

אבני משה

דיני אסמכתא

הגרלת לוטו / ביטוחים / השקעות בבורסה / קנסות על ביטול חוזה דירה
קנסות שידוכין / ילדים שמשחקים בקלפים וגוים / הגרלות לילדים
קנסות על הפרת חוזה בדירה ואיחורי תשלום / תנאי בחוזה שאם תוך ג'
שנים לא יהיה תמ"א 38 יחזיר מעות וכו' / האם יכול לשלם הקנס והיפטר
מקיום המכר / תנאים שלא נכתבו בשטר

האם אסמכתא לא קניא מהתורה או מדרבנן

דהא אסמכתא קונה מן התורה כדגמרינן מערב שנאמר אנוכי אערבנו עיי"ש". ויש שלמדו כן מדברי רש"י והרמב"ם (פתחי תשובה ס"ק יז) ואין הדברים מוכרחים. ובנתיבות המשפט (ס"ק טו) כתב ליישב קושית הש"ך "מה שהקשה הש"ך דהא בערב אמרינן בש"ס (ב"ב קעג): הטעם משום דבהיא הנאה דמהימן ליה גמר ומקני, י"ל דמסתבר להמרדכי דסברת גמר ומקני לא מהני רק אי אמרינן דאסמכתא קניא מדאורייתא רק מדרבנן לא קניא, מהני לדחות הדרבנן.. עכ"ד. **אמנם דעת רוב הראשונים** דאסמכתא לא קניא מדאורייתא ומהם הרטב"א (ביצה כב: ד"ה משחק), התוס' (סנהדרין כד: ד"ה ואלו), היד רמ"ה והרשב"א.

כתב הב"ח (ס' ח' ס' יח) "כל דין אסמכתא דלא קניא אינו אלא מדרבנן אבל דאורייתא ודאי אסמכתא קניא כי היכא דערב משתעבד דאורייתא בלשון אסמכתא.. והשתא ליכא קושיא מבני גד ובני ראובן דהתנאי היה חל דבר תורה אפילו אם תמצא לומר דהוי אסמכתא..". והשיג עליו **הש"ך** (ס"ק יח) "ודבריו תמוהין דמה שכתב דמדאורייתא קני והביא ראיה מערב דלמא ערב שאני ובהאי הנאה דהימניה וכדאיתא בש"ס (ס"ס קעו): וגם דבריו בזה הם דברי נביאות".

אמנם בקצות החושן (ס"ק א) כתב דדברי הב"ח דברי חכמה ושכן מבואר במרדכי (ב"ק ס' מו) וזה לשונו "עוד מצאתי לרבינו נתנאל מקינון דאסמכתא קונה בהקדש

מאי טעמא אסמכתא לא קניא

אבל הרמב"ם (פ"א ממכירה) סובר שכל תנאי הוא אסמכתא אפילו שאינו בידו לקיים ונאמרו שני ביאורים: שכל תנאי על העתיד הוא כעין דבר שלא בא לעולם ויש חסרון בגמירות דעת או שכל ענייני המכר תלויים בתפיסת האדם מתי יצא החפץ מרשות המוכר לרשות הלוקח ודבר שתלוי בתנאי לא נתפס בעיני האדם כאילו יצא מרשותו אם לא שנעשה הדבר מעכשיו. ויתבאר בעזרת השם להלן שהר"י מיגאש ורב האי גאון סוברים כהרמב"ם.

מסברא היה נראה דאסמכתא קניא דהרי התנאי נעשה בבחירת הנקנס בלא שום אונס וידע שיש אפשרות שכך יקרה ואפ"ה התנה אם כן למה לא יחול הקנס. ואפשר דלכך אסמכתא קניא מהתורה לפי כמה פוסקים. אמנם מאידך יש לומר דלא גמר בדעתו להקנות הקנס דסבור היה שיכול לקיים התנאי ונאנס. וכן כתב רש"י (סנהדרין כד: ד"ה כל) וכן כתבו הרבה ראשונים ויתבאר בעזרת השם לקמן. ולפי שיטתם אם הדבר אינו בידו כלל לא היו אסמכתא כיון דליכא למימר סבור הייתי שיתקיים התנאי.

למה לא אומרים מקח טעות שלא התרצה לחבירו אלא על מנת שיחול הקנס

נתנו לו, ונראה ליישב על פי מה שכתבו התוס' (כתובות נו"ד ה' הרי) חה לשונם "דאי לאו דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן הוה אמינה דשום תנאי אינו מבטל את המעשה ואפילו לא יתקיים בסוף המעשה קיים..".

איכא למידק למה אין כאן מקח טעות דרך משל הרי התנה עם חבירו שאם יקבל השדה באריסות ולא יעבוד בה ישלם אלפא זחי נהי דאי אפשר לגבות הקנס אבל לכל הפחות שיהיה כאן מקח טעות דעל דעת כן

שורש ענין אסמכתא

ס"ק א). ונתבאר לעיל הטעם שבדבר התלוי ועומד אין גמירות דעת שלמה.

אמנם הרשב"א השיג על הר"י מיגאש חה לשונו "אינו מחוור כלל.. **שאינ אסמכתא אלא באם שהוא כעין קנס שאינו רוצה שיתקיים הדבר שהתנה עליו באם.. אבל זה בדוקא אומר ורוצה בקיום הדבר שמתנה בו באם, וכמוהו בני גד ובני ראובן.**" ומהאי טעמא כתבו הרבה ראשונים שאין בקידושין וגיטין דין אסמכתא ויתבאר בעזרת השם לקמן.

ובבית יוסף (ס' רז ס"ג) כתב "נראה דסברת הרשב"א בתשובה וסברת הרשב"א שכתב רבינו נסים וסברת ר"ת ורבינו שלמה ורא"ש וסמ"ג הכל עולה בדרך אחד שכשהאדם

במשנה בבבא בתרא (קמ:) האומר אם תלד אשתי זכר ונקבה, זכר נוטל מנה, נקבה נוטלת מאתיים. ילדה זכר נוטל מנה נקבה נוטלת מאתיים.

וכתב הר"י מיגאש (שם) "האי מתני' בשכיב מרע הוא, דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין. אבל בבריא לא משכחת לה.. **דאסמכתא היא דהא אם ילדה קאמר..**" וכן כתב הרמב"ם (פ"ח מזכיה ה"ו) דמיירי בשכיב מרע ואזיל לטעמיה (דלעיל) דכל התולה בדבר שיהיה הוא אסמכתא וכן צריך לבאר דעת רב האי והעיטור דכתבו דהאומר לחבירו אם אמכור ביתי אמכור לך הוא אסמכתא והובאו דבריהם בבית יוסף (ס' רו

ופעמים שגם שהוכרח לקנוס עצמו ואינו רוצה בקיום הקנס מחייבים על גרימת ההיזק שגרם לחבירו כגון באם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא ויתבאר בעזרת השם לקמן. ולדינא דברי הרשב"א לא הובאו בשו"ע וברמ"א מיהו עיין סמ"ע (ס"ק ו' וס"ק ז') ובנתיבות המשפט (סוף סעיף יג).

אינו מתנה בדרך קנס וגחמא **אלא בדוקא** על הרוב הוא רוצה בקיום המעשה שהוא אומר אם אתה תעשה לי דבר פלוני שאני חפץ בו אני אתן לך או אמכור לך דבר פלוני אלא דאיכא בינייהו משחק בקוביא שהוא אומר בדוקא אם תרויח תטול ואינו רוצה בקיומו של מעשה שהרי אינו חפץ שירוויח חבירו..".

משחק בקוביא

בקבע ולא יהיו עסוקין בישובו של עולם". וכעין זה כתבו הרמב"ם והשו"ע (ס' שע"ב). וכן פסק השו"ע (או"ח ס' שכב ס"ו) לאסור משום קוביא וכתב המגן אברהם (ס"ק ח) דקצת איסור יש בדבר. **ודלא כהתוס'** (ד"ה מאי טעמא) דכתבו דמותר והאי שמעתין לית הלכתא הכי.

במשנה בסנהדרין (כד): המשחק בקוביא פסול לעדות ופריך בגמרא מאי קעביד אמר רמי בר חמא משום דהוה אסמכתא ואסמכתא לא קניא. **ורב ששת אמר כל כי האי גוונא לאו אסמכתא** היא אלא לפי שאין עסוקין בישובו של עולם מאי בינייהו דגמר אומנותא אחריתי. ויתבאר להלן טעמו של רב ששת.

וכעין זה כתב הרמב"ם (פ"י מעדות ה"ד) גבי פסולי עדות "המשחק בקוביא והוא שלא תהיה לו אומנות אלא היא, **הואיל ואינו עוסק בישוב** העולם הרי זה בחזקת שאוכל מן הקוביא **שהוא אבק גזל**". והקשו עליו האיך צירף טעמו של רמי בר חמא 'אבק גזל' עם טעמו של רב ששת 'ישובו של עולם'. ונאמרו בזה שני דרכים: יש שכתבו דפסק כרמי בר חמא דאסמכתא לא קניא ורמי בר חמא מודה בטעם של ישובו של עולם (כסף משנה וגר"א סו"ס רג). ויש שכתבו דפוסק כרב ששת אבל מכל מקום יש בזה אבק גזל (עיין סמ"ע ס' שע"ב ס"ק ג).

ובגמרא בשבת (קמט): מפייס אדם עם בניו ועם בני ביתו על השולחן על מנות האוכל אבל לא עם אחרים **משום קוביא**. ומשמע כרמי בר חמא דיש במשחק בקוביא משום אסמכתא וכן **פרש"י** דמשום גזל דאסמכתא לא קניא. והקשה **הרטב"א** (ד"ה משום) מסוגין "לא נהירא דקיי"ל דכל כי האי גוונא לא אסמכתא היא ואפילו גזל דרבנן ליכא, **אלא אפילו הכי אסור לעשותו** שאין לאדם לזכות בממון חבירו שלא ברצון שלם וכשמפסיד חבירו הרי הוא עצב ואינו נותנו לו בלבב שלם, **ועוד** שמא ילמדנו לעשות כן

שיטת רש"י, הרמב"ן והראב"ד

כל שבידו לעשות אסמכתא הוא וכל שאין בידו לאו אסמכתא

דגט פשוט (ב"ב קסח). דסומך על לא דבר דסבור כל זה בידי לעשות ומרישא כי מתני' דטועה וסבור לא יבא לידי כך אבל הכא לא סמיך אמידה דהא לא ידע אי נצח אי לא נצח ואפי' הכי אתני שמע מינה אתני' ואקני ולא גזילה היא".

בביאור דברי רב ששת הסובר שאין במשחק הקוביא משום אסמכתא כתב רש"י **שכל שהוא בידו הוי אסמכתא דסבור הוא שיוכל לעשות ולא התכוון להתחייב אבל כל דבר שאינו בידו כמו משחק הקוביא וגמר ומקני** "חה לשונו והיכי דמי אסמכתא כגון אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי דבפרק המקבל (ב"מ קד: ע"פ הגהת תוס' ד"ה כל) וכגון משליש את שטרו

והקשו עליו מההיא דבבא מציעא (עג:) דאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא (הלוקח

זרעה שהפסיד את חבריו ודאי גמר ומקני **(שישלם מה שהפסיד לחבירו)** ולא חשיב אסמכתא אלא היכא שמחייב עצמו יותר ממה שהפסיד כגון אלף זוז. וכן דעת הרמב"ן והראב"ד.

שדה מחבירו באריסות ולא זרעה) דלאו אסמכתא היא משום דבידו. אלמא כל שהדבר בידו לאו אסמכתא ושהדבר לא בידו אסמכתא. **ותירצו התוס'** (סנהדרין כד: ד"ה כל) דדאי דדבר שהוא בידו ממש לגמרי כגון הלוקח שדה באריסות מחבירו ולא

מח' הטור והרמ"א עם הרמב"ן והנמוקי יוסף בדבר שתלוי בדעת בן אנוש אחר אם דמיא למשחק הקוביא שאין בו אסמכתא

בדעת אחרים דמיא לקוביא וליכא אסמכתא זזה לשון הרמב"ן "ואם התנאי לא בידו לעשותו מימר אמר איהו מקיים ואזיל תנאיה דאיהו קים לי בנפשיה טפי מינאי הלכך גמר ומקנה. ומהך טעמא סבר רב ששת (סנהדרין כד:) דמשחק בקוביא ומפריחי יונים ליכא אסמכתא ורמי בר חמא דפליג מודה אלא סבר דגם בהנך סבור היה שהדבר..".

ובדרכי משה הארוך הביא דבריהם וכתב דהרמב"ם והרי מיג"ש מצטרפים לפסק הטור בזה שכל דבר התלוי בתנאי אפילו שלא בידו הוא אסמכתא עכ"ל. ואף שדברי הרמב"ן והנמוקי יוסף מסתברים טפי מכל מקום לא הובאו דבריהם בשו"ע ובנושאי כלים.

הטור והרמ"א (ס' יג) כתבו ג' חלוקים: **א.** כל דבר שבידו ולא גזים ליכא אסמכתא כגון: אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא (את ההפסד). אבל אם הדבר בידו לעשותו וגזים כגון שאמר אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי הוי אסמכתא. **ב.** אם אינו בידו ואינו ביד אחרים **ואינו תלוי בשום גורם אנושי לא הוי אסמכתא** כגון: משחק בקוביא ומפריחי יונים. ודוקא שהיה קנין והמעות היו מוכנים על הדף ויש אומרים שצריך שהיה הדף של שניהם כדי שהזוכה יזכה בזה. **ג. דבר שאין תלוי בידו אבל תלוי בדעת אחרים הוי אסמכתא כגון שעשו תנאי שביד הלוקח לקיים.**

אמנם הרמב"ן והנמוקי יוסף פליגי בחלוקה השלישית של הטור והרמ"א דכל שתולה

שיטת רבינו תם

אם אני חוזר עירבוני מחול לך והלה אומר אם אני חוזר בי אכפול לך ערבוני נתקיימו התנאים דברי רבי יוסי ולרבי יהודה הוי אסמכתא אלמא אפילו כשלשניהם יש רווח הוי אסמכתא. ותירץ רבינו תם (בתוס' ב"מ עד. סוף ד"ה בידו) דשאני ההיא דערבוני יקון שאין מתכון אלא להסמיך חברו על דבריו שיאמינהו אבל משחק בקוביא אדעתא דהכי קא עבדי שירויחו זה או זה. ולפי חילוק זה צריך לומר שחזר בו רבינו תם דבשידוכין נמי מתכון להסמיך דבריו.

אמנם הרמ"א (סוף סעיף יג) תירץ דברי ר"ת דשאני ערבוני יקון דהוי בידו משא"כ

התוס' (ד"ה כל) הביאו בשם רבינו תם שביאר דברי רב ששת הסובר שאין במשחק הקוביא משום אסמכתא **"דלא הויא אסמכתא אלא היכא שאין יכול להרויח כגון משליש שטרו וכו' דגט פשוט אבל הכא לא הויא אסמכתא משום דכיון דשנים הם כל אחד ואחד מקני לחבריה מגו דאי מרווח בעי איהו למקני בההיא הנאה גמר ומקני לחבריה.** ולפי זה כל שידוכין לא הויא אסמכתא משום דכל חד וחד בעי למקני גמר נמי ומקני".

אלא שהקשו על רבינו תם מההיא דבבא מציעא (מח:) דהנותן עירבון לחבירו ואמר לו

בההיא הנאה לדבר שאינו בר קנין כמו דבר שלא בא לעולם אבל דבר שאפשר לעשות בו קנין יש חסרון בזה שלא עשה קנין.

משחק בקוביא. עוד כתב הרמ"א בדעת ר"ת דצריך קנין ולא מהני האי סברא בההיא הנאה וכו' ליצור קנין אלא לסלק אסמכתא, וביאר הנתיבות המשפט (ס"ק יד) דלא מהני

שיטת הרמב"ם, הר"י מיגאש, רבינו האי והשו"ע כל תנאי הוי אסמכתא א"כ נעשה במעכשיו וכו'

שתנאי המועיל הוא שנעשה מעכשיו ותנאי שאינו מועיל הוא שלא נעשה מעכשיו והוא הנקרא אסמכתא (עיין גר"א ס"ק ה). וכן משמע מהרמב"ם והשו"ע (סימן רח סעיף יד) **"כל האומר 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". וכן אם נתן ערבון ואמר ערבוני מחול לך אם אני חוזר בי מהני לסלק אסמכתא (ס' יא). וכן אם מתפיש זכויותיו בבי"ד חשוב והוא שלא יהיה אנוס (ס' טו) ואם רוצה לסלק טענת אונס יעשה כמו חכמי ספרד (נתיבות המשפט ס"ק יט).
ודברים הללו יתבארו בעזרת השם להלן.

כתבו הרמב"ם והשו"ע (ס' ח ס" יג) "וכן כל תנאים שמתנים בני אדם ביניהם אע"פ שהם בעדים ובשטר אם יהיה כך או אם תעשה כך אתן לך מנה או אקנה לך בית זה ואם לא יהיה או לא תעשה לא אקנה ולא אתן לך אע"פ שעשה או שהיה הדבר לא קנה **שכל האומר אם יהיה אם לא יהיה לא גמר והקנה שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהיה או שמא לא יהיה**". וכבר נתבאר לעיל שכן דעת הרי מיגאש"ש (ב"ב קמ). ורב האי והעיטור (בית יוסף ס' רו).

ומבואר מדבריהם שכל תנאי בין יהיה בידו ובין לא, הוי אסמכתא ובנתיבות המשפט (ס"ק ב) ליקט כמה דרכים בחילוק שבין תנאי לאסמכתא בדעת הרמב"ם. והנראה יותר דאין בין תנאי לאסמכתא מידי אלא

האם יש בגיטין וקידושין אסמכתא

וקניס נפשיה לאפוקי תנאים שבגיטין. והביאם הבית יוסף (סוס"ק יח).

וטעם זה נכון לסוברים שהחיסרון באסמכתא שיכול לומר שהייתי סבור שאקיים התנאי ולא התחייב אם כן כל היכא שידעינן ביה שהוא רצה להתחייב גמר ומקני, אבל לשיטת הר"י מיגאש והרמב"ם שכל דבר התלוי בקיום תנאי אינו סומך דעתו עדין צריך ביאור. ואפשר דגם בגיטין וקידושין שייך אסמכתא אלא שכל הראשונים כתבו שאין אסמכתא בגיטין וקידושין למעט רב האי (מקח וממכר ער יז).

כתב הרמב"ן (ב"ב קסח). **"והוי יודע שלא הזכרה אסמכתא בתלמוד אלא בדיני ממונות אבל לא בגיטין וקדושין**, שכמה פעמים שנינו (גיטין עו:) אם לא באתי מכאן ועד שנים עשר חדש, אם אעבור מכנגדיך פניך שלשים יום וכיוצא בהן ולא בטלו דבריו משום אסמכתא...". ולא ביאר הרמב"ן טעם הדבר. וברשב"א (ח"א ס' תתקלג) ביאר דכל המתנה בגיטין וקידושין אינו מתנה בדרך קנס או גזמא אלא רוצה בקיום הדבר בדוקא משום עיגונה. וכעין זה כתב הנמוקי יוסף (עח. ד"ה גמ' אמר) שהחילוק שיש בדיני אסמכתא לשאר תנאים דלא אמרינן כל דאי אסמכתא הוא אלא במאן דגזים

כל אסמכתא שהיא בידו לקיים והקנס הוא תשלום על ההפסדים שגרם לחבירו מהני

ותלמידי הרשב"א והביאם הבית יוסף (עמ' נז) "דכי אמרינן התם בידו הכא לאו בידו לאו למימרא דמידי דלאו בידו הוי אסמכתא ומידי דבידו לא הוי אסמכתא דאדרבה בפרק זה בורר משמע דכל שבידו הוי אסמכתא טפי הלכך הא מתיניתין דאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא אסמכתא נמי היא **ולאו מדינא מהני אלא מתקנתא** דכיון דהאי גברא סמך עליה קנסוהו לחיובי כנגד הפסדו של זה...". והרשב"א (ח"ב ס' רסח) כתב דלא מדינא ולא מתקנתא **אלא במנהג תליא מלתא** והכי פריך בגמ' מאי שנא דבהא איכא מנהג ובהא ליכא מנהג. ועיין **בנתיבות המשפט** (סימן רז ס"ק ט) שהכל תלוי בתחילת החיוב, דאם בתחילת החיוב הוי אסמכתא גם אם פשע פטור ולהפך.

מבואר בגמרא בבבא מציעא (עג:) דאם שכר את חבירו לקנות לו יין בזול במקום הנקרא זולשפט כדי שימכרם ביוקר, וסיכמו שאם לא יקנה ישלם לו מניעת הרווחים, פטור דהוי אסמכתא. ופריך בגמרא מאי שנא מאריס הלוקח שדה מחבירו והתנה עמו אם לא אעבוד בה אשלם ההפסדים דחייב ומשני בגמרא דאריס בידו לעבוד בשדה אבל השליח אין בידו שימכרו לו היין בשער הזול.

וישנם כמה דרכים בראשונים: יש שלמדו מכאן דכל דבר שבידו והקנס אינו גחמא אלא רק **תשלום על מניעת הרווחים ליכא אסמכתא** כיון דגמר ומקני לשלם ההפסד אבל קנס שהוא גחמא כאלפא זחי לא גמר ומקני. והר"ן כתב (עג: ד"ה התם) בשם רב האי וכן כתבו הרמב"ן (ב"ב קסח).

כיצד מסלקים אסמכתא

נחלקו הראשונים האם מהני לכתוב דלא כאסמכתא

ובטור (בס"ג) כתב שהרא"ש פסק דלא מהני ובבית יוסף הביא שכן דעת העיטור והגהות אשר"י בשם אור זרוע. והרשב"א (ח"ג ס' ריא) פסק כמו הגאון ור' ירוחם דמהני והוסיף הבית יוסף שכן דעת הרשב"ם והרמב"ן (מיהו עיין בהערה של שירת דבורה). **ולענין הלכה השו"ע** (סימן רז סעיף יח) פסק לא מהני כתיבת דלא כאסמכתא. מיהו יש שכותבים 'נעשה באופן דליכא אסמכתא' ומהני מדין הודאת בעל דין דהדבר נעשה באופן דליכא אסמכתא.

מבואר בגמרא בבבא בתרא (מד:) דמהני לכתוב **'דלא כאסמכתא'** שמשעבדים מטלטלים אגב קרקע, דדמי לאסמכתא דאם לא יפרע לו במעות יגבה המטלטלים.

ולמד מכאן הגאון והביאו ר' ירוחם דכתיבת 'דלא כאסמכתא' מהני לסלק אסמכתא. אמנם **הרטב"א** ביאר דכוונת הגמרא למימר דצריך לכתוב השטר באופן דליכא אסמכתא ולא בא הש"ס לומר דמהני כתיבת דלא כאסמכתא. ויש שכתבו שרק בשעבוד דאינו ממש אסמכתא אלא רק דמי לאסמכתא מהני כתיבת דלא כאסמכתא.

נחלקו הראשונים אם מהני לכתוב מעכשיו

למדו מכאן הר"י מיגאש (שו"ת ס' צז) הרמב"ם והשו"ע (ס יד) דכל האומר קנה מעכשיו אין כאן אסמכתא וקנה **שאיילו לא גמר להקנות לא הקנהו מעכשיו**.

מבואר בגמרא בבבא מציעא (סו:) דהמלוה את חבירו לג' שנים ואמר לו אם אינך מחזיר לי המעות השדה שלי **מעכשיו** ליכא בזה אסמכתא.

בעינן גם כן שיקנו ממנו בב"ד חשוב ומעכשיו.

והראשונים דחו ראייה זו דדוקא התם דהוי כמכר והביאם הרמ"א "ויש אומרים דמעכשיו לא מהני לסלק אסמכתא אלא

האם קנין מעכשיו מהני בהתחייבות

מערב דחיובו הוא מעכשיו ואעפ"כ יש בו אסמכתא אם לא "בההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומקני" כמבואר בבבא בתרא (קעג:).

בר"י מיגאש (שו"ת ס' צז), ברשב"א (ח"ג ס' ס) ובסמ"ע (ס"ק מו) מבואר דמעכשיו מסלק אסמכתא גם בהתחייבות ובבית יוסף (ס"ק כ) כתב דנראה שלא מהני. ויש שהקשו

כשעושין האסמכתא בבית דין חשוב מהני

בקיאים בדיני אסמכתא ויש אומרים דצריכים להיות בי"ד החשוב בעיר או המומחה לרבים. ובגליון רבי עקיבא איגר כתב דיש אומרים דצריך להיות סמוך ויש אומרים שצריך להיות גדול הדור.

בגמרא בנדרים (כז:): הלכתא אסמכתא קניא והוא דלא אניס והוא דקנו מיניה בב"ד חשוב. לדעת הרמב"ם והשו"ע צריך שיתפס זכותו ולרמ"א אין צריך (ס' טו). **עוד** כתב הרמ"א דיש אומרים דסגי בכל שלשה

כשכותבים בשטר בבי"ד חשוב ליכא אסמכתא מדין הודאת בעל דין

הודאתו והטעם דכיון דהודה ואמר שקנה הוה ליה כאלו ידענו שגמר והקנה". אלא שהקשה אם כן למה צריך בי"ד חשוב מכח הפקר בי"ד הפקר ויש שתרצו דבי"ד חשוב מהני מטעם הפקר בי"ד הפקר ואחר שכך הדין מהני הודאת בעל דין אע"ג דידיענין דלא היה בבי"ד חשוב מוכח דגמר ומקני. **מיהו עצה זו לא מהני לשיטת הרמב"ם והשו"ע** (ס' טו) שהצריכו להתפס זכויותיו.

כתוב בהגהות מיימון (פ"א ממכירה אות ז) "וכתב הר"מ (ד"פ ס' תתקעו) דכותבין בשטר וקנו מיניה בבית דין חשוב אע"פ שלא נעשה הקנין בפני החשוב שבעיר.. אע"פ שלא היה בבית דין חשוב הוה ליה כאילו הודה שהקנה לו בבית דין חשוב כיון שאמר לכתוב שטר אבל אם לא אמר לכתוב שטר לא..". והובא בבית יוסף (מחודש מ). **ובסמ"ע** (ס"ק מב) כתב "אע"ג דידיענין דבודאי לא קנה בבית דין חשוב מהני

לסיכום - כיצד מסלקים אסמכתא

העצה היא לכתוב מעכשיו (לרמב"ם ושו"ע). ודלא כאסמכתא (לדעת הגאון). ובבי"ד חשוב (לראשונים והרמ"א) ועדיף להתפס זכויותיו (לרמב"ם ושו"ע) ומהני מדין הודעת בעל דין. והיותר טוב לעשות כחכמי ספרד דמתחייבים בשטר ואם יתקיימו התנאים החוב מחול ובכך לא יפטרו בטענת אונס.

האם קנין סטומתא מסלק אסמכתא

אחרים ולא הביאו תירוץ זה אם חולקים בזה. **וברשב"א** (ח"ב ס' רסח) מוכח כהתוס' דסטומתא מהני לסלק אסמכתא דביאר הטעם באם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא דחייב מכח המנהג אע"פ דהוי אסמכתא עיי"ש. וכן מבואר **בחתם סופר** (חו"מ ס' סו אות ב) והביאו הפתחי תשובה (ס' רא ס"ק ב).

כתבו התוס' (ב"מ סו. ד"ה ומניומי) "וקנס שעושין בשעת שידוכין מהני אפילו לא קנו בב"ד חשוב כיון שנוהגים בו כל העולם **מיד** דהוי **אסיטומתא** דלקמן (עד.). ולמדנו מדבריהם דסיטומתא מהני לבטל אסמכתא. וצריך לומר דכיון דנוהגים להגבות הקנס ממילא כבר גומרים בדעתם, ויש לדון אם הראשונים שתירצו תירוצים

האם דינא דמלכותא מסלק אסמכתא

דמשום דמצי למזכי בדינא דמלכותא תבטל אסמכתא, **ואין סברא בזה כיון שאינו רשאי לדון בערכאות**, ואם אתה אומר כן בטלה אסמכתא דלעולם בדיניהם אסמכתא דלעולם בדיניהם אסמכתא קניא". **מיהו ראיתי שמצינים שהבית שלמה** (חו"מ ס' כא) **חולק**.

כתב החזון איש (ליקוטים ס' טז ס"ק יא) גבי הקנס שכותבים שאם המוכר מבטל המכירה יתן קנס "אע"ג דמהני מדינא דמלכותא מכל מקום כיון שהוא דין בין ישראל לחברו אין כאן דינא דמלכותא, ואין לומר כיון דמהני מדינא דמלכותא אין דעתו לאסמכתא אלא לקנין גמור דלא שמענו

האיך גובים קנסות בשידוכים

התוס' והרמ"א כתבו דגמר ומקני **משום הבושת** וכתב הש"ך דאין צריך קנין אמנם הקצות החושן (ס"ק ז) חולק דבושת אינו מתחייב עד שיעשה מעשה בגופו ולכן הצריך קנין. **ובבית שמואל** (אה"ז ס' נ ס"ו) כתב דאע"פ דפעמים לא הוי בושת כל כך כמו דמי הבושת אפילו הכי לא הוי אסמכתא. **וביאר הבית מאיר** דכמו באם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא לא חשיב גזים הוא הדין במה שמחייב קצת יותר מדמי הבושת בצמצום הוי בכלל מיטבא והביאו הפתחי תשובה (שם ס"ק ט).

הקשו הראשונים האיך מגבים קנסות של שידוכין הרי זה אסמכתא וישנם כמה דרכים בראשונים: דעת ר"ת **דבהיא הנאה** שכל אחד רוצה לקבל הקנס אם השני יחזור בו גמר ומקני (תוס' סנהדרין כד: ד"ה כל). עוד כתב ר"ת "דלכך נהגו **לאסוף כל בני העיר** בשעת השידוכין היינו כי היכי **דליהו ב"ד חשוב** ולא יהא ערבון אסמכתא" (תוס' נדרים כז: ד"ה והלכתא). עוד כתבו התוס' דמהני **מדין סטומתא** (ב"מ סו. ד"ה ומניומי). והרמב"ם והשו"ע (סימן ח סעיף טז) הביאו את חכמי ספרד **שהיו מתחייבים** אחד לשני ואם יעמדו בשידוך יפטרו מהתחייבות.

למה אין בחיובי כתובה, ערבות ושומרים דין אסמכתא

תולה בדעת אחרים לאו אסמכתא היא והוא אינו יכול לתלות בדעת עצמו שלא יבא עליו אונס..".

וגבי כתובה יש לתרץ דהחיוב כתובה משעת הנישואין אלא שזמן הפרעון הוא לאחר זמן, והוי כמעכשיו דמהני לסלק אסמכתא לדעת הרמב"ם. ויש קצת לסייע מהבאר היטב (צג ס"ק ב) דליקט מהפוסקים כמה מקרים שהכתובה נגבית מחיים כגון שהבעל מכלה ממונו וכו' עיי"ש. ובמלקט אורח משפט (ח"ב ע' תשכז) הביאו דברי הרב אלמליח שליט"א שכתב טעם אחר, דהן הן הדברים הנקנים באמירה מסלק אסמכתא כמבואר ברמב"ם (סוף פ"יא) והכא נמי גבי חיוב כתובה. ומכל מקום כתב דאם הסכום מופרז יש לתלות שעשה כן לכבוד ולתפארת ולא גמר בלבו להקנות עיי"ש.

לא מצאתי בראשונים מי שידבר למה אין בחיוב כתובה משום אסמכתא, דהרי החיוב מותנה דשמה היא תמות לפניו ובשלמא לפי רש"י וסיעתו דכל דבר שאינו בידו לאו אסמכתא הכא נמי לאו בידו אבל לפי הרמב"ם וסיעתו שכל דאי אסמכתא הוא למה אין אסמכתא בכתובה. ולמ"ד כתובה מדרבנן (כתובות י). לא קשה דכך ראו לתקן אבל למ"ד כתובה דאורייתא קשיא. ואין לומר דגזירת הכתוב היא, דהא פריך בש"ס (קעג:) למ"ד אסמכתא לא קניא האיך ערב משתעבד ומשני בההוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה.

וכעין זה הקשה הרמב"ן (ב"ב קסח.) על חיובי שומרים דבשלמא שומר חנם ושומר שכר בידם לשמור, אבל שואל החייב באונסים מאי איכא למימר ותירץ "שכל

האם מותר להשתתף בהגרלת לוטו וכיוצא בזה

(מחודש מו). ועיין עוד ברשב"א (גיטין נה: ד"ה מתינתין) דהיכא שאין מקוים לשוב לנחלתם גם בגזילה גמרי ומקני והכא נמי כיון שאין מקוים שיחזור כספם גמרי ומקני. עוד נראה לחלק דכיון שהסיכויים כל כך פחותים ליכא אבק גזל כיון דלא שייך לומר סבור הייתי שאני אזכה דמידע ידע דסכויי קלושים ביותר משא"כ בקוביא שהסיכויים לזכות הם גבוהים וסבור היה שיזכה. וכן כתבו כמה פוסקים כמו שיתבאר להלן.

ועוד חילוק יש בין קוביא ללוטו, דשאני לוטו שקונה כרטיס הגרלה ויכול למוכרו. ודמי לקניית חפץ שסבור שיעלה ערכו, משא"כ בקוביא שאין לו מה למכור, תדע כל הקונה כתובה בטובת הנאה סבור היה שבעלה ימות או יגרשנה ויגבה הכתובה וליכא בזה אסמכתא כלל. אלמא כל שקונה דבר הנסחר אע"פ שקונוהו על הספק ליכא בזה אמסכתא. ויש שדחו דשאני כתובה דהחוב קיים ומוכר את החוב משא"כ בלוטו דגם למי שימכור הכרטיס הוי אסמכתא ואין כאן

נראה להתיר הגרלת לוטו וכל דדמי ליה כיון שיש כמה חילוקים בין הגרלות הללו לבין משחק בקוביא, ואע"פ ששיטת הרמב"ם והשו"ע (ס' שע"ב) לאסור הרווח מקוביא משום גזל מדבריהם ובפשטות גם במעות מוכנים על השולחן. בלוטו יש להתיר שהרי המעות כבר בידם ואי אפשר להוציא מהם ודמי למה שכתבו הרמב"ם והשו"ע (סימן רז סעיף יג) דאם הניח ערבון ואמר ערבוני מחול לך ליכא אסמכתא. ואע"פ שהראשונים והרמ"א חולקים מ"מ הפתחי תשובה (ס"ק יג ויד) הביא בשם האחרונים דאפשר לומר קים לי כהשו"ע.

ונראה שגם הרמ"א יודה כאן כיון דמידע ידע דאי אפשר להוציא מאתם בשופטים ודיינים גמר ומקני. ויש שהביאו ראייה מהרשב"א (ח"ג ס' סג) שכתב "כיון שנתן משכון ביד האומנים והתנה שאם יעבור יפרע הקנס לבנין העיר ולחבירו ויודע באמת שיפרע חלק בנין העיר ולא ינצל מצד האסמכתא אם כן בדוקא התנה". והביאו הבית יוסף

וידועים דברי היביע אומר (חו"מ ח"ז ס' ו' אות ו' וחלק י' יו"ד ס' נח אות כג בחלק ב') שהעלה לאסור וכתב דלא דמי למה שכתב הרמב"ם אם אחזור בי אמחול לך ערבוני שכבר ביד השני משא"כ במפעל הפיס שהוא אצל הפקידים ודמי לנותן שטרו ביד שלישי עיי"ש. ועוד יבואו מקצת דבריו להלן. ולא נחית למה שהבאנו בשם הרשב"א דכל היכא שאי אפשר להוציא בדיינים ושופטים לא חשיב אסמכתא דגמר ומקני.

מה למכור. וכבר נתבאר אם חוב כתובה קיים עוד לפני זמן גבייתה.

עוד ראיתי בדרשו (ס' שכב ס"ו) ובפניני הלכה (סנהדרין כד:) שהביאו בשם הערך ש"י (ס' קעג ס"ב) והמנחת יצחק (ח"ו ס' קע אות כ) להתיר מדין סטומתא. ובשם הבית שלמה (חו"מ ס' כא) מדינא דמלכותא. והמנחת צבי (ח"א ס' יד) ובתשובות והנהגות (ח"ד ס' שיא) כתבו להתיר משום דהחשש בהגרלות הללו רחוק ואי אפשר לומר סבור הייתי שאנצח.

הגרלת טוטו

עוסק בדברים בטלים, שאין ראוי לאדם שיעסוק כל ימיו אלא בדברי חכמה ובישובו של עולם".

בגמרא בשבת (קמט:): מפיס אדם עם בניו ועם בני ביתו על השולחן על מנות האוכל אבל לא עם אחרים **משום קוביא**.

ולעניות דעתי בלוטו אין לחוש לזה כיון דגמרי ומקני בלב שלם וגם החשש שיעשה קבע ולא יהיה עסוק בישובו של עולם ליכא, דמילוי טופס לוטו הוא דבר של כמה רגעים ולא עסק של משחקים מתמשכים. אמנם בהגרלת טוטו (הגרלה על תוצאות משחקי קבוצות כדורגל) יש לחוש לזה, דדבר זה ממשיך את האדם למשחקים ארוכים ומתמשכים ולהיות שקועים בהבלי הזמן בכל פרטי ההגרלה, ואין להאריך.

וכתב הרטב"א דאע"פ דאין במשחק בקוביא משום אסמכתא דלאו בידו "אפילו הכי אסור לעשותו **שאיין לאדם לזכות בממון חבירו שלא ברצון שלם** וכשמפסיד חבירו הרי הוא עצב ואינו נותנו לו בלבב שלם, **ועוד שמא ילמדנו לעשות כן בקבע ולא יהיו עסוקין בישובו של עולם**". וכעין זה כתבו הרמב"ם, השו"ע והמגן אברהם והבאנו דבריהם לעיל. וכעין זה כתב הרמב"ם (פ"ו מגזילה ה"י) "המשחק בקוביא עם הגוי אין בו איסור גזל, אבל יש בו איסור

שיטת הרב פעלים שגם לבני אשכנז אסור לשחק בקוביא א"כ הפרס אינו מהכסף של המפסידים

פשט המנהג בענין הפיסול, שאין פוסלין לעדות אלא רק מי שאין לו אומנות אלא זו של הקוביא בלבד.. "עכ"ד. ולעניות דעתי לא משמע כן ברמ"א (ס' רז ס"ג) שכתב "אבל כשמעות מוכנין על הדף **מותר לשחוק** ואין בו אסמכתא". ונראה שדברי הרב פעלים בזה הם דעת יחיד.

כתב הרמ"א (סימן שע סעיף ג) "וכבר פשט המנהג כסברא האחרונה לשחוק בקוביא ואין פסול אלא במי שאין לו אומנות".

ודקדק הרב פעלים (ח"ב יו"ד ס' ל) "ואין כוונת דבריו לומר שפשט המנהג להתיר איסור משחק בקוביא, דבאמת איכא איסורא בקוביא לכולי עלמא, אך הכוונה

החוות יאיר התיר את ההגרלות שהזוכה מקבל חפץ ולא את ההגרלות שהזוכה מקבל את הכסף של הזוכים

דבאותו חפץ שזכה ליכא אבק גזל. ויש לדון לפי שיטתו בלוטו ושאר הגרלות של ימינו אם הזוכה נחשב כלוקח את המעות של המשתתפים או לא. וצדדי הספק כיון שהכסף שזוכה הם מאותם שהפסידו בהגרלה זו והגרלות קודמות אם כן זוכה בכסף שיש בו אבק גזל, או דלמא שאני הגרלות הללו שכבר זכו בה בעלי הגורל ואינו לוקח ישירות מאותם שהפסידו. ועוד דכיון דהפרס אינו מותנה ברווח מההגרלה וחייבים ליתן מה שהבטיחו אם כן לא נחשב שהזוכה קיבל מאותם שהפסידו.

וביביע אומר (חו"מ ח"ז ס' ו אות ו) כתב "וכאן כל הכסף שנגבה מאת המשתתפים לידי מפעל הפיס, הוא ביד שלישי, היינו המארגנים והמופקדים על כך מאת השלטונות. ואף שהם קובעים את גודל הפרס של הזוכה, זהו תפקיד המוטל עליהם כפי ראות עיניהם, מאת השלטונות שייפו את כחם לכך. אבל בודאי שאין הכסף הנגבה שייך להם וממילא חשוב הדבר אסמכתא דלא קניא.." והעלה לאסור לבני ספרד ולהקל לבני אשכנז. אמנם כבר נתבאר לעיל שהעיקר שאין דמיון בין לוטו למשחק בקוביא מכמה טעמים.

החוות יאיר (סימן סא) דן על מנהג העולם לעשות הגרלות שבעל החפץ נותן החפץ ולוקח המעות לעצמו ואין הזוכה זוכה בחפץ זה לשונו "ונראה לי ליישב מנהג העולם בגורל של י'א נצי'ב בטעם נכון בעזרת ה' יתברך, והוא כי רוב ככל עושין זה הגורל על חפצים, דהיינו שיש לאדם חפץ אחד ורוצה למכרו בהרווחה ביותר מן שוויו, על כן מאסף חלקים של הדמים מבני אדם, ולוקח דמי החפץ לעצמו מאלו האנשים שנכנסו בהטלת הגורל.. **דודאי אם נאבד או נגנב החפץ אבד לבעל החפץ, והם לוקחים מעות שנתנו**, על כן אם יש חשש גזל משום אסמכתא, אין החשש אצל זה הזוכה בגורל, **כי הזוכה קיבל החפץ מיד בעל החפץ בעד סך מעט הדינרים שנתן לו, ומה לו אצל שאר המשחקים שנתנו המעות, כיון דהוא אינו מקבל ולוקח המעות שלהם.** ואם יש חשש בזה, הוא אצל בעל החפץ שלקח המעות מיד המשחקים.. ואפשר שגם ביד בעל הכוס אין חשש, כי קיבל המעות ברצון בעלי הפתקאות וגמרו ומקנו..".

ומבואר מדבריו דמותר להתיר גורל כאשר אין הזוכה לוקח את המעות של המפסידים

האם מותר לקנות מניות בבורסה

אע"פ שהתפיסה אצל אנשים שבורסה היא כמשחקי הימורים שמהמרים על מניות של חברה פלונית יעלו וימכרו אותם וכו' מכל מקום אין הדבר דומה כלל, לא מיביעא למי שסובר שבעלי המניות הם בעלי החברה הרי זה כמו כל אדם שנכנס שותף לעסק פלוני שמקבל רווחים מהעסק, הכא נמי שותף הוא בחלוקת הרווחים של החברה 'דודינטיס'.

אלא אפילו אם נימא דבעלי המניות אינם בעלי החברה אלא כמשקיעים חיצונים

ישנם כמה דרכים בפוסקים בהגדרת הבעלות של בעלי המניות בחברה ציבורית המונפקת בבורסה. יש אומרים שהחברה בעלים של עצמה ובעלי המניות הם כמשקיעים. ויש אומרים שבעלי המניות הם בעלי החברה. ויש מחלקים בין בעלי מניות שיש להם זכות הצבעה דהם בעלי החברה והשאר כמשקיעים. ויש אומרים דדוקא בעלי המניות שיש להם זכות השפעה דהיינו 51 אחוז וכו'. ונתבאר אצלנו בהלכות גביית חוב.

וגם הטעם של ישובו של עולם לא שייך כאן דאדרבה אין לך ישובו של עולם גדול מזה דהחברות מנפיקות מניות כדי לגייס כספים וליזום עוד ועוד עסקים ופטנטים המביאים לישוב למקומות עבודה ונוחיות החיים. ומלבד זו יש טעמים אחרים להתיר כמבואר לעיל גבי הגרלת לוטו ולהלן גבי ביטוחים.

המלוים לחברה בתורת עסקא, פשוט שהדבר מותר כמו כל אדם שנותן מעות לחבירו למחצית שכו. ואע"פ שיש לחלק בין נותן עסקא שהוא שותף בסחורה משא"כ בעלי מניות. מכל מקום לא גרע מקונה שטרי חוב של אחרים שאין בזה איסור קוביא. והכא נמי קונה מניות מאחרים שהלוו לחברה מעותיהם, והוי כשטרי חוב הנסחרים.

האם מותר לעשות ביטוח ולהשתתף בתוכנית 'ערבים'

דאדרבה יש בזה ישוב העולם שהביטוח הוא עסק המעסיק עובדים וגם מונע מבני אדם להפסיד כל רכושם.

בגמרא בבבא קמא (קטז:): החמרין רשאים להתנות שכל מי שיאבד לו חמורו יעמידו לו חמור אחר..

ועוד נראה לחדש דלא דמי ביטוח לקוביא ושאר קנסות דיש בהם אסמכתא **דשאני ביטוח שיש כאן עסקת מכר שהמבוטח משלם לביטוח עבור חיוב אחריות**. וכעין סברא זו מצאנו בריב"ש (ס' שח) שביאר למה אין איסור ריבית בביטוח עיי"ש. ואין לדקדק מהרמב"ן (ב"ב קסח.) שהקשה למה בכל שומר אין אסמכתא על האחריות שמקבל ותירץ דשאני שומר דהוי בידו לשמור ודמי למקבל שדה מחבירו ולא זרעה שגומר ומקנה לו ההפסדים שיגרום לו. אלמא אם איתא דהוי כמכר הוה ליה למימר כן. זה אינו דשאני שומר דהתשלום לשומר הוא עבור השמירה והאחריות היא דבר צדדי, משא"כ בביטוח שכל העסק הוא תשלום עבור האחריות.

ונראה ללמוד מכאן דאין בביטוח איסור אסמכתא דאל"כ האיך מהני להתנות כן. וגם אם נדמה שירא בדרך לבני העיר דרשאים להסיע על קיצתן (לשנות מדין תורה ב"ב ח:). הכא נמי מהני מדין בני העיר. עוד נראה פשוט שאין המבוטחים יכולים לתבוע מהביטוח המעות ששילמו דלא גרע ממה שכתבו הרמב"ם והשו"ע (סימן רז סעיף יא) מהנותן ערבון לחבירו ואומר אם אחזור בי ערבוני מחול לך דאין בזה אסמכתא דגמר ומקני. ואף הראשונים והרמ"א דפליגי יודו בנידון דידן דאי אפשר להוציא מהם הכסף בדיונים ובשופטים כמו שכתב הרשב"א והבאנו דבריו לעיל גבי הגרלת לוטו. ובלאו הכי הרמ"א (ס' יג) פוסק דליכא אסמכתא במשחק בקוביא שהמעות על השולחן ואין לך מעות על השולחן גדול מזה.

ואף שבבית אפרים (ס' לד) הובא בפתי תשובה (סימן רז ס"ק יז) לא נחית לחילוק זה גם הוא כתב דמהני מצד המנהג. ועוד לשיטת רש"י וסיעתו ליכא אסמכתא בדבר שלא בידו כלל. והכא נמי אינו ביד הביטוח. ובתוכנית ערבים יש עוד סברא דרוב הכסף הולך לצדקה ובצדקה ליכא דין אסמכתא כמבואר במרדכי וברמ"א (ס' יט).

וגם הביטוח אינם יכולים להפטר מתשלומים בטענת אסמכתא דעל פי החוק הם חייבים לשלם למבוטחים ואין לך גמר ומקני גדול מזה. ועוד גם אם יוכלו להיפטר מתשלומים בטענת אסמכתא גמרי ומקני ליתן למבוטחים דאל"כ לא יהיה להם מבוטחים. גם מצד ישובו של עולם אין לחוש

הגבאי של הבית כנסת כתב שכל מי ששבר כוס ישלם חמש שקל

כה"ג לא גחמא היא. ובבית שמואל (ס' נ ס"ק יא) כתב גבי קנסות השידוכין דאע"פ דפעמים הקנס יותר גדול מהבושת לא הוי אסמכתא וביאר הבית מאיר (הובא בפתחי תשובה אהע"ז סימן נ ס"ק ט) דכמו באם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא לא חשיב גזים הוא הדין במה דחייב קצת יותר מהבושת בצמצום הוי בכלל מיטבא, והכא נמי בנידון דידן. ואין לפטור משום שהתשלום הוא כעין קנס כדי שיחזירו הכוסות למקום ולא בשביל ההפסד, דסוף סוף כל הלוקח גמר ומקני לשלם על ההפסד שגרם. **אלא** שנראה שכל זה כאשר ראה את המודעה טרם שהשתמש אבל אם נודע לו אח"כ פטור דמעולם לא התחייב.

בגמרא בבבא מציעא (קד:) ההוא גברא דקביל ארעא מחבריה אמר אי מוברנא לה יהיבנא לך אלפא זחי אוביר תילתא אמרי נהדרעי דינא הוא דיהיב ליה.. 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 גחמא בעלמא הוא דקגזים.

ולמדנו מכאן שיש חילוק בין היכא שהקנס הוא מוגזם לבין היכא שהקנס הוא לשלם לו ההפסד שגרם לו דגמר ומקני. ובנידון דידן נראה דלא הוי גחמא דאע"פ שהכוס שוה פחות מחמש שקל מכל מקום צריך הגבאי לילך ולקנות כוס ולהטבילה במקוה וכל

כתוב על העט גמ"ח שכל יום שלא יחזיר יתחייב שקל עד ארבע שקלים

לגמ"ח, והרי זה דרך קנס. וסבור היה שיחזיר בסיום השימוש ושכח.

בגמ"ח עטים שרוצים לחייבו על כל יום שמאחר מלהחזיר נראה שפטור כיון שאין כאן הפסד כלל שהרי החזיר את העט

ילדים המשחקים על גוּגִים או קלפים האם יש דין חינוך

הרב המגיד ששיטה זו סוברת שאין הלכה כרב, כמבואר בבבא מציעא (עה.) דאסור להלוות לבני ביתו בריבית **דלמא אתי למיסרך**, ודחה דבריהם דשאני התם שאיסור ריבית מן התורה משא"כ כאן בקוביא דאינו אלא מדבריהם עיי"ש. אמנם לדינא נקטינן שאסור להפיס עם בני ביתו אלא אם כן המנות שוות ולכן היה נראה שצריך האב למנוע מבניו מדין חינוך שלא ישחקו משחקים הנ"ל שהם כעין משחק בקוביא. אלא שיש לחלק דשאני מתני' דהאב בעצמו עושה ההגדרה ומחנך ילדיו בידי למשחק קוביא משא"כ כשאין האב עושה בעצמו.

עוד יש לומר דבנידון דידן שהקלפים או הגוּגִים על הרצפה באנו למחלוקת ראשונים (בחו"מ ס' שע"ב וס' רז ס' יג)

במשנה בשבת (קמח:) מפיס אדם עם בניו ועם בני ביתו על השולחן **ובלבד שלא יתכון לעשות מנה גדולה כנגד מנה קטנה**.. ופריך בגמרא מרב דאמר מותר להטעים את בניו טעם ריבית שידעו כמה קשה לקיחת הריבית **ומשני חסורי מיחסרה והכי קתני מפיס אדם עם בניו ועם בני ביתו על השלחן אפי' מנה גדולה כנגד מנה קטנה** אבל עם אחרים אסור משום קוביא.

ומסקנה דשמעתין דמותר להפיס עם בני ביתו אפילו מנה גדולה כנגד מנה קטנה וכן פסק הרמב"ם (פ"כג משבת ה"ח). אלא שהרי"ף והרא"ש השמיטו כל המימרא דרב והעתיקו המשנה כפשוטה וכן פסקו הטושו"ע (או"ח ס' שכב ס"ו), דאסור להפיס עם בני ביתו אלא אם כן המנות שוות. וכתב

דבר השנוי במחלוקת ליכא דין חינוך ורשאי גם לספות להם בידיו כמבואר בבית יוסף (או"ח ס' רסט) וזה לשונו "כיון שיש מתירין לשתות בבית הכנסת אפילו לגדולים אע"פ שהגדולים נוהגים כדברי האוסרים מכל מקום לא חשיב כולי האי שיאסר להשקותו לקטנים". ועיין עוד ביביע אומר (ח"ה יו"ד ס' יא אות ו). ובפרט שפשט המנהג להקל ויש למנהג זה שורש גדול בפוסקים אם כן הנח להם לישראל אם לא נביאים בני נביאים.

דלדעת הרמב"ם והשו"ע אסור ומשמע מדבריהם דאפילו שהמעות על הדף, ולדעת ר"ת מותר אפילו שהמעות אינם על הדף, ולדעת התוס' מותר אם המעות על הדף והרמ"א הביא שני דעות אם הדף צריך להיות של שניהם. ולפי שיטה זו צריך לומר דמתני' דילן מיירי שהמנות אינם על השולחן דאל"כ מהי חינוך איכא הרי גם לגדולים שרי.

ונראה שרשאי להניח לבניו לשחק דיכול לסמוך על דעת הראשונים שמתירים וכל

האיך מותר לעשות הגרלות פרסים לילדים

ויש מיישבים דשאני מתני' דכיון שהאב נותן להם מנות לאכול אם כן דמי לקוביא דהרי זה כאילו נתנו לו את שלהם ועושים פיס, מי יזכה במנה הגדולה משא"כ כאן שאינו דומיא דקוביא דאין כאן אלא הפרס ולא חשיב כאילו הביאו את שלהם.

כבר נתבאר שאסור לאדם להפיס עם בני ביתו מנה גדולה כנגד מנה קטנה וטעמא משום דמרגלים במשחקי קוביא (שבת קמט:). ואם כן יש לשאול על מה שנוהגים העולם לערוך הגרלות פרסים לילדים.

קנס עשר אחוז משווי הדירה להפרת חוזה האם יש בזה דין אסמכתא

(רטב"א שם). ופירשו הגמרא כפירוש רש"י וזה לשונו "לא זה ימחול ולא זה יכפול אלא לא זה ולא זה יכולים לחזור מלקיים מן המכירה כנגד הערבון וחוזרים על השאר". וכן פסק הרמ"א (שם). אלא שהפתחי תשובה (ס"ק יג ויד) הביא בשם האחרונים דאפשר לומר קים לי כהשו"ע. וכן כתב החזון איש (ליקוטים טז ס"ק יא).

אלא שעדין יש לחלק בין אם נתן ערבון ואמר ערבוני אמחול לך אם אחזור בי לבין אם נתן המעות עבור תשלום אמנם בפתחי תשובה בשם תשובת מים חיים (ס' ה) כתב שכל נתינת מעות הרי זה כאומר ערבוני אמחול לך. וכעין זה הביאו בשולחן ערוך מלכים בהערות בשם החזון איש בכתב יד בגליון שולחן ערוך שלו. וכן כתב בעמק המשפט (ס' לא ס"ק ה). ולפי זה הקנס בהפרת חוזה דירה הוא חד צדדי רק ללקוח ולא למוכר.

מבואר בבבא מציעא (מח:): הנותן ערבון לחבירו (עבור קניית קרקע) ואמר לו אם אני אחזור בי ערבוני מחול לך והלה אמר לו אם אני אחזור אכפול ערבונך נתקיימו התנאים דברי רבי יוסי, רבי יוסי לטעמיה דאמר אסמכתא קניא. **רבי יהודה אומר דיו שיקנה כנגד ערבונו.**

וקיי"ל כרבי יהודה אלא שנחלקו הראשונים בביאור דבריו הרמב"ם והשו"ע (ס' יא) ביארו שדעת רבי יהודה שהקנס הוא חד צדדי לטובת המוכר וזה לשונם "אם חזר בו הלוקח קנה זה הערבון שהרי הוא תחת ידו ואם חזר בו המוכר אין מחייבין אותו לכפול הערבון שזו היא אסמכתא היא ולא קנה". והראשונים הקשו על הרמב"ם קושיות רבות מתוספתות וגמרות וגם בסברא דברי הרמב"ם קשים דאם היה יודע שהקנס הוא חד צדדי לא היה היה מתחייב בקנס

אמנם כבר כתבנו לעיל דסטומתא מסלק אסמכתא כמבואר בתוס', ברשב"א ובחתם סופר. **אלא שראיתי בעמק המשפט (ח"א ס' לא ס"ק יט) דהמנהג לכתוב ואין המנהג לחייב את המוכר.** וגם אם כתוב 'דלא כאסמכתא' אי אפשר לחייב א"כ יעשו בנוסח המועיל לסלק אסמכתא כמו שנתבאר לעיל.

אמנם יש לדון בזמננו אם גם המוכר שחוזר בו יתחייב בקנס מדינא דמלכותא או מדין סטומתא וכבר נתבאר לעיל שיש מחלוקת אם דינא דמלכותא מסלק אסמכתא והדעת נוטה לדברי החזון איש שאינו מסלק אסמכתא דהרי סבור שיבא עמו לבי"ד ולא יתבענו לערכאות ודינא דמלכותא דינא לא אמרין בדברים שאינם נוגעים למלכות.

האם חייב המוכר לכל הפחות ההפסדים שגרם ללקוח

ההפסדים אלא רגילים לכתוב עשר אחוז דהוא קנס של גזמא אם כן יהיה פטור מדיני אדם דהוי גרמא. אבל היותר נראה דנידון דידן לא הוי גרמא אלא גרמי כיון שסמך על פי דיבורו ודמי למי שאמר לחבירו לך ואבא אחריו (להתדיין בבי"ד הגדול) והלך והוא לא בא שצריך לשלם לזה שהלך כל יצאותיו כמבואר במדכ"י וברמ"א (ס' יד ס"ה). ועיין בנתיבות המשפט (ס' רז ס"ק ח).

ועדין צריך לידע אם חייב המוכר לכל הפחות את ההפסדים שגרם ללקוח ועל פניו זה דומה לאומר לחבירו אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זחי דאע"פ דפטור מהקנס המוגזם מכל מקום חייב לשלם ההפסדים שגרם (ס' שכח ס"ב). **מיהו בסמ"ע** (ס"ק ג) דקדק בטור ובשו"ע דחייב כיון שרגילין לכתוב כן הוה ליה כאילו כתבו כן עיי"ש. ולפי זה בנידון דידן שאין רגילים שהמוכר כותב ללקוח שישלם את

המוכר חזר בו ושילם הקנס האם צריך הלקוח להחזיר

וכיון שדמי לאסמכתא אין יוצא בדיינים ולהכי הוצרכו כמה ראשונים שיהיו מעות על השולחן כי היכי דלא יחשב כמוציא מידו. ולפי זה בנידון דידן חייב להחזיר המעות שקיבל דאסמכתא לא קניא.

אלא שהריב"ש (ס' שלה) למד את תשובת הרא"ש בכל אסמכתא ולא רק בקוביא חה תורף דבריו השואל בריב"ש הקשה על הרא"ש דמה מהני המשכון שנתן דמנה אין כאן משכון אין כאן (קידושין ח:). ועוד הקשה מההיא דבבא מציעא (מח:). הקונה שדה מחבירו ונתן לו ערבון ואמר לו אם אחזור בי ערבוני מחול לך וחזר בו דפסק הרא"ש כרש"י ושאר הראשונים שלא קנה הערבון ודלא כהרמב"ם. אלמא הרא"ש סבירא ליה דלא מהני משכון, ותירץ דשאני משכון בתחלת העסק דלא מהני משום דהוי אסמכתא ולא הקנה בלב שלם **משא"כ שכבר נתחייב לו באסמכתא ובא לפרוע**

כתב הרא"ש (כלל עב אות א) "אם הרויח שמעון מראובן **מעות בשחוק** ונתן ראובן לשמעון משכון לפרעון בשביל אותן המעות שהרויח, ואח"כ ביקש ראובן לשמעון שיחזיר לו משכונו ויסמוך עליו שיפרע לו המעות ועשה כן שמעון והאמין בו והחזיר לו המשכון, **חייב ראובן לפרוע לשמעון אע"פ שתחלתם היתה אסמכתא, משום דקיי"ל אסמכתא קניא ואין בה משום גזלה אלא שאין יכול להוציא ממנו בב"ד אם לא שיהיה הדבר בקנין וב"ד חשוב, ושחוק שהוא אסמכתא נהי שאין יכול להוציא ממנו בב"ד מ"מ אם פרע לו זכה ואין בו משום גזל".**

והקשו עליו דהלכה רווחת היא דאסמכתא לא קניא ותירצו הבית יוסף (ס"ק כב), הקצות החושן (ס"ק ה) והנתיבות המשפט (ס"ק יב) **דדוקא במשחק בקוביא** כתב כן הרא"ש ופסק כרב ששת דאסמכתא קניא.

בידו. ויש שרצו ללמוד בדברי הבית יוסף שאחר שהקשה ותירץ כתב "אח"כ מצאתי להריב"ש.. שחזר בו. ובפרט שיש לזה פנים בסוגיא דנדרים (כז): **"והלכתא אסמכתא קניא** והוא דלא אניס והוא דקנו מיניה בב"ד חשוב". ומשמע קצת דאסמכתא קניא ולא רק בקוביא.

אלא שצריך להבין מהו גדר החיוב שאסמכתא קניא ואינו יוצא בדיינים דמסוגיות הגמרא לא נראה שהוא חיוב לצאת ידי שמים ואדרבה נראה מהסוגיא בסנהדרין (כד): שאם לקח הוי גזל לרמי בר חמא ורב ששת לא פליג אלא במשחק בקוביא שאינו בידו כלל. ואפשר דשאני משחק בקוביא דגם רמי בר חמא מודה דהוי גזל רק משום שלא עוסקים בישובו של עולם.

ונתן משכון הרי נראה כי רצה להקנות לו לגמרי בלב שלם והריב"ש כתב שהחילוק הוא נכון אבל לא מטעמו אלא מטעם שמחילה בטעות הוי מחילה.

והקשה בקצות החושן דבתשובת הרא"ש מבואר דלא מצד מחילה בטעות אתי עלה ונראה ליישב דכדי שיהיה כאן דין של מחילה בטעות הוצרך הרא"ש לומר דבאמת אסמכתא קניא ורק אינו יוצא בדיינים ולהכי אם כבר נתן אמרינן מחילה בטעות הוי מחילה כי היכי ליקום בהימנותיה אבל לולי זה לא היה כאן דין מחילה בטעות. ולפי דברי הריב"ש בנידון דידן אם נתן אמרינן מחילה בטעות הוי מחילה.

ולהלכה קשה להוציא מיד המוחזק כיון שהריב"ש והרמ"א הבינו בתשובת הרא"ש דבכל אסמכתא אם כבר נתן אין מוציאין

האם מותר ליקח את הקנס כשהמוכר בא מעצמו ליתן או שצריך להודיע לו דמשורת הדין הוא פטור

אמנם בשער המשפט (ס' סז ס"י) הקשה על הרמב"ם שכתב דמלוה שבא אחר השמיטה לגבות אם שטר בלי פרחבול אומרים ללוה שלם דחזקה לא שביק היתרא ועביד איסורא והקשה למה לא נשאל למלוה עם עשה פרחבול כמו שכתב הר"ן דכל מקום שאפשר לברר מבררין **ותירץ בערך ש"י** על פי דברי המגן אברהם (ס' תלז ס"ק ד) דשאני חמץ שכל השנה הבית בחזקת בחזקת חמץ משא"כ מלוה שהיה חזקת חוב. ולפי זה אפשר דבנידון דידן יש חזקה דליקום בהימנותיה דאין כאן חזקה נגדית, ואין צריך לשאול.

עוד מצינו בבית יעקב (ס' ס) דהיכא שחייב לשלם בדיני שמים כגון שטען הלוה איני יודע אם הלותני ונתן סתם נאמן לומר שאילו היה יודע שפטור לא היה נותן והביא ראייה לדבר מהתוס' (סנהדרין עב. ד"ה לא) שביארו שרבא לא רצה לקבל את האילים שגנבו כיון שהיו פטורים מידי אדם משום 'קלב"ם' ולא היו רוצים לצאת ידי שמים.

לפי הסוברים שבשאר אסמכתא אם נתן מוציאין מידו ודאי שאסור ליקח. אבל לפי הריב"ש והרמ"א שאם נתן המעות אמרינן מחילה בטעות יש לדון אם מותר ליקח לכתחילה. ומסברא היה נראה שאסור דטעמא דמחילה בטעות הוי מחילה משום דאסמכתא קניא ורק אינה יוצא בדיינים ואינו נאמן לומר אילו הייתי שאיני חייב לא הייתי נותן כיון דאמרינן היה נותן דליקום בהימנותיה. ואם כן כשבא לגבות לכתחילה נימא כל מקום דאיכא לברורי מבררינן.

ואפילו אם נבאר דברי הרא"ש שכתב דאסמכתא קניא אלא שאינו יוצא בדיינים דהכוונה דחייב לצאת ידי שמים אינו מוכרח שיכול ליקח לכתחילה **דכל מקום דאיכא לברורי מבררינן**. וכעין שכתב הר"ן (פסחים ד.) גבי המשכיר בית מחבירו בי"ד בניסן דאף שאמרינן שחזקתו בדוק מ"מ אם המשכיר איתא קמן צריך לשאלו (או"ח ריש ס' תלז) והכא נמי למה לא נשאל אותו אם הוא רוצה ליקום בהימנותיה.

חל דמסתבר שיכול ליקח מחבירו ולסמוך על החזקה דליקום בהימנותיה, דבמכר אין סיבה שיחזור בו כי כבר רצה במכר זה ומקבל תמורה רק שהמכר לא חל כגון שמכר לו פירות דקל שלא באו לעולם וכו' (רט ס"ד). אבל באסמכתא דלא גמר להקנותו דהיה סבור שלא יקנס אין כאן חזקה כל כך גדולה דליקום בהימנותיה דאין כאן קבלת תמורה ואפשר שנותן כי סבור שמחויב על פי הדין. ואע"פ שמשמעות הסוגיא בבא מציעא (סו:) דאין לחלק בזה אפשר דרק לענין דיעבד הגמרא משווה ביניהם. וגם למי שירצה לחלוק נראה שאין לדרוש הקנס בלשון 'תשלם את הקנס שאתה חייב לי' אלא תשלם את מה שאמרת לי. שלא יהיה כאן הטעיה.

ובקצות החושן (ס' עה ס"ק ד) דחה דבריו דכל היכא שנתן סתם אמרינן שרצה לצאת ידי שמים והביא ראייה לדבריו מכתובות (צא:): ואת ההיא דרבא דחה דהתם אמרו לו בפירוש שרוצים לצאת רק ידי אדם ולא ידי שמים. אי נמי רבא לטעמיה דמחילה בטעות לא הוי מחילה אבל לדידן דקיי"ל כרב נחמן דאמרינן דליקום בהימנותיה אין צריך להחזיר.

אמנם ליקח לכתחילה אפשר דאפי' הבית יעקב מודה דמותר ורק אם אומר שאילו היה יודע לא היה נותן צריך להחזיר וכן להפך אפשר שגם הקצות יודה שאסור ליקח לכתחילה. ומסברא נראה לומר דבקנס של אסמכתא צריך לברר משא"כ בכל מכר שלא

האם צריך המוכר להודיע ללקוח שהקנס שכותבים החוזה מחייב רק את הלקוח ולא את המוכר

אלא שצריכים להבין שיטת הרמב"ם והשו"ע למה אין כאן קנס בטעות שרק הלקוח מתחייב ולא המוכר, וצריך לומר דאעפ"כ היה רוצה במקח ולפי זה אפשר שאין כאן אונאת ממון אלא שמסברא נראה שצריך להודיע.

לא מצאתי מהיכן לפשוט דין זה וצדדי הספק דשמא מותר לו שלא להודיע כיון שרוצה שחבירו לא יחזור בו מהמקח, והוא עצמו לא רוצה להתחייב או דלמא יש כאן אונאת ממון דאם היה יודע לא היה מתרצה להתחייב בקנס.

קנס על איחורים בתשלומי דירה

גרימת הפסדים מדיני אדם. אא"כ החוזה נעשה באופן שמסלק האסמכתא. ואם נאנס פטור כמבואר בסוגיא בנדרים (כז:) ובשו"ע (ס' טו).

אם בשעת המכר לא היה המעות בידו וסמך על אחרים כגון הורים בנק וגמחי"ם אם כן הוי בידו ולא בידו כמו ההיא ד'זולשפט' (ב"מ עג:) והוי אסמכתא דלא קניא. ופטור גם על

קנס על איחור מסירת הדירה

אשלם אלפא זחא (ב"מ קד.) ואם אינו מוגזם אלא קנס על גרימת הפסדים שגורם לשני (ואפילו קצת יותר מההפסדים כמו שנתבאר גבי שידוכים) לא הוי אסמכתא כההיא דאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא. ונתבאר לעיל ג' דרכים בראשונים מה סיבת החיוב

פינוי הדירה הוא דבר שבידו לעשות גם אם אינו מוצא דירה חלופית יכול להוציא חפציו למחסן כלשהו ולגור אצל מכריו או בבית מלון וכו'. ובדבר שבידו לעשות יש חילוק אם הקנס הוא מוגזם דאם הוא מוגזם הוי אסמכתא כההיא דאם אוביר ולא אעביד

אם מדינא אם מתקנתא אם ממנהגא. ועוד יש לחייבו עבור זה שגר בבית חברו.

התנו בחוזה שאם ישיג המוכר היתר בניה יקבל עוד מאה אלף שקל ואם לא יחזיר המוכר מאה אלף שקל והמוכר השיג את ההיתר בניה האם חייב לשלם

שיתקיים הדבר שהתנה עליו באם.. אבל זה בדוקא אומר ורוצה בקיום הדבר שמתנה בו באם, וכמוהו בני גד ובני ראובן. ובבית יוסף (ס' רז ס"ג) הביא שכן דעת כמה ראשונים. והכא נמי בנידון דידן.

ואע"פ שדברי הרשב"א וסיעתו מוצקים וברורים מכל מקום לא הובאו דבריהם בשו"ע וברמ"א והגם שהסמ"ע (ס"ק ו' וס"ק יז) הזכיר מעין סברא זו קשה להוציא ממון מיד הקונה. אם לא שנאמר שלהשיג היתר בניה הוי דבר שלא בידו כלל ודומיא דקוביא דהכניס עצמו על הספק וגמר ומקני. עוד יש סברא לומר דבנידון דידן גם הרמב"ן יודה דלא הוי כתולה בדעת חברו כיון שהלוקח יכול לומר אמדתי בדעתי שלא ישיג המוכר היתר בניה תוך הזמן שנקבע והוי כדבר שבידו שיכול לומר סבור הייתי וכעין סברא זה כתב הש"ך (ס' רט ס"ק ב) זה דוקא שיש לו אומד דעת מסוים ולא ניוחש בעלמא. אלא שגם לפי זה יהיה חייב לשלם לו כפי שמשלמים על עבודה כזו בשוק. ואם התנאי היה באופן שסילקו בו האסמכתא חייב כל מה שהתחייב.

אם המוכר השיג היתר בניה ורוצה מהלוקח שיתן לו המעות שסיכמו הרי זה כתנאי שתלוי ביד חברו ובאנו למח' הטור והרמ"א עם הרמב"ן והנמוקי יוסף (ס' יג) **דלדעת הטור והרמ"א כל דבר שתלוי ביד חברו הוי אסמכתא ופטור, ולפסק זה מצטרפים הר"י מיגאש (ב"ב קמ:): הרמב"ם והשו"ע (ס' יג) הסוברים שכל דבר התלוי באם יקרה דבר פלוני הוי אסמכתא.**

ולדעת הרמב"ן (ב"ב קסח.) והנמוקי יוסף כל שתולה בדעת חברו דמיא לקוביא דליכא אסמכתא "דמימר אמר איהו מקיים ואזיל תנאיה דאיהו קים ליה בנפשיה טפי מינאי הלכך גמר ומקנה". ולפי שיטתם חייב הלוקח ליתן מה שהבטיחו ואף שדבריהם מסתברים טפי לא הובאו דבריהם בפוסקים. עיין בדרכי משה הארוך (שם).

אמנם גם לדעת הטור והרמ"א יש צד לחייב את הלוקח על פי המבואר ברשב"א (ב"ב קמ:): שהשיג על הר"י מיגאש ודעימה הסוברים דכל דבר שתלוי באם יעשה דבר פלוני הוי אסמכתא וכתב "**שאין אסמכתא אלא באם שהוא כעין קנס שאינו רוצה**

שהמוכר לא השיג את ההיתר בניה האם חייב להחזיר המאה אלף שקל

בלי היתר בניה שווה בין מיליון וחצי למיליון שבע מאות, וקיבל המוכר מיליון שמונה מאות אם כן מה שמחזיר אינו קנס אלא שכך שוויה של הדירה. ועדין יש לדון אם מחיר תלוי ועומד הוי אסמכתא ויתבאר בעזרת השם בסמוך.

השגת היתר בניה לדעת רש"י וסיעתו זה דבר בידו ולא בידו כמו ההיא ד'זולשפט' (ב"מ עג:) ומצי למימר סבור הייתי שאצליח להשיג היתר בניה ולא גמרתני בדעתי לשלם את הקנס ללקוח. ולא דמי לקוביא שאין בידו כלל. מיהו נראה לומר דדוקא שהחזרת המעות היא בגדר קנס דרך משל אם הדירה

מחיר תלוי ועומד בדבר שיקרה האם יש דין אסמכתא

לעיל. והעיקר כגרסא הראשונה שצריכה הגהה קלה בדברי הרא"ש ודהגרסא השניה צריכה הגהות גדולות עיי"ש.

אמנם גם לפי הגרסא הראשונה נראה שאין ראייה ששני מחירים הוי אסמכתא בכל גוונא, דדוקא התם שטרפה היתה וטרפה עדין ולא הפסידו מידי ואף אם היה מוכרה היה חוזר אליו הלוקח וכן לרדיא לא חזיא משום חולי המתיש כמבואר בנתיבות המשפט (ס"ק ח) ובכך תירץ את קושיית הקצות החושן למה לא יתחייב מדינא דגרמי עיי"ש. ואם הדירה בלי התרי בניה שווה פחות ממה ששילם נראה דלא הוי אסמכתא דאינו כקנס או כגזמא אלא שכך מחיר הדירה. וכל האמור מדובר שהתנאי לא נעשה באופן שמסלק טענת אסמכתא.

כתב הרא"ש (כלל סו אות ט) ראובן היתה לו פרה והיה ירא לשחטה פן תמצא טרפה. אמר לו שמעון שחוט אותה **ואם תמצא טרפה אני אתן לך בעבור הבשר כך וכך** **ואם תמצא כשרה אני אתן לך כך וכך**. ומסקנת הרא"ש דהוי אסמכתא ולא קניא.

כך היא גרסת הספרים שלנו וגרסת הבית יוסף ויש ללמוד מכאן שמחיר שתלוי ועומד הוי אסמכתא אלא שלפי גרסת הב"ח (ס' ח ס"ק כד) המעשה לא כך היה אלא שבעל הפרה פחד לשחטה ואמר לו אל תחוש דאם תמצא טרפה אקחנה ממך בכך וכך ובעבור האחריות שלקח על עצמו הבטיח לו בעל הפרה שאם תמצא כשרה יתן לו כך וכך. ולפי גרסת הב"ח אינו ענין לנידון דידן אבל יהיה כאן ראייה שגם בביטוח שייך סוגית אסמכתא ודלא כמו שרצינו לחדש

קנה דירה בבניין שבתהליכי תמ"א 38 או פיננו בינוי והתנו שאם הפרויקט יתחיל בבניה תוך ג' שנים יוסיף מאה אלף שקל ואם לא יחזיר מאה אלף שקל חזרה

נמצא בשלב מתקדם נחשב הדבר כבידו קצת שיכול לאמוד הדבר. אבל כיון שהדבר תלוי באחרים באנו למחלוקת הרמב"ן והטור דלעיל.

מצד תשלום הלוקח הדבר דומה לנידון דלעיל דהמחיר תלוי ועומד. ואם הדבר נחשב בידו קצת אם המוכר הוא מדיירים הפעילים המנסים לקדם את הפרויקט הוי קצת בידו. וגם אם אינו פעיל אם הפרויקט

קבלן שהתחייב ליתן שכר דירה או קנס גבוה אם יאחר את מסירת הדירה

ובעיקר הדבר קבלן זה בידו ולא בידו דאסמכתא ודמי להיא ד'זולשפט' (ב"מ עג:) דיכול לומר סבור הייתי שאצליח לבנות בזמן ולא מקבל עליו גרימת הפסדים שגרם. ואין להאריך בזה דתלוי הדבר בניסוחי החוזה ובדרך כלל החחים נעשים באופן שיכולים לטעון טענות אונס.

מבואר בגמרא בנדרים (כז:): שאפילו אם התפיס זכויותיו בקנין בבי"ד חשוב שאם לא יגיע, יתנו לשכנגדו זכויותיו פטור אם היה אנוס כגון שחלה בנו וכו' (ס' ח ס' טו).

ולפי זה גם אם החוזה נעשה באופן שאין בו טענת אסמכתא יש לקבלן טענת אונס.

חזרה שכירות שכתוב בו שכל יום שמתעכב בפניו הדירה יתחייב 5000 שקל

ואין לומר דהוי כקציצה על שכירות משום דמחיר גזמא כזה הרי הוא קנס. ועוד דגם קציצה של 5000 שקל ליום אינו מחייב דיכול לומר משטה הייתי בך כמבואר בת' הרא"ש (כלל סד ס' ג) ובפנים מאירות (ח"א ס' צז) וכן פסק הנתיבות המשפט (ס' רסד ס"ק ח). מיהו הני מילי דלא עשו קנין עיי"ש. וכאן בנידון דידן גם אם עשו קנין כל עוד שלא סילקו טענת אסמכתא כראוי פטור דמחיר זה הוא דרך קנס.

פינוי הדירה הוא דבר שבידו לעשות גם אם לא מצא דירה חלופית שהרי יכול להוציא חפציו למחסן כלשהו, ולשהות בבית מלון או אצל קרוביו. והמחיר שנקבע הוא מחיר מוגזם. ודמי לאם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זחי (ב"מ קד). דפטור. ומכל מקום חייב לשלם על ההפסדים שגרם לחבירו כמבואר בשו"ע (ס' שכח ס"ב).

אחד מהדיירים רצה להרחיב ביתו באופן לא חוקי והדיירים התנגדו והתחייב להם שאם יגיע להם קנס מהעירייה ישלם הוא לבדו

דין אפשר שכולי עמלא יודו שהרי גמר בלבו להתחייב כדי שיתנו לו לבנות בשטח המשותף השייך לכולם. ועוד שהרי גרם להם הפסד.

על פניו נראה שהדבר אינו בידו כלל ודמי למשחק בקוביא דלרב ששת (סנהדרין כד): כל כי האי לאו אסמכתא כיון שהכניס עצמו בספק גמר ומקני ולא יכול לומר סבור הייתי שלא יגיע קנס דאין הדבר מסור לידו. ובנידון

האם הקנס פירושו שאפשר לחזור בו ולשלם קנס או שאסור לחזור בו ואם יחזור יקבל קנס

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 על הקנין ואם יתן קנס הוא פטור מן הקנין". והביאו הבית שמואל (ס"ק כא). ובנתיבות המשפט (ס' יב ס"ק ו) הוסיף לבאר "ואז אפילו נעשה הקנס באופן שיש בו משום אסמכתא, צריך לקיים הפשרה או שיתן קנס". ונראה כוונתו דליכא בהאי קנס אסמכתא דאדרבה רוצה בו שיוכל לחזור בו ועל הדרך שכתב הרשב"א (ב"ב קמ): לחלק בין אסמכתא לתנאי ואם כן צ"ע לדינא כיון שהרשב"א לא הובא להלכה. ועיין עוד בחזון איש (חו"מ ליקוטים טז ס"ק יא). **אמנם במהרי"ט** (חו"מ ס' קח) נראה שחולק על החלקת מחוקק.

כתב הרשב"א (ח"ג ס' רב) "הבית והעליה של ראובן ושמעון.. ונתעצמו שניהם בדין, והטילו פשרנין פשרה ביניהם, **ובקנס** עשרים דינרים ויעשה ראובן בנין כך וכך.. עכשיו טוען ראובן אי אפשרי בפשרה הריני פורע הקנס ותתבטל הפשרה.. 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 דרשאי מן הדין אחר הקנין שיפרע החזר בו כך וכך כדי שלא יטריח את חבירו לב"ד. אבל אם אין הפשרה בקנין אין לפשרה חזק מצד עצמה של פשרה כדאמרינן בריש פרק קמא דסנהדרין הלכתא פשרה צריכה קנין". וכן פסק בשו"ע (ס' יב ס"ט).

והחלקת מחוקק (אעה"ז ס' נ ס"ק כב) הביא דברי הרשב"א וחדש "ומשמע דווקא

כתב דהסמ"ע (ס' רמה ס"ק ב) מיקל טפי דאפילו כתב בפירוש שהקנס לא יפטור את החרם נוהגים שלא להחרים העובר בשידוכין עיי"ש. ועיין בעמק המשפט (ח"א ס' כט) שהאריך בזה ובלשונות החחים מתי הוא נוסח שהקנס פוטר מקיום המקח ומתי לא.

ואם לא קיבל עליו הקנס בקנין כתב הב"ח (חו"מ סו"ס רז ויו"ד ס' רלו) דאפילו נשבע לקיים המקח בקנס כל שלא אמר בפירוש דהקנס לא יפטור השבועה איכא למימר שדעתו היתה שהקנס יפטור השבועה. ובש"ך (סו"ס רז) הביא שיש חולקים על הב"ח. ובבאר היטב (אעה"ז ס' נ ס"ק כג)

תנאים שהתנו ביניהם ולא כתבו בשטר האם קיימים או נמחלו

אחיל לתנאיה דאין אדם סומך על חברו שיודה לו בתנאים שנעשו מרוב השכחה וההכחשה המצויה. אלא שלא מצאתי מקור לדברי. אמנם ראיתי בעמק המשפט (ח"א ס' לד) שהביא בשם המשפטי שלום (ס' רז ס"א) שכתב "בשו"ת פני יהושע.. צידד לומר דזה דוקא אם נכתב השטר סתם בלא שום תנאי, אבל אם נכתב בו תנאים אחרים ולא נזכר בו תנאי שהתנו מקודם יש לומר דמחלו תנאי זה". ואע"פ שמסתימת הפוסקים לא משמע כן מכל מקום דברי טעם הם. אלא הכל לפי הענין דאם יש תנאי שלא נכתב ולא מורה על מחילה כגון מכר דירה והתנה בעל פה שיוכל להשאיר כמה חפצים לחצי שנה במחסן לא נאמר מדלא כתב מחל אע"פ שכתבו כל התנאים האחרים.

מבואר בגמרא בכתובות (יט:) דעדים שמעידים שהמכר נעשה על תנאי אין זה סתירה לשטר דתנאי מלתא אחריתי.

ונראה ללמוד מכאן שכל תנאים שנעשו ולא נכתבו אם אין הכחשה או שיש עדים התנאים קיימים ולא אמרינן דמדלא כתבם בשטר אחולי אחיל לתנאיה. וכן משמע בגמרא בכתובות (עג.) וכן כתב הגר"א (ס' רז ס"ק ד). וכן כתבו הריב"ש (ס' קב) והרמ"א (סימן רז ס' א) מי שהתנה עם חברו בדבר ואח"כ עשה עמו שטר סתם ודאי על תנאי הראשון עשאו עיי"ש.

והיה נראה לחדש דהני מילי כאשר יש לו עדים שנעשה התנאי אבל כשאין לו עדים על כך אנו סהדי דמדלא התנה בשטר אחולי

חוזה בלעדיות שכתוב שגם אם המוכר ימכור את הדירה ללא המתווך חייב לשלם תיווך

נתבאר אצלנו ב"סד בהלכות תיווך ושדכנות.

משה נגר

כל הזכויות שמורות ©

שיעורים ועלונים קודמים ניתן למצוא באתר
"בינינו- הפצת שיעורי תורה"

עלונים בחושן משפט

דינא דמלכותא / עביד איניש דינא לנפשיה ודיני מוסר ממון חבירו במדינות המתוקנות / 'קים לי' אמת ושקר בבית דין וחץ לבית דין / עורכי הדינים / אומדנא דמוכח / חברה בע"מ / גביית חובות בזמנינו / גבייה וקניה בהוצאה לפועל / ברי ושמא: שכחת חובות וקניות בהקפה / חריגות מגבולות הטאב"ו / חזקה לסוכה / סוכה וחניה ברשות הרבים / פינוי בינוי / יסודות נזקי שכנים: רעש הילדים, פעוטונים, חנויות וכו' / פיצול דירות / הרחבות בניה / יסודות חזקות תשמישים מידת סדום: השתלטות על חצרות וחללים בבניין / תחרות עסקית / מחוסר אמנה ומי שפרע / דיני אסמכתא / עשה לחבירו פעולה או טובה ולא סיכמו אם בשכר או בחינם / דינים המצויים בהשבת אבידה / ירושת שררה חזקת שררה ומינוי אשה לשררה / מעמדו של חשבון בנק בהלכה לגבי גזל וירושות / שומרים / הלכות תיווך ושדכנות / דינים המצויים בחיובי נזיקין / אונס שינה בשומרים ונזיקין / חיוב שומרים ונזיקין ברכוש המבוטח / דיני שומרים

עלונים באבן העזר

הזרעה מלאכותית / חרם רבינו גרשום / חיוב מזונות בסרבנית גט / סירוס זמני צוואת רבי יהודה החסיד / יהדות אתיופיה הודו, הרפורמים ועולי רוסיא / התרת ממזרים / בדיקת D.N.A אבהות עיגון ופילי / אחד לבעל אחד לבעל / מינקת ומעוברת חבירו / התרת עגונות: עגונות השואה, יום הכיפורים, אסון התאומים, מאיימי ומירון / נגיעת ערוה: בדיקת רופאים, נגיעה בערוה באוטובוס ורכבת / דרכא אחרינא: מגורים בשכונה חילונית, החזקת איפון / לא תתורו / קול באשה ערוה חלוקת הרכוש בגירושין / כפיית גיטין: בית סוהר עיקול חשבון בנק ושילת רישיון נהיגה / הגט מצפת: זכין בגט ומומים שנתהוו אחר המקח

עניינים שונים:

מעמדו של ישן בהלכה: הוצאת ישן מהסוכה.. / היתר מכירה, מכירת חמץ היתר עסקא ושאר קנייני הערמה / גמילות חסדים: חיובית או קיומית / פריקה וטעינה: ברכב, באדם הסוחר דבר כבד, העלאת טרמפיסט.. / דינים המצויים בצער בעלי חיים / אונס שכחה בנזיקין, שומרים, תפלה וכו' / הלכות רפואה: המתת חסד / תרומת איברים במוות מוחי / דיני קדימה בחולים ובעלמא / אפוטרופוס רפואי

תגובות, הערות ושאלות בטלפון ובמייל:

m0548566505@Gmail.com

