

מכתלי בית הדין

תשובות אקטואליות
בענייני חושן משפט

גיליון ר"ד, תשפ"ג



משולחנו של הגאון
רבי מנחם מנדל
פומרנץ שליט"א
ריש מתיבתא 'עוז והדר'

המותר לבטל חוזה ולשלם את הקנס?

עיקרי הנושא בהלכה

א. התחייבות לעבוד

ידועה ההלכה (ב"מ עז.) שפועל חוזר בו ואפילו בחצי היום, שנאמר כי לי בני ישראל עבדים, ולא עבדים לעבדים, אולם קבלן אינו יכול לחזור בו. הגדרת "פועל", היינו מי שנוטל שכר עבור עצם המלאכה, והגדרת "קבלן" הוא מי שנוטל שכר עבור התוצר של המלאכה. לפיכך הפועל דומה לעבד שמחוייב לעצם המלאכה, וכדי שלא יהיה כעבד לגמרי אמרה תורה שיוכל לחזור בו ואפילו בחצי היום.

כל זה הוא לאחר שהתחילו במלאכה, לפי שתחילת המלאכה נחשבת כמעשה קנין לעשיית המלאכה, אך אם רק סיכמו שיעשו מלאכה ושוב חזרו בהם הפועל או בעל הבית, אין להם זה על זה אלא תרעומת, והיינו שיש תרעומת על החוזר בו שמטריח את הפועל לחפש מלאכה אחרת ואת בעה"ב לחפש פועלים אחרים, ולכן אם החוזר בו מציע מלאכה אחרת או פועל אחר, שוב אין טענה על שחזר בו, (ש"ך סימן שלג ס"ק א).

ומשכך, לכאורה אילו היה ראובן הקבלן מציע קבלן אחר במקומו, גם תרעומת לא הייתה לר' דוד עליו. וגם בלאו הכי, נראה שאין עליו תרעומת שהרי בקצוה"ח (שם ס"ק א) כתב שבמקום של 'טענה רבה' שיש לו הפסד מרובה אם לא יחזור בו בטלה התרעומת, וגם בנידון זה הרי יצטרך להפסיד מכרז גדול רווחי ביותר, ושנא הוא בכלל הפסד מרובה וטענה רבה.

אלא שדעת ר"ת (ב"מ מה. ד"ה והא) שכאשר נעשה קנין על עשיית המלאכה, הגם שפועל יכול לחזור מצד ההלכה שעבדי הם ולא עבדים לעבדים, קבלן אינו יכול לחזור בו בשום פנים ואופן, והגם שראשונים רבים (שם) נחלקו עליו שקנין אינו חל לחייב בעשיית מלאכה אלא רק להקנות ממונות, הכרעת הרמ"א (סימן שלג סעיף א) היא כדעת רבינו תם, ומשכך אם נעשה קנין על המלאכה שוב אין הקבלן יכול לחזור בו, וכתב הש"ך (ס"ק ד) שאפילו קנין סודר מועיל בזה, ולכאורה הוא הדין קנין סיטומתא (ראה ש"ע חו"מ סימן רא), ואם כן שטר שנהגו הסוחרים לקנות בו ולהחיל על ידו התחייבות למלאכה נחשב כקנין סיטומתא, וכבר נהגו בכל בתי הדין לתת תוקף לחוזים שבזה"ז מצד קנין סיטומתא, הרי שלהכרעת הרמ"א כדעת רבינו תם יש כאן קנין מחייב לעשיית המלאכה.

לתרחיש הבא:

ר' אברהם אביבי הרים את הטלפון במשרדו. הפקיד במשרד עורכי הדין שניהל את המכרז לשיפוץ הקומה העליונה של התחנה המרכזית בבאר שבע, בישר לו לשמחתו על זכייתו במכרז. הוא נסע במהירות למשרד העו"ד ושם נחתם ההסכם לאחר שעות של משא ומתן מייגע ומעבר על מאות שורות של חוזה דרקוני, שאילולא היה מתן שכרו בצדו ופרנסה לטווח ארוך, היה מרים ידיו ומתייאש מכל העניין.

בשובו עם ערב למשרדו, בהבחו נורות אדומות במוחו. הוא ידע היטב שמשוה לא בסדר, ורק כעת הלכה התמונה והתבהרה בתודעתו: היה זה סעיף נפתל ומסובך, שאחת ממשמעויותיו הייתה שלאורך כל תקופת העבודה בתחנה המרכזית, נאסר על הקבלן המבצע לעסוק בכל עבודה נוספת 'מהצד'.

תחוננו של ר' דוד לסיים את העבודה במהירות עמדו מול עיניו, אך ככל שהפך בנוסח הסעיף וניסה להעלות פיל בחור של מחט ולדחוק את פרשנויותיו לשורות החוזה, היה ברור לו שהמאבק אבוד. סעיף יסוד בחוזה קבע: ככל שיתגלעו ספקות כלשהם בפרשנות החוזה, יד המפעיל על העליונה ולא תינתן אפשרות לערעור כלשהו.

ידע שהשיחה לא תהיה נעימה, ושבושרה התחנתונה הסיפור הזה יעלה לו 30,000 שקלים, אך ההכרח לא יגונה ולא היה טעם לדחות את שיחת הטלפון. ר' דוד הנדהם נאלץ לשמוע את כל הסיפור ולא הצליח לחלץ מגורונו היבש דבר מלבד 'נו' שנשמע יותר כניסיון עקר לכחכות, ור' אברהם הנבוכ רק מלמל: כמובן שאמלא את התחייבותי ואשלם לך מיד את סכום הפיצוי.

ר' דוד התעשת ואמר: הפיצוי אינו העניין, החוזה הוא חוזה ויהודי ירא שמים מקיים הסכמים, הקנס הקצוב בחוזה לא נועד להיות פתרון פלא לאי-אמינות אלא קנס שעומד כאיום וכדי לבטל את הפיתוי המזדמן לפעמים לבטל את החוזה לטובת חוזה אחר, אך ברור שבתשלום הכל עומד החוזה. ר' אברהם לעומתו טען שהחוזה מאפשר לשלם את הקנס ולהיפטר מהתחייבויות ושבידיוק לשם מצבים כאלה רצה לחתום על סעיף הפיצויים.

לאחר שהבינו שניהם גם את 'הצד השני', פנו כאיש אחד בלב אחד אל בית ההוראה לשמוע את דבר המשפט.

האם קנס שנקבע בחוזה הוא המחיר שבשבילו הסכימו שני הצדדים מראש לסגת מהחוזה? או שהקנס הוא רק אמצעי הרתעה, אך החוזה עצמו מחייב את שני הצדדים לקיימו בכל מחיר? שאלה תאורטיות שקמה ועמדה במרכזו של ויכוח ממוני סוער בין ר' דוד שניידמן איש אשדוד, ובין ר' אברהם אביבי קבלן שיפוצים באר שבעי.

ומעשה שהיה כך היה:

ר' דוד שהתגורר באשדוד וגידל בה משפחה לתפארת, התפרנס בשעות הבוקר כמלמד באחד החדרים הטובים בעיר ובשאר היום עסק בעיקר בגמילות חסדים ובייעוץ להורים, רכש לא מכבר בבאר שבע דירה להשקעה. כבר זמן מה שהגיעו הוא וביתו לכלל הבנה שצריכים הם הכנסה נוספת, אם ברצונם להמשיך ולחסוך לעת הפרישה ולהוסיף ולתמוך בילדיהם.

האפשרות להוסיף שעות עבודה על עבודותיהם, לא באה כעת בחשבון, ולכן פנו לאפיק של השקעה מניבה. מתווך חרוץ מצא עבורם דירה בבאר שבע שהוצעה למכירה ב-450,000 שקלים, ולפי החשבון, לאחר שיפצלו וישפצו את הדירה כראוי, מה שיעלה 120,000 שקלים נוספים, יוכלו להשכיר את שתי יחידות הדירור שיתקבלו במחיר 2,200 שקלים כל אחת, מה שיתן להם תזרים מזומנים חיובי כי החזר המשכנתא שלקחו עבור קניית ושיפוץ הדירה היה נמוך בכמה מאות שקלים מההכנסה.

כדי לאפשר את כל זה, מיהר ר' דוד לפנות אל משרדו של ר' אברהם אביבי, שהיה 'בעל מלאכה' רב מוניטין, וחתם עמו על חוזה ל'פרויקט שיפוצים מהיר', עם לוחות זמנים מסודרים כדי לסיים את החלוקה והשיפוץ בזמן קצר ככל האפשר, להשכיר את יחידות הדירור ולהתחיל ליהנות מהתשואה. כדי לוודא את השלמת ביצוע המלאכה, הוכנס לחוזה סעיף שבו נכתב כי אם יחזור בו אחד הצדדים מחלקו בהסכם, יתחייב לשלם לצד שכנגדו סך 30,000 שקלים.

סכום זה היה אמור לבטל לחלוטין את הרווח המיוחל מעבודות השיפוץ ובכך להבטיח ששום שיקולי רווח לא יגרמו לקבלן לוותר על העבודה. ר' דוד היה סמוך ובוטוח שבתוך זמן מה, הלחץ הכספי הזמני של החזר ההלוואה לבנק בלי דמי שכירות כנגדו, יחלוף, והכל ילך על מי מנוחות. אך שום דבר לא הכין אותו

אלא שר' ראובן הקבלן טוען שבחווזה נקבע מראש פתח לביטול הקבלנות באם ישלם את הקנס שנקבע מראש, וכנגדו טוען ר' דוד שהחווזה מחייב לעצם המלאכה, והקנס הוא רק להרתיע שלא יחזור בו, אך בוודאי אינו בא לבטל את עצם ההתחייבות של הקבלן לעשיית המלאכה.

ב. הרשב"א פסק שאין לבטל את החווזה לכתחילה

חווזה פשרה בבוררות, עמד בעין הסערה בקהלת לארדה, שדייניה הזדרזו לשלוח את משפטם לעיונו של הרשב"א (שו"ת חלק ג סימן רג). ראובן קנה שורת בתים צמודים ואת הגג שעליה משמעות, בתקופת המכירה והעברת הזכויות על הנכסים התגלע ויכוח בין הצדדים והם באו וקיבלו על עצמם פשרה על ידי בוררים. בנוסף, התחייבו מראש שאם אחד מהם לא יקיים את החלטות הבוררות, ישלם לרעהו קנס גדול.

העובדות זכו לתמיכת עדות של פלוני שהיה נוכח בעת ההתחייבות, אך זמן מה לאחר מכן הכחיש ראובן את כל הסיפור וטען שמעולם לא קיבל על עצמו להישמע להוראות הבוררים ולקיים את הפשרה. בשל רצונו להימנע מלהישבע ולהכחיש את העד שכנגדו, הסכים להתנהג כאילו אכן התחייב בקנס לקיים את הפשרה, אך אינו רוצה לקיים את הפשרה והרי הוא מוכן לשלם כאן ועכשיו את הקנס.

שמעון כמובן העדיף שהפשרה תתקיים וטען שעל ראובן לעמוד בהתחייבותו, ואת משפטם הגישו חכמי לארדה לפני הרשב"א: האם תשלום הקנס הוא אפשרות להיפטר מקיום הפשרה, או שאינו אלא לאיום בעלמא, וההתחייבות מחייבת לקיים את הפשרה בכל מצב.

קבע הרשב"א שמאחר שראובן הסכים להתחייב לשטר הפשרה כשטר מקויים, הרי הוא מחוייב בקנין לבצע את כל מה שבשטר. וכאשר קצבו קנס לחיזוק הדברים לא היה זה כדי לגרע את תוקף ההתחייבות ולאפשר התחמקות ממנה, אלא תוספת חיוב. הזכרת הקנס בהודעת הבוררים נועדה רק לורז את הצדדים לקיים את הפשרה לבל יפלו ברשת הקנס, אך לא נרמזה בדבריהם אפשרות להעדיף את 'פתרון' הקנס.

וכן כתב עוד הרשב"א בתשובה הקודמת (ח"ג סימן רב), וכדבריו פסק השולחן ערוך (סימן יב סעיף ט) וכתב ששנים שקבלו על עצמם פשרה בקנין וקנס ואחר הפשרה אמר אחד מהם: 'אשלם הקנס ולא אקיים הפשרה' אין בדבריו כלום.

ג. כשהתחייב רק שאם לא יעשה ישלם הקנס

אך נראה מדברי האחרונים שהכל תלוי בצורת ההתחייבות. שכן את דין הרשב"א והשולחן ערוך, הביא הלכה גם הרמ"א באבן העזר (סימן נ סעיף ו), ועל כך כתבו החלקת מחוקק (שם ס"ק כב) והבית שמואל (ס"ק כ"א) שכל זה הוא כשהתחייב בנפרד לקיים את הדבר וגם קיבל עליו קנס אם לא יקיים. במצב כזה אנו נוקטים שהתחייב לבצע את הדבר בכל מקרה, והקנס עומד בפני עצמו לחיזוק הדבר. אולם כאשר כתב שמקבל על עצמו דבר פלוני בקנין ובאם לא יקיים הדבר יתן קנס, ככזה מצב אנו דנים את הקנס כ"אפשרות ב", וכאילו התנה במפורש שאו שיעשה כך וכך או

שישלם קנס. ומאחר שמראש העמיד לעצמו את האפשרות לשלם את הקנס ולא לעשות את הדבר, רשאי הוא לכתחילה לבחור באפשרות זו.

דבריהם הובאו להלכה גם בנתיבות המשפט (סימן יב סק"ו) על דברי השולחן ערוך שהבאנו, שדבריו רק באופן שקיבל על עצמו את הדבר 'בקנין ובקנס', שאז נוסף הקנס על הקנין. אך אם אמר שאם לא יקיים ישלם הקנס אזי הקנס עומד כשובר על הקנין, ויכול לבחור באפשרות לשבור את ההתחייבותו ולשלם את הקנס המושג עליו.

ד. דברי הנחלת שבעה על 'שטר התנאים'

לאור האמור, נתבונן בדברי הנחלת שבעה (סימן ח') בנוסח ודיני 'תנאים', שנהגו לכתוב בשטר התנאים שאם חס ושלום יעבור אחד הצדדים על התנאים האלו או מקצתם יתן לצד המקיים עשרים רייכסטאלר (המטבע המקומי), והוסיף (סק"י) שבפולין נהגו לכתוב במפורש שהקנס לא יפטר את החרם והחרם לא יפטר את הקנס, ותמה על מנהג אשכנז שלא הוסיפו זאת, שהרי בקלות בכל מקרה שתגיע

הצעת שידוך שממון רב בצדה, אם יתן אחד עיניו בממון יוכל לבוא בקל לידי ביוש, כי ידע שיוכל לשלם את הקנס מתוך הממון שיתנו לו ולהרוויח את היתרה, בידועו שלא יוטל עליו עונש החרם.

מבאר הנחלת שבעה את מנהג אשכנז כך: בהלכה מבואר כאמור שאם אמר אחד מבעלי הדין שרצונו לשלם את

הקנס ולא לקיים את הפשרה שהתחייב לה בקנין אין בדבריו כלום. נשאלת השאלה, על מה נעשה הקנין שקיבלו על עצמם? אם נעשה על ביצוע הפשרה, אם כן הקנס שנעשה בפני עצמו אינו חל שהרי זו אסמכתא, כל שלא נעשתה בבית דין חשוב וב'מעכשיו'. ואם נעשה הקנין על הקנס, איך נחייבו לקיים את הפשרה שלא נעשה עליה קנין.

אלא בוודאי נעשה הקנין על הפשרה ועל הקנס כאחד, ומה שאין אנו דנים שהועמדה במסגרת הקנין האפשרות לשלם את הקנס ולהיפטר, הוא מפני שלא היה דעתם מתחילה להעמיד אפשרות זו כאפשרות מעשית לביטול הפשרה אלא שהתחייבו לקיים את הפשרה בכל מקרה מכח הקנין, ורק הוסיפו זירוז בדמות הקנס כדי להגביר את ההכרח לקיים את הפשרה, ולמנוע מבעל תחבולות וערמות להיכנס ולהכניס עמו את חברו בשערי תירוצים שלא ננעלו.

בהקשר זה הוא מצטט את דברי התרומת הדשן (סימן רפב) שאף על פי שהעמידו נקסות מכל מקום לא התירו בשביל זה לעבור וליתן הקנס, אלא שאם יעבור אפילו בשכחה יתן הקנס, שיהיו נזהרים לקיים.

ולכן נהגו באשכנז 'לוותר' על הציון המפורש שהחרם לא יפטר את הקנס והקנס לא יפטר את החרם, כיון שברור כמו בכל שאר שטרות שהקנס בא כתוספת ולא לגרע את כוח הדבר שלצדו.

ה. דין בנוסח החווזה שלפנינו

לאור כל האמור, נבחנו עתה את הקטע הרלוונטי בחווזה שבין ר' דוד לקבלן השיפוצים. כך נאמר בו:

'הצדדים נתחייבו זה לזה שאם לא יקיימו את כל האמור, ישלם הצד המפר סך 30,000 שקלים לצד שכנגדו.'

זה הקטע היחיד בחווזה שמתחייח במפורש להתחייבות שביניהם ובצורה גלויה לא הועמדה עצם ההתחייבות בפני עצמה, והקנס כתוספת לחיזוק. אלא במפורש: כל ההתחייבות אינה אלא שאם לא יבצע צד אחד את חלקו בחווזה, ישלם את הקנס. ואין לומר שהלשון החסרה היא בבחינת 'טעות סופר', שהרי אפשר בהחלט שהאמת כדברי ר' אברהם הקבלן שטוען כי מראש השאירו פתח לביטול חווזה במקרה של הפסד מרובה. ולאור זאת, רשאי ר' אברהם לבטל את החווזה ולשלם את הקנס שקצבו. [במאמר המוסגר נעיר, כי במקרה שהחווזה ביניהם היה נערך אצל עורך דין הפועל לפי חוקי המדינה, צידד הגאון רבי יצחק יעקב וייס וצ"ל (מנחת יצחק חלק ו סימן קע ס"ק כג) שכיון שבדיניהם הקנס מגיע תמיד כתוספת חיצונית לחיוב, ועל דעת כן נתחייבו, אין

במצבים אלו, יש לדון האם במקרים שבהם מסיבה כלשהי, אחד הצדדים אינו ממלא את חובותיו, יתחייב לשלם את הקנס שנוסף לחיזוק הדבר. כי יש מקום לדון שחיוב הקנס נידון כ'אסמכתא' ולא חל חיוב כל עוד לא נעשתה ההתחייבות בבית דין חשוב ובקנין 'מעכשיו'

למוכר זכות לבטל את המכירה בצורה זו. כמובן שהוראה זו תלויה ועומדת בנושא החווזה, ויש לבדוק בכל תחום מה נהוג לפי החוקים, מאחר ובהסכמים מעין נידון דידן, מסתבר שהחווזה אמור להיות בלשון שמחייב את ביצוע העבודה, ואין די בלשון שרק מחייב בקנס באופן של יציאה וביטול החווזה. ואמנם מאחר שכבר נתבאר שכל הקנין בשכירות פועלים הוא מדין קנין סיטומתא מצד מנהג הסוחרים להחשיב את השטרות שמועילים לפי החוק כחווזה מחייב, כך שאנו דנים את כל החוזה מלאכה מצד מה שהם מועילים לפי החוק, ומוזה חוזרים להועיל גם לפי ההלכה ומצד קנין סיטומתא].

ו. דעת השואל ומשיב שיכול לבחור בקנס

השואל ומשיב העלה שהפרדה בין עצם ההתחייבות לקנס אינה אפשרית אלא במקרה של קנין חפץ וכדומה שבו ההתחייבות עצמה היא מעשה קנין גמור והקנס עומד מצד כחיזוק לדבר עצמו. אך במקרה של ההתחייבות לפעולה עתידית, משקלו של הקנס שווה למשקל ההתחייבות עצמה, ולכן עומדות בפני המתחייב שתי אפשרויות שקולות לבחירה והוא יכול לשלם את הקנס ולא לבצע את הפעולה.

בתשובתו (מהדורה נתינת חלק ב סימן פא) עסק השואל ומשיב בשני שותפים שאחד מהם קנה משקאות אלכוהוליים מיצרן טרם ייצורם, וקיבל את רשות השותף השני לקנות ולמכור.

השותף הפעיל, נתן דמי קדימה בסך חמש מאות רובל כסף ביד שלישי, לקיום המקח. בשלב זה מת לפתע השותף הפעיל, והשותף השני שהיה עד כה מאחורי הקלעים, טוען לבטל את כל העסקה, ומציע שמאחר שבשטר הקנין כתוב שהכסף שהושלש יהיה קנס וייחלט במקרה שיחזור בו המפקיד מהמקח, הרי שנשארה הרשות בידו לבטל את הקנין ולשלם את הקנס. הרב השואל הביא את דברי השו"ע והאחרונים שהבאנו והסיק מדבריהם למקרה שלפניו, שאם עשה קנין וקנס, הקנין עומד בפני עצמו ואינו רשאי לבטל את הקנין. אך השואל ומשיב כתב שכל זה הוא רק כשקונה חפץ או משקה שכבר יוצר, שאז הקנין חל על החפץ, ומעות הקדימה שהפקיד נועדו לקיום הקנין שלא יחזור בו, ואז ודאי אין הקנס יכול לבטל את המקח, שהרי עשו קנין גמור. אך על התחייבות ושידוכים וכיוצא בהם, הקנס וההתחייבות שקולים וודאי אפשר להסתכל על הקנס כאפשרות שבירה לקנין או לשידוך. לגבי המקרה שלפניו, קבע השואל ומשיב שלמרות שהמשקאות האלכוהוליים עדיין לא יוצרו והרי הם דבר שלא בא לעולם, בכל זאת יש לדונם כמו קנין חפץ ולא כהתחייבות עתידית, מאחר שקנין סיטומתא שבו נקנו, מועיל גם בדבר שלא בא לעולם [גבולות היריעה אינם

אולם כאשר כתב שמקבל על עצמו דבר פלוני בקנין ובאם לא יקיים הדבר יתן קנס, בכזה מצב אנו דנים את הקנס כ"אפשרות ב", וכאילו התנה במפורש שאו שיעשה כך וכך או שישלם קנס. ומאחר שמראש העמיד לעצמו את האפשרות לשלם את הקנס ולא לעשות את הדבר, רשאי הוא לכתחילה לבחור באפשרות זו

מאפשרים את הרחבת הדיון בחידושו זה של השואל ומשיב במסגרת מאמר זה]. נמצאנו למדים מדבריו לנושא שלפנינו שכאשר התחייבו לביצוע פעולה והעמידו לצד ההתחייבות קנס, הרי הם שקולים ויכול הרוצה בכך לבטל את ההתחייבות על הפעולה ולשלם את הקנס.

ז. דברי הב"ח

על דברי השואל ומשיב תמה בדברי גאוני מדברי הב"ח (חושן משפט סימן רז) שנשאל במי שהשתעבד בשטר לקיים את המקח בתקיעת כף וקנס, וכעת רוצה לשלם את הקנס ולא לקיים את המקח. האם כופים עליו לקיים את המקח בכל זאת? והשיב שנראה שכיון שלא פירש שהקנס לא יפטור אותו מתקיעת הכף, אפשר שהיה בדעתו להיפטור בקנס מקיום המקח. ודברי הרשב"א לא נאמרו במקום כזה שבו עיקר כובד המשקה לחייבו לקיים את המקח אינו קנין אלא שבועה בתקיעת כף, ואת השבועה הרי ניתן להתיר, הרי שעיקר הדבר שסמכו עליו היה הקנס, ולכך יכול לבחור לשלם את הקנס ולהיפטור מלקיים. לכאורה מבואר בדברי הב"ח שלא כדברי השואל ומשיב שכתב שכאשר יש חפץ שנקנה אין אפשרות להשתמש מקיום הקנין. אך כמנחת

יצחק (הנ"ל שם) כתב ליישב שדברי הב"ח נאמרו רק במקום שאין הקנין מחייב והכל נסמך על השבועה, על כך אפשר לומר בוודאי שתשלום הקנס פוטר אותו מחיוב השבועה. וכל דברי השואל ומשיב שקנין חפצים חזק הוא ואינו ניתן לביטול על ידי תשלום קנס, לא נאמרו אלא באופן שאכן ישנו קנין גמור. לסיכום: במקרה שלפנינו שבו לא נקנה דבר מסוים, אלא עומדת לפנינו התחייבות של קבלן השיפוצים לבצע את חלוקת ושיפוץ דירתו של הרוכש, ולצדה התחייבותו לשלם קנס של 30,000 שקלים במקרה כמו זה שאירע שנוצרה אצלו סיבה להעדיף את האפשרות של תשלום הקנס, רשאי הוא לבחור באפשרות זו, ואין לכופו לקיים את השיפוץ.

ח. תשלום קנס במקרים שאינו יכול לעשות כן לכתחילה

כפי שנתבאר עד כה, ישנם מקרים שבהם הקנין עומד בפני עצמו, ורק קצבו קנס כדי לחזק את הדבר. למשל במקרה שקנה חפץ בקנין גמור, שאז אינו יכול לבחור לכתחילה באפשרות תשלום הקנס ולבטל את המקח. במצבים אלו, יש לדון האם במקרים שבהם מסיבה כלשהי, אחד הצדדים אינו ממלא את חובותיו, יתחייב לשלם את הקנס שנוסף לחיזוק הדבר. כי יש מקום לדון שחיוב הקנס נידון כ'אסמכתא' ולא חל חיוב כל עוד לא נעשתה ההתחייבות בבית דין חשוב ובקנין 'מעשיו'. השאלה עומדת דוקא במצבים כאלו שבהם הצליח החוזר בו, לגרום שלא יוכל לבצע את התחייבותו. ולכן לא ניתן לחייבו כעת לבצע את הדבר או לשלם את הקנס. האם במצבים כאלו ניתן לחייבו לשלם את הקנס?

יהודי תושב העיריה אולשקוויטץ קנה כרטיס להגרלת הלוטו, הוא סיפר על כך לחברו, וזה הציע לתת לו מחצית ממחיר הכרטיס ולהיות שותף שלו. עבר חלף שבוע, והתברר שהכרטיס הזוכה בהגרלת הלוטו היה הכרטיס שבידי היהודי. בא חברו וביקש לחלוק עמו בזכייה. הרוכש הראשון סירב, לטענתו הסתדר בעת קניית הכרטיס בלי עזרתו הכספית של חברו, ולכן הזכייה אינה נזקפת לזכותו. ובפועל לא הקנה לו את הכרטיס.

רבי יוסף מרדכי אב"ד אולשקוויטץ, צידד לומר שיש לחייב את הרוכש הראשון לחלוק בדמי הזכייה עם השני, מאחר שכך הוא דינא דמלכותא שיחלקו. הוא שולח את הדין לביורו לפני הגאון רבי שלמה דרימר, ה"בית שלמה" (חושן משפט סימן כא), והוא שלל את הרעיון ללכת אחרי דין המלכות בנושא זה: קופת הלוטו משלמת כנהוג רק למי שמציג את הפתק הזוכה, ולכן נחשב הדבר שהמעות מוחזקות בידי הקונה הראשון. מעתה,

המשך הדין-ודברים בין שני היהודים הוא בכלל דינא דמלכותא שבין ישראל לחברו ולכן יש לברר ולפעול לפי דין התורה.

ולמעשה מצדד הבית שלמה לאחר דיון, שדין המלכות בזה מספיק כדי לגרום שהתחייבות לפעול בהתאם לדין המלכות לא תיחשב כאסמכתא. אלא שעם זאת עדיין אין לנו להסיק מדבריו שבכל חוזה שכתוב בסגנון משפטי אין חיסרון של אסמכתא, ויש מקום לדון ולחלק בין הנידונים.

והנה בהגהת רמ"א (סימן רז סעיף טו) כתב ע"פ הרשב"א (ח"ג סימן סג) "ויש אומרים דאם השלישו משכנות זה כנגד זה במשפטי גוים ובשטרותיהן, קנו אפילו באסמכתא, משום דינא דמלכותא דינא", לאור דבריו לכאורה גם בנדון שלפנינו יתבטל החיסרון של האסמכתא מכח דינא דמלכותא דינא. אך החזון איש (חושן משפט לקוטים סימן טז ס"ק יא) כתב שאין לומר בכל חוזה שיש בו סעיף קנס על הפרת חוזה, שאין בו משום אסמכתא ומשום דינא דמלכותא דינא, שהרי אם נקבל סברה כזו, נמצאנו שומטים את הקרקע מתחת כל ההלכה של 'אסמכתא', שהרי בדיניהם אסמכתא קניא, ואם כן נקיים תמיד את האסמכתא בתואנה שכן הוא דינא דמלכותא.

והנה בחזו"א לא הקשה על דבריו מדברי הרמ"א הנזכרים, אך במנחת יצחק (חלק ו סימן קע ס"ק כ) דן בשטרות שנעשים אצל עורכי דין ונכתב בהם סעיף מיוחד ששטרות אלו ידנו בערכאות, וכתב שלכאורה לפי הרמ"א אין בהתחייבות שבהם משום אסמכתא משום דדינא דמלכותא דינא, ולכן הביא שהאחרונים הקשו על הרמ"א כי בשו"ת הרשב"א לא כתב כן, וביארו את הרמ"א בדרכים אחרות.

עוד דן במנחת יצחק מצד מנהג הסוחרים לכתוב סעיף קנס בחוזה, ומנהג הסוחרים מקבל תמיד תוקף מכח קנין סיטומתא שכוהו מצד תנאי בני העיר והפקד בי"ד שמועיל גם לבטל את החיסרון של אסמכתא, וכמבואר בתוספות (ב"מ סו. ד"ה ומניומי) שמתעם זה אין חיסרון של אסמכתא בקנס של שידוכין כי כן מנהג הקהילות לחייב קנס זה. וכתב לדחות (על פי המבואר בשו"ת חתם סופר ח"ה סימן טו) שהגם שיש מנהג אצל הסוחרים לכתוב כן, אין מנהג לחייב כן בדין שבין ישראל לחבירו ישראל, אלא אדרבה בי"ד נהוגים לדון שהקנין אינו מועיל ומשום חיסרון של אסמכתא, נמצא שכלל אין מנהג לחייב ולהחשיב שאין בזה משום אסמכתא.

וזה דבר המשפט

- המתחייב לעשות דבר וקצב קנס למקרה שלא יעשה הדבר, איז אם קיבל על עצמו הדבר בקנין בפני עצמו והוסיף עליו קנס, אינו יכול להישמש מביצוע הדבר על ידי שישלם הקנס.
- אמנם אם התחייב בקנין רק זאת שאם לא יעשה ישלם קנס, הרשות בידו לשלם ולא לעשות. אלא שגם לשלם את הקנס אינו חייב, שהרי התחייבות זו היא אסמכתא, ולא נעשה דבר לתקן את החיסרון של האסמכתא.

