

## סעיף 22 העברת הסיכון

22. (א) אבד או נתקלקל הממכר לפני שהקונה קיבל אותו, משוחרר הקונה מחיוביו, זולת אם אבד או נתקלקל, מסיבה שאין המוכר אחראי לה, אחרי שהמוכר עשה את המוטל עליו למסירתו והקונה הפר את חובתו לקבלו.  
(ב) הוסכם על הובלת הממכר והמוכר מסרו למוביל האחראי כאמור בסעיף 8(ג), אין הקונה משוחרר מחיוביו אם אבד או נתקלקל הממכר אחרי שנמסר למוביל מסיבה שאין המוכר אחראי לה.

התוכן

### מבוא 1

#### מעבר האחיות על הממכר לקונה 1

עמדת החוק 1

עמדת המשפט העברי 4

"משוחרר הקונה מחיוביו" 5

אם הקונה הפר את חיובו לקבל 6

התנאה שהמוכר ימשיך לשאת באחריות 7

עמדת החוק 7

עמדת המשפט העברי 7

ממכר שנמסר למוביל 13

האחריות על ממכר שאינו מסוים 13

פירות הממכר 14

הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי 15

### מבוא

בעסקת מכר ריאלית, כריתת החוזה, המסירה והקבלה כולם באותו רגע, ואז עובר הסיכון מהמוכר לקונה. לעומת זאת, בעסקת מכר אובליגטורית, שלושת הארועים יכולים להיות בזמנים שונים, ויש גם העברת הבעלות - ולכן עולה השאלה מתי עובר הסיכון, היינו האחיות על הממכר, מהמוכר לקונה?<sup>1</sup>

אגב הדיון הזה, נברר על מי חלה האחיות לנוק לממכר, במקרים שונים.

עניין מיוחד הוא אחיות המוכר למקרה שהממכר ניטל מן הקונה (אחרי מסירתו ואחרי העברת הבעלות) בגלל טענה לפגם בבעלותו של המוכר. בענין זה עסקנו בסעיף 18.

## מעבר האחיות על הממכר לקונה

### עמדת החוק

הסעיף קובע, שהאחריות על הממכר עוברת לקונה רק כשהוא מקבל אותו, ולכן אם אבד הממכר בין המסירה לקבלה, המוכר אינו יכול לדרוש מהקונה למלא את חיוביו. כמובן, המוכר משוחרר מחיוביו שהרי כבר מסר את הממכר.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> זמיר §447.

<sup>2</sup> זמיר §448.

הנימוק להוראת הסעיף הוא, שמי שהשליטה בממכר בידו מוצדק שישא בסיכון של אבדנו, כי הוא יכול לשמור עליו יותר טוב, ויכול לבטח אותו יותר טוב מתוך הכרת הסיכונים, וגם יוכל להגיש תביעת מבוססת יותר נגד המבטח. לכן לא משנה אם הבעלות עברה או אם המחיר שולם. זה כלל פשוט, לעומת הכלל (בשיטות משפט אחרות) שמי שהבעלות בידו נושא בסיכון, כלל שמצריך הגדרת הרגע של העברת הבעלות, ובגלל הספק, יש ביטוח יתר, מה שמייקר את העסקה. אותו כלל מייקר את העסקה גם בעלות של מו"מ בין הצדדים לקביעת כלל ברור יותר באשר להעברת הסיכון. עוד יתרון לכלל השליטה: עידוד לצד שיש בידו האמצעים היעילים והזולים יותר למנוע פגיעה בנכס, לנקוט אמצעים אלו ["נשרפו חיטיך בעלייה"]. גם במקום שהשליטה של המוכר או של הקונה אינה ישירה אלא באמצעות אדם אחר, הנימוק קיים. כך גם במקום שהשליטה היא משפטית ולא פיזית (כגון במכירת זכות קנין רוחני או זכות אובליגטורית). הכלל חל גם במקרים בודדים שבהם הנימוק אינו קיים.<sup>3</sup>

**"אבד או נתקלקל":** "אבד" כולל גם נעלם ומקומו אינו ידוע, וכן אם הושמד, ושניהם כלולים בסעיף. "נתקלקל" משמעותו השחתה, פגיעה, גרימת ליקוי. אם זה קרה לפני המסירה, זה גורם לאי התאמה. האבדן והקלקול מתייחסים לממכר ולא לארועים אחרים העלולים לפגום בעסקה ולא לסיכונים אחרים שנוטלים הצדדים, כגון איחור במסירה, גניבת הכסף שייעד הקונה לתשלום, ושינוי חד בערך הכסף. גם לא כלול אם הוטל איסור חוקי לסחור בנכסים מסוג זה (כמו מט"ח או נשק), או איסור על סחורה עם המוכר או עם הקונה (כגון שהוא שייך לאויב) - כי אין אלו פגיעות בממכר.<sup>4</sup>

**אבדן חלקי:** אם זה פגיעה בחלק מהממכר, כגון בשלושים מתוך מאתיים שעונים נשואי החוזה, וחיובי המסירה והתשלום ניתנים להפרדה לחלקים, הקונה משוחרר רק מהחיובים הנוגעים לחלק שאבד. לדוגמה, אם הוסכם על מסירה לשיעורין, ואבד משלוח אחד לפני קבלת הקונה, הקונה משוחרר מחיוביו לגבי אותו משלוח, ולא לגבי האחרים. לגבי ההגדרה האם חוזה מסוים ניתן להפרדה, ובאילו נסיבות משוחרר הקונה לגמרי אף שנפגע רק חלק מהממכר, יש ללמוד מדין הפרת חלק מחוזה - חוק החוזים (תרופות), סעיף 19.<sup>5</sup>

אבדן זניח לפני קבלת הקונה אינו משחרר את הקונה מחיוביו, בגלל עקרון תום לב. יש לנהוג בליברליות בהפעלת כלל זה, לכלול גם מה שלא כל כך זניח, כי שחרור הקונה מחיוביו פוגע מאוד במוכר.<sup>6</sup>

**אבדן משפטי:** גם אבדן שאינו פיזי אלא משפטי, כגון החרמה ע"י השלטון, כלול בסעיף. יש לכך חשיבות לענין מכר מקרקעין או זכויות. בממכר זכות אובליגטורית, שייך רק קלקול משפטי, כגון פשיטת רגל של החייב. בקרקע שייכת פגיעה משפטית, כגון רכישה לצרכי ציבור או שינוי ייעוד תכנוני. גם לגבי פגיעה משפטית שייך הנימוק שהשליטה קובעת, כי יותר קל למי שמחזיק בממכר, למנוע ממנו פגיעה משפטית, כגון מישכנו לצד ג', או תפיסתו ע"י המשטרה בגלל עבירה שנעברה בו. אילו הסעיף לא היה חל על פגיעה משפטית, הסיכון היה עובר לקונה עם העברת הבעלות, שהיא "נכס אובד לבעליו"; וזו תוצאה קרובה לתוצאה מהחלת הסעיף על פגיעה משפטית, כך שהסיכון עובר עם קבלת הממכר, כי בדרך כלל העברת הבעלות היא עם קבלת הממכר. ואמנם יש מצבים שהעברת הבעלות אינה במועד הקבלה, אבל אז אין זה מוצדק שהסיכון יעבור עם העברת הבעלות, כפי שהוסבר לעיל.<sup>7</sup> עוד יתרון להחלת הסעיף על פגיעה משפטית: מניעת סיבוכים במצבים גבוליים שקשה להגדיר אם הם פיזיים או משפטיים, כגון מעבר בעלות צד ג' בממכר כתוצאה מחיבור וערבוב מיטלטלין (חוק המיטלטלין סעיף 4, 6), או גניבת הנכס ומכירתו לצד רביעי בתנאי תקנת השוק.<sup>8</sup>

---

הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, סעיף 175(א), חוזר על הוראה זו בשינוי לשון: "אבד או ניזוק הנכס אחרי שהמוכר העמיד את הנכס לרשות הקונה ולפני שהקונה קיבל אותו, פטור הקונה מחיוביו".

<sup>3</sup> זמיר 449§.

<sup>4</sup> זמיר 455§.

<sup>5</sup> זמיר 456§.

<sup>6</sup> זמיר 457§.

<sup>7</sup> ליד ציון הערה 3.

<sup>8</sup> זמיר 458§. אבל בהערה 73, הוא מציין שמאוטנר, "דוקטרינת הסיכון ע"פ חוק המכר", עמ' 29, סבור שפגיעה משפטית אינה כלולה בסעיפנו.

**אבדן לפני הקבלה**: אם המוכר גורם לאבדן הממכר לפני הקבלה, הקונה משוחרר מחיוביו, ואף זכאי לתרופות להפרת חוזה. לעומת זאת אם אבד לפני הקבלה שלא בגלל המוכר, הקונה משוחרר מחיוביו, כאמור בסעיף, אבל אינו זכאי לתרופות להפרת חוזה, כי לא היתה הפרה שהרי המוכר כבר ביצע את כל חיוביו.<sup>9</sup>

אם אבד לפני הקבלה בגלל **הקונה**, כגון שההסכם היה שהקונה יספק את המיכלים שבהם ישים המוכר את הממכר, והמיכלים לא התאימו ולכן אבד הממכר, הקונה אינו משוחרר מחיוביו, כי הפר החוזה במה שגרם לאבדן.<sup>10</sup>

ייתכן מצב שהחזקה בממכר עוברת לקונה לפני העברת הבעלות או אחריה (אם כך הוסכם בחוזה), ואז המוכר או הקונה יוגדר כשומר. בהתנגשות בין חוק המכר לחוק השומרים, חוק המכר גובר כי הוא דין מיוחד. אם הקונה לוקח את הממכר לבדיקה (שסעיף 13 קובע שהוא זכאי לכך), לפני המסירה ולפני העברת בעלות, הוא חייב כשומר. אם המוכר לוקח את הנכס מהקונה אחרי המסירה ואחרי העברת הבעלות כדי לבדוק אותו ע"פ סעיף 17, הוא חייב כשומר. אם הצדדים הסכימו שהבעלות תעבור לקונה ברגע העמדת הנכס לרשות הקונה, הרי בין זמן זה לבין קבלת הממכר ע"י הקונה, המוכר נחשב שומר כי הוא עדיין מחזיק בנכס, ולכן יחול חוק השומרים, ויחול גם סעיפנו שלפיו הסיכון עדיין על המוכר. מסעיף 33 עולה שהבעלות עוברת עם קבלת הקונה. לכן בין מסירה לקבלה, הנכס בבעלות המוכר, ולכן לא חל חוק השומרים. כך גם אם הקונה הפר את חיוב הקבלה.<sup>11</sup>

אם אבד או נתקלקל **לפני המסירה**: הסעיף לא דן בזה, אלא זה הפרת חוזה מצד המוכר, כי אינו מוסר את הממכר או שהוא מוסר אותו באי התאמה. הקונה זכאי לתרופות על הפרת חוזה (אא"כ היה אונס - סיכול, שאז אינו זכאי לאכיפה או לפיצויים ויכול רק לבטל, וזכאי לשיפוי על הוצאות שהוציא לקיום החוזה, לפי חוק התרופות, סעיף 18), וזכאי לעכב את התשלום עד מסירת הממכר. אבל הקונה אינו משוחרר מחיוביו. אמנם הוא יוכל לבטל את החוזה בגלל הפרה, ובזה ישוחרר מחיוביו, אבל החוזה אינו בטל באופן אוטומטי. אם אבד או נתקלקל **אחרי** המסירה ולפני הקבלה, הקונה משוחרר מחיוביו, אבל אינו זכאי לתרופות כי אין כאן הפרת חוזה - המוכר כבר מילא את חיוב המסירה. כאן לא שייך "סיכול", ששייך רק במצב של הפרת חוזה. אם אבד **במהלך** ביצוע המסירה - הרי לא בוצעה המסירה וכאילו אבד לפני המסירה.<sup>12</sup>

גם לפני המסירה, אם הנכס אבד בגלל אי התאמה בחומרים שסיפק הקונה לשם יצור הנכס או אריזתו, הקונה אחראי מטעם הפרת חוזה. אם הקונה בא וגרם נזק לנכס בזדון או ברשלנות, הוא נושא באחריות נזיקית.<sup>13</sup>

**מסירת ממכר חלופי**: אם אבד הנכס בין המסירה לקבלה, אין חובה על המוכר למסור ממכר מתוקן, שהרי כבר קיים את חיוב המסירה. לא הגיוני שהקונה ישתחרר מחיוביו, ובכל זאת המוכר יצטרך לתת לו ממכר חלופי. אבל אם החוזה היה על ממכר לא מזוהה, כגון מאה ק"ג אורז, המוכר רשאי לתת לקונה ממכר חלופי (כגון שהמחיר בשוק ירד בינתיים כך שזה כדאי לו), אף שכבר קיים את חיוב המסירה (המוכר יכול לטעון שאינו רוצה שמה שמסר ייחשב קיום חיוב המסירה, אלא רוצה שמה שימסור לקונה עכשו ייחשב קיום המסירה), ואז הקונה אינו משוחרר מחיוביו. רק אם החוזה היה מכירת נכס מזוהה, ואבד בין המסירה לקבלה, לא יוכל המוכר לתת מכונית אחרת מאותו סוג כי זה בניגוד לחוזה.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> זמיר §459.

<sup>10</sup> זמיר §460 ו-112.

<sup>11</sup> זמיר §450.

אבל הוא מציין שלפי מאוטנר, "דוקטרינת הסיכון ע"פ חוק המכר", עמ' 76-72, הבעלות עוברת לקונה עם **מסירת הממכר** (אם לא הוסכם אחרת), ולכן בין מסירה לקבלה, הנכס בבעלות הקונה, ולכן חל חוק השומרים לענין אחריות המוכר.

<sup>12</sup> זמיר §462.

הצעת חוק דיני ממונות, התשעא-2011, סעיף 175(א), מבהיר שהסעיף אינו חל על אבדן שלפני המסירה: "אחרי שהמוכר העמיד את הנכס לרשות הקונה". בדברי ההסבר שם נוסף שהסעיף אינו חל על אבדן שבמהלך ביצוע המסירה. ראה גם ש' לרנר, "הפיחות במעמדה של הבעלות באספקלריה של מועד העברת הבעלות במכר מיטלטלין", מחקרי משפט ה (תשל"ז) 83, 85-87.

<sup>13</sup> זמיר §474, הערה 114.

<sup>14</sup> זמיר §469.

**השבת התשלום:** אם אבד הנכס בין המסירה לקבלה, והקונה כבר שילם - הוא זכאי להשבת התשלום, כי הוא משוחרר מחיוב התשלום. כך גם אם כבר שילם הקונה למוכר כסף על חשבון השתתפותו בהוצאות העברת הבעלות.<sup>15</sup>

**השבת הבעלות:** אם הועברה הבעלות לקונה עוד לפני המסירה (או שהקונה קיבל את הממכר, והבעלות עברה כמקובל עם הקבלה, ואז גילה שהיה נזק עוד לפני הקבלה), חייב הקונה להשיב את הבעלות למוכר; השבת הבעלות אינה אוטומטית.<sup>16</sup>

**השבת אריזות:** אם הקונה סיפק למוכר אמצעי אריזה, על המוכר להשיבם לקונה. אם גם האריזה ניזוקה, חייב המוכר לפי חוק השומרים, כשומר שכר, לשלם פיצויים לקונה על האבדן.<sup>17</sup>

**אבדן אחרי קבלת הנכס:** אם אבד הנכס אחרי הקבלה, הסיכון עובר לקונה. הוא לא משתחרר מחיוביו, וחייב לשלם את מלוא המחיר, גם אם הבעלות עדיין של המוכר (ואז המוכר חייב להעביר את הבעלות לקונה). לא משנה אם האבדן נגרם מאשמת הקונה או לא.<sup>18</sup> אם אבד הנכס או התקלקל אחרי הקבלה, גם אם זה קרה מסיבה שהמוכר אחראי לה - הקונה אינו משוחרר מחיוביו. כך עולה מכך שהסעיף משחרר את הקונה עקב אבדן מסיבה שהמוכר אחראי לה רק בשני מקרים: א) אם הקונה הפר את חובת הקבלה, ב) אם הנכס נמסר למוביל שאחראי כלפי הקונה.<sup>19</sup>

לכאורה נוצר מצב תמוה - שמצבו של קונה שהפר את חובת הקבלה עדיף על קונה שקיים חובה זו. ההסבר הוא ע"פ העקרון שמי שהשליטה בידו ע"פ החוזה - נושא בסיכון לאבדן הנכס. האחריות לשלמות הנכס עוברת לצד השני רק אם יש לכך בסיס בחוזה או בדיני נזיקין. לדוגמה, אם הקונה קיבל את הנכס אבל היתה אי התאמה, ובגלל זה אבד הנכס, המוכר ישא באחריות בגלל הפרת החוזה. אם הקונה קיבל את הנכס והמוכר בא וגרם נזק לנכס בזדון או ברשלנות, המוכר נושא באחריות נזיקית.<sup>20</sup>

## עמדת המשפט העברי

לפי המשפט העברי, האחריות על הממכר עוברת לקונה עם העברת הבעלות, היינו כשהוא מבצע מעשה קנין. כל זמן שלא עשה מעשה קנין, אם אבד הממכר, המוכר נושא בהפסד, והקונה אינו חייב לשלם עליו; ואילו אחרי שעשה מעשה קנין, אם אבד הממכר, הקונה נושא בהפסד, והוא חייב לשלם עליו את המחיר שהוסכם.<sup>21</sup> קריטריון הבעלות עדיף על קריטריון ההחזקה (שלפי חוק) כיון הוא מבוסס על הכלל היסודי שכל אדם אחראי על נכס שבבעלותו, ונושא בהפסד של אבדו. אכן, גם המשפט העברי מתחשב בשיקול שמי שהנכס בשליטתו יכול ביתר קלות לשמור על שלמותו, אבל שיקול זה לא הביא להטלת האחריות על מי שהנכס בשליטתו אף שאינו בבעלותו. במקום זה, שיקול זה הביא את החכמים לתקן תקנה, שהנכס יעבור לבעלות הקונה רק כשיהיה

<sup>15</sup> זמיר §470.

<sup>16</sup> זמיר §470.

<sup>17</sup> זמיר §470.

<sup>18</sup> זמיר §472.

<sup>19</sup> זמיר §473.

<sup>20</sup> זמיר §474.

<sup>21</sup> כך מוכח מבי"מ מו ע"ב, שאם שילם הקונה, והממכר נמצא אצל המוכר, ואבד, כאשר הדין היה שכסף קונה מיטלטליו, המוכר לא היה אחראי אלא הקונה הפסיד, ואילו אחרי שחכמים ביטלו קנין כסף במיטלטליו, כך שהבעלות עדיין לא עברה לקונה, המוכר מפסיד.

חוקת משפט, פרק יא, סעיף א, כותב שאחרי שנגמר הקנין, אף שהממכר עדיין ברשות המוכר, האחריות על הקונה. וראה שם סעיף ב, על מקרה שספק אם הממכר אבד לפני הקנין או אח"כ.

אפשר להסביר הלכה זו על פי התפיסה של "מזלך גרם" (או "נסתחפה שדהו"), שלפיה נזק שקורה לנכס נגרם בגלל רוע מזלו של מי שעומד להפסיד מן הנזק במהלך הדברים הטבעי (כלומר, בלי להתחשב בפסיקה משפטית), ולכן נזק שקרה לפני העברת הבעלות, מן הסתם נגרם בגלל מזלו של המוכר, כי אז הממכר שייך לו, ולכן הוא נושא בהפסד; ואילו נזק שקרה אחרי העברת הבעלות, מן הסתם נגרם בגלל מזלו של הקונה, כי אז הממכר שייך לו, ולכן הוא נושא בהפסד. הסבר זה רמוז בשו"ת מעין גנים (עבאדי) חו"מ סי' ב עמ' 39-40, הכותב שאם אבד הנכס אחרי העברת הבעלות, הקונה מפסיד כי מזלו גרם, ורק אם קיבל המוכר אחריות על הנזק (ראה ליד ציון הערה 43), המוכר חייב כי מזלו גרם, שהרי התחייב באחריות.

בשליטתו, וגם זאת, רק במקרה מסוים: במיטלטלין הנקנים בקנין כסף<sup>22</sup>. פתרון נוסף שמצא המשפט העברי לקושי של הקונה לשמור על הנכס אחרי העברת הבעלות אם לא הגיע לשליטתו - הוא **התנאה** שהמוכר ישא באחריות לנזקים גם בשלב האמור<sup>23</sup>.

אם הקונה שילם על הממכר, ועוד לא עשה מעשה קנין, ואבד הממכר, על המוכר להחזיר לו את כספו, כיון שהמוכר נושא באחריות<sup>24</sup>.

עם זאת, עוד לפני העברת הבעלות, אם הממכר נמצא ביד הקונה, יש שמוטלת עליו אחריות עליו בתור שומר<sup>25</sup>; ולהיפך, גם אחרי העברת הבעלות, אם הממכר נמצא ביד המוכר, יש שמוטלת עליו אחריות עליו בתור שומר<sup>26</sup>. אם המוכר מעכב אצלו את הממכר אחרי העברת הבעלות, ואינו מוסר אותו כפי שהוא חייב לעשות, יש שמוטלת עליו אחריות על הממכר בתור גזלן<sup>27</sup>.

אם הקונה עשה מעשה קנין, הממכר באחריותו גם אם שילם לפני המועד שהוסכם עליו, כך שהמוכר לא היה יכול להכריח אותו לקבל את הממכר עדיין<sup>28</sup>.

אם מוכר והקונה התנו שהמוכר יביא את הממכר למקום מסוים - כל זמן שלא הגיע הממכר לשם, האחריות על המוכר, גם אם כבר עשו מעשה קנין<sup>29</sup>.

## ”משוחרר הקונה מחיוביו”

הסעיף קובע שאם אבד הנכס לפני שהקונה קיבל אותו, הוא משוחרר מחיוביו. אין משמעות הדבר שנחשב כאילו קיים את חיוביו אלא זו דרך אחרת להביא אותם לקיצם. יש עוד דרכים לפקיעת

<sup>22</sup> ב”מ מו ע”ב.

אכן, שו”ת חוות יאיר סימן כד, מקשה, שחכמים היו צריכים להשאיר את קנין הכסף במקומו, ולתקן רק שהמוכר ישא באחריות לנזק לממכר (כעמדת החוק)? ותירץ שאילו עשו כך, היה חשש שיקרה נזק שהמוכר יכול לטעון שהיה בגדר אונס (אף שבאמת היה יכול להציל), וייפטר. אבל יש להעיר שבעיה זו היתה נפתרת אילו חכמים תיקנו שהמוכר ישא באחריות אף אם יקרה נזק באונס (כעמדת החוק). ר’ מאיר גראטוואל, בתשובתו בחוות יאיר שם, מתיר תירוץ אחר: אילו היה נשאר הדין שהקונה קונה בקנין כסף, ובכל זאת היו מתקנים שהמוכר חייב באחריות, זה היה חוכא ואיטולוא, שהרי אלו תרתי דסתרי - שאדם חייב באחריות על דבר ששייך לאדם אחר. תירוץ זה קשה, שהרי מצאנו ששומר חייב באחריות על נכס של אדם אחר, ושומר אבידה חייב באחריות על האבידה אף שלא קיבל עליה שמירה בפירוש, ואין בכך חוכא ואיטולוא. צריך לומר ששני התירוצים משלימים זה את זה: התירוץ הראשון מסביר מדוע לא היה די להטיל על המוכר אחריות לנזק שפחות מאונס, והתירוץ השני מסביר מדוע לא היה אפשר להטיל עליו אחריות לאונס - שזה אכן חוכא ואיטולוא.

המאור, ב”מ כח ע”ב (בדפי הרי”ף), כותב שגם אחרי התקנה, אם הקונה נתן כסף ולא משך, וקרה אונס, הקונה נושא באחריות, כפי שהוא לפי דין תורה. וזה שלא בהתאם למבחן הבעלות ולא בהתאם למבחן השליטה. הגהות מיימוניות, הלכות מכירה, ג, אות ח, כותב שזו גם דעת רש”י. בשאלה מה דעת רש”י בשאלה זו, והרחבה על שיטה זו, עי’ ברור הלכה, ב”מ מז ע”ב, ציון ו, וילקוט ביאורים (מתיבתא), ב”מ מז ע”ב עמ’ ק-קא. אבל לדעת שאר הפוסקים, שציין ב”י, חו”מ, קצח, יד, המוכר נושא באחריות. בני יצחק (חנין), קונטרס מקנת כסף, דף סא ע”ג (הובא בשו”ת חיים שאל חלק ב סימן לח אות לו), כותב שהמוכר יכול לומר קים לי כבעל המאור וכרש”י. אבל משמרת שלום, רד, י, כותב שלפי האומרים שרש”י אינו סובר כבעל המאור, הוא דעת יחיד ואין לומר קים לי כדעתו.

<sup>23</sup> ראה על כך ליד ציון הערה 42 ואילך.

<sup>24</sup> רמב”ם מכירה ג, ו; שו”ע חו”מ, רד, ב.

<sup>25</sup> ראה על כך חוק לישראל, שומרים עמ’ 805; חוקת משפט, פרק יא, סעיף א.

<sup>26</sup> ראה על כך חוק לישראל, שומרים עמ’ 33, ושם עמ’ 125, בשאלה האם הוא שומר חנם או שומר שכר. אם הממכר גורם נזק לקונה או לצד ג’, ייתכן שהמוכר חייב באחריות מכוח דיני הנזיקין, גם אחרי העברת הבעלות והשליטה - ראה ר’ איתמר ורהפטיג, ”הגנת הצרכן לאור ההלכה”, תחומין ח”ד עמ’ 395~ ואילך.

<sup>27</sup> ראה על כך בדיונו סעיף 7.

<sup>28</sup> שו”ת בית שלמה (דרימר), חו”מ סי’ קו.

<sup>29</sup> שו”ת בית שלמה (דרימר), חו”מ סי’ קו; משפט שלום, רכה, ו; שו”ת כתר כהונה סי’ ח (הובא בשערי תשובה או”ח סי’ תמח ס”ק ח); חוקת משפט, פרק יא, סעיף ד.

משפט שלום, רכה, ו, כותב שאם התנו שהקונה ישלם ביום שהמוכר יביא לו את הממכר, יש סיבה נוספת להטיל את האחריות על המוכר - הקונה פטור מלשלם כיון שהמוכר לא הביא לו את הממכר, ואף שהדבר קרה בגלל אונס, אין אומרים שמי שנמנע ממעשה בגלל אונס, נחשב כאילו עשה (”אונס רחמנא חייביה”).

בשאלה אם המוכר נושא באחריות אם איחר במסירת הממכר, ראה סעיף 7.

החייבים חוץ מקיום: ויתור המוכר, אי התקיימות תנאי מתלה, ועוד. השחרור הוא פקיעה מוחלטת, ולא רק טענת הגנה מתביעת המוכר.<sup>30</sup>

השחרור הוא אוטומטי, ולא תלוי בפעולה או בהודעה. הוא חל גם אם הצדדים אינם מודעים לאבדן הממכר.<sup>31</sup>

הקונה משוחרר מחיוב התשלום ומחיוב קבלת הממכר, ומחייבים שהחובה המיוחד מטיל עליו.<sup>32</sup>

אם הנזק לממכר הוא קל ביותר, ושחרור הקונה יגרום למוכר נזק בלתי הדיר, והמוכר מוכן שהקונה ינכה את שווי הנזק מהמחיר - הסתמכות הקונה על השחרור היא חוסר תום לב.<sup>33</sup>

הקונה זכאי שלא להשתחרר. יש מצב שהקונה רוצה בהמשך המכר, כגון שהממכר התייקר בשוק. בכגון זה אין למוכר זכות לשחרור הקונה. אין לו ציפייה שמצבו ישתפר עקב האבדן. אילו היה זכאי לשחרור בלי הסכמת הקונה, זה היה מעודד אותו שלא למנוע את הקלקול במצב כזה שהמחיר מתייקר. הקונה אינו זכאי לדרוש ממכר חליפי, ואינו זכאי לדרוש את תיקון הממכר.<sup>34</sup>

אם הקונה בחר שלא להשתחרר, עליו לשלם את מלוא המחיר ואינו זכאי לפיצוי על הנזק לממכר. הרי המוכר לא הפר את החובה כאמור. אם הקונה בחר כך, עליו להודיע למוכר תוך זמן סביר אחרי שנודע לו על האבדן.<sup>35</sup>

המוכר צריך להמתין זמן סביר אחרי שנודע לקונה על הנזק, כדי לאפשר לו לבחור אם להשתחרר מחייבו או לא. אסור למוכר למכור את הנכס בינתיים לצד ג' מתוך הנחה שהקונה ירצה להשתחרר.<sup>36</sup>

## אם הקונה הפר את חיובו לקבל

בכגון זה, מצד אחד המוכר ממשיך לשלוט בנכס ולכן עליו לשאת בסיכון; מצד שני אין זה צודק שהקונה ירוויח מהפרתו, שלא ישא בסיכון. ולכן החוק נקט דרך ביניים: הסיכון מוטל על הקונה, אבל אם המוכר גורם לאבדן, הוא נושא בסיכון.<sup>37</sup>

אם אבד לפני מועד הקבלה המוסכם, הקונה אינו נושא בסיכון כי לא הפר את חיוב הקבלה.<sup>38</sup>

"אחרי שהמוכר עשה את המוטל עליו למסירתו" - הכוונה שהמוכר מסר, ולא די בעשיית פעולות מכינות למסירה. קיומו את חיוב המסירה ייקבע לפי המוסכם או לפי סעיף 398.

אחרי הפרת חיוב הקבלה, המוכר אחראי בדרגת שומר חנם שהרי אחרי הפרת חיוב הקבלה הוא מחזיק בנכס נגד רצונו, ודומה לשומר שרצה להחזיר את הנכס ובעל הנכס לא הסכים לקבל, שלפי חוק השומרים סעיף 11 הוא רק שומר חנם. נטל ההוכחה על הקונה, להוכיח שהנכס אבד מתוך רשלנות המוכר, כמו בשומר חנם. לא ייתכן שהמוכר אחראי בדרגת שומר שכר, שהרי אי"כ בדרגת אחריותו היתה שווה למה שהיתה לפני המסירה, שגם אז הוא פטור באונס - סיכול, היינו דבר שלא היה יכול לצפות ולמנוע.<sup>40</sup>

30 זמיר §464.

31 זמיר §465.

32 זמיר §468.

33 זמיר §466, הערה 89.

34 זמיר §466.

35 זמיר §467.

36 זמיר §467, הערה 95.

37 זמיר §474.

38 זמיר §475.

39 זמיר §477.

40 זמיר §483.

פרשנות זו נכנסה להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, סעיף 175(ב), המצמצם את הסייג של מוכר שגרם לאבדן, למקרה שגרם לכך בהתרשלותו: "(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), הקונה אינו פטור מחייבו אם הנכס אבד או ניזוק שלא עקב התרשלותו של המוכר, אחרי שהמוכר העמיד את הנכס

## התנאה שהמוכר ימשיך לשאת באחריות

### עמדת החוק

הסעיף הוא דיספוזיטיבי. הצדדים יכולים לקבוע מתי יעבור הסיכון, ולקבוע כללים שונים לסיכונים שונים. אבל אם לא קבעו זאת, וקבעו רק מתי עובר הבעלות, אין להסיק מכך הסכמה לגבי מועד העברת הסיכון. אם הטילו על צד מסוים לבטח את הממכר, משתמעת מזה הסכמה שהוא ישא בסיכון באותו שלב, שהרי בדרך כלל מי שנושא בסיכון צריך לבטח. כמו כן, אם הסכימו מי ישא בהוצאות ההובלה, משתמעת מזה גם הסכמה לגבי זמן העברת הסיכון.<sup>41</sup>

### עמדת המשפט העברי

אם המוכר<sup>42</sup> קיבל עליו אחריות אם יקרה אונס לממכר אחרי העברת הבעלות, הוא חייב, אם קרה אונס מצוי<sup>43</sup>. אבל אונס שאינו מצוי אינו כלול בהתחייבות, כי אומדים את דעת המוכר, שלא התכוון להתחייב בדבר שאינו מצוי, שלא חשב עליו<sup>44</sup>. לדוגמה, אם נפסק הנהר שהיה משקה את

לרשות הקונה והקונה הפר את חיובו לקבלו". בדברי ההסבר שם נאמר עוד שנטל השכנוע להוכחת הרשלנות מוטל על הקונה, כדברי זמיר.

אבל זמיר שם, הערה 153, מציין שלדעת מאוטר, שם עמ' 78-79, הוא בגדר ש"ש שהשמירה היא טפלה למטרת החזקתו, שחייב רק ברשלנות, אבל נטל ההוכחה עליו.

<sup>41</sup> זמיר 453§.

<sup>42</sup> לא מצאנו דיון בקונה המקבל עליו אחריות על הממכר לפני כניסתו לבעלותו. אבל מצאנו מקרה שהקונה מקבל ע"ע אחריות, שאם ייזק המוכר מחמת המכר אחרי העברת הבעלות (ואין הכוונה לנוק לממכר, שכבר נמצא בבעלות הקונה), יפצה אותו: שו"ת מהרלב"ח סימן קכז, עוסק במי שקנה "אולאפה" - מעין איגרת חוב שהשלטון היה חייב לפרוע, והתנו שהמוכר מקבל עליו אחריות לשלושת החדשים הראשונים, והקונה מקבל עליו אחריות אחר כך, ואחרי שלושת החדשים הראשונים טען גוי שהאולאפה שייכת לו, והערכאות חייבו את המוכר לשלם לו. מהרלב"ח (ד"ה הטעם הבי) מחייב את הקונה להחזיר למוכר את הכסף שהוציא הגוי מידו. הוא מסביר שאף שהכסף (תמורת האולאפה) כבר ביד הקונה, אבל הוא לא זכה בכסף כי הוא קיבל אותו בשליחות המוכר, אבל זה היה בטעות כיון שבאמת היתה לגוי טענת בעלות. בנידונו לא היה ברור האם אכן קיבל עליו הקונה אחריות, והוא כותב (בד"ה הטענה הד') שיש לפרש את לשון שטר המכר כך שיש עליו אחריות, כי אם נאמר שאין עליו אחריות זו, יש במכר איסור רבית דרבנן (עיי"ש בהסברו לכך), ויש להניח שלא התכוונו לעשות איסור.

אגב, שו"ת ידיו של משה, חו"מ סי' יד, כותב שגם אם לפי משמעות לשון ההסכם, נמצא שיש בו ריבית, לא מפרשים אותו בדרך אחרת כדי שלא יהיה ריבית, אלא מבטלים את תנאי הריבית.

<sup>43</sup> שו"ע חו"מ רכה, ג; חוקת משפט פרק יא, סעיף יב.

שו"ת פני משה ח"א סימן יב (כד ע"ד, כה ע"ב), כותב שגניבה נחשבת נזק מצוי.

**קבלת אחריות מכללא:** טור חו"מ, רל, ה, מביא שר' חננאל סובר שהקונה יין ואמר "דעתי להוליכו למקום פלוני" והזול קודם שהגיע לשם, המכר בטל; ואילו ר' יונה סובר שהמכר קיים, ודוקא במוכר, המקח בטל בכגון זה, כגון המוכר על דעת לעלות לארץ ישראל ולא יכול לעלות, כי המוכר מתוך אונס הוא מוכר, ומכר רק מסיבה מסוימת. ושם רל, ו, מביא את דעת יד רמה, ב"ב פ"ו סי' סא, שאם התנה שלא ישלם עד שיוליכנו למקום פלוני, שנמכר שם ביוקר, וקודם שהגיע לשם הזול, יכול להחזירו כי מסתמא דעתו היה על מנת שימצא שם השער ביוקר כמו שהורגל, וכאילו התנה "על מנת שלא יזול". אפשר לראות זאת כאילו המוכר קיבל על עצמו אחריות מכללא להזולה. אבל יותר מתאים לסווג דין זה לביטול המכר מחמת טעות, בכפוף לסייגים של טעות עקב דבר שקרה אחרי המכר, כמבואר בחוק לישראל פגמים בחוזה עמ' 193-174; ודברי הטור הובא שם עמ' 191.

<sup>44</sup> רמב"ם, הלכות מכירה, יט, ה (הובא בהשגות הרמ"ך על הרמב"ם, הל' גירושין ט, יז, בשו"ת מבי"ט חלק ג סימן נא, בשו"ת מכתם לדוד אבן העזר סימן ח, בשו"ת קול אליהו (ישראל) ח"ב חו"מ סי' ו, בחזון יחזקאל גיטין פ"ה ה"ב, ובדיני חוזים במשפט העברי, עמ' 176); שו"ת הרשב"א חלק ב סימן לג, וח"ג סי' כב, וח"ד סי' סט; מגיד משנה הלכות גירושין ט, ח; שו"ת הריב"ש סימן רנ; תשב"ץ ח"ג סי' קמה; שו"ת מהרי"ק, שורש ז; שו"ע חו"מ רכה, ג; שו"ת דברי ריבות סימן רצט; שו"ת מהרש"ם חו"מ סימן עה וסימן רעד; שו"ת מהרש"ך ח"ב סי' קצח; ים של שלמה גיטין פרק ז סימן ז; שו"ת משאת משה חו"מ ח"א סי' לא (פב ע"ג); שו"ת תורת אמת סימן קסח (ד"ה והנה הטענה); שו"ת משפט צדק ח"ג סי' כד דף ע ע"ג; שו"ת מהרלב"ח סימן קכז (ד"ה הטענה הראשונה); שו"ת בעי חיי חושן משפט חלק א סימן קמט; שו"ת שארית יוסף (גרשון) סי' א; שו"ת מהרש"ך ח"א סי' כא וסי' פא, וחלק ב סימן קצח; שו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ג סימן ט; ברכת שמואל כתובות סי' ד אות ג; שו"ת ר' שאול משה, סי' קד, אות א; ר' רחמים יוסף פרנקו, בשו"ת בני בנימין וקרב איש, חו"מ סי' כו (סט ע"ג); חוקת משפט פרק יא, באורים אות מח; פד"ר ח"א עמ' 247.

הקרקע המכורה, או שנהר הציף אותה ונעשתה בריכה, או שרעידת אדמה השחיתה אותה, המוכר אינו נושא באחריות<sup>45</sup>.

יש אומרים שהוא פטור גם באונס מדרגה בינונית, ש"שכיח ואינו שכיח"<sup>46</sup>, כגון שחלה<sup>47</sup>. אבל רוב הפוסקים מחייבים באונס מסוג זה<sup>48</sup>. ר' מרדכי עבאדי נימק דעה זו, שהמוכר אינו יכול לטעון

---

בית יצחק (ברטלר) גיטין סי' לח אות ב, כותב שטעם הפטור הוא שדיבור התנאי כולל רק אונס שכיח, ולא משום שלא התנה על דעת שיקרה דבר לא שכיח.

<sup>45</sup> שו"ע חו"מ רכה, ג.

**דוגמאות נוספות:** בגיטין עג ע"א נאמר, לפי פירושם של רש"י, גיטין עג ע"א (ד"ה קביל), טור, חו"מ, רכה, ה, ור"ן על הרי"ף, גיטין לה ע"א (בדפי הרי"ף), שאם המוכר קיבל על עצמו אונס שיקרה בהובלת הנכס לקונה, ותיכנן להוביל ע"י ספינה, והנהר נסתם, אינו חייב להוביל ע"י חמורים (שהוא הרבה יותר יקר) כי זה אונס לא שכיח. אבל רמב"ם, הלכות מכירה, יט, ז, מפרש שהמעשה היה שהמובילים קיבלו על עצמם את אונסי הדרך. ר' שמואל חנא קוק, עיונים ומחקרים ח"א עמ' 176, מעלה אפשרות שלפי הרמב"ם, אם המוכר קיבל על עצמו אחריות הדרך, חייב גם אם נסכר הנהר, כי לא אמר שיביא דוקא בספינה.

שו"ת רבי בצלאל אשכנזי סימן כח, כותב ששביה או תפיסה ביבשה ע"י השלטון אינה שכיחה; אבל תפיסת אניה ע"י שודדי ים שכיחה. לגבי שוד ע"י בעלי הספינה עצמם, הוא עושה הבחנה: ספינה גדולה וידועה שמלחיה רגילים להסיע סוחרים - לא שכיח שישדדו, כי בזה מאבדים את המוניטין; אבל ספינה קטנה שהיא ומלחיה אינם מופקדים, שאין סוחרים רגילים לנסוע בה, שכיח שישדדו ואף יהרגו. על מקרה מיוחד של שוד ע"י בעלי הספינה ראה ליד ציון הערה 63.

שו"ת מהרש"ך חלק א סימן כא, כותב שאם נוצר מצב מלחמה בין מדינות, ומדינה אחת תפסה את הנכסים שביד אזרח של מדינה אחרת, זה אונס לא שכיח.

שו"ת ר' יהודה בן עטר סי' נו = כרם חמר ח"א חו"מ סי' קמג, כותב לענין קונה חנות, שאם השלטון גירש את היהודים מהחנות, זה אונס שאינו שכיח.

שו"ת משה חו"מ ח"א סי' לב (פט ע"ד), כותב שאם הממכר היה באניה, והתקרבו שודדים, ורב החובל שרף את הממכר כדי שלא יקחו אותו השודדים, זה נזק שאינו שכיח בכלל.

שו"ת אבני שיש חלק א סימן א, כותב שאם קיבל עליו "אחריות בני ברית ושאינם בני ברית", והמלך גירש את כל יהודי העיר, אין זה כלול באחריותו כי אינו שכיח. גם שו"ת נפת צופים, חו"מ, סי' תכב, כותב שגירוש היהודים משכונתם הוא אונס שאינו שכיח.

שו"ת קול אליהו (ישראל) ח"א חו"מ סי' כא, בסופו, לומד מהרמב"ם שם, שקונה בגד שהתנה שאם יתברר שאינו בגד חשוב, יחזיר, ונמצא שהוא שעטנז, המוכר אינו חייב להחזיר, כי זה לא מצוי. דוגמה זו שייכת יותר לנושא של אי התאמה במכר, כיון שמדובר בבפגם שהיה בממכר בשעת המכר ולא נוצר אח"כ, אלא שהוא יוצא מתוך הנחה שאין בכך אי התאמה, ולכן דן האם התנאה מפורשת מבטלת את המכר.

<sup>46</sup> [פטור] שו"ת מהר"ם אלשיך סימן ס, בדעת תוס', כתובות ג ע"א (ד"ה איכא), וגיטין עג ע"א (ד"ה איתביה - בתירוץ הראשון), ובדעת רא"ש כתובות פ"א סי' ב; מעשה רקח הלכות מכירה יט, ו, בדעת הרמב"ם; שו"ת דברי ריבות סימן פא הראשון (ד"ה וראיה); ר' ישמעאל הכהן, בשו"ת חיים שאל חלק א סימן י (ד"ה וכוזה), בדעת מרדכי גיטין סי' תכד; שו"ת תורת חסד (פרחיא), סי' קיב וסי' רעט.

כמו כן, כנסת הגדולה חו"מ, רכה, הגה"ט אות לט, מביא שמהר"י אשכנזי כתב שגם דבר שאינו פלא אלא שאינו שכיח הרבה, אינו כלול באחריות המוכר, וכנסת הגדולה מסכים עמו.

מדברי צרור הכסף, בהערה 53, נראה שבסתם פטור, שהרי כתב שאם קיבל על עצמו בפרוש אונס שאינו מצוי, חייב באונס מהסוג הבינוני.

<sup>47</sup> שו"ת מהר"ם אלשיך סימן ס; שו"ת מעין גנים (עבאדי) חו"מ סי' ב עמ' 15.

<sup>48</sup> [חייב] תשב"ץ חלק א סימן צה (ד"ה עוד הרואה); שו"ת בית יוסף, דיני יבוס, סימן ד (הובא בשו"ת גינת ורדים אהע"ז, כלל ב סימן ח), בדעת הרמב"ם; מחנה אפרים הלכות שבועות סימן ב, בדעת הרמב"ם;

שו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן לג (הובא בשו"ת שי למורא (יונה) סי' מ, ובשו"ת משאת משה חו"מ ח"א סי' לב, דף פט ע"ד), בדעת הרמב"ם ובדעת הר"ן על הרי"ף, גיטין לה ע"א (בדפי הרי"ף); שו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן ק; שו"ת מהר"ם אלשיך סימן ס, בדעת תוס' גיטין עג ע"א (ד"ה איתביה - בתירוץ השני)

ובדעת הרמב"ם; ר' ישמעאל הכהן, בשו"ת חיים שאל חלק א סימן י (ד"ה איברא), ובשו"ת מקור ישראל (בורלא), סי' יג (כט ע"א-ע"ב), בדעת הרמב"ם; ר' ישמעאל הכהן שם (ד"ה ומצאתי), בדעת הר"ן על הרי"ף,

גיטין לה ע"א (בדפי הרי"ף), ובדעת שו"ת הריב"ש סי' רג; ר' ישמעאל הכהן שם (ד"ה וכוזה) (הכרעת עצמו); שו"ת הראני"ח, חייב (מים עמוקים ח"ב), סי' לו [בדפוס ברלין] = סי' לו בדפוס ונציה ושאלוניקי [ד"ה נמצא

דבאונס]; שו"ת מקור ברוך (קלעי), סי' נא; כנסת הגדולה חו"מ, רכה, הגה"ט אות כח, בשם ר"א גאליקו;

שו"ת מהר"ל סימן לו (ד"ה וכי"ת אונסא); חוט המשולש (דיוואן) פרשת ויצא דף יג ע"ב-ע"ד, בדעת הרמב"ם (שפטור רק בדבר "של פלא"); חנא וחסדא ח"א דף כג ע"א, בדעת הרמב"ם; ר' אברהם ישראל,

בשו"ת מקור ישראל (בורלא), סי' יג (ל ע"ג); שו"ת מר ואהלות, יורה דעה סימן ט (ד"ה אמנם לגבי); ט"ז

אבן העזר קמד, ד (הכותב שהמקרים בנפסק הנהר או שהציף הנהר הם דוקא באופן שאינו שכיח כלל); שו"ת מהר"י קצבי סי' יח דף נו ע"ב (כמובא בשו"ת מעין גנים (עבאדי) חו"מ סי' ב עמ' 33); שו"ת מעין

גנים (עבאדי) חו"מ סי' ב (עמ' 13, 17, 24, 27, 33, 34, 35, 42).

כמו כן, שו"ת הרד"ך בית כח חדר ה, כותב שרק דבר פלא שאי אפשר היה לשער נחשב לא שכיח, כמו המקרים בגיטין עג ע"א, וכלשון הרמב"ם "ולא עלה על לב המוכר דבר זה הפלא".

שלא קיבל אחריות על דעת שיקרה אונס כזה, כי כנגד זה יש דעת הקונה, שאילו ידע שזה יקרה לא היה קונה, והכלל הוא שאין פוטרים אדם מהתחייבות על סמך אומדנא, בעיסקה הכרוכה בשני צדדים<sup>49</sup>; ורק אם קרה אונס שאינו שכיח כלל, המוכר פטור כי אומדן דעתו הוא שלא התכוון לקבל עליו אחריות לכך, וכאן אין לומר שהקונה היה נמנע מלקנות מחשש שזה יקרה, שהרי ידע שזה נדיר<sup>50</sup>.

גם אם קרה אונס מצוי, הרי אם אומדן דעת המוכר מלמד שלא התכוון לאונס כזה, הוא פטור<sup>51</sup>.

גם אם קיבל על עצמו "כל אונס שבעולם שיקרה", אינו חייב באונס שאינו מצוי<sup>52</sup>. אבל אם התנה שיהיה חייב גם באונס שאינו מצוי, חייב בכל אונס שיקרה<sup>53</sup>.

---

שו"ת בעי חיי חו"מ, חלק א סימן קנא, וח"ב סי' לו, כותב שבגלל המחלוקת, המע"ה. שו"ת משאת משה חו"מ ח"א סי' לא (פב ע"ד-פג ע"א), ופד"ר ח"י"ג עמ' 216, מביאים את המחלוקת.

**"כל מיני אחריות"**: שו"ת משאת משה חו"מ ח"א סי' לא (פג ע"ב, פד ע"ג), כותב שאם אמר שהוא מקבל על עצמו "כל מיני אחריות", הוא חייב באונס שכיח ולא שכיח, בגלל תוספת המלה "כל", גם לשיטה שבהערה 46, אף שאין בכך כדי לחייבו באונס שאינו שכיח כלל, כדברי הרשב"א בהערה 52 (דבריו קשים, שהרי בגיטין עג ע"א מדובר במי שקיבל עליו **"כל אונס שיוולד"**, ובכל זאת פטור באונס שאינו שכיח, ולפי אותה שיטה, פטור גם אם הוא שכיח ולא שכיח). הוא כותב (בדף פד ע"ד) שכך הדין אם אמר לשון מיותרת אחרת. אבל בסי' לב (צ ע"ד), כתב שאם פירט את הנזקים שהוא מקבל עליהם אחריות, הוא פטור על נזקים אחרים גם אם אמר "כל מין אחריות".

<sup>49</sup> תוס' ב"ק קי ע"ב (ד"ה אדעתא). ראה על כך בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 175-179.

<sup>50</sup> שו"ת מעין גנים (עבאדי) חו"מ סי' ב עמ' 38.

הוא נוקט שכיון שאפשר ללכת לפי כוונת המוכר ואפשר ללכת לפי כוונת הקונה, המכר בטל.

<sup>51</sup> שו"ת משיב דבר חלק ג סימן ה (ד"ה ולכאורה).

כמו כן, שו"ת מהר"ם אלשיך סימן ס, כותב שלדעת הרמב"ם ה' מכירה, יט, ה, אם קיבל על עצמו אחריות לנזק מסוים, אחריותו כוללת רק דברים שיש להניח שהתכוון אליהם, לפי הענין.

כמו כן, שו"ת מעין גנים (עבאדי) חו"מ סי' ב עמ' 16 ועמ' 21, כותב בדעת שו"ת מהרי"ק, שורש ז, שדבר ש"אנן סהדי" שלא התכוון אליו, אינו בכלל החיוב, גם אם הוא במשמעות הלשון וגם אם הוא שכיח ולא שכיח. ובעמ' 18, כתב כך בדעת הרמב"ם. ובעמ' 21 כתב כך בדעת מהרש"ך, המובא בשו"ת תורת אמת סי' קסח. ובעמ' 23, כתב ששו"ת מהרש"ם, חו"מ, סי' לג, מחייב בשכיח ולא שכיח גם אם יש אומדנא מבחוץ שלא התכוון לזה, אבל זאת רק אם הקונה מוחזק.

<sup>52</sup> הרשב"א, המובא בב"י, חו"מ, רכה, ד (הובא בשו"ת רבי בצלאל אשכנזי סימן כח, בשו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק א סימן פט, חלק ב סימן כה, וחלק ג סימן קב, בשו"ת שער יהושע ח"ב סי' סז עמ' קלב, בשו"ת מהר"ש לאניאדו החדשות סי' יג עמ' קנה, בשו"ת תורת חסד, פרחיא, סי' רעט, בשו"ת משאת משה חו"מ ח"א סי' לא (פב ע"ד, פד ע"ג-ע"ד), וסי' לב (פט ע"ג), בשו"ת נפת צופים, חו"מ, סי' תכב, בשו"ת אבני שיש חלק א סימן א, בשו"ת מעין גנים (עבאדי) חו"מ סי' ב עמ' 42, ובצור תעודה הלכות שלוחין, ב, ג, ד"ה ובהיותי בזה); מעשה רקח הלכות מכירה יט, ה, בדעת הרמב"ם; שו"ת מהרש"ך חלק ב סימן לב.

אבל חידושי הריטב"א (הישנים) בבא מציעא ק ע"א, בסופו, כותב שהמוכר עבד וקיבל עליו "כל אונסין שבעולם" ומת העבד, חייב.

**"לא אוכל לטעון שום טענת אונס שבעולם"**: ר' יוסף קארו, בשו"ת בית יוסף דיני קידושין סימן ג (ד"ה ומ"ש ע"ד), ושו"ת מהר"ם אלשיך סימן לב, כותבים שאם אמר שלא יוכל לטעון "שום טענת אונס שבעולם", חייב גם באונס שאינו מצוי, בגלל כפילות לשונו. אבל ר' שמואל ב"ר משה הלוי, בשו"ת בית יוסף שם (ד"ה והצד הב'), ושו"ת דברי שלום (מזרחי) חו"מ חלק ב סימן צח, כותבים שגם בלשון זו פטור באונס שאינו מצוי. ח"י ר"ע איגר, חו"מ, רכה, ג, מביא רק את דברי ר"י קארו. כנסת הגדולה חו"מ, רכה, הגה"ט אות מד, ושו"ת בעי חיי חו"מ ח"ב סי' לו, כותב שדברי מהר"ם אלשיך אינם סותרים את הרשב"א הפוסט באומר "כל אונס שבעולם", "כמבואר למעייני". ר' יחזקאל סרנא, התבונה חוב' ג (כמובא בסי' וזאת ליהודה (זלצר) סי' ו עמ' רא) הסביר את ההבחנה, שאם אמר שלא יטעון טענת אונס, זה תנאי שלילי, ולא צריך לדון מה היה בדעתו, ואילו אם התנה שיהיה חייב בכל אונס שבעולם, זהו תנאי חיובי, וצריך לדון אם האונס כלול בתנאי, ויש להניח שלא העלה על דעתו אונס שאינו שכיח כלל, ולכן אינו כלול בתנאי. וזאת ליהודה שם מסביר בדרך אחרת: אם קיבל על אונס שבעולם, נכנס לענייני האונסים השונים, והרי לא העלה על דעתו אונס שאינו שכיח כלל, ולכן אין זה כלול, אבל באומר שלא יטעון טענת אונס, לא נכנס לענייני האונס אלא **לטענת אונס**, וטענת אונס שווה בכל סוגי האונסים.

שו"ת בעי חיי חו"מ ח"ב סי' לו, לומד מדברי מהר"ם אלשיך שמי שקיבל עליו אחריות על הסחורה עד שיקרה כך וכך, המשמעות הוא שחייב אפילו באונס שאינו שכיח כלל.

<sup>53</sup> ח"י הריטב"א מכ"י (חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים) גיטין עג ע"א; שו"ת רבי בצלאל אשכנזי סימן כח; ערוך השולחן חו"מ רכה, ד; שו"ת דברי שלום (מזרחי) חו"מ חלק ב סימן צח (ד"ה אבל); ר' איתמר ורהפטיג, "הגנת הצרכן לאור ההלכה", תחומין ח"ד עמ' 395~ (שאז הוא במעמד של חברת ביטוח).

צרוך הכסף הקצר, דרך א שער י אות ה עמ' מד, כותב שאם פירש מצוי ושאינו מצוי, הואיל ולפעמים מצוי וקיבל, חייב. ייתכן שכוונתו שקיבל על עצמו בפירוש גם נזק שאינו מצוי, ובכל זאת חייב רק בנזק מהסוג

גם אם המוכר קיבל על עצמו אחריות לאונס, אינו חייב באונס שבא מחמת הקונה, אבל הוא חייב באונס שבא מחמת גורם חיצוני<sup>54</sup>. אם התנה שיהיה חייב גם באונס שבא מחמת הקונה, חייב בכך<sup>55</sup>.

אם התחייב לשלם על אונס שיקרה, הוא חייב אם בא גוי וטרף את הממכר מן הקונה מחמת המוכר<sup>56</sup>, אבל אינו חייב אם ישראל טרף שלא כדין, כי זה לא שכיח, כמו אם נפסק הנהר<sup>57</sup>.

מוכר המקבל ע"ע אחריות להפסד עתידי חייב לפצות את הקונה לפי ערך הממכר ביום התשלום, כי הקונה מן הסתם רוצה לקנות ממכר אחר במקומו; ומאותה סיבה המוכר חייב לשלם גם את השבח שהשביח המקח בינתיים שהרי הקונה מעונין בפיצוי לפי מצבו הנוכחי של הממכר<sup>58</sup>.

גם אחרי שהמוכר משלם לקונה כפי שהתחייב בקבלת האחריות, המוכר אינו מתבטל<sup>59</sup>.

המוכר יכול לקבל על עצמו אחריות גם כלפי מי שקונה מהקונה הראשון<sup>60</sup>.

מוכר יין שקיבל על עצמו רק אחריות על שבירת חביות, והקונה קיבל אחריות רק על החמצת היין, ולמעשה היין נאסר עקב מגע גוי, האחריות על המוכר כי זה אונס שבא מבחוץ כמו שבירה<sup>61</sup>.

---

הבינוני (הנידון ליד ציון הערה 46); אבל יתכן שכוונתו שקיבל רק נזק מהסוג הבינוני, ואילו אם קיבל על עצמו אפילו נזק שאינו שכיח כלל, חייב גם בו.

ראה הערה 64, שלדעת רוב דגן, נחלקו אחרונים בשאלה האם קבלת אחריות על סוג נזק מסוים, כוללת מצב שהנזק קרה באופן פחות שכיח.

**בהתנאה מכללא**: שו"ת ר' יהודה בן עטר סי' נו = כרם חמר ח"א חו"מ סי' קמג, מעלה אפשרות שבנידונו יש חיוב גם באונס שאינו שכיח מפני שבשטר נוספו ביטויי אחריות שונים; אלא שהוא מוכיח מלשון השטר שלא התכוונו לכך. וראה הערה 61 שאם הקונה קיבל על עצמו אחריות חלקית, מניחים שהמוכר התחייב באחריות גם לאונס שאינו שכיח.

<sup>54</sup> כסף משנה, הלכות מכירה, יט, ה (הובא בשו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ג סימן ט, בשו"ת אבני שיש חלק א סימן א, ובשו"ת מקור ישראל (בורלא), סי' יג, דף לא ע"א).

<sup>55</sup> ערוך השולחן חו"מ רכה, ד.

<sup>56</sup> שו"ע חו"מ רכה, ג.

<sup>57</sup> שושנת יעקב, רכה, ב, ס"ק ב.

<sup>58</sup> ר' איתמר ורהפטיג, "הגנת הצרכן לאור ההלכה", תחומין ח"ד עמ' 393/394. הוא לומד זאת מדיני אחריות המוכר למקרה שהנכס ייטרף מן הקונה בדין - ראה סעיף 18.

הוא מכניס במסגרת זו גם את מה שמקובל היום לתת "תעודת אחריות" למקרה שהממכר מתקלקל. אבל יותר נראה ששם זה בגדר מקח טעות בגלל פגם בממכר (אי התאמה), והתחייבות המוכר היא שלא יוכל לטעון שהקלקול לא נבע מפגם בממכר. כך עולה מהסייג המקובל בתעודות אחריות, שאם הקונה משתמש בממכר שלא באופן מסוים, האחריות בטלה - והיינו כי אז הקלקול אינו נובע מפגם בממכר.

<sup>59</sup> ורהפטיג, שם, עמ' 394/395.

<sup>60</sup> ורהפטיג, שם, עמ' 396. הוא מציין כדוגמה לכך, את המקובל ב"תעודת אחריות" שבימינו, שההתחייבות היא לתקינות הנכס באשר הוא שם, גם למי שאינו הקונה הישיר. אבל כאמור בהערה 58, נראה ש"תעודת אחריות" היא בגדר אחריות על מקח טעות.

<sup>61</sup> שו"ת הרא"ש כלל קב סי' ב (הובא בטור, חו"מ, רכה, ז); שו"ע חו"מ, רכה, ו.

הרא"ש מסביר שהמוכר התכוון לקבל אחריות לניסוך אלא שלא התנו כך כי אינו שכיח. שו"ת מקור ברוך (קלעי), סי' נא, מקשה, אם זה לא שכיח, המוכר פטור כאמור ליד ציון הערה 44: יש לכך כמה תירווצים: (א) מקור ברוך מתרץ שהוא "שכיח ולא שכיח" (ראה ליד ציון הערה 46) ולכן חייב. וכן תירצו שו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן לג, ושו"ת משאת משה חו"מ סי' לא (פג ע"א, ברמז). (ב) עוד תירץ מקור ברוך, שאכן אינו שכיח כלל, ומ"מ כאן נחשב כאילו קיבל עליו בפירוש גם אונס שאינו שכיח, שהרי הקונה קיבל על עצמו רק אחריות להחמצה, הרי שכאילו התנה שהמוכר יהיה חייב בכל אחריות אחרת. דרישה, חו"מ, רכה, ז, מתרץ כתירווצו השני, ומוסיף שאין לומר לכיוון שני, שבכך שהמוכר קיבל על עצמו רק אחריות לשבירה, כאילו התנה שהקונה יהיה חייב בכל דבר אחר - כי העובדה שקיבל עליו אחריות לדבר שבא מבחוץ, יוצרת הנחה שאילו נזכר בסיכון של מגע גוי, היה מקבל זאת על עצמו, כי הקונה לא הסכים לקנות עד שהמוכר יקבל עליו אחריות לנזק שמבחוץ. בדומה מסבירים מהר"ם אלשיך (הובא בשו"ת בעי חיי חו"מ, חלק א סימן קנא, ד"ה ולפי) לפני יצחק - ראה ליד ציון הערה 62. אבל נתיבות המשפט רכה סי' ו, דוחה תירוץ זה, שהרי גם אם אמר הקונה בפירוש שהמוכר יהיה אחראי לכל אונס שיקרה, המוכר פטור מאונס שאינו שכיח (כאמור ליד ציון הערה 52), וקל וחומר כאן שזה רק משתמע מדברי הקונה. ר"י נתנון, בהסכמתו לשו"ת השיב משה (טייטלבוים), משיב על כך, שדוקא כאן שהתחלקו הקונה והמוכר באחריות, והקונה קיבל ע"ע חימוץ ששכיח, אומרים שמה שאינו שכיח כמו חימוץ, הקונה לא פטר את המוכר. (ג) נתיבות המשפט מתרץ, שמגע גוי נחשב אונס שכיח, כיון שגזילת גוי נחשבת אונס שכיח (כפי

הרחבת האחריות כאן מבוססת על כך שהמוכר והקונה קיבלו עליהם כל אחד את האחריות לסוג אחד של נזק, ומשתמע מזה שאף אחד מהם אינו נושא באחריות למגע הגוי, אבל הרי אי"א לומר שאף אחד מהם לא ישא באחריות זו, ומסתבר יותר להטיל אותה על המוכר, בגלל הדמיון לסוג האונס שקיבל על עצמו; אבל אם המוכר קיבל על עצמו לנזק מסוים, והקונה לא קיבל על עצמו כלום, אין מטילים על המוכר אחריות נוספת כיון שאין יסוד להרחבת אחריותו<sup>62</sup>.

שעולה משו"ע, חו"מ, רכה, ג, והיות שמצוי הוא שבא לגזול, ממילא מצוי הוא שהוא גם נוגע. (ד) ערוך השולחן חו"מ, רכה, ו, כותב שמדובר במקום שמגע גוי שכיה, ומה שנקט הרא"ש שאינו שכיה, אינו בדוקא. הרא"ש מנמק נימוק נוסף (והובא בשו"ת תורת אמת סימן קסח, ד"ה ויש להביא): ספק על מי האחריות, ומספק אומרים שהאחריות על המוכר, הקונה פטור מלשלם. שו"ת פנים מאירות חלק ב סימן קסב, ור"מ בנבנשתי בשו"ת פני משה ח"א סימן יב (כה ע"א), ור' שמואל ׳ וילייסיד בתשובתו שם (כו ע"ג), כותבים שנימוק זה הוא הנימוק העיקרי, כי הנימוק השני קשה כאמור. פנים מאירות כותב שלכן אם הקונה כבר שילם, המוכר אינו צריך להחזיר לו, כי המוכר מוחזק. פתחי תשובה חו"מ, רכה ס"ק ה, מסכים עמו, ומסביר שאף שלפי הטעם השני של הרא"ש, המוכר צריך להחזיר לו, הרי שו"ת חכם צבי סי' עג, כותב שאם פוסק מביא כמה נימוקים, אין לסמוך על נימוק אחד בלבד, להוציא ממון. כמו כן, שו"ת מהרש"ך חלק א סימן כא, לומד מהרא"ש שאם כל צד קיבל על עצמו אחריות לנזקי מסוימים, שניהם פטורים מספק על נזק שלא הזכירו. אבל שער משפט רכה, ס"ק ג, כותב שמהשו"ע משמע שגם אם הקונה כבר שילם, המוכר אחראי וצריך להחזיר לו, בהתאם לנימוק השני של הרא"ש. גם שו"ת השיב משה (טייטלבוים), סי' קא, כותב שהמוכר אחראי גם אם הוא מוחזק בכסף. כמו כן, שו"ת משאת משה חו"מ ח"א סי' לא (פג ע"ג), כרם חמר ח"ב שו"ת סי' נו, ושו"ת פני יצחק (חריף) חו"מ סי' ו (יא ע"ד) כותבים שהטעם השני הוא העיקרי, ולכן המוכר אחראי גם אם הוא מוחזק.

שו"ת מגן גבורים (אשטרופא), סי' סח, לומד מטעמו השני של הרא"ש, שבאופן כללי, הולכים אחרי אומדנא גם אם הוא בניגוד ללשון ההתחייבות.

ט"ז, חו"מ, רכה, ו, כותב שאם לפני שנגע הגוי, הזהיר המוכר את הקונה שיעביר את היין במקום אחר כדי שהגוי לא יגע בו, או יחזיר לו את היין והוא עצמו (המוכר) יעביר את היין למקום אחר - הדין עם המוכר; אבל אם הקונה השיב למוכר, שהוא (המוכר) יעביר את היין למקום אחר ויישאר בבעלות הקונה - הדין עם הקונה. והסכים עמו ערוך השולחן חו"מ, רכה, ו.

יש מהאחרונים שהביאו ראיה לענין זה ממשנה טבול יום, ד, ז. ע"י שו"ת פנים מאירות חלק ב סימן קסב; שו"ת עדות ביעקב (בוטון) סי' קיב; שער משפט רכה, ס"ק ג; כרם חמר ח"ב שו"ת סי' נו; שו"ת פני משה ח"א סימן יב (כו ע"ג).

<sup>62</sup> שו"ת מהר"ם אלשיך סימן ס; ר"מ בנבנשתי, בשו"ת פני משה ח"א סימן יב (כה ע"א); ר' שמואל ׳ וילייסיד בשו"ת פני משה ח"א סימן יב (כו ע"ג); שו"ת רבי בצלאל אשכנזי סימן כח; שו"ת פני יצחק (חריף) חו"מ סי' ו (יא ע"ד, יב ע"א); שו"ת פנים מאירות חלק ב סימן קסב; פתחי תשובה חו"מ, רכה ס"ק ה; שער משפט רכה, ס"ק ג; רשמ"ח גאגין, בשו"ת בני בנימין וקרוב איש, חו"מ סי' כה (סו ע"ד); ר' רחמים יוסף פרנקו, בשו"ת בני בנימין וקרוב איש, חו"מ סי' כו (סט ע"ג).

כך עולה גם מדברי הדרושה ומקור ברוך (בתירוץ השני), שבהערה 61, שלפיהם הרא"ש מסתמך על כך שהקונה קיבל על עצמו אחריות חלקית.

גם שו"ת משאת משה חו"מ ח"א סי' לא (פג ע"ג-ע"ד) מסביר שהרא"ש מסתמך על כך שהקונה קיבל על עצמו אחריות חלקית, אבל מסביר באופן אחר מדוע הטיל את האחריות למגע הגוי על המוכר דוקא: מעיקר הדין הקונה נושא בכל האחריות, ובכך שהקונה קיבל ע"ע רק אחריות חימוץ, מובן מזה שכל השאר באחריות המוכר, גם אם לא אמר המוכר כלום, ומה שהזכיר המוכר שפיכה ושבירה הוא למעט חימוץ, ולכן כל השאר באחריות המוכר; חיוב המוכר באחריות לשפיכה ושבירה הוא רק מכח ההסכם ביניהם שהקונה יהיה אחראי רק על חימוץ, וא"כ חייב המוכר גם בחימוץ, לא בגלל דמיונו לשפיכה, אלא כי הוא חייב בכל חוץ מחימוץ. ע"פ דבריו יש להסביר שאין אומרים שבגלל שהדיוקים סותרים (כפי שציין הרא"ש), יש ספק, אלא מדויקים רק מדברי הקונה לצמצם את אחריותו, כי דבריו הם החידוש, כי לולי דבריו היה חייב בכל.

כמו כן, ר' שמואל גאון, בשו"ת פני משה חלק ב סי' לג (סג ע"א) (הובא בשו"ת משאת משה חו"מ ח"א סי' לב, דף צ ע"א) לומד מתשובת הרא"ש שהמקבל עליו אחריות לנזק מסוים, אינו אחראי לנזק אחר, ומשאת משה שם מסביר שהוא הבין שהטעם שהרא"ש הרחיב את אחריות המוכר הוא כי גם הקונה קיבל על עצמו אחריות.

**הבחנות שונות:** גם שו"ת ידיו של משה, חו"מ סי' יד, לומד מתשובת הרא"ש שהמקבל עליו אחריות לנזק מסוים, אינו אחראי לנזק אחר, אבל הוא אינו מבחין (כמו הדעה שבטקסט) בין אם הצד השני קיבל על עצמו אחריות חלקית אם לא, אלא מבחין בין נזק שכיה לבין נזק ש"שכיה ולא שכיה": הרא"ש מחייב בניסוד, כי זה שכיה ולא שכיה, ולא הזכירו אותו כי הוא פחות שכיה משפיכה, ומכאן שהוא פטור בכל נזק אחר שהוא שכיה, שאם לא כן, היה צריך להזכיר אותו, ואין לומר שלא העלה על דעתו, שהרי הוא שכיה כמו שפיכה; ובנוסף אחר שאינו שכיה כלל, פטור בלאו הכי.

שו"ת עדות ביעקב (בוטון) סי' קיב, בסופו, מסביר שבנידונו של הרא"ש, המוכר קיבל תחילה אחריות על שבירה, ומכאן שכל השאר אינו באחריותו, ואח"כ הקונה קיבל אחריות על החמצה, ומכאן שכל השאר אינו באחריותו, ולפי הכלל "תפוס לשון אחרון", הקונה פטור מאחריות על הניסוד. מדבריו עולה, שאם סדר הדיבור היה הפוך, הקונה היה אחראי על הניסוד.

**דעה חולקת:** שו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן לג וסימן ק, ושו"ת דברי ריבות סימן פא (ד"ה ועתה) לומדים מהרא"ש שם שהמקבל עליו אחריות לנזק מסוג אחד, חייב גם על נזק דומה, גם אם אינו במשמעות לשונו,

מעשה במוכר ששלח את הממכר בספינה, וקיבל על עצמו אחריות למקרה ש"שוללים שיבואו על הספינה" (שודדי ים) יקחו את הממכר, ובפועל בעלי הספינה עצמם שדדו את הממכר. ר' משה אלשיך פסק שאין זה בכלל אחריותו, כיון שזה פחות שכיח משודדי ים, שכן בעלי ספינה בדרך כלל מעוניינים לשמור על שמם הטוב, ולכן יש להניח שלא התכוון לכלול זאת באחריותו<sup>63</sup>. ואילו ר' שמואל די מדינה פסק שזה בכלל אחריותו, כי אין זה משנה מי שדד את הממכר, והסיבה שנקט "שוללים על הספינה" היא שיותר מצוי שהשוללים יבואו מבחוץ ולא שבעלי הספינה עצמם ישדדו, אבל גם זה קצת שכיח<sup>64</sup>.

מעשה במי שקנה מהקהילה את הזכות לגבות מס "שישאש" על קניית יין ובשר, והמוכרים התחייבו לפצותו אם השלטון יערער על גביית המס. הריב"ש פסק שאחריותם אינה כוללת מצב שמתמעטת גביית המס מחמת מעשי השלטון, כגון אם השלטון קבע שמי שאינו קבוע בעיר יצא מן העיר, או שהשלטון פתח במלחמה על אויביו כך שהתמעטו הקונים<sup>65</sup>.

אם התנו שהמוכר ימדוד את הממכר, והקונה יאמין לו לגבי הכמות, כלומר שהקונה אחראי לגבי בעיות בכמות, משתמע מכך שדברים אחרים, כגון אם יישרף הממכר, הם באחריות המוכר<sup>66</sup>.

---

וגם אם הוא פחות שכיח, אף שבנידונם (מהרשד"ם סי' לג ודברי ריב"ש נשאלו על אותו מקרה) הצד שני לא קיבל שום אחריות.

שו"ת בעי חיי חו"מ, חלק א סימן קנא (ד"ה ולפי), מביא את המחלוקת.

**דעה המצמצמת את אחריות המוכר גם אם חילקו ביניהם את האחריות:** שו"ת משאת משה חו"מ ח"א סי' לב (צ ע"ב), עוסק במוכר שקיבל על עצמו אחריות "יים ושוללים" (טביעה ושודדי ים), וציין סוג נזק שאינו מקבל על עצמו, ופסק שהוא פטור אם קרה דבר שלא הזכיר, מפני שבמצב כזה שיש סתירה בין הדיוקים (מתחילת דבריו משמע שהוא פטור מכל נזק אחר, ומסוף דבריו משמע שהוא חייב בכל נזק אחר), הדיוק מדבריו הראשונים גובר. למעשה, זה מקביל לנידונו של הרא"ש, שהרי האחריות לאותו נזק שלא קיבל המוכר על עצמו, מוטלת ממילא על הקונה, ובכל זאת פסק שהמוכר אחראי רק לסוגי הנזקים שקיבל על עצמו בפירוש. הוא כותב שם (בדף צ ע"ד) שזו הכרעה ודאית ולא רק ספק, ולכן דבריו אינם מתיישבים אף עם טעמו הראשון של הרא"ש, שחייב את המוכר מספק, כי הקונה בנידונו היה מוחזק.

<sup>63</sup> שו"ת מהר"ם אלשיך סימן ס. גם שו"ת מעין גנים (עבאדל) חו"מ סי' ב עמ' 27, כותב שאינו כולל שוללים מבפנים כי זה שכיח ולא שכיח, ויש אומדנא שלא התכוון לכך.

<sup>64</sup> שו"ת מהרשד"ם, חו"מ סימן ק (הובא בשו"ת פני משה ח"א סימן יב, דף כד ע"ד, ובשו"ת משאת משה חו"מ ח"א סי' לב, דף פט ע"ד).

גם שו"ת רבי בצלאל אשכנזי סימן כח, כותב על אותו מקרה, שלשון האחריות כוללת שוד ע"י בעלי הספינה, שהרי האחריות היא על הסחורה ולא על הספינה, ולגבי הסחורה, נחשבים בעלי הספינה כ"באים"; וכוונתו היתה לקבל אחריות על כל מה שיקרה בספינה, ובא למעט רק אם יגיע נזק מחמת המלכות וכדומה מאונסי היבשה, או גניבה ואבידה.

באותו מקרה, המוכר התחייב אח"כ בשטר שני אחריות לשבירת הספינה "או שישללוה", ולא הזכיר שיהיו באים מהחוץ, ולכן גם מהר"ם אלשיך (הובא בשו"ת משאת משה חו"מ ח"א סי' לא, דף פג ע"ב, ובשו"ת מעין גנים (עבאדל) חו"מ סי' ב עמ' 19) חייב את המוכר גם באחריות על מה שבעלי הספינה שדדו, מפני שבכלל משמעות "שוללים" סתם נכללים גם בעלי הספינה, ומאחר שבשטר הראשון נכתב "שוללים שיבואו על הספינה" ובשטר השני נכתב "שוללים" סתם, יש להניח שבכוונה שינו כדי לכלול כל שולל, ועוד שבשטר השני נכתב שבכל ספק שיתעורר, תהיה יד בעל השטר (הקונה) על העליונה. אורים גדולים סי' יז, לימוד קא-קב, לומד ממסקנה זו של מהר"ם אלשיך שהמקבל על עצמו אחריות על סוג של נזק, נכללים בה גם נזקים לא שכיחים מאותו סוג. גם רב אשכנזי הסתמך על לשון "שוללים" סתם שבשטר השני. גם מהרשד"ם הסתמך על מה שנאמר בשטר השני "שאם ח"ו תארע שום תקלה בדרך" המוכר אחראי.

שו"ת משאת משה חו"מ ח"א סי' לא (פג ע"א-ע"ב), עוסק במי שקיבל על עצמו אחריות על נכסים שהועברו בספינה, ופסק שהוא חייב אם רב החובל גנב את הנכסים, בנימוק שזה שכיח.

רוב דגן (עטייה), אות לטובה, אות יב, מבין שמחלוקת מהרשד"ם ומהר"ם אלשיך היא מחלוקת כללית בשאלה האם קבלת אחריות על סוג נזק מסוים, כוללת מצב שהנזק קרה באופן פחות שכיח. הוא לומד מזה שהקונה שמן, ופחד שבזמן הובלת השמן לביתו, המוכר יחליק בגלל הגשם והכלי יישבר, והמוכר אמר לו "אני חייב להביא אותו למקומך בשלום", ובדרך, תוך כדי הליכה, גוי השליך עליו אבן ונשבר הכלי - לפי מהר"ם אלשיך פטור, כי אינו שכיח, ולפי מהרש"ם חייב כי זה כלול במה שקיבל אחריות שהכלי יגיע לבית הקונה, ובגלל המחלוקת, המע"ה. הוא כותב שאם הכלי נשבר בשעת השקילה על כף המאזנים, כי ניתק החבל, חייב לכל הדעות כי זה שכיח.

<sup>65</sup> שו"ת הריב"ש סימן תכו (הובא בשו"ת נר מערבי (מלכא), ח"א סי' כב אות ט).

<sup>66</sup> משפט שלום, רכה, ו. הוא מסתמך על הדרושה (הערה 61) האומר שהטלת אחריות על הקונה לדבר אחד, מלמדת שדברים אחרים הם באחריות המוכר.

הוא מוסיף, שהיות שהמוכר התנה שיהיה נאמן לגבי המדידה, הוא צריך לומר שיש כמות של כך וכך, והרי אם נשרף, לא יוכל לומר כך, ולכן הוא חייב.

נזק שיש ספק האם הוא כלול באחריות שקיבל המוכר על עצמו, מספק הוא פטור מלשלם לקונה על הנזק לממכר, כי "המוציא מחברו עליו הראיה"<sup>67</sup>.

## ממכר שנמסר למוביל

בשלב שהנכס אינו בשליטת המוכר או הקונה אלא בשליטת מוביל - חוק הממכר שואף לדמות מצב זה למצב שאין מוביל. אם הקונה שכר את המוביל, הנכס נחשב בשליטת הקונה, ולכן המסירה והקבלה מתבצעות במקום המסירה למוביל. ואילו אם המוכר שכר את המוביל, וחווה ההובלה לא הטיל על המוביל אחריות כלפי הקונה, הנכס נחשב בשליטת המוכר, ולכן המסירה והקבלה מתבצעות במקום הייעוד. אבל אם המוכר שכר את המוביל, וחווה ההובלה **הטיל** על המוביל אחריות כלפי הקונה - אף אחד מהם לא שולט על הנכס במהלך ההובלה, ולכן החוק נקט דרך ביניים: הסיכון מוטל על הקונה כי הוא יוכל לתבוע פיצויים מהמוביל על אבדן הנכס. אבל המוכר אינו פטור לגמרי מאחריות, כיון שהוא זה ששכר את המוביל, והנחה אותו מה לעשות, ולכן הוא נושא באחריות אם האבדן נגרם בגללו<sup>68</sup>.

[יש עוד חומר - 484-491]

הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, סעיף 175(ג), משנה את המצב החוקי: "הוסכם כי הקונה יטפל בהובלת הנכס, והמוכר מסר את הנכס למוביל, אין הקונה פטור מחיוביו אם אבד או ניזוק הנכס אחרי שנמסר למוביל, מסיבה שאין המוכר אחראי לה". כלומר, הסיכון מוטל על הקונה אם "הוסכם כי הקונה יטפל בהובלת הנכס", גם אם המוביל אינו "אחראי כאמור בסעיף 8(ג)" (כפי הנוסח הקיים) היינו שאינו אחראי לקונה לפי ההסכם. טעם השינוי הוא, כפי שנאמר בדברי ההסבר שם: "במקרה שהקונה לקח על עצמו את הובלת הנכס אין זה ראוי שהמוכר ימשיך לשאת באחריות לאבדן הנכס לאחר מסירתו למוביל, אם הנזק או האבדן לא נגרמו מסיבה שהמוכר אחראי לה. במצב זה לקונה שליטה על מערכת יחסיו עם המוביל, לרבות אחריותו של המוביל כלפיו בגין אבדן הנכס". אבל שם נוספה הסתייגות: "במצב שבו העמיד המוכר את הממכר לרשות מוביל מטעם הקונה בהתאם למוסכם, והמוביל לא בא לקבל את הממכר או סירב לקבלו, יחולו הוראות סעיף קטן (ב) המוצע".

לפי המשפט העברי, העובדה שהממכר נמסר למוביל אינו משנה את הכלל היסודי, שמי שהבעלות בידו נושא בסיכון - באחריות. המוביל אחראי כלפי הבעלים כדין שומר<sup>69</sup>, אבל לא אחריות מוחלטת.

## האחריות על ממכר שאינו מסוים

אם הממכר לא היה מסוים, אלא מכר נכס אחד מתוך כמה נכסים שהיו לו מאותו סוג (כגון "אחד מהבתים שלי" או "כך וכך חביות יין"), ואבד אחד מהם, הקונה מפסיד, מפני שהמוכר יכול לטעון שאותו נכס הוא זה שנמכר<sup>70</sup>.

---

אבל שו"ת בית דוד (טעביל), חו"מ סי' א (א ע"ב-ע"ג), כותב שמי שלא קיבל אחריות מפורשת, ורק אמר "איני מקבל עלי אחריות לנזקי אש ומים", אין לדיוק מזה שקיבל עליו אחריות לנזקים אחרים, כי אולי כתב כך רק ל"שופרא דשטרא", ולגבי אש ומים חשש לשופרא דשטרא, ולנזקים אחרים לא חשש כל כך. הוא אינו עוסק במוכר אלא במוביל.

גם שו"ת ידיו של משה, חו"מ סי' יד, כותב שמי שפטור מעיקר הדין מאחריות, ואומר שלא יהיה אחראי לסוג נזק מסוים, אין להסיק מכך שיהיה אחראי לסוג נזק אחר.

<sup>67</sup> שו"ת מהר"ם אלשיך סימן ס; שו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן לג; שו"ת משאת משה חו"מ ח"א סי' לב (פט ע"ד, צ ע"ג, צא ע"א); שו"ת ר' שאול משה, סי' קד, אות א.

שו"ת הרא"ש (שצוין בהערה 61) פסק שאם יש ספק, והקונה מוחזק (שעוד לא שילם), הוא פטור מספק, כלומר מטילים על המוכר את האחריות. שו"ת דברי ריבות סימן פא (ד"ה וגדולה), עוסק במקרה שהצד השני היה מוחזק (הוא לא עסק בממכר אלא בהלוואה) ולמד מהרא"ש שמשפק המקרה כלול באחריות. מהר"ם אלשיך למד מהרא"ש לנידונו, שהמוכר היה מוחזק, והראיה מהרא"ש היא שחל כאן הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה".

שו"ת בעי חיי חו"מ ח"ב סי' לו, כותב שבמצב של ספק, המע"ה.

<sup>68</sup> זמיר §474.

<sup>69</sup> ראה על כך חוק לישראל, שומרים, עמ' 35.

<sup>70</sup> שו"ת בית שלמה (דרימר), חו"מ סי' קו; משפט שלום, רכה, ו; חוקת משפט, פרק יא, סעיף ג.

חוקת משפט מסתמך על שו"ת חו"מ ריד, יב, ורמ"א, חו"מ, רנג, יג, האומרים כך לגבי מתנה. **אם הקונה מוחזק**: השואל בשו"ת בית אפרים יו"ד, סימן עג (ד"ה אחד"ש), כותב שהטעם שהקונה מפסיד הוא מספק, שמא הנכס שלו הוא שאבד; ולכן אם הקונה מוחזק, המוכר מפסיד, מפני שייתכן שנכס שאבד

אם המוכר עדיין לא בחר איזה נכס לספק לקונה, ולפי ההסכם שביניהם היה רשאי למכור את הנכסים שברשותו ולספק לקונה נכס אחר שיקנה בעתיד, ואבדו הנכסים שברשותו, המוכר מפסיד<sup>71</sup>, ואם כבר שילם הקונה, עליו להשיב לו את כספו או לספק נכס אחר<sup>72</sup>. טעם הדבר הוא שבמצב כזה אין לקונה בעלות בממכר, אלא מוטל חיוב על המוכר לתת<sup>73</sup>, ולכן מה שאבד היה שייך למוכר<sup>74</sup>. הקונה אינו יכול לדרוש מהמוכר לספק לו נכס אחר כזה<sup>75</sup>.

אבל אם מכר כמות מסוימת של סחורה שאינה מופרדת ליחידות העומדות בפני עצמן, כגון "כך וכך יין", ואבד חלק מהסחורה שברשות המוכר, ההפסד מתחלק בין המוכר לקונה באופן יחסי, כיון שהם נחשבים שותפים בכלל הסחורה<sup>76</sup>.

אם עשו מעשה קנין, והסכימו שהקונה יכול לבחור מתוך הנכסים את הנכס שהוא רוצה, ואבדו הנכסים, המוכר מפסיד; אבל אם הסכימו שהמוכר יבחר את הנכס לפי קריטריונים שהציב הקונה, והקונה לא היה יכול לסרב לקבל נכס שעמד בקריטריונים, ואבדו הנכסים, הקונה מפסיד<sup>77</sup>.

## פירות הממכר

החוק אינו עוסק בשאלה מי זוכה בפירות הממכר בכל שלב של העיסקה, והדבר תלוי בכוונת הצדדים<sup>78</sup>.

---

אינו זה שנמכר. אבל המשיב שם (ד"ה אמנם באמת) כותב שהטעם שהקונה מפסיד הוא כי המוכר זכאי לבחור איזה נכס לתת (ראה בשמו בסעיף 4), והמוכר יכול לומר שבחר לתת דוקא את הנכס שאבד, וטעם זה שייך גם אם הקונה מוחזק.

**דעה חולקת:** רא"ש גיטין פרק ז סימן טז, כותב (לענין מתנה) שבכגון זה, נוצרת שותפות בין השניים במכלול הנכסים, כיון שלא היתה הקנאה של נכס מבורר, ולכן אם אבדו חלק מהנכסים, ההפסד מתחלק בין השניים באופן יחסי. כך הבינו ב"ח, חו"מ, רנג, כה, ש"ך, חו"מ, רנג, ס"ק יז, ושו"ת בית אפרים יו"ד, סימן עג (ד"ה ובר), את דעת הרא"ש. תרומת הדשן, שו"ת, סי' שיד, בסופו, פוסק כמו הרא"ש. אבל דרישה, חו"מ, רנג, כה, ביאור הגר"א, חו"מ, רנג, ס"ק כו (בקיצור), וקרוב נתנאל, על הרא"ש שם, אות ט, כותבים שהרא"ש כותב כך רק אם נתן כמות מסוימת של יין, ומודה שאם אמר "כך וכך חביות", ואבדו חלקם, יכול המקנה לטעון שאלו שאבדו היו של הקונה.

בית אפרים שם (ד"ה ובר) כותב שלדעת הרא"ש, גם אם צד אחד מוחזק, ההפסד מתחלק באופן יחסי, כי אין ספק בדבר. והוא כותב שגם לפי הרא"ש, אם המוכר טוען "כבר בחרתי נכס מסוים לתת לך ומת או נפל", הקונה מפסיד הכל.

<sup>71</sup> תוס' ב"מ סד ע"ב (ד"ה האי) (הובא בט"ז יו"ד סי' קעג ס"ק יז); שו"ת רבי עקיבא איגר מהדורא קמא סימן קלד (ד"ה ומ"ש מעכ"ת); שו"ת חתם סופר יורה דעה, סימן קד (ד"ה היוצא); משפט שלום, רכה, ו; חוות דעת קסט"ק סי' לח.

אבל משפט שלום מעלה אפשרות שאם הסכימו שיתן לו מהנכסים **שבביתו**, הקונה נושא באחריות. מצד שני הוא מעלה ספק, לגבי מי שמכר כמות מסוימת של י"ש, והיו בביתו כמה כלים, בכל אחד מהם אותה כמות שמכר, והקונה היה מחויב לקבל את הי"ש עד זמן פלוני, והמוכר היה מחויב למדוד לו את הי"ש בשעת הקבלה, ולפני הזמן נשבר כלי אחד - אולי המוכר לא יכול לומר "שלך אבד" כי עדיין לא נמדד על חשבון הקונה, וכמו שאחריות החסרון על המוכר, כך גם אחריות שבירה על המוכר.

<sup>72</sup> שו"ת בית שלמה (דרימר) או"ח סי' פג.

<sup>73</sup> ראה על כך בדיונו בסעיף 4.

<sup>74</sup> שו"ת בית שלמה (דרימר) או"ח סי' פב וסי' פג (הובא במשמרת שלום, רכה, ו), וחו"מ סי' קו.

<sup>75</sup> שו"ת בית שלמה (דרימר) או"ח סי' פג (הובא במשמרת שלום, רכה, ו).

<sup>76</sup> שו"ת בית שלמה (דרימר) או"ח סי' פב; משפט שלום, רכה, ו; חוקת משפט, פרק יא, סעיף ג.

בית שלמה וחוקת משפט מסתמכים על תוס' גיטין סו ע"א (ד"ה כד), ורשב"א המובא במגיד משנה הל' זכיה, יא, כב, הכותבים לענין מתנה, שאם נתן כמות מסוימת של יין והחמיצה חבית אחת, מפסידים באופן יחסי.

**דעה חולקת:** ח"י הרמב"ן, גיטין סו ע"א, כותב שגם אם נתן כמות של יין, ואבד חלק, יכול לומר שהיין של המקבל החמיץ.

ר"ן על הרי"ף, גיטין לב ע"א (בדפי הרי"ף), מביא את שתי הדעות.

<sup>77</sup> חכמת שלמה, חו"מ, ריד, יב. נראה שבמקרה הראשון מדובר שהיתה לקונה אפשרות לא לקנות כלום, ולכן אף נכס לא היה קנוי לו, ולכן לא הפסיד.

<sup>78</sup> זמיר 452§.

## הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי

הצעת "חוקי ישראל ע"פ ההלכה":

(א) אבד או נתקלקל הממכר לפני שהקונה קיבל אותו -

(1) לפני ששולם המחיר, משוחרר הקונה מחיוביו, זולת אם אבד או נתקלקל, מסיבה שאין המוכר אחראי לה;

(2) אחרי ששולם המחיר, ואחרי שהמוכר עשה את המוטל עליו למסירתו והקונה הפר את חובתו לקבלו, משוחרר המוכר מאחריותו.

(ב) הוסכם על הובלת הממכר והמוכר מסרו למוביל האחראי כאמור בסעיף 8(ג), אין הקונה משוחרר מחיוביו אם אבד או נתקלקל הממכר אחרי שנמסר למוביל, מסיבה שאין המוכר אחראי לה; למעט אם התחייב המוכר להביא את הממכר לבית הקונה.