



כ' אדר ב תשפ"ב

23 למרץ 2022

תיק 81138-2

### פסק דין

בעניין שבין  
לבין  
התובע  
הנתבע  
יזם ומשקיע נדל"ן

#### א. רקע ועובדות מוסכמות

התובע, **להלן 'התובע'**, יזם ומשקיע נדל"ן, נפגש במהלך חודש 12/20 עם מתווך בשם ח'. המתווך הציע לו להשקיע ברכישת דירות העתידות להיבנות בפרוייקט תמ"א 38, הנערך בבניין מגורים בעיר דרך חברת א'.

התובע הביע התעניינות בעסקה, ובשל כך קישר אותו המתווך עם מר ל', **להלן 'הנתבע'**, משווק ושותף בחברת א' ובחברת ב', וכן בעלים, מנכ"ל ומורשה חתימה בחברת ג'.

הנתבע עניין את התובע ברכישת דירות בפרוייקט הנ"ל. הם קיימו משא ומתן לגבי שווי הדירות, ולאחר מספר פגישות הגיעו להסכמה על כך שהתובע ירכוש שלוש דירות בבניין בשווי של 3,000,000 ₪ בסך הכל.

להלן תיאור האירועים לפי סדר התרחשותם:

בתאריך 31/12/20 בפגישה שנערכה במשרדו של הנתבע, חתמו התובע והנתבע בחתימתם האישית על מסמך בכתב יד, שכותרתו 'סיכום הלוואה + הסכם רכישה דירות', **להלן, 'ההסכם הראשון'**.

כעבור זמן מה הגיעו הצדדים להסכמה על כך שהתובע ירכוש דירה נוספת, בתמורה לסך 600,000 ₪ נוספים. סה"כ 3,600,000 ₪, בתמורה לארבע דירות.

בתאריך 13/1/21 נפגשו הצדדים במשרדו של עורך הדין מ', כדי לקדם את העסקה כפי שהוסכם בהסכם הראשון שנחתם בתאריך 31/12/2020. עורך הדין מ' הסביר לצדדים את הבעיות השונות שהעסקה מזמנת, הן ברמה המשפטית והחוקית והן ברמה המעשית, והציע מתווה לפתרון הבעיות. מתווה זה בסופו של דבר עלה על הכתב במסגרת הסכם העקרונות שנשלח לצדדים בהמשך.

בתאריך 4/2/21 הצדדים חתמו על הסכם הלוואה אצל עו"ד מ', בין המלווה, התובע, לבין הלווים, חברה ג' שנמצאת בבעלות בלעדית של הנתבע, וכן חברה ב', שנמצאת בבעלות משותפת של מר ע' (75%) והנתבע (25%). במסגרת הסכם זה נקבע שהתובע יעביר סכום של 1,500,000 ₪ לשתי החברות הנ"ל עם שעבוד ובטחונות, **'להלן 'הסכם הלוואה'**.



לפי עדותו של עו"ד מ', שלא הוכחשה ע"י הצדדים, הסיבה לכך שבשלב זה נעשה הסכם הלוואה ולא נחתם מסמך עקרונות של הרכישה, היתה משיקולי מיסוי שחייבו להציג את העסקה בצורה מסוימת. לשם יצירת מסמך מתאים היה צורך בהשקעת זמן מצידו של עורך הדין. מאחר ושני הצדדים היו מעוניינים בסגירה מהירה והעברת כספים מיידית, הוחלט על מתווה של העברת הכספים בשלב זה באמצעות הסכם הלוואה, עם בטחונות מספקים לכספי הרוכש במידה ותיווצרנה בעיות. וזאת כאשר ברור לצדדים שבהמשך ייחתם הסכם עקרונות ובשלב הסופי יועברו גם הסכמי מכר משפטיים.

בתהליך הכנת הסכם הלוואה הראה עו"ד לצדדים נספח, להלן 'הנספח', כפי שמפורט בדוא"ל שביניהם וכפי שהעיד עורך הדין מ' (עדות שלא הוכחשה בדיון על ידי הנתבע). בנספח נכתב שהצדדים מבטלים את הריבית על הלוואה הנקובה בהסכם הלוואה. **נספח זה אמור היה להיחתם יחד עם החתימה על מסמך העקרונות של הרכישה.**

בשלב זה התובע העביר לחשבון הבנק של הנתבע סך 1,500,000 ₪ ב'העברת זהב' בנקאית. בתאריך 17/2/21 הועברו טיוטות של מסמך העקרונות בין עורך הדין מ' לבין הנתבע, עם הערות לתיקון בכמה נושאים.

בתאריך 18/2/21 בשעה 15:31 כמענה לטיוטה שנשלחה ע"י עו"ד של התובע, תחת הכותרת 'סגרתי עם הנתבע, מחר להעביר הכל', נשלחה טיוטה אחרונה מהנתבע לעו"ד של התובע עם הכותרת 'מזכר עקרונות', להלן 'מזכר העקרונות'.

בתאריך 18/2/21 בסביבות השעה 18:00 הנתבע שלח הודעת ווטסאפ לתובע, וביקש ממנו את פרטי חשבון הבנק שלו לצורך השבת הלוואה וביטול העסקה.

לאחר מכן המשיך להתנהל מו"מ בין הצדדים כאשר התובע לא הסכים לוותר על העסקה, ואף נערכה פגישה של שני הצדדים עם עורך הדין מ' בניסיון למצוא פתרון לבעיות שהועלו על ידי הנתבע, בעיקר ביחס לבקשת התובע לרשום את הדירות על שם ארבעה רוכשים שונים. הוצעו פתרונות על ידי עורך הדין והתובע, אולם הנתבע סירב לקבלם.

בתאריך 19/4/21 בשעה 18:00 החזיר הנתבע לתובע את סכום הלוואה במלואו, כולל ריבית בסך של כ-29,000 ₪, כמתחייב ע"פ הסכם הלוואה שנחתם ע"י שני הצדדים. משלב זה הנתבע חזר בו לחלוטין מההסכמה למכור את הדירות לתובע.

התובע פתח בהליכים כנגד הנתבע בבית הדין 'הישר והטוב' באשדוד, והנתבע סירב לדון שם. כנגד זה, הנתבע חתם על שטר בוררות מול בית הדין 'נתיבות חיים' בירושלים, והתובע סירב לדון שם.

בתאריך 24/8/21 חתם הנתבע על שטר בוררות בבית הדין ארץ חמדה גזית, ובתאריך 13/9/21 חתם גם התובע על שטר הבוררות.

בתאריך 19/10/21 בית הדין ארץ חמדה גזית הוציא לבקשת התובע צו מניעה כנגד הנתבע (החלטה 81138-1), האוסר על הנתבע לבצע כל פעולה קניינית בדירות הנתונות במחלוקת.



## ב. טענות התובע

התובע טוען כי הכסף שהועבר לנתבע במסגרת הסכם הלוואה מגלם למעשה תמורה בעסקת מכירה. הוא מבסס זאת על שלושה חוזים הקיימים בין הצדדים שלטענתו צריכים להתפרש כחווה מכירה מחייב:

1. ההסכם שנחתם בכתב יד בתאריך 31/12/20, שכותרתו 'הסכם הלוואה + הסכם רכישה דירות'. לטענתו מדובר בהסכם רכישה תקף, אשר מחייב לא פחות ואף יותר מ'זכרון דברים'. בנוסף, לטענתו במעמד זה הצדדים גם לחצו יד כביטוי למחויבות לעסקה.
2. הסכם הלוואה שנחתם בתאריך 4/2/21, לטענתו, הוא הסכם הלוואה למראית עין בלבד, ובאמת הוא הסכם רכישה. הכותרת שלו כהסכם הלוואה ניתנה רק לצורך התמודדות עם רשויות המס, אולם מהותו היא מכירה. הוא מבסס את הפרשנות הזו על הנספח להסכם הלוואה, על אף העובדה שהוא לא נחתם ע"י הצדדים. בנספח זה מוסכם בין הצדדים, שלמרות שבהסכם מפורש שמדובר בהלוואה נושאת ריבית, למעשה הצדדים מבטלים את סעיפי הריבית. משמעותו של וויתור זה היא, לטענתו, שאין כאן באמת הלוואה אלא רכישה. כמו כן הוא טען, והדבר קיבל חיזוק גם מעדותו של עורך הדין מ', שלא הוכחה על ידי הצדדים, שלא התובע, לא עורך הדין מ' ולא הנתבע, עוסקים בהלוואות, אלא במסחר בנדל"ן, ולכן היה ברור לכל הצדדים שאין כאן הלוואה, אלא שלבים בהליך רכישה.
3. העובדה שבתאריך 18/2/21 הנתבע השיב לדוא"ל עם הטיוטה הסופית של מזכר העקרונות ששלח עוה"ד של התובע, בו מפורש שמדובר ברכישה, מהווה אישור והסכמה של הנתבע לחווה מכירה, ותוקפו מחייב כעסקת מכירה מדין סיטומתא, והוא עצמו נחשב לחווה מכר.

### הסעד המבוקש ע"י התובע:

1. מסירת כל ארבע הדירות שהובטחו לתובע כנגד השלמת התמורה במלואה, כפי שסוכם בין הצדדים.
2. במקרה שהסעד הראשון לא יתקבל, פיצוי כספי בסך 10% מהעסקה בכללותה כפי שמפורט בהסכם העקרונות.
3. סעד ביניים של הטלת עיקול על הדירות הנתונות במחלוקת, עד שיתברר הדין.
4. הוצאות משפט.

## ג. טענות הנתבע

הנתבע טוען שמעולם לא נכרתה בין הצדדים עסקת מכר. לטענתו, ברור היה אף לתובע, שאין כאן אלא מו"מ מתקדם, ושהלוואה היא בסך הכל שלב באותו הליך שאמור בסופו של דבר להבשיל לכדי רכישה. אלא שהליך זה מעולם לא הגיע כלל סיום.

הנתבע טוען כי הדברים ידועים לכל מי שרוכש דירות מהסוג הזה בעיר הזו, ובפרט מחברה ב', שכל עוד אין עסקת מכר מפורשת שנחתמה ע"י הצדדים בנוכחות עורך הדין של החברה - אין כאן עסקה תקפה. לטענתו, פעמים רבות הם עושים בשלב ראשון הסכם הלוואה, שמשמעותו היא שלב נוסף



בתהליך מתמשך של מו"מ, ולא סגירת העסקה. הנתבע דוחה את התבססות התובע על שלושת החוזים האמורים לעיל:

1. להסכם הרכישה שנכתב ונחתם ב-31/12/20 אין תוקף כלל, הואיל ומפורש בו שהסכם סופי יערך ע"י עורך דין, משמע שאין כאן הסכם סופי.
2. הסכם ההלוואה איננו הסכם רכישה.
3. מזכר העקרונות שנשלח לא נחתם. את הדוא"ל החוזר של הנתבע אין לראות כאישור לתובע, כיוון שלא נאמר בו שהוא מאשר את הדוא"ל ששלח עוה"ד של התובע, ובייחוד כאשר מדובר בעסקת מקרקעין. לטענתו, לא נהוג לבצע עסקאות מסוג זה באמצעות אישור חפוז בדוא"ל.
4. יתירה מזו, לטענתו, אף שלא הוצגה לה כל ראייה בבית הדין, לדוא"ל החוזר היתה תוספת של אמירה מפורשת, שההסכם מאושר 'אם יתמלאו כל דרישותינו'. משמע, שעוד לא היתה הגעה לסיכום מלא של התנאים, ולכן אין לראות בכך גמירות דעת מלאה להסכם.
5. בנוסף, טוען הנתבע, כי בעל המניות העיקרי בחברה ב' הוא מר ע', ולו הסמכות הבלעדית לאשר סופית עסקת מכירה. בסופו של דבר, אף שמר ע' אישר את הסכם ההלוואה, הוא לא אישר את מזכר העקרונות ולא את הסכם הרכישה.

ממילא, לטענתו אף אם ניתן היה לפרש את ההסכמים כהסכמי רכישה גמורים, לא היתה לנתבע הסמכות לחתום עליהם, ולכן אין להם כל תוקף. לטענתו, נקודה זו היתה ידועה גם לתובע.

#### ד. נושאי הדיון

- האם יש סמכות לחייב את הנתבע, כאשר הוא לא בעלים יחיד בחברה שמכרה את הדירות?  
האם היתה גמירות דעת של הצדדים לעיסקת מכר?  
האם יש תוקף מחייב להסכם הרכישה עליו חתמו הצדדים?  
האם הכסף ששילם התובע לנתבע נחשב למעשה קניין?  
האם יש תוקף לקניין על דירות שעדיין לא נבנו?  
האם יש תוקף לעיסקת מקרקעין בלי חוזה חתום?  
האם ניתן לחייב את הנתבע בפיצוי מחמת חזרתו מהסכמה לעיסקת המכר?

#### ה. סמכות בית הדין

המו"מ בין הצדדים היה על רכישת הדירות השייכות לחברה שמחזיקה בבעלות על פרויקט תמ"א 38, בבניין מגורים. בעלי המניות בחברה זו הם מר ע' שמחזיק ב-66.7% ממניות החברה, מר א' שמחזיק ב-16.6% ממניות החברה, והנתבע שמחזיק ב-16.7% ממניות החברה.

הנתבע טוען, כי היות ורק הוא חתום על ההסכם הראשון, הרי שאין לו סמכות להתחייב בשם החברה. ואף שהוא מורשה חתימה של חברה ב', לחתימה שלו יש תוקף רק בתוספת חותמת רשמית של החברה וכן שייערך בין הצדדים חוזה מסודר בנוכחות עו"ד מטעם החברה. החוזה היחיד שנחתם בצורה רשמית הוא הסכם ההלוואה, והוא כאמור איננו חוזה מכר.



סוגיה נוספת שיש לדון בה במישור הסמכות, נוגעת לסמכות בית הדין. היות ומר ע' סירב לחתום על שטר הבוררות של בית דין זה, עולה שאלת הסמכות של בית הדין לחייב את חברה ב'.

בית הדין סבור, כי לטענת סמכות הנתבע יש משקל, בייחוד ביחס להסכם הראשון שנחתם עם הנתבע בלא חתימת החברה, ב-31/12/21. אולם, כאמור, פרטי העסקה כבר היו ידועים לכלל הנוגעים בדבר, במעמד כתיבתו של הסכם ההלוואה, שנחתם ע"י עורכי דין שמייצגים הן את חברה ב' והן את חברה ג' שנמצאת בבעלות משותפת של הנתבע ושל מר ע'. עובדה זו מובילה את בית הדין להסיק כי במידה ואכן נכרתה עסקה מחייבת על פי דין, עשויות היו להיות לכך השלכות מחייבות על חברה ב' ולא רק על חברה ג'.

בנוגע לטענת סמכות בית הדין לדון את מר ע', בית הדין נמנע באופן עקרוני מלהכריע בשאלות סמכותו. ולכן גם כאן, בית הדין לא מכריע האם לפסק הדין יש תוקף מכח חוק הבוררות ביחס למר ע'.

בנוסף, היות ומר ע' עצמו לא היה נוכח בבית הדין וטענותיו לא נשמעו, הרי שאנו מכריעים לגבי תוקפה של העסקה בנוגע לחלקו של הנתבע בחברה וכן בנוגע לאחריות האישית שלו.

**לסיכום: לבית הדין סמכות לדון באחריות האישית של הנתבע.**

### 1. האם הצדדים התכוונו לכרות עסקת מכר?

הנתבע ובא כוחו טענו, שכל מה שהתרחש היה בסה"כ מו"מ מתקדם לקראת כריתת עסקת מכר, והעברת הכספים אינה אלא הלוואה. אולם, בית הדין השתכנע מן הראיות שהובאו בפניו, מתוך טענות הצדדים ומתוך עדותו של עוה"ד מ' ומתגובות הצדדים לדבריו, שלא כך הם פני הדברים, אלא שהיתה גמירות דעת של כריתת הסכם מכר בפעולות שכבר בוצעו, וזאת מהנימוקים הבאים:

כבר בהסכם הראשון שכותרתו היתה 'סיכום הלוואה + הסכם רכישה דירות', היה גם סיכום עקרוני לעסקת רכישה, ובצמוד אליו מופיע 'סיכום הלוואה', ברור ש'סיכום ההלוואה' הוא חלק ממתווה עסקת המכר ולא עניין נפרד. אם כן, אף אם נסיק שלהסכם הראשון אין תוקף הלכתי כהסכם מכר או התחייבות, עדיין ניתן לראות בו, בצירוף ההתנהלות של הצדדים בהמשך, כולל מזכר ההבנות שנוסח בסופו של דבר, ראיה על גמירות הדעת של הצדדים. מזכר ההבנות בצירוף ההסכם הראשון מהווים ראיה לדעת בית הדין לכך שעד לתאריך 18/2/21, היה ברור לשני הצדדים שהם עוסקים בעסקת מכר שבסופה תהיה גם חתימה על הסכם מכר חוקי. ממילא נכון לראות בהעברת הכסף, מימוש של עסקת המכר.

עוה"ד מ' בעדותו, שלא הוכחשה, אמר שכאשר הצדדים ישבו אצלו, הוא הסביר להם את מתווה העסקה על שלביו, ואף הציף את האתגרים של העסקה. הסכם הלוואה תואר כשלב בעסקת המכר, כאשר ברור היה לצדדים שאף אחד מהם (הרוכש, המוכרים ועוה"ד מ' עצמו) לא עסוק בהלוואה גרידא, אלא בעסקת נדל"ן, ובכפוף להבנה זו התבצעה העברת הכסף בין התובע לנתבע.

כמו כן, נאמר ע"י הנתבע שגם שותפו העיקרי בחברה ב' היה שותף למהלך של הסכם הלוואה, שאף נחתם בצורה רשמית ע"י עורך דין ובחתימת חברה ג' שנמצאת גם היא בבעלות משותפת של



שניהם. אם כן, כולם היו מודעים ושותפים לתהליך ולשלב המשמעותי של העברת הכסף בהסכם ההלוואה על כל המשתמע מכך כשלב בעסקת מכר.

**לסיכום: הצדדים גמרו בדעתם לבצע עסקת מכר, והעברת הכסף היתה מימוש של גמירות דעת זאת.**

## ז. תוקף ההסכם הראשון

מעבר לגמירות הדעת יש לבחון האם בוצע מעשה הקניין הנדרש לצורך כריתת ההסכם. נפתח בבחינת ההסכם הראשון.

**בתאריך 31/12/20 חתמו התובע והנתבע על ההסכם הראשון.** יש לבחון, האם למסמך זה יש תוקף הלכתי, כהסכם מכר או התחייבות.

מחד, הכותרת היא 'הסכם רכישה', וכן מצוינות במפורש הדירות המסוימות בפרויקט המסוים, ואף מצויין המחיר הכולל ופירוט שלבי התשלום ביחס להתקדמות הבניה כמקובל בעסקאות רכישת דירות בבניה מקבלן.

מאידך, לא מוזכר כאן מי המוכר ומי הקונה, ואף לא לשון קנייה מכירה, או לשון התחייבות למכור. בעיה זו מונעת את האפשרות להגדיר את החוזה כשטר קניין הלכתי (שולחן ערוך חו"מ מ, א; קצא, א).

יתכן גם שהיא הופכת את המסמך האמור לחסר תוקף גם מכח החוק ומנהג המדינה. שכן חוזי מכר צריכים לעמוד בדרישת ה'מסויימות', וזיהוי של המוכר והקונה ונוסח של הצעה לקניה והיענות אליה מהווים תנאים יסודיים למסויימות (סעיף 2 לחוק החוזים הכללי).

בנוסף לכך, והוא העיקר, היות וכתוב בסוף המסמך ש'הסכם סופי יהיה ע"י עורך דין מ' הרי שאין לראות במסמך זה אלא ראשי פרקים שאין להם תוקף מחייב. כעין זה כתב הטי"ז (אה"ע נ, יב):

אם לא הניחו ממרנות בשעת גמר השידוך, אלא עשו קנין וכתבו ראשי פרקים ממילא סומכים על כתיבת תנאים, יכולים לחזור כי לא נעשה חיוב עד זמן כתיבת התנאים ועל זה קאי הקנין.

מכאן יש ללמוד קל וחומר לנידון דידן, היות וכתוב במפורש במסמך שהסכם סופי יערך ע"י עוה"ד. אם כן, בית הדין דוחה את האפשרות לתת תוקף מחייב להסכם הרכישה, אולם, כפי שיבואר בהמשך, יש לראות בהסכם זה ראיה לדעתם וכוונתם של הצדדים כפי שנאמרה בעל פה.

**לסיכום: להסכם הראשון אין תוקף מחייב כהסכם מכר.**

## ח. משמעותם של הסכם ההלוואה והעברת הכסף

אחד הויכוחים המרכזיים בין הצדדים היה בנוגע למשמעות של העברת הכסף מהתובע לנתבע, במסגרת הסכם ההלוואה: האם מדובר במתן הלוואה גרידא, המעידה לכל היותר על מו"מ מתקדם





לקראת עסקת מכר. או שמא הסכם ההלוואה אינו אלא כסות משפטית, ולמעשה הכסף ניתן כתמורה בעסקת מכר לכל דבר, ולא כהלוואה בלבד.

כאמור, בית הדין השתכנע שהסכם ההלוואה לא היה רק חלק ממו"מ מתקדם, וכי הכסף ניתן כחלק ממימוש עסקת המכר, ולא רק בתורת הלוואה. על אף העובדה שהכסף ניתן בפועל כהלוואה, כדי לייצר ביטחון לכספו של הרוכש - אין בזה כדי לשלול את תפקידו הקנייני של התשלום, כיוון שברור היה שמטרתו העיקרית היא לשמש תמורה למכירה. וכי כל תפקיד הסכם ההלוואה, היה רק להבטיח את אחריות המוכר על הכסף גם במידה והעסקה תשתבש מסיבות כאלו ואחרות.

אם כן, אף אם ברמה הפורמלית נכון לומר שהיתה כאן הלוואה, קיימא לן שגם נתינת הלוואה יכולה לשמש גם כקניין כסף (כמובא בשולחן ערוך אה"ע כח ט). לפיכך יש לראות בהעברת הכסף קניין כסף, המהווה מעשה קניין מועיל בעסקת מכר מקרקעין. בנוסף, אף שלא ניתנה מלוא התמורה, היות והיתה לצדדים גמירות דעת לקיים עסקת מכר, הרי שהתשלום נחשב למעשה קניין גמור (שולחן ערוך חו"מ קצ, ב).

**לסיכום: העברת הכסף מהתובע לנתבע, נחשבת לקניין כסף במסגרת עסקת מכר, לאחר שהיתה לצדדים גמירות דעת לכך.**

### ט. הקשיים באכיפת הסכם המכר

למרות האמור ישנם כמה קשיים משמעותיים המונעים מבית הדין לפסוק כי התובע קנה את הדירות.

#### 1. הקושי לאכוף את המכירה על מי שאינם חלק מהבוררות

כאמור לעיל, בעלי רוב הזכויות בדירות אינם חלק מהבוררות, ואינם מחויבים להחלטות של בית דין זה. כיוון שכך זה גם אם ייפסק שהתובע זכאי לקבל את הדירות יהיה קושי גדול לממש את פסק הדין. לפיכך, נכונים כאן דברי הראי"ה קוק (שו"ת אורח משפט חושן משפט סימן א):

דבאמת מקום הנטיה מהדין אל הפשרה תלוי או אם הדין מסופק לדיינים, דראוי להתרחק מן הספק, כמורגל כמה פעמים בתשובות, שמיעצים לפשרה וביצוע במקום ספק. או מפני שאין הדין יכול לצאת בלא סכסוכים, כי אי אפשר יהיה להוציא אל הפועל, וי"ל דזה ג"כ נכלל בדין שאינו יכול להוציא את הדין חלוק מת"י דסי' י"ב ס"ה.

לפיכך, ולו מהטעם האמור יש לפסוק בדרך פשרה פיצויים לטובת התובע.

#### 2. קניין בדבר שלא בא לעולם

במקרה שלפנינו, מדובר בעסקת מכר מקרקעין במסגרת פרויקט תמ"א ביחס לדירות שעוד לא נבנו בשעת העברת הכסף. לכן יתכן שמדובר בקניין בדבר שלא בא לעולם (להלן, דשלב"ל). יתכן שניתן לפרש עסקה זו בדרך אחרת ואז היא איננה דשלב"ל.

ההלכה קובעת, שלא ניתן להקנות דשלב"ל (שולחן ערוך חו"צ רט, ד), אולם ניתן להתחייב על מכירת דשלב"ל (שולחן ערוך חו"מ ס, ו).



לדעת פוסקים רבים (כגון נתיבות המשפט רג, ו ועוד) ניתן להתחייב על מכירת דשלב"ל, אף כאשר מדובר בהתחייבות על מכירת נכס מסוים. אכן, לדעת קצות החושן (רג, ב) לא ניתן להתחייב על מכירת נכס מסוים, אא"כ המתחייב מקבל עליו אחריות למכור נכס דומה, אם הנכס המסוים יאבד וכדו', כך שנוצר גם שעבוד הגוף על המוכר, ולא רק שעבוד על הנכס.

ואכן, בסוף מזכר העקרונות קיים סעיף מפורש שבא לבסס את העסקה על בסיס התחייבות:

על כל האמור בהסכם זה קבלו הצדדים בקניין סודר במנא דכשר למקניא ביה מעכשיו... בין אם נכתב בפעולות הללו לשון התחייבות ובין אם לא נכתב לשון התחייבות. על הכל קבלנו אנו הח"מ בהתחייבות ואחריות גמורה באופן המועיל ביותר.

דא עקא, כי מסמך זה לא נחתם. ואף שהועברו בין הצדדים טיוטות מתקדמות ואף סוכם על טיוטה סופית, הדבר לא הגיע לכלל חתימה. בית הדין דוחה את טענת התובע שהחזרת הטיוטה בדוא"ל לעו"ד התובע נחשבת כחתימה על ההסכם. מסתבר שאין לראות בהחזרת המסמך לעו"ד בליווי תיקונים כאישור סופי לתוכן המסמך, אלא התקדמות לקראת חתימה, לאחר אישור כל התיקונים על ידי עו"ד התובע, ולכן המזכר ייכנס לתוקף רק בחתימה בפועל.

כמו כן, לשאלת בית הדין את עורך הדין מ', האם במהלך הפגישה אצלו והצגת העסקה דובר על מכירה או על התחייבות, ענה עורך הדין שאין לזה משמעות מבחינתו. כלומר, לא היתה אמירה ברורה של התחייבות אף לא בע"פ. בעיה זו אף לא הובהרה לצדדים, לא היא ולא דרכי הפיתרון שלה. ממילא, מבחינת דעת הצדדים בשעת העברת הכספים, לא היה מדובר על התחייבות ברורה, ולכן אין לעיסקה תוקף הלכתי בגלל אי האפשרות להקנות דשלב"ל.

אמנם ניתן היה לטעון, שבכל החלטה על עסקת מכר, דעת הצדדים היא על התחייבות, אף שלא נאמר בה לשון התחייבות. וזאת משום שדרך בני אדם לחתום על חוזה מכר אצל עורך דין, באמצעות לשון התחייבות. ואם כן בכך יהיה תוקף לחוזה מכר, אף בקניין של דשלב"ל. אולם אין זו טענה, שהרי הצדדים לעיסקה כלל לא מודעים למניעת הקניין של דשלב"ל, ולהבחנה בין התחייבות למכר, כדי לאפשר קניין זה.

### 3. דינא דמלכותא ומנהג המדינה

לאחר שקבענו שיתכן ואין לעסקה תוקף על ההלכה הסדורה, יש לבחון האם יש לה תוקף על פי החוק ומנהג המדינה.

חוק המקרקעין (סעיף 7.ב) קובע כי 'עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה'. אם כן, אף אם הצדדים עצמם לא נתנו דעתם לשאלה אם זו מכירה או התחייבות, הרי שברגע שהושלמו תנאי הקניין מבחינה חוקית, החוק קובע כי כל עסקת מקרקעין מתפרשת כהתחייבות. ממילא יש כאן אפשרות לקניין דשלב"ל. בנוסף, החוק גם גורם לכך שנוהג העולם הוא לקיים עסקאות מקרקעין בלשון 'מוכר' ו'קונה', על אף שהן עסקאות התחייבות, וכן למכור דירות על הנייר בלשון זו על אף היותן דבר שלא בא לעולם.

נמצא, שיש לנו כאן שני יסודות המאפשרים להחשיב את עסקת המכר כהתחייבות המועילה גם אם נאמר שמדובר בקניין דשלב"ל. הראשון הוא, מדינא דמלכותא, על פי החוק עצמו. והשני הוא,





ממנהג העולם שנוצר בעקבות החוק. אמנם, בנוגע לאפשרות השניה של המנהג, ישנה מחלוקת גדולה בפוסקים, בנוגע לקניין 'סיטומתא' המבוסס על מנהג, האם הוא מועיל גם למכירת דשלב"ל, כמובא בפתחי תשובה (ח"מ רא, ב). וכך כתב ערוך השולחן (ח"מ רא, ג) בדין זה:

יש אומרים דקניין שנהגו התגרים אינו מועיל רק בקניין המועיל על פי הדין, אבל מה שעל פי הדין אינו מועיל, כגון בדבר שלא בא לעולם, או שאין בו ממש, או שאינו ברשותו אין מועיל שום מנהג. ויש חולקים בזה, דאם מנהג קבוע הוא מהני בכל מה שנהגו, והרי אנו רואים שנהגו להקנות כל מיני חכירות וארענדעס דאינם ברשותו, ויש בהם דברים שלא באו לעולם כלל, והמנהג פשוט דמועיל בהם הקניין או השטר. והראשונים נחלקו גם כן בזה, דהרא"ש בתשובה ומהר"ם מרוטנבורג בסוף הגהת מרדכי דשבת כתבו דמועיל, והר"י מפקפק בדבר. ומהרשב"א שהביא המגיד משנה פ"ז ממכירה משמע גם כן דמועיל בכל עניין, כיון דהמנהג כן והוי דין גמור. וכן עיקר לדינא. ואפילו באסמכתות יש קניין אם נהגו כן, וכל שכן אם המנהג הוא מצד דינא דמלכותא דפשיטא דמועיל בכל עניין, דדינא דמלכותא דינא.

כלומר, לפי הכרעת ערוך השולחן, שילוב של מנהג העולם עם דינא דמלכותא בוודאי מועיל אף בקניין דשלב"ל. אם כן, יש לדון האם במקרה שלנו נוכל לטעון לקיום העסקה מטעמים אלו.

#### 4. דרישת הכתב בעסקת מקרקעין

כאמור לעיל, בית הדין סבור שלא נחתם חוזה מכר בין הצדדים, וכי אין לראות בהחזרת הטייטה אחרונה של מזכר העקרונות אל התובע, כחתימה מחייבת. נדון כעת, בתוקף של עיסקת מכר ללא חוזה כתוב, מצד ההלכה ומצד החוק.

ההלכה קובעת, שבמקום שבו נוהגים לכתוב שטר במכירת קרקע, לא ניתן לקנות קרקע בכסף בלבד (שולחן ערוך ח"מ קצ, ז). כלומר, שאף אם אכן נעשה קניין כסף מועיל, המכירה לא תקפה בלא שטר.

ביחס לנוהג במדינת ישראל, סעיף 8 לחוק המקרקעין (התשכ"ט 1969) קובע כי: "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב", והוא אשר מכונה – 'דרישת הכתב'. דרישה זו מבטלת את התוקף החוקי של עיסקת מקרקעין ללא חוזה, ואף מעצבת את המנהג המקובל, כך שבכל עסקת מקרקעין כיום נהוג לכתוב חוזה. ממילא, לכאורה לא ניתן לקיים כיום עסקת מקרקעין בלא שטר. החזון איש (ח"מ ליקוטים טז, ה) העלה מדברי הראשונים שני נימוקים לדין זה:

1. כפי העולה מדברי רוב הפוסקים – הקניין עצמו 'מרופה' ביד הקונה, ואין לו מספיק גמירות דעת על הקניין.
2. אפשר שהקונה מתיירא שלא יפסיד מעותיו. כלומר, דווקא העובדה שניתן כסף כתמורה לעסקה, שאיננה מגובה בשטר, מייצרת חשש אצל הקונה שמא המוכר יכפור בעסקה ולא ישיב לו את הכסף.

בנידון דידן נראה, כי דווקא העובדה שנערך הסכם הלוואה - כדי לגבות את הרוכש במידה ואכן העסקה תשתבש כפי שאנו רואים לנגד עינינו - יש בה כדי לתת תוקף לקניין, לפי שיטת החזון איש.



אולם, מדברי רוב הפוסקים נראה שהטעם הראשון הוא העיקר, ואם כן, ברור שלא ניתן להוציא ממון רק על בסיס הטעם השני שהובא בחזון איש.

אמנם בחלק מפסיקות בתי המשפט לאורך השנים השתרשה פסיקה הגורסת, כי במצבים מסויימים בית המשפט יכול להפעיל את שיקול דעתו ולקבוע שדרישת הכתב לא מעכבת. זאת כאשר ברור מתוך נסיבות העניין, שהיעדר הכתב לא מבטא חיסרון בגמירות הדעת של הצדדים, והוא עניין שולי בעסקה זו.

אולם אף אם נקבל את הפרשנות מרחיקת הלכת והמצמצמת הזו של החוק, יש לדון בהשלכותיה לנידון דידן:

מחד, היתה כבר העברת כספים, המבטאת לכאורה גמירות דעת למוחלטות העסקה. כמוכך היה מתווה מסודר להגיע בסופו של דבר להשלמת העסקה עד לכדי רישום, וממילא יש בהחלט מקום לראות את אי כתיבת החוזה בפועל כעניין שולי.

מאידך, היות ומדובר בעסקה מפוקפקת שנועדה לעקוף מהמורות חוקיות מצד רשות המיסים, הרי שמדובר בעסקה מוחלשת מבחינה מהותית וראייתית, כך שדרישת הכתב בנידון דידן היא מוצדקת ונצרכת ביותר. עדות לכך מצאנו בעדותו של עורך הדין מ', שלא הוכחה ע"י הצדדים. עוה"ד מ' סיפר שהתובע ואשתו שיתפו אותו בדאגותיהם הרבות סביב הסכם ההלוואה, ועל החששות שלהם בגלל שלא נעשה כאן הסכם מכר ברור.

כמו כן, פסיקת בתי המשפט אינה משפיעה בהכרח על מנהג המדינה, ובייחוד בנידון דידן שמדובר למיטב ידיעתנו בפסיקה לא אחידה בין שופטים שונים. לכן, אף יש לפסיקה זו תוקף מצד דינא דמלכותא, לא ניתן לראות בזה עיקרון שמגדיר את מנהג המדינה שלא לכרות עסקאות מקרקעין בלא חוזה ברור, אלא נכון להמשיך ולראות את המציאות כיום ככזו שהמנהג הוא לכתוב חוזה בעסקאות מקרקעין.

## 5. סיכום ביניים

בית הדין הכריע כי דעת הצדדים העקרונית היתה לכרות עסקת מכר, וכך דובר והוצאה ביניהם בכמה הזדמנויות. אולם למעשה יש קושי לקבוע כי יש תוקף הלכתי וחוקי לעסקה זו, באופן ברור שיש בו כדי לחייב את הנתבע להוציא ממון, ולכל הפחות מידי ספק לא יצאנו. בנוסף, גם לו הינו מקבלים את טענות התובע, היה קושי ממשי לממש את הסעד המבוקש והוא העברת הדירות לבעלותו, כיוון שבעלי רוב הזכויות אינם חלק מהבוררות בתיק זה.

**לפיכך, מסתבר שעל בית הדין לבחון אם התובע זכאי לפיצוי כספי.**

## י. שיקולים למתן פיצוי כספי לתובע

### 1. 'מי שפרע'

ההלכה קובעת, כי מי שחוזר בו מהסכמה למכירת מטלטלין לאחר התשלום, כיון שלא התקיים קניין המועיל, מקבל עליו קללה של 'מי שפרע' (שולחן ערוך חו"מ רד, א).



אמנם הפוסקים נחלקו, האם דין 'מי שפרע' קיים גם לאחר תשלום על קניית קרקע, כאשר אין די בכך כדי להשלים את המכירה, כגון במקום שבו נוהגים לכתוב שטר.

הפתחי תשובה (חו"מ רד, ב) כתב בשם המשכנות יעקב, שלדעת רוב הראשונים יש דין 'מי שפרע' גם במכירת קרקע. אולם הבי"י (חו"מ רד) הסיק כדעת הר"ן, שיש דין 'מי שפרע' במכירת קרקע, רק כאשר המכירה תקפה מדאורייתא, ורק מחמת תקנה או מנהג המכירה בטלה, כגון שהתקבל תשלום ולא נכתב שטר במקום שכך נהוג. ולכן בנידון דידן, שיש ספק בתוקף הקניין מדאורייתא, מכיון שיתכן ומדובר בקניין של דשלב"ל, הרי שאם אין כאן קניין, גם אין דין 'מי שפרע'.

## 2. 'מחוסר אמנה'

ההלכה קובעת, כי מי שחוזר בו מהסכמה לקיום עיסקת מכר, נחשב למחוסר אמנה, על בסיס דברי הגמרא (בבא מציעא דף מט ע"א):

רב כהנא יהבי ליה זוזי אכיתנא, לסוף אייקר כיתנא. אתא לקמיה דרב. אמר ליה: במאי דנקיטת זוזי - הב להו, ואידך - דברים נינהו, ודברים אין בהן משום מחוסרי אמנה. דאיתמר; דברים, רב אמר: אין בהן משום מחוסרי אמנה, ורבי יוחנן אמר: יש בהם משום מחוסרי אמנה.

להלכה נפסק כדעת רבי יוחנן, וכך כתב השולחן ערוך (חו"מ רד, ז):

הנושא ונותן בדברים בלבד, הרי זה ראוי לו לעמוד בדבורו אף על פי שלא לקח מהדמים כלום, ולא רשם ולא הניח משכון. וכל החוזר בו, בין לוקח בין מוכר, אף על פי שאינו חייב לקבל מי שפרע, הרי זה ממחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו.

משמעות הלכה זו הינה איסור גמור לחזור מההסכמה (שו"ת ראני"ח קיח), והחוזר בו נקרא רשע ועברין (שו"ת מהר"ם מינץ, קא).

אמנם יש לדון האם גם בנידון דידן הנתבע נחשב למחוסר אמנה' בכך שחזר בו מההסכמה לקיום העיסקה. וזאת משתי סיבות:

**1. דבר שלא בא לעולם:** יתכן שעסקת המכר דידן היא בגדר דשלב"ל, והפוסקים נחלקו האם החוזר בו מקניין דשלב"ל, נחשב מחוסר אמנה, או שמא רק בדבר שניתן היה לקנותו נחשב החוזר למחוסר אמנה.

במשפט שלום (רט, משמרת שלום ג) דן בדבר, ונקט על פי כמה ראשונים ודעת ה'נחלת שבעה', שגם בזה נחשב מחוסר אמנה.

**2. חזרה עקב עליית מחירים:** כפי שצויין כמה פעמים לאורך הדיונים, המחירים בפרוייקט התמ"א עלו בצורה משמעותית לאורך הזמן, והראיה שהחברה היתה מוכנה לשלם 29,000 ₪ בשביל לחזור בה מהעסקה. הפוסקים נחלקו, האם יש דין מחוסר אמנה כאשר החזרה מהקנין נעשתה מחמת עליית המחירים.

הרמ"א (חו"מ רד, יא) הזכיר את המחלוקת, והכריע שיש בזה דין מחוסר אמנה. אולם, הבי"ח (חו"מ רד, יא) הסתפק בדבר (וכן בש"ך רד, ח), והגר"א נטה לפסוק בזה לקולא (ביאור הגר"א רד, יח).



אולם, בנידון דידן, נראה שלכל הדעות יהיה דין מחוסר אמנה. שהרי, ההתייכרות היתה צפויה מראש, כפי שהובהר במהלך הדיונים על ידי הצדדים ועל ידי עורך הדין מ', וברור שגם מטעם זה ניתן הכסף מתחילה, על מנת להבטיח את המחיר שעליו סיכמו מראש, ללא תלות בעליית המחירים. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור העובדה שלא ניתן סכום קטן, אלא סכום שמהווה חלק משמעותי ביותר מכלל העסקה. לכן, לא ניתן לומר שיש כאן נסיבות מקילות שמקלישות את האיסור של החזרה (כלשון בעל המאור שם) ולא שמראש היה ברור שלא ניתן לסמוך על המחיר שעליו סוכם ושהוא בבחינת 'מתנה מרובה' (עיין במלחמות שם).

לכך יש לצרף את העובדה, שבנדון שלפנינו נעשו פעולות מעין קנייניות, מעבר להסכמה בעל פה, ואף יש מקום להסתפק שמא הקניין תקף לגמרי. ולכן בית הדין קובע, שאם אכן הנתבע יעמוד בחזרתו מן העסקה, הרי שהוא ייחשב ל'מחוסר אמנה'.

### 3. פיצוי בתורת פשרה

לדעת הפרישה (ח"מ שכו, ב), מי שיש עליו תרעומת מבעל דינו, ורוצה להסיר התרעומת, צריך לפייסו.

היות ובית הדין הוסמך ע"י הצדדים גם לפשרה (סעיף 3 להסכם הבוררות), נראה שבית הדין מוסמך לחייב את הנתבע בפיצוי כספי כדי להסיר מעליו דין 'תרעומת', ובפרט כשהוא נחשב 'מחוסר אמנה', ומחמת כן עובר על איסור ונקרא רשע.

כעין זה מצאנו בפד"ר של בית הדין הגדול לערעורים משנת תש"ה, בהרכב בו ישבו הרב הרצוג, הרב עוזיאל והרב ולקובסקי (אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל, חלק א עמוד סד). שם כתבו, שבמידה ובית הדין הסומך לפשרה, ניתן לחייב פיצויים מחמת דין מחוסר אמנה.

אמנם, כאשר אנו דנים על חזרתו של הנתבע דידן מקיום העסקה, היה מקום לטעון כי מאחר והוא איננו בעל השליטה העיקרי בחברה ב', לא שייך להגדיר אותו 'מחוסר אמנה', כי גם אם היה רוצה לקיים את העסקה הרי אין הדבר נתון להחלטתו הבלעדית.

אולם נראה, שגם באופן זה נחשב הנתבע למחוסר אמנה. הטעם לכך הוא, שיסוד דין מחוסר אמנה מבוסס על העובדה שמי שגרם לשני להאמין בו, חוזר מההסכם, כפי שעולה מלשון השולחן ערוך (ח"מ רד, ח): 'שהרי סמכה דעתו של מקבל כשהבטיחו'.

בנידון דידן, מי שעמד בדין ודברים מול התובע לכל אורך הדרך הוא הנתבע, והוא זה שגרם לו להאמין שאכן יש כאן עסקה בטוחה, החל מהשלב של החתימה על המסמך הראשוני עליו חתם הנתבע בחתימתו האישית, ובכל המשך התהליך כולל העברת הכספים. כמו כן, גם החזרה מהעסקה נעשתה על ידו. הנתבע לא טען שהוא רוצה לקיים את העסקה ועושה כל שביכולתו כדי לעמוד בה ורק השותף שלו מעכב זאת, אלא הנתבע עצמו היה לכל לפחות שותף מלא להחלטה לחזור מהעסקה והוא זה שביצע את החזרה בפועל וכן את החזרת הכספים ותשלום הריבית. לכן, אנו מטילים את האחריות על החזרה על הנתבע ועל חברה ג' שבבעלותו.

יתירה מכך, לפי דברי הנתבע בפנינו, שאין הוא אלא 'משווק' מטעם החברה, ולא בידי לקבוע אם עסקאות תקויימנה, מתחילה ידע הנתבע כי קיום העסקה אינו תלוי בהחלטתו האישית, וכי עליו



להביאה לאישור בעל השליטה העיקרי בחברה. ובכל זאת, בדין ודברים שהוא ניהל מול התובע, יצר הנתבע מצג שוא של 'חתימות' והסכמות שבעל פה – כאילו בידו לקיים את העסקאות, ולא היא. לכן נראה, כי אם החוזר בו מדברים שנאמרו תחילה בתום לב נחשב למחוסר אמנה, קל וחומר למי שמבטיח תחילה בדברים שיודע הוא שאין בידו לקיימם, וכי הדברים נאמרו מתחילה כמעין 'תרגיל שיווקי' במסגרת משא ומתן בחוסר תום לב, והרי הוא בכלל "שארית ישראל לא יעשו עוולה ולא ידברו כזב".

לאור כל האמור, בית הדין רואה בנתבע מחוסר אמנה ואף יותר מזה, הן בשל ניהול משא ומתן בחוסר תום הלב, והן בשל השלב המתקדם שאליו הגיעה העסקה היות והתרחש בה מעשה קניין כסף. לפיכך בית הדין מטיל על הנתבע חיוב כספי במסגרת סמכותו לפסוק בין לדין ובין לפשרה. לגבי שיעור החיוב – בסעיף 'הפרה' במזכר העקרונות נכתב, שהפרה של החוזה תחייב בפיצוי ע"ס 10% מהתמורה. אמנם התמורה הכוללת שסוכמה בעל פה בין הצדדים היתה של 3,600,000 ₪, היות והתמורה הכוללת של העסקה שנכתבה במזכר העקרונות, וביחס אליה נקבע סכום הפיצויים הני"ל, היא 3,100,000 ₪, הרי ש10% ממנה הם 310,000 ₪. לאור זאת, בית הדין מחייב את הנתבע בשליש מסכום זה, כלומר בסך 103,333 ₪.

מסכום זה יש להפחית את כספי הריבית על ההלוואה שכבר שולמו. בדיון נטען שמדובר בסך 29,000 ₪, ואף התובע הודה בכך בדיון וכן בהודעות הוטרסאפ שהיו בינו ובין הנתבע כפי שהוצג ע"י בא כוחו לבית הדין. כמובן, שבית הדין לא נכנס להחלטות הפנימיות של בעלי הזכויות בחברה ב', אם וכיצד הם רוצים לקחת חלק בתשלום שהוטל על הנתבע.

עם המצאת אסמכתא על ידי הנתבע על תשלום מלוא הפיצוי שבית הדין קבע, תוסר גם עננת הספק מעל הדירות השנויות במחלוקת, ובית הדין יבטל את צו המניעה שהוציא, והנתבע יהיה רשאי למוכרן למי שימצא לנכון.

**לסיכום: הנתבע חייב לפצות את התובע בסך 74,333 ₪ נוספים מעבר למה ששילם עד כה.**

### יא. הוצאות משפט

היות ובית הדין רואה בכל ההתנהלות של הנתבע ובחזרה מהעסקה מעשה רמיה, היה מקום לחייב את הנתבע אף בהוצאות משפט. אולם, הואיל וכבר חייבנו פיצוי בתורת פשרה על בסיס דין מחוסר אמנה, בית הדין לא רואה מקום לחייב בתשלום נוסף, וניתן לראות בפיצוי זה גם מענה לתביעה זו.

**לסיכום: אין חיוב נוסף על הנתבע בגין הוצאות משפט.**

### יב. החלטה

1. הנתבע חייב לשלם לתובע סך של 74,333 ₪, וזאת בתוך 35 יום מהתאריך הנקוב על פסק דין זה.
2. אם הנתבע יעביר לתובע (עם עותק לבית הדין) את מזכר העקרונות כשהוא חתום על ידי כל בעלי זכות החתימה הנדרשים כדי שיהיה לו תוקף חוקי בתוך 14 יום מהתאריך הנקוב על פסק הדין – אזי בית הדין יוציא החלטה מתוקנת הפוטרת את הנתבע מהחיוב הני"ל.



3. ניתן לערער על פסק הדין תוך 30 ימים מהתאריך הנקוב על פסק הדין.

פסק הדין ניתן ביום כ אדר ב תשפב, 23 למרץ 2022

בזאת באנו על החתום

הרב עוז מורנו, דיין

הרב יוסף כרמל, אב"ד

הרב עידו הבר, דיין