

# בית דין ירושלים

לדיני ממונות ולבירור יוחסין

## ביטל מקח של דירה כשהתברר לו שהשכנים מסרבים להרשות בניה על הגג

תיק ממונות מס' 948-01

(מהד' ה סיון)

### נושא הדיון

א' מכר דירה לב' ע"י שטר זכרון דברים וע"י קנין כסף (שהקונה בקש לעשות). בזכרון הדברים שנרשם ביום 25.1.07, נאמר (למעט מילים שקשה לפענחן): "צד א' "מעביר" לצד ב' זכויות ובעלות על הנכס (בהכתובת המפורטת)... "כמו שהוא ? כעת". צד ב' "מעביר" לצד א' סך \$210.000 ? 50% בחתימת החוזה ו-50% ? חודש מחתימת החוזה ולא יאוחר מ-6 חדשים. סיום התשלום במועד העברת הבעלות. בתוך ? ימים מיום חתימת זכרון דברים זה יפגשו 2 הצדדים או ב"כ אצל עו"ד מוסכם לסידור וטיפול הענין. במקרה של ביטול או הפרה, קנס 10% מהעסקה". בשולי הגיר כתב המוכר שביום 25.1.07 "קיבלתי ע"ח 100 ש"ח תחילת פרעון". המוכר סיפר שסמך על הקונה ונתן לו את השטר מבלי שישאיר לעצמו עותק. לאחר כמה ימים ביטל הקונה את העסקה בטענה שהתברר לו שהשכנים אינם מרשים לבנות תוספת על הגג, והואיל וקנה את הדירה מא' על דעת שיוכלו לבנות על הגג, ע"כ הוא מבטל את העסקה.

טוען המוכר שטענת הקונה לביטול מקח אינה טענה. א. נכון שבזמן המו"מ לקניית הדירה אמר ב' שרוצה לבנות על הגג וביקש מא' שיקבל על כך את הסכמת השכנים, אך בזכרון הדברים אין זכר לתנאי כזה, וזכרון הדברים הוא שקובע את התנאים לקניה ולמכירה, ולא הדיבורים שהיו במו"מ. ב. משום שהקונה עצמו נר באותו בנין והיה עליו לברר אצל השכנים לפני שחתם על השטר ושילם את הכסף. ג. ב' סיפר לשכנים שמתענין על הדירה כמתווך עבור קונה אחר, ואותו קונה מבקש לבנות על הגג, ועל כך השכנים לא נתנו את הסכמתם. אילו היה מספר להם - בתור שכן בבנין - שעומד לקנות הדירה לעצמו ומבקש להוסיף על הגג, אין ספק שהשכנים היו מרשים לו, כשם שבעבר הרשו אחד לשני להוסיף על הדירות. א' חוזר וטוען שאכן שאל את השכנים אם ירשו לו, לא', להוסיף בניה על הגג, והם הרשו לו.

א' תובע לקיים את העיסקה, ולחילופין לחייב את ב' בקנס של 10% מהעיסקה, כפי שנכתב בזכרון הדברים (תוספת שב' עצמו בקש להוסיף, וע"כ אינו יכול לטעון אסמכתא), מכיון שהיו לו נזקים והפסדים כתוצאה מביטול המקח, ע"י כך שנזקק לקנות משכנתא לדירה שקנה. ב' משיב: א. כיון שדברו ביניהם שקונה על דעת להוסיף על הגג, הרי זה תנאי בעיסקה גם אם לא נכתב בזכרון הדברים, וגם הדמים מודיעים, שהרי מחיר הדירה עצמה באותו מקום - בלי אפשרות בניה על הגג - שוה כמה עשרות אלפי דולר פחות ממה ששילם. ב. לא עלה על דעתו לשאול את השכנים לפני החתימה על זכרון הדברים מכיון שהאמין לא' שדבר עם השכנים והם הסכימו. רק אח"כ כשדבר אתם התברר לו שהוטעה ע"י א', ולדברים א' לא דבר אתם על כך. ג. נכון שלא סיפר לשכנים שקונה עבור עצמו אלא אמר להם שמתעניין כמתווך - וגם כעת אינו מכחיש או מאשר זאת - אך אין זה משנה לעצם הדברים שהשכנים אינם מסכימים שהקונה יבנה על הגג. ד. ההתחייבות לשלם 10% מהעיסקה על ביטולה דינה כאסמכתא ואינה מחייבת עפ"י דין, ואם היא מחייבת, הרי הוא תובע אותה מהמוכר שבגללו התבטלה העיסקה.

## פסק דין

התביעה נדחית.

(-) דוד יהושע קניג

(-) מרדכי אייכלר

(-) אברהם דוב לוי, אב"ד

## השאלות לדיון

- א. תנאי שדברו בע"פ ולא נזכר בשטר שכתבו אח"כ, האם ביטלו התנאי שדברו או לא.
- ב. קנס של 10% מהעיסקה על ביטולה, והיו למוכר נזקים בגלל הביטול, האם חייב הקונה המבטל לשלם את הקנס, אע"פ שלא כתבו "דלא כאסמכתא וכו'" ובקנין בבי"ד חשוב.
- ג. שטר שאין בו לשון "מכירה" או התחייבות למכור, אלא לשון "מעביר זכויות ובעלות", האם מועיל בתורת שטר.
- ד. שילם הקונה בתור "תחילת פרעון" 100 ש"ח והמוכר חתם בכתב ידו על גבי הזכרון דברים שקבלם, האם מועיל בתורת קנין כסף.

## תשובה

א. פסק הרמ"א בשו"ע סי' רז סעי' א': וכן אם התנו תנאי ואח"כ כתבו השטר סתם ודאי על תנאי הראשון כתובה. ובשו"ת פני" ח"ב חו"מ סי' ק, הביאו משפט שלום סי' רז אות יא, לידד השואל לומר דזה דוקא אם נכתב השטר סתם בלא שום תנאי, אבל אם נכתב בו תנאים אחרים ולא נזכר בו התנאי שהתנו מקודם, י"ל שמחלו תנאי זה, אבל הפני" ע"מנו צסי" קא תמה על דברי הרמ"א וכתב דאם הדרך לכתוב תנאים בשטר ולא כתב מוכח דמחל התנאי. ועוד עיי' בשו"ת פני" שם סי' לו שחוכך בדין אם התנה איזה תנאי בשעת מו"מ אבל בשעת גמר המקח לא הזכירו מזה ולא התנה אותו וכו"נ בינתיים בפסיקת הדמים וכדומה דאפשר וקרוצ הדבר שאין התנאי מועיל כלום, ויש לפקפק בזה הרבה. ע"כ. ועיי' משפט שלום שם אות יב שם עוד אחרונים בזה.

לפי"ז בנידון דידן טענת המוכר שכיון שלא נזכר התנאי שדברו בע"פ, בזכרון הדברים המפורט שכתבו אח"כ, ביטלו את התנאי, יש לה על מה לסמוך, שהרי כן פסק הפני". מה גם שזכרון הדברים נרשם שהמוכר מעביר את הזכויות על הנכס "כמו שהוא כעת", כך ולא יותר מכך.

אך עיי' פס"ד ירושלים כרך ז עמ' לא מאחמו"ר ז"ל דאם על תנאי זה של הנוף הוא נכנס בקניית הדירה, אין בחוזה שום מחילה על התנאי הזה, ומ"מ אין כאן אומדנא דמוכח דמחל לו, ובלי אומדנא דמוכח על המחילה אין זו מחילה, עיי' שער משפט סי' סח ס"ק א' וסי' לח ס"ק א'. ע"כ.

ונראה דיש חילוק בין תנאי דנוף, לתנאי של הרחבת דירה. דהנוף הוא דבר קיים ועומד ממול הדירה, ורק בניה ממול תסתיר אותו, וכשקנה את הדירה היה הנוף פתוח, וע"כ אין אומדנא דמוכח שיתר על תנאי זה כשלא כתב התנאי בחוזה, כיון שהדירה כמות שהיא בזמן החוזה היתה כמו שרולה, אבל בתנאי דהרחבת דירה, הרי במלצ הקיים בזמן כתיבת החוזה לא היתה הרחבה רק שזה רלונו להרחיב, וא"כ היה עליו להזכיר דרישה זו בחוזה, שהרי את הדירה כמות שהיא אינו מעונין לקנות, ואם לא הזכיר אומדנא דמוכח שלא על דעת כן קנה את הדירה.

ב. בגמ' ב"מ קד ב: ההוא גברא דקביל ארעא מחצריה, אמר אי מוצירנא לה יהיצנא לך אלפא זוזי, אוצר תלתא, אמר רבא אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא, ואמרו בגמ' שם דוקא כשמצטיח דרך גזמא אבל כמשפט לאו אסמכתא היא. ועיי' ש"ך סי' ס"א ס"ק ו' שם תשובות הרשב"א ושער משפט שם ס"ק ב'. ועיי' חזו"א חו"מ לקוטים סי' טז אות יא, וקובץ תשובות להגריש"א שליט"א ח"ב עמ' תנו, לענין אסמכתא בקנסות של ציטול חוזה.

ועיי' פס"ד ירושלים כרך א עמ' לא שיש לבחון אם סך ההתחייבות סביר ביחס לנזק המשוער, שאז מועילה התחייבותו לשלם מדין מזיק, אפילו נזקים שצגרמא, לבין קנס הגדול מהנזק המשוער. ובנידון דידן טוען המוכר שגגרמו לו נזקים כתולאה מציטול העיסקה עיי' כך שנוקק לרכוש משכנתא לדירה שקנה, ומשכנתא

עולה הרצה כסף, יש לצדוק אם אכן הנזקים מגיעים לכוס של \$21.000 (שהם 10% מהעסקה), שאל"כ אין לחייב את הקונה אלא בנזקים ולא יותר מכך.

וכתב ע"ז חבר בית הדין הגר"מ אייכלר שליט"א: עיי' שו"ת חת"ס חו"מ סי' סו, הוצא צפת"ש סי' ר"א ס"ק ב, שפסק כדבר פשוט שדבר שהוא מנהג העולם אין בו דין אסמכתא, שהרי טעם מה שאסמכתא לא קניא הוא משום דלא סמכא דעתיה, ומכיון שנהגו שפיר סמכא דעתיה וקני. ולכן אפשר שקנס עצור ביטול עסקה שמקובל שיש קנס, אין בו אסמכתא.

ג. הלשון "מעביר" נזכר פעמיים בטר הזכרון דברים שבנידון דידן. פעם אחת שהמוכר "מעביר" את הבעלות והזכויות על הנכס לקונה, ופעם שניה שהקונה "מעביר" סך של \$210.000 למוכר, כשמיד מפורטים מועדי תשלום למשך החדשים הבאים. המוכר מסביר שהלשון "מעביר" אין כוונתו בלשון הווה, אלא בלשון עתיד. הקונה אינו יודע להסביר לשון זו שנכתבה ע"י המוכר.

אם אכן הכוונה בלשון עתיד, שהמוכר יעביר את הבעלות לקונה, כמו שהקונה "יעביר" למוכר את התשלומים בעתיד, אין כאן לשון מכירה וגם לא לשון העברת בעלות, כי אם "אתן" ו"אשלים". אבל אם כוונתו בלשון הווה, שהמוכר מעביר את הבעלות לקונה, כי אז יש להסתפק אם דינו כלשון מכירה או לא. וקיי"ל דיד בעל השטר על התחתונה.

ד. עיי' פס"ד ירושלים כרך ד עמ' רעו בשם מרן הגר"ש אלישיב שליט"א שאם בנוסף לכסף כתבו גם "נקודות להסכס", אף אם אין לזה תוקף של שטר, מ"מ כיון שהלדדים סמכו אחד על השני שמה שנכתב יספיק להם לאותו זמן, והקונה סמך על המוכר שלא יכחיש את הדברים, יש לזה תוקף של קנין. ועיי' להלן בדברי ידידי הדיין הגרד"י קניג שליט"א.

אברהם דוב לויז.

## ב

יש לעיין איזה קנין היה כאן. השטר שהוצא לפנינו אין בו שום לשון קנין, ואפילו לשון רחיה אין בו. הנוסח הוא רק כעין הלהרת כוונות: ראובן "מעביר" את הנכס, ושמעון "מעביר" את הכסף סכום זה וזה במועד זה וזה וכו'. רק מה שיש לדון הוא משום קנין כסף ששני הלדדים מסכימים ששילם מאה ש"ח, ובלידי השטר ראש קבלה בלשון זה "קיצלתי ע"ה מאה ש"ח תחילת פרעון". אבל אי משום הא לא איריא, שהרי אכן במקום שנוהגין לכתוב שטר ולכן בכסף לחוד אינו קונה. ואין לומר שמכיון שכל ענין השטר בכה"ג הוא משום דלא סמכא דעתיה בלי זה, וכמו שכתב רש"י קדושין כו, וממילא אפילו שטר פסול כזה יועיל לסמיכות הדעת, זה ... וכמ"ש בסמ"ע סי' קלא ס"ק ח דחינוך קונה עד שיכתוב שטר מכירה שדרכם בכך, וכאן ודאי המנהג לא לכתוב שטר כזה אלא חוזה מסודר אלל עו"ד, והא לך רחיה דבתוך הזכרון דברים הזה הם כתבו שהלדדים יכנסו לעו"ד תוך שצוע כדי לסדר הענין, וא"כ הוא ק"ו מדבריו

של הט"ז אבהע"ז סי' נ ס"ק יב והוצא צפת"ש כאן ס"ק ז, שהרי הט"ז מחדש דאפילו בשלח פירשו שצדעתם לכתוב תנאים אח"כ מ"מ מכיון שהמנהג הוא כך אין בקבלת קנין צפני עדים וכתוצאת ראשי פרקים משום ... לכתוב תנאים ויכולים לחזור. אי"כ כ"ש צניד"ד שכתבו מפורש שצריכים להיפגש אלל עו"ד שהכוונה הפשוטה בזה הוא לכתוצת חוזה, בודאי שאין להחשיב חתימתם על "הלהרת כוונות" כקנין שטר.

ובזה ארווחנא שאין סתירה בין הדו"ד שלפנינו לבין מה שמוצא ממרן הגריש"א צפס"ד ירושלים כרך ד עמ' רעו. דשם בשעה שכתבו זכרון דברים שני הלדדים הבינו והסכימו שא"א לכתוב חוזה (מטעמים לדדייס, עיי"ש עמ' רעג), ולכן שפיר נחשב שטר הזה כגילוי של סמיכות דעת גמורה, שהרי אינם יכולים יותר, וממילא נחשב כשטר שדרכם בכך צנסיבות האלו, וכמו שכתב הסמ"ע, ואפילו שהשטר הזה אינו כשר מעלמו בתורת קנין שטר. משא"כ כאן שני הלדדים מודים שאין צדעתם להסתפק בכך, שפיר נחשב עדיין כחסרון צגמירות דעת, כי המקום הזה הוא מקום שדרכם לכתוב שטר חוזה מסודר, ולכן אין כאן קנין, שהשטר כשלעלמו אינו בלשון קנין, ולכן הוא פסול, והכסף כשלעלמו אינו קונה משום שמונהגנו לכתוב שטר, וכנ"ל.

דוד יהושע קניג.