

סימן ה

אסמכתא במחילה עתידית

ראשי פרקים

א. אם יש אסמכתא במחילה - שיטת הראשונים

ב. בשיטת הרמב"ם וסברתו

ג. אם מחילה בכה"ג צריכה קנין

ד. מדין סיטומתא

ה. חיוב הקונה בנזקי גרמא של המוכר

ראובן (המוכר) חתם על חוזה עם שמעון (הקונה) ובו נכתב: "אם שמעון לא יעמוד בתשלומים שנקבעו בחוזה, כל התמורה ששילם עד למועד אי הפרעון תשאר ביד ראובן בתורת קנס". התשלום הראשון היה כמה ימים לאחר חתימת החוזה, והתשלום השני כחודש לאחר מכן. שמעון לא עמד בשני התשלומים האחרונים, ואי לכך בטל המקח. ראובן מסרב להחזיר לשמעון את הסכום שבידו בטענה שנגרם לו נזק, אך הוא מודה שהנזק שנגרם שוה לערך עשירית מהסכום שבידו, אך מסתמך על החוזה ועל-פיו אינו חייב להחזיר את התמורה. שמעון טוען שסעיף זה הינו בבחינת אסמכתא, והיות ולא קבלו קנין בבית דין חשוב, דינו של סעיף זה להתבטל.

א. אם יש אסמכתא במחילה - שיטת הראשונים

איתא בב"מ מח"ב: מיתבי, הנותן ערבון לחבירו ואמר לו אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך, והלה אמר לו אם אני אחזור בי אכפול לך ערבונך, נתקיימו התנאים, דברי רבי יוסי. רבי יוסי לטעמיה דאמר אסמכתא קניא. ר' יהודה אומר דיו שיקנה כנגד ערבונו. ואנן קיי"ל דאסמכתא לא קניא, והיינו כרבי יהודה, עיין נדרים כז, ב. ורש"י שם בד"ה דיו, כתב וז"ל:

"לא זה ימחול ולא זה יכפול, אלא לא זה ולא זה יכולים לחזור מלקיים מן המכירה כנגד הערבון וחוזרים על השאר."

בנדון הברייתא היו שני תנאים, מצד נותן הערבון ומצד מקבלו. מצד נותן הערבון שאם יחזור בו יהיה הערבון חלוט ביד המחזיק, ומצד מקבלו, שאם יחזור בו יכפול לנותן את הערבון. לפי רש"י שני התנאים בטלים מסיבת אסמכתא, הן תנאי המחילה והן תנאי ההכפלה. יוצא מרש"י שיש אסמכתא במחילה, ותנאי מחילה בטל כשיש בו אסמכתא.

והרמב"ן (ב"מ מח,ב ד"ה ר' יהודה) לאחר שהביא את דברי רש"י, כתב וז"ל:

"ויש מי שחולק ואומר שמי שמחל מחילתו מחילה, כיון דמתפיס ליה ערבון קני מעכשיו דכמאן דאמר ליה מעכשיו דמי. ולשון דיו שיקנה כנגד מעותיו הזקיקו לומר כן, כלומר לא יכפול לו אלא שיקנה כנגד מעותיו. ואי קשיא לך הא דתנן הלוהו על שדהו ואמר לו אם לא נתתי מכאן ועד ג שנים הרי היא שלך - הרי היא שלו, ואוקי בגמרא בדאמר ליה מעכשיו, אלמא אי לא אמר מעכשיו לא קנה. לאו מילתא היא. חדא, דהתם מוכר אוכל פירות, ועוד, דשאני ארעא דבחזקת מרא קיימי, ואינו נראה כמזכה מעכשיו אלא במטלטלים."

מהרמב"ן הנ"ל מבואר שלמד בדברי רש"י דלא מהני המחילה באסמכתא, והביא חולקים המדייקים בדברי רבי יהודה; "דיו שיקנה כנגד ערבוננו", שאינו צריך לכפול ערבוננו אלא דיו שיקנה את הערבון אם יחזור בו הנותן ולא יכפול אם יחזור בו המקבל. ולרש"י י"ל דהכוונה דדיו שיקנה במקח כנגד מעותיו. ובגידולי תרומה (סג,א) כתב דלכאורה הלשון "דיו" הינה סיוע של ממש לדעות הסוברות דמהני מחילה באסמכתא. ופירש הגידולי תרומה דלסברת רש"י י"ל דדיו למוכר שאם חוזר בו הלוקח לא נאמר שיזכה המוכר בערבון שיש בידו כמו שהתנה, אלא דיו למוכר שאע"פ שהלוקח רוצה לחזור בו מן המקח ומבקש שיחזיר לו ערבוננו, לא יחזיר לו כלום אלא על כורחו של לוקח יקנה לוקח זה מן המקח כנגד מעותיו שהם ביד המוכר. "וכאילו יאמר, דיו לרוצה בקיום המקח שעכ"פ יתקיים ויקנה הלוקח כנגד הערבון, בין שיהיה בעל-כורחו של לוקח או בעל-כורחו של מוכר". וכן נראה מדברי הנימוקי"י (ב"מ כט,א בעמוה"ר) בהסבר דברי רש"י.

ב. בשיטת הרמב"ם וסברתו

והרמב"ם בהל' מכירה יא,ד, כתב וז"ל:

"לפיכך הנותן ערבון לחבירו ואמר לו, אם אני אחזור בך ערבוני מחול לך, והלה אומר, אם אני אחזור בך אכפול לך ערבונך, אם חזר בו הלוקח, קנה זה את הערבון שהרי הוא תחת ידו. ואם חזר בו המוכר, אין מחייבין אותו לכפול הערבון, שזו אסמכתא ועדיין לא קנה."

שיטת הרמב"ם דמחילה מהני אף באסמכתא. וצ"ל בסברת הרמב"ם - דהא דאסמכתא לא קניא היא מפני חסרון בגמירות דעת, דכאשר מתנה אדם "אם אעשה/ תעשה כו"כ, אתן לך כו"כ", לא גומר בדעתו לתת, שהרי יודע שהמעות בידו, ואף אם יתקיים התנאי, לא יתן לו, וע"כ בשעה שהתחייב בתנאי הנ"ל לא גמר בדעתו להתחייב. משא"כ כשיודע שיש ביד שכנגדו מעות או חפץ שעליו מתחייב, לא מוציא דבריו ללא מחשבה וגמירות דעת, כיון שיודע שכנגדו יממש את ההתחייבות ע"י שיחזיק מה שבידו ולא יתנו למתחייב. כסברא זו מצאתי באור שמח (מכירה, יא,ד), וז"ל:

"ושיטת רבינו דלמחול דבר שהוא תחת ידו לא הוי אסמכתא, וסברתו - דאסמכתא הוא אומדן דעתא שאינו מקנה או מתחייב בקנין 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 גמר ומקנה ואף דמתנה באם, דכיון שמונח תחת יד חבירו חוקר כל אופן ומקנה בקנין גמור.

האור שמח אומר יסוד באסמכתא לשיטת הרמב"ם - כאשר אדם מתחייב דבר בהתנאה, אף שבאופן שהדבר ביד המתחייב יש חסרון בגמירות דעת, מפני שדעתו של המתחייב לא גמרה לתת, מ"מ כאשר הממון נמצא היד שכנגדו, מחשבת המתחייב יורדת לסופה, מאחר והמתחייב יודע שהממון שהתחייב בהתנאה מצוי ביד הזוכה ואין הזוכה זקוק לפעולת גבייה. מצב כזה גורם למתחייב לא להוציא מפיו דברים שאינו שלם עימהם, ולכן כשהתחייב בהתנאה דבר שביד הזוכה, ודאי גמר בדעתו להתחייב ולא שייך בכהאי גוונא טענת אסמכתא.

לפי"ז כאשר אדם אומר לחבירו: "אם אחזור בי, ערבון שאתן לך יהיה בידך", אף לשיטת הרמב"ם הוי אסמכתא. היות וסברת הרמב"ם דכיון שמונח כעת ביד הזוכה חוקר בדעתו ולא מוציא מפיו דברים שאינו גומר בדעתו להתחייב בהם, א"כ דוקא כשבשעה שמתחייב יש ביד הזוכה מממון המתחייב, משא"כ אם בשעת ההתחייבות המותנית אין ביד הזוכה מממון המתחייב, אינו חוקר וגומר בדעתו, אף אם אח"כ יגיע ממונו ליד הזוכה, כיון שבשעת ההתחייבות לא היה ביד הזוכה, לא גמר המתחייב בדעתו והוי אסמכתא.

וכן נראה בהסבר הרמב"ם לפי הנימוק"י (ב"מ כט, א בעמוה"ר), וז"ל:

"אבל הרמב"ם כתב בפרק יא מהל' מכירה, דלא אמר רבי יהודה אסמכתא אלא באכפול לך, אבל אם חזר בו לוקח אפילו רבי יהודה מודה דערבוננו מחול, דכיון שהוא תחת ידו כמאן דאמר ליה מעכשיו דמי דלית ביה משום אסמכתא, כדאיתא בפרק איזהו נשך (סו, ב)."

מדברי הנימוק"י עולה ברור דדוקא שבשעה שהתחייב היה החפץ/ הכסף ביד שכנגדו, דדוקא בכגון זה הוי כאומר מעכשיו, משא"כ אם כעת עדיין לא בידו ורק לאחר זמן יגיע לידו ולאחר מכן תחול המחילה, איך שייך שתהיה התחייבותו המותנת "מעכשיו" כשהחפץ/ הכסף יהיה ביד הזוכה רק בעתיד ולא בהווה. דהרי חסרון האסמכתא הוא בגמירות דעת של המתחייב, וכאשר ההתחייבות המותנת הינה מעכשיו יש גמירות דעת להתחייבות, וכיון דלדעת הרמב"ם (לפירוש הנימוק"י) כשהחפץ/ הכסף תחת יד הזוכה הוי כהתחייבות "מעכשיו", א"כ החפץ/ הכסף צריך להיות תחת יד הזוכה בשעת ההתחייבות שהיא השעה הקובעת לענין גמירות הדעת. וכי איך אפשר שכשהחפץ יגיע בעתיד ליד הזוכה שלמפרע יתברר שהיתה ההתחייבות המותנת "מעכשיו"? הרי בשעה שהתחייב לקתה ההתחייבות בחוסר גמירות דעת, ואיך יתמלא החלל כתוצאה מהנתינה בעתיד?

וברב המגיד (מכירה יא, ב) הפליג עוד יותר, ולדבריו לא מיבעיא שצריך החפץ להיות ביד הזוכה בשעת ההתחייבות אלא צריך שהמתחייב יתן לזוכה בשעת ההתחייבות על דעת ההתחייבות. וז"ל הרב המגיד:

"דעד כאן לא אמרינן דאין דין אסמכתא במה שביד הקונה אלא בשחזיקו המקנה על דעת לקנות הדבר אם יתקיים התנאי, שזה קנין חזק ואין זה דין אסמכתא. אבל בהלוהו על שדהו בעל השדה לא החזיקו בדבר אם לא יתקיים מה שאמר, שהרי כבר הוא מוחזק מחמת מעותיו שהלוהו ונמצא שלא נוסף בו דבר מחמת מה שהוא נודר לו."

לדברי הרב המגיד י"ל שאפילו יש ביד הזוכה חפץ או כסף של המתחייב, אין המתחייב גומר בדעתו בחיוב מותנה אלא דוקא שמוסר לו את החפץ או הכסף בשביל התחייבות זו. כלומר - כשהתחייבות המותנת מלווה במעשה של נתינת הדבר שבמידה ויתקיים התנאי יוכל המקבל להחזיק בדבר שניתן לו על דעת ההתחייבות. התחייבות מותנת שאינה מלווה במעשה של התפסת הזוכה, דינה כאסמכתא ואין בה את גמירות הדעת הדרושה לתוקף ההתחייבות. לכן סובר הרב המגיד (לדעת הרמב"ם) שאף כשהיה ביד הזוכה זה מכבר משכון ואח"כ התחייב בהתנאה, הוי אסמכתא כיון שלא התפסו עבור ההתחייבות. אמנם הגר"מ אריק במנחת פיתים (בשירי המנחה) כתב דדעת הראשונים האחרים שלא חילקו כרב המגיד, דסגי כשהדבר בידו ואין צריך שיתפסו עבור ההתחייבות. ומ"מ אף לחולקים היינו דוקא כשהוא תפוס ועומד בשעת ההתחייבות ולא לאחר זמן.

ג. אם מחילה בכה"ג צריכה קנין

לפ"ז אף שיכול המוחזק לומר קים-לי כשיטת הרמב"ם דאין במחילה אסמכתא, מ"מ בנדו"ד שלא נתו לו את הכסף בשעת ההתנאה ואף לא בשעה שהיו עסוקין באותו ענין, אף לשיטת הרמב"ם התבטל התנאי מדין אסמכתא, כיון שלא היה ביד הזוכה בשעת ההתנאה ואין הגמירות דעת יכולה לחול למפרע. ולכאורה יש לדון אם אדם מוחל לחבירו בכהאי לישנא: "מה שאתן לך בעתיד יהיה מחול לך", אם דינה כמחילה שאינה צריכה קנין, או שדינה כמתנה, כיון שכעת אינו מוחל לו כלום ולא הוי מחילה, ולא מהני בלא קנין. והנה הרשב"א בתש" (הובאו דבריו בב"י חו"מ רמא, ב), כתב וז"ל:

"מה שנסתפק לך במוחל לחבירו מה שיטול מנכסיו אם מחילתו מחילה. בודאי המוחל לחבירו כל מה שיטול מנכסיו יכול הוא לחזור בו קודם שיטול, אבל לאחר שנטל, מה שנטל נטל. ודוקא מטלטלין, אבל קרקע לא, ואע"פ שדר בה והחזיק, לפי שקרקע לא שייך בה תפיסה דקרקע בחזקת בעליה עומדת... דהא מוכר פירות דקל לחבירו, אם שמט ואכל, מה שאכל אכל, משום דבשעה שאוכל ולא מיחה ולא חזר בו, אותה שעה רואין אותו כמוחל עכשיו. ואפילו הניחו אוכל מפני שהיה טועה בהקנאתו וסבור שקנה לוקח ואילו היה יודע שלא קנה היה מונעו, אפילו הכי זכה משום דמחילה בטעות הויא מחילה."

הובאו דבריו להלכה במחבר חו"מ רמא, ג. מדברי הרשב"א מבואר דמהני המחילה בשעה שתפס הזוכה אף שהתפיסה הינה לאחר זמן המחילה, שרואים אנו את שתיקת המוחל בשעת התפיסה כמחילה. אך בסמ"ע (רמא, י) ביאר את דברי הרשב"א באופן שונה:

"כבר נתבאר דלא שייך לשון מחילה כ"א אדבר שביד חבירו ואינו בעין. וצ"ל דהכי נמי מיירי דנתן לו במחילה ובמתנה בלשון המועיל, ולא בא כאן לדקדק בלשון הנתנה אלא ללמדינו אימת יכול לחזור בו. ועיין בתש" הרשב"א שכתב ומסיק בטעם דין זה דאף אם היה מחילה בטעות הוי מחילה. וצ"ל דכוונתו דוקא במחילה בטעות כזו שאמר לו מתחילה ליטול..."

הסמ"ע מבאר את הרשב"א שמדובר במתנה ולא במחילה, דלשון מחילה לא שייכת על דבר שיהיה רק בעתיד ביד הזוכה. וע"ע במש"כ הסמ"ע עג, נ והן הן הדברים. אולם הש"ך רמא, ה פירש את דברי הרשב"א כפשוטם דמיירי בלשון מחילה, ואף שאין ביד הזוכה כעת כלום משל המוחל, מ"מ מוחל לו את התביעה שיהיה לו בעתיד. ועיין

עוד בנתיבות רמא, ד שהקשה על הש"ך, דא"כ גם בגזל חפץ או בפקדון תועיל לשון מחילה, דהיינו שמוחל לו על תביעתו. ע"כ פירש הנתיבות את הרשב"א, דכמו במקנה דבר שלא בא לעולם, אף שהקנין לא מהני, אם תפס מדעת מהני הקנין, "דהקנין בא לו עכשיו במה שנתרצה לו ליקח אותו ואיכא אומדנא דמוכח שנתן לו במתנה רק שהיה בטעות, ומחילה או מתנה בטעות כהאי גוונא מהני מהטעמים שכתבו הפוסקים". לאמור - בעצם העובדה שהניח הנותן לזוכה לאכול, יש אומדן דעת שכעת הוא מקנה לו מה שתפס. ולמעשה נראה מדברי הנתיבות דלא שייך לשון מחילה על דבר עתידי, ומה דמהני קנינו הוא עקב אומדן הדעת שמקנה לו בשעה שהניחו לתפוס.

ומעיקרא הו"א שנידון השאלה אם יש אסמכתא במחילה על נתינה עתידית לשיטת הרמב"ם, תלויה במחלוקת הסמ"ע והש"ך, דלדעת הסמ"ע והנתיבות לא שייך לשון מחילה בדבר שלא ניתן עדיין, וממילא גם לדעת הרמב"ם אין דינה כמחילה לענין אסמכתא, ואילו לדעת הש"ך גם במחילה על דבר שאינו בידו מוחל לו כבר כעת על התביעה, וע"כ לדעת הרמב"ם אין בכגון זה דין אסמכתא. אך נראה דאף לדעת הש"ך בנידון אסמכתא יודה דלא שייך דין הרמב"ם כשהדבר אינו בידו, דיש לחלק בין מחילה עצמה למחילה מותנית, דבשלמא לענין מחילה עצמה י"ל שמוחל לו כבר עתה על התביעה שתהיה בעתיד, משא"כ לענין אסמכתא שהיא מחילה מותנית בענין גמירות דעת, דהרי בכל פעולה מותנית מעין זו יש חסרון בגמירות דעת, וגמירות דעת זו ליתא כשאין החפץ/ הכסף ביד הזוכה. דלענין עצם המחילה מוחל לו את זכות התביעה כעת, ולכן שייך לענין זה לשון מחילה, משא"כ כשהמחילה מותנית והכסף לא ביד הזוכה, גם אם נאמר שמוחל לו על זכות התביעה, מ"מ כיון שעצם המחילה מותנית לא גמר בדעתו אלא כשכבר הגיע הכסף לידו.

ד. מדין סיטומתא

אלא שבנדו"ד כיון שהמוכר סו"ס מוחזק בכסף, יוכל לומר קים-לי כשיטת האחרונים (עיין בפת"ש רא"א), שאין אסמכתא בסיטומתא, ובנידון חוזה דידן יש תוקף לחוזה מדין סיטומתא. אמנם הועלתה טענה ע"י הקונה (כשהוא מסתמך בחו"ד משפטית) שאין לחוזה תוקף חוקי וביהמ"ש יפסול חוזה מסוג זה, וממילא לא יוכל המוכר להאחז בקנין הסיטומתא. ורצה חכם אחד לטעון שאפילו אם מבחינת החוק החוזה פסול, כיון שהחתימה - ע"פ החוק ומנהג הסוחרים - מהוה קנין סיטומתא, אין זה מעניננו מה עמדת החוק באשר לחוזה. ולענ"ד נראה דכיון דכל הדין שלחוזה ולחתימה עליו יש תוקף של סיטומתא - הינה אך ורק עקב כך שהחוק נתן תוקף חוקי לחתימה, וא"כ כאשר החוזה פסול, הרי זה כחפצא אחרת לענין החתימה, וכמו דמהני רושם דוקא על חבית ולא על בית, הוא הדין דמהני החתימה דוקא כשלחוזה יש תוקף ע"פ החוק ולא כאשר החוק לא מכיר בחוזה.

ה. חיוב הקונה בנוקי גרמא של המוכר

וחייב הקונה לשלם למוכר כל נזק שנגרם למוכר בגין ביטול המקח. אמנם לענין נזקי גרמא צ"ע, דבגרמא חייב בדיני שמים ופטור מדיני אדם כמבואר בגמ' ריש פרק הכונס (ב"ק נה, ב - נו, א). וכשתפס בחיוב לצאת ידי שמים, כתב היש"ש בב"ק ו, ו דאפילו תפס הניזק, מפקינן מיניה. ואפילו לפירוש רש"י (ב"מ צא, א ד"ה רבא) דהיכא שפטור מדין קים ליה בדבריה מיניה מהני תפיסה, "בשלמא בקים ליה בדבריה מיניה חייב הוא, רק דלא קטלינן בתרי קטלא ועבדינן ליה החומרא, הלכך היכא דלא עבדינן החומרא, כגון בשוגג או שלא בהתראה או בזמן הזה, א"כ נוכל לומר שהסברא נותנת שאי תפס לא מפקינן מיניה, דהא סוף סוף חייב הוא, אבל היכא שגרמא בנוקין הוא ואין בו חיוב מן הדין אלא לצאת ידי שמים, א"כ פשיטא

דאי תפס מפקינן מיניה". וכן נמצא בדברי הריב"ש בתשי' (סי' שצב סוד"ה ומה שטוען יורש). ועיין בש"ך בשו"ע חו"מ שהביא דבריהם להלכה בכמה מקומות - כח, ב (ועיי"ש בקצוה"ח כח, א ובנתיבות כח, ב), עה, כו (ומבואר בש"ך שם דלא מהני תפיסה אפילו בלי עדים כיון שלא טוען התובע ברי. ועיי"ש מה שהביא הגרע"א בהגהותיו על השו"ע, ועיי"ע בש"ך עו, יב, קפב סוס"ק א). ואף שהחוות יאיר (סי' מה - בסוף התשובה לפני ד"ה והנה) רצה לחלק בין כשהמזיק התכוין לטובה, דבכגון זה לא מפקינן מהניזק אם תפס, להיכא דלא התכוין לטובה, מ"מ להלכה לא מלאו ליבו לחלוק על הרש"ל והריב"ש. וא"כ יש לדון על כל נזק ונזק בפני עצמו ולבדוק אם ע"פ דין חייב הקונה לשלמו למוכר.

תבנא לדינא :

א. אף לשיטת הרמב"ם שאין במחילה אסמכתא, היינו דוקא כשבזמן המחילה המותנית היה החפץ/ הכסף ביד הזוכה, אך אם אומר לו "מה שאתן לך יהיה מחול אם תעשה כו"כ", גם לרמב"ם יש חסרון של אסמכתא.

ב. כדי שיוכל המוכר לומר קים-לי כשיטות שאין אסמכתא בסיטומתא (בנידון חוזה חתום), צריך שלחווה יהיה תוקף ע"פ החוק, ובלאו הכי אין כאן קנין סיטומתא.

מסקנות

א. נחלקו הראשונים אם מחל לחבירו באופן שיש בו אסמכתא, אם מועילה המחילה.

ב. לרמב"ם - במחילה יש סברא לומר שאין אסמכתא, דהואיל ויודע שמעותיו ביד חבירו, גומר בדעתו למחול בכל ענין.

ג. לפ"ז אם אומר לחבירו: "מה שאתן לך, מחול לך, אם תעשה כו"כ", לא קנה, דכיון שיש כאן אסמכתא ואין את הטעם האמור בסעי' ב.

ד. יש הסוברים דלרמב"ם מהני מחילה באסמכתא דוקא אם נתן לזוכה בשעת המחילה על-דעת המחילה, ולא מהני אם היה הכסף ביד הזוכה בשעת מחילה ולא ניתן לו על-דעת המחילה.

ה. המוחל לחבירו כל מה שיטול מנכסיו, יכול לחזור בו קודם שנטל, אבל אחר שנטל אינו יכול לחזור בו. ויש סוברים דדין זה במתנה ולא במחילה.

ו. במחילה מותנית נראה דאליבא דכ"ע (הנ"ל בסעי' ה) לא מהני כשאינה ביד הזוכה בשעת המחילה.

ז. חתם על חוזה שאין לו תוקף ע"פ החוק, אף שלחתימה יש דין סיטומתא, בכהאי גוונא אין כאן קנין סיטומתא. וע"כ לא יוכל המוחזק לטעון טענת קים-לי שאין בקנין סיטומתא דין אסמכתא.

ח. לא מהני תפיסת הניזק בנזקי גרמא.