

ב"ה ז' בניסן תשע"ג
18 במרץ 2013
תיק מס' 71033, ירושלים

פסק דין - ביניים

בענין שבין מר וגב' אברהמוף, להלן התובעים

לבין מר וגב' שפירא, להלן הנתבעים

א. רקע עובדתי

במהלך שנת 2007, התרקמה עסקה, ביוזמת חברת "בניינית". עניינה רכישת קרקע בעיר ש', ופיתוחה. חברת "בניינית" השקעות בע"מ על ידי מנהליה, גייסה כספים (תחת הגדרה משפטית זו או אחרת – בה נדון להלן) ממר שפירא (להלן הנתבע) ולאחר מכן נכנסה גם משפחת אברהמוף (להלן התובעים) לעסקה.

בעל הקרקע היה מר אודם, והיא נרכשה בכספים שהזרים הנתבע באופן ראשוני.

חברת "בניינית" חתמה עם התובעים הסכם תחת הכותרת "זכרון דברים", שעיקרו התחייבות של התובעים לתשלום של \$360,000 בתמורתן יקבלו דירה בת חמישה חדרים, וכן את שטח הגג לבעלותם במבנה שיבנה על קרקע. [בפני בית הדין הוגשה טיוטה של זכרון דברים, כאשר על פי דיווח התובעים גרסת המקור נמצאת בידי הרב שנקבע כבורר; לדבריהם הטיוטה זהה לנוסח הסופי].

הסכמים

בין שלושת הגורמים: תובעים, נתבע, חב' "בניינית" (או לחילופין השותפים עצמם) נחתמו מספר חוזים שהוגשו לבית הדין.

1. ב 1 לאוגוסט 2007 נחתם **הסכם הלוואה** בין שפירא (המלווה) לבין בעלי חברת "בניינית" ע"ס \$450,000.

2. **הסכם נאמנות** בין הנתבע, התובעים, ו"בניינית" כאשר בפועל מי שהיה חתום על המסמכים בשם "בניינית" היה מר יצחקי - אזרח זר (להלן יצחקי; מר יצחקי הוא אחיו

של אחד מבעלי חברת "בניינית", נושא את התאריך 20/8/07 (ולגבי מועד החתימה האמיתי, נחלקו הצדדים, וכדלהלן).

3. ב 20 לאוגוסט 2007 נחתם **הסכם מכר** בין הנתבע לבין בעל הקרקע, מר אודם.

4. הוגש **זכרון דברים** לא חתום בין "בניינית" לתובעים – הנושא את התאריך 29 לאוגוסט 2007 – שעיקרו כאמור תשלום של \$360,000 של התובעים, בתמורה לדירה בקומה שניה, ובעלות על הגג.

5. **הסכם ניהול והסכם שיתוף מתוארכים ל 19 לספטמבר 2007: בהסכם השיתוף** מוגדרת חלוקת הזכויות כך: ליצחקי 5%; לתובעים 60%; לנתבע 35%. הסכם השיתוף מתייחס לתוכנית עקרונית המהווה נספח לו. בהסכם זה, מתואר מה משקף כל אחוז.

בתמצית נציין את אשר נקבע בהסכם השיתוף, מבחינת חלוקת הבעלות על הנכס (כמפורט בסעיף 4 להסכם):

יצחקי זוכה ביחידה מס' 1 בתוכנית, שהיא חניה ומרתף מתחת לקרקע הבניין, ובהצמדת כל זכויות הבניה הקיימות והעתידיות מתחת לקרקע הבניין.

הנתבע זוכה ביחידה המסומנת כמס' 2 – שהיא דירת חמישה חדרים בקומה א, ובהצמדת אחוזי הבניה לבניה סביב לצד דירתו באותה קומה.

התובעים זוכים ביחידה המסומנת כמס' 3 – שהיא דירת חמישה חדרים בקומה ב, ובהצמדת אחוזי הבניה לבניה סביב לצד דירתו באותה קומה. בנוסף, זוכים התובעים בגג, חלל הגג, וכל אחוזי הבניה העתידיים לבניה בגג הבניין עד רום רקיע.

אחוזי הבעלות ברכוש המשותף, על פי המפתח לעיל (5%; 35%; 60%).

הצדדים לדיון דידן מסכימים, שהאינטרס העיקרי של חברת "בניינית" היה לקבל את קומת החניה על מנת לאפשר מעבר תת קרקעי לחלקה אחרת הגובלת, ברחוב מצידו השני של הבניין.

על פי הסכם הניהול (נספח ז), "בניינית" תקבל 17% מעלות הפרויקט כדמי ניהול (כמפורט בנספח א של ההסכם סעיף 1).

תשלום התובעים ל"בניינית"

התובעים העבירו, לדבריהם, ל"בניינית" \$240,000 סמוך לעסקה (מתוך \$360,000) וע"פ לוח הזמנים שנקבע, ומתוכם \$360,000 ישירות לשפירא על חשבון החוזה (שהם מקבילים לכ-90,000 דולרים המהווים 60 אחוזים מתשלום הקנייה).

את יתרת הסכום (\$120,000) הם אמורים לשלם בתקופת הבניה.

תשלום מס שבח

על פי דברי הנתבע, הקרקע נרכשה מבעליה הקודמים באופן שחלקה דווח באופן רשמי, וחלק מן התמורה לא דווח באופן רשמי. על פי דברי אחד ממנהלי החברה ועל פי טענת הנתבע, המחיר המלא לקרקע היה \$350,000 ובנוסף ישלמו הקונים את המיסים. דהיינו, הרוכשים התחייבו למוכר את הסכום שהוא יקבל כתמורה 'נקי', וקיבלו על עצמם לשלם את המיסים שייקבעו על ידי הרשויות.

על פי עדות אחד ממנהלי החברה, עו"ד ש', וכן טענת הנתבע שלא הוכחה - שיעור מס שבח מקרקעין שנדרש היה גבוה בהרבה מהמתוכנן. על פי ייעוץ ראשוני שקיבלו, המס יעמוד על כ-100,000 ₪, ולמעשה נדרשו לשלם כ-500,000 ₪ (למרות שמס שבח מוטל בעיקרו על המוכר, אך כאמור הקונים במקרה זה נטלו את האחריות לתשלום המס על עצמם בעסקה המכונה "עסקת נטו").

עובדה זו הכניסה את "בניינית" לבעיה כלכלית כיוון שלא היו להם את המשאבים לשלם סכום זה. על פי טענת הנתבע, וכן על פי עדותו של אחד ממנהלי החברה, לאור העובדה שאם לא ישלמו את המס העסקה עשויה להתבטל, נאלצו לפנות שוב למר שפירא על מנת שישלם מס זה. הוא שילם סכום של 486,921 ₪.

שינוי בזכויות הבניה והבוררות

משהוגשו התוכניות לאישור בעירייה, התברר שאפשרויות הבניה שונות ממה שחשבו הצדדים כשחתמו על הסכם השותפות.

התברר שניתן לבנות קומה נוספת. "בניינית" והתובעים חלקו בשאלה, למי שייכות הזכויות לקומה נוספת. המחלוקת הובאה להכרעה בפני הרב פלוני כבורר.

בתאריך כ"ג בסיון תשס"ח קבע הרב פלוני שהזכות לדירה נוספת (בקומה ג') היא של "בניינית", וקבע הסדר שימנע פגיעה בתובעים (התקנת מעלית לגג שתפצה על כך שהם 'ירדו קומה'). בתאריך ט"ז שבט תש"ע הוסיף הבורר פסקה המפרשת את כוונתו בפסק הדין, ולדבריו הפסק מותנה במילוי חובות "בניינית" לאברהמוף (התובעים).

למעשה, כיום טוענים התובעים שהכרעת הבורר אינה רלוונטית משום שבמפלס הגג לפי התוכנית החדשה, לא ניתן לבנות דירה נוספת, בעוד שבמצב התכנוני הקודם, ניתן היה לבנות דירה נוספת על גבי הגג.

מעבר לכך, על פי חו"ד שהגיש אדריכל התוכנית, בשלב זה, ניתן לבנות רק כ-70 מ"ר בכל קומה (במקום 125 מ"ר). אמנם הייתה הסכמה עם פקיד בוועדת התכנון המקומית שניתן יהיה להגיש בקשה להרחבה מייד לאחר השלמת הבניה וקבלת טופס 4, אך לא ניתן להתחייב שכך יהיה לאחר חלוף שנים, שכן יתכן שהפקיד לא יהיה בעל הסמכות לקיים את דברו.

פשרה בין בעלי החברה לנתבע

ב 23 לדצמבר 2008 נחתם הסכם פשרה בין שפירא לבעלי החברה (נספח יז) – אשר נועד לסגור מערכת חובות שהיתה בין הצדדים בתחילת העסקה.

הסכם הפשרה עוסק במגוון נושאים שעמדו על הפרק בין הצדדים, ולא רק בעסקה דנן, על כן אין מקום לפרוט כאן את תוכנו. נציין רק שהוא כולל את ביטול הסכם ההלוואה דלעיל, התחייבות הנתבע לתשלום של 300,000 ₪, ומצד שני יש העברת זכויות לטובת הנתבע ובתוכן (סעיף 4 להסכם) נקבע ששתי יחידות קרקע במקום יהיו בבעלות צד א' (דהיינו נתבע דידן).

ב. טענות התובעים ותביעותיהם

לטענת התובעים, מה שקובע למעשה את מערכת היחסים בין הצדדים הוא ההסכמים בין אברהמוף לבין "בניינית". הנתבע קיבל כספים של התובעים מחב' "בניינית" וגם הוא עצמו יודע שזה התלם האמיתי של העסקה.

הנתבע מימן את העסקה אך בתחילה לא היה בעלים על הקרקע - לטענת התובעים, בתקופת העסקה, הנתבע לא היה בעלים על הקרקע, אלא שימש כמקור לתזרים מזומנים בלבד. היה בינו ובין "בניינית" הסכם הלוואה בריבית על סכום של \$450,000, אך במקום לפרוע את ההלוואה, הם העבירו לזכותו את הבעלות על חלק מן השותפות.

העובדה שהוא נרשם כבעלים על 35/100 מהקרקע בהסכם השיתוף, נועדה להיות ערובה בלבד לחוב, אך הוא אינו בעלים. רק לאחר מכן, בהסכם הפשרה הוא קיבל את הזכות על המקרקעין כפירעון חובות של "בניינית" כלפיו.

הסכם הפשרה סילק את כל חובות "בניינית" - לטענת התובעים, בעקבות הסכם הפשרה, הנתבע אמור להיכנס בנעלי "בניינית" ולעמוד בהתחייבות "בניינית" כלפיהם.

כראיה לכך, לטענת התובעים, בפגישה בשבט תש"ע כל מה שהנתבע דרש מהם היה שיבנו ביחד ולכן הוא ביקש מהם שישתתפו בהוצאות אדריכליות בסכום של 60,000 ₪. את הטענה שהתובעים אמורים לשאת בחלקם בעלות המיסוי טען הנתבע רק בשלבים מאוחרים יותר. לטענת התובעים, הטענה עלתה כאשר עורך דין שם בפיו דרישות אלו.

לא ידענו מהתשלום שאינו מדווח - עוד טוענים התובעים, שבזמן הרכישה של הקרקע, הם כלל לא ידעו על כך שחלק מן העסקה אינו מדווח ('שחור'), וידעו רק על החלק הגלוי של התמורה. כמו כן, לטענתם אין ראיות על התשלום הלא-מדווח, שלטענת הנתבע הוא שילם למוכר הקרקע. על כן אין לחייבם בהשתתפות בחלק זה הן מהסיבה שלא ידעו על כך, והן מהסיבה שהסכם חוקי, אינו מתייחס לחלקים הלא חוקיים שבעסקה.

מענה לתביעות ההוצאות –

התובעים טענו שאינם צריכים לשאת בהוצאות שונות כיוון שלא התייעצו איתם לגביהם, חלק מן ההוצאות לא נתמכו בקבלות, ובאופן כללי תשלום ההוצאות האלה נכלל בתשלומים שכבר שילמו. לא נפרט את הטענות בעניין זה, כיוון שאין בפסק הדין ביניים זה הכרעה מדוקדקת בתשלום ההוצאות.

תביעות התובעים

1. קביעה שבעלות התובעים היא מקומה ב' ועד רום רקיע.

היסוד לתביעה זו, הוא הפרשנות של הסכם השיתוף, ובניגוד למה שקבע הרב פלוני. קביעת הרב פלוני אינה מחייבת כיוון שהפתרון שהציע אינו ניתן ליישום במצב המשפטי-תכנוני הקיים.

2. פטור מתשלום מיסים

תשלום המיסים מתחילה הוטל על "בניינית". לטענת התובעים, המיסים שולמו מכספים שהם העבירו ל"בניינית". בכל מקרה, גם אם הנתבע שילם מכספו, בהסכם הפרשה "בניינית" פיצו את התובע. בנוסף לכך גם אם נכונה טענת הנתבע והחוב הוא של התובעים, לא היה עליו לשלם עבורם – ואם עשה כן, הרי הוא פורע חובו של חברו, ששם מעותיו על קרן הצבי.

3. פיצוי על העיכוב בבנייה

העיכוב נגרם בשל התנהגות הנתבע, והוא גרם נזק המוערך ב 590,000 ₪.

4. יש שותף נוסף

הם גם מבקשים שביה"ד ייקח בחשבון בפסק הדין שיש שותף נוסף לעסקה שאינו מעורב בדיון זה.

ג. טענות הנתבע ותביעותיו

לטענת הנתבע, הסכם ההלוואה לבעלי החברה ("בניינית") היה ההסדר שתוכנן והוצע על ידי. אך בסופו של דבר, הוא סירב להסכם זה, ודרש להיות הבעלים המלא והברור של הקרקע.

לאור מבט זה, תפקידם של בעלי החברה הוא לתווך, להביא קונים, להביא ולהוציא, אך הם אינם, ולא היו מעולם בעלי הנכס.

עבור התעסקות זו, הם היו אמורים לקבל את חלקם, 5% כפי שתואר בהסכם השיתוף.

הנתבע רכש בעצמו, ואינו נאמן של התובעים - לטענת הנתבע הוא החתום על הסכם המכר, והוא זה ששילם מכספו (תשלום מדווח ולא-מדווח) למוכר – מר אודם. הסכם הנאמנות נחתם לאחר יום הרכישה, ולא באותו יום או קודם לכן, שכן ביום הרכישה עדיין לא 'נסגר' עם התובעים שהם ירכשו חלק מן הנכס. העובדה שצוין (בשקר) בהסכם הנאמנות התאריך של הרכישה נובעת משיקולי מיסים. על כן הנתבע הוא הבעלים האמיתי של כל הקרקע, ולא התובעים.

איני מחויב לתובעים - לטענת הנתבע, בזמן ששלושת הצדדים חתמו על ההסכמים של השיתוף והנאמנות לא היה בפניו ההסכם שנעשה בין "בניינית" לבין התובעים, ועל כן אינו קשור ומחויב להסכם זה.

אין ללמוד דבר מהסכם הפרשה - לטענת התובע, אין ללמוד דבר מהסכם הפרשה, שכן הסכם זה נכתב באופן לא מקצועי, ובאופן שנועד למנוע כל טענה מוצדקת ושאינה מוצדקת.

השתתפות בעלויות - כללי

לטענת הנתבע על פי הסכם השיתוף (סעיף 16ג), על התובעים מוטל היה לשלם את חלקם בכלל העלויות השונות – תכנון, היבטים משפטיים ועלויות הבניה. הוא תבע זאת מהם, והם סרבו ליטול חלק בתשלומים.

חייב המיסים - את מס השבח, "בניינית" היתה צריכה לשלם – זאת על פי הסכם שבינו לבין "בניינית". אך כיוון שהנכס היה רשום על שמו של הנתבע, מס הכנסה פנה אליו והתחיל לעקל נכסים, לא הייתה לו ברירה אלא לשלם. בכל מקרה, לטענתו אין ספק שעל התובעים לשלם את חלקם במס זה.

השתתפות בעלויות הרכישה - לטענת הנתבע, על התובעים להשתתף בעלויות כפי חלקם – ובכלל זה בעלויות הרכישה בחלק הלא-מדווח.

הוא תומך טענה זו בכך שבהסכם הנאמנות, נזכרה החובה להשתתף בכלל העלויות באופן כללי, ולא הוזכרו סכומים. לטענתו, הסיבה לדבר הוא שהתכוונו להתחייב גם על החלק הלא-מדווח (ה'שחור'), אך לא יכלו לכתוב זאת במפורש.

תביעת הנתבע

לטענת הנתבע משהפרו התובעים את חובתם לשאת בחלקם בעלויות - ההסכם בטל. כתוצאה מכך, הוא ישיב להם את כספם ששילמו, והוא יהיה הבעלים המלא של הקרקע. לחילופין, מבקש התובע לחייב את התובעים בתשלום חלקם בשיעור של 60%, בכל העלויות אותן פירט. ואז הבעלות בנכס תהיה ביחס של 60% (התובעים) ו-35% (הנתבע).

ד. טענות מפורטות בענייני התשלומים.

אין ספק, כי הנתבע הוציא כספים שונים עבור הנכס בשנים האחרונות. אך בין הצדדים מחלוקות רבות לגבי השאלה על מי מוטל היה להוציא כספים אלו, האם הכספים הוצאו כדין, מי בפועל הוציא את הכספים, ועל מי נטל הראיה במחלוקות שונות.

לא נפרט בשלב זה כל טענה אלא נאמר באופן כללי, שהסכומים העיקריים עליהם יש מחלוקת הם:

א. התשלום הלא-מדווח (ה'שחור') עבור הקרקע, שלטענת הנתבע שולם למוכר (\$180,000).

ב. תשלום מס השבח בשיעור של 486,921 ₪.

ג. הוצאות שונות לאחזקת המגרש – נחלקו הצדדים האם ניתן לתבוע את התובעים להשתתף בסכומים אלו – הן מן הבחינה העקרונית, הן בשל הטענה שלא התייעצו איתם בביצוע הוצאות אלו והן בטענה שאין ראיות שתובע הוא שהוציא את הכספים האמורים.

שאלה עקרונית שעומדת לדיון היא טענת התובעים, שהכספים אותם הם שילמו ל'בניינית', הועברו לנתבע על מנת שיבצע את התשלומים השונים. על כן – גם אם הנתבע שילם כספים אלו – הוא לא שילם מכיסו, אלא מכיסם של התובעים.

ה. השאלות לדיון

בבירור המקרה עולות מספר שאלות עובדתיות והלכתיות.

1. האם יש בסיס לחייב את התובע לעמוד בהתחייבויות של "בניינית"?

2. הבעלות

ראשית עולה שאלת הבעלות על השטח. הצדדים נחלקו ביניהם מי הוא הבעלים ה"אמיתיים". התובע טוען שחברת "בניינית" היא הבעלים על הנכס, והרישום על שם הנתבע הוא שעבוד בלבד, וממילא גם התובע וגם הנתבע הם הקונים מחברת "בניינית", לעומת זאת הנתבע טוען שהוא הבעלים והרישום על שמו מעיד על כך.

בנוסף, כחלק משאלת הבעלות, אם אכן מדובר בבעלות משותפת, יש להכריע, בשאלה מה חלקו של כל אחד מן הצדדים בנכס. יש לקבוע את הדרך בה יקבעו החלקים: האם יש להכריע על פי האחוזים המפורטים בהסכם השיתוף, או בדרך אחרת, וזאת בעיקר לאור שינויי הנסיבות ושינוי התב"ע ביחס למצב המשפטי שהיה בשעת ההסכם (או שלפחות היווה את הנחות היסוד להסכם).

3. חלוקת ההוצאות בין הצדדים

לטענת התובעים הם יצאו ידי חובתם בתשלומים ל"בניינית", ואילו הנתבע טוען שעל התובעים לשאת בעלויות על פי חלקם בשותפות, בשיעור של 60%.

4. פורע חובו של חברו

התובע טען שגם אם המסים הוטלו עליו הרי כיוון שהמסים נפרעו על ידי הנתבע, הרי זו פריעת חוב חברו (החייב) שלהלכה אין החייב חייב להחזיר את הכסף. יש לדון האם טענה זו מתקבלת.

ו. האם הנתבע נושא בהתחייבויות של "בניינית"

התובעים ביקשו לטעון, שהתובע מחוייב לקיים את התחייבויות "בניינית", שכן הוא נכנס בנעליהם של "בניינית". לאורך כל הדרך, הדגישו התובעים טענתם שהנתבע היה רק 'בנק' של "בניינית", ואינו בעלים 'אמיתי', על החלק הרשום על שמו.

לדעת בית הדין, גם אם נקבל טיעון זה של התובעים, אין בכך תמיכה לדרישה שהנתבע יעמוד בהתחייבויות "בניינית" כלפי התובעים. אין חולק על כך, שבשלב מסוים, כאשר לא יכלה "בניינית" לפרוע את חובותיהם לנתבע, נחתם הסכם פשרה (הנושא את התאריך 23/12/08) בו עולה שהתכוונו להעביר לנתבע זכויות שלהם (בלא להיכנס לפרשנויות השונות של ההסכם ומה ניתן להסיק ממנו והאם הוא תקף). אך גם אם כך עשו, אין בסיס לטענה שהתובע קיבל על עצמו לקיים חיובים כאלה ואחרים של חברת "בניינית", כלפי צדדים שלישיים, ובתוכם התובעים.

הנתבע הדגיש שלא ידע על פרטי ההסכם שבין "בניינית" לבין התובעים. לדעתנו, גם אילו ידע, לא התחייב בחובות שבהסכם. [אולם, ראו להלן לגבי תוקפו של הסכם הפשרה, שם המסקנה היא שהנתבע גם לא זכה בזכויות של "בניינית"].

סיכום הדברים: אין בסיס לתביעה מהנתבע לקיים את חובות "בניינית" כלפי התובעים.

ז. תביעת הנתבע לבעלות מלאה ולביטול הסכם השיתוף והנאמנות

כאמור, הנתבע טוען שיש לקבוע שהוא בעל הנכס, ולא התובעים. הוא מבסס את דרישתו זו על שני יסודות:

1. הוא זה שרכש את הקרקע מהבעלים, מכספו האישי. בשעת הרכישה לא נחתם עדיין הסכם הנאמנות, כך שלא רכש את הקרקע עבור התובעים אלא עבור עצמו בלבד. לטענתו, הסכם הנאמנות נחתם רק מאוחר יותר, ונרשם בו תאריך מוקדם, הזהה ליום עסקת המכר על מנת למנוע כפל מס.

2. שנית, מכלול ההסכמים שנחתמו בטלים, לאור העובדה שהתובעים לא עמדו בחובם הבסיסי לשלם 60% מכלל העלויות – ובכלל זה השתתפות במס השבח שהוטל על הנכס.

התובעים טענו, שבראשית הדרך, התובע כלל לא דרש מהם השתתפות במיסים בשיעור של מאות אלפי שקלים, כפי שהוא דורש כעת, אלא רק עשרות אלפי שקלים בלבד. לביסוס טענה זו, המציאו תמליל שיחה שקיימו ביניהם (על פי טענתם בסביבות שבט תש"ע). בשיחה אכן לא באה לידי ביטוי דרישה זו, ובכך יש ביסוס לכאורה לטענת התובעים.

בעניין זה, טען הנתבע, שהוא העביר דרישה בעניין לעו"ד ש'. בעדותו, טען עו"ד ש', שאומנם ידע שיש בין הצדדים חילוקי דעות, ואף שמע את דרישת הנתבע, אך לא העביר דרישה זו לתובעים.

עוד טרם נכריע במחלוקת האם היו חייבים התובעים בהשתתפות בתשלומים השונים, אנו מבקשים לדחות את תביעת הנתבע לביטול ההסכמים.

בעניין הסכם הנאמנות נאמר, שלא הוכח שאכן נחתם בתאריך מאוחר. אם כן, מעדות עו"ד עלה, שיתכן שאכן שההסכם נחתם מאוחר יותר. עם זאת נראה, שגם אם ההסכם נחתם בשלב מאוחר יותר, אין הדבר פוגע בזכויות התובעים.

הנתבע חתום על ההסכם הרשמי, ההסכם מחייבו לפי ההלכה והחוק והוא אינו יכול להתנער ממנו כעת.

יש לראות בחתימה על ההסכם, בתאריך כזה או אחר – הודאת בעל דין שאכן רכש את הקרקע עבור התובעים. אומנם בבית הדין טען שלא ידע כלל על התובעים בזמן קניית הקרקע, אך אין

ראיה לעובדה זו. כך שיתכן שההסכם לא נחתם, אך התובע היה מודע לזכות התובעים ולכך שהוא רוכש את הנכס בשליחותם או כשליח של "בניינית", או בכל דרך אחרת שתוצאתה המשפטית היא כפי האמור בהסכם הנאמנות. בנוסף, משקיבל הנתבע את התשלום הראשון, בסך של \$90,000, שמהווים 60% מהסכום ה'לבן', נראה שזכו התובעים בנכס גם מדין קניין כסף. עד כאן, לגבי שלב הרכישה עצמה.

אלא שהנתבע טוען כאמור, שהתובעים לא עמדו בהתחייבותם להשתתפות בעלויות שהיו מחויבים להם על פי הסכם ולכן ההסכמים בטלים.

אנו דוחים טענה זו לאור מספר שיקולים.

אי תשלום חלק מן התמורה כעילת ביטול המקח, נדון יסודו בסוגיית "עייל ונפיק אזוזי" (שו"ע חו"מ סימן קצ, י). מהסוגיה ומדברי הפוסקים, עולה שזכות הביטול היא רק במצב בו המוכר דרש את הכסף בסמוך לשעת המכר, או למועד שנקבע לתשלום. אך אם יזקף עליו במלווה, אין זכות לביטול העסקה.

בנדון דידן, הקרקע נקנתה עבור התובעים, קודם לשעת תביעת המעות (שנוצרה רק לאחר זמן). כמו כן, אי תשלום בשל מחלוקת משפטית, אינה עילה לביטול העסקה (ראו פתחי חושן קניינים, פרק ג', הערה מא. ולדעתו, יתכן שיש חולקים בדבר כאשר מתקיימים שאר תנאי דין "עייל ונפיק"). בנדון דידן, את עיקר התמורה עבור חלקם בנכס, בוודאי העבירו התובעים בעת שנדרשו לכך. סירובם להעביר לתובע את הסכומים אותם הוא דורש היום, ללא הכרעה משפטית-הלכתית שהם חייבים לעשות זאת, היא לגיטימית ביותר, גם אם בסופו של דבר יימצא שהם חייבים סכום כזה או אחר.

סיכומו של דבר – אין בסיס לקביעה שהתובע הוא הבעלים על החלק של התובעים אלא יש כאן בעלות משותפת. כעת יש לקבוע מה הוא גודל חלקו של כל אחד מהשותפים.

ח. היקף הזכויות והחובות של כל אחד מן הצדדים

התובעים ביקשו לקבוע, שהם בעלים בקרקע המשותפת, מקומה ב', ועד רום רקיע. כאמור, הרב פלוני, הכריע בניגוד לדרישה זו, במצב בו הנחת המוצא היתה שיש 3 קומות וגג נוסף לבניה על גביו. לטענת התובעים הוא קבע שמגיע להם רק קומת מגורים וגג, לא מכח הדין, אלא שרצה להשיג הסדר שהיה מקובל על "בניינית". יתכן לעומת זאת, שהוא קיבל את טענת "בניינית", על פיה "בניינית" היא הבעלים האמיתית, של כל הפרוייקט, והם אלו שמכרו קומה וגג לבניה (שלא היתה חוקית באותו שלב) ולא יותר מכך.

כיום, הכרעת הרב פלוני, אינה תקפה, שכן הנחות היסוד התכנוניות שהוצגו בפניו אינן נכונות. כיום התברר שניתן לבנות בקומת הגג, שטח קטן מאוד.

1. היחס בין ההסכמים וההבנות השונים

בפרק א' של פסק דין זה, פרטנו את מכלול ההסכמים שנחתמו.

אכן, ההסכמים החתומים על ידי כל הצדדים מחד, וההבנות בעל פה וההסכמים שבין צדדים מסויימים (נתבע – "בניינית", וכן תובעים – "בניינית") מייצגים לכאורה 'סיפורים שונים', של המתרחש.

על פי ההסכמים החתומים בין שלושת הצדדים, ובהתעלם מההסכם שבין "בניינית" לבין התובעים, מדובר על שלושה שותפים שרוכשים ביחד את הקרקע, ובונים ביחד את הבית המשותף.

הרוכש בפועל היה הנתבע, כרוכש עצמאי, וכנאמן של שני השותפים הנוספים (התובעים ומר יצחקי כמייצג של היזמים). זאת, כאשר עלות הקרקע היא \$ 170,000 בלבד.

השותפים מתחייבים בהסכם השותפים, לשאת במכלול העלויות של הרכישה ושל פיתוח הנכס באופן זהה, על פי חלקם הקבוע בהסכם זה (60% ; 35% ; 5%).

כמו כן, נחתם הסכם ניהול.

ההסכמים האחרים, מבטאים תמונה אחרת, או תמונה נוספת :

על פי ההסכם שבין "בניינית" לבין התובעים, "בניינית" מוכרים דירה וגג לתובעים, תמורת \$360,000.

על פי הסכם ההלוואה שבין הנתבע לבין "בניינית", הנתבע הלווה ל"בניינית" סכום של \$450,000 בתמורה לריבית מוסכמת; רישום של הקרקע על שמו אינה אלא בטוחה למימוש החובות.

הסכם הפשרה שבין הנתבע לבין בעלי החברה ("בניינית") מורה שכסילוק החובות שבין הצדדים, בין יתר ההסכמות, הנתבע יזכה בזכויות של "בניינית" בקרקע, ובכלל זה בשתי הדירות שלכאורה מגיעות ל"בניינית".

רובד נוסף של הסיפור הוא הטענה של הנתבע, שהקרקע נרכשה בפועל בסכום גבוה יותר מהאמור בהסכם המכירה. עניין זה אין לו ביסוס בכתובים, אך הנתבע הביא ביסוס מסוים לכך שהעביר

כספים לרוכש – תיעוד של רכישת הדולרים, וכן עדות של מר אחד ממנהלי חברת "בניינית" [כמו כן, העובדה שהוטל על העסקה חיוב מס בשיעור גבוה מהמתוכנן, נבע מן הסתם בין היתר מכך שהרשויות לא קיבלו את הסכום שדווח בהסכם כמחיר סביר של העסקה]. כמו כן גם התובעים מודים שיתכן שהסכום היה גבוה יותר רק לטענתם הדבר לא היה ידוע להם בשעת הקנייה. על בית הדין לקבוע, מהי מערכת החיובים התקפה בין הצדדים, ואת ההשלכות ההלכתיות שלה.

2. הסכם השיתוף – אל מול - הסכם "בניינית"-תובעים

נקודת ההבדל העיקרית שבין שני ההסכמים האלו היא, שעל פי הסכם השיתוף התובעים מתחייבים כלפי הנתבע וכלפי "בניינית" לשאת בחלקם בכל העלויות השונות (רכישה, מיסוי, בניה ועוד) בשיעור של 60%. לעומת זאת, על פי הסכם "בניינית"-תובעים, התובעים ישלמו ל"בניינית" סכום של \$ 360,000 והתמורה שלהם היא דירה על פי המפרט שבחוזה.

הנתבע טוען שההסכם המחייב הוא הסכם השיתוף, ועל כן התובעים חייבים היו לשאת בעלויות השונות בשיעור של 60% (והם לא עמדו בהתחייבויות).

לטענת התובעים – הסכם השיתוף לא נעשה אלא למראית העין בלבד.

בעניין זה, לדעת בית הדין הסכם השיתוף מחייב את הצדדים, לאור מספר שיקולים:

כאשר אדם חותם על הסכם חוקי, הוא אינו יכול להתנער ולטעון שהדברים נעשים רק למראית עין. החותם על ההסכם, יודע שבבוא העת, הצדדים האחרים להסכם, יכולים יהיו לתבוע אותו לממש את אשר חתם עליו ומכוח זה, יש גמירות דעת להתחייב ע"פ האמור בהסכם.

דווקא ההסכמים הרשמיים, הם המהווים את ה'קרקע היציבה' את המוסכם בכל מקרה של שינוי נסיבות.

בנוסף לאמור, החתימה על הסכם השיתוף לא היתה רק מול "בניינית", אלא גם כלפי הנתבע.

חשוב לציין, שגם הסכם "בניינית"-תובעים לכאורה הוא הסכם בר תוקף, אך הסכם זה אינו מקנה לתובעים את הזכות להתנער מחובותיהם בהסכם השיתוף.

לגופם של דברים, במקרה זה, אין סתירה מהותית בין האמור בהסכם השיתוף לאמור בהסכם "בניינית"-תובעים. הסכם השיתוף קובע חובות וזכויות בין כלל השותפים. שני שותפים מתוך השלושה – דהיינו "בניינית" והתובעים, עשו ביניהם הסכם על פיו בתמורה לסכום מסוים (\$360,000), "בניינית" יקיימו את חובותיהם של התובעים בהסכם השיתוף וגם יעמידו להם דירה בסטנדרט מסוים.

עם זאת, כפי שנבהיר להלן, ברור היה לשני הצדדים, שבנוסף להסכם החתום, ישנן מערכות יחסים נוספות עם "בניינית", והצדדים ציפו שמערכות יחסים אלו יתמשכו. גם לעובדה זו השלכה הלכתית.

להלן נדון בהשלכות העובדה שהסכם השיתוף מחייב את הצדדים על שאלת חלוקת התשלומים, ובטענות נוספות של הצדדים בעניין. בין היתר יש לדון כיצד יש לפרש את ההסכם לאור נסיבות משתנות בהן אפשרות הבניה אינה תואמת את ההנחות היסוד התכנוניות שעמדו בפני הצדדים בעת החתימה על החוזה.

3. הסכם הלוואה והסכם הפשרה - מול - הסכם מכר והסכם שיתוף

לכאורה חוסר ההתאמה בין הסכם הלוואה להסכמי המכר והשיתוף, מובהקים יותר. מהסכם הלוואה נראה שעיקר העסקה בין הנתבע לבין "בניינית" הוא הלוואה בריבית מסוימת, והקרקע אינה אלא בטוחה. בפתחה להסכם הלוואה מיום 1/8/2007 נאמר:

הוסכם בין הצדדים כי המלווה ילווה ללווים סך של \$450,000 ובתמורה ירשם על שמו קרקע בגוש... חלקה... והדבר יהווה בטוחה למלווה על כספו.

וכן בסעיף 8 להסכם

8. הביטחון שינתן למלווה יהיה רישום המגרש גוש... חלקה... בשטח של 189 מ"ר על שמו

מן האמור עולה, שהקרקע אינה אלא בטוחה להלוואה.

ברוך זו, לכאורה מתפרש כפשוטו גם הסכם הפשרה שנחתם ביום 23/12/08 שם נקבע בסעיף 4.

4. כמו כן 2 יח' קרקע ב... יהיו בבעלות צד א' כאשר לצד ב' אין ולא תהיה כל תביעה לגבי אותן יח' בגוש... חלקה...

משמעות הדברים לכאורה היא, שבתמורה לויתור על החובות, ולתשלום נוסף מקבל הנתבע את הזכויות שעד אותה עת היו של "בניינית".

גם עדותו של מר אחד ממנהלי חברת "בניינית" (בדיון שהתקיים בכב' תמוז תשע"א, 24 ביולי 2011), חיוקה את הפרשנות הזו של המאורעות, שכן הוא אמר, שבאמת הבעלות על הקרקע היתה של "בניינית", אלא שלא רושמים זאת כך. גם התנהגותם של בעלי החברה לאורך התקופה מורה כך, שכן הם, ולא הנתבע, היו אלו שעמדו בבוררות מול התובעים ביחס לקומה הנוספת, שלכאורה אפשר היה לבנות.

מתוך שאר ההסכמים עולה שהנתבע הוא בעלים גמור על 35% מן הקרקע, שבא לידי ביטוי בקומה אחת, ואילו "בניינית", ע"י מר יצחקי, בעלים רק על 5% מן הקרקע.

עם זאת נציין, שכאשר נשאל עו"ד ש' (בדיון הנ"ל) מי הבעלים על הקרקע, תשובות היתה שהנתבע הוא הבעלים.

הנתבע טען בבית הדין, שבתחילה חשב להלוות כסף ל"בניינית", אך בסופו של דבר, החליט שלא להלוות להם כסף, אלא לרכוש בעצמו את הקרקע. על כן, הוא הבעלים ולא "בניינית". הוא דחה את הראיה מהסכם הפשרה, בטענה שבהסכם הפשרה כותבים הכל על מנת להסיר כל ספק וטענה של הצד שכנגד, על כן היה צריך לכתוב שהוא הבעלים על החלק שמאז ומתמיד היה ברשותו.

תימוכין לגישה זו, ניתן להביא מכך שבאותו הסכם פשרה, ישנו סעיף נוסף המתייחס לחלקים שביד "בניינית", וז"ל הרישא של סעיף 3.

3. ההצמדה של המחסנים והחניות ב... יעברו בטאבו לצד ב' ותרשם ע"כ הערת אזהרה, צד ב' מתחייב לאפשר כל פתרון חניה כולל כופלי חנייה ב... ובתנאי שהן יתייחסו אך ורק

צד ב' בהסכם זה הינם בעלי חברת "בניינית". נאמר שההצמדה של המחסנים והחניות יועברו בטאבו לצד ב'. כל זאת, למרות שכך כבר נקבע בהסכם השיתוף, שהחניה והמרתף הם של צד 1 (דהיינו, מר יצחקי שמייצג את האינטרסים של "בניינית").

4.1 צד 1 - 5/100 מכלל הזכויות הבלתי מסוימות במקרקעין, אשר משקפות זכות ליחידה מס' 1 של חניה ומרתף הנמצאים מתחת לקרקע הבנין, כמסומן בתוכנית (נספח ג'), יחד עם 5/100 ברכוש המשותף.

לדעת בית הדין, בהמשך לגישה האמורה לעיל, יש לתת תוקף להסכם השיתוף הקובע את הנתבע כבעלים גמור על חלק מן הקרקע.

לגופו של עניין, הדבר עולה לא רק מהסכם השיתוף אלא גם מהסכם ההלוואה עצמו.

הקביעה שהנתבע ירשם כבעלים על הקרקע, כבטוחה להשבת ההלוואה, משמעה שבכל סכסוך הוא אכן יקבע כבעלים (בדומה לאפותיקי). מהסכם ההלוואה ניתן אולי להסיק, שאם ההלוואה תפרע, חובת הנתבע להעביר את הקרקע ולרושמה לטובת התובעים (כהתחייבות חוזית), אך לא יותר מכך.

4. תוקפו של הסכם הפשרה.

לטענת התובעים, גם אם היה חוב כלשהו של "בניינית" כלפי הנתבע בעניין הסכום ששולם כמס שבח, אשר לכאורה יש לנתבע תביעה בעניינו כלפי התובעים, הרי הנתבע נפרע חוב זה (או מחל עליו) במסגרת הסכם הפשרה שחתם עם "בניינית".

זו גם הסיבה שבאותה עת, הנתבע טען כלפי התובעים שהוא זכאי לבעלות על שתי דירות (אותן שתי דירות שנקבע בפסק הבוררות שהן שייכות ל"בניינית"). מאידך, טוען הנתבע שהסכם הפשרה אינו מבטא דבר, והוא נכתב בצורה לא מדוקדקת רק לצאת ידי חובת כל האפשרויות על ידי

4. זכויותיו של כל אחד מן הצדדים במקרקעין על פי חלקו, יהיו כדלקמן:
- 4.1 צד 1 - 5/100 מכלל הזכויות הבלתי מסוימות במקרקעין, אשר משקפות זכות ליחידה מס' 1 של חניה ומרתף הנמצאים מתחת לקרקע הבנין, כמסומן בתוכנית (נספח ג'), יחד עם 5/100 ברכוש המשותף בבנין. כמו כן יוצמדו כל זכויות הבניה הקיימות והעתידיות מתחת לקרקע הבנין, עד לתהום.
- 4.2 צד 2 - 35/100 מכלל הזכויות הבלתי מסוימות במקרקעין, אשר משקפות זכות ליחידה שמספרה 2, המהווה דירה בת חמישה חדרים, בקומה א' של הבנין, הפונה לצד מערב- מזרח, כמסומן בתוכנית (נספח ג'), יחד עם 35/100 ברכוש המשותף בבנין. כמו כן, יוצמדו כל אחוזי הבניה הקיימים והעתידיים לבניה מסביב לצד דירתו באותה קומה.
- 4.3 צד 3 - 60/100 מכלל הזכויות הבלתי מסוימות במקרקעין אשר משקפות זכות ליחידה שמספרה 3 המהווה דירה בת חמישה חדרים בקומה שניה של הבנין, הפונה לצד ערב- מזרח כמסומן בתוכנית (נספח ג') ול- 60/100 ברכוש המשותף בבנין. יחד עם הגג, חלל הגג, וכל אחוזי הבניה העתידיים לבניה בגג הבנין עד רום רקיע וכל מה שמסביב לצד דירתו באותה קומה.
5. חלקו של כל צד בזכויות הבלתי מסוימות במקרקעין כמפורט לעיל, ייחשב לצורך חוזה זה כ"חלקו היחסי" של אותו הצד בכל הקשור לרישום הזכויות במקרקעין על שם הצדדים (ובכפוף לאמור להלן) וכן לצורך נשיאה בהוצאות משותפות, ככל שלא נקבע לגביהם הסדר אחר. לאחר רישום הבית המשותף שייבנה על המקרקעין, ירשמו זכויותיו של כל צד בדירתו, בתוספת ההצמדות להן יהיה זכאי, אם וככל שיהיה זכאי, ואילו חלקו בהוצאות אחזקת הבית המשותף יקבע לפי היחס בין שטח היחידה של אותו צד, ביחס לכלל שטחי היחידות שיהיו בבית המשותף.

תיאור החלוקה, התבסס על הנחות מסוימות לגבי אפשרות הבניה בחלקה המדוברת. הנחות אלה התבררו כשגויות. ניתן לבנות כיום הרבה פחות ממה שהניחו הצדדים בשעת החתימה על הסכם השיתוף. על כן, לא ניתן ליישם את החלוקה באופן שמתואר בהסכם השיתוף.

עולה השאלה, כיצד לחלק את הבעלות בנכס עם השתנות הנסיבות.

אילו מדובר היה על הבדל מינורי בין הנחות העבודה שהיו קיימות באותה עת לבין המצב המשפטי הקיים ובנוסף מדובר היה בשותפים שכפי הנראה יבנו יחדיו את הבנין, ניתן היה – על בסיס סמכות בית הדין לדון בפשרה - לבצע התאמות אחרות להסכם השיתוף בכפוף למצב החוקי הקיים. בנדון דידן, נראה שהפער בין המתוכנן לקיים הוא משמעותי ולא ניתן לבצע התאמות (הן מבחינה כמותית, והן מבחינת האפשרות של התובעים לממש את תוכניותיהם לבניית 4 יחידות דיור).

אפשרות אחת היא לקבוע, שחלוקת הבעלות בין הצדדים היא על פי **האחוזים הקבועים** בהסכם השיתוף. (5 ; 35 ; 60)

מן העבר השני, כפי שטען עו"ד ש' בעדותו, וכפי שגם טענו התובעים, החלוקה המספרית לאו דווקא מבטאת את היחסים הנכונים של השותפות.

כפי הנראה, הזכויות המיוצגות ב-5% של מר יצחקי, שוות יותר מאשר 5% מהפרויקט. כמו כן, אין זה ברור כל עיקר, שהזכויות שניתנו לתובעים מייצגות 60% והזכויות שניתנו לנתבע מייצגות 35%.

ניתן להתייחס לרישום המספרי הלא מדויק, כרישום שנעשה למראית העין בלבד. אילו היה הרישום המספרי הרישום היחיד בהסכם, היה עלינו לדון בסוגיה של מי שכתב נכסיו על שם ריש גלותא (ב"ק קב"א), ודיון הנמשך מסוגיה זו בכותב שטר על שם אשתו (בבלעדיות או בשותפות). אך בנדון דידן, בנוסף לרישום המספרי, יש גם תיאור מפורט של החלקים בנכס. על כן, עיקרה של השאלה היא שאלה של פרשנות החוזה – כיצד יש לפרשו במקרה של שינוי נסיבות, ועל איזה מן החלקים של החוזה יש לתת את הדגש. האם המספרים קובעים, שווי החלקים השונים הוא הקובע, או שקיימת דרך אחרת. כמו כן, בשונה מהסוגיה של כותב שטר על שם אשתו, שקיים ספק שמא אדם התכוון להקנות לאשתו חלק בנכסיו, בנדון דידן אין ספק שהרישום המספרי הלא מדויק לא נבע מרצון לתת כוח למאן דהוא, אלא דווקא משום שאין לרישום זה משמעות מעשית.

עומדת לכאורה אפשרות לחלוקת הנכס על פי הסכומים ששולמו בפועל על ידי כל אחד מן הצדדים.

אנו דוחים אפשרות זו מכמה סיבות.

ראשית, על פי ההלכה, בדיני שותפים, לא תמיד יש זיקה בין היקף ההשקעה הכספית, לבין החלק ברווחים. שכך נפסק בשולחן ערוך חושן משפט סימן קעו סעיף ה':

השותפין שהטילו לכיס, זה מנה וזה מאתים וזה שלשה מאות, ונתעסקו כולם בממון, סתם, ופיחתו או הותירו, השכר או הפחת ביניהם בשוה לפי מנינם, לא לפי המעות. ואפילו לקחו שור לטביחה, שאילו לא מכרוהו [טבחיהו] היה נוטל כל אחד מבשרו לפי מעותיו, אם מכרוהו חי ופחתו או הותירו, השכר או הפחת לאמצע.

אך משמעותי מכך הוא, שבנדון דידן, לא סוכם מראש על תשלום בשיעורים שונים. אשר על כן, אין כל בסיס לומר שמה ששולם בפועל, מטעמים שונים, יגדיר רטרואקטיבית את החלקים בבעלות.

זאת ועוד, יש קושי עובדתי לאמוד כמה שילם כל אחד מן הצדדים.

על כן יש לבחור בין חלוקה על פי האחוזים הרשומים, לבין חלוקה על פי שווי החלקים. בענייננו אין ספק שרישום חלוקת הבעלות (בהיבט של השימושים) נעשה באופן מדויק ביותר, באופן שייצג את האינטרסים של כל אחד מן הצדדים, על בסיס הנחות משותפת ביחס לאפשרות הבניה לעומת זאת, יש בסיס סביר לקבל את ההנחה שהרישום המספרי, נעשה שלא בדקדוק (דווקא בגלל שלא היה לו משמעות מעשית) על כן, הדרך הנכונה לחלק את הבעלות בנכס היא בהתאם לשווי של כל אחד מן החלקים, וראו על כך עוד בנספח לפסק הדין.

לצורך קביעת החלקים בנכס, ייקבע שמאי, שיעריך את שווי כל אחד מן החלקים על פי ההנחות התכנוניות שעמדו בפני הצדדים באותה עת.

דהיינו, בפני השמאי תוצגנה ההנחות התכנוניות שעמדו בפני הצדדים, החלוקה כפי שנקבעה בהסכם השיתוף (דהיינו השימושים, ולא המספרים). על השמאי תוטל המלאכה להגדיר את היחס בין החלקים השונים.

לאור השינוי המשמעותי באפשרויות התכנון של הנכס, פסק הדין לא יקבע אילו קומות ישמשו כל אחד מן הצדדים, אלא מה החלק של כל שותף בנכס.

לאחר מכן, יוכל כל אחד מן הצדדים לדרוש חלוקת שותפות, בדרכים האפשריות על פי ההלכה והחוק.

8. חלוקת ההוצאות – באיזה יחס.

על פי הסכם השיתוף, חלוקת ההוצאות היא לפי החלקים הקבועים של הנכס. גם כאן עומדות שתי אפשרויות. האחת היא להיצמד למספרים, והשנייה היא לקבוע את החלוקה על פי החלק בבעלות, שייקבע באמצעות השמאי, כאמור.

לאור העובדה שמעולם לא היה תכנון לתשלום בפועל על פי החלקים הקבועים במספרים (5% ; 35% ; 60%), אין זה סביר להעמיד את ההתחייבות לחלוקת ההוצאות על פי המספרים האלה, אלא יש לחלקם על פי החלק היחסי, כפי שייקבע השמאי.

לסיכום: חלוקת ההוצאות תקבע על פי היחס של חלקי הבעלות, כפי שייקבע על ידי השמאי.

ט. באילו הוצאות צריכים התובעים לשאת

השאלה היא, כיצד יש להתייחס, רטרואקטיבית, לתשלומים השונים ששילמו הצדדים במהלך התקופות. בעניין זה, נחלקו דייני בית הדין:

1. דעת המיעוט: תשלומים ששולמו כש"בניינית" היתה פעילה – אינם בחשבון

לדעת המיעוט כול עוד בעלי החברה ("בניינית") היו פעילים, הרי התשלומים ששולמו להם, שולמו בהסתמך על כך שכל צד (תובע ונתבע) ידע שיש הסכם כלשהו בין "בניינית" לבין הצד האחר, וכל אחד מן הצדדים ניהל את ענייניו ותשלומיו מול "בניינית", ובהתעלם מההסכם של השותף האחר.

על כן, צד אחד לא יכול לתבוע כספים מן הצד השני על בסיס הכספים ששולמו באותה עת ל"בניינית", כיוון שבאותו שלב, כל מערכת התשלומים שבין הצדדים התבססה על "בניינית".

סעיף י' ברמ"א, דכל שותף כיורד ברשות דמי). טעם נוסף ועיקרי הוא, שפרעון החוב נעשה בעל כורחו של הנתבע ותוך הוצאת עיקול על נכסיו ובמצב כזה בוודאי שאין מקום לומר שכוונתו הייתה לפרוע חוב עבור חברו. (עי' בפת"ח נזיקין פ"ב הערה יב, עי' סימן ב"י סי' עז בשם תשובת הרא"ש, שו"ע עז, א ובש"ך ה שם).

4. מיצוי הזכויות כלפי "בניינית"

נראה הדבר שלכל אחד מן הצדדים תביעה שונה מ"בניינית". לדעת בית הדין, כאמור, "בניינית" אינם בעלים על כל 'זכות שיורית'. אם כן, לבית הדין אין סמכות להכריע בנושא. אם יחליטו הצדדים לתבוע את "בניינית", יתכן שכדאי להם לשקול את האפשרות לעשות זאת במשותף, תוך הסכמה על חלוקת החלק של השותפים.

5. פירוט חלוקת ההוצאות על פי דעת הרוב

כמה כסף שולם על ידי התובעים לצרכי הנכס

השאלה העולה היא כמה מתוך הסכומים ששולמו עד היום על ידי התובעים ניתנו עבור ההוצאות של הנכס. בעניין זה יש בעיה להגיע למסקנה שכן לפי הנתונים שבידינו הקרקע כולה עלתה כולל החלק הלא-מדווח \$350,000, וכפי שיוסבר להלן. נראה שהתובעים העבירו \$240,000 ל"בניינית", אלא שהשאלה היא כמה כסף עבר לנתבע.

מחיר הקרקע

אמנם התובעים העלו ספיקות בייחס למחיר הקרקע. הנתבע מצידו המציא ראיות להכנת צ'קים עוקבים בסכום המדובר, התובעים העלו ספיקות האם אכן המוכר קיבל את הסכומים הללו, אך בצד הספיקות עולה גם נימה של הודאה. כך למשל אומר התובע (פרוטוקול 4 עמ' 6):
אברהם: אני לא מכחיש אבל בצ'קים שהוא הציג אין אישור של מר אודם. על התשלום האחרון של 197,000 ש"ח 25/12/2007 אין חתימה של מר אודם.
גם בפרוטוקול 5 (עמ' 1) עולה שמוקד עיקרי של הדיון הוא שאלת הידיעה וכך אומר התובע:

אני בזמן החוזה לא ידעתי כלל על כסף שחור שניתן (למר אודם), ולכן אינני חייב לשלם, על סכומים שלא ידעתי עליהם בזמן החוזה, ואין שום פתק נוסף על הכסף השחור, וגם "בניינית" לא אמרו שהעסקה כוללת את השחור. לכן מבחינה הלכתית לא ייתכן שהחוזה מחייב אותי.

יש לציין שגם הערכת המס נעשתה לפי הערכות מקצועיות שלהם ששווי הקרקע הוא אכן גדול בהרבה ושהעסקה אכן כללה חלק שחור, ולכן קשה להתעלם ממצאות זו.

אמנם טוען התובע שלא ייתכן לחייב אותו בדבר שלא ידע עליו, וטען גם, שחוזה חוקי, מתייחס רק לכספים החוקיים. אנו לא מקבלים טענה זו, שכן כאן המדובר בנכס שנרכש והיות והתובע בעלים על הנכס עליו להשתתף בעלויות הנכס לפי בעלותו. אי אפשר לדרוש בעלות בלא לשלם את המחיר על כך. דהיינו, החיוב אינו נובע מן החתימה על החוזה בדווקא, אלא מעצם השותפות וחלק הבעלות.

לסיכום, אנו מקבלים את הסכום של \$350,000 כמחיר הקרקע.

הסכום ששילמו התובעים עבור הקרקע

כאמור, למרות שהתובעים שילמו \$240,000 לא ברור שכל הסכום נוצל לטובת הוצאות הנכס. לגבי העברת הכספים בין השותפים, בדו"ח הכספים של "בניינית", שהומצא על התבע, נרשמו בעניין זה נתונים וכדאי להביאם ולנתח אותם (נספח י"ט):

הסדרי תשלום:

ביום 1/8/2007 נחתם הסכם הלוואה עם שפירא בסך \$450,000.

ביום 20/8/2007 העביר שפירא סך של \$120,000 לפי שער 4.33 519,600 ₪ + \$150,000 צ'ק בנקאי לפי שער 4.2 630,000 ₪ + צ'ק למע"מ \$18,600 לפי שער 4.33 80,538 ₪.

בתאריך 2/9/2007 נחתם חוזה עם דיירים אברהומוף סך דירה \$360,000

בתאריך 2/9/2007 התקבלו שני צ'קים ע"ס 360,082 ₪ + 31,698 ₪. שניהם לפי שער 4.125 \$95,000.

ביום 6/9/2007 הועבר למר שפירא הצ'ק ע"ס 360,082 ₪.

וכן ביום 6/9/2007 הועבר למנהל החברה הצ'ק ע"ס 31,698 ₪ לתשלום תיווך.

ביום 10/9/2007 הועבר ע"י שפירא סך של \$ 14,531 לפי שער של 4.129 ₪ 60,000 לידי בעלי החברה ע"י החוב לעסקת אודם.

ביום 20/11/2007 העביר מר אברהמוף סך של \$75,000 לפי שער של 3.92 = 294,000 ₪.

ביום 25/11/2007 נלקח מסך ה \$75,000 סך של \$20,000 כהלוואה לטובת ---.

ביום 5/12/2007 שולם מס רכישה ע"י שפירא סך של 16,501 ₪ לפי שער של 3.841 \$4,296.

ביום 6/12/2007 הוחזר למר שפירא סך של 350,175 ₪ המורכב משני סוכמים, 186,402 ₪ צ'ק של -- + יתרה של 163,773 ₪ שהם \$42,594 יתרת החוב של שפירא למר אודם. סך הכל הוחזר לשפירא סך של \$80,772.

יתרת החוב החדשה נכון ליום 1/1/2008 היא \$322,115

ביום 30/12/2007 התקבל תשלום של \$70,000 לפי שער 3.85 ע"י דייר אברהמוף. הסכום בשקלים 269,500 פחות 1650 חוב שחייבים לאברהמוף 267,850 ₪.

הסכום חולק באופן הבא :

200,447 ₪ הועבר לשפירא, סך 30,535 ₪ הועבר לאחד ממנהלי החברה על תשלום מע"מ, הסכום הנ"ל שהועבר לשפירא ולאחד ממנהלי החברה הוא על חשבון הלוואה של ה-\$50,000 האחרונים. סך של 36,687 ₪ יתרה נמצא אצל עו"ד ש' שהוצמד לדולר.

לדייר אברהמוף נשאר חוב של \$120,000 לפי התקדמות הבנייה.

קשה לנתח בצורה ברורה ורציפה את כל הנתונים העולים ממסמך זה. אך לגבי סכומים שהועברו מהתובעים לנתבע ניתן ללמוד את הדברים הבאים :

הנתבע קיבל מ"בניינית" :

1. שיק ע"ס 360,082 ₪ עפ"י שער של 4.125 ₪ לדולר, שווה : 87,292 דולרים.

2. 350,175 ₪ שהם 80,772 דולרים (בפירוט הסכום הזה עולה שכנראה הסכום שולם בזמנים שונים בהם שער הדולר עלה ועל כן סכום קטן יותר בשקלים שווה יותר בדולרים - כאמור קשה לרדת לעומק כל הפרטים בטבלה).

3. 200,447 ₪ לפי שער 3.85 מסתכם ב-52,064 דולרים.

סך הכל פי נתוני "בניינית" קיבל הנתבע : 220,128 דולרים. אלא שעולה השאלה האם כל הכספים הללו הגיעו עבור העסקה דנן. (\$ 20,000 יצאו מן העסקה, לצורך הלוואה ל--).

יש אפשרות שכן, הדבר תואם את דברי אחד ממנהלי חברת "בניינית" שאמר בבית הדין שכל הכסף שקיבלו מהתובעים הועבר לנתבע מלבד 20,000 דולרים שירדו לצורך תיווך ומומחים. מאידך, כפי שאנו יודעים, נחתם הסכם על \$ 450,000 שמתייחס גם לעסקאות אחרות.

הנתבע עצמו הודה מספר פעמים שעבור הקרקע הוא היה אמר לקבל 200,000 דולרים בלבד ואם כך כל סכום מעבר לכך הוא על חשבון ההוצאות.

בעניין זה עלינו להוסיף ולקבוע שהנתבע אמנם מכחיש את קבלת הסכום במלואו, אך היות והוא אינו מוכן לשתף אותנו בסכום המדויק שנמסר לו. אלא מסתפק בדברים, למשל לגבי אחד הסכומים הוא נשאל (פרוטוקול 4 עמ' 8):

אב"ד: האם הוא העביר לך \$55000?

שפירא: אני מניח אבל לא יודע.

בסכומים אחרים הוא מודה (שם):

אב"ד: כתוב כאן שקיבלת 350000 ש"ח.

שפירא: מבחינתי זה אומר שקיבלתי מ אברהמוף 350,000 ש"ח.

מצד שני הוער בבית הדין שיתכן שהסכום המצטבר שהתקבל עד לאותו רגע מ"בניינית" הוא מעבר לסכום שניתן על ידי התובעים עבור העסקה, התובע אף מתנדב להסביר (שם, עמ' 9):

אב"ד: יחד עם ה-36000 ש"ח זה יוצא 710,000 שזה הרבה יותר ממה ש אברהמוף שילם עד לשלב זה.

אברהמוף: הוא השיג כספים ממקורות נוספים.

שפירא: באמת לא מסתדר לי מה שכתוב כאן במסמך.

הנתבע פירט את הסכומים שלדעתו לא הגיעו אליו מהכספים של אברהמוף (פרוטוקול 5 עמ' 10):

אב"ד: פרט את הסכומים שלא קיבלת.

שפירא: 31,698 ₪, \$20000 (שורה 13), גם ה-24,750 ₪ שקיבלתי זה היה עבור מס רכישה ולא עבור החוב. 30,565 ₪ (שורה רביעית עמ' שני) שהועבר לאחד מבעלי חברת "בניינית".

ביחס לסכום 24,750 משמעות הטענה היא שיש לזכות את התובעים בסכום זה, אך לא כהשתתפות ב-\$350,000, אלא כחלק מן ההוצאות הכלליות.

לפי הנתבע מתוך 240,000 דולרים שהגיעו אל "בניינית" מאברהמוף, ולפי העולה מן הנייר שצורף ירדו מהם 20,000 דולרים. כמו כן, לטענת הנתבע, אין לזכות את התובעים בסכום של

68,565=31,698+36,867 ₪ שהם כ-17,000 דולרים בקירוב. לפי זה, על פי טעתו, הנתבע קיבל בקירוב 203,000 דולרים מכספי התובעים.

על מנת להכריע סופית בשני הסכומים הבאים, לצדדים אפשרות לטעון בעניינים:

1. בשורה 7 של העמוד הראשון – מועברים 31,698 ₪ לאחד מבעלי חברת "בניינית" עבור דמי תיווך.

2. בשורה 6 של העמוד השני - הועבר לנאמנות עו"ד ש' סך של 36,867 ₪.

סכום זה שהועבר לנאמנות לא נתברר טיבו, ייתכן שסכום זה עדיין שמור לצורך השותפות או שהועבר לצורכי השותפות ואם אכן יתברר הדבר יש להוסיפו לטובת התובעים. אמנם אם לא יתברר לאן נעלם הכסף הרי שאין להחשיבו כחלק מהוצאות התובעים. הוכחה זו מוטלת לפתחם של התובעים.

כאמור, הצדדים רשאים להשלים את טענותיהם בעניין הסכומים האמורים במועדים שיקבעו להלן.

כבר האריך חבר בית הדין במקומות אחרים בכוחה של אומדנא¹, ובפרט כשבית הדין קיבל גם את האפשרות לפשר אין צריך למודעי שיש בכוחו להשתמש גם באומדנא. בית הדין יכריע בעניין סופית, לאחר השלמת טענות.

לסיכום: הנתבע שילם למוכר הקרקע 350,000 דולרים.

התובעים העבירו לנתבע, ישירות או דרך "בניינית", סכום שאינו פחות מ 203,000 דולרים בקירוב. הסכום שהעבירו כולל את חלקם בקרקע וחלק מההוצאות.

מכיוון שגודל חלקם של הצדדים תלוי ועומד בהחלטת שמאי, לכשיקבע חלק זה נצטרך לקבוע כמה מהסכום הוא עבור הקרקע (ששווייה האמיתי הוא כאמור 350,000 דולרים) לפי החלק שיש בבעלותם שאר הסכום ייחשב כבר עבור ההוצאות.

סך ההוצאות שעל התובעים להשתתף בהן

¹ ראו עוד: הרב דניאל כ"ץ, הסתמכות על אומדן, נייר עמדה מס' 5, מכון משפטי ארץ, עפרה, תשי"ע.

להלן נסקור את ההוצאות שהיו עד עתה ונקבע מה הוא החלק המוטל לפתחם של התובעים, כהקדמה נציין שלדעתנו העיכובים נגרמו כתוצאה מהסכסוך ולא באשמת צד אחד בדווקא ולכן החיוב בהצמדות וכדומה מוטל על כתפי שני הצדדים לפי חלקם היחסי. כמו כן האחריות על ניהול המגרש היא משותפת. על כן כל פעולה שנעשתה לצורך קידום הפרויקט באופן סביר ובהתאם למצב העניינים שבין הצדדים, ראוי להיכלל בתשלומים, ולכן יש לחייב את הצדדים בתשלום גם על פעולות שלטענת התובעים לא היה נחוץ.

לעיל, התווינו את העקרון הכללי, ובכלל זה את הקביעה, שמחיר הקרקע יחושב על פי \$350,000, והשתתפות התובעים תעמוד על סכום של \$203,000.

הנתונים האמורים בטבלה להלן, לא נקבעים באופן סופי, ולצדדים תנתן הזדמנות לטעון בתמצית ביחס לסכומים אלו.

	נושא	סכום מאושר ב ש"ח	הערות
A	היטל השבחה	44,395	הסכום 48,134.02 מופיע במסמך הרשמי בחומר מצורף של התובעים מ-19.6.11, הסכום כאן נקבע על פי טבלה של הנתבע מה-6.6.11 בו מצורפת קבלה על 44,394.80.
2	מס רכישה	51,146	שולם כבר על ידי התובעים 24,750 (בטבלה של הנתבע יש סכום אחר) אך סכום זה נכלל בסך הסכומים שהועברו מהנתבע לתובע ועל כן כאן נתייחס לסכום החיוב הכולל.
1	שבח מקרקעין	486,921	המורכב מחלקים אלו: קרן 411,516 הצמדה 21,000 ריבית 19,856 יועצת – 29,9958
8	פרסום	481	
9	שחזור מדרכה	10,000	
10	מודדים	2,320	
13	אדריכלות	89,920	לטענת התובעים עולה רק 55,680. וכן ההתקשרות עם מהנדס ב'

שלא בהסכמתם.			
התייחסות בית הדין- הדברים היו צריכים להיעשות, מכיוון שבאותו הזמן הנתבע הוא זה שניסה להרים את הפרוייקט אי אפשר להתנער מן ההוצאות שלו. הסכום נקבע על פי הקבלה שנתקבלה ממשרד הארדיכלים.			
בעניין זה על הנתבע להבהיר, האם מדובר על סכום שכבר שולם.	58,000	אדריכלות חדשה	14
	7,000	צילומים אדריכלות	15
	910	חיבור חשמל	16
	4,527	עו"ד הוצל"פ	17
	1,000	איזוטופ	
	900	טלי מזומן	
	2,000	חשמל ארנונה	19
<u>סכום לא סופי, הצדדים יוכלו להעיר על טבלה זו.</u>	759,520 ₪.	סך הכל	

סכומים אלו יתווספו לסכום של \$350,000. התובעים ישאו בתשלומים האמורים, על פי חלקם בשותפות, כפי שתקבע על ידי השמאי.

לצדדים ניתן 30 יום להשלים טענות ביחס להוצאות הנוספות המופיעות בטבלה. (אין למנות הוצאות נוספות, וגם אין לטעון ביחס למחיר הקרקע והסכום שנוקף לזכות התובעים). כמו כן, הצדדים יוכלו לטעון בעניין שערי ההמרה מדולרים לשקלים ושאלת הפרשי ההצמדה.

לסיכום:

סך ההוצאות על הנכס: \$350,000 ובנוסף כ750,000 ₪. הסכום המדויק יקבע לאחר הערות הצדדים.

הוצאות אלו שולמו על ידי הנתבע, על התובעים יושת חלקם בהוצאות לפי חלקם בנכס שיקבע על ידי שמאי. מחלק זה ינוכה הסכום שכבר שולם.

סך ההוצאות בהם יזוכו התובעים אינו פחות מ \$ 203,000, ויקבע באופן סופי לאחר השלמת הטענות בעניין זה.

י. החלטות

1. התביעה של הנתבע לביטול הסכם השותפות והגדרתו כבעלים יחידי נדחית.
2. התביעה מהנתבע לקיים את חובותיה של "בניינית" כלפי התובעים נדחית.
3. ככול שהדבר נוגע ליחסים בין הצדדים שלפנינו, אין ל"בניינית" בעלות על כל זכות שאינה מפורשת בהסכם, ואין לה את הזכויות המגיעות על פי הנוהג ליזמים.
4. שיעור הבעלות בקרקע של כל אחד מן הצדדים, ייקבע על פי היחס בין שווי חלקו של כל אחד מהם בפרויקט, כפי שנקבע בהסכם השותפות (על בסיס ההנחות התכנוניות שעמדו בפני הצדדים).
- עניין זה ייקבע באופן מדויק על ידי שמאי שימונה על ידי בית הדין.
5. הוצאות: על הצדדים להשתתף בכלל ההוצאות שהוצאו עבור הנכס, על פי חלקם בבעלות, כפי שייקבע על ידי השמאי.
6. שני הצדדים יישאו ביחד, כפי היחס בין חלקם בשותפות, גם בעלויות שאמורות להיות מוטלות על השותף השלישי – "בניינית".
7. בית הדין דוחה את התביעות לפיצוי על עיכוב הבניה.
8. בית הדין יתן פסק סופי לעניין חלוקת הבעלות, לאחר קבלת חו"ד שמאית.
9. כל אחד מן הצדדים יציע תוך 21 יום שמאי מקרקעין המקובל עליו, לביצוע ההערכה השמאית הנדרשת, כאמור.
10. כל אחד מן הצדדים, יוכל לטעון בעניין הכספים וההוצאות המנויות בפרק ט' סעיף 5, תוך 30 יום. לאחר מכן, בית הדין יקבל החלטה סופית בעניין ההוצאות המאושרות.
11. הוצאות משפט: הצדדים ישאו בשוה באגרת בית הדין, והדבר יבוא לידי ביטוי בהכרעה הסופית.
11. פסק הדין ניתן ביום שני ז' בניסן תשע"ג, 18 במרץ 2013.

הרב סיני לוי

הרב חיים בלוך, אב"ד

הרב דניאל כץ

יא. נספח: סתירה בין רישום בחוזה לבין התשלום בפועל

נרמז לעיל בראשי פרקים כיצד מוגדרת בעלות במקום בו יש סתירה בין המסמכים לחוזה. ראוי להרחיב בזה את הדיבור היות ומדובר בעניין מרכזי מבחינה הלכתית.

במקרה כזה עולה השאלה האם עלינו להתחשב בסכומים ששולמו בפועל הכוללים את הסכום הלא-מדווח ('השחור') או להתייחס להסכמים הרשומים במסמך הרשמי שהועבר לרשויות.

דיון בהלכה במקרה זה יכול להתקיים על בסיס ההשוואה לדיון הפוסקים בעניין דירה הרשומה בטאבו על שם אדם אחד כשבפועל אדם אחר שילם עבורה.

ההלכה נפתחת בסוגיית הגמרא (ב"ק קב,א) הדנה במקרה של אדם שקנה קרקע ורשם אותה על שם "ריש גלותא". כתב בעל ספר התרומות (נא,ט):

...מהכא שמעינן שאם ראובן הלוח מעותיו ללוי ובשעת ההלואה בקש ללוי שיחייב עצמו מהם בקנין ובשטר על שם שמעון ושייר לעצמו שיבא השטר לידו של ראובן, וכשתובעו ראובן ללוי בזמנו השיבו כבר נתחייבתי לשמעון במצותך ואיני פורע לך כלום, וראובן השיב לא עשיתי הדבר כי אם דרך אמנה שאני האמנתי בו שיודה לי האמת שממוני הוא ולא שלו ועליך שקבלת ממני ממוני מוטל לפרעני.

והאי ענינא מסתברא דדינא הכי הוא לפי סוגיאת הלכה זו, הודיע לדידיה ולסהדי בשעת ההלואה דלפיכך כתיב בשטרא על שמיה דשמעון [שלצורך] דבר שבלבו הוא עושה, כגון לכסויי מעינא שלא להשביע את עצמו, היכא דשמעון שתיק ולא מערער במידי פשיטא דהדין עם ראובן, דהא אודעינהו דלא זכי ליה מידי לשמעון ובחזקת ראובן עומד הממון...

אלא אי איכא לספוקי היכא דלא אודעינהו ועושה דבריו בסתם ומערער שמעון ואומר לדידיה הוא ואף על פי שלא היתה ההלואה מממונו, מפני שטוען שראובן עשה ענינו כמזכה לו אותו ממון, דכיון שצוהו ללוי לכתוב החוב על שמו ולשעבד עצמו ונכסיו בקנין לשמעון ולפרוע לו ממון זה לזמן קבוע, הילכך ה"ל כנותן ממון לחברו ואומר לו תנהו לפלוני, דכל האומר תנו כאומר זכו דמי, וקנה שמעון אותו ממון... או דילמא כלך לאידך גיסא דאפילו מערער שמעון כיון דמודי לראובן דממונא דיליה הוא אלא שרוצה לערער בו מפני שנדמה בעיניו כמו שזכה אותו לו ראובן, בודאי זה אינו כלום, דכיון דאמר כתבו ותנו לו השטר הרי זה גלה דעתו שאינו לא לשון זכיה ולא לשון הודאה שיהיה על שמעון, שהרי לא הוציא בשפתיו אלא שיעשה השטר על שם שמעון והיה מדרך אמנה שסמך עליו ולא זכהו כלום לשמעון, ונעמיד הממון בחזקת זה שנתנו ושהיה שלו, כיון שהוא אינו בא עליו אלא בטענה שבאותה שעה זכה בו מחמת דבריו, ומהימן ראובן דלא זכה בו...

דגרסי' פרק הגוזל קמא הלוקח שדה בשם ריש גלותא אין כופין ריש גלותא למכור מכלל דמקנא מיהא קני האיך נימא פליגי אבני מערבא דאמרי מי הודיעו לבעל החטין שיקנה חטין לבעל המעות הב"ע דאודעי לדידיה ואודעין לסהדי אלמא היכא דאיכא גילוי דעתא שלוקחו לעצמו אף על גב שכתב שטרא בשם ריש גלותא קנה האיך ובע"ח גובה ממנו ואשתו גובה כתובתה ותלינן שצוה לכתוב בשם ריש גלותא לפדיונא בעלמא [*ב"ק דף קג] הכי נמי תלינן דלהבריה משעבוד כתובה עשה...

בניגוד לכך מצינו בתשובות הרא"ש (צו, ד וראה בטור אה"ע פו) :

וששאלת : אשה שטוענת על קצת קרקעות שהניח בעלה שהם חצים משלה, כי בעלה קנה חצים משל מעותיה שנפלו לה מבית אביה, והשטר כתוב בשם שניהם. **יראה שכל הקרקעות שקנה בעלה, והשטרות כתובין גם בשם האשה, שהקרקעות חצים שלה.** כי אדם הקונה קרקע, אין דרך שיכתוב את אשתו בשטר הקנייה, וזה שכתב שם אשתו, נכרין הדברים שחצי דמי הקרקע הן משלה. אם היה שטר הקנייה כתוב כלו על שמה, הדבר ידוע שהקרקע היה שלה, מה לי כולו מה לי חציו? נדון זה הוי כאלו נכתב השטר לאיניש דעלמא, מה לי אשתו ומה לי איניש דעלמא?

כך גם מדייק גידולי תרומה (על ס' התרומות שם) מדברי הרא"ש בתשובה נוספת (צו, ב) :

מה ששאלת, על ראובן שהלוה מעות לשמעון, ומשכן בהם שמעון קרקע לראובן, וצוה ראובן לכתוב השטר בשם בנו הקטן; ועתה טוען שמעון : לאו בעל דברים ידי את, לכשיגדל בנך אדע מה אשיב לו. דע, כי אין בדברי שמעון כלום, וצריך לפרוע הוא לראובן, שהלוה לו המעות בשם בנו; כי נמצא שהיה אפטרופא של בנו בשעת ההלוואה, לכך גם עתה נמי הוא אפטרופא שלו, וצריך לפרוע לו...

מדבריו עולה שהרישום על שם הבן מחייב לחלוטין ורק בגלל השיקול שהאב הוא אפטרופוס ניתן להוציא מהאב את הכסף.

הש"ך (סב, ז) מכריע במחלוקת כשיטת הרשב"א :

נ"ל עיקר כהרשב"א דמה שעשה הבעל השטר על שמה אין ראיה דלמא לגלויי זוזי הוא דבעי...

בעקבות כך בערוך השלחן (ס, כא) :

ויש לדקדק עתה כשנכתב הקרקע על שם האשה בערכאות צריכי הדיינים להיות מתון בזה, כי יש לפעמים שהבעל כותב נכסים על שם אשתו מפני איזה טעמים ולעולם הנכסים הם של הבעל לכן צריכים לחקור בזה הרבה.

ושב (סב, ו) כתב :

דבזמנינו אין שום ראייה מה שנכתבו קרקעות על שם האשה ואפילו נתקיים בערכאות מפני שהרבה עושים כן מפני איזה טעמים שיש להם ואין כוונתו להקנות להן, לכן צריכים הדיינים להיות מתון בזה מאוד מאוד.

בפד"ר (א, 116 ושוב ב"עזר משפט" לג) מסכם ר"א גולדשמידט את גישתו לעניין:

אם כן לכאורה, לפי הרשב"א ודאי ולפי בעל שארית יוסף (עה) מספק, אין לנו להתחשב בקביעת הבעלות על פי הרישום, אלא יש לברר מי שלם תמורת הבית.

אולם אין הדבר כן, כי פשוט הדבר שבכגון דא, בשאלת הכונה ברישום, יש לקבוע לפי הנוהג והרגיל בדרך העולם בכל זמן וזמן. וידוע שעכשיו נוהגים לרשום רכוש, וביחוד דירה למגורים, על שם שני בני הזוג, במכוון שלשניהם תהיה הבעלות על הרכוש. הרישום מורה, שזה ששילם או שילם יותר, נתן את היתרה בחלקו במתנה לשני. לכן אין לבטל, בזמן הזה, רישום, המקנה ומחזיק בעלות לזה שנרשם על שמו, מתוך ספיקות אולי לא היתה הכונה למתנה.

וכן מוכח מתשובות החתם - סופר חו"מ סימן קמ"ב, בנדון בעל בית שנתן בית לאשתו והעלה בערכאות על שמה, ודן שם החת"ס בנוגע לבית זה בדבר ירושת הבעל אחרי מיתתה, ומשמע שתופס הוא בפשיטות שהבית שייך לה. וכן כתב המהרש"ם בתשובה ח"ה סימן ל"ח, בענין בית שנכתב על שם הבעל והאשה, ומביא שם את תשו' שארית יוסף הנ"ל, ומכריע המהרש"ם דמכיון דנרשם על שמה הוי שלה. לפיכך בנדון דידן, אין לנו להכנס לבידוריים מי שילם את התמורה כי שילם מי ששילם, הבית מכיון שנרשם על שם שניהם, שייך הוא לשניהם בחלקים שווים, וממילא גם כל הכנסות הבית הן של שניהם בחלקים שווים.

בפסק דין זה נקבע שאם המנהג הוא שבני זוג רושמים את הדירה במשותף כדי להיות בעלים משותפים הרי שגם אם אחד מהם הוא המשקיע העיקרי בכסף אין לכך משמעות.

בעקבות הכרעת ב"ד בחיפה (פד"ר ב עמ' 250) שהבעלות על הדירה נקבעת על פי הרישום, הרי"ש אלישיב עוסק גם הוא בשאלה זו בערעור על פס"ד (ו, 264). מסקנתו היא שמכיוון שזו מחלוקת ראשונים אין להוציא מיד מי שהבית רשום על שמו.

כך היא גם הכרעת בית הדין הרבני בת"א (יא, 116 ואילך) הן הרי"ש דיכובסקי והן הרח"ג צימבליסט כותבים שמן הספק לא ניתן להוציא מיד המוחזק.

הרי"ש שפירא קובע בפס"ד של בית הדין הרבני בירושלים (פד"ר טז עמ' 213) שהבעלות היא למי ששילם את הכסף וקנה את הדירה ואין להתייחס לרישום באופן מחייב מכיוון שה נעשה רק על פי המנהג לרשום דירה על שם בני הזוג.

דהיינו הרישום המשותף אינו מוכיח כוונה להעברת הבעלות על שם שני הצדדים.

הרמ"מ פרבשטיין (פד"ר טז, 245) חולק עליו וסובר שבבני זוג בוודאי שהרישום הוא חלק מהסכם הנישואין והמתנות שהצדדים מעניקים זה לזה ולאחר שנעשה רישום הרי הרישום הוא מוחזק וצריך הוכחה חזקה מאד בכדי להוציא מן המוחזק.

בפד"ר נוסף (ז' עמ' 323) נחלקו דייני בי"ד הגדול, לדעת ר"א בקשי דורון ור"ש דיכובסקי הרישום אינו מחייב והעיקר הוא האומדנא של מי הדירה בפועל ומאידך דעת ר"ש בן שמעון שהרישום מכריע.

כל זה במקרים בהם אכן יש מקום לכך שהייתה מתנה אך במקרה דידן ברור שהנתבע לא התכוון לתת מתנות, ומעבר לכך יש להדגיש שגם לא הייתה משמעות למספור אחוזים בחוזה שהרי כל אחד קיבל בכל מקרה מה שהיה אמור לקבל, והוסכם ביניהם בדיוק מה יהיה גודל השטח ללא קשר לאחוזים, וכן הוסכם בין הצדדים כמה ישלמו לניהול ולמיסים כך שבפועל לא הייתה משמעות כלל לקביעת האחוזים בחוזה השיתוף. על כן נראה שיש צורך לקבוע על פי מבחנים אחרים את חלקי השותפות.

כהשלמה לדיון יש לציין עוד לדברי רבינו ירוחם (מישרים כח, א):

אם הקנה במעותיו ומתכוין לזכות לחבירו לא קנה חבירו אפילו אמר בפני עדי לצורך חבירי אני קונה במעותי אלא אם כן הודיעו למוכר קמא.

דהיינו קניין עבור אחר אינו פועל בלי שהוא יודע על כך. הבית יוסף (קפג מחודש ג) והדרכי משה (קפג, ד) כתבו שאין הלכה כרבינו ירוחם כיוון שדבריו הם נגד דעת הרא"ש והטור המובאים לעיל, וממילא ניתן להקנות לאדם שלישי. הש"ך (קפג, ב) השיג עליהם וכתב שדברי רבינו ירוחם מבוססים על שיטת הרא"ש. אמנם הש"ך הקשה על שיטת רבינו ירוחם מסוגיית הגמרא שלדבריו ממנה עולה שמי שאינו בעל המעות אינו קונה לכל הדעות. גם הט"ז (קפד, ב) סובר שלא ניתן להקנות לאדם שלישי במקרה שהקניין לא נעשה בכסף שלו. קצות החושן (קפג, ב-ד) ביאר את דעת רבינו ירוחם והסביר שיש חילוק בין אדם שקונה דבר במעות המשלח שאין צורך בדעת בעל המעות כדי לזכות, לבין אדם שקונה דבר במעותיו ולאחר מכן רוצה להקנותו לאדם אחר שאז אין מועילה ההקנאה בלא דעתו של הקונה. עוד האריכו בעניין זה בספרות האחרונים (ראה עוד מחנה אפרים שלוחין יז, שו"ת משכנות יעקב חו"מ נג, שו"ת ושב הכהן מד ועוד).

לענייננו נראה שמדובר ברישום נכסי השותפות הרי שלכל הדעות כל הצדדים המעורבים שילמו מכספם ואין צורך להיכנס לדיון בשאלה האם ההלכה כרבינו ירוחם ובאיזה מקרה.