

מכתלי בית הדין

תשובות אקטואליות בענייני חושן משפט

גיליון רפ"ג, תשפ"ה



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

התרשל בבנייה וגרם נזקים ומנע רווחים (מאמר המשך משבוע שעבר)

שבוע שעבר הבאנו את השאלה שנשאלה בבית הדין, עם סיפור המעשה, ותחילת הדיון והמשא ומתן ההלכתי, השבוע נמשך ונסיים את היוצא להלכה ממה שנפסק בבית הדין, ונזכיר בקצרה שוב את דבר המעשה.

שפני הסלע הציצו בסקרנות במכונת ההדורה שהגיחה בבת אחת לאזור ההררי והסלעי שבמרומי הצוק. דלתות המכונת נפתחו, ושני אנשים ממוצעי קומה יצאו ממנה, מניסים את השפנים לנקייהם בעצם הופעתם. האחד, ברוך שמו, ניער את חליפתו השחורה והרכיב משקפי שמש נוצצים, ולא הסתיר את שביעות רצונו מהמעמד. בעוד רעהו, ציון, בוחן את השטח בעיניו רב.

כשיש קשרים לא צריך פרוטקציות, גורם הפתגם, וקשרים על גבי קשרים לא חסרו לו, לברוך דנן. חיכוך הכובש וכיסו הרחב נפתחו לו דלתות בכל פורום אטרקטיבי, וכך, לאחר הפעלת הלחצים במקומות הנכונים, הוא הצליח להוציא אישורים ליעוד מגרש ענק בראש אחד הצוקים שבמרחב צפון, עבור הקמת בית מלון. המציאה המדוברת עתידה למלא את קופתו של ברוך בהון רב. מלון בוטיק מפואר, אל מול הנוף המרהיב ועוצר הנשימה מגובה ההר, יחד עם משבי האוויר המתפרצים בשחרור והסביבה הפסטורלית והבראשיתית, ישוּן לקוחות רבים שישמחו לפרגן לעצמם נפש בלתי פתוחה. בנוסף, מתחם גן אירועים יוקרתי, אולמות כינוס וגנינות מאובזרות בשלל מזרקות ומפלי-מים, מיוחד לבעלי האצולה שימהרו לשריין תאריכים לאירוע צבעוני הבא עליו חלמו. והמחיריים, כמובן, בהתאם.

המלון החדש אינו הפרויקט הראשון של ברוך, ובמרוצת השנים הוא עבד עם בעלי מקצוע שונים ומגוונים. האדריכל והקבלן המבצע של יתר הפרויקטים שלו המצויים עדיין בשלבי תיווח, ביצעו הכל לשביעות רצונו על הצד הטוב ביותר. אלא שהפעם, הוא חיפש משהו חדש ומבטיח, מקורי ומעניין, שישכלל את המלון הפנימי, הן באופי התכנון כדוגמת המראה החיצוני והעיצוב הנגימי, והן במגוון רחב של רעיונות חדשים ולא גגרתיים שיאפיינו את המלון החדש, כמו בריכה תת-קרקעית כשחלון זגוגית ענק קורע את כותל ההר, ועוד דמיונות כהנה וכנהנה שיעלו על לב ההוגים.

לשם כך שכר אדריכל חוש ומומלץ בסכום עתק, על מנת שיתמקד אך ורק בפרויקט המלון. כדי להזרים דם חדש לעסק, קבלן מבצע בחר בציון הקבלן, במקום להטיל את המלאכה על מנשה הקבלן הוותיק שלו. ציון מצידו, התחייב לעסוק אך ורק בבניית המלון כפי תכנונו המוקדם לפרטי פרטים, ולעמוד בלוח הזמנים הדחוק שהקציב לו ברוך להשלמת הבנין. השניים סיכמו על גובה השכר ועל תאריך סיום ברור, ואף חתמו חוזה עם לתפוצה של אחרון ואף פירוט בו ולקעס מוגדל של עשרה אחוזים מכלל העיסוקה, ובלחיצת יד נרגשת ידע ברוך שהוא בדרך לכבוש יעד נוסף.

הפרסום על המלון החדש והזוהר שבמרומי ההר, החל להפציע כבר בתחילת הקידוחים. תחילה בפרסומים עלומים ואפופי מסתורין, שאינם חושפים את העומד

ויש הפוטרם, ורבו הפוטרם. וכמשפט שלום (סימן רלו קונטרס תיקון העולם) כתב שהוא 'ספיקא דדינא' והמוחזק פטור.

אמנם לגבי חיוב לצאת ידי שמים, נחלקו הפוסקים: שיטת הרדב"ז (חלק א סימן פד) ושער משפט (סימן שיב סק"ב) ואבני נזר (יורה דעה סימן קלג) ושואל ומשיב (מהדורא קמא חלק ג סימן קצג) שהמבטל כיסו של חבירו חייב בדיני שמים כמו בכל גרמא, ואילו דעת הבית אפרים (חושן משפט סימן כח) והאמרי בינה (שו"ת חלק א סימן א) בשם הרמב"ן שהוא פטור אף לצאת ידי שמים. גם לגבי תפיסה, נפלה מחלוקת בין הפוסקים אם מועיל באופן שחייב לצאת ידי שמים: דעת הכנסת הגדולה (סימן כח הגהות טור ס"ק כה בשם מהר"ם מיניץ סימן ק"י) והמהנה אפרים (ריבית טו) ואבני נזר (יורה דעה סימן קלג-קלד) שמועילה תפיסה, ודעת הרמב"ם (סימן שצב) ומהרש"ל (ים של שלמה בבא קמא פרק ו סימן ו) והחוות יאיר (סימן מד) שלא מועילה תפיסה במקום שחייב רק לצאת ידי שמים (ראה הרחבה בעניין, מכתלי בית הדין חלק ג סימן ז).

לאור זאת ומאחר שנחלקו הראשונים בנוק של מניעת רווח, אחד שמנע מחבירו להשכיר חצירו ולהרוויח, לא ניתן לחייבו בשל כך. וכן הוא בנידון דידן, למרות שהקבלן התרשל במלאכתו ובכך מנע מבעל המלון להשכיר חדרים, אי אפשר לחייבו.

אף בדיני שמים, מאחר ולא בידו מנע הקבלן את רווחיו של בעל בית-המלון, אלא רק במה שלא גמר את הבניה בזמן, וגם הנוק עצמו אינו בחפץ של בעל המלון אלא רק במניעת רווח עתיד, ההגדרה הנכונה כאן אף פחותה מהגדרת 'גרמא', ויש להגדיר את המצב כ'גרמא דגרמא', שאפשר שאינו חייב גם בדיני שמים (ראה: פתחי חושן נזיקין פרק ז סימן עורה צ; הגרמ"מ שפרן קובץ הישר והישרות ח"ב עמוד יח). וכן משמע בקצות החושן שכתב (סימן לב סק"א) שיש כמה מיני גרמא שפטור מתשלומים אפילו בדיני שמים, ואולם מבואר בדבריו שאפילו כשכאין חיוב ממוון בדיני שמים, מכל מקום יש עונש אפילו בגורם הדגורם.

ה. האם הסכם מחייב על גרימת נזקים?

למרות שמצד דיני נזיקין לא ניתן לחייב את הקבלן, בנידון שלפנינו יש לחייבו מצד אחר, והוא מחמת החוזה שערכו ביניהם, ושם נכתב שאם יתרשל הקבלן ממלאכתו, הוא ישלם לבעל המלון סך עשרה אחוזים מסכום הכללי של העבודה. סך בניית המלון עמד על קרוב לחמישים מליון שקלים, ובהתאם לכך עשרה אחוזים עומד על כחמשה מליון שקלים פיצוי.

התחייבות זו לפיצוי במקרה של רשלנות, יש לדון בה מצד אסמכתא. ההלכה היא (סימן רו) שאסמכתא אינה קונה, ולפיכך בכל התחייבות שמתחייב אחד לחבירו באופן שתלוי ועומד דוקא אם יתרחש דבר מסוים, ההתחייבות היא בגדר אסמכתא.

אולם יש אופנים שאסמכתא כן קונה, ואחד מהם הוא במקרה של נזק. הובא במרדכי (בבא קמא רמז קטו) אודות מי שנתן כסף לחבירו שיקנה לו יין, והסכים השליח שאם הוא לא יקנה, הוא ישלם לבעל הבית את

מאחוריהם ואת תוכנם, ואז בבת אחת, בשיווק מאסיבי של המלון הייחודי והראשון מסוגו שעומד לפתוח את שעריו באירועי פתיחה ססגוניים והגיגות מחיריים. ההצלחה היתה מרובה, בסייעתא דשמיא, וקהל היעד המתרשם החל לשריין תאריכים ביומנו של המלון שמעבר לפינה. ברוך היה מאושר מההצלחה, והוא אכן קבע תאריכים לאירועים שונים על פי לוח הזמנים שנקבע עם ציון, במחירי פתיחה מיוחדים.

אלא שהעניינים לא זרמו על מי מנוחות. ציון הקבלן, אודותיו שמע גדולות ונצורות, לא הצדיק כלל וכלל את ההמלצות שניתנו עליו. הוא התרשל במלאכתו, ובזמן בו היה אמור לסיים את עבודתו, הוא ביקש עבר את חצי הדרך. ברוך שהובך למדי מול קהל לקוחותיו, נאלץ לשכור עבורם מקומות חלופיים במחירים גבוהים. הוא זעם על ציון, שבעטיו נגרמו לו הפסדים כבירים, הן בסכומים שהוציא מכיסו לכיסו האירועים המוזמנים והמבוטלים, והן במניעת הרווח שכבר יכול היה לשלשל לכיסו אילו היה המבנה עומד על תילו. שלא לדבר על שמו הטוב שהוכתם ועל תוספת הפרסומים שעליו להפיץ במשך הזמן הנגור. אשר על כן, עמד ברוך ותבע את ציון לדין תורה.

ד. רווחי בעל המלון

לא רק הוצאות שכירות שיש לבעל המלון, אין הקבלן צריך לשלם כאמור, אלא גם כסף שבעל המלון היה יכול להרוויח משכירות החדרים אם הקבלן היה מסיים את בניית המלון בעתו ובזמנו כפי שהתחייב, לא ניתן לחייב מטעם נזק של מניעת רווח.

על המבואר בירושלמי לפטור את המבטל כיסו של חבירו, ודברי הרשב"א (בבא קמא כ. ד"ה אלא בחצר) להוכיח מזה כדעת התוספות (שם ד"ה זה) שלמדו משם לכל נועל ביתו של חבירו שהוא פטור, הסביר המחנה אפרים (מלוה לזמן סימן מא) שהסיבה שהזיק פטור, משום שהנוק עומד בספק, וכבר מפורש טעם ה' בשו"ת מהר"ם מרוטנברג (פראג סימן רצח) ובראב"ה (סוף סימן תתקנז) ולדבריהם באופן שהנוק הוא ברור יש לחייב מדינא דגרמא. אך כתב המחנה אפרים (הלכות גזילה סימן יא) כי נידון זה תלוי במחלוקת הראשונים שהובאה לעיל, כי לדעת הר"ף והרמב"ם אדם שמנע רווח של השכרה חייב לשלם כיון שרווח זה וודאי, אבל דעת התוספות והרא"ש שחייב רק כאשר גר בעצמו, כי אין לחייב על מניעת רווח אפילו הוא רווח וודאי, ולדבריהם טעם פטור המבטל כיסו של חבירו אינו מצד שספק האם ירוויח, אלא מצד שזה נזק בדרך של גרמא, וכן מפורש טעם זה במרדכי (ב"ק סוף סימן קיד).

גם הש"ך (סימן רצב ס"ק טו) כתב בשם הים של שלמה (ב"ק פ"ט סימן ל) שאף במקום שהרווח ברור אין לחייב על מניעת הרווח. כך העלה גם בשועות מלכו (חושן משפט סימן כב). והגרעק"א (סימן שלג סעיף ב) ציין לדברי קול בני לוי (דרוש א) שם הביא מושג מהר"ם פאדוה (סימן סב) ומשו"ת מהר"ש הלוי (ח"מ סימן טל) בשם רבו מהר"ש שאפילו במקום ריווח ברור, פטור המבטל כיסו.

התתם סופר (חושן משפט סימן קלו) ציין בקצרה כי לגבי מבטל כיסו נחלקו הפוסקים, יש המחייבים

הנוקמים שיהיו לו, ולבסוף פשע השליח ולא קנה וביתניים התייקר הבית, חייב השליח לספוג את יוקר היין שגורם לבצע את ההיבן בפשיעתו (בבא מציעא עג:). ואף על פי שגרמא בנוזקין פטור, כיון שהשליח קיבל עליו לשלם, הוא חייב אפילו שאין כאן כי אם גרמא. וכתב המרדכי שמכאן יש ללמוד לחייב בכל גרמא, באופן שקיבל עליו בפירות שלם אם יגרם הפסד בגללו ולדעתו ההתחייבות זו חלה גם בלי מעשה קנין.

ומצאנו בשולחן ערוך (סימן רז סעיף טז) שפסק לגבי הקנס בשידוכים שהצדדים מסכמים ביניהם למי שיחזור בו, שאין זה נחשב אסמכתא, כי כדאי הוא שיתחייב החוזר בו בקנס לדמי הבושה שבייש את חבריו. ביאר הסמ"ע (ס"ק מז) שאף על פי שגזם לקנסו נפשו בסך חשוב, הוא חייב לשלם כל מה שפסק, לפי שהבושה הוא דבר כל כך גדול שכדאי הוא להפסידו עבור זה כל כך ויותר מזה. וכן פסק בשולחן ערוך (שם) לגבי מלמד, שאם קיבל על עצמו קנס אם יחזור בו, הוא חייב לשלם מה שקיבל על עצמו. וביאר הסמ"ע (שם) הטעם משום שיש הפסד גדול לבצע הביתת מה שבנו מסתובב בטל, והוא 'פסידא דלא הדר'.

והנה הבית יוסף (שם סעיף כא) הרחיב בסתירת דברי המרדכי (סנהדרין סימן תרצא, ב"מ סימן שכג) האם חיוב זה חל באמירה בעלמא ובלא קנין. הכרעת הרמ"א (שם סעיף טז) שחיוב זה אינו דוקא כשנעשה בקנין, אלא הש"ך (שם ס"ק כד) כתב שחל החיוב אף כשנעשה בדיבור בלא קנין, ושכן כתב המרדכי (ב"מ סימן תנח) בשם הסמ"א לגבי מלמד, והכריע ששקנסות שידוכין לדברי הכל יהיה חייב בקנס אף בלא קנין.

אמנם הקצות החושן (שם סק"ז) חולק על הש"ך ולדעתו אין לחייב בקנס של שידוך יותר משאר קנסות, שהרי אין כאן חיוב של בושת מן הדין כי הרי חיוב בושת אינו כשנעשה בדברים, ואף לא במעשה, כל שלם עשה מעשה בגופו (חושן משפט סימן תכ). ומה שכתב הרא"ש (בבא קמא פרק ח סימן טו) שיש יותר בושת בדברים מבושת בחלה, כוונתו לניצן תקנה וסייג שתקנו לקנסו, אך לא לומר שהוא חיוב מן הדין. ומה שחייבו בקנס שהיה כתוב בהסכם, זהו דוקא כאשר עשו קניין, שאז מכה הקנין חל החיוב, ומה שאין בו חשש אסמכתא, כי מאחר שהוא הפסיד בגללו אנהו אומרים שהוא גמר בדעתו להקנות את הקנס.

בעת ש" (סימן רז סעיף טז) כתב ליישב דעת הש"ך, כי אפילו שמעיקר הדין אין כאן חיוב בושת, עכ"פ כשם שכתב המרדכי שאדם יכול להתחייב על נזקי גרמא בפיו ובלא מעשה קנין, כך יכול אדם להתחייב על נזקי בושת שלא נעשו בגופו של הנזק אלא בדברים, שדבר זה דומה לגרמא של בושת, והמתחייב בפיו לשלם נזקי גרמא חייב.

הקצות שייטתו שצריכים קנין מבאר את חיוב השליח שפשע ולא קנה את היין שהתייקר לפי שהתחייב בקנין, וכן מפורש בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (פראג סימן תתכא), וכן מה שאמרו שם עוד (קד:): על אחד שקיבל קרקע מחבירו, והבטיח לבעל הבית שאם יובינה ולא יטפל בה, הוא ישלם לו אף זו, שפסק רבי שמדובר באסמכתא, ומחלוקת הגמרא שבאופן שאמר האבא לבעל הבית אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, הוא חייב, לפי שלא הגוים בסכום אלא התחייב מה שבאמת היה יכול בעל הבית להרוויח, שבכל זה החיוב הוא על ידי השטר שהוא כמו קנין, ומה שאין בו חיוב אסמכתא זהו משום שהוא אכן מתכוון לשלם את ההפסד שהוא גורם, וכן כתב בבבאור הגר"א (שם ס"ק נז).

לפי זה, מאחר שבין הקבלן לבין בעל המלון נעשה מסמך מחייב שישלם לו את הנוקמים, שוב אין כאן אסמכתא, ולשיטת הרמ"א והקצות החיוב הוא דוקא כשעשו קניין, רק שיש לומר שהחובה שנעשה ביניהם נחשב לקניין סיוטומא כפי המנהג.

ועדיין יש לדון, שהרי לשון ההתחייבות היא לשלם עשרה אחוזים מעלות הבנייה, שהם חמשה מיליון שקלים, וזו התחייבות כללית שאיננה לוקחת בחשבון את היעורר האמיתי של הנוקם על בעל המלון, והרי זה כאומר 'אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי' שאמר רבא (ב"מ קד:): כי אין חיוב זה חל והוא בכלל אסמכתא.

אלא שכתב הר"ף (שם סא:): לחדש, כי מסתבר שאפילו שאינו גומר בדעתו להתחייב לשלם בהפרזה ושלא כשעור הנוק, את הנוק עצמו בוודאי גמר בדעתו להתחייב, ואין בו אסמכתא, וכן נפסק ברמב"ם (שכירות פרק ח הלכה ג') ובשו"ע (ח"מ סימן שכח סעיף ב). ואם גם כן בנידון שלנו אמנם אין לחייבו לשלם סתם סכום של עשרית מהעלות הכללית, כיון שזה כבר נחשב לאסמכתא, אך לשלם את הנוקמים הקיימים של בעל המלון בוודאי התחייב הקבלן.

ו. תוקף ההתחייבות בהסכם לגבי מניעת רווח

ואכן, לגבי החיוב של הקבלן בשטר בקנס פיצויים בתמורה להפסדים שיש לבעל המלון בגלל האיחור, החובה מחייבת את הקבלן לשלם, אך עדיין יש לברר באופן שנכתב בחוזה שהוא מחויב לפצותו על כל הפסד שיהיה לו, אם תחת הגדרה זו ניתן לחייבו גם במניעת הרווחים באי-השכרת חדריו המלון שעדיין לא עומד על בניו לתלפיות. בשליח שנשלח לקנות יין והתייקר היין, אנהו רואים שהשליח חייב לשלם גם על הרווח שנמנע מבעל המעורר בכך שהיין לא נרכש עבורו במחיר הזול, ולכאורה יש לומר שכמו כן ההתחייבות של הקבלן תהיה גם על מניעת הרווחים הללו.

ואולם שיטת הרשב"א בתשובה (חלק ג סימן רכז) שאין להחשיב בהתחייבות של הוצאות ונוקמים הפסד של מניעת רווח. דבריו נסובו אודות לוח התחייב למלוה בכל ההוצאות שיהיו לו אם לא יפרע לו את הכסף במועד שסוכם ביניהם, והלוה לא פרע בזמן, וביתניים הפסיד המלוה סחורה שהיה יכול לקנותה בזול, וכתב הרשב"א שהלוה פטור על ההפסד, כמו במבטל כיסו של חברו. וביאר הרמ"א (דרכי משה סימן סא אות ד) ככוונתו שעל אף שהלוה קיבל על עצמו לשלם, עדיין יש כאן אסמכתא. אך הקשה עליו שהרי מועילה ההתחייבות כאשר הוא מפסיד ואין בכך אסמכתא, כמו שמצינו שמועילה התחייבות בנוסח של 'אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא'. והניח את דבריו ב'צריך עיון'.

אך הב"ח (שם סעיף ד) כתב שבאוביר ולא אעביד ההפסד הוא ברור מאחר וטבע הקרקע להוציא פירות ונמצא הרווח מזומן, אבל מניעת רווח מרכישת סחורה בזול אינה נחשבת כמו נזק, וזה עוד פחות מ'גרמא'. ועוד כי מי ערב בדבר שהיה ודאי מרוויח, ושמו דווקא יבוא נזק, ואינו דומה להתחייבות שמקבל על עצמו אם יזיח את הקרקע ולא יטפל בה, כי שם ההפסד הוא ברור. ולכן אף לפי המרדכי שבגרמא אין דין אסמכתא וההתחייבות מועילה, במניעת רווח לא תועיל ההתחייבות. וכן הסכים הש"ך (ס"ק י).

ובשער משפט (שם סק"ב) תמה על דברי הב"ח, שהרי בירושלמי לגבי מבטל כיסו של חברו, אנו רואים שהגרמא מדמה זאת במפורש לדין אריס שקיבל על עצמו 'אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא'. וכן בדברי הרא"ש (בבא קמא פרק ב שם) שהוכיח משם לגבי נועל בית חברו, אנו רואים שהשווה בין הדברים. ומכל מקום כתב שכתב שקיבל על עצמו להתחייב הוא חייב. ומה שכתב הב"ח שיש לחלק כי לא ברור שיהיה ריווח, מהראשונים מוכח שאין לחלק בדבר, אלא בכל אופן שעומד להרוויח לפי דרך בני אדם ומחייב את עצמו בכך, אין זה אסמכתא וחייב לשלם.

ומה שכתב הרשב"א שהלוה פטור, מדובר שכתבו שם בשטר שהלוה מתחייב לשלם הפסד שיבוא מחמתו, ואנהו מפרשים את כוונתו דוקא על הפסד של הקרן, כגון באופן שיהיה למלוה בעל חוב דוחק, ומחמת שלא יפרע הלוה בזמנו הוא 'צטרך למכור מוטטלים פלא משוים, אבל מניעת רווח אינו בכלל ההתחייבות, והרי די בעל השטר על התחונתו, אך באופן שברור שכוונתו הייתה לחייב את עצמו לשלם גם את מניעת הרווח, גם הרשב"א 'סיכס שאין כאן אסמכתא והוא חייב לשלם'.

ואכן לפני האחרונים לא עמדו כל דברי הרשב"א אלא רק כפי המובא בבית יוסף, ולכן הסתפקו בדבריו, אולם כעת שנדפסה כל התשובה (ח"ג סימן רכז) והמחזור בה כדברי השער משפט, שקבלה לשלם גם מניעת רווח ודאי מועילה, וכל נידון הרשב"א הוא האם בכלל הלשון לשלם את כל ההפסדים כולל גם הפסד של רווח או רק הפסד של דבר קיים, ובזה מיושבת גם שאלת הרמ"א מפני מה לא תחול התחייבות לשלם הפסד של רווח, כי בוודאי גם הפסד של רווח מועיל בו קבלה, ויסוד דברי הרשב"א אינם אלא כי אם שהלשון לשלם את כל ההפסדים לא כולל מניעת רווחים. אמנם מדברי הרמ"א שתמה על הרשב"א, נראה שסבר כי גם באופן שהתחייבות של הלוה בשטר הייתה על כל הפסד שיהיה למלוה מבלי לפרט שכוונתו דוקא להפסד הקרן, עדיין יהיה חייב לשלם אף על

מניעת רווח, שלא כפי שמשמע בדברי הרשב"א כנ"ל. נמצא שנחלקו הפוסקים לגבי מניעת רווח, דעת הרשב"א לפי הב"ח והש"ך שמניעת רווח אינה נחשבת כנוק וההתחייבות לא מסלקת אסמכתא, ולפי השער משפט ניתן להתחייב גם על מניעת רווח, אך צריך לראות שאכן זו כוונת ההתחייבות, וכן נראה לכאורה ברשב"א גופא. ואילו לשיטת הרמ"א ההתחייבות מבטלת את האסמכתא לגמרי גם במניעת רווח.

לפי זה, נידון דידן תלוי במחלוקת זו, ולשיטת הרמ"א אם אכן התחייב בחובה שישלם לו את כל ההפסדים, יצטרך הקבלן לשלם לבעל המלון גם את מניעת הרווח. אך לפי הב"ח והש"ך לא יצטרך לשלם לו את מניעת הרווח. ולהשער משפט וכן נראה בשו"ת הרשב"א, לשון התחייבות לשלם את כל ההפסדים אינה כוללת התחייבות לשלם גם על מניעת רווח, אבל התחייבות מפורשת תועיל.

ואמנם כאשר עושים את הדבר באופן המועיל גם כלפי אסמכתא, כגון שהתחייב זה לזה, או שעשו הדבר בקנין חשוב ובבית דין, או כתקנת חכמי ספרד שמתחייב לו מעות ומחול לו על מנת שיארע דבר י (ראה באריכות חלק ב סימנים לב-לג-לד), אז לדברי הכל בוודאי יש תוקף להתחייבות שלו בכל סוג של נזק או קנס שיקבל על עצמו.

ובנידון שלפנינו בו הקבלן לא התחייב לשלם את כל ההפסדים, אלא התחייב רק באופן כללי כי במקרה של עיכוב במסירת המלון לידי בעליו הוא משלם עשרה אחוזים מכלל העיסקה, נתבאר לעיל כי אינו חייב לשלם אלא רק כפי שיעור הנוק שהיה לבעל הבית, ואמנם לדעת הב"ח והש"ך החלק של מניעת רווח מצריך תנאי מיוחד למנוע אסמכתא, אבל לדעת הרמ"א והשער משפט וכן נראה דעת הרשב"א, החלק של מניעת רווח שווה לחלק של נזק ובהכל אין חשש אסמכתא.

וזה דבר המשפט

• הנועל את ביתו של חברו ומנעו מלדרו ולהשתמש בו, אינו חייב לשלם לו בדיני אדם. ואפילו אם גרם לבעל הדירה הוצאות שהיה צריך לשכור לעצמו בית במקום אחר.

• נחלקו הפוסקים לגבי מבטל כיסו של חברו במקום שהנוק הוא ברור, ולכן אי אפשר להוציא ממון מהמזיק.

• מעיקר הדין, בבניית מלון, הקבלן אינו חייב על נזקי גרמא, דהיינו על מה שנמנע ריווח שכירות מבעל הבית. וגם באופן שבעל המלון מוחזק בכספו, הוא לא יכול לעכב את החוב אצלו, מאחר שזהו גרמא דגרמא.

• כאשר נכתב בחוזה בצורה ברורה שההתחייבות תהיה על כל נזק שעלול לבוא עליו, נחלקו האחרונים האם יכול לתבוע גם על מניעת רווחים או שהוא יכול לפטור את עצמו בטענת אסמכתא על מה שנמנע ממנו להרוויח. ורק אם ההתחייבות נכתבה בלשון המועיל לטקל אסמכתא, כפי הנהוג בשטרות לשפות לא המוטב בכל הקניינים והאופנים המועילים לטקל את האסמכתא, שוב לא יוכל לטעון אסמכתא על שום נזק המפורש שם.

אמנם דעת שער משפט וכן משמע בשו"ת הרשב"א, שאין חילוק בין הפסד למניעת רווח, אלא שאם כתב חיוב על הפסדים אין מניעת רווח בכלל לשון הפסדים, ולכן צריכים לכתוב בפירוש חיוב גם על מניעת רווח, ואז מניעת רווח מוגדרת כמו הפסד, ואין צריכים נוסח מיוחד למניעת אסמכתא.

• בנידון שלפנינו, מאחר שנערך חוזה ביניהם, ובהסכם שנחתם מופיע שהקבלן ישלם קנס לבעל המלון עשרה אחוזים מהעלות הכוללת של כל הבניה אם לא יעמוד בהתחייבויותיו, הגם שמה שהפריז לשלם בלי שייכות לנזק נחשב לאסמכתא, התחייבות ההתחייבות של הנזק לשלם גם את עיקר הנוק והתחייבות זו אינה אסמכתא. אלא שלפי הב"ח והש"ך ההתחייבות לא חלולה מניעת רווח שהיא בכלל אסמכתא, אך לדעת הרמ"א והשער משפט, וכן נראה דעת הרשב"א הוא מחויב לשלם לו גם על נזקי מניעת רווח, ובכלל זה כל סוגי הנוקמים שהיו לו כתוצאה מהתרשלותו בסיום הבנייה, לפי שכאשר יש הפסד ממון שנגרם מחמת שלא עמד בדבריו, ההתחייבות מסלקת את האסמכתא.

