

בית דין ירושלים

לדיני ממונות ולבירור יוחסין

שילם כסף וכתבו חוזה על מקרקעין
וכתוב בחוזה שיש עוד לכתוב הערת אזהרה

תיק ממונות מס' 1719-עא

(מהד' ב תמוז)

נושא הדיון

א' וב' התמו על חוזה מכירת מחסן של א' לב' בבנין המשותף, תמורת 110.000 ש"ח ששולמו במלואם. בסעיף 7 בחוזה נכתב: "להבטחת זכויותי של ב' במחסן, תירשם - עם ביצוע התשלום השני - הערת אזהרה על זכויותי של א' בדירה". כשהראה א' את החוזה לעו"ד אמר לו העו"ד שהערת האזהרה שהסכים עליה תפחית את ערך דירתו באחוזים ניכרים, ואז הודיע א' לב' שהוא מבטל את העסקה, משום שאם היה מודע לכך לא היה מוכן למכור לב' את המחסן, ומה שהסכים לחתום זה רק משום שב' אמר לו שהחתימה על הסעיף הזה לא תפגע בו כלל. ב' טוען שלפני החתימה על החוזה קרא את החוזה והסכים לחתום עליו, ולכן איננו יכול לחזור בו.

עוד טוען א' שב' חפר באדמה בצד המחסן שלו כדי להרחיב את המחסן ב-6 מ"ר, והחפירה הזו נעשתה בשטח משותף של כל הדיירים, והוא כשותף אינו מסכים לתת אותו לב' משום שהמקום מיועד לבניית מעלית בעתיד כשיוסיפו קומה נוספת על הבנין. ב' משיב שמוכן לתת התחייבות שאם יצטרכו בעתיד את המקום לבניית מעלית הוא יפנה את עצמו משם.

פסק דין ביניים

כל עוד לא נרשמה הערת אזהרה לטובת ב', רשאי היה א' לבטל את המקח, לפיכך המקח בטל.

מאחר שב' השביח את המקום, חייב א' לשלם לו כדין יורד, לפי דו"ח שימציא לבית הדין.

(-) נפתלי צבי מרמורשטיין

(-) מרדכי הייזלר

(-) אברהם דוב לוי, אב"ד

השאלות לדין

- א. גילה הקונה דעתו שסמיכות דעתו על העסקה תהיה רק עם תירשם הערת אזהרה על שמו, האם קנה בכסף ובחזרה.
- ב. מהותה של הערת אזהרה.
- ג. למי הבעלות על האדמה שתחת הבנין או בצידו.
- ד. קונה שהשיבח השדה ואח"כ התבטל המקח.

תשובה

א. בגמ' קדושין כו א': אמר רב לא שנו - שנכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף וכו' - אלא במקום שאין כותבין את השטר, אבל במקום שכותבין את השטר לא קנה. ופירש רש"י: דכיון דרגילין צהכי לא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא ועיקר דעתו לקנות על השטר הוא. וכ"פ הרמב"ם מכירה פ"א ה"ד ושו"ע חו"מ סי' קל סעי' א.

וכתב בהמקנה קדושין שם ד"ה בגמרא אלא מהכא, דמלשון השו"ע סעי' ז וח משמע דאין הקנין אלא בשעת כתיבת השטר ולא למפרע, דאי הוי כעל מנת שתכתוב את השטר א"כ לא הוי מצי הלוקח לחזור בו קודם כתיבת השטר, כדקיי"ל בכל תנאי דע"מ כשזה מקיים התנאי מתקיים המעשה למפרע וכו', וכן משמע מדברי רבי אידי בר אבין דאמר אי בעינא בשטרי איקני משמע דמקום שכותבין את השטר יכול הלוקח לחזור, דאין הקנין למפרע אלא משעת כתיבת השטר דסמכה דעתיה וכו', ונראה לענ"ד די"ל דבאמת הא דנפקא ליה לרב דין זה היינו מדכתיב בקרא ואקח את ספר המקנה דהיינו קנין שטר, אע"ג דכתיב בקרא מתחילה ואשקול לו את הכסף א"כ כבר קנה בדמים, וע"כ ל"ל דבכסף לא קנה משום דלא סמכה דעתיה משום דהוי התם מקום שכותבין את השטר וכו'.

מבואר מהמקנה שדין זה שבמקום שכותבין שטר אינו קונה בכסף מדאורייתא, וכ"כ במנ"ח מ' שלו שהוא מן התורה, דבקנין כריך להיות דוקא סמיכות דעת שניהם ובמקום דאחד לא סמך דעתו אינו קונה מן התורה. אמנם ברש"י קדושין שם כתב דהא דאמרינן בשטר מכר לא קנה לאו משום דכסף מעכב צקניית שטר, דהא אי פריש פריש, אלא דרבנן הוא דתקון משום דאפשר דלא סמכא דעתיה.

וכן אם התנה את הקנין ברישום הערת אזהרה על הקרקע על שמו בספרי האחוזה, פסק בשו"ע סי' קלב סעי' טז דאם התנה הכל לפי תנאו. וכ"כ במשפט שלום שם בשם תועפות ראש חו"מ סו"ס יג. וכתב בחו"מ חו"מ לקוטים סי' טז אות ה ואות יא דיש סברא לומר דאע"ג דלא נכתב בלשון תנאי, השיב אומדנא דמוכח דלא נתרלה הלוקח אלא ע"מ שיכתוב לו בטאבו, וכ"ש כשהתנה שימסור לו בטאבו דחשיב

כתנאי.

ונפי"מ לענין מי שפרע לדעת הבודרים שיש מי שפרע בקנין כסף בקרקע, עיי' תוס' כתובות ג' א', דאס במקום שכותבין השטר קונה מדאורייתא בכסף, וכדעת הרשב"א, יש מי שפרע כשחוזר בו, אבל אס במקום שכותבין השטר אינו קונה בכסף מן התורה, אס חזר בו אין עליו מי שפרע, ועיי' ב"י ס"י רד בשם הר"ן דמסתפק בדבר וכתב דלפטר דליכא מי שפרע במקרקעי, ואח"כ העלה הר"ן דליכא מי שפרע אלא במידי דקני מדאורייתא כגון מעות ל' יוחנן, וכתב הב"י דלפי דעתו אס נתן כסף לקנות קרקע והוא במקום שכותבין שטר אס צא לחזור בו איכא מי שפרע, ואס נתן לו משכון ליכא מי שפרע. ע"כ. וכן הביא הפת"ש ס"י רד ס"ק צ בשם האחרונים שאס נתן כסף עבור קנין קרקע והוא במקום שכותבין שטר וחזר צו מהקנין איכא מי שפרע. ובשו"ת משכנות יעקב חו"מ ס"י נה כתב שאס שילם למוכר כסף עבור הקרקע ולא כתב שטר, וחזר צו יש צו מי שפרע וכדעת הרי"ף. ועיי' דברי גאונים כלל סג אות ז בשם עוד אחרונים.

ועיי' פ"ס ירושלים כרך ד עמ' רעו שהעיר בזה האמור"ר הגרבי"ל ז"ל שאס לא שילם את מלוא התמורה, ונתן רק דמי קדימה, הרי מצוה צגמ' צ"מ מח צ שאינו לריך לקבל מי שפרע אלא כנגד המעות שנתן, ובכה"ג אף אחד לא ניתח ליה שהמכירה תחול רק על מקלט מהבית, עיי' שו"ע ס"י ק"ט סעי' יז. ע"כ.

ובגד"ד אע"פ שילם למוכר את כל דמי המקח, כיון שגילה דעתו שיעקר סמיכות דעתו היא על רישום הערת הזהרה בטאבו, כל זמן שלא נרשם יכול לחזור בו ואפילו מי שפרע אין לו.

ב. הואיל ומדובר בנושא חוקי, ראוי לבדוק כיצד מתייחס אליו החוק. ש' שג צספר "פרקים צדיני קנין" ח"צ עמ' 128 ואילך מוכיח שלפי החוק אע"פ שהערת הזהרה אינה מקנה למוטב זכות כבעלות על המקרקעין, מ"מ היא יולרת זיקה ישירה של המוטב אל המקרקעין, ואינה רק הסכס חוזי צין הדדיים שהמוטב נעשה "נושה מוטבטח", אלא אף מעבר לכך, למוטב יש שעבוד על המקרקעין עלמס, ולאכויזת שיש לו יש ערך כלכלי בשווי המקרקעין, שהס "ערובה לחיוב".

גס להלכה נראה שהערת הזהרה יולרת שעבוד הקרקע לחוב שחייב צעל הקרקע למוטב, ודינה כשטר צעדים, אחרי שהדבר מתפרסם צרישוס בטאבו.

ג. בגמ' צ"ב סג צ: אמר רב דימי מנהרדעא האי מאן דמוצין ליה ביתא לחצריה אע"ג דכתב ליה עומקא ורומא לריך למכתב ליה קני לך מתהוס ארעא ועד רוס רקיעא וכו'. וכ"פ הרמב"ם מכירה פכ"ד הט"ו ושו"ע ס"י ריד סעי' ג. ואף שכתב בשו"ת הרשב"א ח"א ס"י תתקמ"א שמערה זו מעולם לא היתה לשמעון (בעל העלייה), ומאן לימא לן שלא היה עומקו של ראובן (שהמערה פתוחה אל ביתו), והוו להו כבית ועליה שלא ראינו בית זה לעולם לבעל העליה, בענין זה לבעל העליה להציא ראייה שמכרת לי הבית ולא צעל הבית לבעל העליה, ואילו בשעה שצא ראובן לחפור תחת הקרקע של שמעון, צאמת היה שמעון יכול למחות כיון דעומקו ורומו שלו, אבל לאחר שצנה ראובן ולא ערער שמעון והחזיק צו כמה שנים, קרוב

הוא זה שחזר לדין בית ועליה של שנים, עיי"ש. זה הכל בירשי ראובן שדגים עם ירשי שמעון שטוענים לירוש, אבל ראובן עלמו שחפר את המערה ומחזיק בה בלא טענה אינה חזקה.

וכתב בסי' משפט לך ח"ג עמ' 164 שס' כמה פוסקים שכיוס ברור שהמוכר אינו משייר לעלמו את המקום שמתחת לבנין אלא כלול ברוב המשותף של כל בעלי הדירות, ואפילו לא חשבו הקונים להשתמש בקרקע זו קנו אותה, ולכן בעל דירה שרואה לחפור בקרקע מתחת לדירתו לריך רשות של כל השכנים (ועיי"ש לגבי בעלות על חללים שבאלע בנין הבנוי בהר).

ד. כתב הרמב"ם מכירה פט"ז ה"ז ושו"ע סי' רלב סעי' יד: קנה בגד וכו' תפרו ואח"כ נודע המוס אם השביח טוטל שבה התפירה מן המוכר, וכן כל כיו"ב. וכתב בנתה"מ סי' רלה ס"ק טז שס' שו"ת מהר"א שאין סי' קיז דבכל מקום שיש ביטול מקח כגון באונאה או צמוס, דינו כיורד ברשות וכו', וכתב בנתה"מ שכן כתב המחבר לעיל בסי' רלב סעי' יד דאם השביח טוטל שבה התפירה מן המוכר, משמע דמשלם לו גם שכר טירחתו כדין יורד ברשות. ע"כ. ועי' ש"ג צ"מ נ צ (דף ל ע"ב מדפי הרי"ף) שכתב: כבר היה מעשה בלאחד שקנה ספר מחבירו שנפסד הקשרים שלו ונתנו לקושר לקושר אותו ואח"כ נודע לו בו מוס שנמחקו כמה דפי, ובא מעשה לפני חכמים במודינא ולא זכיתי לשמוע תכלית כוונתם, אך עתה נ"ל שאם היתה היא תפירה שבה לספר שהיה המוכר מחוייב ללוקח שבה הקשירה וכו'. ע"כ.

והנה כתב הרמב"ן צ"מ טו א ובלחמות שם שאם גבה בע"ח את השדה מהלוקה, כיון שהיה הלוקה סבור שהיא שלו אע"פ שנמצאת שאינה שלו אין שומעין לו לומר טול עניך ואבניך. והביאור בזה נראה עפ"י הרמב"ן צ"ב ד א שהקשה איך יכול המקיף להקיף את הניקף שלא מדעתו ולחייבו בדמים, ומירך דהוי כמו יורד לשדה חבירו שלא ברשות דקיי"ל דבשדה העשויה ליטע ידו על העליונה ואינו יכול לומר לו טול עניך ואבניך. וכתב בשיעורי רבינו חיים הלוי על צ"ב שם הטעם דאינו יכול לומר לו טול עניך ואבניך עפ"י הרשב"א צ"מ קא א משום דכיון דעשויה ליטע אמדינן דעתיה דניחא ליה, וא"כ הוי כמו מדעתיה דכבר קנה וע"כ אינו יכול לחזור בו, והיינו כיון דהשביח בחלירו של הבעלים זכה בו הבעלים בקנין חזר, וכן ביאר דברי ה"ה שכניס פ"ג ה"ד, עיי"ש (ודברי הגר"ח ב"שיעורי רבינו חיים הלוי" נכתבו כדודע בקילור נמרן, ועי' באריכות יותר ב"רווחא שמעתא" צ"ב עמ' יז. ולענין שזכר שהשביח את המושכר שהמשיך ממילא קמתהני, עיי' פס"ד ירושלים כרך ג עמ' קנו).

אברהם דוב לוי.

ב

א. מה שכתב האב"ד בנימוקיו שהואיל ולא סמכה דעתו של הלוקה עד שמירסם הערת אזהרה על שמו כפי שהייתה בחוזה, יש לי להוסיף בחידוד, שהרי ח"א לראשם הערת אזהרה על המחסן בלבד אלא בלמוד

לדירה [אח"כ יעשו חלוקה מחדש על השטח המשותף באחוזים, דבר שדורש שמאות והולאות רבות שבדואי לא ע"ד כן עשו זאת], וזה אומדנא דמוכח הוא וכן המנהג שלא עושים עבור שטח כזה הערת אזהרה, ובפרט לא על דעת המוכר, ואף ללא שום סיבה מלידו אינו מסכים [ואף שאין אינו בקיאים באומדנא דמוכח, היינו להוסיף אבל להחזיק אזלינן בחר אומדנא דמוכח, עיי' חזו"א יו"ד סי' קפד אות ב דבדברי תוס' בבכורות], וא"כ ביקש דבר שלא יתקיים מצחינה הלכתית (וגם לא מצחינה טכנית, דאם היה חסרון טכני היה קיים המקח דהוא תנאי שא"ל לקיימו כדאיתא בריש סי' רז), ולכו"ע אין המקח נקנה כבר, ואינו ענין למש"כ החזו"א בליקוטים סי' טו ועוד אחרונים דגם בלא רישום בטאצו נקנה המקח, דזה רק כשאפשר לראשם בעמיד רק שדנו אם המקח נקנה לפני הרישום ואז אין יכול לחזור או שעדיין לא נקנה, אבל כשא"ל כלל לראשם לכו"ע התנאי מעכב.

ב. ומה שכתת מותר הקונה על רישום הערת אזהרה, לא יועיל לקיום המקח למפרע.

ג. ומ"מ יש לדון דהואיל שכתת הקונה מותר והמוכר רלה למכור בלא הערת אזהרה, כיון שהיתה פסיקה על מחיר מסויים וכבר היה קנין כסף, א"כ יהיה על המוכר מי שפרע. ואכמ"ל, ועיי' פתחי"ח קנינים פ"ב סי"ב.

ד. כבר כתב השו"ע בסוף סי' קאז חזקה לחודה בלא כסף ובלא שטר קנה כל היכא דלא עייל ונסיק אזוי, והוסף הרמ"א ואפילו במקום שנהגו לכתוב שטר. והסביר הסמ"ע דחזקה עדיפא שטושה מעשה בגוף הקרקע, ואין הרעק"א בגליון השו"ע לשו"ת מעיל שמואל ליקוטים סי' קטו, ושם כתב וז"ל: כתב מהר"א"ב (בעל לחם רב) בס' קמב דאיכא פלוגתא דרבוותא אי חזקה לחודה באתרא דכתבי שטרא מהני או לא, דדעת הרמב"ם לא מהני, ורבים חולקים עליו הרשב"א והרא"ש ורי"ו, והמ"מ העלה שכ"ד הרשב"א, וכ"כ הריב"ש בס' תעו, וכבר נודע דאין לומר קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חולקים עליו, וראיתי להרב הגדול מו"ז"ל שכתב בפסקיו הראשונים סי' רנח שדעת הרמב"ם בטל נגד כל הפוסקים. איברא דהריטב"א בקדושין כתב כדעת הרמב"ם דחזקה וכסף לא מהני אפילו שניהם יחד באתרא דכתבי שטרא. עכ"ל. וא"כ אף אם היה קנין חזקה ובפניו שלא לריך לומר לך חוק וקני וכמבואר בשו"ע סי' קלא), מ"מ יאמר המרא קמא-המוכר קים לי כהרמב"ם והריטב"א דלא מהני ללא שטר, ואף שכתב הנתה"מ בדיני תפיסה שלו כלל כ מהחיות יאיר דאין לומר קים לי נגד סתימת המחבר והרמ"א כפוסק אחר, מ"מ כבר חלקו בזה, ולרעק"א יאמר המוכר קים לי והוא המרא קמא. ודברי הרמב"ם הוצאו גם בפתי"ש סי' קא"ב, ועיי' בקונטרס הספיקות כלל ו אות ו.

ולבר מן דין הרי סיים הרמ"א שם מיכה אם התנה הכל לפי תנאו, וכאן הרי היתנה שרואה רישום הערת אזהרה, ועיי' פ"ד ירושלים עמ' תכה בשם שו"ת מהר"י באסאן סי' לא בשם הרא"ג"ה שאע"פ שהסכימו רוב הפוסקים שבחזקה קנה מיד אף במקום שכותבין שטר, אם התנו ביניהם שיכתוב הבית בספרי המוטבילי כל זמן שלא כתב לא קנה כלום. ואף שמוותר היום על התנאי כבר מטו משמיה דהגרי"ח דהא דמ"ל לרמב"ם שאין לריך משפטי התנאים בתנאי של מעכשיו משום שהמקח נעשה רק על ג' אחד ובלא קיום התנאי אין מעשה [ויש שהסבירו דהוא ככל דיני התנאים, ואכמ"ל], וא"כ לא יועיל לוותר על התנאי כיום, דהמקח לא התקיים עד היום.

וזאת ועוד. הרי התובע-המוכר טוען שהודיע לקונה-הנתבע שלא יבנה, וא"כ אין זו חזקה הקונה.

ה. ומה שטען בדיון שלקח שטח מהשכנים בהסכמה ואילו המוכר מתנגד, הרי גם המוכר לקח לעצמו חלק בחלך ברשות הקונה, ודומה למש"כ בשו"ת זכור לאברהם והוצא בשו"ת משכנות ישראל סי' יא דאם האחד לקח והא"כ אינו מרשה לחבירו לקחת כופין אותו או שיחזיר את שלו או שירשה גם לחבירו, דאדעתא דהכי הרשה לו הקונה אז כדי שצמחיד יוכל הוא לקבל. זה אינו דומה לניד"י, דכאן לקח המוכר שטח שאינו מפריע לאף אחד אבל הקונה מבקש היום לקחת שטח שיפריע לבניית המעלית של הבנין, ועי"כ נדחית טענתו.

מרדכי אהרן הייזלר.

2

הנה בנידון זה א' הקנה לב' זכויות בקרקע כדי לצנות מחסן, והיה כאן קנין כסף, שהרי נתן לו חלי מדמי המכירה, וגם שטר, ובשטר התחייב המוכר לראש הערת אזהרה על דירתו לזכות הקונה.

ויש לדון אם דינו כמקום שכותבין שטר שאינו קונה בכסף לחוד. והנה הפוסקים דנו באל המנהג לראש בטאבו האם הוא כמקום שכותבין שטר ולא קנה בכסף לחוד. אמנם ציד"ד הרי אין המנהג לראש בטאבו קנין מחסן, שאין אפשרות טכנית לכך אם הקונה אינו בעל דירה באלו בנין, וגם אין דרך לראש הערת אזהרה על דירת המוכר, שמי פתי לקלקל את ערך דירתו בעצור מחסן. אלא שיש לדון כיון שהמוכר התחייב לקונה לראש הערת אזהרה אימתי חל הקנין.

והנה בשו"ת תשורת שי סי' רסד דן בשאלה כזו ופ"ל דאין הקונה יכול לחזור בו אפילו קודם שרשמו בספרי האחוזה, דעיקר הטעם כתב רש"י בקדושין כו במקום דכתבו שטר דלא קנה הוא משום דלהלוקח אין סמיכות דעת עד דנקיטו שטר אירא שיחזור בו המוכר, וכ"כ הריב"ז א"ש, והריב"ש סי' רעו הוצא בתשובת רב"א סי' יח, וא"כ כשהמוכר נתן לו כתב שמחויב לראש לו בספרי האחוזה, והמוכר אינו יכול לחזור בו שהרי נתחייב לו בכסף ושטר, ואף צדיניהם יכול לכופו על כך כיון שכבר קיבל דמים על המכירה, א"כ שפיר סמכה דעתו דלוקח על הכתב הראשון. ומצואר גס בסי' רמג סעי' ט א"כ אמר למקבל עלמו וזה אכתוב לך שטר אינו יכול לחזור מלכתוב השטר, עיי"ש, כ"ש הכא שנתחייב לו על כך בכסף ושטר. וכן משמע במהרי"ט ח"ב חו"מ סי' סו דאם נשבע המוכר לכתוב לו שטר א"כ סמכה דעתא דלוקח שלא יעבור על צועתו וקונה בכסף לבד, ובכל מקום שכותבין שטר אינו קונה בכסף לבד, דכיון דהוא אתרא דכותבין שטר יכול המוכר להכחיש לקונה את המכירה, כי המנהג מסייע למוכר שיטען אם איתא דמכרתיו לך היה לך ליטול שטר, אבל הכא דיש ללוקח שטר ראייה שפיר סמכה דעתא דלוקח ואינו יכול לחזור בו. ומסיים שם התשורת שי דאם המוכר רואה לקיים התנאי ולראש בספרי האחוזה אינו יכול הלווקח לחזור בו כמצואר בקדושין ס.

ולכאורה יש לדון הא"ך מועיל ההתחייבות של המוכר לראש בספרי האחוזה. והנה המחבר בסי' רמג סעי' י כתב: ואפילו קנו מידו על השטר שאמר בפירוש אני מקנה לכתוב את השטר ולא אוכל למחות, קנין דברים הוא ויכול לחזור בו. ובסמ"ע ס"ק יט כתב דהאי קנין דברים בעלמא ואין קנין חל עליו וכו',

ואפילו המקנה לחבירו שיכתוב שטר על מכר נמי קנין דברים שכבר נשעבדו לו נכסיו בשעת מכירה הלכך אין תקנה שלא יוכל לחזור בו עד שיבוא השטר ליד המקבל מתנה. ולכאורה בכאן המוכר יכול לחזור בו מכתיבת השטר. ובש"ת אמרי יושר ח"ב סי' נה תירץ בכמה אופנים. א. דש מיירי שהשדה כבר נמכרה בקנין חזקה דקונה גם בלא שטר, וא"כ אין בשטר זה שום שעבוד נכסים והוי קנין דברים ולכך לא מועיל ההתחייבות, אבל במקום דהמקנה אינו נגמר בלא השטר, כשקבל עליו לכתוב השטר לא הוה חיוב דברים אלא רק חיוב מכירת השדה. ב. דהב"מ מיירי שאמר לעדים אבל באמר ללוקה עלמנו מצואר בשו"ע שם סעי' ח דכיון טעם לדבר אבל בסתם כשחוזר כופין על מידת דמים, א"כ בניד"ד יש כמה מהתנאים שמחייב את המוכר לרשום בטאבו, שהרי אמר ללוקה עלמנו, והיתה התחייבות בשטר. אמנם מאידך, כבר נקנה בקנין שטר, וא"כ הוה קנין דברים וגם שותן טעם לדבר אמאי רואה לחזור מכתיבת הערת האזהרה שזה יקלקל לו את ערך הדירה.

אמנם במשפט שלום סי' קל סעי' ז בהגהה ס"ק ז הביא משו"ת תועפות ראם חו"מ סי' יג דבזה"ש שהדריך לכתוב שטר קנין בטאבילאצ'אן גם בכתב שטר אין לו דין שטר עד שיעלה בטאבילאצ'אן, אבל בדאיכא הוכחה שסמך על השטר אפילו רק שטר יהודית כגון שכתב שהיה קנין סודר וסילק המעות קנה בזה, וגם אם התנה שמוחר המעות יתן כשירשום בספרי האחוזה, י"ל שסמך לעת עתה על השטר יהודית, ולכן נתן מקלט מעות אלא שעשה חיובק שלא יסלק מותר המעות עד שיעלה בטאבילאצ'אן עיי"ש. אבל המשפט שלום חולק עליו וכתב דבלא סילק כל המעות והתנה שיסלק בעת הטאבילאצ'אן לא קנה ולא סמכא דעתא, ודוקא כשילק כל המעות ולא הזכיר בשטר את הטאבילאצ'אן אזי קונה מיד.

וכן הביא במנחת פמים, שירי המנחה, סי' קל סעי' ז דשיטת התוס' והריטב"א דבמקום שאין כותבין שטר קנה בלי שטר אף אם המוכר הצטיח לכתוב שטר ולא אמרינן דלא גמר להקנות אלא בשטר, ורק באמר המוכר ע"מ שיכתבו לו השטר אזי המוכר יכול לחזור בו לגמרי אף במקום שאין כותבין, והלוקה אינו יכול לחזור בו אם המוכר מקיים דבריו, וכן באמר הלוקה ע"מ שיכתוב לו המוכר שטר אם המוכר רואה ליתן לו השטר אין הלוקה יכול לחזור בו, ואם הלוקה מתרצה בלא שטר אין המוכר יכול לחזור בו, יעו"ש.

נמצא דבניד"ד יש מחלוקת באם כה"ג קנה מיד בשטר הראשון או שלא קנה עד שיכתוב גם בטאבו. ומש"כ ידידי הגרמ"א הייזלר שליט"א דכיה כאן גם קנין חזקה, הנה למעשה כיון שהמוכר אמר להקונה מהתחלה לא לנצות, לא נחשב כלל כקנין חזקה, אמנם גם אם עשה הקונה קנין חזקה והתחייב גם לרשום ברשומות, הנה בשו"ת אמרי יושר ח"ב סי' נה הביא דברי התוע"ר הג"ל שאינו קונה בלא הטאבילאצ'אן, אבל בניד"ד היה כאן חזקה וחזקה קונה אף באתרי דכתבי שטרא, כמצואר בשו"ע סי' קלכ סעי' טו, ואף שבצ"י מביא חולקין בזה, אך בשו"ע נפסק להלכה שקונה שפיר, ואף אם היה ספיקא דדינא אם הלוקה מוחזק אין להוציא מידו ובספיקא דדינא לא אזלינן בחר מרא קמא, ואף שהרמ"א כתב שם ואם התנה הכל לפי תנאו היינו בהתנה בפירוש שלא יקנה רק בשטר, אבל בזה שהיה מדובר לכתוב שטר שפיר קונה בחזקה כמו שקונה בלא כסף, ומ"מ אם התנה ע"מ שיתן את הכסף לא קנה, והיינו רק בתנאי גמור

ודומיא דהכי לענין שטר אם התנה כן בפירושו, אבל לא בכתם שהיה מדובר שיכתבו טאבליא, ועיי"ש. ועכ"פ רואים עוד מדבריו דרק אם התנה בתנאי גמור אז לא נקנה עד שיכתוב את השטר אבל אם רק התחייב לכתוב שטר ספיר קונה אפילו קודם שיכתוב בטאבו.

ובמשפט שלום סיי קצב עסיי נזו הציא אם עשה הלוקח חוקה והמוכר השליש שטר שיעשה לו שטר טאביליא אם קנה הלוקח בחוקה קודם שכתבו השטר, כגון שהמוכר רואה לחזור בו, דייל דבכה"ג גילה המוכר דעתו דלא סמכה דעתו בלא שטר. והציא משוי"ת תוע"ר הנ"ל דאף דקונה בלא שטר מ"מ אם השליש דבר לבטחון שיעשה לו טאביליא מוכח דלא סמכה דעתו והוי כהתנה שלא יקנה בלא שטר, ועיי"ש. והמשפט שלום כתב דלי"ע דיש לפקפק בזה, ועיי"ש.

לסיכום: לכמה שיטות היה כאן קנין ע"י השטר שחתמו ביניהם וכן קנין כסף, ואפשר שגם קנין סיטומתא, מכיון שהחזוה י"ש לו תוקף עפ"י דיניהם (לענין "בעלות שציושר"), ואף קודם שנרשמה הערת אזהרה בלשכת המקרקעין כתביעת הלוקח, אמנם באמת י"ל דלא היה כאן קנין כלל, דהרי המוכר גילה דעתו להדיא להקונה שהוא מסכים לראשם הערת אזהרה רק בלא שטר ולא יקלכל לנכס שלו, וכיון שהוצר לו עיי"ה עיי"ד שזה יזיק לנכס שלו, ובלשונו "שמלכלך את הנכס", הרי היה כאן גילוי דעת ואומדנא דמוכח ממד המוכר דאינו מוכן לראשם הערת אזהרה על הנכס, וכיון דגם הלוקח גילה דעתו להדיא שחפן בממכר רק בלא יירשם הערת אזהרה על שמו, נמלא דבשעה שהמוכר אמר שאינו חפן לראשם על שמו, והקונה לא הסכים על כך, ודרש אז המוכר ביטול מקח, נתבטל המקח מעיקרא.

ומה שהלוקח טוען כעת שהוא מותר על התנאי אינו מועיל כמבואר להדיא בקלוה"ח סיי רמג ס"ק ב שהציא מהר"ן בפרק המדיר גבי מומין דאם הקפיד כששמע נתבטלו הקדושין ולא מהני אם אח"כ מחל על התנאי, עיי"ש, ואע"ג דב"ש סיי לח ס"ק נז כתב וז"ל: מיהו בתנאי ממון י"ל אפילו הקפיד כששמע מהני מה שמחל אח"כ דהוי כאילו נתקיים התנאי, עיי"ש, אי"כ הי"ע ע"מ שתכתבו השטר הו"ל כתנאי ממון דשטר ראה הוי ממון, אמנם לולי דברי הב"ש י"ל דגם בממון כל שהקפיד והיה יכול לחזור גם השני חוזר, וכעיי"ז כתב בני"י פרק הספינה וז"ל: אם המתאנה תוצע אונאתו גם המתאנה חוזר, עיי"ש, וה"נ כיון שכבר הקפיד כששמע ויכול לחזור אם יראה הרי נתבטל המעשה ויכול גם השני לחזור. ע"כ.

ולגבי ההולאות שהוליא הקונה, שהציא הגאב"ד שליט"א שדינו כיורד ברשות, אי"כ דינו שנטול השבח, וא"כ אפילו אם לא יהיו לו קבלות על ההולאות מ"מ י"ש לשום החדר כמה לוקח קבלן על צניה כזו, ואת זה חייב המוכר לשלם לקונה.

נפתלי צבי מרמורשטיין.