



בס"ד, י"ב תמוז תשע"ח

25 יוני 2018

תיק 78005

### פסק דין סופי

בעניין שבין	ובין
התובעת	הנתבעת
מפקח בנייה	עמותה לבניית דירות

#### א. רקע ותמצית המחלוקת

העמותה (להלן **הנתבעת**) הוקמה לצורך התמודדות במכרז של משרד השיכון, על מנת לבנות 32 יחידות מגורים עבור חברי העמותה. חברת הפיקוח (להלן **התובעת**) בבעלות התובע (להלן, **התובע**), עוסקת בניהול ופיקוח בנייה. התובעת והנתבעת התקשרו בחוזה שנחתם בתאריך ל' ניסן תשע"ג, 10.04.13, לפיקוח ולניהול התכנון של הפרויקט ופיקוח עליו. הניהול הכללי של הפרויקט נעשה ע"י חברת ניהול (להלן **חברת הניהול**).

לצורך העבודה המרכזית נחתם בתאריך 10.4.14 חוזה בין הצדדים, המסדיר את עבודת התובעת. בחוזה נקבע כי שכרה יהיה 384,000 ₪. על מרכיב שכר זה אין תביעות בין הצדדים.

במהלך קבלת האישורים לביצוע הפרויקט, משרד השיכון דרש שיוקצו מקומות חניה נוספים במגרש בו מתוכננים הבניינים. לצורך עמידה בדרישה זו, היה צורך לבנות בניין חניון דו קומתי (להלן **החניון**).

בין הצדדים ישנה מחלוקת האם התובעת זכאית לתוספת תשלום עבור הפיקוח והבנייה של החניון.

התובעת טוענת כי הבסיס להסכם ההתקשרות ביניהם היה סקיצה שנשלחה לתובעת ע"י חברת הניהול בחודש שבט תשע"ג (02/13) ועל פיה היו אמורים להיות שני בנייני דירות בלבד וחניון פתוח (צורך כנספח א' על ידי התובע). היות ולתוכניות נוסף החניון שבנייתו היא כמו בניית בניין נוסף, היא זכאית לתוספת תשלום על האמור בחוזה, שכן נעשה בו שינוי מהותי, וזאת למרות האמור בסעיף 6.5 להסכם שבו נכתב כי המחיר הוא "סופי ומוחלט".

התובעת דרשה תוספת של 38,000 ₪ + מע"מ לשכרה. החישוב לסכום זה נעשה בשני אופנים:

א. התווסף תשלום של כ- 1.5 מיליון ₪ לקבלן עבור בניית החניון.

ב. גם על פי מחירון דקל לתמחור חריגים (הוגש כנספח ז') עלות החניון אמורה לעמוד על כ-1.5 מיליון ₪,

כיוון שבסיס השכר לחלק המקורי של הפרויקט היה 2.5% מהתשלום לקבלן, הרי שעל תוספת תשלום לקבלן בסך 1.5 מיליון ₪ זכאית התובעת לקבל מעט יותר מ- 38,000 ₪ בתוספת מע"מ.



לעומתה, הנתבעת טוענת שעל פי חוזה ההתקשרות שבין הצדדים אין מקום לתוספת תשלום שכן בסעיף 6.5 שבחוזה בין התובעת לנתבעת (נספח ב' שהוגש על ידי התובעת) נאמר:

מוסכם במפורש כי השכר האמור בסעיף זה הוא סופי ומוחלט, והמפקח לא יהיה זכאי לשום תוספת מסיבת התייקרות, עליית מדד, הימשכות עבודות התכנון ו/או הבניה מעל למצופה, ו/או מעבר לזמן שנקבע בחוזה עם המתכננים והקבלנים או מכל עילה אחרת איזו **שהיא** (ההדגשה אינה במקור) כפוף לאמור בנספח ב'.

בנוסף, הנתבעת מתנערת מהסקיצה שנשלחה לתובעת טרם חתימת ההסכם ביניהם, שכן הסקיצה נשלחה ע"י חברת הניהול מבלי שהנתבעת ידעה מהדבר. משכך טוענת הנתבעת שרק על בסיס החוזה ופרשנותו יש מקום לחייב אותה.

כשהפרויקט עמד לקראת סיום, שוחח התובע עם חברת הניהול, ובעצתה התחיל לנהל מו"מ עם נציגי הנתבעת. הוא נפגש עם יו"ר העמותה (להלן יו"ר העמותה) כמה פעמים על מנת להגיע לפשרה על תוספת לשכרו, לקראת סוף שנת 2016, והתכתב עמו בדוא"ל. סוכם על פשרה שבה תשלם הנתבעת תוספת של 27,350 ₪ ועוד מע"מ לתובעת. בתאריך 28.6.17 הוגשה חשבונית לתשלום על ידי התובעת, התשלום אושר בדוא"ל על ידי יו"ר העמותה ועל ידי מנהלת החשבונות של חברת הניהול. לאחר מכן חזר בו יו"ר העמותה מהסיכום, והסכים לשלם רק 15,000 ₪ עבור התוספת. הנתבעת דחתה הצעה זו, ופנתה לבית הדין דן.

## ב. טענות התובעת

לטענת התובעת עבודה גדולה נוספת כזו, שמחייבת הרבה עבודה, מייקרת את הפרויקט, באופן שהתמחור עלה (ב 1.7 מ' ₪). ומצריכה תוספת תשלום. ואכן, תוספת דומה שולמה לכל בעלי המקצוע שעבדו בפרויקט: התובעת שלחה תיעוד של הגדלת שכרם של מהנדסי הפיתוח, הקונסטרוקציה החשמל והמים. לטענתה אין ספק שעבודה נוספת שהיא לדבריה כמו "תוספת בניין נוסף" מצריכה תוספת תשלום מצד העמותה גם לפיקוח.

בגלל שלנתבעת היו בעיות כלכליות התובע לא דרש את הכסף מיד כשנודע לו על הוספת החניון אלא רק לאחר זמן כשהמצב התייצב.

הסכם הפשרה עם יו"ר העמותה לא היה תלוי בשום הסכם עם גורמים אחרים, לא קשור לחברת הניהול, ולא קשור לקבלן. כמו כן פשיטת הרגל של הקבלן לא מהווה סיבה לפטור מתשלום, כיון שבסופו של דבר הנתבעת חילטה את הערבויות של הקבלן.

התובע גובה 2.5% מעלות הבנייה עבור הפיקוח, שנמצא ברף התחתון של השכר עבור הפיקוח.

הסכם הפשרה שסוכם בין התובע לבין יו"ר העמותה היה על מנת שלא להגיע לבית דין או בית משפט על היתרה בסך 11,000 ₪. מאחר שהנתבעת התנערה מהסכם הפשרה, הרי שהוא בטל והתובע זכאי לקבל את מלוא שכרו. בהמשך הסכים יו"ר הנתבעת לשלם 15,000 ₪.



העובדה שהתובעת קיבלה את רוב התשלומים עבור הפיקוח מחברת הניהול אינה פוטרת את הנתבעת מההתחייבות שלה כלפי התובעת. לכן התביעה מוגשת כנגד הנתבעת בלבד.

#### ג. טענות הנתבעת

לטענת הנתבעת החוזה קובע שכר פיקוח סופי ומוחלט, ואין מקום להוסיף עליו תוספות שכר. כמו כן לטענתה לפי ההסכם בינה לבין חברת הניהול, שני שליש משכר הפיקוח והניהול של התובעת אמורים להיות מנוכים משכר חברת הניהול, ואכן בפועל חברת הניהול שלמה את רוב שכרה של התובעת. ממילא, יש להפנות את עיקר התביעה לחברת הניהול. חברת הניהול סירבה להצטרף לתביעה זו.

בדוא"ל ששלחה הנתבעת לאחר הדיון היא טענה שהצעת המחיר של התובעת לא התבססה על הסקיצה שהוגשה על ידי חברת הניהול, אך לא הסבירה על סמך מה הוגשה ההצעה הזו.

עוד טענה הנתבעת כי במשך שנה וחצי התובעת לא תבעה תוספת תשלום על הפיקוח על החניון, רק בדצמבר 2016 התובע נזכר לעסוק בעניין הזה. אולם, הנתבעת הודתה שלא נגרם לה נזק מהשיהוי (פרוטוקול דיון 1, עמ' 8).

הנתבעת ניהלה באותו זמן מו"מ עם חברת הניהול ובמסגרת זו סיכמה עם חברת הניהול שחברת הניהול תשלם שני שליש מתוספת התשלום שדרשה התובעת. אולם, בהמשך הקבלן פשט את הרגל וההסכם התבטל.

לטענת הנתבעת לא היה הסכם פשרה בין התובעת ליו"ר הנתבעת אלא רק היה רק סיכום על כך שמאשרים את התשלום. ב"כ הנתבעת אמר שאיננו מכיר התכתבות בין יו"ר העמותה לתובע שבו יו"ר העמותה מסכים לשלם 15,000 ₪.

בדוא"ל נוסף טענה הנתבעת כי גם אם מגיע לתובעת תשלום, עדיין התמחור שבו היא נוקטת גבוה מדי. לשיטת הנתבעת, הקבלנים שהגישו הצעות למכרו תמחרו את התוספת עקב בניין החניון בכ- 700-1,000 אלפי ₪ בלבד. לפי דו"ח אפס שהוגש על ידי שמאי מומחה לבנק לצורך הערכת עלות הפרויקט, עלות התוספת הינה רק 1,070,000 ₪ (עמ' 20), יש לציין כי בדוח האפס מוזכר תמחור של 1.263 מיליון ₪, והנתבע ככל הנראה הפחית מתשלום זה מע"מ 17%. לפיכך, שכרה של התובעת עבור התוספת אמור להיות 25,680 ₪ ועוד מע"מ לפי 2.4% מהפרויקט. מה גם ששכר בשיעור 2.5% מעלות הבניה הוא ברף העליון של המחירים המקובלים, ולכן יש לשלם פחות.

#### ד. תגובת התובעת

התובעת (דוא"ל מה- 4.2) טוענת שאין להתייחס לדו"ח השמאי שהוגש לבנק בתור דו"ח אפס, שכן הוא מהווה דו"ח כללי והערכה כללית, שנועד לתת הערכה לבנק המלווה בתחילת הדרך. יש לעדכן את ההערכות לפי עלות הבנייה בפועל, לפי תמחור הקבלנים (שהוגש על ידי התובע בקובץ בשם "הצעת הקבלנים"). ישנו הבדל של כ-1.6-1.5 מיליון ₪ בתמחור בין תמחור עם חניון בנוי או בלעדיו.



כמו כן בניית החניון במתווה הנוכחי דרשה הקמת קיר תמך שייקרה את הפרויקט, צורך שיצר עלויות נוספות.

שכר העבודה של התובעת עבור הפרויקט המקורי עמד על 2.53% מעלות הפרויקט, כמו כן, זהו שכר נמוך ומקובל.

#### ה. החלטה קודמת

לאור בקשת הצדדים שבית הדין יכריע בשאלות מקדימות טרם פנייה למומחה, בתאריך כ"א באדר תשע"ח ניתנה החלטה כאמור:

1. אנו קובעים כי הצעת המחיר שנתנה התובעת התבססה על התוכנית האדריכלית שהיתה לפניו.

2. אנו קובעים כי לשון החוזה אינה מונעת בהכרח את האפשרות לדרוש תשלום נוסף במקרה של שינוי מהותי בהיקף העבודות, ויתכן והדבר תלוי במנהג המקובל.

3. בית הדין יפנה למומחה כדי לברר מהו המנהג המקובל, ולפי זה יחליט בית הדין.

בהמשך מונה מומחה שיתן חו"ד, ולהלן דבריו.

#### ו. חוות דעת מומחה בית הדין ותגובות הצדדים

בית הדין פנה למר ב' (להלן 'המומחה') אשר חיווה את דעתו בעניין זה, להלן שאלות בית הדין ותשובת המומחה.

#### שאלות בית הדין

בפנינו מחלוקת בין עמותה לבניה לבין מפקח בניה. מוסכם כי המפקח קיבל סקיצה אדריכלית (מצורפת כנספח א) של הפרויקט שכלל שני בניינים ובהם 32 יח"ד ומגרש חניה, ונתן הצעת מחיר. בין הצדדים נחתם הסכם על בסיס הצעת המחיר (מצורף כנספח ב).

לאחר מכן הוחלט להוסיף מבנה של חניון תת קרקעי. בסופו של דבר עלות הבניה הכוללת היתה כ- 17 מיליון ש"ח, מתוכה ביקש הקבלן המבצע 1.6 מיליון ש"ח עבור בניית החניון.

חוזה ניהול ופיקוח שנחתם והסקיצה מצורפת.

כעת בית הדין מבקש לדעת:

1. האם מקובל במקרה כגון זה שבו היתה תוספת בניה כזו לשלם למפקח תשלום נוסף עבור התוספת?

2. מהו טווח המחירים לניהול ופיקוח פרויקט בניה? השאלה מתייחסת לשכר ניהול ופיקוח כפי שמופיעות בהסכם ההתקשרות המצורף.

#### תשובת המומחה



1. על תוספת כה גדולה ומשמעותית בוודאי שיש לשלם לפיקוח תוספת. (כ -10% מעלות הפרויקט) למרות שסוכם בסעיף 6.6 שהמחיר הוא פאושלי.

גם בסעיף 1.1 ג' נספח ב' הם מסכמים שיש לשלם לפיקוח על שינויים של הרוכשים 5% [וכנראה כוונה לשינוי מתוכנית הדירה לפי רצון הקונה או שינוי מסטנדרט שנקבע] כך שעל תוספת בניה וודאי יש תוספת תשלום.

2. שכר הפיקוח בדרך כלל נקבע ומחושב לפי אחוזים מעלויות הפרויקט:

לניהול התכנון בין 1.5% - 1%

לפיקוח על עבודה בין 3% - 3.85%

להחלטה זו הגיב ב"כ הנתבעת ואמר שלדעתו על פיקוח בדרך כלל מקבלים בין 2-3%, וככלל יש לתמחר את הפיקוח בפרויקט בנייה גדול לפי יחידה, ולא לפי אחוזים.

להבנתנו, אין נפקא מינה מהודעתו של ב"כ הנתבעת, משום שבלאו הכי שכרה של התובעת תומחר לפי כ-2.5%, ולא באחוזים גבוהים שלפי דעת המומחה מקובלים יותר בענף. לשאר תגובתו של ב"כ הנתבעת נתייחס בהמשך.

#### ז. נושאי הדיון

1. דיון בטענות הפטור של הנתבעת.

2. הטענה שיש להפנות את התביעה לחברת הניהול.

3. מעמד הסכם הפשרה שנכרת בין הצדדים.

4. תמחור עבודת התובעת.

5. הוצאות משפט.

#### ח. דיון בטענות הפטור של הנתבעת

בהחלטה הקודמת נקבע כי הצעת המחיר של התובעת נתנה על סמך הסקיצה, ובכך נדחתה טענת הנתבעת בעניין זה.

עוד טענה הנתבעת כי בחוזה פאושלי כפי שנחתם כאן אין מקום לתוספת תשלום גם במקרה של תוספת בניה משמעותית. אנו דוחים טענה זו. כפי שכתב המומחה, המנהג המקובל הוא, שכאשר ניתנה הצעת מחיר על עבודה מסוימת, ולבסוף הוחלט על תוספת עבודה משמעותית שלא הייתה על ידועה מראש - יש להוסיף על הצעת המחיר. מסתבר שכך הבינו יו"ר חברת הניהול ויו"ר הנתבעת שרצו להגיע להסכם פשרה עם התובע.





יש לציין שעמדה זו, שהיא הגיונית בהחלט, מופיעה גם בפסקי דין אחרים ברשת: פסק דין 71105 אות ט<sup>1</sup>, ופסק דין 77015. מפסקי דין אלו עולה גם כן שעבודה נוספת מעבר לחוזה שסוכם עליו בתחילה מחייבת את המזמינים בתשלום.

**מסקנה: גם חוזה פאושלי מחייב בתוספת תשלום על עבודות משמעותיות שלא היו כלולות בהצעת המחיר המקורית.**

#### ט. הטענה שיש להפנות את התביעה לחברת הניהול

ב"כ הנתבעת טען כמה וכמה פעמים שסוכם בין הנתבעת לבין חברת הניהול ששני שלישים משכר התובעת ישולמו מתוך השכר שאותו הנתבעת תשלם לחברת הניהול. לכן, לטענתו, הנתבעת פטורה לפחות בשני שלישים מתביעתו של התובע.

אנו דוחים טענה זו. חוזה הפיקוח נחתם בין הנתבעת לבין התובעת, והיא זו שגם הזמינה מהתובעת את השינויים בהיקף העבודה, ולכן הנתבעת היא זו שמחויבת לשלם את שכר התובעת. החלוקה הפנימית שעליה הסכימו הנתבעת וחברת הניהול אינה מעניינה של התובעת כלל.

**מסקנה: חברת הניהול אינה צד לתביעה.**

#### י. מעמד הסכם הפשרה שנכרת בין הצדדים

התובעת טענה כי השכר המגיע לה הוא כ-38,000 ₪ + מע"מ (לפי שני סוגי החישובים שהגישה לבית הדין). בפועל, בין התובעת לנתבעת נכרת הסכם פשרה, לפיו התשלום לתובעת יעמוד על סך 27,350 ש"ח + מע"מ. התובעת הגישה חשבונית לתשלום לפי הסכם זה, והחשבונית אושרה בדוא"ל על ידי יו"ר הנתבעת ומנהלת החשבונות של חברת הניהול. התובעת טענה כי הסכם זה נכרת על מנת לא להגיע לדין תורה, אולם כעת היא תובעת את שכרה המלא.

על פניו, הסכם הפשרה הוא בעל תוקף הלכתי, משום שלפי דברי התובעת הוא נעשה לקראת סוף עבודתה, וכאשר אדם התנה תנאי מסוים והתחיל לעבוד על דעת זה, התנאי מקבל תוקף כאילו נעשה עליו קניין. זאת כדברי השו"ע בחושן משפט (שטו, ד): "כל תנאי שכירות אינו צריך קניין".

ראו בפסקי דין רבניים (מאגר המקוון סימן רלד) בהרכבו של אב"ד הרב מימון נהרי, שכתב שדין השו"ע נכון גם אם התנו תנאים באמצע המלאכה, ולא רק כשהתנו לפני תחילת המלאכה.

זאת ועוד, גם בלי מעשה קניין, מחילתה של התובעת חלה, משום שנפסק ש"מחילה אינה צריכה קניין" (שולחן ערוך חושן משפט סימן יב, סעיף ח).

כעת נותר לדון האם הפשרה והמחילה נשארות בתוקפן, למרות שהנתבעת לא קיימה את הפשרה, ובסופו של דבר המחלוקת הגיעה לדין תורה.

<sup>1</sup> פורסם באתר פסקים: <http://www.psakim.org/Psakim/File/23>



בפסק דין 77021 סעיף 28 עסק בית הדין בשאלה לגבי פשרה שסוכמה בין הצדדים, אך לא כובדה על ידי הנתבעים, ושם כתב בית הדין שדין הפשרה כדין פשרה בטעות שאינה חלה, והיא בטלה.

נראה שדין זה יהיה במקרה שלנו, אמנם, התובע ויתר על תוספת התשלום שלטענתו מגיעה לו במסגרת הסכם פשרה, אך ויתור זה הוא ויתור בטעות בחישובו שהוא יקבל את הסכום באופן מיידי. משלא קיבל התובע את שכרו, הוא זכאי לכל מלוא שכרו, לפי החישוב שהציג לבית הדין, ולפי קביעת המומחה.

**מסקנה: למרות לפשרה שסוכמה יש תוקף הלכתי, בנדון זה הפשרה נעשתה בטעות והיא בטלה.**

#### יא. תמחור עבודת התובעת

התובעת הגישה תמחור לעבודתה בשתי דרכים, ובשתייהן היא הגיעה לתוצאה של כ-38,000 ₪, לא כולל מע"מ. הנתבעת ערערה על שיטת החישוב הראשונה, שנעשתה לפי תמחור הקבלנים (החישוב בפועל מחושב לפי ביצוע עבודות החניון באופן יחסי לביצוע העבודות בכל הפרויקט), וטענה שיש ללכת לפי דו"ח אפס, ומכאן ששכר התובעת עומד על כ-25,000 ₪ ללא מע"מ.

אנו דוחים את דרך החישוב שהציעה הנתבעת משתי סיבות:

א. דוח אפס מטבעו אינו מדויק, משום שהוא נועד רק להערכה כלכלית כללית לצרכי מימון מהבנק<sup>2</sup>.

ב. הנתבעת הגישה דוח אפס מעודכן, אך יש לשים לב כי בשני הדוחות (שיצאו בהפרש של שנה) התמחור זהה. הדבר מלמד שלא בוצע עדכון על פי תמחור הקבלנים בפועל.

לעומת חוסר הדיוק בדו"ח אפס, התובעת הציגה שני חישובים מדויקים בדרך החישוב. הם מתיימרים לגלם אך ורק את העלויות הנוספות שנוספו עקב עבודות החניון, ובמכוון הושמטו העבודות אשר היו בלאו הכי מוצאות על חניון. כל עוד הנתבעת לא הציגה חישוב נגדי מדויק, יש לבכר את החישובים שהציגה התובעת (הנמוך מבין שני התמחורים).

לגבי שיעור השכר המגיע לתובעת על התוספת - כאמור המומחה קבע כי התשלום המקובל על פיקוח עומד על:

לניהול התכנון בין 1.5% - 1%

לפיקוח על עבודה בין 3% - 3.85%

מכאן, שדרישת תשלום בשיעור 2.5% מעלות הביצוע היא נמוכה ביותר, ולכן היא מתקבלת

אשר על כן, אנו מקבלים את שיטת התמחור של התובעת ואת שיעור השכר שהיא דורשת (2.5%).

על כן בית הדין קובע כי שכרו של התובע יעמוד על סך 37,992 ₪ + מע"מ.

<sup>2</sup> פורסם באתר פסקים: <http://www.psakim.org/Psakim/File/1477#ogen16>

<sup>3</sup> עיין למשל בכתבה שבה נזכר התמחור: <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001129640>

**יב. הוצאות משפט**

הדין הנוהג בבית דין זה הוא שאם שני הצדדים התנהלו בצורה סבירה אין מחייבים הוצאות, וכל צד נושא בהוצאותיו. במקרה זה הצדדים התחלקו מראש באגרת בית הדין ולכן אין צו להוצאות.

**יג. החלטות**

1. על הנתבעת לשלם לתובע סך של 37,992 ₪ + מע"מ תוך 35 יום מתאריך פסק דין זה.

2. ניתן להעיר על טעויות חישוב תוך 15 יום מהתאריך הנקוב על פסק דין זה.

3. ניתן לערער על פסק דין זה תוך 30 יום מהתאריך הנקוב עליו.

פסק הדין ניתן בתאריך י"ב תמוז תשע"ח, 25 יוני 2018.

**בזאת באנו על החתום**

הרב דניאל לונצר	הרב עקיבא כהנא, אב"ד	הרב עדו רכניץ
-----------------	----------------------	---------------

**יד. נספח - תוספת נימוקים להחלטת בית הדין**

כאמור, בעבר קבענו כי המצגים הטרומ חוזיים שהוצגו לתובעת הם חלק בלתי נפרד מהחווה, ונימקנו זאת בקצרה. כעת נוסיף מקורות להחלטתנו:

נפתח בסקירה קצרה מעולם המשפט הכללי:

בפס"ד מחוזי תא (י-ם) 3141/01 מיכאל קדמי נ' ג.מ.ח.ל. חברה לבניה 1992 בע"מ פסקה 85 נקבע כי:

לתנאים המצויינים במסגרת הצעה לפתיחת משא ומתן נפקות משפטית, במובן זה שאם בסופו של דבר נכרת חוזה ובמשא ומתן לא הוסכם על שינוי התנאים שהוצעו בהזמנה למשא ומתן, יראו בתנאים אלה חלק מתנאי החוזה.

ושם בפסקה 89:

אם החוזה סותר במפורש מצג טרום חוזי, כי אז החוזה מחייב (וזאת מבלי לפגוע בזכות לטעון להטעייה ולחוסר תום לב מצד הקבלן). אם אין סתירה, והמצג יכול לדור בכפיפה אחת עם החוזה, כי אז המצג הופך לתנייה חוזית, והוא מחייב את הקבלן כהתחייבות חוזית על כל המשתמע מכך.

זו גישת המשפט הכללי. נראה שזו גם גישת ההלכה:

הרמ"א (חושן משפט סימן רז סעיף א) כתב:





וכן אם התנו תנאי ואח"כ כתבו השטר סתם, ודאי על תנאי הראשון כתבוהו.

ובביאור הגר"א (שם ד) הסביר שמקורם של דברי הרמ"א הם בגמרא כתובות (דף עה), העוסקת בהתנה תנאי בקידושין ונשא סתם.

אף שבספר 'עמק המשפט' (חוזים עמ' ערב-רעג) חלק על דברי הרמ"א וכתב שניתן לומר קים לי שלא כדבריו, נראה שדבריו אינם נכונים; וגם אם הם נכונים, אינם שייכים לענייננו.

דבריו מתבססים על דברי הרב שלום שבדרון בספרו משפט שלום (על הרמ"א שהוזכר לעיל). שם הוא הביא את דברי שו"ת פני יהושע שכתב שיתכן ובמקרה בו נכתבו בהסכם תנאים אחרים ולא הוזכר התנאי שנאמר בעל פה, הרי שזה מהווה ראייה שהצדדים חזרו בהם מתנאי זה. על כך העיר הרב שלום שבדרון (באותו הספר, בהערות משמרת שלום ס"ק יב) שרק כשיש סיבה דומה יש לומר שהצדדים חזרו בהם מהתנאי, אבל בסתמא הם הסתמכו על התנאי, כדברי הרמ"א..

כמו כן, גם לדברי 'עמק המשפט' הרי שרק באופן שמדובר על תנאי שלם שלא הוזכר בחוזה הרי שהוא מתבטל. אבל אם התנאי מוזכר באופן כללי בתחילת החוזה, נראה שגם ה'עמק המשפט' מודה שלא אומרים שהתנאי המוקדם בטל. כמו שכתב הרשב"א (שו"ת ב, רכט) שאם לא חזרו בהם במפורש מהתנאי, הרי שהתנאי קיים גם אם לא הזכירו אותו בשעת המקח.

כדברינו נכתב במפורש בפד"ר א בפסקו של אב"ד הרב גולדשמידט (עמ' 311-309) שהאריך בעניין זה וכתב:

באופן שהוסכם קודם והותנו התנאים במפורש על הקידושין העתידיים. שאז ברור שהקדושין שאחריהם הם על דעת התנאים הקודמים. ומפורשים הם הדברים בראשונים.

**נראה שמכל מקורות אלו ברור שאם החוזה אינו סותר את המצג הטרומ חוזי, אזי ברירת המחדל היא שהחוזה נחתם על דעת המצג הטרומ חוזי.**