שבתי בן דב

תורת דיני הקניין

מחקר-השוואה בקורתי במשפט העברי ובשיטות משפט חדשות

ספר ג

דיני הקניין במוחזק

תוכן העניינים

פרק א: דיני ההפקר 5
א. עקרון ההפקר בשיטות המשפט הנכריות 5
ב. גדרי ההפקר והדברים הקרובים להפקר בדיני ישראל..... 12
ג. דיני ההפקרה בשיטות נכריות 15
ד. ההפקרה בדיני ישראל 17

פרק ב: נכסי ציבור ורשות הרבים 21
א. הדינים במדינת-ישראל 21
ב. הדינים ביבשת אירופה 25
ג. המשפט האנגלי 30
ד. דיני ישראל 30
1. רשות הרבים דעלמא 30
2. כרמילית 34
3. "דברים של עולי בבל" ונכסי העיר 40
4. שעבוד או הקדש לבני ציבור מסוים 43

פרק ג: הבעלות הרגילה, מגבלותיה ההלכתיות, כוחה ונשוא-תחולתה 45
א. המגבלות ההלכתיות של הבעלות 45
1. איסור בל תשחית 46
2. איסור הזנחת נכסים (במשפטי העמים) 47
3. צרכי ישוב ארץ-ישראל 48
4. ניצול הזכות לרעה (במשפטי העמים) 49
5. דין הכפייה על מידת-סדום 51
6. מניעתה של רשעות (בדיני ישראל) 57
7. חובת התנהגות בתום-לב (במשפטי העמים) 60
8. דיני "ועשית הישר והטוב" 62
9. התר הנזק הקל למניעת החמיר 63
10. התר נזק היחיד לתועלת הרבים 66
11. זכויות חדירה לחצר הזולת והפקת הנאה מתוכה 67
ב. כוחות הבעלות 71
1. רשויות השימוש 72
2. פירות 72
3. רשויות הרשאה ומניעת התערבות 74
4. רשות ההועדה: האיסר, מצוות המת ומיני ההקדשות 75
5. רשות ההועדה: ה"טראסט" האנגלי ושיטות נוכריות אחרות 86
ג. נשוא הבעלות 90
1. היחידה היסודית של מיטלטלין ומקרקעין והתפשטות הבעלות הקרקעית לרום ולעומק 91
2. דברים שבתחום הרום או העומק של הקרקע 97
3. הגדרת המקרקעין והמיטלטלין ודין הזכייה בפירות 111
4. בעלות המיטלטלין 116
5. תשלומי שבח 123
6. חיבורים במצר בין חצרות אחדות 128
7. שינויים בהתפשטות האופקית של אחוזת-הקרקע 131

פרק ד: מיני שעבודים 136
א. רשימת מיני השעבודים - פתוחה או סגורה? 136
ב. מיני השעבודים בצרפת ובאיטליה 139
ג. מיני השעבודים בגרמניה ובשוייצריה 143
ד. מיני השעבודים באנגליה 147
ה. מיני השעבודים בדיני ישראל 151
1. השעבודים העיקריים בדיני ישראל לפי המיון התוכני 152
2. השעבודים העיקריים בדיני ישראל לפי המיון החוזי 157
א. שכירות 157
ב. שאלה 175
ג. חכירה 177
ו. דינים כלליים 185

פרק ה: שעבודי אחריות הנכסים 193
א. הסוגים השונים של שעבודי אחריות נכסים 193
ב. המשכנתא 194
ג. האפותיקי 197
1. אפותיקי מיוחדת ואפותיקי כללית 197
2. אפותיקי סתם ואפותיקי מפורש 198
3. סוגים נוספים של אפותיקאות 198
4. "הקול" ויצירת האפותיקי 199
5. העברת האפותיקי 201
6. הקנאת הנכס המשועבד 204
7. גדרי החוב הנערב באפותיקי 205
8. נשוא השעבוד באפותיקי 208
9. הזק האפותיקי 212
10. הפחתת החוב הנערב וסילוקו, "אפותיקי עצמית" ושמירת דרגה 214
11. העברה חלקית של האפותיקי 215
12. פיצול הנכס המשועבד 216
13. אפותיקי קיבוצית 219
14. שויון דרגה 220
15. פדיון האפותיקי 221
16. סיום האפותיקי בהכרח 224
א. הפקעת הנכס לצרכי ציבור 224
ב. הוצאת פסקי-דין לפועל 224
ג. התישנות 225
17. חידוש השטר 226
17א. מימוש האפותיקי 228
18. אחריות החייב והמוכר 235
ד. המשכון 236
1 . ההגדרה 236
2. כשרות הצדדים 242
3. משכון לחוב מותנה 242
4. שבח המשכון 242
5. סיום חד-צדדי של קשר-המשכון 243
6. שמירת המשכון 243
7. "משכון שאול" 248
8. פרעון חלקי 249
9. נזק המשכון 249
10. משכון בנכס ממושכן והעברת הזכות הנערבת 250
11. השאלת המשכון לממשכן 253
12. שימוש במשכון ודין פירותיו 255
13. גביית החוב הנערב 256
14. שטר משכון 261
15. מישכון על-ידי צד שלישי 261
16. גדרי ערבות המשכון 262
17. פדיון המשכון 262
18. התישנות המשכון 263
19. התמדת המשכון על אף היקנות גופו לנושה 263
20. משכון של חלק בשיתוף 264
21. משכון מעושה, זכות-עיכוב ומשכון נתפס 264
22. בעיית האפותיקי במיטלטלין 269

פרק ו: דיני שכנים 276
א. "דיני שכנים" ו"שעבודי שכנים" 276
ב. שעבודי-השכנים ודיני-השכנים בצרפת ובאיטליה 276
1. השעבודים 276
2. דיני השכנים בצרפת 279
3. דיני השכנים באיטליה 283
ג. שעבודי-השכנים ודיני השכנים בגרמניה ובשוייצריה 288
1. השעבודים 288
2. דיני השכנים בגרמניה 289
3. דיני השכנים בשוייצריה 291

ד. שעבודי השכנים ודיני השכנים באנגליה 294
1 . השעבודים 294
2. דיני השכנים 296
ה. דיני השכנים בישראל 298
1. דיני הנזיקין הכלליים 298
2. דין קדימה 301
3. שעבוד-נזקים על-פי הסכם או זכות-חזקה 303
4. שעבודי-תשמישים 305
5. דינים כלליים של שעבודי-שכנים 307
6. כלל "המוכר בעין יפה מוכר" 309
7. הזק ראייה 311
8. שעבודים שונים 312
9. חיובי שכנים 314
ו . הערכה השוואתית של דיני הנזיקין בין שכנים 315

פרק ז: השיתוף בקניין 321
א. עקרונות כלליים 321
1. המצב הקיים במדינת-ישראל 321
א. "שותפות ברכוש" ו"שותפות על-פי קשר" 321
ב. דיני השיתוף לפי המג'לה וחוק המקרקעין, תשכ"ט 321
ג. "חוב השותפים" 327
ד. "מושאע כפרי" 328
2. המשפט האנגלי 329
א. מיני שיתוף-הקניין במוחזק 329
ב. נכסי שותפות בעסק 332
ג. תביעות וחובות משותפים 332
3. הדינים ביבשת אירופה 334
א. השיתוף בחלקים בלתי-מסוימים 334
ב. נושאים שונים של שיתוף 340
ג. נכסי השותפות בעסק ו"השיתוף ביד אחת" 341
4. דיני ישראל 342
א. שיתוף הנכסים הרגיל 342
ב. שיתוף שלא מתוך רמה שווה של קניין 351
ג. שיתוף בתביעות וחיובים 352
ד. שותפות-אחים 353
ה. שותפות עסקית 354
ו. תוצאה הכרוכה בצירוף מצבים שאחד מהם משותף והשני מתקיים רק באחד השותפים 355
ב. פירוק השיתוף 355
1. שיטת החלוקה 356
א. דין-חלוקה 356
ב. קביעת שיעור-חלוקה 359
ג. הקצאת החלקים - הגרלה 360
ד. חלקו של שותף הבא מכוחם של שותפים אחדים וחלקי שותפים המבקשים להתמיד בשיתוף ביניהם 361
ה. חלוקה תוך תיקון כספי 362
ו. חלוקה בנכסים אחדים 363
ז. גמר החלוקה 364
2. פירוק השיתוף בנכס שאין בו דין חלוקה 365
3. בעיות שונות בפירוק השיתוף 368
א. פירוקו של שיתוף בדרגות קניין שונות 368
ב. פירוק השיתוף בשעבוד 368
ג. פירוק השיתוף כנגד שותף נעדר 369
ג. שיתוף בתשמיש 370
ד. "בתים משותפים" 372

פרק א: דיני ההפקר

א. עקרון ההפקר בשיטות המשפט הנכריות

אף-על-פי שהגדרנו אה הנושא כ"דיני הקניין במוחזק", נתחיל את הדיון בו באמצעותו של מושג המציין את מצב הנכס כשאין הוא קנוי לשום אדם כלל - היינו מושג ההפקר - כי מטבע הדברים, הזכייה הראשונה בקניין לאדם מסויים היא זכייה מתוך מצב של חוסר-קניין, או הפקר.

[[2]][1] מצב זה איננו מצוי דיונו בכל שיטות-המשפט. הדוגמה הקרובה לנו ביותר היא מדינת-ישראל דהאידנה, בה נקבע בסע' 3 של חוק נכסי המדינה, תשי"א, כי "נכס המצוי בישראל, ואין לו בעל, הוא נכס מדינת-ישראל מיום היותו לנכס ללא בעל או מיום ו' באייר תש"ח (15 במאי 1948), הכל לפי התאריך המאוחר יותר". כך קובע גם סעי' 143 של ספר החוקים האזרחי הרוסי מ-1964 (קודם סע' 68 של החוק מ-1922) כי "רכוש שאין לו בעל או שבעליו אינו ידוע (רכוש חסר-בעלים) עובר לבעלות המדינה..."; וכן סע' 713 של ספר החוקים האזרחי בצרפת: "הנכסים שאין להם בעלים שייכים למדינה".

אולם, גישה כזאת אינה יכולה למעשה להתקיים. בקשר לכך לא נדקדק פה עם ניסוח הדברים מבחינה הגיונית-מושגית. בכוונה המעשית של הדברים אין מקום לפקפק, ומתפשטת היא בוודאי על ארבע אפשרויות אלו: א) שבשעת כניסתו של החוק לתוקף תזכה המדינה בכל נכס הנמצא בתחומיה ושלפי המצב החוקי הקודם היה באותה שעה חסר-בעלים; ב) שכל נכס חסר-בעלים החודר למדינה מבחוץ יהיה לנכס המדינה משעת חדירתו; ג) שכל נכס הנמצא במדינה בנתון לבעלות מסויימת, ושבעלות זו חדלה משום-מה לחול עליו שלא בדרך-העברה, ייהפך לנכס המדינה משעה שחדלה הבעלות הקודמת; ד) שכל נכס המתהווה במדינה ושבהתהוותו אין מי שיזכה בו ממילא על-פי כל דין אחר - תזכה בו ממילא המדינה. אך בעיון קל מתברר כי פירוש הדברים הללו למעשה הוא שמשעת כניסתו של החוק מן הסוג הנידון לתוקף, שוב אין אדם רשאי לפגוע בלי רשות המדינה בדבורה המתעופפת בחצרו - אם כי אמנם יתכן שהוא יהא רשאי לגרשה - והמדינה, מצידה, תהא חייבת כלפי אדם בפיצוי על כל נזק שזאב מיער יגרום לו בטרפו את עזיו, ואולי אפילו על כל מחלה שחידקיה יגרמו בהתישבם בגופו של אדם בלי רשות[2]. כמו כן, שוב אין

---

[1] [הערת עורך: המספרים בסוגריים מרובעים כפולים הם מספרי העמודים של המקור, המוקלד במכונת כתיבה. שמרנו על מספרי ההערות המקוריים (באותיות) מפני שהמחבר מפנה אליהן בחלקים שונים של החיבור].

[2] א) בקשר לכך אין לטעון שהאחריות לנזקים תלויה בהחזקה, ואין הבעלים אחראים לנכס שאינו בהחזקתם. אמנם, הבעלים פטורים כשהנכס יצא מהחזקתם שלא בטובתם, אך כאן מעולם לא איבדו הבעלים את ההחזקה, ויתר-על-כן: הנכס נקנה למדינה על-ידי עצם היותו במדינה, ובכן נהפכת כל המדינה לחצר, אשר כל הנמצא בה לדעה המדינה הוא ממילא גם בהחזקת המדינה. הזאב והחידקים נמצאים במדינה לדעת המדינה, גם כשאין היא יודעת את זהותם ואה מקום הימצאם המדויק - כשם שאין צורך

אדם רשאי להשתמש בלי רשות המדינה בטיפת מי הגשם שחדרה לתחומו, אין הוא רשאי לקחת טיפה מן הים או מן הנהר, או לצוד ציפור, או לתלוש קוץ במדבר; ואף אם תהא מוכרת לאדם האפשרות להיפטר מן הבעלות בנכס שאינו רצוי לו עוד - כמו, למשל, בעתון שנזרק לפח הזבל, - הרי פועל הנקיון שימצא ענין בעתון ויקחנו לעצמו, יהא דינו כגונב מן המדינה.

אין צריך לומר שכל התוצאות האלו הן אויליות - אף לפי המושגים הרווחים באותן המדינות שאימצו להן את החוקים מן הסוג המתואר; ואמנם מוצאים אנו כל מיני ריכוך כנגדם: במדינת-ישראל הוסף בשנת תשי"ב סעיף 8 של חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), הקובע כי "אין המדינה אחראית בנזיקין בתורת בעלת נכס שהוקנה לה מכוח החוק בלבד, כל עוד לא קנתה אחיזה בנכס" (וממילא נרמז כאן, באופן פרדוקסלי, כי עצם הימצאותו של נכס המדינה בתחומי המדינה, לדעתה, אינו מעלה עוד את הנכס בזיקת החזקה למדינה, מבחינתו של החוק); [[3]] במשפט הרוסי משלימות אה החוק תקנות שונות המזכות פרטים בתפיסת נכסים מסויימים השייכים למדינה (צייד, דייג, אשפה, צמחי יער ועוד)[3]; ובצרפת הוציאה ההתפתחות המשפטית את הוראת- החוק מידי פשוטה, ותחולתה הועמדה על מקרקעין בלבד, באופן שמיטלטלין יכולים ויכולים כיום להיחשב בצרפת כחסרי-בעלים[4]. מעניין לציין שגם במדינה קומוניסטית **כהונגריה** מקיים כיום החוק האזרחי מ-1959, בסע' 127, דין של חופש-תפיסה מתוך מצב של העדר-בעלות בכל מה שעשוי להיחשב כ"חפצים אישיים רגילים שאין להם בעלים".

בשיטות שיש בהן הפקר אפשר לסקור את עקרונו של דבר כלהלן:

א) לפי **המג'לה**, סע' 1045 סיפא, נקודת-המוצא היא בפשיטא שיש הפקר, וכל אדם יכול ורשאי לזכות מן ההפקר לעצמו; אך מלשון המג'לה גופא אין מתברר ההפקר מהו, לא מבחינת הנשוא ולא מבחינת משמעות המושג. אכן, נאמר כי ההפקר הוא דבר שאין בו זכות בעלות לאדם מסוים[5]; אך מן הסעיפים 126-127 נשמע לכאורה כי לא כל דבר - ואפילו הוא חפץ חומרי - יכול להיות נשוא של קניין, ויש מקום לשאול אם גם הדברים **שאינם בבעלותו של אדם משום שאי-אפשר לקנותם כלל** הריהם בגדר הפקר. הדברים שאינם ניתנים להיקנות הריהם קודם-כל הדברים **האסורים בהנאה** (לפי סע' 127), ועל-פי הסע' 126 אפשר אולי להוסיף גם את הדברים אשר **אין האדם "מתאווה להם מטבעו"**, אחר שהסעיף מוציא את הדברים הללו מכלל הנכסים. מהם הדברים האסורים בהנאה או שאין אדם מתאווה להם מטבעו נשאר בצריך עיון. מצד שני, אפשר להסתפק אם הדברים הניתנים להיקנות (והעשויים להיות הפקר בודאי) הריהם דווקא חפצים

שבעל עדר כבשים ידע בדיוק את מספר הכבשים ואת זהותו ומקום הימצאו של כל כבש, כדי שכל אחד מן הכבשים ייחשב כנמצא במרעה לדעתו, כאשר הוא יודע שכלל הכבשים נמצא במרעה.

[3] ב) **גסובסקי**, א', עמ' 588-589; **המשפט האזרחי הסובייטי**, א', עמ' 365.

[4] ג) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 66-67.

[5] ד) ר' את הסעיף בגרסתו הערבית של **סלים באז**, וכן את התרגום הצרפתי בקובץ **יונג** והתרגום של **הופר** - בהבדל מתרגומו העברי של **פרומקין**.

חומריים במובן הרגיל. סע' 126 מגדיר את הנכסים שהם "כל שאדם מתאווה לו מטבעו ואפשר לאצרו לעת הצורך" - ולכאורה נכלל איפוא גם **החשמל**, שאפשר לאצרו במצבר. הדבר נוטה להתאשר בסע' 1234, הקובע את **האש** כחפץ של הפקר, בעוד שעל-פי סע' 1261 - הגחלת הלוחשת היא חפץ קנוי: נראה לומר שהיא חפץ קנוי לא רק בגין העץ שבה, אלא גם בגין האש "שנאצרה בה לעת הצורך". מדוגמת האש יש ללמוד שכוחות הטבע הם בגדר הפקר עד שיאצרם אדם ויזכה לעצמו[6].

ואשר להפקר מבחינת **משמעות המושג**, הרי סע' 1045, סיפא, מדבר על הזכות הניתנת לכל אדם לזכות מן ההפקר לעצמו בבחינת "שותפות בהפקר" - ומתעוררת השאלה אם "שותפות" זו רומזת לאיזה קניין טרומי בהפקר, או לפחות בהפקר הניתן להיקנות. **פרופ' טדסקי**, במאמרו הנזכר, משיב כי זוהי שותפות של "לא-בעלים"[7], ודבריו עולים בקנה אחד עם פירושו של **סלים באז** על סע' 1234, המסיק כי "שותפות ההפקר איננה אם-כן שותפות של קניין". לפי זה יש לומר לכאורה כי לשון המג'לה בענייננו היא חסרת משמעות חיובית כלשהי.[8]

[[4]] מלבד כוחות-הטבע שלא נאצרו לאדם ממומים מונה המג'לה עוד כמה דברים שהם הפקר על-פי החוק, וקודם-כל **המים** - על פי סע' 1234 ועוד, בכפוף לסייגים מיוחדים שונים. דינים אלה בוטלו במדינת-ישראל בפירוש בחוק המים, תשי"ט (לבד מן הסעיפים 1265-1267 ו1248-). לפי חוק זה, מקורות המים במדינת-ישראל הם **"קניין הציבור"**, "נתונים לשליטתה על המדינה" ו"כל אדם זכאי לקבל מים ולהשתמש בהם בכפוף להוראות חוק זה". (סע' 1, 3) . עם זאת, על-פי סע' 1248 של המג'לה, שלא בוטל בפירוש, עדיין נשארים בגדר הפקר **מי-הגשם**, והריהם נתפסים אפוא בבעלות המדינה על-פי חוק נכסי המדינה.

שנית, קובעת המג'לה כהפקר את **העשב** (סע' 1234); אבל להלן מתברר כי הדברים אמורים רק **בעשבי-בר** - ואף אם גדלים הם בתחום רכושו של אדם - ואילו עשבים שצמחו עקב עיבוד אינם הפקר (סע' 1241[9], 1252, 1256).

הסעיפים 1243[10], 1253 של המג'לה קובעים כהפקר את ה**"אילנות הגדלים פרע בהרים שלא החזיק בהם אדם, כלומר בהרי הפקר"**. "הרי הפקר" הם בודאי בגדר "קרקע מתה" (סע' 1270 של

---

[6] ה) **פרופ' טדסקי**, במאמרו "הנכסים ללא בעלים והמדינה" (בעמ' 170) מתרץ את הסעיפים 1234 ו-1261 באופן שהאש לא תיחשב כנכס הפקר בעצמה, כי אם רק כגורם **לשעבוד**, המזכה את העולם כלו להינות מן החפץ החומרי הבוער; אך לפירוש זה הוא מגיע על-פי הנחה כי יש סתירה במג'לה, ומתעלם הוא מסע' 126, העשוי ליישב את הסתירה.

[7] ו) עמ' 168.

[8] ז) השווה "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק א', פרק ג', הערה ט.

[9] ז-1) בוטל בחוק המקרקעין, תשכ"ט.

[10] ז-1) בוטל בחוק המקרקעין, תשכ"ט.

המג'לה[11], סע' 103 של חוק הקרקעות מ-1274 להג"מ[12], ומסתבר ש"קרקע מתה" לא היתה בעצמה הפקר ממש, כי כבר המג'לה (ולא רק החוקים המאוחרים יותר) אינה מאפשרת לאדם לזכות ב"קרקע מתה" אלא ברשיון השולטן (סע' 1272[13]). מן הסעיפים 104-103 של חוק הקרקעות[14] מתברר כי על אף האפשרות לזכות ב"קרקע מתה" על-פי רשיון, ועל אף הזכות שניתנה לכל אדם לחטוב עצים ב"קרקע מתה" אפילו בלי רשיון, נחשבת הבעלות בקרקעות אלו עצמן כנתונה לאוצר המדינה.

סע' 1247 קובע כהפקר את **הצייד.** בענין זה כפופים דיני המג'לה לא רק לחוק נכסי המדינה, אלא גם לחוק להגנת חיית-הבר, תשט"ו. חוק זה מגביל את זכות הצייד לגדרים מסויימים, אך אין הוא בא לשנות את ההוראות הקנייניות שבמג'לה, ונראה כי מבוסס הוא על ההנחה שעל אף חוק נכסי המדינה מתקיימת - לפחות לענייני צייד - זכות תפיסה כנגד המדינה, על-פי דיני המג'לה, ממש כאילו נשאר הצייד בגדר הפקר. המג'לה, מצידה, רואה כנראה בכלל צייד גם את הדייג (סע' 1300, 1301). זכות הדייג כפופה במדינת-ישראל לפקודת-הדייג, 1937, שאף היא אינה פוגעת במג'לה מבחינת דיני הקניין. על-פי סע' 1304 של המג'לה, אף **הביצים של ציפורי-בר** הן הפקר.

סע' 1264 של המג'לה רואה כהפקר את האויר. סעיף זה נתבטל בפירוש בחוק המים, ושום הוראה חיובית מסוימת לא באה במקומו.

ב) **במשפט האנגלי** נראה שאמנם אפשר לייחס לו הכרה במושג "ההפקר", אלא שכאן לא יהא לכך המובן של מכלול דברים העשויים לעבור ממצב של חוסר-בעלות למצב של בעלות גמורה, כפי שהמובן הוא למעשה במג'לה. מסתבר כי ההפקר - ולפחות **ההפקר-מלכתחילה,** בהבדל מדבר שהופקר - הריהו כאן ענין של **טבע-הדברים,** ומה שהוא בגדר הפקר מלכתחילה הריהו **הפקר לעולם,** אם כי אמנם תפיסת הדבר שבהפקר מזכה את התופס בזכות-שימוש ייחודית לכל משך הזמן שהתופס יקיים את החזקתו בדבר. לפי ציטוט שמביא **ברום**[15], ההפקר מסוג זה הוא בגדר **קניינו המשותף של הכלל,** ואילו התפיסה מזכה את התופס **בקניין-לפירות**. לפי **הלסבורי**[16], דבר-ההפקר הוא מלכתחילה **חסר-בעלים**, [[5]] ואילו התפיסה מזכה את התופס **בבעלות מסויגת,** במובן שהבעלות מסתיימת עם פקיעת ההחזקה. הדברים שהם בגדר הפקר מן הסוג הנידון הריהם "יסודות הטבע החופשיים" - כגון האויר, האור והמים - וכן בעלי החיים הפראיים[17]. התפיסה מן

---

[11] ז-1) בוטל בחוק המקרקעין, תשכ"ט.

[12] ז-1) בוטל בחוק המקרקעין, תשכ"ט.

[13] ז-1) בוטל בחוק המקרקעין, תשכ"ט.

[14] ז-1) בוטל בחוק המקרקעין, תשכ"ט.

[15] **ח) ברום**, עמ' 229-228.

[16] ט) **הלסבורי-סיימונדס**, כרך כ"ט, עמ' 377, וכרך א', עמ' 656.

[17] י) **ברום והלסבורי-סיימונדס**, שם.

ההפקר מותרת רק אם אין בה משום nuisance לזולת ואין היא פוגעת בשעבוד-תפיסה מסויים[18]. שעבודי-תפיסה מסויימים קיימים בייחוד לגבי המים והדגים[19]. ביחס לבעלי-החיים הפראיים ביבשה נהפכים שעבודי-התפיסה עצמם ל"בעלות מסויגת": בעל הקרקע או מי שזכאי לצוד בקרקע ששם בעל-החיים נמצא, דינם כמעט כאילו תפסוהו[20], - ומאחר שהקרקע באנגליה היא תמיד בקניינו של אדם (אדם פרטי או "הכתר")[21], נמצא שלמעשה אין בעלי-החיים היבשתיים נמצאים באנגליה במצב ההפקר המקורי לעולם[22].

בצד ההפקר מן הסוג שתיארנו, ואשר אין לו במשפט האנגלי שום כינוי מיוחד, ראוי לעמוד כאן על המושג ה-bona vacantia. מונח זה "משמש לדברים אשר שום אדם אינו יכול לטעון לבעלות לגביהם, וכולל הוא את מותר רכושם של אנשים אשר מתו בלי צוואה ובלי בעל או אשה או שארי-בשר קרובים, וכן את המוצל מאניה שנטרפה, את האוצר שנמצא, את הנכסים המושלכים על-ידי הגנב, את בעלי-החיים המבויתים התועים וכל רכוש או זכויות של איגודים מפורקים; אולם, אין הוא כולל את הנכסים שאבדו או נזנחו מדעת ואשר המוצא הראשון זוכה בהם כנגד כל העולם, מלבד הבעל האמיתי במקרה של נכסים שאבדו... הבעלות ב-bona vacantia נופלת לכתר, כדי למנוע מריבות וסכסוכים אשר הזכייה בדרך תפיסה יכולה היתה לגרום"[23].

ג) ביבשה אירופה, וקודם-כל **בצרפת**, כבר הזכרנו את ההתפתחות שהביאה להכרה באפשרות של הפקר במיטלטלין, על אף ההוראה המפורשת בחוק[24]. מיטלטלי ההפקר מתחלקים כאן לשני סוגים. האחד קרוי res nullius וכולל הוא את הצייד, אוז הדייג בים ובמים זורמים ואת מי הגשם

---

[18] יא) **הולדסוורת**, כרך ז', עמ' 481.

[19] יב) **צ'שיר**, עמ' 119-117.

[20] יג) **הלסבורי-סיימונדס**, כרך א', עמ' 657-656, וכרך י"ח, עמ' 129. ההבדל בין הבעלות לפני התפיסה לבין זו שלאחר התפיסה מתבטא בכך שהמוציא מן התופס עלול להיחשב כגנב, בעוד שהמוציא מן הזכאי לתפוס הריהו רק trespasser.

[21] יד) **צ'שיר**, עמ' 13, 27; **הלסבורי-סיימונדס**, כרך י"ח, עמ' 128.

[22] טו) **גודיב**, עמ' 91.

[23] טז) **הלסבורי-סיימונדס**, כרך ז' עמ' 536.

[24] יז) לעיל, בסמיכות להערה ג[4]. יש לציין כי ההוראה הנוגדת בחוק הריהי למעשה כפולה ומסובכת בסתירה. מצד אחד קובע סע' 713, כאמור, ש"הנכסים שאין להם בעלים שייכים למדינה", ומצד שני קובע סע' 539 כי "כל הנכסים הפנויים וחסרי-הבעלים, וכן נכסי האנשים הנפטרים ללא יורשים או אשר ירושותיהם נזנחות, שייכים לרכוש הציבור". הפרשנות יישבה את הדברים קודם כל על-ידי כך, שבהסתמך על סע' 713 היא קבעה כי "רכוש הציבור" בהקשר זה אין משמעו כרגיל, "רשות הרבים" (במובן שנעמוד עליו בפרוטרוט להלן, בפרק מיוחד), אלא משמעו "רכוש המדינה"; לאחר מכן היא פירשה כי על אף לשונם הכללית של שני הסעיפים, הרי שניהם כאחד מתייחסים רק למקרקעין ולא למיטלטלין (**פלניול וריפר**, ג', עמ' 122 ואילך, וביחוד עמ' 125 ו-147, וכן עמ' 67-66 כנ"ל).

בשעת ירידתם; הסוג השני קרוי res derelictae וכולל הוא את המיטלטלין שנזנחו[25]. מבחינת המצב המשפטי למעשה, נראה כי אין הבדל בין שני הסוגים, וכל אדם יכול ורשאי לזכות מהם לעצמו בדרך תפיסה.

[[6]] מלבד אלה, ובהסתמך על סע' 714 של החוק, יש בצרפת "דברים שאינם שייכים לאיש ואשר שימושם משותף לכל". דברים אלה קרויים res communes וכוללים הם בייחוד את האויר, את מי-הים ואת המים הזורמים. החוק קובע כי אופן השימוש בדברים מסוג זה מוסדר ב"חוקי המשטרה", **ופלניול וריפר** מוסיפים כי מבחינה משפטית דומים הם הרבה לדברי רשות-הרבים, אלא שבהבדל מדברי רשות הרבים אין ה-res communes נתונים להנהלת "הרשות הציבורית"[26].

תפיסה דומה בעיקרה שוררת גם **באיטליה ובגרמניה**[27], אך בכמה נקודות ראוי להוסיף כאן הערות. לגבי המשפט **באיטליה** מציין **מסיניאו** כי ה-res communes כוללים את כל הסוגים של כוחות-הטבע במצבם החופשי; לעומת זאת **אנקצרוס-ניפרדי** בגרמניה מכליל רק את האויר, את מי-הים ואת המים הזורמים בלבד, ואילו את כוחות-הטבע מוציא הוא מגדר החפציות בכלל[28]. ביחס לזכות השימוש ב-res communes מציין **וולף-רייזר** (בעמ' 411) כי "זכות השימוש המשותף אינה נותנת לפרט שום זכות עצמית בין בדיני ממונות ובין במשפט הצבורי, וממילא אין היא מאפשרת תלונה אזרחית או תביעת פיצויים במקרה של פגיעה בשימוש. ההגנה על זכות השימוש המשותף מוטלת על המשטרה, ואליה צריך הנפגע הפרטי לפנות". דעה הפוכה מובעת על-ידי **אנקצרוס-ניפרדי** (בכרך א, עמ' 553) **ומסיניאו** (כרך א', עמ' 424)[29]. **מסיניאו** מתאר את הזכות כזכות אישית מכוח המשפט הציבורי.

עוד יש להעיר כי בגרמניה יתכן מצב של חוסר-בעלות גם **במקרקעין**, אך מצב זה אינו קיים אף-פעם בלי שיהא עמו **שעבוד של זכייה** לאדם מסויים - איש פרטי או המדינה. השעבוד הוא למדינה במקרה של חוסר-בעלות מלכתחילה ובמקרה של הסתלקות הבעלים[30]; השעבוד הוא לאדם פרטי

---

[25] יח) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 67 ו-603.

[26] יט) שם, עמ' 66.

[27] כ) לגבי **איטליה** ר' סע' 827 ו-923 של ספר החוקים האזרחי **ומסיניאו**, א', עמ' 387, 389, 434; לגבי **גרמניה** - סע' 958-961 של הבג"ב, **וולף-רייזר**, עמ' 288-289 ו-410-411, **אנקצרוס-ניפרדי**, א', עמ' 544 ואילך ועמ' 546, 550-551.

[28] כא) עמ' 498. בעמ' 550 מסתייג **אנקצרוס-ניפרדי** גם מן החפציות של האויר והמים עצמם, ואת תפיסתם כחפצים מתרץ הוא בדוחק.

[29] כב) הדברים אמורים כאן אמנם לאו דוקא על זכות השימוש המשותף ב- [res communes] במובן המצומצם שהגדרנו, אלא על השימוש המשותף בדברי "רשות הרבים" ו"נכסי ציבור" בדרך-כלל, אך נראה שבנידון שלנו אין מקום - ולא היתה כוונה - להבדיל.

[30] כג) סע' 928 של הבג"ב וסע' 190 של חוק המבוא לבג"ב. חוסר-בעלות שמלכתחילה במקרקעין כנראה אינו מצוי עוד בגרמניה למעשה.

במקרה של החזקת המקרקע במשך שלשים שנה כנגד בעל נעלם, שאז יכול המחזיק להשיג הכרזה על ביטול הבעלות הקודמת, והדבר נותן לו שעבוד לזכות במקרקע מן ההפקר לעצמו[31].

בשוייצריה מיטשטשים הגבולות בין ה-res nullius, ה-res communes, ו"רשות-הרבים" בתוקף סע' 664 של ספר החוקים האזרחי, אך בעיקרו של דבר מסתבר כי ההבדל מן השיטות האחרות שהזכרנו איננו גדול. ההבדל החשוב ביותר הוא שכאן גם **המקרקעין** חסרי- הבעלים עשויים להיקנות לתופס כלשהו; אך שוב, בסתם אמורים הדברים רק במקרקעין שהיו כבר בבעלותו של אדם ובעליהם הסתלק; אם חוסר-הבעלות הוא המצב הקנייני המקורי - אין הזכייה מתאפשרת לכל אלא בכפוף לתקנות הרשות[32].

[[7]] לגבי הפקר הצייד והדייג יש להעיר כי גם בגרמניה ובשוייצריה נקבעות הוראות דומות למה שראינו באנגליה: בעלי-החיים הפראיים שנצודו חוזרים להיות חסרי-בעלים משחוזרים הם לחרותם; בעלי-החיים המאולפים חוזרים להיות חסרי-בעלים משפוסק הרגלם לחזור אל מקומם[33].

בהקשר הדברים הנידון נותנים ביבשת אירופה בפירוש את הדעת גם על הדין **בגופו של אדם. אנקצרוס-ניפרדי**[34] כותב שאין זה "חפץ" במובן המשפטי (או, בלשוננו: **נכס**, ששייך בו קניין), כי בחיי האדם אין גופו משמש נשוא-ממוני, וממילא גם אחרי המוות אין הזכויות המתיחסות אל הגוף עוברות כירושה. עם זאת, את **הגופה** מסכים אנקצרוס לראות כ"חפץ", אלא שגם זו אינה הופכת בעיניו "נכס" במובן שלנו, כי הריהי חפץ חסר-בעלים, אשר גם זכות-התפיסה נשללת לגביו על-ידי ההרגשה המוסרית. לעומת זאת, באברים הנפרדים מן הגוף, בגופות חנוטות ובשלדים רואה אנקצרוס "חפצים" או נכסים רגילים[35]. **מסיניאו**, מצידו, על סמך סע' 5 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי, רואה בגוף האדם נכס בגדרים מוגבלים[36]. עם זאת, בסתירה גלויה לעצמו, סובר הוא כי הגופה אינה נופלת ליורשים, ולכאורה נשמע מדבריו שאם האדם לא ציווה מה ייעשה בגוויתו, נעשית היא הפקר.

---

[31] כד) בג"ב, סע' 927, **וולף-רייזר**, עמ' 217.

[32] כה) מלבד הסע' 664, ר' הסעיפים 964, 944, 718, 666, 665, 659, 658, 656.

[33] כו) בג"ב, סע' 960, 961; צג"ב סע' 719; והשווה **הלסבורי-סיימונדס**, א', עמ' 656.

[34] כז) בכרך א', עמ' 496.

[35] כח) שם, עמ' 498-497.

[36] כט) בכרך ב' חלק א, עמ' 19-17.

ב. גדרי ההפקר והדברים הקרובים להפקר בדיני ישראל

בדיני ישראל ברורה הגדרת ההפקר, לענין שההפקר הוא דבר אשר "כל הקודם בו - זכה, בין שהוא דבר מופקר ועומד, בין שהיו לו בעלים והפקירוהו"[37]; אולם, מתוך המשא-ומתן בסוגיה בנדרים מ"ג א' - מ"ה א' יש מקום לשאול אם ההפקר מתמצה בעצם אפשרות הזכייה הנתונה לכל אדם - באין נפקא מינה אם מעבר לכך עומד הדבר בבעלות כלשהי ואם לא, - או שיש בהפקר גם תכונה הכרחית נוספת, והיינו שאפשרות הזכייה הכללית גוררת ממילא גם חוסר בעלות כלשהי מעבר לכך. נראה כי התשובה הנכונה היא שהדבר המופקר הוא ממילא גם חסר-בעלים, וההלכה העברית מסרבת להכיר באפשרות (שאמנם היתה נסתרת גם מבחינה מושגית מתוכה) של קניין אשר אין עמו זכות למניעת התערבות[38].

לאחר מכן יש לשאול, מהם הדברים שבהם חל - או עשוי לחול - ההפקר. לפי ההגדרה שאמרנו, ברור כי נשוא של הפקר יכולים רק להיות נכסים, היינו חפצים שיש בהם דין קניין והקנאה[39] - ובמסגרת זו מתעוררת קודם-כל השאלה אם יש לנו הפקר במקרקעין. לכאורה התשובה היא חד-משמעית, שההפקר חל "בין במטלטלים בין בקרקעות"[40], אבל הדברים אמורים כאן במיוחד בהפקרה על-ידי הבעלים, וחוזרת השאלה אם יש הפקר במקרקעין מלכתחילה. את המקורות בענין זה נברר להלן,

[[8]] בפרק על נכסי ציבור ורשות הרבים, וכאן נביא רק את המסקנה המסתברת כי בארץ-ישראל **אין** מקרקעין שהם הפקר מלכתחילה, באשר כל הארץ חולקה לשבטים; אולם, יש סוג על מקרקעין שמטיבם אין הם מתאימים לניצול ייחודי של הפרט - כגון "המדברות והימים והנהרות והנחלים" - ומקרקעין אלה, הקרויים "**כרמילית**", הרי אע"פ שהם עצמם אינם הפקר, בכל-זאת "כל שבהם הפקר"[41], בכפוף לכל הסדר ציבורי אפשרי[42].

בקשר לכך נראה שיש לדייק ולהעיר כי "כל שבהם" אין כאן משמעו **בדווקא** - היינו שכל הנמצא בכרמילית הוא **בהכרח** הפקר - אלא הכוונה היא רק **לחזקה,** שכל הנמצא שם הוא **בחזקת הפקר**, כל זמן שלא הוכח כי הדבר הנמצא שם כבר זכה בו אדם לעצמו - ובאופן כזה מגיעים אנו להקבלה העברית למוסד "ההפקר שמטבע הדברים" (הצייד, הדייג, והמים שראינו בשיטות אחרות): מסתבר שאין בדיני ישראל דברים הנתפסים עקרונית כהפקר, מטבעם, ואף לא חיות-הבר והמים

---

[37] ל) שו"ע חו"מ סי' רע"ג סע' א'.

[38] לא) עה"ש חו"מ סי' רע"ג סע' ב. אין הדברים סותרים מה שהסקנו בספר על "ההחזקה ודיניה" בענין משמעות **היאוש וההאבדה מדעת** (פרק ז', סע' א'): היאוש וההאבדה מדעת אינם פוגעים בזכות למניעת ההתערבות, אלא רק מסמנים את חוסר האפשרות או הרצון לממשה.

[39] לב) ר' הספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק ב', פרק ו.

[40] לג) שו"ע חו"מ סי' רע"ג סע' ג.

[41] לד) שם, סע' י"ב, ור' סמ"ע; ור' שו"ע או"ח סי' שמ"ה סע' י"ד.

[42] לה) דוק במגדל-עוז על פ"א מהל' זכייה ומתנה הל' א'.

הזורמים או מי הגשם, - אלא דינם של חפצים אלה כחפצים אחרים. שייכותם נקבעת לפי ההיסטוריה הפרטית של כל אחד מהם לחוד, ובכיוון זה - **חזקת שייכותם-לכאורה** היא לפי **מקום הימצאם**: אם נמצאים הם בחצר פרטית, חזקת שייכותם היא לבעל-החצר[43], אם ברשות הרבים - נראה שאין בהם שום חזקה עקרונית כלל, לבד מהחזקה העשויה לעלות מן המסיבות של כל מקרה מסוים לחוד[44], ואם נמצאים הם בכרמילית, שזו בדרך-כלל סביבתם המקורית-הטבעית, חזקתם בהפקר.

אשר **לכוחות-הטבע**, כבר הסקנו בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון"[45], כי אין הם "נכסים", וממילא משמע כי אין הם יכולים להיחשב גם כנשוא של הפקר. אכן, נראה שלכל אדם מובטחת בדיני הנזיקין זכות של הנאה מן הכוחות החפשיים שבטבע, במידה שלא יפגע בזכות המקבילה של חבריו[46]; אך אין צריך לומר כי זכות מעין זו, אין לה ולא כלום עם זכות לזכייה קניינית בנכס, שהיא הגורם המכריע במושג ההפקר.

מצד שני, **האויר וגזים אחרים**, הסקנו לגביהם בספר על "ההחזקה ודיניה"[47], כי כשלעצמם ובמצבם החפשי אף הם נחשבים כ"דבר שאין בו ממש" - ובכן גם הם, במצבם זה, אינם "נכסים" בדיני ישראל ואינם יכולים להיחשב כנשוא של הפקר. יתר-על-כן, אף השימוש באויר - בדומה להנאה מכוחות-הטבע ובהבדל מזכות-הזכייה הכללית מן ההפקר - מוגנה בדיני הנזיקין[48]. אולם, האויר והגזים האחרים - **בהבדל מכוחות-הטבע** - עשויים להיהפך ל"חפצים", וממילא גם ל"נכסים" ונשוא של קניין, כאשר הם נאצרים ומובאים לכלל ריכוז בזהות מסויימת; על-ידי ריכוזם אפשר ואפשר [[9]] אפוא לזכות בהם זכייה קניינית, מתוך המצב של חוסר-בעלות שבו הם נמצאו בהתפשטותם החפשית מלכתחילה - ממש כדרך הזכייה מן ההפקר, - ונמצא אפוא כי מעמדם המשפטי-המקור י הוא כאילו באמצע, בין כוחות-הטבע מזה וההפקר הפשוט מזה. מעמד זה דומה מבחינה מסוימת גם למעמד "המדברות, הימים והנהרות", שבהוויתם הכוללת אין הם הפקר, ואף-על-פי-כן, כל חלק מיטלטל שבהם, הנתפס בנפרד מהם, הוא בחזקה של הפקר; אולם, גם כאן, כמובן, כמו בנקודות-הדמיון להפקר הפשוט ולכוחות-הטבע, יש להיזהר מהשתבשות: כי על אף מידת-הדמיון, המעמד המשפטי-המהותי של הדברים, וגם מכלול דיניהם למעשה, הריהם שונים, בכל סוג של דברים לחוד.

---

[43] לו) ר' "ההחזקה ודיניה", פרק ה' סע' ה'.

[44] לז) למשל, אריה המסתובב ברחוב, ודאי תהיה ההנחה המסתברת לגביו, שהוא ברח מגן החיות, ואין הוא הפקר, אלא יש לו בעלים. לעומת זאת, הגשם היורד ברשות הרבים - בהבדל מזה היורד בחצר - אמנם תוכל להיות חזקתו שהוא הפקר, בגלל עצם טבע הדברים.

[45] לח) בחלק ב', פרק ז', סע' ד'.

[46] לט) דוק בשו"ע חו"מ סי' קנ"ד סע' כ"א, לענין זכות השכנים ל**אורה.**

[47] מ) בפרק ג', סע' י"ח.

[48] מא) ר' שו"ע חו"מ סי' קנ"ד סע' כ"ה.

סוג דברים אחר שאין בהם מלכתחילה קניין, ואף-על-פי-כן אין הם הפקר, לענין שכל אדם יוכל לזכות בהם, הריהם **החפצים האסורים בהנאה**[49]. כאן, העדר הקניין מלכתחילה וחוסר אפשרות הזכייה אף בדיעבד נובעים מן המקור האחד, שאף-על-פי שמדובר כאן בחפצים - ובכן בדברים אשר מבחינת הוויתם הפיסית עשויים הם לשמש נשוא של קניין, - מכל-מקום המדובר הוא בחפצים שהדין מונע בהם את אפשרות הקניין, באופן עקרוני, מטעמים מיוחדים. הטעמים הללו שונים הם בכל מקרה ומקרה, ואין כנראה מקום להגדרה מהותית מאוחדת של המקרים בהם נהפכים חפצים לאסורים בהנאה על-פי דיני ישראל[50].

במסגרת זו נפתרת בדיני ישראל גם בעיית הגופה, שנתקלנו בה בסעיף ההשוואתי של עניינו: ר' עבודה זרה כ"ט ב'. אולם, אין הדברים אמורים כנראה בגופתו של גוי - לבד אולי מאיסור- הנאה מדרבנן[51] - ונפקא מינה להתר הנאה במסיבות מסויימות. אמנם, במסיבות מסוימות עשוי כנראה להידחות אף איסור-הנאה מדאורייתא, היינו על-ידי צרכים שבפיקוח-נפש, אך במקום של איסור מדאורייתא על-כל-פנים לא יהפוך התר-ההנאה את הגופה לממון ולנשוא אפשרי של משא-ומתן, מה שאין כן באיסור מדרבנן[52]. אשר לגוף האדם מחיים, נראה שלפחות אצל האדם בן-החורין אין הוא נשוא של קניין[53]. אולם, יכול אדם להפוך אה מעמדו ממצב של חרות לעבדות, ובזה נהפך גופו לקניין האדון[54], - ואף בחמרים המתפרדים מגוף האדם בחייו יתכן כנראה קניין. אמנם, בשר האדם אסור באכילה כנראה מדאורייתא[55], ואף בחמרים אחרים המתפרדים מן הגוף, כגון דם, חלב, עור, יש איסורי-הנאה מדרבנן[56]; אולם, גם בבשר עצמו - איסור-הנאה מלבד אכילה יש לכל היותר רק מדרבנן[57] - ואיסור-הנאה מדרבנן משאיר כאמור מקום לקניין מסויג. אין צריך לומר כי הפרדת [[10]] החומר מן הגוף אסור לה שתבוא על דרך חבלה[58], אך משנפרד החומר - ואין נפקא מינה כיצד נפרד - מסתבר שלפחות אם האדם הוא בן-חורין, זוכה הוא בחומר לעצמו (ומשמע כי

---

[49] מב) ר' הספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק א', פרק ב', הערה מ"ז, ופרק ג', סע' ב' סי' 4.

[50] מג) ר' ערך "אסורי הנאה" באנציקלופדיה התלמודית.

[51] מד) ר' משנה למלך על פי"ד מהל' אבל הל' כ"א ופתחי-תשובה על יו"ד סי' שמ"ט ס"ק א'.

[52] מה) ר' פ"ח מהל' מאכלות אסורות הל' י"ח ובמאמרים על שימוש רפואי בגופות בקובצי "נועם", כרכים ג' ו-ד', ו"התורה והמדינה", כרך' ה'-ו'.

[53] מו) ר' במאמר "משפט שיילוק לפי ההלכה", בספר לאור ההלכה, מאת הרי"ש זוין - ביחוד על סמך הנימוק שהוא מביא מבבא קמא פ"ד א': "בן חורין מי אית ליה דמי?" - ושלא כהצגות הר"ש ישראלי ב"התורה והמדינה", כרכים ה'-ו' וז'-ח'.

[54] מז) קידושין ט"ז א' וכ"ח א', ובבא קמא קי"ג ב', ותוספות על יבמות ע' ב', ד"ה אלמא לא קני ליה רביה.

[55] מח) פ"ב מהל' מאכלות אסורות הל' ג', ומגיד משנה שם, והגהת הרמ"א על שו"ע יו"ד סי' ע"ט סע' א'.

[56] מט) כתובות ס' א'; חולין קכ"ב א'.

[57] נ) ספרא, פרשת שמיני, פרק ג', סע' ד'; תשובות הרשב"א, חלק א', סי' שס"ד; פסקי הרא"ש על כתובות ס' א'.

[58] נא) ר' מאמרו הנ"ל של הרי"ש זוין.

אף מלכתחילה יש לו בו קניין ראוי)[59]. לגבי **השיער**, דעת הרמב"ם היא שאין בו איסור-הנאה אפילו במת ואפילו מדרבנן, ולכן אפשר לצוות עליו[60]. מחיים, דעת הכל היא שהשיער מותר. לגבי הפרשה כגון מי-רגלים, נפסק בשו"ע יו"ד סי' פ"א סע' א' שאין בו גם-כן שום איסור (אך ר' הסתייגות בש"ך, שם).

ולבסוף יש להזכיר כאן את מושג ה"הפקר של עולי בבל"[61]. על משמעות המושג הזה נעמוד בפרוטרוט להלן, בפרק על נכסי ציבור ורשות הרבים. כאן יצויין רק שאף זה אינו הפקר במובן הנכון, כי אם רק סוג של נכסי ציבור המוקדשים לרשות הרבים.

על דרכי הזכייה מן ההפקר פטורים אנו, כאמור, מלחזור ולדון כאן, אחר שכבר עמדנו עליהם באגב, בספר על "ההחזקה ודיניה"[62].

ג. דיני ההפקרה בשיטות נכריות

כפי שראינו, יתכנו שני מקורות של הפקר: הפקר שמלכתחילה, בחפצים העשויים להיקנות ושעדיין לא קנה אותם אדם מעולם, והפקרה או זניחת הנכס בדיעבד, על-ידי בעליו שהיו לו. על הפקר שמלכתחילה בשיטות השונות עמדנו בסעיפים הקודמים של פרקנו; עתה נעבור להפקר מן המקור האפשרי השני.

מקור כזה להפקר אינו מוזכר כלל במג'לה, ומכאן נמשכת השאלה אם תיתכן הפקרה במדינת-ישראל דהאידנא - לענין שבעקב זניחת הנכס על-ידי בעליו תזכה בו המדינה, בבחינת דבר שאין לו עוד בעל. פרופ' טדסקי[63] מבקש את הפתרון על סמך החסר במג'לה, **במשפט האנגלי**. וכאן - על אף התרוצצות-דעות מסוימת - נראה לו כי ההפקרה אפשרית, והיינו שהחפץ יוצא למצב של העדר-בעלות

כשמתגלה באופן חד-משמעי דעת הבעלים לוותר על זכותם. עם זאת, אין פרופ' טדסקי דוחה לחלוטין גם את האפשרות החלופה, לפיה אין המשפט האנגלי מכיר בהפקרה גמורה, המפקיעה את הבעלות מאליה. לפי התפיסה הזאת, אם מתגלה באופן חד-משמעי כוונת הבעלים לוותר על

---

[59] נב) דוק בפירוש המשניות להרמב"ם על ערכין, סוף פרק א', ונראה שפסק כרב נחמן בר יצחק וכפירוש רש"י - ר' לחם משנה על פי"ד מהל' אבל הל' כ"א, ודוק גם בדברי עולא בחולין קכ"ב א'.

[60] נג) פירוש המשניות, שם, ופי"ד מהל' אבל, שם - בהבדל ממה שנפסק בשו"ע יו"ד סי' שמ"ט סע' ב'.

[61] נד) ר' ביצה, דף ל"ט.

[62] נה) ביחס לדיני ישראל בעניין זה, ר' שם, פרק ג', סע' ט', ופרק ה', סע' ה', סי' 2 ו-3. ביחס לדינים ביבשת אירופה, ר' פרק א', סע' ג' (בסמיכות להערות ל"ה-ל"ז) וסע' ד' (בסמיכות להערות נ"ג-נ"ד). במשפט האנגלי אין פיתוח מיוחד של תורת התפיסה בחפצים. ר' גודיב, עמ' 91-90.

[63] נו) במאמר "הנכסים ללא בעלים והמדינה", בעמ' 175-174.

זכותם, אמנם רשאי ויכול כל אדם לזכות בחפץ המוזנח, על-ידי תפיסתו[64], אך על-ידי עצם התגלות הכוונה הזאת עדיין אין הבעלות הקודמת פוקעת, והרי זו נשארת בינתים בעינה, - בדומה לחלוטין לדין "ההאבדה מדעת" שראינו במשפט העברי[65].

[[11]] **ביבשת אירופה** כבר ראינו בפירוש שתיתכן הפקרה, במובן של הפקעת הבעלות לגמרי על- ידי זניחת החפץ, - ולענין זה דורשים אח הצירוף של הסתלקות מן הבעלות מבחינה רצונית וחדלון בהחזקת החפץ למעשה (היינו חדלון זיקת "הקורפוס"). ההסתלקות הרצונית יכולה לבוא לאחר אבדן ההחזקה או בעת אחת עמו, אבל אין היא מספיקה אם באה היא לפני כן. ההסתלקות מן הבעלות נחשבת כ"עסק משפטי חד-צדדי", וחלים בה דיני הכשרות לעסקים משפטיים. נחוץ כמובן גם-כן שהאיש יהיה **בעל החפץ**, שאחרת אין לו ממה להסתלק. **בגרמניה** מתקשרת דרישה זו בתפיסה העיונית שההפקדה היא בבחינת "שליטה משפטית בחפץ" (Verfugung) או "מעשה-קניין" בלשוננו), וחלים בה איפוא כל דיני השליטה, לרבות דיני ההכשרה הנחוצה.

במקרה שבעל החפץ זונח את החזקתו מדעת, מוחזק הוא בכוונה להסתלק גם מן הבעלות ממילא. מצד שני, אם החפץ נמצא בידו של שומר, יש אומרים שאין בעל-הבית יכול להסתלק מהחזקתו (וממילא גם לא מבעלותו) על-ידי הודעה חד-צדדיה לשומר, אלא נחוץ דווקא הסכם עם השומר בדבר מחילה על תביעת ההחזקה.

לפי סקירה זו מתברר - כפי שאמנם גם מוכר בעיון האירופי בפירוש - כי ההפקרה האירופית אינה נתפסת מצד **שחרור החפץ לזכות-התפיסה הכללית**, אלא מן הצד השלילי של **הסתלקות מן הקניין בלא העברתו לאדם מסוים.** בהתאם לכך נלמדת ההפקרה בשיטות של אירופה בסמיכות **למחילה** ולהסתלקות **משעבוד או שיתוף**, אשר גם אותן אפשר להעלות על הדעת על בסים חד-צדדי, ושלא כהעברה, אף-על-פי שבהבדל מן ההפקרה אין הן יכולות לפעול אלא לטובתו של צד שכנגד. מתקשרת לתפיסה זו גם התוצאה המעשית, שלמשל **באיטליה** - שם קובע החוק (בסע' 827) כי המקרקעין חסרי-הבעלים שייכים למדינה - הרי כשמתקיימות במקרקע הדרישות האמורות בהפקרה, אין הוא נעשה הפקר לכל, אלא נסוב הוא למדינה[66].

---

[64] נז) השווה הלסבורי-סיימונדס, כרך ב', עמ' 99, בהערה, וגודיב, עמ' 91.

[65] נח) בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ז', סע' א'.

[66] נט) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 52, 306, 602, 603, ור' גם סע' 699 של ספר החוקים האזרחי בצרפת; **מסיניאו**, כרך א', עמ' 172-170, וכרך ב/א, עמ' 339-338; **וולף-רייזר**, עמ' 289-290; **רוסל ומנתא**, ב', עמ' 424.

ד. ההפקרה בדיני ישראל

בדיני ישראל מובלט בהפקרה צד שחרורו של הנכס לזכות-התפיסה הכללית[67], שזהו היסוד המבדיל בין הפקרה לבין הסתלקות אחרת מן הקניין על בסיס חד-צדדי, כגון הקדש או נדר צדקה[68]. עם זאת, אין המפקיר צריך להתכוון דווקא לזכות את הכל: די שיכוון להסתלק מקניין-הגוף הנתון לו, שלא לטובת מישהו או משהו מסוים, ובזה ממילא יזכה את הכל[69] ותהיה הפקרה.

[[12]] כוונה זו, להסתלק מקניין-הגוף, סתם, הריהי היסוד המהותי היחיד הנדרש בהפקרה בדיני ישראל, ואין צורך שיהיה גם אבדן ההחזקה[70]. בהתאם לכך מתאפשר שזניחת החפץ בצורה ובמסיבות שיש בהן כדי להורות על כוונה להסתלק מקניין-הגוף, סתם, עולה כדי הפקרה[71] - ואף-על-פי שבדרך-כלל לא תועיל הזניחה כדי להפסיק את זיקת-ההחזקה עצמה, כפי שראינו בספר על "ההחזקה ודיניה"[72]. עם זאת יש לדייק היטב ולהבחין בין זניחה שאמנם עולה ממנה כוונה חיובית להסתלק מקניין-הגוף לבין זניחה המורה רק על הקלת-הדעת בבעלות. רק זניחה מן הסוג הראשון עולה כדי הפקרה. לעומת זאת זניחה מן הסוג השני פוטרת אמנם מן החובה להיטפל בחפץ כדי להשיבו בבחינת אבדה ומאפשרת זכייה לכל על-פי דיני היאוש, אך היא כשלעצמה אינה מפקיעה את הבעלות בינתים[73]. ההבחנה בין שני מיני הזניחה אין לה אמנם שום חשיבות מעשית מרובה, ולמעשה אף נוהגים מקורותינו להבליע את שני מיני הזניחה במושג האחד של הפקרה; אך על-כל-פנים, ההבחנה חופפת מציאות עובדתית ועניינית הגלומה בטבע הדברים, ומכאן גם הצדקתה המעשית, לחיתוך הדין במקרי-גבול נדירים (כגון שזרק אדם כתב-יד בלתי-חשוב בעיניו לארגז-הפסולת שלו, בעלית הגג, אשר לילדים ושכנים היתה גישה חופשית לקחת ממנו ככל שיעלה בדעתם; ובעוד ששום אדם לא הספיק לתפוס את כתב-היד לעצמו נפטר האיש, ויורשיו הרואים את הכתב כבעל-חשיבות באים למחלוקת אם נכלל הוא בירושה ושייך להם בשותפות, או שמא עדיין כל מי שיצליח לתפוס ראשון את הכתב יוכל לזכות בו לעצמו).

חזקת זניחה מן הסוג השני - היינו, במלים אחרות, חזקה של **יאוש** - עשוייה לעתים קרובות לעלות ממסיבות המקרה, אף אם לא היה שום **מעשה** של זניחה, כפי שראינו בספר על "ההחזקה

---

[67] ס) שו"ע חו"מ סי' רע"ג סע' ג' ו-ה'.

[68] סא) עה"ש שם, סע' ד'.

[69] סב) יוצא מן הכלל המקרה של הפקרת עבד כנעני מבוגר. עבד כזה "יש לו דעת ויד לזכות בנפש עצמו", ועם הפקרתו הריהו ממילא יוצא לחפשי (בכפוף לצורך בגט שחרור -שו"ע חו"מ סי' רע"ג סע' ו', ובאר היטב שם, ס"ק ד', ופ"ח מהל' עבדים הל' י"ג).

[70] סב-1) דוק בבאר-היטב על או"ח סי' תפ"ח ס"ק ט"ו.

[71] סג) עה"ש חו"מ סי' רס"א סע' ד'.

[72] סד) בפרק ג', סע' י"א.

[73] סה) דוק בעה"ש חו"מ סי' רס"א סע' ד' ובבאר-היטב באותו סימן, ס"ק ד', והשווה בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ז', סוף סע' א'.

ודיניה״[74]. דוגמאות נוספות לכך, שכדאי כאן להביא, הריהן מקרה החפצים המגיעים מאליהם לחצר הזולת ואשר מן הסתם גנאי הוא לבעליהם להטריח על בעל החצר כדי לבקש את הוצאתם[75], וכן מקרה העשבים שלבעל השדה אין בהם תועלת, אלא גורמים הם לו נזק[76]. בדומה לכך, גם ההפקרה הגמורה יכולה לפעמים להתקבל מתוך ייחוס הכוונה המתאימה לבעלים על-פי המסיבות, אף שלא בעקב זניחה ממשית[77], - ועל-כל-פנים מתקבלת ההפקרה על-ידי גילוי הכוונה בפירוש, בפני אדם, ולו גם במלים עקיפות[78]. לגבי עניינים שבין אדם למקום, יש אומרים כי ההפקרה מועילה אף אם לא באה לביטוי אלא בדברים שבלב[79]. אולם, במה שנוגע **למקרקעין,** אין הדין מכיר ברצינותה ושלמותה של הפקרה אלא אם הובעה בפני שלשה, שיוכל אחד מהם לזכות לעצמו בקיום עדותם של שני האחרים[80].

[[13]] תוך שלשה ימים מהפקרת הנכס, אם לא זכה בו שום אדם בינתיים, יכול המפקיד לחזור בו על-ידי גילוי כוונתו - ואף אם מדמה הוא לזכות מן ההפקר כזר, בדרך תפיסה, נחשב הוא כחוזר. טעם הדבר הוא בתקנה הבאה למנוע הערמה על חובת המעשר, כי פירות הנקנים מן ההפקר פטורים[81].

ההפקרה יכולה גם שלא להיות מוחלטת, כי אם על תנאי. קודם-כל, על **תנאי מפסיק,** שאם לא יזכה אדם בנכס המופקר תוך זמן קבוע, הרי זה יחזור לבעליו. בהפקרה כזאת אין חוששים להערמה: אין הבעלים יכולים לחזור בהם ממנה, וכשתופסים הם את הנכס לעצמם בתקופת התנאי - דינם כזוכים מן ההפקר[82]. התנאי המפסיק בהפקרה חשוב בקשר לאיסור הבעלות בנכסים מסוימים בתקופות מסוימות - כגון חמץ בפסח או בהמה המושאלת לעכו״ם העובד בה בשבת. מלבד זה תיתכן הפקרה על **תנאי תחולה** - היינו שעל-פי קיום התנאי או כשלונו תתברר תחולת ההפקרה, או אי-תחולתה, למפרע, - אבל לא יתכן תנאי של שיור שעבוד לבעלים, וממילא גם לא ייתכנו בהפקרה תנאים על מימוש זכות התפיסה הכללית[83]. במלים אחרות פירושו של דבר הוא כי ההפקרה עצמה - בבחינת מעשה משפטי - אמנם אינה מוכרחה להיות מוחלטת, אבל **תוכנה** - מצד גדרי סילוק הקניין - צריך על-כל-פנים להיות שלם.

---

[74] סו) פרק ז׳, בסמיכות להערה י״ג וסע׳ ב׳.

[75] סז) בבא מציעא קי״ח ב׳, ורש״י שם, ד״ה והשאר של תחתון.

[76] סח) בבא מציעא ק״ז א׳ (״הני תחלי דבי כיתנא אין בהם משום גזל״).

[77] סט) כריתות כ״ד א׳ (דיני שור הנסקל ועיר הנידחת).

[78] ע) שם, עמ׳ א׳ - ב׳ (דין האומר אי-אפשי במתנה שבאה לידו).

[79] עא) הגהת הרמ״א על שו״ע חו״מ סי׳ רע״ג סע׳ ז׳, ובאר-הגולה שם, ס״ק כ׳.

[80] עב) שו״ע חו״מ סי׳ רע״ג סע׳ ז׳.

[81] עג) שו״ע חו״מ סי׳ רע״ג סע׳ ט׳; ור׳ **אנציקלופדיה תלמודית,** ערך **הפקר,** סי׳ י״א.

[82] עד) שו״ע חו״מ סי׳ רע״ג סע׳ י׳.

[83] עה) דוק בירושלמי גטין פ״ז סוף הל׳ ג׳, ור׳ פני-משה שם.

עם זאת, הענקת **שעבוד לרבים** (מושג שנעמוד עליו בפרק הבא) דומה להפקרה - הן בזה שדי לה באמירה בלבד הן בזה שמזכה היא את הרבים, - ומתוך כך מוצאים אנו שמושג ההפקרה מתפשט אף עליה (כגון ב"הפקר לפירות" או ב"הפקר להילוך)[84]. אולם, יש להיזהר בדבר, כי בהפקרה מסוג זה עיקר הכוונה איננו בסילוק הקניין, כי אם בזיכוי חיובי, וגם מצד ההלכה יש הבדל - כי ההפקרה מסוג זה, מעצם טיבה, נזקקת לתנאים של מימוש הזכייה - ויש לראות בה איפוא מוסד קרוב (בדומה להקדש ולנדר-צדקה), אך שונה מן ההפקרה הרגילה באופן מהותי.

ההפקרה - אף-על-פי שאינה הקנאה[85] - מכל מקום דינה **כמעשה של קניין**, ובהתאם לכך נחוץ שאמנם יימצא הנכס ברשות המפקיר להפקירו וכי אמנם תהיה שם גמירת-דעת מלאה להפקיר, בלי שום טעות או פגם בכשרות. הרשות הנחוצה למפקיר היא אותה עצמה הנחוצה לשם הקנאת גופו של הנכס; ולכן, נכס הנתון בידו של שומר, יכול בעל-הבית להפקירו, אף בלי שום הידברות עם השומר - אבל נכס שנגזל, אין בעליו יכול להפקירו[86]. העובדה שהחפץ משועבד לאחר אינה מונעת הפקרה, כשם שאינה מונעת את הקנאת הגוף, וההפקר חל בכפוף לשעבוד. אולם, לענין זה ההפקרה היא חלשה יותר מן ההקנאה הרגילה: ההקנאה הרגילה אינה מפקעת שעבוד לקניין במוחזק, אבל שעבוד לקניין בראוי (כגון "שעבוד נכסים") הריהי מפקיעה; לעומת זאת ההפקרה אינה מפקיעה אפילו שעבוד לקניין בראוי, ובעל-חובו של המפקיר - אפילו במלווה על-פה - גובה מן הנכסים המופקרים, אף בידו של תופס, אלא אם נמצאים למפקיר נכסים מספיקים אחרים. אם נמצאים להפקיר נכסים אחרים, ושום אדם עדיין לא זכה במופקר, ידו של הנושה על העליונה: רוצה, גובה מן המופקר, רוצה - זוכה במופקר לעצמו ותובע את החוב מן הנכסים האחרים[87].

[[14]] באשר לנכסים שההפקרה תיתכן בהם, נשאר לנו לשאול אם היא תיתכן במקרקעין, כשנתונים הם לדין החזרה ביובל. נראה לומר כי מקרקעין כאלה ודאי צריכים היו לחזור גם אחר הפקרה[88]; ומאחר שההפקרה צריכה לסלק את קניין הבעלים לגמרי, ואילו במקרקע העומד לחזור ביובל אין קניין-הגוף מסתלק[89], משמע שבמקרה כזה אין ההפקרה אפשרית[90].[[15]]

---

[84] עו) **אנציקלופדיה תלמודית**, ערך **הפקר**, עמ' ס"ט.

[85] עז) עה"ש חו"מ סי' רע"ג סע' ב'.

[86] עח) שם, סע' א' II. כדין המיטלטל הגזול הוא גם דין המיטלטל שאבד ונתיאשו הבעלים, אלא שאין לכך כמעט חשיבות מעשית, שהרי הבעלים נפטרים מכל-מקום מנטל זכותם על-ידי היאוש.

[87] עט) קצות-החושן על סי' רמ"ה ס"ק ב' ו-ג'.

[88] פ) דוק בבכורות נ"ב ב', ושלא כמובא **באנציקלופדיה התלמודית**, ערך **הפקר**, בעמ' פ"ג.

[89] פא) משנה למלך על פי"א מהל' שמיטה ויובל הל' א'.

[90] פב) אמנם, **החזון אי**ש הסיק (ר' בדבריו המובאים בפ"ד מהל' ערכין הל' א', בהוצאת "אל המקורות") שבקרקע הכפופה ליובל יש הפקר, והתופס מחזיר ביובל; אבל לע"ד קשה הדבר, מן הטעם המוסבר. קשה גם לנסות ולתרץ את הדברים באופן שהפקר הגוף אמנם לא יהא כאן, אלא שיהא על-כל-פנים הפקר הגוף לפירותיו: אמנם, ראינו שיש מושג של הפקר-לפירות **לרבים** (ושאף זה איננו הפקר במובן המדויק); אך כאן

צריכים אנו הפקר **לקניין-פירות פרטי לתופס הראשון** - והרי זה דבר הסותר את מהות ההפקר, לפי מה שהוכרע בה, באופן מובהק.

פרק ב: נכסי ציבור ורשות הרבים

בפרק זה עוברים אנו לדון בנכסים שאמנם הם כבר קנויים לגורם כלשהו במוחזק, אלא שעדיין יש בהם דמיון מרובה למושג ההפקר - כי על-אף הקניין הנתון בהם לגורם מסוים, יש בהם גם רשות לרבים שאינם מוגדרים בזהותם האישית. אולם, יש להדגיש כי בתחום דיוננו לא נכליל את ההסדרים שהקניין האמור בהם הוא רק פיקטיבי בלבד, בעוד שלמעשה הנכסים הם הפקר גמור - כגון נכסי הצייד במדינת-ישראל או ברוסיה, שלהלכה קנויים הם למדינה ולמעשה רשאי כל אדם לתפוס מהם לעצמו, ולו בכפוף לסייגים כלשהם, שאינם שייכים לדיני הממונות כי אם למשפט הממלכתי. אנחנו פה נדון רק בהסדרים שהקניין האמור בהם הוא **ממשי**, ואין אדם יכול להפקיעו באופן חד-צדדי, על-ידי תפיסה לעצמו, - אלא שעם זאת כפוף הוא לרשות הרבים תוך היותו מתקיים ועומד בעינו.

א. הדינים במדינת-ישראל

שניים ממיני הנכסים הנכללים בסוג הנידון על-פי המשפט הנוהג במדינת-ישראל דהאידנא היתה לנו כבר הזדמנות להזכיר בפרק הקודם. ראינו שם קודם-כל כי על-פי חק המים מתשי"ט, סעיפים 1 ו-3, "מקורות המים במדינת-ישראל הם **קניין הציבור**", "נתונים לשליטתה של המדינה" ו"כל אדם זכאי לקבל מים ולהשתמש בהם בכפוף להוראות חוק זה". מנוסח זה משתמע כי המים עצמם - כל טיפה וטיפה מהם - למעשה היא הפקר; אך בהיות הטיפות מצורפות יחד במה שנחשב כ"מקור-מים" על-פי סע' 2 לחוק[91] אין שום אדם רשאי לתפוס אותן לעצמו באותו הצירוף הכולל: בצירוף זה הן בבעלות הגמורה והיחודית של "הציבור" - ודאי במובן הרגיל של בעלות, שעליו עמדנו בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון" ושעוד נעמוד עליו בספר זה להלן, - אלא שקניין ציבורי זה כפוף לרשותו של כל אדם לזכות לעצמו בכל טיפה וטיפה לחוד הנכללת במקור, כל זמן שלא יעבור על ההוראות (הממלכתיות) שבחוק. עם זאת יש לציין, שבמושג "קניין הציבור" הכוונה היא אמנם ל"בעלות" במובן הרגיל, כאמור, אך תימה הוא למה בדיוק הכוונה כאן כשמיחסים בעלות זו **לציבור**. ברור אמנם שאת הבעלות - בשם הציבור - אמורה לממש **המדינה**; אך מה ההבדל בין בעלות המדינה עצמה לבעלות הציבור, ומה הוא ומי הוא אותו הציבור שהבעלות נתונה לו, ומה יחסו למדינה האמורה לממש את הבעלות בשמו - כל אלה לא נתחוורו. נוסח פסק-הדין בבג"ץ 221/64 (המועצה המקומית פרדס-חנה נגד שר-החקלאות, פסקי-דין י"ח, עמ' 553) יוצא מן ההנחה ש"קניין הציבור" וקניין המדינה הם זהים.

מין הנכסים השני שהזכרנו והשייך לענייננו הריהו מין "הרי ההפקר" או "**הקרקע המתה**". "הקרקע המתה" עמדה, כאמור, בבעלות אוצר המדינה, ואדם לא יכול היה לזכות בה או בכל חלק ממנה כזוכה מן ההפקר, ואף-על-פי-כן - **צמחיית** הקרקע הזאת הריהי ברשות כל אדם כהפקר.

---

[91] א) סע' 2 מגדיר: "מקורות המים לענין חוק זה הם המעינות, הנחלים, הנהרות, האגמים ושאר זרמים ומקווים של מים, בין עיליים ובין תחתיים, בין נובעיים ובין מוסדרים או מותקנים, בין שהמים נובעים או זורמים או עומדים בהם תמיד או לפרקים, לרבות מי ניקוז ומי שופכין".

"קרקע מתה" הוגדרה בסע' 1270 של המג'לה כ"קרקע שאינה מיוחדת לבעלים[92] ואינה מרעה, שדה או מחטב עצים של כפר או עיר, ורחוקה מהישוב, כלומר מקום שלא תשמע בו קריאתו של אדם בעל קול חזק העומד על-יד אחד הבתים שבקצה העיר או הכפר". בשים-לב לביטול ההפקר ולדינים אחרים שנתחדשו מאז סילוקו של השלטון העותמני נראה שאף לפני הביטול המפורש בסע' 152 של חוק המקרקעין, תשכ"ט, כבר לא היה שום הבדל בין "קרקע מתה" לבין קרקע אחרת שבבעלות המדינה[93].

[[16]] ואילו מין נכסים שלישי, שאמנם כבר בוטל בינתיים בסע' 152 של חוק המקרקעין, תשכ"ט, אך שעוד כדאי לקיים את סקירתו לאחור, בהיות שעדיין מקובל היה בשעה שמחקר זה נערך, הריהו סוג **הקרקעות "מתרוכה"**, הנזכר בסע' 1271 של המג'לה ובסע' 1 של חוק הקרקעות מ-1274 להג"מ. בסע' 5 של חוק הקרקעות חוזר סוג זה ומתחלק לשני סוגי משנה: "**קרקע לצרכי ציבור כגון דרך ציבורית**" - או, בפי הפרשנים, "**מתרוכה מחמיה**" - ו"**קרקעות שהוקצו לצרכי כל תושבי כפר או עיר, או כפרים וערים, כגון מקומות מרעה שהוקצו לתושבי הכפרים והעירות**". והיינו, בפי הפרשנים, "מתרוכה מורפקה"[94].

שיהא (בעמ' 89) סבר כי בשני סוגי המתרוכה אין שום בעלות פרטית כלל, ומלבד ההוראות הכופפות אותם לרשות הציבור אין בהם שום שיור של דינים משלימים. אולם, **פאדל וסטיג** (בעמ' 30) סברו כי בשני הסוגים גם יחד קניין-הגוף הוא **למדינה**, והמדינה "עוזבת" את הקרקעות לרשות הציבור בכללו או לרשותו של ציבור מסוים. במלים אחרות: הרשאות מיוחדות אלו הן הוראות של המשפט הממלכתי, שהמדינה כופפת להן חלק מן הקרקעות שבבעלותה. סע' 29א' של פקודת הקרקעות (סידור זכות קניין) הכניס הבדל בין שני הסוגים לענין רישום בספרי-האחוזה החדשים: "מתרוכה מחמיה" צריכה להירשם על שם הממשלה, אבל "מתרוכה מורפקה" צריכה להירשם על שם הגוף המשפטי המייצג את הכפר או את העיר (אלא אם אין גוף משפטי שכזה, שאז נרשמה גם "מתרוכה מורפקה" על שם הממשלה).

שייכותה של קרקע לסוג "מתרוכה" נקבעה לפי היותה רשומה כך בספרי האחוזה או לפי שימוש מימים קדמונים[95]. מלבד זה יכלה קרקע להיעשות "מתרוכה" על-ידי רישומה כ"מתרוכה" בהסכמה הבעלים; ובהוראות של פקודת סחף חולות, סע' 15, נקבע כי כל קרקע שאנשי כפר נטעו עליה שיחים ועצים על מנת למנוע סחף חולות, נרשמת כקרקע מתרוכה לטובת תושבי הכפר[96]. על-פי סע' 16 ג' של דבר המלך במועצתו יכול היה שר המשפטים להעביר כל קרקע ממעמד של "מתרוכה" למעמד אחר "אם נוכח כי טובת הכלל מחייבת לעשות זאת וכי ייעשו הסידורים שעל-

---

[92] ב) הווה אומר, בעלים **פרטיים**, בהבדל מאוצר המדינה.

[93] ג) ר' פקודת הקרקעות (מואת) וסע' 5(א) של חוק נכסי המדינה, תשי"א.

[94] ד) לפירוש המונחים השונים, ר' **בן-שמש**, עמ' 36.

[95] ה) **דוכן**, עמ' 55-54.

[96] ו) **בן-שמש**, עמ' 37-36.

פיהם תוחלפנה כל אותן הזכויות או טובות-ההנאה באותה אדמה, שנהנו מהן קודם לכן, בזהויות ובטובות-הנאה אשר לפי דעתו תהיינה שוות במהותן די הצורך לאותן זכויות או טובות-הנאה קודמות".

אשר לדינים החיוביים שחלו על מקרקעי "מתרוכה", משותף היה הדבר לשני הסוגים שאין בהם דין הקנאה ושאין התישנות בתביעות להגנתם[97].

הדינים המיוחדים של "מתרוכה מחמיה", רובם הוחלפו כבר על-ידי סע' 44 של פקודת הנזיקין[98], שהכניס את דיני ה-public nuisance האנגליים: "מטרד הרבים הוא איזה פועל בלתי-מותר, או חדלון-מעשה ממלא חובה חוקית, כל מקום שאותו פועל או חדלון-מעשה מסכנים את חייו, בטחונו, בריאותו, רכושו או נוחיותו של הציבור, או מפריעים לציבור מהשהמש באיזו זכות של הרבים. לא תוגש כל תביעה משפטית על מטרד לרבים אלא בידי היועץ המשפטי או בא-כוחו - על צו מניעה, או בידי אדם כלשהו שעמד בנזק ממון על-ידי כך". לפי סע' 68א' (עתה 89) נמנעת ההתיישנות בתביעה לסילוק התקלה (וממילא נמנעת זכות-חזקה לטובת בעליה). דיני public nuisance דחו בפירוש את הסעיפים המקבילים שבמג'לה[99] אבל מסתבר שגם הדינים המקבילים שבחוק הקרקעות[100] נדחו [[17]] מפניהם ממילא, והוא הדין בסע' 1644 של המג'לה, אף-על-פי שאין היא נכלל בתוספת לפקודת הנזיקין. עם זאת, יתכן שעד הביטול בחוק המקרקעין, תשכ"ט, עדיין נותרה משמעות לסע' 1212 של המג'לה במידה שהוא קבע כי כל התערבות ב"מתרוכה מחמיה" - שלא בגדר הרשות הנתונה לרבים - הריהי אסורה לכתחילה אף אם אין בה תקלה למעשה, אלא שבדיעבד אין מסלקים אותה כל זמן שאין בה הפרעה ממשית. כמו-כן נראה כי נשארת משמעות לסע' 1218, שקבע כי "רשאי כל אדם לפתוח לו פתח חדש לתוך דרך הרבים". בסע' 189 של פקודת החוק הפלילי נקבעת התקלה הציבורית כעבירה פלילית; ור' גם סע' 384.

"מתרוכה מורפקה" - אפשר לסכם את דינה לאמור, שתושבי הערים או הכפרים אשר להם הוקצו המקרקעין, רשאי כל אחד מהם להשתמש באותם מקרקעין ולאכול את פירותיהם כדרכם, כגון על-ידי מרעה או חטיבת עצים, ואין אנשים זרים רשאים להשתמש במקרקעין. נעשה במקרקעין שימוש שלא כדין, אם על-ידי זר ואם על-ידי בן-העיר או הכפר, נראה שהיה לכל אחד מבני העיר או הכפר תביעה נגדו, אם סך בני-המקום הזכאים עולה על מאה; אבל אם אין הוא עולה על מאה, לא היתה תביעה לחלק מן התושבים אלא ברשות בית-המשפט (ובלעדי כך צריכים הם לתבוע כלם יחד)[101]. "אם הוכח שתושבי כפר אחד חטבו עצים, בלי רשות, בחורשות שהוקצו לתושבי כפר אחר,

---

[97] ז) חוק הקרקעות מ-1274, סע' 92, 94, 95, 96, 98, 102; מג'לה, סע' 1675.

[98] ז-1) כיום, סע' 42 ו-43 של פקודת הנזיקין (נוסח חדש).

[99] ח) סע' 926-928, 1213-1215.

[100] ט) סע' 93-95.

[101] י) ר' ע"א 45/40, פל"ר 1940, עמ' 171, ולעומתו ע"א 312/43, פל"ר 1943, עמ' 586 - על-פי הסעיפים 1644-1646 של המג'לה ותקנה 65 מתקנות הדיון האזרחי (כיום תקנה 29).

גובים מהם את ערך העצים החטובים כשהם עומדים, ויחלקוהו בין כל תושבי הכפר אשר להם זכות החטיבה". "בהמותיו של תושב כפר, יהא מספרן אשר יהא, שנהגו לרעות בשדה מרעה שהוקצו לכפר... אין למנוע את ולדותיהן מלרעות גם הם כך. אסור לשום אחד מתושבי הכפר להביא לשדה המרעה בהמות מן החוץ נוסף על אלה שיש לו, אם יהיה בכך משום דוחק לבהמות המקום. אדם שבא לכפר מן החוץ והתנחל בו ובנה לו בית מגורים חדש, יכול להביא מספר בהמות מן החוץ ולרעותן בשדה המרעה של אותו כפר, בתנאי שלא יגרום בכך דוחק ונזק לבהמות הכפר. אדם הקונה את ביתו של אחד מתושבי-הכפר, אין מונעים בעדו לרעות בהמות באותו מספר שהיה לקודמו". נראה שאת היעוד של "מתרוכה מורפקה" לא יכלו בני המקום לשנות, אפילו בהסכמתם הכללית - מלבד אדמות מרעה מסוג "יאילק" או "קישלק" (היינו "מרעה קיץ" או "מרעה חורף"), שבני המקום רשאים היו, על-פי הסכמתם הכללית, להפכם לשדות[102].

על-פי סע' 109(4) של פקודת המכרות, יכלו בני המקום לקבל רשיון חינם לחצוב באדמות "מתרוכה מורפקה" שברשותם - לצרכיהם שלהם, ולא למכירה.

בסמיכות לעניני "מתרוכה" יש לציין כי דרכים ציבוריות יכלו גם שלא להיות "מתרוכה" - על-פי פקודת דרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח) ועל-פי פקודת דרכים (רחבן והתוויתן). לפי פקודות אלה רשאים שר התחבורה או שר העבודה להפקיע קרקע לצורך סלילתה של דרך או שיפורה, והקרקע נקנית לבעלותו של השר, בשם ממשלת ישראל. כפיפות הקרקע לרשות הרבים לאחר מכן לא היתה מוסדרת, אך משתיסלל הדרך - וכל זמן שתתקיים למעשה - ממילא היא מוגנת על-פי פקודת הנזיקין ופקודת החוק הפלילי בגדרים שראינו לעיל, ולבד מן ההגנה המיוחדת הנקבעת או מתאפשרת גם בפקודות הנידונות ביחס לדרכים הנסללות על-פיהן או ביחס לדרכים ציבוריות בכלל.

לפי חוק המקרקעין, תשכ"ט, סע' 107 ואילך, באים במקום מקרקעי "מתרוכה" - "מקרקעי יעוד". לסוג זה של מקרקעין נכנסים כל המקרקעין השייכים למדינה, ל"קרן הקיימת לישראל", לרשות מקומית, או לתאגיד שנוסד בחוק והמיועדים לתועלת הציבור על פי אחד מחמשת קני המידה האלה: שפת הים ושטחי נמל; מים זורמים וגדותיהם; דרכים ותחנות רכבת; נמלי תעופה; מקרקעין שנקבעו כ"מקרקעי יעוד" בתקנות מיוחדות. מעמדם של "מקרקעי יעוד" אינו משתנה אלא באישור הממשלה או שר שנקבע לכך, וכל זמן שהמעמד לא נשתנה אין התישנות במקרקעין ואין להעביר את הבעלות בהם, להשכירם לתקופה העולה על חמש שנים או לשעבדם באפותיקי, או לשעבוד שכנים אלא גם כן באישור כנ"ל.

[[18]] אין הוראות בדבר **אחריות** המדינה או הרשות המקומית לגבי רשות הרבים שבבעלותן; אך בפקודת העיריות ובפקודת המועצות המקומיות יש הוראות בדבר **סמכויות** הגופים הללו גם

---

[102] יא) חוק הקרקעות מ-1274, סע' 91 (על התוספת מ-10 רביעול אוול 1293), 101,100,97,96,92; ובענין "יאילק" ו"קישלק" ר' גם **פאדל וסטיג**, עמ' 34-33.

בקשר לרשות הרבים, - ולאור פסק-הדין בע"א 144/60 (מדינת ישראל נגד שואעי חואטי, פסקי-דין ט"ז, חלק I, עמ' 209) חלה עליהם גם **אחריות**, בדרך יבוא מן המשפט האנגלי.

ב. הדינים ביבשת אירופה[103]

ביבשת אירופה נידונים הנכסים מן הסוג המשמש נשׂוא לפרקנו במסגרת המושג של res divini juris - res extra commercium - דברים שאין בהם דין מיקח וממכר - והרי זה אפוא מושג המציין לכאורה דברים שאינם כלל "נכסים" לפי מיוננו שלנו. ואמנם, מצד הדברים מסוג זה נכללים כאן ביחוד res communes, כגון האויר, ו-res divini juris או "דברי המשפט האלוהי", המקבילים מבחינה מושגית **לחפצים האסורים בהנאה** בדיננו. אולם, ה- res communes כוללים, כפי שראינו, גם את מי-הים והמים הזורמים, אשר בדיני ישראל אפשר כנראה לראותם מבחינה עקרונית כנכסים של **הפקר** (בסייגים שנראה להלן, בסע' ד' סוף סי' 2). אשר ל-res divini juris, הקפם למעשה הוא הרבה יותר מצומצם מן החפצים האסורים בהנאה על-פי דיני ישראל, והרי הם כוללים רק "**חפצי קודש**", **המוקדשים לפולחן**, או res sacrae, וקברות או res religiosae. הדברים מסוג זה במשפט האירופי החדש אינם דווקא נמנעי-בעלות, אלא מתקיים בהם המבחן של בעלות הכפופה לרשות הרבים, ובאמת הריהם נתפשים אפוא - אפילו כשהם לעצמם - בגדרי עניינו.

בין ה-res communes מזה וה-res divini juris מזה כוללים ה-res divini juris את ה-res publicae או **נכסי ציבור**, והם הם השייכים למעשׂה לנשוא עניינו בייחוד. אולם, אף סוג זה של נכסים כשלעצמו, עוד הוא מעורבב במשפט האירופי עם סוג אחר של נכסים, אשר הוא מצידו שׂוב **חורג** מגדרי עניינו כפי שהגדרנוהו לעיל.

"נכסי הציבור" במובן המדויק הם **הנכסים העומדים במישרין לשימוש הציבור**, וכוללים הם בעיקר את דרכי התחבורה, כבישים, נמלים, נהרות בני שיט, חוף הים עד קו הגאות המירבית, שפת-הים (עד קו בלתי-מסוים מעבר לכך), וכו'; אך המשפט האירופי נוטה לערבב את "נכסי הציבור" במושג אחד עם נכסי המדינה ורשויות ציבוריות אחרות, הנועדים לשרת את צרכי הציבור **בעקיפין** - כגון ביצורים, קסרקטינים, מוזיאונים, אנדרטאות, ואף מיטלטלין הנועדים להשתמר לטובת הציבור בעינם, בגין ערכם ההיסטורי או האמנותי. הנכסים משני המינים נתפסים **בצרפת ובאיטליה** במושג המאוחד של domaine public (dominio pubblico) או "**רכוש ציבורי**" - בהבדל מן "**הרכוש הפרטי**", העשוי גם-כן להימצא לאותן רשויות ציבוריות (כגון בניינים שונים, מפעלים כלכליים, ציוד משרדי, כספי האוצר וכו'); וטעם הערבוב הוא שבנכסי "הרכוש הפרטי" חלים **דיני הקניין הרגילים** - ולו גם בכפוף לסייגים מיוחדים כלשהם העשויים

---

[103] יב) הסקירה מבוססת על **פלניול וריפר** ג', עמ' 122 ואילך; **מסיניאו**, א', עמ' 424 ואילך; אנקצרוס-ניפרדי, א', עמ' 544 ואילך; **ודרנבורג**, א', עמ' 163 ואילך.

לחול אף ביחס ל"רכוש הפרטי" מצד המשפט הממלכתי, - בעוד ש"הרבוש הציבורי" מוגבל באופן עקרוני בשני סייגים אלה: אין בו דין הקנאה ואין בו זכות-חזקה.

[[19]] מעבר להגבלה זו אין למעשה הבדל בין "הרכוש הציבורי" **העקיף** לבין "**הרכוש הפרטי**" של המדינה והרשויות הציבוריות: שני מיני הרכוש גם יחד נתונים לשלטונן של אלו כדרך שכל רכוש נתון לשלטון בעליו, על-פי צירוף דיני הקניין וכל סייג אפשרי מצד המשפט הממלכתי - ולו יהא שבעל הרכוש הרגיל אינו צפוי בסתם לממש את קניינו אלא בהתאם לצרכיו הפרטיים, בעוד שלמדינה ולרשויות הציבוריות אין שום צרכים פרטיים מתאימים, מלבד צרכי שירותן לציבור, בכל פריט ופריט רכושי כדרכו. על-כן גם "הרכוש הציבורי", מצידו, במסגרת אותה הגבלה מיוחדת שאמרנו - למעשה אין הוא כפוף להגבלה באופן מהותי לעולם, אלא עשוי להשתחרר ממנה בכל עת. האפשרות האחת לכך היא שהעניין הציבורי בנכס יאבד מטבע הדברים, כגון שהנהר ישנה את אפיקו, או שהקסרקטין ייהרס ויישארו רק גלי אבניו ומיטלטלין שונים מציודו; האפשרות השנייה היא שהרשות המוסמכת תשחרר את הנכס ממעמדו כ"רכוש ציבורי", בדרכי-הנוהל הקבועות לכך על-פי דין. בשני המקרים נהפך הנכס לנכס רגיל, באותה שייכות קניינית שבה הוא נמצא מעבר להיותו "רכוש ציבורי" - ובסך-הכל יוצא אפוא כי ההבדל המהותי בין "הרכוש הפרטי" ל"רכוש הציבורי" (ולפחות "הרכוש הציבורי" **העקיף**) הוא מצומצם ביותר. ביחוד מתברר שגם "הרכוש הציבורי" הוא למעשה בר-הקנאה בכל עת - ולו גם תוך נוהל מסובך קצת יותר מזה הנחוץ כדי להקנות פריטים מן "הרכוש הפרטי" שדין הקנאתם הוא מוגבל, - וההבדל הממשי היחיד הנשאר למעשה הוא רק זה שב"רכוש הציבורי", כל זמן שמעמדו מתקיים, אין התופס שלא כדין יכול להגיע לכלל זכות-חזקה. אך הבדל זה - לא זו בלבד שהוא מצומצם, כאמור, אלא יש גם מקום לתהות עליו מעיקרו: שהרי אם ההנחה היא כי בדרך-כלל זכות-החזקה היא מוצדקת - אף לגבי תמונה של רמברנדט, למשל, שנגנבה מאספן פלוני - אין שום הכרח לראות דווקא את זכות-החזקה **כבלתי-מוצדקת** כשהגניבה היתה ממוזיאון; ובהתאם לכך, **בגרמניה**, לפי **אנקצרוס-ניפרדי**, אמנם הגיעה ההתפתחות המשפטית לכך, שבנכסי המדינה והרשויות הציבוריות, שאינם "נכסי ציבור" במובן המדויק ואינם עומדים **במישרין** לשימוש הציבור, אין מבחינים עוד בין "רכוש ציבורי" ו"רכוש פרטי" אלא בכלם רואים "**רכוש פרטי**" בלבד. הדבר אינו מונע שבנקודות שונות יהא הרכוש הזה כפוף להוראות מיוחדות של המשפט הממלכתי, בכל ענין וענין לפי צרכו המיוחד, כאמור[104].

באופן כזה חוזרים אנו לסוג הנכסים המשמש כאן כעיקר נשוא דיוננו, והוא סוג "נכסי הציבור" במובן המדויק.

---

[104] יג) במסגרת זו קיימת בגרמניה הבחנה בין ה-verwaltungoveruiosgen או "הרכוש המינהלי", שפריטיו נחוצים לתועלת הציבורית, לבין ה-finanzveranogen או "הרכוש הכספי", שפריטיו חשובים רק בגין ערך-החליפין שלהם.

הייחוד המהותי של הנכסים מסוג זה הוא שכל אחד ואחד מבני הציבור ("האזרחים" או "כל מי שנמצא בתחום המדינה ברשות") רשאי להשתמש בהם כדרכם, **במישרין** - בלי אמצעותם של אנשי מינהל כלשהם שיגשימו את השימוש **בשביל** הציבור (כפי שנחוץ למשל ב"רכוש הציבורי" מסוג קסרקטין או מערכת-ביצורים), ואף בלי אמצעותה של זכות-תביעה לרשות מינהלית כלשהי **שתאפשר** את השימוש (כפי שהמצב הוא, למשל, ב"רכוש הציבורי" מסוג של מוזיאון). זהו הגורם הראשון המכניס את הנכסים הללו לתחום עניינו. הגורם השני הוא, שעם זאת אין שום אדם יכול לתפוס את הנכסים הללו ולזכות בהם לעצמו, כפי שיוצא מהיותם "רכוש ציבורי", שאין בו דין הקנאה וזכות-חזקה.

[[20]] אולם, השאלה נשארת, אם בשים-לב למכלול דיניהם אמנם ראויים הנכסים הללו להיתפס בכלל כ"נכסים" על-פי המיון שבו אנו נוהגים מצידנו. לפי תפיסה אחת שאנו מוצאים בפרשנות האירופית צריכה התשובה להיות **שלילית**. לפי תפיסה זו, אין ב"נכסי הציבור" קניין לשום גורם שהוא, ודבר היותם נתונים לרשות השימוש הישיר על-ידי של אחד מבני-הציבור - תוך השגחה **מינהלית** על-ידי הרשות הציבורית המתאימה - הוא הממצה את כל מעמדם המשפטי כלו. ואמנם, בכמה מדינות גרמניות נראה שזהו הדין המוכר ביחס לנהרות[105]. אולם, בדרך-כלל נדחית התפיסה הזאה, ומעבר לרשות-השימוש של בני-הציבור ולכל דין מיוחד הנמשך מכאן מכירים ב"נכסי-הציבור" **בעלות רגילה** למדינה, לרשויות ציבוריות אחרות (רשויות מקומיות), ואף לפרטים, - לפי המקרה ההיסטורי של כל נכס כזה לחוד. הכלל הוא שדרכי-תחבורה ארציות, וכן חוף-הים, שייכים למדינה; דרכי-תחבורה מקומיות שייכות לרשויות מקומיות. **בצרפת** מדברים על "קניין האומה", המתגלם בקניין הרשויות הציבוריות השונות, הארציות-הכלליות ("המדינתיות") או המקומיות (המחוזיות או הקהילתיות), לפי המקרה.

בהתאם לכך לכאורה ניתן היה לראות את מעמדם של "נכסי הציבור" כמעמד של נכסים רגילים, רק שהבעלות בהם כפופה **לשעבוד הרבים**. אולם, כאן חוזרים אנו לדין המונע בהם אפשרות הקנאה וזכות-חזקה, ונמצא כי שעבוד הרבים אינו מסתכם בתוכנו העצמי בלבד, אלא באמת מעביר הוא את הנכסים **למעמד מיוחד**, כל זמן שהשעבוד מתקיים. מעמד זה אינו פוגע אמנם "בנכסיות" הנכסים - אפילו לפי מיוננו - כי אפשרות-ההקנאה היא רק מותלית כאן, ואף ניתנת להחזרה בכל עת, כפי שראינו, ואין היא נמנעת באופן מהותי לחלוטין; אך על-כל-פנים, כל זמן שרשות הרבים מתקיימת, נמצא כי הבעלות שמעבר לה נשארת מוגבלת לא רק על-ידי רשות זו עצמה, אלא גם על-ידי הגבלות מהותיות חיצוניות, המוסבות אמנה מבחינה היסטורית על-ידיה, אך אינן מתחייבות ממנה, לא מבחינה מושגית ולא משום בחינה הגיונית-מעשית. לפי **אנקצרוס-ניפרדי** נוטה ההתפתחות בגרמניה להיפרד מן הגישה המסורתית גם בנקודה זו, כי גורסים הם

---

[105] יד) דין "נכסי הציבור" בגרמניה אינו מוסדר בבג"ב ואינו כל-ארצי, אלא נשאר הוא נתון להסדרים המקומיים של כל מדינה ממדינות הברית הגרמנית לחוד.

שלפי הדין הגרמני, הקנאת "נכסי-הציבור" על-ידי בעליהם אפשרית היא, בכפוף לשעבוד הרבים שיישאר בעינו - כדרך שאפשרית ההקנאה בכל נכס אחר הנתון לשעבוד[106].

מבחינת דרכי-ההתהוות, יכול נכס להיות ל"נכס הציבור" (או להיכלל ב"רכוש הציבורי") באחד משני האופנים: או שנתפס הוא בגדר זו על-פי עצם טבעו (כגון נהר בן-שיט או חוף-הים) או שמועידים אותו לשימוש הציבורי בכוונה ובמיוחד (כגון כביש). ההועדה מורכבת מן הכוונה המודעת של הרשות הציבורית המוסמכת ומהעמדת הנכס לשימוש הציבורי למעשה. נתון הנכס לבעלותו של גורם שאיננו הרשות המוסמכת עצמה - נחוצה להועדה גם הסכמת הבעלים. מצד שני, הועדה על-ידי הבעלים שלא באמצעות הרשות המוסמכת אינה מועילה.

[[21] הנכס יוצא מכלל "נכסי הציבור" או "הרכוש הציבורי", כפי שראינו לעיל: על-ידי שינוי טיבו או על-ידי הפקעת ייעודו הציבורי במכוון.

כל זמן שהייעוד הציבורי מתקיים, יש לכל אחד מבני-הציבור, כמוגדר לעיל, זכות למימוש רשות-השימוש שלו בנכס, בכפוף לזכותם המקבילה של בני-הציבור האחרים. בקשר לטיבה של זכות זו מתנהלת מחלוקת: יש אומרים כי כל אחד מבני הציבור אינו יכול להגן על זכותו בדין, בעצמו, - כי זכות-השימוש הפרטית היא רק "רפלקס" מן "המעמדי הציבורי" של הנכס - ובמקרה של פגיעה, רק יכול הפרט להתלונן בפני הרשות הציבורית המתאימה, כדי שזו תגן על הזכות, מצידה[107]; דעה אחרת היא כי הזכות הפרטית לשימוש ב"נכסי-הציבור" היא זכות עצמאית גמורה, וכל אחד יכול להגן עליה בדין בעצמו, לפחות במידה שהוא עצמו נפגע במישרין. מכל-מקום, שימוש הפוגע בזכותם המקבילה של כל בני-הציבור הוא אסור. גדרי הזכות צריכים להתברר בכל מקרה לפי עניינו, ואין מניעה עקרונית שזכות השימוש הציבורי תותנה בתשלום אגרה. אין גם מניעה שלפעמים תורחב זכות השימוש, על-ידי הרשות המוסמכת, לטובתם של פלוני או פלונים, על חשבון זכות השימוש המקבילה של האחרים, כגון על-ידי מתן רשות לעריכת הפגנה ברחוב, תחרות וכיו"ב. תיתכן גם הענקת זכיונות קבועים במקום המשועבד לרשות הרבים - למשל, להחזקת דוכן משקאות או מפעל מרחצאות, הנהלת מפעלי-תחבורה וכו'. הזכיון - יתכן שיביא למזוכה "זכות פרסונלית" או אף "ריאלית", ואין הדבר נחשב כפגיעה בעקרון מניעת-ההקנאה ב"נכסי הציבור".

יש דעה כי במקרה שנגרם שינוי ברשות הרבים - ואף כשנגרם השינוי על-פי דין, על-ידי הרשות המוסמכת עצמה, - זכאים לפיצויים כל השכנים, אשר ערך נכסיהם נפגע על ידי השינוי.

---

[106] טו) למעשה, גם **באיטליה** מוצאים אנו דבר דומה, כי **מסיניאו** מציין שהקניין ב"רכוש הציבורי" ניתן להעברה בין הרשויות הציבוריות השונות.

[107] טז) ר' **וולף-רייזר**, עמ' 411, והשווה בפרק הקודם, בסמיכות להערה כ"ב.

לפי התפיסה ש"נכסי הציבור" - מעבר לגדרי שעבודם לרשות הרבים - נתונים לבעלות מסוימת, הרי פירותיהם וכן זכות השימוש בהם מעבר לטווח עניינם של הרבים (למשל מתחת לפני אדמתו של כביש) שייכים לבעליהם. כמו כן חוזרים הנכסים לרשות בעליהם לגמרי, כאשר שעבוד הרבים נפקע. לעומת זאת, לפי התפיסה שאין בעלות ב"נכסי הציבור", הרי השימוש בהם מעבר לטווח של רשות הרבים הוא ענין להסדר מינהלי גרידא, ואילו משנפקע הענין הציבורי בנכסים - נעשים הם הפקר.

בסמיכות ל"נכסי הציבור" מזכירים **בצרפת** סוג נוסף של נכסים, העומדים אמנם לשימוש הישיר של הרבים, אך **לא לכלל הרבים** - לא לכל בני-הציבור, כפי שהגדרנו לעיל - כי אם רק לבני ציבור מסויים, בדומה ל"מתרוכה מורפקה" שראינו במורשת העותמנית של מדינת-ישראל. המדובר הוא ביערות ואדמות-מרעה השייכים באופן מאוחד לכלל התושבים של קהילה. כל מי שהוא תושב הקהילה בשעה מסוימת זכאי להשתתף אותה שעה בשימוש בקרקעותיה מן הסוג הנידון, בגדרי מה שנקבע במועצה המקומית. כיום נוטים לפרש שקרקעות אלה שייכות לאו דווקא לכלל תושבי הקהילה, כי אם לקהילה כגוף משפטי, כדי שהקהילה תהא מוסמכת למכור את הקרקעות.

[22]] סוג נכסים אחר, הנידון בסמיכות ל"נכסי הציבור" הריהו כאמור סוג "חפצי הקודש", המוקדשים לפולחן. הכוונה, למעשה, הריהי בעיקר לכנסיות. ההבדל מ"נכסי הציבור" מתבטא כאן בכך, שקניין הגוף בנכסים אלה נתון בדרך-כלל לאו דווקא לרשויות ציבוריות, כי אם לגורמים פרטיים או כנסיתיים, והועדתם (הקדשתם) או שחרורם אינם תלויים ברשויות ציבוריות, כי אם ברשויות הכנסיתיות שמעמדן מוכר במשפט המדינה. הבדל נוסף הוא שהקדשת הנכסים אינה מזכה את כל בני-הציבור לפי ההגדרה הכללית דלעיל, כי אם רק את בני הציבור המסויים של עדת המאמינים. כל זמן שההקדשה מתקיימת אסורה הפגיעה בייעוד הנכסים המוקדשים, אם מבחינה חמרית ואם מבחינה רוחנית, כדרך שאסורה הפגיעה בזכותם של הרבים ב"נכסי הציבור". הדברים אמורים, כמובן, רק באותן המדינות ובאותה המידה שבהן ההקדשה הפולחנית היא מוכרת במשפט המדינה. אין הקדשה כזאת מוכרת **בצרפת**, למשל, - **ובאיטליה** מוכרת רק ההקדשה לצרכי הפולחן **הקתולי**. במידה שההקדשה אינה מוכרת, חלים דיני הקניין הרגילים. דין בתי-הקברות הוא בדרך-כלל דומה, אלא שעשויים הם להיות מוקדשים גם על-ידי רשות ציבורית-מדינתית. מלבד בתי-הקברות הכלליים תיתכן גם הקדשת מקום לקבר על-ידי בעל המקום. הקדשה כזאת אינה משנה אה מעמדו הקנייני של המקום, ורק קובעת היא "זכות ריאלית" - שעבוד-קבורה (שאינו ניתן להעברה) - לאנשים שלקבורתם הוקדש המקום[108].

---

[108] יז) **במדינת-ישראל** אין דין קנייני מיוחד לבתי-תפילה, והריהם או פרטיים (רוב בתי-הכנסת) או **הקדשות**. אשר לקברות - קובע סע' 33 של חוק הקרקעות מ-1274 להג"מ כי קבורת מתים באדמת "מירי" אסורה, ואם עברו וקברו - מסלקים את הקבר. הנוהג הוא איפוא שלצורך קבורה הופכים אדמת "מירי" ל"מולק", ולאחר מכן - אם המת מושלמי - נהפך הקבר להקדש ("וקף"). אם האיש יהודי או נוצרי - נראה שאין שינוי קנייני במקום. ר' **בן-שמש**, עמ' 76-79. הוראות כלליות בקשר לקבורה מצויות בפקודת בריאות העם, 1940, ובתקנות בריאות העם (קבורה מחדש), 1941.

ג. המשפט האנגלי

באנגליה נראה מאוסף הדינים של **הלסבורי** כי אין המשפט מכיר במושג אחד כולל של "רשות הרבים", במקביל לענייננו. עם זאת מוקדש כאן פרק מיוחד וגדול מאוד **לדרכים ציבוריות**[109]. תמצית הדברים היא כי הדרך הציבורית היא ענין של **שעבוד** המוטל לטובת הרבים, לצורך המעבר לשם מטרות חוקיות, באדמה של **הפרט** - ובין אם הפרט הוא אדם מסוים, או "הכתר", או גוף כלשהו. השעבוד נוצר על-ידי הועדה מטעם הבעלים והיענות הציבור על-ידי התחלת השימוש למעשה, ולאחר מכן שוב אין הוא מתבטל אלא על-פי איזה חוק מיוחד - או על-פי החוק הכתוב הכללי, הדורש הכרעה על-ידי ועדה שיפוטית. שימוש הציבור בדרך, בתום-לב, במשך עשרים שנה, הוא ראייה להועדה על-ידי הבעלים. לבעלי החצרות הסמוכות לדרך יש מלבד חלקם בשעבוד הכללי גם זכות מיוחדת להשתמש בדרך לשם כניסה לחצרם (דבר העשוי להצריך למשל את חסימת הדרך על-ידי פניית כלי-רכב וכיו"ב) - וזכות זו דוחה את רשות הרבים, כל אימת שהפגיעה לא תהיה מהותית. כמו כן רשאים בעלי החצרות הסמוכות להשתמש בדרך לשם העמדת פיגומים לצורך בנייה - בתנאי שהפיגום לא יתקיים יותר מן הזמן הנאות, וההפרעה לציבור תופחת עד כמה שאפשר. זכותו של הציבור מוגנה לפי השיטה שכבר ראינו לעיל בסקירת הדינים של מדינת-ישראל. הוראות מפורטות מאוד מסדירות את אחריות הרשויות הציבוריות השונות לגבי שמירת הדרכים.[[23]]

ד. דיני ישראל

1. רשות הרבים דעלמא

בדיני ישראל נכסים שאינם הפקר, ושעם זאת יש בהם רשות לרבים, באופנים שונים. האופן המובהק ביותר הוא זה שבו קרויים הנכסים בעצם השם הזה: "**רשות הרבים**", ואת סימן-ייחודם של הנכסים מסוג זה אפשר כנראה להעמיד על שני גורמים אלה: הרשות הנתונה בהם לרבים עומדת בסתם לכל אדם[110], ושום אדם אינו רשאי להחזיק בנכסים או בכל חלק מהם לעצמו,

---

[109] יח) ר' **הלסבורי-סיימונדס**, כרך י"ט, ערך highways.

[110] יט) נראה שאין למצוא בדיני ישראל הגבלה מפורשת מעין מה שראינו באירופה, שהרשות הנתונה לרבים עומדת רק ל"אזרחים" או למי שנמצא בארץ ברשות. אך באמת מסתבר שגם בדיני ישראל הוא הדין, ואין לומר שרשות הרבים היא רשות לכל אדם באשר הוא, בלי הבדל ובלי סייג. כך מתחייב ממה שנראה להיות כלל, שאם נוהג אדם שלא כדין, אין חובה לכבד את מנהגו, ואין אחריות בנזיקין על פגיעה במנהג זה - אם כי אמנם אין הדבר מזכה שום אדם להזיק לחברו מעבר לעצם הפגיעה במנהגו האסור של הלה (השווה שו"ע חו"מ סי' קנ"ד סע' י"ח, בשלהי ההגהה, וסי' שע"ח סע' ו', וסי' תי"ד סע' א'). יוצא מכאן, שאדם אשר עצם הגעתו לרשות-הרבים היתה שלא כדין יכול אמנם להתלונן כשנגרם לו שם נזק על-ידי פשיעה אישית כנגדו, אך אין לו תלונה על פגיעה המתבטאת רק בהפרעה לעצם שימושו ברשות-הרבים או על פגיעה הנמשכת רק מפשיעה כנגד רשות הרבים בכללם; כי באמת, מטבע הדברים, אין לו כלל חלק ברשותם של הרבים.

בבחינת "חצר עומדת" או "בלתי-מונעת"[111] - לבד ממה שנחוץ מטבע הדברים לשם עצם מימוש רשותו כאחד מן הרבים כדרכה[112]. להלן נראה כי יש להכיר בדיני ישראל גם רשות-הרבים שאינה לכל אדם, כי אם רק לבני ציבור מסוים, וכדי להבדיל את רשות הרבים שלנו מרשות מרבים מסוג זה קראנו לה בכותרת "**רשות הרבים דעלמא**"[113].

רשות הרבים דעלמא, נראה שהיא בבחינת שעבוד לטובת הרבים במקרקע של הפרט[114]. השעבוד נוצר על-ידי תקנה מיוחדת[115] או על-ידי הועדה מטעם הבעלים, הנשלמת על-ידי היענות הרבים[116] - ומשנוצר השעבוד אין לאדם רשות לפגוע בו או להפקיעו אלא בדיני המלוכה[117]. היענות הרבים צריכה להתבטא בהתקנת המקום המועד למטרת ההועדה, אבל אם נמצא כבר המקום מותקן מלכתחילה, אין נדרש אלא שהרבים אמנם יתחילו להשתמש בו לפי תעודתו[118].

[[24]] בעייה מתעוררת, כיצד מתבררת היווצרות השעבוד. בכיוון זה כותב **הסמ"ע** ש"כל שרבים מוחזקים בו עתה לפנינו, טוענין להן ואמרינן דבדואי ברשות החזיקו בו"[119] - אולם, דברים אלה קשה להלמם. הסמ"ע מדבר כאן בבירור על חזקה בעלמא - בהבדל מזכות חזקה - הנוצרת לפי עצם המצב בהווה, בלי זיקה לשום משך זמן מסוים; וחזקה כזאת (שגם תהא נובעת רק מן המנהג המעשי בלבד, ללא **החזקה**) אינה ידועה במקורותינו לפי שום שיטה. אף אין זה מתקבל על הדעת מבחינה מעשית שבעל הבית יאבד את חזקתו העקרונית על ידי עצם העובדה שנעברה עבירה

---

[111] כ) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ה' סע' א' בסמיכות להערה ו' וסע' ג'.

[112] כא) ר' שו"ע חו"מ סי' שע"ט סע' א', שבסתם אמנם אין אדם רשאי לעמוד ברשות הרבים, אך לצורך מנוחה מותר לו לעמוד - בכפוף לחובת אזהרה למי שעשוי להיפגע, - וכשצורך-העמידה מטריד את האדם מן היכולת להזהיר, כגון שנאלץ הוא להשקיע את כל תשומת-לבו בתיקון המשוי שמצבו השתבש, מותר לו לעמוד אף בלי אזהרה.

[113] כב) השווה סמ"ע על שו"ע חו"מ סי' שע"ז סע' א': "זכות הרבים דעלמא", כנגד "דרך מיוחד דווקא לבני מבוי או עיר א' לחוד".

[114] כג) דוק במלים "מי שהיה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו": משנה בבא בתרא פ"ו מ"ז.

[115] כד) כגון רשותם של כל בני ישראל לדוג ולשוט בים כנרת של שבט נפתלי: בבא קמא פ"א א', ור' להלן הערות נ"ד ו-נ"ז.

[116] כה) בבא בתרא ק' א'.

[117] כו) ר' דברי ר' אליעזר ורב יהודה בבבא קמא דף ק', ריש עמ' א', לענין שבסתם אין לאדם שליטה לשנות את השעבוד; ור' תשובת הרשב"א המובאת בבית-יוסף על חו"מ סי' קס"ב סע' ו'. כן שייך לענייננו שו"ע חו"מ סי' ת"י סע' ז'.

[118] כז) בבא בתרא ק' א' (על סמך המלים "הואיל ונעשה להילוך - נקנה בהילוך": הא אם לא נעשה, "אין הילוך מועיל כלום עד שיחזיק", במובן ההחזקה המוסבר שם אצל רש"י).

[119] כח) חו"מ סי' שע"ז ס"ק ב. (החזקת הרבים - מובנה כאן בודאי **מנהג**, ואין לערבב עם החזקה במובן אחיזה).

כנגדו[120]. מצד שני כותב **הרשב"ם**, שאף באין לנו ידיעה בדבר הועדת המקום על ידי הבעלים, הרי רשות הרבים קיימת אם "הוחזקו לעבור שם מעולם"[121]; אולם, דעה זו היא גם כן תמוהה, כי כאן מדובר כבר **בזכות חזקה**, וקשה לראות מה הכריח את הרשב"ם לדרוש לענין זה תקופה כל כך הרבה יותר ארוכה מאשר בשעבוד היחיד[122]. גירסה שלישית, שוב, מוצאים אנו בתשובת **הרשב"א**, סי' אלף קנ"ב. הרשב"א נשאל "בכמה הויא חזקתם" של רבים, ותשובתו היתה כי אפילו אין לנו צורך בהוכחה ממשית להיענותם להועדה, אלא מיד לכשנתבררה ההועדה, והרבים יכלו ליענות לה למעשה - מוחזקים הם שנענו, ורשות הרבים קיימת. אולם, כאן ברור שהתשובה היא חלקית בלבד ואינה ממצה את ענינה. כי יהא שהועדה ויכולת מעלים חזקת היענות וגומרים את השעבוד, מכל מקום השאלה נשארת "בכמה הויא חזקתם" של הרבים כשאמנם משתמשים הם במקום למעשה, אלא שאין אנו יודעים אם ברשות משתמשים. בענין זה משאירות אותנו שלש הגירסאות גם יחד בלא תשובה מניחה את הדעת, ומעז אני לטעון כי מטבע הדברים - ולאור שתיקתם של המקורות היסודיים - ההלכה הנכונה היא כי ביחס לרשות הרבים חלים למעשה רק אותם גדרי החזקה וזכות החזקה החלים **בשעבוד התשמיש בין שכנים** ושביתר פרוטרוט עוד נחזור ונבררם בפרק מיוחד להלן. בדומה לזה, סבורני שמשתיקת המקורות אפשר גם להסיק כי שעבוד לרשות הרבים **אף נפקע על ידי חדלון המנהג**, כדרך שנפקע שעבוד התשמיש של יחיד, וכפי שאף זאת נברר באותו פרק מיוחד להלן[123].

לפי ההגדרה שהסקנו לעיל ביחס לטיבה של רשות הרבים דעלמא, מתחייב ממילא כי רשות זו היא באופן מהותי ענין של **תנועת הרבים**: ובהתאם לכך, אמנם הדוגמה המובהקת ביותר של רשות הרבים היא שעבוד המקום להיותו **דרך לרבים** - וביחוד דרך בין-ארצית[124]. אולם, אין זו הדוגמה היחידה. כבר הזכרנו לעיל (בהערה כ"ד) את הדייג והשייט בים כנרת. כמו כן מוזכרים לענין זה, בשו"ע או"ח סי' שמ"ה סע' ז', **רחובות ושווקים**; ובמסכת שבת צ"ז ב' נזכר **מחנה הלוויה במדבר**, שאף הוא היה רשות הרבים, באשר הכל היו מצויים בו בבואם אל משה רבנו. עם זאת העובדה נשארת כי הענין המהותי של רשות הרבים היא **בתנועת הרבים**; ובכן, גם אם לא יהיו הדברים אמורים ביעוד המקום להיותו דווקא **דרך**, במובן של רצועת שטח המכוונת ביחוד לשמש את התנועה בין שתי נקודות מסוימות, מכל מקום יהיו הדברים אמורים בשטח **שהרבים יהיו רשאים לנהוג בו למעשה מנהג דרך**, ולו גם בין הנקודות השונות הממלאות רק אותו שטח עצמו.

---

[120] כט) השווה בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע'ד' בסמיכות להערות ס'-ס"א.

[121] ל) בבא בתרא צ"ט ב', ד"ה מי שהיה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו.

[122] לא) תקופת שלש שנים, לפי שיטת התוספות, ואפילו לאלתר - לפי שיטת הרמב"ם: ר' הספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע' ד' בסמיכות להערות ס'-ס"א.

[123] לב) כנגד מסקנה זו אין ראייה בהלכה, שאם נעלמה דרך הרבים, רשאים הרבים לחזור ולברור להם את הדרך מחדש (תוספות על בבא בתרא ק' א', ד"ה כגון שאבדה להן דרך): הדברים אמורים בודאי במסיבות שבהן עדיין לא נשתקעה עצם זכותם של הרבים.

[124] לג) רשב"ם על בבא בתרא ק' ב', ד"ה דרך הרבים.

[[25]] אולם, גם כשנתברר שמקום הועד לרשותם של הרבים, ושרשות זר היא בעיקרה רשות של **תנועה**, עוד עשויה השאלה להתעורר אם הרשות ניתנה באמת לרבים דעלמא, או שמא רק לרבים מסוג מסוים - ובקשר לכך מוצאים אנו במקורותינו מספר חזקות: "איזהו רה"ר (היינו מקום-תנועה לרבים דעלמא)? רחובות ושווקים הרחבים ט"ז אמה ואינם מקורים ואין להם חומה; ואפילו יש להם חומה - אם הם מפולשים משער לשער (ואין דלתותיו נעולות בלילה), הוי רה"ר; וי"א שכל שאין ששים ריבוא עוברים בו בכל יום אינו רה"ר. מבואות הרחבים ט"ז אמה ומתקצרים בקצתן ואין בהם ט"ז אמה - י"א שאם ארכן לאורך ר"ה הרי הם ר"ה. מבואות הרחבים י"ג אמות ושליש, ושני ראשיהם מפולשים לר"ה שהוא רחב ט"ז - י"א שהוא ר"ה"[125]. המבחן של ט"ז אמה מתקשר שוב לבעייה אחרת: כי גם כשידוע שמקום הועד לתנועה הרבים דעלמא, עוד יתכן שיימצא ספק, מהם גדרי המקום שהועד. ספק זה בא על יישובו על-ידי אומדן דרכו של ענין, ואת הצורך של דרך הרבים אומדים בט"ז אמה[126].

חזקות אלו מותאמות אמנם בייחוד למציאות שבזמן העתיק, אך נלמדות הן ממקראות שבתורה, בקשר להגדרתה של רשות-הרבים לענין הוצאה והכנסה מרשות לרשות בשבת - ולענין זה הוכר להן ערך מוחלט, הקיים ועומד מעבר לכל שינוי במסיבות. פירושו של דבר הוא שלענין הוצאה והכנסה בשבת, הרי גם אם המקום משועבד למעשה לתנועת הרבים דעלמא, אלא שאין מתקיימים בו גדרי החזקות, אין לו דין של רשות-הרבים, אלא רואים אותו ככרמילית - היינו רשות שתנועת הרבים היא טפלה בה, ושעל פרטיה נחזור לדון להלן. אך דיוק זה, נראה שאמנם מתיחס הוא רק לדיני השבת, ואילו בעניינים אחרים אין לחזקות המקראיות ערך מוחלט, אלא מכריעים את הספקות מן הסוג האמור לפי שיקולי המציאות שבפועל[127].

מקום המשועבד לתנועת הרבים דעלמא - יתכן שיכיל בתוכו גם נקודות שלא תיחשבנה כרשות-הרבים במובן הטכני. אלו הן הנקודות, שמשום-מה נוטה או צריכה תנועת הרבים להימנע מהן. למשל, בשוק שיהא לו בדרך-כלל דין של רשות הרבים, ודאי לא יחול דין זה על אותם המקומות בתוכו המיועדים למעמד הדוכנים הפרטיים של המוכרים - לפחות בימים ובשעות ובגדרי התנאים האחרים שבהם מיועדים הם לכך לפי תנאי השעבוד; מקומות אלה ודאי ייחשבו אז כ"רשויות-היחיד", או כחצרות המוכרים שלרשותם הם עומדים. אולם, מגדר רשות-הרבים מוּצאים לא רק המקומות שהרבים אינם חפשיים לנוע בהם לפי תנאי השעבוד, אלא גם המקומות שהרבים - מעצמם - נוטים להימנע מהם, משום "דלא ניחא תשמישתיה"[128], וגם לענין זה מוצאים אנו כמה

---

[125] לד) שו"ע או"ח סי' שמ"ה סע' ז'-ט'.

[126] לה) משנה בבא בתרא פ"ו מ"ז, ובירורה בגמרא דף ק עמ' א'-ב', וגמרא שבת צ"ט א'. האומדן נעשה לפי צרכי הובלת קרשי המשכן במדבר: ה' אמות לעגלה מכאן וה' אמות לעגלה מכאן, ה' אמות בין שתי העגלות באמצע, וחצי אמה מצד כל עגלה כלפי חוץ.

[127] לו) ר' עה"ש או"ח סי' שמ"ה סע' י"ד ואילך, והשווה שבת ב', שמלכתחילה בימי המדבר, נחשב אף המדבר כרשות הרבים, ובזמן הזה אין הוא אלא כרמילית, משום שהילוך הרבים בו איננו שכיח.

[128] לז) שבת ז' א'.

וכמה חזקות במקורות. "כל דבר שהוא בר"ה, אם אינו גבוה שלשה טפחים, אפילו הם קוצים או צואה שאין רבים דורסים עליהם, חשובים כקרקע והוי רה"ר", אבל אם הוא גבוה יותר משלשה - לא; "גומא בר"ה, אם אינה עמוקה שלש הוי רה"י", יותר מכן - לא[129]. כמו כן אין דין רשות הרבים במובן הטכני **לאצטוונית** - היינו המקום שלפני החנויות, שיושבים שם הסוחרים[130]; ל"**אצטבא שלפני העמודים** ברשות-הרבים", שהסוחרים מניחים שם את סחורותיהם[131]; [[26]] **לקרן הזוית הסמוכה לרשות-הרבים**, היינו שטח הצמוד לרשות-הרבים, אלא שכדי להגיע אליו יש לעקוף מבנה כלשהו[132]; **ולצידי רשות הרבים**, המזומנים לרבים להימשך לשם, ברצותם לצאת מן הדחק[133].

מקום המוצא מגדר רשות-הרבים, יש בו הבחנה, לענין שבת, אם הוא "כרמילית" או "מקום פטור", אך לדידנו - שעוסקים אנו כאן רק בדיני ממונות - אין להבחנה זו חשיבות, ורשאים אנו להכליל ולומר כי המקום המוצא מגדר רשות הרבים כנ"ל יש לו דין **כרמילית**[134].

דיני השימוש ברשות הרבים - היינו, בעיקר, דיני האחריות לפגיעה בשימוש זה - נקבעים בשו"ע חו"מ סי' ת"י-ת"ז; ור' גם סי' ר' סע' ג' ו-ט'. מבבא בתרא דף י"ב עמ' א' נראה כי במקרה של הפרעה לשימוש ברשות הרבים יש לכל אחד מן הרבים המעוניינים תביעה לסילוק ההפרעה. משו"ע חו"מ סי' ת"י סע' ז' משתמע כי בית-הדין - בבחינת הרשות המינהלית - ממונה על תקנת רשות הרבים ואחראי לה.

2. כרמילית

מושג "**הכרמילית**" מופיע בברייתא, בשבת ו' א'; ואף-על-פי שאחד מאופני הופעתו שם הוא בצירוף "ים ובקעה ואיסטוונית והכרמילית", שאינם "לא כרה"ר ולא כרה"י", נראה ש"כרמילית" הוא גם השם המשותף לכל אלה ביחד, כפי שהוא מופיע שם במניין הרשויות השונות: "רה"י ורה"ר וכרמילית", וכפי שמוגדר גם בפירוש בשו"ע או"ח סי' שמ"ה סע' י"ד: "**איזה הוא כרמילית**? מקום שאין הלוך לרבים, כגון ים ובקעה ואצטוונית" וגו'.

אשר להגדרה "מקום שאין הלוך לרבים" - יש לדייק בה היטב. אין פירושה שהילוך הרבים דעלמא אסור במקום, כדרך שאסור הוא בסתם ברשות היחיד; הכרמילית, עצם ייחודה הוא בכך שהילוך הרבים **מותר בה** - ומבחינה זו היא ממש "רשות הרבים", - אלא שהרבים אינם רגילים לנצל בה את רשותם בהמון, ומכאן מעמדה המיוחד. המעמד המיוחד, מבחינת דיני הממונות,

---

[129] לח) שו"ע או"ח סי' שמ"ה סע' ו', י"א.

[130] לט) שם, סע' י"ד והגהת הרמ"א.

[131] מ) שם.

[132] מא) שם, ור' רש"י על שבת ז' א', ד"ה לא ניחא תשמישתיה.

[133] מב) בבא מציעא י' ב', ורש"י, שם, ד"ה כי תקון ליה רבנן בעלמא.

[134] מג) שו"ע או"ח סי' שמ"ה סע' ו' ואילך. לענין הגדרת "מקום פטור", ר' שם סע' י"ט והגהות הרמ"א.

מתבטא בכך, שאם כי גם את הכרמילית - כמו את רשות הרבים הרגילה - אין אדם רשאי לתפוס לחלוטין לעצמו ולמנוע בה את רשות התנועה העקרונית לרבים, הרי להחזיק בחלקים ממנה ולהשתמש בהם לעצמו באופן ארעי, בבחינת חצר של ד' אמות או כלים, הריהו **רשאי**[135].

מבחינת המעמד הקנייני של הכרמילית, נראה שיש בה כמה אפשרויות. אפשרות אחת היא זו שכבד הזכרנו, היינו שמתוך רשות-הרבים הרגילה מתבחן חלק, שהרבים אינם משתמשים בו בהמון - אם על-פי עצם תנאי השעבוד מלכתחילה, ואם בגלל טיבו של המקום בדיעבד, - ובמקרה כזה דומה המעמד הקנייני של הכרמילית למה שראינו ברשות-הרבים הרגילה: הרי זה שעבוד על הקניין הפרטי, ולו גם שעבוד יותר מסוייג.

[[27]] אפשרות אחרת היא זו המודגמת בכרמילית מסוג של "בקעה". בקעה היא שדה העומד בבעלות פרטית, אך שעל-פי טבעו ומקומו נשאר הוא פתוח למעבר זרים בתוכו[136]. מעבר זה אינו מבוסס בשעבוד, אלא בהרשאה ארעית בעלמא או בדין הכפייה על מידת-סדום[137], ובעל המקום יכול בכל עת להפסיק את המעבר, כשיהיה לו ענין בכך. בינתים אין כאן לזרים, באופן עקרוני, זכות לשום דבר מגופו של המקום, אלא רק רשות לעבור בו בלבד, באופן בלתי-תלוי עקרונית בזהותם האישית ובתכלית עניינם, - ומבחינה זו מתדמה הבקעה לרשות הרבים. אולם מאחר שהרבים אינם דוחקים לעבור כאן בהמון, נחשבת הבקעה ככרמילית, ומשמע כי העוברים אינם כפופים כאן לאיסור העמידה בעברם, אף מסתבר שיכולים הם ליהנות כאן מדין חצר של ד' אמות או כלים. עם זאת, ודאי אין הם יכולים ליהנות מדין זה כנגד בעל המקום עצמו, שלדידו הבקעה היא רשות-היחיד וחצר פרטית שלו - ולו גם חצר שאינה משתמרת לדעתו. הבקעה - בדיני ממונות - היא אפוא לאו דווקא מה שאינו "לא כרשות הרבים ולא כרשות היחיד", וגם אין היא בכלל כרמילית טהורה, אלא היא **תערובת של כרמילית ורשות היחיד**. דומה מבחינה זו לבקעה - אלא שאין בה בעל-בית מסוים - הריהי **חצר של הפקר**, שהרבים עוברים ומשתמשים בה, בלי שמישהו ינצל בה בינתים את האפשרות לזכות בה לחלוטין לעצמו[138].

שוב אפשרות שלישית - וניתן לומר כי היא החשובה ביותר - הרי היא זו המודגמת בכרמילית מסוג **ים.** מעמדו הקנייני של מים מתקשר למה שכבר היתה לנו הזדמנות להזכיר בפרק הקודם בדבר "המדברות והימים והנהרות והנחלים"[139]. אף עצם מושג "הכרמילית", כשם שחל הוא על הים, כן חל הוא בודאי גם על כל יתר הפריטים שנמנו כאן (לבד ממה שהנהרות והאגמים עשויים

---

[135] מד) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה" פרק ה' סע' ג'.

[136] מה) השווה משנה בבא בתרא פ"א מ"ב.

[137] מו) ר' להלן, בפרק ג', סע' א' סי' 5.

[138] מז) ר' שו"ע חו"מ סי' רס"ח סע' ב'.

[139] מח) שם, סע' ב', בסמיכות להערה ל"ד ואילך.

אולי ליהפך לרשות הרבים גמורה, כפי שעוד נחזור ונדון בדבר להלן)[140] - ועתה נעבור איפוא לברר את דינם של כל אלה ביחד.

כפי שהזכרנו כבר על-פי שו"ע חו"מ סי רע"ג סע' י"ב, דין "המדברות והימים והנהרות והנחלים" הוא ש"כל שבהם הפקר"; אך **הסמ"ע** מעיר ומפרש שם, בס"ק י"ז, שאין הדברים אמורים אלא "**במה שבהם**... כגון העשבים והעצים והפירות", וכן "דגים מהימים ומהנהרות" - ובודאי גם **החול** של המדבר ועצם **המים** שבים ובנהר, בהיפרדם כמיטלטלין, - אך "**במדבר וים עצמו לא שייך זכייה**". והנה, פירוש זה מבוסס על דיוק ניסוח ההלכה, כפי שהוא מופיע לראשונה אצל הרמב"ם, בפ"א מהל' זכייה ומתנה הל' א', אך עומד הוא בסתירה גלויה למימרה מפורשת של **שמואל**, בבבא בתרא נ"ד ב', ש"נכסי עכו"ם הריהן כמדבר, כל המחזיק בהן זכה **בהן**" - לכאורה ראוי היה אפוא לפרש כי הרמז המשתמע מדברי הרמב"ם אינו אלא מקרה, וכי דיוק הסמ"ע איננו נכון; או, לפחות - ולחילופין - שמבחינה משפטית אמנם אין הבדל בין מדבר וכל הפקר אחר, אלא שכל זמן שהמדבר הוא מדבר, ממילא אנן סהדי שלא זכה בו אדם, ואילו משזכה בו אדם - ממילא יצא מגדר מדבר. לפי אפשרות שנייה זו, רמז הרמב"ם הוא עובדתי בעלמא ואין לו יומרה של משמעות משפטית - וכך גם הבין כנראה **בעל הטורים**[141]. אולם, יש אפשרות גם להצדיק את הסמ"ע, כלהלן.

[[28]] בבבא קמא, דף פ"א עמ' א' ו-ב', משתמע כי "המדברות והימים והנהרות והנחלים" של ארץ-ישראל נכללו בחלוקת הארץ בין השבטים, ולא הושארו בבחינת הפקר לכל, אלא נמסרו לבעלות הקיבוצית של כל שבט ושבט אשר בתחומו נכללו. ר' שמעון בן אלעזר מסיק מכאן שגם כל מה שבתוך המדברות וכו' הריהו בבעלות הקיבוצית של השבט ו"מופקר" באופן רפלקסיבי לבני משבט לבדם - וברוח זו השיג **הראב"ד** על הרמב"ם, שכתב כי המדברות וכו' כל שבהם מופקר לכל. **לחם משנה ומגדל-עוז** דחו את השגת הראב"ד, בטענה שאין הלכה כר' שמעון בן אלעזר; אבל **הרב המגיד** קיבל את ההשגה ותירץ שבעצם אין כאן מחלוקת, אלא שהרמב"ם כתב במקום זה את הדין כפי שהוא בחוצה-לארץ, ואילו דעת הראב"ד אינה שייכת אלא בארץ-ישראל. והנה, ביחס לדברים שבתוך המדברות וכו' - נראה שמוצדקת עמדת הדוחים את השגת הראב"ד, ואף בארץ-ישראל - מה שבתוך המדברות וכו' מופקר הוא לכל[142]; אבל אף-על-פי-כן, יש כיוון מחשבה נכון גם בתירוץ הרב המגיד, המבחין בין הארץ וחוצה-לארץ, כי ברור שהמדברות וכו' שבארץ-

---

[140] מט) ר' את המושג מוחל בפירוש על **המדברות**, וגם **היערות**, בדברי הרשב"א המובאים על-ידי המ"מ על פי"ד מהל' שבת הל' א'.

[141] נ) בחו"מ סי' רע"ג סע' י' - ור' לשם השוואה סע' 664 של הצג"ב בשוייצריה.

[142] נא) ר' לחם משנה ומגדל עוז על פ"א מהל' זכייה ומתנה הל' א'; וכך נראה לי מוכח גם מענין החלזון וחול-הזכוכית שבתחום שבט זבולון (על פי מגילה ו' א'), אשר בעצם אין הם מוצאים ממעמד ההפקר-לכל, ולבני זבולון רק ניתנה הרשות לגבות מס מן הזוכים מהפקר זה.

ישראל - אף-על-פי שכל שבהם הפקר, הרי הם עצמם אינם הפקר, כי אם בבעלות השבטים[143], - ואילו המימרה של שמואל באמת יכולה לשקף אפוא רק את הדין שהיה נוהג בבבל בזמנו.

הבעלות הקיבוצית של השבט במדברות וכיו"ב שבתחומו - נראה שהיא בעלות ממין מיוחד, כי בודאי אין להעלות בה על הדעת הקנאת חלקו של כל אחד מבני השבט בדרך הרגילה או אפשרות של תביעה לפירוק השיתוף. כמו כן יוצא ממה שראינו, שאין המקרקעין מסוג זה בבחינה רשות-היחיד של כלל בני השבט, כדרך חצר השותפים, שהרי מעיקרם מופקרים הם לרבים ליהנות ממה שבהם - וזה הדבר ההופך אותם, בהבדל ממקרקעין שבבעלות רגילה, לכרמילית **מעצם טבעם**. אשר לתוכן החיובי של הבעלות השבטית, מוצאים אנו שרשאים בני השבט להסדיר ולצמצם את ההנאה מן מהפקר בכרמילית זו, לטובתם השבטית המיוחדת, כגון על-ידי הטלת מס על הזוכים - כפי שראינו בענין החלזון וחול-הזכוכית של שבט זבולון - או על-ידי קביעת גדרים מיוחדים לרשות הזכייה, כפי שעל-פי פירושים שונים גידרו בני נפתלי את זכות הדייג בים כנרת בשעה שהסכימו לשעבדו לזכות הדייג של כלל ישראל[144].

[[29]] בקשר לכך יש להעיר כי מושג זה שהזכרנו, **שעבוד**, אינו פוגע במה שאמרנו לעיל שהמקרקעין מן הסוג הנידון הם כרמילית, וכל שבהם הפקר, **מעצם טבעם**: כי אמנם, לענין רשות השימוש הכללית והפקר הדגה בים כינרת, כנראה לא היה צורך בשום שעבוד מיוחד; אך זכות של **דייג** אינה רק הזכות לתפוס סתם דגים בהזדמנות, אלא היא זכות לשימוש מיוחד, קבוע, העשוי להתקיים באופנים שונים ומתנגשים, ויש אפוא צורך להסדירה באופן מיוחד - והסדר מיוחד, מכוח הבעלות, המגביל את זכויותיהם של אנשים שונים באופן הדדי, לגבי השימוש בנכס מסוים, הריהו ממילא בבחינת שעבוד הנכס לגדרי ההסדר בין אותם אנשים[145]. אגב כך ניתן גם ללמוד כי הבעלות השבטית כוללת בה אף את כוח ההקנאה; ומן התפיסה שהזכרנו, שדיג הספינות

---

[143] נב) וגם זה אמנם מוכח לא רק מבבא קמא, אלא גם מענין החלזון וחול-הזכוכית של זבולון - שאם לא כן, לא יכלו בני זבולון לגבות מציידי מחלזון וכורי החול אפילו את המס.

[144] נג) מגיד משנה על פ"ה מהל' נזקי ממון הל' ג'. לפי תפיסת הרמב"ם ניתנה אז זכות דייג חפשית לכל רק באמצעות חכות, רשתות ומכמורות, בעוד שזכות הדייג באמצעות ספינות וקלעים נשמרה לבני נפתלי לבדם. לפי תפיסה אחרת הותרה לכל רק הטלת החכות; דיג הרשתות והמכמורות נשמר לבני נפתלי, ואילו דיג ספינות וקלעים נאסר בכלל, כדי שלא לפגוע בחופש **התנועה** בכינרת.

[145] נד) עוד יש להעיר בקשר לכך, שההסדר הנידון אמנם לא נקבע לכאורה מרצונם החפשי של בני נפתלי, מכוח בעלותם, אלא הוטל עליהם מגבוה, על-ידי יהושע; אך באמת אין הטלה זו נתפסת במקורותינו כהטלה חד-צדדית, שבני נפתלי היו חייבים להיכנע לה בלי ברירה, אלא היא נתפסת בבחינת התנאה בין יהושע והשבט, שאם מבקש השבט להשתתף בכיבוש הארץ והנחלתה, יקבל-נא את ההסדר לטובת כל המשתתפים בכללם, ואם לא - לא יתקבל לשיתוף. נמצא אפוא כי מבחינה צורנית אמנם נקבע ההסדר על-ידי תקנה מינהלית מטעם הרשות המדינית העליונה, אבל מבחינה מהותית נשאר הוא מבוסס ברעיון של הסכם הדדי על הקנאת שעבוד, מדעת הצדדים (דוק בבבא קמא פ"א ב': "בראשונה התנו שבטים זה עם זה" וכו').

והקלעים נאסר בכינרת בכלל, כדי שלא לפגוע בחופש התנועה, ניתן להסיק שבני השבט רשאים גם לשנות את מעמד המקרקע, כדי להפכו - למעיל - מכרמילית לרשות-הרבים גמורה. אולם, המקרים האמורים, שבהם מודגמים לפנינו שינויים מסוג זה, באמת אין אנו מוצאים בהם שינוי חד-צדדי על-ידי בני השבט לבדם, כי אם רק שינוי מוסכם בין בני השבט לבין הרשות הממלכתית העליונה, הישראלית-הכללית; ובאמת מסתבר שאין הבעלות השבטית כוללת בה חרות פעולה עד כדי כך שבני השבט אף יוכלו באופן שרירותי להפקיע לגמרי מאת כלל ישראל את הזכות להשתתף בהפקת ההנאה ממקום-הכרמילית כדרכו. בכיוון זה יש לנו גם אסמכתא מפורשת בהמשך הבלתי-נדחה של דברי ר' שמעון בן אלעזר בבבא קמא פ"א ב'[146], לפיו כפופה הבעלות הקיבוצית של השבט לריבונות הכללית, אשר כל ישראל, מבני כל השבטים, שותפים בה בארץ-ישראל כלה[147] - ופירושו של דבר הוא ודאי שאין השבט חפשי לשלוט בשטח הארץ שבבעלותו המיוחדת אלא לפנים מן המסגרת של הדין הישראלי הכללי, הטרומי, ובגדרי הסמכויות המופרשות לו **בתוך** המסגרת הזאת[148].

---

[146] נה) "אין לך כל שבט ושבט מישראל שאין לו בהר ובשפלה ובנגב ובחוף הים" וגו'.

[147] נו) השווה דברי הר"ן בפירושו על נדרים כ"ח א', ד"ה במוכס העומד מאליו.

[148] נז) רעיון "האמנה החברתית" של ברית שבטים ריבוניים, המונח לכאורה ביסוד תפיסת הממלכתיות הישראלית לפי מה שראינו בהערה נ"ד לעיל, באמת אינו ממצה את הענין. עליו יש להוסיף מה שהזכרנו בסמיכות להערה נ"ו, שהריבונות של כלל ישראל בארץ-ישראל היא **שותפות**, ואף שותפות **הפרטים** הישראליים, בנבדל מהשתייכותם השבטית; ואילו שותפות זו אינה דווקא פרי של הסכם (בין פרטים או שבטים), אלא היא נוצרה **באופן אוטומטי**, בשעה שיצאו בני ישראל מארץ מצרים (בעל כרחם, בעקב גירוש), מכוח הזכות-בראוי שבאה להם בירושה מאבותיהם, אף מלפני היות השבטים (דוק בבבא בתרא קי"ט א' ורשב"ם שם). מצד שני יש להוסיף את הגדרת הריבונות שבהוריות י"א א'-ב', לפיה אין מלך ישראל כפוף לשום גורם מלבד ה' א-היו, ונמצא איפוא שאין הוא כפוף לדעת הפרטים או השבטים המהווים את האומה הישראלית, אלא שיתוף-הריבונות הישראלי מתגלם **באישיותו הוא**, באופן שהאומה בכללה כפופה לו אפילו בעל-כרחה. כך מתקבל גם מסוטה מ', שלהי עמ' א'; אך מכאן מתבררים גם גדרי הדבר: המלך הוא באמת הריבון הארצי, והעם כפוף לו אף שלא מדעתו, אך זה רק כשהמלך פועל כדי להגשים בעם את החוק הא-הי - היינו כשה' א-היו הוא באמת **מעליו**, לא רק מבחינה עובדתית אלא גם מבחינה מוסרית, - אך במידה שהעם נענה ומקיים גם בעצמו את החוק הא-הי, שוב אין המלך אלא מעין "ראשון בין שווים" בתוכו, וממילא אין לו גם סמכות לפגוע בזכויות בני האומה שלא מדעתם.

תוך כדי כך יש לציין כי דעה האומה אינה מתגלמת לפי התפיסה העברית בצירוף דעתם של כל בניה בפרטיותם, לפי הרכבם בכל שעה נתונה ובמנותק מהווית האומה כישות היסטורית, בעלת עבר ועתיד המוגדרים בתוכנם מלכתחילה, אף שלא בטובת הפרטים - אלא מתגלמת היא בחבר **הזקנים והחכמים**, תופסי התורה, המהווים את "בית-הדין הגדול" והמייצגים את התורה הלאומית והגוף הלאומי כאחד, בהתלכדותם המושגית.

ומכאן מסתברת העובדה, שעל אף מה שאמרנו בדבר חוסר הסמכות הממלכתית להפקיע את זכויות הפרטים, מכירים דיני ישראל בכלל ש"הפקר בית-דין הפקר" (גיטין ל"ו ב'), לפיו **רשאית** ההנהגה הלאומית להפקיע מאותן הזכויות. כי אמנם, המלך שיאמר לפגוע בזכויות הפרטים באופן שרירותי, מכוח

[[30]] מכאן יוצא, שהבעלות השבטית - למעשה היא בעלות מוגבלת, אשר רק עם שחרור הכרמילית מזכויות הציבור, לפי הסדר לאומי מיוחד, עשויה היא להיהפך לבעלות במובן המלא; ואילו בינתיים - יותר משיש בה בעלות במובן של דיני ממונות, יש בה מה שניתן לכנות "בעלות מינהלית". עם זאת, אין להתעלם מכך כי בעלות מינהלית זו נשארת מושרשת בבעלות במובן הרגיל; כי לא זו בלבד שבעלות במובן הרגיל עשויה לחזור ולהתעורר מתוכה, כאמור, אלא יתר-על-כן: לפי דיני הבעלות במובן הרגיל יש למוד את הבעלות המינהלית, האקטואלית, כל אימת שדינים אחרים אינם מתחייבים מטבע הענין. כך, למשל, מסתבר מתוך צירוף המושגים של בעלות השבט, מחד, והפקר לכל, מאידך, שכשם שאין השבט רשאי לעמוד על בעלותו עד כדי הפקעה מדין ההפקר לגמרי, כן גם אין אדם [[30ב] רשאי לנצל את דין ההפקר עד כדי כך שירוקן לגמרי את נשוא הבעלות השבטית - וישנה - מצידו הוא - את טיב המקום ככרמילית. כוונתנו לאפשרות שאדם ינצל את הפקר מי הנהר עד שיעמוד וישאב את כלם לעצמו, או שיעמוד ויחצוב לעצמו את כל חול המדבר. יש בודאי להבחין בין הזכות לניצול ההפקר בכרמילית אינה מגעת אלא עד כדי ניצול הנאות ממקום **כדרכו** ובצורה שלא תפגע בזכויות המקבילות של בני הציבור האחרים, - ובמלים אחרות משמע אפוא כי הניסוח הנכון של דין הכרמילית באמת הוא לאו דווקא שכל שבכרמילית הוא הפקר, אלא **שכרמילית היא הפקר לפירות**[149]. אם ישתמש אדם בכרמילית יותר מכדי זכותו לפירות, ודאי תהא בכך פגיעה בזכותו של כל אדם בכרמילית בבחינת רשות הרבים, בהתאם למה שראינו ביחס לרשות הרבים בסעיף הקודם; אך מעבר לכך ודאי גם תהא בכך פגיעה

עצם הריבונות המתגלמת בו, ושלא על דעת בית-הדין, - דינו לא יהיה דין; אך **במאוחד** עם בית-הדין יוכל הוא להפקיע. ואין לכאן סתירה גם על-פי התפיסה ש"כל האמור בפרשת מלך (בשמואל) - המלך מותר בו" (סנהדרין כ' ב'). כי לפי תפיסה זו, בשעה שהסכים העם להמליך את שאול על אף איומיו של שמואל, ממילא הוא קיבל עליו את המלך על דעת שאותם איומים יתקיימו - ונמצא אפוא שגם כשיבוא המלך להפקיע זכויות מכוח "פרשת המלך", הריהו לא יהא פועל בשרירות, כי אם על דעת האומה ובית-דינה. להשלמת הדברים כדאי להזכיר גם את עצם דין המלכת המלך בישראל, בדברים י"ז ט"ו: "שום תשים עליך מלך, אשר יבחר ה' א-היך בו": בהבדל מן המקובל בדברי ימי הגויים, שהמלך **מתמלך** על העם, דרך כיבוש העם בעל כרחו, לטובתו של המלך, הרי בישראל המצווה היא על העם, **להמליך** את המלך עליו, ולקבל עליו את יראהו, לטובת העם בעצמו. **עצם ההמלכה והענקת סמכויות המלוכה הריהי כאן אפוא על דעת העם (באמצעות בית-דינו)**, ובהתאם לכך מתברר גם ביתר דיוק עניינו המיוחד: על-פי דין תורה, מלכתחילה, הכרמילית היא בבעלות השבטים, וכל מה שבה הפקר לכל השבטים בכללם; מכאן ואילך, אין ההנהגה הלאומית רשאית לפגוע בבעלות השבטים אלא על-פי בית-הדין או בדרך קנייה, בהסכם, על דעת השבט עצמו, - אבל גם השבט מצידו אינו יכול להפקיע את זכות-ההפקר הלאומית-הכללית, אלא, שוב, על-דעת בית-הדין הגדול, כמייצג את האומה, - ובית-הדין ודאי יוכל לפעול בדבר במישרין, תוך הקנאה חד-פעמית מן העם אל השבט, או על-ידי הענקת סמכויות פעולה מוגדרות להנהגה השבטית, בבחינת תקנות-קבע מראש, לטיפול בדברים כפי שיזדמנו.

[149] נח) השווה בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", פרק ח' סע' ג', שהפירות הם כל שימוש הנעשה בנכס כדרכו וכל המופק ממנו כדרך הנאתו.

בזכות הבעלות של השבט, ומה שנלקח מן הכרמילית יותר מדין מפירות ודאי אף ייחשב **כגזול מן השבט** וראוי להשבה, כדין הגזלה הרגילה בדיני ממונות.

מצד שני נראה נכון לציין כי העמידה על זכות הבעלות השבטית - ודאי אין היא יכולה להתבצע בדרך הרגילה של עמידה על זכות השותפים, כפי שנראה בפרק על השיתוף הרגיל להלן, אלא רק יכולה היא להתגשם על-ידי הנציגות המוסמכת של השבט (הנשיא והזקנים או ראשי בתי-האב), בבחינת גוף מדיני; וזהו שוב יסוד מכריע נוסף להעמדת הבעלות השבטית על "**בעלות מינהלית**", מיוחדת, בהבדל מן הבעלות הרגילה בדיני ממונות. בהמשך מכאן נראה גם, שאם במקרה כלשהו תשוחרר הכרמילית לעבור לבעלות הגמורה של השבט - כגון שיוחלט ליבש את הים או להפריח את המדבר, - הרי גם אז היא לא תעבור לשותפות הרגילה של כל בני השבט, לפי מניינם באותה שעה, אלא ודאי היא תעבור לבעלות בני-השבט כגוף מדיני, - ובזה מגיעים אנו לאפשרות של **בעלות ציבורית רגילה**, בהבדל מבעלות רגילה של פרטים, מחד, ובעלות ציבורית מיוחדת מאידך. אסמכתאות מפורשות בכיוון זה נראה להלן, בסעיף על נכסי עיר.

3. "דברים של עולי בבל" ונכסי העיר

שני סוגים נוספים של נכסים השייכים לענייננו מוצאים אנו בסוגיה הנמשכת מן המשנה בנדרים פ"ה מ"ה ומתבררת בגמרא במסכת ביצה, דף ל"ט עמ' א' ו-ב. כאן מבחינים בין "דברים של עולי בבל", וכגון הר-הבית והעזרות (והלשכות) ובור בדרך לירושלים, שעולי רגלים מסתפקים ממנו, לבין נכסי כל עיר ועיר, ו"כגון הרחבה והמרחץ ובית-הכנסת והתורה והספרים". לגבי "הדברים של עולי בבל" מתברר לכאורה שאלה הם נכסים אשר עולי בבל הפקירום לכל ישראל ואשר גם ישראלים המודרים הנאה זה מזה אינם מנועים להשתמש בהם - בעוד שנכסי העיר עומדים לכאורה בבעלות המשותפת הרגילה של כל בני העיר, ואילו בני העיר המודרים הנאה זה מזה מנועים להשתמש בהם; אולם, באמת אין לקבל דימוי זה בלי תיקונים מרחיקי-לכת.

[[31]] ראשית, במה שנוגע ל"דברים של עולי בבל", אין צריך לומר כי אין אלה סתם נכסים של הפקר שכל אדם יכול לזכות בהם ורשאי להזיקם כראות עיניו. האמת היא שלשון "הפקר" משמשת כאן במקום **הקדש**, ולא השתמשו במושג ההפקר אלא משום שהקדש זה הוא ממין מיוחד, באשר תוכנו הוא שכל ישראל יהיו רשאים להשתמש באותם דברים ולהנות מהם בגדרי תעודתם **כאילו** היו הפקר, **ולהבדיל מנכסים המיוחדים לבעלים פרטים**[150]. אולם, גם אם "הדברים של עולי בבל" אינם הפקר, כי אם הקדש, אין מכל-מקום להסתפק במסקנה כי מושג "ההקדש" הוא הממצה אפוא את מעמדם המשפטי. כאמור, הרי זה הקדש ממין מיוחד. מצד אחד

---

[150] נט) ר' במאור הקטן על ביצה, סוף פרק ה', כי "לשכות ועזרות והר-הבית, מקדש קדישי" - ורק משום כך, ולא משום שהפקר ממש הם "לית להו בעלים"; ור' גם פ"א מהל' בית הבחירה, הל' ג' ו-כ', כי בית-המקדש ומקומו וכליו הם הקדש לגבוה.

מונחת ביסודו ההנחה, שמקורו בבעלות טרומית, לאומית-כללית - **שותפות לאומית**[151] - ושוב, לאו דווקא שותפות רגילה בדיני ממונות, כי אם שותפות המתגלמת בנציגות הלאומית-הממלכתית, "עולי בבל", שהיא מוסמכת היתה "להפקיר" או **להקדיש** את הנכסים בשם העם; ומצד שני, אף לאחר מעשה-ההקדשה לא נהפכו הנכסים לאסורים בהנאה לגמרי, כדרך ההקדש הרגיל, אלא עצם הקדשם ואיסור הנאתם הכללית השאיר עוד לעם את הרשות להוסיף ולהשתמש וליהנות מהם, ולו גם בגדרים קבועים ומצומצמים - ונמצא אפוא כי מבחינה ידועה ובגבולות אלה עדיין נשארה כאן הבעלות הלאומית המשותפת בעינה[152]. בסיכומו של דבר נשאר אם-כן המעמד המשפטי של דברים אלה במצב-ביניים: מכלל נכסי-בעלים רגילים הם יצאו ולכלל הקדש גמור הם לא באו, ולפי הגדרת נימוקי יוסף[153] הריהם "**כאילו הקדש**"[154].

אשר **לנכסי העיר**, נראה קודם-כל, אפילו על-פי ההנחה של שותפות רגילה שהזכרנו לעיל, שבאמת, גם בני מעיר המודרים הנאה זה מזה **רשאים** להשתמש בנכסי העיר, כי אין בנכסים אלה דין חלוקה, ואילו איסור השימוש המובא במשנה לא נאמר אלא על דעת החכמים, ולא על דעת ר' אליעזר בן יעקב, שהלכה כמותו[155]. אולם, גם מעבר לזה יוצא בהכרח מכמה מקורות, ששותפות בני העיר אינה כלל שותפות רגילה, כי אם שותפות של גוף מדיני. הדבר מתחייב קודם-כל מן הדין בבבא בתרא מ' א', כי מי שיושב בעיר שנים-עשר חודש נעשה בן-עיר ומצטרף לשותפות בני העיר באופן אוטומטי [[32]] (וממילא גם, מי שעוזב את העיר מסתלק מן השותפות[156], ועל-כל-פנים ברור

---

[151] ס) ביחס לבור שבדרך, יתכן שהבעלות הלאומית באה כאן בירושה מן הבעלות השבטית, אך ביחס להר-הבית אמנם חלה הבעלות הלאומית-הכללית מלכתחילה, כי ירושלים לא נתחלקה לשבטים: ר' פ"ז מהל' בית-הבחירה הל' י"ד.

[152] סא) ר' פירוש המשניות להרמב"ם, נדרים פ"ה מ"ה.

[153] סב) בפירושו על המשנה שם, ד"ה באר.

[154] סג) בהקשר זה ראוי לציין כי בירושלמי נדרים פ"ה הל' ה' נאמר: "רחבה שדרך הרבים מפסקתה, כעולי בבל היא"; ומכאן משתמעות לכאורה שתי מסקנות משלימות. האמת היא, כי רשות הרבים אינה דווקא עניין של שעבוד, כפי שהסקנו לעיל, אלא היא ענין של הועדת הגוף, באופן המוציא את גופו של הנכס מדיני ההקנאה, כאילו היה הקדש; ואילו המסקנה השנייה היא שגם הר-הבית והעזרות והבאר של עולי-הרגלים אינם דווקא ענין של הקדש לגבוה, כי אם מין הקדש בדיני המלוכה, מאותו סוג ממש כהועדת נכס לרבים, לצרכים של חולין. אולם, מסקנות אלו סותרות את כיוון המחשבה העולה מן התלמוד הבבלי, ונראה אפוא כי יש לדחותן. מסקנה זו נתמכת באופן מובהק על-ידי העובדה, שכל הנכסים הנזכרים כדוגמה ל"דברים של עולי בבל" נועדים לצרכים של קודש, ובעוד אשר נזכר הבור שבאמצע הדרך, הנועד לעולי הרגלים, אין נזכרת דרך-הרבים בעצמה, שהיא הלא דוגמה הרבה יותר קרובה אל הדעת בעניינים של סתם רשות-הרבים.

[155] סד) ש"ך על שו"ע יו"ד סי' רכ"ד ס"ק ב'.

[156] סה) השווה שו"ע חו"מ סי' קנ"ו, בסוף הגהת הרמ"א.

שאין כאן בחלק השותפים דין הוצאה או ירושה[157]). ומצד שני, מתחייב הדבר גם מכך, שבדומה למה שאמרנו בנכסי השבט ובנכסי האומה, אין נכסי העיר מתנהלים על-פי דיני השיתוף הרגילים, אלא על-פי הדינים המיוחדים הנוגעים להנהלת ערים, באמצעות נציגות של ז' טובי העיר[158].

מבחינת המעמד המשפטי של הנכסים וגדרי השימוש בהם מתקבל לכאורה ממסכת-ביצה שלכל אחד מבני העיר יש כאן רשות להשתמש בנכסים, לפי יעודם, בתוקף חלקו של כל אחד מבני העיר בגופו של הנכס; אולם, תפיסה זו אינה יכולה להיות נכונה לפי מה שמתברר במסכת מגילה, דף כ"ו (ור' שו"ע או"ח סי' קנ"ג סע' ז'). מכאן נראה שמלכתחילה יכולים להיות לעיר נכסים מכל מין שהוא, ובסתם תהא זו בעלות ציבורית רגילה, מעין בעלות פרטית של ז' טובי העיר, בשם בני העיר, וכגון הבעלות במיסי הקהל[159] או בדמים שנגבו תמורת נכסי העיר שנמכרו. בהסדר מסוג זה אין לבני העיר הפרטיים רשות שימוש עצמית כלשהי, וכל זכותם היא רק באמצעות ז' טובי העיר שיפעלו בשמם. אולם, באמצעות ז' טובי העיר אף יכולים בני העיר לשעבד את הנכסים או להקדישם ליעוד מסוים, ויתכן שיהא זה שעבוד או הקדש לשימוש ישיר על-ידי הרבים דעלמא, או יהא זה שעבוד או הקדש לשימוש על-ידי בני העיר. נכסי העיר שמנינו לעיל על-פי המשנה הם נכסים ששועבדו או הוקדשו באופן כזה[160], ובני העיר הפרטיים משתמשים בהם במישרין לאו דווקא מכוח חלקם בגוף הנכסים, אלא מכוח השעבוד או ההקדש.

על זה יש להוסיף, מאותו מקור במגילה כ"ו ואו"ח סי' קנ"ג סע' ז', כי במקרה שהשעבוד או ההקדש הם לטובת הרבים דעלמא, שוב אין לבני העיר שליטה שלא על דעת המוסדות הלאומיים-הכלליים, כדי להפקיע מן השעבוד או ההקדש שיצרו, - אך במקרה שהשעבוד או ההקדש הם לטובת בני העיר לבדם, חפשיים הם להפקיע. ההפקעה מן ההקדש, בשם בני העיר, אינה תופסת אלא אם פורסמה לדעת בני העיר. מכרו ז' טובי העיר נכס שמוקדש, שלא דרך פרסום - המכר קיים, אך ההקדש נשאר בעינו לגבי הנכס שהועבר ללוקח ולגבי מחירו כאחד.

ביחס להבדל שבין שעבוד והקדש בענייננו נראה נכון לציין כי מתבטא הוא בכך שהשעבוד יוצר רק איסור הפרעה לתוכנו, אבל אינו מטיל איסור הנאה מעבר לתוכנו; ההקדש לעומת זאת מטיל איסור הנאה על הנכס בכל דבר שמעבר לגדרי תעודתו. עם זאת יש להדגיש כי ההקדש האמור כאן איננו - מטבע הדברים - הקדש ממש, כי אם רק "כאילו-הקדש"; והקדש מסוג זה, **בדומה**

---

[157] סו) השווה שו"ע או"ח סי' קנ"ד סע' ט"ו, שבסתם בן-עיר המשתתף עם בני עירו ברכישת נכסי-עיר יכול להוציא את חלקו, אלא אם התנה אחרת במפורש.

[158] סז) מגילה כ"ו א'-ב'.

[159] סח) השווה הגהת הרמ"א בשו"ע חו"מ סוף סי' קס"ג.

[160] סט) על הרחבה והמרחץ, שאין בהם משום קדושה, יש לומר כי חל בהם **שעבוד**; על בית-הכנסת והתיבה והספרים, שיש בהם קדושה, יש לומר כי הוקדשו.

לשעבוד, אינו מפקיע לגמרי את בעלות המקדיש, והרי זו חוזרת לתקנה המלא כל אימת שנפקע ההקדש[161]. על הדינים הכלליים של כאילו-הקדש נעמוד עוד בפרק הבא.[[33]]

4. שעבוד או הקדש לבני ציבור מסוים

שעבוד או הקדש לבני ציבור מסוים אינו מוכרח להיות דווקא בנכסים השייכים גם בגופם לבני אותו הציבור, כפי שראינו בנכסי העיר. יתכן שגוף הנכסים יהא שייך לגורם כלשהו - פרטי או ציבורי - ושעם זאת יהא הוא משועבד או מוקדש לטובת פרטים בלתי מוגדרים בזהותם, המהווים ציבור מסוים, כדרך שראינו כי עשוי הוא להיות משועבד או מוקדש לרבים דעלמא, - ולשעבוד מסוג זה מוצאים אנו במקורותינו כמה וכמה דוגמאות. אחדות מהן הזכרנו כבר בסימן זה. עליהן יש להוסיף קודם-כל את **מתנות העניים** (לקט, שכחה, פאה, פרט ועוללות). נראה לומר שזהו **שעבוד של הפקר השדה או הכרם, למיני פירותיהם, לעניים** - ונוצר הוא באופן אוטומטי, על-פי דין (כך בכלם, חוץ מן מפאה), או על-ידי הקצאת הבעלים (במקרה של פאה). כשלא נותרו עוד עניים לזכות בהפקר זה, נעשים הפירות הפקר לכל אדם (לרבות בעל השדה בעצמו). החיזוק לשעבוד הוא שאין לאדם זכייה שלא כדין בפירות שהשעבוד מתיחס אליהם, אף-על-פי שמלכתחילה אין כאן לפירות בעלים. אבדו הפירות בידו של אדם שתפסם שלא כדין, הריהו לוקה[162].

דוגמה אחרת היא בתנאי שהתנה יהושע עם ישראל על כיבושה של הארץ, כי "מעין היוצא בתחילה - בני העיר מסתפקין ממנו"[163]. הדברים אמורים במעין היוצא באדמת הפרט בתחומה של עיר מסוימת[164] - ומכוח התנאת יהושע ניתן במקרה כזה שעבוד לכל אחד מבני מעיר, אבל לא לאנשים זרים, כדי לשאוב מן המעין לצרכיהם.

עוד דוגמה היא בחבל הארץ שניתן לבני נפתלי בדרום הכינרת, כדי למשוך שם את רשתותיהם[165]. כאן ודאי הכוונה היא לחבל-ארץ שנמסר לבעלותו הקיבוצית של השבט, אבל לא בבחינת הפקר לפירות, אלא לצורך משיכת הרשתות של הדייגים מבני נפתלי - ואת ההועדה הזאת נראה לפרש כשעבוד המקום מטעם מקיבוץ השבטי לצורך האמור.

דוגמה נוספת שלישית היא בזכות הנשמרת לבני נפתלי לדוג בים כינרת באמצעים חריפים יותר מהמותר לאנשים אחרים, כפי שראינו בהערה נ"ג לעיל. ושוב, דוגמה רביעית היא בזכות הדרך העשויה להימצא לבני עיר מסוימת באשר הם, לפי שו"ע חו"מ סי' קס"ב סע' ב'. נראה כי זכות שכזאת דינה לכל דבר כשעבוד לטובת הרבים דעלמא - בכפוף, כמובן, לשינויים המתחייבים מן

---

[161] ע) ר' שו"ע או"ח סי' קנ"ג סע' י'-י"א.

[162] עא) פ"א מהל' מתנות עניים.

[163] עב) בבא קמא פ"א א'.

[164] עג) דוק בדברי רבה בר רב הונא בבבא קמא פ"א ב' .

[165] עד) בבא קמא פ"א ב'.

הענין (וכגון שבמקום הרשות המינהלית-הממלכתית הממונה על רשות-הרבים, ממונים על דרך העיר ז' טובי העיר[166]).

[[35]] דוגמה נוספת **להקדש** לבני ציבור מסויים נמצאת לנו בבית-כנסת שהוקדש על-ידי יחיד לטובת הקהל, כמובא בהגהת הרמ"א על שו"ע או"ח סי' קנ"ג סע' ז'. אם ההקדש לא נעשה אגב מתנה, והמקדיש שייר את גוף הבית לעצמו, אין ההקדש ניתן להפקעה אלא בהסכמת המקדיש או באי-כוחו מצד אחד ונציגות הקהל מצד שני.

בית-כנסת עשוי להתהוות לא רק דרך הקדשה של קבע, אלא גם ב"השאלה" של עראי, כשאדם מעמיד את ביתו לרשותם של בני הקהל כבית-כנסת; אך גם במקרה כזה אין הוא רשאי להוציא שום אחד מבני הקהל או אדם אחר שאינו נראה בעיניו, אלא אם לא היתה שם בכלל השאלה כללית, כי אם רק מתן רשות לאנשים בודדים לבוא ולהתפלל בביתו[167]. [[36]]

---

[166] עה) סמ"ע על שו"ע חו"מ סי' שע"ז ס"ק א'.

[167] עו) שו"ע או"ח סי' קנ"ג סע' ט"ז והגהת הרמ"א שם, ור' גם בית-יוסף על יו"ד סוף סי' רכ"ד.
להשלמת המבנה ההשוואתי נציין כאן גם את דינם של **בתי-קברות** בדיני ישראל. העקרון הוא שקבר אינו אוסר בהנאה את הקרקע, ומשמע שבתי קברות יכולים להימצא בבעלות רגילה כלשהי. אולם, קבר שנכרה ברשות אוסר בהנאה את **מקומו**, ונמצא כי הקרקע נשארת במקרה כזה כאילו משועבדת לקבר לעולם. הקבר נכרה ברשות כשנכרה הוא מדעת הבעלים, אך יתכן גם שהכרייה תהיה ברשות ובעל-כרחם של הבעלים, והיינו כשהנקבר הוא מת מצווה (כלומר הרוג), כי על-פי תנאי יהושע קונה מת מצווה את מקומו. מצד שני, קשורים הקברות לא רק בעניין של איסור הנאה, אלא גם בענייני טומאה וטהרה; ומאחר שאין אדם רשאי לטמא מקום המשועבד להילוך הרבים, נמצא שאפילו הרשאת הבעלים לקבורה אינה מועילה כדי לאסור את המקום ולשעבדו לקבר, אם משועבד הוא כבר להילוך הרבים בסמוך. במקרה כזה מותר לפנות את הקבר על אף הרשאת הבעלים לכרייתו, והמקום נשאר טהור. (ר' עה"ש יו"ד סי' שס"ד, וביחוד סע' א', ח'-ט', י' ו-י"ב). דין מיוחד הוא שאם נועד מקום להיכלל בבית קברות משפחתי, ונמכר המקום, יש לבני המשפחה זכות לחזור ולפדותו כדי לקבור בו את קרובם שהיה ראוי להיקבר שם (שו"ע חו"מ סי' רי"ז סע' ז').

פרק ג: הבעלות הרגילה, מגבלותיה ההלכתיות, כוחה ונשוא-תחולתה

לאחר שראינו את דיני ההפקר ואת דיני הנכסים שאמנם כבר נקנו מן ההפקר, אלא שהבעלות בהם הוגבלה באופן חמור לטובת הרבים, יכולים אנו לעבור לנכסים שנקנו מן ההפקר והנשארים קנויים לאדם **בבעלות רגילה**, זו המונחת בעצם גם ביסוד אותה הבעלות המוגבלת שעליה דיברנו לעיל.

על טיבה, מהותה ועניינה של בעלות זו שוב אין אנו צריכים להתעכב, כי עמדנו עליהם בספר הראשון של סדרתנו, "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון". שם ראינו מהו באופן עקרוני נשוא התחולה של הבעלות, ואף חזרנו לדון בכמה מפרטי הענין בספר השני, על "ההחזקה ודיניה"[168]. אולם, כל פרטי הדברים עדיין לא יצאו מושלמים בכל אלה, באשר לא הם היו שם עיקר נושא דיוננו. כאן, לעומת זאת, נרכז את הדיון בפרטי הדברים, ומתוך צירוף הפרטים לעקרון נגיע לתמונה השלמה.

א. המגבלות ההלכתיות של הבעלות

בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון"[169] הגדרנו את הבעלות, או **קניין הגוף**, שזוהי "זיקת-רשות ביחס לחפץ, הנבנית על יסודה של רשות במובן של התר או חרות פעולה, הנתונה בהקף-עניינים כללי, בלתי-מוגבל בגדריו מבחינה עקרונית, באופן יחודי לאדם מסוים (או לאנשים מסוימים במאוחד), ביחס לחפץ נשוא-הקניין". כאן נרכז את תשומת-לבנו ביחוד למלים, שיסוד הבעלות הוא בחרות-פעולה הנתונה לאדם ביחס לחפץ **בהקף-עניינים כללי, בלתי-מוגבל בגדריו מבחינה עקרונית**: מדברים אלה משתמע כי חרות-הפעולה של הבעל, עם כל היותה כוללת, איננה על-כל-פנים מוחלטת, אלא עשויה היא להיתקל בהגבלות - ועתה נעסוק בהגבלות שבהן אמנם היא נתקלת. הגבלות אלו יכולות להיות משני מינים: הגבלות שהבעל מקבל עליו מדעתו, בדרך שעבוד, והגבלות שההלכה מטילה עליו מעצמה מלכתחילה, ופה נעסוק רק בהגבלות ממין שני זה.

אולם, גם לא בכל ההגבלות מן המין השני נעסוק כאן. לא נעסוק כאן בהגבלות החלות בתחום יחסי השכנים, כי עליהן נעמוד בפרק מיוחד להלן, וכן לא נעסוק כאן בפרטי החוקים השונים שנתחדשו בעיקר בתקופה האחרונה והכופפים את הבעלות, בעניינים שונים, להסדרים מינהליים או מפקיעים חלקים מן הנכסים לטובת המדינה - כגון, במדינת-ישראל דהאידנא, חוק התכנון והבנייה תשכ"ה, פקודת העתיקות מ-1929 או פקודת המכרות מ-1925, וכמוהם אחרים עוד, רבים עד מאד[170].

---

[168] א) בפרק ג' סע' י"ח ופרק ח' סע' ב' ו-ג'.

[169] ב) בחלק א', פרק ב', סע' ד', בסמיכות להערה מ"ב.

[170] ג) השווה **מסיניאו**, ב/א, עמ' 231 ואילך. את שפע החוקים מסוג זה, שירד על העולם בתקופה האחרונה יש שרואים כמהפכה בעצם מושג הבעלות,לעומת מה שהיה במסורת המשפטית המקובלת. אולם, באמת נראה שאין לתפיסה כזאת הצדקה. אמנם, בתפיסה המסורתית של אירופה שלט למעשה, במשך כל השנים,

[[37]] אנחנו נעסוק רק בהגבלות שאפשר לראותן כ"יסודיות" - היינו אותן המתחייבות מתוך עצם האידיאולוגיה הכללית של המשפט, ולא רק מתוך שיקולים המתיחסים לפרטי ענין מסוים, - ובאלו נדון עכשיו אחת-אחת.

1. איסור בל תשחית

בדיני ישראל נתקלת הבעלות קודם-כל בהגבלה, שאין אדם רשאי להשחית נכס שעשויים אנשים ליהנות ממנו, וביחוד אילנות עושי-פירות. להשחית - משמע לפעול בנכס שלא בדרך הנאה תכליתית, כי אם רק דרך קלקול ובזבוז[171] - והפועל כן, עובר משום "בל תשחית" ולוקה מכת מרדות מדרבנן, ואף כשגוף הנכס שלו[172]. במקביל לכך אפשר להזכיר בשיטות אחרות את איסורי השחתת הרכוש, החלים אף על הבעל עצמו, על-פי סע' 317 ואילך של פקודת החוק הפלילי במדינת ישראל דהאידנא או על-פי סע' 388 ואילך של החוק הפלילי בגרמניה. אולם, איסורים אלה חלים רק במקרים העשויים לסכן את הציבור או שיש בהם צער-בעלי-חיים או פגיעה בזכות מסוימת של הזולת. איסור עקרוני כגון זה שבדיני ישראל אינו ידוע כנראה בשיטות אחרות[173].

העקרון של "מידת סדום", לפיו הוכרה לבעלים זכות של חירות-פעולה מירבית, תוך חובת התחשבות **מזערית** בענייני הכלל או הריע; לעומת זאת, כיום, הוחזרה בציבור תנופה עצומה לעקרון ההתחשבות ההדדית, ומכאן שפע החוקים מן הסוג הנידון. אפשר גם לומר שקודם לכן ראו באירופה את הבעלות כמוסד הנתון לאדם רק לטובתו האישית, בעוד שעכשיו רואים אותה כנתונה לו כבן-הציבור, אשר טובתו האישית וטובת הציבור מתלכדות ומשתלבות זו בזו. אולם, כל זה הוא רק שינוי אידיאולוגי ומוסרי, ואף שינוי מעשי גדול במאזן החירויות והסייגים הכרוכים בבעלות, אך על-כל-פנים לא שום שינוי מבחינה מושגית וטכנית גרידא. מבחינה מושגית היתה הבעלות תמיד פתוחה לסייגים, אף באירופה של המסורת הקלאסית (ר' למשל סע' 544 של ספר החוקים הצרפתי מימי נפוליון - זו תקופת-המופת של האינדיבידואליזם האירופי: "הבעלות היא הזכות להפיק הנאה מן הדברים ולשלוט בהם באופן המוחלט ביותר, בתנאי שלא ייעשה בהם שימוש האסור על-ידי החוקים או התקנות"), ואילו הנוהג המחודש של כפיפת הבעלות לתקנת-הציבור אינו אלא עשיית שימוש נרחב בפתח הזה, הקבוע ועומד מלכתחילה.

[171] ד) שבה ק"מ ב'.

[172] ה) שבת ק"ה ב, ופ"ו מהל' מלכים הל' י'.

[173] ו) עם זאת יש לציין כי הקבלה מלאה, ואף מופלגת, נמצאת לאיסור "בל תשחית" הישראלי במשפט **הסובייטי**, אגב הגבלה שעניינה העקרוני הוא אחר. כאן, לא זו בלבד שאף הבעל עצמו אינו רשאי לפעול בנכס לשם קלקול ובזבוז בעלמא, אלא בכלל אין אדם רשאי לפעול בנכסיו באופן שלא ייראה כהולם את התכלית שלשמה הכיר המשפט הסובייטי בזכות הקניין הפרטי - ויש כמובן להניח כי השחתת הנכסים גרידא תיחשב כבלתי-הולמת את התכלית הלזאת. ההבדל המעשי בין שתי השיטות הוא, שבדיני ישראל כל שימוש בלתי-תכליתי הוא אסור, אך כל שימוש תכליתי על-כל-פנים מותר כאן, כל זמן שלא נאסר בפירוש; לעומת זאת, במשפט הסובייטי, כל שימוש צריך להתברר לגופו, אם תכליתו כשרה ואם לא. ר' המשפט האזרחי הסובייטי, א', עמ' 366.

2. איסור הזנחת נכסים (במשפטי העמים)

קרוב לאיסור "בל תשחית" הוא ההסדר הנמצא בכמה שיטות, שהבעל המזניח את נכסיו, במובן שנמנע הוא מלטפל בהם באופן שיבטיח את הפקת תועלתם כדרכה, עשוי לאבד את זכותו. כך, למשל, קובע סע' 838 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי, ש"כאשר מזניח הבעל את שמירתם, את עיבודם או את שימושם של נכסים החשובים ליצור הלאומי, באופן שפוגע הוא במידה חמורה בדרישות היצור, יכולה הרשות המינהלית להפקיע את הנכסים כנגד תשלום פיצוי הוגן. הוא הדין אם הזנחת הנכסים פוגעת באופן חמור ביפי הערים או בעניני האמנות, ההיסטוריה או בריאות הציבור". בדומה לזה קוראים אנו אצל **צ'שיר**, בעמ' 203, לגבי המשפט האנגלי: "אריס, או אף בעל גמור של אדמה חקלאית, יועמד לפיקוח המדינה אם הוא מועל במעמדו. 'צו פיקוח' יכול להינתן נגדו אם אין הוא נוהג בהתאם לכללי ההנהלה הטובה של רכוש. משניתן צו כזה חייב האיש לקיים את ההוראות שתינתנה לו על-ידי הועד הפועל החקלאי, ואם הנהגתו לא תשתנה כרצוי - אפשר להפקיע ממנו את האדמה כנגד פיצוי"[174]. הוראות מקבילות קיימות גם במדינת-ישראל, [[38]] על-פי סע' 68 ואילך של חוק הקרקעות העותמני מ-1274 להג"מ - לגבי אדמת "מירי" (שאמנם, להלכה, לא היתה נחשבת בבעלותו הגמורה של הקונה הפרטי, כי אם רק בקניין-הפירות אצלו, כנגד בעלות המדינה) - וכן עדיין יש הוראות כאלה לגבי אדמות מוברות בדרך-כלל, על-פי פקודת הארכת תוקף של תקנות שעות חירום (עיבוד אדמות מוברות), תש"ט.

בדיני ישראל נראה שהעקרון הוא כי אין על בעל הנכסים חובה לטפל בנכסיו למען התועלת שתהא עשויה לצמוח מכך, בעקיפין, לציבור: די לו לציבור בענין הרגיל שישנו בדרך-כלל לבעלי הנכסים, להפיק מהם את התועלת המירבית שאפשר, מתוך מניעים עצמיים, ורק במקרה שההזנחה היא באונס - בעל הנכסים אינו בר-דעת לטפל בנכסים, או שמנוע הוא מלטפל בהם בעל-כרחו מאיזו סיבה חיצונית - מתערב בית-הדין, על-ידי מינוי אפוטרופוס או נאמן, כדי להציל את הנכסים לציבור באמצעות הצלתם לבעל הנכסים בעצמו. אם, לעומת זאת, ההזנחה היא מדעת, הרי בדרך-כלל יהא פירושו של דבר שהטיפול בנכסים, במסיבות הקיימות, פשוט איננו כדאי - ואף אם לא כן, הרי על-ידי הפסד ההנאה הראויה יבוא בעל הנכסים על ענשו ממילא, ומכוח החוקיות הכלכלית בעצמה יובא הוא לחזור בו מהזנחת הנכסים או להפסידם לנושיו, - ולכן הכלל הוא שנגד הזנחה מדעת אין בית-הדין מתערב[175].

להצדקת הגישה הזאת אפשר גם להוסיף, בהמשך מן האמור, כי מקרי ההזנחה מדעת שיש להם תקנה ושלא יבואו על תקנתם ממילא, בדרכי ההתפתחות הכלכלית הרגילה, יכולים אפוא מטבע הדברים להיות בעלי חשיבות ציבורית רק בהזדמנויות מיוחדות, יוצאות מן הכלל, - ויתר על כן: אין שום קנה-מידה עקרוני, על-זמני, שעל-פיו אפשר היה להבחין מתי ההתערבות נגד הזנחת הנכסים עשויה להיות יעילה ומוצדקת ומתי עשויה היא להיות רק פעלתנות חסרת-שחר או אמתלה בעלמא כדי לנשל אדם מנכסיו. במלים אחרות, אפוא, קביעת עקרון ההתערבות נגד

---

[174] ז) על פי סע' 12-19 של Agriculture Act מ-1947, ור' גם **הלסבורי-סיימונדס**, כרך א', עמ' 339 ואילך.

[175] ח) שו"ע חו"מ סי' רפ"ה, וביחוד סע' ד'; ור' גם פ"ט מהל' עבדים הל' ז.

הזנחת נכסים מדעת אינה למעשה אלא הנפת שוט **שחזקת** פגיעתו היא **בלתי-נחוצה ורעה**, ושאף המקרים בהם עשוי הוא להיות להועיל - בסתם הם מעטים וחסרי חשיבות, ועל-כל-פנים נמנעת בהם, בדרך-כלל, אפשרות הזיהוי; ובסך-הכל יוצא כי הנפת שוט מסוג זה, שלא בדרך הוראת שעה בלבד, כתקנה יוצאת מן הכלל למסיבות ארעיות ומיוחדות במינן, יכולה להיות רק אנומליה ושטות משפטית בעלמא, אשר לא יתכן לה בכלל שימוש מעשי. ההיסטוריה הארוכה והשוממת של סע' 68 ואילך מחוק הקרקעות העותמני מדגימה מסקנה זו בעליל - ולמעשה אין ספק שגם סע' 838 **האיטלקי** הריהו רק פרי של התלהבות דרדקית לנוכח הגילוי המאוחר של עקרון החברתיות כנגד המסורת המקודשת מקודם של עמידה על "מידת סדום", ובהמשך ההתפתחות צפויה לו בודאי היסטוריה דומה לזו של ההוראות העותמניות. העדר הלכה מקבילה בדיני ישראל איננו אם כן סימן לאי-שלמות בעקרון החברתיות - שדווקא דיני ישראל עומדים עליו באופן מובהק, כפי שנוסיף ונראה עוד בפרק הזה, - אלא הריהו בודאי רק תוצאה של עמידה על עקרון החברתיות מתוך איזון-נפש, בתבונה עניינית-מעשית ובלי שום פזיזות.[[39]]

3. צרכי ישוב ארץ-ישראל

אחד הגדרים המיוחדים בדיני ישראל להגבלת הבעלות הפרטית לשם תקנה הציבור הריהו הטעם "**משום ישוב ארץ ישראל**". הגבלה זו איננה סייג שניתן להחילו על הבעלות מן המופשט, בכל מקרה ומקרה לפי ראות עיני הדיין, אלא היא מסגרת לתקנות מיוחדות, ותקנות מסוג זה ישנן אחדות.

אחת מאלו נלמדת במשנה ערכין פ"ט מ"ח: "אין עושים שדה מגרש ולא מגרש שדה, ולא מגרש עיר ולא עיר מגרש", ומפרש רש"י (בגמרא, דף ל"ג עמ' ב'): "אין עושין שדה מגרש משום ישוב א"י, והיינו שממעט את הזריעה, ולא מגרש שדה - שמחריב את נוי העיר; מגרש אין עושין עיר שיעשו בו בתים, שאין עיר נאה בלא מגרש, וכ"ש שאין עושין עיר מגרש, שאין מחריבין את ישוב העיר". הרמב"ם, בפ"ג מהל' שמיטה ויובל הל' ה', פוסק - נגד דעת ר' אליעזר במשנה - ש"עושין שדה מגרש ולא מגרש שדה, מגרש עיר ולא עיר מגרש, שלא יחריבו את ערי ישראל". על הוראה הדומה לזה מאוד בתוכנה, במשפט האנגלי, מספר צ'שיר, בעמ' 121: על-פי Town and County Planning Act, 1947, אסור לבעל הקרקע לסטות מן השימוש שהיה נהוג בקרקע ב-1 ביולי 1948, אלא ברשיון.

תקנה אחרת במסגרת זו הריהי שאם "שטף הנהר זיתיו ושתלן בתוך שדה חברו, ואמר הלה זיתי אני נוטל - אין שומעין לו בארץ ישראל, משום ישוב הארץ, אלא יעמדו במקומם", ובעל השדה משלם לבעל הזיתים את דמיהם[176]. לפי דעה מסוימת חלה התקנה גם במקרה שבעל הנטיעות עצמו חיבר את הנטיעות בקרקע הזולת שלא ברשות, ואחר-כך מבקש הוא לחזור בו; אך נראה

[176] ט) שו"ע חו"מ סי' קס"ח סע' א'.

שהדעה המכרעת היא כי חוסר-יכולתו של הנוטע לחזור בו כנגד רצונו של בעל השדה, במקרה של נטיעה בפשיעה מבוססת בטעם אחר[177].

4. ניצול הזכות לרעה (במשפטי העמים)

הגבלה המופיעה בצורות שונות בשיטות המשפט השונות מתיחסת לקביעת הגדרים העקרוניים הכלליים שרק בתוכם יוכל הבעל לעמוד על זכותו.

הגבלה אחת מסוג זה הזכרנו כבר בהערה ו' לעיל, בהבאה מן המשפט **הסובייטי**. אמרנו כי במשפט הסובייטי הכלל הוא שאין אדם רשאי לפעול בנכסיו באופן שלא ייראה כהולם את התכלית שלשמה הכיר המשפט הסובייטי בזכות הקניין הפרטי. הגבלה זו מכוונת בעיקר למנוע את השימוש בנכסים פרטיים כדי להפיק באמצעותם רווחים מעבודת הזולת, אך עשויה היא לחול גם על כל מיני שימושים אחרים, לפי ראות עיני הדיין בכל מקרה, ובלי שום הגדרה עניינית מדויקת. החיזוק להגבלה איננו כנראה - ולפחות, לא בעיקר - בדינים שבין אדם לחברו, במסגרת דיני הממונות בעצמם, אלא מטבע הדברים שייך הוא למשפט הממלכתי[178].

[[40]] מידה מסוימת של קרבה ישנה בין גישה זו לבין הגישה בשיטות אירופיות אחרות, וקודם-כל **בצרפת**. כאן אין אמנם שום הסדר מסוים הקבוע בחוק, אך בבתי-המשפט מכירים בהגבלה מכוח עקרונות המשפט הכלליים (droit commun). ההגבלה מתבטאת **בפסילת הניצול של זכויות לרעה** (abuse des droits), וכך קוראים אנו עליה אצל **קולין וקפיטן**, בכרך א', עמ' 19-18: "אפילו במקרה שהתנאים החוקיים לשימוש בזכות כובדו לכאורה, יסרב השופט לקיים את השימוש אם אחר בדיקת המסיבות נראה לו כי השימוש בזכות היה נפשע, מונע על-ידי הכוונה היחידה להציק לזולת או על-ידי מניעים הנוגדים את המטרה החברתית של הזכות". הסיפא של הדברים הוא לפחות מבחינה עקרונית-מופשטת זהה כמעט לעקרון ההגבלה הסובייטית, אך כאן נראה שהחיזוק להגבלה איננו דווקא במשפט הממלכתי, כי אם להפך: רק בתחום דיני הממונות לבדם - והיינו שרק כשהשימוש בזכות אינו נוח **למישהו מסוים**, והלה עומד על כך בבית המשפט, יוכר השימוש כבלתי-כשר **כנגדו**, והמעשה יידון כאילו לא היתה מאחוריו זכות כלשהי. בתחום המיוחד של דיני הבעלות מתארים את ההגבלה **פלניול וריפר**, בכרך ג', עמ' 453-452, תוך הדיון באחריות הבעל לנזקים שנגרמו לזולת: "הבעל אחראי גם-כן, לפי עקרונות המשפט הכלליים, אם הוא מבצע פעולה שאינה חורגת אמנם מתחום הגבולות האובייקטיביים של זכותו, אך שמטרתה היחידה היא להציק לזולתו... ללא תועלת לעצמו, או... ללא סיבה רצינית וכשרה"; ובהמשך מכאן: "מאחר שהבעלות, ככל זכות, אינה אלא רשות הנתונה לאדם בחיותו בחברה, הרי ביחס לשימוש שהזכאי יכול לעשות בה נמצאת היא מוגבלת בהכרח על-ידי חובותיו החברתיות, וביחוד החובה שלא להשתמש בה לשם תכלית אחרת מזו שלמענה היא הוכרה על-ידי המחוקק, לא כל שכן כדי לגרום על-ידיה נזק לאחר".

---

[177] י) בבא מציעא ק"א ב', ור' עה"ש סי' שע"ה סע' ג'.

[178] יא) ר' המשפט האזרחי הסובייטי, א', סעיף 366.

דומה לזה הדין **באיטליה**. כאן קובע ספר החוקים האזרחי, בסע' 833, תחת הכותרת "מעשים של קנאה" (Atti d'emulazione) "הבעל אינו יכול לעשות מעשים שלא תהא להם מטרה אחרת אלא רק להציק לאחרים או להביא להם נזק". **מסיניאו**, בכרך א/ב, עמ' 250-249, מפרש אה הדברים במסגרת אותו עקרון בדיוק שראינו בצרפת[179]; את התכלית המהותית של זכות הבעלות מגדיר הוא כענין של חתירת האדם לאיזו תועלת לעצמו, בכפוף לכיבוד זכויות הזולת, ומוסיף הוא כי ההגבלה חלה כנראה רק על מעשים חיוביים ולא על מחדלים או התנהגות סבילה בעלמא. גם **בגרמניה** המצב הוא דומה. כאן קובע סע' 226 של הבג"ב "איסור מעשים של רשעות" (Schikaneverbot), וזו לשונו: "אין להשתמש בזכות אם יכולה להיות לה רק המטרה לגרום נזק לזולת". **בשוייצריה** קובע הסיפא לסע' 2 של הצג"ב: "ניצול הזכות באופן גלוי לרעה אינו מוגן על-פי החוק". **ביוון** קובע סע' 281 של ספר החוקים האזרחי (לפי תרגום צרפתי): "השימוש בזכות אסור אם הוא עובר באופן ברור את הגבולות הנקבעים על-ידי... התכלית החברתית או הכלכלית של אותה זכות".

לעומת זאת, **באנגליה** - וממילא גם במשפט הנוהג במדינת-ישראל דהאידנא - ההלכה העקרונית היא הפוכה, היינו ש"שימוש ברכוש, שהוא חוקי בהיותו נעשה מתוך מניע כשר, אי-אפשר כי ייהפך לבלתי-חוקי מפני שהוליד אותו מניע שאינו כשר או אף מרושע"[180]. אמנם, סלמונד מביא גם מקרים שבהם נפסק באנגליה אחרת; אך הוא מתרץ כי שם מדובר היה בסכסוכים שהיתה בהם לכאורה [[41]] עילת-תביעה על nuisance בין שכנים, והנתבע צריך היה להוכיח כי התנהגותו היתה על-כל-פנים סבירה במסיבות המקרה: במקום זאת הוכח שם כי הנתבע נהג כפי שנהג מתוך רשעות (malice) בעלמא ושהתנהגותו לא היתה אפוא סבירה ולכן היא נפסלה. אולם, במקום שמלכתחילה אין כלל לתובע טענה, חוץ מזה שההנהגות הנתבע נבעה רק ממניעים פסולים, חל העקרון שציטטנו לעיל[181].

---

[179] יב) ר' גם כרך ג', עמ' 27.

[180] יג) על-פי פסק-הדין במשפט Mayor of Bradford v. Pickles, בקובץ Appeal Cases מ-1895 בעמ' 587, ור' **סלמונד**, נזיקין, עמ' 36 ואילך. ביחס למדינת-ישראל, ר' פסק הדין במשפט שלוסר נגד כ"ץ, ע"א 281/61, פסקי-דין ט"ו, עמ' 2329.

[181] יד) מעשי הנתבע נפסלו במקרה שהקים רעש בחצרו, במידה שלא חרגה אמנם מגדרי המקובל, אך רק מתוך כוונה להרגיז את השכן. כן נפסלו מעשי הנתבע במקרה שירה בחצרו כדי למנוע בעל-חי בחצר השכן מלפרות, ובעוד שמותר היה לו לירות אותן יריות לו התכוון להנאתו או להבריח שפנים. לעומת זאת לא נפסלו מעשי הנתבע כשעצר את זרימת מי-התהום מחצרו לחצר השכן, רק כדי להכריח את השכן שיקנה את אדמתו. כמו כן, במדינת ישראל, בפסק-הדין הנ"ל, אישר בית-המשפט מניעת מעבר משכן, תוך גרימת מצוקה לו, ובעוד שהעילה לעמדת בעל החצר המונע היתה רק בריב שהתנהל בינו לשכן בענינים אחרים, והמעבר לא היה גורם לו שום נזק או הפרעה.

הפרשנים האנגליים אינם מרגישים בנוח בתוצאה הלזאת. **סלמונד**, למשל, מצטט לאמור: "משפטנו לא היסס לסמוך את ידו על תיאוריה בדבר הקף הזכויות הפרטיות שאפשר רק לתארה כקידוש הרוח של אנוכיות בלתי מוגבלת... שיטתנו היא השיטה המודרנית היחידה שלא השתדלה לפתח אמצעי כלשהו שאפשר יהיה להבטיח בו כי כל דין ודין לא ייהפך למכשיר של סיפוק קנאת הפרט או קידום הרשעות"[182]. אולם, בכל מיני הניסוחים שסקרנו ביבשת אירופה נראה שבצדק אין הפרשנים האנגליים מוצאים להם פתרון העשוי להשביע רצון. ראשית, עצם המושג של איסור "ניצול הזכות לרעה" נסתר מתוכו, שהרי אם מעשה כלשהו נאסר, שוב אין הוא בגדר הזכות, וממילא אין שם שום "ניצול לרעה". שנית, אף אם נתעלם מן הסתירה, אין למושג זה משמעות אלא אם יועמד על איזו הגדרה מסוימת, אך ההגדרות המוצעות אין בהן למעשה שום אחיזה ממשית. ההגדרה הנפוצה ביותר מבקשת להעמיד את מבחן "הניצול לרעה" על כוונת האדם, מבחינה סובייקטיבית, אם מתכוון הוא רק להציק לזולתו או יש לו גם כוונה כנה אחדת; אך על-פי רוב לא ינתן כלל הדבר לבדיקה. גם נסיון להעריך את הדבר באופן אוביקטיבי, לפי סבירות ההתנהגות במסיבות המקרה בעיני מסתכל מן הצד, אינו מוביל לשום מקום, כי מה שמבקשים כאן הלא הוא באמת רק קנה-המידה ל"סבירות", היינו לגדרי החופש שהבעלות צריכה להעניק בכל מקרה ומקרה. גם הנסיון לקבוע את קנה-המידה ב"תכלית החברתית של הזכות" איננו מוסיף, אלא עוד גורע: סתום הוא ממש כמבחן "הניצול לרעה" או מבחן "הסבירות", אך ערך "החברתיות" פותח כאן פתח ליומרה של קנאות אידיאולוגית, אשר בהיותה מצורפת למבחן סתום וחסר כל תוכן מסוים, כאמור, עשויה היא רק לשמש את הפיכת שרירות-הלב גרידא של אנשי השלטון המשפטי להתגלמות נאמנה כביכול של אידיאולוגיה חברתית מחייבת[183].

5. דין הכפייה על מידת-סדום

לעומת זאת נראה כי פתרון משביע-רצון לגמרי נמצא לענין דלעיל **בדיני ישראל**. הפתרון הוא כפול, ובחלקו הראשון מופיע הוא בהגהת הרמ"א על שו"ע חו"מ סי' שס"ג סע' ו'. הנוסח הוא: "כופין על מידת-סדום במקום שזה נהנה וזה אינו חסר". "מידת סדום" מוגדרת בפרקי אבות פ"ה מ"י: "האומר שלי שלי ושלך שלך - זו מדה בינונית, ויש אומרים מידת סדום"; ופירוש הדין האמור הוא שכופים נגד הביצוע העקבי של העקרון "שלי שלי ושלך שלך" אם בעל הנכס אינו נמצא [[42]] חסר על-ידי הפגיעה בזכותו, ואילו חברו נהנה. ההסבר המוסרי של הדין, המבליט את ההקבלה לאיסור הרשעות שראינו לעיל, נמצא לנו בבבא קמא, דף פ"א עמ' ב': "הרי שכלו פירותיו מן השדה ואינו מניח בני-אדם להיכנס בתוך שדהו, מה הבריות אומרות עליו? - מה הנאה יש לפלוני ומה הבריות מזיקות לו? עליו הכתוב אומר: מהיות טוב אל תקרי רע. ומי כתיב מהיות טוב אל תקרי רע? אין, כתיב כי האי גוונא: אל תמנע טוב מבעליו בהיות לאל ידך לעשות"[184]. אך זהו רק ההסבר המוסרי, ואילו המקור המשפטי הוא בבבא בתרא, דף י"ב עמ' ב'. פירושו המדויק

---

[182] טו) **סלמונד, נזיקין**, עמ' 39, מתוך מאמרו של **גאתרידז'**; ור' גם **וינפילד**, עמ' 56-55.

[183] טז) ר' מאמרו המצוטט של **גאתרידז'**.

[184] יז) השווה גם בתשובת הרא"ש, כלל צ"ז סע' ב': "כופין אותו להתרחק מן המדות הרעות ולעשות חסד עם חברו בדבר שאינו מפסיד כלום".

של מקור זה נתון במחלוקת, והשאלה היא אם כל אימת שהויתור מצד בעל הנכס לא יגרע מהנאתו חייב הוא ממילא לותר לחברו - ואף כשבמסיבות המקרה יש בידו להשיג תמורה מחברו - או שמא, כשיש בידו להשיג תמורה, אין הוא חייב לותר בלעדיה, ואף כשהויתור בעצם אינו גורע ממנו דבר[185]. אולם, באמת נראה כי יותר משהמפרשים חלוקים כאן על גדרי הדין למעשה, חלוקים הם על האופן שבו אנו מגיעים אליו, ואילו הדין הנכון הוא שאין בעל הנכס יכול לדרוש תמורה בעד ויתור שלא יגרע מהנאתו דבר ושאין לו ערך כלכלי אובייקטיבי, אך במקום שיש לויתור ערך כלכלי אובייקטיבי רשאי בעל הנכס שלא לותר בלעדי התמורה, ואף כשהויתור כשלעצמו לא יגרע מהנאתו ולא כלום[186].

---

[185] יח) ר' הרב המגיד וכסף משנה על פי"ב מהל' שכנים הל' א', ובית-יוסף על חו"מ סי' קע"ד סע' א'.

[186] יט) כך נראה לי לפי הלך-המחשבה כלהלן.

הסוגיה בבבא בתרא י"ב ב' מביאה שלשה מקרים של חלוקת שותפות שבהם הכריע רב יוסף באופן שונה, אף-על-פי שהעניינים להכרעה בשלשת המקרים היו דומים לכאורה: "ההוא דזבן ארעא אמצרא דבי נשיה. כי קא פלגו, א"ל פליגו לי אמצראי. אמר רבה כגון זה כופין על מדת סדום. מתקיף לה רב יוסף: אמרי ליה אחי, מעלינן ליה עילויא כי נכסי דבי בר מריון, - והלכתא כרב יוסף. תרי ארעתא אתרי נגרי, אמר רבה: כגון זה כופין על מדת סדום. מתקיף לה רב יוסף: זמנין האי מדויל והאי לא מדויל, - והלכתא כרב יוסף. תרתי אחד ניגרא, א"ר יוסף: כגון זה כופין על מדת סדום"...

מתעוררת אם-כן השאלה, מה ההבדל בין שלשה המקרים ועל מה מבוססת הבחנת רב יוסף ביניהם. בקשר לכך מוצעות שתי שיטות עיקריות, של רש"י ורבנו תם, אך שתיהן גם יחד נזקקות לתרוצים דחוקים. רש"י מפליג להנחה, שבמקרה הראשון - בהבדל מן המקרה השלישי - היה השדה שעמד לחלוקה שדה-בעל, וחלקי השדה לא היו כאן אפוא שווים ביניהם, באשר לעתים יכול היה החלק האחד להתברך במים יותר ממשנהו; אך בצדק מקשה על זה רבנו תם, שאם בחלוקת השותפות ראוי לקחת בחשבון לא רק הבדלים הקיימים בין החלקים בעין, אלא גם הבדלים העשויים להתהוות בעתיד, הרי גם בשדות-שלחים - ואף בשדות שלחים הנזקקים לאותו מקור-השקאה בעצמו - יתכן שיתהוו בעתיד הבדלים, למשל בהשפעת הרוחות. ומצד שני, גם תרוץ רבנו תם הוא דחוק, כי הוא מניח שההבדל בין המקרה הראשון לשלישי הוא, שבמקרה הראשון הצדיק רב יוסף את השותף שלא רצה לותר בלי תמורה, באשר שותף זה עמד על-כל-פנים על זכות שהיתה לו: הזכות לערוך הגרלה, - אך במקרה השלישי עמד השותף הקפדן על דרישה של הרביית-חלקים בעלמא, ולכן כפה אותו רב יוסף לותר; אולם, הנחה זו, שדרישת השותף הקפדן לא היתה כלל בבחינת עמידה על זכות שהיתה לו, אלא דרישה מופרכת מעיקרא, אינה מתישבת עם מכלול הענין הנידון ועם אמירת רב יוסף ש"כגון זה כופין על מדת סדום": לפי פירוש רבנו תם בכלל לא היתה כאן עמידה על מידת-סדום ("שלי שלי ושלך שלך"), כי אם עמידה על מידת-הרשע "שלי שלי ושלך שלי", ובצדק מקשה על זה הרא"ש, בתשובה שציטטנו לעיל, בהערה י"ז, שאם-כן, "כל זה נהנה וזה אינו חסר דכופין על **מידת-סדום** -

אמאי כופין? והלא חסר הוא ממון שיתן לו חברו בשביל הנאתו...". [[43]]

לעומת זאת נראה לע"ד שהסוגיה מתפרשת מתוכה, בלי שום צורך בתרוצים מבחוץ, ושלשת המקרים הם אלה: א) אחד קנה אדמה על מצר בית אביו, ולכשבאו לחלק את ירושת האב ביקש הבן לקבל את חלקו סמוך למצר בלי הגרלה. אמר רבה: כגון זה כופין על מידת סדום, אבל רב יוסף פסק שיכולים האחים

להעלות את ערך החלקה - והלכה כרב יוסף; ב) שניים שהיו להם שני שדות נפרדים בשותפות, על גדות שני נהרות שונים, וכשבאו לחלק ביקש אחד לחלק שדה כנגד שדה, כדי שיהא לו שדה רצוף אחד (וכגון שיותר קל לו לעבד שדה רציף, או אפילו שביקש לקבל לא רק שדה רצוף סתם, אלא דווקא שדה אחד פלוני ובלי הגרלה, משום שאותו שדה קרוב יותר לביתו). לעומת זאת ביקש חברו לקבל חצי בכל שדה לחוד, כפי שהיה מגיע לו על-פי חומר הדין. אמר רבה: כגון זה כופין על מידת סדום, אבל רב יוסף פסק כי בהיות הנהרות סמוכים לנהרות שונים, ממילא גם טיבם העצמי הוא שונה, באשר לא תמיד יתרונות הסמיכות לנהר זה הם כיתרונות הסמיכות לנהר האחר, ולכן עמידת השותף השני על השתמרות זכויותיו בסמוך לשני הנהרות אין בה משום עמידה על מידת סדום ואין כופים כנגדו. גם במקרה זה ההלכה כרב יוסף; ג) שניים שהיו להם שני שדות נפרדים בשותפות, על גדות נהר אחד, וכשבאו לחלק ביקש אחד לחלק שדה כנגד שדה וחברו עמד על חומר הדין, כנ"ל. אמר רב יוסף: כגון זה כופין על מידת סדום, - והלכה כרב יוסף. והנה, ההבדל בין המקרה השני לשלישי הוא מפורש וברור - לפי הפירוש שלנו, כמו לפי הפירושים האחרים; אך גם לפי הפירוש שלנו עדיין השאלה עומדת, מה ההבדל בין המקרה הראשון לשלישי, ומדוע מתדמה הדין במקרה הראשון ובשני ואילו המקרה השלישי נבדל משניהם.

התשובה, נראה שגלומה היא בהכרח וממילא בהסברת רב יוסף לעמדתו במקרה השני: אין העמידה על חומר דיני החלוקה נחשבת כמידת סדום במקום שהויתור עליהם עשוי להביא למוותר משהו שלא יכיל את כל היתרונות הגלומים במה שעשוי הוא להשיג לכשתתקיים החלוקה על-פי חומר הדין. מכאן משמע שבמקרה הראשון - בדומה למקרה השני ובהבדל מן השלישי - היה הויתור מצד השותף הקפדן כרוך בסכנת הפסד של יתרון כלשהו: במקרה הראשון הכיל החלק הסמוך למצר יתרון כלשהו שלא היה בחלקים האחרים, אך במקרה השלישי הכיל כל אחד משני השדות את כל היתרונות הגלומים בחצאים של שניהם. ומה היה במקרה הראשון הבדל-היתרונות, שלא נמצא כמוהו במקרה השלישי? הבדל זה, בשום פנים אין צריך לנחשו: המקרים הנידונים בסוגיה הובאו רק כדי ללמד על דיוקו של הדין העולה מתוך הצרוף של שלשתם, על-פי הנתונים המפורשים **בתוכם**; והשאלה היא אם-כן מה הם הנתונים הללו החשובים לענייננו? קודם דחינו כבר את ההנחה של רש"י, שהנתון החשוב הוא שבמקרה השלישי היו השדות סמוכים לנהר. לא זו בלבד **שהאנטינום** של נתון זה, שבמקרה הראשון היה מדובר בשדה-בעל, אינו מוביל כאמור לשום מקום, אלא יתר-על-כן: אין זה כלל אנטינום מחויב; אף במקרה הראשון יתכן ויתכן שהשדה היה שדה-שלחים, ונראה שענין הנהר במקרה השלישי הובא רק כדי להבדילו מענין **שני הנהרות** במקרה **השני**. אולם, מצד שני אין לומר גם (כפי שמשתמע משיטת הנודע ביהודה, המובאת בפתחי-תשובה על חו"מ סי' ק"ע ס"ק א'), כי ההבדל הוא בכך, שבמקרה הראשון היתה למבקש-הויתור חלקה סמוכה, והיה לו אפוא ענין **מובהק** לקבל את חלקו סמוך למצר, עד שמוכן היה לשלם כדי להבטיח יתרון זה לעצמו, בעוד שבמקרה השלישי **לא** היה למבקש-הויתור ענין מובהק כל-כך, ומאחר שלהשיג ממנו תשלום בעד היתרון אי אפשר היה מכל-מקום, ראוי היה לשותפו לותר לו. תרוץ כזה הוא נמנע, לא רק מפני האבסורד שפותח הוא פתח להתמודדות בין הצדדים, אשר בית-הדין מוזמן להכריע בה, באופן פרדוקסלי, על-פי תוצאותיה הצפויות, אלא מופרך הוא גם מעבר לכל שיקול פרגמטי כזה. כי גם במקרה השלישי - אף אם לא היתה למבקש-הויתור חלקה סמוכה מלכתחילה לאחד השדות, הרי מכל-מקום, חצי של שדה כלשהו היה מובטח לו ודאי; ומה שהוא ביקש היה רק זה - או, לפחות, קודם-כל זה - שמחצית-השדה השנייה, המגיעה לו גם-כן, תינתן לו בסמוך לחצי הראשון. באופן כזה מתדמה איפוא המקרה השלישי לראשון ,

[[46]] הדין האמור פוטר את הבעיות שהעלינו בסקירת המשפט האירופי, כי מצד אחד אמנם שם הוא סייג לאנוכיות, לקנאה ולרשעות, ומונע הוא את ניצולה של הזכות שלא לשם תכליתה העניינית, כי אם רק כדי להציק לאחרים, או למנוע מהם הנאה כלשהי - ואין צריך לומר, כדי

ומתברר כי עצם עניינו של המבקש ברציפות חלקותיו אינו גורם מבדיל כלל, באשר הוא משותף לשני המקרים כאחד. [[44]]

אולם, ניתוח זה כבר מביא אותנו להסבר ההגיוני הנכון, המתחייב מעצמו: במקרה השלישי, אם ייעתר השותף למבקש-הויתור, הרי גם הוא יקבל את שני החצאים המגיעים לו באופן מצורף; ואף אם לו, באופן אישי, אין משום-מה נפקא מינה, הרי הוא יקבל על-כל-פנים משהו השווה ביתרונות האובייקטיביים בדיוק למה שיקבל חברו. לעומת זאת, במקרה הראשון מגיע לכל אחד מן השותפים רק חצי אחד, ורק מבקש-הויתור יש לו חלקה סמוכה לאחד החצאים. בהתאם לכך, אם הוא יקבל את החצי המגיע לו בסמוך לחלקתו, הרי שאותו חצי יחזור וייכלל ביחידה יותר גדולה, וערכו בשוק יהיה לפי זה; אולם, השותף השני, שאין לו חלקה סמוכה, יקבל רק חצי שערכו בשוק יהיה לפי ערכו העצמי בקטנותו - ומשמע שלפי טבע הענין דורש כאן מבקש-הויתור כי יינתן לו חצי אשר תוך כדי ההיעתרות ייהפך ערכו לגדול יותר מערך החצי שיישאר בתמורתו לצד שכנגד. המקרה דומה כאן אם-כן באמת למקרה **השני**: בשני המקרים כאחד שלל רב יוסף את כפיית הויתור משום שהחלקים שעמדו לחלוקה לא היו לגמרי שווים ביניהם; וגם אם ההבדל לא היה מרחיק-לכת כל-כך עד שיהא בו כדי לפגוע בעצם הדין של היות החלקים ראויים להתחלק זה כנגד זה על-פי הגרלה - שהרי כשלעצמם, בשימושם וערכם העצמי, הם שווים, - הרי בהיותם נדרשים על-ידי מישהו לפנים משורת הדין, בטענת "זה נהנה וזה אינו חסר", מקבל חשיבות אותו ההבדל המשני שלא היה חשוב עד עכשיו, כי יכול הנתבע להשיב שהפסד הסיכוי לזכות ביתרון פלוני, המצוי רק בחלק האחד, הריהו לדידו חסרון. אולם, מכאן ואילך גם באים אנו לגורם המיחד את המקרה הראשון לא רק מן המקרה השלישי, אלא אף מן המקרה השני. כי במקרה השני הצדיק רב יוסף את הנתבע בגלל סמיכות החלקים לנהרות שונים, ואף-על-פי שהבדל הנהרות לא גרר שום הבדל במחיר החלקים. אך לעומת זאת, במקרה הראשון, היה ההבדל במיקום החלקים כרוך גם בהבדל של מחיר: לא מפני שאחד השותפים היה מעונין בייחוד באחד החלקים, אלא מפני שאותו חלק - ביד אותו השותף - היה נעשה יקר יותר אף לגבי אנשים אחרים; ואכן, עצם הדבר הזה היה כל ההבדל כלו בין החלקים השונים. לכן, במקרה השני, כשהצדיק רב יוסף את הנתבע, הסתמך הוא על עצם ההבדל הטבעי בין החלקים השונים, אך בהצדיקו את הנתבע במקרה הראשון נבלע לו ייחודו של החלק בזכותו של השותף להעריכו ביותר מערכו העצמי, לפי הערך הכלכלי שיהיה לו ביד השותף המעונין.

ביחס לעיקר הדין למעשה, אין פירוש זה מתנגש עם הכרעה מקובלת כלשהי. הכל מסכימים שכאשר אין הבדל בין החלקים, יכול שותף מעונין לדרוש לו דווקא חלק מסוים בלי הגרלה, וכופים על מידת סדום לטובתו, ואילו כשיש הבדל - אין כופים לטובתו, ויכול שכנגדו להתנות את הויתור בתשלום, בין אם ההבדל הוא בעל ערך כלכלי אובייקטיבי ובין אם לא. הדגש המיוחד שבפירוש שלנו הוא שבחלוקת השותפות אין להעריך את החלקים כפי שהם כשלעצמם, **לעת החלוקה**, אלא **כפי מה שיתהווה על-ידי החלוקה בדיעבד**; ובמקום שערך החלק בדיעבד יהא שונה מערך החלקים האחרים בדיעבד, רואים אותו שונה מלכתחילה מיתר החלקים, וההקפדה על הסיכוי לקבל אותו אינה נחשבת אפוא כמידת-סדום, על דעת הכל.

לגרום להם נזק; אך מצד שני משיג הוא את כל המטרות האלו בלי שום תקלה, והריהו הגיוני מבחינה מושגית ומעשית כאחת. מבחינה מושגית - ובהבדל מן הניסוח האירופי - אין כאן איסור של שום דבר המותר כביכול על-פי זכות מוכרת, אלא יש רק הגבלת הרשויות הכלולות בזכות בסתם, במסיבות מסוימות; והמסיבות הללו, מבחינה מעשית, אינן נתלות בשום קנה-מידה סובייקטיבי או מופשט, אלא נקבעות הן לפי קנה-מידה אובייקטיבי ופשוט לחלוטין. קנה המידה הוא בכך, שהזכות בנכס נתונה לאדם כדי להפיק כל הנאה אפשרית מגופו או המגיעה באופן אובייקטיבי בתמורתה של הזכות, אך במקום שאדם אחר עשוי גם-כן ליהנות מן הנכס בלא חסרון הנאה או תמורה ראויה מצד הזכאי - אין לזכאי רשות למנוע את ההנאה, ואף לו היתה לו רשות למנוע אותה הנאה במסיבות אחרות. והנה, סיכום זה של תוכן הדין העברי מראה אמנם הבדל גדול בפרספקטיבה ובעיקר הענין העומד לטיפול בין דין זה לבין הקבלתו ביבשה אירופה: הדין האירופי, כפי שראינו, מכוון בעיקר למניעת מעשי רשעות חיוביים, יזומים, ובארצות המערב הריהו קובע מעין אב-נזיקין; לעומת זאת, הדין העברי מכוון בעיקר לחייב ויתור והיעתרות לפנייתו של הצד שכנגד, ואין בינו לבין אב-נזיקין, דמיון כלשהו. יתר-על-כן, בנקודה זו יש אפילו - גם מבחינה מעשית - הבדל קוטבי בין שתי מערכות הדינים, כי בעוד שהדין העברי מכוון לאפשר לאדם הנאה מנכסי הזולת, הרי הדין האירופי אינו נותן לאדם שום זכות של הנאה מנכסי הזולת, אף במקום שזה נהנה וזה אינו חסר[187]. אולם, באמת אין דברים אלה מסלקים את **ההקבלה** שבין שתי מערכות הדינים: אשר לדין האירופי, מוצאים אנו שגם על-פיו - לפי כיוון שיטתו שלו - חויב, למשל, אדם לסבול את כניסת בנו לחצרו, כדי לבקר שם את קבר אמו, כשסרובו להכניס את הבן לא נבע רק ממידת-סדום בעלמא, כי אם ממניעים אישיים[188]; ואילו מצד הדין העברי, נראה שהשלמת הדברים בכיוון של מניעת **יזמה מזיקה**, פשוט אינה נחוצה בתחומנו, כי במשפט העברי בא הענין על תקנתו ממילא בדיני הנזיקין הכלליים ובדיני יחסי השכנים, כפי שנברר עוד בפרק מיוחד להלן. מלבד זה, גם מצד עצם הדין שכופים על מידת סדום, חוזרת ונשלמת ההקבלה לעניינו של הדין האירופי על-ידי כך, שהדין נגד מידת סדום מגלה כאמור את הגבלת תכליתה של הזכות בנכס לגדרי כל הנאה שאפשר להפיק **מגופו** של הנכס או המגיעה באופן אובייקטיבי בתמורתה של הזכות; אך כשבעל הנכס עומד על כל חומר דינה **המושגי** של הזכות לא כדי להפיק הנאה מהותית מסוג זה, כי אם רק הנאה חיצונית, עקיפה, וזה באמצעות אי-נוחות כלשהי שתיגרם לחברו, בעוד שהויתור על אותה הנאה חיצונית אינו כרוך בהפסד של שום הנאה מהותית מצד בעל הנכס - רואים את הויתור על גרימת אי-הנוחות כענין של "זה נהנה וזה אינו חסר", וכופים את בעל הנכס לותר, אף כשהתוצאה הבלתי-נוחה לצד שכנגד אינה בבחינת מעשה-נזיקין אסור, ואלמלא בקשתו של הצד שכנגד רשאי היה בעל הנכס להסב אותה הוצאה בתוקף זכותו[189] [190]. [[49]]

---

[187] כ) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 221.

[188] כא) ר' במאמרו של **גאתרידז'**, בעמ' 37.

[189] כב) כך מתחייב על-פי המשך הסוגייה בבבא בתרא י"ב ב', במחלוקת רב יוסף ואביי. נשוא המחלוקת הוא מה שמנינו בהערה י"ט לעיל כ"מקרה השלישי", והיינו מקרה שני השדות המשותפים הסמוכים לנהר אחד. אחד השותפים ביקש כאן לחלק שדה כנגד שדה, כדי שיהא לו שדה רצוף, ואילו חברו עמד על חומר

הדין של חלוקת כל שדה לשניים - ורב יוסף פסק כזכור לטובת הראשון. טען נגד זה אביי, שאין כאן "זה נהנה וזה אינו חסר", כי לשותף השני יש ענין, שמא בהגרלת החצאים - יזכה הוא בשני חצאים סמוכים באמצע ואילו חברו יזכה בשני החצאים הקיצוניים, מצידי חצאיו הוא, ויצא כי יצטרך הלה להרבות לו אריסים, ואילו השדה הפנימי שלו ישתמר על-ידיהם ממילא [[47]] מפני כל חדירה מצד בני רשות הרבים. טענה זו של אביי נדחית על-ידי הגמרא, וההלכה היא כרב יוסף, כי "אפושי אריסי לאו מילתא היא" ואינה הנאה הראויה להתחשבות על חשבון הזולת.

[190] כג) להבהרת השימוש המעשי בדין הכפייה על מידת סדום נביא כאן כמה דוגמאות מן המקורות.

א) בפתחי-תשובה על חו"מ סי' ק"ע ס"ק א' מובאת שאלה היפותיטית שמעלה הנודע-ביהודה והשייכת באמת לענין שדנו בו פה באחרונה, בסמיכות להערה כ"ב: מעשה בבעל מעין שבא חברו ונהנה מן המעין בלי שום חסרון לבעלים ובאופן שעל-פי דין הוא לא היה חייב שום תשלום; ביקש בעל המעין להעמיד את חברו בפני הברירה שישלם בעד הנאתו או שהמעין יקולקל, והכריע הנו"ב, שלפחות על-פי הרא"ש - ובהבדל מן הרמב"ם - יש ביד בעל המעין לעשות כן, כי במקום שאפשר לסחוט תמורה אין מידת סדום. אולם, באמת, הכרעה זו כל-כלה היא תמוהה. ראשית, מפני שהרא"ש כלל אינו גורס מה שהנו"ב מיחס לו: אמנם, שלא כרמב"ם פוסק הוא בפירוש ש"מעלין כנכסי דבי בר מריון"; אך הרא"ש אינו פוסק כך לפי שיטת רבנו תם - שאותה הוא דוחה בת דה (בתשובה המצוטטת לעיל, בהערה י"ז) - כי אם על-פי פירושו של רש"י, שהיה הבדל מהותי בין השדות, ושהנתבע רשאי היה אפוא לדרוש תמורה משום שויתור מצידו על חומר הדין היה כרוך אצלו בהפסד של ערך כלכלי, אשר על-פי דין הוא היה בינתיים מוחזק בו; ולפי זה, באמת אין שום הבדל הלכתי בין הרא"ש לרמב"ם, וגם הרא"ש אינו גורס שנסיון לסחוט תמורה אינו מידת-סדום, במקום שהאיש אינו מפסיד שום יתרון המוחזק בידו, כמו במקרה שלפנינו. שנית, אף לפי שיטת רבנו תם אי-אפשר למעשה להגיע למסקנת הנו"ב. כי רבנו תם גורס אמנם שאפשר לדרוש תמורה, אפילו במקום שאין הפסד של ערך כלכלי מוחזק, אבל על-כל-פנים רק בתנאי שהויתור שבעדו דורשים את התמורה הוא ויתור על זכות שבעין; כאן, לעומת זאת, דורש בעל המעין תמורה בעד ויתור על משהו שכלל אין הוא זכאי לו: אין הוא זכאי לתמורה מלכתחילה, ואין הוא זכאי כלל לקלקל את המעין: לא מיבעיא שאין הוא רשאי לקלקל אם כבר נשתעבד להנאת חברו על-פי דיני השכנים, שנראה להלן, אבל אף אם לא נשתעבד - הרי כשאין הקלקול עשוי להביא לו שום הנאה מהותית, אלא ייעשה רק כדי ש"גם לי גם לך לא יהיה", כפי שהוא מצהיר בפירוש, רק יהא הקלקול בבחינת עבירה על איסור **בל-תשחית**. ושלישית, בהיות שהמשך קיום המעין כתקנו אינו גורע משום הנאה מהותית של בעליו, ובעליו מבקש לקלקלו רק כדי להשיג הנאה חיצונית, עקיפה, על חשבון הצד שכנגד, הרי אף לו היתה לבעל המעין מלכתחילה רשות של קלקול, באמת לא היה הדבר נכנס לתחום המחלוקת של רב יוסף ורבה, כי אם למחלוקת רב יוסף ואביי, ותביעת בעל המעין צריכה היתה להידחות איפוא מצד זה. בקשר לכך יש לציין שאמנם, גם לפי מסקנתנו, מונע דין הכפייה על מידת סדום את קלקול המעין רק **מלכתחילה**, אבל בדיעבד - אם המעין כבר קולקל, לא יוכל הצד שכנגד לתבוע פיצוי על הפסד-ההנאה שנגרם לו, אלא אם היה לו שעבוד על-פי דיני השכנים; כי דין הכפייה על מידת סדום, כשלעצמו, **רק משתק את רשות בעל-הבית, אך נראה פשוט שאין הוא נותן לצד שכנגד זכות-ממון, או קניין, כנגדו**. מסקנה זו מחויבת היא, שהרי אם לא כן היה ניתן לנהנה יתרון בעל ערך כלכלי אובייקטיבי, והנחות הכפייה על מידת סדום היו נסתרות מתוכן. על קלקול המעין שלא לצורך אפשר יהיה בדיעבד רק **להעניש** את הבעלים, בגלל העבירה על איסור בל תשחית.

6. מניעתה של רשעות (בדיני ישראל)

ב) בבבא קמא כ' א' - כ"א א' נידון ענין שכשלעצמו הריהו רק גובל בעניינו ואינו נכנס לתחומו, אך בעקיפין יש לו משמעות גם לעניינו שלנו. השאלה היא, מתי חייב אדם בתמורה בעד הנאה מנכסי חברו שלא מדעתו (ושלא דרך גזלת מיטלטלין: ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ח', הערה כ'); והתשובה היא שהריהו חייב רק אם ההנאה היתה מדעתו שלו (ולא באה לו ממילא או באונס), ולבעל-הבית היה בגין הנאתו חסרון בנכס, מלכתחילה או בדיעבד, או שעל-כל-פנים היה הנכס עשוי להשכיר לשם הנאה שכזאת, - אבל אם לא כן, פטור הנהנה, ואף אם מצידו הריהו מוכן [[48]] היה מלכתחילה לבקש לו הנאה שכזאת בתשלום. טעם הדבר הוא, שבאופן השני, זה נהנה וזה אינו חסר; ומכאן משתמע לכאורה, שאף **מלכתחילה**, אם בעל הבית אינו עומד להשכיר את הנכס, ואין צפוי לו שום חסרון בגלל ההנאה, אין הוא יכול למנעה, וחייב הוא להתירה בחינם, אפילו למי שהיה במסיבות אחרות מוכן לשלם בעדה, שהרי גם כאן יתקיימו לכאורה תנאי זה נהנה וזה אינו חסר, ובמקום שזה נהנה וזה אינו חסר כופים על מידת סדום. אולם, הרמ"א, בהגהה על שו"ע חו"מ סי' שס"ג סע' ו', מסייג את הדברים, שמלכתחילה, קנה-המידה איננו **סובייקטיבי**, אם בעל-הבית עומד להשכיר את הנכס או לא, אלא קנה-המידה הוא **אובייקטיבי**, אם בעל-הבית **יכול** להשכיר את הנכס, לשם ההנאה המבוקשת, לאדם מן השוק; ובמקרה שבעל-הבית אמנם יכול להשכיר את הנכס - והיינו שיש להנאה המבוקשת ערך כלכלי אובייקטיבי - אין כופים אותו לסבול את ההנאה, לא בחינם ולא בשכר, שהרי באמת שוב אין זה עניין של זה נהנה וזה אינו חסר, כי אם ענין של זה נהנה על חשבון חסרונו של רעהו - ולפחות, חסרונו שבכוח. הכרעה זו עולה בקנה אחד עם מה שהסקנו לעיל, ונראה שיש להעדיפה על מה שמשיגים כנגדה בפתחי-תשובה, ס"ק ג': השווה עה"ש באותו סימן סע' ט"ז.

ג) בהגהה על שו"ע חו"מ סי' קנ"ג סע' ח' מובא שאם פלוני בעל-החצר משועבד לסבול בחצרו את קילוח המים מצינור של רעהו, "לא יוכל לומר לבעל הצנור להטותו לרוח אחרת או לשנות בו כלל, ואפילו אם הוא ארוך אינו יכול לקצרו, והוא שיש קפידא לבעל הצנור; אבל בלאו הכי, כופין על מדת סדום, ובלבד שיקלחו מימיו יפה".

ד) בשו"ע חו"מ סי' קנ"ד סע' י"ג מובא: "מי שהיו לו חלונות למטה בכותלו, ובא חבירו לבנות בפניהם, ואמר ליה אני אפתח לך חלונות אחרות בכותל זה, למעלה מאלו, הרי זה מעכב עליו ואומר לו: בעת שתפתח החלונות תרעד הכותל ותקלקל אותה; ואפילו אמר, אני אסתור כל הכותל ואבנה לך אותו חדש, ואעשה בו חלונות למעלה, ואשכור לך בית שתדור בו עד שאבנה, יכול לעכב עליו, שאומר לו: אין רצוני שאטרח ממקום למקום, אפילו אינו משתמש בו אלא בעצים. לפיכך, אם לא היה שום טורח כלל, ואינו צריך לפנות, אינו יכול לעכב עליו". ומסביר באר-היטב בס"ק כ"ד: "הטעם משום דכופין על מדת סדום".

ה) בשו"ע חו"מ סי' שי"ח מובא כי במקום שזה נהנה וזה אינו חסר כופים אפילו לסטות מגדריו של הסכם: כגון השוכר ריחים מחבירו, ונתחייב בשכרם לטחון למשכיר עשרים סאה בכל חודש, ולימים נשתנה עניינו של המשכיר, ושוב אין הוא זקוק לטחינת השוכר, הרי כשאין לשוכר נפקא מינה יכול המשכיר לכופו שיעלה לו את שכרו בכסף; אך אם יש לשוכר נפקא מינה, אין המשכיר יכול לחייבו בסטייה מגדרי ההסכם, ואף אם המשך מילוי ההסכם כלשונו יביא לו הפסד. - דין זה אינו סותר מה שאמרנו לעיל, שהכפייה על מידת סדום רק משתקת את רשות בעל-הבית, אך אינה מעניקה זכות-ממון, - כי באמת גם כאן רק משותקת רשותו של "בעל-הבית" (השוכר) לפרוע את השכירות במלאכתו, ואילו השעבוד על ממונו חל כאן מלכתחילה, בהיותו בעצם מלכתחילה יסוד ההסכם. השווה בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק ב', פרק ה', סע' ב', בסמיכות להערה כ"א.

אולם, כפי שהזכרנו בתחילת הדברים בסעיף-המשנה הקודם, דין הכפייה על מידת מדום אינו ממצה את כל מה שיש בדיני ישראל כנגד דיני ניצול הזכות לרעה ואיסור הרשעות במשפטים של אירופה. אמרנו כי ההקבלה הישראלית בענין זה היא כפולה; והחלק השני של ההקבלה, שאליו עוברים אנו עתה, מתבטא בכך שאמנם גם בדיני ישראל מוצאים אנו הסדר המכוון במישרין ובפירוש **למניעת הרשעות**.

מבחינה צורנית מצטרף ההסדר מתוך כך, שבהזדמנויות שונות מופיע במקורות המאמר כי העושה מעשה פלוני "נקרא רשע"[191]. נראה שבתחילה לא היה לציון זה אלא ערך מוסרי בלבד, אבל לימים התפתחה הנטייה לסמוך את איסור המעשה גם בחיזוקים משפטיים - כפי שעולה לנו מפתחי-תשובה על חו"מ סי' רל"ז ס"ק ב. אשר לתוכן העניינים בהכללה עקרונית, נראה שאיסור הרשעות הנידון כאן שונה בגדריו מאיסור הרשעות במשפטי העמים ומדין הכפייה על מידת סדום כאחד. אם נעיין בדוגמאות המובאות בהערה כ"ד, נמצא כי העיקר שבכלן איננו אם "זה נהנה וזה אינו חסר", או אם יש שם כוונה להזיק בלי צד הנאה, או אם יש חריגה מן התכלית האובייקטיבית של הזכות - אם כי יתכן שיסוד כלשהו מן היסודות האלה, או אף כלם ביחד, יימצאו בכל מקרה ומקרה שנקח. המיוחד שבדוגמאות הנידונות הוא שהצד הנפגע נפגע כאן לא סתם באיזו אפשרות-הנאה שאין לו שום זכות מיוחדת לגביה, אלא נפגע הוא בזכות מיוחדת; אך צריכים אנו להבהיר לעצמנו היטב באיזה מין פגיעה מדובר כאן.

אין מדובר כאן, קודם-כל, באותו סוג פגיעה שבו עשויה להיפגע זכות **במוחזק**. זכות כזאת - אי-אפשר לפגוע בה כלל, אם לא על-ידי התערבות בגופו של הנכס, והפגיעה מתארעת במקרה כזה על-ידי כך שמתקיים בה מעשה אשר הזכות אוסרתו. מפגיעה כזאת מוגנה הזכות על-ידי דיני הנזיקין הכלליים, ואין הדבר שייך אם-כן לכאן.

שנית, אין מדובר כאן גם-כן באותו סוג פגיעה שבו עשויה להיפגע **זכות בראוי**, בדרך עבירה על איסור הכלול בה כנ"ל. פגיעה מסוג זה תיתכן רק כנגד **זכיון**, על-ידי הסגת גבולו - היינו על-ידי הפרעה למימושו או על-ידי קיום פעולות המיוחדות על-פי הדין לבעל הזכיון לבדו. מפגיעה מסוג

---

[191] כד) ר' למשל, שו"ע חו"מ סי' צ"ז סע' ד': "אסור ללווה לקחת הלואה ולהוציאה שלא לצורך ולאבדה עד שלא ימצא המלוה ממה לגבות חובו, ואם עושה כן נקרא רשע"; סי' רל"ז סע' א': "המחזיר אחר דבר לקנותו או לשכרו... ובא אחד וקנאו (מדעת עניינו של חברו ובלא הצדקה מיוחדת לנטילת העדיפות לעצמו) נקרא רשע, והוא הדין לרוצה להשכיר עצמו אצל אחר" (או אף למתעסק במציאה); סי' רמ"ח סע' ג': "נכסי לפלוני ואחריו לפלוני... אין לשני אלא מה ששייר ראשון... וכל המשיא עצה לראשון למכור נקרא רשע"; סי' שפ"ו סע' ג', הגה: "ראובן שהלוה מעות לעובד כוכבים על משכונות, ובא שמעון ואמר לעובד כוכבים להלוות לו בפחות, והחזיר לראובן מעותיו... מקרי רשע". מסתבר שגם מה שפוסק הרמב"ם בפ"ד מהל' מתנות עניים הל' י"ג, ש"אסור לאדם להרביץ ארי וכיוצא בו בתוך שדהו, כדי שיראו העניים ויברחו" (ולא ילקטו את הראוי להם), שייך לאותה מסכת-דברים.

זה מוגנה הזכות על-ידי צירוף דיני הנזיקין ותנאי הזכיון - וגם ענין זה חורג אפוא מתחומנו בבירור.

[[50]] מעבר לכך אין זכות בראוי יכולה להיפגע בדרך עבירה על תוכנה המושגי: אם מישהו יתיימר למשל להיות בעל-החוב או היורש על-פי תביעה או זכות-ירושה הנתונות למעשה לאחר, הרי הזכות הראויה לא תיפגע, ולכל היותר תוכל להיפגע זכות הקניין בנכסים במוחזק, אם המתיימר יצליח לגבותם לידו שלא כדין. אולם, זכות בראוי יכולה להיפגע גם על-ידי כך שאדם **יכשיל את סיכויי התגבשותה במוחזק, בלי שום עבירה מהותית כנגדה ותוך פעולה שתהא לגמרי בתחום רשותו של הפועל** - ופגיעה מסוג זה היא המכוונת באיסור הרשעות שבו אנו עוסקים כאן.

אפשרות של פגיעה כזאת קיימת, ואין היא נמנעת על-פי דיני הנזיקין הכלליים, כי כל זמן שהזכות לא נתגבשה במוחזק - ממילא משמע שכל מיני הנכסים אשר בהם עשויה היא להתגבש בעתיד נשארים בינתים חופשיים מכל זיקה של כפיפות לה, ודין הוא שבעליהם יוכלו לעשות בהם כל דבר שבגדר זכותם במוחזק, אף אם הדבר יוציא את הנכסים מתחום סיכוייה של הזכות בראוי. כמו כן, התגבשות הזכות הראויה במוחזק תלויה מטבע הדברים בתנאי כלשהו, והיינו שהזכות תתגבש רק אם יקרה כך וכך; אך מכאן משתמע ממילא שאי-התגשמות התנאי נחשבת במכלול-העסק כאפשרות כשרה לגמרי, וכל אדם נשאר בינתים חופשי לפעול אף בצורה שתפגע בהתגשמותו של התנאי. הכשלת הזכות הראויה, אין בה אם-כן, כשלעצמה, מעשה-נזיקין, כי דיני הנזיקין נועדים רק למנוע או לרפא גרם של **חסרון-כיס**, - אך הכשלת זכות ראויה אינה גורמת לזכאי חסרון-כיס כלשהו, כי אין היא גורעת ממנו שום יתרון שהיה מובטח לו בלעדיה.

אולם, גם אם כך הוא יחס הדברים, וכך מחויב הוא להיות, על-פי טבעם, באופן עקרוני, הרי שוב - בדומה למה שראינו לעיל, - אין חופש-הפעולה כנגד הזכות הראויה נחוץ אלא כדי לאפשר לאנשים לממש את זכויותיהם לצרכם, כפי שהן נשארות קיימות בצידה של הזכות בראוי. אין טעם לקיים את חופש-הפעולה גם אם ינוצל מעבר לכך; ואת איסור הרשעות הנידון אפשר להגדיר כסייג שהותקן אמנם **נגד כל מעשה שיש בו משום הכשלתה של זכות ראויה, כשהמכשיל אינו פועל בדבר תוך מימוש זכויותיו שלו בתום-לב, כי אם רק במטרה להכשיל את זכות חברו, או - לפחות - בלי להתחשב בה בזדון**. במקרים מסוג זה מסכים גם המשפט העברי לדון את המעשה לפי הכוונה הסובייקטיבית; אולם, יש להדגיש שבהבדל ממה שראינו במשפטים של אירופה, על-כל-פנים אין קנה-המידה הסובייקטיבי ממצה כאן את כל מבחן-הכשרות כלו, באשר קנה-מידה זה נשלם פה על-ידי המבחן הנוסף, האם היה במעשה כדי להכשיל איזו זכות ראויה: רק כשאמנם עמד המעשה במבחן האובייקטיבי הזה, שהיה בו כדי להכשיל זכות מוכרת, פוסלים אותו, אם לא היתה לו הצדקה מבחינה סובייקטיבית[192].

---

[192] כה) בקשר לכך יש לכאורה מקום להקשות מהערה כ"ד, במה שנוגע לתופס את המיקח שחברו היה מחזר אחריו (עניין "העני המהפך בחררה" - קידושין נ"ט א') ובמה שנוגע למתחרה בהלוואה לעובד-הכוכבים. בשני המקרים האלה, לכאורה לא נתגבשה עדיין לנפגע זכות כלשהי - אף לא בראוי, - שהרי אין

[[51]] אשר לחיזוקים המשפטיים שהוצעו בנידון, כפי שהזכרנו לעיל, - מסתבר כי את האפשרות של ביטול המעשה בדיעבד אפשר לראות כנדחית, הן בהיותה סותרת את המקורות, הן מהיותה בלתי-מותאמת לטיב הבעייה ברוב המקרים. כמו כן, ברור שאין החיזוק המשפטי יכול להתבטא כאן בהתיחסות אל המעשה כאל מעשה-נזיקין: כי את מעשה-הנזיקין אפשר להגדיר כהתנהגות אשר במהלך-הדברים הישיר צפויה היא להזיק לגופו, לשמו או לממונו של הזולת, ושבתוקף הדבר הזה הריהי ממילא אסורה - אך הגדרה זו אינה שייכת בענייננו, מכמה טעמים, כפי שהסברנו. נשאר אם-כן, שעיקר החיזוק הוא באפשרות להכריז על בעל-המעשה, באופן משפטי ובאמצעים פומביים, שהריהו רשע; אך מלבד זה אפשר גם לעכב את האדם מלכתחילה מלבצע את מעשה-הרשעות, ובדיעבד נראה שאפשר גם להטיל עליו חובה של פיצוי בדרך של **קנס**.

7. חובת התנהגות בתום-לב (במשפטי העמים)

איסור ניצול הזכות לרעה נשלם גם בשיטות של אירופה על-ידי דין נוסף, המחייב התנהגות בתום-לב (bona fide).

דין כזה מתגלגל ביחוד על-פני הענפים השונים של שיטת המשפט האנגלית - וכאן אמנם **אין** לו השלמה באיסור נוסף של ניצול הזכות לרעה - אך גם לו כשלעצמו אין כאן שום מסגרת שבה אפשר היה להכלילו ולהגדיר את עניינו. ברור על-כל-פנים שאין לו שום משמעות כוללת מעין זו שראינו במשפט העברי, והיינו שלא יהא אדם רשאי לעשות בכוחו או בזכותו כדי להכשיל mala fide את זכויות זולתו. אדרבה: דין אנגלי פשוט הוא כי רשאי הוא ורשאי, אלא שישנם יוצאים רבים מן הכלל, כמו במקרי trust, fidiciary relations וכו'.

גם במשפט הצרפתי והאיטלקי אין שום תיאוריה כללית שתהא מקבילה לתפיסה העברית, וגם בהם מתגלגלת חובת תום-הלב בלי שום הגדרה מסוימת על פני ענפי המשפט השונים[193].

לעומת זאת יש נסיון של הכללה במשפט הגרמני ובשיטות המושפעות ממנו. סע' 826 של הבג"ב, וכן הסיפא של סע' 41 בחוק החיובים השוייצרי, קובעים כי "מי שגורם לזולתו נזק מדעת ובאופן הנוגד למידות הטובות (guten Sitten) חייב בפיצוי על הנזק". אצל פלנדט, בעמ' 831, מוסבר כי הוראה זו מאפשרת תביעה לפיצויים אף אם נגרם נזק ללא שום פגיעה בזכות מסוימת, והיא

כאן לנפגע תביעה על הצד שכנגד בעסק (על המוכר או על הלווה), כדי שהעסק אמנם יתקיים בידו, ואין לו גם **זכיון** על העסק, כי לפי ההערכה הרווחת במקורות אין כאן דמיון למעשה ב"דגים דיהבי סייארא": האיסור על ההתחרות איננו מוחלט, והמתחרה עשוי כאן לזכות לעצמו (השווה בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק ב', פרק ז' סע' ב'). אולם, באמת, על-ידי עצם העובדה שדחיקת רגלי המתעסק בלעדי הצדקה נאסרה כאן, ממילא הוכרה כאן לאדם זיקה של זכות בעסק - והיינו זכות ראויה מסוג של זכיון בלתי-מושלם.

[193] כו) השווה מסיניאו, א', עמ' 249-251.

מועילה בעיקר כשהמזיק פועל בגדר זכותו החוקית, אלא שהפעולה נוגדת "לרגש ההגינות של כל התושבים בדרכי צדק ויושר". ההוראה היא אפוא יותר רחבה מאיסור הרשעות העברי, ולמעשה רק מבליעה היא ומערבבת היא יחד את גדרי איסור הרשעות העברי וגדרי איסור הרשעות של החוק הגרמני עצמו, כפי שבא הוא לביטוי נפרד ב-Schikaneverbot הנ"ל, של סע' 226. עם זאת, בהבדל מאלה, אין לפי ההוראה שלפנינו אפשרות למנוע את המעשה הבלתי-מוסרי מראש, אלא רק מאפשרת היא תביעת פיצויים בדיעבד. בקשר לענין הבעלות השתמשו בהוראה זו כדי לחייב, למשל, אדם בפיצוי כאשר החזיק בית-בושת והפחית בכך את ערך ביתו של השכן, או כשבהיותו דייר עשה הוא קנוניה עם בעל-הבית כדי להיפטר מדייר-משנה[194].

[[52]] הוראה אחרת במשמעות דומה, אך בלי ציון החיזוק המשפטי, מצויה ברישא לסע' 2 של הצג"ב בשוייצריה: "תוך השימוש בזכויותיו ומילוי חובותיו חייב כל אדם לנהוג בדרך ההגינות והיושר" (nach Treu und Glauben; בנוסח הצרפתי: selon les règles de bonne foi). **טואור**, בעמ' 41, מסביר כי הוראה זו אינה באה לדחות מפניה הוראות-חוק מפורשות, אף אם ההסתמכות עליהן אינה הגונה וישרה, אלא היא באה רק להדריך את האדם באותה **פריפריה** של הזכות או החובה שאינה מוסדרת בחוק בפירוש. יוצא מכאן ממילא שחשיבות מיוחדת יש להוראה זו לענין הבעלות, שהיא בעלת הפריפריה הבלתי-מוסדרת הרחבה ביותר. בעמ' 42-43 מביא טואור דוגמה, שאם התימר אדם למכור נכס של זולתו, ואחר-כך קנה את הנכס בעצמו, חייב הוא לקיים את המכר שהתיימר לבצע - לאור ההוראה הנידונה[195].

גם ביוון, בסע' 281, מצורף לאיסור החריגה מגדרי התכלית החברתית של הזכות כי "השימוש בזכות אסור" עוד "אם הוא עובר באופן גלוי את הגבולות הנקבעים על-ידי תום-הלב או המידות הטובות".

מסתבר כי הוראות אלו ראויות לאותה ביקורה עצמה שהבאנו לעיל כנגד ההוראות האירופיות בדבר "ניצול הזכות לרעה" - כי, כפי שכבר ציינו, - למעשה אין הן אלא הרחבה, לא יותר בהירה ומוגדרת, של אותן ההוראות בעצמן, תוך הבלעת עניינו של איסור הרשעות העברי בלי לעמוד בבהירות גם על גדרי טיבו הוא[196].

---

[194] כז) **פלנדט**, עמ' 835. **בדיני ישראל** היה ענין בית-הבושת נפטר בדיני הנזיקין הכלליים ויחסי השכנים, ואילו ענין הקנוניה שייך היה לדין איסור הרשעות.

[195] כח) **בדיני ישראל** אין אמנם על המוכר חובה משפטית לקיים את המכר מטעמי הגינות, אך המכר מתקיים מכל-מקום - אם מתוך חזקת כוונה שמתיחסים למוכר ואם מכוח אחריות שהוא מקבל בסתם על עצמו מלכתחילה: ר' בבא מציעא ט"ו ב' - ט"ז א', ודברי רבנו יהונתן על דף ט"ז עמ' א', המובאים בשיטה מקובצת שם, ד"ה נפלה ליה בירושה, ור' גם כתובות צ"א ב' - צ"ב א, ובבא בתרא קנ"ט א'.

[196] כט) אם כי חורג הדבר מענייני הבעלות שבהם אנו עוסקים כאן, ראוי לציין כי הקבלה יותר מוגדרת - אם כי אמנם מצומצמת - לאיסור הרשעות העברי מוצאים אנו בדין האנגלי הרואה מעשה נזיקין ב"גרם הפרת חוזה": **סלמונד, נזיקין**, עמ' 657 ואילך, ור' סע' 32 לפקודת הנזיקין במדינת ישראל.

8. דיני "ועשית הישר והטוב"

החובה הסתמית להתנהג "בתום-לב", על-פי "המידות הטובות" או "בדרכי ההגינות והיושר" מביאה אותנו לחובה סתמית אחרת, בעלת אופי מוסרי, המצויה שוב בדיני ישראל; אלא שכאן באמת אין החובה מתפשטת באופן סתמי על כל מרחב חיי המשפט של כל פרט, כדי להתפרש בכל מקרה לחוד, לפי עניינו, על-פי שודא דדייני, - אלא מחייבת היא רק בבחינת מורה-דרך להתקנתן של תקנות מסוימות ומוגדרות בעניינן, כפי שנעשה נחוץ במקרים שונים כדי לתת לחובה הזאת תוקף בחיי-המעשה.

[[53]] הדברים מכוונים למצוות "ועשית הישר והטוב", המתפרשת כבסיס לגזרתם של דיני-חסד, לפנים משורת הדין הפשוטה[197]. הדינים הללו יכולים להיות על דרך של חובה **לעשות חסד** או בצורה של **אחריות** למקרה של התנהגות **שלא** דרך-חסד. בתחום החובות מן הסוג הראשון נגזר קודם-כל הדין המטיל בתנאים מסוימים שעבוד על מקרקעין לדרישת מצרנות[198]; כן מוטלת כפיפות על טורף המקרקעין בחובו, שהמקרקעין יהיו חוזרים לנטרף כנגד תשלום החוב[199]; ותקנה שלישית היא שהמוצא מציאה, אף לאחר חזקת יאוש, יהא חייב להחזירה לישראל שנתן בה סימנים, אם המוצא הוא עשיר[200]. אשר לחובה של אחריות, הותקן משום מצוות "ועשית הישר והטוב", שהמוכר את אדמתו לגוי יהא חייב לפצות את השכן הישראלי על כל נזק שידע לו מכך - אם המסיבות מצדיקות את הטלת האחריות מראש לפי ראות עיני הדיינים[201].

מבחינת הגישה העקרונית מתדמים דינים אלה לדין הכפייה על מידת סדום במקום שזה נהנה וזה אינו חסר, שבשני תחומים אלה גם יחד נותן המשפט תוקף לתביעות מוסריות של חסד, לפנים משורת הדין, - ושונים הדברים מדיני איסור הרשעות, איסור ניצול הזכות לרעה וחובת תום-הלב, שכאן בא המשפט לדרוש התנהגות מוסרית לאו דווקא משום חסד, אלא בתוך שורת הדין עצמה.

נראה שבקרב חז"ל קיימת היתה נטייה להפוך את דרישות החסד, לפנים משורת הדין, לעקרון כללי להכרעת המשפט, אף בכל מקרה ומקרה לחוד, כעניינו המיוחד של כל מקרה; שכן אמר ר' יוחנן: "לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה... ולא עבדו לפנים משורת הדין"[202]. אולם, ההלכה לא נפסקה כן, והמשפט לא נפרץ מפני דרישות החסד אלא במידה שנמצא טעם ואפשרות לגבשן בהלכות מוגדרות, העשויות לחזור ולשמש כשורת-הדין הקבועה בעצמן. מבחינה זו יש דמיון מסוים בין עניינו לבין התפתחות ה-jus honorarium במשפט הרומי או ה-equity במשפט

---

[197] ל) השווה סמ"ע על חו"מ סי' קע"ה ס"ק ו'.

[198] לא) בבא מציעא ק"ח א'.

[199] לב) בבא מציעא י"ז ב'.

[200] לג) שו"ע חו"מ ס' רנ"ט סע' ה, ובאר-היטב ס"ק י'.

[201] לד) שו"ע חו"מ סי' קע"ה סע' מ' - מ"א, והגהת הרמ"א שם, ור' הרא"ש בפסקיו על בבא מציעא ק"ח ב' (פ"ט סי' כ"ח).

[202] לה) בבא מציעא ל' ב'.

האנגלי; אולם, באמת ההבדל הוא מכריע. במשפט הרומי ובמשפט האנגלי התפתחו שיטות שלמות של מעין דיני-חסד **במקביל** לשיטת המשפט היסודית, שנמצאה בלתי-מספקת או בלתי-צודקת במהלך ההתפתחות ההיסטורית. לעומת זאת, בדיני ישראל לא קרתה שום התפצלות פנימית מעין זו, אלא הדין היסודי - שההכרה בצדקתו ובשלמותו העקרונית לא נפגמה - רק הושלם כאן פה ושם בתקנות מסוימות, להסדר עניינים מיוחדים ויוצאים-מן-הכלל.[[54]]

9. התר הנזק הקל למניעת החמיר

קרובה לענין "ועשית הישר והטוב", אך מתיחדת ממנו על-ידי התמזגות יסוד החסד עם העקרון של העדפת אינטרס על משנהו על-פי הערכת משקלם היחסי לפי קנה מידה אובייקטיבי, הריהי ההגבלה המחיבת את בעל הנכסים לסבול בהם נזק כדי למנוע נזק חמור יותר מרעהו. הגבלה כזאת מופיעה באופן המפורש והרחב ביותר בסע' 27 של המג'לה: "**מסלקים את הנזק החמור על-ידי נזק קל הימנו**"; אך הוראות דומות - ולו גם מצומצמות יותר - מוצאים אנו גם בחוקים השונים בני המשפחה **הגרמנית**. סע' 904 של הבג"ב קובע לאמור: "בעליו של חפץ אינו זכאי למנוע את התערבות הזולת, כאשר ההתערבות נחוצה כדי לסלק **סכנה קיימת** והנזק הצפוי הוא גדול יותר מדי ביחס לנזק הצפוי לבעל החפץ כתוצאה מן ההתערבות. בעל החפץ יכול לדרוש פיצוי על הנזק שנגרם לו". בשוייצריה נקבע אותו עקרון, בצורה מתוקנת, בסע' 701 של הצג"ב: "מקום שיכול אדם למנוע **נזק צפוי או סכנה קיימת**, מעצמו או **מזולתו**, רק על-ידי פגיעה **בבעלות הקרקעית** של שלישי, חייב השלישי לסבול את הפגיעה במקרה שהסכנה או הנזק עולים בהרבה על הפגיעה. יש לשלם פיצויים הוגנים על הנזק שנגרם בכך". ואילו ביוון קובעים הסע' 285-286: "הריסת חפץ השייך לזולת אינה פעולה אסורה אם היא נחוצה כדי לסלק סכנה הממשמשת ובאה ואשר להורס עצמו או לאדם אחר צפוי ממנה נזק הרבה יותר חמור. ההורס... משלם נזק שלם אם הסכנה נגרמה על-ידי פשיעתו שלו. בכל המקרים האחרים אפשר לחייבו, לפי המסיבות, בפיצויים הוגנים, ומששילם יש לו הזכות לחזור על מי שנהנה מפעולתו, בהתאם להוראות הנוגעות ליורד לעסקי חברו".

דינים אלה הם באופן קוטבי ההפך מן **הדין האנגלי**, הנהוג כיום גם במדינת-ישראל (אחר שסע' 27 של המג'לה נכלל ברשימת הסעיפים הנדחים מפני פקודת הנזיקין). לפי דין זה, אם הזיק אדם לרכוש זולתו כתוצאה מ"כורח מתקבל על הדעת למנוע רעה גדולה יותר" - כגון שהרס את בית חברו כדי למנוע התפשטות של שרפה - הרי בדיעבד פטור הוא מכלום[203]; לעומת זאת, מלכתחילה, אין לו כנראה שום זכות מוכרת להתערב ברכוש שאינו שלו, ומסתבר שאם בעל החפץ ינסה למנוע את ההתערבות תעמודנה לו כל הזכויות הנתונות לבעל כנגד trespassers.

בין שני מיני שיטות אלה נוקט עמדת-ביניים **המשפט האיטלקי**: בדומה למשפט האנגלי, גם הוא אינו נותן זכות של התערבות מלכתחילה, ומצד שני, בדומה לשיטה הגרמנית, אף בדיעבד אין הוא

---

[203] לו) סלמונד, נזיקין, עמ' 43-40; אך ר' וינפילד, עמ' 50-49, התוהה אם בהבדל מתביעת נזיקין אין לניזוק תביעה מכל-מקום על-פי דיני "מעין-חוזה".

פוטר את המזיק לגמרי; אלא שאם נאלץ המזיק לעשות את המעשה "על-ידי הצורך להציל את עצמו או אחרים **מסכנה קיימת** של נזק חמור **לגוף**, והוא לא גרם לסכנה מרצונו, וגם אי-אפשר היה למנוע את הסכנה באופן אחר" - אין הוא חייב בנזק שלם, רק בפיצויים הוגנים לפי הערכת השופט[204].

[[55]] אשר לדיני ישראל, שנויה בהם הבעיה במחלוקת. מקור הדברים הוא בדברי ר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה: "תנאי ביי"ד הוא שיהא זה יורד לתוך שדה חברו וקוצץ שוכו של חברו להציל נחיל שלו, ונותן לו דמי שוכו של חברו; ותנאי ביי"ד הוא שיהא זה שופך יינו ומציל דובשנו של חברו, ונוטל דמי יינו מתוך דובשנו של חברו; ותנאי ביי"ד הוא שיהא זה מפרק את עציו וטוען פשתנו של חברו, ונוטל דמי עציו מתוך פשתנו של חברו, שעל מנת כן הנחיל יהושע את הארץ"[205]. כנגד זה אומר הרמב"ם בפירוש המשניות, בבא קמא פ"י מ"ב (בעקבות הרי"ף): "אין הלכה כר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה". - ומסקנה זו, לכאורה ברורה היא מתוך המשנה עצמה, ויש לה על מה לסמוך גם בגמרא, בבבא קמא פ"א ב', ובמשנה בבא קמא פ"י מ"ד. אם נניח שבזה הדברים מסתיימים, פירושו הוא שעמדת דיני ישראל בענייננו דומה לעמדת המשפט האיטלקי, אלא שדיני ישראל מחמירים אף יותר, וכורח ההצלה - כשלעצמו - אף פעם אינו פוטר בהם את המזיק מחובת הנזק השלם. כך נפסק גם, הלכה למעשה, בים של שלמה על בבא קמא פ"י סי' כ"ט. אולם, הרא"ש בפסקיו על בבא קמא קי"ד ב' (פ"י סוף סי' ט"ז) מראה דרך לדחות את כל הראיות הנ"ל, באופן שההלכה תהא אמנם כי אין מוטלת על אדם חובה להזיק לעצמו כדי להציל את חברו מנזק יותר חמור, אבל אם האדם הצפוי לפגיעה תובע מחברו שיסבול את הנזק הקל למניעת הנזק החמור - אין לנתבע רשות לסרב, ולבסוף משלם הניצל כל מה שהזיק[206]. הב"ח והפרישה על טור חו"מ סי' רע"ד סע' י"ב סוברים כי על דרך זו אמנם ההלכה היא כר' ישמעאל אף על דעת הרי"ף, ונראה שבכיוון זה נוטה גם הכרעת הרמ"א וערוך השלחן, וכן נשאר גם עיקר[207].

ההכרעה לפי שיטת הרא"ש, פירושה הוא בעל משמעות רחבה יותר מהתרת הנזק הקל למניעת החמור בשיטה הגרמנית. לא זו בלבד שיש בה כדי להתיר התערבות מלכתחילה בנכסי הזולת, לשם מניעת נזק יותר חמור למתערב עצמו, בעתיד, אלא הוסק ממנה שגם **בדיעבד**, אם כבר התערב אדם בנכסי הזולת - אפילו שלא כדין - והחזרת המצב לקדמותו תגרום למתערב נזק יותר גדול מן הנזק שההתערבות גרמה לזולת, אין מחייבים את המתערב להחזיר את המצב לקדמותו, אלא רק מחייבים אותו בתשלום הנזק[208]. נמצא אפוא כי הכרעת הרא"ש מקיימת למעשה בדינינו לא רק תקנה מוגבלת, אלא **עקרון כללי**, שגם אם אין מחייבים אדם להתנדב להציל את חברו תוך

---

[204] לז) סע' 2045 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי.

[205] לח) בבא קמא פ"א ב'; קי"ד ב'.

[206] לט) ר' גם פסקי הרא"ש על בבא קמא ס' ב' (פ"ו סי' י"ב), לענין פירוש המימרה ש"אסור להציל עצמו בממון חברו".

[207] מ) השווה תפארת ישראל על המשנה פ"י ס"ק י"ז, שכתב ד"הכי קיי"ל".

[208] מא) ר' בפתחי תשובה על חו"מ סי' ש"ס ס"ק א', מה שמביא מספר "שער המשפט".

נזק לעצמו, הרי כל אימת שנדרש הדבר, מעדיפים תמיד, ובכל סוגי המקרים, את ההסתפקות בנזק (**הממוני**[209]) [[56]] הקל על פני גרימת נזק שיהא חמור יותר - ממש כעקרון הכללי שראינו במג'לה. אלא שהמג'לה מסתפקת בקביעת העקרון בלבד, בעוד שבדיני ישראל נוספה ההלכה המפורשת, שהצד המועדף משלם לרעהו את הנזק שגרם בכך - ובזה שוב שונה הדין העברי ממה שראינו באירופה; שם הנטייה היא לראות במסיבות הנידונות **הקלה** למזיק, שאם הסכנה הביאתו להזיק אין הוא פושע ואין הוא חייב בנזק השלם. לעומת זאת, לפי הדין העברי - אף בגדר הכרעת הרא"ש - אין מכירים לאדם הצדקה להציל את עצמו על חשבון חברו, אלא רק מתירים לו להציל את עצמו באמצעות נכסי חברו, **על חשבונו**.

אשר לנזק הנגרם על-ידי אדם שלא כדי להציל את עצמו, אלא כדי להציל את חברו - הרי במקרה שהפגיעה בנכסי השלישי היא הכרח המסיבות, נחשב המעשה לא רק כמותר, אלא אף **כמצווה**[210], וניתקנה תקנה לפנים משורת הדין, שיהא המזיק פטור לגמרי, "שאם אי אתה אומר כן אין לך אדם שמציל את חברו מן הרודף"[211]. על זה מעיר בעל ערוך-השלחן, בחו"מ סי' ש"פ סע' ז', שבמקרה כזה, גם "לחייב את **הנרדף** אין סברא, כיון שלא עשה הנזק". אולם, הערה זו ודאי צריכה סיוג לאור מה שמובא שם בהמשך הדברים על-פי הגהת הרמ"א, אשר ממנה עולה דווקא העקרון ש"הנרדף" חייב לשלם - והיינו, אמנם, לא מדין מזיק, אך על-כל-פנים, מדין "זה נהנה וזה חסר"[212].

אם אדם מתנדב ומזיק **לעצמו** כדי להציל את חברו מן הנזק החמור, זכאי הוא לפיצוי, מדין "זה נהנה וזה חסר", על-פי המשנה בבבא קמא פ"י מ"ד (ובסתם אומדים במקרה כזה את דעת הנהנה, - או "הנרדף" - שאמנם הוא מסכים להצלה). הפיצוי מכסה כל הפסד שהיה מחויב באופן אובייקטיבי לו שכר "הנרדף" את המציל במכוון, כפועל הבטל ממלאכתו הרגילה, כדי לעשות את מעשה-ההצלה, - אבל אין הוא מכסה הפסד אחר (שנבע ממסיבותו המיוחדות של המציל), אף לא בגדר ההנאה שנגרמה, אלא אם "הנרדף" הסכים לכך מראש בפירוש.

---

[209] מב) הדגשנו נזק **ממוני**, כי לא מצאנו תקנה שיהא אדם רשאי גם להציל את עצמו תוך כפיית נזק **גופני**, על חברו שאינו רודפו - ופשיטא הוא (השווה בבבא קמא ס' ב': "אסור להציל עצמו בממון חברו" - וכלום נלמד מזה שלא בממון מותר? אלא שלא בממון פשיטא).

[210] מג) פ"ח מהל' חובל ומזיק הל' ט"ו.

[211] מד) בבא קמא קי"ז ב'.

[212] מה) על-פי טבעו של דין זה, כמובן אמורים הדברים על תנאי, שיהא במסיבות המקרה כדי לאמוד את דעת "הנרדף", שהסכים - או שודאי מסכים היה - לפגיעה בנכסי הזולת, כדי להציל את עצמו מן הנזק החמור יותר. אולם, במסיבות הנידונות ודאי יתקיים תנאי זה תמיד ממילא, שאם לא כן לא תהא שם חזקת מצווה להציל, והמזיק עצמו לא ייפטר מן האחריות.

10. התר נזק היחיד לתועלת הרבים

בסמוך לסעיף הנ"ל של המג'לה, המתיר את הנזק הקל למניעת החמור, מצוי סעיף אחר, סעיף 26, הקובע כי "בוחרים בנזק היחיד לשם סילוק נזק הרבים". הדוגמה המצורפת ("מכאן בא איסורו של הרופא שאינו מומחה לעסוק ברפואה") רומזת אולי כי הסעיף מבטא רק עקרון של המשפט, המונח ביסודן של תקנות ספציפיות, ואין הוא דווקא מכוון לשימוש ישיר בכל מקרה פרטי. אולם, הדבר אינו מבורר - ואם הנכון הוא שמכוון הסעיף לחול גם על כל מקרה פרטי, הרי שפותח הוא למעשה פתח להתערבות בלתי-מוגבלת על-ידי הרשות, או אף על-ידי חבורות פרטיות, בחיי כל אדם, בטענה שההתערבות תמנע נזק ממספר כלשהו של פרטים, שהם רבים יותר ממספר הניזוקים. אין צריך לומר שאפשרות כזאת אינה משאירה חיים לכל ברייה, אחר שמתירה היא כל התערבות, בלי שום קנה-מידה תוכני, ואמנם אין כמותה בשום שיטה אחרת מאלו שרגילים אנו להזכיר כאן.

[57]] אף-על-פי-כן, יש גם בשיטות אחרות הוראות - ולו גם יותר מוגדרות - העשויות להיחשב כמקבילות מבחינה עניינית. כך, למשל, קובע סע' 545 של ספר החוקים האזרחי **הצרפתי** כי "שום אדם אינו יכול להיאלץ לותר על רכושו, אם לא יהא זה לשם תכלית של תועלת ציבורית ולאחר פיצוי צודק". בהמשך ההתפתחות נקבע כי ההכרה בתכלית כלשהי כענין של תועלת ציבורית מסורה לחוק ולבית-דין. מצד שני, אם נחוצה ההתערבות לשם צרכים צבאיים או לצרכים של שעת-חירום כלכלית, מספיק צו מינהלי, והפיצוי אינו מוכרח להשתלם דווקא מראש[213]. בדומה לזה, ר' ביחס למשפט הגרמני, **וולף-רייזר**, עמ' 220 ואילך. ההתערבות בנכס הפרט לתועלת הציבור מוסדרת כאן בחוקים שונים, ועל-כל-פנים - התערבות בזכותו של הפרט, בין במישרין על-ידי הוראה החוקית ובין על-ידי פעולת הרשות, המכבידה על הפרט לשם תועלת הציבור במידה יחסית גדולה מזו שבה נושאים יתר בני-הציבור בנטל אותו ענין, גוררת חובת פיצויים.

באנגליה מצרפים את עניינו לבעיה שעסקנו בה קודם בדבר נזק הנגרם למניעתו של נזק יותר חמור, והיינו שאדם הגורם נזק לרעהו - בין על דעת עצמו ובין בתפקיד ממלכתי - כדי למנוע נזק יותר גדול מן הממלכה או מן הכלל, הריהו פטור[214]. **וינפילד** מציין כי מבחינה מושגית יש להבחין בין נזק שנגרם פשוט על בסיס הצורך למנוע נזק יותר חמור לבין נזק שנגרם בהסתמך על "יתרון-זכותו של הכתר". במקרה השני, "ודאי חייב הכתר לשלם פיצויים כשאדמה נתפסת לצרכים מינהליים, ואולי גם כשנתפסת היא לצרכים צבאיים"[215].

בדיני ישראל חשוב לענייננו קודם-כל הכלל של "הפקר בית-דין הפקר", לפיו נתון לבית-הדין הכוח של הפקעת ממון - ונראה שכלל זה יפה הן לצורך התקנתן של תקנות כלליות הן לצורך

---

[213] מו) **פלניול** וריפר, ג', עמ' 335 ואילך, 344 ואילך; **קולין וקפיטן**, א', עמ' 452-453.

[214] מז) **סלמונד, נזיקין**, עמ' 41; **וינפילד**, עמ' 52 .

[215] מח) הספק אמור ביחס לדין העקרוני לפי הקומון-לו, בהבדל ממקרים מיוחדים שלגביהם יש חוקים חרותים, המחייבים את הכתר בפיצוי - כמו, למשל, לגבי הנזקים שנגרמו במהלך מלחמת העולם השניה.

ההתערבות בנכסי הפרט על-פי שיקולים מינהליים, לפי תנאיו ומסיבותיו של כל מקרה בפני עצמו[216]. אולם, בכל מקרה שההתערבות גורמת נזק לפרט לשם תועלת הכלל, ופרטים אחרים אינם נפגעים באותו ענין באותה מידה - אלא רק משתתפים בהנאה - נראה שחייב הציבור בפיצוי[217]. המלך - היינו הרשות הממשלית או המינהלית כשלעצמה - שלא על-פי בית-הדין, אינו יכול להפקיע ממון (אם כי יכול הוא להטיל חובות של מסים או עבודה כנגד שכר)[218]; אולם, לצרכים צבאיים, "פורץ לעשות לו דרך ואין ממחין בידו; ודרך המלך אין לה שיעור, אלא כפי מה שהוא צריך, ואינו מעקם הדרכים מפני כרמו של זה או מפני שדהו של זה, אלא הולך בשוה ועושה מלחמתו"[219]. על ההתערבות בנכסי הפרט על-פי דין זה, נראה שאין המלך חייב בפיצוי[220]; אך נראה גם-כן שהדברים באמת נכונים רק לגבי אחריות המלך בנכסיו המיוחדים, ואין הם נכונים במה שנוגע לאחריות מתוך נכסי הציבור בכללותו: הציבור בכללותו ודאי חייב לפצות את הפרט שניזוק לתועלת הציבור, מדין "זה נהנה וזה חסר", לפי מה שראינו לעיל.[[58]]

11. זכויות חדירה לחצר הזולת והפקת הנאה מתוכה

ההגבלה האחרונה על הבעלות שיש לנו לעמוד עליה בפרק זה הריהי החובה המוטלת על הבעלים (או על בעל-החצר) לסבול לפעמים חדירת זרים לתחומו, לשם הפקת הנאה, מטעמים שאפשר לראותם שוב כטעמים של חסד או תקנת הציבור, לפנים משורת הרין; והמיוחד בנקודה זו הוא לא רק בעצם נשוא-הדברים, שמדובר כאן דווקא בחדירה **לתוך** תחומו של הזולת והפקת הנאה **מתוכו**, אלא המיוחד הוא גם **במסיבות**, שכאן מוטלת החובה אף אם החדירה תגרום לבעלים נזק כלשהו ולא תמנע מן הצד שכנגד שום נזק מיוחד, חמור יותר. מבחינה זו, לכאורה מתדמה הענין לגוף של תקנות שהיו מסתנפות ממצוות "ועשית הישר והטוב" שראינו לעיל; אולם המשך ייחודו של הענין הוא, שהוראות השייכות לתחומו מצויות לא רק בדיני ישראל, אלא גם במשפטי העמים - ואף בדיני ישראל אין הוראותיו מתקשרות דווקא, מבחינה דוגמתית, למצוות "ועשית הישר והטוב", אלא מבוססות הן על בסיס עצמאי - ומכל הסיבות האלו באמת נראה נכון לדון בענין כענין בפני עצמו.

במדינת-ישראל דהאידנא אפשר להזכיר בנידון זה שלש הוראות. אחה מהן מצויה במג'לה בסע' 1325: "מי שיש לו קרקע סמוך לשפת הנהר של ציבור, בין שיש לנהר בעלים ובין שאין לו בעלים, ואין דרך אחרת ללכת בה לשתות מים מהנהר או לתקנו, רשאי הציבור לעבור דרך אותה קרקע, ואין בעל הקרקע יכול למחות בידם"[221]. הוראה אחרת מצויה בסע' 6(ב) של חוק הגנת חיית-הבר,

---

[216] מט) השווה אנציקלופדיה תלמודית, ערך **הפקר בית-דין**.

[217] נ) ר' הגהת הרמ"א על שו"ע חו"מ סעי' קנ"ה סע' כ"ב.

[218] נא) פ"ג מהל' מלכים הל' ח' ופ"ד שם, הל' א' ו-ב'.

[219] נב) שם, פ"ה הל' ג'.

[220] נג) בבא קמא ס' ב', ודוק בפסקי הרא"ש על סוגיה זו (פ"ו סי' י"ב).

[221] נד) עוד הוראה השייכת לענייננו היתה מצויה במג'לה, בסע' 1268: "מי שיש לו בתוך רשותו מים מושכים הבאים והולכים.... - הרשות בידו למנוע את כל הרוצה להיכנס לתוך רשותו ולשתות שם מים.

תשט"ו, הקובע שאם "נכנס אדם לרשות לא לו תוך כדי שימוש בהתר (לצוד "חיה מוגנת")... אין רואים בכניסתו הסגת גבול, ובלבד שלא חרג מן הדרוש להשגת המטרה שפורשה בהתר". ואילו ההוראה השלישית היא סע' 9 של חוק הטייס מ-1920: "אין מגישים משפט על הסגת-גבול או על מפגע מחמת זה בלבד שהאוירון טס על פני איזה רכוש"...

בצרפת מזכירים **פלניול וריפר,** בכרך ג', עמ' 221, שלש זכויות חדירה כלהלן: א) אם השופט הצהיר כי דרך-המלך אינה ניתנת לשימוש, הרי מי שסטה לאחוזה שבצד הדרך והזיק לגדרה אינו אחראי לנזק, אלא הציבור משלם בעדו; ב) בעליהם של מיטלטלין שנסחפו במים לשדה הזולת רשאים להיכנס לחפשם; ו-ג) בעל כוורת רשאי להיכנס לאחוזת חברו כדי לרדוף אחד דבוריו שנתעו לשם. בעמ' 253 מזכירים הם חוק המתיר חדירה דרך טייס, בתנאי שלא ייפגע מימוש זכויות הבעלים.

[[59]] **באיטליה** קובע סע' 342 של ספר החוקים האזרחי: "בעל הקרקע אינו יכול למנוע שיכנסו לאדמתו לשם צייד, אלא-אם-כן האדמה סגורה באופן הקבוע בחוק הצייד או יש בה גידולים חיים העשויים להינזק. תמיד רשאי הוא להתנגד למי שאין בידו רשיון מטעם הרשות. לענין הדייג נחוצה הסכמת בעל הקרקע". סע' 843, בסיפא, קובע: "בעל הקרקע צריך... להרשות את הכניסה למי שרוצה להחזיר לעצמו את החפץ השייך לו והנמצא בחצרו במקרה, או את בעל-החי שנמלט לחצרו בברחו מפני השמירה. בעל הקרקע יכול למנוע את הכניסה במסרו את החפץ או את בעל-החי" (ואם גרמה הכניסה נזק, זכאי בעל הקרקע לפיצוי מספיק). סע' 924 ממשיך: "בעל כוורת של דבורים רשאי לרדוף אחריהן (תוך יומיים) בקרקע הזולת, אך חייב הוא בפיצוי בעד הנזק שגרם לקרקע..." וסע' 925: "בעלי-החיים המבויתים, יכול בעליהם לרדוף אחריהם בקרקע הזולת, בכפוף לזכותו של בעל הקרקע לפיצוי בעד הנזק...".

בגרמניה קובע סע' 867 של הבג"ב: "הגיע חפץ מרשות המחזיק בו לאחוזה הנמצאת בהחזקתו של אדם אחר, חייב המחזיק באחוזה להרשות את חיפוש החפץ ולקיחתו, **אם עדיין לא הוחזק בו**. מחזיק האחוזה יכול לדרוש פיצוי בעד הנזק שנגרם על-ידי החיפוש והלקיחה. אם יש מקום לצפות לנזק, רשאי הוא למנוע את הרשות עד שתינתן לו ערובה; מניעת הרשות אסורה אם הדחייה קשורה בסכנה". סע' 962: "בעליו של נחיל דבורים רשאי, ברדפו אחריו, להכנס לאחוזות זרות. במקרה שנכנס הנחיל לכוורת זרה בלתי-מיושבת, רשאי בעל הנחיל לפתוח את הכוורת, לצורך התפיסה, ולהוציא את יערות הדבש או לעקרן. את הנזק שנגרם חייב הוא לשלם".

בשווייצריה קובע סע' 699 של הצג"ב: "כל אדם רשאי להיכנס ליער ולמרעה של זולתו, וכל אדם רשאי לקחת שם תותים, פטריות וצמחים דומים הגדלים פרא, בגדר המנהג המקובל במקום, אלא

אבל אם לא היו סמוך לכאן מי הפקר אחרים לשתייה, על בעל הרכוש להוציא מים לדורש או ירשהו להיכנס למען יקח מים... והוא שלא יזיק". הוראה זו בוטלה בחוק המים תשי"ט, תוך הדגשה מיוחדת בסע' 151, שאין צרכי שתייה וכיו"ב מצדיקים את "הסגת רשות היחיד".

אם קבעה הרשות המוסמכת איסורים מיוחדים ומסויימים בדיוק, לתקנת הצומח. בקשר לכניסה לאדמת הזולת לשם צייד ודייג יכול המשפט הקנטונלי לקבוע הוראות יותר מפורטות". סע' 700: "הובאו חפצים לאחוזת הזולת על-ידי המים, הרוח, המפולת, כל כוח טבע אחר או הזדמנות מקרית, וכן אם באו בעלי-החיים - כגון בקר וצאן, נחילי דבורים, עופות ודגים - לקרקע הזולת, חייב בעל האחוזה להרשות למי שזכאי בהם לחפשם ולקחתם. הוא יכול לדרוש את דמי הנזק שנגרם לו בכך ולעכב את החפצים כערובה".

באנגליה מביא **סלמונד (נזיקין**, עמ' 246) את זכותו של ההלך לסטות מדרך-המלך לאחוזה שבצדה, במקרה של "כורח", כגון שהדרך טובענית (ועל-פי דיני "הכורח" שראינו בסי' 9 לעיל, אם ההלך הזיק אגב כך הריהו פטור; ודינו נשאר מכל-מקום **כהולך ברשות הרבים** לענין אחריות בעל האחוזה ל-public nuisance). במה שנוגע להחזרת מיטלטלין, כותב סלמונד (שם, עמ' 805-804, בפרק על Extrajudicial Remedies), כי אמנם הענין, בדרך-כלל, מעורפל, אך ברור מכל-מקום שאם תפס מחזיק הקרקע מיטלטלין של זולתו שלא כדין - רשאי בעליהם להיכנס ולקחתם; ומסתבר שהוא הדין גם-כן כאשר המיטלטלין הגיעו לחצר הזולת במקרה או על-ידי מעשה אדם אחד. הספק העיקרי הוא ביחס למקרה שבעל המיטלטלין עצמו אשם בדבר שחפציו נמצאים בחצר זולתו. בעמ' 806 ואילך מביא סלמונד, שאחר הודעה מוקדמת (במקרים שבהם היא נדרשת) רשאי אדם להיכנס לחצר זולתו כדי "לסלק מטרד" (abate a nuisance) הפוגע בזכותו, בין אם המטרד הוא פרטי או ציבורי, ובלבד שישלם את הנזק המיותר הנגרם בכך.

[[60]] בדיני ישראל אין מקום לדון כאן בזכויות חדירה הנוגעות רק לעצם הענין של החזרת חפצים או "סילוק מטרדים", כי אין הענין נחשב בדיני ישראל כמשהו מיוחד, שלפנים משורת הדין, או על-כל-פנים כסטייה מיוחדת מקו הדין הכללי, אלא מתחייב הוא כמסקנה טבעית בגדר העקרון הכללי ש"עושה אדם דין לעצמו"[222]. כמו כן אין בדיני ישראל צורך בשום הוראה מיוחדת שתתיר באופן מיוחד חדירה משום טייס, כי חדירה כזאת, בגדרים הרגילים, מותרת בדיני ישראל ממילא, מדין הכפייה על מידת סדום[223].

מעבר לבעיות אלו, המקור החשוב ביותר לענייננו בדיני ישראל הוא הברייתא המובאת בבבא קמא, סוף דף פ' עמ' ב' ואילך, שכבר היתה לנו הזדמנות להתעכב עליה בפרק הקודם ושלפיה מוטלת החובה לקיים עשרה תנאים אשר בהם תלה יהושע את הנחלת הארץ לבני-ישראל; ואלה תנאי ההנחלה השייכים לענייננו:

---

[222] נה) ר' הספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע' ב'.

[223] נו) השווה במשפט הגרמני (סע' 905 של הבג"ב) וסע' 840 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי, בהם מוסדר הענין על-ידי קביעת העקרון, שאין הבעלים יכולים למנוע התערבות ברום כזה מעל לפני הקרקע, או בעומק כזה מתחתם, שאין לבעלים ענין במניעתה. סע' 667 של הצג"ב בשוייצריה פוטר את הדבר על-ידי כך שמגביל הוא את עצם התפשטות הבעלות לרום ולעומק לגדרי התחום שבו יש לבעלים ענין לממש את זכותם - ור' ביקורת על שיטה זו בהמשך פרקנו להלן.

א) **שיהו מרעין בחורשין**, היינו שיהא אדם רשאי לרעות את בהמתו (הדקה) ביער הזולת (שאילנותיו גסים);

ב) **ומלקטים עצים בשדותיהם**, היינו שיהא אדם רשאי ללקט עצים בשדה חברו (ודווקא עצים פחותים, הקרובים להיות קוצים, ודווקא כשהם מחוברים לקרקע ולחים, ובתנאי שלא ישרש);

ג) **ומלקטים עשבים בכל מקום**, היינו שיהא אדם רשאי ללקט עשבים בשדה חברו (חוץ משדה תלתן, דמעלו לה עשבים הגדלות עמה, והתולשן מפסיד את התלתן. והרמב"ם מפרש גם: דווקא עשבים העולים מאליהם)[224];

ד) **וקוטמים נטיעות בכל מקום**, פירוש רש"י: קוטם בד (מעץ שבשדה חברו), ליטע או להרכיב (ודווקא מן החדש שאינו עושה פירות, ולא מן הישן שעושה פירות, ודווקא ממקום שאינו רואה את החמה);...

ז) **ונפנין לאחורי הגדר, ואפילו בשדה שהוא מלאה כרכום** (ונוטל משם צרור ומקנח);

ח) **ומהלכין בשבילי הרשות עד שתרד רביעה שניה**, היינו שבזמן שהדרך משובשת בטיט או במים רבים, רשאים הולכי הדרך לסטות לתוך רשות היחיד (ובלבד שהדריכה לא תהא עשויה להזיק);

ט) **והתועה בין הכרמים מפסיג ועולה, מפסיג ויורד**, היינו שרשאי הוא לנתק זמורות המעכבות אותו, ועולה ויורד עד שמוצא את הדרך...

[[61]] ביחס לתנאים הללו יש מקום לשאול אם אמנם אמורים הם להישאר צמודים, כל אחד, לענייננו הפרטי המוגדר, או שמא מצטרפים הם זה לזה עד שאפשר יהא להסיק מצירופם הכללה עקרונית מקיפה. לכאורה נראה כי האפשרות **הראשונה** היא עיקר; כי בהבדל מן הדרך הרגילה של ניסוח דיני ישראל ברור כאן שכל אחד מן התנאים בפני עצמו לא נועד להדגים שום כלל רחב יותר ממנו עצמו, - ולמשל, מזה שהותנה כי "יהו מרעין בחורשין" או "מלקטים עצים בשדותיהם" ודאי אין ללמוד אלא מה שנאמר בכך בפירוש, ותו לא. אולם, כשלוקחים אנו את כל התנאים הללו ביחד, ומוצאים אנו, למשל, כי לא נכלל בהם בפירוש מה שנאמר במג'לה, שיהא אדם רשאי לסטות לתוך שדה חברו כדי לרוות את צמאו - מתברר מיד שמניעת הדבר לא תיתכן, שהרי זה קל וחומר, למשל, לגבי הדין שנפנין לאחורי הגדר, ואף מתחייב הדבר בעליל ממכלול הגישה שצירוף התנאים מגלה. לכן נוטה אני לסברה כי צירוף התנאים **מאפשר** הכללה, ואת ההכללה המתקבלת הייתי מנסח לאמור: **אף במקום שעשוי הדבר לגרום רק נזק או טורח של מה-בכך רשאי אדם**

---

[224] נז) ור' גם בבא מציעא ק"ז א': הני תחלי דבי כיתנא אין בהן משום גזל (לפי שמפסידים הם את הפשתן יותר על דמיהם).

לנטות לתוך חצר חברו ולעשות בה - אם אין לו תקנה אחרת במצוקה; ורשאי אדם ליהנות בשדה חברו, בדבר שאין ראוי להקפיד עליו. עם זאת יש להדגיש, כי מושג "הדבר שראוי להקפיד עליו" אמור להתפרש כאן לא רק לפי מסיבותיו של כל מקרה ומקרה בפני עצמו, כי אם לפי התוצאה הציבורית הכללית שההקפדה או אי-ההקפדה בדבר מן הסוג הנידון תהיה עשויה להביא בהם בהצטברות המקרים. כך, למשל, נראה שאם הילך רעב יבקש לסטות לתוך פרדס חברו שבדרך, כדי לקטוף שם תפוז, הרי זו דוגמה מובהקת לכאורה של "דבר שאין להקפיד עליו"; ואף יש לנו כידוע דין מפורש בתורה: "כי תבא בכרם רעך, ואכלת ענבים כנפשך שבעך, ואל כליך לא תתן; כי תבא בקמת רעך, וקטפת מלילת בידך, וחרמש לא תניף על קמת רעך"[225]. אולם במשנה ובגמרא בבא מציעא פ"ז א' ואילך נתפרש כי אין הדברים אמורים אלא בפועל העושה במלאכתו של בעל-הבית; וכאשר מצא **רב** מגילת-סתרים, שהיה כתוב בה בשם **איסי בן יהודה** כי "בביאת כל אדם הכתוב מדבר", אמר על כך רב: "לא שבק איסי חיי לכל בריה"[226].

רשות-כניסה אחרת השייכת לכאן והנקבעת בדינינו על-פי דין מיוחד היא הרשות הניתנת לעניים כדי לקחת את המתנות המגיעות להם - פאה, לקט וכו': "כל מתנות עניים אלו, אין בהן טובת הנאה לבעלים, אלא העניים באין ונוטלין אותן על כרחן של בעלים"[227]. אולם, רשות הכניסה נתונה רק בשעות היום המסוימות שנקבעו לתקנת העניים החלשים, "ועני שבא לא בזמן זה, אין מניחין אותו ליטול"[228].

ולבסוף, סוג שלישי של רשות-כניסה שראוי להזכיר כאן הוא מה שנקבע במשנה בבא קמא פ"י מ"ב, ש"מהלך (אדם) בתוך שדה חברו להציל את נחילו, ואם הזיק משלם מה שהזיק". דבר זה, לכאורה שייך הוא לעשיית אדם דין לעצמו, שאמרנו כי אין זה שייך לענייננו. אולם, באמת מכריע כאן צד ייחודו של הענין, כי זכות הכניסה לשם החזרת הדבורים אינה נקבעת כדי לתת תוקף לרשותו של בעל הדבורים לעשות דין לעצמו, אלא אדרבה: מדאורייתא היה בעל הדבורים מאבד את בעלותו לגמרי על-ידי עצם יציאתן של הדבורים מהחזקתו, - ואילו זכות הרדיפה נקבעת כדי **להמשיך את בעלות הרודף**, מדרבנן, לפנים משורת הדין, כל זמן שאין הוא חדל לרדוף אחר הדבורים ואינו מתיאש[229].[[62]]

ב. כוחות הבעלות

סעיף זה, על "כוחות הבעלות", לכאורה הוא צריך היה לקדום לסעיף שלעיל בדבר **מגבלות** הבעלות - שהרי, מטבע הדברים, הכוחות הם עיקר והמגבלות הן רק סייג. אולם, באמת, את

---

[225] נח) דברים כ"ג כ"ה-כ"ו.

[226] נט) בבא מציעא צ"ב א'.

[227] ס) פ"א מהל' מתנות עניים הל' ח.

[228] סא) שם, פ"ב הל' י"ז.

[229] סב) ר' בגמרא, דף קי"ד עמ' ב', ור' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ז' סע' א', הערה כ"ג.

כוחות הבעלות, בבחינת הרקע למגבלות, ראינו כבר בעצם הגדרת הבעלות בעצמה: הכוחות הם מבחינה עקרונית **כלליים**, בלתי-מוגבלים - וכל דבר שלא נאמר והעשוי מבחינה מהותית להיחשב כרשות ביחס לחפץ הריהו ממילא בגדר כוחות הבעלות. בהתאם לכך אין למעשה אפשרות לפרט את הכוחות השונים של הבעלות או להעמידם על איזו הגדרה יותר מוחשית - והדרך הטובה ביותר כדי להתקרב בכל-זאת, עד כמה שאפשר, להבנה מוחשית ומדויקת יותר של תוכן הבעלות הריהי איפוא באמת, קודם-כל, דרך **האלימינציה**, היינו פירוט הרשויות שהדין **מונע** מן הבעלות או כופף אותה לסבלן מבחוץ. עתה, משהשלמנו את סקירת המגבלות העקרוניות האלו, יכולים אנו לעשות צעד נוסף באותו הכיוון של יתר המחשת הענין, על-ידי **מיון** הרשויות הנשארות והמתגלות בבעלות באופן חיובי.

1. רשויות השימוש

במיון זה אין כנראה מקום להבדלים מעשיים חשובים בין השיטות השונות. בכלי סוג הרשויות הראשון, היסודי והחשוב ביותר הוא קובץ **רשויות השימוש**, שפרשני המשפט הרומי קרוהו usus או jus utendi[230], שממנו מתפרש כל ענין הבעלות כלו לפי הגדרתנו; וזהו קובץ הרשויות שבו מופיעה באופן המובהק ביותר תכונת הכלליות העקרונית הבלתי-מוגבלת של מספר רשויות הבעלות. מתוך רשויות השימוש הבדילו הרומיים את רשויות **השימוש עד כדי כילוי הגוף עצמו** (jus abutendi או abusus)[231] - בודאי מפני שרק רשויות השימוש הרגילות, ולא גם רשויות הכילוי, נכללות בשעבוד לפירות לזולת (usufructus)[232]. אולם, מבחינתנו בשלב זה אין להבחנה זו חשיבות, כי בזכות הבעלות נכללים על-כל-פנים שני מיני רשויות השימוש כאחד. עם זאת יש להזכיר כי זכות ה-abusus במובן המדויק, היינו הזכות **להשחית את הנכס**, ואף בלי תועלת, באמת אינה נכללת בבעלות על-פי דיני ישראל, כפי שראינו בתחילת הסעיף הקודם של פרקנו.

על אף עקרון הכלליות הבלתי-מוגבלת של רשויות השימוש, רשויות אלו מוגבלות הן בדיני ישראל עד מאד - ואף במידה מהותית - במה שנוגע לבעלות **בעבדים**, וביחוד בעבדים ואמות עבריים[233].[[63]]

2. פירות

סוג הרשויות השני, לפחות לפי סדר המיון הרומי, הוא בעקרון שעל-פיו זוכה בעל הנכס, באופן אוטומטי מכוח בעלותו, בפירותיו של הנכס (fructus או jus fruendi)[234] והיינו **בפירות המופקים מן הגוף והפירות הבאים מעלמא**[235].

---

[230] סג) ר' **באקלנד**, עמ' 111; **קולין וקפיטן**, א', עמ' 431; **פלניול וריפר**, ג', עמ' 225, בהערה.

[231] סד) שם.

[232] סה) **באקלנד**, עמ' 162.

[233] סו) ר' הל' עבדים במשנה תורה להרמב"ם.

[234] סז) ר' המקורות הנזכרים בהערה ס"ג לעיל.

[235] סח) ר' בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק ב', פרק ח' סע' ג'.

עקרון זה - אין ספק כי הוא עקרון קיים בכל השיטות שאנחנו עוסקים בהן, אך למעשה אין לו שום מעמד עצמאי, ואין הוא זקוק אפוא לאזכרה מפורשת בניסוח מחייב של החוק. כך הוא, קודם-כל, משום שהבעל זוכה ממילא בפירות המופקים מן הגוף לאו דווקא באשר הם פירות, אלא באשר מלכתחילה - מטבע הדברים, וכפי שעוד נחזור ונראה ביתר פרוטרוט בסעיף הבא של פרקנו - הפירות הללו הם חלק מן הגוף בעצמו. הבעל - באשר הוא בעל הגוף השלם - הריהו ממילא גם בעל כל חלק-הגוף; והריהו בעל כל חלק בין אם אותו חלק הוא **פרי** - והיינו שהפקתו מן הגוף נחשבת כדרך רגילה של הנאה מן הנכס - ובין אם החלק **איננו פרי**, והיינו שהפקתו מן הגוף אינה בבחינת דרך-הנאה רגילה[236]. ואילו הפירות הבאים מעלמא - בדרך-כלל הריהם רק השכר המגיע לבעל הנכס בגין הרשות שנותן הוא בנכס שלו לאחרים, - והשכר מגיע לבעל לאו דווקא משום זכותו לפירות הבאים מעלמא, אלא משום ההסכם שמקבל-הרשות הסכים לשלם; ומקבל-הרשות, אף הוא, הריהו מסכים לשלם לאו דווקא משום זכות הבעלים לפירות, אלא משום שבהיותו זקוק לרשות הריהו נאלץ לרצות את הבעלים, היכולים למנוע את הזכות מכל מי שירצו. מצד זה שוב מתברר אפוא כי זכות הבעלים לפירות אינה זכות מהותית-עצמאית, אלא נמשכת היא מזכות אחרת הכלולה בבעלות - היינו הזכות למנוע כל התערבות בנכס, שעליה נעמוד להלן.

מלבד זה, אמנם נכון הדבר שהפירות הבאים מעלמא אינם רק השכר שהבעלים מקבלים, אלא המושג מתפשט גם על הכנסות אחרות העשויות להגיע לבעלים, כגון הנכסים הנוצרים על-ידי מעשה-ידיו של העבד[237] או הכפל שחייב לשלם הגנב[238]. אולם, באמת, כל מיני הכנסות מסוג זה - שום הוראה כללית בדבר זכיית הבעלים בפירות אינה יכולה כלל לשייכן לבעלים כל זמן שאין לנו הוראה מיוחדת בדבר כל אחת מהן, שתזכה בה את הבעלים בפירוש - כי כל זמן שהוראה מיוחדת כזאת איננה קיימת, ממילא אין שם שום הכנסה העשויה להגיע ואין שם "פירות" שיוכלו להיתפס בהוראה הכללית.

[[64]] כל השיקולים הללי מביאים למסקנה המסכמת כי מצד הבעלות אין שום גשר מהותי אל מושג הפירות, והרומיים סטו אפוא מקו המחשבה הישר כשהכלילו את זכות הפירות בהגדרת הבעלות. מושג הפירות יחודו הוא בכך, שמציין הוא את ההנאות הכרוכות - באופן מהותי או נלווה - בבעלות (או בזכות אחרת), ושאינן מכלות את הגוף, או **הקרן**, כדי להבדילן מן ההנאות המכלות את הקרן; והבדלה זו - בדומה למושג המקביל של abusus - מקבלת חשיבות מהותית לאו דווקא בקשר לבעלות בעצמה, כי אם בקשר לפיצול הנאות הבעלות (או הזכות האחרת) בין הזכאי המקורי לבין אנשים אחרים, כפי שנחזור ונראה עוד בפרק על השעבודים להלן.

---

[236] סט) השווה **פלניול וריפר**, ג', עמ' 256.

[237] ע) ר' הר"ן על כתובות ע"ט ב', ד"ה ואי קשיא לן.

[238] עא) בבא מציעא ל"ד א'.

3. רשויות הרשאה ומניעת התערבות

רשות ה-abusus, או jus abutendi, היא קובץ הרשויות השלישי הכלול בבעלות לפי סדר המיון הרומי; אך לאחר שעמדנו כבר על רשות השימוש עד כדי כילוי הגוף ועל בעיית השימוש המשחית, לא נותר לנו למעשה לעמוד עוד בתחום המושג האמור אלא על הרשות **להקנות את הגוף**, שאף אותה ראו הרומיים כסוג של abusus[239].

רשות ההקנאה נתפסה כ-abusus בודאי משום כך, שמבחינת הבעלים, ההקנאה היא באמת מעין כילוי גופו של הנכס או לפחות פגיעה בשלמותו. אולם, בהתבוננות יותר מעמיקה מתברר שוב שמבחינת **מיון תוכנה של הבעלות** אין לתפיסה כזאת משמעות. אין לה משמעות, כי רשות ההקנאה היא למעשה רק הסתנפות מתוך רשות עקרונית ויסודית יותר, המאפשרת לבעל להעביר מרשותו לאחרים, בין בדרך הקנאה ובין בדרך הרשאה ארעית שאינה מחייבת[240]; ואילו רשות זו מתקשרת מצידה לעקרון יסודי אף יותר, היינו שקובץ רשויות-הבעלות, הבלתי-מוגבל, נתון לבעל באופן יחודי[241] - שמכאן משתמע, מטבע הדברים, כי הבעל רשאי למנוע בנכס כל התערבות שאינה מדעתו[242], ואילו כשההתערבות היא מדעתו ממילא מתכשרת היא כאילו נעשתה על-ידי הבעל עצמו. מתוך רשות יסודית זו של מניעת כל התערבות בלתי-מוסכמת משתמעת ממילא גם רשות אחרת אשר הרומיים מנו לפעמים כיסוד עקרוני בבעלות, היא הרשות **להחזיק** את הנכס[243] - שהרי ההיערכות העובדתית למניעת כל התערבות בלתי-מוסכמת היא היא בעצם מהות ההחזקה[244].

[[65]] אשר לרשות ההקנאה כשלעצמה, שוב, והיינו היכולת להרשות אנשים אחרים בנכס באופן שיחייב גם את הבעל עצמו - אמנם היא מסתנפת מרשות ההרשאה הכללית ויחודיות הבעלות, כאמור, אך נכון הוא גם-כן שאין היא מתבארת רק על-ידי רשות כללית זו ויחודיות זו בלבד; שהרי בנוסף על אלה אנו מוצאים בשורשה גם את כוח החיוב כלפי הבעל עצמו. והנה, גורם זה - לכאורה אין לו שום קשר מיוחד לתוכן הבעלות, אלא נובע הוא מן העקרון הצדדי, שחייב אדם לעמוד בחובות שהוא מקבל על עצמו ושאין המשפט מכיר לו את הכושר לחזור בו: pacta omnimodo observanda sunt, כלשון המימרה הרומית[245]. אולם, באמת מסתבר שמסקנה כזאת

---

[239] עב) **קולין וקפיטן**, א', עמ' 431. "להקנות את הגוף", משמע כאן לא רק להקנות את הנכס לגופו - היינו להעביר את הבעלות בו,- אלא אף לשעבדו ל"זכויות ריאליות" אחרות, פחותות מן הבעלות.

[240] עג) precarium בלע"ז. ובשיטות האירופיות יש להוסיף לא רק את ההרשאה הארעית, אלא אף את ההרשאה המחייבת הנתפסת שלא כהעברת "זכות ריאלית", אלא כהתחייבות אישית בלבד.

[241] עד) ר' הגדרת הבעלות לעיל, בתחילת סע' א'.

[242] עה) השווה **מסיניאו**, ב/א', עמ' 243, המצרף לתוכן העקרוני של הבעלות את מה שהוא מכנה jus prohibendi. הרשות למניעת התערבות מופיעה בפירוש בהגדרת הבעלות בסע' 903 של הבג"ב.

[243] עו) ר' **ירס-קונקל**, עמ' 123.

[244] עז) ר' הספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ב' סע' ב', בסמיכות להערה י"א, וכן פרק ג, סוף סע' ט' וסע' י"ב.

[245] עח) **ברום**, עמ' 476.

לא היתה נכונה. באמת אין המשפט קובע שום עקרון כללי בדבר תוקף התחיבויות שאדם מקבל על עצמו, אלא הוא מכיר רק בתוקף הקיים של התחייבויות **מסוגים מסוימים**: נדרים, שבועות, וביחוד התחיבויות בדיני ממונות; ואילו כל התחיבות בדיני ממונות אינה בעצם אלא הרפייה והסתלקות כלשהי מן המכלול של זכות-הקניין[246]. כשהמשפט מכיר בתוקפן של התחייבויות בדיני ממונות, הריהו בעצם מכיר אפוא בכושר הקונה להרפייה והסתלקות שכזאת - וכושר כזה, נראה שאין לו באמת שום יסוד מושגי עמוק יותר מעצם ההנחה שהמשפט מוצא משום-מה נכון להכיר בו ולצרפו למכלול הרשויות הנכללות בבעלות (אשר ממנה עשוי הוא להסתנף גם לקניינים יותר נמוכים).

משהגענו לכאן מתברר, שעצם ענין ההתחייבות - במובן הרגיל של קבלת חובה כלפי צד מסוים שכנגד - הרי מאותה בחינה של מיון רשויות הבעלות, שממנה אנחנו עורכים את דברינו, באמת אין לו שום מעמד כאן. כך הוא, מפני שלמעשה מוצאים אנו אצל הבעל רשות להסתלק מקניינו לא רק בדרך ההקנאה לאיזה צד שכנגד, אלא גם באופנים אחרים. אחד האופנים הללו הוא בדרך **ההפקרה**, שעליה כבר עמדנו לעיל; אופן אחר הוא בדרך **השעבוד לרבים**, שגם עליו כבר עמדנו; ובדיני ישראל יש גם אופן שלישי, היינו דרך **איסור-ההנאה או ההקדש**[247]. מתוך כל האופנים הללו מתברר שרשות ההסתלקות מן הקניין אינה מתמצה רק במושג ההסתלקות בלבד, אלא היא כוללת בה גם את **הרשות לקבוע את המעמד הקנייני של הנכס לאחר מכן**. את הרשות המיוחדת הזאת אפשר לכנות "**רשות הועדה**", - ורשות-ההקנאה הריהי אם-כן, בסיכומו של דבר, בת הצירוף של יחודיות הבעלות ורשות-ההרשאה, מחד, ורשות ההסתלקות וההועדה מאידך.

4. רשות ההועדה: האיסר, מצוות המת ומיני ההקדשות

רשות ההועדה הגלומה בבעלות ושהגענו אליה בסימן הקודם מחייבת דיון מיוחד לבירור האפשרויות הכלולות בתוכה. בסימן הקודם הזכרנו ארבע אפשרויות: הקנאה, הפקרה, שעבוד לרבים ואיסור הנאה או הקדש. את הדיון בהפקרה ובשעבוד לרבים מיצינו כבר לעיל, כאמור. להקנאה נקדיש ספר מיוחד בהמשך עבודתנו - ושם יתבררו לנו ביתר פרוטרוט גם כמה וכמה עקרונות משותפים לכל ארבע האפשרויות הנ"ל ולרשות ההועדה בכללה (כגון עקרון גמירת-הדעת, בעיית הכושר **האישי**, [[66]] גמר-המעשה ודיני התנאים). אך את עיקר דיני איסור-ההנאה או ההקדש ראוי לנו לברר **כאן**, כדי להשלים את הבנתנו במשמעות המעשית של תוכן הבעלות, בנקודה שתורת-המשפט כפי שעוצבה ביבשת אירופה אינה מרבה לעסוק בה.

---

[246] עט) ר' הספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק ב', פרק ה', סע' ב', בסמיכות להערה כ"א וכ"ב, סע' ג' וסע' ו'.

[247] עט-א) במשפטי העמים אפשר לציין גם אופן רביעי, היינו דרך **הצוואה**; אך בדיני ישראל - אף-על-פי שנידונה הצוואה בדיני הירושה, הריהי נחשבת מבחינה מהותית רק כסוג של הקנאה מוסכמת (חוץ מפרט מסוים: **צוואה על-ידי השלשה**, שנעמוד עליו בסעיף הבא).

על עצם המהות של איסור-ההנאה וההקדש אמנם עמדנו כבר גם-כן, בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון" (חלק א', פרק ב', הערה מ"ז) - ור' גם לעיל, בפרק א' סע' ב', בסמיכות להערה מ"ג. אולם, החשוב כאן לדידנו הוא שאיסור-ההנאה או ההקדש עשויים להתהוות לאו דווקא מאליהם, במישרין מכוח הדין, בגלל איזו תכונה מיוחדת של החפץ, כי אם גם מתוך רצון הבעלים, כשלעצמו, - ואכן, **ההקדש**, בהבדל מאיסורי הנאה אחרים, עצם טיבו הוא שאיסור-הנאתו **לא** נולד מאליו, כי אם מתוך כך שבעלי החפץ הם עצמם שהקדישוהו, מדעתם.

אולם, לא כל איסור-הנאה הנקבע על-ידי הבעלים הוא הקדש. הבעלים יכולים קודם-כל לאסור את החפץ בהנאה על-ידי כך שיתפיסוהו בנדר-איסר[248]. נדר-איסר הוא מוצא פיו של אדם, הבא להטיל בחפץ איסור-הנאה כלשהו, בבחינת איסור כשלעצמו, שלא מתוך יעוד חיובי; והנדר מועיל ונתפס בחפץ[249] אם האיסור מכוון **כנגד הנודר** בעצמו או שמתיחס הוא לחפץ **השייך** לנודר - ואף אם מכוון הוא כנגד אנשים אחרים[250]. מבחינתנו שלנו - אין לנו למעשה ענין באיסר מן הסוג הראשון, כי איסר כזה דומה במידה רבה **לשבועה**, שהאדם נשבע היה לקיים את האיסור רק מצד אישיותו הוא ("איסור גברא"[251]). אולם, איסר מן הסוג השני, וביחוד כשמכוון הוא באמת נגד אנשים אחרים - מתבלט בו באופן מובהק היסוד של "**איסור חפצא**", היינו חלות האיסור לא מצד אישיות האדם, כי אם מצד מעמדו של החפץ, - ואיסר כזה אמנם אין אדם יכול להתפיס בחפץ אלא **מכוח קניינו** (בהיות שאין אדם יכול לאסור על הזולת חפץ שאינו שלו[252], ואין הוא יכול גם להטיל איסור גברא על הזולת, שלא מדעתו של הלה[253]).

טיבו של האיסר הוא, שבגדר תוכנו הופך הוא את החפץ לקדוש - במובן הקרוב מאוד ל"טאבו" בלע"ז - כנגד הפקת ההנאה או מכלול ההנאות המכוונות, על-ידי האדם או על-ידי מכלול האנשים המכוונים באיסר. עם זאת, בהבדל מאיסורי-ההנאה דרך-כלל, אין האיסר מפקיע את החפץ מדין הקניין, אלא אם מתיחס הוא לכל מכלול הנאותיו של החפץ ומכוון הוא נגד כל אדם לעולם - שאז כנראה נהפך החפץ **להקדש**[254]. מתוך כך יוצא, שכאשר האיסר אמנם איננו מגיע לדרגה של הקדש, עשוי החפץ לשמש נשוא למיקח-וממכר, ויש בו דין ירושה וכיו"ב, בעודו מותפס באיסר; והדין הוא, שכאשר תוכן האיסר אמנם מכוון לכך, יתקיים האיסר - נגד הנודר בעצמו או נגד אנשים אחרים, לפי הענין, - אף מעבר להעברת הקניין בחפץ מאדם אחד למשנהו, ואף מעבר להעברת

---

[248] פ) פ"א מהל' נדרים הל' א'.

[249] פא) שם, פ"ג הל' י' ואילך.

[250] פב) שם, פ"ה.

[251] פג) ר' **באנציקלופדיה התלמודית**, ערך "אסור חפצא; אסור גברא".

[252] פד) פ"ה מהל' נדרים הל' ג'.

[253] פה) ר' פ"ב מהל' שבועות הל' א' ו-ח'.

[254] פו) דוק בפ"ז מהל' נדרים הל' א'.

הקניין לאותו אדם עצמו אשר מלכתחילה נקבע האיסר כנגדו על-ידי זולתו (שהיה בשעת-מעשה בעל החפץ)[255].

[[67]] האיסר הוא אם-כן משהו הדומה מאוד לשעבוד, אך עשוי הוא להכביד עד אין-סוף יותר משעבוד, כי השעבוד גורע רשויות מן הבעל כדי להעמיד על-כל-פנים את החפץ לשימושו החיובי של אחר; אך האיסר רק גורע משימושו של החפץ **באופן מוחלט**, ונשאלת השאלה כיצד מקוים הדבר מבחינה משפטית ולשם מה הוא נחוץ?

התשובה על שתי השאלות היא פשוטה במה שנוגע למקרה שהאיסר מכוון רק נגד הנודר בעצמו. המשפט מקיים את האיסר כנגד הנודר בעצמו, כדי שהלה לא ינהג קלות-ראש בדבריו, וביחוד בדברים הנאמרים בהתימרות של קדושה[256]; ואף-על-פי שאמנם על עצם המעשה של נדר-האיסר מסתכל המשפט בעין רעה, ואף רואה הוא אותו קרוב לעבודת-אלילים, "כאילו בנה במה", - וגם עומד הנדר בכל עת להתרה באמצעותו של חכם או על-ידי שלשה הדיוטות, "ומצוה להשאל על נדרו כדי שלא יהא מכשול לפניו"[257] - הרי מכל-מקום, אם לא נתקיימה ההתרה הפורמלית, והנודר נהג קלות-ראש בנדרו, וחיללו והפרו בזדון, הריהו לוקה[258].

אולם, יותר מסובך הענין במה שנוגע לאיסר המכוון נגד אנשים אחרים. בפ"ה מהל' נדרים הל' א' ובפ"י שם הל' י"ב פוסק הרמב"ם כי הצד שכנגד ("**המודר**") שלא ענה אמן על הנדר אם נהנה על אף האיסר, **אין** הוא לוקה, - ורק הנודר עצמו, אם הוא הוא שההנה את הצד שכנגד, הריהו לוקה - שהרי מכל-מקום חילל את נדרו, ואף-על-פי שלא נהנה בעצמו. אולם, רש"י והר"ן על נדרים ט"ו א', וכסף משנה על פ"י מהל' נדרים הל' י"ב, פירשו כי לא כן, אלא רק המודר הוא הלוקה, ואף-על-פי שהאיסר הוטל מלכתחילה שלא מדעתו. העיון במקורות מחייב לכאורה להכריע במחלוקת זו **שלא כהרמב"ם**[259] - ותוצאת הדבר, מבחינה עקרונית, אמנם היא קשה עד מאוד. יוצא מכאן

---

[255] פז) שם פ"ה הל' ד' ואילך.

[256] פח) שם, פ"ד הל' ד' ופ"ו מהל' שבועות הל' ב'.

[257] פט) פ"י מהל' נדרים הל' כ"ה ופ"ו מהל' שבועות.

[258] צ) פ"ה מהל' נדרים הל' ב'.

[259] צ-1) כך, קודם-כל, לאור מה שהרמב"ם עצמו פוסק בפ"ד מהל' מעילה הל' ט'-י', שאיסר שנעשה על דרך דימוי להקדש (זה פירוש המושג "**קונם**" המשמש כאן, ור' פ"א מהל' נדרים הל' ט"ז) - יש בו דין מעילה כהקדש, אף כשהנהנה הוא רק המודר עצמו, ואך כשהאיסר באמת אינו מגיע כדי הקדש ממש נגד כל העולם, אלא מכוון הוא רק נגד אותו מודר מסוים לבדו. והנה, בנקודה מיוחדת זו, אולי ניתן היה לדחוק ולומר שההכרעה היא מוטעית כאן, ובאמת **אין** מעילה בקונמות (והיינו שלשון "למימרא" בפי רב נחמן בנדרים ל"ה א' אינה על דרך חיוב, כי אם בתמיהה, וזה על אף מהלך הסוגיה בשבועות כ"ב א'-ב') - וביחוד לאור ההלכה בפ"א מהל' מעילה הל' ב', שאין מעילה בחפץ המותר בהנאה לקצת בני-אדם. אולם, אין מפלט מן הדבר המוסכם בנדרים ל"ה א' שהנודר עצמו, שלא אסר את החפץ על עצמו, **רשאי** לתתו למודר - ומכאן הוכחה מכרעת, כדעת הר"ן, שבנדרים ט"ו א' אין לקרוא, כגרסת הרמב"ם "לוקה" בסגול

קודם-כל, כי לא זו בלבד שצריך אדם לכבד את **השטויות** - או, לעתים קרובות, אף **הרשעות** - של רעהו, אלא עשוי הוא להיות צפוי גם לעונש אם לא יכבדן. יתר-על-כן, לפי ההלכה המוסכמת על-ידי הרמב"ם ובני-מחלוקתו כאחד, ש"יש מעילה בקונמות" - יוצא לא רק שעשוי המודר ללקות אם יפר את האיסר בזדון, אלא אף אם יפירנו **בשגגה,** מתוך שלא ידע עליו בכלל, הריהו על-כל-פנים יהא חייב **בעונשי-כפרה**[260]; [[68]] ובסך-הכל משמע, שיכול בעל החפץ, מתוך שטות או רשעות, לבצר את שגיונו בחפץ בחיזוקים עונשיים, לעולם, וכנגד כל אדם, בין מזיד ובין תם, - ואף במקום שעל-פי השיטה המכוונת של המשפט, בדיני ממונות, לא היה שגיון כזה מקבל תוקף בשום אופן שהוא.

חוזרים אנו אם-כן לשאלה, מה יכולה להיות ההצדקה לתוצאה משפטית מוזרה שכזאת. נראה לומר, ראשית-כל, שהרי זו אחת הדוגמאות המובהקות שבהן נכנעה תורת-ישראל למה **שקויפמן** קורא "האמונה העממית". מוסד הנדר ודאי היה רווח בציבור הישראלי, מתוך שרשים תרבותיים טרומיים, שלא בטובתה של תורת-ישראל; וכאשר קיבל העם את התורה ודאי לא יכלה התורה לגזור, שמעתה, אם ישתמש העם בקדושת התורה כדי לקדש באמצעותה **שטויות**, אך יראו הקדשה זו כשטות, מי שהיא מטבעה: הדבר לא היה מתקבל על דעת העם הפרוץ בנדרים, ובמקום שתתחלל ההקדשה השטותית, היתה רק מתחללת בעיני העם קדושת התורה בעצמה. מעגל זה, אין כנראה אפשרות לפרצו מבחינה הגיונית מבפנים; ולכן לא מקרה הוא כשנכשל הרמב"ם בנסיונו להתגבר על הקושי באמצעות דיוקי-קריאה משפטיים בעלמא ובלי לפגוע בעצם מעמד הנדר כמוסד משפטי מוכר. הדרך היחידה להתגבר על הענין היא רק דרך ההתפתחות התרבותית, והיינו על-ידי כך שהעם יורגל להימנע מנדרים למעשה, ואז תתבטל כל הדילמה הנ"ל מאליה. והנה התפתחות כזאת אמנם עברה כבר על עמנו מזמן, וכבר בימי הגאונים היא באה על חיתומה על-ידי השתרשות אמירת "כל נדרי" בליל יום-כיפור. תפילה זו מבטלת את כל הנדרים העשויים להינדר עוד - לא על-ידי **חילול** הקדושה שעשוי הנודר להשקיע בהם, כי אם **ניטרול הקדושה**,

---

(והיינו **שהמדיר המהנה** לוקה), אלא יש לקרוא, כפי שמשתמע גם מקצב הנוסח, כי המודרת הנהנית, **היא** הלוקה, בקמץ. מה שלחם-משנה מנסה לתרץ בפ"ה מהל' נדרים הל' א', שהרמב"ם מבחין בנקודה זו בין קונמות לאיסרים אחרים, אינו מתרץ למעשה ולא כלום. מצד שני, לאור נוסח דברי הרמב"ם בפ"א מהל' נדרים הל' ה', הייתי אומר שאין אמנם ראייה נגד שיטת הרמב"ם ממה שמשיגים עליו על-פי מסכת נידה דף מ"ו עמ' א'; אבל, מצידי, איני רואה אפשרות להתגבר גם על הראיות הנוספות נגד שיטתו: אחת ביבמות פ"ח א', שם מוסכם, שאף אם נאמר כי אין מעילה בקונמות, הרי על-כל-פנים יהא איסור רכוב על כתף החפץ כנגד הצד המודר, - ושניה במשנה נדרים פ"ה מ"ו, שעל-פיה אם נהנה המודר בניגוד לאיסר, הרי עוון תלוי **בראשו**. (ואף אם נקרא שם "תלוי בראשי", יהיה פירושו של דבר על-כל-פנים, **שצד שלישי** המהנה את המודר בניגוד לאיסר אשם בעוון). ור' עוד גם-כן, בדברי הרמב"ם עצמו, פ"ה מהל' שבועות הל' ד' ופ"ה מהל' נדרים הל' ט"ז.

[260] צא) פ"א מהל' מעילה הל' ג.

באמצעות קדושה שכנגד, - ובסיכומו של דבר, למעשה, אין כבר לחשוש אפוא לתקלת נדרים בדיני ישראל[261].

משנשלם בירור זה, יכולים אנו לחזור אל האופן השני של קביעת איסור-הנאה בחפץ על-ידי הבעלים, היינו דרך **ההקדש**. ההקדש הוא גם כן נדר, כלומר מוצא-פיו של הבעל, המתפיס את החפץ באיסור; אך לא איסור המבוסס בשלילה, כאיסר, כי אם איסור שהוא רק פועל-יוצא **מחיוב**: עיקר ההקדש הוא בהועדת החפץ - לגופו או לדמיו - לצרכי בית המקדש, ואיסור-ההנאה החל על החפץ בתוצאות ההקדש אינו אלא המסקנה המחויבת מן התוצאה המשובח ביותר, המגלמת את כוונת המקדיש, שיהא מותר להשתמש בחפץ רק לפי יעודו הקדוש[262].

[[69]] מושג ההקדש מעלה על הדעת מוסדות מקבילים כביכול בשיטות אחרות, כמו ה"ואקף" המושלמי או ה-mortmain במשפט האנגלי; אולם, באמת אין בהקבלה זו ולא כלום - ולא רק מבחינה משפטית-מושגית, אלא גם לא מבחינת הקשיים החברתיים שהתעוררו על-ידי המוסדות הזרים. ההקבלה הנכונה בדינינו ל"ואקף" המושלמי אינה בהקדש-האמיתי שבו דנו עכשיו, כי אם **בהקדש הצדקה**, שעליו נעמוד להלן; ואשר לקושי החברתי ב"ואקף", מתבטא הוא בכך שמוסד זה מאפשר ריכוז מקרקעין רבים ברשותם של גורמים מקודשים תוך הגבלה חמורה על דיני המשא-ומתן הכלכליים הרגילים באותם מקרקעין[263]. לעומת זאת, ההקדש של דיני ישראל, כשאין הוא מתיחס לחפץ הנועד לשמש למעשה במיוחד בבית-המקדש בעצם גופו, ממילא מכוון הוא רק **לפדיון החפץ**, ובכן להמרתו בדמים ולהוצאתו לחולין. מלבד זה, אמנם יכולים נכסים להיות מוקדשים **לדמי פירותיהם**, וזה ביחוד הדין בקרקעות; אולם, אף במקרה כזה אין ההקדש חל לצמיתות, אלא גוף הנכסים עומד לפדיון[264]. ואילו במה שנוגע ל-mortmain האנגלי, הרי זה היה ענין של מתנת מקרקעין לגוף כנסיתי, מידו של קונה-שעבוד פיאודלי, והתקלה היתה לאו דווקא בהתקדשות המקרקעין מבחינה משפטית, אלא בהעברת השעבוד הקרקעי לידו של מחזיק הפטור מטבעו מכל מיני שעבודים אישיים, העשויים לחול לטובת בעל-הבית מצד אדם חי[265]. כאן למעשה אין אפוא שום צד-קרבה לענייננו בכלל.

---

[261] צב) אמנם, בפ"ב מהל' נדרים הל' ד' פוסק הרמב"ם, שאם בשעת הנדר זוכר הנודר את ביטול הנדרים, הנדר קיים; אולם, אין ספק כי הדבר יכול לחול רק על נדרים שנודר האדם כנגד עצמו, וטעמו למנוע קלות-ראש בנדרים, שיהא אדם נודר ואומר בלבו: מה אכפת לי, ממילא הנדר בטל. לעומת זאת, בנדר המכוון נגד אחרים, הרי דברים שבלב אינם דברים, ותמיד יהיו המודר והדיין רשאים להניח כי הנדר היה אמנם בטל; ואם בשעת הנדר יזכיר הנודר בפירוש **הסתיגות** מן הביטול, הרי בעצם הדבר הזה יהא משום **חילול קדושת הביטול**, ולהסתיגות לא יוכל להיות תוקף.

[262] צג) פ"א מהל' נדרים הל' ב' וערך "הקדש" **באנציקלופדית התלמודית**.

[263] צד) ר' **דוכן**, עמ' 62 ואילך.

[264] צה) ר' הל' ערכין וחרמין, פ"ד ואילך.

[265] צו) **צ'שיר**, עמ' 809-810.

אולם, ההקדש האמיתי, כפי שהגדרנוהו לעיל, אינו ממצה את כל אפשרויות ההועדה אשר השם "הקדש" הורחב לחול עליהם במינוח של דיני ישראל, ועתה נעבור ונבחן עוד את מיני ההקדש הללו.

הדבר מתקשר לבעיה הכללית של **הועדת נכס למטרה מסוימת**, והיינו הועדה שלא רק תעניק לאנשים מסוימים או לציבור כלשהו רשות לעשות בנכס מעשה פלוני-אלמוני, לטובתם, - שזה היא פשוט ענין של הפקרה, או הקנאת שעבוד, או הרשאה בעלמא, - אלא הכוונה היא להועדה שתחייב את הנהלת הנכס בהתאם למטרה שנקבעה ושאינה יכולה להיות מושגת רק על-ידי עצם פעולתם של אנשים המזוכים לטובתם.

הועדה כזאת יכולה להתגשם בדיני ישראל בכמה אופנים. האופן האחד הוא **בדרך ההשלשה**, והיינו שהנכס יתנהל בידו של שליש בכפוף לשעבוד שייקבע על-ידי בעל הנכס לטובתו של אחר (אשר יהיה לו קניין בנכס), לדרוש מן השליש - במקביל לאפשרות של דרישה דומה מצד הבעלים, מכוח בעלותם, - שהשליש ינהג בנכס על-פי התנאים שבעל הנכס קבע[266]; אך זוהי שוב רק דרך של **הקנאה**, והריהי חורגת מענייננו. הבעיה מתעוררות באמת, בכל מהותה, רק כשעל-פי טבע המטרה אין שם בכלל מישהו אשר המטרה תוכל להתגשם פשוט על-ידי מימוש קניינו - כגון שהמטרה היא לקיים מוסד כלשהו, או לתת צדקה לפי שיקול-דעת מסוים, או, נאמר, לזון בעלי-חיים - ובמקרה כזה נותר לנו למעשה להבחין בדיני ישראל בין שני אופני-הועדה מקבילים.

[[70]] האחד מהם נמשך מן ההנחה כי כל עוד שבעל הנכס נשאר בחיים הריהו חופשי לנהוג בנכסיו כרצונו, ואין לו צורך דווקא בהועדה שיהיה לה תוקף משפטי מחייב; ואף אם אין הבעלים רוצים להתעסק בענין בעצמם, יכולים הם להפקידו ביד כל אדם מתאים שימצאו, והלה יהא אחראי כלפיהם, לפי תנאי ההפקדה שייקבעו, בגדר דיני הקניין ודיני החוזים הרגילים. קושי מתעורר רק בהמשך מכאן, למקרה שבעל הנכס ימות, שאז - על-פי הדין הכללי - יישארו יורשיו חופשים להחזיר את הנכס מתעודתו הבלתי-מחייבת, כדי לעשות בו כרצונם הם. והנה, העמדה העקרונית של דיני ישראל היא, שאמנם כך ראוי, ואין לאפשר לאדם לקבוע את דין נכסיו אף מלאחר מותו ואילך[267]. אולם, סייג מסוים הותקן כאן בענייננו: אם הפקיד האיש נכסים בידו של שליש[268] לשם

---

[266] צז) ר' הספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ו' סע' י. מדלגים אנו על אפשרות אחרת, יותר פשוטה, שבעל הנכס **עצמו** יקבל עליו - כנגד האדם האחר - את החובה לנהל את הנכס כמכוון: התחייבות שכזאת, שלא תעביר לצד-שכנגד מאומה מתוך רשויות הבעלות, אלא רק תזכה אותו לדרוש דבר-מה מאת הבעלים, לא תהיה בבחינת הועדה של הנכס, המשנה באיזה אופן שהוא את מעמדו הקנייני, אלא היא תהיה רק התחייבות אישית - ולו גם התחייבות המלווה באחריות נכסים, - והרי זה הסדר החורג לחלוטין ממסכת דיני הקניין במוחזק.

[267] צח) ר' תשובת הרא"ש, כלל פ"ד סי' א'.

מטרה מסוימת, ולא חזר בו עד שמת, מחויב השליש להמשיך ולנהוג בנכסים למען המטרה המכוונת, כפי שקיבל על עצמו בתחילה - **משום "מצווה לקיים דברי המת"**, ואף אם לא היתה מלכתחילה שום הקנאה או התחייבות שנתנה למישהו זכות להגשמת המטרה (כגון שהשליש היה למעשה רק שליש-חינם). מצווה זו, המוטלת על השליש באופן אישי, נותנת בידו שעבוד בגוף הנכסים, כנגד היורשים, ומעלה היא זכות אישית כנגדו, ביד המעוניין, שאמנם יממש את השעבוד[269]. יתר-על-כן, נראה שאף אם לא הושלשו מנכסים בממש, אבל בעליהם ציווה לנהוג בהם מנהג מסוים בהיותו שכיב-מרע, והאיש העתיד לרשתם או לקבלם במתנה מחמת מיתה שמע ולא התנגד, דינו כשליש - וכך נוצרת אפוא אפשרות-הועדת מחייבת, רחבה למדי. אולם, דרך זו - כפי שברור על-פניה - רצופה בפגמים: ראשית, הריהי תלויה במידה יתרה ברצונו הטוב של השליש, ובמקרה שהשליש הוא גם בעל הנכסים, והוא מקנה אותם בסתירה ליעוד, מעשהו קיים, ואין למעוניינים תקנה אלא באחריותו האישית של השליש; ושנית, בהבדל מן השלישות הרגילה, אין השלישות משום "מצווה לקיים דברי המת" מתקיימת בכל מחזיק, אלא רק בשליש המצווה לבדו, ומשתמה תקופת-הסכמתו, או שהוא נפטר, פוקעת השלישות מעקרא והנכסים חוזרים לקניינם החופשי של היורשים[270].

---

[268] צט) "שליש" בהקשר זה אינו מופיע במובן המשפטי המדויק שבו הגדרנוהו לעיל, היינו שומר פקדון בכפוף לשעבוד לטובתו של אחר, אלא מופיע הוא במובן המתוקן של שומר פקדון מיועד, שהואמן לקיים את היעוד.

[269] ק) ראוי להעיר, שכשם שהשליש אינו שליש במובן הרגיל של הגדרתנו, כן גם השעבוד יהיה כאן, לפי ההגדרה הרגילה, רק **מעין-שעבוד**. השעבוד הרגיל הוא זכות המתפצלת מקניין-הגוף לטובת הזכאי בעצמו. כאן, לעומת זאת, מאחר שאין שעבוד בגוף הנכסים לשום צד-שכנגד, כי אם רק לשליש בעצמו, נמצא כי השעבוד אינו קנייני, כי אם רק **שעבוד של טובת-הנאה** (ר' בספר על "מושג הקניין וזכויות-הממון", חלק א', פרק ב' סע' ד', בסמיכות להערה ס"ג). דברים אלה אינם מונעים כי הזכות הנתונה למעוניין כנגד השליש תיחשב כזכות ממונית-קניינית **בראוי**.

[270] קא) ר' גיטין י"ד ב' - ט"ו א'; כתובות ס"ט ב' - ע' א', ותוספות שם, ד"ה הא קיי"ל, והרא"ש על אותה סוגיה; תשובת הריב"א המובאת בהגהות המרדכי על בבא בתרא, פרק יש נוחלין (סי' תרס"ו); שו"ע חו"מ סי' רנ"ב סע' ב', והגהת הרמ"א שם, ופתחי-תשובה, שם, ס"ק א', ועה"ש באותו סימן, סע' ג'-ד'; "שערי עוזיאל", שער כ"א, פרק א', סי' י"א.

סקירה ממצה למדי בענין שלפנינו מצויה ב"דברי משפט" של **הרב קרלין**, חוברת א', עמ' 54 ואילך; אך יש לשים לב כי באחת הנקודות המרכזיות (סוף סי' 2, בעמ' 56), מקום שהוא מנסה לתרץ את הגהת הרמ"א הנ"ל כנגד דברי הסמ"ע והש"ך בחו"מ סי' קנ"ה, אין מסקנתו יכולה לעמוד. אמנם, לכאורה יש ויש סתירה בין אותה הגהה לבין דברי הסמ"ע והש"ך, אבל תירוץ הרב קרלין נסתר על-ידי מקורות ההגהה, ואילו הסמ"ע והש"ך - נראה שהם עצמם מקבלים את העקרון הנקבע בה, כי הם מעירים גם עליה ואינם מעירים מאומה **נגדה**. מסתבר אפוא כי התירוץ הנכון הוא שגם הסמ"ע והש"ך אינם גורסים שהצד המזוכה בדברי המת זוכה זכיית קניינית בגוף הנכסים, אלא מתכוונים הם לקבוע את עצם העובדה שהמצווה לקיים את דברי המת אמנם מועילה כדי לזכותו - והיינו לזכותו בגדרי מה שאמרנו.

[[71]] על הפגמים הללו יש לכאורה מקום לתמוה, כי דיני ישראל - בהבדל מן השיטות האירופיות - מתרחקים בדרך-כלל מהסדרת יחסים בזכויות אישיות, כל אימת שטבע הדברים אינו מונע הסדר קנייני במוחזק, שהוא יותר ישיר ופשוט ויעיל. אך התרוץ הוא ודאי זה, שכאן באמת אין טבע הדברים מתאים להסדר קנייני במוחזק: מוסד ה"מצווה לקיים דברי המת" נועד בעיקר למקרים מן הסוג שאמרנו, שבהם אין המטרה יכולה להתגשם פשוט על-ידי מימוש של קניין, אלא נחוץ מישהו שיגשים את המטרה בבחינת ממנו ולחוץ[271], - ואילו האפשרות שצד מעוניין יתבע מן השליש את הגשמת המטרה, הריהי רק התפתחות-שבגררא, הבאה להשלים את הדין באותם המקרים שבכלל יש שם מישהו בעל כושר-תביעה, שהנכסים הופקדו לטובתו. התמיהה האפשרית השניה היא, מדוע יפקע היעוד, אף בתוך זמנו, עם מות השליש-המצווה, ולא יחול על כל מחזיק הנכסים, כדרך השלישות הרגילה. אך גם על זה התשובה היא פשוטה; במקום שהשלישות אינה לשם הבטחת שעבוד הזולת, כי אם לשם מעשה המוטל על השליש בעצמו - אי-אפשר להטיל חיוב אישי שכזה על אדם שלא הסכים לו ואולי בכלל אינו מסוגל למלאו; ועוד הסבר צדדי אולי אפשר להוסיף, שעל-ידי צמצום החיוב לתקופת חיי המצווה נמצא סייג הגיוני לתקופת ההועדה, - ונמנעת האפשרות הנשללת בדיני ישראל מבחינה עקרונית, כפי שראינו לעיל, שאדם יקפיא את דין נכסיו מלאחר מותו לעולם.

אופן ההועדה השני, המקביל, הוא שוב בדרך של **נדר**, אך נדר שונה ממה שראינו לעיל. נדר זה אינו נתפס בגופו של החפץ, וממילא אין בו, מלכתחילה, כדי להטיל בחפץ איסור-הנאה כלשהו. הרי זה נדר הדומה למעשה, במידה רבה, לשבועה, המטילה רק חיוב אישי על הנשבע; אולם, באמת אין זה גם שבועה במובן המדויק. השבועה - והיינו שבועת-ביטוי להבא, שרק זו היא הנושאת צד-דמיון לענייננו, - אמנם מטילה על הנשבע רק חיוב אישי בלבד, **לעשות מעשה**, וצריכה היא נוסח מתאים, שיעלה את הדברים מכלל אמירה בעלמא לדרגה של שבועה בקדושה[272]; לעומת זאת, הנדר שאנו דנים בו, נראה שאין הוא זקוק לשום נוסחה מסוימת, - ואף-על-פי שגם הוא מחייב את האיש לעשות מעשה ולקיים את נדרו, הרי אין הוא חל רק על גופו של האיש, כשבועה, אלא משעבד הוא גם את נכסיו בראוי. מצד זה חוזר אפוא הנדר ומתדמה להתחייבות הרגילה בדיני ממונות; אך ההבדל הוא, שכאן החיוב האישי אינו רק חיוב של חולין, אלא הוא חיוב בקדושה, שיש בו משום איסור "לא יחל דברו" ויתר חיזוקי הנדר.

וכיצד יוכר הנדר הזה מן ההתחייבות הרגילה, אחר שאמרנו כי שום נוסחה מיוחדת אינה נחוצה בו? התשובה היא כי ניכר הוא על-פי תוכנו. התוכן המופתי הוא בגמירת-דעתו של האיש לתת ערך מסוים **להקדש**, היינו ל"הקדש האמיתי", לבית-המקדש[273], - ועל-פי זה נלמדת גם גמירת-דעתו של האיש לתת דבר **לצדקה או לענין אחר כלשהו של מצווה**. זוהי הסיבה לכך שמושג "ההקדש" הורחב כאמור לחול גם מעבר לענייננו המקורי; ואילו ההבחנה שעשינו בין "הקדש אמיתי"

---

[271] קב) ר' המקרה הנידון בכתובות (ס"ב) [ס"ט] ב'.

[272] קג) ר' הל' שבועות להרמב"ם.

[273] קד) ר' פ"א מהל' נדרים הל' ב' ופ"א מהל' ערכין וחרמין הל' א'.

להקדשות אחרים - שנקרא להם מעתה, על-פי עניינם, **הקדשות של צדקה** - נובעת מכך, שהדינים המעשיים בשני מיני ההקדשות הם שונים.

[[72]] ההבדל הראשון הוא שההקדש האמיתי יכול להיווצר גם במישרין, כפי שראינו לעיל, על-ידי עצם נדר-ההקדשה ובלי שום נדר-התחייבות מלכתחילה, - אבל הקדש-הצדקה, נראה שאין בו דין "אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט", ועד שאין הנכסים נמסרים בפועל למטרת ההקדש, בדרכי הזכייה הרגילות, לידי המזוכה או לידי **נאמן**, אין נדר-ההקדשה יכול להועיל כאן אלא במובן ההתחייבות האישית והשעבוד הראוי כפי שהסברנו. ההבדל משני, אף בתחום נדר-ההתחייבות עצמו, נמצא בכך, שנדר-ההתחייבות להקדש אמיתי משעבד את הנכסים בראוי אף כנגד היורשים - שוב על-פי אותו הדין של "אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט", המעמיד שעבוד גמור למקדש, משעה שהנדר הובע, ממש כאילו נערכה שם אחת מדרכי-הקניין; אבל בהקדש-הצדקה אין למעשה החד-צדדי של נדר-ההתחייבות כשלעצמו משמעות קניינית ישירה, אלא משמעותו הקניינית נשארת תלויה לחלוטין בהתחייבות האישית, ולכן - אם מת הנודר ולא הספיק לקיים את נדרו - הרי כשם שהתחייבותו האישית פוקעת, כן פוקע ממילא גם השעבוד הראוי, ואין היורשים מקיימים את הנדר מתוך נכסי-הירושה[274]. מעבר לכך, הדין בנדר-ההתחייבות הוא שווה, ומילויו יכול להיתבע מן הנודר, אף-על-פי שמעשה-הנדר כשלעצמו הריהו כאמור חד-צדדי, ואין בו שום צד שכנגד. במקום שהנדר הוא לטובת פלוני, כפי שיתכן בנדר-צדקה, התובע הוא אותו פלוני המזוכה; אם המזוכה איננו אדם מסוים, אלא קיבוץ או מטרה שיש להם נציג מסוים - כפי שיתכן גם בהקדש האמיתי לבית-המקדש, אשר נציגותו היא בגזברי ההקדש[275], - התובע הוא אותו הנציג; ואם הקיבוץ או המטרה אין להם נציג מיוחד - בית-הדין הוא נציגם, ויכול הוא לתבוע את זכותם מיזמתו[276]. בית-הדין יכול כנראה לתבוע מיזמתו אף במקום שנציג מיוחד ישנו[277].

בא הנדר לתשלום, הרי בשני מיני ההקדשות, המבנה ההגיוני של הדברים הוא שווה, אך בתוצאות למעשה יש מספר הבדלים. כשהנדר הוא להקדש אמיתי, נעשים הנכסים הקדש משעה שנגבו; ומאז - כל זמן שלא נפדו - הריהם אסורים בהנאה לבני-אדם, מסורים הם לרשות גזברי ההקדש, ומעמד הבעלים פוקע מהם לגמרי (אלא אם, למעשה, לא הנכסים עצמם הוקדשו, כי אם רק פירותיהם). לעומת זאת, בנדר-הצדקה, יתכן שכל יעודו יהא רק להעביר את הנכסים במתנה רגילה לאדם מסוים - ואז, כל ענין של הקדש ואיסור-הנאה אינו מתעורר שם בכלל. הבעיה מתעוררת רק כשהנדר הוא למטרה מסוימת, המצריכה שהנכסים יתנהלו דווקא באופן מסוים, - ואז, כמו בהקדש האמיתי, נעשים הנכסים הקדש משעה שנמסרו לצורך זה לידו של **נאמן**; אך הנאמן אינו דווקא פקיד ציבורי כגזברי ההקדש, אלא הוא יכול להיות אדם כלשהו - וגם אדם שנתמנה על-ידי הנודר בעצמו; חוץ מזה, אין הנכסים נעשים אסורים בהנאה, אלא נשארים הם

---

[274] קח) הגהת הרמ"א על שו"ע חו"מ סי' רנ"ב סע' ב', ופתחי-תשובה שם, ס"ק ב'.

[275] קו) ר' **באנציקלופדיה התלמודית**, ערך "גזבר".

[276] קז) ר' בבא קמא ל"ו ב', "אנן יד עניים אנן".

[277] קח) ר' פ"ח מהל' ערכין וחרמין הל' א'.

נכסי-קניין - ולו נכסי-קניין הכפופים ליעוד; ושלישית, בהיות שנשארים הנכסים נכסי-קניין, אין הכרח שמעמד הבעלים יפקע מהם לגמרי, כפי שנפרש להלן. נקודה אחרת, שיש לחזור ולהעיר עליה משבאנו לתשלום הנדר, הריהי שגם בהקדש-הצדקה אמנם אין הכרח עקרוני שיקדם לו דווקא נדר-התחייבות מן הסוג שתיארנו; אך בעוד שבהקדש האמיתי יכול ההקדש להיתפס בנכסים, במוחזק, באופן חד-צדדי לגמרי, הרי בהקדש-הצדקה הדבר אינו כן: נחוץ שתהיה מסירה לנאמן, כפי שאמרנו, - והעקרון הוא שכאשר אמנם יש שם מסירה לנאמן לשם יעוד הצדקה, נתפס היעוד בנכסים, מכוחו של נדר-צדקה, גם אם הנדר והמסירה לנאמן באים כאחד. אף-על-פי-כן, ביחס לנדר-הצדקה שמנו את הדגש בנדר-ההתחייבות, כי נדר-צדקה "במוחזק" אינו יכול בדרך-כלל לבוא בחשבון למעשה: כדי שיגיעו הדברים לידי מסירה לנאמן, נחוץ בדרך-כלל שתהיה שם מקודם איזו החלטה חד-צדדית; ואילו ההחלטה החד-צדדית, משנגמרה עליה דעת הבעלים, הריהי כבר ממילא בבחינת נדר-התחייבות (אחר שלדרגת נדר-במוחזק, בענין של צדקה בעלמא, אין זו יכולה על-כל-פנים להגיע).

[[73]] לאחר שנשתלם נדר-הצדקה, מובטח עניינו על-ידי כך שבית-הדין הוא "יד עניים", ויש לו פיקוח עליון על כל ענייני הצדקה. הנאמן הגובה את הנדר אחראי אפוא לפני בית-הדין, לניהול הנכס על-פי תנאיו של הנדר - או, נאמר עמה לפי תנאי ההקדש, - והכלל הוא אמנם שלמקדיש עצמו או ליורשיו אין עוד שום מעמד בענין. ניהול הנכס על-פי תנאי ההקדש, אין פירושו הקפאה נוקשה לעולם; ולמרבה התועלת של מטרת המקדש - או לצורך מצווה יותר חשובה - מותר להמיר את גוף הנכס ואף לשנות מדיוק התנאים או מגוף המטרה שנקבעה. יתר-על-כן, משנשתקע שם המקדיש, והיינו ששוב אין הנכס נקרא על שמו, מותר לשנות אפילו למטרה שאיננה מצווה כי אם רק רשות. אם נתקיימה מטרת ההקדש עד תומה, או סוכלה, ונשאר מותר מן הנכס ביד הנאמן, הרי זה שייך למי שהיה זכאי ליהנות מן ההקדש, או ליורשיו, ואם אין שם אדם מסוים מסוג זה - משתמשים במותר למטרה דומה למטרת ההקדש, - והכל בכפוף לרשות של סטייה מדיוק הוראות אלו, לפי אומדן דעת המקדיש או לפי צורך השעה. במסגרת אומדן דעת המקדיש יתכן גם שהמותר יחזור אל המקדיש עצמו או אל יורשיו, וכאן באים אנו לאפשרות, שהקדש-הצדקה אמנם לא יפקיע לחלוטין את מעמד הבעלים, כפי שהערנו לעיל. כל השינויים שסקרנו אינם מסורים בדרך-כלל לשיקול-דעתו החופשי של הנאמן, אלא צריך הוא לקבל עליהם את רשות בית-הדין. אחריות הנאמן לפני בית-הדין כוללת כל דבר המתיחס להתנהגותו, החלפתו, שכרו, מינוי נאמנים נוספים, וכיו"ב - הכל כדין אפוטרופסו של קטן, הכפוף לבית הדין על-פי הכלל שבית-הדין הוא "אבי יתומים"[278].

---

[278] קט) סקירת דיני הקדש-הצדקה היא על-פי שו"ע יו"ד סי' רמ"ז ואילך; תשובת הרא"ש, כלל ל"ב סי' ו'; שו"ע חו"מ סי' רי"ב סע' ז' והגהת הרמ"א שם; הגהת הרמ"א על שו"ע חו"מ סי' רנ"ב סע' ב'; ו"פסקי-דין של בתי-הדין הרבניים בישראל": ת' 2000/תשי"ב, בכרך א', עמ' 39 ואילך; ת' 1176/תשט"ו, בעמ' 353 שם; ת"ע 21/תשט"ז, כרך ב', עמ' 18 ואילך; ת' 813/תשט"ו, שם, בעמ' 370 ואילך.

לסיכומו של דבר ראוי לציין כי אופן המועדה זה פטור מן המגבלות שמנינו בהועדה על דרך השלשה וציווי כנגד היורשים; אך לעומת זאת, אין אופן-ההועדה מחוזק זה יכול להועיל אלא למטרות של צדקה ומצווה, שבית הדין ממונה לקדמן. מטרות שרירותיות - ולו גם מטרות הגונות, שאין עליהן איסור כשלעצמן - אין בית-הדין ממונה לטפל בהן מדעתו ושלא על-פי תביעה בין צדדים, - ואין דיני ישראל נותנים אפשרות להבטיחן כנגד היורשים יותר מימי חייו של שליש אחד, המקבל עליו את הדבר בחיי המצַווה.

עם זאת, עוד צריכים אנו להשלים כאן את התמונה בשני פרטים, וקודם-כל על-ידי הזכרת סוג שלישי של הועדה בדרך הקדש, היינו הקדש המאחד בו יסודות של הקדש-צדקה והקדש אמיתי ושכבר עמדנו על עיקר דיניו בפרוטרוט בפרק ב׳ לעיל, בדיון על **ההקדש לרבים או לציבור מסוים**. הקדש זה שונה מן ההקדש האמיתי על-ידי כך שאין הוא אסור בהנאה לגמרי; אך שונה הוא גם מהקדש הצדקה, הן על-ידי כך **שיש** בו צד איסור הנאה הן על-ידי כך שאין הוא צריך להתנהל דווקא על-ידי נאמן, אלא יתכן שיועמד במישרין להגשמת יעודו על-ידי הרבים. מתוך הבדלו של הקדש זה מן ההקדש האמיתי, נראה שאין בו דין ״אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט״ - לענין שיוכל ההקדש להתהוות במישרין על-ידי נדר-הקדשתו בעלמא; אך מצד שני, מתוך העדר הצורך במסירה לנאמן, נראה שאין כאן גם מקום לצירוף של נדר-התחייבות ומסירה. אמנם, נראה שגם כאן דרך ההועדה היא כמו שראינו בהקדש-הצדקה, על-ידי נדר-התחייבות ותשלום; אך התשלום אינו מתקיים בדרך מסירה, כי אם בדרך הזמנה - והיינו הכשרת הנכס ליעודו והתחלת השימוש בו בהתאם לנדר-יעודו למעשה - באופן דומה מאוד למה שראינו **בשעבוד-החולין** לשימוש הרבים.

[[74]] דרך זו של **הזמנה** נידונית במקורות ביחוד ביחס לסוג רביעי של הועדה בדרך הקדש - והיינו **הועדת חפצים לשימוש כלשהו של קודש לצורך הבעלים בעצמם**, כגון הועדת סודר להיותו כיס של תפילין או הועדת קלף לכתוב בו תפילין. ההבדל בין סוג הקדש זה לסוג הקודם הוא בעיקר **במטרת-ההקדש**, ולא במבנה המושגי, - כי גם כאן נעשה הנכס מותר בהנאה בגדרי יעודו או לצורך קדושה יותר נעלה, ונעשה הוא אסור בהנאה מעבר לכך, והכל מכוח צירוף של גמירת הדעת בקודש והעמדת הנכס לתעודתו למעשה לאחר מכן[279]. אולם, נראה שיש גם הבדל במבנה המושגי: כי בהקדש לשימוש הרבים יש צד של צדקה, ובית-הדין נעשה ממילא ממונה על גביית הנדר ועל החזקת הנכס והנהלתו בהתאם ליעודו, אך במקרה של הזמנה פרטית אין צד של צדקה, ובית-הדין יכול להגיע לידי התערבות בדבר רק בקשר לצורך להעניש את העבריין, המשתמש בנכס שלא כדין. כמו כן יוצא בהמשך מכאן כי בהזמנה הפרטית - אחר שאין בה שום צד-שכנגד המעוניין בדבר, - ממילא אין בה מקום לכך שגמירת הדעת המוקדמת תיהפך מיד לנדר-חיוב, אלא ודאי הרי זו מצטרפת רק לפעולה המעשית בנכס כדי לגמור את ההזמנה במוחזק.

---

[279] קי) ר׳ שו״ע או״ח סי׳ מ״ב סע׳ ג׳ וסי׳ קנ״ד.

נדרי הקדש ניתנים גם-כן להתרה, כדרך נדרי-האיסר, אולם, השאלה על נדרים אלה איננה מצווה, כי אם אדרבה: אין להישאל עליהם אלא מדוחק, ולגבי נדר-צדקה אמרו כי חכם המתירו חייב נידוי, מפני שמפסיד את העניים[280].

במהופך לכל מיני ההקדשות שסקרנו יש לציין לבסוף כי דיני ישראל מכירים גם בהועדה שאינה מקדישה את הנכס, כי אם מטמאתו: כך, למשל, מי שעושה את ביתו עבודת זרה, אוסר בהנאה את הבית, על החומרים שמהם הוא עשוי. שיש בכך צד הועדה מתברר מתוך כך, שאין אדם יכול בצורה זו לאסור את הבית השייך לחברו. איסור מסוג זה אינו חל על נכסים שהם מקרקעין מטבעם (בהבדל מנכסים שהם מלכתחילה תלושים מן הקרקע ושנעשו מקרקעין רק על-ידי חיבורם לקרקע)[281].

5. רשות ההועדה: ה"טראסט" האנגלי ושיטות נוכריות אחרות

במקביל לסקירה שבסימן הקודם, אין לנו לבקש, באותן השיטות הנוכריות שאנו עוסקים בהן, חומר כנגד האיסר, ההקדש האמיתי או ההזמנה הפרטית; ובמה שנוגע להקדש לשימוש הרבים, כבר דנו בו בהקבלה לשיטות נוכריות בפרק הקודם. נשאר לנו לדון רק בהקבלות הנוכריות שכנגד **הצוואה על-ידי השלשה והקדש-הצדקה** - וכאן מוצאים אנו קודם-כל את "הטראסט" של **המשפט האנגלי**.

בספר על ההחזקה ודיניה כבר ציינו את "הטראסט" כהקבלה האנגלית למוסד **השלישות** בדינינו[282]. אולם, לפי המבנה המושגי של "הטראסט" אין זה מבוסס על רעיון השעבוד הקנייני הרגיל, כדרך השלישות שלנו, אלא מבוסס הוא על רעיון הנאמנות של איש-ביניים במקום שהצדדים המעוניינים - למעשה אין להם שום זכויות ישירות זה על זה או ביחס לנכס במוחזק - והמבנה מתקרב אפוא מאוד למבנה השלישות שלנו על-פי המצווה לקיים את דברי המת. על רקע זה משמש "הטראסט" האנגלי כהקבלה אפשרית לשלשת המוסדות העבריים גם יחד: לשלישות הרגילה מחד ולשלישות-המצווה והקדש-הצדקה מאידך[283].

[[75]] בקשר לענייננו חשוב להבחין ב"טראסט" בין "הטראסט הפשוט" (simple trust) ל"טראסט המיוחד" (special trust). "הטראסט הפשוט" בא להועיד ממון לזכותו של אדם מסוים, על-ידי בעל הממון, אך לא בדרך הקנאה מוסכמת ביניהם ולא בדרך צוואה; ופועל הוא על-ידי כך שהבעל מעמיד את הזכות בידו של "נאמן", הנחשב כנושא-הזכות "החוקי", "הליגלי", ואילו המזוכה-

---

[280] קיא) פי"ג מהל' נדרים הל' כ"ה, ופתחי תשובה על יו"ד סי' רנ"ה ס"ק ח'.

[281] קיא-1) ר' חולין, דף ט"ז עמ' א', ורש"י שם, ד"ה המשתחוה לבית שלו.

[282] קיב) שם, פרק ו', הערה קמ"ח וקמ"ט.

[283] קיג) שלש האפשרויות האלו אינן ממצות אמנם את כל ההקבלות ש"הטראסט" עשוי לשמש בהן כנגד מוסדות משפטיים עבריים. תחומי ההקבלה אחרים הם, למשל, במה שנוגע לזכייה לאדם שלא בפניו או להעמדת יחסי-קניין מותנים.

המיועד הנחשב כנושא-הזכות "האקויטבילי" - מקבל זכות-תביעה כנגד אותו נאמן לקיום הזכות לטובתו. הרכב-יחסים כזה נוצר על פי כוונתו המפורשת או המשוערת של בעל הממון. עצם הכוונה מעלה את הזכות "האקויטבילית", ומלכתחילה נעשה הבעל עצמו נאמן באותה זכות לטובת המזוכה[284]. אולם, בדרך-כלל אין הדברים מסתיימים ברמה זו. כשהזכות המכוונת מתייחסת למקרקעין, נדרשת לה דווקא הוכחה בכתב, וגם במקרים אחרים הנוהג המעשי הוא שאין מסתפקים אפילו בהוכחה בכתב, אלא הבעל המועיד את הנכסים ממנה לו נאמנים מיוחדים, שיתווכו בינו למזוכה. המינוי טעון כמובן הסכמה. לאחר מכן, משקמה הזכות בידו של נאמן, הריהי נשארת כפופה ל"טראסט" גם ביד כל אדם אחר שאליו היא מגיעה, מלבד לוקח בתמורה ובתום-לב, - ומקבל הזכות נתפס אז במעמד של נאמן, במקום מביא כוחו.

"הטראסט המיוחד" הוא הסדר שבו אין המזוכה מקבל זכות למלוא הממון שהוא נושא "הטראסט" ושהנאמן מקבל בו את הזכות "הליגלית", אלא מקבל המזוכה את הזכות רק לפירות של אותו הממון. דבר זה אין לערבב עם "טראסט פשוט" לאכילת פירות: ב"טראסט הפשוט" לאכילת פירות - זכות-הפירות עצמה היא היא כל הממון המיועד ונשוא "הטראסט", ואילו הקרן נשארת חפשית ביד הבעלים, - בעוד שב"טראסט המיוחד" יש קרן שהיא נשוא "הטראסט", וזכותו "האקויטבילית" של המזוכה היא שהקרן תתנהל באופן שיאפשר לו את אכילת הפירות.

"הטראסט המיוחד" הוא ההסדר המותאם ביחוד לענייננו, כי כאן יתכן שהפירות לא יהיו מיועדים כלל לזכותו של אדם מסוים, כי אם **למטרה כלשהי**, - ובמקרה שאמנם כך הדבר, נעשה "הטראסט" למין הקנאה לנאמן, על תנאי שאם לא יקיים את המטרה יחזור הממון ליוצר "הטראסט" או ליורשיו. "טראסט" מסוג זה כפוף ל-rule against perpetuities, הפוסל כל הקנאה מותנית, שאפשר כי הנאה יתקיים רק כעבור 21 שנה או יותר אחר מותו של אדם מסוים החי בזמן ההקנאה; ומשמע שאם לא נקבע ל"טראסט" סייג במסגרת הזאת, הריהו בטל. עם זאת, במקרה שהמטרה מוכרת כמטרה של צדקה, למעשה פטור "הטראסט" מן הכלל האמור, והתובע מכללי (ה-Attorney General) מוסמך במקרה כזה לתבוע את קיום תנאי "הטראסט" על-ידי הנאמן. כשנגמר זמנו או עניינו של "טראסט" מיוחד, ונשאר מותר מן הקרן בלי שנקבע מלכתחילה מי שיזכה בו, נוצר בממון "טראסט פשוט" לטובתו של יוצר הטראסט או יורשיו, אלא אם נראה שהכוונה היתה כי הנאמן עצמו יזכה מעתה במוחלט.

ב"טראסט המיוחד", נראה שבדרך-כלל רשאי הנאמן להקנות את נכסי הקרן המשוחרר מן "הטראסט", כדי שהתמורה תיכנס לחשבון הקרן תחת הנכסים המוקנים; אולם, ב"טראסט" של צדקה יש בענין זה דינים מיוחדים. החשובים שבהם הם, שבדרך-כלל אין ממירים את הנכסים

---

[284] קיד) לפי זה יוצא, שאם ראובן גומר בדעתו כי שמעון יהא זכאי למאה לירות משלו, ממילא יוכל שמעון לתבוע ממנו את הסכום, על דרך התביעה מ"נאמן" למילוי ההחלטה. הדבר סותר את עקרון דיני החוזים של המשפט האנגלי, שאין אדם נעשה חייב לחברו אלא בהסכם ובתמורה. השאלה, כיצד הסתירה מתישבת, היא ענין לחקר המשפט האנגלי.

אלא ברשות בית-המשפט או ועדה מיוחדת, אבל מקרקעין שהועדו לצדקה על-פי צוואה - מוכרים אותם תוך שנה, אלא אם הועדה התירה אחרת.

[[76]] ביחס למעמד "הנאמן", קשור "הטראסט" במסכת דינים מסובכת. בדרך-כלל נמסרת הזכות "הליגלית" לפחות **לשני** נאמנים, אבל המספר המירבי שהחוק מאפשר הוא ארבעה. מבחינה עקרונית מוסמכים הנאמנים לפעול רק מתוך הסכמה פה אחד, אבל ב"טראסט" של צדקה מוסמך הרוב. אדם שנתמנה נאמן ולא סרב בהקדם האפשרי, חזקתו שהסכים. נאמן שמת, עובר חלקו בנאמנות לחבריו, ואם היה יחידי - עוברת הנאמנות אל יורשיו. נקבע "הטראסט" בצוואה, כדי ישיווצר עם מות המצווה, נעשים היורשים לנאמנים הראשונים. במקרה שיוצר "הטראסט" רוצה במספר נאמנים מסוים, ועדיין לא יצא "הטראסט" מרשותו, יכול הוא למנות את מספר הנאמנים הרצוי ולקבוע מי יהא רשאי למנות נאמנים חדשים במקרה שהמספר יחסר. יצא "הטראסט" מרשות היוצר וחסר מספר הנאמנים שנקבע, ואין אדם שנתמנה למנות את החסרים, מתמנים הנאמנים על-ידי הנאמנים שנשארו. אם נפל "הטראסט" ליורשים שלא בטובתם, ואין מי שימנה את הנאמנים החסרים, רשאים הם עצמם למנות נאמנים במקומם. אם כל המזוכים הם כשרים לדינים, והם זכאים ביחד למלוא ההנאה של "הטראסט", ואין אדם מיוחד הממונה על מינוי נאמנים, יכולים הם בעצמם למנות את הנאמנים החסרים, ואפילו לבטל את "הטראסט" ולהפכו להסדר חדש. מספר הנאמנים נחשב כחסר כשנאמן שנתמנה אינו מקבל את התפקיד, או שקיבל ומת, או נמצא בחוץ לארץ יותר משנה, או אינו מסוגל לפעול, או התפטר באופן שלם או חלקי. אין הנאמן יכול להתפטר אלא כשיש הסדר מכוון לכך ביסוד "הטראסט" או שקיבל רשות מבית-המשפט, או שכל המזוכים הם כשרים לדינים ומסכימים. מינוי נאמן חדש או העברת זכותו של מזוכה נעשים בכתב.

אין הנאמן זכאי לשכר, אלא אם כל המזוכים הם כשרים לדינים והם הסכימו על תשלום שכר לפני שהנאמן קיבל עליו את תפקידו, או שבית-המשפט אישר תשלום שכר במקרה המסוים (אבל אין בית-המשפט נותן אישור כזה אלא במקרים יוצאים מן הכלל). מצד שני, יש לנאמן זכות לגבות את הוצאותיו מתוך נכסי "הטראסט", ואף מעבר לזה - במקרה שהמזוכה הוא כשר לדינים וזכותו היא מוחלטת[285].

אשר לשיטות של **יבשת אירופה**, ההקבלה המצויה בהן לגבי עניינו מתחלקת לשניים. האופן האחד של הועדת נכסים למטרה הריהו בדרך הקנאתם במתנה (מחיים או לאחר מיתה), תוך צירוף תנאי, שמקבל המתנה יהא חייב לנהוג בהם כרצוי לנותן. דרך זו אינה מיוחדת דווקא לענייננו, כי התנאי המצורף למתנה (modus, charge, Auflage) יכול שיתבטא גם בחיוב צדדי כלשהו, שאינו קשור כלל לאופן השימוש בנכסי המתנה עצמם; אולם, במסגרת רחבה זו, אפשר שהתנאי יתבטא גם בחיוב לשימוש מסוים בנכסים, ובמקרה כזה נוצרת ההקבלה המעניינת אותנו. טיבו של התנאי הוא, שאין הוא מתלה את עצם תוקפה של המתנה, אלא יוצר הוא חיוב,

---

[285] קטו) סקירת דיני "הטראסט" היא על-פי ספרו של **קיטון**.

אשר במושגים עבריים אפשר לומר עליו כי משעבד הוא את נכסי המקבל בגדר ערכם של נכסי המתנה, כנגד הנותן וכל אדם אחר המעוניין בדבר. מלבד זאת, אם התנאי אינו מתמלא, יכולים הנותן או יורשיו, וכל אדם מעוניין, לדרוש, כי המתנה תתבטל - אמנם לא למפרע, כי אם מאותה שעה[286].

[[77]] על העקרון הכללי הגלום בשיטה זו לא נעמוד כאן מבחינה השוואתית, כי הדבר שייך לדיני המתנה. אולם, במה שנוגע במיוחד לענייננו ניתן להעיר כי למעשה דומה היא למוסד העברי של שלישות משום "מצווה לקיים דברי המת", תוך סיבוך הדבר במסכת מושגית המכוונת בעיקר לענינים אחרים.

האופן השני של הועדה, המקביל בייחוד להקדש-הצדקה העברי, הוא על-ידי ייסוד "קרן" (foundation, Stiftung). הקרן היא "גוף משפטי", הנושא זכויות וחובות כשלעצמו; אך בהבדל מגוף משפטי רגיל (התאגרות מדינית, חברה מסחרית, וכיו"ב), המורכב מחברים אשר הגוף נועד לשרת את ענייניהם ורצונם, הבאים מבפנים, הרי הקרן היא גוף שאין לו חברים והנועד לשרת את המטרה שקבע לו המייסד מבחוץ. הקרן נוסדת באופן חד-צדדי על-ידי מועיד הנכסים, על-ידי כך שעורך הוא שטר-ייסוד, הכולל את תקנות הפעולה וההתנהלות של הקרן, ובמצורף לכך **מקנה** הוא לה את הנכסים שהוא מבקש להועיד. ייסוד הקרן טעון הכרה רשמית, ויכול הוא להיות מחיים או בדרך צוואה שלאחר מיתה. הקרן עומדת במידה מרובה תחת פיקוח הרשות הציבורית המתאימה, אשר עניינה של הקרן שייך לתחום ענייניה. בייחוד מוסמכת הרשות לבטל החלטות בלתי-נאותות של מנהלי הקרן, וכן למנות או להחליף מנהלים בשעה שהדבר דרוש ואינו יכול לצאת אל הפועל בדרך הרגילה של התנהלות הקרן לפי שטר-הייסוד. המנהלים הראשונים מתמנים בדרך-כלל על-ידי מייסד הקרן עצמו או על-ידי אנשים אחרים המזומנים לכך על-פי שטר-הייסוד, כשעניינה של הקרן מסתיים או שאין הוא יכול עוד להתנהל כראוי בצורתו המקורית, מוסמכת הרשות לפרק את הקרן או לשנות את עניינה - הכל כפי שיהיה קרוב יותר לרצונו המפורש או המשוער של המייסד. אם הקרן מתפרקת מועברים נכסיה על-פי ההנחיות הנקבעות בשטר-הייסוד[287].

מושג "הקרן" שונה לכאורה מן המושג העברי של הקדש-הצדקה על-ידי כך שבמושג "הקרן" אין לכאורה שום שיטה **מיוחדת** של הועדה, אלא ההועדה מתקיימת כביכול בדרך הרגילה של ההקנאה המוסכמת. אולם, באמת, הבדל זה הוא אשלייתי בלבד - ולא רק משום שעצם המושג של "הגוף המשפטי" הוא אשלייתי. אף יותר חשוב מכך הוא שמושג ההקנאה מחייב את רשות

---

[286] קטז) **מסיניאו**, א', עמ' 596-595; **קולין וקאפיטן**, ג', עמ' 505, 506, 584; בג"ב, סע' 525 ואילך, סע' 2192. בגרמניה, כשיש בתנאי עניין ציבורי, יכול מילוי התנאי להיתבע גם על-ידי רשות ציבורית, אשר התנאי הוא בתחום עניינה.

[287] קיז) **מסיניאו**, א', עמ' 277, 278, 282, 283, 293, 294; **קולין וקאפיטן**, ג', עמ' 440 ואילך; בג"ב, סע' 80 ואילך.

המימוש החפשית של כל הרשויות הגלומות בקניין, **למען הקונה בעצמו** (ולו גם בכפוף לכל התחייבות שיכול הקונה לקבל על עצמו מדעתו)[288]. כאן, לעומת זאת, אין הקרן-הקונה אמורה להשתמש בנכסים, למען עצמה, ומעצם טיבה אף אין היא רשאית כלל לפעול בנכסים - ואין היא **יכולה** לממש את הקניין המסור לה - אלא בגדרים שבו **חייבת** היא לממשו על-פי ההנחיות של רצון חיצוני; ונמצא אפוא שגם אם מבחינה מילולית נחשבת כאן הקרן כנושאת של קניין, הרי למעשה - מבחינה תוכן הדברים באמת - אין היא נושאת בשום זכות, כי אם בחובה: שום זכות אמיתית של קניין אף אינה קיימת כאן כלל, והנכסים נשארים בסך-הכל **במעמד מיוחד**, הדומה לחלוטין להקדש-הצדקה העברי ואשר כל החסר לו בכיוון זה הוא רק ההכרה הרשמית.[[78]]

ג. נשוא הבעלות

אשר לנשוא שעליו חלה הבעלות, כבר ביררנו את עצם העקרון כי הנשוא הוא בהכרח **חפץ חומרי**, וכבר ביררנו גם-כן מהו חפץ[289], - אולם, כמה וכמה שאלות מתעוררות בנידון אף משעברנו את החיץ הזה, ומסתכמות הן כלן בשאלה המקפת: מהם גדרי היותו של החפץ - או של קיבוץ חפצים מסוים, או של חלקי חפץ אחד - לנכס מיוחד, המהווה יחידת-קניין או נשוא-בעלות נפרד, לעומת נכסים או יחידות-קניין אחרים?

שאלה זו, ה"למאי נפקא מינה" שלה משולש הוא. ראשית, חשובה היא כדי לדעת את תחום התפשטות-התחולה של פעולות כלשהן, בעלות משמעות קניינית, המתייחסות מבחינת המגע הפיסי הישיר או הציון המושגי המפורש לתחום חפצי מסוים, במקושר איך-שהוא עם תחומים חפציים אחרים - ובמקרה כזה נפקא מינה אפוא **לפירוש הפעולה**. שניה, חשובה אותה הבעיה לענין הדין **החיובי**, אם תיתכן בכלל - ובאילו גדרים תיתכן - הפרדה קניינית בתחום חפצי, אשר מלכתחילה **מאוחד** הוא מן הבחינה הנכסית. ואילו החשיבות השלישית היא ביחס לדין במקרה של התחברות פיסית בין יחידות חפציות שונות: באילו גדרים נהפכות הן על-ידי החיבור ליחידה נכסיה אחת, ובאילו גדרים עשויות הן להישאר נפרדות מבחינה נכסית ומבחינת שייכותן הקניינית, על אף החיבור?

והנה, שלש הבעיות האלו נראות אמנם לכאורה כנפרדות כל אחת לעצמה, אך למעשה אין להשיב בשלמות על אחת מהן בלי להשיב על כלן. כך, למשל, אם נפנה אל הבעיה הראשונה שאמרנו, היינו פירוש הפעולה הקניינית, הענין הוא אמנם פשוט בדרך-כלל כשאמורים הדברים **במיטלטלין**: החפץ המיטלטל מיוחד הוא ונבדל בדרך-כלל מחפצים אחרים על-ידי עצם מבנהו החומרי ועל-ידי תפיסתו המושגית המקבילה לכך בשיגרת הלשון - וממילא, בין אם מתבצעת הפעולה באמצעות המגע הפיסי במיטלטל ובין אם מתבצעת היא על-ידי ציונו המושגי, אין כאן בדרך-כלל מקום לספקות בדבר גדרי נשוא-תחולתה. אולם, למעשה, אפילו ביחס למיטלטלין אין הדברים יכולים

---

[288] קיח) ר' בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון" חלק א', פרק ב' סע' ד', בסמיכות להערה ס"ב.

[289] קיט) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע' יח.

להתברר כך תמיד מאליהם. מקום לספק יכול להתהוות קודם-כל מתוך כך שלפעמים זקוק המיטלטל, מבחינת יעודו השימושי, **לאבזרים** - ואז עשויה השאלה להתעורר אם הפעולה במיטלטל מתיחסת גם לאבזרו. אך גם כשאין בעיית אבזרים, אפשר שנהא עומדים בפני מיטלטלים שהיו בתחילה נפרדים והנמצאים עתה מחוברים, כעין חפץ אחד - ואז מסתבכים אנו מכל-מקום בבעיה שמנינו אותה קודם כבעיה **השלישית**; וביחוד נפתח פתח לרווחה בפני ספק בענייננו כאשר השיטה המשפטית מאפשרת אמנם הפרדה קניינית בחלקים של חפץ אחד, מן המיטלטל המסוים ולפנים - שאז מסתבכים אנו בבעיה שנמנתה **כשנייה**. לאור כל זאת מתברר שלא נוכל להשיב על הבעיה הראשונה, שאותה ניסינו להפריד פה, בלי שנשיב תחילה על שתי אחיותיה; אך מצד שני מתברר גם-כן, שאף על האחיות לא נוכל להשיב בלי להשיב תחילה על השאלה הטרומית: מהם בכלל גדרי היותם של חפצים לנכס מאוחד בתוכו או נפרד מזולתו - דבר המחזיר אותנו למעשה לבעיה הראשונה, - וביחוד כשאמורים הדברים במקרקעין. זוהי הסיבה לכך שמלכתחילה איחדנו את כל המכלול הזה בשאלה אחת מסכמת, ועתה נבחר לנו נקודה כלשהי שבה נפרוץ את המעגל כדי להגיע לבסוף למשובה ממצה על שאלתנו בכללה, על התפצלויותיה השונות בתוכה.[[79]]

1. היחידה היסודית של מיטלטלין ומקרקעין והתפשטות הבעלות הקרקעית לרום ולעומק

כנקודת-מוצא ראשונה ניקח לנו את העובדה שהזכרנו מקודם, כי **במיטלטלין**, בסתם, כל מה שהוא חפץ מיוחד לפי מבנהו החומרי ולפי לשון בני-אדם הריהו גם נכס מיוחד ונפרד לעצמו. ואילו במקרקעין? כאן נראה שמבחינת המבנה החומרי ועצם מושג **הקרקע** אין לדבר סוף וייחוד אלא אם נקיף בתפיסתנו את כל כדור הארץ כלו; אך אין צריך לומר כי מבחינה המציאות המשמשת רקע למשפט, לא תוכל להיות לתפיסה שכזאת משמעות כלשהי. הקניין הקרקעי, מטבע המציאות החברתית מוגבל הוא רק **לחלקים** של כדור הארץ, ולחלקים שלאו דווקא יש בהם איזה ייחוד מהותי, אלא נקבעים הם לפי קו התאזנות הגורמים האנושיים השונים בכל מקרה מסוים - ובהתאם לכך, יסוד ההבחנה הנכסית בין החלקות הקרקעיות השונות איננו חומרי ומושגי, כי אם **היסטורי-משפטי**; אין הוא מושרש בטבע הנשוא הקנייני, כי אם בגושפנקה שהמשפט נותן ברמתו שלו למקרה ההיסטורי שאירע בנשוא.

אולם, מטבע המציאות הוא גם-כן שהמקרה ההיסטורי כשלעצמו - ולו גם בגושפנקה משפטיה - איננו מספיק כדי להגדיר את היחידה הנכסית במקרקעין מכל צדדיה כלם. המקרה ההיסטורי קובע בדרך-כלל רק את גבול התפשטות היחידה **על פני כדור הארץ**, מבחינה גיאומטרית; אך כל תלמיד בית-ספר יודע כי היחידה הגיאומטרית, כשלעצמה, הריהי דמיון בלבד ואין בה ממש - וכדי שנוכל להגיע ממנה לדבר של ממש הרינו צריכים להכלילה בגוף שיהיו לו שלשה ממדים ואשר לא יהא עוד איפוא יחידה גיאומטרית, כי אם **סטיריאומטרית**. והנה, מבחינה מהותית אין מניעה אמנם שגם גבול ההתפשטות הסטיריאומטרית של היחידה הקרקעית ייקבע על-ידי המקרה ההיסטורי, באישור משפטי שיינתן בדיעבד; אך מכלול המציאות, כאמור, הוא אחר: משקובע המקרה את גבול ההתפשטות הגיאומטרית, באה בדרך-כלל התחרות הגורמים על ההתפשטות הסטיריאומטרית למצב רגיעה, ובזה ניתן למשפט להתערב ולקבוע את גדרי ההתפשטות

הסטיריאומטרית **מלכתחילה**, לפני שהאיזון שהושג יועמד בסימן-שאלה על-ידי התמודדות-גורמים חדשה בדבר הנקודה המיוחדת הזאת.

ובקשר לכך מוצאים אנו פתרונות שונים בשיטות המשפט השונות. הכלל הוא אמנם מאוחד, שהבעלות מתפשטת מן השטח הנתפס על-ידיה על-פני הקרקע אל הרום שמעל אותו שטח ואל העומק מתחתיו, כעין גליל שקוי דפנו ניצבים מן הרום והעומק אל הקפו של השטח; אולם, הבדלים חשובים ישנם בפרטי משמעותו של דבר.

בדיני ישראל התפיסה היא ברורה וחד--משמעית כי אותו גליל מדומה משתרע "מתהום ארעא ועד רום רקיע" - ובכן, בלי שום הגבלה כלל לרום ולעומק (לבד מן ההגבלה הנובעת בהכרח מן המבנה הכדורי של העולם, המחייב שכל גלילי-הבעלות השונים ייפגשו סוף-סוף בשתי נקודות קטביות, במרכז האדמה ואי-שם בחלל, באופן שהגלילים ייהפכו לחרוטים כפולים ויגבילו איש את רעהו). ושנית, ברור בדיני ישראל כי בתוך הגליל (או החרוט) פנימה, יש להבחין בין חלל-הגליל כשלעצמו לבין הגופים החומריים השונים העשויים להימצא בו - וזאת, מפני שהתפשטות הבעלות לרום ולעומק הריהי כשלעצמה רק התפשטות על **החלל**, והריהי מחויבת על-פי דין ואינה ניתנת להפרדה בשכבות, אבל הבעלות בגופים שבתווך הריהי ענין אחר ויכולה היא להיות גם נפרדת מן הבעלות בחלל.

[[80]] אולם, עם זאה, ברורה גם-כן נקודה שלישית בדיני ישראל, והיינו כי החלל כשלעצמו - ולו גם עמוד-החלל הרצוף והבלתי-נפרד בשכבותיו - אינו יכול להווה יחידה של קניין **בלעדי האדמה שבתווך:** אכן, הבעלות בגוף האדמה, או בחלקיה, יכולה להתפצל מן הבעלות בחלל, אבל זה רק על בסיס שעבוד של **קניין-מקום,** כנגד הבעלות בחלל, על מנת שבסופו של דבר תחזור הבעלות ותתאחד[290]; ואם יתואר כי תוך כדי מימוש רשותו של קונה-השעבוד הרי זה יכלה את האדמה לגמרי, ממילא ההערער גם הבעלות העליונה בחלל ותפקע מחוסר יסוד ממשי[291].

---

[290] קכ) השווה בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק א', פרק ב', והערות נ' ו-נ"ה.

[291] קכ-1) הדבר מתברר מתוך הצירוף של שני מקורות כלהלן. בבבא בתרא ס"ג ב' (ור' שו"ע חו"מ סי' רי"ד סע' ג') נידון הפירוש של שטר-מכר של בית (היינו שטר העמדת שעבוד של קניין-מקום להחזקת הבית בבעלות נפרדת מבעלות המקום) - ושם נאמר, שאם כתוב בשטר כי המכר כולל את הרום והעומק, הרי הלוקה קונה גם את הרום והעומק, אבל לא את הגופים הנמצאים בתחום זה, לבד מן הבית עצמו, שהוא עיקרו של המכר; אבל אם כתוב שהמכר מתפשט "מתהום ארעא ועד רום רקיע" - ובכן בנוסח המדגיש את כוליות המקום, בהקף המזדהה עם הקף זכותו של הבעל עצמו - כולל המכר גם את הגופים שבפנים. כאן יש לנו אפוא הבחנה ברורה בין הבעלות בחלל עצמו לבין הבעלות בגופים, ואף נקבעת האפשרות שהבעלות בחלל עצמו תהיה לאיש אחד, בעוד שהבעלות בכל הגופים שבתווך - לרבות גוף האדמה עצמה - תועבר לאחר. אולם, מצד שני, בשו"ע חו"מ סי' ר"ב סע' ב' נקבע כי "המוכר לחברו אויר חורבתו ואויר חצרו אינו כלום, אלא אם-כן הקנה לו חצרו להכניס בו זיזין, וכן כל כיוצא בזה"; ומשמע כי החלל - גם אם יכול הוא להיות נשוא בעלות בנפרד מתוכנו החמרי - מכל מקום אין הוא יבול לשמש נשוא נפרד להעברת-בעלות -

בהתאם לכך ניתן איפוא לסכס כי היחידה היסודית של הקניין במקרקעין בדיני ישראל מתגלמת **בגוש האדמה שמתחת לפני שטח מסוים על-פני כדור הארץ, בצירוף לכל חלל הרום אשר מעל אותו שטח והעומק מתחתיו, תוך אפשרות לפצל את הבעלות בגוש האדמה, או בחלקיה, בדרך שעבוד על היחידה בכללה.**

דין הדומה לכך בעיקרו של דבר מוצאים אנו **בצרפת;** אולם, נראה שכאן אין פיצול הבעלות בגוש האדמה מוכרח לבוא דווקא על דרך שעבוד, אלא יתכן שהוא יהא גם לשם בעלי-בית גמורים, והיינו שהפיצול יתיחס לשכבת-האדמה על שכבת-החלל המיוחדת שבה היא נמצאת, תוך השארת הדברים במצבם המפוצל לצמיתות[292].

[[81]] מצד שני, **באיטליה,** נראה כי בנקודה זו חוזר הדין ומתדמה לדין העברי, והיינו שמבחינה עקרונית אין יחידת המקרקעין מן הסוג המתואר ניתנת לפיצול בשכבות לצמיתות, שלא בדרך שעבוד[293]; אולם, יתכן כי השיטה משתנה כאן מן הדין העברי באופן אחר. הענין מתחיל מכך שהתפשטות הבעלות לרום ולעומק בלי הגבלה מתנגשת עם הצורך המוכר לאפשר לפעמים חדירת זרים לחלל הרום או העומק - למשל, דרך מעבר במטוס או מתיחת חוטי חשמל מעל מקרקע, או העברת מנהרות, כבלים או צינורות מתחתה. **בדיני ישראל** נפתרת בעיה זו מאליה על-פי דין הכפייה על מידת סדום שראינו לעיל: כל זמן שאין החדירה גורמת חסרון לבעל-החצר, הריהי מותרת, אך משתתנגש החדירה עם חסרון של בעל-החצר תצטרך החדירה להידחות; ואף אם בינתיים התמידה החדירה במשך זמן כלשהו, הרי היא לא תתבסס על-ידי כך בשום זכות-חזקה של שעבוד להמשך סבילתה, כי במשך כל זמן-הביניים, כשהחדירה לא גרמה חסרון, לא היתה שום מחאה של הבעל יכולה להועיל כנגדה[294]. אולם, פתרון כללי מעין זה אינו מצוי בשיטות של אירופה, ולכן קובע סע' 840 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי באופן מיוחד כי "בעל הקרקע אינו יכול להתנגד לפעולות של אנשים אחרים המתקיימות בעומק כזה מתחת לפני הקרקע או בגובה כזה בחלל מעליהם שאין לו ענין למנען". קביעה זו, לפי פשוטה, מזדהה לכאורה עם הדין העברי בדבר הכפייה על מידת סדום, ולכאורה אין בה אפוא שום ניגוד לשיטה העברית בענייננו. אולם, **מסיניאו** מפרש את הקביעה באופן שלא יהא בה רק כדי להגביל את רשויות-המניעה של הבעל לפי-שעה אלא גם כדי להגביל את עצם תחום התפשטותה של הבעלות דרך-כלל: "במקום שחדל עניינו של הבעל או שחדלה האפשרות למימוש יעיל של זכותו, שם חדלה גם **ההתפשטות** (האנכית) של הזכות"... יתר-על-כן: "כדי לקבוע עד איזו נקודה מתפשט עניינו של הבעל יש להתחשב ביעוד המקום והמצב בשעת-מעשה: למשל, עניינו של בעל מחצבה מגיע הרבה יותר רחוק אל מתחת

בין בשכבותיו השונות בין דרך-כלל, - וכל פעולת-הקניין הנעשית בו, שלא על-ידי הקנאהו הוא על תוכנו' החומרי בתוכו, אינה יכולה להיות אלא הקנאת שעבוד כנגד בעליו.

[292] קכא) **פלניול וריפר,** ג', עמ' 250 ואילך, ור' ביחוד עמ' 254, בסוף סע' 253.

[293] קכב) **מסיניאו,** ב/א, עמ' 249.

[294] קכג) השוה בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', בסמיכות להערה ס"א.

לקרקע מכפי שמגיע עניינו של מי שעושה את אדמתו לגן ירקות או פרחים" - ומשמע שעם ההבדל בהתפשטות הענין יווצר גם הבדל בהתפשטות הבעלות. בקשר לכך, אמנם מוסיף מסיניאו ומציין, כי בהיות בעל הקרקע חפשי לשנות את יעוד אדמתו, ממילא יכול הוא גם לשנות את תחום ההתפשטות של זכותו; אך מצירוף דבריו יוצא כי במקרה שבינתיים נוצר כבר שימוש מסוים בחלל הקרקע מעבר לתחום התפשטות הבעלות, שוב לא יוכל בעל הקרקע לפגוע באותו השימוש אף אם יבקש לשנות את יעוד המקום באופן שיכול היה מלכתחילה לאפשר לו את מניעת החדירה מעיקרא. אדרבה, מסתבר שאם מלכתחילה היתה כאן החדירה לא לתחום זר, כי אם לתחום של הפקר, הרי שבעל-החדירה אף יכול היה כאן לזכות בבעלות מיוחדת בשכבת-חלל לעצמו - ויוצא כי לפי פירוש מסיניאו אף מגיע המשפט האיטלקי לאפשרות של סתירת-עצמו על-ידי פיצול גמור בבעלות השכבות בחלל, בדומה למה שראינו במשפט הצרפתי[295].

[[82]] נוסח החוק האיטלקי מבוסב בבירור על סע' 905 של הבג"ב **הגרמני** וזהה לו בתוכנו; ואמנם, גם בפירוש החוק הגרמני על-ידי **היילפרון** מוצאים אנו כי הגבלת זכות-המניעה של הבעל בתחומי הרום והעומק שמעבר לעניינו הריהו למעשה צמצום גבול היחידה הקרקעית הנתונה לבעלותו[296]. אולם, בספר של **וולף-רייזר** מתפרשים הדברים בצורה יותר קרובה לנוסח החוק. כאן מוצעת הבחנה בין "הגרעין החיובי" של הבעלות לבין "הגרעין השלילי", והיינו שמבחינת התוכן החיובי אמנם מתפשטת הבעלות לרום ולעומק **בלי הגבלה,** אלא שמן הבחינה השלילית של זכות מניעת-ההתערבות מוגבלת הבעלות לפי עניינו המעשי של הבעל[297] - והרי זו תפיסה החוזרת אפוא להזדהות גמורה עם מה שראינו כעמדתם של דיני ישראל.

עם זאת יש לציין כי גם לפי תפיסה זו יש לכאורה הבדל בין השיטה הגרמנית לבין מה שראינו בדיני ישראל. ההבדל הוא שבשיטה הגרמנית לא יתכן כי אפילו בדרך שעבוד יקבל אדם "בעלות" בחלקים גופיים של היחידה הקרקעית השייכת לזולת; אולם, באמת, זהו רק הבדל מילולי, שאין לו שום בסיס או הצדקה תוכנית, - כי למעשה יתכן גם בגרמניה שאדם יקבל את כל הרשויות הכלולות בקניין-הגוף לגבי חלקים גופיים של יחידה קרקעית השייכת לזולת, וההבדל העקרוני

---

[295] קכד) **מסיניאו,** ב/א, עמ' 248-249. ביחס לתחום התפשטותה של הבעלות בחלל, יש שמבקשים גם **בצרפת** להגיע לאותה מסקנה שמגיע אליה מסיניאו באיטליה - ואף-על-פי שבצרפת אין שום הוראה חוקית מפורשת שעליה יכולה היתה מסקנה כזאת להסתמך. בכיוון זה מוצאים אנו אצל **פלניול וריפר,** כרך ג', בעמ' 252: "הקושי הוא בקביעת הגבול הקיצוני של בעלות זו ברום. המחברים העתיקים סירבו להכיר בגבול כזה בכלל והכריזו כי הבעלות מתפשטת usque ad coelum. תפיסה כזאת של הבעלות מבוססת על גישה תיאורטית לגמרי; אי-אפשר לתפוס זכות אלא בהתיחסות לנשוא הניתן לשימוש, ואילו החלל אינו ניתן לשימוש מעבר לגובה מסוים".

[296] קכה) **היילפרון,** ג', עמ' 271.

[297] קכו) **וולף-רייזר,** עמ' 181.

היחיד מן הדין העברי הוא שבגרמניה אין הדבר מוכר בפירוש כקניין-הגוף על-פי שעבוד, אלא נקרא הוא wesentliche Bestandteile של השעבוד או dingliches herrschaftsrecht סתם[298].

בשוייצריה מאמץ לו החוק בפירוש את התפיסה שראינו לעיל אצל **מסיניאו והיילפרון**, והיינו שהבעלות ברום ובעומק אינה רק מוגבלת ביחס לזכות מניעת-ההתערבות, אלא גם בעצם התפשטותה, לפי עניינו המקרי של הבעל[299]. אשר לאפשרות של בעלות נפרדת בגוף הקרקע, הרי זו מוכרת בשוייצריה בפירוש לגבי מכרות - ואפילו בלי שהדבר ייתפס בפירוש כשעבוד[300]. באופן אחד אין הבעלות הנפרדת מוכרת אלא בתנאי שההפרדה תירשם כשעבוד[301]; אולם, **רוסל ומנתא** מביעים את הדעה כי השעבוד מתחת לפני הקרקע, יתכן שיתקיים אפילו לצמיתות - ומשמע שלמעשה שוב לא יהא שם שעבוד, כי אם הפרדה גמורה של הבעלות בשכבות, אפילו בתחום שמלכתחילה נתפס היה בגדרי עניינו של בעל היחידה הקרקעית המקורית, אשר בלעדי הסכמתו לא יכול היה השעבוד להיווצר[302].

[[83]] **באנגליה** מתפשטת הבעלות לרום ולעומק בלי הגבלה, על-פי העקרון Cuius est solum, eius est usque ad coelum et ad inferos, אשר יש מייחסים אותי להשפעה ישראלית[303]. במסגרת עקרון זה מתפשטת הבעלות גם על גוש האדמה. אולם, בהבדל מדיני ישראל - ובדומה למה שראינו בצרפת - תיתכן כאן הפרדה של הבעלות בשכבות[304].

בסיכומו של דבר, מבחינה השוואתית, ניתן לומר כי הדין העברי (וממילא, גם הדין הגרמני הדומה לו) הוא בלי ספק ההגיוני והנאות ביותר בענין הנידון. ראשיה, במה שנוגע לתחום ההתפשטות, למעשה אין אפשרות להגבילו באופן צודק לפי "עניינו של הבעל", כי - כפי שבעלי פתרון זה מודים בעצמם - עניינו של הבעל תלוי במסיבות, שהן שונות בין מקרה אחד למשנהו; והתליית הדבר בענין מקרי שכזה, פירושה הוא ממילא שערך הקרקע הנושאת בניין גבוה או המכילה מחצבה יהיה ערך גדול יחסית - גם אם הבניין יעמוד להריסה או המחצבה תעמוד לחיסול, - כי בינתיים על-כל-פנים נשארת אותה קרקע מוגנה מפני חדירת זרים לתחומה בהקף רחב יחסית, - אבל ערך קרקע **הגן** יהיה באותו זמן, ובאותה מידה יחסית, ערך קטן, כי בינתיים נשארה הקרקע פרוצה לחדירה באופן שיהא עשוי למנוע את בעליה מלהפכה למחצבה או לבנות בה בניין גבוה, אולי לעולם. מצד שני, השארה התחום בחוסר-הגבלתו לפי דיני ישראל אינה כרוכה כלל בתקלה שבעלי

---

[298] קכז) ר' בחוק הגרמני על קניין-מקום (Brbbaurechtsverordnung) מ-1919, ביחוד סע' 1 ו-12, והשווה **וולף-רייזר**, עמ' 392, בדבר הבעלות במכרות.

[299] קכה) צג"ב, סע' 667.

[300] קכט) סע' 655.

[301] קל) סע' 675.

[302] קלא) **רוסל ומנתא**, ג', עמ' 66.

[303] קלב) **צ'שיר**, עמ' 115, ור' **מק-ניר**, עמ' 393 ואילך.

[304] קלג) **הלסבורי-סיימונדס**, כרך ל"ב, עמ' 249.

הפתרון "הענייני" מבקשים לסלק, כי על-פי הדין הישראלי בדבר הכפייה על מידת סדום, הרי כל זמן שעניינו של הבעל אינו עשוי להיפגע על-ידי חדירה המועילה לזולת, אין הוא יכול למנוע אותה חדירה מכל-מקום. בקשר לכך יש לציין כי גם העמדת תחום ההתפשטות על **"העניין האובייקטיבי"** (או על "יכולת ניצול" אובייקטיבית), בהבדל מן הענין המסיבתי, המשתנה ממקרה למקרה - כפי שהוצע בסע' 36 של הצעת חוק המקרקעין מתשכ"ד **במדינת ישראל** - אין בה שום פתרון של תחליף, כי אם אדרבה: יכולה הניצול האובייקטיבית, אף היא משתנה מזמן לזמן, ולמעשה משתווה איפוא ההסדר להעדר-ההגבלה בכלל, אך בעוד שהסרת הבעלות מעבר ליכולת-הניצול האובייקטיבית אינה יכולה בינתיים להועיל לשום אדם ואינה משנה אפוא כלום, הרי ההסתפקות בקביעת הבעלות בתוך תחומה של יכולה זו ולפנים - בלי שום סייג מקיף לעניין מידת-סדום - מגינה בינתיים על הבעלים אף במקרה שאין להגנה כזאת הצדקה, **וצד-התועלת** שבהסתמכות על העניין המסיבתי-**המקרי** אינני מושג. בחוק המקרקעין, כפי שנתקבל לבסוף בתשכ"ט (סע' 11), נדחתה אמנם ההצעה האמורה ונקבעה התפשטות בלתי מוגבלת לרום ולעומק, בכפוף לזכות מעבר חופשי בחלל הרום.

שנית, במה שנוגע לבעיית החלוקה של ההתפשטות הקרקעית לשכבות, גם-כן ברור הדבר שהסכמת המשפט לחלוקת-קבע כזאה יכולה רק להיות גורם של עיכוב ההתפתחות התקינה. אכן, גם לפי המשפט העברי, המאפשר שעבוד לשימוש מסוים בשכבת הרום או העומק, בהבדל מן השימוש הנעשה על-פני הקרקע, יתכן כי פיתוח רצוי של השימוש על-פני הקרקע כלפי הרום או העומק יצטרך להתעכב בינתיים; אולם, תוצאה זו כשלעצמה אינה דווקא רעה, והיא אפילו טובה ומוצדקת, - שהרי גם השימוש הקיים ברום או בעומק, שנמצא מלכתחילה טעם לקבל בגינו את כל הקשיים הכרוכים בהבטחתו בשעבוד, הריהו מן הסתם שימוש רצוי ואף בעל חשיבות יחסית רבה יותר מפיתוח השימוש שעל-פני הקרקע, אשר כנגדו הוסכם על השעבוד מלכתחילה; ומצד שני, משיסהיים השעבוד - כפי שסוף-סוף מוכרח הוא להסתיים, כשתיתם הצדקתו - הרי השימוש שעל-פני הקרקע ישתחרר ממילא. לעומת זאת, לפי השיטה המכירה בחלוקה של שכבות-החלל לצמיתות, מתקיימת ההגבלה כנגד השימוש שעל-פני הקרקע גם כשאין לה הצדקה עוד, ואף כאשר השימוש שלשמו נקבעה החלוקה שוב איננו קיים[305].

[[84]] ושלישיה, במה שנוגע להבדל שבין שימושי רום ועומק הנקבעים על-פי הדין העברי של כפייה על מידת סדום לבין שימושי רום ועומק הנקבעים על-פי התפיסה שבעליה פני-הקרקע אינה מתפשטת בשעת-מעשה עד לתחומם. כנגד הפתרון העברי בנקודה זו אפשר לטעון שכאשר המסיבות משתנות ובעל פני הקרקע מקבל ברום או בעומק ענין חדש, שלא היה לו מקודם, הריהו יכול לסלק את השימושים שנקבעו שם בינתיים אף-על-פי שאולי הושקע בהם ממון רב, ואולי עדיין יכולים הם להיות גם מועילים ביותר, - סכנה שאינה קיימת לפי השיטה האחרת. אולם, כנגד זה יש לומר שאם רוצים כי שימוש הרום או העומק יתקיים נגד הבעלים אף כשגורם הוא

---

[305] קלג-1) **במדינת ישראל**, לפי חוק המקרקעין, תשכ"ט, סע' 13 ו-74, אין שכבות בחלל הרום והעומק ניתנות להפרדה אלא בדרך שכירות.

להם חסרון, הרי לפי עקרונות המשפט הכלליים אין לכפות את הדבר על הבעלים שלא מדעתם - וודאי שאין לכפותו עליהם בחינם, שלא על-פי דרכי ההפקעה הרגילים ורק משום שהשימוש כבר נקבע בשעה שהבעלים לא יכלו למחות כנגדו. גם בנקודה זו, אפוא, העדיפות היא כלה בצד הדין העברי.

2. דברים שבתחום הרום או העומק של הקרקע

אולם, בעיית היחידה הנכסית של המקרקעין אינה מתמצה במה שראינו בסימן הקודם. בסימן הקודם דיברנו על "גוש האדמה" או "הקרקע" המהווים את יסוד היחידה הנכסית המתפשטת לרום ולעומק; אך מהם "גוש האדמה" או "הקרקע" שעליהם דיברנו? כוללים הם בתוכם, קודם-כל, חומרים שונים ומשונים - וחומרים אלה אינם נראים לנו דווקא כדבר אחד ומאוחד, אלא אדרבה: יתכן שמבחינת המבנה החומרי והתפיסה המושגית הם ייראו לנו כבעלי ישות מיוחדת, כמו גרגרי-חול, אבנים, שכבות פחם, מצבורי מים, שרידים מאובנים וכיו"ב. כל מיני חפצים כאלה, כשלעצמם, הריהם לכאורה מיטלטלין (בלי שניכנס לפי-שעה להבחנה **מוגדרת** בין מיטלטלין למקרקעין) - והמיטלטלין השונים האלה הם הם המהווים למעשה, בצירופם, את גוש האדמה האחד, שהוא יסוד היחידה הקרקעית. נשאלה אם כך השאלה, מהו היחס הנכסי בין גוש האדמה האחד לבין המיטלטלין השונים המהווים אותו - ובענין זה אין אנו מוצאים בדרך-כלל, בשיטות-המשפט השונות, שום הוראה ישירה מפורשת, אלא צריכים אנו להסיק את הדין מעקרונות יותר כלליים.

העקרון הראשון שיש לנו לקחת בחשבון בכיוון זה הריהו בעצמו בלתי-מפורש, אלא מתגלה הוא כפשיטא בשיטות-המשפט השונות, והיינו שסתם מיטלטלין הנקלעים לתחום קרקע אינם דווקא משנים על-ידי כך את מעמדם הקנייני (לבד מן **החזקה** העשויה לחול בדבר שייכותם לבעל-החצר). בהתאם לכך נראה גם כפשיטא, שאם, למשל, יהלום שלי יתערבב בחלוקי-האבנים המהווים את פני-הקרקע באדמת השכן, הרי על-ידי כך בלבד הוא לא ייקנה לשכן, ואף לא ייהפך לחלק מהותי של אדמתו, אלא יישאר נכס נפרד לגמרי, השייך רק לי, - ומכאן באים אנו אל שאלה טרומית בענייננו, האם יש מקום להבחין - ואם כן, מהי ההבחנה - בין סתם מיטלטלין הנקלעים לגוש קרקע מסוים לבין מיטלטלין הנחשבים כמרכיביו?

[[85]] גם על שאלה זו אין למעשה תשובה מפורשת, אך נראה לומר כי יש כאן מקום להבחין בין סתם מיטלטלין הנקלעים לגוש הקרקע לבין מיטלטלין שהם **חומרים גיאולוגיים**. אכן, גם חומרים גיאולוגיים, יתכן שלא יהיו שייכים למקום מקדמת דנא, אלא יהיו נקלעים אליו מגוש קרקע אחר ומתוך קניינם של בעלים אחרים - עד-ידי רעידת אדמה, או מכוח הרוח, או אף על-ידי פעולה אנושית מכוונת; אולם, חומרים שכאלה, מעצם טבעם יוצרים הם לפחות **חזקה** בדבר שייכותם למקום מלכתחילה, ואפשר אפוא לראותם בסתם כחומרים אשר הם הם המהווים את

גוש האדמה, לעומת כל מיני חפצים אחרים, העשויים להימצא בו, ואשר מתוך **אי-היותם** חומרים גיאולוגיים ברור בהם ממילא כי אין הם שייכים לגופו[306].

באופן כזה, מתוך כל מיני החומרים העשויים להימצא בגוש האדמה, חוזרים אנו להתעניין במיוחד **בחומרים הגיאולוגיים;** אך - כאמור - גם ביחס אליהם אין אנו יכולים להסיק **בהכר**ח שקניינם מתמזג בקניינו של הגוש. בכיוון זה, מטבע הדברים, יש לנו רק **חזקה,** ובהתאם לכך יוצא כי אף-על-פי שביהם **לכלל החומרים הגיאולוגיים** הנמצאים בשעה כלשהי בגוש קרקע מסוים צריכה לחול ההנחה כי הם הם המהווים את הגוש ושייכים לבעליו, הרי ביחס לכל אחד מהם לחוד תיתכן הוכחה נוגדת. אולם, נראה שאין זו התוצאה המשפטית למעשה בשיטות **האירופיות.** לפי סע' 546 של ספר החוקים האזרחי **בצרפת,** מתפשטת הבעלות של חפץ, מאליה, על "כל המתחבר לחפץ באופן נספח (accessoirement) בין באופן טבעי ובין מלאכותי", ובין אם זה במקרקעין ובין במיטלטלין - ואם נניח כי חומר גיאולוגי המצטרף לגוש האדמה יוצר אמנם חזקה שייכות טבעית לגוש, הרי ממילא פירושו של דבר הוא כי ההתחברות במקרה כזה היא "נספחת", והחזקה נהפכת אפוא לשייכות גמורה בדין[307]. תוצאה דומה מתחייבת גם במשפט **האיטלקי,** על-פי סע' 840, שעליו הערנו מקודם, ושאף הוא מסתנף בודאי מאותו עקרון ה-accessio הרומי, שעל-פיו מתפשטת הבעלות באופן אוטומטי מן החפץ העיקרי לנספחיו[308]. גם **בגרמניה** - אף-על-פי שהניסוח המפורש של החוק עשוי כאן אפילו **לסתור** את דין ה-accessio בענייננו המיוחד[309] - הרי ההנחות הנחשבות כהנחות-היסוד של ניסוח זה מחייבות את הדין, גם בענייננו, באופן חד-משמעי[310]. **בשוייצריה** מייבא סע' 642 של הצג"ב את הדין הגרמני, ואינו צריך להתפרש ודאי באופן שונה ממנו; ועל-ידי הסעיפים 660 ו-772 אף מתאשר הדבר בענייננו בפירוש. אצל פרשני המשפט **האנגלי** משתמעת גם-כן אותה העמדה[311].

[[86]] מסקנה זו אינה סותרת מה שראינו לעיל, שגם בכל השיטות האירופיות תיתכן בעלות נפרדת בחלקים של גוש האדמה. כי באמת, יש להבחין היטב בין שתי נקודות-הסתכלות: מקודם דיברנו

---

[306] קלד) בחוק **האיטלקי,** בסע' 840, מוצאים אנו אמנם הוראה כי בעלות הקרקע מתפשטת על העומק שלה, "על כל הנמצא שם", בלי הבחנה בין מיני החומרים; אך הוראה זו היא בלי ספק רחבה יותר ממה שצריך להשתמע מתוכה למעשה.

[307] קלה) ר' **אוברי ורו,** ב', עמ' 261-260.

[308] קלו) השווה **מסיניאו,** ב/א, עמ' 289-288.

[309] קלז) סע' 93 של הבג"ב קובע את דין ה-accessio דווקא בחפצים שאינם יכולים להינתק בלי נזק או שינוי מהותי, ואילו סע' 94 דורש דווקא חיבור "איתן" (fest verbundenen) בעוד שגרגרי חול, למשל, אין בהם שום חיבור איתן וסילוקם מן הקרקע יכול להיות בלתי-מזיק ופטור מכל שינוי מהותי.

[310] קלח) ר' **פלנדט** על סע' 93 של הבג"ב: "ההסדר שבסעיפים 93 ואילך מבוסס על הנחת-היסוד החרישית כי חפץ מאוחד וחלקיו (בין המהותיים ובין שאינם מהותיים ...) כל זמן שהם חלקיו, צריכים להיומ נתונים עד כמה שאפשר לגורל משפטי מאוחד ...".

[311] קלט) **צ'שיר** עמ' 115; **הלסבורי-סיימונדס,** ל"ב, עמ' 249; **ברום,** עמ' 260-259.

על גוש האדמה כחפץ אחד, בהתעלם מן החומרים המהווים אותו; ומבחינה זו מכירים אמנם גם כל השיטות האלו באפשרות של בעלות נפרדת בחלקיו השונים - והיינו **חלקיו הקרקעיים**, הנתפסים כקבועים במקומם וכגושי-קרקע בעצמם, והבאים כמעט לידי זיהוי עם שכבת החלל המופשט שבה הם נמצאים. לעומת זאת, כאן דיברנו על אפשרות של בעלות נפרדת **בחומרים** של גוש האדמה - היינו בחומרים שלא בבחינת **חלקים מרחביים** של הגוש, אלא בבחינת חלקים גופיים **העשויים גם להיטלטל ממקומם** ואשר מקומם אינו עוד גורם מהותי בתפיסתם המושגית - ומבחינה זו, נראה שההפרדה הקניינית נמנעת בשיטות האירופיות כל זמן שההפרדה המרחבית לא יצאה אל הפועל. ההבדל יכול להיות מתואר גם מבחינה זו, שהפרדת הבעלות בחלקי הגוש הקרקעי **כגושי-קרקע** כרוכה בהכרח בשעבוד כנגד היחידה הקרקעית בכללה או בהתפשטות ההפרדה גם על החלל המופשט כשלעצמו, בעוד שהפרדת הבעלות **בחומרים של הגוש** - אף אם תתאפשר - אינה כרוכה בשום סיבוכים מחויבים שכאלה.

לעומת הדברים האלה, אם נעבור עתה **לדין העברי,** נראה שאין הוא קובע שום הכרח מלאכותי בדבר התאחדות הבעלות בגוש האדמה והחומרים העשויים להצטרף אליו, אלא משאיר הוא את העניין במסגרתו ההגיונית הפנימית, - והיינו שחומרי הגוש הקרקעי הם רק **בחזקת** בעלותו של בעל הגוש, אך ביחס לכל חפץ מיוחד שבהם תיתכן גם הוכחה נוגדת. זוהי המסקנה המתחייבת על-פי שו״ע חו״מ סי׳ קס״ח סע׳ א׳[312].

משהגענו לכאן השלמנו לכאורה את התשובה על השאלה שעמדה לפנינו, והיה נכון לכאורה לגשת מיד להערכה השוואתית של שתי שיטות-התשובה שמצאנו. אולם, באמת מתברר מתוך התשובות כי השאלה שלנו עצמה היתה בלתי-ממצה. העקרונות שנתגלו לנו אינם עונים רק על בעיית השייכות של **החומרים הגיאולוגיים,** המצטרפים לגוש האדמה והנהפכים מבחינה המושג הקרקעי לחפץ אחד עמו, אלא חלים הם גם מעבר לכך, על התחברות של חפצים שונים ומשונים, ואף על התחברות של חפצים שונים, **שאינם גיאולוגיים,** לגוש האדמה, - ולפני שניגש להערכה השוואתית מוטב לנו אפוא להקיף את הענין בשלמותו, ולפחות במה שנוגע להתחברות במקרקעין.

על גדרי התרחבות הענין יקל לנו להתחקות אם ניקח כנקודת-מוצא את נוסח החוק **הגרמני.** כאן מדובר בסע׳ 905, בפירוש, על הבעלות **בגוש-האדמה** (Erdkörper) כאחד הגורמים המהותיים במערכת היחידה הנכסית היסודית במקרקעין; ולפי מה שהסברנו, אין לראות את גוש-האדמה כמורכב מכל מיני חפצים העשויים להיקלע לתוכו, כי אם רק מן **החומרים הגיאולוגיים** הנמצאים בו בשעה כלשהי. אולם, בסע׳ 94-93 מקדים החוק הגרמני ומבליע את גוש-האדמה בחפץ מקיף יותר, המורכב מגוש-האדמה עצמו ומדברים נוספים המתחברים אליו ושאינם דווקא חומרים גיאולוגיים, כלהלן: ״חלקי-הוויתו של חפץ (Bestandteile einer Sache), שאי-אפשר להפרידם זה מזה בלי שאחד מהם יינזק או ישונה במהותו (zerstört oder verändert wird) - היינו ״חלקים

---

[312] קמ) כך, לפחות, כשמכלול הדברים מופרד כאן ליסודותיו, והבעייה של הבעלות בחומרים המצטרפים מובחנת מבעיית ההסדר בין הבעלים השונים בדיעבד, שאליה נחזור עוד לחוד להלן.

מהותיים", או wesentliche Bestandteile - אינם יכולים להיות נשוא [[87]] לזכויות נפרדות. עם החלקים המהותיים של יחידת-קרקע (Grundstücks) נמנים החפצים המחוברים באופן איתן לאדמה (mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen) וביחוד מבנים וכן התנובה של יחידה-הקרקע, כל זמן שהם מחוברים לאדמה. זרע נעשה חלק מהותי של יחידת-הקרקע משעה שנזרע, שתיל נעשה חלק מהותי משעה שנשתל. עם החלקים המהותיים של מבנה נמנים החפצים המוכללים בהקמתו", להבהרה התמונה מוסיף סע' 95, כי "עם החלקים של יחידת-קרקע **אין** נמנים החפצים המחוברים לאדמה רק במטרה חולפת. הוא הדין במבנה או מתקן אחר שחוברו ליחידת-קרקע של הזולת על-ידי אדם הזכאי לכך, בתוקף זכות שיש לו לגבי יחידת-הקרקע. חפצים המוכללים בבניין רק במטרה חולפת אינם נמנים עם חלקי המבנה".

בשווייצריה ההסדר הוא למעשה אותו עצמו, אלא שכדי שייחשב הפץ כ"חלק מהותי" של חפץ אחר, נחוץ לא רק שהם לא יהיו ניתנים להפרדה כנ"ל, אלא גם שהחפץ האחד ייחשב כחלק מהותי של חברו "על-פי התפיסה המקובלת באותו מקום"[313].

אולם, ההתפשטות של יחידת-הקרקע, בגרמניה ובשווייצריה, אינה מסתיימת במה שנחשב כ"חלק מהותי" לפי מבחן זה. מלבד "החלקים המהותיים" קיים כאן גם מושג של "תשמישים" (Zubehör), אשר הבג"ב מגדירו בסע' 97 כלהלן: "תשמישים הם מיטלטלין, אשר בלי להיות חלקים מהותיים של החפץ העיקרי הריהם נועדים לשמש את המטרה הכלכלית של החפץ העיקרי ונמצאים הם ביחס מרחבי אליו, המתאים לתעודה זו. חפץ אינו תשמיש, כשאין רואים אותו כתשמיש בחיי המשא-ומתן. השימוש החולף בחפץ לשם המטרה הכלכלית של חפץ אחר אינו מבסס את תכונת התשמישות. הפרדתו החולפת של תשמיש מן החפץ העיקרי אינה מסלקת את תכונת התשמישות". המשמעות המשפטית של תכונת התשמישות אינה דווקא בכך שהזכות לגבי החפץ העיקרי מתפשטת ממילא גם על התשמיש, ואפשר שהחפץ העיקרי והתשמיש יהיו שייכים לאנשים שונים. אולם, בדרך-כלל, נוצרה **חזקה** כי התשמיש נכלל בעסק המתיחס לחפץ העיקרי, ואין ירידה לשם גביית חוב מן התשמיש, בנפרד מן הירידה לחפץ העיקרי[314]. **בשווייצריה**, המצב הוא דומה בעיקרו, על-פי סע' 644 של הצג"ב (בו נקרא התשמיש zuglior). החוק קובע כאן בפירוש כי הקנאת החפץ העיקרי מתיחסת גם לתשמיש, אלא אם הותנה אחרת.

בצרפת התוצאה היא גם-כן דומה, אך ההסדר שונה במידה רבה **בצורתו**. אין אנו מוצאים כאן שום הגדרה חוקית מאוחדת, ביחס למיטלטלין ומקרקעין, שעל-פיה ניתן יהיה להבחין חפץ כלשהו כחלק מהותי או כתשמיש של רעהו; אך כבר ראינו את סע' 546, הנותן לבעל החפץ זכות בכל המתחבר אל החפץ "באופן נספח", - וסע' 551 מתימר להיות מבוא לכללים שעל-פיהם יוגשם הדבר. במסגרת הכללים הללו יוצא קודם-כל, על-פי סע' 553, כי התחברות **מבנים, מטעים ומתקנים** לגוש-האדמה אינה דווקא משייכת את החיבורים לבעל האדמה, אלא היא רק יוצרת

---

[313] קמא) צג"ב סע' 642, ור' גם סע' 643, סיפא, 727 מציעתא ו-675.

[314] קמב) **אנקצרוס-ניפרדי**, א', עמ' 534 ואילך.

חזקה בדבר שייכות שכזאת; אך מסתבר כי ההפך ניתן להיות מוכח רק על-ידי הוכחת בעלות נפרדה המבוססת בקניין-מקום, [[88]] שהושג על-פי הסכם או מכוח זכות-חזקה[315]. לעומת זאת, אם מבנים, מטעים או מתקנים חוברו לאדמה שלא כדין - בין על-ידי בעל האדמה עצמו, שהשתמש בחומרים גזולים, ובין על-ידי זר שלא היתה לו זכות לחבר - מתקיים הדין של סע' 546, ובעל האדמה זוכה בחיבורים[316]. מלבד החיבורים הללו מתפשטת הבעלות, על-פי הוראה מפורשת בסע' 546 עצמו, "על כל מה שהחפץ מפיק"[317] - ולגבי עניינו כמובן יש לדבר זה חשיבות רק במידה שמתיחס הוא לצמחים המתבחנים מן הקרקע והנשארים בינתיים מחוברים אליה; לגבי תפוקה אחרת - והיינו חומרים או צמחים שהופרדו מן הקרקע ונהפכו למיטלטלין בפני עצמם - פירושו של דבר הוא רק כי **בעלותו של אדם מתקיימת במה שמתפרד מחפץ השייך לו**, אך אין זה נוגע לבעיית תוכנה והקפה של היחידה הנכסית כשלעצמה. אשר לדין **התשמישים**, הריהו קיים גם בצרפת, לפחות בקשר למקרקעין, באמצעות המושג של immeubles par destination, או "מקרקעין לפי יעודם". מה שנחשב בגרמניה או בשוייצריה כתשמיש של יחידת-קרקע, ייחשב כאן כ"מקרקע לפי יעודו", ובעיקרו של דבר יחולו בקשר לכך אותם הדינים[318].

גם **באיטליה**, על-פי סע' 934, "כל מטע, מבנה או מתקן הקיים מעל לפני הקרקע או תחתם שייך לבעל הקרקע", ובסיפא של הסעיף מתברר כי יוצאים מכלל זה החיבורים הקיימים על-פי קניין-מקום[319]. ביחס לפירות נקבע בסע' 820 כי "עד שבאה ההפרדה הריהם חלק של החפץ", ואילו דין התשמישים (pertinenze) נקבע בפרוטרוט בסעיפים 817-819: "תשמישים הם חפצים המיועדים דרך קבע לשימושו או קישוטו של חפץ אחר. היעוד יכול להיקבע על-ידי בעל החפץ מעיקרי או על-ידי מי שיש לו בו זכות ריאלית. - הפעולות והיחסים המשפטיים אשר נשואם הוא החפץ העיקרי חלים גם על התשמישים, אם לא נקבע אחרת. התשמישים יכולים להיות נשוא לפעולות ויחסים משפטיים נפרדים. חדלון תכונת התשמישות אין לו תוקף נגד צדדים שלישיים שקיבלו זכויות לגבי החפץ העיקרי קודם לכן. - הועדת חפץ לשימושו או קישוטו של חפץ אחר אינה פוגעת בזכויות הקיימות בו מקודם לטובתם של צדדים שלישיים. זכויות כאלה, כשהחפץ העיקרי הוא מקרקע או מיטלטל רשום בספרים פומביים, אין להן תוקף נגד צדדים שלישיים הבאים בתום-לב, אלא אם מבוססות הן בשטר מקויים".

---

[315] קמג) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 524 ואילך. יש לציין שקניין-המקום אינו מוכרח כאן להיות דווקא **שעבוד** במובן העברי, כי אפשר לו להיות נתון אפילו לצמיתות.

[316] קמד) כך על-פי הסעיפים 554 ו-555, ור' **פלניול וריפר**, ג', עמ' 262 ואילך.

[317] קמה) ר' דיוק פירושו של ביטוי זה אצל **פלניול וריפר**, ג', עמ' 255-256.

[318] קמו) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 78 ואילך.

[319] קמז) אנו משתמשים כאן במונח זה במובן המהותי-הרחב, ולאו דווקא במובן הטכני-הצר שיש לו במשפט האיטלקי. השווה **מסיניאו**, ב', עמ' 289.

באנגליה, העקרון הוא גם-כן אותו בעצמו: "כל הדברים המחוברים לקרקע הם חלק מן הקרקעי"[320]; או בנוסח אחר: "המובן הראשוני של fixture, מנקודת-ראות היסטורית, הוא מיטלטלין המחוברים לקרקע או לבניין על הקרקע באופן כזה שנעשים הם למעשה חלק מהם. מיטלטלין המחוברים כך מאבדים את תכונת המיטלטלין ועוברים עם הבעלות בקרקע, כי הכלל המשפטי הוא Quicquid Plantatur Solo, Solo Cedit[321]. עם זאת ממשיך המחבר ומדגיש כי השאלה אם מיטלטל כלשהו חובר עד כדי היותו fixture, או שחיבורו הוא רופף יותר, הריהי קשה עד מאוד, ותלויה היא במסיבות המקרה: ביחוד בחוזק החיבור, מצד אחד, ומטרת החיבור מצד שני. מסתבר כי העקרון הנידון הריהו באנגליה אף יותר חמור מכפי שראינו ביבשת אירופה, כי ביבשת אירופה יתכן שעל-פי קניין-המקום [[89]] תהיה הבעלות בחיבורים נפרדת מן הבעלות בקרקע; אך באנגליה - אף-על-פי שראינו לעיל כי הבעלות בשכבות הרום והעומק יכולה להיות גם נפרדת - הרי ביחס לחיבורים, כשלעצמם, אין אנו מוצאים למעשה הפרדה שכזאת[322]. מלבד ה-fixtures והצמחיה[323] עשויה יחידת-הקרקע לכלול גם מיטלטלין שאינם מחוברים והקרויים heirlooms. במיטלטלין כאלה אין לפעול בנפרד מן הקרקע. מיטלטלין נחשבים כ-heirlooms בתוקף הקומון-לו (כגון שטרי קניין הקרקע, על התיבה שבה הם נמצאים) בתוקף המנהג (כגון כלי אצולה או כלי זמן מסויימים, בעלי משמעות פיאודלית) או בתוקף הוראה הכלולה ב"טראסט"[324].

בדיני ישראל מסתבכים הדברים במקצת על-ידי דבריו של הר"י ן' מיגש, המובאים בשיטה מקובצת על בבא בתרא נ"ג ב'. באותה סוגייה מובא כי "א"ר נחמן אמר רבה בר אבוה: הקונה פלטרין גדולין בנכסי הגר (שנעשו הפקר מחוסר יורשים), ובא אחר והעמיד להן דלתות, קנה. מאי טעמא? קמא לבני בעלמא הוא דאפיך" (ולא ההנה כלום לקרקע, ולכן לא היה במעשהו מעשה החזקה וקניין; אבל השני ההנהו, שהוא הוא שהפך את הלבנים לפלטרין, ולכן החזיק וקנה). מתעוררת לפי זה השאלה, כיצד יקנה השני על גבי הלבנים שצירף הראשון, והר"י ן' מיגש מסביר "דמכיון שבנה הראשון פלטרין אלו בנכסי הגר, נעשו הפלטרין מכלל נכסי הגר, שהרי הן עצמן יצאו מרשותו משעה שבנאן בנכסי הגר, וממילא נעשו מכלל נכסי הגר"... ניתן היה אפוא לפרש לכאורה כי הר"י ן' מיגש מוצא בדיני ישראל משהו מעין דין ה-accessio האירופי, באופן שגם בדיני ישראל הלך תמיד הבעלות בחיבורים אחר הבעלות בקרקע (אלא אם יש שם קניין-מקום). אולם, הרב המגיד, בפ"ב מהל' זכייה ומתנה הל' ט, הבין כנראה שאין לדברי הר"י ן' מיגש פירוש מרחיק-לכת כל-כך, והוא מצא בהם רק **הנחת-חזקה**: שכיון שבנה האדם בנכסי הפקר, ועד שלא זכה באותם נכסים הריהו קם והלך לו - חזקה עליו שהפקיר גם את מה שבנה, ולכן - ולא משום

---

[320] קמח) **גודיב**, עמ' 3.

[321] קמט) **צ'שיר**, עמ' 100-101.

[322] קמט-1) גישה זו אף הוכנסה בפירוש בארץ-ישראל, בסע' 10 של פקודת חוק הקרקעות (תיקון), מ-1937, הקובע כי אחרי 24 באוגוסט 1937 לא תירשמה בספרי האחוזה זכויות בנייה או בעלות בנפרד מן הבעלות בקרקע; והשווה סע' 37 ו-55 מהצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד.

[323] קנ) **גודיב**, עמ' 3-4.

[324] קנא) **גודיב**, עמ' 5-6; **הלסבורי-סיימונדס**, כרך ל"ב, עמ' 256-259.

דין של accessio - יכול השני לזכות בנכסי הגר ובפלטרין כאחד. פוסקים אחרים הם אף יותר חד-משמעיים במסקנה שבניית הפלטרין על-ידי הבונה הראשון אינה מוציאה בהכרח את החומרים מרשותו ואינה מזכה בהם באופן אוטומטי את הבונה השני - ומתרצים הם את הגמרא בכפוף לעקרון זה[325].

מסקנה דומה משתמעת גם בשו"ע חו"מ סי' ש"ס סע' א': "אפילו גזל קורה ובנאה בבירה גדולה, הואיל ולא נשתנית, דין תורה הוא שיהרוס כל הבניין ויחזיר הקורה לבעלים, אבל תקנו חכמים מפני תקנת השבים שיהיה נותן את דמיה ולא יפסיד הבניין". ההשתמעות היא שגם על-פי תקנת החכמים אין הבעלות בקורה משתנה כל זמן שדמיה לא נשתלמו, ורק חובת ההחזרה בעין היא הנשארת מותלית בינתיים - ונפקא מינה למקרה שבינתיים מכל-מקום נהרסה הבירה, או שהגזלן מעדיף מכל-מקום להחזיר את הקורה בעין[326].

[[90]] לאחר מכן נשאר המקור המרכזי בענייננו בבא מציעא, דף ק"א עמ' א'-ב', ומובאת כאן מסורת לאמור, שכבר בית שמאי ובית הלל נחלקו בדבר: לפי בית שמאי, אם ירד אדם לקרקע חברו ובנאה או נטעה שלא ברשות (היינו שלא כפועל לבעל-הבית ולא על-פי קניין-מקום להחזקת החיבורים בבעלות נפרדת), הרי כל זמן שלא בא לידי הסדר עם בעל-הבית, יכול הוא לדרוש את עקירת החיבורים לשם החזרת החומרים שהשקיע בהם - ומשמע כי נשאר הוא בעליהם - אך לפי בית הלל אין להיעתר לדרישת העקירה (ואפשר להסיק לכאורה כי נקנים החיבורים לבעל הקרקע מאליהם לאלתר). אולם, הגמרא דוחה את המסורת הזאת (שהיתה מחייבת לקבל את הפתרון השני), וסומכת היא את ידה על הצעת פשרה: מקום שעקירת החיבורים עשויה להזיק לקרקע או שנוגדת היא לשיקולים של ישוב ארץ-ישראל - דרישת העקירה מצד מקים החיבורים היא פסולה, ואילו במקום שאין חששות כאלה הדרישה כשרה; וכך פסקו הרמב"ם (בפ"י מהל' גזלה ואבדה הל' ט') והרא"ש ושלחן ערוך (חו"מ סי' שע"ה) - אם כי הרמב"ם ושו"ע אינם מזכירים כאן בפירוש את הגורם של ישוב ארץ-ישראל[327]. אולם, פשרה זו, כשלעצמה, נראה שאף היא אינה ממצה למעשה את הדין, הן באשר לעצם זכות העקירה הן באשר לבעיה העקרונית של זכות הבעלות.

אשר לזכות העקירה, ברור קודם-כל שמניעתה במקרה של נזק לקרקע (או נזק הארץ) אינה יכולה להיות מוחלטת, אלא מוכרחה היא להיות תלויה בדעת בעל-הבית: שהרי כשם שבעל-הבית רשאי להזיק לקרקע לשם הכשרת שימוש מועיל יותר, כן לא יתכן למנוע ממנו את הרשות **להסכים** שהיורד לאדמתו יעקור את החיבורים, על אף הנזק שיגרום, - כשבעל הקרקע זקוק למקום לשם

---

[325] קנב) טור חו"מ סי' רע"ה סע' י"א, ור' גם נימוקי יוסף על הסוגיה בבבא בתרא.

[326] קנב-1) השווה בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ח' סע' א', בסמיכות להערה ו'.

[327] קנג) לפי ההסבר שבגמרא, המבחן של ישוב ארץ-ישראל והמבחן של נזק הקרקע הם זהים בתוכנם ומוצעים **לחילופין**, והיינו שהעמדת נוסח המבחן על נזק הקרקע מרחיבה את תחולתו גם בחוצה לארץ, בעוד שהעמדתו על שיקולי ישוב הארץ מכשירה את דרישת העקירה בחוץ-לארץ בכל מקרה ובלי סייג.

שימוש מועיל יותר מסבילת החיבורים[328]. יוצא אם-כן במלים אחרות, שזכות העקירה על-פי דין יכולה להיות תשובה ליורד רק כשבעל-הבית **אינו מסכים לעקירה**, והיינו שרוצה הוא לזכות בחיבורים לעצמו - ובזה באים אנו למסקנה כי בסתם אין בעל-הבית זוכה בחיבורים, ורק כשיש בעקירתם סכנה של נזק לקרקע (או נזק לארץ), **יכול** הוא להתנגד לעקירה ולזכות בהם.

אך כאן מגיעים אנו לצורך להשלים את הדברים מנקודת-ראות אחרת. בדרך-כלל, כמובן לא תהא העקירה כרוכה בנזק גדול כל-כך לקרקע, כשם שתהא כרוכה בנזק לחיבורים בעצמם. בדרך-כלל אפוא, אם השארת החיבורים במקום לא תהא כרוכה בהפקעתם חינם מן היורד, אלא בעל-הבית יחוייב לפצותו בגינם באופן הוגן - הרי שהיורד דווקא לא יהא מעוניין בעקירה, בעוד שבעל-הבית הוא שיהא אולי מעוניין בה - ונשאלת השאלה, אם דיני ישראל יכירו **לבעל-הבית** את זכות-העקירה והחזרת החומרים, כנגד המבקש להשאיר את החיבורים במקום. נראה כי לדעת הכל יכול בעל-הבית לדרוש עקירה, **כאשר החיבורים הוקמו שלא בהתאם לשימוש הראוי במקום מבחינה אובייקטיבית**; אולם, כשהוקמו החיבורים בהתאם לאופן השימוש הראוי, באנו למחלוקת. לדעת הרא"ש ונימוקי יוסף (על הסוגייה הנ"ל בבבא מציעא), וכן לדעת כסף משנה בפירושו על הרמב"ם בפ"י מהל' גזלה ואבדה הל' ה', יכול בעל-הבית לדרוש עקירה גם במקרה כזה; אך לדעה הראב"ד והרמב"ן והרשב"א אין הוא יכול[329], וכן היא [[91]] גם דעה הרב המגיד בפירושו הוא על הרמב"ם. לע"ד, נראה לי כי מקור הדברים בגמרא אינו יכול לבוא על יישובו אלא **כשיטה השנייה** - אם כי לאו דווקא על-פי השיקולים של כל בעלי אותה שיטה בעצמם[330], - ומכאן

---

[328] קנד) ר' בדברי הרמב"ן המובאים בשיטה מקובצת על בבא מציעא ק"א א', וכן הרב המגיד על פ"י מהל' גזלה ואבדה הל' ו'. - הסכמת בעל-הבית לנזק אין פירושה כמובן שהיורד גם יהא פטור מלפצותו על הנזק, באשר עצם הקמת החיבורים היתה בפשיעה, וכשבלעדיהם יכול היה השימוש האחר להיעשות בלי אותו נזק.

[329] קנה) ר' דבריהם בשיטה מקובצת על אותה סוגייה.

[330] קנו) לע"ד, מתחייב קודם-כל כי הדין שהתנהל בפני רב על-פי המסופר בגמרא התיחס ל"שדה העשויה ליטע", והיינו לחיבורים שהוקמו מלכתחילה בהתאם לאופן השימוש הראוי במקום. כך הוא לאור דבריו של רב לבסוף: "גלית אדעתיך דניחא לך, זיל שום ליה וידו על העליונה!". שהרי לו מדובר היה בשדה **שאינה** עשויה ליטע, כיצד יכלה להיות יד היורד על העליונה? בשדה שאינה עשויה ליטע, הרי אף אם בעל-הבית מגלה את דעתו כי בדיעבד נוח לו במה שנעשה, ומוכן הוא לזכות בחיבורים ולפצות את היורד, מוכרחה יד היורד להיות על **התחתונה**, שאם לא תאמר כן לא תמצא כי יד היורד תהא על התחתונה **אי-פעם**. כי בשדה שאינה עשויה ליטע, לית מאן דפליג שיכול בעל-הבית לדרוש עקירה; ואם אין הוא עומד על דרישת העקירה, אלא זוכה בחיבורים ובא לפצות את היורד, הרי זו ממילא התרצות וגילוי דעה כי נוח לו במה שנעשה - ואם תאמר כי גילוי דעת כזה מעלה את יד היורד לעליונה, הרי שיד היורד המגיע להיפרע תהא כאן על העליונה תמיד. תוצאה שכזו לא תיתכן לאור ההכרעה, המובאת בגמרא כמוסמכת, כי היורד הבא להיפרע בשדה שאינה עשויה ליטע, ידו על **התחתונה**.

לאחר מכן חוזרים אנו לעובדה, כי באותה שדה **העשויה ליטע**, מכל-מקום פסק רב בהכרעה **האמצעית** שלו, כי היורד יגבה וידו על התחתונה, באשר חשב כי בעל-הבית לא נתרצה לחבורים. עובדה זו, מצידה,

באים אנו לשאלת הבעלות בחיבורים בשים-לב להבחנה בין חיבורים שהוקמו בהתאם לאופן השימוש הראוי לבין חיבורים אחרים.

[[92]] לפי מה שאמרנו נשאר ברור, שכאשר הוקמו החיבורים **שלא בהתאם לאופן השימוש הראוי**, אין בהם שום זכייה אוטומטית לבעל הקרקע ונשארים הם מלכתחילה ברשות המקים, כפי שמתחייב גם על-פי מה שהזכרנו בטור חו"מ סי' רע"ה סע' י"א. אולם, **כשהוקמו החיבורים בהתאם לאופן השימוש הראוי**, מסתבך העניין על-ידי מה שמסיק הרשב"א, בדבריו המובאים

אינה יכולה להתיישב אלא עם המסקנה כי בשדה העשויה ליטע אין לבעל-הבית תביעת עקירה, כי לו היתה לו תביעה כזאה - מה טעם היה לו לרב לחייבו בפיצוי בעל-כרחו? פשוט היה לו לזכותו בעקירה, והאיש היה בא על סיפוקו. בהכרח נאמר אם-כן שלא היתה כאן לבעל-הבית ברירה לכפות את עקירת החיבורים והחזרת החומרים, - ובאשר בעל-הבית מכל-מקום לא מעוניין היה באותם חיבורים, לא חייבו רב אלא כשיד היורד על התחתונה, אף-על-פי שמבחינה אובייקטיבית הוקמו החיבורים בהתאם לאופן השימוש הראוי. ואם תחזור ותשאל: **אם-כן**, כיצד בכל זאת הכיר רב לבסוף זכות ליורד, שידו תהא על העליונה, וזה רק על סמך גילוי מצד בעל-הבית שמאמץ הוא את החיבורים לעצמו, בעוד שברירה לכפות את סילוקם לא היתה לו - התשובה היא שבאמת לא נשאר כאן בעל-הבית חסר ברירה לחלוטין. הוא יכול היה להעמיד את **היורד** בפני ברירה, שיעקור את החיבורים או שיקנה את מקומם לעצמו, כפי שנברר להלן, והוא יכול היה גם להעמידו בפני ברירה שיעקור את החיבורים או שיפוצה רק כשידו על התחתונה. אם לעומת זאת גילה בעל-הבית את כוונתו **למנוע** את עקירת החיבורים, כפי שקרה במקרה שלפנינו, הרי מאחר שהוקמו החיבורים בהתאם לאופן השימוש הראוי, נתגלה הדבר למפרע כי רק תואנה הוא ביקש לו כשקודם טען "לא בעינא", - ונעשה הוא כמי שהזמין את החיבורים מלכתחילה, ורב ראה את היורד כאילו ירד מלכתחילה ברשות.

אחרי זה נותר רק לשאול, כיצד מתישב הפירוש המוצע עם מה שנאמר בגמרא, כי מסיפור המעשה הנידון ניתן ללמוד מכללא שלדעת רב יד היורד על התחתונה, אלא שמכל-מקום מסכים הוא לשמואל כי בשדה העשויה ליטע, יד היורד על העליונה. התשובה היא כי הסיפור כפי שפירשנוהו מעלה באמת את המסקנה כי לדעת רב, הדין הכללי הוא, בין בשדה העשויה ליטע ובין בשאינה עשויה ליטע, שיד היורד על התחתונה. ואם בכל-זאת מתקנת הגמרא ואומרת, שאף לדעת רב, בשדה העשויה ליטע, יד היורד על העליונה, הרי זה ודאי משום כך שהסיפור מראה אמנם כי רב מסכים, שבשדה העשויה ליטע, כאשר מתגלה (מראש או בדיעבד) כי בעל-הבית נוח לו במה שנעשה, הרי יד היורד על העליונה - **והחזקה** היא, אף לדעת רב, כי בעל-הבית **מסכים**, ויד היורד היא אפוא על העליונה. חזקה זו עולה לנו מהכרעתו **הראשונה** והבלתי מוגדרת של רב: "זיל שום ליה", שיש לפרשה: "זיל שום ליה וידו על העליונה", - כי רק לאחר שטען בעל-מבית "לא בעינא" חזר בו רב ופסק: "זיל שום ליה וידו על התחתונה".

יוצא מכאן, שכאשר הוקמו החיבורים בהתאם לאופן השימוש הראוי, ובעל-הבית אינו רוצה לשלם כשיד היורד על העליונה, הריהו צריך להוכיח כי מלכתחילה לא היה בידו למחות, ובדיעבד מוכן הוא לתת ליורד את הברירה שיעקור את החיבורים; ורק אם היורד מצידו, יסרב לעקור, ובעל-הבית גם לא ירצה לכפות עליו את קניית המקום, הריהו יוכל - בלית ברירה נוחה יותר - לזכות בחיבורים ולשלם בעדם כשיד היורד על התחתונה.

בשיטה מקובצת על הסוגיה הנ"ל בבבא מציעא. הרשב"א מסיק, קודם-כל, כי בכל מקרה, אף במקום שהוקמו החיבורים שלא בהתאם לאופן השימוש הראוי, ואף במקרה שאין בעקירתם סכנה של נזק לקרקע, יכול בעל-הבית לזכות בחיבורים ולמנוע את עקירתם, אם מגלה הוא את כוונתו לכך בפירוש או מסתמא: "נראה לי, דדוקא שקדם ואמר עצי ואבני אני נוטל קודם שיאמר הלה דמיהם אני נותן, אבל קדם בעל השדה או בעל החצר ואמר ניחא לי במה שנעשה, מיד קנתה לו חצרו, שהרי כשבנה זה או נטע - **על דעת שיקנה הלה אם ירצה בנה ונטע**, והרי זה כאילו נתן מטלטלים בחצר חברו ואמר לו לכשתרצה לקנות מטלטלין אלו, הרי קנויים לך בכך וכך, ואמר הלה תקנה לי חצרי או שגלה בדעהו דניחא ליה דתיקני לו חצרו, קנה, ואין חברו יכול לחזור בו..." ואמנם דברים אלה כשלעצמם מסתברים לחלוטין - ואין הם נסתרים על-ידי הדין המפורש שראינו, **שאין** בעל-הבית יכול למנוע עקירה שאין בה סכנה של נזק לקרקע: כי ודאי, במה דברים אמורים שאין הוא יכול למנוע? **כשהיורד קדם ודרש את העקירה לפני שהספיק בעל-הבית לזכות**. אבל אם לא כן, ודאי קיימת החזקה, כמסקנת הרשב"א, שמקים החיבורים מתכוון להשאירם במקום **ואינו** דורש עקירה - וודאי נכון הוא שבעל הבית יהא רשאי לפעול בבטחון על סמך אותה חזקה, שמקים החיבורים עצמו יצרה, באופן שמקים החיבורים שוב לא יוכל לסכל את המעשה בדיעבד. אולם, הרשב"א אינו מסתפק רק בדברים שציטטנו, אלא אחר ביסוסם הנוסף מבחינה הלכתית הריהו ממשיך ואומר: "**ובשדה העשויה ליטע**, אם אמר בעל השדה טול נטיעותיך אין שומעין לו, דכמאן דגדרה ומנטר לה דמי, ועדיף מינה, דהא רב אמר ליה להוא גברא דקגדרה ומנטר לה דישום ליה וידו על העליונה, משום דגלי אדעתיה דניחא ליה לנטעה. ואפשר היה לי לפרש האי דרב, משום דגדרה וגלי דעתיה דניחא ליה, הוה ליה כאילו אמר תקנה לי חצרי... אלא דלא משמע הכי, מדקאמרינן דמודה רב לשמואל בשדה העשויה ליטע, ושמעינן לה מכללא דההוא עובדה, דאלמא משום דגלי אדעתיה בלבד דעשויה ליטע היא, ולא משום דקניא ליה חצרו, דאי לא, היכי דייקי מינה דלא פליג אדשמואל בשעשאוה ליטע? ..."

והנה, מתוספת זו משתמע לכאורה כי "בשדה העשויה ליטע" - או כשהוקמו החיבורים בהתאם לאופן השימוש הראוי - אין שייכת זכייה מכוונת על-ידי בעל-הבית בדיעבד, אלא ממילא, משנתברר כי השדה עשויה ליטע היא, נקנים החיבורים לבעל הקרקע למפרע, בהכרח, מכוח עצם המעמד המשפטי של הקרקע - וכעין דין accessio מוגבל. אולם, לע"ד נראה לי כי מסקנה זו לא תוכל לעמוד. ראשית, תמוהה כאן עצם ההבחנה בין התרצות בעל-הבית סתם, שדינה כגילוי דעה לקנות [[93]] באמצעות החצר, לבין התרצות בעל-הבית שיש בה משום גילוי דעת כי השדה עשויה ליטע, ושהיא עדיפה מקניין-החצר. שהרי אם מעמד הקרקע תלוי בדעתו של בעל-הבית, אין מנוס מן המסקנה, **שכל** התרצות מצידו תצטרך להתפרש שלדידו השדה עשויה ליטע היא וכי החיבורים הוקמו בהתאם לשימוש הראוי לו - ואילו זכייה מדין חצר, על-פי הרישא של דברי הרשב"א, שוב לא תימצא לעולם. יוצא אם-כן שקנה-המידה להבחנה בין שדה העשויה ליטע לשאינה עשויה ליטע - או בין חיבורים שהוקמו בהתאם לאופן השימוש הראוי לבין אלה שהוקמו שלא כראוי - **מוכרח להיות אובייקטיבי**. ושנית, משטענה זו מתקבלת, לא יתכן כי שדה העשויה ליטע תקנה את החיבורים לבעל-הבית מכוח עצם מעמדה - או, יותר נכון, מכוח עצם מעמד החיבורים, על-פי טיבם, - שהרי אם קונה כאן בעל-הבית את החיבורים ממילא ובהכרח, נעלם הטעם להבחנת רב, כמסופר בגמרא, בין תשלומי בעל-בית מתרצה לבין תשלומי בעל-בית שאינו מתרצה.

מסקנתנו היא אפוא שגם כאשר הוקמו החיבורים בהתאם לאופן השימוש הראוי **אין הם נקנים לבעל הקרקע מאליהם, אלא נשארים הם בינתים ברשות המקים** - עד שבעל-הבית יגלה את כוונתו לקנותם, **מדין חצר**, או עד שיגיע לידי הסדר אחר עם בעליהם; וגם בחיבורים מסוג זה - עד שאין מגיעים להסדר, וכל זמן שבעל-הבית אינו מתנגד, רשאי בעל החיבורים לעקרם (ולו גם בכפוף לחובתו לשלם בעד כל נזק שיגרום לקרקע), - אם כי בהבדל מחיבורים שהוקמו שלא כראוי אין כאן **בעל-הבית** יכול לכפות עקירה, מצידו.

בהמשך מכאן, המסקנה היא שגם במבנים ובנטיעות המתחברים לקרקע - בדומה למצב בחומרים הגיאולוגיים המתחברים אליה - תיתכן בדיני ישראל בעלות נפרדת מן הבעלות בקרקע, ואף שלא על-פי קניין מקום. אולם, הפרדה כזאת היא בהכרח זמנית, עד שהחיבורים ייעקרו או שבעל הקרקע יבחר לזכות בהם לעצמו[331], - ועל-כל-פנים קיימת גם בדיני ישראל לפחות **החזקה** כי המבנים והנטיעות שייכים אמנם לבעל הקרקע ומהווים חלק ממנה[332] [333].

בצד החזקה הזאה יש גם בדיני ישראל חזקה, המקבילה לזו שראינו באירופה, בדבר היכללות של **תשמישים** ביחידה נכסית עקרית. בדיני ישראל אין בקשר לכך שום הגדרה נוקשה בדבר **מהותם** של תשמישים, ובדרך-כלל רק מוצאים אנו רשימות מפורטות של חפצים שלגביהם תחול או לא תחול חזקת-ההכללה באיזה נכס עיקרי, לפי מסיבות המקרה. אולם, רשימות אלו, נראה שאף בהן כשלעצמן אין שום הלכה קבועה ומוקפאת לדורות, אלא באות הן רק לבטא את המנהג ששרר בעניינן במקום ובתקופה שבהם נערכו, - על סמך הנחת-היסוד כי המנהג המקובל בכל מקום ובכל זמן מסוים הריהו [[94]] בענין זה קנה-המידה המכריע. עם זאת, מסתבר מאותן הרשימות, כי קנה-המידה אינו צריך להימצא רק ב"מנהג" באופן מופשט, אלא בכללי המנהג המצורפים למה שמתחייב על-פי תנאי המקרה - וניתן לסכם כי **היחידה הקרקעית בדיני ישראל, הרי מלבד מה שהיא כוללת בסתם (אבל לא בהכרח) גם את כל מה שבנוי ונטוע בה, הריהי כוללת גם את כל השייך לה כתשמיש על-פי המנהג ותנאי המקרה**. התשמישים לפי גדרים אלה יכולים להיות לא רק חפצים שכשלעצמם הם מיטלטלין, אלא גם חפצים הנחשבים **כמקרקעין**, בהיותם חלק מהותי

---

[331] קנז) אגב כך מתעוררת השאלה, מה יהא הדין כשמקום החיבורים משועבד כחצר למישהו שאיננו בעל הקרקע. על-פי הדינים הכלליים נראה להסיק, כי בעל-החצר יוכל במקרה כזה לזכות בחיבורים, במקום בעל הקרקע; אך במקרה שקניין החצר לא יכלול בו זכות להחזקת החיבורים בבעלות נפרדת, יוכל בעל הקרקע לזכות בחיבורים - על-ידי תפיסת-ידו בחצר - מעל ראשו של בעל-החצר הכללי, ועל-כל-פנים הוא יוכל לחזור ולזכות מידו של הלה, אם הלה קדם וזכה לעצמו.

[332] קנח) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ה', סע' ה' סי' 1.

[333] קנט) מכאן משתמע שאם בעל הקרקע יבוא להקנות לאחרים את מקרקע שיש בה מבנים או נטיעות השייכים לזולת, והוא לא יגלה ללוקח את דבר הבעלות הנפרדת, תהיה שם החזקה כי המיקח מתיחס לנכס מאוחד - ועל-ידי חזקת ההקנאה המאוחדת תיווצר ממילא גם החזקה כי בשעת-מעשה קונה המוכר אה המבנים או הנטיעות מלכתחילה לעצמו והוא מתחייב לפצות בגינם את הבונה או הנוטע.

מן הבנוי או הנטוע בתחום היחידה הקרקעית, או אף באשר הם מקרקעין הנמצאים מחוץ לתחומה והנועדים על-כל-פנים לשמשה[334].

עתה יכולים אנו לחזור על עקבינו כדי להעריך את הדברים מבחינה השוואתית-בקורתית, ונראה לומר כי ההגיון האובייקטיבי מצדיק שוב את השיטה העברית. ראשית מתברר דבר זה במקום שהשיטה העברית והשיטות של יבשת אירופה **דומות**, לענין ההתר של בעלות נפרדת על-פי קניין-מקום, כנגד השיטה **האנגלית**, הנראית כנמנעת מהתר ההפרדה אף במסגרת זו. היתרון של התר קניין-המקום מתברר מן העובדה הפשוטה **שהוא נחוץ**, וביחוד במקום שמצד אחד מצויים בעלי קרקעות שאינם יכולים לבנות או לנטוע בהן בעצמם ואשר הפקעת הקרקע מידיהם לצמיתות אינה רצויה, בעוד שמצד שני מצויים אנשים המבקשים לבנות או לנטוע אך אין להם קרקע, וגם קשה להם להשיג קרקע בבעלות גמורה. הפרדת-אמצעים מעין זו אינה דווקא נחלת התקופה הפיאודלית, אלא יש לה מקום למעשה בכל חברה האמורה לשמור על רקע של יציבות כלכלית, - וכשם שצפויה היא למשל במסגרת של משטר היובל **העברי**, כן גם נעשתה היא שכיחה דווקא בתקופה המודרנית, על-ידי הנטייה להלאמת הקרקעות או על-כל-פנים לריכוזן בידי גופים ציבוריים. באופן כזה נעשתה הבעלות הנפרדת בבניינים, על-פי קניין-מקום (право застройки), לצורה המובהקת של ההשתכנות העירונית **בברית-המועצות**[335]. גם **בגרמניה** קוראים אנו אצל **וולף-רייזר**, בעמ' 421-420: "החשיבות המעשית של קניין המקום גדולה יותר מכפי שחשבו לעת יצירת הבג"ב... באופנים רבים בא הוא לידי שימוש בתכניות השיכון. ערים שונות וכמה מדינות נוהגות באופן שיטתי למסור קרקעות-בניין לקנייני-מקום המוגבלים בזמן, במקום למכרן לצמיתות. לדבר זה ישנו היתרון, שמונע הוא את ספסרות הקרקעות והבנייה, משאיר הוא לבעל-הקרקע (למדינה או לקהילה) את שבח התייקרות הקרקעות, מאפשר הוא לבעל-קרקע זה את ההשפעה על צורה הבנייה ומקדם הוא את הבעלות הפרטית בבתים בקרב מעמד הפועלים והמעמד הבינוני..." ואם בכמה מקומות נשארת בכל-זאת האפשרות של קניין-מקום מוגבלת למטרות של בנייה בלבד, כי החוק אינו מכיר שם בקניין-מקום לצרכי מטעים - **וולף-רייזר** דוחה את ההשגות על כך, בטענה שעד עכשיו על-כל-פנים לא הורגש בחסרון הדבר[336] - הרי ציטוט מתוך הסע' ד'-2 של "חוזה החכירה החקלאי" האחיד של הקרן הקיימת **במדינת-ישראל**: "במשך תקופת החכירה יש לחוכר הזכות להשתמש בבניינים הבנויים ובמטעים הנטועים כיום ובאלה שייבנו ויינטעו בעתיד... ולעשות בהם כאדם העושה בתוך שלו". כאן מתברר אפוא בעליל, שעל-כל-פנים במציאות שלנו מורגש הצורך באפשרות של קניין-מקום, [[95]] לא רק ביחס לבניינים אלא גם לענין מטעים, - ורק אנומליה היא כאשר חוק המקרקעין, תשכ"ט, מתעלם ממציאות זו. לפי החוק (סע' 12) מתפשטת הבעלות בקרקע גם על הגופים הקבועים שבחלל הרום או העומק שלה, ואין אחדות זו ניתנת להפרדה אפילו בדרך שעבוד. לכל היותר ייתכן שהגופים **יושכרו** בנפרד

---

[334] קס) ר' שו"ע חו"מ סי' רי"ד, רט"ו ור"כ, וביחוד סע' ח' בסי' שט"ו וסע' ט"ו בסי' ר"כ; ור' גם רשב"ם על בבא בתרא ס"ח ב', ד"ה האבנים שהן לצרכה.

[335] קסא) **המשפט האזרחי הסובייטי**, א', עמ' 379-369.

[336] קסב) **וולף-רייזר**, עמ' 421, והערה 6 שם; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 289.

(סע' 13 ו-78). עם זאת יש לציין שקביעה מוחלטת זו נסתרת בהמשכו של החוק במה שנוגע לאפשרות של בעלות נפרדת בדירה ב"בית משותף" (סע' 54).

לאחר מכן באים אנו להתר הפרדת הבעלות אף שלא על-פי קניין-מקום, ושוב נראה כי הברירה היא להסתבך במשחק מלים המרוקן את המושגים המשפטיים מתוכנם. קבלת העקרון האירופי של ה-accessio בעקביותו, פירושה הוא שאם מקים החיבורים יפעל בחיבורים שהקים - כגון שיעקרם או יפריד מהם חלקים - הרי זכותו המקורית לפיצוי בעד השבח (אם בכלל היתה לו זכות כזאת) תפחת במידה מתאימה, אך הוא מצידו יצטרך להיחשב עם זאת כגנב. לתוצאה שכזאת אין שום הצדקה, ביחוד לנוכח העובדה שבדרך-כלל יהיה מקים החיבורים צפוי לאפשרות של דרישת-עקירה מצד בעל-הבית - כפי שנראה להלן, - ומשמע שבדרך-כלל אף אין עקרון ה-accessio נחוץ להבטחתו של אינטרס בעלותי מתאים מצד בעל הקרקע, ויתכן אפילו שעקרון ה-accessio יהיה בינתים לרועץ אף לבעל-הקרקע עצמו (כגון שערך החיבורים יוכלל בחישוב מס-הרכוש שהוא יחויב לשלם, אף-על-פי שתכניתו תהיה שלא להיזקק כלל לחיבורים ולעמוד על עקירתם). לכן, לפחות כנגד הפגיעה הצפויה כאן **למקים החיבורים**, מסכימות למעשה כל השיטות האירופיות שאנו עוסקים בהן, שבינתים - כל זמן שלא נגמר עניינו עם בעל הקרקע - אמנם תהא למקים, בסייגים שונים, זכות-עקירה, על אף ה-accessio [337]. אולם, זכות של עקירה ועקרון ה-accessio הם תרתי דסתרי, ולמעשה - במקום שיש זכות עקירה - מקים החיבורים הוא הנשאר בינתים בעליהם, על אף כל התעקשות נוגדת של נוסח החוק[338]. מלבד זה, צירוף מסיבות אחר שבו עשוי עקרון ה-accessio להביא תוצאות מופרכות הוא כאשר מקים החיבורים אכל את פירותיהם ולבסוף דורש ממנו בעל הקרקע לעקור את החיבורים: במקרה כזה לא יזכה המקים בפיצוי כלשהו בעד השבח שהיה, אך הוא מצידו יצטרך על-כל-פנים להחזיר את הפירות שאכל - לפחות כשירד לקרקע שלא בתום-לב ואם בית-המשפט לא יפסוק אחרת, לאור השטות שבדבר; אך אם בית-המשפט יפסוק אמנם אחרת, ממילא יימצא שוב עקרון ה-accessio נסתר מתוכו.

לעומת זאת, על-פי הגישה של דיני ישראל, כפי שסיכמנוה לעיל, נמנעות כל התקלות האלו - וזה בלי שום מחיר של הסתבכות בתקלות שכנגד. כי היתרון היחיד של ה-accessio הוא, שמשחרר הוא את הפעילות בקרקע או ביחס אליה מן ההתנגשות בין שתי מערכות-קניין בלתי-מתואמות בתחומה; אך גם דיני ישראל מסלקים התנגשות זו במחי-יד - ובלבד שבעל-הבית יעדיף אמנם להיות פטור מאתה.

[[96]] והגישה העברית הזאת, באמת יש לראותה כעדיפה לא רק ביחס לחיבורים שהוספו על-ידי מעשה האדם, אלא גם ביחס לחיבורים שצורפו לקרקע על-ידי כוחות הטבע, כגון רוח, סחף או רעידת אדמה - כפי שעלול לקרות בעיקר ביחס להתחברות חומרים גיאולוגיים, המובאים מן

---

[337] קסג) ר' **פלניול וריפר**, ג', עמ' 263; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 289; בג"ב, סע' 997 ו-258; צג"ב, סע' 939, 753, ור' **רוסל ומנתא**, ב', עמ' 342; **צ'שיר**, עמ' 103, 395-397.

[338] קסד) השווה **מסיניאו**, ב/א, עמ' 289.

החוץ, שעליה דיברנו לעיל. **פלניול וריפר** (בכרך ג', עמ' 262) מנסים להצדיק הבחנה בין התחברות על-ידי כוחות הטבע לבין חיבור בידי אדם, זו לשונם: "אך אם אפשר להסכים שנכס יישלל מבעליו בלי אפשרות פיצוי, על-ידי התחברות טבעית לנכס הזולת, בהיות הדבר תוצאה של הופעה אשר שום אדם איננו אחראי לה, הרי לא כן הוא כאשר ההתחברות היא מעשה ידיו של אדם ידוע". אולם, באמת, מסקנה זו תמוהה היא מאוד. כי אדרבה: כשהחיבור הוא מעשה ידי האדם, אפשר היה לומר כי האדם לא צריך היה ללכת ולהשביח את נכס הזולת בלי רשות - ואם הלך והשביח, יפסיד את השקעתו. אך כשהחיבור נעשה באונס, והחומרים המתחברים יצאו מתחת יד בעליהם שלא מדעתם - למה ישאו בעליהם בהפסד ובעל הקרקע האחרת ירוויח חינם? אכן, המדובר כאן הוא בעיקר בחומרים טבעיים, שגם בעליהם הראשונים אולי זכו בהם מן ההפקר ולא שילמו בעדם; אך ההנחה בחברה תקינה היא כי משזכה אדם בנכס - ולו גם מן ההפקר - הריהו מוגן, ושוב אין אדם אחד רשאי לזכות בנכס שלא מדעתו, לא רק בדרך תפיסה על-כרחו, אלא גם לא על-ידי מציאת אבדה - ואילו כאן באמת רק עוסקים אנו בענין **אבדה**. דבר זה מוכר גם בפירוש בחוק השוייצרי, אלא שכל אימת שדיני האבדה מתנגשים בנידון עם דין ה-accessio, נותן החוק השוייצרי את ההכרע לדין ה-accessio[339]. לעומת זאת, בדיני ישראל אמנם מוחלים כאן באופן עקרוני דיני האבדה - בכפוף רק לסייג מסוים הנובע מן הייחוד המצוי בכל-זאת בענייננו. הייחוד הוא, שההפרדה החוזרת של החומרים המתחברים, כדי להחזירם לבעליהם הראשונים, עשויה כאן לפעמים להיות כרוכה בנזק לקרקע מאליה התחברו - ולכן, **בארץ-ישראל**, מתוך שיקולי ישוב מארץ, מאפשר הדין לבעל הקרקע לזכות בחיבורים, כנגד פיצוי, אם ירצה, כפי שראינו לעיל ביחס לחיבורים המוספים בידי אדם. מצד שני, על-פי דיני האבדה הכלליים, לא יהא בעל הקרקע חייב בפיצוי, אם נראה ממסיבות המקרה כי הבעלים הראשונים התיאשו כבר מלכתחילה. לעומת זאת, **בחוץ-לארץ**, אם יידון הדבר על-פי דיני ישראל, נראה שבעל הקרקע לא יוכל לזכות בחומרים המתחברים בלי הסכמת הבעלים הראשונים, אלא-אם-כן התיאשו כבר הללו מלכתחילה; אולם, מסתבר על-פי דיני האבדה הכלליים, שאם העקירה תהא כרוכה בנזק לקרקע, מכל-מקום לא יהא בעל הקרקע חייב לאפשר אה ההפרדה אלא אם הבעלים הראשונים יסכימו לשלם את הנזק - ואם הבעלים הראשונים לא יסכימו לשלם ודאי יהא בכך גם משום הסכמה כי בעל הקרקע יזכה לעצמו, אם ירצה[340].

ולבסוף, במה שנוגע לדין התשמישים, כאן אין אמנם הבדלים מהותיים בין השיטות השונות (וביחוד לא בין השיטה העברית והשיטות של יבשת אירופה); ואכן, בכל השיטות גם יחד אין הדין מאפשר לברר על נקלה מהו תשמיש ומה איננו תשמיש, אלא מחייב הוא לדוק היטב בתפיסה המקובלת ובמסיבות המקרה. אולם, בעוד שהשיטות של יבשת אירופה מתימרות למצוא לדבר

---

[339] קסה) צג"ב, סע' 660.

[340] קסו) דוק בשו"ע חו"מ סי' קס"ח סע' א', ובדברי המגיד-משנה וכסף משנה על פ"ד מהל' שכנים הל' י, ובדברי הריטב"א (בשיטה מקובצת) והתוספות ונימוקי יוסף על סוגיית הזיתים ששטפם נהר, בבבא מציעא ק"א א', ור' גם שו"ע חו"מ סי' רס"ד.

קני-מידה יותר מדויקים, ואילו השיטה האנגלית נשארת בנידון זה, במידה רבה, אילמת לגמרי, הרי השיטה העברית תופסת את הדבר במהותו - וגם זהו יתרון שאינו מבוטל.[[97]]

3. הגדרת המקרקעין והמיטלטלין ודין הזכייה בפירות

הדברים שראינו בסימן הקודם מביאים אותנו עתה לצורך להשלימם על-ידי בירור השאלה, מהם אם-כן גדרי ההבחנה המדויקים בין מקרקעין ומיטלטלין. השאלה מתעוררת, כי - כפי שראינו - אין השיטות השונות מגדירות בדרך-כלל במדויק מה יחול על דבר דין ה-accessio או דין ההיכללות - בהכרח או מסתמא - ביחידת הקרקע: בדרך-כלל מיחסות הן דין זה (מלבד הפירות והתשמישים) **לנטיעות ולמבנים**, או גם ל"מתקנים" אחרים, המתחברים לקרקע; אך מתי ייחשב דבר כנטיעה, כמבנה או כמתקן המחובר במידה מספקת ומתי ייחשב כצירוף מיטלטלין בעלמא, שהבאתו לקרקע אינה מצרפת אותו אליה מן הבחינה הנכסית? על כך לא ראינו עד כה תשובה אלא בגרמניה ובשוייצריה. לעומת זאת, בשיטות אחרות יש שהשאלה אינה מוצאת את פתרונה בתחום דיני ההצטרפות, אלא באמצעות ההגדרה העקרונית, הממיינת את הנכסים באופן כללי במקרקעין מחד גיסא או כמיטלטלין מאידך - וכדי להשלים את סקירתנו במסקנות המתחייבות מצד זה נפליג עתה לבירור ההבחנה הזאת מעיקרא.

על עיקר טיבה ועניינה של הבחנה זו עמדנו כבר בספר על "מושג הקניין ומערכה זכויות הממון"[341], ושם גם פתרנו את בעיית הערבוב בין חפצים חומריים וזכויות. כאן נעמוד רק על מה שנותר מן ההבחנה כשהיא מתיחסת לחפצים החומריים לבדם.

בכיוון זה מאלף המצב במשפט **הגרמני**, כאן אין אנו מוצאים בכלל מושג של "מקרקעין", שעיקרו בלשון רבים והרומז לסיווג מאוחד של מיני חפצים העשויים להיות שונים זה מזה מבחינה מושגית, כנגד מושג "המיטלטלין" (bewegliche Sachen) משמש פה רק מושג ה-Grundstück, היינו **יחידת-קרקע** ותו לא[342] - וטעם הדבר מתברר מתוך מה שראינו. לפי החוק הגרמני, אם נתחבר חפץ לקרקע, והחיבור עומד במבחן היותו ל"חלק מהותי" של הקרקע, ממילא מאבד החפץ את קיומו המשפטי העצמאי ונהפך הוא לחלק הקרקע; ואף אם חובר החפץ על-פי זכות המאפשרת להחזיקו למעשה בבעלות נפרדת, שאז מוצא הוא מגדר המעמד של חלק מהותי של הקרקע, מכל-מקום נהפך הוא על-פי סע' 12 של חוק קניין-המקום (erbbaurechtsverordnung) ל"חלק מהותי של קניין-המקום"[343] - ואז מאבד הוא את מעמדו כחפץ בפני עצמו על-פי הוראה זו. מצד שני, אם מוצא החיבור מגדר "חלק מהותי של הקרקע" באשר מטרת החיבור היא חולפת, או שהחיבור אינו עומד במבחן היותו ל"חלק מהותי של הקרקע" מעיקרו - ממילא נחשב החפץ כמיטלטל[344], ונמצא כי לענין "מקרקעין" אין נשאר כאן אלא "יחידת-הקרקע" בלבד. מצירוף

---

[341] קסז) שם, חלק ב', פרק ט' סע' ב.

[342] קסח) **אנקצרוס-ניפרדי**, א', עמ' 503.

[343] קסט) ר' לעיל, בסמיכות להערה קכ"ז.

[344] קע) **אנקצרוס-ניפרדי**, א', עמ' 504.

הדברים יוצא גם-כן, כי במידה שחפץ חדל להיות מיטלטל בעלמא, לא באשר נהפך הוא ל"חלק מהותי של יחידת-קרקע", אלא באשר נהפך ל"**תשמיש**" של הקרקע או של חיבור הנחשב כחלק מהותי ממנה - ממילא מצטרף אף הוא, ולו גם בבחינת "תשמיש" בלבד, **ל"יחידת הקרקע"**, - והעובדה שיתכן כי אין הוא שייך לקרקע אלא באמצעות חיבור כלשהו, אשר באפיו הפיסי נבדל הוא מגוש-הקרקע כשלעצמו, אינה משנה מבחינה זו דבר.

[[98]] לעומת זאת, בשיטות האחרות מוצאים אנו הגדרת "מקרקעין", התופסת בה לא רק את הקרקע או "יחידת-הקרקע", אלא גם מיני חפצים אחדים, שיתכן בהם מעמד חפץ בפני עצמם. כך, **בצרפת**, הולך החוק ומונה כרוכל את מיני החפצים הנחשבים במקרקעין, בשמונה סעיפים, מ-518 עד 525: קודם-כל, "המקרקעין על-פי טיבם", והיינו הקרקעות, הבניינים[345], הטחנות הקבועות על עמודים והמהוות חלק של הבניין, היבול המושרש ופירות האילן שטרם נקטפו, וכן עצים שלא נגדעו, - ושנית, "המקרקעין על-פי יעודם", שעליהם עמדנו לעיל. **פלניול וריפר**[346] מסבירים כי רק החיבורים העשויים להיחשב כ"מקרקעין על-פי טבעם" הם חיבורים שיחול בהם דין ה-accessio, ואילו "מבנים, מטעים ומתקנים אחרים" שאינם מגיעים להיות "מקרקעין על-פי טיבם", ממילא אין בהם גם דין של ה-accessio (אף-על-פי שהחוק משתמש במונחים שונים בהגדרת המקרקעין מחד ובדין ה-accessio מאידך). טעם הצגתם של הדברים כמקרקעין בפני עצמם, אף-על-פי שהיותם למקרקעין מושך עליהם את דין ההצטרפות ליחידת-הקרקע, מסתבר מתוך בך, שבצרפת יתכן גם שחזקת ההצטרפות תיסתר, ושהחיבורים יישארו בבעלות נפרדת, כחפצים הנתונים לאפשרות של משא-ומתן בפני עצמם - וחשיבות החשבתם כמקרקעין במקרה כזה היא, שיחול על המשא-ומתן דין המשא-ומתן במקרקעין, ולא דין המשא-ומתן במיטלטלין. אולם, טעם זה אינו מתאים אלא לחלק מן המקרים. במקרים אחרים, טעם החשבת הדברים במקרקעין הוא דווקא הפוך, והיינו **שלא** ייחשבו כחפצים בפני עצמם, אלא כחלק מיחידת הקרקע. כך הוא במה שנוגע ליבול המושרש, לפירות ולעצים, שהחשבתם כמקרקעין באה בעיקר לציין שאין הם נהפכים לחפצים בפני עצמם אלא משיופרדו מן הקרקע בדרך הקציר, הקטיף או הגידוע ויהפכו בכך מיטלטלין[347]. טעם הפוך מעין זה אף מגיע להיות הטעם **היחיד** של ההגדרה במה שנוגע ל"מקרקעין על-פי יעודם", כי כאן כל הכוונה היא אמנם שהדברים **לא** ייחשבו כחפצים בפני עצמם - אלא כחלק מן היחידת הקרקעית, - כל אימת שצריכים הם להיחשב כתשמישיה; אך מסתבר שבנקודה זו נעלם כל קשר הגיוני בין הגישה המושגית של החוק לבין טעמה המעשי[348].

---

[345] קעא) כאן משתמש החוק במונח bâtiments, בהבדל מן המונח constructions (מבנים) שבו משתמש החוק בסעיפים 553 ואילך, בקשר לדין ה-accessio.

[346] קעב) בכרך ג', עמ' 263.

[347] קעג) "בעיקר" - כי ביחס ליבול, לפירות ולעצים, אין זה הטעם **היחיד** להחשבתם כמקרקעין, בשים-לב לעובדה שבצרפת ייתכנו קניין-מקום ובעלות קרקעות נפרדת אף ביחס למטעים: **פלניול וריפר**, ג', עמ' 324.

[348] קעד) השווה **פלניול וריפר**, ג', עמ' 80.

ביחס לעמדה של ספר החוקים האזרחי בצרפת בדבר רגע ההיפכות של היבול, חפירות והעצים ממקרקעין למיטלטלין, מובא אצל **פלניול וריפר** כי מתנגשת היא עם עמדתם של כמה חוקים חיצוניים, הרואים את היבול, הפירות והעצים כמיטלטלין הנתונים למשא-ומתן בפני עצמם אף בטרם הופרדו מן הקרקע למעשה וכשרק **עומדים** הם להיות מופרדים. פסקי-הדין מתיחסים כך לפעמים גם למחצבים העומדים להיכרות ולחומרים של בניין העומד להיהרס[349].

המיטלטלין מוגדרים בספר החוקים האזרחי בצרפת בסע' 528: "מיטלטלין על-פי טבעם הם הגופים העשויים לעבור ממקום אחד למשנהו, בין אם נעים הם מעצמם, כבעלי-החיים, בין אם אין הם יכולים להחליף מקום אלא כתוצאה של כוח חיצוני, כחפצים הדוממים".

[[99]] כנגד גישת החוק הצרפתי, ההופך את בעית השייכות של היבול, הפירות והעצים ליחידת-הקרקע לשאלה של מעמד אותם החפצים כמקרקעין או מיטלטלין, ראוי לציין את דרך-הפתרון בנקודה זו בחוק **הגרמני**, שאין לו מושג של "מקרקעין" מעבר למושג של "יחידת-הקרקע" כישות כוללת אחת. הפתרון הוא שכל עוד נשאר דבר "חלק מהותי" של יחידת-הקרקע, ממילא לא יתכן בו שום מעמד עצמאי, כפי שראינו; אך הפרדת הדבר מוציאתו ממילא מכלל "חלק מהותי" והופכת אותו למיטלטל בפני עצמו - ומשעת ההפרדה, הרי או שנשאר הוא בבעלותו של בעל היחידה הקרקעית, או שעובר הוא לבעלות האדם שהיתה לו רשות להפרידו לעצמו[350].

באיטליה, בעיקרו של דבר (ולבד ממה שנוגע לתשמישים), דומה הגדרת המקרקעין, על תפקידיה, למה שראינו במשפט הצרפתי, - אך נראה כי מרחיבה היא את דין ה-accessio אף על חיבורי מבנים שלא היו מצטרפים ליחידת-הקרקע ושלא היו נחשבים כמקרקעין במשפט הצרפתי או הגרמני. ההגדרה ניתנת בסע' 812 של ספר החוקים האזרחי, זה לשונו: "נכסי מקרקעין הם הקרקע, מעינות המים והנחלים, האילנות, הבניינים והמבנים האחרים, גם אם מחוברים הם לקרקע באופן חולף, ובדרך-כלל כל המצורף לקרקע באופן טבעי או מלאכותי. נחשבים כמקרקעין הטחנות, המרחצאות והבניינים השטים האחרים, אם מוחזקים הם באופן איתן לחוף או לקרקע ונועדים הם להישאר כך באופן קבוע לצורך שימושם". הסעיף מוסיף כי "כל הנכסים האחרים הם מיטלטלין". בסע' 820 נקבע כי "עד שלא אירעה ההפרדה, הרי הפירות הם חלק החפץ, אף-על-פי-כן אפשר להקנותם כמיטלטלין לשעתיד".

בשוייצריה, אף-על-פי שהגישה העקרונית היא כמו בגרמניה, מוצאים אנו הגדרת מקרקעין, המתפשטת על דברים שמלבד "יחידת-הקרקע", והיינו על זכויות מסוימות - כמו, בעיקר קניין-המקום - וכן על מכרות, שאף בזה בעצם הכוונה היא לאו דווא לחפץ חומרי, כי אם למין קניין-

---

[349] קעה) שם, עמ' 104 ואילך.

[350] קעו) בג"ב, סע' 953 ואילך.

מקום או קניין-פירות[351]. מבחינתנו אין לנו אפוא עניין בהבדל החוק השוייצרי מן החוק הגרמני בנקודה זו.

אשר **לאנגליה** קוראים אנו אצל **גודיב**, בעמ' 3-5: "העקרון הכללי הוא שכל הדברים המחוברים לקרקע הם חלק מן הקרקע, ולכן נחשבים הם כמקרקעין (realty) ונידונים על-פי חוק הקרקעות. כך, האילנות, כשהם גדלים באדמה, נידונים כקרקע. בהתאם לזה, מכר של עצים בצמיחתם הוא מכר של זכות בקרקע, אלא אם על-פי תנאי חוזה המכר אמורים האילנות להיכרת על-ידי בעל הקרקע כדי להימסר ללוקח או על-ידי הלוקח עצמו, כדי להילקח מיד על-ידיו. משנכרתו האילנות נעשים הם מיטלטלין. עקרון זה חל על כל יבול טבעי של הקרקע... ושוב, דברים מסוימים שהם בדרך-כלל מיטלטלין, כגון רהיטים, יכולים להיהפך למקרקעין על-ידי צירופם לאדמת הבעלים, ואז הם מתוארים כ-"fixtures". כך, כשפסל יקר נבנה לתוך בניין, חדל הוא להתקיים כישות נפרדה ונעשה חלק מנשוא הבעלות. כשה-fixture צורף באופן כזה לאדמה הבעלים, לא היתה עוד רשות לאדם לסלקו אלא אם היתה לו רשות להקנות את הקרקע - והיינו, בדרך-כלל, אם היה זה בעל הקרקע[352]. אולם, למעשה שינה החוק את הכלל הזה במידה רבה, ואפשר כי fixtures מסוימים יסולקו וייחשבו כמיטלטלין, למשל כשהם חוברו רק לשם יתר נוחות בשימושם כקישוט או בקשר למטרות מסחריות... הובעה אפילו הסברה כי דברים עשויים להיהפך למקרקעין אף-על-פי שחיבורם לא היה בכוונה... מספיק אם חוברו לאדמה באופן קבוע כתוצאה מפעולתם של גורמים טבעיים..." תפקיד הגדרת המקרקעין במשפט האנגלי מזדהה אפוא עם עצם דין ה-accessio של חפצים לקרקע: הגדרה זו, אף-על-פי שמתפשטת היא לכאורה על מיני חפצים שונים, למעשה אין היא קובעת לכל אחד מהם את מעמדו העצמי כמקרקע, אלא רק מתארה היא את הקף [[100]] ההתפשטות של יחידת-הקרקע בכללה, בדומה למצב בגרמניה, ואילו דימוי תחולת ההגדרה על מיני החפצים כשלעצמם הריהו כאן למעשה רק אחיזת-עינים בלבד.

נראה כי דבר דומה ניתן לומר גם לגבי הגדרת ה"מקרקעין" **במדינת ישראל**, לפי חוק המקרקעין, תשכ"ט, סע' 1. הגדרה זו קובעת כמקרקעין את ה"קרקע, כל הבנוי והנטוע עליה וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת חיבורים הניתנים להפרדה". ההגדרה איננה כאן "אות מתה" לגמרי, כי בדיעבד יש לה מובן בקריאת דיני השכירות ודיני הבתים המשותפים שבחוק; אולם, מבחינה פונקציונלית - בשים לב לאימוצו המוחלט של עקרון ה-accessio וביסוסם הנפרד והעצמאי של דיני הבתים המשותפים על מושג "הדירה" (סע' 54-52) - נמצא שלמעשה לא היתה

---

[351] קעז) צג"ב, סע' 655.

[352] קעח) כדי להימנע מסיבוך שאין-לו כאן חשיבות לדידנו, לא דייקנו במונחים האנגליים ושמנו "בעלות" כתרגום ל-freehold ואילו "בעל הקרקע" כתרגום ל-tenant in fee simple.

קריאת דיני השכירות והבתים המשותפים משתנה אף אלמלא הגדרה, ובאמת אין זו תורמת לחוק מאומה, אינה ממלאה שום תפקיד, ונשארת מין אבר מדולדל ומיותר לחלוטין[353].

לעומת כל אלה, **בדיני ישראל**, תפקיד הגדרת המקרקעין דומה בעיקרו למה שראינו בצרפת ובאיטליה, אך ההגדרה אינה מונה סתם מיני דברים אשר מושג המקרקעין יחול עליהם, אלא משתדלת היא להכליל את הדברים במהותם המשותפת. ההגדרה מופיעה בשו"ע חו"מ סי' קצ"ג בלשון זו: "**כל המחובר לקרקע שצריך לקרקע הריהו כקרקע**" - ומשמע כי חפץ העשוי להתקיים במהותו ולשמש את יעודו המהותי גם בנפרד מן הקרקע אין לו דין מקרקע, אף אם מחובר הוא, ואילו דין מקרקע לענייני משא-ומתן ודין החיבורים שעליו עמדנו לעיל חלים רק בחפץ אשר בדיעבד, לאחר שחובר לקרקע, אין הוא יכול להתקיים במהותו או לשמש את יעודו המהותי אלא במחובר. מלבד זה, יש כמובן דין מקרקע, בענייני משא-ומתן, **לקרקע עצמה**, והיינו לגוש-האדמה אשר אליו עשויים חיבורי-המקרקעין להתחבר, - ומסתבר שהוא יהא הדין גם **בתשמישי המקרקע**, כל אימת שיהא מדובר בהם שלא על דעת העברתם מן השימוש הקרקעי[354]. כך, למשל, אם פלוני התקין דלת בבית חברו, מסתבר שבעל-הבית יוכל לזכות בדלת כדין הזכייה בחיבורי-מקרקעין; ואף-על-פי שאפשר יהיה להוריד את הדלת מציריה בלי קושי, כדי להעבירה לשימוש זהה בקרון-מגורים מיטלטל - מכל-מקום לא יוכל המתקין לטעון בדיעבד כי לא היה לבעל-הבית דין זכייה, באשר הדלת הובאה כביכול לבית כמיטלטל בעלמא.

מצד שני יש לציין כי דברים המחוברים לקרקע, מסוג "תלוש ולבסוף חיברו", הרי בדיני איסור וההר אין להם דין קרקע אף כשצריכים הם לקרקע[355]; ואילו הדברים המחוברים שאינם צריכים לקרקע, הרי כשנידונים הם בפני עצמם יש להם דין מיטלטלין, גם בדיני ממונות, ואף-על-פי שלמעשה עדיין משמשים הם כתשמיש קרקעי[356]. גם צמחי-הקרקע העומדים להיתלש ואינם צריכים עוד לקרקע - דינם כמיטלטלין בפני עצמם; אך כל זמן שלא נתלשו הריהם בסתם בכלל הקרקע (או העץ), ומבחינה זו נחשבים הם כמקרקעין[357].

לגבי המיטלטלין, נראה שאין דיני ישראל נזקקים להגדרה מפורשת, אלא יש להבין כי כל נכס שאינו מקרקע - או במידה שאינו מקרקע - הריהו ממילא בבחינת מיטלטל. גישה אחרת, כגון זו המופיעה בחוק הצרפתי, המנסה את ידו בהגדרת מיטלטלין מיוחדת, עשויה רק להטעות על-ידי הדימוי כי בין המקרקעין והמיטלטלין ייתכנו גם נכסים - ואף נכסים חומריים - בעלי אופי אחר.

---

[353] קעח-1) ההגדרה גם יוצאת מיותרת כאן מפני שאף אין היא ממלאה שום תפקיד לענין הזקקתן המקבילה של הבעלות והשכירות לאפשרות של "משכנתה" ו"זיקת הנאה": שעבודים אלה, ביחס לבעלות, חלים על "המקרקעין", אך ביחס לשכירות חלים הם על **זכות השכירות** (סע' 81).

[354] קעט) ר' רשב"ם על בבא בתרא ס"ח ב', ד"ה האבנים שהן לצרכה.

[355] קפ) חולין ט"ז א', וש"ך על חו"מ סי' צ"ה ס"ק ח'.

[356] קפא) הש"ך שם.

[357] קפב) ר' פ"ה מהל' שכירות הל' ד', וכסף משנה על פ"א מהל' מכירה הל' י"ז.

לשם שלמות התמונה ביחס **לכל** השיטות שחקרנו יש להוסיף כאן כי מה שראינו בדבר היהפכות הפירות הבאים מגוף הקרקע למיטלטלין בפני עצמם אינו ממצה את הדין לענין האפשרות לזכות באותם פירות שלא אגב הבעלות בקרקע. האפשרויות שלא מיצינו הן מדין הזכייה של מי שאינו בא לזכות בפירות כמיטלטלין בעלמא, אלא באשר הם **"פירות"**, בתוקף שעבוד כלשהו שיש לאדם בגופו של הנכס נושא-הפירות, כדי לזכות בפירותיו. ראינו כי הכלל הוא שהפירות נקנים **כמיטלטלין בעלמא** על-ידי [[101]] הפרדתם, אך יש שאפשר לקנותם כמיטלטלין אף בעודם מחוברים - אם הקנייה היא למטרת הפרדה. לעומת זאת, לענין זכייה בפירות **באשר הם פירות**, נראה כי אף אותן השיטות ביבשת אירופה המכירות באפשרות של "מיטלטלין לעתיד", אינן מזכות את הקונה בגוף הפירות אלא משעה שהפריד את הפירות למעשה, - ואם נשארים עוד פירות מחוברים בשעה שפוקע השעבוד, נשארים אותם הפירות למי שזכאי בפירות לאחר-מכן[358]. רק **בשוייצריה**, הדין הוא שאם הבשילו הפירות לפני פקיעת השעבוד, הריהם מגיעים לקונה השעבוד, אף אם לא הספיק להפרידם[359]. **בדיני ישראל** דומה המצב למה שתוקן בשוייצריה, אך מסתבר שיש להסיט את הדגש בניסוח הדברים: הפירות נקנים למי שזכאי להם משעה שהבשילו (היינו משעה שאינם צריכים עוד לגופו של הנכס נושא-הפירות), ואם צריכים הם לגוף עד שייפרדו או שהופרדו לפני שהבשילו, הריהם נקנים על-ידי ההפרדה[360]. אולם, יוצא מכלל זה דינו של הבעל הזכאי לפירות מנכסי אשתו: הוא זוכה בפירות הנשארים מחוברים בכניסתה ומפסיד את הפירות הנשארים המחוברים ביציאתה ללא שום פיצוי[361]. אשר למדינת ישראל וחוק המקרקעין שלה מתשכ"ט - אין העניין נידון שם בכלל.

4. בעלות המיטלטלין

אשר **למיטלטלין** כנשוא-בעלות, כבר אמרנו לעיל כי בעיתם, ביסודה, היא יותר קלה, אחר שבדרך-כלל מתבררים גדרי יחודו החפצי של המיטלטל על-פי עצם טבעו ועל-פי מושגו. אולם, גם במיטלטלין עשויים הדברים להסתבך. קודם-כל, כפי שכבר ראינו - על-ידי חיבורם למקרקע; אך שאלות מיוחדות עשויות להתעורר גם בהישארם לחלוטין בבחינת מיטלטלין.

---

[358] קפב-1) **פלניול-וריפר**, ג', עמ' 189, 772-773; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סע' 821; בג"ב, סע' 954, 101.

[359] קפב-2) צג"ב, סע' 756.

[360] קפב-3) שו"ע חו"מ סי' רנ"ז סע' ג וחלקת מחוקק על שו"ע אה"ע סי' פ"ח ס"ק ט'.

[361] קפב-4) פסקי הרא"ש על כתובות ע"ט ב', ושו"ע אה"ע סי' פ"ה סע' ט"ו, הגה, וסי' פ"ח סע' ו'. **באירופה**, בדרך-כלל, כשהזכאי לפירות משאיר פירות שלא הספיק להפריד, הריהו זכאי לפיצוי: צרפת, סע' 548; איטליה, סע' 821; בג"ב, סע' 102, 592, 1055 סיפא; צג"ב, סע' 756 (גבי פירות שלא הבשילו עד שנסתיימה זכות הפירות). גם **בדיני ישראל**, הכלל הוא שאם זוכה אדם בפירות שתחילת עלייתם ברשותו של אחר, הריהו חייב בפיצוי: שו"ע חו"מ סי' שס"ב סע' ז'-ח', סי' רנ"ז סע' י"ג; אך דין הבעל בנכסי אשתו הוא שונה.

שאלה אחת היא לענין מיטלטלין שהם תשמישים זה לזה. בגרמניה, בשוייצריה ובאיטליה ראינו כבר כי דין התשמישים משותף הוא לתשמישי המקרקעין ולתשמישי המיטלטלין, ולמעשה כך הוא גם בדיני ישראל[362]. בהתאם לזה יתכן כי על-פי המנהג ותנאי המקרה ייחשב חפץ אחד כתשמיש של חפץ מיטלטל אחר, ובתור שכזה - כחלק ממנו ; אך ממילא פירושו של דבר הוא כי כל אימת שהמנהג או **תנאי המקרה** אינם מחייבים לראות את החפץ האחד כתשמיש, הרי זה ייחשב כמיטלטל בפני עצמו, שתיתכן בו בעלות נפרדת.

[[102]] השאלה השניה היא אם תיתכן בעלות נפרדת בחלק מסוים של חפץ אחד. התשובה היא ברורה בגרמניה ובשוייצריה, שם לא תיתכנה זכויות נפרדות ב"חלקים מהותיים", שמבחנם הוא בחוסר-האפשרות להפרידם בלי נזק. גם בדיני ישראל, התשובה היא ברורה על-פי שו"ע חו"מ סי' ר"כ. אמנם, נראה שחלקי חפץ עשויים להיקנות מראש, כדי להפרידם, אך בינתיים - כל זמן שההפרדה לא אירעה - פירוש הקניין הוא שהקונה נעשה רק שותף בזכות לגבי החפץ השלם, לפי הערך היחסי של החלק המסוים שקנה, בתוספת שעבוד המזכהו לדרוש הפרדה בעין.

ולבסוף, השאלה השלישית והמסובכת ביותר היא על דין המיטלטלין של בעלים שונים, המתחברים ביניהם שלא תוך כדי הקנאה מוסכמת מצד בעל המיטלטל האחד למשנהו. התחברות כזאת תיתכן על-ידי גזלן, על-ידי אומן הפועל בסטייה מרשותו, או על-ידי כוחות טבע או בעלי-חיים, בלי התערבותו של שום אדם כלל - ובסך-הכל יש פה אפוא הקבלה גמורה לבעיית ההתחברות של מיטלטלין למקרקעין. אולם, בהתחברות של מיטלטלין למקרקעין יש לנו תופעה של התחברות נכס טפל לנכס עיקרי, שמשקיפים אנו על הענין דווקא מנקודת-הראות של בעליו, אם זוכה הוא בנכס הטפל ואם לא, אם רשאי הוא לדרוש עקירה ואם לא, אם יש לצד-שכנגד זכות לדרוש עקירה **ממנו** או לא. לעומת זאת, בהתחברות מיטלטל למיטלטל אין לנו רקע יסודי מחויב שכזה, ושני בעלי המיטלטלין יכולים גם להופיע כאן במעמד שווה לחלוטין. זוהי ההצדקה המעשית להפרדת הדינים בשני המקרים.

בשיטות של **יבשת אירופה** שליט גם בענין ההתחברות בין מיטלטלין עקרון ה-accessio, והתוצאה היא כי ההתחברות - לרבות התחברות בדרך **ערבוב** - גורמת לשינוי אוטומטי בבעלות, לפי סוג המעשה שאירע. ההסדר המפורט ביותר נמצא בענין זה **בצרפת**, בסע' 565-577 של ספר החוקים האזרחי, ובתמצית מתחלקים כאן הדברים לשלש אפשרויות עיקריות כלהלן. א) במקרה של **התחברות תוך השתמרות זהויות החפצים הנפרדות** (או accession או adjonction) מבחין החוק, קודם-כל, בין חפץ עיקרי לטפל. חפץ עיקרי הוא זה שהחפץ האחר משמש אותו, או מקשטו, או משלימו, או שהוא יקר או גדול יותר מחברו - וכל מבחן הקודם כאן במניין קודם להכרעה. הדין הוא שבעל החפץ העיקרי זוכה בחפץ הטפל, אבל אם החפץ הטפל הוא הרבה יותר יקר מחברו, וניתן הוא להפרדה בלי נזק גדול, והחיבור נעשה שלא מדעת בעליו - יכול בעל החפץ הטפל לדרוש הפרדה. אם יצר החיבור חפץ חדש, השונה באופן מהותי ממרכיביו השונים (אם כי הללו עדיין

---

[362] קפג) שו"ע חו"מ סי' ר"כ.

ניכרים בזהוהם השונה בתוכו), וההפרדה אינה נוחה, נוצר שיתוף בין בעלי החפצים, - ואם הורכב החפץ על-ידי מי שאינו אחד הבעלים, הרי זה גם-כן מצטרף לשיתוף. ב) **אם חל בחפץ שינוי מהותי שלא מדעת בעליו** (specification), ואף אם חוזר השינוי לברייתו, הרי אם ערך החפץ כפי ששונה הוא הרבה יותר גדול מערך החפץ בתחילה, נקנה הוא לבעל השינוי. אם הפרש הערך אינו כזה, יש לבעל החפץ ברירה בין תביעת החזרה ותביעת תמורה. תביעת ההחזרה גוררת חיוב לתשלום ערך העבודה. ג) **אם החפצים המתחברים מאבדים את זהויותיהם** (mélange), נוצר שיתוף, אבל אם היה אחד החפצים הרבה יותר חשוב מחבריו בכמותו ובמחירו, יכול בעליו לזכות בתערובת כלה, כנגד תשלום ערכם של החפצים האחרים. כל הדינים הללו כפופים ל"יושר הטבעי", והשופט צריך להשתמש בקו-המחשבה הגלום בהם גם לשם יישובם של מקרים שלא הוסדרו בפירוש.

[[103]] בשיטות האחרות של יבשת אירופה, ר' סע' 939-940 של ספר החוקים האיטלקי; סע' 93 ו-951-947 של הבג"ב הגרמני; וסע' 726-727 של הצג"ב השוייצרי. ההבדלים החשובים הם **שבגרמניה** אין שום שינוי קנייני מתהווה אם החפצים ניתנים להפרדה בלי נזק הדדי או שינוי מהותי וגם בלי הוצאות מופרזות, ואילו **בשוייצריה** יכול השופט לשייך את החפץ לבעליו המקורי אף אם נגרם בו שינוי מהותי שערכו גדול יותר מן החומר הגולמי - אם המשנה פעל שלא בתום-לב. בשלש השיטות האלו מתיימרים הדינים למצות את הענין, ואין הם כפופים לשום הוראה מיוחדת שלפנים משורת הדין.

לפי **המג'לה**, סע' 902, אם חוברו חפצים של בעלים שונים שלא מדעת האחד מהם ושלא על-ידי גזלן, נקנה החפץ הזול לבעל החפץ היקר. אם היה החיבור על-ידי גזלן, ויש שם שינוי מהותי - זוכה הגזלן, על-פי סע' 899; אין שם שום מהותי, כי אם שבח או פחת - הברירה לבעלים לקיים את בעלותם או לתבוע תמורה, על-פי הסעיפים 898 או 900; באופן אחר נשארת הבעלות המקורית בעינה. במקרה של תערובת, באופן שזהות החפצים אינה ניכרת עוד, הרי אם נגרמה התערובת ברשות, או שנוצרה מאליה - נעשים החפצים משותפים, על-פי הסע' 788-789, אבל אם נגרמה על-ידי גזלן - יוצא הוא ידי חובתו על-ידי החזרת חפץ דומה כלשהו (סע' 891).

לפי **המשפט האנגלי** גם-כן נראה שיש להבחין בענייננו בין חיבור על-ידי גזלן וחיבור אחר. במקרה הראשון כמעט אין לדין החיבור משמעות מעשית, כי השאלה אם החפץ יוחזר לבעלים או לא היא עניין ל"שודא דדייני" - אך על-כל-פנים, בזמן-הביניים, אין החיבור משנה את השייכות, לבד מן המקרה של תערובת בין חפצים דומים, שאז נעשים החפצים משותפים, ואם היה לגזלן עצמו חלק בתערובת, נקנית היא כלה לצד שכנגד. היה החיבור שלא בגזלה, ולא בתערובת, הולך החפץ הטפל אחר העיקרי[363].

בדיני ישראל יש גם-כן מקום להבחין בין חיבור שנעשה בידי גזלן לבין חיבור שנעשה באופן אחר; כי בחיבור שנעשה בידי גזלן - אם נשתנה החפץ שנגזל עד כדי שינוי-השם שאינו חוזר לברייתו,

---

[363] קפד) **סלמונד**, נזיקין, עמ' 293-296; **הלסבורי-סיימונדס**, כ"ט, עמ' 378.

זוכה הגזלן בחפץ ואינו חייב להחזיר אלא את דמיו[364]. אולם, גם מקרה מיוחד זה אינו סותר בעצם את מה שאפשר לראות כעקרון הכללי והיסודי של דיני ישראל בענייננו, והיינו **שהתחברות המיטלטלין אינה משנה כשלעצמה את שייכותם**[365]. לאחר מכן, עקרון כללי שני, המסייג את העקרון הראשון ואשר מתוך צירופם צריכים אנו להסיק את פרטי הדינים בהמשך, הריהו כנראה זה, **שמיטלטלין אשר נתחברו ביניהם, הרי כל זמן שהפרדת האחד מהם כרוכה בנזק העולה על שוויו, שייגרם למיטלטלין השייכים לבעלים אחרים - אין לבעליו זכות להפרדתו**. עקרון זה מתחייב משני מקורות מקבילים: ראשית, מתוך מה שראינו לעיל[366] בדבר העדפת הנזק הקל של אדם אחד על פני גרימת הנזק החמור, - ושנית, מתוך מה שגם-כן כבר ראינו בדבר "**תקנת השבים**", הפוטרת את הגזלן מחובת ההחזרה בעין כשעשוי הדבר לעודדו בשימוש הראוי בנכסים כנגד תשלום ערכם[367].

[[104]] המסקנה הראשונה, המתחייבת כאמור מצירוף הדברים היא, כי במקום שאחד המיטלטלין יקר יותר מחבריו או שווה להם בערכו (לפי הערכה יחסית, מתוך מצב החיבור, על דעת הפרדה), ממילא **יש** בו זכות הפרדה. יתר-על-כן, מתחייב שאם אחד המיטלטלין יקר יותר מחבריו (לפי הערכה כאמור), ובעל אותו מיטלטל לא גרם את החיבור בפשיעתו ואף אינו אחראי לו על-פי דיני השומר או הגזלן, זכאי הוא להפריד את המיטלטל בלי שום פיצוי לבעלי המיטלטלין האחרים, אף אם ההפרדה תהא כרוכה בנזק למיטלטלין שלהם (לפי ערכם היחסי בחיבור) - אלא אם יהא אותו נזק ניתן להימנע על-ידי גרימת נזק קטן יותר למיטלטל היקר עצמו, ובעלי המיטלטלין הזולים יהיו נכונים לפצות מצידם את בעל המיטלטל היקר בעד הנזק שיגרום לעצמו כדי למנוע נזק מהם. לעומת זאת, בעלי המיטלטלין הזולים יהיו זכאים להפריד את שלהם - אם יהיו זכאים לכך בכלל - רק כנגד פיצוי על הנזק שההפרדה תגרום למיטלטל היקר; אך אף הם יהיו פטורים מחובת הפיצוי אם נגרם החיבור בפשיעתו של בעל המיטלטל היקר, או שהלה אחראי לחיבור על-פי דיני השומר או הגזלן.

מסקנה זו בדבר הבדל בין בעל המיטלטל היקר לבעלי המיטלטלין הזולים בקשר לחובת הפיצוי, לכאורה אין היא מתחייבת מן העקרונות שראינו לעיל, כי אם אדרבה, סותרת היא את הכלל שאמנם חייב אדם לסבול את הנזק הקל לשם מניעת החמור, אך זה רק כנגד פיצוי. לפי כלל זה, לכאורה היה צריך להתחייב בפיצוי גם בעל המיטלטל היקר, הגורם על-ידי ההפרדה נזק למיטלטלין הזולים, בעוד שבעליהם לא פשעו ואינם אחראים לחיבור. אולם, באמת נראה כי יש

---

[364] קפה) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ח', סע' ב'.

[365] קפו) הדבר מתחייב לפי המקורות שכבר ראינו לעיל, בקשר להתחברות המיטלטלין לקרקע - שאף זוהי בעצם, מלכתחילה, התחברות של **מיטלטלין**. ביחס להתחברות של מיטלטלין בלי השפעה של יסוד קרקעי, ר' באותו הכיוון את דברי רבינא בבבא קמא ק"א א'.

[366] קפז) פרק ג', סע' א', סי' 9.

[367] קפח) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ח', סע' א', בסמיכות להערה ו', וסע' ג, בסמיכות להערה כ"ז ובסמיכות להערה ל"ב; ור' גם לעיל כאן, בסמיכות להערה קנ"ב-1.

לשים כאן לב לשיקול מיוחד כלהלן. אם נניח כי בעלי המיטלטלין הזולים אינם דורשים הפרדה, או שאין להם כלל זכות הפרדה במסיבות המקרה, ואילו בעל המיטלטל היקר אמנם אינו מבקש הפרדה, אך מבקש הוא להחזיק ולהשתמש בשלו, בעוד שאומדנא דמוכח הוא על-פי מסיבות המקרה כי אמנם אין לו ענין בחיבור, ואין הוא מתכוון לזכות במיטלטלין הזולים - והללו רק נגררים אחר המיטלטל היקר שלא בטובת בעליו ושלא לצרכו, - הרי שודאי יצטרך הדין להכיר לבעל אותו מיטלטל את זכות ההחזקה והשימוש בצירוף-המיטלטלין בלי שום פיצוי. כך, משום שמצד אחד ודאי לא יוכלו בעלי המיטלטלין הזולים למנוע את זכות ההחזקה והשימוש של חברם, באשר מלכתחילה תהא זו רק בבחינת סבילה של הנזק הקל למניעת החמור; ואילו מצד שני, משיבואו בדיעבד לתבוע פיצוי, ודאי תצטרך להישמע טענת בעליו של המיטלטל היקר, שהוא מה עשה? הוא רק נטל את שלו; ואם בעלי המיטלטלין הזולים רוצים גם הם ליטול את שלהם, בבקשה, שיטלו את שלהם - אם יכולים הם לעשות כן בלי נזק - וילכו להם. גישה זו משתמעת מתוך הגיון הגמרא בבבא קמא ק״א א׳, כפי שנסביר בהערה קפ״ט להלן, ועולה היא בקנה אחד עם העקרון היסודי של ההתחברות במקרקעין; ובהמשך מכאן מתחייב גם מה שאמרנו לעיל, שבעל המיטלטל היקר אינו חייב בפיצוי אף כשאין הוא דווקא לוקח לעצמו את ההחזקה והשימוש בצירוף-המיטלטלין, אלא מפריד את שלו מן המיטלטלין הזולים ומזיק אותם על-ידי כך בידים. כך על-פי קל-וחומר, שאם יכול בעל המיטלטל היקר למנוע בינתיים מבעלי המיטלטלין הזולים את המיטלטלין שלהם לגמרי, על אחת כמה וכמה שרשאי הוא להפרידם כדי להעמידם לרשות בעליהם, ולו גם כשהם ניזוקים בהכרח-הדברים.

[[105]] לעומת זאת, כשבעלי המיטלטלין הזולים הם הדורשים הפרדה, הרי לאור השיקול דלעיל יש לראותם כמי שבא להוציא מבעל המיטלטל היקר, שהוא ״המוחזק״. הלה יכול לטעון אפוא כי מלכתחילה רשאי הוא להחזיק בצירוף-המיטלטלין כלו, ואף למנוע בינתיים את המיטלטלין הזולים מבעליהם לגמרי, - ואם בכל-זאת מבקשים בעלי המיטלטלין הזולים את שלהם, באשר אי-ההחזרה תגרום להם נזק קשה יותר מכפי שההפרדה תגרום לבעל המיטלטל היקר, הרי אמנם חייב בעל-דברם להיענות להם, אך זה רק כנגד פיצוי על הנזק שייגרם לו - לפי הדין הכללי[368].

---

[368] קפט) מסקנה זו מתאשרת כאמור על-פי הגיון הגמרא בבבא קמא ק״א א׳, לפי קו-מחשבה כלהלן. הגמרא דנה כאן בשאלה כזאת: צמר של ראובן נלקח על-ידי קוף ונטבל בצבע של שמעון, באופן שאין שם שבח לצמר - האם יכול שמעון לדרוש מראובן את החזרת הצבע, או שמא ״חזותא לאו מילתא היא״, והשינוי שנגרם לצמר על-ידי חיבור הצבע אין בו שום ממש המחייב החזרה? שאלה זו נשארה בגמרא בלי שום הכרעה מפורשת, אך על-כל-פנים מתברר כי הגמרא תופסת את הצמר, באופן חד-משמעי, כחפץ **עיקרי**, אשר בעליו הוא מוחזק, בעוד שאת הצבע תופסת היא כדבר טפל, שבעליו הוא המוציא מחברו - ומה יכול להיות קנה-המידה להבחנה בין חפץ עיקרי לטפל בחיבור, אם לא ערכם היחסי כשהם מחוברים, על דעת שיופרדו? אולם, הגמרא תומכת במסקנתנו גם באופן אחר, והיינו מתוך עצם העובדה כי השאלה נשארה בה ללא הכרעה. מהוצאה זו מתחייב, שאם **בעל הצמר** הוא המחזיק בצירוף, ובעל הצבע דורש את שלו, הרי בעל הצמר משיב לו, ממה נפשך: אם חזותא לאו מילתא היא - אין לך אצלי שום דבר כלל, אבל אף אם נאמר דמילתא היא, ובבן טוב, קח את שלך, אבל שלם לי את נזק ההפרדה, שהרי אני לא פשעתי

אפשרות שלישית היא, שכל המיטלטלים המעורבים בחיבור שווים בערכם. במקרה כזה מתחייב כי כל אחד מבעלי המיטלטלין זכאי להחזיק בשלו, והמצב הוא תיקו. במצב זה נראה גם-כן , שאין מקום לסטות משלמות העקרון במקורו, ואף אחד מן הצדדים לא יהא רשאי להציל את שלו על חשבון חברו בלי פיצוי.

מן המסקנה שהגענו אליה, שיתכן כי לבעל המיטלטל הזול לא תהיה זכות הפרדה, משתמע כי בעל המיטלטל היקר יוכל לזכות במיטלטל הזול - ואמנם הוא יזכה ממילא, כל אימת שיתנגד לדרישה הפרדה. כשחיבור המיטלטל הזול יהיה כרוך בשבח למיטלטל היקר, ובעל המיטלטל היקר יבחר אמנם לזכות במיטלטל הזול - על-ידי התנגדות לדרישת הפרדה או על-ידי גילוי באופן אחר כי מתכוון הוא להחזיק בחיבור - הריהו יהא חייב בפיצוי, כפי שהערנו. כמו כן מסתבר כי כל מחזיק שהוא בעל אחד המיטלטלין המעורב בחיבור יוכל לזכות במיטלטלין האחרים על-ידי גילוי כוונתו לכך, בכפוף לחובת פיצוי בעד השבח - אף כשהמיטלטלין האחרים יהיו יותר יקרים או שתהיה בהם זכות הפרדה באופן אחר; אלא שבמקרה כזה נראה כי הזכייה תהיה רק על תנאי שלא תבוא תביעת הפרדה או תביעת זכייה נגדית עדיפה מצד בעלי המיטלטלין האחרים.

[[106]] לאחר מכן באים אנו לאפשרות שבעלי המיטלטלין הזולים לא ידרשו הפרדה, באשר לא ירצו לשלם את הנזק הכרוך בכך, בעוד שבעל המיטלטל היקר לא ירצה גם הוא מצידו להפריד את המיטלטלין הזולים - באשר הפרדתם תהיה כרוכה בנזק גדול יותר מדי למיטלטל שלו - ועם זאת גם לא יהא מוכן לזכות במיטלטלין הזולים, כי לא יהיה מוכן לשלם בעד השבח שהם גורמים. במקרה כזה, אם יש שם מישהו האחראי לחיבור, הרי לפי דעת הראב"ד יוכל בעל המיטלטל המושבח לכפות את האיש שישלם לו את דמי המיטלטל הזה כפי שהיה מלכתחילה, ויזכה בחיבור[369]. נראה שדין זה, שבעל הנכס המושבח בלי רשות יכול לכפות את המשביח שיקנה ממנו את מנכס, במקום שבעל-הבית שאין לו ברירת עקירה יצטרך תמיד לפצות את המשביח, חל גם

ואין לי לסבול נזק בעדך בחינם. לעומת זאת, **כשבעל הצבע** מחזיק בצירוף, ובעל הצמר דורש את שלו, אין לבעל הצבע שום טענה ברורה שאף הוא מחזיק בשלו ושאין לו להחזיר את הצמר בלי פיצוי על הנזק שההפרדה תגרום לצבעו. בעל הצבע, יש לו רק טענת **שמא**: שמא חזותא מילתא היא, ושמא יש לו אם-כן זכות להחזיק בשלו. על זה משיב בעל הצמר, כי הצמר **ודאי** מילתא היא, ולו יש אם-כן ודאי זכות להחזיק, וכשברי ושמא מתנגשים, ברי עדיף, ואין בעל-השמא יכול לעכב בעדו בטענת הנזק, אשר **שמא** ייגרם לו.
יש גם לציין כי מסקנתנו יכולה מטבע הדברים להתייחס רק למקרים, בהם המיטלטל הזול הוא בבחינת "חזותא" בלבד גבי המיטלטל היקר, שהרי אם המיטלטל הזול אינו רק בבחינת שינוי-מראה בעלמא, אלא יש בחיבורו שבח למיטלטל היקר, ודאי לא תישמע טענת בעל המיטלטל היקר כי אין לו ענין בחיבור והוא רק מבקש להחזיק בשלו: במקרה כזה יהיה לנו מטבע הדברים אומדנא דמוכח, כי נכונות בעל המיטלטל היקר להחזיק בשלו ללא הפרדה היא ממילא בבחינת משאלה **לזכות** במיטלטל הזול, והוא לא יוכל להחזיק בצירוף אלא כנגד פיצוי בעד השבח, כפי שנראה להלן.

[369] קצ) ר' בספר "על ההחזקה ודיניה", פרק ח', הערה ח'.

במקרקעין[370]. אך לע"ד הריני נוטה להניח, כי במקרקעין אין הדין צריך לחול דווקא לגבי **גוף הקרקע המושבחת**, אלא יתכן שיחול רק לגבי **מקומו של השבח**, כשעבוד של קניין-מקום, להחזקת השבח בבעלות נפרדת.

אם החיבור הוא **תערובת**, באופן שאין להכיר עוד בין המיטלטלין השונים, נראה שיש להבחין בין תערובת שנגרמה ברשות לבין תערובת אחרת. במקרה הראשון נעשים הבעלים שותפים, וחלקו של כל שותף נאמד לפי הערך היחסי של מיטלטליו. כך הוא על-פי בבא מציעא, דף מ' עמ' א', והרמב"ם, בפ"ה מהל' שאלה ופקדון הל' ה', גורס שהוא הדין גם בתערובת שנגרמה בלי רשות; אולם, את פירושו זה של הרמב"ם קשה להלום. על-פי הכרעה של תרומת-הדשן (חלק א', סי' שי"ד), שנתקבלה גם בהגהת הרמ"א על חו"מ סי' רצ"ב סע' י', הדין בתערובת שנגרמה בלי הסכמה הבעלים הוא אחר, - והיינו שהשייכות במקרה כזה אינה משתנה, בהתאמה גמורה לעקרון הכללי שראינו לעיל, ומי שבא להוציא את שלו מן המחזיק בתערובת הריהו נאמן בזיהוי סביר של חלקו, אלא שאם ייחס המחזיק את הזהות לחלק מתאים אחר, תהא הצעתו של המחזיק עדיפה. טעם ההבחנה בין התערובת המוסכמת לתערובת שאיננה מוסכמת הריהו ודאי בכך, שבמקרה הראשון אמנם מוצדק הדבר שכל פחת העשוי לחול בתערובת יתחלק באופן פרופורציונלי בין הבעלים השונים; אבל אם נגרמה התערובת בפשיעה - ראוי שהפחת יחול רק על הפושע, ואילו הצד הנפגע יוציא את חלקו בשלמות: אם על-ידי כך שיקבל ממש את שלו או תחליף מתאים בעין, ואם על-ידי כך שיצטרך הפושע להשלים את החסר על-ידי פיצויים. ההכרעה של תרומת-הדשן מביאה לתוצאה הזאת על-ידי כך שהתובע או המחזיק יכולים ליחס על-פיה לתובע - בגדרי הסביר במסיבות המקרה - בין את מה שנשאר מן התערובת בעין בין את מה שנפגע בה; ובמקרה שייוחס לתובע החלק שנפגע, הרי הוא יוכל לתבוע פיצוי על-פי הדינים הכלליים של השומר או הגזלן. מסירת ההכרעה בברירה **למחזיק** נובעת מן הדינים הכלליים בענין ראיות.

[[107]] הדין האמור לא יהא נוח לתובע כשהתערובת נגרמה באונס שהמחזיק איננו אחראי לו, וכשאחר-כך אבד חלק התערובת באונס וחלק בפשיעה. המחזיק יוכל כאן לזהות את חלקו של התובע בחלק שאבד באונס דווקא; אבל אם אין התובע יכול להוכיח כי דווקא חלקו הוא שאבד בפשיעה, הרי נראה שהתוצאה היא על-כל-פנים מוצדקת.

אם נגרמה התערובת שלא בהסכמת הבעלים, ואין היא מוחזקת בידי שום אדם או שמוחזקים בה בעלים שונים כאחד, נראה שצריכה היא להתחלק כאילו היתה משותפת, אבל אם נפל בה פחת, הרי כל אחד מן הבעלים יוציא - עד כדי גובה זכותו - לפי היחס בין הערך העומד לחלוקה ומספר המתחרים. מסקנה זו מתחייבת על סמך העקרון הכללי הנקבע בשו"ע חו"מ סי' ק"ד סע' י' בענין חלוקת נכסים בין נושים מתחרים, כשהנכסים אינם מספיקים לכלם. הגיון התוצאה מסתבר כאן באופן כזה: אף אם נגרמה התערובת על-ידי אונס שאיש אינו אחראי לו - מכל-מקום יכול כל אחד מן הבעלים לטעון שלא קיבל עליו סיכון פרופורציונלי, כדין התערובת המוסכמת, ומשמע שאם

---

[370] קצא) ר' עה"ש חו"מ סי' שע"ה סע' י"ד.

נגרם נזק, נאמן כל אחד מן הצדדים לטעון בשווה עם חבריו, לגבי כל יחידה שלא נפגעה, שמא היא שלו - כדי שיחול הנזק בחלקם של האחרים. כל יחידה שלא נפגעה צריכה אפוא להתחלק בשווה, לפי מספר המתחרים - עד שהפחות שבהם בא על סיפוקו המלא, וההתחרות נמשכת רק בין הנותרים. תוצאה זו נוחה כמובן לבעלי החלקים הקטנים ופוגעת בבעלי החלקים הגדולים - אך מוצדקת היא גם על-ידי כך שסיכויי היפגעותם של החלקים הגדולים הריהם יותר גדולים מסיכויי ההיפגעות של החלקים הקטנים, לא רק באופן יחסי, אלא גם במוחלט[371].

5. תשלומי שבח

דיני ההתחברות הפיסית בין נכסי בעלים שונים, העשויים לתת מקום לזכיית אחד הבעלים בנכסי חברו שלא על-פי הסכם, אינם יכולים להיות שלמים בלי בירור ההסדר לאיזון הזכייה החד-צדדית - ועתה נעבור איפוא להשלמת התמונה מבחינה זו.

בדיני ישראל, ההסדר בתחום זה אינו אלא אחד הסעיפים של הכלל כי במקום **שזה נהנה וזה חסר - חייב**[372]. אך השאלה היא **כמה חייב**, ולענין זה יש להבחין בין אפשרויות אחדות.

האפשרות האחת היא שבעל הנכס הנזכה הוא עצמו גרם לחיבור, והוא פעל בדבר זה **ברשות**. נקרא לו להלן "**המשביח ברשות**", ונכליל במושג "המשביח" לא רק את המחבר נכס משלו לנכס של חברו, כי אם גם את מי שמפיק **פירות** מנכס של חברו בשביל בעליו, וכן גם את מי שמשביח את נכס חברו רק על-ידי עצם עבודתו - שכל אלה דינם הוא אחד. המשביח ברשות - בדרך-כלל הוא יפעל אמנם על-פי חוזה, וגם זכותו לתשלום תתברר ממילא על-פי החוזה. אולם, יתכן שהמשביח יפעל ברשות ושבכל-זאת לא יהא שם הסכם בבעיית התשלום - והיינו שהחוזה על רשות ההשבחה נשאר בלתי-מושלם או שהאיש היה זכאי להשביח את נכס חברו בתוקף זכותו להשתמש בו למען עצמו. במקרים כאלה, הכלל הוא כי **המשביח זכאי להחזרת הוצאותיו, ואם היה ערך השבח גדול מסכום ההוצאות, זכאי הוא גם להחזרת חלקו הנאות בתוספת-הערך, כאילו הורד כקבלן**[373].

[[108]] כלל זה מתיחס להנחה שהמשביח מזכה את חברו לאלתר, עם גרימת השבח, והיינו שהרשות נתונה היתה למשביח על דעת התוצאה הזאת. החלוקה של תוספת-הערך, היתרה על ההוצאות, בין המשביח לבעל הנכס המושבח, מסתברת מתוך כך שתוספת זו היא בהכרח פרי ההשפעה ההדדית של תכונות הנכס המושבח, מצד אחד, והשקעת הוצאות המשביח מצד שני[374]. לעומת זאת, אם ערך השבח יהיה פחות מערך ההוצאות, חל ההפסד רק על בעל הנכס המושבח, ואינו מתחלק כהתחלקות הריווח, כי ההנחה היא שהמשביח היה בבחינת מוזמן ליזום את השבח

---

[371] קצא-1) ר' גם להלן, פרק ה, סע' ג', מס' 14, בסמיכות להערה צ"ז.

[372] קצב) בבא קמא, דף כ עמ' א' ואילך.

[373] קצג) דוק בבבא מציעא ק"א א' ובבא בתרא מ"ב ב'.

[374] קצד) דוק בבבא קמא צ"ו ב': "תורי אשבח, ארעא לא אשבח?", וכן בבבא מציעא ק"ט ב': "איהו אשבח, ארעא לא אשבח?".

ולהשקיע בו את ההוצאות הדרושות. אולם, דבר זה מביא אותנו למסקנה, שאם על-פי מסיבות המקרה יש לראות את הוצאות המשביח כמוגזמות, ודאי אין הוא ראוי להיחשב לגביהן כמשביח ברשות, כי אם רק כמשביח שלא ברשות, אשר נראה את דינו להלן.

אשר למושג "ההוצאות", ודאי נכלל בו לא רק ערך הנכסים של המשביח, שהמשביח חיבר בפועל לנכס המושבח, ולא רק שכר העבודה שהוא שילם לפועלים, אלא גם השכר הראוי בשל עבודת המשביח עצמו - שהרי בעל הנכס המושבח מה איכפת לו אם המשביח שכר פועלים או עבד בעצמו. מסקנה זו, מצידה, מביאה שוב למסקנה, שהמשביח זכאי לא רק לתשלום שכרו הראוי בעד כל עבודה שהשקיע בטיפול בנכס המושבח במו ידיו, אלא גם בעד כל עבודה עקיפה שהשקיע - בארגון הנחוץ של פועלים שיגשימו את השבח בפועל. אולם, מן העובדה שהמשביח זכאי גם לחלק בריווח יוצא כי בגדר זכותו להוצאות זכאי הוא לכל היותר רק כמנהל עבודה או כפקיד-מארגן, אבל אין הוא זכאי לשכרו של קבלן, שזה אינו נמדד לפי ערך העבודה כשלעצמה, כי אם לפי הערך המסחרי של פעולתו והשקעתו בכללן.

אם המשביח פועל ברשות, אבל שלא כדי לזכות את בעל הנכס המושבח לאלתר - כגון שיש לו קניין-מקום להחזקת השבח בבעלות נפרדת, ובעל הנכס המושבח זוכה רק **במותר** השבח, עם סיומו של קניין-המקום, או שבינתיים שייך הנכס המושבח למשביח עצמו, אלא שבעלות זו היא על תנאי, ולבסוף זוכה אדם אחד בנכס המושבח למפרע - התעוררה כנגד הכלל הנ"ל בעית **הפחת** שבינתיים, וביחוד הפחת שנגרם באונס. מסתבר לע"ד שבמקרה מן הסוג הראשון, כשהזכייה היא רק משעתה ולהבא, משלם בעל הנכס המושבח למשביח או לבאי-כוחו את הערך של מותר השבח, כפי שהוא בשעת הזכייה; אך מסקנה זו כפופה לסייג, על-פי דין מפורש, במקרה שהמדובר הוא בשבח של חוכר, שהוא שותף בפירות עם בעל-הבית: במקרה כזה, אם נסתיימה החכירה לפני שהבשילו הפירות, ונותר שם שבח, חוזר למקומו הדין הכללי, לפיו יהא החוכר זכאי להוצאותיו בתוספת חלקו בתוספת הערך לפי חלקו הראוי בפירות[375]. במקרה מן הסוג השני, כשהזכייה היא משעתה ולמפרע, נראה לי שיש להבחין בדבר לפי מה שעל-פי דין או לפי בחירת הזוכה נשארים הפירות של זמן-הביניים לבעלים הראשונים או שמגיעים הם לזוכה: אם הפירות נשארים לבעלים הראשונים, אין הבעלים זוכים בשבח אלא משעת הזכייה ולהבא, וחובת הפיצוי היא לפי ערך השבח בזמן הזכייה; אם, לעומת זאת, הבעלים החדשים זוכים גם בפירות למפרע, הריהם זוכים גם בשבח למפרע, משעת ההשבחה, וחובת הפיצוי היא לפי הכלל שניסחנו לעיל.

[[109]] דין מיוחד יש לבעל המשביח את נכסי אשתו ומגרש אותה לאחר מכן. מבחינה קניינית מקבל השבח הזה מלכתחילה את מעמד הנכסים המושבחים, - והדין המיוחד הוא שכאשר זוכה האשה בשבח לחלוטין, עם הגירושין, הריהי מפצה את הבעל כדין המשביח שלא ברשות, ואם הספיק כבר הבעל לאכול פירות מנכסיה מפסיד הוא את השבח בלי שום פיצוי כלל[376].

---

[375] קצה) בבא מציעא ק"ט ב'.

[376] קצו) כתובות פ' א'.

אם ההשבחה היתה **שלא ברשות**, יוצא ממה שהסקנו לעיל כי לזכייה היא תמיד רק משעתה ולהבא - משעה שבעל מנכס המושבח בחר לזכות בשבח - ודין הפיצוי הוא **שהזוכה מחזיר למשביח את הוצאותיו, אבל זה לכל היותר רק עד כדי ערך השבח (בשעת הזכייה)**. אולם, הדברים חלים במוחלט רק במקרה שההשבחה היתה שלא בהתאם לאופן השימוש הראוי בנכס המושבח. אם ההשבחה היא בהתאם לשימוש הראוי, החזקה היא כי נעשית היא ברשות, ואין חזקה זו נסתרת אלא אם בעל הנכס המושבח מוכיח כי מלכתחילה לא יכול היה למחות, ובדיעבד נותן הוא למשביח את הברירה לעקור את השבח[377].

אם ההשבחה היא שלא ברשות, יכול גם בעל הנכס המושבח לכפות את המשביח שיקנה ממנו את הנכס, כפי שראינו לעיל, - ואז המשביח הוא המשלם, בעד הנכס **שהוא** זוכה בו, את ערכו של זה כפי שהיה מלכתחילה[378].

האפשרות האחרונה היא, שהשבח הוסב בחומרי הזולת בלי אמצעותו של אדם. במקרה כזה משלם בעל הנכס המושבח את ערך החומרים כפי שהיה בשעה שיצאו החומרים מתחת יד בעליהם - אך גם זה, כנראה, רק בגדרי ערכו של השבח[379]. אם השבח הוסב באמצעותו של אדם, בחומרים גזולים, נראה שאין דין בעל הנכס המושבח אלא עם המשביח, והמשביח הוא הנשאר אחראי לנגזל[380].

לעומת כל זה, **בשיטות הנוכריות**, מסתכמים הדברים כלהלן.

במדינת ישראל, על-פי סע' 563 של המג'לה, חייב הנהנה שכר ראוי למהנה שדרכו לפעול בשכר ושפעל לפי הזמנתו המפורשת או החרישית של הנהנה - לאו דווקא מדין התחייבות שמסתמא לשלם, אלא מדין השלילה של "עשיית עושר ולא במשפט"[381]. על-פי סע' 530 של המג'לה, אם תיקן שוכר מקרקעין את הנכס בדבר שהוא "מצרכי בדק הבית", והמשכיר הסכים לתיקון, גובה השוכר את הוצאותיו; אך דין זה כפוף לדיני הגנת הדייר, המסדירים חלוקת הוצאות. על-פי סע' 9 מחוק השליטה במקרקעין, אם בנה אדם או נטע בקרקע "מירי" של הזולה, בהסתמך על "זכות משוערת מדומה" - וערך הקרקע גדול יותר מערך החיבורים - משלם בעל הקרקע את ערך השבח[382]; ועל-פי

---

[377] קצז) בבא מציעא ק"א א-ב', ור' הערה קנ"ו לעיל.

[378] קצח) ר' לעיל, בסמיכות להערות ק"צ וקצ"א.

[379] קצט) שו"ע חו"מ סי' קס"ח סע' א'.

[380] ר) עה"ש חו"מ סי' שצ"ט סע' ח'.

[381] רא) ע"א 260/57, פדווה נגד פרידמן, פסקי-דין י"ד, עמ' 427.

[382] רב) על-פי אותו סע' 9, אם ערך-החיבורים גדול מערך הקרקע, משלם מקים החיבורים את ערך הקרקע, והוא זוכה בה. לענין זה, הוא הדין גם לגבי המשביח על-פי "זכות משוערת מדומה" ב"מולק", על-פי סע' 906 של המג'לה.

סע' 531 של המג'לה הוא הדין בחיבורים [[110]] שהוספו אפילו באדמה "מולק" על-ידי שוכר ושהמשכיר בוחר לקיימם. עד כאן במה שמקביל למשביח ברשות. אשר למשביח שלא ברשות קובע סע' 898 של המג'לה כי גזלן המיטלטלין זכאי לקבל את ערך השבח, אם בעל הנכס מבכר לקבלו בעין, - אבל דין זה כפוף לפקודת הנזיקין שעל-פיה אין פיצוי למשביח, ואילו החזרת המיטלטלין בעין היא ענין של שודא דדייני[383]. לגבי מקרקעין קבע סע' 908 של המג'לה כי הבעלים שהפקיעו קרקע מן הגזלן אחר שחרש אותה אינם חייבים פיצוי; אבל על-פי סע' 31 מחוק שופטי השלום העותמני, אם נמצאה הקרקע זרועה, ואין הבעלים רוצים להשהות את ההחזרה - כנגד שכר ראוי - עד שיבשילו הזרעים, חייבים הם במחיר הזרעים או בתמורתם. לפי סע' 906 של המג'לה, אם זכו הבעלים בבניינים או בנטיעות שחוברו באדמתם בלי רשות ושלא בהסתמך על זכות משוערת מדומה - חייבים היו בערך החיבורים כפי שהם בהיותם עומדים ליהרס ולהיעקר, בניכוי נוסף של הוצאות העקירה. סע' 11 של חוק השליטה במקרקעין אישר דין זה ביחס ל"מירי". הסדר זה התקשר לעובדה, שכשהמשביח פעל שלא על-פי "זכות משוערת מדומה", לא היו הבעלים חייבים לזכות בשבח (או למכור את אדמתם), אלא היתה להם גם ברירה של דרישת עקירה. במקרה של שבח על-ידי חומרי הזולת שלא באמצעותו של אדם חל כנראה סע' 902 של המג'לה, המדבר על תשלום ערך החפץ המתחבר.

עתה, לפי חוק המקרקעין, תשכ"ט, סע' 21 ואילך, אם הוקמו מבנים או נטיעות בקרקע שלא ברשות, ובעל הקרקע אינו מחייב את מקים החיבורים לסלקם (ואף אינו מסלקם בעצמו - כפי שרשאי הוא לעשות, על חשבון המקים, כשהלה אינו ממלא את דרישת הסילוק), חייב בעל הקרקע לשלם למקים את הוצאותיו או את ערך החיבורים, כנראה כפי שהם בשעה שבעל הקרקע מגלה את דעתו שאין הוא דורש סילוק. אם הוקמו החיבורים בטרם "הסדר" בספרי האחוזה יכול המקים לרכוש את הקרקע בכפייה לעצמו - במחיר שוויה בלי החיבורים בשעת התשלום - אם מלכתחילה הוא סבר בתום-לב שהוא עצמו בעל הקרקע, והוצאותיו עלו על ערך הקרקע בשעת מעשה, והרכישה לא תגרום לבעל הקרקע נזק חמור שמעבר למחיר שוויה של הקרקע.

באנגליה, הכלל הוא שאין פיצוי בעד הנאה שנגרמה לאדם שלא מדעתו, אך הכלל כפוף לכמה סטיות מסובכות, על פי החוק, בדיני שכירות המקרקעין[384].

בצרפת, משמש בסע' 565-577 של ספר החוקים האזרחים, ביחס להתחברות המיטלטלין, העקרון של תשלום ערך השבח - בלי נפקא מינה אם היתה שם רשות השבחה או לא, או אם פעל המשביח בתום-לב ואם לא. להתחברות במקרקעין היתה בחוק, עד הזמן האחרון, הבחנה בין מי שפועל "בהסתמך על זכות משוערת בצדק" לבין מי שפועל מדעת שאינו רשאי, ומתוך ניסוח בלתי-מכוון היתה זכות הפיצויים של המשביח השני טובה מזכותו של המשביח מן הסוג הראשון. ב-1960 תוקן הדבר, וכיום הכלל הוא אחיד שהמשביח את אדמת הזולת על-ידי בנייה או נטיעה זכאי

---

[383] רג) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ה', בסמיכות להערות ל"ה וכ"א.

[384] רד) ר' **צ'שיר**, עמ' 395.

להחזרת הוצאותיו, אך זה לכל היותר רק עד כדי ערך השבח. עם זאת נשאר הבדל בין המשביח בתום-לב לבין המשביח מדעת גזלה, שמן המשביח הראשון אי-אפשר אף-פעם לדרוש עקירה, ובעל-הבית חייב תמיד לזכות בשבחו ולפצותו, בעוד שכנגד משביח מן הסוג השני יש לבעל-הבית תמיד תביעת עקירה[385]. אם השבח אינו מתבטא בחיבור נכסים, כי אם רק בהשקעת עבודה, חייב בעל המקרקע המשובח להחזיר את ההוצאות הנחוצות והמועילות[386]. אם השבח נגרם למקרקע על-ידי חומרי הזולת בלי אמצעותו של אדם, אין עליו חובת פיצוי כלל[387].

באיטליה, לפי סע' 939 של ספר החוקים האזרחי, אם זוכה אדם בחיבור למיטלטל שלו, שנגרם ברשות, משלם הוא את ערך הנכס המחובר - בהבדל מן המקרה שהשבח נגרם בפשיעת בעל הנכס המחובר עצמו, שאז אין הזוכה משלם את ערך הנכס המחובר במידה שזה עולה על ערך השבח. לפי סע' 940, במקרה של זכייה בנכס ששונה, משלם הזוכה תמיד את ערך ההשקעה של הצד שכנגד. לפי סע' 936, אם זוכה בעל קרקע בחיבורים שהוספו על-ידי אחר, בחומריו של הלה, משלם הוא לו תמיד את הוצאותיו עד כדי שיעור השבח, אך במקרה שהאיש פעל שלא בתום-לב ושלא בידיעת בעל הקרקע יש גם לבעל הקרקע [[111]] ברירה של תביעת עקירה. לפי סע' 937 אם פעל האיש בחומרים גזולים, ובעל הקרקע זוכה בשבח אחר שהמשביח פעל ברשותו, ובעל הקרקע ידע על הגזלה - אחראי בעל הקרקע כלפי הנגזל במשותף עם המשביח. אם בעל הקרקע לא ידע על הגזלה, אין הוא אחראי לנגזל אלא בגדרי הסכום שעדיין נשאר הוא חייב למשביח. לפי סע' 944, אם נגרם השבח על-ידי גוש אדמה שהובא בסחף הנהר, חייב בעל הקרקע פיצוי בגדרי ערכו של השבח. מעבר לכך, הכלל הוא כמו בצרפת, שבעל הנכס משלם למשביח את הוצאותיו הנחוצות והמועילות[388].

בגרמניה עולה מצירוף הסעיפים 951, 812 ואילך, 683-684, 990 ו-994 (ור' גם סע' 997) של הבג"ב, שבעל הנכס חייב להחזיר למשביח או לבעל החומרים את הוצאותיו עד כדי ערך השבח (על-פי דין "ההתעשרות שלא בזכות"), ואם פעל המשביח בתום-לב או בהתאם לרצונו המשוער של בעל הנכס, או בהתאם לחובתו, גובה הוא את הוצאותיו הנחוצות אף אם עולות הן על ערך השבח. אלטרנטיבה של תביעת-עקירה, בדרך-כלל אינה נתונה.

בשוייצריה, על-פי הסעיפים 726 ו-727 של הצג"ב וסע' 62 ואילך של חוק החיובים, הדין הוא בדרך-כלל דומה לזה שבגרמניה. לגבי חיבורים בקרקעות נקבע בסע' 672 של הצג"ב, שבעל הקרקע חייב פיצוי הוגן בעד החומרים, אבל אם נגרם החיבור שלא בתום-לב על-ידי בעל החומרים - אין בעל הקרקע חייב אלא בגדרי ערכו המינימלי של השבח. כמו כן נבדל הדין בשוייצריה על-ידי כך, שאם בעל מקרקע לא הסכים לחיבורים יכול הוא לדרוש את עקירתם

---

385 רה) ספר החוקים האזרחי, סע' 555.

386 רו) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 268-269.

387 רז) שם, עמ' 262.

388 רח) **מסיניאו**, א', עמ' 438.

(צג"ב, סע' 671), ומצד שני - אם ערך החיבורים עולה בבירור על ערך הקרקע - הרי אותו צד שהוא תם-לב בענין יכול לדרוש כי הקרקע על חיבוריה תוקנה לבעל החומרים, כנגד פיצוי הוגן (סע' 673).

6. חיבורים במצר בין חצרות אחדות

על חזקת שייכותם והחזקתם של דברים שבמצר בין חצרות אחדות עמדנו כבר בספר על "ההחזקה ודיניה", בפרק ה', סע' ה' סי' 1, בסמיכות להערה ס"א; אך כאן צריכים אנו להשלים את התמונה במה שנוגע לא לדין **חזקת השייכות**, כי אם לדין **השייכות האמיתית** - ולאור מסקנותינו שעד כה, שוב אין שום בעיה מיוחדת יכולה להתעורר מבחינה זו לגבי כל **מיני הדברים** העשויים להימצא במצר, אלא נשאר לנו לבדוק רק את דין השייכות של **חיבורי-המקרקעין** שבמצר.

[[112]] לענין זה נראה שיש להבחין בין שתי אפשרויות עקרוניות. האחת היא כשהמקרקע המחובר - כל עיקרו עומד במצר, ונראה כי אפילו השיטות האירופיות שיש להן דין accessio סוטות מדין זה, במקרה האמור. אולם, את הסטייה הזאת קשה להעמיד על איזו שיטה עקבית מבוררת. נראה הדבר פשוט, שאם הוקם החיבור שלא בתום-לב על-ידי אדם זר לחלוטין, ואיש מבני המצר אינו מעוניין לקיים את החיבור, הרי לפחות בשיטות האירופיות שמלבד הבג"ב יש לבני המצר תביעת עקירה, על-פי הדין הכללי. אם הוקם החיבור בתום-לב, נראה על-פי הדין הכללי שאין שם תביעת עקירה, אך אין החיבור נעשה דווקא משותף לכל בני המצר. אם הוקם החיבור שלא בתום-לב, ולפחות אחד מבני המצר מעוניין לקיימו - יש מקום להסתפק אם לבני המצר האחרים יש תביעת עקירה; וגם במקרה זה, אם יישאר החיבור במקומו, אין הוא נעשה דווקא משותף לכלם. נוצרת לגבי החיבור רק **חזקה של שיתוף**, בדומה לעקרון העברי, וניתנת אפשרות להוכיח כי החיבור נשאר בבעלותו של מישהו מבני המצר לבדו. אין הדין המפורש עונה על השאלה אם תוכל להיות מוכחת גם בעלות נפרדת של אדם שאיננו מבני המצר. אם הבעלות היא נפרדת יש לכל אחד מבני-המצר זכות להצטרף אליה כנגד תשלום חלקם המתאים בערך החיבור והקרקע - ולפחות זה הדין כשהחיבור הוא כותל. על הכותל המשותף רשאי גם כל אחד מבני המצר להוסיף, והתוספת נשארת בבעלות נפרדת של המוסיף - כל זמן שחבריו אינם מצטרפים לשיתוף בה, - אך בינתיים חייב המוסיף לפצות את חבריו על חובתם לסבול את התוספת. דיני ההצטרפות לשיתוף ודיני ההוספה על הכותל מצויים רק בצרפת ובאיטליה, אך לא בגרמניה ובשוייצריה[389].

---

[389] רט) ספר החוקים האזרחי הצרפתי, סע' 653 ואילך, ור' **פלניול וריפר**, ג', עמ' 294 ואילך; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סע' 874 ואילך, ור' **מסיניאו**, ב/א, עמ' 512 ואילך; בג"ב, סע' 921-923, ור' **וולף-רייזר**, עמ' 206 ואילך; צג"ב, סע' 670. **בגרמניה** אמנם מתיימר החוק שלא לפגוע להלכה בדין ה-accessio, אלא מדבר הוא רק על חזקה של "זכות שימוש משותפת" בין בני המצר, **וולף-רייזר** אף מסביר, כי ה-accessio בענייננו איננו יוצר בעלות משותפת בחיבור, אלא כל חלק של החיבור נשאר בבעלות הנפרדת של בעל יחידת-הקרקע אשר בתחומה החלק נמצא; אולם, תפיסה זו נסתרת לכאורה על-ידי לשון החוק

בדיני ישראל, המצב בעיקרו הוא דומה, אך מתחייבים שינויים אחדים בפרטים. נראה, שאם הוקם החיבור שלא בהתאם לאופן השימוש הראוי במקום יש לכל אחד מבני-המצר תביעת עקירה. אם העקירה אינה נדרשת - או שהחיבור הוקם בהתאם לאופן השימוש הראוי, ואין לבני המצר תביעת-עקירה - יכול כל אחד מהם להצטרף לשיתוף, כנגד תשלום חלקו בשבח. החיבור יהא מוקם בהתאם לאופן השימוש הראוי כשנעשה הוא לשם גידור נאות בין החצרות. על הכותל המשותף רשאי כל אחד מן השותפים להוסיף ולהחזיק את התוספת בבעלות נפרדת, אך חבריו יכולים להצטרף לשיתוף גם בתוספת - הכל כנגד הפיצוי המתאים. אם הכותל שבמצר מכיל חלונות לבניין שבאחת החצרות, אין בו דין חיבור שעיקרו במצר, אלא נחשב הוא כחלק של הבניין, המשתרבב לחצר סמוכה - ובזה עוברים אנו לאפשרות העקרונית השנייה שבה יש לנו לדון כאן[390].

[[113]] ביחס לאפשרות שנייה זו, שחלק מבניין שעיקרו בחצר אחת משתרבב שלא ברשות לחצר הסמוכה, כותבים **פלניול וריפר**, בכרך ג', עמ' 269-270, כי בצרפת חל במקרה זה הדין הרגיל - והיינו כי השכן רוכש את חלק הבניין המשתרבב לתחומו (ואם הבונה פעל שלא בתום-לב יוכל השכן לדרוש את עקירת החלק המשתרבב, גם את יגרור הדבר את הרס הבניין כלו). הדין הרגיל חל כנראה גם באנגליה[391]. אולם, **באיטליה, בגרמניה ובשוייצריה** נחקק דין מיוחד כלהלן למקרה שהבונה פעל בתום-לב.

באיטליה נקבע בסע' 938 של ספר החוקים האזרחי לאמור: "אם בעת הקמתו של בניין תופסים בתום-לב חלק מאדמת השכן, והשכן אינו מתנגד תוך שלשה חודשים מן היום שהתחילה הבנייה, יכול השופט, בהתחשב במסיבות, להעניק לבונה את בעלות הבניין והקרקע שנתפסה. הבונה חייב לשלם לבעל הקרקע את כפל ערך הקרקע שנתפסה, בנוסף על דמי הנזק".

עצמו, המדבר על אפשרות **שכל** החיבור "שייך רק לאחד השכנים לבדו". גם התפיסה לגבי אילנות שבמצר היא פיקטיבית: האילן אמור כביכול להשתייך לבני-המצר בחלקים נפרדים, בכפוף לזכות פירות משותפת, אך משנגדע האילן נעשה הוא משותף גם בגופו, וכל אחד מבני-המצר יכול מלכתחילה לוותר על חלקו.
במדינת ישראל, לפי חוק המקרקעין, תשכ"ט, סע' 49, ההוראות שישנן הן כי החיבורים שבמצר - חזקתם שהם משותפים, אך על כל פנים רשאים השכנים להשתמש בהם, בהתאם למטרה שלשמה הוקמו, אף אם אינם משותפים, בכפוף לחובת השתתפות בהוצאות החזקתם, באופן פרופורציונלי למידת השימוש.

[390] רי) ביחס למצב בדיני ישראל ר' שו"ע חו"מ סי' קנ"ז וסי' קנ"ח סע' ג, וסי' קס"ז סע' ב'.

[391] ריא) ר' משפט Trucuell v. Stock, 1957, 1 All E.R., p. 74.
ביחס למצב במדינת-ישראל ר' ע"א 232/51 (אפשטין נ' לוין, פסקים עליונים ט"ז, עמ' 382), שם נתאשר כי בעל מקרקע שאליה משתרבב הבניין יכול לדרוש "סילוק יד", אך לא הוחלט אם פירוש הדבר הוא שבעל הקרקע יכול לדרוש הריסה. השאלה התעוררה בקשר למקרה בו נבנה הבניין כלו בקרקע שהיתה שייכת לבונה, אלא שאחר-כך חולק המגרש וחלק קטן של הבית יצא בחלקה האחת בעוד שהבעלות בבניין כלו ניתנה לבעל החלקה האחרת.

בגרמניה קובע סע' 912 של הבג"ב: "בעל הקרקע, שבהיותו מקים בניין בנה מעבר לגבולו, בלי שיהיה אשם בזדון או בפשיעה גסה - חייב שכנו לסבול את המבנה המשתרבב, אלא אם-כן הביע התנגדות לפני הסגת הגבול או מיד לאחריה. את השכן יש לפצות בשכר כספי (Geldrente)"... סע' 913 מוסיף כי את השכר יש לשלם בכל שנה מראש (כל זמן שהמבנה המשתרבב קיים), וחייב בו כל מי שהוא בעל הבניין, בשעתו, לטובת מי שהוא בעל האחוזה השכנה באותה שעה. לפי סע' 914, חובת השכר היא שעבוד ראשון על האחוזה שבה עיקר הבניין, ואת "קניין המקום" הנוצר כאמור אין לרשום בספר האחוזה; אולם, חוזה הקובע את גובה השכר או הבא למחול על השכר - טעון רישום. סע' 915 קובע כי בעל האחוזה השכנה יכול בכל עת לדרוש כי בעל הבניין יקנה ממנו את גוף חלקת האדמה שנתפסה, כנגד תשלום ערכה בשעת הסגת הגבול. דרישה זו אינה מבטלת את חובת השכר לגבי הזמן שעבר עד העברת הגוף. לפי סע' 916 חלות ההוראות הנ"ל (חוץ מסע' 915), בכפוף לשינויים המחוייבים, לגבי מי שהיה לו שעבוד באחוזה השכנה וקניינו נפגע.

בשוייצריה דן בעניינו סע' 674 של הצג"ב: "הבניינים והמתקנים האחרים המשתרבבים מאחוזה אחת לרעותה נשארים חלקים עיקריים של האחוזה אשר ממנה הם משתרבבים - אם יש לבעליהם זכות ריאלית להשארתם. הזכות למבנה המשתרבב יכולה להירשם כשעבוד. אם השרבוב נעשה בלי זכות והנפגע אינו מתנגד תוך הזמן הנאות, אף-על-פי שנודע לו, הרי במסיבות המצדיקות את הדבר אפשר להעניק לבונה שפעל בתום-לב זכות ריאלית להשתרבבות המבנה או את הבעלות בקרקע - כנגד פיצויים מתאימים"[392].

[[114]] **בדיני ישראל** מוצאים אנו בעניינו דעות סותרות. **באר הגולה**[393] מביא תשובה מאת **הרשב"א**, שלפיה יש לדון את מסיג הגבול לפי הדין הרגיל (ומאחר שהחלק המשתרבב בודאי אינו יוצר שימוש ראוי במגרש שנתפס, יכול השכן לדרוש עקירה); ואפילו תגרום העקירה נזק גדול, "לא אמרו שימכור זה את שלו וישחית את נחלתו". והסמ"ע[394] מוסיף על כך טעם, אף כנגד הבונה הפועל כביכול בתום-לב: "דלא עשו תקנת השבים בקרקע, דכיון דהוא דבר קבוע ועומד, ה"ל למידע דשל הנגזל הוא, ולא ה"ל לקנותו". לעומת זאת מובאת **בפתחי-תשובה**[395] תשובת **המבי"ט**, שלפיה - אם פעל הבונה בתום-לב, ועשוי הוא להפסיד על-ידי העקירה הרבה יותר משיפסיד השכן על-ידי "השחתת נחלתו", - מקנים לבונה את חלק המגרש שנתפס, כנגד תשלום ערכו. המחלוקת בין שתי השיטות האלו יוצאת מן העמדה המשותפת, שדוחים את הנזק הקל מפני הנזק החמור

---

[392] ריב) יש לשים לב כי הסעיף השוייצרי דן לא רק בבניינים משתרבבים, אלא גם בהשתרבבות מתקנים אחרים - היינו השתרבבות באויר, שאינה בבחינת חיבור לגוף הקרקע השכנה. בהשתרבבות מסוג זה לא נדון כאן, אלא נדחה את הדבר לפרק על יחסי שכנים.

[393] ריג) על חו"מ סי' שע"ו ס"ק ב'.

[394] ריד) על סי' ש"ס ס"ק ו'.

[395] רטו) סי' ש"ס ס"ק א'.

מכוח "תקנת השבים", היינו במקרה של גזלה שהחזרתה בעין כרוכה בעקירה שהפסדה מרובה[396]; אלא שלדעת הרשב"א קבעו את "תקנת השבים" רק לגבי גזלה של מיטלטלין, ואילו המבי"ט סובר כי עשו "תקנת השבים" גם בגזלת מקרקעין, כשהגזלה היא שלא מדעת, - ואם אמנם מצטמצמת המחלוקת בכך, הרי לע"ד צודק המשנה-למלך (על פ"ז מהל' גנבה הל' י"א) כשדוחה הוא את דעת המבי"ט מפני דעת הרשב"א[397]. אולם, כפי שכבר הזכרנו בפרקנו לעיל[398], מובאת בפתחי-תשובה גם תשובה אחרת, מתוך ספר "**שער המשפט**", ולפיה לא היה המבי"ט צריך כלל להסתמך על "תקנת השבים", כי אם על ההלכה הכללית יותר שמלמד ר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה, שאם הברירה היא בין נזק קל לחמור, דוחים את הנזק הקל מפני החמור, כנגד פיצוי, אף במקום שגדרי תקנת השבים אינם מתקיימים. הלכה זו - אמנם אף היא שנויה במחלוקת, כפי שראינו לעיל; אך אם מתקבלת המסקנה שאליה הגענו, שההלכה היא אמנם כר' ישמעאל[399], ממילא גם בענייננו יש להכריע, שאם סילוק החלק המשתרבב כרוך בנזק העולה על ערכו של מקום השרבוב - [[115]] חייב אמנם השכן לסבול את השרבוב כנגד פיצוי הולם בעד המקום הנתפס על-ידיו, אף כשבעל הבניין המשתרבב פעל בזדון. השעבוד יצטרך ודאי להתקיים כל זמן שסילוק השרבוב יישאר כרוך בנזק הגדול יותר מהפסד מקומו. מבחינה ביקורתית ראוי להעיר כי הוצאה זו של הגנה על הגזלן מפני נזק מוגזם אף בהיותו פועל בזדון אינה צריכה להפחיד; כי מניעת הנזק המוגזם מן הגזלן היא ממילא גם מניעת הנזק המוגזם מן המערכת הכלכלית של הציבור בכללו, - ואילו להרתעת הגזלן מלכתחילה מניצולו של הדין כדי לכפות על שכנו מכר שהלה מסרב להסכים לו יכולים אנו להסתפק בדיני האיסור והעונשין, הרואים בהסגת-גבול בארץ-ישראל עבירה משולשת[400].

7. שינויים בהתפשטות האופקית של אחוזת-הקרקע

למעלה ראינו כי גדרי ההתפשטות של היחידה הנכסית במקרקעין נקבעים לפי הגבול המושם להתפשטות היחידה - או **האחוזה - על פני** כדור הארץ. אולם, גם משנקבע גבול האחוזה באופן כזה, יכולים כמובן לחול בו שינויים. השינוי הפשוט והרגיל ביותר הוא בדרך הסכם והקנאה בין שכנים - ובשינוי מסוג זה אין לנו ענין כאן. כמו כן אין לנו ענין פה בשינויים העשויים להתרחש

---

[396] רטז) בבא קמא צ"ה א'; רש"י על גטין נ"ה א', ד"ה מפני תקנת השבים.

[397] ריז) המשנה למלך אמנם אינו מנמק את הכרעתו, אך נראה כי הטעמים להכרעה כזאת הם ברורים: ראשית, במקורות מהם לומדים אנו את "תקנת השבים" אין שום הבחנה בין גזלן מדעת וגזלן שאינו מדעת; שנית, אף לו היתה הבחנה כזאת, הרי הנטייה המכרעת בדיני ישראל היא בכיוון המסקנה שהיורד למקרקעין - החובה היא תמיד עליו לברר את זכותו, ואין אפוא מקום להטות את הדין לטובת היורד שלא ברשות למקרקעין, אף כשלמעשה הוא לא ידע על העדר רשות בידו, - כפי שמכריע הסמ"ע שציטטנו לעיל; ושלישית, הטעמים המהותיים של תקנת השבים, שעמדנו עליהם בספר על "ההחזקה ודיניה", בפרק ח', בסמיכות להערה ל"ב ובהערה גופא, אינם שייכים במקרקעין מעצם טיבם.

[398] ריח) בסמיכות להערה מ"א.

[399] ריט) בסע' א' של פרקנו, סי' 9, בסמיכות להערה מ'.

[400] רכ) שו"ע חו"מ סי' שע"ו.

בעקב התערבות מלאכותית על-ידי המשפט. אולם, שינויים עשויים גם להתחולל על-ידי מתן גושפנקה משפטית לשינויים שנתארעו בדרך הטבע - ובבדיקת השינויים הללו נסיים את פרקנו.

האופן הראשון שבו עשוי שינוי כזה להתרחש קרוי במונח הרומי alluvio, ומתבטא הוא בהצטברות טין וחצץ לאורך הגדה של מקווה-מים שהיתה מסמנת את גבול ההתפשטות של אחוזה סמוכה. הצטברות כזאת מתחוללת למעשה בתחום שהיה מכוסה על-ידי המים, ולא בתחום החוף השייך לאחוזה הסמוכה; אולם, מאחר שההצטברות כובשת את פני המים רק לאט-לאט, תוך התקדמות בלתי-מורגשת, נדמה לה לעין כי הגבול בין אחוזת החוף לאחוזת המים נשאר תמיד בעינו **בקו-המים**, ונמצא שבעלות החוף מתפשטת לתחום אחוזת-המים וכובשת אותו לעצמה. המשפט הרומי נתן להתפשטות זו הכרה חוקית, וממנו קיבלו השיטות של יבשת אירופה[401]. **בצרפת** קובע החוק, שאם הנהר ניתן לשיט אין התפשטות הבעלות על-ידי ההצטברות צריכה לפגוע ברצועת המעבר שבחוף, המשועבדת לציבור, וזו נשארת תמיד לאורך המים.

האופן השני קרוי בצרפתית relais, ועניינו הוא ייבוש המים לאורך הגדה. **בצרפת**, בסע' 557, מדובר על ייבוש כתוצאה מסטייה איטית של הזרם, ונקבע שהבעלות בחוף מתפשטת על השטח המיובש, בלי שלבעל החוף הנגדי, שנשטף, תהא רשות לדרוש את החזרת המצב לקדמותו. הוא הדין **באיטליה**, בסע' 942. לעומת זאת מדבר **וולף-רייזר** על ייבוש כתוצאה משקיעת פני המים והוא מציין כי בחוקי המים המאוחדים של המדינות הגרמניות "משווים בצדק את דין התפשטות הבעלות על-ידי הייבוש לדין ההתפשטות על-ידי ההצטברות".

[[116]] **בצרפת** מגיעה התפשטות הבעלות עד קו הגיאות המירבית של המים בתנאים רגילים[402], וכך הוא לפי המורשת הרומית; אך לפי המשפט **הגרמני** מתפשטת הבעלות עד לקו ההתפשטות **הממוצעת** של המים[403].

בצרפת ובאיטליה אין דין התפשטות הבעלות מתיחס לאדמה שהתיבשה **מן הים**.

בצרפת (סע' 558), **באיטליה** (סע' 943) **ובשטח הפרוסי של גרמניה** נקבע יוצא-מן-הכלל לגבי מים עומדים: בעל הבריכה אינו מאבד משטחו על-ידי שקיעת המים (וגם אין הוא זוכה באדמת השכן על-ידי גיאות בלתי-רגילה של מימיו). **וולף-רייזר** מסביר כי טעם החריג הוא שבבריכות עלול להתיבש, כתוצאה משקיעת המים, גם שטח נרחב. **בפרוסיה** נקבע, שאם המים בבריכה שוקעים ומתרחקים מן האחוזה שבחוף ושבעליה רשאים ליהנות מן המים, ניתנת לבעלי אותה אחוזה זכות דרך באדמה שנתיבשה.

---

[401] רכא) האינסטיטוציות של יוסטיניאנוס, ב-א-כ; **וולף-רייזר**, עמ' 408-409; ספר החוקים האזרחי בצרפת, סע' 556; באיטליה, סע' 941.

[402] רכב) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 259.

[403] רכג) ר' **דרנבורג**, א', עמ' 490, וגם **רוסל ומנתא**, ב', עמ' 326, בהערה.

אופן שלישי של שינוי הוא על-ידי שינוי אפיקו של נהר. **בצרפת ובאיטליה** נבדל אופן זה מאחיו הקודם על-ידי כך שפה מדובר על סטייה גמורה מן האפיק הישן ופנייה לאפיק חדש[404]. בענין זה קובעות האינסטיטוציות של יוסטיניאנוס (ב'-א'-כ"ג) כי האפיק שנעזב מתחלק בין בעלי החופים, בהתאם לאורך הגדה של כל אחד מהם. דין זה חל גם **באיטליה**, ומוסיפים כאן שהחלוקה עוברת באמצע הנהר. גם **בגרמניה** מחלקים את האפיק שנעזב בין בעלי החופים[405]. **בצרפת** היה הדין עד 1898, שאת האפיק הנעזב היו מחלקים בין בעלי האדמות שנשטפו על-ידי המהלך החדש, אך עתה החוק שונה ומבחינים בין נהרות הניתנים לשיט ונהרות שאינה ניתנים. במקרה השני מחלקים את האפיק בין בעלי החופים (הנחשבים כבעלי הנהר מלכתחילה), ונותנים להם - וגם לבעלי האדמות שנשטפו - זכות להחזיר את המצב לקדמותו תוך שנה. במקרה שהנהר ניתן לשיט, אין בעלי החופים זוכים ממילא, מדין accessio, אלא רשאים הם לקנות את החלק המגיע להם תוך שלשה חדשים מאת המדינה. את החלקים הנותרים מוכרים בהתאם לדינים הכלליים בדבר נכסי המדינה, ולבסוף מחלקים את ההכנסה בין בעלי האדמות שנשטפו. חלוקת האפיק שנעזב נעשית לפי קו המועבר באמצעו ושני קוים ניצבים אליו המועברים מקצותיה של כל אחוזה סמוכה[406].

האופן הרביעי נמשך מן הענין הקודם ועניינו הוא בשינוי הבעלות באפיק החדש של הנהר. בענין זה, מתוך השיטות שאנו עוסקים בהן, מצאתי את דין ה-accessio רק במשפט **הגרמני**, ותמצית הדברים כך היא: מבחינים כאן בין נהרות הניתנים לשיט ונהרות אחרים. במקרה הראשון נקנה האפיק החדש למדינה ואילו במקרה השני יוצא הוא מידי בעליו הקודמים ונקנה לבעלי החופים החדשים. לפי ציטוט מתוך **וולף-רייזר**, "כנגד הכלל Superficies solo cedit אפשר כאן לפסוק את הפסוק solum fluminice cedit". במקרה הראשון יש לבעלי האפיק הקודמים זכות פיצויים כנגד המדינה; במקרה השני יש להם רק זכות להחזיר את המצב לקדמותו תוך שנה.

[[117]] אם חוזר הנהר לאפיקו הישן חוזרת גם החלוקה הקניינית לקדמותה[407]. **בצרפת** מסתבר דין ה-accessio לגבי נהרות שאינם ניתנים לשיט על-פי סע' 3 של ה-code rural, אך לכאורה נסתר הדבר בסע' 5, שעל-פיו נדמה כי האפיק החדש נשאר בידי בעליו הראשונים. **האינסטיטוציות של יוסטיניאנוס** קובעות (ב'-א'-כ"ג, כ"ד) כי האפיק החדש נעשה לנכס הציבור, אבל במקרה שחוזר הנהר לאפיקו הקודם חוזרת האדמה שנשטפה קודם לבעליה הראשונים. לעומת זאת, אדמה שנשטפה ולא על-ידי נהר אינה יוצאת מרשות בעליה בכלל.

אופן חמישי הוא על-ידי היווצרות איים חדשים. **באינסטיטוציות של יוסטיניאנוס** (ב'-א'-כ"ג) מבחינים בין אי שנוצר בים לאי שנוצר בנהר. במקרה הראשון, האי הוא הפקר, וכל הקודם זוכה

---

[404] רכד) סע' 563 בצרפת וסע' 946 באיטליה.

[405] רכה) **וולף-רייזר**, עמ' 408-407.

[406] רכו) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 262-261.

[407] רכז) **וולף-רייזר**, עמ' 408-407.

בו, כי גם מלכתחילה לא היתה קרקע הים שייכת לאיש. אבל אי שנוצר בנהר - מחלקים אותו בין בעלי החופים, כי גם מלכתחילה היתה קרקע הנהר שייכת להם. אם עלה האי באמצע, מחלקים אותו בין בעלי החופים הנגדיים, אך אם הוא עלה בצד מחלקים אותו רק בין בעלי החוף הקרוב. אם האי לא עלה מן המים, כי אם נוצר על-ידי כך שהנהר הקיף את אדמתו של פלוני, נשארת אדמת האי לבעליה הראשונים. **בצרפת** הולכים לפי אותו עקרון: אי שנוצר בנהר ציבורי (הניתן לשייט) נקנה למדינה, ואילו אי שנוצר בנהר שאינו ניתן לשייט - מחלקים אותו בין בעלי החופים, לפי השיטה הרומית (אך בעזרת קוים ניצבים כנ"ל). סעיף מיוחד חוזר על דין האדמה שהמים הקיפוה, אך **פלניול וריפר** מציינים כי אין בו צורך, באשר אותה תוצאה היתה מתקבלת ממילא[408]. **באיטליה** קובע סע' 945 כי אי שעלה מן המים שייך תמיד לציבור ואילו אי שנוצר מאדמת-יבשה שהיו לה בעלים נשאר לבעלים הראשונים. **בגרמניה**, בדרך-כלל, זוכים בעלי החופים באי שעלה מן המים, אפילו כשהנהר הוא ציבורי, והחלוקה היא כמו בצרפת; אך בשטח הפרוסי אין בעלי החופים זוכים מדין accessio, אלא רק יש להם זכות קדימה לתפוס את האי[409].

באיטליה קובע סע' 947 כי הבעלות הפרטית אינה מתפשטת בכל המקרים שהזכרנו, אם השינויים באו כתוצאה מעבודות מכוונות; אך נדמה שהדבר מובן מאליו מעצם ההנחות החוקיות שהתפשטות הבעלות מבוססת עליהן. **בפרוסיה** יש שהבעלות הפרטית מתפשטת אף במקרה של עבודות מכוונות, אך החזקת המקום נשארת באופן ארעי לרשות הציבורית[410].

כנגד כל האפשרויות הנ"ל מוצאים אנו הסדר אחד ומאוחד **בשוייצריה**: אם המים הם פרטיים, מסתבר שאין הבעלות השכנה מתפשטת לתחומה, והגבולות נשארים קבועים; אבל אם המים הם ציבוריים, והם מתייבשים, או נסוגים, או שוקעים, והשטח שמתגלה ניתן לניצול - הריהו נקנה לקנטון. בחוקים המיוחדים של כל קנטון אפשר לקבוע כי השטח שהתגלה ייקנה לבעלי החופים. אם השטח אינו ניתן לניצול, הריהו נשאר מחוץ לתחולה הקניינית הרגילה[411].

[[118]] גם **במשפט האנגלי** אין אנו מוצאים בעניינו שום מערכת דינים מפורטת. את הדין בכל מקרה יש להסיק מן העקרון הכללי שהנהר הציבורי והים שייכים למלך עד קו הגיאות המירבית, ואילו בנהר הפרטי - בעלי החופים הם גם בעליו מלכתחילה, כל אחד מצידו, עד אמצע האפיק[412].

בדיני ישראל לא מצאתי בעניינו דין מפורש, לבד ממה שנוגע למקרה של קרקע ששטפה נהר. על-פי שו"ע חו"מ סי' שע"א סע' ב' נשארת קרקע כזאת ברשות בעליה, אך **הרב הרצוג**[413] מעיר שכלל

---

[408] רכח) **פלניול וריפר**, עמ' 261-260.

[409] רכט) **וולף-רייזר**, עמ' 407.

[410] רל) שם, עמ' 409.

[411] רלא) סע' 659 של הצג"ב, ור' סע' 664.

[412] רלא-1) צ'שיר, עמ' 117, 118.

[413] רלב) בכרך א', עמ' 104.

זה כפוף אולי לדין יאוש, מפני שהכלל כי אין יאוש בקרקע "אינו תופס בהכרח את מקרה היאוש שלא נגרם על-ידי גזלה, כגון שחלקת אדמה נשטפה על-ידי נהר ושעקב סיבה כלשהי שינה הנהר את מהלכו והאדמה חזרה והתגלתה".

מעבר לכך נראה לי להסיק שאם השינוי לא נגרם באופן פתאומי ויוצא מן הכלל, אלא לאט-לאט ובדרך ההתפתחות הרגילה, ודאי צריכים דיני ישראל להכריע את קו-הגבול לפי מה שמקובל היה בין הצדדים מלכתחילה, בפירוש או מסתמא: אם נקבע הגבול בין שתי אחוזות-קרקע לפי איזה קו גיאומטרי קבוע, הרי זה נשאר בעינו על אף כל שינוי גיאולוגי, אבל אם נקבע הגבול לפי קו-המים - כגון שמוסכם היה כי מקווה-המים, באשר הוא מקווה-מים, שייך לראובן, והאדמה שבחוף שייכת לשמעון - צריך קו הגבול להשתנות לפי השינויים בהתפשטות המירבית של המים בכל תקופה ותקופה. מסקנת זו מתחייבת לא רק לפי ההגיון הפורמלי של המצב המוסכם, אלא גם לפי הגיונו העניני: שהרי אם העובדה או ההנחה במקרה הנידון היא שקו הגבול לא נקבע באופן גיאומטרי, כי אם לפי טיב האחוזה, אם היא מקווה-מים או יבשה, ממילא משמע כי טיב מיוחד זה היה עיקר בעיני הצדדים, ואילו מתן תוקף משפטי למצב שבו נוספת איזו רצועת מים צרה לבעל היבשה או רצועת יבשה צרה לבעל המים היה במקרה כזה רק מוסיף לאחד הצדדים דבר שאין לו בו תועלת, בעוד שמחברו הוא היה מונע דבר העשוי להיות חשוב לו מאוד. [[119]]

פרק ד: מיני שעבודים

אחר שסקרנו את פרטי דיני הבעלות - היינו פרטי הדינים של הקניין המלא והעליון בגופו על הנכס - נעבור עתה לדון בדיני **השעבודים**, שהם הקניינים החלקיים. על מהותו של השעבוד בדרך כלל, ועל מקומו היחסי במסגרת דיני ישראל לעומת הדינים המקבילים בשיטות המשפט של אירופה, עמדנו כבר בספר על "מושג הקניין ומערכת הזכויות הממון", ועתה עוד נותר לנו לעמוד רק על פרטי הדינים של מיני השעבודים השונים.

א. רשימת מיני השעבודים - פתוחה או סגורה?

הבעייה הראשונה המתעוררת בקשר למיני השעבודים היא, האם רשימת מיני השעבודים המותרים צריכה להיות פתוחה ללא הגבלה, או שמא אין המשפט צריך להתיר אלא מיני שעבודים מיוחדים. בעייה זו, הריהי בעיקרה בעייה של **השיטות האירופיות**, שאין להן תפיסה ברורה של עצם מהות השעבוד בכלל. לדידן, כפי שראינו בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", יש מצד אחד **בעלות** בנכס, ומצד שני - אפשרות של **זכויות ("פרסונליות" ו"ריאליות") בנכס הזולת (או אליהם)**, בלי שום הכרה ממשית בעובדה כי "הזכויות בנכסי הזולת", מטבע הדברים, אינן בעצם אלא מיני הרשויות הגלומות כבר בבעלות מלכתחילה והמתפצלות מתוכה. הכרה ממשית בעובדה זו היתה כמובן מבהירה ממילא כי "הזכויות בנכסי הזולת" אינן יכולות להיות ממין כלשהו בעלמא, אלא מעצם טיבן מוגבלות הן בתחום עניינים מסוים ומוגדר; אולם, משלא הושגה הכרה שכזאת, ממילא צמחה בשיטות האירופיות התפיסה, כי מבחינה מושגית אין מניעה כי "הזכויות בנכסי הזולת" תהיינה שונות ומשונות - ועל בסיס זה התעוררה השאלה אם המשפט צריך להשאיר אפשרות מושגית זו, ללא התערבות, או שמא יש ב"חייתא דקטרי" מסוג זה סכנה, והמשפט אינו צריך להתיר אלא אותן "זכויות בחפצי הזולת" שנתן עליהן את דעתו במיוחד ומצאן רצויות. הבעיה התעוררה למעשה רק לגבי "הזכויות בנכסי הזולת" "**הריאליות**", הטובות "נגד כל העולם": לגבי הזכויות "הפרסונליות", הטובות רק "בין הצדדים", היה הדבר פשיטא שרשאים הצדדים להסכים ביניהם לגבי הנכס כל דבר שירצו, ובלבד שההסכם יהיה מותר על-פי דיני החוזים הכלליים[414].

[[120]] אולם מתוך חוסר-ההגדר הזה של מושג הזכויות בנכסי הזולת, ומתוך הנטייה הקיימת ביחוד במשפט האנגלי להרחיב את מושג "הזכויות הריאליות" על **כל מיני זכויות הטובות נגד כל העולם** - אף כשאין בהן עניין של בעלות או "זכויות בנכסי הזולת" - התרחבה השאלה במשפט האנגלי אף עד כדי כך, שהיא ניתקה מן העניין המוגבל של הזכויות בנכסי הזולת, והריהי נהפכה לשאלה אם רשימת הזכויות הריאליות **דרך-כלל**, היא הצריכה להיות סגורה, או שמא גם בה, בדומה למצב העקרוני-הכללי ב"זכויות הפרסונליות", צריך לשלוט העקרון של חופש היצירה החוזית. הדבר בא לביטוי במשפט Tulk v. Moxhay, ב-1848, אשר בפסק-הדין שניתן בו מפתח השופט הלך-מחשבה כלהלן: "אומרים כי מאחר שהחוזה דנן הוא מסוג שאינו עובר עם הקרקע

---

[414] א) ר' מסיניאו, ב/א, עמ' 413 ואילך. וביחוד 424-423.

(running with the land) אין בית-המשפט יכול לתת לו תוקף; אך השאלה איננה אם החוזה עובר עם הקרקע, אלא האם יותר לאדם להשתמש בקרקע בצורה שאינה עולה בקנה אחד עם תוכנו של חוזה שנערך על-ידי המוכר ואשר בידיעת אותו חוזה קנה האיש את הקרקע", משמע, אם כן, במלים אחרות, כי נקבעה כאן במעורפל ההלכה, שיכול אדם להתחייב באופן שיחול החיוב על כל אדם הפועל מתוך ידיעה על אותה התחייבות - ובלי שיהא צורך בגורם ענייני נוסף כלשהו, מלבד הידיעה כשלעצמה; ועל סמך זה נפסק במשפט Luner v. Dennis, ב-1877, כי סוחר שהתחייב בשמו ובשם באי-כוחו לקנות סחורה אצל פלוני לבדו, ואחר-כך העביר את העסק לאחר, שידע על החוזה - אין אותו אחר רשאי לקנות את הסחורה לבית-העסק אלא אצל פלוני המזוכה. התפתחות זו מתוארת אצל **צ'שיר**, בעמ' 519-521, וכפי שהוא מעיר "היתה זו הרחבה מופרכת של התחייבות חוזית על אדם שלא היה צד בחוזה" - ושוב לא הוסיפו ללכת בדרך הזאת. בלשוננו העברית אפשר לומר שהיה כאן נסיון להפוך את הכלל כי "אין חבין לאדם שלא בפניו"[415] - ואין צריך לומר כי הפיכת הכלל הזה אינה יכולה להשתלב בשום שיטת מוסר ידועה.

אף-על-פי-כן, יש שעקרון חופש החוזים לגבי יצירתן של "זכויות ריאליות" נתקבל גם למעשה, והשיטה הקלאסית בכיוון זה היתה השיטה **הפרוסית**. אמנם, יש לציין כי כאן היה סייג מסויים לדבר, אחר שמבחינה פורמלית לא סטתה כאן הגדרת "הזכות הריאלית" מן הצמידות המחויבת למושא חפצי[416], כדרך ההגדרה המקובלת ביבשת אירופה; [[121]] אולם, גם כאן מכל-מקום נתפרשה ההגדרה על בסיס "פרסונליסטי" קיצוני ובאופן שנתפסה בה כל זכות הטובה נגד כל אדם שהחפץ נקלע לידו - בין אם מטילה היא עליו רק חובת כיבוד סבילה על רשות לגבי החפץ ובין אפילו **חובת-עשה** כלשהי, על-פי תביעת הזכאי. כדי שתביעה כלשהי תיהפך ל"זכות ריאלית", הטובה נגד כל אדם שהחפץ נקלע לידו, היה נחוץ שבעל-החפץ המתחייב יעביר את החפץ לשמירת הזכאי, או - כשמדובר היה בתביעה הקשורה למקרקע - שהתביעה תירשם בספרי האחוזה[417].

לפי זה, אמנם אי-אפשר היה שבפרוסיה יכירו בסתם ב"זכות ריאלית" מעין זו שאושרה באנגליה במשפט Turner v. Dennis; אבל לו היה הסוחר המתחייב **בעל קרקע**, והיה רושם בספרי האחוזה את ההתחייבות לקנות סחורה בתנאים מסויימים מפלוני המזוכה, הרי כל מי שהיה מחזיק בקרקע היה חייב לקנות את הסחורה באותם התנאים. מבחינה מהותית אין אפוא מקום להעריך את הגישה הפרוסית אחרת מכפי שהערכנו את הגישה שנדחתה במשפט האנגלי: הפיכת הכלל ש"אין חבין לאדם אלא בפניו" אינה נעשית יותר הגיונית רק משום שמצמידים אותה להחזקה בקרקע, - וגם הטענה, שאם האיש לא רצה בחיוב היתה לו ברירה שלא לקחת את הקרקע, איננה תירוץ. כל זמן שנשארים אנו עומדים על בסיס דיני החוזים - נתונות לנו הדרכים הרגילות להעברת חוזים, המותאמות לעניין מטבע ברייתן, ואין שום סיבה להבחין ולומר כי מי שאין לו

---

[415] ב) משנה ערובין פ"ד מי"א.

[416] ג) "Bin Recht dessen Gegenstand eine sache ist" - ר' **אנגלמן**, עמ' 39.

[417] ד) שם, עמ' 130 (אך ר' גם עמ' 176).

קרקע אינו יכול להתקשר בחוזה העובר בהכרח, אבל מי שיש לו קרקע - יוצא הוא מן הכלל, ויכול.

בהתאם לכך - ואף-על-פי שכל הבעייה מאבדת כמעט את משמעותה משניגשים אנו לעניין על-פי ההגדרה **הקלאסיציסטית** של הזכות הריאלית - המצב כיום, למעשה, בשיטות של אירופה הוא, שרואים שם את רשימת "הזכויות הריאליות", או "הזכויות בחפצי הזולת", המתאפשרות על-פי החוק, כרשימה **סגורה**, אשר הפריטים מהם היא מורכבת הם מסוימים ומוגדרים[418].

[[122]] לעומת זאת, **בדיני ישראל**, נראה לומר כי רשימת השעבודים האפשריים היא פתוחה; אך לפי התפיסה שסקרנו בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון" אין הדבר כרוך בשום הסתבכות בנטלים משונים שיהיו עשויים להכביד על הבעלות או בדחיקת הכלל ש"אין חבין לאדם שלא בפניו". השעבודים הנשארים אפשריים לפי תפיסה זו הם כלם עניין של רשויות הגלומות כבר בבעלות מלכתחילה והמתפצלות מתוכה רק באופן ארעי - ועקרון "הפתיחות" של הרשימה מתבטא כאן לפי זה בכך, שאין דיני ישראל קובעים שום רשימה מוגדרת של סוגי רשויות או מערכות-רשויות הניתנות להתפצל, אלא **כל** רשות הגלומה בבעלות ניתנת עקרונית להתפצלות ארעית, בין אם כשלעצמה ובין אם במצורף לכל מערכת שהיא של רשויות-אחיות אחרות.

כנגד "פתיחות" הרשימה באופן כזה אין אנו מוצאים למעשה שום טענות גם באותן השיטות שנהוג אצלן עקרון "הרשימה הסגורה". עקרון "הרשימה הסגורה" נובע למעשה רק מן הרצון שלא להסתבך במיני "זכויות ריאליות" **שאינן** מיוסדות בהתפצלות ארעית של הבעלות, כי אם בהטלת חובות-עשה משונות על הבעלים, או בפיצול **קבוע** של הבעלות, כדרך המשטר הפיאודלי[419] - וסכנה זו אינה קיימת לפי התפיסה העברית ממילא. בהתאם לכך, התוצאה המעשית היא כי "הרשימה הפתוחה" של דיני ישראל אינה שונה הרבה מן "הרשימה הסגורה" של השיטות האירופיות. ההבדל המעשי הנשאר בכל-זאת מתבטא רק בכך, שמצד אחד יש לפעמים שהשיטות האירופיות מתירות עדיין גם איזו חובת-עשה שתיקבע באופן אנומלי כ"זכות ריאלית בנכסי

---

[418] ה) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 54-55; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 423; **וולף-רייזר**, עמ' 9; **טואור**, עמ' 507. גם במשפט האנגלי זוהי למעשה התוצאה, כפי שראינו לעיל וכפי שנראה עוד ביתר פרוטרוט, בסקירת המשפט האנגלי להלן. רשימה סגורה ומצומצמת אומצה בחוק המקרקעין, תשכ"ט, במדינת ישראל - ודאי על פי השראת המסורת של המג'לה וחוק קרקעות העותמני. השעבודים שחוק המקרקעין מתיר הם: השכירות, ההשאלה (סע' 83), "המשכנתה", דין הקדימה ו"זיקת ההנאה" - ואפשר להוסיף גם הסכם של שותפים (סע' 29) ו"בעלות הדירה" ב"בית משותף".

[419] ה-1) הדברים אינם אמורים בשיטת "הרשימה הסגורה" שאומצה במדינת ישראל. מקורה של זו אינו בתולדות המאבק עם הפיאודליזם באירופה, אלא בפרימיטיביות של המשפט העותמני (להבדיל מן המשפט האישלמי) ובעובדה שבמשפט האנגלי והאמריקני לא נמצאו למחוקקי ישראל הסדרי הרחבה מקבילים שהיו מתאימים ליבוא.

הזולת"[420] - דבר שאינו אפשרי על-פי דיני ישראל, - ומצד שני, יוצא כי "הרשימה הסגורה" עשויה למנוע כל מיני התפצלויות ארעיות של רשויות הבעלות, בהרכב בלתי-שכיח, שהצדדים מעוניינים בו באופן מיוחד - הרכב שאין בו שום נזק, ואשר דיני ישראל, מצידם, אף אינם עושים כלום למונעו.

ב. מיני השעבודים בצרפת ובאיטליה

השעבודים הידועים בשתי ארצות אלו הם בדרך-כלל זהים, ונסתפק אפוא בסקירתם על-פי המקור הצרפתי בעיקר.

[[123]] השעבודים "הריאליים" (שרק אותם, בעצם, רואים כאן ברמה מושגית מקבילה למושג השעבודים העברי) מתחלקים לשני סוגים עיקריים: אלה העומדים לאדם מסוים, ואלה הצמודים לקניין בקרקע מסוימת. בסוג השני הזה לא נעסוק כאן, אלא נדחה את הדיון בו לפרק על דיני השכנים.

השעבודים "הריאליים" העומדים לאדם מסוים הם, קודם-כל, אלה:

א) קניין-פירות (usufruit), ב) קניין-שימוש (usage), ו-ג) קניין-דירה (habitation). שלשה אלה נקראים בצרפת בשם המשותף droits de jouissance, היינו "זכויות הנאה"[421].

קניין-הפירות מוגדר בספר החוקים האזרחי (סע' 578 בצרפת) כ"זכות להפיק הנאה, כדרך הבעלים, מחפצים שבעליהם הוא אחר, אבל בכפוף לחובה לקיים את גופם" - ונוצר הוא במישרין מכוח החוק (למשל, לטובת ההורים בנכסי בניהם), או על-ידי חוזה, צוואה או זכות-חזקה, לתקופה שאינה יכולה להיות ארוכה יותר ממשך חייו של קונה-השעבוד (או, לכל היותר, 30 שנה, כשקונה השעבוד הוא גוף משפטי)[422]. הקונה לפירות יכול לעשות את קניינו אפותיקי, וכן להעביר את זכותו לאחרים - אלא אם יש שם תנאי נוגד בהקנאה, - אך מכל מקום נשאר הוא אחראי לחובות כלפי הבעלים[423].

---

[420] ה-2) האפשרות השתרבבה באופן משונה גם לחוק המקרקעין, תשכ"ט, של מדינת ישראל - במסגרת של "זיקת הנאה", גם במובן המצומצם של שעבוד שכנים (סעי' 93(ב)).

[421] ו) **פלניול וריפר**, עמ' 753.

[422] ז) שם, עמ' 759-760, 764.

[423] ח) שם, עמ' 802-801. באיטליה נפטר הקונה מן החובות משהודיע על ההעברה לבעלים.

קניין-הפירות יכול להיות נושא לקניין-פירות אחר, וכן נתפס הוא בירידה לנכסי הקונה, אבל גם תוצאה זו יכול המקנה למנוע על-ידי התנאה מפורשת[424]. הקניין מתבטל (לבד מן הדרכים האחרות, המובנות מאליהן) על-ידי אי-מימוש במשך 30 שנה (או 20 שבה באיטליה)[425].

על-פי ההגדרה הנ"ל של קניין-הפירות לא יתכן שקניין זה יתיחס לנכס הכלה עם השימוש בו; אולם, אם מתיחס קניין-הפירות למכלול נכסים, ועם המכלול הזה נמנים גם נכסים הכלים עם השימום, מקבל קונה-הפירות את הבעלות באותם נכסים, כנגד החובה לשלם את ערכם בתום תקופת הקניין[426].

[[124]] **קניין-השימוש** הוא מעין קניין-פירות המוגבל לצרכים האישיים (או המשפחתיים) של הקונה. מסתבר שהזכות אינה חייבת להתיחס דוקא לשימוש כללי, אלא יכולה היא להתיחס גם לעניין הספציפי בלבד של ציד או דיג. כן שרדו קנייני-שימוש מיוחדים, העומדים לכלל תושביו של כפר מסוים, לעניין לקיחת עצים או מרעה חזירים ביער. קניין-השימוש האישי אינו נוצר אף-פעם מכוח החוק לבדו, אין הוא ניתן להעברה או השכרה, וכן אין הוא נתפס בכלל הירידה לנכסים[427].

קניין-הדירה הוא קניין שימוש לדירה[428].

בנוסף על שלשת הקנינים הללו אושר בצרפת, ב-1902, בחוק מיוחד, קניין אחר, השייך בעצם לאותו סוג והנקרא Emphytéose, או - נאמר - "שכירות ריאלית". קניין זה נבדל מקניין-הפירות בזה שלעולם מבוסס הוא בחוזה, ודווקא בתמורה, - ובעוד שבקניין-הפירות אין בדרך-כלל שום חובה אישית מצד הבעלים כלפי הקונה, הרי ב-Emphytéose תמיד נלווית על הקניין זכות אישית למילוי תנאי השכירות מצד הבעלים. ה-Emphytéose יכולה להתיחס רק למקרקעין, היא נוצרת לתקופת מזער של 16 שנה ולתקופה מירבית של 99, והיא עוברת ליורשים[429]. **באיטליה** מוסדרת ה-enfiteusi בחוק הכללי (סע' 957 ואילך); היא יכולה להינתן גם לצמיתות, ותקופת-המזער היא 20 שנה. סע' 965 קובע כי במקרה שהשוכר מעביר את זכותו בניגוד לתנאי ההקנאה, אין שום דבר מתבטל, אלא השוכר המקורי רק אינו נפטר מחובותיו. סע' 967 קובע כי במקרה של מכירת הנכס על-ידי המשכיר אין זה נפטר מחובותיו עד שיודיע למוכר. סע' 968 אוסר השכרת-משנה ריאלית. סע' 971 מאפשר לשוכר לקנות את גוף המקרקע כעבור 20 שנה (ואי-אפשר להתנות מראש על תקופה ארוכה יותר מ-40 שנה) - על ידי היוון דמי השכירות. סעיף 972 מאפשר למשכיר לבטל את

---

[424] ט) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 802.

[425] י) שם, עמ' 845 (ור' סע' 1014 האיטלקי).

[426] יא) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 756.

[427] יב) שם, עמ' 859 ואילך.

[428] יג) שם, עמ' 861-862.

[429] יד) שם, עמ' 985 ואילך, ור' עמ' 834, ו**קולין וקפיטן**, ב', עמ' 411.

השכירות אם השוכר אינו ממלא אחר חובת ההשבחה המוטלת עליו או שמפגר הוא שנתיים בתשלומיו.

[[125]] לסוג "קנייני-ההנאה" שייך למעשה גם **קנין-המקום** (droit de superficie) אשר מבחינה עקרונית כבר עמדנו עליו בפרק הקודם. קניין-המקום **בצרפת** אינו מוסדר בחוק, אלא מסיקים את דיניו מכללא. יכול הוא להתיחס לכל החיבורים שבאחוזה מסוימת או לחלק מהם, הן בניינים הן אילנות, ואפילו לאילנות בודדים בלבד. הקניין בסתם, הוא נצחי, ואין הוא נפקע גם על-ידי חוסר-מימוש, אך מסתבר שאם לא נקבעה לו תקופה בהסכם הריהו נפקע מאליו כשהחיבור שאליו הוא מתיחס חדל להתקיים[430]. **באיטליה** מוסדר קניין-המקום בסע' 952-956 של ספר החוקים האזרחי. קניין-המקום יכול רק להתקיים לצורך בעלות נפרדת בבניין,אבל לא במטעים. אם נקבע זמן לקניין-המקום, ובתום-הזמן נשאר עוד הבניין במקומו, עובר הוא לבעלותו של בעל הקרקע. אבדן הבניין לפני הזמן אינו מפקיע בסתם את קניין-המקום, אבל הקניין נפקע על-ידי חוסר-מימוש.

מלבד השעבודים הללו יכולים לעמוד לאדם מסוים מיני **השעבודים של אחריות-נכסים**: משכון, משכנתא או אפותיקי, אך על אלה נעמוד בפרק מיוחד להלן.

את מסכת השעבודים הזאת משלימה האפשרות ליצור "זכויות בנכסי הזולת", במובן מקביל למושג השעבוד העברי, על בסיס של "זכויות פרסונליות" - והיינו שהרשות בנכס הזולת לא תהא כביכול טובה "נגד כל העולם", אלא תעמוד למורשה רק כנגד המרשה בלבד, על-פי התחייבות אישית מצידו, ותהא תלויה כביכול במילוי ההתחייבות הזאת על-ידי ההענקה המתחדשת של הסכמת המרשה להגשמתה של הרשות בכל רגע ורגע. על בסיס זה אפשר, כפי שראינו, שהמורשה יקבל מערכת-רשויות כלשהי, גם אם אין כמותה במניין "השעבודים הריאליים", אך גם כאן מוצאים אנו שני דפוסי-הסדר החולשים כמעט על כל השטח כלו, והריהם דפוסי החוזים של **שכירות ושאלה**.

השכירות, לפי השיטה הצרפתית, היא בעצם מושג רחב, הכולל בו לא רק חוזים לגבי רשות-פעולה בחפצי הזולת, אלא גם חוזים למתן שירותי עבודה, תחבורה וקיבולות, והצד המשותף בכל אלה מתבטא בכך שמדובר כאן ביחסי-חוזה הדדיים נמשכים, ביחס להספקה נמשכת של מושא מסוים, כנגד תמורה המותאמת למשך-ההספקה.

[[126]] השכירות המעניקה רשות-פעולה בחפצים ("שכירות החפצים") מתחלקת לשכירות בתים ומיטלטלין (bail a loyer), שכירות חקלאית רגילה (המשתלמת בכסף - bail a ferme ordinaire), חכירת שדות (שהתמורה משתלמת בה על-ידי חלק בפירות - metayage), וחכירת הבהמות (bail a cheptel). כל אלה נבדלים בפרטים טכניים שונים, שלא נעמוד עליהם כאן. ההגדרה המשותפת

---

[430] טו) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 324 ואילך.

למיני שכירות החפצים היא, שהרי זה "חוזה שבו מתחייב צד אחד להעמיד לרשותו של צד אחר, במשך זמן מסוים, את השימוש וההנאה בחפץ תמורת מחיר אשר השני מתחייב לשלם". שכירות החפצים דומה אפוא בתוכנה העניינית ל-Emphytéose, ולמעשה גם מקרב אותה החוק ל-Emphytéose אף בכמה וכמה נקודות עקרוניות, שבהן אמור להתקיים בין השתיים הבדל מושגי-מהותי. ראשית, בשכירות המקרקעין, כשהשכירות היא לתקופה מסויימת והיא הועמדה על-ידי אדם שהיה יכול להשכיר, הרי כשבעל-הבית מעביר את זכותו עוברות חובות המשכיר על בא-כוחו - בכפוף רק לסייג, **שבשכירות עירונית** יכול המשכיר להתנות עם השוכר על דין זה. שנית, מסתבר שכנגד משכיר, אשר אמנם היתה לו יכולת להשכיר, יש לשוכר זכות למילוי חיובי-השכירות בעינם, ומשמע שלמעשה אין רשותו של השוכר תלויה כלל בהסכמתו הנמשכת של המשכיר; ושלישית, אף-על-פי שלשוכר (בהבדל מן המחזיק על פי "זכות ריאלית") אין אמנם "תביעה פוססורית" כנגד מיני הפרעה, מכל-מקום יכול הוא לתבוע בעצמו את האדם המפריע לו בלי טענת-זכות בהגשמת רשותו. המשכיר, מצידו, חייב להגן על השוכר רק מפני הפרעה המלווה בטענת-זכות, ועל הפרעה שכזאת חייב השוכר להודיע למשכיר לאלתר, כדי שהלה יוכל למחות ולמנוע היווצרות של זכות-חזקה. השכירות יכולה להיות לכל היותר לתקופה של 99 שנים, והיא עוברת בירושה. השוכר יכול להעביר את זכותו על-פי דיני העברת הזכויות ולהסתלק לגמרי, או יכול הוא להשכיר בהשכרת-משנה ולהישאר אחראי כלפי המשכיר - אלא אם כן הותנה ביניהם אחרת. אין השכירות נעשית אפותיקי, אחר שאינה נחשבת כמקרקע, אלא כנכס מיטלטל[431].

[[127]] אשר **לשאלה**, הריהי נידונה בצרפת בסמיכות להלוואה, אם כי יש הברדה ברורה ביניהן. השאלה היא "חוזה שבו מוסר אדם חפץ לזולתו לשימוש ואשר בו מתחייב השואל להחזיר את החפץ גופא לאחר שישתמש בו". השאלה נבדלת מן השכירות בעיקר במה שהיא נעשית ללא תמורה ובמה שאחריות השואל לשלמות החפץ היא יותר חמורה מאחריות השוכר. נראה כי זכות השואל אינה משתמרת כנגד מי שקונה את החפץ מן המשאיל, אבל התוקף השעבודי-העובדתי כנגד בעל-הבית קיים גם כאן - אלא אם-כן יש למשאיל סיבה מיוחדת ומוצדקת לסיים את החוזה[432].

באיטליה נידונה השכירות בסע' 1571 ואילך של ספר החוקים האזרחי. השכירות היא שכירות של חפצים בלבד. היא נערכת ל-30 שנה לכל היותר - או, בשכירות בתים, לתקופת חיי השוכר ועד לשנתים לאחר מותו. אם השוכר מת תוך זמן השכירות יכולים היורשים, תוך שלשה חדשים, להסתלק מן החוזה על-ידי הודעה מוקדמת. להשכיר בשכירות משנה יכול השוכר, בלי רשות מיוחדת, רק את המקרקעין. אין הוא יכול להעביר את השכירות בלי רשות מיוחדת, והוא הדין אף בהשכרת-משנה כשהמקרקע עושה פירות. בשכירות בתים יכולים היורשים להסתלק מן החוזה רק אם שכירות-המשנה אסורה. **השאלה** נידונה באיטליה בסע' 1803 ואילך.

---

[431] טז) **קולין וקפיטן**, ב' , עמ' 405 ואילך.

[432] יז) שם, עמ' 458 ואילך.

ג. מיני השעבודים בגרמניה ובשוייצריה

מסכת השעבודים בשיטות אלו נבדלת מקודמתה בפרטים עקרוניים רק לעתים רחוקות. ההבדל העקרוני העמוק ביותר הוא, שבגרמניה ובשוייצריה מאפשרים גם שעבודים הדורשים מעשה חיובי מצד בעל-הבית, לא רק כעניין של לואי, אלא כעניין עיקרי. שעבודים אלה נקראים Reallasten או - נאמר - "שעבודי-מעשה". שעבוד-המעשה[433] מוגדר כ"שעבוד של המשפט הפרטי המוטל על מקרקע ואשר מכוחו יש לקיים מעשים חוזרים, מתוך המקרקע, למען הזכאי". המלים "מתוך המקרקע" אין משמען כי צריך להיות איזה קשר טבעי בין המעשים והמקרקע, אלא באות הן להשלים בין טבע השעבוד הנידון לבין תורת "הזכויות הריאליות", שיש סתירה ברורה ביניהם. המלים "מתוך המקרקע" רומזות, [[128]] שאם המעשים אינם מתקיימים, יש לזכאי אפשרות לפעול על המקרקע במישרין כדי לגברת מסבו את ערך המעשים שלא נתקיימו - ומבחינה זו הרי לפנינו "זכות ריאלית" מן הסוג המקובל. אבל מבחינה זו כשלעצמה, השעבוד אינו אלא אפותיקי ואין בו שום דבר מיוחד. המיוחד שבשעבודים אלה הוא שהמקרקע נעשה בהם אפותיקי לחוב שאיננו מוטל באופן אישי על אדם מסוים, כי אם על-קונה המקרקע באשר הוא קונהו.

המעשה המתחייב על-ידי השעבוד הנידון יכול להתבטא בתשלום מעשר מן היבול, בתשלומי כסף, בשרותים וכו'. השעבוד יכול לחול רק לגבי מעשים האמורים לחזור מדי פעם בפעם - אם כי לאו דווקא במרחקי זמן שווים. אין השעבוד יכול להתיחס לחובת-מעשה חד-פעמית או להימנעות ממעשה. הוא יכול להיקבע לצמיתות או לתקופה מסויימת לטובתו של אדם באופן אישי או לטובתו של אדם באשר הוא בעל נכס מסוים. יש להבחין בין מכלול החובות שהשעבוד מתבטא בהם לבין החובות הבודדים שמהם מורכב המכלול. המכלול הוא obligatio propter rem, אבל החוב הבודד, משהגיע זמן מילויו, נהפך לחוב אישי של מי שהיה קונה המקרקע באותו הזמן, ואפשר לתבעו מאותו אדם אף-על-פי שבינתיים איבד את קניינו. עם זאת, אין הזכאי מוכרח לרדוף דווקא באופן אישי אחר החייב, אלא תמיד יכול הוא לגבות את ערך חובו מגוף המקרקע.

"שעבוד המעשה" מתבטל - לבד מן הדרכים הרגילות - גם על-ידי פסק-דין של ביטול, שאפשר להשיג בעת שהזכאי איננו ידוע. הפקרת המקרקע אינה מפקיעה את השעבוד.

מקור השעבודים מסוג זה הוא במשפט הגרמני של ימי-הביניים, כשמחזיקי הקרקעות נהפכו משוכרים לבעלים עצמאיים, אבל אף-על-פי-כן חויבו להוסיף ולפרוע את חובות השכירות. בזמן החדש השתמשו בשעבודים אלה בעיקר כדי להבטיח הכנסה לזקנים הפורשים מעסקיהם.

בשוייצריה, בזמן עריכת הצג"ב, היו שהתנגדו בחריפות לקבלתם של "שעבודי המעשה" - בין השאר, משום שאין הם עולים כלל בקנה אחד עם מושג השעבוד על נכסי הזולת[434]; אך לבסוף קיבלו את השעבודים הללו תוך הגבלות וצמצומים שונים[435].

---

[433] יח) **וולף-רייזר**, עמ' 508 ואילך.

[434] יט) ר' הערה 2 בעמ' 230 מן המהדורה הצרפתית של הצג"ב בעריכת **רוסל**.

[[129]] סוג אחר, ויותר חשוב, של שעבודים, הקיים בגרמניה ובשויצריה ושאינו קיים בצרפת ובאיטליה הוא סוג ה-beschreinichte personliche dienstbarkeiten ("שעבודים אישיים מוגבלים")[436]. "השעבוד האישי המוגבל" הריהו, בעיקרו של דבר, רשות או צרור של רשויות לפעולה מסוימת, או למערכת-פעולות, או **למניעת** פעולות מסוימות, במקרקע של הזולת, על הבסיס של "זכות ריאלית", ותוכנו המדויק נקבע על-פי ההסכם בין המקנה (למקנה) [לקונה]. במסגרת זו אפשר שהשעבוד יכלול בו גם זכות החזקה, אך על-כל-פנים נחוץ כי תוכן הרשות הנתונה לא יהא מקיף, אלא מוגבל. בזה נבדל "השעבוד האישי המוגבל" מקניין הפירות. הרשות הנתונה כתוכן השעבוד יכולה להיות מלווה גם בחובות אישיות.

"השעבוד האישי המוגבל" אינו ניתן להעברה ואף אין הוא עובר בירושה, אבל בהסכמת בעל המקרקע המשועבד אפשר "למסור" את השעבוד לאחר, בתנאי שקונה השעבוד המקורי ישאר אחראי לחובות. "המסירה" יכולה להיות "שעבודית" או רק בעלת תוקף אישי כנגד קונה השעבוד לבדו.

בשוייצריה מתאפשרים שעבודים מן הסוג הנידון על-פי סע' 781 של הצג"ב (ור' גם **רוסל ומנתא**, ג', עמ' 69 ואילך). גם כאן - מבחינה עקרונית - אין השעבוד ניתן להעברה, אבל אפשר להתנות אחרת. הקף הרשות תלוי כאן תמיד בצרכים הרגילים של קונה השעבוד.

מלבד זה מכירים בגרמניה ובשוייצריה גם בשעבודים הנוספים האלה:

א) **שעבוד לזכות-קדימה במיקח מקרקע**[437], המאפשר לזכאי לפדות את המקרקע לכשהוסכם על מכירתו לאדם אחר. שעבוד זה פועל כ"הערה" (Vorbemerkung) שנרשמה בספרי האחוזה בדבר הסכם מכירה שנערך ועומד לביצוע - ואמנם, **בשוייצריה** מתמזגים שני המוסדות לאחד (צג"ב, סע' 681, 959). השעבוד יכול להיווצר לטובת אדם באופן אישי או באשר הוא בעליו של מקרקע מסוים, ואין הוא ניתן להעברה וירושה אם הדבר לא הותנה[438].

[[130]] ב) **שעבוד למיקח המקרקע לשירצה הזכאי**. שעבוד זה אפשרי רק **בשוייצריה**, על-פי סע' 683 של הצג"ב, והוא עומד ל-10 שנים לכל היותר. אין הוא ניתן להעברה אם הדבר לא הותנה, אבל עובר הוא בירושה[439]. תאומו של שעבוד זה הוא **שעבוד להחזרת המכר**.

---

[435] כ) צג"ב, סע' 782 ואילך.

[436] כא) **וולף-רייזר**, עמ' 452 ואילך.

[437] כב) **וולף-רייזר**, עמ' 489 ואילך.

[438] כג) הסייג של עניין ירושה אינו חל בשוייצריה. אדרבה. ר' **רוסל ומנתא**, ב', עמ' 357.

[439] כד) שם, עמ' 361.

שני מיני השעבודים הללו אינם למעשה שעבודים במובן שלנו, כי אין בהם משום פיצול רשויות הגלומות מלכתחילה בקניין הגוף. מבחינה מהותית הריהם **תנאים המתלים את קיומה של הקנאה**, והענין יתברר ביתר פרוטרוט בספר על ההקנאה.

ג) רק **בגרמניה** קיים השעבוד הנוסף של Dauerwohnrecht (או Dauernutzungsrecht) שהונכס על-ידי ה-Wohnungseigentumsgesetz מ-1951 (סע' 31 ואילך) והוא **קניין-דירה מורחב**, הנועד בעיקר למה שנקרא כיום במדינת ישראל "בתים משותפים" (שעוד נחזור אליהם בסעיף מיוחד בפרק האחרון). הוא ניתן להעברה ועובר בירושה, אך לעניין העברה אפשר להתנות כי תהיה דרושה הסכמה מצד בעל-הבית או אדם אחר.

במה שנוגע לשעבודים שכבר הכרנו, מבחינים בגרמניה, קודם-כל, בין קניין-הפירות הפשוט לבין קניין-הפירות של הבעל בנכסי אשתו, או של האב בנכסי ילדיו, אחר שיש ביניהם הבדל עיקרי זה: קניין-הפירות הרגיל מתיחס לנכס מסוים, ואין נפקא מינה באיזה רכוש הנכס נמנה, בעוד שקניין-הפירות מן הסוג השני מתיחס לרכוש באשר הוא שייך לאדם מסוים, ואילו הנכסים הבודדים שמהם מורכב הרכוש נתפסים בקניין רק כל זמן שנשארים הם רכושו של האדם המסוים. לפי זה קוראים לקניין הפירות הרגיל Nießbrauch ואילו לקניין-הפירות מן הסוג השני קוראים Nutzniessung [440]. את קניין-הפירות הרגיל אפשר להגביל על-ידי הוצאת שימושים מסוימים ממכלול השימושים המוענק בתוכו, אך אי-אפשר להגבילו לשימושים מסויימים בלבד[441].

[[131]] קניין-הפירות אינו ניתן להעברה, ואין הוא נעשה אפותיקי, אך אפשר "למסרו" (uberlessen). "המסירה" נבדלת מן ההעברה בזה, שהמוסר נשאר אחראי לחובות כלפי הבעלים, מה שאין כן המעביר, ושנית בזה, שאם המוסר מסתלק מקניינו, אפילו תוך זמנו, פוקע ממילא גם הקניין של בא-כוחו; המעביר, לעומת זאת, אינו יכול להפקיע את הקניין של בא-כוחו תוך זמנו (אך גם הוא אינו יכול כמובן להעביר לתקופה יותר ארוכה משיש לו בעצמו). הבדל שלישי הוא שהעברה (במקרקעין) צריכה רישום בספרי האחוזה, מה שאין כן "המסירה". הקונה-לפירות יכול גם להשכיר את הנכס ב"שכירות אישית"; ולמרבה הפרדוקס, כשהמדובר במקרקעין, אין הסתלקות הקונה-המשכיר מפקיעה את השכירות, אלא זו נמשכת נגד בעל המקרקע, עד שיגיש הלה דרישת-פינוי חוקית לשוכר[442]. גם בגרמניה נוצר קניין-הפירות רק למשך חייו של הקונה, לכל היותר, אך במקרה של גוף משפטי התקופה היא 100 שנה. הקניין אינו נפקע על-ידי אי-מימוש כשלעצמו, ובמקרקעין אין ההסתלקות מן הקניין מועילה ללא מחיקת הרישום. נעשה הקונה בעל הנכס - אין הקניין-הפירות מתבטל אם יש לאדם עניין חוקי בהתמדתו[443].

---

[440] כה) **וולף-רייזר**, עמ' 462.

[441] כו) שם, עמ' 465-466.

[442] כז) שם, עמ' 475 ואילך.

[443] כח) כגון שראובן הקנה לפירות לשמעון, ואחר-כך שעבד באפותיקי ללוי, ושוב חזר ומכר את הגוף לשמעון. במקרה זה אין האפותיקי של לוי חלה על כל הנכס כלו, כי אם רק על השיור שהיה לראובן, ואם

בשוויצריה נידון קניין-הפירות בסע' 754 של הצג"ב ואילך.

קניין-הדירה המצומצם (Wohnungsrecht), המקביל לקניין-הדירה הצרפתי, נתפס בגרמניה כסוג מיוחד של "השעבוד האישי המוגבל"[444]. **בשוייצריה**, לעומת זאת, נידון הוא בסמיכות לקניין-הפירות (סע' 776 של הצג"ב).

"השכירות הריאלית" אינה אפשרית **בגרמניה**[445], אך אפשרית היא, לגבי מקרקעין, **בשוייצריה**[446]. כאן, דינה של "השכירות הריאלית" הוא כדין השכירות הרגילה, אלא שעומדת היא כנגד כל קניין מאוחר במקרקע.

[[132]] אשר **לקניין-המקום** (Erbbaurecht), עיקר הדינים **בגרמניה** הריהו כלהלן. אין קניין המקום ניתן להיקבע אלא לשם בניינים - ודווקא בניינים שלמים - אבל לא מטעים או חלקי בניינים. אין החוק קובע זמן לקניין-המקום, אבל אם על-פי תנאי הקניין מגיע השעבוד לסיומו בעוד שהבניין קיים, חייב בעל הקרקע בפיצוי הולם. קניין המקום נקבע בדרך כלל באופן חוזי, ויכולים להיות מצורפים אליו חיובים אישיים בין בעל הקרקע לקונה-המקום, באופן שהחיובים יהיו צמודים לקניין הקרקע מחד ולקניין-המקום מאידך ויהיו עוברים עמהם. קניין-המקום עובר בירושה, נעשה אפותיקי וניתן להעברה חוזית, ואין בעל הקרקע והקונה יכולים להתנות על כך. לגבי העברה חוזית אפשר רק להתנות שהלוקח יהיה טעון אישור מצד בעל הקרקע. אם בעל הקרקע מסרב לאשר את הלוקח המוצע, ואין לו נימוק סביר, יכול הלוקח להתאשר על-ידי בית-הדין. קניין-המקום יכול להיקבע בכפוף לכל תנאי, אך לא על תנאי מפקיע. עם זאת, אפשר שקונה-המקום יקבל חיוב אישי עליו ועל באי-כוחו, שבהתארע תנאי מסוים הריהם יחזירו את קניין-המקום לבעל הקרקע[447]. **בשוייצריה** אין קניין-המקום מוסדר בחוק בפרוטרוט. נקבע רק הסייג שקניין-מקום לא יתכן לגבי מטעים וחלקי בניינים, ובהבדל מן החוק הגרמני נקבע שיכולים הצדדים להתנות על זכות ההעברה והירושה[448].

לעניין "זכויות בחפצי הזולת" על בסים "אישי", דומים בדרך-כלל הדינים בגרמניה ובשוייצריה למה שראינו בצרפת ובאיטליה, אך יש לציין את ההבדלים הבאים. **השכירות** כאן היא "שכירות חפצים" בלבד, ושכירות זו (שאין החוק מגביל אותה לשום תקופת זמן מירבית) מתחלקת ל-

---

לוי בא לטרוף את הנכס יכול שמעון לומר לו: טרוף, אך אני אוסיף מכל מקום לאכול את פירותי. ר' **וולף-רייזר**, עמ' 479.

[444] כט) **וולף-רייזר**, עמ' 455.

[445] ל) שם, עמ' 9, בהערה 6, ועמ' 429.

[446] לא) סע' 260, 282 של חוק החיובים, סע' 959 של הצג"ב.

[447] לב) **וולף-רייזר**, עמ' 420 ואילך.

[448] לג) צג"ב, סע' 675 ו-779.

miete, שיש בה רק זכות שימוש ולא אכילת פירות אחרים, ול-Pacht, שיש בה גם אכילת פירות אחרים והעשויה להתיחס לא רק לחפץ חומרי כי אם גם לזכות. בלי הסכמת המשכיר אין השוכר יכול כאן להעביר את זכותו או להשכיר את הנכס בשכירות משנה. מכירת הנכס אינה מפקיעה כאן למעשה את השכירות אפילו במיטלטלין; כי אף-על-פי שהלוקח את המיטלטלין אמנם איננו מתחייב בחיובי השכירות כפי שמתחייב הוא במקרקעין, מכל-מקום אין הוא יכול להוציא את המיטלטל [[133]] מיד השוכר כל זמן שחוזה השכירות עומד בתקפו בין השוכר למשכיר המקורי. מת השוכר תוך זמן השכירות, יכולים הן המשכיר הן היורשים להסתלק מן החוזה בהזדמנות החוקית הראשונה, אך אין האפשרות ניתנת למשכיר במקרה של Pacht. ההבדל החשוב ביותר בין השיטה הגרמנית לשיטה הצרפתית בענייננו הריהו בעובדה שבגרמניה נתונה לשוכר ולשואל גם ההגנה הפוססורית במלואה[449]. **בשוייצריה**, בהבדל מגרמניה, אין חיובי השכירות עוברים ללוקח, אפילו במקרקעין - אלא-אם-כן נרשמה השכירות בספרי האחוזה כפי שאמרנו לעיל. אך על-כל-פנים, גם אם שכירות המקרקעין אינה רשומה - בכל-זאת אין הלוקח יכול לסלק את השוכר מיניה וביה, אלא צריך הוא לחכות עד סוף הזמן החוקי; ואם אין הוא מגיש לו דרישת פינוי, חזקה על הלוקח שקיבל את חיובי השכירות על עצמו[450]. הבדל נוסף הוא שבשוייצריה יכול השוכר להעביר את זכותו או להשכיר בשכירות משנה, בתנאי שאין השינוי גורם שום נזק למשכיר. השוכר המקורי נשאר ערב כלפי בעל-הבית, ואילו בעל-הבית יכול לפנות במישרין אל שוכר המשנה כדי לתבעו שלא יחרוג מתנאי השכירות[451]. למשכיר ניתנת האפשרות להסתלק מן החוזה עם מות השוכר גם במקרה של Pacht[452].

ד. מיני השעבודים באנגליה

במשפט האנגלי, הזכויות בחפצי **המימלטלין** של הזולת הן מסוג שעבודי אחריות הנכסים (משכון - pawn - או זכות-עיכוב - lien), או מסוג השכירות או השאלה. השכירות והשאלה של המיטלטלין, אין להן שום מסכת דינים מיוחדת, אלא נידונות הן על-פי הדינים הכלליים של חוזים ושמירת נכסים (bailment)[453].

אשר **למקרקעין**, הרי הקניינים מתחלקים בהם לשני סוגים עיקריים: corporeal hereditaments, או estates, ו-incorporeal hereditaments. הסוג הראשון כולל את הקניינים שיש בהם זכות להחזקה, ואילו הסוג השני כולל את הקניינים שאין בהם זכות החזקה. שני הסוגים גם יחד מתחלקים שוב לקניינים "לגליים" וקניינים [[134]] "אקויטביליים". ההבדל העניני בין שני סוגים אלה הוא שהקניינים הלגליים "טובים נגד כל העולם", לרבות הלוקח בתום-לב ובתמורה,

---

[449] לד) **אנקצרוס-להמן**, עמ' 506 ואילך.

[450] לה) חוק החיובים, סע' 259, 267.

[451] לו) שם, סע' 264.

[452] לז) שם, סע' 297.

[453] לח) דוק בספרו של **גודיב**.

בעוד שהקניינים "האקויטביליים" נדחים מפני הקניין "הלגלי" הנולד בתמורה ובתום-לב (אם כי חוץ מזה גם הם "טובים נגד כל העולם").

בנוסף על ההבדל העניני יש בין הקניינים "הלגליים" ו"האקויטביליים" גם הבדל פורמלי. קניין לגלי יכול להיות רק זה שמעמידים אותו לזמן בלתי-מוגבל בתנאי כלשהו או זה שמעמידים אותו לתקופת שנים קבועה. קניין שלא נתמלאה בו אף אחת מן הדרישות האלו יכול רק להיות קניין "אקויטבילי".

ה-estate "הלגלי" הנעלה ביותר, המוכרח להימצא בכל מקרקע הוא ה- fee simple absolute in possession, המקביל לפי מושגינו לבעלות, ואילו כל הקניינים האחרים הם השעבודים. אולם, בהקבלה זו יש להיזהר היטב. לפי מושגינו, בעלות משמע קניין הגוף, ואילו שעבוד הוא קניין להנאה מסוימת בלבד; אבל לא כן עומדים הדברים באנגליה. ה- fee simple absolute in possession שווה אמנם בתוכנו לקניין-הגוף, אבל עשוי הוא להיות משועבד גם לקנייני גוף אחרים, "אקויטביליים". קניין-הגוף "האקויטבילי" הפשוט ביותר, הידוע גם במדינת-ישראל דהאידנא, הוא זה הנותן לקונה את האפשרות להוציא בדיינים את קניין-הגוף "הלגלי" (או, כפי שאומרים, "לקבל ביצוע בעיין של חוזה מכר"). כאן עדיין שמורה לכאורה הבעלות לבעל המקרקע המקורי (ראובן); אבל מאחר שראובן התחייב למכור את המקרקע לשמעון, והמסיבות הן כאלו ששמעון יכול לתבוע ולקבל "ביצוע בעין", התוצאה היא שלראובן אין כבר למעשה שום קניין שהוא, לבד מן השיור היחיד הזה, שעדיין יכול הוא להקנות באופן יעיל קניין "לגלי" כלשהו ללוקח בתמורה ובתום-לב; לעומת זאת, כל יתר היסודות של הבעלות (לבד מן האפשרות להקנות קניין "לגלי") עברו כבר לשמעון מלכתחילה.

קנייני-גוף "אקויטביליים" אחרים הם, למשל, ה-fee tail וה-life estate. ה-fee tail נותן לקונה קניין-גוף העובר בירושה כל זמן שישנם יורשים מסוג מסויים, אבל משאין עוד יורשים מאותו סוג חוזר המקרקע (או מה שנשאר ממנו) לקונה-הגוף "הלגלי". הזכות לחזרה זו היא השיור הנותר כאן מן השעבוד. דומה לזה הדין ב-life estate, אלא שכאן השיור הוא לקבל בחזרה את מה שנותר מן המקרקע עם [[136]] מותו של קונה-השעבוד, ואין השעבוד עובר בירושה כלל. את המלים "מה שנותר מן המקרקע" יש להדגיש ביחוד, אחר שקונה-הגוף "האקויטבילי" ב-fee tail או ב- life estate יכול כיום להקנות באופן יעיל גם את קניין-הגוף "הלגלי". שני הקניינים הללו ממלאים באנגליה את מקומו של קניין-הפירות, אך אין הסההקבלות היחידות, ובמתכונתם יתכנו גיוונים שונים, כגון estate for the life of another וכו'.

ה-estate הלגלי השני היא ה-term of years absolute, כלומר קניין לתקופת שנים מוגבלת. קניין זה אינו נותן זכות לגבי גוף המקרקע, והקונה הפוגע בגוף אחראי על waste כלפי הבעלים. הקניין מקביל אפוא בתוכנו (אך בדרך-כלל לא בתפקידו) לקניין-הפירות, וחוץ מזה גם לשכירות ולשאלה שבשיטות אחרות, ואמנם, נקרא הוא גם leasehold, או **שכירות**. אולם, כינוי זה אינו מדויק: השכירות מצביעה בעיקר על **צורת החוזה** (אם בתמורה הוא או לא), ולאו דווקא על **תוכן הזכות**. לעומת זאת, הקניין הנידון יכול להיות גם **שלא בתמורה**, ולפיכך נקרא לו על-פי תוכנו **קניין-**

פירות. קניין-פירות זה יכול גם להיות "אקויטבילי", כגון שהמקנה הוא בעל "אקויטבילי" מסוג שאינו יכול להקנות בקניין "לגלי"; או שהקונה חייב על waste, אבל לא נקבעה לו תקופת שנים מסוימת; או שעדיין לא נתקיימו הצעדים הפורמליים המעבירים את הקניין "הלגלי". הקונה-לפירות (ה-leaseholder) יכול להעביר את זכותו בהיקף שלא יעלה על היקף זכותו שלו. החוזה המלווה את קניין-הפירות (כשיש שם חוזה) הוא מצד אחד "ריאלי", ועובר הוא לבאי-כוח המקנה והקונה, בתוקף ה-privity of estate הקיימת תמיד בין המחזיק העקיף והמחזיק הישיר של הנכס; אבל מצד שני אין החוזה מאבד גם לעולם את אופיו "האישי" בין המקנה והקונה המקוריים, בתוקף ה-privity of contract שביניהם. התוצאה היא, שאם ראובן משכיר לשמעון, ושמעון ללוי, ולוי ליהודה, ויהודה מפר את חוזה-השכירות, יכול ראובן לתבוע הן את שמעון הן את יהודה, אבל לוי כאשר הסתלק - הסתלק. זכותו של קונה-הגוף לקבל שוב את החזקת המקרקע בתום התקופה של קניין-הפירות נקראת reversion - בהבדל מן השיור אחר קנייני הגוף המוגבלים, הנקרא remainder.

[[137]] ה-incorporeal hereditaments, מלבד מה שגם הם יכולים להיות "לגליים" או "אקויטביליים", הריהם מתחלקים עוד לשלשה סוגים: א) servitudes, המתחלקים טוב ל-easements ו-profits; ב) mortgages, שהם שעבודי אחריות-הנכסים; ו-ג) rentcharges[454].

את בעיית ה-mortgages נדחה לפרק על שעבודי אחריות הנכסים, ואילו את הדיון ב-servitudes נדחה לפרק על דיני השכנים - אם כי שם נראה כי באשר ל-profit, אין זה מוכרח להיות דווקא שעבוד-שכנים, אלא יכול הוא להיות גם שעבוד המקביל ל-usage הצרפתי או ל"שעבוד האישי המוגבל" שראינו בגרמניה. אשר ל-rentcharges, הריהם מקבילים במידה מסויימת ל-reallasten הגרמניים, אבל המעשה המחויב בהם יכול להתבטא רק בתשלומי כסף, החוזרים מדי שנה בשנה[455].

מלבד השעבודים הללו, ומלבד כמה שרידים היסטוריים חסרי-חשיבות, נראה שלהלכה אין מכירים באנגליה בשעבודים אחרים; אבל גם באנגליה נשלמת מסכת השעבודים על-ידי חופש החוזים האישיים. חוזה אישי - או גם הרשאה ארעית בלתי-מחייבת - הנותנים לאדם רשות לפעול בנכס של זולתו נקראים באנגלית licence, והגדרתו היא "רשות המצדיקה מה שהיה נחשב בלעדיה כ-trespass"[456].

ברשות כזאת (או "הרשאה", כפי שנקרא לה להלן) יש להבחין שלשה סוגים: הרשאה הנלווית על קניין (license coupled with a grant או coupled with an interest), הרשאה-סתם על פי הסכם

---

[454] לט) עד כאן הייתה סקירת המשפט האנגלי מבוססת על **הלסבורי-סיימונדס**, כרך ל"ב, עמ' 248, 252-253; **צ'שיר** עמ' 49, ואילך, 453; וביחוד **ארמנז'ון**, ג', עמ' 30 ואילך.

[455] מ) **הלסבורי-סיימונדס**, שם, עמ' 254-255; **צ'שיר**, עמ' 540; **ארמנז'ון**, שם, עמ' 87.

[456] מא) **צ'שיר**, עמ' 464 ואילך; **הלסבורי-סיימונדס**, כרך י"ב, עמ' 625; **סלמונד, נזיקין**, עמ' 211 ואילך.

מחייב והרשאה-סתם על פי הסכם שאינו מחייב או שלא הוחל לפעול על-פיו. ההרשאה הנלווית על קניין היא הרשות הניתנת לאדם שיכנס למקרקע של זולתו כדי להגשים את קניינו (כגון לקחת דבר השייך לו או שיש לו שעבוד לקחתו). הרשאה כזאת מתקרבת מאוד למדרגה של שעבוד אפילו לפי הקומון-לו, כי אין היא ניתנת לביטול מצד המרשה לבדו, והיא עומדת כנגד באי-כוחו בקניין. ההרשאה-סתם, משני הסוגים, ניתנת על-פי הקומון-לו לביטול בכל עת, וכוחה היחיד הוא שאין המרשה (והמחזיק-הגזלן[457]) יכולים לתבוע נגדה ב-trespass כל זמן שההרשאה לא בוטלה.

[[138]] אולם, במקרה שההרשאה כלולה בהסכם מחייב, אשר המורשה החל כבר לפעול על-פיו, נותנת האקויטי צו-מניעה נגד ביטולה, ואף כנגד באי-בוחו של המרשה בקניין המקרקע, אם קנו בידיעת ההרשאה. גם הרשאה כזאת מתקרבת אפוא מאוד לדרגה של שעבוד, ובאופן כזה ניתן למעשה ליצור באנגליה מיני "שעבודים אישיים מוגבלים" (Geschranute personliche dienstbarkeiten) באופן חופשי. החולשה של כל סוגי ההרשאות האלו מתבטאת בכך, שאם כי מוגנות הן כלן נגד תביעת trespass, אין הן מוגנות מפני פגיעה על-ידי צד שלישי, כשאין זו מתבטאת בשלילת החזקה (כגון שראובן הורשה לתלות שלט על כותלו של שמעון, ובא לוי ומסירו)[458].[[140]]

---

[457] מב) **סלמונד, נזיקין**, שם, עמ' 172-171.

[458] מג) במשפט אחרון זה נרמז סיבוך קשה וחסר יסוד אובייקטיבי, שהמשפט האנגלי מסתבך בו כאשר ה"הרשאה" הנכללת בהסכם שחייב כוללת בה רשות החזקה. על-ידי רשות-ההחזקה שהושלמה על-ידי קבלת ההחזקה בנכס בפועל, ממילא נעשה המורשה מוגן מצד אחד מפני ביטול ההרשאה על-ידי המרשה או באי-כוחו, ומצד שני מקבל הוא גם תביעת trespass לטובתו, וממילא נעשה הוא מוגן גם מפני צדדים שלישיים. תוצאה זו מטשטשת לחלוטין את ההבדל בין "הרשאת-ההחזקה" (possessory licence) לבין leasehold "אקויטבילי" גמור, אך שני המוסדות לא נתמזגו. חשיבותה העיקרית של ההבחנה ביניהם היא לעניין תחולתם או אי-תחולתם של דיני הגנת הדייר, אך שום קנה-מידה ממשי כדי להבחין בין המקרה הראוי לתחולה זו לבין המקרה שאיננו ראוי איננו קיים. **צ'שיר**, בעמ' 363-362, מנסה למצוא את קנה-המידה בכוונת הצדדים להסכם: "אם כי אדם המקבל החזקה יחודית בקרקע צריך להיחשב לכאורה כ-tenant, הרי בכל-זאת הוא יהיה רק licensee בלבד, אם המסקנה העולה מן המסיבות והתנהגות הצדדים היא כי תהיה לו זכות אישית של ישיבה, אך לא שום שעבוד מסויים בקרקע (no definite interest in land)". אולם, בעמ' 467 הוא הוא הכותב: "מהו טיבה המשפטי של זכות ישיבה זו?... הדעה המקובלת היא, שאם בית-המשפט יפעיל את ה-licence בעין, במובן זה שינתן צו מניעה נגד ביטולו על-ידי הפרת חוזה, הרי זה שעבוד אקויטבילי... המוטל על הקרקע (an equitable interest which binds the land) ביד כל אדם, לבד ממי שלוקח את ה-estate הלגלי בתמורה וללא ידיעה". סיבוך מופרך זה [[139]] אומץ בהדרגה, בשורה של פסקי-דין, גם במדינת ישראל: ר' ע"א 17/49 (ויסמן נ' סטריקובסקי, פסקיס ע' ב' עמ' 166); ע"א 47/51 (בדר נ. בוכמן, פסקי-דין ח', עמ' 870); ע"א 112/54 (המפלגה הקומוניסטית נ' הכנסיה הארמנית, פסקי דין ט', עמ' 529). בכל פסקי-הדין הללו נעלם מן השופטים כי קנה-המידה הפשוט, שאותו הם בעצם ביקשו, נמצא להם למעשה בהגדרה המהותית הרגילה של השכירות, לפיה הנאה המגיעה

ה. מיני השעבודים בדיני ישראל

גם **בדיני ישראל** לא נדון בפרק זה בשעבודי אחריות-הנכסים ובשעבודי-השכנים. כמו כן נוציא כאן מתחום דיוננו כל מיני שעבודים מיוחדים שכבר הזדמן לנו או עוד יזדמן לנו להכירם אגב הדיון בנושאים אחרים - כגון שעבודי רשות הרבים או שעבודי השותפים. את השעבודים המיוחדים הללו הרינו מזכירים כאן, בעוד שלא הזכרנו דבר במקביל להם במיני השעבודים בשיטות האחרות, כי בשיטות האחרות באמת אין לכל אלה שום מושג-גג מאוחד, והריהם נתפסים כל-אחד רק כפרט מן הפרטים של מסכת עניינו המיוחד, - אך בדיני ישראל קורה לעתים קרובות, שגם משעוברים אנו מתחום השעבודים שהם עיקר-עניין לעצמם, והרינו נכנסים לתחומים אחרים, נמצא כי פרט כלשהו מן התחום האחר נתפס ומוסבר כ"שעבוד" כפי שבאמת אין לתפסו ולהבינו אחרת באופן עקבי ושלם.

אשר לשעבודים שהם "עיקר-עניין לעצמם" והנשארים לדיוננו בפרק הזה, נראה שאפשר למיינם בדומה למה שראינו ביבשת אירופה - היינו לפי תוכן השעבוד, מצד אחד, או לפי סוג החוזה המעמיד את השעבוד, מצד שני, - אלא שבדיני ישראל מתקשרים הדברים במידה מסוימת של שוני. ביבשת אירופה ראינו כי המיון לפי תוכן השעבודים הוא בדרך-כלל עניין נבדל לגמרי מן המיון לפי סוג החוזה, ובעוד שהשעבודים הנתפסים במיון התוכני הם בדרך-כלל מוסדות משפטיים בפני עצמם, הנושאים אופי "ריאלי" ואשר היותם או אי-היותם תלויים בחוזה הוא חסר-משמעות לגבי מעמדם המוסדי - מלבד המקרה האחד של ה-Emphytéose, שבו מוכרח התוכן להיות מעורה דווקא בחוזה של שכירות - הרי במיון לפי סוג החוזים מקבלים אנו שוב מספר מוסדות תוכניים **מקבילים**, אלא שאופיים איננו "ריאלי" כי אם "פרסונלי" וטיבם החוזי הוא תמיד חלק מהותי מהגדרתם המוסדית. לעומת זאת, בדיני ישראל ניתן לומר כי מיני השעבודים השייכים לענייננו אינם אף פעם מוסדות בפני עצמם. קיים רק המושג העקרוני והכולל של "שעבוד", אשר צירוף הרשויות המתפצלות על-פיו מקניין-הגוף שונה ממקרה למקרה, בהתאם למה שנקבע במעשה-הפיצול או **מעשה-ההקנאה**; ומעשה זה, מלכתחילה אין לגבי מיון השעבודים נפקא מינה מאיזה מין הוא: אם הוא מעשה הדין בעצמו או מתנת שכיב-מרע, מתנת-בריא או [[141]] הקנאה בתמורה. אולם, יש צירופי-רשויות אפייניים ושגורים יותר מאחרים, כגון קניין-פירות, קניין-דירה וכיו"ב, שמצטרף אליהם כינוי כולל ומיחד כאמור - וכאשר מתיחס מעשה-ההקנאה לשעבוד המצוין בכינוי שכזה, ממילא מעמיד הוא **בסתם** את צירוף-הרשויות המסוים, שמקובל לכנותו באותו הכינוי - ואף אם לא נתפרטו הרשויות במעשה-ההקנאה בפירוש; וזהו עיקר הראש האחד למיון השעבודים, היינו המיון לפי תוכנם. מצד שני, המיון לפי סוג החוזה שייך כמובן דווקא בשעבודים המוקנים בהסכם, ועניינו של מיון זה הוא כפול. ראשית, כשאומרים אנו שכירות, שאלה או חכירה של נכס, יכולים אנו להתכוון בכך לצירופי-הרשויות האופייניים, המשתמעים בסתם - עקב שגרת-החיים - בהקנאת שעבוד בשכר, בחינם או לשם שיתוף של פירות; ומבחינה זו מצטרפים שלשת ההסדרים הללו **למיון התוכני** והופכים חלק ממנו, ולו גם

על פי הסכם הדדי ותלויה בתשלום שכר כנגדה הריהי הנאה של שכירות, ואילו מה שאינו כן - איננו שכירות.

בסמיכות ובנוסף למיון מקביל, לפי סוג החוזה. אולם, כשמשתמשים אנו באותם מושגים, יתכן גם שלא נתכוון דווקא לצירופי-הרשויות האופייניים, המשתמעים בהקנאה, אלא נתכוון רק לעצם טיבו של החוזה - בהתעלם מצירוף-הרשויות המכוון בו - ובאופן כזה מגיעים אנו למיון על-פי סוג החוזה העשוי לחול גם על צירופי-רשויות השונים מן השכירות או ההשאלה הרגילה - והעשוי לחול אפילו על קניין-פירות, קניין-דירה וכיו"ב, - ובלבד שהשעבוד אמנם יהיה מוקנה בהסכם.

1. השעבודים העיקריים בדיני ישראל לפי המיון התוכני

אם נמשיך עתה בסקירת הדברים על-פי שני מיני המיון שהסברנו, הרי מבחינת **המיון התוכני** נקבל קודם-כל רשימת צירופי-רשויות מוכרים כלהלן:

א) **קניין-פירות**, זהו שעבוד הנותן לקונה זכות למכלול פירותיו של הנכס, והיינו השימוש בנכס כדרכו, הפקת מה שניתן להפיק מגופו כדרך הנאתו וזכות לכל הכנסה בכסף או בנכסים אחרים, העשויה להגיע כדין מחמת הקניין בנכס[459]. במידה שהשימוש בנכס כדרכו כרוך בכילוי גופו של הנכס, [[142]] נתונה לקונה-הפירות גם רשות הכילוי[460]. לשם הפקת ההנאה כאמור, מקבל קונה-הפירות רשות להחזיק בנכס כבעל החצר[461], ורשאי הוא לעשות בנכס ככל הדרוש להפקת פירותיו - אך במקום שנתון הנכס לדרכי שימוש שונות, אין קונה-הפירות רשאי על-כל-פנים לשנות את דרך השימוש שהיתה נהוגה מלכתחילה, אם יש בכך כדי לפגוע בגופו של הנכס[462]. הקונה-לפירות רשאי להעביר את זכותו[463], וממילא משמע שהוא רשאי גם לפצלה ולהעמיד שעבודי משנה מתוכה. זמנו של קונה-הפירות צריך להיות קצוב במספר שנים, או עד מאורע מסוים[464] - ואם לא נקצב הזמן, ניתן השעבוד לסיום בכל עת[465]. עם זאת - בשים לב לשימושו הרגיל של שעבוד זה בהסדרים

---

[459] מד) ר' בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק ב', פרק ח' סע' ג, בסמיכות להערה י"א. במושג "הכנסה מחמת הקניין", כוונתנו לדייק ולומר: הכנסה מחמת היותו של הנכס **נתון לקניין**, בהבדל מהכנסה מחמה העברת הקניין; וההנחה היא כי המחיר, במקרה של מכר הגוף, הריהו רק הכנסה מחמת העברת הקניין, אבל דמי-שכירות - אף-על-פי שגם בהם יש צד של מחיר בעד העברה של קניין - הרי על-כל-פנים תלויים הם בהתמדת קניינו של בעל-הבית, ויש לראותם אפוא כ"הכנסה מחמת הקניין". השווה לעיל, פרק ג', סע' ב', מס' 2,- ור' גם סע' ג', מס' 3, בסוף.

[460] מה) כתובות ע"ט ב'.

[461] מו) שו"ע חו"מ סי' רי"ב סע' ה', ור' בספר "על ההחזקה ודיניה", פרק ה', סע' ב'. הדברים אמורים כמובן במידה שהנכס הוא "חצר", ויש מקום להחזיק בו כ"בעל-החצר". במידה שלא כן, הרשות היא להחזיק בו גרידא.

[462] מז) שו"ע חו"מ סי' רי"ב סע' ד'.

[463] מח) פכ"ג מהל' מכירה הל' ח', וטור חו"מ סי' רי"ב סע' ז'.

[464] מט) פכ"ג מהל' מכירה הל' ב'; רשב"ם על המשנה בבבא בתרא, דף פ' עמ' א' ד"ה פירות שובך.

[465] נ) ר' בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק א', פרק ב' הערה נ"ה. הסיום במועד שלא נקבע מראש צריך מתן שהות מתאימה לצד שכנגד: בבא מציעא ק"א ב'.

משפחתיים, כפי שיוסבר להלן - יתכן שגם כאשר זמן השעבוד לא נקצב בפירוש, לא יראוהו כעומד לסיום בכל עת, אלא כנתון למשך מותר חייו של הקונה - אם מסיבות המקרה נוחות להתפרש כך[466].

[[143]] במה שנוגע לאחריות של קונה-הפירות כשומר, סובר **גולק** כי האיש אינו אחראי אפילו כשומר חינם, וכוונתו כנראה אף במקרה שהשעבוד הועמד בהסכם שכירות או השאלה[467]. אולם, כפי שמסביר הרב הרצוג[468], אין לסברה זו יסוד - ומסתבר שדינו של הקונה, לבד ממקרה הבעל בנכסי מלוג של אשתו, הריהו הדין הרגיל, והיינו שהוא אחראי כשומר שכר, ובמקרה של השאלה על-פי בקשתו - כשואל[469].

שימושו של קניין-הפירות הוא משני מינים עיקריים. מצד אחד מתאים הוא **להסדרים משפחתיים**, כגון שאב רוצה לאפשר לבנו להופיע כבר מעתה כבעל נכסי הירושה, בעוד שזכות האב עצמו להנאה הממשית-האקטואלית תישאר בינתים בעינה[470]; או שמבקש אדם לזכות את חברו בהנאה הממשית-האקטואלית של הנכס לאחר מותו, בלי שתיפגע בכל-זאת זכותם של יורשיו לאחר שענייננו המיוחד של אותו פלוני יסתיים[471]; וביחוד מקובל כידוע קניין-הפירות בהסדר-הנכסים ההלכתי בין בעל ואשתו, כשהבעל זוכה בכל ההנאה הממשית-האקטואלית, כל זמן שהנישואין מתקיימים, אך הגוף נשמר לאשה למקרה שהנישואין יסתיימו בעודה בחיים[472]. לגבי הסדר זה יש לציין כי מטבע ברייתו אין הוא חל בנכס מסוים, כי אם במכלול-נכסים, באשר הם נכסים שהאשה מכנסת לבעלה בלעדי הסדר אחר (ולו יהא כי במקרה פלוני יתכן שאמנם לא ייכלל במכלול אלא נכס אחד מסוים); ודיני ההסדר הזה אינם שווים בכל למה שסקרנו, אלא מצטרפים הם לכלל משטר מיוחד, שלא נדון בו כאן. מצד שני, שייך קניין-הפירות גם [[144]] **בהסדר בתמורה**, והיינו כשבעל הנכס מעביר לזולתו בתמורה לא את כל גופו של הנכס, ואף לא את הנכס לשימוש מסויים, כי אם את הנכס למכלול הנאותיו. הסדר שכזה בא בחשבון בעיקר בין מוסדות-התישבות לבין המתישבים הפרטיים; כמו כן, הרי זה ההסדר המובהק של מכר הקרקעות בדיני ישראל במשטר היובל[473].

קניין-הפירות אינו מוכרח להתיחס דווקא לכל ההנאות הנכללות בהגדרתו שהבאנו לעיל. ההגדרה היא רק הגדרת קניין-הפירות **השלם**, כפי שהוא משתמע **בסתם**, כשמדברים על מושג זה. למעשה

---

[466] נא) ר' שו"ע חו"מ סי' ר"ט סע' ז'.

[467] נב) **גולק**, א', עמ' 132-131.

[468] נג) הרב הרצוג, א', עמ' 324 ואילך.

[469] נד) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ו', סע' א', וסע' ז', מס' 2, וסע' ו', הערה פ"ג.

[470] נה) ר' שו"ע חו"מ סי' רנ"ז.

[471] נו) ר' סמ"ע על חו"מ סי' רמ"ח ס"ק כ'.

[472] נז) ר' שו"ע אה"ע סי' פ"ה ופ"ח.

[473] נח) ר' משנה למלך, על פי"א מהל' שמיטה ויובל הל' א'.

יכול שעיבוד להיקבע גם לגבי חלק מן הפירות בלבד, או אף לגבי פרי אחד מסוים - ובין אם יהא זה שימוש בלבד, או פרי הבא מן הגוף, או פרי הבא מעלמא, - ואין מניעה עקרונית כי גם שעבוד שכזה ייתפס כקניין-פירות, ולו גם קניין-פירות מוגבל[474].

ב) **קניין דירה**[475]. זהו שעבוד המזכה את הקונה להחזיק כבעל-החצר בבנין או בחלק ממנו ולהשתמש בהם לשם מגורים. עניינו של השעבוד המכונה כך הוא להבטיח לקונה את הדירה דרך קבע, תוך שימת הדגש בעניינו של הקונה - בהבדל משעבוד בעל תוכן דומה שעיקר עניינו יהיה הדדי, בין הקונה לבעל הבית. הבטחת הדירה לקונה דרך-קבע, אין משמעה הבטחה לנצח, כי גם קניין-הדירה - ככל שעבוד אחר - צריך להיות לזמן מוגבל[476]; אך התקופה בקניין-הדירה לא תועמד בדרך-כלל על מניין זמנים, ודווקא מניין מועט, כגון ימים, שבועות, חדשים, או אף שנה או שנים אחדות, כנהוג **בשכירות** הרגילה למגורים, - כי אם היא תוצמד לאיזה עניין האמור להימשך דרך-קבע, כגון תקופה של חיים, - ואף אם תועמד על מניין-זמנים, הרי זה יהיה לזמן ארוך. אשר לדגש בעניינו של הקונה, משמע כי זכויות כלשהן שתוענקנה בהסדר לבעל-הבית לא תהיינה ממטרת ההסדר - כמו, למשל, שכר-דירה האמור להכניס ריווח לבעל-הבית בהסדר השכירות הרגילה, - אלא הן תהיינה רק [[145]] תוצאה שבאגב, הנובעת מעצם העובדה שהקונה מקבל כאן זכויות בנכס אשר גופו שייך לאחר. בהתאם לכך יוצא כי עיקר ייחודו **המשפטי** של קניין-הדירה (בהבדל מייחודו העניני שסקרנו עד כה) יהיה ביתר עצמאותו של הקונה, ובמיעוט אחריותו של בעל-הבית, לגבי החזקת גופו של הנכס במצב תקין והכשרתו לשימוש המכוון. דפוסים מגובשים בקשר לכך, לעניין "קניין הדירה" בסתם, אינם מצויים במקורות, אך ניתן להסיק מסקנות מתוך השוואה לדינים החלים בסתם בשכירות הרגילה, כפי שנראה להלן. עיקר שימושו של קניין-הדירה הוא בהסדרים משפחתיים, כגון שאדם מבקש להבטיח לעצמו את זכות הדירה למותר ימי חייו, בתוך דירה בבנין שלו, אשר את גופו מקנה הוא לקרוביו; או שמבקש הוא להבטיח לקרובו את זכות הדירה בבנין, לכשגוף הבניין יעבור ליורשיו; ובהתאם לכך, גם קניין-הדירה - כמו קניין-הפירות - יתכן שבמסיבות מתאימות יראוהו כמוקנה בסתם לימי חיי הקונה, אף אם לא נקצב זמנו בפירוש[477]. אולם, קניין-הדירה עשוי לשמש גם במקרים אחרים, וביחוד בהסדרים מן הסוג שאנו רגילים לקרוא כיום "בתים משותפים", ושאליהם נחזור עוד כאמור, בסעיף מיוחד להלן.

את קניין-הדירה הרגיל יש להבדיל ס"קניין המדור", שהוא קניין-הדירה הניתן על-פי הדין לאלמנה בבית המגורים מימי נישואיה, אשר גופו נקנה ליורשים[478]. בפרטי קניין-המדור לא נעסוק כאן, אך נציין כי בהבדל מקניין-הדירה הרגיל, שהקונה יכול גם בסתם להעבירו לאחרים (או

---

[474] נט) דוק בבבא מציעא ל"ג ב' - ל"ד א', ותוספות על כתובות, דף ס"ט עמ' א', ד"ה מעמלא דביתי, וטור חו"מ סי' רי"ב סע' ג'.

[475] ס) ר' שו"ע חו"מ סי' רי"ב סע' א' וג'.

[476] סא) ר' בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק א', פרק ב', הערה נ"ה.

[477] סב) ר' שו"ע חו"מ סי' ר"ט סע' ז'.

[478] סג) ר' שו"ע אה"ע סי' צ"ד.

להקים בו שעבודי-משנה), הרי קניין-המדור הוא אישי לחלוטין, ואינו ניתן אלא לצרכי השימוש של האלמנה בעצמה[479].

ג) **קניין-מקום.** על עיקר עניינו של קניין המקום עמדנו כבר, כאמור, בפרק הקודם - בסע' ג, מס' 1 ו-2. כאן נחזור ונזכיר שקניין המקום, לפי מה שראינו שם בדיני ישראל, הריהו שעבוד המזכה את הקונה להחזיק את גוף הקרקע, או חיבורי מקרקעין, [[146]] או כל חלק מהם, בבעלות נפרדת מן הבעלות בחלל הקרקע שאליו הם שייכים. אולם, באמת אין הגדרה זו ממצה את כל מה שניתן להיתפס בכינוי של קניין-מקום במקורות. גם הזכות להחזיק במקרקע של הזולת או בחלק ממנו בבחינת חצר לשם החזקת **מיטלטלין** בבעלות נפרדת מן הבעלות במקרקע - אף זו עשויה להיקרא על-פי לשון המקורות "קניין-מקום"[480]; ובסך-הכל ראוי אפוא להגדיר שעבוד זה, על-פי דיני ישראל, כשעבוד המזכה את הקונה להחזיק במקרקע או בחלק ממנו כבעל-החצר, כדי להחזיק שם נכסים כלשהם בקניין מיוחד. עם זאת, שוב, החשיבות העיקרית של קניין-המקום - בבחינת שעבוד מתמיד ושלא רק לשם מימוש הפעולה החד-פעמית של "קניין-חצר"[481] - הריהי כמובן בתחום העניינים שאמרנו לראשונה; ואמנם הפירוט המיוחד של דיני קניין-מקום, כשעבוד מתמיד, המצוי במקורות, מתיחס רק לתחום עניינים זה[482]. פירוט זה, אין לו משמעות עקרונית מעבר לבעיות המנהגיות-הספציפיות שבהן הוא עוסק, וחשיבותו הקיימת היא רק בעצם הבהרת מהותו ואפשרות העמדתו של קניין-המקום, בגדרים שייקבעו על-פי המנהג או מסיבות המקרה.

ד) למעלה, בסמיכות להערה נ"ט - הזכרנו שקניין הפירות אינו מוכרח להיות דווקא שלם ומקיף, אלא יתכן שיהיה גם מוגבל, ואף מוגבל ל"פרי" מסוים כלשהו. אולם, יש שני נימוקים להרחבת התפיסה המושגית בעניין זה. ראשית, כפי שראינו, קשור מושג "קניין-הפירות" לשימושים מסוג מיוחד, היינו הסדרים משפחתיים או אחרים, שבהם מסולק למעשה בעל הנכס מכל עניין אקטואלי בהנאתו של הנכס בתקופת השעבוד. אולם, ההפך מזה הוא בהכרח הנכון במקרה של "קניין-פירות מוגבל", וממילא משמע כי הדינים שמנינו בסתם בקניין-הפירות השלם והמכוונים למציאות זו, אינם שייכים בדרך-כלל בקניין החלקי. ושנית, מושג "הפרי" מוגבל לפי מה שראינו [[147]] להנאות המופקות מן הנכס כדרכו - כדי שהפקת הנאה מן הנכס שלא כדרכו תיחשב כפגיעה ב"קרן" או ב"גוף" ותהא אסורה על הקונה. אולם, אין מניעה עקרונית שנכס יוקנה לשעבוד להפקת הנאה מוגבלת, ולו גם שלא כדרכו - כגון שבעל קרקע, המעוניין לחפור בה מנהרה, יקנה את הקרקע לקבלן-החופר לשם זכייה בכל החול והאבנים שיפיק תוך כדי החפירה המוזמנת. בהתאם לכל זה כדאי אפוא לייחד לשעבודי ההנאות המוגבלות מושג מיוחד בדיני ישראל, אשר יסייג את השעבודים הללו מקניין-הפירות, ואף לא יזכיר את מושג "הפירות" בכלל - ולהלן אקרא להם **קנייני הנאה מוגבלת**. דוגמה אופיינית של קניין הנאה מוגבלת, שאין בה משום זכות להפקת

---

[479] סד) ר' תשובות הרשב"א, סי' אלף נ"ג ואלף קמ"ה.

[480] סה) בבא מציעא י"א א' - ב'.

[481] סו) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק מ', סע' ה', מס' 2.

[482] סז) שו"ע חו"מ סי' רי"ד ורט"ז; ור' מקור המונח "קניין מקום" בתחום זה במשנה בבא בתרא פ"ו מ"ד.

פירות, מוצאים אנו במקורות בהלכה העוסקת בזכות להוציא זיזים לחצר הזולת[483]. בקשר לכך אמנם יש לציין כי הזכות להוציא זיזים לחצר הזולת לא תועמד בדרך-כלל באופן אישי לטובת הקונה, כי אם בצמוד לקניינו של הקונה בחצר שכנה; ובמקרה שכזה יחרוג הדבר מענייננו בסעיף זה, ויהא שייך לדיון שנקיים להלן **בשעבודי שכנים**. שם גם לא נקרא לשעבוד כזה "קניין הנאה מוגבלת", אלא נייחד אותו בכינוי של **שעבוד תשמיש**. אולם, העובדה היא שההלכה בדבר הוצאת זיזים אינה עוסקת בשאלה אם הזכות תהא אישית או צמודה לקניין, אלא היא עוסקת בעצם האפשרות של העמדת קניין להוצאת זיזים - ואין ספק שקניין כזה יכול לקום גם לטובתו האישית של הקונה, כפי שיהיה, למשל, כשהזיזים לא יידרשו לקונה לשם התליית מרפסת, או תליית כביסה, אלא לשם תליית שלט-פרסומת על אם הדרך.

כהגדרה של סוג השעבוד המיוחד, שנראה לי נכון לייחדו בדיני ישראל בכינוי המוצע, הייתי מנסח ואומר שזהו שעבוד המזכה את הקונה להפיק מן הנכס הנאה כלשהי, בלעדי הזכות להחזיק בו ומבעד לרשות ההחזקה המתקיימת [[148]] בו לאנשים אחרים[484].

פירוט דינים שיחולו בסתם בקניין ההנאה המוגבלת אין אנו מוצאים במקורות, ומסתבר שבדרך-כלל יצטרכו הצדדים לקבוע את גדרי הקניין וזכויותיהם ההדדיות בפירוש, לפי העניין. אולם, נראה מכל-מקום, שבסתם - וכל אימת שלא נקבע אחרת - יעבור הקניין בירושה, והוא גם יהא ניתן להעברה על ידי הקונה בעצמו, על-פי הדין החל בסתם ב"כל קניין דעלמא"[485]. מסקנה מסתברת נוספת היא, שבעניין גדרי המימוש וסיום השעבוד צריכים לחול כאן בסתם הדינים שנראה להלן בשעבודי התשמיש.

ה) עוד סוג של שעבוד המוכר במקורותינו, הוא **השעבוד למניעת מעשה כלשהו בנכס הזולת**. בשעבוד זה יש לראות התפצלות של רשות הבעלים למנוע מאחרים כל התערבות בנכס שאין הבעלים מסכימים לה, - והיינו שכשם שיכולים הם לאסור בנכס כל מעשה שאינו לרצונם, כן יכולים הם להעביר זכות-איסור זו, ואפילו נגד עצמם. הדוגמה המובאת במקורות היא שפלוני קיבל רשות לתבוע כי אי-מישהו מלבדו יבנה דבר לתקנת בית-הכנסת של הקהילה[486]; ואף-על-פי

---

[483] סח) שו"ע חו"מ סי' רי"ב סע' ב'.

[484] סט) להלכה, מבחינה מהותית, אין אמנם מניעה שקניין ההנאה המוגבלת יכלול לפעמים גם זכות החזקה; אך למעשה - כשתהיה לקונה זכות החזקה, ממילא משמע שגם אם זכות ההנאה שלו תהיה מוגבלת, הרי על-כל-פנים היא תהיה **יחודית**, או לפחות **יחודית-במשותף**, ואז ממילא היא תיתפס, באופן פשוט או מסויג, באחד הדפוסים האחרים שאנחנו מונים כאן. בגרמניה רואים אפשרית זכות החזקה ב-beschränkte persönliche Dienstbarkeit ודאי משום כך, שזוהי אפשרות של תחליף ל"שכירות הריאלית", הנמנעת שם באופן אחר.

[485] ע) משנה ברורה, בשם הט"ז, על או"ח סי' קנ"ג ס"ק ע"ה.

[486] עא) המרדכי על בבא קמא, סוף פרק החובל. הנוסח המובא בהגהת הרמ"א על שו"ע חו"מ סי' קמ"ט, בסוף, אינו מדויק.

שבמקרה המסוים הזה לא דובר בעצם בהקנאה ממונית, כי אם במין זכיון באיסורי-הנאה, הרי מן הפרשנות על העניין מתברר שההסדר יכול היה קום גם על בסים ממוני רגיל[487].

[[149]] מבחינה מהותית ומבחינה מעשית גם יחד מסתבר כי נכון יהיה לתפוס שעבוד שכזה כמין מיוחד של קניין הנאה מוגבלת.

2. השעבודים העיקריים בדיני ישראל לפי המיון החוזי

מכאן עוברים אנו לראש-המיון השני, היינו מיון השעבודים לפי טיב החוזה, והרינו מקבלים בזה רשימת-אפשרויות כלהלן:

א. שכירות

את השכירות בדיני-ישראל, במובן הרחב, אפשר להגדיר כקשר הנוצר דרך הסכם, שעל-פיו זוכה אחד הצדדים בהנאה כנגד חיוב של שכר.

להבנת הגדרה זו יש לנו להוסיף ולהגדיר גם את המושג של "זכייה בהנאה" ומושג "השכר". "לזכות בהנאה" אין משמעו לקבל זכות לקבלת ההנאה, אלא פירושו הוא, שאם אמנם קיבל האדם את ההנאה, רואים אותו כמקבל אותה כדין, על-פי זכות, ואין הוא חייב בגינה כגזלן, או כדין "זה נהנה וזה חסר", החל במקום שאדם מקבל הנאה על חשבון חברו בלי שיהיה זכאי לאותה הנאה מלכתחילה[488]. ואילו במה שנוגע למושג "השכר", יתברר לנו ייחודו מתוך השוואה למשמעות המושג של "מחיר". "מחיר" הוא התמורה שאדם מתחייב לשלם בעד הנאה שזכה בה **בבת-אחת**, כמו במקרה של רכישת נכס לגופו; ונפקא מינה, שעם העברת הבעלות מן המוכר ללוקח - מעשה המתחיל ומסתיים כלו ברגע אחד - נעשה המחיר חוב גמור על הלוקח, והסכם-המכר מוצא בזה כלו אל הפועל, באותו רגע עצמו שבו עברה הבעלות והמחיר נעשה חוב גמור. לעומת זאת, "שכר" הוא התמורה שאדם מתחייב לשלם בעד הנאה שאין הוא זוכה בה אלא **באופן נמשך**. תמורה שכזאת אינה נעשית חוב גמור אלא בד-בבד עם מהלך הזכייה בהנאה[489], - וההבחנה מתקשרת כאן לעובדה היסודית, שההסכם אשר על-פיו מגיעה ההנאה איננו מתגשם בפועל בבת-אחת, אלא משאיר את הצדדים קשורים זה לזה ביחסי זכות וחובה לגבי אספקת ההנאה וקבלתה **במשך תקופה**.

---

[487] עב) משנה ברורה, בשם הט"ז, על או"ח סי' קכ"ג ס"ק ע"ה.

[488] עג) בבא קמא, דף כ' עמ' א'-ב'.

[489] עד) "ישנה לשכירות מתחילה ועד הסוף, ומכל-מקום אין שכירות משתלמת אלא לבסוף": ר' קידושין מ"ח א' ובבא מציעא ס"ח א', ור' הרא"ש על עבודה זרה י"ט ב', ורש"י שם, ד"ה לית ביה שוה פרוטה, וכן רש"י על בבא קמא צ"ט א', ד"ה ישנה לשכירות.

[[150]] השכירות היא אם-כן, במלים אחרות, קשר מוסכם, שעל-פיו זוכה אחד הצדדים בהנאה נמשכת, כנגד תמורה המגיעה בד-בבד, - ודוגמאות של קשר כזה מוצאים אנו למשל בזכיית בעל-הבית בהנאת תיקון כלי שלו על-ידי האומן[490], בזכיית בעל-הבית בהנאת פעולתו היומית של פועל[491] - או בזכיית אדם בהנאת שעבוד שהוקנה לו על דעת תמורה כאמור[492].

לנו יש כאן עניין, כמובן, רק בשכירות מן הדוגמה השלישית. שכירות זו איננה האפשרות היחידה להעמדת שעבוד בתמורה. אחת האפשרויות האחרות, שנראה להלן, היא אפשרות החכירה הקבלנית, או האריסות. אולם, אפשר גם שהשעבוד יוקנה בתמורה כדרך שמקנים את קניין-הגוף, והיינו שעם הקנאת השעבוד יזכה בעל-הבית מיד בתמורה כחוב גמור, בלי שזכותו תהא תלויה בהתפתחות הדברים בהמשך. זהו ההסדר הידוע כיום בכינוי "דמי מפתח"; והסדר שכזה, כשאין הוא מלווה גם בחובה נוספת של שכר במובן שהגדרנו - אין הוא "שכירות", כי אם מכר רגיל - ולו גם מכר שאינו מתיחס לקניין-הגוף, כי אם לשעבוד. אולם, אין צריך לומר כי קניית שעבודים בתמורה מוחלטת, בלי שום קשר למהלך הפקת ההנאה למעשה בהמשך, איננה מעשה רגיל[493] - והדרך הרגילה להעמדת שעבודים בתמורה היא דרך השכירות.

[[152]] במסגרת זו נתקלים אנו באופן המובהק ביותר בהבחנה שיש לה מקום גם בהסדרים אחרים של העמדת שעבוד בהסכם - והיינו ההבחנה בין **עצם תוכנו של השעבוד** לבין **תנאי-הלואי החוביים**, העשויים להילוות על השעבוד[494] - ושעניינם הוא לקבוע את היחסי החוביים בין בעל-הבית לקונה-השעבוד בקשר להתמדת השעבוד בידו של הקונה. תנאים כאלה הם, למשל, חובת השכר או פטור משכר[495], תיקון גדרי אחריותם של הקונה כשומר, אחריות בעל-הבית לתיקונים,

---

[490] עה) שו"ע חו"מ סי' ש"ו.

[491] עו) שם, סי' של"א ואילך.

[492] עז) אבל הסכם להספקת סחורה במשך תקופה מסוימת כנגד תמורה המגיעה לפי הסחורה המוספקת איננו שכירות - כי הזכייה בכל פריט של הסחורה איננה על-כל-פנים עניין נמשך, אלא היא מתקיימת באופן רגעי, בבת אחת, בנפרד מן הזכייה בכל פריט אחר.

[493] עח) טעם הדבר הוא, שבשעבוד - בהבדל מקניין-הגוף - אין הקונה מקבל זכות לכל הנאות הנכס, ואף הזכות לכלותו בן רגע, אלא הוא מקבל רק זכות לחלק מן ההנאות, למשך זמן מסויים, - ונמצא אפוא כי בשעבוד, בהבדל מקניין הגוף - התמורה הראויה איננה מוחלטת, אלא היא פרופורציונלית להנאות ולזמן. אף-על-פי-כן, העובדה היא שלפעמים יש גם מי שמוצא טעם לקנות שעבוד בתמורה מוחלטת: ר' המקרה שנידון במדינת ישראל, בע"א 112/54 (המפלגה הקומוניסטית נ' הכנסיה הארמנית, פסקי-דין ט', עמ' 529). המקרה היה, שהמפלגה קיבלה רשות להשתמש במקום כמועדון בלי דמי-שכירות, אם תערוך את בדק-הבית הדרוש.

[494] עח-1) ר' שו"ע חו"מ סי' שט"ו סע' ד': "כל תנאי שכירות אינו צריך קניין".

[495] עט) לפחות בדיני ישראל, הדין הוא שפטור משכר טעון התנאה מיוחדת, ואין לומר כי בסתם - לכשלא הותנה שכר - ממילא אין שם חובה של שכר. כך על-פי הכלל כי במקום ש"זה נהנה וזה חסר - חייב": ר' בבא קמא, דף כ' עמ' א' - ב', ודוק.

חלוקת הוצאות התחזוקה וכיו"ב. בשיטות האירופיות, בדרך-כלל נעלמת ההבחנה בין שני יסודות אלה, כי שעבוד הקם על-פי חוזה נחשב שם בדרך-כלל כמוסד "פרסונלי", ואף גדרי הקניין במוחזק נתפסים שם במקרה כזה כחלק מן ההסדר הכללי **החובי**. אולם, באמת גם בשיטות האירופיות ראוי להבחין בין שני היסודות - ביחוד למקרה ששעבוד "ריאלי", כגון "קניין-מקום", קם על-פי הסדר הכולל התחייבויות שמחוץ למסגרת החוקית-המוסדית של השעבוד, - ואילו במשפט האנגלי אף מוכרת ההבחנה לחלוטין, בהבדל בין privity of contract לבין privity of estate[496]. על אחת כמה וכמה יש להבחין אפוא בין שני היסודות בדיני ישראל, הנבנים על מושגים משפטיים חתוכים, יותר מכל שיטת משפט זולתם[497], - וכך אמנם נבחין גם להלן[498].

כפי שהסברנו, אפשר בסוגים השונים של חוזי-השעבודים להעמיד שעבודים בתכנים שונים, והוא הדין בשכירות. כאן כדאי להוסיף שלא רק שעבודים בתכנים שונים אפשר להעמיד בדרך השכירות, אלא גם תנאי-הלואי החובייים שייכללו בחוזה-השכירות יכולים כמובן להיות שונים ומשונים - ככל שיסכימו בעל-הבית וקונה השעבוד - ובלבד שאמנם תיכלל בהם **חובה של שכר**, שזהו היסוד המהותי המבדיל בין חוזה-השכירות לחוזי-השעבודים אחרים. להלן נסקור את **החוזה הרגיל של שכירות-נכסים במוחזק**, ואת הדינים החלים בו בסתם.

[[153]] מבחינת **תוכן השעבוד** ניתן לומר כי השכירות-שבסתם היא שעבוד להחזיק את הנכס ו להשתמש בו בגדר הצורך שלשמו הושכר בפירוש או מסתמא; ומשמע מכאן כי השוכר הרגיל במקרקעין אף נעשה בסתם בעל-החצר[499]. במה שנוגע למעמד השוכר כנגד בא-כוחו של בעל-הבית, נקבע בשו"ע חו"מ סי' שי"ב סע' א': "המשכיר לחברו בית או חצר או מרחץ או חנות[500] לזמן קצוב אינו יכול לחזור בו ולהוציאו תוך זמנו, אפילו נפל ביתו של משכיר, שאין לו מקום לדור בו, ואפילו העני וצריך למכרו לאחר - אינו יכול להוציאו, והמקח קיים, ולוקח צריך להניחו ביד השוכר עד שישלים זמנו"[501]. אם זמן השכירות אינו קצוב, ניתן הקניין לביטול בכל עת (תוך מתן שהות מתאימה, כפי שהערנו בהערה נ' לעיל). על חוסר יכולתו של בעל-הבית לפגוע בקניין השכירות תוך כדי זמנו, ר' גם להלן, סע' י"ז: "המשכיר בית לחברו לזמן ורוצה לסתרו בתוך הזמן - השוכר יכול לעכב עליו". עם זאת מתעוררת שאלה בדבר יכולתו של בעל-הבית להקדיש את הנכס תוך זמן השכירות ולאסור אותו בזה על השוכר. הרמב"ם, בפ"ו מהל' ערכין וחרמין הל' ל', פסק לעניין זה

---

[496] פ) **צ'שיר**, עמ' 441-440, ור' לעיל, סע' ד'.

[497] פא) ר' בהקדמה לספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", בסמיכות להערות ל'-ל"א.

[498] פב) השווה בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק א' פרק ג', הערה ט"ו.

[499] פג) שו"ע חו"מ סי' ש"ח ואילך וסי' שי"ג.

[500] פד) על-פי הטעם הניתן לדין זה על-ידי הסמ"ע בס"ק א', נראה שהוא הדין במיטלטלין.

[501] פה) מסקנה הפוכה עולה מדעת הר"י, המובאת בתוספות על כתובות ק"ג א', ד"ה ולא אמרן; אבל אין זו ההלכה: ר' סמ"ע על שו"ע חו"מ סי' שי"ח ס"ק ג'. גם להגהת הרמ"א המובאת בסי' שי"ב סע' א' אין לחוש: דוק במקורות לאותה הגהה, וביחוד בפירוש הרידב"ז על הירושלמי, שהוא כנראה הפירוש הנכון ביותר.

בחיוב; אך הרשב"א בתשובה סי' תשמ"ג כתב כי דעתו נוטה כדעת האומרים שהמשכיר בית לחברו לזמן, שאינו יכול לאסרו עליו, וכן גם דעת הרשד"ם בתשובה [[154]] בחחו"מ סי' רפ"ב[502].

כמה דעות מתחרות מובעות בקשר ליכולתו של השוכר לחזור ולהשכיר את הנכס באין על כך התנאה מפורשת. לית אמנם מאן דפליג שההשכרה החוזרת נמנעת בסתם **במיטלטלין**, חוץ מספינה[503], - אך יש בעייה בענין **מקרקעין**. קודם-כל מהתר ההשכרה החוזרת לגבי ספינה הסיק הרמב"ם התר של השכרה חוזרת גם **בבתים**[504] - והיו שהסיקו (לאור דברי הרמב"ם בפכ"ג מהל' מכירה הל' ח') כי לדעת הרמב"ם, אין שכירות חוזרת **בשדות**, [[155]] בהבדל מבתים; אולם, הבחנה זו, נראה שהיא מופרכת[505].

שאלה שנייה היא, אם השכירות החוזרת שאמרנו היא "**שכירות משנה**", שבה אין נוצר שום קשר ישיר בין השוכר השני לבעל הנכס, או שמא המדובר הוא ב**העברת השכירות**, באופן שהשוכר הראשון מסתלק לגמרי, או לכל היותר נשאר הוא רק ערב לשוכר השני. בפסק-דין של בית-המשפט במדינת ישראל[506], הסיק השופט זילברג שהדברים אמורים ב"שכירות משנה בלבד" - ואת

---

[502] פו) דעת הרמב"ם מבוססת על השקלא וטרייא בגמרא, במסכת ערכין כ' ב' - כ"א א', ולכאורה היא נתמכת גם על-ידי הכלל כי "הקדש, חמץ ושיחרור מפקיעין מידי שעבוד" (גטין מ' ב', ועוד). אולם, מסקנה זו מנוגדת לתוספתא בבא מציעא, פ"ח הל' י"ג, לפיה אין הקדש בעל-הבית תופס אלא בכפוף לזכותו של השוכר, ודומה לזה מה שמשתמע בגמרא כתובות נ"ט ב', שבממשכן שהקדיש - אין הקדשו תופס אלא בכפוף לזכותו של הנושה. גישה שנייה זו היא כמובן מסתברת יותר, לאור הכלל היסודי כי אין אדם מקדיש מה שאינו ברשותו, - וקשה לי לקבל את הנסיונות לתרץ את הגישה הראשונה על-ידי הכנסת הבחנות מלאכותיות למושג הרשות, כפי שנעשה למשל בתוספות על ערכין כ"א א', ד"ה הכי קאמר, או בפירוש הרדב"ז על הרמב"ם בפ"ו מהל' ערכין וחרמין. לע"ד, המפתח לפתרון הבעייה הוא בהסבר הכלל של "הקדש, חמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד", המובא בתוספות על גיטין מ' ב', ד"ה הקדש, חמץ ושחרור. לפי הסבר זה יוצא כי מעשה ההקדשה כשלעצמו - וכן גם בוא הפסח או שחרור העבד - הם כשלעצמם אין בהם כדי להפקיע שעבוד; אולם, אם השעבוד הוא כזה, שבינתים משאיר הוא את ההחזקה ואת זכות השימוש האקטואלית בידי בעל-הבית (כגון שעבוד של אפותיקי או שעבוד שבח בית אביה של האשה בנכסי צאן ברזל שהכניסה לבעלה), נמצא כי שימושו של הנכס עשוי להיתפס בהקדש (או באיסור החמץ או בחרות-העבד) לאלתר, - והדין הוא כי משנתפס השימוש כאמור, שוב אין כוחו של השעבוד יפה כדי להחזיר את הגלגל אחורנית. בהתאם לכך נראה לי נכון כי בשכירות הרגילה, שיש עמה זכות החזקה אקטואלית לשוכר, אין בעל-הבית יכול לאסור על השוכר את זכותו, ורק במקום שאין זכות אקטואלית כזאת (כגון שהשכירות היא לעתיד או לקניין הנאה מוגבלת) יכול הקדש להפקיע מידי השעבוד.

[503] פז) שו"ע חו"מ סי' ש"ז סע' ד'.

[504] פח) פ"ה מהל' שכירות הל' ה'.

[505] פט) ר' בית יוסף על טור חו"מ סי' רי"ב סע' ז', ונוסח השו"ע שם, סע' ו', ודברי הט"ז שם. ור' גם תוספתא בבא מציעא פ"ט המובאת להלן.

[506] צ) ע"א 208/51, ארוין הקר נגד שינה ברש, פסקי דין ח', עמ' 556 ואילך.

דעתו זו, אם מותר לנו לשאול את סגנונו, "מרכיב הוא על שני רכשים". קודם-כל, מבחינה חיובית מסתמך הוא על דיוק לשון הדרישה על טור חו"מ סי' שט"ז; ושנית, מבחינה שלילית, מוציא הוא את מסקנתו מן העובדה, שלא הגיעו לידיעתו מקורות עבריים המאפשרים משהו מעין assignment of lease האנגלית. אולם, לע"ד אין הדברים נראים. במה שנוגע לדיוק לשון הדרישה, הרי הדברים מכוונים שם להוכיח את הדעה המופרכת כי הרמב"ם מבחין בין שדות לבתים; ואם אין הדברים איתנים למדי כדי להוכיח מה שביקשו להוכיח, על אחת כמה וכמה שאין בהם כדי לתמוך בהבחנה אשר בעל הדרישה כנראה לא חשב עליה כלל באותו ההקשר. על-כל-פנים, את ההעברה מסוג assignment of lease, שבה אין השוכר המקורי מסתלק לחלוטין, אלא נשאר הוא בבחינת ערב, אין דברי הרב מונעים בשום אופן. מצד שני, יש ויש מקום לומר כי בהתר להשכרה החוזרת, הכוונה היא דווקא להעברה גמורה, שבה מסתלק השוכר הראשון לחלוטין, והשוכר השני נכנס במקומו. מסקנה שכזאת מתחייבת לכאורה מן האסמכתא העיקרית לכל העניין, המתנסחת בפ"ה מהל' שכירות הל' ד' בזו הלשון: "השוכר את הספינה... - אם מכר כל הסחורה שבספינה לאיש אחר בחצי הדרך, וירד, ועלה הלוקח, נוטל (בעל הספינה) שכר חצי הדרך מן הראשון ושכר החצי מזה האחרון, ויש לבעל הספינה עליו תרעומת, שגרם לו לסבול דעת איש אחר..." דברים אלה, כשלעצמם, הם חד-משמעיים עד קצה גבול האפשרות, ותמה הוא כיצד-זה מביא השופט זילברג את ההלכה ה' שלאחר מכן, ומתעלם הוא מן המבוא הזה, אשר הלכה ה' נמשכת ממנו. יתר-על-כן, הרי הסיפא של הלכה ה' עצמה: "וכן אני אומר, אם אמר לו בעל-הבית לשוכר, למה תטרח ותשכיר ביתי לאחרים? אם לא תרצה לעמוד בו, צא, [[156]] הניחו, ואתה פטור משכירתו - אינו יכול להשכיר לאחר, שזה באל תמנע טוב מבעליו: עד שאתה משכירו לאחר, תניח לזה ביתו"; וגם כאן משמע לכאורה שההשכרה לאחרים פוטרת את הראשון. עם זאת, האמת היא שבעל הדרישה פירש את הסיפא הזה, שההשכרה לאחרים "שכירות משנה" היא[507]; וגם מהגהת הרמ"א על שו"ע חו"מ סי' שס"ג סע' י' ניתן להסיק שההשכרה השנייה היא שכירות משנה. את הרמזים הסותרים הללו אפשר לישב בקלות, על-ידי שנאמר שבמקרקעין מותרת בסתם הן העברת השכירות הן "שכירות המשנה", לפי רצון השוכר; ואמנם נראה לי שזהו הדין. אולם, בנקודה זו נתקלים אנו במקור נוסף, אשר נעלם כנראה מעיני השופט זילברג, והמכניס בפירוש הסדר דומה עד מאוד ל-assignment of lease האנגלי; ולפי זה מאבדת ההבחנה בין "העברת השכירות" ל"שכירות המשנה" חלק גדול מחשיבותה. המקור הוא בתוספתא בבא מציעא פ"ט הל' י"ב, וזה לשונה עד כמה שהיא נוגעת לענייננו עתה: "השוכר שדה מחברו, ועמד השוכר והשכירה לאחר - רשאי בעל-הבית שיאמר לו אין לי חשבון עם כל אדם אלא עמך; עמד בעל-הבית והשכירה לאחר שיקבל השכירות מן השוכר[508], רשאי השוכר שיאמר לו אין לי חשבון [[158]] עם כל אדם אלא

---

[507] צא) עיין בפתחי תשובה על שו"ע חו"מ סי' שט"ז ס"ק א.

[508] צב) ר' מנחת ביכורים. לאור המשך דברי התוספתא, בהם מתברר כי בעל-הבית יכול על-כל-פנים למכור את השדה המושכר, מבחין בעל מנחת ביכורים ואומר: "ואינו רשאי (השוכר) למחות למכור, אבל להשכיר לאחר שיקבל השכירות מן השוכר אינו רשאי, ויכול לומר הראשון נוח לי..." אולם, אם הכוונה היא באמת להבחין כאן בין מכר הגוף למכר השדה לפירותיה, או בין מכר להעברת זכות גבייה בעלמא, הרי שההבחנה איננה נראית: ראשית, מפני שהשוכר מה אכפת לו מה הקף המכר? לדידו, החשוב הוא שבין כך ובין כך

עמד״. ומשמע (על-פי פשט המלה ״רשאי״ ולאור הדין המפורש בעניין הספינה) שבין בעל-הבית והשוכר השני - וכן בין השוכר ובא-כוח הבעלים - יכול ויכול להיווצר יחס ישיר, וכאשר הפעולה מכוונת אמנם ליחס כזה, מעבירה היא גם את הקשר החובי שבין המשכיר והשוכר, ולא רק את הקניין לבדו; אולם, **אם הצד שכנגד רוצה**, יכול הוא להתעלם מן ההעברה, **כדי לתבוע את זכויותיו** מן המתקשר המקורי.

במה שנוגע **לירושת השכירות**, ישנן שוב דעות חלוקות. השאלה מתעוררת כמובן רק בקשר ליורשי השוכר - אין צריך לומר שלא יהא דין יורשי המשכיר נוח יותר מדין לקוחותיו, - והרשב״א פסק בתשובה, סי׳ אלף כ״ח, המובאת גם בבית-יוסף על טור חו״מ סי׳ שי״ב, כי השכירות עוברת ליורשים, עד תום זמנה, בלי שום ברירה מצידם לסיימה[509]. לעומת זאת, מהר״ם מרוטנברג פסק, בתשובה המובאת בהמרדכי על בבא מציעא, פרק השוכר את האומנין, סי׳ שמ״ה, כי מות השוכר יש לו דין אונס המאפשר ליורשים לסיים את השכירות, במקרה שלהם עצמם אין עניין בה (בתנאי העקרוני, כפי שנראה להלן, שסיום השכירות לא יעמיד את הצד שכנגד במצב גרוע יותר מכפי שהיה אלמלא התקשר בשכירות מלכתחילה). מאחר שתשובת מהר״ם מבוססת בעקרון כללי, ואילו יחוד הדין בענייננו לפי שיטת הרשב״א איננו מוסבר, נראה שהעדיפות מגיעה לשיטת מהר״ם.

[[159]] מבחינת תנאי-הלואי, מתחלקים דיני השכירות שבסתם לשתי קבוצות: אחת בעניין אחריותו של בעל-הבית להחזקת גופו של הנכס במצב שיאפשר לשוכר להפיק את ההנאה שבעדה הוא משלם, והשנייה בעניין חישוב השכר במקרה של התפתחויות מיוחדות השייכות לעניין.

דיני הקבוצה הראשונה מסתכמים כלהלן:

מועבר הוא לבעל-בית חדש, והדעת נותנת כי בשני האופנים צריך הדין בענייננו להיות מאוחד. ושנית, מפני שלעניין עצם יכולתו של בעל-הבית להעביר את זכותו לדמי-השכירות אין בכלל שאלה אם הדבר בידו: פשיטא שהדבר בידו, על-פי הדין הכללי של הרשאה או מעמד שלשתן. יש אם כן לומר ש״עמד בעל-הבית והשכירה לאחר״ - אמנם פירושו הוא שהעמיד מישהו במקומו, ״שיקבל השכירות מן השוכר״, כדברי מנחת ביכורים; אלא שהעמדה זו אין משמעה רק העברת הזכות לגביית השכירות, [[157]] ואף אין משמעה השכרה בהבדל ממכירה, כי אם משמעה הוא העמדת מישהו, באיזה הקף שהוא, שיקבל השכירות מן השוכר **כבעל-הבית** - ולעניין זה, אף-על-פי שהשוכר אמנם אינו יכול למחות ולמנעו מעיקרא, הרי יש בידו לומר כי לדידו אין ההחלפה מסלקת את אחריותו של בעל הבית המקורי, ורשאי הוא לחזור תמיד ולערוך את **החשבון ההדדי** עם בעל-הבית. זהו ודאי פירוש התוספתא, ואולי גם פירוש כוונתו האמיתית של בעל מנחת ביכורים.

[509] צג) יש כמובן להסיק כי את היורשים אי-אפשר יהיה על-כל-פנים לחייב בדמי-השכירות מחוץ לנכסי העזבון, - ואם נכסי העזבון לא יספיקו, והיורשים גם לא ישלמו מכיסם מרצונם, יוכל בעל-הבית לסיים את השכירות מצידו, משייפסקו התשלומים. אם היורשים יוסיפו ליהנות בינתיים בלי זכות, הריהם יהיו חייבים לשלם מדין זה נהנה וזה חסר.

א) לגבי מום הנמצא בנכס בשעת ההשכרה חל בדרך-כלל דין המום שנמצא **בממכר**, אשר לא ניכנס כאן לפרטיו ושעיקרו הוא כי יכול הקונה לחזור בו משמתגלה לו המום, ואם לא חזר - מחל[510]. אולם, "פגמים שבהזנחה", הנקבעים לפי המנהג ותנאי המקרה, והנמצאים בנכס בשעת ההשכרה - חזקה היא על המשכיר כי הוא מתחייב לתקנם, ואף אם ראה השוכר ושתק, אין זה מוחזק שמחל[511].

ב) התקיימה השכירות, ונפגם הנכס, או אבד מיד השוכר (אבל לא נשחת עד כדי שינוי מהותי), עקב אונס בלתי-צפוי שבא מבחוץ, או אפילו אונס בלתי-צפוי שעלה מתוך גורמים הטבועים בנכס גופא, אלא שמטרת השכירות לא היתה מוגדרת (והמשכיר לא ערב אפוא לשום טיב מסוים), הרי האונס נופל ברשות השוכר, וחייב הוא במלוא השכר[512] - ואונס הצפוי לשני הצדדים בשווה, או הצפוי לשוכר ואינו צפוי למשכיר, דינו כאונס בלתי-צפוי[513].

ג) נפגם הנכס או אבד מיד השוכר עקב אונס הבא מגורמים פנימיים, ומטרת השכירות היתה מוגדרת, והפגם אמנם פוגע במטרה, או שנפגם או אבד הנכס עקב אונס צפוי למשכיר ובלתי-צפוי לשוכר (ואפילו היתה מטרת השכירות בלתי-מוגדרת, או שנבע האונס מגורמים חיצוניים), וכך במקרה שנשחת הנכס באונס עד כדי שינוי מהותי (ואפילו היה האונס חיצוני ובלתי-צפוי), הרי האונס הוא ברשות המשכיר[514].

[[160]] ד) במקום שנופל האונס ברשות המשכיר יש להבחין בין שכירות של נכס "סתם" לבין שכירות של נכס "זה". השכירות מן הסוג הראשון - עיקרה הוא חובי: המשכיר מתחייב כאן להעמיד נכס מתאים לרשותו של השוכר, לשם השגת מטרתו של זה, ואף אם משתעבד הנכס באופן קנייני לשוכר, הרי זה רק בבחינת מילוי חיובו של המשכיר. לעומת זאת, בשכירות מן הסוג השני, העיקר הוא בשעבוד הקנייני של נכס מסוים לשימושו של השוכר, והמשכיר יוצא ידי חלקו בהסכם השכירות על-ידי עצם ההשכרה של אותו נכס מסוים. בהתאם להבחנה זו, הדין בנכס "סתם" הוא, שאם נאנס הנכס באונס הנופל ברשות המשכיר, נמצאת חובתו בלתי-מקוימת, והוא חייב אפוא לתקן את הפגם או להעמיד לרשות השוכר נכס-חילופין, בעוד שבמקרה של נכס "זה" - המשכיר פטור[515].

---

[510] צד) שו"ע חו"מ סי' רל"ב ואילך.

[511] צה) על-פי פסחים ד' ב' ושו"ע חו"מ סי' שי"ח.

[512] צג*) על-פי בבא מציעא ע"ח ב' - ע"ט א'.

[513] צד*) על-פי שו"ע חו"מ סי' של"ד סע' א' והג"ה שם.

[514] צה*) על-פי בבא מציעא ע"ח ב' - ע"ט א'.

[515] צו) על-פי בבא מציעא ע"ח ב' - ע"ט א' ושו"ע חו"מ סי' שי"ד סע' א', הגה (ושלא כתשובת הרא"ש, כלל ל"ה סי' ו', שאף בנכס "זה" - אף-על-פי שאין בעל-הבית חייב להעמיד נכס-חילופין, מכל-מקום חייב הוא לתקן את הפגם, אם אפשר).

ה) אף-על-פי שאמרנו כי בנכס "זה" המשכיר פטור, הרי במקרה שנופל האונס ברשות המשכיר, והמדובר הוא במיטלטל - נשאר גופו של הנכס משועבד לשוכר (בגדרי רשותו של המשכיר), לשם השגתה של מטרת השכירות, ורשאי השוכר אפילו לכלות את הגוף (והיינו למכור את הבלאים) במידה שיוכל הדבר להועיל לו כדי להשיג את מטרתו. במקרקעין, אין לשוכר שעבוד כזה, אבל מכל-מקום, בין במקרקעין ובין במיטלטלין (כשאין השוכר מנצל את השעבוד האמור), רשאי השוכר לראות את האונס כגורם המפסיק את השכירות באשמת המשכיר (ולהלן נראה את משמעות הדבר לעניין חישוב השכר)[516].

ו) במקרה של אונס הנופל ברשות המשכיר בנכס "סתם", כשאין המשכיר ממלא את חובתו, יכול השוכר לראות את השכירות כמופסקת באשמת השוכר, או רשאי הוא לתקן את הפגם, או להשיג לעצמו נכס-חילופין למטרתו על חשבון המשכיר, עד כדי ערך השכר, ואם יש ביד השוכר משכון בערך יותר גדול, כי אז עד כדי ערך המשכון[517].

[[161]] אם הפרת החובה צפויה לגרום לשוכר גם נזק ממון מלבד עצם הנזק שבהפרת החובה (למשל, מתוך כך שהשוכר סומך על המשכיר), חייב המשכיר לפצות את השוכר על כל הנזק שההפרה גרמה. דומה לזה הדין בכל מקרה שהמשכיר מפר בפשיעה חובה המוטלת עליו על-פי הסכם השכירות[518]; אבל אם נאנס המשכיר **ואין הוא יכול** למלא חובה המוטלת עליו (להבדיל מן האונס הפוגע בנכס ושאיננו מונע מן [[162]] המשכיר את האפשרות למלא את חובתו, אלא רק גורע מחובתו את מילויה ומצריך מעשה נוסף לשם המילוי), נפטר המשכיר בדומה למה שאמרנו

---

[516] צז) על-פי בבא מציעא ע"ח ב' - ע"ט א', והרב המגיד על פ"ה מהל' שכירות הל' ו', ושו"ע חו"מ סי' שכ"א סע' א' הגה, וסמ"ע שם, ס"ק ו', ותשובת חת"ם סופר המובאת שם בפתחי תשובה, ס"ק א'.

[517] צז-1) התחיבות גרידא, בלעדי משכון, אינה יכולה להועיל בעניין זה, כי הרי זו התחיבות-קנס ואסמכתא.

[518] צח) במקרה שהמשכיר שולל מן השוכר את הנכס בפשיעה, בהסכם לנכס "סתם", הרי זה כמובן כאילו הפר המשכיר את חובתו להעמיד נכס לרשות השוכר. אבל בפ"ה מהל' שכירות הל' ו' כתב הרמב"ם שהוא הדין אפילו בנכס "זה", והעיר הרב המגיד כי פשיטא הוא - ולע"ד קשה, שהרי אפילו נאמר כי יש כאן הפרת חובה, הלא מכל מקום תהא החובה להעמיד לשוכר נכס "זה", וכיצד יצא המשכיר ידי חובתו על-ידי העמדת נכס אחר, ולו גם דומה? לכן נראה לי כי יש לפרש, שאמנם אין כאן בכלל עניין של הפרת חובה חוזית, אלא רק פשיעה בנזיקין, ומלכתחילה נופל הנזק ברשות **השוכר**, כדין אונס בלתי-צפוי הבא מבחוץ, אבל בדיעבד נמצא שהמשכיר-המזיק חייב לשוכר אותו פיצוי בדיוק שהיה חייב לו לו היה מפר חובה להעמיד לרשות השוכר נכס "סתם"; ובמקרה שבאמת אין לשוכר נפקא מינה אם יועמד לרשותו נכס "זה" דווקא או נכס אחר הדומה לו בדיוק, יימצא בדיעבד שהמשכיר יכול לצאת ידי חובת הפיצוי אפילו על-ידי העמדת התחליף, ומשום דליכא ד"לצעורה קא מכוין" - ודוק בגיטין ע"ד ב'.

לעיל, בפסקה ד', בנכס "זה", אלא שיכול השוכר לראות את השכירות כמופסקת באשמת המשכיר, בדומה למה שאמרנו בפסקה ה'[519].

ז) נאנס **השוכר**, ובטלה מטרתו בשכירות, והאונס לא היה צפוי לו, או שהיה צפוי לו ולמשכיר בשווה, יכול הוא להסתלק מן השכירות (וישלם כנגד הנטל שהספיק המשכיר לשאת בו, כפי שנוסיף ונברר להלן); אבל זכות זו עומדת לשוכר רק בתנאי שהפסקת השכירות תשאיר את המשכיר במצב כאילו לא היה מתקשר בשכירות כלל: אם בינתיים שינתה השכירות את מצבו לרעה, אין השוכר יכול להשתחרר[520].

ח) נאנס השוכר ואין בידו להגשים את השכירות לשם אותה מטרה שלשמה התקשר, ואף המשכיר נאנס, ואין בידו למלא את חיובי השכירות המוטלים עליו (או שהמדובר הוא בנכס "זה", ונאנס הנכס), הרי ידו של המוחזק על העליונה: אם השכר שולם כבר מראש, והשוכר בא להפסיק את השכירות ולתבוע את ההפרש המגיע לו, אומר לו המשכיר, "בבקשה, נסה להגשים את השכירות, ורק אם תיכשל בגלל איזה עיכוב מצידי תוכל לבוא אלי בטענות" - ואילו אם השכר עדיין לא שולם, והמשכיר בא לתבוע, אומר לו השוכר "מלא חלקך ותתבע"[521]. אולם, נראה שאין הדברים אמורים אלא במקרה [[163]] שהמשכיר כבר שינה את מצבו לרעה, ואין השוכר יכול לחזור בו עוד, וגם לא הגיעה שום הנאה לשוכר. אם השוכר יכול לחזור בר, ודאי שיוכל לתבוע את החזרת השכר אף אם שולם, ואם הגיעה הנאה לשוכר, הרי שיוכל המשכיר לתבוע כנגד ההנאה, על-פי הטענה "אילו בעית למיתי עד הכא, לאו אגרא בעית למיתב?"[522]. לפי זה, אם נאנס המשכיר, או שנפל אונס ברשותו בנכס "זה" (ואין אפשרות או זכות לניצול הבלאים) - נמצא שלא רק השוכר יכול להפסיק את השכירות לפי בחירתו, אלא אף המשכיר רשאי להפסיקה.

ט) נגרמה הפסקה זמנית במימוש השכירות מחמת אונס הנופל ברשות המשכיר, ואין השוכר בוחר להפסיק את השכירות, זכאי הוא לניכוי מן השכר כנגד ההנאה שלא זכה בה[523].

י) נגרם מום בנכס, שהמשכיר אינו יכול או שהוא פטור מלתקנו - ואפילו נופל המום ברשות המשכיר, והשוכר אינו בוחר להפסיק את השכירות - הרי זה מחל, ואינו זכאי לניכוי; אולם, אם נגרם המום באונס שהוא "מכת מדינה", ואין הוא ניתן לתיקון, זכאי השוכר לניכוי מן השכר

---

[519] צט) על-פי בבא מציעא ע"ח ב' - ע"ט א', ושו"ע חו"מ סי' של"ג סע' ו' והגה שם, והגהה על הרא"ש, בשם מהרי"ח, בבבא מציעא פ"ו סי' ב', ושו"ע חו"מ סי' של"ג סע' ה', ודברי הרמ"ך בשיטה מקובצת על בבא מציעא ע"ט א'. ור' גם-כן בספר על "החזקה ודיניה", בפרק ו' סע' ה', הערה ס"א.

[520] ק) על-פי שו"ע חו"מ סי' של"ד, וסי' של"ג סע' א'-ב', וסי' שי"א סע' ג', ובאר-היטב, שם, ס"ק ב'.

[521] קא) על-פי שו"ע חו"מ סי' שי"א סע' ד.

[522] קב) בבא מציעא ע"ט א'.

[523] קג) על-פי שו"ע חו"מ סי' של"ג סע' ה' הגה, וש"ך שם, ס"ק כ"ה. התוצאה מתאימה לעקרון שנראה להלן, שאם השכירות מופסקת באשמת המשכיר מחשבים את הצטברות השכר לפי ההנאה.

אפילו כשנופל האונס ברשותו, וכך משום שלאו דווקא "מזלו של השוכר גרם", אלא מזל הכלל הוא, ומזל המשכיר בכלל. בשכירות לפירות, זכאי השוכר לניכוי אף אם אין מכת-המדינה פוגעת בנכס עצמו כי אם בפירות. כמו כן, אם פוגע האונס, ואפילו שלא בדרך מכת-מדינה, בתכונה הצריכה להימצא בנכס על-פי התנאים המפורשים של השכירות, ואין הפגם ניתן לתיקון, והשוכר אינו יכול לחזור בו בלי שתאבד הנאתו למפרע, זכאי הוא לניכוי מן השכר - אף-על-פי שנופל האונס ברשותו. בשני האופנים, במידה שפוגע האונס בהנאת השוכר למפרע, אף הזכות לניכוי מן השכר חלה למפרע.

[[164]] שינה השוכר מתנאי השכירות, או שהיתה הנאתו נמנעת ממילא, אף אלמלא האונס הנותן לכאורה זכות לניכוי - אין הזכות לניכוי קיימת[524].

את[525] סקירת חיובי החזקת הנכס במצב מתאים על ידי בעל-הבית ראוי לנו להשלים כאן בסקירה השואתית של הדינים בשיטות אחרות.

בצרפת אפשר לציין לגבי עניינו את ההוראות הבאות (תוך פירושן על-פי **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 416 ואילך): א) סע' 1719 של ספר החוקים האזרחי מחייב את המשכיר, באופן עקרוני, להחזיק את הנכס במצב שיוכל לשמש למטרה אשר לשמה הושכר וכן להבטיח לשוכר הנאה בלתי-מופרעת במשך תקופת השכירות. ב) סע' 1721 מחייב את המשכיר באחריות לכל פגם הנמצא בנכס והמפריע את השימוש בו, ופירוש האחריות הזאת הוא, קודם כל, שאם השוכר לא ידע על המום, יכול הוא לבטל את השכירות - במקרה שהמום עושה את הנכס לבלתי-מתאים לתפקידו בכלל - ויכול הוא לדרוש הפחתה מן השכר, במקרה שאין המום פוגע אלא במידת יעילותו של הנכס. נוסף על כך, אם גורם המום נזק לשוכר, חייב המשכיר לפצותו, ואף אם הוא עצמו לא פעל במרמה ולא ידע על המום. ג) סע' 1720 מחייב את המשכיר למסור את הנכס לשוכר במצב מתוקן ולעשות את כל התיקונים הנעשים נחוצים במשך השכירות, מלבד "התיקונים הקטנים". ד) סע' 1722 קובע כי במקרה שהנכס נהרס לחלוטין בתקופת השכירות, באונס, מתבטלת השכירות מאליה, ואם נהרס הנכס רק בחלקו, יכול השוכר, לפי המסיבות, או לבטל את השכירות או לדרוש הפחתה מן השכר, ומכל מקום אין המשכיר חייב בשום פיצוי. ה) סע' 1724 מטיל על השוכר את החובה לסבול את עשייתם של התיקונים ההכרחיים שאין לדחותם עד סוף הזמן, אלא שאם אורכים התיקונים יותר מארבעים יום יש לשוכר זכות להפחתה מן השכר, ובמקרה שנמנעת ממנו [[165]] ההנאה באופן שלם יכול הוא לבטל את השכירות[526]. ו) סע' 1725 פוטר את המשכיר מכל אחריות למקרה

---

[524] קד) על-פי שו"ע חו"מ סי' שכ"א ושכ"ב, וסמ"ע בסי' שכ"א ס"ק ו', ותשובת חת"ם סופר המובאת בפתחי תשובה שם, ס"ק א'.

[525] [הערת עורך: מכאן עד עמ' 170 נתן המחבר את המשפט ההשואתי בהערה ארוכה, שמספרה קה, אבל החלטנו להציג אותה בטקסט כיון שהמחבר נתן הערות לאותה הערה].

[526] קה-1) יש לציין שגם בדיני ישראל יתקבל בעיקרו של דבר דין דומה על ידי צירוף מה שראינו בדבר התר הנזק הקל למניעת החמור (לעיל, פרק ג', סע' א, מס' 9) ופסקה ט' של סקירתנו בזה.

שהשוכר מופרע בהנאתו על-ידי זרים שאינם טוענים נגד זכותו של המשכיר. ז) במקרה של הפרעה על-ידי זרים הטוענים לזכות כנגד המשכיר, צריך השוכר להודיע למשכיר, כדי שיוכל להתדיין, - ואז יש לו זכות להפחתה מן השכר וגם זכאי הוא לפיצוי במקרה שהנכס כלו או חלקו מוצא ממנו בדין. במקרה שהשוכר עצמו נתבע על-ידי העורר, יכול הוא לדרוש כי ייפטר מן הדין ובעל-הבית ייתבע במקומו (סע' 1726)[527]. ח) סע' 1741 קובע כי השכירות פוקעת על-ידי שהמשכיר או השוכר אינם עומדים בהתחייבויותיהם (וזה מלבד מה שקובע הסע' 1729 כי משכיר רשאי לבטל את השכירות, במסיבות מתאימות, כשהשוכר מפר את חובתו על-ידי כך שהוא משתמש בנכס למטרה שונה מן המוסכמת או שעלול לצאת ממנה נזק למשכיר)[528]. ט) הסעיפים 1769-1773 עוסקים במקרה שקורה אונס בלתי-צפוי-ליבול בשכירות חקלאית, והדינים כך הם: אם השכירות היא לכמה שנים, והפגיעה היא לפחות במחצית של יבול אחת השנים, ואין הפגיעה מתאזנת על-ידי שפע שהיה בשנים קודמות, יכול השוכר לדרוש הפחתה מן השכר בסוף התקופה, אך בינתים צריך הוא לשלם את השיעורים הרגילים, אלא אם הרשה השופט אחרת; [[166]] אם השכירות היא רק לשנה אחת, ונפגעה לפחות מחצית היבול, מקבל השוכר הפחתה במשוחרר מן הסייגים הנ"ל; במקרה של שכירות קבלנית (היינו שהשכר הוא לפי הפירות) זכאי הקבלן להפחתה אף אם האונס אירע לאחר שנתלש היבול מן הקרקע; על כל הדינים האלה אפשר להתנות, אבל אם לא נקבע אחרת בפירוש אין ההתנאה פוטרת את המשכיר מן ההפחתה אלא במקרה של אונס רגיל, ואילו במקרה של אונס בלתי-רגיל נשאר השוכר זכאי להפחתה.

באיטליה יש לציין את השינויים הבאים: א) אין המשכיר אחראי לנזקי המום אם מוכיח הוא שלא ידע ולא היה לו לדעת עליו (או - כנראה - שאירע הנזק לפני שהיה ביד המשכיר סיפק לתקן) - סע' 1578, 1581, 1576, 1577 של ספר החוקים האזרחי). ב) במקרה של תיקונים הכרחיים הפוגעים באופן זמני בהנאת השוכר, זכאי השוכר להפחתה מן השכר אם התיקונים נמשכו יותר מ-20 יום או על כל פנים יותר מששית ממשך תקופת השכירות. ג) בשכירות לפירות אין המשכיר חייב אלא בתיקונים היוצאים מן הכלל (סע' 1621). ד) בשכירות לפירות, אם מבוצעים תיקונים החלים על המשכיר, ונגרם לשוכר נזק ביותר מחמישית מערך ההכנסה השנתית של המושכר, זכאי השוכר להפחתה מן השכר, ובמסיבות מתאימות - אף לבטל את השכירות (סע' 1622). ה) בכפוף להוראות מיוחדות, מקום שהסכם של שכירות לפירות משתנה במשמעותו עקב שינוי בחוק או עקב הוראה מינהלית, ויוצאת תועלת לזה והפסד לזה, יכול כל צד לבקש שינוי מתאים בשכר,

---

[527] קה-2) בדיני ישראל אין לעניין זה הקבלה בתנאי-הלואי, וצריך הוא למצוא את פתרונו בדינים הכלליים של עוררים על הקניין והקנאת נכס בלי רשות, שנעמוד עליהם בספר על דיני ההקנאה.

[528] קה-3) גם בדיני ישראל קיים כנראה עקרון כללי, שבהסכמים העומדים לתקופה יכול כל צד לסיים את ההסכם, אם חברו נוהג בעניין דרך קלקול שאיננו חוזר, או שנעשה הוא מוחזק בהפרת החיובים המוטלים עליו, או שאין הוא מקיים את חובתו על פי ההסכם גם לאחר שהתרו בו: ר' בית יוסף על טור חו"מ סי' ש"ו סע' י"ב. מסקנה זו היא כמובן בנוסף על כל תקנה אחרת העשויה לעמוד לצד הנפגע.

ובמסיבות מתאימות אף ביטול השכירות (סע' 1623). ו) הסכם, שאף האונסים היוצאים מן הכלל יחולו בשכירות החקלאית ברשות השוכר, הריהו בטל (סע' 1637)[529].

בגרמניה קובע סע' 536 של הבג"ב את העקרון שהמשכיר צריך למסור את הנכס במצב המתאים לשימוש המוסכם וחייב הוא לקיים את הנכס במצב זה בתקופת השכירות. סע' 537 קובע כי במקרה שנמצא בנכס מום, מלכתחילה או בדיעבד, הרי אם מונע המום את השימוש בנכס לחלוטין, פטור השוכר [[167]] מחובת השכר לגבי כל התקופה שבמשכה נמנע השימוש, ואם נפגעת רק יעילות הנכס באופן חלקי זכאי השוכר להפחתה מן השכר. סע' 538 מוסיף כי במקום השחרור או ההפחתה מן השכר יכול השוכר לדרוש פיצויים על אי-מילוי ההסכם - בתנאי שהמום נמצא בנכס מלכתחילה, או שנולד בו בדיעבד עקב עובדה שהמשכיר אחראי לה או שהמשכיר פיגר בתיקון הפגם. במקרה של פיגור כזה מיפה הסעיף את כוחו של השוכר לתקן את הפגם בעצמו על חשבון המשכיר. כל הזכויות האלו אינן עומדות לשוכר במקרה שידע על המום מלכתחילה, או שהמום נעלם ממנו עקב רשלנות חמורה, אלא-אם-כן הותנה שהזכויות תעמודנה לשוכר מכל-מקום, או שהמשכיר פעל במרמה, או שהעדר המום שנעלם מעיני השוכר באופן רשלני הובטח בפירוש (סע' 539). התנאה על הזכויות אינה מועילה במקרה שהמשכיר מעלים את המום במרמה (סע' 540). סע' 541 מחיל את הדינים הנ"ל גם לגבי המקרה שהנאת השוכר נפגמת על-ידי זכויותיו של אחר. סע' 542 מאפשר לשוכר להפסיק את השכירות תוך זמנה במקרה שהנכס נמנע ממנו כלו או בחלקו בניגוד להסכם. בדרך-כלל צריך השוכר להקדים להפסקה התראה, אבל הוא פטור מן ההתראה במקרה שהפרת ההסכם ביטלה כל עניין שהיה לו בשכירות. במקרה שמניעת הנכס מן השוכר היתה באונס, אין השוכר רשאי להפסיק את השכירות אלא אם מוצדקת ההפסקה על-ידי עניין מיוחד של השוכר. סע' 545 קובע כי במקרה שמתגלה מום בתוך תקופת השכירות, או שנולד הצורך לנקוט אמצעי זהירות מפני סכנה שלא היתה צפויה, או שבא עורר ותובע זכויות בנכס, והשוכר אינו מודיע מיד למשכיר, וכתוצאה מכך לא יכול היה המשכיר לנקוט את האמצעים הדרושים, אין השוכר זכאי בזכויות שנמנו לעיל. סע' 548 פוטר את המשכיר מאחריות לשינויים או קלקולים המתהוים בנכס עקב השימוש המוסכם. סע' 550 מאפשר למשכיר להפסיק את השכירות במקרה שהשוכר נוהג בנכס שלא כמוסכם על אף מחאת המשכיר; ובמקרה שהשימוש המשונה פוגע במידה חשובה בזכויות המשכיר, או שהשוכר מזניח את הנכס ללא הטיפול שבו הוא חייב, יכול המשכיר להפסיק את השכירות תוך זמנה על-פי סע' 553.

[[168]] על-פי סע' 554 יכול המשכיר להפסיק את השכירות תוך זמנה במקרה שהשוכר מפגר בשני שיעורי שכר (אך על פי חוק מיוחד מ-1942 אין המשכיר יכול להפסיק את השכירות בלא פסק-דין). סע' 552 אינו מתיר לשוכר להשתחרר מן השכירות מחמת אונס אישי, אך מתיר הוא ניכוי מסוים מן השכר כנגד מה שהמשכיר מרויח על ידי חוסר-יכולתו של השוכר להשתמש בנכס; וסע'

---

[529] קה-4) בדיני ישראל הרי זה עניין לדינים הכלליים בענין אסמכתא או ניצול שעת הדחק של הצד-שכנגד. ר' בבא מציעא ק"ד ב' וק"ט א'; בבא קמא קט"ז א'; יבמות ק"ו א'; דברי הרמב"ן המובאים בבית יוסף על טור יו"ד, סי' של"ו, בסוף.

579 מאפשר לעובדי ציבור להפסיק את השכירות בדירה אשר שכרו במקום עבודתם, במקרה שמועברים הם למקום אחר. מימוש הזכות טעון הודעה מוקדמת, והזכות מתבטלת אם לא נוצלה לאלתר.

באנגליה העקרון במקרקעין[530] הוא, שאם לא הותנה אחרת, ובאין חובה סטטוטורית מיוחדת, אין בעל-הבית חייב לתקן את הנכס, לא בתחילת השכירות ולא במשכה. אין גם תנאי מכללא בשכירות, שהנכס יהיה מתאים למטרה אשר לשמה הוא מושכר. באין התנאה מיוחדת, אף אין בעל-הבית רשאי להיכנס לנכס כדי לתקנו, אך כשמוטלת עליו החובה לתקן (לטובת השוכר - בהבדל מחובה לציבור) יש לו גם רשות להיכנס. אי-גילוי מומים על-ידי המשכיר אינו נחשב כמרמה. עם זאת, בהשכרת בתים למגורים, יש תנאי סטטוטורי מכללא כי הבית יהיה מתאים למגורים כל זמן השכירות, אבל אין מכירים תנאי כזה במקרה שהשכר המוסכם עולה על סכום מסוים הקבוע בחוק. במקרה הכפוף לתנאי אין הצדדים בני-חורין לחזור ולהתנות עליו. הפרת התנאי על-ידי בעל-הבית נותנת לשוכר ולכל מי שנפגע זכות לפיצויים, והשוכר זכאי גם להפסיק את השכירות. לגבי דירות מרוהטות, התנאי שמכללא הוא רק זה, שהדירה מתאימה למגורי אדם בשעת-ההשכרה, ואין חובה על בעל-הבית לדאוג כי התאמת הדירה למגורים תתקיים גם להבא. מקום שיש התחייבות לתיקונים מצד המשכיר, אין הוא אחראי לנזק שנגרם לפני שנודע לו על הצורך בתיקון. בדרך-כלל מעריכים במקרה של הפרה את סכום הפיצויים המגיעים לשוכר לפי ההפרש בין ערך הנכס - לגבי השוכר - משעת משלוח ההודעה על הצורך בתיקון ועד שעת ההערכה [[169]] לבין הערך שהיה לנכס לו מילא המשכיר את חובתו עם קבלת ההודעה: אך הערכה זו היא מלבד הפיצויים המגיעים בגין נזקים.

לבד ממה שאמרנו בעניין הפרת התנאי הסטטוטורי הנ"ל, הדין הוא כי הפרת הסכם השכירות נותנת בדרך-כלל רק זכות לפיצויים, אך לעיתים ייתכנו גם צו מניעה או ביצוע בעין. זכות להפסקת השכירות יש לצד הנפגע רק אם הותנה כך בפירוש.

סקירת הדינים האנגליים היא על-פי **הלסבורי-סיימונדס**, כרך כ"ג, עמ' 555-553, 562 ואילך ו-598 ואילך.

[[170]] אל[531] הסקירה בדבר חיובי החזקת הנכס במצב מתאים על-ידי בעל-הבית יש להוסיף גם דין מיוחד, הנוגע להחזקת הנכס כאשר רק **חלק** ממנו הוא נשוא השכירות. במקרה כזה, אם עולה מן המסיבות כי השוכר התקשר בשכירות על דעת המצב השורר בשעת מעשה בחלק הנותר של

---

[530] קה-5) במיטלטלין קשה למצוא מסכת דיני שכירות ערוכה ומסודרת. ר' למשל **גודיב, והלסבורי-סימונדס** בערך Hire.

[531] [הערת עורך: כאן ממשיך הטקסט המקורי בסקירת דיני ישראל].

הנכס, אין בעל-הבית רשאי לפעול באותו חלק נותר באופן שיהא בו כדי להפחית מן ההנאה שהיתה צפויה לשוכר מלכתחילה בחלק המושכר[532].

דיני הקבוצה השנייה של תנאי-הלואי, בעניין חישוב השכר, מסתכמים כלהלן.

לפי מה שראינו בסמיכות להערה ע"ד לעיל, ייחודו של השכר הוא שאין הוא נעשה חוב גמור אלא בד בבד עם מהלך התגשמותו של קשר-השכירות; וכפי שכתבנו שם בגוף ההערה, הרי גם משנעשה השכר חוב גמור, עדיין אין זמן פרעונו מגיע אלא כשכל קשר-השכירות כבר נתמצה והוגשם. על דין אחרון זה אפשר כמובן להתנות - אם על-ידי חלוקת השכירות לשיעורין, באופן ששיעור מתאים של השכר יעמוד לתשלום בתום כל תקופה, ואם על-ידי **הקדמת** זמן-הפרעון, באופן שהשכר יעמוד כלו לתשלום מראש או יחולק לשיעורים המשתלמים בתחילת כל תקופה, ולא בסופה; אולם, גם כל מיני סידורים מסוג זה אין בהם כדי לשנות את העקרון העולה מן הדין שבסתם, "ישנה לשכירות מתחילה ועד הסוף ואין השכירות משתלמת אלא בסוף". דין זה שבסתם - משמעותו היא שהשכר מצטבר והולך מרגע לרגע, תוך יחס מתאים בין מה שהוגשם לבין השכר השלם שנקבע בעד ההנאה במלואה; ועקרון זה אינו משתנה על-ידי שום התנאה מן הסוג האמור - כי במקרה שההתנאה היא לתשלום לשיעורין, בסוף כל תקופה, הרי שיש לנו רק פיצול של השכירות למספר הנאות מלאות, כמספר התקופות, אשר כל אחת מהן כשלעצמה צריכה סוף סוף להידון על-פי הדין שבסתם, - ואילו במקרה שההתנאה היא **להקדמת** התשלום, קובעים דיני ישראל שעל-כל-פנים לא יוחלט התשלום [[172]] למשכיר אלא בתום השכירות (או בתום שיעור-השכירות שלגביו הוקדם התשלום), ואם תיפסק השכירות באמצע יעמוד העודף המתאים להחזרה לשוכר[533]. יוצא אם-כן כי תשלום שהוקדם אינו אלא מלווה, העומד לפרעון על-ידי ניכוי מן השכר

---

[532] קו) ר' הגהת הרמ"א על שו"ע חו"מ סי' שט"ז סע' א'; ומסתבר שדין זה [[171]] מתקשר להלכה כללית בדיני החוזים, שאם הסכם נקשר מסתמא על דעת קיומו של מצב מסוים, אין אף אחד מן הצדדים רשאי לשנות את המצב באופן שיהא בו כדי לגרוע מן ההנאה שהיתה צפויה לצד שכנגד: ר' תשובת הרא"ש המובאת בטור חו"מ סי' שט"ז סע' ב'. בשיטות המשפט של יבשת אירופה מוצאים אנו דין דומה בשכירות, מכוח התחיבותו של המשכיר להבטיח לשוכר הנאה בלתי מופרעת (שעיקר עניינה הוא אמנם לאו דווקא להבטיח שכנות טובה, כי אם סילוק עוררים על זכותו ומניעת עררים או מעשי-נזיקין מצד בעל-הבית עצמו): ר' **קולין וקפיטן** (השלם), כרך ב' עמ' 676; **מסיניאו**, ג'/א', עמ' 169; **אנקצרוס-להמן**, עמ' 512-513. **במשפט האנגלי** מתפשטת הבטחת ההנאה הבלתי-מופרעת רק על מניעת עוררים והפרעות הפוגעות באופן מוחשי בגוף הנכס המושכר; אך בנוסף על כך מיחסים למשכיר גם התחיבות "שלא לסטות מן ההקנאה" (derogation fron grant), המונעת את בעל-הבית מלהשתמש בקרקע סמוכה, שנשתיירה לו, באופן שיהא בו כדי להפוך את החצר המושכרת לבלתי-מתאימה או להרבה פחות מתאימה. כמו כן יש כלל, שאם דירות שונות בבית אחד הושכרו למגורים בלבד, והדיירים שכרו מסתמא על דעת שכנות כזאת, שוב אין בעל-הבית רשאי להשכיר אחת מאותן דירות למטרה אחרת, באופן שיפגע במישהו מאותם דיירים. ר' **הלסבורי-סיימונדס**, כ"ג, עמ' 608-609.

[533] קז) שו"ע חו"מ סי' שי"א סע' ב'; סי' שי"ב סע' י"ז הגה; סי' של"ג סע' ג.

שיגיע בעתיד, ואילו תנאי בשכירות הדורש את תשלום השכר מראש אינו אלא התחייבות מצד השוכר לתת למשכיר מלווה שכזה.

מכאן עוברים אנו לעצם דיני חישוב השכר, במקרה שהשכירות אמנם נפסקת בתוך הזמן שנקבע. נשוא החישוב הוא, כמובן, מידת הצטברותו של השכר מתחילת התקופה עד הרגע שבו השכירות נפסקה, ונראה לומר שקנה-המידה לחישוב ההצטברות הוא **סובייקטיבי**, לפי עניינו של הצד אשר השכירות הופסקה שלא באשמתו. אם האשמה היא מצד המשכיר, מחשבים את ההצטברות לפי התועלת היחסית שהספיקה להגיע לשוכר, - ואם לא הגיעה לשוכר שום תועלת, אף-על-פי שהמשכיר הספיק כבר להשקיע בעסק את מרבית הנדרש מצידו, אומרים אנו בכל-זאת כי אף הפרוטה הראשונה של השכר עוד טרם תספיק להצטבר; ואם לעומת זאת, אשמת ההפסקה היא מצד השוכר אומדים את ההצטברות לפי המידה היחסית של נטל השכירות אשר המשכיר הספיק כבר לשאת. לעניין זה אין נפקא מינה אם האשמה היא בפשיעה, באונס, או אפילו על-פי זכות (והיינו ברירת-הפסקה למשכיר או לשוכר), כי סוגי האשמה השונים עשויים רק להשפיע על קיומה או העדרה של חובת פיצויים[534].

מלבד זה יש לציין כי תורת-המשפט העברית אינה מכירה באפשרות של חישוב משפטי של ההצטברות הפרופורציונלית למקרה של הפסקת השכירות על-פי הסכם הדדי - להבדיל מהפסקה על-פי ברירה הנתונה מלכתחילה. כי נניח ששני הצדדים אמנם חושבים כל אחד בלבו שנוח לו להפסיק את השכירות, ועתה בא אחד מהם אל חברו ומציע הסכם בנידון. במקרה כזה, בודאי, אם [[173]] מופנה-ההצעה יודע כי המציע **מוכרח** להפסיק את השכירות, ואינו יכול עוד להמשיך בה, הרי הוא מצידו יגנוז את נכונותו בליבו **ויסרב** כדי שיגיעו הדברים לידי הפסקת השכירות באשמת הצד שכנגד. אלא מתי עשוי המופנה להסכים? הוה אומר, כשהוא חושש כי במקרה שלא יסכים אמנם יתמיד המציע בשכירות, ואילו הוא עצמו ייגרר אז להמשכת השכירות שלא בטובתו או להפסקתה **באשמתו**; ואכן, גם המציע הראשון לא היה פונה אל חברו אלמלא היו לו חששות מאופי דומה. במלים אחרות, פירושו של דבר הוא כי אין הסכם מן הסוג הנידון עשוי להתקבל אלא בדרך של התעצמות ועמידה על המיקח בין שני הצדדים, והבעייה איננה להכריע מהן **הזכויות** של צד כלשהו, אלא רק באיזה מחיר **כדאי** לכל צד להתפשר עם חברו, בשים לב לתכניותיו האישיות. במצב כזה, אם באים הצדדים לעמק השווה בעצמם - מה טוב; אבל אם לא, ושניהם גם יחד מפסיקים בכל-זאת למלא את חיוביהם על-פי השכירות, ועתה באים הם לבית-הדין - לא בתביעה זה על זה למילוי החיובים, אלא רק להסדר כספי ביניהם, כאילו הסכימו על הממכר ונחלקו על קביעתו של המחיר, הרי בית-הדין אינו יכול להתערב ביניהם במסגרת זו. אולם, בכל-זאת נשארת כאן לפני בית-הדין בעייה משפטית ממש, על ידי כך שעד כה נמצאו הצדדים ביחסים של הסכם הדדי נמשך, ומכל-מקום צריכים יחסים אלה יישוב. מנקודת-מבט זו רואה לפניו בית-הדין שניים הטוענים לפניו כל אחד לאמור: אף-על-פי שהסכם ההפסקה ביני לחברי לא נגמר, הפסקתי למלא את חיובי ומבקש אני הסדר. והנה, הדין הוא שאם צד אחד

---

[534] קח) על פי שו"ע חו"מ סי' ש"י-של"ד, ודוק.

בשכירות מבקש להפסיק את הקשר שלא כדין, אין שומעים לו, אלא - בסתם, ומלבד כל זכות אפשרית לפיצויי-נזיקין - נשאר הוא אחראי עד כדי הסכום המלא של השכר המוסכם, למילוי חיוביו; דבר זה נכון הן לגבי השוכר הן לגבי המשכיר[535], ונמצא אפוא שכל צד תובע כאן למעשה [[174]] מחברו ערך כמלוא השכר, תוך ששני הצדדים מוחזקים בשווה. במצב כזה, הדין הוא **יחלוקו**, ומחייבים את השוכר במחצית השכר באופן אוטומטי, בלי שום חישוב פרופורציונלי[536] [537].

---

[535] קט) לגבי המשכיר מתקשר דין זה לכלל היסודי של דיני ישראל, כי לכל חיוב בדיני ממונות יש אלטרנטיבה כספית כערכו (ר' הגהת הרמ"א על שו"ע חו"מ סי' רמ"א סע' ז'); והערך הכספי של חיובי המשכיר נמצא כמובן בתחום השכר המגיע כנגדם. יש גם להדגיש כי במקרה שהקשר אינו מופסק באמצע, הרי עד מילוי החיוב האחרון אין מקום לחישוב פרופורציונלי, והאחריות נשארת בגדר הסכום השלם עד הסוף.

[536] קי) שו"ע חו"מ סי' שי"א סע' ה', וש"ך שם, ס"ק ג', ורש"י על בבא מציעא ע"ט ב', ד"ה חולקין, ושו"ע חו"מ סי' שי"א סע' ו', וסי' של"ג סע' ה' וו', והגה שם, והגהה על הרא"ש בבבא מציעא פ"ו סי' ב', בשם מהרי"ח - ודוק.

[537] קיא) בשיטות של יבשת אירופה נראה כי תפיסת השכר כמוסד משפטי מיוחד נוטה להיטשטש. **בצרפת** אין החוק מכיר כלל שום מונח מיוחד לשכר, וגם לתמורה שבשכירות קורא הוא "מחיר" (prix; השווה סע' 1583 ו-1709 של ספר החוקים האזרחי). עם זאת אמנם מכיר החוק במקרים רבים כי "המחיר" שבשכירות אינו עניין חתוך באופן חד פעמי, כבמכר, אלא עשוי הוא להיות נתון להערכה פרופורציונלית במקרה שהשכירות מופסקת תוך זמנה, אך שום קנה-מידה מוגדר להערכה כזאת איננו מצוי. **קולין וקפיטן** (בכרך ב', עמ' 75) מציינים כי במקרה ש"חוזה נמשך", כגון השכירות, מתבטל, פועל השופט לגבי התוצאות שאינן ניתנות כבר לביטול "לפי הצדק". ההערכה הפרופורציונילית חלה גם במקרה שהשכירות מופסקת מתוך הסכמה הדדית (**קולין וקפיטן**, שם, עמ' 63). **באיטליה** המצב, בעיקרו, הוא דומה (ר' סע' 1571 ואילך של ספר החוקים האזרחי). השכר אמנם אינו נכלל כאן במושג המחיר, אך בכל סוג של שכירות נקרא השכר בכינוי מנהגי מיוחד (canone periodico בשכירות "הריאלית", fitto בשכירות לפירות, pigione בשכירות העירונית - סע' 960, 1639, 1608), ואילו שם מאוחד, בעל משמעות משפטית מיוחדת, איננו קיים (בשכירות-סתם אמנם נקרא השכר במונח הכללי corrispettivo - סע' [[175]] 1571 - אך משמעותו של זה היא פשוט "תמורה"). **בגרמניה** גם כן אין בענייננו חידושים עקרוניים לעומת צרפת ואיטליה, אם כי מובלטת יותר הזיקה בין השכר לבין הזמן שבגינו הוא משתלם (ר' סע' 543 ו-555 של הבג"ב). השכר נקרא כאן בשם מיוחד: mietzius. דין מיוחד בשיטות של יבשת אירופה קובע כי במקרה של שכירות במקרקעין נעשים מיטלטלי השוכר אפותיקי לתשלום השכר. **בצרפת**, על-פי הסע' 572 ו-1768, אם השוכר אינו מרהט או אינו מצייד במידה מספקת את הבית או המשק ששכר - נתון הוא לסילוק, אלא אם הוא נותן ערובות אחרות. דומה לזה **באיטליה** סע' 1608, בנוגע לריהוט בשכירות העירונית. בגרמניה מוסדר הדבר באופן מפורט בסע' 562-559. **בשוייצריה**: סע' 274-272.

באנגליה יש להבחין בין תמורת-שכירות הנידונה על-פי הדינים הכלליים של חוזה לבין תמורה הנידונה על-פי הדינים המיוחדים של rent. ההבחנה היא לפי מה שיש או אין למשכיר זכות לרדת למיטלטלי השוכר לשם גביית חובו (זכות distress) - ובמידה שנתונה למשכיר זכות כזאת נידונה התמורה כ-rent. בהתאם

[[177]] בעייה שנייה בדיני חישוב השכר היא למקרה שתוך תקופת השכירות מתחלף בעל-הבית. לעניין זה יש לנו רמז בהמשך התוספתא שכבר הזכרנו, בבא מציעא פ"ט הל' י"ב: "עמד בעל-הבית ומכרה - מחשבין עם בעל-הבית, וכדרך שהערים השני נהנה כך משלם לראשון", ופירש מגן-אברהם, "דכשמוכר השדה לשני בשעה שהתבואה גדלה שליש או רביע, שמין כמה תהנה השני, וכפי זה מנכה לראשון". אכן, גם לפי פירוש זה עדיין נשארת ההוראה סתומה בפרטיה, אך העקרון הוא ברור - והיינו, שאם מעביר בעל-הבית את קניינו בנכס מושכר, בתוך התקופה אשר זמן פרעון השכר לגביה עדיין לא הגיע, הרי משיגיע זמן הפרעון יעמוד השכר כלו לתשלום ללוקח (בכפוף לכל טענה של השוכר נגד בעל-הבית הראשון, כפי שראינו לעיל[538]), אך כבר עתה זכאי בעל-הבית לגמור את חשבונו עם הלוקח ולקבל את חלקו בשכר לפי אומדן פרופורציונלי - ובהכרח נאמר, לפי מה שכבר ראינו, כי יהא זה אומדן לפי **הנטל** אשר בעל-הבית הראשון הספיק כבר לשאת בו, לעומת הנטל שעוד נותר ללוקח.

בעייה דומה לזה, בכיוון הפוך, נידונה בשו"ע חו"מ סי' שי"א סע' ו', והיינו חלוקת השכר במקרה של התחלפות **השוכרים**. כאן נקבע (שוב, בודאי, בכפוף למה שראינו לעיל בדבר מעמדו של השוכר **כערב קבלן**, במקרה של העברת השכירות על-ידיו), שבעל-הבית נוטל את השכר באופן

לכך אין דין rent בשכירות מסוג licence, בשכר שעבוד שאין עמו החזקה, בשכירות מיטלטלין וב"דמי מפתח". כן אין דין rent בתמורה שהוסכם עליה לאחר הקנאתהנכס לשוכר.

הדין העקרי שב-rent הוא, שבכפוף לכל הסכם אחר נחשבת חובת ה-rent כמצטברת והולכת מיום ליום, ובמקרה הצורך מתחלק הסכום באופן פרופורציונלי בהתאם לכך. אולם, דין זה אינו מיוסד בקומון-לו, כי אם בחוק (Apportionment Act ,1870) , והחוק מחיל את העקרון האמור לא רק על rent, אלא גם על כל מיני הכנסה אחרת המשתלמת לשיעורים. על-פי העקרון של הקומון-לו לא היתה חובת ה-rent אלא בסוף הזמן.

העקרון החוקי אינו משנה את הזמן של **חובת-הפרעון**, ואף במקרה [[176]] שצמיחת החיוב נפסקת באמצע אין חובה לפרוע את החוב שהספיק להיוולד אלא בתאריך שנקבע לכתחילה לפרעון החיוב המלא. אולם, אם נקבעה חובה של פרעון מראש, נולד למעשה החיוב עם קיום השכירות בתחילת התקופה שלגביה נקבעה חובת הפרעון; כמו כן, אם נקבעה חובה של פרעון תוך תקופת השכירות בעד כל התקופה כלה - מתגבש החיוב המלא כבר ביום שנקבע לפרעון; ובמקרים אלה - אם נפסקת השכירות באמצע, אחרי שהחיוב התגבש - שוב אין מחלקים אותו באופן פרופורציונלי. מצד שני, תשלום לפני היום שנקבע לפרעון נחשב כנראה כמלווה אפילו במידה שהחוב כבר הספיק להצטבר.

החלוקה הפרופורציונלית של ה-rent נעשית לא רק לפי הזמן, אלא - במקרה מתאים - גם לפי השטח (כגון שבאמצע תקופת השכירות הוצא חלק של השטח מהחזקת השוכר).

שוכר שההחזקה נמנעה ממנו שלא כדין, על-ידי המשכיר או מכוחו, אם בכל השטח ואם בחלקו, פטור מן השכר אפילו לפי הערך הפרופורציונלי של ההנאה שקיבל.

(ר' **הלסבורי-סיימונדס**, כרך כ"ג, עמ' 536 ואילך, ולגבי distress ר' ערך זה בכרך י"ב).

[538] קיב) בסמיכות להערה צ"ב.

פרופורציונלי: חלק מן השוכר בראשון (וכנראה, מיד עם ההעברה, ואף-על-פי שעדיין לא הגיע זמן-הפרעון הקבוע), ואת החלק הנותר מלוקח-השכירות, בסוף הזמן - ובהכרח נאמר שכאן תהיה החלוקה לפי אומדן **ההנאה** של זה ושל זה. אם בעל-הבית יבכר לתבוע את כל השכר מן השוכר הראשון, הרי זה יוכל כמובן לחזור ולתבוע מן השני את חלקו של הלה.

בשיטות[539] של יבשת אירופה אין אנו מוצאים הסדרים עקרוניים מקבילים, [[178]] אך יש הוראות למקרה שבעל-הבית מוחל על זכותו לשכר או מעביר אותה ולאחר מכן הוא מעביר את מעמדו כבעל-הבית בשכירות. לפי סע' 1605 של ספר החוקים האזרחי **האיטלקי**, אין השוכר נפטר במקרה כזה כלפי בעל הבית החדש אלא אם המחילה או העברת-הזכות נעשו במסמך הנושא תאריך מסוים מלפני העברת הבעלות, - ואם המחילה או העברת הזכות הן ליותר משלש שנים טעונות הן רישום בספרי האחוזה (המדובר הוא בשכירות מקרקעין). דין דומה בעניין הרישום מצוי בחוק הרישום הצרפתי (decret) מ-4 בינואר 1955. הסדר מפורט ומסובך מצוי גם בחוק הגרמני, בסעיפים 573-575.

במשפט האנגלי, הדין הוא שהזכות ל-rent בהבדל מתמורת שכירות אחרת, שהיא אישית בלבד - צמודה למעמדו של בעל-הבית (reversionary interest), ועוברת עמה; אולם, החלוקה בין בעל-הבית המעביר לבין הלוקח אינה פרופורציונלית, ועל השוכר לשלם למי שהוא בעל-הבית ביום הפרעון הקבוע. עם זאת, במקרה שהשוכר לא ידע על ההעברה, יוצא הוא ידי חובתו על-ידי תשלום לבעל-הבית הקודם. הזכות ל-rent ניתנת גם להעברה אישית, במנותק ממעמד בעל-הבית, אך העברה כזאת היא "אקויטבילית" בלבד, ובמקרה של העברת הבעלות ללוקח בתום-לב ובתמורה אין זה נפגע על-ידיה.

בנוגע ל-rent ראוי לציין גם כמה דינים מיוחדים כלהלן: אם חובת ה-rent נקבעת בתנאי-לואי בשכירות, צריך השוכר להיות מוכן לשלם ביום הקבוע, בתוך החצר המושכרת, - אבל אם היא נקבעת בהתחייבות מיוחדת חייב השוכר למצוא את המשכיר ביום הקבוע בכל מקום שהוא ולשלם לו שם. חובת ה-rent היא במעמד של specialty debt, כלומר חוב המבוסס ב-deed, ואין לה סילוק על-ידי כתב-התחייבות או הרשאה (promissory note או bill of exchange) שניתנו כנגדה, אך יש לה סילוק על-ידי תשלומים שהשוכר משלם בעד המשכיר, לפי רשות מפורשת או משוערת. יש לשוכר רשות משוערת לשלם בעד המשכיר [[179]] חובות המוטלים עליו בבחינת בעל-הבית ואשר אי-סילוקם עשוי לפגוע בהחזקתו השלווה של השוכר[540].

---

[539] [הערת עורך: המחבר נתן את הדיון הזה בשיטות האירופיות - בהערה (קיג), אבל החלטנו להכניס אותו לטקסט כיון שהוא נתן הערה (קיג-1) להערה זו].

[540] קיג-1) **בדיני ישראל**, השווה עה"ש חו"מ סי' קכ"ח סע' א', שהפורע חוב של חברו זכאי להחזרת הוצאותיו רק אם הפרעון הציל את החייב מהפסד ודאי. אולם, ר' גם מה שאמרנו לעיל, בסמיכות להערה צ"ט, בדבר זכותו של השוכר למלא בעצמו, על חשבון המשכיר, מה שהמשכיר חייב לקיים בשבילו ולא קיים.

ר' **הלסבורי-סיימונדס**, כ"ג, עמ' 536 ואילך.

[[180]] עוד[541] דין שלישי בעניין חישוב השכר מוצאים אנו במקרה שהשוכר מבקש להפסיק את השכירות תוך זמנה בלי עילה שבדין. העקרון הוא אמנם שאין שומעים לו, ונשאר הוא חייב את מלוא השכר, גם אם מצידו מסיר הוא כל נטל מהמשכיר; אולם, מכל-מקום רשאי הוא לנכות מן השכר את ערך ההנאה שהגיעה למשכיר על-ידי הסרת הנטל, אם אמנם הגיעה לו הנאה על-ידי כך. ההנאה האמורה כאן אינה דווקא ריווח כספי שהתאפשר למשכיר על-ידי שחרורו, אלא הכוונה היא גם להנאה המוסרית שבשחרור - וזו נמדדת לפי מה שהמשכיר היה מוכן להזיל את השכר לו אפשר היה לו להפיק את תכליתו בשכירות בלי להיות משועבד לה[542]. זכות להנחה דומה, ועל-פי עקרונות חישוב דומים, יש לשוכר גם במקרה שבדיעבד נמצאה הקלה בנטל אשר המשכיר היה מחויב לשאת בו לפי המותנה מלכתחילה[543]. נראה שאם שולם השכר מראש, אין ההנחה ניתנת לניכוי[544] [545].

במקביל להלכות אלו חייב השוכר בתוספת פרופורציונלית על השכר - לפי סכום השכר המוסכם - אם באשמתו של השוכר הוכבד נטל השכירות לעומת המותנה מראש[546].

ב. שאלה

השאלה היא קשר מוסכם הדומה לשכירות, והנבדל ממנה בזה שהנאה נמשכת מגיעה על-פיו תוך פטור מחובה של תמורה[547]; אולם, הקבלה זו אינה שייכת בכל מרחב [[181]] המשמעות של מושג השכירות, כי אם רק בתחום **השעבודים**[548]. במלים אחרות: לא כל הסכם להספקת הנאה נמשכת חינם נתפס במושג השאלה, כי אם רק הסכם להעמדת-חינם של **שעבוד**, ואת השאלה אפשר אפוא להגדיר **כקשר הנוצר על-ידי הסכם, שעל-פיו זוכה אחד הצדדים בשעבוד שלא בתמורה**. הגבלה

---

[541] [הערת עורך: כאן ממשיך הדיון בדיני ישראל.]

[542] קיד) שו"ע חו"מ סי' של"ג סע' א', ובאר-היטב שם, ס"ק ה' וסי' שי"א ס"ק ו', ושו"ע חו"מ סי' של"ד סע' ד', והגה שם, וסי' של"ה סע' א' הגה.

[543] קטו) שם, סי' של"ה סע' ב'.

[544] קטז) תוספות על בבא מציעא ע"ט ב', ד"ה אי אתה מוצא.

[545] קיז) השווה סע' 552 של הבג"ב הגרמני, שכבר הזכרנו בהערה ק"ה לעיל המאפשר לנכות מן השכר מה שהמשכיר חוסך או מרוויח כתוצאה מן העובדה שהשוכר אינו יכול להשתמש בנכס מסיבותיו שלו.

[546] קיח) שו"ע חו"מ סי' ש"ח סע' ה', סי' ש"י סע' ג' וסי' של"ה סע' א' הגה.

[547] קיט) ר' הערה ע"ט לעיל.

[548] קכ) ביתר דיוק בעצם ראוי היה להדגיש כאן: בתחום השעבודים **במוחזק**, כי השאלה - בהבדל מן השכירות במובן הרחב - אינה שייכת אלא בזה. אולם, מאחר שסתם שעבוד אמנם הוא שעבוד במוחזק, נסתפק בהערה זו ולא נסרבל את הלשון להלן.

זו נובעת מכך שנעלמים כאן דיני השכר, המקשרים מבחינה מושגית בין שכירות השעבודים לבין מיני שכירות אחרים, ואילו ההסכם על **פטור מתמורה** אין בו שום גורם אשר בהצטרפו להסכם בדבר הספקת הנאה נמשכת יוכל ליחדו מתוך כלל הסכמי **המתנה** (שהם מושג ברמת-מיון גבוהה יותר ממושג השכירות, ונדון עליהם בספר על ההקנאה, במקביל **למכר**). אכן, ההסכם על פטור מתמורה - הוא ההופך את הקשר **למתנה**, ואילו מתוך כלל הסכמי המתנה מתיחדת השאלה ברמה נמוכה יותר, באשר היא **מתנה של שעבוד.**

בהבדל מן התפיסה ביבשת אירופה אין בדיני ישראל שום קשר מושגי ישיר בין השאלה לבין **ההלואה**. סיבת ההבדל היא כלהלן: באירופה מכירים בשאלה התחייבות חוזית של השואל להחזיר את הנכס לבעלים - ועל-ידי כך נדמית השאלה להלואה, שגם בה יש התחיבות חוזית להחזרה ולו יהא שבהלואה אין חובת ההחזרה מתיחסת לגופו של הנכס המקורי, כי אם לתמורתו. לעומת זאת, בדיני ישראל אין מכירים בשאלה חובה חוזית להחזרה, אלא מובן שכאשר שעבודו של השואל מסתיים - ממילא חייב הוא להחזיר את מותר גופו של הנכס, מכוחה של זכות הבעלות החוזרת לתקפה המלא. דברים אלה מתקשרים לשורש עמוק אף יותר: בתפיסה האירופית מיטשטשת המשמעות השעבודית של השאלה, המגלמת את **זכותו** של השואל, ובהתאם לכך נעלם גם הקשר המושגי בין השאלה **למתנה**, וההסכם מועמד בעיקר על **חובת ההחזרה**, המזכירה הלוואה. לעומת זאת, בדיני ישראל מכירים בבירור כי ההלוואה - באמת [[182]] אין בה שום הסבת הנאה ללווה על חשבון המלווה, ועניינה המשפטי הוא רק בהעברת בעלות כנגד חובה חוזית לפרעון התמורה, כמין **מכר**, מה שאין כן השאלה, אשר בה, מה שהשואל קיבל באמת - שוב אין הוא מחזיר, לא אותו ולא את תמורתו, והריהי אפוא, בעיקר, **מתנה**.

כפועל-יוצא מן העובדה שאין בשאלה תמורה, ממילא אין בה בסתם גם אחריות של המשאיל להתאמתו הנמשכת של הנכס למטרות השאלה, - ובסך-הכל אין אנו מוצאים אפוא בשאלה שום דבר שיקביל לרשימה הארוכה של תנאי-הלואי המיוחדים החלים בסתם בשכירות. תנאי-הלואי היחיד - מלבד דיני אחריותו של השואל כשומר, ומלבד דינים כלליים, שאינם מיוחדים לשאלה לבדה - הריהו רק עצם הפטור מחובת התמורה. מעבר לכך, דיני השאלה המיוחדים שבסתם הם רק דיני **התוכן השעבודי** של השאלה.

הדינים העיקריים בתחום זה מסתכמים כלהלן:

נראה הדבר כפשיטא, שסתם שאלה מזכה את השואל להחזיק את הנכס ולהשתמש בו בגדר הצורך שלשמו הושאל בפירוש או מסתמא; ומשמע שבמקרקעין יש לשואל שבסתם - כמו לשוכר שבסתם - דין של "בעל החצר". מלבד זה קוראים אנו בשו"ע חו"מ סי' שמ"א סע' א': "השואל מחברו כלי או בהמה סתם, הרי המשאיל תובעו בבל עת שירצה; שאלו לזמן קצוב (או לעשות מלאכה מסוימת) - כיון שמשך וזכה בו, אין הבעלים יכולים להחזירו מתחת ידו עד סוף ימי

השאלה, ואפילו מת השואל, הרי היורשים משתמשים בשאלה עד סוף הזמן"[549]. בסי' שמ"ב נקבע כי אין השואל רשאי להשאיל, אבל הרשב"א פסק בתשובותיו, סי' אלף נ"ג ואלף קמ"ה, שאין הדברים אמורים אלא במיטלטלין (חוץ מספינה), אבל במקרקעין (או בספינה) יכול השואל לא רק להשאיל, אלא אף להשכיר, לעשות אפותיקי וכיו"ב. [[183]]

ג. חכירה

החכירה בדיני ישראל מקבילה להסדרים שונים שהזכרנו בשיטות האירופיות במסגרת השכירות: bail a ferme, metayage, ו-bail a cheptel בצרפת; Pacht בגרמניה; ו-affito באיטלה (שאמנם לא הוזכר בסקירתנו בשמו בפירוש, ור' סע' 1615 ואילך של ספר החוקים האיטלקי). אולם, יש הבדל בגישה המושגית למוסדות אלה בין מה שראינו באירופה לבין דיני ישראל. באירופה (חוץ מאשר ב-metayage הצרפתי), הדגש המושגי הוא בעובדה שמדובר כאן בהסכם להפקת פירות (הבאים מן הגוף או הבאים מעלמא) מנכס של הזולת, כנגד תמורה - ובהתאם לכך באמת אין הבדל מהותי בין החכירה לבין השכירות הרגילה; מה שיוצא מן ההבחנה הוא רק זה, שהשכירות הרגילה נעשית כאן מיוחדת להסכמים בדבר הפקת **פירות של שימוש** בלבד, ועל רקע זה נוצרים הבדלים אחדים בין הדינים (בלשוננו: "גדרי-השעבוד" או "תנאי-הלואי") החלים **בסתם** בשכירות הרגילה לבין אלה החלים **בסתם** בחכירה. לעומת זאת, בחכירה העברית - בדומה ל-metayage - הדגש הוא בעובדה שאת התמורה לשעבוד לא קבעו מצדדים בשכר סתם, כי אם דווקא **בחלק מן הפירות שהקונה יפיק**. והנה, ניסוח זה אמנם הוא מתוקן במקצת, ואף נושא לכאורה משמעות מסולפת לעומת מה שנקבע במקורות העבריים בקשר למושג "החכירה" באופן פורמלי. כי ההגדרה המנחה, המופיעה בתוספתא למסכת דמאי, פרק ה', גורסת לאמור: "מה בין שוכר לחוכר? השוכר במעות והחוכר בפירות"; ובהמשך מכאן פסק הר"ף, בבבא מציעא, פרק המקבל סי' תקמ"ב, כי ייחודו המושגי של החוכר הוא, שהוא מתחייב לשלם פירות **קצובים**, בלתי-תלויים בכמות היבול שהוא מפיק, והריהו משלם אותם מכל מקום שהוא רוצה - לאו דווקא מפירות הנכס שחכר - "ואין לו לבעל הקרקע בתבואת הקרקע כלום". יוצא אם-כן לפי זה, שמבחינה משפטית נשארת ההבחנה בין חכירה לשכירות חסרת משמעות כלשהי - ביחוד לאור העובדה שהחיזוק להתחיבות בנכסים שבעין הריהו סוף-סוף בגביית ערכם במעות[550], - ויש להדגיש כי ההבחנה היא באמת מרוקנת לגמרי, כי בדיני ישראל אף אין אנו מוצאים שום דינים מיוחדים שיחולו בסתם [[184]] רק על החוכר בפירות קצובים מעלמא, בהבדל ממיני שוכרים אחרים לפירות. כפי שפסק בעל הטורים, בחו"מ סי' ש"ד סע' א': "החוכר שדה מחברו ליתן לו ממנו דבר קצוב מן הפירות לשנה, דינו כאילו שכר ממנו במעות קצובים בכל שנה, ואין ביניהם אלא השם, שזה נקרא שוכר וזה נקרא חוכר".

אולם, באמת מסתבר שסיכום פורמלי זה אינו ממצה את העניין. בסמיכות למושג "החוכר" מוצאים אנו בדיני ישראל מין מוסד מיוחד של "**קבלנות**", אשר גם עניינו הוא שעבוד מוסכם להפקת פירות כנגד תמורה האמורה להשתלם בפירות, אלא שכאן פירות התשלום אינם קצובים

---

[549] קכא) אך ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ו', סע' ז', מס' 2, בסמיכות להערות פ"ט-צ"ג.

[550] קכב) ר' הערה ק"ט לעיל.

בכמות מוחלטת, אלא נקבעים הם באופן יחסי ליבול המופק[551]. כמו כן, יש מוסד של "**אריסות**", הדומה לקבלנות, אך בעוד שבקבלנות, הוצאות העיבוד הן על הקבלן ועיקר התפוקה הוא לעצמו, הרי באריסות - הוצאות העיבוד הן על בעל-הבית ועיקר התפוקה הוא לבעל-הבית[552]. ומציאות זו מעלה על הדעת את המסקנה, שמלכתחילה באמת לא נועד מושג "החוכר" לציין מין שוכר באותם גדרים פורמליים שנוסחו על-ידי הרי"ף - אשר למעשה גם קשה להניח כי עשויים אנשים למצוא בו עניין, לבד ממקרים נדירים ביותר, - אלא המושג ציין הסדר הדומה במהותו לקבלנות ולאריסות; והיינו שגם בחכירה, מלכתחילה לא נדרש האדם לשלם את התמורה בשכר המתגלם בפירות מעלמא (שאם-כך, למה לא נקבע השכר במעות, אשר בעל-הבית יוכל לקנות בהם פירות, אם ירצה) אלא האדם נדרש לשלם את השכר **בחלק מן הפירות שיפיק**. ואמנם, כך גם מנסח בעל ערוך-השלחן, בחו"מ סי' ש"ד סע' א': "וחוכר נקרא שאינו משלם לו מעות, אלא תבואה - **מאותה שזורעה**, **משלם לו כך וכך**" (ור' גם פירוט הדינים ברוח זו למעשה, בסי' שכ"ג). לפי זה מסתבר מדוע לא נקבע השכר במעות, כי אם בפירות: בעל-הבית לא רצה כאן בעצם [[185]] **שכר**, או חובה אישית של תשלום, אלא הוא רצה להיעשות **שותף בפירות**[553] - ממש כפי שהמצב הוא, כדבר של פשיטא, בקבלנות ובאריסות[554]; רק שבקבלנות ובאריסות נקבע השיתוף באחוזים, ואילו בחכירה נקבעו גדרי השיתוף בכמות פירות מוחלטת שנקצבה מראש. אולם, משהגענו לכאן, ממילא מובן שבהסדר כזה לא יכלו הדברים להסתיים; משהועמד חלק-הפירות על כמות מוחלטת, ממילא משמע שהחוכר נעשה גם אחראי באופן אישי להימצאותה של אותה כמות בבוא הזמן - ואילו אחריות אישית כזאת, פירושה הוא כי השיתוף בפירות במוחזק מתמסמס, והאחריות בראוי באה במקומו, כמודגש בפירושו של הרי"ף. אף-על-פי-כן, לסיכומו של דבר נראה כי הרי"ף הגזים בהבאת אחריותו של החוכר בראוי עד לביטולו של שיתוף הפירות במוחזק לגמרי. הבאה כזאת מרוקנת למעשה את מושג החכירה מתוכנו, כפי שראינו, ומסתבר אפוא שאם מוצאים אנשים עניין להעמיד ביניהם קשר מסוג "חכירה", מן הסתם אין כוונתם למלוא פירושו של הרי"ף, אלא כוונתם היא למה שניסח בעל ערוך השלחן וכפי שנפסקו הדינים שבסתם למעשה - והיינו שעיקר הקשר יהיה בהסדר של **שיתוף בפירות במוחזק**, ורק אם לא תישא החכירה פירות מספיקים יהא החוכר חייב להשלים את החסר מכל-מקום, באחריות נכסיו בראוי[555].

[[186]] בהתאם לתפיסה זו, החכירה היא הסדר השונה באופן מהותי מזוג-המוסדות של שכירות ושאלה, באשר הבעיה המרכזית המייחדת את השכירות והשאלה היא בעייה של קיום חיוב-תמורה או העדרו, בעוד שהעניין המיוחד בחכירה הוא העמדת השעבוד על דעת **עסק של שיתוף בפירות**. יסוד זה מייחד בעצם לא רק את החכירה בפירות קצובים, אלא משותף הוא לה

---

[551] קכג) ר' הרי"ף בפסקיו על בבא מציעא, פרק המקבל, סי' תקמ"ב, וחו"מ סי' ש"ד ואילך.

[552] קכד) עה"ש חו"מ סי' ש"ד סע' א'.

[553] קכה) השווה **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 457, כי ה-metayage יש בו מאופיו של חוזה-השותפות.

[554] קכו) ר' רש"י על המשנה בבבא מציעא ק"ו ב', ד"ה לקתה.

[555] קכז) ר' גם שהמגבה חכירותו מפירות השדה המוחכר ומן המין המותנה - אינו כפורע חובו, אבל המגבה משדה אחרת או ממין אחר הוי כפורע חובו: ר' עובדיה מברטנורא על משנה דמאי פ"ו מ"א.

ולהסדרים של קבלנות ואריסות. שלשת המוסדות הללו זקוקים אפוא לכינוי מייחד משותף - ועל סמך ההגדרה שבתוספתא דמאי, שאינה מסייגת את דרך חישוב הפירות בחכירה, אלא קובעת היא סתם, שייחוד החכירה הוא בתמורה של פירות, סבורני כי מושג "החכירה" הוא הראוי לשמש ככינוי המשותף הדרוש[556]. רק שנשאר כמובן להבחין: סתם חכירה היא חכירה בפירות קצובים, ואילו בחכירה אחרת נחוץ להבהיר אם היא חכירה קבלנית, חכירת-אריסות, או אולי עוד אחרת.

אשר לדיני החכירה, על גווניה השונים, הרי הם מרוכזים בחושן-המשפט, סי' ש"ד ואילך. כעקרון כללי ניתן לקבוע שבסתם חלים בחכירה דיני השכירות, בשינויים המחוייבים מטבע העניין ובתוספת כמה דינים מיוחדים. הדינים המיוחדים, במידה שהם משותפים לכל סוגי החכירה, הריהם משותפים גם לשכירה הרגילה, כשהשכירות היא להפקת פירות. דין מיוחד כזה כבר הזכרנו לעיל, בסקירת השכירות הרגילה, בקשר למכת-מדינה הפוגעת בפירות[557]. דינים מיוחדים אחרים, המשותפים לכל סוגי החכירות והשכירות-לפירות נוגעים לדיוקי-עניינים ולא נפרט אותם כאן (אך ר' עוד סוף הערה ק"ס להלן).

[[187]] אשר לדינים המיוחדים בסוגי החכירה השונים, הרי קודם כל דיני החכירה-סתם, בפירות קצובים, לפי חו"מ סי' שכ"ג. דינים אלה משלימים את העקרון היסודי, שהחכירה נבדלת מן השכירות על-ידי כך, שבמקום חובת שכר יש כאן זכות לבעל-הבית לקבל את חלקו בפירות בעין. בהתאם לכך - ובניגוד למה שראינו לעיל בדברי הרי"ף - בסתם אין לחוכר רשות להחליף את חלקו של בעל-הבית בפירות המקוריים של הנכס בפירות אחרים, ואין לבעל-הבית תביעה לפירות אחרים, כשפירות הנכס מצויים בעין, ואף אם הפירות הללו יצאו גרועים מן הרגיל או התקלקלו באונס - ולו גם לאחר שהופרדו. אולם, אם הפירות אינם מצויים בעין - ולו גם בגינו של אונס, או שנתקלקלו בפשיעת החוכר, או יצאו גרועים משום ששינה החוכר מגדרי ההסכם או מדרך העיבוד הראויה - חייב החוכר, על-פי תנאי-לואי מיוחד שמסתמא, לספק את הפירות המתאימים ממקור אחר או לשלם את תמורתם הכספית. תנאי-לואי זה חוזר ומשתיל את החכירה-סתם בחיק השכירות, ואם משום-מה נפסקת החכירה תוך זמנה, ודאי צריך חלקו של בעל-הבית בפירות או בתמורתם להיקבע לפי מה שראינו בדיני השכר. בעניין תחולתן של הוצאות העיבוד - פשיטא שהן חלות בסתם על החוכר, בדומה לקבלן - שהרי אחריותו לפירות חלה בסתם באופן מוחלט[558].

מכאן עוברים אנו לדינים המיוחדים של החכירה הקבלנית והאריסות, ולגבי עצם ההבדל שבין אלו אין כמעט מה להוסיף. הבדל זה איננו הבדל בדינים המוטלים עליהן בדיעבד, אלא הוא רק הבדל בעצם תנאי-הלואי אשר התנו ביניהם הצדדים מלכתחילה, בפירוש, בעניין תחולת ההוצאות ובעניין גדרי חלוקת הפירות בהתאם לתחולת ההוצאות. עם זאת מסתבר כי במקרה שהצדדים לא

---

[556] קכח) ר' גם משנה בבא מציעה פ"ט מ"ד ומ"ו. והשווה סע' 1639 בספר החוקים האזרחי האיטלקי וסע' 275 של חוק החיובים השוייצרי, שגם בהם נתפסות האפשרויות השונות במושג מאוחד.

[557] קכט) ר' בסמיכות להערה ק"ד לעיל.

[558] קל) ר' עה"ש חו"מ סי' ש"ד סע' ד'.

קבעו את תחולת ההוצאות בפירוש, אבל קבעו על-כל-פנים את **החכור**[559] באחוז מסוים של היבול, צריכות ההוצאות לחול בסתם על החוכר כשהחכור נקבע במיעוט הפירות, והן צריכות בסתם לחול על בעל-הבית כשהחבור נקבע ברוב הפירות.

[[188]] מעבר לכך, דיני הקבלנות והאריסות הם שווים, ותנאי-הלואי שבסתם, בשני המוסדות גם יחד, מסתכמים בעיקרם כלהלן:

א) החוכר חייב להשתדל בהפקת הפירות בגדרי המקובל והנאות במסיבות הנתונות[560];

ב) אם גורם החוכר למיעוט פירות בפשיעתו, יחושב חלקו של בעל-הבית כאילו עשה הנכס את כל הפירות שהיה ראוי לעשות אלולא הפשיעה, ואם אין הפירות מספיקים - חייב החוכר לשלם את ההפרש[561];

[[189]] ג) אם גורם החוכר לריבוי פירות על-ידי שמשתדל יותר מחובתו, בלי חריגה מגדרי רשותו, ינוכה אחוז מתאים מחלקו של בעל-הבית, בשים-לב ליחס בין גרם יתרון-השתדלותו של החוכר לגרם חלקו של הנכס בהסבת הריבוי[562];

ד) אין החוכר רשאי להעביר את החכירה בלי הסכמה מיוחדת מבעל-הבית, ואף אינו רשאי להשתמש בפועלים בלי קבלת הסכמה[563];

---

[559] קלא) "חכור" הוא המונח לציון התמורה המגיעה לבעל-הבית בשעבוד-חכירה: ר' משנה בבא מציעא פ"ט מ"ד ומ"ו.

[560] קלב) עה"ש חו"מ סי' שכ"ח סע' ב' (ור' גם סי' שכ"ז סע' ג'). השווה סע' 1615 ו-1618 בספר החוקים האזרחי האיטלקי וסע' 283 ו-294 של חוק החיובים השוייצרי. בסע' 1619 באיטליה אף מקבל בעל-הבית רשות כניסה בכל עת, כדי לברר אם החוכר ממלא את חובתו כיאות.
בשיטות האירופיות חלה החובה בכל סוג החכירה בשווה, אך יש להדגיש כי בדיני ישראל אין החובה חלה בסתם אלא בקבלנות ובאריסות. בחכירה-סתם, בדיני ישראל, אין על החוכר חובה לדאוג לכך כי החכור המגיע לבעל-הבית אמנם יימצא מתוך פירותיו של הנכס המוחכר, והוא רק מקבל עליו **ערבות** למקרה שהחכור לא יימצא. נפקא מינה, שבמקרה של חסר, אמנם יש כאן לבעל-הבית תביעה לתשלום, אבל אין הוא יכול להפסיק את החכירה תוך זמנה ולתבוע פיצוי, כשהחוכר אינו משתדל להפיק את הפירות מגופו של הנכס. ר' עה"ש חו"מ סי' שכ"ב סע' ה' וסי' שכ"ד סע' א'.

[561] קלג) עה"ש חו"מ סי' שכ"ח סע' ב', וסי' שכ"ב סע' ה', וסי' שכ"ו סע' ב'.

[562] קלד) שם, סי' שכ"א סע' א' וסי' שכ"ו. השווה סע' 1620 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי, המתיר לחוכר יזמה בעניין העשוי להרבות את הפירות בלי לפגוע בבעל-הבית (אך אין שם זכות לניכוי מתאים מן החכור).

[563] קלה) עה"ש, חו"מ סי' ש"ל סע' א'. השווה סע' 1624 בספר החוקים האזרחי האיטלקי; סע' 289 של חוק החיובים השוייצרי. בחוקים האירופיים אין איסור מקביל על העסקת פועלים, אך בספר החוקים

ה) אם נשקפת לבעל-הבית סכנת ביטול-כיס עקב חוסר-הכשרתו של החוכר או מנהגו המקולקל - או שנפטר החוכר - יש רשות לבעל-הבית לסיים את החכירה תוך זמנה[564];

ו) החוכר רשאי לסיים את החכירה תוך זמנה, אם נמצא שעל אף השתדלותו בגדרי המקובל והנאות, ובניגוד למה שהיה ראוי לצפות, אין הנכס מסוגל לעשות פירות מספיקים לתשלום מאמציו בשער הנהוג[565];

[[190]] ז) הסתיימה החכירה לפני שהבשילו הפירות, ונמצא כי השביח החוכר את הנכס, בגדר רשותו, יותר משיעור ההוצאות, יהא בעל-הבית חייב לפצותו על תוספת הערך לפי החלק שהיה ראוי לחוכר בפירות[566].

מלבד הדינים הללו שבסתם, יש בחכירה הקבלנית ובאריסות דין מיוחד שעליו אי-אפשר להתנות, והיינו שיכולים הקבלן והאריס לחזור בהם ולהפסיק את החכירה בכל עת, באשר יש בהם לא רק צד קניין-שעבוד ושותפות, כי אם גם צד **פועל שכיר**, שאינו נעשה כעין עבד. דין זה, אין משמעותו שיכולים הקבלן והאריס - או הפועל - לקום בכל עת ולהיפטר מהתחיבויותיהם לגמרי, אלא יש להבינו מתוך השוואה לאפשרויות-חזרה אחרות: ראשית, במקום שיש לפועל עילה הלכתית או ברירה מוסכמת לחזור בו, אמנם רשאי הוא לחזור בלי כל אחריות מצידו, והריהו גובה באופן יחסי לנטל העבודה שהספיק כבר לשאת בו - בדומה למה שראינו לעיל בדיני השכירות; שנית, במקום שאין לפועל עילה הלכתית או ברירה מוסכמת לחזור, [[191]] והוא מפסיק את עבודתו אף-על-פי-כן, הרי שמכוח הסכם העבודה כשלעצמו היה עליו להישאר אחראי במוחלט למלוא ערך

האיטלקי, סע' 1647 ואילך, יש פרק מיוחד הדן בחכירה המותנית **מעיקרא** בעבודה עצמית או משפחתית של החוכר. הפרק כולל הקלות והכבדות שונות.

[564] קלו) עה"ש סי' ש"ל סע' ג' וסי' שכ"ט. השווה סע' 1626 ו-1627 של ספר החוקים האיטלקי; סע' 295 של חוק החיובים השוייצרי; סע' 596 של הבג"ב. באיטליה ובשוייצריה יש לבעל-הבית זכות להפסיק את החכירה גם עקב פשיטת רגלו של החוכר. בגרמניה אין למחכיר זכות הפסקה במקרה של מות החוכר.

[565] קלז) עה"ש סי' שכ"ח סע' א'.

[566] קלח) שם, סי' ש"ל סע' ד', סי' שכ"ז סע' א' וסי' שכ"ט סע' א' - ור' לעיל, פרק ג', בסמיכות להערה קצ"ה. השווה סע' 592 של הבג"ב, שלפיו, אם מסתיימת החכירה **תוך זמנה**, ונשארים פירות שלא הבשילו ושהיו עומדים להפרדה תוך זמן החכירה, חייב בעל-הבית להחזיר לחוכר את הוצאותיו שהוציא על אותם פירות. **באיטליה** אין הוראה המקבילה לענייננו במישרין, אך יש הוראות מיוחדות בדבר **השבח** שהמחכיר או החוכר משביחים ממקרקע מוחכר: סע' 1632 ו-1633 של ספר החוקים האזרחי. סעיפים אלה מאפשרים לשופט להרשות שבח שאין עליו הסכמה בין הצדדים. אם המחכיר הוא המשביח - זכאי הוא להגדלת חכורו; אם החוכר משביח, זכאי הוא לתשלום ערך השבח הנשאר בסוף החכירה, בתנאי שהסכום לא יעלה על רבע מסך כל החכור, מתחילת החכירה עד סופה. לפי סע' 1651, אם חוכר האמור לעבד את הקרקע רק בעבודה עצמית או משפחתית משביח את הקרקע בלי רשות, רשאי השופט לזכותו בפיצוי צודק.

ההנאה שעבודתו אמורה היתה לספק לבעל-הבית, כפי שראינו כאן בסמיכות להערה קל"ג[567]; וכנגד זה בא הדין האמור וקובע, שאף אם יחזור בו הפועל בלי עילה ובלי ברירה מוסכמת, מכל-מקום הוא לא יהא אחראי במוחלט, כי אם רק במידת הנזק שתיגרם לבעל-הבית עקב הפסקת העבודה **ואשר בעל-הבית לא יוכל למנעה אף אם ינקוט אמצעים מתאימים**. דין זה כשלעצמו, משותף הוא לכל סוגי הפועלים, לרבות קבלן-אומן וכן קבלן-חוכר ואריס (ולמעשה, תחולתו היא עקרונית וכללית אף יותר, כפי שנבהיר בהערה להלן), אך בעניין צדדי הקשור בדין זה יש על-כל-פנים הבדל בין פועל שמשכורתו היא לפי זמן לבין קבלן-אומן ולבין קבלן-חוכר ואריס. פועל לפי זמן, החוזר בו לפי הדין האמור, הרי מכל-מקום, לעניין חישוב שכרו, נשארת ידו על העליונה, והוא גובה לפי נטל העבודה שהספיק להשקיע - היינו לפי הזמן שעבד, - וכך גם אם הנאתו של בעל-הבית היא באופן יחסי קטנה יותר (ומשמע כי ההפרש אינו נזקף בחשבון הנזק שהפועל אחראי לו). לעומת זאת, הקבלן-האומן - ידו על התחתונה, והוא גובה לפי ההנאה שהספיק להסב לבעל-הבית. ואילו הקבלן-החוכר והאריס - מאחר שאין אצלם בכלל עניין של חישוב שכר, כי אם רק עניין של חישוב חלקם בפירות או בשבח - ידם, מצד אחד, על העליונה לעניין חישוב חלקם בשבח, כדין המשביח ברשות, אך מצד שני נזקף על חשבונם לא רק כל נזק של בעל-הבית, כי אם גם כל **ביטול-כיס** שייגרם לו, עם שינקוט את האמצעים המתאימים להשלמת עיבודו של הנכס (כי - כפי שהערנו לעיל - ביטול-כיסו של בעל-הבית, עניינו למעשה כאן כנזק, אחר שהריווח הובטח לבעל-הבית מלכתחילה בשעבוד נכסי החוכר)[568].

בעל[569] עה"ש מבחין בהקשר זה בין פועל (לרבות אומן וחוכר) על-פי שטר או קניין פורמלי אחר לבין פועל שלא התחייב בקניין פורמלי - והיינו שזכות החזרה בלי עילה או ברירה אינה נתונה [[192]] במקום שהתחייב הפועל באופן פורמלי. ראיותיו הן שתיים: א) שעל-פי המשנה בבבא בתרא קס"ז ב' אין כותבים שטר אריסות אלא מדעת שני הצדדים - בהבדל משטר-מכר, שאפשר לכתוב מדעת השוכר לבדו - וכתב בעל הטורים בחו"מ סי' ש"ך סע' ג' שכך הוא משום שכל זמן שלא נכתב השטר יכולים הצדדים לחזור בהם, ומשנכתב - שוב אינם יכולים לחזור; ב) שבחו"מ סי' של"ג מוצאים אנו כי אף בעל-הבית המזמין פועלים או המזמין כלי מאומן יכול בעצם לחזור בו - גם לאחר התחלת המלאכה, תוך אחריות רק לנזק שאין לו תקנה - ובירושלמי (בבא מציעא פ"ו הל' ב') מובא טעם הדבר, שאף בבעל הבית חל הדין שלא ישתעבד כעין עבד, - והרי אין להעלות על הדעת שאף בעל הבית יוכל **תמיד** לחזור בו (כגון במשכיר נכסיו, כפי שראינו לעיל, או בנותן נכסיו בעיסקא, כאמור בתוספות על בבא מציעא ק"ה א', ד"ה הני בי תרי). לדעת בעל עה"ש

---

[567] קלט) ואם תשאל, מה טעם ההפרש, שבסמיכות להערה קל"ג הכללנו באחריותו של החוכר אחריות לביטול כיס, ואילו בסמיכות להערה צ"ט ראינו כי בעל הבית בשכירות - שאף דינו נגזר באותו עניין מדין הפועל השכיר - אינו אחראי אלא לנזק, התשובה היא שבעל הבית לא התחייב לשוכר אלא בהספקת הנאה **השווה לדמי השכירות**, ואילו החוכר מתחייב לספק **ריווח**.

[568] קמ) עה"ש סי' ש"ל סע' ד', ור' סי' ש"ך סע' ג' וסי' של"ג (ביחוד סע' ו', ח', י"א וי"ב).

[569] [הערת עורך: המחבר כתב דברים אלו כהמשך של הערה קמ, אולם העברנו אותם לטקסט כיון שהמחבר נתן הערות (קמ-1, קמ-2) להערה].

אין בעל-הבית יכול לחזור בו במקרים מעין אלה שהזכרנו, משום שיש בהם קניין פורמלי, מה שאין כן בסתם התחלת מלאכה. אולם, כפי שבעל עה"ש עצמו מביא בשם הריב"ש והש"ך (כנגד דעתו שלו, המבוססת בריטב"א ובבית-יוסף), קיימות כנגד תפיסה זו טענות רבות משקל: א) שגם התחלת מלאכה יש לה בעצם דין של קניין פורמלי (שאם לא כן, צריך היה החוזר בו לאחר התחלת-מלאכה גרידא להיות פטור מאחריות כלשהי); וב) - וזה העיקר - שאם תאמר כי על דין חזרת הפועל אפשר להתנות, ביטלת בעצם את כל טעמו העקרוני, ש"לי בני ישראל עבדים, ולא עבדים לעבדים" - והרי אפילו עבד ממש יכול לחזור בו ולפדות עצמו, אף-על-פי שבו יש קניין פורמלי ודאי. בעל עה"ש מתרץ אפוא כי דין פדיונו של העבד הוא גזרה מיוחדת מן התורה, והוא מוסיף את הנימוקים שציטטנו לעיל, כראיות מכריעות בכיוון דעתו של הריטב"א. אולם, תירוץ "הגזרה" הוא כמובן תירוץ דחוק, ואילו על נימוקיו החיוביים סבורני שאפשר להשיב: א) מה שאין כותבים שטר-אריסות אלא מדעת שני הצדדים - הרי הדבר מוסבר בגמרא, בדף קס"ח עמ' א', ששטר אריסות, בהבדל משטר-מכר, אינו רק לראייה ביד הקונה לעצם ההקנאה, אלא [[193]] הוא ראייה לזכויות ההדדיות של הצדדים זה על זה. יוצא אפוא שגם אם נאמר כי האריס יכול תמיד לחזור בו, על אף השטר שבעל-הבית יוציא כנגדו, מכל-מקום חשוב לאריס שהשטר לא ייכתב שלא מדעתו, שהרי על-פיו יוכל בעל הבית לבוא בטענות עליו - או להיפטר מטענותיו הוא - בעניין שזכות החזרה לא תהא בו המוצא הרצוי או הצודק לאריס. ב) גם מדברי הטור אין למעשה ראייה כי לשיטתו מונע השטר באופן מוחלט את יכולת-החזרה של האריס, כי מסתבר שבעל הטורים באמת לא התכוון כלל לעניין הנידון, אלא התכוון לומר כי אריסות וחכירה קבלנית - הכרוכות בדרך-כלל בתנאי-לואי רבים הטעונים התנאה מיוחדת - אין הן שלמות כלל אלא בשטר (כדין הסכם בירורין), וכל זמן שנשארו התנאים מותנים בעל-פה, יכול כל אחד מן הצדדים לחזור בו **למפרע** (ר' חידושי הגהות על הטור, ודוק). ג) מדברי הטור אין ראייה למסקנת עה"ש גם מן הטעם הנוסף, שהדברים מפוקפקים מיסודם. כי ממה נפשך: אם כוונתם היא לומר שבאין שטר יכולים הצדדים לחזור בהם רק כשאין שם גם שום קניין אחר, והתנאים שנקבעו לפי שעה רק בדברים, שלא היה עמם מעשה - הרי זה פשיטא שאינו צריך אמירה ואינו מוכיח כלום; ואם הכוונה היא שהצדדים יכולים לחזור בהם אף אם היה שם קניין אחר, הרי קודם-כל, קשה מאוד להניח שאמנם זהו הדין, ושנית - אף אם זהו הדין - הרי כל קניין נוסף שהיה שם היה בהכרח משהו פורמלי יותר מ"התחלת-מלאכה" בלבד, כי אפילו "התחלת-מלאכה" בלבד של אריס או קבלן כבר כוללת בה ממילא גם **החזקה בנכס המוחכר, לשם זכייה בשעבוד**, שהוא קניין פורמלי מספיק גם לשיטת עה"ש בעצמו. ד) לעניין זכות-החזרה של בעל-הבית, התירוץ הנכון הוא, שהמבחן ליכולת-החזרה איננו **בצורת הקניין**, כי אם **בתוכנו**. אם עיקר הקשר בין הצדדים הוא על קניין-במוחזק, ממילא אין בו שייכות לעקרון ש"לי בני ישראל עבדים", ואמנם אין הצדדים יכולים לחזור בהם אלא על-פי עילה שבדין או עילה מוסכמת. לעומת זאת, אם עיקר הקשר הוא על **חובת-מעשה** - ממילא פועל העקרון האמור הן לטובת החייב הן לטובת הזכאי (שלא ייהפך לעבד **המוכרח** לקבל את המעשה), ושני הצדדים יכולים לחזור בהם - [[194]] בתנאי שהחוזר בו ידו תהא על התחתונה, לעניין מה שקוים כבר (חוץ מן המקרה של פועל שכיר לפי זמן, וחוץ מן המשביח ברשות, שידם על העליונה), ובתנאי נוסף שהחוזר בו יהא אחראי לנזק הצד-שכנגד, אשר הלה לא יכול היה למנוע באמצעים מתאימים. אפשרות שלישית היא שעיקר הקשר מעורב הוא, על קניין-במוחזק מחד גיסא ועל חובת-מעשה מאידך, כמו במקרה החוכר-הקבלן או האריס, וכן

במקרה של המקבל נכסים לפעול בהם בעיסקה. במקרים מסוג זה, נמצא שבעל-הבית, המשועבד בעיקר מצד הקנאתו במוחזק, אינו יכול לחזור בו, אבל החוכר-הקבלן, האריס או השותף הפעיל, שעיקר שעבודם בחובת-מעשה, יכולים לחזור בהם. לעניין זה מסתבר כי אפילו חובה למתן דבר - לרבות כסף - צריכה להיחשב כ"חובת-מעשה", אך במקום שהקשר מורכב מיסודות שונים, יש לראות את עיקרו באותו יסוד שהוא "הקונה" את היסודות האחרים, כפי שיוסבר בספר על ההקנאה. ההבדל מבחינה זו, למשל בין שכירות לבין אריסות, הוא, ששעבוד השכירות "קונה" את השכר, ואין השכר "קונה" את שעבוד השכירות, אבל באריסות - השעבוד "קונה" את חובת העבודה של האריס, ואילו עבודת האריס "קונה" לו את חלקו בפירות. מלבד זה, כל חובת-מעשה כשלעצמה, מסתבר שרשאי החייב לחזור בו ממנה ולא לקיימה על-פי אותו העקרון שראינו, אלא שאם החובה איננה עיקרו של הקשר או שהיא חובה בלי תמורה, - ממילא משמע שהצד שכנגד לא יוכל בדרך-כלל למנוע מעצמו את נזק הפרתה על-ידי השלמה ממקורות אחרים, והחוזר בו יצטרך אפוא בדרך-כלל לשלם לפחות את מלוא מידת הערך שקיבל על עצמו מלכתחילה. התוצאה היא כי בחובות מסוג זה - למעשה אין החייב יכול לחזור בו, ועל אחת כמה וכמה כשהחובה היא תשלום לתמורה אשר כבר נתקבלה.

מסקנות אלו עולות בקנה אחד עם מה שנאמר בספר על "ההחזקה ודיניה", בפרק ו', סע' ה', בהערה ס"א, שהפרת חיוב חוזי בדיני ישראל איננה כשלעצמה פשיעה, אלא היא נהפכת לפשיעה כשנלוית עליה צפיות של נזק בגין ההפרה; ובהתאם לכך נראה נכון להדגיש שגם במסגרת העקרון שדנו בו כאן לא יהא [[195]] החוזר בו אחראי לנזקי הצד שכנגד, אם בשעת החזרה לא היה לו לצפות לשום נזק שיקרה במהלך העניינים הרגיל בתוצאת החזרה. עם זאת, עשויה שאלה להתעורר: כיצד-זה החוזר בו פטור לגבי נזק שהצד-שכנגד יכול היה למנוע בנקיטת אמצעים מתאימים, בעוד שכלל ידוע בנזיקין הוא ש"על **המזיק** להרחיק את עצמו", ואין הניזק חייב לנקוט מלכתחילה אמצעי זהירות[570]? התשובה היא, שהדברים אמורים כשכל אחד מן הצדדים פועל ברשותו הנפרדת. ברשות **משותפת** חייב כל אחד מן הצדדים להיזהר באופן סביר ממעשי חברו, אף אם אינם ברשות - ועל אחת כמה וכמה אם הם ברשות[571]. החוזר בו מן החיוב - עצם חזרתו היא ברשות, ובמידה שהצד שכנגד יכול לנקוט אמצעים מתאימים כדי למנוע מעצמו את נזק החזרה, חייב הוא לעשות כן. **החוזר בו רשאי אפוא לקחת בחשבון כי הצד שכנגד אמנם ינקוט את האמצעים המתאימים**, אשר יכול הוא לנקוט לפי המצב בשעת מעשה - והנזק העשוי להיגרם על-ידי אי-נקיטת אמצעים שכאלה אינו אם-כן מלכתחילה נזק צפוי.

הגישה המשפטית שתיארנו בזה, אף-על-פי שהגיונה המושגי שונה מאוד מן ההגיון המושגי של דיני החוזים באירופה - הרי תוצאותיה המעשיות, באמת שונות הן מתוצאות הגישה האירופית רק בפרטים, אבל לא בעקרון: השווה **אנקצרוס-להמן**, עמ' 58 ואילך, ור' ביחוד עמ' 73 ו-77. אף-על-פי-כן, נראה כי בענייננו המיוחד - זכות החזרה של החוכר-הקבלן והאריס - ההבדל הוא יותר גדול

---

570 קמ-1) בבא בתרא י"ח ב', ור' פ"י מהל' שכנים הל' ה', ודוק.

571 קמ-2) בבא קמא כ"ז ב' ונ"ד ב', ור' שו"ע חו"מ סי' תי"ב סע' ג'.

מן הממוצע כי בהיות שאין באירופה זכות-חזרה עקרונית מחובת-מעשה, ומאחר שהחכירה קושרת את הצדדים לא רק על-ידי חובת-מעשה, שאפשר פשוט להימנע מלקיימה, אלא היא קושרת את הצדדים גם על ידי קניין-במוחזק (ולו יהא שבאירופה אין המושג מוכר כלל, והחכירה היא [[196]] "אישית", ולא "ריאלית") - נמצא שאם נקבע זמן לחכירה, הרי לא רק בעל הבית, אלא גם החוכר, אינם יכולים לחזור בהם. סע' 1625 ו-1630 של ספר החוקים האיטלקי, סע' 595 של הבג"ב וסע' 290 של חוק החיובים השווייצרי קובעים גדרים לזכות-החזרה כשהזמן לא נקבע או כשיש ברירת סיום מוסכמת. מקצת הקבלה להוראות אלו בדיני ישראל אפשר לראות בעה"ש חו"מ סי' שכ"ז סע' ג', שם מובא - על-ידי הדגמות - כי זמן החכירה (הקבלנית, או האריסות) הריהו בסתם עד גמר ההכנה של הפירות לשיווק, לפי הנאות במסיבות המקרה; ומסתבר שדין זה ראוי לחול גם על החכירה בפירות קצובים, ואף על השכירות לפירות.

לשם[572] השלמה, מבחינה השוואתית, ראוי עוד לציין לבסוף כי בשיטות האירופיות נלוות על דיני החכירה הוראות ביחס לציוד שהחוכר עשוי לקבל מן המחכיר בצמוד לזכות החכירה[573]. עיקרן של ההוראות הוא שהחוכר משתמש בציוד לצרכי המשק, זוכה בפירות הציוד (החי) ורשאי להחליף את פריטיו המתבלים, ובסוף הזמן חייב הוא להחזירו בהרכב דומה למה שקיבל, אם בעין ואם לפי שומה העשויה להיערך מראש. הסדר כזה הוא מה שנקרא במקורות העבריים - ואף בלועזיים - "**נכסי צאן ברזל**". במקורות העבריים אין רשימה של דינים החלים מסתמא בהסדר כזה שנערך על בסיס עסקי (להבדיל מנכסי צאן ברזל שמכניסה אשה לבעלה[574]); אולם, יש על כל-פנים דין אחד עקרוני, שבין ישראלים אסור ההסדר של נכסי צאן ברזל על בסיס עסקי, אם חובת ההחזרה היא על-פי שומה הנערכת מראש. חובה כזאת - פירושה הוא שהנכסים ניתנים למקבל **בהלוואה**, ואילו הריווח הנקבע לנותן הריהו ריבית. לעומת זאת מותר ההסדר, אם הנכסים ניתנים למקבל **בפקדון**, באופן שאין המקבל חייב להחזירם אלא בעין, ולו גם תוך אחריות לאונסים שיקבל על עצמו - לבד על כל פנים מאונסים של ירידת המחיר גרידא[575]. [[197]]

ו. דינים כלליים

להשלמת הפרק נבחן כאן מספר בעיות הצריכות פתרון הלכתי לגבי השעבודים השונים למיניהם, ונזכיר כי על פתרונות אחדים מסוג זה, בדיני ישראל, הערנו כבר במהלך סקירתנו עד כאן. כך, קודם-כל, בהערה נ' - הדין שסיום שעבוד בזמן שלא נקצב מלכתחילה טעון מתן שהות מתאימה. שנית, בהערה ע' - שסתם שעבוד, אשר לא נקבע בו אחרת ואין בו דין מיוחד, עובר בירושה וניתן גם להעברה מחיים. בהקשר זה, נראה להוסיף מסברה, כי שעבוד הניתן להעברה בלי צורך

---

572 [הערת עורך: כאן ממשיך הדיון שהמחבר הציב בטקסט.]

573 קמא) ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סע' 1640 ואילך; בג"ב, סע' 586 ואילך; חוק החיובים השווייצרי, סע' 298 ואילך; ור' - בצרפת - **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 437-438.

574 קמב) שו"ע אה"ע סי' פ"ח.

575 קמג) בבא מציעא ס"ט ב', ור' שו"ע יו"ד סי' קע"ו סע' ה' וסי' קע"ז סע' א'.

בהסכמה מיוחדת מבעל-הבית - ממילא הוא נכלל גם בנכסים הערבים לחובות הקונה; ונראה לומר כי אפילו שעבוד שהוסכם עליו עם בעל-הבית כי לא יהא עובר בלי הסכמה מיוחדת - או שלא יהא נכלל באחריות הנכסים - מכל-מקום הוא ייכלל באחריות, אם התנאי המונע הותנה על-פי דרישת הקונה בעצמו[576] ולא היה לו קול[577].

דין כללי שלישי שהזכרנו הוא אפשרות ההתנאה של תנאי-לואי חוביים בשעבוד המבוסס בהסכם[578]. רביעית, הזכרנו בהערה קה-1 את המסקנה בדבר השתעבדות השעבוד לזכות בעל-הבית לתקן את הנכס, כשהשהיית התיקון עד לאחר תום השעבוד תגרום לבעל-הבית נזק יותר גדול מהנזק הנגרם בינתים לקונה השעבוד. חמישית, בהערה קה-3, הסקנו עקרון כללי בדבר זכותו של צד בהסכם העומד לתקופה לסיים את ההסכם תוך זמנו, כשהצד שכנגד נוהג בניגוד למוטל [[198]] עליו - ואף כשאין שם זכות חזרה לפי מה שהערנו בהערה ק״מ. ולבסוף, בהערה קיג-1, ראינו כי כל צד בשעבוד זכאי לחזור ולגבות מחברו מה שהוציא לפרעון חוב שהיה מוטל על חברו בקשר לשעבוד ושחברו היה חייב לפרעו גם על-פי התחייבות כלפי הפורע עצמו או שאי-פרעונו היה גורם לחברו הפסד ודאי.

מלבד אלה ניתן להסיק בדיני ישראל דינים כלליים כלהלן:

א) בכל מקרה שמתעורר ספק לגבי תוכנו של שעבוד, צריך התוכן להתפרש על-פי הגדרים שבהם הועמד השעבוד, באופן שיהיה לקונה כל יתרון המחויב מטבע הדברים, בהתחשב במנהג ובמסיבות המקרה, ובלבד שלא תיגרם לבעל-הבית שום הפרעה ולא תימנע ממנו שום רשות כל אימת שאין הדבר מחויב על-פי אותם השיקולים[579]. נותר עוד ספק לאחר מכן, הרי יד הקונה על התחתונה (באשר הוא המוציא מחברו)[580].

---

576 קמד) ר׳ שו״ע חו״מ סי׳ רמ״א סע׳ ט - לעניין הבחנה בין תנאים לפי מיהותו של הצד הדורש את התנאי.

577 קמה) השווה שו״ע חו״מ סי׳ קי״ז סע׳ ג׳-ד׳.

578 קמו) לגבי שעבוד שאינו מבוסס בהסכם - העקרון הוא ש״אין חבים לאדם שלא בפניו״: משנה ערובין פ״ז מי״א. בשיטות המשפט של יבשת אירופה אפשר להתנות תנאי-לואי חוביים אף בהקנאה שאינה מבוססת בהסכם: ר׳ לעיל, פרק ג׳, סע׳ ב׳, מס׳ 5, בסמיכות להערה קט״ז.

579 קמז) על-פי שו״ע חו״מ סי׳ קנ״ג סע׳ ג׳-ד׳ וח׳; סי׳ קנ״ה סע׳ י״ז; סי׳ קס״ט; סי׳ רי״ז סע׳ א׳-ד׳. כל המקורות האלה עוסקים אמנם בשעבודי שכנים, אך נראה שהעקרון הוא כללי: ר׳ גם סי׳ שי״ג, העוסק בשכירות.

580 קמח) שם, סי׳ שי״ב סע׳ ט״ו-ט״ז, והגה שם. גם במקרה שהספק הוא לא לגבי תוכן השעבוד עצמו, כי אם ביחס לתנאיו - יד בעל-הבית על העליונה, כי הקונה הוא הצריך להוכיח שהשעבוד מגיע לו בתנאים שלהם הוא טוען.

ב) השעבוד כולל בסתם את הרשות להכניס בנכס את התיקונים הנחוצים לשם מימושו התקין של השעבוד[581]; אך במקום שעל-פי מהלך הדברים הרגיל ובלי שום פשיעה הולך הנכס ומתקלקל באופן הצפוי לשחרר את בעל-הבית מנטל השעבוד (כגון שהושכר בית "זה" למגורים, והוא מתמוטט והולך עד שחדל להיות ראוי לשימוש המוסכם, ובעל-הבית מצפה להשתחרר על-ידי כך מן השכירות ולבנות לו בית חדש) בסתם אין הקונה רשאי לתקן ולשנות את ההתפתחות [[199]] לרעת בעל הבית[582]. נראה גם-כן כי במקום שיש קונים אחדים בנכס, ואחד מהם תיקן מחוץ לגדר חובתו כלפיהם, אך באופן שגם הקונים האחרים יוכלו ליהנות מן התיקון, והיו לו בגין כך הוצאות יתרות, רשאי המתקן לתבוע מהם את ההנאה המכוונת מן התיקון, אלא אם ישלמו לו את חלקם בהוצאות[583].

ג) **דין נטל ההוצאות והחיובים הכרוכים בקניין הנכס**. השאלה היא, מי חייב לשאת בנטלים האלה כשהקניין מפוצל בין בעל הנכס מחד גיסא וקונה-השעבוד מאידך, והתשובה צריכה בירור יותר נרחב. הסדר כללי מפורש בעניין תחולת **הוצאות** הנכס בין בעל הנכס לקונה-שעבוד מוצאים אנו במקורות העבריים לגבי בעל בנכסי אשתו, בכתובות ע"ט ב' - פ' א'. ההסדר הוא, שאם בא הבעל לגרש את אשתו, הרי אם הספיק לאכול מפירות נכסי-המילוג - שוב אין הוא זכאי להחזרת שום הוצאות שהוציא, - אבל אם לא אכל כלום והוציא הוצאות, זכאי הוא לפיצוי כיורד שלא ברשות. אולם, נראה לומר כי דין זה מיוחד הוא, ואין ללמוד ממנו עקרון כללי. כמו כן מוצאים אנו בכמה מקרים כי נטלי-חיובים הכרוכים בבעלות הנכס עוברים אל השומר המשתמש בו - כמו במצוות ציצית, מעקה, מזוזה ובדיקת-חמץ[584] - אך מסתבר שגם בכל אחד מן החיובים האלה יש צד ייחוד, הנוטל את ערכם כראייה בענייננו. מקור יותר מתאים מוצאים אנו בבבא קמא קי"ג ב'. כאן נקבע כי האריס אינו חייב לפרוע את המס המוטל על שדה האריסות; ואם כי נראה לפרש שהגמרא אינה באה לקבוע בכך דווקא את הדין העברי עצמו, אלא מביאה היא את דינא דמלכותא שהיה נהוג בשעת מעשה בבבל, הרי מן הסגנון האוהד שהגמרא נוקטת ומפירוש רש"י - "דאין לו חלק בגופו של קרקע, ואין עליו לפרוע חלק על הבית" - ניתן להסיק שעל-כל-פנים מכירה גם ההשקפה העברית בהגיונו של דבר. אולם, מצד שני ישנו הסיכום של ה"ה על פ"א מהל' [[200]] שאלה ופקדון הל' ד' - ועל-פי סיכום זה, הדין הוא כי שוכר או שואל של בהמה, הרי הם, ולא בעל-הבית, חייבים במזונותיה כל זמן השעבוד. מצירוף שני המקורות הללו קרוב אפוא להסיק, כי בסתם אין קונה-השעבוד מתחייב בהוצאות שהנכס מצריך, אבל ההוצאות שהן תנאי להפקת ההנאה שהאיש זכאי לה חלות מן הסתם עליו - ואם אותן הוצאות הן בו בזמן גם צורך החזקתו של הנכס עצמו, הרי בסתם אף **חייב** בהן הנהנה כלפי בעל-הבית[585].

---

[581] קמט) שם, סי' רי"ז סע' ג'.

[582] קנ) שם, סי' קנ"ג סע' כ'.

[583] קנ-1) ר' דין "זה נהנה וזה חסר" בבבא קמא, דף כ', ומשנה בבא מציעא פ"י מ"ג.

[584] קנא) מנחות מ"ד א'; בבא מציעא ק"א ב'; פסחים ד' א'.

[585] קנב) ר' גם בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ו', סע' ט', הערה קל"א.

אולם, נראה לומר שגם דברים אלה, כשלעצמם, אינם מספיקים כסיכום. המקורות העבריים רואים אמנם באהדה את פטורו של האריס ממיסי הקרקע - אבל האריס, הלא הוא נהנה מן הקרקע בתמורה, ונמצא לכאורה שהנאת האריס אינה גורעת ממלוא הנאתו של בעל-הבית עצמו מן הקרקע, להיותו נפטר מן המס כנגד הנאת האריס. לעומת זאת, השואל או קונה-הפירות על-פי צוואה - הנאתם היא בלי תמורה, והיא גורעת משווי ההנאה הנותרת לבעל-הבית, - ויש לשאול האם אף הם יכולים להיות פטורים מנטלי-החיובים הצדדיים, שאינם תנאי להפקת ההנאה - או לפחות מן החובה לפצות את בעל-הבית על הוצאותיו בגין אותם חיובים - כנגד הנאתם?

התשובה על שאלה זו צריכה כנראה להתפצל לשתיים: מצד אחד מסתבר שהאריס נפטר מנטלי-החיובים לא רק בגלל התמורה שהוא משלם, אלא גם בגלל העובדה שהנאתו היא חוזית: על-פי ההסכם שבינו ובין בעל-הבית, יתכן כמובן שהתמורה תועמד על דרגה כל-כך נמוכה, שלא יהא בה פיצוי על הוצאותיו של בעל-הבית - אבל הדין שבסתם אינו יכול כמובן לברור לו את האחראי לנטלי-הנכס בכל מקרה לחוד, על-פי ההסכמים שבין קוני הנכס השונים, ומוכרח הוא להסתפק בהנחה, שאם יש שם הסכם, הרי הבעל הוא הנשאר אחראי מבחינה עקרונית, ואם ירצה להעביר את הנטל לבעל-דברו, יתנה-נא בכיוון זה בהסכם, כרצונו. שיקול זה, כוחו יפה אף לעניין **שואל**, כי אפשר להניח לגביו, שכשם שהושאלה לו הנאת הנכס עצמו בלי תמורה, כן בחר המשאיל להנותו בלי תמורה גם במידה שההנאה המושאלת כרוכה בהוצאות. לעומת זאת, [[201]] כשהשעבוד אינו מבוסס בהסכם - נמצא כי בעל-הבית, שהשעבוד הוטל עליו שלא בטובתו (כגון הבן המקבל מאביו בצוואה את גופו של הנכס, בכפוף לקניין-פירות המוקנה לאחיו), אין לו הגנה מפני קונה-השעבוד בדרך חוזית; ואם גם כאן תחול ההנחה שקונה השעבוד פטור מנטלי-החיובים, הרי שייהנה הוא מחסרון חברו, ללא הרשאה. העקרון הכללי, שכבר ראינו למקרה כזה, הריהו שהנהנה חייב לשלם את דמי החסרון[586]; וכך מגיעים אנו למסקנה כי במקום שהשעבוד אינו מבוסס בהסכם, מתחייב הקונה אף בנטלי-החיובים הצדדיים, באופן פרופורציונלי להנאתו[587]. בהמשך מכאן אפשר עוד לשאול, האם התחייבות זו היא רק בדרך פיצוי לבעל הנכס, הנשאר אחראי יחידי לנטלי-החיובים במישרין, או שמא נעשה קונה-השעבוד אחראי במישרין אף הוא, **במשותף** עם בעל הנכס. התשובה על שאלה זו תלויה כמובן בדין המיוחד, המטיל את נטל-החיוב - אם מטיל הוא אותו דווקא על הבעל או שמא מתחשב הוא גם באפשרות שעבודים; אך לפי הגישה הכללית הניכרת בדיני ישראל, מסתבר שאפשר להסיק מסקנה עקרונית, כי בסתם, במקום שיבוא דין עברי להטיל נטל-חיוב בגינו של קניין בנכס (כגון מס, או חובת השתתפות בסלילת מדרכה או בתאורת הרחוב) - ראוי לו להחילו לאו דווקא על הבעל בלבד, כי אם במשותף עמו גם על קוני השעבודים שאינם מבוססים בהסכם.

---

[586] קנג) בבא קמא, דף כ'.

[587] קנד) ר' גם פתחי-תשובה על חו"מ סי' רס"ד ס"ק ג' - ודוק. את העקרון המובע במקור זה אפשר לנסח כך: אמנם, במקום שראובן מוציא הוצאות לצורך עצמו, ושמעון נהנה - התוצאה היא שזה נהנה וזה לא חסר, אבל אם ראובן **חייב** להוציא הוצאות לצורך עצמו, בגין הנאה שלו ושל שמעון - מצבם הוא כי זה נהנה וזה חסר, וחולקים את הנטל לפי ההנאה.

[[202]] מסקנה ברוח דומה מתחייבת גם במקרה שקוני-שעבודים אחדים מתחייבים במקביל כלפי בעל-הבית בהוצאות החזקת הנכס, שהן תנאי להנאתם: כגון שוכרי דירות שונות בבית אחד, שצריכים הם להעשות אחראים במשותף כלפיו - כל אחד לפי חלקו היחסי - לניקוי חדר המדרגות, למשל.

להלן[588] סקירה השוואתית, לגבי המצב בשיטות של יבשת אירופה:

בצרפת חייב בכל הוצאות ההחזקה, במקרה של שכירות, **המשכיר**, ואילו במקרה של שאלה נקבע כי השואל חייב בכל מה שברגע **לשימורו** של הנכס, ואם הוציא הוצאות לצורך שימושו - אין הוא חוזר וגובה מבעל-הבית (אף אם ההוצאות לא היו לצורך שימור): סע' 1719, 1880, 1886 של ספר החוקים האזרחי. במקרה של קניין פירות יש הוראות יותר מפורטות: קונה-הפירות חייב "בתיקונים שהם צורך החזקתו של הנכס", ואילו בעל-הבית חייב "בתיקונים הגדולים"; קונה-הפירות נושא גם-כן בכל נטלי-החיובים השנתיים הנחשבים כ"נטלי הפירות"; ונטלי החיובים שהנכס משתעבד להם בשעה שקניין-הפירות כבר קיים, חייב בהם בעל הבית, אבל קונה-הפירות חייב לשלם לו את הריבית (סע' 605 ואילך).

באיטליה שוים בדרך-כלל דיני השכירות והשאלה לדין הצרפתי, אלא שהשוכר הוא החייב בהוצאות ההחזקה המתחייבות מתוך שימוש, ואילו השואל זכאי להחזרת הוצאות מיוחדות שהיה בהן הכרח דחוף (סע' 1575, 1576, 1609, 1803, 1808). אשר לקונה-הפירות, הרי ההוצאות והנטלים המתיחסים לשמירה, להחזקה ולניהול הרגילים של הנכס חלים עליו, ואילו בעל-הבית חייב בתיקונים "היוצאים מן הכלל" (סע' 1004, 1005). מלבד זה, הדינים הם בדרך-כלל גם-כן כמו בצרפת, אלא שהוראה מפורשת קובעת כי הנטלים השנתיים בשנה הראשונה ובשנה האחרונה של קניין-הפירות מתחלקים בין בעל הנכס וקונה-הפירות בפרופורציה מתאימה למשך הזמן של זכויותיהם.

בגרמניה קובע סע' 546 של הבג"ב כי "בנטלי החפץ המושכר צריך לשאת המשכיר" (מלבד מה שחייב הוא בהחזקת החפץ במצב מתאים, על-פי סע' 536). סע' 547 קובע כי המשכיר צריך להחזיר לשוכר מה שהלה הוציא על החפץ, [[203]] אלא שבמזונות של בעל-חיים חייב על כל פנים השוכר. לגבי **השואל** קובע סע' 601 כי "השואל חייב לשאת בהוצאות הרגילות של החזקת החפץ, ובשאלה של בעל-חיים - במיוחד בהוצאות המזונות". לגבי החזקת הנכס הנתון לקניין-פירות, הדין הוא כמו בצרפת ובאיטליה (סע' 1041). אין בגרמניה הוראה שקונה-הפירות חייב בריבית של נטלי החיובים המתחדשים תוך זמנו, וסע' 1047 קובע שבמשך קניין-הפירות חייב הקונה כלפי הבעלים במשא הנטלים הציבוריים המוטלים על החפץ, מלבד הנטלים היוצאים מגדר הרגיל ושיש

---

[588] [הערת עורך: המחבר נתן את הדיון הזה בשיטות האירופיות - בהערה (קנה), אבל החלטנו להכניס אותו לטקסט כיון שהוא נתן הערה (קנה-1, קנה-2) להערה זו].

לראותם כמוטלים על ערכו היסודי, וכן במשא אותם הנטלים של המשפט הפרטי, שכבר היו מוטלים על החפץ בזמן קביעתו של קניין-הפירות...". הבג"ב קובע גם הוראה מיוחדת, בסע' 995, בעניין הגזלן הזכאי בפירות, שלגבי הזמן שפירותיו נשארים למחזיק, זכאי המחזיק לחזור ולגבות את ההוצאות רק בגין אותם הנטלים היוצאים מן הכלל שיש לראותם כמוטלים על ערכו היסודי של החפץ[589].

סע' 103 קובע עוד כי "מי שחייב לשאת בנטלים של חפץ או של זכות עד לזמן מסוים או מזמן מסוים ואילך, הרי במידה שלא נקבע אחרת חייב הוא לשאת בנטלים החוזרים ומתחדשים כסדרם, בהתאם לחשבון של משך זכותו, ואילו בנטלים אחרים חייב הוא לשאת אם עומדים הם לסילוק בתוך זמן חובתו"[590]. יש לציין, בעקבותיו של **אנקצרוס-ניפרדי** (א', עמ' 544), שכל ההוראות האלה מתכוונות רק ליחסים שבין האחראים לבין עצמם, ואין להן השפעה כלפי חוץ: כלפי חוץ, בעל הנכס בשעת מעשה הוא תמיד האחראי.

[[204]] **בשוייצריה**, ר' סע' 254, 263 ו-307 של חוק החיובים, וסע' 765 של הצג"ב, שאין בהם חידוש מיוחד בענייננו.

בהקשר זה אפשר להביא גם חומר להשוואה מן **המג'לה**. סע' 561 קובע כי "חייב המשכיר בכלכלת המושכר. כיצד? סוס שהושכר, חייב המשכיר לזונו ולהשקותו, ואילו אם האכיל השוכר את הסוס שלא מדעת המשכיר, הרי זה בבחינת נדבה, ואינו יכול לדרוש תשלום מבעליו". לעומת זאת קובע סע' 815 כי בשאלה הרי "השואל חייב במזונות השאלה. לפיכך השואל בהמה ולא האכילה, ומתה - חייב באחריותה". מלבד זה ישנם הסעיפים 529, 530 ו-532, הדנים בחובות של תיקון המקרקע המושכר וניקויו. עיקרם הוא כי בתיקונים הנחוצים להנאתו הראויה של השוכר חייב המשכיר, ואילו הניקוי חל על השוכר. דינים אלה כפופים היום, במדינת ישראל, לחוק הגנת הדייר תשט"ו - לפיו העקרון הוא כי ההוצאות מתחלקות בין בעל-הבית לדייר. יש להעיר כי אף תיקון-פשרה זה יונק עדיין מן העקרון כי השכירות מבוססת בהתחייבות אישית להעמיד לשוכר נכס מתאים, והכוונה היא רק **לרסק** את העקרון לאור המציאות של דיני הגנת הדייר, הנותנים לשוכר מעמד הרבה יותר "קנייני". בדיני ישראל, לעומת זאת, חלות הוצאות-ההנאה מלכתחילה **ובשלמותן** על השוכר - כמו על כל מיני קוני שעבודים אחדים - בהתאם לתפיסה היסודית כי השוכר, ככל קונה שעבוד אחר, קונה אמנם, לפי דינו, את הנכס לעצמו.

---

[589] קנה-1) בדיני ישראל, פשיטא ששום חובת הוצאות (לבד מדמי נזק) אינה יכולה לחול על הגזלן **במקרקעין**, שהרי אין הגזלן מוציא את המקרקעין מרשות הבעלים. אשר **למיטלטלין**, ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ז', סע' א, בסמיכות להערות כ' וכ"א.

[590] קנה-2) בדיני ישראל לא מצאתי הסדר מפורש במקביל, אך נראה הדבר כפשיטא כי ההסדר הנכון הוא בדומה לעקרון שראינו בקשר לשכר, תוך סמיכות לדין כי במקום שזה נהנה וזה חסר - הנהנה חייב.

[[205]] ד) **דיני**[591] **סיום השעבוד**. דין כללי, שכמעט אינו צריך אמירה, הוא שיכולים הצדדים לסיים את השעבוד תוך זמנו, על-ידי הסכם הדדי. הסכם כזה הוא בבחינת הקנאה חוזרת מקונה-השעבוד לבעל-הבית, וטעון הוא מעשה-קניין בהתאם לכך[592]. בקשר לזה מתעוררת שאלה בדבר סיומם של שעבודי-משנה, אשר על-פי גדריהם העצמיים עדיין צריכים הם להימשך, בשעה שבעל-הבית האמצעי מסתלק משעבודו שלו. מסתבר שהסתלקות בעל-הבית האמצעי, תוך זמנו של שעבוד-המשנה, אינה צריכה לפגוע בשעבוד-המשנה - ומסתבר ששעבוד-המשנה נשאר בתקפו גם במקרה שהסתלקות בעל-הבית האמצעי איננה מוסכמת, אלא שהוא נפטר ויורש אותו בעל-הבית שעליו[593]. מצד שני מסתבר, שאם בעל הבית האמצעי רוצה להסתלק על-פי ברירה או עילה שבדין, אין הדבר בידו אלא אם יעמיד את הנכס לרשות בעל-הבית שעליו, כשהנכס משוחרר משעבודי-המשנה. כמו-כן נראה (**בהבדל** מסע' 2814 האיטלקי), שאם לבעל-הבית העליון יש עילה לסיים את השעבוד האמצעי תוך זמנו, צריך הסיום לפגוע גם בשעבוד-המשנה[594].

[[206]] ועוד בעייה מתעוררת בקשר לאפשרות התמדתו של שעבוד במקרה של התלכדות קניין-השעבוד והבעלות בידו של אחד. בסע' 889 של הבג"ב נקבעת אפשרות כזאת לגבי שעבודים במקרקעין, על ידי קביעת הכלל כי השעבודים אינם מסתיימים עם תסובתם למי שהוא בעל-הבית - וזה כדי שבעל-הבית יוכל להוסיף ולהעביר את השעבוד כנגד הבעלות בנכס, או את הבעלות בכפוף לשעבוד[595]. נראה שטעם זה כשלעצמו איננו משכנע ביותר, אך **וולף-רייזר** מביא גם טעם יותר חשוב, בקשר לכלל דומה הנקבע בסע' 1063 של הבג"ב, ביחס לקניין-הפירות במיטלטלין. כאן ההנמקה היא, ש"אם ראובן נתן למשל לשמעון קניין-פירות, ואחר-כך מישכן את החפץ ללוי, וחזר והקנה את החפץ לשמעון, מתקיים קניין-הפירות בצד הבעלות של שמעון, באופן שקניין זה

---

591 [הערת עורך: כאן ממשיך הדיון שהמחבר הציב בטקסט.]

592 קנו) סמ"ע על שו"ע חו"מ סי' קפ"ט ס"ק א'.

593 קנז) ר' שאמנם כך הדין לגבי שעבוד-משנה של אפותיקי **באיטליה**: סע' 2814 של ספר החוקים האזרחי.

594 קנח) כל המסקנות האלו מבוססות על ההנחה, שעל-כל-פנים לא יתכן כי שעבוד-משנה יתמיד אף כשהשעבוד שממנו הוא נגזר מסתיים על-פי עצם הגדרים המקוריים שהיו לו בזמן העמדתו של שעבוד-המשנה. אולם, הנחה זו - הנראית כמחויבת ההגיון - יש ממנה סטייה במשפט הצרפתי והאיטלקי, לגבי שכירות הנקשרת על ידי קונה-לפירות. **פלניול וריפר** (בכרך ג', עמ' 790) כותבים: "על-פי חומר הדין, מן הראוי הוא שכאשר חוזר החפץ לבעליו בתום קניין-הפירות, לא יהיה הבעל קשור בהשכרה שנעשתה על-ידי הקונה.... אולם.... אם רוצים.... שקונה הפירות יוכל להשכיר את רכושו במחיר נאות, נחוץ שהוא יוכל לתת לשוכר את הודאות כי הנאת המקום המושכר תישמר לו" על-אף השינוי הצפוי בבעלות. מטעם זה נקבע בצרפת כי השכירות הנקשרת על-ידי הקונה-לפירות תוסיף להתקיים גם כנגד בעל-הבית העליון למשך תקופה מסוימת שלא תגיע על-כל-פנים לתשע שנים (שם, עמ' 792-791). באיטליה, הדין הוא דומה, אך התקופה היא רק חמש שנים (סע' 999 של ספר החוקים האזרחי).

595 קנט) **וולף-רייזר**, עמ' 129-128.

נשאר עדיף למשכון"[596]. בדיני ישראל נראה שעניין מיוחד זה בא על פתרונו במסגרת דיני השבח של נכס משועבד כערובה, שנעמוד עליהם בפרק הבא (ר' שם, הערה ס"ג). [[207]]

[596] קס) **וולף-רייזר**, עמ' 479.

פרק ה: שעבודי אחריות הנכסים

א. הסוגים השונים של שעבודי אחריות נכסים

בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק ב', פרק ה', ראינו כי כל תביעת-ממון בדיני ישראל, יש בה צד של ערבות-נכסים - או, כפי שהדבר נקרא גם "אחריות נכסים"[597] - וערבות זו היא עניין של שעבוד בנכסי החייב, למכרם ולגבות מהם את ערך התביעה. שעבוד זה, הקיים **בכל** תביעה ממונית, הוא שעבוד **בראוי**, בנכסים שאינם מתגבשים בזהותם אלא בשעה שהנושה מורד על-פי בית-דין לגבות מהם בפועל את זכותו - וממילא אין לנו עניין בשעבוד זה בגדר דיני הקונה במוחזק; אולם, הצדדים יכולים להוסיף לתביעה גם שעבוד **במוחזק**, באופן שהנכסים יהיו משועבדים מלכתחילה בזהותם המסוימת והחייב לא יוכל להשמיטם מרשות הנושה על-ידי הקנאה עדיפה - ושעבודי אחריות הנכסים מסוג זה הם הנושא של פרקנו. בקשר לכך אמנם יש להזכיר מה שהערנו בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", בהערה ל"ח של פרק ה' הנ"ל, והיינו שגם שעבוד אחריות מן הסוג המתואר באחרונה - יתכן שלא תוכר לו הוויה עצמאית, אלא יראוהו כנספח על הזכות בראוי הנערבת על-ידיו; אך אנו לא נקפיד פה על הסייג הזה. מבחינתו כאן, החשיבות היא בהוויה המהותית ובעיקרי הדין המעשי של השעבוד כשלעצמו - ואם מבחינה זו השעבוד הוא "במוחזק", הריהו שייך לענייננו.

השעבודים של אחריות הנכסים במוחזק הם משני מינים עיקריים: **משכון ואפותיקי.** המשכון משמר את הנכס לרשות הנושה על-ידי כך, שהנכס עובר בו לזכות ההחזקה של **הנושה**; לעומת זאת, באפותיקי, נשארת ההחזקה לבעל-הבית, אלא שלנושה ניתנת על-כל-פנים הזכות לטרוף את הנכס מיד כל מחזיק, במקרה שיתגשם הצורך בכך.

[[208]] מטבע הדברים, משכון הוא השעבוד המתאים ביותר **למיטלטלין**, כי במיטלטלין יתכן כי זכות-הטריפה גרידא לא תהיה יעילה, ואילו במקרקעין - הצורה הנוחה היא האפותיקי - הן משום שבינתיים משאירה היא לבעל-הבית את החופש לטפל בהפקת פירות המקרקע לעצמו, הן משום שזכות-הטריפה מספיקה כאן לחלוטין להגנת הנושה. אולם, האפותיקי היא מוסד שהתפתח באופן יחסי במאוחר, ומן התקופות שקדמו להתפתחות זו נשארה צורת המשכון ידועה גם במקרקעין, עד לימינו. מצד שני, יש שצורת האפותיקי מובאת לשימוש אף לגבי מיטלטלין.

מבחינה משפטית מופשטת אין מקום להבחין בין המשכון הקרקעי לבין משכון המיטלטלין, ולכאורה יכלו להיקבע הדינים של שניהם במסגרת אחת. אולם, מתוך הבדל מסוים ברקע המציאותי נוצר ביניהם גם הבדל מושגי. כמשכון של מיטלטלין ניתן בדרך-כלל נכס שהנושה יכול לסגרו בארון ולהסיח את דעתו ממנו עד למועד - ונמצא כי הדינים העיקריים הדרושים כאן הם

---

[597] א) ר' למשל, בבא מציעא י"ד א'.

רק דיני שמירה וגבייה. לעומת זאת, במשכון הקרקעי, יהיה זה בדרך-כלל בזבוז אם הנושה יזניח את הנכס עד למועד הפרעון ויסתפק בשמירתו בעלמא, ונמצא כי המשפט צריך להסדיר כאן גם את דיני השימוש המעשי על-ידי הנושה ואת דין ההנאה שהוא מפיק מן השימוש. בהתאם לכך נעשה המשכון הקרקעי למוסד מיוחד, ובהבדל ממשכון המיטלטלין בא הוא להיקרא "**משכנתא**".

ב. המשכנתא

את עניין המשכנתא נוכל לפטור כאן בקיצור, הן מפני מיעוט חשיבותה המעשית הן מפני מיעוט דיניה המיוחדים.

במסגרת מושג המשכנתא תיתכנה צורות-משנה שונות, אך את אלה אפשר שוב למיין, לפי המקורות העבריים[598], בשני סוגים עיקריים:

א) **משכנתא דסורא**, שהיא הסדר אשר ניתנת בו הלוואה בדרך של השכרת מקרקע. המלווה, המקבל את המקרקע, נותן ללווה סכום מסוים בבחינת דמי-השכירות לתקופה מסוימת, ובתום התקופה חוזר המקרקע ללווה בלא דמים - כי החוב [[209]] סולק כבר על-ידי הנאת המלווה בשימוש. אפשר כמובן שתקופת השכירות תהיה ארוכה, ואילו הסכום - באופן יחסי - נמוך למדי, ובאופן כזה גם יבוא המלווה על סיפוקו מבחינה של ריבית. אפשר גם להתנות שהלווה יהיה זכאי לפדות את השכירות - או שיוכל המלווה לסיימה - כנגד החזרת הסכום המתאים לשנים שנותרו.

ב) **מכר חוזר**, שהוא הסדר אשר ניתנת בו הלוואה בדרך מכר של נכס כלשהו על תנאי או לזמן, באופן שאם יחזיר הלווה את המחיר יפקע המכר למפרע או שיחזור הנכס אליו מאותה שעה ולהבא.

צורות המשכנתא השונות נידונות בדיני ישראל מנקודת-הראות של איסור ריבית, וההלכה היא שהמשכנתא דסורא היא על-כל-פנים מותרת, בתנאי שלא תהא צמודה לחוב אישי - והיינו שאם לא יוכל המלווה-השוכר להחזיר לעצמו על-ידי השימוש במקרקע את מלוא הערך שנתן (כגון שהפירות לא יכסו את הקרן), בכל זאת לא יהיה הלווה-המשכיר חייב להחזיר לו את המילווה. טעם הדבר הוא שאין דין אונאה בקרקעות, וכל זמן שהשכירות אינה צמודה לאחריות אישית למילווה, הרי השכירות היא שכירות ויש לה תוקף בכל גובה של שכר שנקבע. אם, לעומת זאת, צמודה השכירות לאחריות אישית, הרי שהעסק מטבעו הוא מילווה, וכל הפירות שיאכל המלווה לפי שער מוזל הם ריבית.

---

[598] ב) שו"ע יו"ד סי' קס"ד, קס"ו, קע"ב, קע"ד.

במכר החוזר, מצידו, שוב יש להבחין. אם נעשה הוא על תנאי מפקיע, בודאי אין בו איסור, שהרי עם החזרת המחיר יחזרו גם הפירות ממילא[599]. אם, לעומת זאת, נעשה הוא לזמן, עד החזרת המחיר, יש בדבר שיטות שונות.

[[210]] מסתבר שעל-כל-פנים מותר המכר אם נעשה הוא בכוונה כנה[600] - דהיינו כשהתנאי [[211]] הוא פשוט, והלוקח יוכל גם לסכל את ההחזרה על-ידי הקנאה לאחר[601]; אבל אם התנאי הוא מורכב - והיינו שיש שם גם תנאי נוסף, שאם ינסה הלוקח להקנות לאחרים, יפקע המכר למפרע - המכר בטל, כי כוונת הריבית היא ברורה. אולם, יש גורסים, שאם המדובר הוא ב"**משכנתא בנכייתא**", והיינו שסכום כלשהו עומד לניכוי מן החוב (או ממחיר הפדיון) בתמורת הפירות שהלוקח יאכל, הרי זה מותר אף במקרה שהתנאי הוא מורכב; ויש אפילו מרחיקים לכת מזה וגורסים, שאם נקבע המכר **לזמן קצוב**, לעולם הוא מותר, ואפילו בלא נכייתא, כי אף במקרה כזה יש פנים לפרש שהמכר נעשה בכנות, - ורק כאשר זכות הפדיון נתונה למוכר בכל עת, ברורה כוונת הריבית, ובלא נכייתא המכר אסור. המתירים משכנתא בנכייתא, יש שמתירים אותה אפילו כשצמודה היא לאחריות - והיינו שהמלווה-הלוקח יוכל גם לכפות את הפדיון או שיהיה זכאי לפיצוי במקרה שיפחת ערך המקרקע שנמכר לו. כשהמשכנתא צמודה לאחריות אישית (והדבר מותר, ביחוד, כשאחד הצדדים הוא נוכרי), נלווית עליה ממילא אפותיקי לגבית האחריות מן הנכס הממושכן[602].

---

[599] ג) ר' שו"ע יו"ד סי' קע"ד סע' ה'.

[600] ד) ר', מצד אחד, פ"ו מהל' מלווה ולווה הל' ה': "המוכר בית או שדה, ואמר המוכר ללוקח לכשיהיו לי מעות תחזיר לי קרקע - לא קנה, וכל הפירות רבית קצוצה, ומוציאין אותן בדיינין"; ומצד שני, שם בהמשך הדברים, ובפי"א מהל' מכירה הל' י"א, שאם המוכר לא התנה מצידו כלום, אבל הלוקח אמר לו מדעתו "כשיהיו לך מעות הביאם לי ואני אחזיר לך קרקע זו" - הרי זה מותר **והתנאי קיים**. כסף משנה מתרץ (בפי"א מהל' מכירה) שההבדל בין שני המקרים הוא בכוונת הצדדים: אם למעשה מכוון העסק למשכון וריבית, הריהו פסול, אבל אם הכוונה הכנה היא למכר על תנאי חזרה, וללא עניין של ריבית, ההסכם הוא כשר.

להלן אמנם מביא כסף-משנה גם תירוץ חלוף, כנגד קושיה של בעל הטורים (בחו"מ סי' ר"ז סע' י"א), שמכל-מקום לא יתכן כי הלוקח יהיה רשאי לאכול פירות, ושלכן מסתבר כי מה שנאמר בגמרא שהלוקח אוכל פירות - אין הדברים אמורים אלא כשהיה מכר גמור ואחר-כך הבטיח הלוקח להחזיר את הנכס בהבטחה בלתי-מחייבת. על זה מעיר כסף משנה, שכאשר אומר הרמב"ם כי "התנאי קיים" - אולי אף הוא אינו מתכוון לתנאי במכר עצמו, אלא באמת להבטחה שניתנה אחר שהמכר נגמר, אבל הבטחה שהועמדה כחיוב משפטי. לע"ד יפה תירוצו הראשון מתירוצו השני, שהרי אם קנה-המידה הוא בשם הרשמי של העסק, ולא בכוונת הצדדים, הרי אף ברישא אין מדובר על "ריבית", כי אם רק על "מכר חוזר" - ויוצא שאם המכר החוזר הוסכם אפילו בצורת התחייבות, אבל מתוך כוונת משכון, פסול הוא לפי שיטת הרמב"ם מכל-מקום.

[601] ה) ר' בספר על מושג הקניין ומערכת זכויות הממון, חלק א', פרק ב', הערה ב'.

[602] ו) נימוקי יוסף על גטין, סע' תע"א להרי"ף.

בשיטת המשפט של **מדינת-ישראל** דהאידנא, נראה מסע' 91 של חוק המקרקעין, תשכ"ט, שהכוונה היתה כי כל משכנתא במובן שאמרנו תהיה בטלה[603], בדומה למצב שנקבע קודם על פי סע' 4 של חוק האפותיקי העותמני וסע' 10 של פקודת העברת הקרקעות. תחיקה זו מימי המנדט עומדת בסתירה לשיטה **באנגליה גופא**, ששם מערכת שעבודי אחריות הנכסים היא משכנתאית ביסודה (mortgage)[604]. בשוייצריה גם-כן נאסרת המשכנתא, בסע' 793 של הצג"ב. **בצרפת ובאיטליה** מוסדרת המשכנתא בחוק בפירוש, בצד הסדר האפותיקי. ההסדר הוא על דרך "משכנתא דסורא" הצמודה לחוב אישי וכפופה לאפותיקי (anticresi)[605]. **בגרמניה** המשכנתא אינה מוסדרת, אבל גם אינה אסורה. אצל **וולף-רייזר**[606] קוראים אנו [[212]] לאמור: "לנוכח שפע הצורות של שעבודי אחריות הנכסים (שמסדיר הבג"ב) מפתיע הוא כי חסרה צורה אחת, שהצורך בה התחיל להיות מורגש: משכון-אכילת-הפירות, האנטיכריזה... החסר מתמלא באופן בלתי-מושלם..... על ידי צירוף האפותיקי וקניין-הפירות".

הדברים על המילוי "הבלתי-מושלם" של החסר רומזים לעובדה שהמשפט הגרמני אינו מכיר את השכירות "הריאלית" הפשוטה, הפטורה מן הסייגים החוקיים המיוחדים של קניין-הפירות. מצד שני נראה להעיר, כי הגעגועים על חופש המשכנתא אינם בהכרח מרשימים ביותר. המשכנתא, מטבעה, היא ערובה המכבידה על הלווה הרבה יותר מן האפותיקי גרידא, העשויה תמיד לשמש לה תחליף הולם - ואין להתפלא אפוא על השיטות המנסות לאסור את המשכנתא בכלל, כדי למנוע את עצם האפשרות שהלווה יוכל להיות נאלץ לתת דווקא את הערובה היותר מכבידה. הקושי באיסור הוא, שאין הוא יכול להיות יעיל לחלוטין, אחר שעקיפת האיסור על-ידי "משכנתא דסורא" או מכר חוזר מוכרחה מטבע הדברים להישאר אפשרית.

---

[603] ו-1) מסע' 91 מסתבר שכוונת המנסחים היתה כי מושג ה"משכנתא" בחוק המקרקעין יציין דוקא **אפותיקי**, ואפותיקי בלבד, אך נראה שכוונה זו נשתבשה מבלי משים בסע' 85. לפי דיני ההחזקה שבסעיף זה בא מושג ה"משכנתא" לציין למעשה בין משכנתא ובין אפותיקי, ושני ההסדרים גם יחד יוצאים כאן מותרים. הסיפא של סע' 91 המכוון לאסור את המשכנתא, נשאר באופן כזה חסר משמעות.

[604] ז) מפאת סיבוכה המופלג של מערכת זו ומיעוט ערכו המעשי של הנושא לדידנו, לא נסקור כאן את דיני המשכנתא האנגליים לפרטיהם. עם זאת יש לציין כי החוק משנת 1925 הכניס באנגליה גם את **האפותיקי**, בכינוי של legal charge: ר' **הלסבורי-סיימונדס**, כ"ז, עמ' 156.

[605] ח) **צרפת**, סע' 2085-2091 של ספר החוקים האזרחי; **איטליה**, סע' 1960-1964.

[606] ט) עמ' 524.

ג. האפותיקי

1. אפותיקי מיוחדת ואפותיקי כללית

בדיני האפותיקי יש לנו קודם-כל להבחין בין "אפותיקי מיוחדת", המשעבדת רק נכס פלוני מסוים לבין "אפותיקי כללית", המשעבדת את מכלול מקרקעיו של אדם. בדיני ישראל, עיקר הלכות האפותיקי הן דווקא הלכות **האפותיקי הכללית**, כי דין הוא שכל התחייבות קצובה ש"יש לה קול" - כלומר התחייבות הנערכת במסיבות העשויות מטבען לפרסמה ברבים - אינה מעמידה רק את החיוב האישי ואת שעבוד-הנכסים הכללי בראוי, אלא בסתם משעבדת היא גם את כלל **מקרקעי** החייב באפותיקי, המעניקה לנושה עדיפות כנגד נושים יותר מאוחרים והטובה גם כלפי לקוחות[607]. במכלול המקרקעין הנתפסים בסתם באפותיקי הכללית נכנסים רק המקרקעין [[213]] שברשות המתחייב בשעת-מעשה; אך בסטייה מן הכלל ששום הקנאה אינה-תופסת במוחזק אלא נכסים הנמצאים אמנם בשעת-מעשה ברשות המקנה, ניתנת כאן אפשרות להתנות שהאפותיקי תתפשט מאליה גם על המקרקעין שיבואו לרשות המתחייב בעתיד[608].

מוסד האפותיקי הכללית התפשט באמצעות היהודים גם בשיטות המשפט של אירופה; ובצרפת, כשהאפותיקי הכללית היתה נהוגה שם, הריהי היתה תופסת מאליה לא רק את המקרקעין המצויים, אלא גם העתידים[609]. אולם, עם ההתפתחות הממונית באירופה איבדה שם האפותיקי הכללית את חינה, בטענה ש"מבזבזת" היא את האשראי של הלווה - וכיום אין היא מקובלת. על טענה זו אפשר להשיב, אדרבה: דין האפותיקי הכללית שממילא ("אחריות - טעות סופר"[610]), מטבעו עשוי הוא להיות גורם חשוב לייצוב הכלכלה ולמניעת פריחה מלאכותית, המסתיימת בהרס חברתי וכלכלי כאחד - ועל-ידי כך אמנם מתגלמת בו מגמה אופיינית לגישה החברתית והכלכלית של תורת ישראל בכללה[611]. טענה אחרת נגד האפותיקי הכלילית היא שקשה ליישבה עם משטר של רישום מקרקעין; אבל גם זו באמת אינה טענה, כי אפשר כמובן להקים לשכה מיוחדת לרישום שמני של הלווים המשתעבדים באפותיקאות כלליות, ואפשר להכניס תיאום בין לשכה זו לבין הרישום הכללי של מקרקעין.

אולם, מסתבר מכל-מקום, שאנו כאן - בדוננו בדברים מנקודת-הראות של קניין-במוחזק - אין לנו לקבל את האפותיקי הכללית כבסיס לדיוננו באפותיקי בכלל; כי דין האפותיקי הכללית שממילא, באמת הוא רק נספח על דיני החיובים, ואילו מנקודת-הראות של דיני הקניין-במוחזק חשוב לנו לראות רק מהם דיני האפותיקי וכיצד הם חלים לגבי נכסים מסוימים ומוגדרים. כבסיס לדיוננו

---

[607] י) שו"ע חו"מ סי' ל"ט סע' א' וסי' קי"א סע' א', ור' גם בבא מציעא י"ד ב'.

[608] יא) שו"ע חו"מ סי' ס סע' א; אך ר' גם הגהת הרמ"א בסי' קי"ב סע' א.

[609] יב) **קולין וקפיטן**, ב' עמ' 574.

[610] יג) בבא מציעא י"ד א'.

[611] יד) השווה, למשל, משטר היובל, או דין "המשתכר אל ישתכר יותר משתות" (בבא בתרא צ' א'; שו"ע חו"מ סי' רל"א סע' כ').

להלן ניקח אפוא את **האפותיקי המיוחדת**, אף-על-פי שבמקורות מוקצה לה רק מקום מועט. לגופו של עניין אין הבדל מהי נקודת המוצא שנבחר, כי הדינים התוכניים של האפותיקי המיוחדת ושל האפותיקי הכללית הם שווים, ואף כל אימת שהמקורות מדברים בפירוש רק על זו או על זו, הרי במידה שמתייחסים הדברים לתוכן השעבוד (בהבדל מהתהוותו) אפשר להחילם בלי פקפוק על שתיהן. [[214]]

2. אפותיקי סתם ואפותיקי מפורש

בגדר האפותיקי המיוחדת נתקלים אנו קודם-כל טוב בצורך להבחין בין "אפותיקי סתם" ל"אפותיקי מפורש"[612]. **אפותיקי סתם** היא שעבוד הצמוד לחיוב אישי ולאחריות נכסים כללית בראוי; **אפותיקי מפורש** היא שעבוד המזכה את הנושה לגבות סכום מסוים מערכו של הנכס בלא שתהיה לו גם תביעה אישית ואחריות נכסים מעבר לכך. בשיטות המשפט שרגילים אנו לסקור ידועה האפותיקי מפורש רק בדיני ישראל ובמשפט הגרמני, שקרויה היא שם Grundschuld [613].

וולף-רייזר, בעמ' 534, מציין כי אפשר להטיל ספק בדבר אם מוסד זה ממלא באמת צורך המורגש בחיי המשא-ומתן - ואמנם, אין ספק שאין זה מוסד העשוי לשמש לעתים קרובות ביותר. אולם, על נקלה יכולים אנו לתאר לעצמנו אדם הרוצה ללוות, בעוד שאין הוא יודע אם בבוא הפרעון יהיו בידו מזומנים לתשלום; עם זאת, יש בידו מקרקע שיכול היה למכרו ולהשיג על-ידי כך את הסכומים הנחוצים, בלא מילווה כלשהו, אלא שמכירת המקרקע הריהי בעיניו אמצעי אחרון, ומבכר היה לשמרו לעצמו - אם אפשר. לאדם כזה, אפותיקי מפורש היא מוצא אידיאלי: הוא משעבד את המקרקע, והיה אם יימצאו לו מזומנים בזמן הפרעון - הריהו יסלק את הנושה בדמים, והמקרקע יינצל, אבל אם לא יהיו - לא תהא נשקפת לו הסכנה שהנושה ירד לכלל נכסיו בשעה שאיננה נוחה, - ורק במקרה זה, שאמנם לא יימצאו לו המזומנים הדרושים, יפסיד הוא את המקרקע. במלים אחרות אפשר גם להסביר ולומר כי האפותיקי מפורש הריהי בבחינת הצמדה של "ההוצאה-לפועל" לנכס אחד מסוים; וזוהי באמת הגדרת המוסד במקורות העבריים, שענייננו הוא בכך, שהלווה אומר למלווה: "לא יהא לך פרעון אלא מזו". [[215]]

3. סוגים נוספים של אפותיקאות

בגרמניה ובשוייצריה מוצאים אנו עוד סוג של אפותיקי, והיא ה-Rentenschuld[614]. אפותיקי זו איננה צמודה לחוב אישי והיא מזכה את הנושה לגבות מערך המקרקע (על פירותיו) תשלום עונתי חוזר, בכפוף לזכותו של בעל-הבית לפדות את האפותיקי בסכום קבוע מראש. ה-Rentenschuld נבדלת ממה שנקרא tilgungshypothek על-ידי כך שגם בזו האחרונה אמנם יש זכות לגבות תשלומים עונתיים, אלא שתשלומים אלה הם בבחינת שיעורים המסלקים והולכים חוב אישי - מה שאין כך ב-Rentenschuld, אשר סכום הפדיון איננו פוחת בה על-ידי התשלומים. ה-

---

[612] טו) שו"ע חו"מ סי' קי"ז סע' א'.

[613] טז) בג"ב, סע' 1191, לעומת 1113.

[614] יז) ר' **וולף-רייזר**, עמ' 648 ואילך.

Rentenschuld דומה בזה ל-reallast שהזכרנו בפרק הקודם, אבל נבדלת היא ממנה על ידי כך שב-reallast גם יש על-כל-פנים חובה אישית על בעל-הבית לסלק התשלומים. ה-Rentenschuld היא שריד של המשטר הפיאודלי ואין משתמשים בה למעשה.

סוגים אחרים של אפותיקאות יתבררו לנו עוד בהמשך הדברים, מנקודות ראות צדדיות.

4. "הקול" ויצירת האפותיקי

שעבוד הנכס באפותיקי נושא בהכרח שתי תוצאות משלימות. תפקיד השעבוד הוא לשמר את הנכס לכוח הגבייה של הנושה, ומכאן שצריך השעבוד להתקיים, מצד אחד, כנגד הלקוחות, ומצד שני - כנגד נושים אחרים, כדי שלא יהיו זכאים להתחרות על הגביה בשווה עם הנושה קונה-השעבוד. שתי התוצאות האלו הן עיקר תוכנה של האפותיקי, בהבדל משעבודים אחרים - ואף בהבדל משעבודים אחרים של אחריות-נכסים, כמו המשכון והמשכנתא, אשר יסוד עיקרי נוסף בהם הוא העברת ההחזקה לנושה. אולם, את שתי התוצאות המכריעות האלו אי-אפשר להרשות - באין העברת החזקה - בלי שתהא האפותיקי **מפורסמת**, כדי להזהיר [[216]] את הלקוחות והמלווים האונטואליים, שיוכלו לנהל את משאם ומתנם עם בעל-הבית בעינים פקוחות, ולא יימצאו מפסידים במפתיע. מכאן ש"הקול" - או הפרסום - הוא דרישה הרבה יותר יסודית באפותיקי מאשר בשעבודים אחרים; וגם אם בשעבודים אחרים יתכן שיקומו בלא-פרסום, הרי באפותיקי אין לכאורה הצדקה לכך, והדרך היחידה ליצירת אפותיקי צריכה לכאורה להיות רק על-ידי אמצעי שיהא בו משום הוצאת קול או פרסום. ואכן, זהו הדין **בגרמניה ובשוייצריה**, ששם אין בכלל קניין קרקעי "ריאלי" שאינו נרשם מלכתחילה בספרי האחוזה - וכן גם בשיטה הנוהגת **במדינת-ישראל**, שלפי סע' 7 של חוק המקרקעין, תשכ"ט, הרישום הוא הקובע כאן את שעת ההקנאה במקרקעין. נראה שאף לפני הכנסתו של חוק זה לא היתה במדינת ישראל משמעות ל"אפותיקי אקויטבילית"[615].

אולם, יש לאפותיקי (המיוחדת) גם תוצאה שלישית, והיא התוצאה הפשוטה ביותר - היינו שמאפשרת היא לנושה לגבות את חובו במיוחד מן הנכס המשועבד - ואפשרות זו עשויה לשאת משמעות אף במקרה שאין מתחרים, לא לקוחות ולא נושים אחרים. אמנם, במצב זה, עצם שעבוד האפותיקי הוא כמעט חסר-חשיבות, כי - לפחות באפותיקי סתם - באין מתחרים, אין השעבוד מוסיף או גורע בערובות הנושה לעומת מה שהיה אלמלא ניתנה לו האפותיקי כלל; אך אף-על-פי-כן, האפשרות אפשרות היא, ובהתאם לכך מקיימים את האפותיקי **בצרפת ובאיטליה**, כאשר אין מתחרים לנושה, אף אם האפותיקי לא נרשמה[616]. קיום זה נושא גם בעקיפין חשיבות מעשית, כי

---

[615] יז-1) ר' ע"א 283/67 (הנאמנים לנכסי א' רפיח נגד מדינת ישראל, פסקי דין, כ"ב-א', עמ' 124), וע"א 505/70 (בנק למלאכה בע"מ נגד הנאמן על נכסי הרשקו ציליק, פסקי דין כ"ה-א', עמ' 123).

[616] יח) **צרפת**: סע' 2127 של ספר החוקים האזרחי, לעומת סע' 2134; **איטליה**: סע' 2821 לעומת 2852 - אם כי אמנם באיטליה לא תיקרא האפותיקי הבלתי-רשומה "אפותיקי", על-פי סע' 2808.

על-כל-פנים אין לאפותיקי תוקף אלא בשטר, ועל-ידי השטר יכול הנושה לרדת לנכס המשועבד - אמנם באמצעות הרשות המוציאה-לפועל - אבל בלא פסק-דין[617].

[[217]] **בדיני ישראל**, באין משטר של רישום, גדרי הבעייה הם ממילא שונים במקצת. כאן מכירים בהתהוותו של "קול" כאשר ההקנאה נעשית בעדים, על דעת כתיבתה בשטר שיימסר לקונה - וכשנעשית היא בעדים, בקניין-סודר, רואים אותה ממילא כעומדת להיכתב בשטר שיימסר לקונה, אף אם לא צוו העדים על כתיבת השטר בפירוש; והדין הוא שאין אפותיקי מועילה נגד לקוחות ונושים מתחרים אלא אם נערכה באופן המוציא לה "קול", כאמור[618]. אולם השאלה מתעוררת אם יש בדיני ישראל משמעות לאפותיקי שתיערך באחת מדרכי הקניין הרגילות, **ואף שלא על דעת שטר בכלל**. לאור הכרעת ערוך-השלחן (בחו"מ סי' ל"ט סע' ב'), שדרישות "הקול" באפותיקי היא רק מתקנת-חכמים, להגנת לקוחות ונושים מתחרים, ושמדאורייתא קיימת האפותיקי אף בלעדי כן, נראה פשוט להשיב שעל-כל-פנים תיתכן משמעות לאפותיקי מפורש שתיווצר באחת מדרכי הקניין הרגילות, בלי "קול" - לעניין שלא יהא לנושה פרעון אלא מנכס האפותיקי, - ולו יהא שבהתנגשות עם לקוחות או נושים אחרים לא יהא לו פרעון אפילו מזה. מצד שני, במקום שהאפותיקי נוצרת בשטר - אמנם גם בדיני ישראל השטר הוא אכיף, אף בלא פסק-דין (בתנאי שחתימות העדים מקוימות על-ידי בית-דין של שלשה - ולו גם שלשה הדיוטות - ובתנאי נוסף שלפחות החתימה של שניים מן העדים או הדיינים המקיימים תהא מוכרת או מתקיימת באופן אחר על-ידי בית-הדין האוכף - שאם לא כן שומעים לנתבע הטוען כי השטר מזויף, ומתוך כך שומעים לו גם אם מודה בחתימה אבל כופר בחובו)[619]. אולם, בדיני ישראל, באין משטר של רישום, ובהיות שהשטר עצמו הוא הגורם של "הקול" - ממילא אין באכיפותו של השטר כדי לתת משמעות [[218]] לאפותיקי **סתם** שתיווצר **בלי "קול"**, באחת מדרכי הקניין האחרות[620].

---

[617] יט) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 609; **מסיניאו**, ג', עמ' 140, 142.

[618] כ) עה"ש חו"מ סי' ל"ט סע' ב', ה' וו'.

[619] כא) שו"ע חו"מ סי' צ"ח סע' א' וסי' מ"ו.

[620] כב) גם בשיטה הנוהגת כיום במדינת ישראל - אף-על-פי שאין אפותיקי נוצרת אלא ברישום - מכל מקום אין האפותיקי נרשמת אלא על פי שטר הנערך במשרד ספרי האחוזה או בפני עורך דין, והשטר הוא אכיף בלי פסק דין: סע' 7 ו-90 של חוק המקרקעין, תשכ"ט, ותקנות 8, 16 ו-17 מתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), תש"ל. **בגרמניה**, שטר אכיף איננו הכרח, ובסתם יש לתבוע את מימוש האפותיקי בדרך הרגילה, אך יכולים הצדדים לערוך ביניהם שטר ולהתנות בו כי יהא אכיף, בלי פסק-דין, ואמנם הדבר מקובל. התנאה כזאת - כוחה יפה בסתם רק בין הצדדים, אך אפשר להוסיף ולהתנות עליה שתתקיים בין חליפי הצדדים - והתנאה נוספת כזאת מועילה, אם היא נרשמת בספרי האחוזה (**וולף-רייזר**, עמ' 572, ור' צפ"א, סע' 794, 799 ו-800). בשיטות האירופיות, השטר האכיף הוא שטר נוטריוני; בגרמניה אפשר גם שהשטר ייערך לפני רשות שיפוטית; באיטליה אפשרי במקום הנוטריון פקיד ציבורי מוסמך, אך מסתפקים גם בכתב פרטי, אם החייב מודה בחתימתו או שחתימתו מתקיימת באופן אחר (ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סע' 2621, 2699, 2702).

במקום שהועמדה אפותיקי בעדים על דעת עריכתה בשטר, נראה שאין בדיני ישראל נפקא מינה שהשטר לא נערך מיד: "ואפילו נשתהה זמן מרובה, ואחר-כך בא המלוה ותבעם שיכתבו לו, הרי אלו יכתבו ויתנו, ואין צריכים לחוש שמא פרע... אפילו קבע לו זמן, ועבר הזמן, יכולים לכתבו"[621]; ואם כי תיכף לאחר מכן מעיר מהר"י קארו: "ויש חולקים ואומרים דאי משך מילתא טפי משלשים יום אין כותבים" - הרי באר-היטב מביא[622] ש"העיקר כסברא הראשונה, שהיא דעת רוב הפוסקים, וכן [[219]] נוהגין"[623].

5. העברת האפותיקי

בכל השיטות הלכה רווחת היא כי שעבוד האפותיקי ניתן להעברה - מלבד השיטה שהיתה נהוגה במדינת-ישראל, אשר לפיה לא היה השעבוד ניתן בסתם להעברה, ונחוצה היתה הסכמתו של בעל-הבית[624]. אם ניתנה ההסכמה, היתה ההעברה נערכת על-ידי רישום בספרי האחוזה; אולם, אפשר היה גם שמלכתחילה יסכים בעל-הבית להעברה ושהשטר "ייערך לפקודה". במקרה כזה היה השעבוד עובר עם הסבתו של השטר, אבל הלוקח לא היה נחשב "מחזיק בדרך רגילה" במובן של פקודת השטרות[625]. אף-על-פי שלא היתה בעניין זה קביעה מפורשת, מסתבר שהעברת השעבוד גררה בהכרח את העברת התביעה האישית הנערבת על ידיו, ואילו את התביעה האישית בלעדי האפותיקי אי-אפשר היה להעביר[626].

דין אחרון זה חל גם **בצרפת ובגרמניה**. האפותיקי (בגרמניה - האפותיקי סתם) אינה יכולה להתקיים בלעדי התביעה האישית, ואם אובדת התביעה - אובדת גם האפותיקי. מצד שני, גם אין הנושה באפותיקי יכול להעביר את האפותיקי או את התביעה בנפרד זו מזו, ומשמע כי הנושה וקונה-האפותיקי מוכרחים להיות זהים[627]. **קולין וקפיטן** מציינים (בכרך ב', עמ' 578) כי האפותיקי - אמנם היא תלויה בגורל התביעה האישית (בעוד שאין התביעה האישית תלויה בגורל האפותיקי), אבל מבחינת המעמד המשפטי הולכת דווקא התביעה אחר האפותיקי - והיינו שהעברת התביעה כפופה לדיני הקנאת המקרקעין, ואילו העבדת התביעה כשלעצמה, על פי דיני

---

[621] כג) שו"ע חו"מ סי' ל"ט סע' ג'.

[622] כד) שם, בס"ק ח'.

[623] כה) גם במשפט הצרפתי נשמרת הזכות לרשום את האפותיקי (שהועמדה בשטר) כל זמן שהמקרקע נשאר בידו של בעל-הבית המקורי (ועם העברת המקרקע נופלת הזכות, משום שעם ההעברה אובדת האפותיקי הבלתי-רשומה ממילא, מטבע הדברים): **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 618-620.

[624] כו) סע' 7 של חוק האפותיקי העותמני. הדבר שונה בסע' 87 של חוק המקרקעין, תשכ"ט, לפיו על כל פנים אפשר עדיין שהעברת האפותיקי תיאסר על ידי התנאה מיוחדת.

[625] כז) **בן-שמש**, עמ' 214.

[626] כח) **דוכן**, עמ' 231-232. לפי חוק המקרקעין, תשכ"ט, נראה שאין העברת האפותיקי אפשרית אלא על ידי רישום, ואילו בעיית ההפרדה של השעבוד מן החוב נשארת מעורפלת.

[627] כט) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 577; **וולף-רייזר**, עמ' 532.

התביעות הרגילים, היא בטלה מעיקרא[628], והוא הדין לא רק בהעברה חוזית, [[220]] אלא גם בירושה[629].

אולם, אם כי בעיקרו של דבר עוברת התביעה לפי דיני הקנאת המקרקעין, הרי מן הבחינה של **צורת ההעברה** אין העברת האפותיקי נבדלת **בצרפת** מן הצורה של העברת תביעות רגילות. אין צורך בשטר נוטריוני, ומספיק כתב פרטי (המעביר גם את האכיפות שבשטר האפותיקי המקורי), אולם - מי שאינו הנושה המקורי (ובין שקיבל את זכותו בדרך חוזית או אחרת) איננו יכול לתבוע את מילויו של החוב או את מימוש האפותיקי אלא אם דבר-ההעברה הודע לחייב[630]. ביתר דיני ההעברה חלים הדינים הרגילים של העברת המקרקעין. עם זאת, הצורה האמורה אינה היחידה. שטר האפותיקי יכול גם להיערך למוכ"ז או לפקודה, ואז עוברות התביעה והאפותיקי לפי דיני העברתם של מסמכים מסוג זה, בלא הודעה מיוחדת[631].

בגרמניה, צורת ההעברה היא הרבה יותר מסובכת. כאן יש קודם-כל להבחין בעניננו בין Buchhypothek לבין Briefhypothek. הסוג הראשון הוא אפותיקי שמנית, ואילו הסוג השני הוא אפותיקי לפקודה, אבל בסתם האפותיקי היא דווקא Briefhypothek, ואין היא נחשבת כ-Buchhypothek אלא אם נרשם דבר-היותה כזאת בספרי האחוזה.

גם האפותיקי השמנית - Buchhypothek - ניתנת להעברה, והעברתה - היא נערכת באופן פשוט, על-ידי הסכמת הנושה והלוקח ורישום ההעברה בספרי האחוזה.

[[221]] לעומת זאת, ב-Briefhypothek מתחיל העניין מזה שאפילו רישומה בספרי האחוזה אינו מספיק כדי להעמידה, אלא נחוצה עוד המסירה של שטר-אפותיקי מאת משרד-הרישום לבעל-הבית, וממנו שוב לקונה האפותיקי. לאחר מכן ניתנת האפותיקי להעברה בשתי דרכים מקבילות: א) על-ידי הסכם, מסירת השטר ללוקח ורישום ההעברה בספרי האחוזה; או ב) על-ידי מה שהיינו קוראים בעברית "כתיבה ומסירה", והיינו הסכם, הצהרת-העברה בכתב ומסירת השטר, בלא שיהא צורך ברישום. אולם, אף-על-פי שגם ההעברה מסוג ב' מעבירה את האפותיקי ואת התביעה האישית לחלוטין, רשאי החייב שלא להאמין בה אלא אם "הכתיבה" נערכה דווקא בשטר מקוים על-ידי נוטריון או רשות שיפוטית. שטר-האפותיקי עצמו (באפותיקי סתם) הוא דווקא שמני, ואינו יכול להיות למוכ"ז, ונמצא אפוא כי כל העברה של האפותיקי בדרך השנייה מסלפת את הרישום בספרי האחוזה. בהתאם לכך, יש ללוקח תביעה לרישום ההעברה אף אם נערכה בדרך השנייה, אלא שכאן אין הרישום גורם בהקנאה ויש לו דין ראייה. במקרה של סתירה בין השטר לבין

---

628 ל) ר' גם **וולף-רייזר**, עמ' 560.

629 לא) אשר להעברה בדרך ירושה בשיטת המשפט הנהוגה במדינת-ישראל, נפסק בתקופת המנדט כי האפותיקי צמודה לתביעה, ולעולם עוברת היא כ"מולק", אפילו במקרקע "מירי": ר' **דוכן**, עמ' 232.

630 לב) **פליונל וריפר**, י"ג, עמ' 679 ואילך.

631 לג) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 610-611.

הרישום, עדיף הרישום, אבל מי שמסתמך על הרישום במקום שתוכן השטר סותרו אינו נחשב כפועל בתום-לב. מצד שני, מי שסומך על החזקת השטר הנתמכת על-ידי שורה של העברות מקוימות, הנמשכת עד לנושה הרשום בספרי האחוזה, דינו כאילו סמך על רישום. באפותיקי מפורש יכול השטר להיות למוכ״ז.

בשני הסוגים אין הפחתה בסכום האפותיקי מועילה כנגד לוקח האפותיקי בהעברה, אלא אם נרשמה ההפחתה בספרי האחוזה או שנודעה ללוקח באופן אחר[632].

בשוויצריה עוברת האפותיקי עם העברת התביעה, על-פי הדינים הרגילים של העברת תביעה, ואין צורך ברישום ההעברה בספרי האחוזה. אולם, מכל מקום חלים דיני המהימנות של הרישום, ולוקח שאינו רוצה להסתכן בהפסד מיקחו לטובת רוכש-בתום-לב צריך לדאוג לרישומו[633]. דין זה חל באפותיקי [[222]] הרגילה, אולם, מכירים בשוייצריה גם בסוג מיוחד של אפותיקי הנקרא Schuldbrief, ובה זכאי הנושה לקבל שטר-אפותיקי מאת משרד ספרי האחוזה, משעה שנרשמה האפותיקי[634]. הרישום עצמו הוא המקנה את השעבוד ואין השטר גורם בהקנאה. השטר יכול להיות שמני-לפקודה, שאז יעבור בהסבה שמנית, ויכול הוא להיות למוכ״ז, שאז יעבור במסירה בלבד[635]. תוכן השטר נחשב כאמת לגבי כל מי שסמך עליו בתום-לב, אולם, במקום שיש סתירה בין תוכן השטר לרישום - או שיש שטר בלא רישום - עדיפה הראייה של ספרי האחוזה[636]. על שטר האפותיקי אפשר גם להרכיב תלושי-ריבית למוכ״ז. באין תלושים כאלה, רשאי החייב לשלם את הריבית לנושה שנודע לו באחרונה, ואף בלא הצגת השטר, אולם, תשלומי-קרן אין הוא רשאי לפרוע אלא למי שהוכיח את זכותו האקטואלית באופן חיובי[637].

בדיני ישראל נראה שהאפותיקי סתם עוברת עם העברת התביעה, אבל אין להעביר את התביעה על-ידי העברת האפותיקי (על-פי דרכי הקניין במוחזק), ואין להעביר את התביעה בלא שתעבור האפותיקי עמה[638].

[[223]] העברת התביעה יכולה להיות על-ידי העברת השטר או באופן אחר (מעמד שלשתן או הרשאה); אולם, במקום שעוברת התביעה שלא על-ידי העברת השטר, אין הבעלות בשטר עוברת

---

632 לד) **וולף-רייזר**, עמ׳ 541-542, 560-561, 575, 587-590, 643.

633 לה) **רוסל ומנתא**, ג׳, עמ׳ 167.

634 לו) צג״ב, סע׳ 856. ה-Schuldbrief נבדל להלכה מן האפותיקי הרגילה בזה, שהאפותיקי הרגילה נחשבת כערובה לחיוב (סע׳ 824), בעוד שה-Schuldbrief נחשב **כחוב הנערב על-ידי אפותיקי** (סע׳ 842). אולם, נראה כי אין ליחס להבחנה זו חשיבות ממשית.

635 לז) צג״ב, סע׳ 859, 868, ור׳ **רוסל ומנתא**, ג׳, עמ׳ 198.

636 לח) צג״ב, סע׳ 865-867.

637 לט) שם, סע׳ 861, 862.

638 מ) שו״ע חו״מ סי׳ ס״ו סע׳ א׳ וסע׳ י״ט; סי׳ ר״ג סע׳ ט׳.

ממילא, אלא נוצרת רק תביעה להעברת השטר. השטר יכול להיות שמני או למוכ"ז. אם הוא שמני, הריהו עובר על-ידי "כתיבה ומסירה", היינו הסבה בגוף השטר או בשטר מקביל, בנוסח "קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה", ומסירת השטר (או השטרות) ללוקח. אם השטר הוא למוכ"ז, עובר הוא במסירה בלבד. אולם, שטר שמני, שאין בו השתעבדות מפורשת גם לבאים מכוחו של הנושה המקורי - העברתו אינה שלמה לחלוטין אפילו על-ידי כתיבה ומסירה: אמנם, מספיקה ההעברה כדי ליפות את כוח הלוקח לגבות את החוב במקום הנושה המקורי; אך כל זמן שלא נפרע השטר ליד הלוקח אין ההעברה מספיקה כדי להפקיע את העובדה שהחייב התחייב רק כלפי הנושה המקורי לבדו, וכי רשאי הוא אפוא להיכנס בכל משא ומתן עם אותו הנושה לגבי ההתחייבות שקיבל על עצמו כלפיו. בהתאם לכך נשאר הלוקח כפוף לכל הסדר שנערך בין החייב והנושה המקורי ביחס לחוב, אפילו אחר ההעברה, ואף-על-פי שהנושה המקורי כבר לא יכול היה להציג את השטר לפני החייב[639]. עם זאת, במקרה שאישיות החייב והנושה המקורי מתלכדות באחד, אין האיש יכול למחול את החוב לעצמו. כמו כן יש לציין כי מצב זה אינו נשמר אלא לטובת **החייב**, אבל לא לטובת הנושה שהעביר את השטר ואחר-כך חזר ופגמו. הנושה שפגם את השטר אחראי אפוא כלפי הלוקח בדיני הנזיקין[640]. שטר המופנה גם לבאי-כוחו של הנושה המקורי או למוכ"ז - נראה שאין פגימתו מועילה נגד באי-כוחו של הנושה המקורי, אף אם נעשתה לפני שהוסב השטר - אלא אם נרשמה הפגימה בגופו של השטר[641]. פרעונו של השטר למוכ"ז למחזיק פוטר את החייב, אף אם למעשה [[224]] לא בא המחזיק מכוחו של בעל השטר המקורי, ואילו פרעונו לנושה האמיתי אינו פוטר את החייב כלפי מחזיק בתום-לב ובתמורה[642].

אפותיקי מפורש ניתנת בודאי להעברה בדרכי הקניין הרגילות או על ידי העברת השטר, כאפותיקי סתם.

6. הקנאת הנכס המשועבד

כשם שניתנת האפותיקי להעברה מן הצד האקטיבי, כן אפשר שיהיה הנכס המשועבד ניתן להקנאות נוספות - על-ידי בעל-הבית - מן הצד הפסיבי. אולם, בעוד שראינו כי באפותיקי סתם, בכל השיטות, אין העברתה עשויה לנתק בין זכות התביעה האישית לבין זכות הקניין האפותיקאי, הרי ההקנאות הנוספות מן הצד הפסיבי - יש שעשויות הן לנתק בין החובה האישית לבין הבעלות בנכס המשועבד.

---

[639] מ-1) השווה סע' 87(ב) של חוק המקרקעין, תשכ"ט, במדינת ישראל, הקובע שאם "הועברה המשכנתא ולא נודע לחייב על ההעברה, מופטר הוא על ידי תשלום החוב לבעל המשכנתא הקודם".

[640] מא) שו"ע חו"מ סי' ס"ו סע' כ"ג ול"ב.

[641] מב) עה"ש חו"מ סי' נ', סוף סע' ג' - ושלא כדעת הרשב"א המובאת בבאר-היטב סי' ס"ו ס"ק ס"ו, לפיה מועילה הפגימה אם נעשתה לפני שההסבה הודעה לחייב. השווה **וולף-רייזר**, עמ' 625, וצג"ב, סע' 874.

[642] מג) עה"ש חו"מ סי' נ' סע' ג'.

תוצאה זו היתה נמנעת רק על-פי החוק העותמני, שהיה נהוג בענייננו **במדינת-ישראל**. לפי חוק זה מסתבר כי בעל-הבית לא יכול היה להעביר את הנכס המשועבד לאחר אלא בצירוף להעברת חובתו האישית, וממילא גם לא היתה אפשרית ההעברה אלא בהסכמת הנושה[643]. מכאן נראה לי להסיק שגם בחלוקת ירושה לא היתה הבעלות בנכס עשויה להינתק מצמידותה אל החוב, ובודאי הלך החוב תמיד אחר הבעלות. בסע' 10 לחוק נקבע כי בשעה של מימוש האפותיקי אין מתחשבים בשכירות שהועמדה יותר מאוחר משעבוד האפותיקי, ומסתבר כי אי-התחשבות זו פירושה היה **סיום**, ולאו דווקא ביטול למפרע. אפשר היה גם להתנות כי בעל-הבית בכלל לא יהא רשאי להשכיר את הנכס לאחר העמדת האפותיקי אלא בהסכמת הנושה, ובמקרה של התנאה כזאת - קבע סע' 7 לפקודת העברת קרקעות - לא יוכל בעל-הבית לרשום שכירות בספרי האחוזה בלא הסכמה. מסתבר עם זאת, כי שכירות לזמן קצר משלש שנים יכלה על-כל-פנים להתקיים בניגוד להתנאה (בכפוף כמובן לזכות שלא להתחשב בה בזמן המימוש). במקום שהיה לשכירות תוקף בזמן-הביניים, היתה היא מוגנה על-פי דיני הגנת הדייר גם בזמן מימוש האפותיקי[644].

[[225]] בשיטות אחרות אין חוששים מפני ניתוק בין הבעלות והחוב. אדרבה, מלכתחילה אף אפשר שבעל הנכס יעשנו אפותיקי לחוב של חברו[645].

בהתאם לאפשרות הניתוק העקרונית, אין בעל-הבית זקוק אף באחת מן השיטות האלו להסכמת הנושה כדי שיהא רשאי להעביר את הנכס, אלא שההעברה נשארת כמובן כפופה לשעבוד האפותיקי (כשיש לשעבוד "קול"). אשר להקנאות פחותות מהעברה, בדרך-כלל הוא הדין - והיינו שהשעבוד הנוסף מסתיים כל אימת שנחוץ הדבר לשם מימוש האפותיקי בגדריה המקוריים. **בצרפת** אף נשארת האפותיקי כפופה לשכירויות שנקשרו במאוחר ממנה, בתנאי שהשכירות לא תימשך על-כל-פנים יותר מ-18 שנה. **בגרמניה ובשוייצריה** אין תוקף לתנאי האוסר את העברת הנכס או שעבודו, אבל אפשר להתנות שהאפותיקי תעמוד למימוש עם הקנאת הנכס לאחר[646].

7. גדרי החוב הנערב באפותיקי

בחוק העותמני לא היו שום גדרים מיוחדים, אשר החוב הנערב על-ידי האפותיקי צריך היה להצטמצם בתוכם. על-פי **דוכן** (בעמ' 235) מסתבר כי החוב [[227]] הנערב עמד כפי שנרשם בשטר-

---

643 מד) חוק האפותיקי, סע' 7, ור' **דוכן**, עמ' 231.

644 מה) **דוכן**, עמ' 230.

645 מו) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 608; **וולף-רייזר**, עמ' 542, 543; צג"ב, סע' 824; סע' 2808 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי. גם בדיני ישראל בודאי הוא הדין. לפי השיטה החדשה במדינת ישראל, ר' חוק המקרקעין, תשכ"ט, סע' 91, רישא, וחוק המשכון, תשכ"ז, סע' 12.

646 מז) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 615-616; **וולף-רייזר**, עמ' 571-572; צג"ב, סע' 812; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סע' 2808, 2812; לפי השיטה החדשה במדינת ישראל: חוק המקרקעין, תשכ"ט, סע' 85(ב). **בדיני ישראל**, ר' ירושלמי יבמות פ"ז הל' א' ושביעית פ"י הל' א', ושלא כרשב"ג ושלא כר' יוסי.

האפותיקי, ולא כלל את הריבית העשויה להגיע לנושה אלא אם נכתב בשטר בפירוש כי הריבית תיכלל בערבות. **דוכן** מביא גם-כן, שאם נקבעה ריבית הריהי היתה מגיעה לא רק עד המועד שנקבע לסילוק החוב, אלא גם בעד התקופה שלאחר מכן, עד סילוק החוב למעשה. אם לא נקבעה ריבית, הגיעה הריבית החוקית "מיום הבאת הדרישה הראשונה למשרד הוצאה לפועל". לפי סע' 9 של פקודת המשכנתאות (תיקון) אפשר היה שהחוב הנערב יהא תלוי בתנאים.

לפי השיטה החדשה במדינת ישראל, אפשר שהחוב הנערב יהא "קיים או עתיד לבוא, מתחדש או מותנה, קצוב או בלתי קצוב", ובסתם כולל הוא גם "ריבית, הוצאות ודמי נזק שנתחייב בהם החייב בשל החיוב" ואת ההוצאות של מימוש האפותיקי[647].

בשיטות של אירופה, בדרך-כלל נדרש קודם-כל שהחוב יהיה מסוים, **ובגרמניה ובשוייצריה** דורשים גם בפירוש כי החוב יתבטא במטבע החוקי של המדינה[648]. אף-על-פי-כן בגרמניה - בזמן האינפלציה - התירו גם אפותיקי לסכום המבוטא בכמות של סחורה מסוימת[649]. מלבד החוב העיקרי ערבה האפותיקי **בצרפת** גם לריבית של שלש השנים האחרונות שלפני מועד פדיון האפותיקי או יום תפיסת המקרקע לשם הוצאה-לפועל - בתנאי שנרשם בפירוש כי החוב נושא ריבית. הריבית המגיעה מן המועד האמור ועד לתשלום החוב למעשה נכללת בערבות האפותיקי ממילא, אף אם לא נכתב מאומה. מלבד זה זכאי הנושה לרשום לו אפותיקי חדשה על המקרקע, בכל פעם שמגיע מועד פרעון של ריבית והריבית אינה משתלמת: תקנה זו מבטיחה לו את הריבית גם לגבי תקופות קודמות לשלש השנים האחרונות הנ"ל - ולו גם בדרגה לאו דווקא שווה לדרגת האפותיקי המקורית[650].

באיטליה קובע במקביל לזה סע' 2855 כי "רישום החוב מעמיד בדרגה אחת עמו את הוצאות השטר של יצירת האפותיקי, את הוצאות הרישום והחידוש ואת ההוצאות הרגילות הנחוצות בשביל השימוש בתהליך ההוצאה-לפועל.... [[228]] הרישום של קרן הנושאת ריבית מעמיד בדרגה אחת עמה את הריבית המגיעה, בתנאי שהשער יוצהר ברישום. השוואת-הדרגה של הריבית מוגבלת לשתי השנים שקדמו ליום התפיסה ולשנה הנמשכת באותו הזמן, והוא הדין אף אם הוסכם על הגדלת מספר השנים; הרישומים המיוחדים הנערכים לגבי פיגורים אחרים יש להם תוקף מן התאריך שבו הוכנסו. רישום הקרן מעמיד גם-כן בדרגה אחת עמה את הריבית שהגיע מועד פרעונה אחר השלמת השנה שנמשכה בתאריך התפיסה. אולם, זאת רק בגדר השער החוקי ועד לתאריך המכירה". בגרמניה קוראים אנו אצל **וולף-רייזר**, בעמ' 594, כי "המקרקע המשועבד ערב לריבית המוסכמת והתחיבויות-הלואי האחרות, רק אם נרשמו. חוץ מזה ערב המקרקע - בלא

---

[647] מז-1) חוק המשכון, תשכ"ז, סע' 1(ב) ו-7(א).

[648] מח) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 611; **וולף-רייזר**, עמ' 536, 543; צג"ב, סע' 794; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סע' 2809.

[649] מט) **וולף-רייזר**, עמ' 537.

[650] נ) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 652-653.

שיהא צורך ברישום, ואף בלא שיהא הרישום אפשרי - לריבית החוקית של התביעה ולהוצאות הודעת-הסיום[651] והאמצעים המשפטיים, במידה שמכוונים הם לגביית החוב מתוך המקרקע״. שוויון-הדרגה נשמר לפיגורי הסילוקים החוזרים (כגון ריבית) רק במשך שנתיים; העברת התביעה לפיגורי ריבית אינה זקוקה לצורה של העברת תביעה אפותיקאית, ואפשר להעביר תביעה זו אפילו במנותק מן האפותיקי; במקרה של העברה כזאת מסתיימת האפותיקי לגבי פיגורי הריבית[652]. **בשוייצריה** קובע סע׳ 818 של הצג״ב כי האפותיקי ערבה - מלבד הקרן - להוצאות התביעה, לריבית על פיגורים, לריבית של שלש השנים שנגמרו עם הכרזת פשיטת הרגל או הגשת הבקשה למכירת המקרקע ולריבית המגיעה מאז ועד התשלום[653].

מלבד הסטיות האלו מעקרון הסכום המסוים של החוב, יש לציין כי למעשה מאפשרות השיטות של אירופה גם חוב אפותיקאי שאינו מסוים באופן [[229]] אחר - והיינו על-ידי כך שהאפותיקי נוצרת לגבי חוב המסוים רק בסכום **מירבי**, ובגדר המירב הזה עשוי החוב הנערב לנוע באופן חופשי, לפי התפתחות היחסים שבין הנושה לחייב[654].

ולבסוף, שייך עוד לענייננו בנידון זה, שהאפותיקי ואפילו האפותיקי סתם - אינה חייבת דווקא לערוב לחוב אקטואלי ובלתי-מותנה: אפשר שהחוב יהיה תלוי בתנאי כלשהו ושבכל-זאת יהיה נערב באפותיקי בלתי-מותנית, מעכשיו (וגם האפותיקי, מצידה, עשויה להיות מותנית או בלתי-מותנית, בין אם החוב הוא מותנה ובין לא)[655].

[[230]] **בדיני ישראל**, השאלה אם יש אפותיקי כנגד לקוחות ונושים מתחרים בחוב שאיננו קצוב היא דבר השנוי במחלוקת: אך הרמב״ם פסק כי **החוב צריך להיות דווקא קצוב** - ולע״ד אמנם אין ליישב את המקורות באופן אחר, ואף הסתירות שאפשר לכאורה להביא לגבי המסקנה האמורה בדברי הרמב״ם עצמו מתיישבות על נקל. אלא שעל-כל-פנים, גם לדעת הרמב״ם, יש לפרש את המושג ״קצוב״ באופן גמיש למדי, וחוב הניתן להיות מחושב מתוכו הוא קצוב, אף-על-פי שלא

---

[651] נא) kinnoligung - כלומר הודעת הנושה על רצונו לסיים את שעבוד האפותיקי ולגבות את החוב.

[652] נב) **וולף-רייזר**, עמ׳ 621-620.

[653] נג) ר׳ **רוסל ומנתא**, ג׳, עמ׳ 134.

[654] נד) **צרפת**, סע׳ 2132; **שוייצריה**, סע׳ 794; **וולף-רייזר**, עמ׳ 634 ואילך. **בגרמניה** נקראת אפותיקי מן הסוג האמור Hochsthypothek והריהי מסתעפת מן הסוג של Sicherungshypothek. סוג זה נבדל מן האפותיקי הרגילה בכך, שבאפותיקי הרגילה יש ״מהימנות ציבורית״ לא רק לרישום השעבוד האפותיקאי עצמו, כי אם גם לרישום החוב הנערב, בעוד שב-Sicherungshypothek המהימנות היא רק לצד השעבודי, ומי שטוען לקיום התביעה או לגובה מסוים של התביעה - עליו הראייה. התוצאה היא שאם נרשם שעבוד של אפותיקי סתם תוך ציון כי השעבוד הוא Sicherungshypothek, והתובע אינו מצליח להוכיח כי התביעה אמנם קיימת - אין לו אפילו אפותיקי מפורש, כי אפותיקי סתם בלי תביעה היא בטלה. ר׳ **וולף-רייזר**, עמ׳ 526 ואילך.

[655] נה) **קולין וקפיטן** ב׳, עמ׳ 577; **וולף-רייזר** עמ׳ 543.

נקצב בסכום מסוים[656]. אין צריך לומר כי בדרך-כלל אין בדיני ישראל חיוב-לואי לתשלום ריבית, אבל חיוב כזה עשוי להיקבע בהלוואה לעכו"ם, ואז נכללת הריבית באפותיקי בבחינת חוב קצוב[657].

[[231]] אשר להצמדת ערך החוב לשער הפירות, מובאים המקורות העבריים בהרחבה בפסק-הדין של השופט **זילברג**, בע"א 248/53[658], ועל-פיהם נראה פשוט כי הצמדה כזאת היא **אסורה משום ריבית** - אלא שבשעה הצריכה לכך אפשר אולי בכל-זאת כי יותר הדבר לצורך אותה שעה בתקנות מיוחדות[659]. החוב - ואין צריך לומר, השעבוד האפותיקאי עצמו - יכולים להיות מותנים על-פי דיני התנאים הרגילים[660], וממילא משמע גם שאין תביעה לקיצוב החוב בסכום שלא יהיה דווקא מוחלט, אלא יתבטא במספר מירבי[661].

8. נשוא השעבוד באפותיקי

כבר בתחילת דברינו אמרנו כי אף-על-פי שהאפותיקי היא מעיקרא שעבוד קרקעי, יש ומתאפשרת גם אפותיקי במיטלטלין. אולם, על בעית האפותיקי במיטלטלין נעמוד לחוד להלן, בקשר לדיני המשכון. כאן נדלג על עניין עקרוני זה במסכת גדרי נשוא האפותיקי, ונצא מן ההנחה כי עשויה האפותיקי לחול רק במקרקעין.

---

[656] נו) הסוגיה העיקרית בגמרא היא בגטין נ' א' - נ"א ב', ור' פכ"א מהל' מלוה ולווה הל' א'. על-פי אותה סוגיה אמנם פסק הרמב"ם בפכ"ג מהל' אישות הל' י"ח כי התחייבות לזון את בנות האשה במשך מספר שנים עשוייה לשאת שעבוד, אבל יש לתרץ כי רואה הוא התחייבות כזאת כקצובה על-ידי הגדרים הברורים של חיוב המזונות ועל-ידי מספר השנים. דבר זה מוכח באופן פרדוקסלי דווקא ממה שפסק בפי"א מהל' מכירה הל' ט"ז כי התחייבות לזון אדם במשך מספר שנים אינה אפשרית כלל משום שאיננה קצובה: התירוץ הוא כי סתם התחייבות לזון אדם אמנם איננה קצובה, ואין היא אפשרית כלל כל זמן שלא נקבעו לה גדרים מדויקים, אבל התחייבות לזון את הבנות יש לה גדרים מדויקים מלכתחילה, ובכן היא אפשרית, ואם גם נקבע לה מספר של שנים הריהי אף קצובה ועשויה לשאת שעבוד. ר' ש"ך על חו"מ סי' ס' ס"ק י' ועה"ש חו"מ סי' ס' סע' ב'.

[657] נז) שו"ע חו"מ סי' ק"ד סע' ט"ו, ור' באר הגולה שם, ס"ק ר', ופתחי-תשובה ס"ק י"ג.

[658] נח) רוזנבאום נגד זגר, פסקי דין ט', כרך א', עמ' 533.

[659] נט) מסקנה זו היא בניגוד למסקנתו של השופט זילברג עצמו, שמצא כי ההצמדה **מותרת אף מלכתחילה**, וכך הוא פסק גם לגבי הדין במדינת ישראל - ש"סעיף ערך" אינו סעיף של ריבית ומותר להתנותו באפותיקי, בנוסף על הריבית החוקית - בהסתמך גם על מקורות אנגליים ואמריקניים.

[660] ס) ר' עה"ש חו"מ סי' מ"ו סע' ל"ט.

[661] סא) ר' טור חו"מ סי' ס"א סע' י"ד.

בדיני ישראל[662] מצטמצמת לפי זה בעיית גדרי נשוא האפותיקי בבעייה של **שבח הנכס**. מעיקר הדין אין האפותיקי חלה בנכס אלא לפי מצבו בשעת העמדת השעבוד - או, לפי דעת הרמב"ם - חלה היא גם על השבח שמשביח [[232]] הנכס במשך הזמן ממילא; אבל השבח שמשביח הנכס בעמל והוצאות אינו נתפס בשעבוד, לכל הדעות. אף-על-פי-כן, כדי שלא לנעול דלת לפני לווין, מאפשרים ללווה לשעבד גם את השבח, ואפילו את השבח שיוסב בעמלו והוצאותיו של לוקח, כדרך שמאפשרים לפנים משורת הדין לשעבד נכסים עתידים - או "דאקני"; ובמקרה של שעבוד כזה אין הלוקח קונה את הנכס אלא בכפוף לשעבוד שיחול גם על השבח שיוסב על-ידיו הוא. בענין זה יש שלש שיטות: יש אומרים כי השבח (על-כל-פנים השבח שמחמת עמל והוצאות) אינו נתפס בשעבוד, אלא אם שועבדו נכסי דאקני בפירוש; יש אומרים שגם אם לא הותנה דאקני בפירוש, הרי השבח משתעבד מכל-מקום, בבחינת דאקני, מסתמא; ויש אומרים שכל דאקני משתעבדים מסתמא, ואף בלא התנאה מפורשת, וממילא משתעבד גם השבח. שיטה אחרונה זו אינה שייכת כמובן אלא באפותיקי הכללית שממילא[663].

מתוך ששעבוד השבח (על-כל-פנים השבח שמחמת עמל והוצאות) איננו שעבוד על נכסים מצויים, כי אם שעבוד דאקני, מתקבל שאם מקנה בעל-הבית את הנכס ללוקח, ומשעבד לאחריותו לקניין הלוקח לא רק את נכסיו המצויים, אלא גם דאקני, ואחר-כך משביח הנכס ביד הלוקח, נמצא ששבח זה, בהתהוותו, משתעבד לא רק לנושה, אלא גם ללוקח עצמו - להחזרת המחיר ששילם למקנה - ומשתעבד הוא לשניהם בדרגה שווה, שהרי לטובת שניהם [[233]] התגבש השעבוד בעת ובעונה אחת. בהתאם לכך, אם נניח שאין על אותו דאקני מתחרים נוספים, והנושה טורף את הנכס בחובו, הרי שגובה הוא את המגיע לו רק מן הנכס המקורי - מן הקרן - **וממחצית השבח**, ואילו המחצית השנייה של ערך השבח מוחזרת על-כל-פנים ללוקח. אם יהיו על אותו דאקני מתחרים אחרים, יתחלק השבח בין כלם, חלק כחלק בגדר תביעותיהם, לפי מספרם. סיבוך נוסף הוא, שאין לאדם שליטה לשעבד נכסים עתידים אלא במידה שנקנים הם לו במשך חייו, ונשאלת השאלה - מה בדבר השבח שהשביח הנכס לאחר מותו של בעל-הבית המקורי. רוב הפוסקים משיבים שאמנם השבח שאחר מותו של האיש (ועל-כל-פנים השבח שמחמת עמל והוצאות) אינו משתעבד; אבל יש גורסים שהזמן איננו קובע, ומאחר שתיקנו כי יוכל בעל-הבית לשעבד שבח השייך בעצם לחברו, הרי שאין עוד מניעה הגיונית כי יוכל השעבוד לחול אפילו על שבח המוסב אחר מותו.

---

[662] סב) הסקירה שלהלן מבוססת על בבא בתרא קנ"ז ב'; בבא מציעא ט"ו א'-ב'; פכ"א מהל' לווה ומלווה הל' א' וג'; ועה"ש חו"מ סי' קט"ו, סע' א'-ו', י'-י"א.

[663] סג) במסגרת זו יש כנראה לחפש את הפתרון לבעיית התפשטותה של אפותיקי על רשויות של שעבוד שנוצר בנכס לפני העמדת האפותיקי ושהנכס השתחרר ממנו לאחר מכן: אם השחרור בא ממילא, הרי זה שבח שממילא, ואם היה השחרור בדרך פדיון, הרי זה שבח שבעמל והוצאות. השווה **באיטליה**, שעל-פי סע' 2814 של ספר החוקים האזרחי מתפשטת האפותיקי על רשויות של קניין-פירות שהנכס השתחרר ממנו, בעוד שעל-פי סע' 2816 אין היא מתפשטת על בניינים שהוקמו על-פי קניין-מקום.

הרמב"ם פסק כי הנושה הטורף גם את השבח חייב לפצות את הלוקח שהשביח את הנכס, על-ידי תשלום ההוצאות (כשערך השבח עולה על ההוצאות) או על-ידי תשלום ערך השבח (כשערך ההוצאות הוא יותר גדול), ואין אפוא ללוקח חזרה כנגד המקנה לגבי השבח הנטרף אלא במקרה ובמידה שערך השבח עולה על ההוצאות ואינו נגבה מן הנושה; ומצד שני פירושו של דבר הוא שלמעשה אין הנושה גובה את חובו גם מן השבח אלא במקרה ובמידה שערך השבח עולה על הוצאות הפקתו. אולם, נראה שאין זאת ההלכה, והנכון הוא כי השבח העומד לרשותו של הנושה עומד לרשותו בלי זכות פיצוי, ואת כל ההפסד חוזר הלוקח וגובה מן המקנה (ולכשיהיו לו נכסים בני-חורין, כי השבח - בבחינת חוב בלתי-קצוב - אינו נגבה מן הנכסים המשועבדים). אולם, במה דברים אמורים? כשאמנם מקבל עליו המקנה אחריות לשבח הנטרף - כפי שאמנם מקבל הוא עליו בסתם בכל מכר. לעומת זאת, אם המקנה אינו מקבל עליו אחריות, כפי שהדבר הוא בדרך-כלל במתנה - אין שעבודו של השבח מועיל מעיקרא.

[[234]] לפי זה נהפכת למעשה הקערה על-פיה, שהרי לעולם יוכל המקנה לסכל את שעבוד השבח, בהסכם עם הלוקח, על-ידי מניעת אחריות לשבח הנטרף, והלוקח הלא כמובן ידרוש תמיד סיכול שכזה. התוצאה הפשוטה היא אפוא, שלמעשה אין לו לנושה לצפות לגבית חובו גם מן השבח - ועל-כל-פנים מן השבח שיוסב על-ידי הלוקח, - אך לפי שיטת הרמב"ם יש לו שעבוד של ממש בשבח הבא מאליו[664]. מתוך הנחה כי המחלוקת בעניין השבח שממילא לא הוכרעה, יוצא כי הנושה הטוען - בעניין זה לחיוב - עליו הראייה, וידו תהא על התחתונה, אלא אם תפס והוא המוחזק.

את סקירת השיטות האחרות נפתח במצב **במדינת ישראל**. בשיטת המשפט הנוהגת בה היה מלכתחילה ספק אם על-פי חוק האפותיקי העותומני אפשרית האפותיקי לא רק לגבי **הבעלות** במקרקע, כי אם גם לגבי זכות יותר מצומצמת. סע' 9 של פקודת חוק הקרקעות (תיקון) קבע אפוא שאפשר לשעבד את המקרקע גם בגדר שכירות הרשומה בספרי האחוזה, אם הדבר לא נאסר בחוזה השכירות בפירוש. מלבד זה קבע בעניינו סע' 5 של חוק האפותיקי כי השעבוד תופס גם את השבח, ונראה שלא היתה ללוקח שום זכות לפיצוי מאת הנושה. גם משבוטלו כל הדינים הללו בחוק המקרקעין, תשכ"ט, נראה שתוכנם נשמר על כל פנים בעינו (סע' 81(א)).

בצרפת אפשר לעשות אפותיקי כל מקרקע שיש לו קיום עצמאי בבחינת מקרקע לצרכי משא-ומתן (להוציא, למשל, את ה-immeubles par destination[665]), אבל בשעבודו של מקרקע באפותיקי נתפסים גם שעבודי השכנים[666] וה-immeubles par destination הצמודים אליו[667]. בהתאם לכך יש

---

[664] סד) ואין הטורף חייב לפצות את הלוקח על שבח מסוג זה אפילו לשיטת הרמב"ם; אבל אם קיבל הלוקח אחריות מן המקנה, ויש למקנה נכסים בני-חורין, חוזר הלוקח וגובה את הפסדו ממנו.

[665] סה) ר' לעיל, פרק ג', סע' ג', מס' 2, בסמיכות להערה קמ"ו.

[666] סו) למעשה, הדבר הוא פשיטא, לפי עצם טיבם של שעבודי השכנים, שעוברים הם עם הקניין במקרקע שאליו הם צמודים, כפי שנראה בפרק הבא - וממילא נכון הדבר לא רק בצרפת, אלא גם בשיטות האחרות.

אפותיקי [[235]] כנגד קניין-פירות במקרקע או כנגד Emphytéose, אבל אין אפותיקי כנגד שכירות רגילה או "זכויות אישיות" אחרות. השבח נתפס בשעבודו של הנכס, אך אם הוסב השבח על-ידי לוקח חייב הנושה הטורף לפצותו על הוצאותיו עד כדי ערך השבח[668].

בגרמניה[669] תיתכן האפותיקי הקרקעית רק ב"יחידת-הקרקע" - (Grundstück) ביחס לזכות הבעלות - ומלבד זה, רק ביחס לזכויות "דמויות-קרקע" (משמע, למעשה: קניין-מקום). תוך כדי שעבוד המקרקע משתעבדים גם חלקיו, תשמישיו[670] ותביעות מסוימות הכרוכות בבעלותו.

במושג של "חלקי המקרקע" יש להבין לא רק את החומרים שמהם הוא מורכב, אלא גם את החלקים העשויים להתפצל ממנו בבחינת מקרקעין לעצמם - ועל בעיית שעבודם של אלה נעמוד לחוד להלן. אשר לשעבוד החומרים - הבעייה מתעוררת כמובן רק משעה שהחומרים נפרדים מן המקרקע ונעשים מיטלטלין. הדין הוא כי השעבוד תופס רק אם בשעת ההפרדה נופלים החומרים לבעלותו של בעל-הבית - היינו בעל המקרקע או "גזלן בתום-לב" (ולהוציא, למשל, את המקרה שנופלים הם לבעלותו של קונה-לפירות, אשר קנה את המקרקע לפני העמדת האפותיקי. אם הקונה לפירות קנה את המקרקע אחרי העמדת האפותיקי, שנוי הדבר במחלוקת אם דין הפירות הנופלים לבעלותו הוא כדין חומרים הנופלים לבעל-הבית או כדין חומרים הנופלים לזר). משנתפסים החומרים בשעבוד, שוב אין הם משתחררים אלא על-ידי הגעתם לקונה בתום-לב או על-ידי הצירוף של שני גורמים: הקנאתם לזר והרחקתם מן המקרקע דרך קבע לפני שהוחל במימוש האפותיקי. אם הפרדת החומרים נעשתה בגדר הנהלת-המשק [[236]] הראויה, משתחררים הם מן האפותיקי גם על-ידי הקנאתם בלבד, בלא הרחקה[671].

התשמישים נתפסים בשעבוד רק אם שייכים הם לבעל המקרקע (ואין מועיל כי יהיו שייכים ל"גזלן בתום-לב"). משתחררים הם מן השעבוד באותו אופן כמו החומרים המופרדים, אלא

---

667 סז) גם לגבי ה-immeubles par destination הדבר הוא פשיטא, כמו ביחס לשעבודי השכנים¬ - ומאותו הטעם עצמו. אולם, כאן מסתבך הדבר על-ידי כך שה-immeubles par destination הם מקרקעין ונכללים במקרקע רק כל זמן שצמודים הם אלין למעשה, בעוד שעל פי טיבם העצמי הריהם מיטלטלין. בדיני ישראל יתברר לנו דין האפותיקי במיטלטלין הנכללים מלכתחילה ביחידת המקרקע (לעיל, פרק ג', סע' ג, מס' 2, בסמיכות להערה ק"ס), לפי מה שנראה להלן בדין האפותיקי במיטלטין בדרך כלל, ור' גם הערה ע"א להלן.

668 סח) **קולין-וקפיטן**, ב', עמ' 579 ואילך.

669 סט) ר' **וולף-רייזר**, עמ' 535, 546-554.

670 ע) ר' לעיל, פרק ג', סע' ג', מס' 2, בסמיכות להערה קמ"ב.

671 עא) **בדיני ישראל**, לפי מה שהערנו בהערה ס"ז לעיל, מסתבר שדרך-כלל ישתחררו החומרים מן האפותיקי על-ידי הפרדתם, ואף אם הופרדו על ידי בעל-הבית עצמו - אך הם לא ישתחררו כנגד קונה אפותיקי יותר מאוחרת. לעניין ההסדר במקרה שהפרדת החומרים תהא בבחינת הזק האפותיקי - ר' מס' 9 בסעיף זה להלן.

שבמקום הסייג שציינו בחומרים בא כאן הסייג כי התשמישים משתחררים גם אם תוך הנהלת-המשק הראויה חדלים הם לשמש כתשמישים, ואף-על-פי שלא הוקנו לאחרים.

חוץ מזה נכללות בשעבוד התביעות של בעל-הבית לפירות המקרקע הבאים מעלמא. נתפסות בשעבוד רק התביעות עצמן, אבל לא הממון שכבר סולק למעשה - ואף אם סולק בטרם עת. התביעות משתחררות על-ידי העברתן לזר או גמר שנה מן המועד שנקבע לפרעון, אולם אין ההעברה מפקיעה מן השעבוד תביעות אשר מועד פרעונן הוא כעבור שלשה חדשים ומעלה אחרי התחלת מימוש האפותיקי. בתביעות לדמי שכירות, הדין הוא שונה במקצת. תביעות אלו משתעבדות גם בבחינת תמורה לפירות הבאים מן הגוף שהשוכר זוכה בהם במשוחרר מן השעבוד, כפי שעולה ממה שאמרנו לעיל, ולכן - סילוק התביעה, או גמר שנה ממועד פרעונה, מפקיעים אותה מן השעבוד רק אם מתיחסת היא לדמי שכירות המגיעים בגין התקופה שלפני התחלת מימוש האפותיקי והחודש הנמשך בזמן התחלת המימוש; החל המימוש במחצית השנייה של החודש - מועיל השחרור גם לגבי החודש הבא. שעבוד התביעה לאחרים עדיף על שעבוד האפותיקי אם נעשה הוא במסיבות שבהן היתה העברת התביעה מפקיעה בה את האפותיקי לחלוטין.

[[237]] האפותיקי תופסת גם את השבח, ואין ללוקח זכות לפיצוי מן הטורף בגין השבח שהוסב על-ידיו.

יש לציין כי בשיטות האירופיות, כשנתפס השבח באפותיקי, הריהו נתפס בה לפי דרגתה המקורית, בסולם העדיפויות של השעבודים החלים על הנכס. הדבר שונה מדיני ישראל, שבהם - אם נתפס השבח בכלל באפותיקי - נתפס הוא בשווה בכל האפותיקאות שבהן ראוי הוא להיתפס ושהועמדו לפני שהשבח נוצר.

9. הזק האפותיקי

בעיית הזק האפותיקי אינה שונה ביסודה מבעיית הזקו של כל שעבוד אחר. אם ננסה לתאר את הדבר לפי **דיני ישראל**, העקרון הוא כי "המזיק שעבודו של חברו חייב"[672] - וכלל זה אמנם נאמר במיוחד בהקשר לאפותיקי, בעניין הזק שנגרם על-ידי בעל-הבית עצמו. לפי מה שהסקנו בסוף הפרק הקודם, בסמיכות להערה קמ"ז, הרי מאחר שבעל-הבית באפותיקי זכאי בינתים להשתמש בנכס ולאכול את פירותיו - משמע שהוא לא יהא חייב בנזיקין בגין כל מה שנובע מן השימוש הראוי ומהפקת הפירות בדרך הראויה, אבל הוא יהא חייב בגין כל הזק שגרם על-ידי מעשה שמעבר לכך ושהיה לו לצפות כי יהא בו כדי לפגוע בערובת האפותיקי. מצד שני, מסתבר שבין אם נגרם הנזק על-ידי בעל-הבית ובין אם נגרם על-ידי מישהו אחר, מכל-מקום יחול הכלל שראינו בספר על "ההחזקה ודיניה", בפרק ג', סע' ח', בסמיכות להערות ק"ח וק"ט, והיינו שאם נגרם הנזק רק לזכות השעבוד כשלעצמה - יהא הקונה זכאי לפיצוי על הפגיעה בזכותו, ואם נגרם הנזק על-ידי פגיעה בגופו של הנכס - ייעשה הקונה שותף עם הקונים האחרים [[238]] בתביעה לפיצוי על

---

[672] עב) גיטין מ"א א'.

הפגיעה בנכס, בהתאם לערך היחסי של זכויות הקונים השונים בקשר לפגיעה. כמו כן מסתבר, על-פי הדין הכללי, שאם יהא הנזק צפוי לקונה-האפותיקי מלכתחילה, תהא לו תביעה נגד המזיק הצפוי שיימנע מן המעשה המזיק[673]. אולם, הדינים הכלליים האלה באים לידי סיוג על-ידי הדין המיוחד, שאם בעל-הבית עצמו הוא המזיק לשעבוד האפותיקי, אין הוא חייב דווקא בפיצוי כספי, אלא חייב הוא לתת לנושה **ערובה חלופה**[674] - ורק אם אינו מקיים חובה זו, מסתבר שיוכל הנושה לעמוד על הדין הרגיל של פיצוי; וכאן באים אנו שוב לתיקון הדין הכללי, כי במידה שיפוצה קונה-האפותיקי, הרי ממילא ומטבע הדברים מסתבר שלא יהא בכך משום פיצוי בעלמא, כי אם **תשלום על חשבון פרעונו של החוב הנערב, לאלתר**[675]. אם צד שלישי הוא המזיק, מסתבר גם-כן כי מה שקונה-האפותיקי יגבה ממנו ייחשב כתשלום על חשבון פרעונו של החוב, ואילו האיזון בעניין זה בין המזיק לבין החייב יישאר תלוי בדיני הפורע את חוב חברו.

בשיטות של אירופה[676], אם ניזקה האפותיקי בפשיעה, יש לקונה תביעה לפיצוי. מלבד זה, יש לו תביעה למניעתו של כל נזק צפוי; ובמקרה שנשקפת סכנה לאפותיקי - או שהאפותיקי ניזקה כבר - בין באונס בין בפשיעה, יש לו תביעה כלפי בעל-הבית למתן ערובה חלופה מספיקה או פרעון החוב לאלתר.

[[239]] **בשוייצריה**, אם בעל-הבית איננו אשם, עומדת התביעה לקונה-האפותיקי רק במידה שבעל-הבית מקבל פיצוי בעד הנזק שנגרם לנכס, אך על-כל-פנים רשאי קונה-האפותיקי לתקן את הנזק בעצמו, על חשבון בעל-הבית, והאפותיקי שלו מתפשטת מאליה להבטחת ההוצאות שהוציא. בנוסף על כך, במקרה שהנכס מבוטח, יש לקונה-האפותיקי באירופה זכות לדמי הביטוח. **בצרפת** גובים קוני-האפותיקאות, לפי דרגותיהם, את דמי-הביטוח במישרין, בלי שום העברה מבעל-הבית, ואין המבטח רשאי לשלם אלא להם[677]. **בגרמניה** נתפסת בדרך כלל תביעת דמי-הביטוח של בעל-הבית באפותיקי, בדומה לתביעת הפירות הבאים מעלמא, כפי שראינו לעיל; אך תביעת פיצויי הביטוח לגבי בניינים אינה נתפסת באפותיקי, אלא משתעבדת היא לקונה-האפותיקי על בסיס דומה למה שמקובל בצרפת. משמוחזר המצב לקדמותו, משתחררת התביעה מן השעבוד[678]. **בשוייצריה** קובע סע' 822 של הצג"ב כי את פיצויי הביטוח אין לשלם לבעל-הבית אלא בהסכמת קוני-האפותיקאות או כנגד ערבות להחזרת המצב לקדמותו.

---

[673] עג) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ה', סע' ד', מס' 4, בסמיכות להערה נ"א.

[674] עד) גיטין מ"א א'.

[675] עד-1) השווה הסיפא בסע' 9(ב) של חוק המשכון, תשכ"ז, במדינת ישראל.

[676] עה) **וולף-רייזר**, עמ' 569 ואילך; צג"ב, סע' 810-808; **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 614-613; **מסיניאו**, ג', עמ' 97.

[677] עו) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 665.

[678] עז) **וולף-רייזר**, עמ' 547, 558-556.

נראה להעיר כי הגנת קונה-האפותיקי אף מפני נזק באונס, לפי השיטה האירופית, חורגת הרחק מעבר להגיון המשפטי הרגיל. כמו כן נראית מוגזמת הורדתו של קונה-האפותיקי לדמי-הביטוח - בשים-לב ביחוד לעובדה, שההנחה היא כי בעל-הבית לא התחייב כלל לבטח את הנכס, והוא רשאי היה אפוא לבזבז את דמי תשלומיו למבטח באופן שהיה מביא תועלת רק לו לעצמו. [[240]]

10. הפחתת החוב הנערב וסילוקו, "אפותיקי עצמית" ושמירת דרגה

כבר ראינו במס' 5 לעיל כי בכפוף לסייגים מסוימים יש לצדדים שליטה להפחית את הסכום שהאפותיקי תהא עריבה לו - ואף להביא כמובן את האפותיקי לסיומה לגמרי, על-ידי סילוקו של הסכום הנערב, עד תומו. אולם, מאחר שהאפותיקי היא שעבוד התלוי במסמך (שטר, או רישום בספרי האחוזה), אפשר לשאול מה יהא דין האפותיקי כשהסכום הנערב אמנם הופחת או סולק לגמרי, אלא שהמסמך עדיין קיים בעינו - כגון שהרישום לא נמחק או שהשטר נשאר עדיין ביד הנושה: והשאלה היא, האם יכולים הנושה והחייב לחזור בהם ולהחזיר את האפותיקי למצבה הראשון. התשובה **בדיני ישראל** היא שלילית - בכפוף כמובן לכך, שעובדת ההפחתה או הסילוק תהא ניתנת להוכחה על-ידי המעוניין (היינו בעל-הבית באפותיקי שהעמיד את השעבוד בערובה לחברו או לוקח שקנה את הנכס המשועבד)[679].

בגרמניה, לעומת זאת, התשובה היא חיובית, ולא זו בלבד שהחייב והנושה יכולים לחזור בהם לעניין הפחתה או סילוק, אלא יכול החייב - משסילק את החוב לנושה, ואף קיבל בחזרה את השטר - לחזור ולהעמיד את האפותיקי בערובה לחוב אחר; ויתר אף על כן: יכול בעל-הבית להשאיר את האפותיקי המסולקת רשומה לטובת עצמו (Eigentümergrundschuld, Eigentümerhypothek), כדי שיוכל לחזור ולהוציאה בערובה לחוב חדש כשיראה בכך צורך. הדבר יכול להיעשות גם **מלכתחילה**, והיינו שבעל-הבית יכין את האפותיקי לעת מצוא, ברישום לטובת עצמו, כשעדיין אין שם ולא היה שם בכלל שום חוב נערב למעשה - ונפקא מינה, כמובן, שנושים מתחרים ולקוחות יהיו כפופים לאותה אפותיקי אף אם החוב הנערב לא יוולד אלא לאחר הולדת זכותם שלהם[680]. **בשוייצריה**, המצב הוא דומה, אך במסגרת יותר [[241]] מצומצמת. מלכתחילה אמנם אין מאפשרים כאן "אפותיקי עצמית", אבל בעל-הבית יכול תמיד לחדש אפותיקי שנסתיימה, אלא אם הסכים אחרת עם הלקוחות והנושים האחרים - וכדי שיהיה להסכם תוקף שעבודי צריך הוא להירשם בספרי האחוזה. מצד שני, שטר-אפותיקי למוכ"ז שחזר לידי החייב, הרי זה רשאי תמיד לחזור ולהוציאו[681]. גם חוק המקרקעין, תשכ"ט, **במדינת ישראל**, אימץ לו את עקרון שמירת הדרגה, אלא שחידוש האפותיקי אינו אפשרי כאן בסתם, כי אם רק במקרה

---

[679] עח) עה"ש חו"מ סי' מ"ח סע' ב', וסי' נ"ה סע' ב', וסי' נ"ח סע' ב.

[680] עט) פרטי העניין הם מסובכים, ולא נסקור אותם באן. ר' **וולף-רייזר** עמ' 592 ואילך.

[681] פ) צג"ב, סע' 814, 815, 863.

שהאפשרות הותנתה מלכתחילה ובפירוש בתנאי האפותיקי המאוחרת[682]. **בצרפת**, שוב, התשובה היא שלילית, ושמירת הדרגה של אפותיקי אינה אפשרית[683].

ההסדר הגרמני והשוייצרי יכול כמובן לעמוד בביקורת הגיונית-משפטית, אך נראה שמבחינה כלכלית וחברתית עדיפה הגישה האחרת, שאינה מטפחת כמוהו אשראי מנופח והנוחה יותר לחופש המשא-ומתן בנכסים, על-ידי שמגבירה היא את סיכויי הלוקח להיפטר מן האפותיקי המשעבדת את הנכס המוצע לו למיקח.

11. העברה חלקית של האפותיקי

בסמיכות לבעייה של הפחתת האפותיקי על-ידי סילוק חלקי של הסכום הנערב מתעוררת הבעייה של פיצול האפותיקי על-ידי **העברה** חלקית. נתחיל מן המקרה שמדובר באפותיקי סתם. הדין הפשוט הוא שתביעה ניתנת להעברה לא רק בשלמות אלא גם במפוצל - היינו שרק חלק מן התביעה יעבור לצד שלישי, והיתר יישאר לזכות הנושה המקורי[684]. מכאן, ממילא משמע שיתכן גם שהתביעה כולה תועבר, אבל לא לאיש אחד, כי אם לנושים שונים; ובשני האופנים יתכן כמובן שהפיצול יהיה פיצול גמור, ויתכן שהפיצול יהיה על דרך של יצירת שיתוף בין הנושים השונים. נשאלת עתה השאלה, מה יהיה דין העברה מפוצלת כזאת כשהתביעה נערבת באפותיקי.

[[242]] מסתבר כי בין אם מועברת התביעה בפיצול גמור ובין אם מועברת היא בשיתוף, הרי בסתם נעשים הנושים שותפים לערבותה בדרגה שווה; ופירושו של דבר הוא במלים אחרות, שפיצול התביעה אינו גורר את פיצול האפותיקי, אבל בהסכמת הנושים השונים אפשר גם להתנות כי למישהו מהם תהיה עדיפות על פני חבריו, בגדר האפותיקי המקורית. **בגרמניה**, הדין הוא שאם פיצול התביעה איננו מוסכם, אלא נובע מדין מיוחד, והנושה המקורי נשאר זכאי בחלק מן התביעה, הריהו עדיף על חבריו ממילא; אך להסדר מיוחד זה אינני רואה הצדקה.

בהמשך מכאן מתעוררת השאלה הנוספת, מה יהא הדין **בשטר-האפותיקי**, כאשר התביעה מועברת אמנם במפוצל כאמור. על-פי דיני ישראל מסתבר לפי מה שאמרנו, כי הנושים נעשים זכאים לבעלות השטר **במשותף** - ואם השטר הוא שמני, לא יושלם צירופו של הנושה לבעלות השטר אלא אם ניתן לו כתב-הסבה ביחס לחלקו. מקום שנשמר השטר בידו של אחד השותפים, שהיה הנושה המקורי המלא או שקיבל את השטר על-פי כתב הסבה מלאה, והשותפים האחרים רוצים להבטיח לעצמם כי השומר לא ימעל באמונם, צריכים הם לדאוג לכך שזכותם תירשם בגופו של השטר. מסתבר גם כן שאפשר להתנות כי בעל השטר יהא זכאי להפריש מתביעתו חלק

---

[682] פ-1) סע' 86.

[683] פא) **קולין וקפיטן**, ב, עמ' 577.

[684] פב) עה"ש חו"מ סי' קכ"ו סע' ה.

כלשהו על-ידי הוצאת שטר חדש לגבי אותו חלק, תוך ציון הדבר בגופו של השטר המקורי וצירוף אישור מקוים לשטר החלקי, כי דבר הוצאתו צוין אמנם בשטר המקורי.

העברה מפוצלת של אפותיקי מפורש - מסתבר שגם היא אפשרית, לפי אותם הקוים[685]. [[243]]

12. פיצול הנכס המשועבד

עוד בעייה של פיצול האפותיקי מתעוררת מצד אפשרות פיצולו של הנכס המשועבד. העקרון היסודי הוא כמובן, שגם אם נכס משועבד מתפצל לנכסים אחדים - בין באופן חומרי ובין על-ידי חלוקתו לתחומי קניין נפרדים (אך להוציא התפצלות של פירות הבאים מן הגוף) - הרי השעבוד מוסיף לחול על חלקיו השונים, כאילו היו עדיין נכס אחד; ועקרון יסודי זה, לית מאן דפליג שהוא חל גם ביחס לאפותיקי. אולם ביחס **למימוש** האפותיקי - בהבדל מעצם תחולתה - השאלה מתעוררת, **האם אמנם צריכים כל החלקים להישאר ערבים בשווה, גם כאשר עשוי החוב להיגבות מאחד מהם בלבד?**

בצרפת ובגרמניה, התשובה היא שאמנם אין הכרח לממש את האפותיקי בכל החלקים יחד, אבל מצד שני - כדי לא לפגוע בזכותו של הנושה - נותנים לו את הברירה לממש את האפותיקי בכל החלקים יחד או לממשה (ואף את כולה במשמע) רק באותם החלקים שיבחר[686]. זהו גם הפתרון שהתקבל בחוק בתים משותפים, תשי"ג, **במדינת ישראל** (סע' 15)[687]. אולם, פתרון זה מסובך בקשיים גדולים עד מאוד. את ערבות הנושה אמנם אין הוא מגדיל, אך את ערך הנכס המשועבד הורס הוא לחלוטין. במקום שקודם לכן היה סכום מסוים משעבד רק נכס אחד גדול, בפרופורציה שווה לכל חלקיו, הרי עתה משעבד אותו סכום עצמו כמה וכמה נכסים מוקטנים - את כל אחד מהם לחוד; ואם קודם לכן אפשר היה לצפות כי יישאר עוד בנכס המשועבד עודף-ערך, אף אם האפותיקי תמומש בשלמותה, הרי עתה תהא נשקפת בכל אחד מחלקיו הסכנה כי מימוש האפותיקי ידלל את ערכו, בעוד שעודף-הערך יתרכז רק בחלקים האחרים, ובסך-הכל יהיה הערך המסחרי של כל אחד מהם ושל כלם יחד הרבה יותר נמוך מערכם המקורי, [[244]] שעליו צריך היה לחול השעבוד. יתר-על-כן, הרי דוגמה למשמעות הפתרון הנידון שמביאים **פלניול וריפר**: "נעלה בדעתנו שני מקרקעין, א' וב', שאחד מהם שווה 800 זוז ורעהו 600; אפותיקי ראשונה נרשמה.... לגבי שני המקרקעין לטובת ראובן, שמגיעים לו 500 זוז; לאחר מכן נרשמים שני נושים אחרים, כל אחד מהם לחוד, שמעון במקרקעי א', ב-600 זוז, ולוי במקרקע ב' ב-300 זוז. בתנאים אלה תלוי גורלם של שמעון ולוי באופן שבו ראובן יממש את זכותו האפותיקאית.... אם הוא יפנה לא' לא יישארו לשמעון אלא 300 זוזים מתוך ה-600 המגיעים לו, ואילו לוי ייפרע בשלמות; אם ראובן יפנה לב', יגבה שמעון את כל המגיע לו ואילו לוי לא יקבל אלא 100 זוזים מתוך ה-300

---

[685] פג) השווה **פלניול וריפר** י"ג, עמ' 677, 678; **וולף-רייזר**, עמ' 559-560 וגב"א, סע' 61. אפשרות ההעברה המפוצלת נזכרת גם בחוק המקרקעין, תשכ"ט, במדינת ישראל, בסע' 87.

[686] פד) **פלניול וריפר**, כרך י"ב, 385-386, כרך י"ג, עמ' 309-312; **וולף-רייזר**, עמ' 611-613.

[687] פד-1) עתה סע' 144(ב) של חוק המקרקעין, תשכ"ט.

שבהם מסתכמת תביעתו.... ואף-על-פי-כן, בדוגמה המובאת, הלא אפשר לשלם לשלשת הנושים בשלמות, מאחר שסך כל הפסי האפותיקאי אינו עולה על ערכם של שני המקרקעין״.

לעומת זאת קובע סע׳ 833 של הצג״ב **בשוייצריה** (ור׳ גם סע׳ 816, פסקה שלישית) כי האפותיקי מוסיפה לחול על כל אחד אף המקרקעין המתפצלים לחוד רק לפי היחס בין ערכו לערך המקרקע המקורי בשלמותו; אבל אם דעתו של הנושה אינה נוחה מהסדר זה, הרי תוך חדש ימים מן הפיצול רשאי הוא לדרוש את סילוק תביעתו תוך שנה.

בדיני ישראל[688], הפתרון העקרוני הוא לכאורה אותו עצמו שראינו בצרפת ובגרמניה, אך כאן מסויג הוא בכמה סייגים, המבטלים ברוב המכריע של המקרים את כל התוצאות הרעות שמנינו בו שם, ולמעשה מגיעים אנו לפתרון שונה לחלוטין.

הסייגים שבדיני ישראל מתפתחים לגבי צירופי המסיבות העשויים להתקבל. האפשרות הראשונה היא שפיצול הנכס המשועבד לא ייערך על-ידי הקנאת חלקים לאנשים שונים, אלא שכל החלקים יישארו עדיין בידי בעל-הבית [[245]] המקורי - ובמקרקעין משמע שהפיצול יהיה רק צורני בלבד (״פרצלציה״). במקרה כזה, לכתחילה, הברירה היא ביד הנושה לגבות את חובו מכל החלקים יחד או מאילו מהם שיבחר - אך אם יש שם חלק מסוים, אשר יכול הנושה לגבות את כל חובו ממנו, ואין לו זכות מיוחדת לגבות דווקא מחלקים אחרים תחילה[689], הרי על אף הברירה העקרונית הנתונה לו יכול בעל-הבית לדחותו אל אותו החלק המסויים.

אולם, עיקר חשיבות הבעייה הוא כמובן לא במקרה של פיצול צורני בלבד, כי אם במקרה של פיצול על-ידי הקנאה לאחרים, ובזה יש להבחין בין המקרה שהפיצול מוסב על-ידי בעל-הבית שהוא חייב גם באופן אישי לבין האפשרות שהפיצול מוסב על-ידי בעל-בית שאין עליו חיוב.

במקרה שבעל-הבית המפצל חייב באופן אישי, מתקשר עניינו לעקרון - אשר עוד נחזור אליו להלן - כי אין מממשים את שעבוד-האחריות בנכסי הלקוחות כל זמן שניתן החוב להיגבות מנכסי החייב עצמו. לכן, אם הפיצול איננו מוסב באופן כזה שבעל-הבית מקנה את כל הנכס המשועבד בהקנאה סימולטנית ללקוחות אחדים, הרי שעם הקנאת חלק מסוים ללוקח נותר עוד שיור ביד החייב - והדין הוא שאין הנושה יכול לטרוף מן הלוקח כל זמן שלא מיצה את זכותו באותו השיור. דין זה חל גם במקרה שאחר-כך מוקנה אף השיור עצמו לאחרים, ומשמע כי **עיקר-כבדו של**

---

[688] פה) על-פי שו״ע חו״מ סי׳ ק״ב סע׳ ב׳, סי׳ ק״ז סע׳ ז, סי׳ קי״א סע׳ ח׳ וט״ו, סי׳ קי״ט סע׳ א׳ - ודוק.

[689] פו) כגון הזכות לגבות מן העידית. סייג זה - משמעותו לגבי אפותיקי **מיוחדת**, שבה דנים אנו כאן, היא כמעט רק עיונית בלבד. משמעותו המעשית היא בעיקר בדינים הכלליים של גביית חוב, המתקשרים לעניין האפותיקי **הכללית**.

השעבוד נסוג תמיד והולך מכלל הנכס המשועבד אל השיור הנותר[690]. התוצאה היא אפוא, במקרה שהנכס מתפצל על-ידי כמה הקנאות בזו אחר זו, שתחילה צריך הנושה למצות את זכותו בחלק שנותר ביד החייב או הנמצא ביד לוקח אחרון, ורק אם חובו [[246]] אינו מסולק בזה רשאי הוא לפנות - **לגבי העודף** - אל הלוקח שלפניו, ורק אם נשאר עוד עודף נוסף חוזר הוא אל הלוקח שלפני פניו. בקשר לכך יש להדגיש כי הדברים אינם תלויים בעצם קדימת המיקח, כי אם בנסיגת כובד-השעבוד, ולכן - לוקח שקנה מלוקח מוקדם דינו כאותו לוקח, ואף-על-פי שמיקחו **מאוחר** היה ממיקחו של לוקח שקנה מן החייב.

ברירת הנושה, להתחיל את גביית חובו מן החלק הנראה בעיניו, נדחית אפוא - עד כאן - לחלוטין, והריהי חוזרת ומתעוררת רק במקרה שכל חלקי הנכס הוקנו יחד בהקנאה סימולטנית או במקרה שלקוחות אחדים קנו חלקים שונים בהקנאה סימולטנית באחד משלבי הפיצול, הנתפס בריכוז השעבוד; אך מסתבר שכאן שוב מסויגים הדברים בסייג ממין אחר. הברירה ניתנת לנושה כשיכול הוא לגבות את מלוא חובו, או את כל עודף חובו, **מנכס אחד** של זה או של זה - שאז אין לחייבו לגבות שני חצאי-נכס - דבר שיפגום בסיכוי שעליו סמך, לזכות בנכס שלם (וגם יגרום לנישולם של שניים במקום שמבחינה אוביקטיבית מספיק נישולו של אחד); אבל **כשעניין הנושה לא יפגע, מפנים גם דיני ישראל אל הגבייה הפרופורציונלית,** בדומה, לפתרון השוייצרי - ומכאן נראה לי להסיק שאם אף אחד מן הנכסים העומדים לברירת הנושה, ושום צרוף חלקי מתוכם, איננו מספיק לסילוק תביעת הנושה, לא יורשה הנושה להסתפק במיצוי האפשרויות שבאחד הנכסים או שבצירוף מסוים מתוכם - תוך מחילה לאחד על חשבון חברו, - אלא הוא יוכל לגבות מכל נכס רק לפי הראוי בחלוקה יחסית. בדומה לזה נראה לי להסיק, שאם יש בהקנאה הסימולטנית נכס מסוים, או צרוף מסוים של נכסים, אשר יכול הנושה לגבות את כל חובו מתוכו, הריהו לא יורשה להתחיל את מיצוי אפשרויותיו בנכס שאיננו מספיק, אלא יחייבו אותו לפנות דווקא אל הנכס או הנכסים המספיקים[691] - ושוב [[247]] נמצא אפוא השעבוד מרוכז במקום מסוים. הקושי נשאר אם-כן באמת רק במקום שכל אחד מן החלקים המתפצלים או כמה צירופים מתוכם - אחר הקנאה סימולטנית - מספיקים לנושה במידה שווה[692].

אם הפיצול בדרך ההקנאה מוסב על-ידי בעל-הבית שאינו חייב באופן אישי, ההנחה היסודית היא שהנושה איננו חייב למצות תחילה את זכותו בנכסי בעל-הבית, וממילא אין מקום לנסיגת כובד השעבוד בדרך שראינו לעיל. אולם, כובד השעבוד עשוי להתרכז במקום מסוים אף במסיבות אלו. כאן מתפתחים הדברים מתוך אותה תקנה שראינו בתחילה, שאם יש חלק מסוים אשר יכול

---

[690] פז) מקום שהאפותיקי תופסת מקרקעין אחדים, יש גם בצרפת חיוב לגבות מן השיור שביד החייב, אבל בצרפת אין חיוב זה גורר את נסיגת כובד השעבוד גם כשמוקנה השיור לאחרים. ר' **פלניול וריפר**, י"ג, עמ' 480.

[691] פח) וכך לא רק על-פי השיקולים שהבאתי, אלא גם על פי הטענה: "משום זה דייקתי לקנות דווקא חלק שאינו ראוי לגבייתך, כדי שלא תגבה מחלקי כי אם מחלקים אחרים".

[692] פט) במסגרת **הצירוף** - הגבייה היא בודאי שוב **פרופורציונלית**.

הנושה לגבות את כל חובו ממנו ואין לו זכות לפנות קודם לחלקים אחרים דווקא, יכול בעל-הבית לדחותו אל אותו החלק המסוים. יכולת זו נחשבת כאחת הרשויות הגלומות בקניינו של האיש בחלקים האחרים ועוברת היא עם העברת הקניין, ולכן - אף אם מקנה הוא מן הנכס לאנשים זולתו, הרי כל זמן שנותר שיור בידו אשר עשוי הנושה להידחות אליו, יכולים גם הלקוחות לדחות את הנושה אל אותו החלק, - ומכאן ואילך מתפתחים הדברים על-פי הדרך שראינו לעיל. בקשר לכך יש להדגיש את ההבדל המעשי בין דרך נסיגת כובד-השעבוד במקרה שבעל-הבית המפצל את הנכס אחראי גם באופן אישי לבין המקרה שאין הוא אחראי: במקרה הראשון נסוג עיקר-הכובד לשיור שנותר אחרון, אף אם אותו שיור איננו מספיק, והנושה יצטרך לפנות גם לחלק שהוקנה לאחרים מקודם; במקרה השני, לעומת זאת, אין עיקר-הכובד נסוג אלא אל השיור האחרון שה**יה ראוי ומספיק**[693]. הדעת נותנת כי הערכת ההספק צריכה להיעשות לפי [[248]] המצב בשעת הגבייה, ולא לפי **המצב שבשעת ההקנאה**[694].

13. אפותיקי קיבוצית

אחרי שעמדנו בהרחבה על בעיית פיצולו של הנכס המשועבד, יכולים אנו לפטור בקיצור את בעיית **האפותיקי הקיבוצית** - והיינו האפותיקי הנעשית מלכתחילה לא בנכס אחד, כי אם במספר נכסים כאחד, בערבות לחוב אחד. הדינים העיקריים החלים במקרה כזה בשיטות השונות הריהם אותם עצמם שראינו במקרה של פיצול, וכאן יש עוד לסקור את הדינים שבהקף. **בגרמניה** אפשר ליצור אפותיקי קיבוצית אפילו במקרקעין שאינם שייכים כלם לבעל-בית אחד, ואין גם הכרח שהאפותיקי תיווצר בכל המקרקעין בבת אחת: אפשר גם להוסיף מקרקעין לאפותיקי קיימת. ברישום של כל מקרקע ומקרקע יש להעיר על קיבוציותה של האפותיקי; אך העדר הרישום אינו פוגם אלא לעניין זה, שכנגד לוקח בתום-לב אפשר יהיה לטרוף את המקרקע רק לחוד, ולא במשותף עם שאר המקרקעין. הנושה רשאי בכל עת להפוך את האפותיקי הקיבוצית לשורה של אפותיקאות נפרדות, על-ידי כך שיקבע לגבי כל אחד מן המקרקעין את שיעור התשלום שהמקרקע יהיה אחראי לו ויגרום לרישום הדבר בספרי האחוזה. **בשוייצריה** אין האפותיקי הקיבוצית אפשרית מלכתחילה אלא לגבי מקרקעין השייכים כלם לאותו בעל-בית או לערבים-קבלנים לחוב הנערב[695].

---

[693] צ) במקביל לזה ראוי לציין את ההוראה **השוייצרית** (בסע' 811 של הצג"ב), כי לעולם יכול בעל-הבית להקנות לאחרים - במשוחרר מן השעבוד - חלק של המקרקע אשר ערכו אינו עולה על חלק עשרים מערך החוב הנערב, בתנאי שחלק מתאים של החוב ייפרע לאלתר או שיתר המקרקע הוא ערובה מספקת.

[694] צא) במקרה שהוא הפוך ממה שתואר בסקירה זו - והיינו שהנכס המשועבד מתחבר לנכס אחר (וכגון ששתי יחידות קרקע מתאחדות), מסתבר שיחולו דיני השבח שראינו לעיל. אם שתי חלקות הקרקע משועבדות מלכתחילה באפותיקאות שונות, הרי אלו תוספנה לחול, כל אחת בתחומה.

[695] צב) צג"ב, סע' 798.

בדיני ישראל, פשיטא שהגבלה שוייצרית זו אין לה מקום. מצד שני, פשיטא גם-כן שאין מקום לרשות הניתנת בדיעבד לנושה במשפט הגרמני, כי לפי דיני ישראל - הוצאת הנכס מן האפותיקי הקיבוצית, להיותו ערב בנפרד, אינה הקלה כי אם הכבדה. [[249]]

14. שויון דרגה

לא הקדשנו עד כה דברים לבעיית הדירוג בין אפותיקאות שונות החלות בנכס אחד, כי הדבר הוא פשיטא על-פי דיני הקניין הכלליים, שאפותיקי שנוצרה ראשונה עדיפה על אחיותיה[696], ובזה מתמצה העניין; אולם, בעייה יותר סבוכה מתעוררת כאשר אפותיקאות שונות חלות בנכס בדרגה אחת. מצב כזה יכול להתהוות קודם-כל כששטרי-אפותיקי שונים הוצאו על הנכס ביום אחד, או אפילו בשעה אחת, ואין ידוע איזה מהם קדם[697]. כמו כן נוצר שוויון דרגה בדיני ישראל במקרה שכבר ראינו, והיינו שהנכס משביח אחר ששועבד באפותיקאות אחדות. אולם, שוויון הדרגה עשוי גם להיווצר בהסכמת הצדדים, כלומר על-ידי שעבוד סימולטני לנושים אחדים במקביל.

נשאלת עתה השאלה, מה תהיינה התוצאות של שויון בדרגה? בשיטות של אירופה, התשובה הפשוטה היא כי הנושים העומדים בדרגה אחת גובים באופן פרופורציונלי[698]; אולם, בדיני ישראל יש להבחין: אם שויון הדרגה הוא מוסכם, הגבייה היא פרופורציונלית, אבל אם שויון הדרגה הוא פרי הכרעה משפטית - הגבייה היא, כפי שכבר הזכרנו בעניין השבח, לכל אחד מן הנושים בשווה, בגדר זכותו. טעם ההבדל הוא, שבמקרה הראשון - מלכתחילה אין הצדדים תובעים אלא חלקים פרופורציונליים, אבל במקרה [[250]] השני - כל אחד יש לו מלכתחילה שעבוד עצמאי בנכס כלו, ואם אומרים אנו "יחלוקו" הרי זה רק משום שכל אחד מן התובעים מוחזק בשווה, ובמה מוחזק הוא בשווה? בכל פרוטה ופרוטה שאפשר להפיק מן הנכס ואשר כל אחד מן הנושים טוען "כלה שלי!". לכן, כל פרוטה ופרוטה מתחלקת בשווה בין כל הנושים, עד אשר הפחות שבהם גובה את מלוא תביעתו; לאחר מכן חולקים בשווה בין הנותרים, עד שמסתלק הפחות שבהם, וכן כיו"ב[699].

אין ספק כי ההגיון המשפטי הטהור תומך בגישה זו, ולמעשה יש בה גם הגיון כלכלי, כי על-ידי הגבלת ההפסד של הנושה הגדול באחוז קטן יחסית, מונעת היא אחוז גדול יחסית של הפסד מן הנושה הקטן. נניח, למשל, שההתחרות היא בין חוב של 900 זוז לחוב של 100 זוז, לגבי נכס השווה בסך-הכל 500 זוז. לפי השיטה הפרופורציונלית יקבל הנושה הגדול 450 זוז ואילו הקטן יקבל 50 זוז, וכל אחד מהם יפסיד 50%. לעומת זאת, לפי השיטה השויונית, יקבל הקטן את כל ה-100 שלו, ואילו הגדול יקבל 400 זוז - ונמצא כי בהפסד נוסף של 5% לנושה הגדול נמנע הפסד של 50% מן

---

[696] צג) ר' שו"ע חו"מ סי' ק"ד סע' א'.

[697] צד) שם, סי' ק"ד סע' ח'; **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 621. בצרפת נוצר שויון דרגה בכל פעם שאפותיקאות אחדות נרשמות בתאריך אחד, ואף-על-פי שרישום האחת קדם לרישום חברתה.

[698] צה) **צרפת**, סע' 2147 של ספר החוקים האזרחי; **גרמניה**, צפ"א, סע' 10; ור' גם סע' 76(א) של חוק ההוצאה-לפועל, תשכ"ז, **במדינת-ישראל**.

[699] צו) השווה לעיל, פרק ג' סע' ג', סוף מס' 4.

הנושה הקטן. מצד שני, אפשר אמנם לקחת גם דוגמה מעין זו, שהנכס שווה בסך-הכל 100, ומתחרים עליו 100 נושים, 99 בזוז אחד כל אחד, ונושה אחד ב-100 זוז. לפי השיטה השיונית יצא כי תשעים ותשעת הנושים הקטנים לא יפסידו כלום, ואילו הנושה הגדול יפסיד 99% מחובו - אבל למעשה גם כאן נחסך הפסד גדול על-ידי הפסד קטן, כי הפסד תשעים ותשעת האחוזים של הנושה הגדול חוסך הפסד של 50% X 99 מאת הנושים הקטנים, והיינו 4950%. יתר-על-כן, הגישה הנידונה נושאת לא רק הגיון משפטי וכלכלי, אלא גם **הגיון סוציולוגי**, המסתנף ממוסר שיטת-היובל של תורת-ישראל, וכל ההגיונות האלה יחד נמצאים מחושלים גם לגבי ההרגשה המוסרית הפשוטה שלנו על-ידי האישור המתחדש וחוזר מאת גדולי הפוסקים, שהגנו על שיטה זו מפני המפקפקים אשר קמו נגדה: "חלוקה זו כדעת ההלכות... ואל דעת זו הסכימו [[251]] הרבה מהאחרונים ז"ל, וכדברי ההלכות אנו עושין ומפיהן אנו חיים"[700].

עוד יש לציין כי בהתאם להנחות שעליהן מבוסס הדין העברי, הרי במקרה של שויון בדרגה מכוח הכרעה משפטית נוהגים בחלוקה השיונית רק במקרה שכל הנושים נפרעים יחד, אבל אם קדם מישהו מהם וגבה, הרי מה שגבה - גבה ואינו חייב להחזיר, כי הוא כבר מוחזק והאחרים רק מוציאים מידו[701].

15. פדיון האפותיקי

השעבוד של אחריות נכסים הריהו מבחינה מסחרית אולי השעבוד הקשה ביותר אשר עשוי הנכס להיות משועבד בו. יתר-על-כן, הרי זה שעבוד אשר למעשה אי-אפשר להשתחרר ממנו אפילו על-ידי קביעת מועד לסיומו, כפי שניתן להשתחרר משעבודים אחרים, כי מצד אחד - אם יועמד השעבוד רק לתקופה מסוימת, הרי בתום התקופה יאבד הנושה את ערובתו אף-על-פי שיתכן כי חובו טרם סולק, ומצד שני - אף אם נקבע מועד לפרעון החוב, הרי מועד זה כשלעצמו אינו יכול להספיק כדי לסיים את השעבוד, כי יתכן שהחוב לא ייתבע גם לכשיבוא המועד - ומתוך כך יש שהחוק משתדל לזרז את סיום האפותיקי על ידי הצעת דרכים מלאכותיות.

במדינת-ישראל, קבע קודם סע' 8 של חוק האפותיקאות כי "מלבד אם שטר המשכנתא (היינו: **האפותיקי**) כולל סעיף מפורש הקובע היפוכו של דבר, רשאי הממשכן לשלם את חוב המשכנתא עם תוספותיו לפני מועד הפרעון. היה בשטר המשכנתא תנאי על תשלום סכום מסוים בתור פיצויים במקרה כזה, יש לשלמו במלואו יחד עם הקרן לחשבון משרד ספרי האחוזה ולשמו באחד המוסדות המוכרים על-ידי הממשלה. לאחר מסירת הקבלה למשרד הנזכר יודיעו את הדבר לנושה ויבצעו את הפעולה הדרושה, דהיינו מחיקת המשכנתא מהספר". עתה, על פי סע' 88 של חוק המקרקעין, תשכ"ט, חל על האפותיקי סע' 13(ב) של חוק המשכון, תשכ"ז, הקובע כי "החייב וכל

---

[700] צז) שו"ע חו"מ סי' ק"ד סעי' י', ובאר הגולה שם, ס"ק ח', והשווה לסי' קי"א סע' ח - ודוק במקורות ובפירושים.

[701] צח) שו"ע חו"מ סי' ק"ד סע' ה' וו'.

אדם שזכותו עלולה להיפגע ממתן המשכון או ממימושו, רשאים לפדות את המשכון על ידי קיום החיוב לפני המועד לקיומו, ובלבד שבחיוב לתשלום כסף הנושא ריבית ישלמו לנושה גם את הריבית שהיתה מגיעה לו עד המועד לקיום החיוב או בעד ששה חדשים אחרי התשלום, הכל לפי התקופה הקצרה יותר; סעיף קטן זה לא יחול אם יש קביעה אחרת בהסכם המישכון ולא יחול על משכון שניתן להבטחת סדרה של איגרות חוב". סע' 89 מוסיף שאם הנושה מסרב לקבל את התשלום, יכול בעל המקרקעין להפקיד את התשלום אצל הרשם (ואף גם חלק בלבד מן החוב השלם) ולבקש הפקעה מתאימה של השעיבוד.

[[252]] **בצרפת** מוצאים אנו קודם-כל, שאם הועבר המקרקע ללוקח, הרי זה יכול "לטהר" את המקרקע - או לפדות את האפותיקי - בכל עת, ואף-על-פי שעדיין לא הגיע מועד הפרעון. אין יכול "לטהר" לוקח שיש עליו חוב אישי לכבד את החוזה עם הנושה[702]. "הטיהור" נעשה על-ידי כך שהלוקח מציע לנושים להסתלק משעבודם כנגד תשלום מחיר המקרקע לידם - ובמקרה שהלוקח הוא מקבל מתנה, כנגד תשלום ערכו האמיתי של המקרקע. עם הגשת ההצעה ניתנת לנושים הברירה לקבלה או להעמיד את המקרקע למכירה באכרזה, על מנת שהפדיון יתחלק ביניהם. אם הלוקח עצמו חוזר וקונה באכרזה, ונאלץ הוא לשלם מחיר גבוה ממה שהסכים עם המקנה, חוזר הוא וגובה את ההפרש מאת הלווה שחובו נערב (וזה מלבד כל תביעת אחריות שעשויה לעמוד לו כנגד המקנה). אם אדם אחר הוא הקונה באכרזה, נכנס הוא למפרע תחת הלוקח המקורי וחייב הוא להחזיר ללוקח את הוצאות-המיקח של הלה. אם הלוקח השביח בינתים את הנכס, גובה הוא את הוצאותיו מן הנושים[703].

דינים אלה מוסיפים אך אינם גורעים מן הדין הכללי החל בתחום החיובים, שהצד החייב אינו צריך דווקא לחכות עד שייתבע, אלא יכול הוא להשתחרר מחובו על-ידי פרעון נאות, אפילו בעל-כרחו של הנושה. סילוק החוב לנושה מסרב נעשה על-ידי נוהל מסוים, המסתיים בהשלשת התשלום ביד הרשות הקבועה לכך. אם נקבע מועד הפרעון, והמועד נקבע לטובת הנושה, אין פרעון מעושה אלא בתום המועד[704].

[[253]] **בגרמניה** אין דין "טיהור" על הדרך הצרפתית, אבל גם כאן יכול החייב להשתחרר אפילו בעל-כרחו של הנושה: "לא נקבע מועד לסילוק, ואף אין להסיק מועד כזה מתוך המסיבות, יכול הנושה לדרוש את הסילוק לאלתר, והחייב יכול לאלתר להגשימו. אם נקבע מועד, הרי במקרה של ספק יש להניח כי הנושה אינו יכול לדרוש את הסילוק לפני מועד זה, אבל החייב יכול להגשימו מן המועד ולפנים"[705]. דין זה מספיק באפותיקי סתם, ובתנאי שהמקרקע המשועבד יימצא ביד

---

[702] צט) נראה לומר כי הגבלה זו - כמו גם כל ההגבלה של זכות "הטיהור" ללקוחות בלבד - אין בה הרבה מן הממש, שהרי אם ירצה בעל-הבית מאוד, הריהו יוכל להשתמש תמיד בלוקה מדומה.

[703] ק) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 633 ואילך.

[704] קא) שם, עמ' 239, ור' סע' 1258, סי' 4, בספר החוקים האזרחי.

[705] קב) בג"ב, סע' 271.

החייב. באפותיקי מפורש, או במקרה שהמקרקע נמצא ביד מי שאיננו חייב בעצמו, אין דין זה מספיק, ולכן קובע סע' 1242 של הבג"ב כי במקרה שהחייב רשאי לפרוע את החוב הנערב או שהאפותיקי נעשתה בת-מימוש נגד בעל-הבית, הרי זה רשאי לפדותה על-ידי סילוק תביעת הנושה למעשה, על-ידי השלשת הסכום הנערב[706] או על-ידי זקיפתו כנגד חוב של הנושה לבעל-הבית. אם זהותו של הנושה אינה ידועה, יכול בעל-הבית לפנות בקריאה בדרך משפטית, שהנושה יבוא ויקבל את כספו, ואם אין הוא מופיע - משלשים את הסכום לזכותו למשך שלשים שנה ומעבירים את האפותיקי ממנו[707].

חוץ מזה שייך לענייננו סע' 117 של חוק המבוא לבג"ב. על-פי סעיף זה רשאיות "המדינות" לאסור בתחומיהן אפותיקאות שלא תהיינה נתונות לפדיון תוך זמנן או שזכות הפדיון של בעל-הבית תוגבל בהן באופן זמני[708].

[[254]] **בשווייצריה** קובע סע' 827 כי "בעל-הבית שאינו חייב באופן אישי בחוב האפותיקאי יכול לשחרר את מקרקעו באותם התנאים הנתונים לחייב כדי לסיים את החוב". זכות "טיהור" על הדרך הצרפתית אינה נתונה בשווייצריה כלה, אבל מוסדרת היא בצג"ב בשביל הקנטונים הבוחרים לתיתה (סע' 830-828). תנאי לזכות זו הוא שהשעבודים יהיו מוטלים לסכום גבוה יותר מערך המקרקע המשועבד. למקרה שהנושה נעדר או שזהותו אינה ידועה מאפשר סע' 823 למנות לו נאמן.

בדיני ישראל לעולם ניתן החוב להיפרע אפילו תוך זמנו, ואפילו בעל-כרחו של הנושה, ובלבד שלא יגיע לנושה, עקב הסילוק המוקדם, שום הפסד הברור מלכתחילה. משהגיע זמן הפרעון, ניתן הסילוק להיכפות אף-על-פי שכרוך הוא בהפסד ברור. יש אומרים שתוך הזמן ניתן הסילוק להיכפות אפילו שלא בבת אחת, כי אם לשיעורין, אבל נראה שדעה זו נדחית. מסרב הנושה לקבל את הפרעון אף-על-פי שהוא חייב לקבלו, מוסב הפרעון על-ידי השלשת הסכום המגיע ביד בית-הדין[709]. במקרה שזמן הפרעון לא נקבע, נראה שמבחינת הצד החייב, זמן הפרעון הוא בכל עת, אבל הנושה - מצידו - אינו יכול לתבוע אלא כעבור זמן מתאים אחר הולדת החוב. הזמן המתאים שבסתם הוא ל' יום[710]. מסתבר שפדיון האפותיקי יכול להתבצע גם על-ידי בעל-הבית שאינו חייב

---

[706] קג) שם, סע' 372 ואילך.

[707] קד) שם, סע' 1171.

[708] קה) אותו הסעיף מאפשר גם למדינות להגביל את גובה ערכן של האפותיקאות המותרות. הוראה קרובה לזה ישנה בסע' 1 של חוק האפותיקי העותמני, הרומז לחוסר האפשרות לשעבד את המקרקע באפותיקי מדרגה נמוכה, לסכום העולה על עודף-הערך הנשאר במקרקע אחר האפותיקאות הקודמות. קשה לראות בהוראות אלו טעם של ממש.

[709] קו) שו"ע חו"מ סי' ע"ד סע' ב' וד', וש"ך שם.

[710] קז) שם, סי' ע"ג סע' א', ובאר-היטב ס"ק ב', וסי' ע"ח סע' ח' וקצוה"ח שם, ס"ק ה', ושלא כמשה"כ חידושים על סי' ע"ד ס"ק ט'.

בעצמו, אבל אם נעשה הפדיון שלא מתוך הכרח למנוע טירפה (כפי שנראה להלן) מסתבר שזכותו של בעל-הבית לחזור ולהיפרע מן החייב תישאר תלויה בדיני הפורע את חוב חברו[711]. [[255]]

16. סיום האפותיקי בהכרח

א. הפקעת הנכס לצרכי ציבור

אחר שראינו את האפשרויות לסיים את האפותיקי לפי רצון החייב או בעל-הבית, נראה את האפשרויות לסיומה בדרכים של הכרח - שלא ברצון החייב או בעל-הבית וגם שלא ברצון הנושה אשר יבוא לגבות את זכותו.

הראשונה מן האפשרויות האלו היא האפשרות שהנכס המשועבד יופקע לצרכי ציבור. **בצרפת**, הדין הוא במקרה כזה שהאפותיקי מסתיימת, ולנושה יש זכות להיפרע מתוך דמי הפיצויים. יש לו גם מעמד בדיון על גובה הפיצויים המגיעים[712].

במדינת-ישראל, כיום, נראה שהדין איננו כך: בסתם אין האפותיקי מסתיימת על-ידי הפקעה, כשם [ש]אין מסתיימים שעבודים אחדים, ואם הרשות רוצה להיפטר מן האפותיקי צריכה היא להפקיעה במיוחד - ואז מגיעים לנושים פיצויים מיוחדים.

סבורני שגישה זו מתאימה גם להגיון של דיני ישראל.

ב. הוצאת פסקי-דין לפועל

בצרפת ובגרמניה מסתיימת האפותיקי בהכרח גם-כן אם מגיע הנכס למכירה באכרזה בדרך-כפייה - ואז, אף-על-פי שהנושה איננו בין תובעי המכירה, מכל-מקום נשמר לו חלקו בפדיון, לפי דרגתו בשעבוד[713]. נראה שהוא הדין **במדינת-ישראל** כיום, על-פי סע' 40 של חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז. **בדיני ישראל**, לעומת זאת, אין המכירה על-ידי בית-הדין גוררת בהכרח את סיום האפותיקי, ובעל-חוב מאוחר הבא להיפרע - אפשר להגבות לו את הנכס בכפוף לשעבודו של בעל-חוב קודם[714]. אולם, יש להדגיש כי הדברים אמורים דווקא **בבעל-חוב מאוחר**, הבא להיפרע לפני המוקדם. אם תובע המכירה הוא בעל-חוב **מוקדם**, או בעל-חוב שיש לו שעבוד [[256]] בדרגה אחת עם נושים אחרים, אי-אפשר כמובן לממש את ערכו של הנכס, כפי שהוא ראוי לנושה המוקדם, תוך שהנושה המוקדם ייפרע ודרגת הנושים האחרים תתקדם ותעלה למקומו - ומשמע כי במקרה כזה חייבות גם האפותיקאות האחרות להסתיים[715].

---

[711] קח) ר' עה"ש חו"מ סי' (קנ"ח) [קכ"ח] סע' א'. לפי זה יכול האיש לחזור ולהיפרע רק אם הציל את חברו מהפסד ודאי.

[712] קט) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 636.

[713] קי) שם, שם; **וולף-רייזר**, עמ' 583.

[714] קיא) שו"ע חו"מ סי' ק"ד סע' א', הגה.

[715] קיב) שם, שם, סע' ה' וט' ועה"ש, שם, סע' ח'.

נראה לי כי האפשרות הניתנת בדין העברי להגבות לנושה (המאוחר) מנכס הנשאר משועבד יכולה להיות חשובה: כגון שהנכס כשלעצמו אין בו אלא כדי לכסות את חובו של הנושה המוקדם, אבל מועד פרעונו של הנושה המוקדם הוא רק כעבור 10 שנים, ובינתיים מוכנים אנשים לקבל את הנכס בשעבודו ולשלם בעדו את ערכו לפירות ל-10 השנים.

ג. התישנות

בצרפת עשויה האפותיקי גם **להתישן** בכמה אופנים. קודם כל, האפותיקי הרשומה מתישנת על-ידי אי-חידוש הרישום במשך עשר שנים. אולם, התישנות זו איננה מוחלטת: היא פוגעת בעצם רק ברישום, אבל לא באפותיקי גופא, וכל זמן שנשאר המקרקע המשועבד ביד החייב אפשר לרשום את האפותיקי מחדש, ולו גם בדרגה מאוחרת[716]. שנית, מתישנת האפותיקי באופן מוחלט משהתישנה התביעה הנערבת על-ידיה[717]. ושלישית, מתישנת היא אם בעל-הבית אינו מי שבעצמו עשה את הנכס אפותיקי, והחזקתו נמשכת 30 שנה אחר מועד הפרעון תוך ידיעה על האפותיקי, או שנמשכת היא בין 10 ל-20 שנה אחר מועד הפרעון, על-פי שטר-קניין ובתום-לב, ובלא ידיעה על האפותיקי[718].

בגרמניה קובע סע' 223 לבג"ב כי התיישנות התביעה הנערבת באפותיקי אינה מונעת את מימוש האפותיקי (אם כי התביעה האישית לתשלום החוב אמנם נשארת חסומה). על-פי סע' 901 מתישנת האפותיקי, ככל שעבוד אחר, אם נשארה [[257]] מחוקה בספרי האחוזה שלא כדין עד שמתישנת התביעה לתיקון הרישום. חוץ מזה שייך לכאן הדין שלהלן: אם עברו 10 שנים מאז הרישום האחרון שהוכנס לגבי האפותיקי או מאז שעבר מועד הפרעון הקבוע, ותוך אותו הזמן לא עשה בעל-הבית מעשה של הכרה בזכות הנושה, יכול בעל-הבית לפנות בקריאה בדרך משפטית לכל מי שרואה זכות לעצמו באותה האפותיקי, שיבוא ויגלה את זכותו; ואם שום זכות אינה מתגלה לאדם מסוים, מועברת האפותיקי מאת הנושה - בלי שתיפגע אמנם התביעה האישית הנערבת על-ידיה[719].

בשוייצריה קובע סע' 807 של הצג"ב כי התביעה הנערבת באפותיקי אינה מתישנת. מחיקת האפותיקי כנגד נושה נעלם תיתכן בשוייצריה רק במקרה של schuldbrief (סע' 871[720]).

במדינת-ישראל קובע סע' 20 של חוק ההתישנות, תשי"ח, כי "נושה שיש לו על חובו ערבון, משכנתא, משכון או שעבוד כיוצא באלה, אין בהתישנות כדי לפגוע בזכותו להיפרע מן השעבוד",

---

[716] קיג) **קולין וקפיטן**, ב' עמ' 603, 655.

[717] קיד) שם, עמ' 659.

[718] קטו) שם, עמ' 660, 662.

[719] קטז) **וולף-רייזר**, עמ' 597.

[720] [הערת עורך: סעיף זה בוטל בינתיים].

ומשמע כי הדין הוא כמו על-פי סע' 223 של הבג"ב הגרמני. הדין הגרמני, מצידו, מבוסס על הדוגמטיקה המופשטת שתביעות מתישנות ואילו שעבודים רשומים אינם מתישנים, ואינני רואה לו שום טעם או הצדקה עניינית.

בדיני ישראל אין התביעה והשעבוד מתישנים, אולם, נושה הבא בשטר ישן - צריך הדיין לחקור אם אין בו דין מרומה, ועם החרפת המסיבות המריעות עשוי כוח-הראייה שבשטר להתבטל לחלוטין[721]. כמו כן ראוי לציין בקשר להתישנות את דין **השמיטה**. ההלכה היא כי אפילו חוב הנערב [[258]] באחריות נכסים (במוחזק) **נשמט**, ואף אחריות הנכסים נשמטת עמו. במקרה שאחריות הנכסים אינה רק כללית, כי אם גם מיוחדת - או רק מיוחדת - יש להבחין: אם האחריות היא במשכון, שהנושה תפוס בו עד לתשלום, מתקיים השעבוד אפילו בשמיטה, והחוב מתקיים עמו; אם האחריות היא במשכנתא, שהנושה אוכל את פירותיה ונפרע מתוכם, ושאין לחייב רשות לפדותה משום קניין-הפירות של הנושה - גם-כן מתקיים השעבוד אפילו בשמיטה, והחוב מתקיים עמו; אם האחריות היא במשכנתא, שאמנם נפרע הנושה מתוך פירותיה, אבל שיש לחייב רשות לפדותה - נמצא שקניין-הפירות של הנושה איננו מוחלט, ומכריע צד-החוב שבעסק, - החוב נשמט אפוא והשעבוד נשמט עמו; אם האחריות היא באפותיקי, ואפילו באפותיקי מפורש - גם-כן נמצא שמצד אחד אין לנושה תפיסה ממשית ומוחלטת בנכס, להבדיל ממשכון, ומצד שני ניתן השעבוד לפדיון בכל עת - ונראה לע"ד (בהסתמך גם על המהלך הפשוט של הסוגיות בגמרא) כי יש להכריע כרשב"א, ולא כרמב"ם, שהחוב (או הסכום הנערב) נשמט, והשעבוד נשמט עמו[722].

17. חידוש השטר

מן הבעיות של סיום האפותיקי ברצון החייב או בעל-הבית, או שלא בטובת הצדדים, מובילה לכאורה הדרך במישרין אל הבעיות של סיום האפותיקי על-ידי מימושה ברצון הנושה; אולם, לפני שנעבור לבעיות אלו ראוי לנו עוד לדון בבעיית-ביניים אחת, והיינו: מה יהא על האפותיקי כששטר-האפותיקי - אשר כל-כך הרבה תלוי בו - אבד?

בגרמניה ניתנת האפשרות להכריז על השטר האבוד כבטל ולהוציא במקומו שטר אחר. לשם כך פונה הנפגע לבית-המשפט ומוכיח את זכותו ואת אבדן השטר. בית-המשפט מפרסם קריאה, שאם לא תוגש התנגדות ולא [[259]] יובא השטר תוך תקופה מסוימת (שלא תהיה קצרה יותר משישה שבועות), יוכרז על השטר כבטל - וכך נעשה, אם התנאי מתקיים. לאחר מכן זכאי בעל השטר לקבל שטר חדש. בשטר זה רושמים את כל ההערות שהיו רשומות בשטר הישן, ואת דבר הוצאת

---

[721] קיז) שו"ע חו"מ סי' צ"ח סע' א'; סי' קי"א סע' י"ד ו-ט"ז; סי' ס"א סע' ט', והגה שם, ופתחי-תשובה, שם, ס"ק ה', ועה"ש שם סע' ח'. ור' גם בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע' ד', בסמיכות להערה ס"ב.

[722] קיח) גטין ל"ז א' ובבא מציעא ס"ז ב', ור' בית-יוסף על חו"מ סי' ס"ז סע' א'.

השטר החדש רושמים בספרי האחוזה. כל זמן ששטר בעל תוקף נמצא במחזור, אין תוקף לשום העתק שהוצא אחריו[723].

בשוייצריה הדין הוא דומה. אם מועד הפרעון כבר הגיע, אין הנושה צריך דווקא לבקש הוצאת שטר חדש, אלא יכול לממש את זכותו האפותיקאית על סמך עצם הכרזת הביטול לגבי השטר האבוד. הזמן להגשת ההתנגדות הוא שנה. תביעה להצהרה על בטלות השטר ניתנת גם לחייב שפרע את השטר ואשר השטר אבד מידו[724].

באיטליה קובע סע' 2006 של ספר החוקים האזרחי כי באין דין מיוחד, אין **שטר למוכ"ז** שאבד ניתן לביטול. אולם, מי שמוכיח את זכותו ואת אבדן השטר זכאי להיפרע לאחר שהשטר התישן - בתנאי שהחייב עדיין לא פרע לאחר בתום-לב. הדברים אמורים דווקא בשטר **שאבד**, במובן המדויק של המלה: אם מוכח שהשטר **נשמד**, זכאי בעליו לקבל העתק (סע' 2007). לעומת זאת, **שטר שמני או שטר להסבה** שאבדו (או נשמדו) - אפשר לדרוש את ביטולם על-ידי בית-המשפט, אחר שבעליהם מוכיח את זכותו ואת אבדן השטר. להחלטה החיובית של בית-המשפט ניתן פרסום בעתון הרשמי, ואם תוך שלשים יום אין מוגשת התנגדות נעשה הדורש זכאי להיפרע לפי תוכן השטר האבוד (סע' 2016, 2020, 2027). סע' 2005 קובע כי המחזיק בשטר שבלה ושאינו עוד עובר לסוחר, אבל שתוכנו עוד ברור, זכאי לקבל העתק, אם יחזיר את השטר שבלה.

במדינת-ישראל אין הוראה מיוחדת לעניין שטר-אפותיקי, אבל יש הוראה כללית בסע' 82 של חוק הפרוצדורה העותמני כי "בתביעות שנעשה בהן [[260]] שטר ונאבד מבלי צפיית הנושה" ניתן להוכיח את התביעה בדרכי העדות הרגילות, אף אם השטר באותה תביעה הוא חובה; ובע"ק 2/35 (פל"ר ב', עמ' 417) נפסק כי דין זה חל גם בשטר-אפותיקי. כדאי גם להזכיר את ההוראה שישנה בתחומנו לגבי שטרי-חליפין. הסע' 69 ו-70 של פקודת השטרות קובעים כי "שטר שאבד לפני שעבר זמנו, יכול האדם שהיה אוחזו לבקש את המושך שיתן לו שטר אחר ככתבו, אגב מתן ערובה למושך אם ידרוש זאת, לשפותו כלפי כל אדם (to indemnify him against all persons) במקרה שיימצא השטר שאבד לפי דבריו; מושך שנתבקש כאמור וסירב לתן כפל השטר, אפשר לכוף אותו שיתן. בכל תלונה או הליך על פי שטר, יכול בית המשפט או שופט לצוות שאיבוד השטר לא ישמש טענה, ובלבד שניתן שיפוי, להנחת דעתו של בית המשפט או השופט, כלפי תביעותיו של כל אדם אחר על פי השטר הנידון".

בדיני ישראל אין כותבים העתק של שטר-חוב, אלא אם נמצאת סיבה כאמור להלן. ראשית, כותבים העתק **לשטר שבלה**, ולשם כך - אם תוכן השטר עדיין ברור מתוכו - מספיק שהשטר יוצג בבית-הדין ותתקיים חתימת העדים: בשטר החדש מקיים בית-הדין את התוכן ואת החתימה, אחר-כך קורעים את השטר הישן וכותבים בשטר החדש שאמנם כך נעשה. אם השטר **נמחק**,

---

[723] קיט) **וולף-רייזר**, עמ' 591.

[724] קכ) צג"ב, סע' 870.

כמובן נחוץ להוכיח גם-כן את תוכנו, ועל-כל-פנים צריך עוד בעל השטר להוכיח כי המחיקה נגרמה באונס, או שמכל-מקום השטר לא נפרע: אם אין הוא מוכיח אחד מאלה, חזקה היא כי נגרמה המחיקה מתוך הזנחה, וחזקה היא שאין אדם מזניח שטר אלא-אם-כן הוא פרוע. חוץ מעניין הפרעון, נראה שכל העדויות הנחוצות לשם קבלת ההעתק יכולות להתקבל גם שלא בפני החייב (ואין חוששים לעדי שקר, כדי שלא להפסיד למלווה שלא פשע). אם מוכח כי השטר **נשמד**, הדין הוא כמו בנמחק (לבד מעניין קריעה), וכותבים בהעתק כי הוצא משום הישמדות השטר המקורי. אם מוכח כי **השטר אבד, אבל אין מוכח כי נשמד**, הדין הוא כמו בנשמד, אבל מודיעים את דבר הוצאת ההעתק לחייב, כדי שידע שלא לפרוע כנגד קריעת השטר המקורי לפניו, בלא שובר; ואם מוכח כי [[261]] אבד השטר בידו של שליש, אין מוכרחים אפילו להודיע לחייב, אלא די להודיע לשליש כי במקרה שימצא את השטר לא יחזירנו. דין זה חל מסתמא אפילו בשטר למוכ״ז, אלא שיש מקום להסיק כי בשטר למוכ״ז יכריזו ברבים כי השטר המקורי מבוטל. **אם השטר אבד, ואין מוכח שאבד** (היינו, אין מוכח כי הטוען הוא בעל השטר), יש להבחין בין שטר שמני לבין שטר העובר לסוחר. **בשטר שמני**, די שיוכח כי הטוען היה בעל השטר בזמן מן הזמנים וכי עדיין השטר לא נפרע, ואז יהיה הטוען זכאי להיפרע, שהרי מכל-מקום נשאר בידו הכוח למחול את החוב באופן המועיל גם נגד לקוחותיו. אם, לעומת זאת, **השטר עובר לסוחר**, נראה שיש להכריע בדבר על-פי אחת מן השיטות האלו: לפי שיטה אחת, אם יוכיח הטוען כי היה בעל השטר בזמן מן הזמנים וכי עדיין השטר לא נפרע, הרי זה יהיה זכאי להיפרע - בבוא המועד - כנגד ערובות למקרה שיוצא השטר המקורי, ושום העתק לא יוצא בינתיים; לפי השיטה השנייה יכריז בית-הדין כי השטר המקורי יתבטל אם לא יוצג תוך חודש ימים, ולכשיתבטל השטר יהיה הטוען זכאי לקבל כתב על כך, שבו יוכל להיפרע לאלתר, אם כבר בא המועד, או שיינתן לו העתק, כתחליף לשטר המקורי. נדמה לי כי ההכרעה נוטה יותר לצד השיטה השנייה, ואחד הטעמים לכך הוא שהשיטה הראשונה נוחה לנושים עשירים וקשה לנושים עניים, שאין להם ערבות[725].

בעל שטר היוצא לדרך וחושש לאבדו (או שחושש לאכרזת ביטול שתצא בהעדרו) יכול להפקיד את השטר בבית-הדין[726].

17א. מימוש האפותיקי

במדינת-ישראל קבע קודם סע׳ 9 של חוק האפותיקאות ש״אם לא נפרע החוב בזמן פרעונו, או בזמן שהחוב נעשה בר-פרעון בהתאם לתנאים של שטר המשכנתא (שטר האפותיקי), תמכור לשכת ההוצאה לפועל[727] את הרכוש הממושכן בהתאם להוראות [[262]] הסעיף הבא - בלי כל צורך לקבלת פסק-דין של בית משפט - על-פי דרישת הנושה או יורשיו, או על-פי דרישת אחד הנושים

---

[725] קכא) שו״ע חו״מ סי׳ מ״א, ופתחי-תשובה על חו״מ סי׳ נ״ד ס״ק א׳.

[726] קכב) שו״ע חו״מ סי׳ מ״א סע׳ ג׳.

[727] קכג) כך למעשה ראוי היה לתקן על-פי סע׳ 14 לפקודת העברת קרקעות, ואף אחר ביטולו של זה - על פי סע׳ 81 של חוק ההוצאה לפועל, תשכ״ז.

בעלי דרגות אחרות, אם לא דרש הנושה בעל הדרגה הראשונה..." משמעותן המדויקת של המלים האחרונות לא הוחוורה לי: אם הכוונה היא שנושה מאוחר יכול לתבוע מימוש כשלא נפרע חוב קודם - ואף-על-פי שמועד החוב המאוחר טרם יגיע - או שמא הכוונה היא שיכול נושה מאוחר לתבוע מימוש כשבא מועדו, ואף-על-פי שיש שם נושה קודם, אשר מועדו שלו עוד לא בא.

הסעיף הבא - הוא סע' 10 - קבע שעם הגשת הבקשה למכירת רכוש, בהתאם לאמור בסעיף הקודם, על "לשכת ההוצאה לפועל[728] להתרות בממשכן.... כי עליו לפרוע את החוב במשך שבוע אחד.... אם לא יסולק החוב במשך זמן זה, יוצא הרכוש למכירה פומבית; תחילה למשך ארבעים וחמישה יום כרגיל, ואחר-כך למשך עוד חמישה-עשר יום, שבהם לא תתקבל כל הצעה שאין בה הוספה של שלשה אחוזים לפחות..."[729].

סע' 11 דרש כי "מקבלי המשכנתאות יגישו חשבון המפרט את תביעותיהם, ואלה יאומתו על-ידי בית-המשפט; ולאחר ניכוי הוצאות המשפט ושאר ההוצאות יחולק כסף המקנה לפי זכויות הצדדים על פי צו בית-המשפט, שניתן בלשכת השופטים. סכומים המגיעים למקבלי המשכנתאות שאינם תובעים את פרעונם יופקדו לזכותם בבנק מוסמך. אם אין המחיר מספיק לשלם בו את כל החוב, יכול מקבל המשכנתא לתבוע מהממשכן את החסר". אולם, "אין עודף החוב שלא נגבה לאחר מכירת הרכוש הממושכן דומה לחוב המובטח על-ידי שטר נוטריוני, שאפשר למסרו למשרד הוצל"פ בלי פס"ד. אם הנכס הממושכן אינו מספיק לסילוק כל החוב, אפשר לתבוע את החסר לפי תביעה מיוחדת בביה"מ..."[730]. סע' 14(1)(ב') של פקודת העברת קרקעות נתן סמכות [[263]] לנשיא בית המשפט המחוזי "לצוות לדחות את המכירה אם נתברר לו כי יש לו לחייב סיכויים הוגנים לפרוע את החוב, אם ינתן לו זמן, או כי בשים-לב לכל מסיבות העניין ובכללן גם לצרכי הנושה, תגרום מכירת הנכסים של החייב סבל שלא לצורך". על-פי סעיף קטן אחד באותו סעיף היתה לנשיא בית המשפט המחוזי סמכות למנות מקבל נכסים לגבי המקרקע המשועבד, בכל עת שהיא, בין לפני מתן צו המכירה ובין לאחר מכן; התנאי למינוי היה שהנשיא ימצא את הדבר "לצודק ולמתאים".

כיום, לפי סע' 90 של חוק המקרקעין, תשכ"ט, וסע' 18 של חוק המשכון, תשכ"ז, באו במקום הוראות אלו סע' 37-39 של חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז, שלפיהם, אם אין מושגת הצעת קנייה במחיר שאינו ירוד, ניתנת האפשרות לממש את האפותיקי על ידי העברת המקרקע לנושה או ניצולו באופן אחר לשם סילוק החוב. כמו כן, יש כאן מגמה למנוע את מימוש האפותיקי באופן שימנע מבעל הבית (או, ביתר דיוק, מן **החייב**) את מקום מגוריו או את מקור הכנסתו החקלאית -

---

[728] קכג) ר' לעיל.

[729] קכד) דינים אלה היו נבדלים מדיני המכירה הפומבית לפי חוק ההוצאה לפועל העותמנית רק בזה, שלפי חוק ההוצאה לפועל היתה תוספת המיזער באכרזה השנייה 5%, ואחר תום האכרזה נתנו עוד לחייב זמן נוסף של 3 ימים כדי לשלם את החוב (סע' 106, 107).

[730] קכה) **בן-שמש** עמ' 219.

לפחות כשהאפותיקי נרשמה לאחר תחילת החוק החדש ולא הותנה בה אחרת. סע' 40 קובע שעם מכירת המקרקע מתבטלים בו כל שעבודי אחריות הנכסים, אבל לפי זכויות אחרות שהיו עדיפות לאפותיקי אשר על פיה נמכר. המימוש מתבצע לפי צו בית המשפט או צו ראש ההוצאה לפועל, ואפשר לסטות מהוראות החוק אם נמצא הדבר יעיל וצודק.

מלבד החוקים המפורטים האלה יש לציין כאן את שתי ההלכות הבאות, הנובעות מן הפסיקה. האחת היא שאין תוקף להסכם בין החייב והנושה, שהחייב לא יהא רשאי למנוע את מימוש האפותיקי על ידי הצעת תשלום[731]. השנייה היא שאם במהלך המימוש מתעורר סכסוך בין הצדדים בעניין של עובדה או של חוק, ונראה לנשיא בית המשפט המחוזי (כיו"ר ההוצאה-לפועל) כי יש בסכסוך דבר של ממש, מעכב הוא את פעולות המימוש ומפנה את הצדדים לבית המשפט המוסמך[732].

בצרפת יש להבחין בין המקרה שהנכס המשועבד נמצא ביד החייב לבין המקרה שנמצא הוא ביד בעל-בית שאינו חייב. במקרה הראשון שולחים לחייב "תביעת תשלום" ורושמים אותה בספרי האחוזה. משעת הרישום ניטלת מן החייב כמעט כל רשות חיובית בנכס, הפירות נתפסים באפותיקי והנושים יכולים גם לדרוש כי יורד נאמן. אם החוב אינו משתלם, נמכר הנכס במכירה פומבית, ואת המחיר מחלקים בין הנושים לפי דרגותיהם (ואף אם לא השתתפו בתביעה). נושה שהמחיר אינו מספיק לסילוק חובו רשאי לפנות אל נכסי החייב שלא נכללו באפותיקי, אך אין נושה רשאי לפנות אל הנכסים האלה כל זמן שלא אוכזב באפותיקי[733].

[[264]] ביחס לנכסים שאינם נכללים באפותיקי אין לנושה שום דין קדימה כנגד נושים אחרים, ואף אם חובו מבוטח באפותיקי שאינה מספיקה. הסכם שהנושה יהיה באופן אוטומטי לבעל הנכס המשועבד, במקרה שלא ישולם החוב בלא מכירה פומבית, הריהו בטל; והוא הדין אפילו בהסכם שאמנם תתקיים מכירה פומבית, אלא שזו תהיה פרטית, ולא תתנהל בדרך התפיסה הרשמית. את ההוראה השנייה מאלו מפרשים בתי-המשפט באופן מצמצם ומכירים הם בהסכם שמימוש האפותיקי לא יתנהל בדרך התפיסה הרשמית, אלא שהנושה יהא זכאי למכור את הנכס באופן פרטי, **בלא מכירה פומבית**, או שיהיה זכאי לקנותו בעצמו במחיר שיקבע על ידי מומחים. עם הירידה לנכס המשועבד, מודיעים לנושים האחרים שיש להם שעבוד באותו הנכס, וניתן להם

---

[731] קכו) **וינוגרד**, ב', קובץ "קרקעות", מס' 851.

[732] קכז) **דוכן**, עמ' 238.

[733] קכח) על זה מעירים **פלניול וריפר**: "הוראה זו, הלקוחה מן המשפט הרומי, פגומה במה שהיא מעמידה את הנושה האפותיקאי במצב גרוע ביחס לנושים הרגילים. דימו להצדיק הוראה זו בטענה שהנושה עצמו הגביל את זכות ירידתו לנכסים על-ידי האפותיקי המיוחדת; היה הרבה יותר הגיוני להודות כי הנושה שלקח לעצמו אפותיקי לא רצה לותר על יתרונו בדין הכללי".

זמן להשמיע את דברם. את דבר ההודעה רושמים בספרי האחוזה, ומשעת הרישום שוב אין הנושה-התובע יכול לחזור בו מתפיסת הנכס בלא הסכמת הנושים האחרים[734].

במקרה שהנכס נמצא ביד בעל-בית שאיננו אחראי באופן אישי, צריך הנושה לשלוח "תביעת תשלום" לחייב ולפנות אל בעל הבית בקריאה לשלם או "לעזוב את המקרקע". עקב חוסר-התאמה בהתפתחות החקיקה אי-אפשר במקרה הנידון לרשום את "תביעת התשלום" בספרי האחוזה מיד, אלא רק כעבור שלשים יום ממשלוח התביעה לחייב והקריאה לבעל-הבית; משעת הרישום (ואחר הקריאה) חלות גם כאן התוצאות שסקרנו לעיל. ההצעה "לעזוב את המקרקע" מאפשרת לבעל-הבית להימנע מן הבושה שבירידה לנכסיו, במקרה שאין בכוונתו לסלק את הנושה במזומנים. אם הוא בוחר בברירה זו ממנים נאמן, והירידה אל הנכס מתנהלת כנגד הנאמן; אך הבעלות בנכס נשארת בינתיים בעינה, ו"העזיבה" מתיחסת רק להחזקה. אם בעל-הבית בוחר לשלם, צריך הוא לשלם את כל החובות האפותיקאיים המוטלים על המקרקע, ואין די לשלם לתובע לבדו. אולם, יש לבעל-הבית גם ברירות אחרות, והיינו לפנות לדרך "הטיהור", שהזכרנו לעיל, או לשלם את החובות האפותיקאיים [[265]] רק בגדר המחיר ששילם בעד המקרקע[735]. **פלניונל וריפר** מציינים כי בעל-הבית שאינו חייב יכול היה לפנים להיפטר על-ידי כמה טענות שכיום שוב אינן עומדות לו. טענה אחת היתה, שכאשר זכה בעל-הבית במקרקע היתה לו עצמו אפותיקי קודמת בדרגתה לאפותיקאות שנותרו; טענה אחרת היתה, שלנושה היו ערובות נוספות כנגד החייב, שהיו עוברות עתה אל בעלי הבית, ואילו הנושה ביטל אותן ערובות: טענה זו נשללה רק מבעל-הבית-לוקח, אבל בעל-בית שהוא עצמו שעבד את המקרקע לחוב של רעהו יכול עדיין להסתמך על הטענה הזאת[736].

בגרמניה מדגישים את ההבדל בין התביעה לתשלום החוב הנערב, אשר לעולם אפשר לעמוד עליה בדרכים הרגילות, בנפרד מן האפותיקי, לבין הירידה לנכס המשועבד לשם מימוש האפותיקי. מנקודת-הראות של הירידה לנכס לשם מימוש האפותיקי, אין בכלל תביעה לתשלום, כי אם רק זכות למכור את הנכס ולהיפרע מן המחיר, במקרה שהתשלום אינו נפרע מרצון; ומבחינה זו, התשלום אינו אפוא **חובה** כי אם **זכות**. תפיסה זו חלה אפילו במקרה שאין לנושה מסמך אכיף, והוא צריך תחילה לפנות לבית-המשפט כדי לקבל נגד בעל-הבית פסק-דין, שיאפשר לו להפעיל את רשויות ההוצאה-לפועל לשם מימוש האפותיקי. פירושו של דבר **למעשה** הוא, שהנושה כלל **אינו צריך** לתבוע תשלום, אלא מיד, לכשאין הוא נפרע במועד, ואף-על-פי שלא תבע פרעון, זכאי הוא לרדת לנכס. אם המועד תלוי בהודעה מצד הנושה, שכבר הוא רוצה להיפרע, צריכה ההודעה להינתן דווקא לבעל-הבית, ואף-על-פי שהחובה האישית, הנערבת על-ידי האפותיקי, מוטלת על אדם אחר. אולם, בכל ענייני מימוש האפותיקי רשאי הנושה לראות את האדם הרשום כבעל-

---

[734] קכט) **פלניול וריפר**, י"ג, עמ' 104 ואילך.

[735] קל) במקרה כזה אמנם אין מתבטלות האפותיקאות של הנושים שאינם נפרעים, אבל כאשר אלה באים לממש את שעבודיהם יש לבעל-הבית הזכות לגבות מן המחיר את מה ששילם לנושים הקודמים.

[736] קלא) **פלניול וריפר**, י"ג, עמ' 470 ואילך.

הבית בספרי האחוזה [[266]] כמי שהוא בעל-הבית באמת, ואף אם למעשה האיש הוא גזלן, ואפילו גזלן מפורסם. עם זאת, מימוש האפותיקי כנגד גזלן הרשום כבעל-בית אינו פוגע בזכותו של בעל-הבית האמיתי לבוא ולטעון טענותיו אפילו בדיעבד. בעל הבית יכול לטעון נגד הירידה לאפותיקי כל מה שיכול היה לטעון החייב, לו נתבע באופן אישי לשלם את הסכום - חוץ מטענת התישנות וטענה מסוימת בדיני ירושה. אם יש שם חייב, והוא מחל על טענה מטענותיו, אין המחילה מועילה נגד בעל-הבית (במקרה שבעל-הבית הוא אדם אחר). זכות הפרעון, כדי למנוע את מימוש האפותיקי, נתונה לא רק לבעל-הבית ולחייב עצמו, אלא גם לכל מי שעל-ידי המימוש נשקפת לו הסכנה של איבוד זכות במקרקע.

משהוכרה לנושה הזכות לרדת לנכס, ניתנת לו הברירה לפנות למכירה פומבית או למינוי נאמן להנהלתו של הנכס, או לשני האמצעים כאחד. משעת הירידה לשם מכירה פומבית נמנעת מבעל-הבית הרשות להקנות את הנכס לאחרים באופן שיהיה להקנאה תוקף כנגד הנושה. הסכם בין הנושה לבעל-הבית, שהנושה לא יוכל לרדת לנכס בדרך הרשמית - וכגון שיזכה במקרקע באופן אוטומטי או שיוכל למכרו באופן פרטי - אין לו תוקף. במידה שהנושה נפרע על-ידי ירידתו אל הנכס, מסתלקת התביעה הנערבת על-ידי האפותיקי, אבל במידה שאין הוא נפרע - זכאי הוא להוסיף ולתבוע מן החייב. לגבי המכירה הפומבית יש הוראות הבאות להקשות את מכירת המקרקע במחיר שלא יגיע כדי 7/10 מערכו. אם הנושה עצמו הוא הזוכה במקרקע במכירה הפומבית במחיר נמוך מזה, ואין הוא נפרע במלוא תביעתו אין לו שיור של תביעה נגד החייב אלא על-פי הנחה שאמנם הושגו 7/10 מערך הנכס במכירה הפומבית[737].

בדיני ישראל, באפותיקי סתם, אין האפותיקי נפרדת מן התביעה האישית אפילו בשעת המימוש. משבא הנושה, ושטר-אפותיקי מקוים בידו, מצווים על החייב לשלם את החוב. אם טוען החייב שיש לו ראיות לסתור, ונראה לבית-הדין כי יש ממש בדבריו, נותנים לו זמן לברר את הטענות; אם נראה כי [[267]] אין ממש בדברים, מצווים על האיש לשלם לאלתר, בלא שתהא בכך פגיעה בזכותו לערער. חייב שנצטווה לשלם ושאין בידו כסף מזומן יכול לקבל ארכה בסביבות ל' יום, לפי המסיבות, בבחינת הזדמנות אחרונה לטרוח ולהשיג את הכסף. אם החייב נעדר או נמצא במרחק גדול ממהלך ל' יום אין משתהים להודיעו את צו התשלום, אלא משביעים את הנושה, ומשנשבע נוהגים כאילו ניתן צו תשלום ולא נתמלא.

אם אמנם ניתן צו תשלום, ולא נתמלא, יורדים לנכסי החייב בעל-כרחו - ופירושו של דבר **איננו** בהכרח ירידה אל נכס האפותיקי דווקא. קודם-כל, יש לנושה הזכות להיפרע מן המזומנים או מן המיטלטלין, ואפשר שאף ממקרקעין אחרים, הראויים יותר מן המקרקע המשועבד לתשלום החוב - ומצד שני, על-כל-פנים (ואם לא הותנה אחרת) יכול החייב להטות את הירידה אל נכסי מיטלטלין שיש לו והניתנים להימכר מיד, ויש אומרים כי יכול הוא להטות את הירידה אפילו למקרקעין מתאימים אחרים. מצד אחר, שוב, אם נערכה הירידה לנכס האפותיקי, והחוב לא

---

[737] קלב) **וולף-רייזר**, עמ' 527-530, 545, 569, 570-572.

סולק במלואו, יכול הנושה להמשיך בירידה אל הנכסים האחרים (וכאן באים בחשבון, בדרגה אחרונה, גם חובות המגיעים לחייב מאנשים אחרים). בירידה לנכסים בני-חורין אין לנושה שום עדיפות, ובמקרה של התחרות מחלקים את הנכסים בשווה, לפי מספר המתחרים שבעין, בגדר תביעתו של כל אחד מהם[738]. אם ביד החייב עצמו לא נמצאו נכסים מספיקים, ונכס האפותיקי גם-כן אינו בידו, משביעים את הנושה וכותבים לו **שטר-טירפא**, ובו מיפים את כוחו לטרוף את נכס האפותיקי מאת בעל-הבית שבידו הנכס נמצא. אין הנושה יכול לטרוף את הנכס כל זמן שלא מיצה את זכותו בנכסי החייב עצמו. בעל-הבית שבאים לטרוף ממנו יכול למנוע את הטירפא על-ידי הצעה לתשלום כל החוב.

[[268]] טירפת הנכס (במקרקעין) - דינה כירידה לנכסי מקרקעין בכלל - ואלה פרטי הדין. תחילה שמים את הנכס - ואם נמצא כי ערכו גדול מערך החוב, ואפשר להפריד ממנו חלק מספיק, שמים חלק כזה - ומוציאים את הנכס הנישום למכירה פומבית. את המכירה הפומבית אפשר לעכב אם בית-הדין סבור כי תוך זמן קצר ישתפרו הסיכויים. במכירה הפומבית אין מתקבלות הצעות פחותות מערך השומה, ומכירים דין קדימה לנושה. אם נטרף הנכס ממי שאיננו חייב בעצמו, אין בעל-הבית יכול להשתתף במכירה הפומבית נגד הנושה, בהצעה שתהא פחותה מערך החוב. מתוך המחיר המושג משתלם החוב, והיתר מוחזר לבעל-הבית. אם אין מושג מחיר העולה על ערך השומה, מחליטים את הנכס לנושה במחיר השומה, וקנינו מתחיל מן היום שתמה הכרזת המכירה. אם השומה עולה על ערך החוב, צריך הנושה לשלם את ההפרש לבעל-הבית; אם לא כן, אין מחליטים לו את המקרקע, אלא משתדלים לנהל את הנכס לטובתו, באופן שהחוב ישתלם במהירות הגדולה ביותר[739]. אם הנכס משועבד לכמה חובות, משתלם ממנו תחילה כל חוב אשר קדם שעבודו, ועקרון זה משתמר אף אם לא כל בעלי-החובות משתתפים בירידה אל הנכס למעשה. כבר ראינו, שאם בעלי-החובות **הקודמים** הם שאינם משתתפים, אין מניעה להשלמת הירידה בכפוף לשעבודם של אותם בעלי-החובות; אך מסתבר גם שאפשר לסיים את שעבודם באחד מן האופנים האלה: אם מושג במכירה הפומבית מחיר גבוה מן השומה, מנכים מן המחיר את חובם ושומרים להם את הכסף בקופת בית-הדין, - אם לעומת זאת אין מושג מחיר גבוה, אין מחליטים את הנכס לנושים התובעים בלבד, אלא מחליטים אותו לכלל הנושים הנערבים, במשותף, בחלקים מתאימים. אם הנושים שאינם משתתפים בירידה הם נושים מאוחרים, ראינו כי לעולם שעבודם מסתיים; אבל בודאי גם במקרה זה, אם נשאר עודף במחיר המושג, הריהו נשאר לנושים הנותרים, בגדר חובם - ואם אין מושג מחיר, אבל השומה היא גדולה יותר מערך חובם של הנושים המוקדמים, הרי הנושים המאוחרים נעשים שותפים עמהם.

[[269]] בקשר לנקודות אלו יש לציין, שאם מספר מקרקעין נמצאים משועבדים לכמה נושים, או שמקרקע אחד משועבד לנושים אחדים באופן שאפשר להפרידו לחלקים עצמאיים אשר יספיקו

---

[738] קלג) במשפט אחרון זה הריני נוקט הכרעה נגד כמה סייגים השנויים במחלוקת ואשר ניתן להם מעמד נכבד בספרות הפוסקים.

[739] קלד) גם בנקודה זו הריני נוקט הכללה הנראית לי נכונה, בלא כמה סייגים הנזכרים במקורות.

לנושים שונים - אין מניעה לערוך את הירידה לחלק מן הנושים לחוד, בחלק מן המקרקעין, באופן שהשעבוד של יתרם יתרכז בחלקים הנותרים, בהתאם לעקרונות הכלליים.

נושה שהפסיד לעצמו את הזכות לגבות את חובו מנכסים בני-חורין אינו יכול לטרוף את הנכס המשועבד מאת הלוקח - אבל הימנעות מלתבוע בזמן שעוד היו נכסים בני-חורין איננה פוגמת. בדומה לזה, אם קרה שהשעבוד נסוג והתרכז בחלק מן הנכסים שהיו משועבדים בתחילה, והנושה הפסיד לעצמו את הזכות לגבות את חובו ממקום הריכוז, אין הוא יכול לטרוף את החלקים האחרים.

הירידה לנכסי החייב צריכה להיות דווקא על-פי בית-דין, ואין תוקף להסכם שיהא הנושה זכאי למכור את הנכס המשועבד בלא שומה והכרזה[740].

אם הוחלט מקרקע ליד הנושה, מיד החייב עצמו[741], ולאחר זמן השיגה יד החייב או יורשו לפדות את המקרקע ולשלם את החוב במלואו, יכולים הם לסלק את הנושה, משום "ועשית הישר והטוב", כל זמן שלא עבר המקרקע לידו של יורש או לוקח (לרבות מקבל מתנה). אם הוחלט המקרקע לנושה של הנושה, מתקיימת זכות הפדיון גם כנגדו, בתנאי שאם יימצא הפרש בין השומה הראשונה והאחרונה ישלם בעל-הבית המקורי לפי השומה הגדולה יותר[742].

באפותיקי מפורש, מאחר שאין לנושה תביעה אישית, ממילא משמע כי אין גם מקום לצו תשלום - אבל על-כל-פנים, משבא הנושה להיפרע מן הנכס, ניתנת לחייב הברירה לסלק את הסכום במזומנים (או גם בכמות מספקת של מיטלטלין הניתנים להימכר בלי שיהוי). אם החייב איננו מנצל את הברירה, [[270]] אין לנושה ברירה שכנגד, לרדת אל הנכסים בני-החורין של החייב, אלא הוא יכול רק לרדת אל נכס האפותיקי בלבד; ואם נמצא הנכס בידו של לוקח, יכול הנושה לממש את זכותו אף-על-פי שיש נכסים לחייב המקורי.

בנקודה זו מתעוררת שאלה עקרונית חשובה: האם גם ללוקח ניתנת ברירת הסילוק, או שמא רק ללווה המקורי לבדו? התשובה במקורות הריהי לכאורה באופן חד-משמעי לצד השלילה, והיינו שללוקח **אין** ברירה של סילוק; אולם, הדבר נראה מוזר ושרירותי עד מאוד, ויש לנו לנסות ולעמוד על פשרו. מסתבר שמלכתחילה התרוצצו בתפיסת חז"ל לגבי האפותיקי מפורש שתי תפיסות שונות. לפי התפיסה האחת, תפיסת ר' אחא, האפותיקי מפורש הריהי שעבוד מאותו סוג כמו האפותיקי סתם, ואילו לפי התפיסה השנייה, תפיסת ר' יוסי, אין האפותיקי מפורש **שעבוד**, אלא מעין מכר על תנאי משהה, מכשלא יסולק הסכום. כפי שמוכיח הב"ח מתחייבת התפיסה השעבודית מן המשנה בגטין, פ"ד מ"ד, ואכן זוהי התפיסה שהתקבלה בין הפוסקים; אולם, בבבא

---

[740] קלה) כך נראה לי נכון, שלא כיש אומרים.

[741] קלו) כדעת הרא"ש והרמ"א.

[742] קלז) עד כאן, הסקירה היא על-פי שו"ע חו"מ סי' צ"ח - קי"ח, ודוק (ור' גם סי' פ"ו סע' ב).

מציעא, דף ט״ו עמ׳ ב׳, מוכרעים הדברים באופן שללוקח באפותיקי מפורש אין ברירה של סילוק, ועל-פי זה הגיעו פוסקים רבים גם למסקנות מעשיות, אשר אין לישבן אלא בגדר תפיסתו של ר׳ יוסי[743]. השי״ך עמד בהרחבה על האנומליה שבין התפיסה השעבודית ומסקנות הפוסקים הללו, וגורס הוא שהנכון היה לנקוט את התפיסה השעבודית באופן עקבי; אולם, גם הוא משלים עם המניעה של ברירת הסילוק מן הלוקח, באשר זו משתמעת מן הגמרא הפירוש. לע״ד, מן הראוי הוא להרחיק לכת יותר ולהסיק שגם הכרעת הגמרא בבבא מציעא איננה הכרעה לדעת הכל, כי אם רק הכרעה לפי תפיסת ר׳ יוסי; ומאחר שבדרך-כלל נוקטים אנו לגבי האפותיקי מפורש את תפיסה ר׳ אחא, נמצא שאין לנו לפסוק הלכה על-פי הסוגיה שבבבא מציעא, והנכון לפי תפיסה זו הוא שגם ללוקח צריכה להינתן ברירת הסילוק.

[[271]] במסגרת תפיסה זו אין הבדל ביתר הדינים בין הירידה לנכס המשועבד באפותיקי מפורש לבין הירידה לנכס המשועבד באפותיקי סתם[744].

18. אחריות החייב והמוכר

בצרפת, במקרה שהנושה נפרע מבעל-הבית שאיננו חייב בעצמו, נכנס בעל-הבית תחת הנושה כנגד החייב: ואם היו שם אפותיקאות מקבילות, יכול בעל-הבית להיפרע אפילו מן הלקוחות של אותן אפותיקאות - מכל אחד מהם באופן פרופורציונלי, לפי היחס בין ערך המקרקע המסוים לערך של כלל האפותיקאות. אולם, במקרה שהיה ערב אישי לחייב, אין לבעל-הבית זכות נגדו. מצד שני, אם בעל-הבית הוא **לוקח בתמורה**, יש לו בסתם זכות חזרה נגד המוכר, לתשלום כל הפסד שנגרם לו[745].

בגרמניה קובע סע׳ 439 של הבג״ב, כי המוכר מקרקע המשועבד באפותיקי חייב לסלק את האפותיקי אף אם הלוקח יודע עליה, ומשמע שבסתם אם המוכר אינו ממלא את חובתו, ונגרם הפסד ללוקח בגין האפותיקי שלא סולקה - חייב המוכר לפצותו. מלבד זה, אם נפרע הנושה מבעל-הבית שאיננו חייב עצמו (באפותיקי סתם) נכנס בעל-הבית תחת הנושה[746]. עם זאת, במקרה שישנן

---

[743] קלח) המסקנות הן, שאם נמצא נכס האפותיקי בידו של לוקח, והחייב המקורי אינו מסלק את הנושה בדמים, טורף הנושה את הנכס לעצמו בלא שומה, והלוקח חייב להחזיר את הפירות שאכל, ואם השביח את הנכס הריהו נידון כיורד ברשות.

[744] קלט) שו״ע חו״מ סי׳ קי״ז וסי׳ קי״ד סע׳ ג׳ - ודוק. ור׳ ביחוד גטין מ׳ ב - מ״א א (ונמוקי יוסף שם); ירושלמי יבמות פ״ז הל׳ א׳; ירושלמי שביעית פ״י הל׳ א׳; ב״ח על חו״מ סי׳ קי״ז סע׳ א; הרא״ש על בבא מציעא פ״א סי׳ ל״ט; ש״ך על חו״מ סי׳ קט״ו סע׳ כ״ו.

[745] קמ) **קולין וקפיטן**, ב׳, עמ׳ 633, ור׳ גם עמ׳ 381, 382.

[746] קמא) **וולף-רייזר**, עמ׳ 578.

אפותיקאות מקבילות, הריהן מסתיימות כלן בשווה, ובעל-הבית האחד אשר ממנו נגבה החוב איננו מקבל שום זכות במקרקעי הזולת שהיו משועבדים במקביל[747] [748].

[[272]] **בדיני ישראל** נראה שאין לבעל-הבית הנפגע תביעת אחריות כפולה, הן נגד המוכר הן נגד החייב, אלא יש רק תביעה אחת. אם הנטרף הוא **לוקח**, כפי שאמנם קורה בדרך-כלל, התביעה היא נגד האיש אשר ממנו נקנה הנכס, ותלויה היא בגדרי האחריות שהמקנה קיבל על עצמו. בסתם מוטלת אחריות רק על המוכר, ולא על נותן מתנה, ומתבטאת היא בחובה להחזיר ללוקח כל הפסד שייגרם לו על-ידי הטירפה[749]. מצד שני, אם בעל-הבית הנטרף איננו לוקח, כי אם נותן ערבות - בודאי חוזר הוא אל החייב כדין ערב. - מקום שיש אפותיקאות מקבילות ביד בעלי-בית שונים, והנושה נפרע מאחד מהם, נראה שאין לנפגע זכות כנגד חבריו[750].

ד. המשכון

בבירור בעיות המשכון נלך על-פי הסדר שבו מתעוררות הן בשיטות השונות, ונתחיל אף המג'לה, אשר הרקע המעשי למחקרנו היה כזכור במגמה להחליף את הוראותיה בשיטת המשפט של מדינת-ישראל. בינתים נתקבל במדינת-ישראל חוק המשכון, תשכ"ז, ועל הוראותיו של זה נעיר לפי הצורך, בשולי הדברים.

1. ההגדרה

בסע' 701 מגדירה המג'לה את המשכון כ"תפיסת נכסים לבטחון זכות שיש לגבות מתוכם". אך מסע' 706 משתמע כי לא כל "תפיסת נכסים לבטחון זכות" היא משכון, אלא דווקא תפיסה על-פי הסכם - ואילו מהות הבטחון שהמשכון מעניק מתבררת בסע' 729: הנושה זכאי לעכב את המשכון עד לפדיונו; אם אין המשכון נפדה יכול הנושה להיפרע מתוכו; ובמקום שמתחרה הוא עם נושים אחרים קודמת זכותו לזכותם (בודאי לגבי המשכון, לא גם מערך לכך). עוד מתברר מסע' 730 וסע' 757 שהזכות מכוח המשכון אינה מתלכדת עם הזכות הנערבת, אלא זו נשארת בעינה, כתביעה בפני עצמה, אשר המשכון רק ערב למילויה למקרה שלא תתמלא בדרכי התביעה הרגילות.

---

[747] קמב) אלא אם הסכים עם חבריו אחרת; ואם אמנם הסכים אחרת, מקבל הוא אפותיקי בדרגה **אחרונה**, בגדר ההסכם: **וולף-רייזר**, עמ' 615.

[748] קמג) יש בגרמניה גם אחריות הפוכה: מצד בעל-הבית כלפי החייב, למקרה שבעל הבית התחייב כלפיו לפרוע את החוב, ואילו בסופו של דבר פרע החייב בעצמו. במקרה כזה יכול החייב לתבוע מבעל-הבית את החזרת התשלום, והאפותיקי של הנושה מוסיפה להתקיים להבטחת התביעה הזאת. ר' **וולף-רייזר** עמ' 595, 597.

[749] קמד) שו"ע חו"מ סי' קט"ז, ודוק.

[750] קמה) דוק בשו"ע חו"מ סי' קי"א סע' ט"ו וסי' ק"ז סע' ז.

[[273]] בהקף דברים זה דומה מהות המשכון של המג'לה למהותו בשיטות האחרות[751], אך יש בכל-זאת כמה נקודות התפצלות.

ראשית, מושג המשכון של המג'לה חל במיטלטלין ובמקרקעין כאחד[752] (אם כי אמנם המשכון במקרקעין נאסר במדינת ישראל מכל מקום על פי סע' 10 מפקודת העברת קרקעות); לעומת זאת, בשיטות האחרות, המשכון הוא עניין המיוחד דווקא למיטלטלין, או שלפחות דיניו במיטלטלין הם חטיבה מיוחדת לעצמם. כך, **בדיני ישראל**, אמנם מוצאים אנו את מושג המשכון גם במקרקעין, ואפילו לצורך השוואת הדין של המשכון במקרקעין ובמיטלטלין[753], אבל הדוגמאות לזה הן מועטות: בדרך-כלל מובחן המשכון הקרקעי בכינוי הארמי של "משכנתא" או "משכונא"[754], ואילו השם העברי של "משכון" מכוון בעיקר למיטלטלין. בדומה לזה, **בחוק הצרפתי**, מוצאים אנו מושג מאוחד למשכון [[274]] המקרקעין והמיטלטלין (nantissement); אבל עד מהרה הדברים מתפצלים, ובעוד שלמשכון מיחד החוק את הכינוי antichrese, הרי המשכון במיטלטלין הוא נפרד וקרוי gage[755]. **בחוק האיטלקי** אין למשכנתא ולמשכון במיטלטלין אפילו מושג-גג מאוחד, אלא נפרדים הם לחלוטין[756], ואילו **בגרמניה ובשוייצריה** אין המשכנתא אפשרית או מוכרת בכלל[757], בעוד שהמשכון במיטלטלין נידון בפרק מיוחד לעצמו[758]. כן גם **באנגליה** המשכון (pawn or pledge) עניינו הוא רק במיטלטלין[759]. על טעם ההבחנה עמדנו כבר בסע' א' של פרקנו לעיל, ולהלן אמנם נתפוס במושג "המשכון" רק משכון של מיטלטלין בלבד.

נקודת-התפצלות אחרת מופיעה מתוך השוואה למשפט האנגלי. כאן, אמנם, ה-pawn or pledge, המקביל למשכון של השיטות האחרות, שייך רק במיטלטלין, - אבל בצידו מוכר גם סוג אחר של

---

751 קמו) השווה באנגליה, **גודיב**, עמ' 62-63; צרפת, ספר החוקים האזרחי, סע' 2071-2073 [הערת עורך - בוטל בשנת 2006]; איטליה, ספר החוקים האזרחי, סע' 2784, 2786, 2787; גרמניה, בג"ב, סע' 1204, 1205; שוייצריה, **רוסל ומנתא**, ג', עמ' 230-231. **בדיני ישראל** נראה שפשיטא הוא כי משכון משמע החזקת נכסים בערובה לחוב, וסתם משכון הוא אמנם על-פי הסכם (משנה בבא מציעא פ"ו מ"ז); על אי-התלכדות המשכון עם החוב, והיותו טפל לו, ר' עה"ש חו"מ סי' ע"ב סע' ע"ב, ואילו דין הקדימה של מקבל המשכון הוא גם-כן פשיטא (אלא אם יש שעבוד קודם בחפץ) - ר' שם סי' ק"ד סע' ה' וסע' ז' רישא. על זכותו של מקבל המשכון להיפרע מן החפץ אם חובו אינו משתלם באופן אחר ר' שם, סי' ע"ג סע' י"ח.

752 קמז) ר', למשל, סע' 724.

753 קמח) ר', למשל, שו"ע חו"מ סי' ע"ד סע' ה' או עה"ש שם, סי' ע"ג סע' י"ט.

754 קמט) שו"ע יו"ד סי' קע"ב, והשווה גם בחו"מ סי' ע"ב סע' מ"ב וסי' ע"ד סע' ג' ודי'.

755 קנ) סע' 2071-2073. [הערת עורך - בוטל בשנת 2006].

756 קנא) השווה סע' 1960 ו-2784.

757 קנב) ר' סע' ב' בפרקנו לעיל.

758 קנג) בג"ב, סע' 1204-1258; צג"ב, סע' 884-898.

759 קנד) **הלסבורי-סיימונדס**, כ"ט, עמ' 210.

משכון במיטלטלין, המצטרף במהותו למשכנתא האנגלית הקרקעית (mortgage)[760]. ה-mortgage נבדל מן ה-pawn על-ידי כך, שב-pawn רק משתעבד החפץ לנושה, כערובה לחובו, תוך שקניין-הגוף נשמר בינתיים לבעלים המקוריים, והנושה נעשה רק שומר, - ואילו ב-mortgage קונה הנושה את גופו של החפץ, והחייב רק משמר לעצמו זכות של פדיון על-ידי פרעון חובו[761].

[[275]] ה-mortgage הוא אפוא משכון בצורת סוג של **מכר חוזר**, ובמסגרת דיני המכר ודיני ההקנאה המותנית מתאפשר הוא בסתם גם בשיטות אחרות. אף-על-פי-כן, בכמה שיטות יש סייגים לאפשרות זו. **בדיני ישראל** יש להזכיר בקשר לכך את הסייגים שראינו בסע' א' לעיל בקשר לאפשרות המשכנתא. על הסייגים בשיטות האחרות נעמוד להלן, בקשר לבעיית **האפותיקי במיטלטלין**. אנו, להלן, על-כל-פנים לא נערב סוג זה של הרהנה[762] במושג ה"משכון", ונייחד את מושג זה ה"משכון" רק לסוג הרהנת המיטלטלין שתיארנו מקודם.

עוד נקודה שלישית מופיעה מתוך השוואה לשיטות של יבשת אירופה. כאן - אף-על-פי שמושג המשכון במיטלטלין מתבדל מן המקרקעין ונעשה הוא עניין לעצמו - מכל מקום מתקרב הוא למושג "**המשכון בתביעות וזכויות אחרות**", או אף מתלכד עמו. התלכדות גמורה כמעט מצויה **בחוק הצרפתי**. החוק הצרפתי נשאר נאמן בכך לתפיסה, שאף התביעות "והזכויות האחרות" הן "מיטלטלין" - וממילא, כשמדובר במשכון של מיטלטלין, נכללות גם התביעות ו"הזכויות האחרות" כנשוא אפשרי של משכון; אלא שהמשכון, לפי עצם הגדרתו, דורש את **מסירתו של החפץ** - דבר שכמובן איננו שייך בתביעות וכו', - ובכך בא החוק וקובע במקום זה, לגבי **התביעות**, הודעה לחייב[763]. לעומת זאת, **באיטליה, בגרמניה ובשוויצריה** אמנם אין התביעות "והזכויות האחרות" נחשבות כמיטלטלין מעיקרא, אבל על כל פנים קובע בהן החוק את אפשרות המשכון **במקביל למיטלטלין**, תוך החלת דיני המשכון במיטלטלין גם לגבי התביעות "והזכויות האחרות", כל אימת שאין בהן דין מיוחד[764]. את כל הגישה הזאת - בהשוואה לתוצאות של הגישה העברית - ביקרנו כבר בספר על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון" [[276]] (חלק ב', פרק ח' סע' ז'-ט') - ולהלן נייחד את מושג "המשכון" רק להרהנת מיטלטלין ממש, **במוחזק**.

נקודה רביעית, שוב, עולה מתוך השוואה **לדיני ישראל**, שכאן - גם אם סתם משכון הוא אמנם על-פי הסכם, מכל-מקום אין המושג מוגבל דווקא לחפץ הניתן בערובה לחוב מרצון, אלא מתיחס הוא גם לחפץ הנתפס כערובה במסיבות אחרות. ר' למשל, שו"ע חו"מ סי' ד' וסי' צ"ז סע' ה'.

---

[760] קנה) שם, כרך כ"ז, עמ' 155-163.

[761] קנו) שם, עמ' 162, וכרך כ"ט, עמ' 211.

[762] קנז) ר' מושג זה בפסחים ל"א א'.

[763] קנח) כלומר החייב אשר זכות התביעה העומדת נגדו נעשתה ערובה לתביעתו של שלישי. ר' ספר החוקים האזרחי הצרפתי, סע' 2075. [הערת עורך - בוטל בשנת 2006].

[764] קנט) סע' 2784 ו-2800-2807 בספר החוקים האזרחי האיטלקי; סע' 1273-1296 של הבג"ב (חלק ט' של הספר השלישי); סע' 899-906 של הצג"ב (פרק כ"ג של ספר ד').

במשפט האנגלי מבחינים בקשר לכך בין המשכון הרגיל לבין lien[765]; וכן בשיטות של יבשת אירופה מבחינים בזה בין המשכון לבין **זכות-עיכוב** (droit de retention, Zuruckbehaltungsrecht)[766]. אולם, **בגרמניה**, בצד זכות-העיכוב מוכר גם "משכון חוקי" (היינו, משכון מעושה על פי החוק), שדיניו מתלכדים בסתם עם דיני "המשכון החוזי" (סע' 1257); ואילו **בשוייצריה** נידונה גם זכות-העיכוב עצמה בסמיכות למשכון, ולבסוף אף מתאחדת היא עמו בדינה (סע' 898). גם **במג'לה**, מצידה, ידועה זכות-העיכוב, ומוסדרת היא **בנפרד** מן המשכון, על-פי דינים מיוחדים[767]. אנחנו נחזור לברר עניין זה לפרטיו בסעיף-משנה מיוחד להלן, ובינתיים נסתפק בראיית המשכון-סתם כמשכון שניתן על-פי הסכם.

לאחר מכן צריכים אנו לברר עוד נקודה אחת בהגדרת המשכון, שלכאורה ראינו כי שוררת בה אחידות בשיטות השונות, והיינו שהמשכון הוא ערובה הצמודה לתביעה. יסוד זה בהגדרה אינו יכול כמובן להיות שנוי במחלוקת במקום שמוצאים אנו הגדרה חוקית מפורשת של המשכון, כפי שהדבר הוא אמנם בדרך-כלל. אולם, **בדיני ישראל** [[277]] אין אנו מוצאים שום הגדרה מוחלטת כזאת, והשאלה מתעוררת האם גם בדיני ישראל מוכרח דווקא המשכון להיות צמוד לתביעה, או שמא יתכן גם משכון שיהא מעין "אפותיקי מפורש", בלי שום תביעה בצידו. מסתבר כי באין שום הקפאת פורמלית של המושג, יכולים הצדדים להתנות בזה כרצונם - ומשמע שבדיעבד יש לראות את הגדרת המשכון על-פי דיני ישראל כפתוחה גם ל"משכון מפורש", בנוסח "לא יהא לך פרעון אלא מזה".

ולבסוף, בעייה המתעוררת לגבי הגדרת המשכון במג'לה עצמה, על-פי סע' 706, הקובע ש"קשר המשכון הוא בהצעה וקבלה", אלא שעד מסירת החפץ בפועל לנושה "אין הקשר גמור ומחייב", ו"יכול הממשכן לחזור בו מהמשכון לפני המסירה". לפי זה משמע, מצד אחד, שמימוש הזכות לעכב את החפץ, הניתנת לנושה במושג המשכון, איננו דבר התלוי ברצונו - באופן שיוכל גם להשאיר את החפץ בהחזקה הגמורה של הממשכן, על דרך אפותיקי - אלא **מוכרח** הוא לקבל את החפץ להחזקתו, שאם לא כן מסכן הוא את עצם שעבוד המשכון מיסודו; אבל מצד שני מתעוררת השאלה מאי משמע בדיוק שעד המסירה הקשר איננו "גמור ומחייב"? האם פירושו רק, כאמור בסעיף, שיכול הממשכן לחזור בו (ואם איננו חוזר, נשארת לנושה על כל פנים הזכות למכור את המשכון וזכות העדיפות כנגד נושים אחרים), או שמא בינתיים אין המשכון קיים לגמרי, וזכות החזרה של הממשכן היא רק פועל-יוצא אחד מן הבטלות הכללית הזאת? נראה כי התשובה הנכונה היא לפי האפשרות השנייה[768], ועל-פי זה יוצא כי לא רק **זכות** העיכוב, אלא גם העברת

---

[765] קס) **גודיב**, עמ' 62-63 לעומת עמ' 72 ואילך.

[766] קסא) בצרפת ר' **קולין וקפיטן** (השלם), כרך ב', עמ' 930 ואילך; ובאיטליה (diritto di ritenzione) - מסיניאו, ג', עמ' 216 ואילך; **בגרמניה** - בג"ב, סע' 273-274, ור' גם **אנקצרוס-להמן**, עמ' 110 ואילך; **בשוייצריה** - צג"ב, סע' 895 ואילך.

[767] קסב) סע' 278-284, 482, 483, 1491-1492.

[768] קסג) ר' ע"א 379-380/61 (סמפר נגד יורשי הארט), פסקי-דין ט"ז, עמ' 498.

החפץ **למעשה** להחזקת הנושה הריהי יסוד מושגי במשכון; אולם, אם-כן יש לציין פה עוד נקודה שלישית בתפיסת המג'לה, והריהי זו: שעל אף העמדה העקרונית כי הסכם כשלעצמו עשוי לשאת משמעות קניינית במוחזק (כגון במכר ובשכירות) - ואף-על-פי שהעברת ההחזקה היא יסוד מושגי בקניין המשכון - מכל-מקום אין ההסכם כשלעצמו מספיק כדי להקנות את המשכון ולהפוך את הנושה ממילא [[278]] לבעל-הבית בו, מבחינת ההחזקה, אלא מלבד ההסכם נחוצה גם העברת ההחזקה **במיוחד**, אף כדי להעמיד את קניין המשכון מעיקרא. עמדה זו מסתברת מתוך כך, שגם במכר ובשכירות של המג'לה - אף על פי שההסכם כשלעצמו מספיק בהן להעמדת הקניין, מכל-מקום אין הוא מספיק להעברה אוטומטית של ההחזקה, אלא נחוצה גם מסירה מיוחדת (סע' 262, 470); ומתוך צירוף הדברים יש ללמוד כי במכר ובשכירות, העברת ההחזקה איננה יסוד מהותי, ולכן מספיק להעמדתן הסכם כשלעצמו, שאינו יכול להעביר החזקה - אבל במשכון, העברת ההחזקה היא יסוד מהותי, ולכן גם קניינו אינו נוצר אלא משעה שמועברת ההחזקה במיוחד.

באנגליה, הדין - לגבי המשכון - הוא מבחינה עקרונית שווה: אין המשכון קיים אלא משעת המסירה, אבל הממשכן יכול גם מלכתחילה לעשות עצמו שומר לנושה, על-ידי כך שהמסירה מתבצעת רק באופן סמלי. אם מלכתחילה מוחזק החפץ על-ידי צד שלישי כשומר לממשכן, יכולה המסירה להתקיים על ידי הסכמת אותו אדם להחזיק לנושה על-פי הוראת הממשכן. במיוחד מציינים כי מסירת תעודה המזכה בהוצאת החפץ מידו של שלישי **איננה** בדרך כלל מסירה מספיקה ליצירת המשכון[769].

בצרפת כלולה מסירת החפץ בהגדרת המשכון על-פי סע' 2071: "המישכון הוא חוזה אשר על פיו מוסר בעל-חוב חפץ לנושהו...." **באיטליה** הניסוח הוא ש"משכון נוצר עם המסירה", ובמיוחד מציינים כי המסירה יכולה להתקיים גם על-ידי מסירת "התעודה המעניקה בחפץ את כוח השליטה הקנייני היחודי" (סע' 2786). בשתי השיטות האלו יכולה המסירה להתקיים גם על-ידי הסכם גרידא, שהממשכן - המחזיק בחפץ מלכתחילה - יוסיף להחזיק כשומר לנושה, אך החזקה מסוג זה פוגמת ביעילות המשכון מעבר ליחס [[279]] בין הצדדים לבין עצמם, כפי שנראה להלן[770].

---

[769] קסד) **הלסבורי-סיימונדס**, כרך כ"ט עמ' 214-213. השווה פסק-הדין הארץ-ישראלי מתקופת המנדט, בג"ץ 74/38 (בנק אנגלו-פלשתינה נגד מנהל הרכבות, פל"ר, ה', בעמ' 302), שגם על-פי המשפט הנוהג כיום במדינת ישראל אין מסירת תעודה נחשבת כמסירת החפצים המיוצגים על-ידיה.

[770] קסה) סע' 2076 בספר החוקים האזרחי הצרפתי וסע' 2787 באיטלקי, ור' **מסיניאו**, ג', עמ' 104 ואילך. אין מזכירים בשיטות אלו שום דרך מסירה מיוחדת במקרה שמלכתחילה מחזיק הממשכן את החפץ באמצעותו של שומר - כנראה מפני שהמסירה מתקיימת אז בדרך הרגילה של העברת יחס אישי; ועל-כל-פנים, אף בלעדי זה, דרך מסירה אפשרית במקרה כזה היא על ידי שהממשכן יעשה עצמו שומר לנושה, וממילא ייעשה גם השומר שלו - שומר לנושה בעקיפין: השווה **וולף-רייזר**, עמ' 243, 245.

בגרמניה קובע סע' 1205 של הבג"ב כי "לשם יצירת משכון נחוץ שהבעלים ימסרו את החפץ לנושה ויסכימו שניהם שתעמוד לנושה זכות המשכון. מחזיק הנושה במשכון מלכתחילה - מספיקה ההסכמה על היווצרות זכות המשכון. במקום מסירת חפץ הנמצא בהחזקה העקיפה של הבעלים אפשר שהבעלים יעבירו את ההחזקה העקיפה לנושה ויודיעו על המישכון למחזיק". מכלל דרכי המסירה המנויות בסעיף שומעים אנו כי הסכמת הבעלים עצמם להחזיק בשמירה לנושה אינה מספיקה[771].

באיטליה ובגרמניה יש סייג לגבי הכרח המסירה לנושה, על-ידי כך שמספיקה מסירה **לשיתוף בהחזקה**, בתנאי שהממשכן לא יוכל לעשות בחפץ הממושכן בלעדי הנושה או בלעדי שליש[772].

בשווייצריה הדין הוא כמו בגרמניה: "זכות המשכון אינה קיימת כל זמן שהשלטון היחודי בחפץ נשאר ביד הממשכן" (צג"ב, סע' 884, סיפא).

בדיני ישראל נראה שהחזקת הנושה היא יסוד מושגי במשכון[773], אבל [[280]] דווקא משום כך אין צורך במסירה מיוחדת, מעבר למעשה הקניין כשלעצמו, ואף אם המעשה אינו מתבטא במסירה (כגון הקנאה אגב קרקע או קניין-סודר). אין צורך הכרחי לא במסירה ממשית, לא בהסכם מיוחד שהממשכן ייהפך לשומר ולא ב"מעמד שלשתן" במקרה שמוחזק החפץ בידו של שלישי; כי במקום שזכות ההחזקה היא מיסודות הקניין (ובדיני ישראל יש לומר כי זכות ההחזקה כלולה מבחינה מושגית גם בבעלות ובשכירות החפצים הרגילה), הרי אם ההקנאה אינה נערכת על-ידי מסירה ממשית, על-כל-פנים מעביר הדין העברי לקונה לפחות את ההחזקה העקיפה **ממילא** - ואף אם החפץ המוקנה איננו מוחזק למעשה לא למקנה ולא לקונה אין נפקא מינה, כי הקונה מקבל את הזכות להחזיק בחפץ בכל מקום שיימצא[774]. עם זאת יש לציין, שגם בדיני ישראל - אם נשאר המשכון בשמירת הממשכן, אין תועלתו שלמה כלפי אנשים מבחוץ, כפי שנראה להלן.

לפי **חוק המשכון, תשכ"ז**, מסתבכים הדברים על-ידי כך שבמושג המשכון ביקשו לתפוס כאן את כל הסוגים של העמדת נכסים כערובה לחיוב, באין כביכול שום נפקא מינה בטיב הערובה, במין הנכסים או במסגרת שייכותם הקניינית. בעניין זה הושפע כנראה חוק המשכון מה- Uniform Commercial Code האמריקני; אך למעשה אין זו אלא הרחבה יומרנית, אשר משמעותה המעשית העיקרית היא רק בעצם הערפל המושגי הנכרך בה. מלבד זה ניתן לומר כי תועלתה המעשית היא מבוטלת. אם נקלף את העניין המוסדר למעשה בחוק המשכון מן הקליפה המושגית האמורה,

---

[771] קסו) **וולף-רייזר**, עמ' 682. עם זאת נראה כי אפשרות המסירה של חפץ גזול על-ידי העברת התביעה נגד הגזלן על-פי סע' 931, בלי שום פורמליות, איננה נפגמת - והוא הדין במסירה על-פי הדין הכללי של העברת תעודה: **וולף-רייזר**, עמ' 246.

[772] קסז) בג"ב, סע' 1206; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סע' 2786, סיפא.

[773] קסח) משנה בבא מציעא פ"ו מ"ז.

[774] קסט) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע' י', מס' 1.

נמצא כי הכוונה האמיתית היא רק לשלשה מוסדות אלה: משכון המיטלטלין כמשמעותו היסודית שניתחנו לעיל; "המשכון בתביעות וזכויות אחרות"; ואפותיקי במיטלטלין. החוק דן רק בהסדרים מוסכמים וצמודים לחיוב. הסכם של משכון מיטלטלין אין בו כשלעצמו משום העברת החזקה, ועד המסירה יש לו רק משמעות של אפותיקי בין הצדדים (תוך ערפל גמור ביחס למשמעות כנגד הקנאות סותרות). ר' סע' 4-1, 9(ב) ו-20. [[281]]

2. כשרות הצדדים

בסע' 708 של המג'לה נקבע שהצדדים בקשר-משכון אינם מוכרחים להיות דווקא בוגרים, ודי שיהיו "קטנים מבחינים". בשיטות האחרות אין להקלה זו הקבלה.

3. משכון לחוב מותנה

לפי סע' 710 של המג'לה - בסתירה לסע' 719 - צריך החיוב הנערב להיות מוחלט: אם החוב אפשרי, אבל יתכן שלא יהיה (כגון חובת תשלום ערכו של חפץ מופקד), ניתן שעבוד המשכון לחזרה. בשיטות אחרות נראה לכאורה פשיטא ההפך מזה. **במשפט הגרמני** נקבע בפירוש, בסע' 1204 של הבג"ב, כי אפשר לתת משכון גם לחוב עתיד או מותנה. כך גם בסע' 1(ב) של **חוק המשכון, תשכ"ז**, במדינת ישראל. במג'לה עצמה, בסע' 719, ניתן תוקף מלא למשכון של לווה לטובת ערבו. לעומת זאת, **בדיני ישראל**, מתקרבת ההלכה לאמור בראשונה: משכון לחוב מותנה - פשיטא שהוא משכון מותנה (העשוי בדיעבד להתברר גם כפקדון בעלמא), ואילו משכון לחוב עתיד אינו נעשה משכון אלא משעה שנולד החוב, ובינתים אין הוא אלא פקדון בעלמא[775]. אולם, נראה שאין הדברים אמורים אלא בחוב שיכולים הצדדים לחזור בהם מאפשרותו כל זמן שלא נולד, שאז ממילא יכולים הם גם לחזור בהם משעבודו של המשכון; אבל אם אפשרות החוב אינה ניתנת לחזרה - כגון שניתן המשכון בערובה לאחריות אונטואלית לנזק, העשוי להיגרם לפקדון שניתן לזמן קצוב, - הרי כשם שאין השומר יכול לחזור בו משמירת הפקדון, כן ודאי לא יוכל לחזור בו משעבוד המשכון (והמפקיד לא ייחשב בינתיים - גבי המשכון - כשומר של חפץ הזולת שלא בטובתו, אלא כשומר גם בעניינו שלו).

[[282]] בדומה לזה, במקרה הערבות, משקיבל הלווה את הלוואתו וחברו נעשה ערב לו - הרי כשם שלא יוכל הלווה לבטל את אפשרות אחריותו של חברו, כן ודאי הוא לא יוכל גם להחזיר בזמן הביניים את המשכון שנתן לו. כך משתמע מדיוק דבריו של בעל הדרישה בפירוש ההלכה הנ"ל, ואמנם רק באופן כזה מתמצה העניין בשלמותו.

4. שבח המשכון

סע' 715 של המג'לה קובע: "שבח המשכון נעשה גם הוא משכון יחד עם המשכון העיקרי". בשיטות אחרות נראה שצריך העניין לבוא על פתרונו על פי הדינים הכלליים. **בדיני ישראל**, ר' בסעיף על האפותיקי לעיל, מס' 8 והערה ס"ג שם.

---

[775] קע) דרישה על חו"מ סע' ע"ב ס"ק כ"ו.

5. סיום חד-צדדי של קשר-המשכון

בסע' 716-717 של המג'לה נקבע כי הנושה - בהבדל מן הממשכן - יכול לסיים את קשר המשכון באופן חד-צדדי, אפילו בעל-כרחו של הצד שכנגד. גם דבר זה, נראה כי בשיטות אחרות צריך הוא לבוא על פתרונו על-פי הדינים הכלליים.

6. שמירת המשכון

בסע' 722-725 ו-759 דנה המג'לה בשמירת המשכון. במסגרת זו אין היא מבררת מהי דרגת אחריותו של הנושה כשומר. קובעת היא רק כי המשכון מופקד לא רק על דעת שמירתו של הנושה בעצמו, אלא גם על דעת בני-ביתו, שותפו או משרתו; הנושה חייב בהוצאות רק במידה שנדרשות הן על-ידי עצם השמירה כשלעצמה: בהוצאות **שימורו** של החפץ (כגון מזונות הבהמה ושכר הרועה) חייב **הממשכן**, אבל אם עמד אחד מהם והוציא הוצאות החלות על חברו אין לו תביעת החזרה; ולבסוף, אם אמוד המשכון להתקלקל, **רשאי** הנושה למכרו בהסכמת השופט, ואז נעשית התמורה עצמה למשכון. סע' 741 מחייב את הנושה באחריות במקרה שמזיק הוא את המשכון בידים. סע' 751 מזכה את הנושה לשאת את המשכון עמו אם יוצא הוא לדרך, ואין הדרך בחזקת סכנה.

[[283]] **באנגליה** קשה להצביע בעניינו על איזה דין מיוחד[776].

בצרפת קובע סע' 2800 של ספר החוקים האזרחי כי הנושה אחראי למשכון לפי דיני החוזים הכלליים. הממשכן, מצידו, חייב להחזיר לו את ההוצאות המועילות והנחוצות שהלה הוציא לשם שימור המשכון.

באיטליה קובע סע' 2790: "הנושה חייב לשמור את החפץ שקיבל במשכון ואחראי הוא לפי הכללים הרגילים לאבדן החפץ או נזקו. הממשכן חייב להחזיר את ההוצאות שהיו נחוצות לשימורו של החפץ". סע' 2793 מאפשר השלשת-כפיה של המשכון במקרה שהנושה אינו מחזיק בו כראוי. סע' 2795 מאפשר לנושה למכור את המשכון בהסכמת השופט, כשנשקפת לו סכנת קלקול, אבל בזה דאגת החוק איננה לשימורו של הנכס, אלא לאבדן הערובה שהיתה לנושה. הבקשה לשופט צריכה הודעה קודמת לממשכן, וזה יכול למנוע את המכירה על-ידי הצעת ערובות חפציות מתאימות של תחליף. בקשת האישור למכירה או החלפה, במקרה של סכנת קלקול, יכולה לבוא גם ביזמת הממשכן עצמו. הממשכן יכול לבקש אישור מכירה גם באין סכנת קלקול, אלא שמזדמנת הזדמנות נוחה. עם אישור המכירה נותן השופט הוראות גם ביחס להפקדת התמורה.

בגרמניה שייכים לענייננו הסעיפים 1215-1221 של הבג"ב, כלהלן: "הנושה חייב לשמור את המשכון. הוציא הנושה הוצאות על המשכון, נקבעת חובת ההחזרה של הממשכן על-פי ההוראות בדבר הירידה לעסקי הזולת שלא בהרשאה... פוגע הנושה בזכויות הממשכן במידה חשובה,

---

[776] קעא) ר' **פייטון , שמירה**, עמ' 360-361.

וממשיך הוא בהתנהגות הפוגעת בלי שים-לב להתראות הממשכן, יכול הממשכן לדרוש כי המשכון יושלש על חשבון הנושה.... במקום ההשלשה יכול הממשכן לדרוש את החזרת המשכון כנגד סילוק התביעה.... אם יש חשש לקלקול המשכון או לפחת מהותי בערכו, יכול הממשכן לדרוש את החזרת המשכון כנגד ערובות אחרות; ערובה באמצעות ערבים אינה באה בחשבון. הנושה חייב להודיע לממשכן על סכנת הקלקול בלי דיחוי, [[284]] אלא אם ההודעה אינה מעשית. אם עקב הקלקול הנשקף למשכון או עקב הפחת המהותי הצפוי בערכו נשקפת סכנה לבטחון הנושה, יכול הוא להוציא את המשכון למכירה פומבית. התמורה נכנסת תחת המשכון. לדרישת הממשכן יש להשליש את התמורה". בהמשך הדברים קובע סע' 1220, שאם המכירה אינה מתחייבת באופן דחוף ביותר, יש תחילה להזהיר את הממשכן. במקרה שהסכנה היא רק לערך המסחרי, יש על-כל-פנים לתת זמן לממשכן למתן ערובות של תחליף. כן יש על-כל-פנים להודיע לממשכן בלי דיחוי על קיום המכירה הפומבית. לפי סע' 1221, אם יש לחפץ מחיר קבוע בשוק, יכולה לבוא במקום המכירה הפומבית מכירה באמצעות סרסור מוסמך.

בשוייצריה שייך לענייננו רק סע' 890 של הצג"ב, שאין בו שום דין מיוחד.

בדיני ישראל מתעוררת קודם-כל השאלה איזה סוג של שומר הוא המלווה במשכון. לכאורה אמנם, התשובה היא פשוטה, כי בעוד שללווה יש כאן עניין בקבלת ההלוואה, הרי גם למלווה יש עניין משלו - בהחזקת המשכון כערובה לתביעתו, - ובכן העניין הוא הדדי והמלווה הוא שומר-שכר. אולם, שיקול שכזה היה יותר מדי פזיז: העניין ההדדי, הנחוץ לשם חיוב כשומר-שכר, צריך להיות עניין הדדי במכלולו של העסק[777] - ועניין שכזה אפשר אמנם למצוא בקשר-משכון לגבי חוב של שכירות או הקפת סחורה וכיו"ב, או אפילו לגבי הלוואת פירות, אשר אלמלא הולוו היו פשוט נרקבים והולכים[778] - אבל מה עניין הדדי יש סתם בהלוואה של טובה? לכאורה, אם-כן, אף-על-פי שבדיעבד אמנם נמצא המלווה מעוניין במשכון, מכל-מקום צריכים היינו לומר כי בהלוואה של טובה אין זה אלא עניין של טורח, שהמלווה הסתבך בו שלא בטובתו, ואין לו אפוא אלא להתחייב כשומר חינם. אולם, עמדתם [[285]] של דיני ישראל איננה כזאת. על-ידי מתן הלוואה של טובה מקיים המלוה מצווה, הפוטרת אותו בשעת מעשה ממצוות אחרות, כגון מתן נדבה לעני - ומתוך "ההיא הנאה דלא בעיא למיתב ריפתא לעניא"[779] נתפסת גם ההלוואה של טובה בעלמא כעסק שיש בו ענין הדדי[780]. לפי שיטה אחרת אין המצווה שבעסק עולה כדי אינטרס ממוני של ממש,

---

[777] קעב) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ו', סע' א', בסמיכות להערות ג' וד', וסע' ח', במבוא למס' 3.

[778] קעג) רש"י על דברי ר' יהודה במשנה, בבא מציעא פ' ב', ור' סמ"ע על שו"ע חו"מ סי' ע"ב, ס"ק ז'.

[779] קעד) בבא קמא נ"ו ב'.

[780] קעה) בבא מציעא פ' ב' - פ"ב ב', ור' תשובות הרשב"א, חלק ג' סי' נ"ב, ונימוקי יוסף על בבא מציעא, שם (סי' תפ"ח להרי"ף), ובית יוסף על טור חו"מ סי' ע"ב ס"ק ב' וד'. אותה שיטה באה לביטוי שונה בתוספות על שבועות מ"ד ב', ד"ה ורב יוסף, ובתשובת הרא"ש המובאת בטור חו"מ סי' ע"ב סע' ל"ד. לפי תפיסה זו, כביכול, המצווה איננה דווקא בעצם מתן ההלואה, כי אם גם נמשכת היא בכל שעה ושעה שהמלווה טורח בשימור המשכון. נראה שהתוספות והרא"ש נגררו כאן אחר האסוציאציה של דין השומר

ואמנם - מבחינה [[287]] עקרונית - אין המלווה בטובה מתחייב על המשכון אלא כשומר-חינם; אבל על-כל-פנים מייחסים לו הסכמה שמסתמא כי מקבל הוא את המשכון כפרעון בגדר שוויו, ככל שייפגע או לא יוחזר עקב תקלה שניתן היה למנעה. כשערך המשכון גדול מן החוב, והוא נפגע רק בחלקו, ההנחה היא כי אין המשכון מתחיל להיזקף בפרעון אלא משיצא כל עודף הערך בנזק[781].

מתוך חוסר-ההכרעה בין שתי השיטות נראה שההלכה למעשה היא כי אמנם גם במשכון במלווה של טובה צריך המלווה לראות עצמו כשומר-שכר, אבל על-כל-פנים אין מוציאים ממנו כשומר-שכר אלא עד כדי ערך חובו, ואילו על יתר המשכון אחראי הוא רק כשומר-חינם[782].

אולם, על-ידי כך עדיין אין העניין מתישב לחלוטין. מה שאמרנו מספיק בפשטות לגבי משכון הניתן בצמוד למתן ההלואה; אבל משכון הנתפס אחר מתן ההלוואה, בעל-כרחו של הלווה, כפי שאפשר לפעמים בדיני-ישראל - לכאורה כל כלו הוא רק מעניין הנושה, וראוי היה שהנושה יתחייב עליו **כשואל**. אולם, תפיסה זו - נראה שהיא נדחית; ואם כי אמנם על עצם הדחייה, וגם על טעמיה ומשמעותה, רבה המחלוקת, הרי בספרי הפוסקים היסודיים מקובלת בזה שיטה אחת, שהיא גם הפשוטה ביותר בהגיון הבנתם של המקורות, והיינו שאין הבדל - לא הלכתי ולא דוגמתי - בין המשכון הניתן בצמוד למתן ההלוואה לבין משכון הנתפס לאחר מכן: אף משכון מן הסוג

אבדה, הנזכר בהקשר זה בגמרא, אבל לע"ד אין ספק כי הדימוי משובש. ראשית, השומר אבדה מקיים אמנם מצווה על-ידי עצם טרחתו, אבל מה מצווה יש בטרחת **המשכון** אחר שההלוואה כבר ניתנה? אף אם הטרחה היא כדי להבטיח את שלמות המשכון לבעליו - מכל-מקום לא יבוא אדם בטרוניה עם המלווה אם יסתלק מן הטרחה ויחזיר את המשכון לאלתר. ושנית, התפיסה הנידונה מנתקת את קשר-המשכון מרקע ההלוואה ומוצאת היא כביכול את שכר שמירת המשכון בקשר-המשכון כשלעצמו. אבל מבחינה זו, הבעייה כלל איננה מתעוררת: אדרבה, מבחינת המשכון כשלעצמו אפשר היה לחייב את המלווה כשואל. בקשר לכך יש להעיר, שאמנם גם בניסוח התפיסה הראשונה בתשובת הרשב"א מצוי שיבוש בכיוון דומה. הפטור מחובת הנדבה בשעת מתן ההלוואה מוצג כאן **כשכר-השמירה**, אשר בגינו מתחייב המלווה כשומר שכר - ולא היא. לפי בבא מציעא פ' ב', אין שכר שמירה מיוחד נדרש [[286]] כלל לפי שיטת ר' יהודה (שהלכה כמותו), ואילו לפי שיטת ר' מאיר - הדורש שכר-שמירה מיוחד - יש במשכון שכר מספיק שכזה, על-ידי כך שהמלווה נעשה מובטח בתביעתו; הבעיה מתעוררת לא על-ידי כך שנעלם כאן שכר-השמירה, אלא על-ידי כך שנעלם צד עניינו של השומר בעסק בכללו (תוספות, שם, ד"ה דקא תפיס), וזהו הדבר הבא על פתרונו על-ידי הכנסת מושג המצווה בגמרא. השווה בכיוון זה את דברי מהרש"ל בים של שלמה על בבא קמא, פרק עשירי סי' ד'; מה שניסה להשיב לו בעניין הנידון כאן הש"ך (בחו"מ סי' ע"ב ס"ק ל"ו) אינו מערער את דבריו.

[781] קעו) תוספות על שבועות מ"ג ב', ד"ה מתני' בדפריש, והרא"ש שם בפסקיו (סוף פרק שבועת הדיינין), וטור חו"מ סי' ע"ב סע' ד', וש"ך על חו"מ סי' ע"ב ס"ק כ'.

[782] קעז) בית-יוסף (בסי' ע"ב ס"ק ד') הכריע אמנם נגד השיטה השנייה, אף בהתחשב באפשרות כי היא שיטתו של הרא"ש; אך ר' הגהת הרמ"א בשו"ע חו"מ סי' ע"ב סע' ב'.

השני נחשב כחלק אינטרגלי של עסק ההלוואה בכללו, באופן שהנושה אינו מתחייב עליו [[288]] אלא בגדר מה שאמרנו לעיל[783].

עוד בעייה מתעוררת בקשר לאחריות המלווה אחר שקשר המשכון מסתיים על-ידי פרעון. לכאורה צריכה היתה האחריות לפחות במקרה כזה, על-פי הדין הכללי, מדרגה של שומר-שכר לדרגה של שומר-חינם[784]; אבל הרא״ש[785] והרשב״א[786] פסקו כביכול שאם האחריות היא במסגרת של אינטרס הדדי אין הפרעון כשלעצמו מפחית את האחריות, אלא נחוצה גם העמדת המשכון בפירוש לרשות הממשכן - ובית-יוסף מעיר, שאם האחריות היא משום תנאי של קבלת המשכון בפרעון, אמנם צריך הפרעון להפחית את האחריות לאלתר.

[[289]] טעם ההבחנה הוא כביכול בזה שבמקרה הראשון אין ההנאה שכנגד השמירה מסתיימת על-ידי הפרעון כשלעצמו, אבל במקרה השני - כל סיבת האחריות המוגברת לא היתה אלא בתנאי שהנזק יהפוך את המשכון עצמו לפרעון, ומשנתקבל הפרעון באופן אחר שוב אין התנאי יכול להועיל. אולם, לע״ד, גם ההבחנה וגם הבעייה בכללה מקורן במידה רבה בשימוש הגיוני בניסוח. קודם-כל, מפני שודאי לא יתכן מה שכותב הרשב״א, כי שומר שקיבל שכר אפילו פרוטה אחת נעשה מחמת שכרו שומר-שכר לעולם, עד שיחזיר את החפץ לבעליו: אין הוא נעשה שומר-שכר אלא לגבי הזמן שכנגדו ניתן השכר; ובענייננו ודאי יש לומר שמסתמא אמנם אין הנאת המלווה בעסק-ההלוואה מכסה חיוב-שמירה שכנגד אלא עד סיום הקשר על-ידי קבלת הפרעון. אולם, בעצם הדבר הזה נאמר גם שבשעת הפרעון צריך המשכון להיות מוכן להחזרה במקום הראוי; אם לא כן, נמצא שפשע המלווה ונשתעבדו נכסיו לשלם לפי גדרי אחריותו המקוריים, אלא אם ייפטר על-ידי המצאת החפץ בכל-זאת, ולו גם באיזה זמן מאוחר - ורק בכפוף לדיוק זה חוזר הדבר להיות נכון ששומר-שכר נשאר אחראי מחמת שכרו לעולם, עד להחזרה. בסיפור המעשה שנידון בתשובתו של הרא״ש ברור כי בשעת הפרעון לא היה המלווה מוכן להחזיר את המשכון, ולפיכך ודאי נכון מה שפסק הרא״ש, שאחריות המלווה לא נפחתה כאן על-ידי הפרעון כשלעצמו באופן אוטומטי, עד המועד הנדחה שקבע המלווה להחזרת המשכון - אבל לפי זה בלבד אין בענייננו יחוד

---

[783] קעח) כך לפי הרי״ף (סוף פרק שבועת הדיינין), והרמב״ם, (פ״י מהל׳ שכירות הל׳ א׳), והרא״ש (פרק השוכר את האומנין סי׳ י״ח) , והטור (חו״מ סי׳ ע״ב סע׳ ג׳) ושו״ע (שם, סע׳ ב׳), ועה״ש (שם, סע׳ ג׳) - וכל אלה לפי יישוב הרמב״ן והר״ן (בסוף פרק שבועת הדיינין) והרשב״א (בחידושיו על גטין ל״ז א׳), ובית-יוסף (חו״מ סי׳ ע״ב סע׳ ד׳); ושלא כרש״י (פסחים ל״א ב׳ ובבא מציעא פ״ב א׳), ובעל המאור (בסוף פרק שבועת הדיינין), וש״ך (חו״מ סי׳ ע״ב ס״ק ט׳), הגורסים כאן חיוב אף לאונסים; גם שלא כתוספות, (פסחים ל״א ב׳, וגטין ל״ז א׳, וקדושין ח׳ ב׳, ובבא מציעא פ״ב ב׳) וב״ח (חו״מ סי׳ ע״ב סע׳ ג׳), הגורסים כאן הבחנה דוגמתית אם כי לא הלכתית.

[784] קעט) ר׳ בספר על ״ההחזקה ודיניה״, פרק ו׳, סע׳ ז׳, מס׳ 1, בסמיכות להערה פ״ד.

[785] קפ) בתשובה המובאת בטור חו״מ סי׳ ע״ב סע׳ ל״ד.

[786] קפא) בתשובתיו, חלק ג׳ סי׳ נ״ב.

כלשהו ביחס לדין הכללי, ואמנם בכיוון זה מפרש את דברי הרא"ש **קצות-החושן**, בסי' ע"ב ס"ק ל"ט.

מצד שני, במה שנוגע לאפשרות שהאחריות היא מוגברת לדרגת שומר-שכר על-פי תנאי של קבלת המשכון בפרעון, נראה לומר באותו האופן עצמו, שאם בשעת הפרעון לא היה המלווה מוכן להחזיר את המשכון - הרי שבאותו רגע נהפך המשכון לפרעון, ואילו הפרעון השני שנתקבל ניתן רק על מנת שיוחזר המשכון בעינו, ולו גם באיחור; אם המשכון אינו מוחזר לאחר מכן, נמצא שהפרעון השני נשאר בלי יסוד, וחייב המלווה להחזירו. בכיוון זה מתקן את דברי בית-יוסף הש"ך, בס"ק קס"ח, ואף על פי [[290]] שהשיגו עליו קצות-החושן ופתחי-תשובה, מעז אני לטעון ודאי שהדין עמו[787].

כמו-כן מתעוררת במיוחד לגבי אחריות המלווה במשכון גם בעיית **היורש**. על-פי הדין הכללי היה מקום להבחין: אם האחריות בדרגת שומר-שכר היא משום אינטרס הדדי, צריכה היתה לכאורה לפחות אחריות היורש לדרגה של שומר-חינם[788] - ואילו במקרה שהאחריות בדרגת שומר-שכר היא משום תנאי של קבלת המשכון בפרעון, לא היה צריך לחול לגבי היורש שינוי כלשהו. אולם, בשו"ע, אף-על-פי שפוסק מהר"י קארו כשיטה הראשונה, כתוב בחו"מ סי' ע"ב סע' ו': "המלווה על המשכון ומת - אף בנו נעשה עליו שומר שכר".

דבר זה מוסבר בטעם המיוחד ש"בהיא הנאה" שנשאר היורש מובטח בתביעתו נשאר הוא שומר-שכר[789]; - ולכאורה במידה רבה של צדק תמה מהרש"ל על התפיסה הזאת[790]. אולם, הש"ך[791] מתרץ את השו"ע בכמה טעמים, שעל-פי אחד מהם[792] [[291]] נראה לי לפרש את הדברים כפי שהעליתי בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ו', סי' ז', מס' 2, בסמיכות להערות צ"ה וצ"ו. ראוי להזכיר כי

---

[787] קפב) אשר לקצות-החושן, תירוצו הוא (בס"ק מ"ב) שהפרעון השני אינו בא לפדות את המשכון שנהפך לפרעון, אלא מצטרף הוא למשכון בבחינת תוספת-משכון יתרה על גובה החוב, באופן שאם נפגע המשכון הראשון נסוגה אחריות הפרעון אליה - אבל זוהי בבירור סברה שאינה מתקבלת על הדעת. ואשר לפתחי-תשובה, מקור הדברים הוא תשובת חת"ם סופר, חלק חו"מ, סי' נ"ז, שטעמיה אינם מבוררים די צרכם, ע"ש - ולע"ד אין זו שייכת כלל לענייננו. שם מדובר באבדן המשכון אחר שנפרע רק חלק מן החוב, ופסק חת"ס שאין המלווה חייב להחזיר את הפרעון שקיבל; אולם, אם התקבל רק **חלק** הפרעון, הרי שבינתיים מועד החזרת המשכון כלל עוד לא הגיע, אלא נשאר זה ערב ליתרה, בעוד שהפרעון החלקי היה מוחלט ובלתי-מותנה בהחזרת המשכון - ופשיטא שלפי השיטה הנידונה נשאר כאן המלווה אחראי רק כשומר-חינם לערך-המשכון שממעל ליתרת-החוב.

[788] קפג) ר' הגהה על פסקי הרא"ש בבבא מציעא פ"ח סי' ד'.

[789] קפד) באר-הגולה על חו"מ סי' ע"ב סע' ו'.

[790] קפה) ים של שלמה על בבא קמא, פרק י' סי' ד', ע"ש.

[791] קפו) בחו"מ סי' ע"ב ס"ק ל"ו.

[792] קפז) "משא"כ בנו, שלא הלוה עליו כלום, ועתה המשכון תחת ידו - הוי כמשתכר".

הסקתי שם, שאף במידה שאחריות המלווה היא רק **כשומר-חינם**, מתגבהת אחריות היורש, ונעשה הוא **שומר-שכר**.

בזה סיימנו את בעיות דרגת האחריות, ונעבור לבעיות האחרות השייכות לשמירת המשכון בדיני ישראל.

הזכרנו כבר פעמיים באופן ביקורתי את תשובת הרא"ש המובאת בטור חו"מ סי' ע"ב סע' ל"ד[793], אבל נראה שעל-כל-פנים עולה ממנה באופן חיובי דין מיוחד לעניין **שימור** המשכון. אמנם - כותב הרא"ש - "שאר פקדון... אין הנפקד חייב לנערו, כיון שברשות המפקיד לבוא ולקחת אותו ולנערו", אבל "משכון... אינו ברשות הלוה לקחת אותו ולנערו, שאין המלוח מניח אותו ליקחנו, לכך צריך המלוה להשתדל בו"; ונראה שגדרי החיוב הם כגדרי שומר אבדה לכל דבר, לבד מזכות המכירה[794].

לעניין זה, פשיטא שאין המלווה רשאי למכור רק משום טורח הטיפול. מצד שני, אם המשכון אינו ניתן להשתמר, וניצולו המהיר הוא תנאי להפקת הנאתו, נראה שמכירת המשכון היא זכותו של המלווה וחובתו כאחת: זכותו, כדי לשמור את בטחונו, וחובתו - כדי להציל את ממון חברו, שהלה אינו יכול להציל בעצמו. במידה שיש הבדלים בין מכירת פקדון ומכירת אבדה, חלים כאן דיני מכירת הפקדון[795], ומסתבר שאם כי אמנם נכנסת התמורה תחת המשכון, מכל-מקום שונים דיניה מדיני המשכון הרגיל: ראשית, כל אימת שמתאים הדבר ודאי נפרע ממנה המלווה לאלתר (לעניין שלא יהא זכאי לעכב את העודף), ושנית - אף אם מעכב הוא את התמורה, אם משום משכון ואם משום שהלווה איננו שם להחזיר לו את העודף - אין הוא מנוע ודאי מלהפוך את התמורה למלווה, כדין התמורה במכירת פקדון.

[[292]] **בחוק המשכון, תשכ"ז**, אין הוראות כלשהן ביחס לעצם שמירת המשכון. מסתבר שהחוק סומך בזה על ההוראות הכלליות של חוק השומרים, תשכ"ז - שנתקבל בכנסת עמו - ועל סע' 8 שם, אשר לפיו זכאי במיוחד שומר-משכון להחזרת ההוצאות הסבירות שהוציא. סע' 22-21 של חוק המשכון קובעים, שאם הנכס הממושכן עלול להתקלקל או לאבד שיעור ניכר מערכו או שזכויות הצדדים עלולות להיפגע מסיבה אחרת, רשאי בית-המשפט לצוות כפי שימצא לנכון, וביחוד שהחוב הנערב ייגבה מן המשכון אפילו תוך זמנו.

7. "משכון שאול"

בסע' 728-726 דנה המג'לה במשכון חפצים השאולים מן הזולת למשכנם. בעניין זה קובעת היא, ראשית, שהדבר אפשר, ושנית - שיכול בעל החפצים לסייג את רשות המשכון. בשיטות אחרות,

---

[793] קפח) ר' לעיל, הערות קע"ה וקי"פ.

[794] קפט) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ו', סע' ט', סי' ז'.

[795] קצ) עה"ש חו"מ סי' ע"ג סע' י"ח, ור' ב"ח על הטור באותו סימן, סע' כ"א.

מסתבר שהדברים הם פשיטא. אולם, המג'לה מוסיפה שסתם שאלת חפצים אף כוללת בה את רשות המישכון - וזה נראה בשיטות אחרות כפשיטא להיפך. סע' 732 של המג'לה מוסיף, שאם הממשכן אינו פודה את החפץ, אף-על-פי שנדרש לכך, יכולים הבעלים לסלק את החוב ולפדות את המשכון בעצמם. הסעיפים 735-738 מסדירים את הדברים במקרה של מות אחד הצדדים.

8. פרעון חלקי

סע' 731 של המג'לה קובע: "חלק מהחוב שנפרע, אין בו כדי לחייב את החזרת חלק המשכון כשיעור החוב שנפרע; וזכאי מקבל המשכון לכבוש את כל המשכון ולהחזיקו תחת ידו עד אם נפרע החוב במלואו".

באנגליה נראה שהוא הדין: **הלסבורי-סיימונדס**, כרך כ"ט, עמ' 214.

בצרפת קובע סע' 2082 של ספר החוקים האזרחי: "אם מחזיק המשכון איננו מועל בו, אין החייב יכול לדרוש את החזרתו אלא אחר שגמר לחלוטין לשלם את החוב שלהבטחתו ניתן המשכון, הן את הקרן הן ריבית והוצאות. נמצא בין אותו החייב לאותו הנושה חוב אחר, שנולד אחר המישכון ושנעשה בר-פרעון לפני תשלום החוב הראשון, אין לכוף את הנושה שיוציא את המשכון מידו לפני שגבה בשלמות את שני החובות, ואף אם לא היה שום תנאי בדבר שעבוד המשכון לתשלום החוב השני".

[[293]] **באיטליה**, על-פי סע' 2794, הדין הוא כמו בצרפת, אבל לגבי החוב השני אין החפץ נעשה משכון גמור, אלא יש בו לנושה רק זכות עיכוב בלבד. סע' 2799 מוסיף: "המשכון אינו נתון לחלוקה וערב הוא לחוב עד שייפרע בשלמות, אף אם החוב או החפץ הממושכן יכולים להתחלק".

בגרמניה קובע סע' 1223 של הבג"ב: "הממשכן יכול לדרוש את החזרת המשכון כנגד סילוק תביעתו של הנושה, משזכאי החייב לסלק את חובו".

בשוייצריה קובע סע' 889 של הצג"ב: "אין הנושה חייב להחזיר את המשכון בשלמותו או בחלקו אלא אחר שנפרע בשלמות".

גם על-פי **דיני ישראל** הוא הדין, ואין הנושה חייב להחזיר חלק מן המשכון כנגד סילוק חלקו, אף אם המשכון ניתן לחלוקה מתאימה: טור חו"מ סי' ע"ד סע' ח.

לפי **חוק המשכון, תשכ"ז**, סע' 13(3), אין זכות לפדות את המשכון אלא על-ידי סילוק החוב במלואו - אם לא הותנה מלכתחילה אחרת.

9. נזק המשכון

סע' 741 של המג'לה מעלה אפשרות שהממשכן עצמו יזיק את המשכון, ולמקרה כזה מחייב אותו הסעיף - לפי פירושו של **סלים באז** - להשלים את המשכון לפי ערכו המקורי. סע' 742 מוסיף, שאם

זר מזיק את המשכון - משתעבדים לנושה, בבחינת משכון, דמי הפיצויים המגיעים מן המזיק. הוראה דומה מצויה בסע' 9 של **חוק המשכון, תשכ"ז**.

בשיטות האחרות אין בדרך-כלל הוראות מקבילות.

באנגליה מובא אצל **הלסבורי-סיימונדס** (כרך כ"ט, עמ' 221) שאם **נגזל** המשכון זכאי הנושה לגבות מן הגזלן את מלוא ערכו של החפץ, בלי לצרף את הממשכן כצד בתביעה.

בגרמניה יש לציין את סע' 1227 של הבג"ב, המעניק לנושה תביעות מקבילות לאלה של הבעלים, אבל הוראה זו היא ברורה רק לעניין שהנושה יוכל להגן על זכותו במשכון כדרך הבעלים כנגד גזלן או כל אימת שנשקפת לה סכנה מלכתחילה; אין בסעיף [[294]] הכרעה ברורה לעניין תקנה במקרה שניזק חפץ המשכון בגופו. ההלכה המוסקת בעניין זה בעקיפין הריהי שאם ניזק החפץ בידים (בין על-ידי הבעלים ובין על-ידי זר) יש לנושה זכות לפיצוי לפי ערך האינטרס שלו שנפגע[796].

בדיני ישראל, מסתבר כי יחול בענייננו מה שהסקתי לעיל במס' 9 של הסעיף הדן באפותיקי.

10. משכון בנכס ממושכן והעברת הזכות הנערבת

הסעיפים 743-745 של המג'לה עוסקים במישכון נוסף של חפץ ממושכן, תוך תקופת קיומו של קשר-המשכון הראשון. לעניין זה רואה המג'לה לא רק את בעל המשכון עצמו כממשכן אפשרי, אלא גם את הנושה מחזיק-המשכון, אולם, גם בעל המשכון וגם הנושה אינם יכולים לחזור ולמשכן אלא אם קיבלו רשות זה מזה. ההסכמה למישכון החדש מבטלת את המשכון הקודם מעיקרא, ואין אפשרות של **דירוג משכונות**, באופן שהמשכון הנוסף יתפוס רק את המותר מן המשכון הראשון[797]. לפי סע' 748, גם כל **השאלה** של החפץ לצד שלישי, בהסכמה הדדית של הממשכן והנושה, מסיימת את שעבוד המשכון. לפי הסעיפים 756 ו-747 אף אין בעל החפץ

---

[796] קצא) **וולף-רייזר**, עמ' 688.

[797] קצב) בע"א 379-380/61 (סמפר נגד יורשי הארט, פסקי-דין ט"ז, עמ' 498) הביעו השופטים כהן וברנזון את הדעה שאמנם אין אפשרות לעשות את המותר האוונטואלי של משכון אחד - משכון בדרגה שנייה, "מעכשיו", אבל אין מניעה לעשות את המותר האוונטואלי משכון **יחודי**, על "תנאי דוחה", באופן שמשכון המותר יוולד רק אחר שיסתיים המשכון הראשון ובלי ששאלת ההסכמה של הנושה הראשון תתעורר בעניין בכלל. בקשר לכך אמנם לא התעלם השופט כהן מן העובדה שעל-פי המג'לה אין חוזה המשכון נגמר בדיבור בלבד, אלא נחוצה גם מסירה למעשה; אך הוא הניח שהמסירה יכולה להתקיים גם על-ידי כך שהממשכן עושה עצמו שומר לנושה השני, מלכתחילה, בעוד שמוחזק המשכון לנושה הראשון, ומשעה שיוחזר לרשות הממשכן. השופט כהן כותב כי שום דבר במג'לה אינו מונע מין מסירה שכזאת; אין הוא מבהיר אם יש משהו בדיני המדינה המאפשר אותה. השווה ע"א 74/38 (בנק אנגלו-פלשתינה נגד מנהל הרכבות, פל"ר ה', בעמ' 302).

הממושכן יכול **למכרו** בלעדי הסכמת הנושה (לבד ממכירת **המותר**), ואם מתקבלת הסכמה - בטל משכון.

[[295]] **באנגליה** קוראים אנו אצל **הלסבורי-סיימונדס** (כרך כ"ט, עמ' 220): "קניינו המיוחד של מקבל המשכון בחפץ הממושכן ניתן להעברה לצד שלישי בדרך העברת זכותו עצמה או על-ידי מישכון-משנה על-ידיו. העברה כזאת אינה נוגדת את חוזה המשכון כל זמן שאין היא מתיימרת להעביר זכות גדולה יותר מזו העומדת למקבל המשכון כנגד הממשכן, שהרי מקבל המשכון נשאר אחראי בינתים לכך שתינקט שקידה נאותה בשמירתו הבטוחה של החפץ. מלבד זאת יכול הממשכן לקבל במקרה כזה פיצויים גבוהים אם הנכס ניזק בידי הצד השלישי או שנפגע הוא על-ידי דיחוי כלשהו בהחזרת הנכס אליו, משהציע את הפרעון של חובו". את אפשרות המשכון הנוסף של המותר האוונטואלי אין הלסבורי מזכיר.

באיטליה נקבע בסע' 2792 של ספר החוקים האזרחי שאין הנושה יכול למשכן את החפץ מצידו או להרשות לאחרים ליהנות ממנו.

בגרמניה ברור מן הסעיפים 1205 סיפא, 1208, 1209 ו-1232 של הבג"ב כי יכול הממשכן לחזור ולמשכן את המותר האוונטואלי לחוב אחר. הדבר אינו זקוק להסכמת הנושה הראשון, אלא מספיק שהממשכן יודיע לו כי את המותר אין הוא מחזיק עוד במישרין משמו, כי אם באמצעות החזקתו של הנושה השני.

בשוייצריה קובע סע' 886 של הצג"ב: "משכון נוסף נוצר על-ידי כך שמודיעים לנושה בכתב על המישכון הנוסף ומורים לו כי לאחר גביית חובו ימסור את המשכון לנושה הבא אחריו". סע' 887 מוסיף: "הנושה יכול לחזור ולמשכן את החפץ רק בהסכמת הממשכן".

בדיני ישראל נראה כי פשיטא הוא שמשכון המותר אפשרי: שו"ע חו"מ סי' ע"ב סע' מ"ד; אך במקרה שנידון כאן נעשה הדבר בהסכמת הנושה (ואף לטובת עצמו, לגבי הלוואה נוספת שנתן לשלישי). אף-על-פי-כן מסתבר כי הסכמת הנושה אינה נחוצה, כשם שבדרך-כלל אין נחוצה הסכמת המחזיק על-פי שעבוד להעברת זכותו של בעל-הבית.

[[296]] עם זאת, מאחר ששעבוד המשכון כולל זכות-החזקה, משמע שבמקרה של מישכון נוסף צריך על-כל-פנים הנושה הראשון להיעשות שליש, לגבי המותר, לנושה השני. על דרכי השגת התוצאה הזאת, ר' בספר על "ההחזקה ודיניה" פרק ג', סע' י', מס' 1, בסמיכות להערה קל"א ואילך.

אשר לשליטת הנושה עצמו במשכון, נראה על-פי הדין הכללי במיטלטלין[798] שאין הנושה יכול להרשות בו באופן כלשהו אנשים אחרים, אלא אם הורשה בפירוש; אבל מצד שני, יכול הנושה להעביר את זכותו על ידי העברת המשכון[799] - ונראה שההעברה מועילה אף אם לא היתה לכך הרשאה מפורשת, גם לעניין זכות הגבייה מן המשכון, אלא שבאין הרשאה נשאר הנושה המקורי אחראי על-כל-פנים כמעביר פקדון בפשיעה.

[[298]] משהגענו לכאן, מתעוררת השאלה, מה דין המשכון במקרה ההפוך, כשהנושה בא להעביר את זכותו הנערבת בדרכי העברתה היא, על-פי דינה שמלבד המשכון - ונראה לומר כי **בדיני ישראל** יש להעברה כזאת משמעות גם של העברת המשכון, באופן שהנושה נעשה שומר המשכון ללוקח[800]. מסקנה זו מנוגדת לדין המג'לה, הנקבע בסע' 690, שעל-פיו - אם מעביר הנושה את התביעה - מסתיימת זכות המשכון.

בגרמניה קובע סע' 1250 של הבג"ב ש"עם העברת התביעה עובר המשכון אל הנושה החדש. אי-אפשר להעביר את זכות-המשכון בלי העברת התביעה. הוסכם בהעברת התביעה כי זכות המשכון לא תועבר, מסתיימת זכות המשכון"[801]. סע' 1251 ממשיך: "הנושה החדש יכול לדרוש מהנושה הקודם שימסור לו את המשכון", ולהלן הוא קובע שאם הנושה החדש אינו ממלא את חיובי שומר המשכון, ערב לו הנושה הקודם כערב קבלן, אלא אם הועברה התביעה לנושה השני על פי דין.

[[299]] **בדיני ישראל** יש להעיר גם על דין מיוחד, שאם הזכות הנערבת במשכון מבוססת בשטר שמני שאין בו רשות הסבה מפורשת, והזכות הועברה ללוקח, והמשכון הועבר להחזקת הלוקח

---

[798] קצג) בבא מציעא ל"ו א' וכ"ט ב'. השווה בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ו', סע' ט', סי' ג'.

[799] קצד) קדושין ח' ב', שו"ע חו"מ סי' ס"ו סע' ח'; ואף אם הזכות היא בשטר, מעדיפה העברת המשכון את התביעה ואת כל תוכנו של השטר, בלי צורך ב"כתיבה". דין זה שונה מן הדין במשכנתא, ששם אין תוכן השטר מועבר על-ידי העברת המקרקע הממושכן בלבד, אלא נחוצה גם "כתיבה" (אך בודאי בשני המקרים, בין במשכון בין במשכנתא, מקבל הלוקח תביעה להעברת השטר עצמו גם-כן לרשותו: השווה שו"ע שם, סע' י"ט). טעם ההבדל בין המשכון למשכנתא, לעניין הצורך ב"כתיבה" להעברת תוכן השטר, הריהו שבמשכנתא קרקעית לא יוכל הלוקח להוכיח את זכות החזקתו במשך שלש השנים הראשונות אלא אם יהא השטר מועבר אליו, אך במשכון המיטלטלין מוכיחה ההחזקה עצמה את הזכות.

[800] קצה) כך נראה לי ללמוד משו"ע חו"מ סי' ס"ו סע' ל'. שם מתברר שגם אם הועברה תביעת הנושה על-פי דרכה, עוד יכול הנושה למסור את המשכון ללוקח, באופן שיישאר לחפץ דין של משכון - ואם לא תאמר כי זכות המשכון הועברה ממילא על-ידי העברת התביעה, נמצא שעם העברת התביעה צריכה היתה זכות המשכון לפקוע מעיקרא, ושוב לא יכולה היתה העברת המשכון להועיל אפילו במסירה.

[801] קצו) בדיני ישראל, נראה לי כי התנאה בין הנושה-המעביר לבין הנושה-הלוקח, שהמשכון לא ישמש את הנושה-הלוקח, אינה יכולה להועיל כשלעצמה, אלא נחוץ שהמשכון יובא לידי סיום בהסכם עם הממשכן. אחרת נשארת ערבות המשכון בתוקפה, מטבע הדברים.

תוך הוצאה מידו של הנושה המקורי, נמנעת מן הנושה המקורי השליטה על הזכות המועברת, אשר שטר כזה משאיר לו, בגדר ערכו של המשכון[802].

בחוק המשכון, תשכ"ז, בא סע' 6 לאפשר את משכון המותר; אולם, כשהנושה-המחזיק אינו מסכים להיות שליש לנושה הנוסף - למעשה אין האפשרות מגעת אלא עד כדי יצירת אפותיקי בין הצדדים לבין עצמם. לגבי שליטת הנושה עצמו במשכון אין בחוק הוראות.

11. השאלת המשכון לממשכן

סע' 749 של המג'לה קובע: "יכול מקבל המשכון להשאיל את המשכון לממשכן, ובכגון זה, אם מת הממשכן, מקדימים את זכותו של מקבל המשכון לזכותם של בעלי החוב".

באנגליה הדין הוא דומה[803].

ביבשת אירופה, לעומת זאת, בדרך-כלל נחוץ דווקא שהמשכון יימצא ביד הנושה, או לפחות בידו של שליש. **בצרפת** קובע סע' 2076 של ספר החוקים האזרחי: "בכל המקרים אין זכות העדיפות מתקיימת במשכון אלא כל אימת שהמשכון נמסר ונשאר בהחזקת הנושה או אדם שלישי שהסכימו עליו הצדדים" - והחזקת הנושה משמע כאן דווקא החזקה ישירה[804]. בדומה לזה, ר' **באיטליה** סע' 2787, פיסקה שנייה. **בגרמניה** הדין הוא אפילו יותר חמור, כי כאן אין המשכון קיים כלל על-ידי שמירת הממשכן: כפי שראינו, אין הוא נוצר על-ידי הסכם שמירה כזאת מלכתחילה, ובדיעבד מסתיים הוא על-ידי החזרת השמירה[805]. אולם, סע' 1206 מכניס על-כל-פנים הקלה [[300]] שכבר הזכרנו לעיל: "במקום מסירת החפץ (לשם יצירת המשכון) מספיקה הענקת ההחזקה המשותפת, אם נמצא החפץ סגור במשותף לנושה, או - במקרה שנמצא הוא בידו של שלישי - אם החזרתו אפשרית רק לבעלים ולנושה במשותף". "סגור במשותף" - משמע סגור באופן כזה שהבעלים והנושה יוכלו רק לפתוח יחד: "אין מספיק שכל אחד מהם יוכל לפתוח לחוד"[806]. **בשוויצריה**, כפי שראינו, לעניין **יצירת** המשכון, העמדה היא דומה (צג"ב, סע' 884, סיפא), אבל על-פי סע' 888, סיפא, אין ההפקדה החוזרת מסיימת את המשכון, אלא רק **מתלה** אותו, "כל זמן שהשלטון היחודי נשאר ביד הממשכן". ההקלה לענין "סגירה משותפת" מצויה כאמור גם בחוק האיטלקי במסגרת שיטתו, בסע' 2786.

---

[802] קצז) שו"ע חו"מ סי' ס" ו סע' ל' - ור' בסקירת דיני האפותיקי לעיל, מס' 5 בסמיכות להערה מ"א.

[803] קצח) **הלסבורי-סיימונדס**, כרך כ"ט, עמ' 214, 215.

[804] קצט) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 501-500.

[805] ר) **וולף-רייזר**, עמ' 682-678.

[806] רא) שם, עמ' 681.

בדיני ישראל אין מניעה להפקדה חוזרת של החפץ ביד הממשכן[807]: אדרבה, לפעמים הדבר הוא אפילו מצווה[808], אך נראה שבמשך ההפקדה החוזרת אין שעבוד המשכון מתקיים כנגד לקוחות ונושים מתחרים[809].

תוצאה דומה מתקבלת גם על-פי **חוק המשכון, תשכ"ז**, סע' 4(2): כפי שציינו לעיל, אין המשכון לפי חוק זה נשלם אלא במסירה להחזקת הנושה או לשומר מטעמו - וכן, אם מוחזר המשכון לשמירת הממשכן, חוזר הוא להיות אפותיקי בלבד, בין הצדדים לבין עצמם (תוך ספק מרובה, כאמור, ביחס לדיון של הקנאות סותרות. [[302]]

---

[807] רב) שו"ע חו"מ סי' ע"ב, סע' ב'.

[808] רג) שם, סי' צ"ז סע' ט"ז, והיינו כשהממשכן הוא לווה עני, והמישכון הוא לאחר מתן ההלוואה, והחפץ הוא דבר הנחוץ.

[809] רד) בקשר לכך ראוי קודם-כל להזכיר את הגמרא בבבא מציעא קט"ו א'. שם מתעוררת השאלה, מה בכלל טעם המשכון במקרה של מצוות ההפקדה החוזרת, והתשובה היא שעל-כל-פנים מועיל המשכון "שלא תהא שביעית משמטתו ולא יֵעשה מיטלטלין אצל בניו". לפי זה ברור לכאורה, שהשעבוד - לפחות מבחינה עקרונית - אינו מסתיים על-ידי ההפקדה החוזרת, ומצד שני אין ללמוד מכאן כי השעבוד מתקיים רק לשני הדברים הנזכרים בלבד, כי כאן נשוא הסוגיה הוא משכון מיוחד (מן הסוג המתואר [[301]] בהערה ר"ג לעיל), שאין לנושה זכות למכרו, ונמצא כי לבעיית הלקוחות והנושים המתחרים אין כאן כמעט משמעות (ואולי לכן היא לא נזכרה). אף-על-פי-כן, בתוספת השנייה להמרדכי על בבא מציעא, בסוף (סי' תס"ב) מובאת דעת ר' ברוך, שהסוגיה הנזכרת מוגבלת אמנם לחלוטין לנשוא דיונה הנ"ל, ואילו במשכון הרגיל מסיימת ההפקדה החוזרת את השעבוד לגמרי. אולם, דעה זו מבוססת על שיטת התוספות בעניין שדנו בו לעיל, בהערה קע"ה, וקשה אפוא להכריע שאמנם היא נכונה להלכה: אדרבה, יותר נראה לקיים שאין הבדל עקרוני בין סוגי המשכונות ובכלם אין ההפקדה החוזרת פוגעת בעיקר השעבוד. ובאמת, יש לנו גם מקור נוסף, בהמרדכי על בבא מציעא, סוף פרק השוכר את האומנין - זה המקור היסודי לדין שביססנוהו לעיל בהערה ר"ב - ושם (בנוסח המתוקן) מבואר, לפי ר' יצחק, שאם במקרה הנדון לא יכלה אשת הלווה לתפוס את המשכון בבחינת נושה מתחרה, כנגד הנושה המובטח הראשון, היה זה משום שבינתים אמנם חזר החפץ ליד המובטח הראשון: "ואין האשה יכולה לטעון תפסתים עבור כתובתי, ואני הייתי מוחזקת בהם כשמסרתי לך מלבושי, **דכיון שהחזירתם לו לא היו יותר ברשותה**" - ומתוך הרכב הדברים מתקבל שאמנם השעבוד מתקיים, אבל רק בין הצדדים לבין עצמם ויורשיהם, אבל כנגד נושים מתחרים (ולקוחות) - לא. אין לתרץ שגם ר' יצחק סובר כי בתקופת ההפקדה פוקע השעבוד לחלוטין, כי דעתו המפורשת היא (שם, בהמרדכי) שהשעבוד מתקיים אפילו במקרה שלא מן הסוג הנידון בסוגיה (ואין קושי, כי אף-על-פי שהוא עצמו מבעלי התוספות, אין התוספות מחייבות דווקא את מסקנת ר' ברוך בענייננו). - ההכרה המפורשת של ר' יצחק בתוקפו של השעבוד מתבטא בזה שמכיר הוא בהמשך-אחריות לשמירת המשכון מצד הנושה-המפקיד כלפי הלווה-הנפקד (בהנחה שההפקדה היא לשמירת-חינם, בעוד הנושה אחראי כשומר-שכר); אך בנקודה מיוחדת זו מכריע הש"ך נגד ר' יצחק (חו"מ סי' ע"ב ס"ק כ"ד), ונראה שאמנם מחויב הדבר לאור צמצומו של השעבוד, המתארע על-כל-פנים לפי דברי ר' יצחק בנוסח המתוקן.

12. שימוש במשכון ודין פירותיו

בסע' 750 קובעת המג'לה: "אין מקבל המשכון רשאי ליהנות מן המשכון שלא ברצון הממשכן. אבל אם רצה הממשכן והרשהו לכך, משתמש מקבל המשכון במשכון ואוכל פירותיו.... ואין לנכות דבר מהחוב".

באנגליה כותב **הלסבורי-סיימונדס**[810]: "אין מקבל המשכון רשאי להשתמש בחפץ הממושכן, אם זה יינזק על ידי השימוש, אבל אם לא כן רשאי הוא להשתמש בו באופן סביר, על אחריותו הוא. אם הוא נושא בהוצאות על-ידי השמירה, רשאי הוא להפיק מן הנכס ריווח סביר כדי לפצותו..."

בצרפת אין לנושה זכות להשתמש במשכון או לאכול פירותיו, ואם עובר הוא על הגבלה זו יש לממשכן זכות לקבל את המשכון מיד בחזרה. כך בהבדל מן הדין במשכנתא ובמשכון של תביעה, שבאלה אוכל הממשכן את הפירות ומנכה מן החוב[811].

באיטליה, על-פי הסעיפים 2791-2792 של ספר-החוקים האזרחי, בסתם אין הנושה רשאי להשתמש במשכון, אבל אם הורשה להשתמש או להפיק פירות, יש לו לזקוף את הריווח על חשבון ההוצאות המגיעות לו, אחר-כך על חשבון הריבית, ולבסוף על חשבון הקרן. אם החפץ עושה פירות, נחשבת בסתם הזכות להפיק את הפירות כנתונה לו.

בגרמניה יוצא הבג"ב מן ההנחה שהשימוש במשכון - מן הסתם הוא אסור, וסע' 1212 קובע כי מה שמופק מן החפץ ונפרד מגופו נכלל על-כל-פנים בשעבוד המשכון[812]. אולם, הסעיפים 1213-1214 מאפשרים גם משכון בזכות [[303]] לאכילת פירות. זכות כזאת נחשבת כנתונה מסתמא אם החפץ עושה פירות מטבעו והוא נמסר להחזקתו הייחודית של הנושה. מקום שהזכות לאכילת פירות נתונה בסתם, חייב הנושה לדאוג להפקתם ולהגיש עליהם חשבון, ויש לו לזקוף את ההכנסה הנקייה על חשבון סילוק תביעותיו להוצאות, ריבית וקרן.

בשוויצריה קובע סע' 892 של הצג"ב כי באין הסכם אחר מחזיר הנושה לממשכן את הפירות הבאים מגוף המשכון, משחדלו להיות חלק מגופו.

בדיני ישראל אסור לנושה להשתמש במשכון בלי שכר, אפילו בהסכם, משום איסור ריבית (ואם עבר והשתמש בלי הסכם, דינו כשואל שלא מדעת או שולח יד בפקדון, והיינו גזלן, ומשמע

---

[810] רה) כרך כ"ט, עמ' 220-219.

[811] רו) **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 507 (השווה עמ' 498).

[812] רו-1) נראה לומר כי ההוראה היא במידה רבה תמהונית. במידה שאין היא מתיחסת רק **לפירות**, הרי או שהיא פשיטא או שסוטה היא ללא צורך מדיני הגזלה; אך עיקר תחולתה הוא כמובן בפירות, - ובמשכון המיטלטלין אין אלה יכולים להיות אלא חלב, ביצים, ולדות או גיזה, אשר הפיכתם למשכון אינה מתאימה לטיבם.

ששעבוד המשכון מסתיים, אבל בשכר על-כל-פנים אין מחייבים אותו - הכל לפי הדין הכללי)[813]. אם החפץ עשוי להשכיר, והשתמש בו הנושה שלא על-פי הסכם, כתב בעל ערוך השלחן כי חייב הוא שכר, ואין הוא יכול להיפטר בטענה של כוונת גזלה - ונראה שהלך בזה הרב לפי שיטתו בחו"מ סי' רצ"ב סע' יט. אולם, לע"ד אין שיטה זו מוצדקת על-פי מקור הדברים בתשובת הרשב"א[814], ומעבר לכך הנכון הוא שמושג "החפץ העשוי להשכיר" אינו יכול כלל לחול במשכון שהנושה משתמש בו בלי רשות - מפני שהמשתמש שלא מדעת בעלים בחפץ העשוי להשכיר יכול להיחשב (לפי בחירת בעל-הבית) כשוכר, דווקא כשהחפץ יועד באמת להשכרה[815], [[304]] ואילו כאן אנן סהדי שלא להשכרה יועד ההפץ, כי אם למשכון, אשר זכות שימוש לא ניתנה בו[816]. בזה ממילא אמרנו גם-כן שבסתם אמנם אין במשכון הרשאה של שימוש, אפילו כנגד זכות לנכות מן החוב את דמי השכר הראוי, - אולם, במקרה אחר נהפכת החזקה, היינו כשנשקפת סכנה שהחייב לא יוכל לפדות את המשכון, ואילו דמי שכירות החפץ הם מרובים יחסית בעוד שפחתו הצפוי הוא מועט. במקרה כזה, בסתם רשאי הנושה להשכיר את החפץ לאחרים, כדי לזקוף את השכר בחובו, מדין "משיב אבדה", אבל להשתמש בעצמו - מלכתחילה אין הוא רשאי על-כל-פנים בלי הרשאה מפורשת, שמא יחשדו בו הבריות כי משתמש הוא בריבית.

לפי חוק המשכון, תשכ"ז, סע' 8, אם החפץ מופקד לנושה, מתפשט השעבוד גם על הפירות, בדומה להוראת הבג"ב, שעליה הערנו לעיל. בסע' 10 נקבע כי השימוש בחפץ, בסתם, הוא אסור. גם אכילת הפירות טעונה הרשאה מפורשת, ובסתם יש כנגדה חובת שכר. את ההרשאה רואים בסתם כנתונה, אם הפירות "מטבעם משתמרים", אך מסתבר כי הכוונה האמיתית היתה לפירות **שאינם** משתמרים.

13. גביית החוב הנערב

בסעיפים 757-758 של המג'לה נקבע הנוהל לגבית החוב הנערב במשכון: הגיע זמן הפרעון, והחוב לא נפרע - יש תחילה לדרוש הפרעון מן החייב באופן אישי; סרב החייב לפרוע - מצווה עליו השופט לעשות כן, ולו גם על-ידי מכירת המשכון; עמד החייב במריו - מוכר השופט עצמו את

---

[813] רז) שו"ע חו"מ סי' ע"ב סע' א', ור' סמ"ע שם ס"ק א' ותיקון דבריו במשה"א באורים ס"ק א', ור' בעה"ש.

[814] רח) תשובות הרשב"א, חלק א' סי' תתקל"ח.

[815] רט) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ח', סע' א', בסמיכות להערה כ' - ודוק בשו"ע חו"מ סי' ש"ח סע' ז, הגה, וסי' שס"ג סע' ה'. אם לא נפרש כן, ונאמר ש"עשוי להשכיר" הוא דבר התלוי בטיבו של החפץ, ולא דווקא ביעוד שנקבע על-ידי בעל-הבית, לא תהא משמעות להבחנת הרמ"א בהגהתו הנזכרת (ודוק גם-כן במקור הדברים, בתרומת הדשן סי' שט"ז, שלא על-פי סיגולו הכללי של החפץ להשכרה נחשב הוא כעומד לשכירות, אלא דווקא על-פי דעתו של בעל-הבית, "**להשכירו עכשיו**").

[816] רי) דוק גם-כן בעצם ההלכה המיוחדת לענייננו, בשו"ע חו"מ סי' ע"ב סע' א, שדווקא אם "הלווה לעני" וכו' רשאי הנושה להשכיר את המשכון: הא למדת שבדרך-כלל, אף אם נתקיימו תנאי אבא שאול בטיבו של המשכון, אלא שהלווה איננו עני, שוללת עובדת המישכון את יעוד השכירות.

המשכון ופורע את החוב מתוך דמי התמורה. אם הממשכן נעדר - אין צורך בצעדים המוקדמים, אלא מוכר השופט את המשכון לאלתר. על-פי הסעיפים 760-761 [[305]] יכולים הצדדים להתנות על הצורך בהתערבות השופט, על-ידי כך שמלכתחילה ממנה הממשכן אדם כלשהו (היכול להיות גם הנושה בעצמו) כ"מורשה למכירת המשכון" למקרה שהחוב לא ייפרע בזמנו. המינוי אינו ניתן לחזרה, ורק אם המורשה מסרב או אינו יכול לפעול חוזר ומתעורר הצורך בהתערבות השופט.

נראה שגביית החוב מן המשכון אינה מעורבת בגביית החוב מתוך כלל נכסי החייב, על-פי הדינים הרגילים של ההוצאה לפועל, אלא שתי אפשרויות הגבייה נתונות לנושה במקביל.

יתרון מיוחד בגבייה יש במקרה שהמשכון אינו מוחזק ביד הנושה בעצמו, אלא מופקד הוא ביד הממשכן או בידו של שליש. במקרה כזה, אם נערכו תנאי המשכון בשער נוטריוני, אין צורך בהתערבות השופט למכירת המשכון, אלא נשיא ההוצאה לפועל מוסמך לעקל את המשכון ולמכרו במכירה פומבית, מכוח השטר בעצמו, על-פי סע' 72 של חוק הנוטריונים הזמני העותמני. באותו סעיף נתונה גם האפשרות לתפוס ולמכור בלי פסק-דין את חפציו של שוכר, שצויינו בשטר נוטריוני כערבים לדמי-השכירות של מקומם, אף אם לא נעשו משכון; ובסע' 69 ניתנת האפשרות לרדת בלי פסק-דין אפילו לכלל נכסי החייב, כדי לגבות את חובו שלא נפרע בזמן, כל אימת שהחוב מיוצג על-ידי "שטר חוב כסף נוטריוני". בכל מקרה צריך השטר להיות ערוך על-ידי הנוטריון בעצמו, ואין מספיק שהנוטריון יאשר רק את חתימות הצדדים שערכו את השטר בעצמם[817].

באנגליה, אם יש לחוב זמן פרעון קבוע, והחוב לא נפרע בעתו, רשאי הנושה למכור את המשכון לאלתר. לא היה שם זמן פרעון קבוע, צריך הנושה לתבוע תחילה את פרעונו; אם אין הוא נפרע - שוב צריך הוא להתרות בחייב, ורק לאחר מכן רשאי הוא למכור. במכירה חייב הנושה לנהוג זהירות בענייני הממשכן, ואם המשכון ניתן לחלוקה אין לו למכור אלא במידה שנחוץ כדי לכסות את החוב. במקביל לזכות המכירה נתונה לנושה הזכות לגבות את תביעתו בדרכי המשפט וההוצאה-לפועל הרגילות, ובמידה שהמשכון אינו מספיק [[306]] לכסות את התביעה, נשארת זכות זו לנושה גם לאחר המכירה[818].

בצרפת קובע סע' 2078 של ספר החוקים האזרחי: "באין תשלום אין הנושה יכול להקנות את המשכון: רק יכול הוא לקבל צו מבית-המשפט שהמשכון יישאר לו בבחינת תשלום, בשווי עד כדי הערך הראוי לפי שום של מומחים, או שימכר במכירה פומבית. כל תנאי שיסמיך את הנושה לשייך את המשכון לעצמו או להקנותו בלי דרישות-הצורה שלעיל הוא בטל".

באיטליה קובע סע' 2797: "לפני המכירה חייב הנושה להתרות בחייב, באמצעות פקיד שיפוטי, שישלם את החוב ותוספותיו, תוך הודעה שאם לא יעשה כן יינקט במכירת המשכון. אם צד שלישי

---

[817] ריא) בג"ץ 58/41 (האפוטרופוס על רכוש האויב נגד רוטלוי, פל"ר ח' עמ' 414).

[818] ריב) **הלסבורי-סיימונדס**, כרך כ"ט, עמ' 220-221.

הוא שנתן את המשכון, יש להודיע גם לו על ההתראה. אם תוך חמישה ימים מההתראה אין מוגשת התנגדות, או שההתנגדות נדחית, יכול הנושה להוציא את המשכון למכירה פומבית, או - במקרה שיש לחפץ מחיר קבוע בשוק - להוציאו למכירה במחיר העומד באותו זמן, באמצעות אדם המוסמך לפעולות כאלה. (אם החייב אינו מתגורר במקומו של הנושה יש דין מיוחד לגבי תקופת ההתנגדות). על-פי התנגדות הממשכן, כשמורכב המשכון מחפצים אחדים, יכול השופט לצמצם את המכירה לחלק מן החפצים שיספיק לתשלום החוב. הצדדים יכולים להסכים בעניין המכירה על דרישות צורניות אחרות". אולם, המכירה איננה הדרך היחידה הנתונה לנושה: באופן אלטרנטיבי, על-פי סע' 2798, "יכול הנושה לבקש תמיד מהשופט שהחפץ יוקנה לו בבחינת תשלום, עד כדי השווי של חובו, לפי שומה שתיערך על-ידי מומחים או לפי המחיר באותו זמן, אם יש לחפץ מחיר קבוע בשוק".

בגרמניה מסדירים את עניינו הסעיפים 1928[819] ואילך של הבג"ב:

1928[820]. הנושה זכאי למכור את המשכון משהגיע זמן הפרעון של תביעתו, בשלמותה או בחלקה. אם הדבר המחויב איננו כסף, מותרת המכירה רק כשהתביעה הועמדה על תביעה כספית.

[[307]] 1929[821]. הסכם מלפני שהבשילה זכות המכירה, שעל-פיו יזכה הנושה בבעלות החפץ, או שזו תועבר לו, במקרה שלא ייפרע חובו או שלא ייפרע בזמן - הריהו בטל.

1230. במקרה שהמשכונות הם רבים, יכול הנושה - אם לא הוסכם אחרת - לבחור את המשכונות שיימכרו. יכול הוא להוציא למכירה משכונות רק במספר הדרוש לסילוק תביעתו.

1231. אם הנושה אינו מחזיק את המשכון לבדו, הרי משהבשילה זכותו למכירה, יכול הוא לדרוש כי המשכון יימסר לו לשם מכירה. לפי דרישת הממשכן תבוא במקום המסירה לנושה מסירה לשליש....

1232. הנושה איננו חייב למסור את המשכון לצורך מכירה לנושה מאוחר ממנו המובטח על-ידי אותו המשכון. אם המשכון אינו בידו, אין הוא יכול להתנגד למכירה על-ידי הנושה המאוחר אלא אם הוא מפעיל את המכירה בעצמו.

סע' 1233 מאפשר שני אופנים של מכירת המשכון. האחד הוא מכירה פרטית, המתנהלת לפי הוראות הבאות בהמשך הבג"ב. השני הוא מכירה על-פי פסק-דין המאשר את זכותו של הנושה למכור את המשכון, ומכירה זו יכולה להתנהל גם על-פי ההוראות של חוק הנוהל האזרחי (צפ"א)

---

[819] הערת עורך: צ"ל 1228.

[820] הערת עורך: צ"ל 1228.

[821] הערת עורך: צ"ל 1229.

המתיחסות למכירת חפצים הנתפסים לגביית חוב על-פי בית-המשפט. את פסק-הדין הדרוש לשם מכירה באופן השני אין לערבב עם פסק-דין המזכה את הנושה לגבות את חובו באופן אישי מאת החייב. יתכן מסתמא שפסק-הדין האישי ופסק-הדין לאישור מכירת המשכון יתמזגו באחד, אבל לפחות מבחינה מהותית - פסק-הדין לאישור המכירה הוא עניין מיוחד, ובמקרה שהממשכן איננו בעל-החוב בעצמו יש לכוון את התביעה לקבלת פסק-דין שכזה לא נגד החייב, אלא נגד הממשכן. ההבדלים בביצוע המכירה למעשה אינם בעלי חשיבות מספיקה כדי להביאם כאן בפרוטרוט, ובאמת לא למענם יבחר הנושה ללכת באופן השני, כי אם מתוך עצם זקיקותו לפסק-הדין, והיינו כשאין הוא בוטח בזכותו, וחושש שמא תיחשב מכירתו כפשיעה[822].

[[308]] על-פי הבג"ב סדרי המכירה הם כלהלן:

1234. הנושה חייב להתרות בבעלים שעומד הוא למכור את המשכון, ותוך כדי כך חייב הוא לציין את גובה הסכום שבגינו צריכה המכירה להתקיים. ההתראה יכולה לבוא רק לאחר שהבשילה זכות המכירה; אפשר בלעדיה כשאין לה טעם. המכירה אינה יכולה להתקיים לפני שעבר חודש משעת ההתראה. אם אין טעם להתראה מונים את החודש משעה שהבשילה הזכות.

1235. את המכירה יש לערוך בדרך האכרזה הפומבית לכל המרבה במחיר. אם יש למשכון מחיר קבוע בשוק או בבורסה, יכול הנושה לערוך את המכירה באופן חפשי, על-ידי סרסור המוסמך רשמית למכירות כאלה או על-פי אדם המוסמך למכירות פומביות, במחיר העומד באותה שעה.

הסעיפים 1236-1241 מסדירים את הבעיות הנוהליות של המכירה הפומבית: מקום המכירה, הודעות, תשלום במזומנים, השתתפות הנושה, בעל המשכון ובעל-החוב בהצעות הקנייה, ועוד. סע' 1242 קובע שהלוקח במכירה הפומבית דינו כלוקח מבעל המשכון, כל זכויות של משכון בחפץ מסתימות עם המכירה, והוא הדין בקניין-פירות החל על החפץ בכפוף לזכות של משכון, - אבל קניין-פירות הקודם לכל זכות של משכון איננו נפגע. סע' 1249 מאפשר לכל אדם למנוע את המכירה על-ידי תשלום מה שמגיע לנושה, אם עשוי אותו אדם לאבד זכות בחפץ במקרה שהמשכון יימכר. הסעיפים 1243-1244 קובעים מתי גוררת סטייה מן החוק את בטלותו העקרונות של המכר ומתי רואים בה רק פשיעה.

בסע' 1245 נקבע כי רשאים הצדדים להתנות על הדינים הצורניים של המכירה, אך על עצם הצורה של מכירה פומבית וכמה נקודות מסוימות אין להתנות לפני שהבשילה זכות המכירה. לפי סע' 1246 אף יכול כל צד מעוניין לדרוש סטייה מהוראות החוק ביחס למהלך המכירה, אם הסטייה תהיה לטובת כל הנוגעים בדבר.

---

[822] ריג) **וולף-רייזר**, עמ' 691, 699 ואילך.

[[309]] לפי סע' 1247, אם נמכר המשכון כדין[823], נחשבת התמורה - עד כדי הסכום המתאים - כסילוק התביעה הנערבת; "היתר נכנס תחת המשכון".

בשוייצריה אין אנו מוצאים בצג"ב בעניינו אלא שני סעיפים קצרים בלבד: "891. לנושה שאינו נפרע נתונה הזכות להיפרע מתמורת המשכון... 894. כל הסכם שעל-פיו יזכה הנושה בבעלות החפץ הממושכן במקרה שלא ישולם חובו, הריהו בטל".

בדיני ישראל, אם עבר הזמן והנושה לא נפרע, רשאי הנושה למכור את המשכון על-פי בית-דין, בשומה, ולפני שמתיר בית-הדין את המכירה מתרה הוא בחייב. אם החייב אינו נמצא בטווח התראה, מוותרים על ההתראה ומתירים את המכירה מכל-מקום, שהרי בסתם נאמן הנושה על תביעתו עד כדי ערך המשכון, מתוך עצם היותו מחזיק בחפץ. אם נמצא החייב בטווח של דרישת תשלום, אין הרשות למכור את המשכון נתונה אלא כעבור ל' יום אחר שנדרש הפרעון שהגיע זמנו. נמכר המשכון במחיר נמוך מן השומה, או שלא על-פי שומה בכלל - ואף-על-פי שנתקבל המחיר הנכון - דינו כאילו נמכר על-ידי גזלן. נראה שנוטה דעת הפוסקים להכריע כי גם במשכון - כמו בפקדון הנמכר שלא יתקלקל - אין הנושה רשאי לקנות את החפץ לעצמו, אפילו במחיר השומה ועל-פי בית-הדין, מפני רגשות הטעם הטוב, שלא יחשדו בו שעל-כל-פנים ניצל את החייב וקנה את החפץ במחיר נמוך מערכו[824]. מן התמורה גובה הנושה את חובו; אם נותר עודף - הרי זה חוזר לבעל המשכון (או לנושים מאוחרים המבוטחים באותו המשכון); אם התמורה אינה מספיקה - נשארת לנושה יתרת התביעה. על כל הדינים האלה אפשר להתנות, אך ההתנאיה כפופה כמובן לדיני האסמכתא [[310]] ואיסור הריבית. לפי זה יוצא שאפשר אמנם להתנות כי במקרה של אי-פרעון יוחלט החפץ לנושה במחיר המתאים (בבחינת מכר על תנאי), וכן אפשר שהנושה ייעשה שליח למכור בלי שומה, אבל אי-אפשר שהחפץ ישתעבד לנושה למכרו בלי שומה, באופן שהחייב לא יוכל לחזור בו מן השליחות[825].

---

[823] ריד) **וולף-רייזר**, עמ' 698.

[824] רטו) להסבר הדבר אפשר להוסיף, כי באמת - אף אם נמכר החפץ בשומה - הרי בודאי נערכה השומה בשים-לב לסיכויי המחיר במכירה מאולצת, שהוא מן הסתם נמוך יותר מן המחיר שיוכל להתקבל בלא בהילות למכור.

[825] רטז) על-פי עה"ש חו"מ סי' ע"ג סע' י"ח ואילך, ור' גם בסי' ע"ב. את הדינים הללו ראוי להשוות כנגד הדינים שראינו במימוש האפותיקי, ויש לציין קודם-כל את ההבדל שבעוד אשר מימוש האפותיקי סתם נבלע בדינים הכלליים של גביית התביעה, הרי הגבייה מתוך המשכון היא מקבילה לדיני הגבייה הכלליים - גם במשפט העברי, כמו בשיטות אחרות שסקרנו. הבדל אחר הוא שמכירת המשכון אינה צריכה דווקא אכרזה פומבית, אבל מסתבר שאם תיערך מכירה פומבית לא יהא הנושה מנוע מלהשתתף בה, כמו באפותיקי. אשר לעניין ההתנאה על דיני הגבייה נראה שאין למעשה הבדל. מלבד זה נשאר לנו לעמוד על ארבע נקודות: א) הבא להיפרע ממשכון, נראה שדינו הוא מבחינה עקרונית כמי שבא להיפרע על-פי שטר מקוים; ב) אם חל המשכון על חפצים אחדים יחד (או על חפץ הניתן לחלוקה), מסתבר שבעיות נסיגת השעבוד שראינו באפותיקי אינן מתעוררות, אלא שעל כל פנים אין לנושה לגבות כי אם ממספר החפצים

[[311]] לפי **חוק המשכון, תשכ"ז**, עומד המשכון "למימוש" על פי צו ראש ההוצאה לפועל (או על-פי צו בית-המשפט, כשהמשכון אינו מופקד לנושה). הצו - דינו בסתם כעיקול שהוטל לשם ביצועו של פסק-דין, ועל-פיו מוכרים את המשכון "בדרך המקובלת בשוק" או "בדרך מסחרית סבירה". נושה שהוא מוסד בנקאי אינו זקוק לצו, אבל חייב בהודעה מוקדמת על כוונת-המכירה לכל אדם שזכותו עלולה להיפגע. על דינים אלה אין להתנות כל זמן שלא הבשיל החיוב הנערב. ר' סע' 16-19.

עד כאן הלכנו, כאמור, בבירור בעיות המשכון, לפי סדר המג'לה. להלן נשלים את הסקירה על ידי בירור מספר נקודות שאינן מתעוררות במג'לה והמופיעות בשיטות אחרות.

14. שטר משכון

לפי סע' 2077 של ספר החוקים האזרחי הצרפתי, אם עולה החוב הנערב על סכום מסוים, אין המשכון מועיל לעניין זכות עדיפות אלא אם נערכו פרטי העסק בשטר נוטריוני או רשום. בדומה לזה ר' סע' 2787 **באיטליה**. תפקיד השטר הוא למנוע קנוניה[826], אך כיצד הוא עושה זאת קשה לי לראות.

15. מישכון על-ידי צד שלישי

סע' 2077 של ספר החוקים האזרחי **הצרפתי** קובע כי "המשכון יכול להינתן על-ידי שלישי בשביל החייב". בדומה לזה ר' סע' 2784 של החוק **האיטלקי**. בחוק **הגרמני** משתמע אותו הדבר מן הניסוח הכללי של דיני המשכון, ואילו **בדיני ישראל** פשיטא שהוא הדין. הגדרה הסותרת את האפשרות הנידונה מופיעה אצל **הלסבורי-סיימונדס**, כרך כ"ט עמ' 210, לגבי **המשפט האנגלי**: "ממשכן הוא מי שבהיותו נתון להתחייבות נותן לאדם שהוא חייב לוי חפץ שיוחזק כערובה" וגו'. בשים לב לדיני התמורה האנגליים,יתכן כי ההגדרה נוסחה באופן זה במכוון. בסע' 12 של **חוק המשכון, תשכ"ז**, ניתנת האפשרות, תוך דימויו המסויג של בעל החפץ **לערב**. [[312]]

הנוח ביותר, המספיק לפי השומה לכיסוי החוב; ג) אם נמצאים בחפץ שעבודים בדרגות שונות או בשוויון-דרגה, מסתבר שחלים אותם הדינים שראינו באפותיקי; וד) אם מחיר השומה איננו מושג למכירת המשכון, נראה שחלים גם-כן דיני האפותיקי (ר' הגהת הרמ"א על חו"מ סי' ק"ג סע' ט') , ומשמע שאיסור הקנייה של הנושה עצמו נדחה כאן. אם מסרב הוא לקנות (והאפשרות להשכיר את המשכון אינה מעשית) אין לו אלא לרדת לשאר נכסי החייב (בדרך של תביעה רגילה) - ואם אין שם נכסים אחרים, נשאר שעבוד המשכון בעינו עד לשינוי במסיבות. דין "שומא הדרא לעולם" (ר' לעיל, בסמיכות להערה קל"ו) על-כל-פנים איננו חל.

[826] ריז) **קולין וקפיטן** (השלם), ב', עמ' 915.

16. גדרי ערבות המשכון

סע' 2788 של ספר החוקים האזרחי **האיטלקי** קובע כי זכות העדיפות של הנושה על-פי משכון מתיחסת גם לריבית של השנה שבה נערך המשכון ולריבית המבשילה לאחר מכן עד יום המכירה. **בגרמניה** קובע סע' 1210 של הבג"ב כי "המשכון ערב לתביעה לפי מצבה בכל שעה נתונה, וביחוד גם לריבית וקנסות מוסכמים. אם בעל-החוב האישי איננו בעל המשכון, אין הערבות מתרחבת על-ידי עסק שעורך החייב לאחר המישכון. המשכון ערב לתביעות הנושה לגבי החזרת הוצאות, לגבי דמי דרישת התשלום וההתדיינות שיש להחזיר לו וכן לגבי ההוצאות של מכירת המשכון". סע' 1211 ממשיך: "הממשכן יכול להעלות כנגד הנושה את הטענות העומדות לבעל-החוב האישי כנגד התביעה, וכן את הטענות העומדות לערב על-פי סע' 770 (שהן בעצם גם-כן טענות העומדות לבעל-החוב כנגד התביעה). אם נפטר בעל-החוב האישי, אין הממשכן יכול להסתמך על כך שהיורש אחראי לחוב רק באופן מוגבל. אם הממשכן איננו בעל-החוב האישי, אין הוא מאבד טענת-פטור על-ידי כך שבעל-החוב מחל עליה".

בדיני ישראל מוצאים אנו בשו"ע חו"מ סי' ק"ד סע' ט"ו, ובדברי הסמ"ע שם, ס"ק ל"ה, שבהלוואה לעכו"ם ערב המשכון גם לריבית. יש גם לציין כי לפי מה שנראה להלן לגבי זכות-העיכוב בדיני ישראל, יוצא כי המחזיק במשכון יכול ממילא לתפוס את המשכון אף כנגד חובות כלשהם שלא נערבו על ידיו מלכתחילה ושהגיע בינתיים זמן פרעונם (תוך מידה רבה של דמיון למה שכבר ראינו במשפט הצרפתי, במס' 8 לעיל). אולם, תפיסה שכזאת אינה יכולה כמובן להועיל כנגד מי שהחפץ ממושכן הוקנה גם לו לפני התפיסה.

לפי **חוק המשכון, תשכ"ז**, סע' 7(א), בסתם משמש המשכון כערובה גם "לריבית, להוצאות ולדמי נזק שהתחייב בהם החייב בשל החיוב ולהוצאות של שמירת המשכון ומימושו" - הכל בדרגה שווה עם החיוב המקורי. [[313]]

17. פדיון המשכון

בסיפא של סע' 1223 בבג"ב **הגרמני** נקבע כי "הממשכן יכול לדרוש את החזרת המשכון כנגד סילוק תביעתו של הנושה, משזכאי החייב לסלק את חובו". סע' 1224 ממשיך ואומר כי הפדיון אינו מוכרח להתקיים דווקא על-ידי פרעון במזומנים ליד הנושה, אלא אפשר לו גם על-ידי זקיפה נגד תביעה שיש לפודה על הנושה, או על-ידי השלשה. סע' 1225 קובע כי "במקום שהממשכן איננו בעל-החוב האישי, הרי במידה שמסלק הוא את תביעת הנושה עוברת התביעה אליו. ההוראות החלות על ערב על-פי סע' 774 חלות בצורה מתאימה".

באנגליה קוראים אנו אצל **הלסבורי-סיימונדס**, כרך כ"ט, עמ' 217, שהממשכן זכאי לפדות את המשכון בכל עת, אולם, אין זכות זו עוברת בירושה. במקום שהמשכון שייך לשותפים אין זכות הפדיון עומדת אלא לכל השותפים יחד.

בדיני ישראל מסתבר שבאים הדברים על פתרונם לפי מה שראינו בסעיף על האפותיקי, סוף מס' 15.

לפי סע' 15 של **חוק המשכון, תשכ"ז**, ניתן המשכון להיפדות בבוא המועד, על ידי קיום החוב, על-ידי "החייב וכל אדם שזכותו עלרלה להיפגע מממן המשכון או ממימושו". על דין זה אין להתנות. תוך המועד, בסתם ניתן המשכון להיפדות, "ובלבד שבחיוב לתשלום כסף הנושא ריבית ישלמו לנושה גם את הריבית שהיתה מגיעה לו עד המועד לקיום החיוב או בעד ששה חדשים אחרי התשלום, הכל לפי התקופה הקצרה יותר".

18. התישנות המשכון

סע' 1226 של הבג"ב **הגרמני** קובע תקופת התישנות מקוצרת לגבי תביעות הממשכן כנגד הנושה, בקשר לנזקי המשכון, וכן לגבי תביעות הנושה כנגד הממשכן, בעניין הוצאות והחזרת דברים שצורפו למשכון על-ידיו. אשר לתביעה העיקרית הנערבת על-ידי המשכון חל הדין הכללי של סע' 223, שתביעה הנערבת על-ידי קניין [[314]] במוחזק מתישנת כרגיל, אבל ערובתה אינה מתישנת והריהי נשארת מעין "אפותיקי מפורש". דין דומה חל **באנגליה**; ר' **פיטון, שמירה**, עמ' 371 - וכן גם **במדינת ישראל**, על-פי סע' 20 של חוק ההתישנות, תשי"ח. **בצרפת**, תביעה הנערבת במשכון אינה מתישנת בכלל (בהבדל מאפותיקי, המסתיימת עם התישנות התביעה): "ההנחה היא שהחייב, בהשאירו את המשכון ביד הנושה, מכיר באופן קבוע בקיומו של החוב.... לו היה אחרת, מגיעים היינו לתוצאה שאין הדעת סובלתה, שאחר התישנות התביעה יכול היה החייב לדרוש את החזרת המשכון בלי הצעת תשלום"[827].

בדיני ישראל - ר' מה שאמרנו בסעיף על האפותיקי, סוף מס' 16.

19. התמדת המשכון על אף היקנות גופו לנושה

סע' 1256 של הבג"ב **הגרמני** קובע כי זכות המשכון מסתיימת אם הנושה זוכה בגופו של החפץ, אבל אם ממושכנת התביעה הנערבת לנושה אחר (וגם המשכון נעשה אפוא משכון על תנאי לנושה האחר) או שיש לבעלים אינטרס על-פי זכות בהתמדת המשכון, אין זכות-המשכון מסתיימת. אינטרס של הבעלים על-פי זכות בהתמדת המשכון קיים, למשל, כשראובן חייב לשמעון, ולוי מישכן לשמעון חפץ לחובו של ראובן, ואחר כך חזר ומישכן את החפץ בדרגה שנייה ליהודה, ולבסוף יורש שמעון את לוי. במקרה כזה, הרי על-פי הרישא של ההוראה הנידונה, נהפך היה משכונו של יהודה למשכון בדרגה ראשונה, ולכן בא הסיפא לאפשר לשמעון, שלפני שייפרע יהודה, יציל הוא על-כל-פנים מערך המשכון את מה שחייב לו ראובן. **בדיני ישראל** מסתבר שצריך הדבר לבוא על פתרונו לפי דיני ההתפשטות (או אי-ההתפשטות) של זכות יהודה על השבח שהשביח החפץ בינתיים: ר' בסעיף על האפותיקי, מס' 8, והערה ס"ג שם. אשר להתמדה המותנית של

---

[827] ריח) **פלניול**, ב', עמ' 1040.

המשכון במקרה שהתביעה הנערבת על-ידיו נעשתה ערובה לתביעה אחרה - הרי זה פשיטא. [[315]]

20. משכון של חלק בשיתוף

סע' 1258 של הבג"ב **הגרמני** עוסק במשכון לגבי חלקו של שותף בבעלות החפץ: הנושה נכנס תחת השותף בכל הנוגע להנהלתו של החפץ, אך לדרוש פירוק השיתוף לפני הבשלת הזכות למכירת המשכון אין אף אחד מן השניים יכול בלי הסכמת חברו; לאחר הבשלת הזכות יכול הנושה לדרוש את פירוק השיתוף אף בניגוד להסכם הקיים בקשר לכך בין השותפים; פורק השיתוף - עוברת זכות המשכון אל מה שקיבל השותף בתמורת חלקו.

בדיני ישראל, על-פי הדין הכללי, יוצא כי במקום שהמשכון הוא על חלק בשיתוף, נכנס הנושה תחת השותף בכל הנוגע להחזקה המשותפת. אם המשכון הוא על חלק **מזכותו** של הממשכן, נעשה הנושה שותף בהחזקה עם הממשכן. דברים אלה מתאימים (בשינויים מסוימים) לרישא של ההוראה הגרמנית. אשר להגבלה הגרמנית של הזכות לדרוש את פירוק השיתוף בזמן-הביניים, נראה שאין לה הצדקה, שהרי את השותפים האחרים - ודאי אי-אפשר להגביל, ואילו הנושה - מה אכפת לו אם הדרישה תבוא מן הממשכן או מן השותפים האחרים? עם זאת - לו עצמו, ודאי שאין יכולה להיות זכות לדרישת הפירוק, גם לפי דיני ישראל. לאחר הבשלת הזכות למימוש המשכון, נראה שבדיני ישראל אמנם יוכל הנושה לדרוש את פירוק השיתוף בכל מקרה רגיל - שהרי זה מטבע הזכות למכירת המשכון; אך על-כל-פנים הוא לא יוכל לדרוש פירוק, אם הדבר מנוגד לשעבוד בין השותפים, אשר המשכון נתקבל בכפוף לו (היינו, בידיעת קיומו; אם הנושה לא היה לו לדעת על קיום השעבוד, תחול לטובתו תקנת-השוק). אם פורק השיתוף בזמן תחולתו של שעבוד-המשכון, הרי מה שנתקבל בתמורת חלקו של החלק הממושכן ייכנס מטבע הדברים תחת המשכון, ואם התמורה היא כסף - ודאי יוכל הנושה להיפרע ממנו לאלתר. מסתבר גם-כן שהנושה יוכל לתבוע את מחילת בעל-הבית על התמורה הראויה או על חלק ממנה.

[[316]] סע' 11 של **חוק המשכון, תשכ"ז**, קובע כי האפשרות לפרק את השיתוף בנכס הממושכן בחלקו נמנעת בכלל[828] אם לא נתקבלה הסכמת הנושה או רשות מבית-המשפט. לאחר הבשלת הזכות יכול גם הנושה עצמו לתבוע פירוק. לאחר הפירוק נמשך המישכון במה שנפל בחלקו המיוחד של הממשכן.

21. משכון מעושה, זכות-עיכוב ומשכון נתפס

נחזור עתה לבעיית המשכון המעושה וזכות-העיכוב, אשר את היחס בינם לבין המשכון המוסכם השארנו בצריך עיון, במס' 1 לעיל, בסמיכות להערות ק"ס-קס"ב.

---

[828] ריח-1) אמנם, הסעיף אינו מדבר בפירוש אלא על פירוק בדרך חלוקה - וצ"ע: ר' להלן, פרק ז' סע' ב', במבוא.

בכיוון זה נעמוד קודם על ההבחנה בין "המשכון המעושה" ו"זכות העיכוב". את ההבחנה הזאת הזכרנו, באופן מיוחד, של-פי המשפט הגרמני, ומסתבר שהמשכון המעושה (Gesetzliches Pfandrecht) מציין כאן שעבודי מיטלטלין בערובה לחוב משני סוגים עיקריים: א) שעבודים הנוצרים על ידי הוראה בחוק, עקב עובדה מסוימת שהיא בדרך-כלל איזו התקשרות חוזית בין הצדדים - כל אימת שאין הצדדים מסכימים שהשעבוד לא ייווצר; וב) שעבודים הנוצרים בדרך הוצאתם של פסקי-דין לפועל (במקביל ל"עקול" על פי חוק ההוצאה-לפועל במדינת-ישראל). הדין על-פי סע' 1257 של הבג"ב הוא, שבמשכונות כאלה חל דין המשכון המוסכם כל אימת שאין בהם דין מיוחד[829]. לעומת זאת, זכות-העיכוב אינה אלא כינוי לדין הכללי, שבמקום שהצדדים חייבים זה לזה חיובים הדדיים שהגיע זמנם, זכאי כל אחד מהם לעכב את מילוי חיובו עד שחברו ימלא כנגדו - ובמסגרת זו יתכן שגם אדם החייב להחזיר לחברו חפץ יהא זכאי לעכבו תחת ידו, כל זמן שבעל החפץ לא ימלא איזה חיוב שכנגד.

[[318]] לפי הפרשנות שהתפתחה, אין החיובים צריכים להיות דווקא הדדיים במקורם, אלא מספיק שיהיה ביניהם קשר כלכלי כזה, שמילויו של האחד בלי מילוי חברו לא יהא מוצדק. בדרך-כלל - כשהמטרה היא לאו דווקא בעיכוב לשמו, עד המילוי שכנגד, כי אם **הבטחת** המילוי שכנגד - יכול הצד השני לבטל את זכות-העיכוב על-ידי מתן ערובות מתאימות, למילוי חובתו[830].

על-פי ספר החוקים **המסחרי** הגרמני (Handelsgesetzbuch) יש לסוחר - כנגד חבריו הסוחרים - זכות-עיכוב מיוחדת בחפצים המוחזקים בידו, אף אם אין קשר מסוים בין תביעת המחזיק לחיובו להחזיר אם החפץ, ובלבד שמקור החזקתו ומקור תביעתו יהיו בעסקים מסחריים עם הצד שכנגד. במקרה שהצד שכנגד עומד לפני פשיטת-רגל, ניתנת זכות-העיכוב אף לצורך תביעה שלא הגיע זמן פרעונה. לזכות-העיכוב על-פי החוק המסחרי יש למעשה דין משכון, כי המעכב זכאי להיפרע מן החפץ על-פי הפנייה לדיני המשכון של הבג"ב. לעניין דרגה אין זכות המשכון נדחית אלא מפני תובעים הזכאים להוציא את החפץ מיד המחזיק על אף טענותיו כלפי הצד שכנגד[831].

בצרפת, הדין בענייננו נשאר בדרך-כלל בצריך עיון, אך מסתבר כי למעשה משתווים כאן גדרי זכות-העיכוב לגדריה על-פי **הבג"ב**. עם זאת, המושג של זכות-העיכוב מוגדר כאן בתחולתו דווקא לחפצים, ומתוך כך נידונה במיוחד השאלה אם זכות-העיכוב מועילה למעכב כנגד צדדים שלישיים שזכותם נולדה יותר מאוחר, ואף כנגד נושים שזכותם קודמת אלא שאין להם מעמד עדיפות. הדבר מתקשר להנחת-היסוד, שקיום זכות-העיכוב תלוי בעיכוב החפץ למעשה, ואם יצא החפץ מהחזקת התובע הרי זה איבד את שעבודו, הן כנגד הבעלים הן כנגד צדדים שלישיים. בהתאם לכך, יתרונו של המעכב כנגד נושים מתחרים מתבטא בזה, שיכול הוא למנוע את ירידתם אל החפץ, אלא אם יש להם זכות עדיפות; אבל אם אפילו נושה מאוחר הצליח איך-שהוא לרדת

---

[829] ריט) **וולף-רייזר**, עמ' 684-683, 704, 710-709.

[830] רכ) בג"ב, סע' 274-273, ור' **אנקצרוס-להמן**, עמ' 110 ואילך.

[831] רכX) בג"ב, סע' 372-369.

לנכס, שוב אין [[319א]] למעכב-מלפנים זכות עדיפות. עוד יש להדגיש, כי תוכנה של זכות-העיכוב אינו מתבטא אלא בעצם זכות-העיכוב בלבד, ולא באיזו זכות מיוחדת להיפרע מן הנכס; לכן, אף אם המעכב עצמו מביא את החפץ לשם מימוש תביעתו, ומופיעים נושים מתחרים - אפילו יותר מאוחרים - אין המעכב נפרע בעדיפות. להדגשה מיוחדת ראוי גם הכלל שאין זכות-העיכוב עומדת לגזלן[832].

כנגד שני המינים של משכון מעושה שראינו בגרמניה, מסתבר כי המשכונות המוענקים באופן אוטומטי, על-ידי הוראה בחוק, נתפסים בצרפת כ"משכונות שמסתמא" (gage tacite), הכפופים לדיניהם המיוחדים[833]; מצד שני, לעניין העיקול, נראה שאין נזקקים בצרפת לא למושג המשכון ולא למושג של זכות-העיכוב במובן המורחב, הכולל כאן - מלבד זכות-העיכוב שסקרנו - גם את המשכון המוסכם וגם את המשכון שמסתמא[834].

באיטליה המצב הוא בעיקרו כמו בצרפת[835].

בשוייצריה, יסוד הדין הוא כמו בגרמניה - לרבות את ההבחנה בין זכות-העיכוב הרגילה וזכות-העיכוב בין סוחרים; אך גם זכות-העיכוב הרגילה אינה משתרעת כאן מבחינה מושגית על כל זכות למילויה של חובה, אלא מוגדרת היא בתחולתה לעיכוב חפצים בלבד - ומצד שני, אף זכות העיכוב הרגילה אינה מוגבלת רק לעצם עיכובו של החפץ, אלא כוללת היא זכות מלאה של משכון. ההבדל בין זכות-העכוב הרגילה לזכות-העיכוב בין סוחרים מתבטא רק בזה, שבזכות הרגילה נחוץ כי יהיה "קשר טבעי" בין החפץ והתביעה שלשמה הוא מעוכב (ושהמעכב לא יהא על כל פנים גזלן מלכתחילה), בעוד שבין סוחרים - עצם המקור המשותף של ההחזקה והתביעה ביחסי-המסחר הדדיים נחשב כ"קשר טבעי". הוראה מיוחדת קובעת כי אין זכות-עיכוב לגבי חפצים שאינם עשויים להימכר (כגון מכתבים, תעודות זהות, שוברים וכיו"ב) וכי זכות-העיכוב נדחית מפני [[319ב]] כל תנאי נוגד הנובע מהסכמת הצדדים ומפני תקנת הציבור; תנאי נוגד אינו מונע את זכות-העיכוב אם זו מתבצעת מחמת הסכנה של פשיטת-רגל[836].

באנגליה יתכן לפעמים ש"זכות-העיכוב על-פי דין" (lien) מתיחס אפילו לחפץ שאינו בהחזקת הזכאי, והיינו דין הקדימה להיפרע מספינה, ממטענה או משכרה בגין שירות או נזק (maritime lien), וכן דין הקדימה להיפרע מנכסים מסוימים אחרים במסיבות מסוימות (equitable lien)[837]; אך במובן הרגיל של זכות-העיכוב (legal or possessory lien), הרי זו מציינת את הזכות לעכב את

---

[832] רכא) פלניול, ב', עמ' 983 ואילך; **קולין וקפיטן** (השלם), ב', עמ' 930 ואילך.

[833] רכב) פלניול, ב', עמ' 985.

[834] רכג) חוק הנוהל האזרחי, סע' 583 ואילך, והשווה **פלניול וקולין וקפיטן** כמובא לעיל.

[835] רכד) **מסיניאו**, ג', עמ' 216 ואילך.

[836] רכה) צג"ב, סע' 899-895.

[837] רכו) **גודיב**, עמ' 73, 183; **הלסבורי-סיימונדס**, כרך כ"ד, עמ' 143-142 155, ואילך.

חפץ הזולת, הנמצא מלכתחילה בהחזקת הזכאי, עד לסיפוק תביעתו. אין זכות-עיכוב שכזאת כוללת רשות להיפרע מן החפץ גופא. כדי שתקום לאדם זכות עיכוב נחוץ שהחפץ יגיע לרשותו לא רק בדרך כשרה, אלא גם ב"מהלך העסקים הרגיל", ועל-כל-פנים נדחית הזכות אם החפץ הגיע לרשות המחזיק למטרה מיוחדת, הנוגדת את עיכובו של החפץ. אבדן ההחזקה מסיים בדרך-כלל את זכות-העיכוב, לפחות אם היה האבדן מדעת. גם קבלת ערובות מסיימת בדרך-כלל את הזכות. זכות-העיכוב נוצרת בכמה מקרים מסוימים, לגבי שכר המגיע למחזיק בגין טיפולו בחפץ (מלאכה, החסנה, הובלה או הצלה), ואז היא מסוג particular lien, אבל על-פי המנהג עשוייה היא להיווצר גם לטובתו של אדם העוסק במקצוע או בענף עסקי מסויים - לגבי חפצים הבאים לרשותו בתוקף מקצועו או עסקו, ובקשר לתביעה **כלשהי** שיש לו על בעל החפצים גם-כן בתוקף מקצועו או עסקו - אם המנהג באותו ענף מקצועי או עסקי הוא שזכות-העיכוב נידונה על-פי כל עילה ובתחום כל מקצוע לחוד, אבל הבדלים עקרוניים למעשה אינם ניכרים[838].

[[320]] **בדיני ישראל**[839] נראה הדבר מעין פשיטא, שאם אדם מוחזק במיטלטלין של חברו, הריהם בבחינת משכון בידו לכל תביעה שיש לו על בעל המיטלטלין, ואין נפקא מינה כיצד הגיעו המיטלטלין לידו - אבל אין זה על-כל-פנים משכון פשוט, מן הסוג שסקרנו עד כאן, כי אם משכון על תנאי, שגם אינו נובע בדרך-כלל מאיזה דין מסויים, אלא נמשך הוא מטבע הדברים בעצמם. יסוד הדברים הוא, שאם מוחזק אדם בנכסים והוא נתבע להחזירם - אין מניעה שתוך הדיון יצרף הוא תביעה נגדית כלשהי שיש לו על חברו; ואם בסופו של דבר נמצא כי אמנם חייב המחזיק להחזיר, אלא שגם תביעתו נגד בעל הנכסים מתאשרת, הרי שאם הנכסים הם מיטלטלין - ממילא נדחה חיובו להחזיר מפני זכותו לגבות את התביעה אף מן הנכסים שבידו[840]. יוצא אפוא כי מלכתחילה אמנם אין המחזיק יכול להיפרע מן המיטלטלין המוחזקים כדרך שנפרע הוא מן המשכון המוסכם - על-פי אישור זכותו המשכונית גרידא, ובלי בירור תביעתו, - אלא צריך הוא קודם-כל לברר את תביעתו; אבל משהצליח לברר את התביעה לפני שהוצאו המיטלטלין מידו, הרי שזכותו המשכונית - ויהיו גדריה אשר יהיו - מתגלה על-כל-פנים, מטבע הדברים, מאליה. יש רק לשאול מה הם באמת גדריה של הזכות הלזאת, והבעייה העיקרית היא אם הזכות כוללת גם עדיפות כנגד נושים מתחרים המופיעים לפני גמר הגבייה, או שמא אין עובדת ההחזקה כשלעצמה משנה את הדין הכללי, ואין הנושה מגיע באמצעותה לשום יתרון שלא היה לו בלעדיה. על זה נראה כי תשובת

---

838 רכז) על-פי **גודיב**, עמ' 72 ואילך.

839 רכח) ר' חו"מ סי' ד', וסי' ק"ה, וסי' ש"ו (בשו"ע - סע' א'), וסי' של"ג (בשו"ע - סע' ו'), וסי' צ"ז, וסי' שנ"ט (בשו"ע - סע' ו'), וסי' שס"ד (בשו"ע - סע' ט') - ודוק.

840 רכט) הדברים אמורים דווקא במיטלטלין, כי מן המקרקעין אין הנושה זכאי להיפרע אלא אחר שמיצה את זכותו במיטלטלין, ומשמע שעל כל פנים צריכים המקרקעין להיות תחילה מוחזרים. מלבד זאת - המקרקעין - אף אם תפוסים הם למעשה - מכל-מקום אין תפיסתם מעמידתם "ברשות התופס" כנגד הבעלים, ואין אפוא לתפיסתם משמעות בענייננו בכלל.

[[321]] הדין העברי היא כאפשרות הראשונה, ואין הנושים המתחרים מוציאים מיד המחזיק לפני שגבה הלה את זכותו; יתר-על-כן, אפילו כל הקנאה על-ידי בעל הנכסים לאחר שעוכבו (או כלשון המקורות לאחר **שנתפסו**) כמשכון, אחר הבשלת התביעה - נראה שנדחית היא מפני תביעת המחזיק, ונמצא אפוא כי משנתבררה התביעה בדין, הרי המשכון המתגלה בחפץ הוא משכון במלוא מובן המושג, החל למפרע. מצד שני מסתבר, על-פי אותו הגיון עצמו שסקרנו, שאם בינתיים נתפס החפץ בידו של אחר - אין שעבוד המשכון הקודם, שמבוסס היה בהחזקה בלבד, יכול להתמיד[841].

דברים אלה חלים כאמור בעיכוב המיטלטלין כנגד התביעה במסיבות כלשהן, אך מלכתחילה אין אדם רשאי לתפוס את נכסי החייב לבטחון תביעתו אלא במסיבות מוגבלות. אפשרות אחת היא, שנשקפת סכנה להברחת הנכסים, בזבוזם או כיו"ב, ואין שהות לחכות לעיקול רשמי על-ידי בית-הדין (ואף במקרה כזה, אם התביעה היא להחזרת **הלוואה**, אין הנושה רשאי על-כל-פנים לתפוס את הנכסים מתוך בית החייב)[842]. אפשרות שנייה היא, שהנכסים יימצאו מלכתחילה בהחזקת הנושה, ברשות; אבל אף במקרה כזה אין חז"ל רואים את התפיסה בעין יפה, כשהנכסים הם פקדון או שנמסרו למחזיק לצורך שימושו: רק לגבי נכסים שיש קשר בין התביעה וקבלה ההחזקה בהם ניתנת רשות התפיסה בלי הסתייגות. עם זאת יש להדגיש כי ההסתייגות היא בדרך-כלל חסרת משמעות משפטית, ואף במקום שמבחינה מוסרית אין דעת החכמים נוחה מן המעכב את הפקדון להבטחת תביעתו - נראה שמבחינה משפטית ייחשב המעכב כתופס ברשות, ולא יהא אחראי כגזלן. זכות התפיסה אינה ניתנת בדרך-כלל אלא לגבי תביעה שהגיעה זמנה, אבל בגדר האפשרות הראשונה ניתנת היא גם לגבי תביעה שזמנה לא הגיע. אל התופס - [[322]] אפילו ברשות - מתיחסים בחומרה, ובמקום שבירור תביעתו עשוי להימשך ובעל הנכסים מוכן להישבע על פטורו, מחזירים את החפץ לבעליו אף לפני בירור התביעה. נתפס החפץ שלא ברשות - הרי אף-על-פי שעשויה התפיסה להועיל לעניין משכון (וכמו כן לעניין הענקת מעמד של "מוחזק" בקשר לתביעה על-פי דין מסופק), נראה שמלבד זה חלים בה דיני הגזלה הרגילים.

התפיסה - בין ברשות ובין שלא ברשות - כפופה לדיני העיקול על-ידי בית-הדין, לעניין חפצים שאין לעקלם או שיש לאפשר בהם שימוש לבעלים בזמנים מתאימים. חפץ שאין לעקלו אינו נעשה אפוא משכון אף אם מתאשרת תביעת התופס, וממילא משמע שעומד החפץ להחזרה בלי שום קשר לבירור התביעה. העיקול על-ידי בית-הדין - בכפוף לדיניו המיוחדים - דינו כמשכון הרגיל.

באופן עקרוני מועילה תפיסת החפץ גם באמצעותו של שלישי, ואף אם השלישי אינו פועל מטעם הנושה, כי אם מדעת עצמו. יתר-על-כן, במקרה של דחיפות מן הסוג שתיארנו יש **רשות תפיסה**

---

[841] רל) לכאורה נשמע אמנם אחרת מדברי הסמ"ע בסי' ק"ה ס"ק י"א, אבל נראה לי שיש לדייק בדבריו, שדווקא אם אישר בית הדין את התפיסה, מועילה היא גם אם יצא החפץ מיד התופס, שאז למעשה נהפך הדבר לעיקול רשמי על ידי בית הדין, ועל-כל-פנים, הרי זה שלא כב"ח על הטור שם, ס"ק ז'.

[842] רלא) השווה בג"ב, סע' 229.

לא רק לתובע עצמו, אלא גם לאדם שלישי למענו, וכן רשאי שומר לעכב תחת ידו את החפץ הנשמר, אף בערובה לתביעה של חברו, שהגיע זמנה. אולם, עיכוב החפץ בידו של שלישי אינו מועיל, כמובן, אלא אם הנושה מצטרף עמו בדין, ועל-כל-פנים אין הוא מזכה את הנושה בעדיפות כנגד נושים מתחרים. כנגד הקנאות שבינתים מועילה גם תפיסתו של שלישי. מקום שיש לשומר רשות לעכב את הפקדון בחוב חברו, אין הוא פושע אם הוא מוסר את החפץ לנושה. מצד שני נראה (לפי בית-יוסף, ב"בדק-הבית") כי המעכב את חפץ הזולת בחוב של חברו אחראי אף לאונסים, אף אם היתה התפיסה ברשות. האדם השלישי, המעכב את חפץ הזולת בחוב של רעהו, ולו עצמו יש תביעה על בעל החפץ באופן שרשאי הוא לתפוס גם בגין תביעתו שלו - איננו חייב באונסים ומזכה הוא גם את רעהו בעדיפות כנגד נושים מתחרים.

22. בעיית האפותיקי במיטלטלין

כבר ראינו כי ברוב השיטות מתערער תוקפו של המשכון כשמוחזר החפץ לשמירת הממשכן - וממילא מתגלה בכך כמובן נטייה מהותית נגד מוסד האפותיקי במיטלטלין, שהרי החפץ המוחזר במישכונו אינו למעשה אלא חפץ המשועבד באפותיקי, בשינוי שם.

[[323]] מתעוררת עתה השאלה, מה יהא הדין כשאין הצדדים באים להעמיד אפותיקי במסורה של משכון, אלא מעמידים הם את האפותיקי בגלוי.

בצרפת, בעקבות המשפט הרומי, היתה האפותיקי במיטלטלין אפשרית לפנים, במחוזות מסויימים[843], אך ספר החוקים האזרחי מימי נפוליון מאפשר את האפותיקי רק לגבי המקרקעין: כך לפי עצם הגדרת המושג בסע' 2114. עם זאת, לפי חוקים מיוחדים מתאפשרת כיום אפותיקי בספינות ומטוסים, שיש בהם רישום, וכן אפילו בנכסים מסוימים שאין בהם רישום - בערובה לכתבי-התחייבות למוכ"ז. האפותיקי בנכסים אלה היא ממין מיוחד: מבחינה מושגית אין היא נחשבת כאפותיקי, אלא כ"משכון בלא העברת החזקה" (ויש לזה משמעות לגבי תחולת דינים מסוימים למעשה), ומצד שני - זכותו של הנושה באפותיקי כזאת ניתנת לסיכול על נקלה על-ידי שבעל-הבית מקנה את הנכס ללוקח בתום-לב. כנגד אפשרות זו עושה החוק תקנה בדיני העונשין ועל-ידי הכנסת פיקוח מינהלי[844]. אפותיקאות ממין מיוחד, באמצעות רישומו הפומבי של הנכס, מתאפשרות גם לגבי מכוניות, לטובת המוכר בהקפה, ובסרטי קולנוע - לטובת היצרן[845].

באיטליה קובע סע' 2810 של ספר החוקים האזרחי כי בין המיטלטלין תיתכן אפותיקי בספינות, מטוסים ומכוניות, בהתאם לחוקיהם המיוחדים. אפשרות זו קשורה ברישומו הפומבי של הנכס[846].

---

[843] רלא+) **קולין וקפיטן** (השלם), ב', עמ' 1033-1034.

[844] רלב) שם, עמ' 1034-1035 ו-922 ואילך, ור' **פלניול**, ב', עמ' 1046 ואילך.

[845] רלג) **פלניול**, שם, עמ' 1051-1052.

[846] רלד) **מסיניאו**, ג', עמ' 161 ואילך.

בגרמניה, מבחינה מושגית, אין האפותיקי מתאפשרת אלא במקרקעין בלבד (לרבות אמנם את תשמישיהם - סע' 1113, 1120 של הבג"ב), אך לגבי מיטלטלין מתאפשר לפעמים "משכון בלי זכות החזקה". משכון שכזה נתון קודם-כל בזכותו של המשכיר מקרקע, [[324]] לגבי המיטלטלין המובאים על-ידי השוכר (בג"ב, סע' 559 ואילך 585, 704). במסגרת זו חלים בדרך-כלל דיני המשכון הרגילים, אך כנגד לקוחות מוגבלת זכותו של הנושה לפי הוראות מיוחדות. מלבד זה אפשרי "משכון בלי זכות החזקה" לגבי ספינות (אף כשהן נבנות והולכות) וכבלים תת-ימיים, על-פי דינים מיוחדים, על סמך רישומו הפומבי של הנכס. כן אפשרי משכון שכזה - בלי רישום - לגבי ציודו של חוכר, לטובת מוסדות של אשראי, ולגבי יבול - לטובת ספקים חקלאיים. במקרה הראשון מתיחס השעבוד למכלול הציוד, אבל לא לפרטים מסוימים מתוכו; במקרה השני - לפירות המצויים בתחום הקרקע[847].

בשוייצריה קובע סע' 884 של הצג"ב באופן חיובי כי אין מיטלטלין יכולים להיעשות ערובה לחוב בלי שיימסרו לנושה, כדרך המשכון הקבועה בחוק, מלבד מקרים יוצאים מן הכלל. **רוסל ומנתא**[848] מונים לעניין זה: אפותיקי של מיקנה (שאינה מועילה נגד לקוחות בתום-לב[849]) משכון המוחזק על-ידי נושה אחד, להבטחת חוב של נושה אחר, לכשייפרע הראשון; תשמישי קרקע, הנעשים אפותיקי עמו; אפותיקי של שטרי אפותיקי ותביעות עסקיות של מוסדות מסוימים לאשראי קרקעי; משכון סחורות, על-ידי משכון שטרי-ערך המייצגים אותן.

במדינת-ישראל אין המג'לה מכירה את מושג האפותיקי[850], ואילו חוק האפותיקאות מצידו התיחס רק למקרקעין. הוא הדין כיום בדיני "המשכנתה" (במובן של אפותיקי) בחוק המקרקעין, תשכ"ט. אולם, חוק הספנות (כלי שיט), תש"ך, מאפשר אפותיקי על כלי שיט (בכינוי "משכנתה"), על בסיס של רישום[851].

[[325]] כן אפשרית מעין-אפותיקי בנכסיו של חבר אגודה שיתופית, לטובת האגודה, על-פי סע' 26 לפקודה אגודות שיתופיות. האפותיקי מועילה נגד לקוחות הקונים את הנכסים המשועבדים שלא בתום-לב. סע' 127 (1)(ג) של פקודה החברות מאפשר אפותיקי במיטלטלין של חברה. האפותיקי בטלה כנגד נושים מתחרים וכנגד המפרק של החברה, אם לא נרשמה אצל רשם החברות[852]. מלבד זה יכולות חברה ואגודה שיתופית לתת לנושה **דין-קדימה לגבייה** (floating charge) במיטלטליהן,

---

[847] רלה) **וולף-רייזר**, עמ' 669-671.

[848] רלו) בכרך ג', עמ' 232.

[849] רלז) שם, עמ' 236.

[850] רלח) ור' ע"א 379-380/61 (סמפר נגד יורשי הארט, פסקי-דין ט"ז, עמ' 498), שחוק הנוטריונים אינו בא להוסיף על המג'לה מן הבחינה הזאת.

[851] רלט) השווה **באנגליה**, **הלסבורי-סיימונדס**, כרך כ"ז עמ' 213.

[852] רמ) השווה סע' 95(1) ו-95(2)(C) של חוק החברות **האנגלי**, ור' **פלמר'ס**, עמ' 426-427.

שאף הוא טעון רישום אצל רשם החברות (או רשם האגודות) ושעל-כל-פנים עשוי הוא להועיל רק כנגד נושים מתחרים, אבל לא כנגד לקוחות - ואף לא כנגד לקוחות שלא בתום-לב[853].

בדיני ישראל, לפי דין הגמרא, נעשים המיטלטלין אפותיקי - אפילו כנגד לקוחות וגופים מתחרים - אם שועבדו אגב מקרקעין, בשטר (שאז יש להם "קול"); אבל אם שועבדו באופן אחר - לא (מלבד מה שיכולה להיות משמעות לאפותיקי מפורש המתקיימת בין הצדדים לבין עצמם). אולם, המנהג ביטל את דין הגמרא, ושוב אין אפותיקי מועילה במיטלטלין אף אם הועמדה בשטר, אגב קרקע, ואף כנגד לקוחות או נושים מאוחרים שידעו על האפותיקי - אלא אם המקרה הוא מסוג שאין בו מקום ל"תקנת השוק" בעניין זה. כדוגמאות למיטלטלין שאין בהם "תקנת השוק" לעניין אפותיקי נזכרים שטרות, וכן מיטלטלין המוקנים תוך הקניית כלל נכסיו של החייב (שהאפותיקי מתקיימת בהם נגד הלוקח, אשר ודאי ברור היה לו כי הכוונה היא להבריח מנושים), או מיטלטלין שנעשו אפותיקי בשטר אגב קרקע וחזרו ונעשו אפותיקי בשטר אגב קרקע למלווה שני (שהאפותיקי הראשונה מתקיימת בהם כנגד המלווה השני, אשר ודאי ידע על האפותיקי הראשונה וגילה כי נוח לו בדין האפותיקי במיטלטלין)[854].

[[326]] סקירה זו מגלה אפוא כי השיטות השונות הן עקביות, וכשם שמתנגדות הן למשכון המוחזר לשמירת הממשכן, כן מונעות הן גם את האפותיקי במיטלטלין מעקרא - חוץ ממקרים יוצאים מן הכלל. אולם, הבעייה חוזרת שוב ומתעוררת מצד אחר. **וולף-רייזר**, בעמ' 734, עומד על כך שבטלות המשכון הנשאר ביד הבעלים (וחוסר-האפשרות של אפותיקי במיטלטלין מעיקרא) ניתנים בנקל לעקיפה באמצעותו של **מכר על תנאי**; המוכר אינו משעבד כביכול שום דבר בערובה לחובו, אבל מכל מקום מוכר הוא לנושה מיטלטל בתמורת ההלוואה, בתנאי שאם תוחזר ההלוואה יהיה העסק בטל; בעסק כזה אין מניעה שהמיטלטל יישמר בינתיים ביד המוכר - והרי זו כמעט אפותיקי גמורה. השאלה המתעוררת היא אם-כן, האם ראוי שהמשפט יעשה משהו נגד האפשרות הלזאת.

בשוייצריה ניתנת על כך תשובה חיובית, וסע' 884 של הצג"ב - כפי שראינו - מבטל **כל** ערובה לחוב במיטלטלין שאינה על דרך המשכון המוצא מיד הבעלים, והרי זה פוגע גם בהסדר-העקיפה שתיארנו. אולם, מסתבר שלקיים גישה זו בעקביות גמורה עד הסוף לא נחשב כרצוי גם למחוקק השוייצרי. ההוראה של סע' 884, כשלעצמה, היתה פוגעת גם בעסק המקובל כל-כך, שהמוכר בהקפה - ומוסר את החפץ ללוקח - שומר על-כל-פנים את הבעלות לעצמו, במקרה שהמחיר לא ישולם; וכדי להציל את ההסדר העממי הלזה קובע סע' 715 של הצג"ב, בדיני הבעלות במיטלטלין, שההסדר אמנם יוכל להתקיים, אבל רק בתנאי שיירשם בפנקס פומבי שיתנהל ב"משרד העיקולים" (betreibungsamt). **רוסל ומנתא** (בכרך ג', עמ' 405-406) מציינים כי הלקוחות שלא

---

[853] רמא) ר' סע' 2, 120 123 ו-127 של פקודת החברות, והשווה במשפט **האנגלי, פלמר'ס**, עמ' 399 ואילך.

[854] רמב) שו"ע חו"מ, סי' ס' סע' א', וסי' קי"ג סע' ג' וסי' קי"ז סע' ג'-ד'.

יעיינו ברישום לא ייחשבו בהכרח כלקוחות שלא בתום-לב, ומשמע שבדרך-כלל יהיו הלקוחות מוגנים כנגד המוכר-הנושה אף אם יקנו בהתעלם מן התנאי[855].

באנגליה החלה התפתחות בכיוון דומה כבר לפני למעלה ממאה שנים, וכיום מוסדר הנושא על-ידי ה-Bills of Sale Acts מ-1878-1891. חוקים אלה נועדו למנוע את האפשרות שבשעה ירידה לנכסיו של אדם יופיע פתאום מישהו והוכחה בכתב בידו כי מיטלטלין [[327]] מסוימים הנמצאים ביד החייב כבר הועברו בעצם לו; ובכיוון זה, תמציתו של הדין היא כי מסמך המוכיח העברת בעלות או מתן זכות לבעלות במיטלטלין הנשארים ביד המעביר או המזכה אינו מועיל אלא אם נרשם במשרד הראשי של בית-המשפט העליון. יש לציין כי דווקא סוג העסק הטעון רישום בשוייצריה יהיה בדרך-כלל פטור מרישום לפי החוקים האנגליים, כי הבעלות אינה מועברת כאן מאת מי שהמיטלטלין מוחזקים בידו; אבל מסמך המאשר את העובדה כי החפץ ניתן **במשכון** יהא טעון רישום, כי יש בזה משום מתן זכות לבעלות[856].

גם ב-Uniform Commercial Code האמריקני נקבע הסדר דומה, בסע' 9-302, שעיקרו הוא כי ערובה לחוב הנשארת ביד החייב טעונה בדרך-כלל רישום, כדי שיהא לה תוקף נגד לקוחות ונושים מתחרים.

והנה, כל ההסדרים ממין זה באים אמנם רק כדי למנוע הטעייה מלקוחות ונושים מתחרים, כאמור. אולם, במידה שההסדר מתקיים - ממילא מתאפשרת על ידיו אפותיקי; ובשיטות האנגלו-סקסיות - לא זו בלבד שמתאפשרת היא במסגרת של מכר-על-תנאי, אלא באמת חוזרת ומתאפשרת היא מעיקרא, בהקף הרחב ביותר, ובלבד שתירשם כדרוש. גישה ברוח זו באה לביטוי גלוי **בספר החוקים האזרחי היווני**, בסע' 1214, אשר שוב אינו ניגש אמנם לדברים מנקודת-הראות של מניעת הטעייה, כי אם מנקודת-הראות **החיובית** של אפשרות האפותיקי אף במיטלטלין, בתנאי של רישום. לפי זה נהפכת על-פיה השאלה שהזכרנו בתחילה ומשתלבת היא במערך מורכב למדי: מהם בכלל גדרי הבעייה של מיטלטלין המוחזקים ביד מי שאינו בעליהם ויוצרים רושם מטעה לעניין שייכותם? האם עשוי באמת משטר של רישום לשמש תקנה לבעיית המיטלטלין האלה, במידה שאמנם יש בהם צד תקלה? ובמקרה שיש ברישום תקנה - האם אין ראוי להרחיב את הדבר באופן שאמנם לא תהא בו רק תקנה למניעת תקלות, כי אם תחזור ותתפאשר על-ידיו האפותיקי במיטלטלין באופן חיובי, מעיקרא - אחר שעובדה היא על-כל-פנים שהצורך באפשרות של אפותיקי כזאת מורגש בציבור?

[[328]] על החלק הראשון של השאלה המורכבת הזאת נראה להשיב כי הבעייה היא באמת רחבה ביותר, וחורגת היא הרחק מעבר לבעיית המיטלטלין המשמשים ערובה לחוב, כשלעצמם. בכל

---

[855] רמג) השווה בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק א', סע' ה', מס' 5.

[856] רמד) ר' **הלסבורי-סיימונדס**, כרך ג', עמ' 255 ואילך; סקירה מקוצרת מובאת אצל **גודיב**, בעמ' 151 ואילך.

מקרה שאדם שומר פקדון, או שוכר חפץ לשימושו, או מקבל מיקח לנסיון, או מחזיק סחורה למכירה בעמלה, או אוכל פירות בנכסי אשתו, או מלווה על המשכון הנמסר לידו, או (להבדיל) ממלא את ביתו גנבות - בכל המקרים האלה, וגם עוד ברבים אחרים, עשויים אנשים לחשוב כי המיטלטלין הם שלו, ועל-פי עקביות ההגיון של תורה-הרישום צריכים היינו לומר כי בכל המקרים האלה תהיה זכות הבעלים בטלה כנגד לקוחות ונושים של המחזיק, אלא אם זכותם נרשמה. אולם, עמדה כזאת - אם אין היא אבסורדית מבחינה מושגית, הריהי אבסורדית על-כל-פנים מבחינת שיגרת החיים ולא ראיתי באמת כי מישהו יעז להרחיב את תקנת-הרישום עד כדי כך. אבל, משהגענו עד כאן, ממילא נשאלת השאלה, מהי אחר כל אלה החשיבות המיוחדת של המיטלטלין המשמשים ערובה לחוב ואינם נמסרים לנושה? כשם שכל-כך הרבה סוגי-קשר עשויים להטעות, יתווסף-נא עליהם עוד אחד, - ולכאורה אפילו במשכון רגיל הנשאר ביד הבעלים לא היתה צריכה להיות שום החלטה של התוצאות, בלי שום רישום כלל.

על זה התשובה היא כי היחוד באמת אינו מהותי, כי אם "אסתיטי" בלבד. כי אכן, סתם מיטלטלין של הזולת הממלאים את ביתו של אדם ומפתים את הנושים - יכול המחזיק לטעון עליהם, כנגד הנושים: מה אכפת לכם אם שלי היו ואם לא? יהא כי אפילו שלי היו - הרי יכלתי לתיתם במתנה, או להשמידם, או למכרם ולבזבז תמורתם, גם אחר שסמכתם עליהם, ובכן יהי רצון שכביכול כך היה, ומה לכם כי תלינו שהמיטלטלין חומקים מידכם דווקא על-ידי כך, במקרה, שהיו שייכים לאחרים מלכתחילה? לעומת זאת **במשכון** יכולים הנושים המתחרים להשיב: אכן, יכלת להבריח את החפץ מידנו על-ידי מכירתו ובזבוז תמורתו, אבל אתה לא כן עשית, אלא שמרתו לעצמך ורק נתת לפלוני עדיפות לגבות מתוכו, ובכן במה עדיף אותו פלוני מאתנו? בזה שסמך על החפץ? אם-כן, אף אנו סמכנו על החפץ כשראינוהו בידך, ולא כל כמינך להפלות בין סמיכה לסמיכה!

[[329]] והנה, תשובה זו, אם מקבלים אותה, הריהי יפה לא רק במשכון הפשוט, אלא גם בתצורות אחרות של הרהנה, אשר הצדדים לא היו נוקטים בהן אם לא כדי לעקוף את ההגבלות המשפטיות שהוטלו על המשכון הפשוט, ומאחר שבמשכון הפשוט מתקבלת בדרך-כלל טענת הנושים שלעיל, היה נראה לומר לכאורה שגם בהרהנה המוסווה כמכר על תנאי תחולנה אותן הגבלות.

אולם, באמת, ההגבלות שראינו במשכון משמשות לא רק את הנושים המתחרים, אלא גם את הלקוחות - ומהי ההצדקה **מבחינה זו** להגבלות המיוחדות החלות במשכון ושאינן חלות במיטלטלין אחרים המוחזקים באופן העשוי להטעות? אמנם, אף במיטלטלין אחרים, אם המחזיק אותם מתימר להקנות בניגוד לזכותו של חברו שהם כפופים לה - הריהו מצליח בדרך-כלל, אלא אם פעלו הלקוחות שלא בתום-לב; אבל במשכון אמרנו כי הבעלים שהמשכון בידם יכולים להקנותו במשוחרר מן השעבוד אפילו ללקוחות **היודעים** על השעבוד - ומהו ההבדל המצדיק את ההבחנה הזאת? התשובה היא בודאי, כפי שיוצא מן ההסבר במקורות העבריים, כי התמדת הזכות כנגד לקוחות איננה במשכון עניין משני, כמו במקרים אחרים של נכס הכפוף לזכויות הזולת, אלא התמדה זו - במקביל לזכות העדיפות כנגד נושים מתחרים - הריהי גורם מהותי בעצם המושג של שעבוד המשכון; ומאחר שהישארות המשכון ביד הבעלים מוכרחה אם-כן

לערער את עצם מושג המשכון, לפחות ביחס לנושים ולקוחות הבאים בתום-לב, אמרו שאין כדאי להבחין, ויעורער כבר המשכון לחלוטין, אף כנגד נושים ולקוחות הפועלים ביודעין.

שיקול מושגי זה איננו שייך בהרהנה על-ידי מכר על תנאי. אדרבה: כאן כבר מסתרבל העניין דיו על-ידי הצורך בהבחנה האווירית בין מכר שהוא ממש מכר על-תנאי, בכנות, לבין מכר המכוון רק להבטחת הלוואה, ואין ראוי לסבך את הלקוחות בהבחנה האווירית הנוספת, שממכר מן הסוג הראשון לא יהא מוגן אלא הלוקח בתום-לב, ואילו במכר מן הסוג השני יהא מוגן לוקח כלשהו. לעומת זאת, כנגד נושים מתחרים - כשברור כי טענת-הקניין של הלוקח אינה לשם הצלת החפץ לעצמו כי אם להשגת הפדיון - מסתבר כי תקנה לסיוג תוקף ההרהנה בחפץ המוחזר לשמירתו של המוכר-המרהין עשוייה [[330]] אמנם להיות רצויה. אגב כך ראוי להדגיש כי הדברים אמורים במקרה שטענת-הקניין באה אמנם מצידו של **לוקח:** אם הטענה באה מצידו של **מוכר**, שמסר ללוקח על תנאי של תשלום המחיר, כמו בסע' 715 השוייצרי, הרי אף-על-פי שהמוכר באמת אינו רוצה את החפץ, כי אם את התשלום - מכל-מקום אין העסק כלו בבחינת הרהנה, אלא הוא מכר על-תנאי, בכנות, והנושים המתחרים עם המוכר ראויים להידחות, אף-על-פי שנשאר החפץ ביד החייב.

ומה בדבר האפשרות להסיר את הסייגים לגמרי כנגד רישום?

בעניין זה נתחיל את הבירור מצד הלקוחות. ראינו בשוייצריה כי אף הרישום אינו יכול למנוע את ההבחנה בין לקוחות שבתום-לב ולקוחות שאינם בתום-לב, ואמנם מובן הדבר: אי-אפשר להניח כי כל הקונה מיטלטלין יצטרך לבדוק בפנקס ציבורי כלשהי אם המיטלטלין חופשיים משעבוד ואם לא. לא מיבעיא לגבי מיטלטלין שבא אדם לקנות בחנות, אבל גם לא תיתכן דרישה כזאת לגבי מיטלטלין שמוכר אדם לסמרטוטר או לגבי תכשיט שהוא מחליף אצל צורף, וודאי שאין אפשרות מעשית להבחין בין חפצי סחורה, ציוד וסתם חפצים אישיים, שמעמדם כמשכון יהיה שונה, כפי שמנסים לדחוק בדפוס-החקיקה האמריקני הנ"ל. אולם, אם קיום הרישום לא יוכל להשפיע על תום-לבו של הלוקח שלא יבדקנו - ממילא משמע שלעניין לקוחות (מלבד מיטלטלין מיוחדים, כגון ספינות, מכוניות וכיו"ב) אין הסדר של רישום יכול לשנות ולא כלום: אין הוא מצדיק את הסרת ההגבלה מן המשכון, שבהיותו רשום יוכל הנושה להסתמך עליו אף כנגד לוקח מיד הבעלים, וממילא אין הוא נותן מקום גם לאפותיקי של מיטלטלין בדרך חיובית.

שיקול באותו כיוון נשאר נכון גם לגבי הנושים המתחרים - כל זמן שניגשים אנו לדבר מנקודת-הראות של סוגי-קשר מיוחדים אשר רק עליהם תחול חובת-הרישום: אם יש אלף אפשרויות ואחת שבהן עשויים נכסים להישמט מפני הנושים שסמכו עליהם - מה הטעם שילכו הנושים ויבדקו אם אין בפנקס ציבורי אזהרה לגבי סוג אפשרויות מסוים? ההנחה צריכה להיות לכאורה שהנושים **לא ילכו**, וממילא - גם מצד זה - נשמטת אפוא הקרקע מתחת לאפשרות להסיר את ההגבלות, שנראה היה נכון להטיל בהנחה של חוסר רישום.

[[331א]] בסעיף 4 של **חוק המשכון, תשכ"ז**, שנתקבל בכנסת אחר שהדברים הנ"ל נכתבו, נקבעת אפשרות כללית של אפותיקי במיטלטלין על-פי רישום בנתאם לתקנות שיותקנו. האפותיקי הרשומה אמורה להיות מועילה כנגד נושים מתחרים, אך אין החוק מברר מה יהא דינה כנגד לקוחות. סע' 2(ב) של החוק בא למנוע את עקיפת דיני המשכון והאפותיקי על-ידי עסק המתיימר להיות מכר על תנאי, והריהו קובע כי עסק שכוונתו היא שעבוד הנכס כערובה - תופסים אותו לפי הכוונה. [[331ב]]

פרק ו: דיני שכנים

א. "דיני שכנים" ו"שעבודי שכנים"

בפרק ד' לעיל, בסקירת המשפט הצרפתי והאיטלקי, בסע' ב' שם, כתבנו כי "השעבודים הריאליים" בשיטות אלו מתחלקים לשני סוגים עיקריים: אלה העומדים לאדם מסוים ואלה הצמודים לקניין בקרקע מסויימת. על הסוג השני הזה הבטחנו לדון לחוד, בפרק על יחסי השכנים.

הבדלת הדיון בסוג שעבודים זה לפרק נפרד לא נבעה רק מן ההבדל המושגי או המעשי בין סוג זה לאחיו. מבחינה זו כשלעצמה לא היתה מניעה שנדון בשעבודים הצמודים בסעיף מיוחד של הפרק הכללי על "מיני השעבודים" - שהרי סוף-סוף המדובר הוא בתצורה משפטית שאינה חורגת מתחום "השעבודים הריאליים", כי אם מתבחנת בתוכו. לכל היותר - מסיבות של נוחות טכנית גרידא - יכלנו לקבוע את השעבודים הצמודים כנושא לפרק מיוחד, כשם שעשינו ל"שעבודי אחריות הנכסים", המתבחנים בתחום השעבודים מן הסוג הראשון. אם בכל-זאת לא עשינו כן, אלא צרפנו את השעבודים הצמודים לפרק אשר הנושא שלו רחב יותר, והכולל לא רק "שעבודים", כי אם **דינים** בדרך-כלל, הרי זה מפני שעל-יד השעבודים הללו מוצאים אנו בשיטות האירופיות סדר דינים של שכנות אשר אף-על-פי שאין הם בגדר "שעבודים" או "זכויות ריאליות" כלל, הרי **בדיני ישראל** מתברר כי מה שמקביל כאן ל"שעבודים הצמודים" באירופה, באמת הוא רק חלק מהותי מאותם "דיני השכנות" ואינו יכול להידון בנפרד. מאחר שעיקר עניינו הוא בדיני ישראל, ומאחר שאת ההשוואה בין מושגים מפוצלים למושג מאוחד נוח יותר לערוך על רקע המושג המאוחד, נקבל את הפרספקטיבה של דיני ישראל ונדון בשעבודים הצמודים ודיני-השכנים מתחת לגגם הרחב של הללו.

השם "שעבודי שכנים" לסוג השעבודים האמור - אף הוא מבוסס על המקורות העבריים, והצדקתו היא שבאמת אין מדובר כאן אלא **בשעבודים בין שכנים**, כפי שנראה להלן. [[332]]

ב. שעבודי-השכנים ודיני-השכנים בצרפת ובאיטליה

בשיטות האירופיות, מאחר שהמושגים מפוצלים, ממילא נצטרך לסקור אותם בפיצולם - "שעבודי השכנים" לחוד ו"דיני השכנים" לחוד - וסעיפי הסקירה של המצב המשפטי בשיטות אלו, אף הם עצמם יצאו מפוצלים אפוא בהתאם לכך.

1. השעבודים[857]

השעבודים הצמודים לקניין בקרקע מסוימת קרויים בשיטות של יבשת אירופה, על-פי המסורת הרומית, "שעבודי קרקע" (servitutes praediorum), ובקיצור - בצרפתית ובאיטלקית - גם

---

[857] א) לפי **פלניול וריפר** ג', עמ' 860 ואילך; באיטליה - סע' 1027 ואילך של ספר החוקים האזרחי.

servitudes או servitii, היינו "שעבודים", סתם. שעבודים אלה יכולים להיות בעלי תכנים שונים, ובלבד שייתפסו במסגרת העקרונית של **רשות לעשות או למנוע מעשים במקרקע מסוים, למען השימוש והתועלת של מקרקע השייך לבעלים אחרים**. מקרקע לעניין זה (heritage) הוא רק מגרש או בניין: אין להטיל שעבוד מן הסוג הנידון על **עץ** ("משום אופיים של העצים, שאין הם בני קיום... אך טעם זה מפוקפק עד מאוד") - ואין להטיל את השעבוד על דברים אחרים הנחשבים כמקרקעין בצרפת, לרבות **זכויות**; ומשמע שאין ליצור שעבוד מן הסוג הנידון, אשר לא בעקב הגבלת זמן בעלמא, אלא מעצם אופיו ויסודו, אמור הוא להתקיים רק כל זמן שיתקיים במקרקע המשועבד שעבוד קודם אחר, אשר אינו מתבטא בזכות לשימוש מקיף במקרקע (כגון שיהא הקונה רשאי להגביל את מימושו של שעבוד-שכנים קיים או של אפותיקי).

המקרקע אשר השעבוד צמוד לקניינו קרוי "המקרקע השליט"; תועלת השעבוד צריכה להיות, כמובן, לאותו המקרקע; וכדי שהרשות תיחשב כמועילה למקרקע נחוץ שיהא "יחס טבעי" בין תוכן הרשות וטיב המקרקע. לפיכך אפשר שאיסור לעריכת נשפי ריקודים, למשל, יהא צמוד כשעבוד לטובתו של בית מגורים; אבל האיסור על התחרות מסחרית אינו יכול להיות נושא לשעבוד, כי הפגיעה המסחרית איננה פגיעה בשימוש הטבעי במקרקע, אלא בשימוש הנהוג על-ידי המחזיק המסוים. מסיבה דומה אי-אפשר לקבוע שעבוד מן הסוג הנדון לגבי ציד או דיג.

[[333]] יחס טבעי שכזה יכול כמובן להתקיים גם כשהרשות אינה מתיחסת למקרקע שהוא דווקא סמוך וצמוד למקרקע השליט (כגון שאיסור נשפי הריקודים חל גם במקרקע שהוא מעבר למקרקע הסמוך). אולם, "שכנות" היא מושג יותר רחב מסמיכות או צמידות גרידא: הוא חל בכל מקרת שיכולה להיות השפעה מתוך מקרקע אחד למשנהו[858] - ומושג "שעבוד-השכנים" שנקטנו מתאים אפוא מכל-מקום.

צמידות השעבוד לקניין במקרקע השליט מתבטאת בזה שכל פעולה משפטית "ריאלית" באותו מקרקע (חוץ מהטלת שעבוד-שכנים נגדו) כוללת גם את הזכות להגשים את השעבוד, ואין לעשות שום פעולה משפטית "ריאלית" בשעבוד כשלעצמו. יצירת שעבוד-שכנים לטובתו של אדם מסוים, ולא בצמוד לקניינו, נאסרת בצרפת בפירוש (סע' 686 של ספר החוקים האזרחי).

את שעבודי-השכנים מחלקים לארבעה סוגים: **רצופים** או **עשויים לסירוגין** (continues ou discontinues) **וגלויים** או **נסתרים** (apparentes ou non apparentes). הרצופים הם אלה שרציפות מימושם אינה מחייבת את מעשה-האדם (כגון החזקת צינור מים, איסור הבנייה, זרימת מי גשמים), ולעומת זאת - העשויים לסירוגין, רציפות מימושם מחייבת את מעשה-האדם (כגון זכות-דרך, הזרמת מי שופכין, הפקת חומרים). השעבודים הגלויים הם אלה המתבטאים **במתקן** (כגון כביש, צינור), ולעומת זאת הנסתרים - שום מתקן גלוי אין בהם (כגון איסור הבנייה). השעבודים שהם גם גלויים וגם רצופים במובן האמור נקנים על-ידי זכות-חזקה אחר מימוש בתנאים

---

[858] ב) תשובת הרא"ש, כלל ק' סי' ח', ושו"ע חו"מ סי' קנ"ה סע' כ"א, הגה.

הדרושים[859] במשך 30 שנה [[334]] (באיטליה - 20 שבה: סע' 1061, 1158); וכן נקנים הם על-ידי מה שנקרא destination du pere de famille ("ייעוד בעל-הבית"): אם בעל מקרקעין מקיים ברכושו מצב שהיה יכול להיות שעבוד רצוף וגלוי בין שני מקרקעין שונים, הרי במקרה שמפצל הוא את הבעלות במקרקעין אלה בצורה מתאימה - אמנם נוצר השעבוד בין שני החלקים. חוץ מזה נוצרים שעבודי-השכנים על-ידי חוזה או צוואה.

שעבוד בין שכנים שנוצר בסתם, בלי הגבלה של זמן, עומד לצמיתות; אך מכל-מקום מתבטל השעבוד על ידי אי-מימוש במשך תקופה מספיקה ובתנאים כנ"ל[860], או במקרה שאבדה לחלוטין כל אפשרות של מימוש, או במקרה שאין עוד לשעבוד שום תועלת שהיא.

כמה וכמה רשויות השייכות לכאורה למסגרת שתיארנו בזה נקבעות במישרין בתוקף החוק. על אלה נעמוד בפרוטרוט בסעיף המשנה על "דיני-השכנים", להלן. אך כאן נציין שבצרפת מתנהלת עליהם מחלוקת עיונית. פרשנים חשובים סבורים כי רשויות אלה אינן שעבודים: השעבוד נגזר ממכלול רשויות הבעלים ומצמצם אותו; אבל מכלול זה אינו אלא המכלול הקבוע בחוק; ומאחר שהחוק עצמו מונע כאן רשויות מן הבעל או מוסרן לאחרים, הרי שאין כאן צמצום המכוון נגד **המכלול**, כי אם **יסוד מיסודות התיאוי המקורי של מכלול זה גופא**. לעומת זאת סוברים **פלניול וריפר** כי אין נפקא מינה, והקובע הוא תוכן הדברים הפנימי, ולא צורתם החיצונית. הבעייה היא חשובה לגבי כמה וכמה נקודות בעריכתו של החוק. בצרפת מסתבר כי דעת **פלניול וריפר** מכוונת יותר לשיטתו של החוק (סע' 639), אך באיטליה ערוך החוק לפי הדעה הראשונה. מכל-מקום, אף בצרפת יש הבדל מעשי בין שעבודי-שכנים הנקבעים במישרין בתוקף החוק לבין שעבודי-שכנים אחרים - בזה שהשעבודים מן הסוג הראשון אינם מתבטלים על-ידי חוסר-מימוש.

[[335]] סע' 696 בספר החוקים האזרחי הצרפתי קובע: "כאשר יוצרים שעבוד-שכנים, ההנחה היא שניתנה זכות לכל הנחוץ לשם מימוש השעבוד". פירושו של דבר הוא שהענקת שעבוד אחד עשויה לגרור ממילא שעבוד-לואי: שעבוד לשאיבת מים, למשל, נותן לבעליו ממילא גם את השעבוד

---

[859] ג) התנאים הדרושים הם: חזקת-נוהג שלא ברשות ולא בדרך אלימות ולא בחשאי, ללא הודאה בזכות הזולת וללא מחאה משפטית או אזהרה בכתב. נוהג שנפסק בעל-כורחו לתקופה ארוכה משנה אינו מועיל. אין זכות-חזקה נוצרת בין בעל לאשתו, בין אפוטרופוס לבן-חסותו, בין היורש לעזבון, בין גוף משפטי למנהליו. בחישוב התקופה אין לוקחים בחשבון את הזמן שהנפגע היה "חרש, שוטה או קטן" ולא היה לו אפוטרופוס ועוד ששה חודשים נוספים. כן אין לוקחים בחשבון את הזמן שהנפגע יצא בצבא בתקופת מלחמה. אולם, הפסקות אלו אינן חלות לרעתו של טוען הבא מכוחה של קנייה מאדם אחר. תמצית זו מבוססת בעיקר על החוק האיטלקי (סע' 1163 ואילך). לגבי צרפת (סע' 2219 ואילך) ראוי רק לציין שאין מכירים בה את הסייג לטובת הקונה מאחרים.

[860] ד) דיני זכות-החזקה והזנחת השימוש הם זהים בעיקרם, אם כי יכולים הם כמובן לחול רק בכפוף לשינויים המתחייבים מעניין לעניין. התוצאה היא שהזנחת השימוש אינה מועילה, למשל, בין האפוטרופוס לבן-חסותו, אך מועילה היא לרעתו של יוצא צבא כנגד מי שקנה מאחרים (**מסיניאו**, ב/א, עמ' 484).

לעבור למקום המים - כל זמן שאין לאיש שום אפשרות (ואפילו קשה יותר) כדי לגשת למקום ללא שעבוד על זולתו. בדומה לכך, במקרה שמתבטא השעבוד בהחזקת מתקן מסוים, נלווה עליו ממילא השעבוד לעשות במקום את העבודות הנחוצות כדי להחזיק את המתקן במצב יעיל. ומצד שני - לעולם נוצר על-ידי השעבוד שעבוד-לואי למניעת מעשים (ואפילו מעשים מותרים באופן אחר) העשויים לפגוע באיזה אופן שהוא במימוש משעבוד העיקרי כדרכו (סע' 701).

במקרה שמימוש השעבוד צמוד לשטח מסוים במקרקע המשועבד, רשאי בעל אותו מקרקע לדרוש את שינוי האתר, בתנאי שהאתר הקודם נעשה יותר מדי מכביד ויכול האיש להציע אתר אחר, שאינו פחות נוח מקודמו לקונה-השעבוד. הוצאות השינוי הן על חשבון בעל המקרקע ממשועבד.

גדריו המדויקים של השעבוד נקבעים על-פי מקורו המשפטי (הוראת החוק, ההסכם, הצוואה או חזקת-הנוהג). לפי זה אפשר ששעבוד הניתן מטבעו לזכות-חזקה - יורחב הקפו המקורי עקב חזקת-נוהג חדשה. אולם, אין בכוחה של חזקת-נוהג חדשה (המתבטאת באי-מימוש חלקי) **לצמצם** את הקף השעבוד מכפי שהיה בתחילה.

בסע' 686 של ספר החוקים האזרחי בצרפת, כריאקציה נגד יחסי-המקרקעין הפיאודליים, נאסר הדבר בפירוש ששעבוד-שכבים יתבטא בחובת-מעשה מצד מחזיק מקרקע אחד לטובתו של בעל מקרקע אחר[861]. אולם, איסור זה איננו מונע שהצדדים בשעבוד-שכנים יוכלו להתנות כי מחזיק המקרקע המשועבד יהא חייב גם באיזה מעשה [[336]] **חיובי (כגון חובת-תיקונים), בבחינת חובה של לואי**, הצמודה לחובתו לסבול את עיקר-השעבוד, המתבטא באיזו רשות של בעל המקרקע השליט, כפי שביסמיו לעיל[862].

2. דיני השכנים בצרפת

דיני השכנים **בצרפת** מוסדרים קודם-כל על-ידי ההוראה הכללית של דיני הנזיקין, שמי שגורם נזק במעשיו, בפשיעה, **חייב**; ורואים מקרה של פשיעה, אם המעשה לא היה נעשה על-ידי "בעל-בית זהיר וחרוץ". במסגרת זו נפסק שחייב אדם לנקוט את כל האמצעים, כדי לא להפריע לשכנים. כן חלה תורת ה-abus de droit שעמדנו עליה בפרק ג', בסע' א', מס' 4 - ויש חזקת-פשיעה בלתי-ניתנת לסתירה, נגד בעל קרקע, כשנגרם נזק על-ידי התמוטטות מבנה באותה קרקע, עקב בנייה או תחזוקה גרועה. אולם, בתי-המשפט הרחיבו את מושג הפשיעה גם מעבר למסגרת זו, ופסקו כי השכן המזיק אחראי אף אם פעל בתום-לב וכבעל-בית זהיר וחרוץ, ואפילו בתוקף רשיון

---

[861] ה) אף-על-פי-כן, באמת נשאר עוד שריד מן היחסים הפיאודליים באפשרות שבעל **מכרה** יהא חייב בתשלומי קבע חוזרים לבעל הקרקע שבה נמצא המכרה (redevance uniniere). תשלום זה אין לראות כדמי-שכירות, כי התפיסה היא שהמכרה איננו שעבוד, ואף איננו מושכר באופן "פרסונלי", אלא הוא עומד בבעלות נפרדת מן הבעלות בקרקע: ר' **פלניול וריפר**, ג', עמ' 100.

[862] ו) אפשרות זו היא כאן דין מיוחד, ואין לערבבה עם האפשרות הכללית של חיובי-לואי בשעבוד מוסכם, מן הסוג שראינו לעיל בדיני ישראל.

מינהלי. **פלניול וריפר** משתדלים לגלות את הכלל שהדריך את בתי-המשפט בכיוון זה, ולבסוף מגיעים הם למסקנה, שאין קיימת אמנם חובה כללית להימנע מכל מעשה שיזיק לשכנים, אבל מי שמשתמש במקרקע בצורה שהיא בלתי-רגילה על-פי תנאי הזמן והסביבה חייב לפצות על הנזק הנגרם על-ידיו. בקשר לזה יש לבתי-ממשפט סמכות לחייב את המזיק בתשלום חוזר קבוע, כל זמן שיימשכו נזקיו[863].

באופן כזה, כשהנזק נובע משימוש שהוא רגיל על-פי תנאי הזמן והסביבה, למעשה מקבלים אנו כאן את הדוגמה הראשונה, שבה ניתן למזיק מעין שעבוד, במישרין בתוקף הדין, המתיר לו לקיים את הנזק והמחייב את השכן לסבלו. אולם, דוגמה זו יש להבחין בבירור מ"שעבודי השכנים" שראינו לעיל - ולא רק מן מטעמים העיוניים שראינו. ההבדל הנוסף הוא שבשעבוד-שכנים מן הסוג הקודם ניתנה לקונה רשות כלשהי לגבי **תחומה הפנימי** של החצר המשועבדת, בעוד שכאן יתכן כי לא תימצא שום רשות שכזאת, באשר הנזק שהשכן יהא חייב לסבלו יהא רק נובע מרשות-פעולה הנתונה לשכן השני לגבי תחום המצר **שלו בעצמו**.

[[337]] מלבד זאת מוסדרים דיני השכנים בצרפת בהוראות חוקיות מיוחדות.

א) סע' 640 של ספר החוקים האזרחי קובע: "הקרקעות הנמוכות משועבדות לעליונות מהן, כדי לקבל את המים הזורמים משם באופן טבעי, בלא שהיתה בכך יד אדם..." אם זרימת המים נגרמה על-ידי עבודות חפירה בקרקע העליונה, או שמעשי האדם גורמים להחמרת הנזק הבא מן הזרימה הטבעית, קובע סע' 641 כי השעבוד יתקיים מכל-מקום, אבל כנגד פיצוי מבעל הקרקע העליונה. סע' 641 אינו חל אם הקרקע הנמוכה משמשת למגורים, כגן, וכיו"ב. כן אין הסעיף חל אם המעשים המחמירים את הנזק לא נועדו לקידום החקלאות או החרושת[864]. חוץ מזה יכולים בתי-המשפט לכפות שעבוד דומה, כנגד פיצוי, אף אם לא התמלאו תנאי הסעיפים 640-641, אם המים מוזרמים לצרכי השקאה ונשפכים לקרקע הזולת[865]. בתי-המשפט יכולים גם לכפות את השעבוד, כנגד פיצוי, לעניין שבעל קרקע יהא רשאי להעביר מים לצרכי השקאה דרך קרקע השייכת לרעהו[866].

ב) כל בעל קרקע, המבקש להבריא את אדמתו על-ידי ניקוז או דרך ייבוש אחרת, רשאי, מכוח חוק מיוחד, להעביר את המים דרך אדמת זולתו אל מקום השפיכה - כנגד פיצוי. דין זה אינו חל אלא בשטח כפרי. השכנים רשאים, מצידם, להשתמש בעבודות הניקוז של שכנם, אך בתנאי שישתתפו באופן מתאים בהוצאות[867].

---

[863] ז) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 450 ואילך.

[864] ח) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 502-503.

[865] ט) שם, עמ' 503-504.

[866] י) שם, עמ' 504-505.

[867] יא) שם, עמ' 506-507.

ג) אסור לבנות את הגג באופן שמי הגשמים יזרמו ממנו במישרין לאדמת השכן, וכן אסור להתקין את זרימת מי הגשמים באופן שיוזק מהם כותל השכן[868].

[[338]] ד) סידורים העשויים להפריע לשכן, כגון חפירת בארות או בורות, התקנת תנורים, הקמת אורוות או מחסני מלח וכו' - אין לעשותם אלא תוך הרחקה מספקת ממצרי השכן ותוך קיום אמצעי הזהירות, בהתאם לתקנות ולמנהגים השייכים לעניין[869].

ה) אין לקיים עצים או שיחים אלא במרחק מספיק ממצרי השכן. למקרה שאין בו הוראות או מנהגים מיוחדים נקבע בחוק המרחק של שני מטרים, אם גובה העץ עולה על שני מטרים, ו-50 סנטימטר בלבד אם העץ הוא נמוך מזה. אין הבדל לעניין זה בין עצים הגדלים מאליהם ועצים שניטעו בידים, אך אין הדין חל בערים, בתנאי שלא יתפשטו ענפיו אל מעל מעבר לגבול. מגבול של רשות הרבים אין צורך לשמור על מרחק. עץ שהוא קרוב לגבול השכן פחות מ-50 ס"מ, אפשר לדרוש את עקירתו; אם הוא קרוב מ-2 מטרים, יכול השכן לדרוש כי לא יותן לעץ לגדול בגובה רב יותר מ-2 מ', ואף אם לא יגרום הדבר שום נזק[870].

ו) עץ - אפילו הוא נטוע במרחק מספיק - אם מתפשטים ענפיו לתחום השכן, יכול זה לדרוש כי יקוצצו. אם מתפשטים לתחומו השרשים, רשאי הוא לקוצם בעצמו עד קו הגבול[871].

ז) חלון העשוי להיפתח - אין לקרעו אלא במרחק מסוים מחצר השכן. אם הקיר שבו מבקשים לקרוע את החלון מקביל לקו הגבול, המרחק הוא 1.90 מ'; אם הקיר ניצב לקו הגבול, המרחק הוא 60 ס"מ. הטעם הוא: להקשות על הזק הראייה ולהפחית את הסיכוי שדבר יפול מהחלון לחצר השכן. מרפסות, גגות שטוחים וכו' - יש להם דין חלונות, והמרחק נמדד בהם מקצם החיצוני. אין דין חלונות לפתחים הנסגרים בדלתות שאינן שקופות, וכן לרווחים הפתוחים בגדר. ההגבלות אינן חלות על חלונות הנשקפים לקיר אטום או לגג השכן, או שאין לראות דרכם אלא את השמים.

[[339]] כן אין ההגבלות שאמרנו חלות על חלון שאינו עשוי להיפתח, והנקרע רק לאורה, אבל לא לאוורור. אולם, גם חלון כזה אין מכל-מקום לקרוע אלא בגובה מסוים מן הרצפה של החדר שבו הוא נקרע. גובה המיזער בקומת הקרקע הוא 2.60 מ', ובקומה גבוהה יותר - 1.90 מ'. כן נחוץ שהחלון יהיה מצויד בסריגים, אשר הרווחים ביניהם לא יעלו על 10 ס"מ. הגבלות אלו אינן חלות על חלון של מרתף.

---

[868] יב) שם, עמ' 885.

[869] יג) שם, עמ' 886-887.

[870] יד) שם, עמ' 887-889.

[871] טו) שם, עמ' 891.

חלון המתקיים שלא כדין (ואפילו היתה תחילתו בהיתר, כגון שמלכתחילה נשקף החלון לקיר אטום, ולבסוף נפל הקיר) - יכול השכן לדרוש את סתימתו, באשר הוא פוגע ב"שעבוד החוקי" שיש לשכן, לעניין איסור הזק הראייה; אך אם נקרע החלון **בהתאם** לדין - בכל-זאת אין נוצר שעבוד-שכנגד למאור, והשכן רשאי בכל עת להאפיל עליו. לעומת זאת, חלון העשוי להיפתח, אשר התקיים **שלא כדין** בתנאי של חזקת-זכות, הרי בבחינת נוהג גלוי ורצוף נותן הוא לבעליו שעבוד למאור, ושוב אין השכן רשאי לבנות כנגד החלון בלא שירחיק את בניינו כמרחק שאמרנו לעיל[872].

ה) מי שאדמתו מובלעת בין חצרות השכנים, ואין לו בכלל מוצא לדרך-הרבים, או שיש לו רק מוצא שאיננו מספיק, והדבר לא נגרם על-ידי מעשיו שלו עצמו, יכול לדרוש שעבוד-דרך באדמת השכן, כנגד פיצוי. הפיצוי יכול להיות חד-פעמי או שנתי. באין הסכם נקבע מקום הדרך על-ידי השופט, אך מבחינה עקרונית קיים השעבוד, בתוקף החוק, אף לפני שנקבע המקום - אם רק התמלאו התנאים הדרושים - ולפיכך, אם בעל הקרקע המובלעת בורר לו דרך על דעת עצמו, אין הוא נחשב כנכנס שלא ברשות, לעניין הוראה מסוימת בדיני העונשין; אבל השכן, מצידו, יכול בכל-זאת להגיש נגדו תביעה פוסיסורית. אם הקרקע המובלעת נסתגרה עקב פיצול - עדיין אפשר לדרוש את שעבוד-הדדך, אבל רק בתחום החלקה שפוצלה מן המובלעת. שום פיצוי איננו מגיע במקרה הזה. - שעבוד-הדרך אינו נקנה אמנם על-ידי זכות-חזקה, מאחר שאין זה דבר [[340]] רצוף וגלוי, אבל **מקום** הדרך יכול על-כל-פנים להיקבע, לטובת קרקע מובלעת על-ידי זכות-חזקה. אם הקרקע חדלה להיות מובלעת, מתבטל שעבוד-הדרך שנקנה בדרך-כפייה ושלגבי מקומו לא נוצרה עדיין זכות-חזקה[873].

"השעבודים החוקיים", הקיימים ממילא - אפשר להשתמט מהם על-ידי שעבודים נוגדים. כך, על-ידי הסכם, זכות-חזקה או "יעוד בעל-הבית" אפשר את שעבוד קבלת המים לשעבוד לאי-קבלת המים, שיהא מוטל על הקרקע העליונה כנגד הקרקע התחתונה[874]. בדומה לכך, את "השעבוד החוקי" להרחקת מי-הגשם אפשר להפוך לשעבוד **להזרמת** מי הגשם[875]; את השעבוד להרחקת סידורים מזיקים (במידה שאין הוא מוטל לטובת רשות הרבים, בתוקף המשפט הציבורי) אפשר להפוך לשעבוד לאי-הרחקה[876]; את זכות הקיצוץ של ענפים ושרשים מתפשטים אפשר להפוך לשעבוד סבילתם[877]; וכן, חלון שנקבע שלא כדין יכול להיעשות מובטח מפני דרישת-סילוק על-ידי

---

[872] טז) שם, עמ' 892 ואילך.

[873] י ז) שם, עמ' 901 ואילך.

[874] יח) שם, עמ' 501. זכות-החזקה תיווצר, למשל, על ידי בניית מתקן גלוי שיעצור את המים "באופן רצוף".

[875] יט) שם, עמ' 886.

[876] כ) שם, עמ' 887, 890.

[877] כא) שם, עמ' 891. שעבוד זה אינו נקנה אלא בהסכם מפורש.

שעבוד לסבילת הזק-הראייה, ואילו "השעבוד החוקי" לסבילת האפלה ניתן להיפוך על-ידי שעבוד האוסר את הבנייה (באמצעות השעבוד לסבילת הזק-הראייה)[878].

יש לציין כי כאן שוב רואים אנו שעבודים החורגים מן ההגדרה שנותנים פלניול וריפר לשעבודי-השכנים: השעבוד לאי-קבלת מים, השעבוד לאי-הרחקת הסידורים המזיקים והשעבוד לסבילת חלונות אינם כרוכים בשום רשות מעשה בתחומי החצר המשועבדת, אלא החצר המשועבדת **רק חייבת לסבול כאן דברים הנעשים בתחומי "החצר השלטת" גופא, תוך סטייה מן הדין הכללי.**

[[341]] ט) מלבד "השעבודים החוקיים" שמנינו מצויים בספר החוקים האזרחי בצרפת הסעיפים 646 ו-663, הנמנים אמנם עם סעיפי השעבודים, אך אשר **פלניול וריפר** מסרבים לראות בהם "סרויטוטים", באשר באים הם להטיל בין השכנים חובות-מעשה[879]. סע' 646 קובע: "כל בעל מקרקע יכול לחייב את שכנו לסיום המצרים של אדמותיהם הסמוכות. סיום המצרים נעשה בהוצאות משותפות". סע' 663 קובע: "כל אחד יכול לכוף את שכנו, בערים ובשכונות, שישתתף בהוצאות הבנייה או התיקון של הגדר המפרידה בין בתיהם, חצרותיהם וגניהם..." - ולהלן ניתנים גבהי המיזער של הגדרות באין דין או מנהג מיוחד. את ההשתתפות בהוצאות אפשר רק לדרוש מלכתחילה, אבל לא בדיעבד[880]. לא הוברר לי אם אפשר להתנות על חובות אלה (או, לפחות, על סע' 663) באופן "ריאלי", אך מסתבר שעל-כל-פנים יכול בעל מקרקע להיפטר מחובתו על-פי סע' 663 על ידי הסתלקות מזכותו במקום שבו מצויה הגדר או שבו צריכה היא להבנות[881].

3. דיני השכנים באיטליה

מתוך העיון בספרו של **מסיניאו** נראה שבאיטליה אין לומר שום דבר מיוחד בענייננו מכוח דיני הנזיקין הכלליים (סע' 2043 ואילך של ספר החוקים האזרחי) - אם כי דינים אלה חלים כמובן, ומשלימים את מה שנראה להלן.

בין הסעיפים של ספר החוקים האזרחי החלים על הבעלות הקרקעית, באשר היא, מופיעים הסעיפים הבאים:

843. הבעלים חייבים להרשות את הגישה והמעבר באדמתם, תמיד כשמוכר הצורך בכך, כדי לבנות או לתקן כותל או מיתקן אחר השייך לשכן.... אם הגישה גורמת נזק, מגיע פיצוי מתאים....

844. בעל קרקע אינו יכול למנוע את החדרת העשן או החום, את הפצת האדים, את הרעש, את הנדנוד ודברים דומים המתפשטים מאדמת השכן, אם אין הם עוברים את הנסבלות הרגילה,

---

[878] כב) שם, עמ' 895-894, 900-899.

[879] כג) שם, עמ' 430.

[880] כד) שם, עמ' 445.

[881] כה) שם, עמ' 444.

בשים-לב גם למצב המקומות[882]. בהחלת [[342]] הדין הזה צריכה הרשות השיפוטית לשקול את דרישות הייצור לעומת טעמי הקניין. היא יכולה להתחשב בקדימתו של שימוש מסוים.

מסיניאו מסביר[883] כי החובה לשקול את דרישות הייצור פירושה הוא שבמקרה המתאים חייב השופט להעדיף את דרישות הייצור, אף אם הנזק יעבור את "הנסבלות הרגילה" - ובמקרה של העדפה כזאת יש לו לחייב את השכן המזיק בתשלום הולם לנפגע[884]. מסתבר שפסק-דין המעדיף את דרישות הייצור טעון רישום, ואף יש שרואים בו הטלת שעבוד לסבילת הנזק[885]. אשר לאפשרות להתחשב בקדימתו של שימוש מסוים - הכוונה היא, לפי פירוש מסיניאו, למקרה שמלכתחילה היתה "ההחדרה" נסבלת, אלא שאחר-כך נעשתה בלתי-נסבלת, עקב שינוי שחל בשימוש בחצר הנפגעת. במקרה כזה יכול השופט (אך אינו חייב) להחליט ש"ההחדרה" תימשך, בלי שום פיצוי. **מסיניאו** מוצא נכון לציין ביחוד, שעל-ידי קבלת המבחן של "הנסבלות הרגילה" דחה המחוקק האיטלקי מבחנים אחרים שעמדו לפניו: השימוש הרגיל, ניצול הזכות לרעה, חובת "השכנות הטובה", מבחן התועלת הציבורית, או התועלת הכלכלית.

בפרק מיוחד, העוסק בהרחקת מתקנים ודין מתקנים שבמצר[886], מופיעים הדינים הבאים. סע' 872 קובע כי דבר הנעשה בניגוד לדינים אלה יכול השכן לדרוש את סילוקו.

הסעיפים 873-879 קובעים, ראשית, את הנחת-היסוד החרישית כי מי שבא לבנות באדמתו אינו חייב להרחיק את בניינו כלל, אם המגרש הסמוך איננו בנוי. אולם, "בנינים בקרקעות סמוכות זו לזו - אם אין הם מאוחדים או סמוכים - יש להחזיקם בהרחק שלא ימעט משלשה מטרים"; ו"בתקנות מקומיות [[343]] אפשר לקבוע מרחק גדול יותר"[887]. ומשמע שאם הבונה הראשון לא הרחיק את בניינו במלוא המידה, עוברת חובת ההרחקה אל הבונה השני; אולם, אם הבונה הראשון קרב את בניינו למצר כדי פחות ממחצית ההרחק הקבוע, יכול השני להיפטר מחובתו בשלשה אופנים: א) על-ידי שידרוש שכותל הבונה הראשון ייעשה משותף "לכל גבהו או לחלק הגובה", אבל "בתנאי שידרוש את השיתוף לגבי כל הרוחב של רכושו שלו. כדי לקבל את השיתוף צריך הוא לשלם את מחצית ערך הכותל, או חלק הכותל, שנעשה משותף, ואת מחצית ערך

---

[882] כו) אם הדברים עוברים על "הנסבלות הרגילה" אין בעל הקרקע הנפגע מופנה דווקא לדיני הנזיקין הכלליים, אלא נתונה לו גם ה-actio negatoria שראינו בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק א', סע' ה', מס' 1, בסמיכות להערה ס"ב. ר' **מסיניאו** ב/א, עמ' 284 ו-286.

[883] כז) כרך ב/א, עם 284-286.

[884] כח) **מסיניאו** מדגיש כי התשלום הוא indennizzo, ולא pisarcimento di danno - כלומר פיצוי-מחיר בעד הזכות להזיק, ולא פיצוי-עוון בעד גרימת הנזק שלא כדין.

[885] כט) **מסיניאו** שולל תפיסה כזאת, בטענה שיש כאן רק הסדר של זכויות-שכנות. ההבחנה נראית לי מפוקפקת למדי.

[886] ל) על דין המתקנים שבמצר ר' בפרק ג' לעיל, סע' ג', מס' 6.

[887] לא) כפי שמציין **מסיניאו**, בכרך ב/א, עמ' 274, תכלית הדין היא בשמירת הנקיון.

הקרקע שהכותל בנוי עליה. כן צריך הוא לבצע את העבודות הדרושות כדי לא להזיק לשכן". אם הכותל איננו עומד במצר ממש, נחוץ לשלם גם בעד רצועת האדמה שבין המצר והכותל, אשר תיתפס על-ידי הבניין השני. על-פי דרישת השני חייב הראשון להודיע, תוך 15 יום, אם מבכר הוא להרחיב את הכותל עד המצר, או להרסו, או למכור את הרצועה המפרידה; ואם בוחר הוא להרחיב או להרוס, חייב הוא לגשת לעבודה תוך ששה חדשים. ב) בעל המגרש השני יכול להשעין את כותלו שלו על הכותל הקיים, בלי לדרוש שיתוף. במקרה זה חייב הוא רק לשלם פיצוי בעד ההשענה. ג) בעל המגרש השני יכול להסמיך את כותלו לכותל הקיים גם בלי להשעינו. במקרה זה אין הוא חייב בשום פיצוי, לבד ממחיר רצועת האדמה אשר יתכן שיצטרך לקנותה כנ"ל. - כותל שאינו משפט כקיר של בניין (כגון גדר) ושאין גבהו עולה על שלשה מטרים, אין מתחשבים בו לצורך חישוב ההרחק בין בניינים. אם כותל כזה עומד במצר, ואין מעברו בניין המקורב אליו פחות משלשה מטרים, אפשר לדרוש שיתוף באותו כותל, כדי לבנות עליו. אין כופים את השיתוף בכותל שהוא רשות הרבים או שיש לו ערך היסטורי, ארכיאולוגי או אמנותי. לכותל כזה אין גם להסמיך בניין. - חובת ההרחקה אינה חלה על בניינים הגובלים בדרך או מגרש שהם רשות הרבים, אך חלים במקרה זה חוקים מיוחדים.

[[344]] סע' 886 קובע: "כל אחד יכול לכוף את שכנו שישתתף במחצית ההוצאות של בניית כתלים גודרים, שיפרידו בין הבתים, החצרות או הגנים הנמצאים במקומות המגורים. גבהם צריך להיות שלשה מטרים, אם לא נקבע אחרת בתקנות המקומיות או בהסכם". סע' 887: "אם בין שתי קרקעות הנמצאות במקומות המגורים, האחת היא עליונה ואחותה תחתונה, צריך בעל הקרקע העליונה לשאת במלוא ההוצאות של בניית הכותל ותיקונו, מן היסודות ועד גובה אדמתו, ושני הבעלים צריכם להשתתף לגבי כל הגובה הנותר. את הכותל יש לבנות, חציו בשטח הקרקע התחתונה וחציו בשטח הקרקע העליונה". סע' 888: השכן יכול להיפטר מן ההשתתפות בהוצאות הבנייה של הכותל הגודר או המחיצה, בוותרו - בלי זכות לפיצויים - על מחצית השטח שבו יש להקים את הכותל המפריד. במקרה כזה, הכותל הוא קניינו של מי שבנאו, אך נשמרת יכולתו של השכן לעשותו משותף.... בלא החובה לשלם את מחצית ערך הקרקע שעליה נבנה הכותל".

הסעיפים הנותרים של הפרק חוזרים לדיני ההרחקה. סע' 889 קובע: "מי שרוצה לפתוח בארות, מכלים, בורות של שופכין או של זבל, על-יד המצר - ואף אם נמצא בו כותל חוצה - חייב לקיים הרחק של שני מטרים לפחות בין המצר והנקודה הקרובה ביותר של ההקף הפנימי של המתקנים האמורים. בשביל צינורות המים הנקיים או המזוהמים, בשביל צינורות גז וכיו"ב, והסתעפויותיהם, יש לקיים הרחק של מטר אחד לפחות מן המצר. בכל מקרה אין הדברים פוגעים בהוראות התקנות המקומיות". סע' 890: "מי שרוצה לבנות תנורים, אחים, מחסני מלח, אורוות וכיו"ב, או רוצה להניח חומרים לחים או העשויים להתפוצץ או להפריע באופן אחר, או להתקין מכונות העשויות לגרום סכנת נזקים, וזאת על-יד המצר - ואף אם נמצא בו כותל חוצה - חייב לשמור על ההרחק הקבוע בתקנות, ובהעדרו - על המרחק הנחוץ כדי למנוע מן קרקעות הסמוכות כל נזק ליציבות, לבריאות או לבטחון". סע' 891: "מי שרוצה לחפור בורות או תעלות על יד המצר, הרי באין הוראה אחרת בתקנות המקומיות, חייב הוא לקיים הרחק השווה לעומק הבור או התעלה. את המרחק מודדים מן [[345]] המצר עד פסגת הגדה הגבוהה ביותר, וזו צריכה להיות

בעלת שיפוע טבעי או מצוידת במתקנים של תמיכה. אם המצר נמצא בבור משותף או בדרך פרטית, מודדים את המרחק מפסגה לפסגה או מן הפסגה אל הקצה החיצוני של הדרך. סע' 892: "מי שרוצה לנטוע עצים על יד המצר חייב לקיים את המרחקים הקבועים בתקנות, ובהעדרן - במנהגי המקום. אם בתקנות ובמנהגים גם יחד אין הוראות, יש לקיים את המרחקים הבאים: א) שלשה מטרים בשביל העצים בעלי גזע גבוה... (כגון אגוזים, ערמונים, אלונים, ארנים ועוד); ב) מטר וחצי בשביל העצים שגזעם איננו גבוה. נחשבים כעצים כאלה אותם אשר גזעם, מסתעף משמגיע הוא לגובה שאינו עולה על שלשה מטרים; ג) חצי מטר בשביל הגפנים, השיחים, המשוכות החיות, מטעי הפירות שגבהם אינו עולה על שני מטרים וחצי. אולם, המרחק צריך להיות מטר אחד, אם המשוכות הן של סמבוק, של ערמון או של צמחים אחרים אשר גוזמים אותם מעונה לעונה קרוב לגזע; וצריך הוא להיות שני מטרים בשביל משוכות של עצי שיטים. - את המרחק מודדים מקו הגבול עד הבסיס החיצוני של גזע העץ בזמן הנטיעה, או מן הקו עד המקום שבו נעשתה הזריעה. על המרחקים האמורים אין צורך לשמור אם במצר קיים כותל חוצה, פרטי או משותף, בתנאי שהצמחים יישמרו בגובה שאינו עולה על פסגתו של הכותל". סע' 894: "השכן יכול לדרוש כי ייעקרו העצים והמשוכות הניטעים או הצומחים במרחק יותר קטן מן האמור בסעיפים הקודמים".

סע' 896 קובע: "מי שמתפשטים לתחום אדמתו ענפי העצים של השכן יכול בכל עת לכופו שיקוץ את הענפים, והוא עצמו יכול לכרות את השרשים המתפשטים לאדמתו; אולם, בשני המקרים אין דברים אלה פוגעים בתקנות ובמנהגים שבמקום".

הסעיפים 900-907 הם פרק העוסק בהלכות חלונות. סע' 900 מגדיר: "החלונות או הפתחים האחרים היוצאים לאדמת השכן הריהם משני סוגים: luci, הנותנים מעבר לאור ולאויר, אך אינם מאפשרים להשקיף על אדמת השכן; vedute o prospetti, המאפשרים להשקיף ולהסתכל לפנים, למטה או הצידה". החלונות מן הסוג הראשון צריכים להיות מצוידים ברשת, שתספיק [[346]] כדי להבטיח את השכן מסכנה, ובסריגי מתכת קבועים, שרווחיהם לא יהיו גדולים מ-3 ממ"ר. הגובה של חלונות כאלה צריך להיות לא פחות מ-2 מטרים וחצי בקומת הקרקע ולא פחות מ-2 מטרים בקומות העליונות; ועל-כל-פנים, אם המקום שבו נקרעים החלונות איננו נמוך מפני אדמתו של השכן, אסור שיהיו החלונות נמוכים יותר מאשר 2.50 מ' מעל פני אדמת השכן. חלון השייך לסוג הנידון ושלא נתמלאו בו הדרישות האלה, יכול השכן לדרוש את תיקון המצב. מציאותם של חלונות כאלה, אפילו כדין, אינה מונעת שיידרש שיתוף בכותל שבו הם קרועים ושיושען על הכותל בניין אשר יסתום החלונות. את החלונות מן הסוג השני, הנשקפים אל אדמת השכן לפנים, אין לקרוע אלא בהרחק של מטר וחצי לפחות - ואין נפקא מינה אם חצר השכן סגורה היא או לא, או שהחלונות נשקפים רק אל גג השכן. מרפסות, גגות שטוחים וכו', יש להם דין חלונות מסוג זה; אך מכל-מקום אין צורך לקיים את המרחק אם בין שתי החצרות מפרידה דרך הרבים; חלונות מסוג שני זה, הנשקפים לאדמת השכן רק מן הצד או מלמעלה, יש לשמור בהם על מרחק מיזער של 75 ס"מ בלבד, ומודדים בין הנקודות הקרובות ביותר. כנגד החלונות מן הסוג השני המוחזקים כדין אין לבנות אלא בהרחק של שלשה מטרים לפחות, הן מלפנים הן מן הצדדים; ואם משעינים בניין על הכותל שבו קרועים החלונות כדין, צריך הבניין להיות נמוך ב-3 מ' לפחות מתחתית החלון.

סע' 908 הוא פרק לעצמו וקובע לאמור: "בעל הקרקע חייב לבנות את הגגות באופן שמי הגשמים יזלו לאדמתו הוא, ואין הוא יכול להטותם לאדמת השכן".

סע' 913, הנמצא בין דיני המים, קובע: "הקרקע התחתונה מחויבת לקבל את המים היורדים מן הקרקע העליונה באופן טבעי, בלי התערבות מעשי אדם... אם עקב עבודות של שיפור קרקע מתעורר הצורך בשינוי הזרם הטבעי של המים באחת הקרקעות, מגיע פיצוי לבעל הקרקע אשר השינוי גרם לו נזק".

[[347]] חוץ מן הדינים הללו נקבעים במדור של "שעבודי השכנים" שעבודים מסוימים אשר השכן יכול לדרוש את יצירתם מכוח החוק. סע' 1032 קובע, שאם אין הצדדים מצליחים להגיע להסכם, נוצר שעבוד כזה על-ידי פסק-דין או - במקרים מיוחדים הקבועים בחוק - על-ידי הרשות המינהלית. עוד קובע הסעיף שהשעבוד מסוג זה איננו נכפה אלא כנגד פיצוי, ועד התשלום יכול קונה המקרקע המשועבד להתנגד למימוש השעבוד.

הסעיפים 1033-1050 קובעים את דין שעבודי-הכפייה הנוגעים למים; והרי תמציתם, עד כמה שנכנסים הם לתחום עניינו ואינם שייכים לעצם דיני המים. מי שיש לו זכות להשתמש במים, וכן מי שזקוק לניקוזם של מים מיותרים מאדמתו, זכאי לשעבוד להעברתם באדמת השכן (להוציא בתים, חצרות וגנים). לשם ההעברה חייב הקונה לבנות צינור מיוחד לעצמו, אך השכן יכול להתנגד להנחת הצינור החדש אם מציע הוא את השימוש בצינור ישן המספיק לעניין. כדי לקבל את השעבוד צריך המבקש להוכיח שיש בידו לנצל את המים במשך כל הזמן אשר לגביו דורש הוא את שעבוד-ההעברה; שהמים מספיקים לתכלית שלשמה הם נועדים; ושדרך-המעבר המבוקשת היא המתאימה ביותר. הפיצויים בעד שעבוד ההעברה נקבעים בחוק במפורט, תוך התחשבות במסיבות שונות. אם המדובר הוא בניקוז יכולים להתנגד לניקוז אותם האנשים שהיו משתמשים במים שעומדים לסלקם, ואם האינטרסים המנוגדים אינם ניתנים להשלמה על-ידי עבודות מתאימות, שתהיינה כרוכות בחלוקה פרופורציונלית של ההוצאות, קובעת הרשות השיפוטית הוראות להבטחת האינטרס המכריע. בכל מקרה יש להתחשב בדרישות הכלליות של הייצור. אם מאשרים את הניקוז, אפשר לקבוע פיצוי מתאים למתנגדים. בעלי האדמות שמי הניקוז מועברים דרכן רשאים להשתמש במים, בתנאי שלא יזיקו לבעלי האדמות שכבר נהגו להשתמש בהם מקודם, ובתנאי שישתתפו באופן פרופורציונלי בהוצאות.

הסעיפים 1051-1055 עוסקים בשעבוד-כפייה של דרך. כנגד הדינים המקבילים שראינו בצרפת ראוי רק להעיר שבאיטליה, אם ההבלעה נוצרה עקב פיצול, מאשרים את שעבוד-הדרך ללא פיצוי רק במקרה שמקום הדרך פוצל מן המובלעת שלא בתמורה.

[[348]] סע' 1056 קובע: "כל בעל קרקע חייב לתת מעבר באדמתו לחוטי חשמל, בהתאם לחוקים הנוגעים לעניין". סע' 1057: "כל בעל קרקע חייב גם-כן לתת מעבר מעל אדמתו לכבלים של רכבת

אוירית המשמשת לצרכי חקלאות או תעשייה. וכן חייב הוא לסבול באדמתו את המתקנים, המנגנונים וההתעמקויות הנחוצים למטרה זו, בהתאם לחוקים הנוגעים לעניין".

כנגד דיני השכנים יכולים להיווצר גם באיטליה שעבודים הפוכים, כגון שיהא בעל הקרקע רשאי "להחדיר" נזקים העוברים על "הנסבלות הרגילה", או שלא יהא חייב לקיים את ההרחקה הדרושה, או שייפטר משעבוד דרך כפוי[888].

התביעות לסיום המצרים מופיעות באיטליה מחוץ לדיני השכנים, במסגרת התביעות להגנת הבעלות. התביעות הן שתיים: סע' 950 קובע: "כאשר הגבול בין שתי קרקעות איננו ודאי, יכול כל אחד מן הבעלים לדרוש שייקבע הגבול בדרך משפטית. כל אמצעי של הוכחה מתקבל. באין גורמים אחרים הולך השופט לפי הגבול המותווה במפות של פנקסי המקרקעין". סע' 951: "אם סימני הגבול בין הקרקעות הסמוכות חסרים או אין להכירם עוד, יש זכות לכל אחד מן הבעלי לבקש שיונחו הסימנים, או יוחזרו לקדמותם, בהוצאות משותפות".

ג. שעבודי-השכנים ודיני השכנים בגרמניה ובשוייצריה

1. השעבודים

לעומת השיטה שבצרפת ובאיטליה יש לציין בשעבודי-השכנים (grunddienstbaruceiten) **בגרמניה** את השינויים הבאים:

א) יחסי השכנים החוקיים נתפסים כאן בפירוש מחוץ למושג השעבודים, ורק הסכם של סטייה מן היחסים הנקבעים בחוק חוזר שוב ונכנס לתחום המושג.

[[349]] ב) אם כי גם כאן מקיימים את הכלל ששעבוד-השכנים יכול להיות רק praedio utilis, כלומר מועיל לטיבו העצמי של "המקרקע השליט", מכירים בכל-זאת בשעבוד אשר תוכנו הוא הימנעות מהתחרות מסחרית[889].

ג) השעבוד יכול להתייחס לכל חלק חומרי של המקרקע המשועבד, אבל לא לתשמיש שלו[890]. "מקרקע שליט" יכול להיות רק מקרקע שלם ויחיד, ולא חלק של מקרקע או צירוף של מקרקעין.

---

[888] לב) **מסיניאו**, ב/א, עמ' 284, 278, 287, 473; סע' 895 ו-907 של החוק. מסיניאו מציין שתקנות מיוחדות עשויות לאסור את השעבוד הנגדי, משום תקנת הציבור, כגון טעמי היגיינה. מצידי נראה לי להעיר כי תמה אני על תפיסת הפטור משעבוד-דרך כשעבוד-שכנגד.

[889] לג) **וולף-רייזר**, עמ' 435-436.

[890] לד) שם, עמ' 433, 438.

עם זאת אפשר שתועלת השעבוד תהא לאו דווקא ל"מקרקע השליט" בשלמותו, כי אם רק לחלק ממנו. זכויות דמויות-מקרקעין, כקניין-מקום, דינן גם לעניין זה כמקרקע ממש[891].

ד) על שעבוד-השכנים יכולות להילוות חובות מצד בעל "המקרקע השליט" לטובת המשועבד, או מצד בעל המקרקע המשועבד לטובת השליט. חובות אלה אינן נחשבות כ-Reallasten מבחינה מושגית, אך דין ה-Reallasten חל עליהן מכל-מקום מבחינה מעשית: כל חובה מסוימת מוטלת על בעל המקרקע באופן אישי, אבל מכלול החובות צמוד למקרקע, והמקרקע הוא מעין אפותיקי למילויין. דברים אלה אינם אמורים בחובה האפשרית לתשלום תמורה בעד השעבוד: התמורה יכולה להיות נושא רק לחובה אישית בלבד, ו"המקרקע השליט" אינו משתעבד לה אם לא נוצר Reallast מיוחדת[892].

ה) שעבודי-השכנים (כמו גם יתר השעבודים בגרמניה) אינם נקנים לעולם על-ידי זכות-חזקה בלבד (אם כי אמנם נקנים הם על ידי Buchersitzung)[893]. כן מסתבר שאין כאן שום דבר המקביל ליצירת השעבוד על ידי "יעוד בעל הבית". ממילא משמע שאין כאן חשיבות להבחנה בין ארבעת סוגי שעבודי-השכנים שראינו בצרפת[894].

[[350]] ו) שעבוד-השכנים אינו מסתיים מתוך חוסר-מימוש, אבל במקרה שהיתה הפרעה למימוש, וקונה השעבוד לא מחה עד שתביעתו התישנה, מסתיים השעבוד[895].

בשוייצריה נידונים שעבודי-השכנים בע' 730 ואילך של הצג"ב. סע' 733 מאפשר כאן לבעל של שתי חצרות לשעבד את האחת לטובת רעותה (אין הדבר אפשרי בגרמניה). על-פי סע' 735, אם אדם נעשה בעל של שתי חצרות המשועבדות זו לזו - אין השעבוד מתבטל בכל-זאת כל זמן שנשאר הוא רשום (בגרמניה, כפי שראינו בסוף פרק ד' לעיל, יש הוראה מקבילה, החלה על כל השעבודים: סע' 889 של הבג"ב).

2. דיני השכנים בגרמניה

היילפרון, בכרך ג', עמ' 293-292[896], כותב: "בעל הקרקע, בגדר תחומי אדמתו, זכאי להשתמש ברכושו כרצונו.... תוך כדי כך אין הוא חייב להתחשב באינטרסים של בעלי קרקעות אחרים. באופן עקרוני רשאי הוא להאפיל על חלונות השכן ולהקים מתקנים - ביחוד, לתפור בארות שיטו את מי התחום או את המעין הנחוצים לשכן בשביל מפעל מים או חרושת שהוא מקיים" - וכיו"ב.

---

[891] לה) שם, עמ' 433.

[892] לו) שם, עמ' 439-438.

[893] לז) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק א', סע' ה', מס' 3, בסמיכות להערה צ"ו.

[894] לח) ר' **וולף-רייזר**, עמ' 441 ואילך, וביחוד 444.

[895] לט) שם, עמ' 166, 446.

[896] מ) השווה **וולף-רייזר**, עמ' 188 ואילך.

אולם, כבר ראינו בפרק ג' לעיל, שעקרון זה מוגבל על-ידי איסור הרשעות וחובת תום-הלב; ונוסף על-כך קובע הבג"ב, בסעיפים 906-924, דיני שכנות מיוחדים.

סע' 906 קובע הוראה דומה למה שראינו בסע' 844 האיטלקי בדבר נזק על ידי "החדרה" (של חומרים שאינם עומדים למישוש) או "התפשטות" (Immissioner von Gruponderabolien לפי לשונו של **היילפרון**, בעמ' 294). כאן אין השכן יכול להתנגד ל"החדרה" כל זמן "שההשפעה אינה פוגעת בשימוש באדמתו, או פוגעת רק במידה בלתי-חשובה, או שנגרמת היא על-ידי שימוש הנעשה במקרקע האחר באופן שהוא מקובל על-פי היחסים הנהוגים במקום לגבי מקרקעין באותו המצב". מכל-מקום אוסר הסעיף "החדרה" על-ידי הולכה מכוונת.

[[351]] את הסעיף דנן יש לקרוא בצמוד לסע' 18 ו-26 של ה-Gewerbeordnung (תקנות בתי-המלאכה) מ-1868. סע' 16 קובע שאין להקים מתקן, אשר על-פי המצב במקום או טיב המפעל עלול לגרום נזקים, סכנות או קשיים חשובים למחזיקים או לדיירים של המקרקעין שבשכנות או לציבור בכללו - אלא ברשיון מיוחד. מתקן שהוקם ברשיון וגורם נזק שאפשר להתנגד לו על-פי הסע' 906 - אין בכל-זאת לתבוע את סילוקו, בתוקף הסע' 26 של התקנות. אפשר רק לדרוש שיינקטו כל הצעדים האפשריים למניעת הנזק, ואם הנזק הוא בלתי-נמנע אפשר רק לתבוע פיצוי[897].

הסעיפים 907-908 נותנים לשכן תביעה למניעת הסכנה הצפויה: סע' 907 מאפשר לדרוש "שלא יוקם או לא יוחזק במקרקע השכן מתקן, אשר יש לחזות בבטחון שקיומו או השימוש בו יגרמו הפרעה אסורה" באדמת התובע. אם יש דינים הקובעים אמצעי זהירות מסוימים לגבי המתקן הנידון (כגון חובת הרחקה מסוימת) אפשר לדרוש את סילוק המתקן רק אם "ההשפעה האסורה" נגרמה למעשה. סע' 908 נותן לשכן תביעה למניעת הסכנה הצפויה ממבנים רעועים[898].

סע' 909 קובע: "אין להעמיק בקרקע באופן שאדמת השכן תאבד את התמיכה הדרושה, אלא אם-כן דואגים לתמיכה מספיקה אחרת".

סע' 910 מתיר לבעל הקרקע לקוץ ולהחזיק לעצמו את שרשי העץ או השיח שחדרו לאדמתו מאדמת השכן. אותה הרשות ניתנת לו גם לגבי הענפים המתפשטים, אבל רק אם בעל העץ לא קצץ את הענפים בעצמו תוך ארכה נאותה שניתנה לו, אין הרשות קיימת אם השרשים או הענפים אינם מפריעים לשימוש בקרקע.

---

[897] מא) הפיצוי מגיע אף אם לא היתה פשיעה במובן של דיני הנזיקין הכלליים. לא כן אם הנזק נגרם שלא על ידי מתקן המוחזק ברשיון. במקרה זה, התביעה היא אך ורק לסילוק הנזק; ואם רוצה התובע לגבות פיצויים, צריך הוא לתבוע על פשיעה לפי דיני הנזיקין הכלליים. **היילפרון**, ג', עמ' 297-298.

[898] מב) השווה בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק א', סע' ה', מס' 1, בסמיכות להערה ע"א.

[[352]] הסעיפים 917-918[899] עוסקים בשעבוד-כפייה לדרך. הדינים הם בדרך כלל כמו בצרפת. הפיצוי הוא בתשלום חוזר וקבוע, השווה בדיניו למה ראינו בפרק ג' לעיל, סע' ג', מס' 6, בקשר לתשלום בעד התפשטות מבנה מחצר לרעותה.

סע' 919 מאפשר לבעל הקרקע לתבוע משכנו שישתתף בשווה בהנחתם או בתיקונם של סימוני גבול יציבים. סע' 920 קובע כיצד מסיימים את המצרים.

הסעיפים 921 ואילך עוסקים במתקנים שבמצר, ור' לעיל, פרק ג', סע' ג, מס' 6, בסמיכות להערה ר"ט.

חוץ מן הדינים האלה מוסדרים דיני השכנים בחוקים המיוחדים למדינות השונות (Lander) - בתוקף סע' 124 של חוק המבוא לבג"ב (Binfuhungsgesetz). במיוחד משאיר סעיף זה בתוקפם את הדינים הקובעים הרחקים מסוימים לגבי עצים, שיחים ומתקנים אחרים. **היילפרון** (בכרך ג', עמ' 319-320) מתעכב במיוחד רק על דין החלונות. ב"משפט הגרמני המקובל" (המשפט הרומי, החל בחלק מן המדינות) אין שום הגבלה על קריעת חלונות הנשקפים אל השכן, או - מצד שני - על האפלתם של חלונות כאלה. במשפט הפרוסי, לעומת זאת, החל במקומות אחרים, יש הגבלות הדומות בעיקר למה שראינו בצרפת ובאיטליה. ההאפלה אסורה כאן רק אם החלונות התקיימו במשך 10 שנים, שאז חייב השכן להרחיק את בניינו באופן שאפשר יהיה לראות מן החלון את השמים, אף בהיות החלון סגור, ואף אם נמצא הוא בקומת הקרקע.

על-פי סע' 1018 של הבג"ב, "מניעת המימוש של זכות, העולה מתוך הבעלות במקרקע המשועבד כנגד מקרקע אחר" (היינו אחת הזכויות שהזכרנו כאן) היא אחת משלש האפשרויות של שעבוד-שכנים. שתי האפשרויות האחרות הן - כפי שראינו בהגדרה בצרפת - הרשות לעשות מעשה או למנוע מעשה במקרקע המשועבד[900]. [[353]]

3. דיני השכנים בשוייצריה

בשוייצריה מוסדרים יחסי השכנים במסגרת פרק הצג"ב על "תוכן הבעלות הקרקעית ומגבלותיה". בתיאורם נסטה לפעמים מן הסדר שבנוסח החוק.

סע' 684. במימוש הבעלות וביחוד בהנהלתו של עסק בתחום אדמתו, חייב כל אדם להימנע מכל השפעה מופרזת על בעלות השכן. במיוחד אסורות כל ההשפעות המזיקות שאינן מוצדקות על-פי מצב המקרקעין וטיבם, או על-פי המנהג במקום, והנגרמות על-ידי העשן או הפחם, אדים מטרידים, הרעש או הנדנוד.

---

[899] מג) בסעיפים 912-916 דנו כבר בפרק ג' לעיל, סע'ג', מס' 6. ביחס לסע' 911, ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ז', סע' ד, בסמיכות להערה מ"ו, והשווה בספרנו לעיל, פרק א', סע' ד', בסמיכות להערה ס"ז.

[900] מד) נפקא מינה, למשל, לסע' 909, 910, 919, ור' מה שהערתי בהערה ל"ב לעיל.

סע' 685 מוסיף שתוך עבודות חפירה או בניין אסור לבעל המקרקעין להפריע לשכניו על-ידי הנדת אדמתו, או על-ידי נזק אחר לאדמה או למתקנים הקיימים בה.

סע' 686 מוסר סמכות לתחיקה הקנטונלית לקבוע את ההרחקות הצריכות להישמר בעבודות חפירה או בניין, וכן הוראות אחרות הנוגעות לבניינים (למשל, בקשר לחלונות והזק הראייה). **רוסל ומנתא** מציינים (בכרך ב', עמ' 367) כי הסמכות הושארה לקנטונים מאחר שבעניינים אלה היו קיימים דינים שונים מאוד בכל קנטון וקנטון, ואי-אפשר היה להביא לכלל הסדר אחיד; ויתר-על-כן, הדברים משתלבים בסדרים מינהליים, אשר קביעתם מסורה לקנטונים ממילא, וקשה לקבוע את הגבול היכן מסתיימים כאן דיני הממונות והיכן מתחילים דיני תקנת הציבור. הסיפא של סע' 685 חוזר וקובע כי מבנים המוקמים בניגוד לדיני השכנים, יחול עליהם דין המבנה המתפשט לאדמת השכן; כלומר: השארתם כמות שהם יכולה ליהפך לשעבוד באדמת השכן, בתוקף הסכמה הדדית או על-פי דרישת בעליהם, כנגד פיצוי - אם השכן לא התנגד להקמתם תוך זמן נאות, והמסיבות מאפשרות את הדבר, ובעל המבנים פעל בתום-לב. כאן יש אפוא שינוי מן הכלל כי שעבודי-השכנים אינם נוצרים על-ידי זכות-חזקה, כשאין רישום מוטעה קודם או שבעל המקרקע המשתעבד איננו ידוע. שינוי נוסף הוא כי אף באין זכות-חזקה, אין כאן חרישו תנאי להיווצרות השעבוד[901].

[[354]] סע' 687 נותן את הרשות לבעל הקרקע, שיקוץ את הענפים והשרשים המשתרבבים לתחומו, ויזכה בהם, אם הם גורמים לו נזק והשכן לא סילקם בעצמו תוך ארכה מספיקה. מכל-מקום, אם בעל המקרקע משאיר את הענפים המשתרבבים מעל בניינו או אדמתו המעובדת, זוכה הוא בפירות אותם הענפים. דיני סעיף זה נתונים לשינוי בתחיקה הקנטונלית, בתוקף סע' 688. כן יכולה התחיקה הקנטונלית לקבוע את ההרחקות המחויבות בנטיעות.

סע' 689. כל בעל קרקע חייב לקבל את המים הזורמים באופן טבעי מן הקרקע העליונה משלו, כגון מי גשמים, שלגים ומעינות בלתי-מכונסים...

סע' 690. במקרה של ניקוז חייב בעל הקרקע התחתונה לקבל בלי פיצוי את המים שהיו זורמים אליו כבר מקודם באופן טבעי. אם הניקוז גורם לו נזק, יכול הוא לדרוש שבעל הקרקע העליונה יוסיף להעביר את המים דרך האדמה התחתונה, בצינור שבעל הקרקע העליונה יתקין על חשבונו.

הסעיפים 691-693 קובעים כי במקרה שאין אפשרות אחרת, שלא תגרום הוצאות מוגזמות, חייב בעל הקרקע להרשות - כנגד פיצוי מלא מראש - שיועברו באדמתו מובילי מים, צינורות ניקוז, צינורות גז וכיו"ב, או חוטי חשמל עיליים או תחתיים (ואין צורך ברישום שעבוד). עם השתנות המסיבות יכול בעל הקרקע לדרוש את סילוק המתקנים על חשבון הצד שכנגד, אך במקרים

---

[901] מו) **רוסל ומנתא**, ב', עמ' 398.

מיוחדים אפשר לחייבו שישתתף בהוצאות בעצמו. במקרים הנתפסים בדיני ההפקעה למטרות ציבוריות אין לחייב בסבילת המובילים על-פי דיני השכנות. סע' 676 קובע, שאם נתפס המקרה בדיני ההפקעה למטרות ציבוריות, אין נוצרת "זכות ריאלית" להחזקת המוביל באדמת הזולת אלא על-ידי רישום שעבוד בספרי האחוזה; אך כאן שוב יש יוצא-מן-הכלל, כי במקרה שהמובילים הם גלויים (כלומר נמצאים מעל לפני הקרקע) נוצר השעבוד משעת ההתקנה.

סע' 694 קובע שעבוד-כפייה לעניין דרך, במקרה של מקרקע מובלע. הזכות לדרוש את השעבוד "מכוונת קודם-כל כנגד השכנים אשר על-פי יחסי הבעלות והמעבר הקודמים ראוי ביותר לחייבם, ואחריהם - כנגד אותם השכנים אשר אותם תזיק הדרך פחות מאחרים". חוץ מזה מתחשבים במשקל [[355]] היחסי של האינטרסים. הזוכה חייב לשלם פיצוי מלא. השעבוד טעון רישום[902].

סע' 695 נותן סמכות לתחיקה הקנטונלית להסדרת זכותו של השכן, שיהא רשאי לעלות על אדמת רעהו לצורך עבודות הנחוצות בקשר לשימוש באדמתו הוא, טיבה או בנייתה, ולהסדרת דיני המעבר והגישה לצרכים שונים (כגון השקייה וכיו"ב). על-פי סע' 696 אין זכויות מסוג זה טעונות רישום, אך יש להעיר עליהן בספרי האחוזה, במקרה שנשארות הן באופן קבוע.

סע' 669. כל בעל קרקע חייב, על-פי דרישת שכנו, להשתתף בקביעתם של הגבולות שאינם ברורים, אם על ידי תיקון התכניות של ספרי האחוזה ואם על-ידי הנחת סימנים. סע' 668 קובע כיצד נקבעים הגבולות.

סע' 697. בהוצאות הגידור של מקרקע נושא בעליו, בכפוף להוראות בדבר השותפות במתקנים שבמצר. - הסמכות לקבוע את חובת הגידור וצורתה נמסרת למשפט הקנטונלי.

סע' 698. בהוצאות המתקנים הנחוצים למימוש זכויות השכנות חייבים בעלי הקרקעות להשתתף באופן יחסי לאינטרס של כל אחד מהם.

סע' 679. ניזק אדם, או נשקף לו נזק, על-ידי מה שבעל הקרקע חורג מגבולות הזכות של בעלותו, יכול הוא לתבוע את סילוק הנזק או הגינה מפני הסכנה הנשקפת, ופיצויים.

סע' 680 קובע (בכפוף למה שראינו לעיל), שמתנים על יחסי השכנים החוקיים רק על-ידי שטר ורישום בספרי האחוזה (כדרך שנוצרים שעבודי-השכנים).

---

[902] מז) ר' הערה 4 בעמ' 207 של הצג"ב בתרגום הצרפתי, בעריכת **רוסל ורוסל**.

ד. שעבודי השכנים ודיני השכנים באנגליה

1. השעבודים

בסע' ד' של פרק ד' לעיל הזכרנו כי שעבודי-השכנים **באנגליה** קרויים servitudes ומתחלקים הם לשני סוגים: easements ו-profits. **צ'שיר**, בעמ' 468, מבחין הבחנה מושגית בין שעבודי השכנים לבין ההגבלות החלות על הבעלות, לטובת השכנים, בתוקף החוק.

[[356]] ה-easements - בדומה למה שראינו בשעבודי-השכנים ביבשת אירופה - צריכים להיות praedio utilis לגבי "המקרקע השליט", וקוני "המקרקע השליט" והמקרקע המשועבד צריכים להיות שונים. תוכן ה-easement צריך להיות דבר שהוא "capable of grant", כלומר עניין ברור ומוגדר, אשר קונה האחוזה המשועבדת יכול היה למנעו; ולפיכך - הזכות לזרימת אויר, סתם, אינה יכולה להיקבע כ-easement. בדומה לכך, "הזכויות לפרטיות, למראה הנוף ולשקט אינן יכולות להתקיים כ-easement, אחר שנודף מהן ריח של חוסר ודאות וקביעות"; אולם, אף-על-פי שהזכות לאור או למשען-הקרקע היא מאותו הסוג, אפשר ואפשר לקבעה כשעבוד מסוג זה. יכול להתבטא גם בחיוב לגדור את המקרקע[903].

ה-easement נקנה על-ידי deed (שטר), הסדר חוקי מיוחד או זכות חזקה. זכות-חזקה נוצרת על-פי הקומון-לו על-ידי מימוש הנוהג השעבודי באופן רצוף, שלא בדרך אליפות, ולא בחשאי ולא בהרשאה, מאז שנת 1189; אך חוק מיוחד קובע כי מימוש הנוהג בתנאים האמורים במשך 20 שנה - מספיק. בחישוב התקופה אין מונים את הזמן שקונה האחוזה המשועבדת היה פסול לדינים או tenant for life, וכן את הזמן שבו התנהלה התביעה מצידו להפסקת הנוהג. אם הנוהג התקיים במשך 40 שנה, אין מתחשבים בסייגים אלה, ואין מתחשבים בהרשאה שלא ניתנה בכתב. לגבי השעבוד למניעת איפול חלונות ב"מקרקע השליט" ("שעבוד האור") דינן של 20 שנה הוא כדין ה-40 בשעבודים אחרים[904]. התמדה בקיום נזק מסוג private nuisance במשך תקופה מספיקה ובתנאים הדרושים יוצרת זכות-חזקה ל-easement מתאים במקרקעין אשר נגדם התמלאו התנאים[905].

[[356]] דרך נוספת להתהוות easement היא על-ידי implied grant - מושג המקביל ל"הועדת בעל-הבית" שראינו בצרפת. בדרך זו נוצר שעבוד לטובת הבעל המקורי (המוסיף להחזיק בחלק של המקרקעין שפיצל), במידה שאין להגשים את כוונת פיצול בלי שהשעבוד יתקיים (כגון שאין נותר

---

[903] מח) **צ'שיר**, עמ' 454, 456 ואילך. **הלסבורי-סיימונדס**, בכרך י"ב, עמ' 533, מביא מבחן אחר מאשר צ'שיר ביחס ל-easements האפשריים. לפי מבחן זה אפשר רק ליצור easement שתוכנו מקובל כבר בחיים המשפטיים או שמתקיימות בו כל התכונות העיקריות של easements אשר תוכנם מקובל. אין צריך לומר כי שני המבחנים גם יחד הם מעורפלים למדי.

[904] מט) **צ'שיר**, עמ' 458 ואילך, 478 ואילך.

[905] נ) **סלמונד, נזיקין**, עמ' 198-197.

לבעל המקורי מעבר לאדמתו אלא דרך הקרקע שמכר, או שהבניין שנותר לו נשען על הבניין שמכר). לטובת הלוקח, ונגד הבעל המקורי, נוצר שעבוד במידה שהנוהג היה "רצוף וגלוי" במובן שראינו בצרפת. הוא הדין בין שני לקוחות הקונים בעת ובעונה אחת[906].

ה-easement אובד על-ידי שחרור (release) או על-ידי איחוד "המקרקע שליט" ו"המקרקע המשועבד" בקניין אחד (unity of seisin). השחרור נעשה על-ידי שטר-שחרור, או הסכם שחרור הראוי ל"ביצוע בעין", או הפסקת-המימוש במסיבות המורות על כוונה לוותר על השעבוד. במה שנוגע להתאחדות הקניינים, נחוץ כי הקניינים המתאחדים והשעבוד יהיו כלם קניינים מדרגה אחת. אם השעבוד הוא, למשל, ב-fee simple והמקרקע המשועבד עובר ל-fee simple owner ב- life estate בלבד, אובד השעבוד רק למשך ה-life estate ואחר-כך חוזר הוא לתחייה[907].

בצד ה-easement - מלבד ה-profit ומחוץ למסגרת ה-servitudes - מכירים באנגליה בשעבוד-שכנים גם במסגרת המושג של restrictive covenant ("חוזה מגביל"). ההבדל בין easement לשעבוד על-פי "חוזה מגביל" אינו מהותי, כי אם פורמלי. ראינו שגדרי ה-easement מצומצמים הם על-ידי הדרישה המעורפלת של "ודאות וקביעות" - ושעבודים שאינם יכולים להיווצר עקב הסייג הזה יכולים להיווצר על-פי "חוזה מגביל". שעבוד הנוצר כך הוא בהכרח "אקויטבילי" בלבד, ואינו יכול להיות "לגלי"; אף הוא צריך להיות praedio utilis[908] [[358]] לגבי "המקרקע השליט" ואין הוא יכול להתבטא בחובת-מעשה מצד בעל המקרקע המשועבד, אלא מטיל הוא חובת הימנעות בלבד[909]. השעבוד נוצר על-ידי הסכם בין בעלי המקרקעין והוא מתבטל אם בעל המקרקע המשועבד נוהג להפירו ללא מחאה או שעקב השתנות המסיבות אין עוד בשעבוד תועלת. על-פי חוק המקרקעין מ-1925, הכלל הוא, שאם רושמים את "החוזה המגביל" בספרי האחוזה, יש לו תוקף אף כנגד מי שלוקח קניין "לגלי" בתמורה, ואם לא נרשם החוזה - אין לו תוקף נגד הקונה "הלגלי" של המקרקע המשועבד, אף אם ידע הלה על החוזה[910].

בהקשר זה ראוי להעיר שהקומון-לו האנגלי מאפשר גם חוזים אחרים הצמודים למקרקע (running with the land), ואשר תוכנם **אינו** שעבוד, כי אם זכות אישית כנגד פלוני. למשל, ראובן מתחייב לספק מים לשמעון ולבאי כוחו בקניין במקרקע מסוים: ההתחייבות תתקיים לטובת באי-כוחו של שמעון, ולא לטובתם של יורשיו, אם ההתחייבות היא praedio utilis לגבי המקרקע האמור, וקניינו של שמעון בשעה שנערך החוזה הוא "לגלי". מאחר שנשוא-החוזה הוא בחובת-

---

[906] נא) **צ'שיר**, עמ' 472 ואילך.

[907] נב) שם, עמ' 491.

[908] נג) לא יתכן "חוזה מגביל" למניעת התחרות מסחרית.

[909] נד) התחייבות להימנע מלמכור את המקרקע המשועבד בלא מתן זכות קדימה לקונה "המקרקע השליט" היא התחייבות כשרה לעניין זה.

[910] נה) **צ'שיר**, עמ' 516, 522 ואילך.

מעשה (ולא הימנעות), אי-אפשר שהחוזה יהא צמוד לקניין במקרקע לא רק מצד הזכות אלא גם מצד החובה[911].

אשר ל-profits - או, בשמם המלא, ה-profits a prendre - תוכנם הוא הזכות לקחת דברים כלשהם מהמקרקע המשועבד, כגון עצים, בעלי-חיים, חול, כבול וכו' (אבל לא מים: הזכות למיקח מים דינה כ-easement, כי המים אינם נחשבים מלכתחילה בבעלות הקונה של המקרקע המשועבד, ומשמע כי השעבוד אינו מתיחס לזכייה בעצמה אלא רק לגישה למקום[912]. ה-profit אינו מוכרח להיות שעבוד-שכנים, באשר אין הכרח כי הוא יהא צמוד דווקא לקניין ב"מקרקע שליט" (appurtenant to land): הוא יכול להיות גם groso in, היינו נתון לאדם באופן אישי, עובר ליורשיו וניתן להעברה [[359]] אישית על ידיו. במלים אחרות פירושו של דבר הוא, שבמושג ה-profits נתפסים באנגליה שעבודים בעלי תוכן כאמור, בין אם לפי מיוננו יימנו הם עם שעבודי-השכנים ובין אם יימנו עם "קנייני ההנאה המוגבלת". profit שהוא שעבוד-שכנים צריך להיות praedio utilis לגבי "המקרקע השליט", ומידתה של זכות-הלקיחה הנתונה בו נקבעת על-פי הצרכים של אותו מקרקע[913]. ה-profit נקנה ומסתיים בדרך-כלל כדרך שנוצר ומסתיים easement[914].

רוב ה-profits הקיימים באנגליה כיום אינם נתונים ליחידים, כי אם לציבורי אנשים, כדי שיהיו מפיקים את החומרים בד בבד עם בעל המקרקע המשועבד. profits כאלה נקראים commons[915].

מחוץ למסגרת השעבודים שתיארנו מצויים באנגליה גם שעבודים המתקיימים במקרקע מסוים לטובת כלל תושבי כפרים - בתוקף מנהג, כגון הזכות למיקח מים, ייבוש רשתות דייגים, עריכת מרוצי סוסים וכו'[916].

2. דיני השכנים

כבר הזכרנו שצ'שיר מבחין בין שעבודי-השכנים לבין ההגבלות החלות על הבעלות בתוקף החוק. הזכויות העולות מתוך ההגבלות האלו לטובת השכן נקראות natural rights[917]; אך מסוג הזכויות הזה מביאי צ'שיר רק שתי דוגמאות, ולא הצלחתי למצוא זולתן. הדוגמאות שמביא צ'שיר הן: [[360]] זכות לתמיכת הקרקע על-ידי אדמת השכן, כדי שלא תשקע הקרקע למטה מרמתה הטבעית, כפי-שהיא באין עליה בניינים; וב) זכות שהמעיין הסמוך לא יוטה מזרמו הטבעי. חוץ

---

[911] נו) שם, עמ' 517-519.

[912] נז) שם, עמ' 454-455.

[913] נח) שם, עמ' 495-496.

[914] נט) שם, עמ' 502 ואילך.

[915] ס) שם, עמ' 498 ואילך; **הלסבורי-סיימונדס**, י"ב, עמ' 622.

[916] סא) **צ'שיר**, עמ' 510 ואילך. השווה לזכויות השונות של בני ציבור מסוים שעמדנו עליהן בפרק ב' לעיל.

[917] סב) **צ'שיר**, עמ' 468.

מזה שייכים כאן לענייננו רק דיני הנזיקין הכלליים (negligence), ובמיוחד דיני ה- private nuisance.

כותב עורכו של **סלמונד, נזיקין** (בעמ' 183): "הבסיס לדיני ה-nuisance הוא באימרה sie utere duo et alienum non laedas. אסור לאדם להשתמש ברכושו באופן שיגרום לשכנו אי-נוחות שלא לצורך ושלא כראוי"; וניתן לומר שה-nuisance מתבטא "בגרימת ההתפשטות, או באי-מניעת ההתפשטות, של דברים מזיקים לאדמת הזולת - כגון מים, עשן, ריח, אדים, גז, רעש, חום, נדנוד, חשמל, חיידקים, חיות וצמחים", ואף דברים מוצקים אחרים[918]. אולם, אין משמע ש-nuisance יכול להיגרם רק מחצר אחת לרעותה: הוא יכול לבוא גם מרשות הרבים, בלי שום סמיכות להחזקה בחצר מסוימת[919]. אין תביעה על nuisance אלא אם נגרם נזק, אולם, שרשים וענפים המתפשטים לאדמת השכן - רשאי השכן לקוצם אף באין נזק[920]. הנזק צריך להיגרם לגוף המקרקע, או לחפצי בעל-הבית המוחזקים בו, או לגבי ההנאה המופקת ממנו. הנזק בהנאה צריך להיות ניכר: אין מסתפקים בפגיעה שאדם ממוצע ובר-דעת לא היה מתקומם נגדה על-פי תנאי הסביבה. תנאי הסביבה אינם חשובים, אם הנזק נגרם לגופו של רכוש[921]. אין מקום לתביעת nuisance אם הנזק נגרם רק משום שהמחזיק הנפגע משתמש במקרקע לצרכים מיוחדים או משום שהמחזיק רגיש במיוחד[922]. העובדה שהמחזיק הנפגע לקח את המקרקע בדעתו את קיום ה-nuisance אינה משמשת הגנה לשכן המזיק; [[361]] כן אין שומעים לטענה שהמעשה המזיק הוא לתועלת הציבור, שאין אפשרות לבצע את המעשה המועיל ללא גרימת נזק או שלא הייתה רשלנות במעשה[923]. לעומת זאת, אין הנתבע אחראי אם לא ידע ולא יכול היה לדעת על קיום ה-nuisance בנקטו זהירות נאותה; אך דין זה, יתכן כי איננו חל אם הנזק אינו נובע מהתפתחות טבעית, כי אם מאי-ביצוע התיקונים הדרושים[924]. בהיפוך מכל הדינים הללו, אפשר ליצור - כפי שראינו - שעבוד לקיומו של ה-nuisance.

המושג nuisance משמש באנגליה גם להכללת הדינים הנוגעים לפגיעה ב-servitude או ב- natural right[925]. קיים nuisance הפוגע בזכות-התמיכה שהזכרנו למעלה, אם התמיכה נמנעת ברשלנות או בזדון - ואין נפקא מינה שבלי מניעת התמיכה לא יכול היה המזיק להשתמש באדמתו כדרכה[926]. אין המזיק אחראי כאן אלא על מעשה חיובי; אין הוא אחראי אם רק נמנע מלבצע את התיקונים

---

[918] סב*) **סלמונד, נזיקין**, עמ' 182, 184, 202.

[919] סג) שם, עמ' 184.

[920] סד) שם, עמ' 187-188.

[921] סה) שם, עמ' 180-188.

[922] סו) שם, עמ' 191.

[923] סז) שם, עמ' 193-194.

[924] סח) שם, עמ' 202-203.

[925] סט) שם, עמ' 208.

[926] ע) יוצאת מכלל זה שאיבת מי התהום, המותרת לבעל הקרקע מכל-מקום.

הדרושים. מי שזכאי לתמיכה רשאי, מצידו, להיכנס ולבצע את התיקונים הדרושים בעצמו. מחזיק הקרקע (להבדיל מאדם זר) המונע משכנו את התמיכה **לבניין** - פטור , אף אם פעל ברשלנות או בזדון. כנגד זכות-התמיכה אפשר ליצור שעבוד הפוך[927].

מקום שנוצר שעבוד לקבלת אור היום (שעבוד שהוא כנראה אפשרי רק בקשר לחלונות, להבדיל מפתחים אחרים, ודווקא חלונות של בניין - להבדיל ממתקנים אחרים), קיים nuisance "אם מקימים או מקיימים בקרקע המשועבדת בניין כלשהו, או מבנה או דבר אחר, הפוגע כל-כך בזרימת האור, עד שהבניין השליט נעשה בלתי-נו או בלתי-מתאים למגורים או לכל מטרה רגילה אחרת [[362]] אשר הבניין מותאם לה" (ובתנאי שבעל הבניין הניזק לא הפחית בינתיים בעצמו את מידת האור העשויה להגיע אליו). בהערכת הפגיעה מתחשבים בקיומם של חלונות אחרים, אשר אורתם מצטרפת לאור החלון המושך את השעבוד, אולם, תוך כדי כך מתחשבים גם בעובדה שאותם חלונות עצמם צפויים להאפל, או - להפך - שגם הם מוגנים בשעבוד; וכאשר החלונות האחרים אמנם מוגנים, שוקלים את הדברים לפי המצב שהיה מתהווה לו כל השכנים המשועבדים היו באים לבנות באדמתם בעת ובעונה אחת, תוך כיבוד השעבוד הרובץ עליהם[928].

דיני ה-nuisance אינם דוחים כאמור את האפשרות, שאף הדין הכללי יותר של ה-negligence יוכל למצוא תחולה בין שכנים. גדריה של אפשרות זו אינם מבוררים, ונעמוד על כך ביתר פרוטרוט בסע' ו' להלן.

ה. דיני השכנים בישראל

1. דיני הנזיקין הכלליים

בדיני ישראל, כפי שכבר הזכרנו, מסכת שעבודי השכנים איננה משהו נפרד מדיני השכנים, אלא היא חלק מהותי בתוכם, ואת סקירת המכלול הזה בדיני ישראל יש לנו להתחיל מצד **דיני הנזיקין**.

ההלכה העקרונית בענייננו נקבעת בבבא בתרא, דף כ"ה עמ' ב' - דף כ"ו עמ' א', ותוכנה הוא שרשאי אדם לפעול בתחומו בלי לדאוג לנזק השכן, אלא שמכל-מקום חייב הוא להימנע מלהזיק לשכן "**בידים**", היינו מכוח מעשיו (ושכנות - כפי שכבר הסברנו על-פי המקורות העבריים בסמיכות להערה ב' לעיל - קיימת לאו דווקא כשהחצרות הן סמוכות, אלא בכל פעם שהנזק עשוי להתפשט מחצר אחת לרעותה).

---

[927] עא) **סלמונד, נזיקין**, עמ' 222-224.

[928] עב) שם, עמ' 224-228.

[[363]] רואים את הנזק כנגרם "בידים" אף אם לא היה נגרם אלמלא הסיוע של סיבת-לואי חיצונית[929]; אולם, סיבת-הלואי לעניין זה צריכה להיות בדבר המצוי: אם סיבת-הלואי היא בלתי-רגילה, שלא היה לו לבעל החצר לחזותה מראש, שוב אין רואים את הנזק כנגרם "בידים"[930]. בדומה לזה אין רואים את הנזק כנגרם "בידים" אם הוא בא רק מכוח התוצאה שנשארה אחרי שמעשי האדם נגמרו[931]; כגון שנטע בעל-הבית עץ, ואחר שצמח העץ התפשטו שרשיו לתחומי השכן והזיקו. בהתאם לכך הדין העקרוני הוא שרשאי בעל הבית לסמוך את אילנו למצר, ואין הוא חייב להרחיק, באשר נטיעת העץ כשלעצמה אינה מזיקה[932]. ועל פי זה נפסק גם כן, שאם מתפשט מן החצר נזק בלי שום התערבות מצד האדם כלל, הרי בעל החצר פטור, ואף אין עליו לנקוט אמצעי מניעה: כגון שמי-הגשם יורדים לתחומו וזורמים משם לתחומי השכן[933]. אולם, גם אם פטור בעל-החצר במה שנוגע להתפתחות העולה מתוצאות מעשיו, אין משמע שרשאי הוא להתקין בחצרו דברים אשר התקנתם כשלעצמה אינה מזיקה, אלא שהם מזיקים לאחר שהותקנו: הנחתם של דברים המזיקים או העשויים להזיק מעצם טיבם או מצבם - דינה כנזק הנגרם "בידים"[934], [[364]] והפטור שאמרנו איננו חל אלא במקרה שהדבר מתחיל להזיק עקב התפתחות מאוחרת שאינה מכוונת על-ידי בעל-החצר[935].

יתר על כן, גם הגבלה זו עדיין אינה ממצה את ההלכה עד תומה, כי אף במקרה שהנזק בא רק עקב התפתחות מאוחרת אין בעל-החצר פטור לחלוטין מלנקוט אמצעי מניעה. הבעייה מתעוררת בקשר לדין הכותל והאילן שנפלו אל מחוץ לרשות בעליהם והזיקו: כאן לית מאן דפליג, שאם מלכתחילה היתה התקנתם פגומה - הרי בעל הכותל או האילן פשע, וחייב[936]; אבל גם אם מלכתחילה היתה ההתקנה כראוי, פוסק הרמב"ם[937] שאם הוזהר בעל-החצר על-ידי בית-הדין ולא

---

[929] עג) ובין אם סיבת-הלואי רק הכשירה את הנזק (כגון שמנער אדם פשתן בחצרו, ואלמלא הרוח שנשאה את הנעורת לא היה נגרם שום נזק) ובין אם מעשה האדם הוא שעורר את סיבת-הלואי, וזו היתה המזיקה הישירה (כגון שהאטליז המוחזק על-ידי בעל החצר מושך זבובים גם לחצר של שכנו.

[930] עד) שו"ע חו"מ סי' קנ"ה סע' ל"ד.

[931] עה) ר' עה"ש חו"מ סי' קנ"ה סע' א' וסע' כ"ה-כ"ו; ועיין בבית יוסף ובב"ח על טור חו"מ סי' קנ"ה סע' מ"ד, ובתשובת מהרשד"ם, חלק חו"מ, סע' רל"ח, ובמראה-הפנים על הירושלמי, בבא בתרא פ"ב הל' י', ד"ה אוף, ובדברי התוספות בשיטה מקובצת על בבא בתרא כ"ה ב'.

[932] עו) שו"ע חו"מ סי' קנ"ה סע' ל"ב.

[933] עז) תשובת ריב"ש, סי' תקי"ז.

[934] עח) ר' דברי הרשב"א בשיטה מקובצת על בבא בתרא כ"ג א', ד"ה ולענין פסק הלכה.

[935] עט) נראה שאם ההתפתחות המאוחרת היתה בטובתו של בעל-החצר מלכתחילה, דין הנזק הוא כנגרם "בידים" אף אם בעל-החצר עצמו יצר רק את העובדה הראשונה, ולא התערב במו ידיו ביצירת ההתפתחות שאחר-כך. ר' דעת רבינא בבבא בתרא כ"ו א' - והשווה פרק ג' לעיל, סע' ג', מס' 6.

[936] פ) שו"ע חו"מ סי' תט"ז, הגה.

[937] פא) בפי"ג מהל' נזקי ממון הל' י"ט.

סילק את הסכנה תוך הזמן שנקבע לו, הריהו חייב - ואילו לשיטת הרא"ש[938] אחראי הוא מכל-מקום, אף אם לא הוזהר, אלא שידע על הסכנה והיה בידו למנעה. במקורות לא מצאתי הסבר מפורש, כיצד דברים אלה מתיישבים עם שאמרנו בתחילה, אך נראה לי כי התירוץ הוא כזה: מה שאמרנו בתחילה נסב על השאלה המרכזית, האם **בעל-החצר** צריך להרחיק את נזקו, או שמא צריך **השכן הניזק עצמו** לנקוט אמצעי זהירות, אם אין הוא רוצה להינזק **עקב השימוש התקין אשר שכנו עושה בתחומו, או עקב המצב התקין השורר שם** - ונפסקה ההלכה, **שאם הנזק אינו נגרם "בידים"**, צריך לנקוט [[365]] את אמצעי הזהירות **הניזק**; לעומת זאת, בסוף, דיברנו על מקרה שבו צפויה סכנה לשימוש התקין בחצר הניזק עקב **מצב מיוחד ובלתי-תקין** שנוצר בחצר המזיק - כאן ההלכה היא שעל המזיק לסלק את נזקו אף אם אין הוא מזיק " בידים"; אלא שמכל-מקום אין חובה זו מוחלטת, לעולם היא תלויה בפשיעה, והפשיעה נקבעת או לפי שיטת הרמב"ם או לפי שיטתו של הרא"ש. כן מסתבר שמכל-מקום אין פשיעה, אם מקור התקלה הוא בדבר של הפקר, והתקלה לא נגרמה "בידים".

בהתאם להלכה, שבעל-החצר צריך להימנע מלהזיק לשכן "בידים", מטיל עליו הדין אמצעי זהירות מחויבים. האמצעים הללו נקבעים בפירוט רב בשו"ע חו"מ סי' קנ"ד וקנ"ה; ותמצית הדברים היא, שאם בא בעל-החצר להתקין סידורים אשר עצם קיומם או השימוש בהם עשויים לגרום נזק "בידים" (על ידי חבלה גופנית, השחתת רכוש[939], נדנוד הקרקע, הפצת אבק, רעש, ריח וכיו"ב, ואף משיכת מזיקים[940], הסתכלות בחיי הבית, או מניעת האויר או האור[941], או, ביחוד, אם בא הוא להניח חמרים העשויים להזיק לכותל השכן, למשל על-ידי ההבל הנפרש מהם, הלחות או החומצות - חייב הוא להרחיק את המתקן או החמרים במידה מתאימה ממצרי השכן ולנקוט אמצעי בטיחות אחרים הצריכים לעניין. מידת ההרחק נקבעת על ידי מסיבות המקום, טיב הדבר העומד להינזק וטיב המתקן או החמרים, כמותם, חזקם, גדלם וכו'. לפעמים יכולים לבוא, במקום ההרחק, אמצעי בטיחות אחרים. כל הדרישות האלו אינן משנות מאומה בדיני הנזיקין עצמם, וחשיבותן היא רק **מלכתחילה**: השכן שהסכנה צפויה לו (לפי המצב הקיים, ולא רק עקב שינוי אפשרי במסיבות[942]) יכול למנוע את קביעת המתקן או הנחת החמרים [[366]] אם אמצעי הזהירות אינם ננקטים. אם אחר-כך נגרם נזק, למרות שאמצעי הזהירות הנחוצים ננקטו - עדיין יכול השכן לדרוש כי יינקטו אמצעי זהירות נוספים, אשר התברר בדיעבד כי נחוצים הם, ואם התברר כי שום אמצעים אינם יכולים להועיל - יכול הוא לדרוש את סילוק המתקן (או הפסקת

---

[938] פב) בפסקיו על בבא קמא ו' ב' (סוף סי' א'); טור חו"מ סי' תט"ז.

[939] פג) לרבות ריפוי הקרקע או מניעת התמיכה או הקירוי מבניין: ר' בבא בתרא י"ז ב' ושו"ע חו"מ סי' קס"ד סע' א.

[940] פד) שו"ע חו"מ סי' קנ"ה סע' ט"ז ול"ט ומ"ד הגה.

[941] פה) שם, סי' קנ"ד סע' ג', כ"א וכ"ד הגה.

[942] פו) דוק ממה שאין אנו חוששים שמא יאמר השכן "כי היכי דאת אמלכת וחפרת, אנא נמי ממלכנא וחפרנא" (בבא בתרא י"ז ב') - ור' סייג דומה לגבי אפשרות של תביעה נגד nuisance צפוי, במשפט האנגלי: **סלמונד, נזיקין**, עמ' 191.

השימוש בו), או את סילוק החמרים, לחלוטין. אם מלכתחילה ברור כי השימוש שבעל-החצר עומד לעשות בתחומו אינו אפשרי בלי שהזק "בידים" ייגרם בתוך חצר השכן, ואף אם יינקטו אמצעי זהירות כלשהם, יכול השכן למנוע מלכתחילה גם את כל אותו השימוש כלו.

החובה למנוע את הנזק חלה גם כשהנזק נובע מרגישות מיוחדת בצד הניזק, ושום נזק לא היה נגרם במסיבות רגילות[943].

במה שנוגע לתשלום פיצויים, יש להבחין בין הנזק הנגרם במישרין על-ידי המעשה או הממון עצמם לבין נזק הנגרם בסיועה של סיבת-לואי. בנזק מן הסוג הראשון חייב המזיק בפיצויים על ההפסד שגרם, בין אם נקט את אמצעי הזהירות הדרושים ובין לא[944] - לבד מן המקרה של אונס גמור[945] או של נזק עקב התפתחות בלתי-תקינה, שאז, כאמור, דרושה דווקא הפשיעה של אי-נקיטת אמצעי זהירות. לעומת זאת, בנזק מן הסוג השני תלוי הדבר בדיני דגרמי, ונראה כי חובת התשלום קיימת רק אם אפשרות הנזק היתה צריכה להיות ברורה לחלוטין מלכתחילה, לאור הנתונים הידועים, אבל אין חובת פיצויים אם אפשרות ההזק יכלה להיות מסופקת[946].

שימוש שהוא דבר-מצווה, נאמר בשו"ע חו"מ סי' קנ"ו סע' ג', שאין השכן יכול למנעו; אבל בפתחי-תשובה, שם, ס"ק ב', מובא שמכל-מקום יכול השכן למנוע את השימוש, אם גורם הוא נזק "שאין דעת רוב העולם סובלתו". [[367]]

2. דין קדימה

בכל השימושים התקינים שהשכן יכול למנעם או שחייב המזיק בפיצוי עליהם - אין הדברים אמורים אלא כשהנזק נגרם או צפוי מתחילת השימוש, באשר הדבר הניזוק כבר קיים בעין ועשוי להינזק; אבל אם השימוש בתחילתו לא היה מסוכן, וסכנתו נולדה רק כעבור זמן, עקב שימוש אשר חידש השכן האחר בתחומו - שוב אין השכן השני יכול לדרוש את שינוי השימוש הישן או אף תשלום פיצויים על הנזק שנגרם לו. אדרבה, אם שימוש מסויים קיים מקודם, והשכן האחר בא לחדש בתחומו שימוש אשר יהא עשוי להזיק "בידים" לשימוש הקודם - עליו תהיה מוטלת כל חובת הזהירות כלה, ואף אם שני השימושים יהיו מסוכנים מעתה הדדית[947]. אם המצב הוא שראובן בא לחדש בתחומו שימוש שאינו מסוכן אותה שעה, אך שיהיה מסוכן לכשישלים שמעון, השכן, את ההכנות שכבר התחיל בהן כדי לחדש שימוש מסוים בחצרו שלו - יכול שמעון לדרוש את כיבוד תכניותיו כאילו הושלמו; אבל אם הספיק בינתיים ראובן להשלים את תכניתו שלו - ידו

---

[943] פז) תשובת הריב"ש, סי' קצ"ו.

[944] פח) שו"ע חו"מ סי' קנ"ה סע' א' וט"ו, ותשובת הרא"ש, כלל ק' סי' ד'.

[945] פט) טור חו"מ סי' שע"ח סע' א', ובית-יוסף שם, וכסף-משנה על פ"ו מהל' חובל ומזיק הל' א', ור' הגר"א על שו"ע חו"מ סי' שע"ח ס"ק ג'.

[946] צ) ר' ערך **גרמא בנזקין** באנציקלופדיה התלמודית, ו**גולק**, ב', עמ' 208.

[947] צא) שו"ע חו"מ סי' קנ"ה סע' ב', ור' תשובת הריב"ש, סי' שכ"ב.

על העליונה[948]. אם שני השכנים באים לחדש את שימושיהם בעת ובעונה אחת, מחלקים ביניהם את חובת אמצעי הזהירות בדרך פשרה[949] (ומסתבר שפיצויים על הנזקים שגורמים הם זה לזה אחר כך, אין הם יכולים לגבות כלל). אם הנזק הוא מסוג שבמסיבות המקרה אין לו פשרה - יד המזיק על התחתונה[950].

אולם, מסכת כללים זו, נראה שאין היא חלה אלא במקום שהחצר הניזקת היא ניטרלית לגבי השימוש הניזק בתוכה. אם, לעומת זאת, נועדת אותה חצר על-פי טבע-הדברים לשימוש מסוים, הרי גם אם אותו שימוש עדיין איננו נהוג בה למעשה, ובעל החצר השנייה בא להנהיג בתחומו שימוש שיהא עשוי להזיק "בידים" לשימוש האחר - הדין הוא כאילו באו השכנים לחדש את שימושיהם בעת ובעונה אחת[951]. במקרה שהשימוש המזיק הוא גם-כן מטבע [[368]] הדברים בתחומו, ואין לו תקנה בדרך פשרה, הרי אם קדם המזיק - ידו על העליונה, וחוזרת כל מסכת הכללים שתיארנו בראשונה[952].

דין הקדימה תלוי בכל מקרה בסידורים של קבע, ושימוש שאין בו סידורים של קבע - אין בו ממילא דין של קדימה[953].

מתוך אותה הלכה עצמה שבה פתחנו את סקירתנו[954] מתחייב, שאם הנזק נעשה מותר למזיק (מפני שאין הוא נגרם "בידים", או שיש למזיק זכות-קדימה, או שנעשתה פשרה), הרי אמנם יכול הניזק לנקוט אמצעי זהירות בתחומו, כדי להתגונן מהנזק; אבל מכל-מקום אסור לו לנקוט אמצעי-זהירות כאלה שיחזרו ויזיקו "בידים" לשימוש הנהוג או הטבעי-הצפוי בחצרו של השכן המזיק. יוצא מכאן, שאם למשל זורמים מי-הגשם בדרך הטבע מחצר ראובן לחצרו של שמעון - יכול אמנם שמעון להטות את המים מתחומו, אבל לא על-ידי החזרתם לראובן או הזרמתם אל לוי בצורה מזיקה. לעומת זאת, שימוש מזיק המתקיים באיסור - נראה שאין השכן חייב לכבדו, ורשאי הוא לחזור ולהזיקו בשימושיו[955].

---

[948] צב) שו"ע חו"מ סי' קנ"ה סע' ג'.

[949] צג) שם, סי' קנ"ד סע' ג' הגה, וסמ"ע על סי' קנ"ה ס"ק ט'.

[950] צד) כך נראה לי לפרש את המעשה בפפי יונאה (בבא בתרא כ"ה, ב') אשר פירושיו המוצעים הם רבים ושונים; ודוק בנימוקי יוסף על אותה סוגיה.

[951] צה) שו"ע חו"מ סי' קנ"ה סע' י"ח.

[952] צו) דוק בפסקי הרא"ש על בבא בתרא, פרק החופר סי' ו', ובדברי הט"ז על שו"ע חו"מ סי' קנ"ה סע' ב'.

[953] צז) תוספות על בבא בתרא כ"ה ב', ד"ה עני.

[954] צח) ר' גם מקורה בבבא בתרא י"ח ב', "דר' יוסי סבר, על הניזק להרחיק את עצמו".

[955] צט) דוק בשו"ע חו"מ סי' קנ"ד.

3. שעבוד-נזקים על-פי הסכם או זכות-חזקה

הזכות להוסיף ולקיים את הנזק יכולה להיווצר גם בדרך הסכם, ובין אם השימוש המזיק קדם לרעהו או לא. ההסכם לעניין זה הוא מיוחד במינו. מצד אחד נראה שאין זה הסכם הנותן למזיק קניין בחצר משתעבדת: המזיק אינו קונה את חצר השכן לגרימת ההזק בתוכה, אלא הוא רק "קונה מיד הניזק", שהלה מוחל לו את הזכות לדרוש את מניעתו של הנזק[956]. אך מצד שני, כשהמקורות עוסקים בדבר במסגרת דיני-השכנים אין הם מתכוונים להסכם-מחילה סתם, הפוטר רק את נכסי הנמחל מאחריותם לנזק שייגרם למוחל והמתיר [[369]] את הנזק לנמחל וליורשיו, באופן אישי. מהסכם שכזה נבדל ההסכם הנידון בשתי נקודות מכריעות: ראשית, נחוץ כי בשעת עריכתו תהיינה החצרות הצריכות לעניין ברשות הצדדים[957], ושנית - וזה העיקר - אין ההסכם מחייב כאן בין הצדדים המקוריים באופן אישי, אלא עובר הוא בצמוד לקניינם בחצרות[958]. מבחינה זו חוזר ההסכם ומתדמה להסכם של שעבוד בחצר האחת, לגרימת נזק בה מתוך החצר האחרת - וכך אמנם נקרא לדבר להלן: **שעבוד-נזקים**.

שעבוד-הנזקים יכול להיווצר גם שלא על-פי הסכם, כי אם על-ידי זכות-חזקה. על עיקרי זכות-החזקה עמדנו כבר בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע' ד'. כאן נציין כי לפי שיטת הרמב"ם אין הבדל מהותי בין זכות-החזקה לזכות הקדימה להזיק שעליה עמדנו לעיל: שתיהן הן שעבוד לסבילת ההזק העולה מנוהג קיים; אולם, בעוד שזכות הקדימה חלה בנזק המתקיים מלפני תחילתו של השימוש הניזוק, הרי זכות-החזקה מתייחסת לנזק המתחיל כשהשימוש הניזוק כבר קיים, וחלים בה דינים מיוחדים משלה. לפי השיטה של בעלי התוספות והרא"ש שונה זכות-החזקה מזכות-הקדימה גם מבחינה מהותית - וכל הסיבות האלו מצדיקות אפוא את ההבחנה המושגית [[370]] ביניהן, אף-על-פי שהבחנה כזאת אינה ידועה במקורות בפירוש. שם מציינים את שני המוסדות גם יחד בשם "חזקה".

---

[956] ק) טור חו"מ סי' קנ"ה סע' ס"א, ומגיד-משנה על פי"א מהל' שכנים הל' ד'; אך ר' גם פירוש הסמ"ע בשו"ע חו"מ סי' קנ"ה ס"ק פ"א.

[957] קא) טור חו"מ סי' קנ"ד, סוף סע' ס"ח.

[958] קב) ר', למשל, סמ"ע על שו"ע חו"מ סי' קנ"ד ס"ק מ"ח; ודוק באותו סימן, סע' י"ח-י"ט והגהותיהם, ובסי' קנ"ה סע' כ"ד וסי' קע"ג סע' ג'. - מסתבר כי הבדל זה בין הסכם המחילה הרגיל לבין הסכם המחילה בנזקי שכנים הוא המסביר את תשובת הרשב"א, סי' אלף קכ"ט, המובאת בתמצית בהגהת הרמ"א על סי' קנ"ד סע' י"ט. תשובה זו עוסקת במעשה ששמעון קנה בית מגוי אחד, אשר כתב שטר לראובן שכנו, שבכל עת אשר הלה ידרוש, יחדל הוא מנזק מסוים שהיה נוהג בו בהתר, על-פי דיני עכו"ם, כנגד ראובן. ופסק הרשב"א "שאף-על-פי שחייב עצמו הגוי בכך, אין שמעון הבא מחמתו בבתים חייב בחיוב ששעבד עצמו הגוי". יראה לי שהתרוץ הוא כי רק הסכם המחילה בנזקי שכנים עובר אל באי-הכוח בקניין, בתור סוג של הסכם היוצא מן הכלל; אבל התחייבותו של הגוי לא היתה מחילה על נזק, כי אם התחייבות להימנע ממימושה של רשות הגלומה בקניין הבעלות, והתחייבות שכזאת אין לה תוקף בין באי-הכוח אלא בדרך הקנאת החצר המזקת, להנאת מניעתה של הרשות; ואכן, לתירוץ זה רומז בפירוש בעל הנתיבות, במשה"א באורים על חו"מ סי' קנ"ד ס"ק כ"א.

מצד הדינים המעשיים, נחזור ונציין כי לפי שיטת הרמב"ם נוצרת זכות-החזקה לקיומו של נזק, אם השכן הניזוק לא מחה בהזדמנות הראשונה שהיתה לו, באשר אז מייחסים לו כוונת-מחילה. לפי שיטת בעלי התוספות והרא"ש, אין זכות-החזקה **יוצרת** שעבוד, אלא משמשת היא כראייה בעלמא: אם קוים הנזק ללא מחאה במשך שלש שנים, והמזיק טוען שהניזק מחל וקנו מידו - חזקה על הניזק שאמנם מחל ואבד השטר. אולם, גם לפי שיטה זו, אם עומד המזיק על טענתו שאמנם קנה לו שעבוד - שוב אין החזקה ניתנת למעשה לסתירה[959]. כפי שהסברתי בספר על ההחזקה ודיניה, בפרק ג', סע' 2, בהערה ס"א, סבורני כי הדין הנכון הוא באמצע, והיינו שאמנם אין לנו עניין כאן בחזקת-זכות, כי אם בזכות-חזקה, ואמנם נוצרת הזכות משראה הניזוק ושתק, אבל אין היא נוצרת על-ידי כל שתיקה חד-פעמית לאלתר, כי אם רק כשחזקת-המחילה מתאשרת על-ידי שתיקה נמשכת במשך שלש שנים, כנגד נוהג מזיק הנמשך כל אותו זמן.

הנזק שמבקשים להחזיק בו צריך להיות בדבר שבני-אדם מקפידים עליו, הן מבחינת מהותו הן מבחינת ממדיו ומסיבותיו[960]. לפי גירסת השו"ע[961], אין זכות-חזקה אלא בנזק שיש עמו מתקן קבוע; אך את המקור שגירסה זו מסתמכת עליו מפרש הרא"ש[962] באופן אחר: שאין חזקה במקרה שהנזק הוא הדדי. התוצאה המעשית היא, ודאי, ששתי המסקנות חלות במקביל. בעייה מיוחדת מתעוררת בקשר לנזק הקיים אמנם מלפני שהתחיל השימוש הניזק, [[371]] אך אשר חובת זהירות היתה מוטלת בו על המזיק מלכתחילה, באשר השימוש הניזק היה טבעי וצפוי: לדעת הרא"ש אין בעל השימוש הניזק יכול לכוף את המזיק שינקוט את אמצעי הזהירות הדרושים, או יסתלק, אלא משעה שמכניס הוא את שימושו למעשה, ולפיכך אף בזמן ביניים יש למזיק חזקה; ואילו דעת הרמב"ן היא, שלכוף את המזיק יכול הניזק מלכתחילה, אבל מכל-מקום אין למזיק חזקה בינתיים[963]. בשים לב לדין שכופים על מידת סדום במקום שזה נהנה וזה אינו חסר, מסתברת כאן שיטתו של הרא"ש. מלבד זאת, לעולם אין זכות-חזקה לנזק שאין דעת רוב בני האדם סובלתו - וכן כשמורות המסיבות כי לא יתכן שהאיש המסוים שניזק השלים עם נזק כגון זה שנגרם לו, אין לאותו נזק חזקה כנגדו[964].

נזק שיש לו חזקה, הרי לשיטת הרמב"ם - די לו למזיק שיקיים את הנזק, כדי שיזכה לכאורה בדין, אם הניזק לא יוכיח כי היתה מחאה מצידו או שבאופן אחר אין להסיק מהתנהגותו

---

[959] קג) ר' פי"א מהל' שכנים הל' ז', ופ"ד שם, הל' א' ומגיד-משנה על פי"א הל' ד', וטור חו"מ סי' קנ"ד סע' י"א.

[960] קד) שו"ע חו"מ סי' קנ"ג סע' ג', י"ג וי"ז; סי' קנ"ד סע' ט"ז.

[961] קה) חו"מ סי' קנ"ד סע' ח'.

[962] קו) סמ"ע שם, ס"ק כ"ג.

[963] קז) שו"ע חו"מ סי' קנ"ד סע' ט"ז.

[964] קח) שם, סי' קנ"ה סע' ל"ו-מ"א וסי' קנ"ו סע' ב'.

מחילה[965]. לעומת זאת, לפי שיטת התוספות והרא"ש, חלים אותם דיני הראיות שראינו בספר על "ההחזקה ודיניה" (בפרק ג', סע' ג', בסמיכות להערות מ"ה-מ"ט), והמזיק צריך להוכיח שקיים את הנזק במשך הזמן המספיק[966]. זוהי גם התוצאה לפי תפיסת הביניים שהצעתי לעיל. בנזק **שאין** לו חזקה, אם רוצה המזיק לקיים את זכותו, שומה עליו להוכיח את זכות-הקדימה או את המחילה המפורשת - ומסתבר כי לשם כך נחוצה לו דווקא ראייה ישירה, כגון הודאה, או עדים, או שטר-מחילה[967].

[[372]] דינים אלה חוזרים ומאשרים את הכלל שהעלינו בספר על "ההחזקה ודיניה" (בפרק ה', סע' ד', מס' 1, בהערה ל') כי ביסודו של דבר - אף-על-פי שאמרנו כאן כי עקרונית רשאי אדם לפעול בתחומו בלי לדאוג לנזק השכן - הרי מכל-מקום, אם נגרם נזק מתוך רשות אחת לחברתה, נטל הראייה הוא על **המזיק** (או על בעל החצר המזקת) כי הוא פטור.

היחסים המתגבשים על-ידי זכות-חזקה נמשכים גם בין באי-כוחם של הצדדים בקניין החצרות, כפי שמוכח מן הסעיפים י"ח-י"ט של סי' קנ"ד בשו"ע חו"מ, וסע' כ"ד בסי' קנ"ה, וסע' ג' בסי' קע"ג שם.

4. שעבודי-תשמישים

שעבודי-הנזקים שסקרנו בסימן הקודם מכניסים אותנו לתחום שעבודי-השכנים בדיני ישראל, אך אין הם הסוג היחיד של שעבודי-שכנים אשר דיני ישראל מכירים. סוג אחר של שעבודים כאלה רשאים אנו לייחד כאן, בהסתמך על לשון המקורות, בכינוי של שעבודי-תשמישים[968].

שעבודים אלה, עיקר עניינם הוא לכאורה בהרחבת השימוש הנעשה בחצר המזקת והמשכתו לתוך חצר השכן, כגון הוצאת זיזים או מרזבים, נעיצת קורות, וכו'. בהתאם לכך יש להם מעין מהות של בלאיים: מצד אחד, הוצאת הזיז, למשל, כשלעצמה, אינה דווקא עניין של נזקי-שכנים, אלא עניין של רשות או קניין בחצר הזולת[969]; אולם, השימוש בזיז - בין אם הוצא ברשות או בלעדיה - יכול ויכול להיות עניין לנזקי-שכנים, כגון שבכל פעם אשר בעלת-הבית תולה בו כבסים, הריהי מזקת את השכן בהסתכלותה הסקרנית - ומבחינה זו אין הבדל בין זיז הבולט והחלון המכונס כלו

---

[965] קט) שם, סי' קנ"ה סע' מ"ג.

[966] קי) ר' גם באר-היטב על שו"ע חו"מ סי' קנ"ה, ס"ק מ"ד.

[967] קיא) טור חו"מ סי' קנ"ו סע' ס"א, ושלא כמגיד משנה על פי"א מהל' שכנים הל' ז', המסיק כי אף-על-פי שקיום הנזק במשך שלש שנים אינו יכול לשמש כא ן כחזקת-מחילה, מכל מקום יכול הוא לשמש כראייה לטענת דין-קדימה.

[968] קיב) ר' בעיקר טור חו"מ סי' קנ"ג סע' א.

[969] קיד) שו"ע חו"מ סי' רי"ב סע' ב'.

בתחום החצר המזקת גופא (ושדינו כ נזק אשר השימוש בו עשוי להזיק)[970]. לא ראיתי שום מקור מפורש הבא לתאם בין שני האספקטים הללו, אך העיון במקורות [[373]] אינו משאיר מקום לספק כי שעבודי-התשמישים מיוחדים הם בפרטים שלהלן: נקנים (או מתבררים) הם אמנם על-ידי זכות-חזקה, אולם אין הם נקנים על ידי זכות-קדימה (אם לא כנגד חצר של הפקר), ואפשר לקבעם הן בדרך של הסכם-מחילה הן בדרך של קניין-הנאה בחצר הזולת[971]. תוך כדי כך נראה שאופן העמדת השעבוד לא ישפיע על תוכנו: מכל-מקום ייחשב הדבר כקניין-הנאה הנבלע בשעבוד-שכנים, אלא אם הועמד השעבוד כקניין-הנאה דווקא, והותנה בפירוש שהוא לא יהא צמוד לקניין בחצר המזקת. בקשר לזכות-החזקה סובר הסמ"ע[972] כי ההלכה היא כרמב"ם בשעבודי-הנזקים, אך בשעבודי-התשמישים ההלכה היא כשיטתו של הרא"ש. לע"ד אין סברה זו מוצדקת, ותפיסת-הביניים שהצעתי לעיל נראית לי נכונה לגבי שעבודי-הנזקים ושעבודי-התשמישים כאחד.

אולם, עיקר עניינם של שעבודי-התשמישים כפי שתיארנוהו בזה, הריהו כך, כאמור, רק **לכאורה**, ולמעשה נראה כי עניינם של שעבודי-התשמיש טעון תפיסה יותר רחבה. כך הוא משום שבצד שעבודי-התשמישים כמתואר מוצאים אנו בדיני ישראל גם קבוצה אחרת של שעבודי-שכנים, אשר מסתבר כי דיניהם שווים לחלוטין למה שאמרנו בשעבודי-התשמיש ואשר אינם מתבטאים דווקא בשימוש הנמשך מחצר אחת לאחותה, כי אם בשימוש כשלהו הנעשה על-ידי אדם בחצר הזולת לתועלת השימוש בחצרו שלו - כגון שימוש דרך או אמת-מים. מלכתחילה לא הכללנו קבוצת-שעבודים זו בתיאור שעבודי-התשמיש, כי במקורות אין היא נידונה עמהם, בצמוד לשעבודי-הנזקים, אלא נידונה היא לחוד, ולא מנקודת-הראות של שעבודי-שכנים הצמודים לקניין, כי אם מנקודת-הראות של שעבודי-הנאה, היכולים גם להיות אישיים[973]. אולם, [[374]] בשים-לב לעובדה כי השימושים האמורים נכללים בכלל ש"המוכר בעין יפה מוכר", אשר נעמוד עליו להלן (ור' שו"ע חו"מ סי' קע"ג סע' ג'), יוצא בבירור כי כאשר יש בשימוש משום תועלת לשימוש בחצר אחרת, אמנם יהיה לנו בדרך-כלל עניין כאן בשעבוד-שכנים, הצמוד לקניין. לאחר מכן נשארת רק השאלה, אם גם בשעבודי-שכנים מסוג זה יתכן לא רק דין הקנאה, כי אם גם דין-מחילה וזכות-חזקה - ועל-פי חו"מ סי' קנ"ד סע' ל"ח ומשה"א ביאורים על סי' קמ"ח ס"ק א' נראה כי התשובה היא חיובית. בהתאם לכך מסתבר כי בין קבוצת-השעבודים הנידונה לשעבודי-התשמיש דלעיל אמנם אין שום הבדל-דינים כאמור, וניתן אפוא להגדיר את שעבודי-התשמיש באופן כללי

---

970 קטו) שם, סי' קנ"ג סע' א. הדוגמה היא רק כדי להבליט את מהות העניין, אבל למעשה - כל חריגה מתחומי החצר האחת לתחומה של חצר השכן הריהי ממילא בבחינת נזק - לפחות בפוטנציה.

971 קטז) ר' שם, סי' רי"ג סע' ב',לעומת סי' קנ"ג סע' י"ג.

972 קיז) שם, סי' קנ"ג סע' ל"ב.

973 קיח) ר' שו"ע חו"מ סי' רי"ז וקס"ט, לעומת סי' קנ"ג.

כשעבודי-שכנים להנאה[974] **מסוימת בחצר הזולת**. תוך כדי כך ראוי להסב את תשומת-הלב לעובדה כי בהגדרה המוצעת לא הכללנו את הדרישה לקשר תועלתי בין הנאת השעבוד לבין השימוש בחצר האחרת, אף-על-פי שהזכרנוהו כאן מדי פעם בפעם. קשר כזה מתחייב אמנם במסגרת הכלל ש"המוכר בעין יפה מוכר" כפי שנראה להלן - וכן מסתבר מטבע הדברים כי **זכות-חזקה** לא תוכל להיווצר ביחס לסידורים של שימוש הנעשה שלא מתוך קשר לשימוש בחצר האחרת[975]. אולם, דרישה **מושגית** לקשר בין השימושים בשעבוד-התשמיש אין אנו מוצאים בדיני ישראל, ומסתבר כי בהסכם מפורש אפשר גם להעמיד קניין להנאה מוגבלת **כלשהי** בבחינת שעבוד-תשמיש שיהא צמוד לקניין בין שכנים.

5. דינים כלליים של שעבודי-שכנים

שעבוד-השכנים מונע מכל אדם את הרשות לפעול בחצר המשועבדת באופן שיפגע במימוש המלא של השעבוד; וגדרי השעבוד, באין הסכם מפורש, נקבעים [[375]] על-פי המבחן הכפול של חזקת-הנוהג וטבע הדברים. מבחן זה עשוי ליצור לבעל התשמיש קניין מקום מסיים בחצר המשועבדת[976]. אולם, השעבוד אינו חייב להיות צמוד דווקא לאתר מסוים; האתר יכול להיות גם תלוי בברירה, לפי מה שנוח לצדדים, או למישהו מהם, מדי פעם בפעם[977]; ויתר-על-כן, אף אם הוחזק באתר או בצורת שימוש מסוימת, רשאי בעל התשמיש לשנות את האתר או את צורת השימוש, ובעל החצר המשועבדת יכול לדרוש את השינוי, אך לא יהא בזה שינוי במידת הנזק או ההנאה[978]. אם ניתקת לתשמיש הנאה לבעל החצר המשועבדת, כגון שמי הגג של ראובן המשתפכים לחצרו של שמעון מועילים לשמעון - מפרש נימוקי יוסף[979], שנוצר בזה שעבוד לטובת בעל החצר המשועבדת לקיום התשמיש, באשר יש להניח כי הצפייה לשעבוד כזה היתה סיבת הסכמתו ליצירת השעבוד כנגדו. אולם, לדעת פוסקים אחרים שנימוקי-יוסף מזכיר, נראה שאין לבעל החצר המשועבדת תביעה לקיום ההנאה אלא במסגרת הכלל שכופים על מידת סדום - ומסתבר שכך גם עיקר[980]. על שעבוד התשמיש נלווה במקרה המתאים שעבוד-לואי לתיקונים[981].

---

[974] קיט) "הנאה" - ולא רק **שימוש** - כדי לרבות הנאה של הפקת פירות או חומרים, ואף הנאה של **מניעת** שימוש, - אם כי בהנאה של מניעת שימוש גרידא ודאי לא יוכל להיות מקום לדין מחילה וזכות-חזקה, מטבע הדברים.

[975] קכ) מתוך "**קשר**" לשימוש, ולא הדגשתי מתוך קשר **מועיל** לשימוש, כי למעשה אין נפקא מינה, ואילו להלכה אין נראה כי דיני ישראל מסתבכים אמנם בדרישה כי מי שטוען לשעבוד-שכנים על-פי זכות-חזקה יוכיח לא רק כי הנאת השעבוד קשורה לשימוש בחצרו, אלא גם שהיא קשורה אליו בקשר "מועיל".

[976] קכא) שו"ע חו"מ סי' קנ"ג סע' ג'-ד', ח', ט"ז; סי' קנ"ה סע' י"ז; ור' גם סי' קס"ט וסי' רי"ז סע' א', ב' וד'. על פי מקורות אלה הסקתי גם את הניסוח הכללי יותר שהצענו בפרק ד' לעיל, סע' י', בסמיכות להערה קמ"ז.

[977] קכב) משה"א ביאורים, שם, סי' קמ"ח ס"ק א'.

[978] קכג) שו"ע חו"מ סי' קנ"ג סע' ז', ח' הגה, י', י"א; סי' קנ"ד סע' ד, ה', י"ג.

[979] קכד) על בבא בתרא נ"ט א'.

[980] קכה) ר' סמ"ע על שו"ע חו"מ סי' קנ"ג ס"ק ט"ז.

במה שנוגע לסיום השעבוד, נראה כי שעבוד-התשמיש יכול להסתיים קודם-כל על-ידי הקנאה חוזרת של ההנאה אשר היתה נשללת עד כה מבעל החצר המשועבדת, בהתאם לדין הכללי[982]. אולם, הן לשעבוד התשמיש הן לשעבוד הנזקים תיתכן דרך סיום אחרת - על-ידי **מחילת השעבוד.** לשם מחילה זו אין צורך בהסכמה פורמלית דווקא, אלא נראה שאף לשיטת הרא"ש תספיק עצם הפסקת התשמיש או הנזק במסיבות שיש בהן כדי להורות על כוונת מחילה[983]. העובדה שהשימוש נפסק בעל-כרחו של [[376]] בעליו, עקב אונס שאירע בתחומו, ולא חודש במשך שנים רבות, אינה עולה כשלעצמה כדי חזקת-מחילה, אבל אם נעשה דבר המכוון לפגוע במימוש השעבוד ובעל החצר **המשעבדת** שתק - איבד את זכותו[984]. כן מסתיים השעבוד אם השימוש נפסק בעל כרחו של בעליו עקב שינוי המסיבות בחצר המשועבדת: כגון שהיה לאדם שעבוד לנעיצת קורות בכותל חברו, ונפל הכותל - שוב אין נעיצת הקורות מתחדשת אף-על-פי שחזר השכן ובנה כותל חדש, וזאת משום ש"פנים חדשות באו לכאן". את התפתחות הדברים המועילה לאבדן השעבוד על-פי דין זה אין לקונה-השעבוד כוח לעכב ואין הוא רשאי, למשל, לתקן את הכותל המתמוטט והולך, אף-על-פי שבהתאם למה שראינו לעיל, בודאי רשאי היה לחזק את מצב הקורות שנתרופפו[985]. קיום השעבוד תלוי גם **בטעמו**, ואם הטעם מסתיים או נתלה - מסתיים או נתלה גם השעבוד בעצמו[986].

יש פנים לומר שהמחילה הבלתי-פורמלית, או חזקת-המחילה, מועילות רק כנגד שעבוד העולה מחזקה; אם מבוסס הוא בשטר, אין המחילה מועילה אלא-אם-כן חוזר בעל החצר המשועבדת וקונה מידו של המחזיק (או של בעל התשמיש)[987]. [[377]]

---

[981] קכו) שו"ע חו"מ סי' רי"ז סע' ג'. ר' גם מה שהסקנו בפרק ד' לעיל, סע' ו', בסמיכות להערה קמ"ט.

[982] קכז) ר' פרק ד' לעיל, סע' י', בסמיכות להערה קנ"ו.

[983] קכח) שו"ע חו"מ סי' קנ"ג סע' ו' הגה, וסע' י"ב, וסי' קנ"ד סע' י"ב וסע' ל', ודוק בטור סי' קנ"ג סע' א.

[984] קכט) שו"ע חו"מ סי' קנ"ג סע' ו' הגה; סי' קנ"ד סע' ט.

[985] קל) שם, סי' קנ"ג סע' כ', ובאר הגולה שם, ס"ק ל'; ור', לעומת זאת, סי' קנ"ד סע' ט'. ר' גם מה שהסקנו בפרק ד' לעיל, סע' ו', בסמיכות להערה ק"נ.

[986] קלא) שם, סי' קע"ג סע' ג' הגה.

[987] קלב) סמ"ע על שו"ע חו"מ סי' י"ב ס"ק נ"א; ור' פתחי תשובה, שם, סי' קנ"ג סע' ג'. - בקשר לכך שוב מתעוררת קושיה בדבר תשובת הרשב"א, סי' אלף קכ"ט, שכבר הערנו עליה לעיל, בהערה ק"ב. שם נפסק, כזכור, כי התחייבות להימנע ממימושה של רשות הגלומה בבעלות אינה מועילה בין באי-כוחם של הצדדים המקוריים, ואילו כאן נראה שהמחילה על שעבוד נזקים מועילה. נראה לי כי התירוץ הוא בכך שתשובת הרשב"א עוסקת בהתחייבות להימנע מנזק, אשר גרימתו היתה מותרת על-פי הדין הכללי, בעוד שכאן המדובר הוא בהתחייבות להימנע מנזק אשר גרימתו היתה מלכתחילה מותרת רק על-פי שעבוד **פרטי**, העשוי להיקנות במחילה על-פי דין מיוחד.

6. כלל "המוכר בעין יפה מוכר"

בסי' 4 לעיל הזכרנו כבר כי צמידותו על שעבוד-התשמיש לקניין בחצר המשעבדת מתקשר לכלל ש"המוכר בעין יפה מוכר". כלל זה נקבע בבבא בתרא ס"ד ב' - ס"ה א', ופירושו הוא כי מכר מקרקעין היוצר שכנות בין המוכר והלוקח, משעבד את חצר המוכר לחצר הלוקח בכל שעבודי-השכנים המתחייבים ממסיבות המקרה - אם לא התנו הצדדים אחרת בפירוש. הכלל מקביל אפוא ל-implied grant של המשפט האנגלי - ואמנם דומה הוא לו יותר מאשר ל- destination du pere de famille - אך בפרטיו שונה הוא במידה רבה משניהם. ההבדל הוא קודם-כל בכך, ששני הכללים הזרים פועלים לטובת הלוקח רק במידה שהיה כבר מלכתחילה נוהג "רצוף וגלוי", אך בדיני ישראל זוכה הלוקח בכל הנחוץ להנאתו השלמה במיקח[988], ובהתאם לכך - לא זו בלבד שזוכה הוא בשעבודים המחויבים, אלא (בכפוף למה שנראה להלן) גם אין הוא חייב לסבול שום שעבוד לטובתה של חצר המוכר - ולא רק שעבודי-תשמישים, אלא גם לא שעבודי-נזקים. אמנם, לפי שיטתו של מהר"י קארו, אין הלוקח יכול לדרוש כי שימוש מזיק, המתקיים מלכתחילה בחצר המוכר, ייפסק; ואף אין הלוקח רשאי לחדש בתחומו שימוש שיזיק לשימושים הקיימים בחצר המוכר, אם אותם שימושים אינם מזיקים אותו; אבל את השימושים המזיקים הנעשים בחצר המוכר אין הוא חייב לכבד ורשאי הוא להנהיג בתחומו שימושים שיחזרו ויזיקום[989]. שנית, בצרפת אין הבדל בין הלוקח והמוכר, ונוהג שהיה "רצוף וגלוי" מוליד שעבוד גם לטובת המוכר ונגד הלוקח. באנגליה, מצבו של המוכר הוא גרוע יותר, ואין הוא זוכה בשעבוד אלא כאשר בלי השעבוד אין להגשים את כוונת הפיצול. בדיני ישראל, לעומת זאת מצבו של המוכר הוא דחוק אף יותר, כי אין הוא זוכה בשעבוד אלא כאשר בלעדיו אי-אפשר להגשים **תנאי מפורש** בהסכם המכירה[990]. שלישית, באנגליה ובצרפת, אם הבעל המקורי [[378]] מעביר את כל החצר לשני לקוחות בעת ובעונה אחת (או שנעשית חלוקה בין השותפים), מתקיימים בין הבעלים החדשים כל הנהגים הישנים שהיו "רצופים וגלויים". לעומת זאת, בדיני ישראל, ההנחה היסודית במקרה זה היא כמו באנגליה, היינו שהבעלים החדשים - דינם כלקוחות זה על זה, אבל התוצאה המעשית היא הפוכה: כי משמע שכל אחד מהם זכאי להנאה המלאה בתחומו, ולפיכך - אם לא התנו אחרת בפירוש - אין להם זה על זה שום שעבוד כלל, וחוזר הדין כנ"ל, כאילו כל אחד מהם היה לגבי רעהו מוכר[991].

---

[988] קלג) בבא בתרא ל"ז א'-ב'; רשב"ם על בבא בתרא ס"ד ב', ד"ה אלא לאו; ור' שו"ע חו"מ סי' רי"ד סע' ב' הגה (בשם הריב"ש).

[989] קלד) ר' שו"ע חו"מ סי' קנ"ד סע' כ"ז-כ"ח לעומת סי' קנ"ה סע' י"ט, ושלא כסמ"ע שם, ס"ק ס"ג. לפי שיטת הרא"ש יכול הלוקח לדרוש גם את סילוק הנזק, במידה שלא תתבטל על ידי כך עצם אפשרות ההנאה מחצר המוכר. ור' פתחי תשובה, שם, סי' קנ"ד ס"ק י"א.

[990] קלה) שו"ע חו"מ סי' רי"ד סע' ב'.

[991] קלו) שם, סי' קנ"ד סע' כ"ז-כ"ח וסי' קע"ג סע' ג'.

על הפליית המוכר לרעה, לעומת הלוקח, קוראים אנו אצל **צ'שיר**[992] את הדברים האלה: "....את הטעם אין אנו צריכים להרחיק לחפש. במקרה של מכר מקרקעין מנחים את החוק שני עקרונות: א) דברי השטר צריכים להתפרש עד כמה שאפשר לטובת הלוקח, וב) המוכר אינו יכול לשנות ממכירתו המוחלטת שלו עצמו על ידי שיבוא לתבוע זכויות לגבי הדבר שמכר. אם מתכוון המוכר לשמור לעצמו זכויות במקרקע, חובתו היא להתנות את הדבר בפירוש"; אולם, לכאורה תמוהה היא הגישה העברית למקרה של חלוקה או מכירה סימולטנית. למעשה, נראה שהפתרון העברי המפתיע - לא זו בלבד שאין הוא פרי עקשנות דוגמתית בעלמא, אלא אדרבה: מקורו בשיקול מיוחד לגופו של עניין, ומבוסס הוא ביתרון של ערות פסיכולוגית וכלכלית. כאשר באים לפצל מקרקע, הנטייה הטבעית היא להעריך את מחירו של כל חלק בבחינת שבר מערכו של המקרקע השלם - בהתאם לממדיו של החלק ותכונותיו השימושיות, כשלעצמו; בהערכה שכזאת, סיכוי מסתבר הוא שייעלם מן העין - ולא יילקח בחשבון - הפחת שיחול בערכו של החלק על-ידי העובדה המופשטת שכפיפותו לחלקים האחרים תחדל להיות מעצם יסודות מהותו, אבל תימשך בכל-זאת כמות שהיתה, בבחינת קבוצה של הגבלות חוקיות מיוחדות, החלות על השימוש בו. חז"ל ביקשו אפוא להבטיח, שפחת זה לא יחול במפתיע, בלי שהצדדים נתנו עליו את דעתם מלכתחילה - שבשעת חלוקה יקבל כל אחד מן הצדדים את הערך [[379]] היחסי המגיע לו, ולא יזכה בלא תמורה על חשבונו של רעהו - ומכאן הדרישה להתנאה מפורשת והאזהרה המיוחדת שהזהיר רב נחמן על הדרישה הזאת[993].

אם פיצול החצר נעשה על-ידי הפרשת חלק ממנה במתנה - הדין הוא ש"הנותן בעין יפה נותן", ואף בעין יפה יותר מן המוכר, משום שחזקה עליו כי כוונתו לתת דבר שלם[994]. מתוך כך נפסק בשו"ע חו"מ סי' רי"ד סע' ט', שאם הפיצול נעשה באופן סימולטני, ללוקח אחד בתמורה ולאחד בדרך מתנה, נדחה הדין שראינו לעיל כי בהקנאה סימולטנית רואים למעשה את שני הקונים כאילו מכרו זה לזה, ושום שעבודי-שכנים אינם נוצרים ביניהם, אלא - במקרה כזה - מצבו של מקבל המתנה הוא עדיף: אותו רואים כלוקח, ואילו את הלוקח בתמורה רואים כמוכר, ולטובת מקבל-המתנה נוצרים אפוא בסתם שעבודי-השכנים הדרושים לו כנגד הלוקח בתמורה. אולם, לע"ד הבחנה זו בטעות יסודה: מבוססת היא ויש לה טעם לפי שיטת החכמים, הגורסים כי "המוכר בעין רעה מוכר", אבל אין היא עשויה להשתלב בשום פנים בשיטת ר' עקיבא, אשר ההלכה הכללית בענייננו נפסקת כמותו. לפי שיטת ר' עקיבא נראה לי, כי העדפת מקבל המתנה על פני לוקח בתמורה מתייחסת רק לחזקת הכללתם של דברים הנמצאים בתוך החצרות המוקנות להם,

---

[992] קלז) עמ' 473.

[993] קלח) בבא בתרא ז' א'-ב'; ואין לומר שמכל-מקום יפסיד אפוא הצד אשר תאוכזב תקוותו להשתמש במקום "כי היכי דדרו ביה", שהרי שימושו לא יוגבל בשום שימוש מיוחד, אלא הוא רק לא יזכה ביתרונות מעבר לתחומים של חלקו - ובודאי צודק יותר שהמבקש לו יתרונות ידאג להשיגם, במקרה שהצד הצפוי להפסד המקביל ייזהר להימנע ממנו.

[994] קלט) בבא בתרא ס"ה א' וע"א א', ור' רשב"ם על המשנה שם, בדף ע"א עמ' א', ד"ה אבל בנותן מתנה נתן את כולה.

אבל אין היא מתיחסת לחזקת היווצרותם של שעבודי-שכנים. לעניין חזקה זו מסתבר לפי שיטת ר' עקיבא כי הדין במקבל מתנה ובלוקח בתמורה הוא שווה. [[380]]

7. הזק ראייה

מעמד מיוחד במסגרת שעבודי-הנזקים יש לשעבוד של הזק-ראייה. כבר הזכרנו באגב, שחלון דינו כמתקן העשוי להזיק בנזק זה, ובהתאם לכך אמנם חלים בעניין החלונות רק הדינים הכלליים שסיכמנו לעיל[995]. אולם, יש בעניין זה אספקטים מיוחדים, וראוי לחזור ולהתעכב עליהם כנושא לעצמו. מסתבר שכל חצר שהיא - ואפילו היא נמצאת פנויה, או שנעשה בה שימוש אשר איננו נפגע בראייה, או שמסוגרת היא בכתלים וגגות אטומים - מכל-מקום חוששים אנו שהדברים ישתנו, ולעולם נחשב אפוא שימוש של צנעה בחצר השכן כדבר צפוי וטבעי למקום[996]. לכן, אם בא השכן האחד להתקין בחצרו חלונות, או פתחים, או גג, וכיו"ב סידורים המאפשרים הסתכלות לתוך תחום החצר האחרת - צריך הוא להשתדל לבוא לידי הסכם של פשרה עם שכנו בדבר חלוקת הנטל של אמצעי הזהירות או הפיזור הארכיטקטוני של סידורי ההסתכלות המקבילים ביניהם, למען לא יצאו הסידורים הללו זה כנגד זה; ונראה שיש כוח ביד בית-הדין לכפות פשרה הוגנת במקרה שכזה - ואף התנהגות חד-צדדית שיש בה משום מילוי החלק הדרוש בפשרה מתקבלת על הדעה יכולה להספיק[997]. באין הסדר, אין השכן רשאי כלל להתקין בתחומו מתקני-הסתכלות הנשקפים לחצר האחרת; והשאלה אם מתקן מסוים נתפס בגדר האיסור הזה או לא, נפתרת בכל מקרה על-פי מסיבותיו[998]. על כל פנים ברור, שאם המתקן הוא בגדר "חלון העשוי לאורה", אין נפקא מינה מהו גבהו, ולעולם הוא אסור[999]. אולם, מתקן-הסתכלות שנעשה באיסור (או המתקיים לכאורה במסיבות של איסור), תיתכן בו זכות-חזקה[1000]. חלון או פתח המתקיימים בהתר, כשעבוד להזק ראייה, גוררים שתי תוצאות: א) השכן המשועבד, הבא לבנות חלונות או פתחים או מתקני-הסתכלות אחרים בתחומו, צריך לערכם באופן שאי-אפשר יהיה [[381]] להסתכל בעדם, או מהם, לתוך החלונות או הפתחים המשעבדים, אם מכנגדם ואם מצידם, אם מלמעלה ואם מלמטה; וחלון או פתח שהותקנו בניגוד לכלל זה, יתכן שאין בהם זכות-חזקה[1001]. ב) אסור לשכן המשועבד להאפיל על החלונות או הפתחים המשעבדים, ולכן - בבואו לבנות - חייב הוא להרחיק את כתלו

---

[995] קמ) שו"ע חו"מ סי' קנ"ד.

[996] קמא) שם, שם, סע' ט"ז, ור' פתחי-תשובה שם, ס"ק י"ח.

[997] קמב) שו"ע חו"מ סי' קנ"ד סע' י"ד-ט"ז וסי' ג' הגה, וסי' קנ"ט-ק"ס; ור' גם סמ"ע על סי' קנ"ד ס"ק ל"ד, ור' הערה קמ"ו להלן.

[998] קמג) שו"ע חו"מ סי' קנ"ד סע' ג', י', י"א, כ"א, כ"ב.

[999] קמד) שם, שם, סע' ו'.

[1000] קמה) שם, שם, סע' ז'.

[1001] קמו) שם, שם, סע' ג', והגהת הרמ"א שם, וסע' כ"א-כ"ד, וסמ"ע ס"ק נ"א. ונראה שכדי לבנות את החלון החדש בצורה הראויה אין צורך בהסכם מפורש, אף-על-פי שמכל-מקום ישקיף החלון לחצר השכן: שהרי אם חצר השכן היא גם-כן בנויה, ממילא משמע שעריכה נאותה של החלונות החדשים היא היא הפשרה ההוגנת במסיבות המקרה.

ארבע אמות מכנגד החלון או הפתח, או טפח אחד מצידו; ואם יש כבר כותל אחר מצד החלון, והבונה בא לבנות כותל שני מן הצד, חייב הוא להשאיר ריווח של ארבע אמות בין כותל לכותל, והחלון באמצע. במרחקים גדולים מאלה אין הבונה חייב, אף-על-פי שמאפיל הוא[1002]. לגבי הדינים הללו יש לציין שני יוצאים מן הכלל: א) מי שבא לקבוע מתקן-הסתכלות כנגד חצר של הפקר אינו חייב בשום אמצעי זהירות, וזוכה הוא בשעבוד-ראייה מן ההפקר, לאלתר[1003]; ב) חלון הנשקף לרשות הרבים בגובה שאינו עולה על ד' אמות, מותר לבנות כנגדו חלון או פתח, "מפני שאומר לו הריני כאחד מבני רשות הרבים שרואים אותך", אבל מכל-מקום - אסור לבעל החלון השני לקיים בתחומו עסק הכרוך בישיבה מתמדת על-יד החלון[1004]. [[382]]

8. שעבודים שונים

אספקט מיוחד יש גם לדין המובא בטור חו"מ סי' קנ"ה סע' י"ג: "הבא לסמוך כותלו בצד כתלו של חברו צריך להרחיק ממנו ד' אמות, אע"פ שאין לחברו חלון בכתלו", וזאת "משום דוושא, פי' שבהילוך שהולכין אצל הכותל נידוש הקרקע, ומתחזק ומתקשה יסוד הכותל. אפילו היה לו כבר שם כותל זה ימים רבים, ונידוש הקרקע, ונפל הכותל... - אפ"ה לא יסמוך". נראה כי שעבוד זה אינו לא שעבוד-נזקים, ולא שעבוד-תשמיש, כי אם שעבוד שכנים מסוג מיוחד, הנקבע מכוח הדין במישרין. לא נתברר לי לחלוטין אם יש לפרש את הדין הזה על-פי העקרונות הכלליים של שעבודי-השכנים - ואם בא ראובן לבנות כותל בתחומו חייב הוא להתחשב בעובדה שגם החצר של שמעון שכנו עשויה להיבנות, וצריך הוא אפוא להרחיק את כתלו מן המיצר ב' אמות אף-על-פי שאין שם כותל אחר[1005]; או שמא הדין הוא שמלכתחילה אין שמעון יכול לעכב את ראובן מלקרב את כתלו אפילו עד המיצר ממש, ומשיבוא שמעון לבנות בתחומו - רק אז תחול חובת ההרחקה לראשונה. המקורות נוטים להתפרש כאפשרות השנייה[1006]. חובת ההרחק חלה באופן כללי רק בעיר חדשה (שלא מלאו לה ששים שנה[1007]); אך בעיר ישנה, שהקרקע כבר נדוש בה, חייב הבונה להרחיק את כתלו רק מכותל גינה או דירה (שמבפנים אין דשים את הקרקע על-ידו), אבל מכותל חצר

[1002] קמז) שם, שם, סע' כ"א-כ"ג. בפתחי-תשובה שם, ס"ק י"א, מובא שאיסור ההאפלה חל גם בעצים, ובמקרה של נזק מספיק (ובמסיבות מתאימות) יכול השכן הנפגע לדרוש את גידועו של העץ. - במה שנוגע למידות: הטפח הוא ד' אגודלים (או 10 ס"מ בערך), ואילו באמה יש ו' טפחים (באר היטב, שם, ס"ק מ"ו).

[1003] קמח) שו"ע חו"מ סי' קנ"ד סע' ל"ב.

[1004] קמט) שם, שם, סע' ג'. הרישא של חריג זה מתקשר להלכה הכללית, ששכן המשועבד כבר לנזק מסוים אינו יכול להתלונן אם אותו נזק עצמו נגרם לו גם מצד אחר, בלא שתוגבר בכך מידת סבלו המקורית: ר' שם, סע' ט"ז הגה, וסי' קנ"ו סע' ה'. יוצא מכאן כי שעבוד לטובת שכן אחד עשוי לפעמים לגרור שעבוד לטובת שכנים אחרים.

[1005] קנ) דוק בשו"ע חו"מ סי' קנ"ה סע' כ"ה הגה.

[1006] קנא) אך יש גם דרך פירוש שלישית, המקובלת על פוסקים רבים והמונעת למעשה את תחולת הדין בכלל, ברוב המכריע של המקרים הבאים בחשבון, היינו "כל זה לא מיירי אלא כשקנו הקרקע מן המלך או מן ההפקר, אבל בלאו הכי יכולים לסמוך כותל לכותל" - ר' שו"ע חו"מ סי' קנ"ה סע' י"ד הגה.

[1007] קנב) ט"ז על שו"ע חו"מ סי' קנ"ה סע' י"ג הגה.

(שמהלכים על-ידו מבפנים) אינו צריך להרחיק. כן אין חובת ההרחק הלה - אפילו בעיר חדשה - לטובתו של כותל הנמוך מד' אמות[1008].

[[383]] דומה לשעבוד זה הוא השעבוד להרחקת עצים מן המצר. ראינו אמנם, שהעקרון הוא כי אילן איננו צריך הרחקה. אבל במה דברים אמורים? לעניין נזק השרשים שיתפשטו. לעומת זאת קיימת חובת הרחקה אם החצרות אינן מגודרות ביניהן, ובחצר האחת כבר נטועים אילנות או גפנים בסמוך למצר - וזאת כדי להשאיר מעבר למחרשתו של השכן (אם אמנם דרכם היא לחרוש בין האילנות). ההרחק המחויב הוא (בארץ י שראל, להבדיל מבבל) ד' אמות בין עץ לעץ; וכאן הובעה בפירוש הדעה, שאם השניים באים לנטוע את עציהם בעת ובעונה אחת, מחלקים את ההרחק ביניהם. הרמ"א הגיה, בעקבות הטור, שאת האילן יש להרחיק לא רק מאילן אחר, אלא גם משדה לבן[1009]. נראה כי האילן שלא הורחק כדין - מכל-מקום אין גודעים אותו, משום איסור בל תשחית, שהוא חמור ביותר לעניין אילנות, אשר "ישובו של עולם" בהם[1010].

לעניין התפשטותם של שרשים וענפים עושים דיני ישראל תקנה לניזוק רק בגדר תחומו שלו. לגבי שרשים נקבע בשו"ע חו"מ סי' קנ"ה סע' ל', שבעל החצר רשאי לקוצם במידה שהם מפריעים לשימוש שמבקש הוא לעשות בתחומו, "ואינו חושש שמא ייבש אילן של חברו"; אבל אין הוא זוכה אלא בשרשים שהתפשטו יותר מט"ז אמות, ואילו מה שקוצץ הוא תוך מרחק של ט"ז אמות מן האילן חייב הוא להחזיר לבעל האילן (דעד ט"ז אמה, השרשים הן לצורך האילן, וכאילן נחשבו"), אבל מעבר לט"ז אמות שוב אין ההתפשטות לתועלת העץ). לגבי הענפים נקבע בסע' כ"ו-כ"ח דין דומה, שראוי השכן לקוצם "עד שיהיה שקול כנגד המצר", במידה שהם מפריעים לו למעשה, אך אין כאן אחדות-דעות גמורה ביחס לבעלות בענפים שהתפשטו ופירותיתם. בדרך-כלל נפסקת ההלכה שהבעלות היא לבעל העץ, אך הטור מביא גם דעה שהבעלות היא לשכן אשר לתחומו השתרבבו הענפים[1011].

[[385]] את סקירת שעבודי-השכנים בדיני ישראל נסיים בעניין המובלעת. הכלל כי "המוכר בעין יפה מוכר" מונע למעשה את היווצרותן של חצרות מובלעות ברוב המכריע של המקרים הבאים בחשבון; אולם, מובלעות יכולות בכל-זאת להיווצר: למשל, במקרה שעל-פי המנהג אין תשמיש מסוים שבחצר נכלל במכר החצר (כגון הדות, במכר של בית), והמוכר לא שייר לעצמו בפירוש דרך אל התשמיש שנשאר ברשותו; או שהיתה שדה שוכנת בין כמה שדות אחרות, ונשתכחה הדרך אל אותה השדה; או שהשכן המשועבד לדרך שיבש את הדרך, וקונה השעבוד לא מחה. בכל המקרים

1008 קנג) שו"ע חו"מ שם, סע' י"ד.

1009 קנד) שו"ע חו"מ סי' קנ"ה סע' כ"ה.

1010 קנה) בבא בתרא כ"ו א'. לעניין גידוע עצים, ר' עוד ירושלמי בבא בתרא פ"ב הל' י' ובבלי בבא קמא צ"ב א' - ודוק.

1011 קנו) טור חו"מ סי' קנ"ה סע' מ"ב, והגהה על בית-יוסף שם, וסי' קס"ז סע' ב', ופ"ד מהל' שכנים להרמב"ם, הל' ט', ותוספות על בבא מציעא ק"ז א', ד"ה אילן.

האלה אין לנפגע תרופה, אלא יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר"[1012]. אולם, במקרה אחד יש תרופה: אם החצר מובלעת בתוך חצר אחרת יחידה (או שהחצר המשועבדת לדרך ידועה באופן אחר), והדרך רק נשתכחה (אבל לא בטלה מיסודה), "הרי זה אומר, מכל-מקום דרכי עליך, וילך לו בקצרה, ואם החזיק (כלומר תפס) ואומר היא דרכי - אין מסלקין אותו ממנה אלא בראייה ברורה"[1013]. במלים אחרות אפוא: אין תקנה ליצירת שעבוד מחודש, אבל יש תקנה לברירת האתר.

9. חיובי שכנים

מלבד **שעבודי-השכנים** ישנם בדיני ישראל גם **חיובי שכנים**, וקודם כל לעניין גידור. אמנם, גם עניין זה מתקשר לשעבודי-השכנים, כי חובת הגידור מתקשרת במקרים מסוימים לצורך למנוע הזק-ראייה[1014]; אולם, צורך זה הוא בענייננו רק בבחינת פנים משניים, כי חובת הגידור קיימת גם במקום שאין חשש של הזק-ראייה, אלא קיים רק צורך שמירה בלבד[1015]. חצרות מגורים [[386]] הסמוכות זו לזו, יכול כל אחד מבעליהן לדרוש מרעהו שישתתף עמו בגידור ביניהן; והוא הדין בגינות (או שדות), אם אין שם מנהג נוגד; והוא הדין אפילו במגרשים פנויים, במקום שהמנהג הוא לגדור[1016]. גדר הנבנית בשותפות מוקמת באמצע, ורוחבה הוא על פי המנהג. מקום שחוששים להזק ראייה, כגון בין חצרות מגורים, צריכה הגדר להיות אטומה וגבוהה ד' אמות לפחות; מקום שאין חוששים להזק-ראייה, כגון בין גינות, די לדעת הרמב"ם בגובה של י' טפחים[1017]. מקום שאין חובת-גידור, והשכן רוצה לגדור, רשאי הוא להקים את הגדר רק לפנים מתחומו שלו[1018]. על דיני הגידור בין חצרות שרמות גובהן שונות, ר' שו"ע חו"מ סי' ק"ס.

מקום שיש חובת גידור רשאי השכן לגדור בגוף המיצר אפילו על דעת עצמו, ויש לו תביעה להשתתפות בהוצאות אפילו בדיעבד. אולם, מי שהיה לו מקום מובלע בתוך מקום חברו, ועמד חברו וגדר רוח ראשונה ושנייה ושלישית של המובלעת, הרי אף על פי שיש חובת גידור ביניהם, אין מחייבים את בעל המובלעת להשתתף בהוצאות משום שעדיין נשאר מקומו פתוח מן הצד הרביעי. אבל אם כעבור זמן גדר השכן גם את הצד הרביעי, ויש שם חובת גידור, מגלגלים על בעל המובלעת את הכל, ונותן חצי ההוצאה שהוציא זה בד' רוחות, עד הגובה המחויב של הגדר. וכן, אם בעל המובלעת עצמו עמד וגדר את הרוח הרביעית, ולא גילה דעתו שהגידור משלשת הצדדים האחרים מיותר לדידו, מגלגלים עליו השתתפות בגידור שלשת הצדדים הקודמים, שהרי גילה דעתו שהגידור היה רצוי לו (ואת חברו מחייבים בודאי להשתתף בהוצאות הגידור של הצד הרביעי, על פי החובה הכללית). אך במה דברים אמורים? כשאמנם גדר השכן במיצר. אם גדר

[1012] קנז) שו"ע חו"מ סי' רי"ד סע' ב'; סי' קמ"ח סע' א'-ב', ומשה"א באורים שם, ס"ק א'.

[1013] קנח) שו"ע חו"מ סי' קמ"ח סע' ב'; סיפא, וש"ך שם, ס"ק ג.

[1014] קנט) פ"ב מהל' שכנים הל' י"ד.

[1015] קס) מגיד משנה שם, על הל' ט"ז.

[1016] קסא) פ"ב מהל' שכנים הל' י"ד וט"ז; טור חו"מ סי' קנ"ח סע' א'; ור' שו"ע שם, סע' ב' הגה.

[1017] קסב) פ"ב מהל' שכנים הל' י"ד-ט"ז.

[1018] קסג) שם, הל' ט"ז.

השכן לפנים מתחומו, אין מגלגלים עליו אלא דבר מועט, כמו שיראו הדיינים, שהרי אינו יכול להשתמש בכתלים[1019]. כן מגלגלים על השכן השתתפות בהוצאות הגידור [[387]] המלאות אף כאשר חברו גדר יותר מכפי חובתו (כגון שבנה כותל גבוה מן המחויב), והשכן גילה בהתנהגותו כי נוח לו במה שעשה חברו[1020].

חיובי השכנים האחרים מתקשרים לבעיות השימוש המשותף והבתים המשותפים, ונדון בהם לחוד, בהמשך חיבורנו.

ו. הערכה השוואתית של דיני הנזיקין בין שכנים

נסיים את הפרק בנסיון להעריך את היתרונות והחסרונות של השיטות השונות שסקרנו, בעניין המסובך של דיני הנזיקין.

העניין מתחיל מכך שלהחיל ביחסי השכנים את דין הנזיקין הכללי, באופן בלתי-מסויג - משמע "לא להשאיר חיים לכל ברייה". מבחן הנזק האסור על-פי הדין הכללי הוא בכל השיטות במושג **הפשיעה** (faute, negligence); אבל על-פי פשוטו של מושג זה - כל השפעה הנגרמת מתוך רשות אחת לחברתה, שלא באונס גמור ושלא בהסכם, היא כמובן ממילא "פשיעה", - ולפי זה היתה צריכה להיאסר כל אש בעולם המוציאה לאויר את עשנה, כל מכונה המנידה את הקרקע, וכל בית-ספר העשוי להפריע לשכנים ברעש תלמידיו. לגבי פתרונה של הבעייה היסודית הזאת יכולים אנו להבחין, בשיטות שחקרנו, בארבע גישות עקרוניות שונות, והן: א) דין ה-nuisance האנגלי והמשפט הצרפתי; ב) תורת ה-Lumissionen - או "ההחדרות" - של גרמניה ואיטליה; ג) תורת "ההשפעה המופרזת" של הצג"ב השוייצרי; ו-ד) דין-הקדימה של המשפט העברי.

את ארבע הגישות האלו אפשר שוב למיין לשתי קבוצות על-פי שני מבחנים מקבילים. המבחן הראשון הוא בגישה המשפטית הכללית, ומבחינה זו נבדלות השיטות א' וב' מן השיטות ג' וד': הראשונות מפצלות את כלל הנזקים האפשריים בין שכנים, ובעוד שאת החלק האחד משאירות הן לדין הנזיקין הכללי (negligence), דנות הן את החלק הנותר בדין המיוחד [[388]] לנזקי שכנים (nuisance, Lumissionen); לעומת זאת תופסות השיטות ג' וד' את כלל נזקי השכנים במסגרת אחת. המבחן השני הוא בדרך **קביעתו של הנזק המותר בין שכנים**, וכאן מופיעות כל השיטות האירופיות מעבר מזה והשיטה העברית מעבר מזה: השיטות האירופיות פוסקות רק לפי מידת הנזק ואינן מתחשבות בדין הקדימה - חוץ מן המשפט האיטלקי, המוכן להתחשב בדין-הקדימה במקרים מיוחדים; לעומת זאת, השיטה העברית הולכת על-פי דין הקדימה, ורק במקרים יוצאים-מן-הכלל מתחשבת היא במידתו של הנזק. להלן נבחן את הדברים בהתאם לכך.

[1019] קסד) שו"ע חו"מ סי' קנ"ח סע' ו' ואילך.

[1020] קסה) שם, סי' קנ"ז סע' י'.

נראה לי כי הפתרון באנגליה ובצרפת הוא הפחות הגיוני מכלם. הפיצול המוכנס כאן בין נזקי השכנים מבוסס על ההנחה שאת השימושים השונים במקרקעין אפשר לחלק לשני סוגים: שימושים "רשלניים" מטבע ברייתם, אשר "בעל-בית זהיר וחרוץ" לא היה עושה כמותם (כפי שאומרים בצרפת), או שיש בהם משום הפרה של חובת זהירות המגיעה לשכן (כפי שאומרים באנגליה[1021]), כגון שבחצר בית-הספר ניתן לילדים להשתעשע בזריקת כדורי-שלג - ואז, אם נגרם לשכן נזק, הרי זה נידון כ-negligence רגיל; ומצד שני, שימושים שהם מטבעם "לגיטימיים", אשר אין בהם הפרה של חובת-זהירות, ואשר אף בעל-בית זהיר לא היה נמנע משכמותם, כגון שתלמידי אותו בית-ספר משחקים בכדור-סל במגרש העשוי לכך - ואז, אם גורם המשחק לשכן "נזק מופרז" כלשהו (ודווקא נזק מופרז) נידון הוא כ-nuisance[1022]. אולם, גישה שכזאת אין לה למעשה על מה שתסמוך. ההבחנה בין שימוש לגיטימי ובלתי-לגיטימי יש לה מקום כשהמזיק והניזוק גם יחד נמצאים בתוך חצר אחת, או ברשות הרבים; כי בוודאי, מי שפועל כדין בתוך רשות מסוימת - חייבים חבריו להצטמצם מפניו, ואילו מי שפועל שלא בזכותו, ממילא הוא מפריע להגשמתה המלאה של זכות האנשים הרשאים לפעול שם כדין, -

[[389]] וממילא מוכרחים אנו לקבוע את חובת הזהירות ואת דרגת הפשיעה במקרה שכזה בסמיכות למעמד היחסי של שני הצדדים באותו המקום. לעומת זאת, אם מעבירים הבחנה זו גם למקרה שהמזיק והניזוק פועלים בשתי רשויות נפרדות, בהכרח מאבדת היא כל משמעות הגיונית. כאן, עצם העובדה בלבד שהאחד פועל בגדר זכותו - בתחומו - איננה מורה מאומה לגבי זכותו או חוסר זכותו מעבר לתחום. ומצד שני, אפילו פועל האחד בניגוד להוראה חוקית מפורשת - אין דבר זה כשלעצמו פוגע אף כמלוא הנימה ביכולתו של הצד השני להגשים כל זכות אונטואלית שיש לו בגבולות התחום האחר; ואף אם יתכן אמנם שלפעמים יקבל אדם אפשרות למנוע את מעשי השכן רק משום עצם העובדה של היותם אסורים - הרי בודאי תינתן האפשרות רק בגדר הדינים של תקנת הציבור, אבל לא במסגרת המיוחדת של דיני הנזיקין. על אחת כמה וכמה כשהמעשה הנידון איננו אסור כלל וכלל, כגון המשחק בכדורי-שלג בחצר בית-הספר; משחק זה כשלעצמו, ואפילו זריקה קלת-דעת של כדורים באויר בעלמא, בודאי אינה פחות לגיטימית ממשחק כדור-הסל במגרש המיועד לכך - או מכל שימוש אחר שעשוי בעל-הבית לעשות ברשותו; ובסך-הכל יכולים אנו לומר **שלעולם** אין "הלגיטימיות האימננטית" של השימוש המסוים גורם בעל משמעות הגיונית בנזקי-השכנים.

[1021] קסו) **וינפילד**, עמ' 436.

[1022] קסז) ר' שם, עמ' 397 ו-436. ועיין גם ב"**אמריקן ג'וריספרודנס**" , כרך ל"ט, עמ' 218: שם מוגדר ההבדל בין nuisance ל-negligence על ידי כך שב-negligence יש התנהגות רשלנית, ואילו ב-nuisance מדובר בהתנהגות שהיא מזיקה מעצם טבעה (ולפיכך "הרשלנות" כביכול אינה חשובה כאן). אולם, ברור שאי-אפשר היה להגיע לדימוי של התנהגות המזיקה מטבעה ושאיננה ממילא "רשלנות", אלמלא היתה כאן הנחת-יסוד שההתנהגות האמורה היא "לגיטימית" על אף אופייה המזיק, בעוד שבהתנהגות הנידונה כ-negligence אין לגיטימיות כזאת.

בהתאם לכך, אם יש שיטות המקבלות גורם זה כמבחן קובע בענייננו, בהכרה מסתבכות הן במעגל-קסמים בלי מוצא. בעייתן היא למצוא קנה-מידה כדי להבדיל בו "שימוש לגיטימי" מ"שימוש בלתי-לגיטימי", במקום שהבדל כזה איננו קיים. בחיפוש זה מדמים **פלניול וריפר** לגלות משהו כשאומרים הם כי "שימוש נפשע" קיים כאשר "בעל-בית זהיר" לא היה עושה את אותו השימוש, ואילו "שימוש לגיטימי" הגורר פיצויים הוא שימוש שאמנם בעל-בית זהיר לא היה דווקא נמנע ממנו, אלא שאף-על-פי-כן הוא שימוש לא רגיל. אולם, כמובן, שימוש אשר "בעל-בית זהיר" לא היה עושה כמותו אינו אלא שימוש בלתי-רגיל העשוי להזיק - וחוזר הדין. ואם בצרפת יתכן כי [[390]] בלבול זה הוא תיאורטי בלבד, שהרי על-פי הדין האנגלי (הנוהג גם במדינת ישראל) כרוכות בו בבירור תוצאות מעשיות חשובות. כאן, המבחן הקבוע בין negligence ל-nuisance הוא שבסוג האחד יש הפרה של חובת זהירות, בעוד שבסוג השני יש נזק בלי הפרה שכזאת; אבל סוף-סוף, גם חובת הזהירות הנדרשת ב-negligence היא רק חובה למנוע את הנזק הצפוי, ומשמע שהמבחן לחובת הזהירות הוא אותו יסוד עצמו הקובע גם את קיומו של nuisance, לפחות ברוב המקרים, היינו שנזק לשכן היה צפוי מן השימוש שנעשה במקרקע; ופירושו של דבר הוא כי לפחות ברוב המקרים נשאר האדם בלי שום מבחן כלל לגבי השאלה אם צריך הוא לפצות את שכנו (מאחר שהנזק היה צפוי, ועובדה היא שנגרם), או שמא הוא פטור (משום שהנזק שהיה צפוי, ונגרם, איננו מוגזם במסיבות הנתונות)[1023].

יותר הגיוני הוא הפיצול של נזקי השכנים על-פי תורת ה-Lumissionen. כאן גם-כן עוד יש זכר להבחנה בין "שימושים לגיטימיים" ל"שימושים בלתי-לגיטימיים", אך ההבחנה אינה מבוססת על טיבו המהותי של השימוש עצמו, כי אם על טיבו המהותי של האמצעי אשר בו גורם השימוש את נזקיו. עיון שאינו מעמיק כל-צרכו עלול להביא למסקנה כי נזקים הצריכים סיוג מדין הפשיעה הכללי הם רק אותם הנזקים הנגרמים על-ידי חדירה של גזים או גלים, אבל בנזק הנגרם על-ידי חדירה של עצם העומד למישוש אין סיבה למנוע את תחולת הדין הכללי; וזהו ההגיון המונח ביסוד תורת ה-Lumissionen. תורה זו מתנסחת על רקע ההנחה, שבסתם נתפסים גם נזקי השכנים בדין הנזיקין הכללי, אלא שנזקי הגזים והגלים הם יוצאים מן הכלל, ואין בהם פשיעה אם הנזק שהם גורמים איננו מופרז על-פי מסיבות המקום (והזמן).

[[391]] אולם, כאמור, אף הגיון זה הוא עוד פזיז למדי. קודם כל, משום שאין טעם להבחין הבחנה עקרונית בין נזקים הנגרמים על-ידי השפעה **חיובית וישירה** לבין נזקים הנגרמים על-ידי השפעה **שלילית או עקיפה**, כאשר **המרחק הסיבתי** הוא אותו המרחק עצמו. והנה, תורת ה-Lumissionen תופסת רק את הנזקים הנגרמים על-ידי השפעה **חיובית וישירה**, כגון הפצת חום אל מעבר לקיר או החזקת כלוב של עורבים מקרקרים בסמוך למצר, - אבל משאירה היא לדין הנזיקין הכללי את התוצאות הנגרמות על-ידי השפעה **שלילית או עקיפה**, כגון הסבת **קור** אל מעבר לגדר (על-ידי מתקן קירור **המושך אליו** את כל החום שבסביבה), או ששוחט תרנגולות מזרים את הדם לחצרו הפתוחה, אף-על-פי שהוא יודע כי יש עורבים בסביבה הלהוטים אחר דם, והעורבים אמנם

[1023] קמח) דוק בעמ' 434 אצל **וינפילד**, ועמ' 283 ב**אמירקן ג'וריספרודנס**.

נמשכים ובאים, ואף עושים להם תחנה לקרקור בתוך חצרו של השכן הנפגע עצמו. אולם, אף אם יורחב מושג ה-Lumissionen בהתאם לביקורת הזאת, ובמקום "נזקים הנגרמים על-ידי **החדרה** של דברים **שאינם** עומדים למישוש", נאמר "נזקים הנגרמים **שלא על-ידי החדרה** של דברים **העומדים** למישוש" - עדיין לא יבוא הגיון התורה הנידונה לידי השלמות הדרושה. וכך - משום שמבחן ה-Luponderabilien, או "הדברים שאינם עומדים למישוש", פשוט איננו נכון. אין ספק, שאם דין ה-Lumissionen ראוי לו לחול במקרה של הפצת עשן לחצר השכן, ממילא ראוי לו לחול גם במקרה של הפצת **חיידקים**; אבל אם ראוי לו לחול בחיידקים, הוא הדין בדבורים, ואם בדבורים - שוב, כמובן, גם ביונים, ואם ביונים - מדוע לא באריות, או בכדורים של טניס, או אף בכדורי השלג הנ"ל?

שיקול זה או מעין זה מונח כנראה ביסוד הסע' 684 של הצג"ב בשוייצריה. סעיף זה קובע את מבחן "ההשפעה המופרזת" כקנה-המידה **הכללי** בנזקי השכנים, ודין ה-Lumissionen נבלע כאן בהוראה המקפת - בבחינת פרט, שהוא אמנם החשוב ביותר בין כל הפרטים השייכים לעניין, אך שדינו שווה מכל-מקום לדין כל הפרטים האחרים.

[[392]] כאן נדמה שכבר אין מה לטעון נגד הגיונה של התפיסה העקרונית; אבל חוזרת ומתעוררת השאלה , אם אמנם טובה היא אותה הגישה האירופית הכללית, המעמידה את הסייג של נזקי השכנים על מידתו של הנזק, בלבד או בעיקר. יש להדגיש שכאשר מדברים באירופה על "ההשפעה המופרזת", אין מתכוונים בדרך כלל למשהו מקביל בדין העברי שכופעם על מידת סדום במקום שזה נהנה וזה אינו חסר. במידה שיש הקבלה בין השניים, שווה הדין השוייצרי למצב במשפט העברי, כי גם בדיני ישראל, כמובן - אם ההשפעה הנגרמת מרשות אחת לרעותה איננה כרוכה בחסרון של ממש, אין מקום לתלונה ואין מקום להיזקק לכללי העדיפות של דין הקדימה; מסקנה זו עולה מן הדין הכללי, ואין היא זקוקה לאסמכתא מיוחדת בדיני השכנים. הבעייה מתחילה כאשר הפתרון האירופי מכליל גם השפעה הכרוכה **בהפסד ממשי**; ומנקודה זו ואילך - נראה לי כי חוסר-ההתחשבות בדין הקדימה מעמיד את יחסי השכנים על בסיס שטחי ובלתי-צודק ביותר.

המבחן של דין-הקדימה משנה את התוצאות המושגות על-ידי מבחן "ההשפעה המופרזת" בנקודות הבאות:

א) כאשר שימוש מסוים מתקיים במקומו כדין, ומשתנות תכונות הסביבה, המבחן האירופי מתעלם מכל השיקולים המיוחדים הראויים למקרה מעין זה, ועם השתנות המסיבות באזור משתנה ממילא גם קנה-המידה להערכת "ההשפעה המופרזת", אף לגבי השימושים הישנים. פירושו של דבר הוא, שאם אדם מקיים, למשל, בית-חרושת רועש בבית מבודד בין שדות, בסמכו על יכלתו להתמיד באותו המקום, באשר הרעש שהוא גורם איננו מזיק ואינו צפוי להזיק לאיש - יכולים בכל זאת בעלי השדות לסלקו יום אחד (או לכפות עליו את הטורח וההוצאות של אמצעי

זהירות מיוחדים), משיהפכו את שדותיהם למגרשי שיכונים[1024]. התפתחות שכזאת אינה אפשרית על-פי המבחן העברי של דין-הקדימה; ולמקרה שסילוק השימוש הישן, המתקיים בכשרות, הוא מכל מקום רצוי לטובת הציבור - אמנם מאפשר המשפט העברי להפקיע את השימוש, [[394]] אבל רק כנגד תשלום פיצויים[1025].

בקשר לכך ראוי להעיר כי במבחן של דין הקדימה נמצאת גם תקנה לשימושים הנחוצים לציבור והכרוכים בנזק מיוחד במינו, כגון בורסקאות, בתי מטבחיים וכו'. גם המבחן של דין הקדימה וגם המבחן האירופי דוחים את השימושים מסוג זה למקומות מבודדים; אבל בעוד שעל-פי המבחן האירופי אין לעולם ודאות כי השימוש הנדמה אמנם יכול להתמיד במקום שנמצא לו, הרי המבחן של דין הקדימה ממציא גם לשימושים מסוג זה את ההגנה הנחוצה.

ב) כאשר שני השימושים המתנגשים טבעיים למקום במידה שווה. זהו המקרה שבו כנראה נחשב הנזק כ"בלתי-מופרז", אף אם הוא מגיע לממדים רציניים ביותר, כגון שהסביבה היא מסחרית-חרושתית, וקיימים בה מחסני-פירות ומצבעות, אטליזים ובתי-קפה, ועל סמך זה בא אדם ופותח לו מצבעה דווקא במרתף של בית מחסן הפירות[1026] או אטליז - מעבר למחיצה של בית-הקפה, בזוית חדה לפתחו. האמת ניתנת להיאמר כי המבחן האירופי איננו ברור ביותר להזדמנויות מעין אלה. יש פנים לומר שגם על-פי מבחן זה פוסל מחסן הפירות את המקום לחרושת צבעים, ובית-הקפה פוסל את המקום לאטליז; אבל אם-כן, על-כל-פנים אין נוצר הבדל בין המקרה שהמזיק קדם לניזק או שהניזק בא בעצמו לשכנות המזיק - ובשני האופנים נחשב הנזק "מופרז", ויד הניזק על העליונה. אין צריך לומר, שאם אמנם זוהי התוצאה - הריהי אבסורדית במקרה שהמזיק קדם לניזק (היינו שבעל מחסן הפירות השתכן ביודעין בסמוך לצובע או שבעל בית-הקפה קיבל עליו מדעת את שכנות האטליז). אולם, יותר מתקבל על הדעת כי הפירוש הנכון הוא כפי שאמרנו בתחילה: שבשני האופנים אין הנזק נחשב כמופרז, [[395]] ועל העליונה היא ידו של מזיק; אבל אם-כן, התוצאה היא אבסורדית במקום שבעל מחסן הפירות ובעל בית-הקפה **קדמו** לצובע ולקצב, שהרי - כמובן - הרבה יותר נוח לצובע ולקצב למצוא להם מקומות אחרים באותה הסביבה, מאשר יצטרכו העסקים הקיימים כבר לנדוד מפניהם.

[1024] קסח-1) ר' כיצד התלבט בית המשפט העליון במדינת ישראל בחוסר הצדק שבתוצאה זו בהמרצה 104/69 (שייביץ נגד מדינת ישראל, פסקי דין כג II, עמ' 770). בית המשפט פסק כאן לטובת בעל דין הקדימה תוך הכרה ברורה בכך שמבחינה משפטית אין להכרעה זו רגלים.

[1025] קסט) שו"ע חו"מ סי' קנ"ה סע' כ"ב הגה. יש לציין כי אין הבדל בתוצאות שני המבחנים במקרה ההפוך, כגון שלסביבת מגורים מתחילים לחדור חנויות ובתי-מלאכה, והאויר נעשה מעורב. מסתבר שאם לאזור כזה יבוא איזה בית-מלאכה, הכרוך בנזק רב יותר ממה מהדיירים כבר הסכימו לו בלא מחאה במקרים הקודמים, אפשר לסלק את בית-המלאכה החדש גם על-פי המבחן האירופי.

[1026] קע) השווה שו"ע חו"מ סי' קנ"ה סע' ב'.

ג) כאשר השימוש הניזוק הוא רגיש במיוחד. לעניין זה, מסקנה מוכרחת היא על-פי המבחן האירופי, שהשימוש הרגיש לא יהא מוגן מפני נזק שאיננו מופרז במסיבות רגילות. לעומת זאת, רק טבעי הוא לגישה העברית, שמגינה היא על השימוש הרגיש, אם שימוש זה קדם לשימוש המזיק. אולם, ההבדל בנקודה זו הוא למעשה יותר מצומצם מכפי שהוא נשמע. הדין העברי והאירופי שווים כאן, קודם-כל, **אם השימוש המזיק קדם** - ובין אם השימוש המזיק הוא טבעי למקום (שאז הוא כשר גם במשפט העברי) ובין אם אינו טבעי (שאז הוא פסול גם במשפטים של אירופה). אבל אף אם **השימוש הרגיש קדם**, אין הוא מוגן גם במשפט העברי, במקרה שמתחילתו הוא נעשה בסביבה אשר שימושים כגון זה שמבקשים לפסלו נפוצים בקרבה. במקרה שכזה יכול הנתבע לטעון כי השימוש הרגיש ניזק גם בלעדיו, - ופירושו של דבר הוא, שתביעת השימוש הרגיש יכולה להצליח, שוב, רק בתנאי שהשימוש המזיק הוא מוזר במקומו (שזהו הדין גם בשיטות של אירופה) או **במקרה שתחילת השימוש היתה במקום מבודד מנזקים (ושכנותו של השימוש המזיק לא היתה צפויה כבר מקודם לכן)**. נראה לי שבסייגים אלה, הדין העברי עדיף גם בנקודה זו על הדין האירופי, כי בודאי גם השימוש הרגיש הוא צורך חברתי, והוא ראוי להגנה כלשהי. וכמובן, אין הדברים אמורים רק ברגישות חולנית דווקא: יתכן שהשימוש הרגיש הוא תעשייה חשובה, המשתכנת בעיבורו של אזור חרושתי; ונראה שהציבור (וגם בעלי הקרקעות השכנות) לא יפסידו אם הסביבה הקרובה תתפתח כאזור המוגן לצרכים עדינים, בעוד שבודאי יגרם הפסד לציבור אם התעשיה החשובה תצטרך לנדוד ממקום למקום או לרכוש את כל מגרשי הסביבה (אשר ממילא גם יתיקרו יותר מערכם, בעוד שתועלתם הכלכלית ממילא תפחת).

המגרעת היחידה שאפשר אולי לגלות כנגד יתרונותיו של הדין העברי היא, שעשוי הוא להביא למניעת שימושים אשר אף-על-פי שכרוכים הם בנזק ולא זכו לדין קדימה, נמצא בדיעבד כי דרושים הם לתקנת הציבור דווקא בסביבה שבה יורגש נזקם במיוחד.

[[396]] תקנה מסויימת כנגד המגרעת הזאת ראינו בכלל כי שימוש שהוא דבר-מצווה ואשר נזקו הוא בגדרי הנסבל - איננו נדחה. אולם, הבעייה עשויה להתעורר גם לגבי שימוש שאינו דבר-מצווה, כגון אטליז או חנות של דגים, הדרושים בקרבת-מקום לתושבי שכונת-מגורים שקטה ונקייה ביותר. מסתבר כי בעייה זו יכולה לבוא על פתרונה על-ידי התערבותה המינהלית של הרשות המקומית, כנגד פיצוי לנפגעים.

מעבר לנקודות אלו שניתחנו, נראה כי תוצאות המבחן של "ההשפעה המופרזת" ותוצאות המבחן בדיני ישראל הן שוות. [[397]]

פרק ז: השיתוף בקניין

א. עקרונות כלליים

בפרק זה נעסוק בבעיות המתעוררות בעניין שייכותו של הנכס בקניין (במוחזק) לאנשים אחדים יחד, או כפי שנקרא הדבר - **במשותף**. לקשר קנייני שכזה נקרא כאן **שיתוף**, ונימנע בדרך-כלל מלכנותו **שותפות** - מושג העשוי להטות את מחשבתנו לקשר חוזי המכוון להנהלה משותפת של עסק.

1. המצב הקיים במדינת-ישראל

א. "שותפות ברכוש" ו"שותפות על-פי קשר"

היסוד להסדרת עניינו בשיטת-המשפט הנהוגה כיום במדינת-ישראל מצוי במג'לה, בכפוף לדינים המיוחדים אשר חוק המקרקעין, תשכ"ט, הכניס בינתיים בתחום זה ביחס למקרקעין (סע' 159(א) ו-27 ואילך). בסע' 1045 מכניסה המג'לה את ההבחנה שהזכרנו לעיל, ובתרגום העברי של הסעיף מתכנה השיתוף "שותפות ברכוש", ואילו מה שרגילים אנו לקרוא "שותפות" נקרא כאן "שותפות על-פי קשר". מן הסעיפים 1342 ואילך מסתבר כי "השותפות על-פי קשר" לא היתה מסוגלת לקנות נכסים במישרין, אלא יכלה לקנותם רק בעקיפין - על-ידי שהללו נקנו תחילה לכל שותפי העסק יחדיו, בבחינת "שותפות ברכוש", ואחר-כך יוחדו על-ידי ההסכם האישי בין השותפים לצורך העסק שביניהם, בלא שיאבדו את שייכותם המקורית; אולם, כיום מכל-מקום נדחים דיני המג'לה בדבר "השותפות על-פי קשר" מפני הוראותיה של פקודה השותפויות - וזו מסדירה את העניין בסמיכות לדין האנגלי, שנראהו לחוד, בהמשך דיוננו.

ב. דיני השיתוף לפי המג'לה וחוק המקרקעין, תשכ"ט

דיני השיתוף או "השותפות ברכוש" - לפי המג'לה מסתכמים בעיקרם כלהלן. השיתוף נוצר באחת מדרכי הרכישה הרגילות, אלא שהרכישה צריכה להתיחס "**לחלק בלתי-מסוים**" בנכס הנרכש: סע' 138 מגדיר ואומר (בתרגום חפשי מתוקן) כי "נכס משותף הריהו זה שמחולק בחלקים בלתי-מסוימים"; ומקום שנכס הוקנה לחלק בלתי-מסוים לראובן, בעוד [[398]] שחלקו האחר שוייר לשמעון - שהיה בעליו המקורי של הנכס - או שהוקנה הנכס לחלקים בלתי-מסוימים לאנשים שונים במיקח אחד או בירושה משותפת, או שנכסים שהיו שייכים לבעלים שונים התערבבו לאחד, עד שאין להכיר את חלקו המסוים של כל בעל לחוד - נוצר **שיתוף**, או "שותפות ברכוש"[1027]. **ומהו "חלק בלתי-מסוים"** מגדיר לנו (בתרגום חפשי מתוקן) סע' 139: "חלק בלתי-מסוים הוא חלק התופס כל פרודה ופרודה של הנכס המשותף". כלומר, רואים את הנכס כאילו מחולק הוא

[1027] א) ר' סע' 1060 ו-1342.

לשברים[1028], השייכים כל אחד לבעל אחר, אלא שהחלקים הנכללים בשברים אלה אינם מסוימים ומגובשים, כי אם מפוזרים הם - בפרופורציה מתאימה - על-פני הנכס כלו, בכל אחת מפרודותיו.

לתפיסה זו של השיתוף מנוגד לכאורה סע' 1069, הקובע ש"כשם שיחיד שולט ברכוש המיוחד לו לבדו כטוב בעיניו, כך השותפים ברכוש רשאים לשלוט בו כפי שהתנו ביניהם" - כי לפי זה ניתן מקום להסיק שהשיתוף איננו צירוף של בעלויות נפרדות, אלא הריהי בעלות אחת ומאוחדת, המסורה ביד ריבוי של אנשים; אולם, עמדתה של המג'לה בסעיפים האחרים הנוגעים לעניין מורה כי התפיסה הראשונה היא עיקר, ואילו את הסע' 1069 אין להבין אפוא אלא כהוראה הבאה לקבוע **מהו מעמדם של כל השותפים יחד**, אבל לא מהו **מעמדו של כל שותף לחוד**. על-כל-פנים מכניס הסעיף הבדל בין שני מיני המעמד.

במה שנוגע לכל אחד מן השותפים לחוד, הרי מן הסע' 1070, 1071 והסייג לסע' 1075 משתמע, שכל שותף רשאי להשתמש ברכוש כדרכו - ואפילו בלא הסכם, או תוך התנגדות חבריו - כל זמן שאין השימוש מונע שימוש מקביל של השותפים האחרים; אולם, שימוש בנכס שלא כדרכו או באופן המונע שימוש מקביל של השותפים האחרים טעון דווקא הסכמה כללית (ורק שימוש כזה הוא הטעון אפוא הסכמה כאמור בסע' 1069). מן הסע' 1080 ו-1081 יש להסיק כי שימוש מקביל - משמע שימוש הניתן להיעשות בד בבד עם שימושו של השותף האחר ובזמן אחד עמו: שימוש שאינו מונע מן השותף האחר שימוש דומה [[399]] כעבור רגע, אבל המונע אותו ממנו בשעת המעשה גופא - הריהו לפי זה שימוש חורג, אשר אין השותף רשאי לעשותו בלא הסכמת חבריו. פירושו של דבר היא, במלים אחרות, שמכל-מקום אין השותף האחד רשאי לתפוס בשימושו את כל הנכס כלו, אבל רשאי הוא לתפוס **חלק** מן הנכס - אם משאיר הוא לחבריו חלק פנוי שיספיק להם לשימוש כשימושו - ואף-על-פי שעל-ידי כך נמצא הוא משתמש בחלקים מן החלק הבלתי-מסוים, השייך לחבריו ולא לו. אולם, על-פי הסייג בסע' 1075, אין דין זה של "שימוש מקביל" שייך אלא בנכס בכללותו; אם יש בנכס חלקים מסוימים - "תשמישים" - אשר השימוש בהם הריהו מיסודות השימוש הטבעי בנכס כלו (כגון הכניסה לבית), ואשר אי-אפשר לכל השותפים להשתמש בהם יחד, בבת אחת, אלא רק בזה אחר זה, הרי כל שותף המוצא את התשמיש פנוי רשאי להשתמש בו לבדו, ומוציא הוא בזה את רשותם המקבילה של חבריו עד לאחר שיסיים את שימושו שלו. בקשר לתשמישים, הרשות המקבילה העומדת לשותפים אינה מוכרחה להיות אם-כן דווקא סימולטנית, ואפשר שתהיה "סירוגית" בלבד.

תוצאות אלו מקבילות את משמעות ההוראה העקרונית הנקבעת ברישא של סע' 1075 לאמור: "בשותפות ברכוש כל אחד השותפים הריהו בבחינת זר לגבי חלקו של האחר ואין האחד מורשהו של השני. לפיכך אין האחד רשאי לשלוט בחלקו של השני שלא מדעתו". הוראה זו נשארת נכונה רק לגבי שליטה המונעת מן השותף האחר את אפשרות השליטה המקבילה כפי שפירטנו לעיל, ומשמעותה העקרית היא בודאי לעניין פעולות משפטיות בשמם של כלל השותפים, והיינו **שבסתם**

[1028] ב) ר', למשל, סע' 1125.

אין השותף מייצג את חבריו. מלבד זה נמשך ממנה הסיפא של סע' 1075, הקובע כי שותף שחרג מרשותו בהיותו משתמש בנכס חייב לפצות את חבריו על הנזק שנגרם לחלקם - וכמו כן הסע' 1076, המשמיע לנו כי חיבורים שהוספו לנכס בידי אחד השותפים, דינם לגבי חבריו כאילו הוספו בידיו של זר (ור' סע' 1173, וכן גם סע' 46 ו-48 של חוק המקרקעין, תשכ"ט)[1029]. מצד שני, שוב עולה הגבלה אחרת על סע' 1075 ממה שנקבע בסע' 1083: לפי סעיף זה, שותף שהשתמש בנכס לבדו שלא ברשות אינו חייב שכר ראוי לחבריו (בניגוד לדינו של הזר על-פי סע' 472)[1030], ואפילו אין הוא חייב לאפשר לחבריו שימוש ייחודי מקביל במשך זמן מתאים בעתיד.

[[400]] חוץ מזה, אף-על-פי שאין השותף יכול לעשות פעולות משפטיות בשם חבריו שלא מדעתם, מכל מקום רשאי הוא לעשות פעולות בחלקו שלו בנכס, בלי לשאול לדעת חבריו - והיינו להעביר את חלקו לאחר (אלא אם נובע השיתוף מהתערבבות): סע' 214, 215 ו-1088; ועל-פי סע' 34(א) של חוק המקרקעין, תשכ"ט, אף יכול כל שותף לשעבד את חלקו במקרקעין בנפרד מחלקי חבריו. אולם, על-פי סע' 429 של המג'לה אין השותף יכול **להשכיר** את חלקו אלא לשותף אחר[1031]. העברת חלקו של השותף בתמורה היתה נותנת לחבריו את הזכות לפדות את החלק מיד הלוקח (סע' 1008, 1021, שבוטלו בחוק המקרקעין, תשכ"ט); אך על זכות זו נעמוד לחוד, בספר על ההקנאה, תוך הדיון ב"מצרנות".

בינתיים מגיעים אנו בזה אל משמעות השבר המספרי שבו נמדד חלקו של השותף. שבר זה עשוי לקבוע את ערכו המסחרי של החלק ביחס לערכו של הנכס השלם, כי בהתאם לשבר הזה נקבעת

[1029] ג) מכאן גם משתמע כי שותף שהשביח את הנכס שלא על ידי חיבור מבנים או נטיעות איננו זכאי בסתם לפיצוי כלשהו. חוק המקרקעין, תשכ"ט, מקיים בזה את הדין אשרחל מקודם במקרקעין בפירוש, על פי סע' 19 שלחוק הקרקעות מ-1274 להג"מ וסע' 12 של חוק השליטה במקרקעין מ-1331 להג"מ. הדין שונה ממה שחל על פי סע' 898 של המג'לה לגבי מיטלטלין, אך סעיף זה נדחה כיום גם כן, על ידי פקודת הנזיקין. בהקשר זה כדאי להביא את דברי **בן שמש**, בעמ' 53 של ספרו, בעניין ההוראות העותמניות שמנעו דמי שבח מן השותף במקרקעין: "הוראות אלה, שיש בהן כדי להטיל עונש על השותף המשביח את כל הקרקע המשותפת... היו גורמות לידי הזנחת הקרקעות המשותפות, תוך שלא היה לבעליהן כל עניין בפיתוחן..."

[1030] ד) בנקודה זו שונה עתה הדין במקרקעין, כי סע' 33 של החוק מתשכ"ט מחייב את "השותף שהשתמש במקרקעין משותפים" בשכר ראוי. תימה אם בעלי החוק תיארו לעצמם מה משמעות הדבר, למשל, לגבי שני חברים הגרים יחד בחדר אשר שכרו במשותף, או לגבי שני אחים, הנשארים לגור יחד בבית שירשו מאביהם. מסתבר שבעלי החוק הלכו בזה אחר הדין שחל מקודם בקרקעות "מירי", על סמך סע' 14 של חוק השליטה במקרקעין - אך יש לציין כי דין זה (כפי שפורש בע"א 115/41- פל"ר, 1941, עמ' 296 - וע"א 360-361/44 - פל"ר 1945, עמ' 112) לא חייב את השותף בשכר ראוי אלא אם פעל שלא מדעת שותפיו ושלא כדין, ולא רק השתמש בקרקע אלא **עיבד** אותה.

[1031] ה) בע"א 459/44 (פל"ר, 1945, עמ' 134) נפסק על סמך טעמים קלושים ביותר כי הגבלה זו אינה חלה בקרקעות "מירי".

מידת הזכות או החובה של השותף בכמה עניינים מלבד זכות השימוש המקביל - אחר שראינו כי זו דווקא אינה תלויה בו כלל.

סע' 1073 (ור' גם סע' 35 של חוק המקרקעין, תשכ"ט) קובע קודם-כל כי בהתאם לגודל החלק הבלתי-מסוים נקבעת זכותו של השותף **בפירות**. על דין זה - נאמר בסעיף המג'לה - אין להתנות; ונראה שסייג זה לא היה צריך להידחות אפילו מפני החידוש שבסע' 64 לחוק הפרוצדורה העותמני: נראה כי סע' 64 לא הכניס אלא את חופש החוזים **האישיים**[1032] - אך הזכות לפירות היא זכות קניינית במוחוק, ולהתנות עליה משמע להתנות לא רק לחובת הצד המתחייב בעצמו, אלא גם לחובתם של הבאים מכוחו בקניין הנכס המשותף. אולם, לפי חוק המקרקעין, תשכ"ט, בטל הסייגף כי סע' 29 של החוק קובע ש"הסכם בין השותפים בדבר ניהול המקרקעין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויותיהם וחובותיהם בכל הנוגע למקרקעין ניתן לרישום, ומשנרשם, כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכל אדם אחר"[1033].

[[401]] שנית, נקבע בסעיף 1308 כי "נכסי השותפים הצריכים תיקון, משתתפים בעליהם בתיקונם לפי חלקם בנכסים". אולם, בהמשך הסעיפים (1309-1313) מתברר כי משמעותו של עקרון זה היא מצומצמת ביותר. קנה-המידה לנחיצות התיקון הוא הסכמת כלל השותפים או החלטת השופט, והשופט אינו מוסמך לחייב על-פי סע' 1308 את השותפים שלא נתנו את הסכמתם לתיקון אלא בשני המקרים הבאים: כאשר אי-אפשר להשיג את הסכמתם מחמת העדרם, או כשאין בנכס דין חלוקה. תיקון השותף את הנכס על דעת עצמו, בלא הרשאה מכלל חבריו וגם בלא הרשאת השופט, הרי כנגד השותפים שלא נתנו את הסכמתם - דינו כמתנדב; אבל אם אין בנכס דין חלוקה, הרי גם אם נעשה התיקון שלא בהסכמה, זכאי המתקן שהמסרבים יפצוהו לפי חלקם בשבח שהוסב[1034]. סרב השותף לשלם את המגיע ממנו לפי דינים אלה, רשאי המתקן להשכיר את חלקו של הלה, ולגבות את חובו מתוך דמי השכירות[1035]. משמעותו של סע' 1309 חוזרת ומתרחבת במקצת על-ידי סע' 1319: "נחלה משותפת לשני קטנים או לשני הקדשות[1036], שצריכה תיקון ויש בה משום סכנה (לבעליה) להשאירה במצבה של עכשיו, וביקש אחד הממונים או אחד האפוטרופסים לתקן, ולא רצה חברו - כופים אותו". אותו דין התיקונים חל גם במקרה שבניין השייך לשותפים **נהרס**

[1032] ו) "כל מיני חוזים והתחייבויות... נחשבים לנאותים ובני ערך **ביחס לצדדים**", נאמר בסע' 64.

[1033] ז) על פי סע' 34(ב), הסכם כזה המגביל את זכות השותף להקנאת חלקו, אין כוחו יפה לתקופה העולה על חמש שנים.

[1034] ח) לעתים קרובות יתקבל אפוא שהמתקן שלא ברשות יימצא נשכר.

[1035] ט) מסתבר שדין זה עשוי להתממש בדרך חלקה רק כאשר השותפים הם שניים: אם הם שלשה, נראה שלא יוכל הנושה להשכיר את חלקו של החייב בלא הסכמתו של השותף השלישי.

[1036] י) דיני ההקדשות - אף במקרקעין - נשארים עדיין ללא שינוי, גם אחרי הכנסתו של חוק המקרקעין, תשכ"ט (ר' סע' 162(1) של החוק).

כליל[1037]: אם הבניין היה ניתן לחלוקה, לא יחייבו את השותפים לבנותו מחדש, וכמו-כן - אף אם לא היה ניתן לחלוקה, אלא שהמגרש שבו הוא עמד ניתן לחלוקה; אבל אם הבניין לא היה ניתן לחלוקה, וגם במגרש אין דין חלוקה, מוסמך השופט לחייב את השותפים כי ישתתפו בהקמת הבניין מחדש, ובמקרה שאחד מהם בנה שלא מדעת חבריו, הרי זה זכאי מכל-מקום לדמי חלקם בשבח[1038].

[[402]] אם המדובר אינו בתיקונים, כי אם בהוצאות ההחזקה ההכרחיות, כגון מזונות הבהמה המשותפת, ואחד השותפים מסרב להשתתף בהוצאות, "מצווה השופט על המסרב ואומר לו: מכור חלקך או השתתף במזונות הבהמה" (סע' 1320).

כנגד כל אלה נקבע בחוק המקרקעין, תשכ"ט, בסע' 32, שכל שותף חייב לשאת לפי חלקו במקרקעין בהוצאות הדרושות להחזקתם התקינה ולניהולם. סע' 31 מצמצם לענין זה את הצורך בהסכמה של כלל השותפים ומאפשר לכל אחד מהם לעשות על דעת עצמו כל פעולת החזקה או ניהול הנדרשת באופן דחוף ובלתי צפוי מראש. פעולה הנדרשת באופן סביר למניעת נזק או להגנת הקניין המשותף או ההחזקה, נראה שבסתם (באין הסכם נוגד מלכתחילה) רשאי השותף לעשותה אף אם חבריו מתנגדים.

בדומה לנ"ל, נקבעת במג'לה בהתאם לגודל החלק הבלתי-מסוים זכותו של השותף בדמי הנזק נגרם לנכס (סע' 1075, 1093), זכותו לחלק מן המחיר במקרה שהנכס המשותף נמכר בממכר אחד (סע' 1095, 1100) וחובתו לתשלום המחיר של הנכס שנקנה במשותף (סע' 1113). אך המשמעות המובהקת באותו של גודל החלק הבלתי-מסוים היא כמובן לעניין חלוקה - והיינו גיבוש החלקים הבלתי-מסויימים והפרדתם לעמידה עצמאית במסוים (סע' 1114, 1116).

סע' 1072 קובע לאמור: "אחד השותפים שאמר לחברו: מכור לי חלקך או קח את חלקי, אינו יכול לכופו לכך. אבל אם יש ברכוש המשותף דין חלוקה, ולא נפקד מקום איש מהשותפים, רשאי הדורש לכוף חלוקה... מסע' 1173 יוצא כי החלוקה - משבוצעה - מתיחסת למפרע (וחיבורים הנמצאים לבסוף בחלקו של השותף שהקימם, דינו כאילו הוקמו מלכתחילה בחלקו - וחילוף הדברים אם נמצאו בחלק חברו). על דיני החלוקה מסוג זה, המביאה לידי פירוק השיתוף, נחזור ונעמוד עוד בפרוטרוט, בסעיף אחר, להלן; אך המג'לה מכירה גם סוג אחר של חלוקה, שאינה מביאה לידי פירוק השיתוף, והיינו "חלוקת ההנאה" - בהבדל מחלוקת הנכס עצמו. אף לגבי חלוקת-ההנאה חשוב גדלו של החלק הבלתי-מסוים הנתון לכל שותף ושותף, ועל עיקריה של חלוקת-ההנאה נעמוד עתה.

[1037] יא) אחרי הכנסתו של חוק המקרקעין, תשכ"ט, יש עוד לדברים משמעות רק במידה שניתן ללמוד מהם למקרה של מיטלטלין.

[1038] יב) על-פי סע' 1314, ור' הערות לסעיף זה אצל **סלים באז**.

"חלוקת ההנאה" היא בבחינת קיצוב הזכות לשימוש בנכס המשותף, אם על-ידי סיום של חלקים נפרדים בנכס לשימושו הייחודי של כל שותף ושותף ואם על-ידי קביעת תור - לפי תקופות זמן מתאימות - לשימושו הייחודי של כל שותף ושותף בנכס כלו. חלוקת ההנאה ניתנת לכפייה על-פי דרישתו של שותף כלשהו, כשאין בנכס דין חלוקה לגופו או כשאמנם יש בו דין חלוקה, אלא שאף אחד מן השותפים אינו רוצה לחלוק בגוף ולפרק את השיתוף. חלוקת-ההנאה בחלל, בדרך-כפייה, תיתכן רק במקום שאפשר להפריד את הנכס לחלקים שהנאתם תהא שווה מבחינה איכותית לחלוטין. קביעת החלקים בחלל או קביעת התור נעשות על-פי גורל. בגדר חלוקת-ההנאה רשאי כל שותף להשכיר את [[403]] חלקו אפילו בלא הסכמת חבריו; מלבד זה לא נאמר בפירוש עד היכן מגעת זכות השימוש של כל שותף ושותף בגדר חלקו, אך נראה שמעמדו לגבי גופו של הנכס, כלפי חבריו, הוא כמעמדו של שוכר, אשר שכר את הנכס כדי להשתמש בו כדרכו. חלוקת-ההנאה שנכפתה על השותפים אינה ניתנת לסיום אלא בהסכמת כלם או על-ידי החלטת השופט, וזו לא תינתן לחיוב אלא אם בקשת-הסיום היתה מיוסדת בסיבה. הוכנסה חלוקת-ההנאה בהסכמת השותפים עצמם, רשאי כל אחד מהם לסיימה בכל עת, אלא אם בינתים הושכר חלקו של שותף אחר, שאז צריך המעוניין לחכות עד לסיום השכירות (סע' 1191-1174).

מלבד הדרך של חלוקת הגוף אין המג'לה יודעת דרך לסיום השיתוף בדרך כפייה. אולם, עוד אנו צריכים להזכיר כמה סעיפים של המג'לה השייכים **למשך קיום השיתוף** והמתייחסים למקרה שאחד השותפים נעדר, ואין אפוא אפשרות להגיע להסכמה הכללית הנחוצה לשם התרתו של שימוש חורג כלשהו, כפי שהוגדר הדבר לעיל. למקרה כזה נקבע בסע' 1086-1078 כי חזקה על השותף הנעדר שמרשה הוא לחבריו כל שימוש שלא יגרום לו נזק, אלא אם מסתבר במקרה המסוים שמכל-מקום לא היה השותף מתיר את השימוש הנדון. עם זאת, אפילו כשחזקה היא כי השימוש מותר, אין מניחים על-כל-פנים שהנעדר התיר לחבריו כי ישתמשו בנכס יותר מכפי חלקם; ולכן, אם השתמשו בנכס לבדם, הרי כשיחזור הנעדר, הם חייבים יהיו לאפשר לו שישתמש גם הוא בנכס לבדו, במקביל לשימוש שלהם. חוץ מזה רשאים השותפים הנמצאים במקום להנהיג על דעת עצמם חלוקת-הנאה בחלל, והיינו לתפוס להם חלקים מסוימים לשימוש ייחודי, בהשאירם חלק מתאים ללא שימוש כלל. במקרה שנוהגים הם כך, אין הם מוגבלים בשאלה אם הנעדר היה מתיר את השימוש שהם נוקטים בחלקיהם; אולם, במקרה שההימנעות משימוש מסוים עשויה להביא לקלקולו של הנכס, ואין חזקה כי השותף הנעדר היה מתיר שימוש כזה, יכול מכל-מקום **השופט** להתיר לשותפים הנותרים שיעשו את השימוש הדרוש. כמו כן רשאים השותפים הנותרים לנטול את הפירות, אפילו במידה שהם מגיעים לנעדר, כדי לשמור את חלקו בשבילו. היו הפירות טעונים מכירה - רשאים הם למכור אף את חלקו, וכשחוזר השותף הריהו גובה את המחיר שנתקבל בעד חלקו או את הערך הנכון של חלקו בפירות - לפי בחירתו.

כל הדינים הללו אינם חלים עוד במקרקעין. על פי סע' 30 של החוק מתשכ"ט חל כאן כנגדם הדין שבכל הנוגע לשימוש ולניהול הרגילים מכריעה דעתם של השותפים שהם בעלי רוב החלקים, ושותף הרואה עצמו נפגע על ידי הכרעה זו יכול לפנות לבית המשפט. בית המשפט יכריע לפי מה שימצא כצודק ויעיל. "חלוקת הנאה" נמנעה במקרקעין (ולפחות ב"מירי") אף מלפני החוק מתשכ"ט - על פי סע' 15 של חוק הקרקעות העותמני מ-1274 להג"מ. - לענין פירוק השיתוף

בכפייה נקבעה במקרקעין גם האפשרות של הוצאתם למכירה (תחילה בחוק חלוקת קרקעות משותפות מ-1332 להג"מ, ועתה בסע' 40 של חוק המקרקעין, תשכ"ט). על דין פירוקו של השיתוף בכפייה במקרקעין יכולים השותפים להתנות, בכפוף לאפשרות ביטולה של ההתנאה על ידי בית המשפט, משעברו עליה שלש שנים (סע' 37 של החוק). [[404]]

ג. "חוב השותפים"

בסמיכות לדיני השיתוף במוחזק יש לנו לעמוד גם על דין המג'לה לגבי "חוב השותפים" - או "חובות השותפות" - המופיע כענף מיוחד של דיני "השותפות ברכוש". סע' 1091 מגדיר את חוב-השותפים כחוב המגיע לאנשים אחדים ואשר מקורו לגבי כל אחד מהם הוא בסיבה אחת. דוגמאות לחוב כזה הן דמי הנזק המגיעים לשותפים ברכוש בגין השחתת רכושם או החוב שבתמורת הנכס המשותף, שנמכר על ידי כל השותפים בממכר אחד, בלא שזכויות המוכרים הופרדו זו מזו (סע' 1093, 1095).

ניתן לומר שגם בחוב-השותפים יש כביכול לכל אחד מן השותפים חלק בלתי-מסוים - הנמדד בשבר מספרי - בכל "פרודה ופרודה" של החוב, ותביעתו של כל שותף לגבי חלקו היא תביעה עצמאית, הנפרדת מתביעות חבריו. מסקנה זו מתקבלת מתוך הדינים המעשיים הבאים, כנגד הצד החייב זכאי כל אחד מן השותפים לגבות סכום המגיע כדי חלקו, אף שלא מדעת חבריו, ואין הוא זכאי לגבות לבדו יותר מכדי חלקו. לעומת זאת, כנגד חבריו, אין אף אחד מן השותפים זכאי לגבייה נפרדת, וכל שגבה השותף בנפרד נעשה משותף לו ולחבריו, לפי חלקיהם בחוב השלם. גבה האיש דבר של תחליף - זכאים חבריו שיפצם בכסף בעד חלקם הפרופורציונלי, אבל אם נעשה פרעון-התחליף בדרך פשרה, נמצאת יד הגובה על העליונה: רצה, נותן הוא לשותפיו את חלקם בעין, רצה - נותן הוא להם פיצוי כספי. גבה אחד השותפים את חלקו בנפרד, ומה שגבה נאנס בידו - הריהו פטור כלפי חבריו, אבל מאבד הוא כל זכות במה שיגבו הם בנפרד בחלקם. קיבל האיש משכון לחלקו, ונאנס המשכון - דינו כלפי חבריו כאילו נפרע ולא נאנס. ניתנה ערבות מיוחדת לחלקו - אין לחבריו תביעה כלפי הערב, אבל מה שנפרע השותף מן הערב - דינו כאילו גבה מן החייב העיקרי. מחל השותף את חלקו, הריהו פטור כלפי חבריו, ודינו כאילו נאנסה הגבייה בידו. הוא הדין אם זקף החייב את חלקו של השותף כנגד מה שהגיע לו מאותו השותף מחמת עילה שקדמה לעילה של חוב-השותפים; אבל אם היה חובו של השותף כלפי החייב חוב של דמי נזיקין, [[405]] הרי אף-על-פי שזקף החייב את החוב כנגד חלקו, אחראי האיש כלפי חבריו כאילו גבה. כנגד כל הדינים האלה אין במג'לה הוראה כי שותף שגבה את חלקו ושנאלץ לשלם חלק מתאים לחבריו יכול לחזור אל החייב לגבי יתרת החוב במקרה שחבריו אינם גובים את חלקם. מצד שני, נראה כי שותף שגבה חלק חלקו מאת חברו אינו יכול לחזור לגבי אותו הסכום אל החייב; והוא הדין במידה שהכיר בפשרה שנעשתה על-ידי חברו או בשינוי תנאי-הפרעון שהוסכם עליו בין חברו לחייב. גבה אחד השותפים יותר מכדי חלקו, הברירה ביד חבריו: אם אישרו את הגבייה, נפטר החייב כלפיהם במידה מתאימה; לא אישרו - אין להם חלק בעודף שחברם גבה על חלקו, אלא אם משום-מה נמנע מהם לגבות את חלקם מאת החייב. עד כאן על-פי הסעיפים 1100-1112.

מסתבר שמן השיתוף בתביעת-החוב אין השותפים יכולים להשתחרר על-ידי הפרדת הזכויות בדרך-כפייה, כי אין שום טכניקה משפטית ידועה לשחרורו של השותף הגובה את חלקו מן האחריות המוטלת עליו על-פי דין כלפי חבריו. הדבר אף נמנע בפירוש בסע' 1123 של המג'לה.

סע' 1113 קובע: "מי שמכר נכסים לשניים, הרי הוא תובע את חלקו מכל אחד מהם לחוד, ואין הוא יכול לתבוע את חובו של האחד מהשני, אלא אם כן היו ערבים זה לזה".

ד. "מושאע כפרי"

דיני השיתוף שבמג'לה היו נשלמים, לגבי מקרקעין, על-ידי הדינים שמחוצה לה; ומתחום הדינים הללועוד כדאי לעמוד כאן על מושג ה"מושאע". מושג זה פירושו הוא, פשוט, נכס המשותף לאנשים שונים בחלקים בלתי-מסויימים, ובמובן זה מופיע היא במג'לה; אולם, המנהג בכפרים הערביים הוליד סוג מיוחד של שיתוף-קרקעות, אשר סטה ממשמעות "המושאע" במג'לה, ובאופן כזה התקבל המושג לעתים קרובות כציון לשיתוף הכפרי המיוחד דווקא, באין לזה שם לעצמו. בפקודת הקרקעות (סידור זכות הקניין), בסע' 2, מבחינים סוג זה של שיתוף על ידי הציון "מושאע כפרי", והמושג מוגדר בזו הלשון: [[406]] "מושאע כפרי, פירושו אדמות של כפר או של חלק מכפר המוחזקות בבעלות בלתי-מחולקת והמתחלקות בתקופות מסוימות בין תושבי הכפר או בין חלק מתושבי הכפר לצרכי עיבוד". כדי להבהיר את משמעות ההגדרה, יש להדגיש את ההבדלים המהותיים הבאים, שהשתרשו ב"מושאע הכפרי" לעומת השיתוף הרגיל: א) הנכון הוא אמנם, שקרקעות המוחזקות ב"מושאע כפרי" אינן שייכות לכפר או לחלק מן הכפר, בתור שכזה, כפי שנאמר בהגדרה, אלא שייכות הן ביסודו של דבר לאנשים מסוימים, כבכל שיתוף רגיל - אולם, למעשה נמצאת כאן זהותם האישית של הבעלים מטושטשת לחלוטין, וכל אימת שאין הם נכללים בכללותו של הכפר או חלק-הכפר הריהם כאילו לא היו, בעוד שאנשים הנכללים בכללותו של הכפר או חלק-הכפר יתכן שיהיו להם מעמד מעשי בבעלות הקרקע, אף-על-פי שאין להם שום מעמד להלכה; ב) חלוקת הקרקע לעיבוד מתקופה לתקופה איננה בבחינת "חלוקת-הנאה" רגילה, כי אין היא תלויה בהסכמה הכללית של הבעלים, ואף לא בהחלטת השופט על-פי דרישתו של מישהו מהם, אלא נכפית היא על פי המנהג - ומה שחשוב ביותר, אין היא נכפית בגדר הדינים הקבועים במג'לה, אלא בגדר המנהג של הכפר, באופן שלאו דווקא כל אחד מן הבעלים מקבל חלק המתאים לחלקו הבלתי-מסוים, אלא אפשר שהאדמה תתחלק לפי קנה-מידה כלשהו, בין כל הזכרים של הכפר, או בין כל בעלי בהמות-העבודה שבכפר, או בין בתי-אב, או בין כלל הנפשות שבכפר - וכיו"ב[1039].

תוצאת המנהג של "המושאע הכפרי" היא שהקרקע הכפופה למנהג זה אינה יכולה להימכר: זכותו של הבעל הרשמי שלה נדחית מפני המנהג, ואילו תושבי הכפר, הזכאים כאן להנאה למעשה, הריהם חסרי כל מעמד בקניין הרשמי ואינם יכולים להעבירו[1040]. **בן-שמש**, בעמ' 40 של ספרו,

---

[1039] יג) על-פי **בן-שמש**, עמ' 39-41, **ודוכן**, עמ' 109-111.

[1040] יד) ר' ע"א 416/44, אל"ר 1946, עמ' 313; ע"א 93/43, אל"ר 1943, עמ' 239.

מציין גם כי צורת העיבוד ב"מושאע כפרי" "אינה אלא אסון למחזיקי הקרקע ולמדינה כלה"; ואמנם, סע' 8 של חוק הקרקעות מ-1274 להג"מ בא למנוע מנהג זה מעיקרא. אולם, כבר בימי התורכים לא הקפידו על סעיף זה, [[407]] ובימי המנדט הוכר המנהג בדין[1041]. לפי סע' 58 של פקודת הקרקעות (סידור זכות קניין) ניתן לחלק קרקעות "מושאע כפרי" בדרך-כפייה, תוך כדי "סידור זכות הקניין"[1042].

נראה שחוק המקרקעין מתשכ"ט אינו משנה דבר מענייני ה"מושאע" כפי שנמצאו לפניו. [[409]]

2. המשפט האנגלי

א. מיני שיתוף-הקניין במוחזק[1043]

המשפט האנגלי יודע שני סוגים עיקריים של שיתוף-הקניין במוחזק: joint tenancy (או jpoint ownership) ו-tenancy in common (או common ownership)[1044]. ההבדל במינוח הוא לפי מה שמדובר **במקרקעין**, שקניינם הוא tenancy, או **במיטלטלין**, שקניינם הוא ownership. בסוג השיתוף הראשון, קניין השותפים הוא ביסודו אחד ומאוחד, במובן זה שאף אחד מן השותפים אין לו חלק מיוחד ברכוש, [[410]] אשר אותו יוכל להוריש, - והתוצאה היא שבמשך הזמן, כשהשותפים נפטרים בזה אחר זה, נשאר הנכס בסופו של דבר ובהכרח קניינו של אחד מהם בלבד, מסיבה זו היה השיתוף מסוג "ג'ויינט" חביב על הקומון-לו, באשר הוא לא פגע במידה חשובה בעניינו של הפיאודל, לדעת בכל עת מי הוא מחזיק-הקרקע המסוים, החייב לו את החובות הפיאודליים. לעומת זאת, בשיתוף מסוג "קומון" יש לכל שותף חלק בלתי-מסוים בכל פרודה של הנכס, בדומה לתפיסה של המג'לה, וקניינו של כל שותף בחלקו הוא עצמאי ועובר בירושה. סוג זה הוא אפוא נוח יותר לעניינו של השותף עצמו, ולכן היה סוג זה חביב על "האקויטי".

החיבה של כל שיטת-משפט לסוג-השיתוף "שלה" חשובה לפירוש ההקנאה המכניסה את הנכס לקניין המשותף. הדין היסודי הוא שאם ההקנאה היא לאנשים אחדים יחד, ואין בלשון ההקנאה מלים מפורשות המורות על הכוונה שחלקי השותפים יהיו עצמאיים, הרי השיתוף הנוצר הוא מסוג "ג'ויינט", ורק אם יש בהקנאה מלים מפורשות של severance או הפרדה - מועילה היא ל"קומון"; אולם, מכוח האקויטי נהפכת ההקנאה בכמה וכמה מקרים להקנאת "קומון", אף-על-פי שבמסגרת הכלל האמור היה ראוי לה להיחשב כהקנאת "ג'ויינט". **צ'שיר** מזכיר לעניין זה שלשה מקרים: א) כשאנשים אחדים מלווים כסף על משכנתא אחת; ב) כשאנשים אחדים קונים נכס ביחד ומשתתפים בתמורה בחלקים שאינם שווים; ו-ג) כשאנשים אחדים קונים נכס ביחד

[1041] יד-1) ע"ק 57/25, המובא בקובץ פסקי הדין של **רוטנברג**, כרך ד', עמ' 1270.

[1042] יד-2) **בן-שמש**, עמ' 42.

[1043] טו) על-פי **צ'שיר**, עמ' 323 ואילך; **הלסבורי-סיימונדס**, כ"ט, 380-382.

[1044] טז) יש גם סוג שלישי, הקרוי _____, אך מפאת חוסר-חשיבותו לא נסקור אותו כאן.

לצורך של עסק או מפעל משותף. בהתאם לכך, בכל פעם שמכירים בנכס כי הוא מנכסיו של עסק משותף (partnership), רואים אותו כנתון בשיתוף-"קומון" של השותפים בעסק.

אולם, בשיתוף מסוג "קומון" עלתה תקלה חמורה שנמנעה בשיתוף מסוג "ג'ויינט". בסוג השני הזה (בכפוף למה שנראה להלן) אין לשום שותף חלק מיוחד הניתן להעברה נפרדת במסגרת השיתוף, ונמצא שכל זמן שהשיתוף מתקיים נשארת זכותם של כל השותפים יחד מבוססת רק באותה הקנאה מסוימת אחת שיצרה את השיתוף. אם השותפים רוצים להקנות את הנכס לאחרים, ומתבקשים הם להוכיח את רשותם, אין הם צריכים אפוא אלא להוכיח את הכשרות של אותה הקנאה **אחת**, שמכוחה הם באים. לעומת זאת, בשיתוף מסוג "קומון" נתון חלקו של כל שותף להעברה נפרדת ולפיצול נוסף - ואם רצו השותפים [[411]] להעביר את הנכס כלו, הרי שכל אחד מהם צריך היה להוכיח את רשותו בנפרד ולחוד, כי בדרך-כלל נמצא שמאז ההקנאה שיצרה את השיתוף כבר היתה לכל חלק וחלק היסטוריה מיוחדת משלו - דרך פיצולים, התחברויות והעברות מיד ליד, אשר הכשרות של כל אחד מהם היתה טעונה הוכחה עד להקנאה המקורית שיצרה את השיתוף (מלבד כל ההוכחות הנחוצות עוד מעבר לזה).

מצב זה הכביד מאוד על המשא-ומתן במקרקעין המוחזקים בשיתוף מסוג "קומון" וחוק הקניין הקרקעי מ-1925 (Law of Property Act) ביטל להלכה את השיתוף מסוג זה, והכניס במקומו הסדר שהוא רק הצל של מה שנכלל במושג זה לפנים. ההסדר הוא, שאם מתכוון המקנה ליצור שיתוף מסוג "קומון" במקרקעין, הריהו צריך להקנות את המקרקע ל-trustees, לשם מכירת המקרקע, ועל תנאי שאת התמורה שתתקבל, ואת הפירות שיתקבלו בינתיים, הם יחזיקו בבחינת נאמנים לאנשים האמורים להיות השותפים - לכל אחד מהם לפי חלקו. התוצאה היא אפוא, במלים אחרות, כי הקונים-השותפים, בתור שכאלה, אינם נעשים שותפים במקרקע המוקנה, כי אם רק שותפים-אקויטביליים ב"קומון" בזכות לתמורה ולפירות שיתקבלו. אם המקנה לא יצר trust כזה, ואף-על-פי-כן היתה ההקנאה צריכה להתפרש כהקנאה לשיתוף מסוג "קומון", נוצר ה-trust מאליו, והיינו על-ידי כך שהשותפים-הקונים נעשים trustees for sale לעצמם. שיטה מוזרה זו משיגה את מטרתה על-ידי כך שבדרך-כלל - כשיש כוונה שהשותפים עצמם יחזיקו במקרקע וישתמשו בו - אין המקנה יוצר פיצול אישי בין הנאמנים לבין האנשים שהוא רוצה להקנות להם באמת, אלא בפירוש או מסתמא הריהו ממנה את האנשים הללו עצמם כנאמנים. בתפקיד זה הריהם מקבלים את המקרקע לקניינם שלהם, בשיתוף מסוג "**ג'ויינט**" - ומאחר שנאמנותם היא נאמנות לעצמם, הרי כל זמן שאין הם רוצים למכור את המקרקע, יכולים הם להחזיק ולהשתמש בו כטוב בעיניהם: לעניין החזקה ושימוש אין הבדל בין השיתוף מסוג "ג'ויינט" לבין השיתוף מסוג "קומון", כפי שנראה ביתר פרוטרוט להלן; ואילו ביחס לחובת המכירה המוטלת על הנאמנים, אין שום דבר המחייב אותם להזדרז בזה, ולהלכה אפשר כי הגשמת החובה תידחה לעולם.

[[412א]] אולם, בזה מסתיימת השגת המטרה ומתחילות מגבלותיו של ההסדר: א) הזהות האישית בין הנאמנים והשותפים-המכוּוָנים אינה יכולה להתמיד. מאחר ששיתוף-הנאמנים הוא "ג'ויינט", נמצא כי במקרה שאחד מהם מת, שוב לא נותר ליורשיו מעמד בהחזקת המקרקע

והשימוש בו, ונשארת להם רק הזכות האקויטבילית לחלק בפירות ובתמורה שתתקבל בעד המקרקע. ב) מאחר שמספר הנאמנים אינו יכול לעלות על ארבעה, נמצא כי במקרה שהכוונה היא ליצור שיתוף גדול יותר, מכל-מקום לא יוכלו **כל השותפים** להשתתף בהחזקה ובשימוש, ולחלק מהם תישאר רק הזכות לפירות ולתמורה (והם יוכלו כמובן גם לתבוע את זכות ההחזקה והשימוש של הנאמנים, במידה שזו לא תעלה בקנה אחד עם עניינם של "המאמינים" ב-trust). ג) לעולם לא יתכן שזכות ההשתתפות של אחד השותפים בהחזקת המקרקע ובשימושו תועבר בנפרד. אמנם, הדין המקורי של השיתוף "ג'ויינט" הוא, שכל שותף **יכול** להעביר את זכותו בנפרד, מלבד בירושה ובצוואה, אבל התוצאה היא שהעברה נפרדת כזאת מסיימת את השיתוף "ג'ויינט" והופכת אותו לשיתוף "קומון" בחלקים שווים. לכן ביטל החוק החדש את אפשרות ההעברה הנפרדת במקרקעין, בכלל. אשר להשכרת המקרקע - הדין בשיתוף מסוג "ג'ויינט" הוא שיכול כל שותף להשכיר את חלקו לאחרים, בלי שסוג השיתוף ישתנה, ולא מיבעיא שכלל השותפים יכולים להשכיר את הנכס בכללו. אולם, במקרה שהשיתוף "ג'ויינט" הוא רק trust לשם הסדר של "קומון", נמצא כי הנאמנים אינם יכולים להשכיר, כל אחד את חלקו "הלגלי", אלא יכולים הם להשכיר רק את הנכס כלו, תוך חובה לחלק את דמי השכירות בין השותפים "המאמינים", לפי חלקם של אלה ב"קומון". מסתבר גם-כן שהנאמנים יכולים לשעבד את המקרקע בשעבודים מסוג easements ו-profits.

כדי להוסיף תוקף למטרתו של ההסדר המתואר, דהיינו להקל על מכירת המקרקע המשותף ב"קומון", קובע החוק כי מי שלוקח את הנכס מן הנאמנים אינו נפגע אף-על-פי שידע כי הנאמנים מכרו את הנכס בניגוד לרצון "המאמינים".

מצד שני, כפי שראינו, כדי לסתום את אפשרות היווצרותם של קנייני "קומון" במקרקעין על-ידי העברה נפרדת של מעמד השותף בקניין מסוג "ג'וינט", עמד החוק וביטל את אפשרותה של העברה כזאת בכלל. נוצר אפוא פגם יסודי בדיני הקניין מסוג [[412ב]] "ג'ויינט", על-ידי כך שהשותף הוצמד כאן למעמדו בקניין, ללא אפשרות הסתלקות. כדי להתגבר על התקלה הזאת, שנוצרה על-ידי החוק בעצמו, עמד המחוקק האנגלי ועשה תקנה לתקנתו, על-ידי כך שביטל בכלל את אפשרות השיתוף הכן מסוג "ג'ויינט" ברמה "הלגלית": שיתוף כזה נשאר מותר רק לשם החזקת המקרקע בנאמנות לאנשים אחרים, ואילו במקום שהשותפים אמורים ליהנות בעצמם מן המקרקע לפי עקרון "ג'ויינט" הוטלה החובה להוריד את השיתוף לרמה "אקויטבילית" בלבד, ושוב על בסיס של "נאמנות למכירה", בדומה לשיתוף מסוג "קומון". הסדר זה משיג את מטרתו על-ידי כך שאיסור ההעברה של חלקים נפרדים הוטל רק ברמה הקניינית-**במוחזק**: ברמת הקניין-**בראוי** נשארו דיני השיתוף כפי שהיו לפנים, בלי שינוי כלשהו, וכל שותף ב"ג'ויינט אקויטבילי" לפירות ולתמורה יכול גם היום להעביר את חלקו בנפרד ולהפוך בזה את התביעה המשותפת לפירות ולתמורה מסוג "ג'ויינט" לתביעה משותפת לפירות ולתמורה מסוג "קומון".

התוצאה מכל זה היא שבמקרקעין נותר עוד כיום באנגליה שיתוף קנייני במוחזק רק בין trustees. שיתוף זה הוא בהכרח מסוג "ג'ויינט", והיינו שהוא אחד ומאוחד, אינו ניתן להעברה מפוצלת, אינו כפוף לדיני הירושה כל עוד חיים שותפים אחדים, ואילו כשנותר בחיים רק שותף אחרון -

נקנה לו הנכס ביחידות. במה שנוגע לזכות ההחזקה והשימוש, הרי גם זכות זו היא אחת ומאוחדת בין השותפים: לכל אחד מהם יש זכות להחזיק ולהשתמש בנכס כלו, בשווה עם חבריו, ואין לאיש מהם תביעת trespass על חברו אלא אם הלה מנשל אותו מן הנכס או מכלה את גופו של הנכס. ביחס להחזקה ולשימוש, הוא הדין גם כשחל במוחזק שיתוף מסוג "קומון".

אשר לתיקונו של הנכס והוצאות אחרות לגביו, הדין המקורי הוא שאין השותף יכול לחייב את חבריו כי ישתתפו עמדו, ומצד שני אין גם לשותפים תביעה זה על זה ביחס לפירות שאכלו. אולם, חוק מיוחד הכניס זכות לקבלת חשבונות[1045], וכשהשיתוף הוא במסגרת של trust, חלים ביחס לתיקונים והוצאות דיני הנאמנות הכלליים.

[[413]] אשר לפירוק השיתוף, הרי במקרקעין ממילא עומד כיום כל שיתוף לפירוק בתוקף "הנאמנות למכר", אשר במסגרתו השיתוף מתקיים. מלבד זה, אם כל השותפים הם מבוגרים ומסכימים לחלוקת המקרקע ביניהם, רשאים הנאמנים לחלקו, בכפוף לתשלומי איזון או בלעדיהם, ובמידת הצורך רשאים הם תוך כדי כך לשעבד את חלקו של כל שותף לתשלומי האיזון המוטלים עליו. דרך **לכפות** את החלוקה איננה קיימת. במיטלטלין, לעומת זאת, יכול בית-המשפט לצוות על חלוקה בתנאים שימצא לנכון, אם נתבקש לכך על-ידי שותפים הזכאים לפחות למחצית.

ב. נכסי שותפות בעסק

במה שנוגע לנכסי השותפות, כלומר נכסים המיוחדים לעסק משותף, קובע סע' 20 של חוק השותפות האנגלי כי כל הנכסים המוכנסים להון-השותפות וכל הנכסים הנקנים על חשבון השותפות או לצרכיה - במהלך עסקיה - הריהם נכסי השותפות (partnership property) ואין להחזיק ולהשתמש בהם אלא לצרכי השותפות ובהתאם לחוזה השותפות. אם המדובר הוא במקרקעין, הרי אלה צריכים להיות מוחזקים בנאמנות בשביל השותפים, על-פי הדינים שראינו לעיל, והשותפים לא יהיו רשאים לממש את זכותם האקויטבילית אלא בגדר האמור. בכפוף לשעבודם של הנכסים לצרכי השותפות, נכסי השותפות הריהם נכסי השותפים, בשיתוף מסוג "קומון"[1046].

הדין האנגלי מתקיים **במדינת-ישראל**, כלשונו, על-ידי סע' 29 של פקודת השותפיות. מסעיף זה משתמע שלפחות מקרקעי השותפות - מלבד שעבודם לצרכיה - נתונים לדיני השיתוף של המג'לה, אלא שאם מת אחד השותפים, וחלקו במקרקע עובר ליורשיו, הרי אלה נעשים נאמנים כלפי העסק המשותף.

ג. תביעות וחובות משותפים

אשר לתביעות וחובות משותפים מוצאים אנו סקירה אצל **ליק**, בעמ' 312 ואילך.

[1045] יז) ר' **הלסבורי-סיימונדס**, כ"ז, עמ' 661-660, 759-758.

[1046] יח) **לינדלי**, עמ' 408 ואילך, עמ' 426 ו-428.

[[414]] השיתוף בתביעות או בחובות יכול להיות על-פי אחד משלשת האופנים האלה: several, joint או joint and several. שיתוף "סברל" נוצר כשאנשים אחדים "מתקשרים יחד באותו חוב או עניין, באופן שהנושה יכול לתבוע את כל החוב או את כל המילוי מכל מתחייב לחוד", או כשאדם אחד "מתחייב לפני כל אחד ואחד מתוך כמה אנשים, בחוב או בעניין אחד, באופן שכל אחד לחוד יוכל לתבוע את כל החוב או המילוי". למעשה ניתן אפוא לומר שהקשר מסוג "סברל" איננו כלל בבחינת שיתוף, אלא יש בו התקשרות על דרך הברירה בעניין זכותו של התובע או הנתבע. הזכויות בין התובע שגבה לבין חבריו, וכן הזכויות בין הנתבע ששילם לבין חבריו, נקבעות לפי ההסכם ביניהם. הדוגמה המובהקת ביותר של שיתוף "סברל" היא בערבות הפשוטה.

בשיתוף מסוג "ג'ויינט", אם המדובר הוא בחוב המגיע במשותף **מאנשים** אחדים יחד, הרי כל אחד מהם יכול להיתבע על כל החוב כלו, אבל בהיתבעו כן יכול הוא לבקש כי חבריו יצורפו למשפט; ואם המדובר הוא בחוב המגיע במשותף **לאנשים** אחדים יחד, אין אף אחד מהם יכול לתבוע אלא תוך צירוף עם חבריו. פסק-דין, שיצא במשפט אשר רק חלק מן החייבים-השותפים היו צדדים בו, איננו מחייב אלא את האנשים הללו. אם השיתוף הוא **בזכות**, ואחד הזכאים-השותפים סרב לתבוע, הרי די לחבריו אם יצרפוהו למשפט כנתבע, אבל בעשותם כן חייבים הם לתת ערבות להוצאותיו במשפט. שותף-חייב ששילם את החוב יכול בסתם לתבוע מחבריו את חלקיהם, וכן שותף-תובע שגבה את הזכות חייב מן הסתם לחבריו את חלקיהם שלהם. בשיתוף מסוג "ג'ויינט" יש אפוא חזקה בדבר היותה של הזכות או החובה משותפת לפי חלקים, אבל זוהי רק חזקה בלבד, והיחס בין השותפים נקבע גם כאן לפי ההסכם שביניהם. אולם, בנקודה אחה מכרעת, היחס בין השותפים הוא קבוע בדין, והיינו שבשיתוף מסוג "ג'ויינט", הרי במקרה שנשוא השיתוף הוא חיוב או תביעה, מכל מקום כפוף הוא ל-jus accrescendi; כלומר, שאם מת אחד השותפים, אין השתתפותו בחיוב או בזכות עוברת ליורשיו, אלא החיוב או הזכות של חבריו "מוגברים", כאילו לא השתתף בהם המת מעולם - ועד שלבסוף נעשים הם חיובו או זכותו של יחיד, ביד אותו השותף ששרד אחרון.

[[415]] בשיתוף מן הסוג השלישי, "ג'ויינט אנד סברל", חלים הדינים של שני הסוגים הקודמים יחד, והתוצאה היא שלמעשה, אם המדובר הוא בשיתוף של **חובה**, הרי זה פשוט שיתוף מסוג "ג'ויינט" תוך פטור מ-jus accrescendi, כלומר שהשתתפותו של כל שותף בחוב עוברת בירושה; אם המדובר הוא בשיתוף של **זכות**, הרי זה חוזר למעשה ונהפך לסוג "סברל".

השאלה, לאיזה משלשת הסוגים שייך השיתוף, נפתרת בכל מקרה לחוד, לפי דינו המיוחד או כוונת הצדדים.

3. הדינים ביבשת אירופה

א. השיתוף בחלקים בלתי-מסוימים

תורת השיתוף בנכסים ביבשת אירופה מבוססת על המשפט הרומי. **דרנבורג**[1047] מספר כי הרומיים דיברו על "חלקים בלתי-מחולקים" בדבר המשותף; וכי יש המפרשים כי הרומאים התכוונו בכך לומר שלכל אחד מן השותפים יש - מבחינה רעיונית - חלק מתאים בכל נקודה של הנכס המשותף. אולם, דרנבורג עצמו חולק על פירוש זה, מפני שמסרב הוא להכיר באפשרות של "חלוקה רעיונית": "גוף ניתן לחלוקה רק מבחינה גופנית", מכריז הוא, ולדעתו אין אפוא להבין את המימרה הרומית כקביעת-מושג, אלא כציון נוח לצרכים מעשיים בלבד. מבחינה מושגית מקבל הוא את התורה - שהוא מיחס לה את ההסכמה הכללית של המשפטנים הרומיים המאוחרים - והאומרת כי במקרה של שיתוף בנכס, לא הדבר הוא מחולק, אלא **הזכות הנתונה לשיתוף**; ומחולקת היא לא במובן זה שלכל אחד מן השותפים יש חלק מן הרשויות הכלולות בה - כי לכל אחד מהם ישנן כל הרשויות כלן הגלומות בזכות, **ומבחינת התוכן, הזכות היא שלמה אפוא ביד כל אחד מהשותפים לחוד** - אלא מחולקת הזכות בין השותפים רק **מבחינת הקפה**, במובן זה שהרשויות של כל שותף ושותף נסוגות ונופלות כל אימת שאין הן יכולות לעלות בקנה אחד עם הרשויות המקבילות של השותף האחר. לבסוף נמצאת אפוא זכותו של כל שותף מעוצבת מתוך ההתחרות עם חבריו: לכל אחד מהם נופל **חלק** מהנאתה ומנטלה של הזכות - וכשאין ההנאה או הנטל ניתנים לחלוקה במישרין, זכאים השותפים לתיקון ממוני לפי קנה-המידה של חלקיהם. מתוך התפיסה הזאת, שדיני השיתוף הם פרי הפשרה בהתחרות על מימושה [[416]] של זכות אחת, מסביר דרנבורג גם את הדין הרומי המעשי, כי במקרה שאחד השותפים יוצא מן ההתחרות, מתפשטות זכויות חבריו במידה מתאימה, באופן אוטומטי (וחלקו של השותף שיצא אינו נעשה הפקר).

תפיסה דומה מוצאים אנו אצל **פלניול וריפר**[1048] בצרפת ואצל **מסיניאו**[1049] באיטליה. מתוך דבריהם של אלה אפשר לדלות רעיונות כלשהם לתירוץ הערפילים שהתפיסה מעלה. אפשר, למשל, לומר שהנכס הנתון לשיתוף נתון לשורה של זכויות שוות המתחרות ביניהן, ושהזכות הנשארת לכל שותף למעשה מתוך ההתחרות נקראת "חלק". במקום זה אפשר גם לומר שהשיתוף אינו מורכב משורה של זכויות אלא מתיחס הוא רק לזכות אחת ויחידה; אבל בעוד שבדרך-כלל אין הזכות עומדת אלא לאדם מסוים - בדומה לשמש שהיתה מאירה רק לאדם אחד בלבד - הרי כאן עומדת הזכות לאנשים רבים ומאירה כביכול לכל אחד מהם לפי החלק המגיע לו. לפי תירוץ זה, "החלק" איננו בבחינת זכות לעצמו, אלא בבחינת קנה מידה להערכת כמותם של "קרני-הזכות" הראויים

[1047] יט) בכרך א', עמ' 461 ואילך.

[1048] כ) כרך ג', עמ' 280 ואילך.

[1049] כא) כרך א', עמ' 149, ואילך.

לשותף המסוים. **אנקצרוס-להמן**[1050]**, בגרמניה**, דוחה בכלל את האפשרות לתאר את השיתוף בנכסים ולהגדירו מבחינה מושגית, ומסתפק הוא בתיאור דיניו המעשיים בלבד.

אשר לדינים המעשיים, מתחלקים הם לשני חלקים, אשר קנה-המידה להבחנה ביניהם הוא גם-כן מעורפל מבחינה עיונית. **פליונל וריפר**, וכן **מסיניאו**[1051]**,** מבחינים ואומרים כי החלק האחד מתיחס לשליטה בנשוא של הזכות, היינו בנכס המשותף עצמו, ואילו החלק השני מתיחס לשליטת השותף **בחלקו, אי בעצם הזכות העומדת לו**: כי במה שנוגע לשליטה בנכס עצמו, מוגבל כל שותף על-ידי הרשות המקבילה של חבריו, אבל במה שנוגע לשליטת השותף בעצם זכותו - הריהו חפשי ועצמאי לחלוטין. יוצא אפוא, לפי תפיסה זו, כי יש להבחין כביכול בין שני מיני רכוש: הנכס המשותף, שהוא רכוש השותפים, וזכותו של כל שותף בנכס, שהיא רכושו המיוחד של כל שותף לחוד ועומדת מחוץ לקשרי השיתוף.

[[418]] **אנקצרוס-להמן**, לעומת זאת, מבחין בין רשויות הגלומות בזכות המשותפת והניתנות למימוש חלקי לבין רשויות הגלומות בזכות ושאינן ניתנות למימוש חלקי: את הרשויות מן הסוג הראשון חפשי כל שותף לממש בלי שום תלות בחבריו, אבל את הרשויות מן הסוג השני אין השותף חפשי לממש אלא עם חבריו או רק במידה שהמימוש לא יפגע באינטרסים של חבריו.

בגדר הרשויות שהשותף חפשי לממשן לבדו, חפשי הוא אפוא להעביר את מעמדו כשותף לאחרים ויכול הוא לעשות את מעמדו-כשותף אפותיקי. כמו-כן רשאי הוא להעמיד אחרים שיממשו את זכויותיו בשיתוף במקומו. מעמדו של השותף ניתן בגרמניה להיטרף על-ידי נושי השותף, אבל בצרפת אין לטרוף את חלקו של השותף בעוד שהשיתוף קיים, כי מכירת החלק הנפרד עשויה להכניס פחות מערכו היחסי האמיתי. בכמה מדינות גרמניות היה מקובל לאפשר לשותף לפדות את חלק חברו שנמכר לזרים. דין דומה לא היה נהוג במשפט הרומי, והוא לא התקבל גם בבג"ב; אולם, החוק האזרחי השוויצרי, בעמ' 682, מכניס את זכות המצרנות לטובת השותף במקרקעין.

בגדר הרשויות מן הסוג השני, רשאי השותף קודם כל להשתמש בנכס המשותף בתנאי שלא ישנה את יעודו, לא יזיקנו ולא יפריע לרשות המקבילה של חבריו. דין זה נכון לגבי כל השיטות הנסקרות. באיטליה רשאי השותף גם להכניס שינויים בנכס, על חשבונו, אם השינויים יהיו עשויים להועיל בהנאת הנכס. בגרמניה רשאי הוא לנקוט כל "פעולת ניהול" הכרחית. בשוייצריה רשאי השותף לנקוט כל מעשה הנכנס בגדר "ההנהלה השוטפת הרגילה" של הנכס, אלא אם חבריו מנעו ממנו זכות זו לפי מה שנראה להלן (סע' 647). מלבד זה, בכל השיטות, זכאי כל שותף לחלק מפירותיו של הנכס, בהתאם לחלקו.

[1050] כב) עמ' 761 ואילך.

[1051] כג) כרך ב/א, עמ' 505 ואילך.

בצרפת אין השותפים רשאים לחרוג מן הנאמר לעיל, לגבי השליטה בנכס, אלא אם מסכימים הם על המעשה פה אחד. אולם, יש לפעמים שבתי-המשפט מכירים לעצמם את הסמכות לחייב את השותפים בנקיטת "מעשה-ניהול" כלשהו, או שבתי המשפט עצמם ממנים "מנהל", שיהא רשאי לפעול כנציגם של השותפים, אף-על-פי שחלקם מתנגדים, - ולפעמים גם מאשר בית המשפט בדיעבד פעולת-ניהול שנעשתה על-ידי שותף שלא ברשות. מקום שמסכימים השותפים למעשה חורג שייעשה על-ידי אחד מהם, אין ברור לי אם יש להסכמה תוקף קנייני או שיכולים המסכימים לחזור בהם בכל עת ולבטל את הרשות שנתנו באופן חד- צדדי.

[[419]] בגרמניה גם כן דורשת החריגה, בדרך-כלל, הסכמה פה אחד, אבל כל שותף יכול לחייב את חבריו שתינקטנה פעולות ניהול או שימוש המתאימות לאינטרס של כלם. חוץ מזה, יש תוקף מחייב להחלטות של **רוב השותפים**, לגבי פעולות ניהול או שימוש שהן טבעיות לנכס המשותף, ואת הרוב מונים לפי גודל חלקיהם של המשתתפים בהצבעה. החלטת הרוב מחייבת את כלל השותפים גם כלפי חוץ, ואף אם תתקבלנה שלא לחלוטין כדין (כגון שלא ניתנה לכל השותפים הזדמנות להשמיע את דעתם); אולם, אין בבג"ב הוראות מפורטות בדבר תנאי השלמות של ההחלטה. **אנקצרוס-להמן** קובע רק, שאם פעלו על-פי החלטה שהתקבלה באופן פגום, זכאים הנפגעים לפיצויים, ואף יוכלו לראות בדבר עילה לפירוק השיתוף (גם כשבסתם מנועים הם מלדרוש פירוק על-פי מה שנראה להלן). החלטת הרוב מחייבת גם את חליפיהם של השותפים הבודדים, ואף אם לא ידעו על ההחלטה, אולם במקרקעין מועילה היא כנגד חליפו של שותף רק אם נרשמה בספרי האחוזה. **אנקצרוס-להמן** מציין כי ההחלטה המחייבת של הרוב הריהי בבחינת שעבוד המוטל על חלקו של כל שותף בודד, אלא שאין להכליל את השעבוד מזה בשום טיפוס אחר של זכויות ריאליות המוסדרות על ידי הבג"ב[1052].

באיטליה מספיקה החלטה על-ידי רוב ערכי של השותפים המשתתפים בהצבעה כדי להכריע בכל עניין הנכנס בתחום "הניהול הרגיל" של הנכס (לרבות מינוי מנהל - מבין השותפים עצמם או אדם זר, - קביעת סמכויותיו וחובותיו, וכן קביעת תקנות להנהלה הרגילה או להגברת יעילותו של הנכס). אם חורג העניין מן הניהול הרגיל, אבל מתבטא הוא בשבח שלא יפגע בהנאתו של איש מן השותפים ולא יהיה כרוך בהוצאות כבדות באופן מוגזם, או שמתבטא הוא בשעבוד הנכס באחריות למילווה המיועד להשבחת הנכס, או שמכל-מקום לא יפגע העניין באינטרס של איש מן השותפים - יכול להכריע בו רוב ערכי של שני שלישים מבין השותפים. עניין החורג מגדרים אלה וגם מגדרי [[420]] רשותו של השותף הבודד, וביחוד השכרת הנכס לתקופה ארוכה מ-9 שנים, שעבודו לזכויות ריאליות או העברתו הגמורה - אין בהם הכרעה אלא על-ידי הסכמה פה אחד. מקום שהיתה הצבעה, ורוב המצביעים קיבל החלטה הנכנסת בתחום "הניהול הרגיל", ניתנת האפשרות לכל שותף שלא נמנה עם הרוב לערער על ההחלטה תוך שלשים יום מן התאריך שבו ההקבלה או שבו נודע לו עליה. נימוקי הערעור יכולים להיות, שלפני ההצבעה לא הודע עליה לכל

[1052] כד) יש לציין כי מלבד שעבוד זה, המוטל על חלקו של השותף לטובת חבריו, אפשר גם שנכס השותפים ישתעבד לטובת אחד מהם, על פי הדרך הרגילה של הטלת שעבודים.

השותפים או שההחלטה עשויה לפגוע באופן חמור בנכס המשותף. אם היתה הצבעה, ורוב של שני שלישים מבין השותפים הסכים בה על עניין החורג מן "הניהול הרגיל" - גם-כן ניתנת אפשרות של ערעור לבני המיעוט, תוך שלשים יום כנ"ל, בנימוק שלפני ההצבעה לא הודע עליה לכל השותפים. אם הרוב של שני שלישים חרג מסמכותו מבחינה ענייינית, והחלט על דבר החורג מן "הניהול הרגיל" והכרוך בהוצאות מוגזמרת או העשוי לפגוע באינטרס של מישהו מן השותפים, ניתנת לבני המיעוט אפשרות של ערעור, אבל שוב - רק תוך שלשים הימים כאמור לעיל; נמצא אפוא, שכעבור שלשים הימים נרפאת ההחלטה ומקבלת תוקף, אף-על-פי שטעונה היתה הסכמה פה אחד - אלא שמכל-מקום, לעולם אין תקנה להחלטה אשר לא התקבלה פה אחד והנוגעת לאחד משלשה הענינים המיוחדים שציינו לעיל. כל זמן שהערעור תלוי ועומד אין הוא פוגע בתוקפה של ההחלטה, אלא אם ציווה בית-המשפט להתלותה. החלטה שהתקבלה ולא בוטלה מחייבת גם את חליפיהם של השותפים המקוריים. במקרה שאין ננקטים הצעדים הדרושים להנהלת הנכס, וביחוד כשאין נוצר הרוב הדרוש או שאין מבצעים את ההחלטה שנתקבלה, יכול כל שותף לדרוש את התערבות השופט.

בשוייצריה דרוש רוב של השותפים כדי למנוע מאחד מהם את זכותו היסודית, לנהוג ב"הנהלה השוטפת הרגילה" של הנכס כרצונו. לא נאמר בחוק מהו הרוב הדרוש, אבל מסתבר שהכוונה היא לרוב אישי[1053]. לגבי מעשי הנהלה החורגים מן השוטף או הרגיל נחוצה החלטה של רוב שהוא אישי וערכי גם יחד. לגבי העברת הנכס או שעבודו, וכן לשינוי יעודו, נחוצה החלטה פה אחד, אלא אם הוסכם פה אחד כי תספיק החלטה מסוג אחר (סע' 648).

[[421]] מצד **הנטל** שבזכות-השותף, דין כללי הוא שיכול כל שותף לחייב את חבריו כי ישתתפו לפי חלקיהם בהוצאות הנחוצות להחזקת הנכס, שימורו והפקת הנאתו - ולא-כל-שכן שחייב כל שותף להשתתף בהוצאות המחויבות מחמת הנכס על-פי דין ובהוצאות שהוחלט עליהן כדין בקרב השותפים. אם מישהו מן השותפים נשא בהוצאות מסוג זה בעד חבריו, חייבים הם להחזיר לו. בצרפת, אם הוציא אחד השותפים הוצאות על הנכס מדעתו, ובית-המשפט אישר את המעשה בדיעבד, חייבים השותפים להשתתף בהוצאה - אמנם לא מדין השיתוף (כי על-פי דין זה נעשתה ההוצאה שלא ברשות), אבל מכל-מקום מצאו בתי המשפט את האפשרות להטיל את החובה מדין negotiorum gestio. באיטליה, אם אחד השותפים הוציא הוצאות על הנכס מדעתו, אבל ההוצאות היו נחוצות לשימורו של הנכס והוא נשא בהן בשעה שחבריו או המנהל של הנכס הזניחו את הדבר, זכאי הוא מכל-מקום להשתתפות חבריו על פי דין. בצרפת ובאיטליה, אם נופלת על אחד השותפים החובה להשתתף בהוצאות מחמת הנכס המשותף, יכול הוא להיפטר מחובתו על-ידי שיסתלק מחלקו בשיתוף (אלא אם הוא עצמו תמך בהוצאה). שותף שחלה עליו חובה להשתתף בהוצאות והמעביר את חלקו לאחר, הרי באיטליה נעשים הוא וחליפו ערבים קבלנים זה לזה לגבי כל סכום שלא שולם על-פי אותה חובה.

[1053] כה) צג"ב, סע' 647, ור' **רוסל ומנתא**, ב', עמ' 311.

לעניין ההגנה על זכות השותפים, כלפי חוץ ובינם לבין עצמם, הכלל הוא שאין השותף הבודד מייצג את חבריו; אולם, את התביעות הפוססוריות[1054] בגינו של הנכס יכול כל שותף להפעיל לגבי הנכס כלו, הן כנגד זרים הן כנגד חבריו המשתלטים על הנכס שלא כדין. עם זאת קובע החוק הגרמני בפירוש, כי ההגנה הפוססורית אינה ניתנת לשותפים בינם לבין עצמם לעניין הטענה שאחד השותפים משתמש בנכס תוך חריגה מסמכותו: ההגנה ניתנת לשותף, אפילו כנגד חבריו, במקרה של נישול מלא או חלקי **מהחזקתו** בנכס, אבל אין היא ניתנת במקרה של הפרעה בגדר **ההחזקה המשותפת** גופא. גבולות הסמכות של כל שותף ושותף יכולים אפוא להתברר רק בתביעה קניינית.

[[422]] ההנחה היא (בגרמניה) שהשותף רשאי להשתמש בנכס כפי שהוא נוהג, ומי שטוען כי הלה חורג מסמכותו - עליו הראייה. בתביעה הקניינית, בדרך-כלל יצטרך השותף להתלונן רק על הפגיעה שנגרמה לקניינו המסוים שלו - היינו הפגיעה שנגרמה לחלקו; אולם, בתביעה הקניינית להחזרת הנכס (שנתפס על ידי גזלן, ובין אם הגזלן הוא זר או אחד השותפים), יכול כל שותף שנפגע לתבוע לאו דווקא החזרת חלק מן הנכס, כי אם את החזרת הנכס כלו לרשות השותפים כלם, ואין הוא צריך לצרף בזה את חבריו כתובעים. בשוייצריה, בסע' 648, ניתנת לשותף הסמכות המפורשת "לייצג את הנכס", אך נראה שגם בשוייצריה אין סמכות זו חורגת מן הגבולות שאמרנו[1055].

לפי **מסיניאו**, עדיין נשמר בתוקפו הדין הרומי כי במקרה שאחד השותפים מסתלק מן השיתוף, מתרחבים באופן אוטומטי ובמידה מתאימה חלקיהם של השותפים הנותרים. דין זה מקביל ל- jus accrescendi שראינו באנגליה, אבל מסתבר שכאן אין הוא פוגע בדיני הירושה, וחלקו של כל שותף עובר מכל מקום בירושה כרגיל[1056].

ההנחה הכללית היא כי חלקי השותפים הם שווים.

בכל השיטות הנסקרות ניתנת לשותפים האפשרות לכפות זה על זה את פירוק השיתוף - אם בדרך חלוקה גופנית של הנכס ביניהם (באופן שכל אחד יקבל חלק מסוים לקניינו היחודי, במקום החלק הבלתי-מסוים שהיה לו בשיתוף) ואם בדרך מכירתו של הנכס וחלוקת התמורה. על פרטי הדברים נעמוד לחוד להלן, אבל כאן נציין עוד כמה מעקרונות העניין, החשובים לגבי מוסד השיתוף כשלעצמו.

[1054] כו) ר' גם **וולף-רייזר**, עמ' 64-63.

[1055] כז) ר' **רוסל ומנתא**, ב', עמ' 313-312.

[1056] כח) אף-על-פי-כן, אם זכות ניתנה במשותף לאנשים אחדים לימי חייהם, הרי במות אחד מהם אין חלקו עובר בירושה, אלא זהו מקרה מובהק שבו מתאפשרת הצטרפות חלקו של שותף מסתלק לחלקי חבריו.

ראשית, יש לציין את הדין הצרפתי והאיטלקי כי חלוקת הנכס בין השותפים אין לה אופי קונסטיטוטיבי, כי אם הצהרתי בלבד[1057], ומשבוצעה החלוקה רואים אותה כאילו היתה עשויה מלכתחילה, משעה שנכנס הנכס לקניין השותפים. במלים אחרות אפשר גם [[423]] לומר, שהחלוקה חלה למפרע - או כי במקום שנעשתה חלוקה רואים את הנכס כאילו לא היה משותף מעולם, וכאילו נתון היה כל חלק וחלק מלכתחילה ביד אותו שותף אשר לידו נפל לבסוף. נפקא מינה, כמובן, למעשים שעשה השותף, בפני השיתוף, שלא ברשות. - גם במקרה שהנכס המשותף נמכר בדרך כפייה לשם פירוק משיתוף, ונקנה הוא על-ידי אחד השותפים, רואים את הקונה כאילו היה בעליו היחיד של הנכס לכתחילה.

בגרמנית מציינים כי תביעת השותף לפירוק איננה עוד - כמו במשפט הגרמני "המקובל" או בשותפות המסחרית גם כיום - בבחינת Gestaltungsrecht, המפעילה את תהליך הפירוק באמצעות בית-המשפט, אלא הריהי בבחינת תביעה אישית, המכוונת להשיג את הסכמת השותפים האחרים.

לפי הדין הרומי אי-אפשר היה להתנות על זכות-הפירוק של השותף התנאה עולמית - בין אם בדרך של תנאי בצוואה ובין אם בהסכמה הדדית. התנאה זמנית היתה אפשרית, במידה שהיה התנאי לתועלת הדבר המשותף. **בצרפת** אפשר להתנות על תביעת הפירוק למשך חמש שנים לכל היותר, אבל ההתנאה ניתנת לחידוש מדי פעם בפעם. כל זמן שההתנאה עומדת בתוקפה, מועילה היא גם כנגד נושי השותפים. **באיטליה**, התקופה המירבית לתוקף ההתנאה היא עשר שנים (והיא מועילה גם כנגד חליפיהם של השותפים המקוריים); אולם, במקרה שיש טעמים חשובים, יכול בית-המשפט לצוות על הפירוק למרות ההתנאה העומדת בתוקפה. מצד שני, גם אם לא היתה התנאה, ונדרש הפירוק, רשאי ביה-המשפט לדחות את ביצוע הדבר למשך חמש שנים לכל היותר, במקרה שהפירוק יפגע באינטרסים של השותפים האחרים, אם יבוצע לאלתר. **בגרמניה** מועילה ההתנאה אפילו לעולם, וכמו כן אפשר להתנות שתביעת-הפירוק לא תועיל אלא לאחר שהות מסוימת; אולם, במקרה שנמצא לדבר טעם חשוב, רשאי בית-המשפט לאשר את תביעת הפירוק אפילו כשהתנאה עומדת בתוקפה. מקום שנעשתה ההתנאה לזמן מסוים, ואחד השותפים מת תוך אותו זמן, פוקעת ההתנאה, אלא אם נקבע אחרת. ההתנאה מועילה אפילו כנגד שותפים-חליפים שלא ידעו עליה, אולם במקרקעין אין היא מועילה נגד שותפים-חליפים אלא אם נרשמה בספרי האחוזה. כל התנאה על הזכות לתבוע פירוק על סמך "טעמים חשובים" - בטלה. **בשוייצריה**, על-פי סע' 650, אפשר להתנות על זכות הפירוק למשך 10 שנים לכל היותר; אבל מכל-מקום אין לתבוע פירוק בזמן "בלתי-מתאים"[1058] או כשהנכס המשותף מיועד למטרה של קבע ועדיין מטרתו קיימת.

[[424]] סע' 756 של הבג"ב הגרמני קובע כי במקרה שבזמן פירוק השיתוף נמצאים בין השותפים חובות כלשהם, מדין השיתוף, יכול כל שותף-נושה לדרוש כי החוב ישולם מגופו של החלק הנופל

[1057] כט) ר' גם **פלניול וריפר**, ג', עמ' 649, ו**מסיניאו**, ו', עמ' 568.

[1058] ל) הכוונה ביחוד לתקופה של ירידה מיוחדת במחירים: **רוסל ומנתא**, ב', עמ' 315.

לשותף-החייב. על-פי סע' 755, אם נמצא בזמן הפירוק כי על השותפים מוטל חוב משותף, מתוך השיתוף, יכול כל שותף לדרוש כי החוב ישולם מגופו של הנכס המשותף. במקרקעין אין הדרישה מועילה כנגד חליפו של שותף, אלא אם נרשם החוב בספרי האחוזה. באיטליה, על-פי סע' 1115 של ספר החוקים האזרחי, גם-כן יכול כל שותף לדרוש בזמן הפירוק כי חוב משותף ייפרע מגופו של הנכס, ומוסיף הסעיף כי במקרה שאחד השותפים כבר שילם את החוב המשותף, ולא נפרע מחבריו, משתתף הוא בפירוק בחלק מוגבל במידה מתאימה.

ב. נושאים שונים של שיתוף

הדינים שסקרנו חלים בעיקר בקניין-הגוף, אבל גם בקניינים משותפים פחותים מזה, ואף באותם הקניינים הנחשבים באירופה כ"זכויות אישיות". **מסיניאו** רואה כסוג של שיתוף מן המין שסקרנו גם את **ההחזקה המשותפת**: "כמו בכל זכות אחרת, בדרך-כלל, גם ההחזקה יכולה להיות במשותף; עולה אז המושג של **ההחזקה המשותפת** (שלא במחולק), או של ההחזקה על פי שברים אריתמטיים (חלקים רעיוניים), אשר בה מתגשמת החלוקה של תוכן הזכות"[1059]. גם **אנקצרוס-להמן** מציין שההחזקה המשותפת היא בבחינת יחס של שיתוף (מן הסוג הנסקר), "באשר ההחזקה היא זכות"; אך אצל **וולף-רייזר** נאמר ש"מכל-מקום אין שליטתם של המחזיקים-השותפים בנכס מחולקת לפי שברים. חלוקה כזאת יכולה להתיחס רק לזכות, אשר במימושה מוחזק החפץ על-ידי המחזיקים-השותפים..."[1060].

מלבד זה יתכן כמובן שיתוף בתביעה או בחוב. בעניין זה אפשר להבחין ביבשת אירופה בין שני סוגים עיקריים. הסוג הראשון היא **שיתוף מפורד**, שבו החוב או התביעה של כל שותף ושותף הם עצמאיים ונפרדים כמעט לחלוטין, אלא שהחובות או [[425]] התביעות של כלם נובעים ממעשה אחד, ולפיכך עלולות מסיבות מסוימות, המתארעות בחובו או בתביעתו של אחד, להשפיע על גורל התביעות או החובות של כלם. כגון שראובן ושמעון קנו ביחד נכס, בתנאי שכל אחד מהם ישלם אם חלקו במחיר, ולבסוף לא שילם ראובן. במידה שתהיה למוכר זכות-עיכוב בממכר כנגד ראובן, תעמוד לו אותה הזכות גם כנגד שמעון. הסוג השני והיותר חשוב - ביחוד בשיתופי-חובה - הוא סוג השיתוף "**הסולידרי**" (המאוחד). בסוג שיתוף זה אפשר לתבוע את כל אחד מן החייבים למילוי החובה כלה, וכל אחד מהתובעים יכול לתבוע כי החובה תתמלא כלה כלפיו. לא תבע אף אחד מן הזכאים לתבוע, רשאי החייב לפרוע לזכאי הטוב בעיניו. בצרפת רואים את החייבים המאוחדים כשליחים זה לזה, ופסק-דין שיצא נגד אחד מהם הוא מעשה בית-דין כנגד כלם. באיטליה, פסק-דין שיצא נגד התובעים או החייבים המאוחדים, במשפט שלא כלם היו צד בו, אינו מעשה בית-דין נגד אלה שלא השתתפו במשפט, אבל אם יצא פסק-הדין לטובת התובעים או החייבים המאוחדים - יכולים להסתמך עליו אף אותם שלא השתתפו. בצרפת, ההנחה היא כי השיתוף הוא מפורד, אלא אם היחס הוא מסחרי; באיטליה, ההנחה היא כי השיתוף הוא מאוחד; בגרמניה, אם הזכות או החובה ניתנות לחלוקה, ההנחה היא כי השיתוף מפורד, אבל יש יוצאים רבים מן הכלל,

---

[1059] לא) כרך ב/א, עמ' 534. השווה בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק א' סע' ג', בסמיכות להערה מ"ט.

[1060] לב) **וולף-רייזר**, עמ' 38.

ולמעשה - במקום שיש ריבוי **חייבים**, השיתוף יהא בדרך-כלל מאוחד, אף אם החובה ניתנת לחלוקה. אחד החייבים המאוחדים, שפרע את החוב, יש לו בדרך-כלל זכות לחזור אל חבריו, בהתאם ליחס שביניהם; אחד התובעים המאוחדים שגבה את הזכות, חייב בדרך-כלל להתחלק עם חבריו[1061].

ג. נכסי השותפות בעסק ו"השיתוף ביד אחת"

נעבור עתה אל נכסי משותפות בעסק, או **השיתוף התכליתי. בצרפת**, המצב בעניין זה הוא די מעורפל. ב-1891 פסק בית-המשפט כי יש ל"שותפות האזרחית" אישיות משפטית, ובהתאם לכך מונים בנכסיה של שותפות מעין זו דינים מדינים שונים, אשר אפשר לכאורה [[426]] להסיק מהם כי רכוש השותפות הריהו אמנם רכוש פרטי רגיל, הנבדל לחלוטין מרכושם הפרטי של חברי השותפות[1062]. אולם, בהמשך הדברים, בעמ' 47, משתמע אצל **אובר ורו** כי יתכן שההפרדה הזאת איננה שלמה, ומכל-מקום יש שותפויות שאין להן אישיות משפטית. בשותפויות כאלו, רכוש השותפות הוא רכושם של השותפים בחלקים בלתי-מסויימים, אלא שזכותו של כל שותף בנכס מוגבלת לא רק על-ידי הזכויות המקבילות של חבריו, כי אם גם על-ידי תעודתו של הנכס ומטרות השותפות בכללה. יתר-על-כן, אין השותף יכול להכניס אדם אחר תחתיו לשותפות בלא הסכמת חבריו, ולפיכך - אם הוא מעביר למישהו אחר את חלקו בנכס בלא הסכמה כזאת, מכל-מקום אין הלה נכנס תחתיו לקשר-השותפות, ונוצר הבדל בין השיתוף בנכס לבין השותפות בעסק. לגבי הנכס השייך לשותפות, אין תביעה לפירוק השיתוף בו, כל זמן שמתקיים קשר השיתוף. **באיטליה** נראה כי נכסי השותפות בעסק הם תמיד רכוש פרטי נפרד של השותפות, בין אם יש לשותפות אישיות משפטית ובין אם אין[1063].

בגרמניה ובשוייצריה מקובל לגבי עניינו סוג מיוחד של שיתוף, הנקרא Gemeiuschaft zur gesamten land. נתרגם את המונח כשיתוף "ביד אחת". **טואור**[1064] מסביר את השיתוף מסוג זה כשיתוף "הנובע מתוך קשר יסודי, המקשר את השותפים אף אלמלא שיתופם ברכוש. הריהו תוצאה מקשר אישי הדוק, ממערכה שלמה של זכויות וחובות" - להבדיל מן השיתוף בחלקים בלתי-מסוימים, אשר מעבר לו אין נדרש בין השותפים שום קשר שהוא. השיתוף "ביד אחת" נהוג לא רק בשותפות העסקית, אלא גם בשיתוף שבין בעל ואשתו ושיתוף היורשים. לשותף הבודד אין כאן חלק הניתן להעברה באופן עצמאי, ובסתם אין לשום שותף שום רשות נפרדת בנכס: רק כל השותפים יחד רשאים לעשות בו, מתוך הסכמה כללית. גם לגבי הזכויות והחובות הקשורות לנכס, כגון הזכות לפירות או חובת המסים בגינו, אין לשותפים מעמד הניתן להימדד בשברים, אלא הזכות והחובה חלות תמיד על כלם יחד, במאוחד. השיתוף "ביד אחת" אינו עומד לפירוק

[1061] לג) על-פי **קולין וקפיטן**, ב', עמ' 310 ואילך; **מסיניאו**, ג', עמ' 534 ואילך; **אנקצרוס-להמן**, עמ' 353 ואילך.

[1062] לד) **אובר ורו**, ו', עמ' 20-19.

[1063] לה) **מסיניאו**, ג/א/א, עמ' 295.

[1064] לו) בעמ' 459 ואילך.

על-פי דרישתו של שותף כלשהו, אלא הוא מתקיים בהכרח [[427]] כל זמן שמתקיים הקשר היסודי. **רוסל ומנתא**[1065] מציינים כי המיוחד שבשיתוף "ביד אחת" הריהו זה, שכאן נמצאים אנשים אחדים מאוחדים ביניהם באופן הדוק, בלא שיהוו בכל-זאת אישיות משפטית. מסתבר שאין מקום לדבר על ירושת השותף "ביד אחת", אבל כמו-כן אין כאן עניין הכרחי ב- jus accrescendi: יתכן שיורשי השותף יכנסו תחתיו לקשר האישי שבין השותפים, ובאמצעות הקשר הזה יהפכו להיות גם שותפים בנכס.

לא רק השיתוף **בזכות** לגבי הנכס יכול להיות "ביד אחת", אלא גם **החזקת** הנכס יכולה להיות בשיתוף מסוג זה. אולם, מסתבר שיש להבדיל: נכס השייך לשותפים "ביד אחת" - יתכן שיהיה מוחזק על-ידיהם בשיתוף רגיל, באופן שלכל אחד מהם תהיה החזקה בנכס כלו, הכפופה רק להחזקה המקבילה של חבריו; ואמנם, מסתבר שכך יהיה ברוב המקרים. לעומת זאת, אפילו מקום שיש זכות משותפת רגילה, יתכן שההחזקה תהיה "ביד אחת". ההחזקה "ביד אחת" מתבטאת בזה שאין המחזיקים-השותפים יכולים לעשות בנכס אלא במאוחד, כגון שלכל שותף יש מפתח, ואין לפתוח את הנכס אלא על-ידי כל המפתחות יחד - או שנתון הנכס בידו של שומר אחד, המחזיק בשביל שותפים אחדים.

גם השיתוף בתביעה או בחוב יכול להיות "ביד אחת". במקרה כזה, אין הזכות יכולה להיתבע אלא על-ידי כל השותפים יחד ואין הסילוק יכול להיתבע אלא מכל החייבים כאחד.

4. דיני ישראל

א. שיתוף הנכסים הרגיל

גם המשפט העברי מתלבט בתפיסה העיונית שינקוט לגבי השיתוף בנכסים, אך נראה כי בסיכומו של דבר התפיסה כך היא: מקום שאנשים אחדים נמצאים שותפים בקניין כלשהו בנכס, הרי מלבד מה שקנוי הנכס לכלל השותפים יחד, לקניינם המשותף, ממילא קנוי הוא גם בכל אחת מפרודותיו לכל אחד מהם, לשם הרשויות המיוחדרת העומדות לו בתוקף היותו אחד השותפים בקניין. את הרשויות המיוחדות האלו אפשר לראות כמין שעבוד היוצא מתוך מושג השיתוף וחוזר ונופל על הנכס המשותף, כנגד שאר השותפים - [[428]] לטובתו של השותף האחד; אך יש על-כל-פנים להיזהר היטב מלזהות את השעבוד ממין זה - מבחינה מושגית - אל השעבוד הרגיל, היכול להימצא לאדם בחצר של רעהו. את הזיקה הנוצרת על-ידי השיתוף בין השותף הבודד מזה לבין הנכס המשותף מזה ולבין חבריו השותפים מזה יכולים אנו לכנות **בחלקו של השותף בשיתוף או בנכס**. ה"חלק" משמע כאן אפוא לאו דווקא חלק מסוים או בלתי-מסוים בנכס או בזכות, כי אם **זיקת-השתתפות**, או **יד**, או **מעמד בקניין**. אבל מכל מקום, לעניינים מסוימים, אפשר שזכותו או חובתו המיוחדת של השותף הבודד לא תהיה שווה לזכויות או לחובות המקבילות של חבריו, אלא

[1065] לז) בכרך ב', עמ' 308. השווה **אנקצרוס-להמן**, עמ' 356 ואילך, ו**וולף-רייזר**, עמ' 36 ואילך.

תיקבע על-פי המעמד היחסי שנקבע לו בשיתוף, לצורך אותם עניינים. המעמד היחסי הזה נמדד על-ידי אחוז או שבר מתאים - המיוחס לכל שותף ושותף - מתוך **יחידה**, המסמלת את שיתוף השלם, ולכן רגילים גם בדיני ישראל למדוד את **חלקו** של כל שותף בשבר מספרי, כאילו מדובר היה בחלק שיש לו בנכס, המחולק כשלעצמו חלוקה מתימטית.

ההנחה הראשונה, שביסודו של דבר הקניין המשותף מאוחד הוא בידם של כלל השותפים, מתחייבת מתוך דברי הרשב"א המובאים אצל הר"ן על נדרים מ"ו א' ושעל-פיהם יוצא כי אף אם יש לשותף רשות מוחלטת בנכס, הרי זו רשות מסוימת וספציפית בלבד, העולה מתוך הקנאה הדדית (משוערת) בין כלל השותפים - וממילא נשללת האפשרות החלופה, שרשותו המוחלטת של השותף הבודד היא השיור האקטואלי של קניינו המבודד והשלם, אשר מגבלותיו נובעות רק מן **השעבודים המוטלים עליו לטובת השותפים האחרים**. התפיסה העולה מדברי הרשב"א נראית לי התפיסה הנכונה, כי מכל השיטות המתרוצצות במקורות הריהי היחידה העשויה להסביר את כל ההלכות שנפסקו למעשה, והיא גם ההגיונית ביותר מבחינתו האובייקטיבית של העניין. יתר על כן, דברי הרשב"א נאמרו במיוחד כדי להסיק מהם חידוש להלכה, אשר יש בו אישור חותך לתפיסה המוצעת, כפי שנראה להלן - ואף-על-פי שאמנם התפתחה מחלוקת מסביב לחידוש זה, ועצם ההנחות שהוא מבוסס עליהן, נראה כי חידושו של [[429]] הרשב"א התקבל על דעת רוב הפוסקים, ואילו דעת המשיגים אינה עומדת בפני הביקורת[1066]. רמז עיוני מפורש לתפיסה המוצעת מצוי אף בגמרא, בבבא מציעא, דף צ"ו עמ' א'[1067].

אולם, ההקנאה ההדדית המשוערת שאמרנו - אין משמע כי היא בבחינת חזקת-הקנאה, הניתנת לסתירה, או אף בבחינת חזקה שלא תהא נתונה לסתירה. למעשה, ההקנאה הזאת היא **ראשונית**: היא נובעת מטבע משפט השיתוף, ולכן, שעבודו של השותף על חלקי חבריו איננו צריך להיחשב כמין קניין בנכס השייך ביסודו לאחר, אלא נחשב הוא כמעמד ריבוני[1068]. במילים אחרות אפשר לומר, כי אף על פי שרשותו המיוחדת של השותף אינה באה לו במישרין, כקונה בודד, אלא רק בעקיפין - באמצעות היותו אחד מתוך כלל של קונים - מכל מקום אין רשותו באה לו **משמו של הכלל** - במידה שיש לו רשות מוחלטת לנזיק את הנכס אין הוא נעשה **שומר בשביל הכלל** - אלא רשאי הוא **משמו שלו**, וכשיש לו רשות מוחלטת להחזיק הריהו מחזיק כביכול כבעל בית

[1066] לח) ר' בית יוסף, וב"ח, וט"ז, וש"ך, ונקודות הכסף על יו"ד סי' רכ"ו.

[1067] לט) "שאל משותפין, ונשאל לו אחד מהן - מהו? **כולו בעליו בעינן, והא ליכא**, או דלמא מההיא פלגא דידיה מיהא מיפטר?" וכן "שותפין ששאלו, ונשאל לאחד מהן - מהו? **כולו שואל בעינן, וליכא**, או דילמא בההיא פלגא דשייליה מיהת מיפטר?"

[1068] מ) משנה נדרים, פ"ה מ"א.

לעצמו[1069]. במובן זה יש להבין את הכלל, הנסתר כביכול מתוכו, שאף על פי שהנכס המשותף שייך לכל השותפים, הריהו גם רכושו הפרטי של כל אחד מהם[1070].

[[430]] פירושו של כלל זה **איננו** שלכל אחד מן השותפים יש זכות שווה לאותה הזכות העומדת לכל השותפים יחד, או שנתונה לו אותה הזכות עצמה הנתונה גם לחבריו, כפי שאומרים באירופה: אדרבה, זכותו המיוחדת של כל שותף בודד היא הרבה יותר מצומצמת מזכותם של כלל השותפים, ואף עולה היא רק בדרך הרפלקס, מזכותו של הכלל: כמו-כן, זכותו הרפלקסיבית הזאת של כל שותף היא זכות שונה ונפרדת לחלוטין מן הזכויות הרפלקסיביות המקבילות של חבריו; אולם, הנכס המשותף עומד **בדרגה שווה של שייכות וכפיפות לכל אחת מן הזכויות הרפלקסיביות האלו, וגם לזכות המשותפת והכללית שברקע.**

הרשות החשובה ביותר הנתונה לשותף הבודד בתוקף חלקו בשיתוף הריהו "רשות המניעה", ובזה נראה כי יש לנו להבחין בין שלש דרגות של רשות. האחת היא הרשות להוציא כל התערבות הפוגעת ברשותו **החיובית** של השותף הבודד (שנעמוד עליה להלן). רשות מניעה זו אינה נזכרת במקורות באופן מיוחד, אבל הריהי בבחינת **פשיטא**, הנובע מעצם מושג הרשות. במקורות נזכרת רק הדרגה הגבוהה ביותר של רשות מניעה, היינו זו העשויה להיות כלולה בקניין המשותף מבחינה מושגית אף מן הצד השלילי[1071]; ומכאן מסתברת ממילא דרגת-הביניים, שיש לשותף הבודד רשות להוציא גם כל התערבות הפוגעת **ברשותם החיובית של כלל השותפים**, אפילו כשהקניין המשותף איננו כלל רשות מניעה מן הצד השלילי.

רשות-המניעה "מן הצד השלילי" - היינו הרשות למניעת התערבות כלשהי מכוח זכות-ההחזקה העשויה להיות כלולה בקניין - עומדת לשותף הבודד לא רק כנגד אנשים מבחוץ, אלא גם כנגד כל אחד מן השותפים האחרים[1072]. מהלכה זו מתחייבות שתי מסקנות עקרוניות: א) **שבסתם** אין אף לאחד מן השותפים שום רשות **חיובית** בנכס, והשותפים יכולים לפעול באופן חיובי רק [[431]] מתוך הסכמה כללית, ו-ב) שכל אחד מן השותפים הוא אמנם מחזיק מכוח עצמו בנכס, אבל אין לו על כל פנים מעמד של בעל החצר[1073]. במלים אחרות, רשות ההחזקה של כל שותף כוללת רק את היסודות הראשוניים ביותר של מושג ההחזקה - היינו רק אותם היסודות הכלולים ברשות-ההחזקה של שומר בעלמא - אם כי הדרגה של רשות זו איננה אמנם דרגה של שומר, אלא דרגה של בעל-בית לעצמו.

[1069] מא) ר' רש"י על בבא קמא נ"א ב', ד"ה והאי מדידיה קממלא; והשווה בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ג', סע' י"ז.

[1070] מב) ר' המשנה הנזכרת בהערה מ'.

[1071] מג) שם. הכוונה היא לרשות-המניעה של התערבות כלשהי שאינה מבוססת בדין, ואף אם איננה פוגעת ברשות חיובית. רשות-מניעה זו כלולה בקניין כל אימת שכולל הקניין את הרשות להחזיק את הנכס.

[1072] מד) משנה נדרים, פ"ה מ"א ומ"ב, וגמרא שם, דף מ"ו עמ' ב'.

[1073] מו) השווה בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ה', סע' ה', מס' 3.

עם זאת קיימת הנחה כללית, שאין השותף מקפיד על חבריו כי יעשו בנכס כל שימוש שאינו פוגע בעניינו בשעת מעשה ושאיננו נושא אופי של קביעות מעצם טיבו[1074]. לפיכך מסתבר שבסתם רשאי כל שותף לעשות בנכס כל שימוש מן הסוג האמור אף בלי לשאול לדעת חבריו, ובעשותו כן אמנם נעשה הוא **שואל** מאת כל אחד ואחד מחבריו, ובכן **שומר** (בדרגת שואל[1075]) משמו של כל אחד מהם[1076]. אך על-כל-פנים, שימוש הנעשה על-ידי השותף על-פי דין זה - יכול כל אחד מן השותפים האחרים למנעו בכל עת[1077].

הגבלה זו על רשותו החיובית של השותף הבודד נובעת מן השיקול, שאם אין השותפים יכולים להגיע לעמק השווה, הריהם חפשיים לחלק את הנכס ביניהם, ויעשה כל אחד בחלקו את הנראה בעיניו[1078]. אולם, במקום שבאמת אין השותפים חפשיים לחלוק, באשר אין דין חלוקה בנכס, יש לכל שותף בודד תוספת של רשות חיובית מוחלטת לעצמו, אשר אין חבריו יכולים לשללה ממנו[1079].

[[432]] רשות זו כוללת כל שימוש שהוא מקובל בנכסים מאותו הסוג או שהוא מחוייב על-פי עניינו של השותף בקניין - בתנאי על-כל-פנים, שהשימוש לא יפגע באפשרות השימוש המקביל של השותפים האחרים ולא יטרידם במימוש רשותם שלהם[1080]. רשות זו נקראת "**ברירה**", כלומר היכולת הניתנת לשותף לברור לו חלק מגופו של הנכס ולנהוג בו, בשעת מעשה, כעושה בתוך שלו - **כבעל החצר**[1081]. השותף הפועל בתוקף הברירה העומדת לו איננו נחשב עוד כשומר, אלא כבעל-בית לעצמו, אף-על שפועל הוא בנכס פעולה חיובית[1082].

בגדר הברירה יכול השותף להרשות גם אנשים זרים שיפעלו בנכס המשותף[1083]; אולם, לפי דעת הרשב"א שהבאנו למעלה, אי אפשר מכל מקום שאדם זר יעשה בנכס מדעת עצמו ולצרכו, ויטען כנגד השותפים השותפים האחרים כי פועל הוא בגדר הברירה של אחד השותפים האחרים, אשר לא אכפת לו הדבר. מכאן יוצא בבירור כי השיתוף הוא מעין מעגל סגור בין השותפים, ואינו

1074 מז) על-פי שיטת הרי"ף בבבא בתרא על דף נ"ז עמ' ב' (סי' תשנ"ב); ור' טור חו"מ סי' קס"א סע' ו-ז'.

1075 מח) ראה בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ו', סע' ח', מס' 3.

1076 מט) רש"י על בבא קמא נ"א ב', ד"ה והאי מדידיה קממלא.

1077 נ) פ"ה מהל' שכנים הל' ה'.

1078 נא) שו"ע חו"מ סי' קע"א סע' א'.

1079 נב) משנה נדרים, פ"ה מ"א, וגמרא שם, דף מ"ו עמ' ב'.

1080 נג) על פי הרמב"ם, פ"ה מהל' שכנים הל' ג'; טור חו"מ סי' קס"א סע' ו'-ז'; שו"ע חו"מ סי' קס"א סע' ה, והגה שם; תוספות על נדרים מ"ו א', ד"ה ושניהן אסורין, ועל דף מ"ח עמ' ב', שם, ד"ה השותפין אסורין; רשב"ם על בבא בתרא נ"ז ב', ורבנו גרשום שם.

1081 נד) בבא קמא נ"א ב'.

1082 נה) שם.

1083 נו) משנה נדרים, פ"ה מ"א.

בבחינת צירוף של קניינים עצמאיים מקבילים. כמו-כן יוצא מכאן שגם בדיני ישראל, כמו במשפט הרומי, אין השותף יכול להפקיר את חלקו לכל העולם: אם נניח כי ניתן לשותף להסתלק מחלקו, ממילא יתרחבו חלקיהם של השותפים האחרים; ובאמת נראה שאין השותף יכול להסתלק מחלקו אלא בדרך הקנאה, כפי שנראה להלן.

מלבד הרשויות החיוביות שמנינו ישלכל שותף רשות חיובית גם לענין השבחת הנכס ותיקונו. לעניין השבחה, רשותו של השותף הבודד אמנם איננה [[433]] מוחלטת, ומלכתחילה יכולים חבריו לעכב בעדו[1084]; אולם, אם לא עיכבו - חזקתו של השותף היא כי הורד ברשות על-ידי כלל השותפים להכניס את השבח, ו"שמים לו כאריס"[1085]. פירושו של דבר היא - בהתאם למה שראינו במשביח ברשות, בפרק ג' לעיל, סע' ג', מס' 5 - שהשבח נעשה רכושם של כלל השותפים, לפי חלקיהם בנכס המושבח, וכל אחד מן השותפים חייב להשתתף בהוצאות ההשבחה לפי חלקו; אם ערך השבח עולה על ערך ההוצאות, חייבים השותפים לפצות את המשביח גם על ידי תשלום ערכו של אחוז מסרים מחלקם בעודף-הערך, לפי השער הנהוג בקבלנים או באריסים באותו מקום. השביח השותף את הנכס בניגוד לרצונם המפורש של חבריו, או בשעה שלא היה בידם למחות[1086], מסתבר כי דינו כזר שהשביח בלי רשות, וידו על התחתונה - לפחות לגבי אותם השותפים שבאמת התנגדו או שלא יכלו להתנגד.

דברים אלה אמורים בשבח שאפשר גם בלעדיו. לעומת זאת, שבח [ש]הוא בבחינת תיקון הנדרש על-פי המנהג או שהנכס "צריך לו צורך גדול" - יש ביד כל שותף לחייב את חבריו כי ישתתפו עמו בהכנסתו, אפילו בעל-כרחם[1087]. בקשר לכך עשויה להתעורר השאלה מה משמעותו של הדין למקרה שהשותף לא חייב את חבריו להשתתף עמו מלכתחילה, אלא עמד ותיקן בעצמו, ומבקש הוא השתתפות בהוצאות בדיעבד. מסתבר כי מה שהרמב"ם אומר בנושא זה בסוף פ"ה מהל' שכנים הל' א', כפי שנראה להלן, מתיחס רק למקרה שהתיקון היה שלא מתוך "צורך גדול" וגם חרג מדרישות המנהג. כמו-כן נראה שאין כאן מקום לתחולת הדין של המשביח שהורד ברשות, מפני שלפי דין זה היה המתקן גובה לא רק את חלק חבריו בהוצאות, אלא גם חלק מחלקם ביתרון-הערך - ואין הדבר מתקבל על הדעת, שהשותף יוכל להרוויח רק על-ידי כך שיימנע מלהזמין את חבריו להשתתף עמו בשווה, מלכתחילה. לכן נראה לי שגם בדיעבד, כשהתיקון הוא בגדר המנהג או "צורך גדול", אמנם יכול השותף המתקן לדרוש השתתפות, אבל לא כדין המשביח שהורד ברשות, אלא רק בגדר ההוצאות המתאימות שהוציא - וזאת על-פי הדין המיוחד, שלעניין תיקון [[434]] מן הסוג הנידון, השותפים אינם **בחזקת מורשים** זה על-ידי זה, אלא הם בבחינת

[1084] נז) ר' הגהות מימוניות על פ"י מהל' גזלה ואבדה הל' ז'.

[1085] נח) בבא בתרא מ"ב ב'.

[1086] נט) דוק בכתובות צ"ד א' ובדעת הראב"ד המובאת בפסקי הרא"ש על בבא מציעא ל"ט ב' - מ' א'.

[1087] ס) פ"ה מהל' שכנים הל' א'.

זכאים לכוף זה את זה. במקום שחייב שותף להשתתף בהוצאות התיקון, משתעבד חלקו, לפירותיו, לכיסוי החובה[1088].

אם עמד השותף והכניס מדעתו תיקון החורג מדרישות המנהג ושאין בו צורך גדול, סובר הרמב"ם[1089] כי חייבים חבריו להשתתף עמו בהוצאות רק אם גילו דעתם כי נוח להם בתיקון; אולם, לע"ד מסקנה זו תמוהה. מתאימה היא למקרה הסתמי שבאה לאדם אפשרות ליהנות על ידי חסרון חברו, אבל בדיני השותף המשביח ראינו כי שבח המוסב על ידי השותף אינו נתפס על הדרך הסתמית הלזאת, אלא נתפס הוא במסגרת המיוחדת של דיני היורד לנכסי חברו - ובאמת קשה לראות על סמך מה ובאילו גדרים אפשר להבדיל בין סתם שבח בלתי-מחויב של השותף בנכסי השיתוף, אשר מסכים הרמב"ם כי נידון הוא על-פי דיני הירידה לנכסי הזולת[1090], לבין שבח שהוא בבחינת תיקון אשר אין בו צורך גדול והחורג מדרישות המנהג. אני מניח אפוא כי סברה זו של הרמב"ם למעשה אינה יכולה אף-פעם למצוא לה תחולה מעשית, כדי לדחות את הדין הכללי של השותף-המשביח שראינו לעיל.

דיני התיקון שאמרנו מתיחסים רק לתיקון במובן הרגיל, הנדרש כשהנכס קיים, אך נפגם. אולם מתעוררת גם בעייה של תיקון במובן **השיקום של נכס שנשחת לגמרי:** כגון שהנכס המשותף הוא כפול ומורכב הוא ממגרש ועליו בית - והבית נפל. במקרה כזה נראה שאין אף אחד מן השותפים יכול לכוף את חבריו להקים את הבית מחדש, אלא שמכל-מקום - כל זמן שהשיתוף בנכס הנותר מתקיים - יש לכל שותף רשות מוחלטת להחזיר את המצב לקדמותו, על חשבונו הוא. השותף שעשה כן קונה לעצמו את גוף הנכס המשוחזר - ואם המדובר הוא בנכס הצמוד למקום[1091], קונה הוא אף את מקומו; [[435]] אבל על-כל-פנים, יכולים חבריו לחזור ולזכות בחלקים מתאימים בקניין, לפי יחסי השיתוף הישנים, על-ידי כך שיפרעו את חלקם המתאים בהוצאות[1092].

[1088] סא) שו"ע חו"מ סי' קס"א סע' ד'.

[1089] סב) בפ"ה מהל' שכנים הל' א'.

[1090] סג) פ"י מהל' גזלה ואבדה הל' ז'.

[1091] סד) כגון בית; דוגמה אחרת יכולה להיות, למשל, פח-אשפה לשימושו של בית משותף. ואילו דוגמה של נכס שאינו צמוד למקום תימצא למשל **במפתח**.

[1092]סד) על-פי בבא מציעא קי"ז; והגהת הב"ח, שם, על רש"י, ס"ק ד'; ופ"ד מהל' שכנים הל' ג'; וכסף-משנה שם, על הל' א'; ולתרוץ הירושלמי, ר' את פירושו של מהר"א פולדא על בבא מציעא פ"י הל' ד' - ודוק.

זכיית השותפים - נראה לפי מקורות אלה, שחלה היא למפרע, אבל אין השותפים חייבים לפצות את המתקן כדין היורד ברשות, משום שלא ברשותם ירד ולא עשוהו קבלן; כמו-כן אין יד המתקן על התחתונה משום שגם לא ירד שלא ברשות, שהרי הנכס הנותר משועבד לו לקיום הנכס שנשחת. לכן רואים אותו מלכתחילה בבחינת מתקן לעצמו, וכשהשותפים האחרים מגלים את דעתם כי נוח להם להצטרף אליו, מגלגלים עליהם את הכל. זהו אפוא באמת מקרה, שהדין אשר הרמב"ם מסתמך עליו בסברה הנ"ל עשוי להתאים לו - ור' נתה"מ וקצוה"ח על סי' קס"ד סע' ה'.

אף-על-פי שאמרנו כי כל שותף, המשתתף בהחזקת הנכס, מחזיק כבעל-בית לעצמו, הרי מכל-מקום - מטבע מדברים הוא שבה בעת הריהו מחזיק בנכס השייך גם לכל אחד מחבריו, ומכאן מתעורר הצורך בתיאום בין שני המצבים הסותרים. דיני ישראל מכניסים את התיאום על-ידי כך, שההחזקה נחשבת עצמאית רק **בדרך כלל**, אבל לענין **אחריות בין השותפים לבין עצמם** נחשב כל שותף בודד, המשתתף בהחזקה, **כשומר לכל אחד מחבריו**[1093]. עם זאת, פירושו של דבר הוא, שבו בזמן אשר השותף האחד שומר לרעהו, שומר גם רעהו בשבילו - ובכן, רעהו שהוא בעל-בית לגביו, נמצא בו בזמן גם במלאכתו שלו, כשומר, והרי זו אפוא "שמירה בבעלים", - ומי ששומר בעוד שבעל-הבית נמצא עמו במלאכתו הוא **פטור**[1094]. פטור זה אמור למקרה שהנכס הנשמר אובד או ניזק עקב פשיעתו של השומר בשמירה, שאז השומר פטור כלפי בעל-הבית, אף-על-פי שלא שמר כראוי[1095]; [[436]] אבל אם הזיק השומר "בידים" או על-ידי ממונו - פשיטא שחייב הוא כרגיל. יוצא אפוא שלגבי ענייננו אין השותף יכול לבוא בטרוניה על חבריו, למה התרשלו בשמירה ולא מנעו את הנזק שניתן היה להימנע; אבל אם השתמש אחד השותפים בנכס מעבר לרשותו והזיקו תוך כדי כך, הריהו חייב לפצות את חבריו.

מצד שני, אפשר שהשותפים יסכימו ביניהם כי חלק מהם יסתלק מן ההחזקה הישירה בנכס, וכל השמירה תתרכז בידי החלק הנותר בלבד. במקרה כזה נפטרים השותפים המסתלקים משרותם של השותפים האחרים, והללו נעשים שומרים בשביל חבריהם, על מלוא האחריות הנובעת מכך, הן כלפי פנים הן כלפי חוץ[1096]. דרגת האחריות של השותפים הנותרים יכולה להיות כלשהי מתוך הדרגות הרגילות[1097]. כפי שאמרנו, במקום שאחד השותפים משתמש בנכס מדעת עצמו ושלא על-פי דין "ברירה", הריהו מוציא באופן אוטומטי את שמירתם של השותפים האחרים, ונעשה הוא שומר מטעמם (בדרגת שואל), אף-על-פי שלא היתה מצידם הסכמה מפורשת. אם השימוש הוא כזה שאין עליו אפילו הסכמה מסתמא, מסתבר כי שמירת השותפים האחרים מסתלקת על-כל-פנים, אבל השותף המשתמש אינו נעשה שואל, כי אם **גזלן**.

[1093] סו) בבא בתרא מ"ג א'-ב'.

[1094] סז) שו"ע חו"מ סי' שמ"ו; ור' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ו', סע' ו' והערה פ"ג שם, וסע' ח', מס' 3.

[1095] סח) הכוונה היא, לפי טבע העניין, למקרה שהנכס הנשמר הוא **מיטלטל**; אבל מאחר שהמדובר הוא **בפטור**, ממילא הוא הדין, כמובן, גם במקרקעין. ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ו', סע' ה'.

[1096] סט) לעניין התוצאות כלפי פנים - ר' שו"ע חו"מ סי' קע"ו סע' ח' ודברי מהר"ם פדוא המובאים בכסף-משנה על פ"ב מהל' שאלה ופקדון הל' ז'. לעניין התוצאות כלפי חוץ, ר' בבא קמא נ"א ב'.

[1097] ע) בקשר לכך איך לחוש לביקרתו של הש"ך על הגהת הרמ"א בחו"מ סי' קע"ו סע' ח', שהרי אף הרא"ש - אשר הש"ך מסתמך עליו - גורס רק שתפיסת השור על-ידי הניזק הראשון אינה מבטלת את שמירתו של בעל השור, כי אם עושה את התופס לשותף בשמירה, אבל **אין** הרא"ש גורס כי **אי-אפשר להסכים** שאחד השותפים יתנדב לשמור בעד חבריו ולפטרם משמירתם.

לבעיה של חלוקת האחריות בין השותפים המשתתפים בשמירתו של הנכס נחזור עוד להלן, בסעיף-המשנה על השיתוף בתביעות וחיובים.

אם כי אמרנו שכנראה אין השותף יכול להפקיר את חלקו בשיתוף לכל העולם, אין מניעה שיעביר את חלקו לאדם מסוים - או, ביתר דיוק - **שיקנה את הנכס לאותו חלק שהיה לו בשיתוף**. דין זה הוא פשיטא, ור' למשל משנה נדרים פ"ה מ"א. בדומה לזה, [[437]] פשיטא שיכול כל שותף לשעבד את הנכס בגדר חלקו, שהרי בגדר "הברירה" העומדת לו רשאי השותף להכניס לחצר אפילו זרים. אולם, שותף המוכר או המשכיר את חלקו לזר - יש לחבריו דין מצרנות[1098].

כמו-כן, פשיטא הוא שהשותפים בנכס זוכים בפירותיו בהתאם לחלקיהם היחסיים[1099].

בהמשך מכאן, ממילא משמע כי השותפים יכולים גם להתנות ביניהם על הרשויות המיוחדות הנמצאות לכל אחד מהם על-פי חזקת-ההקנאה ההדדית, החלה ביניהם מכוח הדין. התנאה כזאת תיתכן בדרך של הקנאת שעבוד חוזר בנכס, אשר השותף יקנה לחבריו - או למישהו מהם - כנגד חלקו ורשויותיו המיוחדות. מתוך העקרון הזה מסתברת ההלכה המיוחדת, כי במקום שחרג אחד השותפים מרשותו הרגילה, ועשה בנכס המשותף שימוש אשר מן הסתם חבריו מקפידים עליו, באשר נושא הוא אופי של קביעות מעצם טבעו (או - במלים אחרות - שימוש אשר יש בו סידור של קבע) - וחבריו לא מחו - הרי כנגד אותם השותפים שלא מחו מקבל השותף המשתמש זכות-חזקה, כדי להתמיד בשימושו - כדרך שעשויה חזקה לזַכּוֹת שכן בשעבוד של תשמיש[1100]. לאותו עקרון מתקשרת גם ההלכה, כי מי שיש לו חצר פרטית בשכנותה של חצר המשותפת לו ולאנשים אחרים, דינו לגבי החצר המשותפת כשכן שהוא זר לחלוטין[1101]. השותף עשוי אפוא לזכות בשעבוד-תשמיש או בשעבוד-נזקים בחצר המשותפת, אם מדין שותף ואם מדין שכן; ומסתבר שאף אם זכה בשעבוד מדין שותף, אין השעבוד עומד לו באופן אישי דווקא, אלא הוא צמוד לחלקו בשיתוף[1102].

[[438]] על אפשרות-השעבוד בין השותפים מבוססת כנראה גם האפשרות של "סיום החלקים", הנזכרת במקורות - והיינו שהשיתוף יישאר בעינו, אלא שעם זאת יקבל כל אחד מן השותפים חלק

[1098] עא) שו"ע חו"מ סי' קע"ה סע' ה' וס"ב, ור' תשובת הרדב"ז סי' קס"ז.

[1099] עב) ר', למשל, בבא בתרא י"ג א'.

[1100] עג) פ"ה מהל' שכנים הל' ה'.

[1101] עד) למשל, שם, הל' ח'.

[1102] עה) השותפים, מצידם, יכולים לזכות בשעבוד שכנים, כנגד חצר שכנה, אם הם מקיימים את הנוהג השעבודי ביחד, או באמצעותו של מישהו מהם, הנראה כפועל מטעמם ובשבילם. אם אחד השותפים נראה כפועל בזה רק לעצמו בלבד, מסתבר שהוא יזכה בשעבוד רק בצמוד לחלקי, ויתכן אפילו שתעלה חזקה של מחילה אישית בלבד; וצריך עיון.

מסוים בנכס לשם שימושו המיוחד. מקום שנהוגה חלוקה כזאת, יש לכל שותף תביעה לגידור ביניהם[1103].

במה שנוגע לפירוק השיתוף, הרי אם יש בנכס דין חלוקה כפי שנברר את הדבר לחוד להלן - יכול כל אחד מן השותפים לכפות חלוקה[1104]. אם אין בנכס דין חלוקה, יש לכל שותף תביעת "גוד או אגוד" על כל אחד מחבריו, והיינו שיקנה הנתבע את חלקו של התובע או שימכור לו את חלקו[1105], בהתאם לפרטים שגם-כן נברר עוד לחוד. לגבי החלוקה נשאלת גם אצלנו השאלה, אם רק מבררת היא למפרע את החלקים המסוימים שהיו לכל שותף בנכס מלכתחילה, או שמא היא בבחינת **חליפין**, באשר כל שותף נמצא מוכר על-ידיה את חלקו באותו חלק מן הנכס הנופל לחבריו, תמורת חלקם שלהם בחלק הנכס הנופל בגורלו הוא. נפסקה ההלכה, לפחות במה שנוגע לדיני ממונות, כי החלוקה היא בבחינת חליפין ואינה משתמעת למפרע. התוצאה החשובה ביותר מתפיסה זו היא, לפי מה שפסק הרמב"ם, שחלוקת המקרקעין - בזמן שהיובל נוהג - חוזרת ביובל[1106]. על הזכות לתבוע את פירוק השיתוף יכולים השותפים למחול זה לזה, על-ידי שיקנו על כך "מגופו של הנכס" המשותף. המחילה היא מאותו סוג שראינו בנזקי-השכנים, ומשמע שהיא הסכם אשר יש בו הכלאיים של עסק הנוגע לזכות בראוי תוך צמידות לקניין במוחזק[1107].

[[439]] אם איש מן השותפים אינו רוצה לפרק את השיתוף (או שמנועים השותפים מלפרקו), ואף-על-פי-כן אין הם יכולים להגיע לעמק השווה ביחס לשימושם בנכס המשותף - ואילו דין "יש ברירה" אינו מספיק לצורך העניין - כופים על השותפים את המוצא הקבוע בדין והמתאים למסיבות. מסתבר כי רצון הרוב אין לו בקשר לכך שום מעמד[1108]. הכלל הראשון הוא, כנראה, שהשותף המבקש לשנות מן השימוש שהיה נהוג בנכס עד כה - ידו על התחתונה. היה הנכס מושכר, אין שומעים למי שמבקש כי יועמד לשימושם העצמי של השותפים, ואם עמד הנכס בשימוש העצמי של בעליו, אין שומעים לשותף המבקש להוציאו לשכירות[1109]. נקשר השיתוף מלכתחילה לשם שימוש מסוים, מסתבר שתהא על העליונה ידו של אותו השותף אשר ידרוש לקיים את התכלית המכוונת[1110]. לא נמצא בשני הכללים האלה פתרון למקרה, נראה כי תתקבל תביעתו של השותף שיציע לחבריו אה הברירה: "שכרו ממני חלקי או אשכור מכם חלקיכם"

[1103] עו) שו"ע חו"מ סי' קע"א סע' ב'.

[1104] עז) שם, סע' א'.

[1105] עח) שם, סע' ו'.

[1106] עט) על-פי אנציקלופדיה תלמודית, ערך "ברירה", הסעיף על חלוקת השותפות.

[1107] פ) שו"ע חו"מ סי' קע"א סע' א' הגה, ור' סמ"ע, שם, ס"ק ב', וביאור הגר"א ס"ק ג', ור' במקור הדברים, בתשובת הרשב"א, סי' תתק"ז.

[1108] פא) שו"ע חו"מ סי' קנ"ו א', ור' סמ"ע, שם, ס"ק ד'.

[1109] פב) פ"א מהל' שכנים הל' ב', ור' כסף-משנה שם.

[1110] פג) על-פי טור חו"מ סי' קע"א סע' ל"ג.

(בתנאים החלים בדרישה של "גוד או אגוד")[1111]. לא הוצעה גם ברירה כזאת, והנכס עשוי להשכיר לאחרים - משכירים אותו וחולקים בשכר, ואם אין הנכס עשוי להשכיר, משתמשים בו השותפים לסירוגין, לפי חלקם היחסי בקניין המשותף ולפי חלוקת הזמנים המתאימה לטיבו של הנכס[1112]. מסתבר שרשימת אפשרויות זו אינה ממצה, ובמקרה שאף באחת מן האפשרויות שמנינו לא יימצא מוצא משביע-רצון, יוכל בית-הדין לסמוך את ידו גם על מוצא שמחוץ לרשימה[1113]. מבחינה מושגית מסתבר שאת ההסדר הנכפה יש לראות כהשתעבדות הדדית של חלקי כל השותפים לשימוש הראוי במסיבות המקרה. אם רוצים השותפים למנוע הסדר של כפייה בעתיד, יש בידם לערוך **מלכתחילה** השתעבדות הדדית של חלקיהם לשימוש מסוים[1114] [[440]] (וממילא יכולים הם גם להתנות כי גדרי השימוש ייקבעו מדי פעם בפעם לפי סדר מסוים, כגון על-ידי רוב או כיו"ב).

ב. שיתוף שלא מתוך רמה שווה של קניין

עד עתה עסקנו בשיתוף אשר כל אחד מן השותפים עומד בו ברמה שווה של קניין עם חבריו, ותוך כדי כך התעכבנו גם על בעיות ההחזקה המשותפת, או זכות ההחזקה המשותפת, העשויה לעלות מתוך הקניין המשותף. אולם, תיתכן גם החזקה משותפת - על-פי זכות להחזקה משותפת - שאיננה קשורה דווקא בקניין משותף, ועכשיו נעבור לבירור העניין הזה.

זכות להחזקה משותפת שלא בין שותפים בקניין יכולה קודם-כל להתהוות כשאחד השותפים בקניין מוריד שומר מיוחד לחלקו. דינו של מקרה מעין זה מתברר מאליו: השומר נכנס תחת השותף המקורי בגדר הרשות שהועברה לו, ואילו מעבר לגדר זו מוסיף השותף המקורי בעצמו להשתתף בהחזקה עם חבריו (ועם השומר שהוריד לחלקו).

אפשרות שנייה היא שנכס, אשר מלכתחילה אין הוא משותף כלל, יוקנה על-ידי בעליו להחזקתו של שומר, בתנאי שגם לבעל-הבית יישאר קניין להשתמש בו (ושלא דרך שעבוד משמו של השומר כי אם בבחינת שיור של הקניין המקורי). שיור כזה, להמשך של שימוש בצד השומר, **נקרא תפיסת-יד**[1115], ועושה הוא את בעל-הבית והשומר לשותפים בהחזקה. אם שעבודו של השומר כולל גם את הרשות להשתמש בנכס לצורך עצמו, והנכס הוא מקרקע, הרי בעל-הבית והשומר נעשים גם שותפים בבעלות-החצר[1116].

[1111] פד) שו"ע חו"מ סי' קע"א סע' ח' הגה.

[1112] פה) שם, סע' ח'.

[1113] פו) דוק בתשובת ריב"ש, סי' רכ"ז.

[1114] פז) תשובת רשב"א, סי' תתק"ז.

[1115] פח) משנה נדרים פ"ה מ"ב. גם במקרה שהזכרנו קודם, כששותף מוריד שומר לחלקו, לחלק מרשויותיו, אפשר ודאי לומר כי לשותף המקורי נשארת "תפיסת-יד".

[1116] פט) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ה', סע' ה', מס' 3.

ג. שיתוף בתביעות וחיובים[1117]

תצורה שלישית של שיתוף היא השיתוף בתביעה או בחיוב, ונסקור עתה את הדינים בתחום זה במרוכז.

[[441]] העקרון הוא כי במקום שחיוב או תביעה נולדים לכמה אנשים במשותף, נשארים הם מאוחדים לכלל השותפים יחד, אבל מכל-מקום מקבל גם כל שותף מעמד עצמאי מסוים מתוך השיתוף - ומשמעותו המעשית של מעמד עצמאי זה שונה היא בין השיתוף בחיוב לבין השיתוף בתביעה. במקרה של שיתוף בחיוב, כשהחיוב ניתן לחלוקה, חייב כל שותף למלא מלכתחילה רק **חלק מסוים**, המתאים לחלקו היחסי בשיתוף, אבל בדיעבד, אם אין התובע יכול להוציא מאחד השותפים את החלק המגיע ממנו, נמצא כל אחד מחבריו ערב לו עד כדי החוב בשלמותו. זוהי שיטתם של רוב הפוסקים, אבל לדעת הרא"ש, כל אחד מן השותפים הוא **ערב קבלן** לחבריו, ומשמע שמלכתחילה ברירה היא ביד הנושה לתבוע מכלם ביחד או מאת מישהו מהם את כל החוב כלו, והמשלם יותר מכדי חלקו יחזור אל חבריו, לפי חלקיהם. אם אין החיוב ניתן לחלוקה, נראה כי דעת הכל היא שיש לנושה ברירה לתבוע את הכל מן השותף הטוב בעיניו, אבל נראה כי פסק-הדין לא ייחשב כמעשה בית-דין לגבי השותפים שלא השתתפו במשפט.

מצד שני, במקרה של שיתוף בתביעה, מסתבר שבסתם אין הזכות ניתנת להיתבע אלא על-ידי כלל השותפים יחד, אבל עם זאת קיימת הנחה כללית, שאם אחד השותפים תבע, וחבריו יודעים על תביעתו ואינם מתערבים, הרי התובע הוא מורשה מטעמם כדי לתבוע את הכל. נראה כי אפילו במקרה שהתביעה ניתנת לחלוקה, הרי בדרך-כלל אין לשותף הבודד תביעה עצמאית לגבי חלק מתאים, בנפרד; אבל מכל-מקום מסתבר שיכול השותף הבודד לגבות לו חלק מתאים בנפרד, ומה שגבה בגדר חלקו האמיתי ייחשב לחייב כתשלום על חשבון החוב המשותף. לפי דעה זו יש להמשיך ולומר כי במקרה שגבה אחד השותפים את חלקו, יש לחבריו תביעה עצמאית לגבי חלקיהם. יש אומרים כי במקום שאין השותף הבודד יכול להשיג את הרשאת חבריו, ואף אין בידו להודיעם על תביעתו באופן שיוכלו להתערב, אם ירצו - ניתנת לו על-כל-פנים תביעה עצמאית לגבי חלקו, אך קשה לומר שזו ההלכה, שהרי מכל-מקום אין מי שיגרוס כי סיום החלק ייחשב כמעשה בית-דין גם לגבי השותף הנעדר. דעה אחרת היא שבמסיבות הנידונות יש לשותפים הנוכחים תביעה לגבי כל הזכות המשותפת כלה, ובמידה שיזכו הריהם ייעשו נאמנים לגבי חלקם של הנעדרים, - אבל מכל-מקום לא יהיה הַפְּסַק בבחינת מעשה בית-דין לגבי [[442]] הנעדרים אלא בגדר זכייתם של התובעים, ובמידה שיפסידו או לא יתבעו - יוכלו עוד הנעדרים לחזור ולתבוע. דעה זו נדחית, מן הטעם ש"אם כן לקתה מידת הדין", כי במידה שיפסיד הנתבע - יפסיד, אבל במידה שיזכה בדין לא תהיה זכייתו סופית; אולם, לע"ד, מכל הפתרונות שאפשר להעלות על

[1117] צ) על-פי ירושלמי שבועות, פ"ה הל' א'; בבלי שבועות ל"ז א', והרא"ש והר"ן שם; הרמב"ם, פכ"ה מהל' מלוה ולוה הל' ט' ופ"ג מהל' שלוחין ושותפין הל' ג' - והמפרשים שם; טור חו"מ סי' ע"ז סע' א וי', סי' קכ"ב סע' י"ז ואילך, סי' קע"ו סע' כ"ט-ל"א - והמפרשים שם; שו"ע חו"מ סי' ע"ז סע' א' וט', סי' קע"ו סע' כ"ה-כ"ו - והמפרשים שם; ור' הסימנים המקבילים בעה"ש.

הדעת לגבי המצב המסובך שבו אנו דנים, הרי זה הפתרון המעשי והצודק ביותר. - מסתבר כי במקרה שאחד השותפים גבה את חלקו בנפרד, הרי בגדר מה שגבה נשאר הוא ערב להשוואת הגבייה היחסית של כל השותפים, למקרה שלא יצליחו חבריו לגבות את כל המגיע לכל אחד מהם.

אם נחזור מכאן למשמעות המיוחדת של הדברים האלה לגבי אחריותם של **השותפים-השומרים**, נמצא כי חובתם המשותפת, החלה על כלם כאחד, הריהי **לשמור כהלכה** - וכל שותף אשר מילא מצידו חובה זו, מילא את חלקו. לכן, אם אירע נזק עקב פשיעתו של מישהו מן השותפים-השומרים, חל עיקר חובת התשלום רק על אותם השותפים שפשעו - בבחינת תמורה כספית לחלקם בחובת-השמירה, אשר לא מילאו, - ואילו אותם השותפים ששמרו כהלכה, פטורים. אולם, פטורים הם רק **מעיקר חובת-התשלום**: מאחר שהשיתוף הוא **בחובת-השמירה**, נמצאים גם הללו ערבים לחובת-השמירה של חבריהם, ואם חבריהם לא מילאו את חלקם בחובה זו, ואף אין להוציא מידם את התמורה לחלקם, הרי שאף השומרים הנאמנים נשארים מכל-מקום ערבים לסילוקה של אותה התמורה; ולפי שיטת הרא"ש יש לומר כי ערבים הם אפילו בערבות קבלנית[1118]. בקשר לפשיעת השותפים-השומרים יש להעיר, כי במקרה שחלקם מסכים להסתלקותם של שותפים אחרים, בעוד שהנכס משתמר בשותפים הנותרים, אין רואים את השותפים המשוחררים כפושעים בשמירה - אבל אם חלק מן השותפים מסתלק לו בלי הסכמת הנותרים, הרי אף על פי שמשתמר הנכס גם בנותרים, רואים את המסתלקים כפושעים[1119]. [[443א]]

ד. שותפות-אחים[1120]

תצורה נוספת של שיתוף, המוכרת בדיני ישראל, היא מה שאפשר לכנות במונח הלועזי של "קומונה", או, בעברית - **שותפות-האחים**. מבחינה משפטית-מהותית אין שותפות-האחים נבדלת מן השיתוף הרגיל, אבל נבדלת היא ממנו במסיבות המיוחדות שבהן השיתוף מתקיים, ומכאן עולים גם כמה הבדלים שבדין. יחודה של שותפות-האחים היא בכך שאין היא מתיחסת לנכס מסוים דווקא, אלא לכלל של רכוש, הקרוי **תפוסה** והמשמש בסיס כלכלי לחיי-אחווה בין בעליו. נראה כי שותפות-האחים נוצרת פשוט על-ידי כך שההנחות המוקדמות שלה מתקיימות למעשה, והיינו שיש רכוש משותף ושבעליו מקיימים ביניהם הסכמה חרישית או מפורשת להשתמש ברכוש זה דרך אחווה, בלא להקפיד על חלקיהם המדויקים - ואילו משגילה אחד המשתתפים בפירוש או מסתמא כי מתכוון הוא ליחד את חלקו, ממילא מוציא הוא את עצמו ואת חלקו משותפות-האחים. אולם, גם כששותפות-האחים קיימת, אין מניעה שלכל אחד מן האחים יהיה רכוש פרטי, אשר בו ישתמש לצרכי עצמו בלבד. במקורות מוזכרת למעשה רק "שותפות-האחים" של היורשים, אשר עד למות המוריש היו סמוכים על שלחנו, ואשר גם לאחר שנעשו בעצמם בעלים

[1118] צא) על-פי בבא קמא נ"א ב' ונ"ב א'; שו"ע חו"מ סי' שצ"ו סע' ז'; וש"ך על חו"מ סי' ע"ז ס"ק א'.

[1119] צב) הרא"ש על בבא קמא פ"א סי' ט'.

[1120] צג) על-פי שו"ע חו"מ סי' רפ"ו-רפ"ח, קע"ז, ס"ב, ואו"ח סי' תרנ"ח סע' ח' - הם ומקורותיהם ומפרשיהם, ודוק.

עצמאיים ברכושו של המוריש אין הם ממהרים לחלק את הרכוש ביניהם, אלא מוסיפים הם להשתמש בו על דרך האחווה המשפחתית שהורגלו בה בהיותם סמוכים על שלחן מורישם.

הדינים המיוחדים של שותפות-האחים ניתנים להסתכם כלהלן:

א) כל אחד מן האחים רשאי לקחת מן התפוסה (ולזכות לעצמו) עד כדי צרכו הראוי, כל זמן שמותיר היא לאחיו כדי צרכם - ואף אם הצרכים הראויים של האחים אינם שווים;

ב) אחד האחים שטרח בנכסי השותפות, הרי בסתם, ובאין המסיבות מורות אחרת, חזקה היא שטרח לצורך השותפות, והשבח מצטרף לתפוסה, ואילו למשביח עצמו אין תביעה לפיצוי[1121]; [[443ב]]

ג) כל הכנסה המושגת אפילו על-ידי אחד האחים בלבד, אבל על סמך היותו אחד האחים, מצטרפת לתפוסה, וכן כל הפסד המגיע לאחד האחים מחמת השותפות נחשב על חשבון השותפות;

ד) חובות משותפים של כל האחים - בבחינת אחים - משתלמים מתוך התפוסה, בלי שים-לב לחלקו המיוחד של כל אח ואח, וכן תביעות משותפות נגבות לתוך התפוסה;

ה) רכוש שביד אחד האחים - חזקה שהוא מן התפוסה;

ו) לשם פירוק השותפות חוזרים ומצרפים לתפוסה כל מה שנלקח מתוכה על-ידי האחים והנמצא עוד אותה שעה בידם, אף אם כבר זכו הלוקחים לעצמם - אבל אין מחזירים מה שלקח האח כדין לצרכיהם היום-יומיים של בני-משפחתו, וכן אין מחזירים את שלקח האח כדין אפילו לצורך עצמו בהיותו טורח למען השותפות.

ה. שותפות עסקית

אשר לשותפות העסקית, נראה כי נכסי השותפות הם נכסי השותפים, המשועבדים בין השותפים באופן הדדי לצרכי העסק המשותף - מלבד שותפות **העיסקא**, היינו השותפות בין בעל-הון למתעסק (על בסיס של הפיכת חלק מן ההון למילווה ביד המתעסק), ששם השעבוד אינו הדדי, באשר חלק-ההון הנעשה מילווה למתעסק אינו חוזר ומשתעבד למלווה, ורק חלק-ההון הנמסר למלווה כפקדון משתעבד אצלו, לזכותו, לצרכיו של העסק[1122].

[1121] צד) אבל אם מתברר שלצורך עצמו טרח - דינו כרגיל: אם ברשות ירד, ידו על העליונה, ושמים לו כאריס, ואם שלא ברשות - דינו כזר, וידו על התחתונה. ר' בית-יוסף על טור חו"מ סי' רפ"ז סע' ג', וכדעת הראב"ד שם, בסע' ב'.

[1122] צה) ר' שו"ע חו"מ סי' קע"ו.

ו. תוצאה הכרוכה בצירוף מצבים שאחד מהם משותף והשני מתקיים רק באחד השותפים

את סקירתנו על העקרונות הכלליים של השיתוף בדיני ישראל נסיים בבעיה עקרונית אחת המתעוררת בקשר לשיתוף במקורות ושלמעשה כבר הזכרנו אותה, באגב, בהערה ל"ט לעיל.

[[444]] הבעייה מתעוררת מתוך הפנים הכפולים שיש לשיתוף בדיני ישראל: מצד אחד, אמרנו, השיתוף הוא **אחדות** - נושא אחד ומאוחד של הזכות או החובה המשותפת, הדומה לכל אישיות **יחידה**, שהיא נושא של זכות או חובה - אבל מצד שני, גם-כן, השיתוף הוא צירוף של אנשים **אחדים**, אשר לכל אחד מהם יש **מעמד עצמאי משלו** בזכות או בחובה המשותפת; ואם-כן, במקום שקובע המשפט תוצאה מסוימת, עקב העובדה שאדם שהוא זכאי או חייב בזכות או בחובה מסוימת נכנס למצב מסוים, ונזדמן המקרה שהזכות או החובה היא משותפת, ורק אחד מן השותפים נכנס למצב הנוסף הדרוש - כלום תחול התוצאה, לגבי אותו שותף, ולו רק בחלקה המתאים, שהרי באיש עצמו נתמלאו לכאורה דרישות המשפט, או שמא לא תחול, באשר דווקא את הזכאי או החייב "כלו" בעינן, והא ליכא? ובדוגמה ממשית: הזכרנו כי במקום ששואל אדם חפץ מחברו הנמצא עמו במלאכתו, ונפגע החפץ - פטור השואל, משום "שאלה בבעלים"; ועתה, אם שאל האיש את החפץ מן השותפים, שרק אחד מהם עושה במלאכתו - מהו? "כולו בעליו בעינן, והא ליכא, או דילמא מההוא פלגא דידיה מיהא מיפטר?" או, להיפך: "שותפין ששאלו, ונשאל לאחד מהן, מהו? כולו שואל בעינן, וליכא, או דלמא בההיא פלגא דשיילי מיהא מיפטר?"[1123]. הבעייה לא נפשטה, והתשובה היא אפוא **תיקו**, ומי שהוא הצד המוחזק - ידו על העליונה[1124] [1125]. [[445]]

ב. פירוק השיתוף

בדיון על פירוק השיתוף מתעוררות כמובן בעיות מיוחדות רק לגבי הפירוק **בדרך-כפייה** - היינו הפירוק באמצעות בית-הדין - ולהבדיל מפירוק העשוי להתרחש בדרכים הרגילות של ירושה או הסכם בין השותפים או אבדן הנכס לגמרי.

בקשר לכך מתעוררת קודם-כל בעיית מעמדו של בית-הדין בתביעת הפירוק, דהיינו אם פועל הוא בזה כרשות מינהלית, הכופה את הפירוק רק מטעמה היא עצמה, בחינת "הפקר בית-דין הפקר" -

---

[1123] צו) בבא מציעא צ"ו, א', ור' גם דוגמאות אחרות בדף ל"ד עמ' ב'.

[1124] צז) טור חו"מ סי' רצ"ה סע' ה', וב"ח שם.

[1125] צח) בעיה דומה התעוררה למעשה גם בפסיקה במדינת-ישראל, בע"א 172/55 (אולדק נגד כיאט ואחרים, פסקי-דין י', עמ' 1860). הבעייה היתה אם במקום שאחד מבין שני שוכרים-שותפים מסתלק בגמר השכירות, מוסיפה הגנת-הדייר לחול על השוכר-השותף הנותר, לבדו. השופט ויתקון פסק בחיוב, באופן שהשכירות כלה תעבור אל השותף הנותר - אך טעמיו הם קלושים ביותר. לפי הדין העברי היה מתקבל כי השותף הנותר מוסיף להיות מוגן לגבי חלקו, בעוד שהמשכיר היה נעשה שותף עמו - תחת השותף היוצא - ומעתה יכול היה המשכיר לדרוש חלוקה או "גוד או אגוד".

או שמא פועל הוא בזה כנציגם של הצדדים, ולו גם בעל-כרחם של המתנגדים לתביעה, כדי לבצע את הפירוק על בסיס חוזי. בסקירת השיטות האירופיות הזכרנו כבר שאלה זו, לפי המשפט הגרמני. **בדיני ישראל** - לפי מה שראינו בעניין מהות החלוקה, וגם כפי שמתחייב מטבע התביעה של "גוד או אגוד" - מסתבר כי בית-הדין פועל לפי האפשרות השנייה; אך מסתבר גם-כן שפועל הוא לא רק לפי אפשרות זו בלבד, אלא עצם פעולתו כנציג כפוי של הצדדים מבוססת מצידה בכלל ש"הפקר בית-דין הפקר". כמו כן מסתבר שבית הדין אינו מוכרח לפעול בדבר במשך כל תהליך הפירוק ועד לעצם הגשמתן של ההקנאות הדרושות, אלא יתכן גם שחלק מפעולות הפירוק יבוצע על-ידי הצדדים עצמם, תוך הסכם הדדי חופשי, ובית-הדין יוזמן רק לפסוק בנקודות מסוימות או לנהל חלק מן הפעולות, להשלמת התהליך, בעניינים שבהן אין הצדדים יכולים להסכים מעצמם.

בהמשך מכאן נעבור לדון בשיטות הפירוק השונות והבעיות המיוחדות המתעוררות בתוכן. השיטה הראשונה תהיה, כמובן, שיטת **החלוקה**; אבל יש לשים לב שגם שיטת הפירוק על-ידי מכירת הנכס לזרים עשוייה להיתפס כהסתנפות של שיטת החלוקה, באשר סוף-סוף אין הפירוק נגמר כאן אלא על-ידי חלוקת התמורה בעין. תפיסה זו היא אמנם התפיסה השלטת בשיטות של יבשת אירופה, ובהתאם לכך גם נוטים להכיר ביבשת אירופה רק שיטת-פירוק אחת כביכול - היא שיטת החלוקה, - באשר מלבד חלוקת הנכס בעין אין כופים כאן אלא את מכירתו לזרים. בדיני ישראל, לעומת זאת, הברירה לחלוקה בעין היא "גוד או אגוד" - שיטה אשר יסוד של חלוקת התמורה, בדרך-כלל, איננו קיים בה - ולפי זה מובלט כאן יותר כי שיטות-הפירוק אינן אחת, כי אם שתיים.

1. שיטת החלוקה

א. דין-חלוקה

במה שנוגע לחלוקת הנכס המשותף גופא, הרי בשום שיטה אין כופים את החלוקה אלא אם נתקיימו בנכס תנאים מסוימים. **במשפט העותמני** נחוץ היה שהחלוקה לא תגרע מן ההנאה המופקת מן הנכס על-ידי כל אחד מהשותפים; אולם, המג'לה יודעת מקרה אחד היוצא מן הכלל: אם חלקו של אחד השותפים הוא קטן, והחלוקה תגרע מהנאתו, בכל-זאת כופים אותו לחלוק על-פי תביעת השותף שחלקו גדול ושהנאתו לא תיגרע. מסתבר כי דין מוזר זה אינו חל עוד במקרקעין במדינת ישראל, על פי החוק מתשכ"ט, ומסתבר שנדחה לגבי מקרקעין אף קודם לכן על-ידי ההוראה הכללית והחד משמעות של חוק החלוקה מ-1332 להג"מ[1126]. **בגרמניה** קנה המידה הוא בקיום ערכו של הנכס: אם ערכו הכללי לא ייגרע על-ידי החלוקה, מחלקים אותו בעין[1127].

[1126] צט) ר' מג'לה, סע' 1131 ו-1139 ואילך וסע' 1 של חוק החלוקה. בחוק המקרקעין מתשכ"ט נקבע הפירוק בדרך חלוקה רק לגבי מקרקעין הניתנים לחלוקה (סע' 39), אך לא נקבע מהו קנה המידה לכך. סע' 40 מונע את דין החלוקה אף במקרקעין "הניתנים לחלוקה" אם "חלוקתם תגרום הפסד ניכר לשותפים, כולם או מקצתם".

[1127] ק) בג"ב, סע' 752.

בשוייצריה אין מחלקים, אם ערכו של הנכס ייגרע **במידה ניכרת**[1128]. **בצרפת ובאיטליה** בודקים אם החלוקה בעין היא "נוחה", אבל באיטליה מוסיפים גם קני-מידה נוספים, והיינו שהחלוקה לא תפגע בענייני הכלכלה הציבורית או ההיגיינה[1129].

בדיני ישראל, קנה-המידה היסודי הוא "שאלו יחלק (הנכס) לפי השותפים, יגיע לפחות שבהם חלק ששם הכל קרוי עליו" - והיינו, אין בנכס דין חלוקה אף אם הנאתו היחסית של כל שותף לא תיגרע כשלעצמה, אלא שמכל-מקום חלקו של אחד השותפים יהיה כל-כך קטן שהוא לא יהיה ראוי להתקיים באופן עצמאי לשם אותו השימוש שהיה נהוג בנכס השלם; וקנה-המידה לראיות זו, או **לשם** - הוא מה שמקובל במקום. מלבד זה נחוץ שכל שותף יוכל להוסיף ולהשתמש [[447]] בחלק שיפול לו ממש כפי שהשתמש בנכס השלם, ואם יחסר לו אחד התשמישים - אין בנכס דין חלוקה. כמו-כן אין בנכס דין-חלוקה בכפייה אם אי-אפשר יהיה לקיים בו את הדרישות הקודמות בלא להטיל שעבוד על אחד החולקים לטובת חברו[1130]. מצד שני, אם אפשר לקיים את כל הדרישות האמורות, אבל על-ידי כך שייגרע מערכו של הנכס השלם - אין בזה פגם בדין-החלוקה, אלא אם יהיה ההפסד מרובה ביחס לערכו של הנכס[1131].

מלבד המבחן העקרוני מוצאים אנו בדיני ישראל גם שלש הלכות צדדיות לגבי השאלה אם יעמוד הנכס לחלוקה בעין או לא:

א) אפילו נכס אשר בשלמותו אין בו דין חלוקה, הרי אם אחד השותפים מבקש להפריד את חלקו (או חלק חלקו) בעוד שלחבריו יישאר נכס שיש בו שיעור חלוקה - והיינו שיוכל להתקיים בבחינת נכס נפרד על-פי קני-המידה שצוינו לעיל - נעתרים למבקש, ואילו חבריו נשארים שותפים ביתר

[1128] קא) צג"ב, סע' 651.

[1129] קב) ספר החוקים האזרחי הצרפתי, סע' 827; האיטלקי, סע' 720, 1114.

[1130] קג) על פי סע' 39(ג) של חוק המקרקעין, תשכ"ט, אין עניין זה מונע דין-חלוקה במקרקעין במצב המשפטי הנוהג במדינת ישראל כיום.

[1131] קד) שו"ע חו"מ סי' קע"א סע' ג' וה', והגה שם. אשר לגרעון בערכו של הנכס, המקור העיקרי הוא בתשובת תרומת-הדשן, סי' של"ו, ושם נפסק כי עד חומש מערכו של הנכס - אין משגיחים בפחת, אבל אם הפחת יהיה יותר מחומש, לא יהיה בנכס דין-חלוקה. והנה, תשובה זו מבוססת על סברות שביסוסן דחוק ביותר, ואמנם רבו עליה החולקים. אבל עצם הסברה שהפסד חשבוני בלבד, שאינו גם יותר מדי גדול, אינו צריך למנוע חלוקה - הריהי סברה המתקבלת על הדעת כשלעצמה ובצורה זו היא מופיעה גם בתשובת המיימוני, ספר קניין סי' ל"ו, ונראה שאף הרמ"א, המביא את התשובה של תרומת-הדשן, אינו גורס דווקא את גבול החומש, אלא גבול גמיש - כפי המתקבל על הדעת במסיבות המקרה - ולפי נוסח דבריו בהגהה בסע' י"ד מסתבר אפוא שכך גם עיקר.

הנכס, אלא אם [[448]] מעלים הם טענה שתצדיק את סירוב ההפרדה[1132]. סמ"ע מביא דוגמה לטענה כזאת: כגון שאחד השותפים הנותרים מצטרף ומבקש בכנות להפריד גם את חלקו, ואם ישמעו לשניהם יישאר השותף השלישי לבדו בנכס שאין בו שיעור הלוקה. אכן, הצטרפות השותף השני לבקשת ההפרדה של הראשון צריכה להיות **כנה**, והיינו שיתברר כי אמנם יש לו טעם להפריד את חלקו; אבל אם לא יהיה בידו לברר טעם כזה, ורק יטען כלפי המבקש הראשון, שאם ייעתרו לו הרי גם הוא רוצה להפריד את חלקו, ייראו בזה עמידה על מידת-סדום, ולא טענה המצדיקה לדחות את בקשת ההפרדה של הראשון.

ב) אם בזמן מסוים של השיתוף היה בנכס דין חלוקה, הרי אף אם לאחר מכן מתפצל חלקו של אחד השותפים באופן שנוצר ממנו חלק שאין בו שיעור חלוקה - מכל-מקום נשאר בנכס דין-חלוקה, ומבחינה זו מוסיף החלק המפוצל להחשב כחלק **אחד**[1133]. לכאורה, זהו רק המשך מן ההלכה הקודמת, שאף בנכס שאין בו דין-חלוקה יכול חלק מן השותפים חלוקה על יתרם, אם חלקם של יתר השותפים יחד יהיה בו שיעור חלוקה; אבל באמת יש כאן חידוש בכמה פנים. ראשית, בטעם הדין: שם, הטעם הוא שכופים על מידת סדום, ואילו כאן הטעם הוא שבעלי החלק שפוצל אינם "עדיפי מגברא דאתו מיניה" - והיינו שאין זכותו של אדם נגרעת על-ידי מה שנעשה, שלא בטובתו, אצל חברו, ובהתאם לזה יוצא כי בעלי החלק שפוצל אינם יכולים למנוע את היפרדותם של בעלי החלקים האחרים אפילו על-ידי טענה כנה - וכמו-כן, שאף אם מתמיד השיתוף, מכל-מקום אין בעלי החלק שפוצל מקבלים דין "ברירה", כפי שהיה ראוי להם בנכס שאין בו דין חלוקה.

ג) מקום שאחד השותפים בחצר יש לו חלק שאינו מגיע כדי שיעור חלוקה, אבל על המצר של אותה חצר יש לו חצר פרטית שלו, אשר במקרה חלוקה יהא חלקו ראוי להצטרף עמה בלא גריעת הנאה, הרי דין אותו חלק הוא כאילו יש [[449]] בו שיעור חלוקה, ובמקרה המתאים אפשר לכוף את בעליו לחלוק[1134] [1135].

[1132] קה) שו"ע חו"מ סי' קע"א סע' י', ותשובת המיימוני, ספר קנין, סי' י"ד, ור' הגהת הרמ"א בחו"מ סי' קע"א סע' ג'. - סע' 41(ב) של חוק המקרקעין מתשכ"ט במדינת ישראל מאמץ לו את העקרון, בתנאי שהשותפים הצריכים להישאר יחד מסכימים לכך.

[1133] קו) הגהת הרמ"א בחו"מ סי' קע"א סע' ג'.

[1134] קז) שו"ע חו"מ סי' קע"א סע' ד'. גם עניין זה אומץ בחוק המקרקעין, תשכ"ט, בסע' 41(א), אך גם כאן רק בתנאי שהשותף אשר צריכים לכופו מסכים.

[1135] קח) לדין זה היתה מעין הקבלה בסע' 9 א' של פקודת העברת מקרקעין, שהיתה נהוגה במדינת ישראל לפני הכנסתו של חוק המקרקעין מתשכ"ט. סעיף זה לא עסק בכפיית חלוקה, כי אם בעקרונות של פרצלציה בדרך-כלל, ותוך כדי כך הוא קבע, שאם אי-אפשר לחלק מקרקע בלי פגיעה בסייגי הפרצלציה, אבל אפשר לחלקו בלי פגיעה במקרה שחלקו של אחד השותפים יצורף למקרקע פרטי שיש לו בסמוך - החלוקה מותרת. הוראות אחרות של סע' 9 א', הנוגעות יותר לענייננו, הריהן שאסור למנהל מחלקת הקרקעות לאשר העברת קרקע אם היא מצריכה פרצלציה, והפרצלציה אינה מתאימה להוראות הקובעות

ב. קביעת שיעור-חלוקה

השאלה הראשונה, המתעוררת לעניין ביצוע החלוקה למעשה, הריהי: כיצד מחליטים אם חלקו של שותף כלשהו - או של קבוצת שותפים - אמנם יש בו שיעור-חלוקה? הדבר תלוי כמובן בשיעור היחסי הראוי לשותף או לקבוצת השותפים מתוך כללו של הנכס, והשאלה היא מה תהיה יחידת-המידה אשר ביחס אליה ייקבע השיעור. על השאלה הזאת משיב קודם-כל סע' 1147 של המג'לה לאמור: "נכסי השותפות שהם דברים שבמדה, מחלקים אותם במידה. היו דברים שבמשקל, מחלקים אותם במשקל. דברים שבמנין - במנין" אולם, כשמדובר בכמות של נכסי-פירות, הנסחרים במידה, במשקל או במניין, בלי שים-לב לזהותו המיוחדת של כל נכס לחוד - התשובה היא פשיטא, ולמעשה אפשר לראות במקרה כזה את השאלה כאילו לא היתה מתעוררת בכלל. עיקר עניין השאלה הוא כמובן כשמדובר בנכס **המיוחד בזהותו**, כמקרקע, ועל זה משיבה המג'לה בסע' 1148: "מגרש ושדה , מאחר שהם מסוג הדברים שבאמת-מידה - [[450]] מחלקים אותה באמה (והיינו שמודדים את השיעור ביהס לגודל הכללי), אבל העצים והבניינים שבהם - חלוקתם בשומא" (ומודדים את השיעור ביחס **לערך**, אם כי לא נאמר בפירוש הערך של מה). סעיף זה נדחה כבר על-ידי סע' 5 של חוק החלוקה, שקבע כי "הקרקע תימדד לפי דונמים או אמות, ולוקחים בחשבון את טיב המקום ויתר התכונות וכן את כושר פוריות הקרקע. מחלקים לכל אחד מהשותפים חלק כחלק כמספר השותפים, באופן... שתהיה התאמה בערכם של החלקים" - ולפי זה לא היתה ניתנת בכלל יחידת-מידה **קבועה מראש**, אלא היו מחשבים והולכים, עד שהיתה מתקבלת תכנית של חלקים אשר **ערכיהם** יתיחסו זה לזה כפי היחס שביד חלקי השותפים בקניין המשותף. במלים אחרות אפשר גם לומר, שאמנם ניתנה כאן יחידת-מידה, אבל זו התבטאה רק בערך הכללי של הנכס **כפי שיעמוד עם השלמת החלוקה**. חוק המקרקעין, תשכ"ט, ביטל את חוק החלוקה, אך לא הכניס בנקודה זו שום הוראות מחליפות.

מבין השיטות האירופיות שרגילים אנו לסקור, מוצאים אנו תשובה מפורשת בענייננו רק בחוק **הגרמני**[1136] **והאיטלקי**[1137], וכאן נראה כי יחידת המידה היא **הגודל**. אמנם, קנה מידה זה עשוי לכאורה להביא תוצאות אבסורדיות, שהרי עשוי הוא להביא לשותף שחלקו קטן נכס שערכו הרבה יותר גדול מן הנכס שיפול לשותף אשר חלקו בשיתוף גדול. אולם, על זה מתגברים בגרמניה על ידי כך שאומרים, שאם יש בנכס חלקים השונים בערכם היחסי מחלקים אחרים - **אין באותו נכס דין חלוקה כלל** (ואף אם היה להיות בו דין-חלוקה על פי קנה-המידה שציינו לעיל); ואילו באיטליה אומרים שאף אם מתקבלים חלקים השונים בערכם היחסי, מכל מקום יהיה בנכס דין-

---

שטחי מיזער או רוחב מיזער של חלקות. עתה נקבע בסע' 38(א) של חוק המקרקעין שהסכם לחלוקה בעין טעון אישור מאת המפקח האזורי על רישום מקרקעין, כי "החלוקה תואמת את הוראות חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, וכל חיקוק אחר בנידון".

[1136] קי) בג"ב, סע' 752, ור' **אנקצרוס-להמן**, עמ' 768, ודוק.

[1137] קיא) ספר החוקים האזרחי, סע' 727, ור' **מסיניאו**, ג, עמ' 579 ודוק.

חלוקה, אלא שמקבלי החלקים אשר ערכם היחסי יותר גדול **יפצו בכסף** את מקבלי החלקים הקטנים שערכם היחסי יותר קטן[1138]. **בצרפת ובשוייצריה** מסתבר כי הדין הוא כמו באיטליה[1139].

[[451]] **בדיני ישראל**, נראה כי אפשר להכליל ולומר שיחידת-המידה היא בערך הנכס כפי שיעמוד עם השלמת החלוקה[1140].

ג. הקצאת החלקים - הגרלה

נראה שעל פי כל השיטות הנסקרות מקצים את החלקים לשותפים השונים בדרך **הגרלה**[1141]; אולם, ביחס לפרטים של דין ההגרלה יש כמה הבדלים בין השיטות השונות. מלבד הדין העברי, עורכים את ההגרלה בשיטות הנסקרות **לאחר** שנערכה תכנית החילוק לפי מה שאמרנו לעיל. במשפט הגרמני והאיטלקי נאמר בפירוש שמגרילים רק את החלקים **השווים**, ובחוק האיטלקי נאמר בפירוש כי את החלקים הנבדלים מאחיהם (מבחינת ערכם המוחלט) מקנים ממילא לאותו שותף שהם מתאימים לחלקו היחסי בשיתוף. מסתבר בהכרח שהוא הדין גם במשפט הצרפתי ועל-פי סע' 5 חוק החלוקה העותמני - אך כאן **לא** נאמרו הדברים בפירוש.

לעומת זאת, **בדין העברי** ניגשים לבעית ההגרלה מנקודת-ראות יותר רחבה; שהרי הן לגבי החלקים הנבדלים בערכם המוחלט הן לגבי החלקים הנבדלים בערכם היחסי - **אם עצם ייחודם אינו בורר להם את מקומם בהכרח** - יכולים השותפים לטעון איש כנגד רעהו: "מאי חזית דפלגת הכי? פלוג הכי". לכן, אם באמת עצם ייחודו של החלק אינו בורר לו את מקומו בהכרח, בשים-לב לתנאיו של הנכס[1142], קובעים דיני ישראל שהגורל יוטל **מלכתחילה**, [[452]] אפילו מלפני שנערכה תכנית החילוק, כדי לקבוע מאיזה צד יקבל כל אחד מן השותפים את חלקו, ורק אחר-כך - משנתבררו הצדדים - תיערך תכנית החילוק, וכל אחד מן השותפים יקבל חלק כפי השיעור הראוי לו באותו צד שנפל בגורלו. חוץ מזה נבדל הדין העברי בכך שמכיר הוא כאן במיוחד בַּכְּלָל שכופים על מידת-סדום, ואם כל צדדיו של הנכס (או כל הצדדים של אותו חלק הנכס אשר בו צריך בהכרח להימצא חלקו של שותף מסוים) הם שווים בטיבם, יוכל השותף המעוניין לקבל את חלקו בלי הגרלה, בצד הנוח לו, אם מביא הוא לכך טעם מספיק, ואין לחבריו טעם מספיק להתנגד[1143]. יש גם-כן דעה שאם אחד השותפים מביע את הסכמתו לקחת את חלקו בצד מסוים לפי הערכה

[1138] קיב) סע' 728.

[1139] קיג) החוק האזרחי הצרפתי, סע' 833; בג"ב, סע' 651.

[1140] קיד) שו"ע חו"מ סי' קע"ד סע' א'.

[1141] קטו) סע' 5 של חוק החלוקה העותמני; סע' 834 של ספר החוקים הצרפתי; סע' 729 של ספר החוקים האיטלקי; סע' 752 של הבג"ב; שו"ע חו"מ סי' קע"ד סע' א'. בצג"ב השוויצרי אין נזכרת ההגרלה בפירוש, אך דווקא מתוך השתיקה הזאת יש להסיק כי לא היתה כוונה לסטות מדין הבג"ב. גם חוק המקרקעין, תשכ"ט, במדינת ישראל, נשאר בנקודה זו בלי הוראה מפורשת.

[1142] קטז) ר' סמ"ע על סי' קע"א ס"ק י'.

[1143] קיז) בבא בתרא י"ב ב', ור' בפרק ג' לעיל, סע' א', מס' 5 והערה י"ט שם.

מוגדלת, וחבריו אינם מסכימים שאותו צד יוגרל לפי הערכה כל-כך גבוהה, זכאי המציע לקבל את חלקו באותו צד, בלא גודל, לפי הערכתו[1144]. אולם, החולקים על דעה זו טוענים כי במקום שיש דין חלוקה אין סיבה לסטות מן העקרון שאין אדם כופה את חברו למכור לו את נכסיו[1145] - ונראה לי שהלכה כמותם[1146]. מצד שני, נראה לכאורה כי הכל מסכימים, שאם אחד השותפים נוח לו לקבל את חלקו דווקא בצד הרע, ומוכן הוא אפילו לוותר לשם כך על הערכה יחסית - שומעים לו. אולם, מסקנה זו מתנגשת עם הכלל שאין כופים אדם לקבל מתנה. התירוץ של הסמ"ע והגר"א, שלמעשה אין כאן מתנה, באשר השותף המעוניין באמת נותן כאן תמורה בעד הויתור על ההגרלה, חוזר ומביא את המסקנה לידי התנגשות עם הכלל שאין כופים אדם למכור את נכסיו - ומסתבר אפוא שגם זו צריכה להידחות על כל פנים[1147] [1148]. [[453]]

ד. חלקו של שותף הבא מכוחם של שותפים אחדים וחלקי שותפים המבקשים להתמיד בשיתוף ביניהם

למעלה הזכרנו כבר את העקרון של דיני ישראל, שאין זכותו של שותף נפגעת על-ידי השינויים המתחוללים שלא בטובתו בזכותם של שותפים אחרים. אותו עקרון יש לו השפעה לא רק למקרה שחלקו של שותף מסוים התפצל - כפי שראינו לעיל - אלא משפיע הוא גם במקרה ההפוך, שחלקיהם של שותפים אחדים נתרכזו בידו של אחד. הדין העברי קובע כי ריכוז שכזה אינו מוכר לעניין חלוקה, במקרה שהשותפים הנותרים דורשים כי החילוק ייעשה לפי מספר החלקים המקורי - ונפקא מינה למקרה שהצדדים השונים של הנכס אינם שוויים, ואילו ריכוז החלקים של השותף האחד יפגע בסיכויי חבריו לקבל את חלקם בצד הרצוי להם[1149]. הדברים אמורים, כמובן, כשהחלקים המקוריים היה בהם שיעור-חלוקה: אם לא היה בהם שיעור-חלוקה, משמע שהנכס בכללו נשאר בלי דין-חלוקה (בכפוף למה שאמרנו בסי' א' לעיל, ס"ק א', בהתאמות המחויבות).

תוצאות דומות חלות גם כשהחלקים של שותפים אחדים לא נתרכזו למעשה בידו של אחד, אלא שאותם שותפים אחדים מופיעים יחד, תוך נכונות להמשיך בשיתוף ביניהם, כנגד השותפים הנותרים[1150].

[1144] קיח) שו"ע חו"מ סי' קע"ד סע' ח'.

[1145] קיט) באר-הגולה, שם.

[1146] קכ) הדעה הנידונה מבוססת על פירוש הסוגיה הנ"ל בבבא בתרא י"ב ב' בדרך המנוגדת למה שביארתי בהערה י"ט בפרק ג' לעיל.

[1147] קכא) שו"ע חו"מ סי' קע"ד סע' א' בסוף, וסמ"ע שם, ס"ק ז', והגר"א, ס"ק ח'.

[1148] קכא-1) נראה שבסע' 43 של חוק המקרקעין, תשכ"ט, נעדשה נסיון לאמץ את העקרון שבדברים הללו, וזו הוראה שיצאה: "בית המשפט יתחשב ככל האפשר בדרישת מקצת השותפים לקיים את השיתוף ביניהם, ובשאר משאלותיהם של השותפים".

[1149] קכב) שו"ע חו"מ סי' קע"ד סע' ב' וד'.

[1150] קכג) שם, סע' ד', הגה.

ה. חלוקה תוך תיקון כספי

סע' 5 של חוק החלוקה העותמני - אף-על-פי שעומד הוא על הבסיס של חילוק לפי הערך היחסי של החלקים, כפי שיתקבל עם השלמת הפעולה - קיבל הוא באופן חילופי גם עקרון אחר, הדומה מאוד לעקרון שראינו באיטליה, והיינו שאם אי-אפשר לקיים את דין-החלוקה באופן שכל אחד מן השותפים יקבל חלק מתאים **בדיוק** לערך היחסי הראוי לו, אפשר בכל-זאת לכוף חלוקה אם ניתן לקיים את דין-החלוקה באופן שכל אחד מן השותפים יקבל חלק אשר ערכו יתקרב **עד כמה שאפשר** לערך היחסי המתאים, ואילו ההפרש יתכסה על-ידי פיצוי כספי.

[[454]] למעשה פירושו של דבר הוא שקובעים את דין-החלוקה על-פי המבחן של **מספר השותפים** בלבד: אם ניתן הנכס לחלוקה באופן שכל אחד מן השותפים יקבל חלק **כלשהו** העומד במבחן של דין-החלוקה, הרי שממילא יש באותו נכס דין-חלוקה; אלא שאחר-כך מכניסים בתכנית כל התאמה אפשרית, כדי שיתקבלו חלקים ההולמים במידה מירבית את היחס ההדדי שבין השותפים, ואם נשאר עוד הפרש - מכסים אותו על-ידי פיצוי מאת מי שזוכה בחלק יותר מדי יקר למי שזוכה בחלק יותר מדי זול. אין סע' 5 מברר בפירוש כיצד מתיחסת הזכות או החובה לפיצוי לדין הגרלת החלקים; אולם, מסתבר בהכרח כי ההגרלה נערכת רק בין אותם השותפים ולגבי אותם החלקים אשר הבעיה הכללית של החילוק ניתנת להיפתר לגביהם באופנים שונים במידה שווה של התאמה[1151]. עקרון האיזון הכספי התקבל גם בסע' 39(ב) של חוק המקרקעין, תשכ"ט, אך באופן מופשט לגמרי: "היתה החלוקה בעין אפשרית רק אם ישולמו תשלומי איזון משותף לשותף, רשאי בית המשפט לחייבם בתשלומים כאלה, אם נראה לו הדבר יעיל וצודק בנסיבות הענין".

בדיני ישראל, העקרון הוא שאין לכוף על אדם חלוקה בתוספת תשלום, טוען הוא שאין ניחא לו לשלם[1152]; ולפי זה, כשנמצא כי אין להגיע לחלקים בעלי התאמה מדויקת, ממילא נמצא לכאורה כי אין בנכס דין חלוקה - ואכן, זוהי דעת הרמב"ן[1153]. אולם, הרמ"ה סובר כי מכל-מקום אפשר לכפות על אדם חלוקה באופן שחברו יצטרך **לפצות אותו**; ולכן, אם על פי התאמה מדויקת של החלקים אין בנכס דין-חלוקה, אבל ניתן הוא על-כל-פנים להתחלק למספר הנחוץ של חלקים, אשר בכל אחד מהם יהיה שיעור-חלוקה, שומעים לו לשותף המציע לחברו את הברירה כי יקח אפילו חלק יותר מדי יקר לגביו - וישלם את ההפרש - או שיקח אפילו חלק יותר מדי זול לגביו - וההפרש ישולם לו; ואם אין השותף השני נענה, כופים אותו לתת את החלק היקר, [[455]] כנגד

[1151] קכד) אם לראובן, למשל, מתאימים במידה שווה שלשה חלקים מבחינת היוקר ושני חלקים מבחינת הזול, בעוד ששני החלקים הזולים מתאימים ביותר גם לשמעון ולוי, ואילו אחד החלקים היקרים ראוי דווקא ליהודה, בעוד ששני החלקים היקרים האחרים מתאימים גם ליששכר, ברור שיהודה יקבל את חלקו בלי הגרלה; שמעון ולוי יגרילו ביניהם את החלקים הזולים; ואילו ראובן ויששכר יגרילו ביניהם רק את שני החלקים היקרים הנותרים.

[1152] קכה) ר' סמ"ע על סי' קע"א ס"ק כ"ג.

[1153] קכו) טור חו"מ סי' קע"א סע' כ"ג.

תשלום ההפרש[1154]. מסתבר כי לסברה זו נוטה גם דעתו של מהר״י קארו[1155], ועל-כל-פנים מעיר הט״ז כי ״נראה דכיון דרבים חולקים על הרמב״ן כאן קי״ל כהרמ״ה״; אולם, לא מצאתי מהו הפתרון שבעלי סברה זו מציעים למקרה שהשותפים הם רבים. נראה לי, שכל פתרון אשר יוצע למקרה זה במסגרת התפיסה הנידונה יהיה כל-כך מסובך וקשה, שאותה הסברה תיפרץ מאליה - וממילא משמע שאין היא יכולה לעמוד גם בין שותפים יחידים.

כשלעצמי, נוטה אני לדעת החולקים על סברת הרמ״ה מיסודה, באשר מוזר הוא שאפשר יהיה לכוף על שותף כי יקבל בנכס פחות - ואפילו הרבה פחות - מכדי חלקו, ולו גם כנגד תשלום. למעשה, אם נחוץ לכוף את הדבר על השותף, משמע שהוא מצידו מבכר להסתלק מן הנכס לחלוטין, והוא אומר לחברו: או שנישאר שותפים או שתקנה ממני את חלקי השלם, אבל מחצית חלקי אין לי טעם למכור - וסבורני כי טענה שכזאת עדיפה על עמדת הצד שכנגד, המבקש להיעצר באמצע הדרך. מצד שני, נראה לי אף יותר פשוט שאין לכפות שותף כי ישלם בעד **תוספת** לחלקו כשמבכר הוא להסתלק מן הנכס לחלוטין, ובסך-הכל נראית לי אפוא הכרעת הרמב״ן נכונה בדיני ישראל ועדיפה מבחינה הגיונית על הדין הנכרי.

ו. חלוקה בנכסים אחדים

נעבור עתה למקרה שהשיתוף מתיחס לא רק לנכס אחד, כי אם לאחדים - והשותפים באים לפרק את השיתוף. העניין אינו מעורר למעשה שום בעייה מיוחדת כשהמדובר הוא בכמות של נכסי-פירות, שאפשרות לראותה כעין נכס אחד[1156]; אבל העניין מסתבך כאשר הנכסים השונים מיוחדים בזהותם, בדומה למה שראינו בסי׳ ב׳ לעיל.

[[456]] חוק החלוקה העותמני וחוק המקרקעין מתשכ״ט אינם מזכירים את העניין בכלל. בהתאם לכך יוצא ש**במדינת-ישראל** למעשה יידון הדבר גם במקרקעין לפי דין המג׳לה, הקובעת כי נכסים המיוחדים בזהותם הריהם לעניין חלוקה כנכסים בודדים, כל אחד לעצמו[1157]. **במשפט הגרמני** תתקבל בדרך-כלל תוצאה דומה, באשר אין כופים כאן חלוקה אלא כשעשוי הרכוש להתחלק לחלקים שווים מבחינת טיבם וערכם היחסי. אולם, אם יזדמן המקרה, והשיתוף יתיחס לנכסים אחדים השווים ביניהם בטיבם ובערכם היחסי, והנכסים הללו יהיו ניתנים להתחלק בין כל השותפים, לא יפרקו את השיתוף בכל אחד מהם לחוד, אלא יחלקום זה כנגד זה. לעומת זאת, **בצרפת ובאיטליה** מעדיפים להימנע עד כמה שאפשר מחלוקתם של נכסים שלמים, וכן - כשמורכב הרכוש מנכסים אחדים, שמים אותם, ואם אפשר לחלק את כלם או חלק מהם זה כנגד זה, באופן שכל אחד מן השותפים יקבל נכס שלם, או כמה נכסים שלמים, בערך המתאים לחלקו - הולכים לפי הדרך הזאת. אם החלוקה על הדרך הזאת אפשרית לפי מספר השותפים, אבל לא בהתאמה

[1154] קכז) שם.

[1155] קכח) שו״ע חו״מ סי׳ קע״א סע׳ י״ג.

[1156] קכט) ר׳ במג׳לה, סע׳ 1132-1134.

[1157] קל) סע׳ 1135-1138.

מדויקת לחלקי השותפים השונים, משלימים את התיאום על-ידי פיצוי כספי. באיטליה נקבע עוד, שאף אם אי-אפשר לחלק את הנכסים זה כנגד זה, ונמצא במכלול הרכוש נכס שאין בו דין חלוקה, ואחד השותפים מסכים לקבל את הנכס על חשבון חלקו ברכוש - שומעים לו; ואם כמה שותפים מתחרים ביניהם, נעתרים לשותף שחלקו הוא הגדול ביותר. אם ערך הנכס הוא גדול מן הערך המגיע לשותף הזוכה, משלם הוא את ההפרש. את קבוצות הנכסים המתאימות במידה שווה לשותפים שונים - מגרילים[1158].

בדיני ישראל דומה הפתרון למה שראינו במשפט הגרמני: בסתם מתפרק השיתוף בכל נכס לחוד, אבל אם כולל השיתוף נכסים השווים בתשמישם, ואפשר לחלק אותם בין השותפים זה כנגד זה, באופן שכל אחד מהם יקבל נכס המתאים בערכו לחלקו של השותף - מחלקים אותם כך. לדעת הרמ"ה מחלקים זה כנגד זה גם נכסים השווים בתשמישם ושאינם מתאימים לחלקי השותפים, ומי שזוכה בנכס שהוא יקר יותר מדי ביחס לחלקו משלם "מאי דביני לביני" - על-פי העקרון שכבר ראינו בסימן הקודם[1159]. [[457]]

ז. גמר החלוקה

לגבי גמר החלוקה, אין ביסודו של דבר הבדל בין דין החלוקה לבין דין גמירתם של סוגי הקנאה אחרים; אולם, במשפט העברי נקבעת על-כל-פנים הלכה אחת מיוחדת, שהחלוקה נגמרת לא רק בדרכי הקניין הרגילות, אלא - במקום שמתקיימת היא על-פי הגרלה - הריהי נגמרת על-ידי עליית החלקים בגורל[1160]. הוראה דומה מצוייה במג'לה בסע' 1156; אך לפי סע' 1158 - אם אין החלוקה מתנהלת על-ידי השופט - יכול כל שותף לחזור בו כל זמן שלא עלה הגורל האחרון. אם החלוקה אינה תלויה בגורל, אין היא נגמרת לפי המג'לה אלא על-ידי הפרדת החלקים למעשה (סע' 1117, 1124). במקרקעין כפופים כיום דינים אלה, במדינת ישראל, לדיני הרישום (ועד להכנסת חוק המקרקעין, תשכ"ט, חל גם הדין האנגלי, שמבחינה אקויטבילית הקנאה היא שלמה אפילו לפני שנתגשמה בפועל ולפני תשלום התמורה - אם ההתחייבות לגביה נערכה בכתב[1161]).

נגמרה החלוקה, נראה שבדיני ישראל אחראים החולקים זה לזה לפי דיני האחריות הרגילים החלים במיקח[1162], וכן - אם נמצא בדיעבד פגם בחלוקה - עומדת החלוקה לביטול בהתאם לדיני

[1158] קלא) ספר החוקים האזרחי בצרפת, סע' 832; באיטליה, סע' 720, 726 ואילך.

[1159] קלב) שו"ע חו"מ קע"א סע' י"ג.

[1160] קלג) בבא בתרא ק"ו ב' ור' רשב"ם שם.

[1161] קלד) ר' ע"א 154/50 (פסקי דין ז', עמ' 841) וע"א 178/56 (פסקי דין י"א, עמ' 1989).

[1162] קלה) לפי הרא"ש על בבא בתרא ק"ז א', ונראה שכן מתחייב גם לפי דעת הרמב"ם (פ"י מהל' נחלות הל' א' ופי"א מהל' שמיטה ויובל הל' כ').

המיקח הכלליים[1163]. דומה לזה הגישה בגרמניה ובשוייצריה[1164]. במג'לה[1165], וכן בצרפת ובאיטליה[1166] מוצאים אנו לעניין זה כמה דינים מיוחדים. לא נבררם כאן, כי הדבר מתקשר לרקע הכללי של דיני האחריות והפגמים במיקח. [[458]]

2. פירוק השיתוף בנכס שאין בו דין חלוקה

נמצא שאין בנכס דין-חלוקה, הרי השיטות האירופיות מכירות רק דרך אחת לפירוק השיתוף, והיינו על-ידי הוצאת הנכס למכירה למרבה במחיר וחלוקת המחיר בין השותפים. אולם, החוק הגרמני קובע כי במקרה שהמכירה לזרים אינה אפשרית, עורכים את המכירה בין השותפים לבין עצמם, ואילו החוק השוייצרי מוסר את הדבר לשיקול-דעתו של בית-המשפט - אם המכירה תהיה פומבית או רק פנימית[1167]. **רוסל ומנתא**[1168] סוברים כי בדרך-כלל יצווה השופט על מכירה פומבית, ורק אם הצדדים עצמם ירצו דווקא מכירה פנימית ייעתר להם השופט.

לעומת זאת קבע חוק החלוקה העותמני, בסע' 8, כי לכתחילה אין מוציאים את הנכס למרבה במחיר, אלא מעריכים את חלקו של השותף הדורש פירוק - לפי ערכו היחסי בנכס השלם - ומציעים לשותפים האחרים לקנותו באותו מחיר. מסתבר שאם הסכימו השותפים - או חלק מהם - לקנות, הריהם היו זוכים בחלקים שווים[1169]. אם מישהו מן השותפים הציע סכום העולה על השווי המוערך, היו מוכרים את החלק לכל המרבה במחיר מבין השותפים. אולם, על פי סע' 9 יכול היה השותף המבקש פירוק שלא להסכים לשווי המוערך. במקרה כזה - וכן במקרה שהשותפים האחרים לא הביעו תוך 15 יום את הסכמתם לקנות - היו מוכרים את הנכס כלו במכירה פומבית. סע' 10 קובע כי במקרה שבמכירה הפומבית לא יושג השווי המוערך חוזרים ומציעים את הנכס כלו במכירה לכל המרבה במחיר מבין השותפים. אם גם דבר זה לא היה מצליח, זכאי היה השותף הדורש פירוק למכור את חלקו לזר בלא שתישמר לחבריו זכות המצרנות. כיום, על פי סע' 40 של חוק המקרקעין מתשכ"ט, נקבע גם במדינת ישראל בפשטות, כי במקום שאין דין חלוקה "יהיה פירוק השיתוף בדרך של מכירת המקרקעין וחלוקת הפדיון". עם זאת, בסע' 41(ג) נקבעת אלטרנטיבה למקרה מיוחד: אם לגבי חלקיהם של חלק מן השותפים יש דין חלוקה ולגבי

[1163] קלו) שו"ע חו"מ סי' קע"ה סע' ג'-ד', ור' גם פתחי-תשובה על חו"מ סי' קע"ג ס"ק א'. הסייגים הנזכרים פה מבוססים על ההנחה שיכול שותף לכוף את חברו לחלוק אף בתשלומי-הפרשים, ואין להם משמעות יותר עקרונית.

[1164] קלז) בג"ב, סע' 757; צג"ב, סע' 637-638, ור' **רוסל ומנתא**, ב', עמ' 316.

[1165] קלח) סע' 1125, ור' גם סע' 1127 ו-1161.

[1166] קלט) סע' 884-885 ו-887 ואילך בספר החוקים הצרפתי: סע' 759-758 ו-761 ואילך בספר החוקים האיטלקי.

[1167] קמ) סע' 827 של ספר החוקים האזרחי בצרפת; סע' 720 באיטליה; סע' 753 של הבג"ב; סע' 651 של הצג"ב.

[1168] קמא) כרך א, עמ' 315.

[1169] קמב) ר' הערה לסע' 8 בתרגומו של **יפרח**.

חלקיהם של האחרים אין דין חלוקה, ובעלי דין החלוקה רוצים לקנות את חלקי חבריהם - שומעים להם, בתנאי שישלמו באופן פרופורציונלי את המחיר שהיה מושג לו הוציאו את הקרקע כלו למכירה.

[[459]] בדיני ישראל, אם אין בנכס דין-חלוקה, שיטת הפירוק היא על-ידי תביעת "גוד או אגוד" שיש לכל שותף נגד כל אחד מחבריו, שיקנה הלה את חלקו של התובע במחיר המוצע או שימכור לו את חלקו שלו במחיר היחסי המתאים; אולם, אף במקום שאין הנתבע רוצה לקנות, אין התובע יכול על-כל-פנים לכפותו שימכור את חלקו בפחות משוויו. מסתבר שהצעת-המיקח של התובע אינה מוכרחה להיות דווקא לטובת עצמו, אלא מספיק שיציע קונה כלשהו. המחיר צריך על-כל-פנים להשתלם **במזומן**, ולכן - אם בוחר הנתבע לקנות, והתובע אינו מסכים לזקוף את הסכום במלווה, ואין לנתבע לשלם לאלתר, נראה שהרי זה כאילו דחה את ההצעה לקנות, וחייב הוא למכור, - ואם, להיפך, בוחר הוא למכור, אבל איננו מסכים לזקוף את המחיר במלווה, והתובע אין לו לשלם לאלתר, ואף אין הוא מציע מועמד המוכן לשלם לאלתר, הרי כל ההצעה היא בטלה. עם זאת, אין פירושו של דבר כי ברירת הנתבע צריכה להתקיים לאלתר, מיד לכשנתבע: יכול הוא לבקש זמן שלשים יום, ואף יש בידו להבטיח את ברירתו על-ידי כך שיקנה לאלתר ובהקפה, על מנת שיפרע תוך שלשים יום - כדי שלא יוכל התובע למכור בינתים את חלקו שלו לאחר[1170].

לשיטה זו ולשיטה של חוק החלוקה העותמני משותף העקרון, כי לכתחילה אין מוכרים את הנכס כלו, אלא רק את חלקו של השותף התובע פירוק - ונראה כי עקרון זה עדיף הוא בבירור על הגישה האירופית. ננסה עתה לבדוק מהם ההבדלים בין השיטה העברית לעותמנית בגדר העקרון המשותף הזה.

א) בשיטה העותמנית, הנחת-היסוד היא שאומדים את מחיר החלק על-פי הערכה אובייקטיבית, אבל למעשה זהה כאן השיטה העותמנית לדין העברי: השותף המבקש את הפירוק הוא הוא המציע את המחיר בשתי השיטות, שהרי גם בשיטה העותמנית יכול הוא לסרב למכור אם חבריו אינם מוכנים לשלם על-פי הערכתו שלו.

[[460]] ב) בשיטה העותמנית יכולים השותפים להתחרות על הקנייה, אבל למעשה אין הדבר נמנע גם על-פי השיטה העברית: אם ראובן אומר לשמעון ולוי "גוד או אגוד", ולוי קופץ ומציע מאתים, כמובן יוכל ראובן להעדיף את לוי. אולם, על-פי הדין העברי, אם ראובן יעשה כן - הוא ייחשב

[1170] קמג) על-פי שו"ע חו"מ סי' קע"א סע' ו' וט' וטור שם, סע' ל', ל"א. האפשרות שהצעת-המיקח תוגש על-ידי התובע לא לטובת עצמו, כי אם לטובתו של זר היא בניגוד לדעת הרא"ש, בתשובה המובאת בטור חו"מ סי' קע"א סע' כ"ז-כ"ח; ואין דעה זו נראית, מן הסיבה הפשוטה שהלא תמיד יוכל התובע להציע כביכול לטובת עצמו, וכשהשותף יימנע מלקנות יקנה הוא את חלקו של השותף ויחזור וימכור לזר, ו"הפוכי מטרתא למה ליז".

כחוזר בו מהצעתו, ורוח חכמים לא תהא נוחה ממנו, אלא אם מלכתחילה תעמוד ההצעה על דעת התחרות, כגון "גודו במנה או ככל שתוסיפו, ואם לא תגודו - אגוד אני במנה".

ג) בשיטה העותמנית ניתנת למבקש הפירוק אפשרות לפרוץ את העקרון האמור ולהכריח את שותפיו למכור את חלקיהם אף-על-פי שמוכנים הם לקנות את חלקו בשווי המוערך. על-פי הדין העברי אין אפשרות מקבילה ניתנת. אומנם, גם על-פי הדין העברי יכול השותף להעלות את תביעתו במחיר גבוה כל-כך שחבריו ודאי לא יסכימו לקנות - ואותו לא יכפו לקנות מחבריו במחיר שהציע, אם יבכר הוא לחזור בו: אולם, אם הוא לא יהא מוכן לקנות באותו מחיר, ואף לא יימצא קונה אחר במקומו, שיסכים לאותו המחיר, לא יהיה כמובן בסיס לכפיית המכירה על חבריו. במלים אחרות פירושו של דבר הוא, שאם מתכוון השותף **ברצינות** לפרק את השיתוף, צריך הוא להציע את חלקו לפי הערכה המתקבלת על דעתו של קונה כלשהו - וכל זמן שלא עשה כן אין הוא יכול לכוף את חבריו שימכרו את חלקם.

ד) בשיטה העותמנית צריכה הצעת הפירוק להיות מכוונת דווקא לכל השותפים יחד - וכמובן אפשר שגם תביעת "גוד או אגוד" העברית תהא מכוונת בשווה לכל השותפים כאחד. אולם, את תביעת "גוד או אגוד" שלנו יכול השותף להעמיד כנראה אף בפני אחד משותפיו בלבד, או בפני קבוצה מסויימת של שותפים. הדבר יהיה כדאי לשותף אם מניח הוא שהנתבע לא ירצה או לא יוכל לקנות את חלקו, ואילו הוא עצמו מעונין רק לסלק את הנתבע לבדו, אבל לא לפרק את השיתוף בכללו. נשאלת עתה השאלה, מה יהיה לפי הדין העברי כשהשותפים האחרים מעוניינים למנוע התפתחות כזאת: האם ינתן להם לקנות את חלקו של התובע במקום הנתבע - או בשיתוף אתו - או שמא אין להם אפשרות אלא לחזור ולהציע "גוד אד אגוד" לתובע, והיינו שיצטרכו לסכן את שיתופם [[461]] שלהם[1171] כנגד הסיכוי לסלק את התובע ולהציל את המשך שיתופם עם הנתבע. התשובה על שאלה זו תלויה בשאלה יותר רחבה: בתביעת "גוד או אגוד" על-פי דיני ישראל, כשאין הנתבע קונה בעצמו - האם יכול הוא להציע קונה אחר תחתיו או לא. על שאלה זו מצאתי תשובה חיובית מפורשת רק לגבי מקרה מסוים, שעליו נתעכב להלן (בסמיכות להערה קמ"ה), אבל הדעת נותנת שצריכה היא להיות כללית. התוצאה היא אפוא שהשותפים האחרים יוכלו לסלק את התובע - במקום הנתבע, - אבל אם לא יימצא **שום אדם** שיהא מוכן לקנות את חלקו של התובע, יוכל זה לכפות מכירה על הנתבע לבדו, בעוד שהשיתוף עם השותפים האחרים יוסיף להתקיים.

ה) לפי השיטה העותמנית, אם איש מן השותפים אינו מסכים לקנות את חלקו של מבקש הפירוק, וכופים מכירה, הרי מכירה זו אינה נכפית רק על המסרבים לקנות, לבדם, אלא גם מבקש הפירוק עצמו מוכרח להוסיף ולהציע את חלקו למכירה לזרים - ואף אם הוא עצמו מוכן לקנות את חלקי

[1171] קמד) אמנם, הסיכון אינו מוכרח להיות מוחלט, אלא יכול גם להיות נסיוני, כי במקרה שמקבל ההצעה יבחר לקנות - יוכלו הם לחזור בהם, והלה לא יוכל לכפותם למכור אלא אם יחזור ויציע "גוד או אגוד" להם.

חבריו. בדיני ישראל, לעומת זאת, אם מוכן התובע עצמו לקנות את חלקי חבריו, אין הוא צריך דווקא לחפש בתחילה קונים זרים ולהציע להם אף את חלקו שלו. אולם, **הנתבעים** - הם יכולים לטעון כי המחיר המוצע על-ידי התובע איננו מגיע לשוויו האמיתי של הנכס - ואם מוצאים הם קונה המוכן לשלם יותר מן התובע, הרי זו ראייה ניצחת לטענתם, אף אם לכאורה היתה הערכת התובע נכונה. לעניין זה אין נפקא מינה שהקונה הזר אינו מוכן לשלם לפי הערכתו הגבוהה אלא אם יימכר לו הנכס כלו - כי בודאי, אף אם כך הוא, אין מחייבים את הנתבעים למכור לתובע על-פי הערכתו הנמוכה. אם התובע רוצה בפירוק אף במצב זה, אין לו אלא לשלם לנתבעים לפי ההערכה הגבוהה או להסכים ולמכור אף את חלקו לקונה המוצע על-ידי הנתבעים[1172]. לפי זה חוזר אפוא הדין העברי ומתקרב לתוצאה העותמנית.

[[462]] נראה שוב כי ההבדלים הם באופן ברור לטובת השיטה העברית.

אשר לחידוש של חוק המקרקעין מתשכ"ט, נראה לומר שאמנם דרך הגיונו היא ברורה: מי שיש בחלקו דין חלוקה - אל ייגרע מעמדו רק בגלל כך שבחלק חברו אין דין חלוקה; אך נראה גם לומר, שלעניין עשיית צדק בין הצדדים, כל השקול הזה הוא בלתי רלוונטי ומפלה הוא את בעל דין החלוקה לטובה בלי שום יסוד אמיתי, שהרי ערך דבקותו של שותף בנכס המשותף אינו תלוי בשום אופן בשאלה אם יש לחלקו דין חלוקה ואם אין. יתכן שדוקא מי שאין בחלקו דין חלוקה, דבקותו בנכס היא הרבה יותר חשובה ומוצדקת, ומידת החשיבות הזאת ניתנת לבדיקה ולסיפוק הולם רק על פי השיטה של "גוד או אגוד".

3. בעיות שונות בפירוק השיתוף

א. פירוקו של שיתוף בדרגות קניין שונות

בדיני ישראל מוצאים אנו טיפול מיוחד בבעיית הפירוק של שיתוף בדרגות שונות של קניין. הרמב"ם פסק בעניין זה, שאפשר לפרק את השיתוף על-פי הדינים הרגילים: אם יש בנכס דין-חלוקה - חולקים, ואם אין בנכס דין חלוקה - יש תביעת "גוד או אגוד", אלא שתביעה זו מתיחסת תמיד לדרגת הקניין הפחותה: כשהשותף הנמוך תובע את השותף בדרגת-הקניין הגבוהה (שהוא בהכרח בעל-הבית כלפיו), הרי פירוש התביעה הוא "או שתסכים לסיים את שעבודי או שתרחיבנו על-ידי סילוק תפיסת-ידך", ואילו כשהשותף בדרגת הקניין הגבוהה תובע, הפירוש הוא "או שתסכים להרחיב את שעבודך, ואני מסלק את תפיסת-ידי, או שאסיים את שעבודך לחלוטין"[1173].

ב. פירוק השיתוף בשעבוד

בדומה לאמור בסימן הקודם פוסק הרמב"ם שדיני הפירוק הרגילים חלים גם כשהשיתוף הוא בדרגות שוות של קניין, אלא שאין הוא מתיחס לקניין-הגוף, כי אפם לשעבוד. אולם, דעת הרא"ש

[1172] קמה) נתיבות המשפט על סי' קע"א ס"ק ח'.

[1173] קמו) פ"א מהל' שכנים הל' ג'.

היא לכאורה - לפחות לגבי שעבוד בדרגות שוות - שדיני הפירוק אינם חלים[1174]. בשו"ע פסק מהר"י קארו פעם אחת כדעת הרמב"ם ופעם אחת כדעת הרא"ש[1175], ורבו הנסיונות לתרץ את הסתירה. התירוצים שראיתי דחוקים בעיני, ולע"ד יוצא התירוץ פשוט מדברי הרא"ש עצמו: תלוי הדבר בתנאי השעבוד, ואם על-פי תנאי השעבוד רשאים קוניו לחזור ולהעבירו לאחרים, הרי ודאי יש להם זה על זה תביעת "גוד או אגוד", ולעניין חלוקה ודאי נחוץ עוד גם-כן שיהיו רשאים לפצל את השעבוד - אבל אם יש להם הרשויות הדרושות, פשיטא שיכולים הם לפרק את השיתוף על-פי הדינים הרגילים[1176]. [[463]]

ג. פירוק השיתוף כנגד שותף נעדר

בסע' 6 של חוק החלוקה העותמני נקבע כי במקרה שאחד השותפים נעדר, ושותף אחר תובע את פירוק השיתוף, "ינהג שופט השלום בהתאם לתקנות הדיון האזרחי בכל הנוגע לשליחת הודעות" - ומסתבר מכאן שהעדרות השותף לא היתה מונעת פירוק אף אם הוא לא נענה להודעה[1177]. **בדיני ישראל**, הדין המפורש הוא שרשאי שותף **לחלוק** שלא בפני חברו - ובלבד שתהיה החלוקה בפני שלשה שמאים מומחים[1178]; אך כשאין בנכס דין חלוקה - היה נראה לומר כי הדרך לפירוק השיתוף היא סתומה. אולם, אלה דברי נימוקי יוסף, בשם הריטב"א, במקרה הקרוב עד מאוד לעניין שלפנינו: "... כל היכא דאיכא פסידא יהבינן להו לאפוטרופסין רשותא למיפלגי בדינא דגוד או אגוד" - "ולא מדינא... אלא בתקנתא דרבנן"[1179] - ומסתבר שאפשר ללמוד מכאן כי אותה תקנה צריכה לחול גם כשמלכתחילה אין לשותף הנעדר אפוטרופוס, והיינו שאם הסדר נחוץ באופן דחוף לחלק מן השותפים, בעוד שיתרם נעדרים, הרי בית-הדין מאפשר את ההסדר על-ידי כך שנעשה הוא בעצמו מעין אפוטרופוס או נאמן להגנת העניינים של השותפים הנעדרים.

[1174] קמז) תשובות, כלל א' סי' ב'.

[1175] קמח) חו"מ סי' קע"א סע' ט' לעומת סי' שס"ז סע' ב'.

[1176] קמט) המסקנה הנוספת של הרא"ש, כי שותף בשעבוד אינו רשאי להעביר את חלקו - לא רק משום בעל-הבית, אלא גם משום חבריו השותפים, ואף מעבר לדיני המצרנות - הריהי תמוהה בעיני, כי לא מצאתי שהרא"ש פוסל את העברת חלקו של שותף **בקניין-הגוף**, והלא בין שני המקרים, מן הבחינה הנידונה, אין הבדל כלשהו.

[1177] קמט-1) בחוק המקרקעין, תשכ"ט, אין הוראה מחליפה.

[1178] קנ) שו"ע חו"מ סי' קע"א סע' א; ובנכסי-פירות או מעות, המוערכים רק בכמות, אין צורך אפילו בשלשה מומחים, אלא די בשניים לראייה בעלמא. השווה סע' 1117 של המג'לה, שבנכסים כאלה אמנם רשאי כביכול השותף לחלוק בעצמו, אלא שאין החלוקה שלמה עד שחברו יקבל את חלקו. - דעת הרא"ש, המובאת בהמשך חו"מ, בסע' ב', שהשותף הנעדר יכול בדיעבד לבטל את החלוקה על-ידי הצעת הערכה מוגדלת לחלק שלקח חברו, מבוססת על הסברה שדחיתי לעיל, שיכול שותף לזכות בצד הרצוי לו על-ידי העלאה בדמים.

[1179] קנא) נימוקי-יוסף על יבמות, פרק שביעי, סי' ק', ד"ה יכולים למחות.

ג. שיתוף בתשמיש

בעיות מיוחדות מתעוררות לגבי השיתוף במקרקעין, אשר השימוש בהם צמוד לשימוש במקרקעין אחרים. המדובר הוא במקרקעין כגון כותל משותף, אשר נשענים עליו שני בתים סמוכים השייכים לבעלים שונים, גדר משותפת בין שתי חצרות, [[464]] מבוי משותף בין חצרות או בתים אחדים, באר או תעלה משותפת, וכו'. את שיתוף-התשמישים הזה יש להבדיל מן השיתוף **בשעבוד של תשמיש**: בשיתוף **בשעבוד** יש לאנשים אחדים שעבוד משותף לקיים תשמיש במקרקע השייך **לאחר**; אנחנו, לעומת זאת, באים לעסוק כאן בשיתוף **בגופו של תשמיש** - והיינו שהשימוש במקרקע צמוד אמנם לשימוש במקרקע אחר, אלא שהמקרקע המשמש אינו משועבד, אלא שייך הוא בגופו למשתמשים עצמם. לקטיגוריה הנידונה שייכים גם "החלקים המשותפים" שב"בתים משותפים", אך את אלה נשאיר לדיון בסעיף הבא, שיעסוק בעניין "הבתים המשותפים" בכללו, וכאן נצטמצם רק בדוגמאות האחרות.

בצרפת ובאיטליה יש בענייננו דינים מפורטים מאוד[1180]; אולם, בדרך כלל מתיחסים הם רק לחזקת הבעלות ולזכות ההצטרפות לבעלות בכותל - נושאים שכבר עמדנו עליהם בהקשרים אחרים[1181] - או שלמעשה אין בהם ייחוד ממשי לעומת דיני השיתוף הרגילים. מעבר לכך מסתכמים כאן דיני התשמיש המשותף בזה שאין השותף יכול להעביר את חלקו בתשמיש בנפרד מקניינו בחצר שהתשמיש צמוד לה, ואין איש מן השותפים יכול לתבוע את פירוק השיתוף כל זמן שהנכס מתקיים כתשמיש של המקרקעין השונים. דבר אחרון זה נקבע באיטליה בסעיף מיוחד של ספר החוקים האזרחי (סע' 1112): "אין לדרוש את פירוק השיתוף כשהמדובר הוא בדברים אשר בהתחלקם הריהם יחדלו לשמש למה שנועדו". אולם, עצים שהם תשמיש משותף - יכול כל אחד מן השותפים לתבוע את עקירתם.

בגרמניה אין בכלל הוראות מקבילות לגבי תשמישים שהם גוף הקרקע ומהווים מקרקעין עצמאיים, כגון קרקע משותפת שאינה אלא דרך משותפת בין שני מקרקעין אחרים השייכים לבעלים שונים. מצד שני, **לא תיתכנה** הוראות מקבילות לגבי תשמישים הנמצאים לחלוטין בתחום הקרקע של אחד המשתמשים, כי אז הריהם בהכרח wesentliche bestandteile של הקרקע, [[465]] ואדם יכול לקבל קניין להשתמש בהם רק בדרך **שעבוד** על הקרקע שבה הם נמצאים. אולם, יש הוראות מקבילות לגבי תשמישים הנמצאים **במצר** שבין שתי קרקעות. הוראות אלה גם-כן יוצאות מנקודת-הראות של בעלות משותפת בתשמישים באשר הם: כשלעצמם, תשמישים אלה הם רק wesentliche bestandteile של הקרקעות שבינן הם נמצאים, אבל לבעלי הקרקעות האלה ניתנת - בסתם - הרשות **להשתמש בהם במקביל**, לפי ההוראות החלות בשיתוף. מלבד זאת, כל זמן שאחד הזכאים מעוניין שהתשמיש יתקיים, אין חברו יכול

[1180] קנב) **פלניונל וריפר**, ג', עמ' 288 ואילך; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 512 ואילך.

[1181] קנג) ר' בספר על "ההחזקה ודיניה", פרק ה', סעי ה', סי' 1, ובספרנו לעיל, פרק ג', סע' ג, סע' 6.

לתבוע כי התשמיש יסולק או ישונה, חוץ מן המקרה שהמדובר הוא באילן או בשיח: באילן או בשיח אפשר לדרוש עקירה בהוצאות משותפות[1182].

בשוויצרייה אין עניינו מוסדר אלא על ידי מאמר מוסגר בסעיף על פירוק השיתוף. סעיף זה - סע' 650 של הצג"ב - קובע שאין לשותף תביעה לפירוק אם הנכס נועד למטרה מתמדת. הוראה זו מתייחסת אמנם במיוחד לענייננו שלנו[1183], אבל יש לציין שאין היא משתלבת יפה בדיני הקניין של המשפט השוויצרי, הדומים בעקרונותיהם לעקרונות הבג"ב.

באנגליה מזכיר צ'שיר דין מקביל לענייננו רק ביחס ל-party walls, היינו כתלים המשמשים שני מקרקעין שונים[1184]. על פי החוק החדש (מ-1925) היה יוצא כי במקרה שכותל כזה היא רכושם המשותף של בעלי המקרקעין הריהו נתון בהכרח ל-trust for sale. לפיכך בקבע כי במקרה שעל-פי הדין הישן היה נמצא שהכותל משותף, הרי יש לראותו - עד מחצית עוביו- כרכושו הנפרד של השכן מזה, וממחצית עוביו ואילך - כרכוש הנפרד של השותף מזה, ולכל אחד מהם ניתן שעבוד על החלק של רעהו, לאותן הזכויות שהיו להם לו היו שותפים בכותל כלו על-פי הדין הישן.

[[466]] **בדיני ישראל** נמנע הפירוק-בכפייה בשיתוף-בתשמיש על-פי תשובת הרשב"א, סי' תתקי"א. ור' שו"ע חו"מ סי' קע"א סע' י"ז. בתשובת הרשב"א מתברר כי תביעת-הפירוק נמנעת משום שאין לכוף את השותף שיסתלק מן התשמיש.

מלבד זה עוסקים במקורות העבריים המרכזיים רק בשני מקרים של תשמישים משותפים:

א) **מבוי משותף**, והיינו סימטה פרטית לצורך הכניסה אל החצרות הסמוכות והיציאה מתוכן. ההלכות המיוחדות [ה]מתיחסות לשיתוף במבוי, נראה שאין הן חורגות למעשה מעקרונות השיתוף בכללם, ואין לנו צורך לחזור ולסקרם כאן. אולם, בהזדמנות זו ראוי לנו להתעכב על הדינים המיוחדים של המבוי, אף כשחורגים הם מבעיות השיתוף. שורש הדינים הללו הוא בכלל, שהרבים עשויים לקנות שעבוד דרך באדמה הפרטית על ידי זכות חזקה[1185] - ובמבוי המשותף, **המפולש לרשות הרבים**, נוצרת זכות-חזקה כזאת מאליה. בהתאם לכך, מי שחצרו סמוכה למבוי, הרי אף-על-פי שאין הוא מבעלי המבוי, רשאי הוא לפתוח לו פתח חדש לתוך המבוי; אולם מבוי שאיננו פתוח לרשות הרבים, אלא למבוי אחר, אין אדם זר ראוי לפתוח לו פתח חדש לתוכו[1186] [1187].

[1182] קנד) בג"ב, סע' 921 ואילך.

[1183] קנה) ר' **רוסל ומנתא**, ב', עמ' 314.

[1184] קנו) **צש'יר**, עמ' 345-344.

[1185] קנז) שו"ע חו"מ סי' שע"ז, ור' פתחי תשובה שם וסי' תי"ז ס"ק ב'; ור' לעיל, פרק ב', סע' ד', מס' 1.

[1186] קנח) שו"ע חו"מ סי' קנ"ב.

[[467]] ב) תשמיש משותף **המשמש את כל אחד מבעליו במידה שונה של ארכו**, כגון ביב הנמשך לאורך חצרות אחדות ואשר כל אחד מבעלי החצרות מזרים בו את מימיו רק החל מן המקום של חצרו במעלה הביב - או מבוי שאינו מפולש, הנמשך לאורך חצרות אחדות ואשר כל אחד מבעלי החצרות צריך לו רק עד המקום של חצרו במעלה המבוי. בתשמיש מסוג זה יש לבעלים האחוריים שעבוד על החלקים הקדמיים למימוש זכותם בתשמיש, אבל אין לבעלים הקדמיים שעבוד על החלקים האחוריים, והבעלים האחוריים חייבים להשתתף בתיקון החלקים הקדמיים, אבל הבעלים הקדמיים אינם חייבים להשתתף בתיקון החלקים האחוריים[1188]. מסתבר שהוא הדין לא רק כשהשיתוף הוא בגוף התשמיש, אלא אף כשהמשתמשים שותפים בשעבוד[1189].

ד. "בתים משותפים"

בעיות מיוחדות מתעוררות גם בקשר לשיתוף במה שרגילים היום לקרוא כיום "**בתים משותפים**". המדובר איננו כמובן בבתים השייכים במאוחד לבעלים-שותפים - שבזה אין שום ייחוד לעומת דיני השיתוף הכלליים שראינו לעיל. עניינו מתיחס רק לבתים שבאמת אין הם משותפים, כי אם מחולקים הם בחלקים מסוימים **לבעלים שונים**, אשר לכל אחד מהם יש **קניין עצמאי ונפרד לגמרי בחלקו שלו, שאינו מעורבב כלל בחלקי חבריו**. ומהו אם-כן צד השיתוף בהסדר מעין זה? הדבר יתברר אם נשים לב כי המושג של "בית משותף" מן הסוג המכוון פה אינו שייך למעשה בבניין אשר חלקים מסוימים ממנו שייכים לבעלים שונים אך ורק זה בצד זה, בחלוקה **אופקית** - כגון בניין בן קומה אחת בלבד אשר יש בו דירות שונות הסמוכות זו לזו ואשר כל אחת מהן שייכת לבעלים אחרים. בניין המחולק כך דומה מבחינה משפטית לחלוטין **למספר בניינים שונים**, אשר לכל אחד מהם [[468]] בעל אחר, ולו יהא שמחוברים הבניינים על-ידי **כתלים משותפים**, שהם תשמישים משותפים של בעלי הבניינים הסמוכים[1190]. לעומת זאת, מושג "הבית המשותף" שלנו, עניינו הוא בבנין המחולק בין בעלים שונים **באופן אנכי**, זה מעל זה, **קומה מעל קומה**[1191] **-** ולכן,

---

[1187] קנט) הסימטה המשותפת נידונה גם **במג'לה**, בסע' 1223. ההוראה קבעה כי השיתוף בסימטה אינו ניתן לפירוק, אבל לאו דווקא מפני עניין השותפים, אלא מפני שעבוד הרבים. סע' 1219 קבע כי מי שאינו מבעלי הסימטה המשותפת **אינו** רשאי לפתוח פתח חדש לתוכה.

[1188] קס) שו"ע חו"מ סי' קס"ב סע' ז' וסי' קס"א סע' ו'.

[1189] קסא) דין דומה לדין העברי בעניין תיקון התשמיש המשותף המשמש את בעליו במידות שונות של ארכו מצוי **במג'לה**, בסע' 1326-1328. תשמיש משותף מן הסוג הנידון נזכר גם אצל **דרנבורג** (כרך א', עמ' 172), בקשר לדיני הנהרות בגרמניה. הוא מציין כי ברומא היו הנהרות הפרטיים מחולקים בין בעלי-הגדות, באופן שלכל בעל שדה היתה בעלות על הנהר עד מחצית הרוחב, כנגד גדתו, ובעלות זו היתה בלתי-מוגבלת כנגד בעלי הנהר האחרים. לפי הדין הגרמני, לעומת זאת, אסור לבעלי הגדות העליונות (אחוריות) לשאוב מן הנהר מים במידה שתפגע בבעלי הגדות התחתונות (הקדמיות).

[1190] קסב) **מסיניאו**, ב' א, עמ' 519.

[1191] קסג) שם, ור' גם **פלניול וריפר**, ג', עמ' 313: "division per etages".

במקורות העבריים באמת העניין מתכנה דווקא בכינוי של "בתים משותפים", אלא נידון הוא במסגרת הבעיה של "**הבית והעלייה של שנים**"[1192]. ייחודו של צירוף כזה הוא, שכאן - על אף הבעלות הנפרדת כביכול - אין לקומה העליונה קיום עצמאי, אלא תלויה היא בקיום הקומה התחתונה, בעוד שגם הקומה התחתונה אין לה שלמות אלא באמצעות הכיסוי של הקומה שמעליה - ותלות הדדית זו היא המעלה כאן את רעיון השיתוף לגבי הבית בכללו.

אולם, משהגענו לכאן מתברר שוב פעם אחת, כי רעיון "השיתוף" האמור הוא עניין שונה לגמרי מעניין השיתוף שעליו דיברנו מקודם. כפי שמסביר **מסיניאו**[1193], מורכב למעשה שיתוף זה משלשה יסודות משפטיים שונים:

א) הבעלות הנפרדת של כל אחד מן השותפים בחלקי הבניין השייכים רק לו לבדו; ב) הבעלות המשותפת של הבעלים השונים בחלקי הבניין (ומן הסתם גם בקרקע-הבניין) שהם תשמישים משותפים, הצמודים יחד לחלקים הנפרדים; ו ג) קניין-המקום שיש לכל אחד מן הבעלים השונים, כדי להחזיק במקום המיוחד לו את חלקי הבניין המיוחדים שלו, בבעלות נפרדת מן הבעלות בקרקע וביתר חלקי הבניין. על זה יש להוסיף כי מתוך קניין-המקום של בעלי הקומות העליונות משתמע יסוד משפטי רביעי, והיינו שלבעלי אותן הקומות יש גם **שעבוד של זכות לתמיכה**, כנגד בעלי הקומות התחתונות. מצד שני, לבעלי הקומות התחתונות יש זכות **להשתמרות הסיכוך** כנגד בעלי הקומות העליונות[1194]. כמו-כן נראה נכון לציין כי במקום שיש אמנם צירוף שכזה, שוב איך מניעה שהשיתוף יהיה מורכב לא רק מבעלי קומות, המיוחדות כל אחת לעצמה, אלא [[469א]] אפשר שהקומות השונות תהיינה מחולקות גם בתוכן, באופן אופקי - והיינו שחלוקת הבניין לחלקים נפרדים תהיה **מוצלבת**, אנכית ואופקית כאחת. גורם עיוני אחר הראוי להדגשה הוא, שאם במקרה של צירוף שכזה מדובר על בעלות נפרדת ב"**דירות**", הרי לאמיתו של דבר אין הכוונה יכולה להיות כאן לומר שבכל דירה ודירה יש בעלות נפרדת, במובן של קניין-הגוף - ה"דירה" אינה גוף, כי אם חלל בעלמא: מה שיש ל"בעל-הדירה" הרי זה רק **שעבוד של קניין מקום, כנגד בעלי הקרקע (שהם, מן הסתם, כלל "בעלי-הדירות")**, כדי להחזיק בבעלות נפרדת את חלקי-הבניין המיחדים את הדירה וכדי להחזיק ולהשתמש בחלל הדירה בכללו כחצר נפרדת, **כבעל-החצר**.

התשמישים המשותפים, אין הכרח כי יהיו כלם משותפים דווקא לכל בעלי החלקים הנפרדים בבית: יתכן כי יהיו משותפים רק לחלק מן הבעלים - כגון כותל המפריד רק בין שתי דירות, בבית משותף של דירות רבות, מדרגות המשרתות רק צד אחד של הבניין, וכן כיו"ב[1195].

[1192] קסד) בבא מציעא, פרק י'.

[1193] קסה) כרך ב/א, עמ' 521-519.

[1194] קסו) הרא"ש על בבא מציעא פ"י סי' ב' (דף קט"ז, עמ' ב').

[1195] קסז) **פלניול וריפר**, ג' עמ' 315; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 520.

"בתים משותפים" מן הסוג המתואר נתקלו מלכתחילה, בתקופה החדשה, בהתנגדות. החוק האזרחי הגרמני מנע את האפשרות ליצור עוד בתים משותפים שכאלה, ונשאר רק פתח-אפשרות **לשעבודי-דירה** שיעמדו כנגד בעלות משותפת, בלתי-ניתנת לפירוק, שתישמר לקוני-השעבודים יחד, בבניין-הדירות בכללו[1196]. גם החוק המיוחד על קניין-מקום (Verordnung uber das Erbbaurecht) מ-1919 אסר את "הבתים המשותפים" בפירוש[1197], וכן נאסר הדבר בסע' 675 של הצג"ב בשוייצריה. בארץ-ישראל נעשו הבתים המשותפים אסורים על-ידי החוקים שמנעו את הפרדת הבעלות-במבנים מן הבעלות בקרקע. **ד"ר טואור** השוייצרי[1198] מונה את הנימוקים להתנגדות זו: א) הסטייה מן הגישה הקניינית המבוססת על הכלל solo cedit superficies; ב) חוסר-האפשרות לטיפול נאות [[469ב]] בספרי-האחוזה; ו-ג) הסכסוכים והקשיים שהבעלות הנפרדת בקומות מעוררת לעתים קרובות. אולם, ההתפתחות הוכיחה כי המציאות לא יכלה לעמוד באיסור; על קשיי הרישום ניתן למעשה להתגבר בקלות, וגם הקשיים האחרים - הדוגמטיים בעיקרם - נדחו מפני הצורך המעשי, וכך נמצא שגם בגרמניה וגם במדינת ישראל מותרים כיום "הבתים המשותפים" על-פי חוקים מיוחדים[1199]. חוק מיוחד מסדיר את העניין גם בצרפת[1200], ואילו באיטליה כבר הוכנסו דיני "הבתים המשותפים" לגוף החוק האזרחי מ-1942 (סע' 1117 ואילך).

נסקור עתה את הדינים העיקריים החלים ב"בתים משותפים" בשיטות השונות.

בשיטות של יבשת אירופה מתבלטת בייחוד המגמה להכניס את הנהלת "הבתים המשותפים" למסגרת של הכרעת הרוב, תקנון-קבע ונציגות-חובה[1201]. מגמה זו אומצה גם בחוק הבתים המשותפים במדינת ישראל[1202]. **בדיני ישראל** יכולים כמובן בעלי הבית המשותף גם כן להסכים כי יחסיהם יתנהלו על-פי שיטה זו, אך ההנחה היא להפך, כמו בדיני השיתוף הרגילים: בעלי הבית המשותף אינם מזומנים מלכתחילה לשם איזו תכלית משותפת, אשר הכרעת הרוב יכולה להיות קנה-מידה סביר להגדרתה וארגון החתירה לקראתה, אלא הבעלים השונים מזומנים כאן יחד **שלא בטובתם**, כל אחד לצרכי עניינו המיוחד בחלקו שלו - ואם הבעלים השונים אינם מגיעים לידי הסכמה ביניהם, הרי הטלת דעת מישהו מהם על חברו בדרך-כפייה אינה אלא בבחינת נישול

[1196] קסח) **וולף-רייזר**, עמ' 356.

[1197] קסט) ר' סע' 1, האוסר קניין-מקום בחלקים של בניין.

[1198] קע) בעמ' 472.

[1199] קעא) בגרמניה: Wohnungseigentumsgesetz מ-1951; במדינת-ישראל: חוק הבתים המשותפים, תשי"ג (נוסח משולב: תשכ"א, שהובלע לסוף, בשינויים מסוימים, בחוק המקרקעין, תשכ"ט, סע' 52 ואילך).

[1200] קעב) ר' **פלניול וריפר**, ג', עמ' 314 ואילך (חוק מ-28.6.1938).

[1201] קעבX) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 314, 319-321; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 521, 525 ואילך; **וולף רייזר**, עמ' 363 ואילך.

[1202] קעג) נוסח משולב, תשכ"א, סע' 35-39, 44-46 ותוספת.

אותו בן-המיעוט מזכויותיו ברכושו. באין הסכם צריכים אפוא הדברים להסתדר לפי הזכויות המשפטיות היסודיות אשר בין הצדדים, וכשאלו אינן מספיקות לעניין - הרי לפי הכרעתו הבלתי-תלויה של בית-הדין, כפי שראינו בשיתוף-הנכסים הרגיל.

מעבר לכך, הדינים החשובים ביותר הם דיני ההוצאות ופעולות-השיפור לגבי "הבית המשותף". **בצרפת** חייב כל אחד מן הבעלים-השותפים להשתתף בהוצאות התחזוקה וההנהלה של התשמישים המשומשים בהתאם לערך היחסי של חלקו הנפרד. חלקו של הבעל-השותף [[470]] בבניין משועבד לחובה זו, והוא מדין במיטלטלין המוחזקים שם. אם חלקו של הבעל-השותף מושכר כדירה בלתי-מרוהטת, משתעבד שכר-הדירה[1203]. **באיטליה**, פעולות של **שיפור** הן עניין להחלטת הרוב באספה, אך במקרה שהפעולות כרוכות בנזק לבניין או למישהו מן הבעלים, או שכרוכות הן בשינוי ארכיטקטוני, טעונות הן החלטה פה אחד. אם הפעולות הן יקרות יותר מדי, אפשר שכל בעל-שותף יהא רשאי להסתלק מהשתתפות בהוצאות. ההשתתפות בהוצאות התחזוקה של התשמישים המשותפים היא על-כל-פנים חובה. ההשתתפות היא בהתאם לערך היחסי של החלק הנפרד, אך לגבי מדרגות מתחשבים בגובה שבו מצוי חלקו של כל בעל-שותף. גג משותף, אשר זכות השימוש בו היא רק לחלק מן הבעלים השותפים - הוצאות החזקתו הן בשליש על המשתמשים ובשני שלישים על הבעלים-השותפים, לפי הערך היחסי של חלקו הנפרד של כל אחד. אין חובת השתתפות בהוצאות שהוצאו בלי רשות ושלא מתוך צורך דחוף. במקום שיש חובת השתתפות בהוצאות, חלה היא באופן מאוחד על הבעל-השותף שבשעת-מעשה ועל מי שנכנס תחתיו תוך אותה שנה או השנה שלאחריה[1204]. **בגרמניה** חייב השותף להשתתף באופן יחסי בנטלי-החיובים החלים בגין התשמישים המשותפים, וכן בהוצאות הנהלתו ובהוצאות הכרוכות בשימושם. על פעולות הכרוכות בשינויים מהותיים אפשר להחליט רק פה אחד[1205]. **במדינת-ישראל**, לפי סע' 58 של חוק המקרקעין, תשכ"ט, "חייב בעל דירה... בהוצאות הדרושות להחזקתו התקינה ולניהולו של הרכוש המשותף ולהבטחת השרותים המחויבים על-פי דין או המקובלים על-פי הנוהג, הכל בהתאם לחלקו ברכוש המשותף, זולת אם נקבע בתקנון שיעור השתתפות אחר". סע' 57 קובע כי באין התנאה אחרת יש לחשב את שיעור החלק הזה לפי היחס שבין שטח רצפת הדירה לשטח הרצפה של כל הדירות ב"בית המשותף". אין צריך לומר שקנה המידה הזה עשוי להתגלות כבלתי-צודק ביותר. **בדיני ישראל** מסתבר כי בעיקרו של דבר חלים בענייננו הדינים הכלליים, [[471]] (היינו: דיני זכויות השותפים וחובותיהם בתשמישים המשותפים), אך שאלה מתעוררת לגבי חלקי הרכוש הנפרד המשועבדים לתמיכה או לכיסוי של חלקים נפרדים אחרים - האם רק חייב בעליהם להימנע מכל שימוש בהם, שיהא עשוי לפגוע בשעבוד, או שמא חייב הוא גם להחזיקם במצב מתוקן לצורך השעבוד, ואף להוציא לשם כך הוצאות[1206]. לע"ד,

---

[1203] קעד) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 317.

[1204] קעה) **מסיניאו**, ב/א, עמ' 525-523.

[1205] קעו) **וולף-רייזר**, עמ' 362, 363.

[1206] קעז) שו"ע חו"מ סי' קס"ד סע' א' והגהת הרמ"א שם; ור' פסקי הרא"ש על בבא מציעא קט"ז ב' (פ"י סי' ב').

ההכרעה הברורה היא שאין על הבעל-השותף חובת-עשה, אבל שכנו קונה-השעבוד זכאי לעשות את התיקון על חשבונו, ובעל הרכוש המשועבד יהא חייב להשתתף בהוצאות רק אם מגלה הוא כי נוח לו במה שנעשה. לגבי התשמישים המשותפים מעריכים את חלקו של הבעל-השותף לפי הערך היחסי של חלקו הנפרד[1207].

בעייה חשובה שלישית היא בעיית שיקומו של הבית, במקרה שנהרס. **בצרפת** יכולה אספת הבעלים-השותפים להחליט על השיקום ולהטיל השתתפות בהוצאות אף על המתנגדים[1208]. **באיטליה**, אם נהרס הבניין כדי שלשת-רבעיו ומעלה יכול כל בעל-שותף לדרוש כי הקרקע והחמרים יימכרו במכירה פומבית. אם נהרסו פחות משלשת רבעים יכולה האספה להחליט על שיקום, ומי שמתנגד יכול לחייב את חבריו כי יקנו את חלקו[1209]. בשתי השיטות משועבדים דמי-הביטוח של כל בעל-שותף לשיקום הבניין. **בגרמניה**, אם נהרס הבניין כדי יותר מחציו, והנזק אינו מכוסה בביטוח, אי-אפשר לחייב את הבעל-השותף כי ישתתף בשיקום[1210]. **במדינת-ישראל**, לפי סע' 77 של חוק בתים משותפים (נוסח משולב, תשכ"א), אם נהרס הבניין בשיעור העולה על שלשת רבעים מערכו, יכול היה הרוב להחליט על שיקום, ואת המסרב להשתתף אפשר היה לחייב כי יעביר את חלקו לאחרים. הוראה זו שונתה בסע' 60 של חוק המקרקעין, תשכ"ט, באופן שהושמט קנה המידה של שלשת רבעים מערך הבית, ובמקום זה נאמר: "נהרס הבית כלו או מקצתו", ואילו את המסרב להשתתף בשיקום אי אפשר עוד לסלק בעל כרחו אלא אם נוכח המפקח על רישום המקרקעין "שאין אפשרות מעשית להקים את הבית לגבי יתר הדירות בלבד". **בדיני-ישראל**, [[472]] כבר ראינו את הדין למעלה (בסע' א', סי' 4, ס"ק א', בסמיכות להערות ס"ד-ס"ה), והיינו שאין השיקום ניתן לכפייה, אבל מי שרוצה לשקם - רשאי לעשות כן, ואין חבריו חוזרים וזוכים בחלקם בשיקום אלא כנגד סילוק חלקם בהוצאות. במעשה-השיקום אין לשנות ממה שהיה אלא אם מתחייב השינוי לפי מנהג הבנייה בזמן השיקום[1211].

כשהבניין נהרס, נקבע בדיני ישראל בפירוש כי החמרים מתחלקים בין הבעלים-המשותפים לפי הערך היחסי שהיה לחלקיהם בבניין[1212]. כל זמן שהבניין מתקיים, ממילא משמע שהבעלים השונים מוכרחים להישאר קשורים זה לזה על-ידי שיתופם בתשמישים, ואין הקשר הזה ניתן לפירוק אלא אם יתרכזו כל החלקים בידו של אחד. הבעל-השותף הבודד, אשר הקשר עם חבריו היה לו לזרה, אינו יכול להיפטר אלא אם יכניס אדם אחר תחתיו בדרכים הרגילות של העברת הקניין. אולם, בגרמניה יש סטייה מעקרון פשוט זה: אם אחד הבעלים-השותפים מפר באופן

[1207] קעח) שו"ע חו"מ סי' קס"ד סע' ה', ובאר-היטב, ס"ק ט"ו.

[1208] קעט) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 322.

[1209] קפ) **מסיניאו**, ב/א, עמ' 525-524.

[1210] קפא) **וולף-רייזר**, עמ' 363.

[1211] קפב) שו"ע חו"מ סי' קס"ד סע' ו'-ז'.

[1212] קפג) רש"י על בבא מציעא קט"ז ב', ד"ה שניהם חולקים, ור' שו"ע חו"מ סי' קס"ד סע' ג', הגה.

חמור את חובותיו, יכול הרוב להחליט על הוצאת חלקו למכירה בדרך-כפייה[1213]. נראה להעיר, שאם מקבלים גישה זו, אך הגיוני הוא שלא רק ב"בתים משותפים", אלא גם במקרים אחרים יוכל אדם להביא לנישול שכנו, אשר שכנותו נעשתה באמת בלתי-נסבלת...

[1213] קפד) **וולף-רייזר**, עמ' 363-362.