

From The Files of Bais Din

A project of the Choshen Mishpat Chabura of Kollel Avodas Levi

Article written by Rabbi Gershon Segal
Reviewed by Rabbi Morchechai Shuchatowitz,
Av Bais Din of The Baltimore Bais Din
www.BaltimoreBaisDin.org

Story is fictitious, written to illustrate the Halacha. In an actual case a Halachic authority should be consulted.

Dovid is the owner of Re-Tel, a successful business that sells refurbished cell phones. He is now considering hiring a full time manager to take over the everyday running of this operation so he can focus on other business ventures. His upcoming trip abroad for a family simcha offers the perfect opportunity for a trial period of a perspective manager.

Chaim, a friend of Dovid's from their high school days, has just moved to town. The two have kept up marginally over the years, occasionally doing a little business with each other. Chaim actually has several years' experience working for a company similar to Re-Tel. When he hears about Dovid's plans for his company, he jumps at the opportunity and asks Dovid for an interview.

The two men meet and begin to discuss the details of the position. Dovid indicates that he wants to try out a perspective manager during his upcoming trip. Chaim, who is very anxious to be given this chance to prove himself, realizes that Dovid is beginning to hesitate about leaving the company he has worked so hard to build in someone else's hands. In his eagerness to clinch the deal, Chaim makes the following offer. "If any of your prearranged orders are not properly executed while I am overseeing the company, not only will I compensate you for your loss of profit, but I will also pay a \$1000 penalty for each failed order."

Chaim's offer has the desired effect, and the two men are soon writing up the terms of the trial period. Chaim will be fully responsible for all the details of running the company in exchange for three quarters of all profits made. If he neglects to complete any order, he will pay for the loss of profit and a \$1000 penalty. Dovid happens to owe Chaim \$500 from a previous business dealing. He stipulates that should any penalty payment be owed, the first \$500 will be paid by forgiving the loan.

Dovid singles out two especially large orders that need to be filled while he will be gone. Each order should net a \$5000 profit. The first order involves a buyer who comes personally to the warehouse to pick up his merchandise. Chaim will be responsible to see to it that the order is ready, and that the appropriate labels and invoices are in place. "I have experience with this man, and if everything is not in order he will simply leave and cancel the order," Dovid warns.

The second large order needs to be shipped to a company out of state. Chaim's responsibilities will include locating a provider and purchasing the stock, preparing the labels and invoices and shipping the order.

The following week Chaim gets started on the job. He begins by reviewing the orders and estimates that he will need three work days to take care of all the details. By the second day of working on these orders he realizes that it was a mistake not getting started earlier. He is too

new at the job to be able to fill these large orders without more time. When the week is over, he has failed to see either order through, resulting in both orders being cancelled.

Dovid returns home having enjoyed a pleasant trip, and after getting over his jet lag, he gives Chaim a call. Much to his disappointment, Chaim informs him that he had needed more time to complete the orders since he is new to Dovid's particular business. Both orders were not ready on time and the customers canceled. Dovid reviews the work that Chaim has done. "It is clear that you made a decent attempt at completing the work," he says, "And I am still considering you for the job. Of course I still expect that you will follow through with the terms of the trial period contract." A quick calculation shows compensation of $\frac{1}{4}$ of \$5000 which is \$1250 loss of profit plus the \$1000 penalty for each of the orders, bringing the total to \$4,500. \$500 will be deducted due to the outstanding loan. Chaim sees things differently. True he signed the contract, but he only did so because he was fully confident that he would be able to complete the job. He had relied on his years of experience and simply miscalculated by a little. He never intended to owe this large sum of money. Not seeing eye to eye on this matter, they decide that it must be settled by a בית דין.

After both sides present their positions to the בית דין the אב בית דין sums up Dovid's claims.

1. \$1250 Loss of profit for each order
2. \$1000 penalty for losing each order
3. \$500 of the penalty fees to be paid by pardoning a loan Dovid owes Chaim.

The three דיינים then discuss the case and arrive at a ruling. The two parties are called in to hear the ruling. The אב בית דין begins, "Before I give the details of the ruling in this case, there is a concept that I would like to explain that will hopefully make it easier for our ruling to be understood. In order to create personal liability, the party accepting, must have full resolve to undertake that liability. This is the case with all transactions as well. In order for a transaction to be valid, the parties must have full intention to transfer ownership, in addition to any action - מעשה קנין that may have to be done. The Halacha teaches, that if one makes his *liability conditional on something specific happening*, this may indicate that he does not really expect the liability to come about, and therefore does not have complete resolve to assume liability. This concept is referred to in the Torah as an אסמכתא, and the lack of full resolve is called a lack of גמירות דעת."

The אב בית דין continues, "We are now prepared to address the ruling of the above claims.

1. I will begin with the two claims of compensation for loss of profit. As I will explain, the ruling is not the same for both claims. In the case of the first order, Chaim is obligated to compensate Dovid for the loss of profit as agreed. Completing what was necessary for the first order was completely in his hands and did not involve input from anyone else (such as a seller or shipper.) Since Chaim understood that not doing the necessary work would result in a loss for Dovid, the Halacha determines that he would have had complete resolve to accept liability for any loss he might cause. He therefore owes $\frac{1}{4}$ of \$5000 which is \$1250.¹

¹משנה בב"מ דף קד. המקבל שדה מחבירו והובירה שמין אותה כמה היא ראויה לעשות ונותן לו שכר התנה אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא. פירוש כך התנה האריס אם לא אעבד קרקע שלך אשלם לך במיטבא. ושם בדף קד: מחלק הגמרא בין היכא שחייב עצמו לשלם

The claim for loss of profit from the second order is not valid. Completing the second order required other people's involvement and cooperation. Chaim understood that this job was not fully in his control to complete, so Halacha assesses that he would not have full resolve to accept liability. True, in most cases he would be able to find sufficient supply and contract a shipper for the order, none the less, there is always a possibility that this time he would not be able to. In such a case, he would not have fully resolved to accept liability. When he signed the contract, he agreed to this clause to make his employer confident that he would take the job seriously, but never imagined he would have to pay. As already explained, once complete resolve is lacking, the liability is never assumed. Therefore, regardless of the reason that Chaim failed to complete the second order, he is not liable.²

2. Next I will address the \$1000 penalty payments for each order. These claims are not valid. Since Chaim intended to complete the work, he never thought he would become liable, and therefore lacked complete resolve to accept this liability for the penalties when he signed the contract. Paying a penalty is different than compensating for an actual loss since having to reimburse for a loss that one has caused is understood as being just. Therefore, when the outcome is entirely in one's own hands, he is resolved to pay for the loss even if he does not think it will come to be as explained above. However, in the case of a penalty payment which is beyond that which is deserved, even if one agrees to accept the penalty upon himself, he is really never fully committed to pay, and the penalty is therefore not binding.³

3. Now I will address pardoning the \$500 loan as part of the penalty payment. This claim is valid. Even though we rule that Chaim did not obligate himself to pay any penalty out of

מה שהפסידו במה שלא עבד הקרקע שחייב זה לא נחשב אסמכתא וחייב לשלמו. ובין היכא שחייב עצמו אלף זוז שהוא הרבה יותר ממה שהפסידו שזה נחשב אסמכתא. ונפסק להלכה בסימן שכח' סעיף ב, וכן מובא ברמ"א סימן רז' סעיף יג'.
ובגמרא בב"מ דף עג: מחלק עוד דדוקא בכעין מקרה דאריס שהוא בידו להשלים תנאו ואין צריך הסכמה מאחרים אבל היכא שאין בידו הוי אסמכתא ואינו מתחייב. כגון אם קיבל עליו לקנות בשביל חברו דבר במקום הזול ואם לא יעשה כן ישלם לחבירו הפסידו. שאין זה בידו לגמרי לקיים תנאו כיון שצריך שיסכימו המוכרים למכור לו. התוס' שם ד"ה הכא מחלק עוד דרך הוי אסמכתא כשאין הכל בידו אבל הרבה תלוי בו, דאף שצריך להסכמת אחרים אבל מצוי הוא שיסכמו להשלים תנאו. אבל אם הוא לגמרי שלא בידו לא הוי אסמכתא. כגון משחק בקוביא שאין בידו כלל לכיין שיצא הקוביא באופן התנאי. חילוקים אלו גם מובאים ברמ"א הנ"ל.

מן האמור למעלה מבואר שיש ד' סוגים של תנאים בסוגית אסמכתא:

א. היכא שלגמרי ביד המתנה לקיים תנאו, והתנאי אינו גוזמא – שלא מחייבו יותר מן הראוי. סוג זה לכולי עלמא חייב לשלם.

ב. היכא שלגמרי ביד המתנה לקיים תנאו, אבל התנאי גוזמא – שהתנה לחייב עצמו יותר מן הראוי.
סוג זה לכולי עלמא הוי אסמכתא. שבאמת רק התנה כן כדי שישמוך חבירו על דבריו. אבל לא גמר דעתיה לחייב עצמו, שהיה סומך בליבו שיקיים התנאי ולא יבא לידי חיוב.

ג. היכא שאין לגמרי בידו לקיים תנאו דצריך גם סיוע או רצון של אחרים, אבל הוא מצוי שאחרים יסייעו לקיים תנאו. ובאופן זה לא שגא אם התנה בדרך גוזמא או לא. סוג זה לכולי עלמא הוי אסמכתא. שגם באופן זה חשב שלא יבא לידי חיוב הקנס כיון שמצוי הוא שימצא מי שיסייעו. מאידך גיסא כיון שידע שאין זה לגמרי בידו אף שלא התנה דרך גוזמא לא גמר בלבו לשלם מה שהפסידו.

ד. היכא שאין בידו בכלל לקיים תנאו. כגון משחק בקוביא, שאין בידו במה יפול הקוביא. סוג זה לרוב ראשונים לא הוי אסמכתא. וכיון שהתנה על כרחך גמר בליבו שאם יתקיים התנאי ישלם.

² תנאי זה הוא כמו הסוג ג. שבאות 1. שאין זה בידו לגמרי, ואף שלא הוי גוזמא מכל מקום נחשב לאסמכתא. כן מפורש בשיטת היש אומרים הראשון שברמ"א הנזכר למעלה באות 1. וכל שכן לשיטת המחבר שהוא שיטת הרמב"ם שסובר שבכל ענין שמחייב עצמו בתנאי הוי אסמכתא. אולם ליש אומרים בתרא דרמ"א שהוא שיטת ר"ת שסובר שיש סברא של אגב דבעי לקנות גמר ומקני יש לעיין. דאולי בנידון זה גם נאמר דאגב שרוצה לקנות שלשה רבעי הרווח גמר ומקני אם לא ירווח. אבל בוודאי לא נוציא ממון מחמת שיטה זו דרוב ראשונים לא סבירא להו כוותיה.

³ תנאי זה כמו הסוג ב. של התנאים שבאות 1. ותנאי זה אף ר"ת סובר דהוי אסמכתא. דהכא שהוא בידו וגזים מודה דהוי אסמכתא אף אם הוא בענין שרוצה גם כן לקנות כמבואר שם ברמ"א.

pocket, forgiving the loan is seen differently. Since no action is required to collect this liability (there is simply no repayment,) there are opinions which rule that full resolve was in place when the conditions were made. Therefore Chaim cannot require Dovid to pay back the \$500 he had owed him.⁴ⁱ

At this point Chaim interjects, "Honored דײן, I accept what you're saying as the word of G-D. I came to בית דין not to "win" the case, but to do what is required of me by the Torah. However I believe that I should not have to pay Dovid since he has another old debt he owes me. I've asked over the years when he is going to pay it, but he always just brushes it aside. You see, back when we were in high school we had a bet over a football game. We agreed that the winner would be paid \$1000. I won that bet and have been waiting to be paid. I think the time has come to finally put this matter to rest."

Dovid responds, "My dear friend, I think you weren't listening to the דײן. He has just explained that when one takes on an obligation conditionally there is lack of resolve to pay. How can you expect me to be obligated to pay for a silly bet?"

The דײן responds, "The Halacha does not agree with your reasoning, Dovid. In the case of a bet, even though the obligation is made conditionally, since the stated condition is completely *out* of the person's hands, he could not have thought that he would most likely would not be obligated to pay. However, since I understand that all that was said was 'I will pay if you win,' it was nothing more than a verbal commitment. A קנין was not made and therefore, regardless of resolve, the deal is not viewed as being closed, and was never binding.⁵

"The final ruling," concludes the דין, "Is as follows:

Chaim, you must pay Dovid \$1250 for his loss of profit from the first order which was completely in your control to finish. Dovid, you do not owe Chaim the \$500 loan, and you do not owe him \$1000 for winning the bet."

Dovid asks the דײן "I've been in business for many years and have completed many business deals. There have been other times that transactions of similar nature to this תורה דין were made. Is there any way to create these agreements in a way that would be Halachically binding?" The דײן responds, "Yes, there are ways it can be done. I think I can illustrate the Halacha by sharing a case I once had many years ago. You see..."

⁴ היכא שמוחל על תנאי אף אם הוא בדרך גוזמא הוי מחלוקת מחבר ורמ"א אי הוי גוזמא בסימן רז' סעיף יא. המחבר פסק כהרמב"ם דלא הוי אסמכתא והרמ"א מביא דיש חולקים דסברי דהוי אסמכתא. אם כן לכאורה יכול הלוח לטעון קים לי כהמחבר. דהנתיבות פוסק בכללי תפיסה אות כ, דהיכא שהרמ"א לא הכריע כנגד המחבר יכול לטעון קים לי כהמחבר. וכאן שלא בא לתפוס רק בא להחזיק במה שבידו גם אגן טעינת ליה הכי. דהנתיבות שם אות כג פוסק דהיכא שהנתבע מוחזק טעינת ליה. גם בפתחי תשובה מביא מתשובת נודע ביהודה תנינא חו"מ ס' לא' שיכול לטעון קים לי כהמחבר. וכן החזון איש חו"מ ליקוטים אות יא ד"ה וכל זה, והיביע אומר חלק ה חו"מ סימן א אות ג פוסקים שיכול לטעון קים לי כהרמב"ם והמחבר.

⁵ זה כמו הסוג ד'. שבאות 1. הרמ"א רז' סעיף יג פוסק דמשחק בקוביא לא הוי אסמכתא. אי משום שאין הוא בידו לגמרי לפי היש אומרים הראשון אי משום דאגב דבעי למקני גמר ואקני לפי היש אומרים בתרא. אמנם לפי היש אומרים הראשון מביא מחלוקת אי רק בעי שיהיו המעות מוכנים על הדף או גם צריך שהדף יהיה קנוי לשניהם. אבל לכולי עלמא בעי לפחות שיהיה המעות מוכנים. כמה אחרונים (הסמ"ע ס"ק לג בטעם השני, הגר"א ס"ק לז, והערור השולחן ס"ק לה) למדו דהטעם דבעי מעות מוכנים ודף של שניהם הוא משום דאף דלא הוי אסמכתא, אבל אין קנין שמקנה לזוכה בהמעות. לפי מהלך זו בנידון זה דלא הוי מעות מוכנים תלוי אם רק התנו שיתנו לחבירו אם ינצח אז אף אם עשו קנין על זה הוי קנין דברים (עיין סימן רמה' סעיף ג), וממילא אין כאן חיוב כלל. וגם לא הוי מחוסר אמנה דהוי מתנה גדולה. אבל אם היו מתנים שיתחייבו לשלם למי שיזכה אז הוי מתחייב וכמו שפסק השולחן ערוך סימן ס סעיף ו. יש עוד מהלך בהבנת מעות מוכנים עיין סמ"ע שם בטעם ראשון ונתיבות ס"ק יב. ולפי מהלך ההוא בעינן מעות מוכנים דווקא להוציאו בדיינים ולא קנין אחר. אמנם כאן שרק בא להחזיק במה שבידו יכול לומר קים כהשיטות הנ"ל.

Check the next "From the Files of Beis Din" to find out.

יבאות 4 הבאתי דהנודע ביהודה פוסק דיכול לומר קים לי כהמחבר דלא הוי תנאי למחול אסמכתא. אמנם בנודע יהודה שם סובר דאף דפסקינן דמחילה אין צריך קנין (סימן יב' ח') אבל היכא דהמחילה הוא בתנאי בעי קנין. ולמד זאת מן פשרה דבעי קנין (סימן יב' ז') עיי"ש. ולכן פוסק דאף דלהרמב"ם לא הוי מחילה על תנאי אסמכתא, בעי קנין על המחילה. וכן סוברים עוד כמה גדולי פוסקים הפרישה סימן רז' ס"ק כ, והט"ז שם סעיף טז', והנתיבות שם ביאורים ס"ק ט' והערוך השולחן ס"ק מז' מביאים הט"ז להלכה. מאידך הב"ח שם, וכן הלחם משנה על הרמב"ם שהש"ע מביא שם, חולקים וסוברים דאף מחילה על תנאי לא בעי קנין. וכן החזון איש הנ"ל מביא הנודע ביהודה הנ"ל וחולק עליו ועל ראיותיו. והביע אומר הנ"ל מביא עוד כמה אחרונים החולקים ומסיק דיכול לטעון קים לי כוותיהו. גם בנידון דידן הרי חייב עצמו בשטר לשלם הקנס על תנאי. והסמ"ע סימן יב' ס"ק יח מפרש הרמ"א שם גבי התחייבות של התובע למחול כאשר יאמרו הפשרנים, דאף המחייב עצמו בשטר על תנאי חל החיוב. אמנם התומים שם ס"ק ז' חולק דרק בלי תנאי מהני, והסכים עמו הנתיבות שם חידושים ס"ק יב'. אמנם הנתיבות נראה דסותר עצמו בסימן ס' ביאורים י' דפוסק להדיא דהתחייבות על תנאי אם נעשה בענין שאינו אסמכתא חל החיוב. ועל כרחק צריך לחלק בין דין דפשרה לתנאי בעלמא ועוד צ"ע לי בזה. על כל פנים מידי ספיקא לא נפקא דחל החיוב על ידי שטר ואם כן יכול הלוא לטעון קים לי דחל המחילה.

אבל יש לדון אי נידון זה הוי אסמכתא אף להמחבר מטעם אחר. דכאן נכלל בקבלת קנס של אלף, חלק שצריך לשלם שהוא אסמכתא, וחלק שאין אסמכתא כיון שהוא דרך מחילה. אם כן אולי נאמר דכאן שלא גמר דעתיה לשלם גם לא גמר דעתיה למחול. דאיך נחלק קבלתו לשנים חלק גמר וחלק לא גמר, הרי הכל קיבל בחד קבלה. ונראה שזה המחלוקת בן הרי"ף והרא"ש באריס שקבל אליו אם עובר ולא עביד אשלם אלף דהוי אסמכתא, אי על כל פנים חייב לשלם מה שהפסיד. הרי"ף סובר שחייב דבכלל האלף יש מה שהפסיד דבכלל מאתים מנה. ולזה שהפסידו יש גמירות דעת. והרא"ש סובר דהכל הוי אסמכתא. אבל האריס חייב על כל פנים כיון דהיה הדרך להתנות שישלם מה שהפסיד הוי כאילו התנה כן. ובסימן שכח סעיף ב נראה דהסמ"ע ס"ק ג סובר דהעיקר כהרא"ש דרק חייב לשלם מה שהפסיד מטעם דהכי הוי הדרך להתנות וכהתנה דמי. אבל לא מטעם קבלתו. והגר"א ס"ק ג בליקוט סובר דהעיקר כהרי"ף דחייב לשלם מה שהפסיד, דלזה על כל פנים גמר דעתיה. ובנידון זה לכאורה יכול לטעון קים לי כהרי"ף והגר"א דחלק זה של הקנס שהוא דרך מחילה גמר דעתו לחייב עצמו.