



**נייר עמדה מס' 19**

**התוקף ההלכתי של קנסות בחוזה**

כתיבה :  
הרב הלל גפן

עריכה : הרב עדו רכניץ

לעילוי נשמת יצחק צבי רכניץ ז"ל

סיוון תשפ"ד

המסמך אינו משקף בהכרח את עמדת המכון

## תוכן עניינים

3	.....	תקציר
4	.....	א. הקדמה
4	.....	ב. הגדרת אסמכתא
9	.....	ג. דיני אסמכתא
12	.....	ד. חיסון מפני אסמכתא בהתחייבות מעכשיו או בבית דין חשוב
16	.....	ה. המנהג לקבוע קנס על ביטול שידוך ומשמעותו
18	.....	ו. התגברות על אסמכתא מכוח מנהג
22	.....	ז. התגברות על פגם אסמכתא מכוח דינא דמלכותא
24	.....	ח. חיוב בקנס הסביר מתוך הקנס המוגזם
26	.....	ט. השפעת סעיף 15 לחוק החוזים תרופות על דין אסמכתא

## תקציר

- א. לכאורה קנסות מוסכמים בחוזים אינם תקפים כיוון שהם בגדר אסמכתא.
- ב. הריא"ה הרצוגי כתב שיש תוקף לקנסות אלה בגלל נחיצותם לחיי המסחר.
- ג. ישנן סיבות נוספות לתת תוקף לקנסות בחוזה (ראו בהערות את הדעות החולקות):
  1. ע"פ שיטת רבנו תם, שיש תוקף לקנסות הדדיים.<sup>2</sup>
  2. ע"פ שיטת התוספות, שיש תוקף לקנס במקרה שנגרם נזק, הפסד או פגיעה רגשית (כגון, בושת).<sup>3</sup>
  3. ע"פ פסיקת החתם סופר והרב יוסף ש. אלישיב, שמנהג מתגבר על בעיית אסמכתא, ועל פי הדעה שיש מנהג לתת תוקף לחוזים.<sup>4</sup>
  4. ע"פ שיטת הרמ"א, שדינא דמלכותא מתגבר על בעיית אסמכתא.<sup>5</sup>
  5. ע"פ שיטת הרי"ף, שבמקרה של התחייבות מוגזמת ניתן לחייב בפיצוי סביר, אף שהוא אינו על פי שורת הדין.<sup>6</sup>
  6. ע"פ שיטת מהרש"ם והריא"ה הרצוג, שיש תוקף לדינא דמלכותא כאשר הוא תואם את אחת הדעות בהלכה.<sup>7</sup>
  7. ע"פ סעיף 15 לחוק החוזים תרופות המאפשר להפחית את הקנס, וגורם לכך שהקנס יהיה סביר ולא מוגזם.
- ד. לאור כל האמור, ניתן לקבוע כהחלטת מדיניות שבית הדין מקבל את שיטות הפוסקים על פיהן יש תוקף לקנסות בחוזים ובלבד שבית הדין יפחית את הקנס לסכום סביר בהתאם לנסיבות. להחלטה זו יהיה תוקף במסגרת סמכות בית הדין לפשרה הקרובה לדין וכן בגלל שהצדדים קיבלו על עצמם דעות פוסקים אלה.
- ה. הגדרת קנס סביר כוללת חיוב על עוגמת נפש, טרחה ועוד, בנוסף לפיצוי על נזק ישיר ומניעת רווח.

---

<sup>1</sup> הריא"ה הרצוג, פסקים וכתבים ט, נט.

<sup>2</sup> תוספות בבא מציעא סו ע"א, ד"ה ומניומי; סנהדרין כה ע"א, ד"ה כל (מתחיל בעמוד הקודם); רמ"א חו"מ רז, יג, כתב שיש חולקים.

<sup>3</sup> תוספות בבא מציעא סו ע"א, ד"ה ומניומי. לעומת זאת הרמב"ם כתב שיש לעשות כתיקון חכמי ספרד.

<sup>4</sup> שו"ת חתם סופר חו"מ, סו. קובץ תשובות הרב אלישיב א, רט. פסקי דין רבניים ה, עמ' 265, וראו שם דעת המיעוט החולק (הרב בצלאל זילטי) ונימוקיו.

<sup>5</sup> רמ"א בשולחן ערוך חו"מ רז, טו. אולם השיב משה (סי' צ) וכן החזון איש (חו"מ ליקוטים טז, יא) סבורים שלשיטת הש"ך אין לדינא דמלכותא תוקף נגד דין תורה וממילא גם בנידון דידן.

<sup>6</sup> רי"ף בבא מציעא סא ע"ב, לעומת רא"ש בבא מציעא ט, ז, החולק עליו.

<sup>7</sup> שו"ת מהרש"ם ה, מה. משפט שלום, קצד, ד"ה כלל. הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה ב, עמ' 72.

## א. הקדמה

מקובל להוסיף בחוזים סעיף המטיל קנס על הצד המפר את החוזה. מטרת הקנס היא להרתיע את הצדדים מפני הפרת החוזה, כולו או מקצתו. לכאורה, קנסות אלו לעיתים אינם תקפים בגלל שהם בגדר "אסמכתא", אולם, הצורך בקנסות אלה גדול כפי שהגדירם הריא"ה הרצוג: "דבר יסודי במסחר ובתעשייה ובקבלנות", ולולי הוא "ביטלת את כל העסקים והקבלנויות".<sup>8</sup>

מאמרים ופסקי דין רבים<sup>9</sup> (שחלקם יוזכרו לקמן) עסקו בתוקפם ההלכתי של קנסות אלה, ונקבעו בהם עמדות שונות וחולקות בהמשך למחלוקות הרבות בין הפוסקים. מצב זה, בו אין הלכה פסוקה בנושא מצוי ושכיח, פוגע מאד בוודאות המשפטית של צדדים לחוזה.

בנייר עמדה זה נדון בתוקפם ההלכתי המלא או החלקי של קנסות בחוזה, בעיקר על פי דיני "אסמכתא" מתוך תקווה להציע עמדה שתתקבל על ידי דיינים כהלכה מוסכמת.

## ב. הגדרת אסמכתא

### 1. התחייבות מותנית שאין כוונה לממשה

אסמכתא היא התחייבות עתידית ומותנית, ובלשון הגמרא "כל דאָי – לא קניי".<sup>10</sup> למשל:

מי שפרע מקצת חובו, והשליש את שטרו ואמר לו: אם לא אתן לך מכאן ועד יום פלוני תן לו שטרו, הגיע זמן ולא נתן – רבי יוסי אומר: יתן, רבי יהודה אומר: לא יתן.<sup>11</sup>

הלווה פרע את מקצת חובו, וקנס את עצמו שאם לא יפרע את יתרת החוב עד תאריך מסוים הוא יצטרך לשלם את מלוא החוב, כאילו לא פרע מקצתו. התחייבות זו היא "אסמכתא" כיוון שהיא תלויה בתנאי. לדעת רבי יוסי "אסמכתא קניא", ולכן ההתחייבות של הלווה תקפה. לדעת רבי יהודה אסמכתא אינה קונה כיוון שהלווה לא גמר בדעתו להתחייב, וכך נפסקה הלכה.<sup>12</sup>

רשב"ם פירש שאסמכתא היא "המבטיח לחבירו דבר על מנת שיעשה דבר לעתיד, וסומך בלבו בשעת התנאי שיוכל לקיים הדבר כשיגיע זמן, וכשיגיע הזמן יאנס ולא יוכל לקיים". במקרה הנדון בגמרא הלווה חשב שיוכל לפרוע את יתרת החוב בתאריך שקבע, ולא גמר בדעתו לשלם את כל החוב, אף שהתחייב לכך. במקום אחר רש"י פירש שאסמכתא היא "הבטחת גוזמא שאדם מבטיח את חבירו לסמוך עליו, שאם לא יקיים תנאו – יתן כך וכך",<sup>13</sup> ולכן אין בה גמירות דעת.

---

<sup>8</sup> הריא"ה הרצוג, פסקים וכתבים ט, נט.

<sup>9</sup> ראו סיכום הדברים אצל הרב פרופ' רון קליינמן "תוקפם ההלכתי של חוזה בכתב זיכרון דברים וסעיף פיצויים מוסכמים", משפטי ארץ ד: חוזים ודיניהם, עמ' 126-133.

<sup>10</sup> בבא מציעא סו ע"א.

<sup>11</sup> בבא בתרא קסח ע"א.

<sup>12</sup> בבא בתרא קסח ע"א; רמב"ם מכירה יא, ב; שולחן ערוך חו"מ רז, ב.

<sup>13</sup> רש"י בבא מציעא מח ע"ב, ד"ה אסמכתא קניא.

## 2. התחייבות מותנית מוגזמת

במשנה מבואר שהמקבל שדה מחברו באריסות, כלומר שיתחלק עם בעל השדה ביבול, והתנה שאם יוביר אותה ולא יעבד אותה, ישלם כפי מה שהשדה הייתה ראויה לגדל, חייב לשלם מה שהתחייב, ואין בהתחייבותו משום "אסמכתא"; וזו לשון המשנה:

המקבל שדה מחבירו והובירה, שמין אותה כמה ראויה לעשות, ונותן לו. שכך כותב לו: אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא.<sup>14</sup>

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" היא אסמכתא, כיוון שמדובר בהתחייבות מוגזמת. כך גם נפסק בשולחן ערוך:

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.<sup>15</sup>

מדוע התחייבות שאינה מוגזמת אינה אסמכתא? רש"י כתב: "דלאו אסמכתא היא, דהכי אפסדיה".<sup>16</sup> גם התוספות כתבו שבמקום שאדם גורם הפסד לחברו אין הקנס בגדר אסמכתא, והביאו ראיה מסוגייתנו: "והוי כמו אם אוביר ולא אעביד אשלם במטבא דלאו אסמכתא היא".<sup>17</sup> חשוב לציין שההפסד המדובר מוגדר בהלכה כמניעת רווח עתידי, ואינו בגדר נזק לרכוש קיים. לדעת רבים מהפוסקים אין פיצוי על מניעת רווח על בסיס דיני נזיקין.<sup>18</sup> למרות זאת יש תוקף להתחייבות לפצות על מניעת רווח, ואין בה משום אסמכתא.

הרמב"ם<sup>19</sup> הסביר זאת כך: "ומפני מה נתחייב לשלם? מפני שלא פסק על עצמו דבר קצוב כדי שנאמר הרי היא כאסמכתא, אלא התנה שישלם במיטבא ולפיכך גמר ושיעבד עצמו". כלומר, בהתחייבות

<sup>14</sup> בבא מציעא קד ע"א.

<sup>15</sup> שולחן ערוך חו"מ שכת, ב.

<sup>16</sup> רש"י בבא מציעא קד ע"ב, ד"ה לא גזים.

<sup>17</sup> תוספות בבא מציעא סו ע"א, ד"ה ומניומי.

<sup>18</sup> ראו הרב חיים בלוך, נייר עמדה 13: חיוב על מניעת רווח, אתר מכון משפטי ארץ – דין תורה.

<sup>19</sup> רמב"ם שכירות ח, יג.

כזו יש גמירות דעת. במקום אחר כאשר הרמב"ם הביא את דיני אסמכתא, לא הביא חילוק בין קנס מוגזם לבלתי מוגזם, וכמו שנבאר להלן (עמ' 7).

ראשונים אחרים<sup>20</sup> כתבו שגם ההתחייבות "אם אוביר... אשלם במיטבא" היא אסמכתא, והסיבה שהיא תקפה היא משום שכך נהגו העם, וכן אמרה הגמרא: "רבי מאיר היה דורש לשון הדיוט" וכפי שביאר הרמב"ן:

דהא דאמרינן 'דורש לשון הדיוט' הכי קאמר שהיה עושה מנהג ההדיוטות עיקר ודן על פיהם כאלו נהגו על פי חכמים. ואע"פ שמעצמן הורגלו לכתוב כן שלא על פי חכמים, היה עושה אותו מנהג כתנאי בית דין. שאע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי הואיל והוא מנהג פשוט וכולם עושין כן וכל המקבל על דעת כן מקבל.<sup>21</sup>

לדבריו, מנהג זה שקול לתקנת חכמים (תנאי בית דין) ולכן יש לו תוקף אף שהוא אסמכתא.

הבית יוסף<sup>22</sup> כתב באחד מפירושו שלדעת הרמב"ם כל סכום קצוב מראש הוא אסמכתא, וחכמים לא היו מתקנים שישלם אותו, כי "כך לי פוסק על עצמו עשרה זוזי כמו פוסק על עצמו אלפא זוזי". דווקא "אשלם במיטבא" שאינו קצוב מראש אינו אסמכתא. רבי מאיר אריק<sup>23</sup> חלק על כך, והוכיח מדברי שאר פוסקים שאם הסכום אינו מוגזם אין בו משום אסמכתא גם אם הוא קבוע. בספר עמק המשפט<sup>24</sup> התלבט אם המוחזק יכול לומר 'קים לי' כבית יוסף שהרי הרב מאיר אריק הוכיח אחרת מכל הפוסקים, וכתב שקשה להוציא ממון מהמוחזק (יש להעיר שגם בבית יוסף הדברים אינם מוחלטים).

### 3. תנאי שבידו ותנאי שאינו בידו

גם כאשר הקנס אינו מוגזם, כמו "אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא", אינו חייב אלא אם כן בידו לקיים את התנאי. וכך מבואר בגמרא:

אמר רב חמא האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא ופשע ולא זבין ליה משלם ליה כדקא אזיל אפרוותא דזולשפט... רב אשי אמר אפילו יין סתם נמי לא, מאי טעמא אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא. ולרב אשי מאי שנא מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא? התם בידו הכא לאו בידו.<sup>25</sup>

הנותן מעות לחברו לקנות לו יין במקום בו המחיר זול (פרוותא דזולשפט), והתנה עמו שאם לא יקנה ישלם לו את הפסדו, הרי זו אסמכתא ופטור, משום שייתכן שלא ימכרו לו. ואין לומר שהדבר בידו כי יכול לקנות ביוקר, שהרי התנאי היה שיקנה דווקא בזול.

<sup>20</sup> רשב"א בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה והא דאקשינן; ר"ן שם, ד"ה התם בידו; נימוקי יוסף שם, ד"ה ולרב אשי.

<sup>21</sup> רמב"ן בבא מציעא קד ע"א, ד"ה וקשה עלינו.

<sup>22</sup> בית יוסף חו"מ, רז.

<sup>23</sup> מנחת פתים, שיירי המנחה שכח, ב.

<sup>24</sup> עמק המשפט, חוזים, עמ' רנג.

<sup>25</sup> בבא מציעא עג ע"ב.

התוספות הקשו על כך מסוגיית תוקפם של הימורים, שנדונו אגב מעמדו המשפטי של משחק בקוביה.<sup>26</sup> רב ששת סבר שאין במשחק בקוביה משום אסמכתא. רש"י פירש שרק במקרה בו המתחייב סומך בדעתו שהקנס לא יחול כי הוא יפרע את חובו בזמן או יעבד את השדה וכדומה יש אסמכתא. אבל המשחק בקוביה יודע שהדבר אינו בידו, ולכן גומר בדעתו להתחייב ואין בהתחייבותו משום אסמכתא. התוספות מקשים שבסוגייתנו מבואר להיפך, כשהשליח התחייב לקנות יין בזול זו אסמכתא משום שהדבר אינו בידו!

מסקנת התוספות היא שכאשר הדבר לגמרי אינו בידו, כמו במשחק בקוביה, אין אסמכתא משום שאין למתחייב על מה לסמוך והוא גומר בדעתו. לעומת זאת השליח שהתחייב לקנות יין בזול הדבר קצת בידו שהרי מצוי יין למכור, אלא שאינו בידו לגמרי כי הוא תלוי בדעת המוכרים אם ירצו למכור לו, ולכן יש בזה חסרון אסמכתא.

לעומת פירוש התוספות, הר"ן מביא את פירושו של רב האי גאון:

ולא למימרא דבמידי דלאו בידו לא הוי אסמכתא, דאדרבה בפרק זה בורר משמע גבי משחק בקוביא דכל שבידו הוי אסמכתא טפי. הלכך הא מתניתין ד'אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא' אסמכתא נמי היא ולא מדינא מקני אלא משום תקנתא וכ"כ רבינו האי גאון ז"ל. תדע דאפילו לא כתב נמי כמי שכתב דמי, כדמוכח בריש פרק המקבל. והיינו טעמא משום דכיון דהאי גברא סמיך עליה, קנסי ליה רבנן לחיוביה בכנגד הפסדו של זה. וכיון שכן, כי אקשינן מהא דתנן 'אם אוביר' וכו' לאו אעיקר מלתיה דרב אסי דקאמר אסמכתא היא ולא קניא, דבמתניתין ד'אם אוביר' נמי לאו מדינא מהני אלא מתקנתא. אלא הכי קא מקשינן כי היכי דהתם תקון רבנן דלשלם כנגד הפסדו של חברו כגון שהיה סומך עליו, הכי נמי הוה להו לתקוני דלישלם. ומשני התם כיון שבידו ולא עבד קנסוהו רבנן, אבל הכא כיון דלאו בידו לא חזו רבנן למקנסיה. דאלו מדינא ודאי בין הכא בין התם פטור וכדאסיקנא לעיל דכל דאי לא קני.<sup>27</sup>

לפי פירושו של רב האי גאון גם התחייבות "אם לא אעביד אשלם במיטבא" היא בגדר אסמכתא, והיא חלה מכוח תקנת חכמים שחייבוהו בקנס סביר אך לא בקנס מוגזם, בגלל שפשע ולא עיבד את הקרקע. לעומת זאת בשליח שנשלח לקנות יין, הדבר אינו בידו ולכן לא קנסוהו.

#### 4. שיטת הרמב"ם: אסמכתא – התחייבות מותנית

הרמב"ם כתב באופן סתמי: "הנותן מעות לחבירו ליקח בהם פירות למחצית שכר ולא לקח אין לו עליו אלא תרעומת",<sup>28</sup> ולא הביא את החילוק בין דבר שהוא בידו לבין דבר שאינו בידו. גם בהלכות מכירה סתם וכתב: "שכל האומר אם יהיה אם לא יהיה לא גמר והקנה",<sup>29</sup> ולא חילק בין תנאי שבידו שחל לתנאי שאינו בידו, וכן לא חילק בין התחייבות מוגזמת להתחייבות שאינה מוגזמת.

<sup>26</sup> סנהדרין כד ע"ב.

<sup>27</sup> ר"ן בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה התם בידו. פירוש דומה הביא הבית יוסף (חו"מ רז) בשם תלמידי הרשב"א בפרק איזהו נשך.

<sup>28</sup> רמב"ם שלוחין ושותפין ז, ו.

<sup>29</sup> רמב"ם מכירה יא, ו.

הטור<sup>30</sup> תמה על הרמב"ם מדוע לא הביא חילוק מפורש בגמרא, הרי חילוק זה הכרחי כדי להסביר מדוע "אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא" חייב לשלם. הכסף משנה<sup>31</sup> ביאר שהרמב"ם פירש את הגמרא לפי דרכו של רב האי גאון שראינו לעיל, ולפיה "אשלם במיטבא" חייב משום שכך תיקנו חכמים לקנוס את המקבל שדה ואינו מעבדה וגורם בכך הפסד לבעל השדה, אך לא בגלל התחייבותו. לפי זה אין חילוק בדיני אסמכתא בין אם הדבר בידו או לא, ובין קנס מוגזם או לא, והכלל הוא "כל דאי לא קני", כלומר, כל התחייבות מותנית איננה תקפה. גם הגר"א ביאר את שיטת הרמב"ם על פי דברי רב האי גאון.<sup>32</sup>

האם לפי הסבר זה חכמים קנסו רק את המקבל שדה ואינו מעבדה, או שמא הייתה תקנה כללית לקנוס את כל מי שקיבל עליו אחריות לדבר מסוים ופשע וגרם הפסד, שישלם את ההפסד? על כך כתב הבית יוסף:

ומאחר שהרמב"ם היה מפרש כן לא שנא דבר שהוא בידו לא שנא דבר שאינו בידו לא שנא גזים לא שנא לא גזים הוי אסמכתא ולא קנה, אלא דכל היכא דבידו ולא גזים קנסוהו רבנן. ולפיכך בפרק י"א מהלכות מכירה ששם נתבארו דיני אסמכתא לא חילק בין אי הוי בידו לאי לא הוי ובין גזים ללא גזים דבכולהו הוי אסמכתא, ובפרק ח' מהלכות שכירות (היי"ג) כתב דהיכא דבידו ולא גזים חייב לשלם.<sup>33</sup>

מהלשון "כל היכא דבידו ולא גזים קנסוהו רבנן" משמע לכאורה שזו תקנה כללית. אולם ייתכן שתיקנו דווקא במקום שיש מנהג בשוק לחייב את מי שפשע, ולפי זה הנפקא מינה בין שיטה זו לבין שיטת התוספות תהיה רק במקום שאין מנהג לחייב.

בספר אור שמח<sup>34</sup> פירש את דברי הרמב"ם באופן אחר. "אשלם במיטבא" חייב כיוון שאין שם תנאי כלל, אלא שמקבל השדה מתחייב לשלם שלישי היבול או מחצה (לפי הסיכום שביניהם) בכל מקרה, בין אם יעבד את הקרקע ובין אם לא, ואין הדבר תלוי בתנאי כלשהו.<sup>35</sup> בדרך דומה פירש גם בספר יד המלך.<sup>36</sup> לפי זה ייתכן שמדובר בדין ייחודי ל"אשלם במיטבא" ואין להביא ממנו ראיה למקרים אחרים.

## 5. סיכום

1. אסמכתא היא התחייבות עתידית מותנית שאינה תקפה בגלל שהמתחייב לא גמר בדעתו לקיים את התחייבותו.

<sup>30</sup> טור חו"מ, רז.

<sup>31</sup> כסף משנה הלכות מכירה יא, ו. בית יוסף חו"מ, רז. וראו אור שמח מכירה יא, ו, שביאר בדרך אחרת.

<sup>32</sup> ביאור הגר"א חו"מ רז, ה.

<sup>33</sup> בית יוסף חו"מ, רז.

<sup>34</sup> אור שמח מכירה יא, ו.

<sup>35</sup> לא ברור לי, אם כן מה הקושיה של הגמרא (בבא מציעא עד ע"ב) על ההבדל בין "אשלם במיטבא" לבין המתחייב לקנות יין בפרוותא דזולשפט, ומה התשובה "התם בידו הכא לאו בידו".

<sup>36</sup> יד המלך מכירה יא, ו.



2. התחייבות לשלם פיצוי על מניעת רווח שהמתחייב גרם אינה אסמכתא, ובלבד שלא קצבו סכום מוגזם. לפי אחת הדעות כל סכום קצוב מראש נחשב כמוגזם, לפי דעה אחרת תוקפה של ההתחייבות נובע מהמנהג, ולפי דעה נוספת התוקף נובע מתקנת חכמים.

3. לפי שיטת התוספות כאשר קיום התנאי אינו ביד המתחייב אין אסמכתא. כך גם כאשר קיום התנאי הוא לגמרי בידו. במצבי ביניים, "בידו ולא בידו", יש אסמכתא. לפי שיטה זו, הרמ"א (חו"מ רז, יג) חילק כך:

1. קנס מותנה בתנאי שבידו לקיימו (כגון, התחייבות לעבד שדה) – תקף אם הקנס אינו מוגזם.
2. קנס מותנה בתנאי שלגמרי אינו בידו (כגון, משחק בקובייה) – תקף תמיד.
3. קנס מותנה בתנאי שבידו באופן חלקי (כגון, התחייבות לקנות סחורה) – אינו תקף אף פעם.
4. לעומת זאת מדברי הרמב"ם נראה שכל התחייבות מותנית היא בגדר אסמכתא, וכך נפסק בשולחן ערוך.<sup>37</sup>

## ג. דיני אסמכתא

### 1. האם הפגם באסמכתא הוא מן התורה או מדרבנן

אחד המקרים שלכאורה יש בהם חסרון אסמכתא הוא בהתחייבותו של ערב, שהרי ערב מתחייב לשלם למלווה אם הלווה לא יפרע את חובו. נמצא שזו התחייבות עתידית מותנית, וייתכן שהערב סומך על כך שהלווה יפרע את החוב ולא גמר בדעתו לפרוע במקומו. ואכן זו דעת אמימר:

אמר אמימר: ערב דמשתעבד מחלוקת רבי יהודה ורבי יוסי. לרבי יוסי דאמר אסמכתא קניא ערב משתעבד, לרבי יהודה דאמר אסמכתא לא קניא ערב לא משתעבד.<sup>38</sup>

אך רב אשי דחה את דבריו:

אמר ליה רב אשי לאמימר: הא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד?

אלא אמר רב אשי: בההוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה.<sup>39</sup>

לפי רב אשי אין חסרון אסמכתא בהתחייבותו של ערב משום שיש לו הנאה מכך שהמלווה נתן בו אמון והסכים להלוות את כספו ללווה, ובגלל הנאה זו גמר הערב בדעתו להתחייב.

---

<sup>37</sup> שולחן ערוך חו"מ רז, יג.

<sup>38</sup> בבא בתרא קעג ע"ב.

<sup>39</sup> שם.

רבנו נתנאל מקינון<sup>40</sup> סבר שמסוגיה זו יש להוכיח שאסמכתא תקפה מן התורה, שהרי מן התורה יש תוקף לערבות, ולכן מסתבר שאסמכתא אינה מחייבת רק מדרבנן. כך כתב גם הב"ח,<sup>41</sup> אולם הש"ך<sup>42</sup> השיג עליו, משום שבסוגיה מוכח שהטעם שאין בהתחייבות הערב אסמכתא הוא משום ש"בההוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה", ולא משום שאסמכתא קונה מן התורה.

נתיבות המשפט<sup>43</sup> הסביר שסברה זו, שהערב גמר בדעתו להתחייב למלווה בתמורה להנאה שקיבל, מועילה רק אם נאמר שאסמכתא היא מדרבנן. לפי הסברו אם אסמכתא היא מן התורה הרי זה משום שהתחייבות מותנית אינה תקפה כלל, ולכן גם אם גמר בדעתו להתחייב הדבר לא יועיל. אבל אם אסמכתא היא מדברי חכמים משום שחששו שלא גמר בדעתו להקנות, הרי שבמקום שיש אומדנא שגמר בדעתו היא תהיה תקפה.

## 2. אסמכתא בנכרים

ישראל לווה מעות מנכרי, ומסר לו חמץ על מנת שאם לא יפרע את החוב עד תאריך פלוני, החמץ שלו. לדעת הרמב"ם אם הקנה לו את החמץ 'מעכשיו' (לקמן נראה שהתחייבות מעכשיו תקפה לדעת הרמב"ם) החמץ נחשב כקנוי לנכרי, ואינו נאסר בפסח. אבל אם לא אמר לו 'מעכשיו', אף על פי שהחמץ בביתו של הנכרי, והגיע זמן הפרעון קודם הפסח, החמץ אינו קנוי לנכרי ונאסר בפסח:

ישראל שהרהין חמצו אצל הגוי אם אמר לו 'אם לא הבאתי לך מעות מכאן ועד יום פלוני קנה חמץ זה מעכשיו', הרי זה ברשות הגוי ואותו החמץ מותר לאחר הפסח, והוא שיהיה אותו זמן שקבע לו קודם הפסח. ואם לא אמר לו 'קנה מעכשיו' נמצא אותו החמץ כאילו הוא פקדון אצל הגוי ואסור בהנייה לאחר הפסח.<sup>44</sup>

הראב"ד חולק על כך:

אמר אברהם: דבר זה לא נהיר ולא צהיר, אלא אפילו לא הגיע זמנו עד לאחר הפסח אינו עובר עליו, ואם הגיע זמנו קודם הפסח אפילו לא אמר מעכשיו קנאו **שאיין דין אסמכתא לגוי**.

לפי הראב"ד כאשר הגיע זמן הפרעון לפני פסח, והלווה לא פרע את חובו, הנכרי קנה את החמץ שניתן לו כמשכון, ואין בזה אסמכתא אף על פי שלא אמר 'מעכשיו'.

המגיד משנה הסביר שלדעת הרמב"ם יש דין אסמכתא, ולכן אם לא אמר שהחמץ קנוי לו 'מעכשיו', הנכרי לא קנה והחמץ נאסר. אבל לדעת הראב"ד אין דין אסמכתא בנכרי, ולכן החמץ אינו נאסר.

---

<sup>40</sup> דבריו הובאו במרדכי בבא קמא, מו, ובהגהות מרדכי סנהדרין, תשכא.

<sup>41</sup> ב"ח חו"מ, רז.

<sup>42</sup> ש"ך חו"מ רז, יח.

<sup>43</sup> נתיבות המשפט רז, טו.

<sup>44</sup> רמב"ם חמץ ומצה ד, ה.

נחלקו הפוסקים האם יש אסמכתא כאשר התובע מוחל לחייב על חוב קיים, ותולה את מחילתו בתנאי. יש הסוברים שדין מחילה כדין התחייבות, וכשם שהתחייבות התלויה בתנאי אינה חלה כך גם מחילה התלויה בתנאי. בהתאם לכך פירשו את הברייתא:

הנותן ערבון לחבירו, ואמר לו: אם אני חוזר בי – **ערבוני מחול לך**, והלה אמר לו: אם אני אחזור בי – אכפול לך ערבונך, נתקיימו התנאים, דברי רבי יוסי. רבי יהודה אומר: דיו שיקנה כנגד ערבונו.<sup>45</sup>

מדובר בקונה שנתן למוכר מקדמה, והתחייב שאם יחזור בו ולא ישלים את הקנייה ימחול על המקדמה ויפסיד אותה. כנגד זה התחייב המוכר שאם הוא יחזור בו ישלם לקונה פי שניים מהמקדמה. לדעת רבי יוסי ההתחייבויות תקפות, כיוון שלשיטתו אסמכתא קניא. לדעת רבי יהודה אסמכתא אינה קונה, מה הדין לפי שיטתו? רש"י פירש:

לא זה ימחול ולא זה יכפול, אלא לא זה ולא זה יכולין לחזור מלקיים מן המכירה כנגד הערבון, וחוזרים על השאר.<sup>46</sup>

מדברי רש"י עולה שגם אם הקונה חזר בו, ועל פי הסיכום שביניהם הוא מפסיד את המקדמה, אין לכך תוקף כיוון שהמחילה הייתה תלויה בתנאי ולכן היא אסמכתא. כך העלה גם הרמב"ן שם.

לעומת זאת הרמב"ם כתב:

לפיכך הנותן ערבון לחבירו ואמר לו אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך והלה אומר ואם אני חוזר בי אכפול לך ערבונך, אם חזר בו הלוקח **קנה זה הערבון שהרי הוא תחת ידו**, ואם חזר בו המוכר אין מחייבין אותו לכפול הערבון שזו אסמכתא היא ואסמכתא לא קנה.<sup>47</sup>

לפי דבריו, אם הקונה חזר בו, מחל על המקדמה והיא תישאר בידי המוכר על פי התנאי שביניהם, ואין במחילה זו משום אסמכתא. הרמב"ן<sup>48</sup> פירש שהטעם הוא משום שהדבר דומה לתנאי הנעשה מעכשיו, כיוון שהערבון כבר בידו של המוכר.

בשולחן ערוך<sup>49</sup> פסק כדעת הרמב"ם, שאם הקונה חזר בו, קנה המוכר את המקדמה כיוון שהיא כבר בידו, אבל הרמ"א פסק כדעת רש"י שעל המוכר להחזיר את המקדמה כיוון שזו אסמכתא. פתחי תשובה<sup>50</sup> כתב בשם שו"ת מים חיים, שהרמ"א לא פסק בהחלט כדעת רש"י, שהרי לא סיים במילים "וכן עיקר", ולכן המוכר יכול לומר 'קים לי' כדעת המחבר, ולהשאיר את הממון בידו. לפי זה בכל

<sup>45</sup> בבא מציעא מח ע"ב.

<sup>46</sup> רש"י בבא מציעא מח ע"ב, ד"ה דיו שיקנה.

<sup>47</sup> רמב"ם מכירה יא, ד.

<sup>48</sup> בבא מציעא מח ע"ב.

<sup>49</sup> שולחן ערוך חו"מ רז, יא.

<sup>50</sup> פתחי תשובה שם, יג.

מקום שהלוקח שילם דמי קדימה למוכר, ואחר כך חזר בו וביטל את העסקה, המוכר יכול לומר 'קיים לי' כדעת הרמב"ם ולהשאיר את המקדמה בידו.<sup>51</sup>

בספר עמק המשפט<sup>52</sup> דן במקרה בו הצדדים חייבו עצמם בקנס במקרה של ביטול עסקה. הלוקח הספיק כבר לשלם כמה תשלומים על חשבון המכירה, ואחר כך חזר בו. השאלה היא האם המוכר שהממון בידו יוכל לטעון שכפי שבערבון, על פי הרמב"ם, אין המוכר חייב להחזירו, כך כאן כל זמן שהתשלומים לא הגיעו לשיעור הקנס, המוכר יכול לקזז מהם את הקנס שהתחייב בו הקונה. מסקנתו היא שאין הדברים דומים כי תשלומים אלו לא ניתנו לשם ערבון אלא לשם תשלומים, ואינם כדמי קדימה שניתנו לשם ערבון.

התנאי "ערבוני מחול לך... אכפול לך ערבונך", הוא אסמכתא כאשר הקניין על הנכס עדיין לא נעשה, והערבון הוא נגד ביטול ההסכמה לקנות או למכור. אבל כאשר הקניין כבר נעשה, והתנאי הוא שכל אחד מהצדדים יוכל לבטל את המקח ע"י מחילת המקדמה או הכפלתה, מחדש החזון איש<sup>53</sup> שאין בזה אסמכתא. הטעם הוא משום שבמקרה כזה מוסכם בין הצדדים שאם הקונה יחזור בו, אז המוכר מתחייב לקנות ממנו מחדש את הנכס במחיר נמוך (המחיר המקורי פחות סכום המקדמה). אם המוכר יחזור בו אז הקונה מתחייב למכור בחזרה למוכר במחיר גבוה יותר (המחיר המקורי ועוד סכום המקדמה). לפי זה אין כאן קנס אלא הסכם על התמורה בעסקת החזרה.<sup>54</sup>

#### 4. סיכום

1. נחלקו הפוסקים האם פגם אסמכתא מבטל את הקניין מן התורה או מדברי חכמים.
2. נחלקו הרמב"ם והראב"ד האם פגם אסמכתא קיים גם בעסקאות בין יהודי ולא-יהודי.
3. לדעת רש"י יש פגם אסמכתא גם במחילה, ולדעת הרמב"ם אין במחילה פגם אסמכתא. כתבו האחרונים שהמוחזק יכול לומר 'קיים לי' כהרמב"ם.

#### ד. חיסון מפני אסמכתא בהתחייבות מעכשיו או בבית דין חשוב

##### 1. הסתירה בגמרא

שנינו במשנה: "הלווה על שדהו, ואמר לו: אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים – הרי היא שלי – הרי היא שלי".<sup>55</sup> דהיינו, הלווה נתן למלווה קרקע כמשכון והתנה עמו שאם לא יפרע את הלוואה תוך שלוש שנים, הקרקע תהיה שלו בדמי הלוואה.

---

<sup>51</sup> כן כתב גם המהרש"ם, משפט שלום רז, יא, ד"ה בהג"ה; שו"ת ברית יעקב חו"מ קא, ד"ה וא"כ; חזון איש חו"מ ליקוטים טז, יא.

<sup>52</sup> עמק המשפט חוזים, עמ' רנד-רנה.

<sup>53</sup> חזון איש חו"מ ליקוטים טז, יא.

<sup>54</sup> בספר עמק המשפט, חוזים, עמ' רנז, התלבט מה הדין כאשר בלשון החוזה נכתב שזהו קנס על ביטול החוזה, האם גם בזה נאמר את סברת החזון איש. כמו כן הוא מתלבט מה יהיה הדין כאשר הקניין נעשה והוקנה ללוקח חלק יחסי במקח לפי התשלום ששילם.

<sup>55</sup> בבא מציעא סה ע"ב.

בגמרא שאלו מדוע התנאי תקף הרי זו אסמכתא, שמתחייב להקנות לו את השדה לאחר שלוש שנים אם לא יפרע לו את חובו. על כך השיבו בגמרא שמדובר במקנה את השדה מעכשיו. כלומר, בהקנאה מעכשיו יש גמירות דעת ולכן אין בה אסמכתא. הראשונים עמדו על כך שלכאורה יש סתירה בין סוגיה זו לסוגיה במסכת נדרים:

ההוא גברא דאתפיס זכוותא בבי דינא, ואמר: אי לא אתינא עד תלתין יומין ליבטלון הני זכוותאי, איתניס ולא אתא. אמר רב הונא: בטיל זכוותיה... ולרב הונא, מכדי אסמכתא היא, ואסמכתא לא קניא!... שאני הכא, דאמר לבטלן זכותיה. והלכתא: אסמכתא קניא; והוא דלא אניס, והוא דקנו מיניה בבית דין חשוב.<sup>56</sup>

אדם נתבע בבית דין, וכדי לסלק את החשש שמא יברח הוא מסר לבית הדין מסמכים התומכים בטענותיו, והתנה שאם לא יבוא לדיון בתוך שלושים יום המסמכים יהיו בטלים ולא יועילו לו. מבואר בסוגיה זו שכדי לסלק חסרון אסמכתא יש צורך בשני תנאים, האחד הוא מעשה קניין על ההתחייבות, והשני שמעשה הקניין נעשה בבית דין חשוב. "קנו מידו" הוא מעשה קניין סודר, שאינו חל לאחר זמן, שאם עשו את מעשה הקניין היום, כדי ליצור התחייבות בעוד שלושים יום, אין בכך תועלת, כיוון שלאחר שלושים יום כבר 'כלתה קניינו' והסודר כבר חזר לבעליו ("הדר למאריה"). אם כן "קנו מידו" הוא מעשה קניין "מעכשיו" בלבד.<sup>57</sup> אם אכן "כל האומר קנה מעכשיו אין כאן אסמכתא כלל וקנה", לשם מה צריך גם מעשה קניין בבית דין חשוב?<sup>58</sup>

## 2. שיטת התוספות וסיעתם

שיטת התוספות<sup>59</sup> היא שכדי לסלק פגם אסמכתא יש צורך במעשה קניין בבית דין חשוב, כפי שכתוב בסוגיה בנדרים. ואילו בסוגיה בבבא מציעא בה כתוב שבקונה מעכשיו אין פגם אסמכתא יש טעם מיוחד מדוע די באמירת "מעכשיו", וביארו בדרכים שונות מהו אותו טעם.

ר"י פירש שסוגיה זו עסקה במי שהלווה על שדהו, כלומר שמסר את השדה ליד המלווה והתנה שאם לא יפרע תוך שלוש שנים היא תישאר בידו, ולכן תחילת המשכנתא דומה למקח וממכר. הוא העלה נימוק נוסף: המלווה עשה טובה ללווה בהלוואה ולכן הלווה גמר בדעתו לקיים את התחייבותו.<sup>60</sup> רבנו תם פירש שכיוון שהשדה כבר ביד המלווה די באמירת "מעכשיו" כדי לסלק חסרון אסמכתא. לעומת זאת בסוגיה בנדרים הממון אינו ביד התובע, אלא רק התפיס זכויותיו ביד בית הדין. הרמ"א פסק כשיטת התוספות שלא די במעשה קניין "מעכשיו".<sup>61</sup>

<sup>56</sup> נדרים כז ע"א-ע"ב.

<sup>57</sup> כמו קניין משיכה, ראו כתובות פב ע"א; ר"ן נדרים כז ע"ב; רשב"א שם.

<sup>58</sup> ר"ן נדרים כז ע"א; רשב"א שם.

<sup>59</sup> תוספות בבא מציעא סו ע"א, ד"ה ומניומי.

<sup>60</sup> שני הנימוקים הובאו גם ברא"ש בבא מציעא ה, כט; מרדכי בבא מציעא, שכא.

<sup>61</sup> שולחן ערוך חו"מ רז, יד.

הסמ"ע<sup>62</sup> פירש שלפי שיטה זו כדי להתגבר על אסמכתא יש צורך בקניין בבית דין חשוב, אך אין צורך לפרש שמעשה הקניין יהיה מעכשיו כיוון שסתם קניין הוא מעכשיו. הט"ז חלק עליו ואמר שיש צורך לפרש שמעשה הקניין חל מעכשיו.<sup>63</sup>

### 3. שיטת הרי"ף

הרי"ף פתר את הסתירה בדרך אחרת:

והוא דקנו מיניה בבית דין חשוב – וקאמר גאון דהאי דינא ליתיה אלא במתפיס זכואתיה בלחוד ומסתברא כוותיה.<sup>64</sup>

הרי"ן במסכת נדרים הסביר את סברתו:

שאין עסק לבית דין חשוב בתנאין שבין אדם לחבירו, אלא הכא דוקא קאמר, משום דהאי גברא לא מדעתיה בלבד אמר דאי לא אתי לבטלן זכותיה אלא בית דין הזקיקוהו לכך, ומשום הכי דוקא כי קנו מיניה בית דין חשוב מהני אף על גב דלא אמר מעכשיו. דבית דין חשוב אלים לאפקועי ממונא.<sup>65</sup>

לפי שיטה זו רק כאשר בית דין מטיל התחייבות על אדם, צריך הוא לקבל עליו את הדברים במעשה קניין בבית דין חשוב. אבל בכל התנאים שבין אדם לחברו די בכך שהקניין יהיה מעכשיו. הסוגיה בנדרים עסקה באדם שבית הדין הטילו עליו להתפיס את זכויותיו בבית דין, כדי להבטיח את בואו לדיון בתוך ל' יום, ולכן היה צורך במעשה קניין בבית דין חשוב. הרי"ן המשיך והסביר שלמרות שנעשה כאן מעשה קניין, וכל קניין סודר הוא מעכשיו, עדיין יש צורך בבית דין חשוב. הסיבה היא משום שרק כאשר מעשה הקניין נעשה ללא תנאים אנו מניחים שהוא חל מעכשיו, אבל מעשה קניין בתנאי שיעשה כך או לא יעשה, אין משמעותו שיקנה מעכשיו, אלא אם כן אמר במפורש "מעכשיו".

תשובה נוספת לשאלה זו הביא הכסף משנה בשם תלמידי הרשב"א:

כמו שכתבו תלמידי הרשב"א דאע"ג דבעלמא קניין בלא מעכשיו לא מהני היינו לקנות, אבל הכא לאו גבי קנייה היא אלא לסלק אסמכתא בלחוד. והילכך כיון דקנו מידן אף על גב דקנו לאחר זמן גמר בדעתיה ומהני והוא שיהיה בבית דין חשוב.<sup>66</sup>

כאשר עושים קניין סודר כדי לקנות נכס כלשהו, קרקע או מיטלטלין, הקניין חל מעכשיו. אבל כאשר מטרת הקניין אינה לקנות דבר אלא לסלק את הפגם שבאסמכתא אין אומרים 'כלתה קניינו', והקניין מועיל גם אם הכוונה היא שיחול לאחר זמן, ולכן יש צורך גם בבית דין חשוב.

### 4. שיטת הרמב"ם

הרמב"ם פסק:

---

<sup>62</sup> סמ"ע חו"מ רז, מ.

<sup>63</sup> ט"ז חו"מ רז, יד.

<sup>64</sup> רי"ף בבא בתרא עח ע"א.

<sup>65</sup> ר"ן נדרים כז ע"ב. כך הסבירו גם הרשב"א שם, ד"ה והוא דקנו מיניה, וכן הרמב"ן, הלכות נדרים ט, ב.

<sup>66</sup> כסף משנה מכירה יא, יג.

כל האומר קנה מעכשיו אין כאן אסמכתא כלל וקנה, שאילו לא גמר להקנותו לא הקנהו מעכשיו.<sup>67</sup>

לצד זה הרמב"ם פסק גם :

אסמכתא שקנו מידו עליה בבית דין חשוב הרי זה קנה, והוא שיתפוס זכויותיו בבית דין, והוא שלא יהיה אנוס. כיצד הרי שהתפוס שטרו או שוברו בבית דין, וקנו מידו שאם לא בא ביום פלוני ינתן שטר זה לבעל דינו והגיע היום ולא בא הרי אלו נותנים, ואם עכבו נהר או חולי מלבא לא יתנו וכן כל כיוצא בזה, והוא שיהיה בבית דין חשוב.<sup>68</sup>

הכסף משנה פירש את דברי הרמב"ם בשני אופנים. על פי האופן הראשון מעשה קניין בבית דין חשוב נצרך רק בהתחייבות הבאה מכוח בית הדין ושלא מרצונו של האדם, אבל בהתחייבות מרצון אין צורך בבית דין חשוב ודי בקניין "מעכשיו", וכשיטת הר"ן וסיעתו שראינו לעיל.<sup>69</sup> כך נראה לכאורה מההסבר שנתן הרמב"ם בהלכה יד: "כיצד הרי שהתפוס שטרו או שוברו בבית דין".

על פי האופן השני קניין בבית דין חשוב מועיל לרפא כל אסמכתא. לגבי השאלה לשם מה בית דין חשוב, הרי הקניין הוא מעכשיו ואין בו אסמכתא, הכסף משנה<sup>70</sup> עונה גם כן שתי תשובות: א) הרמב"ם סובר כתלמידי הרשב"א שקניין הבא לסלק אסמכתא אינו חייב לחול מעכשיו ולכן יש צורך בקניין בפני בית דין חשוב. ב) הרמב"ם סובר כשיטת הר"ן שסתם מעשה קניין סודר הוא אכן מעכשיו, אבל מעשה קניין הנעשה על תנאי "אם באתי" וכדומה אין משמעותו שהוא קונה מעכשיו.

המהרי"ט<sup>71</sup> הוסיף הסתייגות חשובה. לדעתו, קניין "מעכשיו" מבטל חסרון אסמכתא רק אם מדובר בקניין נכס ממשי, כלומר הקנאת קרקע או מיטלטלן מעכשיו בתנאי מסוים. אבל כאשר מדובר בהתחייבות לשלם סכום מסוים בתנאי מסוים לא יועיל קניין "מעכשיו", כיוון שעל כל פנים אין כאן הקנאה שחלה מעכשיו אלא התחייבות עתידית. לכן, לדעתו אין אפשרות לתת תוקף להתחייבות עתידית מותנית אלא על פי תיקון חכמי ספרד.<sup>72</sup>

## 5. פסיקת השולחן ערוך והרמ"א

השולחן ערוך העתיק את לשון הרמב"ם בהלכות מכירה :

כל האומר : קנה מעכשיו, אין כאן אסמכתא כלל, וקנה, שאילו לא גמר להקנות לא הקנהו מעכשיו. כיצד, אם באתי מכאן ועד יום פלוני קנה בית זה מעכשיו, וקנו מידו על כך, הרי זה קנה אם בא בתוך הזמן, וכן כל כיוצא בזה.<sup>73</sup>

---

<sup>67</sup> רמב"ם מכירה יא, ז.

<sup>68</sup> רמב"ם מכירה יא, יג-יד.

<sup>69</sup> לעיל הערה 65.

<sup>70</sup> כסף משנה מכירה יא, יג.

<sup>71</sup> שו"ת מהרי"ט א, קלא.

<sup>72</sup> ראו הערה 75.

<sup>73</sup> שולחן ערוך חו"מ רז, יד.

לכאורה משמע שהשולחן ערוך פוסק כשיטת הרי"ף, לפיה אין צורך במעשה קניין בבית דין חשוב בהתחייבויות שבין אדם לחברו, ורק במי שהתפיס זכויותיו בבית דין יש צורך בקניין בבית דין חשוב, ובשאר מקומות הדבר תלוי באמירת "מעכשיו". לעומת זאת הרמ"א הלך בשיטת רבנו תם: הגה: וי"א דמעכשיו לחוד לא מהני לסלק אסמכתא, אלא בעינן ג"כ שיקנו ממנו בבית דין חשוב ומעכשיו...

ואם צוה לכתוב בשטר שקנו ממנו בבית דין חשוב אע"ג דלא קנה מהני דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי.<sup>74</sup>

נראה שהרמ"א מצריך שני תנאים, גם מעשה קניין בבית דין חשוב, וגם התחייבת שתחול מעכשיו. לעיל הבאנו את דעת הט"ז שאכן לפי הרמ"א יש לקבוע במפורש שהקניין יחול מעכשיו, ואת דעת הסמ"ע שאם נעשה מעשה קניין יש לסמוך על כך שכל קניין סודר הוא מעכשיו. הרמ"א הוסיף שגם הודאת בעל דין שהיה קניין בבית דין חשוב מועילה.

## 6. סיכום

א. שיטת הרי"ף והרמב"ם היא שכאשר אדם מתחייב (או מקנה) על תנאי "מעכשיו" אין זו אסמכתא, ויש לה תוקף גמור. כך פסק גם השולחן ערוך.

ב. המהרי"ט כתב שמדובר רק בהקנאה של נכס, אבל בהתחייבות לשלם יש פגם אסמכתא ואין לה תוקף גם אם נעשה קניין "מעכשיו".

ג. שיטת התוספות היא שכדי לרפא פגם אסמכתא יש צורך במעשה קניין בבית דין חשוב מעכשיו. כך פסק הרמ"א, והוסיף שגם הודאת בעל דין שהיה קניין בבית דין חשוב מועילה.

## ה. המנהג לקבוע קנס על ביטול שידוך ומשמעותו

אחד המקרים שבהם היה נהוג לקבוע קנס למפר הסכם היה בביטול שידוך. הראשונים כבר שאלו מה תוקפו של קנס כזה, הרי זו התחייבות התלויה בתנאי שיבטל את השידוך, ועל פניו היא אסמכתא.

## 1. שיטת הרמב"ם וחכמי ספרד

הרמב"ם הביא בהקשר לכך את תיקון חכמי ספרד:

כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושין, קונין מזה שהוא חייב לחבירו מאה דינרין, ואחר שחייב עצמו קונין מבעל חובו שכל זמן שיהיה כך או שיעשה כך הרי החוב זה מחול לו מעכשיו, ואם לא יהיה או לא יעשה הריני תובעו בממון שחייב עצמו בו, ועל דרך זו היינו עושין בכל התנאים שבין אדם לאשתו בשדוכין ובכל הדברים הדומין להם.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> רמ"א חו"מ רז, יד-טו.

<sup>75</sup> רמב"ם מכירה יא, יח.



לפי מה שנהגו חכמי ספרד ההתחייבות של אדם לחברו הייתה מוחלטת ללא תנאי, אלא שנקבע בהסכם שבמקרה שיעמוד בתנאי שנקבע, חברו ימחל לו על חובו. שיטה זו בנויה על כך שאין במחילה אסמכתא, וכפי שראינו זו שיטת הרמב"ם, אך לדעת רש"י גם במחילה יש אסמכתא.

הסמ"ע<sup>76</sup> שאל: הרי לשיטת הרמב"ם די בביצוע מעשה קניין "מעכשיו" כדי לסלק חסרון אסמכתא, ואם כן למה צריך את תיקון חכמי ספרד, הרי אדם יכול להתחייב מעכשיו על תנאי? הסמ"ע השיב שאכן יכול אדם להתחייב מעכשיו על תנאי, אבל נהגו לעשות "על צד היותר טוב". הסמ"ע לא הסביר מדוע זה יותר טוב.

המשנה למלך כתב שאם אדם מתחייב על תנאי מעכשיו, ונאנס עד שלא יכול לקיים תנאו, נפטר מחיובו. אבל בדרך של חכמי ספרד ההתחייבות אינה תלויה בתנאי. גם הבית יוסף התקשה מדוע לא יתחייב אדם בתנאי ומעכשיו, וענה שהמתחייב התחייב לשלם מעות ואין מעות נקנות במעשה קניין סודר, ולכן קניין "מעכשיו" אינו מועיל. הסמ"ע לא קיבל תירוץ זה, כיוון שהמתחייב אינו מתחייב לשלם דווקא מעות אלא שווה כסף.

## 2. שיטת רבנו תם: אין אסמכתא בהתחייבות הודית

שיטת רבנו תם<sup>77</sup> היא שכאשר מדובר על התחייבות הודית של שני הצדדים לשלם קנס במקרה שאחד מהם יפר הסכם, כמו בקנסות שידוכים, יש לכך תוקף. הטעם לכך הוא משום שכל צד גומר בדעתו להתחייב, בתמורה לכך שגם הצד השני יתחייב. על פי זה הסביר רבנו תם את דברי רב ששת שאין בהימורים (משחק בקוביה) משום אסמכתא, כיוון שכל אחד מהמהמרים מתחייב לחברו, בתמורה לכך שגם חברו יתחייב לו. ראשונים רבים הציעו טעמים אחרים לתוקפם של קנסות בשידוכים, ומכאן שהם חולקים על שיטתו של רבנו תם. שתי הדעות הובאו ברמ"א.<sup>78</sup>

בית הדין הגדול<sup>79</sup> דן בהסכם גירושין שבו הבעל התחייב לשלם מזונות בסכום גדול אם יתחרט ולא ייתן גט במועד, והאישה התחייבה לגדל את הילדים מבלי לקבל מזונות מאביהם, אם היא תתחרט ולא תסכים לקבל את הגט. הבעל לא נתן גט במועד, והאישה תבעה תשלום מזונות גבוהים כפי שהתחייב. בית הדין פסק שאמנם יש כאן התחייבויות הודיות, אך כיוון שיש חולקים על רבנו תם, אין להוציא ממון מהמוחזק.

לעומת זאת בית הדין לממונות ירושלים<sup>80</sup> חייב שוכר דירה שלא פינה אותה במועד לשלם מה שהתחייב, תוך שהוא מסתמך על שיטת רבנו תם.

## 3. שיטת התוספות: אין אסמכתא בהתחייבות לפיצוי כשיש לצד המופר בוש

כאמור, לשיטת התוספות הדרך להתגבר על אסמכתא היא על ידי קניין בבית דין חשוב, ובכל זאת לקנסות על ביטול שידוכים יש תוקף גם ללא מעשה קניין בבית דין חשוב:

<sup>76</sup> סמ"ע חו"מ רז, מו.

<sup>77</sup> הובא בתוספות בבא מציעא סו ע"א, ד"ה ומניומי; סנהדרין כה ע"א, ד"ה כל כי האי גוונא (מתחיל בדף כד ע"ב).

<sup>78</sup> רמ"א חו"מ רז, יג.

<sup>79</sup> פסקי דין רבניים ב, עמ' 16.

<sup>80</sup> פסקי דין ירושלים יב, עמ' קנב. ראו גם שם י, עמ' רכד; עמ' רפ שם, ז, עמ' שכג.

ומיהו קנס שעושיין בשעת שידוכין מהני, אפילו לא קנו בבית דין חשוב כיון שנוהגין בו כל העולם, מידי דהוי אסיטומתא דלקמן (דף עד ע"א) דקניא. ועוד דבדין הוא להתחייב כל החוזר בו כיון שמבייש את חברו.<sup>81</sup>

הנימוק הראשון של התוספות, מדוע בקנס שידוכין אין אסמכתא הוא משום שכך נהגו כל העולם, נדון בנימוק זה לקמן. הנימוק השני הוא "דבדין הוא להתחייב כל החוזר בו כיון שמבייש את חברו". כלומר, החוזר בו מהסכם שידוכין גורם בושה לצד שכנגדו, ולכן עליו לשלם.

מדברי המהרי"ק<sup>82</sup> משמע שהבין שהתוספות מחייבים מדין בושת,<sup>83</sup> אך שאר המפרשים הבינו שאין לחייב מדין בושת כיוון שאין חיוב ממון על בושת דברים ללא פגיעה פיזית, אלא מחמת ההתחייבות של הצדדים, והתוספות התכוונו לומר שמסתבר שיש לפצות את המתבייש (למרות שאין חובה הלכתית לפצות על כך), ואין זו התחייבות מוגזמת. כך משמע גם מהמשך דברי תוספות: "והוי כמו (לקמן דף קד ע"א) אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא דלאו אסמכתא היא". מי שהוביר את השדה אינו חייב מצד הדין, כיוון שזו מניעת רווח בלבד, אלא בגלל התחייבותו. ולמרות שזו התחייבות מותנית היא תקפה, כיוון שגרם הפסד לבעל השדה.<sup>84</sup>

הרב נחום גורטלר כתב<sup>85</sup> שגם על קנסות הנקבעים למפר חוזה מכירת דירה חל נימוק דומה. כיוון שהפרת החוזה גורמת לפעמים הפסד מרובה לצד השני (כגון, אובדן דמי שכירות), וכן צער וטרחה לתבוע את המפר שיעמוד בהתחייבותו. לפיכך, הדבר דומה לבושת בקנסות של ביטול שידוך. משום כך הוא כתב ש"התחייבות עד לעשרה אחוז מערך הדירה אינה גוזמא".

לסיכום, על פי התוספות כאשר נגרמה למופר מניעת רווח או צער ועוגמת נפש, יש תוקף לקנס שנקבע. אף שאין בעילות אלה כדי להטיל חיוב במסגרת דיני נזיקין, די בהן כדי ליצור גמירות דעת להתחייבות.

## 1. התגברות על אסמכתא מכוח מנהג

במקום שמנהג הסוחרים הוא שמעשה מסוים המקובל בין הסוחרים ("סיטומתא") מהווה מעשה קניין, הרי שיש לכך תוקף הלכתי. במקור נאמרה הלכה זו לגבי סימן שקונה היה מסמן על חבית שהחליט לקנות, אך כבר כתב השולחן ערוך שהוא הדין לכל דבר:

---

<sup>81</sup> תוספות בבא מציעא סו ע"א, ד"ה ומניומי.

<sup>82</sup> שו"ת מהרי"ק כט.

<sup>83</sup> כיצד הדברים מתיישבים עם מה שנאמר במפורש בגמרא ש"ביישו בדברים פטור"? ראו שו"ת שואל ומשיב תניינא ד, סט.

<sup>84</sup> ראו לעיל עמ' 7 שראשונים רבים הסבירו כשיטת רב האי גאון שהתחייבות לשלם במיטבא תקפה בגלל שהיא תקנת חכמים.

<sup>85</sup> הרב נחום גורטלר, "אסמכתא לא קניא", שורת הדין, כרך יא, עמ' נה.

וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו, כגון על ידי שנותן הלוקח פרוטה למוכר, או על ידי שתוקע לו כפו, (או במקום שנוהגים הסוחרים שמוסרים לקונה המפתח), וכן כל כיוצא בזה.<sup>86</sup>

### 1. מחלוקת האם מנהג מתגבר על מגבלות הלכתיות מהותיות ובכלל זה אסמכתא

יש להסתפק אם מנהג הסוחרים יועיל במקום מעשה קניין של תורה, או אף להתגבר על הגבלה הלכתית מהותית, כגון אסמכתא, שהרי החיסרון באסמכתא הוא היעדר גמירות דעת, כיוון שהמתחייב לא גמר בדעתו, אבל במקום בו המנהג הוא להתחייב, גמירות הדעת תהיה שלמה.

בשאלה מעין זו נחלקו האחרונים לגבי מי שהקנה דבר שלא בא לעולם בעזרת מעשה קניין המקובל בין הסוחרים. קצות החושן הביא את דעת הראשונים שסיטומתא אינה מועילה יותר ממעשה קניין של תורה, ולכן אינה מועילה להקנות דבר שלא בא לעולם:

כתב במרדכי שבת פרק הבונה (סי' תע"ג) ז"ל, לרבינו יחיאל הא דסיטומתא קניא דוקא בדבר הבא לעולם ומועיל בו הקנין הלכך מועיל המנהג להחשיבו כקנין גמור, אבל דבר שלא יועיל בו קנין כגון בדבר שלא בא לעולם, לא מצינו שיועיל בו המנהג להחשיבו כקנין גמור עכ"ל.<sup>87</sup>

לעומת זאת נתיבות המשפט<sup>88</sup> הביא תשובה של המהרש"ל שאפשר להקנות "אורנדי" (זיכיון למכירת ש"כר) על ידי שטר. כיוון שכך נהגו, הרי זה דומה לסיטומתא, למרות שמדובר בדבר שלא בא לעולם. אמנם הוא מסתפק בדבר משום שייתכן שהמהרש"ל הסתמך גם על דינא דמלכותא (ובכך נדון לקמן).

החתם סופר<sup>89</sup> הביא את דברי הרא"ש שסיטומתא מועילה בדבר שלא בא לעולם, ומשם הסיק שהיא בוודאי מועילה להקנות במקרה שיש בו פגם אסמכתא. לפי סברתו, גם הפוסקים שסיטומתא אינה מועילה להקנות דבר שלא בא לעולם, יכולים להודות שהיא מועילה להתגבר על אסמכתא. הרב יוסף שלום אלישיב הסביר מדוע סיטומתא תועיל במקרה של אסמכתא יותר מאשר בדבר שלא בא לעולם:

ונראה פשוט דאף להחולקים הסוברים דבדבר שלא בא לעולם לא מועיל סיטומתא, ומטעם דלא עדיפא סיטומתא מקנין ממש, ובדבר שלא בא לעולם הרי לא תופס שום קנין. מכל מקום, באסמכתא מהני סיטומתא שהרי קנין במעכשיו ובי"ד חשוב מועיל גם באסמכתא.<sup>90</sup>

סיטומתא מועילה באסמכתא, שהרי יש דרכים נוספות להתגבר על אסמכתא, כגון על ידי מעשה קניין "מעכשיו" בבית דין חשוב, משמע שזה חיסרון שיש לו פתרון, לעומת זאת בדבר שלא בא לעולם אין שום קניין מועיל בו.

<sup>86</sup> שולחן ערוך חו"מ ר"א, ב.

<sup>87</sup> קצות החושן ר"א, א. דברי המרדכי הובאו להלכה גם בשו"ת רבי עקיבא איגר א, קלד.

<sup>88</sup> נתיבות המשפט ביאורים ר"א, א.

<sup>89</sup> שו"ת חתם סופר חו"מ, סו. בשו"ת הר צבי יו"ד, קלב, פסק כדברי החתם סופר.

<sup>90</sup> קובץ תשובות הרב אלישיב א, רט. פסקי דין רבניים ה, עמ' 265.

החתם סופר הסתמך גם על דברי התוספות "קנס שעושיין בשעת שידוכין מהני אפילו לא קנו בבית דין חשוב, כיון שנוהגין בו כל העולם מידי דהוי אסיטומתא דלקמן (דף עד ע"א) דקניא".<sup>91</sup> דברי התוספות הובאו להלכה בטור: "כתב ר"י שכל קנסות שעושיין בענין שידוכין שמי שחוזר בו יתחייב לחבירו כך וכך דלא הוי אסמכתא".<sup>92</sup> אולם יש לשים לב שלדעת הבית יוסף<sup>93</sup> הרמב"ם אינו מסכים לדברי התוספות, שכן הרמב"ם כתב שבכל התנאים הנעשים בשידוכין נהגו לעשות כפי תיקון חכמי ספרד כפי שהזכרנו לעיל (עמ' 16).

בית הדין הגדול דן בתוקפה של ערבות בנקאית שנתן צד א' לשם הבטחת התחייבותו לצד ב'. כיוון שמדובר בהתחייבות מותנית עלתה שאלת אסמכתא. הרב יוסף שלום אלישיב פסק שאין בערבות זו אסמכתא, כיוון שסיטומתא קונה גם באסמכתא. לדעתו של הרב אלישיב הצטרף גם הרב עובדיה הדאיה, וזו דעת הרוב בפסק דין זה.<sup>94</sup> הרב בצלאל ז'ולטי, שהיה דעת המיעוט, סבר שכיוון שיש הסוברים שאין סיטומתא מועילה בדבר שלא בא לעולם הוא הדין גם באסמכתא, וטעם שניהם שווה. שהרי גם בהקנת דבר שלא בא לעולם החיסרון הוא משום שלא סמכה דעתו. בית דין לממונות ירושלים פסק כדעת הרב אלישיב, וחייב שוכר שלא פינה את הדירה בזמן לשלם את מה שהתחייב בחוזה, כיוון שכך מנהג המדינה.<sup>95</sup>

לעומת זאת, בית הדין הרבני ברחובות דן במוכר שהתחייב לשלם קנס אם לא יעביר עד תאריך מסוים את רישום הדירה בטאבו, ופסק שאין תוקף לקנס זה משום אסמכתא.<sup>96</sup> הרב חגי איזירר הביא מקורות רבים מן הראשונים הסוברים שקנסות שידוכין מועילים, אך נימקו את הדבר בנימוקים אחרים (שאת חלקם הבאנו לעיל) ולא בכך שזה מנהג העולם. לדעתו יש מכאן הוכחה שהם לא נקטו טעם זה להלכה, ולכן סיטומתא אינה מועילה במקום שיש אסמכתא.<sup>97</sup> בנוסף לכך הוא כותב שעל פי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), להלן, **חוק החוזים תרופות**, אין מחייבים את הפיצוי המוסכם אם שיעורו אינו סביר ביחס לנזק שנגרם מהפרת תנאי החוזה (בנימוק זה נדון לקמן עמ' 26, אגב שאלת דינא דמלכותא). משום כך הוא מסיק: "ההתחייבות לפיצויים שעפ"י החוזה הנדון הם בגדר אסמכתא ואין לה תוקף".<sup>98</sup>

גם הרב אוריאל לביא כתב שאין לחייב פיצוי מופרז על פי ההסכם. הוא מבסס את דבריו על שיטת הבית מאיר,<sup>99</sup> שגם התוספות, שהם מקור הדין לחייב על פי המנהג, לא התכוונו לחייב אלא בסכום הגבוה מעט מהנזק הממשי, אך לא בסכום מופרז. לפי הבית מאיר המתחייב לשלם "אלפא זוזי"

---

<sup>91</sup> תוספות בבא מציעא סו ע"א, ד"ה ומניומי.

<sup>92</sup> טור אה"ע, נ.

<sup>93</sup> בית יוסף אה"ע, נ, בסופו.

<sup>94</sup> פסקי דין רבניים ה, עמ' 258 והלאה.

<sup>95</sup> פסקי דין ירושלים יב, עמ' קנד. שם הובא פס"ד זה מתוך קובץ תשובות הרב אלישיב א, עמ' תג.

<sup>96</sup> פסקי דין רבניים יד, עמ' 30 והלאה.

<sup>97</sup> אמנם הרב נחום גורטלר ("אסמכתא לא קניא", שורת הדין יא, עמ' נג) כתב שכנראה לא בכל מקום נהגו קנסות בשידוכין, ולכן אין ראייה מפוסקים אלו שמא לא נהגו כך במקומם.

<sup>98</sup> פסקי דין רבניים יד, עמ' 42.

<sup>99</sup> הובא בפתחי תשובה אה"ע נ, ט.

הרי זו אסמכתא גם במקום שזה המנהג. רק אם התחייב לשלם מעט יותר מהנזק הממשי הרי זה דומה ל"אשלם במיטבא", שהתחייב לשלם כאילו הקרקע הניבה יבול בשפע אך לא יותר מכך. כמו כן בקנסות שידוכין כוונת התוספות הייתה לקנס שהוא מעט יותר מהבושת הממשית, אך אין לחייב מעבר לכך. על כך יש לשוב ולהעיר שככל שמדובר בבושת אין סכום שהוא חיוב על פי שורת הדין, ולכן נראה שכוונתו לסכום הנראה סביר ולכן יש לגביו גמירות דעת, ולא לסכום החיוב על פי דין.<sup>100</sup> חיזוק לכך שבכוחו של מנהג ליצור זכות ממונית ישנו בפסיקה המקובלת<sup>101</sup> שיש למוניטין מעמד של נכס לעניין מכירה ואף לעניין נזיקין, אף שעל פי שורת הדין הוא בגדר דבר שאינו ממש. פסיקה זו מסתמכת בין השאר על המנהג. אמנם, ישנם הבדלים מסוימים בין מוניטין לבין התחייבות שיש בה אסמכתא, אולם המכנה המשותף לשניהם הוא שמנהג מתגבר על הגבלות הלכתיות.

## 2. מה נחשב מנהג העולם

החתם סופר, בתשובתו שהובאה לעיל,<sup>102</sup> כתב אמנם שמנהג העולם מועיל לבטל חסרון אסמכתא "ומכיון שנהגו שפיר סמכא דעתיה", אך כתב על הנושא שבא לפניו "אני לא שמעתי מנהג זה מעולם אדרבא בכל כיוצא בזה מדיינים עליו בדינא ודיינא הא לן בדיננו והא להו בפליליהם".

על פי זה כתב בשו"ת מנחת יצחק<sup>103</sup> שאין לומר שמנהג העולם הוא שהתחייבות לשלם קנס מועילה ולכן אין בה אסמכתא, כיוון שאנו רואים שיש הרבה דיונים בבתי הדין על קנסות כאלה. בספר עמק המשפט<sup>104</sup> הגדיר את הדבר כך: מנהג בני אדם לכתוב בחוזה קנס, אבל אין מנהג בתי הדין לחייב קנס במקרים כאלה, אלא אם כן החוזה נכתב באופן המסלק פגם אסמכתא, ולכן המנהג אינו מתגבר על האסמכתא.

לעומת זאת, הרב נחום גורטלר<sup>105</sup> תמה על סברה זו, כיצד ייתכן לקבוע שהמנהג לחייב קנס אמור להיווצר בבית הדין, הרי בית הדין אינו מחייב אלא על פי שורת הדין. לדבריו מנהג נוצר בשוק, ובית הדין אמור לקבוע כי יש לו תוקף.

בתחילה הוא נטה לומר שמנהג הוא בעל תוקף אם המתחייבים נהגו לשלם קנסות אלו מעצמם. אלא שלדבריו אפילו קנסות שכולם רגילים לכתוב בחוזה, כגון קנס על מוכר דירה שלא העביר את הרישום בטאבו עד תאריך מסוים, אין מנהג לשלם מרצון. בדרך כלל הצד המפר את החוזה מנסה להתחמק מתשלום הקנס בתואנות שונות (במיוחד בגלל שמדובר בסכומים גדולים), עד שרשות משפטית מחייבת אותו לשלם. למסקנה, הוא הביא ראיות לכך שהמנהג תלוי בכך שכולם נהגו

---

<sup>100</sup> הרב פרופ' רון קליינמן, "תוקפם ההלכתי של חוזה בכתב זיכרון דברים וסעיף פיצויים מוסכמים", משפטי ארץ ד: חוזים ודיניהם, עמ' 126 ואילך, ציין פסקי דין נוספים, ראו שם.

<sup>101</sup> ע"פ שו"ת מהרש"ל, לו, שפסק כך לגבי זיכרון לגבי מכס. ראו בעניין זה: הרב צבי יהודה בן יעקב "שם מסחרי ומוניטין" תחומין יח, עמ' 221; שו"ת שבט הלוי י, רעה; פסקי דין רבניים (נתניה) 824780/ פלוני נ' פלונית; פסי"ד ארץ חמדה גזית, 73109; 73162; 74070, ועוד.

<sup>102</sup> שו"ת חתם סופר חו"מ, סו.

<sup>103</sup> שו"ת מנחת יצחק ו, קע, כ.

<sup>104</sup> עמק המשפט, חוזים, עמ' רס.

<sup>105</sup> הרב נחום גורטלר, "אסמכתא לא קניא", שורת הדין יא, פרק התחייבות קנסות בשידוכים, עמ' נד ואילך.

להתחייב, וכיוון שבכל חוזה למכירת דירה קיים תנאי כזה הרי הוא מחייב, ואין בו משום אסמכתא.<sup>106</sup>

בשולי הדברים יש להעיר כי מבדיקה שטחית שעשינו מתברר שיש מקרים בהם צדדים לחוזה משלמים קנסות ללא התערבות של ערכאה שיפוטית. במקרים אלו קיימת הבנה של הצדדים שביטול החוזה גורם נזקים, ולכן הצד המבטל מפצה את חברו בסכום סביר בעיני הבריות (מתוך התחשבות בגורמים כמו עוגמת נפש, טרחה ומניעת רווח), אך לא בסכום המופרז שנקבע בחוזה. ייתכן שנהגו כך כתוצאה מהשפעתו של סעיף 15(א) לחוק החוזים תרופות הקובע שבית המשפט רשאי להפחית את הפיצוי אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק. בסעיף זה נדון בהמשך.

### 3. סיכום המסקנות מהמנהג לקבוע קנס על ביטול שידוך וכוחו של מנהג

א. במקומות רבים נהגו להתחייב על קנסות לצד המבטל את השידוך, ופוסקי ישראל דנו בשאלת תוקפה של התחייבות זו.

ב. לשיטת הרמב"ם הדרך להתגבר על אסמכתא בקנסות אלו היא על ידי תיקון חכמי ספרד, כלומר התחייבות בלתי מותנית לשלם סכום מסוים, ומחילה על סכום זה במקרה שהשידוך יתקיים.

ג. התוספות כתבו שיש תוקף לקנסות כפי שהם בגלל שני נימוקים. האחד, הוא משום שמבטל השידוך גורם בושת לצד השני, ולכן הקנס אינו מוגזם למרות שאין חיוב תשלום על בושת זו על פי שורת הדין. יש מי שכתב שבהתאם לכך גם המבטל הסכם על מכירת דירה גורם הוצאות וטרחה לצד השני ולכן פיצוי עד עשרה אחוזים נחשב שאינו מוגזם.

ד. הנימוק השני של התוספות הוא שכך נהגו העולם, בדומה לקניין סיטומתא שמועיל כי כך נהגו הסוחרים.

ה. יש בתי דין שנתנו תוקף לפיצוי מוסכם מותנה, במקום שכך נהגו, על פי דברי התוספות. לעומתם יש בתי דין שסברו שאין תוקף לפיצוי זה, וקבעו שאין הולכים אחר מנהג בני אדם אלא אחר מנהג בתי הדין.

### ז. התגברות על פגם אסמכתא מכוח דינא דמלכותא

כתב הרמ"א:

הגה: ויש אומרים דאם השלישו משכנות זה כנגד זה במשפטי גוים ובשטרותיהן, קנו אפילו

באסמכתא, משום דינא דמלכותא דינא.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> הרב גורטלר ציין גם נימוקים נוספים: 1. החוזים מנוסחים על ידי עורך דין על פי חוקי המדינה, החותמים על ההסכם יודעים שהוא ניתן לאכיפה בבית המשפט ורוב הציבור אינו מדיר רגליו מבתי המשפט. 2. הפרת הסכם מכירת דירה עלולה לגרום לצד השני הפסד מרובה, ולפחות צער וטרחה לתבוע את המפר לעמוד בהתחייבותו, ולכן הדבר דומה לבושת בקנסות שידוכין. 3. התחייבות המוכר להעביר את הרישום בטאבו היא חלק מהעסקה שהקונה שילם עליה.

<sup>107</sup> רמ"א חו"מ רז, טו

לכאורה משמעות הדברים היא שאם בחוזה קיים תנאי שיש לו תוקף על פי חוקי המדינה יש להתחשב בו גם בדינו משום שדינא דמלכותא דינא. כך הבין גם בשו"ת השיב משה,<sup>108</sup> ומשום כך כתב שדברי הרמ"א מתאימים לשיטתו שיש תוקף לדינא דמלכותא גם במקום שהוא נגד הדין המפורש בתורה. לעומת זאת, לשיטת הש"ך<sup>109</sup> שחלק על הרמ"א וקבע שדינא דמלכותא אינו תקף נגד מה שמפורש בדין תורה, דינא דמלכותא לא יוכל לתת תוקף במקרה של אסמכתא.

אולם, ניתן לומר שהטעם בפגם אסמכתא הוא בגלל היעדר גמירות הדעת של הצדדים, ואילו במקום שנעשה הסכם שיש לו תוקף בדינא דמלכותא, ברור שגמרו בדעתם לקיימו, ולכן ההסכם מועיל גם על פי דין תורה. המהרש"ם<sup>110</sup> כתב שלפי סברה זו דינא דמלכותא יועיל גם נגד דין תורה אפילו לדעת הש"ך.<sup>111</sup> אמנם הוא חזר ופקפק בזה משום שכאשר שני הצדדים הם יהודים ייתכן שהמתחייב סמך על כך שההתחייבות שלהם תיבחן על פי דין תורה.<sup>112</sup> כמו כן הוא טען שמעיון בתשובת הרשב"א, שהיא המקור להלכת הרמ"א, עולה שהיו לרשב"א שלושה נימוקים שאחד מהם הוא דינא דמלכותא, וייתכן שנימוק זה אינו עומד לבדו ללא הטעמים הנוספים.

החזון איש<sup>113</sup> כתב שאין לומר שהתחייבות שיש בה אסמכתא תהיה תקפה מדינא דמלכותא, כיוון שבעניינים שבין אדם לחברו אין תוקף לדינא דמלכותא. כמו כן אין לומר שהואיל והתנאי מועיל בדינא דמלכותא המתחייב גומר בדעתו. כיוון שאינו רשאי על פי דין לתבעו בערכאות אין זה מבטל את דין ה"אסמכתא", "דאם אי אתה אומר כן בטלה אסמכתא, דלעולם בדיניהם אסמכתא קניא".

יש להעיר שבפסק הדין של בית הדין הגדול שהוזכר לעיל<sup>114</sup> סמכה דעת הרוב על דינא דמלכותא. דעת המיעוט סברה שהרשב"א, שהוא מקור הדין של הרמ"א, הולך לשיטתו שדינא דמלכותא יוצר מנהג שדינו כסיטומתא, ולדעת המיעוט גם סיטומתא אינה מועילה.

בפסקי רשת בתי הדין ארץ חמדה גזית מקובל לתת לחוקים שבין אדם חברו תוקף של דינא דמלכותא מאחר שבימינו יש בחוקים אלו תקנת בני המדינה.<sup>115</sup> על פי זה דינא דמלכותא יפתור גם את פגם אסמכתא.

---

<sup>108</sup> שו"ת השיב משה, צ.

<sup>109</sup> ש"ך חו"מ עג, לט.

<sup>110</sup> מהרש"ם, משפט שלום רז, טו.

<sup>111</sup> המהרש"ם השווה סברה זו לסברת הסמ"ע (חו"מ רז, מב). הרמ"א (חו"מ רז, טו) כתב ש"אם צוה לכתוב בשטר שקנו ממנו בבית דין חשוב, אף על גב דלא קנו, מהני, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי". הסמ"ע הסביר שהטעם הוא שכיון שהודה שעשה מעשה קניין, ודאי גמר להקנות ואין כבר חסרון אסמכתא. משום כך מועילה כאן הודאת בעל דין. למרות שאדם המודה שהקנה לפלוני אגב קרקע, ואנו יודעים שאין לו קרקע, לא תועיל שם הודאת בעל דין.

<sup>112</sup> ההנחה המובלעת בדברי המהרש"ם היא שכאשר שני הצדדים הם יהודים הם יעדיפו דין תורה, ועל כל פנים המתחייב מסוגל לסמוך על כך שהצד השני יציית לדין תורה ולא יאלץ אותו לשלם בערכאות. כאמור לעיל הערה 106 הרב גורטלר ציין שהיום רוב הציבור לצערנו אינו מדיר רגליו מבת המשפט, והדבר משפיע על מידת גמירות הדעת של הצדדים.

<sup>113</sup> חזון איש חו"מ ליקוטים טז, יא.

<sup>114</sup> הערה 94.

<sup>115</sup> מתוך פס"ד ארץ חמדה גזית 81087.

## ח. חיוב בקנס הסביר מתוך הקנס המוגזם

הרי"ף<sup>116</sup> כתב שהמתחייב "אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי" אינו פטור מכול וכול בגלל אסמכתא, אלא רק מן החיוב המוגזם, אבל חייב לשלם "שיעור מאי דאוביר בשוי". משמע מדברי הרי"ף שההתחייבות לשלם אלף זוז שהיא מוגזמת כוללת בתוכה גם את ההתחייבות הסבירה לשלם את הרווח שנמנע ממנו. לעומת זאת שיטת הרא"ש<sup>117</sup> היא שבאופן עקרוני אין אפשרות לחלק התחייבות 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 שבעניין מי שהוביר שדה שקיבל באריסות, חייב לשלם לו מה שהפסיד, כיוון שלפי שיטתו מקור החיוב הוא מנהג העולם ולא ההתחייבות האישית שלו (כאמור לעיל עמ' 7).<sup>118</sup>

בשולחן ערוך נפסק:

ואם התנה עמו: אם אוביר ולא אעביד אשלם אלף זוז, הרי זו אסמכתא ואינו חייב לשלם אלא נותן כפי מה שראויה לעשות בלבד.<sup>119</sup>

מלשון המחבר לא ברור אם פסק כרי"ף או כרא"ש, שהרי בשדה שהובירה גם הרא"ש פסק שנותן לו מה שהייתה ראויה לעשות. הגר"א<sup>120</sup> הסביר את השולחן 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.

לעומת זאת משמע מהסמ"ע שהסביר את השולחן 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 [וכמו 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.<sup>121</sup>

כלומר: האומר 'אשלם אלפא זוזי' חייב לשלם לפי מה שהשדה הייתה אמורה להניב (ואין אומרים שהוא פטור לגמרי, כיוון שדבריו הם אסמכתא והרי הם כאילו אינם) – משום שאת ההתחייבות לשלם במיטבא אין צורך לומר, ואף אם לא אמר דבר הוא חייב לשלם, מכוח המנהג.

<sup>116</sup> רי"ף בבא מציעא סא ע"ב.

<sup>117</sup> רא"ש בבא מציעא ט, ז.

<sup>118</sup> תפארת שמואל, על הרא"ש שם, אות ד. יש להעיר שבספר קרית מלך רב (על הרמב"ם מכירה יא, ו, מובא בעטרת דבורה ב, עמ' 901) הסביר שגם הרי"ף מסביר את "אשלם במיטבא" כשיטת רב האי גאון, שאין חיובו נובע מכוח התחייבות אלא מכוח תקנת חכמים.

<sup>119</sup> שולחן ערוך חו"מ שכח, ב.

<sup>120</sup> ביאור הגר"א חו"מ שכח, ג.

<sup>121</sup> סמ"ע שכח, ג.



ישנם פוסקים נוספים שהסבירו פסיקה נוספת של השולחן ערוך כדעת הרא"ש. נפסק בשולחן ערוך: "שטר שכתוב בו שיפרע ההוצאות על הכפל, אסמכתא הוא ואינו גובה".<sup>122</sup> כלומר אחד הצדדים מתחייב שאם יגרום לחברו הוצאות, הוא ישלם לו סכום כפול מהן. התחייבות זו היא אסמכתא ואינה תקפה. על כך כתבו הסמ"ע והש"ך<sup>123</sup> שזו אסמכתא משום שהתחייב לשלם סכום כפול, אבל אם היה מתחייב לשלם את סכום ההוצאות ללא תוספת, אין זו אסמכתא. בספר אורים ותומים הוסיף וכתב שבמקרה של התחייבות לשלם סכום כפול המתחייב פטור לגמרי, ואינו חייב לשלם אף את ההוצאות ללא תוספת:

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 (בבא מציעא 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.<sup>124</sup>

כלומר האורים ותומים מסביר שיש הבדל בין 'אשלם במיטבא' שגם אם לא כתב לו הוא חייב בכך משום שדורשים לשון הדיוט, לבין התחייבות לתשלום הוצאות שמבוססת רק על ההתחייבות שאינה תקפה. הסבר זה הוא כדעת הרא"ש, כיוון שלפי הרי"ף היה עלינו לומר שההתחייבות לשלם סכום כפול כוללת בתוכה את ההתחייבות לשלם את סך ההוצאות.

בית הדין הרבני<sup>125</sup> חייב ממון על פי שיטת הרי"ף. בעל התחייב לאשתו תוספת כתובה בסך מיליון שקל, ואח"כ טען שלא התכוון להתחייב כל כך הרבה. הרב דוד דב לבנון כתב שגם אם נאמר שלא התכוון להתחייב בכל הסכום, עדיין יש לחייבו בסכום סביר על פי ראיות עיני בית דין. גם בית הדין הרבני הגדול<sup>126</sup> חייב חתן בסכום סביר מתוך הכתובה המוגזמת, אמנם הוסיף נופך לדבריו באופן שגם הרא"ש יודה לכך. וראו שם פסקי דין נוספים.

בספר עטרת דבורה<sup>127</sup> כתב שיש לחייב בסכום סביר רק במקרה שאם היה מתחייב כך במפורש לא היה בהתחייבותו חסרון אסמכתא. אך אם גם בהתחייבות בסכום הסביר יש פגם אסמכתא, כגון שהתחייב בתנאי של דבר שאינו בידו לגמרי (כגון לקנות יין ביריד בזולשפט, ראו לעיל הערה 25), אין חייב לשלם אפילו את הסכום הסביר.

בספר עטרת דבורה<sup>128</sup> הביא עוד פוסקים שפסקו כרא"ש, שלא מחייבים את הסכום הסביר במקרה של התחייבות מוגזמת, ופסק כך למעשה. בספר עמק המשפט<sup>129</sup> כתב שהמוחזק יכול לומר 'קים לי

---

<sup>122</sup> שולחן ערוך חו"מ סא, ה.

<sup>123</sup> סמ"ע שם, יב; ש"ך שם, י.

<sup>124</sup> אורים סא, יא.

<sup>125</sup> פסקי דין רבניים, המאגר המקוון, קפב, מס' תיק: 1-21-5192, 08/11/2001 כ"ח חשוון תשס"ב.

<sup>126</sup> תיק מס' 1-1321879, 13/01/2022.

<sup>127</sup> עטרת דבורה ב, עמ' 902.

<sup>128</sup> עטרת דבורה ב, עמ' 901.

<sup>129</sup> עמק המשפט, חוזים, עמ' רנח.

כהרא"ש והסמ"ע, ואין להוציא ממנו את הסכום הסביר. למרות זאת, הקונה דירה בנויה (יד שנייה), 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 זוז'.

לעומת זאת, המתחייב להעביר רישום בטאבו עלול להיתקל בכל מיני מניעות, ולכן התחייבותו לפצות את הצד השני במקרה של עיכוב, דומה למתחייב לקנות יין בפרוותא דזולשפט,<sup>130</sup> שהדבר אינו בידו לגמרי. משום כך פיצוי זה נחשב כאסמכתא ואין לו תוקף, אף אם הפיצוי הוא סביר.<sup>131</sup>

## ט. השפעת סעיף 15 לחוק החוזים תרופות על דין אסמכתא

בסעיף 15(א) בחוק החוזים תרופות, נקבע:

הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן – פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים מוסכמים, ללא הוכחת נזק; 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.

בכמה פסקי דין התייחסו הדיינים לסעיף זה (ולמה שקדם לו), ולהשפעתו על תוקפם של קנסות על פי ההלכה.

### 1. על פי החוק יש לחייב בפיצוי סביר בלבד

הריא"ה הרצוג,<sup>132</sup> בפסק דין משנת תש"ה, כתב שסעיף פיצויים מוסכמים בחוזים הוא דבר יסודי במסחר ובתעשייה ובקבלנות, ואם נקבע שאין לו תוקף מדין אסמכתא ביטלת את כל העסקים והקבלנויות, ולכן תנאי זה נחשב כמפורש שלא כאסמכתא וכאילו מפורש שנעשה בבי"ד חשוב, ועדיף מסיטומתא.<sup>133</sup> אמנם כיוון שלפי דינא דמלכותא אין מחייבים פיצוי מלא כאשר הוא מופרז, לכן גם בדיננו יש להפחית את הפיצויים לשיעור סביר. לכאורה סברתו היא שאם גמירות הדעת נובעת מהאפשרות לכופף את החוזה בדינא דמלכותא הרי שהיא מוגבלת לסכום שהיה מתחייב על פי דינא דמלכותא. אמנם בסיום דבריו הוא כתב שההכרעה בשאלה זו צריכה "הסכמת גדולי המורים". משמע מדבריו שעל פי החוק יש לצמצם את הפיצוי שנקבע בהסכם.

<sup>130</sup> בבא מציעא עג ע"ב. ראו לעיל הערה 25.

<sup>131</sup> עטרת דבורה ב, עמ' 903. והוסיף שגם אם כתב שהוא מתחייב לשלם לקונה את כל הנזקים וההפסדים שייגרמו לו מעיכוב השלמת המכירה, יש לדון שהתחייב לשלם בגין נזק ממש, ובכלל זה נזקי גרמא, אבל מניעת רווח של השכרת הדירה אינה בכלל.

<sup>132</sup> הריא"ה הרצוג, פסקים וכתבים ט, נט, עמ' ריט-רכ.

<sup>133</sup> הרב אוריאל לביא (עטרת דבורה ב, עמ' 898) העיר שנימוק זה ייתכן לפי שיטת הרמ"א (ח"מ רז, טו), אבל לפי שיטת השולחן ערוך מעשה קניין בבית דין חשוב אינו מועיל לסלק דין אסמכתא.

## 2. בשל החוק אין תוקף לקנס

הרב חגי איזירר כתב: "מתברר שבחוק החוזים ישנו סעיף הקובע שבאם הנזק הצפוי מראש בשל הפרת חוזה אינו עומד בשום יחס ל"פיצוי המוסכם" יש מקום להפחיתו ואף לבטלו. לפי הערכתנו השמוש בסעיף זה רווח ביותר".<sup>134</sup> לכן, אף על פי שמנהג העולם לקבוע פיצוי מוסכם מראש, אין דין אסמכתא מתבטל, כיוון "שמנהג העולם קשור עם יכולת הביצוע בפועל של ההתחייבות לפיצויים", וכיוון שבתי המשפט לא יחייבו את מלוא הפיצוי אין "מנהג העולם" לקיים את האסמכתא. יש להעיר שבמקרה שבו דן הרב איזירר לא נגרם כמעט נזק ממשי, ולכן סביר שאף בבית המשפט לא היו פוסקים את מלוא הפיצוי המוסכם.

לגופם של דברים, יש לעיין בסברת הרב איזירר, כיוון שהדיון שלו היה בהשפעת מנהג העולם על דין אסמכתא, ולא בהשפעת דינא דמלכותא! לכאורה נראה שמובלעת כאן הנחה שהמנהג נובע מהעובדה שיש לקנס שיש בו אסמכתא תוקף על פי חוקי המדינה. ממילא כאשר על פי החוק אין לתנאי תוקף, ולו באופן חלקי, גם מנהג העולם לא ייחס לתנאי תוקף גמור, ולא תהיה גמירות דעת מצד המתחייב לשלם את הקנס בכלל.

הרב אוריאל לביא<sup>135</sup> התייחס גם הוא להשפעת סעיף זה, וטען כי התוקף של קניין סיטומתא נובע מגמירות דעת מלאה בשעת עשיית מעשה הקניין. לעומת זאת כאשר בשעת חתימת החוזה, תוצאותיו עדיין תלויות בהחלטה של גורם שיפוטי כלשהו, אי אפשר לומר שהייתה גמירות דעת בשעת ההתחייבות. הוא דחה גם את האפשרות לומר שכאשר השופט יחליט על גובה הפיצוי יתברר למפרע שהייתה גמירות דעת לתוצאה זו בשעת חתימת החוזה, כיוון שכל עניינה של סיטומתא הוא מעשה המבטא גמירות דעת סופית, וכאן הדברים עדיין תלויים בשיקול דעתו של גורם אחר.<sup>136</sup>

## 3. יש תוקף לקנס דווקא בגלל האפשרות לצמצם אותו

דייני ארץ חמדה גזית כתבו שבגלל שהחוק מאפשר לצמצם את הפיצוי שנקבע בהסכם, הרי שאחרי הצמצום הפיצוי איננו מוגזם אלא סביר ולכן יש לו תוקף:

רשות זו להפחית, משליכה על דין אסמכתא. שכן, מסתבר כי ידיעת הצדדים בשעת ההתחייבות שיתכן שבית המשפט יפחית את סכום ההתחייבות יוצרת חיסרון בגמירות דעתם, וכדין התחייבות לסכום מופרז שיש בה בעיית אסמכתא (סברה זו עלתה ממספר מקומות, ראו לדוגמה פד"ר יד, עמ' 41, עטרת דבורה ח"ב עמ' 897, אלא שהם הסיקו מכך לבטל מכך את כל ההתחייבות, בשונה מהמסקנה בפסק דין זה, כפי שיבואר להלן).

נראה שלדעתם הואיל ובית המשפט רשאי להפחית את הפיצוי, כוונת הצדדים מראש היא לפיצוי המופחת. סברה זו נדחתה על ידי בית הדין ברחובות ועל ידי עטרת דבורה, כפי שנכתב בפסק הדין, ולא התבאר כיצד ענו על הדחייה.

<sup>134</sup> פסקי דין רבניים יד, עמ' 41.

<sup>135</sup> עטרת דבורה ב, עמ' 897.

<sup>136</sup> הרב לביא מסתמך על פירושו של רבנו חננאל (מובא בפרישה חו"מ רא, ב) שלשון 'סיטומתא' הוא מלשון 'טס', שהוא סתום, כלומר בזה נגמר ונסתם הקניין.

נראה לי שיש מקום לומר כך: החיוב אינו תלוי בשיקול דעת שרירותי של גורם אחר, אלא בשיעור הנזק שנגרם לצד השני על ידי הפרת החוזה. נכון ששיעור הנזק עדיין לא ידוע, אולם ההתחייבות לשלמו איננה בגדר אסמכתא. לכאורה משמע כך בבית יוסף: "כתב מהרי"ק בשורש קצ"ד אפילו היה מתנה דבר שהוא קצת רחוק מן הדעת מ"מ כיון דלא הוה גוזמא גמורה לא הוי אסמכתא והביא ראה מדכתב המרדכי בסוף פרק הפועלים (שם) דכי מתנה שומר חנם להיות כשואל לא הוי גוזמא".<sup>137</sup> כאשר השומר מתחייב לשלם יותר ממה שחייב על פי שורת הדין, עדיין לא ידוע שיעור הנזק, ואף על פי כן אין זו אסמכתא.

#### 4. דינא דמלכותא דינא

מהרש"ם כתב שכאשר קיימת מחלוקת בהלכה, וחוק המדינה תואם את אחת השיטות בהלכה, יש לו תוקף הלכתי:

ועוד אני אומר דלפי מה שכתבתי לעיל דעכ"פ תליא במחלוקת הפוסקים אי שטר מהני להתחייב על הספק. אם כן בודאי אמרינן בזה דינא דמלכותא דינא, דלא הווי כלל נגד דין תורה כיון דגם בדין תורה הוי ספיקא דדינא.<sup>138</sup>

כוונתו היא שאמנם לדעת הש"ך<sup>139</sup> אין תוקף לחוק המדינה כאשר הוא מנוגד לדין תורה, אולם כאשר חוק המדינה תואם את אחת השיטות בהלכה אין הוא נגד דין תורה, ולכן יש תוקף הלכתי. הרב הרצוג כתב סברה זו מדעתו מבלי להזכיר את המהרש"ם, וראה בה דרך להכריע מחלוקות בהלכה:

ואולי גם בספק פלוגתא דרבוותא יש להסתמך בזה בדינא במלכותא.<sup>140</sup>

בנידון דידן קיימות כמה דעות בין הפוסקים, לפיהן אפשר לחייב פיצוי בסכום סביר, כגון: הפוסקים שסיטומתא מועילה באסמכתא, הפוסקים שאין חסרון אסמכתא בהתחייבויות הדדיות, הפוסקים שמחייבים "במיטבא" את מי שהתחייב "אלפא זוזי". מחלוקות אלו לא הוכרעו, וניתן לומר שדינא דמלכותא אינו סותר את ההלכה ויש ללכת אחריו ולחייב בסכום סביר מתוך הקנס.

#### 5. סיכום

א. שיטת הרי"ף היא שכאשר אדם התחייב לשלם סכום מוגזם, התחייבות שהיא אסמכתא, אפשר לחייבו סכום סביר מתוך מה שהתחייב. שיטת הרא"ש היא שבמקרה כזה אין להתחייבותו כל תוקף.

ב. נחלקו אחרונים כיצד פסק השולחן ערוך.

ג. בין פוסקי זמננו יש שנטו לדעת הרא"ש, ויש שכתבו שהמוחזק יכול לומר 'קים לי' כדעת הרא"ש.

<sup>137</sup> בית יוסף חו"מ, רז.

<sup>138</sup> שו"ת מהרש"ם ה, מה. משפט שלום, קצד, ד"ה כלל.

<sup>139</sup> ש"ך חו"מ עג, לט.

<sup>140</sup> הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה ב, עמ' 72.

ד. סעיף 15א בחוק החוזים תרופות קובע שבית המשפט רשאי להפחית את סכום הפיצוי אם מצא שנקבע ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה.

ה. יש מדייני זמננו שקבעו שסעיף זה פוגע בגמירות הדעת של המתחייב, כיוון שהתחייבותו תלויה בהחלטת גורם משפטי נוסף. יש מהם שקבעו שמשום כך ההתחייבות בטלה לחלוטין, ויש שקבעו שהחוק דווקא נותן תוקף להתחייבות, ומשום כך בית הדין רשאי להפחית את הפיצוי לסכום סביר.

מכון משפטי ארץ, עפרה – כולל דיינות ומכון מחקר תורני – שם לו למטרה לסייע לקדם את משפט התורה במדינת ישראל. במסגרת זו, פועל המכון בכמה מישורים:

1. מחקר בנושאים הלכתיים הקשורים לעבודת בתי הדין לממונות, כדוגמת, כתיבת חוזים על פי ההלכה, כתיבת ניירות עמדה ומאמרים ופרסום ספרים (סדרת משפטי ארץ).
2. הבאת מידע עדכני הקשור לעבודת בתי הדין (מידע שימושי, פסקי דין וחוזים).
3. מחקרים בענייני תורה ומדינה, ובכלל זה ייעוץ חקיקה.

ראו עוד באתר האינטרנט של המכון - "אתר דין תורה".

[www.dintora.org](http://www.dintora.org)

מכון משפטי ארץ (ע"ר), עפרה, ד.נ. מזרח בנימין מיקוד 9062700

[dintora@gmail.com](mailto:dintora@gmail.com)