



בס"ד, כ"ה במנחם אב תשפ"ד

29 באוגוסט 2024

בר"ע 83069-2

החלטה בערעור

לבין	בעניין שבין
1. מר ב'	1. מר י'
2. מר ש'	2. מר מ'
3. מר ח'	3. מר ק'
הנתבעים	התובעים

א. רקע

התובעים מנהלים בית אריזה (להלן: **בית האריזה**). בית אריזה זה מספק ארבעת המינים למספר דוכנים. הנתבעים הפעילו דוכן למכירת של ארבעת המינים בירושלים עבור התובעים בשנים תשפ"ב-ג.

ביום ח' תשרי תשפ"ב (14.9.21) חתמו הצדדים על הסכם הפעלת דוכן למכירת ארבעת המינים בירושלים, ההסכם נחתם לתקופה קצובה של שלוש שנים וקבע את ההתחייבויות השונות של הצדדים ואת אופן חלוקת הפדיון שיתקבל ממכירת ארבעת המינים. הצדדים קבעו כי חלוקת ההכנסות תשתנה בהתאם להיקף ההכנסות ברוטו של הדוכן, ככל שההכנסות יהיה גבוהות יותר כך הנתבעים יקבלו אחוזים גבוהים יותר מכלל ההכנסות. ההסכם התייחס גם למקרה בו יהיו הכנסות חריגות מעל לסכום של 50,000 ₪ במקרה זה נכתב בהסכם כי חלוקת הרווחים בין הצדדים תהיה באופן הבא:

במצב בו ברוטו ההכנסות עולה על 50,000 ₪, חלוקת כלל ההכנסות מהשקל הראשון תשתנה כך שכל עלייה של 2,000 ₪ מעל ל-50,000 ₪ בברוטו ההכנסות תתבטא בשינוי של 1% בחלוקת כלל ההכנסות לעומת המצב הקודם לטובת...[הנתבעים]."

בשנת תשפ"ב ההכנסות ממכירת ארבעת המינים היו כ-54,000 ₪, וההכנסות חולקו על פי ההסכם בהסכמה.

עמוד 1 מתוך 11



בשנת תשפ"ג ההכנסות ממכירת ארבעת המינים היו 112,000 ₪. ובין הצדדים נפלה מחלוקת באשר לאופן חלוקת ההכנסות, הנתבעים דבקו בנוסח החוזה והעבירו לתובעים 39% מההכנסות, ואלו התובעים טענו כי חלוקת ההכנסות באופן זה גורמת להם להפסדים. לטענתם לא ניתן לפרש את החוזה כפשוטו, שכן משמעות הסעיף היא שמסכום מסויים של הכנסות התובעים מתחילים להפסיד כסף מכך שהמכירות מתקדמות, ויתירה מזו, כאשר מגיעים להכנסות של 190 אש"ח כל ההכנסות שייכות לנתבעים. זאת, למרות שתפקיד הנתבעים הוא מכירת הסחורה בלבד, ואילו התובעים אחראים על אספקת הסחורה, שינועה וסופגים את עלות הסחורה שלא תימכר.

הנתבעים טענו כי יש לדבוק בהסכם ככתבו וכלשונו, לדבריהם גם במקרה הקיצון של הכנסות של 190 אש"ח הם יהיו זכאים לקבל את כל התמורה שכן כך כתוב בחוזה.

בדיון שהתקיים בבית הדין הצדדים הסכימו כי לא הייתה ציפיה להכנסות בסכומים כה גבוהים. התובעים אמרו כי ההערכה הייתה שהכנסות הדוכן יהיו עד 30,000 ₪, והכנסות של 50,000 מבחינתם היו דבר דמיוני. הנתבעים מצידם גם אמרו בדיון כי הם לא העריכו שיהיו הכנסות בסכומים כאלו, לדבריהם הכנסות של מעל 60,000 בדוכן היו דמיוניות מבחינתם (פרוטוקול דיון 1 עמ' 2 שורה 19 ועמ' 4 שורה 20) פסיקת בית דין קמא

בית דין קמא דחה את עמדת הנתבעים, וזאת משום שיש אומדנא דמוכח שכוונת הצדדים בעת כריתת ההסכם לא כללה התייחסות למקרה בו ההכנסות יהיו גבוהות בצורה חריגה מהצפוי. ולכן יש להגביל את הסעיף המדובר לגבול מסויים, דייני ההרכב נחלקו באיזה אופן יש להגביל את הסעיף הנ"ל, דייני א' קבע כי הסעיף מוגבל עד 40%, דייני ב' קבע כי הסעיף מוגבל ל41% דייני ג' קבע כי הסעיף מוגבל ל44%. על כן ברוב דעות פסק בית דין קמא כי על הנתבעים לשלם לתובעים 22,080 ₪. בפסק דין קמא יש הכרעות נוספות אולם הנתבעים לא ערערו עליהם לכן לא נזכיר אותם כאן.

ב. טענות הנתבעים בערעור

הנתבעים בקשו לערער על פסק בית דין קמא בשתי טענות, לדבריהם בית דין קמא פסק כי החוזה תקף אך ורק ביחס להכנסות בסכומים נמוכים, אולם לטענתם בזמן החתימה על ההסכם הם חשבו גם על אפשרות של הכנסות גבוהות לדוכן, בנוסף טענו הנתבעים כי בית דין קמא שגה בקביעתו כי "התובע צריך להרוויח כסף בכל מצב" (לשון הנתבעים בערעור).

הנתבעים הסבירו מדוע לדעתם הצדדים חתמו על הסכם בו יש פוטנציאל להפסד כספי של התובעים במקרים של הכנסות גבוהות במיוחד. לשיטתם נכון הוא שבמצבי קיצון התובעים יפסידו כתוצאה מההסכם, אולם משתלם לתובעים לחתום על חוזה זה מתוך תקווה שסיכון קיצוני זה לא יתרחש, והכנסות הדוכן יהיו בתחום בו גם התובעים ירוויחו.

על כן המערערים מבקשים כי בית הדין לערעורים יקבע כי הם זכאים ל61% מהכנסות הדוכן.



ג. טענות התובעים

התובעים בתגובה כתבו לבית הדין כי הנתבעים לא טענו כל טענה חדשה שלא נידונה בבית דין קמא, עוד כתבו התובעים כי הם מקבלים את פסיקת בית דין קמא למרות שכתוצאה ממנו הם לא הרוויחו משותפות זו אלא רק כיסו את הוצאותיהם. התובעים בקשו כי בית הדין ידחה את הערעור וכי לאור העיכוב בתשלום בית הדין יחייב את הנתבעים בתשלום ריבית והצמדה מסוכות תשפ"ג ועד לתשלום בפועל.

ד. דיון בטענות הערעור של הנתבעים

על פי סדרי הדין, אין ערעור אלא על יסוד הנימוקים דלהלן:

(א) טעות בהלכה.

(ב) טעות הנראית לעין בשיקול-הדעת או בקביעת העובדות.

(ג) פגם מהותי בניהול הדיון באופן המשפיע על תוצאות הדיון.

הנתבעים בערעורם לא עמדו באף אחד מהקריטריונים שמופיעים בסדרי הדין, על כן דין בקשת הערעור להידחות.

יתירה מזו, בית דין קמא קבע כי בזמן כריתת ההסכם, לא עלתה על דעת הצדדים אפשרות של רווחים בסדר גודל שהתקבל ועל כן יש לפרש את החוזה בהתאם לדעת הצדדים בזמן כריתתו, להלן לשון בית דין קמא:

כתב רבנו ירוחם (מישרים נתיב כג חלק י):

וכלל גדול בידינו, בכל תנאי שאדם מתנה עם חברו, שאין להלך אחר לשון הכתוב, אלא אחר הכוונה לבד.

כלומר רבנו ירוחם מתמצת כלל גדול בכללי פרשנות חוזים, שכאשר מגיע לבית הדין הסכם שיש בו תנאים - על הדיינים לבחון את **כוונת המִתְנֶה**, ולא לבחון רק את הניסוח הכתוב בשטר. וכך פסק השולחן ערוך (ח"מ סא, טז):

יש מי שאומר, שתנאי שאדם מתנה עם חברו - אין הולכים אחר הלשון הכתוב, אלא אחר הכוונה.

בדיון שהתקיים בפני בית דין קמא, הודו הנתבעים כי בזמן כריתת ההסכם הכוונה הייתה ששני הצדדים ירוויחו וכי הם לא העלו בדעתם שהיקף המכירות יהיה כה גבוה באופן שיגרום לכך שההסכם יגרום להפסדים לתובעים.

לאור זאת בירר בית הדין בדיון, מה הייתה כוונת הצדדים בעת עריכת ההסכם (פרוט' עמ' 5 שורה 13):

עמוד 3 מתוך 11



הרב ישועה רטבי – בהסכם כתוב שמעל חמישים אלף - כל אלפיים נוספים שייכנסו זה אחוז אחד. כלומר על כל עשרים אלף נוספים - עשרה אחוז עוברים לכם. אתה כתבת את ההסכם, יוצא שבהכנסה של מאה תשעים אלף שקל - כל הכסף שלך. מה חשבת כשכתבת את הסעיף הזה?
נתבע - הייתי מודע לזה. כתבתי את החוזה לפי בקשה שלהם שהפדיון יישמר.

אב"ד – מה הכוונה שהפדיון יישמר?

נתבע - שאחוזי הרווח שלהם יישמרו. אנחנו נרגיש בנוח עם החוזה וגם הם.

הרב ישועה רטבי – האם אתה מאשר שכשכתבת את החוזה **חשבת שגם להם יהיו רווחים?**
נתבע - כן.

דו שיח זה התקיים עם הנתבע שכתב את ההסכם. הנתבע מודה שבעת עריכת ההסכם הוא חשב על תוצאה שבה יהיו רווחים גם לתובעים. לשאלת אב"ד ענה הנתבע, שבעת עריכת החוזה הוא חשב שגם לתובעים יהיה נוח עם ההסכם, ולכן תכנן נוסחה שיש בה רווחים גם לתובעים.

בהמשך הדיון הנתבע מודה שעל פי הפרשנות שלו להסכם התובעים נמצאים בהפסד (פרוט' עמ' 6 שורה 27):

נתבע - זה ברור שהם מפסידים.

הרב ישועה רטבי – אתה מאשר שהמצב עכשיו הוא לא לפי מה שחשבת בהסכם?

נתבע - לא חשבתי על המספרים האלו.

כלומר יש הודאה של הנתבעים שהתוצאה של ההסכם על פי פרשנותם כעת אינה התוצאה שהם תכננו בעת עריכת ההסכם. הנתבע הוסיף ואמר שהוא לא חשב שהם יגיעו לסכומים אלו.

עד כאן ציטוט מפס"ד קמא.

בערעורם כתבו הנתבעים כי כוונתם בזמן כריתת ההסכם הייתה גם לאפשרות של הכנסות גבוהות באופן בו ייגרמו נזקים לתובעים כתוצאה מתנאי זה. טענה זו דינה להידחות שכן כבר ראינו בפס"ד קמא (וכך אכן מופיע בפרוטוקול הדיון) שהנתבעים הודו שבזמן כריתת ההסכם התכוונו שגם לתובעים יהיו רווחים, ועל פי ההלכה לאחר שבעל דין טען את טענותיו בבית דין הוא אינו יכול להחליף את טענותיו מחיוב לפטור. כך פסק השולחן ערוך בחו"מ סימן פ' סעיף א':

עמוד 4 מתוך 11



מי שטוען בב"ד טענה אחת ונתחייב בה, אינו יכול לטעון טענה אחרת שסותרת הראשונה. (ואפילו יש עדים על טענה שניה לא מהני) (נ"י פ' ח"ה) (כדלעיל ריש סי' ע"ט). אבל אם בא לתקן טענה ראשונה ולומר: כך נתכוונתי, ויש במשמעותה לשון שסובל זה התיקון, שומעין לו. במה דברים אמורים, שלא יצא מבית דין. אבל אם יצא מבית דין, אין שומעין לו, דשמא למדוהו לטעון שקר.

כמו כן, טענת הנתבעים כי בית הדין שגה בקביעתו כי על התובעים להרוויח בכל מצב, אינה נכונה, בית דין קמא לא קבע קביעה זו. ברור כי בכל עסקה כלכלית יש סיכון כלכלי, ולכן ברור שהפסד של אחד הצדדים אינו מהווה עילה לביטול החוזה. לכן במקרה בו הנתבעים לא היו מצליחים למכור סחורה בצורה מספקת וכתוצאה מכך היו נגרמים נזקים לתובעים הדבר לא היה משנה את החוזה שבין הצדדים. אולם בנידון דידן יש מצב ייחודי. בדרך כלל סיבה להפסדים או העדר רווחים לאחד הצדדים היא בגלל כישלון עסקי או נזק שנגרם לאחד הצדדים. כאן התנאי הוא שככל שהעסקה שבין הצדדים מוצלחת ורווחית יותר אזי הנזקים וההפסדים שנגרמים לאחד הצדדים גדולים יותר- זה תנאי לא סביר, שגם לא עלה על דעת הצדדים ועל כן יש לפרש את התנאי באופן בו פירש אותו בית דין קמא. לכן צדק בית דין קמא בקביעתו כי פרשנות הנתבעים לסעיף זה שגויה. שכן לא עלה על דעת הצדדים אפשרות בה הרווחים יהיו כה גבוהים באופן שהסעיף יגרום לכך שהתובעים יפסידו כסף. כפי שנכתב, כל צד מוכן לקחת סיכון של כשלון עסקי וכתוצאה מכך הפסדים, אולם לא סביר שצד לעסקה יסכים לכך שככל שהעסקה תצלח, כתוצאה מהשקעתו ומאמציו כך רווחיו יתמעטו עד למצב בו הוא מפסיד כספים ונאלץ לממן את הצד השני כתוצאה מההצלחה שנקפת לזכותו.

יתירה מזו, יש להוסיף כי בטענה החדשה שטוענים הנתבעים, יש בעיה קשה שמעלה ספק בתוקף של התנאי של תוספת אחוזים בהכנסות מעל 50,000 ₪. שכן על פי טענתם החדשה יש בתנאי זה בעיה של אסמכתא כפי שיבואר לקמן, בעיה זו של אסמכתא מבטלת את התנאי המדובר לחלק מהראשונים והפוסקים, ונמצא שלפי אותן שיטות, הנתבעים לא זכאים לקבל מעבר ל-30% מההכנסות, וזאת בניגוד לקביעת בית דין קמא שהנתבעים זכאים ל-41% מההכנסות. אבסס את הדברים:

הגמרא במסכת ב"מ ק"ד ע"ב אומרת כך:

ההוא גברא דקבל ארעא מחבריה, אמר: אי מוברנא לה - יהיבנא לך אלפא זוזי. אוביר תילתא. אמרי נהרדעי: דינא הוא דיהיב ליה תלת מאה ותלתין ותלתא ותילתא. רבא אמר: אסמכתא היא. ואסמכתא לא קניא. ולרבא, מאי שנא מהא דתנן: אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא? - התם לא קא גזים, הכא כיון דקאמר מילתא יתירתא - גוזמא בעלמא הוא דקגזים

מבואר בגמ' כי אדם שחבר קרקע והתחייב לתת לבעלים פיצוי מוגזם במקרה בו הוא יוביר את הקרקע, ולבסוף אכן הוביר את הקרקע - פטור מלשלם את הפיצוי מכיוון שיש בהתחייבות זו חסרון של אסמכתא

הגדרת אסמכתא- קנין או התחייבות הנעשה בדרך אסמכתא אינו קונה, ועיקר הטעם שבאסמכתא אינו קונה הוא משום שכל שאינו גומר בדעתו אלא תולה בדבר אחר אם יתקיים או לא יתקיים, הרי אינו מקנה בקנין גמור, ונחלקו הראשונים באיזה אופן חשוב אסמכתא. (פתחי חושן ח' פרק כא, א) במבט ראשון על החוזה שנכרת בין הצדדים היה מקום לומר שמדובר בתנאי עסקי בין שני צדדים שדינו להתקיים אולם מתוך התבוננות בתנאי עולה כי אין מדובר בתנאי עסקי רגיל אלא בסוג של קנס או בתנאי מופרז העומד בגדר "אסמכתא", כפי שיבואר לקמן.

בהסכם שנכרת בין הצדדים נקבע כי על התובעים לספק את ארבעת המינים ואילו על הנתבעים האחריות היא למכירה בלבד, בהסכם נקבעו מדרגות של אחוזי רווח לנתבעים, ככל שהפדיון של הנתבעים גבוה יותר אחוז הרווח שלהם צומח. יש במנגנון זה הגיון עסקי, שכן הגדלת אחוזי הרווח ממריצה אותם למכור יותר, מנגד גם התובעים נשכרים מכך שפדיון הנתבעים גבוה יותר שכן הם מרוויחים יותר. אולם חלוקה זו הגיונית כל עוד ישנה היתכנות לרווח לתובעים מצורת חלוקה זו. אם ניתן להגדיל את אחוזי הרווח של הנתבעים עד לשיעור של 100% מהפדיון, נמצא כי התובעים מספקים סחורה, אחראים עליה ולא מקבלים פרוטה לכיסם. אין כל הגיון עסקי לסעיף זה. הנתבעים הסבירו ששווה לתובעים לחתום על הסכם עם סעיף זה משום שרוב הסיכויים הם שההכנסות לא יגיעו לסכומים גבוהים שיגרמו לתובעים הפסדים. לכן משתלם לתובעים לחתום על חוזה עם סיכון קטן בגלל האפשרות הסבירה לרווח בהנחה שההכנסות יהיו סבירות.

הסתמכות זו של הצדדים על האפשרות הרחוקה מאוד שההכנסות יהיו כה גבוהות באופן שהתובעים יפסידו כתוצאה מכך הינה אסמכתא. שכן אסמכתא הינה מצב בו יש תנאי שבו אחד מן הצדדים לא גומר בדעתו שהוא באמת יתקיים, בין בשל היותו מעין "קנס", בין בשל היותו תנאי מופרז, ובמקרה דנן ללא כל ספק לא רק שאחד מן הצדדים לא גמר בדעתו את קיום התנאי, כי אם שניהם.

מכאן ההבחנה בין תנאי זה שאנו אומרים שהינו אסמכתא לבין תנאים אחרים שמחייבים את הצדדים. תנאי רגיל - יש תוקף מחייב, אולם תנאי שהוא מעין קנס לאחד הצדדים או תנאי מופרז שאחד מן הצדדים לא גמר בדעתו שיתקיים – הינו בגדר אסמכתא.

בשוי"ת הרשב"א חלק א סימן תתקלג חילק בצורה בהירה בין קנס לבין תנאי רגיל:

מפני שנתחבטו חכמי הדורות הראשונים והאחרונים בענין האסמכתא מהו הדבר שנקרא אסמכתא ובמה תלוי ולא ראיתי לאחד שהסכים עם חבירו. שהאחד אומר שהוא הדבר שאין בידו לקיים אי נמי בדגזים. והאחד אומר שאין אסמכתא אלא במה שתולה בעצמו אבל לא במה שתולה בדעת אחרים. ויש אומרים שאין אסמכתא בדבר שכיב מרע. וכל אחד מביא ראיה שראוי לסמוך עליה. ואני יגעתי ומצאתי קושיות והויות על כל אחד מצדדין אלה. **עד שמצאתי בחמלת השם ענין שכל ההלכות שהאסמכתא תלויות בו אין יוצא דבר ממנו לפי דעתי ואכללנו לך במלות. והוא בכל דאי שאמרו דרך קנס הוי אסמסכתא.** אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני החזיר לו את שטרו. אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני הרי הוא שלי. אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי

עמוד 6 מתוך 11



דיני אסמכתא ארוכים ורחבים, ונזכיר בקצרה את שיטות הראשונים בהגדרת אסמכתא:

שיטת הרמב"ם והשולחן ערוך (ח"מ ר"ז, י"ג) - כל תנאי בין הצדדים שאינו נקנה מעכשיו הינו בגדר אסמכתא -

וכן כל תנאין שמתנין בני אדם ביניהן, אף על פי שהן בעדים ובשטר, אם יהיה כך או אם תעשה כך אתן לך מנה או אקנה לך בית זה, ואם לא יהיה או לא תעשה לא אקנה לך ולא אתן לך, אף על פי שעשה או שהיה הדבר לא קנה, שכל האומר אם יהיה אם לא יהיה לא גמר והקנה, שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהיה או שמא לא יהיה. (רמב"ם מכירה יא, ו)

שיטת הרשב"א והרא"ה (הוזכרה ברמ"א ר"ז, י"ד) - כפי שצויינה לעיל, כל חיוב שהוא בדרך קנס הינו בגדר אסמכתא בשונה מהתחייבויות רגילות.

שיטת בעלי התוס' הוזכרה ברמ"א ר"ז, י"ג הכותב כך -

"ויש אומרים דג' חלוקין בדיני אסמכתא, דכל מה שאין בידו ותלוי ביד אחרים, כגון שא"ל: קנה לי יין ממקום פלוני ואם לא תקנה תחייב לי בכך וכך, דזה אינו תלוי בו דדילמא לא ירצו למכור לו, הוי אסמכתא בכל ענין ולא קני; ומה שיש בידו לעשות אם לא גזים, כגון שאמר: אם אוביר ולא אעבוד אשלם במיטב, לא הוי אסמכתא, וקניא; אבל אי גזים ואמר: אם לא אעבוד אשלם אלפא זוזי, הוה אסמכתא ולא קניא".

נמצא בענייננו לכל השיטות יש משום אסמכתא, שכן מדובר בתנאי עתידי שלא נעשה עליו קניין מעכשיו, מדובר בתנאי דרך קנס וכן קיום התנאי אינו תלוי בידי התובעים - על כן על פי הסבר הנתבעים התנאי הנוסף בחוזה יש בו משום אסמכתא.

אמנם, למרות קביעתנו כי מדובר ב"אסמכתא" שאמורה להוביל ביטול גמור של התנאי, מכיוון שבענייננו הכסף נמצא בידי הנתבעים, אי אפשר להוציא את הכסף מידם כפי שיבואר לקמן.

הרמב"ם בהלכות מכירה יא, ד כתב:

לפיכך הנותן ערבון לחבירו ואמר לו אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך והלה אומר ואם אני חוזר בי אכפול לך ערבונך, **אם חזר בו הלוקח קנה זה הערבון שהרי הוא תחת ידו**, ואם חזר בו המוכר אין מחייבין אותו לכפול הערבון שזו אסמכתא היא ואסמכתא לא קנה.

הרמב"ם סובר כי במקום בו ניתן עירבון באופן שיש בו משום אסמכתא, מי שהערבון בידו קונה אותו, על רמב"ם זה חלקו הראשונים וסברו כי במקרה של אסמכתא, גם אם הערבון נמצא בידי הזוכה - מוציאים את העירבון מידי, שכן אסמכתא לא קניא, למרות שמדובר במקרה בו יש "מוחזק". כך היא שיטת הראב"ד על דברי הרמב"ם, ועוד ראשונים. למעשה בשולחן ערוך פסק כדעת הרמב"ם וברמ"א פסק כדעת הראב"ד ושאר ראשונים, ח"מ ר"ז סעיף יא:

הנותן ערבון לחבירו ואמר ליה: אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך, והלה אומר: אם אני חוזר בי אכפול לך ערבונך, אם חזר בו הלוקח, קנה זה הערבון, שהרי הוא תחת ידו. ואם חזר בו המוכר, אין מחייבין אותו לכפול הערבון, שזו אסמכתא היא, ולא קנה. הגה: ויש חולקין

עמוד 7 מתוך 11



וסבירא להו דאפילו אם חזר בו הלוקח לא קנה המוכר, אף על פי שהוא בידו, אסמכתא לא קניא (טור בשם רש"י וראב"ד וב"י בשם הרא"ש)

בפתחי תשובה (רז, יג-יד) הביא תשובת מים חיים ונודע ביהודה שהמוחזק יכול לומר קים לי כדעת הרמב"ם והשולחן ערוך, ולכן לא ניתן להוציא מידי הנתבעים שמחזיקים בכסף. אומנם, יש כאן מקום לעיין שכן הרמב"ם עסק באסמכתא במשכון, ואולי יש לחלק בין משכון לבין מוחזקות בדברים אחרים. ואכן מצאנו חלק מהאחרונים שכתבו שדעת הרמב"ם שדווקא במשכון אין אסמכתא במה שבידו, אולם אם החפץ לא הגיע בתורת משכון עדיין יש דין של אסמכתא, כך כתב המגיד משנה מכירה יא, ב:

ועוד דאפילו תמצא לומר דהכי הוא נ"ל שאין מכאן ראייה דע"כ לא אמרינן דאין דין אסמכתא במה שביד הקונה אלא בשהחזיקו המקנה על דעת לקנות הדבר אם יתקיים התנאי שזה קניין חזק ואין זה דין אסמכתא אבל בהלווה על שדהו בעל השדה לא החזיקו בדבר אם לא יתקיים מה שאמר שהרי הוא מוחזק כבר מחמת מעותיו שהלווה ונמצא שלא נוסף בו דבר מחמת מה שהוא נודר לו. והרמב"ם ז"ל כתב פ' הזהב בדחיית ראייה זו לאו מילתא היא דהתם מוכר אוכל פירות

מבואר בדעת המגיד משנה כי רק במקרה בו המחזיק מוחזק מחמת שהבעלים החזיקו בידו לא אמרינן אסמכתא לדעת הרמב"ם, אולם במקום בו לא התובע לא החזיק בידו את החפץ אמרינן אסמכתא גם לדעת הרמב"ם. ואם כן בנידון דידן, הכסף בו מחזיקים הנתבעים לא הגיע מיד התובעים ולכן אם יש כאן אסמכתא נוציא את הכסף מידם.

אולם יש שביארו את הרמב"ם אחרת, המגיד משנה בסיום דבריו הביא את הרמב"ם שדחה את הקושיא על הרמב"ם באופן שעולה ממנו כי בכל מקום בו יש מוחזק לא אמרינן אסמכתא. גם הב"י לא סבר כחילוקו של הרב המגיד בדעת הרמב"ם, אלא הביא את הסברו של הר"ן:

וכתב הר"ן בהזהב דאיכא למידק על דברי הרמב"ם מדתנן בפרק איזהו נשך הלווה על שדהו ואמר ליה אם לא אתן לך מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלך הרי היא שלו ואוקימנא לה בגמרא בדאמר ליה מעכשיו הא לאו הכי לא אלמא אף על פי שהקרקע ביד מלוה אסמכתא היא ולא קושיא היא דממאי דמלוה אוכל פירות דילמא ליה אוכל פירות ועוד דקרקע שאני דבחקת בעליה עומדת.

אחרונים נוספים למדו בדעת הרמב"ם שמדובר בדין מיוחד של ערבון, כך מבואר בשו"ת דברי חיים ליקוטים והשמטות סימן ו

דהנה צריך להבין למה במשכון ישראל לא שייך אסמכתא ובגוי שייך אסמכתא ומה שכתב הרב המגיד ז"ל [בפ"ד מחמץ ומצה הנ"ל] דישאל קונה בקנין יותר מגוי זה מקושי ההבנה מה זה לענין אסמכתא אם לא סמך דעתו גם בישראל לא קנה ואם סומך וגמר ומקני מחמת שהוא תחת יד חבירו כמו להרמב"ם ז"ל [ה' מכירה פרק י"א ה' ג' וד'] שתחת ידו לא שייך אסמכתא א"כ גם בגוי לא שייך אסמכתא כיון שהוא תחת ידו דמה שיש לישראל קנין

עמוד 8 מתוך 11



במשכון ולגוי אין קנין משכון זה לא שייך לענין סמיכת דעת כלל אם עשה הנכרי קנין גמור והוא תחת ידו מאי אסמכתא שייך ביה :

אך יש לומר דטעם הדבר הוא זה והוא משום דאף במה שכתב הרמב"ם ז"ל [הנ"ל] גבי ערבוני מחול לך דזה שהוא תחת ידו לא שייך אסמכתא ולכאורה קשה הא הטעם דאסמכתא משום שלא גמר בדעתו שיהיה הקנין שסובר בדעתו בודאי יעשה הדבר שהבטיח לחבירו או שישלם חובו וכיוצא וא"כ גם שהוא תחת ידו סומך על זה דאין לומר כיון שמוסרו וירא שיוחלט בידו ואטו בשופטני עסקינן וכי לא מהימן ליה כשיקיים התנאי יחזרנו לו הלא ואם כן גם במוסרו לחבירו גם כן שייך שאינו סומך בדעתו להקנות כי בדעתו שיתקיים התנאי :

אך נראה לי שיש לומר הטעם לפי מה שכתוב בריטב"א קדושין [אולי כוונתו לדף מ"ז ע"ב גבי השואל קורדם ע"שמד ודו"ק] דמשיכה לא מהני רק לקנין מוחלטת ולכן אסמכתא כיון שאין עדיין מוחלטת הקנין לא מהני משיכה לחודה ולכן **גבי ישראל שקונה משכון הרי דמהני משיכה לדבר שאינו לגמרי שלו שפיר מהני המשיכה אם הוא תחת ידו דקנה משכון הזה ושפיר מהני המשיכה כמו במשכון שמהני המשיכה אך בגוי שאינו קונה משכון לא מהני המשיכה הזה שאינו רק מספק וסומך שלא יהיה כלל ומשום הכי בגוי שייך אסמכתא**

גם החתם סופר(שו"ת חתם סופר חלק חו"מ סימן סו) הלך בדרך זו של המגיד משנה-

הנלע"ד סברת הרמב"ם דאסמכתא לא קונה אמרי' אבל מחילה איננו קנין אבל הוא סילק עצמו וכחו משכנגדו שלא יכול לטוענו ולתובעו והרי אינו מקנה לו שום דבר ולכן בממון שנתן לעירבון דהמקבל את העירבון יכול להוציא בעסקיו ואין לזה עליו אלא תביעת מלוה בעלמא ובמחילה בעלמא נמחל ואינו צריך להקנות בקנין חדש לזה אין אסמכתא מפסיד אבל אם הי' חפץ שלו ביד חברו ונתנו לו בתורת אסמכתא אף עפ"י שהוא תחת ידו מודה רמב"ם דאסמכתא לא קני כיון שצריך מתנה גמורה להקנותו כמבואר בש"ע ברמ"א סי' רמ"א ס"ב דבמעות הלואה שייך לשון מחילה ובחפץ צריך לומר לשון מתנה

ואם כן לדעת הדברי חיים והחתם סופר בנידון דידן סעיף זה הינו אסמכתא ומכיוון שהכסף לא הגיע בתורת ערבון, נוכל לחייב אותם להשיב את הכסף שיש בידם.

אולם למרות פוסקים חשובים אלו קשה יהיה להוציא ממון, שכן מצאנו לגדולי האחרונים שסברו שבכל ענין לא אמרינן אסמכתא כשיש מוחזק. כך משמע בב"י, וכך נראה מסיום דברי הגר"א בחו"מ ר"ז ס"ק כ"ז שביאר כמו הב"י, ואכן במנחת פתים חו"מ סימן רז תמה על דברי החתם סופר :

ועי' בתשו' חת"ס חו"מ סי' ס"ו שדן בענין כזה דהוי אסמכתא דדוקא במחול לך לא הוי אסמכתא לרמב"ם ולא בדבר בעין אף שהיא תחת יד המוכר יעו"ש **ודבריו תמוהים כי היא נגד כל הפוסקים הנ"ל בשיטת הרמב"ם** אך יש לדינו מקום עפ"י דברי המגיד משנה הנ"ל **אבל לדינא נראה דבמטלטלין כיון שהוא מוחזק אין להוציא מיזו כי יכול לומר קים לי** כדעת פוסקים הנ"ל בשיטת רמב"ם ולא כמ"מ.

עמוד 9 מתוך 11



העולה מכל דברנו – החלטת בית דין קמא כי הסעיף המעניק לנתבעים אחוז נוסף על כל אלפיים ₪ בטל הן משום הטעמים שהוזכרו בפס"ד קמא, והן משום גזרי "אסמכתא" שנידונו בערעור זה.

ה. דיון בטענת התובעים

התובעים בקשו לקבל ריבית והצמדה עבור החוב של הנתבעים מסוכות תשפ"ג ועד לפרעון בפועל. בית הדין דוחה בקשה זו, תשלום ריבית עבור חוב זה יש בו משום איסור ריבית, שחלקה אסורה מדרבנן וחלקה אסורה מדאורייתא. ריבית בדרך מכר אסורה מדרבנן (רמ"א קס"א, א', תורת ריבית ב, יג, ברית יהודה א, כג), ועל כן על העיכוב בתשלום עד לפסק הדין יש כאן כספים של מכר שתשלום ריבית עבורם אסור מדרבנן. אולם מרגע שמגיע מועד התשלום על פי פסק בית הדין אזי סכום כסף זה 'נזקף במלוה' ותשלום ריבית עבור המתנת המעות יהיה אסור מדאורייתא (ח"מ סז, יד-משעת זקיפה החוב מחמת מכר נעשה חוב רגיל, ראה גם תורת ריבית א', י) גם הצמדה למדד כתבו הפוסקים שהדבר אסור משום ריבית (תורת רבית יט, לה, ברית יהודה כ, ג ועוד פוסקים) על כן בית הדין דוחה את בקשת התובעים לריבית והצמדה.

ו. משא ומתן באמונה

בשולי פסק הדין אוסיף את דברי הפלא יועץ בערך משא ומתן, שהינם קילורין לעיניים:

ידוע ששאלה ראשונה ששואלין ליום הדין הוא נשאת ונתת באמונה ועתה בעוה"ר אנשי אמונה אבדו באומרים טענות של הבל שבזה הזמן קשים מזונותיו של אדם והרוצה להתנהג ביושר ואמונה לא יוכל לאכול אפי' פת במלח ומתוך כך נעשה כהיתר לעשות עוולה ולדבר כזב ולהונות ולגנוב ולגזול ולהשיג גבול וכחנה רעות רבות מלבד ביטול תורה ותפלות בצבור וחילול שבת וכדומה ואין איש שם על לב להיות נחם על הרעה אוי להם לבריות מיום הדין ולא לחנם אמרו מפני מה נברא העוה"ב ביו"ד מפני שצדיקים בו מועטים כי כל התורה כלולה באמונה כדכתיב וצדיק באמונתו יחיה ואדם ניכר בכיסו כי המאמין בה' כי הוא הנותן כח לעשות חיל ושכל מזונותיו של אדם קצובים לו מר"ה מפי עליון לא יאמין שע"י עוברו פי ה' יצליח את דרכיו הס כי לא להזכיר ואם יצליח בודאי בלי שום ספק שיהיה עושר שמור לבעליו לרעתו מלבד עונשו שיהיה שמור לו לעוה"ב אע"ר לנתבעים, שתחילים את דרכם בעולם העסקים. הגמ' במסכת שבת לא. מובא: אמר רבא: בשעה שמכניסין אדם לדין אומרים לו: נשאת ונתת באמונה, קבעת עתים לתורה, עסקת בפריה ורביה, צפית לישועה, פלפלת בחכמה, הבנת דבר מתוך דבר?

על הנתבעים שעומדים בתחילת דרכם בעולם העסקים לשים למול עיניהם את דברי הפלא יועץ הנ"ל. טוב ורצוי להרוויח, אולם הדבר צריך להיעשות בדרך היושר והצדק. ייתכן ויהיה מצב ובו צד אחד לעסקה מרוויח וצד אחר מפסיד. אולם צורה כזו של עסקה בה הרווחים באים על חשבון צד אחד, ועוד בצורה כפוית טובה, ככל שהשותף איתכם עשיתם עסקים עשה את מלאכתו נאמנה באופן שתוכלו להרוויח- כך תשלמו לו פחות, עד כדי מצב שלא תשלמו כלל על הוצאותיו. אין זה מן הטוב

עמוד 10 מתוך 11



והיושר. רצון להרוויח מחורבנו ונזקיו של השותפים איתם אתם עושים עסקים אין זה מן הטוב והיושר. "והנה אנחנו רואים, שאף על פי שלא רוב בני האדם גנבים בגלוי הם, דהיינו שישלחו יד ממש בממון חבריהם לקחת ולשום בכליהם, אף - על - פי - כן, **רובם טועמים טעם גניבה במשאם ומתנם במה שיורו היתר לעצמם להשתכר איש בהפסידו של חברו**" (מסילת ישרים פרק י"א) ראיתם ברכת ה' במכירות בדוכן שהפעלתם, הרווחתם למעלה מן המצופה סכום שהיה דמיוני בעיניכם. אך טבעי וישר הוא שגם השותפים איתכם לעסקים גם ירוויחו. נוסחה כזו שגורמת שככל שמרוויחים יותר, מי שנהג איתכם ביושר ובהגינות יפסיד - אין כאן לא יושר ולא מן הטוב. על כן היה ראוי שבקשת ערעור זה לא הייתה מוגשת. ומשהוגשה, כהמלצה ולא בתורת חיוב, אני ממליץ לשלם לתובעים עוד 5% מהכנסות הדוכן על מנת שגם לתובעים יהיה רווח מהפעלת דוכן זה. כפי שנכתב בפרק ה' לפסק דין זה יש מקום גדול לומר כי אין תוקף לסעיף שמוסיף אחוז על כל אלפיים ₪ רווח, ואם כן יתכן כי לפי שיטת חלק מהפוסקים הנכס מחזיקים בכסף שלא שייך לכם, אמנם להלכה אין מוציאים מידכם. במקרה שכזה בוודאי ראוי לפייס את התובעים בתשלום נוסף. במעשה זה אתם קובעים את צורת ההתנהלות שלכם בעולם העסקים, יש בזה מן ההגינות והיושר ובנוסף יהיה בזה גם פיצוי על עוגמת הנפש שנגרמה לתובעים בסחבת ובדיונים שהתנהלו במשך זמן רב. בתוספת זו של תשלום מעבר לפסק הדין של בית דין קמא יתקיימו בכס דברי הגמ' בעירובין, סה: בשלשה דברים אדם ניכר: בכוסו, ובכיסו, ובכעסו וברש"י: אדם ניכר - אם הגון הוא. בכיסו - כשנושא ונותן עם בני אדם, אם באמונה הוא עושה.

ז. החלטות

1. בית הדין דוחה את ערעור הנתבעים על פסק הדין מתאריך ח' אדר ב' תשפ"ד, 18 במרץ 2024. החלטות בית הדין קמא תקפות.
2. בית הדין ממליץ לנתבעים לשלם לתובעים בנוסף לפסק דין קמא עוד 5,600 ₪ משום ועשית הישר והטוב. מדובר בהמלצה בלבד, לשיקול דעתם של הנתבעים, שאינה מחייבת על פי ההלכה וגם לא ניתן לאוכפה על ידי רשויות הגביה.
3. התביעה שהגישו התובעים לקבל תשלומי הצמדה וריבית - נדחית.
4. אין צו להוצאות.

ההחלטה ניתנה בתאריך כ"ה במנחם אב תשפ"ד, 29 באוגוסט 2024

והאמת והשלום אהבו

בזאת באתי על החתום

הרב דניאל לונצר, אב"ד