

עבודה סופית במשפטית בנושא

חוזה אסור/פסול

תאריך: ינואר 2017

העבודה מוגשת בחסות העמותה של נוער שוחר משפט עברי

הקדמה

שמי גיא תורן, והנני תלמיד בעמותת נוער שוחר משפט עברי באוניברסיטת בר אילן. השנה למדנו על דיני חוזים ונושא זה עניין וסיקרן אותי מאוד. לדעתי בסיס קיומה של כל חברה תלוי בכללים שהיא קובעת לחבריה. דיני החוזים מתפרשים על תחומים רבים ומגוונים בחיינו ונוטלים חלק בשגרת היום יום שלנו בין אם אנחנו שמים לב לכך ובין אם לאו. לדיני חוזים חשיבות מכרעת בכל הקשור לעיצוב חברתנו וקביעות נורמות התנהגות והתנהלות בחברה. החוזה הוא הסכמה חברתית המוכרת על ידי החוק והניתנת לאכיפה על ידי בית המשפט. החוק, ובאמצעותו, בתי המשפט, מעניקים סעדים למי שנפגע כתוצאה מהפרת חוזה, לרבות סעד הפיצויים. חוזה יכול לרוב להיכרת בעל פה. העובדה שהחוזה אינו כתוב אינה פוגמת בהסכמה שבין

הצדדים (לכלל זה מספר חריגים בדינים שונים. הבולט בחריגים אלה, בדין הישראלי, הוא חוזה לרכישת מקרקעין החייב להיכרת בכתב). מכיוון שדיני החוזים הינם נרחבים וחלים גם בשלבים שטרם כריתתו ואף לאחר כריתתו של הסכם, עניין אותי הנושא של חוזה פסול/אסור, מה מותר ומה אסור, מהו בעצם חוזה פסול ומדוע. לצערי, מפאת קוצר הידיעה לא דנתי בנושא ההשלכות והתרופות במקרים דגן.

תוכן עניינים

1. מבוא
2. כללי
3. חוזה פסול במשפט העברי
4. חוזה פסול בדין הישראלי
5. סיכום
6. הערות שוליים
7. ביבליוגרפיה

מבוא

סעיף 1 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים") או "החוק" אינו מגדיר מהו חוזה, אך קובע תנאים רבים בהתקיימם הופך החוזה למחייב את הצדדים לו. העדר ההגדרה למעשה, מעניקה גמישות ומאפשרת לראות כחוזה מחייב גם חוזה שקיבולו היה בהתנהגות, גם מסמך בכתב בין עשרות עמודים וגם מסמך בין מספר שורות בלבד יכול שיהיה מסמך מחייב ובלבד שהתנאים לכריתתו של חוזה התקיימו.

בסעיף 30 לחוק נקבע: "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור- בטל.

מטרת העבודה לבחון את עמדת המשפט העברי והישראלי לדורותיו ביחס לתוקפם של הסכמים פסולים או אסורים ומידת קיומם.

כללי

סעיף 1 לחוק החוזים קובע כי " חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול לפי הוראות פרק זה. ההוראה הפותחת של חוק החוזים אינה עוסקת במשמעותו העיונית של המושג "חוזה" אלא מפנה אותנו מיידית לתהליך כריתת החוזה, בעשותה שימוש בשני המונחים הטכניים המתארים תהליך זה, הלוא הם הצעה וקיבול.

המסר הנובע מסעיף 1 לחוק ברור לחלוטין. סעיף 1 לחוק קובע כי חוזה הינו תהליך אשר בכריתתו שותפים שני אנשים, צדדים, או שני גופים, בהתאם לנסיבות ואין זה כלל משנה כיצד נעשה החוזה ביניהם, אם זה בכתב, התנהגות ועוד. החוזה למעשה מאפשר לצדדים את החופש להסכים על תוכנו ועל ביצועו (כמובן שבכפוף למגבלות החוק).

דיני החוזים משתייכים לתחום הרחב של המשפט הפרטי, וזאת במובחן מהמשפט הפלילי ומהמשפט הציבורי. המשפט הפרטי הוא זה המסדיר את היחסים שבין אדם לחברו. בתוך המשפט הפרטי מהווה דין החוזים חלק מתוך הענף הנקרא "דיני חיובים", הכולל גם את דיני הנזיקין ודיני עשיית עושר ולא במשפט. דין החוזים מבוסס על מתן תוקף לרצונו של הפרט: הפרט הוא הקובע האם ליטול על עצמו חיובים משפטיים, את תכנם ואת היקפם. מכאן, שהיסוד החשוב ביותר בתופעה החוזית הוא הרצון של הצדדים, והמטרה המרכזית של דיני החוזים הינה לתת כלים בידי הצדדים לממש את ציפיותיהם הסבירות המבוססות על הסכמה ביניהם.

חוק החוזים נכנס לתקפו בשנת 1973 וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א- 1970 (להלן: "חוק התרופות") נכנס לתקפו בשנת 1971, וכל אחד מהם חל רק על חוזים שנכרתו לאחר תחילת תוקפו. על חוזים שנכרתו לפני כן חל הדין הקודם. חופש החוזים הינו זכות יסוד של כל אדם במדינה דמוקרטית, והוא מוזכר בנשימה אחת עם חריות יסוד אחרות כגון: חופש הביטוי, חופש העיסוק, חופש הקניין וכו'. יש הרואים בחופש החוזים את הבסיס האמיתי לכל דרך הטיפול של הדין בחוזים: אם חוזים נכרתו מתוך חופש לא נותר לדין אלא לתת לצדדים כלים לאכוף את התחייבויותיהם. מקובל לדבר על שלושה פנים של חופש החוזים, אשר ביחד משלימים את המכלול שלו ואלו הם: **חופש ההתקשרות, חופש החוזים התכני, חופש החוזים הצורני.**

לסיכום, החוק מכיר בעיקרון של חופש החוזים על שלושת הפנים שלו, אולם הוא הטיל הגבלות על חופש זה, והמגמה הניכרת ברחבי העולם, כולל במדינת ישראל, בעשרות השנים האחרונות, הינה של צמצום חופש החוזים וריבוי גדל והולך של ההגבלות עליו. לאור האמור לעיל, הרי שהסכם חוקי זוכה לתמיכה מבתי המשפט אשר עומד מאחוריהם. לעומת זאת, כאשר מדובר בהסכמים לא חוקיים (כמו למשל הסכם בין עבריינים) בתי המשפט לא יאכפו אותו ולא יתנו לו כל תוקף (גם אם הצדדים יבקשו שכן לאכוף אותו). "חוזה פסול" לא רק שהינו בלתי אכיף אלא בעצם בטל ומערכת המשפט עומדת ניצב כנגדו. עד שהונהג חוק החוזים התבססו בתי המשפט על אקסיומות שלפיהן בית המשפט "לא ילכלך את ידיו" בטיפול בחוזה פסול, ומ"עילה בת עוולה לא תצמח עילת תביעה". הכלל היה שבית המשפט משאיר את הצדדים במצב אליו הביאו את עצמם. תיאורטית החוזה הוא בטל אך בית המשפט לא יפסוק לטובת צד שנתן את התמורה שנקבעה בחוזה, שעה שהצד השני לא קיים את חלקו. חוק החוזים שינה עמדה זו שישודה על ידי כך שהכיר בסעיף 31 לחוק בזכות ההשבה של צדדים לחוזה הבטל מחמת אי חוקיות, כפוף לכוחו של בית המשפט לשלול זכות זו. כן הוסמך בית המשפט, אם צד אחד קיים את חלקו, להורות על קיום החוזה הבטל מחמת אי חוקיות. אולם בעוד שהדין הנוגע לתוצאות אי החוקיות שווה מיסודו, נמנע המחוקק מלשנות את הדין בנוגע לשאלה איזהו חוזה פסול. בעניין זה כפי שנקבע בסעיף 30 לחוק כאמור לעיל, יש ניסוח כללי הקובע כי החוזה פסול אם הינו בלתי חוקי, בלתי מוסרי או נוגד את תקנת הציבור.

חוזה פסול במשפט העברי

נושא חוזים אסור/פסול נדון במשפט העברי בתקופותיו השונות במסגרת נושאים שונים ומגוונים של חוזים. ראוי לציין שמרבית הכתיבה בנושא מוגבלת לדוגמאות פרטיות המתחלקות לקטגוריות שונות ובעיקר בהסכמי עבודה, אך לא רק. עם זאת, ריבוי הדוגמאות מעלה עקרונות מנחים בטיפול בנושאים שונים. בחיבורו המקיף בנושא, הגדיר שילם ורהפטיג הסכמי עבודה אסורים כ"הסכמים בהם הפעולה שצד אחד התחייב לעשותה או התמורה שהצד השני התחייב לשלמה, עומדות כולן או חלקן בניגוד לדין, למוסר הציבור או לתיקון עולם"¹. כאשר נעשה הסכם עבודה בניגוד לדין, כל עוד הפעולה לא נעשתה לא ניתן לתבוע ביצוע (שהרי בית המשפט אינו יכול לאכוף ביצוע של פעולה לא חוקית) לכן, במקרים בהם הפעולה כבר נעשתה, ייתכנו שלושה מצבים:²

- א. הסכם עבודה בו הפעולה כולה הינה בלתי חוקית: לדוגמה במקרה של תשלום שכר לעד שקר. מסירת עדות שקר הינה פעולה אסורה מדאורייתא.³ ממעשה המסופר בתלמוד אנו מבינים כי גם השוכר אדם להעיד עדות שקר מבצע מעשה לא חוקי שכן דינו מלקות בית דין.⁴
- ב. הסכם עבודה בו התמורה שהתחייב לתת בעל הבית לפועל נגועה, כולה או חלקה באי חוקיות: לדוגמה תשלום שכר לפועל על עבודה שנעשתה בשבת. במקרה זה התמורה (שכרו של הפועל) היא הנגועה באי החוקיות משום שיש בכך מעין עשיית משא ומתן בשבת, האסורה מדרבנן.⁵ לעומת זאת הפעולה עצמה לא חייבת להיות לא חוקית היות וכל עוד אין הפועל מקבל שכר עליה איננה נחשבת כמלאכה (לדוגמה שמירה על פרה).⁶
- ג. הסכם עבודה בו גם הפעולה וגם התמורה הינן בלתי חוקיות: למשל שכירת פועל לעשיית יין נסך,⁷ שהיא פעולה אסורה מדאורייתא כשלעצמה, וגם מתן שכר על פעולה זו אסור מדרבנן, ולפועל אסור ליהנות ממנו.⁸

יש לציין כי בכלל ההסכמים העומדים בניגוד לדין נכללים גם הסכמים המנוגדים למנהג. שכן למנהג תוקף של מקור משפטי, באמצעותו מוענק לציבור כוח של יצירת דין.⁹ דוגמה לכך ניתן למצוא בהלכה ממשנה תורה, לפיה לא ניתן להכריח פועל לעבוד בשעות החורגות מן המקובל במקום מגוריו. כמו כן, על המעביד לספק לפועל מזון, כל זאת על פי מנהג המקום. חוזה עבודה שלא עונה על תנאים אלה נחשב כחוזה אסור, משום שנוגד את מנהג המקום בו האדם גר.¹⁰

הסכמי עבודה בניגוד למוסר

קטגוריה זו כוללת הסכמים שלא ברור אם הם אסורים על פי דין כמו למשל הסכם עם זונה לשלם לה אתנן בעד יחסי מין (ראה פירוט בהסכמי עבודה הנוגדים את הדין).

הסכמי עבודה בניגוד לתקנת עולם

הסכמי עבודה מסוג זה הם אסורים משום שהם פוגעים בזכויות מוגנות של הפועל עצמו או של פועלים אחרים ואף באינטרסים מוגנים של הציבור בכללותו, אותם החברה מעוניינת לשמר ולפתח.¹¹

לעיתים הפגיעה אינה בגוף ההסכם עצמו. לדוגמה הסכם שיש בו משום השגת גבול, והכוונה היא להסכמים הנעשים בין פועל ובעל בית, כאשר ההסכם כשלעצמו כשר ואינו פסול, אך הוא נעשה תוך השגת גבול של פועלים אחרים, העומדים להתקשר או שכבר התקשרו עם אותו מעביד.¹² הסכמים מסוג זה יכולים להיות בעלי השפעה על הפועל גם לאחר תקופת העבודה, למשל הסכם שיש בו תנאי לאיסור מלאכה, לפיו מתחייב הפועל כלפי מעבידו שלא לעסוק במלאכה מסוימת.¹³ תנאי איסור מלאכה בא להבטיח את המעביד נגד תחרות מצד הפועל במלאכה שהפועל רכש ידע בה בתקופת השכירות. הוא פסול משום שהוא מגביל את חופש הפרט להתפרנס ולהרוויח בהתאם

לכישוריו, ופוגע גם באינטרס הציבור לקבל שירות מבעלי מקצוע בעלי ניסיון.¹⁴ יש לציין כי כיום ניתן למצוא מקבילה במסגרת חוק עוולות מסחריות תשנ"ט-1999 לגבי גניבה של סודות מסחריים.

מהו דין חוזה אסור? וכיצד דין זה מבטא את יחס ההלכה כלפי התופעה?

עתה אסקור את הדין בסוגים השונים של הסכמי עבודה אסורים. האם הסכמים כאלה בטלים מעיקרם? או שהם שרירים וקיימים ואם כן באיזו מידה?

הדין בסוג הראשון: הסכמי עבודה העומדים בניגוד לדין

הסכמים בהם הפעולה כולה נגועה באי חוקיות: נדגים את הדין בהסכמים מסוג זה לפי חוזה שכירות עד שקר. בתלמוד מסופר על עד שקר שבעת מתן עדותו לבית הדין, מעל בשולחיו וסיפר כי עדותו לא מהימנה. בית הדין קבע שאינו חייב להחזיר את התשלום שקיבל על עדותו "מאתיים זוז נתונים לך במתנה" ואילו מי ששכר אותו "ימתח על העמוד (למלקות)" שכן הוא מפר חוק.¹⁵ השימוש במונח מתנה הוא בעייתי ויש המפרשים כי השכר שניתן לעד השקר הוא אינו בבחינת שכר אלא מתנה. רש"י טוען כי השכר הוא קנס, שנקנס השוכר וניתן לעד ע"י בית הדין.¹⁶ ר' יעקב רישא תומך במסקנתו של רש"י וטוען כי בכל מקרה אחר, יהיה צריך עד השקר להחזיר את שכרו.¹⁷ מכאן לכאורה יוצא כי בשכירות עד שקר אין משלמים שכר לעד. אולם, נראה כי טעמה של הלכה זו טמון בכך כי עד השקר לא השלים את שליחותו (שהרי סיפר לבית הדין כי עד שקר הוא) ולכן אינו זוכה בשכרו.¹⁸

נראה כי במקרה בו העד כן משלים שליחותו, ומוסר את העדות- יש לשלם לו את השכר,¹⁹ ואם העד זכה לשכרו, אין הוא צריך להשיבו.²⁰

הסכמי עבודה בהם התמורה נגועה באי חוקיות: את הדין בהסכמים מסוג זה נדגים לפי תשלום שכר לפועל על עבודה שביצע בשבת. האיסור לעבוד בשבת הינו איסור מדאורייתא "לא תעשה כל מלאכה אתה ובנך ובתך ועבדך ואמתך..."²¹ בתלמוד נאמר כי פועל שנשכר ליום השבת בלבד, אינו רשאי ליטול שכר בעד עבודתו בשבת ואילו פועל שנשכר לתקופה ארוכה הכוללת שבתות בתוכה, רשאי לקבל שכר על תקופת עבודתו כיוון ששכרו על עבודתו בשבת "נבלע" בתוך השכר.²² על אף זאת נראה כי גם הסכם לעבוד בשבת בלבד הוא בר תוקף, ובלבד שנעשה בקניין הראוי לו.²³ בשולחן ערוך נפסק כי תשלום שכר בשבת הינו אסור, אך במידה ומעסיק שילם לעובדו שכר על עבודה בשבת אין מחזירים את המצב לקדמותו, העסקה תקפה.²⁴

סוגיה מעניינת היא תשלום שכר על פעולה שנעשתה בשבת שהיא בגדר מצווה. בעוד לפי הרטב"א ורבינו יחיאל אין לקבל שכר על פעולה שהיא מצווה שנעשתה בשבת, רוב הפוסקים סוברים שהאיסור לקחת שכר על עבודה בשבת חל רק על עבודה שאיננה לצורך מצווה ואילו על עבודות שהן בגדר מצווה (כגון חזן, תוקע בשופר) מותר לקבל שכר. הסיבה לכך היא שהעיסוק בדבר מצווה לא נראה כמשא ומתן האסור ביום שבת (ראה לעיל).²⁵ נדגים זאת באמצעות מקרה בו מלמד אדם בישיבה ומתקשה להגיע אליה ביום שבת. הוא מעוניין לשכור מלמד שיחליפו רק לימי שבת, בתמורה לשכר. רבי ציץ אליעזר משיב לו כי היות וללימוד תורה הינו מצווה ויש דרישה ורצון ללימוד תורה ביום שבת, והיות והוא אינו יכול להגיע ביום שבת לישיבה ואם לא ישכור מלמד להחליפו לא יהיה מי שמלמד תורה בשבת, ניתנת לו הרשות לשכור מלמד ליום השבת ולשלם לו שכר על כך.²⁶

הסכם עבודה בו גם הפעולה וגם התמורה אינן חוקיות: נדגים זאת לפי המקרה של עשייה ביין נסך שהוצג לעיל. הרב שאול משה מבחין בשתי אפשרויות במקרה זה:²⁷

א. הפועל ידע שהוא נשכר בכדי לעשות ביין נסך. במקרה זה הסכם העבודה הינו בר תוקף אך בעל הבית פטור מלשלם לפועל את שכרו, כיוון שאסור לפועל ליהנות מן השכר.

ב. הפועל הוטעה ע"י בעל הבית ולא ידע שהוא נשכר בכדי לעשות ביין נסך. במקרה זה הן ההסכם והן השכר עומדים בעינם. כיוון שהפועל הוטעה ולא ידע כי הוא מיועד נשכר לשם פעולה זאת, על בעל הבית לשלם לו את שכרו כדי שלא ייצא חוטא נשכר (הרי שאם בעל הבית הטעה את הפועל הוא חוטא ובמידה ולא ישלם לו יצא נשכר).

נראה כי גם במקרה הראשון וגם במקרה השני הסכם העבודה הינו בעל תוקף. ההבדל ביניהם הוא בתשלום השכר, כאשר במקרה הראשון היות והפועל פעל במזיד, הוא אינו יכול לקבל שכרו מאחר וידע כי הפעולה הינה אסורה ולכן אסור לו ליהנות מן השכר בעבורה.

הסכמי עבודה בניגוד למוסר

ראינו כי הסכמי עבודה בניגוד לדין הינם ברי תוקף (אם כי לא תמיד יקבל הפועל שכר בעבורם) לכן קל וחומר כי הסכמי עבודה בניגוד למוסר הינם ברי תוקף. דוגמא לכך הוא הסכם עם זונה בעבור יחסי מין. תופעת הזנות הייתה ידועה לשמצה בתקופת המקרא,²⁸ אך האיסור עליה אינו נוקשה כאיסורים אחרים, כגון עונש המוות על כישוף או על עבודת אלילים לסוגיה.²⁹ חז"ל אינם אומרים בשום מקום שהזנות אסורה מן התורה, אך הם מתייחסים אליה כאל תופעה לא רצויה האסורה הלכתית.³⁰ הרמב"ם הוא אולי הפוסק המדבר חד-משמעית נגד הזנות, וקובע כי היא אסורה מדאורייתא.³¹ לכן, כיוון שאין הסכמה כוללת באשר לאם הפעולה אסורה על פי דין תורה ההתייחסות לתופעה הינה בעיקר כאל תופעה לא מוסרית. בהסכם קיום יחסי מין עם זונה, חייב הבעל לשלם את שכרה ובמידה ולא עושה זאת, יכולה הזונה לתבוע שכרה בדין.³²

הסכמי עבודה בניגוד לתיקון העולם

בחלק זה אתייחס לשני סוגי ההסכמים שיש בהם משום סתירה לתיקון העולם אותם ציינתי לעיל:

השגת גבול

המשפט העברי מבחין בהקשר זה בין שני סוגי השגת גבול:

בשעה שפועל עומד במו"מ עם בעל הבית נכנס פועל אחר להסכם עם אותו מעביד. דין זה ידוע בתלמוד כ"דין עני המהפך בחררה (עוגה) ובא אחר ונטלה".³³ מדובר למעשה בהכשלת מו"מ (ובמקרה שלנו בנוגע להעסקה) ע"י מתחרה.³⁴ בנוגע לשאלה באיזה שלב של המו"מ נחשב אדם למהפך בחררה (ז"א שאדם שיגזול ממנו את המו"מ ייחשב כרשע) קיימת מחלוקת בין הפוסקים. לפי והמהר"ם מרוטנבורג אדם נחשב כמהפך בחררה בשלב במו"מ בו נקבע כבר השכר, אך עדיין ההסכם אינו בר תוקף ומחייב.³⁵ במידה ולא נקבע השכר, אין האדם נחשב למהפך בחררה היות ובעל הבית רשאי לבוא במו"מ עם מי שמוכן להציע את המחיר הנמוך ביותר. המהרש"ך חולק על המהר"ם וטוען כי אדם יחשב כמהפך בחררה בשלב מוקדם יותר של המו"מ, עוד לפני תחילת המו"מ.³⁶

ר' יצחק נפתא הכריז כי האדם הגוזל את המו"מ הוא "רשע" ולכאורה ניתן ללמוד מדבריו כי מי שגזל מו"מ ממעסיק עם חברו חייב להחזיר את מה שגזל, אולם רוב הפוסקים מפרשים כי ההלכה היא ש"נוטל החררה" אינו צריך להחזירה.³⁷

חמור מדינו של מי שנוטל הסכם עבודה שאיננו תקף עדיין, הוא דינו של מי שנוטל הסכם עבודה חתום ותקף. מקרה זה מכונה "דין עני שהגיעה חררה לידו ובא אחר ונטלה".³⁸ במקרה זה הנוטל נקרא לא רק רשע אלא גם גזלן, והדין הוא שמסלקים אותו ומוציאים מידו את מה שנטל.³⁹ לפי ר' חיים מצאנז, בנוסף לסילוקו של משיג הגבול אף גובים ממנו מה שהרוויח תוך כדי השגת הגבול, ומוסרים אותם למי שגזל ממנו.⁴⁰ במקרים מסוימים אף עלולים לקחת ממנו את ההסמכה לעסוק במקצוע בו הוא עוסק (למשל שוחט).⁴¹

שונה המקרה בו משיג הגבול משכנע את בעל הבית לפטר את הפועל הראשון ולהעסיקו במקומו. במקרה זה אין מוציאים מידי משיג הגבול את שנטל, אבל הוא נקרא רשע, משום שהתערב בפרנסתו של חברו.⁴² בכל אופן, במידה ובעל הבית רוצה בשכירותו של הפועל השני במקום הפועל שנשכר לו מקודם, אין כאן איסור השגת גבול.⁴³ יש החולקים על דעה זו וטוענים כי אין זה משנה מי יזם את קבלת משיג הגבול (המשיג עצמו או בעל הבית) ובכל מקרה הוא נקרא רשע ונוטלים מידו את מה שהשיג.⁴⁴

צמצום חשוב בהלכה זו נובע מן הטעם של אינטרס הציבור. במקרה כזה מצטמצמת ההגנה הניתנת לנפגע (מי שגבולו הושג) על מנת להגביר את התחרות בתחומים מסוימים, ולהביא ליעולם.⁴⁵ דוגמא לכך אנו מוצאים בהלכה במלמד תינוקות.⁴⁶ לפי הרמב"ם, גם אם מגדל תינוקות השיג את גבולו של מלמד תינוקות אחר שהיה במקום לפניו, אין בכך משום השגת גבול, משום שכך תיווצר תחרות שתהיה לתועלת התלמידים, ותשמור על רמת ההוראה.⁴⁷

תנאי איסור מלאכה

לעיתים בכתב האיסור עצמו (האוסר על הפועל לעסוק במלאכה מסוימת מחוץ למקום עבודתו) מתחייב הפועל לפצות את בעל הבית בשל נזקים שייגרמו לו עקב הפרת האיסור.⁴⁸ נהוג לכלול בכתב האיסור שבועות נדרים וחרמות, ונראה כי כל איסור מלאכה שאין בו נדר או שבועה רופף, והעובר עליו אינו נתון לסנקציה (אלא אם כן נקבע אחרת בהסכם).⁴⁹

איסור זה פוגע הן בפועל והן בציבור (כפי שהוזכר לעיל) אך אינו נוגד את הדין שהרי הכלל הוא שכל תנאי שבממון קיים.⁵⁰ במידה והאיסור בניגוד לטובת הכלל (ברוב המקרים ינגוד איסור עבודה את האינטרס הציבורי), אף אם הוא כולל בתוכו נדר או שבועה, הרבנים נוהגים להקל על התרתו אף בלא הסכמת מי שהנדר או השבועה הם לטובתו,⁵¹ כך גם לגבי מי שאיסור העבודה לא היווה תנאי הכרחי להתקשרותו בהסכם העבודה.⁵²

איסור העסקה פוגענית

מעניין בהקשר זה להתייחס לאיסור עבודת פרך והעסקה פוגענית במשפט העברי. נראה כי שילם ורהפטינג, בחר לא להתייחס להסכמי עבודה מסוג זה, אך נראה לי כי מדובר בהסכמי עבודה אסורים לכל דבר ועניין. קשה לקבוע אם הסכמים מסוג זה נחשבים פסולים משום היותם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים, או נוגדים את תיקון עולם:

בלתי חוקיים: במקרא נאמר "לא תרדה בו בפרך".⁵³ ומהי עבודת פרך שנאמרה במקרא? לא רק עבודה תחת איומי שוטים עד אפיסת כוחות הנעשית בתנאים תת אנושיים, שהיא בוודאי עבודת פרך, אלא גם עבודה בתנאים הרבה פחות מזעזעים,⁵⁴ כגון עבודה שלא הוקצב לה זמן מראש או עבודה שאין בה תוחלת, לפי מנהג המקום.⁵⁵

כך שנראה כי העסקה פוגענית נוגדת דין תורה, ולפחות את מנהג המדינה שגם לו מוקנה תוקף של מקור משפטי (ראה לעיל).

בלתי מוסריים: לפי הרמב"ם מצווה המעביד למלא את חובתו המוסרית לנהוג עם עובדיו לפנים משורת הדין (למרות שמבחינה פורמלית עבד כנעני הוא רכוש אדוניו) ולא להסתפק רק בשמירה על זכויותיו המשפטיות הפורמליות.⁵⁶

נוגדים את תיקון עולם: כאמור לעיל הסכמים מסוג זה אסורים מכיוון שנוגדים זכויות מוגנות של הפועל או של פועלים אחרים ואף של הציבור בכללותו. נראה כי ביחסי עבודה שיש בהם משום העסקה פוגענית נפגע כבוד העובד וחירותו שהינו ערך המועלה על נס במשפט העברי, וניתן ללמוד עליו מדיני עבד עברי המעניקים מחד גיסא הגנה על העובד באופן שלא יהיו יסודות של עבדות

בהתחייבותו של העובד לעבוד ומאידך גיסא, נקבע כי יתרונות שהוענקו לעבד יהיו גם מנת חלקו של העובד (לדוגמא הגבלה על תקופת התחייבותו של העובד,⁵⁷ זכות הפועל לחזור בו מהסכם העבודה⁵⁸ וכו').

נראה כי הסכמים כאלה מתאימים להיכלל אף תחת כל הקטגוריות. בכל מקרה, גם אם יש בהעסקה כזאת משום הפרה של ההסכם או משום חוזה פסול (יכול להיות מתאים לפי שלו לאי חוקיות בביצוע ובמקרים מסוימים בתוכן או במטרה)⁵⁹ לפי השו"ת בנושא נראה כי בקביעת המבחן להעסקה פוגענית אין להידרש רק לשיקולים אובייקטיביים אלא גם, ואולי רק לשיקולים סובייקטיביים. לכן מספיק שיש לעובד חשש שייפגע כבודו בכדי למנוע ממעבידו לכפות עליו העסקה פוגענית. במקרה ובכל זאת נעשתה העסקה כזאת פוסקים לטובת העובד, חוזה העבודה יבוטל או שיאכפו על המעסיק תנאי העסקה ראויים.⁶⁰

המבצע את הפעולה הבלתי חוקית יישא בעונש הקבוע בדין למעשהו אך החוזה עצמו יהיה תקף ושריר, בכדי למנוע מצב בו חוטא יוצא נשכר. ניתן לזהות מגמה של הגנה על זכויות העובד ובעיקר על כבודו, כך שלא יצא מצב בו עובד יבצע עבודה מסוימת ולא יקבל עליה שכר (זונה רשאית לתבוע אתננה בדין, פועל הנשכר לעשיית יין נסך בלי ידיעתו זכאי לשכרו), ערך כבוד העובד בא לידי ביטוי גם בהתנגדותה העקרונית של ההלכה לעבדות והעסקה פוגענית ולניצול יחסי מרות על ידי המעביד, ובניסיון לשמור על חופש העיסוק של העובד ועל זכותו להתפרנס בכבוד הבאה לידי ביטוי בהלכות השגת גבול ותנאי מלאכה. נראה כי זכויות העובד יכולות לסגת רק בפני האינטרס הציבורי (לדוגמא במקרה של צמצום ההלכה בדבר השגת גבול למלמד תינוקות) וגם זאת רק במקרים חריגים. המשפט העברי מאפשר הגשת תביעה גם בגין חוזה שהוא בניגוד להלכה, או בגין תביעת נזיקין שיסודה במעשה אסור. אמנם את ביצוע העבירה אי אפשר לאכוף על יד ביה"ד⁶¹, אך ניתן לתבוע את קיומם של חיובים אחרים לפי חוזה, או השבת מה שניתן על פיו באיסור, בין שהיה האיסור מן התורה ובין שהיה האיסור מדרבנן⁶². עם זאת, יש מקרים כפי שראינו לעיל בהם החוזה עצמו בטל. לסיכום החלק לגבי הסכמי עבודה, נראה כי לפי המשפט העברי, הכלל הינו כי חוזה פסול תקף לענין ההתחייבויות הצומחות ממנו לאחר ביצוע העבודה.

דוגמאות נוספות במשפט העברי

איסור ריבית

פסק בשולחן ערוך⁶³

"מקח שנעשה באיסור כגון, שהוסיף בשווי המקח בשביל המתנת המעות... ונתקיים בקנין או באחד מדרכי ההקנאות, המקח קיים, ויתן כשער של היתר, ואין אחד מהם יכול לבטל המקח"⁶⁴
המדובר באדם שקנה מחבירו חפץ ששואה מאה, אבל מפני שלא היה לקונה כסף לשלם מיד, הסכימו ביניהם שהקונה ישלם לאחר זמן, ובעבור המתנת הזמן יוסיף על דמי החפץ, וישלם מאה ועשרים. תוספת כזו אסורה משום איסור ריבית. ולכן, ישלם הקונה בפועל רק את שווי האמיתי של החפץ ביום הקניה. ואין אחד מהם יכול לבטל את העסקה⁶⁵
וכתב משנה למלך⁶⁶:

"ואם תאמר, היכי אמרינן שמקח שנעשה באיסור קיים, והלא בפרק קמא דתמורה איפליגו אביי ורבא... ורבא סבירא ליה דלא מהני, ופשיטא דהלכה כרבא...
שאלת המשנה למלך היא, כיצד המקח יכול להתקיים, והרי ההלכה כדעת רבא במסכת תמורה, שכל העושה דבר שהתורה אסרה לעשותו, אין למעשהו תוקף. והוא מתרץ, שאין במעשה המכירה

כשלעצמו איסור, אלא בלקיחת הריבית, ומשבטל חלק זה, אין בעיסקה איסור. מה שאינו כן בדוגמאות המובאות במסכת תמורה.

איסור שבת

פסק הרמב"ם⁶⁷ :

"המוכר או הנותן בשבת, ואין צריך לומר ביום טוב, אף על פי שמכין אותו [מכת מרדות, שעבר על דברי חכמים] מעשיו קימין. וכן כל מי שקנו מידו בשבת [בקנין סודר], הקנין קיים, וכותבין [השטר] לאחר השבת ונותנין". וכן פסק בשולחן ערוך⁶⁸ ומקודם בתוספתא⁶⁹

נישואי איסור

דוגמא מעניינת המלמדת עד כמה נמנעו חז"ל לפגוע בהתחייבויות חוזיות, אע"פ שהן נעשו על ידי מעשה אסור, אנו רואים בהלכה הבאה⁷⁰ :

"הנושא אחת מחייבי לאוין, אם הכיר בה [ידע דבר האיסור] יש לה עיקר [כתובה] ותוספת כל תנאיה. ומיהו [אבל], מזונות אין לה אלא לאחר מותו, אבל בחייו אין לה... (ואם זן אותה, מעשה ידיה שלו).

המדובר בבני זוג שאסורים להינשא זה לזה, באיסור לא תעשה, כגון כהן וגרושה. הבעל ידע את דבר האיסור, ואף על פי כן נשא את האשה⁷¹ והתחייב לה את החיובים המקובלים בנישואין (כתובה, תוספת וכל שאר תנאי הכתובה, מזונות, כסות, מדור וכד'). נאמר על כך בגמרא⁷², שהוא חייב בכל מה שהתחייב, אף על פי שמדובר בנישואין אסורים⁷³. פרט לחיוב אחד שחז"ל הפקיעו באופו זמני, והוא חיוב המזונות כל ימי חייו הבעל. הטעם שהפקיעו את חיוב המזונות, הוא מפני שעליהם להתגרש, ואם תהיה האשה זכאית למזונות, יש חשש שתתעכב אצלו. אבל עכשיו שאינו חייב לפרנסה, תהיה היא מעוניינת גם כן להתגרש⁷⁴

מכירת קרקע בארץ ישראל לצמיתות

בתורה נאמר⁷⁵ "והארץ לא תימכר לצמיתות, כי לי הארץ". משמעות האיסור היא, שבזמן שהיובל נוהג, כל מכירה של קרקע מוגבלת עד היובל, ואז חוזרת למוכר. ואם עבר ומכר לצמיתות, פסק הרמב"ם⁷⁶ : "ואם מכר לצמיתות, שניהם עוברין בלא תעשה, ואין מעשיהן מועילין, אלא תחזור השדה לבעליה היובל"⁷⁷

מכירת 'יפת תואר'

היוצא למלחמה ולקח בשבי אישה למטרת נישואין, אם אינו חפץ אחר כך לשאתה, אינו רשאי למכרה לאחר, וחייב לשחררה לחופשי. ופסק הרמב"ם⁷⁸ : "ואם מכרה אינה מכור, ומחזיר הדמים"⁷⁹

יבם שמכר בנכסי אחיו המת

אדם שמת ללא ילדים, אשתו חייבת ביבום (להנשא לאחי הבעל) או בחליצה (ולאחר החליצה היא רשאית להנשא לכל אדם). כאשר היא מתיבמת, זוכה האח המיבם בכל עזבונו אחיו המת, ואין שאר האחים יורשים דבר. אולם נכסים אלה משועבדים לפרעון כתובת היבמה, אם תתאלמן שנית במות היבם, או אם יגרשנה היבם. משום כך אסרו החכמים על היבם למכור מן הנכסים שירש מאחיו. עוד נאמר בגמרא⁸⁰, שאם מכר-המכירה בטלה. וכן פסק הרמב"ם⁸¹ : "אין היבם יכול למכור...ואם מכר...לא עשה כלום, שכבר נתחייבו נכסים אלו לאלמנה לגבות מהן כתובתה"⁸²

מכירת איסורי הנאה

כתב הרמב"ם⁸³: "וכל איסורי הנייה בין מן התורה ובין מדבריהם מחזיר [המוכר] את הדמים ואין בהם דיין מכירה כלל". כלומר, נמוכר דבר שאסור בהנאה, כגון פירות ערלה, כאלים או בשר וחלב שהתבשלו יחד, והקונה לא ידע מן האיסור, המכר בטל מעיקרט, ואפילו נאכל הדבר בשוגג על ידי הקונה, ואי אפשר להשיבו למוכר⁸⁴, חייב המוכר להשיב הדמים לקונה. ודן המשנה למלך⁸⁵, מה הדין כשהקונה ידע שהדבר אסור בהנאה, ובכל זאת התחייב לשלם למוכר תמורתו? האם יוכל המוכר לתבוע את התמורה מן הקונה בדין?, שיש בדבר זה מחלוקת בין הפוסקים⁸⁶

שכר הקשור לאיסור עבודה זרה

כאשר העבודה או השכירות (בין שכירות בהמה וכלים, ובין שכירות מקרקעין) קשורים לאיסור 'עבודה זרה' או לאיסור 'יין נסך', אסרו חז"ל גם את השכר עצמו⁸⁷

חווה פסול בדין הישראלי

חקיקת חוק החוזים שינתה את התפיסה שהייתה שלטת קודם לכן בנושא החווה הפסול. תפיסת היסוד של הדין הקודם ראתה בחווה פסול דבר טמא, שאל לבית המשפט "ללכלך את ידיו" בו, ולכן בית המשפט נמנע מלטפל בחוזים פסולים. הדין בוסס על שתי הנחות יסוד:

1. "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות התביעה": לא ניתן להגיש תביעה על בסיס חוזה הנגוע באי חוקיות.

2. "חטאו שניהם כאחד, יד הנתבע על העליונה": במקרה ששני הצדדים שותפים לאי- החוקיות, מכיוון שהנתבע מנוע מלהגיש את תביעתו התוצאה היא שהנתבע בעצם זוכה.

התוצאה הבלתי נמנעת של המצב הקודם הייתה, שמי מהצדדים שהצליח לקבל יותר על בסיס החוזה לפני שהיחסים שיניהם התערערו- זכה, כי יריבו היה מנוע מלתבוע. חוטא יצא לעתים נשכר. החוק החדש בנוי על תפיסה שלפיה בית המשפט מתערב גם בחוזים פסולים מתוך מטרה לאזן בין שני אינטרסים: האחד- מניעה והרתעה של הצדדים לחוזה ושל הציבור הרחב מלכרות חוזים פסולים: השני- איזון בין הצדדים לחוזה כך שלא ייצא חוטא נשכר.

מהו "חוזה פסול"?

על פי סעיף 30 לחוק החוזים "חוזה פסול" הוא חוזה "שכריתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור". האפשרויות השונות אינן מצטברות, כך שכל אחת מהאפשרויות המנויות בסעיף בנפרד מולידה חוזה פסול.

כריתה בלתי חוקית: כאשר נפל פגם בהליך כריתתו של החוזה, כגון עירייה הכורתת חוזה ללא קבלת אישור שר הפנים⁸⁸ או עירייה המוסרת עבודה לקבלן שאינו רשום כדין⁸⁹ **תוכן בלתי חוקי:** חוזה שכלולים בו סעיפים שתוכנם נוגד את החוק כגון חוזה לביצוע מעשה פלילי וכד'.

מטרה בלתי חוקית: "מטרת החוזה" הכוונה למטרה של הצדדים לחוזה כפי שהייתה בעת כריתתו. הדוגמאות הנפוצות לכך הן חוזים שיש לצדדים להם מטרה להונות רשויות. למשל חוזה מכר דירה הנוקב מחיר נמוך מהמחיר האמיתי כדי להפחית באורח לא חוקי את החבות במס⁹⁰. בעבר נקבעו כמה הלכות משנה לגבי הוכחת אי החוקיות של חוזה כזה. נקבע, כי הנטל להוכחתה של טענת אי החוקיות הוא על מי שטוען אותה, ונדרשת הוכחה ניצחת לאי החוקיות. עוד נפסק כי העובדה שהמחיר הנקוב אינו המחיר האמיתי- אין די בה כדי לשמש ראיה לפסלות החוזה⁹¹, נדרשת הוכחה חיזונית נוספת כדי להראות כי מטרת נקיבתו של הסכום הייתה השתמטות מתשלום מס⁹², אם כי ייתכן שציון המחיר הכולל יכול לשמש ראיה לכאורה לקיום מטרה פסולה.

תקנת הציבור

בסעיף 30 נאמר, כי גם החוזה הסותר את תקנת הציבור הינו חוזה פסול. כמו בעניין תום הלב כך גם בעניין זה אין המחוקק מפרט מהי "תקנת הציבור", והוא הותיר לבתי המשפט למלא מושג זה בתוכן ולהחליט מתי להשתמש בו ובאיזה אופן. כללית ניתן לומר שתקנת הציבור היא אותם עקרונות יסוד ואינטרסים בסיסיים של הציבור.⁹³ חוזר השופט ברק (כתארו אז) על מספר עקרונות יסוד בעניין: " גם לעניין תקנת הציבור, מוטל על בית המשפט לקבוע את תכנו בכל חברה נתונה ובכל עת נתונה... בית המשפט חייב ליתן ביטוי לתפיסות היסוד של החברה שבה חי ופועל... עליו להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב... המצפון הציבורי הכללי ואת השכנוע ההערכתי של החברה באשר להתנהגות הראויה והבלתי ראויה ביחסים החוזיים בין הפרטים... העיקרון של "תקנת הציבור" משקף את תפיסות היסוד של השיטה, ואלה משתנות עם השינויים הכלליים החלים בעם ובמדינה". בפסק הדין הזה נדון חוזה להקמת מצבה אשר אסר כיתוב לועזי וציון תאריך גרגוריאני על המצבה, גם אם משפחת הנפטר ביקשה זאת. השופט ברק קבע כי תניה זו סותרת את תקנת הציבור, מכיוון שהיא פוגעת באופו ממשי וקשה

בכבוד האדם. השימוש שנעשה בתקנת הציבור במקרה קסטנבאום לא היה השימוש המקובל בעקרון זה. בדרך כלל נעשה שימוש בתקנת הציבור בשלושה מקרים:

- א. תניות פטור בחוזים אחידים;
- ב. הגבלת חופש העיסוק: לדוגמא, בית המשפט השתמש בתקנת הציבור לפסילה או לשינוי של תניות בחוזים שהגבילו את היכולת של עובדים שפרשו להתחרות במעבידיהם הקודמים, כאשר הגבלות אלו היו בלתי סבירות מבחינת משך הזמן שלהן או מבחינת פרישתן הגיאוגרפית;
- ג. אישות ומשפחה: לדוגמא, הסכם בין הורים הפוגע בילדם הקטין עלול להיפסל על בסיס סתירתו את תקנת הציבור. תקנת הציבור היא אפוא אמת מידה שיפוטית כללית, אשר תוכנה ויישומה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. המושג "תקנת הציבור" הוא "מושג שסתום", אשר ההחלטה הסופית בדבר משמעותו ותוכנו, כמו גם בדבר "יישומו בנסיבות כל מה שקרה, מסורה לבית המשפט. כדבר הנשיא (דאז) ברק: "בקביעת היקפה של "תקנת הציבור" נדרשת עריכתו של איזון פנימי בין ערכים ואינטרסים מתנגשים. בפרשת זגורי קבע הנשיא (כתוארו אז) ברק כדלקמן: "בכל מקרה על בית המשפט לשקול מחד גיסא את הערך החברתי שבהגשמות האוטונומיה של הרצון הפרטי (המצדיקה הכרה בתוקף החוזה) ומאידך גיסא את הערכים החברתיים אשר החוק הספציפי מבקש להגשים (המצדיקים אי הכרה בתוקף החוזה). אם בית המשפט מגיע למסקנה כי הגשמת מטרת החוק מחייבת התערבות באוטונומיה של הרצון הפרטי, הוא יקבע כי החוזה הוא 'בלתי חוקי'. מסקנה זו אינה מחייבת בכל מה שקרה בו הסכם מפר הוראת חוק. יתכן כי הגשמת תכלית החוק תעשה על ידי הטלת סנקציה (משמעותית, מינהלתית, פלילית) על צד לחוזה, מבלי להשפיע על תוקפו של החוזה. פגיעה בחוזה הוא עניין רציני, שכן הוא פוגע באוטונומיה של הרצון הפרטי. פגיעה זו מוצדקת רק אם הגשמת מטרת החוק אינה מתיישבת עם המשך קיומו של החוזה. בעקבות פס' הדין זגורי ניתן היה לומר כי ההסדר הנורמטיבי הקבוע בסעיפים 30-31 לחוק בדבר החוזה הפסול חל על כל אחד מהחוזים שחוקים בישראל עושים אותם ובלבד שאין בחוק הספציפי הסדר השולל את תחילתו של הדין הכללי.

דיון נוסף מעניין הינו חופש העיסוק מול תקנת הציבור. במשפט הישראלי, מהווה חופש העיסוק זכות יסוד המעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק (שנתקבל בכנסת ביום כ"ו באדר התשנ"ד (9 במארס 1994) בזכותו החוקתית של כל אזרח או תושב של המדינה לעסוק בכל עיסוק, מקצוע, או משלח יד. עם זאת, ברור כי הזכות לחופש העיסוק אינה בלתי מוגבלת. במאמרו של מנחם גולדברג, "חופש העיסוק: מזכות יסוד לחוק יסוד" הוא מונה שורת הגבלות חוקיות על חופש העיסוק). הגבלה חוזית על חופש העיסוק היא אפשרות, אך תשובה לביקורת במסגרת תקנת הציבור. האינטרסים הציבוריים המוגנים במסגרת זו הם מורכבים ומגוונים. מצד אחד, לחברה עניין בהגנה על זכותו היסודית של כל פרט לבחור את עיסוקו ולעסוק במקצועו ובמשלח ידו, וכן גם בקיום מסחר חופשי ותחרות חופשית. מנגד, גם לעקרון חופש החוזים, התומך בחוזים שנכרתו כדת וכדין, ושואף לאכיפתן של התחייבויות הכלולות בהם גם אם הן מגבילות את חופש העיסוק של אחד הצדדים, יש מקום נכבד בציון בתקנת הציבור ובאיזון הפנימי של ערכים במסגרתה. כיבוד חוזים והתחייבויות אף היא חלק חשוב של תקנת הציבור וביטוי שלה. בהלכה תקדימית נקבע כי הגבלת חופש העיסוק של עובד לאחר פרישתו מן העבודה איננה התחייבות חוזית מפורשת, והיא

חייבת לעמוד בתנאי כפול: שהיא דרושה להגנת האינטרסים הלגיטימיים של המעביד, ושהיא גם לטובת הציבור.

השוואה בין הדין העברי לדין הישראלי

במשפט העברי אנו למדים כי כל עוד כאשר נעשה הסכם בניגוד לדין והפעולה לא בוצעה הרי שלא ניתן לתבוע ביצוע (שהרי בית המשפט אינו יכול לאכוף ביצוע של פעולה בלתי חוקית).

ניתן לראות כי בתי המשפט, בתי הדין והמלומדים השונים במהלך כל התקופות בהיסטוריה של העם היהודי, ניסו למצוא פתרונות כיצד במקרים בהם מדובר בחוזה לא חוקי ופעולה כן חוקית, ניתן לקיים לפחות את הפעולה. נראה כי כן ניסו לאכוף ולתמוך או לשלם למי שאינו "אשם" בעובדה שמדובר בחוזה בלתי חוקי.

המבצע את הפעולה הבלתי חוקית ישא בעונש הקבוע בדין למעשהו אך החוזה יהיה תקף ושריר בכדי למנוע מצב בו חוטא ייצא נשכר.

בדין הישראלי, בעבר חוטא יצא לפעמים נשכר.

בדין הנוהג כיום, בית המשפט מתערב גם בחוזים פסולים מתוך מטרה לאזן בין מניעה והרתעה של הציבור שלא לכרות חוזים פסולים ובין כך שחוטא לא ייצא נשכר.

לפיכך, אנו רואים שקיימים עקרונות דומים מאוד בין הדין העברי לדין הישראלי. לטעמי, הן בדין העברי והן בדין הנוהג הרי שבעצם נקטו בתי המשפט בעיקרון העיפרון הכחול שמשמעותו הינו שצד נפגע עקב הפרת חוזה אזי בית המשפט יכול לקחת סעיף או כמה סעיפים מחוזה ולהכיר בהם כתקפים בעוד ששאר החוזה ייחשב כבלתי תקף. משמעות העיקרון שהחליט העיפרון הכחול היא סימבולית – בית המשפט כמו מסמן בעיפרון כחול את הסעיפים שהחליט להשאיר בחוזה (או להיפך – להוציא מהחוזה). עיקרון העיפרון הכחול בא לידי ביטוי בסעיף 19 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג – 1973.

העיקרון חשוב בחוזים שלא ניתן לקיימם, למשל: חוזים הנוגדים את תקנת הציבור, או שהם בלתי חוקיים. בית המשפט לא ימהר לאכוף חוזה בלתי חוקי, אולם הוא לא יתקשה להוציא מתוך החוזה את החלקים החוקיים ולאכוף אותם, או לאכוף את החוזה ללא החלקים הלא חוקיים שבו.

כאשר מתחילים להפריד בין סעיפים מסוימים בחוזה לבין סעיפים אחרים קיים תמיד חשש של גגיעה בכוונת הצדדים וברצונם להתקשר בחוזה כפי שהוא כמקשה אחת, שהרי אילו הצדדים היו יודעים מראש שרק חלק מהחוזה יקוים, ספק אם היו מתקשרים בחוזה מלכתחילה. כדי למנוע מצב זה קובע סעיף 19 לחוק החוזים כי אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה כולו. כלומר – בידי הצד הנפגע מהפרת החוזה להחליט האם ניתן לבטל את כל החוזה או רק חלק ממנו.

סיכום

כאשר עמדו בפני האפשרויות השונות לבחור נושא לעבודה, חשבתי לעצמי שברצונו למצוא נושא קצת שונה ואילו אף שנוי במחלוקת והייתה לי הרגשה כי חוזה אסור יכול לענות לקריטריונים הנ"ל. במהלך הכנת העבודה הבנתי כי בחירתי הייתה נכונה וקלעה בול למטרה. הן במשפט העברי והן במשפט הנהוג כיום בישראל, בסוגיית החוזה הפסול אסור ובלתי חוקי קיים מתח מתמיד ובלתי ניתן ליישוב בין סוגים שונים של שיקולים (כגון השיקול התוצאתי של הרתעה מפני ביצוע עבירות פליליות לעומת השיקול של הגשמת הצדק החוזי בין הצדדים לבין עצמם) ובתוך כל אחד מסוגי השיקולים (כגון השאיפה להרתיע מפני ביצוע עבירות פליליות לעומת החשש מהרתעת יתר). באורח כללי יותר, באים לידי ביטוי בסוגיה זו המתחים הכלליים בין שיקולי צדק בדיעבד (בין הצדדים לבין עצמם ובין הצדדים לחברה בכללותה) לבין שיקולים תוצאתיים, בין ודאות משפטית לצדק ובין הפן הפרטי לפן הציבורי של דיני חוזים. מתחים אלה מאפיינים את סוגיית הנושא הפסול והם שבים ומתעוררים מחדש כמעט בכל מקרה הבא בפני בית המשפט. לדעתי מוטלת על המחוקק ועל בתי המשפט אחריות כבדה ועיצוב דיני החוזה הפסול ובייחוד בהכרעה בסכסוכים הנוגעים בפסול חוזה.

הערות שוליים

1. ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, כרך א', עמ' 178-151, תשמ"ב(להלן: דיני עבודה במשפט העברי)
2. שם, בעמ' 151
3. שמות כי י"ב
4. בבלי, ראש השנה, כב ע"ב
5. בבלי, שבת ק"ג א'
6. תוספתא שבת פ"ח הלכות ז, חו-ט: דיני עבודה במשפט העברי, לעיל ה"ש 1 בעמ' 154
7. משנה תורה, עבודה זרה, סב ע"א.
8. שם
9. מ' אלון, המשפט העברי- תולדותיו, עקרונותיו, מקורותיו, עמ' 713 (מהדורה שלישית, ירושלים, תשמ"ח)
10. משנה תורה, משפטים, הלכות שכירות, פרק ט', הלכה א'.
11. דיני עבודה במשפט העברי, להלן ה"ש 1, בעמ' 160.
12. שם
13. שם, בעמ' 174
14. שם.
15. בבלי, ראש השנה, כב ע"ב
16. רש"י בבלי, ראש השנה, כב, ע"ב, ד"ה מאתיים
17. שמות יעקב, ח"א סימן קמה
18. דיני עבודה במשפט העברי, להלן ה"ש 1, בעמ' 156
19. שו"ת שבות יעקב, חלק א', סימן קמ"ה
20. בעל התיבנות, סימן ט' ס"ק א' (ביאורים)
21. דברים ה יג
22. תוספתא שבת פ"ח הלכות, חו-ט
23. דיני עבודה במשפט העברי, להלן ה"ש 1, בעמ' 156
24. שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קצה סעיף י"א
25. שו"ת הריטב"א, י"ג, סימן ט"ז
26. שו"ת ציף אליעזר, ח"ג סימן כ"ח
27. שו"ת רבי שאול משה, סימן עא'
28. משלי ו כו: שם ז, ט-י: שם כג, כז
29. אברהם נ' טננבואים " אל תחלל את בתך להזנותה על עבירת הזנות" פרשת השבוע גיליון 249 (תשס"ו)
30. שו"ת הריב"ש, סימן תכ"ה
31. משנה תורה, הלכות איסורי בואה, פרק כא, הלכה כב.
32. הרמ"א, חו"מ סימן פז, סעיף א
33. בבלי קידושין, נט ע"א
34. נ' רקיבק המסחר במשפט העברי, עמק 123, תשמ"ח. (להלן: המסחר במשפט העברי)
35. בבלי, בבא בתרא נד, סימן תקנ"א
36. שו"ת מהרש"ב, ח"א סימן נא
37. שו"ת המהרש"ל סימן ל: שו"ת המהרש"ב, ח"א, סימן נט.
38. דיני עבודה במשפט העברי, להלן ה"ש 1, בעמ' 162
39. שם
40. דבר חיים, ח"ב, יו"ד, סימן ב'
41. שו"ת ר' שניאור זלמן, שו"ע יו"ד, סימן ט'

42. שו"ת הרשב"א, ח"ו, סימן רנט
43. דיני עבודה במשפט העברי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 164
44. שו"ת מהרש"ם, ח"א, ח"מ, סימן קנא
45. המסחר במשפט העברי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 120
46. בבלי, בבא בתרא כא, ע"ב
47. משנה תורה, הלכות תלמוד תורה, פרק ב', ז
48. המסחר במשפט העברי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 118
49. שו"ת מהריא"ז ענזיל, סימן יוד
50. דיני עבודה במשפט העברי, להלן ה"ש 1, בעמ' 175
51. שו"ת מהרש"ם, ח"ב סימן כב
52. שו"ת הרי בשמים, סימן ח'.
53. ויקרא כה מו
54. מיכאל ויגודה, "בין זכויות חברתיות לחובות חברתיות במשפט העברי", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (י' רבין וי' שני עורכים) עמ' 223, תשס"ה.
55. משנה תורה, הלכות מתנות עניים, פרק י', הלכה ז'.
56. משנה תורה, הלכות עבדים, פרק ט' הלכה ח'.
57. דברים טו יג
58. בבלי, בבא מציעא י', ע"א
59. גבריאלה שלו, דיני חוזים, החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי, בעמ' 507-505 (הוצאה לאור בע"מ, התשס"ה-2005) (להלן: ג' שלו)
60. שו"ת מהר"י ברונא, סימן רמא: שו"ת חוות יאיר, סימן קו
61. בשו"ת הריב"ש, סימן תפד, דן בהתחייבות של ולוה, שאם לא יפרע את החוב במועד, שיהא המלווה רשאי לאסור אותו בבית הכלא, או להשתעבד בו עד פרעון החוב. לאחר שהוא מוכיח באריכות, שאין מועיל תנאי בדבר כזה, שהוא נוגע לצער הגוף הוא מסיים דבריו: "ואף אם נתחייב בזה בשטר, והיה התנאי מועיל מן הדין... איך יהיו בי"ד נזקקין לסייעו בדבר האסור, וכל שכן שאין התנאי מועיל".
62. על ההבדלים שבין איסורי תורה ואיסורי דרבנן לענין זה, ראה שוחטמן, שם, עמ' 80-100.
63. חו"מ, סימן רח, סעיף א.
64. וראה רמב"ם, הלכות מלוה ולוה, פרק ח, הלכה א, ובמפרשים שם, לענין ביטול המכר והחזרת הממכר. עוד על מכירה ביוקר בגלל המתנת מעות, והאופנים המותרים על פי ההלכה, ראה ברית יהודה (בלוי), הלכות ריבית ועיסקא, פרק כב.
65. לדעת המשנה למלך, הלכות מלוה ולוה, פרק ח, הלכה א, יכול המוכר לומר, מה שהסכמתי להמתין עד לקבלת המעות היה מפני שהתחייבת לשלם לי תוספת במחיר. עכשיו שאינך משלם את התוספת משום איסור ריבית, איני רוצה להמתין. לכן, שלם מיד, או שתחזיר הממכר. במקרה זה יוכל הקונה לומר, הואיל ואינך מוכן להמתין עד המועד שקבענו לתשלום, אני רוצה לבטל העיסקה.
66. הלכות מלוה ולוה, פרק ח', הלכה א.
67. הלכות מכירה, פרק ל, הלכה ז.
68. חו"מ, סימן רלה, סעיף כח.
69. ביצה, פרק ד, הלכה ד. וראה על כך באריכות, שוחטמן, שם, עמ' 116-130
70. שו"ע, אה"ע, סימן קטז, סעיף א. על פי כתובות, דף ק ע"ב-קא ע"ב
71. בכגון זה הנישואין תופסים אלא שעליהם להתגרש בגט.
72. כתובת, שם
73. כשאר הנישואין אסורים באיסור כרת, כגון נישואי אח ואחות.
74. ראה: יבמות, דף פה ע"א, ורש"י שם, ד"ה לאחר מיתה.

75. ויקרא, כה, כג
76. הלכות שמיטה ויובל, פרק יא, הלכה א.
77. יש שביארו, שביטול המכר הוא מן ההלכה ש"כל מאי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני", אלא שאם היה הדבר כך, היה המכר צריך להתבטל מעיקרו, ואילו מלשון הרמב"ם משמע, שהמכר נשאר בתוקף עד שנת היובל.
78. הלכות מלכים, פרק ח, הלכה ו.
79. יש שפירשו שהמכירה בטלה מכח ההלכה ש"כל מאי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני" הנ"ל, וכאן נאסרה המכירה עצמה. ויש שפירשו, שזכות הקניין של המוכר, שלקח את האישה בשבי לשם אישות ובא עליה במלחמה, הוגבלה לנישואין בלבד. מה שאינו כן בשבוי שנלקח בכיבוש מלחמה, שיש בו קניין גמור כעבד.
80. כתובות, דף פא, ע"ב
81. הלכות אישיות, פרק כב, הלכה יא.
82. יש שפירשו את ביטול המכר, האיסור שהטילו חז"ל על עצם המכירה. ולמדו מכאן, שמי שנשבע שלא למכור או לתת דבר, ועבר על שבועתו, אין במעשיו כלום.
83. הלכות מכירה, פרק טז, הלכה יד.
84. ראה להלן סעיף 9- השבה בלתי אפשרית
85. שם, ד"ה המוכר
86. ראה דבריו שם באורך. עוד כתב) שם, ד"ה וראיתי, בשם בעל התרומות, שער מו, חלק ו, סוף סימן ב)
87. לפרטי ההלכות ראה, שו"ע יו"ד, סימן קלג סעיף א.
88. ע"א 85\65 עירית נתניה נ' נצ"ב נתניה, פ"ד מ(3) 29.
89. ע"א 84\195 עירית נהריה נ' ימין, פ"ד מ(3) 266
90. ע"א 78\311 הווארד נ' מיארה, פ"ד לה(2) 505 : ע"א 80\533 אדרעי נ' גדליהו, פ"ד לו(4) 281.
91. פ"ד מו(2) 464, 532

ביבליוגרפיה

מקרא:

שמות כ' י"ב

דברים ה' יג.

דברים טו' יג.

ויקרא כה' מו.

משלי ו' כו; שם ז', ט-י; שם כג, כז.

תלמוד בבלי:

בבלי, ראש השנה, כב ע"ב.

בבלי, שבת, ק"ג א'.

תוספתא שבת פ"יח הלכות ז', ח ו-ט;

בבלי, בבא בתרא כא, ע"ב.

בבלי, בבא בתרא נד, סימן תקנ"א.

בבלי, בבא מציעא י', ע"א.

בבלי, קידושין, נט ע"א.

בבלי, ראש השנה, כב ע"ב.

תוספתא שבת פ"יח הלכות ז', ח ו-ט'.

משנה תורה לרמב"ם:

משנה תורה, עבודה זרה, סב ע"א.

משנה תורה, משפטים, הלכות שכירות, פרק ט', הלכה א'.

משנה תורה, הלכות איסורי ביאה, פרק כא, הלכה כב.

משנה תורה, הלכות תלמוד תורה, פרק ב', ז'.

משנה תורה, הלכות מתנות עניים, פרק י', הלכה ז'.

משנה תורה, הלכות עבדים, פרק ט' הלכה ח'.

שולחן ערוך:

שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קצה סעיף י"א.

שו"ת:

שו"ת שבות יעקב, חלק א', סימן קמ"ה.

שו"ת הריטב"א, י"ג, סימן ט"ז.

שו"ת ציץ אליעזר, ח"י"ג סימן כ"ח

שו"ת רבי שאול משה, סימן עא.

שו"ת הריב"ש, סימן תכ"ה.

שו"ת מהרש"ד, ח"א, סימן נא

שו"ת המהרש"ל, סימן לו;

שו"ת המהרש"ד, ח"א, סימן נט.

שו"ת ר' שניאור זלמן, שו"ע יו"ד, סימן ט'.

שו"ת הרשב"א, ח"ו, סימן רנט

שו"ת מהרש"ם, ח"א, ח"מ, סימן קנא.

שו"ת מהריא"ז ענזיל, סימן יוד.

שו"ת מהרש"ם, ח"ב, סימן כב.

שו"ת הרי בשמים, סימן ח'.

שו"ת מהר"י ברונא, סימן רמא; שו"ת חוות יאיר, סימן קו.

מקורות אחרים:

בעל התיבות, סימן ט' ס"ק א (ביאורים)

דבר חיים, ח"ב, יו"ד, סימן ב'.

הרמ"א, חו"מ, סימן פז, סעיף כה

רש"י בבלי, ראש השנה, כב, ע"ב, ד"ה מאתיים.

שבות יעקב, ח"א סימן קמה.

מאמרים:

אברהם נ' טננבוים " אל תחלל את בתך להזנותה' על עבירת הזנות" פרשת השבוע גיליון 249 (תשס"ו).

מיכאל ויגודה, "בין זכויות חברתיות לחובות חברתיות במשפט העברי", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (ני רבין וני שני עורכים) עמ' 233, תשס"ה.

אליאב שוחטמן "מעשה הבא בעבירה, תוצאותיה של אי- חוקיות במשפט העברי ובמשפט המדינה" פרשת השבוע גיליון מס' 112 (תשס"ג).

אייל זמיר, החוזה הבלתי חוקי ותוצאותיו- אחרי שלושים שנה. [law/huji.ac.il](http://law.huji.ac.il)

מנחם גולדברג, חופש העיסוק מזכות יסוד לחוק יסוד, הפרקליט מא (תשנ"ד), 291.

אברהם שיינפלד, מורשת המשפט בישראל בעריכת נחום רקובר. תרופות בשל הפרת חוזה, אכיפה, ביטול או פיצויים בהוצאת מורשת המשפט בישראל. ספריית המשפט העברי ירושלים תשס"ח-2008 יצא לאור בסיוע משרד התרבות והספורט- מינהל התרבות.

ספרים:

גבריאלה שלו, דיני חוזים, החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי, בעמ' 505-507 (הוצאה לאור בע"מ, התשס"ה-2005) (להלן: ג' שלו).

ני רקובר, המסחר במשפט העברי, עמ' 123, תשמ"ח.

ש' והרפטינג, דיני עבודה במשפט העברי, כרך א', עמ' 178-151, תשמ"ב.

מ' אלון, המשפט העברי- תולדותיו, עקרונותיו, מקורותיו, עמ' 713 (מהדורה שלישית, ירושלים, תשמ"ח).

דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים כרך ב' תשנ"ג-1992

ש' והרפטינג, דיני עבודה במשפט העברי, כרך א', עמ' 178-151, תשמ"ב.

גבריאלה שלו, דיני חוזים, החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי, בעמ' 505-507 (הוצאה לאור בע"מ, התשס"ה-2005).

ישראל מוסינזון, דיני חוזים. ניהול נדל"ן. landtax.co.il/books/nihul-nadlan.

פסיקה:

ע"א 311/78 הניה הווארד נ' נסים מיארה ואח', פ"ד לה (2) 505, פסקה 4 בפסק דינו של השופט אלון. (1980)

ע"א 466/83 אג'מיאן שאהה, ארכיהגמון בכנסיה הארמנית בירושלים נ' הארכיהגמון יגישה דרדריאן, פ"ד לט(4) 734, פסקה 5 לפסק דינו של השופט אלון. (1986)

ע"א 386/74 פלוני נ/ אלמונית, פ"ד ל (1) 383, 387-388.

חקיקה:

חוק החוזים (חלק כללי), התשלי"ג-1973, ס"ח 2.
חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.