

במקרה של ביטול הסכם מכר - האם יש בחילוט הסך הראשוני ששולם במסגרת ההסכם משום 'אסמכתא'

הרב חיים ו' וידאל – דיין ביה"ד הרבני ירושלים

רקע

בפסק דין מיום ... אושר הסכם מכר חתום שהצדדים הציגו וביקשו לאשרו, המתייחס לדירה המשותפת של הצדדים, וכמו כן ההסכם הסדיר זכויות וחובות הדדיים.

אין מחלוקת שהנתבעת לא שילמה לתובע את המוטל עליה עפ"י ההסכם, מלבד התשלום הראשון בסך 125,000 ש"ח, ששולם עם אישור ההסכם. אין ביכולת האשה לרכוש את חלקו של התובע בנכס המשותף, ולא הוצגה אסמכתא הנותנת יסוד להניח שתוכל לרכוש את הנכס. בנסיבות אלו ועפ"י סעיף 8 להסכם, הנתבעת איבדה את זכותה לרכוש את הנכס. על כן בהחלטה מיום ... בית הדין הורה על השלמת פירוק השיתוף בנכס באמצעות הוצאתו למכירה למרבה במחיר, וקבע מועד פינוי הדירה.

עפ"י החלטת רשם ההוצאה לפועל מיום ... , הפועל על פי ההחלטה הנזכרת, נקבע מועד הפינוי והדירה פונתה במגמה להשלים את פירוק השיתוף במסגרת הליך כינוס הנכסים שכבר החל.

כעת הנתבעת מבקשת להורות על החזרת סך 125,000 ש"ח שכבר העבירה לתובע כתשלום ראשון בגין חלקו בדירה, כמתחייב עפ"י סעיף 4 להסכם, וכן ביקשה להורות על תשלום הכתובה כפי שכבר נפסק בזמנו. מאידך גיסא, התובע מבקש להורות שההסכם בעינו עומד ולחייב את מלוא הקנסות הקבועים בהסכם, בסעיפים 23 ו-25, וכן לקבוע שסעיף 27 להסכם בעינו עומד.

לאחר עיון בנימוקי חברי הדיינים הגאונים שליט"א, הריני לבסס את הקביעה כי האיש התובע אינו נחשב כמוחזק ביחס ל-125,000 ש"ח ששולמו לו. למרות כי לבקשתו ביה"ד ביטל את הסכם המכר, מ"מ אין ביכולתו להחזיק בממון זה כפיצוי שמגיע לו, למרות הנכתב בהסכם בסעיף 23, שבמקרה שהאשה תפר את מועדי התשלום היא תצטרך לשלם לו סך 125,000 ש"ח כפיצוי מוסכם.

להלן סעיפי ההסכם שעליהם יש לדון בשאלה האם קיימת בעיית אסמכתא ביחס לתשלום ע"ס 125,000 ש"ח ששילמה האשה לאיש בעבור קניית חלקו בדירה.

בסעיף 4 נכתב שעל האשה להעביר סך 125,000 ש"ח כתשלום ראשון עבור קניית חלקו של האיש, כלהלן:

4. תשלום ראשון ע"ס 125,000 ₪ יועבר ישירות במעמד חתימת ההסכם לידי האיש או ע"י ביה"ד ישירות לחשבון האיש - לאחר אישור הסכם זה תוך 7 ימי עסקי. מובהר כי טרם פירעון סך זה בחשבון האיש בפועל – לא תוכל האישה להיכנס לדירה.

5. תשלום שני ע"ס 939,000 ₪ ישולם לחשבון האיש עד ולא יאוחר מ-90 יום ממועד חתימת ההסכם זה.

בסעיף 23 ישנה התייחסות לפיצוי מוסכם, למקרה בו האשה לא תעמוד בתנאי התשלום במועד, כלהלן:

"23. פיצוי מוסכם, ללא הוכחת נזק, בגין הפרת הוראות הסכם זה כהפרה יסודית, לרבות אי תשלום התמורה במועד, אי סילוק האיש מחובותיו לספקי הדירה ואי גריעת האיש מהמשכנתא לרבות אי הצגת אסמכתאות לביצוע האמור, יעבוד ע"ס 10% משווי העסקה (125,000 ₪)." .

השאלה העומדת לבירור היא האם ביכולת האיש להחזיק בסך 125,000 ש"ח שכבר שולמו לו בתור דמי קדימה – כתשלום פיצוי בגין הפרת הסכם מצד האשה.

חשש אסמכתא, במקרה שהתובע תפוס בממון

כדי לעמוד על בירור נושא זה יש להביא את מקור הדין שנפסק ברמב"ם פ"א מכירה ה"ד ובשו"ע חו"מ סימן רז ס"א.

כתב הרמב"ם הלכות מכירה פרק יא הלכה ד:

"לפיכך הנותן עירבון 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 העירבון שהרי הוא תחת ידו, ואם חזר בו המוכר אין מחייבין אותו לכפול העירבון שזו אסמכתא היא ואסמכתא לא קנה".

מקור הדין הוא מב"מ מח ע"ב, דנחלקו בזה ר' יהודה ור' יוסי, וכתב המ"מ שהלכה כדעת ר' יהודה, והוא לא נחלק על ערבוני מחול לך, שאין זו אסמכתא, וראה להלן בשם הר"ן בנדריים כז שהראה עוד מקור לדברי הרמב"ם מהאמור שם בנדריים "שאני הכא דאמר ליבטלן זכוותא". הראב"ד שם חולק שגם בזה יש חשש אסמכתא. וכן היא שיטת רש"י שם ד"ה דיו.

השו"ע סימן ר"ז ס"א פסק כדעת הרמב"ם שאין חשש אסמכתא במה שהוא תפוס בידו. והרמ"א שם נחלק עליו דאסמכתא לא קניא אפילו מה שתפוס בו. אכן אינו מבואר ברמ"א אם זהו מעיקר הדין כמו שמבואר בשיטת הראב"ד ורש"י, או שמעיקר הדין אין אסמכתא במה שתפוס בידו, אלא דס"ל כר"ת שם בתוס' כיון שהמוכר אינו כופל ערבונו ה"נ אין הלוקח מוחל על ערבונו, ונ"מ במקרה שאין התחייבות הדדית, כבנדון דנן. כאן המקום לציין, כי גם לבני אשכנז יש מקום להכריע למעשה כדברי הרמב"ם והשו"ע למרות שהרמ"א בסימן ר"ז ס"א הביא דעה החולקת על כך, דמ"מ המוחזק יכול לומר קים כדעת כהרמב"ם והשו"ע, וכ"כ הנו"ב חו"מ סימן לא והחזו"א ליקוטם חו"מ סימן טז סק"א.

הנה כדי להבין את גדרה של הלכה ד' בדברי הרמב"ם, יש להביא את מש"כ הרמב"ם לפני כן באותו הפרק, משם נבין גם את גדרה של הלכה ד'.

להלן לשונו של הרמב"ם בהלכות מכירה פרק יא:

"הלכה א

המקנה בין קרקע בין מטלטלין והתנה תנאין שאפשר לקיימן, בין שהתנה המקנה בין שהתנה הקונה, אם נתקיימו התנאין נקנה הדבר שהוקנה, ואם לא נתקיים התנאי לא קנה, וכבר ביארנו משפטי התנאים בהלכות אישות.

הלכה ב

במה דברים אמורים בשקנה בדרך מן הדרכים שקונין בהן והרי יש עליו לקיים את התנאי, אבל אם לא קנה עתה והתנה עמו שאם נתקיים התנאי זה יקנה ואם לא נתקיים לא יקנה אף על פי שנתקיים התנאי לא קנה, שזו אסמכתא היא,

שהרי סמך קנייתו לעשות כך וכך וכל אסמכתא אינה קונה שהרי לא גמר בלבו להקנותו.

הלכה ג

כיצד המוכר בית לחבירו או נתנו לו במתנה על מנת שילך עמו לירושלים ביום פלוני, והחזיק זה בבית הרי זה קנה כשילך עמו לירושלים באותו היום, ואם עבר אותו היום ולא הלך לא קנה, אבל אם התנה ואמר לו אם תלך עמי לירושלים ביום פלוני או אם תביא לי דבר פלוני, אתן לך בית זה, או אמכרנו לך בכך וכך, והלך עמו באותו היום או שהביא לו, אף על פי שהחזיק בבית אחר שקיים התנאי לא קנה שזו היא אסמכתא, וכן כל כיוצא בזה.”

הנה על הלכה ב' הקשו המגיד משנה והכס"מ מהמבואר בב"מ סו, וז"ל המ"מ שם:

”והרבה חולקים בזה ועיקר ראייתם מאותה דאיזהו נשך (דף ס"ו) הלוהו על שדהו ואמר לו אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי הרי היא שלו ואוקימנא לה בגמרא אליבא דמ"ד אסמכתא לא קניא דדוקא בדאמר ליה מעכשיו הא לאו הכי לא קני.”

הקושיא היא מהלוהו על שדהו ואמר לו אם לא אפרעך עד ג' שנים הרי היא שלך, דהרי היא שלו, ודוקא דאמר לו "מעכשיו", ושם בסוגיא מבואר שאם לא אמר לו מעכשיו, דאינו קונה כיון דהוי אסמכתא, ואיך א"כ פסק הרמב"ם בהלכה ב' שקנה גם בלא אמר מעכשיו.

ותירץ המ"מ:

”נ"ל שאין מכאן ראייה דע"כ לא אמרינן דאין דין אסמכתא במה שביד הקונה אלא בשהחזיקו המקנה על דעת לקנות הדבר אם יתקיים התנאי שזה קניין חזק ואין זה דין אסמכתא אבל בהלוהו על שדהו בעל השדה לא החזיקו בדבר אם לא יתקיים מה שאמר שהרי הוא מוחזק כבר מחמת מעותיו שהלוהו ונמצא שלא נוסף בו דבר מחמת מה שהוא נודר לו.”

ובכס"מ שם כתב וז"ל:

”[ב] בד"א בשקנה בדרך מן הדרכים שקונין בהם וכו'. טעמו דכיון דאמרינן בפ' איזהו נשך (דף ס"ו) בהלוהו על שדהו וא"ל אם אין אתה נותן לי מכאן עד ג' שנים הרי היא שלי שאם א"ל מעכשיו וקנו מידו על כך אף על פי שלא החזיק עדיין בקרקע קנה א"כ צריך לומר כל שהחזיק בדבר וקנה אותו באחד מהדברים שקונין בהם לא גרע מאומר לו קנה מעכשיו.”

העולה מדבריו כי יש לחלק בין מי שרק הקנה את השדה למשל בקניין סודר, שאין המקבל מוחזק בגוף השדה, שאז רק אם אמר מעכשיו קנה, משא"כ בהלכה ב ברמב"ם שהמקבל הוחזק בגוף הקרקע, דזה משווה אותו כאילו אמר מעכשיו.

כראיה ותימוכין ליסוד זה, מביא הכס"מ מהמבואר בנדרים כז, וז"ל:

”וכן משמע בפ' ארבעה נדרים (דף כ"ז) דאמר ההוא גברא דאתפיס זכוותיה וכו' ולרב הונא מכדי אסמכתא היא ולא קניא שאני הכא דמיתפסן זכוותיה והתנן מי שפרע מקצת חובו והשליש שטרו וכו' שאני הכא דאמר ליבטלן זכוותיה, ומפרש הוא ז"ל שאני הכא שהוא מוחל כל כח זכות שיש לו באותם שטרות דכיון דמחילה היא לית בה אסמכתא דמיד זוכה בה חבירו ומינה משמע שהמוסר ביד חבירו וא"ל אם לא אעשה כך זכה במה שבידך קנה דליכא אסמכתא אלא באומר אתן או אשלם וכן כתב הר"ן שם שזהו טעם רבינו.”

בדברי הכס"מ מבואר כי יסוד הדין שאם המקבל מוחזק במה שנתן לו הנותן, שאז גם לא צריך לומר מעכשיו – כך מבואר מגדרים כ"ז "שאני הכא דמיתפסן זכוותיה". בדברי הכס"מ נכלל, שגם טעמה של הלכה ד' בלוקח שנתן עירבון ואמר למוכר שאם הוא חוזר בו המכר, שהעירבון מחול לו, דאין בזה אסמכתא משום שהמוכר כבר תפוס פיזית במה שהלוקח נתן לו

הדברים כבר מבוארים בר"ן שם כמו שהביא הכס"מ בשמו:

"שאני הכא דאמר ליבטלן זכותי - כלומר שהוא מוחל כל כח וזכות שיש לו באותן שטרות דכיון דמחילה היא לית בה אסמכתא דמיד זוכה בה חבירו וכן במוסר ליד חבירו ואמר לו אם לא אעשה כך זכה במה שבידך קנה דליכא אסמכתא אלא באומר אתן או אשלם וכיוצא בהן וכן דעת הרמב"ם ז"ל ואין כן דעת רש"י ז"ל בפרק הזהב (ב"מ דף מח) ... אלמא אפילו במחילה שייכא אסמכתא".

כדברי הר"ן אלו בפירוש דברי הגמרא בנדרים, כך גם פירש הרא"ש בהסבר הא'¹.

וראה במ"מ שם שנראה מדבריו שראית הרמב"ם שעל מחילת עירבון אין בעיית אסמכתא, מדאמר ר' יהודה דיו שיקנה כנגד ערבונו, משמע שעל זה אין מחלוקת שקנה כנגד העירבון עצמו, וזהו גופה משום שהוא מוחזק בו ומהני מחילתו.

ומסיים הכס"מ לפי זה:

"ודעת רבינו דהא דאוקי בגמ' מתני' בהלוהו על שדהו בשלא החזיק בה הוא ומש"ה אוקמוה בדא"ל מעכשיו אין ה"נ דהו"מ לאוקומה בשהחזיק בקרקע אלא דעדיף ליה לאוקומה בין שהחזיק בה בין שלא החזיק בה".

לאחר מכן מביא הכס"מ הסבר אחר ליישב את הלכה ב, וז"ל:

"ואפשר דס"ל דההיא מתני' בשהחזיקו בו הוא ואפ"ה אצרכוה דלימא מעכשיו דשאני התם שלא מסרו בידו בתורת קניין אלא למשכון שאם לא יפרענו עד ג' שנים תהיה שלו ומש"ה בעינן דלימא קני מעכשיו כדי שתבא לידו בתורת קניין וכשהחזיקו בו בתורת קניין אלא שהתנה עמו שאם יעשה כך עד יום פלוני שיחזירנה לו, קניין גמור הוא אלא שהתנה עמו כשיהיו לי מעות תחזירם לי דמכר קיים דאע"ג דלא א"ל מעכשיו הוי כאילו אמרו. וקרוב לזה כתב ה"ה בפרק זה".

לפי הסבר זה יש לחלק בין המקרה בב"מ סו, שהשדה ניתנה למלוה רק בתור משכון – רק כביטחון על החזר הלוואתו, לכן כיון שלא הייתה כאן הקנאה של גוף השדה, בעינן דלימא מעכשיו כדי שיקנה אותה ללא חשש אסמכתא. אבל בהלכה ב' המקנה לא רק נתן את השדה לקונה בתור משכון, אלא הקנה לו אותה ממש. רק כשעשה תנאי שאם יעשה איזה דבר עד יום פלוני הקונה יחזור ויקנה לו אותו מחדש. וכיון שהוא כבר הקנה לו את השדה מתחילה, אין כאן בעיית אסמכתא. וסיים שזה קרוב למה שכתב המ"מ.

נכון להזכיר כבר בשלב זה שיש מקום לטעות כי הסברו של המ"מ הוא זה להסברו האחרון של הכס"מ, אבל זה אינו, כי הכס"מ כתב רק שפירושו קרוב להסברו של המ"מ, ולהלן נתחת

¹ אולם לאחר שהר"ן הקשה על הרמב"ם מב"ב קסח (כמבואר בדברינו להלן), הוא מביא פירוש אחר ללשון הגמרא שם, ד"שאני הכא דאמר ליבטלן זכוותיה", שהוא מדין הודאת בעל דין, וז"ל:

"אלא ה"פ שאני הכא דאמר ליבטלן זכותאי כלומר שהוא מודה שאם לא בא לאותו זמן שראיותיו בטלות כלומר שהם שקר".

הכותרת ביאור עמדת הכס"מ ביחס למחילה באסמכתא וכו' יתבאר מהו החילוק בין ההסברים, ומהי הנ"מ ביניהם.

ביאור הסברו של המגיד משנה

בביאור הסברו של המ"מ כתב הלחם משנה בהלכה ג', וז"ל:

"ביאור דבריו דמתני' איירי שכבר הלוח לו על השדה ואח"כ התנה וא"כ היה מוחזק כבר מחמת מעותיו ולא נוסף דבר מחמת מה שנדר לו בעל השדה. או אפשר דאפילו שבשעה שמלווה לו על השדה מתנה, מ"מ ראיות ה"ה ז"ל ראייה דכיון דהשדה לא נתן לו אלא למשכון ואז התנה לו וא"כ בלא התנאי היה צריך ליתן להבטחת החוב נמצא שלא הוסיף דבר מחמת מה שהוא נודר לו".

ובמנחת פתים חו"מ סימן רז ס"ט ביאר דברי המ"מ בסגנון אחד:

"והמגיד משנה מחלק חילוק אתר דדוקא בעירבון לא שייך אסמכתא כיון דנתן לו על דעת זה שיוחלט בידו וזה עיקר נתינתו, אבל במשכון שבלא"ה נתן לו למשכון על החוב אין התנאי שיהי' קנוי לו מועיל כיון דלא מוכחא מלתא דמשו"ה נתן לו יעו"ש ובלחם משנה".

ובקהילות יעקב (להגר"י קנייבסקי זצ"ל נדרים סימן כא) ביאר סברת המ"מ, וז"ל:

"ותוכן סברת הרה"מ ג' ז"ל דלא אמרינן דהתפסה מהני לסלק אסמכתא אא"כ עיקר ההתפסה והנתינה ליד חבירו היתה בשביל אותו ענין שהסמיכו כההיא דנותן עירבון שכל עיקר העירבון הוא בשביל להסמיכו שיהא לקנס אם יחזור בו אבל בהוא דהלווהו על שדהו שגם בלא ההסמכה דאם לא אפרע ליום פלוני תהא קנוי' לך צריך הוא למסור את השדה למלווה לשם משכנתא שאפי' אם יפרע בזמנו הרי היא ממושכנת למלווה עד שעת פירעון ולכן מסירה זו שמתפס השדה למלווה אינה מסלק אסמכתא שלא בשביל להאלים ולחזק את האסמכתא התפסו למלווה בשדה זו שבלא"ה מוכרח הוא להתפס השדה למלווה".

העולה מדברי כל מפרשים בהסברו של המ"מ, כי יש צורך להוכיח ברורה שהנותן נתן את השדה או העירבון למטרה שהשדה או העירבון יוחלט אצל המקבל, ככל שלא מתקיים התנאי שהתנה הנותן מתחילה. הבחינה להוכיח זו, היא האם ישנה סיבה צדדית או קודמת, שממון הנותן כבר נמצא אצל המקבל טרם הנותן התנה את תנאו. ככל שישנה סיבה אחרת שממון הנותן מצוי אצל המקבל, אין כאן הוכחה כי הנותן חילט את ממונו לטובת המקבל. אבל אם לא הייתה כל סיבה או הכרח למסור את ממונו בידי המקבל, הרי שבשעה שמסרו והתנה תנאו, הרי זה כמי שחילט את ממונו בידו.

יאמר כבר כעת שלהלן יתבאר בשם הקה"י וכן רבי יעקב כולי שכך יש לפרש את הלכה ד' ברמב"ם בנותן הלוקח עירבון למוכר כדי להבטיח את קיום המקח, שהוא דבר שלא היה חייב לעשותו, אלא לכל היותר יש לו אילוץ לעשות כך כדי להבטיח את לב המוכר, הרי שיש כאן מעשה נוסף המוכיח את גמ"ד של הלוקח לחלט את העירבון בידי המוכר, להלן יתבאר [תחת כותרת ביאור עמדת הכס"מ ביחס למחילה באסמכתא וכו'] שלפי דרך זו, א"צ שהלוקח יצהיר במפורש שהעירבון מחול או קנוי למוכר, אלא די בזה שאין לו דבר שמכריח אותו מקודם למסור את ממונו.

קושיית הראשונים על דברי הרמב"ם בהלכה ד'

עד כאן הבאנו מדברי המ"מ וכן הכס"מ שהקשו על דברי הרמב"ם בהלכה ב מב"מ סו. אבל בדברי הראשונים מבואר שהקשו גם על הלכה ד' שבדברי הרמב"ם מב"מ סו.

וז"ל הרמב"ן ב"מ מ"ח ע"ב ד"ה ר' יהודה:

"ר' יהודה אומר דיו שיקנה כנגד מעותיו. פרש"י ז"ל לא זה יכפול ולא זה ימחול אלא יקנה כנגד מעותיו וחוזרין על השאר, ויש מי שחולק ואומר שמי שמחל מחילתו מחילה, דכיון דמתפיס ליה עירבון קני מעכשיו, דכמאן דאמר ליה מעכשיו דמי, ולשון דיו שיקנה כנגד מעותיו הזקיקו לומר כן כלומר לא יכפול לו אלא דיו שיקנה כנגד מעותיו, ואי קשיא לך הא דתנן (ס"ה ב') הלוחו על שדהו ואמר לו אם לא נתתי לך מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלך הרי היא שלו, ואוקימנא בגמרא בדא"ל מעכשיו, אלמא אי לא אמר מעכשיו לא קנה, לאו מילתא היא, חדא דהתם מוכר אוכל פירות, ועוד דשאני ארעא דבחזקת מרה קיימא ואינו נראה כמזכה מעכשיו אלא במטלטלין".

הרמב"ן הקשה מהמבואר בב"מ סו בהלוחו על שדהו ואמר לו אם לא אפרעך עד ג' שנים הרי היא שלך, דהרי היא שלו, ודוקא דאמר לו "מעכשיו", ושם בסוגיא מבואר שאם לא אמר לו מעכשיו, דאינו קונה כיון דהוי אסמכתא. הרמב"ן הביא בשם יש מי שחולק, שתואמת בדיוק את שיטת הרמב"ם בהלכה ד' כמבואר בדבריו שם שדיבר על ענין של "מחילה", וקשה לפי שיטת הרמב"ם הרי השדה מוחזקת בידו של המלווה, וא"כ אמאי צריך אמירת "מעכשיו". ויישב: א' שאין זה נחשב שהמלווה מוחזק כיון שהלוחו עדיין אוכל פירות. ב' שקרקע אינה נחשבת כמוחזקת כיון שבקרקע יש חזקת "מרא קמא", ודוקא במטלטלין אמרינן שמה שתפוס בידו, אין בו חשש אסמכתא.

בכס"מ שם כתב שכ"כ הר"ן שם בב"מ סו לדעת הרמב"ם.

וכ"כ הפרישה בסימן רז ססקט"ו:

"מיהו אין משם ראייה דאימא מטלטלי דומיא דקרקע קאמר מה קרקע בחזקת בעליה עומדת ולא שייך בה נתינה והתפסה ביד חבירו אף מטלטלין כשלא התפיסן ביד חבירו אבל התפיסן בידו לא בעי שום קניין יותר כן נראה לי ביאור דברי הרמב"ם".

ולזה גם הסכים בביאור הגר"א שם סקכ"ז.

ולהלן נבאר, מדוע המ"מ והכס"מ לא הקשו את קושייתם גם על הלכה ד' ברמב"ם, והאם תירוצם ביחס להלכה ב' יהיה נכון גם ביחס להלכה ד'.

וכתב המנחת פתים שם שיש נ"מ בין תירוצי הרמב"ן והר"ן לתירוץ המ"מ, וז"ל:

"ונפק"מ בנתן לו משכון מטלטלין ואמר לו אם לא יפרעהו עד זמן פלוני יהא נחלט בידו, דלרמב"ן ור"ן וב"י ופרישה הנ"ל בשיטת רמב"ם לא הוי אסמכתא ולמגיד משנה הוי אסמכתא דנתן לו למשכון שאני".

ור"ל ככל שמדובר במשכון מטלטלין ולא בקרקע שאין לו חזקת מ"ק, הרי שלפי הרמב"ן והר"ן תפיסת המטלטלין תהני שלא תהיה בעיית אסמכתא, וזאת למרות שהמטלטלין נמסרו רק למטרת משכון ולא לשם הקנאה, מ"מ כיון שהמקבל תפוס בו, הוא יהיה רשאי לזכות בו, אף אם הנותן התחייב לתת לו ממון אחר ולא את גוף המשכון, הרי שהמקבל רשאי לזכות גם במשכון. אבל לפי המ"מ הרי כל עוד לא היה גילוי מפורש שהוא נותן לו את הממון שיהיה שלו, אין הוא יכול לזכות בו, ולכן במוסר לו משכון מטלטלין בדומה למוסר לו קרקע משכון כהך דבב"מ סו, שהוא בלא"ה היה חייב למסור לו משכון זה כדי לקבל את ההלוואה מהמלווה, הרי שאין כל

הוכחה שהלווה – הנותן גמר להקנותו למקבל. אבל באומר לו שדה זו קנויה לך בתנאי שלא אקיים את התנאי, שלא קדמה סיבה מדוע השדה נמסרה למקבל, זכה בשדה, כמפורט בדברי הרמב"ם הלכה ב, כיון שהוא לא היה חייב מקודם לתת לו הקרקע.

וכתב שם במנחת פתים עוד נ"מ, וז"ל:

"ובקנה סחורה מטלטלין והתנה המוכר עמו שבאם לא יקח הסחורה עד זמן המוגבל מן המוכר יוחלט הסחורה למוכר. לפי שיטת רמב"ן ור"ן וב"י הנ"ל לא הוי אסמכתא כיון דהסחורה תחת יד המוכר, ולמגיד משנה נראה דהוי אסמכתא דזה דמי למשכון דהא לא התפיסו ביד המוכר בתנאי רק שבלא"ה היה תחת יד המוכר..."

ועי' בתשו' חת"ס חו"מ סי' ס"ו שדן בענין כזה דהוי אסמכתא דדוקא במחול לך לא הוי אסמכתא לרמב"ם ולא בדבר בעין אף שהיא תחת יד המוכר יעו"ש. ודבריו תמוהים כי היא נגד כל הפוסקים הנ"ל בשיטת הרמב"ם אך יש לדינו מקום עפ"י דברי המגיד משנה הנ"ל.

אבל לדינא נראה דבמטלטלין כיון דהוא מוחזק אין להוציא מידו כי יכול לומר קים לי כדעת פוסקים הנ"ל בשיטת רמב"ם ולא כמ"מ.

ובקרקע בכל גווני מוציאין כיון דשאר פוסקים פליגי על רמב"ם הוי ספיקא דדינא וקרקע בחזקת בעליו קיימא כנלע"ד ודוק היטב".

העולה מהדברים, שהנ"מ הנוספת היא במקרה שקנה סחורה מאת המוכר באחד מדרכי הקניינים, אך הסחורה נותרה ברשות המוכר, והתנו שאם הלוקח לא ייקח את הסחורה עד זמן פלוני, שהיא תוחלט למוכר. לפי הרמב"ן והר"ן כיון שהסחורה היא כעת ברשות המוכר, הוא יקנה אותה, למרות שהייתה סיבה צדדית להימצאות הסחורה אצל המוכר. אבל לפי המ"מ לא קנה המוכר, כיון שיש סיבה צדדית קודמת להימצאות הסחורה בידי המוכר (כגון שלא היה ללוקח פנאי לקחתה מיד לאחר שקנאה), וכל עוד לא נתן לו את הממון מראש לשם החלטתו אצל מקבל, לא קנה וכנ"ל.

הסבר מחלוקת הראשונים עם המ"מ (והכס"מ) בגדר מחילה באסמכתא

נראה שלפי דרכו של המנחת פתים, יסוד המחלוקת בין הראשונים הרמב"ן והר"ן עם המ"מ והכס"מ בביאור שיטת הרמב"ם תלויה בחקירה האם מה שאין חשש אסמכתא במחילה זהו משום שהחסרון באסמכתא הוא מצד שאין למתחייב גמירות דעת להתחייב לשלם לצד שכנגד, כיון שהוא בטוח בעצמו שהוא לא יגיע למצב זה. וי"ל שזהו רק עד כמה שנוגע להתחייבות לשלם, אבל במקרה שהצד שכנגד כבר תפוס בממונו, ונדרשת רק מחילה ולא מעשה הקנאה, שהרי מחילה אינה צריכה קניין, בכה"ג בקל אמרינן שיש לו גמ"ד רק למחול על ממונו. וכבר נזכרה סברא זו בדברי האור שמח מכירה פרק יא הלכה ד, וז"ל:

"ושיטת רבינו דלמחול דבר שהוא תחת ידו לא הוי אסמכתא, וסברתו דאסמכתא הוא אומדן דעתא שאינו מקנה או מתחייב בקניין גמור מתוך דעת שלימה, רק מחמת שעולה בדעתו כך שלא יהיה כאופן זה, ולא יצא לפעולה אופן וגדר שמתחייב על זה האופן וזה הצד, הא על צד והאופן שלא יעשה כך ודאי אין דעתו להתחייב ולהקנות, אבל מה שתחת יד חבירו גמור ומקנה, ואף דמתנה באם, דכיון שמונת תחת יד חבירו חוקר כל אופן ומקנה בקניין גמור".

וכעין זה נזכר גם בשו"ת חת"ס חו"מ סימן סו שהובא לעיל שדן שככל שהעירבון הוא חפץ בעין, הרי המקבל אינו יכול לזכות בו ללא מעשה קניין, וכיצד תועיל המחילה ב"ערכונו מחול

לך". והסביר זאת, שלשון מחילה יוכל גם להתפרש שיש למקבל רשות להוציאו כרצונו, וממילא לאחר שהוציאו הוא יזכה בתמורה שלו.

ולפ"ז תוסבר שיטת הרמב"ן והר"ן בדעת הרמב"ם, שככל שהמקבל תפוס בממונו מקודם, אפילו שהסיבה לתפיסת הממון הייתה קודמת ואינה קשורה כלל לתנאי שהתנה הנותן כעת, כיון שמחילת הממון התפוס בידי המקבל אינה צריכה למעשה קנייני, הרי שהנותן בקל יותר גומר בדעתו לזכות את המקבל בממונו ואין בזה חשש אסמכתא.

אבל המ"מ והכס"מ סוברים שאין כל יתרון במה שהמקבל תפוס בממון הנותן מקודם, וכל עוד לא הייתה התייחסות מפורשת לממון זה שהוא מזכה לו אותו, הרי שהדבר חוזר להיות בחשש אסמכתא.

הכרעת ההלכה במחלוקת הראשונים בדעת הרמב"ם

המנחת פתים מסכם לדינא שכיון שדעת רוב מפרשי הרמב"ם, הרמב"ן והר"ן, היא לפרש את דברי הרמב"ם בצורה שונה משל המ"מ לפיכך מצי המוחזק לטעון קים לי כדבריהם, דלא כהמ"מ. וזהו שלא כדברי החת"ס במקרה דומה, שככל הנראה דבריו תואמים רק לשיטת המ"מ.

ויש להעיר על המנחת פתים, כי הרי גם הכס"מ הלך בדרך דומה לשל המ"מ כמבואר בדבריו, שיש הבדל בין ממון שניתן רק בתור משכון, לבין ממון שניתן מראש כמוקנה למקבל - בתנאי שהנותן יוכל לקנותו בחזרה, שאז אין בו חסרון של אסמכתא. ומש"כ המנחת פתים כי הב"י קאי בשיטת הרמב"ן, וכן נראה מדברי הדרישה וכן הסמ"ע בסק"ו שהביאו רק את הסברו הראשון של הב"י, מבלי להזכיר שדעתו לדחות את פירוש הרמב"ן בדעת הרמב"ם. אבל באמת ההתייחסות לדברי הרמב"ן מופיעה בב"י בשני מקומות, ורק בב"י בסי"ט השלים דבריו בדיוק כמו שכתב בכס"מ ששם דחה את דברי הסברו של הרמב"ן בדעת הרמב"ם.

והנה לאור זאת שהכס"מ והב"י פירשו בסו"ד את הרמב"ם שלא כהסבר הרמב"ן והר"ן, אין ספק כי בני ספרד מחויבים לפסוק כדברי מרן השו"ע שהעתיק את לשון הרמב"ם ופירש אותו על דרך המ"מ, ולא על דרך הראשונים הנ"ל, ובפרט שהכס"מ גם דחה את פירושו של הראשונים הנ"ל בסו"ד וז"ל:

"אבל מ"ש הר"ן בפ' איזהו נשך דאיכא למימר דלרבינו קרקע שאני דבחזקת בעליה עומדת נ"ל שאי אפשר ליישבו לדעת רבינו שהרי רבינו בין בקרקע בין במטלטלין מיירי כמבואר בדבריו בריש פרק זה".

מדוע המ"מ והכס"מ לא התייחסו במפורש בקושייתם להלכה ד' ברמב"ם

והנה יש לעיין עדיין, מדוע אין התייחסות מפורשת בדברי המ"מ לנפסק בהלכה ד' בדברי הרמב"ם, כדהקשו הראשונים על הלכה זו מב"מ סו. ויש לעיין גם, האם תירוצם של המ"מ והכס"מ יועיל גם להסביר גם את הלכה ד'.

ומצאנו התייחסות לשאלה כעין זו בדברי הקה"י נדרים סימן כא. הקה"י שם מביא את קושיית הר"ן בנדרים כז' ע"א על שיטת הרמב"ם בהלכה ד', שאם נכון הדבר שאין חשש אסמכתא במחילה, והרי שם בדף כז' ע"ב איתא:

"תנן (ב"ב קסח): מי שפרע מקצת חובו, והשליש את שטרו ואמר אם אין אני נותן לו מכאן עד ל' יום תן לו שטרו, הגיע זמן ולא נתן, רבי יוסי אומר: יתן, ור' יהודה אומר: לא יתן; ואמר רב נחמן אמר רבה בר אבוחה אמר רב: אין הלכה כר' יוסי, דאמר אסמכתא קניא".

והקשה הר"ן שם וז"ל:

"והא נמי דמי שפרע מקצת חובו דאיתיה לעיל בסמוך מוכח הכי דודאי ההוא תנאי מתורת מחילה הוא, דאי לא, נהי דס"ל לרבי יוסי דאסמכתא קניא, היאך יגבה זה כל השטר והלא כבר נמחל מקצת שעבודו ושוב אינו חוזר וגובה, אלא ודאי מתחלה כך התנה אם לא נתתי לך השאר מכאן ועד שלשים יום לא יהא המעות אלו פירעון, אלא מתנה, ואפ"ה רבי יהודה אומר לא יתן, אלמא אסמכתא אפילו גבי מתנה ומחילה לא קניא".

קושיית הר"ן היא שאומנם ההתייחסות של התנאים הישירה היא רק בשאלה האם השליש רשאי ליתן את השטר למלווה, ובזה נחלקו התנאים אם הוי אסמכתא, אבל יש להתייחס בהקשר זה גם לגבי המקצת שכבר נפרעו. אם נאמר שהמקצת שכבר נפרעו, יעלו לפירעון החשבון החוב המקורי, ברור א"כ שאין לשליש למסור את השטר ע"ס החוב המקורי, כיון שמקצת החוב הרי נפרע, ונמצא השטר הזה כשטר שנמחל שעבודו (לפחות כנגד המקצת שנפרע), ולא ניתן לגבות בו שוב את הסך המקורי הכתוב בו. וגם ר' יוסי יודה בזה, ולא היה אומר שהשליש רשאי ליתנו למלווה. ובע"כ לומר שהמקצת שכבר נפרעו, אינם עולים לחשבון פירעון החוב המקורי, אלא הם ניתנו בתורת מתנה – שאינה מתייחסת לפירעון החוב המקורי, לכן אמר ר' יוסי שהשליש רשאי ליתן את השטר למלווה כדי שיגבה את כל הסך הכתוב בו. אבל הרי הלכה כר' יהודה, שאמר שהשליש לא ייתן את השטר לידי המלווה, וקשה לדעת הרמב"ם בהלכה ד' שכל מסירת ממון לטובת המקבל, אין בה חשש אסמכתא, א"כ המקצת שכבר נפרעו, זכה בהם המלווה כמו בתורת מתנה, ומדוע א"כ לא יהיה רשאי המלווה לגבות את כל סך השטר מחדש?

וכתב הקה"י שם ליישב קושיא זו לפי הסברו של המ"מ בהלכה ב', וז"ל:

"ולפ"ז אתי שפיר נמי ההיא דמי שפרע מקצת חובו והשליש שטרו כו' דהוי אסמכתא אפילו לפי פי' הר"ן ז"ל דמיירי שאומר אם לא אפרע לזמן פלוני יהא אותן מעות שנותן עכשיו, לא לשם פירעון, אלא לשם מתנה וקנס, דנמצא שמוסר ומתפיס הקנס ביד המלווה, דמ"מ לא מהני התפסה זו גם להרמב"ם ז"ל כיון דבלאו אותה אסמכתא נמי מוכרח הוא ליתן אותן מעות לפריעת חובו אין מסירה זו הוכחה שגמר דעתו על האסמכתא, שהרי גם בלא האסמכתא מוכרח הוא לאותה נתינה".

ור"ל שכיון שבפורע מקצת חובו, הרי היה מוכרח הלוח לפרוע את הלוחות, נמצא שעל פירעון מקצת חובו למלווה, אין הוכחה שכספו של הלוח ניתן למלווה למטרת זכיית המלווה בכסף זה, לכן ככל שהלוח לא עמד בזמן הפירעון של יתרת החוב, לא מצי המלווה לזכות בממון זה.

הקה"י שם חוזר ומקשה על דבריו, שגם בעירבון לכאורה הוא הרי מוכרח לתתו כדי להבטיח את לב המוכר כדי שיסכים למכור לו, וז"ל:

"ואע"פ שגם בנותן עירבון יש להלוקח תועלת בנתינה זו גם בלא ענין האסמכתא היינו להבטיח לב המוכר שהלוקח לא יחזור, דהא אם המוכר חוזר בו קונה ע"י עירבון זה כנגד מעותיו כדאמר ר"י דיו שיקנה נגד ערבונו, מ"מ עקרו של העירבון לאסמכתא ניתן כדפירש"י ז"ל שזהו ענין עירבון שהוא עירבון ומשכון לקנוס את כחוזר בו, וגם שהלוקח אינו מוכרח ליתן העירבון, ולא דמי למשכנתא ולפורע מקצת חובו דממ"נ מוכרח לנתינה זו ליד המלווה כיון שכבר קיבל ההלוואה מהמלווה ומוכרח למסור לו תחת שדה זו שמשכנה למלווה".

המבואר שיש לחלק בין דבר שהוא מוכרח לעשותו מכח מה שהתחייב מקודם, כגון פורע מקצת חובו – שהוא חייב לפרוע את חובו שלקח מקודם, וכן בהלווהו על שדהו – שהוא חייב

ליתן למלווה שדה משכון כי ע"ד כן הלווהו. משא"כ בעירבון, נכון שבכדי לאלץ את המוכר להסכים למכור לו הוא צריך ליתן עירבון, אבל אין זה הכרח לקיים דבר שהוא חויב בו מקודם, לפיכך מסירת העירבון נדונה כתוספת לדבר שאינו חייב בו.

והנה בספר ברכת שלמה (נזיקין קדשים טהרות סימן י) להגר"ש טנא זצ"ל אב"ד ת"א, הקשה על דברי הקה"י, וז"ל:

"ולענ"ד עדיין לא עלתה ארוכה, וכבר העיר הקה"י שם להא גם בנותן עירבון יש לו תועלת בנתינה זו, גם בלא ענין האסמכתא היינו כדי להבטיח לב המוכר שהלוקח לא יחזור, וא"כ אין לנו הוכחה במה שהתפיס שהוא רוצה למחול את החפץ אם יחזור בו".

אבל הוא גופיה חזר להסביר את דברי הקה"י (ואינו מובן מה הוקשה לו בסו"ד), וז"ל:

[א"ה ואף דהיה מקום לחלק דמ"מ גבי עירבון עשה דבר שאינו מחוייב לעשות משא"כ התם בהלווה על שדהו ובפרע מקצת חובו לעשה מה שהיה מוכרח לעשות וכמ"ש הקה"י שם, מ"מ מהיכ"ת נחלק בזה כיון דסוף סוף גם בעירבון י"ל שעשה כן רק כדי להבטיח את מקחו].

יש לציין כאן ענין נוסף שלא זכה להתייחסות מפורשת. בגוף הסוגיא בב"מ מח ע"ב במחלוקת ר' יוסי ור' יהודה גבי נותן עירבון וכו' נשמע רק מכללא שמדובר בעסקת מכר, כ"מ מדברי ר' יהודה שאומר דיו שיקנה כנגד ערבונו. וכ"מ מהמשך דברי רשב"ג שאמר במה דברים אמורים באומר ערבוני ייקון. אלא שנחלקו רש"י ותוס' בביאור תיאור וסיפור הדברים לעסקת המכר.

כתבו התוס' שם בד"ה בזמן שא"ל ערבוני ייקון:

ופרש"י: ערבוני ייקון שאמר שיקנה לו ערבונו כנגד כל המקח.

תימה ...

לכן י"ל שלשון ערבוני ייקון משמע שערבוני יהיה קנוי לך אם אחזור בי [וגם משמע ייקון (שמתנה הלוקח עם המוכר שהעירבון) שיהא קונה לו במקח שוויו יותר מכדי העירבון אם (המוכר) תחזור בך, דהיינו כאילו א"ל בהדיא (אם אתה מכור תחזור בך) תכפול לי ערבוני.

מבואר שלפי רש"י נתינת העירבון נועד לגוף מעשה קניין, דהיינו שהעירבון ניתן לשם קניין כסף, ואילו לפי תוספות העירבון, מצד הלוקח לא ניתן בתור קניין כסף אלא רק לצורך קנס, על הצד שהוא יחזור בו.

והנה בדברי הרמב"ם בהלכה ד' כלל לא נזכר שהעירבון ניתן בשביל לעשות קניין כסף, א"כ בפשטות נראה שמפרש כדברי התוס' שהעירבון ניתן רק לצורך הקנס.

והנה בנדון שבפנינו, התשלום הראשון ניתן לצורך דמי מקדמה לקניית חלקו של האיש בדירה, ונמצא שנתינה זו היתה מוכרחת ומחויבת מצד האשה כדי לקיים את התשלום הראשון המחויב על פי ההסכם, וזה דומה לפורע מקצת חובו וכן לממשכן שדהו לאחר שקיבל את ההלוואה, הוא מחויב למשכן שדהו, כיון שעל דעת זה המלווה הלווהו. משא"כ בנותן עירבון לשיטת התוס' והרמב"ם, שהוא כלל לא היה חייב ליתן עירבון כאילו תמורה לעסקה ומעשה קניין שכבר התבצע, כי הרי לפי שיטה זו, העירבון אינו חלק מתשלום קניין כסף המחויב בתנאי העסקה כדי לקנות את הקרקע, לכן נתינת העירבון נחשבת כתוספת מעבר למה שנתחייב, ולפיכך נתינתו נחשבת כקנויה למקבל.

ועוד הקשה בברכת שלמה שם שאם הדברים נכונים, הרי הכס"מ תירץ את ה"ב בדומה לתירוץ המ"מ כנכתב להדיא בדבריו, ואם כן מדוע הכס"מ בה"ד שהביא קושית הר"ן בנדירים כזו (על הרמב"ם בה"ד), הוצרך ליישב יישוב אחר [שהוא מסר את השטר בע"מ וכו' עיי"ש], ולא הזכיר שלפי הסברו של המ"מ הנ"ל גם קושיא זו מתורצת.

אבל המעיין בתירוץ של הכס"מ שהבאנו לעיל שגם ביארנו דבריו, יראה שאינו לגמרי זהה להסברו של המ"מ, ויש בו רק דמיון להסברו של המ"מ, ולפי האמת אין בדברי הכס"מ שם כדי ליישב את קושיית הר"ן. ויתכן מאד שהכס"מ אינו מסכים לגמרי להסבר הכתוב במ"מ, לכן לא ראה ליישב את קושיית הר"ן לפי דבריו, והדברים יתבארו על נכון להלן. בהקשר זה יש להעיר שהר"ן בתחילת דבריו כתב לפרש את דברי הגמרא בנדירים "שאני הכא דאמר ליבטלן זכוותאי", שהוא מדין מחילה, וכך יש לפרש לפי הרמב"ם בהלכה ד' שאין בעיית אסמכתא במחילה. אולם לאחר שהקשה על דבריו מפורע מקצת חובו וכנ"ל, סיים שיש לפרש את לשון הגמרא בנדירים באופן אחר, וז"ל:

"אלא ה"פ שאני הכא דאמר ליבטלן זכוותאי כלומר שהוא מודה שאם לא בא לאותו זמן שראיותיו בטלות כלומר שהם שקר".

עכ"פ מדברי הקה"י למדים אנו כי הסברו של המ"מ להלכה ב' הם יפים גם להסביר את הלכה ד' בדברי הרמב"ם מקושיית הר"ן. וכ"כ בספר קרית מלך רב בשם רבי יעקב כולי (המגיה למשנה למלך), [ועיי"ש שדחה את דבריו, ותלה את הדברים בשני ביאורי הלח"מ בהסבר דברי המ"מ, ואכמ"ל].

החידוש בדברים אלה, כי דברי המ"מ נכונים גם ביחס להלכה ד', וזאת למרות שאין לנו אזכור מפורש בדברי המ"מ כי דבריו אלה נכונים גם ביחס להלכה ד'.

ולפ"ז הלכה ד' מתחילה בלפיכך וכו' כי אותו הסבר שיש להלכה ב' והלכה ג', הוא הסבר שיש לנקוט בהלכה ד' כי יסוד הלכות אלה אחד וכנ"ל. וכבר הסברנו בדעת המ"מ כי אין צורך שהנותן יצהיר במפורש שהוא מוחל או מקנה את הממון, אלא די בהוכחה שיש לו גמ"ד להקנות, והבחינה לזה אם הוא דבר שלא היה חייב לעשותו וכנ"ל.

מה שנותר לבאר לפי הסברו של רבי יעקב כולי והקה"י, הוא את דברי המגיד משנה שם בהלכה ה' בעניין פורע מקצת חובו דפסק הרמב"ם כר' יהודה שהוי אסמכתא, וז"ל:

"וכן מי שפרע מקצת חובו וכו'. זו משנה פ' גט פשוט (דף קס"ח) וקי"ל כר"י דאמר הכין ודלא כרבי יוסי כדאיפסיקא הלכתא בגמרא והטעם לפי שהוא תלה הדבר בחזרת השטר ואינה ביד המלווה אלא ביד השליש. ואפשר לדעת המחבר שאם השטר ביד המלווה ואמר לו אם לא פרעתיך הנשאר מכאן ועד יום פלוני גבה כולו ומה שנתתי מחול לך ה"ז גובה כיון שהשטר והמעות בידו וזהו ששנאוה במשליש דוקא".

הנה מדברי המ"מ משמע שבא ליישב מדוע בפורע מקצת חובו, קיים חשש אסמכתא לדעת ר' יהודה שהלכה כמותו, הרי לפי הרמב"ם שפסק בהלכה ד' כשמסר עירבון למקבל, דזכה בו, ואין בו חשש אסמכתא, א"כ נימא שהמלווה זכה במקצת המעות שכבר נפרעו לו – לא בתור פירעון החוב אלא בדומה למתנה, ושוב יש באפשרות השליש למסור לו את השטר שיגבה בו את כל סך הנקוב בו. וע"ז תירץ המ"מ שכיון שהמלווה אינו תפוס בשטר, הרי שיש כאן חסרון של אסמכתא, ולא ניתן למסור לו אותו בנסיבות אלו. [והנה הר"ן שלא תירץ כן ככל הנראה ס"ל שכיון שהשטר גם לא מוחזק אצל הלוה, שוב אין בכה"ג חשש אסמכתא].

וקשה שאם דברי רבי יעקב כולי והקה"י נכונים בדעת המ"מ בהלכה ב', הרי שקושיא זו כבר נתרצה וכמו שהעלו הם בעצמם, ולא יזוה צורך תירץ זאת המ"מ באופן אחר.

והנה אין ספק כי יש כאן קושי, אבל רבי יעקב כולי והקה"י יוכלו לדחוק שבאמת לפי הסברו של המ"מ גם כאן בהלכה ה הדברים מיושבים. אבל המ"מ נקט תירוץ שהוא יותר פשוט, וגם כדי להשיע שבעינין שהמלווה יהיה מוחזק בשטר כדי לסלק חשש אסמכתא, ולא סגי שהשליש מוחזק בו, למרות שהלווה כבר אינו מוחזק בו.

ביאור עמדת הכס"מ ביחס למחילה באסמכתא – הלכה ד' ברמב"ם

בכסף משנה הלכות מכירה פרק יא הלכה ד כתב ליישב את קושיית הר"ן על הרמב"ם בה"ד, וז"ל:

"ומה שהקשה הר"ן לרבינו מההיא דגט פשוט י"ל שמפרש רבינו דאומר לו תן לו שטרו שאני רוצה להתחייב לו בדמי כל השטר אף על פי שפרעתי מקצתו מתוקמא ואפ"ה א"ר יוסי יתן משום דאע"ג דקי"ל שטר שלוח בו אינו חוזר ולוח בו היינו דוקא כשאינו נותנו לו בעדי מסירה, אבל כשנותנו לו בעדי מסירה חוזר ולוח בו וכמ"ש המרדכי בפ' הכותב".

המבואר מדבריו, שהזכות של המלווה לגבות את חובו בשטר, למרות שכשנפרע מקצת חובו, הרי לכאורה נמחל שיעבור השטר (כנגד המקצת שנפרע), מ"מ כיון ששטר זה נמסר בפעם נוספת לשליש בעדי מסירה, הרי שבכך השטר על כל סך ההלוואה חודש כהלכה, ולכן המלווה רשאי לגבות את כל סך החוב מחדש.

והנה, אין התייחסות מפורשת בדברי הכס"מ ביחס לסך המקצת שכבר נפרע, מדוע שהמלווה יהיה רשאי להמשיך להחזיקו, גם לאחר שהוא יקבל את מלא הסכום בשנית מכח השטר שחודש וכו"ל. ולכאורה צ"ל לפי מהלך זה, שכיון שהשטר על סך כל החוב חודש, הרי שיש כאן כעין הודאה מצד הלווה, שהוא מעולם לא פרע את שטרו, ושוב אין לנו לדון על מקצת זה שנפרע מסך החוב הכתוב בשטר.

הב"י בסימן רז אות יא חזר על הסברו זה. וראה בש"ך שם סקט"ז וכן בגר"א סקט"ז מה הקשו על דבריו, ובמה שדחק בזה הש"ך שם.

עכ"פ עולה ברור מדברי הכס"מ והב"י, כי אין בכח העובדה שהמקבל מוחזק בממון הנותן, לסלק את בעיית האסמכתא. ולפ"ז מה שעולה מהלכה ד ברמב"ם שאין חשש אסמכתא בעירבון שכבר ניתן למוכר, צ"ל משום שהנותן-הלוקח אמר מפורש "ערכוני מחול לך", ר"ל שבנוסף למסירת הממון ליד המקבל, היתה כאן הצהרה מפורשת מצד הנותן שהממון נמחל למקבל, ולפיכך הוא זוכה בו. וכך מבואר גם בדברי הכס"מ בהלכה ב' שכבר הבאנו, שככל שהנותן החזיק את המקבל בממונו ואמר לו זכה דרך בזה אין חשש אסמכתא, וז"ל:

"ומינה משמע שהמוסר ביד חבירו וא"ל אם לא אעשה כך זכה במה שבידך, קנה, דליכא אסמכתא אלא באומר אתן או אשלם".

ולפ"ז, גם בפורע מקצת חובו, ככל שהוא יפרע לו את המקצת, וגם יצהיר כי סך זה מחול למלווה, במקרה שלא יעמוד בפריעת סך החוב הנותן, לא תהיה בזו בעיית אסמכתא.

ומה שכתב הכס"מ שדבריו הם קרובים להסברו של המ"מ, אינו ר"ל שזהו אותו הפירוש, כי כבר נתבאר כי הסברו של המ"מ אינו זהה לפירושו של הכס"מ. וגם הכס"מ מודה כי לפי הסברו של המ"מ בהלכה ב', ניתן לתרץ את קושיית הר"ן על הלכה ד' בדברי הרמב"ם, וכדפירש הקה"י וקדם לו רבי יעקב כולי כמובא בקרית מלך. אלא שככל הנראה, הכס"מ אינו מסכים לגמרי עם הסבר זה של המ"מ, וה"ט כי לפי המ"מ ככל שהוא מוסר ממון למקבל – מעבר למחויבות שלו, הרי שבכך ישנה גמירות דעת מספקת והוכחה שהוא זיכה אותו בעלות על הממון שבידו, אבל לפי הכס"מ, אין זה מספיק, וכל עוד לא הוצהר במפורש שהוא מקנה או מחל לו את ממונו, אין

בכאן גמ"ד להקנאת הממון, וכנ"ל. לפיכך היה נראה לכס"מ לתרץ את קושיית הר"ן באוקימתא שהלווה מסר את השטר מחדש בעדי מסירה וכנ"ל.

מכלל הדברים נמצא שהמ"מ והכס"מ חלוקים גם בהסבר הלכות א-ד לדעת הרמב"ם. לדעת המ"מ העקרון המנחה את כל ההלכות שאין בעיית אסמכתא ככל שיש הוכחה שהנותן גמר בדעתו לחלט למקבל את הממון שמסר לו, והבחינה לזה היא כנ"ל, ואין צורך בהצהרת הנותן שהוא מוחל או מקנה לו את הממון, ואילו לפי הכס"מ כל ההלכות הנ"ל זקוקות להצהרה מפורשת מצד הנותן שהוא מקנה או מוחל את הממון לטובת המקבל. וכך נראה גם מדברי המ"מ במה שכתב על השגת הראב"ד בהלכה ד' וז"ל: "ומ"ש הר"א אבל אם יאמר לו המוכר - הוא כשאמר כן בשעת נתינה", ואם נאמר שהלוקח כבר הצהיר כן, הרי שאין כל תועלת שמוכר יחזור על הצהרה זו.

יובהר כאן עוד, כי מדברי הכס"מ עולים שני הסברים בדעת הרמב"ם בהלכה ב' כדי ליישב את דבריו מקושיית הרמב"ן והר"ן מב"מ סו. לפי ההסבר הראשון בעינן מעכשיו רק אם לא החזיק את הקונה בקרקע, ועל זה מדובר בב"מ סו, אבל במקרה שהוא החזיק את הקונה בקרקע בקניין חזקה וגם אמר לו "זכה", לא בעינן גם אמירת מעכשיו, לכן הרמב"ם בהלכה ב' לא הביא את הצורך באמירת מעכשיו. ולפי ההסבר השני שנכתב בלשון ו"אפשר", והוא הקרוב להסבר המ"מ, יש לחלק בין דבר שהקנהו לו לגמרי, ורק התנה עימו שיוכל לפדותו לזמן, שאז לא בעינן מעכשיו, משא"כ בב"מ שמעיקרא נתן את השדה רק למטרת משכון, ולא לשם הקנאה, לכן בעינן אמירת מעכשיו כדי שיהיה מוכח שנתן לשם הקנאה ולא רק לשם משכון.

לפי שני הפירושים בכס"מ, הרי שהם שונים לגמרי מהסברם של הרמב"ן והר"ן בדעת הרמב"ם, ולכן לדעת השו"ע יש להתחשב בהסברים אלו ולא כפי הסברם של הרמב"ן והר"ן. וכך מוכח גם מדברי הכס"מ בהלכה ד' שעולה ממנו ברור שתפיסה בממון בסתם, ללא שאמר לו "זכה" או "ממוני מחול לך", דאינו זוכה בו ככל שיש בו חשש אסמכתא, ודלא כהעולה מדברי המנחת פתים בדעתו.

השפעת "דינא דמלכותא" לסילוק חשש אסמכתא

כתב הרמ"א חו"מ בסי' ר"ז סעי' ט"ו, וז"ל:

"וי"א דאם השלישו משכונות זה כנגד זה במשפטי הגוים ובשטרותיהן קנו אפילו באסמכתא משום דינא דמלכותא דינא (בית יוסף בשם רשב"א)"

המשמעות הפשוטה העולה מדברי הרמ"א, שככל שבדינא דמלכותא ניתן לחייב בממון, הרי שזה מסלק את חשש האסמכתא.

וכך הבין מרן הגרי"ש אלישיב (פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל חלק ה עמוד 264), במקרה שהאשה נתנה ערבות בנקאית כדי להבטיח את החזרת ילדם המשותף של הצדדים לארץ עד זמן מסוים, והאשה לא עמדה בתנאי זה, ונקט הגרי"ש"א שיש לחייבה בתשלום זה, ואין בו חשש אסמכתא, וז"ל:

"מ"מ בנ"ד נראה פשוט דבודאי יש תוקף להערבות הבנקאית שניתן ע"י הבנק וכמבואר ברמ"א סי' ר"ז סעי' ט"ו: וי"א דאם השלישו משכונות זה כנגד זה במשפטי גוים ובשטרותיהן קנו אפילו באסמכתא משום דינא דמלכותא דינא (ועי' שו"ת השיב משה סי' צ'), ועיין ח"ס ח"מ סי' ס"ו: - סיטומתא קונה באסמכתא דכל טעמא דלא קני משום דלא סמכא דעתיה ומכיון שנהגו שפיר סמכא דעתיה וקני".

ור"ל כנ"ל שכיון שיש תוקף לפי החוק למימוש ערבות זו, הרי שיש לומר, שאף אם יש בזה חשש אסמכתא לפי ההלכה, מ"מ כיון שכך הוא לפי החוק הרי שהמתחייב גומר בדעתו להתחייב לפי החוק. ולזה הסכים הגר"ע הדאיה שם.

אבל הגר"ב זולטי שהיה בדעת מיעוט חלק על הבנה זו (עמוד 267 - 269), וז"ל:

"הנה מש"כ ידי"נ הגאון הגריש"א שליט"א, שיש תוקף להערבות הבנקאית, ואין בזה משום אסמכתא, אף על פי שגם בערב בעינן קניין ובבי"ד חשוב, כמש"כ התומים והנתיבות בשו"ע חו"מ סי' קכ"ט סק"ח, דכתב הח"ס חו"מ סי' ס"ו סיטומתא קונה באסמכתא דכל טעמא דלא קני משום דלא סמכא דעתיה ומכיון שנהגו שפיר סמכא דעתיה וקני.

אמנם לדעתי יש לדון בזה, דהנה יסוד דברי הח"ס הוא מהא דסיטומתא קני גם בדשלב"ל, והלא בדבר זה יש פלוגתא דרבוותא, עיי' קצוה"ח סי' ר"א סק"א דהביא מרדכי בשבת דכתב בשם רבינו יחיאל הא דסיטומתא קניא דוקא בדבר הבא לעולם ומועיל בו קניין הלכך מועיל המנהג להחשיבו בקניין גמור, אבל דבר שלא יועיל בו קניין כגון בדשלב"ל לא מצינו שיועיל בו המנהג להחשיבו בקניין גמור.

וכן כתב בשו"ת הגרע"א סי' קל"ד בשם הרדב"ז והיש"ש דסיטומתא לא מצינו דקנה רק בדבר שבא לעולם דהוי כמו קניין גמור, אבל בדשלב"ל לא מהני סיטומתא למחשבי' יותר מקניין גמור, ונראה מדברי הגרע"א שם /סי' קל"ד/ שתפס כן להלכה, וא"כ גם באסמכתא לא מהני קניין סיטומתא אלא בבי"ד חשוב.

אכן הח"ס הנ"ל כתב שם /חו"מ סי' ס"ו/ בתו"ד אבל הרא"ש בתשובה מיירי שנהגו לחכור דברים שלא בא לעולם משו"ה מהני, והכ"נ וכ"ש באסמכתא... דכל טעמא דלא קני משום דלא סמכיה דעתיה, ומכיון שנהגו שפיר סמכא דעתיה. ולכאורה משמע מדבריו דסיטומתא עדיפא לקנות באסמכתא ממה שקניא בדשלב"ל שהרי כתב וכ"ש באסמכתא. אולם באמת אסמכתא ודשלב"ל חד טעמא הוא משום דלא סמכא דעתיה כמבואר בב"מ ט"ז ע"א דדבר שלב"ל אינו קונה משום דלא סמכא דעתיה, ועיי' בפ"ת חו"מ סי' ר"א סק"ב מה שהעיד על דברי הח"ס והניח בצ"ע. וזה פשוט שערבות בנקאית היא ככל ערבות שדין בזה דיני אסמכתא, שהרי גם בנק נותן ערבות אף אם אין לחייב כל כספים בבנק אלא על יסוד האימון שנותן לו הבנק.

עוד כתב הגאון הגריש"א שליט"א בהמשך דבריו, דבודאי יש תוקף להערבות הבנקאית שניתן ע"י הבנק וכמבואר ברמ"א סי' ר"ז סעי' ט"ו: וי"א דאם השלישו משכנות זה כנגד זה במשפטי גויים ובשטרותיהן קנו אפילו באסמכתא משום דינא דמלכותא דינא (כ"י בשם רשב"א).

הנה לכאורה יש להוסיף על זה, הא דמבואר בנתיבות סי' ר"א סק"א, דאף דסיטומתא אינה קונה בדשלב"ל, אבל משום דינא דמלכותא קונה גם בדבר שלב"ל, וא"כ ה"ה באסמכתא קונה משום דינא דמלכותא.

אולם בחדושי הרשב"א גיטין י' ע"ב ד"ה ואי כתב ורבינו הרב נ"ר פירשה... דה"ק תני חוץ מכגיטי נשים ולא משנינא ליה משום דינא דמלכותא דינא, לפי שאין המלך מפקיע ממון ישראל אצל חבירו, אלא כ"ז שהוא בא לדון בערכאות שלהם, הילכך אף על פי שעשה ישראל שטר לחבירו בערכאות שלהם לא הופקעה השדה מן המוכר על אותו שטר כ"ז שלא באו בערכאות שלהם, והא דקאמר שמואל טעמא משום דינא דמלכותא, חידושו שאין המוכר יכול לחזור בו עוד שכבר הופקעה ממנו השדה בדד"מ = בדינא דמלכותא =, וכשיחזיק בה הלה יזכה ולא בשטר עצמו זוכה בה... א"נ אפשר

וכדאמרינן התם האי סיטומתא קניא באתרא דנהיגי למיקנא ודד"מ נמי כמנהגא הוי. וכ"ה בש"מ ב"ב נ"ה ע"א ד"ה אריסות עיין שם.

הרי כתב דדינא דמלכותא דמהני הוא בשני אופנים, חדא כשבאים לרון בערכאות שלהם, ועוד דד"מ מהני משום דהוי כסיטומתא דקניא באתרא דנהיגי למיקנא, ודד"מ נמי כמנהגא הוי.

מעשה לשיטת הפוסקים דסיטומתא לא מהני למיקני באסמכתא כנ"ל, ה"ה דד"מ לא מהני באסמכתא שהרי כל דין דד"מ הוא מדין קניין סיטומתא.

ואפילו אם נאמר דדינא דמלכותא עדיף מקניין סיטומתא, ועיי' אבני מלואים סי' כ"ח ס"ב דד"מ מה"ת הוא, ואילו קניין סיטומתא כתב הנתיבות סי' ר"א סק"א דהוא רק מדרבנן עיין שם.

אמנם כתב הטור חו"מ סי' ס"ח בשם הרא"ש וז"ל: אם הנהיג המלך שלא יעשה שום שטר אלא בפני הערכאות אז היו כל שטרות הנעשים בערכאות כשרים אפילו שטרי מתנות והודאות משום דינא דמלכותא, אבל כיון דהאידינא ליכא דד"מ שיהיו כל השטרות נעשין בערכאות, הני שטרי מתנות הנעשים בערכאותיהן חספא בעלמא הן.

עוד הביא שם הטור /חו"מ סי' ס"ח/ בשם הרמב"ן דלענין דרכי הקנאה לא מהני דד"מ, ועיי' בתומים שם /חו"מ סי' ס"ח/ סק"ו שכתב בתו"ד אך זה הכל בענין כתיבת השטר, אבל מה שנוגע לשארי קנינים... דזה אינו ענין לשטר פשיטא דלא שייך דד"מ דינא דאל"כ בטלת דין תורה ח"ו.

ולפי זה בנדון דידן דליכא דינא דמלכותא שיהיו כל השטרות נעשין בערכאות, אלא אפשר גם לעשות שטר וקניין כד"ת, ועוד דהערבות שנתן הבנק היה על יסוד פס"ד של בי"ד רבני, א"כ הני שטרי הנעשים בערכאותיהן חספא בעלמא הן כמש"כ הרא"ש הנ"ל.

והא דכתב הרשב"א הנ"ל שהביא הרמ"א, דאם השלישו משכנות זה כנגד זה במשפטי גוים ובשטרותיהן קנו אפילו באסמכתא, היינו משום דהרשב"א לטעמיה דד"מ הוי כמנהגא וקני מדין סיטומתא, ולפי האמור הרי יש בזה מחלוקת הפוסקים אם סיטומתא קני באסמכתא, וא"כ אין להוציא מהמוחזק.

עוד יש לדון דבמקרה דנן לא שייך בכלל לבוא מכח דד"מ, דכתב רש"י בגיטין ט' ע"ב בטעמא דד"מ, משום דבני נח נצטוו על הדינין, וא"כ נמצא דד"מ הוא כדין, שהרי אצל ב"נ = בן נח = אלו הדינים שלהם, ולכן, אפילו ישראלים שעשו שטרותיהן במשפטי הגויים קנו, שהרי אצל הגויים השטר קונה כדין, משא"כ כאן שכולנו מצווים לשמור ולקיים את כל משפטי התורה, א"כ כל שטר שנעשה שלא כד"ת אין לו כל תוקף, אלא שיי"ל שלא גרע מסיטומתא דקני וכנ"ל.

ולפי זה אפשר לומר דהא דפסק הרמ"א בשם הרשב"א דד"מ מהני גם באסמכתא, היינו בשטרות שנעשו במשפטי הגוים שדד"מ שלהם הוא כדין, אבל בנידון דידן שלא שייך לומר בזה דד"מ, אלא רק מדין קניין סיטומתא, בזה גם הרמ"א סובר דלא מהני לקנות באסמכתא, וכמש"כ הגרע"א הנ"ל דלא מהני סיטומתא למחשבי' יותר מקניין גמור. בצלאל זולטי.

כשאני עצמי יש להוסיף תימוכין לעמדת הגר"ב זולטי, שהרי אנו קיי"ל שאמרינן דמ"ד רק בדברים שהם הנאת המלך, וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ג סקל"ט. וצריך לומר, דבאסמכתא דתליא אי גמר ומקני ואין החסרון בעצם מעשה הקניין, ובכה"ג שנעשה בערכאות גמר ומקני, וכה"ג כתב שם במשפט שלו' (בסי' קצ"ד ס"ב ד"ה וע' תומים) עיי"ש, אבל שוב חזר בזה שם (בסי' ר"ז), וכתב דכיון דהוא נגד דיני ישראל יוכל לומר דסמך דעת' שיתבענו בדיני ישראל אח"כ. ועוד יש

לומר שהרמ"א לשיטתו בס"ס ש"ט שבדברים שהם לתועלת כל בני המדינה אמרינן דמ"ד, והכי נמי יש לומר שהרמ"א בס"י ר"ז מיירי בכה"ג. אכן לפ"ז למעשה, כיון שהרבה פוסקים סוברים שאמרינן דמ"ד רק בדברים שהם הנאת המלך, לפיכך אי אפשר להסתמך על כך לדינא. אבל אם נאמר שהחסרון באסמכתא הוא בגמירות דעת, שפיר אפשר להסתמך על דברי הרמ"א - לפחות באנשים שלא מתמצאים כלל בדיני תורה, והם חושבים לתומם להתחייב לפי חוקי הערכאות, א"כ שפיר גומרים הם בדעתם להתחייב באופן ברור, ושוב לא הוי אסמכתא, ועי' לקמן שנכון לפשר בזה.

יצוין גם למה שהביא כב' אב"ד שליט"א בשם הגריש"א:

"ובספר ביכורי גשן (להגר"נ גורטלר שליט"א) חלק ב' עמ' תקלט הביא ששאלו את הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל והשיב: "שכיון שהתחייבות זו תופסת לגבי בית המשפט האזרחיים, לכן יש כאן גמירות דעת ואין כאן אסמכתא". ובהתאם להוראה זו עלינו לברר מה החוק ומהי הפסיקה הנוהגת בערכאות האזרחיות".

והנה בחזו"א לכאורה מפורש שלא מהני דינא דמלכותא להוציא מחשש אסמכתא. בחזו"א חו"מ ליקוטים סי' ט"ז סקי"א כתב, וז"ל:

"נראה דהנהוג לכתוב חוזה לגמר המקח, וכותבין שאם הלוקח חוזר הכסף שנתן מחול, ואם המוכר יחזור יכפול אין בתנאי זה ממש כדאיתא בשו"ע סימן ר"ז ס"א [זולת לדעת הר"מ מהני מחילת הלוקח] ואע"ג דמהני מד"ד, מ"מ כיון שהוא דין בין ישראל לחברו אין כאן ד"ד, וא"ל כיון דמהני מד"ד אין דעתו לאסמכתא אלא לקניין גמור. דלא שמענו דמשום דמצי למזכי בד"ד תבטל אסמכתא, ואין סברא בזה כיון שאינו רשאי לדון בערכאות, ואם אתה אומר כן בטלה אסמכתא, דלעולם בדיניהם אסמכתא קניא".

ויש להסתפק בכוונתו האם החסרון באסמכתא הוא במעשה הקניין, ולפיכך אין שום צד שהדמ"ד יועיל כיון שהוי בין אדם לחבירו, או שהחסרון באסמכתא הוא רק בגמירות דעת לקניין, וגם אינו מפורש אם דינא דמלכותא לא מהני שם מפני שהוא רק ענין שפוסקים אותו בערכאות ואינו מפורש בחוק, או שכך הדין בכל מקום שהדין תורה סותר את החוק.

מכל מקום יש לומר שלפחות באנשים שלא מתמצאים כלל בדיני תורה, והם חושבים לתומם להתחייב לפי חוקי הערכאות, א"כ שפיר גומרים הם בדעתם להתחייב באופן ברור, ושוב לא הוי אסמכתא, וזהו כעין מש"כ המשפט שלום שהובא לעיל.

ויש להוסיף שאם הדמ"ד באסמכתא מהני כיון שאז ברור שגומר בדעתו להקנותו א"כ אפי' אם יש ספק אם יש דמ"ד כגון בא"י שנחלקו בזה הראשונים והאחרונים (ואכמ"ל), מכל מקום כיון שבמציאות ידוע שהערכאות מגבים ממון בכה"ג, א"כ הכי נמי לפי גישה זו אמרינן שהמתחייב גומר בדעתו להתחייב משום כך.

סיטומתא באסמכתא

הנה בתוס' ב"מ ס"ו ע"א ד"ה ומניומי כתבו וז"ל:

"ומיהו קנס שעושיין בשעת שידוכין מהני אפי' לא קנו בבי"ד חשוב כיון שנוהגין בו כל העולם מידי דהוי אסיטומתא...".

הרי שאם מנהג העולם להתחייב באופן של אסמכתא, דחלה התחייבות מדין סיטומתא. והסברא בזה כפי שהסברנו במאמר "קניין סיטומתא" עפ"י החזו"א חו"מ סי' כ"ב שהגמ"ד פועלת

את הקניין, והיכא שכולי עלמא מקני הכי אמרינן שיש גמ"ד לקניין. ומה"ט מהני מנהג העולם באסמכתא, והיינו כיון שכו"ע מקנו הכי הרי הוא גומר בדעתו לקניין באופן ברור.

והנה בשו"ת חת"ס חו"מ סי' ס"ו כתב שסיטומתא מהני על דבר שלא בא לעולם, וכתב שם עוד וז"ל דהוא הדין וכ"ש דמועיל באסמכתא דהא טעמא דלא קני משום דלא סמכא דעתיה וכיון שנהגו שפיר סמכא דעתיה וקני, עכ"ל. אולם בפת"ש סי' ר"א סק"ב הביא בשם המהרש"ל שסיטומתא לא מהני בדבר שלב"ל, וכן דעת הקצה"ח והנתה"מ. אולם נראה שאפי' לדעתם מהני סיטומתא באסמכתא, והחילוק הוא, דדווקא בדבר שלב"ל שיש חסרון בדבר הנקנה – שאינו בעולם ואין לקניין על מה לחול, לפיכך גם סיטומתא לא מהני ביה. משא"כ באסמכתא שאין החסרון במעשה הקניין, אלא בגמ"ד לקניין כמו שנתבאר, להכי מהני בסיטומתא כיון שכולי עלמא מהני הכי אמרינן דגמר ומקני (ועי' קוב"ש ב"ב אות רע"ו שכיו"ב הסביר את המחלוקת האם מהני סיטומתא בדשלב"ל, והיינו האם החיסרון שאין לקניין על מה לחול או שהחיסרון בסמכא דעתיה).

וכן כתב מרן הגרי"ש אלישיב בפד"ר ח"ה עמ' רנח הנ"ל, וז"ל:

"יש שיטות בפוסקים אם סיטומתא מועיל בדבר שלא בא לעולם, לדעת רוב הפוסקים מהני גם בדבר שלא בא לעולם. אף לאלה הסוברים שבדבר שלא בא לעולם לא מועיל סיטומתא, מודים באסמכתא דמועיל סיטומתא, דדוקא בדשלב"ל דלא תופס שום קניין י"ל דסיטומתא לא עדיפא מקניין אחר, משא"כ באסמכתא דהלוא יש אופנים דגמר ומקנה, כגון בקניין בבד"ח".

סיטומתא באסמכתא מהני רק כשיש מנהג ברור לשלם את מה שהתחייבו בהסכם

הנה בשו"ת מנחת יצחק ח"ו סי' ק"ע סוף אות כ' דן אודות חיוב קנסות שיש בהם חשש אסמכתא אם אפשר מ"מ לחייב מדין סיטומתא, והביא את דברי החת"ס סי' ס"ו וז"ל:

"ויש לדון עוד ממש"כ התוס' (ב"מ ס"ו ע"א ד"ה ומניומי) שכתבו וז"ל, ומיהו קנס שעושיין בשעת שידוכין מהני אפילו לא קנו בב"ד חשוב כיון שנוהגין בו כל העולם מידי דהוי אסיטומתא דלקמן (ע"ד ע"א) דקניא עכ"ל, ואולי גם בנד"ד שייך מנהג העולם, אבל לדעתי אדרבה המנהג אצל בתי דינים לכתוב בכל כה"ג בכל לשון המועיל שלא יהי' בו אסמכתא, ושייך בזה מש"כ החת"ס (חו"מ סי' ס"ו), בנדון כהאי גוונא דנעשה באופן דהוי אסמכתא, והשואל כתב דליקני מטעם סיטומתא, וע"ז השיב דבודאי באסמכתא מהני מנהג העולם וכמבואר בתוס' הנ"ל, וק"ו הוא מדבר שלא בא לעולם דמהני סיטומתא, וכ"ש אסמכתא דלא קני משום דלא סמכא דעתיה. ומכיון שנהגו שפיר סמכא דעתיה, אך כ"ז אי הוי מנהג בהאי אסמכתא דנידון שלפנינו, אך אני לא שמעתי מנהג זה מעולם, אדרבה בכל כיוצא בזה מדיינים עליו בדינא ודיינא הא לן בדיננו והא להו בפלילים עכ"ד".

ועל זה הוסיף המנח"י וז"ל:

"וגם נידון דידן לא יצא מכלל הנ"ל".

והנה דבריו אינם מבוארים כ"כ. אבל נראה בכלל כוונתו, שרק במקום שיש מנהג ברור בבתי דין לחייב קנסות דהחייב חל, זאת אומרת שאין מספיק שרוב ככל הציבור שכותבים הסכמים, כותבים קנסות וכו', כי כל עוד לא ברור שאותם שכותבים הם גם משלמים ללא טענות ומענות, אין זה בכלל מנהג ברור שיש לילך אחריו. לפיכך רק אם ביה"ד נהגו לגבות קנסות, הרי יש להניח שהם ביררו קודם לכן כי גם בלא שמגיעים לביה"ד, רוב הציבור נוהגים לשם ללא טענות ומטענות לפיכך גם אם יקרה מקרה שבאו לפני ביה"ד, יש לביה"ד להגבות את הקנסות.

לאמור, יש לבאר שלא יבואו לטעות בדברי החת"ס שכביכול המנהג נקבע רק לפי מה שנהגו לחייב בבי"ד. אבל באמת זה לא יתכן, כי ביה"ד אינו יוצר מנהגים בענייני ממון מלבד כמה תקנות שהתקינו חכמים, אלא שביה"ד פוסק עפ"י המנהגים הנהוגים בין בני אדם, דכלל גדול הוא בדיני ממונות "דכל המשתעבד ע"ד המנהג משתעבד". וכוונת החת"ס שמתפקיד ביה"ד לבדוק האם מנהג זה או אחר התפשט באופן מוחלט וברור, שלא רק שכותבים כך בהסכמים, אלא שנהגו רובם ככולם לשלם את אשר התחייבו – דרק אז איכא לחייב מדין כל המשתעבד על דעת המנהג משתעבד. ודעת המנח"י היא שבקנסות הנהוגים לכתוב בחוזים, אין מנהג לחייב בבי"ד כיון שאינו ברור שכולם כותבים קנסות, או שאפי' אם כותבים אינו ברור שכוונתם לשלם כשבא לידם למעשה.

האם יש בכח סיטומתא ומנהג לסלק חשש אסמכתא

הנה במקור הדברים המובאים בתוס' בב"מ ס"ו ע"א בשם ר"ת, כתבו וז"ל:

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

ועוד דבדין הוא להתחייב כל החוזר בו כיון שמבייש את חברו וכן אם קבל עליו המלמד בשעה שהשכירוהו קנס אם יחזור בו ולא נמצא מלמד אחר מזומן אין זה אסמכתא דלא חשיב גזום כיון שמפסידו והוי כמו (לקמן דף קד.) אם אוכיר ולא אעביד אשלם במיטבא דלאו אסמכתא היא".

דברי התוס' בהסבר השני בשם ר"ת נפסקו בשם י"א בשו"ע חו"מ סימן ר"ז סט"ז:

"וי"א שקנס שעושים בשידוכים לקנוס החוזר בו לא הוי אסמכתא, כי כדאי הוא שיתחייב החוזר בו בקנס לדמי הבושה שבייש את חברו. וכן אם המלמד קבל עליו בעת שהשכירוהו קנס אם יחזור בו, ולא נמצא מלמד אחר מזומן, אינו אסמכתא".

השו"ע שם בסימן ר"ז סט"ז לאחר שהביא בסתם מדברי הרמב"ם שהביא את חכמי ספרד סיים שגם בשידוכין נהגו להתחייב כחכמי ספרד, וז"ל:

"ועל דרך זה היו עושים בכל התנאים שבין אדם לאשתו בשידוכים ובכל הדברים הדומים להם, וכן אנו נוהגים".

נמצא כי הי"א בשם ר"ת אינו הדבר המוסכם על השו"ע כי "סתם ויש" הלכה כסתם. וראה גם בשו"ע אהע"ז סימן נ ס"ו שהביא רק את דעת הרמב"ם בשם חכמי ספרד לגבי קנסות בשידוכים

"כשרוצין לעשות הבטחות לשידוכין, עושים בענין שלא יהא אסמכתא, דהיינו שעושים שטר מזה".

הרי שהשו"ע פתח בלשון "כשרוצים", ומזה משמע שלא היה מנהג פשוט לחייב בקנסות (ושם לא הביא כלל את שיטת ר"ת בשם י"א).

ולפי האמור יש לבאר שהרמב"ם חלוק על דינו של ר"ת בשידוכים. וכ"מ בבית יוסף אבן העזר סימן נ ס"ז לאחר שהביא את הנדון בראשונים אודות חיוב קנס בשידוכין, כתב בזה"ל:

"ומדברי הרמב"ם נראה דגם בשידוכין יש דין אסמכתא שכתב בסוף פי"א מהלכות מכירה (הי"ח) וז"ל כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושיין קונין מזה שהוא חייב לחבירו ק' דינרים ואחר שחייב עצמו קונים 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 זה היינו עושיין בכל התנאים שבין אדם לאשתו בשידוכין ובכל הדרכים הדומין

להם עכ"ל [בדק הבית] ולענין הלכה אין להוציא ממון כי אם על פי דרך חכמי ספרד [עד כאן]."

וכך היא דעת רוב הפוסקים, שהרמב"ם והסתם שבשו"ע חולקים על הר"ת והי"א שבשו"ע. וכ"כ בשו"ת לחם רב סימן נט, בית דוד חו"מ סימן קיד, חקרי לב אהע"ז סימן ל ועוד, וראה בשו"ת חדות יעקב להגר"י עדס חו"מ סימן ח, וזהו דלא כמש"כ בנחלת שבעה הלכות שטרות סימן ז. ולפ"ז מצי המוחזק לטעון קים לי כדעת הרמב"ם והסתם.

הן אמת שבר"ת הובאו שני נימוקים, ואין ברירות מאיזה טעם חלקו הרמב"ם והשו"ע על ר"ת. אך לכאורה אם הטעם הראשון המובא בר"ת הוא נכון לדינא, שסיטומתא יכולה לסלק את החשש באסמכתא, לא היה כל צורך להתחייב בשידוכים כחכמי ספרד. אכן אין מכאן הוכחה ברורה שלא מהני מנהג וסיטומתא, כי יתכן שבספרד לא נהגו בקנס בענין שידוכין, כמו שנהגו באשכנז, ויתכן שאם היה זה מנהג ברור, הרי שיש לחייב מדין סיטומתא, וכ"מ מלשון השו"ע שהמנהג היה להתחייב כמו חכמי ספרד ולא סמכו על עצם המנהג שיש ביכולתו לחייב בקנסות.

והנה בשו"ת הרשב"א ח"ג סימן ריא נשאל בראובן ששידך בת בתו לכן שמעון וחייבו עצמם בשטרי פסיקתא לתת כו"כ, ושאלם אחד מהם יחזור ישלם קנס וכו' ולאחר שנתיים חזר בו ראובן וטען כי בת בתו אינה רוצה בבן שמעון, ורוצה לפטור עצמו מן השבועה בטענת אונס ומן הקנס בטענת אסמכתא, ושמעון טוען דאין כאן אסמכתא לפי שמנהג המקום בכך הרי"ז מבטל הלכה. והשיב הרשב"א דראובן אינו מחויב לשלם והוי אסמכתא ע"כ. והנה לכאור' טענת שמעון היינו דברי התוס' דכיון שיש מנהג א"כ יש כאן סיטומתא, ובכל זאת כתב הרשב"א שראובן פטור מלשלם מאחר והוי אסמכתא, ומוכח דס"ל דסיטומתא לא מהניא שהרי לא דן שם הרשב"א אלא בנושא של מעכשיו ולא בטענת המנהג כלל ועיקר, וכ"כ ידידי הגרע"י טולדאנו שליט"א בספרו משפט הקניין ח"א עמ' 365.

אכן יש לדון אם זוהי ראייה מוכרחת כי לפי מה שביארנו, אין זה מספיק שרוב הציבור נוהג לכתוב קנסות בשטרות, אלא בעינין שאותם אנשים, נוהגים גם לשלם את אותם חיובים ללא פניה לביה"ד. יוזכר שכיום גם בקרב בני אשכנז אין מנהג לכתוב קנסות ולא לשלם קנסות, ובקרב בני ספרד, עדיין לא פשט המנהג לכתוב שטרי תנאים, וק"ו שלא נהגו לחייב בקנסות².

לאור כל זאת, לא ניתן לקבוע בצורה ברורה כי ככל וקיים מנהג פשוט להתחייב בקנסות בכתובת הסכמים וחוזים, וגם שאותם אנשים נהגו בפועל לשלם את אשר התחייבו, שגם אז בזכות

² וראה מש"כ שם במשפט הקניין להוכיח מהאבקה וכול סימן פט דס"ל שלא מהני סיטומתא ומנהג לבטל חשש אסמכתא. אכן המעיין בדברי האבקה וכול יראה כי הם נכתבו ביחס לתשובת המהרשד"ם (הובאה קודם לכן באבקה וכול סימן פח), בו נקט המהרשד"ם שככל שנעשה קניין מעכשיו גם חכמי ספרד מודים שאין בו חשש אסמכתא, והוסיף כיון שנהגו לקבל קניין מעכשיו, אין בו חשש אסמכתא כה"ג. כלפי זה כתב האבקה וכול שם בסימן פט וז"ל:

"ומעתה מאחר דבנ"ד היה הקנס במעות אשתקל מההוא נרגא עושפיה ואיתבר מקופיה ונמצ' שגם מ"ש ואעתיק לך לשונו של מהר"מ נר"ו והודיענו שהיה גדול בדורו והביא דבריו להוכיח דכיון שנהגו לכתוב בכל השטרות קניין ומעכשיו אין כאן אסמכתא נתבאר שאינו כן אלא אפי' אם היה מוציא שטר כתוב בו קניין מעכשיו הוי אסמכתא מפני שהקנס היא במעות הנה יצאתי ממחצתי להאריך ואע"פי שאין דרכי בכך הוכרחתי כדי להשיב על דברי החכם הנז' שלהוציאו חלק אי אפשר ובה אשים קנצי למלין ואם יוסיף לכתוב לא יקוה ממני שאשנה לו שא"כ אין לדבר סוף וכבר נתבררו ונתלבנו הדברים".

דברי האבקה וכול הם בהמשך למה שייסד שם שקניין מהני רק לגבי ממון מסוים שהוא בעין ולא לגבי מעות, לכן גם אם נהגו להסתמך על קניין מעכשיו, לא תהיה תועלת ככל שמדובר במעות. אך אין כאן אזכור מפורש עד כמה שהיה המנהג פשוט כסיטומתא, שלא יועיל מנהג זה כדי לסלק חשש אסמכתא.

המוחזק לטעון קים לי משום שכביכול יש מי שחולק על תוס' בשם ר"ת, זה אינו, כי דברי התוס' הובאו להלכה בחת"ס הנ"ל, וכן פסקו בפשיטות בפסקי הדין הרבניים כנוכח בפסק ביה"ד הגדול (אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל חלק א עמוד פח – פט), וכן בפד"ר ח"ב עמ' 267, ובענין זה גם דעת המיעוט לא חלק על הרוב, כמבואר לעיל.

יחד עם זאת, חשוב לברר בכל מקרה לגופו האם באמת קיים מנהג פשוט לכתוב וגם לשלם את אשר התחייבו בקנס, וככל שדבר זה לא התברר לאשורו, עלינו לחזור לבחינת כל מקרה אם קיימת בהתחייבות חשש של אסמכתא.

האם נדון זה תלוי בדיעת או באי ידיעת הצדדים בהלכות אסמכתא

נלענ"ד שעדיין יש לדרון באופן מעשי האם יש הבדל בזה בין סוגי האנשים. דבאנשים שמשתמשים בחוזה המצוי, ואינם יודעים מאומה מדיני אסמכתא, נראה שכוונתם הפשוטה היא להתחייב בקנסות אלו, וכל שכן בבני אדם שאינם שומרי תורה ומצוות שלא עלתה על דעתם לדרון לפי הד"ת, ובוודאי גמרו ומקנו. ויש סימוכין לסברא זו מדברי שו"ת הרשב"א המובא בב"י עמ' פ"ה בטור החדש מחו' מו, וז"ל:

“ועוד דכיון שנתן משכון ביד האומנים והתנה שאם יעבור יפרע הקנס לבנין העיר ולחבירו ויודע באמת שיפרע חלק בנין העיר ולא ינצל מצד אסמכתא, א"כ בדוקא התנה.”

אבל בסוג אנשים המצויים בדברי הפוסקים הידועים, בהחלט יש לומר שאין זה מנהג ברור שכותבים קנסות בגמירות דעת מלאה. ומעשים בכל יום שרבנים ויושבי על מדין נשאלים ע"י אנ"ש האם חייבים הם לשלם קנסות שיש בהם אסמכתא עפ"י ד"ת, וכל זה מראה שאין המנהג ברור שגומר בדעתו להתחייב בכה"ג, ועל כיו"ב יש להביא את דברי המשפט שלום סי' ר"ז הנ"ל: דכיון שהוא נגד דיני ישראל יוכל לומר דסמיך דעת' שיתבענו בדיני ישראל אח"כ.

ואל תתמה כיצד יתכן שינהגו לכתוב דבר בשטר מבלי שיתכוונו לחייב עצמם באמת, וכי ברמאים עסקינן. אכן יש למצוא לכך דוגמא, לפי מש"כ הסמ"ע סי' רמ"ה סק"ב שהתנאים הראשונים שכותבים להתחייב ממון בזמן השידוך, אינו מחייב את הצדדים לפי האמת כיון דהוי קניין דברים, והקניין חל רק לענין "הקנס" – והיינו שאם יחזרו בהם שיתחייבו לשלם קנסות זל"ז, ולכן שוב חוזרים וכותבים תנאים בזמן החופה כדי לחייב את עצמם באמת. א"כ חזינן דהיה מנהג להתחייב בכתב, למרות שאי אפשר לחייבם בממון בפועל. ולפ"ז, מה שנמצא בפד"ר הנ"ל מאת הגרי"ש אלישיב שיש לחייב אסמכתא מדין סיטומתא, נראה שזהו דווקא במגזרים הרחוקים מתו"מ - שלא עלתה על דעתם לדרון עפ"י ד"ת.

דברי החזו"א בקנסות בחוזים בזה"ז

וז"ל החזו"א בחו"מ בליקוטים סי' ט"ז אות י"א:

“אמנם כל זה בזמן שלא עשה הלוקח קניין אלא נתן על תנאי החוזה, אבל אם גמרו מתחלה המקח ונתן הלוקח מקצת דמים סתמא [או בלשון דמי קדימה] שסתמו הוא להתחלת הפירעון וכמש"כ הרא"ש בש"מ ב"מ מ"ח ב' והפרישה סי' ק"צ סק"ו, ואח"כ כתבו החוזה בזה מהני התנאי שהרי מן הדין קרקע נקנה בכסף ונתקיים המקח וחייב הלוקח לקיים מקחו ואם הוא חוזר ומוחל את הכסף שנתן הרי זה כנותן לו כל השדה בעד חוב הנשאר ואין זו אסמכתא, וכן אם המוכר חוזר הוא כמו שקונה ממנו והוי כתנאי ביניהן שאם הלוקח מותר את הכסף שנתן הוא חפשי ממקחו וכן אם המוכר כופל...”

המבואר מדברי החזו"א, שאם נותן דמי קדימה (מקדמה) ואח"כ מתנה על הקנסות, דאין בזה חסרון של אסמכתא לא קניא, וה"ט כיון שהקניין כבר נעשה, שהרי תחילת פירעון קונה מדין קניין כסף, א"כ המשמעות של הקנסות פירושה הקנאה בחזרה. כגון שהלוקח אומר אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך פירושו, שהלוקח מקנה בחזרה את הקרקע למוכר עבור שאר דמי המכר שהוא חייב לו במקום הקניין המקורי³. וערבוני מחול לך פירושו שהלוקח מוזיל את המקח, וכאלו מוכרו לו בעד שאר הכסף שהוא חייב למוכר בקנאה המקורית. ועל דרך זה יש לפרש גם בחזרת מוכר.

אלא שהחזו"א בהמשך דבריו מפקפק בזה כיון שכיום הוא מקום שנהגו לכתוב שטר, א"כ אינו קונה בכסף המקדמה ושוב לא שייך לומר שהוא חוזר ומקנה וכו' וז"ל:

"ומיהו אם הוא באתרא דכתבי שטרא שאין כסף קונה לא מהני התנאי שהרי אין כאן קניין עדיין [ואף דמצי לזכות בד"ד את העירבון מסתבר דאין ד"ד במקום שטרא כיון דלא מצי למזכי בדיני ישראל] ואין לומר דחשיב שטרא שהרי בידו לברר בהאי שטרא דנתן מקצת כסף ז"א כיון דלא מינכרא מלתא בשטרא אי יהיב סתמא או יהיב בתורת עירבון ומצי מוכר לטעון דיהיב בתורת עירבון ואין כאן ראייה על המכר הרי אין כאן שטרא..."

אכן בסוף דבריו מסיק החזו"א בזה"ל:

"...עדיין יש לדון למש"כ בפת"ש סי' ר"ד סק"ב דהסכימו האחרונים ז"ל דאע"ג דבאתרא דכתבי שטרא לא קני בכספא מ"מ איכא מי שפרע, א"כ י"ל דאין הקנסות אסמכתא אלא נתחייב בהן כדי להנצל מלטותא..."

והיינו דכיון שיש איסור מי שפרע בקרקעות, אמרינן שהוא נותן את הקנסות בגמירות דעת מלאה שלא יעבור על איסור מי שפרע.

ברם, שוב נראה שדברי החזו"א אמורים רק לגבי אנשים הקרובים לתו"מ, דבהם יש יסוד להניח שמתחייבים באסמכתא כדי שלא לעבור על איסור מי שפרע, אבל באנשים הרחוקים מתו"מ, אין זה שייך לדון כך, והדרינן לכך שאי אפשר לחייב בקנסות רק מטעם שגומר בדעתו להתחייב לפי חוקי הערכאות.

הנוהג בערכאות לחייב קנסות וכיצד ענין זה משפיע על החיוב בקנסות לפי ההלכה

לעיל הבאנו מקורות למקרה שלפי הדינא דמלכותא, נהוג לחייב בקנסות הנזכרים בהסכמים. ובפד"ר ח"ה עמ' 267 נחלקו דיני ההרכב האם יש ליישם את הנוהג הקיים בארץ לחייב את מלא סך הקנסות.

אכן בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, נקבע:

"15. (א) הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן – פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם, 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 הפרה.

³ ואעפ"י שלקנות במלווה נחלקו הרמב"ם והשו"ע עם הרמ"א והתוס' כמובא בסי' קצ"ט, מ"מ כאן י"ל שהמוכר קנה את הקרקע בחזרה בקניין חזקה וכיו"ב, ושאר הכסף הוא חוב דמים צדדי שאינו פועל את גוף הקניין.

(ג) לענין סימן זה, סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע, דינם כדין פיצויים מוסכמים".

העולה מלשון החוק, כי גם במקרה שהייתה הסכמה על פיצוי מוסכם, עדיין יכול ביהמ"ש להורות על תשלום אחר ממה שהוסכם.

לפיכך גם לגישות הסוברות שיש ביכולת דינא דמלכותא לסלק את חשש האסמכתא, הרי לפי חוק זה, אין החיוב קבוע אלא לפי ראות ביהמ"ש, כך שגם לפי ההלכה אין כאן הסיטומתא לחיוב בקנסות, ולא ניתן לדון ולחייב את הסכום הנקוב בהסכם.

להליך הכינוס אין השפעה על הגדרת החזקה של התשלומים ששולמו בתור דמי קניה

הנה להסכם הצדדים לחלוקת הדירה קדם הליך כינוס נכסים אשר היה אמור להוציא את הדירה למכירה בשוק החופשי. אך ביה"ד נעתר להפצרת האשה שהיא תרכוש את חלקו של האיש, אשר לטענתה הדבר חשוב וחיוני עבור הקטין שהתרגל לגור בדירה זו.

כאמור, הוחלט לאפשר לאשה לרכוש את חלקו של האיש בדירה, וביה"ד אישר את הסכם המכר שהוצג ע"י הצדדים, כאשר עותק מהחלטה זו נמסרה לידי הכונס כדי ליידע אותו על ההליך המתקיים בין הצדדים, כמפורט בפרוטוקול הדיון מתאריך ... בו נקבע שהליך הכונס ייעצר כלהלן:

"בית הדין: התמנה כונס נכסים, לא נזקק להשלים את מלאכתו כי הצדדים הגיעו להסכם, מוטל על בית הדין לקבוע את שכרו, תתייחסו."

וכעת משהתברר שהסכם המכר בוטל, ביה"ד החזיר את הכונס לפעילות אשר תוציא את הדירה למכירה בשוק החופשי.

נטען כי ככל שהליך הכינוס לא בוטל כליל, הרי שיש לראות בתשלום ע"ס 125,000 ש"ח – כתשלום לקופת הכינוס. זאת אומרת, שככל שהליך הכינוס לא התבטל, הרי שאין לדון על סך זה אם הוא אסמכתא, כי אפילו אם נקבע שאין בתשלום זה חשש אסמכתא, וממילא נקבע שהאיש זכה בסך זה, זה אינו, אלא יש לראות את הסך הנ"ל כשייך לקופת הכינוס, ולפ"ז ככל שימצא רוכש לקניית הדירה, על הרוכש לשלם לאיש את מחצית סך דמי המכר, פחות 125,000 ש"ח – שכבר שולמו לו במסגרת הכינוס.

אבל אחר עיון, נראה ברור שלא מבעיא לאחר שהליך הכינוס הוקפא, כאשר ניתנה החלטה לאשר את הסכם החלוקה בין הצדדים, הרי שאין לכינוס כל קשר להסכמה זו, אלא אפילו קודם הקפאת הכינוס, אין לראות כאילו יש לקופת הכינוס בעלות על כספי הצדדים מחמת המכר. דבר זה יתכן, אם בכלל, רק במקרה שביה"ד נתן הוראות משלו על העברת כספים מאחד לשני, לא כן במקרה דנן שהצדדים הגישו הסכם שהם ערכו בכוחות עצמם לאישורו של ביה"ד, הרי שכל תנאי שהותנה ביניהם, יש לדונו לפי ההלכה, ואין לקופת הכינוס כל בעלות על כספים אלה.

מן הכלל אל הפרט

בנדון שלפנינו, האשה שילמה 125,000 ש"ח כדמי קדימה לרכישת חלקו של האיש בדירה. משלא עמדה האישה במועדי התשלומים הנותרים, קבע ביה"ד, לבקשת האיש, שיש לבטל את ההסכם. האיש מבקש לזכות בסך זה המצוי כעת בידו, בהתאם לאמור בסעיף 23 שבמקרה שהאשה תפר את ההסכם, האיש זכאי לפיצוי מוסכם ללא הוכחת נזק ע"ס 125,000 ש"ח.

בפתח הדיון יש לציין כי לא נאמר בשום מקום, כולל בסעיף 23 המדבר על הפיצוי המוסכם, שאותו סך שהאיש מוחזק בו יוחלט לאיש בגין הפרת ההסכם מצד האשה. לכל היותר ישנו צירוף

מקרים, שעל+ האשה לשלם סך 125,000 ש"ח כפיצוי, שהוא "במקרה" זהה לסך התשלום ששילמה לו כדמי מקדמה לרכישת חלקו של האיש. אבל אין אזכור מפורש כי אותם 125,000 ש"ח שכבר שולמו על ידה, יוחלטו לטובת האיש.

והנה אם באנו לדייק את לשון השטר, הרי שגם חסר בלשון ההסכם, לשון המורה על תשלום דמי הפיצוי מהאשה לאיש. יש רק אזכור המדבר על סך הפיצוי, ולא על תשלום בפועל שמוטל על האשה. והנה ביחס לפרט זה, לכאורה ברור שיש כאן כעין חסר הניכר וט"ס, וכוונת הצדדים בסעיף 23 שעל האשה לשלם לאיש סך זה לאיש עבור הפיצוי המוסכם, למרות שאין הדבר מפורש בהסכם. וכן משמע מהכתוב בסיפא של סעיף 25 כלהלן:

25. "ככל שלא תשלם מלוא התמורה בתוך 90 יום ממועד חתימת הסכם זה ומבלי לגרוע מיתר סעידי המוכר עפ"י הסכם זה או המשפט הישראלי – הרי שבמידה והאשה לא תפנה את הבית בתוך היום ה-91 ממועד חתימת הסכם זה – תשלם האשה לאיש כפיצוי עונשי נוסף ומוסכם – דמי שכירות בסך 9,000 ₪ לחודש (או חלקו היחסי של החודש).

הרי מבואר כאן שבנוסף לפיצוי ע"ס 125,000 ש"ח, האשה תשלם סך 9,000 ₪ על כל חודש עיכוב.

אבל כאן יש לשאול, גם אם נאמר כי כוונת סעיף 23 שעל האשה מוטל לשלם לאיש עבור הפיצוי, מדוע לא נכתב בצורה פשוטה יותר, ללא "אפוכי מטרתא", שאותו הסכום ע"ס 125,000 ש"ח שכבר שולם לאיש בתור דמי מקדמה, יוחלטו לאיש, ככל שהאשה לא תעמוד במועדי התשלום?

ויש להציע שני הסברים לתוכנם של דברים אלו: א. שאין בלשון ההסכם כל חילוט ע"ס 125,000 ש"ח לטובת האיש, אלא רק התחייבות לשלם סך 125,000 ש"ח בגין ההפרה, וכיון שאין אזכור לחילוט של הסך שמצוי אצל האיש, דומה הדבר ללשון שאומר **אשלם או אתן**, שיש בזה חשש אסמכתא. ב. כיון שלא כתוב במפורש שעל האשה מוטל לשלם סך 125,000 ש"ח, י"ל שכוונת ההסכם היא שה-125,000 ש"ח ישולמו בצורה זו – שאותם 125,000 ש"ח שכבר שולמו כמקדמה, יוחלטו לטובת האיש. וזאת למרות שלא נכתב בהסכם לא לשון תשלום לטובת האיש ולא לשון חילוט לטובת האיש.

והנה אם נפרש את ההסכם על הדרך הא', כיון שלא נאמר לשון מחילה או חילוט ע"ס 125,000 ש"ח ע"י האשה לטובת האיש, הרי שבאנו למחלוקת הראשונים. לפי פירושם של הרמב"ן והר"ן בדעת הרמב"ם, בכל מקרה שהמקבל מוחזק בממון הנותן, אפילו מסיבה צדדית, שאין כל אינדיקציה שהנותן חילט למקבל את הממון הספציפי הזה על הצד שלא יעמוד הנותן בתנאי הציב לעצמו אין זה מעכב את היכולת לזכות בממון זה. לפיכך, יש ביכולת המקבל-האיש לזכות בממון זה בשביל התחייבותו של הנותן-האשה לשלם לו, כאשר התנאי לא קיים על ידו.

אבל לפי הסברו של המגיד משנה, ככל שהנותן מסר את הממון למקבל מצד שהיה חייב לעשות כן מאיזה סיבה קודמת, הרי שממון זה לא נחלט לטובת המקבל, גם במקרה שהוא קיבל על עצמו לשלם ככל והתנאי מצידו לא קיים. וכך הוא במקרה שלפנינו, שהאשה הרי שילמה לאיש את סך ה-125,000 ש"ח בתור דמי קדימה על המכר – דבר שהיא היתה מחויבת לקיימו, לפיכך אין לאיש רשות להחזיק ולחלט ממון זה לעצמו. וכך הוא הדין גם לפי הכס"מ וב"י, שלפי שיטתו כל עוד לא ניתן הממון, ובנוסף הוצהר ע"י הנותן, שהוא יחלט לטובת המקבל, אין המקבל זוכה באותו ממון, לפיכך גם בנדון זה, שלא נאמר לשון חילוט ע"י האשה, אין האיש רשאי לזכות בממון זה.

כבר העלינו שעל בני ספרד לנהוג בזה כדברי הכס"מ והב"י, ובפרט שכך הדין גם לפי המ"מ, ולא מצינו שהכס"מ דחה את פירושו. וגם משמע מהכס"מ שהוא מקבל את פירושו של המ"מ לעניין זה שדברי הרמב"ם בוודאי אינם מתפרשים כהסברם של הרמב"ן והר"ן. וזהו דלא כמסקנת המנחת פתים שכתב שהמוחזק יוכל לטעון קים לי כשיטת הרמב"ן והר"ן, ושם דחה את פירושו של החת"ס שדבריו תואמים רק את שיטת המ"מ. אבל לאמור הרי על בני ספרד לנהוג כפירושו של המ"מ הכס"מ והב"י.

כאן המקום להזכיר כי בפסק ביה"ד הגדול (אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל חלק א עמוד פח-פט מאת הרבנים הראשיים הגר"א הרצוג הגרב"מ חי עוזיאל והגר"י עדס, נפסק שכלל שהמקבל תפוס בממון הנותן, אף במקרה שהנותן התנה תנאי שיש בו אסמכתא, מכל מקום זכה המקבל, וז"ל שם:

"והנה עומדת לפנינו שאלת הפקעת העירבון שניתן לטובת המוכר ונמצא בידו. בין הצדדים הותנה, שהעירבון הזה יהיה מחול למוכר אם הלוקח יחזור בו ולא יקיים את תנאי המקח. לדעת המחבר בחו"מ (סימן ר"ז סעיף י"א) קנה המוכר במסיבות כאלו את העירבון שהוא תחת ידו; ברם לדעת ה' - יש חולקין, - שמביא שם הרמ"א בהגהתו, לא קנה המוכר אפילו אם העירבון נמצא כבר בידו, מפני שיש כאן משום אסמכתא דלא קניא. והרי במקרה הנוכחי נאמר בפירוש בחוזה, שאם הוא יופר ע"י הלוקח, הרשות [עמוד פט] תהיה בידי המוכר לעכב תחת ידו את כל הכספים שקיבל כבר מיד הקונה בתור תשלום על חשבון הפצויים דברים כאלה משמעותם הם שהמוכר יקנה כסף זה מעכשיו, ולפי דעת המחבר בחו"מ בקניין מעכשיו אין בו משום אסמכתא כלל. אמת הדבר, שהרמ"א חולק גם בזה, אבל אין בידנו הלכה ברורה להוציא מידי המערער מה שהוא מוחזק בידו, והוא יכול לומר - קים לי. נוסף לכך סבור ביה"ד, כי סעיף בחוזה המחייב פצויים במקרה של אי - קיום החוזה, אין בו משום דינא דאסמכתא כלל, שאם לא כן ביטלת את כל העסקים והקבלניות. יש לראות סעיף מעין זה כאילו מפורש בו - שלא כאסמכתא - וכאילו מפורש שנעשה בבי"ד חשוב, ועדיף מסיטומתא".

וראה גם בספר שמרו משפט (ח"א עמ' קיא להגר"ש זעפרני שליט"א) שהביא כיו"ב שככל שהמקבל מוחזק ונכתב בהסכם שהכסף ששולם בתור דמי מקדמה יוחלט למקבל, אין בזה חשש אסמכתא.

משא"כ בנדון דנן שאין אזכור מפורש לחלט את סך 125,000 ש"ח ששולמו בתור דמי מקדמה לטובת האיש, שחזר הדין לחשש אסמכתא גם לדעת הרמב"ם.

אבל לפי הדרך הב', שיש לפרש את לשון ההסכם כמי שהאשה חילטה את התשלום הראשון לטובת האיש, במקרה שהיא תפר את ההסכם, הרי שלפי כל הפירושים האיש זכה בממון זה.

שוב ראיתי בשלמי נדרים כ"ז ע"ב שביאר אליבא דהבנת הר"ן בדעת הרמב"ם, שאם המקבל אינו זוכה בממון שניתן לו מיידית, אלא לאחר זמן בזה נותר חשש אסמכתא, וז"ל שם:

"בר"ן (תחלת העמוד) וכיון דמחילה הוא לית בי' אסמכתא "דמיד זוכה בו" חברו וכן דעת הרמב"ם ז"ל כו' עכ"ל. מ"ש הר"ן ודייק בלשונו דמיד זוכה בו חברו. יש לומר שכיון בזה לתרץ קושיית המהרי"ט [חלק א' סי' קלא] על הך דינא דהרמב"ם דבמחילה לא שייך אסמכתא. שהקשה מהא דאיתא בב"מ פ' המקבל (דף ק"ט א) האי שתלא דאמר אי מפסידנא מסתליקנא בלי שבחא, ואמרינן שם דאסמכתא היא יעו"ש. והמחנה אפרים סוף הל' מכירה בדיני אסמכתא תמה עליו דהתם לא מסר ביד חברו כלום. אבל היכי שהוא מוחל מה שיש לו ביד חברו לא הוי אסמכתא ע"ש".

המבואר מדבריו, שרק במקרה שהמקבל זכה בממון הנותן מיידית, בזה אמרין שהוא זוכה בממון למרות שהנותן תלה זאת בקיום התנאי. אבל אם בכל מקרה הוא לא יזכה בממון זה רק לאחר זמן, אין ביכולת המקבל לזכות בממון זה מחשש אסמכתא.

והנה במקרה שלפנינו, האיש אומנם זכה ב 125,000 ש"ח לעשות בהם כרצונו מרגע שסך זה הגיע לידי, אבל הרי סך זה כמו יתר התשלומים שהוא עתיד לקבל, אינם נהפכים מיידית להיות שלו, אלא הדבר תלוי ועומד עד השלמת הליך ההסכם המכר, שרק מרגע השלמת הסכם המכר, הם ייקבעו להיות שלו. ברור שכל שהליך הסכם המכר יופר, הרי שעל האיש להחזיר סכומים אלה, ונמצא שלמרות שהוא הוציאם "ברשות" כבר מהרגע הראשון שהוא קיבלם, מ"מ בביטול ההסכם, התשלומים האלו נהפכו להיות כחוב עליו. לפיכך גם אם נפרש את לשון ההסכם כמי שהאשה חילטה את הסכום הראשון שכבר שולם לאיש, הרי שחילוט זה, אינה נקבע ונעשה מיידית, אלא רק לאחר השלמת הסכם המכר, לפיכך לדעת השלמי נדרים גם אליבא דהרמב"ם, חשש האסמכתא נותר בעינו, כל עוד לא נאמר שהחילוט של סכום זה יעשה לאלתר – דבר שלא נאמר בהסכם מפורש ובערבוני מחול לך, אין הדבר תלוי ועומד, אלא המקבל זוכה בממון זה מיידית, ללא כל צורך שהדבר יתברר. אכן לכאורה הדבר תלוי מהו פירוש "ערבוני יקון", ונחלקו בזה רש"י ותוס' בב"מ מח ע"ב כמו שהתבאר לעיל, ורק לפי רש"י העירבון משמש לקניין כסף שקונה מיידית, אבל פי תוס' וכך נראה שהוא פירוש הרמב"ם, העירבון ניתן רק לקנס, והוא יקנה למוכר רק אם יעבור על תנאי, ואין זה דבר מיידית, כנדרש לפי השלמי נדרים לפי שיטת הרמב"ם אליבא דהר"ן].

יוזכר כאן חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, בו נקבע:

15. (א) הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן – פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם, 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 הפרה.

(ג) לענין סימן זה, סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע, דינם כדין פיצויים מוסכמים".

הנה כי כן, גם במקרה של פיצוי מוסכם, שכבר שולם, יש ביכולת ביהמ"ש להורות על החזרת התשלום ככל שהתשלום אינו בסך סביר לנזק שנגרם לצד שכנגד. כאן ישנו חידוש ביחס לקביעה ההלכתית, לפיה, יש תוקף להסכמה, לחילוט הסכום שכבר שולם לצד שכנגד, בעוד שלפי החוק בסמכות ביהמ"ש להחזיר את הסך ששולם – גם במקרה שהייתה הסכמה על חילוט של הסכום. ויש לדון שכל שבסמכות ביהמ"ש לשנות את סכום ההתחייבות, הרי שלאזרחים אין גמירות דעת לשלם את אשר התחייבו. וצריך להתיישב בזה.

כאן המקום לאזכר כי אומנם בהחלטת ביה"ד מתאריך ..., הוצע לצדדים מתווה, לפיו התשלום ע"ס 125,000 ש"ח, יחולט לטובת האיש ככל שהאשה לא תעמוד בשאר מועדי התשלום. אולם החלטה זו הייתה רק הצעה למתווה להסכם הצדדים, אך למעשה ההסכם נחתם ואושר בביה"ד רק בתאריך וכאמור בהסכם זה לא נכתב במפורש שה-125,000 ש"ח יחולט לטובת האיש.

גדר של אישורו של ביה"ד להסכם הצדדים לענין סילוק חשש אסמכתא

הנה כב' אב"ד שליט"א כבר העלה בנימוקיו כי גם אם ננקוט כי ההתחייבות של הצדדים בהסכם נעשתה בפני ביה"ד חשוב, מ"מ לדעת חכמי ספרד שהיו מתחייבים בצורה ייחודית כדי לסלק חשש אסמכתא, מוכח שהתחייבות בפני ביה"ד אינה מסלקת חשש אסמכתא.

מה שיש להוסיף בזה, כי בשלמא אם ביה"ד בעצמו היה מתווה את הנוסח להסכמת הצדדים, הכוללת תשלום למקרה של הפרת הסכם, אולי היה מקום לדון שביה"ד הוא זה שחייב את התשלום, ושוב אין לדון בזה מדין אסמכתא. אבל לא כן במקרה דנן שהצדדים ערכו את ההסכם, ולאחר מכן ביקשו שביה"ד יאשר אותו, שאז יש לדון האם להתחייבות לשלם יש גדר של אסמכתא.

בפרוטוקול הדיון מתאריך ב"כ האיש ביקש שיהיה כתוב שהאשה ביטלה מודעות לביטול ההסכם. וגם ביקש שהקניין בפני ביה"ד יהיה על ביטול המודעות. אך ביה"ד הבהיר כי הקניין הוא על מה שכתוב בהסכם שהצדדים ערכו, ולא מעבר לכך. כנכתב בהסכם: "מקבלים קניין כפי שכתוב בהסכם": ור"ל שהקניין שהתקבל בביה"ד הוא לפי ההסכם שנוסח ע"י ב"כ האיש. נמצא שלביה"ד לא היתה אחריות שהנוסח הזה תקף לפי ההלכה למנוע חשש אסמכתא, ולכן ביה"ד רשאי ואף מחויב לדון על תוקפו של ההסכם ככל שכעת מבוקש לחייב את האשה על סך 125,000 ש"ח.

חיוב תשלום על הנזקים שנגרמו לאיש בגין הפרת ההסכם ע"י האשה

הנה עדיין נותר לברר, גם אם ננקוט שהאיש אינו מוחזק בסך 125,000 ש"ח, מ"מ הרי האיש טוען כי נגרמו לו נזקים בגין הפרת ההסכם ע"י האשה.

הנה כב' אב"ד שליט"א הרחיב במחלוקת הרי"ף והרא"ש אם במתחייב אלפא זוזי (גזים), דהוי אסמכתא, האם עכ"פ יש לחייבו במיטבא. והביא מדברי השו"ע חו"מ סימן שכח ס"ב מה שנחלקו בזה הפוסקים לדעת השו"ע. עוד הובאו דעות אחרונים שיש לחייב במיטבא.

אולם יש לזכור כי בנדון דנן שהצדדים הם מבני ספרד, יש לברר היטב מהי דעת השו"ע, ויתכן מצב בו המוחזק יוכל לטעון קים לי שלא לחייב אפילו במיטבא.

יחד עם זאת, ככל שהאיש יוכיח שהיו לו נזקים או הפסדים שהם ברי היזקא, הרי שיש לחייב את האשה בנזקים אלו גם ללא ההתחייבות של האשה בהסכם.

לפיכך ככל שהאיש יוכיח נזקים כאלו, יהיה מקום לחייב את האשה בהם.

מסקנה

- א. האיש אינו זכאי להחזיק את סך 125,000 ש"ח ששולמו לו בתור דמי רכישה.
- ב. יחד עם זאת, אין מקום לחייב את האיש בהשבת סך 125,000 ש"ח שהוא מוחזק בהם, וסכום זה יקוזז מחלקו בתמורה שתתקבל עם מכירת הנכס לצד ג', וייזקף לזכות הנתבעת.
- ג. אין לחייב את הנתבעת בקנסות בגין הפרת ההסכם, אלא בשיעור הנזק המוכח שהפרה הסבה לתובע, ככל שנזקים אלו יוכחו.

הערה: מסמך זה עלול להכיל שינויי עריכה והגהה