

בית דין ירושלים

לדיני ממונות ולבירור יוחסין

מקח טעות בדירה שקנה על דעת להרחיבה
והשכן אינו מרשה

תיק ממונות מס' 967-סז

(מהד' כ סיון)

נושא הדיון

א' קנה מב' דירה, ואחרי שכתבו זכרון דברים וחווה ושילם לו תשלום ראשון בסך \$25.000 מבקש הקונה לבטל את המקח, וזאת משום שהשכן מתחיל לדירה הקנויה מתנגד לבקשתו להרחיב את הדירה, בניגוד למה שאמר לו המוכר לפני הקניה. בחווה התחייבו הצדדים לקנס של \$20.000 "דלא כאסמכתא וכו'" במקרה של הפרת החווה או ביטולו.

טוען א' שמה שמכר את דירתו וקנה דירה זו היתה הסיבה שרצה דירה יותר גדולה, ודירה זו יש בה אפשרויות הרחבה, וגם המוכר ידע זאת, והמוכר אמר לו שלא תהיה לו בעיה עם השכן מלמטה, משום שהשכן עצמו תיכנן לפני כשנה להרחיב את דירתו ביחד עם הרחבת הדירה למעלה. לפני חתימת זכרון הדברים חזר א' ובקש מהמוכר חתימה של השכן מלמטה על הסכמתו, וא' אמר לו שחתימה הוא לא יביא לו, אך דיבר עם השכן על כך שמוכר את דירתו לקונה שרוצה להרחיב את הדירה, והשכן ענה לו שלו עצמו אין בעיה, אך מכיון שהחדר מתחת ההרחבה המתוכננת משמש להם לשינה, אם ירעישו למעלה תהיה בעיה. טוען א' שב' הוסיף ואמר לו שאם יתכנן את השימוש בדירה למעלה שלא יפריע לשכן למטה לא תהיה כל בעיה בהרחבה, ועל דעת כן הוא חתם על הזכרון דברים ועל החווה, ורק כמה ימים אח"כ אמר לו השכן שאשתו מתנגדת להרחבה למעלה.

ב' משיב שאמנם ידע לפני המכירה שרצונו של א' להרחיב את הדירה, ולבקשתו אף דיבר עם השכן שענה לו שבאופן עקרוני אין לו בעיה עם זה, אך אינו יכול לוותר על שינה של אשתו כשהילדים למעלה יקפצו וירעישו. לטענתו, מסר את הדברים הללו לא', והוא הגיב שעם בעיה זו הוא יוכל להסתדר. בזמן חתימת זכרון הדברים בקש ממנו א' להחתיים את השכן על הסכמה והמוכר השיב לו - לטענתו - שהשכן אינו מסכים ואיך יחתיים אותו שמסכים, והמוכר הוסיף ואמר לקונה שאם רוצה עוד לברר, הוא, המוכר, מוכן לחכות עוד. למרות כל זאת לא בקש הקונה עוד זמן כדי לברר בעצמו, וגם לא בקש להזכיר ענין זה בזכרון הדברים וגם לא בחווה,

ואף שילם לו תשלום ראשון. לפיכך אינו יכול לבטל את המקח.
א' משיב שאמנם בזכרון הדברים ובחזרה לא נזכר ענין ההרחבה, אך לא היה בכך ויתור וחזרה
מכוונתו. ומציין לכך מה שנפסק בפס"ד ירושלים כרך ז עמ' צא ואילך וכרך ב עמ' קלו וכרך ג
עמ' עא.

הופיע עד שעזר לקונה במו"מ לפני הקניה. העד סיפר שהמוכר אמר לו שהבעיה עם השכן זה
הרעש שיהיה מלמעלה, ואם ימצא פתרון לכך לא תהיה בעיה להרחיב את הדירה. הקונה הציג
פרוטוקול מבי"ד אחר שבו הופיע השכן ואמר שהודיע במפורש למוכר לפני המכירה שלא
ירשה הרחבה למעלה.

הקונה מוסיף שמחיר הדירה גבוה ממחיר דירה אחרת באותו מקום, רק משום שיש בה אפשרות
הרחבה. המוכר משיב שהמחיר נקבע בלי אפשרות ההרחבה.

פסק דין

לאחר שמיעת טו"מ הצדדים, בית הדין אינו מחייב את הקונה לקיים את המקח, וע"כ זכאי
הקונה לדרוש את הכסף ששילם למוכר כדמי קדימה עבור העיסקה.
לדעת הרוב בבית הדין יש כאן עסק שבועה, וע"כ יפשר בית הדין בסכום מסויים חלף
השבועה.

(-) מרדכי אהרן הייזלר

(-) יהושע ווייס

(-) 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 על ביטול חוזה שהתחייבו הצדדים, האם יש בו משום אסמכתא.
- ג. ע"א שמכחיש את דברי המוכר ומעיד שהיה תנאי יומיים לפני המכירה, ובשטר הקנין אין
תנאי, האם על המוכר להשבע להכחיש את העד.

תשובה

- א. פסק השו"ע צמ"י רז סעי' ד: חזל המוכר סתם ח"פ שהיה צלצו שמפני כך וכך הוא מוכר ואע"פ
שנראים הדברים שלא מכר ח"ל לעשות כך וכך ולא נעשה, אינו חוזר שהרי לא פירש, ודברים שצלצו אינם

דברים, ואע"פ שקודם מכירה אמר שהוא מוכר על דעת לעשות כך וכך כיון דזשעת מכירה לא אמר אינו חוזר. וברמ"א סם: מיהו אי איכא אומדנא דמוכח נתצטל המקח. ע"כ. ובהגר"א סם ס"ק יב: ואע"פ שקודם כו', סם (קדושין מט ב) אדעתא כו' ובעידנא דזבין כו' הא קודם אמר וז"ש אדעתא כו'. ע"כ. ובשו"ע לעיל סם סעי' א כתב הרמ"א: וכן אם התנו תנאי ואח"כ כתבו השטר סתם ודאי על תנאי הראשון כתבוהו. ובהגר"א ס"ק ד: וכן אם כו', זהו ענין אחר צפני עלמו, וכמו שאמרו צפרק המדיר (כתובות עג) קדשה על תנאי וכנסה סתם כו' ואפילו למאן דס"ל דלריכה גט אמר אציי סם לא תימא טעמיה דרב כו'. ע"כ.

ובשו"ת פנ"י 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, ובעל שו"ת פנ"י עלמו בסי' קא תמה על דברי הרמ"א שלא חילק וכתב דינו דוקא כשהתנה צפני צי"ד או צפני עדים, הלא"ה כיון שלא כתב התנאי בשטר, מחל התנאי, דאם הדרך לכתוב תנאים בשטר ולא כתב מוכח דמחל התנאי [והפנ"י מסיק עפ"י הריב"ש סי' תעו, מקור דברי הרמ"א, שאפילו בשטר שכתבו בו תנאים אחרים ותנאי זה לא כתבו, לא נתצטל התנאי]. ועוד מליין משפט שלום סם לשו"ת פנ"י סי' לז שחובך צדין אם התנה איזה תנאי צשעת מו"מ אבל צשעת גמר המקח לא הזכירו מזה ולא התנה אותו ונו"כ צינתיים צפסיקת הדמים וכדומה דאפשר וקרוב הדבר שאין התנאי מועיל כלום, ויש לפקפק בזה הרבה. ע"כ. ועי' משפט שלום סם אות יב צס עוד אחרונים בזה, ועי' שו"ת קול מצרע ח"ב סי' א. ועי' כנה"ג סי' רז הגה"ט אות י צס שו"ת הרדב"ז ח"א סי' שמו שאם צשעה שקנו לא הזכיר תנאו אפילו שהיו מפשרין ציניהן קודם זמן זה כיון דלא הזכירו צשעת קנין אימור מחל תנאו. ולהלן בכה"ג סם אות כה צס מהר"י אדרבי סי' שיב שאם השטר כתוב צלי שום תנאי אינו נאמן לומר שלא נתקיים התנאי.

לפי"ז צנידון דידן שלטענת המוכר המקח היה על תנאי שהשכן יאפשר לו את הרחצת הצניה (וזהו תנאי דלהבא, שהשכן לא יפריע לו לצנות, והוא מדיני תנאי, ולא כמו תנאי דלשעבר שמתצרר שלא זה מה שקנה וכמקח טעות, וגם אינו טעות צגוף המקח כשנתצרר שאינו יכול להרחיב, כיון שגוף המקח זו הדירה הקיימת, וזה אין כל טעות, וההרחצה אינה צגוף המקח אלא אפשרות תוספת התלויה צדעת אחרים שתהיה צעתיד), וכפי שדצרו ציניהם צע"פ לפני החתימה על הזכרון דברים והחזוה, כיון שאח"כ צומן הקנין, היינו צשעת החתימה על השטר ותשלום הכסף, לא הזכירו את התנאי, הרי פסק השו"ע צסי' רז סעי' ד שאע"פ שקודם המכירה אמר שהוא מוכר על דעת לעת כך וכך, ואע"פ שהדברים נראים שלא מכר אלא לעשות כך וכך ולא נעשה, אינו חוזר כיון שצשעת מכירה לא אמר. ואם תאמר שתנאי זה של הרחצה דומה לאומדנא דמוכח שכתב הרמ"א סם שנתצטל המקח, הרי נגד זה יש לנו אומדנא שמחל התנאי כשלא עמד על כך שיוזכר צזכרון דברים וצחזוה, וכמו שכתב צשו"ת פנ"י שצשטר כזה שפורטים

זו כל מיני תנאים ותנאים זה לא נכתב משמע שמחל. ואף הרמ"א לא כתב בסעי' א' שעל דעת תנאי הראשון כתב אלא דוקא כשאמר התנאי צ"ד או צפני עדים. ע"כ טענת המוכר יש לה על מה לסמוך. ומה שהציא הקונה ראייה מפס"ד ירושלים כרך ז עמ' לא נראה שאינה ראייה. שם מדובר כשקנה דירה בגלל הנוף הנשקף ממנה להרי ירושלים, ואח"כ צנה הקבלן צנין ממול שמסתיר את הנוף, וכתב א"מ"ר הגרצ"ל 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, וצ"ל אומדנא דמוכח על המחילה אין זו מחילה, עיי' שער משפט סי' סח ס"ק א' וסי' נח ס"ק א'. ע"כ.

ונראה דיש חילוק בין תנאי דנוף, לתנאי של הרחצת דירה. דהנוף הוא דבר קיים ועומד ממול הדירה, ורק צנין ממול תסתיר אותו, וכשקנה את הדירה היה הנוף פתוח, וע"כ אין אומדנא דמוכח שויתר על תנאי זה כשלא כתב התנאי בחוזה, כיון שהדירה כמות שהיא בזמן החוזה היתה כמו שרולה, אבל בתנאי דהרחצת דירה, הרי בזמנא הקיים בזמן כתיבת החוזה לא היתה הרחצה רק שזה רלונו להרחיצו, 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.

זאת ועוד. בתנאי של נוף קשה היה על הקונה לזכור לפני הקניה שיש תכניות צנין ממול שיסתירו את הנוף, וכמו שכתב בפס"ד שם, אבל בתנאי של הרחצת צנין, הרי המוכר הליע לו לפני החתימה על זכרון הדברים לזכור עם השכן (ולא שמענו על כך הכחשה), וזקל היה יכול לזכור ולידע, ומשלא עשה כן י"ל שויתר ומחל על תנאו, וכבר כתב הפרישה בטור אזהע"ז סי' לט שכל שהיה עליו לשום לבו על הדבר שחל יש זה מוס, אם לא שם לבו לחקור אחר זה אמרינן דסבר וקיצל אף אם יהיה זה מוס. אמנם עיי' בהמקנה שם סוף סעי' ד' שחלק על הפרישה.

ב. בגמ' צ"מ קד ב: ההוא גברא דקציל ארעא מחצריה, אמר אי מוצירנא לה יהיצנא לך אלפא זוזי, אובר תלתא, אמר רבא אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא, ואמרו בגמ' שם דוקא כשמצטיח דרך גוזמא אבל כמשפט לאו אסמכתא היא. ועיי' ש"ך סי' ס"א ס"ק ו' בשם תשובות הרשב"א ושער משפט שם ס"ק ב. ועיי' חזו"א חו"מ לקוטיים סי' עז אות יא, וקוצן תשובות להגריש"א שליט"א ח"ב עמ' תטז, 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.

(והצד בית הדין הגר"מ אייכלר שליט"א כתב בזה: עיי' שו"ת חת"ס חו"מ סי' סו, הוצא צפת"ש סי' רא ס"ק ב, שפסק כדבר פשוט שדבר שהוא מנהג העולם אין צו דין אסמכתא, שהרי טעם מה שאסמכתא לא קניא הוא משום דלא סמכא דעתיה, ומכיון שנהגו שפיר סמכא דעתיה וקני. ולכן אפשר שקנס עובר ציטול עיסקה שמקובל שיש קנס, אין צו אסמכתא).

וצנידון דידן שהמוכר מוחזק ב-25.000\$ שילס לו הקונה, נראה שראשי להחזיק ולגבות מהם סכום מסויים כפינאי על נזקים מציטול העיסקה, אם יוכיח המוכר שהפסיד כתולאה מציטול המקח.

ג. כיון שעדותו של העד מתייחסת על הדו"ד שהיה צין הלאדים יומיים לפני חתימת זכרון הדברים, גם אם נקבל את דברי העד שהיה ידוע לשני הלאדים שכוונת הקונה להרחיב את הדירה, הרי בזכרון הדברים שנכתב יומיים אח"כ, וכן בחוזה המפורט שנכתב כמה ימים אחרי זכרון הדברים, לא נזכר תנאי זה של הרחבה, ולפי שו"ת פנ"י ואחרונים אחרים המוזכרים לעיל אנו אומרים שחזרו בהם מהתנאי, א"כ אין דברי העד מועילים כלום, וממילא אין חיוב שצועה על המוכר להכחישו, והגם שלדעת הרמ"א אנו אומרים שעל דעת הראשונה הם כתבו, מ"מ המוכר מוחזק בדירה יכול לומר קים לי כהפנ"י, ואע"פ שאין אומרים קים לי כהפוסקים שהרמ"א השמיט, נראה שזה דוקא צפוסקים שקדמו לרמ"א שהרמ"א השמיטם, וכמו שמדוייק בשו"ת חוות יאיר סי' קסה שאין לומר קים לי נגד הכרעת השו"ע צמה שסתם "ולא חלקו עליו הבאים אחריו", אבל כאן השו"ת פנ"י מציא את הרמ"א וחולק עליו, ואשר כן נראה מהמשפט שלום שפוסק כן לדינא, נראה דיש לטענת המוכר על מה לסמוך, וע"כ אין גם להשציעו, דגם על שצועה מועיל קים לי להפטר, וכמו שכתב בשו"ת מהרי"ט ח"א סי' קנא, ושכן הסכים הרשד"ס, וכ"כ בכנה"ג סי' כה כללי קים לי הגז"י אות עד בשם האחרונים, ועי' גדו"ת שער לו אות ג, ופס"ד ירושלים כרך ב עמ' 16.

למסקנת הדברים נראה שכיון שהקונה מוחזק ברוב הכסף של העיסקה, ולטענתו העיסקה היתה על דירה שיש בה אפשרות הרחבה, והגם שזכרון דברים וחוזה לא נכתב תנאי זה, הרי פסק הרמ"א שעל דעת הראשונה קנו, מכיון שהרחבה אינה מתאפשרת, זכותו כמוחזק בכסף לצטל את המקח. מאידך, המוכר שמוחזק ב-25.000\$ שילס לו הקונה, והוא טוען שהזכרון דברים והחוזה נעשו בלא תנאי של אפשרות הרחבה, ולדעת שו"ת פנ"י גם אם היה תנאי מוקדם נמחל בשעת הקנין, כיון שהקונה מצטל מלידו את המקח עליו לשלם למוכר את הפינאי שהתחייב בחוזה, לפחות צשיעור הנזק שניזוק בעקבות ציטול העיסקה. וע"כ עליו להוכיח שניזוק וצכמה ניזוק, וסכום זה יוכל זה לגבות מהכסף שהוא מוחזק ב.13.

אברהם דוב לוין.

ב

שאלה לדיון

תנאי במקח שנאמר בע"פ, ואח"כ נכתב שטר ולא הוזכר בו התנאי, האם בטל התנאי.

תשובה

הנה הציא ידידי האצ"ד שליט"א דצרי הרמ"א צס"י רז סעי' א דאף שנכתב השטר סתם אמרינן דעל תנאי הראשון נכתב, דהיינו דלא מחיל על התנאי. ובשו"ת פניי חו"מ סי' לו פליג בזה וס"ל דמדלא כתבו בשטר אמרינן דמחיל, ויכול המוכר לומר קים לי כשו"ת הפניי.

הנה בשו"ת הריצ"ש סי' תעו, הציאו הסמ"ע צס"י כט ס"ק ו, כתב בעד אחד האומר שהיה תנאי בע"פ ועדים מעידים שהכל נכתב בשטר ולא היה עוד תנאים בע"פ, ואמת היה שלא כל הדברים שנאמרו בע"פ נכתבו בשטר, שאין מיקרי הכחשה, די"ל דשמה חשבו שהדברים שנאמרו בע"פ אינם חשובים כתנאי. ע"כ. מצואר דס"ל להריצ"ש כהרמ"א הנ"ל דתנאי שנאמר בע"פ אף דלא נכתב בשטר התנאי קיים ולא מחיל עליו אף דלא נכתב בשטר, ואף אם כתבו בשטר תנאים אחרים, ודלא כשו"ת הפניי הנ"ל.

וכן משמש מהנתה"מ צס"י רז ס"ק יט שהציא דצרי הרמ"א כדצר פשוט בלא חולק. וכ"כ ערוך השלחן שם סעי' י. וכן נראה מצואר הגר"א ס"ק ד שהציא מקור לדצרי הרמ"א מהגמ' כתובות עג א המקדש ע"מ שאין בה מוס וכנסה סתם ונמלא בה מוס דס"ל לרב דלריכה גט, ואמרינן שם לא תימא טעמיה דרב משום דכנסה סתם מחיל לתנאיה, אלא משום שאין אדם עושה בעילתו צ"ז. ולכאורה מדצרי הגר"א צדעת הרמ"א נראה דאף אם היה תנאי קודם לכתיבת השטר ולא היו עסוקין באתו ענין עד שכתבו השטר מ"מ לא מחיל על התנאי, דהרי הציא ר"ח מהא דכנסה סתם אף דכנסה לאחר זמן מהקדושין (ולא כמש"כ צפתח"ח קנינים סי' כ סעי' א).

ולאור כל הנ"ל נראה שאין המוכר יכול לומר קים לי כתשובות הפניי נגד הרמ"א וכל סיעתו, שהרי כבר כתב בקונטרס הספיקות כלל ו אות ו ד"ה ודע, וז"ל: וכן שמעתי שאין לומר קים לי נגד הכרעת הרמ"א. ע"כ. וכ"כ בשו"ת חת"ס ח"ה חו"מ סי' לג ד"ה וממ"ש. וכ"כ באו"ת בקיטור תקפו כהן כלל קכד: דין שנזכר בשו"ע והמחבר והרמ"א השמיטו דעת החולק קבלה בידי וכו' אין לחוש לו וקבלו חכמי הדור לשמור ולעשות ככל האומר בשו"ע והגהת רמ"א. ע"כ. ועיי' שם אריה קוני' רוב וספק צממון אות כו, ומנהת ילחק ח"ו סי' קע אות כה.

ועוד נראה דכל זה אם היה אומר הלוקח הקנה הדירה בתנאי שהשכן יאשר לצנות, אבל צנידו"ד שהלוקח ציקש שהמוכר יצקש אישור מהשכן קודם לקנית הדירה ורק לאחר שאמר לו המוכר - לטענתו של הלוקח, ולדצרי העד שהעיד כן - שהשכן מסכים שיצנה, רק אז קנה הלוקח את הדירה וכתב זכרון דברים, זה לא מיקרי תנאי צמקח אלא גלוי דעת צמקח, וכשנתצרך שהשכן לא הסכים, הוה צודאי מקח טעות, ודמיא ללוקח שרונה שור למלאכה ונמלא נגחן וכן חטים לזריעה ונמלאו אינם ראויים לזריעה וכן קרקע הראויה לצניה ונמלא קרקע חקלאית שאינה ראויה לצניה, ודאי הוה מקח טעות, ואין לריך לזה הלכות תנאים אלא הוה גילוי דעת שזה מה שהוא קונה ולא דבר אחר, וא"כ כאן שאמר לו המוכר - לטענתו - שיש אישור מהשכן, ואז קנה, אם נתצרך שלא היה אישור הוה מקח טעות ולא משום הלכות תנאי אלא זה גוף הדבר שקנה דירה שראויה לצניה והרחצה ונמלא שאין ראויה לצניה והרחצה, ועד אחד מעיד כהלוקח, והמוכר מכחישו, הרי המוכר חייב שצוה מן התורה, כיון שודאי שאישור של השכן שוה פרוטה הוא, וכשיש ע"א שאומר שהמוכר אמר קודם הקניה שיש אישור והמוכר מכחישו חייב שצוה מן התורה.

ועיי' עלמות יוסף קדושין סז א דאס אמרה שהיא כהנת וקדשה על דעת כן ונמלאת לוייה הוה מקח טעות אף שלא התנה, וכ"כ בהמקנה בקו"א סי' לח סעי' כד. ועיי' שו"ת מהרש"ל סי' כה דהא דכתבו התוס' קדושין מט ב דיש דברים דסגי בגילוי דעת היינו דוקא לענין ממון אבל לענין גיטין וקדושין צעי תנאי ולא סגי בגילוי דעת. ועיי' חת"ס אבהע"ז סי' פז, הביאו הפת"ש אבהע"ז ס"ק יד.

ומלבד זאת, הרי אף המוכר מודה שהלוקח ציקש את אישור השכן, ואומדנא היא שקנה רק על דעת כן, שאל"כ למה לו למכור את דירתו ולקנות דירה בגודל פחות או יותר דומה לשלו? וטענת המוכר דמדלא נכתב בשטר ראייה היא שקנה על אף שאין אפשרות צניה, נראה יותר לקבל צוה את תשובת הקונה שכיון שהאמינו והיה פשוט לו שיש אישור מהשכן ע"כ לא עמד על כך לכתוב פרט זה בשטר. וכמו שנראה מדברי הריב"ש הנ"ל שאף כשיש עדים המכחישים את העד אחד לא הוה הכחשה כיון שיש דברים שנראה להם שלא הוה תנאי. ודו"ק. וכן נראה לקבל טענת הלוקח שהדמים מודיעים שמחיר הדירה יותר גבוה מהרגיל בגלל אפשרות ההרחצה, כיון שהמוכר אינו מכחישו לגמרי אלא טוען שמחיר הדירה לא כלל שום תוספת עבור אפשרות צניה.

ומש"כ האצ"ד שליט"א שהיה על הלוקח לזרר אלל השכן אם נתן אישור, נראה דאם טענת הלוקח אמת שהמוכר אמר לו לפני הקניה שיש אישור, כי אז לא היה חייב לזרר ולאמת את דברי המוכר שהרי מאמינו. וראיה לזה דבשו"ע אבהע"ז סי' לו סעי' ג כתב דהמקדש אשה ע"מ שאין בה מומין ונמלאו בה מומין הפוסלים באשה אינה מקודשת, ולא כתב דהיה לו לזרר, ורק צמי' קיז סעי' ה צכנסה סתם ונמלאו בה מומין הפוסלים באשה כתב דאם יש מרחץ צעיר ויש לו קרוצים היה עליו לזרר קודם, דהיינו רק צכנסה סתם אמרינן דהו"ל לזרר, אבל כשקדשה ע"מ שאין בה מומין הוה מקח טעות ולא אמרינן דהו"ל לזרר.

ולכן בנד"ד אם נקבל טענת הלוקח הוה מקח טעות משום הגלוי דעת שהיה לפני המכירה, וזכותו לזטל המקח ולהחזיק במעות שצידו, והמוכר שמכחישו, הרי עד אחד מכחיש דבריו, וחייב שצעות התורה אם רואה להחזיק במעות שקיבל מהלוקח.

יהושע ווייס.

לענ"ד נראה דיש כמה סוגי דיבורים במקח וכתנאייהם. יש מקח גמור עם תנאי גמור שלד אחד דורש את קיומו, ובלא"ה רואה ציטול מקח. יש מקח גמור עם תנאי שהוא דברים שבלב, וצוה איירי הסוגיות דאי הוי אומדנא דמוכח ואי הוי בלבד ובלב כל אדם או לא ומתי חל התנאי. יש מקח גמור עם סיכוס מפורש שהוא רואה את המקח במלצ כזה, והוא לא תנאי במקח עלמו, כמו כשמתנה שמוכר על דעת לעלות לארץ ישראל, שהוא לא תנאי של הקונה שהמוכר יקיים איזה בקשה או כיו"ב, אלא הבהרה ברורה שהמקח יתקיים רק בצוה מלצ. וקלת ראייה מהתוס' קדושין מט ב ד"ה דברים, ודף ו ב ד"ה לא, דיש סוגי תנאים שלא לריך כלל דיני התנאים, ולא מלאנו שהעיר בסוגיא בקדושין מדוע לא הוזכר בשטר התנאי שמוכר רק

על דעת לעלות לארץ ישראל, וכדלקמן. וכשמגיע קונה ומצהיר צרורות שהוא קונה רק על דעת אפשרות הרחבה, דהיינו שהוא קונה את הדירה רק במלצ פיזי שהשכן מרשה לצנות, וכשהמוכר אינה אותו - לטענתו - בזאת אינו קונה כזאת, ואף שפשוט שהשכן יכול לחזור בו ולא עלה על דעת הקונה לצטל את המקח אם באמת השכן מסכים בעצרו ורק אח"כ יחזור בו, דאטו יחזיק את המוכר תלוי ועומד עד גמר בנייתו? רק שקנה את הדירה במלצ פיזי נכון להיום שהשכן מסכים לצנות (על אף שלא הוא הקנאה), וממילא רמת הסיכון שיחזור בו היא נמוכה, ומקח עם רמת סיכון נמוכה ע"ז מוכן ליכנס לסכון מסויים, וכשלטענתו המוכר אינה אותו באומרו לו שהשכן מסכים, ואינו נכון, אח"כ המקח הוא עם רמת סיכון גבוהה באשר לאפשרות ההרחבה ולא הוא מקח.

ובאשר שהמוכר טוען מדוע לא הוזכר זאת בשטר, אינו טענה באשר לדברינו דלעיל שיש סוגי תנאים שאינם תנאי על המקח כמו תשלומים וכד' אלא קניית דירה עם מלצ פיזי מסויים, וזוה לא נהוג כו"ע להכניס לחוזה. ולהאריך בזה היא יגיעת בשר, ועיי' בפירושי המפרשים בקהלת פרק יב בזה.

ובאשר יש ויכוח בין המוכר שטוען שלהלוקח הוצהר צרורות על אי הסכמת השכן, הרי לפנינו יש ע"א שמסייע ללוקח, וא"כ אריך המוכר שצועת היסת, וכפידיון שצועה יהיה ביטול מקח, ובהפסדיו של המוכר אם יהיו כגון פרוסום שנית וכד' יתפשרו על כך.

ובגוף הדברים בכל מקח עם תנאי ויש ספק בקיום התנאי ע"י הלוקח שהמוכר טוען לא קיימת התנאי, וכבר אי אפשר להשלימו כעת, והלוקח טוען קיימתיו, עיי' צ"י סי' כט מחו' יג ובנתה"מ סי' קל ס"ק ט מתשובת הרשב"א, ובקונטרס הספיקות כלל ז. וכאן המקום להעיר על אותו צ"ד ששמע עדות השכן שלא בפני המוכר, דהנה צ"י כח סעי' טו פסק השו"ע: אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד, ואם קבלו אין דנין על פיו. וברמ"א: וחוזרין ומגידין בפניו, ואם שנו בעדותן בפעם שני ממה שהגידו בראשונה הולכין אחר העדות השני שהגידו בפניו וכו', וי"ח ואומרים דאם נתקבל העדות שלא בפניו כשר דיעבד. ע"כ. וברע"א על הגליון כתב דהרמ"א בתשובה סי' יב פסק כדעה קמא דאפילו דיעבד פסול. והמהרש"ל כתב בתשובה סי' יא, הוצא צ"י כאן, דאחר שהעידו שלא בפניו תו לא מהני בפניו, והט"ז חלק עליו, עיי"ש. ומהר"י בן לב ח"ג סי' כ, הוצא צ"י ס"ק יח, כתב כפשרה שאף שעדות שלא בפניו דיעבד לא הוי עדות וכהכרעת הרמ"א בתשובה, מ"מ יכול לחזור ולהעיד כשלא משנה דיבורו, ודלא כמהרש"ל. ועיי' פת"ש אבהע"ז סוף סי' יא.

וא"כ אף אף בנידון דידן צ"י קמא קבלו עדות השכן שלא בפני המוכר, לפי הכרעת המהר"י בן לב יוכל לחזור ולהעיד בפניו, ואם לא ישנה עדותו נוכל לקבלו. ויש להאריך בזה אך אכ"מ.

מרדכי אהרן הייזלר.

הערות

א. לענ"ד אין כאן מקום לחיוב שצועה להכחיש את העד, משום שהעדות מתייחסת למה שאמר המוכר יומיים לפני חתימת זכרון הדברים, ולו יהי שהעד אומר אמת, הרי כלי לשבור את המקח אריך שזאת היתה כוונתם גם בזמן הקנין, והיינו בזמן החתימה על השטר, ואין לנו עדות מה היתה כוונתם אז, וע"כ לשם מה נחייב את המוכר שצועה להכחיש את העד.

ב. מה שכתב הגרמ"א הייזלר שפדיון השבועה יהיה בפשרה על חלק מההפקדים שהפקיד המוכר, כל"ע אם זה יכול להחשב כפדיון שבועה, שהרי אין זו שבועת הנוטלין, אלא לקיים את המקח שהיה בלי תנאי, ואם אין משביעין אותו המקח לריד להתבטל, ומדוע יקבל מהקונה חלק מהנזקים שיש לו כתוצאה מביטול המקח שנעשה כדין?

ג. מה שכתב הגרמ"א הייזלר שליט"א שיש סוג תנאי שאין לריד להזכירו בשטר, כמו בע"מ שיעלה לארץ ישראל, והראיה שלא שאלו על הגמ' בקדושין שכיון שלא הזכירו התנאי הזה בשטר משמע שמחל התנאי. ומכאן שה"ה לתנאי הרחבת הדירה על גבי דירת השכן, שהתנאי קיים גם אם לא הזכירו אותו בחוזה. והוסיף: ש"בזה לא נהוג כו"ע להכניס לחוזה. ולהאריך בזה היא יגיעת בשר, ועי' בפירושי המפרשים בקהלת פרק יב בזה".

ולא ירדתי לסוף דעתו. הרי בתנאי שיעלה לא"י המקח בטל מאלד אומדנא דמוכח שזו היתה כוונתו בזמן הקניין, וא"כ אין נפ"מ אם הזכירו זאת בשטר או לא, אבל כשאין אומדנא דמוכח שזו היתה כוונתו בזמן הקניין, אע"פ שידוע שזו היתה כוונתו לפני כן, הרי בזה פסק השו"ע סי' רז סעי' ד: אבל המוכר קתם אע"פ שהיה בלבו שמפני כך וכך הוא מוכר ואע"פ שגראים הדברים שלא מכר אלא לעשות כך וכך ולא נעשה, אינו חוזר שהרי לא פירש, ודברים שבלב אינם דברים, ואע"פ שקודם מכירה אמר שהוא מוכר על דעת לעשות כך וכך כיון דבשעת מכירה לא אמר אינו חוזר. ע"כ.

ד. ומ"מ, כיון שחברי רבו עלי, בטלה דעתי מדיון ביטול ברוב, והנני מזכיר לדעתם.

א.ד.ל.