק ו, הלכה יב ("אבל אם ניחם הוא מעצמו מפני הנולד ונהפכה דעתו מתירין לו"); שו"ת הרשב"א (מיוחסות), סימן רעג ("אבל פותחים בחרטה מחמת נולד"); רמ"א, יורה דעה, סימן רכח, סעיף יג ("אבל אם מתחרט מעיקרו, אף על פי שעושה מכח הנולד, מיקרי חרטה ומתירין לו"). וראה חכמת אדם, כלל ק, סעיף ה: "ולכן אין חשש גם כן אם מתחרט מחמת נולד, אף על גב דלא שכיח, כיון שמתחרט מחמת הנולד ואומר שאילו ידע בזה לא היה נודר די בזה". ומסביר שלכן לא ראה לנכון להרחיב בהגדרת "נולד" משום שממילא אין לזה נפקא מינה. ¹⁰⁷² ומכאן קושיה גדולה לכאורה על הרא"ש וסיעתו (לעיל, ליד ציון הערה 1042), כפי שתמה שו"ת מהרי"ט, חלק ב, יורה דעה, סימן מט, ד"ה והיכא: "ויש לתמוה... במקום שבועה ליכא למימר אדעתא דהכי לא נתחייב ולא נשבע... וקיימא לן אין פותחין בנולד!!" (וראה גם שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קיח, ד"ה ומעתה). על תמיהה זו חוזר בעקבותיו שו"ת פני משה: חלק א, סימן ה (יב ע"ג); חלק ב, סימן נד (צט ע"ד); חלק ב, סימן קיז (רכב ע"ג). וראה פתרונו להלן, הערה 1091 והערה 1094. עוד רבים עמדו על תמיהה זו בעקבות מהרי"ט, ראה לדוגמה שו"ת פרח מטה אהרן (להלן, הערה 1085), וראה פתרונו שם.

¹⁰⁷³ כך הסיקו רבים מהראשונים מן המקורות התלמודיים הבאים: (א) נדרים סד ע"ב. התלמוד מברר את מקורות המחלוקת שבין רבי אליעזר לחכמים בשאלה האם "פותחין בנולד". רבי אליעזר מביא ראיה לשיטתו ש"פותחין בנולד" מכך שמשם חזר ממדין למצרים אף שנשבע ליתרו קודם שנתן לו את בתו שלא יעזוב את מדין ("ויואל משה לשבת את האיש" (שמות ב, כא)). לדעתו, ההסבר לכך הוא שהקב"ה התיר לו את נדרו בנימוק שאוביו שבמצרים מתו ("כי מתו כל האנשים המבקשים את נפשך" (שמות ד, יט)), וזאת אף שמיתת האויבים הייתה בגדר "נולד". חכמים דוחים ראיה זו. לדעתם, אין להבין את המקרא כפשוטו, אלא כוונת הכתוב שאוביו של משה, דתן ואבירם, ירדו מנכסיהם ("ועני חשוב כמת"), דבר שהוא שכיח (ראה לעיל, הערה 112), ועל כן ניתן היה לפתוח בו את הנדר, כפי שמסביר הראב"ד (הלכות שבועות, פרק ו, הלכה יב): "וכי היא דאמרין עניות שכיחא טפי ממיתה ומשום הכי פתח ליה הקדוש ברוך הוא למשה בשבועתיה בעניות דדתן ואבירם". וראה גם רא"ש, נדרים, פרק ט, סימן א, על פי הירושלמי, נדרים, פרק ט, הלכה א והלכה ד (מובא בבית יוסף, יורה דעה, סימן רכח, ס"ק יב).

(ב) כתובות סג ע"א. התלמוד מספר שבן כלבא שבוע הדיר את בתו מנכסיו משום שהתחתנה מאחורי גבו עם אחד מרועי עדרו, עקיבא שמו. לימים נעשה אותו עקיבא מגדולי הדור וחזר לעירו, ופנה אליו בן כלבא שבוע (שלא זיהה

כמסקנה זו העולה ממשנת "אין פותחין בנולד" נוקט לכאורה מהר"ם מרוטנבורג¹⁰⁷⁵. הוא דן במי שהקים קרן צדקה לצורך מימון רב קהילה, ולאחר מכן ירדו קרוביו מנכסיהם והפכו עניים, והם טוענים שהכסף מגיע להם, שכן לא על דעת כן הקים מורישם את קרן הצדקה. הוא דוחה את טענתם בנימוק: **"גבי נדרים וצדקות לא שייך אומדנא דלאחר זמן"**, אם כי אינו מפנה במפורש לדין "אין פותחין בנולד"¹⁰⁷⁶. וכך נוקט לכאורה גם הרמ"א¹⁰⁷⁷ כשהוא מפנה במפורש לדין "אין

אותו) שיתיר לו את נדרו, וכך עשה. התוספות, שם, ד"ה אדעתיה, שואלים כיצד התיר לו את הנדר, הלא "אין פותחין בנולד"? ומתרצים, ששכח הוא שאדם שהולך ללמוד תורה הופך לגדול ("יוש לומר דהכא לא חשיב נולד כיון שהלך לבי רב, דדרך הוא בהולך ללמוד שנעשה אדם גדול"). והשווה להלן, הערה 1076, אות א. רבי יוסף קארו מטעים שכך הוא רק בנולד שהוא "שכח טובא", ראה להלן, הערה 1083.

¹⁰⁷⁴ כך מסביר השגות הראב"ד, הלכות שבועות, פרק ו, הלכה יב: "דכיון שהוא מצוי, ואילו היה באותה שעה לא היה נודר, רואין אותו המקרה **כאילו היה בשעת הנדר** ולא ידע אותו הנודר, בענין **שנעשה הנדר בטעות**". יש מי שסבור שכך נוקט גם שו"ת מהר"ם גאלנטי, סימן פט. ראה הרב מייזעלס (לעיל, הערה 112), אותיות ו-ח: "וזהו ביאור דברי הר"ם גאלנטי, במי שנשבע שלא לאכול בשר ולא לשתות יין אם לא ישלם, ואחר כך אירע לו אונס שהעני, ואילו חשב בשעת נדרו ואסיק אדעתיה דיכול להיות שיעני לא היה מקבל על עצמו לאסור עליו אכילת בשר ויין, וטענה זו יכול לטעון באונס דשכח, **דכיון דשכח הוא, הוה כאילו נולד מכבר בעת הנדר אלא דהוא לא ידע מזה וממילא הוה נדר טעות**" (שם, סוף אות ו). ומטעים הרב מייזעלס, שאם מדובר באונס ברור ומובהק (להבדיל מ"אונס קצת" כלשון מהר"ם גאלנטי), כי אז ניתן הנדר מעצמו ואין צורך בחכם להתירו, וכפי שפסק מהר"ם גאלנטי בעניין הנודר מבשר ויין אם לא יפרע חוב וירד מנכסיו. כנגד יישום גישה זו בנדר דו-צדדי, ראה ר' שלמה דוראן (לעיל, הערה 111), ד"ה אבל בני"ד שנדר לאחרים. וראה להלן, הערה 1080.

להלן, ליד ציון הערה 1084, נראה הסברו החלופי של 'בית יוסף', שאינו מבוסס על **הפיקציה** כאילו **האונס כבר היה קיים אובייקטיבית בשעת הנדר** ונעלם מן הנודר (ומכאן הגדרת הנדר כנדר טעות), אלא על **האומדנה הסובייקטיבית** של הנודר לפיה אילו היה יודע שכך יקרה, לא היה נודר.

¹⁰⁷⁵ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתקמב (כתבנו "לכאורה" משום שמהר"ם נראה כסותר את עצמו בין הרישא של דבריו לסיפא שלהם, ואכן להלן, הערה 1076, נראה שהפוסקים נחלקו בהבנת דבריו). ונראה שכך ניתן להסיק גם מהסברו של הראב"ד (לעיל, הערה 1074), להלכה לפיה פותחים בנולד שכח, כשהוא מטעים: "רואין אותו המקרה **כאילו היה בשעת הנדר** ולא ידע אותו הנודר בענין שנעשה הנדר בטעות".

¹⁰⁷⁶ א. וכך הוא מנמק את קביעתו: "אבל [אם] בההוא שעתא לא טעה, חל הנדר **ולא בטל בשום מלתא דאתיא לאחר זמן**, דהא חזינא דכלבא שבוע הוצרך להתיר נדרו כדאיתא פרק 'אף על פי' (כתובות סב ע"ב) ובפרק 'הנודר מן [המבושלי] (נדרים נ ע"א) דאתשיל אנדריה אף על גב דאין לך אומדנא גדולה מזו דאדעתא דגברא רבה כמו רבי עקיבא לא נדר. ועוד שבעצמו היה אומר כן דאדעתא דגברא רבה לא נדר, ואפילו הכי הוצרך התרה, **דבשביל דברים שלאחר זמן אין לבטל הנדר**. ולא דמי לאומדנא דרבי שמעון בן מנסיא דהכותב נכסיו לאחר ולא ידע שיש לו בן ושוב שמע שיש לו בן או שאשתו מעוברת אין [מתנתו] מתנה, דשאני התם מתנה בטעות הויא **דבההוא שעתא דיהיב לאחרים היה לו בן** והוא היה סבור דבן אין לו". מדבריו עולה שהוא מבין את העניין שדן בו רבי שמעון בן מנסיא כנדר צדקה, ולא כהתחייבות ממונית גרידא (כפי שמעיר הרב גוסטמן להלן). וראה לעיל, הערה 1073, שלפי התוספות שכח מאוד שאדם שהולך ללמוד תורה הופך לגדול הדור, ומשום כך יכול היה רבי עקיבא להתיר את נדרו של בן כלבא שבוע.

רבים הסיקו מדברי מהר"ם מרוטנבורג שהוא שולל עקרונית ביטול נדר בשל שינוי נסיבות, ראה: חקרי לב, יורה דעה, חלק ב, סימן קד, ד"ה הנה (עמ' רטו). לביאור דבריו ראה: תשובת בנו שם, מהדורא בתרא, חלק א, סימן כב; שו"ת ויען דוד, חלק ה, סימן פ, ד"ה ובשו"ת חק"ל. אבל השווה לדברי בנו שם, חו"מ, חלק ב, סימן לה, ד"ה ודוגמא (נה ע"ד), וד"ה ובאמת (נו ע"ב), משם נראה שאינו מחלק עקרונית בין נדרים ובין ממונות, אלא שבנדרים האומדנה היא שהנודר רוצה בקיום הנדר אף אם ישתנו הנסיבות, כדי שיזכה כבר במצווה, וכשיטת "הגדולים האחרים" שמובאת במרדכי, בבא בתרא, סימן תצג; שו"ת הסבא קדישא (אלפנדרלי), חלק ב, אבן העזר, סימן טז, ד"ה הנה מבואר (עמ' קלד); קונטרסי שיעורים (גוסטמן), קידושין, שיעור כא ("דברים שבלב ואומדנא"), אות ז, ד"ה איברא.

פותחין בנולד", ועל פי זה הוא מסייג את פסק הרשב"א¹⁰⁷⁸ שפוטר את צד הכלה שהפר הבטחת נישואין עקב "קלקל מעשיו" של המשודד. לדעתו, הרשב"א התכוון לפטור את הכלה רק מן הקנס המוסכם ולא מחיוב השבועה, שכן "לא עדיף מנולד דאין פותחין בו".

(ג) סיכום והגדרת השאלות

הנה כי כן, הסוגיות התלמודיות שסקרנו ("נדרי אונסין" ו"אין פותחין בנולד") עוסקות שתיהן לכאורה בביטול נדר מכוח **אומדנה עקב שינוי נסיבות**, ובשתיהן אפשרות הביטול תלויה במבחן שכיחות האירוע, אלא שבכל אחת מהן פועל המבחן בצורה הפוכה: לפי סוגיית "נדרי אונסין", אין מתחשבים בשינוי נסיבות אם השינוי היה מחמת אירוע שכיח, שכן על הנודר היה להתנות, והביטול אפשרי רק בשינוי נסיבות מחמת אירוע בלתי שכיח. לעומת זאת, לפי סוגיית "אין פותחין בנולד" הדין הוא להפך, שאפילו בהתרה על ידי חכם אין מתחשבים בשינוי נסיבות אם השינוי היה מחמת אירוע בלתי שכיח, והתרת הנדר אפשרית רק אם השינוי היה מחמת אירוע שכיח¹⁰⁷⁹.

בדיוננו לעיל על נדרי טעות, עמדנו על שתי גישות בין הפוסקים: יש הסבורים שיש תוקף לאומדנה בנדרים ושבועות כמו בשאר חיובים - ראינו כאן שגישתם נתמכת לכאורה מסוגיית "נדרי

ב. לדעת אחרים, מהר"ם אינו מבחין עקרונית בין נדרים לממונות, כפי שעולה מהמשך דבריו: "אבל בנדון זה דהוי דבר הבא לאחר זמן, מלתא דשכיחא הוא שבני אדם מתמוטטין וגלגל החוזר בעולם הוא וכיון דמלתא דשכיחא הוא אם איתא דסלקא אדעתיה שיהו בניו קודמים לכל אדם איבעיה ליה לאתנויי ואי לא אתני איהו הוא דאפסיד אנפשיי". לפי דברים אלה, גם נדר עשוי להתבטל בשינוי נסיבות מכוח אומדנה, ובלבד שהשינוי היה בגדר **אונס שאינו שכיח**. ראה: שו"ת חיים וחסד (מוסאפיה), חלק א, סימן מ, ד"ה וההיא; ממגד גרש ירחים (אדלשטיין), בבא בתרא קלב ע"א, אותיות שנ-שנא; ברכת אהרן (מיסניק), בבא בתרא, קלב ע"א, בדין אומדנא דלאחר זמן (וראה שם הערה נד). [כנגד הבנה זו בדברי מהר"ם השווה חקרי לב, מהדורא בתרא, שם, ד"ה ואחרי המ"ר, לדעתו מהר"ם מתכוון רק לשלול את הטענה שהנדר ודאי התכוון שהנדר לא יחול אם ישתנו הנסיבות. כנגד זה מסביר מהר"ם, שמאחר שלא שלל במפורש את תחולת הנדר, סימן הוא שלא חשב על כך אף על פי שמדובר בעניין שכיח (וקל וחומר שאדם לא חושב על דבר לא שכיח)].

¹⁰⁷⁷ ראה דרכי משה, יורה דעה, סימן רכח, אות ט. וכן פסק להלכה בהגהתו לשולחן ערוך, שם, סעיף מג. וזאת בשונה מפסק השולחן ערוך שראינו לעיל, הערה 1066. וראה ביאור הגר"א, שם, ס"ק קיא. וראה דיוננו לעיל, הערה 526, שאת הדברים מסיק הרמ"א מתשובה אחרת של מהר"ם מרוטנבורג.

עם זאת, יש מקום לתמוה מדוע הרמ"א לא הגיה דבר על אותה הלכה באבן העזר, סימן נ, סעיף ה. שו"ת שמש צדקה (מורפורגו), חלק א, יורה דעה, סימן כג, ד"ה ומ"מ (עג ע"ד), מסיק מכאן שכנראה הרמ"א חזר בו. והשווה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יורה דעה, סימן סט, ד"ה ובהכי ניחא, שעומד אף הוא על שאלה זו ומציע לה פתרון אחר (ראה לעיל, הערה 526), שלפיו הרמ"א אינו חולק על העיקרון שאומדנא דמוכח עשויה לבטל גם שבועות ונדרים. ועוד ראה שו"ת זכרון יהונתן (לעיל, הערה 1056), אותיות מה-מו.

¹⁰⁷⁸ ראה לעיל, הערה 1043.

¹⁰⁷⁹ על סתירה זו מעיר הרש"ש, נדרים סד ע"א, ד"ה במשנה: "מכל הני חזינן דבנולד דשכיח פותחין ואמרין דאדעתא דהכי לא נדר, אבל בלא שכיח אמרין דלא היה מניח מלידור בשביל זה כמו שכתב הרא"ש. וקשה לי, דזה היפך מסוגיא דריש כתובות [המקבילה לסוגיית נדרי אונסים, נדרים כז ע"ב, המקישה בין אונס בגט ובין אונס בנדר], דאמרין שם ודלמא אונס דשכיח שאני, רוצה לומר דלכן לא מבטל התנאי. ועיין שם (כתובות ג ע"א) בתוספות ד"ה א"ד, הג' עיני אונס. וכן לענין נדרים גופיהו לעיל (כז ב) פירש הרא"ש בד"ה שאני מעברא: 'ועכבו נהר דמתניתין היינו כו' דלא שכיח' [ראה לעיל, הערה 1065]. אמנם למתבונן בהם יש לחלקם בכמה אנפי, ואין כאן מה להוסיף. ולא כתבתי אלא לעורר המעיינים". על סתירה זו הצביע עוד לפניו שו"ת עדות ביהוסף (אלמושנינו), חלק א, סימן מז, ד"ה ובר מן דין (מובא לעיל, הערה 541, סוף אות א).

אונסיין". ויש הנוקטים להפך, שאין תוקף לאומדנה בנדריים ושבועות – וראינו כאן שגישתם נתמכת לכאורה מסוגיית "אין פותחין בנולד".

להלן נראה כיצד כל גישה מסבירה את המקור שסותר אותה לכאורה, וכיצד היא מיישבת את הסתירה לכאורה בין מקורות אלו.¹⁰⁸⁰

(2) הפתרונות

(א) לגישה שנדרים ושבועות עשויים להתבטל מכוח אומדנה

כאמור, עמדת הפוסקים הסבורים שנדרים ושבועות עשויים להתבטל מכוח אומדנה נתמכת לכאורה מסוגיית "נדרים אונסיין". ונשאלת השאלה, לגישתם, מה פשר הכלל "אין פותחין בנולד"? לשאלה זו הוצעו שני פתרונות:

(א) **דין "אין פותחין בנולד" לא נאמר באומדנא דמוכח** – לדעת פוסקים רבים, הכלל "אין פותחין בנולד" נאמר רק כאשר אין אומדנא דמוכח שהנדר היה נמנע מלנדור אם היה צופה את שינוי הנסיבות.¹⁰⁸¹ כאמור, במצב זה הסמיכה התורה את החכם להתיר את הנדר באמצעות "פתח", אלא שסמכותו הוגבלה ולא ניתנה לו כשהשינוי היה כתוצאה מאירוע בלתי שכיח, שכן מאחר שהשינוי לא היה סביר, ההנחה היא שהנדר היה מוכן להסתכן בו ולא היה נמנע מלנדור בשל הסיכון הרחוק אף אם היה מעלה אותו על דעתו, שהלא, כאמור, אין כאן אומדנא דמוכח, ועל כן

¹⁰⁸⁰ דיוננו להלן יתמקד בסתירה שבין שני המקורות במה שנוגע לשינוי נסיבות מחמת **אירוע בלתי שכיח**, שמצד אחד נקבע לגביו ש"אין פותחין בנולד", ומצד שני נקבע ש"נדרים אונסיין" בטלים דווקא כאשר האונס היה מחמת אירוע בלתי שכיח.

אשר לסתירה בין שני המקורות במה שנוגע ל**אירוע שכיח**, שמצד אחד נקבע שהחכם יכול לפתוח בו את הנדר ולהתירו, ומצד שני נקבע שאין להתחשב באירוע שכיח שכן "היה לו להתנות", אפשר ליישב את הסתירה אם נניח שהדין לפיו פותחין בנולד שכיח אמור רק בנדר חד-צדדי, שם אין מקום לטענה "היה לו להתנות" (ראה מחנה אפרים, הלכות שבועות, סימן יב, ד"ה תשובה). ואילו משנת "נדרים אונסיין" עוסקת בנדר דו-צדדי, שם יש מקום לטענה זו (אם כי ראה לעיל, הערה 462, שקביעה זו אינה נקייה מספקות). ואכן כך מציע ליישב את הקושי מנחת שלמה (אורבך), נדרים כג ע"א, ד"ה ונלע"ד (אמנם לעיל, הערה 1073, הבאנו דוגמאות של נדרים דו-צדדיים לכאורה שהותרו, וצריך להידחק ולומר שגם נדרים אלו חד-צדדיים הם).

[ו]זו הסיבה שבעניין מי שקיבל עליו נדר להנזר מבשר ויין שדן בו הרב בצלאל אשכנזי (לעיל, הערה 111), התרת הנדר על ידי חכם לא עמדה על הפרק (אף שעניות שכיחה ויכלה אפוא תיאורטית לשמש "פתח" להתרה), שכן חכם אינו מתיר נדר שנידר על דעת אחרים, כמו שמטעים הרב אשכנזי, שם (ומסכים עמו הרב שלמה דוראן, לעיל, הערה 111, כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 1074). אבל השווה שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן א, ד"ה ולהיותי, לדעתו בנסיבות המיוחדות ההן, אף שהנדר נידר על דעת אחרים, יש עילה להתירו, "לפי דהכא אין שום תועלת לחברו בקיומו של נדר זה, כי לא הדירו חברו לעצמו של נדר אלא כדי שיפרע לו, והרי עכשיו אין לו מה לפרוע ואנוס הוא, אם כן עכשיו אין נדר זה לתועלת חברו ויכולין להתירו". וראה שם, ד"ה עוד נראה לומר. וראה עוד לעיל, הערה 462].

אין צריך לומר, שקושי זה לעניין אירוע שכיח אינו קיים לשיטת מהרש"ך (לעיל, הערה 99) לפיה למסקנת התלמוד הפטור בגין אונס אמור גם באונס שכיח. מעיר על כך שו"ת תורת משה (להרב משה שבתל), יורה דעה, סימן ב, ד"ה ואני כמאוס. וראה נחלי דבש (וילמן), נדרים, לייקווד תשע"ב, סימן כח.

¹⁰⁸¹ כפי שכבר ראינו לעיל, ליד ציון הערה 1059.

שינוי כזה אינו יכול לשמש "פתח"¹⁰⁸². לעומת זאת, אם השינוי היה כתוצאה מאירוע **שכיח**, הוא יכול לשמש "פתח", שכן יש להניח שהסיכון נעלם מן הנודר ועל כן נדר, ואילו היה חושב עליו לא היה נודר, ועל כן החכם רשאי להגדיר את נדרו כ"נדר טעות". ונראה שזו כוונת רבי יוסף קארו¹⁰⁸³:

וטעמא דמילתא, דכיון דאותו נולד שכיח טובא, **אמדינן דעתיה** שאילו היה מעלה בלבו נולד זה היה נמנע מלידור. וכיון שלא נדר אלא מפני שלא העלה דבר זה באותה שעה, הוי ליה **כנדר טעות**. אבל כשאין הנולד שכיח טובא, אפילו אם היה מעלה על לבו אותו נולד, לא היה נמנע מלידור בשביל כך, דכיון דלא שכיח טובא היה אומר בלבו שמא לא יבוא לעולם¹⁰⁸⁴.

נמצא שהכלל "אין פותחין בנולד" אינו סותר את התפיסה לפיה נדר ושבועה עשויים להתבטל בשל שינוי נסיבות מכוח אומדנה, שכן כלל זה מגביל את האפשרות לבטל נדר רק **כאשר אין אומדנא דמוכח**. אבל אם יש אומדנא דמוכח שהנודר לא היה נודר אם היה צופה את הסיכון שישתנו הנסיבות, **אין צורך בפתח ובחכם כדי להתיר את הנדר**. כך לדוגמה, אם מדובר בסיכון גדול ומשמעותי, אף שהסיכוי שיקרה נמוך, כי אז אומדנא דמוכח הוא שהנודר לא היה מסתכן ולא היה נודר, ומשכך הנדר בטל מאליו ואין צורך בחכם להתירו¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸² התורה לא הסמיכה את החכם להפוך את הנדר לנדר מותנה (תנאי מכללא) אלא רק לנדר טעות.

¹⁰⁸³ ראה: בית יוסף, יורה, סימן רכח, ס"ק יב; כסף משנה, הלכות שבועות, פרק ו, הלכה יב.

¹⁰⁸⁴ לעיל, הערה 1074, עמדנו על ההבדל היסודי בין הסבר זה, המבוסס על **אומדנה**, לבין ההסבר של הראב"ד, המבוסס על **פיקציה בדבר המצב האובייקטיבי** כבר בשעת הנדר.

¹⁰⁸⁵ ראה: שו"ת עדות ביהוסף (אלמושינינו), חלק א, סימן מז, ד"ה ובר מן דין (בעניין היתר לשאת אישה שנייה בניגוד לשבועה בשל כך שאשתו איבדה את שפיות דעתה); חלק ב, סימן י, ד"ה והנה ראיתי למוהר"ש (לא ע"א) (בעניין דומה שם השתבש וסתה של האישה ולא ניתן לקיים אתה יחסי אישות). ומסכים עמו בעיקרון (אמנם אחרי לבטים), שו"ת חכם צבי, סימן מא, ד"ה ועוד אמרי' בהאשה ("איברא דאיכא למימר דשאני נולד דאין פותחין בו דאיפשר למימר אפילו אי הוה ידע דאפשר דפלוני יעשה סופר, מכל מקום היה נכנס לספק זה לאסור הנאתו עליו וכן בבית פלוני, אבל בכאן ובכל אונסא דלא שכיחא לא היו נכנסים לספק זה כלל". ועם זאת בנדון של הרב אלמושינינו הוא חולק עליו הלכה למעשה, ראה לעיל, הערה 538). וראה גם: שו"ת פרח מטה אהרן, חלק ב, סימן סו, ד"ה אכן נראה (בעניין נשים שעקבותיהן נעלמו ובעליהם מבקשים לשאת אישה אחרת בניגוד לשבועתם); שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יורה דעה, סימן סט (בעניין הפרת הבטחת נישואין בשל המרת דתו של אבי הכלה); שו"ת אור גדול (לעיל, הערה 1059). דומה שכך יש לפרש גם את שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, סימן רעג, כשהוא כותב: "ניש נדרים] שאין צריך שאלה לחכם... שיש אונס גמור שהפסיקו נהר או חלה בנו, הרי זה מותר גמור, **שהרי זה מן הסתם כמתנה בנדרו**". ונראה שכך מפרש אותו שו"ת מהר"ם גאלנטי, סימן פט, ד"ה גם על מה. והשווה לעיל, הערה 1074.

לכאורה גישה זו נסתרת ממשנה מפורשת, נזיר ה, ד (לב ע"ב) (הובאה לעיל, הערה 1070), לפיה "כל שנזר עד שלא חרב בית המקדש – נזיר". וזאת, אף על פי שיש אומדנא דמוכח שלא היה נזיר לו צפה שייחרב הבית ולא יתאפשר לו להביא קורבנותיו, וכתוצאה מכך יאלץ להישאר נזיר לעולם. כך מקשים: בני דוד (פאלקו), הלכות נדרים, פרק ח, הלכה א, בשם מהר"י רוזאניש ז"ל; שו"ת זכרון יehונתן (אבלמן), חלק א, יורה דעה, סימן ה, אות י (לג ע"ב). הרב אבלמן (שם, אות לו, ד"ה והא) מציע לתרץ: "דדוקא אומדנא נדולה מהני גבי נדרים, והתם גבי הני נזירים נהי דחשיב נולד בשביל זה שלא ידעו היום [שבו ייחרב בית המקדש], מכל מקום כיון דהוי ידעי שיחרב הבית, לא חשוב אומדנא גדולה". והשווה תוספתא כפשוטה, נזירות, עמ' 540, הפירוש לשורה 61, המציע לפרש (בהפך מפירוש הרמב"ם למשנה), שהטעות של נחום המדי (לעיל, הערה 1070) הייתה "שפתח להם בנולד, כלומר, ולא שאמר להם שנדרו

(ב) דין "אין פותחין בנולד" אמור רק כאשר לא היה שינוי במניע של הנדר – רבי יהודה ליב, אחיו של בעל התניא ואב"ד ינוביץ¹⁰⁸⁶, מציע הבחנה עניינית דקה אך יסודית בין משנת "נדרי אונסים", בה יש באומדנא דמוכח לבטל את הנדר, ובין משנת "אין פותחין בנולד", בה אין באומדנא - אף לא **אומדנא דמוכח**¹⁰⁸⁷ - לבטל את הנדר. משנת "אין פותחין בנולד" עוסקת במי שהדיר עצמו הנאה מאיש פלוני ונעשה סופר, או מבית פלוני ונעשה בית הכנסת. בדוגמאות אלה מדובר בשינוי צדדי שאינו נוגע למניע של הנודר; אמנם אילו אותו פלוני היה סופר כבר בשעת הנדר סביר להניח שהנודר לא היה מדיר עצמו הנאה ממנו, אולם הסיבה שהדיר עצמו הנאה ממנו לא הייתה משום שאינו סופר (או משום שהבית אינו בית כנסת), אלא כנראה מסיבה אחרת שבה לא היה שינוי, ובכגון זה אין בכוחה של אומדנא, ואפילו אומדנא דמוכח, לבטל את הנדר. לא כן במשנת "נדרי אונסים", שם השינוי (עיכוב הנהר או המחלה) מונעים את הקרבה בין המדיר למודר שהיא הייתה המניע והמטרה של הנדר, ומשסוכלה המטרה שעמדה בתשתית הנדר, מובן שהנדר בטל. וכך הוא בכל התקדימים שבהם הפוסקים בטלו את הנדר והשבועה, היה זה משום ששינוי הנסיבות סיכל את מטרת ההתחייבות¹⁰⁸⁸.

(ב) לגישה שנדרים ושבועות אינם עשויים להתבטל מכוח אומדנא

כאמור, עמדת הפוסקים הסבורים שנדרים ושבועות אינם עשויים להתבטל מכוח אומדנא נתמכת לכאורה מסוגיית "אין פותחין בנולד", ממנה עולה שהתפתחות עתידית - באשר היא - אינה יכולה לשמש עילה לפקיעת הנדר, וזאת, לפי הבנתם של פוסקים אלה, אף לא באומדנא דמוכח. לגישת פוסקים אלו, השאלה היא, כיצד יסבירו את סוגיית "נדרי אונסים"? לשאלה זו הוצעו שלושה פתרונות:

בטעות ואין כאן נדר כלל" (כמשתמע מלשון התוספתא, נזירות ג, יט: "זו טעות טעה נחום המדי כשפתח בנדר"). והשווה להלן, סוף הערה 1094.

¹⁰⁸⁶ שו"ת שארית יהודה (ברוקלין תשס"ט), יורה דעה, סימן יב, ד"ה אך באמת לא קשה מידי (עמ' רט). הוא דן בתוקפה של הסכמה לספר, הכוללת איסור בחרם על הדפסת ספר דומה עד תאריך מסוים. נוהג זה היה מקובל כדי להגן על ההשקעה העצומה הכרוכה בהדפסת ספרים, אלא שבאותו מקרה כבר נמכרו כל העותקים לפני התאריך הנקוב בחרם, ויש אומדנא דמוכח שההסכמה הייתה לתועלת המכירה. בשאלת תוקפה של ההסכמה אחר מכירת הספרים ראה בהרחבה, נחום רקובר, זכות היוצרים במקורות היהודיים, ירושלים תשנ"א, 383-346 (בתשובת שארית יהודה הוא דן שם בעמ' 369).

¹⁰⁸⁷ ובכך שונה גישתו מן הגישה הקודמת.

¹⁰⁸⁸ ובלשונו: "אך באמת לא קשה מידי, דלא קרב זה אל זה מההיא דאין פותחין בנולד אף על גב דהוה אומדנא דמוכח טובא שעל דעת כן לא נדר, דהא לא אסיק אדעתיה כלל שיבא לידי כך, אבל מתחלת הנדר נדר סתם ולא היה בלבו טעם וסבה לנדרו בשביל שאינו סופר או בשביל שאינו בית הכנסת, אלא שנדר מהאיש הזה או מהמקום הזה מחמת איזה טעם אחר וסבה אחרת אלא שאחר כך נולד דבר שנתחדש שנעשה האיש סופר והמקום בית כנסת, ואילו היה יודע מזה לא היה נודר, אף על פי שהיה לו טעם אחר בדבר וסבה אחרת. מה שאין כן נדרי אונסים דהא שהדירו חבירו שיאכל עמו, רוצה היה בכבודו או לשבת אחרים גם יחד להתעלס באהבים, וכן ההיא דהרשב"א והרא"ש ששדך בתו דהא דגמרי ומיחתיני אהדיי היינו משום שנותן עיניו במשפחה טובה או אפילו אינה משפחה הגונה כל כך אלא שנתן עיניו בממון, מכל מקום בשביל ממון בלבד לא הי עושה שידוך ועל כל פנים אהוב וחביב לפניו השידוך וניחא ליה להתחתן בו, וכיון דאירעו אונס דלא שכיח דלא אסיק אדעתיה אמרינן ודאי דאדעתא דהכי לא נדר... והרי זה כאילו התנה בהדיא בשעת הנדר. וכן משמע לשון הרא"ש בתשובה כלל ל"ד אלא מאי דלא התנה בפירוש הוא משום דלא אסיק אדעתיה".

(א) **"אונס רחמנא פטריה"** – יש הנוקטים¹⁰⁸⁹ שהפטור ב"נדרי אונסין" אינו מיוסד על אומדנה אלא על הכלל הגדול "אונס רחמנא פטריה". לפי זה, מובן שאין סתירה בין משנת "נדרי אונסין" ובין משנת "אין פותחין בנולד"¹⁰⁹⁰.

(ב) **"אין פותחין בנולד" אינו חל כל זמן שהנדר לא נכנס לתוקפו** – יש מבין האחרונים¹⁰⁹¹ שפתרו את הסתירה בין משנת "נדרי אונסין" ובין משנת "אין פותחין בנולד", לאור הסייג שמסייגים חלק מהראשונים בדין "נדרי אונסין", ולפיו הפטור חל רק כשהאירוע המסכל אירע קודם כניסת הנדר לתוקפו, כפי שהוא במשנה; הנדר הותנה באי-הגעתו של המודר לסעוד אצל חברו, והאירוע המסכל (מחלת הבן) קדם למועד זה. לפי גישה זו, מקור הפטור ב"נדרי אונסין" הוא, כזכור¹⁰⁹², בגזירת הכתוב "האדם בשבועה" – פרט לאונס". ואף שבשעת השבועה היו פיו ולבו של הנודר שווים, מחדשת המשנה שגזירת הכתוב אמורה לא רק בשעת אמירת השבועה אלא גם כל זמן שהיא עשויה להתקיים או למצער כל זמן שלא נכנסה לתוקפה¹⁰⁹³. אבל משנכנס הנדר לתוקפו, לא ניתן עוד לבטלו בגין שינוי נסיבות בלתי שכיח, וזה פשר הכלל "אין פותחין בנולד".

¹⁰⁸⁹ וכך נקטנו בדיוננו לעיל, ליד ציון הערה 78 ואילך. וראה עוד לעיל, הערה 352, בדעת 'תרומת הדשן'.

¹⁰⁹⁰ ראה לדוגמה: שיעורי מרן פסח מקוברין, כתובות, סימן ה ("וכן בנדרי אונסין לאו מטעם דאדעתא דהכי לא אדרי דמטעם זה היה צריך התרת חכם כמו בכל נדר הניתר בפתח חרטה, ואם כן לא היה מועיל אפילו התרה, **משום דהוי נולד ואין פותחין בנולד**... אלא על כורחך הטעם כמו שבארנו מטעם אונס רחמנא פטריה"); הגהות הרב משה נחום ירושלימסקי למשנה נדרים ט, ג, ד"ה וראיתי ברש"ש. וראה לעיל, הערה 458. יש להעיר, שפתרון זה אינו מעלה ארוכה ליישב את שיטת הרא"ש וסיעתו (לעיל, ליד ציון הערה 1042), שדיבר במפורש על פטור מטעם **אומדנה** ולא מטעם **אונס**.

¹⁰⁹¹ ראה שו"ת משפט צדק (מלמד), חלק א, סימן ד (תשובת ר' ישראל אבא), ד"ה וזהו שכתב הרמב"ן (כ ע"ב). כך נוקט לכאורה גם שו"ת מהרי"ט, חלק ב, יורה דעה, סימן מט, ד"ה והיכא, ביישוב השאלה ששאל על הרא"ש וסיעתו ממשנת "אין פותחין בנולד", לעיל, הערה 1072 (אבל השווה להלן, הערה 1094). וראה גם שו"ת חכם צבי, סימן מא, ד"ה ויש לעיין דלא תיקשי הא (בהמשך דבריו הוא חוזר בו ומודה שאומדנה עשויה לבטל נדר, אף אם הנדר כבר נכנס לתוקפו, כפי שראינו לעיל, הערה 1085). וראה בהרחבה הרב אברהם עמרם מייזעלס, "בענין חומרות בפסח אי צריך התרה", **גינת ורדים** יא (ניסן תשע"א), עמ' קד-קיא; ובמאמר ההמשך, "בענין מי שנהג בחומרות, ועתה קשה עליו אי צריך התרה", **גינת ורדים** יב (סיון תשע"א), עמ' קפב-קצג.

¹⁰⁹² ראה לעיל, הערה 1049.

¹⁰⁹³ ראה: חידושי הריטב"א, נדרים כז ע"א, ד"ה ותו דא"כ; שו"ת הריב"ש, סימן שפז, ד"ה ואם יביא ראייה (במהדורת מכון ירושלים). נעיר שהריטב"א מרחיב את הפטור יותר מהריב"ש, שכן לדעתו הפטור אמור לא רק בנדר מותנה שטרם נכנס לתוקפו אלא בכל שבועה שעניינה "קום ועשה" והאונס אירע בשעה שעוד ניתן היה לקיים את השבועה (על מחלוקת זו בין הריב"ש לריטב"א ראה המהדיר בחידושי הריטב"א במהדורת מוסד הרב קוק, שם, הערה 427).

נציין שראנ"ח, שו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן כא, ד"ה וכבר מצאנו, הסתפק אולי התירו הרא"ש, הרשב"א ומהרי"ק לעבור על השבועה רק באופן פסיבי (שב ואל תעשה) ולא באופן אקטיבי (קום ועשה). ראנ"ח דן באדם שיצאה על אשתו שמועה שזינתה תחתיו, וטען שלא על דעת כן נשבע שלא לגרשה בעל כורחה. והשווה שו"ת פני משה (בנבנשת), חלק ב, סימן קיז (רכג ע"ב-ע"ג), שדוחה את ספקו של זקנו. וראה שו"ת מים עמוקים, שם, סימן ס, משם עולה שראנ"ח עצמו חזר בו מספקו. כך מעיר שו"ת שער אשר (קובו), חלק א, אבן העזר, סימן ב. וראה שו"ת שמחה לאיש (אלישר), אבן העזר, סימן טז, ד"ה ולפקע"ד (נב ע"ב). אמנם חקרי לב, יורה דעה, חלק ג, סימן פז, ד"ה ואולם ראיתי להראנ"ח (עמ' קפה), מצדיק את הספק של ראנ"ח לאור חידושי הריטב"א, שם, ונימוקי יוסף, שם ט

(ג) **פרשנות הנדר** – הנוקטים שככלל אומדנה אינה עשויה לבטל נדרים, מודים שאין הדברים אמורים ככל שהאומדנה המוכחת מלמדת על הפרשנות הסבירה של **לשון הנדר**. כך לדוגמה במשנת נדרי אונסין ברור שכוונת הנודר הייתה להדיר את חברו ככל שיימנע מלסעוד אצלו **מרצונו**, ולא אם יהיה לו עיכוב אובייקטיבי.¹⁰⁹⁴

ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה או שחלה בנו. אבל ראה שער אשר, שם, ד"ה הן, שגם הריטב"א ו'נימוקי יוסף' מודים **שבאומדנה דמוכח** אפשר לעבור על השבועה גם באופן אקטיבי. וראה הרב נסים בן שמעון, **פד"ר** יא, עמ' 57-52 [=משפטי הבשן, אבן העזר, סימן א, עמ' כב-כח]. וראה בהרחבה אשר חלקיהו, **במעגלי צדק**, חלק א, ניו יורק תשס"ד, סימן א, ענף ג, סעיף ג (עמ' 105-113).

[והשווה חידושי הריטב"א, שבועות כו ע"א, ד"ה האדם בשבועה, וד"ה ונדרי אונסין, שם סותר הריטב"א את עצמו (על סתירה זו ראה מהדורת מוסד הרב קוק על נדרים, שם, הערה 434) שכן הוא כותב בעניין משנת "נדרי אונסים": "וההיא ודאי לאו מ'האדם בשבועה' נפקא ולא איכר עלה כלל, דההיא **בשעת שבועה לבו היה בשבועה**, אלא שבא לו אונס אחרי כן מבחוץ שלא לקיים דבריו". ושם הוא מסביר שהפטור בנדרי אונסים אינו מיוסד על גזירת הכתוב כי אם על **אומדנה**. וראה שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן א, ד"ה דזיו, ומילואים במהדורת מוסד הרב קוק, סימן טז, אות ב.

ואף על פי כן, כדי ליישב קושיה אחרת שאינה מעניינת כאן, הריטב"א (שבועות שם, ד"ה והנכון בתירוץ קושייתם), מבחין בין נדר שכבר נכנס לתוקפו ובין נדר מושהה, לאמור שאומדנה קלושה כמו "חלה בנו" (שלדעתו הוא רק אונס ממוין) היא עילת פטור רק בשבועה לעשות פעולה להבדיל משבועה לחדול מפעולה: "והנכון בתירוץ קושייתם שלא התירו נדרי אונסים שהן בשבועה דלהבא **אלא בנשבע לעשות מעשה**, כההיא דהדירו שיאכל אצלו, **שאינן גמר חלות שבועתו עד שעת מעשה**, וההיא שעתא מחייב על עבריותו, וכיון דאניס ולא מצי למעבד באונסא דלא שכיח או דשכיח ולא שכיח פטרינן ליה, דאנן סהדי דאדעתא דהכי לא נדר והוי ליה דברים שבלבו ובלב כל אדם שהם דברים כאילו פירש וכדמוכח התם. אבל בנשבע להבא **שלא יעשה, שחלות שבועתו בשעת שבועתו**, ומתקיימת בשב ואל תעשה, **וחיובו על שעת שבועתו**, כגון זה שנשבע שלא יאכל ככר זו, הרי נאסרה עליו ככר זו מיד בלאו דשבועה כחלב ונבילה, ולית לן למשרייה כלל אלא במקום סכנה ופיקוח נפש כחלב ודם ושאר איסורין. וזה נראה ברור, וזה שיטת מורי הרא"ה ז"ל" (וראה דיונו לעיל, הערה 485). וראה נחלי דבש (וילמן), נדרים, לייקוד תשע"ב, סימן כז, אות ב].

¹⁰⁹⁴ כעין מה שהבאנו בשם כמה מהאחרונים (לעיל, הערה 88, אות ד), בהסבר יסוד הפטור באונס. וראה גם לעיל, הערה 600. כך יש להבין את פירושו הר"ן במשנת נדרי אונסים, שאף שהוא נוקט לכאורה שאין אומדנה בנדרים (ראה לעיל, הערה 1050, אם כי השווה לעיל, הערה 1059), הוא מפרש במשנת נדרי אונסין: "לפי שלא עלה על דעתו לאסור נכסיו על חבירו אם לא יאכל עמו **אלא כשיוכל לבא בלא אונס כלל ולא יבא**, אבל כל שנאנס קצת כגון שחלה בנו וצריך לשמרו – מותר, **דלאו אדעתא דהכי אדריה**". כך נוקט גם שו"ת הריב"ש, סימן שפז, ד"ה ולענין טענת האונס (במהדורת מכון ירושלים), בתירוץ השלישי: "ודבר ידוע לכל **שלא עלה על דעת אחד מהם** שיחול האסור בענין זה. ואונס כזה במקום תנאי גרוע כזה הוא שקראוהו נדרי אונסין". וראה: הרב יוחנן בריזל, "בענין נדרי שגגות והתרת חכם ע"י פתח", **בית אהרן וישראל** ר (תשע"ט), עמ' שנב-שנז; הרב משה אוסטטשר, "בענין היתר ד' נדרים והיתר חכם", **אהלה של תורה** (מיר) י (תשס"ח), עמ' נ-סב, אות ו, ד"ה ולעניינינו (עמ' נו).

כך מיישב גם רב משה בנבנשת את הקושיה על הרא"ש וסיעתו העולה מן הכלל "אין פותחין בנולד" (לעיל, הערה 1072), כשהוא מטעים שאומדנה מוכחת כזו עולה כדי "תולה נדרו" וכאילו הוסיף הנודר תנאי מפורש בנדרו, ראה: שו"ת פני משה, חלק א, סימן ה (יב ע"ג) (בעניין מי שנדר לעלות לארץ ישראל ונקלע לקשיים); שם, חלק ב, סימן נד (ק ע"א) (בעניין חרם הקהילה - שכמוהו כנדר - על קיום מניינים פרטיים ועתה השתנו הנסיבות לחלוטין); שם סימן קיז (רכב ע"ג) (בעניין הפרת הבטחת נישואין בשל המרת דתו של אחי המשודכת).

[בחלק א, סימן ה (יב ע"ג), מטעים בעל פני משה' שכך יש לפרש גם את תשובת זקנו, שו"ת ראנ"ח, סימן צח (בעניין קהילה שמניתה עליה רב ולאחר מכן התברר שכן משפחתו של הרב הקודם היה ראוי למשרה). הוא חוזר ומדגיש זאת גם בחלק ב, סימן נד וסימן קיז. ותמוה שאינו מסתייע מדבריו המפורשים של זקנו בשו"ת מים עמוקים, חלק ב, סימן עב (בעניין חכם שנעלב מבני קהילתו ונדר שלא ישמש להם רב ולאחר מכן נתפייס), ד"ה אלא שלכאורה וד"ה והנראה (במהדורת זכרון אהרן), שם כותב ראנ"ח במפורש: "**אלא שמצאנו אף במלתא דלא שכיחא כלל דאתו עלה מטעמא**

ד. שבועה ונדר הטפלים להתחייבות

עד כה עסקנו בהתחייבות שנטל אדם על עצמו בנדר או בשבועה, וראינו שנחלקו הדעות אם, ובאיזו מידה, הנדר או השבועה עשויים להתבטל מכוח אומדנה. לא כן הוא בנדר ושבועה שבאו לחזק התחייבות העומדת בזכות עצמה. בכגון זה, הכל יודו שתוקף השבועה כפוף לתוקף ההתחייבות. ואם ההתחייבות בטלה מכוח אומדנה, גם השוללים כוחה של אומדנה בנדר ושבועה יודו שמאחר שאלה באו רק לחזק את ההתחייבות, משבטלה ההתחייבות בטלו ממילא גם השבועה והנדר. כך לדוגמה, אם נשבע המתחייב שישלם קנס אם לא יעמוד בהתחייבותו, הכל יודו שאם קנס אין כאן (מכוח אומדנה), גם שבועה אין כאן¹⁰⁹⁵.

דאדעתא דהכי לא נדר, כגון ההיא דכתב הרא"ש דיצא אחי המשודכת מן הכלל וההיא דלמד מהרי"ק ממנו, ואדרבא נראה מדבריהם דהיכא דהוי מלתא דלא שכיחא טפי, אמרינן ביה טפי דאדעתא דהכי לא נשבע. והנראה בעיקרן של דברים ששורש הענין בכלהו משום דהוי דברים שבלב, ולפיכך צריך לפרש, מיהו היינו דוקא בדברים דלא מוכיחי טפי, דבכהאי גוונא אמרינן דהוי דברים שבלב, אבל בדברים דמוכיחי טפי דאדעתא דהכי לא הוה עביד, כי היכי דבעיני דממונא חשבינן ליה כמפרש, כדקיימא לן בעלמא בעינן אומדנא, דבאומדנא דמוכח טפי אין צריך לפרש".

פני משה' מטעים שזו גם כוונת שו"ת מהרי"ט (לעיל, הערה 1072, ולא כפי שנקטנו לעיל, הערה 1091), המצדיק את תשובת הרא"ש בזה הלשון: "נהי דאם אחר שנשא היה המאורע הזה [המרת האחות], לא היה לו שום טענה שכבר נעשה מעשה, אבל כשאירע הדבר קודם המעשה, אמרינן אדעתא דהכי לא נשבע שישא אשה שאינה הוגנת לו. ודמי להא דאמרינן [לעיל, הערה 1043] מעשה באשה שהיתה גדולה בנוי ונשבעה שכל מי שיתבענה אינה מחזירתו וקפצו עליה אנשים שאינם מהוגנין, אמרו חכמים לא נתכוונה זו אלא להגון לה אף כאן לא נתכוון אלא להגונה בשעת נישואין". וראה אמרי אליהו (טובי), בני ברק תשע"ה, ביאורים בהרחבה, סימן לח, ד"ה ובאופן (שהעלה אף הוא הצעה זו מדעת עצמו). והשווה שו"ת פני יצחק (אבולעפיה), חלק א, סימן כו, ד"ה ברם אחר ההתבוננות (עמ' תרסא במהדורת תשע"ז), המסייג את כוונת פני משה'.

פוסקים רבים הסתמכו על תשובותיו אלו של פני משה', ראה בין השאר: שו"ת כרם שלמה (אמרייליו), יורה דעה, סימן כד, ד"ה ובר מדין; שו"ת משאת משה (ישראל), יורה דעה, חלק א, סימן ט, ד"ה גם אין לגמגם; שו"ת דרכי נועם (הלוי), יורה דעה, סימן ל, ד"ה ומוהריב"ל; שו"ת דברי יוסף (אירגאס), סימן ל, ד"ה גם הרב פני משה; שו"ת שמש צדקה (מורפורגו), חלק א, יורה דעה, סימן כג, ד"ה והטעם הולך (עג ע"ב); שו"ת ידי דוד (קאראסו), סימן קיד, ד"ה נמצינו; שו"ת שערי רחמים (פראנקו), שער הנשים, סימן א, ד"ה ועוד אני אומר (עמ' 325 במהדורת מכון הכתב). לגישה זו, הבנויה על פרשנות הנדר, אין מקום לקושיה שהקשה בני דוד (לעיל, סוף הערה 1085), ממשנת נזיר, שכן קשה להעמיס בלשון נדרו של הנזיר את התנאי של קיום בית המקדש.

¹⁰⁹⁵ ראה: שו"ת מהרי"ק, שורש קא, ד"ה ולא מבעיא ("כל שכן וכל שכן לענין שבועה שאינו אלא לזרז הפרעון, כמו שכתב רבינו אשר במקום אחר [שו"ת הרא"ש, כלל ח, סימן ו] דאם פרעון אין כאן, משום טעמא דאדעתא דהכי לא שעבוד נפשיה, הוא הדין דשבועה אין כאן"); שו"ת ב"ח (ישנות), סימן ח, ד"ה ומה שכתוב; שו"ת דרכי נועם (הלוי), יורה דעה, סימן ל, ד"ה ואע"פ. והשווה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יורה דעה, סימן סט, ד"ה ועוד נראה, שלדעתו סברה זו נכונה בכל שבועה כל אימת שיש תוקף להתחייבות אף בלא השבועה ("כיון דבשעת התנאים הוא חייב לקיים השידוך מצד התנאים אף בלי שבועה, ונולד אחר כך פגם הפוטרו מלקיים השידוך, ממילא בטלה השבועה. וזה גם כן אפקעתא דמלכא הוא, כיון שמצד הדין תורה פקע גוף השידוך - פקעה גם כן השבועה"), וראה עוד שם, ד"ה ואומר אני.

18. נספח תשיעי: דין אומדנה בנפלה לייבום לפני מומר לאחר הנישואין

(להערות 552; 559; 563; 564; 565; 567; 957)

ראינו לעיל¹⁰⁹⁶ שלדעת מקצת מן האחרונים מהר"ם מרוטנבורג חולק על התוספות¹⁰⁹⁷ וסובר שבאומדנא דמוכח אין מתחשבים בדעת הצד השני. כך הם מסיקים ממה שפסק מהר"ם מרוטנבורג בעניין אישה שנפלה לייבום לפני יבם מומר, שאינה חייבת בייבום משום שאומדנא דמוכח היא שעל דעת כן לא הסכימה להתחתן, וזאת אף כשמת בעלה אחרי הנישואין! והלא יש להניח - כך הם טוענים - שאחרי הנישואין בעלה המנוח של היבמה שנפלה לפני מומר היה מתנגד לביטול הקידושין **לבל ייהפכו בעילותיו לבעילות זנות!** ומכאן שלפי מהר"ם מרוטנבורג אין מתחשבים בדעתו של הצד השני.

ואולם, הנחה זו לפיה אם מת הבעל אחרי הנישואין בעילותיו עלולות להפוך לבעילות זנות (ועל כן הוא היה מתנגד לביטול הקידושין) אינה נקיה מספקות והיא שנויה במחלוקת, כפי שנסקור להלן.

א. בעילות הבעל לא הופכות למפרע לבעילות זנות

(1) אומד דעת הבעל - לא היה מתנגד לביטול הקידושין

יש אומרים שלאחר מותו, אדם אינו מוטרד מן הבעילות שבעל בחייו **כדין**, שכן אלה **אינן הופכות למפרע** (עם ביטול הקידושין) **לבעילות זנות**¹⁰⁹⁸. ראייה לכך מביאים ר' דוד הכהן ור' מלכיאל טננבוים¹⁰⁹⁹ מדברי התוספות במסכת בבא קמא¹¹⁰⁰. על שאלת התלמוד¹¹⁰¹ "אלא מעתה, יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה, דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה", מעירים התוספות: "נראה דבנפלה מן האירוסין איירי [=מדובר], דאי מן הנישואין ודאי מקדשה נפשה כדי שתהא נשואה לבעלה, דמשום אחר מיתת בעלה לא מסקא אנפשה מלהיות נשואה, אלא מן האירוסין איירי דמקדושין אין לה שום טובה". לוי סברו התוספות שבעילות הבעל הופכות למפרע לבעילות

¹⁰⁹⁶ לעיל, הערה 565.

¹⁰⁹⁷ לעיל, הערה 563.

¹⁰⁹⁸ ראה בהרחבה: שו"ת הרד"ך, בית ט, חדר ח, ד"ה ועוד אני אומר ("הואיל ובחיי בעלה היתה מיוחדת לו... אין כאן בעילת זנות"); ב"ח, אבן העזר, סימן קנז, ס"ק ג (בסופו); בית שמואל, סימן קנז, ס"ק ו; שו"ת מעיל צדקה, סימן ב, מד"ה ועתה אשובה עד ד"ה וכן משמע; שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אבן העזר, סימן שכב, אות ג; שו"ת דברי מלכיאל, חלק ד, סימן ק, ד"ה ובעיקר ענין זה; שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן עט, ענף ג, ד"ה אבל באמת. וכך עולה כבר משו"ת הריב"ש, סימן קצד, שהבועל אישה לשם אישות, אין בעילותיו בעילות זנות, אף אם מתברר בדיעבד שהאישות לא תפסה, כפי שהוא לדוגמה בדין מיאון. וראה בכורי גשן (לעיל, הערה 427), אות ו, ס"ק ב.

¹⁰⁹⁹ רד"ך, שם, חדר ז, ודברי מלכיאל, שם.

¹¹⁰⁰ תוספות, בבא קמא קי ע"ב, ד"ה דאדעתא.

¹¹⁰¹ בעקבות חידושו של אביו בעניין גזל הגר, ראה לעיל, הערה 449.

זנות, די היה בכך לצמצם את שאלת התלמוד למות הבעל מן האירוסין ולא מן הנישואין, ולא היו נזקקים להצדיק זאת בניתוח אומד דעת האישה ("לא מסקא אנפשה מלהיות נשואה")¹¹⁰².

לפי ר' דוד הכהן, כך יש לפרש גם את דברי התוספות במסכת כתובות¹¹⁰³: "שברור לנו שהוא לא יעכב בשביל שום דבר שאירע אחר מיתתו". כאמור, כך הוא, מבחינת הבעל, אפילו אם תיפול אשתו לייבום אחרי הנישואין. ואכן לא דנו שם התוספות באומד דעת האישה ועל כן לא הבחינו בין מות הבעל לפני הנישואין ובין מותו אחרי הנישואין, זאת בניגוד לתוספות בבבא קמא שדנו באומד דעת האישה, ובזה נרחיב עתה.

(2) אומד דעת האישה

מבחינת האישה, אם יש לה טובת הנאה מן החתונה - וכך הוא אחרי הנישואין - אין אומדנא דמוכח שהתכוונה להתנות את הסכמתה להתחתן בכך שבעתיד לא תיפול לפני יבם מוכה שחין. לכן צמצמו התוספות בבבא קמא את האומדנא שלה למות בעלה מן האירוסין ש"אין לה שום טובה". אולם, שיקול זה בדבר טובת הנאה שיש לאישה מן הנישואין אינו מוחלט, והוא עשוי להשתנות ככל שמדובר בסיכון גדול יותר מאשר נפילה לייבום לפני מוכה שחין. לדעת ר' דוד כהן וסיעתו זה פשר פסיקת מהר"ם מרוטנבורג¹¹⁰⁴ שבנפלה לפני מומר ש"יעבירנה על דת לבא בגויות", לא ראה מניעה לבטל את הקידושין, גם כשמת הבעל אחרי הנישואין. וכך נקטו להלכה אחרונים אחדים¹¹⁰⁵.

גם הרב משה פיינשטיין¹¹⁰⁶ נוקט שכעיקרון אפשר לבטל קידושין מכוח אומדנא גם כשמת הבעל אחרי הנישואין, אם כי כך הוא לדעתו רק כאשר האישה עמדה בפני סיכון סביר, שאם לא כן אין

¹¹⁰² והשווה רבי עקיבא איגר (להלן, הערה 1112), שהניח הנחה הפוכה, שהבעילות הופכות למפרע לבעילות זנות, ובאמת תמה על הצורך בנימוק "לא מסקה אנפשה". וראה אגרות משה (לעיל, הערה 1098), מה שהעיר עליו.

¹¹⁰³ תוספות, כתובות מז ע"ב, ד"ה שלא.

¹¹⁰⁴ לעיל, הערה 565.

¹¹⁰⁵ ראה: שו"ת הרד"ך, שם; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן פח, ד"ה ומעתה סיומא; שו"ת דברי מלכאל, שם; שו"ת הר צבי, אבן העזר, סימנים צט, קלג, רא, רד.

דייני בית הדין הרבני בתיק הגט מצפת (לעיל, הערה 567), בנו על שיטה זו את הסניף הראשון לפסק דינם בעניין אישה שבעלה הפך לצמח.

יש להעיר, שמהר"ם מרוטנבורג סותר את עצמו לכאורה, שכן ממה שפסק בעניין יבם מומר עולה שבשל החשש שמא יעביר את יבמתו על דתה (ראה לעיל, הערה 565), לא חל הכלל "טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו" (על כלל זה ראה לעיל, הערה 552), ואילו לגבי בעל מומר פסק שאין זו עילת גירושין משום ש"טב למיטב טן דו...". כך מובא בשמו בהגהות מיימוניות, הלכות אישות, פרק כה, הלכה יא, אות ד: "כתב מורי רבינו, עובר על דת או אפילו מומר אין כופין אותו להוציא. ותדע, מדלא מנה רשע שכופין אותו להוציא, וטעמא דטב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו". וראה הרב איתם הנקין, "האמנם אפשר לבטל קידושין משום מקח טעות?", תחומין לא (תשע"א) 282, בעמ' 288, אות ד. לדעתו, במקור האחרון אין כוונת מהר"ם למי שהמיר את דתו אלא למי ש"הוא חוטה להכעיס בכל התורה".

על היחס בין המושגים "משומד" ו"מומר", ראה חוות דעתי, "מיהו לא יהודי? - להגדרת יהודי' בן דת אחרת' בחוק השבות", באתר היחידה למשפט עברי, <http://tinyurl.com/meshumadim>, הערה 3 [פורסם בקובץ מחקרים ומאמרים לכבודו של ד"ר יחיאל קארה, על יד יחיאל, ירושלים תשע"ט, עמ' 355-379].

¹¹⁰⁶ שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק ד, סימן קכא.

להוציא מכלל אפשרות שהייתה מוכנה להתחתן על אף הסיכון¹¹⁰⁷. בהתאם לכך, הוא מצמצם את משמעות קביעת התוספות לעידן שלום, בו קלוש הסיכון שהבעל ימות והאישה תזדקק לייבום, ועל כן אין אומדנא דמוכח שהתכוונה להתחתן על תנאי. אבל אם התחתנה בזמן מלחמה, כשידעה שבעלה עומד לפני גיוס ורב הסיכון שלא יחזור משדה הקרב, מודים התוספות שיש בכוח אומדנא לבטל את הקידושין אם נפלה לפני יבם שידעה עוד לפני הנישואין שהוא מומר, **גם אם מת בעלה לאחר הנישואין**¹¹⁰⁸. לכן, בעניין אישה שנפלה לייבום לפני יבם חרש¹¹⁰⁹, הוא דוחה את פסקו של הרב צבי פסח פרנק¹¹¹⁰, הפוטר אותה מחליצה מכוח אומדנא, משום שהסיכון שתזדקק לייבום היה קלוש, ואין כאן אפוא אומדנא דמוכח.

ב. בעילות הבעל הופכות למפרע לבעילות זנות

אמנם, כפי שראינו¹¹¹¹, יש הנוקטים שעם ביטול הקידושין הופכות בעילותיו של הבעל לבעילות זנות למפרע. על פי גישתם, זו סיבה מספקת לצמצם את שאלת התלמוד ("אלא מעתה, יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה, דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה"), לאישה שנפלה לייבום מן האירוסין ולא מן הנישואין.

בהתאם לגישה זו, ר' משה בנבנשת נדחק לפרש כך את דברי התוספות במסכת בבא קמא (שלא כמשמעותם הפשוטה השמה את הדגש על אומד דעת האישה). לדבריו כוונת התוספות היא: "דקפיד [הבעל] שלא יהיו בעילותיו למפרע בעילות זנות"¹¹¹².

ג. הסבר חלופי – אחרי הנישואין אין מקום לאומדנא

ר' יעקב מליסא¹¹¹³ מציע הסבר אחר (הדחוק פחות בלשון התוספות) מדוע העמידו התוספות את שאלת התלמוד בנפלה לייבום מן האירוסין דווקא ולא מן הנישואין. לדעתו, הסיבה לכך היא,

¹¹⁰⁷ ראה לעיל, הערה 560, אות ג.

¹¹⁰⁸ הוא מטעים, שאין לומר שהאישה סברה וקיבלה, שכן יש להניח שחשבה בתום לב שעל פי ההלכה אח מומר לא זוקק לייבום, ולכן לא התנתה על כך בפירוש.

¹¹⁰⁹ שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן קסב, ד"ה אבל לע"ד.

¹¹¹⁰ שו"ת הר צבי, סימן רד.

¹¹¹¹ לעיל, הערה 565, בדעת הרא"ש.

¹¹¹² ראה שו"ת פני משה (לעיל, הערה 490), ד"ה והנלע"ד [ראה להלן, נספח יב, 21 ו.2], עמ' פפפ] (והשווה שו"ת חיים שאל, חלק א, סימן יא, ד"ה אך אוסיף להביט, המבקר בחריפות הצעת פירוש זו). כך מפרש גם שו"ת בית הלוי (סולובייצ'יק), חלק ג, סימן ג, ד"ה והנה אין לפקפק (והשווה שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן עט, ענף ג, ד"ה אף שיש עדיין, שמבקר אותו על פירוש זה).

וכך נוקטים גם: חידושי רבי עקיבא איגר, כתובות מז ע"ב, ד"ה תד"ה שלא כתב לה (הוא אינו מציע לפרש כך את התוספות בבבא קמא, וכאמור, לעיל, הערה 1102, הוא נשאר בצריך עיון מדוע נדרשו לנמק זאת בבירור כוונת האישה); ישועות יעקב (אורנשטיין), אבן העזר, סימן קנז, ס"ק; שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא תנינא, אבן העזר, סימן נה, ד"ה וגם; שו"ת שרידי אש (ירושלים תשנ"ט), חלק א, סימן צ, סוף אות נד, ד"ה ועוד י"ל.

¹¹¹³ ראה נתיבות המשפט, סימן רל, ס"ק א.

שאחרי הנישואין, משעה שהייתה אפשרות מעשית לממש את חיי האישות (אף אם לא מומשו חיי אישות בפועל), נגמר העניין ואין בכוח אומדנה לבטל את הקידושין.¹¹¹⁴

כך נוקטים גם (בלא קשר לדברי התוספות), הרב מרדכי אפשטיין¹¹¹⁵ והרב שמואל מוהליבר¹¹¹⁶. שניהם מטעימים, שכך עולה ממקור דין האומדנה בתלמוד בעניין גזל הגר¹¹¹⁷, שם מתן הכסף לכוהנים אינו גמר תהליך התשובה אלא תחילתו, ובדומה לכך הקידושין הם שלב מקדים לקראת הנישואין, וזו הסיבה שניתן לבטלם מכוח אומדנה משום שמדובר בתהליכים שנקטעו באיבם, אבל לא עלה על דעת התלמוד אפשרות לביטול פעולה משפטית שהושלמה.

בהתאם לכך דוחה הרב מוהליבר את פסיקת מהר"ם והרד"ך, בעניין אישה שנפלה לייבום מן הנישואין לפני יבם מומר. סימוכין לגישתו מוצא הרב מוהליבר במשנה¹¹¹⁸, בעניין שני אחים, אחד פיקח ואחד חרש, שנשאו שתי אחיות, בה נקבע שאם מת האח הפיקח בלא בנים, **אשתו נותרת עגונה לעולם** (שכן אחיו החרש אינו כשר לחלוץ, ואף לייבם אינו יכול משום אחות אשתו), ומכאן שאין בכוח אומדנה לבטל נישואין שהושלמו.¹¹¹⁹

¹¹¹⁴ כך הסבירו את דברי 'נתיבות המשפט': אמרי בינה, דיני הלואה, סימן סג, ס"ק לב, ד"ה ויש (ומעיר שעל פי זה מוסבר הדין בשולחן ערוך, חו"מ, סימן סו, סעיף כג, לפיו הקונה שטר חוב מחברו וחזר המוכר ומחלו, אינו יכול לבטל את הקנייה מכוח אומדנה; שו"ת מנחת שלמה (אורבך), מהדורא תניינא (תש"ס), סימן קלד, ד"ה אלא נראה בזה ('הרי מצד השכל לא נגמר הדבר עד לנישואין, אלא **שמצד הדין** הרי זה מהני משעת אירוסין, בכחאי גוונא מהני אומדנא לבטל'). כיוצא בזה ראינו לעיל, הערה 564, שלפי 'נתיבות המשפט', ביטול עסקת קנייה מכוח אומדנה לא עלה על הדעת אלא כשנפגם הנכס לפני **שנמסר לקונה**). וכעין זה ראה שו"ת אדמת קודש, חלק א, חו"מ, סימן סג, ד"ה איברא (כשהוא דוחה את פירוש 'פני משה', לעיל, הערה 1112, בהבנת התוספות). וראה לעיל, ליד ציון הערה 957.

¹¹¹⁵ שו"ת לבוש מרדכי (אפשטיין), סימן סד, ד"ה ובכלל דעתי. הוא מעיר שעל פי זה מוסבר הדין לעניין אי-תחולת דיני הונאה בשטרות (ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף כט), לפיו מי שקנה שטר שווה דינר באלף, אינו יכול לבטל את הקנייה מכוח אומדנה.

¹¹¹⁶ שו"ת מהר"ש מוהליבר, אבן העזר, סימן כו, ד"ה הנה.

¹¹¹⁷ לעיל, הערה 449.

¹¹¹⁸ משנה, יבמות יד, ד: "שני אחים אחד חרש ואחד פקח נשואים לשתי אחיות פקחות... מת פקח בעל הפקחת מה יעשה חרש בעל פקחת? מוציא אשתו בגט [שכן קידושי חרש אינם אלא מדרבנן ואילו זיקת הייבום דאורייתא] **ואשת אחיו אסורה לעולם** [שכן חרש אינו כשר לחליצה, ולייבם אינו יכול משום אחות אשתו]".

¹¹¹⁹ וכבר הקשה כך לפניו (כנגד מהר"ם מרוטנבורג), שו"ת אמרי אש, אבן העזר, סימן צג, ד"ה וגם קשה, וסימן צז, ד"ה והנה קשיא.

נציין שבסימן צג, ד"ה וראיתי, אמרי אש מציע בעצמו תירוץ לשאלתו: "ראוי לומר לדעת מהר"ם כי ניחא לה יותר להיות זקוקה לחרש ואף שאסורה עולמית, מאשר שתהיה זקוקה למומר פן יכבשו עליה כבלי העיגול ותנשא לו ויעבירה על דעתה [צ"ל: דתה]". לתשובה אחרת לשאלה חמורה זו ראה שו"ת הרי בשמים, מהדורא תניינא, סימן רלג, ד"ה והנה בהגהות: "מצנין שפיר לאוקמי כשמוקדם נשא הפיקח את הפיקחת ואז היה עדיין האח פיקח ואחר כך נתחרש [האח] ונשא החרשת, ... הרי איתא [=יש] בגיטין ה ע"א 'פיקח ונתחרש מילתא דלא שכיחא הוא', ובפרט דאפילו אי היה עולה על דעתה שיתחרש [האח] הרי לא מסקה אדעתה שיתחרש וישא אחותה החרשת, **והיכי דלא אסקה אדעתה לא שייך אדעתא דהכי לא קידשה**" (נעיר שתירוץ זה נכון רק לפי השיטה הייחודית שראינו לעיל, ליד ציון הערה 559). והשווה ערך ש"י, אבן העזר, סימן קעה, סעיף ב, שהציע תירוץ אחר על דרך הקבלה.

עוד נציין ששו"ת אמרי אש הובא על ידי הדיינים לביא, לבנון ותם, בתיק 622918/19 פלונית נ' מאיר גורודצקי, מיום י"ד במרחשון תשע"ט (<https://tinyurl.com/622918-19>), בעמ' 10, כמקור לכך שאין לבטל קידושין מכוח אומדנה, אף שכאמור הרב לביא לא נמנע בעצמו מלהסתמך על שיטה זו כסניף להיתר בתיק הגט מצפת, לעיל, הערה 567.

19. נספח עשירי: שאלת שכיחות האונס בפטור מחמת "מכת מדינה"

(להערות 304 ; 332 ; 335 ; 663 ; 665)

ראינו לעיל¹¹²⁰ שלפי המשנה החוכר שדה פטור מתשלום דמי השכירות כש"מכת מדינה" פגעה ביבול שציפה להפיק ("אכלה חגב או נשדפה, אם מכת מדינה היא - מנכה לו מן חכורו"). יסוד הפטור הוא שמאחר שהמכה פגעה בכל השדות ולא רק בשדה המוכרת, המחכיר אינו יכול לטעון כלפי החוכר: "מזלך גרם". ונשאלת השאלה: האם פטור זה אמור תהא שכיחות מכת המדינה אשר תהא? או שמא אם הייתה זו מכת מדינה **שכיחה** אין פטור, שכן מצופה היה מן החוכר שיתנה את תשלום דמי החכירה בכך שהיבול לא ייפגע במכת המדינה הצפויה, ומשלא עשה כן - הפסיד¹¹²¹. כפי שהערנו בקצרה לעיל¹¹²² שאלה זו שנויה במחלוקת הפוסקים. להלן נרחיב ונציג את הגישות השונות.

א. גישה א: אין פטור באונס שכיח

התלמוד¹¹²³ מביא תקדים שבו יישם האמורה רבא את דין מכת מדינה, וממנו עולה לכאורה שאין פטור במכת מדינה שכיחה:

ההוא גברא דקביל ארעא למיזרעה בהו תומי אגודא דנהר מלכא סבא בזוזי. איסתכר נהר מלכא סבא. אתא לקמיה דרבא, אמר ליה: נהר מלכא סבא **לא עביד דמיסכר, מכת מדינה היא**, זיל נכי ליה [=מעשה באדם שחכר שדה לזרוע בה שומים על שפת נהר מלכא סבא תמורת תשלום דמים. הנהר נסכר. בא לפני רבא, אמר לו (למשכיר): נהר מלכא סבא אינו רגיל להיסכר, זו מכת מדינה, לך נכה לו (מדמי החכירה)].

¹¹²⁰ לעיל, ליד ציון הערה 306.

¹¹²¹ אפשר שיש קשר בין שאלה זו ובין השאלה שנדונה לעיל, הערה 765, בעניין דין "מקח טעות" לגבי מומים **שכיחים** המתגלים לאחר המכירה (כגון "סירכות" שמתגלות בבהמות רק לאחר השחיטה). ראינו שהדעות נחלקו בין הראשונים האם יש לקונה טענת "מקח טעות" ורשאי הוא לבטל את העסקה אף שמדובר במום צפוי (כפי שנוקט הרמב"ן)? או שמא אין לקונה טענת "מקח טעות", שכן מאחר שמדובר במום צפוי עליו היה להתנות עליו ומשלא עשה כן נחשב הוא כמי ש"סבר וקיבל" (כפי שנוקטים רבנו אפרים וסיעתו). שתי הדעות הובאו בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יב. הקשר בין שתי שאלות אלו עולה לכאורה מדברי הרא"ש, חולין, פרק ג, סימן לד, שנוקט כרבנו אפרים מכוח סוגיית "אונס בגיטין" (כתובות ב ע"ב. ראה לעיל, הערה 96) לפיה המבקש לבטל פעולה משפטית בשל אונס שכיח עליו חובת ההתניה. וראה עוד שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן סא.

מחלוקת דומה ראינו לעיל בעניין הפטור המיוסד על אומדנה (הסכם מכללא); יש מי שנוקט שהפטור אמור גם באונס שכיח (ראה לעיל, ליד ציון הערה 552), ויש מי שנוקט שאינו אמור באונס שכיח שכן על החייב היה להתנות (ראה לעיל, ליד ציון הערה 558).

וראה חזון איש (לעיל, ליד ציון הערה 315), שהציע לבסס את הפטור במכת מדינה או על הסכם מכללא או על מקח טעות.

¹¹²² לעיל, הערה 304.

¹¹²³ בבא מציעא קו ע"ב.

מהנמקתו הכפולה של רבא ("לא עביד דמיסכר, מכת מדינה היא") עולה לכאורה¹¹²⁴ שפטור החוכר מותנה בכך שסכירת הנהר אינה אירוע "שכיח" ואין די בכך שהאונס פגע בכל ולא רק בו. כך אכן מדייק מחנה אפרים¹¹²⁵ מפירוש רש"י¹¹²⁶. וכך נוקט גם הראב"ד¹¹²⁷, תוך שהוא מנמק את חובת ההתניה של החוכר בכך שחכירה דומה למכר:

נהר מלכא סבא לא עביד דמסתכר. משמע מהכא, דאי עביד דמסתכר, אף על גב דכלהו לקו בהדיה, לא מנכה ליה [=משמע מכאן, שאם שכיח הוא שהנהר ייסכר, אף על פי שכולם לקו עמו, אינו מנכה לו]. מאי טעמא? דעליה דידיה רמיא מילתא לאתנויי, וכיון **דלא אתני איהו דאפסיד אנפשיה** [=משום שעליו מוטל היה להתנות, וכיון שלא התנה הוא הפסיד את עצמו], דבעל הקרקע ידו על העליונה משום **דדמי למכר**, וכיון דנחית להכי, כי איתרעי פסידא - למוכר [צ"ל: לחוכר] איתרעי ליה¹¹²⁸.

¹¹²⁴ וכך עולה באופן מובהק יותר מגרסת בעל הלכות גדולות, סימן מה (עמ' תצח במהדורת מכון ירושלים תשנ"ב): "נהר מלכא סבא אונסא דלא שכיח הוא, אם מכת מדינה - זיל נכי ליה".

¹¹²⁵ מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה, ד"ה אבל לע"ד. ליישום עכשווי של גישתו, ראה הרב שמואל דוד הכהן גרוס, "עוזב דירה בגין ניתוק החשמל", **הישר והטוב** יג (תשע"ב) מח, בעמ' נ.

¹¹²⁶ ראה רש"י, שם ד"ה מכת מדינה: "לא עליו לבדו עברה, ולאסוקי אדעתיה נמי לא הוה ליה, דלא הוי עביד למיסתכר".

¹¹²⁷ שיטה מקובצת, בבא מציעא קו ע"ב, ד"ה נהר מלכא. וראה חבל יוסף, אולם המשפט, סימן שכב. הוא מזכיר תנאי זה שעומד עליו הראב"ד, ותמה מדוע הושמט על ידי גדולי הפוסקים, ראה להלן, הערה 1145.

כך נוקטים גם ראשונים נוספים, ראה: מאירי, בית הבחירה, בבא מציעא קו ע"ב, ד"ה חכר ("אם היה דרכו בכך, אף על פי שנפסדה שאר הבקעה אין מנכה לו - היה לו להתנות ולא התנה"); חידושי תלמיד הרשב"א, שיטת הקדמונים, ניו יורק תשמ"ה, בבא מציעא קו ע"ב, ד"ה מי שקיבל ("אם היה דרכו ליסכר אינו מנכה לו, שהיה לו להתנות ולא התנה").

כך נוקט גם שו"ת מהר"י קצבי, סימן יח, ד"ה איברא. לדבריו ברור (כנראה מסברא) שרבא פטר את החוכר רק משום שמדובר היה ב"אונס דמצוי לפעמים", כלומר באונס "שכיח ולא שכיח", ולא היה פטור אותו לו מדובר היה באונס שכיח (אם כי הוא אינו מזכיר במפורש את הנימוק שבאונס שכיח על החוכר היה להתנות). וראה להלן, הערה 1128.

וכך נוקט גם שו"ת שאילת שלום (טויבש), חלק א, סימן עג. בהתאם לכך הוא מצמצם את חידושו של מהר"ם מרטנבורג המחייב את המעסיק לשלם לפועל במכת מדינה, ומחיל את החיוב רק באונס שאינו שכיח (או "שכיח ואינו שכיח"), אבל לא כן באונס שכיח שאז על הפועל היה להתנות (הובא לעיל, הערה 332).

¹¹²⁸ דומה ששלילת הפטור היא רק באונס **שכיח** אבל באונס "שכיח ואינו שכיח" אין לטעון כלפי החייב שהיה לו להתנות (בדומה למה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 101, בעניין אונס כטענת פטור מחיוב חוזה). כך הבין את דברי הראב"ד רב דגן, חו"מ, סימן שכא, ס"ק ב (רכז ע"ב) [ותמה על דברי רבו (שו"ת פאת נגב, סימן מט) שהסיק מדברי הראב"ד שהפטור של מכת מדינה חל רק באונס **בלתי שכיח כלל**, כפי הגישה שנציג להלן, ליד ציון הערה 1147]. כך הבין גם יפה ענף (פאלומבו), מערכת אות מ, מכירה, סימן א, ד"ה והנה מהרש"ד. הוא מציין שכאלה הן הדוגמאות למכת מדינה שדיברה בהן המשנה ("דאקלה חגב או נשדפה הוי אונסא ד'שכיח ולא שכיח'"). לדעתו, אילו מדובר היה באונס שאינו שכיח כלל, די היה בכך לפטור את השוכר אפילו במכה פרטית (ראה לעיל, הערה 665), אלא שמאחר שכאמור המשנה דיברה באונס "שכיח ולא שכיח", לכן "איצטרך [התנא של המשנה] לטעמא דמכת מדינה גם כן, דזה בלא זה [באונס "שכיח ולא שכיח"] לא סגי לא לפוטרו, וכדרבא". וכך נקט מסברת עצמו מהר"י קצבי (לעיל, הערה 1127).

לכאורה, גישה זו השוללת את הפטור במכת מדינה **שכיחה** צריכה ביאור, שכן מאחר שבמכת מדינה ברור שאין לייחס את האונס למזלו של השוכר, הלא המשכיר הוא המוציא מחברו **ועליו** היה להתנות ולא על השוכר, כמו שראינו בשכירות פועלים¹¹²⁹.

על כך משיב מחנה אפרים¹¹³⁰, שיש הבחנה עקרונית בין שכירות פועלים לבין שכירות נכסים: **בשכירות פועלים מוסכם מכללא בין הצדדים ששכרו של הפועל מותנה בביצוע העבודה**, ועל כן חובת ההתניה מוטלת על הפועל (המשכיר), ואילו בשכירות נכסים חובת ההתניה מוטלת על השוכר משום שהמשכיר מילא את חלקו משעה שהעמיד את השדה לרשות השוכר¹¹³¹.

חקרי לב¹¹³² מציע תשובה אחרת לפיה **בשכירות נכסים נחשב המשכיר למוחזק** ולכן חובת ההתניה מוטלת על השוכר ("דמשכיר - בעל הקרקע - חשיב מוחזק לגבי שוכר אף להוציא")¹¹³³, מה שאין כן בשכירות פועלים, שם השוכר (המעסיק) הוא המוחזק ולכן חובת ההתניה מוטלת על המשכיר (הפועל)¹¹³⁴.

¹¹²⁹ לעיל, ליד ציון הערה 151.

¹¹³⁰ לעיל, הערה 1125.

¹¹³¹ על הבחנה זו בהקשר אחר, ראה דבריו לעיל, סוף הערה 260.

יש להעיר, שהסבר זה שמציע מחנה אפרים, אמור אליבא דרוב הפוסקים לפיהם אונס המעסיק (השוכר את שירותיו של הפועל) הוא עילת פטור מתשלום שכרו של הפועל, ועל כן חובת ההתניה מוטלת על הפועל (ראה לעיל, פרק 2.2 ב.3), עמ' פפפ). ואילו על פי גישת 'מחנה אפרים' עצמו - לפיה גם בדיני פועלים אונס המעסיק (השוכר) אינו משמש לו עילת פטור כל שהפועל יכול לטעון "הא קאימנא" (ראה לעיל, הערה 198) - מובן מדוע במכת מדינה שכיחה חובת ההתניה מוטלת על השוכר.

¹¹³² חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן פא, ד"ה והנה אמת. כעין זה ראה גם, אמר יוסף (אלקלעי), הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ו, ד"ה האמנם.

¹¹³³ ראה בהרחבה ויגודה, **שכירות** (לעיל, הערה 33), עמ' 250-254. וראה שם, הערה 34, שנחלקו הדעות אם הוא הדין גם בשכירות מיטלטלין אם לאו.

¹¹³⁴ לכאורה ההבחנה שמציעים מחנה אפרים וחקרי לב (כל אחד על פי דרכו) בין שכירות פועלים ובין שכירות נכסים, אינה עולה בקנה אחד עם שו"ת הרא"ש, כלל צב, סימן ג (תשובה זו נפסקה להלכה בשולחן ערוך, כפי שראינו לעיל, הערה 284). הרא"ש דן בשוכר בהמה לצורך נסיעה למקום מסוים ובשל הצפת הנהר התאחר בכמה ימים בהחזרת הבהמה. אף שמדובר בשכירות נכסים הוא פוסק, בהיקש מדיני שכירות פועלים, שהשוכר פטור מלשלם דמי שכירות על ימי האיחור אפילו הייתה הצפת הנהר **אונס שכיח**, כל שגם המשכיר היה מודע לסיכון. וצריך עיון (ואולי חקרי לב נוקט שבשכירות מיטלטלין המשכיר אינו נחשב למוחזק, ראה לעיל, הערה 1133, וכי אז תשובת הרא"ש מתיישבת יפה עם גישתו, שכן עניינה בשכירות מיטלטלין).

ושמא יש מקום להציע הסבר אחר מדוע בחכירת קרקע חובת ההתניה במכת מדינה שכיחה מוטלת על החוכר. הלא המחכיר קיים את חלקו בהסכם ואילו החוכר, שהקרקע הועמדה למעשה לרשותו במשך מלוא תקופת החכירה, מבקש פטור מתשלום בשל הפגיעה **למפרע** בתועלת שציפה להפיק ממנה (על אופי ייחוד זה של דין "מכת מדינה" עמדנו לעיל, ליד ציון הערה 313). לפי הסבר זה פסק הרא"ש אינו מעורר קושי, שכן מדובר בו בפטור מדמי שכירות מכאן ולהבא (משעת הצפת הנהר) ולא בפטור למפרע. נעיר, שאין פלא ש'מחנה אפרים' לא הלך בדרך זו, שכן לדידו לא זהו ייחודו של דין "מכת מדינה". ראה דיונו לעיל, ליד ציון הערה 308.

ב. גישה ב: יש פטור גם באונס שכיח

רבי שלמה כהן¹¹³⁵ עומד על הדמיון שבין דברי רבא בסוגייתנו, בה הדגיש ששכירת הנהר אינו אירוע שכיח ("נהר מלכא סבא לא עביד דמיסכר"), לבין דבריו בסוגיית גיטין¹¹³⁶, שם דובר היה בהסכם תובלה שבו קיבלו המובילים עליהם אחריות על "כל אונס שיולד". סֶכֶר שהוקם בנהר מנע את ההובלה, ופטר אותם רבא כשהוא מטעים ששכירת הנהר הוא אירוע בלתי צפוי שהמובילים לא העלו אותו על דעתם ובוודאי לא התכוונו להתחייב גם בו ("לסוף איסתכר נהר מלכא"¹¹³⁷... אתו לקמיה דרבא, אמר להו... אונסא **דלא שכיח** הוא")¹¹³⁸. מהרש"ך מעלה את השאלה, אם אי-שכירות האירוע הוא נימוק מספיק לפטור את החייב, כפי שעולה מסוגיית גיטין, מדוע בסוגיית בבא מציעא בעניין חכירת השדה נזקק רבא בנוסף לכך לנימוק ששכירת הנהר הוא בגדר "מכת מדינה"? והוא נשאר בצריך עיון.

אפשר שכוונת המהרש"ך בשאלתו היא, מדוע נזקק רבא לשני טעמים **חלופיים**: האחד שלא מזל החוכר גרם (מכת מדינה); והשני שהאונס היה בלתי צפוי והחוכר לא העלה על דעתו להתחייב בו¹¹³⁹. ולפי זה ניתן אולי להסיק שמכת מדינה היא **עילת פטור עצמאית** והיא חלה גם באונס שכיח¹¹⁴⁰.

הרב חיים הכהן רפפורט¹¹⁴¹ מוצא בית אב לגישה זו בגירסת הרא"ש¹¹⁴²: "לא עביד לאיסתכורי, ומכת מדינה היא", ומסיק הרב רפפורט: "דמשמע דכל אחד מהטעמים מספיק לפסוק דינכה לו".

¹¹³⁵ שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קצח, ד"ה והואיל (על תשובה זו ראה לעיל, הערה 264).

¹¹³⁶ גיטין עג ע"א. על סוגיה זו ראה בהרחבה דיוננו לעיל, פרק 3.2(2), עמ' פפפ, ובפרט ליד ציון הערה 602.

¹¹³⁷ לזיהוי הגיאוגרפי של "נהר מלכא" ו"נהר מלכא סבא" המוזכרים בסוגיות אלה, ראה מרדכי דב יודילוביץ, **מחוזא – מחיי היהודים בזמן התלמוד**, ירושלים תש"ז, עמ' 89. וראה גם ספרו, **חיי היהודים בזמן התלמוד – נהרדעא**, ירושלים תשל"א, עמ' 79.

¹¹³⁸ כך פירש הרמב"ם, לעיל, ליד ציון הערה 614. והשווה רש"י, לעיל, הערה 602, לדעתו המוכרים הם שהתחייבו להובלת הסחורה ועיסקת המכר עצמה היתה מותנית בה.

¹¹³⁹ אמנם יש להודות שלא ברור מדוע מהרש"ך רואה בכך בעיה, הלא בעניין שהובא בפניו (לעיל, הערה 264) הוא עצמו הטעים שניתן לבסס את הפטור של השוכר על שלושה נימוקים **חלופיים** ובהם שני נימוקים אלה (אונס בלתי שכיח ומכת מדינה). ואולי הניח שבשונה מדרכם של פוסקים, לא כך דרכו של תלמוד.

אבל השווה: שו"ת משאת משה (ישראל), חלק שני, חו"מ, חלק א, סימן לא, ד"ה ומידי, וסימן לב, ד"ה ומידי; יפה ענף (לעיל, הערה 1128). לדעתם, הנחת מהרש"ך היא ששני הנימוקים **מצטברים** (כפי שמשמע מלשון התלמוד), ושאלתו היא, מדוע בבבא מציעא קו ע"ב דורש רבא את שני הנימוקים (גם אונס לא שכיח וגם מכת מדינה) בעוד שבגיטין עג ע"א, הסתפק רבא באונס בלתי שכיח כנימוק פטור בלעדי? בעניין זה ראה לעיל, הערה 665.

¹¹⁴⁰ מסקנה זו אינה נקיייה מספקות, שכן השווה שו"ת מהר"י קצבי, סימן יח, ד"ה איברא. לדעתו (בהסברו הראשון) מדובר אכן בשני נימוקים חלופיים, ואף על פי כן ברור לו (כנראה מסברא) שרבא לא היה פוטר את החוכר לו מדובר היה באונס שכיח. ראה לעיל, הערה 1127.

¹¹⁴¹ שו"ת רבנו חיים כהן (רפפורט), חו"מ, סימן יט, ד"ה ועוד דתלמוד.

¹¹⁴² ראה רא"ש, בבא מציעא, פרק ט, סימן יד. לדעת רבנו חיים כהן, זו גם כוונת רש"י, לעיל, הערה 1126 (ולא כפי שהבין 'מחנה אפרים').

ומאחר שהמשכיר הוא המוציא מחברו, עליו מוטלת חובת ההתניה, וחובה זו עוברת לשוכר רק כאשר הוא לבדו יכול וצריך היה לצפות את האונס.

ר' מאיר אריק¹¹⁴³, נסמך על תשובה זו של רבי חיים כהן ופוסק הלכה למעשה: "דבמכת מדינה אף במידי דשכיח פסידא דמשכיר", אלא אם כן רק השוכר יכול וצריך היה לצפות את מכת המדינה ולא הזהיר את המשכיר¹¹⁴⁴. ונראה שכך נוקטים גדולי הפוסקים - הרי"ף, הרמב"ם והשולחן ערוך¹¹⁴⁵.

נעיר שאין פירוש הדבר שפוסקים אלה מסכימים עם רבי חיים כהן שאונס לא שכיח כשלעצמו, אפילו במכה פרטית, הוא עילת פטור עצמאית גם בשכירות נכסים. אדרבא נראה שבעניין זה רוב הפוסקים חולקים עליו, וככל שהאונס בלתי צפוי יותר כך מתחזק טיעונו של המשכיר כלפי השוכר "מזלך גרם" ועל השוכר לשאת בסיכון על הזכות המעין קניינית שרכש במושכר¹¹⁴⁶.

ג. גישה ג: יש פטור רק באונס שאינו שכיח כלל

להשלמת התמונה יש לציין שבין האחרונים, יש מי שנוקטים גישה מחמירה לפיה רק אונס בלתי שכיח כלל הוא שפוטור במכת מדינה. למסקנה זו הם מגיעים משום שלדעתם הנימוק "לא עבד למיסכר" מובנו שהפטור חל רק באירוע שאינו צפוי כלל, ובשונה מן הגישה הקודמת נימוק זה והנימוק של "מכת מדינה" אינם נימוקים חלופיים אלא נימוקים מצטברים. ומכאן שהפטור מחמת מכת מדינה אמור רק באירוע שאינו שכיח כלל¹¹⁴⁷.

¹¹⁴³ מנחת פתים, סימן שכא, סעיף א, ד"ה וע"ע. הוא תמה על מחנה אפרים (לעיל, הערה 1125). וראה הרב סילמן (לעיל, הערה 335).

¹¹⁴⁴ בדומה למה שראינו בשכירות פועלים (לעיל, ליד ציון הערה 146). ראה מנחת פתים, חו"מ, סימן שי, סעיף א (במהדורת ירושלים תשע"ד, מודפס בסוף הספר כשו"ת מנחת פתים, סימן יט, ד"ה ועוד נראה). הוא חוזר על הדברים בתמצית בסימן שלד, סעיף א (במהדורת ירושלים תשע"ד, שו"ת מנחת פתים, סימן כא, ד"ה ול"ד האי דינא).

¹¹⁴⁵ שהרי הרי"ף, בבא מציעא סג ע"ב (בדפי הרי"ף), השמיט את ההנמקות של רבא ("אתא לקמיה דרבא אמר ליה זיל נכי ליה"), והרמב"ם אף השמיט כליל את התקדים של רבא (וכך נהג בעקבותיו השולחן ערוך). וראה לעיל, הערה 1127.

¹¹⁴⁶ ראה לעיל, הערה 663. אמנם, אם מחד גיסא מכת מדינה משמשת עילת פטור גם באונס שכיח, ומאידך גיסא אונס בלתי שכיח כשלעצמו אינו משמש עילת פטור, עדיין צריך עיון מדוע הטעים רבא ששכירת הנהר היא אונס שאינו מצוי ("נהר מלכא סבא לא עבד דמיסכר"). ואולי תנאי נוסף זה נדרש בשל נסיבותיו המיוחדות של המקרה שדן בו רבא, כהסבר שמציע שו"ת מעין גנים (להלן, הערה 1147). והלא עובדה היא שתנאי זה לא הוזכר - לא במשנה ולא בתלמוד - בעניין יבול שירד לטמיון.

¹¹⁴⁷ ראה: שו"ת תורת חסד (פריה), סימן רכו, ד"ה ומה שיש להתבונן; שו"ת פאת נגב, חו"מ, סימן מט; יד דוד (זינצהיים), בבא מציעא קו ע"ב, ד"ה נהר מלכא (מדבריהם עולה שגם לדעת הראב"ד גם באונס "שכיח ולא שכיח" חובת ההתניה על השוכר, ואין פטור במכת מדינה אלא באונס שאינו שכיח כלל). לסיכום השיטות בעניין זה ראה שו"ת ישמח לב (פראנגלי), חלק ב, חו"מ, סימן יז, ד"ה שו"ר.

לשיטה זו יש להידחק ולהניח שהאירועים המתוארים במשנה (אקלה חגב או נשדפה) הם אירועים בלתי שכיחים ברמה זהה לאירוע המתואר בסוגיית גיטין, היינו שגם הם בגדר "אינו שכיח כלל". ואכן יד דוד עומד על כך במפורש. לשאלה מדוע רק בסוגית בבא מציעא נדרש בנוסף לכך השיקול של מכת מדינה, ראה לעיל, הערה 665.

ולא זו אף זו, יש הטוענים שאי-שכיחות האירוע הוא הנימוק העיקרי בפטור מחמת מכת מדינה¹¹⁴⁸.

אולם, גישה קיצונית זו אינה מתיישבת עם המקורות, וכבר תמה עליה רבי יוסף קצבי¹¹⁴⁹.

והשווה שו"ת מעין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ב, ד"ה והנראה בעיני (עמ' 40 במהדורת מכון הכתב). גם הוא סבור ששני נימוקי הפטור של רבא הם נימוקים מצטברים, וגם הוא מבין שכוונת רבא בנימוק "לא עבד למיסכר" הוא שמדובר באירוע שאינו שכיח כלל. ואף על פי כן אין הוא מגיע למסקנה הקיצונית שהגיעו אליה פוסקים אלה. לדעתו, נימוק זה נדרש באופן נקודתי בשל נסיבותיו המיוחדות של המקרה שדן בו רבא, בו הזכיר החוכר שהוא מתכוון לגדל שומים (הזקוקים כידוע לאדמה לחה במיוחד), אך לא התנה זאת במפורש בתנאי החוזה. הוא מסביר שאילולי הייתה סכירת הנהר אירוע בלתי שכיח כלל, יכול היה המשכיר לטעון כלפי השוכר שהשדה ראוייה עדיין לשימוש שכן אפשר לזרוע בה חטים, ומאחר שהשוכר לא התנה במפורש שייפטר אם לא יוכל לגדל בו שומים דווקא - אינו זכאי לנכוי. ורק באירוע בלתי שכיח כלל אין לטעון כנגדו שהיה לו להתנות. הוא מטעים ששיקול זה אינו רלוונטי במשנה (לעיל, הערה 306) בעניין יבול שאבד לגמרי במכת מדינה (אקלה חגב או נשדפה) שם אין לחוכר שום חלופה, ולכן לא הותנה בה הפטור באי-שכיחות האירוע (ובלבד שאין מדובר באירוע שכיח, שאז על החוכר היה להתנות).

¹¹⁴⁸ ראה שו"ת ויוסף אברהם (דיין), סימן לו, ד"ה א"נ: "נראה שהעיקר הוא שיהיה אונס דלא שכיח ואז נקראת מכת מדינה... וממילא נשמע דכל אונס דלא שכיח בהכי איירי אפילו שלא נעשה אלא ליחיד ורבא דנקט מכת מדינה משום דהתם הכי היה מעשה".

וראה שלום אלבק, "הפרת התחייבות במשפט התלמודי", סיני סט (תשל"א), עמ' כב, בעמ' לט [=דיני הממונות בתלמוד, ירושלים - תל-אביב תשל"ו, עמ' 630]. גם לדעתו הגדרת "מכת מדינה" היא אונס בלתי שכיח, לשון אחר, "מכת מדינה" ואונס בלתי שכיח מושגים נרדפים הם! דרכו אינה מתיישבת בעליל עם סוגיית התלמוד שמטעימה דווקא את שאלת מזלו של מי גרם (כפי שמעיר מהר"י קצבי, ראה הערה הבאה), עניין שאלבק אינו מוצא לו פשר ועל כן בוחר להתעלם ממנו.

¹¹⁴⁹ ראה שו"ת מהר"י קצבי, סימן יח, ד"ה ולי אני ההדיוט: "ולי אני ההדיוט מלבד דמסברא דנפשי לא נראה לי דאשתדוף באגי או אכלה חגב דהוי אונסא דלא שכיח מגופא דמתניתין ומהסוגיא שם נמי משמע דלא משום טעמא דאונסא דלא שכיח נגעו בה! ולא שום אחד מהפוסקים ז"ל בדין זה הזכירו בדבריהם טעם זה. אלא דטעמא דמתניתין הוא משום דאשתדוף רובא דבאגי הוי מכת מדינה ואינו יכול המחכר לומר לו מזלך גרם ומשום הכי מנכה לו מן חכרו. ואי לא אשתדוף רובא אומר לו לחוכר מזלך גרם".

20. נספח אחד-עשר: שו"ת הרא"ש, כלל לד, סימן א

(להערות 520 ; 616)

שאלה: ראובן שדך בתו לבן שמעון וקבעו זמן ליום החופה והתנו ביניהם שכל מי שיעבור הזמן שיתן לחברו סכום ידוע לקנס. וקודם שהגיע זמן החופה יצאה בת ראובן אחות המשודכת מן הכלל וכפרה בעיקר ובשביל פגם זה לא רצה שמעון שיכניס בנו את משודכתו לחופה והעביר המועד, וראובן תובע את הקנס. ושמעון אומר דאדעתא דאונס גדול כזה שישא בנו אחות מוחלפת להשחית נחלתו ולפגום משפחתו לא אתני.

תשובה: יראה שהדין עם שמעון, דאע"פ שלא פירש שום תנאי בשעת עשיית הקנס כיון שאונס כזה אירע אנן סהדי שאם היה יודע שדבר זה עתיד לעשות לא היה משדך בנו לבתו הוי כאלו התנה מעיקרא בשעת מעשה¹¹⁵⁰.

א. ביסוס הפטור על סוגיית גיטין עג ע"א¹¹⁵¹

וראיה לדבר מהא דאמרינן גטין פרק מי שאחזו (עג ע"א):

ההוא גברא דזבין ארעא לחבריה קביל עליה כל אונסא דמתיליד לסוף אפיקו בה נהרא אתא לקמיה דרבינא אמר ליה זיל שפי ליה דהא קבלת עלך כל אונסא דמתיליד. אמר ליה רב תחליפא לרבינא האי אונסא דלא שכיח הוא. איגלגל מילתא ומטא לקמיה דרבא אמר ליה אונסא דלא שכיח הוא.

אלמא חזינן דאע"ג דקביל עליה בפירוש לסלקו מכל מיני אונסין אונסא דלא שכיח לא קביל עליה, ואדעתא דהכי לא התנה, דכיון שאין אונס זה רגיל לבא אמרינן שאין התנאי והשעבוד ששעבד נכסיו לסלקו מכל מיני אונסין חל על אונס כזה כיון שאין רגיל לבא. כ"ש [=כל שכן] הכא ששעבד עצמו בסתם לקנס זה דאמרינן דאדעתא דהכי שיכנס לדבר פגם משפחה, לא היה דעתו להשתעבד. שהרי בהך עובדא דמי שאחזו שמתחלה שעבד עצמו לסלקו מכל מיני אונסין מפלגינן בין אונס הרגיל ובין אונס שאינו רגיל, כל שכן בנדון זה שלא שעבד עצמו להתחייב בקנס אף אם הי' לו אונס, יש לנו לומר דבאונס שאינו רגיל כזה גזרה בבנות ישראל והוא פגם משפחה דאדעתא דהכי לא שעבד עצמו.

ועוד אמרינן התם [גיטין עג]:

רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע זבון שומשמי אגודא דנהר מלכא. אגור ארבא, קבל עליה כל אונסא דמתיליד. איסתכר נהר מלכא. אמרו ליה אגור חמרית אפקעינהו ניהלן דהא קבילת עלך כל אונסא דמתיליד. אתו לקמיה דרבא, אמר להו קאקי חיורי משלחי גלימא דאינשי אונסא דלא שכיח הוא.

¹¹⁵⁰ לשאלת החלת דברי הרא"ש על פגמים דומים, ראה לעיל, הערה 522.

¹¹⁵¹ לפשר היחס בין חלק זה של התשובה ובין החלק הבא, ראה לעיל, הערה 617.

אלמא אף על גב שקבל המוכר להוליך השומשמן לביתם ולא יעכבנו שום אונס, מדקאמר ליה אגור חמריה אפקעינהו ניהלן דהא קבילת עלך כל אונסא דמתיליד, אפילו הכי כיון שאירע אונס שאינו רגיל לבא אמרינן דאדעתא דהכי לא שעבד נפשיה.

ב. ביסוס הפטור על אומדנא דמוכח אף שלא היה גילוי דעת בשעת כריתת החוזה

ולא דמי להא דאמרינן בפ"ב דקידושין (מט ע"ב): "ההוא גברא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל, בעידנא דזבין לא אמר ולא מידי", פי' מקודם לכן גלה דעתו שמכר את נכסיו הוא בשביל שרוצה לעלות לארץ ישראל, אבל בשעת מכירה לא אמר כלום אלא מכר סתם. וקאמר רבא: "הוי דברים שבלב ודברים שבלב אינן דברים. ולא אמרינן כיון שגלה דעתו קודם לכן אדעתא דהכי למיסק לארץ ישראל זבין, ניזיל בתר מחשבתי ויתבטל המקח כיון שלא עלה. והא דאמרינן בכתובות פרק אלמנה (צז ע"א): "איבעיא להו זבין ולא אצטריך ליה זוזי הדרי זביני או לא הדרי זביני", התם מיירי שגלה דעתו קודם המכירה דלפי שהוא צריך המעות לקנות בהם דבר אחר מכר נכסיו, וכן אמר בשעת מכירה, הילכך מסיק עלה דהדרי זביני. הרי הוכחנו שיצא דבר שאפילו גילוי הדעת של קודם המכירה אין מועיל אם לא שיפרש אף בשעת מכירה. מכל מקום נדון זה שלפנינו אינו דומה לכל הני, כמו שכתב רבינו יצחק בעל התוספות ז"ל ששלש חלוקות יש בתנאי ממון.

- יש דברים שאין מועיל בהם גילוי דעת עד שיתנה בפירוש כגון היכא דאין הענין מוכיח על דעתו אי לאו דאתני, וכיון דבעי תנאי צריך תנאי כפול דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן.
- דהא זבין [צ"ל: והא דזבין:] ולא איצטריכו ליה זוזי, וההוא גברא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל, אף על גב דגלי דעתיה מעיקרא וידוע לכל שלדעת כן הוא מוכר, בעי גילוי דעת בשעת מעשה, משום דליכא אומדנא דמוכח בלא גילוי דעת שהרבה פעמים אדם מוכר קרקעותיו ואין ידוע לעולם למה מוכרן.
- אבל דברים דאיכא אומדנא דמוכח בלא גילוי דעתו וכונתו ידוע לכל לאיזה דעת הוא עושה, אפילו לא גלה דעתו בשעת מעשה לא הוי דברים שבלב אלא עבדינן כאלו התנה, כגון¹¹⁵²:

(א) שטר מברחת ואשה שרצתה להנשא וכותבת נכסיה לאחרים אף על פי שכתבה לו בסתם לא קנאם. כדאיתא בכתובות פרק האשה שנפלו (עח ע"ב):

ההיא איתתא דבעיא דתברחינהו לנכסה מגברא כתבתינהו לברתה אינסבה ואיגרשה אתאי לקמיה דרב נחמן קרעיה רב נחמן לשטרא.

ומפרש טעמא התם (עט ע"א):

אמר רב חנילאי בר אמי אמר שמואל מורה הוראות אני ואם יבא שטר מברחת לידי אקרענו, אמר ליה רבא לרב נחמן טעמא מאי משום דלא שביק איניש לנפשיה ויהיב לאחרני הני מילי לאחרני אבל לברתה יהיבא, אמר ליה אפילו הכי במקום ברתא נפשה עדיפא לה.

(ב) וכן ההיא דפרק יש נוחלין (קלא ע"ב): "הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפטרופא", דאמדינן לדעתיה שלא נתכוון לשם מתנה אלא כדי שיכבדוהו היורשים.

¹¹⁵² לביקורת על ראיות אלו, ראה לעיל, הערה 523.

- ג) וכן (שם) הכותב כל נכסיו לאחד מבניו לא עשאו אלא אפטרופא.
- ד) וכן הא דתניא התם (קלב ע"א):
- הרי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו מתנתו מתנה רבי שמעון בן מנסיא או' אין מתנתו מתנה שאלו היה יודע שבנו קיים לא היה כותבן לאחרים, ואמר רב נחמן הלכה כרבי שמעון בן מנסיא¹¹⁵³.
- ה) וכן ההיא דפרק מי שמת (קמו ע"ב): "שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים, שייר קרקע כל שהוא מתנתו מתנה, לא שייר קרקע כל שהוא אין מתנתו מתנה", אפילו נתנם בקנין ובלא שום תנאי, משום דאמדין דעתיה דאדעתא שימות נתנם דלא עבד איניש דיהיב כולו נכסי לאחריו אם היה סבור שיעמוד מחליו.
- ו) וכן המקדש אחותו (קידושין מו ע"ב) בין למ"ד מעות מתנה משום אומדנא דדעתא דאדם יודע שאין קידושין תופסין באחותו בין למ"ד (משום) מעות פקדון.
- ז) וכן נדרי זרוזין ב' ארבעה נדרים (כ ע"ב) אף על פי שנדר נדר גמור אנו אומדין דעתו שלא כיון אלא לזרוז ולא לשם נדר.
- ח) וכן לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה (גטין נח ע"ב) אף על פי שלקח ממנה בקנין גמור יכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי דהכי אמדין דעתה.
- ט) וכן ההיא דפרק חזקת הבתים (נח ע"א):
- ההוא גברא דשמעא לדביתו דאמרה לברתה אמאי לא צניעת באיסורא כותי הך איתתא עשרה בנין אית לה ולית לי מן אבוך אלא חד. כי קא שכיב אמר כל נכסי דאית לי לחד ברא לא ידעי להי מינייהו אתו לקמיה דרבי בנאה אמר להו זילו חבוטו לקברא דאבוכון עד דקאי ומגלי לכו כולוהו אזלו וההוא דבריה לא אזל, אמר להו כולוהו נכסי להאי נינהו.
- י) וכן סבלונות וקידושין דהדרי ב' מי שמת (בבא בתרא קמו ע"א) מטעם אומדנא הוא.
- בכל אלו הדברים סמכו חכמים ז"ל על אומדנא דמוכח לדון ע"פ אומדן [כ]אלו עדים מעידים על דבר זה.
- וכן בנדון זה אומדנא דמוכח **שאלו היה יודע דבר זה שהיה עתיד ליעשות לא היה מקבל עליו קנס זה**¹¹⁵⁴, דישראל קדושים הם והרבה פורשים מלהתערב בפגם גזרה. ורגלים לדבר שהרי העביר זמן

¹¹⁵³ על ראייה זו ראה לעיל, הערה 432.

¹¹⁵⁴ לעיל, הערה 523, עמדנו על ביקורת הב"ח כנגד מקורותיו של הרא"ש שכולם עוסקים בעסקת מתנה שקל להצדיק בה שימוש באומדנא. לכאורה קושי נוסף בדברי הרא"ש הוא שכל המקורות שהוא סומך עליהם דנים בבירור כוונתו של המתחייב לאור הנתונים שעומדים לפניו **בשעת ההתחייבות**, ואין אף מקור שמאפשר ביטול ההתחייבות מכוח אומדנא בשל **התפתחות עתידית**. על הבחנה זו עומד רבו בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתקמב. אבל כנראה שהרא"ש אינו מייחס משמעות להבדל זה, וכפי שעולה מראשונים נוספים, ראה: שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן לה; מרדכי, בבא בתרא, סימן תצג (על מחלוקת זו ראה קובץ שיעורים (וסרמן), בבא בתרא, סימנים תמג-תמה). וראה שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן קח, ד"ה ואם יתעקש, ששולל אף הוא את ההבחנה בין אומדנא ביחס למצב קיים ובין אומדנא ביחס להתפתחות עתידית (ותמוה שלא הפנה לדברי הראשונים).

החופה והכניס עצמו בספק הפסד הקנס כל שכן שמתחלה אדעתא דהכי לא הקנה ושעבד עצמו ואומדנ' דמוכח הוא וכאלו התנה בפירוש דמי.

ג. סייג: שינוי שאירע לאחר הקידושין (טענת "נסתחפה שדהו")

ולא אמרינן מזל ידידה גרם ונסתחפה שדהו כדאמרינן אם נולדו מומין באשה, דהיינו כשנתארסה. כדאמרינן בכתובות בפרק המדיר (ע"א): "היו בה מומין ועודה בבית אביה צריך האב להביא ראייה שמשנתארסה היו בה מומין הללו ונסתחפה שדהו. נכנסה לרשות הבעל על הבעל להביא ראייה שעד שלא נתארסה היו בה מומין הללו והי' מקחו מקח טעות". והיינו דוקא כשנתארסה דאז היא קנין כספו כמו עבדו ושורו וחמורו ותלויה במזלו ולהכי אמרינן נסתחפה שדהו. ולא אמרינן מזל רע ידידה גרם ותצא בלא כתובה כדאמרינן ברישא שנולדו בו מומין כופין אותו להוציא ונותן כתובה, לפי שהאשה תלויה במזל האיש הילכך תלינן דמזל רע ידידה גרם והיינו דוקא לאחר שנתארסה אבל קודם אירוסין אינה תלויה במזלו¹¹⁵⁵.

והא דאמרינן בריש כתובות (ב ע"ב) חלתה מהו מצי אומר לה הא קאימנא או דילמא מצי אמרה נסתחפה שדהו, התם נמי בתר אירוסין איירי דכולה ההיא שמעתתא מיירי בטענת בתולים שלא תהיה באיסור תחתיו אם זינתה קודם החופה. ולהכי אמרינן בתולה נשאת ליום רביעי שאם היה לו טענת בתולים היה מסכים לבית דין, ואינה באיסור תחתיו אם לא שזנתה אחר האירוסין. ועוד דלא שייך למימר הגיע זמן ולא נשאו אוכלות משלו ואוכלות בתרומה אלא בארוסה.

ד. מסקנה

הילכך יראה לי בנדון זה שהתנאי בטל והשליש יחזיר לכל אחד שטרו ואם שלחו סבלונות יחזירו.

אשר בן ה"ר יחיאל ז"ל.

¹¹⁵⁵ ראה לעיל, הערה 524. וכך נוקט גם מהרי"ק, ראה לעיל, ליד ציון הערה 527. וראה גם, הערה 529. אבל ראה לעיל, ליד ציון הערה 541.

21. נספח שנים-עשר: שו"ת פני משה, חלק א, סימן סב

במהלך דיונו, הפנינו פעמים רבות לתשובה זו של הרב משה בנבנשת¹¹⁵⁶. התשובה הודפסה פעם אחת בלבד בספר פני משה, תשובות רבי משה בן ניסים בנבנשת, חלק א, בעיר קושטא בשנת תל"ד [1674] (דפוס צילום הופיע בירושלים בשנת תשמ"ח). התשובה ארוכה וקשה לקריאה בשל האיכות הירודה של הדפוס. מפאת חשיבות התשובה, המצוטטת רבות בדברי גדולי הפוסקים והמחברים, אם בהסכמה אם בהסתייגות, אנו מביאים כאן העתקה מדויקת של התשובה, תוך עריכתה וחלוקתה לפרקים ראשיים ופרקי משנה, אליהם הפנינו בהערות השוליים בדיונונו לעיל. דיבורי המחיתל כפי שמופיעים בדפוס הובלטו באות מוגדלת ומודגשת.

כסליו התכ"ו [1666] לסאלוניקי העיר הגדולה רבתי בדעות לדרישת הרב המובהק כמהר"ר שמואל גאון הי"א

א. עובדות המקרה

שאלה סב. שמעון ולוי אחים, באו לידי פסיקא ופשרה עם כולל עירם על ענין המסים והפרעונות הנוגעים להם לפרוע בכל שנה, ונתפשרו עמהם בדבר קצוב שיתנו בכל שנה, ובזה יהיו פטורים. ועשו ראשי וטובי העיר להאחים הנזכרים שטר הפשרה להיות בידם לראיה וזה נוסחו:

נתפשרנו ופסקנו עמהם, שיפרע כל אחד ואחד מהם לכולל קהלותנו הקדושות סך **חמשה ושלשים ריאלים** מדי שנה בשנה, וכן נתחייבו האחים לעשות כל אחד ואחד מהם **שבע מאות מיטרוש יין בכל שנה ושנה ולפרוע הגאבילה** [=מס עקיף] עליהם כמשפט פרעון שאר עושי היין בעירנו זאת. ואפילו אם יעשו יין פחות מהסך הנזכר, מכל מקום יפרעו הגאבילה מכל הסך הנזכר. ואם יעשו יותר, יפרעו הגאבילה על הכל. והנה בפרעון סך המעות הנזכרים ופרעון הגאבילה על היין הנזכר יהיו שני האחים הנזכרים פטורים מכל מיני מיסים וכו' עד כאן.

הן עתה האחים הנזכרים שואלים מאת המורים אם מן הדין הם מחויבים לפרוע גאבילה שאלף וארבע מאות מיטרוש יין על כל פנים, אפילו אם אין בידם לעשותם מחמת יוקר השער הגדול שנהיה בענבים זה שלש שנים?

ב. טענת האחים לפטור מהמס המוסכם

והם טוענים שמדקדוק לשון השטר נראה, שהם לא נתחייבו לפרוע הגאבילה אפילו אם לא יהיה בידם לעשות יין, שאלו היה כן לא היו כותבים בשטר "ובכן נתחייבו האחים הנזכרים לעשות כל אחד אחד מהם שבע מאות מיטרוש יין וכו'", אלא היו כותבים: "ונתחייבו האחים לפרוע גאבילה כל אחד מהם על שבע מאות מיטרוש יין, ואם יעשו יותר, יפרעו יותר כפי מה שיעשו, ואם יעשו פחות, לא יגרעו מלפרוע גאבילה כל אחד מהם על שבע מאות מיטרוש וכו'", והיה מובן מזה שחיובם הוא פרעון הגאבילה בין יהיה מידם לעשות יין בין לא יהיה מידם, דחזר הגאבילה מהסך הנזכר כמו פרעון מס על נכסיהם, אלא שהיה עולה להם על היין שיעשו עד הסך הנזכר.

¹¹⁵⁶ בעיקר בעניין הפטור מחיוב חוזי מכוח אומדנה, לעיל, פרק 3, ג, עמ' פפפ. תיאור עובדות המקרה שנדון בתשובה מובא לעיל, ליד ציון הערה 490.

אמנם עתה שכתבו ש"נתחייבו האחים לעשות כל אחד ואחד מהם שבע מאות מיטרוש יין וכו'", נראה שחיובם תלוי בעשיית היין, שאם יוכלו לעשות יין יפרעו, ואם לאו לא יפרעו. ומשום דאפשר שהם מרצונם, מבלי אונס, ימנעו מעשות יין, לזה כתבו שנתחייבו לעשותו ולפרוע גאבילה על הסך הנזכר שנתחייבו לעשות. ומה שכתבו "ואפילו יעשו פחות יפרעו על הסך הנזכר", היינו אם יעשו פחות מרצונם בלי אונס, אבל אם מחמת אונס יהיו נמנעים מעשיית היין, בזה לא נתחייבו לפרוע גאבילה על מה שלא עשו, כיון שתלו ענין חיובם בעשיית היין, שכן כתבו "ונתחייבו לעשות יין הסך הנזכר ולפרוע גאבילה וכו'".

וכיון שכן, נאמר שהם לא נתחייבו לעשות יין אלא כשיוכלו לעשותו, שאז בשעת הפשרה היו קונים לשיעור אלף וארבע מאות מיטרוש בסך של' אלפים לבנים. ונמצא בעיר מי שקבל עליו לעשות ת"ק מיטרוש יין ונתנם לחברו שיעשה הוא ויתן לו עשרים מיטרוש של יין, כ"כ היו מרויחים בו. אמנם עתה יוקר השער בענבים גדול מאות [מאוד?] עד שנים לבנים וחצי האוקה וכדי לעשות סך אלף וארבע מאות מיטרוש צריך ששים אלפים לבנים וארבע עשר אלפים לבנים מגאבילה הם שבעים וארבע אלפים לבנים, ואין בידם כל כך קרן לעשותו ועל אונס כזה לא נתחייבו מעולם.

וירוננו המורים לצדקה אם האחים הנזכרים יהיו מחוייבים לפרוע גאבילה מכל הסך הנזכר, כיון שאין בידם לעשותו, דאפילו היה לשון השטר מסופק, הא קי"ל יד בעל השטר על התחתונה. כל שכן שיש הוכחה גדולה מלשון השטר שכתוב ש"נתחייבו לעשות יין", שחיוב פרעונם תלוי בעשיית היין, הא אם לא יוכלו לעשותו, פטורים, כנז"ל. ושכמ"ה

הנה על השאלה הלזו השיב עליה תשובה נצחת החכם השלם הדיין המצויין הרב **כמהר"ר חסדאי פרחיה הכהן**¹¹⁵⁷, היא לעזרת האחים שמעון ולוי נכבדי ארץ הנזכרים בשאלה. והנה הרב המובהק **כמהר"ר שמואל גאון** הי"א אגרת שלח אלי על הפרט הלז וחלה פני אעיין בדין זה, והורה באגרתו הנזכר כי דעתו נוטה לזכות האחים הנזכרים.

אמנם, יען דברים בגו, כי הענין נוגע לכללות העיר, השיב ידו מלכתוב על הענין כי חשש לאיזו הקפדה, על כן אלי נשא את נפשו אכתוב הנראה לי. ולהיות כי אחד מן האחים, שמעון הנזכר בשאלה, ישנו פה עמנו עומד היום, דאתא ואייתי מתניתא בידיה פסק הרב כמהר"ר חסדאי הי"א, הראה אותו אלי וקראתיו בכל לב, על כן כפעם בפעם **הנה אנכי מביא תמצית דבריו בתשובה** הלזו וזה החלי.

תשובה. לבלתי סור מן המצוה ספר כתב הרב המובהק גדול דורנו נאמן שמואל על ישראל ועל

רבנן לחלות פניו אשנה פרק זה. ומה שתעלה מצודתי יהיו דברי בספר נכתבים. והנה שיחתו קלה היא גופא גזרה עלי וככל היוצא מפיו אעשה. וחזיתיה לדעתי כי מפי כתבו הנזכר חזינא לגאון הי"א, שדעתו נוטה לזכות האחים כאשר הורה גבר [כבר?] הרב המורה הי"א חסדאיה הוא וחסדאין מיליה, וכן אנכי עמדי כאשר יראה הרואה לו.

וסבור הייתי להשתעשע ברובי תורת הרב המורה הדיין המצויין רב חסד כהנא רבה ויקרא טרם בואי אעיקרא דדינא, כי תורה שלמה היא, וכל דרכיו משפט משפטי ה' צדקו. אמנם מה אעשה כי לעת כזאת יש לי מיחוש עיניים ולא אוכל לעמוד על דבריו כי אם זעיר שם זעיר שם

¹¹⁵⁷ ראה שו"ת תורת חסד (פרחיה), סימן רכו.

ג. דחיית נימוק הפטור של ר' חסדאי פרחיה מדין מכת מדינה

ואמינא, כי לע"ד ראיתו הראשונה מההיא ד"המקבל שדה מחברו ואכלה חגב או נשדפה, אם מכת מדינה היא וכו' [בבא מציעא קה ע"ב], אחרי המחילה לא מכרעא כולי האי, כי אין נ"ד דומה לראיה, דהתם אינו חייב החוכר למחכיר כלום זולתי אותו השדה שקבל ממנו בחכירות, ואם אכלה חגב או נשדפה במכת מדינה, אומר לו מזלך גרם כי לא קבלתי בחכירות דבר שרוע מזלך גרם שאינו נקרא שדה. אמנם בנ"ד כי האחים הנזכרים בשאלה חייבים מסייהם מדי שנה בשנה לעיר, איך יפטרו עצמם באמרם כי שדפון הכרמים מכת מדינה היא, אטו מי שנתחייב לפרוע חובו מצי מייתי מטענה זו?

ד. קבלת נימוק הפטור של ר' חסדאי פרחיה מכוח אומדנא

ברם, אי איכא למיתי עליה דמלתא הוא מהטעם האחר הבא בדברי הרב המורה שיחיה, במה שירצו בני העיר לחייבם בעשיית אלף וארבע מאות כדי יין כדי שיפרעו משם הסך הנוגע לגאבילה, והאחים הנזכרים תשובתם בצידם לפטור עצמם מטעם **אדעתא דהכי**, כגון דא שייכי הטעמים שהביא הרב המורה שיחיה **מההיא דאונסא דלא שכיח דלא ליה לאתנווי** כמו שבא בדבריו שלאחר כן.

גם עוד היה לי שקלא וטריא בקצת משאר דבריו, אמנם מה אעשה מפני מראית העין הנזכר על כן פניתי אני אעיקרא דדינא כבוצר על סלסילות [ע"פ ירמיהו ו, ט] ואענה על ריב להיכן דעתי הקלושה נוטה.

ואמינא דכפי הצעת השואל שהציע מיוקר הענבים זה שלש שנים, ורב חסד בתשובתו הרמתה ביאר והרחיב יותר הדבר כי **זה שלש שנים שנהיה לקות ושדפון גדול בכרמים באופן אין ענבים בגפן** [ע"פ ירמיהו ח, יג] **דאשתדוף כולהו באגי**, ועל כן עלה השער של הענבים על חד תלת מפני מיעוט הענבים, וכפי הנראה מדברי הרב הפוסק נר"ו כי דבר זה אינו מצוי בשאלוניקי **ומלתא דלא שכיחא הוא**, על כן לא אסיקו אדעתייהו האחים השואלים להתנות שאם יארע לקות בכרמים לבלתי התחייב בחיובם הנזכר. וכפי הנראה ממרוצת הרב המורה נר"ו ותמצית היוצא אחר חיתום דבריו, כי בשתים יתחתן לפטור את האחים הנזכרים משתי טענות קרובות זו לזו:

- **חדא** הא דאמרן, דכיון דבעשיית היין השנים הללו איכא פסידא, דמלבד דלא ירויחו בו להוציא צרכי ביתם כשאר השנים שהיו מרויחים בו, אית להו פסידא גם כן שמחמת יוקר הענבים נתייקר היין הרבה אין קונה ואית להו פסידא.

- **עוד** בא אליהם מטענה אחרת, שעד כאן לא נשתעבדו האחים להוציא קרן לעבודת יין כדי לפרוע הגאבילה שלו אלא עד כדי **ל אלפים** לבנים, שככה היה עולה בעת הפסיקא שיעור הסך המצטרך לעשיית אלף ות' כדי יין. אמנם לעת כזאת שאינם נעשים כי אם עד סך **שבעים וארבע אלפים** לבנים, **אדעתא דהכי לא נתחייבו**, ובפרט אם קרנם תרום בכבוד כי אין להם קרן כל כך. והביא ראיה לזו **מתשובת הרא"ש דכלל ח [סימן ז]** מההוא דנדר ה אלפים זהובים לנישואי בתו ונתקלקלו חובותיו בכתב. והשיב שם הרא"ש, שאם אין לו לפרוע כי אם מבית דירתו וכלי תשמישו דאדעתא דהכי לא נשבע וכו' ע"כ.

מכאן הוכיח הרב נר"ו שאם קרן האחים לא הגיע לידי מדה זאת, שאין מחייבים לאחים, ע"כ תורף דבריו.

ולפום ריהטא היה מקום לדון בדבריו, דהרי שם כתוב בפירוש, דדוקא בית דירתו וכלי תשמישו אין מחייבין אותו, אבל אם יש לו קרקעות וחפצים, אף שהחובות נתקלקלו, מחייבים אותו למכרם לקיים שבועתו. ואם כן, לפום ריהטא, יאמר האומר דבנ"ד נמי אף אם אין להם קרן יותר מהל' אלפים שהיה ספק בהם לעשות היין בשעת הפסיקא, על כל אלה **אם יש להם חפצים או קרקעות, מחייבים אותם למכרם כדי לעשות סך כדי יין שנתחייבו עם בני העיר לעשותם.**

אמינא דאי מהא, הדין עם הרב המורה נר"ו, דעד כאן לא אמר הכי הרא"ש אלא לגבי נדון ידידה, שהחוב של המתחייב היה להשיא את בתו בסך ההוא, ובענין כזה דנשואי הבת עביד איניש והמנהג הוא שאדם מוכר קרקעותיו וחפציו לנשואי בתו. והכי דייק שם לשון הרא"ש כאשר יראה המעיין. אמנם בנ"ד, שנתחייבו לעשות יין לסחורה ולפרוע הגאבילה שלו, אין המנהג להסתחר כי אם בדמי הקרן אשר לו ולא עביד איניש למכור חפציו וקרקעותיו כדי להסתחר בהם¹¹⁵⁸. וכיון שכן, הדר דינא דדינא קא משתעי הרב המורה הי"א, ומה גם אם האחים הללו באים לפטור עצמם מעשיית היין מהטענה הראשונה דמפני יוקר השער שנתייקרו הענבים מחמת שלקות מטי להו פסידא. דא לא צריכה רבה, ודאי שהדין עם הרב המורה נר"ו אף כי סוף סוף יש לי לדון על הדבר דאפשר יבואו עליהם בני העיר מטענה אחרת כמו שעוד אבאר בע"ה שיש לצדד צדדים בה.

(2) פטור על יסוד פרשנות החוזה – החוזה אינו כולל אונס לא שכיח

אמנם לעת כזאת, לפטרם מחיוב עשיית היין, יש כדאי והותר בדברי הרב המשיב נר"ו, ולא מיבעיא כפי הצעתו שהציע שדבר זה אינו מצוי בשאלוניקי שילקו הכרמים ולא אסיקו אדעתייהו להתנות עליו כמו שהביא מהנהו ממרי [=ממרות] דפרק מי שאחזו [גיטין עג ע"א] מ"ההוא גברא דזבין ארעא לחבריה, קביל עליה כל אונסא דמתיילד, לסוף אפיקו בה נהרה" ומעובדא תו דאיתא התם ב"ר פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דזבון שומשמי אגודא דנהר מלכא, אגור מלחי וכו' קבילו עלייהו כל אונסא דמתיילד, לסוף אסתכר נהר מלכא", ואסיקו בגמ' דאונסא דלא שכיח הוא ופטורים ע"כ בגמ'". מכאן הוכיח הרב המורה דאף דבנ"ד קבילו עלייהו האחים בפירוש שאף אם לא יעשו היין עד הסך הנזכר לפרוע כדי הסך הנזכר, על כל אלה **עד כאן לא נתחייבו אלא אם לא יעשוהו מרצונם הפשוט אבל אונס כזה דלקות הכרמים לא שכיחא, ואדעתא דהכי שיפסידו בעשיית היין לא נתחייבו.** ודא ודאי אמת ויציב לא צריכה רבה.

ה. פטור מכוח "אומדנא דמוכח טובא" חל אפילו באונס שכיח

אמנם עדיפא מינא אמינא, דאף אם לקות הכרמים הללו היה מצוי בשאלוניקי, ואפילו דהוה שכיח טובא, מכל מקום אי מטי להו פסידא בעשיית היין ובפרט אי הפסידא היא רבה, כיון דאיכא אומדנא דמוכחא טובא דאדעתא דפסידא לא נתחייבו, אף שהדבר הוא מצוי והיה להם להתנות, לא מפני כך הפסידו דינם, דהכל תלוי באומדנא אם האומדנא היא מוכחת¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁸ ראה לעיל, הערה 469.

¹¹⁵⁹ ראה לעיל, ליד ציון הערה 554.

(1) **ראיה שהפטור אמור גם באונס שכיח משו"ת מהריב"ל בעניין הקדשת תשמישי קדושה**

ויש לנו רב מלמדנו להועיל דאית ליה הכי הוא **מוהריב"ל בסוף חלק ג סימן קכב** כתב על הנדון שלו, שהיה על ראובן שהקדיש חפצי שמים לקהל אשר היה מתפלל בו, ובהמשך הזמן בני קהלו גרשוהו מהקהל, והוא רוצה להוציא החפצים שהקדיש להביאם עמו אל הקהל אשר רוצה לילך להתפלל שם. ופסק הרב מוהריב"ל, שהדין עם ראובן, והביא שם תשובת **מהרא"ם שבח"א** [סימן נג] שכתב על נדון כזה, שבנדון הרא"ם האיש המקדיש החפצים יצא מעצמו מהקהל, ועל כל אלה כתב מהרא"ם שיכול האיש היוצא מקהלו להוליך חפציו אל הקהל אשר הולך שם. ומינה למד מהריב"ל לנדון ידידה, שהאיש ראובן לא יצא מדעתו כי אם גרשוהו, **ומטעם אמדנא אתי עלה מוהריב"ל ז"ל**:

ואם לחשך אדם לומר דקשיא ליה להרא"ם קושיא חזקה, דאמרינן בפרק קמא דכתובות [ב ע"ב] ב"ההוא דאמר 'אי לא אתינא עד ל יום להוי גיטא', אתא בסוף ל יום ופסקיה מברא, דלא שמיה מתייא, דאנסא דשכיח הוא ואבעי ליה לאתנויי ולא אתני, איהו הוא דאפסיד אנפשיה". וכיון דכן, מלתא דשכיח הוא בזאת המדינה שאדם יוצא מקהלו לקהל אחר וה"ל לאתנויי ולא אתני, אפסיד אנפשיה. אברא, דלכאורה נראה דהך קושיא קושיא אלימתא לסברת הרא"ם ז"ל. אמנם לאו מלתא היא, **דשאני התם דליכא אומדנא**, דאונסא דשכיח הוא ולא אתני, איכא למימר **דלמא לא קפיד דלהוי גיטא**, אבל בנדון דידן **דאיכא אמדנא**, ועיקרא דמלתא תליא באמדנא, אמדינן דעתיה דלכך נתכוון **ולא אצטריך ליה לאתנויי**, ולא אמרינן דאיהו דאפסיד אנפשיה **דסמיך דעתיה דכולי עלמא ידעי שלכך נתכוון** שילך לפניו צדקתו אל המקום אשר יהיה חפץ ללכת. ובהכי ניחא ולא קשיא ליה להרא"ם ולא מדי עכ"ל.

הא קמן שכתב מהריב"ל **דהכל תלוי באמדנא**, דאם **האמדנא מוכחת** דלא נתכוון לדבר ההוא שימשך לו נזק או פלגא נזקא, **אף שהדבר ההוא שכיח ולא אתני עליו לא נפקא לן מינא ולא כלום**.

(2) **אונס שכיח מחייב רק אם קיבל בפירוש כל אונס שיבוא**

וכפי זה צריכים אנו לומר, דאי איצטריך בגמ' בהנהו עובדי הנזכרים בפרק מי שאחזו [גיטין עג ע"א] דאמרו שם "אנסא דלא שכיח הוא וכו'" דמשמע מינה דבאונסא דשכיח לא אמרינן הכי, לא היא, דהכל תלוי באמדנא וכנזכר, **ושאני הנהו עובדי דבפי' [רוש] קביל עליה כל אונסא דמתיליד**, הרי דנחית אף אדעתא דאנסא, על כן הוצרך שם התלמוד לומר **דנהי דקביל עליה אנסא דשכיח, דלא שכיח מיהא לא קביל**.

אמנם המתחייב בסתם, אז אי איכא אומדנא דמוכח דאם יארע דבר זה לא הוה מתחייב שמי [שפיר?]. הא דאמרינן דאדעתא דהכי לא נתחייב, ואף דאותו דבר שכיח ולא אתני עליו, אין בכך כלום, דאמרינן דסמיך אאומדנא ולא הוצרך להתנות.

(3) **ראיית מהרש"ך משו"ת הרא"ש שהפטור אמור גם באונס שכיח**

והנה הרב מוהרש"ך **בתשובה חלק ב סימן מה** גם היא מודפסת בספר תשובות מוהרא"ש סימן ס [=ר' אהרן ששון, בעל תורת אמת], החזיק בכל עז ותקע עצמו לדבר הלכה הלזו **דכל דאיכא אמדנא דמוכחא, אפילו באנסא דשכיח טובא ולא אתני, אין בכך כלום, דהאמדנא מספקת לומר דאדעתא דהכי לא נשתעבד**. והכריח דבריו מכמה הכרחיות ובפרט מתשובת הרא"ש שבכלל ח

[סימן ד]¹¹⁶⁰ הנזכר לעיל על ההוא דנשבע ליתן לבתו ה אלפים זהובים ונתקלקלו חובותיו וכו' עד שהשיב שם הרא"ש דאדעתא דהכי לא נשבע, והרי ההיא דהרא"ש דעניות שכיחא טובא ולא אתני, ואפילו הכי פטרו הרא"ש מטעם האמדנא, דאמדנא הוא דאדעתא דהכי לא נשבע כמו שיע"ש בתשובה הנזכרת.

ואף מהרא"ש [בעל תורת אמת] דפליג עליה וס"ל דבשכיח טובא ולא התנה איהו דאפסיד אנפשיה ולא מהני ליה האמדנא ומוקי להך תשובת הרא"ש דנתקלקלו חובותיו הנזכרת, דעניות לאו שכיח טובא הוי אלא "שכיח ולא שכיח" כמו שיראה שם הרואה¹¹⁶¹, עד כאן לא פליג אלא כשהאמדנא המחייבת הפך מה שנשתעבד אינה אמדנא ניכרת וידועה לכל, אבל כשהאמדנא ידועה לכל כגון הך דהביא מהריב"ל משם מהרא"ש דכולי עלמא ידעי שהנודר חפצים לקהלו דלכך הוא מתכוון שילך לפניו צדקו, אז מודה דאע"ג דשכיח ולא אתני, דלא הפסיד, ולעולם אזלינן בתר אמדנא וכמו שכתב מוהריב"ל.

(4) דיון בסתירה לכאורה בעניין זה בשו"ת מהריב"ל

אברא דלפום ריהטא רואה אני דמהריב"ל גופיה, כפי הנראה, אינו משוה את מדותיו, שהרי הוכחנו מדבריו הללו שבסי' [...] ח"ג הנזכר דהכל תלוי באמדנא, דאם האמדנא מספקת שלא נתכוון לכך אז אפילו באונס דשכיח טובא ולא אתני, אזלינן בתר אמדנא ואמרינן דאנוס הוא ואזדא ליה שיעבודיה, ואלו בתשובה שבחלק ב סימן כב בההיא אתתא דנסתמה פתחה ולא יכול בעלה לשמש עמה, שפסק שם דיכול לישא אשה אחרת עליה דאדעתא דהכי לא נשבע, והוצרך לחלק מהיכא דנשבע שלא לישא אשה אחרת דלא משתמיט שום פוסק לומר דהיכא שאין לו בנים ממנה שיוכל לישא אשה עליה, וחלק דההיא דלא ילדה הוי מילתא דשכיחא, שיש כמה נשים שאינן יולדות והוי ליה לאתנויי, וכיון דלא אתני איהו הוא דאפסיד אנפשיה, דהויה כההוא דאמר אי לא אתינא עד ל יום להוי גיטא ופסקיה מברא דאמרינן הו"ל לאתנויי, אבל בההיא דנסתמה פתחה דהוי מלתא דלא שכיח, לא אסיק אדעתיה אונסא כי האי, ולא אמרינן דאפסיד אנפשיה. עד כאן תורף דברי מהריב"ל בסימן כב.

והשתא נחזי אנן, דכפי הצעתו שבח"ג הנזכר דהיכא דאיכא אמדנא דמכחא דהכל תלוי באמדנא ואפילו באנסא דשכיח ולא אתני לית לן בה, אם כן בההיא דנסתמה פתחה דודאי איכא אמדנא דמוכחא ומספקת ונכרת לכל שאין אדם סובל להיות יושב ובטל שלא יהא פתח אהלו מכוון ויבטל מזיווגו, אם כן, כפי זה, אף דהיינו מציירים שסתימות הפתח מילתא דשכיח הוא ולא אתני עלה, אכתי אין בכך כלום כיון שהאמדנא מחייבת דלאו אדעתא דהכי נשבע. ואם כן, למה מהדר שם הרב מהריב"ל לבא על הדבר מטעמא דהו מלתא דלא שכיחא, אף דלהוי שכיח מה בכך??

זאת ועוד, גם בלא ילדה נמי, אף דמלתא דשכיח הוא, כדכתב שם הרב, אכתי מה בכך? דהתם נמי איכא אמדנא דמוכח, דכ"ע בעו לקיים מצות פריה ורביה, גם רוצים חוטרא לידא ומרה לקבורה, ומי הוא אשר יוכל להכחיש המוחש, דודאי אמדנא זאת אמדנא גדולה היא, וכיון שכן, אף דלא אתני עלה, מה בכך? ראוי הוא שיוכל לישא אשה עליה, דודאי אדעתא שלא תלד, לא נשבע, וסמיקא אמדנא דמוכחא ומשום הכי לא התנה! ושמעתא דא ודאי צריכא צלותא, דנראה דמהריב"ל לא השוה מדותיו כנזכר.

¹¹⁶⁰ ראה לעיל, הערה 555.

¹¹⁶¹ השווה לעיל, הערה 555, אות (ג).

אמנם מה שנראה לי לתרץ¹¹⁶², דלעולם בטר אמדנא אזלינן, והאמדנא היא היתה אם כל הדברים הללו, ואפילו במילתא דשכיח בטר אמדנא גירינא וכדבריו שבח"ג. אמנם בהך דחלק ב, אף על גב דכאן נמי האמדנא היא גדולה כנזכר, מכל מקום כיון דבהך שבועה דשלא לישא אשה אחרת עליה, דסימן כב הנזכר, לאו שבועה החלטית היא אלא רווחא שבין [שבין?] לגרמיה דברשות ב"ד יוכל לישא עליה, שכך היתה נסח שבועתו שלא לישא עליה בלתי רשות בית דין, וכל מאי דשקיל וטרי שם הרב מוהריב"ל בתשובה שבחלק ב סימן כב הנזכרת לא הוי כי אם יוכל להנשא עליה אפילו בלתי רשות ב"ד דאדעתא דהכי לא נשבע, וכו' דאלו ברשות ב"ד שפתיו שם ברור מללו דיוכל להנשא. וכיון שכן, שברשות ב"ד יוכל להנשא, ובודאי דנ"ד בכהאי גוונא אם לא ילדה כגון בשהתה י שנים או בההיא דנסתמה פתחה ועשו לה כמה מיני תרופות ולא הועיל בכי הני גווי ודאי דב"ד יתנו להם רשות, דמצוה קא עבדי, וכל משאו ומתנו שם של הרב דאדעתא דהכי לא היה כי אם יוכל לישא עליה אף בלתי רשות ב"ד משום אדעתא דהכי. כיון שכן, בכי הא ליכא אמדנא דמוכחא דכיון דהאי דלא תלד הוי מלתא דשכיח ולא אתני, אפשר דכיון דידע דאם לא תלד, ב"ד יתנו לו רשות, לפיכך נשבע שאף אם לא תלד שלא יהא רשאי לישא עליה בלתי אם נועדו הב"ד ויתנו לו רשות, דלא מטי ליה פסידא להמתין עד שיתנו לו רשות ב"ד, דכיון דידע מיהא שהב"ד יתנו לו הרשות. אמנם היכא דנסתמה פתחה, דהוי מלתא דלא שכיח, אפילו דלית ליה קפידא, אמרינן דנקי הוא מאלתו, דאפשר דאם הוה אסיק אדעתיה לא היה נשבע, אפילו שבועה דסמיה בדידה ע"י רשות ב"ד. על כל אלה אפשר דאם הוה אסיק אדעתיה מלתא כדנא, לא היה נשבע כל עיקר. וכיון שכן, בכה"ג היכא דשכיח ליכא אמדנא. ובהכי מתרצו שפיר דברי מהריב"ל שבשתי תשובות שבח"ב סימן כב ושבחלק ג סימן קכב הנו'.

עוד אפשר לתרץ דברי מהריב"ל הנזכר עם מה שכתבו התוספות סוף פרק הגזול קמא [בבא קמא קי ע"ב, ד"ה דאדעתא] עלה דההיא דיבמה שנפלה לפני מוכה שחין דנימא דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה. אהא הקשו התוספות: "ואם תאמר כל לוקח מקח מחברו ואירע בו שום מום, נימא אדעתא דהכי לא קנה" ותרצו "דעד כאן לא אמרינן אדעתא דהכי אלא כשהדבר תלוי בדעתו לבד, אמנם היכא דצריך דעת שניהם, כגון בלוקח דלאו בדעתו לבד תליא מלתא כי אם בדעת מוכר נמי, בכה"ג לא שייך למימר אדעתא דהכי קנה, דדלמא המוכר לא נתרצה בכך". ע"כ תורף דברי התוספות יע"ש. ועוד אעמוד בדברי התוספות הללו בע"ה, אם מצד עצמם ואם יש שום חולק עליהם.

אמנם לעת כזאת אמינא, דכפי חילוק הלז שכתבו אפשר למצוא חפץ לדברי מהריב"ל שבחלק ב הנזכר דבההיא דנשבע שלא לישא עליה ולא ילדה, אפשר דליכא שם אמדנא מכרעת, דהנה דהמוחש הוא שאין אדם מתרצה להיות בלא בנים, מכל מקום איכא נמי דדלמא האשה לא היתה מתרצה להנשא לו בלתי אם ישבע שלא ישא עליה בלתי רשוי ב"ד אף אם לא תלד, וכיון שהדבר תלוי בדעת שניהם, האיש והאשה, אפשר שהאשה לא היתה מסכמת להינשא עמו בלתי אם ישבע בהחלט שאף אם לא תלד שלא ישא עליה. וכיון שכן, אפשר האיש בחר לו להנשא עמה ולהשבע שלא לישא עליה אף אם לא תלד. דיותר היה רוצה בנישואיה מעשרה בנים. וכיון שכן,

¹¹⁶² ראה לעיל, הערה 553, אות ב.

ליכא אומדנא מוכחת לגמרי. ואדרבא, דוק לאידך גיסא, דממאי דהיה לו להתנות שאם לא תלד שישא עליה, כיון דהדבר מצוי הרבה דכמה נשים אינם יולדות ולא התנה, **הדברים מוכיחים שהסכים לדעת האשה לבלתי הנשא עליה אף אם לא תלד**, וכיון שכן, דברי מהריב"ל שפיר מתרצו אהדדי.

והעיקר אצלנו דכפי דבריו **האומדנא היא העקרית לראש פנה**, ואם האומדנא מוכחא טובא שלא נתחייב אם יארע לו דבר זה, אף שאותו דבר מצוי ולא התנה עליו, לית לן בה, דלעולם בטר אומדנא אזלינן כשהאומדנא היא מספקת כנזכר בדבריו שבחלק ג הנזכר.

(5) ראה שהפטור אמור גם באונס שכיח מסוגיית נדרים

ולדידי סברת מהריב"ל הלזו מלבד שהוא אמרה ומי לנו גדול, ומוהרש"ך החזיק בה בכל עז וכנזכר, יש לע"ד סעד להך מלתא¹¹⁶³ מהא דרבא דאמר בההוא עובדא ריש פרק ד נדרים [כז ע"א] ב"ההוא גברא דאתפיס זכוותיה בבי דינא ואמר 'אי לא אתינא עד ל יום לבטלו זכוותי', אתניס ולא אתא וכו' דאמר רבא אונס הוא וכו' ע"כ. והא רבא סתמא קתני אתניס ולא אתא, **ומי לא עסקינן נמי דההוא אונס אונס דשכיח הוה וכגון דפסקיה מברא ומברא מגלי אונסיה**, וכדאמר שם בגמרא לגבי ההוא דאמר אי לא אתינא עד ל יום להוי גיטא וכו' דדחי שם בגמ' דלמא אונסא דמגלייא שאני ומברא מגלייא וכו'. בכה"ג נמי, אפשר דמיירי ההיא דרבא דאי לא אתינא עד ל יום לבטלן זכוותיה דאתניס באונסא דשכיח או דמברא או אונס אחר דשכיח כיוצא לזה, דרבא שאמר אונס הוא, מלתא פסיקתא קאמר לכל מילי אונסים אפי' דשכיח.

ואי תימא דהא ליתא מדקאמר התם "וכי תימא קטלא שאני והתנן נדרי אונסים כיצד הרי שחלה הוא או שחלה בנו או שעכבו נהר", והתם הנהו אונסי לא שכיחי, אם כן איך מיייתי רבא ראה מהנהו אונסי דחלה לא שכיח טובא, **גם בעכבו נהר, ובפרט אם הוא מהפשרת שלגים כדמוקי לה הרא"ש** [נדרים, פרק ג, סימן ט] **ורבינו ירוחם** [תולדות אדם וחווה, נתיב יד, חלק ג (קט ע"ד)], מלתא דלא שכיח הוא, וא"כ היאך מיייתי רבא ראה מניהו אם רבא מיירי אפילו באונס דשכיח כדפרישית? נדחי לה, דמההיא דהדירו חברו ליכא ראה דהתם באונסא דלא שכיח מיירי, אם כן מהכא משמע דרבא נמי באונסא דלא שכיח דוקא מיירי.

אך על כל אלה רע עלי לאוקומי מלתיה דרבא בההיא ד"לא אתינא לבטלן זכוותי", באונסא דלא שכיח דוקא, דמלבד דמסתמיות דברי רבא דאמר "אונס הוא" דבכל אונסא מיירי ואפילו דשכיח וכמו שכבר בררנו, עוד גם זאת מסתיעצא הך מלתא ממאי דאקשו לרבא ממתניתין, ד"הרי זה גיטך מעכשו אם לא באתי מכאן עד יב חדש, ומת תוך יב חדש - הרי זה גט, ואמאי הא מינס אתניס", ותרצו "דלמא שאני התם דאי ידע דמיית לאלתר גמר ויהיב גיטא" ע"כ. והשתא נחזי אנן, מעיקרא מאי הקשו ליה לרבא מהך ד"אם לא באתי עד יב חדש להוי גיטא, ומת וכו'", דלמא שאני מיתה דשכיחא וכדאמרין בפרק כל הגט [גיטין ל ע"ב] גבי ההיא דהמלוה את הלוי וכו' דאמרו בגמ' "מאי שנא גבי מיתה דעבוד תקנתא ולגבי עשירות לא עבדו תקנתא?", ומשני, **"מיתה שכיחא"** והיינו דאמרי אינשי חברך מית אשר וכו' ע"כ, הרי דמיתה שכיח, ואם כן אמאי לא משני שם שאני מיתה דשכיחא וה"ל לאתנויי שאם ימות תוך יב דלא להוי גיטא, מדלא משני הכי, שמע מינה דרבא נמי, כי קאמר בההיא דלבטלן זכוותי דאונס הוא, **אפילו באונס דשכיח מיירי** ולכך הקשו עליו מההיא דאם לא באתי עד יב חדש ומת בתוך יב חדש להוי גיטא. והוצרך בגמרא לחלק דהתם

¹¹⁶³ ראה לעיל, הערה 556.

ליכא אמדנא, דאפשר דאי הוה ידע דמית הוה יהיב לה גיטא לאלתר, מה שאין כן בההיא דלבטלן זכוותי דאמדנא דמוכחא איכא שאין אדם מבטל זכוותי כל היכא דאניס אפילו באונסא דשכיח. וכי הדר תו בגמ' ופריך מ"ההיא דאי לא אתינא עד שלשים יום להוי גיטא ופסקיה מברא דלא שמייה מתייא", ותרצו ד"אונסא דמברא מגלייא וכו'" ע"כ, לאו למימרא דעד השתא באניס דלא שכיח עסקינן אלא הכי קאמר, כיון דאונסא דמברא מגלייא ושכיח ולא אתני עליו, **וליכא נמי אמדנא דאפשר דלא קפיד אם להוי גיטא**, משום הכי לאו שמייה מתייא.

אמנם אי הא דפסקיה מברא הוה מלתא דלא שכיח ולא מגלי, אע"ג דליכא שם אמדנא מ"מ הוה אמרינן דשמייה מתייא דסתמא דמלתא כי קאמר אי לא אתינא עד ל יום, מדעתו ורצונו קאמר, לא שיארע לו אונס, והא דלא אתני משום דלא אסיק אדעתיה. אמנם כיון דמברא מגלי ושכיח הוא, ואפ"ה לא אתני, וליכא אמדנא להפך, על כן אמרינן דלאו שמייה מתייא. וכיון שכן, מאי דחלק תלמודא בין המימרא דרבא ב"ההוא דאמר אי לא אתינא לבטלן זכוותי" ובין ההיא ד"אי לא אתינא להוי גיטא ופסקיה מברא", הוא מאי דחלק מוהריב"ל בין ההיא דהקדוש חפציו לקהל שמתפלל שם, שחלק בין הך להך ד"אי לא אתינא עד וכו' להוי גיטא ופסקיה מברא", **דבההיא דפסקיה מברא, כיון דמברא מגלי ולא אתני עלה, איכא אמדנא דלא קפיד אההוא גיטא. אמנם בההיא דאי לא אתינא לבטלן זכוותי ואתניס, אע"ג דאתניס באנסא דשכיח ולא אתני, כיון דהאמדנא היא דאדם קפיד דלא ליבטלן זכוותיה אע"ג דאניס באנסא דשכיח, אנוס מקרי.** ובהכרח הוא דכי קאמר "אי לא אתינא לבטלן זכוותי", הוא אי לא אתינא מדעתי ורצוני הפשוט. אמנם בדאניס, אפילו באנסא דשכיח, האמדנא מספקת דלא לבטלן זכותיה. והוי הך חלוקא דתלמודא ההוא חלוקא גופיה דחלק מהריב"ל בההוא דהקדוש חפצים לקהל שמתפלל ויצא מהקהל וכו'.

הוצרכתי לבאר כל זה, כי הדבר צריך ביאור קצת ולאפוקי נמי ממאי דהקשה מהר"ש [מהר"א ששון] **בסימן סא** דף פח ע"ג, שהקשה לחלוק מהריב"ל הנזכר וז"ל: "הן אמת דקשיא לי לכאורה לתירוץ הרב מהריב"ל, א"כ מאי מקשה בגמרא בהך סוגיית דנדרים מההוא דפסקיה מברא, לימא דשאני היכא דאיכא אמדנא" ולתרץ זה עייל נפשיה בקופא דמחטא כמו שיע"ש.

הנה בכלל דברי הנזכרים היא גופא תירוץ התלמוד שתירץ "מברא מגלייא אונסיה", שהוא נתינת טעם לומר דליכא שם אמדנא, דכיון דמגלייא אונסיה ולא קפיד, שמע מינה דלא קפיד אגיטא. והיינו טעמא, **דהתם בגיטא ליכא אמדנא לא לכאן ולא לכאן**, ולהכי כי מגלייא אנסא ולא אתני מוכחא מלתא דלא קפיד אגיטא וכנזכר. **לא כן היכא דאיכא אמדנא כההיא דבטלן זכוותי דאז ליכא לפלוגי בין מגלייא אנסא ללא מגלייא.**

והשתא דאתינן להכי בהצעת הלזו דהכל תלוי באמדנא, מתרצי נמי מאי דהקשה מוהרש"ך בתשובה המודפסת בספר תשובות מהר"א ששון סימן ס הנזכר, שהקשה לרבינו ירוחם דמוקי ההיא דנדרים במי שהדיר חברו שיאכל אצלו ועכבו נהר דמוקי לה שגדל הנהר **מהפשרת שלגים** דהויה מלתא דלא שכיחא ע"כ. ואהא הקשה הרב הנזכר דכיון דהך דמוקי לה רבינו ירוחם בכה"ג יראה משום דלא תקשה ליה ההיא דגיטין ד"אי לא אתינא ופסקיה מברא" דאמרו בגמ' דהא דלא שמייה מתייא הוא משום דהוי אנסא דשכיח, ועל כן בעכבו נהר דקרי ליה נדרי אנסין הוזקק לומר דהוי מלתא דלא שכיח שגדלות הנהר היה מהפשרת השלגים. על כן הקשה הרב דהא לפי המסקנא דקיי"ל דאין אונס בגיטין, אין אנו צריכין לחלק בין אנסא דשכיח ללא שכיח, דאכתי איכא לאוקומא הכל באנסא דשכיח, ובגיטין לא הוי אנסא דאין אונס בגיטין משום תקנת צנועות ופרוצות, ובנדרים הוי אונס אפילו אונס דשכיח א"כ לקושטא דגמ' **למה זה הוצרך רבינו ירוחם**

לאוקומי הך דעכבו נהר דהוי העיכוב מטעם הפשרת השלגים? ועוד הקשה כה"ג על מהריב"ל דלמה זה הוצרך לחלק בין נדון ידידה באיש שהקדיש חפצים לקהל שלו לנדון התלמוד ד"ההוא דאמר אי לא אתינא וכו' להוי גיטא ופסקיה מברא דלא שמיא מתייא", שחלק מטעם האמדות וכנזכר, הא לקושטא דמלתא לית אנו צריכין להאי דשאני ההיא דגיטין דקי"ל דאין אונס בגיטין, לא כן בההוא דהקדיש חפצים לקהל וכו' כמו שיע"ש כל זה בתשובת מוהרש"ך הנזכר.

ולדידי בהצעה הנזכרת דהכל תלוי באמדנא והאמדנא היא היתה אם כל הדברים, בהכי מתרצי הנך תיובתיה דמוהרש"ך, דאנן בכל מילי דאיכא אונס בהו בתר אמדנא אזלינן, דנהי דבגיטין לקושטא דמלתא אין אונס והוי מלתא פסיקתא, אמנם בשאר דברים דאיכא אונס, באמדנא תליא מלתא. וצריך להקדים גם כן, **דיש חלוק בין בדבר דשייך ביה אדעתא דהכי, בין כשהדעתא דהכי תלוי בדעת המתחייב בעצמו שהמתחייב בעצמו הוא דאמדינן דעתיה דאדעתא דהכי לא נתחייב, לבין כשאדעתא דהכי איננו בדעת המתחייב, דלאו בדידיה תליא מילתא, כי אם בדעת המחייב אותו**, כגון בההיא דנדרים שהדירו חברו, שאדעתא דהכי תלוי בדעת המדיר שהוא הוא האוסר את חברו מנכסיו אם לא יאכל אצלו. נמצא שהאדעתא דהכי אינו תלוי בדעת מאן דמטי ליה הפסידא אלא בדעת האוסר ומפסיד אותו דבכה"ג מפרש הר"ן זלה"ה דברי רב הונא דאית ליה בההוא דאי לא אתינא וכו' לבטלן זכוותי ואתניס ולא אתא, דסבר רב הונא דבטלו זכויותיו. כתב הר"ן¹¹⁶⁴, דהא דרב הונא לא חש לפרכא דהדירו חברו ועכבו נהר דקרי ליה נדרי אונסין, דמינא מייתי רבא, הוא משום דשאני ליה לרב הונא וסבר דשנא ושנא דבהך דליבטלן זכותיה דהפסידא מטי ליה, היה לו להתנות ומדלא אתני איהו הוא דאפסיד אנפשיה. אמנם בהמדיר את חברו מי היה לו להתנות המדיר לחברו, דהוא הנודר, הא מאי איכפת ליה למדיר כי לא עליו יהיה גרם הפסידא ע"כ תורף דברי הר"ן בדעת רב הונא.

והנה, בהקדמה הלזו, משום הכי אצריך רבינו ירוחם לפרש בההיא דעכבו נהר דמיירי באונסא דלא שכיח דלא אסקיה המדיר בדעתיה ולכך לא התנה עליו, דאי הוה מסיק אדעתיה אפשר דכיון להדירו לגמרי אפילו אם יתעכב על צד האונס, דאי לא, למה לא התנה על הדבר? ואמדנא דמוכחת להפך ליכא, כיון דלא מטי ליה למדיר שום פסידא, אדרבה אית לן למימר כיון דאנסא דשכיח הוא ולא חש להתנות, שרצונו היה להדיר את חברו מנכסיו בהחלט כל זמן שלא יאכל אצלו אפילו שיהיה על צד האונס מדלא אתני על הדבר.

לא כן כשהאונס הוא דבר דלא שכיח, דאז תלינן ביה דאי הוה אסיק אדעתיה, לא היה מדירו בהחלט והיה מתנה עליו. ולפיכך רבנו ירוחם הוצרך לפרש ההיא דהמדיר וכו' ועכבו נהר דמיירי דעכבו משום הפשרת שלגים. ואף לקושטא דמלתא, דנהי דלגבי גיטין אין אונס בגיטין אבל בשאר דברים דאיכא בהו דין אונס, תלוי הדבר באמדות, דאם האמדנא מחייבת דלאו אדעתא דהכי נתחייב, אפי' שיהיה האונס שכיח ולא התנה עליו, האמדנא היא העיקר. מה שאין כן במדיר את חברו, דשם ליכא אמדנא וכנזכר.

ולכך נמי, מהריב"ל בנדון ידידה, דמיירי במי שהקדיש חפציו לקהל שמתפלל שם ויצא מן הקהל, כיון דאם יצא מן הקהל ולא יוליד עמו חפציו מטי ליה פסידא, אמדינן דעתיה דמקדיש דאף דדבר המצוי הוא ולא התנה עליו, הו"ל כאלו התנה. ולכך הוצרך מהריב"ל לחלק בח"ג בין נדון ידידה לנדון התלמוד, דאי לא אתינא להוי גיטא ופסקיה מברא, דנהי דהתם בגיטין אין אונס בגיטין, אמנם כיון דבשאר נידונים ובנדון דמהריב"ל איכא אונס, והיה צריך לחלק בין אונס המצוי

¹¹⁶⁴ ראה ר"ן, נדרים כז ע"א, ד"ה וכי תימא קטלא שאני.

לשאינו מצוי, לכך נחית מהריב"ל לחלק בנדון ידידה, דאע"ג דמצוי הוא, הא איכא אומדנא להפך. וכיון דבנדון ידידה, דהקדיש החפצים, הוכרח לתת טעם משום אומדנא, אמתו להכי אף בההיא דגיטין אמר דאיכא נמי טעמא דהתם ליכא אומדנא אע"ג דלקושטא דמלתא בגיטין איכא טעמא אחרנא דאין אונס בגיטין משום פרוצות וכו' ודי בזה.

ו. ניתוח התוספות, בקא קמא קי ע"ב, ודחיית הטענה שהרא"ש חולק על התוספות וסבור שאומרים אומדנא גם כאשר יש צד שני

והעולה מכל הך שקלא וטריא, דהכל הולך אחר האומדנא, כי האומדנא היא אם כל הדברים.

והאומדנא הלזו אשר למדנו מוהריב"ל, **דהיכא דהיא אומדנא מספקת, מגנייא ומצלא אפילו לאונסים דשכיחי ולא אתני עליהו** כנזכר, יש ללמוד מדבריו עוד אחרת, על חלוקים היינו מצטערים, שלכאורה נראה שהתוספות בההיא דכתבין לעיל שכתבו בסוף פרק הגוזל קמא [קי ע"ב, ד"ה דאדעתא], הם חלוקים על תשובת הרא"ש שבכלל ח [סימן ד] הנזכר לעיל מהאיש אשר נדר לתת ה אלפים זהובים לנדוניית בתו ונתקלקלו חובותיו וכו'. הנה לפום ריהטא נראה דפליגי התוס' עם הרא"ש, דאלו התוס' כתבו גבי פרכת הגמ' דמתמה התלמוד אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה, דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה, כתבו התוספות וז"ל:

"דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה, נראה דבנפלה מן הארוסין איירי, דאי מן הנשואין ודאי מקדשה נפשה כדי שתהא נשואה לבעלה, דמשום אחר מיתת בעלה לא מסקא אנפשה מלהיות נשואה, אלא מן הארוסין איירי דמקדושין אין לה שום טובה. וא"ת אדם שקנה מחברו שום דבר ונתקלקל יבטל המקח דאדעתא דהכי לא קנה? וי"ל דהתם לא בלוקח לחוד תליא מלתא אלא כמו כן בדעת מוכר, ומוכר אקני ליה אדעתא דהכי, אבל הכא בקידושין בדידה קיימא והוא אינו חושש היאך דעתה להתקדש וכו' עכ"ל.

הרי בעיניך תראה, שהתוספות מחלקים דלא שייך לומר אדעתא דהכי אלא כשהדבר תלוי **בדעת אחד לבד**, וכגון ההיא דקידושין שהדבר תלוי בדידה לבד, אבל במקח וממכר, שאין הדבר תלוי בדעת הלוקח לבד כי אם בדעת שניהם, אינו יכול לומר הלוקח אני אדעתא דהכי לקחת, דהא איכא נמי דעת המוכר הפך דעת הלוקח. וכיון שכן נחזי אנו, הך תשובת הרא"ש דכלל ח הנז"ל, דנראה מינה דפליגא אתוס', דאלו נדון הרא"ש בדעת שניהם תליא מלתא בדעת שמעון המשדך ובדעת ראובן אבי המשודכת, ואפשר ששמעון המשדך לא היה מתרצה לשדך את בת ראובן בלתי אם יקיים את נדרו ושבועתו שנשבע לתת לבתו ה אלפים זהובים, ואף אם יוצרך למכור ביתו וכלי תשמישו, ומבלעדי זאת לא היה משדך אותה, ואם כן איך פסיק ותני הרא"ש דמצוי מימר ראובן דאדעתא למכור את ביתו וכלי תשמישו לא נשבע, הא איכא נמי דעת שמעון המשדך, ושמעון אדעתא דהכי שדכה לו שיוכר ראובן לתת לו ה אלפים זהובים אף אם ימכור ביתו וכלי תשמישו.

(1) הצעת ראשונה מדוע הרא"ש לא חולק על תוספות – הרא"ש עוסק בשבועה שהיא עניין חד-צדדי

והעולה על רוחי מקדמת דנא לומר, דשאני נדון הרא"ש שלא היה כי אם **עסק שבועה** ביניהם,

שהרי ראובן לא קדש לו את בתו ולא נתחייב לו בשום שעבוד נכסי זולתי שדוכין לבד היו בדבר ובשבועה לחוד שנשבע לתת לו ה אלפים זהובים, בכי הא אפשר דאף דדעת שמעון המשדך היה שעל כל פנים יתן לו הסך הנזכר ואפילו שיוכר למכור ביתו וכו', מכל מקום דעת ראובן לא היה כן דאדעתא דהכי לא נשבע, וכיון דכונת ראובן היתה זאת **והם דברים שבינו לבין יוצרו**, דחויב

ממון לית כאן, בכה"ג אגן סהדי דבתר דעת הנשבע אזלינן ומה לנו עם דעת שכנגדו. אמנם בנדון התלמוד, שהוא דתיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה, וכן בנדון התוספות שהוא לגבי מקח וממכר שהוא לאפקועי מאחרים או לפטרה מזיקת יבם, בהני גווני הוצרכו התוספות לחלק בכה"ג שחלקו. זה היה נלע"ד. אמנם אינו מספיק לי ועדיין לבי מהסס.

(2) הצעת שנייה מדוע הרא"ש לא חולק על תוספות – אומדנא דמוכח לעומת אומדנא גדולה ("שיקול האומדנות")

והנלע"ד יותר מרווח, **דבשיקול האומדנות תליא מלתא**, כמו שאבאר. אמנם רגע אדבר בכוונת דברי התוספות הנזכר כדי לבא על הנדון. דלע"ד נראה לדקדק בדברי התוס', דלמה זה הוצרכו בתחילת דבריהם, כדי להקשות מה שהקשו, להחצעה שהציעו קודם, דנראה **דבנפלה מן הארוסין מיירי** וכו' ואח"כ הקשו קושייתם וא"ת אדם שקנה מחברו וכו', דמה קשר יש לקושייתם עם ההצעה הנזכרת שהציעו? דהרי בין הכי ובין הכי הקושיא נופלת על דברי התלמוד דאמר יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי וכו', תשובתה בצדה אדם שקנה מחברו, וא"כ מה צורך להצעת התוספות הנזכר כדי להקשות קושייתם? ולא עוד אלא דנראה כלפי לייא דעל דברי התלמוד הקושיא נופלת במלואה, לא כן בהקדמת התוספות הלזו שמחלקת בין ארוסין לנשואין לעניין אדעתא דהכי, וכיון דלאו כל אדעתא דהכי שוין, אדרבא נראה חלשא לקושייתם כמבואר.

אמנם מה שנלע"ד בכוונת דבריהם, שהצעה הלזו לא הוצרך להם להקשות קושייתם, אלא אדרבה **לכונת התירוץ שתוצו**, דהתם לאו בלוקח לחודיה תלייא מלתא, ולכן הציעו הצעתם הלזו לחלק בין ארוסין לנשואין כדי למצוא דברי חפץ לו אם תאמר שלהם, כי יש לומר וכולי. והוא באופן הלז, כי התוספות הציעו דנראה דבנפלה מן הארוסין איירי, ואף כי פשט דבריהם הוא דבנפלה מן הארוסין ולא הספיקה להנשא באופן לא אכלה בטובה ונפלה לפני יבם מוכה שחין, בהך הוא דשייך אדעתא דהכי שתלקה בכפלים, לא נתקדשה. אמנם מן הנשואין, רוצה אשה להנשא ולהיות עם בעלה, אף שאחר מיתת בעלה תיפול לפני יבם מוכה שחין. על כל אלה עדיין יש יותר להרחיב הדברים, דבשלמא כשנפלה מן הארוסין שייך מימר אדעתא דהכי לא נתקדשתי, דהארוס לא קפיד בהכי דאפשר דאף הוא על דעת כן מקדשה שלא תיפול לפני אחיו אם הוא מוכה שחין, אמנם בנשואין אגן סהדי דבעלה קפיד, **שאם הוא מקדשה וכונסה על דעת שלא תיפול לפני יבם וכו'** **נמצא שכשמת אגלאי מלתא למפרע שלא היו קדושין בדבר ונמצאו כל בעילותיו בעילות זנות**, וכיון שכן בכה"ג לאו בדעתה לחוד תלייא מלתא כי אם בדעת בעלה ג"כ, דאגן סהדי דדעת בעלה הוא הפך דעתה שמקדשה בהחלט אף על הנחה דתפול לפני אחיו מוכה שחין. וכיון שכן, אף היא גמרה ומקדשה נפשה בהחלט כדי להיות נשואה עם בעלה, כיון דידעה דבתנאי הלז לא יוכל בעלה לקחתה **דקפיד שלא יהיו בעילותיו למפרע בעילות זנות**, והיא רוצה להנשא. אם כן מוכרחים אנו לומר ולשקול אומדן דעתה, דכדי שלא תפסיד מלהנשא עם בעלה בידעה כי בעלה לא יסכים על התנאי, גמרה ומקדש נפשה בלתי תנאי. מה שאין כן באירוסין, דליכא שם בעילת זנות ולא איכפת ליה לבעלה, שם הקשה התלמוד יבמה שנפלה וכו'. ובהכי מתרץ קושיית התוספות והוא הצעה לתירוץ ד"אם תאמר אדם שקנה מחברו", דהתם לאו בלוקח לבד תליא מלתא דמוכר הקרקע ודאי דלא יתרצה בכך, וכיון שהלוקח ידע שהמוכר אינו מוכר בתנאי הלז, והוא צריך לקנות הקרקע או החפץ ההוא, גמר וקני אותו בהחלט ואומר "לשתמיש איניש בכסא דמוקרא חד יומא ואחר כך לתבר" [ברכות כח ע"א]. וא"כ הך קונה חפץ מחברו הוי כמו אשה **שנשאת** ונפלה לפני

יבם מוכה שחין, דליכא למימר בה אדעתא דהכי, כן הדבר הזה מי שקנה חפץ מחברו וכו'. זהו הנלע"ד כונת התוספות.

ועם מה שפרשנו בדבריהם, העולה מזה הוא דיש פלס ומאזני משפט **לשקול האמזנות**, דפעמים האמזנא מספקת לבטל דעת המתחייב מפני דעת מחייבו. אמנם על אלה יש דברים שאמזן דעת המתחייב היא **אמזנא גדולה עד מאד**, אן סהדי לא יבטלה המתחייב, ואף אם דעת שכנגדו לא יתרצה בכך, מ"מ **אן סהדי דלא יחוש לדעת שכנגדו ולא נתחייב אלא לדעתו**. ואם היו מפרשים דבריהם בפירוש, המתחייב לא היה מתרצה והיה מבטל הענין כדי שלא להתחייב בכך. ויש מקומות שהמתחייב היה מבטל דעתו מפני דעת שכנגדו, כי לא היה רוצה לבטל המעשה, ועל כן נתחייב ובטל דעתו מפני דעת שכנגדו. **והכל תלוי באמזנות**. על כן בנדון התוספות, באדם שלוקח מחברו, אמזן דעתא הוא שהלוקח מתרצה במקח אף אם מתקלקל אחרי כן, דכיון דידע דעת חברו המוכר דבלאו הכי אינו מוכר, אף הוא גמר וקני כי חפץ במקח הוא, ואם אחרי כן יהיה איזה מקרה ויתקלקל המקח, יהיה מה שיהיה.

אמנם בההיא דהרא"ש **האמזנא היא גדולה**, ואם היו מפרשים המשדך ואבי המשודכת את דבריהם בפ"י דאף אם יתקלקלו כל החובות ויוצרך למכור ביתו כדי לפרוע שישבע על ככה ואם לא ישבע על ככה שאינו רוצה לשדכה, **אן סהדי דאבי המשודכת היה אומר שיתבטל השידוך ולא ירצה לישבע ולהתחייב על זה**, דאין אדם עשוי למכור ביתו לנשואי בתו, א"כ סתמו כפירוש, **דאף דעניות מלתא דשכיח הוא ולא אתני עליו אין בכך כלום כיון דאיכא אמזנא דמוכחא דאדעתא דהכי לא נתחייב**.

ז. כוח האומזנה - סיכום

זאת תורת העולה מכל מאי דכתבנא, כי הכל תלוי באמזנא, **שאם האמזנא היא גדולה ומספקת** דאדעתא דהכי לא נתחייב, **אפילו בדברים דשכיחי ולא אתני עליהו** האמזנא היא העיקר ואמרין דסמך אמזנא ולא הוצרך להתנות. ואם כן, בנדון דידן שהאמזנא היא גדולה, ושלא נתחייבו האחים הנזכרים בשאלה לעשות אלף ות כדי יין להפסיד בהם עד כדי דמיהם בס, א"כ כפי זה **אף שלקות הכרמים היתה מלתא דשכיחא בשאלוניקי ולא התנו על כל אלה אמזן דעתא סמיכי כי מי פתי יתחייב בדבר המפסיד בו כל הקרן, והאמזנא מחייבת שלא נתחייבו אלא כל זמן דליכא פסידא ביין**. על אחת כמה וכמה כפי המונח בדברי הרב המורה נר"ו שלקות הכרמים מלתא דלא שכיח הוא בשאלוניקי, וכפי זה אעיקרא דדינא לא אסיקו אדעתיהו להתנות, וזה דבר ברור שאין חיוב על האחים לעשות סך כדי היין שנתחייבו, ואזדא להו חיובם, אם מפני ההפסד המגיע להם בעשיית כדי היין הנזכר, שאין ענבים בגפן וההפסד מצוי בהם, אם מפני סכי המעות שצריך לעשותם סך גדול כפלי כפלים ממה שעלה על דעתם בשעת הפסיקא ככתוב בדברי קדשו של הרב המורה נר"ו.

ח. ביטול ההסכם מחייב שומת מס חדשה

אמנם על כל אלה שאנו פוטרם את האחים הנזכרים מחיובם שלא יתחייבו לעשות היין הנזכר וככל הרשום בכתב, יש מקום לדון על הדבר, דהא תינח אם האחים השואלים באים לפטור עצמם מחיובם לבד שלא יחייבם בני העיר בעשיית היין או להתפרע מהם עד סך הז' מאות מיטרוש כפי תנאם, מצו פטרי נפשיהו מהטעמים שכתב הרב המורה רב חסד נר"ו וכמו שהרחבתי אני הצעיר

הדברים ככל הכתוב בקונטריסי זה. אמנם כל זה יהיה בהנחה שהפשרה אזדא לה לגמרי כמו שאבאר ופנים חדשות באו לכאן **שיעריכו מחדש את האחים לפי אומד ממונם**, ואם יש להוסיף עליהם על הלה' [= שלשים וחמשה] גרושוס הקצובים יוסיפו או ישבעו שבועת ה' ועל פי שבועתם יקום דבר להוסיף או לגרוע.

אמנם אחד מהאחים השואלים אשר ישנו פה עמנו עומד היום אומר בפירוש כי מגמת פניו ושאלתו היא **שרוצה להפטר מחיוב פרעון דמי הגאבילה של היין הנזכר ושהקצבה של הלה' גרושו' לעולם תהא עומדת עד משלם זמניה**, וכגון דא יש להסתפק הרבה. ובדברי הרב המורה רב חסדא נר"ו לא בא הפרט הלז מפורש כי אין מוכרח מקונטרסו זולתי לפטור את האחים מחיוב פרעון סך הגאבילה עד תשלום כדי היין. אמנם לפטור מחיוב זה ושתהא פשרת בני העיר וקצבת הלה' גרושוס קיימת אין במשמעות דבריו.

על כן חל עלינו חובת ביאור שנראה שבני העיר יבאו עליהם מצד אחר כי אפשר יאמרו שאם נתרצו בני העיר לפסוק עמהם הפסיקא הנזכרת בסך ל"ה גרושוס לכל אחד מהאחים מדי שנה בשנה על ענין המסים והפרעונות הנוגעות להם לבד ולא יותר, אפשר שלא נתפשרו עמהם בזה הסך לבד ולא יותר כי אם בצירוף ההנאה הנוגעת לבני העיר מהם מעשיית היין שנתחייבו שהיה מגיע להם הנאה באמצעות חיוב כדי היין שנתחייבו י"ד אלפים לשנה וא"כ בשביל ההנאה הנוגעת להם מחיוב עשיית היין נתפשרו עמהם בסך הנוגע להם במסים ופרעונות בסך המועט ההוא, כי אפשר כי לפי השערת בני העיר היה נוגע לאחים הנזכרים בעד מסייהם יותר ויותר לפי ערך ממונם שאומדים אותם או לפחות היו מביאים אותם לידי שבועה כמנהגי העיירות, כי כן הוגד אלי ושמעתי כי שם בשאלוניקי הוא כמו עירנו שהמעריכים מעריכים כפי הממון המשוער להם הכל לפי מה שהוא אדם ואמדתן ממונו, ואם נטה שכתו ויקבל עריכתו שהעריכוהו הנה מה טוב, ואם אין, ישבע שאין לו כל כך ממון כמו שאמדוהו ויפרע על פי שבועתו. ולפעמים מתפשרים פרנסי העיר עם הנערך בפסיקא שפוסקים בעד כל כך שנים והוא פורע והולך כפי הפסיקא. וכיון שכן, אפשר **יאמרו בני העיר אם אין אתה יכול לסבו' לעשות חיוב היין הנזכר, גם הפסיקה אזדא לה דהא בהא תליא**. דמעולם לא פסקנו ונתפשרנו בסך המוערך ההוא כי אם על סמך החיוב מעשיית היין הנזכר, ואם אתה רוצה להפטר מחיוב עשיית היין מפני ההפסד המגיע לך, טוב הדבר, אמנם פסיקתנו ופשרתנו אזדא לה ופנים חדשות באו לכאן שתשלמו בעד מסים ועולים הנוגעים לכם כפי האומד אשר נשער בממונכם או שבועת ה' תהיה בין שניכם לכמה עולה שיעור ממונכם. זהו מה שעומד לפני בענין הפסיקא הלזו שרמזתיו בתחילת דבריו.

ואף כי הנה מקום היה בנוסח שטר הפסיקא הלזו לומר ששני חלוקות נפרדות הן, ולא הא בהא תליא, שהרי בלשון הפשרה שנתפשרו בשטר הפסיקא עם האחים הנזכרים כונת השטר משמע דלפטור אתה לאפטורי לאחים בסך הנזכר שלא יוכלו לתבוע מהם יותר הגם שלא ראיתי שטר הפסיקא בקומתו וצבייונו רק מה שהועתק ממנו בשאלה, והשואל הציע בשאלתו שראשי וטובי העיר עשו שטר הפשרה לאחים הנזכרים להיות בידם לראיה, שהמובן מלשון השואל שככה נכתב בשטר הפסיקא שיהיה ביד האחים לראיה כלומר ראית פטורם שפטורם בסך הנזכר ולא יוכלו לתבוע מהם יותר שכפי הנחה הלזו צודק [?] לראיה ביד האחים כמבואר, הרי שהפשרה הלזו בסך הלה' גרושוס לכל אחד לאפטורי באו, וענין חיוב עשיית כדי היין הוא חיוב לאחים. נמצא שבשטר הלז יש בו ב' דברים: **אחד** לפטור כנזכר, **ואחד** לחיוב שהוא עשיית כדי היין, ואם כן יאמר האומר **ששני דברים נפרדים הם ולא הא בהא תליא**, ואם החיוב אזדא ליה מהטעמים הנזכרים, **עדיין הפטור במקומו עומד ואין תורמים מן החוב על הפטור**.

אמינא דלכל היד המרבה לבדוק נראה דהא ליתא. דהגם דנימא דב' דברים הם, אחד לפטור ואחד לחיוב, מכל מקום אפשר דהא בהא תלו, **דהפטור על דעת החיוב נעשה**, דכל זמן שהאחים הנזכרים בחיובם הם עומדים, בני העיר פוטרים אותם, ואם החיוב אזדא ליה, גם פטור בני העיר אזדא ליה. והכי משמע לשון סיום השטר, שכתוב בו וז"ל **"והנה בפרעון סך המעות הנזכרים ופרעון הגאבילה של היין הנזכר, יהיו ב' האחים פטורים מכל מיני מסים וכו'" ע"כ**. הרי שבפירוש כתוב בו שבפרעון סך המעות והגאבילה הנזכרים משמע כי בהצמדם יחד - סך ל"ה גרוש השננים עם פרעון הגאבילה הנזכרת דמטי לבני העיר הנאה ממנה סך י"ד אלפים לבנים אחרים, **בפרעון שניהם גם יחד פטור לאחים**. אמנם בהבצר אחד מהם, שהאחים נפטרים מעשיית היין, אזדא לה כל הפשרה כלה ונפל עוזר וכשל עוזר. זהו מה שנראה לצדד בזה.

אמנם כל היד המרבה לבדוק יראה, דאכתי אפשר דיש לדחות צד זה דאם איתא להאי מילתא

דעד כאן לא פטרו את האחים אלא באמצעות ההנאה המגיע לבני העיר מסך הי"ד אלפים שעולים מדמי הגאבילה של היין, ובלעדה לא היו מתפשרים עם האחים, ואם לא יוכלו האחים לעשות היין אף שיהיה על צד האונס אזדא לה כל הפשרה והפסיקא כלה כמו שצדדנו, אם כן כפי זה נראה שכונת בני העיר עם האחים היה עד מלאת כל סכי הפשרה שהוא הל"ה גרוש לכל אחד והז' אלפים מגאבילה היין לכל אחד, ואם כן למה להם לבני העיר לבא על האחים שיעשו יין כדי לפרוע הגאבילה שלהם, **היה להם לפסוק עמהם בהחלט שיפרעו כ"א אלפים לבנים או כ"ב אלפים לבנים או כל מה שיהיה הסך שעולים הע' גרוש הנזכרים עם הי"ד אלפים לבנים**, ומה להם ולצרה הזאת להתפשר בסך ע' גרוש לשניהם ושיתחייבו לפרוע י"ד אלפים לבנים מעשיית היין שיעשו, **היה להם לצרפם ולעשותם סכום אחד** שיפרעו מדי שנה בשנה כיון דהא בהא תליא!

ואי תימא דהוצרכו בני העיר לכתוב בלשון הזה בנוסח הפשרה כדי לפטור לאחים הנזכרים מגאבילת היין עד הז' מאות מיטרוש יין ואם יעשו כל אחד ואחד מהם יותר מז' מאות מיטרוש יין יחוייבו לפרוע ככתוב בנוסח פשרתם. להא אמינא דאכתי היו יכולים לכתוב בשטר הפשרה שיפרעו קצובים בשנה בעד מסיהם בין ב' האחים הנזכרים כ' אלפים או כ"ב אלפים וכו' ובפרעון הסך הנזכר יפטרו גם כן מגאבילה מיין אם יעשו עד כדי אלף ות' מיטרוש של יין ולא יותר שיוכלו הגאבילה של אלף ות' מיטרוש של יין בכלל סך כ' אלפים לבנים ולא יותר, **שאם יעשו יותר יפרעו בעבורם**, וא"כ חזרנו למה שאמרנו שאם כונת בני העיר היתה לחייב לאחים על כל פנים שיעשו היין בין אם ירויחו בו בין אם יפסידו בו, שהם לא חשו לפסידא דהאחים רק כונת בני העיר היתה ההנאה המגיעת להם שיגיע להם בכולל סך כ' אלפים לבנים וכו' כנזכר, מה להם ולצרה שיעשו האחים יין או לא, היה להם לצרף כל הסכום הנזכר בבת אחת ולבאר דבריהם שבסכום הנזכר יפטרו מהגאבילה של יין אם יעשו עד סך תש' [700] כדי יין. כי ידוע הוא מה שכתבו הפוסקים כי יש לדייק בלשון השטר כלשון המשנה על כן מה שאפשר לצדד הוא שסך הע' גרוש קצוב עליהם מהם אין לגרוע. אמנם בסך הי"ד אלפים לא בהחלט חייבוה אלא כל זמן שיוכלו לעשות כדי יין שהם מרויחים בו חייבום שיעשו, כי זה נהנה וזה נהנה, שאגב שיעשו ויתהנו בריוח שלהם יהיה ריוח לעיר בפרעון הגאבילה שלהם. אמנם אם לא יוכלו לעשות' מפני פסידא ויהיו אנוסים בעשיית היין, אז הניחו להם מקום פטור ורווחא שביקו להו לבלתי חייבם שיפסידו ממנו ועל כן עשו אותם ב' חלוקות, שכל זמן שיש ריוח ביין יחוייבו לפרוע דמי הפסיקא שהוא הע' גרוש, ל"ה לכל אחד ואחד מהם ויחוייבו לעשות היין לפרוע הגאבילה הנזכרת, וכל זמן שיהיה פסידא ביין יפטרו מעשיית היין ובתת הפסיקה של הע' גרוש בין שניהם יפטרו מדמי הגאבילה של היין כל זמן דאיכא פסידא ביין.

אלו הם הצדדים שיש לצדד בכונת דברי שטר הפסיקא הלז, והיה ראוי להרחיב הפרט הלז להיכן שורת הדין נוטה ולהעמיק העיון בו. אמנם מה אעשה כי לעת כזאת חוששני קצת מעיני הנזכ"ל והשואל נחוץ ומה שע"ד נוטה בקצרה הוא זה: **שכיון דלשון שטר הפסיקא הלז הוא מסופק והאיכא צדדים שיש לצדד בכונת דבריו הצדדים שצדדנו, דהצד האחד הוא דאפשר דלעולם הא בהא תליא, דעד כאן לא נתפשרו בני העיר עמהם אלא בהצטרפות שניהם ובהצמדם גם יחד הל"ה גרושוס הנזכרים עם דמי הגאבילה כל היין הנזכר, ואיכא הצד האחר דאפשר דלאו הא בהא תלי בהחלט, דפשרת הל"ה גרושוס לעולם קיימת אף בלתי דמי הגאבילה כשיש פסידא ביין אלא שאם אין פסידא ביין ויעשו ג"כ אלף ות' כדי יין בסך ל' אלפים לבנים כאשר בתחילה אז יחוייבו האחים לפרוע הל"ה גרושוס ולעשות היין לפרוע הגאבילה שלו.**

וכיון שהלשון הוא מסופק נלע"ד דבני העיר כי הם רבים הם המוחזקים, כדן היחיד המדיין עם הרבים על עסקי המסים "דמהרקהו דהני בטפסא דמלכא מנח" [יבמות מו ע"א], ואף כי בתרומת הדשן [סימן שמא] מחלק בין כשהיחיד המדיין עם הרבים הוא בענין המסים, דאז הקהל היו מוחזקים, אמנם בשאר דברים שאינם מסים אין הקהל מוחזקים, כמו שיע"ש. הנה נ"ד ענין מסים הוא, שהרי בלהבא פליגי אם יפטרו האחים ממסיהם בפסיקא הלזו עד תום הזמן המוגבל ביניהם. וכיון שהמחלוקת עתה הוא קודם שפרעו למלך שהרי בלהבא פליגי כנזכר כי לדעת בני העיר אזדא לה פשרתם אם לא יפרעו כל סכום הגאבילה של היין, חזר הדין כי הרבים מוחזקים דמוהרקהו דהני וכו' והנה בכל פלוגתא דרבוותא שיש בדן היחיד המדיין עם הרבים על עסקי מסים כתבו מהריב"ל [...]. ושאר גדולי אחרוני זמננו כי הקהל הם מוחזקים כדעת בעל תרומת הדשן הנזכר.

ולע"ד דאף כשהספק יהיה בכונת משמעות השטר הרבים נקראים מוחזקים ואף כי הרב בעל **משא מלך בחלק ו' סוף דף ז'** כתב שיש לחלק בין פלוגתא דרבוותא לספק שאירע ליחיד עם הקהל כמו שיע"ש, הרואה שם יראה דאותו הספק שיש ליחיד עם הקהל, דאיירי ביה הרב הנזכר, לא בספק לשון השטר הוא, דבספק לשון השטר שיש בו ב משמעויות לע"ד נראה דהרבים הוו מוחזקים, ובר מן דין הא חזינן דהרא"ש **בתשובה כלל ו' סימן כ"ד** בנדון שלו במי שהיה בא לפטור את עצמו בטענה שז' טובי העיר שמתו פטרוהו ממס ק' זהובים והיה לו מיגו להאמינו, דאי הוה בעי הוה פטר נפשיה בשבועה שאין לו על מה לפרוע, והשיב הרא"ש דהוי מיגו להוציא, שהוא אינו חייב לקהל אלא הקהל והוא חייבים למלך, והקהל אומרים שיפרע החלק המגיע לו לפי ממונו או שישבע כמנהג העיר כמה ממון יש לו ואינו נאמן במגו לאפוקי ממונא מהם שיפרעו בעדו ע"כ תורף תשובת הרא"ש הנצרכת לענייננו. הא קמן דמלבד טעמא דמורקהו דהני וכו' שהרא"ש מחשיב את היחיד המדיין עם הקהל בעד המסים למוציא מחברו מטעמא שהוא והם חייבים למלך וכיון שכן, **בנדון דידן נמי שהלשון מסופק והאחים רוצים להיפטר עצמם בלשון הפסיקא שהוא מסופק א"כ הרבים יקראו מוחזקים.** ומה גם שאלמלא השטר הלז היו חייבים האחים לפרוע כפי הערך והאומד שיעריכו אותם או לישבע והם באים לפטור עצמם בשטר הלז וכיון שהשטר מסופק אמרינן להו יד בעל השטר על התחתונה וטעם זה נגזר מהטעם הקדום שהיחיד נקרא מוציא.

ועוד בר מן דין ראיתי בספר **משא מלך חלק ב שער ג משפט ט** הביא משם מהרש"ך בתשובה ותורף דברי מהרש"ך המובאות בספר משא מלך היא זאת דאם יש ספק לקהל עם ראובן אם עקרו לראובן מהחייב שהיה לו עם הקהל או לא עקרוהו, דסובר דלעולם החייב חופף על ראובן כל זמן שלא סלקוהו בפירוש ע"כ תורף דברי מהרש"ך. האף אמנם לא יכלתי לחפש בתשובות מהרש"ך לראות דבריו במקום מפני מיחוש העין כנזכר, מ"מ מסתיין העתקתם בספר משא מלך הנזכר והרב בעל משא מלך הסכים עמו.

הנה כי כן דון מיניה ואקי באתרין דכל זמן שאין פטור האחים מבורר בלשון השטר פסיקתם שיש להסתפק בו וכנזכר, אם יבואו האחים לפטור את עצמם בסך הל"ה גרושויש מבלי פרעון דמי הגאבילה, לע"ד יראה כי יאמרו אליהם בני העיר כי הפשרה אדא לא ופנים חדשות באו לכאן להעריכם מחדש כפי ערך ואומד ממונם או שבועת ה' תהיה בין שניהם וזהו דוקא אם הם באים לפטור את עצמם מעשיית היין ורוצים שפשרת קצבת הל"ה גרושויש תהי קיימת ככל הרשום בכתב.

אמנם אם יטו שכמם להערך מחדש או לישבע כנהוג, ובני העיר לא יתרצו בכך אלא יבאו לחייבם על כל פנים בחיוב הל"ה גרושויש ובחיוב פרעון דמי הגאבילה של היין אשר הושת עליהם, כגון דא אמינא כי הדין עם האחים לבלתי חייבם בגאבילה של היין הנזכר כי הפסידא רבה היא. ואף אם שדפון הכרמים היה מצוי בשאלוניקי, כבר כתבנו כמה פנים לפטרם מהחיוב הנזכר, על אחת כמה וכמה כפי המונח בדברי הרב הדיין המצויין הפוסק שיחיה כי לקות [הכרמים] זה איננו נמצא שם והוי מילתא דלא דכיחא, ולע"ד צדקו יחדיו דברי הרב המורה שיחיה.

פי המדבר איש צעיר

משה בנבנשת

22. חוקים א: סעיף הסיכול בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל-1970

1970

18. (א) היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ושלא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, וקיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים.

פטור בשל אונס או
סיכול החוזה

(ב) במקרים האמורים בסעיף קטן (א) רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה או, על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות הענין ובמידה שנראה לו.

23. חוקים ב: סעיפי הסיכול בחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971

פגם שאין לדרוש
תיקונו

10. היה הפגם תוצאה מנסיבות שבעת כריתת החוזה לא ידע עליהן המשכיר ולא היה עליו לדעת עליהן, או לא ראה אותן ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, ותיקון הפגם באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שהיה מטיל על המשכיר חיוב השונה באופן יסודי ממה שהוסכם בין הצדדים – לא יהא הפגם עילה לדרישת תיקון, לפיצויים או להחזרת הוצאות כאמור בסעיף 9 (א) (1).

פטור מחובת התשלום

15. (א) היה הנכס המושכר מקרקעין ונמנע מן השוכר להשתמש בו למטרת השכירות מחמת נסיבות הקשורות במושכר או בדרכי הגישה אליו והשוכר לא ביטל את החוזה בשל כך, פטור הוא מתשלום דמי השכירות בעד הזמן שהשימוש נמנע כאמור; המשכיר רשאי, כעבור זמן סביר בנסיבות הענין, לבטל את החוזה, זולת אם הודיע לו השוכר לפני כן שהוא מוותר על הפטור מתשלום דמי השכירות.

(ב) הפטור האמור יחול רק אם בעת כריתת החוזה לא ידע השוכר על הנסיבות האמורות בסעיף קטן (א) ולא היה עליו לדעת עליהן, או לא ראה אותן ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען.

25 יד. על אף האמור בסעיף 2(ג), בחוזה שכירות למגורים –

איסור התניה
(תיקון מס' 1)
תשע"ז-2017

(1) אין להתנות על הוראות סעיף 125;

(2) אין להתנות על הוראות סעיפים 6, 8 עד 10, 15, 21 (ב) ו-1(ג), 23 עד 25ה, 25ח(א) (1), (ב) ו-1(ג) עד 25ט עד 25יג, אלא לטובת השוכר.

24. חוקים ג: חוק החזר מקדמה בשל ביטול אירוע (נגיף הקורונה החדש), תשפ"א-2020

1. בחוק זה –

"אולם אירועים" – אולם שמחות, גן אירועים או עסק אחר שנערכים בו אירועים;
 "אירוע" – אירוע משפחתי או אירוע פרטי אחר שמועדו המתוכנן היה מיום ט"ז באדר התש"ף (12 במרס 2020) ואילך והחווה לגביו נכרת לפני המועד האמור;
 "הגבלות נגיף הקורונה" – איסורים והגבלות שנקבעו לפי דין על פעילות יחידים ועסקים עקב התפשטות נגיף הקורונה;
 "הוצאות מיוחדות" – סכום שמפעיל אולם אירועים הוציא לשם קיום מפגש שמטרתו בחירת המזון והמשקאות שיוגשו באירוע, לפי חוזה שנחתם בינו ובין מזמין אירוע, שאינו עולה על 2,000 שקלים חדשים או על הסכום שיתקבל ממכפלה של מחיר המזון והמשקאות לאדם כפי שנקבע בחוזה במספר המשתתפים באותו מפגש, לפי הנמוך;
 "המועד המקורי" – המועד לקיום אירוע שעליו הסכימו מזמין אירוע ומפעיל אולם אירועים בעת כריתת החוזה לעריכת האירוע;
 "מזמין אירוע" – מי שהתקשר בחוזה לעריכת אירוע עם מפעיל אולם אירועים;
 "מקדמה" – תשלום מראש של מחיר האירוע, כולו או חלקו, לפני עריכת האירוע;
 "נגיף הקורונה" – נגיף הקורונה החדש 2019–Novel Coronavirus (nCoV);
 "השר" – שר המשפטים.

הסכמה על דחיית אירוע וחובת החזר מקדמה בשל ביטול אירוע

2. (א) (1) התקשרו מזמין אירוע ומפעיל אולם אירועים בחוזה לעריכת אירוע באולם אירועים (בחוק זה – הצדדים לחוזה) שלפיו שולמה למפעיל האולם מקדמה ובשל הגבלות נגיף הקורונה האירוע בוטל, ינהלו הצדדים לחוזה משא ומתן בתום לב, בתוך חודשיים מהמועד המקורי או מיום תחילתו של חוק זה, לפי המאוחר, כדי להסכים על מועד אחר לאירוע שייערך בתוך פרק זמן סביר ובתנאים שייקבעו בתום לב; לעניין זה, "פרק זמן סביר" – תקופה שלא תעלה על חמישה חודשים מהמועד המקורי או מיום תחילתו של חוק זה, לפי המאוחר;
- (2) נטל ההוכחה כי התנאים לקיום האירוע במועד אחר שהציע במשא ומתן מפעיל אולם האירועים למזמין האירוע הוצעו בתום לב הוא על מפעיל האולם.
- (ב) הסכימו הצדדים לחוזה על מועד אחר לעריכת האירוע כאמור בסעיף קטן (א) והאירוע בוטל בשל הגבלות נגיף הקורונה, ישיב מפעיל אולם האירועים למזמין האירוע את המקדמה ששילם בתוך חודש מהמועד המתוכנן לעריכת האירוע; המפעיל אינו רשאי להפחית סכום כלשהו מהמקדמה שישבי, למעט הוצאות מיוחדות.
- (ג) החליט מפעיל אולם אירועים שלא לנהל משא ומתן כאמור בסעיף קטן (א) או ניהל משא ומתן שלא בתום לב בניגוד להוראות אותו סעיף קטן, יחולו הוראות סעיף קטן (ב), ובלבד שחובת ההשבה תהיה בתוך חודש מיום פנייתו בכתב של מזמין האירוע אל מפעיל אולם האירועים.
- (ד) לא הסכימו הצדדים לחוזה על עריכת האירוע במועד אחר כאמור בסעיף קטן (א) או החליט מזמין האירוע שלא לנהל משא ומתן, ישיב מפעיל אולם האירועים למזמין האירוע את סכום המקדמה ששילם בתוך חודש מיום פנייתו בכתב של המזמין אליו; המפעיל אינו רשאי להפחית מהמקדמה סכום כלשהו, למעט סכומים אלה:
- (1) דמי ביטול, שלא יעלו על 3,000 שקלים חדשים או על 5% ממחיר

האירוע שסוכם בין מפעיל אולם האירועים ומזמין האירוע בעת כריתת החוזה לקיום האירוע, לפי הנמוך;
(2) הוצאות מיוחדות.

פיצויים לדוגמה

3. (א) דרש מזמין האירוע בכתב את השבת המקדמה שהוא זכאי לה לפי חוק זה, והמפעיל לא שילם את הסכום בתוך חודש מיום הדרישה, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים שאינם תלויים בנזק (בסעיף זה – פיצויים לדוגמה), בסכום שלא יעלה על 10,000 שקלים חדשים.

(ב) בקביעת פיצויים לדוגמה רשאי בית המשפט לשקול, בין השאר, את חומרת ההפרה, היקפה הכספי ונסיבותיה.

עדיפות החוק

4. (א) הוראות חוק זה יחולו על אף האמור בכל דין או חוזה לעניין מקדמה.
(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), הוראות חוק זה לא יחולו אם האירוע במועד המקורי בוטל כאמור בסעיף 2 והצדדים לחוזה הגיעו להסכמה אחרת ביניהם לעניין החזר מקדמה לאחר יום ט"ז באדר התש"ף (12 במרס 2020), ובלבד שההסכמה כאמור הייתה מפורשת, בכתב ובנפרד מכל הסכמה אחרת בין אותם צדדים.

5. השר ממונה על ביצוע חוק זה.

6. תחילתו של חוק זה ביום י"ז בטבת התשפ"א (1 בינואר 2021) (להלן – יום התחילה).

הוראות מעבר לעניין מועד השבת המקדמה

7. על אף האמור בסעיף 4, הסכימו הצדדים לחוזה לפני יום התחילה על מועד אחר לעריכת האירוע והאירוע בוטל בשל הגבלות נגיף הקורונה, ישיב מפעיל אולם האירועים למזמין האירוע את המקדמה ששילם בתוך חודש מיום התחילה; המפעיל אינו רשאי להפחית סכום כלשהו מהמקדמה שישיב, למעט הוצאות מיוחדות.

25. חוקים ד: פרק הסיכול בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011

פרק שישי: סיכול חוזה

הגדרות לפרק הסיכול	130.	בפרק זה -	
			"נסיבה חדשה" - נסיבה עובדתית או משפטית, המתרחשת לאחר כריתת החוזה ;
			"אירוע מסכל" - כל אחד מאלה :
		(1)	התרחשות נסיבה חדשה הגורמת לכך שקיום חיוביו של צד לחוזה הוא בלתי אפשרי, בלתי חוקי, או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים ;
		(2)	התרחשות נסיבה חדשה המכשילה את מטרת ההתקשרות בחוזה ;
			"אירוע משעה" - אירוע מסכל המתרחש במשך תקופה מוגבלת.
פקיעה מחמת אירוע מסכל	131.	(א)	התרחש אירוע מסכל והסיכון להתרחשות אירוע כאמור ולתוצאותיו אינו מוטל על מי שחיוביו סוכלו - יפקע החוזה במועד התרחשותו של האירוע המסכל.
		(ב)	צד לחוזה ייחשב כנושא בסיכון כאמור בסעיף קטן (א), אם הוא נטל על עצמו את הסיכון, במפורש או במשתמע, או כשמן הצדק להטיל עליו את הסיכון האמור.
תוצאות הפקיעה	132.		פקע החוזה לפי הוראות סעיף 131(א), פוקעים החיובים על פיו ורשאי בית המשפט לחייב כל צד לשפות את הצד השני בשל הוצאות סבירות שהוציא או התחייבויות סבירות שהתחייב בהן לשם קיום החוזה.
השעיית החוזה	133.	(א)	על אף הוראות סעיף 131, התרחש אירוע משעה, לא יפקע החוזה, ואולם רשאים הצדדים שלא לקיים חיוביהם על פי החוזה במהלך תקופת התרחשותו ; היה מועד לקיומו של חיוב במהלך תקופת התרחשותו של האירוע המשעה, או סמוך לאחר סיומו, יידחה המועד לקיום החיוב למשך זמן סביר לאחר סיום האירוע.
		(ב)	נדחה קיום חיוב לפי הוראות סעיף קטן (א), רשאי בית המשפט לחייב צד לחוזה לשפות את הצד השני בשל הוצאות סבירות שהוציא או התחייבויות סבירות שהתחייב בהן עקב הדחיה, לשם קיום החוזה, כולן או חלקן.
תוצאות ההשעיה	134.		גרמה הדחיה של קיום החיוב כאמור בסעיף 133, לכך שקיום החוזה במועד הנדחה יהיה שונה באופן יסודי מן הקיום במועד המוסכם - יפקע החוזה ויפקעו החיובים על פיו, ויחולו הוראות סעיפים 131 ו- 132.

- קיום בקירוב בשל אירוע מסכל 135. התרחש אירוע מסכל, אך ניתן לקיים בקירוב את החיוב שסוכל, והנושה דרש קיום כאמור, לא יחולו הוראות פרק זה והחיוב יקום בקירוב; בסעיף זה, "קיום בקירוב" - קיום חיוב על פי חוזה, בשינויים הנדרשים, אשר אין בו כדי לשנות את מהות החיובים והזכויות של הצדדים לחוזה, או כדי לגרום עוול לאחד הצדדים.
- סיכול חלקי 136. סעיף 117 יחול, בשינויים המחויבים, על פקיעת חוזה או השעיית חוזה בהתרחש אירוע מסכל, כאשר עילת הסיכול מתייחסת לחלק מן החוזה בלבד.

26. חוקים ה: הצעת נוסח לפי המשפט העברי - פטור בשל אונס או סיכול החוזה

הגדרות	18.	בסעיפים 18א עד 18ד -
		"נסיבה חדשה" - נסיבה עובדתית או משפטית, המתרחשת לאחר כריתת החוזה;
		"אירוע מסכל" - כל אחד מאלה:
		(1) אונס - התרחשות נסיבה חדשה הגורמת לכך שקיום חיוביו של צד לחוזה הוא בלתי אפשרי או בלתי חוקי;
		(2) סיכול - התרחשות נסיבה חדשה הגורמת לכך שקיום חיוביו של צד לחוזה שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים;
		(3) סיכול המטרה - התרחשות נסיבה חדשה המכשילה את מטרת ההתקשרות בחוזה.
		"אירוע משעה" - אירוע מסכל המתרחש במשך תקופה מוגבלת.
פטור מחמת אירוע מסכל	18א.	(א) התרחש אירוע מסכל והסיכון להתרחשות אירוע כאמור ולתוצאותיו אינו מוטל על מי שחיוביו סוכלו - לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים.
		(ב) צד לחוזה ייחשב כנושא בסיכון כאמור בסעיף קטן (א), אם הוא נטל על עצמו את הסיכון, במפורש או במשתמע, או כשמן הצדק להטיל עליו את הסיכון האמור.
השבה ושיפוי	18ב.	התרחש אירוע מסכל כאמור בסעיף 18א, רשאי בית המשפט:
		(1) לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה או, על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו, וזאת אף אם לא בוטל החוזה;
		(2) לחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה.
קיום בקירוב בשל אירוע מסכל	18ג.	התרחש אירוע מסכל, אך ניתן לקיים בקירוב את החיוב שסוכל, ודרש אחד הצדדים לחוזה קיום כאמור, לא יחולו הוראות סעיפים 18א והחיוב יקום בקירוב; בסעיף זה, "קיום בקירוב" - קיום חיוב על פי חוזה, בשינויים הנדרשים, אשר אין בו כדי לשנות את מהות החיובים והזכויות של הצדדים לחוזה, או כדי לגרום עוול לאחד הצדדים.

(א) התרחש אירוע משעה, רשאים הצדדים שלא לקיים חיוביהם על פי החוזה במהלך תקופת התרחשותו; היה מועד לקיומו של חיוב במהלך תקופת התרחשותו של האירוע המשעה, או סמוך לאחר סיומו, יידחה המועד לקיום החיוב למשך זמן סביר לאחר סיום האירוע.

(ב) נדחה קיום חיוב לפי הוראות סעיף קטן (א), רשאי בית המשפט לחייב צד לחוזה לשפות את הצד השני בשל הוצאות סבירות שהוציא או התחייבויות סבירות שהתחייב בהן עקב הדחיה, לשם קיום החוזה, כולן או חלקן.

(ג) הוראות סעיף זה לא יחולו אם דחיית קיום החיוב גורמת לכך שקיום החוזה במועד הנדחה יהיה שונה באופן יסודי מן הקיום במועד המוסכם, ויחולו הוראות סעיף 18א.