

# מאורות תורת המשפט

תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

גליון מספר 29

נשלח חינם מידי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com)

ה' בטבת תשע"ו

## גביית קנס המעוגן בחוזה

### המקרה

בחוזה רכישת דירה היה סעיף שקובע היטל קנס כספי (חד פעמי) על הקונה אם יבטל את העסקה או אם לא ישלם במועד שנקבע. תוך כדי משא ומתן דיווח הלקוח, כי ברשותו סכום כסף המיועד לרכישת הדירה, שמצוי בהליך מסוים בבנק, וצפוי (על סמך בירור עדכני) אכן לעמוד בזמני התשלום שנקבעו. לרוע המזל, הפקידה בבנק היתה בחופשה, ובבנק לא אישרו את המשך ההליך עד שובה, כך שהלקוח איחר לשלם בכמה ימים מהמועד שנקבע.

**טענת המוכר:** יש לקיים את הסעיף בחוזה שהוסכם ע"י הצדדים, שאף נעשה עליו קניין.

**טענת הלוקח:** המוכר היה מודע למשאבים שהיו ברשותו להמשך התשלומים, וכי לא היה צפוי עיכוב בתשלומים, כך שסעיף זה בחוזה לא נכתב מתוך גמירות דעת מוחלטת, והינו פטור מלשלם.

### תשובה

תנאי שלא קיים בשל אונס, אינו מחייב. אך הודעה קודמת שלא מעוגנת בהסכם אינה מהווה תנאי לעסקה ולקנס שעימה. לכן יש לבחון את מידת החיוב בקנסות המצויים בחוזה.

קונה שהתחייב בחוזה בגובה קנס המגלם את שווי ההפסדים שיגרמו בשל חזרתו בו מהמקח או בשל עיכוב בתשלומים הגורם נזק והפסד ממוני למוכר, מחויב לשלם את שיעור הנזק והקנס.

אם הקנס קצוב בתמחור גבוה מהנזק, והחוזה אינו מנוסח באופן המועיל, יוכל הלקוח לטעון קים לי ולהפטר, פרט למצבים בהם ישנו מנהג לחייב בקנס על ההפסד הנגרם, שבהם יהא מחויב לשלם זאת מכח המנהג.

אך אם כבר גבו את הקנס, יוכל המוכר לטעון קים לי כשיטות המחייבות ולהשאיר בידו את גובה הנזק בלבד, ולהשיב את יתר הדמים שגבה כקנס.

אם נתן את דמי הקנס מיד בעת חתימת ההסכם, יוכל המוכר לטעון קים לי כשו"ע בס"י רז סעי' יא, ולהשאיר בידו את כל דמי הקנס, אף שלא ארע נזק והפסד כלל (אם התחייב כן בחוזה).

ניתן לעגן בחוזה חיוב בקנס גבוה ומוגזם, אם החוזה מנוסח באופן המועיל. לדעת השו"ע יעשה כעצת חכמי ספרד שיתחייב מיד בקנס או מעכשיו, ולדעת הרמ"א יוכל לכתוב שנעשה בבי"ד חשוב.

### נימוקי הדין

איתא בגמ' בב"מ בדף קד: 'ההוא גברא דקבל ארעא מחבריה, אמר אי מוברנא לה יהיבנא לך אלפא זוזי. אוביר תילתא. אמרי נהרדעי, דינא הוא דיהיב ליה תלת מאה ותלתין ותלתא ותילתא. רבא אמר, אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא. ולרבא, מאי שנא מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא. התם לא קא גזים (ופרש"י: 'אינו מקבל עליו דבר גוזמא אלא כמשפט, ולא אסמכתא היא, דהכי אפסדיה'), הכא כיון דקאמר מילתא יתירתא, גוזמא בעלמא הוא דקגזים'. הרי שסבר רבא שבכל התחייבות מוגזמת ישנו חיסרון של

אסמכתא, שלא מתכוון לחייב עצמו, ופטור. אך אם התחייב בקנס לשלם על ההפסדים שנגרמו מחמתו, מחויב לשלם כפי שהתחייב ואין בכך אסמכתא. אומנם יש ראשונים (רבנו האי בב"י בס"י רז וברמב"ן ב"מ שם ובחידושי הר"ן) שהבינו שיסוד חיוב זה מתקנת חכמים אף שהוא אסמכתא.

### טענת אונס בקנס

תנאי שלא התקיים ולא עמד בו בשל אונס, פטור. כן מבואר בגמ' בנדרים בדף כז. 'אונס רחמנא פטריה', ובכתובות בדף ב. בקובץ שיעורים כתובות אות ג באר שטעם פטור זה תלוי במחלוקת הראשונים לגבי תנאי בגט.

הר"ן בקידושין בדף כה: מדפי הר"ף באר שהבעל לא גומר בדעתו לגרש, אלא אם יעבור על תנאי ברצון, ואם היה אונס אין גמירות דעת לביצוע החלות. אולם רש"י כתובות שם בד"ה 'מדאורייתא' באר שפטור אונס נובע מגזירת הכתוב, שלא חל התנאי אלא מדעת ולא מכורח האונס: 'שמצינו טענת אונס מן התורה, שנאמר לנערה לא תעשה דבר'. הש"ך בס"י כא סק"א הביא את שני הלימודים כמקור לפטור אונס. את הפסוק הביא כמקור דין פטור האונס אם עשה תנאי לגרש, שזהו תנאי חד צדדי שתלוי בדעת המגרש בלבד. והביא עוד את סברת הר"ן שאין גמירות דעת, לגבי תנאים שנעשו בין שני צדדים. נראה שהבין, שכיון שישנו מקור הפטור מאונס, אף דעת האינשי היא שאין גמירות דעת אם התקיים התנאי מאונס ולא ברצון<sup>241</sup>.

אומנם יש להבחין בין שני סוגי אונסין - שכיח ולא שכיח. אולם בנידון דידן, שהלקוח התעניין בבנק בסמיכות למועד חתימת העיסקה בהליך שיאפשר לו להוציא את הכסף מהבנק, וקיבל מהם את לוח הזמנים ללא כל התרעה על עיכוב מנהלתי, ואדרבה, אם היתה סבירות לעיכוב כל שהוא היה הבנק מודיע על טווח זמן סיכון, ובהעדר הודעה שכזו יש לראות את עיכוב זה כאונס לא שכיח.

אלא שיש לדון אם הודעת הקונה למוכר במהלך המשא ומתן מהווה תנאי יסודי בגוף החוזה, או שהוא כסיפור דברים בין אנשים, ותנאי החוזה תקפים ללא עוררין בהעדר סעיף בנושא שמעוגן בחוזה.

### קנס שאינו מוגזם

מבואר בסוגיא בב"מ שאם התחייב בחיוב שאינו מוגזם לשלם במיטבא, יהא חייב בו, ולא תהיה טענת אסמכתא. נראה שיסוד הדברים מבוסס על הדין שרשאי אדם להתחייב בדברים של גוזמא, ולכן בדין האומר קרע כסותי והפטור, לא אמרו כי הוי גוזמא ולא חל התנאי, שכן כך קיבל על עצמו במודע. וכן מבואר במאירי בב"מ בדף קד: 'כל שמתנה אי זה תנאי ואין שם שום דבר גוזמא, אף בלשון אם ובלא מעכשו, קנה... והוא שכתבו גדולי הפוסקים בתשובת שאלה שתנאי שבעניני שכירות ואומנות אין בו דין אסמכתא, שאין שם גוזמא'. וכ"כ הבית יצחק חו"מ ס' רז בשם המהרי"ק בשורש קצד: 'אפילו היה מתנה דבר שהוא קצת רחוק מן הדעת, מ"מ כיון דלא הוה גוזמא גמורה, לא הוי אסמכתא'. והביא ראייה מהדין שיכול שומר חנם להתנות להיות כשואל, שמחוייב בו משום שלא הוי גוזמא.

לפי"ז כל שמחייב עצמו על נזקים שהתרחשו בגרמא, יהא חייב עליהם, שהרי אין בכך גוזמא. וכן פסק להדיא המרדכי בב"ק רמז קיד-קטו. והקשה מדין הגמ' בב"מ בדף עג: <sup>242</sup> שחייבה את השליח שנמנע ולא קנה את היין ביום השוק, והרי הוא רק מונע רווח. ובאר המרדכי שם: 'התם כגון שקיבל עליו בפירוש אם אקנה אשלם ממיטב. תדע, דפריך התם מהא דאמר אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, ואי מיירי בדלא קבלה עילויה, מאי קושיא דאם אוביר. דהתם קיבל עילויה הלכך בדקבליה עליה לשלם אירי, ואי לא קביל עליה היה פטור לדברי הכל. ומכאן אתה למד לכל הגרמות, אם יקבל עליו בפירוש לשלם אם יגרם לו הפסד שהוא חייב'. כן בארו הרא"ש בב"מ פ"ה ס' סט והנימוק"י דף מד. מדפי הר"ף. וכ"כ הריטב"א שם בתירוץ הראשון שמקור הדין לחיובו מבוסס על התחייבותו לשלם.

<sup>241</sup> יש בכך כדי ליתן טעם בדברי הש"ך בס"י שלד סק"א שפטורים יורשי השוכר מלשלם על יתר החודשים, כדעה הראשונה ברמ"א שם. ובאר הש"ך שהיה למוכר להתנות אם היה אונס. הרי שהגמירות דעת עומדת ביסוד החיוב ביניהם.  
<sup>242</sup> לשון הגמ' שם: 'אמר רב חמא האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא (הביא לו מעות שיקנה יין בשער זול), ופשע ולא זבין ליה - משלם ליה כדקא אזיל אפרותא דזולשפט (משלם לו כשער שרצה להרוויח שהיה מוכרו ביום השוק).'

הריטב"א בב"מ עג: הביא בהמשך דבריו תירוץ נוסף וכתב שאף אם לא התחייב מפורש, חייב לשלם מדין ערב: 'ומורי הרב תירץ, דהכא אע"פ שלא קבל עליו תשלומין כלל, כיון שנתן לו מעותיו ליקח סחורתו... על דעת כן הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבההיא הנאה דסמיך עליה ונותן לו ממונו, משתעבד ליה משום ערב'. וכן נראה שסבר למעשה הנתייה"מ בס"י שו"ס ק"ו שחייב את הפועל בכל דבר שבידו לעשות ולא עשה. וכן כתב החת"ס חו"מ בס"י קעח שאין חולק על יסוד זה של הריטב"א, וכל שלא עשה כפי שנשלח חייב לשלם מדין ערב, וכ"כ בחידושי רעק"א בחידושי לב"מ בדף עו..

אולם המהרש"ם ח"א ס"י עז כתב שבלא שיקבל על עצמו, אין דין ערב מחייבו לשלם, והביא דברי המראה פנים על ירושלמי שאין דין ערב מחייב ממונו. וכן פסק הבית מאיר חדש ס"י י, האמרי בינה הלוואה ס"י לט והחזו"א בריש ס"י כב. והנחלת צבי בס"י רצב סעי' ז כתב שאין להוציא ממונו עפ"י סברא זו.

### **הבדל הדין בין אסמכתא גמורה, לאסמכתא שאינה גמורה**

הקצוה"ח בס"י יב סק"ג כתב שאם אמר בפשרה 'דלא כאסמכתא', מהני להוציא מכדי אסמכתא, והקשה שאין באמירת נוסח זה כדי להוציא מכדי אסמכתא, ויישב שבאסמכתא שאינה גמורה, יש בלשון זו להוציא מכלל אסמכתא. כן מצאנו שיש בידי קניין להוציא מכדי אסמכתא שאינה גמורה. כתב הקצוה"ח בס"י רז סק"ז שהש"ך בס"י רז סק"ד סבר שבבושת שידוכין אין צריך קניין בכדי לחייבו, כיון שהוא קצת מזיק. והקצוה"ח סבר שכיון שלא הזיקו בגופו לא חשיב מזיק גמור, ולכן בעי קניין על מנת לחייבו בקנס בושת השידוכין, ודי בקניין כל דהו להוציא מכדי אסמכתא זו, אף שבדיני אסמכתא נאמר שקניין לא מוציא ממנו.

כן מבואר במחנה אפרים הלכות שומרים ס"י ח שאמנם התמעטו קרקעות והקדש מדין שמירה, אולם אם התנה לשלם מה שפשע, חייב, שכיון שגרם הפסד, על דעת תנאו נתנו לו לשמירה, וחייב כפי תנאו.

נמצא שכל שגרם הפסד ונזק לחברו, אף שלא ניתן לחייבו משורת הדין, אם חייב עצמו בתשלום הנזק, אין בו משום אסמכתא.

וכן פסק השו"ע בס"י סא סעי' ה עפ"י תשובת הרא"ש: 'שטר שכתוב בו שיפרע ההוצאות על הכפל, אסמכתא הוא ואינו גובה', והסמ"ע שם ס"ק יב והש"ך שם סק"י כתבו שמירי שם דווקא משום שקיבל על עצמו לשלם כפול על הוצאות, אך אם קיבל על עצמו כערך שהוציא, מחוייב בו ולא הוי אסמכתא, שכל שמחייב עצמו כערך הפסד, אינו אסמכתא גמורה.

ביש"ש בב"ק בס"י י אות יד חלק על כך, וסבר שכל שחייב עצמו אף שאינו כפול, הוי אסמכתא, ואינו חייב לשלם.

יש לציין, עפ"י הנתייה"מ בס"י יב סק"ו שדווקא שקיבל על עצמו קנס סתם הוי אסמכתא, אך אם היה כתוב 'אם לא אקיים אשלם קנס', הקנס הוא שובר על הקניין, ואף שהוא אסמכתא יש לקיימו. שכן כך קיבל את העיסקה.

### **התחייב בקנס מוגזם**

אם התחייב בחוזה בקנס מוגזם מעבר להפסד שארע בגינו, אף שכתב 'דלא כאסמכתא', פסק השו"ע בס"י רז סעי' יח עפ"י שו"ת הרא"ש כלל עב סעי' ז שלא מהני להוציא מידי אסמכתא, ופטור מלשלם זאת. אך במנחת פיתים חו"מ ס"י שכח סבר שניתן להתחייב בקנס קצוב, כל עוד אינו מופרז, הגם שלא אירע נזק והפסד.

אולם הט"ז שם חילק בין הכותב 'שלא באסמכתא' שלא מהני, לבין הכותב שיש בו אסמכתא אך מתחייב בו באופן שאין בו אסמכתא, כגון בבי"ד חשוב. וכן כתב המהרש"ד בס"י נח שאף לרא"ש מהני שיכתוב שמקבל כחוזק שטר שנהיגי ביה בישראל דלא כאסמכתא.

הרי שאם היו כותבים את נוסח החוזה והשטר באופן המועיל, היה יכול לגבות את הקנס המוגזם. ובהעדר כתיבת נוסח זה, יחשב סעיף חיוב זה כאסמכתא, ולא יוכל לגבות את גובה קנס זה.

## התחייב בקנס מוגזם, האם חייב לשלם לפחות את ההפסד

נחלקו הראשונים, אם כשאמרו שפטור מהחייב המוגזם שנטל על עצמו, פטור מכל וכל, או שפטרו אותו רק מהגוזמה, אך מחויב בגובה קנס כפי ערך שגרם הפסד.

הרמב"ן בב"מ שם כתב שאומנם משורת הדין לא היה מחויב לשלם את הסכום שהתחייב באסמכתא, אך התנאי שהתנה עימו הועיל שחייב את עצמו לשלם את שווה ההפסד שנגרם, הגם שללא כל הסכם מראש לא היה חייב לשלם מאומה: 'מ"מ מאי דאפסיד משלם... דמאי דאפסיד ממנתיה דבעל הבית, מנכינן ליה... ואלו לא אתני מעיקרא, כלל לא הוה חייב לשלומי'. וכן באר המגיד משנה שכירות פ"ח ה"ג בדעת הרמב"ם. וכן כתב הר"ף שם סא: מדפי הר"ף: 'ומסתברא לן דמיחייב ליתן שיעור מאי דאוביר בשוי, דלא קאמר רבא הוויא אסמכתא ולא קני אלא בההוא שיעורא יתירא דהוה ליה גוזמא ולא קני, אבל שיעור מאי דאוביר בשוי יהיב, ובכי הא מילתא לא אמרינן אסמכתא היא'. מבואר שאינו מחויב במה שמהוה אסמכתא, אך על הסכום שאינו אסמכתא, חייב.

מנגד, הרא"ש שם פ"ט ס"ז סבר שלא ניתן לחלק את דיבורו והתחייבותו, וכיון שלא מחויב על דבריו שכן מהווים אסמכתא, לא חל עליו תנאי החיוב, ופטור מכל חיוב: 'הכא דאמר יהיבנא לך אלפא זוזי לא כוון אלא להגזים, לא שיעבד עצמו לכלום. דאי אפשר לחלק דבריו ולומר על מאי דגזים לא שיעבד עצמו, ועל השאר שיעבד, אלא כל דבריו כמאן דליתנהו דמי, ואין כאן שיעבוד של כלום'.<sup>243</sup>

במשפטי ליעקב עמ' סו הראה כי לשיטתיהו נחלקו. בגמ' בב"ב בדף קמג. נחלקו בדין קני את וחמורך אם קנה מחצה - רב נחמן סבר שקנה מחצה, רב המנונא סבר שלא קנה כלל ורב ששת חלק וסבר שקנה הכל. להלכה נפסק כרב נחמן בדיני ופסקין שקנה מחצה. והקשה הר"ן בקידושין בדף כב. מדפי הר"ף מדין הגמ' בקידושין ב: שאם היו חמש נשים ובתוכן שתי אחיות ואמר כולכן מקודשות, וקיבלה אחת מהן ע"י כולן, שתי האחיות לא מקודשות. והקשתה הגמ' מדין קני את וחמור שלא קנה. ותירצה הגמ' שלא אמר כולכן, אלא שמקדש רק את הראויה מכן לביאה. הרי להדיא שנקטה הגמ' שלא קנה כלל, וכיצד פסקו כרב נחמן שקנה מחצה. וכן קשה על הרמב"ם שבהלכות מכירה כב, יב פסק כרב נחמן ואילו בהלכות אישות ט, ב פסק שאם אמר כולכן לא קנה.

ושני ישובים נאמרו בדבר;

א. הר"ן חילק בין הקונה למקנה, שדרך המקנים למכור ולא לתלות חלק מהמקח בחלק אחר, ומה שיקנה הלוקח, מעוניין המוכר למכור, לעומת הקונה שמעוניין לקנות רק אם העיסקה מתקימת בשלימותה: 'שכן דרך הלוקח ליקח רע ויפה כאחת'.

ב. הרא"ש קידושין פ"ב ס"ו כג חילק בין הלשונות שנאמרו, שאם אמר את וחמור, לא כללם יחד וניתן לחלק דבריו ולומר קנה מחצה, ברם אם אמר כולכם, לא ניתן לחלק דבריו, ולא קנה כלום.

הרי שלרא"ש לא ניתן לחלק דבריו ומקבלים אותם בשלמותם, וכיוון שהגזים בהתחייבותו, בטלה כל התחייבותו. אך הרמב"ן והרי"ף יסברו כביאור הר"ן, שאף שלא מקבלים את כל דבריו, יש לחייב אותו כפי אומדן ההפסד שנגרם בגינו.

השו"ע בס' ש"ח ס"ב פסק: 'לא עבדה, אלא הובירה כולה או מקצתה, שמין אותה כמה היא ראויה לעשות, ונותן לו חלקו שהיה מגיע לו. ואם התנה עמו אם אוביר ולא אעביד אשלם אלף זוז, הרי זו אסמכתא, ואינו חייב לשלם אלא נותן כפי מה שראויה לעשות בלבד', וכן כתב הרמב"ם בהלכות שכירות פ"ח ה"ג. הרי שחייב המחבר לשלם את הקנס הראוי, אף שהתחייב בסכום מוגזם, ובפשטות הוא כדעת הרמב"ן והרי"ף, וכן מבואר בגר"א סק"ג. אולם הסמ"ע שם סק"ג הביא את דברי הטור שחייב לשלם מהמיטב, שכיון שרגילים לכתוב שמתחייב בשווי ההפסד, הוי ליה כאילו כתוב, ולכן פסק השו"ע 'אינו משלם לו אלא כפי מה

<sup>243</sup> לגבי הראיה מדין שתלי העיר שחייב לשלם להם, באר הרא"ש שהחייב נובע מכח המנהג, ועל דעת כן ירד, ולא בשל התחייבותו.

שראו לעשות' ולא כתב ד'יהא פטור לגמרי' בשל המנהג לשלם זאת, ולא בשל התחייבותו. ונראה שהבין שפסקו של השו"ע מכוון אף לשיטת הרא"ש.

במשפטיך ליעקב עמ' שם ובעטרת דבורה עמ' 901 הראו כי מרן השו"ע סבר כדעת הרא"ש, שכן השו"ע בס"י סא סעי' ה פסק לגבי שטר שכתוב בו התחייבות באסמכתא שיפרע לו כפל ההוצאות שהוא בטל ואינו גובה בו. ובאורים ס"ק יא ושער המשפט ס"ק א כתבו שבהעדר כל מנהג בכך, פטור משלם אף את ההוצאות.

הרי שבחזרה שלא נכתב כדון, ואין בו חיוב באופן המועיל, ולא נכתב שנעשה בבי"ד חשוב, לא יוכל לגבות את הסכום המוגזם הנקוב. אך לגבי היכולת לגבות את שהופסד, במקום שאין מנהג לגבות זאת, ישנה מחלוקת בין הרא"ש ולרי"ף והרמב"ן, ולא יוכל להוציא מיד המחוזק. ואם קיים מנהג לגבות את ההפסד, יוכלו לגבותו.

## מניעת רווח

הגמ' בב"מ שם בארה מדוע מחויב על התחייבות בקנס לשלם במיטבא, והרי הוא רק מנע ממנו רווח ממוני בשל כך שלא עיבד את השדה, והוי גרמא בלבד: 'רבי מאיר היה דורש לשון הדיוט. דתניא, רבי מאיר אומר אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא' - רק משום התניה שלא כתובה מפורשות, מחויב בכך.

ובארו התוס' שם בד"ה 'היה דורש': 'לשונות שלא תיקנו חכמים לכתוב, אלא הדיוטות הורגלו לכותבן, היה דורש. ואפילו לא כתב, כאילו נכתב. דאי דוקא כשכתב, מה היה דורש, פשיטא שיש לו לקיים כמו שהתנה דהא לאו אסמכתא היא'. הרי שהנהוג להתחייב, מחייב אף בלא התנייה מפורשת. הרמב"ן שם והובא בנימוק"י בדף סא: מדפי הרי"ף תמה על פי הנאמר בירושלמי שהמבטל כיסו של חברו פטור, כשלא התנה עימו מתחילה, ולא דורשים לשון הדיוט. ויישב הרמב"ן: 'שהיה עושה מנהג ההדיוטות עיקר, ודן על פיהם כאלו נהגו על פי חכמים. ואף על פי שמעצמן הורגלו לכתוב כן שלא על פי חכמים, היה עושה אותו מנהג כתנאי ב"ד שאע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי, הואיל והוא מנהג פשוט וכולם עושין כן, וכל המקבל על דעת כן מקבל'.

נמצא, שהבינו שיסוד החיוב לשלם באי מוביר ולא עביד' הינה בשל הנהוג להתחייב על מניעת רווח מתוצרת קרקע, בניגוד לביטול כיס חברו, שרק אם יכתוב ויתנה מחוייב בו. הרשב"א בב"מ שם הוסיף בבאור דין זה שמהני לשון הדיוט: 'כיון דבידו ולא גזים, והורגלו להתנות כן ב"ד, מקיימין דבריהם ודנין עליהם'.

הריב"ש בס"י רכב כתב שאומנם פטור בעל-דין לשלם על הוצאות הדין, 'אבל אם נתחייב ונשתעבד בהן בשטר הקניה, חייב, דתנאי שבממון הוא וקיים'. ואילו בשו"ת הרא"ש כלל סח אות יב הצריך שיהא התחייבות בבי"ד חשוב על כך ע"מ לחייבו. השו"ע בס"י סא סעי' ה פסק: 'שטר שכתוב בו שיפרע ההוצאות על הכפל, אסמכתא הוא ואינו גובה'. ובאר הרמ"א שדברי השו"ע נסבים: 'ואף על גב דכתב ביה דלא כאסמכתא'. אך המשיך הרמ"א וחלק על השו"ע: 'וכל דבר שנהגו בו בני המדינה בשטרות, אף על פי שאינו כתיקון חכמים, הולכין אחריו'. כלומר, נחלקו אם יש לחייב בקנס שנכתב בשטר כשיש מנהג לגבותו, שלדעת השו"ע הוי אסמכתא ולא יגבוהו, ולרמ"א גובין.

אולם הסמ"ע שם ס"ק יב באר בדעת השו"ע שרק כפל החיוב אין גובין, אך את הנהוג והמקובל גובה.

הרשב"א בתשו' ח"ג ס"י רכז הובא בב"י בס"י סא נשאל אם מניעת רווח מהווה הפסד, ואם קיבל הלווה על עצמו לשלם כל הפסד שיגרם למלווה, האם מחויב לשלם גם על מניעת רווח שנמנע מהמלווה. והכריע הרשב"א שלא נחשב הפסד.

הדרכי משה הביאו שם אות ד והניח שיסוד סברתו הינה בשל כך שהוי אסמכתא, ובעי בי"ד חשוב בכדי לחייב. והקשה, מאי שנא מאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, שאם לא גזים, לא הוי אסמכתא ומחויב לשלם.

הב"ח שם הביאווהו הש"ך שם סק"י ונתיה"מ בס"ק יב יישב שבאם אוביר ולא אעביד הסחורה היתה קיימת בפניו ועל כן נחשב הפסד מוכח, בעוד שמניעת רווח מהלואה אינו רווח מובטח בפניו, ולא נחשב כהפסד<sup>244</sup>.

מנגד, הוכיח השער המשפט מהגמ' בב"מ עג. שכל מניעת רווח אינה אסמכתא, וחייב בה אם קיבל על עצמו הפסדים.

## קנס שנוהגים בו

התוס' ב"מ בדף 10. בד"ה 'מנימי' כתבו: 'ומיהו קנס שעושין בשעת שידוכין מהני, אפילו לא קנו בב"ד חשוב, כיון שנוהגין בו כל העולם, מידי דהוי אסיטומתא דקניא'. כלומר, קנס שנהגו לגבות, אינו כאסמכתא ומחויב בו, שכיון שנהגו לגבות, הוי כקניין סיטומתא ומחויב בו, או שכיון שנהגו, ישנה גמירות דעת מוחלטת, ומבטל חשש אסמכתא. אך המנחת יצחק ח"ו סי' קע סוס"ק כתב שאין ללמוד מדברי התוס' לגבי דידן, כיון שאדרבה, כל בתי הדין מקפידים לכתוב נוסח קנס כדין באופן המועיל. הרי שלא מקבלים את הנוסח המוצע בחוזים, ואין לן מנהג לגבותו. מה גם, שבביטול השידוך ישנו בושט, משא"כ בקנס על ביטול עיסקה. ואין ללמוד מקנס על ביטול השידוכין. ועוד, שאף על בושט לא יחויב אם יהיה סכום מופרז, כמבואר בבית מאיר הובא בפת"ש באהע"ז סי' נ סק"ט.

הבית מאיר בס' נ אות ו כתב שאין דין אסמכתא אם מתחייב בקנס באומדן סביר, ברם כל סכום החורג מכך, הוי אסמכתא ואינו מחויב בו: 'קצת יותר מדמי הבושט בצימצום הוי בכלל במיטבא, ומינה סך רב יותר ודאי דהוי אסמכתא'. למד מכך במשפטיך ליעקב ח"ה עמ' שפה שאם ינהגו להתחייב בסכום מופרז, ישנה גמירות דעת של המתחייב לשלם אף סכום זה.

הפת"ש בס' רא הביא משמיה דהחת"ס שקניין סיטומתא פוטר בעיית אסמכתא. וכן הוא ברמ"א בס' רכט סעי' ה שערב אחר מתן מעות שעשה קניין תקיעת כף, מהני, ואין חסרון של אסמכתא. הרי כל שעושה קניין בדרך סיטומתא, אין חסרון של אסמכתא. וכ"כ בשו"ת המהרש"ל בס' לו, השואל ומשיב ח"ב סי' לט ובשו"ת דברי חיים ח"ב סי' כו. אומנם המהרש"ם ח"ה סי' מה חלק על כך: 'דקנין המועיל בדד"מ לא גרע מסיטומתא... דלא אמרינן דד"מ נגד ד"ת היכי דלא מועיל הקנין כלל... א"כ שוב השטר שהוא קנין המועיל בדד"מ בודאי לא גרע מקנין גמור', כלומר - לא יתכן שקניין סיטומתא יפעל חלות יותר מקניין שמועיל מדינא. וכן נראה שהבין הקצוה"ח בס' רא סק"א שאין קניין סיטומתא מהני לקניין דבר שלא בעולם, וכן מבואר ברעק"א סי' קלד בשם הרדב"ז.

הגרי"ש אלישיב בפסקי דין רבניים ח"ד עמ' 279 כתב שאף למ"ד שלא מהני סיטומתא להוציא מידי דבר שלא בעולם, יסבור שמהני להוציא מידי אסמכתא: 'אם היה לנו הוכחה שבשעה שקיבל הקנין, כוונתו היתה לשעבדיה נפשיה... שהיה מועיל גם להרמ"ה ודעימיה. וא"כ המנהג בין הסוחרים שרואים את חתימתם בחוזה כדבר המחייב אותם לשלם, שוב י"ל דאין לשון אתן פוגם בתוקפו של ההסכם'. והרב ז'ולטי חלק עליו, וסבר להשוות בין הדינים, ואף חסרונו של קניין על דבר שלא בעולם תלוי בגמירות דעת. והרי לן סיעה באחרונים שלא מהני סיטומתא בכך. וכן הכריע המנחת יצחק ח"ו סי' קע סוס"ק כג שלא יהא חייב על קנס מוגזם, הגם שנכתב ע"י עו"ד. וכן הביא בשו"ת עטרת דבורה ח"ב עמ' 896 כמה פסקי דין שפטרו מלשלם קנס מופרז, וכן הסיק שם 898.

## דינא דמלכותא

בשו"ת בית שלמה בס' כא כתב שכל שמהני בדינא דמלכותא, אין בו משום אסמכתא. וכן נראה מדברי הרמ"א בס' רז סעי' טו שאם השלישו המשכונות בדיני עכו"ם גמר ומקנה. והסמ"ע שם ס"ק מב והמג"א בס' תמח סק"ד כתבו שבדיניהם אין דין אסמכתא וגמר ומקנה. וכן סבר בערך ש"י בס' רז עפ"י התומים ומהרי"ק

<sup>244</sup> השער המשפט הקשה על דברי הב"ח, והוכיח מהגמ' בב"מ בדף עג. שכל מניעת רווח אינה אסמכתא, וחייב בה אם קיבל על עצמו הפסדים.

שהעושה קניין בערכאות ובנימוסיהם הוא כקניין, כן כיון שהשליש השטרות בערכאות ובשטרותיהן, מגלה דעתו שעל דעת כן גמר וקיבל.

מנגד, בשו"ת השיב משה בס"צ הסיק שדינא דמלכותא נאמר רק בדינים שנוגע למלך. וכן המשפט שלום בס"ד דן שיהא גמירות דעת בשל דין הערכאות, אך חזר בו, שכיון שהוא נגד דיני ישראל, יוכל לטעון שהיה תובעו בחזרה בדיננו, ועל כן לא סמך דעתיה (מצוי הוא שבעת חתימת הסכמים וחוזים, ברור לבעל דין כי יגשו לדין תורה הגם שנוסח החוזה אינו מנוסח ע"פ הלכה. נמצא שהגם שחתם על מסמך המנוסח ע"פ מנהגי ותנאי הערכאות, מעוניין הוא שיהא תואם ומנוהל על פי דין תורה, אלא שלא רוצה שינוצל שלא כדין בשל אכיפת הערכאות והרישומים ברשויות, ולכן ערך חוזה באמצעות עו"ד). וכן הסיק המנחת יצחק ח"ו סי' קעס"ק כג.

החזו"א בליקוטים חו"מ בס"ט טז ס"ק יא כתב שאין בכח דינא דמלכותא לבטל אסמכתא, שכן אינו רשאי מדינא לגשת לדון שם, ואם תאמר כן, בטלו בכך כל דיני תורה ודין אסמכתא: 'דלא שמענו דמשום דמצי למזכי בדינא דמלכותא תיבטל אסמכתא, ואין סברא בזה, כיון שאינו רשאי לדון בערכאות. ואם אתה אומר כן בטלה אסמכתא, דלעולם בדיניהם אסמכתא קניא'. ברם אם שילם מראש מקצת דמים על המקח והבית שרכש, ורק אח"כ כתב חוזה שבו קנס לחוזר זו, כתב החזו"א שרשאי לגבות את הקנס ממה שכבר ניתן, ודווקא באתרא שחל המקח לפני שכותבים שטר, שכן אמרינן שחל המקח וכעת מחויב בתשלומי יתר החוב מחמתו<sup>245</sup>, והחוזר בו, וויתר על המקח תמורת יתר החוב שקיים בפניו (ובאתרא שנהגו שעד שלא כתובים שטר לא חל המקח, אין לראות בדמים אלו כחלות המקח). נמצא שבקנס על איחור בבנייה או על החוזר בו מרכישת נכס, אין דין אסמכתא (אא"כ הנהגו שעד שנחתם ברשומות לא חל המקח. בימינו לא מהווה החוזה קניין, אלא ראייה ותביעה לקיום המקח), אולם קנס על דירה של הנייר, הוא אסמכתא לדעת החזו"א ולא יוכל לגבותו. אך יש לדון לחייבו אף בהכי מכח דברי הריב"ש והריטב"א, דלהלן.

הריב"ש בס"ט שח כתב שאם תלה דבריו בדעת אחרים, והתחייב כשארין בידו כלל, אין דין אסמכתא. כיון שוודאי גמר והקנה.

הריטב"א בנדרים בדף כז. כתב שאין דין אסמכתא אם חייב עצמו מדנפשיה בלא לחץ. כלומר, רק אם התנה מתוך לחץ ודוחק אמרינן שיש דין אסמכתא, ואם התנה כן מלכתחילה אין בכך אסמכתא. הגרי"ש אלישיב בקובץ תשובות בס"ט ט כתב עפ"י זה כי אין בערבות בנקאית דין אסמכתא, שכן הבנק לא יאפשר הלוואה בלא התנייה והתחייבות זו, ועל כן גמר והקנה להתחייב בכך.

כך גם נפסק בפסק דין של ביה"ד הגדול בראשות הרבניים הראשיים הגרי"א הרצוג זצ"ל והגר"ב צ עוזיאל זצ"ל והג"ר יעקב עדס זצ"ל אוסף פסקי דין עמ' פט. בית הדין דן בתביעת מוכר נגד קונה חנות שהפר את החוזה וביטל את המקח, ופסקו שמעיקר הדין הלוקח חייב לשלם הקנס, ואין זה אסמכתא משום שזהו סכום קנס מקובל, ועדיף מסיטומתא. אלא שמכל מקום בית הדין פטר את הלוקח בפועל מתשלום הקנס מנמוקיו.

אולם גם לשיטה זו, כתב הגרי"א הרצוג בפסקים וכתבים סי' נט יש להפעיל שיקול דעת אימתי לגבות קנס מופרז, שכן ישנם קנסות מופרזים שאף בערכאות לא היו גובין כגובה הקצוב שנכתב בחוזה.

בשו"ת עטרת דבורה עמ' 898 הראה כי דווקא לשיטת הרמ"א מהני לכתוב שנעשה הקנס בבי"ד חשוב ולהוציא מידי אסמכתא, אך לשיטת השו"ע בס"ט טו לעולם יהא אסמכתא כל שלא עשה כעצת חכמי ספרד להתחייב מיד בקנס, ואם יעמוד בתנאי החוזה, ימחל לו הצד שכנגדו. או שיכתוב מעכשיו (סעי' יד. ועיי"ש שפקפק באפשרות זו). וא"כ לנוהגים כשיטת מרן, לא יצא מכלל אסמכתא אף שנכתב באופן שמקובל בערכאות.

### חיוב בקנס להנצל מקללת מי שפרע'

החזו"א בליקוטים חו"מ בס"ט טז ס"ק יא כתב לצדד לחייב על קנס על פי הפת"ש בס"ט טז ס"ק יב שבאתרא דכתבי שטרא לא קני בכספא ישנה קללת מי שפרע: 'י"ל דאין הקנסות אסמכתא, אלא נתחייב בהן כדי להנצל מלטותא. והשתא אפילו כשיקבל מי שפרע לא יפטר מהקנס, דכבר נתחייב בקנסא, וממילא אין כאן מי שפרע'. הרי

<sup>245</sup> קצ"ע, שכן חייבים הצדדים לקיום החוזה ולזמנים שבו, אף לו ירצו לשלם הקנס. הרי שהקנס נועד לחיזוק המקח ולא כתשלום.

שהעלה החזו"א סברא שיש תוקף לקנסות אפילו אם לא חל הקנין, שכיון שמעונין להפטר מקללה, היתה לו גמירות דעת גמורה.

אמנם היכן שלא חוזר בו מהמקח, אלא לא עומד בלוח הזמנים שהציבו, אין לטותא, ולא יהא סיבה לקנוס.

### **שילם הקונה מראש את הקנס**

פסק השו"ע בס"ד סעי' יא ע"פ הרמב"ם בהלכות מכירה פ"א ה"ד: 'הנותן ערבון לחבירו ואמר ליה אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך, והלה אומר אם אני חוזר בי אכפול לך ערבונך, אם חזר בו הלוקח, קנה זה הערבון, שהרי הוא תחת ידו'. הראב"ד השיג שם, וכן רש"י והרא"ש סברו שאף שבידו הערבונות אכתי נחשב כאסמכתא, וכן פסק הרמ"א שם בשם ויש חולקין.

האור שמח שם באר בדעת הרמב"ם שאין אסמכתא מה שתחת ידו: 'דאסמכתא הוא אומדן דעתא שאינו מקנה או מתחייב בקנין גמור מתוך דעת שלימה, רק מחמת שעולה בדעתו כך שלא יהיה כאופן זה ולא יצא לפעולה... ודאי אין דעתו להתחייב ולהקנות. אבל מה שתחת יד חבירו גמר ומקנה, ואף דמתנה באם, דכיון שמונח תחת יד חבירו חוקר כל אופן ומקנה בקנין גמור'. כלומר גמר בדעתו להתחייב על שכבר ביד חבירו. ואומנם הרמ"א חלק כראב"ד ושיטתיה, אך יוכל המחזיק בכסף לומר קים לי כדעת רמב"ם ודעימיה.