

הרב הלל גפן

סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה

כמעט כל חוזה כולל בתוכו סעיף המטיל קנס על הצד המפר את החוזה. מטרת הקנס היא להרתיע את הצדדים מפני הפרת החוזה או מקצתו. קנסות אלו יש בהם לעתים בעיה הלכתית של 'אסמכתא', כיוון שזו התחייבות מותנית, והכלל הוא 'כל דאי לא קני'¹ הטעם הוא שיש חיסרון של 'גמירות דעת' מצד המתחייב, כיוון שעל פי מחשבתו הוא לא היה אמור להגיע למצב שיהיה חייב לשלם.

א. קנס מוגזם וקנס סביר

במשנה מבואר שהמקבל שדה מחברו באריסות למחצה, לשליש ולרביע והתנה שאם יוביר אותה ולא יחרוש ולא יזרע, ישלם כפי מה שהשדה הייתה ראויה לעשות, חייב לשלם מה שהתחייב, ואין בהתחייבותו חיסרון של 'אסמכתא'; וזו לשון הגמרא (בבא מציעא קד ע"א):

המקבל שדה מחבירו והובירה, שמין אותה כמה ראויה לעשות, ונותן לו. שכך כותב לו: אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא.
לעומת זאת מופיע בגמרא (שם):

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

מבואר כאן שלפי שיטת רבא יש הבדל בין שני סוגי התחייבויות: 'אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא' חייב לשלם מה שהתחייב, כיוון שאין הגזמה בהתחייבותו. לעומת זאת 'אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי' זו אסמכתא, כיוון שמדובר בהתחייבות מוגזמת. כך גם נפסק ב'שלחן ערוך' (חו"מ סי' שכח סעי' ב):

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.

ב. חיוב בקנס מוסכם המקובל היום בחוזים

נהגו לכתוב בהסכמי שידוכים שהצד החוזר בו מהשידוך מתחייב בקנס לצד השני.

1. בבא מציעא סו ע"ב.



הראשונים התחבטו בשאלה מדוע אין חיסרון של 'אסמכתא' בקנסות אלו. הרמב"ם הולך בשיטת גאוני ספרד שהצדדים מתחייבים זה לזה התחייבות גמורה, ומוחלים זה לזה אם לא היתה הפרה של ההסכם. אולם גאוני אשכנז העלו סברות אחרות. אחת מהן היא שהואיל וכך נוהגים כולם, אי אפשר לומר שכוונתם איננה רצינית; וזו לשון התוספות (בבא מציעא סו ע"א ד"ה ומניומי):

ומיהו קנס שעושיין בשעת שידוכין מהני אפילו לא קנו בב"ד חשוב כיון שנוהגין בו כל העולם מידי דהוי אסיטומתא דלקמן (דף עד).

ה'חתם סופר'² כתב שעל פי דברי התוספות אפשר לחייב בכל מקרה שמנהג הסוחרים להתחייב בדבר מסוים שיש בו 'אסמכתא', מדין 'סיטומתא'. 'סיטומתא' היא מעשה שהסוחרים נהגו לקנות על ידו, כמו רישום של הלוקח על גבי החבית לסימן שקנה אותה, ומעשה זה מועיל כמעשה קניין גם על פי ההלכה, כיוון שעיקר הקניין תלוי ב'גמירות דעת'. ה'חתם סופר' מניח שמטעם זה מועיל 'סיטומתא' בדבר שלא בא לעולם, אע"פ שעל פי הדין קניין אינו מועיל בו, כיוון שוודאי גמר בדעתו להקנות מחמת מנהג הסוחרים.³ לדעתו קל וחומר ש'סיטומתא' תועיל במקום 'אסמכתא', אע"פ שקניין אינו מועיל. כך נפסק גם בפסק דין של בית הדין הרבני הגדול.⁴ לכאורה, לפי זה אפשר לחייב פיצויים מוסכמים בכל הסכם שרגילים לכלול בו סעיף כזה, גם אם מצד הדין יש בו חסרון 'אסמכתא'.

אולם בספר 'עטרת דבורה'⁵ כתב שאין מקום ללמוד מדברי התוספות וה'חתם סופר' לחייב בפיצוי מופרז אלא בסכום סביר בלבד, והוכיח משורה של פסקי דין שכך הוא מנהג בתי הדין. הוא מביא את דברי ספר 'בית מאיר'⁶ שכתב גם לגבי שידוכין שאין לחייב אלא מעט יותר מהנזק האמתי שנגרם ולא למעלה מכך. המחבר מפקפק גם בקיומו של מנהג העולם לחייב בסכום מופרז עקב הפרת חוזה. נוסף על כך הוא טוען שאין 'גמירות דעת' של החותמים על החוזה להתחייב בתשלום אותו סכום מופרז, כיוון שלפי חוק החוזים בית המשפט רשאי להפחית את שיעור הפיצוי אם אין יחס סביר בינו לבין הנזק. נמצא שאין בעצם 'גמירות דעת' של הצדדים לקנס מופרז.

לסיכום: (1) התחייבות לשלם פיצוי על הפרת החוזה היא התחייבות מותנית שצריך לשים לב שלא יהיה בה חיסרון של 'אסמכתא'. (2) התחייבות בסכום סביר, אפילו מעט יותר מערך הנזק שנגרם על ידי הפרת החוזה, אין בה חסרון אסמכתא, אולם התחייבות לשלם קנס מופרז יש בה חסרון 'אסמכתא'.

2. שו"ת חת"ם סופר, חו"מ סי' סו.
3. יש להעיר שלדעת קצוה"ח, סי' רא ס"ק א, סיטומתא אינה מועילה בדבר שלא בא לעולם.
4. פסקי דין רבניים, חלק ה עמ' 264 ואילך. דעת הרב עובדיה הדאיה זצ"ל והגרי"ש אלישיב זצ"ל הייתה שיש לפסוק כסברת החת"ם שמועילה סיטומתא באסמכתא, אך דעת הרב בצלאל זולטי זצ"ל הייתה שאין מועילה בו סיטומתא.
5. הרב אוריאל לביא, עטרת דבורה, עמ' 896. נדפס גם בשורת הדין ח"ז עמ' קמו.
6. ספר בית מאיר, אבה"ע סי' נ ס"ק ו; הובא בפתחי תשובה, אבה"ע סי' נ ס"ק ט.

ג. כיצד מבטלים חסרון 'אסמכתא'?

חוזה שאינו עתידי, אלא חל מעכשיו לכשיתקיים התנאי, אין בו 'אסמכתא', וכך כתב הרמב"ם (הל' מכירה פי"א ה"ז):

כל האומר קנה מעכשיו אין כאן אסמכתא כלל וקנה, שאילו לא גמר להקנותו לא הקנהו מעכשיו, כיצד אם באתי מכאן ועד יום פלוני קנה בית זה מעכשיו וקנו מיזו על כך, הרי זה קנה אם בא בתוך הזמן שקבע, וכן כל כיוצא בזה.⁷

לעומת זאת לפי בעלי התוספות⁸ והרמ"א,⁹ כל התחייבות מותנית, שבה המתחייב מקבל עליו תשלום ללא תמורה כקנס במקרה של הפרת החוזה, היא בגדר 'אסמכתא', שכן המתחייב חשב שלא יגיע לידי חיוב.¹⁰ אמנם, אם נעשה קניין על ההתחייבות שבחוזה בפני 'בית דין חשוב',¹¹ אין בה חסרון 'אסמכתא'. יתרה מזו, די בכך שהמתחייב מודה שהתחייב בפני בית דין חשוב, ללא צורך לבחון אם הדבר אכן נעשה בפועל.¹² למעשה נוהגים להוסיף בחוזים את המשפט הבא שמתגבר על בעיית ה'אסמכתא':

הצדדים מודים כי כל ההקנאות, החיובים והמחילות האמורים לעיל נעשו בבית דין חשוב מעכשיו, באופן שאין בו אסמכתא.

ישנם חוזים שנכתב בהם הנוסח 'וקנינא מיניה... דלא כאסמכתא', וצריך לברר אם נוסח זה מבטל גם הוא את חסרון ה'אסמכתא'. המקור לנוסח זה הוא במסכת בבא בתרא.¹³ הלווה מחברו בשטר משעבד לו את קרקעותיו, אך לא מיטלטלין, ואם שעבד לו מיטלטלין אגב קרקע השתעבדו גם המיטלטלין, ובלבד שכתב לו 'דלא כאסמכתא'. שעבד זה דומה ל'אסמכתא', כיוון שזו התחייבות עתידית מותנית, שאם הלווה לא ישלם את החוב אזי המלווה יגבה את המיטלטלין. הרא"ש¹⁴ מבאר ששעבוד קרקעות אינו נחשב 'אסמכתא', אע"פ שגם זו התחייבות עתידית מותנית, כיוון שעיקר סמיכתו של המלווה היא על קרקעותיו של הלווה שאינו יכול לכלותן ולהבריחן, והן נחשבות כמשכונות ביד המלווה. לעומת זאת המשעבד מיטלטלין להלוואתו, הרי זו אסמכתא ואינם משתעבדים, גם אם כתב שהדבר נעשה 'דלא כאסמכתא'. שעבוד 'מיטלטלין אגב קרקע' אין בו חסרון 'אסמכתא', משום שאפשר להקנות מיטלטלין אגב קרקע וכן לשעבדם, כיוון שהקרקע משתעבדת, והחיסרון היחיד הוא שהדבר **דומה** ל'אסמכתא' (שעבוד מיטלטלין לבדם), ולכן מועיל הנוסח 'דלא כאסמכתא'. יש חולקים¹⁵ על כך

7. וכן פסק השו"ע, חו"מ סי' רז סעי' ב,ד.

8. תוספות, סנהדרין כד ע"ב ד"ה כל.

9. רמ"א, חו"מ סי' רז סעי' יד.

10. וראו שם בתוספות אם ועד כמה התנאי בידו לקיימו.

11. ראו נדרים כז ע"ב; ושו"ע, חו"מ סי' רז סעי' טו.

12. רמ"א, חו"מ סי' רז סעי' יג.

13. בבא בתרא מד ע"ב.

14. שו"ת הרא"ש, כלל עב סעי' ז.

15. רבנו ירוחם, נתיב טז מט ע"ג, בשם גאון. הבית יוסף, חו"מ סי' רז, כתב שדברי רשב"ם נוטים לדברי



וסוברים שכיוון שכתב בשטר 'דלא כאסמכתא' גילה דעתו שגמר והקנה,¹⁶ אבל ה'שלחן ערוך' (חו"מ סי' רז סעי' יח) פסק כדעת הרא"ש:

שטר שכתוב בו: אם לא יפרע לזמן פלוני שיתחייב כך וכך ממון, וכתוב בסוף השטר: דלא כאסמכתא ודלא וכו', אין זה מוציאו מידי אסמכתא, ולא קנה (וכן נראה לדון, אף על גב דיש חולקין, המוציא מחברו עליו הראיה).

הט"ז¹⁷ מסביר שטעמה של שיטת הרא"ש הוא שמלשון 'דלא כאסמכתא' משמע שהמקנה גמר והקנה אף שיש כאן 'אסמכתא', 'שכן מורה כ"ף הדמיון דר"ל שאין קנין זה דומה לאסמכתא דבשאר מקומות, ודבר זה אינו מועיל. על פי זה הוא מחדש שאם יהיה כתוב 'ושטר זה נעשה בענין שאין בו אסמכתא', הדבר מועיל, שמודה שלא היה שם 'אסמכתא' כלל, דהיינו שנעשה בבית דין חשוב, ו'הודאת בעל דין כמאה עדים דמי'. ספר 'נתיבות המשפט' הסכים עמו.

לסיכום: (א) כדי להתגבר על בעיית ה'אסמכתא', נוהגים להוסיף בחוזים את המשפט הבא: 'הצדדים מודים כי כל ההקנאות, החיובים והמחילות האמורים לעיל נעשו בבית דין חשוב מעכשיו, באופן שאין בו אסמכתא'. (ב) הנוסח 'וקנינא מיניה ... דלא כאסמכתא' אינו מועיל, כיוון שמשמעותו היא שהצדדים מודיעים על גמירות דעתם להתחייבות שבשטר, אף שיש בה 'אסמכתא'. (ג) הנוסח 'ושטר זה נעשה בענין שאין בו אסמכתא' מועיל, כי משמעותו היא שמודה שהשטר נעשה באופן שאין בו 'אסמכתא', דהיינו שנעשה בבית דין חשוב, ו'הודאת בעל דין כמאה עדים דמי'.

ד. גובה הקנס כאשר קיבל עליו קנס מוגזם

הרי"ף כתב שהמתחייב 'אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי' אינו פטור מכול וכול, אלא רק מן ההגזמה, אבל חייב לשלם 'שיעור מאי דאוביר בשוי'. משמע מדברי הרי"ף שההתחייבות לשלם אלף זוז כוללת בתוכה גם את ההתחייבות הקטנה יותר לשלם לפי מה שהפסיד לו. לעומת זאת שיטת הרא"ש היא שאין אפשרות לחלק את דבריו לחצאין, ואם ההתחייבות לשלם אלף זוז לא חלה, הרי שהיא בטלה לגמרי, ואי אפשר לחייב לשלם מכוחה אפילו מה שהפסידו בלבד. אף על פי כן הרא"ש מסכים שחייב לשלם לו מה שהפסיד, כיוון שלפי שיטתו מקור החיוב הוא מנהג העולם ולא ההתחייבות האישית שלו. ביאור הדברים: נחלקו הראשונים מהו מקור החיוב של האומר 'אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא'. לדעת התוספות¹⁸ זו אינה 'אסמכתא', כיוון שהתחייב לשלם סכום הגיוני תמורת מה שהפסידו, ולכן 'גמר ומקנה'. אולם ישנם ראשונים¹⁹ שסוברים

הגאון, וכן כתוב בספר התרומות, שער מג ח"א סי' ו, בשם גאון, תשובות גאונים קדמונים, סי' פו, וכן

נראה שם שהסכים הרמב"ן.

16. ראה סמ"ע, סי' רז ס"ק נב.

17. ט"ז, חו"מ סי' רז ס"ק יח.

18. תוספות, בבא מציעא סו ע"א ד"ה ומניומי אמר.

19. רמב"ן ורשב"א, בבא מציעא עג ע"ב בשם רב האי גאון; ר"ן שם.

שגם באופן זה היא 'אסמכתא', ולמרות זאת הוא חייב לשלם כיוון שכך נהגו העם, והדבר הוא 'תנאי בית דין'. גם הרא"ש הולך בשיטה זו, ולכן אמר שחייב לשלם ב'מיטבא', אף אם לא התחייב כלל. הנפקא מינה ביניהם תהיה במקום שאין מנהג מוגדר שיכול להיחשב כ'מנהג העולם', שלפי הרא"ש אם נעשה תנאי שיש בו 'אסמכתא' אין המתחייב חייב לשלם אפילו סכום שאינו מוגזם, ואילו לפי הרי"ף חייב לשלם מה שהפסידו.²⁰

ב'שלחן ערוך' (חו"מ סי' שכח סעי' ב) נפסק:
ואם התנה עמו: אם אוביר ולא אעביד אשלם אלף זוז, הרי זו אסמכתא ואינו חייב לשלם אלא נותן כפי מה שראויה לעשות בלבד.

מלשון 'המחבר' לא ברור אם פסק כהרי"ף או כהרא"ש, שהרי בשדה שהובירה גם הרא"ש פסק שנותן לו מה שהייתה ראויה לעשות. הגר"א בביאורו הסביר את השלחן ערוך כדעת הרי"ף וכתב שראיית הרי"ף ברורה. לפי זה כל התחייבות לפיצוי מופרז כוללת בתוכה התחייבות לפיצוי סביר, ואם יש דין 'אסמכתא' בסכום המופרז, יש לחייב על כל פנים בסכום סביר. מצאנו פסק דין²¹ בהתאם לכך. בעל התחייב לאשתו תוספת כתובה בסך מיליון שקל, ואח"כ טען שלא התכוון להתחייב כל כך. הרב דוד זב לבנון כתב שגם אם נאמר שלא התכוון להתחייב כל כך, עדיין יש לחייבו כפי שישערו בית דין שאין זה סכום מוגזם. לעומת זאת משמע מהסמ"ע (לשו"ע, שם ס"ק ג) שהסביר את השלחן ערוך כדעת הרא"ש:

כיון שרגילין לכתוב כן (אשלם במיטבא) ה"ל כאילו כתוב, וכנ"ל [סק"ב]. וכן מוכח מלשון הטור [סעיף ג] והמחבר ממה שסיימו וכתבו, שאם כתב אם אוביר אשלם לך אלפא זוזי דהיא אסמכתא ולא קנה [ונכמו דלא כתב לו דמי], ואינו משלם לו אלא כפי מה שראוי לעשות, עכ"ל. ולא כתבו דיהא פטור לגמרי כיון דדבריו הן אסמכתא והרי הן כאילו אינם, אלא ודאי ס"ל דאף אם הם כאילו לא דיבר כלל מ"מ צריך לשלם בזה דהו"ל כאילו כתב ליה אם אוביר אשלם במיטבא, וק"ל.

כלומר: האומר 'אשלם אלפא זוזי' חייב לשלם לפי מה שהייתה ראויה לעשות (ואין אומרים שהוא פטור לגמרי, כיוון שדבריו הם 'אסמכתא' והרי הם כאילו אינם) - משום שאת ההתחייבות לשלם ב'מיטבא' אין צורך לומר, ואף אם לא דיבר כלל הוא חייב לשלם כאילו כתב 'אם אוביר אשלם במיטבא', שהמנהג מחייב אותו גם אם לא התחייב. ישנם פוסקים נוספים שהסבירו את השלחן ערוך כדעת הרא"ש. נפסק ב'שלחן ערוך' (חו"מ סי' סא סעי' ה): 'שטר שכתוב בו שיפרע ההוצאות על הכפל, אסמכתא הוא ואינו גובה'. כלומר אחד הצדדים מתחייב שאם יגרום לחברו הוצאות, הוא ישלם לו סכום כפול מהן. התחייבות זו היא 'אסמכתא' ואינו חייב בה. כתבו האחרונים שזו 'אסמכתא' דווקא משום שהתחייב לשלם סכום כפול, אבל אם היה מתחייב לשלם את סכום ההוצאות ללא תוספת, אין זו 'אסמכתא'. נשאלת השאלה: האם במקום שהתחייב לשלם סכום כפול, והתחייבות זו בטלה משום 'אסמכתא', יתחייב עכ"פ לשלם את ההוצאות עצמן,

20. תפארת שמואל, על הרא"ש שם, אות ג.

21. פסקי דין רבניים, מאגר מקוון פס"ד קפב, מס' תיק: 1 - 21 - 5192. 08/11/2001 כ"ח חשוון תשס"ב.

בדומה למתחייב 'אם אוביר אשלם אלפא זוזי' שחייב עכ"פ לשלם ב'מיטבא'? בספר 'אורים ותומים' (אורים, סי' ס"ק יא) כתב שאינו חייב לשלם את ההוצאות: ונראה כיון דהוי אסמכתא אפילו מה שהוציא אין צריך לשלם, ולא דמי לאם לא אוביר אשלם אלפא זוזי, דפסק מחבר לקמן סי' שכ"ח (סעיף ב) דמ"מ במיטבא חייב לשלם, דהתם אף דלא כתב ליה כלל מכל מקום חייב לשלם במיטבא, דדרשינן לשון הדיוט (ב"מ שם), אבל כאן שאין מחויב לשלם הוצאות רק מן סירובו ואילך כשלא כתב לו, וכתובה זו הואיל והוא אסמכתא, אין בו ממש כלל, והוי כאילו לא כתב כלל.

כלומר ה'אורים ותומים' מסביר שיש הבדל בין 'אשלם במיטבא' שגם אם לא כתב לו הוא חייב בכך משום שדורשים לשון הדיוט, לבין תשלום הוצאות בנידוננו שעליו להתחייב במפורש. הסבר זה הוא כדעת הרא"ש, כיוון שלפי הרי"ף היה עלינו לומר שההתחייבות לשלם סכום כפול כוללת בתוכה את ההתחייבות לשלם את סכום ההוצאות. בספר 'עטרת דבורה'²² הביא עוד כמה פוסקים כהרא"ש, ופסק כך למעשה. בספר 'עמק המשפט'²³ כתב שהמוחזק יכול לומר 'קים לי' כהרא"ש והסמ"ע, ואין להוציא ממנו את הסכום הנמוך. אמנם הקונה דירה מוכנה, שביד המוכר למוסרה בזמן, המנהג הוא להתחייב בחוזה על מסירתה בתאריך מסוים, ואם המוכר יעכב את המסירה הוא יישא בהפסדים. כיוון שכך, אם המוכר התחייב לשלם קנס מופרז שיש בו 'אסמכתא', הגם שאינו חייב לשלמו אם לא עמד בתאריך המוסכם, מכל מקום חייב לשלם את ההפסדים כיוון שנהגו להתחייב כך, כמו שכתב הרא"ש על המתחייב 'אם אוביר אשלם אלפא זוזי'. **לסיכום:** א) נחלקו ראשונים אם אדם שהתחייב לשלם קנס גבוה, ואינו חייב לשלמו כיוון שהתחייבות זו הייתה בגדר 'אסמכתא', חייב עכ"פ לשלם את הסכום הסביר. לדעת הרי"ף חייב, ולדעת הרא"ש פטור. ב) נחלקו אחרונים כיצד לפרש את דעת השלחן ערוך. לדעת הגר"א השלחן ערוך פסק כהרי"ף, ולדעת הסמ"ע הוא פסק כהרא"ש. מחלוקת זו נמשכה גם בין פוסקי זמננו.

ה. גובה הפיצוי כאשר אין חסרון 'אסמכתא'

שאלה הפוכה נשאלת כאשר בחוזה נכתב הסעיף המסלק את חסרון האסמכתא: האם על בית הדין לחייב את הצד המפר את החוזה במלוא הסכום הרשום כפיצוי מוסכם, או שמא עליו להתחשב בשיעור הנזק שאירע? למשל, אם השוכר התחייב לשלם 10,000 ₪ במקרה שלא יפנה את הדירה בזמן, והוא פינה אותה באיחור של יומיים.²⁴ ודאי שבמקרה

22. עטרת דבורה, עמ' 901.

23. עמק המשפט, ח"א דיני חוזים והסכמים, עמ' רנח.

24. לשם השוואה - סעיף 15(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 קובע: 'הפיצויים יהיו כפי שהסכימו הצדדים בחוזה, אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה'. לכן מסתבר שבית המשפט לא יחייב את השוכר במלוא הסכום.

זה אין יחס בין סכום החיוב לבין הנזק של המשכיר. נהגו לכתוב בהסכמי שידוכים שהצד החוזר בו מהשידוך מתחייב בקנס לצד השני. לפי דעת התוספות אין בקנסות אלו חסרון 'אסמכתא', כיוון ש'כדאי הוא שיתחייב החוזר בו בקנס לדמי הבושת שבייש את חברו'. דעת התוספות הובאה ב'שלחן ערוך' (שו"ע, חו"מ סי' רז סעי' טז)²⁵ וכתב הרמ"א (לשו"ע שם) שכך נוהגים:

ויש אומרים, שקנס שעושים בשידוכים לקנוס את החוזר בו לא הוי אסמכתא, כי כדאי הוא שיתחייב החוזר בו בקנס לדמי הבושת שבייש את חברו (וכן המנהג בכל גלילות אלו) ומיהו קנין צריך (מרדכי פ' א"נ) (וכן נוהגין). וכן אם המלמד קבל עליו בעת שהשכירוהו קנס אם יחזור בו, ולא נמצא מלמד אחר מזומן, אינו אסמכתא.

וכתב על כך ה'בית שמואל' (אבה"ע סי' נ ס"ק יד): 'אע"ג לפעמים לא הוי בושת כל כך כמו דמי הבושת, אפילו הכי לא הוי אסמכתא', כלומר החוזר בו חייב גם אם ההתחייבות הייתה בסכום גבוה יותר מן הבושת שנגרמה למעשה. ספר 'בית מאיר'²⁶ הסביר שחייב גם אם הקנס הוא מעט יותר מדמי הבושת, כשם שאריס מתחייב 'אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא' ואין הדבר נחשב להגזמה. אבל אם יקבעו שיעור קנס גבוה מאוד, שהוא הרבה יותר משיעור הבושת, תיחשב ההתחייבות כ'אסמכתא' כמו 'אלפא זוזי'. לפי חילוק זה הוא מתרץ את קושיית ה'בית יוסף' על הרא"ש. הרא"ש²⁷ נשאל על רחל שהשתדכה לשמעון ועשו קנס ביניהם שכל שיחזור בו יתחייב לחברו חמשת אלפים זהובים, והשיב שיש פנים לבטל כל העניין מטעם 'אסמכתא', כיוון שלא עשו קניין בבית דין חשוב. ה'בית יוסף' הקשה על דבריו, שהרי שיטת הרא"ש היא שבשידוכים לא שייך 'אסמכתא' מפני הבושת, ומדוע כאן ביטל כל העניין? ה'בית שמואל' ענה על כך ואמר שבתשובת הרא"ש מדובר בשידוכים שנעשו בסתר, ולכן לא היה מקום לחייב בבושת. ספר 'בית מאיר' עונה לפי החילוק שכתב, שהואיל ומדובר בסכום גבוה מאוד של 5000 זהובים, יש בכך 'אסמכתא', כיוון שסכום זה אינו עומד ביחס לסכום הראוי בעבור בושת. שו"ת 'חדוות יעקב' נטה לפסוק כדעת ה'בית מאיר'.²⁸ לעומת זאת מצאנו בספר 'נדרי זריזין'²⁹ שחייב לשלם את מלוא הקנס במקרה שאין בו 'אסמכתא'. מעשה בשני שותפים שקיבלו עליהם באיסור שבועה שלא להעלים זה מזה אף כל שהוא, ואם יתברר אף ע"י עד אחד שאחד מהם עבר על השבועה, הפסיד חלקו ברווח. במקרה זה אין חסרון 'אסמכתא', כיוון שנפסק ב'שלחן ערוך'.³⁰ 'נדר ושבועה ותקיעת כף, מהני אפילו באסמכתא'. בספר 'נדרי זריזין' פסק שהשותף שעבר על השבועה והעלים מחברו כלשהו הפסיד את חלקו ברווח, כיוון שכל תנאי שבממון קיים.

25. וכן כתב רמ"א, אהע"ז סי' נ סעי' ו.

26. בית מאיר, אהע"ז סי' נ ס"ק ו.

27. שו"ת הרא"ש, כלל לד סימן ג.

28. שו"ת חדות יעקב, חו"מ סי' ח.

29. מובא בדברי גאונים (כהנא) כלל צט סעי' א (עמ' שמה).

30. שו"ע, חו"מ סי' רז סעי' יט.

ייתכן שגם ה'בית מאיר' יודה שכאשר נכתב סעיף המסלק דין 'אסמכתא' נחייב את מלוא הקנס, ורק בשידוכים - שהטעם לכך שחל קנס על החוזר בו הוא משום דמי הבושת - יש מקום לדון גם על גובה הקנס. למעשה שאלה זו יכולה להישאל לגבי כל התחייבות הקיימת בחוזה ואין בה חסרון 'אסמכתא': האם יש לחייב בכל מקרה, או שיש להתחשב בנסיבות מקלות? כגון: שוכר דירה שבדרך כלל משלם בזמן, אך אירע תשלום אחד שלא שילם בזמן, האם בגלל זה יכול המשכיר להוציאו מהדירה בתוך זמן השכירות? בית הדין לממונות ירושלים³¹ כתב על מקרה כזה:

אם השוכר היה נוהג לאחר את התשלומים של השכירות במועד, הרי לפי החוזה זכותו של המשכיר להוציאו מהדירה גם בתוך תקופת השכירות, ועל השוכר להביא ראיה ששילם במועד. אך בנידון דידן מדובר באיחור חד פעמי, וגם לזה יש לשוכר הסבר מדוע התעכב מלשלם, וע"כ נראה לדחות את תביעת המשכיר לפינוי השוכר בגלל זה.

נראה לי שסברתם היא משום אומדנא שכוונת השוכר לא הייתה להתחייב באופן לא הגיוני, שבגלל איחור חד פעמי יוכלו להוציאו מהדירה. במקרה אחר, שוכר דירה התחייב כי באם לא יפנה את הדירה במועד, ישלם פיצוי קבוע ומוערך מראש של 100 דולר ליום, ובית הדין לממונות בירושלים³² חייב אותו לשלם כפי שהתחייב. יש לציין ששמע מפסק הדין שלא היה בחוזה סעיף המסלק דין 'אסמכתא', ואעפ"כ בית הדין קיבל את ההתחייבות מסיבות של הדדיות ומשום 'סיטומתא'.

לסיכום, יש מן האחרונים שסוברים שהמחייב עצמו בקנס באופן שאין בו 'אסמכתא', חייב לשלם את מלוא הסכום שהתחייב. ספר 'בית מאיר' כתב לגבי קנס שידוכין שיש להתחשב בשיעור הבושת, אך ספק מה יאמר בשאר קנסות.



31. פסקי דין - ירושלים דיני ממונות ובירורי יחסין חלק יא פס"ד בעמוד קסת.

32. פסקי דין - ירושלים דיני ממונות ובירורי יחסין חלק יב פס"ד בעמוד קנב.