

בית דין ירושלים

לדיני ממונות ולבירור יוחסין

**פס"ד בתביעה משותף שיסיר מישכון בנקאי שעשה בקרקע משותפת
ותביעה נגדית תמורת חלק בנכסי החברה**

תיק ממונות מס' 103-תש"ס

התובעים: חברת ו' ע"י עו"ד י. בר תנחום וטוען רבני הר' א. וייס

הנתבע: א' ע"י טוען רבני הר' ויזל

נושא הדיון

א' שנמנה על מקימי חברה, לווה כסף מבנק למשכנתאות ומישכון לצורך הלואתו את כל המגרשים של החברה. חברים אחרים תובעים מא' שיסיר את המישכון בכלל או לכל הפחות לצמצמו על חלקו במגרשים בלבד. לטענתם המישכון מונע מהם לממש את זכותם בקרקע ונורם להם הפסדים רבים. ב"כ התובעים גילה פגמים במסמכי ההלואה שלקח א' מהבנק, ולטענתו לצורך ההלואה והמישכון נעשתה קנוניה בין א' לבין מי שהיה מנהל החברה מצד אחד, לבין הבנק למשכנתאות מצד שני, שאשתו של א' היתה מעובדות הבנק, וכן שהמישכון בבנק נעשה שלא בידיעת ובהסכמת שאר החברים, והוא נעשה שלא כדין ובניגוד לחוק, וגם בניגוד להוראת העו"ד של החברה. כמו כן טוענים התובעים שלפי החוק היה על החברה ועל הבנק להודיע לרשם החברות על מישכון נכסי החברה, וגם זה לא נעשה.

עוד היא תובעת מא' לשלם את חלקו בדמי ההסכמה, כפי שהתחייב בהסכם. לטענתה ההתחייבות היתה של הרוכשים כלפי המוכרים, וכל עוד אין מישהו אחר משלם את החיוב, החיוב נשאר על כל אחד מהרוכשים.

א' משיב שהבנק למשכנתאות ביצע את המישכון עפ"י הוראה בכתב ממנהל החברה ובאישור נוטריוני שהנמנהל הוא מורשה החתימה על בקשת המישכון בשם כל החברה (לטענתו, השקיע בחברה סכום גדול, וזמן קצר אחרי הרכישה גילה ש"נפל בפח" וכי המגרשים לא שוים את ההשקעה, והוא בקש לבטל את השותפות, ולקבל את השקעתו בחזרה, אך נדחה בלך ושוב). התובעים טוענים שכבר מכר את חלקו בחברה לאחרים, ואף א' מודה שכמה מגרשים נמכרו לאחרים, ולמרות שחתימתו מתנוססת כערב על כמה שטרי מכר ביחד עם מנהל החברה וחותמת החברה, טוען א' שלא הוכח האם המגרשים שנמכרו היו שלו או של שותפים אחרים, שהרי טרם נעשתה חלוקה פנימית של המגרשים. הוא גם מודה שקבל סכומי כסף ממנהל

החברה תמורת חלק מחלקו, אך אלו היו סכומים פעוטים. עוד הוא מודה שעפ"י הצעת מנהל החברה קבל ממנו קרקע חילופית באיזור המרכז תמורת המגרשים שמכר, בשווי של \$120.000 לפי הערכת המנהל (לאחר מעשה התברר לו ששווה רק חצי מסכום זה), ולשם קבלת הקרקע החילופית נתבקש להוסיף למנהל סכום של \$25.000 ועוד מע"מ. לטענתו עדיין יש לו חלק במגרש בגודל של 0.3 יחידת דיור, והוא תובע מחבריו להחזיר לו את כספו תמורת החלק שלו, כפי הערך שהיה שוה בזמן הרכישה, וכמו כן להחזיר לו את תשלומי המשכנתא שמשלם לבנק בנין אותה הלואה. הוא טוען שמנהל החברה מישכן בשם החברה את קרקעות החברה כערבות, והחברה חייבת לפרוע את הערבות. עד שיחזירו לו את כל תביעותיו אין הוא מוכן להוריד את המישכון הבנקאי מהמגרשים - דבר שיעלה לו בהחזרת ההלואה שקבל מהבנק, ואשר לטענתו הכסף שקבל בהלואה השקיע ברכישת המגרשים - משום שהמישכון הוא הדבר היחיד שהוא תופס בו כדי לאלץ את שאר החברים להחזיר לו את כספו.

השאלות לדיון

- א. הטילו השותפים מעותיהם לחשבון בנק משותף, וגם רשמו עצמם כחברה אצל רשם החברות, האם קנו כל אחד מהם ממון חבירו להשתתף בו.
- ב. שותף שמבקש לפרק את השותפות בגלל טענת הפסד, האם חייבים שאר השותפים להחזיר לו את השקעתו.
- ג. טוען שעדיין הוא שותף משום שטרם קבל את כל חלקו בחזרה, ושאר שותפים טוענים שכבר קבל את כל חלקו, האם משיביע את חבריו שבועת השותפין.
- ד. בקש מבנק למשכנתאות לבצע מישכון על נכסי השותפות כדי לקבל הלואה לצרכיו, אם יתבעוהו להחזיר להם מה שנהנה מהקרקע שלהם, האם חייב.
- ה. התברר שביצוע המישכון נוגד את כללי החוק, אם יתבעוהו לשלם הפסדים שגרם להם, האם חייב וכמה.
- ו. בנק שהלוה לאחד השותפים עפ"י בקשת מנהל החברה שאף מישכן את קרקעות החברה לבנק לצורך אותה הלואה, האם חייבת החברה לפרוע את ההלואה מדין ערבות.
- ז. האם מדין השבת אבידה חייב להוריד את המישכון כדי שהשותפים לא יופסדו ממנו, והאם חובה זו נתבעת בבית דין.
- ח. האם שותף רשאי לעשות דין לעצמו ע"י אי הורדת המישכון, כדי שיוכל לטעון על גובה חלקו בשותפות.

תשובה

א. פסק הרמז"ס שלוחין ושותפין פ"ד ה"א ובשו"ע סי' קעו סעי' א': כשירלו השותפין להשתתף, צמה יקנה כל אחד ממון חזירו להשתתף בו, אם צמעות נשתתפו יציא זה מעותיו ויציא זה מעותיו ויטילו אותן לכיס אחד ויגזיהו את הכיס שניהם. אבל אם כתבו שטר והעידו עדים אע"פ שקנו מיד שניהם שיציא זה מאה וזה מאה וישתתפו בהן, לא קנו, ועדיין לא נעשו שותפין, שאין המטבע נקנה בחליפין. ומקורו של הרמז"ס בתשו"ה הרי"ף שהוצאה בעיטור ערך שיתוף. אמנם הרמ"א בשו"ע שם סעי' ג פסק צ"ס המרדכי צ"ק סי' קעו שגם צדצור בעלמא צלא קנין נעשו שותפין.

ובנידון דידן שהשותפין הטילו מעותיהם לחשבון הצנקה של החברה שהקימו, נראה שאע"פ שלענין דין ודברים שיש לבעלי החברה עם גורמי חוץ אין דינם כשותפים, אלא הם בגדר מושג משפטי של בעלי חברה ולפיו חובות החברה חלים על נכסי החברה בלבד ולא על בעליה באופן אישי, עיי' באר ראי עמ' קסג, ומנחת יצחק ח"י סי' קמד ואילך, ודברי משפט כרך ב עמ' שעג, ועוד ספרים אלונו צפד"ר כרך י עמ' 285 ואילך. ועיי"ש עמ' 293 ממו"ר הגר"ח לימצליסט שליט"א שלא מלינו בתורה חיוצים על דבר דומם כמו חברה, אלא רק על אנשים חיים, ואם יש שט"ח על החברה פירושו של דבר על בעלי החברה, אלא שהערבון המוגבל מגביל את הגזיה רק מנכסי החברה ולא משאר נכסים של בעלי החברה, עיי"ש וצפ"ד ירושלים כרך ד עמ' רעז. מ"מ לענין דין ודברים שבין בעלי החברה לבין עצמם, דינם כשותפים, ואף לדעת הרמז"ס והשו"ע שצדצור בלבד לא נעשו שותפין, אם נהגו בדרך הסוחרים, ה"ז מועיל מדין סיטומתא שיקנו כל אחד ממון חזירו להשתתף בו. מה גם שבהקמת החברה קובעים הכללים הנהוגים בחברות הליבוריות, שמשרשמו את החברה אלל רשם החברות נכנסה החברה לתוקף חוקי, וחבריה הם שותפים בנכסי החברה.

ב. פסק הרמז"ס שלוחין ושותפין פ"ד ה"ד עפ"י גמ' צ"מ סט א וגמ' שם לא צ: שותפין שהתנו ציניהם שיעמדו בשותפות זו עד זמן קלוז, כל אחד מהם מעכב על חזירו ואינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן או עד שיכלה כל ממון השותפות ואין אחד מהם יכול ליטול חלקו בקרן ולא בשכר עד סוף הזמן. נשתתפו סתם ולא קבעו להם זמן, הרי אלו חולקים כל זמן שירצה אחד מהם וזה נוטל חלקו מן הסחורה וזה נוטל חלקו, ואם לא היה באותה סחורה דין חלוקה או היה בחלוקתה הפסד, הרי אלו מוכרים אותה וחולקים את הדמים.

ובנידון דידן שנשתתפו בלי זמן קלוז, אלא היתה דעתם למכור את המגרשים לאחרים כדי לממש רווחים, זכותו של אי' לחלוק כל זמן שירצה, ומכיון שאין החלקים של כל אחד מהשותפים מוגדרים, אי אפשר לחלק לכל אחד את חלקו, אלא מוכרים הכל וחולקים בדמים. ומה שתובע אי' לצטל את הסכום השותפות מלכתחילה מפני שהתברר לו שהולך שולל, ותובע לקבל את כסף השקעתו בחזרה, נראה שבנידון דידן

שמדובר בהשקעה ספקולטיבית שמלכתחילה היה צה סיכון אך גם סיכוי להתעשרות מהירה, אין לתביעה זו צמים בהלכה. ואע"פ שליה או אפוטרופוס שטעה ונתאנה פסק צש"ע סי' רכז סעי' ל שאפי' נתאנה צכל שהוא צין צקרקה צין צמטלטלין חוזר, וכתצ הסמ"ע ס"ק נג לפי שאומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, וא"כ היה מקוס לומר שה"ה צשותפין, אך כצר כתצ הש"ך סי' עז ס"ק יח צצשותף דרך השותפות הוא כן והוי כהתנה שעשאו שליח צין לתקוני וצין לעוותי, שודאי אינו חוזר צכ"ש. וע"כ צנידון דידן שהעיסקה היתה צרת סיכון, נראה שאינו יכול לתצוע הונאה אפי' ציותר מפלגא.

ג. פסק הרמב"ם שלוחין ושותפין פ"י ה"צ וה"ג, עפ"י רי"ף צצועות סוף פ"ז והעיטור שיתוף (ח"א דף מג ע"א) צסם תשו' רצ האי: התוצע שותפו להצציעו צצועת השותפין, הנתצע אומר כצר חלקנו ולא נשאר לך אללי כלוס, והתוצע אומר עדיין לא חלקנו ולא עשינו השצון וכו', אינו יכול להצציעו צצענת ספק. טען שעדיין שותפי אתה ונשאר לי אללך כך וכך, וזה אומר כצר חלקנו ולא נשאר לך אללי כלוס, הרי הנתצע נצצע היסת שאין לו צידו כלוס ומגלגל עליו שלא גזלתני כלוס מעולם. ועי' העיטור סם שלאחר שחלקו מחל, ואפילו אם לא עצר זמן החלוקה (ולא כשיטת משפטי צצועות ח"א ער ה ושיר משפטי צצועות (הול' הגרד"ד שורה יח, צקובצן נלר מטעי עמ' כח), שהציא המחירי צצועות מח צ דוקא אחר שעצרו שלושים יוס).

וצנידון דידן שא' טוען שלא קצל את כל חלקו ועדיין יש לו חלק צשותפות, ומחידך טוענים שאר שותפים שכצר קצל את כל חלקו ע"י תשלומים שונים וע"י קצלת המגרש החילופי צאיזור המרכז, גם אם נקצל טענת השותפים האחרים שאין לא' עוד חלק צשותפות, כיון שא' גילה דעתו משך כל הזמן שאינו מוחל, והוא תפוס ועומד צמישכון נכסי החצרה, הרי צאופן זה אם ירלה לתצוע צצועה, יש לו עדיין אפשרות לחייצם צצועת השותפין, שהרי הטעם שאחר שחלקו אין צצועת השותפין כתצ צהעיטור שהוא מטעם מחילה.

ד. מישכן קרקע כדי לקצל הלואה, והקרקע שייכת צחלקה גם לאחרים ועי"ז מנע מהם מלסחור צקרקה, נראה שאין לחייצו צצית דין על הנזק שגרם לצעלים, לפי שלא היה צזה אלא גרמא. וגם אין לחייצו כגזלן שגזל מהצעלים את זכותם צקרקה, שהרי קרקע אינה נגזלת וצחזקת צעליה עומדת. אך יש להסתפק האם יש מקוס לחייצו לשלם שכר לצעלים האחרים עצור מה שנהנה מהקרקע השייכת להם, צצמישכון מקצל הלוח את ההלואה צתנאים יותר נוחים מאשר בהלואות צנקאיות אחרות, והנאה זו יש לה ערך ושוויות צשוק ההלואות. ומשתי סיבות יש לחייצו צתשלום ההנאה: סיבה ראשונה היא צצרת ר' יוסי צמשנה צ"מ לה צ צענין שוכר פרה מחצירו והשחילה לאחר ומתה כדרכה, שצצר ת"ק שיצצע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר, וא"ר יוסי: כיצד הלה עושה סחורה צפרתו של חצירו, אלא תחזור פרה לצעלים. וכמו שפסק הרמ"א צש"ע סי' סג סעי' ה עפ"י הרמ"ה שהוצא צשמ"ק צ"ק לו א' וש"ג צ"מ פ"ה (דף לו ע"א מדפי הרי"ף), צענין התוקף ספינתו של חצירו ועשה צה מלאכה, דהיכא דאוגרה לאחריו ושקל

אגרא אע"ג דנחית לה בתורת גזלנותא נמי, כיון דהוי קיימא לאגרא גבי מרה קמא, והוא דנחית ליה בתורת אגרא מדעת הגזלן, מחייב לשלומי אגרא לבעליה, דאכתי לא קניה גזלן קנין גמור אלא לחיובי עלה באונסין, אשתכח דהאי אגרא דשקיל גזלן מיניה דשוכר ממונא דנגזל קא שקיל, ומחייב לאהדורינהו לנגזל וועי' צ"י שם שתמה על הרמ"ה שהרי כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה, מה לי עשה זה מלאכה צענמו מה לי השכירה לאחר, ועי' דרכי משה שם ס"ק ב שתירין דברי הרמ"ה דמ"מ מה שקבל הגזלן שכר לא יעשה סחורה צפרתו של חצירו. ועי' שו"ת שו"מ מהדורא תליתאי ח"ב סי' קמו, ואמרי צינה ח"א שו"ת סי' א אות ו). וכמו שז"ל דצ"ח הרשב"א צ"ק כא א הוצא צ"י סי' שסג צמי שהשכיר בית לחצירו והתברר שהבית שייך לשמעון, היכא שכבר נתן השכירות לראובן לעולם מוליחין אותו ממנו, שהרי השכיר מה שאינו שלו, ואפשר דנותנה לשמעון, דהאיך עושה סחורה צדימו של זה, ואע"פ שאינו עומד לשכר כיון שיורד לה בתורת שכירות ופרע כבר זכה בו ראובן לשמעון. ואפשר שמוליחין מראובן ומחזירין לשוכר ולא לשמעון, שיכול לומר מאי חיסרתיך (ובשו"ע שם סעי' ט פסק שמחזירין לשוכר. ועי' שו"ת הרשב"א ח"ג סי' קלח, ובני אהרן (לפפא) סי' א דעת הרשב"א). ואף ל"ד השני של הרשב"א שמחזירין השכר לשוכר ולא לבעה"ב, משום שבאותו מקרה יכול השוכר לומר לבעה"ב מאי חיסרתיך, אבל בעובדא דידן שמישכן קרקע של אחרים לצנן ועי' כך מנע מהבעלים לממש את בעלותם ולמוכרה לאחרים, מדוע לא יתצעו הבעלים מהממשכן את ההנאה שקבל עבור המישכון, וכי"ל הלה עושה סחורה בקרקע של חצירו.

וסיבה שניה לחיובו היא משום שאם בשעה שנהנה מחצר חצירו נחסר חצירו, חייב להעלות לו שכר הנאתו, כגון דר בחצר חצירו שלא מדעתו ועבדא למיגר, שע"י שדר זה מונע מהבעלים להשכירה לאחרים, שאמרו בגמ' צ"ק כ א דחייב להעלות לו שכר. וכמו בשוכר בית שהשכירה לאחרים שדייריו מרוצים שכתב במחנ"א ה"י שכירות סי' יט דעת הנ"י שהריוח לבעה"ב כיון דבעה"ב נחסר בהנאתו של זה שהשכירה לאנשים מרוצים, ובהא ודאי שייך לומר כי"ל יעשה סחורה צפרתו של חצירו (ועי' או"ש שכירות פ"ה סוף ה"ו מש"כ על דברי המחנ"א). אף כאן כיון שע"י המישכון נהנה לקבל הלוואה, והמישכון גרם חסרון לבעלים שאינם יכולים למכור את הקרקע, ה"ו בגדר זה נהנה וזה חסר דחייב (ולהצדיל: בחוק עשיית עושר ולא במשפט נאמר בסעי' 1 (א): מי שקבל שלא עפ"י זכות שצדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת שצאו לו מאדם אחר, חייב להשיב למזכה את הזכיה. ואם השצה צדין צלתי אפשרית או צלתי סבירה - לשלם לו את שווייה). אלא די' לדון האם חייב על הנאת הלוואה או על הנזק שגרם צמיעת הריוח מהקרקע, ועי' או"ש נז"מ פ"א ה"ב שביאר שצדצר זה נחלקו רמי בר חמא ורבא בגמ' צ"ק כ ב, וכתב האו"ש שהדבר נריך הכרע. ועי' שו"ת הרשב"א ח"ד סי' יג וקלוה"ח סי' שלא ס"ק ב ומנ"ח מ' נה וחזו"א צ"ק סי' יא אות יח שהכריעו שדינו כבעה"ב על ההנאה ולא כמזיק בגלל החסרון. ועי' קהלות יעקב צ"ק סי' יח אות ב שנסתפק צדין זה. ואם נאמר שחיובו הוא על החסרון שהחסר, י"ל שבעובדא דידן לא יהיה חייב, שהרי לטענת א' עשה את המישכון על סמך חתימת מנהל החברה, והיה

סבור ועדיין הוא סבור שחתימת מנהל החברה על בקשת המישכון נעשתה בשם כולם, ונמלא שהנזק שנגרם היה בשוגג ולא במזיד, אם נאמר שחיובו הוא מדין גזלן, שנטל מחצירו הנאת הקרקע, וכמו שלידד בקהילות יעקב שם, וכבר כתב הקלוה"ח סי' כה ס"ק א' עפ"י תוס' ז"ק עט א' שלא מלינו שנתרבה שוגג בגזלן. ועיי' מחנ"א דיני גזילה סי' ז' (אך עיי' מרחשת ח"ב סי' לב שאף בשוגג הוא גזלן, שהרי הוא מאבות נזיקין, ודינו כמזיק שחייב אף בשוגג. וכן יסד בחיי הר"ח הלוי סוף הלי' גו"א שגזלן חייב אף מדין מזיק. ועיי' קובץ שעורים ז"ק אות קמז-קמג שהוכיח מהרא"ש פרק הגזל שאינו חייב מדין מזיק. ועיי' שעורי ר' שמואל להגר"ש רוזובסקי גיטין אות שמג). אך אם נאמר שחיובו על החפרון הוא מדין מזיק, חייב אף על השוגג (ועוד על גדר החיוב בזה נהנה וזה חסר עיי' קובץ בית אהרן וישראל קובץ נט עמ' יט ואילך).

והנה פסק בחכמת שלמה להגר"ש"ק בגליון השו"ע סי' שע"א: ראובן גזל קרקע משמעון ומכרה ללוי וכו', אין לו שום תביעה על הגזלן רק על מי שצידו הקרקע כעת, ואף אם הוא אלים ואינו יכול לאישתעי צדינא עמו, פטור הגזלן דאין לו עוד תביעה רק על מי שהקרקע אללו. ופסק כן עפ"י סוגית הגמ' בחולין קלד לענין גזל מתנות כהונה, עיי"ש. ועיי' עטרת שלמה להגר"ש קרליץ ח"ב בהשמות לח"א סי' ע"א שביאר דבריו דכיון שהגזלן מכר את השדה לאחר אין השדה מלד עלמה אצודה אלא הו"ל כמו שהעמיד איש אחד עם כלי זיין ואינו מניח לצעלים להכנס לשדה, דבזה יש לדון שהוא רק גרמא בעלמא, ואף במקום שהלוקח אינו זיית דינא. ועוד שהגזלן לא עשה שום מעשה בגוף השדה, ואינו אלא גרמא בעלמא - דבמכירה לאחר, אפילו אינו זיית דינא, אין ההיזק ברור מאחר שאינו גזול וחומם ממון של אחרים - ולכן אין הנגזל יכול לתבוע רק את הלוקח שיחזיר לו את השדה, אצל אין לו זכות תביעה מהגזלן להחזרת השדה. וממך הגריש"א שליט"א שמעתי שאין פוסקים את החידוש של החכמת שלמה.

ולכאורה קשה על חידושו של החכמת שלמה, מדוע אין לנגזל "שום תביעה" על הגזלן אלא על הלוקח, והרי גם אם תביעת החזרת הקרקע עלמה היא כלפי הלוקח, מ"מ כלפי הגזלן יש לו תביעה שיחזיר לו דמי המקח, דכי"ל עושה הלה סחורה בפרתו של חבירו, ועוד, אם נאמר שזה נהנה וזה חסר דמשלם שכר הוא גם באופן שנהנה ממכירת הקרקע לאחר שצוה חיבר לצעלים, מדוע לא יתבע הנגזל את הגזלן מדין נהנה.

ו"ל כפי ששמעתי ממך הגריש"א שליט"א שכל זמן שהנגזל אינו מסכים למכירת הקרקע אינו יכול לתבוע גם את החזרת הקרקע וגם את דמי מקחה, לא מדין סחורה בפרתו של חבירו, ולא מדין זה נהנה וזה חסר. וה"ה בנידון דידן, כל זמן שהצעלים מתנגדים למישכון אינם יכולים לתבוע שכר עבורו.

ומה שטוען א' שלולי חתימת מנהל החברה לא היה צדדו לצד את המישכון, וע"כ יש לתבוע את מי שהיה מנהל החברה ולא אותו, נראה שאם היה מקום לחייב את א' מדין נהנה, מדין מזיק או מדין גזלן, לא היה בטענה זו לפוטרו, וכמו ששנינו בז"ק ט' ב' הכשרתי במקלת נזקו חבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו. וגם אם חייב מדין גזלן אין לפוטרו, וכמו שפסק השו"ע סי' שמה פע"י ח' בשנים שגנבו.

ה. אמנם מלד אחר יש מקום לחייב את א' על מעשה המישכון: כיון שבצקשת המישכון שינה א' ממנהג השותפין, יש לחייבו על ההפסדים שנגרמו מהמישכון, וכמו שפסק הרמב"ם שלוחין ושותפין פ"ה ה"א וה"ב ובשו"ע סי' קעו סעי' י: המשתתף עם חצירו בפתח לא ישנה מנהג המדינה בלוחה סחורה וכו', ואם שינה וכו' כל פחת שיבוא מחמת זה שעבר חייב לשלם לבדו. ומקורו בר"ף ז"ק קב ב. ועיי' שו"ת דרד"ז ח"ב סי' תתמ שאם שינה ממנהג המדינה ומדעת שותפו, עשאוהו כמזיק בידיים, שכך היתה דעתם תחילה בתחילת השותפות שלא ישנה מדעתו וממנהג המדינה, ואם ישנה ישלם מדין מזיק, ולא מדין פשיעה נגעו בה, והדבר ברור שאם הזיק בידיים אע"פ שבעליו עמו אינו כפטר בכך. וכ"כ באור שמה שלוחין ושותפין פ"ה ה"ב. ועיי' משפט שלום סי' קעו (עמ' לט ואילך) בשם שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' פה בשם תשו' לחם רב דבשינה מדרך ומנהג השותפין לא הוי בכלל שותף, דהו"ל כזקף עליו במלוה דנעשה ממון השותפות כמלוה עליו (וכמו שכתבו הראשונים ז"ק שם, הוצא בקלוה"ח סי' קפג ס"ק ה ונתה"מ ס"ק ז, לגבי שינה וקנה שעורים במקום חטים, עיי"ש), ובשו"ת ז"ש אחרון סי' עו האריך לדחות דבריו (ועיי' שו"ע סעי' ל עפ"י העיטור שאם אחד השותפים נשתתף בחלקו עם אחר, משציע השותף השני את השותף החדש שהציא הראשון שציעת השותפין, והקשה בסמ"ע ס"ק טו שהשו"ע סותר עלמו בסעי' זה למש"כ בסעי' י שהמשתתף עם חצירו בפתח לא ישתף בה עם אחרים, ותירץ הסמ"ע דאף דאין לו להשתתף עם אחרים מ"מ אם עבר ועשה יכול חלי הריוח, וג"כ משציעו לשותף החדש. ומבואר מהסמ"ע שאע"פ ששינה מדיני השותפות לא בטלה שותפותו, ודלא כהלחם רב. וכן משמע במשנה פסחים פט ב ורמב"ם סופ"ב מק"פ הממנה אחרים עמו על חלקו ולא ידעו בהן בני החצורה הרי בני החצורה רשאים ליתן לו חלקו אחר שיללה צעת האכילה, ובני החצורה אוכלין משלהן והוא אוכל חלקו עם האחרים שמנה עליו בחצורה שניה. ואם כהלחם רב שאם שינה ממנהג השותפות בטלה שותפותו, איך רשאי לאכול מהק"פ כששינה ממנהג השותפות ומינה אחרים עמו בלי ידיעת שאר בני החצורה. אלא משמע מהסמ"ע שאע"פ ששינה לא בטלה שותפותו).

ובנידון דידן שא' צילע מישכון על כל קרקעות השותפים כדי להשיג הלוואה לעלמו, והמישכון נעשה בניגוד לכללי החוק, אם כך היה, שינה א' ממנהג המדינה בנכסי השותפות - גם אם לא כאמר כהלחם רב שצטלה שותפתו - מ"מ, אם יתבעוהו, עליו לשאת בתולאות ההפסדים שנגרמו לשותפים כתולאה ממעשה זה, ולכל הפחות להתחייב בזה בשיתוף עם מנהל החצורה שבעזרתו עשה את פעולת המישכון. ומנהל החצורה לשעבר חייב למרות שלא עשה זאת ללורך עלמו אלא ללורך א', שכבר הוכיח באו"ש מלוהולוה פ"כ סוף ה"ב מהגמ' ז"מ דף י דגנב ללורך חצירו חייב כפל. ועיי' הביאור בצרכת שמואל ז"מ פ"א סי' ט.

ו. כתב הב"י סי' רז סעי' כד: דערב שאני משום דמיהמן ליה גמיר ומשעבד נפשיה, אבל הכא לא מהימן ליה שהרי נתן לו משכון, ועיי' דרישה שם. ועיי' שו"ת בית אפרים סי' כא, הוצא בדברי גאונים כלל לו סי' ס שאם התנה ש"ח להתחייב באונסין ונתן למפקיד משכון ע"ז, לא נשתעבד, דכיון דלא הימניה בלא

משכון, אינו חייב, וכיון דלא נתחייב גם משכון לא מהני, דמנה אין כאן משכון אין כאן. וכעיי"ז בערך שי ס"י קכט שאם לא האמינו לערב אלא בגלל שמעותיו תחת ידו, אינו חייב בערבות.

לפי"ז בנידון דידן שהצנקה הלוה לא' בגלל בקשת מנהל החברה שאף מישכן לצנקה את קרקעות החברה, כיון שלא ניתנה נאמנות למנהל החברה לולי המישכון, אין לדון כאן מלד ערבות.

ז. כתב הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי צטעם הדין שהכובש עדותו פטור מתשלום נזיקין כיון שחיוצו להעיד אינו חיוצ ממון אלא דין גמילות חסדים, ואם אינו רוצה להטריח ולהלילו אינו חייב. למה זה דומה למי שרוצה כיסו של חצירו אבד ואינו מזילו שאין צ"ד מחייבים אותו, שלא חייבתו תורה בכך אלא כשאר מצוות היא זו ואינה צדין ממון. וכ"כ נ"י צ"ק ריש פרק הכונס בשם הרא"ה, וש"ג שצועות לא ב, הובא צב"י ריש סי' כח.

וע"י מחנ"א ה"י שומרים סי' לה ומשנה ברורה סי' תמג ס"ק יב לענין השבת אבידה, שאם המולא אינו מקיים מצוות השבת אבידה אינו מתחייב לשלם, שלא מזינו שמחוייב לשלם מי שאינו משיב אבידה. וע"י פס"ד ירושלים כרך ב עמ' עט.

ובנידון דידן גם אם א' היה מחוייב להוריד את המישכון, י"ל שאין זה חיוצ ממון אלא חיוצ של מצוות השבת אבידה (וכסדרת הרב השואל בשו"ת מהרי"א ענין סי' כח, אך ע"י להלן שדעת המהרי"א ענין ענינו שאין זה דין השבת אבידה אלא עושה), ואין צ"ד מחייבים אותו בכך. מה גם שלטענת א' הורדת המישכון כרוכה בהפסד כספי של תשלום כל חוב ההלוואה לצנקה, וגם שע"י יפסיד את כח טענתו עם שאר השותפים, ובמקום הפסד אין מצוות השבת אבידה, דשלך קודם לשל כל אדם, ע"י צ"מ דף ל.

אמנם מכיון ששנינו צב"מ שם שאם התנה צפני צ"ד שיטול בשכר השבת האבידה כל מה שיפסיד והרשוהו ה"ז נוטל, בנידון דידן פוסק בית הדין שעל הדידים להתפשר ביניהם כדי לפתור את הסכסוך.

ח. קיי"ל כרב נחמן צב"ק כח א דעביד אינש דינא לנפשיה. וכתב הרא"ש שם דוקא אם בא לגזול ממנו או שראה חפץ שלו בידו, אבל למשכנו בשביל חוב שחייב לו לית ליה רשותא. וכ"פ הרמב"ם מלוה ולוה פ"ג וש"ע סי' לז סעי' ו. וכתב בשו"ת מהרי"ק שורש קסא הובא ברמ"א סי' ד דלא מיקרי עביד דינא לנפשיה אלא במזיק לחצירו, אבל בתפיסה בעלמא שתפוס למשכון יוכל לעשות בכל ענין ולרדת עמו לדין (וע"י ביאורו ביצועות דוד למו"ר ז"ל חו"מ סי' ה). ופסק בשער המשפט סי' ד שאם הלוה כופר לו בחובו רשות בידו למשכנו שלא צעדים כדי שיהיה נאמן על חובו צמיגו שלא תפס. אמנם בקל"ה"ח סי' לז ס"ק ב כתב דלא שפיר עבדי אותן המערימין על דברי תורה וקודם בואם לדין תופסין מיד הצע"ד איזה חפץ כדי שיהיה לו מיגו להאמינו וכו', ומשום הפסד ממון לא שרי לעבור על דברי תורה, והמקום ימלא חסרון כיס במקום מלוה ויד לא יסלח לעבור על דברי תורה. ובסי' ד ס"ק א כתב בקל"ה"ח בשם מהרש"ל ב"ש"ש צ"ק פ"ג סי' ה שכל שיש בידו משכון או פקדון יכול לעכבו אפילו לכתחילה כנגד חובו של חצירו או גזילתו, שזה לא נקרא עביד אינש דינא לנפשיה, שהרי לא תפס מחצירו אלא עיכב את שלו בשב ואל תעשה. אלא

שמדברי הזוהר פ' במדבר מצואר שהוא איסור גמור, ויש לזה פנים גם עפ"י נגלה והיא שיטת הריטצ"א פ' הכותב שכל שצא ליד נפקד לריך למיעבד השצה מעלייתא, ועיי' ש"ך סי' נח ס"ק ט, לכן בעל נפש ירחק מזה. עכ"ל. ועיי' חכמת שלמה לשו"ע שם שצגמ' שבת קמח ב מפורש שהוא היתר גמור, ומיהו אפשר שאם צא לידו בתורת פקדון ממש גרע טפי, ושאיני התם שמתחילה לא נתכוין לשם פקדון כלל. ועיי' אמרי בינה חו"מ סי' י.

ובנידון דידן עיי' שוא"ת מנע הורדת המישכון, יכול לטעון שעשה דין לעלמו בעיכוז הקרקע שעליה הוא תובע את חלקו בשותפות, כדי שיהיה לו טענה נגד הכחשת שאר השותפים, שצכה"ג עבד אינש דינא לנפשיה, וכמו שכתב התומים סי' יב ס"ק ה דמי שיודע שיש לו מלוה ישנה על חצירו רק שאין לו צירור וחצירו תובע אותו ויודע כשיטעון צבי"ד שיש לו מלוה ישנה אללו דלא יהיה נאמן, יכול לעשות טלדקאות ותחבולות לייגע חצירו עד שיתפטר עמו ולהליל שלו במקלת, ואין כאן עוול, דקמי שמיא גליא ודברים מסורים ללב וכו'. והגם שתביעתו היא רק על חלק קטן מהקרקע, כיון שאין החלקים מוגדרים ומסומנים, נראה שזכותו לעכב את כל הקרקע בעבור החלק שלו. אך כבר נתבאר שאת המישכון לא עשה א' אלא אחרים, וההימנעות מלהסיר את המישכון אינה מעשה תפיסה.

ואפי' צאופן שאין לו זכות ממונית להוציא מהשותפים, אין לחייבו לחתום על הסרת המישכון מצלי שיזדקקו לפנותו, כמו שמצינו בשאלה דומה לזה באחרונים בענין פיוזי לכת יורשת תמורת חתימתה לויתור ירושה, דנחלקו בה מהר"י באסן והמהר"יט האם מחייבים את לחתום על ויתור זכות ירושה, בהתאם לד"ת, כשהיא עומדת על זכותה החוקית, או שאין מחייבים אותה לחתום בחינם. המהר"י באסן סבר שאינה חייבת לחתום בחינם, והמהר"יט סבר שחייבת לחתום מדין השבת אבידה, כיון שעיי' פירובה לחתום גורמת נזק ליורשים שמונעת מהם להשתמש בירושה. הוצאו דבריהם בפני משה (לר"מ בנבנישטי) ח"ב סי' טו, וחוקות חיים סי' עג, ורצ פעלים חו"מ ח"ב שאלה טו, ושוא"ת מהדורא תליתאה ח"א סי' רפה, ושוא"ת מהרי"א הלוי ח"א סי' ד, ומשפט שלום קונטרס משמרת שלום סי' קפד, ושוא"ת מהרי"א ענזיל סי' כח, ושוא"ת בית שלמה חו"מ סי' קת, ושוא"ת משנת אליעזר סי' מה, והרי בשמים ח"א סי' קכט וח"ב סי' לט. ועיי' פד"ר כרך ט עמ' 126 ודברי משפט כרך ח עמ' שמו.

ובשוא"ת מהרי"א ענזיל שם כתב דאין לומר שחיוז הבת לחתום על מחילה הוא מדין השבת אבידה, כמו בתופס לבע"ח במקום פסידא שכתב הנ"י בשם הרשב"א דיכול לתפוס משום השבת אבידה, זה אינו, דהשבת אבידה לא שייכא אלא במידי דלאו תותי ידיה אלא ביד אחרים או במקום הפקר, שהיה הולך לאיבוד אילו לא עשה זה המעשה אשר עשה כמו אבידה ממש, אבל מי שכובש תחת ידו דבר של חצירו או זכותו נקרא עושק את עמיתו, שכן כל המעכב דבר של חצירו תחת ידו נקרא עושק, ואין חילוק אם יש לו תועלת ממנו או לא, ושורש הדין נלמד ממה שמצואר בטוש"ע סו"מ טז וסו"מ ס בשם הרמב"ם דמי שתובע חצירו ואומר יש לי זכות בשטר שבידך, כופין אותו להראותו לפני צי"ד שיעתיקו ממנו זכותו, ואם כופר

ואומר שלא נמלא בידו שטר כזה, משציעין אותו. אלמא דהוי כפירת חיוב ממון, דאין חילוק אס מעכב בידו ממון חצירו או דבר השוה ממון אלל התובע, ואע"פ שאינו שוה אלל הנמצע. וכופין אותו על כך כמו שכופין על כל עושה להשיבו לצעליו. ועוד למדנו דין זה ממה שכתב ז"ש"ש ב"ק פ"ט גבי קנה קרקע וכתב השטר ע"ש חצירו דאס לא טען דלא ניחא לי דליפוש עלי שטרא כופין אותו שיכתוב שטר מכר ע"ש הקונה דכופין על מידת סדום, וכ"פ הש"ך סו"ס ס. והרי הדברים ק"ו, ומה התם דאיכא למימר איהו דאפסיד אנפשיה דמי ביקש זאת מידו שיכתוב שטר ע"ש אחר, והראיה דאי טען לא ניחא לי דליפוש שטרי לא כייפינן ליה, דתו לא הוי מידת סדום כיון דאית ליה פסידא דזיילי ניכסיה, ואפ"ה כל היכי דלא טעין הכי כייפינן ליה למיכתב שטרא על שמו כי היכי דלא נמטי פסידא לחצריה, כ"ש הכא וכו'.

אלא שכל זה בצת שעפ"י ד"ת אין לה דין ירושה במקום בן וע"י תחבולה רואה להוליא מהבנים חלק שאינו מגיע לה. אבל בנידון דידן שלטענת א' יש לו עוד חלק מסויים בשותפות, וקשה לו לזכר דבריו צבי"ד בגלל שלא ערכו רישום מדוייק על הרכישות והמכירות, בכזה אופן כתב התומים שאלם עושה דין לעלמו. ע"כ נראה שיש לפשר ביניהם.

אברהם דוב לוי.

ב

ראיתי את דברי האב"ד שליט"א, ונראה להוסיף על דבריו: מש"כ בלוא ד דאין לחייבו על הנזק שגרם לצעלים שאינם יכולים למכור הקרקע מפני המיטכון שעשה, משום דהוה רק גרמא, איצרא דהוי רק גרמא, אבל כזר הביא האמרי בינה הלי הלואה סי' לט בשם הכהונת עולם ועוד גדולי המחברים דשותפין חייבין אף בגרמא, דדיני דגרמי וגרמא לא נאמרו בשותף, דשותפין נעשו ש"ש זל"ז, ואומר חייב בגרמא. והביא שם מש"כ המהר"ס צ"ר ברוך סי' טז דשותף שלא הניח למכור, והפסידו, דאף גרמא אין כאן, כי סבר שירווחו טפי ולטובה נתכוין, ואפילו בג' פרקים דשותף מוכר היין שלא מדעת חצירו, אס אחד עכב מלמכור, ואז נזדלזל, אין לו עליו אלא תרעומת, מידי דהוי במבטל כיסו של חצירו, ע"כ. מבואר מדבריו דאף שותף אינו חייב בגרמא. וע"י בנתה"מ סי' קעו ס"ק לא דכתב דשותף שמכר קודם הזמן ואח"כ הוקר חייב, דהוה כקבלן שחייב אף במניעת הריוח. וע"י שער המשפט סי' קעו ס"ק ד ז"ל: ונראה דאס חצירו עיכב עליו מלמכרם מפני שהיה סבור שיתייקר הסחורה ואח"כ הוזלה דפטור מלשלם ההיזק, ואע"ג דכל המשנה מדעת צעלים נקרא גזלן, ושותף ששינה חייב, מ"מ ביין שהפרות הם צעין ת"י אלא שהוזלו הרי י"ל לו הרי שלך לפניך, דהיזק שאינו ניכר לאו שמה היזק, ושותף ששינה לא גרע מגזלן גמור ויכול לומר הש"ל וכו', ואף אס נאמר דמה שעכב הסחורה וכו' הוה פשיעה, וכמו שעשה מעשה דמי וכו', דכיון דעביד מעשה צידים חייב וכו', מ"מ נראה דצכה"ג שנתכוין לטובה וכו' לא קנסין ליה, ע"כ.

ולפ"י בנידון דידן שמיטכן הקרקע וע"י זה הוזלה ואינו יכול למוכרה, הוה מעשה צידים ויהיה חייב. ועיי"ש בשער המשפט שהביא דעת הרדב"ז ח"א סי' שלט בשותפין שעכב אחד מהם הסחורה וצנתיים הוזלה, דאס ההיזק צרי, שידוע שאס לא ימכור עתה תוזל חייב לשלם מדינא דגרמי. ואס לא צרי היזקה

הוא גרמא ופטור, ע"כ. הרי דמ"ל דשותפין פטורין בגרמא. ואפשר דצנדו"ד גם לרדב"ז יהיה חייב דהכא הוא ברי היזקא דודאי קרקע שהיא ממושכנת הוזלה מחמת המישכון, ועוד דא"א למוכרה, והוא מזיק ממש.

ועיי אמרי צינה דיני הלואה סי' יד דהציא צסם הקול אליהו ח"ב סי' ג דאם קנה מחצירו צקנין להלוות לו ולא הלוה לו שיש לדון לחייבו מדד"ג, דעדי קנין מפקי לקלא וזיילי נכסיה. ועיי"ש שדחה את דבריו דהוא גרמא. ועיי' צנתה"מ סי' נה ס"ק צ שכתב ליישב מה שהקשה הסמ"ע על הרמ"א שם שכתב שאם החזיר השליש השטר שלא כדין פטור דהוא רק גרמא, והקשה הסמ"ע מ"ש מעדים שחתמו צשקר והודו דחייבים, וכמשי"כ המחבר סי' מו סעי' לו. וכתב ע"ז צנתה"מ דעדים שחתמו צשקר מיד ילא הקול שנשתעבדו נכסיו ואין יכול למכור שום נכסים ומזיקין תיכף והוא גרמי, כיון דההיזק נעשה מיד, משא"כ צחורת שטר פרוע אין יולא קול ולא נעשה הנזק מיד רק צשעה צגוצה, וגם לא צרי היזיקא דאימר דלא יגצה והוא כגרמא צניזקין דפטור, ע"כ. ועיי"ש צהגהות אמרי צרוך שתמה על הנתה"מ וס"ל דמניעת מכירת נכסים הוא רק גרמא, וכן השיג האמרי צינה דיני הלואה סי' לו. נמלא דלפי הנתה"מ ושו"ת קול אליהו הנ"ל צנדו"ד יהא חייב מדינא דגרמי אף אם לא היו שותפין, דמה שמישכן הקרקע קלא אית ליה וצרי היזקא ואינו יכול למכרו וחייב מדינא דגרמי. ולפ"י יהא חייב להוריד המישכון, ולא רק מטעם השצת צצידה, וכמו שכתב האצ"ד שליט"א, אלא משום דכל זמן שהקרקע ממושכנת הוא מזיק מדין גרמי, וז"ע.

ומשי"כ די"ש להסתפק לחייבו מדין עושה סחורה צפרתו של חצירו, לכאורה אינו דומה, דהטעם דחייב צעושה סחורה צפרתו של חצירו הוא משום דהוא הצעלים על החפץ ועל כל מה שמרויח מהחפץ, וע"כ גם הריוח שייך לצעלים, אצל צנידון דידן הצעלים עלמם לא היו יכולים למשכן ואין הם צעלים ע"ז, דאסור היה להם למשכן הקרקע כפי מה שכתב צהסכס השותפות, אפשר דאין להם זכות צציעה על הריוח שנעשה ע"י המישכון שהרי ע"ז אינם צעלים דאף לעלמם אסור להם למשכן.

ומה שהקשה על החכמת שלמה די"ש צציעה כלפי הגזלן שיחזיר לו דמי המקח, דכיל"ד עושה סחורה צפרתו של חצירו, נראה דעושה סחורה צפרתו של חצירו היינו שהשכירות היא צרת תוקף, ולכן חייב לתת לצעלים דמי השכירות, משא"כ צגזלן הרי דמי המקח שקבל לאו דמי מקח הוא, והטעה את הלוקח שהוא עצור הקרקע, אצל לא היה מעשה מכירה כלל, וא"כ סתם קבל מעות מהלוקח, ולא עושה סחורה צקקע של חצירו הוא אלא הטעהו.

וא"כ צנידון דידן שהמישכון צר תוקף שהרי מנהל החצרה חתם עליו צסם החצרה, ולמעשה ניתן לו הלואה רק צגלל שמישכן את הקרקע, אפשר דהוא עושה סחורה וכו', אי לאו משום מש"כ לעיל.

יהושע ווייס.

פסק דין

- א. על א' לקיים התחייבותו בקשר לחיוב דמי הסכמה.
- ב. חברה בע"מ היא מושג משפטי כלפי גורמי חוץ שיש להם תביעות על החברה, שתביעותיהם הם רק על נכסי החברה, ולא על בעלי החברה באופן אישי.

ג. למרות זאת נראה שבעלי החברה בינם לבין עצמם יש להם דין שותפים, ובפירוק שותפות אין לשותף היוצא זכות לקבל את חלקו כפי שהיה שווה בשעת הרכישה, אלא כפי שהוא שווה למכירה בשעת הפירוק.

ד. מישכן קרקע ששייכת לו ולאחרים, בלי לקבל הסכמת שאר הבעלים, וע"י כך מונע מהם מלמכור את הקרקע, אין לחייבו מדין מזיק, שהרי לא הזיק את הקרקע עצמה, אלא גרם לבעלים שלא יוכלו להרויח באותה קרקע. אין גם לחייבו מדין נגב, שהרי קרקע אינה נגזלת ובחזקת בעליה עומדת. במקרה הנידון, כיון שהוא היה שותף ושינה ממנהג השותפין, וע"י כך הפסיד לשותפים האחרים, אם הם תובעים אותו לשלם להם הפסדים, הי"ז חייב לשלם להם.

ה. עשה דין לעצמו ותפס זכויות של הקרקע המשותפת בגלל תביעה שיש לו על אותה קרקע, באופן שאין לו ראיות לתביעתו, אין מחייבים אותו לבטל את התפיסה.

ו. ערב שהמלוה לא הסתפק בדבורו, אלא דרש שימשכן לו מנכסיו, אינו חייב מדין ערב.

ז. בנידון דידן בי"ד פוסקים לצדדים להתפשר ביניהם כדי לפתור את הסכסוך. בית הדין מסמיך את עו"ד י' בר תנחום להביא את הצדדים להסכמה ולפשרה בשלבים, עד לסיום הסכסוך. בכל שלב תובא הפשרה להכרעת בית הדין. בשלב ראשון יסיר הנתבע את המישכון מרוב חלקי הקרקע שלא יונצח מצב זה שהקרקעות אינם יכולים להמכר וגם החוב שיש לטענת התובע אין לו מאין להשתלם. מתוך הכספים שיתקבלו מהקונים יעוקל סך מסויים עד להמשך הבירור בפשרה או בד"ת.

ח. אם יתבע אחד השותפים שבועת השותפין, תידון תביעתו רק לאחר שיגיש חשבון מדוייק המבוסס על נתונים של שווי המגרשים שנמכרו, בזמן מכירתם, ועל שווי המגרש הנותר לפי ערכו היום. כל עוד לא הוגש דו"ח כזה, התביעה היא ערטילאית ואינה מחייבת שבועה.