

# תוקפם ההלכתי של חוזה בכתב, זיכרון דברים וסעיף פיצויים מוסכמים

## הרב פרופ' רון ש' קליינמן

סיכום	מבוא
1. חוזה	א. חוזה בכתב
2. זיכרון דברים	ב. זיכרון דברים
3. סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה ('אסמכתא')	ג. סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה ('אסמכתא')

מוקדש באהבה ובהוקרה  
להוריי מורי, אלעזר וחיה קליינמן  
"עוד יגובון בשיבה השנים ורעננים יהיו"

### מבוא

פוסקי ההלכה האחרונים<sup>1</sup> העניקו תוקף לחוזים בכתב<sup>2</sup> בהתבסס על תוקפם של חוקי המדינה מכוח הכלל 'דינא דמלכותא דינא'<sup>3</sup> ובעיקר על סמך מנהג המדינה ו'קניין סיטומתא'.<sup>4</sup> בשני הפרקים הראשונים של המאמר יידון תוקפם ההלכתי של חוזה בכתב

\* הרב פרופ' רון ש' קליינמן, מרצה בפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו; יו"ר הוועדה הישראלית של האיגוד הבינלאומי למשפט עברי (The Jewish Law Association).

1. מאמר זה מבוסס, בהוספות ושינויים, על הפרק האחד עשר של ספרי, דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי: משפט, ריאליה והיסטוריה, רמת גן, תשע"ג, 261-278 (הדגשות ופיסוק בציטוטים שיובאו במאמר זה הם שלי).

2. הדיון במאמר זה יעסוק בחוזים בכתב בלבד. חוזים רבים בחיי היומיום מתבצעים בעל-פה וחוקי המדינות מכירים בתוקפם. כך למשל קובע סעיף 23 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים): "חוזה יכול שייעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת". לדעת רוב האחרונים, בדומה לחוזה בכתב גם לחוזה בעל-פה יש תוקף הלכתי מכוח דינא דמלכותא ודין סיטומתא. על התוקף ההלכתי של עסקאות בדיבור, ראו בספרי, שם, עמ' 319-344.

3. ראו: שמואל שילה, דינא דמלכותא דינא (ירושלים, תשל"ה), 169-171, ולהלן הע' 67.

4. את התוקף של התחייבויות כספיות שבחוזה ניתן להשתית גם על תוקפה ההלכתי של התחייבות ממונית שנכתבה "בכתב ידו" של המתחייב או שנחתמה על ידו. ראו: משנה בבא בתרא י, ח; בבא בתרא קסו, א; שולחן ערוך חו"מ ט, א. עם זאת, לא ניתן לבסס על דין זה את תוקפן של התחייבויות חוזיות שאינן כספיות, כדוגמת התחייבויות להימנעות מפעולה או התחייבות לביצוע פעולה משפטית בעתיד.

ושל זיכרון דברים. הפרק השלישי יידרש לשאלת תוקפו ההלכתי של סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה המעורר את שאלת ה'אסמכתא'.

### א. חוזה בכתב

בעולם התקבל זה מכבר המנהג לתת תוקף משפטי למגוון סוגי עסקאות, בעיקר התחייבויות, על ידי הסכם כתוב, חוזה, אשר הצדדים לעסקה חותמים עליו. תוקפם של חוזים ומכלול הדינים הקשורים בהם זכו במרוצת השנים לעיגון בחוקי המדינות.

חוזה, כשמו כן הוא, חוזה פני עתיד. החוזה מעגן ומסדיר התחייבויות אשר הצדדים לו נדרשים לקיימם לאחר החתימה עליו,<sup>5</sup> ולכן הוא מכונה בלשון המשפטית: חוזה אובליגטורי, היינו הסכם שיש בו התחייבויות. לפי ההלכה, לא רק העברת בעלות אלא גם יצירת התחייבות, בין בעל פה ובין בכתב, דורשת מעשה קניין כדי שיהיה לזה תוקף.<sup>6</sup> לפיכך, כדי שיהיה לחוזה תוקף הלכתי הכרחי לבצע מעשה קניין על ההתחייבויות שבחוזה.<sup>7</sup>

דרכי הקניין (או "מעשי הקניין") שבמשנה ובתלמוד הן פורמליסטיות. כתיבת שטר, הכוללת חתימה של שני עדים, נחשבת אחת מדרכי הקניין והיא הוזכרה בספרות התלמודית כמועילה להעביר בעלות או זכות שכירות במקרקעין וכן כדי ליצור התחייבות כספית. חוזה בכתב חתום אינו מניי בין דרכי הקניין שבמשנה ובתלמוד, וגם אין לו דין שטר שכן חתומים עליו רק הצדדים לחוזה ולא שני עדים. משום כך, לכאורה, חתימה על חוזה אינה יכולה לתת תוקף להעברת בעלות במקרקעין או במיטלטלין או להתחייבויות מסוגים שונים.

עם זאת, רוב פוסקי ההלכה האחרונים, ובכללם פוסקים ודיינים בזמננו, העניקו תוקף הלכתי לחוזים בכתב גם במקרים בהם שטר אינו מועיל על פי ההלכה, כגון, בהקנאת מיטלטלין,<sup>8</sup> וכן במקרים בהם החוזה לא עומד בדרישות הלכתיות אחרות, כגון, אסמכתא.<sup>9</sup> זאת, בהתבסס על תוקפם של חוקי המדינה והכלל 'דינא דמלכותא דינא' ובעיקר על סמך מנהג המדינה וקניין סיטומתא'. ונימוקם, היות וכך הוא המנהג, הרי יש לראות בחתימה

5. כך למשל, בחוזה מכר הקונה נדרש לשלם את התמורה והמוכר נדרש להעביר לקונה את הבעלות בממכר.

6. ראו למשל: **בבא מציעא** צד, א ("תנא: ומתנה שומר שכר להיות כשואל. במאי, בדברים? אמר שמואל: בשקנו מידו"); **בבא בתרא** ג, א; **שולחן ערוך**, חו"מ ס, ו ("המחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם או שאינו מצוי אצלו, חייב... והוא שקנו מידו"). וראו עוד: **אנצ' תלמודית**, יא, ערך: "התחייבות", עמ' רמה-רנט; הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, **ההתחייבות** (ירושלים, תשס"א), 7-8; קליינמן, לעיל הע' 1, עמ' 12, הע' 4.

7. אין בעיה הלכתית בכך שהתחייבויות חזיות מתייחסות פעמים רבות לנכסים שטרם באו לעולם, כגון התחייבות לספק סחורה שטרם יוצרה. שכן, אף שלפי ההלכה אדם אינו יכול להקנות נכס המוגדר "דבר שלא בא לעולם", אולם הוא יכול להחייב בנוגע לנכס כזה (כמובן, בתנאי שנעשה מעשה קניין על ההתחייבות). ראו דברי השולחן ערוך שצוטטו בהערה הקודמת.

8. ראו להלן הע' 15.

9. ראו להלן הע' 30.

על חוזה 'קניין סיטומתא' בנוגע להתחייבויות החוזיות הכלולות בו.<sup>10</sup> לדעת חכמי הלכה אלו, קניין סיטומתא מועיל לא רק בעסקאות קנייניות אלא גם לשם מתן תוקף להתחייבויות חוזיות.

כך פסקו המהרש"ם,<sup>11</sup> המהרש"ך,<sup>12</sup> ר' יהודה עייאש,<sup>13</sup> בעל החתם סופר,<sup>14</sup> בעל שו"ת צמח צדק,<sup>15</sup> ר' אברהם דוד ורמן,<sup>16</sup> ר' ברוך מרדכי ליבשיץ,<sup>17</sup> ר' נתנאל פריד,<sup>18</sup> המהרש"ג,<sup>19</sup> המהרש"ם,<sup>20</sup> ר' חיים עוזר גרודזנסקי,<sup>21</sup> הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג<sup>22</sup> ועוד,<sup>23</sup> וכך גם דעת פוסקי הלכה בימינו.<sup>24</sup>

משמעות פסיקה זו היא שכאשר צדדים חותמים, למשל, על חוזה מכר דירה או רכב, הרי מכוח דין סיטומתא יש למסמך זה תוקף הלכתי חוזי, כשל התחייבות למכר, אולם אין בכך

10. גם בתקופת הראשונים הוענק תוקף להסכמים משלל סוגים על סמך דין סיטומתא. ברם, בתקופה זו לא מצאנו תפיסה של חוזה אובליגטורי כמוסד משפטי מוגדר ונפרד, כמקובל בימינו. ראו: ברכיהו ליפשיץ ואליאב שוחטמן (עורכים), **מפתח השאלות והתשובות של חכמי אשכנז, צרפת ואיטליה: המפתח המשפטי** (ירושלים, תשנ"ז), 78, בהערה בתחילת הערך "חוזה (הסכם, התחייבות)". לעומת זאת אצל האחרונים אנו פוגשים כבר את החוזה במתכונתו המודרנית, כפי שניתן להיווכח מן המקורות שיוזכרו להלן.

11. **שו"ת מהרש"ם חו"מ**, שפ. המשיב העניק תוקף לשטר חוב ("קונטרטו [חוזה])" על סמך דין סיטומתא.

12. **שו"ת מהרש"ך ג**, ח. הסכם פשרה בין נושים תקף מדין סיטומתא.

13. **שו"ת בית יהודה א**, דיני מנהגי ארגיל (אלג'יר), כג, עמ' מ. המשיב קבע על סמך דין סיטומתא: "ומטעם זה הליטר[ה] שנהגין בין הסוחרים הוי קנין גמור". "ליטרה די קאמביו" באיטלקית (בלטינית: cambium): שטר חליפין. ראו: בנימין ארבל, "יהודים, צמיחת הקפיטליזם וקאמביו", **ציון**, סט (תשס"ד), 158.

14. **שו"ת חתם סופר חו"מ**, סו, ד"ה ומ"ש מעלתו דליקני. המשיב קיבל את הטענה שבאופן עקרוני יש תוקף ל"קאנטראקט [חוזה]" מדין סיטומתא.

15. הרב מנחם מנדל שניאורסון (נכדו של בעל התניא), **שו"ת צמח צדק**, יר"ד, רלג: "הקאנטראקט [חוזה] חשוב סיטומתא [מנהג סוחרים] במכירת י"ש וכה"ג [וכדומה]".

16. **כסף הקדשים חו"מ רא**, א: "מכתב הנהוג לקנות בו מגויים, מה שקורין קאנטראקט, גם גבי מטלטלין הו"ל [הרי זה] סטומתא היטב".

17. **שו"ת ברית יעקב חו"מ**, ק: "קאנטראקט הוי כסטימותא [כסיטומתא]"; שם, צט, ד"ה הנה.

18. **שו"ת פני מבין**, רסא: "בעשטעללונג [הזמנה] בכתב ידו" שעושה קונה י"ש.

19. **שו"ת מהרש"ג** (הרב שמעון גרינפלד) ג, קיג, ד"ה אבל: "שלוסס [חוזה] בכתב כנהוג זה נ"ל [נראה לי] חיוב סטומתא גמור".

20. **שו"ת מהרש"ם** (הרב שלום מרדכי שבררון) ה, מה.

21. **שו"ת אחיעזר ג**, עט, ז: חוזה שכירות.

22. הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, **פסקים וכתבים ט** (ירושלים, תשנ"א), כו, א, עמ' עה"עו.

23. ראו: אליאב שוחטמן, **סדר הדין** (ירושלים, תשמ"ח), עמ' 213, הע' 28 (בעניין חתימה על שטר בוררות); ורהפטיג, **התחייבות**, עמ' 188, הערות 397-398.

24. הרב עזרא בצרי, **דיני ממונות**, ב (מהדורה שנייה), עמ' נה, נה; פד; הרב צבי שפיץ, **מנחת צבי: הלכות שכנים** (ירושלים, תשמ"ז), טז, ה; **שו"ת שמע שלמה א**, חו"מ ז, אות יב, עמ' רצ; הרב יעזר אריאל, **תורת המשפט א** (קריית ארבע, תשנ"ז), 132, 190; הרב שריאל רוזנברג, "עריכת חושים: החוזה ע"פ ההלכה", **הישר והטוב**, ז (תשס"ט), עמ' מ; הרב דוב ליאור, "מעמדם ההלכתי של המנהג והחוק במסחר", **משפטי ארץ ג** – **קניין ומסחר** (תש"ע), עמ' 47; וכך אמרו לי בשיחה בעל-פה הרבנים אשר וייס ושלמה דיכובסקי. הרב עובדיה יוסף העלה בתשובה את האפשרות שחוזה חתום נחשב לקניין סיטומתא, אך לא נזקק להכריע בדבר. ראו: **שו"ת יביע אומר ו**, חו"מ ו, ו.

כמובן משום עסקה קניינית (העברת בעלות) בממכר. הפוסקים העניקו תוקף מדין סיטומתא גם לחוזים שנעשו בנוגע לעסקאות (מכר וחכירה) בזכויות, כגון חכירה של זכות למכירת יי"ש ('ארנדה') או של זכות לגביית מכסים ('אקציו').<sup>25</sup>

בתי הדין הרבניים במדינת ישראל בפסקי דינם קבעו אף הם כמעט בלא יוצא מן הכלל<sup>26</sup> שלחווה חתום יש תוקף הלכתי מדין סיטומתא.<sup>27</sup> והכול כמובן בתנאי שהחווה עצמו מנוסח כמנהג המדינה,<sup>28</sup> והוא בר אכיפה על פי משפט המדינה.<sup>29</sup> בכמה פסקי דין רבניים נקבע כי חתימה על חווה מהווה 'קניין' על ההתחייבות החוית, אך בית הדין לא הסתמך על קניין סיטומתא.<sup>30</sup>

באשר לחווה שלא נחתם, נקבע באחד מפסקי הדין כי אין לו תוקף מדין סיטומתא, שכן בנסיבות המקרה לא הוכח שלשני הצדדים הייתה גמירות דעת לעסקה.<sup>31</sup> כמה מחכמי

25. למרות שמדובר בהקנאת נכסים עתידיים ("דבר שלא בא לעולם"). ראו, למשל: שו"ת בית שלמה חו"מ, סח. על תוקף הקנאת נכסים עתידיים מכוח דין סיטומתא ראו בספרי, לעיל הע' 1, בעמ' 279-317.

26. על שתי דעות חריגות בעניין זה ראו להלן ליד הערות 46-43.

27. ראו, למשל: ערעור תשי"ט/162, פד"ר ג 363, עמ' 368-369 (תשי"ך) (התחייבות למוזנות בנותיו); תיק תש"ך/4057 (ת"א), פד"ר ה 310, עמ' 317 (תשכ"א) (הסכם שותפות באגודה); ערעור שכ"א/116, פד"ר ד 193, עמ' 198 (תשכ"ב), ובאותו עניין, ערעור שכ"ב/68, פד"ר ד 289, עמ' 302 (תשכ"ב); ערעור שכ"א/139, פד"ר ד 275, עמ' 279 (תשכ"ב); תיק תשכ"ב/3134 (ת"א) לא פורסם. ציון אצל שוחטמן, סדר הדין (ירושלים, תשמ"ח), עמ' 213, הע' 28 (בעניין חתימה על שטר בוררות); תיק 5596/כ"ו (ת"א), פד"ר ו 202, עמ' 216 (תשכ"ב); תיק 5069/ש"ל (ת"א), פד"ר ט 16, עמ' 40 (תש"ב); ערעור תשל"ט/273, פורסם בתוך: הרב שאול ישראלי, משפטי שאול: פסקי דין (ירושלים, תשנ"ז), עמ' שח"שכג (תשנ"ז); תיק תשמ"ב/999 (אשד"ר) (לא פורסם. ציון אצל שוחטמן, שם, עמ' 72, הע' 189) (ייפוי כוח בלתי חוזר); תיק 1643/מ"ב (אשד"ר), פורסם בתוך: הרב יעקב אליעזרוב, "הפרת חווה בין קבלן לדייר", תחומין ד (תשמ"ג), 361, עמ' 363, 373 (הסכם עם קבלן לביצוע שיפוץ); תיק 7776/מ"ד (י"ם), פד"ר יד 43, עמ' 70 (ללא תאריך) (התחייבות לזון בן בעלה); תיק 778/תשנ"ב (י"ם), פד"ר טו 133, עמ' 138 (ללא תאריך) (כתב ערבות); תיק 36/נא (ת"א), פד"ר יח 354, עמ' 360 (תשנ"ב) (כנ"ל); [חסר מס' תיק], פסקי דין - ירושלים, ב, נג, עמ' נה (חווה למכר דירה); תיק 209/נה, פסקי דין - ירושלים, ד, קיז, עמ' קכא (כנ"ל); הרב יצחק פינחס (בית דין לממונות "משפט וצדק" שעל יד ישיבת כסא רחמים, בני ברק), שו"ת ויוזע יצחק א, חו"מ, ב, אותיות ב, יא; שו"ת ציון אליעזר, טז, נג (פסק דין של המחבר, ר"א ולדנברג, בבית הדין הרבני הגדול) (הסכם גירושין); הרב אוריאל לביא (אב"ד צפת וטבריה), עטרת דבורה ב (קשת, תשס"ט), חו"מ, מ, 898.

28. תיק 307/ל"ח (חי'), פד"ר יב 279, עמ' 291 (תשמ"א). סעיף בהסכם גירושין שקבע "לבעל לא תהא כל זכות בדירה". אף שלחתימה על הסכם יש תוקף של סיטומתא, מאחר שהסעיף לא נוסח כמקובל בהסכמי מכר נדל"ן ("הבעלים מעביר את בעלותו בדירה", תיאור הנכס וכדומה) - אין החתימה יכולה להיחשב לקניין סיטומתא.

29. לעומת זאת, באשר להסכמים פוליטיים קבעו בתי המשפט האזרחיים שאינם בני אכיפה. מכאן הסיק בית הדין הרבני ש"מנהג הציבור הוא דוקא שלא לראות בהסכמים כאלה הסכמים מחיבים", ולפיכך אין לחתימה עליהם תוקף מדין סיטומתא. תיק 1-35-64079635 (אשקלון), פד"ר יח 108, עמ' 112 (תשנ"ה).

30. ראו: ערעור ער/טז/47, פד"ר ב 9, עמ' 15 (תשט"ז) (הרבנים יצחק נסים, יוסף שלום אלישיב, בצלאל זולטי) (התחייבות בעל בהסכם גירושין שאם יתחרט ישלם קנס נחשבת לקניין "שטר") המסלק בעיית "אסמכתא"; תיק (חי') שכ"ב/1517, פד"ר ד 346, עמ' 349 (תשכ"ג) (קבלת פסול לעדות כעד במסמך חתום נחשבת לקניין).

31. הרב אברהם דב לוין, תיק מס' 111-נג, פסקי דין - ירושלים, ב, לא, עמ' לט. הצדדים סיכמו ביניהם את פרטי העסקה בלא נוכחות עורך דין ולחצו ידיים. המוכר שלח לקונה בפקס טיוטת חווה. לאחר כמה

ההלכה בזמננו קבעו באופן כללי שאין לתת תוקף לחוזה שאינו חתום על יסוד דין סיטומתא.<sup>32</sup> ר' אשר וייס נימק זאת בכך שהניסיון בבית הדין מלמד שבמקרה שבו לא נחתם חוזה, אי-אפשר לברר בוודאות על סמך נתונים אחרים, ובכללם עדויות הנוכחים במשא ומתן, אם אכן הייתה גמירות דעת של הצדדים להסכם.<sup>33</sup> ר' ברוך שרגא העיד שלא ראינו לא שמענו שחוזה שאינו חתום כבר מחייב, והוסיף שהרב יוסף שלום אלישיב אמר לו ש'כל עוד שלא חתמו על החוזה אין כאן גמירות דעת' והחוזה אינו מחייב.<sup>34</sup>

לפי המשפט הישראלי, חוזה דורש גמירת דעת ומסוימות.<sup>35</sup> התוקף החוזי של חוזה מכר מקרקעין מותנה גם ברכיב שלישי: 'דרישת הכתב', היינו העלאת החוזה על הכתב. הפסיקה הישראלית קבעה שבמקרים יוצאים מן הכלל, חוזה מכר מקרקעין עשוי להיות תקף גם בלא חתימה אם הוכח שהייתה גמירת דעת בין הצדדים.<sup>36</sup>

עם זאת, דין סיטומתא אינו נקבע בהכרח לפי החוק האזרחי ואף לא לפי פסיקת בתי המשפט, אלא לפי המנהג אצל המתקשרים בחוזה.<sup>37</sup> אכן, המנהג הוא שהצדדים לעסקה אינם גומרים בדעתם להתקשר ביניהם בחוזה בכתב לפני חתימתו.<sup>38</sup> לפיכך בצדק קבעו חכמי ההלכה כי המועד שבו מקבל חוזה בכתב את תוקפו מדין סיטומתא, הוא רגע חתימתו.<sup>39</sup>

שבועות, ובטרם נחתם החוזה, מכר המוכר את המקרקעין לאדם אחר. הרב לוין קבע, שכיוון שבזמן משלוח הפקס עדיין יכול הקונה לחזור בו, הרי ש'גם מצדו של המוכר לא היתה גמירות דעת לסיים את העסקה בעצם המשלוח... טרם קבלת תשובתו של הקונה'. והוסיף שגם אם לדעת שופטים מסוימים בבתי המשפט יש תוקף לחוזה דגן גם בלא חתימה, זו פרשנות של שופטים שאינה מחייבת מדין סיטומתא. בעניין האחרון ראו להלן ליד הע' 62.

32. הרב שריאל רוזנברג, "עריכת חוזה: החוזה ע"פ ההלכה", הישר והטוב, ז (תשס"ט), עמ' מ, על סמך המנהג; הרב ברוך שרגא, שו"ת והיה העולם חו"מ, ז, עמ' 123, וכך הביא גם בשם הרב אלישיב, דברי שניהם מצוטטים להלן ליד הע' 34. סימן זה מבוסס על פסק דינו של הרב שרגא בתיק מס' 111-נג, שם, אולם דבריו ודברי הרב אלישיב המצוטטים להלן מצויים בתוספת שנוספה בחיבורו על מה שכתב בפסק דינו; הרב אשר וייס, ראו בסמוך.

33. מו"ר הרב אשר וייס בשיחה בעל-פה עמי.

34. הרב ברוך שרגא, שו"ת והיה העולם חו"מ, ז, עמ' 123.

35. על יסודות אלו ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים, א, תל-אביב, תשנ"א, 319-266.

36. ראו: ע"א 571/79 דירות מקסים בע"מ נ' ג'רבי, פ"ד לז (1) 589, 604-605 (1983): "אין ספק, שצדדים... לכל חוזה הנערך בכתב, נוהגים לחתום על החוזה... ורוב האנשים לא יראו את עצמם קשורים בהתחייבויות ההדדיות... כל זמן שלא חתמו שני הצדדים על החוזה... אך ייתכנו יוצאים מן הכלל, אם כי נדירים, בהם ישתכנע בית המשפט, על סמך חומר הראיות המובא לפניו, שאמנם היתה גמירות דעת בין הצדדים, למרות העובדה, שחתימתם או חתימת אחד מהם חסרות על גבי ההסכם הכתוב"; ע"א 692/86 בוטקובסקי נ' גת, פ"ד מד (1) 57, 70 (1989). וראו עוד: פרידמן וכהן, שם, עמ' 448-456.

37. אמנם, המנהג כיום, במקרים רבים, הוא להתקשר בחוזה בהתאם לחוקי המדינה, ואולי גם בהתאם לפסיקות בתי המשפט, גם אם המתקשרים אינם מכירים את החוקים והפסיקות הללו. על הדעות השונות בעניין זה ראו להלן ליד הע' 64-62 ובהע' 64.

38. ראו דברי השופט גבריאל בך בע"א 571/79, אשר צוטטו לעיל בהע' 36.

39. ראו לעיל הע' 32.

השאלה אם חתימה על חוזה מסוים תיחשב למחייבת מכוח קניין סיטומתא תלויה במהותה של העסקה הנידונה, במנהג הקשור אליה ובכוונת הצדדים.<sup>40</sup> לאור זאת קבע הרב ח"ג צימבליסט בפסק דינו, שחתימה על הסכם שלום בית שעמדו להגיש לאישור בית המשפט – ועל פיו התחייב הבעל להעביר את מחצית הדירה על שמה של אשתו – אינה מחייבת מדין סיטומתא. ונימוקו, לפי שיש כאן גילוי דעת שגמירות דעתם של הצדדים תחול רק עם אישור ההסכם כפסק דין, ולא קודם לכן.<sup>41</sup>

לעניות דעתי יש להשיג על נימוק זה. הסכם שלום בית, הטעון אישור של בית משפט, הוא חוזה על תנאי, שיש לסווגו לפי דיני החוזים כחוזה עם תנאי מתלה, שקיומו תלוי באישור של צד שלישי. צדדים החותמים על חוזים – במקרה דנן על הסכם שלום בית – מבינים היטב שחוזה על תנאי הוא חוזה מחייב לכל דבר, שנעשה מתוך גמירות דעת, אלא שתוצאותיו המעשיות מושעות עד להתקיימות התנאי. לפיכך בתקופת הביניים – בין כריתת החוזה לבין התרחשות התנאי המתלה (אישור בית המשפט) – קשורים הצדדים בחוזה שביניהם, וחזרה של אחד מהם מהסכמתו עשויה להיחשב להפרת החוזה, או למצער להפרת חובת תום הלב.<sup>42</sup>

לעומת הפסיקה המקובלת בבתי הדין הרבניים בישראל, שאזכרה לעיל, שניים מן הדיינים לא הכירו בתוקפם של חוזים מכוח דין סיטומתא. הרב אליהו עצור פסק שאין לצוואה חתומה תוקף מדין סיטומתא. נימוקו, המבוסס על דברי החזון איש, הוא שהמדינה אינה מקפידה באיזה קניין יקנה המצווה את נכסיו.<sup>43</sup> יצוין שדעת החזון איש בעניין זה, המתייחסת לתוקף ההלכתי של רישום מקרקעין בטאבו, לא התקבלה בדרך כלל בפסיקת בתי הדין הרבניים במדינת ישראל.<sup>44</sup>

הרב זלמן נחמיה גולדברג בפסק דין ובמאמר סבר כי לזיכרון דברים ולחוזה מכר מקרקעין אין תוקף מדין סיטומתא. לדעתו, קניין סיטומתא נוצר רק כאשר מדובר במנהג שנהג

40. באשר למהות העסקה, ראו: שו"ת בית שלמה, חו"מ, פד.

41. הרב חיים גדליה צימבליסט, "דרכי קניין דירה", דברי משפט, ד (תשנ"ח), עמ' רעו (פסק דין כאב"ד בבית הדין הרבני האזורי בת"א). הרב צימבליסט ציין שנימוק מעין זה מצאנו גם בפסקי דין נוספים והוסיף נימוק שני: הבעל לא התחייב אלא במסגרת שלום בית, ומכיוון שספק אם התקיים מצב זה, הרי אין תוקף להתחייבותו. ברומה נקבע שאם חתמו צדדים לעסקה על הסכם, ואחר כך עשו קניין סודר, "יש להניח שבחתימה עצמה לא התכוונו כלל לשם קניין, אלא התכוונו לקנות בקניין אגב סודר". ראו: ערעור שכב/79, פד"ר ד 314, עמ' 317 (תשכ"ג) (הרבנים עובדיה הראיה, יעקב הדס [עדס], בצלאל זולטי). דוגמה נוספת לעיקרון האמור: ערעור תשל"ל/211, פד"ר ט 97, עמ' 102 (תשל"ב) (הרב מרדכי אליהו). לפי האמור שם, הנהוג המקובל בבתי הדין בנוגע להתחייבויות בהסכמי גירושין הוא שלא להסתפק בחתימת הצדדים על ההסכם אלא לבצע מעשה קניין (קניין סודר). כיוון שזהו הנהוג, אם חתמו הצדדים על הסכם גירושין, אך לא עשו מעשה קניין, יכול כל אחד מהם לחזור בו ולטעון כי לא התכוון לבצע קניין בלא מעשה קניין כדיון.

42. בעניין חוזה עם תנאי מתלה ראו: סעיף 27 לחוק החוזים תשל"ג-1973; גבריאלה של, דיני חוזים: החלק הכללי, ירושלים, תשס"ה, 467-482; דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים, ג, תל-אביב, תשס"ד, 31-58.

43. ראו: תיק מ"ח/3164 (י"ם), פד"ר יח 207, עמ' 240 (אין תאריך, במהלך תשמ"ט-תשנ"ח) [=הרב אליהו עצור, "קניין סיטומתא בצוואה", שורת הדין, ד (תשנ"ח), עמ' שגד, אות ט].

44. על דעת החזון איש ועמדת בתי הדין הרבניים בעניין זה ראו בספרי, לעיל הע' 1, עמ' 221-237.

הציבור מרצון חופשי. אבל אם המנהג נוצר בעקבות חוק המדינה – הוא אינו נובע מרצון חופשי של הציבור אלא מהכרח, ולכן אין לו תוקף. כתיבת חוזה לא נוצרה מרצון חופשי של הציבור, אלא מכוח החוק, כדי שיהיה אפשר לאכוף את ההסכם 'בערכאות', ולפיכך אין לחוזה תוקף של סטומתא.<sup>45</sup> כאמור לעיל, שתי הדעות הללו הן דעות חריגות בקרב הדיינים בימינו.<sup>46</sup>

## ב. זיכרון דברים

זיכרון דברים הוא מסמך שבו מעלים הצדדים על הכתב את עיקרי ההסכמות ביניהם. בדרך כלל אנו מוצאים אותו בעסקאות מקרקעין, ובהן גם יתמקד פרק זה, אולם הוא עשוי להיכתב גם בעסקאות אחרות.<sup>47</sup> לפי המשפט האזרחי בישראל, 'מסמך שהצדדים מכתירים בשם "זיכרון דברים", יכול להוות הסכם מחייב לכל דבר ועניין, ויכול להוות אך תרשומת המשקפת שלב במשא ומתן'. כדי שזיכרון דברים ייחשב לחוזה מחייב, 'עליו למלא את דרישות חוק החוזים לשם יצירת חוזה, שהן בעיקר גמירת דעת ומסוימות'.<sup>48</sup> הדיון ההלכתי להלן יעסוק ב'זיכרון דברים' העומד בדרישות אלו, ולפיכך נחשב במשפט הישראלי לחוזה מחייב.

מכיוון שפוסקי ההלכה האחרונים והדיינים בבתי הדין הרבניים העניקו לחתימה על חוזה תוקף הלכתי-חוזי, צפוי היה שכך יהא המצב גם בנוגע לחתימה על זיכרון דברים. ואולם בכמה פסקי דין שניתנו בבתי הדין הרבניים משנות השמונים של המאה העשרים ואילך, אם כי לא בכולם, מצאנו את הקביעה שלזיכרון דברים, שלא כמו לחוזה, אין תוקף הלכתי כלל.<sup>49</sup>

45. הרב זלמן נחמיה גולדברג [חסר מס' תיק] (י"ם), פד"ר יד 334, עמ' 346 (תשנ"ב); הרב זלמן נחמיה גולדברג, "תוקף ההתחייבות למכור בזיכרון דברים", תחומין יב (תשנ"א), 290; הרב זלמן נחמיה גולדברג, "רכישת דירה ע"י חוזה ותשלומי שיקים", הישר והטוב, ב (תשס"ו), עמ' ט. פסק הדין עסק בזיכרון דברים, והמאמר – בחוזה מכר מקרקעין.

46. על שיטתו זו של הרב גולדברג ראו רון ש' קליינמן, "החוק האזרחי במדינה – מנהג המדינה?", תחומין לב (תשע"ב), 269-271.

47. למשל, זיכרון דברים למכירת מניות. ראו להלן, הע' 65.

48. ש"ל, דיני חוזים: החלק הכללי, עמ' 164, 165.

49. תיק מה' 620 (נת'), פד"ר יז 122, עמ' 124-125 (אין תאריך, תשמ"ה). פסק דין זה יידון בסמוך; [חסר מס' תיק], פסקי דין – ירושלים, ב, נג, עמ' נו: פסק דינו של הרב ברוך יצחק לוי. לדעתו, כיוון שעומדים לכתוב חוזה, אין סמיכות דעת בשלב זיכרון הדברים, והרי זה כמכר "בלי פיסוק דמים". פסק דין זה צוטט בהסכמה על ידי בנו, הרב אברהם דב לוי, תיק 209-נה, פסקי דין – ירושלים, ד, קכא; בפסק דין נוסף הבהיר הרב ברוך יצחק לוי, כי זיכרון דברים אינו אלא "התחייבות לכתוב... חוזה". ראו: [חסר מס' תיק], פסקי דין – ירושלים, ג, עט, עמ' פ. אולם, בפסק דין אחר הוא פסק שקבלן שחתם עם בעלי מגרש על זיכרון דברים ותקעו כף "קנה את המגרש מדין סטומתא". ראו: [חסר מס' תיק], פסקי דין – ירושלים, ו, כג.

בפסק דין רבני שניתן באמצע שנות השמונים של המאה העשרים,<sup>50</sup> כתב הרב חיים שלמה רוזנטל שקיימים שני טעמים לכך שאין לזיכרון דברים תוקף מדין סיטומתא:

1. כיוון שהמנהג הוא לעשות אחריו חוזה מפורט, 'א"כ המנהג הוא שהזכרון דברים אינו גומר הקנין', ואין הצדדים בחתימתם מתכוונים להתחייב באמור בו עד לחתימה על החוזה.

2. כיוון שהמנהג בנוגע לתוקפו של זיכרון דברים, שלא כמו לגבי חוזה, 'אינו ברור אצל כל העולם'. מעובדה זו נגזר שגם אם יפסקו ב'ערכאות', כלומר בבתי המשפט האזרחיים, שיש לזיכרון הדברים דנן תוקף – אין זה מועיל, שכן קניין סיטומתא נאמר רק בנוגע למנהג 'ברור בלא שום ספקות'. שאם לא כן, נצטרך לבדוק תוקפו של כל הסכם בבית משפט על פי חוקי המדינה, ואז 'בטלה [צ"ל: בטל] כל דין תורה ואויבינו פלילים, וזה דבר שלא ניתן לאומרו, ולא תהא שיחה בטלה שלהם כתורה שלמה שלנו'.<sup>51</sup>

דומני כי יש להשיג על הנימוק הראשון, שבו אחזו מלבד הרב רוזנטל גם דיינים נוספים.<sup>52</sup> העובדה שנהוג לכתוב מאוחר יותר חוזה מפורט יותר אינה שוללת את כוונת הצדדים לתת לזיכרון הדברים תוקף. אדרבה, מטרתו העיקרית של זיכרון דברים היא ליצור מחויבות הדדית לעסקה,<sup>53</sup> שעיקריה מועלים על הכתב בראשי פרקים, כבר בשלב מקדמי זה.<sup>54</sup> משום כך מקובל לכתוב בזיכרון דברים שצד החוזר בו מן העסקה ישלם דמי ביטול או יפסיד את דמי הקדימה ששילם לצד האחר (סעיף פיצויים מוסכמים).

הנימוק השני, שלפיו מבחינה עובדתית תוקפו המשפטי של זיכרון דברים 'אינו ברור' לציבור הרחב – מסתבר יותר על רקע התקופה שבה נאמר ובעיקר על רקע נסיבות המקרה שנידון. אמנם במשפט הישראלי בשנות השמונים של המאה הקודמת היה ברור שבאופן עקרוני זיכרון דברים עשוי להיות חוזה לכל דבר, וכי תוקפו ייקבע על פי תוכנו ומהותו

50. תיק מה-620, שם. בפסק הדין לא צוין תאריך. זיכרון הדברים שנידון שם נכתב ב-22 בנובמבר 1984, ולפי מספר התיק עולה שהוא נפתח בשנת תשמ"ה.

51. תיק מה-620, לעיל הע' 49. המשפט האחרון הוא פרפרזה על דברי רבן יוחנן בן זכאי לזקן בייטוסי שחלק על פרשנות חכמים (מנחות סה, ב): "ולא תהא תורה שלמה שלנו כשיחה בטילה שלכם?".

52. הרב ברוך יצחק לוי ובונו, הרב אברהם דב לוי. פסקי דין – ירושלים, ב, נג, עמ' נו ראו לעיל הע' 49; הרב שריאל רוזנברג, "עריכת חוזה: החוזה ע"פ ההלכה", הישר והטוב, ז (תשס"ט), עמ' מה (הסתפק בתוקף זיכרון דברים מטעם זה, אף שציינ כי באופן עקרוני "דין זכרון דברים כדין חוזה" גם לפי ההלכה וגם לפי החוק).

53. ראו, למשל: ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקב בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 281, 287 (1979).

54. לפיכך אין הנידון דומה לראיה שהביא הרב רוזנטל (תיק מה-620, לעיל הע' 49) מדברי ה"י"א אה"ע ג, יב, לענין כתיבת פרטי שידוך ב"ראשי פרקים", שכל צד רשאי לחזור בו עד זמן כתיבת ה"תנאים", ואין לחייב בקנס המוסכם את מי שחזר בו. שם כוונת הצדדים היא שלא להתחייב עד לזמן כתיבת ה"תנאים", גם לא בקנס, מה שאין כן בזיכרון דברים. עוד יש לציין שיש שחלקו על דברי ה"י"א, וגם על ההשוואה שבין שידוך לבין מקח וממכר. ראו: הרב יעקב אברהם כהן, עמק המשפט, א, (בני-ברק, תשנ"ה), א, עמ' ב"ג; הרב מרדכי בנימין רלב"ג, אבני משפט (ירושלים, תשס"ד), עמ' קסו, קסח; הרב עובדיה יוסף טולידאנו, "פרטי דינים בחוזה מכר הנהוגים בזה"ו [בזמן הזה]", קובץ דרכי הוראה, ב (תשס"ה), עמ' רז, ובהע' 1.



ולאור הנסיבות;<sup>55</sup> אולם ייתכן שבתקופה זו רבים בציבור עדיין לא היו מודעים למצב משפטי זה וסברו כי זיכרון דברים אינו אלא שלב מקדמי לחוזה. וכיוון שקניין סיטומתא מושגת על המנהג, הרי מה שקובע הוא כיצד הציבור הנוהג להשתמש בזיכרון דברים תופס כלי משפטי זה.<sup>56</sup>

ייתכן גם שדברי הרב רוזנטל בנימוקו השני נאמרו על רקע נסיבותיו המיוחדות של המקרה שנידון, ואולי גם על רקע הפסיקה בדיני חוזים בבתי המשפט האזרחיים בתקופה המקבילה. בשנות השבעים והשמונים הלכה הפסיקה הישראלית וצמצמה את כמות הפרטים הנדרשים לשם עמידה ב'דרישת הכתב', הנחוצה לפי החוק בהסכם לרכישת זכויות במקרקעין.<sup>57</sup> כך למשל, נקבע באחד מפסקי הדין בנוגע לקבלה – שלא היה בה יותר מאשר אישור על תשלום מקדמה על החשבון, מיקום החלקה, מחיר לדונם ושמות הצדדים – כי היא עומדת בדרישת הכתב.<sup>58</sup>

גם בפסק דינו של הרב רוזנטל היה מדובר במסמך שעיקרו קבלה על תשלום מקדמה לרכישת דירה.<sup>59</sup> לאור האמור אפשר שקביעתו של הרב רוזנטל, כי תוקפו של זיכרון דברים 'אינו ברור אצל כל העולם', נובעת מעובדות המקרה שלפניו ומן הפסיקה האזרחית הבלתי אחידה בעניין זה בתקופתו, פסיקה שהייתה עשויה להביא בשעתה לאי-בהירות בקרב הציבור. ייתכן אף שבדברי הרב רוזנטל ניתן למצוא הד למצב המשפטי האמור.<sup>60</sup>

סירובו העקרוני של הרב רוזנטל ללכת בעניין זה אחר פסיקת בתי המשפט, גם אם הפסיקה מכירה בתוקפו של זיכרון דברים – תואם את עמדתם של כמה מפוסקי ההלכה במאות השנים האחרונות וגם בימינו. לפי חלק מן האוחזים בגישה זו, כיוון שקניין סיטומתא דורש קיומו של מנהג מוכר וברור לציבור המשתמש בפרקטיקה הנידונה,<sup>61</sup> לכן אי-אפשר להשתית קניין זה על פסיקת בתי המשפט כל עוד לא הפכה פסיקה זו למנהג

55. על תוקפו של זיכרון דברים במשפט הישראלי ראו: פרידמן וכהן, **חוזים**, א, עמ' 291-311; שלף, **דיני חוזים: החלק הכללי**, עמ' 164-166.

56. ולא מה יודעים אנשי משפט. כך אמר לי מו"ר הרב אשר וייס בשיחה בעל-פה.

57. סעיף 8 **לחוק המקרקעין** תשכ"ט-1969: "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב". פסק הדין הראשון שדן בעניין זה היה ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. נ' מנהלי עיזבון בירדמן, פ"ד (כז) 781 (1972). לסקירת הפסיקה בנושא זה ראו: אריה איזנשטיין, **יסודות והלכות בדיני מקרקעין**, מהד' שנייה, ב, תל-אביב, תשנ"ו, 38-44; שלף, **דיני חוזים: החלק הכללי**, עמ' 381-383; פרידמן וכהן, **חוזים**, א, עמ' 448-414.

58. ע"א 235/75 חסן ערפאת קאדרי נ' מסדר האחיות צירלס הקדוש, פ"ד ל(1) 800 (1976).

59. מדובר במסמך קצר ביותר שכותרתו "זיכרון-דברים", שהוגדר בפי הרב רוזנטל, **פד"ר** יז 122, עמ' 124: "סיפור דברים וקבלה על קבלת המקדמה, רק דרך אגב כתב... שהכסף הוא 'מקדמה על הדירה שקנה ממני'".

60. "שבערכאות במקרים מסויימים זכרון דברים הוי כשטר... אף שיתכן שנוסח מסויים של 'זכרון דברים' מהני [מועיל] בדיניהם (כאשר הוא מנוסח בנוסח חוזה), מ"מ [מכל מקום] הואיל ואין הדבר כביעתא בכותחא [כביצה בפותח, ברור ללא ספק] לכל העולם" (שם, עמ' 125. הסוגריים העגולים במקור).

61. כדי שפרקטיקה מסוימת תוגדר "מנהג המקום", עליה להיות מוכרת, ברורה ונעשית תדיר באותו מקום. ראו: קליינמן, לעיל הע' 46, 262-263.

המדינה.<sup>62</sup> נימוק אחר לעמדה זו הובא על ידי אחד מן הדיינים בזמננו. לדבריו, בניגוד לחוק המדינה, לפסיקת בתי המשפט אין תוקף מכוח מנהג, כי חוק הוא דבר יציב ואילו הפסיקה עשויה להשתנות בהתאם לשופט.<sup>63</sup> עם זאת, יש מן הדיינים בזמננו הגורסים, שאם מדובר בפסיקה ברורה ויציבה שאין עליה מחלוקת בבתי המשפט – כגון פסיקה ברורה של בית המשפט העליון – אנשים מתקשרים ביניהם על דעת פסיקה זו גם אם אינם מכירים אותה, כפי שהם מתקשרים בעסקאות על דעת חוקי המדינה גם בלי להכירם.<sup>64</sup> ואולם חרף כל הדיון הנזכר לעיל נראה לי, ודאי בנוגע למציאות בישראל כיום, שבדרך כלל מוכר וקונה החותמים על זיכרון דברים בעסקת מקרקעין, בין שמדובר במכר נדל"ן למטרות עסקיות ובין במכר דירת מגורים לצרכים אישיים, מבינים היטב שמדובר בחוזה מחייב בעל תוקף משפטי, וכי הפרתו מצד מי מהם תחייבו בפיצויים המוסכמים הקבועים בהסכם. וכיוון שכך הוא המנהג של המתקשרים בזיכרון דברים, יש להסכם זה תוקף הלכתי-חוזי מדין סיטומתא.

אכן, שלא כעמדה שהוצגה לעיל, בפסקי דין אחרים – הן משנות השבעים הן משנות התשעים של המאה העשרים – בתי הדין הרבניים הכירו בתוקפו של זיכרון דברים.<sup>65</sup> בכמה מהם אף נאמר במפורש שתוקפו של זיכרון דברים מבוסס על דין סיטומתא.<sup>66</sup> כך פסקו חכמי הלכה גם בראשית המאה העשרים ואחת על סמך חוקי המדינה ודין סיטומתא.<sup>67</sup>

### ג. סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה ('אסמכתא')

פוסקי ההלכה העניקו לדין סיטומתא פרשנות מרחיבה והסתמכו עליו לא רק לשם מתן תוקף לדרכי קניין חדשות, אלא גם כדי להתגבר על בעיות אחרות בדיני הקניין.<sup>68</sup> על סמך

62. ראו, למשל: שו"ת מהרי"ט א, קכה-קכו; שו"ת ידיו של משה, חו"מ, י, ד"ה ועוד; תיק מס' 111-נג, לעיל הע' 31.

63. הרב אברהם שרמן, שיחה עמי מיום י"ח בכסלו תשע"ג. לדעתו, מאותה סיבה אין לפסיקת בתי המשפט תוקף גם מכוח דינא דמלכותא.

64. בעניין זה ראו עוד: רון ש' קליינמן, "האם חוקי המדינה מחייבים כ'מנהג' גם את מי שאינו מכיר אותם?", תחומין לג (תשע"ג), 82-93. לדעות נוספות של דייני זמננו בשאלת תוקף הפסיקה האזרחית הישראלית מכוח מנהג, ראו שם, עמ' 92. נושא זה ראוי להרחבה, ואקווה בעז"ה להרחיב בו במקום אחר.

65. ראו: תיק 336-נד, פסקי-דין – ירושלים, ד, עמ' 16 (חוזה מכר של דירה). בית הדין ציין כי זיכרון דברים חתום הוא דרך קניין על פי דין תורה מכוח המנהג, אך לא הזכיר את קניין סיטומתא.

66. תיק 5069/ש"ל (ת"א), פד"ר ט, 16, עמ' 40 (תשל"ב) (הרב שלמה טנא) (זיכרון דברים למכירת מניית); ערעור 1010/תשנ"ב, פד"ר יח, 29, עמ' 31 (תשנ"ד) (הרב שלמה דיכובסקי) (זיכרון דברים למכירת בניין).

67. ראו: הרב יעקב אברהם כהן, עמק המשפט א (בני-ברק, תשנ"ה), א, עמ' ב"ג (על סמך חוק המדינה והנהגה); הרב עובדיה יוסף טולידאנו, "פרטי דינים בחוזה מכר הנהוגים בזה"ז", קובץ דרכי הוראה, ב (תשס"ה), עמ' רו, ובהע' 1. (חוק המדינה וקניין סיטומתא); שו"ת דבר חרון א, חו"מ, מט, 157 (כנ"ל); הרב אשר וייס והרב שלמה דיכובסקי, בשיחות בעל-פה עמי (קניין סיטומתא); הרב מרדכי בנימין רלב"ג, אבני משפט, ירושלים, תשס"ד, עמ' קסד-קעג (חוק המדינה והמנהג). לדעתו, זיכרון הדברים נחשב לשטר ראיה, והמקדמה הכספית מהווה "קניין כסף" על נכס הנדל"ן. לדיון בשאלה האם בימינו העברת בעלות בנדל"ן תלויה ברישום בטאבו ראו בספרי, לעיל הע' 1, עמ' 221-241.

68. על הפרשנות המרחיבה לדין סיטומתא ראו בספרי, לעיל הע' 1, עמ' 99-103.

דין סיטומתא ביססו כמה מן הפוסקים את תוקפן ההלכתי של פרקטיקות שבהן נהגו להקנות במצבים 'בעייתיים' מבחינת הלכות הקניין, כלומר מצבים שבהם אי-אפשר להקנות על פי דיני הקניין הרגילים, כגון הקנאת נכסים עתידיים ('דבר שלא בא לעולם') וביצוע עסקאות מכר והתחייבויות באמצעות דיבור.<sup>69</sup> פרק זה ידון באחת הדוגמאות לכך הקשורה לחוזים: תנאי בין צדדים לחוזה הקובע פיצויים מוסכמים מראש במקרה של הפרת החוזה.

הבעיה ההלכתית היא שסעיף פיצויים מוסכמים הוא בגדר 'אסמכתא'. לדעת רוב הראשונים והאחרונים, 'אסמכתא' פירושה התחייבות שמקבל אדם עליו, התלויה בתנאי מסוים ועל כן היא מסופקת.<sup>70</sup> החיסרון באסמכתא נעוץ בהיעדר גמירות דעתו של המתחייב.<sup>71</sup> בשל החיסרון נפסק שבאופן עקרוני התחייבות שהיא בגדר אסמכתא אינה קונה ('אסמכתא לא קניא').<sup>72</sup>

השאלה אם מכוח דין סיטומתא יש בכוחו של מעשה קניין נהוג לגבור על בעיית האסמכתא נידונה כבר בתשובה<sup>73</sup> של ר' שמשון בר' אברהם משאנץ, מגדולי בעלי התוספות. הר"ש משאנץ דן במנהג שנהג בזמנו ליתן מטבע מסוג מסוים בעת שידוכין.<sup>74</sup> נתינת המטבע העניקה תוקף לתנאים שהותנו בעת השידוכין, ובהם קנס (פיצוי מוסכם) שנקבע למי מן הצדדים שיחזור בו. אם תנאי זה הוא בגדר אסמכתא, משמע לכאורה שאין לו תוקף הלכתי.

הר"ש פסק שנתנית המטבע היא מעשה קניין תקף, המעניק תוקף להתחייבויות הצדדים בעת השידוכין, וכי אין בתנאי האמור משום אסמכתא. הוא נתן לכך שני נימוקים. הראשון נסמך על קניין סיטומתא: היות שכך נהגו 'כל העולם', הרי הקניין חל כמו בדין סיטומתא.<sup>75</sup>

69. על נושאים אלו ראו, בהתאמה, בפרקים השנים עשר והשלושה עשר של ספרי, לעיל הע' 1.
70. דוגמה לאסמכתא, הדומה לפיצויים מוסכמים הנהוגים בימינו, מופיעה כבר בדברי תנאים: קונה בעסקת מכר משלם למוכר מקדמה ('ערבון') על חשבון המקח, והם מסכמים ביניהם שאם הקונה יחזור בו מן העסקה – המקדמה תישאר בידי המוכר, ואם המוכר יחזור בו ממנה – ישלם הלה לקונה סך כפל המקדמה. ראו: בבא מציעא מח, ע"ב, ורש"י, ד"ה אסמכתא.
71. לפי סעיף 15(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, הפיצויים יהיו כפי שהסכימו הצדדים בחוזה, "אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנוק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה". הטעם שביסוד הוראה זו נעוץ אף הוא בגמירות דעת הצדדים וב'חשש שמכיוון שאדם הכורת חוזה מאמין שיקיים אותו, הרי הוא נוטה להסכים בקלות ולעתים בפזיזות להוראות דרקוניות במקרי הפרה, בהנחה שהשאלה לא תתעורר. פרידמן וכהן, חוזים, א, עמ' 130.
72. יש גם הגדרות אחרות לאסמכתא, וכן הסברים אחרים לכך שאסמכתא אינה קונה. ראו: אנצ' תלמודית, ב, ערך: אסמכתא, עמ' קח-קטו; ברכיהו ליפשיץ, אסמכתא, ירושלים, תשמ"ח.
73. הובאה באור זרוע בבא מציעא ה, קפח. ומקבילות: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפ' ברלין, שנד, 288; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפ' פראג, תתקסז; תוספות בבא מציעא סו, א, ד"ה ומניומי; תוספות הרא"ש שם, ד"ה ומניומי.
74. המטבע הנוכר שם, "רייזמיני"ש", נהג בכמה ממדינות אירופה. ראו: יוסף בר-אל, מילון יידיש עברית לשו"ת גדולי אשכנז: מאות י"ג-ט"ו, משיבים נבחרים, רמת-גן, תשל"ז, 5, בערך רייזמיני"ש.
75. "ועל ענין רחמיני"ש [מטבע מסוים] שנותנים בשעת שידוכים – קניא [קונה], שתקנו העולם כמו שתקנו סיטומתא [סיטומתא] בסוף פירקא (ב"מ ע"ד ע"א) שקונים כמנהג. וגם כמו כן יש להועיל רחמיני"ש

הנימוק השני הוא שאין כאן התחייבות מוגזמת, שכן כאשר צד אחד מבטל שידוכין לצד השני נגרמת בושת.<sup>76</sup> הרי לנו שלדעת הר"ש, בכוחו של דין סיטומתא לא רק להעניק תוקף לדרכי קניין נהוגות, אלא גם להתגבר על בעיית האסמכתא. הר"ש אינו אומר זאת במפורש, אך טעמו קרוב לוודאי הוא שמכוח קיומו של המנהג יש גמירות דעת של הצדדים להתחייבויותיהם.<sup>77</sup> כדעת הר"ש כתבו בעלי התוספות, הרא"ש<sup>78</sup> וחכמי אשכנז, ואילו הרמב"ם וחכמי ספרד<sup>79</sup> גרסו שיש בקנסות הללו משום אסמכתא. בעקבות מחלוקת הראשונים נחלקו בדבר אף ר' יוסף קארו והרמ"א.<sup>80</sup>

שאלת תוקפו של קניין סיטומתא במקרה של אסמכתא תלויה במידה רבה בבסיס המשפטי של קניין זה.<sup>81</sup> אם קניין סיטומתא מבוסס על גמירות דעתם של הצדדים ועל יכולת ההתנאה שלהם, אזי הדעת נותנת שיש בכוחו של הקניין לפתור את בעיית האסמכתא. אמנם על פי רוב, במקרה של אסמכתא אין למתחייב גמירות דעת מספקת,<sup>82</sup> ברם, אם התחייבות כזו נהוגה ומקובלת, יש לו גמירות דעת מכוח המנהג.<sup>83</sup> לעומת זאת, אם משתיתים את קניין סיטומתא על תקנת חכמים או על 'הפקר בית דין – הפקר', אפשר שאין בכוחו של קניין זה להתגבר על בעיית האסמכתא. לפי גישות אלו, קניין סיטומתא הוא ככל מעשה קניין אחר, וככזה הוא כפוף למגבלות דיני הקניין ובהן דין אסמכתא.<sup>84</sup>

שאלת תוקף סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה שנויה במחלוקת גם בקרב דיינים בימינו. הרב יעקב כהן פסק שאין תוקף להתחייבות בפיצוי מופרו העולה על הנוק האמיתי, גם אם סכום זה הוגדר בחוזה כ'פיצוי' וגם אם המנהג הוא להתחייב באופן זה. נימוקו הוא, שאמנם בימינו נוהגים צדדים לחוזה להתחייב על כך, אך אין בתי הדין נוהגים לחייב

- בשידוכים, כיון שכל העולם נוהגים לתן אותם חשיב כשידוכין" (הציטוט על פי שו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפ' ברלין, שנד, 288).
76. שם. לדעת הר"ש, הרי זה כמו "אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא" (בבא מציעא קד, ב), שההתחייבות קיימת.
77. כך גם הבינו האחרונים והדיינים בזמננו את דברי הר"ש. ראו להלן ליד הע' 83, 95 ובהערות הנ"ל.
78. **תוספות ותוספות הרא"ש** בבא מציעא סו, א, ד"ה ומניומי.
79. ראו **רמב"ם** מכירה יא, יח.
80. **שולחן ערוך** חו"מ רז, טו. לסקירת דעות הראשונים והאחרונים בעניין זה וסברותיהם, ראו בהרחבה: תיק א/669/יח (חי'), **פד"ר** ג 57, עמ' 59-61 (תשי"ח); ערעור תשי"ח/122, **פד"ר** ג 131, עמ' 139-149 (תשי"ט); תיק 1875/תשמ"ב (רחובות), **פד"ר** יד 30, עמ' 35-41 (תשמ"ג) (חלק זה של פסק הדין פורסם כמאמר על ידי הרב חגי איזירר, "האם מנהג העולם מבטל אסמכתא (מתוך פסק־דין)", **כתלנו**, יא (תשמ"ד), 31-36).
81. על הדעות השונות בשאלת הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא ראו בספרי, לעיל הע' 1, עמ' 113-140.
82. הדין כאן הוא לפי הגישה שהתקבלה על ידי הפוסקים, שהחיסרון באסמכתא נעוץ בהיעדר גמירות דעת מצד המתחייב. כאמור לעיל בהע' 72, יש גם גישות אחרות.
83. כך פסק הרב זלמן נחמיה גולדברג בפסק דין, **פד"ר** יד, עמ' 343-344, ובמאמרו "תוקף ההתחייבות למכור בזכרון דברים", **תחומין יב** (תשנ"א), עמ' 287. וכך דעת דיינים נוספים בימינו. ראו להלן הע' 105.
84. גישה מעין זו הציע הרב שמשון גרוסמן בתיק 561-סד, **פסקי דין – ירושלים** י, רכא, עמ' רלב. הוא ציין שלדעת הסוברים שקניין סיטומתא מן התורה – הוא מועיל להקנות גם באסמכתא, אך לדעה שהוא מדרבנן – אינו מועיל.

בתשלום פיצויים מופרזים בשל בעיית האסמכתא, אלא אם כן החוזה נוסח באופן הפותר בעיה זו.<sup>85</sup>

דיון בתוקף אסמכתא לפי דין סיטומתא נמצא בכמה פסקי דין של בתי הדין הרבניים הממלכתיים במדינת ישראל. הרב הרצוג, בפסק דין שנתן, נטה לתת תוקף לסעיף פיצוי מוסכם בחוזה מכוח מנהג המדינה ודינא דמלכותא.<sup>86</sup> לדבריו, סעיף כזה נועד למנוע הפרת חוזים והוא דבר 'יסודי במסחר ובתעשייה ובקבלנות', ואם לא ניתן לו תוקף 'א"כ ביטלת את כל העסקים והקבלנויות'. עם זאת הוא הוסיף, שכיוון שלפי המשפט המנדטורי אין מחייבים בפיצוי מלא כאשר נקבע סכום מופרז,<sup>87</sup> לכן גם על בית הדין 'להפחית את הפיצויים במידה המתקבלת על הדעת'.

גם הרב אוריאל לביא מבית הדין האזורי בצפת פסק ש'סוגיא דעלמא [דרך הפסיקה המקובלת] בבתי הדין שלא לחייב בתשלום פיצוי מופרז הקבוע בהסכם, כל עוד לא הוכח הנוק הממשי.<sup>88</sup> הוא ציין שכך פסק בבית דינו כמה פעמים ושבית הדין הרבני הגדול בפסק דין משנת תשנ"ד קיבל את עמדתו בעניין זה.<sup>89</sup> הרב לביא קבע שהעובדה שנהגו להתחייב בפיצוי מוסכם אינה מועילה כדי לחייב ב'פיצוי מופרז', שכן עדיין קיימת בעיית אסמכתא, וניתן לחייב רק 'כשהוסיפו מעט על הנוק האמיתי שנגרם'.<sup>90</sup> כנימוק נוסף הוא כתב 'שכפי הנראה מנהג העולם שלא לשלם בפועל' פיצוי מופרז, אך הוסיף שעניין זה טעון בירור עובדתי.<sup>91</sup>

לדבריו, לחתימה על הסכם יש תוקף מדין 'סיטומתא' רק כאשר במעשה החתימה יש הוכחה לגמירות הדעת של הצדדים לקניין או להתחייבות, אולם כיוון שלפי החוק רשאי בית המשפט להפחית את שיעור הפיצוי המוסכם אם הוא מופרז, לכן מלכתחילה אין גמירות דעת בעניין סעיף הפיצוי המוסכם ואין בחתימה על ההסכם משום קניין סיטומתא בנוגע לסעיף זה.<sup>92</sup>

לדעת הרב לביא, השאלה אם יש לחייב את המפר בפיצוי על הנוק האמיתי או שאין לחייבו כלל כאשר נקבע פיצוי מופרז, תלויה במחלוקת ראשוניים. כמה מחשובי האחרונים פסקו כדעה שבמקרה כזה אין לחייב בפיצוי כלל. גם לפי הדעה השנייה, ניתן לחייב בפיצוי

85. הרב יעקב אברהם כהן, **עמק המשפט**, א (בני-ברק, תשנ"ה), א, עמ' רס"רסא, בהסתמך על שו"ת מנחת יצחק ו, קע, אותיות כ, כג.

86. הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, **פסקים וכתבים** ט (ירושלים, תשנ"א), נט, עמ' ריט"רכ. בסיום דבריו ציין שהכרעה בשאלה זו דורשת "הסכמת גדולי המורים".

87. השוו לסעיף 15(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), שצוטט לעיל בהע' 71.

88. הרב אוריאל לביא, **עטרת דבורה**, ב, חו"מ, מ, 895, קשת, תשס"ט. הסכם למכירת גג של בית שבו התחייב המוכר להסיר עיקולים ולרשום הנכס על שם הקונה. בהסכם נקבע פיצוי מוסכם על הפרתו וכן על כל יום של איחור במסירת החזקה בנכס.

89. ערעור 621/נג (הרבנים משה טופיק, יוסף נדב, שלמה בן שמעון), אוכר אצל הרב לביא, שם.

90. הרב אוריאל לביא, **עטרת דבורה**, ב, חו"מ, מ, עמ' 897, קשת, תשס"ט. בהסתמך על בית מאיר אבן העזר נ, ו, ד"ה ויש אומרים, הובא בפתחי תשובה שם, ט.

91. הרב לביא, שם. בהמשך, שם, עמ' 898 הסתמך גם על שו"ת מנחת יצחק, ו, קע, אותיות כ, כג.

92. הרב לביא, שם, עמ' 897. הסעיף בחוק צוטט לעיל בהע' 87. אשר לסיטומתא ראו עוד שם, עמ' 898-899.

סביר רק כאשר קיום ההתחייבות הוא בידו של המתחייב, אולם כאשר קיומה תלוי גם באחרים, כגון התחייבות מוכר להסרת עיקולים מהנכס, ההתחייבות היא בגדר אסמכתא ואין לה תוקף.<sup>93</sup>

בית הדין הרבני הגדול דן בתוקף ערבות בנקאית שהוציאה אישה לבעלה לשעבר, להבטחת השבתו ארצה של ילדם המשותף שלקחה עמה לחו"ל. מדובר בהתחייבות מותנית ובית הדין דן בתוקפה מצד 'אסמכתא'. נפסק בדעת רוב שיש תוקף לערבות מכוח דין סיטומתא.<sup>94</sup>

הרב יוסף שלום אלישיב סבר שיש לערבות תוקף. החתם סופר<sup>95</sup> ופוסקים נוספים פסקו שבמקום שהדבר נהוג, יש תוקף לאסמכתא מכוח דין סיטומתא, שכן במקרה זה יש גמירות דעת. גם לסוברים שקניין סיטומתא אינו עדיף משאר דרכי הקניין, ולכן לא יוכל להועיל בדבר שלא בא לעולם, באסמכתא הוא צריך להועיל. שלא כבעיות אחרות בדרכי הקניין, את בעיית האסמכתא ניתן לרפא אם הקניין על ההתחייבות נעשה מעכשיו ובבית דין חשוב, ולכן גם בנידוננו תועיל אסמכתא.<sup>96</sup> לדעה זו הצטרף גם הרב עובדיה הדאיה, אך הרב בצלאל זולטי, בדעת מיעוט, חלק וסבר שסיטומתא אינה מועילה באסמכתא כפי שאינה מועילה לדעת פוסקים רבים בדבר שלא בא לעולם.<sup>97</sup>

נושא זה עלה בכמה פסקי דין בנוגע לפיצויים מוסכמים שנקבעו בחוזה. בית הדין האזורי לדיני ממונות בקריית ארבע נדרש לסעיף בחוזה הקובע פיצויים מוסכמים על איחור בהספקת הממכר. בהסתמך על דברי תוספות, הנזכרים לעיל, שאין בכך בעיית אסמכתא, פסק בית הדין: 'אמנם אם היה ברור שמקובל בכל המדינה להטיל קנס של 25% עבור שבוע פיגור, ניתן היה לומר שיש לזה תוקף של מנהג מדינה. כי יש לדמות דין זה לסיטומתא, שכל מה שהסוחרים מקבלים עליהם כמנהג אין בזה משום אסמכתא'.<sup>98</sup> עם זאת, מסקנת בית הדין הייתה שקשה להניח שהסוחרים רגילים להטיל על עצמם קנס של 25% בגין פיגור של שבוע בהספקת הממכר, ולכן אין לסעיף זה תוקף מכוח מנהג.

גם בבית הדין לדיני ממונות של הרבנות ירושלים פסקו כמה דיינים כי יש תוקף לסעיף פיצויים מוסכמים בחוזה על סמך דין סיטומתא.<sup>99</sup> שניים מן הדיינים קבעו שגם אם הדבר נהוג, אין לתת תוקף לקנס אם הוא הרבה מעל לערך הנזק הצפוי לנפגע מן ההפרה.

93. הרב לביא, שם, עמ' 900-904.

94. ערעור תשכ"ה/47, פד"ר ה' 258 (תשכ"ה).

95. שו"ת חתם סופר חו"מ, טו, ד"ה ומ"ש מעלתו דליקני.

96. ערעור תשכ"ה/47, פד"ר ה', עמ' 264-265. נראה שהרב אלישיב ביאר בדבריו אלו את דברי החתם סופר, שם, שאם דבר שלא בא לעולם מועיל בסיטומתא, קל וחומר שאסמכתא תועיל. הוא הוסיף שיתכן שערבות בנקאית אינה מוגדרת כלל כ"אסמכתא".

97. הרב הדאיה, שם, עמ' 270. הרב זולטי, שם, עמ' 267.

98. תיק 4/תש"ן, פסקי דין – קריית ארבע א, 109, עמ' 111.

99. תיק 105-נג, פסקי דין – ירושלים א, סא, עמ' סה (הרבנים אברהם דב לוין, שמואל ביבס, ברוך שרגא); תיק 561-סד, לעיל הע' 84, עמ' רכז (הרב א"ד לוין), עמ' רכז (הרב מרדכי זאב אייכלר). הדיין השלישי, הרב שמשון גרוסמן (שם, עמ' רלב), הסתפק בתוקף סעיף פיצויים מוסכמים ופסק שאין להוציא מן המוחזק.

לדבריהם, קביעת קנס בסך 10 אחוזים מערך הנכס, שהיה כ-112,000 דולר, היה סביר  
בנסיבות שלפניהם.<sup>100</sup>

בית הדין של ארץ חמדה – גזית בבית שמש פסק שיש תוקף לסעיף פיצויים מוסכמים. הוא  
נתן כמה נימוקים מדוע אין כאן אסמכתא: (א). ההתחייבות תלויה במעשי הצדדים  
("בידו")<sup>101</sup> וגם אינה מוגזמת, כיוון שהיא תלויה בשיקול דעת בית המשפט, ולכן היא  
תקפה.<sup>102</sup> (ב) בהפרת חוזה יש בדרך כלל נזק לצדדים.<sup>103</sup> (ג). כיוון שנהוג להתחייב בפיצויים  
מוסכמים יש גמירות דעת של הצדדים ויש תוקף לתנאי מדין סיטומתא.<sup>104</sup> גם לדעת דיינים  
אחרים בזמננו, אין בסעיף פיצויים מוסכמים בעיית אסמכתא, שכן המנהג יוצר את גמירות  
הדעת הנדרשת.<sup>105</sup>

לעומת זאת, בית הדין הרבני האזורי ברחובות קבע כי אין תוקף לסעיף בחוזה מכר הקובע  
פיצויים מוסכמים בגין איחור ברישום הדירה בטאבו על שם הקונים, שכן סעיף כזה הוא  
בגדר אסמכתא.<sup>106</sup> כך נפסק גם באחד מפסקי הדין של בית הדין לדיני ממונות של הרבנות  
ירושלים.<sup>107</sup> ויש דיינים נוספים שסברו כך.<sup>108</sup> לעומת זאת, בפסקי דין אחרים נמנעו בתי הדין  
הרבניים מלהכריע במחלוקת הפוסקים בשאלה זו.<sup>109</sup>

100. כך פסקו הרב לוין, תיק 105-נג, שם, עמ' סה, והרב שרגא, שם, עמ' ע.

101. ראו לעיל ליד הע' 93.

102. פס"ד ארץ חמדה גזית 74005 קבלן נ' מזמינים (תשע"ה) (הרבנים אליעזר שנקולבסקי, ניר ורגון, עדו רכניץ), עמ' 12, סע' ע. בהסתמך על רמ"א (ח"מ רו, יג): "ומה שיש בידו לעשות אם לא גזים כגון שאמר אם אוביר ולא אעביר אשלם במטבא, לא הוי אסמכתא וקניא".

103. שם, סע' עא. בהסתמך על שולחן ערוך (ח"מ רו, טז) שפסק כר"ש (לעיל, ליד הע' 76), שיש תוקף לקנס בשידוכין כי הצד החוזר בו גרם לצד השני בושה. וכך פסק גם הרמ"א, שם.

104. שם, סע' עב. על סמך תוספות, שו"ת הרא"ש ושו"ת חתם סופר, שפסקו כר"ש, לעיל הע' 75.

105. הרב שלמה זעפרני (בית דין לממונות, הר נוף, ירושלים), "תוקף חיוב קנסות בהפרת הסכם רכישת דירה", אור תורה, לב, חוברת יא (תש"ס), עמ' תשס"תשסג; הרב עובדיה יוסף טולידאנו, "פרטי דינים בחווי מכר הנהוגים בזה"ז", קובץ דרכי הוראה, ב (תשס"ה), עמ' ריו, ובתנאי "שאיין זה קנס מופרז". כך אמרו לי בשיחה בעל-פה הרב אשר וייס והרב שלמה דיכובסקי. גם הרב דיכובסקי סייג זאת למקרה שהפיצוי שנקבע בחוזה אינו מופרז ביחס למהות ההפרה.

106. תיק 1875/תשמ"ב, לעיל הע' 80, עמ' 33, סעיף ב. דייני הרוב (הרבנים שמחה קוק ואברהם יצחק לנאל) לא דנו כלל באפשרות לתת תוקף לסעיף הפיצויים המוסכמים מכוח המנהג, ומשמע שסברו שגם אם נהגו כך, הסעיף משולל תוקף מצד "אסמכתא". הרב חגי איזור (בזמנו דיין בבית הדין הרבני הגדול), בדעת מיעוט, הביא את מחלוקת הפוסקים בשאלה זו, אך לא נדרש להכריע בה (שם, עמ' 41).

107. תיק 350-ס"ג, הובא על ידי הרב רלב"ג, אבני משפט, ירושלים, תשס"ד, עמ' קעב-קעג.

108. הרב שריאל רוזנברג, "עריכת חושים: החוזה ע"פ ההלכה", הישר והטוב, ז (תשס"ט), עמ' מג-מד. לדבריו, אי-אפשר לחייב את המפר בקנס ש"אינו תלוי בגובה הנזקים בפועל" (פיצוי מוסכם), אלא אם כן נכתב החוזה באופן שמסלק טענת אסמכתא, כלומר על ידי הוספת שורה בחוזה: "וקנינו מיניה [ממנו] מעכשיו בפני ב"ד חשוב". אולם קנס בגין נזק ממשי שנגרם לקונה, כגון פיצוי בגין דמי שכירות שנאלץ לשלם בשל עיכוב במסירת הדירה, אינו "אסמכתא" אלא "תשלום עבור נזק", וחובה לשלמו.

109. ערעור תשי"ח/122, פד"ר ג 131, עמ' 147; תיק א/669/יח, פד"ר ג 57, עמ' 61. מכיוון שלא הכריעו במחלוקת האמורה, פסקו בתי הדין במקרים אלה, כמקובל במקרה של ספק בדיני ממונות, לטובת המוחזק.

**סיכום****1. חוזה**

1. לפי המשפט הישראלי, חוזה תקף אם הוא ממלא את הדרישות של גמירת דעת ומסוימות.
2. פוסקי ההלכה האחרונים הכירו בתוקפם ההלכתי של חוזים בהתבסס על חוקי המדינה ('דינא דמלכותא') ועל המנהג ('דין סיטומתא'), וזו גם העמדה המקובלת בקרב פוסקי ההלכה והדיינים בזמננו.
3. לחוזה שלא נחתם אין תוקף מדין סיטומתא, כי במקרה כזה אין לצדדים לעסקה גמירות דעת (הרב יוסף ש. אלישיב) או משום שאי-אפשר להוכיח בדרך אחרת האם הייתה להם גמירות דעת (הרב אשר וייס).

**2. זיכרון דברים**

4. לפי המשפט הישראלי, זיכרון דברים נחשב לחוזה מחייב לכל דבר.
5. בפסקי דין רבניים אחדים שניתנו בישראל בעבר נפסק כי בשונה מחוזה, לזיכרון דברים אין תוקף, בנימוקים: (א). הצדדים אינם מתכוונים להתחייב עד לחתימתם על חוזה מפורט. (ב). תוקפו המשפטי של זיכרון דברים אינו ברור לציבור הרחב, ולכן אי-אפשר לראות בחתימה עליו קניין סיטומתא, שדורש מנהג מוכר וברור.
6. אולם נראה לנו, ודאי במציאות של היום, כי בדרך כלל צדדים החותמים על זיכרון דברים בעסקאות נדל"ן מבינים היטב שמדובר בחוזה מחייב בעל תוקף משפטי; וכיוון שכך הוא המנהג, יש לזיכרון הדברים תוקף הלכתי מדין סיטומתא.
7. אכן, בפסקי דין אחרים הכירו בתי דין רבניים בישראל בתוקף חתימה על זיכרון דברים מכוח החוק וקניין סיטומתא, וכך גם דעת פוסקי הלכה בזמננו.

**3. סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה ('אסמכתא')**

8. כתיבת סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה היא מנהג רווח המעוגן אף בחוקי החוזים בישראל. אולם, נחלקו הדיינים בזמננו אם יש לתת תוקף לסעיף כזה.
9. הבעיה היא שסעיף כזה נחשב 'אסמכתא', היינו התחייבות מותנית בתנאי (הפרת החוזה), ולהתחייבות כזו אין תוקף הלכתי בשל חיסרון בגמירות דעתו של המתחייב.
10. המחלוקת בנוגע לתוקף הסעיף דנן, שנחלקו בה כבר ראשונים ואחרונים, נעוצה בשאלה אם יש בכוח קניין סיטומתא לגבור על בעיית האסמכתא.
11. לפי פסקי הדין שבידינו, העמדה המקובלת כיום בקרב דיינים בישראל היא, כי באופן עקרוני יש לתת תוקף לסעיף פיצויים מוסכמים בחוזה מכוח מנהג המדינה וקניין סיטומתא או דינא דמלכותא.
12. כאשר נרשם בחוזה פיצוי מופרז – יש מן האחרונים שפסקו כי אין לחייב בפיצוי כלל, אולם נראה כי מקובל בתי הדין בישראל כיום לפצות על הנזק האמיתי שנגרם.



13. בתי הדין אינם מחייבים בפיצוי מוסכם מופרז העולה על הנזק האמיתי, גם אם נהוג לכתוב סעיפים כאלו, בנימוקים: (א). לפי החוק רשאי בית המשפט שלא לחייב מפר בפיצוי מופרז, ולכן מראש אין גמירות דעת של הצדדים לפיצוי שכזה. (ב). גם אם כך נהוג, עדיין קיימת בעיית האסמכתא. (ג). בתי הדין לא נהגו לחייב במקרים כאלו.