

# בינת המשפט

## עניני ממונות אקטואליים

בית דין צדק "בינת המשפט" בני ברק

טל: 052-7611435 פקס: 03-5740046 מייל: y.b.daskal@gmail.com

בס"ד, גליון רפח, פרשת מטות מסעי, תשע"ח

מאת: יצחק בירך זסקל

שיש להסתפק, האם הקנס הוא לתת ברירה לכל אחד מהצדדים לבטל את ההסכם בתמורה לתשלום קנס, או שמא באמת אף אחד אינו יכול לבטל את ההסכם, אבל מטרת הקנס היא, שאם אחד מהצדדים מבקש לבטל את ההסכם, והצד השני מסכים, הצד שתובע לבטל את ההסכם ישלם קנס.

אבל לכאורה קשה לפרש כך את משמעות הקנס, שהרי אם צריך הסכמה של הצד השני לבטל את ההסכם, יכול הצד השני תמיד לבקש קנס מה שירצה על מנת שיסכים לבטל את ההסכם, ומדוע צריך לכתוב זאת בהסכם. לפיכך צריך לומר, שהסיבה שעשו קנס, הוא כדי לענוש את המבטל, אפילו אם מבטל שלא כדין.

וביאור הדבר הוא, שאם צד אחד רוצה לבטל את ההסכם - מכל סיבה שלא תהיה - והצד האחר רוצה לכופו לקיים את ההסכם, צריכים לבוא לדון בבית דין, ועל ידי הקנס ירתע המבטל, כי יודע שבכל אופן יצטרך לשלם קנס, אפילו אם יהיה בידו אמתלא לבטל את ההסכם, ישלם קנס, אלא אם כן יוכיח שההסכם אינו נכון. בכל אופן קנס הוא כח הרתעה, ולזה נתכון הרשב"א דלהלן.

**העולה מזה: אם מפורש בהסכם, שכל צד יכול לחזור בו ולשלם קנס, כל צד יכול לחזור בו ולשלם קנס. ואם מפורש בהסכם שאפילו שמשלם בקנס אין יכול לחזור בו, בודאי אין יכול לחזור. והספק הוא, כשלא מפורש, האם אמרינן שהקנס מאפשר לשלם ולבטל את ההסכם, או שאינו מאפשר לחזור מההסכם, אבל הוא מעניש את החוזר בו, שבכל אופן ישלם קנס.**

### שיטת הרשב"א

והנה מקור הלכה זו מבואר בשו"ת הרשב"א (חלק ג, סימן רב) וז"ל "שאלתם, הבית והעליה של ראובן ושמעון, הבית של ראובן והעליה של שמעון, ונתעצמו שניהם בדין, והטילו פשרנין פשרה ביניהם, ובקנס עשרים דינרים, שיעשה ראובן בנין כך וכך בעלייה וישתמש בו, ושמעון יעשה בבית בנין כך וכך. והתחיל שמעון בבנין, ועשה מקצת, וכן ראובן עשה מקצת בנין בבית כדברי הפשרנין. עכשיו טוען ראובן אי אפשרי בפשרה, הריני פורע הקנס ותבטל הפשרה, ולא ישתמש שמעון במה שפסקו הפשרנין מכאן ואילך. ושמעון טוען, כיון שהתחלת לבנות כדברי פשרנים, סברת וקבלת ואינך יכול למחות בידי מלהשתמש במה שפסקו הפשרנין, ואינך ראוי לפטור עצמך מן הפשרה בפרעון הקנס. הודיעני הדין עם מי".

## בדין קנס אם מבטל חוזה

ובו יבואר: א. כתב מפורש שתשלום הקנס מאפשר לבטל ההסכם, או שכתב מפורש שאינו מבטל ההסכם. ב. כתב שמקבל "בקנין וקנס". ג. כתב לשון "אם" לא יקיים ההסכם ישלם קנס. ד. היפר את ההסכם, וכפוהו לשלם קנס, ולאחר מכן כפוהו בנידוי לקיים ההסכם האם פטור מהקנס. ה. דין קנס בזכרון דברים.

### הנידון

"לאחר שבדקתי היטב את הדירה שהוצעה לי לקניה, החלטתי לקנותה. חתמנו על "זכרון דברים", ושילמתי כמה אלפי שקלים. ב"זכרון דברים", כתבנו, שמי שיפר את ה"זכרון דברים" ישלם עשרת אלפים שקלים קנס. למחרת הוצעה לי על דירה אחרת ומצאה חן בעיני הרבה יותר, וגם מחירה היה זול יותר, ביקשתי מהמוכר להפר את הזכרון דברים בתשלום עשרת אלפים שקלים. אלא שאמר לי המוכר: "לאחר חתימת זכרון דברים וקצת תשלום, אינך יכול להפר את ההסכם", וזה שכתבנו קנס עשרת אלפי שקלים, הכונה, שאם אחד מהצדדים יבקש להפר את החוזה, והצד השני יסכים, הוא ישלם קנס עשרת אלפים שקלים". האם צודק הלה בטענתו.

### תשובה

אף על פי מהלשון משמע, שמשמעותו הוא תנאי בזכרון דברים, ולכאורה אפשר לחזור ולשלם קנס, מכל מקום, במקום שאנו שהדי שלא נתנו אפשרות לבטל המעשה בקנס, אין יכולים לחזור. ומדברי החוות דעת והמקור חיים נראה, שבכל מקח וממכר יש אנו שהדי שלא נתנו אפשרות לחזור מהקח, לכן, אין יכול לחזור.

### ביאור התשובה

#### ביאור צדדי הספק

והנה בהסכם אשר כתוב בו קנס למיפר ההסכם, ומפורש בו שאין בתשלום הקנס אפשרות לחזור מההסכם, אבל הוא קנס ממון תוספת על ההסכם, בודאי אין יכול לבטל את ההסכם. וכן אם מפורש בו שכל אחד מהצדדים יוכל לבטל את ההסכם בתמורה לתשלום הקנס, גם כן אין ספק שכל אחד יכול לבטל את ההסכם. אבל הספק הוא, כאשר נכתב סתם, שמי שמבטל את ההסכם ישלם קנס.

# בינת המשפט

## עניני ממונות אקטואליים

הקנין, ולא הוטל הקנס אלא שאם יסרב אחד מהם, יוקנס בזה הקנס, וגם יכריחו אותו בחרמות ונידויין לקיים הפשרה מחמת הקנין" עכ"ל. והנה מפשט לשונו אפשר לטעות, שבזה שמסרב, כבר נקנס בקנס, ומלבד זה יכפו אותו בחרמות ונידויין לקיים את הפשרה. אבל הוא תמוה מאוד, מנין מצא הלבוש חומרא כזאת, שאפילו אם מקיים לבסוף את הפשרה ישלם קנס על עצם הדבר שרצה לבטל, הרי לבסוף לא ביטל את ההסכם.

אבל ביאור דבריו, דבודאי אם נידוהו בחרמות וקיים לבסוף את ההסכם, אינו משלם קנס, אבל כונתו לפרש דברי הרשב"א שכתב שהקנס הוא בטחון, ועל זה מפרש הלבוש שהבטחון הוא, שכאשר הוא מסרב לקיים את ההסכם, מיד קונסין אותו בממון, ומוסיפים אחרי כן לנדוהו ולהחרימו שיקיים, אבל בודאי, אם יקיים את ההסכם לא יהיה חייב קנס.

**העולה מזה: גם הלבוש סובר, שאם סירב לקיים את ההסכם וקנסו אותו בקנס, ולאחר מכן כפוהו בחרמים ונידוי וקיים את ההסכם, פטור מתשלום הקנס.**

### טעם הרשב"א

והנה הרשב"א לא הביא ראיה לדבריו, אלא כתבם מתוך סברא פשוטה, ואין דרכו של הרשב"א לפסוק הלכה כאורים ותומים בלא מקור, אלא כאשר הוא סברא פשוטה מאוד, מזה מוכח דזה נראה לו כסברא פשוטה. וצריך ביאור בזה, מדוע הדבר פשוט כל כך, הרי יש ב' צדדים לפרש את כונת הקנס, או להטיל תנאי, שעל ידי הקנס יבטל ההסכם, או שהוא לבטחון תוספת על ההסכם, והיה לרשב"א להביא ראיה מנין לו זה.

הן אמת, שבביאור הגר"א (חושן משפט, שם ס"ק יח) הביא מקור לזה מהגמרא, ויבואר להלן, אבל אם זה היה מקור הרשב"א בודאי היה מביאו.

אבל הביאור בזה, דבתוך דברי הרשב"א מוכח מקור דבריו, שכתב בשאלה "והטילו פשרה ביניהם, ובקנס עשרים דינרים", הנה דקדק שהטילו פשרה וקנס, היינו שלא היה תנאי בפשרה שאם יבטלו את הפשרה יקנסו בממון, אלא לכתחלה הטילו קנס בפשרה, אם כן לא נעשה הקנס כתנאי לביטול הקנין. אבל עומק השאלה שנשאל הרשב"א היא, האיך אפשר להטיל שני דברים שהם תרתי דסתרי, דלא מתחייב בקנס אלא אם מיפר את הפשרה, והקנין הוא לקיים את הפשרה, אם כן לא יתכן קנס וקנין יחד, שאם יש קנין, היינו שמקיים את הפשרה, אין קנס, ואם יש קנס אינו מקיים את הקנין, ועל זה כתב,

"תשובה אם היתה הפשרה בקנין כדינה, מעתה אין אחד מהם יכול לחזור, ואין פרעון הקנס פוטר, שאין הקנס אלא תוספת בטחון, שאם יחזרו בהן - אף על פי (דרשאינן) [דאין רשאינן] מן הדין אחר הקנין - שיפרע החוזר בו כך וכך, כדי שלא יטריח את חבירו לב"ד כו". עכ"ל. הנה מבואר בדבריו, שאין הקנס כדי להפטר מההתחייבות, אלא לתוספת בטחון בלב.

ומה שכתב הרשב"א "כדי שלא יטריח את חבירו לבית דין", רצונו לומר, שאם לא היה קנס, ואחד רוצה לבטל את ההסכם, היה צריך הצד האחר לכופו בבית דין שיקיים ההסכם, אבל כשידע הצד המפר שעליו לשלם קנס, ירתע לחזור בו, ועל ידי זה ימנע מלהטריח את חבירו לבוא לבית דין, דלולא הקנס מה איכפת לו לטעון שברצונו לבטל את ההסכם, אבל כיון שיש קנס, יודע, שאפילו שאינו תובעו לבית דין, מיד חייב לו תשלום קנס על הפרת ההסכם.

וכן כתב עוד בחלק ג סימן רג וז"ל "שאלת ראובן יש לו בתים, והגג שעליהם משמעון, ונתעצמו בדין ושמו כל הענין ביד שני פשרנין בקנין ובקנס חמשים דינרין כו". ורצה האחד לבטל הפשרה ולשלם הקנס כו'. תשובה הדין עם שמעון, דכיון שהודה ראובן בשטר הפשרה, מיד נתחייב בהודאתו בכל מה שנזכר בשטר הפשרה. ומה שפשוטו ביניהם הפשרנין בקנין היה, והקנס אינו מגרע כח הקנין, אלא תוספת חיוב הוא, כדי להיותם מוכרחים יותר להשלים הפשרה, וכשהזכירו הפשרנין בשעת הודעת הפשרה, ואמרו מכח הקנס, לא אמרו אלא כדי לזרזם שלא יפלו ברשת הקנס" עכ"ל הרשב"א.

והבית יוסף (חושן משפט סימן יב) הביא את תשובות הרשב"א, ופסקם בשולחנו הטהור (חושן משפט יב, ט) וז"ל "שנים שקבלו פשרנים בקנין וקנס חמשים, ואחר הפשרה אמר אחד מבעלי דינים: אשלם הקנס ולא אקיים הפשרה, אין בדבריו כלום" עכ"ל.

**העולה מזה: הרשב"א פוסק, שסתם קנס בהסכם, אינו מאפשר לחזור מההסכם, אפילו אם ישלם את הקנס, אבל הוא תוספת בטחון למפר ההסכם, שידע, שיתחייב גם קנס, ולא ירצה לחזור בו ולהטריח את חבירו לבוא לדין.**

### ביאור שיטת הלבוש

וגם הלבוש (שם, סעיף י) הביא להלכה את דברי הרשב"א, ומבאר קצת יותר מהו הקנס. וז"ל "שנים שקבלו עליהם פשרנים בקנין ובקנס, ואחר שעשו הפשרה אמר אחד מהבעלי דינים אשלם הקנס ולא אקיים הפשרה, אין בדבריו כלום, כי צריך לקיים הפשרה מכח

# בינת המשפט

## עניני ממונות אקטואליים

העולה מזה: אם עשה את הקנס בלשון תנאי, כגון, "אם אחד הצדדים יפר את ההסכם ישלם קנס", הרי זה תנאי, ויכול לשלם קנס ולהפטור. שלא כתב הרשב"א אלא כשכתב לשון שמשמעו חיוב בקנין וקנס, כך כתב החלקת מחוקק בשיטת הרשב"א, וכן פוסק הבית שמואל ונתיבות המשפט וערוך השולחן, והיא סברא פשוטה שאי אפשר לחלוק על זה.

### תמיה על המקור של ביאור הגר"א

והנה בביאור הגר"א מציין למקור דברי המחבר והרשב"א מסוגיא דביצה (יט, ב-כ, א), דאמרו שם, שכל דבר שבחובה אינו בא אלא מן החולין, ואפילו אם מפרש שרוצה להביאו מן החובה. וז"ל "בעא מניה רבי שמעון בן לקיש מרבי יוחנן: האומר הרי עלי תודה, ואצא בה ידי חגיגה, הריני נזיר, ואגלח ממעות מעשר שני מהו - אמר ליה: נדור ואינו יוצא, נזיר ואינו מגלח" ע"כ. ולכאורה כונת הגר"א להוכיח, שאף על פי שפירש שיצא על ידי תודה ועל ידי מעות מעשר, אף על פי כן לא מהני ליה, וחייב להביא מן החולין.

אבל הוא תמוה מאוד, מה ענין זה לזה, הרי כל הספק בתשובות הרשב"א היה, האם נתכוננו לעשות תנאי לפטור את ההתחייבות על ידי קנס, או שהתכוננו להוסיף בטחון להתחייבות, אבל כאן הוא אומר בפירוש שנודר תודה לצאת ידי חגיגה, ונודר בנזיר כדי לשלם ממעות מעשר שני. ובאמת יש להקשות, מדוע באמת אינו יוצא, ואף על פי שדבר שבחובה אינו יוצא אלא מן החולין, היה לנו לומר דלא חל נדרו של תודה ונזיר, שהרי אמר בפירוש שמתחייב על תנאי זה וכיון שאינו יכול לקיים את התנאי לא יחול חיובו.

וקושיא זו הקשה רש"י, ותיקן וזה לשונו: "ואגלח ממעות מעשר שני - קרבנות שגזר עליו הכתוב ביום תגלחתו, אקנה ממעות מעשר שני: נדור - על התודה, ואינו יוצא בה ידי חגיגה: נזיר ואינו מגלח - ממעות מעשר אלא מן החולין, דכיון דאמר הרי עלי - נתחייב, דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט, וכי הדר אמר על מנת - לאו מילתא היא" עכ"ל.

הנה דבריו ברור מללו, דדין זה הוא דוקא בקדשים, דאמירה לגבוה כמסירתו להדיוט, ולכן בשעה שאמר "הרי עלי", כבר מסר התחייבותו לגבוה, ולכן חייב. ובאמת האור החיים הקדוש בספרו ראשון לציון על ביצה, הקשה שם, מדוע לא אמרינן דכיון שגילה דעתו, עשה תנאי באמירתו ותנאי בקדשים מהני, ומביא ראיה דמהני תנאי, ומביא מדברי התוס', דבמתנה על מה שכתוב בתורה לא מהני תנאי, ולכן חל חיובו, עיין שם.

בכל אופן, כל זה אינו שייך כלל לנידון דידן, דאנו מסתפקים מה התכוננו בהסכם, ואיך מביא הגר"א מקור זה לדברי הרשב"א והמחבר.

שכיון שהתכון להתחייב בשניהם, לא גרע בזה, שזה וזה לא מתקיימים יחד, כיון שבמציאות זהו מה שהתחייב.

העולה מזה: המקור לפסק הרשב"א, הוא מהלשון של הפשרנים, שהטילו ב"קנין וקנס", והלשון מוכח שהקנס אינו תנאי לבטל את הפשרה.

### עשה תנאי של קנס

ולפי זה, דבר פשוט וברור, שאם לא התחייב קנין וקנס יחד, אלא התחייב בפשרה או בהסכם וכדו', וכתב, שאם לא אקיים את ההסכם אז אשלם קנס, דבזה בודאי אין הכונה שאין יכול לבטל ההסכם, אלא הכונה, שיכול לבטל את ההסכם וישלם קנס.

והראשון שמחלק בזה, הוא החלקת מחוקק באבן העזר (סימן נ ס"ק כב) וז"ל "ועיין בחושן המשפט סימן יב. שם כתב בסעיף ט', שנים שקבלו פשרנים בקנין וקנס, ואחר הפשרה אמר אחד אשלם הקנס, ולא אקיים הפשר, אין בדבריו כלום. והוא מועתק מתשובת הרשב"א, ונתן שם הטעם, שהרי הוא מחוייב לקיים הפשרה מכח הקנין. ומשמע, דוקא שכתב, או אמר בלשון הזה, 'אני מקבל עלי זה בקנין וקנס', שהקנס לא כתב רק לחיזוק, אבל אם כתב, 'דבר זה אני מקבל עלי בקנין, ובאם שלא אקיים אתן קנס', אם כן, להדיא התנה שהקנס הוא השובר של הקנין, ואם יתן קנס, הוא פטור מן הקנין" עכ"ל.

וכל גדולי הפוסקים הסכימו לדבריו, הלה המה: הבית שמואל (שם, ס"ק כא), נתיבות המשפט בחושן משפט (שם ביאורים ס"ק ו וחידושים ס"ק טו), שכתב על לשון המחבר (חושן משפט יב, ט) שנים שקבלו פשרנים בקנין וקנס חמשים וז"ל (בחידושים ס"ק טו) "בקנין וקנס. דוקא כשאמר לשון זה, אבל אם אמר בפירוש אם לא אקיים הפשרה אשלם הקנס, אם רוצה משלם הקנס ואינו מקיים הפשרה," עכ"ל.

וכן כתב ערוך השולחן (שם, סעיף ט) "שנים שקבלו פשרנים בקנין וקנס איזה סכום למי שיעבור על הפשרה, אם אמר, אם לא אקיים הפשרה אשלם קנס כך וכך, נעשה הקנס כשובר על הפשרה, וכשמשלם הקנס אין צריך לקיים הפשרה [חלקת מחוקק ובית שמואל אבן העזר סימן נ'], ואפילו נעשה הקנס באופן שיש בו אסמכתא, צריך לקיים הפשר או הקנס, אבל אם אמר שמקבל על עצמו בקנין ובקנס, אזי צריך לקיים הפשר, אף אם רצונו לשלם הקנס, דהקנס לא הוה כשובר על הפשרה" עכ"ל. ובאמת הוא סברא פשוטה שאי אפשר לחלוק על זה.

# בינת המשפט

## עניני ממונות אקטואליים

סוף דבר הכל מודים בנידון דידן, שאם לשון ההסכם משמעו שעשו תנאי לשלם קנס ולהפטר, ישלם את הקנס ויפטר, ורק כשמתחייב בתרתי אז חלין תרתי.

**העולה מזה: כונת הגר"א להוכיח, שהמתחייב ב' דברים שהם לכאורה תרתי דסתרי, מהני, לכן גם המחייב עצמו בקנין וקנס חל חיובו, אף על פי שאם מקיים את הקנין אין קנס.**

### איזה לשונות הוי תנאי ואיזה חיוב

ולאור המבואר, נראה, דסברא פשוטה היא, שכשמטילין קנס, הוא כדי להפטר מהחיוב. דאם לא כן, מדוע צריך את הקנס, כמבואר לעיל, אבל רק כשהלשון מוכח "שהתחייב" בתרתי, אז בלית ברירה נפרש כונתו שהטיל קנס לתוספת בטחון.

לכן אין לנו אלא מה שכתב המחבר בשם הרשב"א (חושן משפט יב, ט) שנים שקבלו פשרנים **בקנין וקנס** חמשים", דהיינו שבהסכם כתוב שמתחייב בקנין הראוי על פי תורה ובקנס כך וכך כו', אבל כל לשון אחר הוא תנאי, כגון אם כתבים "הצדדים מודים להתחייבו בקנין על פי תורה לקיים את ההסכם דלהלן, ואם האחד יפר ישלם קנס מאה אלף שקל", בודאי תנאי הוא, ויכול להפר ההסכם.

ולא הוי לשון חיוב שלא להפטר אלא אם כתוב "הצדדים מודים שהתחייבו בקנין הראוי על פי תורה, ובקנס מאה אלף שקל, לקיים את ההסכם דלהלן", שאז אמרו בפירוש שהתחייבו בקנין וקנס, ונדחוק כונתם לתוספת בטחון וזה פשוט.

**העולה מזה: הסברא הפשוטה היא, שהקנס נותן אפשרות לבטל את ההסכם - אלא אם כן יש לשון מוכח, שהתחייב קנס לבטחון. לכן, רק בלשון הרשב"א, שקיבלו בקנין וקנס כו', לא הוי הקנס שובר הסכם, אבל אם כתבו: "הצדדים מודים להתחייבו בקנין על פי תורה לקיים את ההסכם דלהלן, ואם האחד יפר ישלם קנס מאה אלף שקל", בודאי תנאי הוא, ויכול להפר ההסכם.**

### ישוב הסתירה בין נתיבות המשפט וחות דעת ומקור חיים

והנה נתבאר, שהסברא החיצונה היא, שהקנס הוא לבטל המעשה, אלא אם כן קיבל בפירוש בקנין וקנס, אז הלשון מוכיח שקיבל עליו קנס כבטחון. ונראה פשוט, דהוא הדין להפך, אם לשון הקנס הוא בלשון "אם", שמשמעו תנאי, אבל אנן סהדי, שאין כונת התנאי לתת אפשרות לבטל את ההסכם על ידי תשלום הקנס, אלא עיקר כונתם לקיים הדבר, אלא שעושה קנס למי שעובר על זה, באופן זה אף אם

ועוד קשה, דאם מקור הוא, מדוע הרשב"א לא מביאו, והפליאה הגדולה ביותר, שהרי כבר ביארנו בפשיטות, שאם מפרש שעושה קנס כדי להפטר מההסכם, גם הרשב"א מודה שיכול לשלם הקנס ולהפטר, והרי כאן הוא מפרש שעושה תודה להפטר על ידי חגיגה, ונזיר להפטר על ידי מעות מעשר שני ולא מהני ליה.

**העולה מזה: הגר"א מביא ראיה לרשב"א, מהנודר תודה לצאת על ידי קרבן חגיגה, דלא מהני, דאין לשלם חובה אלא מן החולין. וקשה, מה ענין זה, לנידון דידן. ועוד קשה, הא כאן עשה תנאי, ולא מהני, ובנידון הרשב"א מהני תנאי, ורק הוא חומרא בתנאי בקדשים. ואינו ענין לפסק הרשב"א.**

### ביאור דברי הגר"א

אבל האמת יורה דרכו, דדברי הגר"א נפלאים מאוד. דהנה כבר ביארנו, דזה שהתחייב בקנין וקנס לפשרה, סברא פשוטה היא שהקנס אינו פוטרו מלקיים את הפשרה, ועל זה אין צריך מקור כלל, ולא זו כלל כונת הגר"א.

אבל כונת הגר"א, דלאחר שהתברר שכונת ההתחייבות היא להתחייב בקנין וקנס, והקנס לא בא לפטור ההתחייבות, יש להקשות, הרי הוא תרתי דסתרי, דהקנס הוא כשאינו מקיים ההסכם, וההתחייבות היא לקיים ההסכם, ואיך שייך בכלל לשון שמתחייב בתרתי דבר שהוא והיפוכו, שמתחייב בקנין וקנס, הרי אם יש קנין שהתחייב, אין קנס, ואף על פי שהתכוונו לזה, מכל מקום דברים שבלב אינם דברים לבטל דברים שבפה, וכיון שבפיו אמר שמתחייב קנין וקנס, והם תרתי דסתרי, איך יחול מקצת חיובו על דבריו שהוציא בפירוש שמתחייב קנין וקנס, שאם התחייב קנין אין קנס, ואיך יחול חיוב קנס כאן.

ועל זה בלבד מביא הגר"א, דיתכן לאדם להתחייב תרתי דסתרי, וחל חיובו. דהתחייב להביא תודה מחגיגה ונזיר ממעות מעשר שני, ואף על פי כן חל מקצת חיובו - מאיזה טעם שיהיה, הוא הדין בנידון דידן, אין זו תמיה להתחייב ממקצת הדבר, אלא שבביצה, הטעם הוא מפני שאין מתנה על מה שכתוב בתורה, ובדברי הרשב"א ובנידון דידן הוא מפני שכך היתה כונתם.

וראוי לציין, שאפילו בקדשים, אם הקדים לחיובו את התנאי שיצא מחגיגה ובנזיר ממעות מעשר שני, חל התנאי כי לא הוציא מפיו חיוב רק על תנאי וכן כתבו התוס' שם, אבל כל זה אינו שייך לנידון דידן כלל וכלל.

# בינת המשפט

## עניני ממונות אקטואליים

עליו, ולא לאפשר לחזור, שכך הוא כידוע דרך מקח וממכר, ולא אמר החלקת מחוקק שאם אמר בלשון תנאי אלא בנידון דידיה, שאירי מקנסות והסכמים בין אנשים, אבל לא במקח וממכר והלוואה. ויש עוד לעיין בזה.

**העולה מזה: אף על פי שבאומר לשון תנאי, הקנס בא לתת אפשרות לבטל את ההסכם, מכל מקום, באופן שאנו סהדי שלא התכוון לאפשר לבטל את ההסכם, אפילו כתב לשון "אם", אינו יכול לבטל את ההסכם, כגון לוח שהתנה, שאם לא יפרע יהיה המשכון קנוי למלוה. ומלשונו משמע, שבכל מקח וממכר יש אנו סהדי שאינו יכול לבטל המקח, אפילו אמר לשון "אם". וצ"ע בזה.**

### ישוב הסתירה בין מה שכתב בנתיבות המשפט לחות דעת

ועל פי יתיישב עוד דבר נפלא, דהנה לכאורה הנתיבות סותר את עצמו ממה שפסק בחות דעת על יורה דעה להפך, דהנה ביורה דעה סימן קעז סעיף יח פסק המחבר, שאם שילם על סחורה חמישים זהובים, והבטיח המוכר שיתן לקונה את הסחורה עד חצי שנה, והתנה המוכר, שאם לא יתן את הסחורה תוך חצי שנה יחזיר לקונה לא רק את החמישים זהובים, אלא יתן קנס חמישים זהובים ויחזיר לו מאה זהובים, מותר לעשות זאת.

והקשה החות דעת מדוע אין זה ריבית, שהמוכר קיבל חמישים זהובים ומחזיר מאה. ותיקן, שבאמת חלה המכירה, והקונה יכול לכופף את המוכר לתת לו את הסחורה ולא לשלם לו קנס מאה זהובים. וז"ל (ביאורים סימן קעז ס"ק יז) **"ונראה דהכא נמי יכול לכופו על קיום המקח**, דהא מבואר בחושן משפט סימן י"ב סעיף (י) [ט] שאם רוצה לשלם הקנס ולא לקיים הפשר שאין בדבריו כלום, אלמא דאין הקנס מבטל הקנין. "עכ"ל.

ולכאורה הוא סותר דברי עצמו, שהרי שם מפורש שעשו תנאי כלשון המחבר (יורה דעה קעז, יח) "המוכר סחורה לחבירו בס' זהובים שקבל מיד, והתנה לתתה לו לחצי שנה, ואם יעבור על זה שיתן בעבורה ק' זהובים" עכ"ל המחבר, אם כן איך מביא ראיה מהרשב"א על לשון תנאי. אבל לאור המבואר הוא פשוט, דכיון שאם אינו יכול לכופו הוי קנס זה ריבית קצוצה, בודאי לא נתכון לזה, אלא התכון לכפות על הקנין, ובכל מקום שאנו סהדי שהתכון לקיים את הדבר, אפילו בלשון "אם" לא הוי תנאי, אלא לקנס בטחון.

ובאמת גם כאן הרבה יותר נראה לומר שאין כונתו בגלל ריבית קצוצה, שהרי לא הזכיר בדבריו טעם זה, אלא נקט בפשיטות שהכונה

כתב לשון "אם" אינו מאפשר לשלם קנס, ולחזור בו, אלא הוא תוספת חיזוק וזה סברא ברורה ופשוטה.

ולאור זה יתבאר היטב מה שנראה לכאורה סתירה בין דברי נתיבות המשפט למה שפסק במקור חיים. דהנה לעיל נתבאר שפסק הנתיבות כשיטת החלקת מחוקק, שאם עשה תנאי בלשון "אם", יכול לשלם הקנס ולבטל ההסכם. והנה הנתיבות בספרו מקור חיים על הלכות פסח (סימן תמא, ביאורים ס"ק א) בדין, אם נתן לוח משכון למלוה, ועשה עמו תנאי, שאם לא יפרע חובו עד זמן פלוני ישאר המשכון קנוי מעכשיו למלוה, והסתפק המקור חיים, מה הדין אם הלוח רוצה שלא לפרוע את ההלוואה, ולהניח את המשכון ביד המלוה, האם אמרין שלשון "אם", הוא אפשרות שלא לפרוע, או קנס, בנוסף לחובת הפרעון.

ופסק שם, שאין יכול לבטל את פרעון ההלוואה, והקנס הוא רק תוספת חיוב. ומביא ראיה מהמחבר בחושן משפט הנ"ל, מדברי הרשב"א. ולכאורה הוא סתירה ממש, שהרי הוא בלשון תנאי, ולא אמר הרשב"א אלא כשהתחייב בלשון חיוב ולא בלשון תנאי. אבל לאור המבואר הוא פשוט, שאפילו שעשו תנאי, בודאי לא התכון המלוה לבטל את ההלוואה בקניית משכון, לכן אנו סהדי שהתכוון להוסיף עוד קנס, ועל זה הביא ראיה מדברי הרשב"א, שיתכן לעשות תוספת קנס אפילו שחייב לקיים את ההלוואה.

ואחרי שביארתי לך כונתו, יאירו לך לשון קדשו. וז"ל "ונראה לעניות דעתי, שהמלוה יכול לכופף ללוח כשהגיע הזמן, ולתבוע חובו, דתנאי שהתנה הלוח לא היה רק חוב וקנס על הלוח כדי שיפרע, ולא לבטל ההלוואה מכל וכל. כמו שמבואר בחושן משפט סימן יב סעיף ט' בשנים שקיבלו פשרנים בקנין וקנס חמישים וכו', שאין הקנס מבטל הקנין, וכן הדין בכל מכירה, שאם קנה בקנין, וקנס עצמו אם לא יקיים, שאין הקנס מבטל הקנין, ואם הלוקח רוצה בקנין ולא בקנס יכול לכופו על הקנין. והכי נמי, אין הקנס מבטל ההלוואה, והתנאי הזה אינו רק בקנס על הלוח כדי שיפרע, ואם המלוה רוצה לכופו על הפירעון ולא בהקנס הרשות בידו, דאי לא תימא הכי, אם כן, **נתבטל ההלוואה מכל וכל**, כיון שהמלוה אינו יכול לתובעו כלל, לא שייך בזה נכרי שהלוח כלל, דהא אין כאן הלוואה רק שמכר לו חמצו מעכשיו והתנה שכשיהיה לו דמים עד זמן פלוני שיחזיר לו" עכ"ל.

הנה דבריו ברור מללו, שעיקר הטעם הוא מפני שאנו סהדי שאין כונתו לבטל את ההלוואה.

ובאמת מלשונו מוכח, שיש אנו סהדי בכל מכירה ומכירה, שהקנס אינו מאפשר לחזור, דדרך המוכר והקונה להיות בטוח במקח ולכפות



# בינת המשפט

## עניני ממונות אקטואליים

שאם לא יפרע עד זמן פלוני יהיה המשכון שייך מעכשיו למלוה, יכול המלוה לכופו לפרוע את ההלוואה, דברודאי לא היתה כונת המלוה שלא יהיה בידו לכופ על הלוה לפרוע הלוואתו.

ויש לי צד ספק, מה הדין בזכרון דברים, האם דינו כמקח וממכר שאנן סהדי שאין דעתו לחזור בו, או דלמא, כונתם היא, שבתוך זמן מועט יחליטו האם לקיים את המקח, וכל החזור בו ישלם קנס. כי אף על פי שזכרון דברים, קנין הוא, מכל מקום, במציאות, עד לחתימת חוזה, עוד לא ניכר לאנשים שנגמרה קנייתם. ושמעתי ממורי ורבי הגאון הגדול רבי מרדכי גרוס שליט"א, שזכרון דברים אינו אלא כדי לעשות לאחר מכן חוזה, וקנס בזכרון מדברים הוא כדי לאפשר לחזור בו לפני החוזה, וכך שמע ממרן הרב אלישיב זצוק"ל.

### פסק דין בנידון דידן

שמעתי ממורי ורבי הגאון הגדול רבי מרדכי גרוס שליט"א, שזכרון דברים אינו אלא כדי לעשות לאחר מכן חוזה, וקנס בזכרון מדברים הוא כדי לאפשר לחזור בו לפני החוזה, וכך שמע ממרן הרב אלישיב זצוק"ל.

### דינים העולים

א. אם מפורש בהסכם, שכל צד יכול לחזור בו ולשלם קנס, כל צד יכול לחזור בו ולשלם קנס. ואם מפורש בהסכם שאפילו שמשלם בקנס אין יכול לחזור בו, בודאי אין יכול לחזור. ויש להסתפק, כשלא מפורש, האם אמרינן שהקנס מאפשר לשלם ולבטל את ההסכם, או שאינו מאפשר לחזור מההסכם, אבל הוא מעניש את החוזר בו, שבכל אופן ישלם קנס.

ב. הרשב"א פוסק, שסתם קנס בהסכם, אינו מאפשר לחזור מההסכם, אפילו אם ישלם את הקנס, אבל הוא תוספת בטחון למפר ההסכם, שידע, שיתחייב גם קנס, ולא ירצה לחזור בו ולהטריח את חבירו לבוא לדין.

ג. גם הלבוש סובר, שאם סירב לקיים את ההסכם וקנסו אותו בקנס, ולאחר מכן כפוהו בחרמים ונידויו וקיים את ההסכם, פטור מתשלום הקנס.

ד. המקור לפסק הרשב"א, הוא מהלשון של הפשטנים, שהטילו ב"קנין וקנס", והלשון מוכח שהקנס אינו תנאי לבטל את הפרשה.

היא לקיים המקח. ומכאן גם יש ראייה למה שכתבנו לעיל, שבמקח וממכר אין כונת קנס לחזור מהמקח.

העולה מזה: בנתיבות המשפט כתב, שאם נתן כסף על סחורה, והמוכר התחייב להביא את הסחורה בתוך חצי שנה, ואם לא – ישלם קנס גדול. יכול הקונה לכוף את המוכר לקיים המקח אפילו שרוצה לשלם את הקנס. והטעם בזה, שאנן סהדי שאין כונתו לתת אפשרות לביטול המקח. או מפני שהוא ריבית, או שבכל מקח וממכר כל קנס הוא שלא לבטל המקח.

### ביאור שיטת המהרי"ט ושאר מפרשים

ועל פי המבואר יתבאר לך שגם המהרי"ט (חושן משפט סימן קח) שכתב שקנס בלשון "אם", אינו אפשרות של חזרה, איירי דוקא התם, כי אנן סהדי שלא התכונו לאפשר לשלם קנס ולצאת מהשותפות.

הן אמת שמצאנו כמה פוסקים שהבינו בדעת הרשב"א שלא מחלק בזה, ולא ירדו לחילוק החלקת מחוקק, [ומובא בספר עמק המשפט חלק א' סימן כט], אין בזה גריעותא בחילוק החלקת מחוקק שהוא פשוט וברור.

העולה מזה: גם מהרי"ט סובר כשיטת החלקת מחוקק וכן היא דעת שאר מפרשים.

### סיכום דיני קנס בהסכם

לאור כל המבואר עולה לדינא, דלית מאן דפליג בזה, שאם יש קנס בהסכם, הכל תלוי לפי ראות עיני הדיין, האם הקנס בא לתת אפשרות לחזור מההסכם, או שהוא תוספת בטחון לקיום ההסכם. ולכן, אם כתבו מפורשות שהוא לתוספת חיזוק, או שכתבו מפורשות שהוא מאפשר לחזור מההסכם, לית דין ולית דיין שהכל כפי הכתוב מפורשות.

ולכן אם כתוב שמקבל "בקנין וקנס", הרי זה הלשון מוכח שהתחייב בקנס כתוספת, אבל אם כתב שמקבל קנין, ואם יחזור יקנס, בזה יש לבדוק אחר רוח ההסכם, שאם יש אפשרות לפרש שבאמת נתכון לחזור בו, יכול לחזור בו, כי סתם הלשון "אם", משמע חזרה על ידי קנס. אבל אם אנן סהדי שלא התכוון לחזור בו אלא לתוספת חיזוק אפילו שכתב לשון "אם", אינו יכול לחזור בו. ואם יש לדיין ספק, יש לפסוק המוציא מחבירו עליו הראיה.

ומלשון הנתיבות משמע, שכל קנס במקח וממכר, אפילו בלשון "אם", משמעו תוספת בטחון ולא אפשרות לחזור מהמקח, כי דרכם של קונה ומוכר להיות בטוחים במקח ובממכר. כמו כן לזה שהתנה,

# בינת המשפט

## עניני ממונות אקטואליים

משמע, שבכל מקח וממכר יש אנן סהדי שאינו יכול לבטל המקח, אפילו אמר לשון "אם". וצ"ע בזה.

ח. בנתיבות המשפט כתב, שאם נתן כסף על סחורה, והמוכר התחייב להביא את הסחורה בתוך חצי שנה, ואם לא – ישלם קנס גדול. יכול הקונה לכוף את המוכר לקיים המקח אפילו שרוצה לשלם את הקנס. והטעם בזה, שאנן סהדי שאין כונתו לתת אפשרות לביטול המקח. או מפני שהוא ריבית, או שבכל מקח וממכר כל קנס הוא שלא לבטל המקח.

ט. גם מהרי"ט סובר כשיטת החלקת מחוקק וכן היא דעת שאר מפרשים.

י. שמעתי ממורי ורבי הגאון הגדול רבי מרדכי גרוס שליט"א, שזכרון דברים אינו אלא כדי לעשות לאחר מכן חוזה, וקנס בזכרון מדברים הוא כדי לאפשר לחזור בו לפני החוזה, וכך שמע ממרן הרב אלישיב זצוק"ל.

ה. אם עשה את הקנס בלשון תנאי, כגון, "אם אחד הצדדים יפר את ההסכם ישלם קנס", הרי זה תנאי, ויכול לשלם קנס ולהפטור. שלא כתב הרשב"א אלא כשכתב לשון שמשמעו חיוב בקנין וקנס, כך כתב החלקת מחוקק בשיטת הרשב"א, וכן פוסק הבית שמואל ונתיבות המשפט וערוך השולחן, והיא סברא פשוטה שאי אפשר לחלוק על זה.

ו. הסברא הפשוטה היא, שהקנס נותן אפשרות לבטל את ההסכם - אלא אם כן יש לשון מוכח, שהתחייב קנס לבטחון. לכן, רק בלשון הרשב"א, שקיבלו בקנין וקנס כו', לא הוי הקנס שובר הסכם, אבל אם כתבו: "הצדדים מודים דהתחייבו בקנין על פי תורה לקיים את ההסכם דלהלן, ואם האחד יפר ישלם קנס מאה אלף שקל", בודאי תנאי הוא, ויכול להפר ההסכם.

ז. אף על פי שבאומר לשון תנאי, הקנס בא לתת אפשרות לבטל את ההסכם, מכל מקום, באופן שאנן סהדי שלא התכוון לאפשר לבטל את ההסכם, אפילו כתב לשון "אם", אינו יכול לבטל את ההסכם, כגון לזה שהתנה, שאם לא יפרע יהיה המשכון קנוי למלוה. ומלשונו

### גליונות משך חכמה וגליונות איש חסד היה

מלבד גליון בינת המשפט, אנו מפרסמים בכל שבוע גליון עם ביאור על המשך חכמה, וכן גליון עם סיפורים מדעימים של איש החסד.

לקבלת הגליונות חינם: [y.b.daskal@gmail.com](mailto:y.b.daskal@gmail.com)