

## חוק לישראל : שיתוף נכסים

החיבור על "שיתוף נכסים" הוא פרי עבודתו הבסיסית של הרב מרדכי קויפמן, שעליו העירו והוטיפו ד"ר מיכאל ויגודה, הרב ברוך כהנא, הרב אליעזר מילר, מר חיים שויצר ועו"ד ערן שילה.

**בסדרה "חוק לישראל" נתפרסמו עד כה הספרים**

**שומרים (2 כרך)**

**שכירות ושאלת**

**ערבות**

**נזקין**

**עשיות עושר ולא במשפט**

**השבת אבדה**

**שיתוף נכסים**

**בהכנה**

**נאמנות**

**פגמים בחוזה**

**שליחות**

**מתנה**

**תרומות בשל הפרת חוזה**

**האחריות הפלילית**

**סיגים לאחריות הפלילית**

# חוק לישראל

עריכה שיטחית ועכנית של המשפט העברי  
ביסוס לחקיקה ולפסיקת  
על פי סדר חוקי מדינת ישראל

בעריכת נחום רקובר

## שיתוף נכסים

ספרית המשפט העברי

## **ספרית המשפט העברי**

משרד המשפטים  
מורשת המשפט בישראל

יוצא לאור בסיוע משרד הדתות, התרבות והספורט  
**מינהל התרבות**

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר מידע  
لسדר או לקלוט בכל דרך ובכל אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר  
כל חלק שהוא מן החומר שבספר זה

©  
כל הזכויות שמורות

מורשת המשפט בישראל  
ת"ד 7483 ירושלים 91074  
[jewishl@zahav.net.il](mailto:jewishl@zahav.net.il)  
[www.mishpativri.org.il](http://www.mishpativri.org.il)  
תשס"ט – 2009

**סוקרט על ידי**

**ר' זרכז (וותלי) סלוי**

**ולעימתו מיש**

**שטון צימי**

**וננו**

**ר' יעקג (ג'קיס) סלוי**

**ולעימתו מנה פעלן (מליחן)**

**שטון צימי**

**סמן פהלוו, גראיל**

## **לזכר ולעלילוי נשמה**

### **הורי ר' זאב**

**ר' צבי הלוイ בן ר' חיים ומרם ז"ל שטרן  
וזוגתו מרת דאכא בת ר' פרץ וברכה ז"ל טאגר**

### **הורי חייה**

**ר' דוד אריה בן ר' יעקב ושינדל ז"ל ברנרד  
וזוגתו מרת איטלה (אירמה) בת ר' חיים ומדל ז"ל שטרן**

### **אבי אריאן**

**ר' יששכר טוביה בן ר' יוסף ופערל ז"ל וייטמן**

---

## **לכבוד ולהבחלה לאויזט**

### **אם אריאן**

**רחל (רוזה) וייטמן שתחי'**

### **ילדי ר' זאב וחיה**

**חيمס אהרן ואריאללה ברכה סג"ל לנדא שיחי'  
משה אפרים פישל ואיילה (אנטי) קירשנבוים שיחי'**

### **ילדי ר' יעקב ואריאן**

**יחזקאל וענת מינדל הרטמן שיחי'  
מייכאל שלום ומרם אילנה פינטוק שיחי'**

**צבי יונתן, יששכר טוביה, דאכא דינה, איטלה טלי שיחי'**

## הקדמה

אנו שמחים להציג בזה את החיבור על דיני שיתוף נכסים, המctrוף אל רשיימת המחקרים שכבר פורסמו בסדרה "חוק לישראל".

מאז שהחלו להתפרסם הספרים בסדרה "חוק לישראל", הפכו חיבורים אלה לספרי יסוד באותם תחומיים לכל המבקש לדעת על גישת המשפט העברי: תלמידי חכמים וחוקרים, מלומדים ומתלמודים, דיניים, שופטים ומשפטנים. פסקי דין ובאים אף מסתמכים על החיבורים שבסדרה "חוק לישראל".

הידוש שנותחן בחיבור זה הוא שביסודו של דין בכל סעיף וסעיף, מוצע נוסח חלופי של הסעיף, המתבסס על מקורות המשפט העברי.

ענינו של החיבור שלפנינו הוא שיתוף מקרקעין ושיתוף מיטלטلين. דיני שיתוף נכסים נידונים במשפט הישראלי בחוק המקרקעין, התשכ"ט-1979, פרק ה, סעיפים 27-51, ובחוק המיטלטلين, התשל"ג-1973, סעיפים 9-10. בנספחים מובאים במרוכז סעיפים אלו. סדר הדברים בספר הוא לפי סדרם של הסעיפים בחוק המקרקעין ובהשוואה להם, ברם הדיון מתייחס גם לסעיפים בחוק המיטלטلين (סעיפים 36, 42, 44, 47 ו-48 שבחוק המקרקעין אינם נידונים בחיבור זה, מפני שהמשפט העברי אינו נוקט עמדת בעניינים הנידונים בהם).

אף יש בחיבורנו התייחסות לסעיפי הפרק על השיתוף שבתוכו הצעת חוק דיני מונוט, התשס"ז-2007, בו מוצעים שינויים אחדים לדיני שיתוף נכסים. סעיפי פרק זה מובאים אף הם בנספח. חוק המקרקעין, ובכללו הפרק על השיתוף, התבוסס במידה רבה על רעיונות מן המשפט העברי כפי שנוטחו בהצעת חוק המקרקעין שהוננה בזמןו על ידי המשפטן שבתי בן-דב זיל, וכן על מקורות מן המשפט העברי שהובאו בפני ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת בדיונה בהצעת החוק, המבקש לעמוד על זיקה זו, וכך לעין בספרי "המשפט העברי בחקיקת הכנסת" (ספרית המשפט העברי, ירושלים תשמ"ט), ובספרי "הרמב"ם והחוק במדינת ישראל" (ספרית המשפט העברי, ירושלים תשמ"ה). ברם, בנגד לחקיקה הקיימת, לא נזקקו מנתחי תוכרי הצעת חוק דיני מונוט למקורות המשפט העברי. מאחר שאין זה בגדר מעות לא יוכל לתקן, אנו מעריכים כי הצעה זו תשתכל בהסתמך על מקורות המשפט העברי.

נושא קרוב לשיתוף נכסים הוא שותפות עסקית, שענינה הסכם בין שני אנשים או יותר להתעסקות מסחרית משותפת תוך חלוקת הרווחים. זו יכולה להיות כרוכה בשיתוף בבעלות על נכסים כלשהם, אבל שיתוף זה אינו עיקר ענינה של השותפות. דיניה של השותפות העסקית נידונים בפקודת השותפות, ואין הם נידונים בחיבור שלפנינו.

ראשיתו של חיבור זה בעבודתו הבסיסית של הרב מרדכי קייפמן, שנעשתה לפני שנים אחדות. עליו העירו והוציאו החוקרים ד"ר מיכאל ויגודה, הרב ברוך כהנא, הרב אליעזר מילר, מר חיים שוייצר ועו"ד ערן שליח, והביאו לידיו לגיבשו, לשכללו ולהשלמתו של המחבר. הנוסח המקורי של ספר זה פורסם זה מכבר באתר האינטרנט של "מורשת המשפט בישראל" ([www.mishpativri.org.il](http://www.mishpativri.org.il)), והדבר אפשר לחוקרים ולמחברים לעשות בו שימוש. את המפתחות בספר ערך הרב ברוך כהנא. הרב משה קפלן הכין את הספר לדפוס, ומר אריאל ורדי עץ בעיצוב הספר. לכולם נתונה תודה בזוה.

כאן המקום להזכיר לשבה את חוקר המשפט העברי ד"ר מרדכי מרכוס כהן ז"ל מבואל, שכיהן לימים כיועץ למשפט העברי במשרד המשפטים. ד"ר כהן כתב גם את הערך על "שותפות" (Gesellschaft) במשפט העברי בין מהו וחמיישים הערכיהם שפורסמו בתחום זה בלקסיקון היהודי (Jüdisches Lexikon) שיוצא לאור בברלין בשנים 1927-1930. ערכם אלה, ובכללם הערך על שותפות, קובצו לאחר פטירתו בספר (Wörterbuch des Jüdischen Rechts (Karger Verlag, Basel 1980, על ידי בנו, מר ארטורו כהן, המעודד אותו בהפצת ערכי המשפט העברי וזקחם לימינו.

עמותת "מורשת המשפט בישראל" זוכה לעידוד רב מיישמים המכירים בערך החשוב של החדרת ערכי המשפט העברי למערכות חיננו, ובهم ד"ר צבי כ"ץ והרב ד"ר דניאל טרופר. הנדיבים הקיימים, מר זאב שtronן ובנו מר יעקב שtronן, הזמינו לפרסום את חסותו על חיבור זה. יבורכו כולם ממוקור הברכות.

לזיכרון בספר, אבקש להעלות את זכרה של רעיית האצילה, שותפתו בכל עמל, בתיה, זכרה לברכה. תהא נשמהה צורחה בצרור החיים. שלוי ושלכם — שלה הוא.

עה"ק ירושלים ת"ו, כ"ה בטבת תשס"ט  
יום השנה הראשון לפטירתה של רעיית בתיה ז"ל

נחום רקובר

## תוכן העניינים

הקדמה 7

התוכן לפרטיו 11

### סימן א: יחסיו השיתופי

בעלות משותפת במרקען 21	סעיף 27
שעור חלקו של שותף 31	סעיף 28
הסכם שיתוף 37	סעיף 29
ניהול ושימור 45	סעיף 30
זכותו של שותף יחיד 55	סעיף 31
ನשיאה בהוצאות 69	סעיף 32
חשלום بعد שימוש 79	סעיף 33
זכות השותף לעשות בחלוקת 89	סעיף 34
הזכות לפירות 119	סעיף 35

### סימן ב: פירוק השיתופי

הזכות לتبיע פירוק השיתוף 133	סעיף 37
פירוק על פי הסכם או צו בית משפט 151	סעיף 38
פירוק דרך חלוקה 163	סעיף 39
פירוק דרך מכירה 189	סעיף 40
פירוק במקרים מיוחדים 205	סעיף 41
משאלות השותפים 217	סעיף 43
שיתוף בזכויות אחרות 225	סעיף 45

### סימן ג: בניה ונטיעה במרקען משותפים

פירוק השיתוף בשל הקמת מחוברים שלא דין 239	סעיף 46
---	---------

## תוכן העניינים

### סימן ד: מוחברים שבמיצר

סעיף 49	בעלות ושימוש	253
סעיף 50	פירוט שנשו לתחום אחר	269
סעיף 51	צמחים הגדלים סמוך למיצר	281

### נספחים

מכהב הגאון הרב זלמן נחמייה גולדברג	295
מכהב הגאון הרב אשר וייס	297

### חוקים

חוק המקראקי, התשכ"ט-1969, פרק חמישי: שיתוף במקראקין	301
חוק המיטלטلين, התשל"א-1971, סעיפים 10-9	305
תוציאר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, חלק רביעי, פרק רביעי: שיתוף בנכס	306
הצעת נוסח לפיה המשפט העברי — חוק המקראקין, פרק חמישי:	
שיתוף במקראקין	311

### מפתחות

מפתח העניינים	317
מפתח המקורות	329
רשימהביבליוגרפיה	345

## **התוכן לפרטיו**

### **הקדמה 7**

#### **סימן א: יחסיו השיתומי**

##### **סעיף 27: בעלות משותפת במרקען**

פרק ראשון: מבוא 23

פרק שני: הגדרת השיתוף 24

א. עמדת החוק 24

ב. עמדת המשפט העברי 25

פרק שלישי: הצעת נוסח לפיה המשפט העברי 29

##### **סעיף 28: שער חלקו של שותף**

פרק ראשון: עמדת החוק 33

פרק שני: עמדת המשפט העברי 33

פרק שלישי: סיכום והצעת נוסח לפיה המשפט העברי 35

##### **סעיף 29: הסכם שיתוף**

פרק ראשון: מבוא 39

פרק שני: תוקפו של הסכם שיתוף כלפי השותפים 40

א. עמדת החוק 40

ב. עמדת המשפט העברי 40

פרק שלישי: תוקפו של הסכם שיתוף כלפי אדם אחר 41

א. עמדת החוק 41

ב. עמדת המשפט העברי 42

פרק רביעי: סיכום 43

פרק חמישי: הצעת נוסח לפיה המשפט העברי 43

### סעיף 30: ניהול ו שימוש

- פרק ראשון: האם המיעוט כפוף לרוב 47  
א. מבוא — עמדת החוק 47  
ב. עמדת המשפט העברי — הכלל שהרולדים לפני הרוב 48  
ג. מזכבים שאין הולדים אחר הרוב 49
- פרק שני: דרך ניהול בהיעדר הסכמת הרוב 50  
א. מבוא — עמדת החוק 50  
ב. עמדת המשפט העברי 51
- פרק שלישי: סיכום 53
- פרק רביעי: הצעת נוסח לפני המשפט העברי 53

### סעיף 31: זכותו של שותף יחיד

- פרק ראשון: מבוא 57
- פרק שני: "שימוש סביר" — הגבלה לשימוש סביר וטעה 58  
א. מבוא — עמדת החוק 58  
ב. עמדת המשפט העברי — כללי 59  
ג. שימוש בנכס העומד להשכרה 61
- פרק שלישי: "ובלבך שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר" 61  
א. מניעה שאינה פיזית 61  
ב. מניעת שימוש כשהשותפים האחרים אינם עומדים להשתמש 63
- פרק רביעי: הרשאה לעת צורך — "החזקתם התקינה של המקרקעין... מניעת נזק" 64
- פרק חמישי: הودעה לשותפים האחרים 66
- פרק שישי: סיכום 66
- פרק שביעי: הצעת נוסח על פי המשפט העברי 67

### סעיף 32: נשיאה בהוצאות

- פרק ראשון: מבוא 71
- פרק שני: שותף שאינו משתמש בנכס — "כל שותף חייב לשאת בהוצאות..." 72
- פרק שלישי: דרך חלוקת נטל ההוצאות — "לפי חלקו במקרקעין" 74
- פרק רביעי: סוג ההוצאות — "בהוצאות הדروسות להחזקתם התקינה ולניהולם" 76
- פרק חמישי: שותף שנשא בהוצאות למעלה מחלוקת 76
- פרק שישי: סיכום 76
- פרק שביעי: הצעת נוסח לפני המשפט עברי 77

**סעיף 33: תשלום בעד שימוש**

פרק ראשון: מבוא 81

פרק שני: איזה שימוש מהיבר תשלום? — "שותף שהשתמש... חייב ליתר  
השותפים" 82

א. שימוש מותר 82

ב. שימוש אסור 84

פרק שלישי: התשלום — "שכר ראוי" 85

פרק רביעי: סיכום 86

פרק חמישי: הצעת נוסח לפני המשפט העברי 87

**סעיף 34: זכות השותף לעשות בחילוק**

פרק ראשון: מבוא 91

פרק שני: תוקפה של העברות חלקו של שותף — "כל שותף רשאי  
להעביר" 92

א. כללי 92

ב. הדעה שההקנאה אינה תקפה ונימוקיה 92

ג. הדעה שההקנאה תקפה ונימוקיה 94

ד. הבחנה בין שיתוף מכוח ירושה לשיתוף מכוח קנייה 97

פרק שלישי: שותף המעביר את חלקו ליותר מאדם אחד 99

פרק רביעי: זכות קידימה ליתר השותפים בקיימות החלק המועבר 101

א. זכות השותף מכוח היוטו מזמן 101

ב. האם שותף עדיף על מזמן? 102

פרק חמישי: שיתוף של בני זוג 105

פרק שישי: "תניה בהסכם שיתוף השוללת או מגבילה זכות" —

ס"ק (ב) 106

פרק שביעי: סיכום 107

פרק שמיני: הצעת נוסח לפני המשפט העברי 108

נספח: עוד על תוקפה של העברות חלקו של שותף 108

א. על הדעה שההקנאה אינה תקפה 108

ב. על הדעה שההקנאה תקפה 109

ג. אופנים שבהם לכל הדעות ההקנאה תקפה 113

ד. אופנים שבהם לכל הדעות ההקנאה אינה תקפה 115

**סעיף 35: הזכות לפירות**

פרק ראשון: מבוא 121

פרק שני: פירות הבאים מאליהם 122

## התוכן לפרטיו

פרק שלישי: בשיתוף למטרה עסקית	123
פרק רביעי: מציה במרקען משותפים	124
פרק חמישי: פטורים והנחות	126
פרק שישי: סיכום	128
פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי	129

## סימן ב: פירוק השיתוף

### סעיף 37: הזכות לتبוע פירוק השיתוף

פרק ראשון: מבוא	135
פרק שני: הזכות לتبוע פירוק השיתוף	135
א. מבוא – עמדת החוק	135
ב. עמדת המשפט העברי – כללי	137
ג. מודוע יש לשותף יחיד זכות לדרש את חלקו	138
ד. מודוע אין לשותף זכות לדרש את פירוק השיתוף כולה	140
פרק שלישי: תנאי המגביל את הזכות לפירוק השיתוף – ס'ק (ב)	141
א. כללי	141
ב. סילוק שותף בנסיבות מיוחדות	143
פרק רביעי: סיכום	145
פרק חמישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי	145
נספח: התהשבות ב意义上 של עליית מחיר של נכס	145

### סעיף 38: פירוק על פי הסכם או צו בית משפט

פרק ראשון: מבוא	153
פרק שני: הסכם על החלוקה עצמה	154
פרק שלישי: הסכם על שיווק החלקים לשותפים	155
פרק רביעי: הסכם לחלוקת על פי גורל	157
פרק חמישי: הסכם חלוקה שעשו מקצת השותפים	159
פרק שישי: סיכום	160
פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי	161
נספח: הסכם על הגבלת השימוש	161

### סעיף 39: פירוק דרך חלוקה

פרק ראשון: מבוא	165
-----------------	-----

<b>פרק שני : הגדרת מקראין הנינטנים לחילוקה — "במקראין הנינטנים לחילוקה"</b>	166
א. עמדות החוק	166
ב. עמדות המשפט העברי	167
ג. מקרים מיוחדים	170
<b>פרק שלישי : אופן החלוקה — "יהיה פירוק השיתוף בדרך של חילוקה בעין"</b>	171
א. כללי	171
ב. מקראין המרוכזים במקום אחד	172
(1) מקראין שאיכותם אחידה	172
(2) מקראין שאיכותם אינה אחידה	175
ג. מקראין המפוזרים במקומות שונים	177
(1) כללי	177
(2) מקראין שאיכותם אחידה	178
(3) מקראין שאיכותם אינה אחידה	179
ד. זכות שותף לבחור חלק מסוים על ידי שהוא מרבה במחירו	180
<b>פרק רביעי : תשלום איון — ס"ק (ב)</b>	181
<b>פרק חמישי : חילוק הדורשת ורישום זיקת הנאה — ס"ק (ג)</b>	182
א. עמדת החוק	182
ב. עמדת המשפט העברי	182
(1) כללי	182
(2) חילוקה ללא שומה	183
(3) חילוקה שנעשתה על פי שומה	184
<b>פרק שישי : סיכום</b>	186
<b>פרק שביעי : הצעת נסח לפי המשפט העברי</b>	188

#### סעיף 40 : פירוק דרך מכירה

<b>פרק ראשון : מבוא</b>	191
<b>פרק שני : חילוקה הגורמת לפסד — "אם נוכח בית המשפט כי חילוקה בעין תגרום לפסד"</b>	192
<b>פרק שלישי : דרך הפירוק — "יהיה פירוק השיתוף בדרך של מכירת המקראין"; "גוד או אגוד"</b>	193
א. כללי	193
(1) עמדות החוק	193
(2) עמדת המשפט העברי	194
ב. בשיתוף שנוצר בהסכמה השותפים	195
ג. בנכש שלא נועד לשימוש אישי	197
ד. קביעת גובה התשלום	197
ה. מכירת הנכס לאדם זר	198
ו. מועד התשלום	200

ז. אם השותף השני רוצה בחלוקת זמנים 201

ח. אם חלק מהשותפים הם קטינים 201

פרק רביעי: סיכום 202

פרק חמישי: הצעת נסח לפि המשפט העברי 203

#### סעיף 41: פירוק במקרים מיוחדים

פרק ראשון: מבוא 207

פרק שני: קרקע פרטית של אחד השותפים הגובלת במרקען המשותפים

— ס"ק (א) 208

פרק שלישי: יצירת שיתוף חלקי לצורך חלוקה בעין — ס"ק (ב) 210

פרק רביעי: קניית חלקם של חלק מהשותפים — ס"ק (ג) 212

פרק חמישי: דרכי נספחות לחלוקה בעין 213

א. מתנה 213

ב. חלוקה בעין באופן חלקי 214

פרק שישי: סיכום 215

פרק שביעי: הצעת נסח לפि המשפט העברי 215

#### סעיף 43: משלכות השותפים

פרק ראשון: מבוא 219

פרק שני: דרישת מקצת השותפים לקיום השיתוף — "לקים את השיתוף

ביןיהם" 220

א. עמדת החוק 220

(1) קיום השיתוף במלואו או רק בחלקו 220

(2) נימוקים לדרישת 222

ב. עמדת המשפט העברי 222

פרק שלישי: משלכות אחריות של השותפים — "...ובשאר משלכותיהם של  
השותפים" 223

פרק רביעי: סיכום והצעת נסח לפि המשפט העברי 224

#### סעיף 45: שיתוף בזכויות אחריות

פרק ראשון: מבוא 227

פרק שני: שיתוף בשכירות 227

א. כללי 227

ב. שכירות משנה 227

ג. פירוק השיתוף 229

(1) כללי 229

(2) חלוקה בעין 229  
(3) "גוד או אגוד" 232

- פרק שלישי: שיתוף במשכון 233  
א. כללי 233  
ב. משכון שאין השותפים משתמשים בו 233  
ג. משכון שהשותפים משתמשים בו 234  
פרק רביעי: סיכון והצעת נסח לפि המשפט העברי 235

**סימן ג: בניה ונטיעה במרקען משותפים**

**סעיף 46: פירוק השיתוף בשל הקמת מחוברים שלא כדין**

פרק ראשון: מבוא 241

פרק שני: זכות השותפים לסלק את המחוברים 242

פרק שלישי: התשלום למקומות אם קיימו המחוברים 244

א. מבוא 244

ב. הוצאות שלא הביאו תועלת 245

ג. ערעור על גובה ההוצאות 246

פרק רביעי: הפירוט שהניבו המחוברים 248

פרק חמישי: סיכון 249

פרק שישי: הצעת נסח לפि המשפט העברי 250

**סימן ד: מחוברים שבמיצר**

**סעיף 49: בעלויות ושימושם**

פרק ראשון: מבוא 255

פרק שני: "הנמצאים במיצר" — אם מקום המצר אינו ידוע 257

פרק שלישי: "הנמצאים במיצר" — אם מקום המצר ידוע 258

א. כללי 258

ב. סוגיות הירושלמי 258

ג. סוגיות מסכת Baba Meziah 259

ד. סוגיות מסכת עבודה זורה 261

ה. סוגיות הגבותה הכלול 263

ו. סיכון 264

פרק רביעי: חלקו של כל אחד מן השכנים במחוברים 265

פרק חמישי: שימוש והוצאות — ס"ק (ב) 266

פרק שישי: סיכון 266

פרק שביעי: הצעת נסח לפि המשפט העברי 267

## סעיף 50: פירות שנשוּרָוּ לתהוֹם אַחֲרָ

פרק ראשון: מבוא 271

פרק שני: הבעלות על הפירות לפני שנשוּרָוּ 271

פרק שלישי: הבעלות על פירות שנשוּרָוּ 272

א. כללי 272

ב. סוג הפירות – "עצים או צמחים אחרים..." 274

ג. סיבת הנשירה – "פירותיהם שנשוּרָוּ" 275

ד. נסיהה לרשות היחיד – "נסחוּרָוּ לתהוֹם מקרעין שכנים" 276

ה. גילוי דעת מצד בעל העץ שאינו מתייחס 277

פרק רביעי: סיכום 279

פרק חמישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 279

## סעיף 51: צמחיים הגדלים סמוֹךְ למיִצְרָ

פרק ראשון: מבוא 283

פרק שני: ענפים או שרשים שאינם מזיקים למקרעין שכנים – "אין... רשיי לדrouch סילוק" 284

פרק שלישי: ענפים או שרשים שמזיקים למקרעין שכנים – "אלא אם כן... מן המקרעין" 285

פרק רביעי: על מי מוטל סילוק הענפים או השרשים – "רשיי לדrouch סילוק... לשלכם בעצמו" 287

פרק חמישי: ענפים הנוטים לרשות הרבים 288

פרק שישי: סיכום 290

פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 290

## נספחים

מכتب הגאון הרב זלמן נחמה גולדברג 295

מכتب הגאון הרב אשר ויס 297

## חוקים

חוק המקרעין, התשכ"ט-1969, פרק חמישי: שיתוף במקרעין 301

חוק המיטלטין, התשל"א-1971, סעיפים 9-10 305

תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, חלק רביעי, פרק רביעי:

שיתוף בנכס 306

הצעת נוסח לפי המשפט העברי – חוק המקרעין, פרק חמישי:

שיתוף במקרעין 311

## פתחות

פתח העניינים 317

פתח המקורות 329

רשימהביבליוגרפיה 345

סימן א  
יחסי השיתוף



## בעלות משותפת במרקעין

בעלות משותפת 27. מרקעין שהם של כמה בעליים, בעליותו של כל אחד מהם מתפשת בכל  
מרקעין אחר ואחר שבקרקעין, ואין לשום שותף חלק מסוים בהם.

### התוכן

פרק ראשון: מבוא 23

פרק שני: הגדרת השיתוף 24

א. עמדת החוק 24

ב. עמדת המשפט העברי 25

פרק שלישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 29



## פרק ראשון

### מבוא

סעיף זה, הפותח את דיני שיתוף נכסים, עניינו הגדרת מהותו של השיתוף<sup>1</sup>. לאחר מכן, עבור החוק לדון בפרטי הדינים של השיתוף<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> סעיף דומה נמצא בחוק המיטלטליין, התשל"א-1971, סעיף 9(א): "מייטלטליין שם של כמה בעליים, בעליים, של כל אחד מהם לפי חלקו בשיתוף מתחשפת על מולו המיטלטליין ואין לו שום שותף חלק בהם". הזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 513, אחד את שני העסיפים: "נכס שהוא של כמה בעליים, הבעלות של כל אחד מהם, לפי מנתו, מתחשפת על הנכס כולו". מכאן השינוי מ"מרקיען" ל"עכט", בהתאם למטרת התזכיר לאחד את דיני שיתוף מקרקען עם דיני שיתוף מיטלטליין. על השמטה הסיפה בתזכיר, ראה העירה 6. בדברי ההסביר הוסבר המUber מהומנה "חלק" למונה "מנה" (בכל סעיפי הפרק), בכך שהמוני "מנה" מתאר באופן יותר מדויק את מהות והיקף זכויותיו של שותף בנכס המשותף.

<sup>2</sup> חסרו בחוק הוראה בדבר אופן יצירת השיתוף בנכסים. סוג אחד של שיתוף הוא השיתוף הנוצר על פי דין אחד (וגם ייחד נכסם, או שדים אחד נוותן נכס שלו במונחה לכמה אנשים יחד (סוג מיוחדר של שיתוף הנוצר על פי דין הוא השיתוף במחוברים שבמצר — ראה סעיף 49). סוג אחר של שיתוף נוצר על פי הסכם בין השותפים, כגון שנים הקונים נכס מודם שלישי, או שאחד מהם מוכר לחברו חלק בנכס שלו.

אשר לעומת המשפט העברי ביצירת שיתוף במיטלטליין על פי הסכם, רmb"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ד, הלכה א, כותב שיליציה שיתוף במיטלטליין לא די בהסכם בעל פה או בכח שם היו שותפים, אלא צריך שהשותפים יעשה "מעשה קניין" במיטלטליין באהבת משתי דרכיהם: הדרך האחת היא שHAM יקנו יחד את החפץ מודם שלישי. הדרך השנייה היא שככל אחד מקנה לחברו חלק בנכס שלו, והרמב"ם נוקט דוגמאות אחידות לדרך השנייה. בהקשר מן הדוגמאות שהרמב"ם נוקט במיטלטליין, ניתן לומר שאפשר ליצר שותפות במקרקען על ידי: (א) שיעשו קניין "חזק" יחד במקרקען של זה ושל זה; (ב) שיעשו קניין "סודר" על הסכםם שככל אחד נוותן את מקרקען לשיתוף.

בשות" ר' שלמה איגר, חז"מ, סימן י (עמ' קנט), כותב שלא מועל "קניין כסף" ביצירת שיתוף, על ידי שככל אחד יתן לחברו פרוטה, ויאמר כל אחד "חייב החפות שהוא של עכשוו, יהיה שלו" (הוא עוסק במיטלטליין; אף שבדרך כלל בוטל קניין כסף בקניית מיטלטליין משום הגזירה "שמא אמר לו ונשפטו בעליה" [בבא מציעא מה ע"א], מכל מקום, לכארה היה קניין כסף צריך להועיל בשיתוף מיטלטליין, שהרי כאן אם תיפול דיליקה בעלייה, ייאג להציג את החפץ בגל החzik השיך לו; ובמקרקען, הרדי קניין כסף מועל בדרך כלל). נימוקו הוא, שלפי סמ"ע, סימן קצ, ס"ק א, קניין כסף צריך להיות בכספי המושלים בעבור שווי הנכס, והרי כאן הפרטת אינה יכולה לעמוד השוו, שהרי במקרה שככל אחד נוותן לחברו חלק בחפץ שהיה שלו, כברណן כל אחד שווי מלא עברו מה שקיבל. אבל הוא מוסיף, שלפי ט"ז, חז"מ, סימן קצ, סעיף ב, האומר שמועל קניין כסף גם כאשרו בתורת שווי, דרך זו תועיל.

לפי ב"ח, חז"מ, סימן קעו, סעיף ב, במיטלטליין לא מועל שככל אחד יעשה משיכה או הגבלה בחפץ לחברו מכניס לשיתוף, אלא כל אחד צריך למשוך או להגביה את הכל. וכך היה גם לעניין מקרקען, שלא יוועל שככל אחד יעשה קניין חזקה ורק בקרקע של חברו.

ב"ח, חז"מ, סימן קעה, סעיף כד, מזכיר את האפשרות שבעל קרקע ימכור חזי מקרקען לאחר להיות שותף עמו. על האפשרות של נתינת חלק מהקרקע במונחה לאחר שהיא שותף עמו, ראה תשובה מימוניות, ספר קניין, סימן לג; בירור הלכה, בבא מציעא קח ע"א, ציון מ, פסקה ג.

מהי ההגדרה המדויקת של מהות השיתוף, שאליה התכוון המחוקק? בשאלת זו התחבטו מלומדים. בפתח דברינו נציג את האפשרויות השונות להבנת מהות השיתוף, ונבקש לבחון, לאיזו מהם מתאימה הלשון שנקט בסעיף<sup>3</sup>.

בהתאם הדברים ניווכח, שגם במשפט העברי אנו מוצאים הגדרות שונות למהותו של השיתוף בנכסיים. נסקור הגדרות אלה, ונראה מהי העמדה העולה מחותך מקורה המשפט העברי.

## פרק שני

### הגדרת השיתוף

#### a. עמדת החוק

המושג "shituf" משמעו: ה策劃, התחרבות<sup>4</sup>. אם כן, "shituf בנכסיים" משמעו: ה策劃 כמה בודדים בבעלויות על נכס. הגדרה זו מספקת מבחינה מילולית אך אינה מספקת מבחינה משפטית. מבחינה משפטית, מתבקשת הגדרה, שתבהיר את היחס המשפטי שבין כל אחד מהשותפים לבין הנכס, ואת היחס שבין השותפים לבין עצמם.

ויסמן<sup>5</sup> מביא גישות אחורית להגדרת השיתוף:

- (א) מספר בעליויות נפרדות באותו הנכס, אשר קיומן הבוריומי מגביל אותו הדדי.
  - (ב) מספר בעליויות חלקיות כשל בעלויות חלקית חלה על הנכס כולו.
  - (ג) מספר בעליויות נפרדות כשל בעלויות מתיחסת למנה בנכס, שאינה מוגדרת באופן פיסי.
  - (ד) זכות בעליות אחת המשותפת לכל השותפים.
- לדעתי ויסמן, החוק מאיץ את הגישה השלישית. פירוש זה מסתיע בסיפה של הסעיף, הקובעת שאין לשום שותף חלק מסוים בהם<sup>6</sup>. קביעה זו אינה נכונה לפי הגישה השניה, הרואה בשיתוף "מספר בעליויות חלקיות כשל בעלויות חלקית חלה על הנכס כולו", שהרי לפיה יש לכל שותף חלק מסוים בנכס, אלא חלקLK זה מתפרש בכל אחר ואחר שבו. אבל יש להעיר, שלשון הרישא של הסעיף אינו מתיחס עם הגישה השלישית, שכן לפיה אין זה נכון לומר ש"בעלותו של כל אחד מהם מתפרשת בכל אחר ואחר שבמרקען". לשון זו מתאימה יותר לגישה השניה.
- לכואורה, לא היה ראוי לקבוע בחוק הגדרה עיונית של השיתוף<sup>7</sup>, כפי שהדבר נעשה בסעיפנו. אפשר, שימושו הטעיף היא, שותפים בנכס אינם יכולים לעשות הסכם, שלפיו חלק מסוים מהנכס הוא בבעלותו של האחד, וחלק אחר הוא בבעלותו של השני. הסכם כזה, אילו היה החוק מכיר בו, היה עשוי להיות שימושי, מהסיבה הבאה: כלל התכנון והסדרתי

<sup>3</sup> י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, עמ' 127-128, מער שילשון המחוקק אינה מדויקת, שהרי בסעיף זה משתמש המחוקק בביטוי " חלק", כמוין את חלקו הפיסי של כל שותף במרקען, ואילו בסעיף<sup>28</sup>, השתמש המחוקק בביטוי " חלק", כמוין את גודל מנתו של כל שותף במרקען.

<sup>4</sup> על פי מילון אבן שושן, עברכו.

<sup>5</sup> י' ויסמן, שם, עמ' 127-128.

<sup>6</sup> יש להעיר, שבתוכר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 513, הושמטה סיפה זו.

<sup>7</sup> ויסמן, שם, אינו מוצא הבדלים מעשיים בפרט דינה של השיתוף, בין ההגדרות העיונית השונות.

מראש המקרקעין תוחמים את יחידות הייסוד של הקרקע במדינת ישראל, המכוננת "חלוקת", וקובעים גבולות ברורים לכל "חלוקת", ואינם אפשריים בעלות של אדם על חלק מ"חלוקת". ועתה, אילו החוק היה מכיר באפשרות ששותף יהיה בעליים על חלק מסוים בקרקע, הרי شيء שאין לו די כסף לקנות חלקה שלמה, ובכל זאת רוצה להיות בעליים יחיד של שטח קרקע, היה יכול ליצור שיתוף עם אדם אחר במצבו, והוא יכולם לקנות משותף "חלוקת" שלמה, לחלק אותה ביניהם על פי הסכם באופן שתויארנו, ולושם את הסכם השיתוף הזה במירשם המקרקעין.

כאמור, החוק אינו מאפשר הסכם כזה. הסכם השיתוף שעוסק בו סעיף 29 מתייחס רק בדרך ניהול הנכס ולחיציות אחרות בו, ולא לאופן חלוקת הבעלות. חלוקת הבעלות בנכס משותף נקבעת על ידי החוק באופן קוגניטי,ואי אפשר להנתנו עליה. אם החליטו השותפים, חלק אחד שייך לשותף האחד וחלק אחר שייך לשותף השני, משמעו הדבר היא שהshitופן מפורק, והפירוק צריך להתנהל על פי הכללים שבסעיפים 37-43 דלהלן.

#### ב. עמדת המשפט העברי

בתלמוד אין התייחסות ישירה לשאלת הגדרת השיתוף בנכסים, אבל אפשר להסיק את עמדת המשפט העברי מתחום דברים שנאמרו בנושאים קרובים.

התלמוד<sup>8</sup> זו בשאלת חיוב תרומות ומעשרות בפיירות שגדלו בארץ ישראל במקרקעין המשותפים ליהודי ולנכרי. השאלה מבוססת על ההלכה שפירוט של נכרי פטורים מתרומות ומעשרות,<sup>9</sup> בעוד שפירוטו של היהודי חייבם בהם.

התלמוד מביא בሪיתא<sup>10</sup> המגדירה את הפירות כ"טבל וחולין מעורבים זה בזה". ("טבל" הוא פירות החביבים בהפרשת תרומות ומעשרות שעדרין לא הופרשו מהם התרומות והמעשרות; "חולין" הוא פירות שאינם חביבים בהפרשת תרומות ומעשרות או שלאו כבר הופרשו מהם).

רש"י<sup>11</sup> מבאר את הגדרת הברייתא, "טבל וחולין מעורבים זה בזה": "אין לך כל חטא

<sup>8</sup> גיטין מו ע"א; חולין קלה ע"ב.

<sup>9</sup> פירות@gודים בקרקע של נכרי בארץ ישראל פטורים ממעשר, לפי הדעה שיש קניין לנכרי בארץ ישראל להפקיע מהייב תרומות ומעשרות. למסקנה הסוגיה, הברייתא עוסקת במקרקעין שבשוריה, שהוא כיבוש היחיד, שבה לכל הדעות, פרוח קרקע של נכרי פטורים מתרומות ומעשרות.

<sup>10</sup> גיטין שם. זו דעתו של רבינו, שההלכה כמוותו.

<sup>11</sup> רש"י, גיטין שם, ד"ה טבל וחולין. ראה גם רש"י, בבא קמא צ ע"א, ד"ה לא עשו ולא כלום, וחולין קלה ע"ב, ד"ה טבל וחולין. כתהר המלך, הלכות תרומות, פרק א, הلاقה כ, מצין מקור נספח שבו רש"י הולך לשיטתו: רש"י, סוטה מג ע"ב (ד"ה כל חד), כתוב לגבי שותפים בכרם: "שאין לך בה גפן שאין לך לשנים חלק בה".

בדומה לדברי רש"י, כתוב בית הבחירה, גיטין מו ע"ב, ש"כל גרעין מהם מעורבים". כמו כן, ביאור הגרא"א, על ירושלמי דמאי, פרק ז, הلاقה ז, כתוב שככל מעת אומרים שחציה של גוי וחציה של ישראל.

ראה גם סעיף 35, ליד ציון הערתא, 25, בשם קצotta החושן, שחלקו של שותף מתפשט בכל אחד במקרקעין. ابن ישראל, הלכות זכייה ומתנה, פרק זג, הلاقה יב (עמ' קיד-קטו), כתוב שחידושים הרמב"ן, גיטין כד ע"ב, ורש"ב, בבא בתרא קז, סוברים כרש"י — ראה שם להוכחותו.

יש מן האחרונים שהוכנעה בדברי אמראים מסוימים שהם סוברים כייטה זו: ברוך טעם, סוגית קניין פירות,

וחטה שאין חציה טבל וחציה חולין". ככלומר, לדעתו, לכל שותף יש בעלות חלקית בכל המקרקעין, לפי חלקו היחסי בשיתוף, וכל פיסת קרקע שייכת חציה להזח וחציה להזח (כשיש

ד"ה ולפי מש"כ (פח ע"א), וד"ה יש להוסיף (פח ע"ב), כותב שר' יוחנן, בגיןם מה ע"א, שאומר שאחים שחלקו מוחדים זה זהה ביבול, סובר שלפני החלטקה, אין אמורים שלכל אחד שיש חצי, אלא זכות שניהם שווה בכל הירושה. עוד הוא כותב (בד"ה ולפי האמור), שמי שסובר "אין ברירה" וסובר שקניין פירות אינו

קניין הגף, צריך לסכור שלפני החלקה יש לכל אחד חצי בכל חיטה או בכל פיסת קרקע. ביאור דעת רש"י: משנת ר' אהרון, בא קמא, סימן ז, אומר, בסביר שלדעיה שיש ברירה" אפשר לומר שכשאחים ירושם, כל אחד יורש את החלק שהוא עתיד לקבל בחולקה, ורק בשותפים שניהם, הם כאלו התנו כך בראש; ואם נאמר כך, אי אפשר לומר שלכל אחד חדש חלק בכל חיטה, שהרי בסופו של דבר לא חולקים כל חיטה. ואילו רשי" והרמב"ם סבורים, שהוא כל אחד זוכה מראש אין לו פי מה שיקבל בסוף, אלא כל חיטה — חלקה של זה והחלק של זה, שהרי כל אחד דינו לרשות את כל הנכסים; שהאחר שהלכה היא "אין ברירה", יהיה שבחולקה הפטיטה לא יטול את החלק שירש, שכן אין לומר שהוא ירוש מראש את מה שיטול בחולקה, אלא כל גורגי משותף.

לכוארה קשה על רשי", מן הסוגיה בגיןם מה ע"א, שאומרה שלפי הדעה שיש ברירה", אחרי החלקה השיתוף, ככל שותף מקבל חלק מסוים בשדה, אלו אמורים שמתברר למפרע שזה היה שייך לו מראש; והרי לפי רשי" מראש לא היה שייך לו חלק מסוים אלא החלקו היה מעורב בכל פני שטח המקרקעין? ברוך טעם, שם, ד"ה ועתה אקדמים (פח ע"א) הובא על ידי ר"א שמරל, אוריתא יג, תשמ"ג, עמי' פה), בסביר שלדעיה שיש ברירה", על ידי החלקה יכול להתרבר שייה לאחד כל החצי שנפל לחולקו ועל דעת זה השתתפו, שימושה החלקה ואילך היה קניין לכל אחד חלקו למפרע. ابن ישראאל, הלכות זכייה וממנה, פרק יג, הלכה יב (עמ' קיד"קטו), מתרץ שרש"י מסכים שלדעיה שיש ברירה", לכל שותף יש חלק נפרד, משום שהגדרת השותפות תלואה במחלוקת בשאלת האם "יש ברירה": אם "יש ברירה", ואפשר לבורר לכל אחד את החלק, מראש יש לכל אחד רק החצי שיתברר אחר כך, ואילו לדעה שאין ברירה", זה עצמו יוצר את המצב שיש לכל אחד חלק בכל פיסת קרקע בכספי.

פרשנות מהודשת בדעת רשי" מציין ברבות חיים, גיטין, סימן יד, אותן ב: בעלות של שותפים היא בעלות מאוחודה של שותפות, מציאות חדשה, שיש לכל אחד בעלות על כל השותפות כמו תואגיד (כלומר, זו אישיות משפטית עצמאית), לא תעורובת של שני חברים, ולכן כל חיטה שייכת לבעלota השותפות המאוחודה החדרה, שיש לכל אחד חצי בה. באותה ד הוא כותב, שזו גם דעת רשי"ם שביתוף בפרקע. וכך כותב

כאמור, רשי"י אמר את דבריו על שיתוף בחיטים, והסקנו מכך שהוא סובר כך גם בשיתוף במרקען. וכך כותב העמק שאללה, שאלתאכו, ס"ק כד, שלריש"י גם במרקען, יש לכל שותף חצי בכל פיסת קרקע. אבל יש מן הפרשנים האומרים שלא בכל שיתוף חלק בכל פיסת בנכש: עונג ים טוב, סימן לד (בב ע"א), כותב שרשי"יhab לך רקי' גב' חיטים שיניקו מקרען משותפה, ונתערבה בהם ינית שדה הגוי ושדה היהודי מתחילה ברכיהם, ולכן כל משחו הוא מניקת שניהם; אבל אחים שירשו קרקע יחד, הקרקע נתחלקה ברגע שירשו, וזאת לא תעורובת המעלורה מתחילה, ולכן לכל שותף יש חלק מיוחד. אבל הוא כותב (נב ע"ד) שליעת הרמב"ם — אפילו בדבר שיאינו מעורב מתחילה ברכיהם, כגון קרקע, יש לכל אחד חלק בכל משחו.

כמו כן, עולח שמואל (לובצ'ר), חלק א, סימן מא, כותב שרשי"י דבר רק בחיטים שצמחו בשדה של שותפים, שככל אחת היא של שניים כיוון שנייקם מקרקע משותפה, אבל במרקען עצמה לכל שותף יש חלק נפרד. גם ברכות חיים, גיטין, סימן יד, אותן ב, כותב שרשי"י דווקא במה שגדל משודה משותפה, אמורים שככל חיטה שייכת לשניים, מפני שהחווה היא מדשה משותפה, אבל בשדה עצמה, לכל אחד יש רק חצי קניין הגוף שאינו מבורר.

הבחנה על פי דרך יצירת השיתוף: קהילות יעקב, גיטין, סימן ל, עושה הבחנה בין שיתוף הנוצר מכח רצון השותפים, לבין שיתוף הנוצר שלא מרצונם, כגון על ידי יירושה. הבחנה היא, ששיתוף שנעשה שלא מרצון השותפים עדיף להתפרק תוך זמן מועט, וכך בשיתוף כוה רשי"י מסכים לתוספות, שככל אחד מן השותפים יש חלק מסוים בנכס, אלא שלא ניתן לבורר מהו חלק זה. דברים דומים כתוב גם דברות משה,

שני שותפים). לכן, כל חיטה הציה טבל, לאחר שהיא צמחה בפייטת אדמה שנמצאת בבעלות חלנית של ישראל, וחיטה חולין, לאחר שהיא צמחה בפייטת אדמה שנמצאת בבעלות חלנית של נכרי.

התוספות<sup>12</sup> מפרשים פירוש אחר: "כיוון דאין ברירה, שמא הגיע לו כל חלקו של נכרי או חזיו, ולא ידעין כמה". כמובן, לדעומם, במרקען משותפים, יש לכל שותף חלק פיסי במרקען, שאין לשוחפו חלק בו. אולם לא ידוע לנו היכן מצוי החלק של כל אחד מהשותפים במרקען. לפיכך, לעניין תרומות ומעשרות בקרע משותפת, כאשר יטול היהודי את חלקו בפיירות השדה, לא יוכל לדעת האם פירות אלו צמחו בחלקו (וחייבים בתרומות ומעשרות), או שצמחו בחלקו של הנכרי (ופטורים מתרומות ומעשרות), או שמא חלק צמחו בחלקו וחלק צמחו בחלקו של הנכרי. לדעת בעלי התוספות, ספק זה הוא הסיבה לקביעה: "טבל וחולין מעורבין זה בזה".

אבל בהגדורה המוצעת על ידי בעלי התוספות, כמו בהגדורה המוצעת על ידי רשי, יש נקודת תורפה, שאינה קיימת בהגדורתה המעניינת לכל שותף בעלות מלאה במרקען המשותפים על פני כל שטח המרקען. לפי הגדרות רשי ותוספות, לעומת השאלה: לאחר שלכל שותף יש בעלות רק על חלק מן המרקען, נמצא שבעת השימוש במרקען, כל שותף משתמש גם במקרה שהוא שלו, וכוכת זו מנין לו?

תשובה לשאלת זו נוכל למצוא בדבריו של הר"ן<sup>13</sup> בעניין שיתוף במרקען. הר"ן מבאר,

גיטין, חלק א, סימן כו, העדרה ג. גם תורה ורעים, רמאי, פרק ו, משנה ז, כותב שליש", ביוואה, כל אחד יורש חלק מסוים ולא ידוע איפה הוא, ורק בשותפים שקנו יחד השתתפו בכל משחו בקרען. הם כותבים כך, כדי לישב את הקושיות התוספות שמסבגו על שיטת רשי"י מסווגות שנית בתוספות שם, לקושיותיהם). אבל את קושיות התוספות על שיטת רשי"י, ניתן לישב בדרכים אחרות (ראה למשל חידושי מהר"ם ש"ר, גיטין מו ע"ב, ד"ה בתוות' בר"ה טבל וחולין). ראה גם סעיף 34, ליד ציון הערא, 27, שבספר ברית עולם עושה הבדיקה זו בין יורשים לבין שותפים מכוח קיימה (אבל לא בדעת רשי"), וראה שם בפסקא מינה שהוא מסיק מכך. לדעת ר' שלמה דיבובסקי, פדר"ר, כרך י, עמ' 287, עזובן שטרם חולק שונה בשיתוף רגיל, והוא בבעלות של אישיות משפטית, "תפיסת הבעיטה", ולא בבעלות היורשים.

<sup>12</sup> תוספות, גיטין שם, ד"ה טבל.

שוו"ת עמק הלכה (בוייל), חלק א, סימן נת, עמ' קסו, ואבן ישראל, הלכות זכייה ומיתה, פרק יג, הלכה יב (עמ' קיד-קטו), כותבים כי שכחובו בטיקסט) שלפי/tosפות, יש לכל שותף חצי מסוים בשדה, אלא שלא ידוע איפה הוא. כמו כן, ברכות חיים, גיטין, סימן יד, אותן ב, כותב שלדעת התוספות, שותפות היא בעלות של שנים מעורבים זה בזה ולא ידוע איזה חלק של מי; לכל אחד יש בעלות על חצי הנכס, וחלקו של כל אחד מעורב בחלק חברו. והוא כותב (באות ג) שגם ר"ן, נדרים מו ע"ב, סובר שבעלות של שותפות היא תערובת של שי הוצאות.

שאגת אריה, סימן צ, כותב שפירוש Tosפות הוא עיקר.

יציינן שtosפות כותבים כך ורק לפי הדרעה ש"אן ברורה" (שכמוה פסקו הרמב"ם, הלכות תרומות, פרק א, הלכה ב, ושולחן ערוך, י"ד, סימן שלא, סעיף יא), משום שלדעת ש"יש ברורה", אנו אומרים שהחבירו למפרע שהחיטים שקיבלו היהודים צמחו מקרקע שלהם, וחייבים בתרומות ומעשרות. אבל גם לדעת ש"יש ברורה", הגדרת השתוף רוא השתוף אחד ההשנותים יש חלק פיזי לא ידוע בכלל. ההבדל בין השיטות נוצר רק אחרי החלוקה: האם החבירו למפרע שווה חלקו הפיזי, או לא.

נימוקים לדעת התוספות: בית יצחק (חבר), דיני ברירה, סימן א, אותן יא, מנמק שtosפות סוברים שכאשר קנו את השדה בשותפות, לא התכוונו להקל כל חיטה, אלא להקל על פי מידת, ולכן הוא כאמור ידוע שמקצת החיטים של זה ומকצתן של זה אללא ידוע איזה מקצת.

<sup>13</sup> ר"ן, נדרים מה ע"ב.

הר"ן אומר כך לפי דעת חכמים במשנה שם, ואילו לפי דעת ר' אליעזר בן יעקב, שם, הוא מגדר הגדרה

שבמרקען משותפים, יש לכל שותף "קניין הוגף, והינו חלקו, וכן קניין שייעבור בחלוקת של חברו". כמובן, לאחר שם כל שותף יהיה רשאי להשתמש רק בחלק השיך לו, לא יוכל להשתמש בכלל, כאמור, שכן מוכרים לומר שמדובר בהגדרת השותף שהוקם של כל שותף בנכש משועבד לטובות שימושו של השותף الآخر בו. זה מקו זכותו של כל שותף להשתמש גם בחלוקת המקרקעין המשותפים, שאינם בבעלותו.

אם כן, נוכל לסכם את הגישות השונות שמצונו במשפט העברי להגדרת השיתוף: רשי: השיתוף הוא מספר בעליות חלקיות כשל בעלות חלקיות חלקה על הנכס כולם [מקביל לגישה (ב)].

**תוספות:** השיתוף הוא מספר בעליות נפרדות כשל בעלות מתיחסת למנה בנכש, שאינה מוגדרת באופן פיסי [מקביל לגישה (ג)].

הרמב"ס<sup>14</sup> פסק: "ישראל וגוי שלקחו שדה בשותפות... הרי טבל וחולין מעורבים בכל קלח וקלח". וכך פסק גם השולחן ערוך<sup>15</sup>: מלשונם עולה, שהגדירו את השיתוף כהגדרת רשי<sup>16</sup>. מכאן שדרך המלך במשפט העברי היא הגישה ששיתוף במרקען הוא מספר בעליות חלקיות כשל בעלות חלקיות חלקה על הנכס כולם.

אחרת (ראה בסמוך). אף על פי שהלכה קר' אליעזר בן יעקב, כפי שנפסק בנדירים מו ע"ב, הבאנו הגדרה זו בטקסט, מושם שכפי שנאמר שם, מו ע"ב, המחלוקת היא ורק בחרzar שאין בה כדי חלוקה, ואילו אם יש בה כדי חלוקה, מודה ר' אליעזר בן יעקב לחכמים. מכאן שב汇报 שישי בה כדי חלוקה, מקבל ר' אליעזר בן יעקב את ההגדירה בטקסט.

מלבד זה, ובנו הננא, המובה ברמב"ז, הלות נדרים, דף טו ע"א, פוסק בחכמים, גם בחזר שאין בה כדי חלוקה; ולפיו, האמור בטקסט נכון גם בחזר שאין בה כדי חלוקה. כמו כן, רבנו שם, המובה בר"ז שם, אומר שהוא שתהלמודו פסק קר' אליעזר בן יעקב הוא מיסבה אחרת, ולא שפוסקים כהגדתו לשותפות; ולפיו יוצא שהאמaro בטקסט נכון גם בחזר שאין בה כדי חלוקה.

כאמור, בחזר שאין בה כדי חלוקה, כתוב הר"ז ש"ר אליעזר בן יעקב סובר שיש הגדירה אחרת (והלכה כמותו בזו): כשהקנו, קנו על דעת שכשאחד מהם שתשמש בקרע, תהיה כולה שלו לשימושו, והחביר למפרע שמראש הוא קנה אותה כולה לשעה זו; ואך שברך כלל "אין ביריה", כאן אומרים שהחביר הדבר למפרע, שהרי העיקר יודע מראש – שיווכל כל אחד להשתמש בכל החזויות שירצוז, ורק מיעוט זורק לבירור אחר כך (בunning זה ראה שותהחת התם סופר, חז"מ, סימן יב, ד"ה אלא). נמצא, שלדעתו בקרע שאין בה כדי חלוקה, הגדירת השיתוף שונה מהגדרת השיתוף וחותמת: חליקה על פי זמן השימוש.

בדף מו ע"ב (ד"ה אבל יש), מסביר הר"ז מדוע הגדירה שונה בשני המינים, לפי ר' אליעזר בן יעקב: כשייש בה כדי חלוקה, אי אפשר לומר שמדובר קנאוה כולה כל אחד לשימושו כל שעיה שששתמש, שרי אויל יכוף אחד את חברו להליך, בעוד שזכה וזה קיימת בקרע שאין בה כדי חלוקה. ראה גם: קצotta החושן, סימן קעא, ס"ק א; קונטראטי שיעורים, נדרים, שיעור כו, אות ג; שערי זיו, חלק ב, סימן מא; ותוספות חיים, נדרים, סימן לד, על הגדרת השותפות לפני הר"ז. וראה שיעורי ר' שמואל, בא בתרא, סימנים הס"טו, בשאללה האם יכול שותף להזמין על השעבוד שישי לו על חלקו של חברו. פני אברהם, סימן ב, אות יא, כתוב שבשדרה שאין בה דין חלוקה, לכל שותף יש קניין בכולה, אבל בשדה שיש בה דין חלוקה, לכל שותף יש חלק מיוחד.

<sup>14</sup> רמב"ס, הלכות תרומות, פרק א, הלכה כ.

<sup>15</sup> שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלא, סעיף יא.

<sup>16</sup> הפרשנים דלהלן סבורים שדעת הרמב"ס כגייש רשי: כסף משנה, שם; המדotta לחקר ההלכה, מדרה כב, אות צג; שלום רושלים, ירושלמי דמאי, פרק ו, הלכה ז; חזון איש, יו"ד, סימן קצוו, ס"ק ז; כתור המלך, הלכות תרומות, פרק א, הלכה כ; עולת שמואל (לובצוי), חלק א, סימן מא; תורה ורעים, דמאי, פרק ו, משנה ז, ותרומות, פרק ג, משנה ג; חזון יחזקאל, פאה, פרק ב, הלכה ט; ר' אליהו שמרלו, "המוכר שדרשו לעכו"ם", אורייתא יג (תשמ"ג), עמ' פד.

שאלת הגדרת השיתוף נידונה בהרחבה בספרות המאוחרת של המשפט העברי.<sup>17</sup> אולם נסתפק במה שהובא כאן, לאחר שאין עניינו הצד העוני של השיתוף.

## פרק שלישי

## הצעת נסח לפי המשפט העברי

בעלות משותפת 27. מקרען שהם כמו בעלים, בעליתו של כל אחד מהם מתפשט בכל במרקען אחר ואtor שבקראקען.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> עוד להגדרת השיתוף, ראה תשובה מיימונית, ספר קניין, סימן לה, שבכל משחו שבנכש יש חלק לכל אחד מן השותפים. וראה הראייה הרצוג, The Main Institutions of Jewish Law, כרך א, עמ' 223-212, המתלבט האם זו זכות אחת השיתוף לכמה אנשים (כגון הריבית שהוכרנו, ליד ציון העלה 5), או שלכל אחד זכות נפרדת (כגון הראונה, השניה והשלישית שהוכרנו), ובמיאו ואיותו מן התלמוד להגדרות השונות; אבל הוא מסיים שקשה למזויא במשפט העברי הגדרה ברורה. וראה נור אריה, סימן י, בשאלת האם יש לכל שותף קניין הגוף החלקו וקניין שעבוד בחלק الآخر, בחצר שיש בה כדי חילוקו או שאין בה כדי חילוקה. וראה קוונטוס שיעורים, נורם, שיעור כ, ושותות גז; אליה שלוחה, בא בתרא ג ע"א; דבר משה (רומרי), קידוש מא ע"ב, סימן כא, אותן ב (שלכל שותף נקרא בעליים על הכל); חזירוש בתרא, בא בתרא, שיעור א מט ע"ב, אותן תלג (שלדעת עצה עננה, בא קמא שם, נחשב הנכס כולם שייך ליה ויכולו שייך לזה); ועוד ביכורים, בכורותנו נו ע"ב (שלכל שותף יש קניין בכל הנכס, אלא שאיכותו של הקניין קלושה); שיעורי עיון התלמידו, בא בתרא, שיעור א ושיעור ח; וקהילות יעקב, גיטין, סימן כח (על דעת הרמב"ז) – בשאלת האם לכל שותף בעליות בכל הקראען. וראה דברות משה, בא בתרא, סימן י, בשאלת האם הכל של שניהם או שלכל אחד יש מיוחד שאין מבורר. וראה ابن ישואיל, חלק ח, סימן קב, המוצא נפקות מחלוקת רשיי ותוספות בהגדרת שיתוף. עוד על הגדרת השיתוף, ראה משנה ברורה, סימן תרלו, ס' ק (שהילוק ששותף זה שאל לשותף الآخر); שות"ת הרשב"ש, סימן ח (שבמקום שיזבב שותף א, יש לשותף ב חלק בו); אוור חדש על ציון, שער ד, פרק ה, אות ד, דף כא (מנקודת מבט פילוסופית); בכורי הרים, טוכה, עמי' קנב; ר' דוד פנDEL, "ממן וורשין לפני חילוקה", שלעי דעת, גל' ג (כסלו תש"ד), עמ' 143-142; ר' צ"ה גרטנר, "בדין שנים שלו", שומר משפט (צ'כוב), חלק ב, עמי' רלו ועמי' רלט; בא אלחנן, עמי' רל ועמי' להה; קובץ שערוי תורה (בהוצאת ועד להרבצת תורה), חלק ב, עמי' קצח; לב ים, נורם, סימן כג, אות ו, עמי' קצח. מהנה האפרים, הלכות זכייה וממנה, סימן א, כתוב שככל הקראען קנייה לכל שותף. הוא מסיק מכך שאם שותף אמר לאדם אחר "אני נותן לך במתנה את הבית", חילוק נתון במתנה ואין אמורים שככל המתנה בטלה כיון שאין יכול לתת את הכל, מפני שותף עשוי לקרו לאחלה בבית "בית". שאלת מעניות היא האם הכרוש המשותף ונחשב ממן אחד, ונפקא מינה כאשר אין בו שווה פרוטה לכל אחד. ראה על כך מול שעה, דף נז; פנים במשפט, סימן ו, דף יא, ובמקרה שהוא ציינו. שות"ת מהר"ם די בוטון, סימן נד (קד ע"א), כתוב שלפי ריבב"ן וו"ש צרפת, המבאים בראש, נורם, פרק ה, סימן א, משעה ראשונה כל החזר קנייה לכל אחד. הגדרות שונות: קוונטוס שיעורים, נורם, שיעור כ, אותן ג (עמ' 318), כתוב שלכל שותף יש בעליות על כל הנכס, אלא שיש הפרעה לבעליתו של כל אחד מכוח השותף الآخر, וכל כך כוח ההפרעה, עד שאין לו כלום שמיוחד לו בפני עצמו, אלא לנכס עשו של שניהם בשווה. ברוכות חיים, גיטין, סימן יד, אות ג, כתוב שרמב"ם, הלכות נורם, פרק ז, הלכה ד, ורמב"ז, הלכות נורם, דףטו ע"א, סוברים שלכל שותף יש בעליות שלמה על השותפות, וכל הקראען קנייה לכל אחד. תפיסת זו מקבילה לגישה הראשונה דלעיל. אבל יש להעיר שהרמב"ז שם כתוב כך ורק בחצר שאין בה כדי חילוקה. בסעיף 33, ליד ציון העלה 13, נואה שיתacen שהרשבע'א סור שכל שותף הוא בעליים על כל הנכס. השמנתו את הסיפה של הטעיף, שכפי שהסבירנו ליד ציון העלה 5, היא אינה מתחייבות עם הגישה השנייה, <sup>18</sup> שכמוו סוברים הרמב"ם והשולחן ערוך, כפי שהסבירנו לעיל, ליד ציון העלה 14.



סעיף 28

### שער חלקו של שותף

שער חלקו של כל אחד מהשותפים במרקען, חזקה שהם שווים.  
שותף

#### התוכן

פרק ראשון: עמדת החוק 33

פרק שני: עמדת המשפט העברי 33

פרק שלישי: סיכום והצעת נוסח לפי המשפט העברי 35



## פרק ראשון

### עמדת החוק

החוק קובע חזקה, שלכל שותף חלק שווה בנכס<sup>1</sup>. חזקה זו ניתנת לסתירה, על ידי שיכוח שחקיקיהם של השותפים אינם שווים זה זהה. לדוגמה זכויות השימוש של השותפים, לעניין חובות לקביעה זו יש השלכות רבות, כגון לעניין זכויות השימוש של השותפים, לעניין החובות השתתפותם בהוצאות לצורך הנכס המשותף ולענין זכויותיהם בעת פירוק השותפות, שכן כל אלה נקבעים לפי חלקו היחסי של כל שותף בנכס, כאמור בסעיפים 32, 33.

## פרק שני

### עמדת המשפט העברי

עלתה שאלה בبنין השיך לשני אנשים, אחד בעליים של קומת הקרקע ("הבית") והאחר בעליים של הקומה העליונה ("העליה"), והתמודט הבניין. מהו הדין אם טוען אחד מהם שחלקו במבנה היה גדול משל חברו, והוא דרש לקבל את רוב האבני שנפלו, משום שלדבריו חלקו באבני גדול יותר? הראב"<sup>2</sup> קובע, שם אין ידוע מה היה גודל חלקו של כל אחד במבנה, אלא שכך טוען

<sup>1</sup> סעיף מקובל נמצא בחוק המיטלטין, התשל"א-1971, סעיף 9(ב): "חלוקתם של כל אחד מהשותפים במיטלטין, חזקה שהם שווים". חזקה שהם שווים. תזכיר הצעת חוק דיני מוניות, התשס"ז-2007, סעיף 515, מאחד ביניהם:

"חזקה שמנתו של כל שותף בנכס שווה". על המעבר לbijtijim "נכס" ו"מנה" ראה סעיף 27, העלה 1. ראב"ד, המובה בבית הבהיר, בבא מציעא קטו ע"ב, בחדושי הר"ץ, בבא מציעא שם, ובנימוקי יוסף, בבא מציעא ע"א (בדפי הר"ץ).

אמנם כבר המשנה, בבא מציעא, פרק י, משנה א; בכלי קטו ע"ב, קובעת לגבי השאלה הנזכרת, ש"חולקין באבני ובעצים ובעפר", אבל אי אפשר להוכיח ממש שסתם שיתוף הוא בחלוקתם שווים, משום שלפי החופפתה, בבא מציעא, פרק יא, הלכה א, מדובר בשיתוף השכנית והוא היינו בגודלם. נימוקי יוסף, בבא מציעא ע"ב (בדפי הר"ץ), הסביר שהחידוש של המשנה הוא שביתה הדין ניתן לכל אחד מן השכנים מחצית מבני המבנה, מחצית מערם הבניין, ומהחצי מעצי הבניין. עוד כתוב נימוקי יוסף, שם, שם ידוע שהבית היה יותר גדול מעהליה, או להיפן, חלקו השכנים בינויהם את האבני, את העצים ואת העפר, לפי חלקם היחסית, וגם בחלוקתם זהו, קיבל כל אחד אבני שלמות בכמות יחסית לחלקו הכללי, ואבני שבורות בכמות יחסית לחלקו הכללי, גם אם הוא טוען שכאל בני השלים זה שלו. על שיטת הראב"ד הקשה גידולי תרומה, על ספר התורומות, שער מט, חלק טז, אותן ב, בסופו (הקובשה רמוזה בדבריו), מבבא מציעא ב ע"א, שם נאמר שם שניים אוחזין בטלית, וזה אומר כולה שלו, וזה אומר ח齊ה שלו, זה נוטל שלושה חלקים, וזה נוטל רביעי". לפי זה, גם כאן השותף הטוען שיש לו יותר מחצית, היה צריך לקבל יותר מן השותף הטעון שלאחד אחד יש ח齊. שער משפט, סימן קעט, ס'ק א, תירץ, שם מדבר בשני האוחזין בקצת הטלית בלבד, ואילו אם היו מחזקים כל אחד במחצית הטלית, היה כל

האחד, שחלקו גדול יותר, מחלוקתם את האבנים בשווה. הוא מנמק זאת בכך, שמאחר ששפטם שותפות למחיצה, איןנו נאמן לגרוע דבר מן המחלוקת של חבו. אולם לפניו שנפל הבניין לא היו השניים שותפים, שהרי לכל אחד היה חלק מסוים בבניין, אבל אחרי שנפל הבניין והתערבבו אبني הבניין, נוצרה ביניהם שותפות באבנים<sup>3</sup>; ועל כן ניתן להחיל כאן את העיקרונו ש"סתם שותפות למחיצה".

הרואה"ר מוסיר על פי עקרון זה, שוגם אם כל האבנים נפלו לתוך רשותו של אחד מהם, אין הוא נאמן לומר שביתו היה גדול מביתו של חבו, ושהלן כן לעלו לקבל חלק יחסית גדול יותר באבנים. היה מקום לומר שייהי נאמן מפני שהוא "מוחזק" באבנים, לאור העיקרונו ש"המוחזיא מחברו עליו הראה". בכל זאת אינו נאמן, מפני ש"שותפין, בכהאי גונא, לא קפדי אהדרי [=שותפים, באופן זה, אינם מקפידים זה על זה]", בדברי התלמוד<sup>4</sup> בסוגיה זו. "המוחזיא" מן ה"מוחזק" — לעלו הראה רק במקום שיש להניח שאדם אחר לא היה משair

אחד מקבל מחיצית, ושותפים נחשים שכל אחד מוחזק במחיצית. בעניין זה ראה עוד בשווי' אריה דבי

עלילאי, חוותם, סימן ג (דף קמו ע"ב, ד"ה והנה, ודף קן ע"ב).

על דבריו הרואה"ר ראה גם : ש"ות המב"ט, חלק ב, סימן עג ; ש"ות דברי ריבות, סימן רסח ; ש"ות מהרש"ם, חלק ג, סימן קכד וסימן קס ; אלית השחר, בא מציעא קטזו ע"ב ; בית יצחק (ברטלר), בא בתרא, סימן ב, אות ג ; חידושי אגראי אDSLר, עמ' עדעה ; שירות דוד, בא מציעא קטזו ע"ב.

גם במצבם של הכל שחלקי השותפים אינם שוויים, עדין תיתכן ממשותה לחזקת השווין. נניח לדוגמה ששותף אחד טוען שנפלו במרקען המשותפים הוא 40%, והשותף الآخر טוען שיש לרשותו ורק 20%. במקרה זה, השותפים מודדים חלקיקיהם אינם שוויים, והמחלוקת היא רק בשאלת השימוש של חלקו של כל שותף. נראה, שהשותוף הטוען לבשלות ב-40% מותכו זיכה בכל טענותו, מכיוון שהוא מוחזק במחיצית המרקען (אלא אם נאמר, שהחנחה הרואה"ר, שככל שהוא מוחזק בחזי, אמרה דווקא במרקעה סתמי, שאין שם רמז בדבר אותו הבעלויות שיש לכל אחד). כדי להוציאו ממנה את הזכות על מחיצית מן המרקען, יש להביא ראייה, כదין כל המוחזיא מחברו, שעליו הראה.

גם בהשגת הרואה"ר, ולכotta עכין וחרמן, פרק ה, הלכה יי, נקט שסתם שותפות למחיצה. אבל שם לא מדובר בשותפות רגילה, אלא באדם שהקדיש ראש של חמוץ, שהתמלוד (ערclin ד ע"ב) אומר לעליו שהוא והקדש שותפים בו, והראב"ר מפרש שהכוונה היא שלכל אחד יש חזי בחמור. ככלומר, הוא משתמש בעיקרונו זה כדי לפרש את לשון התלמיד. שם אין מדובר בשאלת הראיתית שאנו עוסקים בה, מה היה גודל חילוק של כל שותף בתחלת השותפות.

העיקרונו "סחים שותפות למחיצה" מופיע רבוד בפסקים במובן אחר: ששותפים עסקים שלא הסכימו ביניהם מראש אין יתחלקו הרוחים, הרוחים מתחלקים בשווה ביניהם. זאת על פי דברי התלמוד, כתובות צג ע"ב. ראה על כך בסעיף 35, ליד צין הערכה 12. ראה לדוגמה ש"ת אגרות משה, חלק י"ד, סימן לז, אות ה, עמי ללח, הכותב בששותפות "יששכר זבולון", בין תלמיד תורה לבין המפרנס, המסתכניםים ביניהם שהשכר לעולם הבא יתחלק ביניהם, מן הסתם התכוונו שכל אחד יקבל מחיצית. ראה גם דרוש משפט, סימן צג, סעיף ה, בסופו; שמו משפט, סימן כד, אות א ; ש"ת ידיו של משה, סימן כז. שם אין מדובר בשאלת ראייתית (כמו זאת שאנו עוסקים בה), אלא בשאלת של דין מהותי, כמה מן הרוחים מגיעים מן הדין לכל שותף.

<sup>3</sup> צפנת פענה, מהדורא תנינא, הלכות עבודה זהה, פרק ח, הלכה ה (דף ל ע"א), כתוב שהאבנים שנפלו הן מציאות חדשה שנעשה משליהם, "דבר חדש מהשותפות", ולא שוה נוטל את חילוק וזה נוטל את חילוק. ככלומר, נוצרה שותפות באבנים, ואין אמרים שכל אבן בתערובת שייכת עדין לבעליה המקורית.

<sup>4</sup> בא מציעא קטזו ע"ב.

את הנכס בידי המוחזק אילו היה הנכס של אותו אדם, שמא המוחזק יגנוב אותו ממנו. אבל נימוק זה אינו יפה בשותפים, שאינם מקפידים זה על זה ויש ביניהם אמון הדדי<sup>5</sup>. עניינו הראות, שהעיקרון "סתם שותפות למחצה", שהוא עיקרון ראייתי, כוחו עמו אף אם הוא מתנגש עם העיקרון הראייתי "המוחזק מוחזר" — לעילו הראיה<sup>6</sup>.

דברי הראב"ד נתקבלו להלכה. השולחן ערוך<sup>7</sup> פסק, בשניים שקבעו סחורה יחד, ולא ירו עמה כסף נמן כל אחד, ולאחר זמן היתה הסחורה בידי אחד מהם, והוא טען שני שלישים שייכים לו, מפני שדבריו הוא השקיע שני שלישים מהערך הקנייה — שאינו נאמן בכך, אף על פי שהוא מוחזק בסחורה, אלא חולקים בשווה<sup>8</sup>.

## פרק שלישי

## סיכום והצעת נוסח לפי המשפט העברי

חזקת היא, שחלקי השותפים שוים זה לזה, לפי המשפט העברי כמו לפי החוק. על כן מוצע שנוסח ה壽יף הקיים יישאר על כנו.

<sup>5</sup> רשי", בבא מציעא קטו ע"ב (ד"ה לא קפדי), מנמק את דברי התלמידו בדרך אחרת: מאחר ששותף מתיר לשותפו להשתמש בחלקו, נמצא ש"ירושתו" למעשה אינה שלו בלבד, ולכן אין נהשכ "מוחזק" במא שנמצא בה. וראה בירור הילכה, בבא מציעא קטו ע"ב, אחרי ציין, ב, שלפי ריבנו חנאנל הוא נהשכ מוחזק בדברים שאינם של השירות שנמצאים ברשותו, ורק לגבי דברים של השירות אין נהשכ מוחזק; ואילו לפי רשי"י אין נהשכ מוחזק אף בדברים שאינם של השירות.

לכוארה, עקרון זה, שבין שותפים אין להכריע על הקביעת מיהו ה"מוחזק", מפני שאנים מקפידים זה על זה, אין אמר אלא מי שנעשה שותפים מרצונם, ורק אחר כך התגלעה מחלוקת ביןיהם, שמאחר שמדובר בינהם, יש להניח שגם מקפידים זה על זה ואינם חוששים שמא ייגנבו זה מזה; אבל באופן שנעשה שותפים על כרכם, כמו בnidonnu, שגפל הבית, לכוארה אין מקום להניח כך. אך על פי כן, אפשר להסביר, שבnidonnu מודבר שהצדדים דרו בשכנות זמן רב, ולכן יש להניח שגם מקפידים זה על זה. אבל שיש שטמיים מסווגה זו עקרון כליל, שככל דבר שידעת שהוא שirk לשניים בשותפות, אף שהוא נמצא כת ברשות אחד מהם, אין לו כוח של "מוחזק" לטען שהכל שלו (כך כתבו: ריבנו חנאנל, המובה בנימוקי יוסף, בבא מציעא ע"א, בדרבי הר"ף; ר"ף, בבא בתרא ב ע"א, בדרפי הר"ף; רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה, הילכה ח). ואפשר שהם מתחווים רק למי שהיו שותפים מרוץ לפני שהתגלעה המחלוקת, או שהיו שכנים זמן ניכר לפני שנוצרה שותפות על כרכם, כפי שתבנו לגבי נידוננו.

<sup>6</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעט, סעיף א, בעקבות ספר התוממות, שער מט, חלק טז,אות ב (המצטט את הראב"ד שהבאגנו), וטור, חו"מ, סימן קעט.

<sup>7</sup> לגבי הדוגמה של השולחן ערוך, כותב גידולי תרומה, על ספר התוממות, שם, שגם אם יש עדים האומרים שאחד מהם נתן שני שלישים מן הכספי והאחר נתן שני שליש, אך לא ידוע מי נתן כמה, חולקים בשווה. אבל שער משפט, סימן קעט, ס"ק א, כותב שבמקרה זה המוחזק יקבל שני שלישים, כתענותו נתן שני שלישים מהכספי, מפני שיש "זרואה דמנה" (=זיקת ממון) הקשור אליו לחלק הגadol.



### הסכם שיתוף

29. (א) ההסכם בין השותפים בדבר ניהול המקרקעין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויותיהם וחובותיהם בכלל הנוגע למקרקעין (להלן – ההסכם שיתוף) ניתן לרישום, ומשנרשם, כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכל אדם אחר.  
(ב) בגין הוראות אחרות בהסכם שיתוף יהולו הוראות סעיפים 30 עד 36.

### התוכן

פרק ראשון : מבוא 39

פרק שני : תוקפו של ההסכם שיתוף כלפי השותפים 40

א. עמדת החוק 40

ב. עמדת המשפט העברי 40

פרק שלישי : תוקפו של ההסכם שיתוף כלפי אדם אחר 41

א. עמדת החוק 41

ב. עמדת המשפט העברי 42

פרק רביעי : סיכום 43

פרק חמישי : הצעת נוסח לפני המשפט העברי 43



## מבוא

אפשר שהשותפים יערכו הסכם בינם בדרכם ניהול הנכס המשותף, ובו יקבעו השותפים מראש את ייעוד הנכס, את דרכי ניהולו והשימוש בו ואת שאר העניינים הנוגעים לזכויותיהם וחובותיהם של כל אחד מהשותפים. דרך זו מבטיחה מניעת חיכוכים בין השותפים, וופטרת את בית המשפט מהתערבות בכל סכום שבין השותפים.

אין המחוקק דורש את רישומו של הסכם השיתוף. ברם, אם הנכס הוא מקרקעין, והסכם השיתוף נרשם במירשם המקרקעין<sup>1</sup>, כוחו יפה לא רק כלפי השותפים עצם אלא גם כלפי המצטרפים לשיתוף לאחר רישום הסכם השיתוף, וככלפי כל אדם אחר.

אשר לשותף המctrוף, לאחר שהסכם רשום עומד לעזון הכל, ההנחה היא שהשותף המctrוף ידע על הסכם השיתוף, והסכים על פרטיו מעת הctrופתו לשותפות. אם הוא בחר שלא להיות מודע להסכם השיתוף, הוא הכניס את עצמו לסתוכן, ואין המחוקק צריך לדאוג לזכויותיו יותר משדגה להן הוא עצמו.

אבל כאמור, כוחו של הסכם שיתוף שנרשם יפה לא רק כלפי מי שנעשה שותף לאחר מכן, אלא גם כלפי "כל אדם אחר". מיהו אותו "אדם אחר"? אפשר שכוכנות המחוקק היא לאדם המחזיק בחלק מן המקרקעין כדי לא בתור שותף, כגון שוכר, שואל, או כל אדם שקיבל רשות מאחד מן השותפים להשתמש בחלקו בשותפות<sup>2</sup>. לעומת השאלה, מדוע העכם השיתוףichi מחייב גם את האדם الآخر, אף שאינו נמנה עם השותפים?

בדיונו להלן, נבחן את תוקפו של הסכם שיתוף כלפי השותפים וככלפי אדם אחר, הן מנוקדת מבטו של המחוקק, והן מנוקדת מבטו של המשפט העברי.

<sup>1</sup> י. ויסמן, *דיני קניין – בעלות ושיתוף*, § 5.57 (עמ' 211), כותב שהרישום יהיה במירשם המקרקעין.

<sup>2</sup> ראה ויסמן, שם, עמ' 213.

<sup>3</sup> סעיף מקביל נמצא בחוק המיטלטליין, התשל"א-1971, סעיף 9(ג): "הסכם בין השותפים בדבר ניהול המיטלטליין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויות השותפים וחובותיהם בכלל הנוגע למיטלטליין (להלן – הסכם שיתוף) כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וככלפי כל אדם אחר, ובכלל שהשותף או האخر יידע או יהיה עלינו לדעת על קיום ההסכם ותנאיו". תזכיר הצעת חוק דיני מונונו, התשס"ז-2007, סעיפים 516-517, מאחד ביניהם. סעיף 516(א) קובע: "חוואה שיתוף הוא זהה בין השותפים בנכס בדבר ניהול הנכס והשימוש בו, ובדבר זכויותיהם וחובותיהם בנוגע לנכס". סעיף 517 ממשין: "חוואה שיתוף כוחו יפה גם כלפי אדם הבא מכוחו של שותף ואדם שנעשה שותף לאחר כריטת החווה (בסעיף זה – אדם שלישי), בהתקיים המפורט להלן: (1) לגבי נכס שהוא מקרקעין, והshitof הוא בזכות הטעונה רישום בפנקסי המקרקעין – אם רשם חוות shitof בפנקסי המקרקעין; לא רשם חוות shitof כאמור, יהיה לו תוקף כלפי אדם שלישי שידע עליו; (2) לגבי נכס שהוא מיטלטליין או שכות – אם אדם שלישי ידע או יהיה עליו לדעת על חוות". בדברי ההסביר לתזכיר, הסבירה השמתת המלה "ותנאיו" לעניין מיטלטליין, בכך שדי בידיעה על עצם קיומו של חוות, ומתילים על האדם השלישי את האחוריות לבירור תנאי של חוות השיתוף כאשר דבר קיומו של חוות ידוע לו. התוספת לעניין מקרקעין, גם אם לא רשם חוות, יהיה לו תוקף

## פרק שני

## תוקפו של הסכם שיתוף כלפי השותפים

## א. עמדת החוק

מלשון החוק עולה, שכלי השותפים עצם, תוקפו של הסכם שיתוף אינו מוגנה ברישומו, שכן החוק קובע שהסכם כזה "ניתן לרשום". אין צורך בפורמליות מיוחדת כדי שההסכם יהיה תקף כלפי השותפים עצם.<sup>4</sup>

## ב. עמדת המשפט העברי

הסכם שיתוף כולל הקנאה זכויות בהווה, כאשר הוא קובע את חלוקת השימוש בנכס, והוא כולל גם התיחסיות עתידיות הדדיות של השותפים, כאשר הוא קובע את חלוקת חובות ניהול הנכס. על כן, ההנחה הפשטת היא שההסכם תקף רק אם נעשה לגבי מעשה "קניין", מעשה פורמלי המביך גמירות דעת. וכך היא אכן דעת הרמב"ם והראב"ד.<sup>5</sup>

**אולם מהר"ם מרוטנבורג** סבור, שההסכם בין שותפים תקף גם בלי מעשה קניין, משום שגם

כלפי אדם שלישי שידע עליו, נובעת כנראה מן ההשווואה למיטלטליין, שביהם אף שאין מירשם, יש לחוות תוקף מי שיודע עליו. אבל לא ברור מדוע לעניין מיטלטליין כולל גם מי ש"היה עליו לדעת", ולא במקורעין.

<sup>4</sup> ויסמן, שם, § 5.56 (עמ' 208). בהערה 2, שם, הביא חילוקי דעתו בשאלת האם הסכם שיתוף בעל פה הוא תקף. הוא נוטה לומר שאין צורך בכתב, מפני שבדרך כלל התcheinויות לביצוע עסקה במקורעין.

<sup>5</sup> רמב"ם, הלוות שלוחין ושותפין, פרק ד, הלכה ב, והשגות הראב"ד, שם. הרמב"ם והראב"ד, וכן המקורות המובאים להלן, בהערה 6, עוסקים בשותפות עסקית, ואפשר להקשיש לכך גם לגבי שותפות בנכס. ברווח שמהר"ם (להלן, הערה 6) אינו מבחין בין זו זו, שהרי הוא מביא ראייה לדבריו בעניין שותפות עסקית, מבבא בתיאו קו ע"ב, שם הנידון הוא שותפות בנכס. ואכן, שלוחין המליך, על הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ד, הלכה א, מביא את דבריו מהר"ם לעניין שיתוף בנכסים.

שו"ת מהרש"ם, חו"מ, סימן שזה, כתוב שזו גם דעת הרראי"ק, הסמ"ג והרמב"ן. חזון איש, בבא בתרא, סימן ד, אות י, כתוב שזו גם דעת הרשב"א.

<sup>6</sup> מהר"ם, המובה במרדיין, בבא קמא, סימן קעו, ובבא בתרא, סימן טרס. דעתו הובאה להלכה גם בගהות מיימוניות, הלוות גולה ואבדה, פרק יב, אות י (הובא בספר עכודה במשפט העברי, עמ' 35), בתורתם הדישן, שו"ת, סימן שמבר, וברם"א, חו"מ, סימן קעו, סעיף ג. על דבריו הרם"א, ראה: שו"ת גינט ורדים, חו"מ, כל ג, סימן מט; הלכה רבבה, חלק ב, סימן שבס, עמ' 140; ברכת שלמה, חו"מ, סימן חי, אות ז; קונטראטי שיעורים, נדרים, שיערו בו, אה"ג, עמ' 320; ופסק דין של הרבנים יוזף אריאל, משה בן יצחק, ויהודא עמייחי, תחומיין יא, עמ' 388. כך כתוב גם ר' משלום בר' קלונימוס, המובה בצورو הכסף, עמ' צא ועמ' קצז. כך פסק גם שו"ת מהר"ק, שורש קפב (בדפוס ראשון ובמהד' אוריתא; שורש קפד במחזרות אחרות), ולדעתו זו גם דעת בעל העיטור (שיתוף, דף מב ע"א, ליד אות צז), ורבנו تم (המובה במרדיין, בבא קמא, סימן קעט). על דבריו מהר"ק, שם, ראה: שו"ת בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סימן נה; שו"ת בעי חי, חו"מ, חלק א, סימן קל (קנו ע"ג); שו"ת פני משה, חלק ג, סימן זד (יט ע"ב); קונטראטי שיעורים, נדרים, שיעור בו, אה"ג, בסופו, ואות ט; ב' ליפשיין, אסמכתא, עמ' 271-270; א' רהפטיג, התcheinויות, עמ' 333-331. כך פסק גם בשו"ת מהר"ק, שורש כ (על דבריו ראה חוק לישראל, נורבות, עמ' 499, אותן יא). להשלכה נוספת מדין זה, ראה חוק לישראל, שומרם, עמ' 683, אותן כ. דעת זו הובאה גם בשו"ת צמה צדק, חו"מ, סימן צז, אותן ב.

בלי מעשה קניין, גורמים השותפים בדעתם להתחייב, משוו האינטראס המשותף להם לשמר על יחסים תקינים ביניהם.

פרק שלישי

תוקפו של הסכם שיתוף כלפי אדם אחר

א. עמדת החוק

מלשון הסעיף עולה, שהסכם שיתוף שלא נרשם אינו מחייב אדם אחר, שלא היה בין ערוכי ההסכם<sup>7</sup>, בין אם הוא שותף חדש, ובין אם הוא אדם שקיבל רשות מאחד מהשותפים להשתמש בחלוקת.

הוראת החוק תמורה לכאורה. הרי לפי החוק, עלולו של כל אחד מן השותפים כפופה לחובותיו על פי הסכם השיתוף, עוד בטרם נרשם, ואילו אם ימכור את חלקו לאדם אחר, אותו אדם לא יהיה כפוף לחובות אלה. לדוגמה, אם שותפים ב用微信ן החניה עשו הסכם בינויהם, שותף א' יפעיל את החניון ויקבל את כל הרוחמים, אך לא רשמו את ההסכם, ואחר כך שותף ב' מכיר את חלקו לאחר — הקונה יכול לדרש חלק בהפעלת החניון וברוחחו, אף שותף ב' יותר על זכות זו. כיצד יכול השותף להעביר לאדם אחר זכויות שימוש בנכס, העדיפות מזכויותיו שלו עצמו? כשם שהסכם השיתוף מחייב את השותפים אף ללא רישומו, כך מן הרاوي שיחייב גם אדם אחר אף ללא רישומו.

כנראה, התשובה לכך היא, שהאדם الآخر היה זכאי לסמוך על חזקה שלילוקת החובות והזכויות בניהול בנכס ובשימוש בו היא לפי הקבוע בחוק; ומביבה זו ראה המחוקק לנכון להגן על האדם الآخر, אף שיש בכך פגיעה בשותף הראשוני, שלפי שורת הדין זכויותיו העדיפות בנכס קיימות גם כלפי האדם الآخر. ההצדקה לפגיעה זו היא, שהשותף היה יכול להבטיח את זכויותיו על ידי רישום ההסכם, ומושלא עשה כן, נטל עליו את הסיכון עצמו. מצד שני, ויסמן<sup>8</sup> סבור, שיש לצמצם את הוראת הסעיף, ולהקטין את מידת חבותו של "אדם אחר" אף לאחר רישום ההסכם. הוא מבחין בין חיבורים שאין בהם עשייה לחיבורים שיש

חקרי לב, חוי"מ, חלק א, סימן קכח (רד ע"א), דין בשאלת האם הרוא"ש סבור כמהר"ם, שאין צורך בקניין. שו"ת נחלה ליהושע, סימן יב (יד ע"ד), כותב שגם הרוא"ד, שם, סבור כמהר"ם, שאנו ציריך קניין, ומה שהציריך קניין, הוא רק באופן שותף אחד מתחייב לחת לשני, והשני אינו מתחייב לחת לו. הוא מביא ראייה למהר"ם, מחותסתא, בבא מציעא, פרק יא, הלכה יב — ראה שם. שו"ת מהרי"ק, שורש כ, כותב שהרומב"ם הציריך קניין רק כדי ליצר את השותפות, אבל הוא מסכים למהר"ם שאחורי שם כבר שותפים, יש תוקף לתנאים שהנתנו בינויהם, בל"ק קניין. והסכים לו שו"ת חותם סופר, חוי"מ, סימן צו. אבל שו"ת ההורש"ם, חוי"מ, סימן רעד, כותב שגם בזו הroma"ם מציריך קניין, והוא כותב שאפשר לטעון "קיים לי" כרומב"ם.

<sup>7</sup> י' ויסמן, דיני קניין — בעלות ושיתוף, § 5.57 (עמ' 212), מציין שפסק הדין ע"א (יום 193/75 מנשה נ' לוי, פ"מ תשל'ח(א) 32, 35, נקבע שהסכם שיתוף שלא נרשם אינו מחייב צד שלישי גם אם הלה ידע עליו. ויסמן עצמו סבור שבמקרה זה יהיה תוקף להסכם השיתוף כלפי הצד השלישי, מטעמי מניעות, תוכם לב או שימוש לרעה בזוכות.

<sup>8</sup> ראה: י' ויסמן, דיני קניין — בעלות ושיתוף, § 5.58 (עמ' 214).

בهم עשייה. לדעתו, אם ההסכם קובל שמותר לשותפים להשתמש במרקען בדרך מסוימת, וכדומה, כוח ההסכם יפה גם כלפי כל אדם אחר שבא מכוחו של אחד השותפים, כגון שוכר, שואל, או משתמש ברשות, אם רשם ההסכם. אולם, אם ההסכם מטיל על השותפים חובים שיש בהם עשייה, כגון חובה לנוקות את המרקען, או לשמור עליהם, או קובל חובת השתתפות בהוצאות החזקה וניהול וכדומה, ההסכם אינו מחייב את מי שבא מכוחו של אחד השותפים, אף אם רשם ההסכם.

#### ב. עדות המשפט העברי

מקורות המשפט העברי נרא, שככל הseiם שיתוף, אף בלי שנרשם, מחייב גם אדם אחר שבא מכוח אחד השותפים, והוא יהיב בחוביו של השותף שמכוחו הוא בא, גם בחובים שיש בהם עשייה.

במסכת Baba בתרא<sup>9</sup> דין כותל שבין חזרותיהם של שני שכנים, שנפל. התלמידי קובל, שהשכנים יכולו לכפות זה את זה לבנותו מחדש.<sup>10</sup> רשיי מנמק<sup>11</sup>: "שכבר נתרצו הראשונים בכותל". מדבריו ממשמע<sup>12</sup>, אף שהם עצם מעולם לא הסכימו לבנות כותל, אלא בעליים קודמים להם הסכימו לבנותו, הסכמת הבעלים הקודמים מחייבת את הבעלים הנוכחים, שכן מהם.

שם אין מדובר בשותפים באותו מרקען, אלא באנשים שלכל אחד יש קרקע מסוימת, והקרקעות סמכות זו לו. מכל מקום, אפשר ללמד משם בקהל וחומר לנידונו, שכן היחסים ההדריכים שבין שותפים מחייבים יותר מallow שבין שניים שאינם שותפים. נראה מכך, שגם בחובים שיש בהם עשייה, הסכמת השותפים מחייבת גם את הבאים מכוחם, וזאת אף בלי רישום ההסכם<sup>13</sup>.

הסביר לכך הוא, כמובן, שכאשר שותף בנכס מעביר את חלקו לאדם אחר, לאחר מקבל גם את החובות שהמקורו היה חייב בהן מכוח הסכם השיתוף. כל חובה המוטלת על שותף מצמצמת את היקף בעלותו בנכס, גם אם זאת חובה של עשייה; ולכן כשהוא מעביר את חלקו לאדם אחר, גם בעלותו של الآخر מוגבלת באותה הגבולות, שכן הראשון אינו יכול לתת שני יותר ממנו שהיה לו<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> בבא בתרא ב ע"ב.

<sup>10</sup> דבר זה נאמר במהלך השקל ואטריא בחלמוד, בדוחית נסיוון הוכחה. אבל להלכה יכולים בעלי החזרות לכפות זה את זה לבנות כותל ביניהם, גם אם מעולם לא היה שם כותל. מכל מקום, המסקנה שאנו מסיקים לעניינו מן הסוגיה אינה משתנה בעקבות השינוי בפסק ההלכה בענין זכות הכפיה לבנות כותל.

<sup>11</sup> רשיי, בבא בתרא שם, ד"ה נפל שני.

<sup>12</sup> כך כתוב שיטה מקובצת, בבא בתרא שם (ד"ה נפל שני), בשם "גלוון".

<sup>13</sup> אבל נ' ור Cobb הعلاה אפשרות לדוחות הוכחה זו, שאולי רק הסכם של בנייה כותל מהחייב שותפים חדשים, מפני שהזקקה שהסכימו גם הם לכותל, כיוון שהוא דבר נחוץ כדי למנוע היוק וראייה, מה שאין כן בהסכם בעניינים אחרים.

<sup>14</sup> סברה זו מופיעה בתלמוד, בהקשר שונה במקצת, במסכת בבא מציעא קא ע"ב: "לא עדיף מגברא דעתית מיניה [=איןך עדיף על האדם שבאת מכוחו]".

יתכן שהבא מכוחו של השותף הקודם חייב רק בחובות עשייה שהסכם השיתוף, שהיא בעצם חובה ממוניה (כגון חובה לנוקות את הנכס, או לבנות את הכותל, שהיא בעצם חובה להוציא את ההוצאות הדורשות לפועלות אלו), משום שחובה ממוניה מגבילה באופןי את בעלותו של כל אחד מן השותפים בנכס

## פרק שלישי: תוקפו של הסכם שיתוף כלפי אדם אחר

מצב זה עלול לפגוע באדם الآخر, כמו בדוגמה דלעיל, בגורם חניה שהוסכם שהפעלו  
וירוחיו יהיו רק לשותף א. אם מישחו קונה את חלקו של שותף במתוך מחשبة שהיא לא  
חלק ברוחחים, ימצא את עצמו בפני שוקת שבורה. תרופתו של הקונה תהיה תרופה חוץית,  
בביטול החווה בגין טעות<sup>15</sup>.

### פרק רביעי

#### סיכום

החוק קובע שלפני שנורשם הסכם שיתוף, הוא מחייב את השותפים עצמם, ואחרי שנורשם,  
”כוהו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכל אדם אחר”, כגון שואל או שוכר  
משותף, או מי שקנה את חלקו של אחד השותפים, או קיבלו בתנה. לעניין חובות שיש בהן  
עשיה, כגון ניכוי הנכס, גם רישום ההסכם לא חייב אדם אחר.  
לפי המשפט העברי, גם ללא רישום ההסכם, הוא מחייב גם את כל מי שיבוא מלחמת אחד  
השותפים. כוהו יהיה ככוחו של השותף שמכוחו באו לו זכויותיו.

### פרק חמישי

#### הצעת נוסח לפני המשפט העברי

הסכם שיתוף 29. (א) הסכם בין השותפים בדבר ניהול המקרקעין המשותפים והשימוש  
בهم ובדבר זכויותיהם וחוובותיהם בכל הנוגע למקרקעין (להלן – הסכם  
שיתוף), כוהו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכל אדם אחר.  
(ב) בין הוראות אחרות בהסכם שיתוף יחולו הוראות סעיפים 30 עד 36.

המשותף. דין שונה יהיה לגבי פעולות שבהסכם שלא נוכל להגדירן כחוב ממוני, כגון אם התחייבו השותפים  
של שותף בתורו חייב לפך בעצמו על ניהול הנכס המשותף. התחייבות זו באיתם, ואפשר שאינה  
מחייבת אדם אחר שיבוא מלחמת אחד השותפים.

<sup>15</sup> אולם נ' וקובר העלה אפשרות, שאף שלפי הדין העברי, ההסכם מחייב כלפי כלוי עלמא גם בלי רישום,  
הרי דין זה משתנה כיון, בעקבות קיומו של מרשם המקרקעין. לאחר שיש אפשרות לרשותם את ההסכם  
במרשם, כדי לחתן יותר תוקף, הרי אדם שבא להצטרכ לשיותף או לשכור את חלקו של אחד השותפים,  
ובודק במרשם וראה שאין ההסכם שיתוף רשום, זכאי להניח שאין ההסכם כזה, ויש להנוג כלפיו כאילו אין  
הסכם כזה.

אפשר להשיב על טענה זו, שעדין אין זה מצדיק לתת לאדם זה דבר שהשותף שמכר לא היה זכאי למכור  
לו. אמן הקונה זכאי להסתמך על המרשם, אבל תרופתו תהיה רק בביטול החווה בגין הטעיה. כדי להוציא  
מידו של השותף الآخر זכות שהיה לו מכוח ההסכם שיתוף (בדוגמה הנ"ל: זכותו של שותף א' לקבל את  
רווחי החניון), ולהעניק אותה לקונה מכוח הסמכה כתובה על המרשם, דרושה תקנה מיוחדת, מעין זו שעשו  
החוק בסעיף זה, כפי שהוסבר בטקסט.



## ניהול ושימוש

30. (א) בעלי רוב החלקים במרקען המשותפים רשאים לקבוע כל דבר הנוגע לניהול הרגיל של המקרקעין ולשימוש הרגיל בהם.  
 (ב) שותף הראה עצמו מקופח מקיבעה לפי סעיף קטן (א) רשאי לפנות לבית המשפט בבקשת הוראות, ובית המשפט יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות העניין.  
 (ג) דבר החורוג מניהול או שימוש רגילים טעון הסכמת כל השותפים.

### התוכן

**פרק ראשון:** האם המיעוט כפוף לרוב 47

א. מבוא — עדמת החוק 47

ב. עדמת המשפט העברי — הכלל שהולכים לפי הרוב 48

ג. מצבים שאין הולכים אחר הרוב 49

**פרק שני:** דרך ניהול בהיעדר הסכמת הרוב 50

א. מבוא — עדמת החוק 50

ב. עדמת המשפט העברי 51

**פרק שלישי:** סיכום 53

**פרק רביעי:** הצעת נוסח לפי המשפט העברי 53



פרק ראשון  
האם המיעוט כפוף לדוב

א. מבוא – עמדת החוק

זכoor, סעיף 29 מאפשר לשותפים לכרות הסכם המסדיר את אופן ניהולו והשימוש בנכס המשותף. נראה שבעניינו המוחוק ניהול הנכס בהסכם היא הדרך המעודפת. סעיפים 30-36 עוסקים בשותפים שלא הסכימו ביניהם על אופן ניהולו הנכס, או שעשו הסכם אבל מטעוררת שאללה שלא הוכרה בהסכם<sup>1</sup>. בהעדר הסכם מוקדמת לבי אופן הניהול, קובע המוחוק מספר הסדרים שנעודו ליצור מנגנונים לניהול וניצול יעיל של הנכס. להסדרים יש תוקף שורי: בהעדר הסכם שיתוף (סעיף 29) נקבע הניהול לפי החלטת הרוב (סעיף 30), ובនושא לבגיו אין הסכם ולא נקבעה עדמת רוב השותפים, יכול לעשות כל שותף שימוש סביר (סעיף 31).<sup>2</sup> הסעיף שלפנינו מסמיך את בעלי רוב החלקים בנכס<sup>3</sup> לקבוע את דרכי ניהולו והשימוש הרגילים בו<sup>4</sup>, אף אם המיעוט מתנגד להן. ואולם החוק מסיג את כוחו של הרוב וקובע שבדברים החורגים מניהול ושימוש רגילים, אין הרוב מכיר.<sup>5</sup> החוק קובע גם ששותף הרואה עצמוו מקופח מההחלטה הרוב יכול לדרש סעד מבית המשפט.

<sup>1</sup> סעיף 29(ב).

<sup>2</sup> חוק המיטלטلين, התשל"א-1971, סעיף 9(ה), מחייב הוראות סעיף זה גם על שיתוף במיטלטלים. הזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשש"ז-2007, סעיף 518, מאחד ביןיהם: "(א) בעלי רוב המנות בנכס המשותף רשאים לקבוע כל דבר הנוגע לניהול הרגיל שלו תחת הוראות בעניין ובית המשפט יורה וכי מקביעה כאמור בסעיף קטן (א) רשאי לבקש מבית המשפט לחתם הוראות בעניין ובית המשפט יורה וכי שימצא לנכון; סעיף קטן זה יחול על אף האמור בחוזה השיתוף. (ג) קביעה בדבר החורג מניהול ומשימוש רגילים טעונה הסכמת כל השותפים". הדשינו החורג השותף הנפגע לפני בית המשפט קיימת גם אם חוזה השיתוף שולב ברכות זו; דבר זה הוא ביטוי למגמה של תמכה בזרויות הפרט. שני נספחים הוא "כפי שימצא לנכון", במקרה "צורך וייעיל בנסיבות העניין"; ואת מtower מגמה של הרחבה שיקול הדעת של בית המשפט, גם אם הדבר אינו צדוק וועליל. חישוש משמעוני של התזכיר הוא סעיף 519: "באין קביעה בדבר הנוגע לניהול של הנכס או לשימושבו, כאמור בסעיף 518, רשאי בית המשפט לחתם הוראות בדבר". ראה על כך להלן, ליד ציון העירה 25.

<sup>3</sup> הינו, בעלי רוב הנכס, לאו דוקא רוב השותפים; ואם יש לשותף אחד 51 אחוזים מן הנכס, הוא הקובל בעניין זה.

<sup>4</sup> לשון ס"ק (א) בנקודת זו אינה מדויקת. מהמלים "כל דבר הנוגע לניהול הרגיל", אפשר להסביר, שהרוב יכול להחליט, לדוגמה, להשכיר את הנכס למשicho חמורת שקל אחד, שכן השכלה היא דרך ניהולו וגילו. ברור שאין זאת הכוונה, שהרי ס"ק (ב) קובע ש"דבר החורג מניהול או משימוש רגילים טעו הסכמת כל השותפים", והשכלה נכס בשקל אחד חורג מניהול וגיל. בס"ק (א) היה נכון יותר לומר "כל דבר שהוא בגדר ניהול רגיל".

<sup>5</sup> בשאלת היקף הפעולות שיכולים הרוב לכפות על המיעוט, ראה ע"א 810/82 זול בו בע"מ נ' זיידה, פ"ד לוז (4).

עד מהדה זו, הנוקתה בגיןת "שלטן הרוב"<sup>6</sup>, היא אחד מה niedושים המרכזים של חוק המקראען משנת 1969. עד אז נקט המשפט הישראלי בעמדה לפיה לכל שותף זכות וטו, ואין המיוט כפוף לרוב<sup>7</sup>, ואם לא הגיעו השותפים להסכמה, לעומת זאת בנסיבות האפשרות לנحو בית המשפט בבקשתה למתן צו חילוקת הנאה<sup>8</sup>. זכות הוטו נתפסה כנובעת מן התפיסה לפיה "בשותפות ברכוש כל אחד מהשותפים הרי הוא בבחינת זו לגבי חלקו של الآخر"<sup>9</sup>, ולפיכך אין הוא יכול לכפותו לעשות בחלקו בגיןו לרצונו. בסוד השינוי עמד הרעיון להקל על ניצולו הייעיל של הנכס, גם בהעדר הסכמה בין הבעלים<sup>10</sup>. לモתר לצין כי הרוב מחויב להפעיל את כוחו בתום לב, ורק לאחר שימושו שאר השותפות והתחשבות ברצונם<sup>11</sup>. כפי שנראה, עדות המשפט העברי קרויה לעמדתו של המשפט הישראלי בחוק המקראען, ולפיה יש לנחל את הנכס על פי דעת רוב השותפים.

ב. עדות המשפט העברי — הכלל שהולכים לפי הרוב על יסוד הפסוק "אחריו ובים להטות"<sup>12</sup> נקבע בתלמוד<sup>13</sup> שההכרעה בבית הדין היא על פי דעת הרוב, ושהולכים על פי הרוב בספקות בענייני איסוריהם<sup>14</sup>. אבל לא מצאנו מוקור מפורש לכך שגם בנכסים משותפים הולכים על פי דעת רוב השותפים<sup>15</sup>.

בדבר ההכרעה על פי הרוב בשאלות הנוגעות לחיה הקהילה, נשאל הרא"ש, והוא השיב<sup>16</sup>:

"דע, כי על עסק של רבים, אמרה תורה 'אחריו ובים להטות', ועל כל עניין שהקהל מסכימים, הולכים אחר הרוב, והיחידים צריכים לקיים כל מה שישיכמו עליהם הרכבים.adam לא כן, לעולם לא יסכימו הקהיל על שום דבר, אם יהיה כח ביחידים לבטל הסכמתם, שכן אמרה תורה

<sup>6</sup> ע"א 810/82 זול בו בע"מ נ' זיידה, פ"ד לז(4) 737.

<sup>7</sup> ע"א 393/58 בירינר נ' לברון, פ"ד יד(1), 169; י' ויסמן, חוק המקראען תשכ"ט-1969, מגמות ויחסים, ירושלים תש"ל, עמ' 45.

<sup>8</sup> סעיפים 1183-1182 למילה.

<sup>9</sup> סעיף 1075 למגילה. נראה שגם גם דעת התשב"ץ שנביא בסעיף 33, ליד ציון הערתה 17; ראה שם.

<sup>10</sup> י' ויסמן, דיני קניין — בעלות ושיתוף, 5.618, עמ' 217.

<sup>11</sup> עצם העבודה, שהחלתה הרוב היא הקובעת בעניינים הניהול והשימוש הרגילים, אין בה כדי לשחרר את הרוב בפרק מקובלתו בתוסמ-לב מתקבשים, בין השאר, ההייעוץ עם המיעוט, העמדתו על האזרך בפועל המתבקש וגיוי כל העבודות הרלוונטיות, תוך מתן הדמנות למיעוט, אם יאפשר, לנحو בית המשפט בטענות קיפוחה. הרוב אכן רשאי לפעול במחשכים" (ע"א 810/82 זול בו בע"מ נ' זיידה, פ"ד לז(4) 737).

חויה זו, מעבר להיותה תולדה של החובה הכלכלית לנוהג בתחום לב, נובעת ישרות החוק המקראען, סעיף 14, הקובע כי "בעלות וכויות אחרות במקראען, אין בהם כשלעצמה כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי-נוחות לאחר".

<sup>12</sup> שמורות, פרק כג, פסק ב.

<sup>13</sup> משנה, סנהדרין, פרק א, משנה ה.

<sup>14</sup> חולין יא ע"א.

<sup>15</sup> אמן בש"ת הרמב"ם (מהדר' בלאו), סימן צז, כתוב שאין שותף רשאי "לחדרש דבר" בחצר (בנידונו — שיעברו דרך שער אחד דוקא), "אללא ברשות כולם". אבל אין נראה שהתקoon לכלום דוקא. בעניין הליכה אחרי רוב השותפים, ראה דברי ר"א ויס בעמ' 297.

<sup>16</sup> שורית הרא"ש, כלל ו', סימן ה (הובא בסמ"ע, סימן קנו, ס"ק ו).

בכל דבר הסכמתה של רבים, 'אחרי רבים להטotta'. דברי הרא"ש אמורים לעניין תקנות הקהיל, בדבר גביה מסים וכדומה. לכארה הרא"ש חדש, שהחלה תקנות הקהילה יש תוקף של החלטות בית דין מן התורה. אבל אפשר שעריק טעמו של הרא"ש הוא, שבהסכם הקהיל, המנהג הוא ליכת אחר הרוב, וכך נותר הרא"ש טעם למנהג זה באמרו, שם לא כן, "ולעולם לא יסכימו הקהיל על שם דבר", ואית הפסוק מביא הרא"ש רק אסמכתא<sup>17</sup>. כך או כך, נראה שאין אפשרות ללמידה מדבריו לעניין נכסים משותפים. גם הנימוק של הרא"ש, "אדם לא כן, לעולם לא יסכימו הקהיל על שם דבר", אינו שיך בנסיבות משותפים, משום שאם השותפים אינם מגיעים להסכמה פה אחד בדבר ניהול הנכס, יוכל פרק את השיתוף, מה שאין כן בקהילה, שאינה יכולה להתפרק.

אולם, אף על פי שלא מצאנו מקור מפורש לכך, יש להניח שהרוב קובל בעניין ניהול השיתוף, כפי שהוא קבוע בתחוםים אחרים. אולם נשארת פתוחה השאלה האם הולכים אחר רוב השותפים גם אם רוב הנכס שיך למיעוט השותפים.

אשר לזכות של שותף שנפגע מהחלטה הרוב, לקבל סעד על פי הצדק מבית המשפט, כפי שקבע סעיף קטן (ב) – לא מצאנו זכות כזאת במשפט העברי.

#### ג. מצבים שאין הולכים אחר הרוב

הולכים אחר רוב השותפים רק אם דעתו השותפים חלוקות בדבר הזרק הרצויו לניהול הנכס או לשימוש בו, ושתי הדעות הן בוגר ניהול ושימוש רגילים. ברם, אם הרוב מצד דרכו ניהול או שימוש החורג מן המקובל, לא יוכל הרוב לכפות על המיעוט את אופן השימוש בנכס המשותף, כל זמן שלא הוסכם הדבר על דעת כולם<sup>18</sup>.

כך הוא גם במצב שהרוב דוגל בגישה "שב ואל תעשה", ואני רוצה לעשות דבר שמקובל לעשות. בדברים שהם בוגר צורך גדול, או הדברים שנางו בני המדינה לעשומם, קבוע המשפט העברי שהשותפים "כופין זה את זה" לעשומם<sup>19</sup>. במקרה תוליה ברוב ומיעוט, אף היחיד יכול לכפות את הרבים.

<sup>17</sup> ראה בעניין זה: תרומות הדרשן, שו"ת, סימן שמבר; שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קכו; שו"ת חותם סופר, חו"מ, סימן סא וסימן קטז; חזון איש, בבא בתרא, סימן ד, ס"ק ייד-ז.

<sup>18</sup> יש כמה מקורות לכך בחיבורו בני דורנו: (א) בספר בצדך ובמשפט, סימן קסא, ס"ק ג, כתוב שלא די בהסכם רוב השותפים לעשות בנכס המשותף דבר שאינו מקובל, אלא המיעוט ואף שותף יחידי יכול למנוע זאת מן האחרים. הטעם שהוא נותר הוא, שהיחיד נכנס לשותפות על דעת שיעשו בנכס רק דברים מקובלים, וכי לחורג מזה, צריך הסכמתם כולם.

(ב) פתחים חישון, נזקיין, פרק טו, סעיף לג, כתוב שככל דבר שותפים יכולים למנוע משותף אחד מלעשותו,

יכול שותף יחיד למנוע את האחרים מלעשותו, גם אם רוב השותפים רוצים לעשותו.

(ג) דיני ממונות, חלק ב, שער ה, פרק א, סעיף טו, ומשפטינו שכנם, פרק ג, שאלה יב, כתבו שבמקרים שהמנג הוא שלא להחננות מכוניות בחצר המשותפת, לא די שרוב השותפים יסכימו להפרך את החצר למגרש חנייה, אלא המיעוט ואף יחיד יכולים למנוע זאת.

(ד) מנהת צבי, חלק א, סימן יא, ס"ק ד, כתוב שאפילו דיר יחיד יכול למנוע עשית בית כניסה או שאר מזויות במקלט המשותף.

בספר בצדך ובמשפט שם כותב, שאם הכל הסכימו על שימוש מסוים, אין המיעוט יכול לחזור בו מהסכםתו, אלא אם כן שבשימוש הזה נוק לנופו, כגון גרמתה רעש, שאז הוא יכול לטעון: "חשבתי שאוכל לשוב את זה, ועכשו אני רואה שאיי יכול" (על פי חזורי הרמב"ן, בבא בתרא נט ע"ב).

<sup>19</sup> שולchan ערוך, חו"מ, סימן קסא, סעיף א.

דוגמאות לדברים שניתן לכפות עליהם הן בנית "דلت ובית שער לחצר". לעומת זאת, ציור וכיור (קישוט) הם דוגמאות לדברים שעליהם לא ניתן לכפות<sup>20</sup>. בזמננו נפסק שגם פעולות נוספת הדורשת להחזקת השטחים המשופפים, המעלית ומערכת החימום, וכן סיוד, הם בגדר דברים שנייתן לכפות עליהם<sup>21</sup>.

לදעת ר' דוד פרדו<sup>22</sup>, יש להבחין לעניין זה בין שלושה סוגים של דברים הנעשים בכך המשוקן: דבר שהוא צורך גדול, ניתן לכפות עליו גם אם אין זה מנהג המדינה; דבר שיש בו צורך קטן, ניתן לכפות עליו רק אם מנהג המדינה לעשתו; ודבר שאין בו צורך כלל, כגון ציור, אי אפשר לכפות עליו אפילו היה מנהג המדינה.

הבחנה בין דברים שהם "צורך גדול" ומנהג המדינה לבין שאר הדברים, קרובה להבחנה שմבחן המשפט הישראלי בין שימוש וניהול "רגיל" (סעיף 30(א)) לבין ניהול ושימוש חריגים (סעיף 30(ג)). אלא שלפי המשפט הישראלי, בעניין ניהול "רגיל" הולכים אחר הרוב, בין אם הרוב רוצה לעשות כדרך הרגילה ובין אם הרוב לשנות מן הדרך הרגילה, ואילו לפי המשפט העברי, בדבר שהוא "צורך גדול" די שאחד השותפים ירצה לעשותו, והוא יכול לכוף זאת על الآخרים, ואין הרוב יכול לכפות את המיעוט לשנות מן הדרך הרגילה<sup>23</sup>.

## פרק שני

### דרך הניהול בהיעדר הסכמת הרוב

#### א. עמדת החוק

החוק אינו קובע מה יעשה אם השותפים אינם מצליחים להסכים על אופן ניהול הנכס (כגון שהרוב רוצה בדרך ניהול החורג מהרגיל), או שיש שלישי "סיעות" שככל אחת מציע דרך ניהול שונה ואין רוב אף להחתה מהן), וגם אינם ווצאים לפרק את השותפות, או שהם ווצאים לפרק אך אינם מצליחים לעשות כן בשום אחת מהדרכם המתוארות בסעיפים 38-43.

לදעת ויסמן<sup>24</sup>, יש לבית המשפט סמכות לחתור צו ל"חולקת הנאה", ככלומר שבית המשפט יקבע בעצמו איך כל שותף יהיה מן הנכס באופן חלקי. בתוכיר הצעת חוק דיני ממונות נקבע

<sup>20</sup> רמב"ם, הלכות שכנים, פרק ה, הלכה א; שולchan עריך, שם. שניהם בעקבות המשנה, בבא בתרא, פרק א, משנה ה.

<sup>21</sup> שו"ת משכנתו ישראל, סימן טו, עמי' ס. ראה גם: חזון איש, בבא בתרא, סימן א, ס"ק ג; פתיחי חזון, נזירין, פרק יג, סעיף טו — על חובת הקמת גדר. וראה שו"ת משכנתו ישראל, שם, פרק טו, הערכה פא, פירוט סוג ההצעות שהשותפים חווים לשאת בהן. וראה שו"ת משכנתו ישראל, סימן כא, בשאלת אם שאר השותפים יכולים לטعنן לפטור, מפני שלא הסכימו לפועלה השותף או משומש אין להם במא לשלם.

<sup>22</sup> חסידי דוד, על תוספתא בבא מציעה, פרק יא, הלכה ט (חילק ד, עמי' שנ), הובא בחסיד ומשפט, קסא, א. לכוארה, היה אפשר לזמן את המחלוקת בין המשפט העברי לבין המשפט הישראלי, בכך שנאמר שגם לפני המשפט הישראלי, בפעולות המוגדרות "צורך גדול" או "שנагו בני המדינה", אם הרוב רוצה שלא לעשותותם, אין הולכים אחר הרוב, והמשפט הישראלי הולך אחר הרוב רק באוthon פעולות שהן בגדר שימוש וניהול רגיל, אך אין עולות בכך צורך גדול או מנהג מדינה. אבל קשה לומר כן, שהרי אם כן, החוק היה צריך לומר במפורש שבמצב זה אין הולכים אחר הרוב, מכיוון שהוא דבר חדש.

<sup>23</sup> י' ויסמן, דיני קניין — בעלות ושיתוף, § 5.74 (עמ' 236).

הסדר זה במפורש, ונאמר שהעדר הסכמה "רשאי בית המשפט לתת הוראות בדברי"<sup>25</sup>. בדברי ההסביר נאמר ש"מטרת ההוראה הינה למנווע קיפאון בשימוש בנכס, כאשר אין הסכמה בין השותפים".

ב. עמדת המשפט העברי

אם השותפים אינם מצליחים להגיע להסכמה בדבר או פן ניהול הנכס, והם אינם יכולים לפרק את השיתוף, מציע המשפט העברי שני אופנים של חלוקת ההנהה: (א) השכורת הנכס וחלוקת דמי השכירות בין השותפים; (ב) חלוקת זמן השימוש בין השותפים. מלשון הרמב"ם<sup>26</sup> ושולחן ערוך<sup>27</sup> נראה שדרך ההשכורה עדיפה מחלוקת זמן השימוש. לכן, אם אחד השותפים דושך לחלק את זמן השימוש ואחד דושך להשכיר את הנכס, יש להשכיר את הנכס.

אם בכלל זאת העדיף השותפים את הדרך השניה, חלוקת זמנים<sup>28</sup>, בית הדין יקבע זמנים לשימושו הבבליוני של כל אחד מן השותפים בנכס. להלן<sup>29</sup> נראה, שנחקרו הפסיקים, באופן שנותף אחד טובע חלוקת זמנים, ואחד טובע פירוק בדרך "גוד או אgod", איזו תביעה תתקבל. הקביעה המדוייקת, מתי ישמש כל אחד מן השותפים בנכס, תיששה על פי גורל<sup>30</sup>. הזמנים יקבעו בהתאם לחלוקת היחס של כל שותף במרקען. למשל, אם לשותף אחד יש שלישי מן המקרקעין ולאחר יש שני שלישים בהם, יוכל לחלק בדרך של חדש זה וחודשים

<sup>25</sup> חוקirc הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 519.

<sup>26</sup> רמב"ם, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב.

<sup>27</sup> שולchan ערוך, ח"מ, סימן קעא, סעיף ח. וראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך חלוקת שותפות, ליד ציוני העורות 238-244, שנחקרו הפסיקים בשאלת זו. וראה: דברי משה, ח"מ, סימן קעא, ס"ק ג, הכותב שההשכורה עדיפה עלחלוקת הזמן; אבל וראה חידושים וביאורים (גריינימן), בא בתרא, סימן ג, ס"ק ה, המדייק משות"ת הריב"ש, סימן רכז, שחלוקת הזמן עדיפה מן ההשכורה. וראה חזון איש, בא בתרא, סימן ז, ס"ק א'ב.

שות"ת בית דוד, ח"מ, סימן נה, כותב שגם בדבר שהשותפים יכולים להשתמש בו יחד, אם אפשר גם להשכירו, אפשר לכפთ על ההשכורה, כמו שאומר התלמוד, בא בתרא ג' ע"א, בירושי מרוחן שביהם היה רגיל להשכירו.

<sup>28</sup> נושא זה מוסבר בהרחבה באנציקלופדיה תלמודית, ערך חלוקת שותפות, פרק יא. להלן נביא את עיקרי הדברים. בוגנין זה ראה דברות משה, בא בתרא, סימן יב, הערכה סכ והערה סח. שות"ת הרשב"א, חלק א, סימן תקננו, כותב שחלוקת זמנים היא תקנה מסוימת "ועשית הישר והטוב" (דברים ו, יח).

מגיד משנה, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב, כותב שדבר שכולים להשתמש בו יחד — אין עושים בו חלוקת זמנים.

שות"ת חותם סופו, ח"מ, סימן קעט, דן בשאלת, אם נשך הנכס תוך הזמן של אחד מהם — מי נושא בהפסד. וראה חזון איש, נשים, סימן קמ, ס"ק א, שעובד של שותפים שעבוד את זה יום ואחד ואת זה יום אחד, ואדם אחר חזק לו באחד הימים, התשלום מתחלק בין השותפים.

קhillות יעקב, בא בתרא, סימן ט, כותב שחלוקת זמנים אינה חלוקת הגורף לזמןם אלא חלוקת הפירות.

<sup>29</sup> סעיף 40, פרק שלישי, ז.

<sup>30</sup> ערך השולchan, ח"מ, סימן קעא, סעיף ז.

לזה, או שנה לזה ושנתיים לזה<sup>31</sup>. בעניין זה נפסק בשולחן ערוך<sup>32</sup> שהשנתיים תהinya רצופות: "ואם האחד יש לו שני שלישים, והאחד יש לו שלישי, יטילו שני גורלות, אחד משנה ואחד משנהיים [לדוגמה, בפקח אחד יכתב "ראובן בתשס"ח ושמעון בתשס"ט-תש"ע"], ואותו שיש לו שני שלישים ישמש בו יכתב "שמעון בתשס"ח-תשס"ט וראובן בתש"ע"], שני שנים רצופות".

לדעתי רוב הפסיקים<sup>33</sup>, חלוקת זמנים תיעשה רק אם אופי הרכוש המשותף אינו מאפשר שימוש של כל השותפים יחד. אולם, אם יכולים כל השותפים להשתמש ביחד ברכוש, לא תהיה חלוקה זמניות. במקרה זה, יוכל השותפים לבחור בין האפשרות להישאר בשותפות, ולהשתמש ביחד ברכוש, ובין האפשרות לפרק את השותפות, אם על ידי חלוקה בעין כזו אפשרית, ואם על ידי פירוק בדרך של "גוד או אגד".

במקרה מסוים נחלקו הרמב"ם והראב"ד האם שימוש יחד נחשב בגדר האפשר. הרמב"ם פוסק<sup>34</sup>, ש"אם חצר היא, שכונן בה שנה אחת, שי אפשר שישכנו שניהם כאחד מפני חזק ראייה, שהרי אין בה דין חלוקה, ואין אדם עשוי לטרוח כל שלשים יומם לפנות מחצר לאלא משנה לשנה".

אולם הרaab"d<sup>35</sup> סובר, שבמקרה זה אין לחלק לזמן, וטען: "כמה זה הדיין רחוק מדעתו, ולמה יカリח את חבירו לפנות שנה בשנה, ויאמר לו מאחר שאתה רוצה למוכר גם אני איini רוצה למוכר, או תסביר היוזך ראייה או תחולק, כי לעולם לא אטרוח להיות גולה שנה בשנה, ועוד אם אין לו להיכן יפנה, מה תהא עלי?!?" נראה, שהראב"ד אינו חולק על העיקרון שניתן לחלק את השימוש במוקען המשותפים לזמן, אלא שהוא חולק על היחס של עיקרונו זה בחצר משותפת<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> ראה אנציקלופדייה הלימודית, שם, ליד ציוני העורות 197-201. בעניין זה ראה קהילות יעקב, בבא בתרא, סימן ט; חידושי ר' שמואל, בבא בתרא, סימן יב, אחותית ז'ח; שיעורי ר' שמואל, בבא בתרא, סימנים רלה-רלו; ברכת ראובן, דפים קב-קג; שער זיו, חלק ב, סימן מא.

<sup>32</sup> שולחן ערוך שם, סעיף ח. וראה שוויות הרא"ש, כלל צח, סימן ד; אנציקלופדייה תלמודית, שם, ליד ציוני העורות 258-262.

<sup>33</sup> חידושי ר' מגאש, בבא בתרא יג ע"א; יד רמה, בבא בתרא, פרק א, אותן קטו, ואות קעג, ד"ה ברם צרייכין; בית הבחירה, בבא בתרא יג ע"א, בשם גאוני ספרד; רמב"ם, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעא, סעיף ו.

<sup>34</sup> רמב"ם, שם.

<sup>35</sup> השגות הרaab"d על הרמב"ם, שם.

שוויות הרשב"ש, סימן קלט, כותב שוויות הרא"ש, כלל צח, סימן ד, סובר כרמב"ם בעניין זה, שהרי כתוב שכבית עושים חלוקת זמנים.

על מחלוקת הרמב"ם והראב"ד ראה: לבוש מררכי, בבא בתרא, סימן א; ابن האזל, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב; אבי עזר, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב; חזון איש, בבא בתרא, סימן ח, ס"ק כא; בית אהרן (כהן), הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב; חידושים וביבורים (גוריינימן), בבא בתרא, סימן ג, ס"ק ה (שהראב"ד מודה בבירושים, שכן יורש יכול לכוף אחר לגור עמו).

<sup>36</sup> שער זיו, חלק ב, סימן מא, כותב שלדעת הרaab"d אין דין חלוקת זמן כלל; ואילו ברכת ראובן, דפים קב-קג, כותב שלדעת הרaab"d, רק אם אפשר לעשות "גוד או אגד", אין עושים חלוקת זמנים. שער זיו, שם, מעלה את האפשרות שוגם לדעת הרמב"ם, אי אפשר לכוף את חלוקת הזמן, והוא בא לקבוע רק שם שותף אחד רוצה חלוקה לפי חודשים והאחר רוצה חלוקה לפי שנים, מחלוקת את הזמן לפחות, וישמש בו כל שותף שנה אחת לסייעין.

ברכת ראובן, דף קג, כותב שלרמב"ם בדבר העומד להשכיר, "גוד או אגד" אינו עדיף מהשכרה.

פרק שלישי

סיכום

החוק קובע שדרך ניהול והשימוש בנכס המשותף תיקבע על פי רוב השותפים, אבל הרוב אינו מוסמך לקבוע דרך ניהול או שימוש החורגת מן הרגיל, ולזה צריך הסכמה פה אחד. לפי המשפט העברי, ניהול הנכס נקבע בדרך כלל על פי רוב השותפים. עם זאת, הוא מעניק זכות לכל שותף הדורש לעשות בנכס דבר שהוא בגין צורך גדול או מנהג המדינה, לכפות זאת על שאר השותפים. אשר לשימוש שאינו בגין צורך גדול או מנהג המדינה, נדרש המשפט העברי הסכמה פה אחד בשימוש כזה.

אם אין השותפים מצילחים להציג על אופן ניהול, המשפט העברי קובע שישכרו את הנכס לאחרים ויתחלקו בדמי השכירות, או שכל שותף ישתמש בנכס לסייעו, בחלוקת זמנים.

פרק רביעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

30. (א) בעלי רוב החלקים במרקען המשותפים רשאים לקבוע כל דבר שהוא בגין ניהול הדיגיל של המקרקעין ושימוש הרגיל בהם.

(ב) עשיית דבר החורג מניהול או שימוש וגילם, או הימנעות מעשיית דבר שהוא צורך גדול או מנהג המדינה לעשותו, טעונה הסכםת כל השותפים.

(ג) בהיעדר הסכמה בין השותפים בדבר ניהול והשימוש במקרקעין, יושכר הנכס לאחר, והשותפים יתחלקו בדמי השכירות; אם לא רצוי בכך, ישתמש כל שותף במרקען לבחון לתקופת זמן קצרה, על פי תורו.



## זכותו של שותף יחיד

זכותו של שותף 31. (א) בגין קביעה אחרת לפי סעיף 30, רשאי כל שותף, בלי הסכמת יתר*ייחר* השותפים —

- (1) להשתמש במרקען המשותפים שימוש סביר, ובבלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר.
  - (2) לעשות כל פעולה דוחפה ובלי צפואה מראש הדרושה להחזקתם התקינה של המרקען ולניהולם.
  - (3) לעשות כל דבר הדורש באופן סביר למניעת נזק העולם להיגרם למרקען ולהגנת הבעלות והחזקה בהם.
- (ב) עשה שותף כאמור בסעיף-קטן (א) יודיע על כך לשותפים האחרים ככל האפשר בהקדם.

### התוכן

**פרק ראשון: מבוא** 57

**פרק שני: "שימוש סביר"** — ההגלה לשימוש סביר וטעה 58

א. מבוא — עדמת החוק 58

ב. עדמת המשפט העברי — כללי 59

ג. שימוש בנכס העומד להשכרה 61

**פרק שלישי: "ובבלבד שלא ימנع שימוש כזה משותף אחר"** 61

א. מניעת שאינה פיזית 61

ב. מניעת שימוש כשהשותפים האחרים אינם עומדים להשתמש 63

**פרק רביעי: הרשאה לעת צורך** — "החזקתם התקינה של המרקען... מניעת נזק" 64

**פרק חמישי: הودעה לשותפים האחרים** 66

**פרק שישי: סיכום** 66

**פרק שביעי: הצעת נוסח על פי המשפט העברי** 67



## מבוא

סעיף זה דין בזכותו של שותף יחיד בשימוש במרקען המשותפים ובחזוקתם ובניהולם, כל עוד לא הסדרו זכויות אלה בין השותפים בהסכם על פי סעיפים 29-30. כן מעניק הטעון הרשאה לשותף יחיד לעשות פעולות הדורשות בדחיפות לנכס<sup>1</sup>.

מה הן זכויותיו של שותף יחיד? מחד גיסא, לא ניתן לאפשר לכל שותף לעשות במרקען הכל העולה על רוחו, דבר העולם לפניו או להפריע לשאר השותפים. אבל מאידך גיסא, לא מקבל על הדעת לחיבר אותו לקבל את הסכמת כל השותפים לפני כל שימוש במרקען או לפני כל פעולה הקשורה בהם, שהרי כתוצאה לכך, ברוב המקרים, לא יוכל אף שותף להנחות מן המרקען (אם משמש שלא ימצא את כל השותפים, כדי לבקש את רשותם, ואם מפני שימצא מי שיתנגד לפעולתו).

לפניהם ניסחו לתוכו של חוק המרקען, שימושו במשפט הישראלי שתי גישות: "הגישה הנגטיבית" ו"הגישה הפוזיטיבית". לפי הגישה הנגטיבית, אסור לשותף לעשות בנכס שימוש כלשהו בלי לקבל את הסכמת כל השותפים.<sup>2</sup> מנגד, לפי הגישה הפוזיטיבית, לא יمنع בית המשפט בצו את השימוש הסביר של חלק מהשותפים גם באין הסכמה מצד השותפים האחרים,

אלא רק יחייב אותם שלא להפריע גם לאחרים להשתמש בנכס שימוש דומה.<sup>3</sup> בית המשפט העליון קבע שבסעיף זה, אימץ המחוקק את הגישה הפוזיטיבית, ונמן רשות לכל שותף בנכס לעשות בו "שימוש סביר", "ובבד שלא יمنع שימוש כזה משותף אחר".<sup>4</sup> אימוץ עמדזה זו בא מתחם מגמה להקל על ניצולו הייעיל של הנכס, ולכן ביטל המחוקק את הצורך בהסכמה כל השותפים לכל פעולה שմבוקש שותף לעשות בנכס.

<sup>1</sup> חוק המיטלטلين, התשל"א-1971, סעיף 9(ה), מחייב הראות סעיף זה גם על שותף במיטלטلين. תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 520(א), מאחר בינהם: "(א) בכפוף להוראות סעיפים 516 עד 519, ולהוראות שנקבעו לפיהם, רשאי כל שותף על דעת עצמו — (1) להשתמש בנכס שימוש סביר, ובבד שלא יمنع סביר משותף אחר המעוני בכך; ... (3) לעשות כל הדבר שבעוצמתו סביר למניעת נזק לנכס, ולהגנה על הבעלות, ההחזקה או השימוש בו; (4) לעשות כל פעולה דוחפה ובلتיה צפואה מראש הדורשה להחזקה התקינה של הנכס ולניהולו". על התוספת "המעוני בכך" וראה להלן, הערא 23. לנוכח החוכר בעניין חובת ההודעה, ראה להלן, הערא .36.

<sup>2</sup> כך למשל נפסק בע"א 393/58 ברוינר נ' לבנון, פ"ד יד(1) 169. ההשלכה הבוראה של גישה זו היא הקפאת השימוש בנכס, אך בית המשפט ראה בכך רעה בלתי נמנעת: "אמנם באין הסכם בין השותפים קרוב לוודאי כי חזוקם המשותף מתבטא על דרך השיללה בלבד, וכל אחד מהשותפים ימנע את חברו מליחסנות מן הרכוש, בניגדו את הכלל שהשותף הוא 'בחינתה ור', אך אין בכך כדי לגועז מן הזכות" (דברי השופט זוסמן, שם, בעמ' 174).

<sup>3</sup> כך למשל בע"א 64/65 עזובן המנוח משה נסים מישח נ' מישח, פ"ד כ(1), 125.

<sup>4</sup> ע"א 458/82 וילנر נ' גולני, פ"ד מב(1) 49. ראה גם: י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, § 5.53. דבריו שם, § 5.69, עמ' 228.

ברם, למורת החופש היחסי שמעניק ס"ק (א)<sup>(1)</sup>, דרך המלך היא שימוש תוך ידוע והסכם. סעיף 31 דין רק במצב שלא נכרת הסכם שיתור לפि סעיף 29, ורק בשימוש שלא התקבלה לגביו החלטה של רוב השותפים בהתאם לסעיף 30. במקרים אלה אמנים מאפשר סעיף 31 לשותף לעשות בנכס שימוש סביר, אך הוא מצווה עליון, בסעיף קטן (ב), להודיע "על כך לשותפים האחרים הכל האפשר בהקדם". חובה זו מבטיחה שימוש שנעשה ללא נטילת רשות מראש יוּבָא ליריעת השותפים כדי שיוכלו להחליט על המשכחו בהסכם או על הפסקתו, הכל לפי הוראות סעיף 30.

נדגיש ונאמר, שאין זה מדויק לטעון שיש לשותף זכות קניה לעשות במרקען שימוש סביר שאינו פוגע בשותף מעוניין אחר, שכן יש לשותפים סמכות לשלול שימוש זה בהחלטה רוב לפי סעיף 30<sup>5</sup>. חידושו של סעיף 31(א)(1) הוא בקביעה של שימוש ממין זה אין חובה לקבל הסכמה מראש. נראה שלאור ניתוח זה יש להבין גם את הסיגים הקבועים בסעיף קטן (א)(1).

מכלך הן אתה שומע לאו: שותף יחיד אינו רשאי להשתמש בנכס המשותף (בלי הסכמה יותר השותפים) שימוש לא סביר, או שימוש סביר המונע משותף אחר שימוש סביר. לפיכך, שותף אחר יכול לבקש מבית המשפט צו מנעה, שי אסור על השותף הראשון את השימוש זהה; וכן יכול לדרש מן השותף היחיד יצטרך לשלם שכר ראוי بعد השימוש, על פי סעיף 33<sup>6</sup>. מלשון הסעיף עולה שהשותף היחיד יctrך לשלם שכר ראוי גם אם השותפים האחרים לא הביעו התנגדות מפורשת לפני השימוש או בזמן השימוש, שהרי החוק מתייר "בלי הסכמת יתר השותפים" ורק שימוש סביר שאינו מונע מהאחרים שימוש סביר, ומכאן שהוא אסור שימוש אחר שנעשה בלי הסכמת יתר השותפים — משמע בלי הסכמתם המפורשת, גם אם לא התנגדו בפירוש. מצד שני, שימוש סביר שאינו מונע מהאחרים שימוש סביר — מותר גם אם השותפים האחרים מתנגדים בפירוש.

בדיונו להלן, נברר מהן זכויות השימוש של השותף היחיד, לפי המשפט העברי.

## פרק שני

### "שימוש סביר" — ההגבלת השימוש סביר וטעה

#### א. מבוא — עמדת החוק

בעל נכס שאין לו שותפים זכאי לעשות שימוש בנכס שלו ככל העולה על רוחו (חוץ ממה שנאסר עליו מכוח הסכם או מכוח החוק, כגון מטרד על פין דיני הנזיקין<sup>7</sup> וכדומה). לאור זה, היה מקום לקבוע, שבנכש משותף, ההגבלת היחידה על זכויות השימוש של שותף יחיד היא,

<sup>5</sup> בכפוף לזכותו של שותף הרואה עצמו מוקוף לפניו בבית המשפט, לפי סעיף 30(ב).

<sup>6</sup> יש לכך חשיבות רק לפי פס' זוקא, שנביא בסעיף 33, ליד ציון העירה 2, הקובל ששותף השתמש בנכס באופן שלא מונע שימוש מן השותפים האחרים, פטור מתשולם שכר ראוי. אבל לפי דעת וייסמן, אף אם השתמש השותף באופן המותר, עליו לשלם שכר ראוי לשותפים האחרים (נביא גם את דבריו בסעיף 33, ליד ציון העירה 5), ואם כן, אין לאיסור השימוש השפעה על חייב התשלומים, לדעתו.

<sup>7</sup> ראה: פקודת הנזיקין [נוסחת חדש], סעיף 44.

שהוא חייב להימנע משימוש המפריע לשימושם של שאר השותפים, כדי שככל שהשותפים יוכלו למסח את זכותם בשווה. אבל מלשון הסעיף עולה שנותף לדרישה שלא ימנע מושך אחר שימוש סביר, דורש המחוקק שהשימוש שלו יהיה "שימוש סביר".

נראה שטעם הדבר הוא, שעילינו לשאוף לכך שהשותף ישתמש בנכס באופן ה שימוש שהשותפים היו קובעים אילו הגיעו להסכמה ביניהם, כפי שהיא רצוי שימושו, ויש להניח שהשותפים לא היו קובעים שהשימוש בנכס יהיה שימוש מסווג שאינו סביר. על כן, אם לא הסכימו ביניהם, אין להתריר לשותף יחיד להשתמש בנכס שימוש שאיןו סביר.

עם נסף הוא, שלכל שותף יש זכות בעלות בנכס, ומשמעותה של בעלות היא זכות הבעלים לעשות בנכס כרצונו, ולמנוע מאחרים להשתמש בנכס, בלי שייצטרך לנקק את התנגדותו. כמובן, בנכס מסווק, זכות זו מתגשחת עם זכות הבעלות של השותפים האחרים, שזכהים לעשות בנכס כרצונם. הפתורון להתנגשות זו הוא: (א) להתריר לכל שותף שימוש סביר, ואין שאר השותפים יכוליםelmanו שימוש סביר בלי לנמק את התנגדותם (דהיינו, אם שימושו אינו מפריע לשימושם); (ב) גם לאסור על שותף להשתמש בנכס שימוש שאינו סביר, והואו יכולם שאר השותפיםelmanו גם בלי לנמק את התנגדותם – דהיינו, גם אם שימושו אינו מפריע לשימושם.

החוק אינו מגדיר מהו "שימוש סביר". לדעת יוסמן, "סבירות השימוש תיקבע על פי אופיו הנכס ונסיבות העניין. כך, למשל, אין להשתמש במקום שנועד למגורים כבית עסק"<sup>8</sup>. נראה שהסבירות נקבעת גם על פי הנהוג באותו מקום ובאותו זמן. זאת לאור העיקרון שנקבע בחוק החזיות (חלק כלל), התשל"ג-1973, סעיף 39, שהווים ישקיימים ב"זרק מקובלות", ולפי סעיף 61(ב) שם, עיקרון זה חל גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חזיה. יש לפרש כך את החוק גם לאור העובדה שזויה עמדת המשפט העברי, כפי שנראתה מיד.

#### ב. עמדת המשפט העברי – כללי

עמדת המשפט העברי, שותף אינו רשאי להשתמש בנכס שימוש שאיןו מקובל, גם אם אינו פוגע בשותף אחר. השולחן ערוך פוסק<sup>9</sup>: "אחד מן השותפים בחוץ שבקש להעמיד בה

<sup>8</sup> י' יוסמן, *דיני קניין – בעלות ושיתוף*, § 5.70. ראה גם: ע"א 458/82 וילנ' נ' גולני, פ"ד מב (1) 49, 56.

<sup>9</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן קסא, סעיף ז, כתוב שלפי ר"ף, בכואבת תרא לא ע"א (בדפי הי"ץ), אם השותף לא העמיד טהור, ח"מ, סימן קסא, סעיף ז, כתוב שלפי ר"ף, בכואבת תרא לא ע"א (בדפי הי"ץ), אם השותף לא העמיד מהיצה בפניו או בפני התנאר וכו', אין האחרים יכוליםelmanו החזקת בהמה או תנור בחוץ, מפני שאין זה בגדר שימוש קבוע; ואילו לפי הרא"ש, בכואבת תרא, פרק ג, סימן ע, גם בלי מהיצה יכוליםelmanו, מפני שזה בגדר שימוש קבוע. לפי הבית יוסף, שם, הרמב"ם סובר בעניין זה כמו הרא"ש; ולפי לחם משנה, על הרמב"ם שם, גם הר"ף בעצם סובר כמו הרא"ש. ר' ישראל צ'זק ברנסדורף, הר המלך, חלק ג, עמ' תקסה-תקס, כתוב שלදעת הטור יכוליםelmanו רק שלא יעשה מהיצה מפני שהוא יכול לגרום לאחרים נזק, שמא מכוח זה יטען שריש חזקה להשתמש שימוש זה, ואילו בלי מהיצה לא יוכל לטען חזקה; ואילו לדעת הרמב"ם והשולחן ערוך יכוליםelmanו גם בלי מהיצה, מפני שהשתתפו על דעת שישתמשו רק באופן הוגיל. ב"ח, ח"מ, קסא, ו (והסכים עמו חסר ומשפט, קסא, ג), כתוב, שאינם יכוליםelmanו ממנעו לעשות דבריהם אלו באופן זמני.

בבבא בתרא נז ע"ב נאמר, שותף זכאי לעשות כביסה בחוץ המשותפת, ואין שאר השותפים יכוליםelmanו מהות בו ולדרוש שיעשה זאת במקומות אחר, מפני ש"אין דרכן של בנות ישראל להתבזה על הכביסה", בעשייתה במקומות ציבורי. וכך פסק השולחן ערוך, שם (וראה בנוסחי הכלים, שם, שצימצמו דין זה). עם זאת, ש"ת

במה או רחמים או גדל בה תרגולין, חבו מעכבר עליון, וכן שאר דברים שאין דרך בני המקום לעשותם בחזרותיהם, בכלום השותפים מעכבים זה על זה". בדוגמאות המובאות בתחילת הלכה זו (העמדת בהמה או רחמים או גידול תרגולין), מדבר באופןים שונים של שימוש מזיך ומפריע בחזר משותף, וכן זכאים שאור השותפים להתנגד. אולם השולחן עורך מוסיף שהשותפים רשאים להתנגד<sup>10</sup> גם לשאר דברים שאין דרך בני ביתם לעשומם בחזרותיהם". הדעת נורנתה, שהכוונה היא גם שימוש שאינו מפריע כלל ליתר השותפים<sup>11</sup>, אם מתקבל שלא לעשומו בחזר, רשאים יתר השותפים להתנגד. הטעם לכך הוא, שהו עיקרין כלל, שהיקר הזכיות של שותף נקבע בהתאם למנהג המדינה (וכן הוא בכלל הממוןות). מודיע אפשר למנוע משותף שימוש שלא לפני הנהוג, גם אם שימוש זה אינו מפריע לשימוש

של השותפים האחרים? שני הסברים לכך:

א. כל שימוש — ייתכן שיזיק או יפריע לשותפים האחרים, גם אם לא ברור לנו כרגע השימוש זה מפריע. אלא שם זהו שימוש נהוג, אין השותפים האחרים יכולים למנוע זאת ממנה בטענה של ספק הפרעה בעtid, מפני שהוא עושה כמו שככל עושים. רק אם השימוש אינו נהוג, זכאים השותפים לעכב בעידו מלהשתמש בכךם באופן זה, בטענה ששימוש זה עלול לגרום להם נזק או הפרעה בעtid, וכשקרה הנזק בפועל, כבר יהיה מאוחר מדי, ולא יוכל להינצל מהנזק על ידי מניעת השימוש אז.

מהר"ח אור זרוע, סיון קנא, כותב שאין לשותף זכות לבנות בית הכסא בחזר המשותפת, ואין אומרים "אין דרך בני אדם להחכזות לעשות צרכיהם ברשות הרבים", מפני שבזה הוא מחזק בגוף הקרע ומקלקל את החזר בבניין קבוע. שות' מהר"ם די בוטון, סיון יי, בסופו, כותב ששותפים יכולים למנוע משותף לעשות כביש צמר שהיה דבר שאינו נשעה על ידי נשים ואפשר לעשומו בניהר כי אין צורך לכך צניעות. ראה שות' מהר"ם די בוטון, סיון ד (דף קה ע"א), על שותף המבקש למלא את הבית המשותף בכיסאות. שות' משכנות ישראל, סיון כו, אותן יי, ומשפטים שכנים, פרק ג, שאלת ה (בשם קרי הילכות שכנים, זילברשטיין, סיון טו, עמ' לד), כתבו לגבי מגرش חניתה בבניין משותף, שהוא רכוש משותף של כל הדיירים, شامل בעל רכוב ושאי להחנותו את מכוניותו שם, מפני שרוכבו של עולם להחנותו את המכוניות לדי הבית, אבל אין לו זכות להחנותו שם שאיתו (כלומר, דייר אחר יכול למנוע בעזין), מפני שאין נהוג להעמיד שם משאיות. ומשפטים שכנים, שם, שאלה ט, כתוב שמותר לתולות בכיבסה במגרש החניתה המשותף, מפני שותוי אחית מדרכי השימוש ברכוש המשותף.

שות' משכנות ישראל, סיון כו, אותן יג, כתוב שכל שותף ושאי להעמיד אופניים או עגלת תינוק בחזר המשותפת, מפני שכך נהוג, אבל האחרים יכולים למנוע מהם להניהם בצוורה המפריעה למעבר. בשאלת האם שותף אחד רשאי להכני לבית המשותף או לחזר המשותפת אונשים נוספים, עוסוק בסעיף 34, פרק שלישי. זה אמן סוג של שימוש בכךם, אבל מכיון הדין בו (בסעיף 34, העוסק בשותף המעביר את זכותו בכךם לאחר).

<sup>10</sup> מלשון השולחן עורך "חboro מעכבר לעיל", משתמש שאור השותפים האחרים אינם מוחים, ושאי השותף לעשומם ככל העולה על רוחו. וכך כתוב רשב"ם,ibaba בתרא זו ע"ב, ד"ה לקלוא (הובא בשות' משכנות ישראל, סיון כו, אותן ג), שאור האחרים אינם מוחים, מותר לשותף להעמיד את במתו בחזר. ואילו לשון החוק כוללת במשמעותה גם מצב שהשותפים האחרים אינם מוחים, שנם או אין רשייא להשתמש שימוש שאינו סביר (כפי שאמרנו לעיל, ליד ציון העירה 6); ואף אם השותפים האחרים אינם מוחים, ואם דורותים את אכיפת האיסור, יוכל לדרש שכר ראוי על השימוש, כפי שריאנו לעיל, ליד ציון העירה 6.

<sup>11</sup> אולם נ' רקובר סבור, שם אין בשימושו שום פגיעה בשותף אחר, אם מתנגד זו מהיה מידת סדום, וכופים על מידת סדום. לדעתו, השולחן עורך עוסק רק במצב שהשימוש שעושה השותף היחיד פוגע בשותף الآخر, ועל כן שימושו אסור, מה שאינו כן אם השימוש אינו פוגע באחר. לפי דבריו, המשפט העברי אינו מטיל הגבלה על שימוש השותף, כפי שהחוק מטיל.

ב. לפי הדין היסודי, היה אסור לשותף להשתמש בנכס בכלל, מכיוון שבכל פיסה בנכס יש לשותף האخر בעלות חלקית עליון, ונמצא שהוא משתמש בנכס של אחר. אף על פי כן, הדבר מותר, משום שכפי שהגדיר זאת הר"ץ<sup>12</sup>, יש לכל שותף קניין הנור' בחילוקו וקנין שיעבור בחלוקתם. לעומת זאת, כל שותף מקנה מראש לשותפו זכות שעבור על חלקו בנכס, לפחות בזמן שיבקש להשתמש בו. ברם, יש להניח ששותף איינו מקנה זכות שעבור זה על חלקו, לשם שימושים שאינם מקובלים בנכס מסווג זה, שהרי לא יכול היה להעתה על דעתו שימושים אלה, ואף אילו היה יודע על כוונת שותפו להשתמש שימושים שאינם מקובלים, לא היה מוכן לוותר על זכויותיו ולהקנות לשותפו זכות בנכס שלו עבור שימושים אלה.

ג. שימוש בנכס העומד להשכרה סייג נוסף שמציב המשפט העברי על שימושו של שותף יחיד הוא שאינו רשאי להשתמש בנכס אם הגesus מועד מן הסתם להשכרה. כך עולה מן הרשכ"ש שנביא להלן<sup>13</sup>, המחייב בשכר ראוי שותף שדר במרקען משותפים שהיו עומדים להשכרה. נראה שטעם האיסור הוא, שימוש זה מנוגד להסכם כללא בין השותפים, שישכירות את הקרקע. שם שאם הסכימו ביניהם השותפים לפירוש על שימוש במוסים בנכס, אסור לשותף יחיד לעשות בנכס שימוש אחר, וכך גם בהסכם כללא.

#### פרק שלישי

#### "ובלבך שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר"

א. מניעה שאינה פיזית המחוקק קובע עיקרונו, אסור לשותף להשתמש בנכס באופן שהוא מונע משאר השותפים שימוש סביר<sup>14</sup>. הגבלה זו ברורה, שכן בלעדיה יכול היה שותף לשולל משותפיו את האפשרות ליהנות מחילוקם בנכס. לדוגמה: שותף בדירת נופש היה יכול להתגורר בה כל השנה, בטענה שמדובר בשימוש סביר<sup>15</sup>. העובדה שהשימוש השותף היחיד בנכס הוא שימוש סביר, אינה מתירה לו לפגוע בזכויותיהם של שאר השותפים.

<sup>12</sup> הבנו את דברי הר"ץ בסעיף 27, ליד ציין הערא 13.

<sup>13</sup> סעיף 33, ליד ציין הערא 21.

<sup>14</sup> לשון החוק "שימוש כזה" אינו מדויק, ועלול להוביל לפירוש מוטעה, שאסור לשותף להשתמש במרקען בשימוש שמנוע מן האחרים לעשות שימוש זהה, גם אם הוא מאפשר להם לעשות שימושים אחרים. פירוש זה אינו הגיוני, שהרי אין סיבה לצמצם כל כך את רשות השימוש. ברור שפירוש המלים "שימוש כזה" הוא: שימוש סביר, והמלה "כמה" רומחת למלה "סביר" שנאמרה לפני כן. מכאן שימוש סביר מותר אם הואאפשר לשותפים האחרים לעשות שימוש סביר כלשהו, גם אם הוא מונע מהם שימוש זהה.

<sup>15</sup> כמובן, ניתן היה לטעון שימוש שאינו אפשר שימוש מקביל של שאר השותפים איינו בגדר שימוש סביר. ברם, נראה את הנитוח המשפטי של שתי הדרישות בפסק דין של השופט בן פורת בפס"ד וילנור (להלן, הערא 22).

עיקרונו זה פשוט בעיני המשפט העברי<sup>16</sup>. עם זאת נידונו במשפט העברי מקרים גבוליים, כלהלן.

יש שהשימוש שהשותף מבקש לעשות בנכש המשותף אינו מונע באופן פיזי מן השותפים האחרים לעשות בו אותו שימוש, ומכל מקום השותפים האחרים טוענים שימושו מונע זאת מהם מסיבה אחרת. דוגמה קלאסית לכך היא מגורים בדירה משותפת. הדירה עשויה אמן למגורים של כמה אנשים, אולם יכולה להיות להישמע טענה, שאם אחד השותפים מתגורר בה, שאר השותפים "אין יכולות" להתגורר בה, מפני שהם אנשים זרים ולאנוח להם לגור ביחד. האמן שימוש כזה מותר? בחוק אין תשובה לשאלת זו.

ניתן למצוא תשובה לכך בדיינו של הרמב"ם<sup>17</sup> בדרכי חלוקת קרקע משותפת שאין בה כדי חולקה<sup>18</sup>. לתחילת הפטرون הרצוי בכגון זה הוא, אחד השותפים יקנה את חלקו של חברו<sup>19</sup>. אולם, אם "אין אחד מהן רוצה, לא לנוקח חלק חברו ולא למכור חלקו, אלא ישארו שותפים בגוף, הייאך הם עושים? אם היה המקום עשויל לשכר, שכורין [=משכירים] אותו, וחולקים שכרו. ואם איןו עשויים לשכר, אם חזר היא, שכנים בה שנה שנייה, שי אפשר שישכנו שנייהם כאחד מפני היוזק ראייה". מדברי הרמב"ם עולה, שאם שימוש של שותף אחד במרקע עירוני המשותפים אינם מונעים באופן פיזי משאר השותפים להשתמש בהם, הרי אם הוא מונע משאר השותפים להשתמש בו מניוק אחר כלשהו, כגון פגיעה בפרטיותם, שימושו של שותף יחיד. בכגון זה הפטرون הוא השומר הנכש המשותף וחלוקת דמי השכירות, או חלוקת זמנים. הראב"ד<sup>20</sup> חולק על הרמב"ם. לדעתו, חלוקה בזמנים אינה פתרון ראוי ממשום שכל שותף יהיה וכייא לטענן, "לא אטוח להיות גוליה שנה בשנה". זאת ועוד, מוסך הראב"ד: לעתים יש שותף שאין לו הימן לגור, ואם אין לו להימן יפנה, מה תחא עליו?". לנוכח הראב"ד סובר שיכול שותף יחיד לומר לחברו: "מאחר שאתה רוצה למכור וגם אני רוצה למכור, או תסבול היוזק ראייה, או תחלוק, כי לעולם לא אטריח להיות גוליה שנה בשנה". נמצא, לדעתו כל זמן שלא יגיעו השותפים לעמק השווה בעניין חלוקת השיתוף, אין זה בלתי סביר מצדך לדרוש משותפיו שיסבלו את היוזק הראייה שהוא גורם להם. אולם דעתו של הראב"ד נחתה מן ההלכה<sup>21</sup>.

נמצא אפוא, שכל שימוש המונע מיתר השותפים להשתמש בנכש המשותף, גם אם המונעה אינה פיזית, השימוש אסור ללא הסכמת יתר השותפים.

<sup>16</sup> כך עולה מן הרמב"ם והראב"ד בסמוך, שנהלקו רק בשאלת האם מניעה לא פיזית מותרת. אבל ראה הערכה, שמדוברי הרשב"א באחת מתחשובתו עולה שותף וראשי להשתמש בנכש גם באופן המונע שימוש שותף אחר.

<sup>17</sup> רמב"ם, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב.

<sup>18</sup> כמובן, קרקע שמחמת קרוטנה אין אפשר להקל אותה פיזית באופן שיישאר לכל שותף חלקה הראויה לאותו שימוש שהוא לפני החלוקה. להרחבת דברים בעניין זה, ראה בדיינו בסעיף 39.

<sup>19</sup> זה הדין של "גוד או אגדוד" — ראה בדיינו בסעיף 40.

<sup>20</sup> השגות הראב"ד, על הרמב"ם, שם.

<sup>21</sup> שולchan ערוך, ח"מ, סיון קעא, סעיף ח, פסק כדעת הרמב"ם, וכן המגיד משנה, שם, דחה את דברי הראב"ד מכל וכל. הרמ"א, בהגנתו על השולchan עורך שם, מסיג את פסיקת השולchan עורך, שבಚזר שלפני הבתים, השותפים צריכים לשוטר ייחד, מפני ששארבע אמות מן החצר לפני ביתו של כל אחד משועבדות בכל בית. כוונתו היא, שככל אחד ישתמש בארכוב האמות הסמוכות לו. אבל אף הוא אומר שבשגר החצר אינם מוכרים להשתמש ייחד.

ב. מניעת שימוש כשותפים الآחרים אינם עומדים להשתמש מה דינו של שימוש שהיה מונע מהשותפים الآחרים להשתמש בנכס, אילו רצוי להשתמש בהם, אלא שאינו מונע בפועל משותפים אחרים מלהשתמש, מפני שהם אינם עומדים להשתמש בהם? בזה נחילקו שופטי בית המשפט העליון.<sup>22</sup> דעת המיעוט היא, שמשמעותה הדרישה היא, שכדי שימוש יהיה מותר, הוא צריך להיות כזה, שבאופן תיאורתי יכולים גם השותפים الآחרים להשתמש במרקען באותו זמן. אם הדבר אינו אפשרי, שום שותף אינו רשאי להשתמש בשימוש זה, כל עוד לא הגיעו להסכמה ביניהם, גם אם בפועל השותפים الآחרים אינם מבקשים להשתמש בנכס, ועל כן השימוש אינו מונע מהם דבר, בפועל. לעומת זאת, דעת הרוב היא, שהדרישה היא מעשית, כלומר, שאסור לשותף יחיד להשתמש בנכס באופן שימוש כשותף אחר. אבל אם השותפים الآחרים אינם יכולים מעוניינים לעשות שימוש בנכס, כך שבפועל אינו מונע מהם את השימוש, הרי השימוש מותר.

יש לציין שבתזכיר הצעת חוק דיני מונונות TOKEN נספח העשייף, ונקבע<sup>23</sup> שרשי השותף "להשתמש בנכס שימוש סביר, ובלבך שלא ימנע שימוש סביר משותף אחר המונין בכך". תיקון זה מתאים את נוסח החוק לפסקת הרוב בבית המשפט העליון, כאמור.

אם שותף השתמש במרקען באופן שתיארנו, שלא מונע שימוש בפועל אבל מונע שימוש באופן תיאורתי, לפי דעת המיעוט עליו לשלם שכר ראוי לשותפים الآחרים<sup>24</sup>, ולפי דעת הרוב, אינו חייב לשלם.

את עמדת המשפט העברי בשאלת זו ניתן להסביר מתוך פסק של הרמ"א. הרמ"א<sup>25</sup> דין בעניין שנים שהיו שותפים במקומות ישיבה בבית נכס, והוא קרוב, שאם לא הסכימו על חלוקת השימוש לפי זמנים, ויבש אחד במקומות המשותף למשך זמן מסוים, כאשר חברו לא נכח באותו מקום, אין לשותף الآخر זכות לקבל אחריו תקופת זמן נוספת. קביעה זו עולה בקנה אחד עם דעת הרוב בבית המשפט העליון, שלפיה השותף הראשון היה רשאי לשבת במקומות המשותף כשחבירו לא נכח, וכך לא היה חייב לשלם לו על שימושו, ולא היה חייב לאפשר לשותף الآخر להשתמש בנכס זמן מקביל.

את העמדה הזאת, שモותר לשותף להשתמש במרקען כאשרו מונע בפועל שימוש של שותף אחר אלא מונע רק מונעה תיאורטית, אפשר לנמק על פי העיקרון "וכפין על מידת סדום". הרי אם שותף דרש לאסור על שותפו את השימוש בנכס, בטענה ששימוש זה מונע

<sup>22</sup> ע"א 458/82 וילנر נ' גולני, פ"ד מב(1) 49. לsicום הדעות ראה: י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, עמ' 229 וAIL).

<sup>23</sup> תזכיר הצעת חוק דיני מונונות, התשס"ז-2007, סעיף 520(א). ראה לעיל, הערה 1.

<sup>24</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערה 6, ששותף השתמש במרקען שימוש אסור, חייב לשלם שכר ראוי לשותפיו.

<sup>25</sup> רמ"א, חו"מ, סימן קעא, סעיף ח. מקשו בשווית הרשב"א, חלק א', סימן תתקנו, וחלק ב, סימן קמא (הובא גם בשווית בית יצחק, חו"מ, סימן מז). וראה שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן יז (כו ע"א).

כמו כן, שו"ת הרמ"ה, סימן רעא, כתוב (בדרך אגב, בתשובה שעיקר עניינה בדיני חזקה), שיש לשותף זכות לדור בכל החצר, מפני חלקו הבלתי מסוים בנכס (ובדור שהוא מתכוון למצב השותף השני אינו מבקש לדור אף הוא בחצר).

אבל בשווית הרשב"ש, סימן קלט, כתוב שני אחים שירשו שני בתים, אחד גדול ואחד קטן, וראובן דור בבית הגודל שנים וברות, זכאי שמעון לדור בבית הגודל במספר הזוג השניהם שדר בו וראובן.

ראה מכתבו של רוז'ן גולדברג בעניין זה, להלן, עמ' 295.  
<sup>26</sup> בבא בתרא יב ע"ב, ועוד.

מןעו עצמו את השימוש, למורת שאין בדעתו להשתמש בנכס בפועל – הוא נהוג במידה סדום.

ברם, יש מצבים שבהם אין אפשרות לכל השותפים להשתמש בנכס במקביל, כגון שהנכס הוא קטן, ואז נייחם בדרך אחרת את הדרישת לאפשר לשותפים האחרים שימוש סביר. לדוגמה, לעניין הנחת מטענים לזמן קצר בחצר משותפת, פוסק הרשב"א: "ואפילו בחצר שאין בה דין חילקה, כך הוא, שבמקום שווה משים בוليلו אוobilתו לשעה, אי אפשר להשתמש זה בחכימתו וזה בחכימתו כאחד, לעיתים שאי אפשר. אלא כמשמעות זה לשעה, משתמש בו שני לשעה"<sup>27</sup>. בנסיבות אלו, הדרישת לאפשר לשותף שימוש דומה מיושמת על ידי מתן אפשרות מקבילה להנחת מטענים בזמן אחר. כך מצאנו גם לגבי שימוש במושב מושתף בבית הכנסת. מאחר שאין אפשרות מעשית שני השותפים ישבו במושב בו זמנית, הדרישת לאפשר שימוש דומה תתרפרש כשיעור דומה בזמן אחר: "ואפילו במקום ישיבה של בית הכנסת, שאפשר לשניהם להשתמש בו כאחד, כסיסתול זה, ישב בו זה. קדם וישב בו הום, יקדים השני לאחר, וישב בו"<sup>28</sup>.

#### פרק רביעי

##### הרשאה לעת צורך – "החזקתם התקינה של המקראין... מניעת נזק"

בסעיפים קטנים (2) ו-(3) מתייר המחוקק לשותף "לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפיה מראש הדרישת להחזקתם התקינה של המקראין ולניהולם", וכן, "לעשות כל דבר הדריש באופן סביר למניעת נזק העולול להיגרם למקראין ולהגנת הבעלות והחזקה בהם". המחוקק מטיל אפוא הגבלות אחדות על פעולותיו של שותף לשם החזקת הנכס, ניהולו או מניעת נזק ממנו. עניין של הגבלות הוא, שמותרת רק פעולה "דחופה ובלתי צפיה מראש"<sup>29</sup>. נראה, שהסיבה לכך היא, שפעולות החזקה, ניהול וכדומה, כרכות בדרך כלל

<sup>27</sup> שותף הרשב"א, חלק ב, סימן קמא.

<sup>28</sup> שותף הרשב"א, שם.

לכוארה דברי הרשב"א קשים, שהרי לדבריו זוכה בדי מי שהוא אלים, המקדים לשבת במקומו. נראה הוא סבור שאין בכך פגם, מפני שכמוהו של עולם, כשאין דרך אחרת להשתמש. וראה בשות' בית דוד (פלוטוף), ח"מ, סימן נה, המנק את דברי הרשב"א בעובדה שני השותפים בণידונו הי יכולים להשתמש יחד במקומות בית הכנסת כל יום כל אחד בשעות שונות. יתרון שהוא בא לעונת על השאלה: מדוע לא קבעו הסדר של חלוקת זמנים, כפי שוראיינו בסעיף 30, פרק שני, ב, ובמוקם זאת השאירו את הדבר למי שורוי יותר? ותשובתו היא, שאין צורך בחלוקת זמנים, כיון שכל אחד יכול לשבת במושב בשעה אחרת ביום – נראה, ב"מנינים" שונים.

בית דוד, שם, כותב שבণידונו של הרשב"א, גם אם מתחילה התנגד השותף השני ודרש שישכוו את המקום לאחרים, אינו יכול לעשות כן, אלא ישמשו שניהם יחד, כיון שהדבר אפשרי, כאמור בתלמוד (כבא בתורה יג ע"א) בעניין אחים שירשו מרחץ, אחד עני ואחד עשיר, שאף שאין עני עבדים שישמשו במרחץ, הרי באופן תיאורתי הוא יכול להשתמש בו לאותו מספר שעות אחיו ועבדיו משתמשים בו.

<sup>29</sup> אמונה בפעולות שנועדו למניעת נזק, אין המחוקק מפרש שהפעולה צריכה להיות "דחופה ובלתי צפיה", אך אין להסיק מכך שהחוקק מתייר גם פעולה לא דחופה. הסיבה שהמשמעות המחוקק הגבלה זו היא שלא

בhzואות, והוצאות אלו ישולמו על ידי כל השותפים, לפי סעיף 32<sup>30</sup>. לפיכך, ראוי שותף יזועץ בשותפיו, בטרם יפעל לטובת הנכס, שמא אינם מסכימים לפעולתו, שתחייב אותם בתשלום ההוצאות עבורה. רק אם קיים צורך דחוק בפועלה לטובת החזקתו או ניהולו של הנכס או מניעת נזק ממנו, מתיר המחוקק לשוטף לפועל שלא מדעת שותפיו, משום שבמקרים אלו, הדרישה שייזועץ בשותפים עלולה להסב נזק לנכס.

זאת ועוד. לעיתים, פועלות הגעות לטובת החזקתו והנכס, ניהולו, או מניעת נזק ממנו, מביאות לשינוי פני הנכס, כגון בהצתת גדר, הנחת מערכת השקיה, וכדומה. לאחר שהנכס נמצא בנסיבות מסוימת, ברור שככל שהוא בו טוען הסכמת כל השותפים. لكن שותף רשאי לפועל מדעת עצמו לטובת החזקתו הנכס, ניהולו או מניעת נזק ממנו, רק אם קיים צורך דחוק בפועלות אלה.

הרשאות שנוטן החוק לשוטף – משמעותה היא, שהשותפים האחרים חייבים להשתתף בהזאותיו, על פי סעיף 32, כאמור. נראה שתוצאה נוספת מוסיפה זו היא, שהפעולה נחשבת כאילו נעשתה בשליחותם של השותפים האחרים, הן לעניין זה שאם הוצרך לנקט פעולה משפטית יש לה תוקף חוקי כאילו עשווה כולם, והן לעניין חבותם השימושית של השותפים האחרים בזקין<sup>31</sup>.

לפי המשפט העברי, שותף רשאי לעשות פעולה הנזוצה למניעת נזק לנכס, גם אם השותפים האחרים מתנגדים, ואם עשה פעולה כזו, השותפים האחרים חייבים להשתתף בהזאותיו. כך פסק נחיתות המשפט<sup>32</sup>, שאם בית משותף עומד לפיל, ושותף אחד רוצה להזקן ואני יכול להזקן בלי שיחזק את חלקם של השותפים האחרים, כופים על האחרים להשתתף בהזאותיו<sup>33</sup>. יתר על כן: לדבריו, אם הבית נפל, וייעוד הקruk הוא לבנייה בלבד, יכול אחד מן שותפים לכוף על השותפים האחרים להשתתף בהזאותו הבניאה, מפני שהדבר הוא בגדר הצלת הבית מנזק ולא בגדיר השבחה. מכאן אפשר להסביר, שהשותף האחד רשאי לעשות פעולה אלה לבדוק, ולהתבוע לאחר מכן מהשותפים האחרים להשתתף בהזאותיו.

הרש"ש<sup>34</sup> מבסס את רשות השותף לעשות פעולות נזוצות, על דין "עובד איניש דינה לנפשיה". מאחר שלפי הדין, חייבים כל השותפים לתחת את חלקם בהזאות הדורותות לתיקון הקruk, זכאי שותף יחיד לעשות את התקיונים על דעת עצמו, ולגבות מן האחרים את חלקם בהזאותיו.

נראה שלפי המשפט העברי, דין זה יהיה לגבי פעולות שהן "צורך גדול" לניהול הנכס, או שמנาง המדינה לעשותן. כפי שראינו לעיל<sup>35</sup>, המשפט העברי קובע שכל שותף יכול לכפות

<sup>30</sup> רצה צורך לכתוב אותה בפיירוש, מפני שהיא משתמשת מלאיה, שכן טבען של פעולות שנעודו לצורך מניעת נזק הוא שיש בהן צורך דחוק. כך הסביר י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיטוף, § 5.85 (עמ' 249).

<sup>31</sup> כך ניתן להסיק מן האמור לגבי הרשאה לעת צורך הניתנת בחוק השומרים, התשכ"ז-1967, סעיף 6, ובחוק השילוחות, התשכ"ה-1965, סעיף 5(ב). ראה חוק לישראל, על החוקים הללו.

<sup>32</sup> נתיבות המשפט, סימן קעה, ס"ק ג.

<sup>33</sup> שם אין מדובר בשיתוף ממש במבנה, אלא כל קומהמצויה בעבודות נפרדת של אדם אחר; מכל מקום, אפשר ללמוד משם בהיקש למצב של שיתוף.

<sup>34</sup> שות הרש"ש, סימן קפ. הוא אינו כותב בפיירוש שמדובר גם אם האחרים מתנגדים לביצוע הפעולות הנזוצות, אבל כך עולה מנימוקו.

<sup>35</sup> סעיף 30, ליד ציון הערכה 19.

על שותפיו ביצוע פעולות אלה. הדעת נותנת שככל שותף רשאי לבצע פעולה כללה על דעת עצמו, ולהייב בהוצאותיו את שאר השותפים. יש להDIGISH, שבפועלות אלה, סמכותו של שותף לפעול על דעת עצמו ולהייב את שותפיו להשתתף בהוצאות, אינה נובעת מדחיפות הפעולה אלא מאופיה.

#### פרק חמישי

### הודעה לשותפים الآخרים

החוק מורה לשותף שהשתמש בנכס באופן המותר, או שעשה פעולה נזока למניעת נזק לנכס או להחזקתו, להודיע על כך לשותפים האחרים בהקדם. יש לציין שבזכיר הצעת חוק דיני ממונות<sup>36</sup> בוטלה חובת היידוע ביחס לשימוש לפי סעיף 31(א)(1), ביטול שטדו "להקל על שותף המשמש שימוש סביר"<sup>37</sup>.

לא מצאנו הוראה כזו באוקוות המשפט העברי.-CNRA, הטעם הוא, שמותר לשותף היחיד להנוגג כאמור גם אם השותפים האחרים מתנגדים בפירוש<sup>38</sup>; ואם כן, אין טעם בכך שודיעו להם מראש, שהרי גם אם ידעו ויבינו התנגדותם, לא יצטרך לשנות את התנהגו; וכל וחומר שאין טעם בהודעה לאחר מעשה, כאשר את הנעשה אין להסביר. מצד שני, במקרה של פעולה למניעת נזק לנכס או להחזקתו, על פי ס"ק (א)(2)-(3), אם השותפים האחרים אינם יודעים על פעולה זו, בדרך כלל השותף יודיעו מעצמו לשותפים האחרים, מפני שהוא ירצה שיתהtrap בהוצאותיו, ואין צורך בצדויו החוק שיעשה זאת.

#### פרק שישי

### סיכום

שותף יחיד רשאי להשתמש במרקען המשותפים בלי הסכמת יתר השותפים, בשני תנאים: (א) השימוש יהיה סביר, לפי נסיבות העניין והנוהג. (ב) השימוש לא ימנע משותפים אחרים להשתמש שימוש סביר במרקען, גם אם סיבת המניעה אינה פיזית.

<sup>36</sup> הזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 520(ב).

<sup>37</sup> דברי ההסבר לסעיף 520(ב).

התזכיר, בסעיף 520(ג), מחדש חובת הודעה מראש על פעולה למניעת נזק או על פעולה דחופה: "שותף יודיעו לשותפים האחרים על כוונתו לפעול כאמור בסעיף קtan (א)(3) או (4) לפני עשיית הפעולה, ככל שהדבר ניתן; לא ניתן לדבר ועשה השותף פעולה כאמור, יודיעו עליה לשותפים האחרים בהקדם האפשרי".

<sup>38</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערה 33. ראייה לדבר: הרי אף שימוש שלא לפי המנהג — מותר, אם האחרים לא הביעו התנגדות (כפי שראינו בהערה 10). ומכאן שימוש לפי המנהג מותר גם אם השותף الآخر מביע התנגדות.

אם השותף الآخر אינו נוכח, רשאי השותף לעשות גם שימוש שהיה מונע משותפו להשתמש בנכס אילו היה נוכח.  
מותר לשותף לעשות פעולה דחויפה הנחוצה לטובת הנכס, והוא זכאי להשתתפות השותפים האחרים בהוצאותינו.

פרק שבעי

**הצעת נוסח על פי המשפט העברי**

זכותו של שופר 31. בין קביעה אחרת לפי סעיף 30, במפורש או מכללא, רשאי כל שותף,  
<sup>ח' כי</sup> בלי הסכמת יתר השותפים —  
(1) להשתמש במרקען המשותפים שימוש סביר כמקובל, ובלבך שלא  
ימנע — באופן פיזי או באופן אחר — שימוש סביר משותף אחר  
המבקש להשתמש בהם.  
(2) לעשות כל פעולה דחויפה ובלתי צפואה מראש הדروשה להחזקתם  
התקינה של המקרקעין ולניהולם.  
(3) לעשות כל דבר הדורש בדחיפות באופן סביר למניעת נזק העול  
להיגרם למקרקעין ולהגנת הבעלות והחזקה בהם.



### ניסייה בהוצאות

- ניסייה בהוצאות 32. (א) כל שותף חייב לשאת לפיו חלקו במרקען המשותפים בהוצאות הדרושות להחזקת התקינה ולኒהולם.  
(ב) שותף שנשא בהוצאות כאמור לעלה חלקו, רשאי לחזור ולהיפרע מן השותפים האחרים לפי חלקיהם במרקען.

### התוכן

פרק ראשון: מבוא 71

פרק שני: שותף שאינו משתמש בנכס — "כל שותף חייב לשאת בהוצאות..." 72

פרק שלישי: דרך חלוקת נטל הוצאות — "לפי חלקו במרקען" 74

פרק רביעי: סוג הוצאות — "בהוצאות הדרושות להחזקת התקינה ולኒהולם" 76

פרק חמישי: שותף שנשא בהוצאות לעלה חלקו 76

פרק שישי: סיכום 76

פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט עברי 77



## מבוא

טבעה של הבעלות על נכס, שהיא גוררת אחריה הוצאות שונות, כגון עבר נקיון, חשמל, מיסים, אחזקה וכדומה. המחוקק קבע שבנכס משותף, כל שותף חייב לשאת לפי חלקו בהוצאות הדורות ל"החזקתו התקינה ולניהולו" של הנכס.<sup>1</sup>

בחקוק המקראין, סעיף 58, העוסק בכתים משותפים, חומר המחוקק על עקרון זה בהרחבה: "בעל דירה חייב להשתתף בהוצאות הדורות לחזקתו התקינה ולניהולו של הרשות המשותף ולהבטחת השירותים המחייבים על פי דין או המקובלים על פי הנוהג, הכל בהתאם לחלקו ברכוש המשותף, זולת אם נקבע בתיקון שיעור השתתפות אחר".<sup>2</sup>

ברם, יש שהשותף אינו נהנה מן הנכס, כגון שהוא איינו משתמש בו עקב העדרות, או שאינו נהנה מהוצאה מסוימת, כגון שהוא גור בקומת קרקע ואין לו עניין במעלית. האם יש בכך עילה לפטור אותו מהשתתפות בהוצאות, כולן או חלקן? המחוקק לא הביע עמדה בנושא זה.

החוקק קבע שחייב כל שותף לשאת בהוצאות הדורות לחזקתו התקינה ולניהולו של הנכס המשותף. יש מלומדים המפרשים את הביטויים "החזקת התקינה" ו"ניהול" המוזכרים בלשון החוקק בסעיף זה, באופן רחב<sup>3</sup>, באופן שהם כוללים רק החזקה וניהול שוטפים, אלא גם פעולות הדורות לצורך מניעת נזק העולול להיגרם לנכס, או לשם הגנה על הבעלות בו. מאידך גיסא, משתמש מדרבי החוקק, שהשותפים אינם חייבים להשתתף בהוצאות עבורה פעולות שאינן הכרחיות.

הסעיף אינו דין בהוצאות הנגרות מן השימוש בפועל של כל שותף בנכס, כגון הוצאות עבור צירת חשמל של בית משותף. הוצאות אלה אין בגדר הדורות לחזקת הנכס, אלא הן נובעות שימוש השותפים בנכס, וכך כל שותף ישלם לפי הכמות שהוא צורך. רק אם החזקה הנכס עצמה דורשת חשמל, למשל, לדוגמה, בלי קשר לשימוש השותפים בו, הוצאות החזקה אלה יוטלו על כל השותפים לפי חלקם היחסית.

ככל, קבע החוקק שככל הוצאות הדורות לחזקתו התקינה וניהולו של הנכס, יש כל שותף "לפי חלקו", כלומר, לפי גודל המנה שלו בשיתופו. הסדר זה נראה צודק כשוגבה הוצאות תלוי בגודל הנכס. בתשלום מיסי ארונה, למשל, אכן מוצדק ששותף שחילקו במקראין גדול משלם עמיתיו, ישא בהוצאות התשלום בהתאם לחלקו. אולם, האם יש הצדקה

<sup>1</sup> חוק המיטלטין, התשל"א-1971, סעיף 9(ה), מחייב הוראה זו גם על שיתוף במיטלטין. הזכיר הצעת חוק דיני מונגוליה, התשס"ז-2007, סעיף 522, מנוסח בהתאם באופן כללי: "שותף ישא בהוצאות הדורות לחזקתו התקינה של הנכס המשותף וניהולו, בהתאם למנתו בנכס". על השמתת ס"ק (ב) בתוכיר, ראה להלן, ליד ציון הערכה 16.

<sup>2</sup> סעיף 77 במשפט סעיף זה גם על בתים שלא נרשמו בפנקס הכתים המשותפים.

<sup>3</sup> ראה: י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, עמ' 252. על הזכות להשבת ההוצאות, ראה גם: ד' פרידמן, דיני עשיית עשור ולא במשפט, מהדרי א' ירושלים בשם"ב, § 131 (עמ' 118).

להסדר זה כאשר קשור בין גובה ההוצאה וגודל הנכס, כגון בהוצאות התקנת דלת כניסה לבניין משותף?

יש להזכיר שהשותפים יכולים לעשות הסכם ביניהם על אופן חלוקת הוצאות הנכס. חלוקת ההוצאות לפי גודל החלק בנכס המשותף אינה אלא ברירה מחרד, וכי שנקבע במפורש בחוק המקורעין, סעיף 58, לעניין החברים משותפים: "הכל בהתאם לחלקו ברכוש המשותף, זולת אם נקבע בתקנון שיעור השתתפות אחד". כמו כן, סיג זה נקבע גם ביחס לדיוון במשפט העברי, שימוש במקירים בהם לא קבעו השותפים, במפורש או מכלא, הסדר ייחודי בעניין חלוקת ההוצאות.

להלן נברר מהי עמדת המשפט העברי בשאלות אלה.  
שאלות נוספת העולות בקשר להשתתפות בהוצאות, הן: האם השותפים חייבים להשתתף בהוצאות שהוציא אחד מהשותפים לפועל לצורך הנכס, ופעולתו לא הביאה את התועלת המבוקשת; והאם השותפים האחרים יכולים להקטין את שיעור השתתפות בהוצאות בטענה שהיא אפשר להשיג את המטרה בהוצאות נוספות יותר? לאណון שאלות אלה כאן, מפני שהן נידונו במקורות המשפט העברי בקשר להוצאות עבור בנייה ונטיעה במרקעין המשותפים. על כן נדון בהם בדיוונו בסעיף 46, העוסק בבנייה ונטיעה במרקעין המשותפים.  
אבל ניתן להחיל כאן את האמור שם.

## פרק שני

### שותף שאינו משתמש בנכס – "כל שותף חייב לשאת בהוצאות..."

בס"ק (א) קובע המחוקק, שככל שותף חייב להשתתף בהוצאות לטובת הנכס. מן הלשון הסתמית של הסעיף, ניתן להסיק, ששותף חייב להשתתף בהוצאות אלה, בין אם הוא משתמש בנכס ובין אם לאו. ואכן, במקרים אחדים חייבה הפסיקה דיררים להשתתף בהוצאות החזקת מעלית, על אף שמדריתה לא הייתה גישה למעלית<sup>4</sup>.

ברם, אין להסיק מפסקה זו שהמשפט הישראלי מטיל על שותף את הוצאות הנכס על אף שאין הוא נהנה מפירוטיו. הסדרים ובמים בחוק המקורעין יוצרים זיקה בין ההנהה לבין שיעור השתתפות בתשלומי. נראה שבענייני המשפט הישראלי החזקת הנכס המשותף והשבחו נתפסת

<sup>4</sup> ע"א 238/83 נציגות הבית המשותף נ' מרכוס, פ"ד מא(2); ע"א (חיפה) 123/74 שرف נ' נציגות הבית המשותף, פס"מ תשל"ה (2), 124.

<sup>5</sup> יש לציין שבענינים מסוימים קבע המחוקק שיעורי השתתפות שונים בהוצאות בית משותף, המתבססים בהנהה שמאורים שמשותפים: לעניין הוצאות מעליית לדיררי הקומה הראשונה, ראה סעיף 159; לעניין התחרבות בשטחים שאינם מחוממים לצורך חישוב הוצאות ההסקה, ראה סעיף 58(ב); לעניין השתתפות בהוצאות מערכת החימום המרכזיות לדירר שהנתנק ממנה, ראה סעיף 59(ד) וע"א 385/87 אוזוב נ' נציגות הבית המשותף, פ"ד מג(4), 586; לעניין הוצאות החזקת התאמות לעבלי מוגבלות, ראה סעיף 59(ג); לעניין הוצאות הפעלת מעלית שבת, ראה סעיף 59(ז). סעיפים אלה אמורים בכתים הרשומים בפנקס הכתים המשותפים, אך סעיף 77 במלחיל אותם גם על בתים שלא נרשמו כתם משותפים.

כהנאה לכל השותפים, בין היתר בשל ההנהה הפוטנציאלית, הבאה לידי ביטוי, למשל, בהשבחת ערכו הכלכלי של הנכס<sup>6</sup>.

שאלה זו נידונה בתוספתא לעניין שותפים בחצר. בימי חכמי התלמוד, היה נהוג לבנות בתים סכיב חצר, כשתחי הbatis פונים לחצר. הבעלות בחצר הייתה משותפת לכל בעלי הבתים. התוספתא דנה בשאלת, אבלו הוצאות חיבר להשחף מי שיש לו בית בחצר אבל איינו גור בה אלא בחצר אחרת. וזה לשון התוספתא<sup>7</sup>: “מי שיש לו בית בחצר אחרת, בני החצר אחרית משעבדין אותו לעשות עמאנן דלאט, נגער [=בריה] ומגעול לחצר. שאר כל הדברים, אין משעבדין אותו. אם היה שורי עמאנן באויה חצר, משעבדין אותו על הכלל”. אבל לא ברור מן התוספתא מדוע שותף שאינו גור בחצר חייב להשתתף בהוצאות אלה דווקא ולא באחרות.

נתיבות המשפט<sup>8</sup> מסביר את דברי התוספתא, שהמבחן בשאלת זו הוא מבחן ההנהה. אין השותף ממשם אלא אם כן נהנה. על כן, הוצאה הנהוצה לשם שמירת הנכס, לאחר שהיא מועילה לכל השותפים, בין למי שמשתמש בו בפועל ובין למי שאינו משתמש בו בפועל, הרוי כולם חייבים להשתתף בה. זו הסיבה שנקבע בתוספתא, שותף חייב לשלם بعد הוצאות התקנת דלאט, נגער ומגעול, גם אם אינו גור בחצר. לעומת זאת, בהוצאות שהשותף אינו נהנה מהן מפני שהוא גור שם, הרי הוא פטור מהשתתפות.

התוספתא עוסקת בשותף שאינו משתמש במקרקעין מפני שהוא גור שם, אבל אפשר למלמד ממנו גם לשותף שగор שם אלא שאינו משתמש באחת מן הפונקציות של המקרקעין, כגון עיורו שהוא נהנה מהוצאות החארה, ולא מן השחלה פרחוי נוי בגינה. נמצאו למדים, שלפי המשפט העברי, שותף שאינו יחויב בכלל הוצאות הדירושות להחזקת הנכס, אלא הוא יחויב רק בהוצאות הגורמות לו הנהה גם בהיעדרו, כגון אלה התורמות לשימרת הנכס<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> ניתן להבין טעם זה בשתי רמות. בע”א 385/87 איזוב נ’ נציגות הבית המשותף, פ”ד מג(4), 586, חוות בעלי דירה להשתתף בהוצאות החזקה מערכת ההסקה המרוכזת למורתם מהם בחזרו לה坦יק ממנה, והחיזב נומך בכך שהאפשרות לשוב ולהחזר למיעטה “מנוגיל את ערבה ושוויה של הדירה בשוק, אפילו אם אינו חפץ בה עתה, ומשום כך עליו לשאת בעולותה”. ברמה מופשטת יותר ונtran שוג מבלי להצביע על הנהה קונקרטית אפסציפית, עצם השבחה הנכס המשותף אינה אלא השבחה קנייננו הפרטיש של כל מהשותפים, וממילא ניתן להתייחס להנהה העומדת בסיס החוב (ראה: א’ איזונשטיין, סודות והלכות בדיי מקרקעין, חלק שני, תל אביב תשס”א, עמ’ 335). שני הטענים מסתפקים למשמעות בהנהה פוטנציאלית, ואני דורשים הנהה בפועל.

<sup>7</sup> תוספתא, Baba Metzia, פרק יא, הלכה ט. כך פסקו רמב”ם, הלכות שכנים, פרק ה, הלכה ב, ושולחן ערוך, חו”מ, סימן קסא, סעיף ב. בית יוסף, חו”מ, סימן קסא, סעיף ג, כותב גם בשם מישרים, נתיב לאל, חלק ו, שמי שאינו גור בחצר אינו צריך לשלם עבור בית שער.

<sup>8</sup> נתיבות המשפט, סימן קסא, חידושים, ס”ק ב. ראה גם חזון יחזקאל על התוספתא, שם. חזון איש, בבא בתרא, סימן ד, ס”ק ז, מסביר את דברי התוספתא, שותף שאינו גור בחצר חייב להשתתף בהוצאות לשיטתו שהוא “צורך החצר ביותר”, אך אינו חייב להשתתף בהוצאות לבניית מחיצה באמצעות או לבניית בית שער, מפני שמטרתן של אלו היא למנוע היוק ראייה, ושותף שאינו נוכח אין מזיך בהיוק ראייה ואין נזוק ממנו. קשה לחילן מדבריו קרטירון כלל, מה נחשב “צורך” זהה, גם שותף שאינו נוכח יחויב בהוצאות עבورو.

<sup>9</sup> בספר דיני מוניות, חלק ב, שער ה, פרק א, סעיף טו, כתוב, שבנין יש בו שירות חנין לדיריהם, חייבים כל הדיירים, גם מי שאין לו מכונית, לשאת בהוצאות הפעלת השירות, מפני שעיל דעתם כן נכסם לדור בבניין.

## פרק שלישי

## דרך חלוקת נטל הוצאות – "לפי חלקו במרקען"

את הוצאות השותפים בנכס אפשר לחלק לשני סוגים: הוצאות הגדלות ביחס ישיר לגודל הנכס, והוצאות שאין גודלות ביחס ישיר לגודל הנכס. בהוצאות מן הסוג הראשון, ההגין העומד מאחריו קביעה המחוקק הוא ברור: שותף שחלקו בנכס גדול יותר מאשר חבריו, יותר יותר לחבריו לכך שההוצאות להחזקת הנכס ולניהולו יגדלו; לכן, דין הוא שישא בהוצאות אלו לפי חלקו היחסית בשיתוף. אולם מדובר שותף שחלקו בנכס גדול משל חבריו, יהוויב לשאת לפי גודל חלקו בנכס בהחזקת הנכס וניהולו שגובהן אינם תליי בגודל הנכס? נראה שההתשובה היא, שיש להתחשב בהנחה הפטונצייאלית שבהשבחת ערכו של הנכס כתוצאה מפעולות שנעשות לטובת החזקה הנכס ונניהלו, והנאה זו יש לה ערך עבור שותף שיש לו חלק גדול בנכס יותר מעבורו שותף שחלקו בנכס קטן, וזאת הוא שישא בנטל הרבה יותר בהוצאות הדראושות לפועלות אלה. כמו כן, יש יתרון של יכולות בכך שנקבע קרייטרין אחד וברור, שאין פותח פתח לדין ובדים ביחס לשיעור התנהה שמשמעותם כל אחד מהשותפים. לפי המשפט העברי, הוצאות מחלוקת "לפי הממון", ככלור לפיה הרוכש הכללי שיש לכל אחד מן השותפים<sup>10</sup>. נראה שהטעם לכך הוא, שמי שיש לו יכולת גדולה יותר לשלם, חייב

בשאלת השתתפותו בהוצאות של שותף שאינו משתמש במרקען, ראה דין ממונות, שם, סעיפים ט-יג; מנתת צבי, חלק א, סימן יב; פתחיה הושן, נזקין, פרק טו, העאה פא; חסדר ומשפט, קסב, א. לכוארה, היה אפשר ללמוד לעניין זה מדברי הפסוקים שדרנו בשאלת, האם תושב עיר וחיב להשתתף בהוצאות הדראושות לטובת העיר, אם אין לו הנאה מהן (לדוגמה: אדם זון שאשתו אינה זוקה עיר למוקוה, האם גם הוא חייב להשתתף בהוצאותה להחזקת והניהול של מקווה הנשים?). ברום, נראה שאם אפשר ללמדו מדבריהם לנידונו, עניין שותפים. בגליל מרכיבותה של מערכת הוצאות העירונית, ובגלל מספרם הגדל של בני העיר שככל אחד יש זרכמים שונים, יש מקום לקבוע משפט אחד לכל בני העיר. אם נפטר אדם אחד מהשתתפות בהוצאותה לטבות שאינו זוקק לכך או שאינו מסכים איתן, יבוא אדם אחר ויידרש פטור מהוצאות אחרות, יבואו אחרים, לא יהיה לדבר סוף. שנה הדבר בשותפים במרקען, שבגמל ניתן לבדוק איזה שותף זוקק לאיזו הוצאה, ולהזכיר את שותפותם בהוצאות למצאי הבדיקה. גם השימוש הלשוני משקף בבחנה זו: בני העיר אינם "משתתפים בהוצאות" אלא "משלמים מיסים", ובכך לא לדי בייתי העדר הזיקה בין המס לבין המטרות המוסיימות שהוצאות מן המיסים (שונה הדבר באגרה), שוגם היא ממשילת לשותף, אך היא צמודה לשימוש שנעשה בכיסף, שעבورو ניתנת האגרה, ומכאן השם השונה). להערכת דברים בעניין ההוצאות העירונית, ראה: שות' מהר"ם מינץ, סימן ז; שות' מהר"ם אלשיך, סימן נב; שות' הר"א"ש, כלל ג, סימן ט; רם"א, חו"מ, סימן קצג, סעיף ג וסעיף ו; סמ"ע, שם, ס"ק לב; שות' חותם סופר, אורחה חיים, סימן קצג (וראה הערת רז"ג גולדברג על דבריו, להלן, עמ' 295); שער תשובה, אורחה חיים, סימן תרנה, ס"ק יא. הם עסקו במיסי הקהילה, וכן הסתמ דבריהם אמרו גם במיסים למדינה, שהשיקולים לגביהם דומים.

ברום, יש לציין ששות' מישנאות ישראל, סימן ז, עמ' סה, כותב ששות' חותם סופר, או"ח, סימן קצג, מחייב שותף בהוצאות השותפות אף על פי שאין הוא נהנה בפועל מפיוטה, שהרי החותם סופר מחייב אנשים הדרים מחוץ לעיר בהוצאות הקהילה (הוצאות השוחטים, המקווה והרכז), אף שאין הם נהנים מן הוצאות בפועל, מכיוון שהם אינם מכך שהאפשרות לנצלם עומדת לרשותם. החותם סופר מביא הוכחה לדעתו משותפים במרקח (בבא בתרא יג ע"א – אף שם אין מדובר בחולקת הוצאות), הרי שהוא אינו מביחס ביניהם בהבחנה דלעיל. אבל מישנאות ישראל כותב שהחותם סופר הוא היחיד בדעתו זו, ולפי רוב הפסוקים, שותף שאין דר בבית המשותף פטור מלשלם; והוא כותב שיש לפ███ בעניין בדרך פשרה.

<sup>10</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן קסא, סעיף ג.

### פרק שלישי: דרך חלוקת נטל הוצאות – "לפי חלקו במרקען"

لتروم יותר למטרות המשותפות. עיקרונו זה, של תשלום לפי היכולו, מקובל היום בעולם בחלוקת נטל המיסים, כאשר המס העיקרי הוא מס הכנסה, שבו בעל הכנסה גבוהה יותר מאשר משלם.

ר' ישראל גروسמן<sup>12</sup> קובע על פי זה את העיקרון ששיעור השתתפות השותפים בהוצאות הנכס המשותף נקבע לפי הנאותם מפירותיו. בהתאם לעקרון מנהה זה נפסק שאט הוצאה מהשכבים לפי מספר החדרים והדירותורם, אך הוצאות שמהן נהנים כל השותפים בשווה, דוגמת נקיון ותאורה, מחלקיים שווה בשווה.<sup>13</sup>.

לא נאמר שם איזה רכוש יילקח בחשבון. לעניין ההשתתפות בהוצאות עירוניות, גם היא מתחלקת (בעניינים מסוימים) "לפי ממון", נאמר ברמ"א, חור"מ, סימן קסג, סעיף ג, שהכוונה היא לרכוש שיש לכל אדם בתוקן ביתו, לרובות כף של אדם אחר המופקד בידו; והטעם הוא, שגם לגבי הכספי המופקד, הוא נהנה מן הוצאות על חומות העיר, ששומרות עליו מגניבה. לפי זה, כף שיש לאדם אחר לא יילקח בחשבון.

שוו"ת הרשב"ש, סימן וسط, דין בשותפים שחילקו את הקרן המשותפת, ורוצים לבנות קיר בין חלוקיהם, והוא פוסק, שככל אחד ישלם באופן יחסית לשטח שיש לו. אף שבנדונו הוצאות נעות בזמן שכבר אין הקרן משותפת, אפשר ללמוד מדבריו بكل וחומר על הוצאות של שותפים בקרן משותפת. אבל יש להעיר ששלוחן עוזר, חור"מ, סימן קנו, סעיף ג, כותב שכוחם בין שכבים (שאים שותפים) שמטרותו לנous הייך וראייה, הוצאות מחולקות בשווה גם אם לאחד מהם יש שטח גדול יותר. נticיות המשפט, סימן קסא, ס"ק א, כותב שהדין כך גם אם אחד עשיר יותר מהאחר, ומסביר שאין הולכים בעניין זה "לפי ממון", מפני שמטרת הכלות היא כדי שלא יזקנו זה להזק ואיה, ומזיק בסכום קטן צריך להרוחיק את עצמו כמו מזיק בסכום גדול.

שוו"ת הרשב"ש, סימן ז, דין בשותפים בקרן, שלאחד יש שני שלישים ולאחד יש שליש, ואחד מהם בניה בניין בחצר ותיקן אותה, והוא פוסק שהשותף الآخر חייב לתה לו "כל מה שהוציא" (ברור שכונתו שיתן חלק ממנו שהוציא, ונקט "כל" רק ללמד שאין מנכים לו מן התשלום אם השבח פחות מן הוצאה); ואינו כותב שיתן באופן יחסית לגרוד השטח.

על אופן החלוקת הוצאות, ראה גם הקרי הלכות והלכות שכבים (זילברשטיין, תשמ"ג), סימנים יד-טו (עמ' לג); ארחות משפט (אורשינסקי), עמ' קצז ואילך (=תחומין גג, תשס"ג, עמ' 403-396).

<sup>11</sup> לעניין הוצאות על בית שער ולולת (שנכורו בשולחן עורך, חור"מ, סימן קסא, סעיף א, והובא לעיל, הערכה 7), יש טעם נסף לכך שగובים לפי ממון — שהרי הם שומרים מגניבה, ומפני שיש לו יותר ממון ביבו נהנה יותר מהם. אבל טעם זה אינו שייך בהוצאות האחרות שנכורו בסעיף א שם: "אשר דברים שהם צורך החצר, ושנוגנו בני המדינה לעשותם".

בשולחן עורך שם, סעיף ג, מובאת דעה בשם "יש מי שאומר", שחלוקת ההשתתפות בהוצאות תהיה על פי קיורוב בתים, ככלומר, מי שביתו קרוב יותר לחומה החיצונית של החצר, משלם יותר, מפני שהוא חשוף יותר לסכנות שחזור, וכך הנהנה יותר מן הוצאות. לפי דעתו זו קשה עוד יותר, מה הטעם שהוצאות האחרות (חוון מבית שער ודלת) תהיינה לפי קיורוב בתים?

<sup>12</sup> "למדנו מכאן, דنمיך החלקה של הוצאות, בהתאם לפי מודת ההנהה שננה מהדבר שעבורו גובין" (שו"ת משכנות ישראל, סימן טז, עמ' סג).

<sup>13</sup> שם.

## פרק רביעי

**סוג הוצאות — "בהוצאות הדروسות להחזקת התקינה ולניהולם"**

מה הן הוצאות ששותפים חייבים להשתתף בהן? הקритריון של החוק הוא: "הוצאות הדروسות להחזקת התקינה ולניהולם". אך לא נאמר כיצד קובעים אלו הוצאות דרשות ואלו לא דרשות.

נראה שהקריטריון כאן חופף לקריטריון הקובע את דרך הנהול של הנכס, כמפורט בדיינו בסעיף 30. ככלומר, לפי החוק הישראלי, אם הרוב קובע שיש לעשות דבר מסוים בנכס, חובה על כל השותפים להשתתף בהוצאותו שכן. ואילו לפי המשפט העברי, שכפי שראינו שם, אפשר אף למיינוט לדרש עשיית דברים שהם "צורך גדול" או "מנาง המדינה", משמעות הדבר היא שכל השותפים חייבים להשתתף בהוצאות העשית בדברים אלו.

## פרק חמישי

**שותף שנשא בהוצאות לעלה מחלוקת**

סעיף קטן (ב) קובע: "שותף שנשא כאמור לעלה מחלוקת, רשאי לחזור ולהיפרע מן השותפים האחרים לפי חלקיהם במרקען". הסדר זה מקובל גם על המשפט העברי<sup>14</sup>. הטעם לאפשרות החזורה על שאר השותפים אינו קשור לדיני הקניין והבעלות אלא לדיני עשייה עוישר<sup>15</sup>, ומסיבה זו הושמט סעיף קטן זה מתOMIC הצעת חוק דיני ממונות<sup>16</sup>, כפי שנאמר בדברי ההסביר שם.

## פרק שישי

**סיכום**

בסעיף קטן (א), קובע המחוקק ש"כל שותף חייב לשאת לפי חלקו במרקען המשותפים בהוצאות הדروسות להחזקת התקינה ולניהולם". מן המשפט העברי עולה, ששותף שאינו משתמש במרקען, יחויב רק בהוצאות הגורמות לו הנאה. לפי המשפט העברי, שותף חייב להשתתף בהוצאות עברו כל פעולה במרקען שהיא צורך גדול או ש"נהגו בני המדינה לעשותם", ולא בהוצאות עברו בדברים שאין המנהג לעשותם.

<sup>14</sup> שותת הרוב"ם (מהד' בלאו), סימן תטו, כותב שם בונה אחד השותפים במרקע בינוי "הכרחי", האחרים חייבים להשתתף עמו בהוצאותהו (ואם מת, השותפים האחרים חייבים לשלם לירושו). כמו כן, תשב"ץ, חלק ג', סימן רח, כותב שם חזק אחד השותפים קירות וಗגות שהיו רעוים, השותף الآخر חייב לשלם לו מחצית הוצאותהו.

<sup>15</sup> להרבה בעניין זה ראה י' בלס, חוק לישראל, עשיית עשור ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב.

<sup>16</sup> תוכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף .522

החוק קובע שכל שותף ישא בהוצאות "לפי חלקו במרקען המשותפים". לפי המשפט העברי כל שותף ישא בהוצאה לפי מידת הנאותו מהן.

פרק שבעי

הצעת נוסח לפי המשפט עברי

נשיאה בהוצאות 32. (א) כל שותף חייב לשאת, בהוצאות ההכרחות והנהוגות להחזקתם התקינה ולניהולם של המקרקעין המשותפים, לפי מידת הנאותו מן ההוצאות.  
(ב) שותף שנשא בהוצאות כאמור לעלה חלקו, רשאי לחזור ולהיפרע מן השותפים האחרים לפי מידת הנאותו מן ההוצאות.  
(ג) שותף שאינו משתמש במרקען חייב להשתתף בהוצאות הנחותו לקיום המקרקעין, ולא בהוצאות שנועדו לדוחת המשתמשים בהם.



## תשלום בעד שימוש

33. שותף שהשתמש במרקען משותפים חייב ליתר השותפים, לפי חלקיהם  
במרקען, שכיר ראוי בעד השימוש.

תשלום בעד  
שימוש

### התוכן

פרק ראשון: מבוא 81

פרק שני: איזה שימוש מהיב תשלום? – "שותף שהשתמש... חייב ליתר  
השותפים" 82

א. שימוש מותר 82

ב. שימוש אסור 84

פרק שלישי: התשלום – "שכר ראוי" 85

פרק רביעי: סיכום 86

פרק חמישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 87



## מבוא

הסעיף שלפנינו קובע שאם השותפים לא הסכימו ביניהם על דרכי השימוש בנכס המשותף, ואחד מהם השתמש בו, הוא חייב להשלום ליתר השותפים. הטעיר מנוסח בלשון כללית ואין מבחין בין שימוש מותר (שהיקפו הוגדר בסעיף 31) לשימוש אסור.<sup>1</sup>

נחלקו הדעות בשאלת היקפה של תחולת הסעיף. בית המשפט העליון, בפרשנות זרק<sup>2</sup>, קבע, ששותף חייב לשלם שכר ראוי רק אם הוא "השתמש במרקען באופן בלעדי, באופן שנמנע מיתר השותפים להשתמש אף הם באותו מרקען". היה ולא נמנע השימוש זהה מיתר השותפים, גם כאשר הם לא השתמשו בפועל, אין השותף חייב בתשלום כלשהו ליתר השותפים.<sup>3</sup> לעומת זאת, רק אם שותף השתמש בנכס באופן שמנע מיתר השותפים להשתמש בו, הוא חייב לשלם שכר ראוי ליתר השותפים.<sup>4</sup>

ויסמן<sup>5</sup> חולק על גישה זו. לדעתו, גם שותף שהשתמש בנכס באופן המותר על פי סעיף 31, חייב לשלם שכר ראוי. הוא טען<sup>6</sup>: "מדוע לא ישלם בעל משותף עבור שימוש שעשה בחילוקים של הבעלים האחרים של הנכס, ואפילו היה השימוש מותר לו? פטור מתשלום יהא במקרה מתוך גושפנקה לעשיית עשור ולא במשפט". זאת ועוד. הוא סבור שחשיבות החלטה על השותף אף אם השתמש רק בחלק מן הנכס, אף אם חלק זה אינו גדול ממהו היחסית בנכס. הוא מנמק זאת כך<sup>7</sup>: "זכיות השותפים, כולל, משותעות בכל אחר ואחר שבנכס המשותף. שימוש בחלק כלשהו מן הנכס המשותף הוא, על כן, בהכרח, שימוש גם בחילוקים של הבעלים המשותפים האחרים. לפי זה... יהיה על בעל משותף שהשתמש בחלק כלשהו מן הנכס המשותף לשלם שכר ראוי עבור השימוש שעשה, ולא תישמע מפי הטענה כלפי הבעלים

<sup>1</sup> חוק המיטלטلين, התשל"א-1971, סעיף 9(ה), מחייב הוראות סעיף זה גם על שותף במיטלטلين. הזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 523, מאחד מהם: "שותף שהשתמש בנכס משותף ישלם לשותפים האחרים, בהתאם למונחים בנכס, שכר ראוי עבור השימוש בנכס המשותף".

<sup>2</sup> ע"א 1492/90 זרק נ' פארט,TKDIN עליון 93 (1) 258.

<sup>3</sup> בית המשפט העליון מסביס את החלטתו, בין היתר, גם על עמדתו של אל' איזונשטיין, יסודות והלכות בדיין מרקען (תש"ג), כרך א, עמ' 182.

<sup>4</sup> בית המשפט לא דן בשאלת האם שותף שעשה שימוש שאינו סביר — דבר שאסור לפי סעיף 31 — חייב לשלם על כך שכר ראוי. במספר מדיניות קובע החוק שככל שימוש אסור מהויה עילה לחייב שכר ראוי, לרבות שימוש שאינו סביר — ראה ויסמן, שיזון בהערה 5. יתרכן שלפני המשפט הישראלי אין הדבר מהויה עילית תחייב, וזאת אם נניח שuilת הטבעה היא מניעת השימוש על ידי שאר השותפים, ולא העובדה שהשימוש היה "אסור".

<sup>5</sup> י' ויסמן, דיני קניין — בעלות ושיתוף, עמ' 241-237. ראה גם את ביקורתו של השופט אנגלרד בע"א 891/95 זידאני נ' ابو אחמד, פ"ד נג(4) 778, 769.

<sup>6</sup> ויסמן, שם, עמ' 238.

<sup>7</sup> ויסמן, שם, עמ' 240-241.

האחרים: יכולם היוות המשותף באוטם חלקים מן הנכס המשותף שביהם לא השתמשתי". עם זאת, שותף פטור מלשלם שכר ראוי עבור שימוש שעשה, אם ניתן להסיק מן הנסיבות שהשותפים האחרים, שלא השתמשו בנכס, ויתרו על זכותם לשכר ראוי.<sup>8</sup>

ההחלטה קבעה שחשיבות התשלום לפי סעיף זה אינה אלא "החלפת פרטנית של העיקרון הכללי שמרתתו למונע עשייה עוזרת ולא במשפט", עיקרון שמצוין לאחר מכן ביטוי חקיקתי בחוק עשיית עוזר ולא במשפט<sup>9</sup>. אם כן, לא מדובר בפיזי נזק בין השותפים, והמילא שיעור התשלום הוא "שכר ראוי", המשקף את ההנחה שהפקיד השותף מהנכס, ולא את הנזק שנגרם לשאר השותפים.<sup>10</sup>

בדיונו להלן נבחן מהי עמדת המשפט העברי בשאלת חובת התשלום של שותף بعد השימוש שעשה בנכס משותף, בהתר או באיסור. כן נעסוק בשאלת אופן התשלום: האם התשלום הוא בכיס דוקא, או שהוא מחייב תשלום יכול להיות גם בדרך של העמדת שימוש מקביל לרשות יתר השותפים.

לאណון כאן בשותף שלא השתמש בעצמו בנכס המשותף, אלא השכיר אותו לאחר, לאחר שהשאלה למי שייכים דמי השכירות נופלת בಗדרו של סעיף 35, העוסק בחלוקת פירות הנכס.

## פרק שני

### איזה שימוש מהחייב תשלום? – "שותף שהשתמש... חייב ליתר השותפים"

#### א. שימוש מותר

כפי שראינו במבוא, שאלת חובת התשלום של שותף בגין שימוש מותר בנכס המשותף שנוייה בחלוקת בין פרשני החוק, ויש המחייבים אותו בתשלום אף אם השתמש רק בחלקו היחסיבי בנכס.

מדובר הפטוקים עליה, שותף פטור משלם בגין שימוש בנכס, וזאת גם אם השתמש ביותר חלקו היחסיבי בנכס, ובכלד שלא מנע שימוש דומה מיתר השותפים. אולם הראשונים מעלים נימוקים שונים לפטור זה:

הרשב"<sup>11</sup> קובע ש אף אם השתמש השותף בכל הנכס המשותף, הוא פטור משלם, משום

<sup>8</sup> ויסמן, שם, עמ' 239, על פי ע"א (ת"א) 763/76 כהן נ' וROL, פ"מ תש"ח (2) 245. פסק הדין עוסק בשותף שהשתמש בנכס במשך זמן רב, והשותפים האחרים לא דרשו שכר תמורה שימושו; ובית המשפט הסיק מכך (ומנשכחה נוספת) שהאתרים זוכב את הדירה, מכאן שווייר לשותפו על שכר שימושו בה.

<sup>9</sup> ע"א 891/95 זידאני נ' ابو אחמד, פ"ד נג(4) 769, 778. חוק עשיית עוזר ולא במשפט, התשל"ט-1979, נחקק כעשר שנים לאחר חוק המקורען.

<sup>10</sup> בפסק"ד זידאני, שם, עלתה גם השאלה האם ניתן לראות בשותף שהשתמש ביותר חלקו בנכס "מסיג גובל". הוללה האפשרות שרק אם השותף "מנשל" את שאר השותפים, ואינו מסוגל להם שימוש מקביל, ניתן לדאותו כמסיג גובל.

<sup>11</sup> שותף הרשב"<sup>11</sup>, חלק ב, סימן קמא.

תשובה הרשב"<sup>11</sup> הובאה להלכה על ידי הרם"א, חו"מ, סימן קעא, סעיף ח, וזה לשונו: "לא חלקו [כלומר, לא קבעו השותפים זמני שימוש או דרכי שימוש במרקען], והשתמש בו אחד מן השותפים כמה שנים,

ש"כל חלקו [=את הטענה או את זמני השימוש], בשלו הוא משתמש". נראה שהוא מתכוון לנמק על פי העיקורן המנוסח בר"ג<sup>12</sup>, שלו שותף יש קניין הגוף בחלקו וקניין שעבודה בחלקם של השותפים האחרים. כמובן, יש לו זכות להשתמש בחלק של חברו כשהוא צרי. נמצא אפוא ששותף המשמש בנכ"ס המשותף שימוש מותר, גם אם השתמש בו יותר מחלקו היחסי בנכ"ס, עווה זאת כביבול ברכשו הפרטני ("בשלו הוא משתמש"), וזה הסיבה שאין מקום לחיבור בתשלום<sup>13</sup>.

התשב"ץ<sup>14</sup> מעלה נימוק שונה מנימוקו של הרשב"א. הוא דין בשני שותפים במרקען שעלייהם בנוים בתים. אחד השותפים נסע למשך תקופה שיפוץ השותף השני את הבתים, והשתמש בכל המקרעין. כשוחרר, הראשון תבע מהשני דמי שכירות עבור הימים שבזמן נחנה מן הרכוש המשותף. להגנתו טען להה, שלאمنع מבעליו שימוש במרקען, ואילו היה נשאר במקום היה יכול גם הוא להשתמש בהם. התשב"ץ פוטק, שהשותף המשמש לא פגע בזכויותיו של שותפו, מכיוון שהמרקען לא עמדו להשכרה (כפי שמכילה העובדה שהשותף שנسع לא השיר את חלקו), ולכן המשמש פטור מתשלום, בהתאם לכלל<sup>15</sup>: "זה נהנה וזה לא חסר — פטור".

בדבריהם יש תשובה לטענת וייסמן, שהובאה לעיל<sup>16</sup>, שם שותף שהשתמש שימוש מותר יהיה פטור מלשלם שכר ראוי, נמצא שהוא עושה עושר ולא במשפט. תשובה הרשב"א היא, שאין זו עשיית עושר ולא במשפט, מכיוון שהוא משתמש בשלו באופן המותר. תשובה התשב"ץ היא, אין חירוב על עשיית עושר (הנאה), אם שנגדו אינו מפסיד מכך (לא חסר). הרשב"א והתשב"ץ הגיעו לפא לאזהה מסקנה, אבל נימוקיהם שונים זה מזה באופן מהותי. לדעת התשב"ץ, ניתן לשותף המשמש בנכ"ס המשותף נחשב כדי משתמש ברכשו של חברו (אף שאינו מונע ממנו שימוש במרקען)<sup>17</sup>, ובכל זאת הוא פטור מתשלום משום הכלל ש"זה נהנה וזה ולא חסר — פטור". לפי זה, על השותף המשמש שימוש מותר מוטלים כל הסיגים החלים על כל מי שננהנה מרכושו של חברו בלי להסביר לו נזק<sup>18</sup>. כך לדוגמה, אם

לא יוכל אחר כך האחר לומר, השתמש גם כז זמן שנ逝מש, תוכל זמן שלא חלקו, כל אחד בשלו הוא משתמש". הרמ"א מביא את הדברים לגבי מקרען שאין בהם כדי חילוקה (כלומר, שאמ' ייחילוקו, יקבל כל אחד חילקת קרען שאינה רואיה לאותו שימוש שישמו לפני חילוקה). אולם הרשב"א עצמו מוסיף בסוף תשובתו, שיעירן זה חל גם על מקרען שיש בהם כדי חילוקה. כאמור, גם במרקען כלל, אם השתמש שותף אחד בלבד בכל המרקען, הוא אינו חייב בתשלום, משום ש'בשלו הוא משתמש'.

הבאנו את תשובה הרשב"א גם בסעיף 31, ליד ציון הערכה 99. ראה על דבריהם.

<sup>12</sup> הבאנו את הר"ג בסעיף 27, ליד ציון הערכה 13.

<sup>13</sup> אפשרות אחרת היא לומר שתפקידו של הרשב"א היא שיש לכל שותף בעלota מלאה בכל הנכס, ומילא כל עוד הבעלות לא מתנגשות יכול כל אחד מהשותפים לטעון שככל הנכס שייך לו.

<sup>14</sup> תשב"ץ, חלק ג, סימן רה. גם ש"ת הרשב"ש, סימן טז, דין במרקחה, ופוטק שמאחר שהabit לא היה מיועד להשכרה, "שהורי לא השירו [שותף שנسع] לשום אדם", נחשב "זה נהנה וזה לא חסר", ופטור מילשלם.

<sup>15</sup> בבא קמא כ ע"א.

<sup>16</sup> לעיל, ליד ציון הערכה 6.

<sup>17</sup> השווה סעיף 1075 למגילה: "בשותפות ברכוש כל אחד מהשותפים הרי הוא בבחינת זו לגבי חלקו של الآخر". ראה על כך לעיל, ליד ציון הערכה 9.

<sup>18</sup> על סיגים אלה ראה בהרחבה: ני רקובר, עורך וlawyer במשפט, שער ראשון, עמ' 22 ואילך; יי' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 56 ואילך.

השותפים האחרים הביעו החלטה לשימוש בחلكם בזמן היעדרם, חייב המשמש לשלם עבור השימוש<sup>19</sup>. כמו כן, אם נגרם הפסד, ولو הקטן ביותר, לשותפים האחרים, עקב השימוש, הוא חייב לשלם את מלאו התשלום<sup>20</sup>.

לעומת זאת, לדעת הרשב"א, דין השותף ביותר מחלוקת אינו כדי אדם זה, אלא כדי בעלים, שכן בעולותם של כל השותפים משתרעת על פניו הנכס כולם, לפחות לעניין השימוש. יש בכך נפקות לגבי המקרים הנ"ל, גם בהם יהיה המשמש פטור מלשלם שכור, בגיןוד לדעת התשב"ז.

אולם יתכן שהתשב"ז השתמש בנימוק זה לצורכי המעשה שבא לפניו, אך גם הוא מודה עקרונית לדעת הרשב"א, ששותף המשמש במרקען המשותפים שימוש מותר, פטור מתשלום משום שהוא נחسب למי משתמש ברכשו שלו. אם הנחה זו נכונה, אין מקום לסתיגים אלה, אף לדעת התשב"ז.

#### ב. שימוש אסור

הרשב"ז כתוב, שאם המקרקעין המשותפים היו עומדים להשכרה, ודר בה שותף אחד בלבד, הוא חייב לשלם דמי שירות לשותף الآخر<sup>21</sup>. כך לעומת גם מן התשב"ז שהוכרנו, שפטר שותף מתשלום משום שבנידונו המקרקעין לא היו עומדים להשכרה, הרי שלאלו היו עומדים להשכרה, היה השותף חייב לשלם. החיוב כאן על פי שני הנימוקים שהבאנו לעיל לפטור שותף שהשתמש בנכס: נימוקו של התשב"ז אינו תקף כאן, שהרי אין אדם יכול לטעון "זה נהנה וזה לא חסר" בקשר העומדת להשכרה<sup>22</sup>. גם נימוקו של הרשב"א אינו תקף כאן, שהרי הוסכם שהנכס עומד להשכרה, ונמצא שהשותף משתמש בנכס בגיןוד להכסם.

יתר על כן: מתוך שהרשב"א שהוכרנו פטור שותף מתשלום מפני שבנידונו לא חלקו השותפים את השימוש לזמן, משתמש שאם הוסכם ביניהם על חלוקה לזמן ושותף אחד השתמש במרקען בזמן השימוש לחבירו, הוא חייב לשלם. נראה שהטעם הוא, שההסכם הזה את כוללת הסכמה כלללא, מי שימוש במרקען בניגוד למוסכם, חייב לשלם לחבירו. כמו כן, נראה שאם השותפים הסכימו ביניהם על אופן השימוש בנכס, ואחד השותפים فعل בגיןוד להסכם, לא תישמע הטענה "בשלו הוא משתמש", וממילא הוא יהיה חייב בתשלום.

<sup>19</sup> ראה שולחן ערוך, ח"מ, סימן שג, סעיף ג.

<sup>20</sup> ראה בבא קמא כ ע"ב, שהדר בחזר חברו שלא ברשות, גם בחזר שאינה עומדת להשכרה, חייב לשלם דמי שירות אם גרם נזק של השחרורת הקירות.

שו"ת בית יצחק, ח"מ, סימן מד, מסביר שהתשב"ז לא היה יכול להסתפק בנימוק ש"בשלו הוא משתמש", מפני שאם מפני נימוק זה, היה השותף الآخر יכול לנכotta את שכר השימוש מן ההוצאות שתבע ממנו השותף הראשון על הבניה שבנה ל佗ות המקרקעין.

<sup>21</sup> שו"ת הרשב"ש, סימן טו, ד"ה על כן. להלן, ליד ציון העלה 31, נראה שהוא כותב שאינו צריך לשלם כסף, אלא יכול לומר "דור נגדי".

<sup>22</sup> בספר משפטי שכנים, פרק ג, שאלת ג, כתוב שגם שותף אחד חנה במקום חניה של שותף אחר, הוא חייב לשלם לו, אם זה מקום שרגילים להשכיר מקומות חניה (כנראה מדובר שהראשון לא הצליח לשני לחנות במקום החניה של הראשון), ואילו במקרים שאין רגילים להשכיר את מקום החניה, חייב לשלם רק אם הלה דרש זאת מראש (על פי כללי "הדר בחזר חברו שלא ברשות").

<sup>23</sup> בבא קמא כ ע"א; שולחן ערוך, ח"מ, סימן שג, סעיף ג.

פרק שני: איזה שימוש מהיבר תשלום? – "שותף שהשתמש... חייב ליתר השותפים"

סוג אחר של שימוש אסור, שראינו לעיל<sup>24</sup>, הוא שימוש המונע משותף אחר להשתמש בנכש המשותף. על כך פסק ר' דוד פילוסוף<sup>25</sup>, שם השותף השתמש בנכס באופן שמנע משאר השותפים להשתמש בו, עליו לשלם להם שכר ראוי, מכיוון שלקח מהם את זכות השימוש, שווה כסף.

לעוניין שותף שהשתמש בנכס שימוש שאיןו סביר, שוגם הוא אסור, לפי סעיף 31, לא מצאו בפסקים מי שמחייב אותו לשלם שכר ליתר השותפים. יש מקום להבחין בין שימוש אסור זה לסוגים האחרים של שימוש אסור, שכן שימוש זה לא גורם לשותפים האחרים הפסד ולא מנע מהם רווח. עם זאת, אפשר שיחייב לשלם להם שכר על עצם השימוש, ככל אדם המשתמש בנכס חברו בליך רשותו, גם בעלי שמנע ממן רווח. הר' הסברנו<sup>26</sup> שטעם פטור השותף מתשלוםبعد שימוש מותר הוא מפני שיש לו קניין שעבוד על חלקם של השותפים האחרים, המקנה לו זכות שימוש. אבל שעבוד זה הוא רק לשימושים מותרים, ולא לשימושים אסורים, כגון שימוש שאיןו סביר. אם כן, שותף העושה שימוש שאיןו סביר למשעה משתמש בנכס של אדם אחר, ובשל כך יש לחייבו בתשלום.

גם כשותף מחויב לשלם שכר ראוי, הוא חייב רק אם השתמש בשטח הגדלן מן המנה שלו בשיתוף. הוא אינו חייב לשלם על שימושו בשטח שווה לגודל מנתו, שהוא בשלו הוא משותף<sup>27</sup>. זאת בגיןו לעמדת ויסמן<sup>28</sup>, שהשותף חייב בשכר ראוי גם אם השתמש רק בחלק מהנכס, בגיןו שוגם אז הוא השתמש בחלקו של השותף الآخر, שזכהו בנכס משתרעת על פני כל השטחה. אפשר להסביר על נימוק זה, על פי דברי הר' ז' שיש לכל שותף קניין שעבוד בחלקו של השותף الآخر, שמקנה לו זכות שימוש בכל הנכס כשהוא זוקק לשימוש. לנין יש לו זכות להשתמש בכל הנכס חצי מהזמן, ומילא הוא זכאי להשתמש בחצי מהנכס כל הזמן, ואין לחיבו לשלם אם ניצל את זכותו זו.

### פרק שלישי

#### התשלום – "שכר ראוי"

ראינו ששותף המשתמש בנכס המשותף שימוש אסור חייב לשלם. במקרים כאלו עליה השאלה, האם התשלום שהיבר בו השותף צוין להיות בסוף דזוקא? או שהוא דשאי,

<sup>24</sup> סעיף 31, פרק שלישי.

<sup>25</sup> שות' בית דוד (פילוסוף), ח'ו'מ, סימן נה.

הוא מסביר שהרשב"א פטר את השותף בגיןו מטעם "בשלוי אני משתמש", מפני שבנידונו היו שני השותפים יכולים להשתמש יחד במקומות שבכיתה הכנסת כל יומם, כל אחד בשעתו; אבל בית דוד עוסק בשותפים בבתיו, ואי אפשר שששתמוו שניותם בבית יחד, ואילו נכח השותף השני בעת שהראשון השתמש בבביה, היה הראשון צריך להסתלק או לעשות חלוקת מים.

<sup>26</sup> לעיל, ליד צין הערתה 12.

<sup>27</sup> בית דוד שם דן במקרה ששותף אחד דר עם משפחתו במרקען המשותפים, והביה עוד משפחה שתדרור שם; והוא פוסק שרק המשפחה האחראית חייבת לשלם דמי שירותו לשותף الآخر, ואילו השותף עצמו (עם משפחתו) פטור, מפני שהוא גורר ורק בחצי הקרקע, והרי חציה שייך לו.

<sup>28</sup> לעיל, ליד צין הערתה 7.

<sup>29</sup> הבאנו את הר' ז' בסעיף 27, ליד צין הערתה 13.

במקום זאת, להעמיד את הנכס לשימושם הבלתי של שותפיו במשך תקופת שבוגינה מוטלת עליו חובת תשלום? שאלת מקבילה עולה מצד התובעים (יתר השותפים): האם יכולם הם להתנתק מהשלם בסוף ולדרוש במקום זאת שהתחולם ייעשה בדרך של שימוש מקביל<sup>30</sup>? לאחר שככל מטרתה של השותפות היא השימוש בנכס המשותף, יש מקום לומר, שימוש מקביל יהיה תחליף מושלם לבסוף, ועדיף עליו. אך מצד שני אפשר לטען, שככל זאת בסוף הוא אףו התשלום העדרי ביחס.

הרש"ב<sup>31</sup> דין בשופט שדר בחצר לבדו, והחצר הייתה מועדת להשכלה, והוא פוסק שהשותף יכול להציג לשותף الآخر שידור בחצר למשך תקופה זמן שהוא דר בה. מכאן, שאינו חייב לשלם כסף דואק.

#### פרק רביעי

##### סיכום

החוק מחייב שותף, שהשתמש בנכס המשותף, לשלם לשותפים האחרים שכיר ראוי בשימושו, ואינו מבחין בין שימוש מותר לבין שימוש אסור, ונחלקו הדעות, האם השותף חייב לשולם שכיר גם אם השתמש באופןן המותר.

המשפט העברי פוטר מתחולם שופט שהשתמש באופןן המותר, ומהחייב אותו רק אם השתמש באופןן המנוגד להסכמה כללא בין השותפים, או באופןן שמנע מן האחרים שימוש בנכס המשותף. הוא חייב לשולם רק אם השתמש בשטח הגדל מנתנו בנכס. במקומות שבהם כסף, הוא יכול להציג לשותף الآخر שימוש בלבדי בלבדי בנכס לתקופה מקבילה לו שמדובר עצמו השימוש בה.

<sup>30</sup> ש"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קמא, פסק שם שותף השתמש במרקען המשותפים, השותף الآخر "אינו יכול לומר לו, 'כדרך שנטהש בשנתי אשתחם בו אני לבדי לנגן'". אבל הוא עסוק בשימוש מותר, שבו המשתמש איינו חייב לשולם שכיר שימושו, ואילו שאלתו היה על שימוש אסור. ש"ת בית דוד (פילוסוף), ח"מ, סימן נה, דין בשופט שהשתמש תשע שנים במרקען ומגע שימוש בהם מיתר השותפים. הוא מחייב את השותף לשולם דמי שכירות עboro תשע השנים, או לחילופין, לחת לשאר השותפים להשתמש בלבד במרקען תשע שנים. אבל אין ראייה לדבריו שיכל אחד מן הצדדים לכפות תשלום בדרך של שימוש בלבד, מפני שבנידונו הסכימו השותפים לקבל את המגע להם בדרך של שימוש בלבד.

<sup>31</sup> ש"ת הרשב"ש, סימן טז וסימן קלט. אם מנתו של השותף الآخر בשיתוף גדול מנתנו של השותף שהשתמש באיסור (או שיש יותר מאשר שותפים, וסכום מנותיהם של האחרים גדול משל המשותף), ניתן לאפשר לשותף الآخر להשתמש במרקען בלבד יותר זמן מהזמן שהראשון השתמש, באופן ייחסי לפחות מנותיהם (ואם יש יותר מאשר שותפים, האחרים יחליטו ביניהם אם ישמשו בלבד או יחד או יותר יחד). על ש"ת הרשב"ש, סימן קלט, וש"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קמא, ראה: ש"ת זרע יעקב, סימן כז; ש"ת דבר משה, חלק ב, סימן מ; ש"ת עדות ביעקב, סימן קד; ש"ת ויקרא אברהם, ח"מ, סימן כו; דברי גאונים, כלל ק, אות ה.

פרק חמישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

33. (א) שותף שהשתמש במרקעין משותפים, יותר מחלוקת בהם, בגיןו להסכם — מפורשת או כללית — שבין השותפים, או תוך מניעת שימושם מן השותפים האחרים, חייב לשלם ליתר השותפים, לפי חלקיהם במרקעין, שכר ראוי بعد השימוש.
- (ב) את השכר הרואוי יוכל לשולם בכسط או בתנינה אפשרות לשותפים האחרים להשתמש במרקעין שימוש בלעדיו תקופה מקבילה, על פי גודל מנותיהם, לוו שהוא עצמו השתמש בהם.

תשלים بعد שימוש



## זכות השותף לעשיות בחלוקת

34. (א) כל שותף ורשי להעביר חלקו בפרויקטין המשותפים, או לעשות בחלוקת עסקה אחרת, בלי הסכמת יתר השותפים.  
 (ב) תניה בהסכם שיתוף השליטה או מגבילה זכות כאמור בסעיף קטן (א) אין כוחה יפה לתקופת העולה על חמש שנים.

זכות השותף  
לעשיות בחלוקת

### התוכן

#### פרק ראשון: מבוא 91

פרק שני: תוקפה של העברות חלקו של שותף ("כל שותף ורשי להעביר") 92

א. כללי 92

ב. הדעה שההקנאה אינה תקפה ונימוקיה 92

ג. הדעה שההקנאה תקפה ונימוקיה 94

ד. הבחנה בין שיתוף מכוח ירושה לשיתוף מכוח קנייה 97

פרק שלישי: שותף המעביר את חלקו ליותר מ אדם אחד 99

פרק רביעי: זכות קידימה ליותר השותפים בקיינית החלק המועבר 101

א. זכות השותף מכוח היוטו מצרן 101

ב. האם שותף עדיף על מצרן? 102

פרק חמישי: שיתוף של בני זוג 105

פרק שישי: "תניה בהסכם שיתוף השליטה או מגבילה זכות" – ס"ק

(ב) 106

פרק שביעי: סיכום 107

פרק שמיני: הצעת נוסח לפיפי המשפט העברי 108

נספח: עוד על תוקפה של העברות חלקו של שותף 108

א. על הדעה שההקנאה אינה תקפה 108

ב. על הדעה שההקנאה תקפה 109

ג. אופנים שבהם לכל הדעות ההקנאה תקפה 113

ד. אופנים שבהם לכל הדעות ההקנאה אינה תקפה 115



## פרק ראשון

### מבוא

בעלות על נכס מתחבطة בין השאר באפשרות למכור את הנכס. בעליים שאין לו שותפים יכול למכור את הנכס למי שלבו חוץ. לעומת זאת, במקרים מסוימים, אם אחד מהשותפים מעוניין למכור את חלקו, יתכן שייווצרו חיכוכים בין בין שאר השותפים, שהרי הוא כופף עליהם שיתוף עם אדם אחר. אף על פי כן, החוק קובע, שותף רשאי למכור את חלקו ללא הסכמת יתר השותפים.<sup>2</sup>

החוק מגדיש, שותף בקרע ושייא לא רק להעביר את חלקו, אלא גם לעשות בחלקו כל "עסקה אחרת", היינו להשכירו, להשאילו או למשכנו. בפתח דברינו, בפרק שני, נדון בשאלת החקוק המשפטית של העברת חלק מן הנכס על ידי השותף. לאחר מכן, בפרק שלישי, נடוק בסיג לזכותו של שותף למכור את חלקו, כאשר שותף בדירות מגוריים רוצה למכור את חלקו לכמה דיירים. לפי המשפט העברי, אדם המוכר מקרען שישים ושש שנים לו, יש לבעלי המקרקעין הסמכים (המצרנים), או בלשון התלמיד: "בר מצרא" זכות קדימה לknutם. כאשר שותף מוכר את חלקו, לעומת השאלת, האם לשותפי יש זכות קדימה בקנית חלקו בתור מצרנים? כפי שנראה בפרק רביעי, לא בלבד שיש לשותף זכות של מצרא, אלא פעמים שזכהתו אף רחבות יותר מזכירות מצרא וניל, והוא יכול לכפות על שותפו למכור לו את חלקו, אפילו במצב שלא היה להזמין זכות זו.

<sup>1</sup> אנו נוקטים מכך, לשם הדוגמה, אבל הדברים אמורים גם בנתינת מתנה, כלשון החוק "להעביר את חלקו", שימושו גם מתנה.

<sup>2</sup> חוק המיטלטلين, התשל"א-1971, סעיף 9(ה), מhil את סעיף 34(a) גם על שירות במיטלטلين. בסעיף 9(ד) שם נוספה חובת הורעה: "הקנה אחר השותפים לאדם אחר זכות בחלקו במיטלטין המשותפים, לעליו להודיע על כך לשאר השותפים, ואם נעשה הסכם שיתוף, עליו להודיע לאדם الآخر על קיום ההסכם ותנאיו".

想起 הצעת חוק דיני מוניות, התשס"ז-2007, סעיף 520(a), מאחד את הסעיפים: "בכפוף להוראות סעיפים 519 עד 519, ולהוראות שנקבעו לפיהם, רשאי כל שותף על דעת עצמו... (2) להעביר את זכויותיו בנכס או לעשות בהן עסקה אחרת". וב"ק ב: "שותף ימסור הודעה למפורט להלן לעניין פוליה כאמור בסעיף קטן (א)(2) – (1) לנuber – על קומו של חוזה שיתוף ועל תנאיו, אם ישנו חוזה כאמור, לפני עשיית הפעולה; (2) לשותפים האחרים – על עשיית הפעולה, בהקדם האפשרי לאחר עשייתה וב└בד שסירתה הודעה כאמור סבירה בנסיבות העניין".

ההידוש כאן היא החלטת חובת ההורעה גם על מקרקעין. חובת ההודעה לנuber מבטיחה שהנuber יהיה מודע להסכם, וכחותזה מכך יוכל להניח שהוא מסכים לתנאיו, ולכן הוא כפוף לו. הסכמה זו נדרשת מכין שלא ברור האם הסכם שיתוף מחיב שותף חדש אף בידי הסכמתו (ראה לעיל, עמ' 39-42). המעביר חייב להודיע על העברת גם לשאר השותפים, לאחר ביצוע העברת, אף שבכך אין ניתנת לשאר השותפים האפשרות לוודא שהנuber מסכים לתנאי הסכם השיתוף.

מקורה מיוחד של שותפות במרקעין הוא שותפות בין בני זוג. חוק המקרקעין, סעיף 101,<sup>3</sup> קובע הסדר ייחודי, שבידירת מגורים, "לא יהיה בן-זוג זכאי להעביר חלקו לאחר אלא אם הצעיר אותו תחיליה לבן-זוגו". בעניין המחוקק, אופיה הייחודי של מערכת היחסים בין בני זוג מהיבר הסדר נפרד, המגביל את כוחם ביחס לשותפים וגילם. בפרק הרביעי נבחן את עמדת המשפט העברי בסוגיה זו.

## פרק שני

## תוקפה של העברות חלקו של שותף – "כל שותף רשאי להעביר"

## א. כלל:

על הוראת סעיף קטן (א), קבע בית המשפט ש"אין סיבה להגביל הוראה זו רק למקרים בהם חלקו של כל שותף והוא ידוע ומסויים"<sup>4</sup>, ומכאן ששותף יכול להעביר את חלקו גם במצב (שהוא המצב הסתמי בשיתוף נכסים) שהליך של שותף אינו מסויים. לעומת זאת, במקרים העברי יש מחלוקת האם דין הקניין מאפשר לשותף להעביר לאחר את חלקו בנכס המשותף. דיןנו של שותף בנכס שמכר את חלקו או שנתן את חלקו במתנה לפניו חלוקת הנכס, דומה לכך לדינו של שותף ברכס שאינו מסויים, שנחalker בו הפסיקים<sup>5</sup>, שהרי גם חלקו של שותף בנכס אינו מסויים, כפי שראינו לעילו. ובכן, נחalker הפסיקים בשאלת, האם הקנתה השותף תקפה, והאם שאלת זו אכן תליה בחלוקת לעניין הקנתה נכס שאינו מסויים.

ב. הדעה שהקנאה אינה תקפה ונימוקיה  
יש חכמים הסבורים ששותף אינו יכול למכור או לתרת במתנה את חלקו לפני החלוקה, מפני  
שאין חלקו מבורר.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> ע"א 29/86 אי.ת.ס. נהיגת עצמית בע"מ נ' משה קרול, פ"ד מד(1) 864, 873.

<sup>4</sup> ראה חוק לישראל, מניה, סעיף 1(ב).

<sup>5</sup> סעיף 27, ליד ציון הערכה 11 ואילך.

<sup>6</sup> רשב"ם, בבא בתרא קכו ע"ב, ד"ה לא (bijorsch); רשי על הרי"ף, בבא בתרא נה ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה אין (bijorsch); אך יש אומרים שפירוש זה אינו של רשי אלא לקוח מהרש"ם; רבנו גרשום, בבא בתרא קכו ע"ב, ד"ה מה (bijorsch); ש"ת מהריט"ץ, סימן קג; ש"ת אדרת אליהו (קובו), סימן כד (גג ע"ב), בדעת הרי"ף, ובදעת "יש מפרשין", שהביא רשב"ם, בבא בתרא קכו ע"א, ד"ה בנססי (bijorsch); ר' פנחס ענו (להלן, הערכה 8); ר' אברהם הכהן (להלן, הערכה 75); שארית יוסף (להלן, הערכה 76).  
ש"ת מהר"ח אור זרוע, סימן קכא (בטופו, בהערות מהר"ח לתשובה אביו, שם), מביא הוכחות שיירוש אינו יכול למכור: (א) רשי, חולין כה ע"ב (ד"ה וכשחיבין), כתוב שלפני שהליך, הממון הוא של האב וכוח האב הוא על הממון (כנגד זה, רמנ"פ וקש, בהערכתי לתוספות ר"ד, בבא בתרא קכו ע"ב, הערכה 198, מעריך שלפנינו הגישה ברשי היא: "שם מן אביהם בחזקתו עומדים", אפשר לומר שאם ניש לכל אחד זכות בממון לפני חלוקה, אבל לעניין קולבון בשקלים, נחשב כאלו אביהם קיים, כפי שדורשים מ"הייה" כאמור ברשי שם). (ב) בנסיבות נב ע"א, נאמר שאין יטם נוטל בשבח נכסים שהסבירו בין מיתה לייבום, ונימק ר' שמחה, שמאחר שלא נתברר חלקו בחיו, لكن השבח הוא כמו ראוי. משמע מדבריו, שלפני חלוקה

## פרק שני: תוקפה של העברת חלקו של שותף – "כל שותף רשאי להעביר"

ニימוקם הוא, שכמו שהרמב"ם<sup>7</sup> וסייעתו פוסקים שאין תוקף להקנאה שאינה מסוימת, הינו הקנאות נכס שאיןנו מוגדר בבירור, כגון שהנותן אומר "קרקע בקרקעותי נתונה לך", אך אין תוקף להקנאה של שותף, מפני שהחלקו של כל שותף אינו מסוים. אכן יש אף סיבה חזקה יותר לבטל את ההקנאה: בהקנאת "קרקע בקרקעותי" לא כוארה היה המქבל יכול לומר "אני אקח את הגרוע", ואף על פי כן סבור הרמב"ם שלא קנה; קל וחומר כאן, שהשותפים אינם יכולים לחלוק זה שלא בפני זה אלא בשומה מסוימת, שכן הקונה יכול לטען שיקח את חלקו, וכך לא קנה.<sup>8</sup>

זאת ועוד: לאחר שהשותף-המקנה אינו יודע אייפה חלקו נמצא, ואיזה חלק יפול לו בשעת

לא זכו בנכסיים ממש (אך רגמ"פ זקש, שם, דוחה ראייה זו, שעלה כרוח דין שב שונה מהיכולת למכוון, שהרי בכור יכול לפני חלוקה ומכל מקום אין לו חלק בשבח).  
לכוארה, הרשב"ם סותר את עצמו, שכן רשב"ם,ibaba בתרא קלז ע"ב (ד"ה ואם לאו), כתוב שקהל שקנו אתווג, כל אחד יכול לקיים בו מצוות נטילה אחרוג, מפני שכל אחד נוטן את חלקו לחבירו במתחנה, כדי שיצא בר; הרי ששותף יכול להקנות את חלקו לשותף אחר, וזה יותר קל מהקנאה סימן סא, אותן (ב). יתכן שהסביר הוא, שם השותף מקנה את חלקו לשותף אחר, כפי שראינו בסעיף 27, לייד ציון הערא 13.

דין מיוחד הוא בכור המוכר את חלקו בכוורתו בשעה שנכסי היורשה עדין לא חולקו אלא הם בשיתוף בין היורשים – ראה על כך בטור, חוות, סימן רעה, ועוד. רשב"ם ורבנו גרשום, שם, דיברו על ירוש וגיל המוכר את חלקו, או על בכור המוכר את חלקו "פשיטותו".

טענת "קיים לי": יש הכותבים שאפרלו לטען "קיים לי" כרעה ששותף אינו יכול להקנות את חלקו לאחריו:  
שוו"ת אדרת אליהו (קובץ), סימן כד (ג' ע"ב) (בירוש ובכל שותף); ר' יצחק אבולפה, בשוו"ת ישמה לב (אגני), חוות, סימן ה (כא ע"א); רשם"ח אגין, שם דף לג ע"ד (בירוש ובכל שותף); שוו"ת דבר משה, חלק ב, סימן עה (פב ע"ד); שוו"ת אמר שמואל, חוות, סימן טו (השני), דף קט ע"ג ודף קי ע"ג; שוו"ת מכתם לדוד, חוות, סימן כה, דף רכד ע"ז; מטה שמעון, רמא, הגהות בית יוסף, אותה לט; מראה הגadol, חלק ב, דרוש ז להספד (מא ע"א); ר' עזריא טראב, בשוו"ת ישמה לב (אגני), חוות, סימן ו (כט ע"ד); ושוו"ת נאה משיב, חוות, סימן יא (עמ' קעה), בשם פסק של ב"ד (בהרמב"ם וא"ה קוק, רצ"פ פרנק, רב"ג קזאנקה ועוד). אבל רשם"ח אגין, בשוו"ת ישמה לב (אגני), חוות, סימן ה (כח ע"ד), כתוב שאי אפשר לומר "קיים לי" כרעה ששותף אינו יכול להקנות את כל חלקו, כי דבר משה הוא היחיד, וכל הפוסקים סוברים שגם לרמב"ם, אם השדה הכללית היא מסוימת, קנה. ר"א אשכנזי, שם, דף כח ע"ד, כתוב שהוא מסכים לרשמה"ח אגין בכל דבריו.

שוו"ת שאירית יוסף, חלק ג, חוות, סימן ד (עמ' רכ), דיק ממה שהשולחן ערוך לא כתוב שיורש יכול את חלקו, מכאן שהשולחן ערוך חש לדעת הרשב"ם מספק; והוא מעלה אפרות (בעמ' רכא) שהשולחן ערוך חור בו ממה שכabb בבית יוסף (להלן, הערא 10) שיכול למכוון, מפני שמצוותם לרשב"ם, וכך שתק בשולחן ערוך, ועוד ששולחן ערוך, חוות, סימן רעה, סעיף ח, נקט שכור יכול למכוון את חלקו, משמע שיורש וגיל איינו יכול למכוון את החלק.

המחליקת האם שותף יכול למכוון את החלק מובאת בשוו"ת מים החיים (אורוליין), חוות, סימן כד (פט ע"א).  
בשאלת זו, ראה: שיעורי ר' שמואל,ibaba בתרא, סימנים ורכרכט; חדושי ר' שמואל,ibaba בתרא, סימן יב, אותן גי'; קובץ שיעורים,ibaba בתרא, סימן תר.

מראה הגודל שם (מא ע"ג) כתוב בדרך דרוש, שעשו סבר כרשב"ם, ובני יעקב סברו כרעה השניה, והוא מסביר בכך את הויוכחו שביניהם דבר קניתית מערת המכפלת.

<sup>7</sup> רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ג, הילכה ה.  
<sup>8</sup> ר' פנחס ענו, בפחד יצחק, עריך מעביר נחלת (קסג ע"א). גם שוו"ת שמחת יהודה, סימן נב (סח ע"ג), נימק שהרשב"ם סובר כרמב"ם, שמתנה שאינה מסוימת בטלה.

חולקה, נמצא ששבועת ההקנאה לא סמכה דעת השותף מה מכיר או מה נתן, והרי בהקנאה ציריך "דעת מקנה".<sup>9</sup>

#### ג. הדעה שההקנאה תקפה ונימוקיה

רוב הפסקים בדעה ששותף שמכיר את חלקו או נתן את חלקו במתנה – ההקנאה תקפה.<sup>10</sup> שותף יכול גם להסביר את חלקו.<sup>11</sup> בשלוחן עורךאמין לא פסק כך במפורש, אבל הרמ"א פסק<sup>12</sup>, ששותף שהסביר את חלקו, משלם השוכר את דמי השכירות רק לשותף שהסביר לו; ומכאן, ששותף יכול להסביר את חלקו.

<sup>9</sup> דבר משה שם (דף פא ע"ד-פב ע"א). לnimokim nosafim leduda zo, raha benspeach a.

<sup>10</sup> יד רמה, בבא בתרא, פרק ח, סימן צז (הובא בשווי"ת קדושת יום טוב, אלגזי, סימן ג, דף י ע"ב) (בשותף ובירוש), ושוו"ת הרמ"ה, סימן צג; תוספות, סוכה מא ע"ב, ד"ה אלא (על אנשים שנקנו אתורוג בשיתוף), ובבא בתרא קכו ע"ב, ד"ה לא (הובא בקצת החושן, סימן רעה, ס"ק ג) (ביברוש); חידושי הרשב"א, בא בתרא קכו ע"ב (גם בשם הראב"ד, בירוש ובשותף), ושוו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקלה (שיכול להקנות מטלטلين אגב הקנאת חלקו בקרע המשותפת), וחלק ג, סימן קנט (הובא בבב"י יוסף, ח"ו"מ, סימן קעה, סעיף ה), וסימן קצה; רשי"י, בא מציעא קח ע"ב, ד"ה לאשה (שותף יכול למכוור את חלקו לשוטפה); מרדיyi, בא מציעא, סימן שפדר (ביברוש); פסקי הר"ד, בא בתרא קכו ע"א וע"ב, ותוספות ר"ד, בא בתרא קכו ע"ב (ביברוש); פסקי ריא"ז, בא בתרא, פרק ח, הלכה ב, אותן י (הובא בשלטי אגיבורים, בא בתרא נג ע"ב, בדף הי"ר) (ביברוש); שו"ת מהר"ם מортנבורג, דפס קריימונה, סימן כה, ותשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן מב (ביברוש); חידושים הריטב"א, בא בתרא קכו ע"ב (ביברוש); בית הבחירה, בא בתרא קכו ע"ב (ביברוש); חידושים הר"ג, בא בתרא קכו ע"ב (ביברוש בבב"ל שותפה); ש"ת הרשב"ש, סימן ט, סימן פ, סימן רעה (נה ע"ב) וסימן תורה (בשותף רגיל); רא"ש, בא בתרא, פרק א, סימן מט (הובא בטוטו, ח"ו"מ, סימן קעד, סעיף ח) (על שותף שמכיר את חלקו לשוטף אחר); אור זרוע, בא בתרא, סימן מא וסימן פח (ביברוש), ובתשובתו בשוו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן קכא; ר"י בר מרדיyi, ו/or יהודיה מפריש, ומחר"ם, במרדיyi, בא בתרא, סימן תקף; נימוקי יוסף, בא בתרא נה ע"ב (בדפי הר"ג) (ביברוש); אגדודה, בא בתרא, סימן קנט (הובא בשווי"ת בית דוד, פילוסוף, ח"ו"מ, סימן קי), בשם ר"י (ביברוש); טור, ח"ו"מ, סימן ריח, סעיף יט (בשותף רגיל), וסימן רעה, סעיף יד (ביברוש); הגהות אשורי, בא בתרא, פרק ד, סימן ד; שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן כה (ביברוש); שו"ת בעי חי, ח"ו"מ, חלק א, סימן רט, דף רס ע"ב; ר' יצחק יברכיהו, בשוו"ת הרמ"ע מפאננו, סימן פח; שו"ת נזר הקודש (רוזין), אה"ע, סימן מ (הובא באוצר הפסקים, אה"ז, סימן כח, סעיף יח, ס"ק צ, אות ב); שו"ת רוז עקב (אילם), סימן יי (כו ע"א); מול שעיה, על הרמב"ם, הלכות זכייה ומונתיה, פרק ג, הלכה ה (זו ע"א) (לדעת שמעוילה מתנה שאינה מסורתית); משכנות הרוחניים, מערכת מ, אות עז; ספר העקרונים (איגר), חלק א, עמ' סב (שותף יכול למכוור את חלקו לחבירו על ידי שחוירו ימשוך את החפץ [בມיטלטלי]).

עוד על דעת זו, ראה בנספח ב.

<sup>11</sup> שו"ת הרדב"ז, סימן אלף קצב. בנדונו, הוא שהסביר את חלקו לשוטף الآخر. שו"ת הרמב"ם (מהדר' בלאו), סימן שצג, כתוב ששותף יכול להסביר את חלקו לאחר, וגם אם אחר כך מכיר המשיכר את חלקו לשוטף الآخر ב"גור או אגוד", השכירות עדין קיימת (שלאל כר' פנחס הדין, המובא שם, שאומר שמכירת גוד או אגוד חזקה יותר כי היא בעל כרחון, שהסבירו לא יכול להסביר יותר מחילוקו, וחילוק כפוך לוכות גוד או אגוד), אלא שהשותף יכול לומר שהסביר לי או אשכיד לך".

בשאלת האם שותף במרחץ יכול להסביר את חלקו, ראה דברות משה, בא בתרא, חלק א, סימן יב, הערכה טה; נתיבות המשפט, סימן קעא, ס"ק ז; שו"ת צמה צדק, ח"ו"מ, סימן כד, אות ב.

<sup>12</sup> רמ"א, ח"ו"מ, סימן שסג, סעיף י. על דבריו ראה סעיף 35, ליד ציון הערכה 7. אבל הדוחה יכול לדוחות,

שותף יוכל גם למשken את חלקו<sup>13</sup>, והוא יכול גם להפקיר את חלקו<sup>14</sup>. נימוקה של דעה זו הוא, שמאחר שיש לשותף חלק בנכס, אף שהחלק אינו מבורר, ואין ידוע היכן חלקו מצוי, אין בכך חסרון, שהרי את החלק שיש לו, שיקבל בשעת חלוקת הנכס, הוא יכול להקנותו<sup>15</sup>.

בעלי דעתה זו סבורים,ograms, שגמ לדעתה הרמב"ם<sup>16</sup>, שהקנהה שאינה מסויימת בטלה, הרי שותף שהקנאה את החלק, אף שהחלק של השותף לא היה מבורר בשעת ההקנאה, ההקנאה מועילה. דוגמא הקנאה שאינה מסויימת בטלה, מפני שהמקנה יכול לדחות את הקונה מנכס, "זילanca הקנאה קמדחי ליה, זילanca קמדחיה ליה". אבל שותף אינו יכול לדחות את הקונה מצד לצד, שהרי ייד כל שותף שווה בנכס, ואין זה עדיף מזה, והמקנה נתן לקונה את כל זכותו, והקונה נכנס במקומם המKENAH, והחלק שייעלה למKENAH בנסיבות החלוקה, יהיה של הקונה, ומאחר שאין המKENAH יכול לדחות את הקונה, הדבר נחשב מסויים. זאת עוד: עד החלוקה, כל הנכס קניי ומשועבד לכל שותף, ויש לכל אחד חלק בכל הנכס, ולכן הוא יכול להקנותו לאחרר, כי הוא מKENAH לקונה את כל הנכס, לעניין הזכות שיש לו ברא<sup>17</sup>.

ニימוק נוסף לדעה זו, שגמ לדעתה הרמב"ם הקנאה חלק של שותף מועילה, הוא, שהחלק

שאמנם הוא זכאי לקבל את דמי השכירות לאחר מעשה, אבל אולי אין תוקף להסתכם שבו הקנה לו השותף זכות שכירות, והשותף الآخر יהיה יכול להוציא את השוכר באמצעות השכירות.

<sup>13</sup> ש"ת הרמ"ה, סימן רצג. עוד כתוב שם, שאין השותף الآخر זכאי לפדות את החלק הממושךן ממקבל המשוכן.

<sup>14</sup> ר"ש אלישיב, מורה, גלי' קעה (שנה טו, גלי' זי, תמו תשמ"ז), עמ' צב. הוא מעלה אפשרות שהשותף الآخر וכח באופין אוטומטי בחילק השופך, וזאת על פי שער משפט, סימן רעה, שכחוב שיש שותפים בקריע. ואחד מהם גור שאין לו יורשים, ומתח, אין אחר יכול לזכות בשדרהו, מפני שמיד מתפשט קניינו של השותף الآخر בכל הקריע. אבל ר"ש אלישיב, שם עמ' צג'צד, דוחה את ראייתו של שער משפט ומנסה על סברותנו. גם דברי אברהם, שדרמי, חלק ד, סימן ד, דוחה את ראייתו. בדומה לרבות שער משפט נאמר בשיעורי ר"ש רוזובסקי, גיטין מה ע"א, אותן שלט, שלפי הדעה שKENAIN פירוט הוא קניין וגנץ, הרי אם בעל קניין הגור הפקר את החלק, ממלוא זכה בעל קניין הפירות בכל הנכס, בלי מעשה קניין נוספים.

יאוש: חוץ משותף שADBר והשותף התייחס לחלקו (מדובר בשיתוף במתלולין) – לפי רבנו ברוך מאירן יונן, בבא מציעא כו ע"ב (הובא בבירור הלכה, בבא מציעא כו ע"ב, ציון א, וריא"ז בקונטרס הראית, בבא מציעא כו ע"ב, מועל הייאש להתריך את החלקו לモצא). מחלוקת: מכבא מציעא כו ע"ב מוכח שמעילה מחייבת שותף על החלק לשותפה. ראה נספח ב, עמ' 112, בדברי מראה הגדל, ששותף יכול להסתלק מחילוקו. וראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בעניין מחלוקת בעלות, בשותף המוחל על החלק.

<sup>15</sup> נימוקי יוסף (לעיל, העירה 10).

ש"ת הרשב"ש, סימן תרח, מסביר שההKENAH מועילה מפני ש"מה מכר ראשון לשני – כל זכות שתבואה לידי". ביטוי זה נאמר בבא מציעא טו ע"ב לעניין אחר. דבריו קשים, שהרי עיקרונו זה נאמר בהKENAH שהיא תקופה, וקובע את היקף ההKENAH, ואילו כאן יתכן שהKENAH עצמה אינה תקופה.

<sup>16</sup> לעיל, ליד ציון העירה 7.

<sup>17</sup> מchnerה אפרים, הלכות זכייה ומיתה, סימן א (הובא בש"ת משנת ר' אליעזר, חלק א, חו"מ, סימן קכח, דף קעה ע"א); מול שעיה, על הרמב"ם, הלכות זכייה ומיתה, פרק ג, הלכה ה (ס"ו ע"א); רשם"ח גאגין, בש"ת ישmach ללב (גאגין) חו"מ, סימן ח, דף כ ע"ב (שמאחר שאינו יכול לדחותו, סמכה דעתו).

כמו כן, שרשוי הים, חלק א, שורש ברירה, סעיף כב (ק ע"ג), כותב שגמ ש"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כב, הסובר שהנתן דבר לא מבורר, לא קנה (ראה בשם בשמו בחוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ב)). פרק מתנה שאינה

שיש לשותף בנכס מסוים, נחשב דבר מסוים, כמו שכתב הרמב"ם<sup>18</sup> שהנותן במתנה "חלק כך וכך משדה פלונית", זו נחשבת מתנה מסוימת<sup>19</sup>. وكل וחומר הוא: אם גם לדעת הרמב"םadem יכול לחתת "חלק כך וכך משדה פלונית" שלו, אף שהחלק אינו מבורר, והנותן איןו מסתלק בבירור מהחלק כי אינו מבורר, כל וחומר ששותף יכול להקנות את חלקו, שהרי בזה הוא מסתלק לגמרי מהנכס<sup>20</sup>.

וזאת ועוד: אין זה נחسب הקנהת דבר שאינו מסוים, מפני שיש לשותף חצי בכל פיסת קרקע, ואת כל מה שיש לו הקנה לקונה, ולא משנה שהחלק אינו מבורר, ולכן הקנהה מועילה גם לדעת הרמב"ם<sup>21</sup>.

התשובה לביעית "אין ברירה": אף שבעת הקנהה עדין לא התברר חלקו של המקנה בנכס המשותף, אין אומרים "אין ברירה", כמו שהסביר הרשב"א באופן כללי על הKENNAH דבר שאינו מסוים<sup>22</sup>, שאין בה חיסרון של "אין ברירה", מפני שהKENNAH יכול להתקיים בלי ברירה, ודוקא בדבר שאין לו קיום אם לא נאמר שהBORER הדבר למפרע, אומרים "אין ברירה", אבל בKENNAH דבר שאינו מסוים מנכסיו, אם בירור אחר כך אחד מהם, הוא קני, ואינו צריכים את קיום המקח מעיקרא, ולכן אין צורך ב"ברירה"<sup>23</sup>.

מוסiemת", פסקה 1(א), יסכים שМОועל הKENNAH שותף את חלקו לפני חלוקה, כמו שהסביר מנהה אפרים, מפני שעד החלוקה, כל הנכס קני לכל אחד מהם, ויכול להKenot לאחר מכן את כל הנכס לזכות שיש לו בו.

<sup>18</sup> לעיל, ליד ציון הערכה 7. ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ב), פרק "מתנה שאינה מסוימת", פסקה 4(א).

<sup>19</sup> הכנסת הגדולה, ח"מ, סימן טט, הגותה הטרו, אות ב, ושו"ת בעי חי, ח"מ, חלק א, סימן קמה; רשם"ח גאגין, בשו"ת ישmach לב (גאגין), ח"מ, סימן ה (כו ע"ב); שו"ת ברית עולם (ולר), סימן סא, אות ד.

דוחיות לראייה מ"חלק משדה פלונית": (א) שו"ת דבר משה, חלק ב, סימן עה, דף פב ע"ג, כתוב שדווקא הנזון "חלק משדה פלונית" מסויל, כי יד המקביל על התכתונת, ומণחים שנותן את החצי הגורוע של השהה, וכבר בשעה הממנה החביבן לחצי הזה, כסבירות הראב"ד, הלכות זכייה מתנה, פרק ג, הלכה ה (ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ב), פרק "מתנה שאינה מסוימת", פסקה 4(ד); אך דבריו קשים, שהרי אם מתקבלים את סבירות הראב"ד, קנה גם אם אינו מסוים בכלל, ומדובר הרמב"ם מבדיל בין שניינו מסוים כלל ל"חלק משודה פלונית"; אלא, סבירות הראב"ד לא שייכת אם כל הנכסים سواءים באיכותם, ואם כן גם במקורה הקבילי ב"חזי שדה פלונית", דהיינו כשבני החיצאים שווים, اي אפשר להשתמש בסבירות הראב"ד, ובכל זאת קנה גם לרמב"ם, ואפשר להוכיח ממש לשותף, ולכן מונע שותף הנזון את חלקו שיש לו בשיתוף, "אין ברירה", מפני שאי אפשר לומר שהתקoonן לחחלק פלוני, שהרי אין הפרש בין חלקו של זה לחלקו של זה, ואין לומר שהתקoonן לחחלק הגורע, שהרי מדובר שותף זה גורוע מהשותף השני, וכן הסתום לא התקoonן לחחלק הגורע, שהרי אליו בא עצמוני לחחלק היה מקבל חלק באותה איכות כמו שותפו, אם כן גם הKENNAH מתקבל, ולכן לא קנה לדעת הרמב"ם, כי אינו מוין.

(ב) שביתת יום טוב, על טו, חי"מ, סימן רט (הובא בשו"ת שרתי יוסף (ידיד), חלק ב, עמ' רם), מסביר שהטעעם שב"חלק משדה פלונית" מסויל, הוא משום שלל השדרה שלו, אף שלגביו הKENNAH החלק אינו מסוים,

בכל זאת לגבי המKENNAH הוא מסוים בדעותיו, אינה חלק הוא רוצה לתת לו, אבל שותף המKENNAH את חלקו, גם

הKENNAH אינו יודע מה הוא מKENNAH, שהרי אינו יודע צד שיך לו, ואם כן אינו מסוים, לא לגבי המKENNAH

ולא לגבי הKENNAH.

<sup>20</sup> שו"ת חוקות החיים, סימן סב (צד ע"א-ע"ב).

<sup>21</sup> שו"ת פני משה, חלק ב, סימן צא (קעג ע"ז).

<sup>22</sup> שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן פב. ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ב), פרק "מתנה שאינה מסוימת", פסקה .(2)

<sup>23</sup> מנהה אפרים (לעיל, הערכה 17); ברית עולם (ולר), סימן סא, אות ב; שו"ת נאמן שמואל, סימן קיג, דף

קעה ע"ד (על ירוש); שו"ת נזר הקודש (רויזן), אהע"ז, סימן מ, אות ט.

נאמן שמואל מוסיף, שם אמר המKENNAH "החלק שנוגע לו", משמעתו היא שהKENNAH תחול אחריו החלקה

## פרק שני: תוקפה של העברת חלקו של שותף – "כל שותף רשאי להעביר"

זאת ועוד: אין לומר "אין בראיה", מפני שהשותף הקונה את כל הזכויות שיש לו בנכס זה, ואחרי החלוקה יטול הקונה את החלק שהוא נופל בגורלו של השותף המקנה<sup>24</sup>. יש תוקף להערכה גם במשך הזמן שיחלוף עד חלוקת הנכס, מפני שהשותף מעביר לקונה את כל זכויותיו בשיתוף, בכל מקום שהוא, והקונה יכול ליחסר בשיתוף, ולכן אין זה תלוי בכך "ברירה"<sup>25</sup>.

ד. הבחנה בין שיתוף מכוון ירושה לשיתוף מכוח קנייה  
עד מת בינוים מבחינה בין שיתוף בנכס שנוצר על ידי מיתת הבעלים הקודמים, כך שהירושים נעשו שותפים ממשילא, לבין שיתוף בנכס שנוצר על ידי שהשותפים קנו את הנכס במשותף: ירוש אינו יכול למכור את החלק לפני החלוקה, מפני שהוא זוכה בירושה ממשילא, ולכן אינו זוכה בחולקו לפני החלוקה. לעומת זאת, שותף מכוח קנייה, קנה על דעת זה שימושה שקנה, כל אחד זוכה בחולק בגין החצר, ולכן הוא יכול להקנותו לאחיו<sup>26</sup>.  
nimok אחר להבחנה זו הוא, שירושים שירשו יחד אינם יכולים לזכות בגין הנכס לפני

(שאו יקבל את החלק), והוא אין בעיה של "ברירה", בדברי תוספות, בבא קמא סט ע"א (ד"ה כל הנלקט), כמו שהוכחה ממש (לענין אחר) ש"ת חריב"ש, סימן רכח, בסופו.  
<sup>24</sup> ש"ת בעי חי, ח"מ, חלק א, סימן קמו. כנראה, הוא מתכוון למצב שעוד לפני החלוקה, הייתה מעין חלוקה זמנית, והשותף-המקונה הקונה את החלק שבחור באופן זמני; וביעדי חי מນמק שההකנה מועילה מפני שהקונה מוחזק, וגם אם אחר כך, בשעת החלוקה בגורל, יפול חלקה לשותף الآخر, יקבל הקונה את החלק שנפל לשותף-המקונה. אבל כמובן, הסברו נוח יותר למסרה שלא היה שום חלוקה זמנית.  
אבל ש"ת נור הקודש (רוזין), אהע"ז, סימן מ, ואית ג, דוחה את ההסביר שהשותף מקונה את הזכות שיש לו בנכס, וזאת שהיא קיימת וסבירות עד לפני החלוקה, שהיא זה דבר שאין בו ממש, ואי אפשר להקנות דבר שאין בו ממש.

<sup>25</sup> פתיח חושן, שותפים, פרק ד, העשרה ס"ו (כך נראה כתובותיו). גם גן געול, כפתח ג, פרה י"ח (ג ע"ז), מסביר שהוא מקנה את החלק, שהקונה יהיה שותף עם השותף الآخر בנכס, כמו שההකנה היה שותף עמו. מול שעה (לעיל, העשרה 17), דף ס"ב, מסביר, שהשותף אינו מקנה חלק מסוים, במקום פלוני, אלא מקנה את החלק סתם, בכל מקום שהוא, והקונה נכנס במקומו; ובשעת החלוקה, הקונה מחליף עם שאר השותפים את החלקים, כמו שההකנה היה מחליף עמהם אילו לא הקנה את החלק לאחר מכן. ש"ת ברית עולם (ולר), סימן סא, ואית ג, מסביר, שרך ששבשת ההקאה לא ידע מהו חלקו, וכך אם לעולם לא יתברר הדבר, הרי בזמן ההקאה בודאי יש לו חלק בנכס, אלא שהוא אינו יודע אייהו, ולכן חלה ההקאה בודאות על אייה שייהי.

גן געול שם (ג ע"א) כותב הסבר אחר (שהוא טוב רק במכר ולא במתנה, כנראה): מאחר שההකנה שילם בעבור חלקו של השותף, חל שבעור על החלק שנפל לו בגורל. עוד הוא מסביר, על פי שאגת אריה, סימן צג, שאין אחרי החלוקה חל קניין על החלק שנפל לו בגורל. חיסרון של "ברירה" אם המקנה רוצה שהקאה יחול רക כשהסביר יתרור; אלא שיש בהסביר זה מוגנות, שהרי אם המקנה מתכוון לכך, יוכל הצדדים לחזור בהם בניתיהם.

<sup>26</sup> מבחן אפרים, הלוות זכייה ומיתה, סימן א, בדעת הרשב"ם. כך כתב גם שיעורי עין התלמיד, בבא בתרא, שיעור א, בדעת הרשב"ם.  
מראה הגודל, חלק ב, דרוש ז להספור (מ ע"ד), מסכים לבחינת מבחן אפרים, כדי ליישב מה שמכה מהרשב"ם עצמו, בבא בתרא מג ע"א (ד"ה דכתיב), ששותף יכול להקנות את החלק לשותפו (ובדרך מב ע"ב הוא מוכיח הבחנה זו למשה רבו, בדרך דרוש). אך הוא מוכיחה שהירושי הר"ן, בבא בתרא נכון ע"ב, הבין שהרשב"ם אינו מבחין בין ירוש לשותף וגיל.

החלוקת, מפני שהחקלים אינם מבוררים, שהרי "אין ביריה", וכל מה שהוא שיך לכל אחד מהם, מפני שהמוריש השאיר את כל הנכס לכל יורשו, וכל מה שהוא מהנכס שיך לכל יורשיו בשווה, מפני שכל אחד בא מכוון יורשה על כל משחו, וכן אין יכולם לזכות בנכס לפני חלוקה. לעומת זאת, שותפים מכוח קנייה קנו את הנכס על מנת להחלק אותו בבואה הזמן, וכך בכל אחד שיך חלק מהנכס, אלא שלא ידוע איפה נמצא חלקו של כל אחד, וכך שותף יכול להקנות את חלקו. לפי נימוק זה, גם שותפים מכוח קנייה, אם קנו את הנכס תוך כוונה שככל מה שהוא היה שיך לשניהם, לא יוכל לבנות לפני חלוקה, וממילא לא יוכל אף אחד מהם למכור את חלקו.<sup>27</sup>

אבל אחרים דוחים הבחנה זו, ואומרים שמדובר בשותף רגיל יש סיבה טובה יותר לומר שאין יכול למכור את חלקו: היושם לא הפסיד כלום, מפני שהירושה בא לו מAMIL, ולא טרח להשיג אותה, ולכן היה מקום לומר שככל שהוא נזח לו, וכל אחד סומך את דעתו על כל מה שיפול בחלוקת, טוב או רע; ואף על פי כן יש אומרים שאינו יכול להקנות את חלקו מפני "אין ביריה", שאין דעתו סומכת, שהרי כל אחד היה רוצה בחולק הטוב, אך לא סמכת דעתו מפני שאין יודע מה יעללה בחלוקת. אם כן, כל שכן בשותף מכוח קנייה, שטרח ושלם כסף עבור חלקו, ולכן הוא מקפיד יותר, ואין דעתו סומכת, שהרי לא ידעizia חלק יקבל, ובוודאי "אין ביריה".<sup>28</sup>

שווית מכתם לדוד, חוות, סימן כה (רכד ע'ג-ע'ד), כותב שלפי הבדיקה של מהנה אפרים, אחיהם שקנו נכס בשיתור מרמי הירושה שטוטם חולקו, דינם כמו יורשים, ולא יוכל אחד למכור את החלוקה, לפי הרשב"ם. נראה שגם לפי ר' שלמה דיבוכסקי, שהבאוño בסעיף 27, העירה 11, שהעיזובן איינו בבעלות היירושים לפני חלוקתו, לא יוכל יורש למכור את חלקו.

<sup>27</sup> שווית ברית עולם (ולר'), סימן סא, אות ז. בסעיף 27, העירה 11, הבאוño חכמים נוספים העושים הבדיקה בין יורשים לבין שותפים מכוח קנייה, לעניין הגדרת השיתוף, אבל הם לא הסיקו מכך את הנפקות שמשיק ברית עולם.

שווית נזר הקודש (רוזין),ahu"z, סימן מ, אות י, מנמק את הבדיקה בין יורש לשותף רגיל, בדעת הרשב"ם, בדרך אחרת: לשותף רגיל יש עצמי בנכס עוד לפני החלוקה, מפני סברת הרשב"א (לעיל, העירה 22), אבל לירש רק זכות בנכסים, ולא קניין, ובית הדין שמצבע את החלוקה הוא זה שמנקה לירשים את חלקם.

ר' יצחק אור זרוע, בשווית מהר"ח אור זרוע, סימן קכא, מעלה אפשרות למור, שמדובר בשותף רגיל יכול למכור את חלקו, מפני שקנה את חלקו בכיסף, וכך כוחו חזק, אבל יורש שיש מאבי, ומעולם לא היה לו חלק מבורר לעצמו, לא כיסף ולא קרקע, לא יוכל למכור עד שייתבררו. אבל הוא דוחה הבדיקה זו, מן הטעם שאין זה משנה אם היה לו חלק בכיסף, שהרי מהזמנם שקנו את הקרקע בשיתוף, לא הוכר חלוקה בקרקע.

ראיה עוד בהערות 6 ר'ז, שצינו לגבי חלק מן הפסוקים, האם עסקו בירש או בשותף רגיל.<sup>28</sup> שווית מכתם לדוד, חוות, סימן כה (רכד ע'ג-ע'ד). כמו כן, הפסוקים שהובאו בהערה 6, שלמדו מזרבי הרשב"ם לדין שותף רגיל, חולקים על הבדיקה מהנה אפרים. שווית אמר שמאלא, חוות, סימן טו (השני) (דף ע'ז), כותב ששוית בית דוד (פילוסוף), חוות, סימן קיז, סובר, כמובן, שהבדיל בין יורש לשותף רגיל, שהרי הוא מביא וריה משותף לירש; וכן האחרונים שאמרו שותף איינו יכול למכור את החלוקה כי איינו מוסים, על פי הרמב"ם (לעיל, העירה 7) הסובר שאפשר למכור דבר שאינו מסויים — בודאי סוברים שאין הבדל ביןיהם.

שווית ויקרה אברהם (אדראי), חוות, סימן מד (פ"ד ע'ג), דוחה את הוכחת מהנה אפרים מהרשב"א (ראה שם לזהירות), וכותב שאדרבה, יותר מסתבר שבירושא שבאא ממילא, יהיה אפשר לנחותו בכל דהו, מה שאין כן בשותפים מכוח קנייה, שככל אחד שילם כסף.

לאופנים אחרים שבהם לכל הדעות ההקנאה תקפה או לכל הדעות אינה תקפה, ראה בנספח, ג'.

## פרק שלישי

## שותף המעביר את חלקו ליותר מאדם אחד

החוק מתיר לשותף להעביר את חלקו בנכס המשותף, או לעשות בו עסקה אחרת, בלי לקבוע סיגים שיגנו על השותפים האחרים. לעומת זאת, שותף יכול לעשות בתחוםו עסקה בלבד להתחשב בשאר השותפים, וזאת על אף שלמעשה הוא כופה עליהם שותף או שותפים חדשים, ולעתים אף מຽע את מצבם. לדוגמה, שותף יכול להשכיר את חלקו בדירות מגורים למספר שכירים, או למכור את חלקו לקונה שאינו מוכן על שאר השותפים. גישה זו מבכרת את ההגנה על זכויותיו הקנייניות של השותף ועל סחרות הנכס, על פניו ההגנה על השותפים האחרים. העדפה זו באה לידי ביטוי גם בסעיף קטן (ב), המגביל לחמש שנים את תוקפה של תנין המגבילה את זכותו של שותף לבצע עסקה בתחוםו.

במשפט העברי, חלוקות הדעות בשאלת האם שותף רשאי למכור או להשכיר או להשאל את חלקו ליותר מאדם אחד. חלק מן הפסיקים עסקו בשותף המוכר לאחר וחלקם עוסקים בשותף המשכיר לאחר, אבל אנחנו נביא את דבריהם בלי להבחין בין מכירה לבין השכירה, מפני שהפסיקים לא עשו הבחנה ביניהם.<sup>29</sup>

הרמ"א<sup>30</sup> פוסק, ששותף בבית אינו רשאי להרשאות לאחחים להשתמש בתחוםו (בנסיבות או בחינם), ללא הסכמת שותפו. את דינו של הרמ"א מבאר הסמ"ע<sup>31</sup>, שדבריו נאמרו רק במקרה שהשותף נותן רשות שימוש ליותר אנשים מאשר הוא עצמו היה משתמש, שאז יש הפדר לשותף בغالל הוספת הדיירים, גם אם השותף الآخر אינו גור בבית קרבע; אבל אם הוא נותן רשות שימוש בחלקו לוותו מספר אנשים שימושיים עצמוני בבית, אין חברו יכול למנוע זאת, גם אם חברו גור בבית, שהרי אם הראשון היה רוצה היה מוכר את חלקו לאלה אנשים, ולא יוכל היה השותף השני לומר: "עמרק מוכן אני לגור ולא עם אנשים אחרים". אם לא ירצה

השותף השני לגור בבית אחד עם האנשים האחרים, יוכל לדרש את פירוק השיתוף. מדברי הסמ"ע למדים אנו, ששותף רשאי למכור את חלקו לאחחים גם ללא הסכמת שותפיו, בתנאי שלא יספיק דיוקן. לדוגמה: אם היה דוד בבית עם משפחתו בלבד, אינו יכול למכור את חלקו לשתי משפחות או למשפחה הגדולה משפחתו. אילו היה הסמ"ע מתייר למכור את חלקו תוך הוספה במספר הדיירים, צrisk היה להתייר יותר ולהתנגד להכנסת דיירים נוספים, מוכיה מההרשאות למכור, שיש רשות להשכיר ולהשאל.

<sup>29</sup> שאלת דומה היא בשוכר (יחיד) המבקש להשכיר את הנכס בשכירותו משנה ליותר אנשים (ראה חוק לישראל, שכירות ושאייה, עמ' 508-511). אבל השאלה אין חופפת בהכרח, מפני שמדובר אחד, כאן מדובר בשותף שיש לו בעלות נכס וזכותו לעושה בשלו כרצונו זהה יתר זכותו של השוכר, שיש לו רק זכות שכירות בנכס; ומצד שני, כאן מתגורר השותף الآخر עמו, ויש לו סיבה חזקה יותר להתנגד להכנסת דיירים נוספים, משיש לשכיר שאינו גור בנכס.

ענין אחר הוא בשוכרים משותפים שאחד מהם רוצה להעביר את זכותו בשכירותו לאדם זר. בענין זה ראה סעיף 45, פרק שני, ב.

על ההבדלכאן בין המשפט העברי למשפט הישראלי, ראה גם סעיף 37, הערכה 25.

<sup>30</sup> רמ"א, ח"מ, סימן קנד, סעיף ב, על פי דברי המרדכי, בבא בתרא, סימן תקנה.

<sup>31</sup> סמ"ע, שם, ס"ק ח. כך כתוב גם בסימן שטז, ס"ק ו; ראה סעיף 45, הערכה 6.

הט"ז<sup>32</sup> חולק על הסמ"ע, וסובר, ששותף בבית רשיי להכנסים לתוכה חלקו מספר רב של אנשים (בחשכלה או בחינם), אף על פי שירבו השותפים בבית. הוא מנמק זאת בכך, שאילו רציה, היה יכול למכור את חלקו למספר גדול של אנשים; והוא כותב ואת דבר פשוט, כמויה שהשם"ע לא יחולק על כך. כמובן, באיזון בין ההגנה על הזכות הקניינית של השותף לבין ההגנה על שאר השותפים, מבהיר הט"ז את האינטרס הראשון על פני השני. אשר לדברי הסמ"ע, ששותף אינו רשאי להרשות לאחרים לשמש בחלוקתם אמורים דוקא אם הוא עצמו ממשיק לשירות המגורים; אולם אם הוא יוצא מן הדירה (בין שהוא מוכר את חלקו ובין שהוא נשאר בעל הבית ומתר לאחרים לנורו שם), הוא רשאי להכנס במקומו כמה דירות שהוא רוצה.

הבחןתו של הט"ז תמהה, כמו שהעיר נתיבות המשפט<sup>33</sup>: אם אסור לשותף להוסיף בחלוקת עוד אדם כשהוא עצמו נשאר לגור שם, מפני שהוא פוגע בכך באיכות החיים של השותף الآخر, מדוע תהיה לו זכות להכנס אנשים במספר יותר גדול כשהוא עצמו משתמש בחלוקת, הרי גם אז הוא מרע את איכות החיים של השותף الآخر? לאור זאת, פוטק נתיבות המשפט כסמ"ע, ששותף בבית מגורים אינו רשאי למוכר או להסביר את חלקו למספר דירות גדול יותר משלו<sup>34</sup>.

כל זה אמר בבית בבעלויות משותפת. אולם בחצר בבעלויות משותפת, הדיין שונה. הרמב"ם<sup>35</sup> פוטק: "אחד מן השותפים שבניהו אצלו לבתו אנשי בית אחר, יש לחברו לעקב עליו מפני שמרבה עליו את הדרך [=מוסיף אנשים שימושיים בחצר]". הרמב"ם דין בשיתוף בחצר, ככלומר, שלכל אחד מן השותפים יש בית משלהו, והשתייה שלהם הוא ורק בחצר שלפני הבית. בשיתוף כזה פוטק הרמב"ם, שאף שותף אינו רשאי להוסיף דירות בቤתו, מפני שהדירות הנוספות ישמשו גם בחצר המשותפת, ושאר השותפים בחצר יכולים להתנתק בכך, בטענה שהדבר מפריע להם. הראב"ד<sup>36</sup> חולק על הרמב"ם וסובר, ששותף יכול להוסיף דירות ללא הגבלה במספרם. השולchan ערוך<sup>37</sup> פוטק כדעת הרמב"ם, ואילו הרמ"א<sup>38</sup> פוטק כדעת הראב"ד. הרמ"א מסביר שחצר משותפת שונה מבית משותף, שבו אין אחד מהשותפים יכול להרשות

<sup>32</sup> ט"ז, חו"מ, סימן קנד, סעיף ב.

<sup>33</sup> נתיבות המשפט, שם, ס"ק ד.

<sup>34</sup> נתיבות המשפט מנמק, שעד עכשו היה לכל שותף חזי השימוש בבית, והוא גם יכול יותר מאשר אחד, יהיה לשותף الآخر פחות מחייב השימוש בבית, שהרי כל אדם משתמש בבית בשווה. לפי נימוק זה, נראה שהוא יכול למכור לאנשים רבים, אם שימושם בבית יונבל למידת השימוש שהוא משתמש בו השותף המקורי שמכר להם.

<sup>35</sup> רמב"ם, הלכות שכנים, פרק ה, הלכה ט. על דברי הרמב"ם הללו, ראה חוק לישראל, שכירות ושאלת עמי, 366, הערא 19.

גם שורית הרמב"ם (מהדי' בלאו), סימן קסו, כותב על "נהלה" משותפת, לא מחולקת, שהסכימו השותפים שאחד מהם יגור במקום פלוני נגד חלקו (כלומר, לא מקום זה יהיה שלו באופן מוחלט, אלא שידור בו בתור שימוש בחלק שיש לו בכל החצר), שהסכם זה היא בעצם שכירות, ואסור לו להושיב עמו יותר אנשים משוהוסכם עליהם.

<sup>36</sup> השגות הראב"ד, שם.

<sup>37</sup> שולchan ערוך, חו"מ, סימן קנד, סעיף ב.

<sup>38</sup> רמ"א, שם.

## פרק שלישי: שותף המעביר את חלקו ליותר מאדם אחד

לאחרים (מעל למספר הנפשות שיש אצלן) להשתמש בחולקו, ללא הסכמת שותפו, כאמור לעיל, מפני שבביתם מקפידים השותפים על כניסה אנשים נוספים, יותר מבחוץ. אף שהփוסקים הללו עוסקו בהשכלה או בהשאלה, נראה שאוטה מחלוקת תהיה גם במכירה. נראה, גם בבית, האיסור למכור או להשכר או למי שניי ביתו מרובים משלו, לפי הסמ"ע ונתיבות המשפט, הוא דוחוק בבית מגורים, שבו הופכת דירות פוגעת באיכות החיים של השותף الآخر. אבל במקרים שהבית המשותף אינו דירת מגורים, אין מינעה שימכוր את חלקו למספר גדול של אנשים, אף על פי שכחוצה מה יהיה יותר שותפים בבית.

מהלכות אלו למדים אנו, שיכל השותף למכור או להשייל את חלקו לאחרים כשנוספים בכך דירות, רק במקרה שאין הקפדה מצד שאר השותפים, או שאין להם סיבה להקפיד, אבל אם עלולים להיגרם נזק לנכסי השיתוף או אי נוחות ברורה לשותפים, יכולם שאר השותפים למנוע את העיטה.

### פרק רביעי

#### זכות קדימה ליתר השותפים בקנויות החלק המועבר

המשפט העברי קובע, שהמקור מקרקעין שלו, יש לבעלי המקרקעין הסוכנים (המצרנים), זכות קדימה לקנותם. בלשון התלמודית נקרא דין זה "דין דבר מצרא". בדינו להלן, נPEAR תחילת את דין של המצאן באופן כללי. לאחר מכן בשאלת, האם שותף עדיף בדינו על פני מצאן רגיל?

א. זכות השותף מכוח היותו מצאן  
נאמר בתורה<sup>39</sup> "ועשית הישר והטוב בעיני ה'". על פסוק זה הסמיכו חז"ל<sup>40</sup> את דין מצרנות, לפיו יש זכות קדימה לבעל קרקע לknות קרקע הסוכנה לשלו. טעם הדבר הוא, שמתן זכות קדימה למצאן פוגע באמנו בנושאים האחרים המונינים לknות את הקרקע, אבל הפגיעה אינה חמורה כל כך, שכן הם יכולים לknות קרקע במקום אחר, ואין להם סיבה להעדיף קרקע זו דוחוק. לעומת זאת, אם ייאלץ המצאן לknות קרקע מרוחקת מקרקעו, יירבו הוצאותיו, כיון שנכסייו יהיו מפוזרים במקומות שונים. לפיכך ניתנה למצאן זכות קדימה בקנויות הקרקע. נDIGISH CAN, שההילה נאמרה לקרה, שיעשה את הישר והטוב וימכור את הקרקע Skhna למצאן המונין בכך (או שלכתהילה לא יקנה את הקרקע). לא נאמרה הלכה למכור שימוש בעדיפות ראשונה למצאן.<sup>41</sup> לשון אחרת: אדם שרוצה למכור את הקרקע לא יחייב להצע את השידה, מוטלת עליו החובה למכור אותה למצאן. אבל אם אדם זר קנה בקרקעין משותפים, אם שותף מבקש למכור את חלקו בקרקע, השותף الآخر הוא מצאן

<sup>39</sup> דברים, פרק ג, פסוק יח.

<sup>40</sup> בבא מציעא קח ע"א. על הלכה זו ראה: מ' אלון, המשפט העברי, חלק א, עמ' 513-514.

<sup>41</sup> סמ"ע, סימן קעה, ס"ק ז.

של המוכר, כמובן, שהרי חלקו בקרקע נמצא בסמוך לחילק העומד למכירה (אך שהחלקים אינם מסוימים כל זמן שלא חילקו)<sup>42</sup>. על כן יש לו זכות קידימה בקניית הקרקע. כך פוסק הרמב"ם<sup>43</sup>: "אחד מן האחים או מן השותפים שמכר חילקו לאחר, מסליקן את הלוקה, ונונניין לו שאר האחים או השותפים דמים שננתן, והולך, כדי שלא יכנס וזה בינהם".

אם כן, לפניו הגבלה נופת שטח המשפט העברי על העסקאות שכילול שותף לעשוות בחילוק. אלא שאין זו הגבלה ישירה, שכן כפי שאמרנו, זכות מצרן היא לפני הקונה ולא כלפי המוכר, ואם כן, השותף יכול למוכר את חילקו למי שלבו חוץ, אבל שותפו זכאי לדריש מדין מצרנות את הקרקע מן הקונה במחירות שווים להלה בעברוה. מכל מקום, בפועל יש הגבלה על יכולת השותף למוכר את חילוק.

גם במשפט הישראלי יש לשותפים זכות קידימה במצבים מסוימים. בחוק המקרקעין, סעיפים 101-100, קובע החוק זכות קידימה בירושים במשק חקלאי, וזכות קידימה בין בני זוג, לאמר שיש לשותף זכות קידימה לרכישת הנכס במחירות שבו הוא מוצע לקונה שאינו שותף. ההבדל המרכזית בין המשפט הישראלי לבין המשפט העברי הוא שהמשפט העברי מעניק זכות קידימה לכל שותף.

#### ב. האם שותף עדיף על מצרן?

האם זכות הקידימה של שותף עדיפה על זכות הקידימה של מצרן וgil? שאלת זו מתחילה לשני מישורים: (א) במצב שזכות השותף מתנתקה עם זכות של מצרן וgil – איזו זכות גברות? (ב) במצבים חריגיים שבהם אין זכות מצרנות – האם זכות הקידימה של שותף קיימת בכלל זאת?

אשר למשורר הראשון, פוסק השולחן ערוך<sup>44</sup>: "ויש אומרים שאפילו אם [הקונה] הוא מצרן

<sup>42</sup> לכורה, אם יש יותר משני שותפים, ושותף א' מוכר את חילקו, ושותף ב' בא לקונה בטעنة מצרנות, יטען כלפי הקונה: "אולי כשהוחילק הקרקע, לא יכול חילוק ליד חילוק של שותף א', ויתברר שאין מצרן שלו". בספר המזרנות (כמבוא ברא"ש, בבא מציעא, פרק ט, סימן כא), כתוב רב האי שוגם כאן יש לשותף ב' בכות מצרנות, מפני שהוא חייב לחשיב לפחות "אם לא יכול חילקי שם, אלא יכול שם חילקו של שותף ג', אני אשכנע את שותף ג' למוכר לי את חילוקי". סמ"ע, סימן קעו, ס"ק ז, משיב על טענה הנהנה בדרך אחרת: לא חשוב מה יקרה אחריו החלוקה, והעיקר והוא שבינתיים, כל זמן שלא חילקו, שותף ב' נהשך מצרן בכל הקרקע. על טענה הנהנה כאן, וראה בירור הלכה, בבא מציעא קח ע"א, ציון ז, פרק א, שיטחן שהדרין תליי בשאלת האם "יש ברירה".

אבל דרישת, חוות, סימן קעה, סעיף ה, מעלה אפשרות שרש"י חולק על רב האי, וסביר שאמ' יש יותר שני שותפים, אכן אין לשותף זכות קידימה, מפני טענתה הקונה, שיטחן שלא יכול חילוק לידי.

<sup>43</sup> רמב"ם, הלכות שכנים, פרק יב, הלכה ד. אבל ראה שווי"ת צין אליעזר, חלק ח, סימן מ, העוסק בשותף שמכר את חילקו, והביע אחר כך השותף השני את רצונו לקנות ממנו את חילקו, ולא הזכיר שיש לו זכות קידימה, ככלומר שהקונה חייב למוכר את הקרקע לשותף השני.

<sup>44</sup> שולחן ערוך, חוות, סימן קעה, סעיף ה. בירורו הלכה שם, פרק ג, מובה שכך פסקו שו"ת הורשב"א, חלק ג, סימן קט; ר' ברוך מאירין, בבא מציעא שם; ר' יצחקaben גיאת, בבא מציעא שם; ר' רא"ש, בבא מציעא, פרק ט, סימן ל; ויש להוסיף את תשובה מימיוני, ספר קניין, סימן לה, המובה בשווי"ת הראנ"ח, חלק א, סימן יט.

אבל תוספות ראה"ש, בבא מציעא קח ע"ב, ואגדה שם, כתובים שלפי רש"י, אין השותף יכול להוציא מין המצרן, אם המצרן כבר קנה; ושווי"ת מהרב"ל, חלק ב, סימן מא, בסופו, כתוב שגם גם דעת הרמב"ם.

— מסלקו השותף". כלומר, ששותף עדיף על מצרן אחר, ולכן כאשר שותף אחד מוכר את חלקו, ושותף אחר מעוניין לקנותו והוא גם מצרן שאינו שותף מעוניין לנקנותו אותו, יש לשותף זכות קידימה על פניו המצרן, והוא זכאי לדרש את הקרקע מן הקונה; וגם אם המצרן כבר קנה את הקרקע, זכאי השותף לדרש ממנו למכור לו את הקרקע.

אשר למשמעותו השני, יש להבחין בין המזכבים השונים שביהם אין זכות קידימה למצרן.<sup>45</sup> מצב אחד הוא כמשמעותו המיוחד של הקונה גורם לכך שאין למצרן זכות להוציא ממנו דוגמה לכך היא מכירה לאשה, שאין נוהג בה דין מצרנות<sup>46</sup>, מפני שהחטו על כבודה, ואם בכלל מקום יסלווה המצרים, ת策רך לטרוח בחיפושים אחורי קרקע לקנייה. דוגמה אחרת היא מכירה ליתומים קטנים, שאין למצרן זכות להוציא מהם, מפני שרואוי לעשות עמהם חסד.<sup>47</sup> על כך כתוב הרם"<sup>48</sup>: "ודוקא מצרן אינו יכול לסלקasha, אבל שותף יכול לסלקה, דשותך עדיף למצרן".

לעומת זאת, הריב"ש<sup>49</sup> כתוב שכשם שמצרן אינו יכול להוציא את הקרקע מיתומים קטנים שקנו אותה, כך שותף אינו יכול. על סמך זה כתוב ר' אליהו בן חיים<sup>50</sup>, שלדעת הריב"ש, גם באשה שקנתה, שותף אינו עדיף למצרן, ולא יכול לסלק את הקונה.

<sup>45</sup> ראה רמב"ם, הלכות שכנים, פרק יד, הילכה ד ואילך; שולchan ערוץ, ח"מ, סימן קעה, סעיף ה ואילך.

<sup>46</sup> רמב"ם, הלכות שכנים, פרק יב, הילכה יד.

<sup>47</sup> רמב"ם, שם, הילכה יג.

<sup>48</sup> רמ"א, ח"מ, סימן קעה, סעיף מו. כך פסק תשובה מימיוניות, ספר קניין, סימן לה (הובא בשוו"ת מהרי"ל, סימן עז, ובבית יוסף, ח"מ, סימן קעה, מחודש כ).

<sup>49</sup> שו"ת הריב"ש, סימן שט וסימן תפ. שותף עדיף על מצרן גם בשכירותו. שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן קסז, כתוב מרואבן ושמעון שותפים, וראובן מבקש להשכיר את חלקו ללי, ושמעון מבקש מרואבן ישכרי לו (לשםעון) את חלקו, אם שמעון מרבה דיירום (=בעל משפחחה גדולה יותר) יותר מלי, יכול ראובן לסרב לשמעון, מפני שהוא לו שיגורו בחילוק פחוות אנשים; אבל אם שמעון ולי שווים בדיירום (בגודל משפחותיהם), זכאי שמעון לדירוש מרואבן ישכרי לו ממשום "יעשיה הרשות הטעוב", ואין זה שור טובי ששמעון יצטרך לגור עם מי שאינו חפץ; אך אין דין מצרנות בשכירותו, הדברים אמרוים דווקא במצרן, מה שאין כן בשותף בבית עצמו; וגם אם שמעון אינו דר בבית אלא משכיר לאחרים את חלקו, אף שאין מקום לנימוק של "וועשית הישיר והטוב" כאמור, מכל מקום ראוי שישכירו את הבית ורק בהסכם שנייהם, וכל אחד זכאי למונו השכירה לאדם זו, מפני שיש שכן שmorphibat את הבית ויש שמקיימו.

שותף עדיף על מצרן גם במיטלטלין. שו"ת מהרי"ק, שורש כ, כתוב שגם בשיתופי במיטלטלין, שותף שמכיר את חלקו, יכול שותף אחר להוציא מהקונה. בעקבותיו, כתוב דרכיו משה, ח"מ, סימן קעה, ס"ק יא, ומ"א, ח"מ, סימן קעה, סעיף גג, שאם לפ"ז ראות עני הדין, ייפגע השותף השני מן המכירה מצד הלוות המיטלטלין, או משום שלא נהג לו להיות שותף עם אותו קונה, יכול השותף לסלק. אבל שולchan ערוץ, ח"מ, סימן קעה, סעיף גג, בית יוסף, ח"מ, סימן קעה, מהודר שנגה, הלכות שכנים, פרק יב, הילכה ה; ב"ח, ח"מ, סימן קעה; ושוו"ת הרדב"ז, סימן שצא, חולקים ואומרים שבסמלטליין אין השותף יכול לסלק את הקונה. בירור הילכה, בבא מציעה שם, פרק ה, נימק שדרעה זו סוברת שזכות הקידימה של שותף היא מודין אחר, ולא מודין הוא, ודין מצרנות הוא רק בקרקע, מפני שהיא קניין עולם (סבירות סמ"ע, סימן קעה, ס"ק צז); ואילו מהרי"ק סובר שזכות שותף היא מפני שהוא מוכן לקבל אדם אחר (ואה על הטעמים הללו להלן, ליד צין העשרה (55), וטעם זה שייך גם במיטלטלין).

<sup>50</sup> שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן יט (הובא בש"ק, ח"מ, סימן קעה, ס"ק מו). הראנ"ח שם קובע, שמאחר שנחלקו הפטושים בזה, אין השותף יכול להוציא מן האשיה הקונה, מפני שהיא נחשבת מוחזקת, והמושיא מחברו עליו הראייה. שו"ת דבר משה, חלק ב, סימן סא, כתוב באופן כללי,

הדברים אמורים לגבי סייגים לזכות מכרנות הנובעים ממעמדו של הקונה, כגון איש, שמחמת מעמדה ודאגה לכבודה קבעו חכמים שלא יהולו עליה דין מכרנות. אולם יש סייגים אחרים, שבהם דין מכרנות אינו חל, לא משום מעמדו של הקונה אלא מחמת אופי העסקה שעשה המוכר או מחמת עצמו של המוכר. לדוגמה: המוכר את כל נכסיו לאדם אחד, אין המוכר יכול לסלק את הקונה, שקשה למוכר למצוא קונה לכל נכסיו בבח אחת, ואם אפשר למצורנים לסלק את הקונה מן הקרקע שוכש, יקטנו טיכוינו של המוכר למצוא קונה כזה, ויגרם לו הפסד. ר' יהודה נבון<sup>52</sup> פוסק, שבגון זה אין לשותף עדיפות על מצאן, וגם הוא לא יכול לסלק את הקונה. לדעתו, מה שפסקו הפוסקים ששותף עדיף על מצאן, אמור רק בדיינים הנובעים ממעמדו של הקונה, אבל בדיינים הנובעים מאופי המכרכ או מעמדו של המוכר אין לשותף עדיפות על פני מצאן רגיל. דוגמה נוספת: אשה המוכרת קרקע, יש אמורים שלא חלים עליה דין מכרנות<sup>53</sup>, מפני שחכמים חשו לטובה, ומאחר שאין מי שיפח על נכסיה, ביקשו להקל עליה ככל האפשר את מכירותם, ולכן קבעו שלא חלים עליה דין מכרנות, כדי שלא יתרע קונה פוטנציאלי מחשש פן יסולק על ידי המוכר. לאחר מכן זה נובע ממעמדה של האשה בתור מוכרת, שותפה של האשה לא יכולה לסלק את הקונה, ולא תהיה לו זכות יתר על פני מצאן רגיל.<sup>54</sup>

בטעם לעדיפותו של שותף על פני מצאן רגיל, אפשר לומר שני הסברים: (א) גם זכותו של השותף נלמדת מהפסק "ועשית הישר והטוב", אלא ששותף מפרשים את הוראת הפסוק באופן מكيف יותר מבמצאן, משומש שכך הדעת נותנת<sup>55</sup>. (ב) זכותו של שותף אינה נובעת מדין מצאן אלא מתוך כך שיש לו זכות בגוֹן הקרקע, והוא נוחש בתולו<sup>56</sup>.

שכשיש ספק בדייני מכרנות, אם הקונה כבר עשה כןין בקרקע, הוא נחשב מוחזק ואין המוכר (כאן: השותף) יכול להוציא ממנו; אבל אם אינםணיהם יחד לקונן, המוכר והאחר, יש לחת עמידות למוצרן. בנוסא זה, האם שותף עדיף מבמצאן או הרינו כמצאן, נחלקו הפוסקים: כשיטת הרמ"א פסק שותף מהרש"ן, חלק א, סימן קטו. ואילו כשיטת הריב"ש פסק שותף מהר"ם אלשקר, סימן קיח; שותף מהרלב"ח, סימן טא; ושותף תורה אמרת, סימן קכו.

<sup>51</sup> שלוחן ערוך, ח"ו, סימן קעה, סעיף ל.

<sup>52</sup> שותף קריית מלך בר, סימן א.

<sup>53</sup> רמ"א, ח"ו, סימן קעה, סעיף מו. יש לשים לב להבדיל בין זכות מצאן כלפי אשה שמכירה קרקע, לבין זכות מצאן כלפי אשה שקנייתה קרקע — המקורה שנידון לעלה, ליד ציון הערכה 46.

<sup>54</sup> הכנסת הגדולה, ח"ו, סימן קעה, הגהות בית יוסף, סעיף צה, על פי תשובה ר' שבתי יונה בשותף משפט צדק, חלק א, סימן ג.

אבל הכנסת הגדולה שם מעיר שחוות מימיוניות (עליל, הערכה 48) נוקט, שבכל מה שנאמר לית בה משום דעתך דבר מצרא", לשותף יש זכות קדרמה, ומשמע מכך שהוא חולק על קריית מלך ובו ועל ר' שבתי יונה. כך עולה מדברי הכנסת הגדולה, ח"ו, סימן קעה, הגהות הטור, אותה ב, שכח שאם יש הפסד למוכר, אין לשותף זכות קדרמה, כמו למוצרן, מפני שוגם זכות השותף היא מדין הפסד למוכר, מטעם "ועשית הישר והטוב", אלא שזכותו עדיפה על של מצאן רגיל, ואין זה דין נפרוד.

גם ר"אaben שושאן והרבבי", בתשובותיהם בשותף מהרלב"ח, סימן סא, כתבו זכות שותף היא מדין "ועשית הישר והטוב", אלא שהם כתבו שמטעם זה חלות עליו כל הగבות המכרנות, ואינם סבורים, כאמור, בטקסט, ששותף פ██וק זה מתרפרש באופן מكيف יותר.

<sup>55</sup> כך נימק ראנ"ח (עליל, הערכה 50). והוא סעיף 27, ליד ציון הערכה 13, שיש לכל שותף שעבוד על חלקו של השותף الآخر, לעניין כוות שימוש בו.

עוד אפשר לנמק את זכות הקדרמה של השותף, ששותף נכנס לשותוף על דעת אדם פלוני היה שותפו, ואני מוכן שאדם אחר יהיה שותפו. לפי הסבר זה, זכות הקדרמה של השותף היא כלפי המוכר (שותפה),

## פרק חמישי

## שיתוף של בני זוג

החוקך דין בשותפים בנכט, ודבריו אמורים לכוארה בכל סוג השותפים. הוראות החוק יחולו אףו גם על בעל ואשה שהנכדים שלהם רשומים על שם שניהם.<sup>57</sup> אשה יכולה אפילו למכור את חלקה ללא הסכמת בעלה, וכן הבעל יכול למכור את חלקו ללא הסכמת האשאה. אכן, ביחס לדירות המגורים המשותפות קבע החוק הסדר ייחודי בסעיף 101 לחוק המקרקעין (זכות קדימה בין בני זוג), אך ככל חלים עליהם דיני השותפות הרגילים.

לעומת זאת, במשפט העברי חלים על נכסי בני הזוג הסדרים יהודים, הנובעים מיחסי הממון הייחודיים שבין בני הזוג. ניתן לומר כלל שאפשר לעשות עסקה ברכוש המשותף בלבד הסכמת שני בני הזוג. אך יש להבחין בין סוגים שונים:

- (א) נכסי צאן ברזול;
- (ב) נכסי מלוג;
- (ג) מתנות שקיבלה האשאה מבעלת.

בכל אחד משלשת סוגי הנכדים האלה מוטלות על האשאה הגבלות שונות ממנה לעשות בחליה כל העולה על רוחה.

נכסי צאן ברזול שייכים לבעל כל ימי הנישואין, ורק לאחר פקיעת הנישואין יכולה האשאה לתרבוע אותם מבעלת או מירושיו. נמצא שהבעל והאשה אינם שותפים בהם, ולכן נפסק<sup>58</sup>:

"האשה שמוכרה או נתנה אחר נשאת בנכסי צאן ברזול, בין לבעל, בין לאחרים, לא עשתה כלום".<sup>59</sup>

נכסי מלוג הם נכדים של האשאה שהבעל לא קיבל עליהם אחריות בכתובה. אף שהנכדים שייך לאשה, פירוטו שייכים לבעל כל זמן הנישואין. בדרך כלל,DIRA שהיתה לאשה לפני הנישואין, או שקיבלה במתנה או בירושה לאחר הנישואין, ונרשמה מחציתה על שם הבעל ומהציתה על שם האשאה, יש לכלה דין נכסי מלוג<sup>60</sup>, כך שלמעשה אין בה בעלות משותפת,

ולא כלפי הקונה (בשונה ממצוין, שזכו היא כלפי הקונה, כאמור), שהרי זכותו נובעת מהסתם מכללא בין השותפים בעת יצירת השיתוף, שיישארו שותפים יחד. אך ר"א ابن ששאן, שם, דוחה נימוק זה, שכן אם מפריע לשותף הזה להיות בשיתוף עם הקונה החדש, יוכל לדרש את פירוק השיתוף. הוא מדיק כך משוייה הרא"ש, כלל א, סימן ב, העוקב בשניים שכורו בית, ואומר שאין רואין יכול להביא אחר במקומו, מפני שהוא שכר את המקום על דעתו רואין היה שותפו ולא אדם אחר, ומוסיפה שאין לשמעון פררון של פירוק שהרי זו שכירות (ראה סעיף 45, הערא 13) — מכאן שבמקרים שיש פתרון של פירוק, לא תישמע טענת השותף שהוא נכנס לשיתוף על דעת שהרכב לא ישתנה.

<sup>57</sup> פרק זה דין בני זוג החיים בנפרד. בני זוג החיים בשותפות עסקיים בממוני, ושותף עסקי אינו רשאי לעשות עסקאות בחילוק בעלי ידיעת שותפו, לפי שוויית עבודת הגירושוני, סימן עז; שוויית צמה צדק (קורוכמל), סימן צט; נתיבות המשפט, סימן קעה, ס"ק נג; שער משפט, סימן קעה, ס"ק ה; שוויית בית יצחק, חוו"מ, סימן מט.

<sup>58</sup> שולchan ערוך, אבן העזר, סימן צ, סעיף יג.

<sup>59</sup> בדרך כלל, אם הדירה ושם האשאה, היא אינה בגדר נכסי צאן ברזול, שהבעל מקבל אחריות עליהם בכתובה. אבל יש זוגות שמחלייטים להשאיר את הדירה ושם האשאה, ובכל זאת הבעל מתחייב כנגדה במפורש בכתובה, וכך יש לדירה דין נכסי צאן ברזול, ומצא שהרישום אינו יוצר בעלות אמיתית עבור האשאה, בעני ההלכה. ראה ב"ע שרשבסקי, דיני משפחה, מהד' ד, עמ' 147-148.

<sup>60</sup> שרשבסקי, שם, עמ' 149, כותב שכל נכסי האשאה שאינם נכסי צאן ברזול הם נכסי מלוג, אלא אם כן מישחו

והרישום הוא פיקטיבי. לגבי נכסים מלוג נפקק<sup>61</sup>: "האשה שמכירה מלוג אחר שנשאה, אף על פי שאוותן נכסים נפלו לה קודם הרכס, הבעל מוציא פירות מיד הלוקחות כל ימי חייה". כמובן, האשה יכולה למוכר רק את גוף הנכס, בלבד הפירות, מסווג שהפירוט שיליכים לבעלת. אם מטה האשה לפניה בעלה, הבעל יכול להוציא מהקונה גם את גוף הנכס מסווג שהוא היורש שלו. חז"ל נתנו לבעל מעמד של קונה ראשוני, אך שמתברר שכירית האשה הרותה שלא כדין. ויש אומרים<sup>62</sup>, שאבילי בחיה יכול הבעל להוציא את גוף הנכס מיד הקונה. לפי שיטתה זו, האשה יכולה למוכר מנכסיה ורק לאחר מיתה בעלה או לאחר גירושה. בזמן הנישואין, לאחר שהבעל הוא הנהנה מפירוט המקרקען, אין לקונה שום זכויות בקרען, ואין סיבה שגוף הקרען לא יהיה ביןינוים אצל הבעל.

אם קנה הבעל את הנכס מכupo ורשם את מחציתו על שם אשתו, הוא נדרש שננתן לה מתנה, והדין הוא שאינו אוכל פירות<sup>63</sup>. אף על פי כן נפסקה ההלכה, שאין האשה יכולה למוכר או לחת במתנה את מה שננתן לה בעלה<sup>64</sup>.

גם הבעל אינו יכול למוכר את נכסיו בלי הסכמת האשה, אף לא את אלו הרשומים עלשמו בלבד, מסווג שכל נכסיו משועבדים לכחובת אשתו<sup>65</sup>.

נמצא, שבחינת המשפט העברי, סעיף זה אינו חל על נכסים הרשומים במשותף על שם בעל ואשה. באלו חלים עקרונות אחרים, וצריך לדון בכל מקרה לגופו.

## פרק שיישי

## "תניןיה בהסכם שיתוף השוללת או מגבילה זכות" — ס"ק (ב)

החוק מאפשר לשותפים לעשוות הסכם ביןיהם שלא יוכל אחד מן השותפים להעביר את חלקו או לעשות בו עסקה אחרת. החוק מאפשר להם לעשוות הסכם, זכויות העברה ועשית העיסקה תהיה מוגבלת בהגבילות כלשהן. אלא שהחוק מגביל את תוקפו של הסכם כזה לתקופה של חמישה שנים בלבד. לאחר חמישה שנים, חוזרת הזכות היסודית של כל שותף להעביר את חלקו לאחר או לעשות בו עסקה, בלבד הגבלה<sup>66</sup>. טעמה של ההגבלה לחמש שנים הוא, שהחוק

נתן לה אותם במתנה על מנת שאין לבעל רשות בהם, או שבעלה נתן לה אותו במתנה, שאו גם הפירות שיכים לאשה.

<sup>61</sup> שולchan ערוך, אבן העזר, סימן ז, סעיף ט.

<sup>62</sup> שולchan ערוך, שם.

<sup>63</sup> שרשבסקי, שם, עמ' 150-151, כתוב, שאם יוכה שהרישום נעשה בלי כוונה להעביר בעלה לאשה במחזיטה הדירה, לא יהיה בזו ממשם העברת בעלות; וכך הדין גם אם מנהג המקום הוא שהרישום מחזיטה הדירה על שם האשה אינו עושה זאת במטרה להעביר לה בעלות במחזיטה.

<sup>64</sup> שולchan ערוך, אבן העזר, סימן פה, סעיף ז.

<sup>65</sup> שולchan ערוך, אבן העזר, סימן ז, סעיף ז.

<sup>66</sup> בחקוק המיטלטליין, התשל"א-1971, אין הוראה מגבילה. תוכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007,  
סעיף 520(ד), מחייב הוראה זו גם על מיטלטליין: "תניןיה בחוואה שיתוף השוללת או המגבילה זכות כאמור בסעיף קטן (א)(2) [=זכותו של שותף להעביר את חלקו], תקפה לתקופה של חמישה שנים בלבד".

אינו רואה בעין יפה "הקפאה" של זכויות קנייניות, מפני שהקפאה כזאת פוגעת במהלכה התקין של הכללה. עמדת המשפט העברי בעניין זה אינה ברורה. יש בעיה עקרונית בתוקפו של הסכם ששותף לא יוכל להעביר את חלקו או לעשות בו עסקה, והוא עביית "קניין דברים". אדם יכול לקבל על עצמו התחוייבות כלפי חברו, אבל התחוייבות צריכה להיות מעוגנת בדבר ממשוני, כגון התחוייבות לשלם סכום מסוים. התחוייבות שאינה עומדת במחוץ זה קוריה "קניין דברים", דיבורים בלבד, ואני תהפה.

רבים מן הפוסקים קבעו שהתחוייבות להימנע מפעולה מסוימת אינה תקופה, מפני שהיא "קניין דברים". לפי דעתם, שותפים העושים הסכם ובו מתחייבים כל השותפים (או חלקם) שלא למכור את חלקם לאחר, או שלא לעשות בו עסקאות, אין תוקף להתחייבותיהם. כך, לדוגמה, ר' חיים אור זרוע<sup>67</sup> פוסק שאדם שהתחייב שלא למכור קרקע מסוימת במשך שלוש שנים, ועשה "קניין" על כך, אין לך תוקף, מפני שהוא "קניין דברים".

אולם יש מן האחראונים שהכירו בתוקפה של התחוייבות להימנע מפעולה. לדוגמה, ר' חסדיי הכהן פרחיא<sup>68</sup> סובר שהתקנות לשון "התחויות", גם אם זאת התחוייבות להימנע מפעולה, חל היוב על האדם עצמו, וכך יש להתחייבותו תוקף.

אם ההסכם נעשה בשעה שkanו את הנכס, בשעת יצירת השיתוף, יש שיקול נוסף להכיר בתוקפה של התחוייבות השותף שלא להעביר את חלקו: לרעת ר' שמואל גאון<sup>69</sup>, יש תוקף להתחוייבות להימנע מפעולה, שעוזרים שותפים כתנאי בשעת קניית הנכס, מפני שעל דעתך כן.

דרך אחרת לתת תוקף להתחויבות זו, גם לדעה הסבורה שהתחוייבות זו היא בגדר "קניין דברים", היא להפוך את התחוייבות לתנאי בחיבור ממשוני. לדוגמה, אם שותף יאמר: "אם אמכור את חלקו, אתחייב לשלם לך כך וכך", תוקם התחוייבות ממשונית, ובפועל יהיה מנוע מלמכור את חלקו, שכן אם ימכור את חלקו, יצטרך לשלם את מלא סכום התחוייבותו<sup>70</sup>. לסתיכום, קביעת המחוקק, שהסכם זה תקף, שנוייה במחוקקת במשפט העברי. ואשר להגבילת המחוקק על תוקף ההסכם, שייהי תקף רק חמיש שנים, אין לה ذכר במשפט העברי.

## פרק שני: סיכום

שותף יכול למכור את חלקו לאחר, למלה אותו במוניה, להסביר אותו או למשכן אותו. המשפט הישראלי מאפשר לשותף לעשות עסקאות בתחוםו, בלי להתחשב בהשלכות העסקה על שאר השותפים. לעומת זאת, לפי המשפט העברי שותף לא יכול לעשות עסקה המשנה

<sup>67</sup> שות' מהר"ח אור זרוע, סימן רנא.

<sup>68</sup> שות' תורה חסד, סימן רכח. לדעות שונות בעניין זה, ראה: א' ורהתיג, התחוייבות, עמ' 205-201.

<sup>69</sup> שות' פרח מטה אהרן, חלק א, סימן יד.

<sup>70</sup> דרך זו הוצאה בשות' הרשב"א, חלק ב, סימן פז, בעניין דומה. לדרכם אחירות לתת תוקף להתחויבות זו, ראה דברי רוז'ן גולדברג, להלן, עמ' 295-296.

את מצבם של שאר השותפים לרעה, והוא קובע גדרים שונים בהתאם לסוג הנכס וסוג הזכות המשותפת.

הגבלה נוספת שיש במשפט העברי היא קביעת זכויות קדימה (מצרנותה) בין השותפים, לרבות זכויות קדימה לפני בעלי מקראין הגובלים בנכס המשותף. הגבלה דומה קיימת במשפט הישראלי רק לגבי דירת מגורים של בני זוג, ובין יורשים ממשק חקלאי. לבסוף, עמדנו על כך שבינgor למשפט היהודי יש שאלות נשלטות נכטס משותפים של בני זוג על ידי הסדרים יהודים, ואינם כפופים לדיני השותפות הרגילים.

#### פרק שמיני

##### הצעת נסח לפि המשפט העברי

34. (א) כל שותף רשאי להעביר חלקו במרקען המשותפים, או לעשות נסח בחלוקת חלקו עסקה אחרת, בלי הסכמת יתר השותפים.  
 (ב) שותף בבית מגורים לא יכול למוכר או להשכיר את חלקו לאדם שיביא לבית יותר דירות מאשר בו בידי המוכר.  
 (ג) שכורים בשותף של דירת מגורים אינם רשאים להעביר את זכויות בדירה בלי הסכמת יתר השותפים.  
 (ד) לכל שותף יש זכויות קדימה בקניית חלקו של השותף המוכר.

#### נספח

##### עוד על תוקפה של העברת חלקו של שותף

א. על הדעה שההקנאה אינה תקפה נימוקים נוספים לדעה ששותף אינו יכול להקנות את חלקו: יש מי שנימק על פי הכלל ש"אין ביריה" (בדברים שהם מדאוריתא), כלומר שאם דבר אינו מבורר עכשו, אינו יכול לחול עכשו, וגם אם יתבגר הדבר אחר כך, אין אומרים שהתבגר הדבר למפרע. משום כך, בשותפים חלקו, אין אומרים בשעת החלוקה מחברו שהחלק של אחד קיבל הוא החלק שהוא שלו מאז ומעולם, אלא אומרים שיתיקן של אחד קיבל את החלק שהוא שייך לחברו, ועכשו החליפו ביניהם את החלקים, ודינם "כלקוחות" — שנקו זה את חלקו של זה<sup>71</sup>. מאותה סיבה, לא יכול שותף למוכר או לחת את חלקו, במטרה שיוכל הקונה (או המקבל) לקבל חלק מהנכס במקומו בשעת החלוקה, שהרי הוא כאילו מוכר (או נותן) דבר שהוא עדיד לנכונות, שאינו מועיל<sup>72</sup>. מה שמכר או נתן אינו עומד להתרבו בינו לבין הקונה, שהרי הדבר תלוי בדעת

<sup>71</sup> גיטין מה ע"א.

<sup>72</sup> ר' חיים מאיר הרציג, המובא בשורת ברית עולם (ולר), סימן סא, אות א, נימק כך את דעת הרש"מ.

השותף השני, האם יסכים לחלקו, ומאהר ש"אין ברירה", אין לצדדים סמיכת דעת, ודיננו כדין מי שאומר לחברו "שדה זו לכשאchnerה, נתונה לך", שאיןו מועל; ודיננו שונה מדין מי שיש לו קרקע, שיכל לחתת חלקו ממנה למישחו שהיתה שותף עמו בשדה, ואינו נחשב דבר שאיןו מסוימים<sup>73</sup>, שהרי שם אם ירצו המקנה והקונה, יוכלו לחלק מיד<sup>74</sup>.

גם לדעת התוספות, הוסברים שמדובר להקנה שאינה מסוימת, אפשר שלא תועל הkanah חלקו של השותף. ההבדל הוא, שמי שמקנה הקנה שאינה מסוימת, כל הנכדים שלו, ואין רשות אחרים עליו. לעומת זאת, שותף אינו יכול להקנות את חלקו, מפני שרשوت השותפים האחרים עליו, ו"אין ברירה", והוא מקנה דבר שאינו שלו; וגם אם יאמר "אני מקנה את מה שיפול לגורלי לאחר החלוקה", אין זה מועל מפני שהוא מקנה דבר שאינו ברשותו<sup>75</sup>.

זאת ועוד: כאן ההקנה אינה מועילה גם לדעת התוספות, מפני שאף השותף המקנה אינו יודע מה הוא מקנה<sup>76</sup>.

#### ב. על הדעה שהקנה תקפה

פוסקים נוספים הסוברים שהקנה תקפה: הכנסת הגדרה, חור"מ, סימן רט, הגחות הטור, אותן ב, מדיק כך גם משות' הרשב"א, חלק ב, סימן רא, ומשות' מהר"ם די בוטון, סימן מה. שות' חוקות החיים, סימן סב (צג ע"ג), מדיק כך גם משות' הרשב"א, חלק ג, סימן Kmeh. שות' זרע יעקב (נאים), סימן יז (כו ע"א), מדיק כך מרמב"ם, הלכות שחנים, פרק יב, הלכה ד, ומשולחן ערוך, חור"מ, סימן קעה, סעיף ה, שכתבו שם שותף מכיר את חלקו לאחר, השותף الآخر יכול לסלק את הקנה גם אם הוא מצורן – הרי שותף יכול למכור; ושל לא מדובר שכבר חילקו, שהרי אם כן לא היה קורא להם "שותפים". כך פסקו גם נאמן שמואל (עליל, הערא 23), ברית עולם (עליל, הערא 23), פני משה (עליל, הערא 21), מהנה אפרים (עליל, הערא 17), ופתחי חזון (עליל, הערא 25), שהבאנו בפרק שני, ג, בignumiosים לדעה זו.

כמו כן, מהר"ם המובה במודכי, בבא בתרא, סימן תקע (הובא בדורכי משה, חור"מ, סימן ריד, ס"ק ב, ברמ"א, חור"מ, סימן ריד, סעיף ז, ובשות' דבר משה, חלק ב, סימן עה, דף פא

<sup>73</sup> ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ב), פרק "מתנה שאינה מסוימת", פסקה 4(א), שהרמב"ם וסייעתו מסכימים שהנותן "חלק בשדה פלונית" – ההקנה מועילה.

<sup>74</sup> פתחי חזון, שותפים, פרק ד, הערא טו, מנמק כך דעתו זו (בליל לפטוק כך).

<sup>75</sup> ר' אברהם הכהן, בCHASECA כ"י המובה בשות' שמות יהודיה, סימן נב (סח ע"ג). גם שמות יהודיה עצמו (סח ע"ב), מעלה אפשרות, שגד לדעה שמדובר להקנת דבר שאינו מסוימת, טעםם משומש שככל הנכס בראשות המקנה, וממר ומקנה לו, אבל בשותף, הרי לפני חילקה, חלקו אינו ברשותו, ואם כן, הוא כמקנה דבר שאינו בראשותו, ולא יועיל גם לדעה זו.

שות' אמר שמואל, חור"מ, סימן טו (השנני) (דף קט ע"ד), מעלה אפשרות שהתוספות (עליל, הערא 10) מסכימים ששותף אינו יכול להקנות את חלקו, מטעם "אין ברירה", ודווקא במתנה שאינה מסוימת, אמרו שהיא מועילה מפני סברת שות' הרשב"א (עליל, הערא 22), אבל סברת הרשב"א שicity רק בדבר שהמקנה יכול לבורך אחר כך, ובשעת הבירור יכול לקנותו מעכשו ואין צורך ברירה; אבל בדבר שלא יוכל להתרבר אחר כך, לא יוכל להקנות (זהו מביא ראייה, בדף קי ע"א, מקהלה יעקב, דף פב ע"ב), שכתחשב שם דבר אינו יכול להתרבר לעולם, הוא יותר גרווע מדבר שיתתרבר אחר כך); ובשותף, לא יוכל להתרבר בודאות מה חלקו, שהרי גם אם חלקו, הרי אנו פוסקים שאחים שחילקו הם לקוחות (עליל, ליד ציון הערא 71); וכל שכן בדבר שאין בו דין חילקה, שלעולם לא יתרבר.

<sup>76</sup> שות' שאירית יוסף (ידי), חלק ב, עמ' רם.

ע"א), עוסק dabei שיש לו רבע בית, ונתן במתנה שמיינית מהבית, וכן כמה מקבל המקביל, אבל פשוט לו שהמתנה מועילה.

הידוש הרמב"ן, בא בתרא מד ע"ב (הובא בש"ך, חור"ם, סימן רב, ס"ק ד), כותב שבני העיר שיש להם בית הכנסת בשיתוף יגולים להגבות אגבי מטלטلين. הרי שהוא סובר שכל היחיד יכול להקנות את החלק שיש לו בקרע המשותפת, שאם לא כן, לא היה יכול להקנות מטלטلين אגבה. גם שווי"ת הרשב"א, חלק א, סימן מתקלה, כותב שאפשר להקנות מטלטلين אגב קרע משותפת, ומכאן שלדעתו אפשר להקנות את הקרע עצמה לפני חלוקה. מזל שעה, על הרמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ג, הילכה ה (סו ע"א), מוכחה שגם גם לפיו הרמב"ם, שותף יכול להשתתף תחת את חלקו במתנה לפני החלוקה, ממה שכח בהלכות נחלות, פרק ג, הילכה ו, שם בכרו מכר את חלק בכורתו לפני החלוקה, המכיר קיים.

ר' משה ישועה פאלאגי, בשווי"ת שארית יוסף (ידיד), חלק ג, חור"ם, סימן ד (עמ' רכב), מדייק משוו"ת אבקת רוכל, סימן קב וסימן קיד, ששותף יכול למוכר את חלקו. ר' יוסף יידי, שם, דוחה את הראה מסימן קיד, שם נאמר רק "שאין השותף האחר יכול לבטל", ככלומר השותף השני לא יכול לבטל את המכר (שהרי אין זה עניין), אם השותף שמכר רוצה לעמוד במכור, אבל אולי השותף שמכר יכול לחזור בו מהמכר מפני שהוא דבר שאין ידוע; ואמנם בכךון שם גם בני הקהילה שהחלק שלהם נמכר, רצוי לבטל את המכור, אבל לא היה להם כח לבטלו מפני שאנשי ה"מעמד" של הקהילה מכרו והם היו מוסכמים למוכרו. את הראה מסימן קב, הוא דוחה, שם מזכיר שאין בקרע כדי חלוקה — ראה ליד ציון הערכה 80. שווי"ת שאגת אויה, סימן צא (הובא במשנה בווזה, סימן תמה, ס"ק ב), כותב ששותפים בחמץ, שמכר אחד את חלקו לנכרי לפני פסח, חלקו מותר בהנאה, והחלק الآخر אסור — הרי שלדעתו המכירה מועילה.

רשמ"ח גאגין, בשווי"ת ישmach ליב (גאגין), חור"ם, סימן ה, דף כג ע"ד, וסימן ו, דף כת ע"ד, כותב שהשולחן ערוך סובר ששותף יכול למוכר לפני חלוקה, כפי שמשמעותו מבית יוסף, חור"ם, סימן רעה. הוא מוטסיף (בדף כד ע"א), שמאחר שהשולחן ערוך סובר שאדם מקנה דבר שאינו מסויים (ראה בשם בוחר בחוק לישראל, מתנה, סעיף ו(ב), פרק "מתנה שאינה מסויימת", פסקה ו(ב)), יסבירו ששותף יכול למוכר לפני חלוקה; אלא שלא כתוב זאת בשולחן ערוך, סימן רעה, מפני ששם על מה שכח בביה יוסף שם. אבל ראה הערכה 6, ששארית יוסף כתוב שהשולחן ערוך סובר ששותף איינו יכול למוכר את חלקו. וראה חוק לישראל, מתנה, סעיף ו(ב), פרק "מתנה שאינה מסויימת", פסקה ו(ב), ש"י אבולפיה בשווי"ת ישmach ליב, שם (כב ע"ג), כתוב שהשולחן ערוך סובר ששותף איינו יכול למוכר שהשולחן ערוך סובר שכך דעת הרא"ש. רשמ"ח גאגין (שם, דף כו ע"ד) כתוב שאין אפשר לומר שהשולחן ערוך סובר שכך דעת הרא"ש. שווי"ת תורת אמרת, סימן קכח, כותב ששותף יכול למוכר את חלקו, ואחריו שיפילו השותפים גורל ביניהם, קיבל הקונה את מה שעלה בחלוקת כל המוכר. הוא מוכחה זאת משוו"ת הרא"ש, כלל צט, סימן ג, ומרא"ש, בבא מציעא, פרק ט, סימן כא, שכח בשם גאון, שנחalker אמוראים בכבא מציעא קח ע"א במי שקנה חלקו של אחד השותפים, האם האחרים יכולים לשלקו מצד מצרנות. נסנת הגודלה, חור"ם, סימן רט, הගות הטור, אות ב, ושווי"ת בעי חי, חור"ם, חלק א, סימן קמה וסימן רט, מסביר שדברי שווי"ת תורה אמרת, סימן קפג, ששותף איינו יכול להעביר את חלקו, אמורים רק לגבי חזקת חלונות — ראה שם.

כמו כן, שווי"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קטו, עוסק בשותף שנתן או מכר את חלקו, וכן רק

האם יש דיןא דבר מצרא והאם מועילה חזקה, אבל פשטוט לו שההקנאה חלה. הכנסת הגדרולה, חו"מ, סימן רט, הଘות הטור, אות ב, ושות"ת בעי חי, חו"מ, חלק א, סימן קמה וסימן רט, מוכיחה משוי"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן כז מהאנאפסות (נדפסו בסוף חלק ג, בדפוס צילום ירושלים תש"ל), שההקנאה מועילה (ראה שם להוכחתו), ומסביר שמה שכחוב מהרש"ך שהשותף الآخر יכול לשלקו הוא מדין בר מצרא. ובסימן קמו הוא מביא מי שדייך מהרש"ך שם ששותף אינו יכול למתה, אך הוא דוחה ריק זה (ראה שם לביאור לשון מהרש"ך).

**rai'ot שההקנאה מועילה:** יד רמה, בבא בתרא, פרק ח, סימן צז, מביא ראייה מדין גוד או אגוד (בבא בתרא יג ע"א), שותף יכול למכור את חלקו, בדבר שאין בו דין חולקה. הוא מביא עוד ראייה מנדרים מו ע"א (ראייה זו כתוב גם בשוו"ת הרם"ה, סימן וצג), שם נאמר שם שותף בחצר נדר הנאה מחברו, קופים את הנודר למכור את חלקו, אם אין בחצר דין חולקה (אך אפשר לדחות ראיות אלה, שאולי דוקא בחצר שאין בה דין חולקה, מועילה הקנאה, משום שאין דרך — על הבדיקה וזה ראה להלן עמ' 113). רנמ"פ זק"ב, בהערותיו לתוספות ר"ד, בבא בתרא קכו ע"ב, העירה 198, מחזק את ההוכחה מדין גוד או אגוד — שבבבאה בתרא יג ע"א נזכר דין גוד או אגוד גם בירושים, בבכור ופשט שיירשו עבר או בהמה טמאה. אך הוא דוחה את הראייה, שבגוד או אגוד, בהתחלה חולקים (באופן מופשט) וקובעים שחלק שייך לאחד וחקל שייך לשני, ואחר כך עושים גוד או אגוד, ולכן יכול למכור מפני שכבר היה חלקו (ציריך לומר, שהכוונה היא שקובעים בתחילת הצד ימין שייך זהה הצד שמאל שייך לזה, לדוגמה, שם לא כן עדין החלק אינו מבורר ואי אפשר למכור).

או וזוע, בבא בתרא, סימן מא, הଘות אשורי (לעיל, העירה 10), היושבי זורשכ"א, בבא בתרא קכו ע"ב, ונזר הקודש (לעיל, העירה 10), מבאים ראייה מבבא בתרא סב ע"ב, על מי שמכור "פלגא דעתך לי באערעא". הכנסת הגדרולה, חו"מ, סימן רט, הଘות הטור, אות ב, דוחה את הראייה, שיתחנן שם מדבר שהמכר יתקיים אלא שם מתדיינים כמה מכור לו (אבל אם אחד מהם ורוצה לבטל את המכור, הוא בטל); או שמדובר שמכר את חלקו אחרי חולקה. לעומת הדחיה הראשונה, כתוב מראה הגدول, חלק ב, דריש וז הספד (מ ע"ג), שהרשב"ם סובר שגם אם שנייהם מסכימים, לא מועילה המתנה, מפני שככל עוד לא הובילו החקלים, הם כמו דבר שלא בא לעולם, שאותו אי אפשר להקנות גם בהסתמת שני הצדדים. לעומת הדחיה השנייה, מביא שוו"ת חוקות החיימ, סימן סב (צג ע"ג), שרש"י על הריב"ף ונימוקי יוסף, בבא בתרא לד ע"א (בדפי הריב"ף), וקיים פסקי הרא"ש, בבא בתרא, פרק ד, סימן ד, פירשו שמדובר בשדה שהיא בשיתוף של שני אנשים, ואחד מכיר את חלקו. שוו"ת ברית עולם (ולר), סימן סא, אות ו, דוחה את הראייה מבבא בתרא שם, שמדובר שהוא להם חלקים מבוררים (וכך דוחה גם שוו"ת דבר משה, חלק ב, סימן עה, דף פב ע"ד); ועוד דחיה (באות ז), על פי דברי קוזות החושן, סימן סא, ס"ק ג, שלפי הדעה שאפשר להקנות דבר שלא בא לעולם, קניין חל גם על דבר שאינו מבורר — אם כן אפשר לומר שהסתוגיה שם היא כדרעה זו.

ר' יצחק אור זרוע, בשוו"ת מהרי"ח אוור זרוע, סימן קכא, מביא ראייה שמועילה הקנאה שותף, מירושלמי, גיטין, פרק ד, הלכה ה (וכן הוא בבללי, גיטין מב ע"א), האומר שעבד של שני שותפים, יכול שותף אחד לשחרר את חלקו; ואין לדוחות, שדוקא שחזור חלק מעבד מועיל מפני שאינו יכול לחלק אותו לשניים ולכן אי אפשר לבורר את החלק ולכן יכול לשחרר ולמכור מה שיש לו בו, אבל בקרע שאפשר לחלק, אולי לא יוכל למכור עד שתתברר חלקו (סבירה כזאת ראה ליד ציון העירה 80) — אין לומר כך, שהרי הדעת נותנת את ההיפך:

אם הוא יכול למכור אפילו את חלקו בעבד, אף שאינו יכול לחלקו, כל וחומר שיכول למכור את חלקו בקרקע, שאפשר לבורר; ועוד, גם בעבד, אפשר לבורר על ידי גוד או אגוד. הוא מביא עוד ראייה מקידושין ז' ע"א, שם נאמר ששותף בבמה יכול להקדיש את חלקו, אף שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם, הרי שיכול להקדיש את מה שיש לו באוותה בהמה, אף שלא החבר חלקו. הוא מביא עוד ראייה מנדרים מו ע"א, שם נאמר ששותף אחד יכול לאסור על שותפו האה מהליך בחצר, וכתוואה מכך ייאסר עליו להילכنس לחוץ המשותפת, הרי ששותף יכול לאסור על מישחו הנהה מהליך בחצר אף לפני חילקה, וכך גם יוכל למכור.

שוו"ת ברית עולם (וילר), סימן סא, אות ג, מביא מביבא בתרא קמג ע"א, שם נאמר שהאמור "קנה אתה ו חומרו |" קנה הלה חזי, אף שלא מבוררizia הוקנה לו. עוד הוא מביא ראייה מעירובי חזנות, שמקנים כייר לחם אחד לכל בני החצר, והם זוכים אף שלא מבוררizia הילך יהיה לכל אחד, והקניין מועיל כיוון שאין מקנה כל משחו בכיכר לכולם יחד, אלא לכל אחד חלק מן הכלכל.

ראייה נוספת מביא מרבא הגadol, חלק ב, דריש ז' להספר (מ ע"א), מביבא בתרא קמג ע"ב, בעניין "יכיר" — ראה שם. עוד ראייה הוא מביא (בדף מ ע"ד) מביבא בתרא מג ע"א, שם נזכרת אפשרות ששותף יקנה את חלקו בשדו לשותפו. אבל יש להעיר שם מדורר בהקנאה בדרך של סילוק — "דין ודברים אין לי על שדה זו", יותר קל לבצע סילוק מלבצע הקנאה, כיוון שסילוק הוא פעולה שלילית, הורסת ולא יצרת.

זמן ההקנאה: נתיבות שמואל, נתיב ו, אות ג, כותב שמחנה אפרים, הלוות זכייה ומנתנה, סימן א, סובר שהקניין חל מיד בשעת ההקנאה באופן בלתי מסויים על אחד מן החלקים, אף שבעת ההקנאה לא היה חלקו של המקנה מבורר. זאת ממש שמחנה אפרים הסתמך על שוו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן פב, שאמר שאין כאן בעיה של "ברירה" והנכש נקנה למפרע — ראה ליד ציון הערכה.<sup>22</sup>

הקנאה לשותף אחר: שוו"ת שני הלחים, סימן לג, כותב ששותף שנוטן את חלקו במתנה לשותפו, לאחר שהוא מוחזק ועומד בתוכה, די בדיבור בלבד קניין.

בשותפות עסקית: שוו"ת נזר הקודש (רוזין), אהע"ז, סימן מ, אות יג, כותב שוגם בסחרה של שותפות, שבה שותף אחד אינו זכאי לדריש חלקה (רמב"ם, הלוות שלוחין ושותפין, פרק ד, הלכה ד), יכול שותף להקנות את חלקו לאחר, מפני שמדובר בכך את הסחרה על דעת שכל עוד לא ייחלקו אותה, תהיה לכל אחד זכויות קנייניות בגוף הסחרה.

לנכרי: שוו"ת הרמב"ם (מהדר' בלאו), סימן שחיד, כותב שאין לשותף רשות למכור את חלקו לגווי. המהדר, בהערה מד, מקשר זאת לדין, ברמב"ם, הלוות שכנים, פרק יב, הלכה ז, שאסרו ליהודי למכור את קרקענו לנווי אם קרכעו גובלות בקרקעו של יהודי אחר, מפני שיש סכנה שהגוי יזק לשכנו. כמו כן, מדורר בתקופה ובמקומות שחחש זה ואכן היה קיים.

בקידושיasha: שלוחין ערוך, אהע"ז, סימן כח, סעיף ייח, כותב, ששותף אינו יכול לקדשasha בחלקו לפני החלוקה (אלא אם כן מדורר בנכס שכלו מאותו המין, שאפשר לחלקו בעלי שומה). אבל חילקת מחלוקת, סימן כח, ס"ק לב (הובא בשוו"ת נזר הקודש (רוזין), אהע"ז, סימן מ, אות א), כותב שאם אמר לה בפירוש שהוא מקדש אותה חלק שיש לו בנכס הזה, היא מקודשת.

ג. אופנים שבהם לכל הדעות ההקנאה תקפה

(א) אם יש למקנה או לקונה נכס ליד הנכס המשותף: יש מי שאומר, גם לפי הדעה השותף אינו יכול להקנאות את חלקו במכר או במתנה, הרי בית משותף, אם יש לשותף אחד בבית משלו, סמוך לבית המשותף, והוא מקנה לאדם אחר את חלקו בבית המשותף, ההקנאה תקפה, מפני שהבית נחשב כמחלוק עוד לפני החלוקה. הטעם לכך הוא, שרש"י<sup>77</sup> סובר שבבית משותף שיש לאחד מהשותפים בית משלו לידי, אם הוא רוצה לחלוק את הבית המשותף, ולקבל את החלק הסמוך ליבו, שומעים לו; ודואק באשרה משותפת אין שומעים לו, אלא חלקים על פי גורל, מפני שהשותף الآخر יכול לטעון שלפעמים שדרה זו מתברכת יותר מזו. גם לדעת רבנו חס"ר<sup>78</sup>, שאין הבדל בין בית לשדרה, אלא בכל מצב ממלכים על פי גורל, הרי אם נפל לשותף זהה בגורל החלק שאינו ליד ביתו, הוא יכול לנוקב מחייב גבוה עboro החלק הזה, ולומר לשותף האחר: "או קנה אתה את החלק הזה במחיר שנקבע, או אני אקנה אותו", וכן נחשב החלק הזה מחולק ומבורר. לנין יכול השותף הזה להקנות את חלקו לאחר עוד לפני החלוקה. מאותה סיבה, גם אם אין לשותף זהה בית בסמוך לבית המשותף, אלא הקנה את חלקו לאדם שיש לו בית בסמוך, ההקנאה תקפה, מפני שנוחותים לקונה את חלקו בבית המשותף הצד שליד ביתו, והחלוקה וההקנאה באות אחת, מפני שאותה השותף את חלקו, התברר איזהו החלק שהוא מקנה, ונחשב מבורר, ולכן הקנאות קיימת. אמן לפניו ההקנאה אין למקרה עדיפות בחילק זהה, אבל אם נכיר בתוקף של ההקנאה, והקונה יהפוך לשותף, תהיה לשותף החדש עדיפות בחילק זהה, ואומרים שההקנאה והבירור באים כאחת", ועדיפות זו עשוה את הבירור.<sup>79</sup>

(ב) נכס שאין בו שיורר כדי חלוקה: יש אומרים, גם לפי הדעה לשותף איןו יכול להקנות לאחר חלקו, הרי בנכס שאין בו שיורר כדי חלוקה, ומשום כך איןו עומדת לחולקה אלא שכחד מהשותפים ישמשו בכלו, יכול כל אחד מהשותפים להקנות לאחר זכות השימוש שלו, שהרי זהו דבר מבורר, להשתמש בשווה עם השותפים האחרים בכל הנכס.<sup>80</sup> הם אומרים שדווקא בנכס שאפשר לקיים בו חלוקה, לא מועילה הקנאת חלקו, לפי אותה דעתה, מפני שככל זמן שלא נתחלק הנכס, עדין אין לכל אחד זכות גמורה בכך; אבל נכס שאיןו עומד לחולקה, כבר בעת יצירת השיתוף יש לכל אחד זכות גמורה בו, יוכל להקנות זכות זו<sup>81</sup>. אבל יש שניים מקרים הבדיקה זו<sup>82</sup>, מפני שככל שותף יש רק שעבוד על חלקו של

<sup>77</sup> רשי", בבא בתרא יב ע"ב, ד"ה אמריו. על עניין זה ראה סעיף 39, ליד ציון הערכה 34.

<sup>78</sup> רבנו חס' בתוספות, בבא בתרא יב ע"ב, ד"ה מעילין. ראה על כך בסעיף 39, ליד ציון הערכה 77.

<sup>79</sup> שות' אדרת אליהו (קוביה), סימן כד (נג ע"ג), בדעת הרשב"ם. אבל הוא מעלה אפשרות שהרשב"ם סובר שבמקרה השני, לא מועילה ההקנאה, כיון שלא התברר לגבי השותף עצמו אפילו חלקו. אבל אדרת אליהו אינו חוזר בו (אף בהעלאה ספק) לגבי המקרה הראשון, שלשותף עצמו יש בית בסמוך.

<sup>80</sup> שות' אדרת אליהו, שם (הובא בשות' דבר משה, חלק ב, סימן עה, דף פג ע"ב, ובשות' יש מה לב (גאגין), חו"מ, סימן ו, דף קט ע"ב).

<sup>81</sup> רנמ"פ זקש, בהערכתו לתוספות י"ד, בבא בתרא ככו ע"ב, הערכה 198. בכך הוא דוחה את הראייה שהביא יד רמה, לעיל, עמ' 111, מ"גוד או אגודה": הרי כל "גוד או אגודה" הוא בדבר שאין בו דין חלוקה, ולכן שותף אחד יכול למכוור את חלקו לחכרו.

גם שות' נזר הקודש (רוזין), אהע"ז, סימן מ, אות יא, כותב (כדי לדוחה את הראייה מ"גוד או אגודה"), שדווקא בנכס שיש בו דין חלוקה, החולקה מעכבות, ואין לירוש קניין לפני החלוקה לפי הרשב"ם, אבל בנכס שאין בו כדי חלוקה, יש לירושים קניין עצמי לפני החלוקה, ולכן ירוש יכול להקנות את חלקו.

שותפו, להשתמש בו, אבל אין השعبد נותן לו כוח להקנות את חלקו לאחר, כל זמן שלא הובר חלקו.<sup>83</sup>

(ג) מי ששותף בקרקע אחד בלבד: חריג זה נובע מן ההסבר שטעה של הדעה ששותף אינו יכול להקנות את חלקו לאחר, הוא כי אין תוקף להקנה שאינה מסויימת (כמפורט בפרק שני, ב). לפי זה, שותף שמקנה לאחר את חלקו בקרקע מסויימת (לדוגמה), ההקנה מועילה גם לדעה זו, מפני שהקרקע היא מסויימת, ואין זה משנה שהצד אינו מסויים, כמו שהרמב"ם כותב (כפי שהבנו בפרק שני, ג), שהנותן "חילך לך וכן בשדה פלונית", המתנה מועילה, אף שהוא סובר שאין תוקף למתנה שאינה מסויימת; ואין זה משנה שלפני החלוקה אי אפשר לומר מה שייך לכל אחד, מפני שהוא מקנה חלק מסויים בקרקע, אלא מקנה מה שיעלה בגורלו אחרי החלוקה. דוגמא שותפים שיש להם כמה קרקע בשיתוף, והקנה אחד מהם את חלקו לאדם שלישי, לא חלה ההקנה, לדעה זו, כיוון שלא בירר אפילו את הקרקע, יוכל לדחות את הקונה כל פעם לקרקע אחרת.<sup>84</sup>

גם שות' שאירית יוסף (ידי), חלק ג, ח"מ, סימן ד (עמ' רכב), מעלה אפשרות שבקרקע שאינה עומדת לחולקה, כגון בית קברות, לכל הדעות יכול שותף להקנות את חלקו, ורק בדבר הבא לידי חילקה או מושב"ם שלא מועילה הקנה מתעם "אין ברורה". בזה הוא מסביר את שות' אמרת אבנת רוכל, סימן קב וסימן קיד, שכח על מקרה כזה, ששותף יכול למכור את חלקו.

<sup>82</sup> מראה הגדול, חלק ב, דרוש ז להספד, דף מ ע"ב-ע"ג (הובא בשות' ישmach לב, גאגין, ח"מ, סימן ה, דף כא ע"ב, וסימן ו, דף קט ע"ב), הוכיח מיד רמה, בבא בתרא, פרק ח, סימן צז, מחידושי הר"ן, בשו"ת ישmach קכו ע"ב, ומಹగות אשורי (לעיל, העלה 10), שהם יינטם סוברים הבחנה זו. גם רם רש"ח גאגין, בשו"ת ישmach לב (גאגין), ח"מ, סימן ה, דף קט ע"ד, וסימן ו, דף קט ע"ג, כותב שהבחןתו של אדרת אליהו אינה נכונה. הוא מוכיח שוגם שות' משפטים ישרים (גאון), סימן עא, חולק על הבחנה זו, שהרי כब ע"ל שותף המשכיר את חלקו, שם אינו רוצה לקיים את השכירותו, יROL לסלק את השוכר כי השוכר לו דבר שאינו מבורר, משמע שמדובר גם אם אין בו כדי חילקה. הוא כותב שגם דבר משה לא התכוון לומר שהוא מסכים להבחנה זו, אלא הביא אותה רק לציננה.

שות' אמר שמואל, ח"מ, סימן טו (השוני) (קי ע"ב), כותב שادرת אליהו מסתמך על דברי התלמידו בנדורים מו ע"ב, שם' אליעזר בן יعقوב סובר שב\_hz שאותה שאין בה דין חילקה סמכים על "ברורה", וו"ז וא"ש, שם, נימקו, שמדובר השתחפו על דעתן כן, שהחזר כולה תהיה קונויה לכל אחד לשעה שירצה להשתמש בה, ואילו בחזר שיש דין חילקה, אין סמכים על "ברורה", כי אין הכרח בכך. אבל הוא כותב, שאפשר לומר "קיים לי" כרבינותם (המובה בר"ן, נדרים מה ע"ב) שפירש שאין להילכה כר' אליעזר בן יעקב בזה, אלא "אין ברורה" גם בחזר שאין בה דין חילקה, אם כן ההקנה אינה מועילה. מראה הגדול שם דוחה את הראייה מנדרים, שיש לו רק שעבוד על חלקו של חברו, ולא זכות למכור.

ר"י אבולפיה, בשות' ישmach לב (גאגין), ח"מ, סימן ה, דף כא ע"ב, כותב שادرת אליהו עצמו דבר רך בשותפים בבית אחד שאין בו דין חילקה, הינו שאין ארבע אמות לזה וארבע אמות לזה, אבל בשותפים בחזר ובתנות ובכתמים, שכילים לחלק בית כנדר הנות או מורת וכדומה, אף שאין בכל בית בפני עצמו שיעור חילקה, לדעת הרשב"ם שותף אינו יכול להקנות את חלקו.

ראיה גם לעיל, עמ' 111-112, שאור זרוע דחה אפשרויות להבחין בין נכס שאפשר לחלק לנכס אחר.

<sup>83</sup> מראה הגדול, שם.  
<sup>84</sup> שות' שמחת יהודה, סימן נב (סח ע"ב-ע"ד), בדעת הרשב"ם ובදעת הרמב"ם. והוא כותב שהרשב"ם ידחה את הראייה מבבא בתרא סב ע"ב (שהבנו בעמ' 111), שם מזכיר בשרה אחת, שנחשב דבר מסויים. אבל יש להעיר שכחוק לישראל, מתנה, סיף 1(ב), פרק "מתנה שאינה מסויימת", פסקה 4(ב), מובאים פוסקים שאומרים שם נתן אהוו מסויים מכל נכסיו, המתנה נחשבת מסויימת, כי יש למქבל אהוו מסויים בכל נכס, ולפי דבריהם, על פי ההשווואה שעשו שמחת יהודה, בשום מקרה לא יתכנו דברי רשב"ם, שמתנת שותף לא מועילה; וצריך לומר שש machat יהודה חולק על הפסיקים ההם.

(ד) לבנו או לבתו: יש מי שאומר שגם לדעה ששותף אינו יכול לתת את חלקו במתנה, הרי שותף הנושא את חלקו במתנה לבנו או לבתו, מועילה המתנה, בגלל העיקרין "דעתו של אדם קרובה אצל בנו"<sup>85</sup>.

ד. אופנים שבהם לכל הדעות ההקנאה אינה תקפה

(א) המוכר את "חלי שבצד פלוני": אם השותף אמר לך, שהוא מקנה לו את "חלקו שבצד פלוני", ההקנאה אינה מועילה, גם לדעה שמעילה סתם הקנאה ששותף מקנה את חלקו. לדוגמה, מי שותף בארכעה בתים, וכתחב במתנה "שני בתים מכל ארבעה בתים", המתנה מועילה רק אם לא קבע שני הבתים הם אלו שבצד מזרח או מערב. אבל אם קבע שהוא נתן את שני הבתים שבצד מזרח, לדוגמה, וכתחבלו בגורל, נפל חלקו במערב, או להיפך, נמצאו שלא נתן כלום, שהרי התברר שהוא נתן אינו שלו, אלא הוא נתן את של חבירו<sup>86</sup>. יתר על כן: אם השותף רק אמר כך, ההקנאה אינה מועילה גם אם בסופו של דבר אכן נפל חלקו בגורל באותו צד פלוני, מפני שבשתת ההקנאה לא היה ידוע שיקבל את החלק הזה, ו"אין ברירה"<sup>87</sup>.

גם מול שעה, על הרמב"ם, הלוות זכייה ומיתה, פרק ג, הלכה ה (בדף ס"ז ע"א), מעלה אפשרות, שرك אם אחים ירשו קרע אחד בלבד, יכול אה להקנות את חלקו, מפני שהקרע מסויימת; אבל אם ירשו האחים קרעות אחותות, לא יוכל אחד היורשים להקנות את חלקו, לדעת הרמב"ם, שהרי אין ידוע באיזו קרע ייפול חלקו.

שמחת יהודה מעלה אפשרות, שהסיבה שלוחן ערוך, חוו"מ, סימן ד רעה, השmittת דין מכירת חלק בירושה, היא כי סמך על מה שכותב בסימן רמא, סעיף ד, שאין מועילה מתנה שאינה מסוימת, וכן לא מועילה מכיר חלק בירושה. לפי האמור, כונת שמחת יהודה היא שלפי השולחן ערוך המכירה אינה מועילה אם ירשו רובה קרעות, אבל הא מועילה אם יש בה רק קרע אחד, דעת הרשב"ם.

<sup>85</sup> שות' שאירית יוסף (ידי), חלק ג, חוו"מ, סימן ד (עמ' רבג). הוא מסביר בכך מדוע שות' אבוקת רוכל, סימן קב, כתוב על נידון כה, ששותף יכול לתת את חלקו.

<sup>86</sup> שות' הרשב"ש, סימן תרח (הובא בשות' ויקרא אברהם, אדרדי, חוו"מ, סימן מד, דף פה ע"ב).

<sup>87</sup> שרשוי חיים, חלק א, שורש ביריה, סעיף כב, סימן קג; שות' שמחת יהודה, סימן נב (סח ע"ד). שרשוי חיים הסביר בכך מדוע שות' מהרש"ץ, חלק ב, בנוספות סימן כז, כתוב ששותף אינו יכול להקנות את חלקו. הכנסת הגדולה, חוו"מ, סימן רט, הגהות הטור, אותן ב (הובא בשות' ויקרא אברהם, אדרדי, סימן מד, דף פד ע"א), ושות' בעי חי, חוו"מ, חלק א, סימן קמה וטימן רט, מסביר שדברי שות' מהרש"ם, חוו"מ, סימן רפג, שמכירות שותף אינה מועילה, אמורים רק חלק פלוני כSHIPOL לחילוק, שמאחר שקבע צד, לא הועילה ההקנאה בכלל. מדברי הכנסת הגדולה ממשן שלא מועיל גם אם בסופו של דבר נפל לו חלק זה בגורל, מפני ש"אין ברירה".

בדומה, שות' עין משפט (הלווי), חוו"מ, סימן ה ו ע"ד, ז ע"א (לפי המו"ל, מחבר התשובה אינו בעל השווייה, ר' אברהם הליי; והנידון הוא אותו נידון כמו בשות' פני משה, חלק ג, סימן יד), כורוב שאמ החזק הקנאה בכל הקרע המשותפת, או אם עשה קניין סודר, קנה, שהרי ממה נפשך החזק בחילוק של המקנה, והקנאה לו את חלקו בכל מקום שהוא; אבל אם החזק רק במקצת הקרע, לא קנה, מפני שאין זה מבורר שזה חלקו; וגם אם בסוף נפל חלק זה בחילוק של השותף המקנה, אין זה מועיל, כי "אין ברירה" (הוא עוסק במקרה). בכך הוא מיישב את הסתייריה בראש"ש, שמדובר הנקנת שותף (כפי שריאנו בהערה 10), ובמקום אחר פסק שאינו מועיל (כפי שנראה בהערה 88).

שות' חוקות החיים, סימן סב (דף צג ע"ד), מסכים לדינו של שרשוי חיים, אבל מסיג זאת, שאם עוד לפני החלוקה הסופית, היהת מעין חלוקה דמנית, שכשותף השתמש הצד אחר של הנכס, ושותף אחד ההקנה לאחר את הצד שהוא משתמש בו, ההקנאה מועילה, כי יש להניח שלא הכוון להקנות דווקא צד זה, אלא הכוון להקנות את חלקו בכללות הנכס, ואם בשעת החלוקה הסופית ישתנו החלקים, ויחליפו זה בזה, מה

גם אם אמר השותף לקונה שהוא מקנה לו צד מסוים בנכס המשותף, "אם יפול צד זה בחלקי", לא קנה, כיון ש"אין ביריה", שהרי הוא כאמור "שדה זו לכשאקנה תהיה קנייה לך", שלא קנה.<sup>88</sup>

(ב) שכיב מרע: יש מי שאומר, ששותף שנתן את חלקו במתנה שכיב מרע, אין המתנה תקפה גם לפיה הדעה שמתנה רגילה של שותף תקפה, וזאת מטעם "אין ביריה". דעה זו הסבירה שמתנה רגילה של שותף מועילה על אף ש"אין ביריה", משום סברת הרשב"א, שאין חיסכון של "ביריה" מפני שהקנין יכול לחול כשיתברר.<sup>89</sup> אבל במתנה שכיב מרע אין לומר כן, שהרי הדבר יתרור רק אחרי מות הנוטן, ומתנה שכיב מרע לא יכולה לחול לאחר מותו, שהרי בשעת מותו הנכסים עוברים לורשים, וכמו שכיב מרע הנוטן מתנה על דעת שתחול לאחר מותו, אינה מועילה, וכך גם כאן. ואך שמתנה שכיב מרע היא מדרבנן, ובדברנן "יש ביריה", הרי אנו רוצחים להוציא מיד ירושה דאוריתא, והמתנה לא יכולה להוציא מהירושה מפני ש"אין ביריה". لكن שותף שנתן את חלקו במתנה שכיב מרע, אינה חלה.<sup>90</sup> אבל יש שכיבו, לפחות הדעה שמעילה הקנאת שותף, גם שכיב מרע שנתן את חלקו בנכס משותף, המתנה מועילה, והסתמכו על הפסיקים שאמרו<sup>91</sup> שכיב מרע להקנות דבר שאינו מסוים גם לפיה הדעה שמתנה שאינה מסויימת בטלה.<sup>92</sup> אשר לטענה האמורה ש"אין ביריה", הם הסבירו שבמתנה שכיב מרע "מתקנים" את לשונו של הנוטן, כאילו אמר "תקנה רק לאחר שיבورو היתומים איזה חלק תקבל", שזה בוגדר "תולה בדעת אחרים", שבו "יש ביריה".<sup>93</sup>

בכך? הרי הקונה קנה את חלקו של אותו שותף, ובכך קיבל את כלרכו; ואמנם אם הקונה יטען "אתה מכרת לי צד זה דווקא, ואני רוצה לקבל חלק אחר ורק מושם שהוא נפל לחלקך" – יוכל לבטל את המקח, אבל אם קנה את החלק שלו סתם, בוודאי הוא מסכים להיות כמו היה המוכר בשותף (וידוע שיתיכן שכשיחלוקו יצטרך לחתת חלק במקום אחר).

<sup>88</sup> שות' בית דוד (פילוסוף), חז"מ, סימן קי (הובא בשוו"ת אמר שמואל, חז"מ, סימן טו (השני), דף קי ע"ג); פתחי חזון, שותפים, פרק ד, העלה ט. הם עוסקים במכור. הם משתמשים על מה שכחוב שוו"ת הרואה, כלל צט, סימן ג (הובא בטוו, חז"מ, סימן קנד, סעיף כה, ובסו"ת ר"ע אייר מכתב יד זירושלים תשכ"ה], סימן קיב, שבמקרה זה לא קנה מההטע האמור. גם שוו"ת דע יעקב (נאס), סימן ז, דף כה ע"ג (בשם סמ"ע, ב"ח ושוו"ת תורה אמרת, סימן קכח) כתוב, שהרא"ש שם עוסק בקונה שרוצה לזכות בחזקת חילונות לגבי צד אחד מסוים, על סמך שתיקת אחדר השותפות, שגר בינו לבין באתו צד, ולכן הה"הקנאה" לא מועילה. גן נעל, כפטור ג, פרה יה (נ"ע"ב), מרחיב יותר: אם השותף כותב שהוא מקנה את "החלקל שנגיא אליהם לאחר החלקה" (גם בלי לציין צד), אין זה תקף, כי "אין ביריה", וההנאה תקפה ורק אם הקנה לו את חלקו שיש לו עכשו, יהיה הקונה שותף עם השותף الآخر כמו שהקונה שותף עמו עכשו.

<sup>89</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערכה 23.

<sup>90</sup> שות' מכלם לדוד, חז"מ, סימן כה (רכד ע"ג).

<sup>91</sup> ראה חוק לישראל, מותנה, סעיף 1(ב), פרק "מתנה שאינה מסויימת", פסקה 4(1).

<sup>92</sup> ר"י אבולפייה, בשוו"ת ישmach לב (גאגין), חז"מ, סימן ה (כב ע"ג).

כמו כן, ר' אברהם חיים אדרדי, בשוו"ת ויקרא אברהם (אדראי), חז"מ, סימן מד (פה ע"א-ע"ג), ובשו"ת חוקות החיצים, סימן סב (צג ע"א), כותב שמעילה מתנה שכיב מרע בחלוקו בנכס משותף.<sup>93</sup> אמר יוסף, על גורמים, הלוות זכייה ומתנה, פרק ג, הלכה ה (מ ע"ב), על פי שמחת יום טוב, סימן ל (שהובא בחוק לישראל, מותנה, סעיף 1(ב), פרק "מתנה שאינה מסויימת", פסקה 4(1)), שכתב סבורה זו. אך יש להעיר ששמחה يوم טוב כתוב כך לגבי מתנה שאינה מסויימת, שה"ביריה" היא כשהנותן בוחור איזה חלק נתת למქבל, והוא אפשר לומר שזה תלוי בדעת היתומים. לעומת זאת,案ן ה"ביריה" צריכה להיעשות על פי גורל, והדבר אינו תלוי בדעת היתומים, שהרי מול היתומים יש שותף אחר בנכס, וביניהם אמרו הגורל להכיריע, ואין זה "תולה בדעת אחרים" (שהרי אילו כן, היו צריכים לומר "יש ביריה" בכל חלוקת שותפות).

(ג) דבר שעתיד להיאסר בהנאה: גם חריג זה נובע מן העיקרון האמור, שהדעה שਮועילה הנקנת שותף, מסתמכת על הסבר הרשב"א, שאין כאן בעיה של "ברירה", מפני שאפשרי שתיקיים המכיר אחר כך בלי "ברירה" למפרע. לפי זה, שותף המקנה את חלקו בחמץ לאחר פנסי פסח, ואין חלקו קודם שעה ששית עבר פסח, ההקנה אינה מועילה גם לדעה זו, שהרי בפסח עצמו אין יכול להקנוו, שהרי אז החמצן כבר לא שייך לו, ואם כן צייר שיתברור הדבר למפרע, והרי "אין ברירה"<sup>94</sup>.

(ד) שותף שהקנה נכס שאינו מסוים: יש מי שכותב, שיש לצמצם את היקף המחלוקת, ולומר שמי שפסק שמוועילה הנקנת שותף, מדבר רק אם בירור את חלקו, כגון שאמר "חלק כך וכך בשדה פלונית שיש לי בשיתוף עם פלוני נתון לך", אבל אם לא עשה כן, כגון מי שהיה שותף בנכסים רבים, ואמר "קרקע אחת שיש לי בכל הנכסים עם שותפי מכור לך" או "כל הנכסים שיש לי בשיתוף חוץ ממકצנן נתונים לך", שגם אינו מסוים, והוא גם חלק בשיתוף, הכל מסכימים שלא קנה, מפני שיש בכך שניים לגריעותא<sup>95</sup>.

שות' ויקרא אברהם (אדאי), חוות, סימן מד (פ"ד ע"ד), נימק, שמאחר ש"דברי שכיב מרע כתובים ומסורת", ככלומר כל מה שמוועיל בבריא בקניין מועיל בשכיב מרע בלבד קניין, ומלאה שמתנה בראיא אינה מסויימת נקנית בקניין, לפי הרשב"א, גם מתנה שכיב מרע שאינה מסויימת נקנית בדיבור. הוא מוסיף (בדף פה ע"א), שגם אם נאמר שמתנה שכיב מרע שאינה מסויימת היא מכמתנה שכיב מרע לאחר זמן, הרי שות' הרשב"א, חלק ג, סימן קכח, אומר שכיב מרע שננתן מתנה לאחר שנה, יש לה תוקף (אבל הוא מצין שיש חולקים על הרשב"א בזוה): ואין לומר שבמתנה שאינה מבורתה הוא כאילו אמר "לא תחול עד זמן פלוני" [כשיבורר], וזה יותר גרווע מסתם מתנה לזמן, שהרי גם במתנה לזמן המכבל אין יכול להבהיר את ירושי הננותן לפני הזמן; ועוד, שגם אין גם במתנה בראיא שאינה מסויימת, אם לא חלק המכבל עם היורשים עד אחרי מות הננותן, הדין הזה צייך להיות שהמתנה בטלה גם אם עשה קניין, כי לא הבורר חלק המכבל עד לאחר מות הננותן, ולא מאנגן זאת; וצריך לומר שרשותה בראיא מעלה גם במצב כזה מפני שהחלקה אינה מעכבה, וגם גם בשכיב מרע נאמר כך; והעובדת שהמקבל אינו זוכה עד אחר מיתת הננותן היא רק במקרה לטובת השכיב מרע, שיוכלו לחזור בו עד אז, אבל לא שיוכלו היורשים לבטל את דברי השכיב מרע. את הקושי מ"אין ברירה" הוא מישיב על ידי הסבר חדש לדברי הרשב"א "שאפשר להתקיים בלי ברירה" (שלא כהנאה המקובלית, שכונתו שהקניין יכול להול בטעיר): שאפשר שימושו כך לעולם בלבד חלקה, כגון בחלוקת השימוש בזמן; והדבר אפשרי גם במתנה שכיב מרע. הוא מביא (בדף פה ע"ב) ראיות אחדות ששותף שננתן מתנה שכיב מרע, יש לה תוקף: (א) שות' נאמן שמואל, סימן קיג, דף קעה, הבין שהרשב"א מדבר גם בשכיב מרע, שהרי נאמן שמוואל עוסק בשכיב מרע, והביא ת苍 דברי הרשב"א "שאפשר להתקיים בלי ברירה", והסביר שכונתו לומר שוגם בלי ברירה יכול לעמוד במקומו של הננותן,tocות בחלק שהוא שלו. (ב) שות' הרשב"ש, סימן תכח, כתוב על מי נתן דבר משותף, והלקו רק לאחר מות הננותן, שהמתנה תקפה אם לא קבע מקום (אללא אמר סתם שהוא נתן את החלק שיש לו), כי בזוה אין בעיה של ברירה; והרי הרשב"ש מדבר בשכיב מרע. (ג) שות' מגן גבראים (אשטרושוא), סימן סא, עוסק בשכיב מרע שננתן את חלקו בנכס משותף, ופסק שהמתנה תקפה. (ד) שורי דיט, חלק א, שורש ברירה, סעיף כב ק ע"א, כותב ששות' מהר"ט, חלק א, סימן כב, מסכים לרשב"א (ויאה בשםו בחוק לישראלי, שם פסקה 1(א)); הרי שהבין שהרשב"א מדבר גם בשכיב מרע, שהרי מהר"ט עוסק בשכיב מרע.

<sup>94</sup> שות' שואל ומשיב, מהדורות תניניא, חלק ג, סימן ד (ע"א). ראה דבר דומה בישראל, מתנה, סעיף 1(ב), פרק "מתנה שאינה מסויימת", פסקה 5(ג), לגבי מתנה שאינה מסויימת.

<sup>95</sup> שות' שאירית יוסף (ידי), חלק ג, חוות, סימן ד (ע"מ ריח). חריגים נוספים, שנאמרו רק בלשון "אפשר": שות' עין משפט (הלווי), חוות, סימן ה (ו ע"ד-ז ע"א), מעלה אפשרות שגם הקונה קניין חזקה בכל הקרקע, כגון געל או גדר או פרץ, לא קנה, מפני שצורך קניין בורר בחלקו בלבד, ובאן אין קניין בורר בחלק הקרקע, שהרי שני החלקים מעורבים, ומלאר שלא הוועלה החזקה לחלק של השותף الآخر, שלא הקנה לו, גם לא הוועלה לגבי חלקו של השותף שמכר

לו. נראה שהוא מתקוון להבחן בין קניין חזקה לקניין סודר, שמועיל בהקנתה שותף, שם לא כן, הוא נשאר בלי יישוב לסתירת הרא"ש (ראה הערה 87), שעמד עליה לפניו כן.

שותת אמר שמואל, חוות'ם, סימן טו (השנוי) (דף קי ע"א), כותב שמחנה אפרים, הלכות זכיה ומחנה, סימן א, מסכים שם השותף השני יפסיד מההකנה, לא יוכל השותף הראשון להקנות את חלקו, מפני שיד השותף השני שווה בכל הנכס, ויש לו חלק בכללו, ומאי חזית ש"דכו" של השותף הראשון אדרם יותר (הוא עוסק במכר). הוא מביא ראייה לכך מחושבות מיימוניות, ספר קניין, סימן לה, שפסק שעקב ואובן שהיה שותפים בקרקע, ולראובן היה ובע וליעקב היו שלשה רביעים, והליך של ראובן היה פחות מכריו חלקה — יעקב אינו יכול למכור חלק מחלקו לאחר, כיון שיש לראוון חלק בכל רגבי אדמה. ולכארה קשה, הרי בתשיבות מיימוניות, ספר משפטיים, סימן מב, פסק שיורש יכול למכור את חלקו? הוא מתרץ, שבתשובה בספר קניין מדויר שראובן יפסיד מהמכר, כי אילו יצא אובן לדירוש פירוק לפני המכירה כל, כי ליעקב היה כדי חלקה (על הזכות לתבעו פירוק במצב כזה, ראה בדיונו בסעיף 39, ליד צין הערה 23), ואילו עכשו שיש שותף שלישי שיש לו פחות משיעור חלקה, השותף השלישי יוכל למנוע את הפירוק. מכאן שאין לשותף רשות להקנות את חלקו אם השותף الآخر יפסיד מכך. לא נאמר בתשיבות מיימוניות שעקב אינו יכול למכרו, אלא נאמר שם יעקב מוכר, הקונה אינו מקבל יותר זכויות ממשיוו ליעקב, ולא יוכל למנוע את הפירוק אם ואובן דורש זאת.

הבחנה בין מכר למתנה: שותת שאրית יוסף (ידייד), חלק ג, חוות'ם, סימן ד (עמ' ריט-רכ), מעלה אפשרותinci שאמר שמעוללה הנקנתה שותף דבר רק במכור, מפני שהוא גומר בಡעתו ומקנה תמורה הנהת הכסף, ואינו נהשך מוציאה ממנו, שהרי סוף כל סוף, הקונה משלם את מחיר הנכס, אבל מתנתו אינה מועילה; ואף שmagid משנה, הלכות זכיה ומתנה, פרק ג, הלכה ה, דחה הבדיקה בין מכר למתנה לעניין דבר שאינו מסוים (ראה חוק לישראל, סעיף 1(ב), פרק "מתנה שאינה מסויימת", פסקה 6), מפני שדברי ר"י מיגש מוכח שלא סבר הבדיקה זו, מכל מקום הבדיקה יכולה להיות במקומות אחרים, כגון בשותף שנוטן את חלקו; ואמנם הטוור, חוות'ם, סימן רעה, חלק על רשותם גם במתנה, אבל אולי בית יוסף מסכים לו רק במכר.

הוזאה מיורשים: שותת שארית יוסף (ידייד), חלק ג, חוות'ם, סימן ד (עמ' ריט), מעלה אפשרותaim מת הנותן, חושש השולחן ערוך לדעת הרשכ"ם שאין תוקף למתנתה השותף, כדי שלא נוציא מהיורשים, כסברת שותת מהרשרש"ך, חלק א, סימן קמו, שהובאה בחוק לישראל, מותנה, סעיף 1(ב), פרק "מתנה שאינה מסויימת", פסקה 4(ג), שיש למנוע "אעבורי אחסנתא" — העברת נחלה מיורשים.

## הזכות לפירות

הזכות לפירות 35. כל שותף זכאי לחלק מפירות המקרקעין המשותפים לפי חלקו במרקען.

### התוכן

פרק ראשון: מבוא	121
פרק שני: פירות הבאים מאלהם	122
פרק שלישי: בשיתוף למטרת עסקית	123
פרק רביעי: מציאה במרקען משותפים	124
פרק חמישי: פטוריות והנחות	126
פרק שישי: סיכום	128
פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי	129



## מבוא

הבעלות בנכס כוללת גם את הזכות ליהנות מן ה"פירות" של הנכס, היינו הרווחים שמניב הנכס. בנכס המצוין בעלות משותפת, מתבקש אפוא שיחלקו השותפים ביניהם את הרווחים שהם מפיקים מן הנכס. בסעיף 35, קובע החוקן שהזרע הרואה לחלוקת רווחים אלו היא, שככל שותף קיבל חלק בפירות, "לפי חלקו במקרקעין".<sup>1</sup>

קביעה זו נראהיה הוגנת: שותף שחילקו גדול יותר מחבריו ל"יצור" הרווחים, ועל כן דין הוא שחילקו ברווחים היה גדול יותר.<sup>2</sup>

יש סוגים שונים של פירות. יש פירות הבאים ממילא מן הנכס, ואין צורך בטירחה לשם השגתם. כך הוא בהשכלה הנכס או החכרתו. אך יש פירות המושגים רק על ידי טירחה. ויש ששותף בעל חלק קטן יותר משקיע מරציו יותר משותפיו בטיפוח הנכס, בהחזקתו ובהפיקת הרווחים ממנו. בסוג השני נוטוק בדionario בסעיף 46.

סוג מיוחד של פירות הנובעים מן הנכס המשותף הוא מציאה שנמצאה בו. חוק השבת אבידה, התשל"ג-1973, סעיף 3, קובע: "המוציא אבידה בראשותו של אדם אחר חייב להודיע עליה לבעל הרשות ולמסרה לו לפי דרישתו". לבעל הרשות שבבה נמצאה האבידה יש זכות לזכות בה ולהנחות ממנה באופןם המותרים על פי החוק. עליה השאלה מה דינה של אבידה שנמצאה ברשות השיכת למספר שותפים? האם נאמר שמדובר ב"פירות" שיש לחלקים בשווה בין השותפים, או שמא יש לה דין מיוחד? ואם כן, כיצד יש לחלק את ההנהה ממנה? להלן נראה שבסוואות אלה נחלקו הפסוקים.

ענין קרוב לנושא של סעיף זה הוא שותפים שמכרו את הנכס המשותף, והתמורה שקיבלו עולה על המחיר ששילמו עלייו. בענין זה, הכלל העקרוני הוא שהרווח מתחלק בהתאם להשקעה שהשוויה כל שותף בקניית הנכס המשותף.<sup>3</sup> אבל לאណון בעניין זה כאן, מפני שסעיף

<sup>1</sup> חוק המיטלטلين, התשל"ג-1971, סעיף 9(ה), מחייב הרואה זו גם על שיתוף במיטלטלים. תוכיר הצעת חוק דיני מוניות, התשס"ז-2007, סעיף 521, מאחד את הדברים: "שותף זכאי לקבל מפירות הנכס המשותף, בהתאם למונתו בנכס".

<sup>2</sup> בשותפים מכוח קנייה, יש נימוק נוסף לדבר: שותף שחילקו גדול יותר משקיע יותר מחבריו בקניית הנכס, ועל כן דין הוא שיקבל חלק גדול יותר ברווחים. אבל נימוק זה אינו תקין בשותפים מכוח ירושה, שהרי הם לא השקיעו דבר בהשגת הנכס.

<sup>3</sup> ראה מ' ויגודה, חוק לישראל, השבת אבידה, עמ' 55.

<sup>4</sup> נתיבות המשפט, סימן קיון, הדושים ס'ק יד, חילוק ט, לעניין אנשים שקבעו לעצםם קרקע שאין בה דין חילוקה, וככברו אותה ברווחה.

ענין זה נדון רבות בפסקים בשותפות עסקית, כוללם במקרים שהשוויה כסף בקניית סחורה מסוימת, במטרה להרוויה במכירתה. בעניין זה, הכלל הוא שהרווחים מתחלקים בין השותפים בשווה, בדומה למה שנראה בפרק שלישי לעניין פירות שצומחים ממקור הנכס ממשך מן השיווק. אלא שבסוצבים שנים הרווחים אכן מתחלקים בהתאם להשקעה הראשונית; ראה: שולחן עורך, חז"מ, סימן קיון, סעיף ה, ובמושאי הכלים שם; ובכירור הלהה, כתובות צג ע"ב, ציון א.

זה עוסק ברוחחים שמניב הנכס המשותף תוך כדי השיתוף, ולא ברוחחים הנובעים מככירת הנכס, שהיא באה אחרי סיום השיתוף.

## פרק שני

## פירוט הבאים מאליהם

פירוט הבאים מאליהם הם פירוט שלשם השגתם לא דרישה טירחה, כגון פירוט הבאים עקב השכורת הנכס. בפירוט אלו, הדעת נותרת של שותף יטול לפיו חלקו בנכס, כיוון שזכותו של כל אחד מהשותפים בהם נובעת אך ורק מבעלתו בנכס, ולכן יש להתחשב בשיקול שנזכר במכוא, ששותף שחילקו גדול יותר תורם יותר לחבריו לייצור הרוחחים.

כך כותב הרשב"ש<sup>5</sup>, שחלוקת דמי השכירות תיעשה לפי חילקו של כל שותף בנכס, אם יש לשותף אחד שליש ושותף الآخر שני שלישים, הראשון יקבל שליש מדמי השכירות, והאחר יקבל שני שלישים.

נמצא, שבפירוט הבאים מאליהם, קביעת המחוקק של שותף נוטל חלק בפירוט לפי חילקו במקrokeין זהה עם עמדת המשפט העברי<sup>6</sup>.

דין זה, שדמי השכירות מתחולקים בין כל השותפים בנכס, אמרו גם אם רק אחד מהשותפים השכיר את הנכס. כך פוסק הרשב"א בתשובה<sup>7</sup>, ש אדם שכיר בית משותף אחד מן השותפים, חייב לחלק את דמי השכירות בין שני בעלי הבית.

בעניין זה מתעורר קושי מסוים: לעיל<sup>8</sup> ראיינו ששותף שעשה שימוש מותר במקrokeין מעבר לחלקו הייחודי, פטור מתשולם; והרשב"א נימק זאת בכך ש"בשלו הוא משתמש". ובכן, נשאלת השאלה, מדוע לא נאמר כך גם כאן? נראה שההתשובה לכך היא, שהשותפים מוכנים לוותר זה לזה רק לעניין שימוש אישי ולא לעניין הפktת רוחחים. כל השותפים מעוניינים להנות מרוחחי הנכס, ואין מוגדרים על זכותם.

עוד ראיינו לעיל<sup>9</sup> שלפי התשב"ץ יש נימוק אחר לפטור מתשולם בשותף שהשתמש בנכס בעצמו, והוא: "זה נהנה וזה לא חסר". למעשה, לפי נימוק זה, היה מקום לומר שוגם שותף המשכיר את הנכס אינו חייב להתחalk בדמי השכירות עם השותפים האחרים. אולם אין הדבר

<sup>5</sup> שותף הרשב"ש, סימן ז.

<sup>6</sup> כמו כן, עורך השולחן, ח"מ, סימן קעא, סעיף יב, כותב שהמה ששותפים, שנטל אחד מהם את חילבה, צריך לשלם לשותף השני את חלקו. אבל הוא לא עסק במצב שהחולקים לא היו שווים.

<sup>7</sup> שותף הרשב"א, חלק ג, סימן קלחת. כך פסקו גם: רם"א, ח"מ, סימן שס, סעיף י; נתיבות המשפט, סימן קעא, ס"ק יב.

נראה שאם שותף אחד משכיר את הנכס בשליחות שותפיו, לא יהיה זכאי לחלק גדול מחלוקת בדמי ההשכרה, אלא יהיה זכאי לקבל דמי תיווך, כפי שמקובל כל מותך. אמן יש טירחה בעצם ההשכרה, אבל אין לדאות בטורה זה טורח ההשגת הפירוט, מושם שפירות ההשכרה נובעים מן הזכות להשתמש בנכס, ולא מפעלת ההשכרה. אם שותף אחד המשכיר את הנכס ללא ידיעת השותפים האחרים, ברור שאין להשכרה מוקף, כיוון שאדם אינו יכול להשכיר נכס שאינו בבעלתו.

<sup>8</sup> סעיף 33, ליד ציון הערכה 11.

<sup>9</sup> סעיף 33, ליד ציון הערכה 14.

כן. הכלל ש"זה נהנה וזה לא חסר — פטור" אמרו רק בהתנה אישית. לעומת זאת, ברוחם ממוני, כגון דמי שכירות, גם אם התנה אינה כרוכה בחסרונו של המזכה, הנהנה חייב לשלם, מפני הכלל "כיצד הלה עושה סחרה בפרטו של חברו"<sup>10</sup>, המחייב את המשמש לתנת את רוחחו לבעליים.

כמו כן, אם השותף השכיר רק את חלקו (היאנו: השכיר שטח במרקען המקביל לגודל מנתו בשיתווח), כל דמי השירות שיליכים לו<sup>11</sup>.

## פרק שלישי

## בשיתוף למטרה עסקית

אנשים שרכשו נכס במשותף למטרה עסקית, היינו לעשות בו רווחים, חלוקת הפירות בינהם שונה מבשיתוף רגיל. בתلمוד נאמר: "שנים שהטילו לכיס, זהמנה וזה מאתים השכר לאמצע"<sup>12</sup>, כלומר, רווחי השותפות מתחלקים בשווה, בלי להתחשב בהשקעה הראשונית של כל אחד מן השותפים. דוגמה הנינתן לכך בתלמידו היה "שור להרישה ועומד להרישה", כלומר, הרוחחים שנובעים מן השימוש בשור להרישה<sup>13</sup> מתחלקים בשווה בין השותפים, גם אם אחד מהם נתן יותר כסף מחברו לקניית השור<sup>14</sup>.

הטעם לכך הוא, שהשותפים השתתפו על דעת זה שיתחלקו הרוחחים בשווה<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> לעניין זה ראה חוק לישראל, עשייה עוצר ולא במשפט, עמ' 53 ועמ' 59. הבדיקה בין שימוש על ידי השותף עצמו לבין העברת הזכות לצד ג' נקבעה גם במשפט הישראלי על ידי השופט ברונון בע"א 304/72 ביאלר, פ"ד (ז'(1), 533.

<sup>11</sup> כך פסק במפורש רם"א, חו"מ, סימן שחג, סעיף י (הבא בשוו"ת בית יצחק, שמליקש, חו"מ, סימן מד).

<sup>12</sup> כתובות צג ע"א; שולchan ערוך, חו"מ, סימן קע, סעיף ה. <sup>13</sup> יש בעיר שם"ע, סימן קע, ס"ק טו, מבין שב"שור להרישה ועומד להרישה" מדובר שמכרו את השור להרישה, והדין הוא על הרוחחים ממכירתו (ונושא זה אינו שייך לסעיף זה — ראה בהערה הבאה). אבל מרש"י, כתובות צג ע"ב (ד"ה שור), מהשגות הרואב"ד, הלכות שלוחן ושותפין, פרק ד, הלכה ג, ומוטפות שנביא בסמוך, עליה שביבינו שמודור ברוחחים מההרישה עצמה.

<sup>14</sup> הדוגמה האחרת הנינתן שם, "שור להרישה עומד לטביחה", אינה שיכת לסייע זה, מן הטעם שהסבירו ליד ציון הערא, 4, שהrhoוחחים הנובעים מהנכס אחרי סיום השיתוף (ותביחת השור היא סיום השיתוף) אינם בכלל "פירוט" שנידונים בסעיף זה.

<sup>15</sup> ר"י, בתוספות, בבא בתרא גג ע"א, ד"ה בכורו. בכך הוא מסביר מדוע שותפים בנכס מכוח ירושה, שיש להם חלקים לא שווים, כגון אחד בכורו ואחד אחרינו בכורו ("פשתוט"), כל אחד נוטל בפיironות לפי גודל חלקו (הנירון שם: זכות השימוש בעבד משותף) — מפני שאין לנו שעל דעת כן השיתוף, שחייב "השתתפו" בעל כרhom.

אמנם בחידושי ר' שמעון יהודה הכהן (ש侃אפ), בבא בתרא, סימן ה, ביאר את כוונת התוספות בדרך אחרת, שלפיה אין זה ממש כוונת השותפים, אבל קהילות יעקב, כתובות, סימן ט, ביאר את דברי התוספות כפשטוטם. וראה שיעורי ר' שמואל (רוזובסקי), בבא בתרא, אותן רלה, שהקשה על ביאורו של ר"ש ש侃אפ. נראה שגם חידושי הריטוב"א, כתובות צג ע"ב, ור"ץ על הרי"ף, כתובות נב ע"ב (בדפי הרי"ף), סוברים שהטעם הוא שכן התכוונו השותפים, שהרי הם כתבו ששור תם שהזקן, שהחזק והניזק נעשים שותפים בו, ולאחר מכן השור עצמו נזוק, המזיק השני משלם להם לפי חלקם היחסיב בשור, מפני שלא נעשו שותפים מרצונם.

רש"י, כתובות צג ע"ב (ד"ה שור להרישה), נימק, שבשותפות עסקית ממונם של כל השותפים נדרש בשווה

מנין לנו שהשתתפו על דעת שיתחלקו ברוחחים בשווה, אף שכומי ההשקעה שונים? נראה שיש כאן אומדן דעת המשולב עם השקפת עולם מוסרית: כשהשני אנשים פותחים עסק כדי להרוויה, ואחד משקיע יותר מחברו, הגינויים דורשת מהבר "לפצוח" את الآخر בכך שיקדיש יותר זמן לטפל בעסק וכדומה, אף אם לא התנו כך (שהרי אם התנו, לא מתעוררת שאלה כיצד לחלק). מנהיים שכך ינוג, מתוך הגינויים, על פי המידה המוסרית של "奴姓" בועל עם חברו<sup>16</sup>. ייחן שבנוסך לומדנא זו, בקשׁו חיל' לחנן למידה זו של הגינוי על ידי קביעת חלוקת רוחחים בדרך זו, שמקפת השקעת יתר בזמן ובמאזן מצד שותף אחד, בוגר השקעת יתר של כסף מצד השותף الآخر.

#### פרק רביעי

##### מציאות במרקען משותפים

לפי המשפט העברי, אדם זוכה במצבה שנמצאה בחזרו, מפני שהוא של אדם קונה לו<sup>17</sup>. אם כן, על אף שהמציאות אינה ממש בגדר פירות של המקרקעין, הבעלות במרקען מזוכה את בעל המקרקעין במצבה, ומבחן זה, דומה המציאות לפירות של המקרקעין. לכן, יש לדון בשאלת: האם לכל השותפים יש חלק במצבה שנמצאה במרקען משותפים? ואם כן, כיצד תחולק המציאות ביניהם?

במסכת בבא בתרא, מובאת ברייתא הדנה בשאלת, כיצד מתחלקים בני חצר בזבל<sup>18</sup> המctrבר בחצר המשותפת<sup>19</sup>: "זבל שבחצר — מתחלקת לפי פתחים. אכנסי — לפי בני אדם".

הריאנסים הציעו דרכים אחדות להסבירת הברייתא.  
לפי הרמ"ה, ר' מאיר הלוי אבולפיה<sup>20</sup>, כוונת הברייתא היא, שזבל שמוקורו בתים שבחצר מתחלק בין בני החצר, לפי מספר הבתים שבה, באופן שמי שבבעלותו בתים רבים יותר בחצר, קיבל חלק גדול יותר בזבל, מפני שכמות הזבל גדולה ביחס לשווה במספר הבתים<sup>21</sup>. לעומת

כדי להפיק רוחחים. אבל נימוק זה אינו מובן, שהרי בכל זאת ממונו של שותף זה גורם לרוחחים יותר מששותף זה גורם לו.

עוד נימוק הוא שבשותפות עסquitת השותפים מביאים עם לשותפות לא רק הון אלא גם ידע, קשרים ואמץ. ראה לדוגמה: ירושמי, כתובות, פרק י, הלכה ד; רא"ש, כתובות, פרק י, סימן י; ש"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן כד.

רא"ש, כתובות, פרק י, סימן י, נימק שבדרכ כל שותפים מתנים שיתחלקו ברוחחים על פי הקרען, והעובדת ששותפים אלו לא התנו, מכיוון שבדעתם היה לחלק בשווה. נימוק זה קשה, שהרי הוא מבוסס על נהוג שכילול להשתנות, וכך לא נבדק באופן סטטיסטי.

בכל הנימוקים אלו אין כדי להסביר את ההבדל בדיין בין שיתוף למטרת רוחה לבין שיתוף וגיל.

<sup>16</sup> אבות, פרק ו, משנה ו.

<sup>17</sup> בבא מציעא יא ע"א; שם קב ע"א; בבא קמא מט ע"ב; שולחן ערוך, חוז"מ, סימן רסו, סעיף ג.

<sup>18</sup> הכוונה לצוראת בהמות. בזמן התלמוד, זבל זה היה משמש ליזיבול שדות, ולכן היה בעל ערך.

<sup>19</sup> בבא בתרא יא ע"ב.

<sup>20</sup> יד רמה, בבא בתרא, פרק א, אותיות קמג-קמד.

<sup>21</sup> הוא אומר שהזבל מתחלק לפי הבתים, אבל מן הסתם כוונתו היא לפי מספר הפתחים, כלשון הברייתא,

זאת, הובל שבא מן הบทים של האורחין שהתחרשו בכתביהם שבചצר, והלכו להם, והפיקרו את זבלם בחצר, מתחלק בשווה בין כל השותפים בחציו, גם אם אין לכלם חלקים שווים בה, מפני שמספר הบทים אינו משפייע על כמות הובל של בהמות האורחין. מכאן מסיק הרמ"ה, שבמציאות המצויה במרקען משותפים, שדומה לובל מבהמות האורחין, יתחלקו כל השותפים במרקען בשווה, ולא לפחות חלקם היחסית במרקען. הרמ"ה מנמק קביעה זו בטיעון "דכיוון דאיין מכאן מכיר את חלוקו [בחצר], שניהם משתמשים בה בשווה, ודין הוא שתזכה לשניין בשווה".

הרא"<sup>22</sup> פוסק שמציאות שנמצאה במרקען משותפים, כגון צבי שרגלו שבורה (שאינו יכול לברוח) שנכנס לבית משותף, שני השותפים זוכים בה; ודבריו הובאו להלכה על ידי הרמ"א<sup>23</sup>. אבל הרא"ש והרמ"א לא קבעו האם המציאת חולק על פי גודל חלקו של כל שותף בחצר, או שתחולק בשווה.

לעומת הרמ"ה והרא"ש, פוסק מהר"ם מרוטנבורג<sup>24</sup> שככל הקודם מן השותפים לזכות במציאות — זכה בה. קצotta החושן<sup>25</sup> מסביר, שטעמו הו, שחלקו של כל אחד מן השותפים מתפשט בכל אתר שבמרקען, וזכותו של שותף להשתמש במרקען נובעת מכך שבשעה שהוא משתמש במרקען, מתרדור, כביבול, שהוא משתמש בחולקו הפרטני. משום כך, אם אחד השותפים מוצא מציאות במרקען המשותפים, מתרדור שאותה שעה הוא המשתמש במרקען, ואם כן, המציאת מונחת בקרקע שבכעלו הפרטית. לפיכך, זכה שותף זה במציאות, ואין הוא צריך לחלוק אותה עם שותפיו. אבל אדם זר, שאינו שותף במרקען, לא יוכל לזכות במציאות זו, שחווי החזרו יכולת לננות ורק לאחד מן השותפים בבעלותה בה.

נתיבות המשפט<sup>26</sup> מציע שני נסוקים נוספים לדעה זו: (א) כשהאחד מן השותפים מגיביה את המציאת, הוא מגללה את דעתו שהוא רוצה לננות בהגבלה, ולא בקניין החצר, ולן החצר אינה קונה לו. ומאחר שאין החזר קונה לו, היא אינה יכולה לננות לחברו, מפני שחצר משותפת קונה לשנייהם רק ממשום שככל אחד רוצה לעצמו, ומתוך שזוכה לעצמו זוכה לחברו. (ב) גם אם המוצא רוצה שהחזר תקנה לו, והוא נמצא ליד החצר, הרי אם الآخر אינו נמצא לידה, החזר קונה רק לשותף שנמצא ליד החצר, מפני שהוא משתמש רק בעבורו, והכל ש"חזרו של אדם קונה לו" אמרו רק בחצר המשתרמת לבעליה<sup>28</sup>.

שערי בית שיש לו שני פתחים לחצר, יש לו חלק גדול יותר בחצר גם לעניינים אחרים, כמו פרוש בבסא בתרא שם.

הוא מדגיש שהובל יתחלק לפי מספר בעלי הบทים, בלי להתחשב במספר האנשים הגרים בכל בית.

<sup>22</sup> ש"ת הרא"ש, כלל א, סימן א (הובא בטור, ח"מ, סימן רס).

<sup>23</sup> רמ"א, ח"מ, סימן רס, סעיף ד.

<sup>24</sup> ש"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן שכה, כפי שהובר על ידי קצotta החושן, סימן רס, ס"ק א.

<sup>25</sup> קצotta החושן, שם.

<sup>26</sup> הרחבות דברים בעניין זה, ראה בסעיף 27, ליד ציון הערת 13, בשם הר"ן, ובסעיף 33, ליד ציון הערת 12, על דברי הרשב"א.

דברי קצotta החושן קשים, שהרי כפי שריאנו בסעיף 27, שם, רק בקרקע שאינו בה כדי חלוקה, בשעה ששותף משתמש במרקען, מתרדור, כביבול, שבחולקו הפרטוי הוא משתמש, ולא בקרקע שיש בה כדי חלוקה, ואם כן, נימוקו אינו טוב לכל סוגים המרקען המשותפים.

<sup>27</sup> נתיבות המשפט, סימן רס, ס"ק ט.

<sup>28</sup> ראה על כך במקורותינו לעיל, הערת 17.

קצota החוֹשֵׁן ונתיבות המשפט פוסקים כמהר"ם.<sup>29</sup> פסיקתם נסמכת על התלמיד הירושלמי<sup>30</sup>, שדן במציאות שנמצאה על גבי מוחוביים שבמצויר, ומכך, שלפי הדעה הרואה במוחוביים אלה נכס משותף לבני המקרא העשויים, כל הקודם לקחת את המציאה, זוכה בה.<sup>31</sup> הם מפרשים, שכוננות הירושלמי היא, שככל הקודם מבין השותפים להגבייה, זוכה בה, אבל לא אדם אחר. מדברי הירושלמי במציאות מוחוביים שבמצויר, אפשר ללמוד על כל מציאה שנמצאת במקרא ענין משותפים, שככל הקודם מבין השותפים זוכה בה, אבל לא אדם אחר.

## פרק חמישי

## פטורים והנחות

החוק עוסק בחלוקת פירותיו של הנכס המשותף, היינו הרווחים החשובים הנובעים מן הנכס. יש לדון מה דינה של מניעת הפסד — שהיא למעשה רווה — שנגרמה על ידי הנכס, ככלומר, אם הנכס המשותף גורם לשותפים חיסכון בהוצאותיהם. בנסיבות מסוימים, אופיו או מיקומו של הנכס המשותף גורם להנחה או לפטור בתשלומים שונים. לדוגמה, המדינה יכולה לקבוע שיעור מס מופחת על דירות מוגרים ועל עסיקים באזרוי

<sup>29</sup> בתחילת דבריו, כותב קצota החוֹשֵׁן (על פי הירושלמי שבמסמוך) שאם אדם זר יכול לזכות במציאה. הוא מນמק, שהכליל ש"חצרו של אדם קונה לו" יסודו בכך שאנו רואים את החצר כדי בעליה; ואולם בחצר השותפים אין לו מר כך, שהרי לא תיתכן יד אחת השיככה לכמה בני אדם (כך נראה כוונתו), ולכן עצם העובדה שהמציאה מונחת עליה, אינה גורמת לכך שיזכה בה אדם מסוים. משום כך, דינה של מציאה כזאת כרין למציאה המונחת בראשות הרובים, ולכן המקדים להגבייה את המציאה, זוכה בה, ואני צריך להתחולק בה עם שותפיו, וגם אדם זר יוכל לזכות בה אם יגבהה לפני השותפים. אבל נראה שכן חוץ כך הוא חזר בו, כשהוא מביא את דעת מהר"ם, ומפרש שםהרא"ם אינו חולק למניין על הרא"ש והרמ"א.

אבל מי' ויגודה, חוק לישראל, השבת אבדה, עמ' 61, הערכה 35, הבין שקצota החוֹשֵׁן פוסק שגם אם אדם זר יכול לזכות במציאה. וכך עולה גם מדברי רבנו חננאל, המבוא בחידושי הרמב"ן, בבא בתרא יא ע"ב, האומר שובל של אכسانאים ששחו בחצר, כל הקודם בו זוכה, גם אדם מן החוץ, מפני שהאכسانאים הפיקרו את הזבל עברו כל אדם. אבל הרמב"ן, שם, חולק עלי' ואומר שהובל מתחלקל ורק בין תושבי החצר אבל לא רק בין

בעלי הכתבים, מפני שהאכسانאים הפיקרו את הזבל ורק עבור תושבי החצר. כמובן, היה אפשר לפרש שהרא"ש והרמ"א סוברים כמוהר"ם, שככל אחד מן השותפים שקדם להגבייה את המציאה זוכה בה; וכשאמורו ש"זכו בה שניתם", לא בא לו מר שובל אחד מהשותפים יקבל חלק במציאה, אלא לקבע שארחים, שאינם שותפים במקראען, לא יוכלו לזכות בה. אבל לאmittio של דבר אין זאת כוונתם. מהקשרם של דברי הרא"ש בתשובהו, עולה שכוננותו היא לומר שני השותפים בחצר מקבלים חלק במציאה, שהרי הוא מעמיד מול מציאה מקרה אחד, שבו שותף אחד בלבד התאמץ להשיג משחו, ואומר שם רק השותף ההוא זוכה; ומכאן, שילדתו, לעניין מציאה זכו שני השותפים.

על מציאה במקראען משותפים, ראה גם: תשבות בעלי התוספות, סימן יד; טבעת החוֹשֵׁן, חלק ה, עמ' ריא-דריב; הדורת מרדכי, דף ח ע"ג-ע"ד.

<sup>30</sup> ירושלמי, בבא מציאא, פרק י, הלכה ו, בסופה. הרמ"ה אינו מביא את הירושלמי, והוא יצטרך לומר שאין ההלכה בזה כירושלמי, מפני שהබלי חולק עלי'.

<sup>31</sup> להרחבת דברים בסוגיית הירושלמי בדבר מציאה שנמצאה על גבי מוחוביים שבמצויר, ראה סעיף 49, ליד ציון הערכה 12.

פיתוחה. במקרים אלה ההנחה נובעת מהנכש, ובכורו של השותפים נהנים ממנה בשווה<sup>32</sup>. מתעוררת השאלה, מה דינה של הנחה הקשורה בנכש, אך אינה נובעת ממהות הנכש אלא ניתנה לאחר השותפים בשל זהותו או השתדלותו: האם יש לחלקה בשווה בין השותפים, או שמא יינה ממנה רק אותו שותף?

דיון בזה נמצא במקורות המשפט העברי בעניין שותפות עסקית, אך נראה שניתן להסיק ממנו מספר עקרונות הקיימים גם בעניין שותפות רגילה בנכש.

בעניין זה דנה התוספתא, הקובעת<sup>33</sup>: "השותפים שמחלו להם המוכסים, מה שmachlo — machlo לאatzu. ואם אמרו 'בשביל פלוני machlo', מה machlo — machlo לו". בפירוש דברי התוספתא מוצאים אנו כמה דרכיהם בין הפרשנים.

לדעת רבנו Shmaha<sup>34</sup>, כל התוספתא עוסקת בהנחה במכס שניתנה עבור שותף מסוים. אם הבקשה לויתור באה מצד השותפים, ואף אם יום אותה אחד מהם, "machlo לאatzu", ככלומר, ההנחה מתחלקת בין כולם. מאחר שמדובר לכל שותף טורה ופועל בשבייל חבריו, יש להניח ששותף שבזכותו קיבל את ההנחה, התכוון לפועל בעברם כל השותפים, ולפיכך, תחlinky הכל בהנחה. אולם אם machlo המוכסים מיזומתם לאחר מכן, "machlo לו", ככלומר, ההנחה תזקוף לזכותו בלבד, מפני שרואים אליו נתנו לו מתנה אישית.

מההר"ם מרוטנבורג<sup>35</sup> מפרש את התוספתא בדרך אחרת. לדעתו, השאלה הקובעת היא: מדוע ניתנה ההנחה? אם ההנחה ניתנה ללא סיבה מיוחדת, היא תזקוף לזכותו כל השותפים. אבל אם ההנחה ניתנה בזכות אחד השותפים, היא תזקוף לזכותו בלבד, ואין זה משנה אם אותו שותף בקש את ההנחה או שהוא נזונה מיזומת המוכסים.

נראה שהשולחן ערוך פוסק CRCENO שמה, שהרי הוא כתוב<sup>36</sup>: "שותפים שבקש אחד מהם מהhocש שיחול לו, ומחל לו, והוא לאatzu, אבל הוא שלוחם לבשייל כלם. ואם מעצמו בלבד אלא פiOS אמר, אני מוחל בשבייל פלוני, הוא שלו לדוד"<sup>37</sup>. הרמ"א לא השיג על דברי השולחן ערוך, ומשתיקתו ממשמע לכארה שאף הוא פסק CRCENO

<sup>32</sup> בדוגמה שנקטו, יש סיבה נוספת להיות התשובה ברורה: החיסכון נע במס על החקיע, שהוא אהות מהוואות השותפים לאחובת החקיע. לפי סעיף 32, הוואות אלה מחולקות בין השותפים באופן ייחסי. מכאן שהם ישלמו את המס הנמור ביחס לחלקיהם, ונמצא ממילא שהחלוקת החיסכון באופן ייחסי.

<sup>33</sup> תוספתא, בבא מציעא, פרק ח, הלכה ט (הובא בירושלמי, בבא מציעא, פרק ז, הלכה ד). חזון יחזקאל על התוספתא, שם, אמרו, שהדברים אמורים ממצב שניין פטור חלקי מס, אבל אם ניתן פטור מלא מס לכל החקיע, בזכות אחד השותפים, לא יצטרכו שאר השותפים לשלם לו עboro רוח ורוח בלתי צפי זה, מאחר שהוא שותף נחشب כ"مبرוח ארוי מנכס חבו", שאיןו זכאי לתשלום על טרחתו.

<sup>34</sup> CRCENO שמה, המובא בראש, בבא קמא, פרק י, סימן כה. רבנו שמה מסביר בכך את המנהג של דודו, רבי קלוניינוס הזקן, שבכל שנה, לאחר שקבע המלך את תעריף המסים של היהודים לשלם לו, היה מבקש מהמלך פטור לעצמו, והיה מקבל את הפטור בغال כבודו, והיה מחלק את הפטור שלו בין כל הקהילה. ובינו שמה מסביר שמה שהליך דודו את הפטור בין כל בני הקהילה לא היה רק מידת חסידות, אלא כך הוא מן הדין, כיון שדרשו בקש את ההנחה בעצמו, ולא מחל לו המלך מיזומתו.

<sup>35</sup> מההר"ם, המובא במורדי, בבא קמא, פרק י, סימן קעג.

<sup>36</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן קעג, סעיף א.

<sup>37</sup> בימינו, כמעט שלא קורתה שהרשויות מותרות על מיסים מיזומתם. אולם יש בחוק הנחות במיסים עבורי אנשים מסריימים, מיסיבות סוציאליות או מסיבות אחרות. נראה שגם אם אחד מן השותפים זכאי להנחה מסווג זה, והוא אינה לרשותו כדי לקבל אותה, לא יהיה שותף שביקש מmachlo לו, כיון שכבר

שמהה. אולם נתיבות המשפט<sup>38</sup> העיר, שמדובר רם"א בנסיבות אחרים משמע שהוא פוסק כמהר"ם. כדי לישב את הסתירה לכורה, בדברי הרם"א, הוא מבחין בין מהילה על תשלום מיסים הניננת לשופט, לבין מהילה הניננת לאדם אחר. השותפים מחויבים להתחסן בעסקי השותפות כדי להשבich את נכסיו השותפות וכדי להפיק מהם וווחים. לכן, כל פעולה הנעשית לטובה נכסיו השותפות על ידי אחד מן השותפים נעשית בשליחות כל השותפים. לפיכך, בשוקן מבקש יותר על המס וכדומה, הוא פועל בשלוחם של שותפיו, וכךילו ככל ביקשו את הויתור. לכן צודקת קביעת רבונו שמחה שיש לחלק את הרווח בין כולן. לעומת זאת, אם אין מדובר בשותפים, הדין שונה, שניהם שלו ייחד מאדם אחד, וביקש אחד מהם מן המולוה שימחל לו על חלק מסכום ההלואה, המילה נזקפת רק לצוטתו, ואינו חיב להתחALK בה עם חברו, כיון שאין שותפים.

לפי הסבר זה, אפשר שיש להבחין גם בין שיתוף רגיל ונכס לבין שותפות עסקית. בשותפות עסקית חיבבים השותפים להשתדרל למען הצלחת השותפות, וכך גם הנחות ופטורים שניתנו עקב השתדרלות אחד השותפים מתחלקים בין כולן, כאמור. לעומת זאת, שיתוף רגיל בנכס אינו מיועד לשם התעסקות והפקת וווחים, אלא כדי לאפשר לבני אדם לרכוש מקרקעין, לשימושם, או לשם הפekt וווחים על ידי השכלה וכדומה, ואין חובת השתדרלות הדידית. לכן, יתכן שלא נכון לומר שכל אחד מן השותפים הוא שליח של כל השותפים כדי להתחALK בנכסיו השיתוף לשם הפekt וווחים<sup>39</sup>. ואם כך, אם הושגה המילה על המס כתוצאה מפעולו של אחד השותפים, היא תזקף לזכותו בלבד.

#### פרק שישי

##### סיכום

בפירות הבאים מאליהם, כגון על ידי השכלה, החכרה, וכדומה, יחולקו הרווחים בין השותפים לפי חלקם היחסית בנכס.

במציאות שנמצאה במרקען המשותפים, יש דעות שונות בשאלת, האם זכה בה השותף שהקדמים ליטלה, או שמא היא ככל פירות של מקרקעין, ולכל השותפים יש חלק בה? וכן, אם לכל השותפים חלק בה, כיצד חולק ביניהם? נראה שהנתיחה הרווחת בקרוב הפסקה היא, שהשותף שהקדמים ליטול את המציאה זכה בה, ואין לשותפיו חלק בה. בהנחה או פטור שניתנו לשותפים בהוצאות החזקה הנכס, וכדומה, ראיינו שקיימים חילוקי

קבע החוק שהוא זכאי להנחה. לכן נראה שהשותף שבבערו ניתנה ההנחה לא יצטרך להחלק בה עם שותפיו.

<sup>38</sup> נתיבות המשפט, סימן קעת, ס'ק א.

<sup>39</sup> אין לראות בכך סתייה למה שנראה בסעיף 46, ליד ציין הערא 8, בשם האמור שמואל, שהשותף יכול ברשותו גם לעניין הפekt וווחים. זאת מושם שניין לומר, שח"ל קבעו שהשותף יכול ברשותו כדי לאפשר לשותף במרקען לפעול בהן כפי שהוא כל אדם שיש לו מקרקעין. לשם כך נדרש רשות מצד השותפים, כיוון שהוא משתמש בחולקם להפקת וווחים, וכךין דין הוא שיהיה להם חלק בפירות. לכן, אין הכרח לומר שמשמעות העיקרון: "שותף יכול ברשותו" היא בכלל פעולה לטובה המקרקעין, פועל השותף בשלוחם של שותפיו.

دعות, האם תחולק הנהנה בין השותפים, לפי חלקם היחסי בשיתוף, אם החיסכון הושג עקב השתדלותו של אחד השותפים או עקב יוזמתו של גורם חיצוני שנובעת מאיישותו של אחד השותפים.

פרק שבעי

**הצעת נוסח לפני המשפט העברי**

הוכחות לפירות 35. (א) כל שותף זכאי לחלק מפירות המקרקעין המשותפים לפי חלקו במקרקעין, אם פירות אלו באים מאליהם.  
(ב) במצבה שנמצאה במקרקעין משותפים, יזכה השותף שהקדמים ליטלה.



סימן ב

פירוק השיתוף



## הזכות לחייב פירוק השיתוף

37. (א) כל שותף במרקעין משותפים זכאי בכלל עת לדריש פירוק השיתוף.  
 (ב) הייתה בהסכם השיתוף תנאי השוללת או מגבילה את הזכות לדריש פירוק השיתוף לתקופה העולה על שלוש שנים, רשיי בית המשפט, כאמור שלוש שנים, לצוות על פירוק השיתוף, על אף התניניה, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות העניין.

הזכות לחייב  
פירוק השיתוף

### התוכן

פרק ראשון : מבוא 135

פרק שני : הזכות לחייב פירוק השיתוף 135

א. מבוא — עמדת החוק 135

ב. עמדת המשפט העברי — כללי 137

ג. מדויע יש לשותף יחיד זכות לדריש את חלקו 138

ד. מדויע אין לשותף זכות לדריש את פירוק השיתוף כולו 140

פרק שלישי : תנאי המגביל את הזכות לפירוק השיתוף — ס"ק (ב) 141

א. כללי 141

ב. סילוק שותף בנסיבות מיוחדות 143

פרק רביעי : סיכום 145

פרק חמישי : הצעת נוסח לפי המשפט העברי 145

נספח : התשכחות בכספי של עלית מחיר של נכס 145



## פרק ראשון

### מבוא

סעיף זה פותח את דיני פירוק השיתוף בנכסיים, והוא קובע קביעה עקרונית, שכל שותף זכאי לדרוש את פירוק השיתוף<sup>1</sup>. יסודה של זכות זו היא בזכותו של כל אדם למש את בעלותו הבלתייה בחילקו בנכס, והוא גברת על טענותו של שותף אחר הטוען שהוא נכנס לשיתוף מתוך ציפייה שהנכס ישאר בשיתוף לאורך זמן.

החוק קובע ששותף זכאי לדרוש את פירוק השיתוף "בכל עת". אולם יש שעתוי לא מתאים לפירוק השיתוף עלול להסביר הפסד לשותפים. האם גם במקרה זה זכאי כל אחד מהשותפים לדרוש פירוק מיידי?

החוק מכיר באפשרות לקבוע בהסכם השיתוף תניה השוללת או מגבילה את הזכות לדרוש את פירוק השיתוף. עם זאת, החוק מגביל את התקוף של תניה כזאת: בשלוש השנים הראשונות, היא תקפה כדין כל חזהה; אבל אחרי שלוש שנים, נחלש כוחה, ויש לבית המשפט שיקול דעת להתערב ולפרק את השיתוף, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות העניין. קביעה זו מעוררת את השאלה, מדוע דוקא בעניין זה מגביל החוק את עקרון חופש החווים? בדיוןנו להלן, נבקש להסביר על שאלות אלה ולבזר את עמדת המשפט העברי בתחום זה.

## פרק שני

### הזכות לתבוע פירוק השיתוף

#### א. מבוא – עמדת החוק

כאמור, עיקירה של הוראת הסעיף הוא נתינת כוח לכל שותף הרוצה לפרק את השיתוף, לעשו כן, אף אם השותפים האחרים מתחננים לכך.

הוראה זו מעלה קושי מסוים. בסעיף 27, הגדרו החוק, שבסיתוף בנכסי, בעלותו של כל שותף מתפשטת בכל אתר ואثر שבו. נמצא, שבפירוק השיתוף, שבו כל שותף מקבל חלק נפרד, נדרש כל אחד מן השותפים לKNOWN משותפיו את החלקים שהיו שייכים להם בשטח שהוא מקבל עתה לחילקו, ולהקנות לשותפיו את החלקים שהיו שייכים לו בשטחים בהם מקבלים עתה. אם כן, משמעותה של הקביעה בסעיף 37, שכל שותף זכאי לדרוש את פירוק השיתוף, היא שכל שותף יכול להכריח את שותפיו לKNOWN ולהקנות. בדרך כלל, קنية והקנה

<sup>1</sup> הוראה מקבילה יש לעניין שיתוף במיטלטליין, בחוק המיטלטליין, התשל"א-1971, סעיף 10(א), רישא: "כל שותף זכאי בכל עת לדרוש פירוק השיתוף". הזכיר הצעת חוק דין ממונota, התשס"ז-2007, סעיף 524(א), מאחד את הסעיפים: "כל שותף זכאי לדרוש, בכל עת, את פירוק השיתוף".

תלויות בהסכם הצדדים. אם כן, עולה השאלה, מדוע מעניק המחוקק לשותף את הזכות להכricht את שותפיו לknoot ולהקנותו?

במשפט הישראלי, ההסבר למעמד המוחדר הנitin לזכותו של כל שותף לתבוע את פירוק השיתוף גם בעל כורחם של שותפיו, הוא שזכות זו מעוגנת במחוקות הליברליים לאחד המרכיבים המרכזים של חירות הפרט והאוטונומיה הפרטית – "החופש לצאת". חירות זו מאפשרת לבני אדם לבחור באופן אוטונומי את קבוצות ההתייחסות שהם מושפעות מהם אליהם, ולהישאר בהן מרצונם החופשי. על כן, משטר קנייני ליברלי נוטן משקל מסוומי יותר לחירותם של אנשים לנתק עצם מקשרים קנייניים עם בני אדם אחרים, ומתייחס בחשדנות כלפי מגבלות על עבירותם של נכסים, גם אם אלה נקבעו באופן הסכמי.<sup>2</sup>

קשה לנויף העולה מן ההוראה הוא מדוע אם שותף אחד בלבד רוצה לצאת מהshitoph, מפורק השיתוף כולו, גם אם יש שני שותפים או יותר החפצים בהמשך השיתוף ביניהם. על כך כתב השופט לנדיו: "הרעין המונח בסיסוד סדרי החלוקה שהחלה הרגע הוא שassisול השיתוף במרקען<sup>3</sup> הינו מטרה רצואה, גם לטובה השותפים עצם וגם למען המטרה המשקית הכלכלית של פיתוח מקרקעין. היוצא מזה, שאם אחד השותפים הינו את מנגנון החלוקה, רצוי שהזדמנות זו תושלם מלאכת החלוקה עד תוםها".<sup>4</sup>

כלומר, הפרשנות המקובלת בפסקה הישראלית לסעיף זה היא שהמחוקק רואה בנסיבות המשותפת בנכסים תופעה בלתי רצואה, ולפיכך הוא מבקש לנצל את ה-"הזרמתות" שאחד השותפים רוצה לפרק מן השיתוף, כדי לפרק את השיתוף לחלקיו, ולא להסתפק בהפרדה חלק אחד מעל יתו החקלים תוך שהוא השותף בין שאר השותפים על נסם.<sup>5</sup>

לאור התפיסה המעודדת את פירוק השיתוף, פורש הביטוי "בכל עת", כשלול התהשבות בnimokim של שאר השותפים המתנגדים לפירוק, כדוגמת בקשה לדחיתת הפירוק בדרך מכירה על פי סעיף 40, מן התעם שבعتיד עשוי ערך הרcox על עלוות.<sup>6</sup>

לモתר לציין ששותף המבקש את פירוק השיתוף מחויב להפעיל את זכותו "בדרך מקובלת

<sup>2</sup> ראה בהרבה: ח' דגן, קניין על פרשת דרכים (תשס"ה) (להלן: דגן), עמ' 304-309.

<sup>3</sup> הוא מתכוון גם לשיתוף במיטלטין, שרי גם בו קובע חוק המיטלטין, התשל"א-1971, סעיף 10, הוראה דומה לו שבסעיפנו, כאמור לעיל, העדרה 1.

<sup>4</sup> ע"א 623/71 גן בועז בע"מ נ' אנגלנדר, פ"ד צו(1), 334. כמו כן ראה ע"א 319/74 רוביינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' פין, פ"ד ל(1) 454 (להלן: עניין ורובינשטיין), 457: "המודניות החקיקתיות... היא לא רק שישיתו במרקען, בעוד שהגורם לריב ומדים... אלא שפירוק השיתוף מעודד בדרך כלל את המגמה הרצiosa של פיתוח המקרקעין, בעוד שההמשך הפיזי של הבעלות מכביר על סחרותם בשוק ועל פיתוחם". דברם אלה צוטטו בהסכם בע"א 1849/91 פרידמן נ' חברות ר.י. פנחס בע"מ, פ"ד מז(5) 595, 588.

<sup>5</sup> להרבה בעניין התפיסה המקובלת של המשפט הישראלי בסוגה, ראה: י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, 5.6.8, עמ' 134-136, § 5.113§, 278-280.

לביקורת על התפיסה המקובלת ראה: דגן (עליל, העדרה 2), עמ' 293-360. עיקר טענותו של דגן היא, "שמודניות הדוקטרינה המסדרית את יחס השותפים במרקען שונה תומך בשיתוף הפעולה הדינמי ביניהם ומטפח אותו". לשיתוף, מדינותו העקרונית של המשפט הישראלי ודוקה תומך בשיתוף הפעולה הדינמי הינו "מוסדר חברותי שלמשפט יש נכונות ענין לסיע בקיומו ובхаצחו". דגן מובן מסכים שהדין הישראלי אינו כופה את קיומו – ואפילו לא את המשכו – של יחס השיתוף במרקען... אך אין ללמידה מכך על עניות הדין הישראלי לשיתוף במרקען".

<sup>6</sup> השופט לנדיו, עניין ורובינשטיין, 457. י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, § 5.113§, עמ' 280, העדרה 7.

ובתוכם לב<sup>7</sup>. על כן, תביעה לפירוק שיתוף שהוגשה שלא בתחום לב, כגון מתחוך כוונה להציגם לבעים המשותפים الآخרים, תייחדה.<sup>8</sup>

#### ב. עמדת המשפט העברי – כלל<sup>9</sup>

לפי המשפט העברי, שותף יחיד הרוצה לפרק את השיתוף, זכאי לדריש מושותפים الآخרים תחת לו את חלקו בנפרור, ולהסתתק מן השיתוף<sup>10</sup>. אולם אין לו זכות להכריח את האחרים לפרק גם את השיתוף שביניהם<sup>11</sup>, אלא שאר יחסיו השיתופי נשארים על כנמם, בנייגוד למשפט הישראלי המעדיף לנצל את בקשת הפירוק של אחד השותפים כדי לפרק את השיתוף כולו ולא להסתפק בהפרדת חלק אחד מעיל יתר החלקים.

כך פוסק הרמב"ם<sup>12</sup>: "אחד הקונה מחבריו חצי שדהו, או שניים שקנו מאחד שדה, או

מצין שווה הgiisha באורה"ב, לפייה יש לפרק את השיתוף" גם אם יוכה שהפירוק יגרום לא נוחות, לנוכח, או אף היא הרסני לבעל משותף".

אולם בדיוננו בסעיף 43,ណון בהרבה בשאלת האיזון שבין סעיף 37 המעניין זכות מהותית לכל שותף לפרק את השיתוף, לבין סעיף 43 המורה לבית המשפט להתחשב "בדרישת מוקצת השותפים לקים את השיתוף ביניהם". נראה שם שהעמדה הדומיננטית במשפט הישראלי היא עדמותו של השופט לנדיי, המעניין את עמדת הבכורה לזכות מהותית לפרק השיתוף, ומפרש בנסיבות רב את סעיף 43, אולם נעמוד גם על כך שגם העמדה היחידה בפסקה הישראלית.

<sup>7</sup> חוק החזויים (חלק כלל), התשל"ג-1973, סעיף 39. חוות זו, מעבר להיותה תולדה של החובה הכלכלית לנוהג בתום לב גם בנסיבות משפטיות שאין חוות (מכוחו חוק החזויים, סעיף 61(ב)), נובעת ישותה מחוק המקורעין, סעיף 14: "בעלות ויכולות אחרות במרקען, אין בהם כל שימוש כדי להציג עשית דבר הגורם נזק או אי-נוחות לאחרר".

<sup>8</sup> ראה ע"א 1017/97 רדלבין נ' מודעי, פ"ד נב(4) 625, 632.

<sup>9</sup> במשפט העברי לא מצאנו מגבלה על זכות הփדים עקב הפסדים שייגרמו מלחמת העיתוי או מסיבת אחרת. אבל יש להעיר, שלפי המשפט העברי, אין חשש להפסד בגין עיתוי שבו מהרי הנכס מצוי בשפל, שהרי לפי המשפט העברי, בשום מצב אין שותף יכול לדרש את מכירתה הנכס לאדם זו, כפי שנראה בדיוננו בסעיף 40, אלא רק אחד מן השותפים יוכל לקנות את חלקו של الآخر, ואם כן יוציא מהרי הנכס היא רוחה לזה והפסד לזה, וכך אין יכולה להיות סיבה למניעת הפירוק.

לענין שותפים עסקיים, שרצה אחד מהם לפרק את השותפות, והאחר רצה להמשיכה (ובשותפות כזו), הדיין הוא, שאם הנכים אינם רואים לחילוקה בעין, זכאי כל שותף לדריש את מכירותם, כאמור ברמב"ם ובשולחן ערוך שיציוו בסוגר), אומר הר"ך, בא מצעיא גג ע"א (ברדי' הרי"ך), שאין זכות פירוק אם ידוע שבוחרי יגדל הרוחה בעיסקה. בדומה לכך פסק הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ד, הלכה ד: "נשתחפו סתם ולא קבועו להם זמן, הרי אלו חולקין כל זמן שייצחה אחד מהן... הינה זמן ידוע למכרתאותה הסחרואה, יש לכל אחד מהן לעכב שלא יחולקו עד שתמכר הסחרואה בזמן הידוע למכרתאותה...". ודבריו פסק שולחן ערוך, ח"מ, סימן קע, סעיפים טז, ז. וראה גם בסעיף יד. אבל אין למלוד שם לשיתוף רגיל בנסיבות, שהרי בשותפות עסקית השתעבדו השותפים זה זהה להמשיך בשותפות עד השגת המטרה שלשמה הוקמה, מה שאינו כן בשיתוף נכס. וראה עוד בדיוננו בסעיף 43.

לשאלה הכלכלית האם כוifs למכור נכס כמשמעותו בשפל, ראה ננספה. לענין שכירים משותפים, וראה בסעיף 45, פרק שני, ג, בשאלת האם יש לכל שכיר זכות לדריש את פירוק השיתוף ביניהם.

<sup>10</sup> כך כתוב הרם"א, ח"מ, סימן קע, סעיף ג: "היו ד' שותfin ביהיך, לב' יש להן שיעור חולקה, ולב' אין להן שיעור חולקה, הב' שיש להן חולקה נוטلين חולקן, והב' האחרים נשארו שותפין". מקורות נוספים ציינוenganziyalpidaה תלמידית, ערך חולקת שותפות, פרק טו, עמ' ניתחכוב. וראה בדיוננו בסעיף 41.

<sup>11</sup> רמב"ם, הלכות שכנים, פרק א, הלכה א. כך פסק גם שולחן ערוך, ח"מ, סימן קע, סעיף א.

שירשו, או שניתנה להם במתנה, או שהחזקו בה מן ההפקר, או נכסיו גור, כללו של דבר: כל שיש בינם שיתוף בקרען, וביקש אחד מן השותפים לחלק וליטול חלקו לבדוק, אם יש באותה קרע דין חלוקה, כופף את שאר השותפים וחולקין עמו".<sup>12</sup>  
 כל זאת, אם יש בנכס המשותף "כדי חלוקה", ככלומר, הוא גדול דיו, בשיעור שגם אחרי החלוקה יישאר לכל אחד מהשותפים חלק בשיעור המאפשר שימוש בו מעין שימושו הקודם.<sup>13</sup>  
 אבל אם אין בנכס המשותף "כדי חלוקה", אין שותף וכי לודוש מתביו לחתת לו את חלקו בנפרד.<sup>14</sup> עם זאת, הוא זכאי לדרש משותפיו לפרק את השיתוף בדרך של "גוד או אוגוד", דהיינו "קנה אתה את חלקך, או אקנה אני את חלקך".<sup>15</sup>

ג. מודיע יש לשותף יחיד זכות לדרוש את חלקו  
 המשפט העברי, בדומה למשפט הישראלי, מכיר בעובדה שהshituf עלול לפעול שלא לטובת החותלת המשקית<sup>16</sup>, בדברי המילה התלמודית הידועה<sup>17</sup>: "קידרא דבי שותפי — לא חממא ולא קרייא [קדרת השותפים אינה חמה ואני קרה]". ככלומר, לאחר שבדרך כלל אין זהות עניינים בין השותפים, השיתוף עלול לגרום לכך שהণיגוד בין רצונותיהם של השותפים ימנע נקיטת פעולות הנדרשות לטובת הנכס המשותף, והנכס יווותר כדורה שאינה קרה אך גם אינה חמה. מתוך הכרה בחוסר הניצול הייעיל של הנכס המשותף, נונצ המשפט העברי לשותפים את היכולת להסתלק מן השיתוף, ובלשונו של הרא"<sup>18</sup>: "כי חכמים רוא שטוב לתקן חלוקה בכל דבר של שותפות, אם יש בו שיעור, חולקין בגורל, ואם לאו, בגוד או אוגוד, משומםarak דשותפי לא קרייא ולא חממא".

אבל בעניין זה מתעורר קושי אנגלי: כפי שאמרנו<sup>19</sup>, פרישת שותף מן השיתוף דורשת מיותר השותפים למכור לו את החלקים שהיו שייכים להם בשטח שהוא מקבל עתה, תמורה החלקים שהיו שייכים לו בשטח שנותר אחר פרישתו<sup>20</sup>. אבל הרי בדרך כלל, לפחות ולמקרה

אבל בסעיף 45, ליד ציון העירה 14, נראה שהגר"א אומר שלפי הרוא"ש אין לשותף זכות לדרוש פירוק שיתוף, אם השיתוף נוצר ברצון השותפים, והוצאות קיימת ורק בשיתוף שנוצר על ידי ירושה או מתנה (כן נסביר שם בדעת הגרא").

<sup>12</sup> על הגדרת "כדי חלוקה", ראה דיוינו בסעיף 39 ובסעיף 40.

<sup>13</sup> רמב"ם, שם.

<sup>14</sup> רמב"ם, שם, הלכה ב. על אונן החלוקה של "גוד או אוגוד", ראה בדיינו בסעיף 40.

<sup>15</sup> אמנים במקורות היהודיים ובים, ניתן למוצא יחס אחד ביחס לשיתוף, אולם מקורות אלו עוסקים בתרונות הסוציאליים כשיטת חברתיות, ולא דואק באשיותו נכסים בין יהודים. ראה למשל: סידור בית יעקב, פירוש למעמדות, גנד ע"א במהדורות למבוג'ה טרס"ד; ר"א אוזלאי, בפירושו לאבות, פרק ה, משנה י; לחם שמים, על אבות, שם; קול יעקב (קרנץ), על אסתר ג, יא (פרק ס ע"ג במהדר' תקצ"ה; עמ' 80 במהדר' תרל"ז); שו"ת חותם סופר, חויים, סיון מד; מאמריהם של ר' אלימלך בר שאול, ר' יעקב פילבר, ור' שלמה אבינו, הקיבוץ בהלכה (עלבים תשמ"ז), עמ' 51-35; ובמקורות שצין ר' רונן לוביין, ישועות עוזו, עמ' 419, העירה 30.

<sup>16</sup> עירובין ג ע"א; בא בתרא כד ע"ב.

<sup>17</sup> שו"ת הרא"ש, כלל צח, סיון ז.

<sup>18</sup> לעיל, פסקה א.

<sup>19</sup> כך פסק הרמב"ם, הלכות שמיטה, פרק יא, הלכה כ, שהאחים שחילקו הם כלוחות, ככלומר, שפעולות החלוקה היא כמו כן, כמוסבר בטקסט. ובגיטין כה ע"א נאמר שאינו יכולם לומר שבעת החלוקה מתרבר למפרע שחילק זה, שמקבל שותף פלוני, היה שלו משעת יצירת השיתוף, שהרי "אין ביריה", ולכן מספק אנחנו מוכרים לומר שככל שותף קונה מהשותף الآخر ומוכר לו.

דרוש רצון הקונה ורצון המקנה. אם כך, מה מקור זכותו של שותף לכוף את שותפיו לכנוע ולמכור, כדי לאפשר לו לקבל את חלקו בנפרד?<sup>20</sup> החזון איש מסביר, שהכוונה של שותף יחיד לכוף את שותפיו לחלק את השיתוף מבוסס על מהותה של זכotta השיתוף. לדבוריו<sup>21</sup>, "הא דכוfin לחולק בדבר שיש בו כדי חלוקה, איןנו מתקנת חכמים"<sup>22</sup>, אלא עיקר קניין השיתוף בזמן שאין חלקם מסומן זהה ולזה — דיש לכל אחד בគלו. וכל מה דשפיר ליה טפי [=שטוב לו יותר] ליגנות מהshitוף — קני לו, ובכלל

מה שכותב בספר מישרים, נתיב כו, חלק ב (ונפסק ברם"א, חוי"מ, סימן רפט, סעיף א), שיתומים בני שלוש עשרה שירשו קרקע יכולם לחלק אותה, אף שאינם יכולים למכר ער גיל עשיים, כי "חלוקת אינה מכור" — כוונתו רק שלענין זה אין דינה מכור.

עם זאת, ס' דיטש, "גmirot דעת", שמתן המשפט העברי ויז (תש"ט-תש"ס), עמ' 88, כותב שבחלוקת היירושים, אין צורך מעשה קניין, כיון שיש כאן רק הסתלקות כל צד מחלקו של חברו ולא העברת בעלות. והוא מציין את המקורות הבאים: "שות' שואל ומשבי, מהדורא ד, חלק ג, סימן נט; נתיבות המשפט, סימן קער, ס'ק נה; מאמרו "גmirot דעת בהתחביבות המשפט העברי", דיני ישראל ג (תש"ב), עמ' 207-226". נראה שאין בכך סתייה לאמור לעיל, מפני שמכירת החלקים של השותפים האחרים נעשית מלאה, בלי מעשה קניין.

להרחבת השאלה אם חלוקת שיתוף היא מכירה של זהה או בירור חלקייהם, ראה: קונטרטי שיעורים, נדרים, שיעור כו, אות ה; שיעורי ר' שמואל, בא בתרא, סימנים נגינה, נטיס, סד, רלא; חידושים ר' שמואל, בא בתרא, סימן ה; וכדומה שמואל, סימן נב; נור אריה, סימן י. וראה להלן, סעיף 38, ליד ציון הערכה, 25, שהעמך שאלת החלוקת היא רק בירור החלקים ולא הקנה.

<sup>20</sup> אמנם, במקרים מיוחדים מוצאים אנו גם במשפט האכרי שבית דין כופה על אדם למכר את נכסיו, כבוגייתה כתובות פו ע"א, מפני שההוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו בו שלא כהוגן". אולם, ברור שרצון השותפים الآخרים בקיים השיתוף אינו בגדר מעשה שנעשה "לא כהוגן".

<sup>21</sup> חזון איש, בא בתרא, סימן ג, אות יז.  
<sup>22</sup> גם קריית ספר, הלכות שכנים, פרק א, הלכה א, קובע ש"מה שיש בו דין חלוקה, כופין השותפים זה את זה להליך... ונראה שכל זה הוא מן התורה." ברם, אין הוא מציין מהו המקור בתורה לנו. נראה, הוא סבור שהזכות מבוססת על סברה, והוכחה מבוססת על סברה, היא כוכחות שמקורה בתורה; ואולי הוא מסכים לסבירה של חזון איש.

אולם ראה לעיל, ליד ציון הערכה, 17, שולדעת הרואה"ש מזכיר בתיקון חכמים. בית אהרן (כהן), על הרמב"ם, הלכות שכנים, פרק א, הלגה א (נדפס בסוף בית אהרן, על בא בתרא, עמ' קנג), מגmak את זכotta החלוקת תוך הבחנה בין סוגים ייחודיים: (א) שניים שקבעו נכס יחד, יש לכל אחד זכota לדרוש החלוקת מפני שהשתתפו על דעת שוכל כל אחד לדריש חלוקה. (ב) שניים שירשו יחד, היروسה נופלת באופן של אחד יכול לדריש חלוקה; או שלכל אחד נופל בירושה חלק יוציא מהכס, וכן יש לכל אחד זכota לדרוש את החלוק. (ג) בדבר שקיבלו שניים יחד במתנה או זכו בו יחד מן ההפקר, צריך לומר שזכotta החלוקת היא תקנת חכמים, שהרי הנימוקים הנ"ל אינם תקנים כאן. בהמשך דבריו, הוא מעלה אפשרות שגם בסוג השלישי, הזכות היא מן התורה, והיא נלמדת מן הדין בירושה, שם הטעם הוא שדין הוא שותף יכול לחייב חלקם במקומות חזי החלק שיש לו בכל הנכס (והוא דוחה את הטעם שנתן קודם לכך, שלכל אחד נופל בירושה חלק יוציא מהנכס, שהוא הלכה היא שאין ביראה"), וממש לומדים שככל סוג של שיתוף יש דין חלוקה. את הדין שדבר שאין בו שיעור חלוקה, אין לשותף זכota לדריש חלוקה, הוא מסביר בכך שגם אחריו החלוקת, יהיה לכל אחד רק חזי החלק. בית זבול, חלק א, סימן לד, אות ב, אומר, שהטעם לדין שותף יכול לכוף את חברו לחולק, והוא שיעיר השתתפותם היה על כך שהייה להם חלק כשייחלקו, ואף הזכות של כל שותף בנכס לפני החלוקת מבוססת על כך שהייה לו חלק בנכס אחורי שייחלקו. אבל יש להעיר שニימוק זה טוב רק בשיתוף מכוון הסכם (כגון שקבעו יחד), ולא בשיתוף מכוח ירושה או מכוח מתנה.

על טעם הזכות לדריש חלוקה, ראה גם דברות משה, בא בתרא, סימן י.

זה חלוקה. ואין צורך דעת שותפו להקנות לו, אלא בית דין מחלוקת על כרכו, וחברו קונה חלקו על כרכו".<sup>23</sup> כלומר, לדעת החזון איש, משמעותה של בעלות בנכש היא יכולתו של בעליו ליהנות מן הנכס בדרך הנראית לו הטובה יותר, ובכלל זה, גם היכולת לפעול בו באופן עצמאי, ללא תלות בגורם זו. לפיכך, אם ידרוש אחד מן השותפים למש את בעלותו בנכש בכך שלא יהיה עוד תלוי בשותפיו, זו זכותו המלאה. لكن, יש לשותף ייחד כוח לנוף את שותפיו לחלק את השיתוף.<sup>24</sup>

ד. מודיע אין לשותף זכota לדריש את פירוק השיתוף כולם. כפי שאמרנו, המשפט העברי מעניק לשותף זכota לקבל את חלקו בנפרד, ולא זכota לדריש את פירוק השיתוף כולם. נראה שהסיבה לכך היא, שבאיוזן שבין שיקולי הייעילות ("קידרא דבר שותפי – לא חמיא מא ולא קרייא") בין זכויות השותפים בנכס הספציפי, בעוד המשפט הישראלי נותן משקל יתר לשיקולי הייעילות ועל כן קובע שבકשתו של שותף יחיד מפרקת את כל יחסיו השיתופי, המשפט העברי נותן משקל יתר לזכויותיהם של השותפים בנכס הספציפי<sup>25</sup>, וכך בקשתו של שותף יחיד לקבל את חלקו, איננה פוגעת בשאר יחסיו השיתופי.<sup>26</sup> להבדל בין המשפט הישראלי לממשלה העברית יש נפקות מעניינה בסיטואציה שלשותף אחד יש חלק גדול – "שייש בו כדי חלוקה", ולשאר השותפים יש חלקים קטנים – "שאן בהם כדי חלוקה". המשפט העברי נותן אפשרות לשותף בעל החלק הגדול למש את זכותו בנכס וליטול את חלקו, ללא צורך להתחשב ברכונות והסתמכתם של השותפים האחרים, שכן מהלך זה אינו פוגע בזכויותיהם של השותפים האחרים בחלוקתם. לעומת זאת, המשפט הישראלי אינו מאפשר את הפרישה ללא הסכמתם שאר השותפים, שכן משיקולי יעילות הוא מעוניין בפירוק השיתוף כולם, דבר שאינו יכול להתבצע במצב זה בדרך חלוקה בעין.<sup>27</sup> אולם, אין אלו מוצאים במשפט העברי הסתיגות כלשהי מן השיתוף, למעט הקביעה

<sup>23</sup> אפשרות אחרת לפרש את דברי החזון איש היא, שחלוקת השיתוף אינה גוררת עמה מעשי קנייה ומכירה של השותפים, משום שיש לכל אחד מהם בעלות בנכש המשותף, ככלונו "ריש לכל אחד בכולו" (ולפי הסבר זה, צריך לומר שהוא מגדר שיתוף כ"מספר בעלות חלקיות כשל בעלות חלנית חלה על הנכס כולם", ככלונו של י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, עמ' 127-128); והוא עוד בעניין זה בדionario לסעיף 27), ומעולם לא היה בנכש המשותף חלק כלשהו ששיך לאחד השותפים, ושאינו שייך לאחרים. אבל פירוש זה קשה, שכן הוא נוקט "וחברו קונה חלקו על כרכו".

<sup>24</sup> אמנם גם לפי המשפט הישראלי זכויות השותפים בנכס הספציפי אין נפגעות, שכן כל שותף מקבל חלק מהנכש, אבל נפגעות זכותו להישאר בשיתוף.

<sup>25</sup> לכארה, דברים אלו עומדים בסתריה למה שראיינו בסעיף 34, פרק שלישי, שלפי המשפט הישראלי, שותף יכול לבצע עסקה בחלקו בנכס המשותף גם אם תגעה ב היתר השותפים, ואילו לפי המשפט העברי אין יכול אז. נראה שגם שם המשפט הישראלי מוצע מכוח שיקולי יעילות – סחרות הנכס, בעוד שהמשפט העברי דואג לזכויותיהם של השותפים בנכס הספציפי. אך אם שותף רוצה להעביר את זכותו לאחר, ובעצם להמיר בכסק את זכותו בנכס, הוא נדרש להתחשב בזכויותיהם של יתר שותפי.

<sup>26</sup> ראה על כך בסעיף 41, ליד ציין הערכה 15. כמו כן, בדיוננו בסעיף 40, פרק ראשון, נעמוד על כך שהמשפט הישראלי קבע בנכס שני בו כדי חלוקה פירוק בדרך מכירה, באמצעות מכירה פומבית הפתוחה לציבור הרחב, המנשנת את כל הזכויות מזכויותיהם בנכס הספציפי, וזאת משיקולי יעילות; ולעומתו, המשפט העברי מעדיף לשומר, ככל הנition, על זכויות השותפים, באמצעות "גוד או אגד".

הנזכרת, שייתכןermen שמן השיתוף לא צמח תועלת כלכלית לשותפים. על כן, המשפט העברי אינו מעניק לשותף זכות לכופר על השותפים האחרים לפרק את השיתוף שביניהם.

פרק שלישי

**תנאי המגביל את הזכות לפירוק השיתוף – ס"ק (ב)**

א. כללי

ס"ק (ב) עולה שהמחוקק מאפשר לשותפים לקבוע בהסכם השיתוף תנאי המגבילה או שוללת את זכותו של שותף יחיד לדרש את פירוק השיתוף. אולם אם התניה המגבילה את הזכות לתקופה העולה על שלוש שנים, רשייא בית המשפט<sup>27</sup>, כאמור שלוש שנים, ל佐ות על פירוק השיתוף, אם נראה לו הדבר כודק בסיבות העניין.<sup>28</sup>.

אך על פי שריאנו לעיל<sup>29</sup>, שהמשפט הישראלי רואה בביטול השיתוף מטרה וצוהה, הוא מכיר בתוקפה של תניה המגבילה את הזכות לפירוק השיתוף, מתוך התחשבות עיקרונית חופש ההתקשרות. עובדה היא שיש אנשים הרוצים לצור שיתוף שתהיה להם בו וDAOות כלכלית, ולשם כך הם קובעים בהסכם השיתוף תנאי המגבילה את זכות הפירוק. האיזון שמצואו המחוקק בין הרצון לעודד את פירוק השיתוף לבין הרצון לאפשר חופש ההתקשרות הוא בהענקת שיקול דעת לבית המשפט לבטל את התניה לאחר שלוש שנים.<sup>30</sup>

המשפט העברי מכיר בתניה המגבילה את הזכות לפירוק, כפי שפסק הרם"<sup>31</sup> שם

<sup>27</sup> י' ויסמן, חוק המקורעין תשכ"ט-1969, מגמות והישגים, עמ' 22, טוען שמשמעותה הכרעה בשאלת זו לשיקול דעת בית המשפט היא בעיתית, שכן השותפים אינם יכולים להערך מראש את מידת תוקפה של התחביבותם שלא לتبיע פירוק השיתוף. ואכן בתזכיר הצעת חוק דיני מוניות, התשס"ז-2007, תוכנן נוסח הסעיף, ובטעין 524(ב) נקבע: "ונגיה בחוויה שיתוף השוללה או המגבילה את הזכות לפירוק, אינה תקיפה לעולמה על חמיש שנים". לעומת זאת, תניה בחוויה שיתוף שמגבילה את פירוק השיתוף תהיה תקיפה למשך חמיש שנים בלבד, ובתום חמיש שנים היא תפקע אוטומטית,ليل שבית המשפט יהיה מוסמך להפעיל את שיקול דעתו.

לענין שיתוף במיטלטלין, חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, סעיף 10(א), מוסר את הדבר לשיקול בית המשפט, בלי קשר למשך הזמן שבתניהם: "היתה בהסכם שיתוף תניה השוללה או מגבילה זכות זו, רשייא בית המשפט לזוות על פירוק השיתוף, על אף התניה, אם נראה לו הדבר כודק בסיבות העניין". אולם הוראת המתוכרר אמורה לחול גם על שיתוף במיטלטלין.

<sup>28</sup> סייג נוסף לתוקפה של תניה זו יש בסעיף 46, הקובע שאם בנה אחד מן השותפים או נתע במקורעין המשותפים, וכיון כל אחד מן השותפים האחרים לדרש את פירוק השיתוף, גם אם הסכם השיתוף ביניהם מגביל את הזכות לדרוש את פירוק השיתוף. לעומת זאת, המשפט העברי בעניין זה, ראה בדיונו שם, ליד ציון הערא 4.

<sup>29</sup> לעיל, ליד ציון הערא 3.

<sup>30</sup> י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, § 5.6.§, עמ' 135. הצדקה נוספת להערכות המשפט הישראלי בחופש ההתקשרות בין הצדדים היא שימוש קנייני ליבורלי נוחן משקל שמעוני לחרוותם של אנשים לנתק עצם מקשרים קניינים עם בני אדם אחרים, ומתייחס בחשנותם כלפי מגבלות על עבירותם של נכסים, גם אם אלה נקבעו באופן הסכמי. ראה בהרחבה: דגן (שוץן לעיל, הערא 2), עמ' 304-309.

<sup>31</sup> רם"א, חור"מ, סימן קעא, סעיף א. מקורה בשורת הרש"א, חלק א, סימן תתקו.

שותפים "קיבלו קניין שלא לחולק, איןין יכולין לחזור בהן". הרו שיש תוקף לתניניה בהסכם השיתוף, שלא יחולקו את השיתוף לעולם, אם עשו מעשה קניין<sup>32</sup> שיבטיח את גמירות דעתם לקבל על עצם את התנינה.

Mastimata ha'darim u'olah, shag am yesh ve'k shani shotafim, mu'ulha ha'tanina morash shel'ulom la'a yochlu lecholok, kolomer, she'la yochl shotaf achd l'dorosh ach cholko b'nepard. nitn la'histik mca'an, shag b'shish yoter meshni shotafim, mu'ulha ha'tanina morash she'la yochl achd m'mah l'dorosh ach cholko b'nepard, gam am hoa mo'ak la'hshair at ha'shotafim ha'achrim b'matzbm ha'ki'im.

ha'shacma she'la lechol machiyat la'rak at ha'shotafim uz'zem, ale' gam at ha'aim m'co'hem, c'g'on sha'achd ha'shotafim (ao shnayim) m'cr at cholko la'achor, or mat wo'orish at cholko li'irusho. gam ha'shotafim ha'chadshim ainim yicolim l'dorosh zo' mo'ah lecholok, m'fani shoravim ba'shacma ha'reoshona ca'ilio kel achd hakna la'chabro zvot ha'midiat b'cholok shel, she'la yochl le'sholko m'shotafot b'cholko le'olam, v'omiyala gam ha'ba b'makommo kohna ao yorsh zvot zo.<sup>33</sup>

כמו כן, בש"ת הרמב"ם (מהדר' בלאו), סימן שצבר, כתוב שם קבעו בינם זמן לשיתוף, אין זכות לדורש "גוד או אגוד" עד אותו זמן. דין מקביל בשותפות עסקית מופיע ברמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ד, הלכה ד.

על שותפים שעשו קניין שלא לחולק, ראה: שיעורי ר' שמואל, בבא בתרא, סימן רב; עטרת שלמה (קרלייז), חלק א, סימן סג, אות ז. על שותפים שעשו תנאי שלא יחולקו עד זמן מסוים, ראה דברות משה, בבא בתרא, סימן י, ענף ד.

<sup>32</sup> על אף שהרמב"א מציריך קניין, נראה שם עשו השותפים את התנאי בשעת עשיית הסכם השיתוף, התנאי חל גם ביל' מעשה קניין, שהרי כלל הוא ש'כל דבר שבמנון תנאו קיים' (קידושין יט ע"ב), ביל' צורך במעשה קניין, אם התנאי נעשה בעת תחילת העסקה (יש להוציא, שאם עשו מעשה הקניין בעת יצירה השיתוף, כדי לחתת לו תוקף, לפי מה שאמורנו בסעיף 27, העלה 2, מעשה הקניין חל גם על התנאי שלא יחולקו). רק אם השיתוף היה קיים זה מכבר, ואחר כך בא השותפים לידי הסכמה למונע את חילוק השיתוף, דרוש מעשה קניין כדי לחתת תוקף להסכם. זאת כנראה הסיבה שהרשב"א והרמ"א מזכירים קניין: משום שהרשב"א עוסק בשותפים שעשו את התנאי אחורי השיתוף נוצר. בnidono, שותפים בבחורים ובಚזר חולקו בינם את הבתים, אך השאירו את החצר ובית השער לעולם, וכך עשו קניין על כך, והרשב"א פוסק שמאחר שנעשה קניין על ההtanaha להימנע מחלוקת, ההtanaha מחייבת.

לכוארה, אם נקטו לשון מחלוקת, לאמר, שכל שותף מוחל על זכותו לדורש פירוק, يول' התנאי זהה ביל' קניין, שהרי מחלוקת אינה צריכה קניין (שולחן ערוך, ח"מ, סימן יב, סעיף ח). אבל נתיבות המשפט, סימן קעא, ס"ק א, מסביר שחלוקת זו אינה מועילה, מפני שחלוקת על קרקע או על כל דבר שהוא בעין, אינה מועילה (ואח' עלvr בחקוק ישראל, מתנה, סעיף 1(a)). שער משפט, סימן קעא, ס"ק א, מסביר שחלוקת אינה מועילה מפני שבנסיבות של כל שותף שלא לחולק לעולם, הוא כאילו נתן את cholko במתנה לחבבו, לעניין זה שהחברו יחולק לעולם, ולשם כך ציריך קניין לא די בחלוקת.

יש מקור אחר לכך שמעוילה הסכמת השותפים מראשם של'all cholok: בסעיף 40, ליד ציין העלה 18, נבי' דעה שנייה שknou קרקע יחד, להיות שותפים בה, ואין בה כדי חולקה, אין בה דין "גוד או אגוד", מפני שהעובדת sknou אותה יחד מלבדה שם ווזים לחיות בה יחד, וויאים כאילו הנתנו וזה שלא תהיה אך לאחד מהם זכות לדורש "גוד או אגוד". הרו שתנאי זה שנעשה בשעת צירית השיתוף — אפילו מכללא — החל ביל' קניין. אך אפשר לדחות את הראה ממש, בכך שם יש אומדן כלילית שאנשים מתחכום לכך, ואומדן כלילית חזקה יותר מגילוי דעת ספציפי של אדם פרטיו שלא עשה קניין. זאת ועוד: הזכות לדורש "גוד או אגוד" (שהה שותף אחד מקבל את כל הנכס) היא יותר מחודשת מהזכות של שותף לדורש את cholko b'nepard, ולבן כל יותר לוותר עליו.

<sup>33</sup> ש"ת ואמר יצחק, חלק ב, סימן קפא. הוא עוסק בשותפים שהסכימו בינם שלא יחולו לתבוע זה מזו "גוד או אגוד".

כמובן, גם אם עשו תניה כזאת, וכך עשו מעשה קניין לחזק אותה, הרי אם הסכימו כל השותפים לפרק את השיתוף או לתת לאחד מהם ליטול את חלקו בanford, הרשות בידם. אבל אם רק הרוב רוצה לפרק ויש מיעוט שמתנגד, נראה שלא יוכל הרוב לכורף את רצונו על המיעוט.

שלא כמחוקק, המשיג את תקפה של תניה כזאת, וקובע שבית המשפט יכול לכפota פירוק אחרי שלוש שנים, לא מזמן במשפט העברי סמכות דומה של בית דין. נראה שהסתיבה לכך היא, שכאמור בפרק שני, המשפט העברי אינו מודחה עם עמדת המחוקק הראה ב��ום השיתוף במקווקען דבר שלילי. לפיכך, הוא לא ראה צורך להגביל את חופש ההתקשרות של השותפים, אם רצוי להבטיח את ודואות התקיימותו של השיתוף.

#### ב. סילוק שותף בנסיבות מיוחדות

מקביעה המחוקק המשמיכה את בית המשפט לפרק את השיתוף אחר שלוש שנים ליצירתו גם אם קיימת בהסכם השיתוף תניה השוללת זאת, למדים אלו ככל עוד לא מלאו שלוש שנים לשיתוף, אין בית המשפט מוסמך לעשות כן.

אולם, יש שבתווך אותן שלוש שנים, מתגלה שאחד השותפים נהוג שלא כדי בנסיבות השיתוף, מזיך להם, או שמוועל בהם. האם גם במקרים אלו אין בכוח בית המשפט לצוות על פירוק השיתוף, או שהוא יש בכוחן של נסיבות מיוחדות כגון אלג, להעניק לשותף יחיד את הזכות לדרוש את פירוק השיתוף, למטרות התניה השוללת זאת? העשיף אינו דין בזאת זו.

ננסה למצוא תשובה לכך במשפט העברי.

הרמב"ס<sup>34</sup> פוסק: "שותפני שהנתנו ביניהם شيימדו בשותפות זו עד זמן קצר, כל אחד מהן מעכבר על חברו, ואין יכול לחלק עד שיגיע הזמן, או עד שיכלה כל ממון השותפות". אולם, האם כך יהא הדין גם אם אחד השותפים השתמש בנכסי השיתוף שלא כדי? במקרה זה התהבות הבית יוסף<sup>35</sup>. הוא דין בשותף שנייה מן התנאים שהיו מוסכמים בין השותפים בדבר דרך ניהול הנכס המשותף והשימוש בו, וגורם הפסד לשותפיו. מסקנתו היא: "ויתור נראה לי שלא יסלקנו, ויפרע הפסד שנமשר מבטול התנאי". לעומת, גם שימוש בנכס המשותף שלא כדי אין עילה לפירוק השותפות, אם יש תניה השוללת או מגבילה את הפירוק. אולם הכרעת הבית יוסף מסווגת בלשון "נראה לי".

דברי המרדיי<sup>36</sup> עליה שדעתו שונה מדעת הבית יוסף בעניין זה. המרדיי כתב: "אין

אבל פעמוני זהב, סימן קעא, סעיף א, כתוב שלולא דבריו, היה אומר שההסכם אינה מהחייבת בكونה או בירוש, מפני שהשותף الآخر יכול לטעון "אתך הייתי יכול לחיות, אבל לא איתטו". הוא מסתמך על שווית כרם חמוץ, סימן קככ, שפסק בשניים שעשו שטר קניין לחלק את כל ההכנסות מן המקווה המשותף שלהם "עד עולם", ומכו אחיד את חלקו, שהאחר זכאי לדרוש חילקה, מפני שקיבלו על עצמו את ההחייבות ורק כלפי השותף המקורי ולא כלפי הבעאים מכוחו.

רמב"ס, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ד, הלכה ד. דבריו הובאו בשולחן ערוך, ח"מ, סימן קעוו, סעיף טו. מקורות אלו עוסקים בשותפות עסקית, אך אפשר ללמוד מהם גם לשותף בנכסי. אבל כפי שנראה בסמוך, שיטת נתיבות המשפט בעניין זה מבוססת על השוואת שותף לפועל, ואם כן, קשה לה崎ש בדבריו שם לשיתוף בנכסי, שהרי שותף בנכס אינו דומה לפועל.

<sup>34</sup> בית יוסף, ח"מ, סימן קעוו, סעיף טו.

<sup>35</sup> מרדיי, כתבות, סימן רלח.

השותף יכול לסלק שותף חברו קודם הזמן בעל כרחו, כל זמן שלא שינה התנאי שביניהם.<sup>37</sup> מכלל ה"לאו" שבדברי המרדכי, נוכל למדוד "הן", שאם שינה אחד השותפים מתנאי השותפות, ניתן לסלקו מן השותפות, אף אם קיימת תניה המגבילה או שוללת את פירוק השותפות.

הרמ"א<sup>38</sup> פסק בבית יוסף: "שינה או פשע תוך הזמן, או עבר על תناו, אפילו הכி, אין יכולם לחלוק, אלא משלים מה שהਪטר".

נתיבות המשפט<sup>39</sup> מעלה דרך שונה להבנת דברי הרמב"ם והמרדכי. לדעתו, דין שותף כדיין פועל<sup>40</sup>. לפיכך, סבור נתיבות המשפט שיש למדור מדורנו של פועל שהזיך בעולותיו למעסיקו, את דינו של שותף שchina מתנאי השותפות או פשע בשימושו בנכסי השותפות, וכתוואה לכך נוק לשותפים.

בדין פועל פסק השולחן ערוך<sup>41</sup>: "האומנים שאי אפשר שיחזרו ההפסד שהפסידו, מסלקין אותם بلا התורה, שהם כמותרים ועומדים עד ישיתרלו במלאכתם". כמובן, לאחר של אומן יודע שהוא חייב להשתדר במלאכתו למען המטרה לשלהמה הוא נשרף, הרי הוא כמותר ועומד, ונinan לסלקו אם לא עשה כן, גם אם לא התורה בו שיסלקו אותו לא ישתדר במלאכתו. אך דין זה אמר רק אם ההפסד שנגרם למי ששכר את האומן אינו ניתן לפיצוי, כגון שאינו רשאי לשער את ערך ההפסד שנגרם כתוצאה מפשיעת האומן<sup>42</sup>. אולם אם ההפסד ניתן לפיצוי, אין לסלק את האומן מתקידיו, אלא יש לחייב ממנו את תשלום ההפסד שגורם.

הרמ"א חולק על השולחן ערוך, ופסק<sup>43</sup>: "אף על פי שאין צרכין התורה, מכל מקום בעין [=אנו צורניים] חזקה, דעת שיחיו מוחזקין או שייתרו בהן, לא מסלקין להו [=אין מסלקין אותם מתקידם]". נמצא, שכדי לסלק את השותף שהזיך לנכס המשותף, כדיין משתי הדרישות הבאות: (א) התירו בו בפירוש שיסולק אם לא ישתדר במלאכתו; (ב) החזק שהוא מתרשל במלאכתו, הינו שהתרשל במלאכתו לפחות פעמיים.

על פי זה, טוען נתיבות המשפט, שלפי השולחן ערוך, אם ניתן להעריך את הנזק שנגרם לשותפים כתוצאה מפעולותיו של שותפו, אין לסלק את השותף שהזיך לנכס המשותף, כדיין אומן שהזיך, ובכך עוסק המרדכי. אך אם גורם השותף נזק שאי אפשר להעריכו, ניתן לסלקו, ובכך עוסק הרמב"ם. ואילו לפי הרמ"א, גם כדי לסלק שותף כזה יהיה צורך בהترة או שיחזק בגנבו<sup>44</sup>.

בסיום, אין דעה אחידה במשפט העברי בדבר פירוק שיתוף עקב התנהגות פטולה של אחד מן השותפים.

<sup>37</sup> רמ"א, ח"מ, סימן קעו, סעיף טו.

<sup>38</sup> נתיבות המשפט, סימן קעו, ס"ק לג.

<sup>39</sup> הנהה זו מבוססת על דברי בית יוסף, ח"מ, סימן קעו, סעיף כג.

<sup>40</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן שו, סעיף ח.

<sup>41</sup> ראה סמ"ע, סימן שו, ס"ק ב.

<sup>42</sup> רמ"א, שם.

<sup>43</sup> דיני מוניות, חלק ב, שער ד, פרק ז, ע"מ שלב, העראה 3, כתוב שגם לפי הרמ"א, שותף שגנב מנכסי השותפות, ניתן לסלקו אף ללא התורה ובכל שחווזק בגנבו, מפני שמעשיהם חמור משל אומן שפשע במלאכתו, שכן אי אפשר לבורר כמה גנב, והרמ"א דיבר ורק בגין שלא נטע, שאפשר לבורר כמה הזיך, ויישם נזק זה. דבריו קשים, שהרי הסמ"ע שם הסביר שנזק של גן אינו ניתן למדרידה.

## פרק רביעי

## סיכום

הן לפि החוק והן לפि המשפט העברי, כל שותף זכאי לדריש פירוק השיתוף. אלא שהמשפט הישראלי מעדיף לנצל את בקשת הפירוק של אחד השותפים על מנת לפרק את השיתוף כולו, ואילו לפि המשפט העברי, השותף הרוצה לפרוש מן השיתוף זכאי אמן לקבל את חלקו, אולם שאר יחסיו השיתופיים נשאים על כנמו.

אם היה בהסכם השיתוף תנייה השוללת את זכות הפירוק או מגבילה אותה, החוק קובע שהתניתה תקפה למשך שלוש שנים, ולאחר מכן יש לבית המשפט סמכות לפרק את השיתוף, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות העניין. לפि המשפט העברי, תנייה זאת אינה מוגבלת בזמן, והיא מחייבת גם את הבאים מכוחו של כל שותף.

## פרק חמישי

## הצעת נוסח לפि המשפט העברי

37. (א) כל שותף במרקעין משותפים זכאי בכלל עת לדריש לקבל את חלקו הזכות לחכוע פירוק השיתוף בשיתוף נפרד.

(ב) הייתה בהסכם השיתוף תנייה השוללת את הזכות לדריש את פירוק השיתוף או מגבילה אותה, היא מחייבת גם את הבאים מכוחם של השותפים.

## נספח

## התחשבות בוצפי של עליית מחיר של נכס

לעיל<sup>44</sup> עסקנו בשאלת האם אפשר לכוף חלוקה בדרך מכירה הנכס בשוק נמצאת בשפל, או שהוא עדיף להמתין לעלייה מחירים צפואה. ראוי تحت את הדעת לתוחמים אחרים שעולה בהם שאלת זו: האם, כאשר נדרש הערך מחירו של נכס, יש להתחשב בתחזית האומרת שהמחיר יעלה?

א. הحلכה קובעת שמי שיש לו מאותים זוז (כדי הספקת מזונות ומלבושים לשנה<sup>45</sup>) אינו זכאי לקבל צדקה. אולם מי שחרר לו אפילו זוז אחד מאותים זוז, זכאי לקבל צדקה, אףלו אלף זוז בפעם אחת<sup>46</sup>. במסכת Baba Kama נידונה הזכאות של אדם לקבל צדקה, אם יש לו נכס דלא נידי בשווי מאותים זוז, אבל אין לו כסף מזומנים, כיון שאינו מצליח למוכר את

<sup>44</sup> לעיל, הערא 9.

<sup>45</sup> ראה פירוש הר"ש, פאה, פרק ח, משנה ח, ופירוש ר' עובדיה מברטנורא שם.

<sup>46</sup> רמב"ם, הלכות מתנות עניות, פרק ט, הלה ג; שולchan ערוך, יו"ד, סימן רגג, סעיף א.

נכסיו. על כך אומרת בריתא שם<sup>47</sup>: "הרי שהיה לו בתים שדרות וכרכמים ואני מוצא למוכרן, מאכליין אותו מעשר עני עד מחצה". נמצא, שהבריתא קובעתשמי שאינו מסוגל למכור את נכסיו הוא כמי שאין לו מאתים זוז, והוא זכאי ליטול צדקה.

האמוראים התקשו בהבנת המזיאות שהבריתא עוסקת במצב שמהיר כל הקרקעות רדו, וכך כל קרקעתו של אותו אדם אין שות מאתים זוז, מדוע לא ייחשב כעני גמור, ויהי זכאי ליטול צדקה כמו כל עני? מאייך גיסא, אם לא רדו מהיר הקרקעות בשוק, אלא שקרקעותיו של אותו אדם הוזלו, מפני שראו הבריות בדוחקו, והבינו שהוא מעוניין מאד למכור את נכסיו, אין להתריר לו ליטול צדקה, שהרי הערך האמתי של נכסיו עולה על מאתים זוז! מסקנת התלמוד היא, שהבריתא עוסקת במקום שמחיר הקרקעות עולה בתקופת ניסן, המתאימה לחירישה וזרעה, וירדרם בתקופת תשרי, שכן בה חירישה וזרעה; ובכל זאת, האדם שבו עסקת הבריתא נאלץ למכור את קרקעתו בתקופת מלחמת דחקון.

מסקנה זו קשה: מה תורץ בה? הלא בכל אופן, כתע אין הקרקעות שות מאתים זוז, וכך, מדוע לא ייחשב כעני גמור, והוא זכאי ליטול צדקה بلا הגבלה? ר' שמעון שקוף<sup>48</sup> מתרץ, שמאחר שידוע לנו שמחיר הקרקעות עתיד לעלות, ראוי שכבר עתה ייחס ערך הקרקעות לפי המחיר העתידי, ונמצא אדם זה אינו עני. אולם, לאחר שבפועל אין הוא מסוגל לפrens את עצמו בשעה זו, אנו מסיעים לו ליטול צדקה עד מחצה. יסוד דין זה הוא בדברי המשנה<sup>50</sup>: "בעל הבית שהוא עובר מקום למקום, מצrisk ליטול קצת, שכחה ופהה ומעשר עני, יטול, וכשיזוז לבתו ישלם". מדברים אלו למדים אנו שם ערך הנכס בזודאי עלה, יש להתחשב כבר עתה במחירו העתידי.

אולם לא הכל מסכימים עם פירוש זה. נתיבות המשפט<sup>51</sup> טוענים גם מחיר הנכס בזודאי עלה, הרי אם עליית המחיר אינה צפוייה בעתיד הקרוב, יש להתחשב במחיר העכשווי. הוא מסביר את סוגיות בא קמא בדרך אחרת: מאחר שעליית מחירי הקרקעות צפואה רק בחצי שנה אחריו הזמן שבו ביקש בעל הקרקע למכור אותה, הדבר נחגג ל"מירח שוקא [=שוק רחוק]", ויש להתחשב במחירו העכשווי של הנכס. לכן, בעל הקרקע נחשב כעני.

<sup>47</sup>anca קמא ז ע"א.

<sup>48</sup>לכינוי "מאכליין אותו... עד מחצה" ניתנו כמה פירושים. רשי, בבא קמא ז ע"א (ד"ה מי שהיה לו), פירש שמדובר באדם שערך קרקעתו היה מאתים זוז, ומיכליין אותו עד מחצה, ככלומר, לכל היותר מאה זוז, משום שמחיר של קרקע לעולם אינו פוחת ממחצית מערכה. עיין פירוש זה פירש גם הרמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק ט, הלכה טז, אולם הוא לא כתוב שמדובר שערך קרקעתו המקורית של אדם זה היה מאתים זוז, ומדובר ניתן למלוד גם כתע ערך קרקעתו הוא יותר ממאתיים זוז, אין אנו דורשים ממשנו למכור את קרקעתו בשעה שמחצית מערך המקורית, ומיכליין אותו מעשר עני עד שיתיקרו הקרקע, ומהין יהיה לכל הפתוח ממחצית מערך המקורית. פירוש אחר מביא רשי, שם ע"ב (ד"ה ואי אי"ל), ש"עד מחצה" פירושו שמאכליין את בעל הקרקע עני, עד שיעלה מהיר קרקעתו ויגיע לכדי מחצית מערך המקורית. התוספות שם ע"א (ד"ה אי), מביאים פירוש בשם הריב"ה, בבא קמא ב ע"א (בדפי הריב"ה), ולפיו "עד מחצה" פירושו — עד שימצא קונה שישכטם לנקוט את קרקעתו לפחות במחצית דמיון.

<sup>49</sup>שער ישר, שער ה, פרק ט. בעניין זה ראה גם: דברי יחזקאל, סימן מו, אות ג; דברות משה, בבא קמא, סימן ג, עני ד.

<sup>50</sup>פאה, פרק ה, משנה ד.

<sup>51</sup>נתיבות המשפט, סימן קט, ס"ק א.

שידוע שpheric הци שנה יהיה עשיר, אין אלו מניחים לו ליטול צדקה כמו כל עני, אלא רק עד מחזה.

ב. במסכת בבא מציעא<sup>52</sup>, נידון מעשה בסבל שבר חבית יין ששויה ארבעה זוזים בכל ימות השבוע, אך ביום השוק היא שווה חמשה זוזים. לפי פירוש רש"י, מסקנת הסוגיה היא, שאין אלו מתחשבים ביום שבו נשברה החבית, אלא אם לא השיב הסבל את דמי החבית לבנליה עד יום הראשון לאחר השבירה, הוא חייב לבעל החבית חמישה זוזים.

על פירוש זה קשה מן ההלכה הקובעת ש"כל הגולנים משלמים כשתעט הגזילה"<sup>53</sup>. לכארה, לפי הלכה זו יש להתחשב ביום שבירת החבית, ולקבוע את שיעור תשלום הנזק שילם הסבל לפי ערך החבית באותו יום, שלא כמסקנת הסוגיה לפי רש"י. כמה הסברים ניתן כדי לתרץ קושי זה:

(א) חבית יין שניתן למקרה בחמשה זוזים ביום כלשהו, נחשבת שהיא חמישה זוזים בכל יום.<sup>54</sup>

(ב) ההלכה ש"כל הגולנים משלמים כשתעט הגזילה" אמורה רק אם לא ברור בשעת הגזילה שמהירותו של החפץ הנגול עתיד לעלות. אבל אם ידוע שמהירותו של החפץ הנגול עתיד לעלות, ישלם הגולן לפי המחיר המקורי, משומש שהוא גורם לבעל החפץ הפסד ברווח.<sup>55</sup>

(ג) לסבב יש דין של שומר, שדין כפועל שעשה נזק למשיקו, שימושם כל מה שהיא יכול המעסיק להרוויח לולא הנזק.<sup>56</sup> لكن, סבל שבר חבית ישלם כל מה שבעל החבית היה יכול להרוויח לולא השבירה.<sup>57</sup>

לפי הסביר הראשון, יש להתחשב במקרה העתידי אם בוודוד שעתיד מחיר הנכס לעלות. ג. יתומים שמוטלים עליהם חובות שהניחס אביהם ולא שיימם, הדיון הוא שבית הדין שמייס את שווי נכסיהם, ומכוירים על מכירת הנכסים לשם פרעון החובות.<sup>58</sup> השומה נועדה לקבוע מחיר מינימום למכירת הנכסים, וההכרזה נועדה לאפשר את מכירת הנכסים לכל המרבה במחיר, לטובות היתומים.

הרשב"<sup>59</sup> דין בבית דין שמכר נכסית יתומים בשעת מלחמה, שבגללה מחירי הנכסים היו בשפל. מסקנתו היא, שהמכירה קיימת, ושaan להתחשב במחיר הנכסים בתקופה וגילה. הוא מבסס את קביעותו על האמור בהלכות הקדרש:<sup>60</sup> "אין להකדר אלא מקומו ושותתו". ככלומר, הפודה נכס מהקדש אינו צריך לחושש שהוא עלה בעתיד או ששוינו הרבה יותר במקומות אחרים משווים במקום הימצאו, אלא עליו לתת את ערך הנכס לפי המקום והשעה שבהם

<sup>52</sup> בבא מציעא צט ע"ב. בعنيין זה ראה חוק לישראל, שומרין, עמ' 308-312, ובמילואים שם.

<sup>53</sup> בבא קמא זג ע"ב. ראה: שולחן ערוך, ח"מ, סימן ש, סעיף ה, וקצתו החושן, סימן רצה, ס"ק א.

<sup>54</sup> קהילות יעקב, בבא קמא, סימן ה.

<sup>55</sup> קצתו החושן, סימן שד, ס"ק א.

<sup>56</sup> דאה רמ"א, ח"מ, סימן שו, סעיף ג.

<sup>57</sup> נתיבות המשפט, סימן שד, ס"ק ב.

<sup>58</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן קט, סעיף א.

<sup>59</sup> שור"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קנט. דבריו הובאו בבית יוסף, ח"מ, סימן קט, סעיף ג. מדברי הבית יוסף ניתן להסיק שהוא מקבל את דברי הרשב"א, ודוחה את דברי התשב"ץ דלהלן.

<sup>60</sup> עריכן כד ע"א.

נעשה הפניון. הרשב"א מחייב דין זה גם על הלקוחות מחק וממכר, וקובע שאין להתחשב בעלייתו הצפוי של מחיר הנכס, אלא יש למכורו לפי מחירו במקומו ובשעתו<sup>61</sup>. ר' שמשון בן צמח דורא<sup>62</sup> העלה דומה, בבית דין שמכר נכסים יתומים בעת מגפה, שאז מחורי נכסים נמוכים ביותר. מסקנתו היא שהמכירה בטלה, משום שיש להתחשב במחיר הנכסים בשעה רגילה, שאינה שעת מגפה.

הבית יוסף<sup>63</sup> הבין שנחלקו הרשב"א והתשב"ץ בשאלת האם יש להתחשב במחיר העתידי של נכס, במצב שיש ודאות שהנכס יתיקר. גם הרם"<sup>64</sup> הביא את דעתו הרשב"א והתשב"ץ כחוליקות זו על זו.

אולם פוסקים מאוחרים יותר ביקשו להשווות את הדעות, ולומר שאין מחולקת בין הרשב"א לתשב"ץ. הט"ז<sup>65</sup> מבחין בין מלחמה למגפה. מגפה היא נגע שמטבעו אינו עתיד להימשך זמן רב. לפיכך, בשעת מגפה אין בני אדם רגילים למכור את נכסיהם, אלא מחייבים לסייע המגפה ולעלית מחיר הנכסים. לכן, צדק התשב"ץ בכך שקבע שם באים למכור נכס בשעת מגפה, אין להתחשב במחיר שבשעת המגפה, משום שאין היעץ וביקוש לנכסים בשעה זו, והוא אין לו [=לנכס] שער [=מחיר קבוע] כלל". אבל בשעת מלחמה, כיוון שאין שער קץ להז", אין אנשים נמנעים מלמכור ולקנות מחרק המסתנה לשימוש המלחמה, וכך יש שער למחירי הנכסים, ויש להתחשב בשער זה ולא בשער העתידי. לפי דבריו, אין תשובה חד ממשמעית לשאלת האם יש להתחשב בעלייה הצפוי של מחירי נכסים כאשר קיים צורך למכרם. רק אם ברור שדרחית המכירה היא לזמן קצר, ולאחר נזנעים מלמכור או לקנות בזמן שפל המהירים, יש להוכיח לעליית המזומנים.

נתיבות המשפט<sup>66</sup> מאחדת דעת הרשב"א עם דעת התשב"ץ באופן אחר. לדעתו, כאשר בית הדין נדרש לשום את ערך הנכסים, הוא מתחשב רק בערכם העכשווי, ואינו צריך להתחשב בעלייה ערכם הצפוי. אולם כאשר בית הדין נדרש למכור את הנכסים, עליו להתחשב בעלייה ערכם הצפוי, אם היא צפואה בזמן הקروب. הוא נוקט כדוגמתה של עלייה מחירים לצפואה ורק כעבור חצי שנה תיחס כ"מרחוב שוקא", ככלומר, עלייה וחזקה, שאין אנו צריכים להתחשב בה כשאנו באים למכור נכסים. אולם אין בדבריו הגדרה מדוקית ל"רחוב שוקא".

אבל מסקנת נתיבות המשפט היא שהדבר "תלו" בראות עני בית דין". נמצא, שגם אם דרכו שונה מרצו של הט"ז בהבנת דעתו הרשב"א והתשב"ץ, הוא מסכים עמו להלכה, שבעלית מחירים ודאית, שczפואה בזמן קרוב, יש להתחשב בעליית המהירים, ולהימנע מלמכור

<sup>61</sup> ראה"ש, קידושין, פרק א, סימן יז, מסכים עם הרשב"א, וקובע מפורשות: "דמדאוריתא אין להקדש אלא מקוםו ושבתו, וכן למקח וממכר". אבל מדבריו הרובם<sup>62</sup>, הלכות אישות, פרק ד, הלכה יט, שהביא הרא"ש שם, ניתן ללמידה אין להקדש אלא מקוםו ושבתו<sup>63</sup> אין חל במקח וממכר. וראה עוד: קרבן נתnal על הרא"ש שם, אותן ל; תפארת שמואל על הרא"ש שם, אותן א.

<sup>62</sup> תשב"ץ, חלק א, סימן נב. דבריו הובאו בבית יוסף, שם.

<sup>63</sup> בית יוסף שם.

<sup>64</sup> רמ"א, חור"מ, סימן קט, סעיף ג.

<sup>65</sup> ט"ז, חור"מ, סימן קט, סעיף ג.

<sup>66</sup> נתיבות המשפט, סימן קט, ס"ק א.

נכסים עד שיעלה מחירים. אולם אם עלית המחרים אינה וראית, או שהיא וראית אך זמן  
אינו קרוב בהכרח, אין להתחשב בה, ויש למכור את הנכסים לפי ערכם העכשווי.  
בסיום, יש בעניין זה שתי שיטות:  
שיטת ר' שמעון שק馥 ואחרים<sup>67</sup>: אם עלית מחירי הנכסים צפואה באופן וראי, מחיר  
הנכסים יקבע לפי ערכם הנוכחי<sup>68</sup>.  
שיטת ט"ז ונביבות המשפט: אם עלית מחירי הנכסים צפואה באופן וראי וזמן קרוב, דבר  
הגורם לאנשים להימנע מלמכור או לקנות בעת שפל המחרים, יש להתחשב במחיר העתידי  
של הנכסים, ולדוחות את המכירה עד לעליית המחיר. אולם אם אין זמן עלית המחרים קרוב  
בהכרח, אין להתחשב בהערכתה שמחיר הנכסים עשוי לעלות, ויש למכורם במחירים העכשווי.  
ההערכה האם עלית מחירי הנכסים צפואה בזמן קרוב, מסורה לבית הדין.  
יש להדגיש, שдинונים אלה עוסקים בנכסים שיש ודאות שהמחיריהם יעלו. אולם אם אין  
ודאות שיעלו המחרים, נראה שהכל מסכימים שהמחיר הנכס נקבע לפי מקומו ושתומו.

<sup>67</sup> קהילות יעקב, לעיל העונה 54; קצotta החושן, לעיל העונה 55; בית יוסף, לעיל העונה 63, בדעת התשב"ז.

<sup>68</sup> יש לטעיר, ר' שמעון שק馥 העומדים בשיטתו עסקו במצב שבورو שעטיד מחיר הנכס להתייקר, וידוע מה יהיה מחיר הנכס לאחר ההתייקרות. ברם, ספק מה תהיה עתם בעניין נכס שהמחירו נמצא בשפל, וברור שהוא יעלה, אך לא ברור מה יהיה מחירו אחרי שיעלה. יהתן שיצטרך בית הדין לשער מהו מחירו הרגיל של הנכס, שלא בשעת השפל, ולפיו יקבע מחירו גם בעת. אולם יהtan גם שם סוברים שאם אין מחיר עתידי ברור לתלות בו את ערך הנכס, יחוسب ערך הנכס לפי מקומו ושתומו, גם אם ברור שערכו יעלה.



## פירוק על פי הסכם או צו בית משפט

פירוק על פי 38. (א) פירוק השיתוף יהיה על פי הסכם בין השותפים: נקבעה בהסכם הסכם או צו בית חלוקת המקרקעין בעין, טעון ההסכם אישור המפקח, המאשר כי החלוקה תואמת את הוראות חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965, וכל חיקוק אחר בנידון. (ב) באין הסכם כאמור בסעיף קטן (א), יהיה פירוק השיתוף על פי צו בית המשפט, בהתאם לסעיפים 39 עד 43.

### התוכן

פרק ראשון:	מבוא 153
פרק שני:	הסכם על החלוקה עצמה 154
פרק שלישי:	הסכם על שיווק החלקים לשותפים 155
פרק רביעי:	הסכם לחלוקת על פי גורל 157
פרק חמישי:	הסכם חלוקה שעשו מקצת השותפים 159
פרק שישי:	סיכום 160
פרק שביעי:	הצעת נוסח לפי המשפט העברי 161
נספח:	הסכם על הגבלת השימוש 161



## מבוא

סעיף זה קובע שהדרך המועדףת בעניין המשפט לפירוק השיתוף היא: "על פי הסכם בין השותפים". רק אם אין הסכמה ביניהם, יקבע בית המשפט את דרך הפירוק. ההסכם עדיפה על פירוק על פי צו בית המשפט, מפני שהוא צו בית המשפט עלול להיות כרוך בדיון ממושך ומלוויה בריב ומדינים<sup>1</sup>.

הסעיף דורש שההסכם יתאים להוראות חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965, וכל חיקוק אחר בנידון<sup>2</sup>. עיקרן של הוראות אלה לעניינו הוא חילוקה מדוקית של המקראען במדינת ישראל ל"גושים" ול"חלקות", באופן שה"חלה" היא ייחירת המקראען הקטנה ביותר, והיא אינה ניתנת לחילוק לשני חלקים (פרצצ'יצה), כלומר, אי אפשר לקבוע בהסכם שהיא הייתה חלק מ"חלה" בעלות יהודית של ראיון וחילק ממנו בבעלותו הייחודית של שמעון. אם כן, דרישת השუף באה למנווע מצב שיסמנו השותפים גובל בשלוחק "חלה" אחת לשתיים.

לעומת זאת, לפי המשפט העברי אין מגבלות לחילוק הנעשה בהסכם השותפים. כך פסק השולחן ערוך<sup>3</sup>: "השותפין שרצו לחלוק דבר שני בו דין חילוקה, אף על פי שהם מפסידים את שמו חולקים". כלומר, אם השותפים רוצחים בחילוקה אין מנעה לבצע אותה, על אף שלאחר החלוקה יקבל כל אחד מהם חלק שניינו ראוי לשימוש רגיל.

נראה שם הסכם הפירוק קובע חילוקה המקראען בעין, ההסכם יהיה תקין רק אם נעשה בכתב, כפי שקובע חוק המקראען, סעיף 8, לגבי כל התחביבות לעשות עסקה במקראען<sup>4</sup>.

מעבר לכך, לפי המשפט הישראלי, אין הבדל בין חוות פירוק השיתוף לבין כל חוות אחר לעניין התנאים הדורושים לתקופתו.

לעומת זאת, המשפט העברי מוצא מאפיינים ייחודיים בהסכם בין השותפים בדבר פירוק השיתוף, שאינם קיימים בחוזים אחרים, כפי שנראה. להלן נבחן את עמדת המשפט העברי לגבי סוגים אחדים של הסכמים בין שותפים בדבר פירוק השיתוף.

<sup>1</sup> חוק המיטלטلين, התשל"א-1971, סעיף 10(ב) רישא, מחייב הוראה מקבילה על פירוק שיתוף במיטלטلين: "פירוק השיתוף יהיה על פי הסכם בין השותפים, ובaan הסכם — על פי צו בית המשפט". כמו כן, במיטלטין אין כפיפות לחוק התכנון והבנייה, שעניינו מקראען. תוכיר הצעה חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 525, מחדד את ההוואות: "(א) פירוק השיתוף יהיה על פי חוות בין השותפים; חוות לחילוק מקראען בעין טעון אישור של המפקח לפיו הוכח להנחת דעתו שהחווה תהיה תואם את הוראות חוק התכנון והבנייה וכל חיקוק אחר הנוגע לעניין. (ב) בגין חוות בין השותפים, יהיה פירוק השיתוף על פי צו של בית המשפט בהתאם להוראות סעיפים 526 עד 530."

<sup>2</sup> שולחן ערוך, ח'ו"מ, סימן קעג, סעיף א.

<sup>3</sup> בסעיף 29, הערכה 4, ראיינו שייסמן נוטה לומר שהסכם שיתוף במסגרת סעיף 29, אין צורך בכתב, מפני שבדרכ כל הסכם שיתוף אינו כולל התחביבות לביצוע עסקה במקראען. מכאן שהסכם פירוק, שהוא התחביבות לביצוע עסקה במקראען, טעון כתוב.

הסכם בדבר פירוק השיתוף אינו "הסכם שיתוף" במובנו של סעיף 29<sup>4</sup>, ולכן ההסכם כזה אינו כובל את חליפיהם של השותפים המקוריים שערכו את ההסכם, שלא כהסכם שיתוף<sup>5</sup>. בסוף דברינו נדון בשאלת, האם יש תוקף להסכם חלוקה שנערך בין מażת השותפים, כאשר השותפים האחרים אינם יודעים עליו? ס"ק (ב) קובע שאם השותפים לא יגיעו לעמך השווה, בית המשפט הוא שייצו על אופן הפירוק בהתאם לכללים ולהנחיות שבסעיפים 39-43. כללם אלו ראוי שימנוו לגדר עניינו של כל אחד מן השותפים, כדי שיוכל לנחל את המשא ומתן עם שותפיו מתוך מודעות לזכיותו ובאופן הוגן. כך לדוגמה, ראוי שיעד השותף, שאם הנכס ניתן לחולקה בעין, בית המשפט יכפה אופן זה של חלוקה בעדיות ראשונה<sup>6</sup>, ואם שותפיו אינם מסכימים לחלוקה בעין, חשוב שיעד שבית המשפט יצדיק את עדתו.

## פרק שני

## הסכם על החלוקה עצמה

בנכס משותף שיש בו כדי חלוקה (כפי שוגר בדיוננו בסעיף 39), כל שותף יכול לכפות חלוקה בעין. لكن אין מקום לשאלת האם יש תוקף להסכם בין השותפים לחילק את הנכס בעין, שהרי גם אם אין להסכם תוקף, הרי כל שותף שייצה בכך יוכל להילקה בעין. דוגמא בנכט שאין בו כדי חלוקה, שבו אין לשותף זכות לדרש חלוקה בעין (כפי שנראה בדיוננו בסעיף 40), אם בכלל זאת הסכימו השותפים לחולקה בעין, יש לדון בתקפו של ההסכם, שכן אם ההסכם תקין, לא יוכל אף שותף לחזור בו מהסכמתו, אלא כל שותף יוכל להילקה בעין מכוח ההסכם, אף שאין בנכט כדי חלוקה.

כבר התלמוד<sup>7</sup> קובע, שהסכם כזה אינו תקין, גם אם עשו השותפים "קניין סודר" על ההסכם, מפני שהוא "קניין דברים".

הרמב"ם<sup>8</sup> נוקט שההסכם חסר תוקף מפני שאין בו ממש: "הדברים שאין בהם ממש אין הקניין מועיל בהן כלום. כיצד? הרי שכח בشرط: 'קניין מפלוני שלך בסחרה עם פלוני', או 'שייחלו החצר שביניהם'... הרי זה קניין דברים, ואינו מועיל כלום, שהרי לא הקנה לחברו דבר מסוים וידוע".

אבל יש לדון בשאלת, האם ההסכם יחייב את השותפים אם הוא נעשה באופן שנוהג שיocial תוקף מחייב — מה שקרו "קניין סיטומתא". לדוגמה, אם נהוג שהסכם כתוב מחייב את השותפים, הוא בגין סיטומתא, והכלל הוא, שקניין סיטומתא תקין כמו כל קניין אחר, ולדעת חלק מן הפוסקים, אף יתר מזאת: תקפו חזק אף מתקפו של קניין רגיל, והוא חל גם

<sup>4</sup> ע"א 269/74 בוקובה נ' הממונה על המרשם, פ"ד בט (1) 243, 245.

<sup>5</sup> י' ויסמן, דיני קניין — בעלות ושיתוף, § 5.118§ (עמ' 287).

<sup>6</sup> בהתאם לקבוע בסעיף 39.

<sup>7</sup> בכוא בתרא ג ע"א. כך פסקו: טור, חוי"מ, סימן קנו, סעיף ב; שולחן ערוך, חוי"מ, סימן קנו, סעיף ב.

<sup>8</sup> רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ה, הלכה יד.

בדבר שלא בא לעולם<sup>9</sup>. אך עדין יש מקום לדון, האם הוא חל גם בדברים שאין בהם ממש, כמו הסכם החלוקה שהוא עוסקים בו? הרי יש מקום להבחין לעניין זה בין דבר שלא בא לעולם לבין דבר שאין בו ממש. הסיבה שאנו קניין חל בדבר שלא בא לעולם היא שקיים חסרון בנסיבות דעת: אדם אינו מתייחס ברצינות להקנות דבר שעדיין לא נמצא; וכן יש מקום לומר שבקניין סיטומתא, לאחר שנהוג לננות בו, אין חסרון של גמירות דעתה. לעומת זאת, בדבר שאין בו ממש, החסרון הוא שאין לנין על מה לחול, שהרי קניין יכול לחול רק על דבר ממש; וכך ייתכן שגם סיטומתא לא תועל ברא<sup>10</sup>.

מהרש"ל<sup>11</sup> דין בדבר שאין בו ממש – בחוזה על זכויות למכירת יין – ופסק שמאחר שנהגו במקום ההוא לקנות זכויות כאלו על ידי מסמך כתוב, הרי הוא קניין סיטומתא ומוסיל. אך קשה לסתור על מקרה זה בלבד, שכן מהרש"ל עצמו פוסק במקומות אחרים<sup>12</sup> שלא מועיל קניין סיטומתא בתחום שאין קניין גיגל תקף בו. וזאת ועוד: נתיבות המשפט<sup>13</sup> טוען שני מוקד העיקרי של מהרש"ל, בפסקתו הראשונה, הוא שהחוזה תקף מכוח "דינה דמלכותה דינה", ולא מכוח קניין סיטומתא, ואם כן, אין להוכיח מדברי מהרש"ל שסיטומתא תועל בדבר שאין בו ממש. אמנם, ניתן לבאר את קניין סיטומתא בדרך אחרת, שאינו מועיל בתורה קניין, אלא לכל דבר שנהגו בו, מחייב כשלעצמם. לפי הבנה זו, אין מקום להבחנה בין דבר שלא בא לעולם לבין דבר שאין בו ממש, וסיטומתא תועל גם בדבר שאין בו ממש<sup>14</sup>.

בסיום, ספק אם יש תוקף להסכם בין השותפים על חלוקה בעין, לנכס שאין בו כדי חלוקה, גם אם נעשה באופן שנהוג שיש לו תוקף. כמובן, השאלה מתעוררת רק אם חזר בו אחד מן השותפים מן ההסכם, אבל אם לא חזוו בהם, ברור שיוכלו לפרק את השיתוף בהתאם להסכם שעשו.

### פרק שלישי

#### הסכם על שיווק החלקים לשותפים

אם השותפים לא רק הסכימו על חלוקה, אלא אף קבעו את מיקום חלקו של כל שותף, ועשו קניין על כן, יש לכך תוקף מחייב, שכן אין כאן "קניין דברים", אלא קניין הנוגע לדבר ממש. הקניין יכול להיעשות או בקניין סודר (חליפין), או בקניין חזקה. מקור הדברים הוא בסוגיית התלמידו<sup>15</sup>, האומרת שם שותפים הסכימו על חלוקה (בקראקע שאין בה כדי חלוקה), ו"קנו

<sup>9</sup> ראה פதח תשובה, ח"מ, סימן רא, ס"ק ב. וראה: רון שלמה קלינמן, מנהגי הסוחרים במשפט העברי (קניין סיטומתא), דיסרטציה, אוניברסיטת בר-אילן תש"ס.

<sup>10</sup> סבירה זו מובאת בפסק דין רבנים, כרך ב, עמ' 112.

<sup>11</sup> שוו"ת מהרש"ל, סימן לו.

<sup>12</sup> ים של שלמה, בבא קמא, פרק ח, סימן ס.

<sup>13</sup> נתיבות המשפט, סימן רא, ס"ק א.

<sup>14</sup> ראה פסקי דין רבנים, כרך ח, עמ' 52. על שאלת סיטומתא ב"קניין דברים", ראה: א' ורפהטייג, התחייבות, עמ' 396.

<sup>15</sup> בבא בתרא ג ע"א.

מידם ברוחות", ההסכם תקף, ואינם יכולים להזור בהם. ופירש ר' <sup>16</sup>: "זה בורר לו חלק מזרחי זהה בורר לו חלק מערבי, וכן מידם [=קנין טודר]. ומעתה נקנה חלק מזרחי זהה ואין להזח בו, וכן השני לחבירו".

הרמב"ס <sup>17</sup> מסכם דין זה: "מקום שאין בו דין חלוקה, שרצו השותפים לחלקו... כל אחד מהם יכול להזור בו, שהוא קניין דתיים. אבל אם קנו מידם [=עשוי קניין טודר], שהוא רצח ברוח פלנית וזה רצח בروح פלנית, אין יכולים להזור". כמובן, אם בורר כל אחד את החקן, ועשה על כך קניין, אין זה "קנין דתיים", שכן כל שותף מקנה לשותפיו את האחזois שיש לו בשאר החלקים, ויש לקניין על מה חולן.

הדברים אמורים בין בקרע שיש בה כדי חלוקה ובין בקרע שאין בה כדי חלוקה<sup>18</sup>. דרך אחרת שבה ההסכם החלוקה תפרק מתוארה בהמשך סוגיית התלמיד שם: "רב אש אמר, כגון שהליך זה בתוך שלו והחזיק, וזה בתוך שלו והחזיק". הרא"ש<sup>19</sup> מבאר שאין הכוונה ששניהם צדיכים לעשות קניין חזקה, אלא די שהחזיק אחד מהם (במצב שיש רק שני שותפים), ובכך הוא מסתלק מזכויותו בחולק الآخر, ומילא נקנה החלק الآخر לשני. התוספות<sup>20</sup> מחdzים, שלענין זה די בקניין חזקה חלש יותר מקניין חזקה רגיל. הקונה בקרע מחברו בקניין חזקה, הקניין תפרק רק אם עשה הקונה מעשה חזקה בפני המוכר, או שאמר לו

<sup>16</sup> ר' ש"י, שם, ד"ה ברוחות.

יד רמה, בבא בתרא, פרק א, סימן כה, כתוב שהשותף שמקבל צד מזרחה צריך להקנות לשותפה צד מערב, ושותפהו צריך להקנות לו צד מזרח. אבל העמק שאלת, שאלתא קלט, אותן ד (עמ' קסוט), כתוב בדעת הרי"ף והרמב"ס (שיצין בהערה 17), שאין צורך זהה, אלא די שהקניין יהיה שפוני מקבל צד מזרחה ופלוני מקבל צד מערב.

פרישה, ח"מ, סימן קעג, סעיף ב, כתוב (בדעת הטוטו) שאם אמורו "שותף א רצח צד דרום, ושותף ב רצח צד צפון", ועשוי קניין, לפי הרמב"ס מועיל ולפי הרא"ש לא מועיל, כי "ירוצה" לא משמע שמקנים עכשו הוא אלא "קניין דתיים" כמו "אתן", ומועיל רק אם אמורו "שותף א לוקח צד דרום" וכו'.

<sup>17</sup> רמב"ס, הלכות שכנים, פרק ב, הלכה .

ראה גם קובץ שיעורים, בבא בתרא, סימנים ייחיט, בשאלת האם חלוקה שיתופי צריכה קניין או די בגורל. לכארה, אם אין בקרע כדי חלוקה, וההסכם כולל גם את ההסכם לעצם החלוקה בעין, תחתoor שאלת סבוכה, של קניין שנעשה על הסכם, הכלול שני חלקים, ומועל רך בחלקו (שהרי על ההסכם להחלוקה הקניין אינו מועיל, כפי שרואינו לעיל, פרק שני), שיש אמורים שבגנון זה, כל הקניין בטל — ואהה שלוחן ערוך, ח"מ, סימן גג, סעיף ג. אך נואה, שאין זה בגדר קניין שנעשה על شيء דברים, שהרי הנקנת החלקים זה זהה (שהיא תקופה) ככלות מילא גם התחייבות להחלוקה, שהרי "ש בכל מאתים מנה". אי אפשר להפריד בין ההסכם להחלוקת לבן מיקום החלקים, שהרי החני לא יתכן בלי הדושן. החסרן בהסכם על עצם החלוקה הוא שאינו על דברים ממשיים, וברגע שההסכם זה נכרך בהסכם על שיקול כל חלק לשותף מסויים, הוא נעשה ממשי.

<sup>18</sup> ר' ש"ג, בבא בתרא, פרק א, סימן ג.

אבל העמק שאלת, שאלתא קלט, אותן ד (עמ' קסוט), כתוב שלදעת השאלות, צריך לשניהם יחזיקו. בשאלת האם די שיחזיק אחד מהשותפים, ראה: אם ישראלי, חלק ח, סימן קב; שיעורי ר' שמואל, בבא בתרא סימנים נד, נו, נת-סא, רא; חידושים ר' שמואל, בבא בתרא, סימן ה.

<sup>20</sup> תוספות, בבא בתרא ג ע"א, ד"ה רבashi. בשאלת האם צריך שיאמר "לך חזק וקני", ראה שיעורי ר' שמואל, בבא בתרא, סימנים נה, נה-ס, סב-סג; חידושים ר' שמואל, בבא בתרא, סימן ה; דברות משה, בבא בתרא, סימן יב, העלה ט; שיעורי עין התלמוד, בבא בתרא, שיעור א.

המוכר: "לך חזק וקנה". לעומת זאת, כאמור, לאחר שביררו השותפים את מקום חלקו של כל אחד, יכול כל אחד לעשות חזקה שלא בפני חבריו, גם בפני לחבריו יאמר לו "לך חזק וקנה". בהגחות מיימוניות<sup>21</sup> מביא שכחוב רבנו יונה: "ונראה דהאי והחזיק, לאו חזקה ממש קאמר כנון געל ופוץ גדר, אלא הילוך לאורך ורוחב חלקו, כדמשמע לישנא' ויהלך והחזיק", כלומר, על ידי הילוך החזיק. וכך משמע לנו, אף על גב דברלמא לא קני וכו', הכא בקנין רוחות סגי בhillon בועלמא, לאחר שברור כל אחד רוח ורוח לעצמו ולהלך לאורכה ורוחבה, גם רוחו ששהה זה חלקו ואיינו יכול לחזור בו. הילוך צריכים כל אחד להחזיק חלקו בהילוך, ולא זכה השני במה שהחזיק האחד בחלקו על ידי הילוך, כי הילוך היא חזקה גורעה". כמובן,ידי בחזקה גורעה של היליכה, אבל צריך שני השותפים יעשו חזקה זו. כך משמע גם מהרמב"ם בפירושו למשנה<sup>22</sup>, שכחוב: "וכיון שרצוי לחלק, ונתרצה כל אחד משליהם ברוח פלוני, כנון שהחזיק בקריקע ברגלו".

בית יוסף<sup>23</sup> מסכם את השיטות, וקובע שם עשו חזקה גמורה, אין צורך של כל אחד מהשותפים יעשה קניין, אלא אחד עושה ומילא נקנה לשני החלק الآخر; אבל אם החזקה נעשית בהילוך בלבד, שניהם צריכים להחזיק. בשולחן ערוך<sup>24</sup> פסק שמוסיעלה חזקה בעלי אמרת "לך חזק וקנה", ודי שאחד מהם יחזיק. הסיבה שמספיקה כאן חזקה גורעה (או על ידי הילוך או על ידי אחד מהשותפים) היא, שבחלוקת שיתוף אין העברת בעלות מזה לזה, אלא רק בירור החלקים של כל אחד מהשותפים, ולכן אין צורך במעשה קניין גמור<sup>25</sup>.

#### פרק רביעי

#### הסכם לחלוקת על פי גורל

הסכם מסווג אחר לקביעת שיווק כל חלק בשיתוף לבעלין, הוא הסכמת השותפים לחלוקת בגורל: הם מסמנים את החלקים, ומסכימים להטיל גורל שיקבע איזה שותף יtol איזה חלק.

<sup>21</sup> ההגות מיימוניות, דפוס קושטא, הלכות שכנים, פרק ב, הלכה י. אבל בעלותם דרכבו יונה, בבא בתרא ג ע"א (ד"ה עלה), כתוב רבנו יונה בפירוש להיפך — צריך חזקה מהסוג של "געל, גדר ופוץ". העמק שאלה, שאלתא קלט, אות ד (עמ' קסו), כתוב שלפי השאלות, צריך חזקה גמורה, כנון "געל, גדר ופוץ". ראה גם שיעורי ר' שמואל, בבא בתרא, סימן טא, בשאלת האם לעניין חזקה שותף עושה בחלוקת די בהילוך.

<sup>22</sup> פירוש המשניות לרמב"ם, בבא בתרא, פרק א, משנה א. העמק שאלה, שאלתא קלט, אות ד (עמ' קס), כתוב שלדעota הרוי"ף והרמב"ם (שצווין בהערה 17), דיichel שותף ישתמש הצד שלו ויסלק את עצמו מלהשתמש הצד השני.

<sup>23</sup> בית יוסף, ח"מ, סימן קנו, סעיף א. בעניין זה, ראה בירור הלכה, בבא בתרא ג ע"א, ציון ד.

<sup>24</sup> שולחן ערוך, יו"מ, סימן קנו, סעיף ב.

<sup>25</sup> העמק שאלה, שאלתא קלט, אות ד, מבאר בדרך זו את שיטת הרמב"ם והרוי"ף (שהובאה בהערה 16 ובהערה 22), המציגים את דרישות הקנין; וכן אפשר לומר בדעת התוספות והගות מיימוניות. בשאלת האם חלוקה כוללת העברת בעלות משותף לשותף, ראה סעיף 37, ליד ציון הערכה 19.

האם הסכם זה תקף ומהייב את השותפים? או שמא יוכל שותף לחזור בו מהסכמתו לדין חילקה זו, אם נפל בגורלו חלק שאינו מוצא חן בעיניו מסיבה כלשהיא? התלמוד אומר<sup>26</sup>: "האחינ שחלקו, כיון שעלה גורל לאחד מהם — קנו כולם". מבואר הרשב"ם<sup>27</sup>, שמדובר שחלקו את הקרן למספר חלקים שוויים, כמספר השותפים, והגורל מבורר איזה חלק קיבל כל אחד; ומשעה שנפל הגורל לאחד מהם, קנה את חלקו למורי ואני יכול לחזור בו. התלמוד ממשיך לבאר מדוע קונה הגורל אין צורך במעשה קניין: "אמר רב באashi, בה היא הנאה דקא ציתוי להדי, גמרי ומKENO להדי". כאמור, בגלל הנאות מכך שהסכימו לחלוק, שאינם חפצים עוד בשיתוף ואינם רוצחים שהיה עיכוב בחילקה, הם מוכנים שהקניין ייגמר בגורל בלבד.

הרשב"א<sup>28</sup> מביא שלוש שיטות בהסביר דבריו התלמוד: (א) משעה שעלה הגורל לאחד מהם, אין שאר השותפים יכולים לומר שהם רוצחים בנסיבות חילקה אחרת, אלא גם הם צריכים להמשיך בגורל ולהילוק על פיו. (ב) הגורל הראשון מבורר את חלקו של הראשון, ואני יכול לחזור בו, אבל שאר השותפים יכולים לבחור בין המשך עשיית הגורל לבין דרך חילקה אחרת. (ג) אם קבעו מתחילה שיקבלו החלקים בקרע לפי סדר הגילאים שלהם (לדוגמא), הרי משעה שהגורל קבוע מה חלק של הראשון, מילא השני בסדר הגילאים מקבל את חלקו לצידו של הראשון, והשלישי לצידו של השני, וכן צורן בגורל נסף. אבל הרא"<sup>29</sup> חולק על הרשב"א, וסובר שאין הגורל עשו קניין, אלא הוא רק מבורר את החלק שהוא לכלי אחד, אבל כדי שלא יוכל לחזור בהם, צריך אחד מהם לעשות קניין בחילקו, כמו שוראיינו לעיל, בפרק שלישי.

נראה שהדברים אמורים בין בקרע שיש בה כדי חילקה, ובין שאין בה כדי חילקה. עד כאן עסקנו בהסכם שעשו השותפים לקבל את קביעת הגורל, באופן שהגורל עצמו קבוע איזה חלק יקבל כל שותף. לדוגמה, כותבים על פתקים נפרדים את תיאורי החלקים, וכל שותף מצוייה מהקלפי פתק אחד, והוא מקבל את החלק המתואר בפטק שעלה בידו. סוג אחר של הסכם על גורל הוא, לשותף שיזכה בגורל תהיה זכות לברור את חלקו הראשון. על הסכם כזה פסק שבוט יעקב<sup>30</sup> שכל שותף יכול לחזור בו מהסכמתו. הוא מנמק, שתקפו של הגורל נלמד בתלמוד<sup>31</sup> מחלוקת ארץ ישראל בגורל בזמנו של יהושע, והואו גורל בירור איזה חלק יקבל כל שבט, ולא איזה שבט יבחר ראשון את מקומו. לבן, יש תוקף רק לגורל שקובע את חלקו של כל שותף, שודמה לגורל שנעשה על ארץ ישראל, אבל אין תוקף לגורל שקובע איזה שותף זכאי לבחור ראשון את חלקו, כיון שאין דומה לגורל שנעשה על ארץ ישראל.

<sup>26</sup> בבא בתרא קו ע"ב.

<sup>27</sup> רשב"ם, בבא בתרא שם, ד"ה האחין שחלקו, וד"ה קנו כולם.

<sup>28</sup> חידושי הרשב"א, בבא בתרא קו ע"ב, ד"ה האחין.

<sup>29</sup> שות' הרא"ש, כלל צח, סימן ב.

ראה גםaben ישראלי, הלכות זכייה ומוניה, פרק יג, הלכה יב (עמ' קיד-קטו), בשאלת האם חילקה בגורל מבורת או מקנה.

<sup>30</sup> שות' שבוט יעקב, חלק ג, סימן קסב (הובא בפתחי תשובה, ח"מ, סימן קעג, ס"ק ב).

על הסכם לחלוק בגורל או בלי גורל, ראה דברות משה, בבא בתרא, סימן ט.

<sup>31</sup> בבא בתרא קו ע"ב.

## פרק חמישי

## הסכם חלוקה שעשו מקצת השותפים

יש שותף אחד או כמה מן השותפים רוצים בפירוק השיתוף, אבל חלק מהשותפים האחרים אינם נמצאים באותו מקום, או אינם יודעים על הפירוק. האם יוכל השותף הרצו בכך, למש את זכותו לחלוקת בעין של הנכס, אף בלי דעת כל השותפים?

הראשונים דנו בשני שותפים שהילכו את הקרע המשותף שלא על דעת השותף השלישי. הם חילקו את הקרע בפני בית דין לשולחן חלקיים שוים, וכל אחד מהשניים קיבל חלק אחד. הרשב"ם<sup>32</sup> אומר שהחלוקת תקפה, ומוכיה את דבריו מסווגית התלמיד<sup>33</sup> המביאה מעשה בשני אמוראים שהיו שותפים, וחילק אחד מהם את השיתוף שלא בידיעת חברו, ופסקת שהחלוקת תקפה.

אבל התוספות<sup>34</sup> חולקים על הרשב"ם, מפני שייתכן שהשותף הנעדר מעוניין דווקא במקום מסוים בקרע, מפני שהוא מעדיף צד פלוני, כגון מזרחה או מערב, וכך אפשר שהחלוקת תבוצע בלי ידיעתו. הם דוחים את הראיה שהביא רשב"ם מן המעשה הנזכר, בכך שבאותו מעשה מדובר בשיתוף במיטלטلين, ובמיטלטלים יכולים השותפים לחלק שלא במעמדם כולם, מפני שכאשר מחלקים מיטלטין, כל החלקים שוים מכל הבחינות, ואין סיבה שהשותף הנעדר יעדיף דווקא אחד מן החלקים; ואין למוד מס' לשיתוף במרקען.

הרא"<sup>35</sup> מסכים עקרונית עם שיטת הרשב"ם, ומנקם, שמאחר ששומות הקרע נעשתה בפני אנשים הקיימים בשומה<sup>36</sup>, ולאחר מכן נעשתה חלוקה בגורל<sup>37</sup>, אין סיבה שהחלוקת שלא היה במקומות (או שלא ידע עלחלוקת) יוכל לדוש את ביטולחלוקת, שהרי גם אילו נכח בעת החלוקת, לא היה וכי להתנגד לאופןחלוקת.

אבל הרא"ש מסיג את דבריו, ואומר שאם יטען כך השותף הנעדר: "אני מסכים לחלוקת בגורל, שכן אני מעוניין בחולק מסוימים של הקרע, ואני מעלה את ערכו", הוא יוכל לבטל אתחלוקת, שהרי אילו נכח בשעתחלוקת, היה יכול למנוע בטענה זו את הטלת הגורל, כפי שנראה להלן.<sup>38</sup>

השולחן ערוך<sup>39</sup> פוסק כדעת הרא"ש, עם הסיג שמציב הרא"ש, וכותב: "לא היו כאן כל האחים, והוא שלפנינו מבקש לחלק, חולק בפניו שלשה, אפילו הם הדירות, ובלבך שיהיו באמנים ובקיים בשומה... אם אחר שחלק זה בפניו שלושה שלא בפני אחיו, ובא אחיו ואמר

<sup>32</sup> רשב"ם, בכא בתרא קו ע"ב, ד"ה הכי נמי. מקרה זה נזכר בתלמוד שם, אך התלמוד אינו אומר בפירוש מה הדין בו, ולכן נהלך וASHENBERG, בשאלת איך הוכחון התלמידו לפסוק.

<sup>33</sup> בבא מציעא לא ע"ב.

<sup>34</sup> חוספות, בכא בתרא שם, ד"ה ושמואל, ותוספות, כתובות ק ע"א, ד"ה ובורין.

<sup>35</sup> ראי"ש, בכא בתרא, פרק ג, סימן ב.

<sup>36</sup> ולא דווקא בפני בית דין — כך העיר פלפולא וחופטה, על הרא"ש שם, אות כ.

<sup>37</sup> תנאי זה לא נזכר ברשב"ם, אבל הוא הכרחי, שכן אם הם חילקו בלי גורל אלא מתוך הסכמה, יכול השותף האخر לטעון אחר כך שאלה היה שם לא היה מסכים לאופן שבו הם חילקו, אלא היה דורשחלוקת בגורל, והיו מוכרחים לחלק בגורל.

<sup>38</sup> סעיף 39, ליד ציון הערכה 76.

<sup>39</sup> שולchan ערוך, חוי"מ, סימן קעה, סעיפים א ויב.

אותו החלק שווה בעניין יותר, ואני מוסיף דמים יותר מה ששמתם [=שהערכתם] אותו', שומען לו לבטל החלוקה. אבל אם בא לבטל החלוקה ללא טענה, ולומר נפיל גורל אחר, אין שומען לו".

הש"ך<sup>40</sup> מקשה, מדוע פסק השולחן ערוך כמו היסיג של הרא"ש? הרי יש אומרים שגם שותף שנוכח בעת החלוקה אינו זכאי להעלות את ערך הקרקע ולמנוע בכך חילקה בגורל, כפי שנראה להלן<sup>41</sup>; ולפי דעת זו, מן הסתם אם החלוקה נעשתה שלא בנסיבות העלה במחירות הקרקע, ומדוע לא ציין השולחן ערוך שהיסיג של הרא"ש שניי במחלוקת? תירץ עורך השולחן<sup>42</sup>, שהדעה היא נאמרה באופן שהשותף נכח בשעת השומה, ואחר כך, כשהשותפים באים להטיל גורל, הוא מבקש להעלות את ערך הקרקע — לדעה זו הוא אינו זכאי לעשות כן, שהרי היה צריך לומר זאת בשעת השומה. לעומת זאת, בעניןנו, שאחד (או יותר) מהשותפים לא נכח בשעת השומה, הכל מודים שיכל השותף הנעדר להעלות את מחיר הקרקע מעל השומה שנקבעה, ולבטל את החלוקה.

#### פרק שישי

##### סיכום

לפי החוק, כישיש צורך בפירוק השיתוף, עדיף שהדבר ייעשה מתוך הסכמה של השותפים. הסכם זה תקף רק אם נעשה בכתב.

לפי המשפט העברי, הסכם לחלוקת קרקע שאינו בה כדי חילוקה, אין לו תוקף, גם אם נעשה מעשה קניין, והצדדים יכולים לחזור בהם כל זמן שלא חילקו אותה בפועל. אם השותפים ביררו את החלק שיקבל כל אחד, ועשו קניין סודר או קניין חזקה על כך, ההסכם תקף.

אם הסכימו השותפים להטיל גורל שיקבע איזה שותף יקבל איזה חלק, כגון שכחובו עליות נפרדים את תיאור החלקים, וכל שותף מוציא מהקלפי פתק אחד ומתקבל את החלק המתוואר בפטק שעלה בידו — יש תוקף להסכם. אבל אם ההסכם היה שהGORL יקבע איזה שותף יהיה זכאי לבחור לעצמו חלק בראשונה, אין תוקף להסכם, וכך גם אחרי שהטילו גורל, יכול הצד המפסיד לחזור בו מהסכמו להגורלה.

אם הסכימו חלק מן השותפים לחלוקה, ונטלו את חלקיהם על פי שמותם חיצוניים ועל פי גורל, אבל שותף אחד (או יותר) לא רודע על החלוקה, אינו יכול לבטל אותה כשיבוואו, אלא יקח את החלק שייעדר לו בית הדין. אבל אם יטען השותף הנעדר שאינו מסכים לחלוקה שנעשתה כיון שהוא מעוניין בחילק מסויים של הקרקע, והוא מוכן להעלות את ערכו, טענותו תתקבל.

<sup>40</sup> ש"ך, ח"מ, סימן קעה, ס"ק א.

<sup>41</sup> סעיף 39, ליד ציון הערכה 79.

<sup>42</sup> עורך השולחן, ח"מ, סימן קעד, סעיף יא. באර היטב, ח"מ, סימן קעה, ס"ק ג, מתרץ בקיצור, שהדעה היה מודה כאן, מפני שלא נכחו כולם בשעת החלוקה; ולא נימק את דבריו.

## פרק שבעי

## הצעת נוסח לפי המשפט העברי

פирוק על פי 38. (א) פירוק השיתוף יהיה על פי הסכם בין השותפים: נקבע בהסכם הסכם או צו בית חילוקת המקורעין בעין, אך אין בהם כדי חילוקה, יכולם השותפים לחזור בהם משפט מן ההסכם כל עוד לא זכו כל השותפים בחלוקתם.

(ב) הסכימו חלק מן השותפים לחילוקה, ובחרו את חלקייהם בפני בית דין, אבל אחד (או יותר) מן השותפים לא ידע על החלוקה, איןו יכול לבטל את החלוקה כשייבואו, אלא יקח את החלק שהשאירו לו, אלא אם כן הוא טוען שהוא מעוניין בחלק מסוים של הקrukע, והוא מוכן להעלות את ערכו.

(ג) באין הסכם כאמור בסעיף קטן (א), יהיה פירוק השיתוף על פי צו בית המשפט, בהתאם לסעיפים 39 עד 43.

## נספח

## הסכם על הגבלת השימוש

אגב עיסוקנו בתוקףם של הסכמים שונים בדבר חילוק השיתוף,ណזון בתוקפו של הסכם מיוחד שנעשה לעתים בעת חילוקת השיתוף.

יש שהשותפים מעוניינים להגביל זה את זה בשימושם בקרען לאחר החלוקה. לדוגמה, שני שותפים בכתיים ובחצר שביניהם מעוניינים בחילוקה, אבל איש מהם אינו מעוניין שכבריו יבנה בית בחצר שתתפול בחלקון. אלא שבהסכם להימנע מעשית מעשה יש בעיה של "קניין דבריים", שהרי הקניין נעשה על דבר שאין בו ממש.

מהרשדי<sup>43</sup> דן בשתי אחות שחלוקתם היהו להן בשיתוף, וכתבו בהסכם החלוקה שאף אחת מהן לא תוכל להסביר את הבתים שיפלו בחילקה לאדם אחר בלבד רשות אחותה, ולא תוכל אף אחת מהן למכור את בתיה לאדם אחר אלא אם כן תציג מוקדם לאחותה לknutם ממנה באותו הסכום שמצויע الآخر. לאחר מכן, ביקשה אחת מן האחות להינשא ולחת את ביתה כנדונה לבعلלה, אלא שהעבורה הבית לבעללה כנודונה היא כמכר, וטוענה הסכמת אחותה, לפי ההסכם. מהרשדי<sup>43</sup> פסק שאין תוקף לאותו סעיף בהסכם המגביל את יכולת האחות למכור את חלקייהן, מפני שהוא "דברים בועלמא", ככל התחייבות להימנע מעשייה.

לעומתו, ר' אהרן פרוחיא<sup>44</sup> עוסק בשותפים בשני בתים ובקרען שביניהם, שחלוקתם את הקrukע, והסכימו שלא יבנה אף אחד מהם בקרען שום בניין, כדי שלא יאפיל על חברו; והוא פסק שם נעשה התנאי הזה בזמן החלוקה, התנאי קיים אף בלבד דעתן כן

<sup>43</sup> ש"ת מהרשדי, ח"מ, סימן רעד.

על תוקפה של התחייבות להימנע מעשייה, ראה א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 201-205.

<sup>44</sup> ש"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימנים יג-יד.

חילקו, וכל אחד מהם זכה בחלוקת על תנאי זה, וכך אין צורך בקניין מיוחד על תנאי זה, וכך גם אין בו פגם של "קניין דברים".

אפשר לישב בין שני הפסקים: הסכם שווה ימנע שימוש מסויים בחלוקת איינו תקף בתו התחייב עצמאית, מפני שהוא קניין דברים, וכך בית דין לא ימנע ממנו לעשות את מה שהחייב לא לעשות. אבל ההסכם תקף בתור תנאי מפסיק לחולקה, ככלומר, שאם יעבור השופט על התנאי, ויבנה, החלוקה תבטל מעיקלה, מפני שהיא הותנה בתנאי מפסיק מסוים, וה坦אי הופר. ר' אהרן פרחיא מתכוון לתקיפות ההסכם בתור תנאי מפסיק, כפי שהסביר שלו דעתן כן חילקו, ועל כן הוא משתמש בלשון "תנאי". ואילו מהרשד"ם מתכוון לומר שההסכם איינו תקף כהתחייב עצמאית. אמן אילו רצתה האחות השנייה (זו שלא נישאה) לבטל את החלוקה בעקבות נישואיה הראשונה, היה יכול להעשות כן, מפני שבכך הופר התנאי המפסיק של החלוקה. אבל היא נראה לא רצתה לבטל את כל החלוקה, ורצתה רק למנוע מאחותה להעביר את הבית לבעה, וזאת על סמך התחייבות העצמאית, ועל כך אומר מהרשד"ם שאין להחייבות זו תוקף כהתחייבות עצמאית.

## פירוק דרך חלוקה

פירוק דרך חלוקה 39. (א) במרקען הניטנים לחלוקת יהיה פירוק השיתוף בדרך של חלוקה בעין.

(ב) הייתהחלוקת בעין אפשרית רק אם ישולמו תשלומי איזון משותף לשותף, ושאי בית המשפט לחייבם בתשלומים כללה, אם נראה לו הדברiesel וצדוק בנסיבות העניין; על תשלומי האיזון יהולו הוראות סעיף 25, בשינויים המחייבים.

(ג) ראה בית המשפט צורך בכך, ששאי הוא לצווות על רישום זיקת הנאה בין החלקות.

### התוכן

**פרק ראשון: מבוא** 165

**פרק שני: הגדרת מרקען הניטנים לחלוקת** — "במרקען הניטנים לחלוקת" 166

א. עמדת החוק 166

ב. עמדת המשפט העברי 167

ג. מקרים מיוחדים 170

**פרק שלישי: אופןחלוקת** — "יהי פירוק השיתוף בדרך של חלוקה בעין" 171

א. כללי 171

ב. מרקען המרוכזים במקום אחד 172

(1) מרקען שאיכותם אחידה 172

(2) מרקען שאיכותם אינה אחידה 175

ג. מרקען המפוזרים במקומות שונים 177

(1) כללי 177

(2) מרקען שאיכותם אחידה 178

(3) מרקען שאיכותם אינה אחידה 179

ד. זכות שותף לבחר בחלוקת מסוים על ידי שהוא מרבה במחירו 180

**פרק רביעי: תשלומי איזון** — ס"ק (ב) 181

**פרק חמישי: חלוקה הדורשת רישום זיקת הנאה** — ס"ק (ג) 182

א. עמדת החוק 182

התוכן

ב. עמדת המשפט העברי 182

(1) כללי 182

(2) חלוקה بلا שומה 183

(3) חלוקה שנעשתה על פי שומה 184

פרק שישי: סיכום 186

פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 188

## מבוא

מטרתם של סעיפים 39 עד 45 היא להנחות את בית המשפט כיצד לפרק את השיתוף במרקעין, אם השותפים לא הגיעו להסכמה על דרך הפירוק. השאלה הבסיסית בחביעה לפירוק שיתוף היא, האם הפירוק יעשה בדרך של חלוקה בעין או בדרך של מכירה. בנסיבות זו יש הבדל יסודי בין פירוק שיתוף במרקען לבין פירוק שיתוף בנכסים אחרים. בעלות במרקען מפתחת לעתים קרובות זיקה של הבעלים כלפי המקרקעין הספציפיים. דבר זה נובע, בין השאר, מכך שאין תחליף מלא להלתה אדמה כלשהי, שכן אין שתי חלקות אדמות זהות החלוטין במיקום ובאיכות. לנוכח כלל אין דין כופה את בעל המקרקעין לקבל פיצוי כספי כתחליף למקרקעין, ובטעינו החוק אינו מעניק לבית המשפט שיקול דעת להורות על פירוק שיתוף במרקען בדרך של מכירה, במקרים חלוקה בעין, אם זו אפשרית. על כן סעיף 39 מורה על חלוקה בעין, ורק אם דרך זו אינה אפשרית, מורה סעיף 40 על חלוקה בדרך של מכירה. גם אם רוב הבעלים המשותפים רוצח בפירוק על ידי מכירה, ומיעוט בלבד מעדרך פירוק על ידי חלוקה בעין, על בית המשפט לחלק בעין, אם הדבר אפשרי.<sup>2</sup> לעומת זאת, בפירוק שיתוף בנכסים אחרים מחייב החוק לבית המשפט שיקול דעת לבחור בכל דרך שתיראה לו, ואין הוא מחייב לאפשרות החלוקה בעין.<sup>3</sup> זאת מושם שפירוק שיתוף בנכס שאינו מקרקעין דרוש יותר גמישות.<sup>4</sup>

עדמה זהה לעמודת החוק בunning שיתוף במרקען, עולה מפסיקת הרמב"ם:<sup>5</sup> "כללו של

<sup>1</sup> י' ויסמן, *דיני קניין – חלק כללי*, עמ' 115–116.

<sup>2</sup> י' ויסמן, *דיני קניין – בעלות ושיתוף*, עמ' 299.

<sup>3</sup> חוק המיטלטין, התשל"א-1971, סעיף 10(ב).

תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 526, מבהיר את שתי ההוראות: "(א) בנכס שאין מניעה בחלוקת לחולקו בעין וחלוקתו לא תגרום להפסד ניכר לאחד השותפים, יורה בית המשפט בצו פירוק על חלוקתו בעין, וראשי Hòa לחייב שותף לשלם תשלום שלומי איזון לשותף אחר ולקובע את שיעורי התשלומים ותנאיו, לרבות הדרכים להבטחתו; (ב) בנכס מקרקעין, ראש בית המשפט, בצו כאמור, לצוות על יצירת זיקת הנאה בנכס, וכן לצוות על רישומה... (ג) בנכס שאינו מקרקעין, ראש בית המשפט לצוות על פירוק השיתוף בדרכים אחרות מאשר בסטיפים קטנים (א) ו-(ב)". בנוסח זה הושמטה ההתיחסות לכללים שלפיהם כריע בעית המשפט ("אם גראה לו הדבר עיל צורך בנסיבות העניין"; "ראיה בית המשפט צורך בכך"). בדברי הסבירו הוסברה ההשיטה בכך ש"אין הם מוסיפים, בהקשר זה, לעקרונות הכללים בדבר הפעלת שיקול הדעת השיפוטי". כמו כן, במקרים ההפנהה לטעיף 25 לחוק המקרקעין, נאמר "ולקבע את שיעורי התשלומים ותנאיו, לרבות הורכיהם להבטחתו". השמתת התנאי "היתה החלוקה בעין אפשרית ורק אם ישולם תשלום איזון משותף לשותף", והתוספת "צוות על יצירת זיקת הנאה" לא הוסברו בדברי הסביר.

<sup>4</sup> דברי הסבירו לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, שם.

<sup>5</sup> רmb"ם, הלכות שכנים, פרק א, הלכה א. חלוקה עדיפה על מכירה גם מושם שרצוי להשair לכל שותף חלק במרקען בגל הקשר הרוחני שבין אדם לרכשו (ראה סעיף 40, העלה 17).

דבר, כל שיש ביניהם שיתוף בקרע, וביקש אחד מן השותפים לחלק וליטול חלקו לבדו, אם יש באותה קרע דין חלוקה, כופת את שאר השותפים וחולקין עמו.

גם אם הורה בית המשפט לפך בדרך של חלוקה בעין, יכולות להעתור שאלות לגבי ביצוע החלוקה בפועל. שאלת אחת היא, כיצד תחולק קרע שאיכותה אינה אחידה? האם קיבל כל שותף מחלוקת חלקו ביפה ומקצטו ברע, אף שכך יפוץ חלקו של כל שותף בקרע? או שמא קיבל כל שותף את חלקו במקום אחר, וממי שיקבל את חלקו ברע יקבל שטח גדול יותר למי שיקבל את חלקו ביפה?

שאלת נוספת עולה במצב שהמקרקעין המשותפים מצויים בכמה חלוקות שאינן סמכות זו לו: האם כל שותף יוכל את חלקו במקום אחד ויחלקו חלקה נגד החלקה, או שמא יש לראות כל חלקה כשיתוף נפרד, וכל אחת תחולק בין השותפים בפני עצמה?

יש שחלוקת בעין תתאפשר רק אם ישלווי תשלומי איזון בין השותפים. דוגמה לדבר: קרע חקלאית הרואיה לחלוקה בעין, אך בחלוקת מהמקרקעין מצויה מערכת השקיה מודרנית ומשוכללת, ובחלוקת האחורי מצויה מערכת מושנת הזוקקה לשקעה נוספת. האם מחלוקת את המקרקעין באופן שותף שיקבל את חלקו במקום שבו מצויה המערכת החדשה, ישלם תשלומי איזון לשאר השותפים, שכן שווי הקרע שהוא מקבל עולה על שווי הקרע שקבעו חברי? דוגמה נוספת במצב שאילוצים תכנוניים או טופוגרפיים אינם אפשריים חלוקה שווה בדיק.

שאלת נוספת עולה במקרה שפירוק השיתוף על ידי חלוקה בעין מצרך יצירה זיקת הנאה לטובת חלק כלשהו, לדוגמה, זכות מעבו לשובת חלקה המקופת על ידי הלות אחרות. האם במצב זה ניתן לפרק בדרך חלוקה בעין בתוספת רישום זיקות הנאה, או שדין הנכס המשותף כדין קרע שאין בה כדי חלוקה?

בידונו להלן, נברור כיצד מתבצעת החלוקה ומתי ישלמו תשלומי איזון, לפי המשפט העברי.

## פרק שני

### הגדרת מקרקעין הניתנים לחולקה – "במקרקעין הניתנים לחולקה"

#### א. עמדת החוק

החוק קובע שפירוק בדרך של חלוקה בעין יעשה רק אם המקרקעין ניתנים לחולקה. אולם החוק אינו מגדיר איזו קרע ניתן לחולקה, ואינו קרע אינה ניתן לחולקה. לדעת ייסמן<sup>6</sup>, "MASTER במשפט התכון בביטוי 'מקרקעין הניתנים לחולקה' למקרקעין שתשרה לחולוקתם בדרך מסוימת אורשר על ידי הרשות הפעולה על פי חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965". אם כן, הקביעה שמדובר במקרקעין מסוימים "ניתנים לחולקה" משלבת יסוד פיזי (האפשרות המעשית לחלק את המקרקעין), ויסוד נורטטיבי – קרי, רשותה התכנון מאישור חלוקה כאמור. מטרתו של היסוד הנורטטיבי להבטיח, בין היתר, שהחלוקת ישאר בידי כל אחד

<sup>6</sup> י. ייסמן, *דיני קניין – בעלות ושיתוף*, עמ' 301.

## פרק שני: הגדרת מקרקעין הנינתנים לחלוקת – "במקרקעין הנינתנים לחלוקת"

מהשותפים יהיה יחידה רישומית שימושית. היסוד הפיזי מהו התנאי סף מינימלי, כיון שככל חלוקה פיזית היא דבר פשוט. היסוד הנורטטיבי הוא התנאי שיותר קשה לעמוד בו. מסעיף החוק עליה שיש מקרקען שייחשבו כנתינים לחלוקת לפי הגדרה זו, ובכל זאת בית המשפט לא יצווה על חלוקתם מסווגים שחולקתם תגרום לפסד ניכר לשותפים. אם החלוקה תגרום לפסד ניכר, קובע המחוקק בסעיף 40(א), שפирוק השיתוף יהיה בדרך של מכירת המקרקעין וחלוקת הפזין.<sup>7</sup> כמו כן, מסעיף 41(א) עליה, שוגם אם המקרקעין ניתנים לחלוקת כלפי רב השותפים, אבלחלוקת תביא למצב שבו אחד השותפים (שמנתו בשיתוף קטנה مثل האחוריים) קיבל חלק שאינו ועוד, יהיה פירוק השיתוף בדרך של מכירת המקרקעין וחלוקת הפזין, ולא בדרך של חילקה בעין.<sup>8</sup> נמצא שלמעשה, הגדרת מקרקעין הנינתנים לחלוקת על פי קיום תזריטת המאושר על ידי הרשותות לפי חוק התכנון והבנייה, אינה המבחן הכלעי. אםחלוקת המקרקעין תגרום לפסד ניכר לחלק מן השותפים, או שתביא לכך שאחד מהם יוכל לקבל חלק שאינו ועוד, דין מדין מקרקעין שאינם ניתנים לחלוקת.

### ב. עמדת המשפט העברי

כפי שראינו לעיל<sup>9</sup>, אם כל השותפים מסכימים לחלוקת, אין לכך מניעה אפילו במקרקעין שאינם ניתנים לחלוקת. אולם מהו הדין במצב שאין הסכמה בין השותפים? האם שותף רשאי לכפות חלוקה בעין, גם אם לאחרחלוקת ייוותר ביד כל אחד מהשותפים חלק שאינו ועוד בעניין זה קובעת המשנה<sup>10</sup>: "אין חולקין את החצר עד שהיא ארבע אמות להה, ולא את השדה עד שהיא בה תשעה קבין להה ותשעה קבין להה... רבי יהודה אומר, עד שהיא בה תשעת חצאי קבין להה ותשעת חצאי קבין להה... זה הכלל: כל שיחלק, ושמו עליין<sup>11</sup>, חולקין, ואם לאו, אין חולקין"<sup>12</sup>.

המשנה מבחינה איפוא בין סוגים אחדים של מקרקעין, לפי יעודם, וקובעת לכל סוג שיעור מינימלי שעליו ניתן לומר שעדיין "שם עליין". אם אחוריחלוקת, לא יוכל כל שותף שיעור

<sup>7</sup> ראה י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, עמ' 299-300. וראה שם, שעד על הקושי הפרשני שבקביעת שמקרקען שנחשבים כ"ניתנים לחלוקת" לפי סעיף 39(א), בכל אופן ייחשבו כבלתי ניתנים לחלוקת, לפי סעיף 40(א).

<sup>8</sup> סעיף 41(א) קובע רק שבמקרה החרייג, שיש לאותו שותף מקרקעין פרטימים גובלם, מחלקים את המקרקעין המשותפים בעין; מכאן שבדרכם כלל, במצב כזה מפרקים בדרך מכירה. ראה י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, עמ' 302.

<sup>9</sup> סעיף 38, ליר' ציון הערכה 2.

<sup>10</sup> משנה, בבא בתרא, פרק א, משנה ו; בבא בתרא יא ע"א. ראה סעיף 40, ליר' ציון הערכה 4, שמקרקען שאין בהם כדיחלוקת, אין לשותף זכות לדירושחלוקת גם אם הוא מציע לשותפו פיזיously כספי על כך שהוא מקבל חלק קטן.

<sup>11</sup> תוספת, בבא בתרא יא ע"א (ד"ה ולא), מdegishim שלא די שכשיחליך יהיה לו שם "שדה", לדוגמה, אלא צרך שישיה גדול דיו, שישיה כדי לטרוח לעבד אותו. וראה קובץ שיעורים, בבא בתרא, סימן נז; ופורת יוסף, בבא בתרא, שם.

<sup>12</sup> ראוי להעיר שהכלל "כל שיחלק, ושמו עליין, חולקין; ואם לאו, אין חולקין", אינו מカリ במשנה שבתלמוד היירושלמי. חידושי הריטב"א, בבא בתרא יג ע"ב, מעריך על עניין זה, וטען שמי שגורס כלל זה במשנה, גרסתו מושבשת.

מינימלי זה, אין ממצאים חלוקה בעין. בתלמוד<sup>13</sup> מבואר, שרבי יהודה אינו חולק על התנה קמא, הסבור שהשיעור המזוערי של שדה הוא כדי זרעת תשעה קבין, אלא שכ' היה מנהג מקומו של רבי יהודה. כמובן, במקומו של ר' יהודה, גם קרקע שיש בה רק כדי זרעת תשעה חצאי קבין, נקראת "שדה".<sup>14</sup>

כידוע, המשנה נכתבת בארץ ישראל ואילו התלמוד הbabel נכתבת בבבל. אי לך, התלמוד מבקש לברר את המנהג בבבל, ואומר שישוור שדה בбел ה'א כדי חירות יום, כלומר, קרקע שנדרש יום שלם כדי שפועל יחרוש אותה, נקראת "שדה". מפרש התלמוד<sup>15</sup> ביארו, שישוור זה נקבע מפני שפועל אינו נשרך לחצי יום עבדה, ולכן גם עברו חירות חלקת קרקע קטנה יצטרך בעיליה לשלם לפועל שכר עבור יום עבדה שלם. במצב זה, תהיה ההשערה גבוהה ביחס להזורת, ולכן ההשערה בקרקע הופכת לבטלה כדאית. לעומת זאת, בארץ ישראל, שקרקעוטיה משובחות יותר, ומণיבות יותר פירות מקרעות בבל, אפילו חלקה פחותה מ"כדי חירות יום" ראוי להזכיר "שדה".

מדברי התלמוד עולה עירוקון, שאין הגדרה קבועה וموוחלתת לקרקע הרואה לחולקה. יתכן שקרקע בגודל מסוים תיחשב במקום אחד לקרקע שיש בה דין חלוקה, ובמקום אחר תיחשב לקרקע שאין בה דין חלוקה. ההגדירה אינה רק הגדרה פיזית; היא תלויה במידת השימושות של כל אחת מהחלוקות החדשות, בהתאם במקובל בסביבה העסוקית והמסורתית באותו אזור. הכלל שנקבע במסנה הובא להלכה על ידי הרמב"ם<sup>16</sup>: "איזה הוא דין חלוקה? כל שאלה יחולק לפי השותפים, יגיע לפחות שבחם חלק שם הכל קרי עליו. אבל אם אין שם הכל נקרא על החלק, אין בה דין חלוקה".

מן הדיון עולה, שההגדרה של "כל שיחלק, ושמו עליו" אינה הסיבה לכך שחלוקתם, אלא הוא סימן שבuzzתו ניתן להבחן, האם הייעוד של חלק מן המקרקעין זהה ליעוד המקרקעין בטרם חלוקה. שינוי שם שדה ל"חצר", או חצר ל"גינה", נובע בדרך כלל מכך שייעוד המקרקעין השתנה. לכן, אם רואה בית הדין ש踔ורי חלוקת המקרקעין יהיה שם כל חלק מהם שונה משם המקרקעין בטרם חלוקה, יסיק מכך בית הדין שהחלוקת גורמת לשינוי ייעוד המקרקעין, וכך, ייחסו המקרקעין כמרקען שאינם ניתנים לחולקה. במצב זה אין לשותף זכות לדרוש חלוקה בעין, מפני שהדבר יגעה בשותף الآخر, שלא יוכל ליהנות מן המקרקעין באותה דרך שהיא נהנה ממנו לפני החולקה.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> בבא בתרא יב ע"א.

<sup>14</sup>תוספות, בבא בתרא יב ע"א (ד"ה ולא), מסבירים שבמקומו של ר' יהודה, הקרקע הייתה טובה, וגם חירות תשעה חצאי קבims היתה מניבה יכול רב, ולכן ההשערה בעיובו הקרקע הייתה כדאית גם בשטח כזה. כמובן, שימוש כך הקרקע תשמש לעיובו המקורי גם אחרי החלקה. אבל רבנו גרשום, בבא בתרא שם, הסביר שבמקומו של ר' יהודה, הקרקע הייתה יקרה, וגם שדה בת תשעה חצאי קבims הייתה השובה. כמובן, לדעתי לא כדאיתות ההשערה בשדה קבועה, אלא גודל הקרקע הנזכר בשוק בדרך כלל. ש"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקיא, נוקט ש"כל שיחלק ושמו עליו" הוא כפשווט, ולומד מזה بكل וחומר, שאם כשיחליך לא יהיה ראוי לשימושו המקורי, אין חולקים.

בטקסט הסברנו כרעת התוספות, אבל גם האחרים מסכימים לעקרון העולה מדברי התלמוד, כמתואר בטקסט.

<sup>15</sup> ראה רבנו גרשום, בבא בתרא שם; רשי' שם, ד"ה כי דלו.

<sup>16</sup> רמב"ם, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ד.

<sup>17</sup> יד רמה, בבא בתרא, פרק א, אות יא.

## פרק שני: הגדרת מקרקעין הנינתנים לחלוקת – "במרקען הנינתנים לחלוקת"

את העיקרון, ששמירת ייעוד הקרקע, ולא גודלה, היא המבחן לאפשרות חלוקה, נגדים בעורת שתי תשובות של ראשוניים.

הרב<sup>18</sup> דן בשותפים בבית, וקובע, ש"וב הכתמים אין בהם דין חלוקה, לפי שאין הכתמים שווים, שיש בהם בתים וחדרים וועליות ובית מבשלים ואוצר וכיוצא באלו, ואין חולקין בית כנגד חדר ולא כנגד עלייה, ואין צורך לומר בית וחדר כנגד בית מבשלים, לפי שתושביהם של זה לא כתושביהם של זה<sup>19</sup>.

מהר"ם מרדטנבורג<sup>20</sup> דן במחנן של שותפים המיועד לאחセンת חפצים. הוא אומר, שאף אם לאחר החלוקה יהיה חלקו של כל שותף קטן מרבע אמות מרובעתו, שהוא השיעור המינימלי של בית<sup>21</sup>, בכל זאת המבחן הוא בר חלוקה, משום שיש אפשרות לאחSEN חפצים גם בפחות מרבע אמות, וכל שותף יוכל להשתמש בקרע באמצעות שימושים כמו לפני החלוקה. בסיכום, לפי גישת המשפט העברי, קרע הנינתנת לחלוקת, היא קרע שייעודה ישמר בכל חליקה, גם לאחר פירוק השיתוף.

נראה שיש כאן הבדל חשוב בין המשפט העברי למשפט הישראלי. לפי המשפט הישראלי, כל עוד החלוקה מאוש不见 על ידי רשותת התכנון, שותף יכול לכפות חלוקה גם אם היא תאלץ את שותפו להישאר עם נכס השונה באופן מהותי מהנכס המקורי. לעומת זאת, המשפט העברי אינו מעניק לשותף יכולת כפיה מצד זה: לדוגמה, אם שותפים הסכימו להיות בעלי שדה,

שורות הרשכ"א, חלק א, סימן תתקנו, כתוב שמן הדין, גם בהכרז שאין בה דין חלוקה, יכול היה שותף לדרש חלוקה, אלא שימושים "וששית היישר והטוב" (ברים ו, יח) איינו יכולים. לעומת זאת, חלק א, סימן לד, אות ג, מוכיחה משהת הרא"ש, כלל צח, סימן ג, שלדענו הטעם ששותף יכול לדרש חלוקה בעין בקרע שאין בה כדי חלוקה, איינו משום תקנת השותפות, אלא משום שבצעצם הקרן עבירה אינה בחלוקת. ראייתו הוא ממה שהרא"ש כתוב, טעם זכות "גוד או אוגוד" הוא משום "זה נהנה וזה לא חסר", הרי שימוש ייחד בדבר שאין בו כדי חלוקה נחשב קושי בלתי סביר, ואם כן, אי אפשר לומר شيء שדרשו חלוקה בעין כדי להימנע מכיון קושי בלתי סביר, עבור על "עשהו היישר הטוב". אפשר לדוחות את הוכחותו, שאלוי הרא"ש סובר שישמש קושי בלתי סביר, וחלוקת בעין גם היא אינה ראותה, ולכן הדוש אומה עבר על "עשהו היישר והטוב", והדרך הטובה היא "גוד או אוגוד", כיון שבכך גם נמנעים מ"זה נהנה וזה לא חסר", וגם מקיימים "עשהו היישר והטוב".

בעניין הטעם שאין כאן זכות לדרש חלוקה, ראה גם: בית יחזקאל (סנה), בבא בתרא, סימן ז; קונטרסי שיעורדים, נדרים, שיעור כו, אותן אבות.

יש גם תועלת משקית כלית בכך שחלוקת קרע אין מחייבת לחלקות קטנות, שיעילוון הכלכלית פחותה. זו הסיבה ששחוק התכנון והבנייה ופקודת הסדר וכוריאת במרקען אין אפשריים חלוקות שריירות, וחלוקת אפרשית רק בכרכים לכליים של הממונה על מרשם המקרקעין ולמדיניותו. אבל אין די בנימוק זה כשהוא בלבד, למנוע חלוקה בעין, וכן אם שני הצדדים מסכימים להחלוקת, היא מותרת (ואה לעיל, לדי צין הערכה<sup>22</sup>, אף שיש בה נזק ממשקי, מפני השנימוקים של יד רמה, הרשכ"א והרא"ש אין בהם כדי לשולח חלוקה שני הצדדים מסכימים לה).

שורות הרב"ש, סימן רכו.<sup>18</sup>

אבל רמ"א, חו"מ, סימן קעא, סעיף יד, כתוב שהרא"ש חולק על הרב"ש, וסובר שחולקים בית נגד מרחת. הרמ"א אינו מכיר בין הדעות.<sup>19</sup>

ראה גם שורות מהר"ם די בוטון, סימן נד (קה ע"ב), בשאלת האם בית נחשב כיש בו כדי חלוקה אם יש בו כמה חדרים שווים. וראה: ר' שניור פרדרס, "התנגדות שcn לבנייה על הגג המשותף", בית הלל – שושנת העמקים, גל' כו (תreso תפס"ו), עמי' עא, להגדרת שיעור "כדי חלוקה" בגג משותף.

דבריו מובאים במרדי, בבא בתרא, סימן תקסט, בסופו, ובסמו"ע, סימן קעא, ס"ק ט.<sup>20</sup>

סוכה ד ע"א.<sup>21</sup>

אי אפשר לכפות על שותף להיות בעל גינה. נראה שהמשפט העברי נותן משקל גדול למצב השותפים בשעת שיתופם, בגין על ציפיותיהם בזמן זה, ומtronך כך יוצר מחויבויות הדדיות בין השותפים. לכן, השותף המבקש לפרק את השותפות אינו יכול להשאיר את שאר השותפים עם חלקו שכן שונות באופן מהותי מבחן ייעודן מן הנכס המקורי. לעומת זאת, כפי שראינו בסעיף 37, המשפט הישראלי, כמו טרקייני, נותן משקל משמעותי יותר לחירותם של גברים לנתק עצם מקשרים קנייניים עם בני אדם אחרים, ומתיחס בחשדנות ניכרת כלפי מגבלות על עברותם של נכסים. לכן המשקל הניתן לציפיות השותפים בשעת ההשתתפות אינו גדול, שכן נתינת משקל מעין זו תפגע ב"חירות יצאת"<sup>22</sup>.

#### ג. מקרים מיוחדים

לאחר שראינו איזה גודל קרקע נחسب "שייש בו כדי חלוקה", נפנה למקרים מורכבים אחדים בעניין זה, שנידנו במשפט העברי.

מקרה מורכב אחד הוא, שיש לשותף אחד מנה גדולה בשיתוף, אך גם אחרי החלוקה בעין, הגיע לו שטח בשיעור שיישאר שמו עליו, ולשותף الآخر יש מנה קטנה בשיתוף, אך לאחרי החלוקה הגיע לו שטח שאין בו שייעור שיישאר שמו עליו. במקרה זה, בעל המנה הקטנה יכול לדוש חלוקה בעין על אף שלא קיבל שיעור ראוי, כיון שהוא יקבל שיעור ראוי<sup>23</sup>. אבל בעל המנה הגדולה לא יוכל לדוש חלוקה בעין, מפני שבבעל המנה הקטנה ייגע מכך, שהרי תישאר לו קרקע שאינה ראוי לשימושה הנוכחה<sup>24</sup>.

בפני מהר"ם מרטנבורג<sup>25</sup> באח שאלת ביתו שהיה בבעלות משותפת של שלושה: לרובן ולשמעון היו חלקים בשיעור שוגם אחרי החלוקה בעין יישאר שמו עליו, וללווי היה חלק קטן שלא יישאר שמו עליו אם יחלקו. שמעון קנה את חלקו של לווי. לאחר מכן, ררובן דרש לבצע חלוקה בעין, ושמעון טعن שיש לו זכות למנוע את החלוקה, שהרי הוא בא מכחיו של לווי, שהיא זכאי למנוע את החלוקה, שהרי מנתו היתה פחותה מהשיעור. שמעון ביסס את עונתו זו על שני נימוקים: (א) אם לא ישמעו לו, ימכור לווי חזורה את מה שקנה ממנו, ואז ימנע לו את החלוקה בעין. (ב) הוא דרש לקבל את שני חלקיו בשני מקומות נפרדים, ומאהר שבאחד

<sup>22</sup> על "חירות יצאת" ראה גן, שצין בסעיף 37, הערה 2. הבדל זה בין המשפט הישראלי למשפט העברי מחייב בצוורה בולטת במא שראינו בסעיף 34, פרק שלישי, שלפל' המשפט הישראלי אין שום מגבלה על עברות הנכסים, וכל שותף רשאי להעביר את חלקו במרקען המשותפים בלי הסכמת יתר השותפים, ואילו המשפט העברי מתחילה את העברת הנכסים בתנאי שהעסקה לא תנסה לדעה את מצבם של שאר השותפים. וראה עוד ל�מן.

<sup>23</sup> מהר"ם מרטנבורג, הובא במרדכי, בבא בתרא, סימן קעט.

<sup>24</sup> כך עולה מן המדריך שבסמוך. אבל אם יש לבעל המנה הקטנה מקרים פרטיים הגובלים במרקען המשותפים, אין יכול למנוע את החלוקה בעין; ראה סעיף 41, פרק שני.

בשאלה זו, ראה מלוחמות ה', בכא מציאא ח ע"א (בדפי הר"ף); ש"ך, חוות, סימן קטו, ס"ק כב; שיעורי עיון התלמיד, בכא בתרא, שיעור ז.

<sup>25</sup> מהר"ם מרטנבורג, הובא במרדכי, כתובות, סימן קעא, סעיף ג. על דעת הרמ"א בזה ראה להלן, הערה 44. ראה גם שיעורי עיון התלמיד, בכא בתרא, שיעור ח, בשאלה האם יש לשותף זכות לדוש חלקו בעין אם מראש לא היה בנכס המשותף כדי חלוקה, ולאחר מכן נעשה כדי חלוקה (כגון שקו שדות סמכות).

## פרק שני: הגדרת מקרקעין הנינתנים לחלוקת – "במקרקעין הנינתנים לחלוקת"

החלוקים אין כדי חלוקה, הוא יכול למנוע את החלוקה, שהרי כל הוא ש"מ מה מכר ראשון לשני – כל זכות שבא לידי", וכשם שלוי היה וכי לא מביא חלקו, גם שמעון זכאי לכך. מהר"ם פסק ששמעון אינו זכאי למנוע את החלוקה בעין. על נימוקו הראשון של שמעון, שאם לא ישמעו לו, יוכל ללו זוראה את מה שקנה ממנו, הוא מшиб, ש愧 שיכל שמעון לשנות את המצב המשפטית על ידי מכירת הקרקע זוראה ללו, מכל מקום עכשו הדבר הוא רק בוגר אום, ואין הדין משוגנה בגליל האום. על הנימוק השני, שהוא קנה את זכותו של לוי, הוא מшиб, שאין זה בוגר זכות" לקבל את חלקו בשני מקומות נפרדים, שכן רוב בני האדם מעדיפים לקבל חלק אחד גדול, ולא שני חלקים מפוצלים; ואף שמעון רוצה בכך, בטלה דעתו.

יש גם שותף שלא יהיה לו חלק וראי לאחר החלוקה אינו יכול לעכב את החלוקה בעין. כך הוא אם בתחלת שיתופם היו שני שותפים, וראובן ושמעון, והוא לכל אחד מהם שיעור ראוי, ומכר ראובן את חלקו לשני אדם, לוי ויהודה: ללו מכר שיעור ראוי, וליהודה מכר שיעור שאינו ראוי. במצב זה, פוסק מהר"ם מדורטבורג<sup>26</sup>, שהיהודים, בעל החלק הקטן, אינו יכול למנוע את החלוקה לגמור, שכן הוא בא מכח ראובן המוכר, ולראובן לא הייתה זכות למנוע את החלוקה; אלא ישארו הוא ולוי שותפים, ושמעון יקבל את חלקו בנפרד. גם כאן בא לידי ביטוי המשקל הגדול שנutan המשפט העברי למצב השותפים בשעת שיתופם וההגנה על הוצאות בזאתם. لكن שמעון זכאי לשמר על הזכויות שהיו לו מלכתחילה, כאשרו בעל דינו הוא שותף אחד בלבד, ולודרשו פירוק בדרך של חלוקה בעין.<sup>27</sup> למקורים מיוחדים נוספים שבהם מובוצעת חלוקה בעין של מקרקעין אף שאין בהם כדי חלוקה, ראה בדיוננו בסעיף 41.

### פרק שלישי

#### אופן החלוקה – "יהי פירוק השיתוף בדרך של חלוקה בעין"

א. **כללי**:  
לכואורה, פירוק השיתוף באמצעות חלוקה בעין הוא פשוט ביותר: מחלקים את המקרקעין ליחידות שגור דין ייחסו למנתו של כל אחד מן השותפים, וכל שותף מקבל יחידת שטח שגדולה כיחס מנתו בשיתופו. אולם המחווק הותיר שאלות רבות בעניין זה בלתי פתורות.  
**חלוקת בעין כוללת שני שלבים**: (א) סימון קו הגבול שייעבו בין החלקים שיקבל כל שותף. (ב) הכרעהஇיה חלק יקבל כל שותף<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> תשובתו מובאת במדכי, כתובות, שם, וברמ"א שם.

<sup>27</sup> במשפט היישראלי לא מציינו התייחסות למצב זה, ולכואורה לא תינן אפשרות לפירוק דרך של חלוקה בעין. אולם ראה להלן, ליד צין העירה 63, שלדעתו ויסמן, כששותפים משתתפים בנכס שניין לחלקו בעין, הם קונים ציפייה מוגנת שלא יכפו עליהם למכור את החלקם. יתכן שניתן להקיש מדבריו גם לענינו. כאמור, לאחר ששבשת ההשתתפות הראשונית היו רק שני שותפים והיה אפשר לבצע חלוקה בעין, העוברה שחחד השותפים מכר את חלקו לשניים אחרים אינה פוגעת בזכותו של השותף הראשוני לחלוקה בעין.

<sup>28</sup> כמובן, נהיל זה אפשרי רק אם יש לכל השותפיםמנה שווה בנכס. אבל אם יש לשותף אחד יותר מלשותף

שאלות אחדות עלות לגבי השלב הראשון: ראשית, האם כל שותף צריך לקבל את חלקו במקומות אחד, או שהוא רשאי בית המשפט לפצל את חלקו של שותף לכמה יחידות אם יש צורך בכך? ואם כן, באלו נסיבות רשאי בית המשפט לעשות כן? שנית, יש שהמקרקעין המשותפים מצויים בחלוקת נפרדות. האם בכוגן זה תפוקת כל חלקה בנפרד, או שהוא כל החלקות ייחשבו כיחידת אחת, והחלוקת החבכע חלקה ננדן חלקה?

ויסמן<sup>29</sup> כותב שמייקום חלקו של כל שותף יקבע על פי משלנות השותפים, אם יש הסכמה ביניהם, לפי הוראת סעיף 43. אם משלנות השותפים עומדות בסתייה זו לו, הוא סבור שהמיקום יקבע על פי גורל.<sup>30</sup>

הפטرون של גורל נראה במקומות שניין השותפים (משałothihem Sotrota) מעלים נימוקים עניינים ל машותיהם. מצב זה שכיח במיוחד בשלב השני שהזכרנו, כשהכרנו בתחוםו שני החלקים בשווה, ואין סיבה להעדייף אחד מהם – הדרך הסבירה לקבועו איזה חלק יקבל כל שותף, היא בגורל. אבל במקומות של שותף מעלה נימוק ענייני, מודיע לסמן את הקו דווקא כך ולא כך, ומדובר מגע לו לקבל דווקא חלק פלוני – אין זה סביר להשאיר את ההחלטה לגורל, כשם שבית משפט אינו מכיר בסensus משפטיא רגיל על פי גורל. כמובן, אם לא אלה בידי בית המשפט ליישב בין נימוקיהם הסותרים של השותפים, ואין שיקול ספציפי המורה כיצד תבוצעחלוקת, המוצא היחיד הוא חלקה על פי גורל.

נראה שם לאחר השותפים מעלה נימוק ענייני לקבל חלק מסוים דווקא, כגון שמרקיעין פרטיים שלו גובלים במקרקעין המשותפים, התנגדות לא עניינית של שאר השותפים תהשש כחתנהגות חסורת תום לב.<sup>31</sup>

עוון במקורות המשפט העברי מראה שיש הבחנה בין מקרקעין המצויים במקומות אחד, לבין מקרקעין המפוזרים במקומות שונים. וכך, ככל אחת מן הקטגוריות הללו, יש הבחנה בין מקרקעין שאיכותם אחידה לבין מקרקעין שאיכותם אינה אחידה.

#### ב. מקרקעין המרוכזים במקומות אחד

(1) מקרקעין שאיכותם אחידה  
אם המקרקעין המשותפים נמצאים במקומות אחד, ואיכותם אחידה, בדרך כלל לא תתעורר מחלוקת בין השותפים לא לגבי סימון קו הגבול שבין החלקים (השלב הראשון הנ"ל), ולא

אחר, הרי בשעה שמספרנים את קו הגבול באופן שחלק אחד מהשטח גדול יותר, כבר ברור למי הוא שיין, ונמצא שני החלקים מתחבאים בכת אחת. יתכן שאו יוטל גורל על אופן סימן קו הגבול עצמו. גם כשהמנהות שותה, יתכן שיוטל גורל על אופן סימן קו הגבול, אם השותפים אינם מצליחים הגיעו להסכמה על כך.

<sup>29</sup> י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, עמ' 311.

<sup>30</sup> הוא לומד זאת בהיקש מפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, סעיף 70, ומחוק היוסה, התשכ"ה-1965, סעיף 116, הקובעים שבסביבים מסוימים, חלוקת נכסים בין שותפים תהיה על פי גורל.

<sup>31</sup> חוק החזום (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיף 39. חוות זו, מעבר להיותה תולדה של החובה הכללית לנוהג בתום לב גם בפעולות משפטיות שאין חוות (מכוחו חוק החזום, סעיף 61(ב)), נובעת ישותה מחוק המקרקעין, סעיף 14: "בעלות זכויות אחרות במקרקעין, אין בהם כשלעצמה כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי-נוחות לאחרו". להרחבה ראה רע"א 6339/97 רוקר נ' סלomon, פ"ד נה(1) 199.

לגביו הכרעה איזה שותף קיבל איזה חלק (השלב השני הנ"ל), מפני שבדרך כלל אין לכך נפקות. עם זאת, נשאלת שאלה של נוהל: מי מוסמך לקבוע איזה חלק יקבל כל שותף? לכאורה, תפקיד זה מוטל על בית הדין. אולם הרמב"ן<sup>32</sup> סבור, שאם איכות החקיקע אחדה בכל חלקיה, אין משמעות לדין בשאלת מי מקבל איזה חלק, והוא מכנה את הדיון בכך "דין שוטים". מדבריו נראה, שבית הדין יחלק את המקרקעין, והשותפים יצטרכו להגיעו להסכמה ביןם לבין עצמם בדבר מקומות חלקו של כל אחד מהם. הרמ"ה, ר' מאיר הלוי אבולעפיה<sup>33</sup>, כותב שהשותפים כופים זה את זה לחלוק על פי גורל, והגורל הוא שיקבע את מקום חלקו של כל אחד מהם.

אבל יש מצבים חריגיים, שעלולה להתעורר בהם מחלוקת בין השותפים לגבי אופן החלוקה, אף שאיכות החקיקע אחדה, משום שהוא מעדיף את אחד החלקים מסיבה כלשהי.

התלמוד<sup>34</sup> דין בשני שותפים במרקע עין שבו לפרק את השיתוף, וביקש אחד מהם ליטול את החלק הנובל במרקע עין אחרים שבכቤתו הפרטית, כדי שיוכל לאחד את קראעותיו. נשאלת השאלה, האם זכאי שותף זה לקבל את חלקו בסמוך לקראעתו הפרטית, או שהוא אינו זכאי לכך, אלא כל אחד יקבל את חלקו על פי הגורל, ואם ירצה שותף זה, יוכל לנסתה לרצות את שותפו בכיסף, כדי שיתן לו את החלק הסמוך למרקע עין. בשאלת זו נחלה רבה ורב יוסף. בעוד שרבה סובר שথומותים לשותף זה, מפני שהוא שופן על מידת סדום" (קרי, שאין אפשרות לאדם לעמוד על זכותו עמידה דודוקנית), באופן שאין לו בה תועלת אך היא גורמת נזק לאחרר<sup>35</sup>, הרי רב יוסף סובר שאין שותפותם לו.

הרמב"ם<sup>36</sup>, ובעקבותיו השולחן עוזר<sup>37</sup>, פסקו כרבה. וזה לשון השולחן עוזר: "אם הייתה כולה [כל השדה] שווה לגמרי... ואם אמר אחד: 'תנו לי חלקי מצד זה, כדי שהיא סמוך לשדה אחר שלו, וכייה הכל שדה אחד', שומען לו, וכופה אותו על זה, שענוב בדבר זה – מدت סדום היא"<sup>38</sup>. לעומתם, הרא"ש<sup>39</sup> הכריע כרב יוסף, שאין לשותף כוח לכוף את שותפו לתחת

<sup>32</sup> היירושי הרמב"ן, בבא בתרא יב ע"ב. בית הבחירה, בבא בתרא יב ע"ב, כותב שהחלוקת תהיה "על ידי בקיאים", ממשמע – גם בלי בית דין.

<sup>33</sup> יד רמה, בבא בתרא, פרק א, סימן קסב, ד"ה נקט.

<sup>34</sup> בבא בתרא יב ע"ב.

<sup>35</sup> על זכותו לקבל חלק לידי מקרקעי גובלינו, ראה דברות משה, בבא בתרא, סימן ט. להרחבה בנושא, ראה: אנטיקו-פרדייה תלמודית, ערך כופים על מدت סדום, כרך כז, עמי' תקצ"ח-תקצ"ט; אברהם וינrotein, "שימוש לרעה בזכות המשפט העברי", דיני ישראל י"ח (התשנ"ו), עמ' גג.

<sup>36</sup> רמב"ם, הלכות שכנים, פרק יב, הלכה א.

<sup>37</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעד, סעיף א.

<sup>38</sup> בית הבחירה, בבא בתרא יג ע"א, מס' זאת (בהתבסמכו על דבריהם שכתו גאנונים): "נראה לי, שאם לך אחד מן השותפים בסמוך לקרע המשותף דרך הערמה, כדי לזכות בסמוך לו, לא הוועיל, ולא נאמר דין זה במתכוון לך, אלא שכבר היה לו שם במרקע".

<sup>39</sup> ריצב"א, בתרסנות, בבא בתרא יב ע"ב (ד"ה בגון), כותב שדין "כופין על מידת סדום" כאן הוא תקנת חמימים, אבל מדין תורה, יכול האחר לדרש הטלה גובל, מפני שהוא יכול לטען שגם הוא מעוניין ודוקא באותו צד שותפותו רוצה. אבל אין נקודות אם הדיין הוא מן התורה או מתקנת חממים.

<sup>40</sup> ראה לעיל, עמ' 113, על דעת רשי", העשה הבדיקה לעניין זה בין בית לשדה. לפניו בתלמוד היהת "והלכתא כרב יוסף", וכך הගירה לפניו.

לו את החלק הסמוך לשדה אחרת שבבעלותו, גם אם איכוות השדה המשותפת אחידה בכל חלקייה; והרמ"א<sup>40</sup> הביא את דעת הרא"ש להלכה. מחלוקת זו יש השלכות גם במצבים אחרים. דוגמה אחת לכך היא רואבן, שמעון ולו' שהיו שותפים בקרקע, וראובן קנה את חלקו של לו'; ובשבעת החלוקה מבקש רואובן לקבל את שני השישים שלו סמוכים זה לזה, ושמעון מסרב לבקשתו, ודורש שיפילו גורל על שלושת החלקים בנפרד, אף שירצין שכחצאה מכך, שני החלקים שייפולו לרואבן יהיו חזוקים זה מזה. אילו בתחלת השיתוף היו לרואבן שני שלישים ולשמעון שלישי אחד, ברורו שרואובן היה זכאי לדרישת השగודל יוטל באופן שיקבל את שני השישים יחד<sup>41</sup>. גם באחיהם שירשו קרקע, ויש ביניהם בכור, הנוטל פי שניים מכל אחד מן האחים האחרים, הבכור זכאי לדריש לקלב את שני החלקים שלו סמוכים זה לזה<sup>42</sup>. מצד שני, ברור שאם יש שלושה שותפים, ושניהם מהם רוצחים שחקליהם יהיו סמוכים זה לזה, אין להם זכות לדריש זאת את השלישי מהנוגדים<sup>43</sup>. אבל בניוננו מתעוררת שאלה, כיון שהוא שונה מהמקורה הראשוני שתיארנו, שבו היו בתחלת השותפות לאחד שני שלישים ולאחר שלישי, מפני שני השלישיים שיש כאן לרואובן לא היו שלו מראש, אלא הוא השיג אותם בשני שלבים. מצד שני, הוא שונה מהמקורה השני שתיארנו, בשלושה שותפים שניים מהם מבקשים שחקליהם יהיו סמוכים זה לזה, מפני שכאן שני החלקים שייכים עכשו לאדם אחד. ובכן, פתרונה של שאלה זו תלוי בחלוקת שראינו, בין הרמב"ם והשולחן ערוך, מצד אחד, לבין הרא"ש והרמ"א, מצד שני: לרעת הרמב"ם והשולחן ערוך, דרישת רואובן תתקבל, מפני שהוא "מידת סודום" מצד שמעון למנוע מראובן בלי סיבה לקבל את חלקיו בסמכות, כמו שהם פסקו מטעם זה ששותף זכאי לקבל את חלקו בסמכות לקרקע אחרת שלו<sup>44</sup>. ואילו לפי הרא"ש

<sup>40</sup> רמ"א, ח"מ, סימן קעד, סעיף א.

<sup>41</sup> רא"ש, בבא בתרא, פרק א, סימן מט, ושות' הרא"ש, כלל זה, סימן ד; שולחן ערוך, ח"מ, סימן קעד, סעיף ד. ראה לעיל, העדרה 28, איך מטללים גורל כשחלקים אינם שווים.

<sup>42</sup> בבא בתרא קיד ע"א; רמב"ם, הלכות שכנים, פרק יב, הלכה ב. ראה עוד ליד ציון העדרה 49. לעומת זאת, בבבא בתרא יב ע"ב נאמר (וז דעת ר' בא, שלא כדעת אבי שם), שיבם המuibם את אשת אחוי לעונתה זאת, שגם הוא מקבל שני חלקים בירושת אחוי, אין זכאי לדריש לקבל את שני חלקיו ברכף, שמת בלבני, מפני שאינו מקבל עכוז בוגדות לבכור, שמקבל את שני החלקים בוכות עצמו (בגיגוד לבכור, שמקבל את שני החלקים בוכות עצמו), אלא אחד בוכות עצמו ואחד בוכות אחוי.

על זכות בכור לקבל את חלקו ברכף, ראה דברות משה, בבא בתרא, סימן יב, העדרה ס. בבא בתרא, סימן ט. על דין היכם, ראה דברות משה, בבא בתרא, סימן יב, העדרה ס.

<sup>43</sup> תוספות, בבא בתרא יב ע"ב, ד"ה בגון. אף על פי שאמרנו בסעיף העדרה 10, שלפי המשפט העברי אין לשותף יחיד זכות לדריש את פירוק השיתוף כלו (אל הוא זכאי רק לדריש לקבל את חלקו בנפרד), הכוונה היא רק שהשותפים האחרים זכאים להמשיך בשיתוף בלבד, אבל אין זה אומר שגם זכאים לדריש שהקרקע המשותפת להם (זו שתישיאר אחרי שהשותף הפורש יטול את חלקו) תהיה ברכף אחד. הרי יתכן שיתוף גם בשתי חלוקות נפרדות המרווחקות זו מזו. لكن זכאי השותף היחיד לדריש הטלה גורל חפשית, כמתואר בטקסט, גם אם הוא עלולה

לגורום לכך שיטול את חלקו באמצעות החקלאות וחלקו יפצל לשניים את הקרקע שנשארת בשיתוף.

כמו תוספות, כתבו גם חידושים הרשב"א, בבא בתרא שם (ד"ה ואם תאמור), וראוב"ד, המובה בפירוש הר"י קראושא, בבא בתרא שם.

אולם הרמ"א, ח"מ, סימן קעד, סעיף ד, מביא שתי דעות בשאלת זו, ובעמה של הדעה האחותית, הסוברת שאפילו באופן זה נזננים להם את חלקיהם יחד, היא מפני שכופים על מידת סודום.

<sup>44</sup> כך כתבו בדעתם: מגיד משנה, הלכות שכנים, פרק יב, הלכה ב; ט"ז, ח"מ, סימן קעד, סעיף ד; ביאור

והרמ"א, דרישת רואבן אינה מתבלטת. אף על פי שאילו מתחילה יצירת השיתוף היו לרואבן שני שלישים מהשתה, היה זכאי לקבל את כל חלקו ייחד, הרי כאן הדין שונה, מפני שני החלקים שיש לרואבן באים משני מקורות – אחד שלו ואחד של לו, ולכן אין לו זכות לקבל אותם סמכים זה לזה.<sup>45</sup>

מקרה הפוך הוא בקרקע שהיתה בעלות משותפת של רואבן ושמעון, ושמעון מכר את חלקו לליוי ויהודה. מהר"ם מרוטנבורג<sup>46</sup> פוסק שבעת פירוק השיתוף, זכאים לוי ויהודה לדרש שחלקיהם יהיו סמכים זה לזה, ממשם שהם באים מכוח שמעון, שהייתה זכאי לדרש לכל חלקו יהיה במקום אחד. נראה שהרא"ש והרמ"א יכולים להסביר פסיקה זו, מפני שהדרישה לקבל את החלקים יחד מסתמכת על כוחו של המוכר, ולא רק על עתנתה "מידת סdom". בסיכום, קRKע שאיכותה אחידה בכל חלקה תחולק באופן שככל שותף יקבל חלק גדול מנותו בשיתוף. מיקום חלקו של כל שותף ייקבע בהסתכמה בין השותפים, או על פי גורל. אשר במצב שיש לאחד מן השותפים עניין מיוחד לקבל את חלקו במקומות מסוימים, והדבר אינו פוגע בשאר השותפים, נחalker הפסיקם, האם יש להתחשב במשאלתו, ולתת לו את חלקו באותו מקום.

(2) מקריםין שאיכותם אינה אחידה בעתណון בקרקע שאיכותה אינה אחידה בכל חלקה. השוני באיכות החלקים יכול לנבוע בכך מהבדלים בטיב הקרקע, והן מהבדלים במיקומה היחסי, כגון סמיוכותה לדרך או לנهر וכדומה.<sup>47</sup> במצב זה הצורך מחיב להתחשב באיכות הקרקע בעת החלוקה, כדי שהחלוקת תהיה הוגנת. אולם המשפט לא הבHIR כיצד תבוצעחלוקת החלקה

הגר"א, חו"מ, סימן קעד, ס"ק יב. הט"ז והגר"א כתובים, שם שכח שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעד, סעיף ד, דרישת רואבן אינה מתבלטת – אמרו בקרקע שאיכותה אינה אחידה בכל חלקה. אבל פירוש זה קשה, שהרי לפי הטורו (ראה ליד ציון העירה 50) גם קRKע שאיכותה אינה אחידה מחלקים אותה קודם לפוי איכות, ובכל חלק מיוכות מסוימת לוקח כל שותף את חלקו; ומידוע לא יכול לרואבן את שני חלקיו בכל "חלוקת איכות" סמכיות זו לו?

יש להסביר, שגם מרדכי, כתובות, סימן רעו, כתוב בדור אגב, על שלושה שותפים, שאחד מהם קנה את חלקו של אחר, שיש לו זכות לקבל את שני החלקים בסמיוכות זה לזה; והוא נוקט שוו "תקנת חכמים". במקרה הנידון שם, הקונה לא רצה לקבל את שני חלקיו בסמיוכות, וזאת כדי למנוע את החלוקה למורי – וראה בשמו לעיל, ליד ציון העירה 23. ולכאורה קשה, אך רמ"א, חו"מ, סימן קעא, סעיף ג, פוסק כמרדי כי שפנק כאן כרא"ש הסובר (בஸמוך) שאין לקונה זכות לדרש את שני חלקיו היד? לאmittio של דבר אין כאן סתרה, מפני שהרמ"א פסק רק כמסקנה המודcki, שהקונה אכן יכול למנוע את החלוקה בעין, אבל אין זה מחייב אותו להסכים עם כל מהלך טיעונו של המודcki. גם הרא"ש, הסובר שהקונה לא היה יכול לדרש את שני חלקיו בסמיוכות (אם الآחרים מתנגדים לכך), יכול להסכים למודcki שהקונה צריך לקבל את שני חלקיו בסמיוכות (אם الآחרים דורשים זאת ממנו) כדי שלא יוכל למנוע את החלוקה למורי.

רא"ש, בבא בתרא, פרק א, סימן מט.

מהר"ם מרוטנבורג, המובא במרדי, בבא בתרא, סימן תקז.

<sup>47</sup> בבבא בתרא יג ע"א נידונה קRKע שצדקה האחד גובל בניהו, ומצדקה الآخر עוביית דרך, כך שלכל צד יש יתרון אחר. נפסק שיש לחלק את השודה באופן שככל שותף יכול ליהנות בשווה לחביריו מיתרונות הניהו ומיתרונות הדרך. לתיאור מפורט של המציאות הנידונה, ראה רש"י, שם, ד"ה חד גיסא, ותוספות, שם, ד"ה חד גיסא.

נראה שהסתבה שהמשפט לא התייחס לנוקודה זו, היא שבמשפט הישראלי, בוגר למשפט העברי, החלוקה בעין כפופה להוראות חוק התקנון והבנייה, כך שאפשרויות הפייטול של החלקה מוגבלות. המשפט הישראלי

המעולה של הקרקע ומחלוקת מחלוקת הגroupon, אף על ידי כך קיבל כל שותף את חלקו במקומות שונים בקרקע? או שמא תחולק הקרקע באופן שכל שותף קיבל את חלקו בראץ, אף שחלק מן השותפים יקבלו שטח גדול יותר מאשר מן החלק הגroupon, וחלקים יקבלו שטח קטן יותר מאשר מן החלק המעליה?

כל הוא, שבחלוקת קרקע שיישרו אחיהם, הבכור, שנוטל "פי שניים" מכל אחד מן האחים ה"פושטום", נוטל את שני חלקיו בסיכון זה להה.<sup>49</sup> אבל הטור מסיג כל זה:<sup>50</sup> "במה דברים אמרורים? כשבכללה שווה. אבל אם יש בו מקום טוב מבחירו, לא אמרין שיקח כל חלקו במקומות הטוב בשומה כנגד המקום הרע, כדי שיטול כל חלקו בראץ, אלא יטול חלקו בכל מקום וב טוב וברע".<sup>51</sup> מדברים אלו עולה, שදעת הטור, דרך החלוקה הרואית ביותר לקרקע שאיכותה אינה אחידה בכל חלקיה, היא חלוקתה לחלקים לפי איכותם, וחלוקת כל חלק мало בין השותפים, כך שכל שותף יקבל בו את חלקו היחסי בכל אחד מן החלקים. המגיד משנה<sup>52</sup> מצין, שכ' היא דעת רוב המפרשים. כך פסק גם הרמ"א:

אולם דעת הרמב"ם אינה כן. הוא כותב<sup>53</sup> שהבכור שחלק נוטל שני חלקים שלו כאחד, ומפרש המגיד משנה<sup>54</sup>: "הכוונה, שאפילו אין השדה כולה שווה, וכגון שהיה בה שני חלקים בינוונית, והחלק האמצעי עמידת, שאי אפשר לו לבכור שיטול כל חלקו כאחד אלא אם כן כל העמידת שלו, הרי זה נוטלו, ובשותמת דמים".<sup>55</sup> המגיד משנה מצין שמקורה של דעת הרמב"ם הוא בדעת רבו, הר"י מגאש.<sup>56</sup> נמצא שlte שיטה זו, הדרך הרואית לחלוקת קרקע שאיכותן אינה אחידה בכל חלקיה, היא ככל אחד מן השותפים יקבל את חלקו בראץ אחד, אף שיתacen שאחד מן השותפים יקבל קרקע איכותית יותר מתחבורה.<sup>57</sup> כמובן, במקורה זה, יש לԶואג שכל החלקים יהיו זמינים בערכם, אף שאינם שווים באיכותם.<sup>58</sup>

פותר את בעיית הגינות החלוקה באמצעות תשלומי האיזון, פתרון שבמשפט העברי הוא מצומצם, שכן אין במשפט העברי הגבלות על דרך החלוקה בעין. ראה לעיל, ליד ציון הערא 6.

<sup>49</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערא 42.

<sup>50</sup> טור, ח"מ, סימן קעד, סעיף ה.

<sup>51</sup> הבית יוסוף, על הטור שם, ציין שמקור דברי הטור הוא בדברי אבינו, הרא"ש, בבא בתרא, פרק א, סימן מו. אולם, חשוב להעיר שהගירסה ברא"ש שם אינה ברורה, ולפי גירושה אחרת, השונה מגירסת הטור בדבריו, הרא"ש לא דין בשדה אחת שיש בה חלקים שונים, בעלי איכותות שונות, אלא בשיטתו המקיף כמה שדות נפרדות, ובهن שדה שאיכותה גבוהה, שדה שאיכותה בינונית, ושדה גראעה.

<sup>52</sup> מגיד משנה, הלכות שכנים, פרק יב, הלכה ב.

<sup>53</sup> רמ"א, ח"מ, סימן קעד, סעיף ב.

<sup>54</sup> רmb"ם, הלכות שכנים, פרק יב, הלכה ב.

<sup>55</sup> מגיד משנה, שם.

<sup>56</sup> אבל יתכן שהרמב"ם אומר רק בבכור, שגורירת הכתוב היא שיטול את כל חלקו בראץ (ראה בבא בתרא קגד ע"א), ואין ללמדו מכך שלנו. ראייה לכך יש בעובדה שחלוקת הרמב"ם והטור בא להידי ביטוי דווקא בבכור. אולם מדברי היד רמה והמאירי, להלן, הערא 59, עולה שולדעתם אין מדובר בדיון המיחיד רק לבכור.

<sup>57</sup> חידושים הר"י מגאש, בבא בתרא יב ע"ב.

<sup>58</sup> יש להעיר שגם האול, על הרמב"ם, הלכות שכנים, פרק יב, הלכה ב, נותן לשיטת הרמב"ם והר"י מגש פירוש מצומצם ביותר. לדעתו, הדברים נאמרו דווקא במצב שאפשר לחלק את המקומות השונים לפי איכותם ולחלקים בין השותפים, ממש שחלוקת תביא לכך שלפחות אחד מן השותפים יקבל חלק שאינו יכול לשמש לצורך ייעודו המקורי. במקרה זה, סבור הרמב"ם שכל שותף יקבל את חלקו במקומות אחד, למרות שחלוקת זו יוצרת מצב שבו אחד השותפים יזכה בחולק מעולה משל חבריו; אבל הרמב"ם

בשים, יש שתי גישות בשאלת הדרך הרואיה לחלוקת קרקע שאינה אחידה בכלל חלקה. יש המעדיפים שככל שותף קיבל את חלקו ברצו, ולכנן לדעתם הקרקע תחולק ללא התחשבות באיכות הקרקע בחלקים השונים, ובכלל שככל החלקים יהיו שווים בערךם. לעומתם, יש המעדיפים לחלק את הקרקע לכמה חלקים, לפי איכותם, ובכל חלק תבוצע חלוקה בין השותפים, שבה יקבל כל שותף לפחות חלקו היחסי בשיתוף. נראה שעדנה זו מקובלות יותר. בדיעוננו בחלוקת קרקע שאיכותה אחידה בכל חלקה, ורינו שדרעת הרמב”ן, אין לבית הדין לדון בדבר זה, משום שדין זה הוא “דין שוטים”<sup>60</sup>. אולם, נראה מילשון הרמב”ן, שהוא מסכים שם איכות הקרקע אינה אחידה בכל חלקה, בית הדין צריך לדון בשאלת מי יקבל איזה חלק, אף שערכם היחסי של כל החלקים שווה. זאת משום שברווח הוא שככל שותף מעדיף לקבל חלק איכותית יותר, גם אם הוא קטן, מקבל חלק שאיכותו גורעה, גם אם ערכו זהה לערך החלק האיכותי. לכן החלוקה תבוצע באמצעות גורל.

#### ג. מקרקעין המפוזרים במקומות שונים

##### (1) כללי

אם המקרקעין המשותפים מפוזרים במקומות שונים, מתעוררת השאלה: האם בעת פירוק השיתוף, יש להתייחס לכל חלקה כיחידת נפרדת, ולהחלק אותה כדרך שמלקרים קרקע משותפת המצוייה במקום אחד, או שמא יש לראות את כל החלקות כיחידת אחת? לדוגמה, אם יש שני שותפים שבבעלותם ארבע חלקות נפרדות זו מזו, האם בעת פירוק השיתוף, תחולק כל חלקה לחצי, וכל שותף יקבל חצי מכל חלקה, או שמא יטול כל שותף שתי חלקות שלמות? במשפט הישראלי אין התיאחות מפורשת לטיטואציה זאת. לדעתו של וייסמן<sup>61</sup>, במקרקעין משותפים שניין לחלים בעין, יש לכל אחד מהשותפים זכות לקבל בפירוק השיתוף חלק פיסי מכל אחד מן הנכסים. כשם שהדין אינו כופה את בעל המקרקעין לקבל פיזי כספי בתחום

יסכימים, שם הדבר אפשרי, יש לחלק את הקרקע לכמה חלקים לפי איכותם, ולהחלק כל חלק כזה בין השותפים. גם יד רמה, בבא בתרא, פרק א, סימן קנה (ד”ה והשתא), סבור שככל שותף צריך לקבל מקטת בחלק הטוב ומקטת בחלק הרע שבמקרקעין, אבל אם דרך זו מביא לכך שככל שותף יקבל את חלקו במקומות שונים שאין רצף ביניהם, או שאין הדבר אפשרי מסיבות שונות, יש לחלק את המקרקעין לשני חלקים השווים בערךם, אף שששתף אחד יוכל לחלק שאיבתו טובה יותר מאשר משל חברו.

<sup>59</sup> יד רמה, בבא בתרא, פרק א, סימן קנה, בסוף, ד”ה ברם מירמר; חזיוshi הרבי מגיאש, בבא בתרא יב ע”ב. יש להעיר שבית הבחירה, בבא בתרא יב ע”ב, מכיוון שתאי אפשרויות לחלוקת קרקע שאיכותה אינה אחידה בכל חלקה: (א) חלוקה לחלקים שונים בערכם, עם תלמידי איזון בכספי; (ב) חלוקה לפי ערך הקרקע ואיכותה, באופן שמי שיקבל חלק גורע יותר, יוכל באופן יחסית שטח גדול יותר. נראה מילשונו שלדעתו אין עדיפות לדרך אחת על פני האחרת.

שאלת אחרת עולה במצב שיש לאחד השותפים (או לשניהם) מקרקעין פרטיים בסמוך למקרקעין המשותפים, שאין איכותם אחידה: האם שותף זכאי לקבל את חלקו סמוך למקרקעי הפרטיים, כפי שריאנו לעניין מקרקעין שאיכותם אחידה, לעלי ליד ציון העורה 36, לדעת הרמב”ם והשולchan ערוך? יד רמה, בבא בתרא, פרק א, סימן קעג, ד”ה וכלהו (הראשון), כותב שאין השותף זכאי לקבל את חלקו בסמוך לקרקע הפרטית שלו, מפני שכאן אינו יכול לטען שהוא מזדק סתום לטרם לבקשתו, שכן יתכן שהשוני באיכות המקרקעין יוצרת אי-אפשרות שאין מאפשרות זאת.

<sup>60</sup> לעיל, ליד ציון העורה 32.

<sup>61</sup> י. וייסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, עמ’ 296.

למרקעינו<sup>62</sup>, כך אין לכורו אותו לקבל מקרקעין אחרים במקומם אלה שביהם יש לו בעלות משותפת<sup>63</sup>. נימוקו הוא, שכשותפים משתתפים בנכס שניית חלקו בעין, הם קונים ציפייה מוגנת שלא יכפו עליהם את חלוקם, ואפיו בדרך כלל חלקה בעין בשני מקומות שונים. הביעיתיות שבחמץ כזה עולה בither שאותם איכות המקרקעין החלקות השונות אינה אחידה, וחלוקת חלקה כנגד חלקה עלולה לкопח אחד מן השותפים. לפיכך,ណון גם כאן בanford בחלוקת מקרקעין המפוזרים במקומות שונים, שאיכותם אחידה בכלל המקומות, ובחלוקת מקרקעין המפוזרים במקומות שונים, שאיכותם אינה אחידה בכלל המקומות.

(2) מקרקעין שאיכותם אחידה התלמוד<sup>64</sup> ذן בשני שותפים שבבעלותם היו שתי שדות זהות. בעת פירוק השיתוף, ביקש אחד מהם שכל שותף יקבל שדה אחת, אבל לאחר העדר שיחילקו כל שדה לשנים. ור' יוסף סבורי שכגון זה "כופין על מידת סדום", ויחילקו שדה כנגד שדה. התלמיד מכריע להלכה כדעת ר' יוסף<sup>65</sup>, וכן פסק הרמא<sup>66</sup>.

רבנו יונה<sup>67</sup> לומד מן העובדה שר' יוסף הסתמך רק על "כופין על מידת סדום", מכאן שמעיר הדין יש לחלק כל שדה בפני עצמה בין השותפים; אלא שאין זו חלוקה נוחה, מפני שאדם מעידך שכל רכשו יהיה ברצף, ולכן שותף הדורש שחלוקת תהייה בדרך זו, נחשב כנוהג מידת סדום, בדרישתו לעמוד על זכויותיו ורק כדי לפגוע בחבירו, בלי שתצטמא תועלת לעצמו מחלוקת זו; ולכן "כופין על מידת סדום", ואין מתחשבים בדרישה קנטורנית זו של שותף זה<sup>68</sup>. נראה, הסיבה שמעיר הדין צריך לחלק כל שדה בanford, אף שאין זה נוח, היא

<sup>62</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערכה 1.

<sup>63</sup> לעומת זאת, במקרקעין שניים ניתנים לחולקה בעין, שפירוקם אמור להיעשות על ידי מכירותם, סבור וייסמן שניתן לראות בכך שכל אחד מהבעליים המשותפים מקבל בעלותו הייחודית אחד מן הנכסים המשותפים, דרך מסויימת של מכירת הנכסים.

<sup>64</sup> בבא בתרא יב ע"ב.

<sup>65</sup> כך הוא לפי פירוש רבנו שם, בתוספות שם, ד"ה מעליין, ורא"ש, בבא בתרא, פרק א, סימן מו. אבל לפיו רשי" ש (ד"ה תרי), התלמוד עוסק במצב של אחד השותפים היהת שדה פרטיה שליד אחד השדות המשותפות, ולכן אומר רב' יוסף שישΚיבן את כל השדה שליד שדהו. בית יוסף, ח"מ, סימן קעד, סעיף ג (ד"ה אבל), כותב שלו רשי"י, אם אין לאחד מהשותפים שדה פרטיה לידי המקרקעין המשותפים, גם אם איכות הכל שווה, אין שמעיים לו — כלומר, מחלקים כל שדה לשניים. כמו כן, ב"ח, ח"מ, סימן קעד, סעיף ב (ד"ה ומ"ש ואם), כותב שלו רשי"י ורמב"ם, אם אין לאחד מהם שדה פרטיה בסמוך, מחלקים כל שדה לשניים. אבל דרכי משה, ח"מ, סימן קעד, ס"ק ב, כותב רשי"י אינו חולק להלכה על הדין שיוצא לפוי פירוש רבנו שם.

רב האי גאון, המובה בטדור, ח"מ, סימן קעד, סעיף כ, כותב שותפותם בשני בתים, יחלקו בית כנגד בית, גם אם אחד מהשותפים מבקש חלק כל בית לחציו. הוא נימוק, שהחלוקת כל בית לחציו תנגורום הפסד לכל בית. לעומת זאת, לפי האמור בטקסט, גם בily נימוק זה לא הינו שותף לשותף זה, שהרי זו מידת סדום; והnimok שנימוק רב האי דרוש רק לפי דעת רשי"י, כפי שהסביר בבית יוסף, שיש מידת סדום רק במצב שיש לאחד מהשותפים חלקה פרטיה בסמוך; ומכאן שר' האי סובר כריש"י, כפי שהסביר בבית יוסף.

<sup>66</sup> רמ"א, ח"מ, סימן קעד, סעיף א.

<sup>67</sup> רבנו יונה, המובה ברא"ש, בבא בתרא, פרק א, סימן מו.

על דבריו רבנו יונה, ראה שיעורי ר' שמואל, בבא בתרא, סימן רנה.

<sup>68</sup> רבנו יונה מסיק נפקות מקביעהו שדריך זו של חלוקה אינה מעיר הדין (הדברים נמצאים ברא"ש, סימן מה [ויסמן אותן "מח" באמצע דבריו ר' יונה מטעה]; וכך כתוב גם טדור, ח"מ, סימן קעד, סעיף ג): במצב זה

**פרק שלישי: אופן החלוקה – "יהיה פירוק השיתוף בדרך של חלוקה בעין"**

מן שclasspath שותפים, לכל אחד היה חלק בכל פיסת אדמה<sup>69</sup>, וראוי שהחלוקת תשאיר את המצב הזה ככל האפשר, ולפחות יישאר לכל אחד חלק בכל שדה, הינו בכל ייחידה נפרדת בפני עצמה.

(3) מקרען שאיכותם אינה אחידה בדיעונו לעיל<sup>70</sup> בפרק העיקרי במקומות אחד, ראיינו שלפי רוב הפוסקים, איכות שונה של חלקים קרע מצדקה טיטה מן העיקרונות כל שותף קיבל את חלקו במקומות אחד. אולם האם לכך הוא הדין גם אם המקרען מפוזרים במקומות שונים, ובכל מקום איכותם שונה? יתרכן שבגון זה, יש להימנע מחלוקת כל יחידת מקרען בפני עצמה, כדי למנוע מן השותפים סרבול מיותר בעיבוד יהדות מקרען מרוחקות זו מזו, אלא יש להעדיף חלוקת שדה כנגד שדה, כאשר מי שתיפול בחלקו שדה טוביה יותר, ישם תשלומי איזון לשותפות. התלמודי דין בשני שותפים בשתי שדות, שlid כל אחת מהן עובר אחר אחר, וביקשו לפרק את השיתופ. אחד השותפים רצה שיחלקו כל שדה לשניים, الآخر רצה שיחלקו שדה כנגד שדה. בשאלת זו נחלקו רבה ורב יוסף: רבה אמר ש"כופין על מידת סדום", ויחלקו שדה כנגד שדה; ורב יוסף אמר שדרישת השותף לחלק כל שדה לשניים אינה בגדר מידת סדום, מפני שיש לו סיבה הגיונית להעדיף דרך זו, שכן יש חשש שאחד מן הנהרות תיבש, ואם יקבל את כל חלקו בשדה שlid אותו נהר, נמצא שהפסיד למזרע; ולכן חולקים כל שדה לשניים. דברי רב יוסף מובנים יותר לאור דברי רבנו יונה שהבאנו לעיל<sup>71</sup>, שמעיקר הדין יש לחלק כל שדה לשניים, ורק במקום שהדרישה לעשות כן היא קנטրנית ובלי סיבה, אין מקרים כאלה, מפני שדרך זו אינה נוחה; אבל אם יש לדרישה זו הצדקה, כמו בnidano, מקבלים אותה הרא"ש<sup>72</sup> פוסק כרב יוסף, שיש לחלק כל שדה לשניים. זאת אף שבמקרה הנדון, השדות היו זהות, ורק קיימת סכנה (עקב פרט מסוים שקיים בהוויה) שערכה של אחת השדות ירד במשך הזמן. אפשר ללמוד מכך בקהל וחומר, שגם כבר עכלו השdots אין זהות, אין קופים לחלק שדה כנגד שדה.

של שתי שדות שאיכותן שווה, אם יש לאחד השותפים שדה פרטית ליד אחת מהן, הוא זכאי לדריש שכל שדה תחולק לחציו, כדי שיקבל לפחות חצי מחלקתו ליד שדה הפרטית (שהרי אם יחלקו שדה כנגד שדה, יש חשש שתיפול לו בגורל השדה הרחוקה משדה הפרטית); ולהילופין, שיחלקו שדה כנגד שדה, אבל יקבל את השדה הסמוכה לשדה הרחוקה בלי שיפילו גורל. כאן מתאפשרה רישיון לחלק כל שדה לשתיים, מפני שאין בה מידת סדום, שכן יש לו סיבה מוצדקת לרשות בכך. לעומת זאת, אילו דרך חלוקת שדה כנגד הדין, לא היה מתאפשרה שום דרישת לסתות ממנה, גם אם הדרישת מוצדקת. לדין נוסף שמוסבר עלי הערךון של רבנו יונה, ראה ליד ציון הערתה 71. בית יוסף, ח"מ, סימן קעד, סעיף ג (ד"ה נמצא), כותב שרשי והרמב"ם מסכימים מסבירה לדין זה של רבנו יונה (אם יש לאחד מהשותפים תועלת כלשהו מחלוקת השדה לשניים, דרישתו מתאפשרת), אף שלפי פירושם בסוגיה, אין הוכחה לדין זה.

<sup>69</sup> ראה סעיף 27, פרק שני, שזו הגדרת שיתוף לדעת רשי והרמב"ם.

<sup>70</sup> לעיל, ליד ציון הערתה 50.

<sup>71</sup> בכא בתרא יב ע"ב.

<sup>72</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערתה 67.

<sup>73</sup> ראה"ש, בכא בתרא, פרק א, סימן מו. כך פסק גם יד רמה, בכא בתרא, פרק א, סימן קכח, ד"ה והשתא, בסופו.

וכך פוסק הרמ"א<sup>74</sup> באופן כללי לגבי שדות שaicותון שונה: "היו בכך שני שדות, האחד אומר לחלק כל שדה ושדה, והאחד אומר לחלק שדה כנגד שדה, שומען לזה שאומר לחלק שדה כנגד שדה. ודוקא שתיהן שותה ואין נפקותה בחלוקת השדות לחצאים, אבל אם האחת טובה בשום צד, חולקין כל שדה לשנים".

אבל דעת הופכה תהיה ל"י מגש ולרמב"ס<sup>75</sup>, הסוברים שוגם כשם דובר בקרקע אחת שאיכותה אינה אחידה בכל חלקיה, יש לחלק אותה באופן שיקבל כל אחד את חלקו ברצף. אם כך הוא בקרקע אחת, כל שכן שכ' יהא הדין לדעתם בשתי יחידות מקרקע נפרדות, שעוד פחות נוח הוא לקבל מחלוקת בשדה אחת ומחלוקת בשדה אחרת<sup>76</sup>.

ד. זכות שותף לבחור בחלוקת מסוים על ידי שהוא מרובה במלחרו יש שאחד השותפים מעוניין בחלוקת מסוים בקרקע, ואם החלוקה תהיה על פי גורל יתacen שלא קיבל את החלק שהוא ורוצה בו. הדין בזה הוא, שהוא יכול לומר לשותפיו: "אני מעריך את שווייה של החלק הזה בקרקע יותר מן הערך שקבעתם; תנו לי חלק זה ואשלם לכם את ההפרש; או לחלופין, קחו אתם חלק זה, ושלמו לי את ההפרש, שכן בענייני חלק זה שווה יותר". שותפיו חייבים להצעתו, והוא מבטל על ידי כך את החלוקה בגורלו<sup>77</sup>.

כך כתוב השולחן ערוך<sup>78</sup>: "האחים שבאו לחלק, ושמו החלקים זה כנגד זה ובאו להטיל שלשה גורלות, ואחד מהם חוץ באחד מן החלקים, ומעלה אותה ואומר: 'אני אתן בו יותר וכך וכך על מה ששמאלהו, או אתם תקחו אותו בכך וכך' – שומען לו, ואם אינם רוצים באותו עילוי – יטלנו הוא בא גורל".

נראה שדין זה אמרו בין אם המקרקעין המשותפים נמצאים במקום אחד, ובין אם הם במקומות; בין אם איכותם אחידה ובין אם איכותם אינה אחידה.

אבל יש מן הראשונים<sup>79</sup> החולקים על דין זה. לדעתם, שכן הוא שבמקרקעין שאין בהם כדי חלוקה, יכול כל שותף להעלות את מחיר כל המקרקעין בדרך המתואמת לעיל, והיינו "גוד או אגד", כפי שנראה בדיונו בסעיף 40, מפני שבמקרקעין שאין בהם כדי חלוקה, אין דרך אחרת להגעה לפתרון. אבל במקרקעין שיש בהם כדי חלוקה (שבהם אנו עוסקים), אין לשותף זכות לדריש גוד או אגד" אףלו על חלק אחד מן המקרקעין, אלא החלוקה נעשית על פי גורל בלבד. נראה שטעם דעתו זו הוא, שהדרך של "גוד או אגד" אינה דרך רצiosa, שכן היא מעניקה יתרון לבuali ממן, והיא עוקרת אחד מן השותפים מקרקעו למגרי, ולכנ

<sup>74</sup> רמ"א, ח"מ, סימן קעד, סעיף א.

<sup>75</sup> לעיל, ליד צין הערכה 55 והערה 57.

<sup>76</sup> כך כתבו: שיטה מקובצת, בא בתרא יב ע"ב (ד"ה פשיטא), בשם שיטה לא נודעomi, לפי הר"י מגש; ספר העיטור, חלוקת קרקע, ליד אות ח; דרישת, ח"מ, סימן קעד, סעיף ה.

<sup>77</sup> ראה ש, בא בתרא, פרק א, סימן מו. נראה שההגין בדין זה הוא, שכל השותפים מרווחים על ידי הצעה זו. עוד על דין זה ראה לעיל, עמ' 113.

<sup>78</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן קעד, סעיף ה.

<sup>79</sup> נימוקי יוסף, בא בתרא ח ע"א, דברי הרי"ף (ד"ה אמץרא), בשם הרמב"ן, הראה והריטב"א. השולחן עורך מביא את דעתם ללשון "ויש חולקים".

על עילויים ודים בחלוקה בעין, ראה רשי' שטיינברג, "בדינה בגוד או אגד", בית אהרן ויישראל, גלי' מה (שבט-אדר תשנ"ג), עמ' מו.

היא ננקתת רק במקריםין שאין בהם כדי חלוקה, בدلית ברירה, מפני שם אין דרך אחרת להגיע לפתרון ראוי. לעומת זאת, כאן, שחלוקת בגורל תביא פתרון ראוי, ואין הכרח לנכט בדרך “גוד או אגוד”, אין הולכים בה.

פרק רביעי

תשומי איזון – ס”ק (ב)

החוק קובע, שאם מסיבה כלשהי, לא יוכל השותפים, בחלוקת בעין, לקבל חלקים שוויים בנכס, רשאי בית המשפט להשוף שקיבל חלק בעל ערך גדול יותר לשלהם לאחר מכן “תשומי איזון”, דהיינו מחצית ההפרש בין שני החלקים (וכשיש יותר משני שותפים, התשלומיים יחושו בהתאם). בית המשפט יעשה כן אם הוא רואה בתשלום זה דברiesel וצדוק. נראה שכונת החוק היא שם דרך זאת אינה עיליה וצדקה, יש לבצע את פירוק השיתוף על ידי מכירת הנכס (לפי סעיף 40) או על ידי הפיכתו למשותף (לפי סעיף 42). לבארה לא מובן מדוע יהיה צורך בתשלומי איזון: הרי אם חלק אחד מן הקרקע יקר יותר מן החלק الآخر, אפשר להזין את קו הגבול בין החלקים כך שניים יהיו שוויים בערכם? התשובה לכך היא, שחוק התכנון והבנייה, החשכ”ה-1965, ופקודת הסדר וכוות במרקעין [נוסף חדש], התשכ”ט-1969 (במיוחד בפסק י), אינם מאפשרים פיצול חלות קרע באופן שריוןתי, אלא יש לכך כללים ונוהלים מיוחדים, והדבר כפוף למדיינותו של הממונה על מרשם המקרקעין. סביר אייפוא שמצב שכיח הוא בארץ שקו הגבול האפשריים, על פי התכניות הראשיות, ייצרו חלקם לא שוויים בערכם לשותפים, ומכאן הצורך בתשלומי איזון. במשפט העברי אין הגבלה על מיקום קו הגבול, וכך בדרך כלל לא יהיה צורך בתשלומי איזון, אלא מציבים את קו הגבול באופן שהחלקים בשני צידיו יהיו שוויים בערכם בדיקות. דרכו זו צדקה יותר מחלוקת הקרע לשטחים שוויים ומתן תשומי איזון למי שמקבל את החלק הולך יותר, מפני אדם מעדרף לקבל את הקרע שלו מלכלב כסף חמורתה. עם זאת, גם במשפט העברי יתכו נציגים שלא ניתן להשוו את החלקים שיקבלו השותפים אלא על ידי תשומי איזון. דוגמה לכך היא מקרקעין שאיכות אינה אחידה, ושתם הוא גודל דיו, שיש בהם כדי חלוקה, אבל עקב הוזת קו הגבול כדי ליצור שני חלקים שוויים בערכם, שתחו של החלק הקטן (שאיכתו טובה יותר) הוא פחות מאשר הרואין. ברגע זה יחלקו את השטח בשווה, והשותף שיפול לו בגורל החלק היקר, ישלם תשומי איזון לשותף الآخر.<sup>80</sup>

<sup>80</sup> יד רמה,anca בתרא, פרק א, סימן קנה, בסופו, ד”ה ברם צריכין לבודור דהיכא. מפשט הלשון שלו משתמש כפי שהוסבר בטקסט, ככל שותף יכול לקבל מחצית השטח; אבל יתכן שהוא מתכוון לומר שיש לקבלו את קו הגבול באופן שהחלק האיכוטי יהיה בגודל המינימלי לשיעור ראוי לשימוש, כדי לצמצם את ההפרש בשווי בין שני החלקים.

הוא מזכיר, שבמקרה אחר אין מבעדים תשומי איזון: בכור ו”פשוט” שירשו קרע, כך שלכור יש שני שלישים ולפנות יש שליש, ואם הקרע תחולק באופן יחסית על פי איכותה, חלקו של הפשט יהיה פחות מהשיעור הרואין. כאן אין אמורים שחולקים בשווה וישלם הפשט תשומי איזון לבכור, אלא הולכים בדרך ”גוד או אגוד”, בככל קרע שאין בה כדי חלוקה.

## פרק חמישי

## חלוקת הדורשת רישום זיקת הנאה — ס"ק (ב)

## א. עמדת החוק

בסעיף קטן (ג) מסמיך המחוקק את בית המשפט לצווות על רישום זיקת הנאה בין החלקות, אם ראה צורך בכך. זיקת הנאה היא "שבוד מקרעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בה", במוגדר בחוק המקרקעין, סעיף 5. דוגמה לכך היא הזכות שיש לאדם לעבור דרך קרקע של אדם אחר. ההשלכה לכך לעניינו היא שם, לדוגמה, שותף אחד יצטרך לעבור דרך חלקו של שותף אחר כדי להגיע לחלוּנוּ שלו, הצד נותן שיש להעניק לו זכות זו, ושלא יצטרך לשלם עליה (שהרי אם יצטרך לשלם, יהיה חוסר שוויון בין השותפים). לכן, בית המשפט יצווה לרשום בມירשם המקרקעין שיש לשותף הראושן זיקת הנאה זו על חלקו של השותף الآخر. בית המשפט מוסמך ליזור זיקת הנאה זו גם בעלי הסכמת בעל החלקה הכלפוך לזיקה, אף שיש בכך הפקעת זכותם במרקען לטובות אדם פרטיה<sup>81</sup>. כמובן, לפני פירוק השיתוף לא הייתה כאן זיקת הנאה, אלא כל שותף עבר בתוקף הקרקע המשותפת כרצונו, מתחזק בעלותו החליקות בשיטה. כתה, לאחר הפירוק, עליה הזורך שבית המשפט יוציא "יש מאין" את זיקת הנאה, ויצווה לרשום אותה בມירשם. מכלל הדברים מעתה, שהעובדה שהחלוקת תדרוש רישום זיקת הנאה בין החלקות, אין בה כדי למנוע את ביצוע החלוקת בעין.

## ב. עמדת המשפט העברי

## (1) כללי

במשפט העברי יש דעתו שוננות בשאלת האם העובדה שהחלוקת תדרוש קיום זיקת הנאה בין החלקות, מונעת את ביצוע החלוקת בעין. לדעת הרם<sup>82</sup>, "אם אין בו [בשדחה] כדי שיגיע לכל אחד ואחד דרך בפני עצמו, שלא יצטרך לעبور על חלק חברו, אין בו דין חולקה". לעומת זאת, מהר"ם מרוטנברג<sup>83</sup> סבור שכogenous זה מחייבים את המקרקעין, ובבעל החלק שהדרך נמצאת בו, חייב לאפשר לחברו את הגישה להליך. השולחן ערוך<sup>84</sup> פסק כרמ"ה. בכל זאת, אם יסכימו הצדדים להחלוקת בעין, יחולקו בעין, דין כל מקרקעין שאין בהם כדי חולקה שהשותפים מסכימים לחלק אותם; ואו יידונו השאלות אלו ויקוט הנאה יש לשותף אחד על חברו.

ראה גם העירה 59, שהמאירי אומר שמרקען שאיכותם אינה אחידה, אפשר לחלק אותן לחלקים שוויים בשטחים,ומי שהחלק היקר יפל בגורלו,שלם תלומי איזון לאחרים. כמובן, יתכונו מקרים שהשותפים עדיםפו מעצם חילקה שאינה שווה, תוך מתן תלומי איזון. להדגמה, בחלוקת מקרקעין שאיכותם אינה אחידה, יתכון שיעדיפו השותפים לקבל את חלקם ברצף, תוך תלומי איזון, מלפצל את המקרקעין לחילוקות קטנות. ראה להלן, ליד ציון העירה 92.

<sup>81</sup> י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, עמ' 311.

<sup>82</sup> יד רמה, בבא בתרא, פרק א, סימן עב (ד"ה ושמיעין), הובא בטoor, חו"מ, סימן קעא, סעיף ד. דבר דומה כתוב נימוקי יוסף, בבא בתרא ח ע"א (בדפי הרכ"ה), בסוף העמוד.

<sup>83</sup> תשובות מיומניות, ספר קניין, סימן לט.

<sup>84</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעא, סעיף ג.

(2) חלוקה ללא שומה

האמורא שמואל אומר<sup>85</sup>: "האחים שחלקו – אין להן לא דרך זה על זה, ולא סולמות זה על זה, ולא אמת המים זה על זה". אחיהם שירשו מקרעין מאביהם, הרויים כשותפים במרקעין, כל זמן שלא חילקו אותם ביניהם. החלטתו של שמואל עוסקת בנסיבות של האחים ליהנות מחלוקת אחיהם, אחרי שהילקו את היורשה וכל אחד מהם קיבל את חלקו במרקעין.

הראשונים נחלקו בפירוש דברי שמואל. לשיטת רשי<sup>86</sup>, הקביעה שאין לאחים חלונות זה על זה, משמעה שם אח וזכה לבנות קיר מול חלונו של אחיו, אין ציריך להרחק אربע אמות מהחלון<sup>87</sup>. שאר דברי שמואל, עניינים שאנו יכולים להצביע סולם לעלות לביתו דרך חלקו של אחיו, ואין יכול למשוך אמת מים דרך חלקו של אחיו, ובכלל אין לו הזכות לעבورو דרך חלקו של אחיו, אף על פי שביו היה יכול לעשות כן שהרי כל הקרקע הייתה שלו. אבל אם סולם או דרך או אמת מים היו קbowעים שם כל הזמן, זכאי האח להשתמש בהם, ואין האח الآخر יכול לסלוקם או למנוע מאחיו להשתמש בהם. לפי שיטתה זו, גם אחרי פירוק השיתוף קיימת זיקת הנאה, אך זיקה זו קיימת רק ביחס להנאות שהיו נהוגות על ידי השותפים בעת קיום השיתוף. ביחס להנאות אלו, יש מקום לרישום זיקת הנאה, אם בית הדין רואה בכך צורך, למען ידע כלemand דיבע, שקיימת זיקת הנאה בין החלוקות. אמנם אין לבית דין סמכות ליצור זיקת הנאה, אבל הוא יכול לרשות זיקת הנאה קיימת, כדי לחתת לה פורום.

לעומת זאת, לשיטת הרא<sup>88</sup>, גם אם היה דרכ או אמת המים קבועה בחוץ השדה לפני פירוק השיתוף, השותף שבחילקו הם נפלן, רשאי למנוע משותפיו שימוש בהם. לשיטה זו, יש ניתוק מוחלט בין השותפים, ומילא אין שום זיקת הנאה בין החלוקות. השולחן ערוך<sup>89</sup> מכريع בשיטה זו. כמובן, גם לשיטה זו, אם הסכימו השותפים ביניהם בעת פירוק השיתוף לאפשר זה לזה ליהנות זה מחלוקת של זה בעניינים מסוימים, קיימת זיקת הנאה, ויש מקום לבית הדין לרשות זיקה זו, כדי שתהא ידועה לכל<sup>90</sup>.

<sup>85</sup> בבא בתרא ז ע"ב; סה ע"א.

<sup>86</sup> רשי, בבא בתרא ז ע"ב, ד"ה ולא סולמות. כך סבורים גם: חידושי הרמב"ן, בבא בתרא ז ע"ב, ד"ה וכן פירוש רבינו שלמה; חידושי הרשב"א, בבא בתרא ז ע"ב, ד"ה ולא חלונות; ראב"ד, המובא בראש"ש, בבא בתרא, פרק א, סימן ב.

<sup>87</sup> ראוי להעיר שלשิต ב"ח, ח"מ, סימן קעג, סעיף ג, גם בחלוקת בלבד לאור להafil על חלונותיו של חברו, לאחר החלוקה, באופן שיחשך את ביתו לחולטין. חזון איש, בבא בתרא, סימן יב, א'ות יג, הסביר את דבריו, שידעו אוור החלונות הוא החלק, ולכן סתיימת החלונות או האפלות על בעל החלקה שלאיה פונס החלונות, לא משום שיש לעבאל החלונות זיקת הנאה מאוריר החלקו, אלא משום שכאשר קיבל בעל הבניין את הבניין בעת החלוקה, קיבל למעשה גם את האור ואת האוריר הנוחוצים להלן.

<sup>88</sup> ראי"ש, בבא בתרא, פרק א, סימן ב. כך גם דעת מישרים, נתיב כו, חלק ב. גם רמב"ם, הלכות שכנים, פרק ב, הלכה יב, כתוב: "יש לי להסיר אמת המים מעלי".

אבל שות"ת הריב"ש, סימן תקי, מפרש את שיטת הרמב"ם כשותנה משית רשי וرك בעוגע לסתימת החלונות; ובי"ח, ח"מ, סימן קעג, סעיף ג, מפרש שלענין סולמות, מסכים הרמב"ם לשיטת רשי; וראה בדק הבית, ח"מ, סימן קעג, סעיף ג.

<sup>89</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן קעג, סעיף ג.

<sup>90</sup> אין מקום לטענה שפירוק השיתוף דורש כביכול ניתוק מוחלט בין השותפים, ולומר שכן יצירת זיקת הנאה בין החלוקות, גם בהסכם השותפים, היא דבר פשוט.

הרמב"ם<sup>91</sup> פוסק כדעתו שמדובר: "האחים שחלקו hari הן כלקוחות זה מזה, ואין להם דרך זה על זה וכו'". ומוסיף הרמב"ם, ש"הוא הדין בשנים שקנו שדה אחד, וחלקו, לא נשאר לאחד מהם זכות בחלק חביו". מדבריו עולה שיש להקשיש מדין האחים שחלקו לכל דיני פירוק שיתוף.

אבל מדברי התלמיד שביבא בפסקה הבאה, ניתן להסיק שדברי שמדובר נאמרו דווקא במקרים שחולקו בלי שומה, מפני שאיכוחם אחידה, וכל שותף נטל חלק במרקען על פי גודל מנתו בשיתוף. אולם אםaicות המקרקעין אינה אחידה, או שיש יתרון לחלק אחד על אחר בגל מחוורבים המצוים בו, וכדומה, ישנה דין זיקות ההנהה שבין חלקה לכלי, כפי שנראה בפסקה הבאה.

(3) חלוקה שנעשתה על פי שומה בתלמידו<sup>92</sup> מובאת ברייתא הדנה בשני אחיהם שחלקו ביניהם את ירושתם, אחד נטל כרם והשני נטל קרקע המיוערת לזרענות תבואה. לאחר שערכו של כרם עליה בדרך כלל על ערך קרקע המיוערת לזרעה, יש להניח שהחלוקת התבואה תמורה תשלומי איזון שלילם בעל הכרם לאחיו, או שבעל הקרקע המיוערת לזרעה קיבל שטח גדול יותר.

הבריתא קובעת שכגון זה, יכול בעל הכרם להשתמש בארכע אמות שבקרקע של שכנו הסמכות לכרם לשם חירישה הדורשה לכרם, אף שארבע אמות אלו שייכות לבעל הקרקע הסמכה. הנימוק של הרייתא לדין זה הוא: "שעל מנת כן חלקו". פירוש הדברים הוא, שמאחר שבעת החלקה נעשתה שומה לשתי החלקות, והאח שנטל את הכרם "שללים" עבורי בכיסף או בשטח כאמור, הוא קנה בכך את זכותו לקבל "כרם". הדעת נותנת, שכאשר שלילם לאחיו, התכוון לקבל את הזכות להשתמש בכל חלקתו בכברים רגיל, ולכך נחוצה الآخر. לכן, אנו יכולים להסיק שהאח שנטל את שדה התבואה הסכים לאפשר לאחיו להשתמש בשדהו כדי הנחוץ לו לשם עיבוד כרמו, היינו להרשות הארבע האמות הנדרשות לצורך עיבוד הכרם<sup>93</sup>.

וכך פסק הרמב"ם<sup>94</sup>: "האחים שחלקו, אחד נטל שדה לבן ואחד נטל שדה פרדס, יש לבעל הפרדס ארבע אמות בתוקף שדה הלבן סמכות לסוף האילנות של פרדס, שלל מנת כן חלקו. ואינו צריך לפרש דבר זה מפני שהוא דבר ידוע". לעומת זאת, אין צורך שהשותפים יסכימו במפורש לאפשר שימוש זה, אלא הדבר ברור ויידוע מאליו.

השם<sup>95</sup> מסיק מכאן עירazon כללי, שככל חלוקה מקרקעין שיש בה שומה, יש לכל אחד מן השותפים זיקת הנאה בחולק של שותפו, אם יש צורך בה כדי שיוכל להשתמש בחולקן. אבל אם חלוקה המקרקעין נעשתה ללא שומה, אין זיקת הנאה בין החלקות, למעט זיקות הנאה שהיו קיימות לפני החלקה, לשיטת רשי", כמפורט לעיל<sup>96</sup>.

נמצאו למדים שבחלוקת הנעשית על ידי שומה, אם אחד מן השותפים זוקק לשימוש בחולק

<sup>91</sup> רmb"ם, הלכות שכנים, פרק ב, הלכה יב.

<sup>92</sup> בכא בתרא ז ע"א.

<sup>93</sup> יש להדגיש שכן הכוונה שבעל הכרם מקבל עוד ארבע אמות, אלא כמו שאומר חידושי הריטב"א, בכא בתרא ז ע"א, ד"ה יש לו: "לא שייחיו שלן, אלא שמשועבדין לו בשעת חרישתו". קביעה זו מתאימה להוראות המחוקק בחוק מקרקעין, סעיף 5, בהגדרת המושג "זיקת הנאה" — ראה לעיל, ליד ציון הערא 81.

<sup>94</sup> רmb"ם, הלכות מכירה, פרק כד, הלכה י.

<sup>95</sup> סמ"ע, סימן קעג, ס"ק ז.

<sup>96</sup> לעיל, ליד ציון הערא 86.

של המקרקעין שקיבל השותף الآخر, תיקבע לו זיקת הנאה שתאפשר לו להנות מחלוקת אחריו החלוקה. אבל עדין לא ברור איזה שימוש נחשב נוחן לעניין זה.

התלמיד<sup>97</sup> דן בשני אחים שחילקו בינויהם ירושה, באופן שאחד קיבל טורקלין (מקום מקורה, שטוף אוור ושם) והאחר קיבל גינה ליד הטורקלין. החלוקה נעשתה בשומה, ותמורה ההפרש בין ערכו של הטורקלין לעומת גינה, נתן האח הראשון לשני תשלומי איזון או שטח גדול יותר. למים, בנה בעל הגינה קיר בגינתו, ובכך מנע את אוור השימוש מהטורקלין. בעת, טען בעל הטורקלין כלפי אחיו: "קא מאפלת עלי" – "הרי אתה מחשיך את טרקליני!" ואחיו משיבו: "בדידי קא בנייא" – "בשתי בניתי".

רב חמא הזכיר, שהדרין עם בעל הגינה. התלמיד מנמק הכרעה זו בכך, שעלה אף שהחלוקת נעשתה בשומה, מכל מקום, השומה נעשתה רק בגין הערך הצעמי הגדל של הטורקלין, ולא בגין הערך לאויר ולאור שנדרשים לטורקלין, ולכן אין בעל הטורקלין יכול לטען שבუשית השומה הוא קנה את הזכות לריבוי אוור בטורקלינו.

התוספות<sup>98</sup> מצמצמים את החידוש של רב חמא: לדעתם, אסור לבעל הגינה לבנות קיר שייחשיך לחלוטין את הטורקלין, ומותר לו רק לבנות קיר שימוש את האור, אבל לא יהשיך לגמר, כך שהוא מונע רק את תוספת האור והאויר שיש בדרך כלל לטורקלין. מדבריהם עולה, שאם השימוש של שותף בחלקו אפשרי גם ללא קביעת זיקת הנאה, אין זכאי לזיקת הנאה גם אם כתוצאה מכח השימוש היה חלקו, ולא יהיה בו ניצול מלא של החלק שקיבל. כמובן, כל האמור הוא דווקא אם השומה הייתה סתמית, ולא ככל הԲיפורוש גם את הנאה שלשם קיומה מבקש השותף זיקת הנאה. אבל כל הנאה שנוצרה בעת השומה כאחד היתונות של חלקו של שותף פלוני, מזכה את השותף הזה בכל זיקות הנאה הנדרשות לשם קיומם הנאה.

האורפון שבו נעשה שומת חלקו המקרקעין, יכול להופיע על קביעת זיקות הנאה שבין החלוקות. הטור<sup>99</sup> מביא מחלוקת ראשונים בנוגע לעניין זה. הראשונים דנו בשנים שחילקו ביניהם מקרקעין משותפים, באופן אחד קיבל בית, והאחר קיבל חצר. כמובן, חלוקה זו דורשת שומת חלקו המקרקעין, ותשומי איזון שישלים בעל הבית על החצר. השאלה היא, האם חייב בעל הבית לסתום את החלונות הפונים לחצר ממשום "היזוק ראייה" (שבעל החצר אין יכול לעשות בחצרו שימושים הדורשים פרטיות אם בעל הבית יכול לראות את מה שהוא?

הרא"<sup>100</sup> פוסק שם השומה הייתה סתמית, ולא פורטו בה ההנאות שיש בבית ואין בחצר, כגון החלונות שבבית, חייב בעל הבית לסתום את החלונות הפונים לחצר. טעמו הוא, שמאחר שלא נזכרו החלונות בשומה, אנו מניחים שבעל החצר לא מחל לבעל הבית על היזק ראייה. כמו כן, אנו מניחים שבעל הבית לא קנה, על ידי תשלומי האיזון, את הזכות להנות מאויר

<sup>97</sup> בבא בתרא ז ע"א.

<sup>98</sup> חוספות, בבא בתרא ז ע"א, ד"ה א"ל.

<sup>99</sup> טור, חז"מ, סימן קנד, סעיף כו.

<sup>100</sup> ראי", בבא בתרא, פרק א, סימן ב. אבל מדובר שם, אותן לה, משמעו שאם זיקת הנאה נדרשת לשם שימוש שהוא "מעיקר השימוש" של המקרקעין, כגון ארבע אמות הסמכות לכורם לצרכי חישתה, או ארבע אמות שלפני פתחי הבתים, נקבעת זיקת הנאה גם אם השומה נעשתה באופן סתמי בלבד לציין שהבית ניתן על פתחיו וחלונותיו, או שהכרם ניתן על כל שטח שבו לטובת עיבודו ככרם.

החלונות ומן הנוף הנשקף מהן, כאשר הנאה זו מביאה את שימושו של חברו בחצר. לכן, בעל הבית חייב לסתום את החלונות הפונים לחצר. לעומת זאת, דעת רבנו יונה<sup>101</sup> היא, שככל זמן שבושמה לא נתרפשו הנאות מסוימות, אלו מניחים עלומתו, דעת רבנו יונה<sup>102</sup> היא, שככל הזמן שולמו עבורי כל הנאות הדרשות לחלקה זו. לכן, תשלומי האיזון מזמנים למשלים זיקות הנאה לכל הנאות שלהם קיומן נדרש שימוש בחלקה השכנה. אבל אם בעת עשיית השומה אמרו הצדדים שהם לוקחים בחשבונן הנאה מסוימת, יש זיקת הנאה רק עבורי הנאה זו, ולא עבורי הנאות שלא נזכו אז. הש"ך<sup>103</sup> פוסק כרבנו יונה.

בסיכום, בחלוקת שנעשתה ללא שומה והערכה, אין אף שותף זיקת הנאה בחלוקת חברו. אם נעשתהחלוקת על פי שומה והערכה, לדעת רבנו יונה, אם לא פרטו בשומה את הדברים שנכללים בה, יש זיקת הנאה בין החלוקות גם לאחרחלוקת, וכל שותף יכול להינות חלק חברו אם איינו יכול להפיק הנאה מחלוקתם בלבד וזיקת הנאה. אבל אם פרטו בשעת השומה את הנאות שבגלוין חלק מסוים יקר יותר ממשנהו, יש זיקות הנאה רק בגין ההנות שפרטו. לעומת זאת, לדעת הרא"ש, אם אין בשומה פירות של הנאות שבזה עדיף חלק זה על الآخر, אין שום זיקת הנאה בין החלוקות; ואילו אם היה פירות כזה, יש זיקת הנאה רק בגין ההנות המפורחות בשומה. מוסכם על הכל שככל האמור הוא רק בגין זיקות הנאה שגם ללא קיומו מתאפשרה הנאה מן החלקה; אבל אם בלא קביעת זיקת הנאה לא תהיה שום אפשרות להשתמש בחלוקת ולהינות ממנה – זיקת הנאה תיבעת בכל אופן.

## פרק שישי

## סיכום

בפירוק שיתוף, המחוקק מעדריך פירוק בדרך של חלוקה בעין על פני כל דרך אחרות. בדבר זה, זהה עמדת המשפט העברי לעמדת המחוקק.

לפי המשפט הישראלי, מקרים נינתיים לחלוקת אם תשוריט לחלוקתם אושר על ידי רשותו התכנון. לפי המשפט העברי, מקרים נינתיים ייחסו כנינתיים לחלוקת בעין, רק אם אחרי החלוקה, יהיה חלקו של כל אחד מהשותפים גדול דיין כך שייהיה ניתן להשתמש באותו חלק לאחריו ייעוד שהוא לו בטרם החלוקה.

במקרים שאינכם אחידה, כל שותף מקבל את חלקו ברצף. אין בית הדין צריך להכריע היכן יוכל כל שותף את חלקו, אלא בית הדין יקבע את השותפים לחלוקת על פי גורל. אם יש לפחות מון השותפים מקרים נינתיים הגובלים במקרים מסוימים, סבורים הרמב"ם והשולחן ערוך שיש לאותו שותף את חלקו בסמוך למקרים, ואילו הרא"ש והרמ"א סבורים שאין לו זכות לדרש זאת.

נראה שלפי המשפט הישראלי, אם יש לפחות מון השותפים נימוק ענייני לקבל חלק מסוים

<sup>101</sup> עלויות דרבנו יונה, בבא בתרא ז ע"א, סוף ד"ה ולענין.<sup>102</sup> ש"ך, ח"מ, סימן קנד, ס"ק כד. כך פסק גם נתיבות המשפט, סימן קנד, חידושים, ס"ק סו.

דוקא, כמו במצב שתיארנו, מיחשב התנגדות לא עניינית של שאר השותפים כהתנהגות חסרת חום לב.

במקרהין שאיכותם אינה אחידה, לדעת רוב הפסיקים, אם הדבר אפשרי, יש לחלק את המקרהין לכמה חלקים, לפי איקות המקרהין, ולהחלק את כל אחד מן החלקים האלו בין השותפים, לפי חלקם היחסי במרקען, וכן פסק הרמ"א. אבל הרמב"ם סבור שיש לחלק את המקרהין בלי להתחשב באיזו של כל חלק, בלבד לכל החלקים ידיו זהים בערכם, כדי שהחלוקת תהיה צודקת.

המשפט הישראלי אינו מתייחס לשאלת זו, ככל הנראה מכיוון שאפשרויות הפיצול של הנכס מוגבלות מכוח הוראות חוק התקנון והבנייה. את בעיית הגינות החלוקה, פוטר המשפט הישראלי באמצעות תשלומי איזון.

אם המקרהין המשותפים מפוזרים במקומות שונים, והחלוקת השונה שותה באיזו, לדעת הרמ"א, יש לחלק חלקה כנגד חלקה. אולם אם יש עדיפות כלשהי לחילקה מקרהין אחד על האחרת, מחלקיים בין השותפים כל חילקה מקרהין בפני עצמה.

לפי המשפט הישראלי, אם המקרהין מפוזרים, יש לכל אחד מהשותפים זכות לקבל בפירוק השיתוף חלק פיסי מכל אחד מן החלקים.

ב"(ב) קובע המחוקק כי "ישולמו תשלומי איזון משותף לשותף" אם הדבר נחוץ לowitz' חילקה בעין. לפי המשפט העברי, בדרך כלל אין צורך בכך, שכן אין בו מגבלהות "תיכוניות", ואפשר לחלק את הקרקע לחלקיים שווים על ידי הזזה קו הגבול לפני הצורך. יש בכל זאת מצב שנדושים תשלומי איזון: אם שטח הקרקע הוא גודל זין, שיש בו כדי חילקה, אבל הזזה קו הגבול כדי לצור שני חלקים שווים בערכם, תגרום לכך שטחן של אחד החלקים (שアイכו טובה יותר) יהיה פחות מהשיעור הרואין — כאן מחלקיים את הקרקע לחלקיים שווים בגודלם, וכי שימושם לוגרול החלק, ישלם תשלומי איזון לשותף الآخر.

ב"(ג) קובע המחוקק שאם "ראתה בית המשפט צורך בכך, רשאי הוא למצוות על רישום זיקת הנאה בין החלקות". לפי המשפט העברי, אם החלוקה גורמת לכך, שיש צורך בקיום זיקת הנאה בין החלקות, ייחשבו המקרהין כמרקען שאינם ניתנים לחלוקה, שאין מבצעים בהם חילקה בעין אלא אם הסכימו לכך כל השותפים.

אם החלוקה נעשתה בעלי שומה, היינו בלי להתחשב בעובדה שאחד החלקים יקר יותר, אין אף שותף זיקת הנאה בחילקתו. אם נעשתה החלוקה בשומה, ולא פרטו בשומה אילו דברים נכללים בה, יש זיקת הנאה בין החלקות גם לאחר החלוקה, וכל שותף יכול להנות חלקם חבריו באופן שלולא זה לא יוכל להפיק הנאה מחלוקת. אם פרטו בשעת השומה מדוע חלק מסוים יקר יותר מאשרו, קיימות זיקות הנאה רק בגין להנאות שפורטו בשומה, שבهن יותר חלק אחד על האחד. כל האמור הוא ורק במקרה לזיקות הנאה שגם ללא קיומן מתאפשרות הנאה מן החלקה; אבל אם לא קביעה זיקת הנאה לא תהיה שום אפשרות להשתמש בחילקה וליהנות ממנה — יש זיקת הנאה בכלופן.

פרק שביעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

פירוק דרך חלוקה 39. (א) במרקעין שיש בהם כדי חלוקה, כך שלאחר חלוקתם יקבל כל שותף חלק שיוכל לשמש ליעוד המקורי של המרקען – פירוק השיתוף בדרך של חלוקה בעין.

(ב) החלוקה בעין תיעשה באופן שכל שותף יקבל שטח השווה לערך מנתו בשיתוף; אם הדבר יגרום לכך שאחד מן השותפים קיבל שטח שהוא קטן מכדי לשמש ליעוד המקורי של המרקען – יהולקו המרקען לחלקים בגודל שווה, וכי שחלקו שווה ערך יותר בגין איכוח הקרקע ישלם תשלום תשלומי אייזון ליתר השותפים.

(ג) אם נעשתה החלוקה תוך התחשבות באופן מיוחד של אחד מחלקיהם, המעליה את ערכו, השותף שקיבל חלק זה זכאי לזכות הנאה על שאר החלקים, אם היא נדרשת לקיום האופי המיוחד של חלקו.

## פירוק דרך מכירה

פירוק דרך מכירה 40. (א) במרקעין שאינם ניתנים לחלוקת, וכן אם נוכח בית המשפט כי חלוקה בעין תגרום ניכר לשותפים, כולל או מכךם, יהיה פירוק השיתוף בדרך של מכירת המקרקעין, וחלוקת הפלין.

(ב) המכירה תהיה בדרך שנמכרים מקרקעין מעוקלים בהוצאה לפועל, ולת אם הורה בית המשפט על דרך אחרת שנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות העניין.

### התוכן

**פרק ראשון: מבוא 191**

**פרק שני: חלוקה האורמת הפסד — "אם נוכח בית המשפט כי חלוקה בעין תגרום הפסד" 192**

**פרק שלישי: דרך הפירוק — "יהיה פירוק השיתוף בדרך של מכירת המקרקעין"; "גוד או אגד" 193**

**א. כללי 193**

(1) עמדת החוק 193

(2) עמדת המשפט העברי 194

**ב. בשיתוף שנוצר בהסכם השותפים 195**

ג. בנכס שלא נועד לשימוש אישי 197

ד. קביעת גובה התשלומים 197

ה. מכירת הנכס לאדם זר 198

ו. מועד החשלום 200

ז. אם השותף השני רוצה בחילוקה לזמןים 201

ח. אם חלק מהשותפים הם קטינים 201

**פרק רביעי: סיכום 202**

**פרק חמישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 203**



## מבוא

לאחר שראינו בסעיף 39 כיצד מתבצעת חלוקה בעין המאפשרת לכל אחד מהשותפים בעליות בUNUSEDית בחלק מהנכס, דין סעיף 40 במקרים שהשותפים אינם מצליחים להסכים על דרך פירוק השותפות, והמציאות — הטענית או הכלכלית — אינה מאפשרת לפצל את הנכס באופן המשקנה בעלות חלקייה בלבד. במקרים אלה קבע המחוקק הישראלי הוראה חריגה: שהנכס יימכר בניגוד לרצונם של השותפים. ככל, מכיר נעשה ריק בהסכם הבעלים, ואם כן, מדובר בהסדר חריג. בסעיף קטן (ב) יש הפניה למנגנון המשפטי המרכזי למים נכס ללא הסכמת או מעורבות בעליו — חוק החזקה לפועל. הפניה זו מלבד שכם שנכסי חיבר ממומשים בפיקוח מערכת המשפט, ובלי להיתר מעמד לחיבר, כך "מופקעים" גם נכסי השיתוף בתחום

שאינו חולוי בצדדים. מבחינת החוק, דין השותפים כדין כל ווכש פוטנציאלי מהציבור.

ס"ק (א) מבהיר שני מצבים שבהם חלוקה בעין אינה אפשרית. המצב הראשון הוא "מקרים שאיןם ניתנים לחלוקה". גם לפי המשפט העברי, אם אין בפרק " כדי חלוקה", אין לשותף זכות לדושח חלוקה בעין. בדיונו בסעיף 39 בירורנו איזו קרקע קרויה "אינה ניתנת לחלוקה". המצב השני הוא אם "עוכב בית המשפט כי חלוקה בעין תגרום לפסד ניכר". המחוקק לא קבע כיצד יוגדר הפסד כ"הפסד ניכר". בפרק שני, נבחן האם גם לפי המשפט העברי, הפסד ניכר מונע חלוקה בעין, וכן, מהו "הפסד ניכר"?

הסעיף קובע בדרך הפירוק, כשחלוקת בעין אינה אפשרית, תהיה במכירת הנכס, משמע, מכירתו לכל המרבה במחיר, וחולקת דמי הפידון בין השותפים. גם לפי המשפט העברי, פירוק השיתוף במצב זה ייעשה על ידי מכירת הנכס, אלא שהנכס לא יוצע למכירה לכל מאן דבאי, אלא רק לשותפים עצמם. דרך זו קרויה: "גוד או אגד", שמשמעותו: "קנה אתה מני, או אקנה אני מך".

המשפט העברי אינו דוגל בפתרונות כדוגמת זה של המשפט הישראלי, שבו "מופקעים" נכסי השותפות מיידי השותפים ונמכרים בעל כורחם. המשפט העברי מעדיף לשומר, ככל הניתן, על זכויות השותפים בנכס הכספי, ועל כן הוא קובע את הפתרון של "גוד או אגד". מנגנון משפטី זה שומר על זיקה בין השותפים לבין המקרקעין, ובניגוד למשפט הישראלי — מעמדם אינם כשל זרים. אך הקביעה שפירוק שיתוף במרקען שאינם ניתנים לחלוקה הוא בשיטת

<sup>1</sup> חוק המיטלטין, התשל"א-1971, סעיף 10(ג), קובע הוראה דומה בפרק שיתוף במיטלטין: "מכירת המיטלטין על-פי צו בית המשפט תהיה בדרך שמכרים מיטלטין מעוקלים בהוצאה לפועל, זולת אם הוראה בית המשפט על דרך אחרת הנראית לו יעילה וזכאית יותר בנסיבות העניין". מזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 526(ב)(1), מאחד את ההוראות: "בנכס שיש מנעה בחיקוק לחלוקתו בעין או שחלוקתו גורם להפסד ניכר לאחד השותפים, יורה בית המשפט בצו פירוק על מכירת הנכס וחלוקת הפידון; מכירת הנכס תהיה בדרך שבה נמכרים נכסים מעוקלים מאותו סוג בהוצאה לפועל, אלא אם כן נמצא בית המשפט לנכון להורות על דרך אחרת".

"גוד או אgod", היא רק ראיית הדך, שכן היישום ההלכתי של הכלל נתון בחלוקת רבות. בעצם, מדובר בספקטורם נרחב של פתרונות משפטיים, החל מקביעה זכות קידמה לשותף, ועד קביעה שלא ניתן למכוור לצד ג'. המכנה המשותף שביהם: nisiין לצמצם את הפגיעה בקניין הספציפי גם במקרים מורכבים של חוסר הסכמה וחוסר יכולת לחלוקת בעין. בכלל אלו עוסוק בפרק שלישי.

אם השותפים אינם מצליחים לפרק את השיתוף בדרך מכירה, המשפט העברי מציע לשותפים שאינם מעוניינים להשתמש בלבד בנכש המשותף, חלוקה לומנים בשימוש בנכש, או השכנתו לאחר וחלוקת דמי השכירות. אך מאחר שאין בדרכים אלה ממש פירוק השיתוף, בירורן אינו מעניינו של סעיף זה, אלאណון במסגרת דיןונו בסעיף 30.

## פרק שני

### חלוקת הגורמת לפסד — "אם נוכח בית המשפט כי חלוקה בעין תגרום לפסד"

בדיווננו בסעיף 39 הגדרנו מה הוא נכון לתת לחולקה בעין, לפי עמדת החוק ולפי עמדת המשפט העברי. מסעיף 40 למדים אנו, שיש נכון ששתיכון בו חלוקה בעין, בכלל זאת היא לא תחולק כך, משום שהיא "תגרום לפסד ניכר לשותפים". אך הסעיף אינו מבהיר מהו "הפסד ניכר".

מהי עמדת המשפט העברי בעניין חלוקה בעין הגורמת לפסד? תרומה הדשן<sup>2</sup> פוסק, ששותף יכול למנוע חלוקה בעין אם היא גורמת להפסד ניכר, והוא שערכו של חלק של הנכס פוחת לאחר החלוקה ביותרו מחמשית. הרם"<sup>3</sup> מביא להלכה את דברי תרומה הדשן: "זוכן אם רוצחים לחולק בית שיש בו דין חלוקה, והבבית יהיה נפסד (ונגרש), אין יכול לכוף חברו, כל שנראה לבית הדין שההפסד יותר מחומש".

מדובר אין חולקים נכס שחולקו גורמת לפסד? מדובר החzon איש<sup>4</sup> נרא, שהסתיבה לכך היא, שבעצם נכס זה אינו ראוי לחלוקה: העובדה שחולקת הנכס מוריידה מערכו, מוכיחה שהחלוקת משנה את ייעודו ואת שמו. זאת משום שבתחילתה היה ברשותו של כל שותף חלק יפה, גדול ומואר, ואם יחלקו, יהיה בידו חלק גרווע, קטן ואפל. החzon איש אומר, שמטעם

<sup>2</sup> תרומה הדשן, שווית, סימן שלו. מקור דבריו בסוגיות התלמיד, בכא מ齊עא ח ע"א, המבדילה בין שיתוף בבהמה טהורה, ששותפים אותה בעין, מפני שאפשר לאוכללה לאחר חלוקתה, לבין שיתוף בבהמה טמאה, שאין חולקים אותה בעין, מפני שערכה כנ빌ה פחותה בהרבה מערכה כשהיא בחיים, וזה אף על פי שגמ' שחייבת בבהמה טהורה גורמת לפסד.

<sup>3</sup> רם"א, חוו"מ, סימן קעא, סעיף ה. אולם שווית מהירוש"ץ, חלק ג, סימן קכט, חולק על תרומה הדשן, וסביר שגם אם החלוקה בעין גורמת לפסד, מחלוקת בעין. ברם, גם לדעתו, אם יש שתי דרכים לחלוקה בעין, יש להעדיף את הדורך שגורמת לפסד קטן יותר.

<sup>4</sup> חזון איש, בכא בתרא, סימן ח, אות יא. הוא אינו אומר בפירוש שכירקע שאין בה דין חלוקה מצד גודלה, אין חולקים גם אם השותפים מסכימים לפצצת השותף המתנגד לחלוקת; אבל כך עולה מדבריו. בעניין זה ראה גם חזון איש, בכא בתרא, סימן ז, אות ח.

פרק שני: חלוקה הגורמת לפסד – “אם נוכח בית המשפט כי חלוקה בעין תגרום לפסד”

זה, אם חלק מן השותפים רוצחים בכל זאת חלוקה בעין וחלקים מתנגדים, והותם כנים בה מוכנים לפצוח את האחים, כדי שהחלוקת לא תגרום להם נזק, לא יוכל לכוון חלוקה בעין. זאת, בדומה לכך שבמקרה עין שאין בהם כדי חלוקה מבחינה גודלים, אין שופט זכאי לדרש חלוקה בעין גם אם הוא מציע פיצוי כספי לשותף الآخر.

החתם סופר<sup>5</sup> מבחן בין שיטוף שנוצר בהסכם השותפים, לבין ירושה, שהיא שיתוף שנוצרatorialiy. בשיטוף שנוצר בהסכם, אם החלוקה תגרום נזק לאחר השותפים, רשאי אותו שותף למןעו חלוקה בעין. אולם, הדבר יגרום לכך ששותף אחר המעוניין בחלוקה, ייאלץ להמשיך ולהשתמש במקרה עין בשיטוף, אך יצירת השיטוף בהסכם מלמדת על הסכמה כללית של כל השותפים שלא לדרוש חלוקה הגורמת נזק. לעומת זאת, בירושה, לא הייתה מעולם הסכמה על השיטוף. להיפך, במצבה של הירושה, מצב השיטוף בה הוא זמני, והוא עתידה להתחלק בין היורשים, ונמצא שערכו של כל חלק מראש היה נמוך כמו הערך שהוא לו לאחר חלוקה. משום כך, בירושה, גם אם ערכו של כל חלק בנכש יקטן עם חלוקתו, מחלוקת בעין, אם אחד מן היורשים דורש זאת.

#### פרק שלישי

### דרך הפירוק – “בדרכ של מכירת המקרה עין”; “גוד או אגוד”

#### א. כללי

(1) עמדת החוק

בדיוןנו בסעיף 39, פרק ראשון, עמדנו על כך שבullenot במרקען מפתחת זיקה של הבעלים כלפי המקרה הספציפיים, שכן אין שתי חלות אדרמה זהות לחלוין במיקומם וב藐נותם. לכן, בדרך כלל, אין הדין כופה על בעל המקרה עין לקבל פיצוי כספי כתחליף למקרה עין, ועל כן “דרך המלך” בפירוק שיטוף היא חלוקה בעין, שבה כל שותף מקבל בעולות בלעדית בחלק מהנכס. בנוסף להעדפת חלוקה בעין על מכירה, נקבע בפסקה הישראלית<sup>6</sup> שבדרכ כל יש להעדיף לפירוק את השיטוף על ידי רישום הנכס כבית משותף, מפרק על ידי מכירה. הסיבה לכך היא שפירוק על ידי רישום כבית משותף מותיר את השותפים עם המקרה, ואני מאמין אוטם להסתפק בכיסף תמורה המקרה. תוצאה זו עולה בקנה אחד עם מדיניותו הכלכלית של המחוקק להימנע מלכוח על בעלי מקרה קבלת כסף כתחליף למקרה עין.<sup>7</sup> אם כך, נשאלת השאלה, מדוע בנסיבות שאין ממכירת הנכס כדי לפירוק את השיטוף, לא ניתן המחוקק זכות קדימה לשאר השותפים בקניית הנכס, אלא כפה עליהם להתחזרות עם שאר הציבור במסגרת מכירה בהוצאה לפועל?

מעיון בהיסטוריה החקיקתית של סוגיה זו עולה שהשיקולים שהנחו את המחוקק בקביעת

<sup>5</sup> שותף חתום סופר, חוות, סימן יב, ד”ה ובלא”ה.

<sup>6</sup> ע”א 587/78 רוטשילד נ’ פרנק, פ”ד לג(3) 33.

<sup>7</sup> ראה י’ ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיטוף, § 5.134§, עמ’ 306. גם סעיף 41 מראה מאין נוסף של המחוקק להימנע מהפתIRON הבלתי של סעיף 40; ראה להלן.

הפתרונות היו שיקולי עיליות. עד לחקיקת חוק המקראען, חל בסוגיה זו הדיון העות'מני, שקבע בשלב ראשון זכות קדימה לשותפים בקניית הנכס המשותף בהליכי הפירוק, ורק אם לא נמצא קונה לנכס בין השותפים, עבר הנכס בשלב שני למיכירה פומבית הפתוחה לציבור הרחב. בדיוני הנסת<sup>8</sup> בהצעת חוק המקראען, הסביר שר המשפטים שהוחלט לותר על השלב הראשוני, ולעבור היישר לשלב השני של המכירה הפומבית, מכיוון שנסיוון העבר לימד שמתן זכות קדימה לשותפים אינו מניב תוצאות היובאות, וגורם למעשה כך לבזבוז זמן לבית המשפט ולצדדים. שיקול עיליות נוסף שהזוכר בפסקה<sup>9</sup> הוא שהמכירה הפומבית עשויה להבטיח שיווג מחיר גבוה יותר מבמצב שرك השותפים מתחרים על הנכס<sup>10</sup>. יש בזה גם עידוד לפירוק שהקרקע תהיה בידי האדם שבבערו היא בעלת הערך הגדול ביותר. יש בזה גם עידוד לפירוק השיתוף, כיוון שהשותף יודע שיקבל תמורה גבוהה חלקו בקרקע. זאת בהתאם למגמה הכלכלית של המחוקק, שראינו לעיל<sup>11</sup>, לעודד פירוק שיתוף.

(2) עמדת המשפט העברי

לפי המשפט העברי, שותף הדורש לקבל את חלקו בנפרד<sup>12</sup>, בנכס שאינו ניתן לחלוקה, זכאי לדorous משותפו: "גود או אגוד"<sup>13</sup>, כלומר, משוכן אתה, או שאתה אמשוך<sup>14</sup>, הינו: קנה או

<sup>8</sup> דברי הכנסת, 40, עמי 2132.

<sup>9</sup> ע"א 190/73 חזקיהו נ' שרכ, פ"ד כח(2) 44.

<sup>10</sup> אלום י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, § 5.142, עמ' 314-315, מער שnthורה בסוגיה זאת אי בהירות בפסקה, והוא מעלה אפשרות שרצוי לחזור להסדר שקרים לחוק המקראען, ולחת זכות קדימה לשותפים במכירה אגב פירוק שיתוף.

<sup>11</sup> סעיף 37, ליך ציון הערכה.<sup>3</sup>

<sup>12</sup> נקבעו כך ולא "הדורש לפרק את השיתוף", מפני שבמשפט העברי אין לשותף זכות לדorous את פירוק השיתוף כלו, אלא רק לדorous את חלקו בנפרד, כפי שראינו בדינונו בסעיף 37, ליד ציון הערכה.<sup>10</sup>.

<sup>13</sup> דין "גוד או אגוד", במקראען ובmitteltlzn, מפורט בהרחבה באנציקלופדיה תלמודית, ערך גוד או אגוד, כרך ה, עמ' רלגרטט. להלן נביא את עיקרי הדברים, השכיחים והנחוצים לנוינו. בחוק היירושה, התשכ"ה-1965, סעיף 113, נקבעה דורך דומה ל"גוד או אגוד" – מכירת הנכס לירוש המובה במחירו.

בשאלה האם הזכות לדorous "גוד או אגוד" היא מהותורה או מדרבנן, ראה: ש"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קמא; שיטה מקובצת, בכוא בתרא יג ע"ב, ד"ה וזיל הר' יונה; מדרכי בכוא בתרא, סימן תקט; קריית ספר, הלכות שכנים, פרק א; חזון איש, בכוא בתרא, סימן ח, ס"ק א; שיעורי עיון התמלוד, בכוא בתרא, שיעור ח; רש"ז שטיינברג, "בדינה דגוד או אגוד", בית אהרן וישראל, גלי' מה (שבט-אדර תשנ"ג), עמ' מורה; רב"ד פוברסקי, בס' זכרון הצדיק והצדקה, עמ' רנברנד; שיעורי ר' שמואל, בכוא בתרא, סימן ר'ח; חזידי ר' שמואל, בכוא בתרא, סימן יב, אות ב; שערוי זיו, חלק ב, סימן מא (האם הוא מן הדיון, או תקנה מסוימת כופין על מدت סדום").

בשאלה האם "גוד או אגוד" הוא בגין מדርכה והקנה או שזה סוג של חלוקה, ששותף זה מקבל קרקע ושותף אחר מקבל כסף, ראה: ברכת ואובן, דף קב; רש"ז שטיינברג, שם; רח"א בריזל, "בגדר גוד או אגוד", בית אהרן וישראל, גלי' יט (תשיריטשווין תשמ"ט), עמ' סב-טס; שיעורי ר' שמואל, בכוא בתרא, סימנים ר'חה, רכדרכה; חזידי ר' שמואל, בכוא בתרא, סימן יב.

לטעם הזכות לדorous "גוד או אגוד", ראה: הרא"ש ובית זבול, שהובאו בסעיף 39, 39, דברות משה, בכוא בתרא, סימן י; ר"ד פנDEL, שעלי דעת, גלי' ג, עמ' 144. וראה אמרת לייעקב, בכוא בתרא יג ע"א (עמ' קו), הכותב שב"גוד או אגוד", השותף שמוכך נחשב שהוא רק מסלק את עצמו מזכויותיו ואני נחשב מוכך ממש. בשאלה האם צריך שיאמר השותף הנ忝בע "רוצה אמי", ראה: שיעורי ר' שמואל, בכוא בתרא, סימן ר'חה; חזידי ר' שמואל, בכוא בתרא, סימן יב, אות א; שערוי זיו, חלק ב, סימן מא.

<sup>14</sup> כך פירושו העורך, ערך גדר ב'; רמב"ם, פירוש המשנה, בכוא בתרא, פרק א, משנה ו;תוספות, נדה לו ע"ב,

### פרק שלישי: דרך הפירוק – "דרך של מכירת המקראין"; "גוד או אגד"

אקנה. פירוש הדבר הוא, אחד השותפים יכול לכפות את שותפו לבחור באחת מן האפשרויות: לקנות את חלק שותפו, או למכור לו את חלקו. המקור לפירוק בדרך של "גוד או אגד" הוא בתלמוד<sup>15</sup>: "אין בהן [=במקראין] כדי זהה וכי רזה, מהו? רבי יהודה אמר: אית דין בגוד או אגד". וכן פוסק הרמב"ם<sup>16</sup>: "אחד מן השותפים שאמר לחבריו במקומות שאין בו דין חולקה... המכור לי חלק בכך וכך או קנה מני חלק בשער זהה", הדין עמו, וכופין את הנבעם למכור לחבריו או לקנות ממנו".

ההבדל העיקרי בין זכותו של השותף הלכתי לבין זכותו לפי החוק, הוא שבמשפט העברי יש זכות קדימה לשותף الآخر לקנות, ואילו בחוק אין לו זכות קדימה. במשפט העברי, השותף המעווני בפסיקת השיתוף חייב לאפשר לשותף الآخر לבחור על פי רצונו בין שתי האפשרויות, כפי שעולה מהלשון "גוד או אגד" – תחלה "קנה", ורק אם אין ווצה בכך, "אקנה". לעומת זאת, בחוק, השותף אחר צריך להתחזר עם כל אדם אחר, והרבה במחיר יזכה.

נראה שהטעם שהמשפט העברי מעניק זכות קדימה לשותף الآخر הוא הרצון לצמצם עד למינימום את הפגיעה בשותף الآخر, שפירוק השיתוף נכה עליו על כורחו. לבן יש למנוע מצב שבו הוא יונשל מן הנכס למגורי נגד רצונו, אלא יש לאפשר לו לקנות את כלו<sup>17</sup>. רק אם לא יוכל (או לא ירצה) לקנות את הכלול, מוציאים מידו את חלקו אף שאינו ווצה בכך, וזאת בדילת ביריה, כדי לאפשר לשותף הראשון את זכותו היסודית להשתחרר מן השיתוף. יש מן הפסקים הממצאים את הזכות לדרש "גוד או אגד", כפי שנראה להלן.

#### ב. בשיתוף שנוצר בהסכמה השותפים

יש אומרים<sup>18</sup> שהזכות לדרש "גוד או אגד" קיימת רק בשיתוף שנוצר מכוח מתנה או מכוח רושה, ואילו בשיתוף שנוצר מכוח רצון השותפים ליצור שיתוף ביניהם, כגון שקנו את הנכס

ד"ה גדריה; כספ' הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב.  
אולם בית יוסף, ח"מ, סימן קעא, סעיף ה, פירוש בדעת רשי, ש"גordon" הוא מלשון "קציצה", כלומר, הקצתה דמים. לפי פירוש זה, משמעות הביטוי "גוד או אגד" היא: קצוב סכום של כספ', שהיא מוכן לשלם תמורה חלקית בנכס, או שاكتצוב אני את הסכום שאינו מוכן לשלם תמורה חלקית בנכס.

<sup>15</sup> בבא בתרא יג ע"א.

<sup>16</sup> רמב"ם, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב.

<sup>17</sup> ייחנן שיש כאן גם נמק ריעוני: על פי מחשבת היהדות יש קשר רוחני בין אדם לכוסחו, ועל כן יש להימנע ככל האפשר מלנתק את השותף מן הנכס שלו בעלי הסכמתו. מקורות לקשר הרוחני זהה: ר' חיים ויטאל, שער הפסוקים, פרשת משפטים (שהממון שיש לאדם הוא לפי השפע ממשפיעים מלמעלה על נשמהו); ר' צדוק מלובלין, דברי סופרים, אות ג (שנקניינו של האנשים שיש להם בירושו); צדקה הצדיק, אות פו (שלל קנייני האדם הם מושרש נפשו), אות צא (קנייני האדם הם מחייב חיותו המתפשט בבריותו), ואות קצז; ישראל קדושים, אות ה, דף ז ע"ג; מחשבות חרוץ, אות ז; באր מים חיים, בראשית לג, יט, וויקרא כו, ג; מכתם לדוד (ספרבו), בראשית פרק כב, יג, ופרק ל, לה; ביאור הגרא", אסתור ג, יג (הקניין חלק מהאדם כגוף ונפשו); ר' ייננס, אור חדש על ציון, שער ד, פרק י (דף לא ע"א); מי מרום, משפטיים, מאמר סא,ומי מרום, חלק יג, על סיורו התפללה, שער התפללה, אות א (עמ' ייא); מי השילוח, פרשת משפטיים (וראה מדיני תחומיין בחפצים); בית יעקב (אייזובייא), פרשת משפטיים, אות ה, דף קלח ע"א, אות יא, ד"ה ההנה בזו, ואות יז, קג ע"ד; ר' מיכאל אברהם, "בענין חיבת תלמידין על מונו שהווין", משפטי ישראלי, נזקין,

עמ' 108-131.<sup>18</sup> רון צורף, "עינויים בנסיבות הקניין", שיר למלגולות, גלי ד (ادر תשס"ב), עמ' 28.

השגות הראב"ד, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ג; ר' הלוי [=ר' מגש], המובה ברא"ש, בבא בתרא,

יחד, אין זכות זו קיימת, מפני שהסכם השותפים ליצור שיתוף בנכש שאין בו כדי חלוקה כוללת במשתמע התחייבות שלא לפרק את השיתוף על ידי "גود או אגוד".<sup>19</sup> אבל הרמב"ם<sup>20</sup> אינו מבחין בין שיתוף הנובע מירושה או מתנה לשיתוף אחר. הוא יכול להסביר על נימוקה של השיטה הקדומה, שגם בשיתוף שנוצר בתחילת ערך בסיס רצוני, יכול התובע לטעון: "סבירו החתיי לקלבל ולדורן, ועכשו אני יכול לסלול".<sup>21</sup>

נראה, שטעумם של הממצאים את זכות "גוד או אגוד" הוא, שיש בהליך זה נזק לבעלים המשותפים. פעמים רבות, מחציתו מערך הנכס המשותף שווה פחותו מערכו של שימוש חלקי בכל הנכס. כמו כן, יש זמנים שבהם מחיר הנכס בשוק הוא נמוך, ומORITYו בזמן זה תסב נזק לשותפים.<sup>22</sup> לעומת זאת, המרכיבים את הדיין סוברים, לנראה, שיש לאפשר לשותף להשתחרר מן השיתוף ולמש את בעלותו החלקית בנכש באופן בלעדי, עד כמה שאפשר, גם אם הדבר יسب נזק לשותפיו.

הרא"<sup>23</sup> נוקט עמדת בניינים בשאלת זו. הוא מסכים שכך ששותף גילה את רצונו בקיים השיתוף, מחל על זכותו לפרקן. אולם, לדעתו, אם רצון השותף לפרק את השיתוף נובע מהיותו מצב חדש, שלא היה קיים בעת יצירת השיתוף, הוא זכאי לדריש "גוד או אגוד". לדוגמה, אם מתחילה לא התקווין אחד השותפים לגור בדירה המשותפת, כיוון שהיתה לו דירה אחרת, ולימים נשרפה אותה דירה, וכעת הוא מבקש לפרק את השיתוף בדרך של "גוד או אגוד", כדי שיוכל לגור בחלקו בדירה המשותפת לבדו, הוא זכאי לעשות כן. זאת ממשום שכן

פרק א, סימן נא (הובא בטור, ח'ו"מ, סימן קעא, סעיף לג); ראה, המובה בנימוק יוסף, בכא בתרא ח ע"א (בדפי הר"ף).

אשר לכחו של ההסכם שמללא שביניהם שלא לפרק את השיתוף, ראה סעיף 37, הערכה 32, שמלחילה על זכות לפרק את השיתוף אינה מועילה, מני שמלחילה על קרקע אינה מועילה. לפי זה, כאמור, גם כאן צריך לומר שאין כאן מחלוקת, אלא החחיבות מכלל, אלא אם כן נאמר שמלחילה על הזכות להצע "גוד או אגוד" אינה מחלוקת על קרקע, שהרי הוא מוחל על הזכות לקנות קרקע של אחר, ומחלוקת זאת מועילה. על הזכות לתבוע "גוד או אגוד" בשותפים מכוח קנייה, ראה: ברכת רואבן, דף קב; דברות משה, בכא בהורא, סימן י'; עורת שלמה (קרליין), הלך א, סימנים סב-סג; שווית צמה צדק, ח'ו"מ, סימן כד; ושי"ז שטיינברג, "בדינה בגוד או אגוד", בית אהרן ויישראל, גל' מה (שבט-אדר תשנ"ג), עמ' מו; רב"ד פוברסקי, בספר זכרון הצבי והצדיק, עמ' רנברנד; רח"א ברזיל, "בגדר גוד או אגוד", בית אהרן ויישראל, גל' יט (תשורי-THON תשם"ט), עמ' סב-טו.

<sup>19</sup> נימוק זה קשה, שהרי לפחות גם בקרקע שיש בה כדי חלוקה לא צריכה להיות זכות לרוש חלוקה בעין בשיתוף שנוצר מכוח רצון השותפים, ולא מצאנו מי שאומר כך, פרט לדברי הגור"א שנביא בסעיף 45, ליד ציון הערכה 14. אפשר להסביר, שהזכות לדריש "גוד או אגוד" היא זכות מודגשת (לgentis את כל הנכס), ולכן יותר קל לוותר עליה, ואילו הזכות לדריש הלווה בעין היא יותר פשטה, ולכן דרישה הוכחתה יותר כדי לנחותה שздירים התקווינו לוותר על זכות זו.

ראה גם שיעורי עין התלמוד, בא בטורא, שיעור ח, שנימק שהරאב"ד סביר שהזכות לדריש "גוד או אגוד" היא רק תקנת הכם (ראה הערכה 13), ולכן אינה נהוגה בשיתוף שנוצר ביוזמת שותפים, מה שמלילה על רצונם להישאר בשיתוף.

<sup>20</sup> רמב"ם, הלוות שכנים, פרק א, הלכות א-ב. ש"ת הרשב"א, חלק א, סימן תקיאג, לומד משיטתה הרמב"ם שלדעתו יש זכות "גוד או אגוד" גם בשיתוף רצוני.

<sup>21</sup> כך נימק הרשב"א, שם, את הדעה הזאת.

<sup>22</sup> ראה סעיף 37, ננספה, בשאלת האם כופים למכור נכס שמלחירו בשלפם.

<sup>23</sup> הרא"ש שצווין לעיל, הערכה 18. אבל ראה סעיף 45, ליד ציון הערכה 14, שנראה שהגר"א הבין שלפי הרא"ש, בשיתוף שנוצר בהסכם, אין זכות לדריש "גוד או אגוד" בכלל.

לא נוכל לומר שהוא מחל מראש על זכותו לפרק את השיתוף גם אם ייאלץ לגור עם שותפו לדירה, שהרי מעולם לא העלה על דעתו שייאלץ לעשות כן.

ג. בנכש שלא נועד לשימוש אישי

יש אומרים<sup>24</sup>, ששותף זכאי להבעו "גוד או אגד" רק בשיתוף בנכש שנועד לשימוש אישי, כמו בית מגורים, מרחוב או בית בד, שביהם שותף יכול לטעון שלא נוח לו להשתמש בנכש יחד עם אדם אחר. לעומת זאת, בנכש שלא נועד לכך, כגון בשדה, אין השותף זכאי לדרש את פירוק השיתוף, מפני שהוא מושתף לעבד אותו במשותף או להחכיר אותו לא里斯, בלי שהשותף יצאר לשותות כל הזמן עם השותף الآخر.  
אבל הרמב"ם<sup>25</sup> והרא"ש<sup>26</sup> אינם מבינים בין שיתוף בנכש שנועד לשימוש אישי, לבין שיתוף בנכש שנועד לצרכים אחרים.

ד. קביעת גובה התשלום

שאלה החשובה שנשאלת בדיון "גוד או אגד" היא, מי קובע את ערך הנכס? הדרך הנקוטה בחוק, שהחדר נקבע על פי הצעעה הגבוהה ביותר, אינה אפשרית ב"גוד או אגד", שהרי ב"גוד או אגד" יש זכות קדימה לשותף שמתנגד לפירוק, ואין תחרות בין הצעות. ובכן, יש הסוברים שהשותף שתבע את פירוק השיתוף הוא הקובל גובה התשלום עבור הנכס.<sup>27</sup>

וכך פסק השולחן ערוך<sup>28</sup>.  
אולם יש סכנה ששותף ינצל פסיקה זו, כדי להפיק רווחים על חשבונו של השותף الآخر. דרך ניצול אחת היא ששותפו של עני ידרוש "גוד או אגד", ויקבע מחיר נמוך בהרבה ממחירו הריאלי של הנכס, בידועו ששותפו העני אינו יכול לקנות ממנו את חלקו אף במחיר זה<sup>29</sup>; וכך הוא עצמו יוכל לקנות את חלקו של העני במחיר נמוך, נגד רצונו. כדי למנווע ניצול כזה, קבוע הרם"<sup>30</sup>, שלא ניתן להציג מחיר ל"גוד או אגד" שהוא נמוך מערךו של הנכס בשוק. דרך אחרת לניצול לרעה היא על ידי הפקעת המחר: שותף עשיר שמעוניין לקנות את החלק של שותפו, ידרוש "גוד או אגד" ויקבע מחיר מופקע, שותפות לא יוכל לעמוד בו,

<sup>24</sup> ר"י הלוי [=ר"י מגאש], מובא ברוא"ש, בבא בתרא, פרק א, סימן נא.

<sup>25</sup> רמב"ם, הלכות שכנים, פרק א, הלכות א-ב.

<sup>26</sup> רא"ש, שם.

<sup>27</sup> בית יוסף, חור"מ, סימן קעא, סעיף ה, בדעת הרמב"ם והטור. אבל הוא כתוב בדעת רשי, שדווקא השותף שנتابע לפירוק השיתוף, זכאי לקבוע את ערך הנכס לעניין "גוד או אגד".

<sup>28</sup> שולחן ערוך, חור"מ, סימן קעא, סעיף ו.

<sup>29</sup> לכורה קשה, מה החשש, הרי במקורה זה העני יוכל לפנות לאדם אחר, ולהציג לו לקנות את חלקו של העשיר במחיר המוצע? סמ"ע, סימן קעא, ס"ק טז, מסביר, שהחשש הוא שהענין לא ימצא אדם כזה, שהרי אנשים אינם מעוניינים להסתבל בריב ובמדיניות.

<sup>30</sup> רמ"א, חור"מ, סימן קעא, סעיף ו. פסיקה זו מתחבסת על שות' הרשב"א, המיויחסות לרמב"ן, סימן מג, בשם הרם"ה. אך מדובר ביד רמה, בבא בתרא, פרק א, אות קסד, משמע שניתן לקצוב את דמי המקרקעין אף בפחות מושווים, וכך סבור גם מגיד משנה, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב.

ראה גם אמת ליעקב, בבא בתרא יג ע"א (עמ' קו), על קביעת מחיר נמוך מושוו הנכס.

ובכך יכול היה לכוון על שותפו למכוור לו את חלקו ברכס. כדי למנוע ניצול כזה, יש אמורים שלא ניתן להבעו "גוד או אגוד", אלא לפי המחיר הרגיל של נכס מסווג זה בשוק<sup>31</sup>. אולם פוסקים רבים חולקים על הغالלה זו, בנימוק שמהר שניתנה לשותף השני אפשרות לקנות את חלק שותפו, אף שהמחיר מופקע, הרי אם בחור שלא העשtuת כן, אין הצדקה למנווע מן השותף הראשון濂וקו, מה גם שיקבל תמורה נאה בעד חלקו<sup>32</sup>.

#### ה. מכירת הנכס לאדם זר

כפי שראינו, פירוק בדרך של "גוד או אגוד" מחייב את השותף שתובע את פירוק השיטה להציג בפניו שותפו את שתי האפשרויות: "או שאתה תקנה Mine, או שאין לך Mine". נשאלת השאלה, האם שותף עני, שאין באפשרותו לקנות את חלקו של שותפו, יוכל להציג: "קנה Mine את חלקך, או שנמכור הכל לאדם אחר"<sup>33</sup>?

הרא"ש<sup>34</sup> דין בין ואלמנה שירשו יחד מבנה בן שתי קומות, שהיו בו חנות ומרתף. הבן טען, שם ימכרו את כל הבית יחד, ויחלקו את הפדיון, קיבל כל אחד מהם מחיר הגבואה יותר ממחריו של כל חלק אם יחלקו ביניהם את הבית. לכן ביקש הבן, שהאלמנה תקנה את חלקו בחצי מחיר כל הבית, או שימכרו את כל הבית לאדם אחר. הרא"ש הכריע שם המבנה ניתן לחולקה בעין, יחלקו בעין, אך אם אין המבנה ניתן לחולקה בעין, לא יוכל הבן לכוון את האלמנה למכוור את הבית, מכיוון שלא הציע את האפשרות שיקנה את הבית לשימושו, ואם כן אין זו היביעת "גוד או אגוד". בלשונו: "ולא נדחה את האחד מהסתפקה בנהלו".

<sup>31</sup> ריצ'ב"א, בתוספות, בבא בתרא יג ע"א, ד"ה אית, ובהגחות מיימוניות, הלכות שכנים, פרק א, אות ב; חידושי הרמב"ן, בבא בתרא שם; רא"ש, בבא בתרא, פרק א, סימן ג, בשם "מקצת גאנונים"; שו"ת הרשב"א, המיויחסות לרמב"ן, סימן מג, בשם "יש חולקים"; טור, ח"מ, סימן קעא, סעיף ה, בשם ר' ישעיה והגאנונים. על טענתה של השיטה האחורה, שאין זה ניצול כיון שהשותף الآخر יקבל תמורה נאה بعد חלקו, תוכל שיטה זו להשיב, שקרוקע לעולמו עדיפה מכסף, ולכן החובע איננו יכול לסליק את חברו מהליך על ידי הפקעת המחויר. גם בשיטתו בmittelטלין, הנכס עדרף לבעליו מכסף, שהוא "זרזה אום בקב שלו מעשה קבין של חברו" (בבא מציעא לח ע"א).

<sup>32</sup> רמב"ם, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב;תוספות וההגחות מיימוניות, שם, בשם ר"ז; רmb"ן שם, בשם ר"ז, והסכים לדבוריו; יד רמה, בבא בתרא, פרק א, אות קסד; רא"ש, שם; שו"ת הרשב"א, המיויחסות לרמב"ן, שם; מרדכי, בבא בתרא, סימן קקט, בשם ר"י ורב"א; טו, ח"מ, סימן קעא, סעיף ה; רמ"א, שם. בשאלת האם שותף יכול לטעון "גוד או אגוד" בסכום גבוה, ראה: שותף כבוד, סימן יב, ד"ה והנה, וד"ה אمنם; דברות משה, בבא בתרא, סימן י, וסימן יב, הערכה שא; רב"ד פוברסקי, בספר זכרון הツבי והצדיק, עמ' ננברדרן; ברכת ואובן, דף קב; רש"ז שטינברג, "בדינה זגד או אגוד", בית אהרן וישראל, גל' מה (שבת-אדר תשנ"ג), עמ' מודח; ר' שמעון בון, בית אהרן וישראל, גל' עה, עמ' קנט (שדן גם, לשיטה שאינו יכול להעלות במחair יותר מהשומה, האם מחair השומה הוא לפי מחair חזי שדה [נוןוך] או חזי מחair שדה שלמה [גבות]; חזון איש, בבא בתרא, סימן ח, ס"ק ד; פסקי דין רבנים, כרך ג, עמ' 70-72; שיעורי ר' שמואל, בבא בתרא, סימן רלא).

<sup>33</sup> לכוארה, הפתורן הפשט לשותף זה הוא שימכור את חלקו לאדם אחר, שהרי לפי המתואר כאן, מדובר באדם שמעוניין בכיסף ולא חשוב לו הקרן. לאmittio של דבר, אין פתרון זה תמיד אפשרי, שהרי יש אנשים הממעוניינים לקנות דזוקא חלקה גדול, ולא ירצו לקנות חזי חלקה, ולכלchat אחר כך לבית דין ולהבעו "גוד או אגוד". בנוסח, יש מקרים שהמחיר שניתן להציג במכירת חזי חלקה נמוך ממחצית המחיר שניתן להציג מכירת השטה כולה; ראה להלן.

<sup>34</sup> שו"ת הרשב"א, כלל צח, סימן ג (הובא בטור, ח"מ, סימן קעא, סעיף כז).

בשביל תוספת דמים של الآخر". אם כן, הרא"ש מצמצם ביותר את האפשרות לכפות על השותף להיפרד מ"נהלתו". לדבריו, לאחר שמדובר בנכס שאינו ראוי לשימוש של שניים, שכן אין בו כדי חלוקה, נתנו חכמים ביד כל אחד מן השותפים את הכוח לכפות על שותפו לבצע מהלך שבסופה יישאר ביד אחד מהם חלקו הרואי לשימוש, שכן לא אפשרות כפיה זו אין כלל אפשרות להשתמש בנכס, וכופים על מידת סדום". אולם אם רצונו של השותף אכן בשימוש בנכס, אלא בדמי מכירתו, סובר הרא"ש שאין הצדקה להגיע לפטורו החorig של כפיתה השותף, אלא יכול השותף המעניין בכיסף למכור רק את חלקו לאחר.

לעומתו, הרמב"ם<sup>35</sup> פוסק: "שני אחין, אחד עני ואחד עשיר, שהניח להם אביהם מרוחץ או בית הבד... ואין העני כופה את העשיר לקנות חלקו, אלא אם כן אמר לו קנה מני או מכור לי והריני לווה וקונה או מוכר לאחרים וקוניין"<sup>36</sup> – הדין עמו". משמע מדבריו, ש לדעתנו, הטענה "קנה מני, או שנמכור הכל לאדם אחר" מתකלת, בשונה מדעת הרא"ש. דעת הרמב"ם דומה יותר לנימש החוק, שלפיו שותף זכאי לדרש שהנכס יוצע למכרה גם لأنשים זרים; אלא שלא לפניו הרמב"ם, יש לשותף הנتبעה זכות קידמה לפני אנשים זרים, אם ירצה לקנות, ואילו לפי החוק אין לשותף שום זכות קידמה.

הרב"ח<sup>37</sup> אומר, שדברי הרא"ש אמרוים דווקא בשותף שכול היה למכור את חלקו בשוויו או קצת פחות משוויו, אבל הוא מעוניין למכור את כל הנכס כדי להרוויח. כאן, טענתו "קנה מני, או שנמכור הכל לאדם אחר" אינה מתתקלת, מכיוון שהוא יכול למכור את חלקו לאדם אחר בלי שייגרם לו נזק. אולם בשותף עני שאינו מסוגל למכור את חלקו בפני עצמו בשוויו אלא בהפסד גדול,יסכימים הרא"ש עם הרמב"ם, שראשי העני לתבוע משותפו שיקנה את חלקו, או שימכרו הכל ויחילקו את הפסdon.

לדעת הרמ"א<sup>38</sup>, בוגיגוד לדעת הב"ח, בשום מקרה לא יכול שותף לתבוע "גוד או אגד", אם אין מוציא לקנות בעצמו את חלק שותפו: "ויש אמרים דלא יכול לומר גוד או אגד כשיין לו מועות, רק צריך למכור חלקו".

במצב הפקון, דהינו שותף אחד מוציא "גוד או אגד", והשותף השני מшиб שהוא יביא אדם זו שיקנה את חלקו של השותף הראשון – שומעים לשותף השני.<sup>39</sup> כמובן, אם כל השותפים מסכימים למכור את הנכס המשותף לאדם דר, עוזים כן. כך פוסק השולחן ערוך<sup>40</sup>: "אמר כל אחד מהם, אני קונה, אלא אני מוכר חלקו, מוכרים אותו לאחרים". לבארה, זה דבר מאיולי, והשולחן ערוך לא היה צריך לומר זאת. נתיבות המשפט<sup>41</sup> כותב שבכל זאת השולחן עורך בא לרמזו כאן הלכה שיש בה חידוש: שאם יש קונה שמוכן לשלם بعد כל הנכס מעתים וחמשים (לדוגמה), واحد השותפים רוצה למכור רק את חלקו

<sup>35</sup> רמב"ם, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב. כך פסק גם שולחן ערוך, ח"מ, סימן קעא, סעיף ז.

<sup>36</sup> יש הבדל לשוני בין הצעה זו לבין הצעה הבן בתשובה הרא"ש, שכן השותף מוציא "אני אמכור את חלקו [לאחר]," ובתשובה הרא"ש הוא מוציא "נמכור הכל לאחר". כמובן, מבחינה עניינית אין הבדל בין השניים.

<sup>37</sup> ב"ח, ח"מ, סימן קעא, סעיף ז.

<sup>38</sup> רמ"א, ח"מ, סימן קעא, סעיף ז. וראה: סמ"ע, סימן קעו, ס"ק י"דו-טו; ש"ץ, סימן קעא, ס"ק ז.

<sup>39</sup> נתיבות המשפט, סימן קעא, ס"ק ח. הוא נוקט מקרה שהאדם הור מוציא מהר גבוה מזה שקבע השותף הרא"ן, אבל מסמ"ע, סימן קעא, ס"ק ח, עולה שגם אם הוא מוציא אותו מהר, שומעים לשני.

<sup>40</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן קעא, סעיף ז. מקורה ברמב"ם, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב.

<sup>41</sup> נתיבות המשפט, סימן קעא, ס"ק ט.

במאה (לדוגמה) לקרובו, מוכרים לזה שמכון לשלים מאותם וחמשים. דבריו למדנו עיקרון חשוב: השיקול המכريع בשאלת לאיזה אדם זור למכור את המקרקעין, הוא הרוחניות של המכירה.

אבל נראה שם המחיר שמצוין קרובו של השותף שהוא שמצוין אחר, יש להתחשב במקרה זו של השותף, על פי הכלל שבכל מקום ש"זה נהנה וזה לא חסר", "כופין על מידת סודום"<sup>42</sup>. ככלומר, לאחר שהשותפים יש עניין בORITY הנכס בדרך מסוימת, שאינה מפריעה או מזיקה לשותפיו, יש לאפשר לו למכור אותו לפי דרך זו. מניעת אדם מלמכור את הנכס שלו בדרך שהוא רוצה בה, ללא סיבה מוצדקת, היא מנהג רע, כמנוגג רע, ומונעים בכך את המכירה נלהוג כך.

#### ו. מועד התשלומים

שותף התובע משותפו לפירוק את השיתוף בדרך של "גוד או אגד", והשותף الآخر בחר למכור לראשונה את חלקו, חייב השותף הראשון לשלם לשני על חלקו מיד לאחר הצעת הפירוק<sup>43</sup>. אם אין אפשרות לשלם מיד, יכול השני לחזור בו מהסכםתו למכור את חלקו לראשונה. תקנה זו היא לתועלת השותף שלוינו נקבעה בתביעה למקרקעין חלקו, שכן יתכן שעוד הזמן שבו ישיג השותף הראשון את הכספי, יזמין כסף גם לשותף השני, ואז יוכל הוא לקנות את חלקו של הראשון.

לעומת זאת, אם השותף השני בחר לקנות את חלקו של הראשון, הוא זכאי לקבל מבית הדין ארכה של שלושים יום כדי שיוכל להשיג את הכספי לשלם לראשון<sup>44</sup>, אלא אם כן נוכח בית הדין שהבקשה לארכה נובעת משיקולים זרים, ונוגעה רק לדוחות את פירוק השיתוף<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> בבא בתרא יב ע"ב, ועוד.

בשאלה של מכירה לאחר במצב של "גוד או אגד", ראה: בית יוסף, חור"מ, סימן קעא, סעיף י' וסעיף צז; דרישת, חור"מ, סימן קעא, סעיפים יב, כח-כט; הכנסת הגדולה, חור"מ, סימן קעא, הגהות בית יוסף, אות כד; קצות החושן, סימן קג, ס"ק א; נתיבות המשפט, סימן קג, ס"ק ה; חידושי הגאון"ט, בבא בתרא, דינא בגוד או אגד; ابن האול, הלכות שכנים, פרק א, הלגה ג; חזון איש, בבא בתרא, סימן ח, ס"ק ח; ש"ת דגל ראובן, חלק ב, סימן מד, ד"ה ונ"ל; רב"ד פוברסקי, בספר זכרון הצבי והצדיק, עמ' רגב-ירנד (האם יכול שותף אחד לקנות ידי למכור לאחר); חידושי ר' שמואל, בבא בתרא, סימן יב, אות י' (האם שותף זכאי לדריש שימכוו לאחר ויחלקו את הכספי); בית אהרן (כהן), הלכות שכנים, פרק א, הלגה ב (האם יכול להציג "אגוד ואמכוו לאחר").

בשאלה האם עני יכול לחייב "גוד או אגד" ראה גם: ש"ת צמח צדק, חור"מ, סימן ח, בסופו; עדרת שלמה (קרליין), חלק א, סימן סב; שפתוי שושן, חור"מ, סימן א (עמ' קעט); שיעורי עיון התלמוד, בבא בתרא, שערור ח; דברות משה, בבא בתרא, סימן י, ענף א; חידושי העליי ממיצית (תש"ד), סימן טז (עמ' קנג ועמ' קס).

<sup>43</sup> יד רמה, בבא בתרא, פרק א, אות קעג, ד"ה מיהו ודאי; שולחן ערוך, חור"מ, סימן קעא, סעיף טו, בשם "יש אומרים".

<sup>44</sup> יד רמה, שם (ורובה בשם ע"ג, שם, ס"ק מא, ובש"ק, שם, ס"ק טו). תקופה זו של שלושים יום נלמדת מן האמור בכבא מציעא קיח ע"א בעניין אחר: "וכמה ומה בית דין?" א"ר יוחנן: שלושים יום. אולם הרמ"א, חור"מ, סימן ק, סעיף א, פסק באופן כללי לעניין פרעון חוב, שאם בית הדין רואים שזמן זה אינו מספק לצורך גיוס החון, הם יכולים לקצוב את הזמן כפי ראות עיניהם.

<sup>45</sup> הפסיקים דנו במקרים אחדים בהקשר זה, שבהם ניתן להסיק שבקשת הנקבע ל渴ות ארכה, נובעת משיקולים זרים. המקרים השונים, והדעות השונות בעניין זה, הובאו בהרחבה באנציקלופדיית תלמודית, ערך גוד או אגד, כרך ה, עמ' רמו-רומי.

ז. אם השותף השני רוצה בחלוקת זומנים

לדעת הרש"א<sup>46</sup> יש לשותף זכות לחייב לפרק את השיתוף בדרך של "גוד או אגד", רק אם לא ניתן לחלק את השימוש לפוי זמינים (כפי שתיארנו לעיל<sup>47</sup>). אבל אם אפשר לחלק את השימוש לפוי זמינים, אין לו זכות לדרשו "גוד או אגד", מפני שחלוקת זומנים היא דרך עדיפה על פירוק בדרך של "גוד או אגד", שכן חלוקה ל Zimmerman אינה מנחלת אף אחד מן השותפים מן הנכס לצמיתות.

אולם פוסקים ובין סבורים שגם אם אפשר לחלק לפוי זמינים, יש לשותף זכות לדרוש "גוד או אגד", מפני שפירוק בדרך של "גוד או אגד" עדיף<sup>48</sup>, ורק אם פירוק באופן זה אינו אפשרי, יש לקיים חלוקה ל Zimmerman. הרמב"ם<sup>49</sup> הזכיר את החלוקת ל Zimmerman כדרך אפשרית רק אם "אמר כל אחד מהם: 'אני מוכר', אלא כל אחד מהם רוצה שיקנה חלק חברו, או שאין אחד מהם רוצה לא לKENOT חלך חברו ולא למוכר חלקו אלא ישארו שותפין". מלשונו ניתן להסביר שלדעתו "גוד או אגד" עדיף על חלוקה ל Zimmerman.

ח. אם חלק מהשותפים הם קטינים

יש ששיתוף לא נוצר מדעת השותפים, אלא מכוח מתנה שניתנה לכלם כאחד, או מכוח ירושה. בשיתוף כזה, אפשר שחלק מן השותפים יהיו קטנים, שאין תוקף לממכרים או לזרים. האם משומס בכך לא יהיה מקום לתביעת "גוד או אגד"?

הטורו<sup>50</sup> מביא מחלוקת ורשותם בשאלת זו: "תשובה לרבים האי: היכא שאין בו דין חלוקה, ויש שם יתומים גדולים וקטנים, והגדולים רוצים לחלק, בית דין מעמידים להם אפוטרופוס, ודנין להם גוד או אגד. ואdonyiabi זיל כתבת בתשובה<sup>51</sup>, שלא שיקן ביתומים גוד או אגד, שאין אפוטרופוס רשאי למכור חלקם, וכן כתוב רבנו חם<sup>52</sup>".

גם השולחן ערוך<sup>53</sup> מביא את שתי השיטות, תוך הבאת דעתו של רב האי גאון בלשון "יש מי שאומר". נראה שהוא עשה כן כדי להציג שדעת רב האי היא דעת יחיד, לעומת דעת

<sup>46</sup> חידוש הרשב"א, בבא בתרא יג ע"א.

<sup>47</sup> סעיף 30, ליד ציון הערכה 28.

<sup>48</sup> חידוש הרשי מגיאש, בא בתרא שם; יד רמה, בא בתרא, פרק א, אות קסו, ואות קעג, ד"ה ברם ציריכן. בשאלת זו ראה: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תקנו, חולק ב, סימן קמא; צדור הכסף, עמי' צז, ועמי' רטו-ריה; שו"ת מהר"ם די בטוטן, סימן נד (קג ע"א); חזון איש, בא בתרא, סימן ט, ס"ק ז; בית המדרש, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב; אבי עוזר, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב; שעוני זיו, חולק ב, סימן מא.

<sup>49</sup> רמב"ם, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב. בעקבותיו הילך שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעא, סעיף ח.

<sup>50</sup> טור, חו"מ, סימן קעא, סעיף לו.

<sup>51</sup> שו"ת הרא"ש, כלל פה, סימן ד.

<sup>52</sup> חוספות, גיטין לד ע"א, ד"ה ב"ז, וקידושין מב ע"א, ד"ה ובורין. כך כתוב גם סמ"ג, עשין צו (דף קפו ע"א).

כמו כן, יד רמה, בא בתרא, פרק א, סימן קעג, ד"ה הרין ודר"ה והיכא (הובא בשו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שס, ומשם בבית יוסף, חו"מ, סימן צט, מחודש ה, ובשות' ויאמיר יצחק, חולק ב, סימן קפ), כתוב שאין דין "גוד או אגד" ביתומים קטנים, אבל אם אחד מן השותפים הקנה את חלקו לקטן, כדי ששותפו לא יוכל להבעו ממו "גוד או אגד", מעמידים אפוטרופוס לקטן לעשות "גוד או אגד".

<sup>53</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעא, סעיף טז.

הרא"ש ורבנו חם, שהביא בלאון "יש אומרים", מפני שהיא דעת רבים<sup>54</sup>. מכאן אפשר להסיק שנטית השולחן עורך היא להכريع שאין בитומים דין "גוד או אגד".

## פרק רביעי

## סיכום

בסעיף זה קובע החוקק את הדרך לפירוק השיתוף אם לא הושגה על כן הסכמה בין השותפים, וחולקה בעין אינה אפשרית. החוקק מוסיף, שגם אם עקרונית חולקה צו היא אפשרית, היא לא תבוצע, אם יש בה כדי לגורום "הפסד ניכר לשותפים, כולם או מקצתם". הרמ"א פסק שהפסד של חמישית מערך הנכס ייחשב כהפסד ניכר, שבגינו יש להימנע מפירוק בדרך של חלוקה בעין, גם בגין שיש בו כדי חולקה. אבל החותם סופר סבור ששיעור שללא נוצר מדעת השותפים, כגון שיתוף שבין יורשים, יתרבע הפירוק בדרך של חלוקה בעין אם יש בגין כדי חולקה, גם אם הדבר יגורום הפסד ניכר לשותפים, כולם או מקצתם.

לפי המשפט הישראלי, פירוק בדרך מכירה מתבצע באמצעות מכירה פומבית הפתוחה לציבור הרחב. אבל המשפט העברי אינו מאפשר לשוטף לרשות את מכירת הנכס לכל מי שירצה, אלא רק לדריש משותפיו "גוד או אגד", היינו שהשותף מציע לשותפיו לבחור באחת משתי אפשרויות: או שיקנו הם את חלקו בגין, או שקנה הוא את חלקם. השותף שמצוין "גוד או אגד" זכאי לקבוע את מחיר הנכס שלו יקבע גובה התשלום עבור חלקו ועבור חלקו שותפיו. אולם אין הוא רשאי לקבוע מחיר הנoxic מערך הנכס בשוק.

לפי הרמב"ם, שותף זכאי לתבוע משותפיו "גוד או אגד", גם אם במקומות להציג שהוא עצמו יקנה, הוא מציע למוכר את כל הנכס לאדם שלישי. אולם הרא"ש חולק עלי. אם שותף אחד טובע פירוק בדרך של "גוד או אגד", והשותף השני מחליט למוכר את חלקו לשותף הראשוני, על השותף הראשוני לשלם את דמי הרכישה מיד אחר התביעה. אבל

<sup>54</sup> יד מלאכי, כליל השולחן עורך, אות טז, כתוב בשם שות' גינת ורדים, אורה חיים, כלל ד, סימן ל: "כשבותב בשולחן עורך סברא ראשונה בלשון 'יש אומרים', והשנייה בלשון 'יש מי שאומר', משמע שעדרתו לפטוק כייש אומרים קמא, שהם רבים, ולא כיש מי שאמר, שהוא ייחידאה". אמן, בהלכה שלפנינו, ודוקא הדעה הנאמרת בלשון "יש מי שאומר", היא הראשונה, אבל נראה שלא הסדר חשוב, אבל הבאת הדעה כדעת היחיד או כדעת רבים. אמנם, בסוף דבריו שם מביא שוויירி כנסת הגדולה, כללי הפוסקים, אותן צו, כתוב ש"דרך הפוסקים לומר יש מי שאומר אף על דברים". אולם כיוון שבנדוננו, ידוע שדעת רב האיגאון היא דעת היחיד, שרבים חלקו עליה, נראה שיש להחיל את הכלל של גינת ורדים גם על הלכה זו.

בשאלת האם אפוטרופוס יכול לומר "גוד או אגד" בשביב היהומיים, ראה: רב"ד פוברסקי, בספר זכרון הצעבי והצדק, עמ' רנברגן; שיעורי עיון התלמוד, בא בתרא, שיעור ח; רח"א ברייזל, "בגדר גוד או אגד", בית אהרן וישראל, גל' יט (תשורי-תשzon תשמ"ט), עמ' סב-סו.

שער משפט, סימן קעא, ס"ק ד (הובא בקיצור בפתח תשובה, חור"מ, סימן קעא, ס"ק ז), כתוב שאם שותף אחד הוא גבר והآخر אשה, והאשה דורשת "גוד או אגד", והגבר אינו רוצה לקבות, האשה זכאית לקבות את חלקו; אבל אם הגבר רוצה לקבות, יש לו הזכות לחייב את חלקה של האשה, ולסלקה מן המקרקעין המשותפים, מפני ש"טלטולי דגברא קשים מדאיתתא" (כתובות כח ע"א). לכארה זה פשוט, שהרי גם שני גברים, השותף הנتابע זכאי לבחור לקבות; אולי כוונתו היא שגם אם הגבר רוצה חולקה, אינו צריך להציג "גוד או אגד", אלא הוא זכאי לקבות בעצמו.

אם השותף השני מחליט למכור את חלקו של השותף הראשון, ניתנת לו ארכה של שלושים ימים, כדי שיכל להשיג מימון לקניית חלקו.

פרק חמישי

**הצעת נוסח לפי המשפט העברי**

פירוק דרך מכירה 40. במרקעין שאינם ניתנים לחולקה, וכן אם נוכח בית המשפט שחולקה בין תגרום הפסד לשותפים, כולל או מקטם, בשיעור של יותר מחמישית מערך חלקם במרקעין, יוכל השותף המאונן בפירוק לקבע מחיר לנכס, שאינו נמורך ממחיר השוק, ולדרשו משותפיו לבחור בין האפשרות שיקנו ממנו את חלקו, לבין האפשרות שימכרו לו את חלקם, על פי המחיר שקבע.



## פירוק במקרים מיוחדים

41. (א) הייתה מניעה לחלוקת המקרקעין בעין רק לגבי אחד השותפים ולאו如此. שותף היו מקרקעין הגובלים במרקען המשותפים והוא הסכים שחלקו יצורף למרקען הגובלם, יחולקו המקרקעין לפי זה.
- (ב) הייתה מניעה לחלוקת בעין בין כל השותפים אך אין מניעה לחלוקת זאת אם שותפים אחדים יטלו חלקם במשותף ואלהם שותפים הסכימו לכך, יחולקו המקרקעין לפי זה.
- (ג) הייתה מניעת לחלוקת בעין רק לגבי מחלוקת השותפים, רשאים الآחרים לקיים את המקרקעין בידי משותף או לחלקם ביניהם, וב惟 בוד שישלמו לאלהם השותפים מה שהוא נופל בחלוקת אילו המקרקעין היו נמכרים כאמור בסעיף 40.

פירוק במקרים  
מיוחדים

### התוכן

פרק ראשון : מבוא 207

פרק שני : קרקע פרטית של אחד השותפים הגובלת במרקען המשותפים — ס"ק (א) 208

פרק שלישי : יצירת שיתוף חלקו לצורך חלוקה בעין — ס"ק (ב) 210

פרק רביעי : קניית חלקם של חלק מהשותפים — ס"ק (ג) 212

פרק חמישי : דרכי נוספות לחלוקת בעין 213

א. מתנה 213

ב. חלוקה בעין באופן חלק 214

פרק שישי : סיכום 215

פרק שביעי : הצעת נוסח לפי המשפט העברי 215



## מבוא

בסעיף 39 קבע המחוקק, שם הנכס המשותף ניתן לחלוקת, יהיה פירוק השיתוף בדרך של חלוקה בעין. קרי, חלוקה בעין היא דרך הפירוק המעודפת. בדionarioו בסעיף 40, ראיינו שבain אפשרות לחלוקת בעין, קבע המחוקק הסדר חריג וביעתי של פירוק בדרך מכירה כפiosa בהוצאה לפועל, המנשלת את כל השותפים מזכויותיהם בנכס. סעיף 41 בא לэмצע את תחולתו של הסדר חריג זה, כך שגם נכס שלכאורה "אין בו דין חילקה" יחולק בעין ולא במכירה כפiosa. מגמת צמצום זו עולה בקנה אחד עם גישת המשפט העברי, שעמדו עליה בדionarioו בסעיף 40, המעדיף לשמור, ככל הניתן, על זכויות השותפים בנכס באמצעות "גוד או אגוד".

ס"ק (א) עוסק במצב שחלוקת בעין אפשרית כלפי רוב השותפים, אבל היא תביא לכך שבידו של אחד מהשותפים ישאר חלק שאינו וראי (כנראה, מפני שמנתו בשיטתך קטנה משל שאר שותפים, והחלוקת בעין תגרום לו הפסד ניכר, או מפני שרשויות התקנון לא יאשרו היוצרות חלק כל כך קטן<sup>1</sup>). אך בעלותו של אותו שותף יש מקריםין הגובלים במרקען המשותפים. המחוקק קובע במצב זה יש לבצע חלוקה בעין ולצורך את חלקו של שותף זה למרקען הסמכים שבבעלותו, אם הלה הסכים לכך.

ס"ק (ב) עניינו מצב שחלוקת בעין תביא לכך שביד חלק מהשותפים ישאר חלק שאינו וראי, אך אם נצרכו את חלקיהם, יקבלו במשותף חלק וראי. המחוקק קובע, שגם שותפים אלו מסכימים בכך, יש לבצע חלוקה בעין, שבה יקבלו שותפים אלו את חלקם במשותף, ושאר השותפים יטלו כל אחד את חלקו בפני עצמו.<sup>2</sup>

אשר למצב שיש מניעה לחלוקת בעין רק לגבי מażת השותפים, קובע המחוקק בס"ק (ג) שאין לכפות על השותפים בעלי החלקים הגדולים את מכירת הנכס כולם, אלא הם יכולים לקנות את מנותיהם של בעלי החלקים הקטנים. במובן מסוים, מדובר בהסדר הדומה ל"גוד או אגוד", מכיוון שהוא מביג את כפיפות המכר באופן המאפשר לפחות חלק מהשותפים לשמור על זכויותיהם במרקען הספציפיים.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, § 5.131, עמ' 302.

בסעיף המקביל בתוכו הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 528(א), נאמר בפירוש שמדובר במניעה חוקית או במניעה מחוסר סבירות: "היתה בנכס משותף שהוא מקרקעין בחיקוק לחלוקת בעין או שחלוקתו כאמור הייתה בלתי סבירה (סעיף זה – מניעה לחלוקת), לגבי אחד השותפים בלבד, ולאחריו שותף היו מקרקעין הגובלים לנכס המשותף כאמור והוא הסכים שחלקו יוצרף למרקען הגובלים, יחולקו המקרקעין בהתאם".

<sup>2</sup> בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, סעיף 528(ב), הלשון דומה: "היתה בנכס משותף שהוא מקרקעין מנעה לחלוקת, לגבי כל השותפים, אך אם שותפים אחדים יטלו חלקיהם במשותף, ניתן יהיה לבצע חלוקה כאמור ואותם שותפים הסכימו לכך, יחולקו המקרקעין בהתאם".

<sup>3</sup> בסעיף המקביל בתוכו הצעת חוק דיני ממונות, סעיף 528(ג), יש הבהרה: "היתה בנכס משותף שהוא

משמעותה של ההוראה שיש לבצע חלוקה בעין במקרים אלו היא, שם אחד מהשותפים מבקש לחלק בעין בהתאם לדריכים אלה, ואחד (או יותר) דורש למכור את המקרקעין ולהחליק את הפדיון, שומעים לראשון. בדיןנו להלן, נברור את עמדת המשפט העברי, לגבי אפשרות החלוקה האלו. כמו כן, נעה אפשרות נוספת שמצוות המשפט העברי לחלוקת המקרקעין, כאשר יש מניעה לחלוקה בעין.

## פרק שני

## קרקע פרטית של אחד השותפים הגובל במרקען המשותפים – ס"ק (א)

בס"ק (א) קובע המחוקק, שם הייתה מניעה לחלוקה המקרקעין בעין רק לגבי אחד השותפים, ולאוטו שותף היו מקרקעין הגובלים במרקען המשותפים, והוא הסכים שהקלוק יחולך למרקען הגובלים, יהולוקו המקרקעין בדרך זו. החידוש של המחוקק הוא, שאין צורך בהסכמה שאר השותפים לפירוק בדרך זו, אלא גם אם אחד מן השותפים האחרים דורש פירוק בדרך מכירה, מבצעים חלוקה בעין.

המשפט העברי מכיר בפירוק בדרך זו, אבל שלא כהוראת החוק, המשפט העברי אינו מתחנה את הפירוק בדרך זו בהסכמה השותפה. השולחן ערוך פוסק בעניין זה: "יש מי שאומר, שם

מרקען מנעה לחלוקה, לגבי חלק מהשותפים, רשיים השותפים האחרים לקיים ביניהם את השיתוף במרקען או לחלוקם ביניהם, בהתאם למונחים היחסית במרקען או בהתאם לחלוקה אחרת שעליה הסכימו, וב└בד שישלם ליתר השותפים את שווי מנתם במרקען אילו היו נמכרים כאמור בסעיף 526(ב)." ס"יף 526(ב) מקבל לסעיף 40 בחוק המקרקעין.

<sup>4</sup> שולחן ערוך, ד"ר רמה, סימן קעא, סעיף ד. מקורה ברמה המובה בטדור, ח"מ, סימן קעא, סעיף ג. הרמה"ה עצמה, ד"ר רמה, בבא בתורה, פרק א, סימן קעג, ד"ה וכילו (הראשון), יושה כמה והבנתה בעניין זה: אם לשני השותפים יש קרקע פרטית בסמכות לפרקע המשותפת, ואיכותו הקrukע היא אחת, כך שאללו היה בפרקע כדי חלוקה, היה זכאי כל שותף לקבל את הקלוקו בסמוך לפרקע הפרטית (כפי שראינו בסעיף 39, ליד ציון העדרה 36, לדעת הרוב"ם והשולחן ערוך), הרי אם אין בפרקע כדי חלוקה, יוכל כל שותף לנתק את الآخر לקבל את הקלוקו בסמוך לפרקע הפרטית שלו, כדי לאפשר בכך את החלוקה, משום שסביר להסכים לכך והוא בגדר מידת סדום. אולם אם איוכות הקrukע המשותפת אינה אחידה בכל חלקייה, כך שלא היה זכאי השותף לקבל את הקלוקו בסמוך לפרקע הפרטית שלו אילו היה בפרקע כדי חלוקה (כפי שראינו בדיוןנו בסעיף 39, העדרה 59), הרי אם אין בפרקע הסמוך לפרקע הפרטית שלו הוא החילק המשותפת להילוק ולחלוק את הקלוקו בסמוך לפרקע הסמוך לפרקע הפרטית שלו לא נימק את דבריו, אבל אפשר שההצדקה לכך היא, שבמרקחה זה, ניתן שחלק הסמוך לפרקע הפטית שלו הוא בעל איוכות גורעה, ונמצא שהוא מפסיד). השותפים יכולים לכך רק אם חלק הקrukע הסמוך לפרקע הפרטית שלו הוא החילק המשותפת בפרקע המשותפת, והשותפים מסכימים לכך לו חילק שגורל שטחו היחסי הוא גדול מנותם במרקען המשותפים, אף על פי שערכו היחסי יהיה גדול מנותם. והרמ"ה ממשיך מיר (שם, ד"ה והנני) ואומר, שם ורק לאחר שותף יש קרקע פרטית בסמוך, השותף الآخر יוכל לנתק אותו לחילוק, ולחלוק את קלוקו בפרקע המשותפת בסמוך לפרקע הפרטית; ורק אם החלק שבקrukע המשותפת הסמוכה לפרקע הפרטית גורעה באיכותה כשלשי מהחלק אחר, הוא זכאי לסרוב לחילוק ולחלוק חלק זה.

הטור מביא את דברי הרמ"ה בקיצור, ואומר שם יש לאחר מהשותפים קרקע פרטית בסמוך, כוiform אותו להילוק, אם מצב הדברים הוא שאללו היה במרקען המשותפים כדי חלוקה, היה זכאי לדרש את קלוקו

יש לו [=לשותף המסרב להЛОק מפני שאין בקרקע כדי חילוקה] אצלו קרקע הרואין להצטרכו עמו, יכול חבירו לכופו להЛОק".<sup>5</sup>

נמצא, שלפי המשפט העברי, חילוקה שבה יקבל השותף שחלקו קטן את חלקו בסמוך למרקען שבבעלותו, אינה דורשת את הסכמתו.

הבדל נסוף בין החוק למשפט העברי הוא, שהחוק מדבר רק על מצב שלשותה אחד בלבד שיש חלק קטן, ואילו המשפט העברי מדבר לא רק על מצב שרק לאחד יש חלק קטן, אלא גם על מצב שלכלולים יש חלקים קטנים, אלא שכולם ווציאים לחלוקת חוץ מהשותף שיש לו ממרקען גובלים<sup>6</sup>. טעם ההבדל הוא, שהחוק לא היה יכול להורות על חילוקה במצב שלישי השותפים יש חלקים קטנים, ורק לאחר מכן יש קרקע פרטית סמוכה, גם אם الآخر מעוניין בחילוקה בעין אף שיישאר עם קרקע לא ראוייה. זאת מושם שלפי החוק אין ממצאים חילוקה בעין במרקען שאין ניתנים לחילוקה, גם בהסתמכת השותפים, שכן חוקי התיכנון אינם אפשריים חילוקה שרירותית של חילוק?

בסמוך לקרקעו הפרטית (פרישה, על הטור שם, מפרט מצבים כאלה). הב"ח, על הטור שם, נימק, שבמצב זה, הוא נחשב "מכיר את חלקו" (כלומר, שותף זה "מזוהה" בדרך כלשהי עם צד מסוים במרקען המשותף), שאז גם בקרקע שאין בה כדי חילוקה, הדין הוא (כבריו שלוחן ערוך, ח"מ, סימן קעא, סעיף ב) שיש לשותף המכיר את חלקו זכות לדריש חילוקה בעין.

ט"ז, ח"מ, שם, מפרש את דבריו הרומי שהלא כפי שהבנו את דבריו, אלא שהוא מתכוון לומר, שאם לשותף שרוצה להחלוק, יש מקרקעין פרטיטים הסוכרים למרקען המשותפים, הוא זכאי לחייב את השותף השני (שאין לו מקרקעין פרטיטים סמוכים) לחילוקה בעין, אף שכותזאה מכך לא יישאר ביד השותף השני חלק ראוי. טומו הוא, שמאחר שאילו היה בקרקע כדי חילוקה, היה השותף הראשון זכאי לקבל את חלקו בסמוך לקרקעו הפרטית (ומדבר שנתמאלו התנאים לכך, כמפורט בסעיף 39), הוא נחשב "מכיר את חלקו", כאמור. אלים חזון אש, בא בתרא, סימן ח, אותן טו (ד"ה ומש"ב), תהרי הטעם לזכות החלוקה ב"מכיר את חלקו" הוא שאין השותפים מפסידים מן החלוקה, כיון שגם היה כל אחד משתמש רק בחלק מהקרקע, ואין מקום לטעם זה כאן, שעד עכשו השותף השני משתמש בכל הקרקע, ועכשו יפסיד, שיישאר לו שייעור לא ראוי. מדובר יד רמה עצמה שם (ד"ה והני), משמע שאין כוונתו כפי שפרש הט"ז (הט"ז לא וראה את ספר י"ר ורמלה), אלא רק את מה שהטור מביא בשם. גם שער משפט, סימן קעא, ס"ק ג, מנסה לכך, שביבה בתרא יא ע"א נאמר שכחzar שבחזר משותפת, כל שותף מקבל ארבע אמות בחזר שלפני פתחו, ואם אחר כך נשארו בחזר ארבע אמות לכל אחד, חולקים, ואם לאו, אין חולקים; והוא לפי הט"ז כל שותף יכול ל佗ף את האחרים לחילוק גם אם לא נשארו ארבע אמות לכל אחד, תהרי לכל אחד יש קרקע פרטית (אותן ארבע אמות שלפני פתחו) הגובל בשטח המשותף? לכן הוא מסכים לסמ"ע (שנביא בסמך). אך דבריו אינם מובנים, תהרי הקושיה מבבא בתרא שם קשה גם על סמ"ע ועל יד רמה ועל השולחן ערוך, בכל דרך שנפרש אותו.

כאמור, השולחן ערוך אינו עושה הבחנות בעניין זה. סמ"ע, שם, ס"ק י, מסביר שמהר שבדרכו כלל איוכות המקרקעין שווה בכל חילקה, השולחן ערוך כתוב את הדין החל במרקאה זה לפני הרם"ה, ולא ראה צורך להיכנס לפרטים ולהבחנות שונות, הנוגעת למרקאים שאינם שכיחים. הוא כותב הסבר נוסף מובן לי. ערוך השולחן, ח"מ, סימן קעא, סעיף ג, כתוב שאם אין בקרקע כדי חילוקה, ויש לשותף אחד קרקע פרטית בסמוך, יוכל השותף השני לכופו להLOYK, ולקבל את החלקה הסמוכה לקרקעו הפרטית, וכך יוכל שייעור ראוי. והוא כותב, שדין זה אמרו kali קשור לשאלת האם הראשון היה זכאי לדריש לקבל חלק בסמוך לקרקעו הפרטית. מאחר שעורך השולחן אינו עושה הבחנה, והבחנות שבדרכי הפטוקים אין ברורים, כתבו את הדין בטקסט בסתום.

<sup>5</sup> לפי הסמ"ע, זה הנידון בשלוחן ערוך.

<sup>6</sup> בכך עוסקת יד רמה שם.

<sup>7</sup> אך ככל זאת, החוק היה צריך להורות על חילוקה בעין בדרך זו, במצב שלישי השותפים יש חלקים גדולים,

## פרק שלishi'

## יצירת שיתוף חלקי לצורכי חלוקה בעין – ס"ק (ב)

ס"ק (ב) עוסק במצב שלא ניתן לבצע חלוקה בעין, כלומר, המקרה עין אינו ניתנים לחולקה בין כל השותפים; אך אם יסכימו שותפים אחדים (חלוקת בשיתוף קטן) ליטול את חלקם במשותף, תהיה חלוקה כזאת אפשרית, כלומר, לאחר שיאוחדו החלקות שלהם לגוש אחד, יהיה אפשר לחלק את המקרה עין. החוק אומר שבמצב זה, מבצעים חלוקה בעין. אבל דרך זו מותנית בהסכם אותם השותפים להציג חלוקה בעין נגר רצונו. אבל אין צורך בהסכם בעלי החלקים הגדולים, אלא די שאחד מהם ידרosh חלוקה.<sup>8</sup>

גם לפי המשפט העברי, במצב כזה, מחלוקת בעין בדרך של איחוד חלקים קטנים, אך – שלא כמו החוק – הוא אינו מהנה זאת בהסכם השותפים. מהר"ם מורותנבורג<sup>9</sup> נשאל על שותפים, שהחלוקה של אחדים מהם במקרה עין הם בגודל ראוי, וחלוקתם של אחרים אינם בגודל ראוי. הוא פסק, שallow שחלוקתם גדולים זכאים ליטול את חלקיהם בעין, והאחרים ישארו בשיתופם, בתנאי שבמקרה עין המשותפים שיישארו להם בשיתוף אחר החלקה, יהיה שיעור ראוי.

כך כותב מהר"ס<sup>10</sup>: "ושאלתם, על שותפים בבית ובচצר, לרואן ג' שמייניות, לשמעון חלק ששית, ללו חלק שמנית, ליהודה חלק י"ו וחלק כ"ד [= 1/24 + 1/16], ליששכר חלק י"ו וחלק כ"ד [= 1/24 + 1/16], לזבולון חלק י"ו, ולבנימין חלק י"ו. נראה לי, לרואן ושמעון וכל מי שיש לו דין חלוקה יכולן בטוב לחלוק, והאחרים שאין להם כדי חלוקה, כגון זבולון ובנימין וכיוצא בהם, בשותפותם, אף על גב דכל חד מיניהם לא חייב חלקו לדידיה [=אין ראוי חלקו לנו], מכל מקום, כיוון דבר שנייהם, אם יעדמו בשותפותם, מיתדר להו [=יכולים לדור] – יעדמו בשותפותם, והאחרים שיש לכל אחד כדי חלוקה – יפרדו מהם".

בנידונו של מהר"ס, ביקש זבולון, שחלוקת קטן, קיבל את חלקו בעין, כדי שעילידי כך ישאר לבנימין, שוגם חלקו היה קטן, חלק שניינו ראוי, וממילא לא יוכל בעלי החלקים הגדולים ליטול את חלקיהם. הוא פסק שאין בקשה זו מתיקלת, משום הכלל: "כופין על מדת סדום"<sup>11</sup>. הר' זבולון לא יוכל להשתמש בחולקו שימושו ראוי כשיתול אותו בנפרד, והוא מבקש לקבל אותו בנפרד בurmaה, רק כדי למנוע מן השותפים האחרים חלוקה בעין; וזה מידת סדום.

מאחר שהר"ס מסתמך על הכלל "כופין על מידת סדום", סבור הסמ"ע<sup>12</sup>, שם השותף שחלוקת קטן נותן נימוק הגיוני לבקשו לקבל את חלקו בנפרד, אף על פי שהחלוקת שלו אינה

8. אלא שיש מניעה לגבי שנייהם לחולקה בעין מפני שחלוקת הפסד ניכר, שגם אז אין מבצעים חלוקה בעין (אם אין להם קרקע פרטיה סמכה), לפי סעיף 40.

9. י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, עמ' 304.  
שווית מהר"ם מורותנבורג, דפוס קרימונה, סימן רח, ותשובות מימוניות, ספר קניין, סימן יד. כך פסק גם רמ"א, חו"מ, סימן קעא, סעיף ג. על מקרה דומה, ראה שוית שבט הלוי, חלק ה, סימן רב.

10. בתשובות מימוניות, שם. הלשון בדפוס קרימונה שונה מעט.

11. בכא בתרא יב ע"ב.

12. סמ"ע, סימן קעא, ס"ק ט.

קטן, שומעים לו, אף שעל ידי זה תימנע החלוקה משאר השותפים. דוגמאות לדבר: אם הוא מעוניין לעשות שימוש אחר בקרע, שעבורו מספקה חלקת קרע זעירה<sup>13</sup>, או אם יש בבעלותו של אותו שותף קרע הסמוכה למקרהין המשותפים, והוא מעוניין לצרפה לחלקו בהם. מאחר שבמקרים אלו, השותף שחלקו קטן יפסיד אם לא יקבל את חלקו בעין, אין בדרישתו מושם "מידת סדום".

נמצאנו ל瑪דים, שעמדת המשפט העברי שונה ממנה המשפט המחוקק. בעוד שהמחוקק מתנה חלוקה בעין בכוגן זה בהסתמך על השותפים בעלי החלקים הקטנים ליטול את חלקם במשותף, המשפט העברי אינו מתנה זאת בכך.

נראה, שהיסודות להבדל בין עמדת המשפט העברי לעמדת המחוקק בעניין זה, נעוץ בהבדל יסודי שבין גישת המשפט העברי לגישת המחוקק בעניין פירוק השיתוף במקרהין. כפי שריאנו לעיל<sup>14</sup>, לפי המשפט העברי, שותף אינו זכאי לדירוש את פירוק השיתוף, אלא זכאי הוא לדריש לקבל את חלקו במקרהין המשותפים, בלי לפרק את השיתוף בין שאר השותפים. לעומת זאת, לפי החוק, שותף זכאי לדריש את פירוק השיתוף, אך החוק אינו אומר ששותף זכאי לדירוש לקבל את חלקו בלבד לפיקח את השיתוף.

לפי זה, ברור מדוע עמדת המשפט העברי היא, שהשותפים שחלקים במקרהין מאפשרים זאת, זכאים ליטול את חלקם בנפרד, ואין צורך שאר השותפים יסכימו ליזור הסדר חדש ביניהם. זכות זו מוסורה בזכותו של כל שותף ליטול את חלקו במקרהין המשותפים בנפרד, בכל עת שיחפוץ בכך, ושאר השותפים יישארו בשיתופם, כפי שהיא מאז ומהميد. לעומת זאת, לפי עמדת החוק, העובדה שחלק מן השותפים יטלוט את חלקם בעין, פירושה בהכרח שהshitוף יפרק. לאחר שפרק כל השיתוף יביא לכך חלק מן השותפים תישאר חלקה שאינה רואיה, נדרש מצידם הסכמה ליזור ביניהם שיתוף חדש, שמכוחה יטלוט את חלקם במקרהין במשותף<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> חזון איש, בבא בתרא, סימן ח, אותן יה, חולק על הסמ"ע בנקודה זו. לדעתו, אף אם יטען השותף שלשים מושה שהוא מעוניין בו מספיק גם חלק קטן, טענות לא התקבל, משום שם בא לא שיחלקו את הקרקע יוכל לעשות שימוש זה, ויכולתו להשתמש בשיתוף בשטח בגודל ראוי עדיפה על שימוש זה בשטח פרט בגודל שאינו ראוי. הסמ"ע יכול להסביר על כך, שהוא וזכה לעשות בנכס המשותף שימוש מסוים, ואחד מהשותפים מתנגד לשימוש זה, ואו אין לו רשות לעשות שימוש זה, כפי שריאנו בדיינו בסעיף 30, וכן הוא דורש חלקה.

<sup>14</sup> סעיף 37, ליד ציון הערכה 10.

<sup>15</sup> נראה שיש להבחינה זו השכלה לשאלת, האם האמור בהסכם השיתוף המקורי יחייב גם את השותפים שלצורך חלוקה בעין, נדרש ליטול את חלקם במשותף. לפי המשפט הישראלי, מדובר בשיתוף חדש בין השותפים הנוראים, ולכן ההסכם חייב את השיתוף הישן לא תקופה לפני השיתוף החדש. לעומת זאת, לפי המשפט העברי, שמדובר בהמשך של השיתוף הישן, כל האמור בהסכם השיתוף המקורי יחייב את השותפים שנשארו בשיתוף, גם לאחר שחבריהם פרשו ממנו, בשינויים המחייבים מהפחחת מספר השותפים ומהקטנת שטח הקרקע.

אפשר למצוא סיבה נוספת להבדל בין המשפט העברי למשפט הישראלי: בע"א 623/71 גן בועז בע"מ נ' אングלנדר, פ"מ כו(1), 334, לאחר שנקבע שיחסול השיתוף במקרהין הוא מטרה רצואה, הוווכה הצדקה נוספת לקביעה שהפרדת חלק אחד מיתר החלקים מחייבת הסכמה של שאר השותפים: "ויתכנו מקרים שבהם יהיה לשותפים הנוראים עניין במכירת הנכס דזוקא, מפני שערכו של השטח שהוא נשאר בידיים אחרים הפרדת חלקו של השותף 'הכבד' נולף, מפאת קטנותו, באופן יחסית מערך השטח המשותף כלו". כמובן, אם היה מתבצע פירוק בדרך מכירה של השטח המשותף כולו, הסכם שהיה מגיע לידי השותפים בעלי

## פרק רביעי

## קניית חלקם של חלק משותפים – ס"ק (ג)

ס"ק (ג) עוסק במצב שחלוקת בעין תగורים לכך שיישאר ביד מספר שותפים חלק שאינו ראוי, והפטורן שנקבע בס"ק (ב) אינו אפשרי, או מחייב שאותם שותפים אינם מסכימים לצייר חלקיהם, או מפני שהם לא יתקבל חלק ראוי. ס"ק (ג) קובע שב的日子里 החלקים הגדולים רשאים לכוף את בעלי החלקים הקטנים למכוון להם את החלקים, וב└בד שישלמו לבני החקלאים הקטנים מה שהיה נופל בחלקם אילו הייתה מתבצעה מכירה של הנכס כולם בהילכי הפירוק.<sup>16</sup>

משמעותה של הוראה זו היא, שהשותפים שחקליהם גדולים, יכולים לקנות מן השותפים שחקליהם קטנים את חלקם, והאחדרונים אינם יכולים לדרש שככל הקרקע תימכר (זכותם לפי סעיף 40), אם השותפים הגדולים מוכנים לנחות מהם את חלקם.<sup>17</sup> דרך זו דומה לפירוק דרך מכיהה, שבסעיף 40, אלא שם הקרקע תימכר כולה לכל המרבה במחירות, ואילו כאן ניתן זכות יתר לחלק מן השותפים, שהם יהיו הקונים, גם בלי להתחזרות באנשיים אחרים, וב└בד שהמחיר ישיתנו יהיה המחיר שהוא מתקבל אילו הילכו בדרך המתוארת בסעיף 40. בדיעוננו לסעיף 40 ראיינו, שלפי המשפט העברי, אין כופים שותף למכוון חלקו. שותף זכאי רק לדירוש משותפו לבחור באחת משתי אפשרויות: למכוון חלקו הראשון, או לפחות מן הראשון את חלקו, וזה תביעה "год או אוגוד".

מכאן שהמשפט העברי אינו מקבל את הדרך שהציג כאן המחוקק. אין זכות לשותפים שחקליהם גדולים לכוף את אלו שחקליהם קטנים, למכוון להם את חלקם, בלי לאפשר לאחרונים לקנות את חלקם של הראשונים, אם ירצו. יתר על כן: לדעת הב"ח<sup>18</sup>, גם אם הראשונים מאפשרים לאחרונים לקנות את חלקם של הראשונים, אין להם זכות לדירוש מן האחדרונים לבחור באחת מן הנסיבות. הוא סבור, שאין זכות לתבוע "год או אוגוד" כאשר חלקם של שותפים אחדים מפשור חלוקה, וחלקים של אחרים אינם אפשריים וזאת. רק הש"ז<sup>19</sup> סבור שגם באופן זה ניתן לתבוע "год או אוגוד".

החלקים הקטנים היה גדול יותר מהסכום שיגיע לידי אם ימכרו את השטח לאחר פרישתם של השותפים "הביברים". מאחר שהליך הפירוק הקבוע בסעיף 40(ב) יכול להביא לפגיעה כללית בשותפים בעלי החקלאים, התנה המחוקק את ההליך בהסכמה של שותפים אלו. הנמקה זו אינה רלוונטית למשפט העברי, שכן פירוק בדרך כלל העברי אינו בדרך מכירת השטח כולם וחולקת היפוי בין השותפים, אלא בדרך "год או אוגוד", כפי שריאנו בדיוננו בסעיף 40, כך שמחיר השטח המשותף כולם אינו רלוונטי.

<sup>16</sup> מחיר הגבואה יותר, מן הסתם, משווי השוק של חלקיהם לבניים משותפים.

<sup>17</sup> י' ויסמן, *דיני קניין – בעלות ושיתוף*, עמ' 303.

<sup>18</sup> ב"ח, ח"מ, סימן קעא, סעיף טז.

<sup>19</sup> ש"ך, ח"מ, סימן קעא, ס"ק יא.

## פרק חמישי

## דרכי נספנות לחלוקת בעין

## א. מתנה

במשפט העברי נידונה אפשרות נספנת לחלק בעין גם במצב שחלקיהם של מażת משותפים או של כולם אינם ניתנים לחלוקת בעין: שותף המעוניין בחלוקת בעין יכול לחת בתמנה מażת חלקו במרקעין, לשותפים המתנגדים לחלוקת, באופן שבסתפו של דבר, לאחר החלקה, יהיה לשותפים המתנגדים חלק ראוי. האם יכול שותף לכוף את שותפו לחלוקת את המרקען בדרכו ?<sup>20</sup>

בתלמוד<sup>21</sup> מובאת ביריתא, שבה נחלקו תנאים בשאלת זו: "תני, טול אתה שיעור ואני פחות — שומעין לו. רבנן שמעון בן גמליאל אומר: אין שומעין לו". היריתא עוסקת בשנים שהיו שותפים בחלוקת שווים בחצרים. אילו חחצר החצר בשווה בין השותפים, לא היה כל אחד מקבל שיעור ראוי. לכן, כדי לאפשר חלוקה בעין, הציבור אחד השותפים לשותפו לחלוקת את החצר לשני חלקים, חלק גדול וחלק קטן, והוא הסכים לוותר על החלק הגדול, כדי לאפשר חלוקה בעין. ובכן, תנא קמא סובר שהצעה זו מתקבלת, ואילו רבנן שמעון בן גמליאל סובר שהשותף الآخر זכאי לסרב לה.

התלמוד מבאר את טעםו של רבנן שמעון בן גמליאל: "משום דאמר ליה [השותף המஸרב לשותף המעוניין בחלוקת]: אי בדמי — לית לי דמי ליתן לך [=אם אתה מעוניין שאנקה ממך חלק מחלוקת במרקעין בכיסך, אין בידי כסף לשם לך]. בתמנה — לא ניחא לי [=ואם אתה רוצה تحت לי מחלוקת בתמנה, הדבר אינו נוח לי], רכתייב<sup>22</sup>: 'ושונא מתנות יחיה'".

איך ישיב תנא קמא לנימוקו של רבנן שמעון בן גמליאל? תשובה היא, שركם כל התנה מהן המתנה היא למקבל, מידת חסידות היא לא לקבל מתנות מסוימות "ושונא מתנות יחיה", מה שאין כן אם גם הנوانן נהנה במקצת מן הנתינה, וכן הרין נהנה גם הנوانן, שכן בזכות המתנה שהוא נוחן, מטהאפשר לו לפרוש מן השיתוף, כמו שהוא רוצה<sup>23</sup>.

הרין<sup>24</sup> פוסק כרבנן שמעון בן גמליאל, משום שטעמו מתקבל על הדעת. לעומתו, רבנן חננאל<sup>25</sup> פוסק כתנא קמא, לפי הכלל: "יחיד ורבים הלכה כרבים". כך פוסק גם מהר"ם מרוטנבורג<sup>26</sup>.

השולchan עורך מביא את שתי הדעות, אך מלשונו נראה, שהוא נוטה לפסקו של רבנן שמעון בן גמליאל<sup>27</sup>. נמצאו לנו מדים שלפי המשפט העברי, שותף אינו יכול לכוף את שותפו לחלוקת בעין מרקעין שאין בהם דין חלוקה, על ידי נתינת מażת חלקו בתמנה.

<sup>20</sup> בבא בתרא יג ע"ב.

<sup>21</sup> משלוי, פרק טו, פסוק כז. על מידת החסידות בא-aicבלת מתנות, ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 3.

<sup>22</sup> עליות דרבנו יונה, חידושי הרשב"א וחידושי הריטב"א, בבא בתרא שם; סמ"ע, סימן קעא, ס"ק כד. על צמצום זה של מידת החסידות בא-aicבלת מתנות, ראה חוק לישראל, שם.

<sup>23</sup> ר"ף, בבא בתרא ח ע"ב (בדפי הרין<sup>24</sup>).

<sup>24</sup> רבנן חננאל, המובה בררא"ש, בבא בתרא, פרק א, סימן ג.

<sup>25</sup> שור"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונהה, סימן רוח.

<sup>26</sup> שולchan ערוך, ח"מ, סימן קעא, סעיף י. את דעת רשב"ג הוא מביא בתחילת, בלשון סתמית, ואת דעת תנא

ב. חלוקה בעין באופן חלקי  
אפשרות נוספת לחלוקה בעין, אם חלקיהם של מקצת השותפים אינם ניתנים לחלוקה בעין, היא בחלוקת מקצת המקרקעין, כשהיתרתו תישאר בשיתוף.

מהר"ם<sup>27</sup> פוסק, ששותף בעלמנה גדולה בשיתופו זכאי ליטול מקצת חלקו בנפרד, ובחלק הנותר, יישאר שותף עם שותפו, בעל המנה הקטנה, ובלבך שתישאר בשיתוף בסך הכל קרקע בגודל הרואן. דוגמה לכך: חזר בת שמונה אמות, חלקו של אחד השותפים בה הוא 5/8, וחלקו של השותף الآخر הוא 3/8. כפי שריאנו לעיל<sup>28</sup>, חזר שהיה קתנה מרבע אמות אינה נחשבת רואיה. לכן בעל החלק הגדול אין יכול ליטול את כל חלקו בעין, חמיש אמות, מפני שהוא יישאר בידי שותפו חלק שאינו ראוי, שלישי אמות. אף על פי כן, לדעת מהר"ם, יכול הוא ליטול ארבע אמות בעין בלבד, ולהישאר בשיתוף עם חברו באמה החמישית. אין נדרשת הסכמתו של בעל החלק הקטן, כיון שהוא לא יצא נסder מחולקה זו, שכן עדין יישאר

במקרקעין המשותפים שיעור הרואן לשימושו. השולחן עורך<sup>29</sup> פסק כ מהר"ם.

נראה שלפי המשפט הישראלי, אין עושים חלוקה כזו באילו הסכמתו של השותף בעל החלק הקטן. הרי מזיאות זו דומה למזיאות הנידונה בס"ק (ב), אלא שם השותף הפרוש מן השיתוף פרוש ממנו לגמץ, ונשאר בשיתופו בלבד חלקו. כמו שם, לפי המשפט האחרים, ואילו כאן השותף הפרוש נשאר בשיתופו באופן חלקי. כמו שם, לפי המשפט הישראלי, מהלך זה מותנה בהסכם השותף בעל החלק הקטן, כך גם כאן. רק לפי המשפט העברי אפשר לעשות חלוקה זו בעלי הסכמת השותף בעל החלק הקטן, כמו שבמצב בס"ק (ב), לפי המשפט העברי, לא נדרש הסכמתו של פרישתו של שותף בודד. נחלקו הפוסקים בשאלת, האם ניתן לחלק בדרך זו גם אם אין לאיש מן השותפים חלק במקרקעין שהוא בשיעור ראוי. דוגמה לכך: חזר משותפת בת שבע אמות, שיש לכל אחד מהשותפים בה חלק שווה — האם וכי אחד השותפים לודוש לקבל שלוש אמות בעין, ולהשאיר חצי אמה משלו בשיתופו, כדי שהקרקע המשותפת תישאר בשיעור ראוי של ארבע אמות?

הש"ך<sup>30</sup> סבור, שגם במקרה זה, יכול השותף לומר לחברו: "אך רק חלק מחalker, ואשר שותף ענק בשאר", באופן שתיארנו.

אולם לדעת נתיבות המשפט<sup>31</sup>, אין לאפשר חלוקה בעין בדרך זו. זאת משום שלדעתו, יש לאפשר לכל אחד מהשותפים שייהיו לו לפחות ארבע אמות, או בשיתוף, או בבעלותו הפרטית. אם נתיר לאחד מהשותפים ליטול שלוש אמות, ידרוש גם שותפו ליטול שלוש אמות, ונמצא שלא יהיה לאיש מהם ארבע אמות, לא בבעלות משותפת ולא בבעלות פרטית. לכן, לא ניתן זכות זו לאף אחד מן השותפים, והם ייאלצו להשאר בשיתוף עד שיסכימו על חלוקה בעין ביניהם או על "גוד או אנוד".

כמו הוא מביא בלשון "ריש אומרים", והכללו הוא שם השולחן עורך מביא שני דברים, אחד בסתם והשני בשמות "יש אומרים", "אלכה כ"סתם" (ראה יד מלאכי, כללי השולחן עורך, אות ז).

<sup>27</sup> מהר"ם, מובא במדרכיו, בבא בתרא, סימן תקט.

<sup>28</sup> ס"ך 39, ליד ציון הערה 10.

<sup>29</sup> שולחן עורך, וו"מ, סימן קעא, ס"ק יא.

<sup>30</sup> ש"ך, ח"מ, סימן קעא, ס"ק יא.

<sup>31</sup> נתיבות המשפט, סימן קעא, ס"ק גג.

## פרק שישי

## סיכום

בസעיף זה מציע המחוקק דרכי לביוצוע חלוקה בעין, גם כאשר מצד עצם, אין המקרקעין ניתנים לחולקה בעין. הדרך הראשונה היא בס"ק (א): שאם לאחד השותפים היו מקרקעין הגובלים במקרקעין המשותפים, והוא הסכים שחלקו יצורף למקרקעין הגובלים, יחולקו המקרקעין לפיה זה. אלא שחלוקת זו מותנית בהסכמה השותף. לפי המשפט העברי, מחלוקים

בדרכן זו גם בלא הסכמת השותף, אם השותף الآخر דורש זאת.

הדרך השנייה היא בס"ק (ב): איחוד החלוקה של שותפים אחדים, בהסכמתם, כך שייהיה בוגוש המאוחד שיעור ראוי. לפי המשפט העברי, אין צורך בהסכמה, אלא כל אחד מן השותפים שחלוקם במקרקעין הוא בגודל ראוי, רשאי ליטול את חלקו, ולהשארו בשיתוף את אלו שחלוקם במקרקעין אינם בגודל ראוי.

הדרך השלישייה היא בס"ק (ג): בעלי החלוקים הרואים יחלקו את כל המקרקעין ביניהם, או שיישארו בשיתוף, ויקנו מבعلي החלוקים שניים ראויים, את חלקם. אין צורך בהסכמה בעלי החלוקים שאינם ראויים. אבל לפי המשפט העברי, אי אפשר לכוף שותף אחד למכור את חלקו בלי להציג לו תחיליה לנקוט את חלקם של האחרים.

לפי המשפט העברי, יש דרך נוספת לכוף חלוקה בעין גם במקרקעין שאינם ניתנים לחולקה: השותף שחלקו ראוי לחלוקת יטול מಕצת חלקו, ובחלק הנותר יהיה בשיתוף, בלבד שיישאר בשיתוף שיעור ראוי. אולם, אם אין אף אחד מן השותפים חלק בשיעור ראוי, נחלקו הפסיקים בשאלת, האם ניתן לכפות חלוקה בעין בדרך זו.

## פרק שבעי

## הצעת נוסח לפי המשפט העברי

41. (א) הייתה מניעה לחולקת המקרקעין בעין רק לגבי אחד השותפים פירוק במרקם מיוחדים ולאותו היו מקרקעין הגובלין במקרקעין המשותפים, יצורף חלקו למקרקעין הגובלים, כדי לאפשר חלוקה בעין.

(ב) הייתה מניעה לחולקה בעין רק לגבי מקצת השותפים אך אין מניעה לחולקה זאת אם אותם שותפים יטלו חלקיהם במשותף, יחולקו המקרקעין לפי זה.

(ג) הייתה מנעה לחולקה בעין רק לגבי מקצת השותפים, רשאים השותפים שחלוקם ראוי ליטול מקצת חלקם, בלבד שיישאר בשיתוף שיעור ראוי.



## משאלות השותפים

משאלות השותפים 43. בית המשפט יתחשב ככל האפשר בדרישת מקצת השותפים לקיים את השיתוף ביניהם, ובשאר משאלותיהם של השותפים.

### התוכן

פרק ראשון : מבוא 219

פרק שני : דרישת מקצת השותפים לקיום השיתוף — "לקים את השיתוף  
בינם"ם" 220

א. עדמתה החוק 220

- (1) קיום השיתוף במלואו או רק בחלקיו 220
- (2) נימוקים לדרישת 222

ב. עדמתה המשפט העברי 222

פרק שלישי : משאלות אחריות של השותפים — "...ובשאר משאלותיהם של  
השותפים" 223

פרק רביעי : סיכום והצעת נוטח לפיה המשפט העברי 224



## מבוא

הוראת סעיף זה נועדה לאוזן ולסיג את קביעת סעיף 37, שככל שותף זכאי לתחזוק את פירוק השיתוף, בכלל עת. האיזון הוא בכך ש"בית המשפט יתחשב ככל האפשר בדרישת מקטת השותפים לקיים את השיתוף". כמובן, במקרים מסוימים, בית המשפט לא יורה לפיקט את השיתוף לפי דרישת אחד מהשותפים, אם מקטת השותפים מבקשים לקיים את השיתוף<sup>1</sup>. כך הסביר השופט טירקל<sup>2</sup> את מגמת המחוקק בסעיף זה: "הבעלות המשותפת אינה רצוייה, כמשמעותו מסעיף 37(א) לחוק המקרקעין, לפיו כל שותף בקרקעין זכאי בכל עת לדריש פירוק השיתוף... אולם בצדקה של תפיסה זו, עומדת שאייפה לאיזון, המובעת בסעיף 43 לחוק, לפיו 'בית המשפט יתחשב ככל האפשר מקטת השותפים לקיים את השיתוף ביניהם, ובשאר משאלותיהם של השותפים'."

ברם, כוונת המחוקק אינה ברורה: האם התכוון לומר שבית המשפט יכול למנע את פירוק השיתוף לגמри? או שמא התכוון לומר רק שבית המשפט יכול להרגג מהעיקנון שפירוק משמעו הפרדת דבר שלם לחלקיו, ולהסתפק במקרים מסוימים בהפרדת חלק אחד מעל יתר החלקים, תוך השארת יחס השיתוף בין שאר השותפים על כנס? להלן נראה ש辨פסקה הישראלית באו לידי ביטוי שחי העמדות. כמו כן נזכיר את עדמת המשפט העברי לגבי כל אחד מן הפירושים שניתנו לסעיף זה.

הסיפה של הסעיף מוסיפה שבית המשפט יתחשב גם "בשאר משאלותיהם של השותפים". הכוונה למשאלות הנוגעות לאופן הפיקט, כגון: האם יהיה בדרך של חילוקה בעין, או בדרך של מכירת המקרקעין וחלוקת ה封建, או בכל דרך אחרת? וכן, בהנחה שיוסכם על פיקט בדרך של מכירה, וחלוקת ה封建, متى והיכן תבוצע המכירה? למי ימכרו את המקרקעין? ואם יוסכם על חילוקה בעין, היכן יקבל כל אחד מן השותפים את חלקו, ומה יהיה גודלו של כל חלק? ככל אחת מן המשאלות האלה, תיתכנה משאלות נוספת של השותפים, ולעתים יתacen שתהיה סתירה בין משאלות השותפים. בדברינו, נבקש להבהיר, האם לפני המשפט העברי, על בית הדין להתחשב במשאלות מסווג זה.

<sup>1</sup> הסעיף המקביל בתוכир הצעת חוק דיני מוניות, התשס"ז-2007, סעיף 530(א), מחייב הוראה זו גם על מיטלטלין, ובא בשינוי לשון מועטים: "בית המשפט יתחשב ככל האפשר בבקשת של חלק מהשותפים לקיים את השיתוף ביניהם ובשאר משאלותיהם של השותפים או של חלקם".

<sup>2</sup> ע"א 626, 753/82 פלונית נ' פלוני, פ"ד ל'ז(4), 629.

## פרק שני

## דרישה מקצת השותפים לקיום השיתוף – "לקים את השיתוף בינם"

## א. עמדת החוק

(1) קיום השיתוף במלואו או רק בחלקו כפי שהזכרנו מבוא, לשון הסעיף מותירה פתח לשני פירושים אפשריים. הפירוש הראשון הוא, ש"בית המשפט יתחשב ככל האפשר ברדיישת מקצת השותפים" למneau למרי את פירוק השיתוף. לפי זה, פירוש המילה "בינם" בדרישת השותפים "לקים את השיתוף בינם" היא: בין כל השותפים.<sup>3</sup>

הפיורש השני הוא, ש"בית המשפט יתחשב ככל האפשר ברדיישת מקצת השותפים", למneau פירוק של כל השיתוף, אלא השותף שדרש פירוק קיבל את חלקו בנפרד, ויישאר השיתוף בין אלו שאינם מעוניינים בפירוק השיתוף. לפי פירוש זה, פירוש המילה "בינם" בסעיף הוא: בין אותם מקצת מהשותפים.

נקוטה מרכזיות בין שני הפירושים תהיה בשיתוף בין שניים<sup>4</sup>, אחד מהם מבקש לפרק את השיתוף בינם, והאחר מבקש למneau זאת. לפי הפירוש הראשון, סעפינו יכול להחול במקורה זה, כמובן, בית המשפט יוכל למneau את הפירוק לעומת זאת, לפי הפירוש השני, לא יחול כאן הסעיף, שהרי התהשבות בדרישות של השותף לאחר פירושה יהיה מניעת הפירוק לממרי, וזהו את זאת אין הסעיף מאפשר, לפי הפירוש השני.

כפי אמרנו, השופטים נחלקו בביור הוראת סעיף זה, כשהקצתם תומכים בפירוש הראשון, ומקצתם – בפירוש השני. השופט מנוי<sup>5</sup> תומך בפירוש הראשון. הוא דוחה את הפירוש השני, שהסעיף בא להסימן את בית המשפט להשאיר את השותפים האחרים בשיתוף בינם (בלי השותף הפורש), בטענה שהסתמוכה זו מיותרת, שכן גם בלעדיה יכולים השותפים הנוטרים להמשיך בשיתוף בינם, בין בפירוק בדרך חילקה בעין ובין בפירוק בדרך מכירה.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> אפשרות זו קשה הן מהפן הלשוני והן מהפן התוכני: מהפן הלשוני, המילה "בינם" נסובה על "מקצת השותפים" המוזכרים בסעיף, ומכאן ש"הshituf binehem" – משמעו בין מקצת השותפים ולא בין כולם. יתר על כן, אם זוונת דמחוקק היהה לחת אפשרות למneau למרי את פירוק השיתוף, נמצא שהamilah "binehem" מיותרת ומלבללת, וודיף היה לכתוב: "ברדיישת מקצת השותפים לקים את השיתוף" – ניסוח שהוא פותר את ההתלבטות.

מהפן התוכני, פירוש זה יוצר סתירה רבה בין סעיף 43 לסעיף 37, שהרי על פיו אפשר לשולול למרי מין השותף את הזכות המהותית הנתונה לו בסעיף 37. אולם בסעיף 43 מדובר במצב שהשותפים האחרים רוצחים בקיים השיתוף, אבל הרוי החידוש בסעיף 37 הוא שהשותף זכאי לדריש פירוק גם אם שותפיו מתנגדים לו (אם אינם מתנגדים, הרוי אין כאן דרישת של "שותף יחיד"). מצדדיו פירוש זה יצרכו לומר שסעיף 43 עוסק במצבים ששיקולי צדק מחייבים את מניעת הפירוק, בעודו להוראת סעיף 37; אבל הרוי אין לדבו רמז בלשון הסעיף.

<sup>4</sup> מצב זה שכיח בהתחשב בכך שמורבית פסקי הדין הקיימים בפירוק שיתוף עוסקים בפירוק שיתוף בין זוג.

<sup>5</sup> ע"א 288/71 מדכי נ' מדכי, פ"ד כ(1), 393.

<sup>6</sup> אפשר להסביר על טענה זו, שבכל זאת דרישה הוראת החוק לאפשר לשותפים הנוטרים להישאר בשיתוף, מפני שהשותפים הנוטרים עלולים להפסיק את המשפט יורה על פירוק השיתוף כולם וישתתפו הם מיזמתם מחדש. לדוגמה, אם השיתוף יפרק למרי, יש סכנה שלשותף הפורש תיפול בגורל חלקה באמצעותם מחדש.

לעומתו, השופט לנדי<sup>7</sup> מפרש כפירושו השני: "סעיף 43 מכון למסקנה שבו מקצת מהשותפים מעדרפים לקיים את השיתוף ביניהם למטרת פירוק השיתוף עם השותף או השותפים הדורשים את פירוקו". על כן הוא קבע שאין להחיל בnidono את סעיפנו, שהרי בnidono היו רק שני שותפים, ולפי הפסיקת השני אין סעיפנו חל אז, כמובן.

בפועל נתקבלה דעתו של השופט לנדי<sup>8</sup>, שסעיף 43 אינו חל בעניינים של שני שותפים. פרשנותו הממצמתה של השופט לנדי לסעיף 43 באה לידי ביטוי בכך בפרש רוביינשטיין<sup>9</sup>, שם קבע השופט לנדי שהסעיף חל רק במקרים של ביצוע חלוקה בעין, ולא כאשר חלוקה בעין אינה אפשרית. עוד קבע שם השופט לנדי כייחס להתחשבות בדרישות מקצת השותפים: "אין הם (מקצת השותפים) זכאים להחיה המכירה מן הטבעם, שבעתיד עשוי ערך הרcox' לעלות... זה נובע ברורות מהוראת היסוד שבסעיף 37(א) של חוק המקרקעין, כי כל שותף במרקען משותפים זכאי בכל עת לדרש פירוק השיתוף". בכלל עת נאמר, ולא בעת שותפיו יסכימו לפירוק, יהיו הטעמים לא-הסכמתם בהוויה אשר יהיה".

אם כן, לפי גישתו של השופט לנדי, באיזוão שבין סעיף 37 לבין סעיף 43, יש לתת את מירב המשקל לזכות המהוות של כל שותף לדריש את פירוק השיתוף בכלל עת, ואילו את סעיף 43 יש לפרש באופן מוצמצם ביותר. לדעתו, המחוקק לא התכוון למת אפשרות לשאר השותפים למנוע את פירוק השיתוף, ואילו לא לדוחתו, אלא רק פתח בפניים את האפשרות לתת לשותף הפורש את חלקו, ואת שאר יחסיו השיתופי להשאר על כנמו.

אולם בפסיקת היישראלית ניתן למצבו גם עדות אחרות. ללא להתייחס להלכת מרדי, העלה השופט טוקל בעניין פלוני<sup>10</sup> את האפשרות להחיל את סעיף 43, אף שמדובר שם בשיתוף בין בני זוג. בדיון שם נדרחו נימוקי הבעול שהוועלו כנגד הפסיקת פירוק, אולם לא נדחתה עצם האפשרות להחיל את הסעיף הדורש התחשבות בנסיבות השותפים גם בעניינים של שני שותפים, על אף שתוצאת החיל הסעיף במרקען זה תהיה דוחיה מוחלטת של בקשה הפסיקת פירוק<sup>11</sup>.

המרקען, שתחזוץ בין חלוקה השותפים הנוראים, דבר שיקשה עליהם לקיים את השיתוף ביניהם. לכן דורשת הוראת הסעיף, שבית המשפט יתחשב בדרישת שאר השותפים לקיים את השיתוף בלבד, ויתן לשותף הפורש חלקה בחלוקת הקרקע המשותפה, כדי שהחלוקה הנשואת לשותפים הנוראים יושך אחד רצף.

השופט לנדי, בע"א 623/71 גן בוועדו בע"מ נ' אングלנדר, פ"ד כוז(1), 336, 334 (הובא על ידי י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, עמ' 305), קבע שאם חלק מהשותפים מעוניינים להישאר בבעלות משותפת, אין הם חייבים לחולק. לאור זה קשה להבין את התבאות השופט לנדי, שם, "אם אחד השותפים הניע את מגנון החלוקה, וצוי שהזדמנות זו תושלם מלאכת החלוקה עד תומה", ושהפירוק השיתוף" משמעו הפרדה דבר שלם לחלקיו, ולא הפרדה חלק אחד מיתר החלקים.

<sup>7</sup> עניין מרדי (לעיל, הערה 5), בעמ' 398.

<sup>8</sup> גם השופט מניחור בו מדעתו, בעקבות קריافت פסק הדין של השופט לנדי.

<sup>9</sup> ע"א 319/74 רוביינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' פיין, פ"ד ל(1), 454, 457.

<sup>10</sup> לעיל, הערה 2.

<sup>11</sup> יש לציין שבספרות יש התייחסות לפסיקה זו כפסיקה שנגואה. ראה מ' דווייטש, קניין, עמ' 596. ד' פלפל, "פירוק שיתוף בחלוקת מגורים של בני זוג", הפרק ליט לט (תש"ג), עמ' 495, נסמכתה על סעיפנו במרקען של דירות בני זוג, המצויה בבניין רב קומות, שרשום כ"מושיע" (מרקען משותפים), ובני הזוג מתגרשים ומבקשים לפרק את שיתופם בדירה, ומתעוררת בעיה, שכן הפסיק יגרום לפירוק השיתוף בכל הבניין. והוא מציעה לזרק את כל ההיורים האחים לתביעה, וההיורים האחים יודיעו שהם מעוניינים להמשיך ביחסיו השיתופי ביניהם, ובית המשפט יתחשב בכך על פי סעיפנו. התחשבות זו נוכונה לפי שני הפסיקות.

(2) נימוקים לדרישה

נראה, שלפי הபירוש הראשון שהזוכנו, דרישת השותפים האחרים לקיים את השיתוף במלואו, הייתה להיות מונפקת, שהרי אם נאמר שהדרישה מתקבל גם בלי שם נימוק, לא תהיה שום משמעות לסעיף 37, הנזון לשותף יחיד זכות לתבע פירוק השיתוף.

וכן, השופטים שסבירו כפירוש הראשון הבינו שהסעיף חל רק אם השותפים הדורשים את קיום השיתוף נוגנים נימוקים המצדיקים זאת. בעניין מודכי<sup>12</sup>, נידון סכוך בין בני זוג שהיו שותפים בדירה מוגנת, והבעל טען שאין לפירוק את השיתוף, משני טעמים: (א) אם הוא יפרוק, יצטרכן הבעלים לגור עם שני ילדיו בשכירות; (ב) לא יימצא קונה לדירה כשהיא תפוסה, אלא במחair נמוך. גם בעניין פלונית<sup>13</sup> השותפים היו בני זוג שהסתכסכו, והועלתה טענה שמאחר שאחד השותפים הוא פסול דין, יש למנוע את הפירוק; אלא שטענה זו נדחתה. עוד נטען שאין לפירוק את השיתוף מפני שיש סיכוי להגיע לשלום בבית; טענה זו נדחתה מפני שבפועל לא היה סיכוי לכך.

לעומת הדרישה לנמק את קיומ השיתוף, לפי הபירוש הראשון, הרי לפי הপירוש השני, אפשר שדרישת השותפים האחרים לקיים את השיתוף באופן חלקי, תתקבל בלי שם נימוק. מכאן שהפירוש השני מתיישב יותר עם לשון הסעיף, שאינו מזכיר את הצורך בנימוק הבקשה, אלא מתנה את קיומ השיתוף רק במקרים "כל האפשר", שימושוון היא שדי באפשרות המעשית לבצע פירוק חלק.

## ב. עמדת המשפט העברי

כפי שראינו לעיל<sup>14</sup>, عمתו הערךוניה של המשפט העברי היא שאין לשותף זכות לדרש את פירוק השיתוף כלו, אלא הוא זכאי רק ליטול את חלקו בנפרד, והשאר יכולם להשאר בשיתופם<sup>15</sup>. אם כן, אין צורך בהוראה מיוחדת לבית המשפט להתחשב בדרישות מקצת השותפים, שאינם מעוניינים בפירוקקיים את השיתוף ביניהם, שזהי הוראת הסעיף לפי הפרשנות השנייה שהוצגה לעיל.

אשר להוראת הסעיף לפי הפרשנות הראשונית שהוצגה לעיל, שבית המשפט רשאי לקבל את בקשה מקצת השותפים למנוע את הפירוק לנמר, הוראה זו אינה מקובלת על המשפט העברי. כבר כתוב הרמב"ס<sup>16</sup>, שם "ביקש אחד מן השותפים לחלק וליטול חלקו בלבד, אם יש באותה קרקע דין חלקה, כופה את שאר השותפים וחולקין עמו". ככלומר, שותף הרוצה לפרק מן השיתוף יכול לכפות את שאר השותפים וליטול את חלקו, ובית הדין אינו מוסמך למנוע ממנו לקבל את חלקו בגלל דרישת השותפים המתנגדים לפירוק<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> עניין מודכי, שם.<sup>13</sup> עניין פלונית, שם.<sup>14</sup> סעיף 37, ליד ציון העלה 10.

<sup>15</sup> אך כפי שהדגשנו בסעיף 39, העלה 43, אין הכוונה ששאר השותפים זכאים לקבל את חלקם ברצף, אלא ייפלו גורל על כל הקרקע, וגם אם תיפול בגורל השיתוף הorzש חילקה הקוטעת את הרצף בין שאר חלק הקרקע, הוא זכאי לקבלה, והשאר ישארו בשיתוף בשתי החלקות הנוגרות, הנפרדות.

<sup>16</sup> רמב"ס, הלכות שכנים, פרק א, הלכה א.

<sup>17</sup> יש חריג לכלול זה בשיתוף של בני זוג בדירות מגורים. לפי ההלכה, חייב בעל לחת לאותו מקום הרואי למעמדו ולמעמדו לדור בו כל זמן שהם נשואים (שולחן ערוך, אבן העוזר, סימן עג, סעיפים ב וד). לפיכך,

### פרק שלישי

#### משallowות אחרות של השותפים – "...ובשאר מshallותיהם של השותפים"

בסיוף סעיפנו קובע המחוקק, שבית המשפט יתחשב "בשאר מshallותיהם של השותפים".<sup>18</sup> הכוונה למשallowות הנוגעות בדרך שבה יבוצע פירוק השיתוף, כגון מshallותם של השותפים לחלק ביניהם את הנכס לצורכי טופוגרפיה מסוימת דוקא<sup>19</sup>, או מshallותם ששותף פלוני קיבל חלקה פלונית דוקא, לאחר שהצעת החלוקה בעין התקבלה על ידי רשותת החקנון.<sup>20</sup> אפשר ללמוד מהוראה דומה בחוק הירושה, התשכ"ה-1965, סעיף 112, שמדובר גם באופן שלחלוקת יש תועלת מיוחדת או ערך רגשי מיוחד עבור אחד מן השותפים, ועל כן הוא מבקש לקבל אותה דוקא<sup>21</sup>.

המשפט העברי עוסק במצב כזה, שלחלוקת אחת יש תועלת יתרה עבור אחד מהשותפים, ונפסק שהוא זכאי לקבל חלקה זו. מדובר שלאחד מהשותפים יש קרקע פרטית הגובלות במרקעין המשותפים, והוא מבקש לקבל את חלקו ליד קרקע הפרטית. בעניין זה עסכנו לעיל.<sup>22</sup>

אם תגרום בקשתו לפירוק השיתוף בדירה, שלא יהיה לאישה מקום לדור בו (דהיינו, שאין לו בית אחר לתהה לה), יודהה בית הדין את בקשתו. גם לאחר מיתה הבעלים, נפק邠ולחן עורך, ابن העור, סימן צד, סעיפים א' ויד', שהאלמנה "יושבת במדור שהיתה בו בחיי בעלה". כלומר, נראה שאם הדירה רשותה על שם האלמנה ועל שם יורשי הבעלים, ואם יפורק השיתוף, תישאר האלמנה חסרת גג, יש להתחשב בדרישה האלמנה שלא לפרק את השיתוף בדירה.

בשאלת הדין כשהירושים דורשים לפרק את השיתוף בדירה, ומצעים לשכור לאלמנה דירה נחלקו הפסוקים: שות"ת הרשב"א, חלק א', סימן תתקכג (הובא בר"נ על הרי"ף, כתובות כ ע"ב, בדף הרי"ף, ד"ה) משתמשת, ובמגיד משנה, הלכות אישות, פרק ייח, הלכה ב), סובר שגם אם הירוש האב דירה גדולה שיש בה מקום גם לאלמנה גם לירושה, היירושים רשאים לסלקה מביתה ולשכור לה דירה אחרת, שהרי אז לא תישאר מחוסרת קורת גג. לעומתו, מרדכי, כתובות, סימנים קסז ורבס, סבור שאין רשותם בידם לעשות כן, מפני שלילקה מן הבית שדרה בו כל ימי חייה עלול לגרום לה עצמת נפש. רם"א, ابن העור, סימן צד, סעיף א', הביא את שתי הדעות. אם הניח האב שני בתים, הכל מודים שהירושים רשאים לסלק את האלמנה מן הבית שדרה בו בחיי בעלה לבית אחר שניה בעלה, אבל איןם רשאים לסלקה מביתה לבית שכור – ראה: חלקת מחוקק, שם, ס"ק ג; בית שמואל, שם, ס"ק ב-ג.

<sup>18</sup> עניין מודרכי שם, בעמ' 399.

<sup>19</sup> י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, עמ' 310.

<sup>20</sup> ויסמן, שם. הוא כותב עוד, שאם מshallות השותפים סותרות זו את זו, אין בית המשפט צריך להתחשב בהן. נראה שהכוונה היא, כגון שכל אחד נוון נימוק להצדיק את מshallתו; אבל אם אחד נוון נימוק ההActor מביע מshallה הפוכה בילוי לנמק אותה, יש להתחשב במשאלתו של הראשון, מפני שהשני בא רק לסתור, והתנגדותו אינה עולה בקנה אחד עם דרישת תום הלב. אבל אם אין סתרה בין המshallות, נראה שעיל בית המשפט להתחשב בהן גם אם אין מנווקות. כך עולה מלשון הסעיף, שאינו דורש נימוק למשallowות.

<sup>21</sup> סעיף 39, ליד ציון הערא 34 ואילך.

## פרק רביעי

**סיכון והצעת נוסח לפי המשפט העברי**

החוק מעניק לבית המשפט סמכות לקיים את השיתוף, אם מקצת השותפים דורשים זאת. בפסקה הישראלית יש דעות שונות האם כוונת המחוקק שיש לאפשר לעיתים את השarraת כל יחסיו השיתופי על כנס, או שכונתו שיש לקיים את השיתוף בין השותפים הרוצים לקיימו, ושאר השותפים יקבלו את חלקם בנפרד.

במשפט העברי אין מקום להוראה זו, לא לפי הபירוש הראשון, שכן אין בית המשפט מוטמן למנוע פירוק לגמרי על פי בקשת חלק מהשותפים, אם אחד מהשותפים דורש לקבל את חלקו בנפרד; ולא לפי פירוש השני, שהרי דרך המלך במשפט העברי הוא שום שותף אחד דורש חילקה, שאור השותפים נשאים בשיתופם, ואין צורך להסימך את בית דין לכך. גם הוראות הסיפה, שבית המשפט יתחשב במשאלות השותפים, אינה מופיעה במשפט העברי כהוראה כללית.

על כן מוצע לבטל סעיף זה.

## שיתוף בזכויות אחרות

שיתוף בזכויות 45. הוראות הסימן הקודם והסימן זהה, ככל שהן נוגעות לעניין, יהולו, אחרות בשינויים המחייבים, גם על זכויות אחרות במרקעין, כשהן של כמה בני אדם.

### התוכן

פרק ראשון: מבוא	227
פרק שני: שיתוף בשכירות	227
א. כללי	227
ב. שכירות משנה	227
ג. פירוק השיתוף	229
(1) כללי	229
(2) חלוקה בעין	229
(3) "גוד או אגוד"	232
פרק שלישי: שיתוף במשכון	233
א. כללי	233
ב. משכון שאין השותפים משתמשים בו	233
ג. משכון שהשותפים משתמשים בו	234
פרק רביעי: סיכום והצעת נוסח לפיקדון העברי	235



## פרק ראשון

### מבוא

הסעיף שלפנינו קובע, שהוראות חוק המקרקעין, סעיפים 44-27, העוסקות ביחסי השיתוף ובדרישות לפירוק השיתוף במרקען, يولו "בשינויים המוחייבים" ככל שהן נוגעות לעניין, גם על זכויות משותפות אחרות במרקען, ולא רק על בעלות משותפת<sup>1</sup>. על פי חוק המקרקעין, סעיפים 5-3, שכירות, משכון וזיקת הנאה הן זכויות במרקען. אם כן, סעיפנו חל על שיתוף בשכירות, במשכון ובזיקת הנאה. בדionario להלן נברר את עמדת המשפט העברי בדבר שיתוף בשכירות ובמשכון.

## פרק שני

### שיתוף בשכירות

#### א. כלל<sup>2</sup>

כשם שניתן אדם לרכוש נכס יחד עם כמה בני אדם, וליצור שיתוף בעלות בנכס, כך יכול אדם לשכור נכס יחד עם כמה בני אדם, וליצור שיתוף בשכירות בנכס. הכלל הוא, שכירות היא מכירה לזמן קצוב: "זהאי נמי ביוםיה — מכירה הייא"<sup>3</sup>. השוכר ייחס אפוא כבעל הנכס בתוקף השכירות<sup>3</sup>. מהגדירה זו מתקבש, לכארה, שהמשפט העברי ישווה, ככל שהדבר אפשרי, בין דיני השיתוף בעלות לדיני השיתוף בשכירות. להלן נבחן האם אכן כך הדבר, בעניין זכותו של שותף להשכיר את חלקו בשכירות משנה, ובעניין הדרך הראויה לפירוק השיתוף בשכירות.

#### ב. שכירות משנה

בסעיף 34 קבע המחוקק, ש"כל שותף רשאי להעביר חלקו במרקען המשותפים, או לעשות בחילקו עסקה אחרת, בלי הסכמת יתר השותפים". צירוף הוראה זו עם הוראת סעיפנו מעלה, ששותף בשכירות רשאי להעביר את חלקו להשכר אחר, או לעשות בו עסקה אחרת, כגון להשכיר

<sup>1</sup> הוראה מקבילה נמצאה בתכיד הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 514: "הוראות פרק זה يولו, בשינויים המוחייבים, גם על זכויות בנכס שאינה בעלות, כשהיא של מספר נמי אדם." ההבדל המשמעותי הוא שסעיף 45 מדבר על "הסימן הקודם והסימן הזה", היינו סעיפים 48-27, ואילו התזוכיר מדבר על "פרק זה", ובזה כולל גם את סימן ג', העוסק בשיתוף במצו. דברי ההסביר אינם מתייחסים להבדל זה.

<sup>2</sup> בכא מציעו נו ע"ב.

<sup>3</sup> בשאלת האם שכירות נחשבת כקניין, ראה: מ' ויודה, חוק לישראל, שכירות ושאליה, עמ' 7-24.

אותו, בלי הסכמת יתר השותפים. האם לפני המשפט העברי רשאי שותף בשכירות להשכיר את חלקו לאחריו, בלי הסכמת שותפו? הרא"ש נשאל בעניין זה על ידי בנו, ר' יהיאל, והשיב<sup>4</sup>: "שנתיים שכרו בית בשותפות, לדרכו בו יחד, אין אחד מהשותפים יכול להושיב אחר במקומו... כי הוא יכול לומר: אתה יכול אני לקבל, ואחר אי אפשר לקבל. כי הדבר ידוע, שאין הדירה מתקבלת עם כל אדם בשווה. יש מפני השיבורתו, שארם בוש ממן, ויש מפני גירועו, שארם בוש לדור עמו, ויש שהוא בעל קטטה, ויש שאינו נאמן. הילך, אדם הרוצה לדור בשותפות, מדקך עם מי שהוא חפץ לדור, ולא יוכל אותו לקבל לדור עמו, להושיב אחר במקומו".

השם<sup>5</sup>"ע" מסביר את ההבדל בין שכרים משותפים לבעליים משותפים, שدواק בשינוי שכרו דירה לצורך מגוריים משותפים יכול אחד מהם למנוע מחברו להעביר את זכותו לאדם שלישי, שכןدواק במקרה זה "אדם הרוצה לדור בשותפות מדקך תחלה עם מי שהוא חפץ לדור". שיקול זה אינו קיים בעלים במשותף של דירת מגוריים, ולפיכך במצב זה לא תתקבל התנגדות על בסיס סובייקטיבי כגון "אתך יכול אבל אחר אני יכול לקבל", אלא רק התנגדות שבבסיסה טענה אובייקטיבית, כגון השכרה או מכירה של הנכס למספר אנשים רב<sup>6</sup>, עסקה הפוגעת אובייקטיבית בשימושם של שאר השותפים.

לעומת זאת, פסק הרמב"ם<sup>7</sup>, בעניין מי ששכר ספינה לשם הובלת סחורה, ומכר את הסחורה, שהוא רשאי להעביר לكونה הסחורה את זכויותיו בשכירת הספינה, אלא שייש לבעל הספינה עליו חרעותם". המגיד משנה<sup>8</sup> פירש, שמדובר שבבעל הספינה נמצא נמצאת בספינה יחד עם השוכר. لكن אם השוכר משכיר את זכותו לאחריו, יש לעיל הספינה סיבה להחרעים עליון, מפני שהכריו לחדרו עם מי שאינו חפץ לדור עמו; אך ככל זאת אין לו זכות למנוע מן השוכר להשכיר את הספינה לאחרו.

האם הרמב"ם חולק על דעת הרא"ש? מדברי המגיד משנה הפסיק הרמ"א<sup>9</sup>, שהרמב"ם אכן חולק על הרא"ש: הרי לדעת הרמב"ם, השוכר ספינה זכאי להשכיר את זכותו לאחרו, אף שהמשכיר דר עמו בספינה המושכרת, ואין המשכיר זכאי למנוע זאת בטענה: "אתך יכול אני לקבל, ואחר אי אפשר לקבל" (כלשון הרא"ש). אם כן, הדעת נותרת שוגם בשוכרים משותפים, יתר הרמב"ם לשותף אחד להשכיר את חלקו לאדם זר, ולא יכול את טענת השותף الآخر: "אתך יכול אני לקבל, ואחר אי אפשר לקבל".

ברם, מדברי הטור הבין הרמ"א, שהרמב"ם אינו חולק על דברי הרא"ש, מתחוק שהטור הביא את דעתיהם זו אחר זו, ולא העיר שהדעות חלוקות. אם כן, מדובר בשכירות ספינה, פסק הרמב"ם שראשאי השוכר להשכיר בעל כרכו של המשכיר, שייאlez מעתה לגור עם אדם שאינו מכירו, ובנסיבות בית, הוא מסכים לרא"ש, שאין השוכר רשאי להשכיר את חלקו לאדם זר

<sup>4</sup> מזכיר בהנחה שהמשכיר הסכים לכך. בשאלת האם המשכיר זכאי למנוע זאת, ראה: מי ויגודה, חוק לישראל, שכירות ושאלת, עמ' 492-518.

<sup>5</sup> שווית הרא"ש, כלל אל, סימן ב (הובא בטור, ח"מ, סימן שט, סעיף ב). ראה על כך: ויגודה, שם, עמ' 513.

<sup>6</sup> סמ"ע, סימן שטז, ס"ק ו.

<sup>7</sup> ראה על כך בסעיף 34, פרק שלישי.

<sup>8</sup> רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ד.

<sup>9</sup> מגיד משנה, שם, הלכה ה.

<sup>10</sup> דרכי משה, ח"מ, סימן שטז, ס"ק ג.

בלי הסכמת שותפו לשכירות? על כך מшиб הרמ"א, שיש הבדל בין בית לסתינה: בספינה מצוי הדבר שהשוכר מוכר את סחורתו לאחר, ובבעל הספינה השוכר את ספינתו בידיעה שייתכן שהשוכר יהולף. אך בבית, בוודאי לא השותפו לשכירות על דעת שאחר השוכרים יהולף. השולץ עורך<sup>11</sup> פסק כדורי הרואה, והרומ"א לא השיג עלייו. לפיכך ניתן לסכם, שלפי המשפט העברי, שותף לשכירות מקרקעין למגורים אינו רשאי להעביר את חלקו לאחר בלי הסכמת יתר השותפים.

#### ג. פירוק השיתוף

(1) כללי

בסעיפים 39 ו-40 פירט המחוקק כיצד נעשה פירוק על ידי חלוקה בעין ועל ידי מכירה. בדינוינו בסעיפים אלו ראיינו, שבמשפט העברי יש שתי דרכם עיקריות לפירוק השיתוף. אם יש בכך כדי חלוקה, חולקים אותו בעין, ואילו אם אין בו כדי חלוקה, נקבעים בדרך "גוד או אגד", שמשמעותה היא, ששותף אחד מעמיד בפני השותף השני את הברירה, אם יוכל את חלקו של הראשון או המכור לראוון את חלקו. להלן נברור את דיןן של דרכם אלו בשיתוף שכירות.

(2) חלוקה בעין

כפי שראינו בדינוינו בסעיף 39, שותף בנכש שיש בו כדי חלוקה יכול לכוף על שותפיו חלוקה בעין. האם גם שותף לשכירות יכול לכפות על שותפיו חלוקה בעין? הרמב"ם<sup>12</sup> פוסק: "שנים שכרו מקום אחד בשותפות, כל אחד מהן יש לו לכוף את חבריו ולומר לו, או שכור מני חלקו או השכיר לי חלקך, ואם יש בה דין חלוקה – חולקין". משמעו בדבריו, ששותף הרוצה בחלוקה בעין, זכאי לכוף את الآخر לכך. אולם הרוא"ש<sup>13</sup> פוסק ששותף לשכירות מקרקעין אינו זכאי לכוף את שותפו לחלוקה בעין, כיון שהבait אינו שלהם, כי אם שכור לומן". נימוקו של הרוא"ש טעון הסבר. הגרא"א<sup>14</sup> מסביר שלדעת הרוא"ש אין כלל חילוק בין שכירות לבועלות בעניין זה, אלא שיש להבחין בין שיתוף כפוי שנוצר על ידי מתנה או ירושה, לבין שיתוף שנוצר ברצון הצדדים. רק בשיתוף כפוי זכאי אחד השותפים לדרוש חלוקה בעין או פירוק על ידי הצעת "גוד או אגד". לעומת זאת, בשיתוף שנוצר ברצון השותפים, בין אם מדובר בבעל משותפת או בשכירות משותפת, אם השותפים לא קבעו במפורש בשעת יצירת השיתוף את אפשרות הפירוק, anno manichim שמחלו על אליפות זו. מאחר שהרא"ש נשאל על שכירות משותפת שנוצרה ברצון הצדדים, הוא פסק שכן לשותף זכota לדרש את פירוק השיתוף. אבל פרשנים אחרים סבורים, שדברי הרוא"ש נאמרו דווקא בשיתוף שכירות, ולא בעועלות משותפת, כפי שיבואר להלן.

<sup>11</sup> שולץ עורך, חו"מ, סימן שז, סעיף ב.

<sup>12</sup> רמב"ם, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ג.

<sup>13</sup> שותף הרוא"ש, כלל א, סימן ב.

<sup>14</sup> ביאור הגרא"א, חו"מ, סימן קע, ס"ק לט. דבריו קצרים, אך נראה שכונתו היא מבואר בטקסט. וראה חזון איש, בכא בתרא, סימן ט, אות ב, ד"ה והנה. וראה גם בסעיף 40, העלה 23, על דעת הרוא"ש בדבר הזכות להציג "גוד או אגד" בשיתוף שנוצר בהסכם. ראה על כך גם בסעיף 37, העלה 11, ולהלן, העלה 30.

הכרעת השולחן ערוך בעניין זה אינה ברורה. במקומות אחד, פוסק השולחן ערוך<sup>15</sup> לדברי הרמב"ם, ששותף בשכירות הרוצה בחולקה בעין זכאי לכופר את האחר לכך.<sup>16</sup> הוא פוסק כדעת הרא"ש, ש"שנים שכורו בית בשותפותו, לדור בו יחד... איןו יכול לכופר לחילוק, שהבית אינו שלהם, אלא שכור להם לזמן". נמצאה שכוראה יש סתירה בין פסקי השולחן ערוך.

הפטוקים הצביעו בדרך כלל לשב את הסתירה בין פסיקות השולחן ערוך. מתוך ההצעות השונות, ניתן ללמוד מדוע פוסק הרא"ש שבשיטות בשכירות, אין לשותף זכות לכפota חלוקה בעין.

הרב<sup>17</sup> מסביר, שדברי הרא"ש נאמרו דווקא בשותף המעניין להסביר את חילוק לאחר. כפי שהוא לעיל<sup>18</sup>, טעמו של הרא"ש הוא, שenton השותף الآخر לטעון, שאיןו מעוניין לגור עם אדם זה. אך לכארה, השותף הממעוניין להסביר יכול להשיב על טענותו בכך, שניתן לחילוק את הנכס, ולבנות מהיצה בין החלקים. ביחס לזה פוסק הרא"ש, ובקבותיו השולחן ערוך, שהשותף الآخر זכאי למונע את החלוקה, בטענה שיגרם לו נזק בחולקה ובעונש המיחה. אין זה צודק שיגרום לו נזק בעשיית המיחה, רק כדי לאפשר לאדם אחר לדור שם, בעוד שם יدور שם השותף עצמו, לא יצטרכו לחילוק ולעשות מהיצה. אך אם אחד מן השותפים מעוניין לחילוק את הנכס כדי להשתחם בחילוק בפרט עצמו, פוסק השולחן ערוך, יוכל לכופר את שותפו לחילוק, מפני שכורו יחד על דעת שיעול כל אחד לדריש חלוקה כשריצה, וממילא יוכל לכופו גם לבנות מהיצה ביניהם.<sup>19</sup>

החוון איש<sup>20</sup> מולה את ההבדל בין פסיקי השולחן ערוך בשאלת, האם המשכיר מסכים לחילוקה: אם המשכיר אינו מסכים לחילוקה, אין השוכרים רשאים לבצע חילוקה בעין, וזה הנידון שלגביו פסק השולחן ערוך כמו הרא"ש, שאינם יכולים לחילוק<sup>21</sup>. לעומת זאת, אם

<sup>15</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן קעא, סעיף ט.

<sup>16</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן שטז, סעיף ב.

<sup>17</sup> ב"ח, ח"מ, סימן קעא, סעיף לו.

<sup>18</sup> ליד ציון הערכה 5.

<sup>19</sup> הסבר דומה נותן ש"ץ, ח"מ, סימן קעא, ס"ק ח: בדרך כלל, שותף זכאי לדריש חילוקה בעין, אם הנימוק שלו הוא ממשות היוזק ראייה, ככלומר שפרטיוו נגמרת כשהוא דר ייחד עם שותפו; ובסימן שטז, פסק השולחן ערוך שהשותף אינו זכאי לדריש חילוקה, מפני שהוא גילה את דעתו, שלא מפריע ל'היוזק' ראייה, אלא רק אינו מוכן לדור עם אדם זה. כנראה, הש"ך הבין שבסימן שטז מדובר שהשותף الآخر (לא וזה שרצה להסביר את חילוקו לאחר) דרש חילוקה, מפני שהוא לא רצה לדור עם שכור המשנה של שותפו; וזאת בגין הדבנתה הבה"ה, שהבין שמדובר שהשותף הראשון (שרצה להסביר את חילוקו לאחר) דרש חילוקה.

<sup>20</sup> חוות איש, בבא בתרא, סימן ט, אות ב, ד"ה ולמש"ב.

<sup>21</sup> חוות איש נותן שני טעמים לכך שאינם יכולים לחילוק במחיצה ללא הסכמת המשכיר: ההסבר האחד הוא, שהדבר יחייב את המשכיר להתודיעין עם השוכרים בתום תקופת השכירות, בדרישה שישטרו את המיחה, ואין הוא מעוניין בכך.

ההסבר الآخر מתייחס על ההנחה שהמשכיר אינו מעוניין שהשוכר יՐגש עצמאי לחילוטין, בעת שהותם במושכר, לבצע בו שינויים, גם אם אין השינויים מזיקים למושכר. ובלשונו של החווון איש: "וניחא ליה להמשכיר תמיד במידת ההכנה של השוכר, ולא ניחא ליה מידת הגאות של השוכר". ההיגיון בכך הוא, שלעתים יש חילוקי עיטה בין השוכר למושכר, וכך אם השוכר יՐגש עצמאי לפועל במושכר כאוות נפשו, הוא עלול לפעול נגד דעת המשכיר, וכך לפגוע במושכר.

גם יד רמה, בבא בתרא, פרק א, סימן קעג (ד"ה ואילך אנפ), כתוב ששותף בשכירות אינו זכאי לכופר את

המשכיר הסכימים שהשוכרים יחלקו את המקרקעין, יכול כל אחד מן השותפים לכוף את שותפותו לבצע חלוקה בעין, וזה הנידון שלגבי פסק השולחן עורך בדברי הרמב"ם ששותף יכול לכוף חלוקה בעין.

השם<sup>22</sup> מישב את פסקי השולחן עורך, תוך הבחנה בין שיתוף בשכירות דירות מגוריים, לבין שיתוף בשכירות שדה. בדירת מגוריים, החלוקה מצריכה בנייה מחיצה בין החלקים השונים, שמנע היוזק וריה; אבל השותפים אינם רשאים לבנות מחלוקת, כיון שהבית אין שלהם, ועל כן אינם יכולים לחלק בחלוקת בעין. לעומת זאת, בשדה מושכרת, שאין בה היוזק ראייה, איןחלוקת בעין כרוכה בבנייה מחיצה, ולכן כל שותף זכאי לכוף את שותפות בשכירות לבצע חלוקה בעין.<sup>23</sup>

המושך להסבירים של הב"ח, החזון איש והסמ"ע, ליישוב הסתירה שבין פסקי השולחן עורך, הוא, שלפי כולם סובר השולחן עורך, שבאופן עקרוני, שותף במרקען שכורים זכאי לכוף את שותפותו לפרק את השיתוף בדרך של חלוקה בעין.

אבל באර הגולה<sup>24</sup> מציג גישה הפוכה. לדבריו, הרמב"ם, ובעקבותיו השולחן עורך, מעולם לא ביקשו לומר שיש זכות לכוף עלחלוקת בעין בשיתוף בשכירות. מלשונו הרמב"ם שהובא לעיל<sup>25</sup>, "כל אחד מהן יש לו לכוף את חברו ולומר לו 'או שכור מני חלקי או השכיר לי חלקין', ואם יש בה דיןחלוקת חולקין", מ Dickinson, השוכינה של השותף היא רק לגבי הטענה: "או שכור מני חלקי או השכיר לי חלקין", ואילו הדיון ש"אם יש בה דיןחלוקת — חולקין", אמר אף ורק אם הסכימים שני השותפים, שהרי עלחלוקת בעין, לא כתוב חרומב"ם ש"כל אחד מהן יש לו לכוף את חברו".

לסייעום, יש שתי שיטות בהבנת דעתו של השולחן עורך: לדעת הב"ח, הסמ"ע, וה חזון איש, דעת השולחן עורך היא, בכלל, שותף במרקען נדרשת לו שלא לשימושו, אלא לשם השכרת חלקו לאחררים (ב"ח), או אם המשכיר אינו מסכיםחלוקת (חזון איש), או אםחלוקת הקמת מחיצה (סמ"ע). ואילו לדעת באראגולה, דעת השולחן עורך היא, בכלל, השותף אינו זכאי לכוף את שותפותו לבצעחלוקת בעין במרקען שכורים.

בדברי הרמב"א<sup>26</sup>, שפסק כדעת הרא"ש, משמע, ש לדעתו בשום מצב אין לשותף זכות לכוף עלחלוקת בעין, בשיתוף בשכירות.

שותפו לחלוק بلا הסכמת המשכיר, והוא נותן נימוק אחר: אין השואל רשאי להשאיל ואין השוכר רשאי להשכיר אלא מדעת הבעלים; ואף שהמשכיר הסכימים להשכיר לשני שכורים אלו, שמירה שניהם יחד עדיפה לו לשמור אחד. ככלומר, המשכיר השכיר על דעתו שכל אחד מהשותפים ישמר על כל הקרקע, ואם יחלקו בעין, כל אחד ישמר רק על חזיה. והוא ב' כהנא, חוק ישראל, שומרין, עמ' 438, 1002, 1158, 1191, ו 1202, בשאלת האם כביש שני שומרין על פקידון, רשאי אחד מהם להסתלק מן השמירה.

<sup>22</sup> סמ"ע, סימן קעא, ס"ק בכ, וסימן טז, ס"ק ז.

<sup>23</sup> אשר לשוכרי חצר, הוא כותב שם החצר היא מסווג שיש בה היוזק ראייה, אך שתידרש מחיצה, אין זכות לדירושחלוקת, ואם החצר היא מסווג שאין בו היוזק ראייה, יש זכות לדירושחלוקת.

<sup>24</sup> באראגולה, חוק, סימן טז, ס"ק ז.

<sup>25</sup> לעיל, ליד ציון הערכה 12.

<sup>26</sup> רמ"א, חוק, סימן קעא, סעיף ט.

(3) "גוד או אגוד"

בדיוןנו בסעיף 40, רأינו שלפי המשפט העברי, אם לא ניתן לחלק בעין, זכאי כל שותף לתבou משותפו חולקה בדרך של "גוד או אגוד", כלומר, קנה מני את חלקו, או שקנה מך את חלקו". האם זכות זו קיימת גם בשיתוף שכירות מקרקעין, והיינו ששותף בשכירות מקרקעין יתבע משותפו "שוכר מני את חלקו, או שאשוכר מך את חלקו"?<sup>27</sup>

הרבמ"ס פוסק שהוכחות קיימות<sup>28</sup>: "שנים שכרו מקום אחד בשותפות, כל אחד מהן יש לו לכוף את חבירו ולומר לו: או שוכר מני חלקו, או השוכר לי חלקו".

מנגד, הראב"ד<sup>29</sup> חולק על הרbm"ס, וסביר שאין לשותף בשכירות מקרקעין זכות לתבou משותפו, "שוכר מני חלקו, או השוכר לי חלקו". ברם, גישת הראב"ד אינה נובעת מהבדל斯基ים כביכול בין שיתוף בעלות לשיתוף שכירות. לדעת הראב"ד, גם בשיתוף בעלות, הזכות לכוף על "גוד או אגוד" קיימת רק בשיתוף שנוצר על ידי ירושה או מתנה, שלא מרצונו, השותפים, אבל בשיתוף שנוצר מרצון השותפים, אין לשותף זכות לדושג "גוד או אגוד", לפך את השיתוף אחריו שהסכים להיות בשיתוף.<sup>30</sup> לאחר שזהו טumo, נראה שהוא יסכים בשיתוף שכירות שנוצר כתוצאה מירושה או מתנה, תהיה לשותף זכות לדושג "גוד או אגוד".

גם הרמ"ה<sup>31</sup> סבור, שאין לשותף בשכירות זכות לדושג את פירוק השיתוף בדרך של "גוד או אגוד", אבל מסיבה אחרת: משום ש"אין השואל רשאי להשאיל, ואין השוכר רשאי להשוכר", אלא מדעת בעל הנכס.<sup>32</sup> ואף על פי שבבעל הנכס השוכר אותו לשני השותפים האלו, והראה בכך שהוא סמן עליהם, הוא יכול לעזין שעדין בעיניו שניים בשםיהם י年由 על הנכס שלו, משישמו אחד בלבד. לדעתו, אם המשכיר מסכים שיפרקו את השיתוף בדרך "גוד או אגוד", יש לכל שותף בשכירות זכות לדושג זאת מן השותף الآخر.<sup>33</sup>

<sup>27</sup> כמובן, אין מקום שיאמר "קנה מני אוקנה מך", שהרי שוכר אין יכול למוכר את חלקו.

<sup>28</sup> רmbm"ס, הלכה שננים, פרק א, הלהga ג. כך כתב גם בתשובתו, שווית הרbm"ס (מהה' בלא), סימן שצג.

בעניין זה ראה: שוית הריב"ש, סימן דכו; רם"א, חוז"מ, סימן קעא, סעיף ח; בנסת הגודלה, חוז"מ, סימן

קעא, הගהות הטור, אות כ; עורך השולחן, חוז"מ, סימן קעא, סעיף י' וסעיף יד; חזון איש, בבא בתרא, סימן

ט, ס"ק ב"ג; דברות משה, בבא בתרא, סימן י; עטרת שלמה (קרילץ), חלק א, סימן טג.

<sup>29</sup> השגות הראב"ד, על הרbm"ס, שם.

<sup>30</sup> הבאו את דעתו זו בסעיף 40, ליד ציון העירה 18, על זכות "גוד או אגוד" בעלות משותפת. וראה לעיל,

לייד ציון העירה 14, שכך כתב הגורא בדעת הרא"ש, גם לעניין הזכות לכוף על חולקה בעין.

<sup>31</sup> יד רמה, בבא בתרא, פרק א, סימן קעא, ד"ה ואילך אנפוי.

<sup>32</sup> בבא מציעא כת ע"ב.

<sup>33</sup> אין שישב הרbm"ס על טענותו של יד רמה ש"אין השוכר רשאי להשוכר" ? הרbm"ס הולך לשיטותו, בהלכות

שכירות, פרק ה, הלהga ה (וכך גם דעת שולחן ערוך, חוז"מ, סימן שטו, סעיף א; וראה שם בnimoku לך).

שבשכירות מקרקעין, רשאי השוכר להשוכר לאחר, בלי רשות המשכיר, ואם כן אין סיבה שהשוכרים

המקוראים יצטרכו להישאר שניהם צמודים לקרקע כדי לשמור עליה.

יתכן שגם בשיתוף שכירות מיטלטליין יסבו הרbm"ס שיש זכות לדושג "גוד או אגוד", והוא יכול להסביר

על טענתו "אין השוכר רשאי להשוכר" בדרך אחרת: טעם האיסור על שוכר להשוכר הוא שבבעל הנכס אין

נותן אמון באדם אחר שישמר על הנכס רצונו, והרי כאן גם אם שותף זה יביא אחר במקומו, יישאר השותף

האחר לשומר על הנכס (והרי בעל הנכס נתן אמון גם בו), וכפי שראינו לעיל, העירה 21, יש אמורים שנכס

שנמסר לשמירה של שניים, רשאי אחד מהם להסתלק מן השמירה — שבזה מדובר גם כאן.

השולחן ערוך פוסק<sup>34</sup> כדעת הרמב"ם<sup>35</sup>: "שנים שכרו מקום אחד בשותפות, כל אחד מהם יכול לכוף את חבירו ולומר לו: או שכור ממני חלק או השכר לי חלק".

## פרק שלישי

## שיתוף במשכון

## א. כללי

יש סוג של שיתוף בזכויות במרקעין שאינו שיתוף בבעלות, ואף לא שיתוף בזכויות שימוש, אלא שיתוף בשיעבוד המקרקעין: אם קרקעתו של אדם ממושכנות לנוסים, יש לכל נושא זכות קניינית במרקעין, ונוצר בינם שיתוף בזכות זו<sup>36</sup>. מתודורת השאלה, האם דין פירוק השיתוף בין הנוסים, כדי פירוק השיתוף בבעלות במרקעין? הפסיקים דנו בשאלת, האם ניתן לפרק שיתוף בזכויות משכון במרקעין בדרך של "גود או אגד", ועשו הבדיקה בין משכון שהשותפים בו לבני משכון שאינם משתמשים בו.

## ב. משכון שאין השותפים משתמשים בו

הרשב"<sup>37</sup> נשאל בעניין שניחים שירשו שטר חוב: האם ניתן לפרק את שיתופם בו בדרך של "גוד או אגד"? תשובה הרשב"<sup>8</sup> היא: "ברור הוא שלא אמרו דין גוד או אגד (אללא<sup>38</sup>) בשיעבודם. וכמו מה, דאפשר במשכונא לא, ואף על פי שהמשכונא עשויה להשתמש. שלא אמרו [דין גוד או אגד] אלא بما שאין ראוי ליחלך, ולא אפשר להם בחלוקתם. אבל במשכונא, שאין גופה של משכונא שלהם אלא לשיעבוד בעלמא, ועומדת היא לפידות, הרוי המעות ראויים ליחלך, וכשבא זמנה ויגבו, יחלקו". לעומת, לאחר שעיקר השיתוף במשכון

<sup>34</sup> אף שראינו לעיל, פסקה (2), שהاخחוניים אמרו כלפי השולחן ערוך, יש מקרים ששיתוף בשכירות אין ובאי לדריש חלוקה בעין, הרי אין מקום לדבריהם לגבי דרישת "גוד או אגד". כך הוא בוודאי לגבי דברי בא רגולה (לעיל, הערא 24), האומר בזכות הכספי הנזכרת בשולחן ערוך אמרה דווקא לעניין "גוד או אגד". כך הוא לפי היב"ח (לעיל, הערא 17) והש"ך (לעיל, הערא 19) האמורים שיש זכות לדריש חלוקה בעין חוץ מבמקרה חריג, שאחד השותפים רצה להשכיר את חלקו לאדם זר. וכך הוא לפי הסמ"ע (לעיל, הערא 22) וחוזן איש (לעיל, הערא 20), שסינו את הזכות לדריש חלוקה בעין מסוים שהדבר מחייב הקמת מחיצת במושכר בעלי הסכמת המשכיר, והרי ב"גוד או אגד" אין בעיה כזאת, משום שכל הנכס יעבור לשימושו של אחד מהשותפים, ולא יהיה צורך במחיצת.

<sup>35</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן קעא, סעיף ט.

<sup>36</sup> דבר זה ייתכן בכמה אופנים. (א) הנשים הם נושמים משותפים בחוב אחד; (ב) כל נושא בא מכוח חוב שונה, ועריך המשכון שקל לרוכם של החובות, כך שלמעשה לכל נושא יש זכות שווה (יחסית לסכום חובו) במשכון; (ג) כל נושא בא מכוח חוב שונה, ועריך המשכון נמוך מסכום החובות, ויש סדרי קדימה בין הנשים. המקורות שנביא להלן עוסקים באופן השלישי, ונראה שהדברים נכונים גם באופן השני. אבל לא ברור האם הדברים נכונים גם באופן השלישי, שכן שם לנושא בעל זכות הקדימה יש זכות במשכון בעלת משקל גדול יותר מזכויותיהם של הנשים האחרים במשכון, ובכך הם שונים משותפים בבעלות במרקעין.

<sup>37</sup> ש"ת הרשב"<sup>8</sup>, המזהה לרמב"ן, סימן מג, על דבריו ראה: ר' יהודה מנחים שינפלד, "בעון גביה חוב בקרע שאן בה שייעור שדה", שומרי משפט (צ'כובו), חלק ג, עמ' קסב-קסן.

<sup>38</sup> מהקשר הדברים, נראה שהמליה "אללא" היא טעה סופר.

המקሩין אינם במקሩין עצם, אלא בחוב, ניתן לפרק את השיתוף בזמן פירעון החוב, ולכן אין לשותף בו זכות לדריש פירוק בדרך של "גוד או אгод".<sup>39</sup> הרם"א<sup>40</sup> הביא את דברי הרש"א להלכה. אבל מצד שני, הרם"א פסק,<sup>41</sup> שניתן לפרק שיתוף בשטר חוב בדרך של "גוד או אgod". לאותה יש כאן סתירה בדברי הרם"א, שהרי הרש"א מדמה את השיתוף במשכנן לשיתוף בשטר חוב, כאמור. הסמ"ע<sup>42</sup> עושה הבחנה בדעת הרם"א בין שיתוף בשטר חוב לשיתוף במשכנן. משכון הוא נכס בעין, וכך אפשר למוכרו מיד ולחلك את ממון החוב, ומושום כך אין צורך לחلك את המשכנן. לעומת זאת חובינו נחשב כממון, ואין רואים אפשרות מיידית לחלוקת הכספי של החוב, וכך כל שותף יכול לטעון שאנו רוצה להישאר בשיתוף זמן ניכר עד לחלוקת החוב, וכך זכאי לחلك את השטר עצמו בדרך של "גוד או אgod". הש"ך<sup>43</sup> מציע דרך אחרת ביישוב דברי הרם"א. לדעתו, הרם"א סבור שניתן לפרק את השיתוף במשcinן בדרך של "גוד או אgod", כמו בשיתוף בשטר חוב, והעובדת שהביא הרם"א את דברי הרש"א אינה מעדיה שהוא מסכים עמו.

השולחן ערוך<sup>44</sup> פסק שניתן לפרק שיתוף בשטר חוב בדרך של "גוד או אgod", ונראה ש לדעתו, הוא הדין גם בשיתוף במשcinן.<sup>45</sup>

ג. משכון שהשותפים משתמשים בו  
יש שהלווה מתיר למלווה להשתמש במשcinן עד שיפרע לו את ההלוואה. כאמור לעיל, דעת הרש"א היא שאין לשותף במשcinן זכות לדריש פירוק השיתוף בדרך של "גוד או אgod". בתשובתו שהבאנו לעיל, מוסיף הרש"א, שהדברים אמרוים "אף על פי שהמשcinן עשויה להשתמש".<sup>46</sup>  
אולם הרם"א, לאחר שהביא את דעת הרש"א הסביר שלא ניתן לכורע על פירוק השיתוף במשcinן בדרך של "גוד או אgod", מוסיף:<sup>47</sup> "ונראה לי לאם משתמשין במשcinנא, הוא כמו

<sup>39</sup> רם"א, חו"מ, סימן קעא, סעיף יד.

<sup>40</sup> רם"א, חו"מ, סימן קעג, סעיף כ. כמו כן, הוא לא השיג על שולחן ערוך, חו"מ, סימן טו, סעיף מה, שפסק שיש זכות "גוד או אgod" בשטר חוב. הסמ"ע (שבסמן) לא הזכיר את דברי הרם"א שבסימן קעג, אלא רק את העובדה שלא השיג על פסיק השולחן ערוך בסימן טו; וכן כתוב (בתשובתו הראשונית) לישיב את סתירת הרם"א, שהעובדת שהרמ"א לא השיג על פסיק השולחן ערוך, שinyin לפרק שיתוף בשטר חוב בדרך של "גוד או אgod", אינה מתחזק שהsuccים עמו, אלא משומ שטמך על מה שפסק בהלכות פירוק שיתוף, שאין לפירוק שיתוף במשcinן בדרך של "גוד או אgod". אבל הש"ך (שבסמן) דוחה את הסבריו הראשון של הסמ"ע מכוח דברי הרם"א בסימן קעג.

<sup>41</sup> סמ"ע, סימן טו, ס"ק צא, בהסבירו השני.

<sup>42</sup> ש"ך, חו"מ, סימן טו, ס"ק קל. הש"ך כתוב שאף הרש"א עצמו חזר בו, ופסק שיש בשטר חוב זכות "גוד או אgod", וכך והומר שהדין כן במשcinן.

<sup>43</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן טו, סעיף מה.

<sup>44</sup> אבל לפי הבחנותו של הסמ"ע, ניתן שהשולחן ערוך סובר שדויקא בחוב יש זכות "גוד או אgod", ולא במשcinן קרע.

בחיבורו בדק הבית, חו"מ, סימן קעג, סעיף לו, דימה ר"י קארו שיתוף במשcinן לשיתוף בשכירות, ובshitof בשכירות ראיינו לעיל, ליד ציון הערכה 34, שהשולחן ערוך סובר שניתן לכורע על חלוקה בדרך של "גוד או אgod", ומכאן שלදעתו יש זכות לדריש "גוד או אgod" בשיתוף במשcinן.

<sup>45</sup> רם"א, חו"מ, סימן קעג, סעיף יד.

שכירות, כמו שנתבאר סעיף ט, דיש חולקין". כולם, אם השותפים במשכון קיבלו מן הלוהה יש זכות להשתמש במשכון לפחות תקופת ההלואה, וכי כל שותף לדריש לפרק את השיתוף במשכון בדרך של "גود או אgod", כמו שזכות זו עומדת לשותפים בשכירות<sup>46</sup>. נראה שהסיבה שהרמ"א משווה משכון שהשותפים משתמשים בו לשכירות היא, שבשני המקרים יש שיתוף בשימוש בנכס עצמו, ולא רק שיתוף בשעבוד, כפי שהמצב הוא בשיתוף בשטר חוב, ושם אכן אין לשותפי זכות לדריש "גוד או אgod".

פרק רביעי

סיכום והצעת נוסח לפיק המשפט העברי

שותף בשכירות אינו רשאי להשכיר את חלקו לאחר בלי הסכמת שותפו לשכירות. בדבר פירוק שיתוף בשכירות, כל שותף וכי לדריש פירוק בדרך "גוד או אgod", אבל נחלקו פוסקים בשאלת, האם שותף וכי לדריש חילקה בעין. בדבר פירוק שיתוף במשכון, נחלקו פוסקים בשאלת האם שותף וכי לדריש פירוק. מאחר שלענין העברת זכות שכירות, שונה שיתוף בשכירות משיתוף בעלויות במרקען, וגם בענין פירוק השיתוף יש אומרים ששיתוף בשכירות או במשכון שונה משיתוף בעלות, יש לבטל את הסעיף, ולקבוע סעיפים מיוחדים בחוק השכירות ובחוק המשכון שיסדרו עניין זה.

<sup>46</sup> כפי שפסק השולחן ערוך, שהבאו לעיל, ליד ציון העראה 34.



סימן ג

**בנייה ונטיעה במרקעין משותפים**



## פירוק השיתוף בשל הקמת מחוברים שלא כדין

46. הקיימים שותף מחוברים במרקען המשותפים בלי שהוא זכאי לכך על פי דין לפי הסכם עם יתר השותפים (להלן – שותף מקרים), רשאי כל אחד משאר השותפים, על אף כל הגבלה בהסכם השיתוף, לדרוש פירוק השיתוף בהתאם להוראות סימן ב'; לא נדרש פירוק השיתוף, יהולו הוראות פרק ד', בשינויים המחייבים.

פירוק השיתוף  
בשל הקמת  
מחוברים שלא  
כדין

### התוכן

פרק ראשון: מבוא 241

פרק שני: זכות השותפים לסלק את המחוברים 242

פרק שלישי: התשלום למקים אם קיימו המחוברים 244

א. מבוא 244

ב. הוצאות שלא הביאו תועלת 245

ג. ערעור על גובה ההוצאות 246

פרק רביעי: הפירות שהניבו המחוברים 248

פרק חמישי: סיכום 249

פרק שישי: הצעת נוסח לפני המשפט העברי 250



## מבוא

עיקר עניינו של סעיף זה להעניק זכות לשותף לדריש את פירוק השיתוף עקב הקמת מוחברים במרקעין המשותפים נגד רצונו על ידי שותף אחר. למעשה אין בכך כל חידוש, שהרי כבר קבע החוק בסעיף 37 שככל זכאי שותף לחייב את פירוק השיתוף בכל עת. החידוש בסעיף זה הוא, שם אחד השותפים הקים מוחברים בנכס המשותף שלא כדין, יכול כל שותף לחייב את פירוק השיתוף גם אם הסכם השיתוף שלל זכות זו. ויסמן<sup>1</sup> נימק זאת כך: "עצם העובדה שאחד השותפים בנה או נטע ללא הסכמת השותפים האחרים מעידה כי היחסים בין השותפים אינם תקינים, ועל כן אפשר החוק לשותפים להיפרד וזה מזה על ידי פירוק השיתוף, גם אם הסכימו קודם לכך להימנע מתביעה לפירוק השיתוף".

דבריו של ויסמן מעוררים שאלת האם האפשרות לפריק את השיתוף על אף ההסכם מוגבלת לקרה הספציפי של הקמת מוחברים, או שייכנו מקרים נוספים בהם ניתן לאפשרות לשותפים לפריק את השיתוף כיוון ש"היחסים בין השותפים אינם תקינים"? במשפט הישראלי לא מצאנו תשובה מפורשת לשאלת זו.<sup>2</sup>

בסייפה של הסעיף נוספת הוראה, שם לא נדרש פירוק השיתוף, יהלו הכללים של בנייתו ונטיעה במרקען הולך, שכחוק המקרקעין, סעיפים 21-26, בשינויים המוחיבים. הסעיפים הללו עוסקים באדם הבונה או נטע במרקען של זולתו, וקובעים זכות לבעל המקרקעין לסלק את המוחברים, או לקיים תמורה במקום מקום.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> י' ויסמן, *דיני קניין – בעלות ושיתוף*, §. 5.115, עמ' 282.

<sup>2</sup> מ' דויטש, *קניין*, §. 8.117, עמ' 629, מסביר את הרצינואן של סעיף זה: "הבסיס הריעוני להוראה זו הוא שהקמת מוחברים יוצרת שינוי בסיסי בחוי השיתוף, באופן אשר מצדיק את פירוקו המידי". עליה מדבריו שרק אם היה "שינוי בסיסי בחוי השיתוף", רואים השותפים להשתחרר מההסכם. בהמשך הוא כתוב, שעקורנית נין להציג לסתור את סעיף זה גם באמצעות החללה של דיני החוויות: "הקמת מוחברים שאין לה איהה בהסכם השיתוף מהויה הפרה של הסכם השיתוף (של חיוב כלל), או של חיוב תוכן הלב), המזוכה את הצד שכנגד בביטול ההסכם מחמת הפרתו". מדבריו אלו נין למדור, שכן פעולה של שותף שתיחסב כהפרה של הסכם השיתוף, תאפשר לשאר השותפים להבע את פירוק השיתוף, על אף כל הגבלה בהסכם השיתוף.

בחזיר הצעת חוק דיני מוניות, התשס"ז-2007, סעיף 605, המקביל לסעיף 46, הושמטה זכות השותפים להבע את פירוק השיתוף עקב הקמת מוחברים על ידי אחד השותפים. וכך הוסבה ההשמטה בדברי ההסבר להצעת החוק: "ההוראה המוצעת משנה מהחוק המקורי. לפי סעיף 46 לחוק המקרקעין, בניה או נטיעה שלא כראין על ידי שותף במרקען המשותפים מהויה עילה לפירוק השיתוף בידי כל אחד מן השותפים האחרים, על אף כל הוראה אחרת בהסכם השיתוף. מובהר, כי השאלה, האם יש בניה או בנטיעת הצד שותף אחד כדי להוביל לפירוק השיתוף, ראוי כי תוחזר לבחינה פרטנית, האם בנסיבות העניין מעשה השותף מהויה הפרה המצדיקה את ביטולו של השיתוף".

<sup>3</sup> להשוואה נרחבת בין המשפט העברי למשפט הישראלי בסוגיות בנייתו ונטיעת במרקען הולך, ראה: חוק לישראל, *עשייה עשר ולא* במשפט, עמ' 159 ואילך.

המשפט העברי אינו מעניק זכות פירוק מיוחדת במקורה שאחד השותפים בנה או נטע במרקעין המשותפים<sup>4</sup>. על כן דיוונו בסעיף זה יתמקד במאמה שנותג להוראת הסיפא: זכויות השותף המקיימים והשותפים האחרים במוחוברים שהוקמו, והתשלום שיקבל המקיים משאר השותפים אם לא יסולקו המוחוברים.

## פרק שני

## זכות השותפים לסלק את המוחוברים

לדעת ויסמן<sup>5</sup>, יש לשותף זכות לדריש מון השותף המקיים לסלק את המוחוברים; ואם יש יותר משותף אחד בלבד השותף המקיים, ואחד מהם רוצה לסלק את המוחוברים והאחר רוצה לקייםם — יש לסלקם, מפני שבניהם או נתיעה על מקרקעין מסוימים דורשת את הסכמת כל השותפים. גם אם לשותף הדורש את סילוק המוחוברים ישמנה זערה בלבד בשיתוף, מתאפשרת דרישתו לסלקם.

השותף המקיים אף חייב לשלם לשותפיו פיצויים על הנזקים שנגרמו להם.<sup>6</sup> כדי לבורר את עמדת המשפט העברי בשאלת זו, יש צורך להזכיר את דברי האמורא שמואל: "שותף — כירוד ברשות"<sup>7</sup>. כמובן, אנו רואים את השותף היורד לנכסיו השותפות ופועל בהם, כפועל בראשותם. כמובן, אין הכוונה ששותף יוכל לנכס המשותף ככל העוללה על רוחו, גם בעל כרכום של שאר שותפיו. כבר ראיינו לעיל<sup>8</sup>, שرك פעולות מצומצמות שהן בגין "צורך גדול או הדברים שנהגו בני המדינה לעשותם"<sup>9</sup>, יכול השותף לכפותן על שאר השותפים. כוונת שמואל במאמרו היא, שככל עוד שאר השותפים מסכימים לפעולות שונות בפועל, ולא מהו על פעולות השותף, אנו מניחים ששאר השותפים מסכימים לפעולות שונות המשביחות את הנכס המשותף, ולכן השותף המקיים מוגדר כ"ירוד ברשות".

<sup>4</sup> נראה שבזה נאמן המשפט העברי למגמותו לתמוך בהמשך השיתוף, בגין העמדת החוק, שאנו רואה בעינייפה את השיתוף, ניגוד שראיינו בסעיף 37, לצד ציון הערכה 10. נימוק אחר לכך יכול להיות שבחינה עקרונית, המשפט העברי רואה את פעולתו של השותף המקיים כפועלה ליתרimit, כمبرטה באמירה (שנuszuk בו להלן): "שותף — כירוד ברשות". זאת ועוד: לפי המשפט העברי, הנניה בהסכם השיתוף המגבילה את זכות הפירוק נחשבת כזכות קניינית שהקנה כל שותף לחבירו, המחייבת אפיקו את הבאים מכוחו של כל שותף, כפי שראיינו בסעיף 37, פרק שלישי, א. על כן תניה זו תקפה גם אם יש עדות קלה ליחסים מעורערים בין השותפים, כגון עקב הקמת מוחוברים שלא כדי.

<sup>5</sup> ראה גם בסעיף 37, פרק שלישי, ב, לנניין פירוק שיתוף עקב התנהגות פסולה של אחד השותפים.

<sup>6</sup> מאותה סיבה גם לא נuszuk בסעיפים 47 ו-48, העוסקים בפירוק השיתוף בעקבות הקמת המוחוברים.

<sup>7</sup> י' ויסמן, דיני קניין — בעלות ושיתוף, § 5.68, עמ' 227.

<sup>8</sup> י' ויסמן, דיני קניין — בעלות ושיתוף, § 5.67, עמ' 227.

<sup>9</sup> בבא בתרא מב ע"ב. כך פסקו: רמב"ם, הלכות גולה ואבדה, פרק י, הלכה ז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעה, סעיף ג. לנניין שותף כירוד בראשות, ראה: בית יחזקאל (סונה), בבא בתרא, סימן ד, אותן ב; אנציקלופדייה הלימודית, ערך יורד לנכסי חברו שלא מדעתו, כרך כג, עמ' תצדקה.

<sup>10</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן כסא, סעיף א.

הרשב"א<sup>11</sup> הסיק מדברי שמואל, שמאחר שהשותף המקיים הוא "כיוורד ברשות", אין לשותפים האחרים זכות לתבוע את סילוק המחוברים.

בדברי הדאשונים ניתן למצוא שתי הנימוקות מרכזיות לכך שהוא רואים את השותף כיוורד ברשות. יש הסוברים ש"על דעתן נשתתפו, ישיבich כל אחד ברשות גמורה"<sup>12</sup>, וכן יש לראיית את השותף המקיים כשליח של שאר השותפים<sup>13</sup>. לעומת זאת, כתוב הרא"ש<sup>14</sup>: "משום דלהשביה חלקו הוא יורד ואין חלקו מבורר ציריך להשביה הכל, הילך כיורד ברשות דמי". נראה שכוכנות הרא"ש היא שלכל שותף יש זכות להשביה את חלקו בנכס, ומאחר שהחלק של כל שותף אינו מבורר, יש לו זכות להשביה את כל הנכס. אולם לדעתו אין השותף נחسب כשליח של שאר השותפים בפועלותו.

אולם מהרי"ט<sup>15</sup> חולק על הרשב"א. לשיטתו, השותף אינו יורד ברשות ממש<sup>16</sup> ואינו שלוחם של שאר השותפים. ומאחר שאילו מתחילה היה השותף מתייעץ עם שאר השותפים, היו יכולים למחות בידו, לנן אף לאחר שהקים את המחוברים, לא נגעה זכות המאהה של שאר השותפים, והם יכולים לתבוע את סילוק המחוברים.

לכל הדעות, אם גילו השותפים האחרים את דעתם מראש שאינם מסכימים להקמת המחוברים, הם זכאים לדרוש את סילוקם, שהרי כאן, ככליל עליما דיינו של השותף המקיים כיורד שלא ברשות. על כן, זכאים השותפים האחרים לדרוש את סילוק המחוברים<sup>17</sup>, אלא אם כן בנה המקיים דבר שאי אפשר בלבديו, "כגון שהבית המשותף עומד ליפול ואי אפשר ללא תיקון"<sup>18</sup>.

לכאורה, דין זה סותר את הכלל שראינו בסעיף 31, ששותף רשאי להשתמש בנכס שימוש שנהוג לעשותתו. נראה שהמיוחד במקורה זה הוא שהשימוש משנה את פני המקרקען, ואין לשותף רשות לעשותות בנכס פעולות שישנו את פני המקרקען, כגון בניין או נטיעת, גם אם זהו שימוש סביר ומקובל לפניו אופי המקום<sup>19</sup>.

<sup>11</sup> שות' הרשב"א, חלק ב, סימן קנא (הובא בבית יוסף, ח"מ, סימן מו, סעיף ב).

<sup>12</sup> חידושי הריטב"א, בבא בתרא מב ע"ב.

<sup>13</sup> שות' מהר"ם מוטונבורג, דפוס פראג, סימן תקסא.

<sup>14</sup> שות' הרא"ש, כלל צא, סימן א.

<sup>15</sup> שות' מהרי"ט, חלק א, סימן קו.

<sup>16</sup> כדי להבין איך שיטת מהרי"ט מתיישבת עם דברי שמואל, יש להתבונן בהמסכה של הסוגיה: "אמר שמואל: שותף — כיורד ברשות דמי... אמר רב נחמן אמר רב אביה: לומר שנוטל בשבח המגיע לכתפים בשודה שאינה עשויה ליטע כשרה העשויה ליטע". מהרי"ט מדייק מלשון התלמוד, שככל הדמיון בין השותף לבין היורד ברשות, הוא דוקא ביחס לתשלומים שיקבל אם יסכים השותפים האחרים להשייר את המחוברים. אולם כל עוד לא הסכימו השותפים להשייר את המחוברים, אין דיינו כיורד ברשות, וכך השותפים האחרים יכולים להורות לו לסלוקם.

אבל שות' משכנית ישראל, סימן כא, ס"ק כה (עמ' פה), כתוב שדברי מהרי"ט תמהווים מודר, ושהרבה אחרים חילקים עלייו וסוברים ששותף כיורד ברשות לגמרי, ושכך משמע מן הרמב"ם והשולחן ערוך.

<sup>17</sup> הגהות מימוניות, הלכות גולה ואבראה, פרק י, אות ג; רמ"א, ח"מ, סימן קעה, סעיף ג. וראה בביבlio הגרא"א, שם, ס"ק ב.

<sup>18</sup> נתיבות המשפט, סימן קעה, ס"ק ג, בהסביר לשונו של הגהות מימוניות: "אם הוא דבר שאי אפשר מלכונתו".

<sup>19</sup> לכוארה אפשר להסביר, שהטעם שהבנין אסורה הוא משום שהשותף האחורי גילה את דעתו מראש שהוא מתנגד. אבל אין זה נכון, שכן אף שימוש שלאUPI המונוג מוחרם ואחריהם לא הבינו התנגדות, כפי שראינו בסעיף 31, ומכאן שימוש לפי המנהג מותר גם אם השותף האחורי מביע התנגדות; וכך ניתן למצוא הסבר אחר מדוע בניה ונטיעה אסורה.

## פרק שלישי

## התשלום למקומות אם קוימו המוחברים

## א. מבוא

לפי החוק הישראלי, אם החליטו השותפים להשאיר את המוחברים, עליהם לשלם לשותף המקים את הוצאותיו או את עליה ערך הנכס עקב הקמת המוחברים, לפי הסכם הנמור יותר. כך לעומת מה שהסעיף מפנה להוראות פרק ד שבחוק המקרא<sup>20</sup>, שכן בסעיף 1(ב) שם נקבע שהמקים מוחברים בקשר של אחר זכאי לקבל או את הוצאותיו או את עליה שווי הנכס עקב הקמת המוחברים – הנמור מן השניים. אבל ויסמן<sup>21</sup> העיר שבחישוב עלית שווי הנכס, יש להפחתה מן התשלום את שווי המנה שלו במוחברים. ערך זה כבר מזכיר בבעלותו של השותף המקים, ואין טעם שהשותפים האחרים ישלמו לו עליון.

גם לפי המשפט העברי, השותפים מוחבים בתשלום למיקם<sup>22</sup>, אלא שמהחינה שיערו התשלום, נחלקו ראשונים.<sup>23</sup> אחת השיטות המרכזיות, שנפסקה להלכה ברמב"ם ובשולchan ערוץ, הפוכה מהוראת החוק: "הירוד לדשה חבירו בראשות אפיקו נטע שדה שאינה עשויה ליטעת שמיין לו ויזו על העליונה. שם היתה הוצאה יתרה על השבח נוטל ההוצאה ואם השבח יתר על ההוצאה נוטל השבח... והשותף בשדה שיש לו חלק בה כירוד בראשות"<sup>24</sup>.

**לפי פסיקת הרמב"ם, מכיוון שהשותף המקים מוגדר כירוד בראשות, "שמיין לו ויזו על**

<sup>20</sup> י' ויסמן, *דיני קניין – בעלות ושיתוף*, עמ' 225-226.

<sup>21</sup> לדוגמה, ש"ת הרשב"ש, סימן קפ, כתוב שאם הוצאה שותף אחר חד הוצאה לתיקון הבניין יותר ממה שכופים השותפים הוא את זה לבנות, וראה השותף الآخر ולא מהה בידו, הלה חייב להשתתף בהוצאה ממוני שרואים כאלו لو בפירוש לבנות. ש"ת משכונת ישראל, סימן כא (כמובא בספר משפטי שכנים, פרק ד, שאלה ב'ג), כתוב שאם נטע אחד מן השותפים עץ גני בחצר המשותפת, או בנה מתני משחקים, ולא מיהו בידי השותפים האחרים, הם חייבים להשתתף בהוצאה; ואם לא שילמו, יכול ליטול את מה שבנה; אבל אם חפר יסודות לנזרך הבנייה, גם אם אין כל ליטול את הוצאה. וראה בש"ת משכונות ישראל, סימן ז, ס"ק ל'ל, באלה אם הוא יכול ליטול ממי שלא שילם מלחשטמש במתיקנות שבנה.

<sup>22</sup> לסיקום הדעות ואהאנציגיולופדייה תלמודית, ערך יירוד לנכס חברו שלא מודעה, כרך כג, עמי תשח'-תשצט.

<sup>23</sup> רבנו חננאל, המובה בחידושי הרשב"א, בא בתראה מב ע"ב, ובמדודכי, כתובות, סימן רלו, מדוגש ששותף זכאי לתשלום והוא על העליינה גם אם נטע בשדה שאינה עשויה ליטע.

<sup>24</sup> רמב"ם, הלכות גולה ואבדה, פרק י, הלכה ז; שולchan ערוך, חומ"מ, סימן שעה, סעיפים ד-ה. הרמב"ם מtabסס על התוספთא, בא קמא, פרק י, הלכה ז: "הירוד בראשות שמיין לו ויזו על העליונה... אם השבח יתר על הוצאה נוטן לו את השבח, ואם הוצאה יתרה על השבח נוטן לו את הוצאה". פסיקתו של הרמב"ם מחבססת על חיבורו בין הלכת התוספთא לבין דבריו של מזוזה: "שותף כירוד בראשות דמי". כפי שנראה בהמשך, החולקים על הרמב"ם סוברים שדין השותף אינו זהה לחלוין לדין ה"ירוד בראשות" שעליו מדברת התוספთא.

כמו כן, תשב"ץ, חלק ג, סימן רה, כותב, שאם שותף בנה קירות וגגות שהוא רועוים, ידו על העליונה, ככלומר, אם השבח הנטע כתחזקון יותר מהוצאה יותר, יוכל את השבח. לא ברורו האם אמור רשאי לכתילה לפועל להשבחת הנכס בלי הסכמתו של השותף, או שرك בדיעבד הוא זכאי להוצאות, אבל לכתילה הדבר אסור לו.

דין מיוחד יש באחים המוחקים בשיתוף בכיסי עיזובן אביהם בטירים חולקו. שם, גם אם חלק מן האחים השקיעו בנכסים וגרמו להשבחתם, הרוח מתחלק בשווה בין כל האחים, מפני שמניחים שלאו שהשכנים מחלו לאחים. ראה על כך: בא בתראה קמג ע"ב; חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחלוקת מכללא.

העלונה": שאר השותפים צריכים לשלם לו את הוצאותיו או את השבח, לפי הסכום הגבוה יותר.<sup>25</sup> להלן נבחן כל מקרה לגופו, תוך עמידה גם על פסיקת הרמ"א והראשונים עליהם הוא מתבפס, הסוברים שלulos התשלום למקומות לא יהיה יתר על השבח. כמובן, אם השותפים הביעו את התנגדותם למעשיו של השותף המקים, הם יכולים לדרש את סילוק המחווררים<sup>26</sup>, ואין הם מחייבים כלל בחשлом.<sup>27</sup> אבל אם השותפים שהביעו התנגדות לפני שוטע, ורצויהם שהמהווררים יישאו בקרע לאחר מעשה, הם חייבים להשתתק בהוצאות.<sup>28</sup>

ב. הוצאות שלא הביאו תועלת נשאלת השאלה, מה יהיה של הוצאות שלא הביאו תועלת, או שהתועלת לחותה מערך ההוצאות ששימשו להפקתה?<sup>29</sup> לעיל הובאה דעת הרמב"ם והשולחן ערוך, שאם הוצאותיו של השותף המקים יתרות על השבח, מהוים שאר השותפים להסביר לו את הוצאותיו. שיטה זו, המבוססת על פשט דברי שמואל: "שותף — כיריך ברשות", אפשר שהיא תופסת את השותף המקים כשלוחם של השותפים האחרים, שרשי לפעול בקרע המשותפת לפוי ראות עיניו, ושאר השותפים צריכים לשאת בהוצאותיו, כדי כל שלוח שלו.

ביטוי קייזוני לגישה זו יש בדברי המרדכי. הוא דן<sup>30</sup> בשותף שנטע עז במרקעין המשותפים, והען התיבש, ומתח פניו שהספק לחת פירות. המרדכי מחייב את השותפים להשתתק בכל הוצאות שנדרשו לצורך נתיעת העז, אף שהוצאה לא הביאה שום תועלת<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> הוראת החוק הישראלי הקובעת שימושים למקומות הנמור יותר, נקראת במשפט העברי: "ידו על החתחונה", וזהו שיעור החשлом שמקבל הנוטע או בונה בנכסי חבירו שלא ברשותו. ראה רמב"ם, הלכה ח; חוק לישראל, עשייה עושר ולא במשפט, עמ' 173-181.

<sup>26</sup> כפי שראוינו לעיל, ליד ציון הערה 17.

<sup>27</sup> כך כתב בשות' הרמב"ם (מהדור' בלאי), סימן תטו, שאם בנה אחד השותפים בקרע בניין שניינו הכרחי לטובתו המרקען, ואמרו לו בשעת בנייתו: "לא נזיא ענק מאומה על זה" — אינם חייבים להשתתק עמו.

<sup>28</sup> משפטים שניים, פרק ד, שאלה ב-ג.

<sup>29</sup> בשאלת הכללית, האם העושה פעולה לטובת אחר זכאי להשבת הוצאותיו אם הפעולה לא הועילה, ראה חוק לישראל, עשייה עשר ולא במשפט, עמ' 136-138; שומרם, עמ' 489-488.

<sup>30</sup> מרדכי, בבא בתרא, סימן חקלט.

גם שות' הרשב"ש, סימן טז, כותב שהשותף מקבל את כל מה שהוציא, אף אם התועלת מפעולתו היתה פחותה מהוצאותיו.

<sup>31</sup> לגבי מקרה אחר שהוצאות השותף לא הביאו תועלה, פסק המרדכי, בבא קמא, סימן קסז (ומקרו בשות' מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן רכו), ש"אם נטע במקום שאין מגדל צמחים, הניח מעותיו על קרן הצבי, ולא ירע לו השותף". ברם, נראה, שאין סתירה בין שני הפסיקים של המרדכי, משום שיש להבחין בין פעולה סבירה לפעולה בלתי סבירה. שותף הנטע עז "במקום שאין מגדל צמחים", פועל באופן בלתי סביר, ולכן, אין השותפים צריכים לשאת בהוצאות הכרוכות בפועלתו. אף שהשותף נחשב שלוחם של השותפים האחרים, הם יכולים לומר לו: "להקוני שדרנן ולא לעוזתי" — לא מייננו אותו לעשות דבר שאינו סביר. לעומת זאת, בנסיבות הפעולה היא סבירה, אלא שנסיבות שונות, שלא היהתה לנוטע שליטה עליהן, ולא יכול היה לדעת עליהן, יבש העז, ולכן זכאי הוא לדרש משותפיו להשתתק בהוצאות הנטיעת. להבנה בין פעולה סבירה לבלי סבירה, אם לא הועיל, ראה חוק לישראל, עשייה עשר ולא במשפט, עמ' 137. על סתירה אחרת בין דברי מהר"ם בתשובתו שם לבין המרדכי, ראה להלן, ליד ציון הערה 42.

שוב, ההיגיון שמנחה את המרדי הוא שהשותף נחשב כשלוחם של השותפים האחרים<sup>32</sup>, ולכן עליהם לשאת בהוצאות ולא תלות בתוצאות, ככל שולח שליח.<sup>33</sup>

אולם, רבינו אהרן הלוי והר"ן<sup>34</sup> אינם מסכימים עם גישה זו. לדעתם, רק אם ההוצאה אינה יתרה על השבח, זכאי השותף לדריש משותפות להשתתף במלוא ההוצאות שנדרש להן. אבל אם ההוצאה יתרה על השבח, אין השותף זכאי לדריש אלא "הוצאה שיעור שכ", כלומר, השותפות בהוצאותיו עד ערך השבח שהסבירו המקראים כתוצאה מפעלוותיו. לעומת זאת, שותף איינו "יורד ברשות" ממש, אלא "כ יורד ברשות", מכיוון שהוא ברשות עשה את שילוחו של בעל השדה, אבל כאן השותף איינו ממש שלוחם של שאר השותפים. לכן, בגיןוד לירוד ברשות ממש (שבעל השדה הניה לו להפיק רוחחים משדו, ובתמורה, תתחלק עמו ברוחחים), שנותל את ערך ההוצאה אף אם ההוצאה יתרה על השבח, הרי שותף איינו מקבל את מלוא הוצאותיו, אם ההוצאה יתרה על השבח.

הרמ"א הכריע כדעת רבינו אהרן הלוי והר"ן, וקבע<sup>35</sup>: "ויאין השותף נוטל הוצאה, רק כי השבח שמשביח, ואם לא השבח כלום, איינו נוטל כלום"<sup>36</sup>.

ג. ערעור על גובה ההוצאות לשיטה הסוכרת שם ההוצאות יתרה על השבח מקבל השותף המקיים את ההוצאות<sup>37</sup>, יש לשאול האם השותפים יכולים לטעון שניתנית היה להציג אותה בתועלת בפחות הוצאות? מדברי שמואל, שהבאו לעיל, "שותף כ יורד ברשות", נראה שדינו של שותף כדין מי שנתבקש לעשות פעולה מסוימת לפי ראות עיניו, ועשה כן, שהוא זכאי להשבת כל הוצאות

<sup>32</sup> ראה שולחן ערוך, ח"מ, סימן קעה, סעיף א, הנוקט בשותף שהוצאה הוצאה זכאי להשבת הוצאותיו מן השותפים האחרים, מפני שפועל בשליחותם. אך נראה שם אין מדובר בשותף בנכש אלא בשותפות עסקית.

<sup>33</sup> דבריהם הובאו בנימוקי יוסף, בבא בתרא כג ע"א (בדפי הר"ן).

<sup>34</sup> רמ"א, ח"מ, סימן קעה, סעיף ג. בדף הנפקן של השולחן ערוך, לאחר דברי הרמ"א הללו, מצוינים הנימוקי יוסף והמרדי, כאילו הם מקור דבריו. ואולם, כפי שראיתנו, מקור דברי הרמ"א הוא רק דברי הנימוקי יוסף (הנ"ל בהערה (33), בשם רבנו אהרן הלוי והר"ן), ולא דברי המרדי, שדעתו הופכה.

גם סמ"ע, סימן שעה, ס"ק ח, פוסק כמו הראה. על דעת הרמב"ם בשאלת זו, ראה שו"ת ספר יהושע, סימן קכ. וראה בית שמואל, סימן פח, ס"ק כ; הפלאה, קונטרס אחרון, סימן פח, סעיף י.

<sup>35</sup> נתיבות המשפט, סימן קעה, ס"ק ב, מעריך, שככל האמור הוא דוקא בהוצאות שהוצאה מכךו הפרט. אולם, אם השתמש לשם כך בנסיבות השותפות, ישאו כל השותפים בהפסד, ואין הם יכולים להבריע משותפות לכיסות את הפסדים שנגרכו לנכסיו השותפות כתוצאה מפעלוותיו. הוא לא נימק את דבריו, אלא רק הפנה לדבריו בסימן קעו (ולא ברור למה התכוון). מהה שנקט ששחתם "נכסים השותפות" עולה שאין מדובר בשיתוף וגיל במרקעין, שהרי בשיתוף כזה אין נכסים נוספים מלבד המרקען; נראה הוא דיבר בשותפות יותר מרכיבת, אולי בשותפות עסקית.

<sup>36</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערה 30, שם הזכרנו את הרמב"ם, המרדי, הרשב"ש והשולחן ערוך. וראה אנציקלופדיית הלמדות, ערך יורד לנכס חבו שלא מדעתו, כרך כג, עמי' תשז"ח, הערה 862.

<sup>37</sup> לשאלת הכללית בדבר תועלת שהיא אפשר להציג בהוצאות הוצאה, למי שאינו שותף, ראה חוק לישראל: עשיית עשור ולא במשפט, עמי' 138-139; שומרים, עמי' 486-487.

שהוציא, גם אם היה יכול להשתתק בהוצאות נמוכות יותר. וכן המרב"ם פסק בתשובה<sup>38</sup>, על סמך דבריו שמואל, שגם אם השותף היה יכול להשיג את התוצאה בהוצאות נמוכות יותר, הוא זכאי להחזיר על כל מה שהוציא.

לעומתו, המרדכי<sup>39</sup> מוסר שמהר"ם מרוטנברוג קבע עיקרון, ששותף אינו צריך להשתתק בהוצאות שהוציא שותפו להשבחת הנכס, אם ניתן היה להסביר את הנכס באמצעות מידת ביל' הוצאות הללו<sup>40</sup>. הוא מסביר, שהשותפים הייבים לשלם כפי שהיו משלימים עבורי הנהאה הדומה להנהאה שנגרמה להם עקב פעולות שותפותם. כאמור, אם נתע השותף עז בשדחה שאינה דרוויה לנטיעה, ישלמו שותפיו את הוצאותיהם, כפי שהיו הם משלימים עבורי נטיעה עז במקום שאינו ראייה לנטיעה, ככל כל קשר לערך הרוחניים שהניבה הנטיעה. זהה לදעת המהר"ם כוונת שמואל בביבטוי<sup>41</sup>: "שותף כיודר ברשות... בשדה שאינה עשויה ליטע בשדה העשויה ליטע". כאמור, כמו שבשדה העשויה ליטע, אנו מחשבים את גובה הוצאות לפיה מה שהיה אדם מוכן לשלם עבור נטיעה עז בשדה העשויה ליטע, כך גם בשדה שאינה עשויה ליטע. מדברי המהר"ם אנו למדים, שם יוכלו השותפים, שהם היו יכולים להשיג את התוצאות שהציגו השותף בהוצאות נמוכות мало שהוא הוציא, הם יחויבו רק בשיעור הנמור.

<sup>38</sup> שות' המרב"ם (מהר' בלאו), סימן פב. נושא תשובתו של המרב"ם הוא ב"תיקון" החזר. לא ברור מה גדר התקון.

הוא כוכב שהשותף קיבל את מלוא הוצאותיו רק אם יישבע כמה הוציא; ואילו אם לא יישבע, קיבל רק את הסכום המינימלי הדרוש להשגת תוצאה זו.

<sup>39</sup> מרדכי, בא קמא, סימן קסן. מקשו בשור"ת מהר"ם מרוטנברוג, דפוס פראג, סימן רכו. ראה גם חידושי הר"י מיאש, בא בתרא מב ע"ב.

<sup>40</sup> המקורה נשאל עליו מהר"ם לא היה של שיתוף בנכסי אלא של שותפות עסקית, וכך אף פי כן הוא משווה את שני התחומים לעניין זה, ועל כן אפשר ללמוד מדבריו לעניינו. מהר"ם נשאל על שותפים שהלו כסף לנכרי, והנכרי השאיר בידי המלויים משכון, שיבטיח את החזרת ההלוואה, ולקח אחד השותפים את המשכון לעירו. לימים, החכם השיר של אותה עיר את המשכון. שוקף זה, ברצוותו להסביר את המשכון לידיו, שיחד את שר העיר, עד שנטרצה, תמורה השוחד, אולם שותפו מסרב, בטענה שהיה יכול להחזיר את המשכון לשיתחף בהוצאות השוחד. אולם שותפו מסרב, בטענה שהיה יכול להחזיר לבعلיו. המהר"ם הצידיק את השותף משכנע את השיר שבעירו לכורף את השיר שלאחר מכן השווה את המשכון לשלם עבור הנהאה שבאה לו עקב העובדה שאין הוא צריך לטורח ולכלת אל שר עירו, ולשכנע לכורף את שר העיר שלאחר מכן להшибו לבעליו.

פסק זה מופיע גם בפסק רנטיני, סימן שכ במצונז, בלי הזכרת המהר"ם ובכלי ההשוואה לשותף שנטע. מרדכי, בא בתרא, סימן תקלט, עוסק במקרה דומה לזה שעסק בו המהר"ם, אבל הוא אין רק בשותפות עסקית. בנוידונו, שלושה שותפים הלו לנכרי מכיספי השותפות. לאחר זמן, החליט אחד השותפים, שלא ידיעת שותפיו, לוותר לנכרי על חלק מסוים החוב, כיון שלפי דעתו, לא היה לשותפים סיכוי לגבות מן הנכרי את חובו. כשנודע הדבר לשותפים, הם התרעמו על שותפותם, וטענו שניתן היה לגבות את החוב, ושותפיו חייבים להשתתק עמו בהפסד. כנראה, סבר המרדכי שמדובר במקרה זה, הדרך היחידה, או הוללה ביחס, לגביית החוב מן הגוי, הייתה בוחרתו על חלק מן החוב. لكن, אין ממש בטענת השותפים שמסרבים להשתתק בהפסד, כל עוד אין הם מצביעים על הצעה חילופית כבירה ווללה יותר, להוציאת כסף הוללה מן הגוי.

<sup>41</sup> בא בתרא מב ע"ב; לעיל, ליד ציון הערא 8.

כמובן, אין ניגוד בין מסקנה זו לבין דברי המרדכי שהבאנו לעיל<sup>42</sup>, שגם אם נטע שותף עז בשדה המשותפת, והען התיבש ומית, חייבים שותפיו להשתתף בהוצאות שנדרשו לצורך הנטיעה. זאת מושם שבnidano של מהר"ס, הטענה כלפי השותף שפועל ל佗בת הרכווש המשותף היא, שאת התוצאות שהשיג, יכול היה לשוטף להציג בהוצאות נזומות יותר. לעומת זאת, בשותף שנטע עז והען התיבש, הכל מודים שנטיעת העז היא הדרך לגידול פירות, ולאן דרך זולה יותר להשג את הפירות. ההנימשות בהוצאות העז נבעה רק ממלמים הרע של השותפים, ולכן הנוטע זכאי לדריש שותפיו להשתתף בהוצאותיו, אף שיבש העז, כל עוד לא הוכח שהנותע התרשל (באיוכות פגולותיו, או באיכות העז שנטע, או במיקום הנטיעה).

#### פרק רביעי

##### הפרות שהניבו המחוברים

כאמור לעיל, קובע האמורא שמואל<sup>43</sup>: "שותף כירוד ברשות". בהמשך דבריו הוא מסיק מקביעה זו: "לומר שנטול בשבח המגע לכחפים בשדה שאינה עשויה ליטע כshedah העשויה ליטע". רבנו חננאל<sup>44</sup> מפרש שמואל בא לומר, שאף שעמל ויגע השותף היחיד בכתפיו<sup>45</sup> ובגופו למען השדה המשותפת, ושותפיו לא נשאו עמו בעול זה, זכאים השותפים להבע את חלקם היחסני ברווח הנובע מפעולתו של השותף היחיד.

הרשב"ס<sup>46</sup> כותב שהשותף "ונוטל כל החזי, כדין אריסי העיר". כדי להבהיר את דרך חלוקת הרוחחים לפי פירוש זה, עליינו להסביר תחילת את המושג "אריס", וכייד הוא נוטל את שכרו. אריס הוא אדם שמעבד את שדה חברו בראשותו, ומתקבל בשכרו חלק ייחסי מפירות השדה. בגיןוד לפועל, שנשכר על ידי בעל השדה לעובודה מסוימת, תפקידו של הא里斯 הוא לדאוג להחזקת השדה, לעיבודה, ולהפקת הפירות ממנו, בלי שיצטרך בעל השדה להשתתף בעבודת השדה. העובדה ששכר האריס משולם בחלוקת יחסית מפירות עבודתו ממರיצה אותו להשייע בעיבוד השדה ובגידול הפירות. לאחר שתפקידו של האiris אינו מצטמצם לתפקיד אחד מוגדר, ולמעשה הוא חוסך בכך מבעל השדה את כל הטירהה בעיבודה, שכרו גובה משל פועל רגיל<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> לעיל, ליד צין הערא 30.

<sup>43</sup> בבא בתרא מב ע"ב; לעיל, ליד צין הערא 8.

<sup>44</sup> צון לעיל, הערא 23. הוא אומר ששמואל בא למד שתי הלכות: מה שהובא בהערה 23, ומה שנאמר כאן.

<sup>45</sup> כך פירש רבנו חננאל את הביטוי "שבח המגע לכחפים", שבדברי האמורא שמואל. וראה בפירושו רשב"ס, יד רמה, וראשונים אחרים, בבא בתרא, שם, שפירשו ביטוי זה בדרכיהם אחרים. וראה בתוספות, בבא בתרא, שם (ד"ה שבח), שכתבו בשם רבנו חננאל, שהסוגיה עוסקת אך ורק בשבח שבא על ידי טורה, ולא בשבח הבא מאליו. אבל הנפקות בין סוגי השבח היא לגבי חלקו של השותף בחלוקת הרוחחים, ואילו לגבי החזו הוצאות לא יכולה להיות נפקות, שהרי בשבח הבא מאליו אין הוצאות.

<sup>46</sup> רשב"ס, בבא בתרא מב ע"ב, ד"ה לומר שנטול. ראה עוד:תוספות, שם, ד"ה שבח; יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, אות קכט. לדעתו נוספות בראשונים שלא נפסקו בשולחן ערוך, וראה: אנציקלופדיית תלמודית (לעיל, הערא 36), עמי תצה-תצע.

<sup>47</sup> כך מנמקים Tosafot, בבא בתרא שם (ד"ה שבח), את העובדה ששכוו של אריס גדול בהרבה מזה של כל פועל אחר.

בתלמוד אנו מוצאים שהיו מקומות שבהם היה נהוג לחתן לא里斯 ממחצית<sup>48</sup> מפירות השדה, ומקומות שבהם היה נהוג לתת לו שליש<sup>49</sup> או רבע<sup>50</sup> מן הפירות. וכך פוסק השולחן ערוך<sup>51</sup>: "שותף שירד לתוך שדה המשותף ועיבדה, חשוב כירוד ברשות, ונוטל דין אryanci העיר".

נמצאו לנו למים, שהקלקו בפירות של שותף שטרח לבדו בנטיעת עצי פרי, וכדומהה, יהושב לפיה הדריך שבהழוחש שכרו של אריס באותו מקום. כמו כן, שכר הטירהה שהוא מקבל והוא בנוסף על זכותו לקבל חלק מן הרוחחים עקב חילוק היחסים בעלות במרקען. מוסד האристות אינו קיים בימינו, ומושום בכך אין אפשר לקבע את שכר השותף על פי שכר הארץ. עם זאת, גם בימינו יש בעלי מקרקעין הטרודים בעסקים שונים, ואינם פנויים לטפל בעיבוד המקרקעין, ולכך הם שוכרים אנשים שייטפלו בעיבוד שרותיהם. אם כן, בימינו, יכול השותף שכר השווה לשכוו של מי שנשכר לטפל במרקען הבעלים.

#### פרק חמישי

##### סיכום

המשפט הישראלי רואה את המקהלה בו שותף מקימים מהחווררים במרקע המשותפת, כעדות ליחסים המעורערים שבין השותפים. לכן ניתן לאפשרות לשאר השותפים לפרק את השיתוף, על אף כל תנייה המגבילה את הפירוק. אם לא נדרש פירוק השיתוף, שאר השותפים זכאים לדרש את סילוק המחווררים. אם החליטו השותפים להשאר את המחווררים, עליהם לשלם לשותף המקים את הוצאותתו או את עלייתו ערך הנכס עקב הקמת המחווררים, לפי הסכום הנמור יותר. לעומת זאת, המשפט העברי רואה את פועלתו של השותף המקים כפעולה לגיטימית – "שותף – כירוד ברשות דמי", וכך אין בכך עילה לפירוק השיתוף אם הסכימו ביניהם מראש שלא לפרק את השיתוף ממש תקופה מסוימת. מאותה סיבה, אין להם הזכות לחייב את סילוק המחווררים, והם מחויבים לשלם למקים את הוצאותתו או את השבח, לפי הסכום הגבוה יותר. לשיטת הרמן, לעולם החשلوم למקים לא יהיה יתר על השבח. מהפירות שהניבו המחווררים, קיבל השותף המקים כשיורו שמקובל מתחתן הנשכר לטפל במרקען בפועל, נסף על חילוק בפירות לפי גודל מנתו בשיתוף. שותף שבנה או נטע במרקען המשותפים, והשותפים האחרים הביעו מראש התנגדות לכך, הם זכאים לדרש שיקור את הבניין ואת העצים.

<sup>48</sup> בבא מציעא כת ע"ב.

<sup>49</sup> שם קי ע"א.

<sup>50</sup> גיטין עד ע"ב.

<sup>51</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן קעח, סעיף ג. יש להזכיר, שדין השותף כא里斯 מתיחס לפירות, ולא לעליית ערך הנכס בכלל העצים שנטע. השותפים האחרים חייבים לשלם לו את כל שווייה של ערך חלוקם במרקע ("שבח היתר על הייצאה"), ותשולם זה נזון להם זכות ליהנות מפירות העצים לפי חלקם היחסים, אלא שהם צריכים לחתן מהפירות (של אותה שנה שבה עבר השותף) ערך תשולם לשותף בתורת אрис. אם הוא רק זרע ולא נטע, בדרך כלל אין ערך המרקע עולה, ואו הדיין הוא רק על הפירות, ובזה דיןו כאריס.

פרק שישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

46. (א) הקיימים שותף מחוברים במרקען המשותפים על אף התנוגדות יתר השותפים (להלן – שותף מקיים), הברירה לשותפים האחרים אם לקיים או לדרוש את סילוקם.
- (ב) בחרו השותפים האחרים לקיים את המחוברים, ישלמו למקומות את חלקם בהוצאות שהוציאו.
- (ג) פירות המחוברים יחולקו בין השותפים על פי גודל חלקם במרקען, והשותף המקיים יוכל מיתר השותפים שייעור שמקובל תחת לאדם המופקד על השבחת ממרקען.

סימן ד

**מחוברים שבמיצר**



## בעלות ושימוש במחוברים שבמיצר

בעלות ושימוש 49. (א) קירות, גדרות, עצים, ומחוברים כיווץ באלה הנמצאים במיצר של מקרען שכנים (להלן – מחוברים שבמיצר), יראום לנכים בעליות משותפת של בעלי המקרען השכנים, כל עוד לא הוכח היופכו של דבר. (ב) מחוברים שבמיצר רשאי כל אחד מבני המקרען להשתמש בהם למטרת שימושו, וחייב הוא להשתחרר בהוצאות הדרושות כדי להחזיקם במצב תקין לפי שעור שהוסכם ביניהם, ובאין הסכם כזה – בחלוקת שווים, זולת אם מידת השימוש בהם הייתה שונה.

### התוכן

**פרק ראשון: מבוא** 255

**פרק שני: "הנמצאים במיצר"** – אם מקום המיצר אינו ידוע 257

**פרק שלישי: "הנמצאים במיצר"** – אם מקום המיצר ידוע 258

א. כללי 258

ב. סוגיות היישומי 258

ג. סוגיות מסכת Baba Metzia 259

ד. סוגיות מסכת עבודה זורה 261

ה. סוגיות הגבהת הכותל 263

ו. סיכום 264

**פרק רביעי: חלקו של כל אחד מן השכנים במחוברים** 265

**פרק חמישי: שימוש והוצאות – ס'ק (ב)** 266

**פרק שישי: סיכום** 266

**פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי** 267



## מבוא

סעיף זה עוסק ברכוש המחוור למרקעין במיצר שבין שני בעלי מקרקעין שכנים, ככלומר בגבול שביניהם. הטעיר דין בשלושה עניינים: בעלות, שימוש וחילוק הוצאות.<sup>1</sup>

בסעיף 1 לחוק המקרקעין, הגדר המחוורק את הרכישת המחוור למרקעין כחלק מן המקרקעין: "מרקעין" – קרקע, כל הבניין והנתוע עליו, וכל דבר אחר המחוור אליה חיבור של קבוע". לעניין הבעלות על רכוש המחוור למרקעין קבוע המחוור בסעיף 12: "הבעלות בקרקע חלה גם על הבניין והנתוע עליו, ועל כל דבר אחר, המחוור אליה חיבור של קבוע".

אילוabanו להסביר את דין הבעלות במוחורים שבמיצר לאור העקרון שקבע המחוור בסעיף 12, היינו מסיקים שלכל אחד מן השכנים בעלות במה שמחור לקרקע שלו, וכן הגבול הקובל את קצה תחום בעלותו של כל אחד במרקעין, קבוע גם את קצה תחום בעלותו במוחורים. קביעת המחוור בסעיף שלפנינו, לפיה המוחורים שבמיצר הם בבעלות משותפת של בעלי המקרקעין השכנים, מהוות חריג לעיקרונו שנקבע בסעיף 12. יש שתי גישות בהסברת קביעה זו: גישה מצמצמת וגישה מרוחיקה.<sup>2</sup>

לפי הגישה המצמצמת, סעיפנו מחייב את חזקת הבעלות המשותפת על מוחורים שבמיצר רק במצב שמיומו של המיצר אינו ידוע. לעומת זאת, אם מקומ המיצר ידוע, כל אחד מן השכנים הוא הבעלים על המוחורים שבתחומו, בהתאם לעיקרון הבעלות במוחורים שבסעיף 12. יש לגישה זו הדרישה בתי המשפט, שימושו ממנה שאליו היו התובעים מצביים על מקום המיצר המדויק, היה נקבעת הבעלות במוחור בהתאם, ולא בעלות משותפת.<sup>3</sup>

לפי הגישה המרוחיקה, חזקת הבעלות המשותפת קיימת גם במצב שמקומ המיצר ידוע. חזקה זו נתנת לסתירה רק על ידי הבאת הוכחה שרק אחד השכנים הוא הבעלים על כל

<sup>1</sup> בתוכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 532, יש הוראה דומה; על חדשנו בו וראה להלן, לאחר ציון הערה 5. ונספה שם הוראה חדשה, בסעיף 533: "על אף הוראות סעיף 524, שותף אינו יכול לדרש פירוק שיתוף במוחורים שבמיצר". החידוש מנומך בדברי ההסביר: "מכיוון שהשיתוף שבמיצר עשוי להיות כפי על הצדדים, מבהירה הוראה זו כי אין השותפים שבמיצר רשאים לדרש את פירוק השיתוף, אשר במרקם זה ממשילא אין מעשי".

חוק המקרקעין אינו מחייב בנייה כולה במיצר, שיפוריד בין מקרקעין גובליהם, כדי למנוע היוזק ראייה או השגת גבול. לעומת זאת, המשפט העברי מחייב בנייה כולה כאמור, גם אם רק אחד מן השכנים מעוניין בכך. וראה: רם-ב", הלכות שכנים, פרק ב, הלכה יד; שולchan ערוך, ח"מ, סימן קג, סעיף א.

<sup>2</sup> ראה: י' ויסמן, דיני קניין – חלק כללי, § 3.42 (עמ' 180-181).

<sup>3</sup> ראה ת"א (ירושלים) 235/95 שמעון ואstor יקוטיאלי נ' זיות נבו (לא פורסם); ע"א 6170/96 שמעון ואstor יקוטיאלי נ' זיות ניסילבץ (לא פורסם).

על רקע זה שהבין מודע ביחס לכתלים מסווגים החלטה הפטיקה הישראלית הסדר של בעלות חזיה ונפרדת, ולא את הסדר השיתוף המופיע בסעיף זה (י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, עמ' 387-386). גם פסיקה זו עולה בקנה אחד עם הגישה המצמצמת.

המחוברים. נראה, שהסיבה המרכזית להוראת החוק, לפי גישה זו, היא שיש קושי בישום עקרון הבעלות במחוברים שבסעיף 12 ביחס למחוברים שבמיצר. דרך זו עלולה הייתה לצורן מצבים מסוימים, שבהם תיקבע בעלות חזיה במחוברים. לדוגמה, אם עץ גדול במיצר, וכן הගבול עובר במרכז גזעו, יהיה קשה לחזות את הבעלות על העץ לאורך הגזע. העץ הוא יחידה אחת, וכל פעולה הנעשית בצד אחד משפיעה על צדו الآخر.<sup>4</sup> לכן, העדר החוקן לקבוע שהבעלות על מחוברים שבמיצר היא משותפת, מלבדليل כאן את סעיף 12, אף שנמצא בכך פיצול בין הבעלות במרקען לבין הבעלות במחוברים.

ויסמן<sup>5</sup> תומך בגישה המרחיבת, מפני שלפי הגישה הממצמת די להביא מודד שיקבע את מיקום המיצר המדויק, ואין צורך בהוראת הסעיף. זאת ועוד: יישום הגישה הממצמת עלול להביא לתוצאות אבסורדיות, כגון שהבעלות בעץ חזיה לאורכו של הגזע, או שהבעלות במחיצה חזיה לפיה קרו דמיוני המחלק את המחיצה לשניים. מצד שני, מעיר ויסמן שלפי הגישה המרחיבת, היה ראוי שהסעיף יאמר במפורש: "על אף האמור בסעיף 12".

בהתאם להצעתו של ויסמן, הוצאה בתזכיר הצעת חוק דיני מוניות, התשס"ז-2007, סעיף 532, לשון ברורה: "על אף הוראות סעיף 537(ב), קירות, גדרות, עצים, מחוברים וכיווץ באלה הנמצאים במרכז של מרקען שכנים (ביסמן זה – מחוברים שבמיצר), חזקה כי הם הבעלות משותפת של בעלי המרקען השכנים". סעיף 537(ב) הוא העוקב לסעיף 12 לחוק המרקען ("הבעלות במרקען חלה גם על הבני והנטוע עליו...").

בשיטת משפט זרות קיימת מחלוקת בסוגיית הבעלות, גישה אחת הדוגלת בעלות משותפת, וגישה שנייה החוגלת בעלות חזיה ונפרדות. שתי הגישות אין מבחינות בין מזו שמקומו ידוע למצר שמקומו אינו ידוע.<sup>6</sup>

ס"ק (א) אומר רק שבעלות השכנים במחוברים שבמיצר היא בעלות משותפת, אבל אין קובע מה גודל מנתו של שכן בשיטתו. מן האמור בס"ק (ב), שההשתפות בהוצאות בין השכנים היא בחלוקת שווים (באי הסכם אחר), ניתן להסיק, שלשכנים יש חלקים שווים בעלות במחוברים.<sup>7</sup> זאת, אם נבקש לקרב הוראה זו לקביעת החוקן בסעיף 32, לפיה יש כל שותף בהוצאות החזקה של מרקען משותפים, לפי גודל חלקו במרקען. לפי הגישה המרחיבת בפירוש החוק, הסבורה שטעינו חל גם במצב שמקום המיצר ידוע, יש בכך חידוש: הבעלות במחוברים שבמיצר מחלוקת בשווה בין השכנים, אף אם המחוברים עומדים ברכובם

<sup>4</sup> כך הוא גם במחיצות. אילו הרס אחד השכנים את חלקו במחיצה המחברת במצר, פעולה זו הייתה מחלישה גם את חלקו של שכנו.

<sup>5</sup> ויסמן, שם.

<sup>6</sup> ראה לדוגמה: 26 A.L.R 3d 1372 §51: 1 Am Jur 2d Adjoining Landowners (1999). לסירה מקיפה וראה: W.M. Gordon, Scottish Land Law, Edinburgh (1999), 67-70 (המשפט הסקוטי). אחת הגישות המציגות קובעת הבעלות משותפת גם אם אין מקום המיצר ידוע, אלא שמקום המיצר משפיע על גודל מנתו של שכן בשיטתו. ראה לדוגמה: "[E]ach of the landowners upon whose land any part of a trunk of tree stands has an interest in that tree, a property in it, equal, in the first instance to, or perhaps rather identical with, the part which is upon his land,"

.Robinson v. Clapp 65 Conn 365, 32 A 939 LRA 582

<sup>7</sup> ראה: י' ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיטות, § 5.33 (עמ' 176-175). וראה שם עוד, שהסביר זאת גם מסעיף 28 לחוק, האומר: "חלוקתם של כל אחד מהשותפים במרקען, חזקה שהם שווים."

על שטחו של אחד השכנים. לעומת זאת, לפי הגישה המוצמת בפירוש החוק, שrok אם אין מקום המיצר ידוע, הבעלות במחוברים שבמיצר משותפת, אין חידוש כל כך בקביעה שחלקו של כל שכן במחוברים שבמיצר הוא שווה.  
להלן נבחן את עמדת המשפט העברי בשאלת הבעלות על מחוברים שבמיצר.

## פרק שני

**"הנמצאים במיצר" – אם מקום המיצר אינו ידוע**

בחינת המשפט הישראלי, לפי שתי הגישות שהזכרנו במובא, אם מקום קו הגבול המדויק אינו ידוע, חלה הוראת הסעיף, והבעלות במחוברת היא משותפת בין השכנים. זהה הכרעה עקרונית במצב של ספק.لقארה, מדבר בשני שכנים שאין ביניהם שום כוונת שיתוף, כשבנייהם נכס (מחובר) שבעלתו מוטלת בספק. שכן אחד טוען שהנכס בבעלותו, והשכן الآخر טוען שהנכס בבעלותו. מבחינה משפטית טהורה ניתן להתייחס במצב זה כאו ספק, ולנקוט בכלל הכרעת ספקות כגון "המוחץ מחבירו עליו הראה". ברם, המשפט הישראלי יוצר הסדר הקובל שלאור אופיים היהודי של "מחוברים שבמוצר", יש לקבוע שני השכנים שותפים בצורה שווה בנכס. יצירת השיתוף הסטטוטורי נובעת מhaftesa שהזו ההסדר הייעיל ביותר לניהול וניהול הנכס המשותף.

המשפט העברי חולק עקרונית על דרך זו בהכרעת הספק. אמנם, יצירת שיתוף שווני היא דרך ייעילה לניצול וניהול המחבר, אך היא מעניקה לאחד מן השכנים יותר מהלכו, ובכך גוזלת מהשכן השני. בניגוד למשפט הישראלי, המשפט העברי אינו יוצר שיתוף סטטוטורי בנכס כדי להגיע לניצולו הייעיל, ואינו מציע התערבות משפטית שעולה לפגוע בזכויות אחד השותפים.

הספק בנסיבות המיצר יוצר מצב שיש רצועת אדמה שהבעלות עליה שנואה בחלוקת. במצב זה יחולו הכללים המפורטים במשפט העברי בדבר הראות הדרשות להוכחת הבעלות בקרע<sup>8</sup>, ולענין זה דין המחברים שבחלק המסופק בדיין הקרקע עצמה.<sup>9</sup>  
כנראה, המשפט העברי מבкар את ההגנה על הזכויות הקנייניות על פני שיקולי יעילות,

<sup>8</sup> ראה: שולחן ערוך, ח"מ, סימנים קמ'–קנב. אם הראות של הצדדים שות או שאין ראייה לשום צד, הכללו הוא: "כל دائימים גבר" (רמב"ם, הלכות טען ונטען, פרק טו, הלכה ד; שולחן ערוך, ח"מ, סימן קמו, סעיף כב; עורך השולחן, ח"מ, סימן קמו, סעיף כה). תומימים, סימן קמו, ס"ק כד, כותב בדיין "כל دائימים גבר" אמרור ודוקא במצב שיש סיכוי שתתברר האמת בעתידי, כגון על ידי גילוי ראיות נוספות; אבל אם שני עדדים מעדים שאבותיהם של ואבון ישבו על הקרקע מעולם, ושני עדדים אחרים מעדים שאבותיהם של שמעון ישבו עליה מעולם, הרי לעולם לא תבהיר האמת, שהרי גם אם יבואו עוד עדדים לצד אחד, אין זה משנה, שהרי מאה עדדים שקרים שני עדדים; ולכן שיפוטים את הקרקע או עושים "שודא דידיini". אבל נתיבות המשפט, סימן קמו, ס"ק כה, כותב שגם בכגון זה, יש סיכוי שיובאו עדדים שאבותיהם של אחד מהם קנו את הקרקע, ועדות זו תכريع, ומאחר שיש סיכוי שתתברר האמת בעתידי, "כל دائימים גבר".

<sup>9</sup> אילו המשפט העברי היה מפריד בין הבעלות בקרקע (שהיא מסופקת) לבין הבעלות במחוברים שעלייה (שייהיו שותפים), או שהיה להם דין אחר, היה צריכה להיות הוראה מפורשת על כך בנסיבות, בהיותו חידוש יהודי, ולא מצאנו הוראה כזאת.

ואינו כופה שותפות על שכנים, במקרה שאין להניה שהיתה כוונת שיתוף. מסיבה זו, אם מקום המצד אינו ידוע, מסלך המשפט העברי את ידו, וקובע שרק לאחר שותפה סוגית הבעלות בקרע, ניתן יהיה לדון בשותפות במוחובר. לפי המשפט העברי, לא תיתכן הכרה בשיתוף במצב שיתכן שהמחובר יכול נמצא בחילוקו של אחד השותפים.

## פרק שלישי

**"הנמצאים במצור" – אם מקום המצד ידוע**

## א. כללי

כפי שראינו במבוא, קיימות שתי גישות בשאלת האם הוראת המוחוק בסעיף זה אמורה גם במצב שמדובר המצד ידוע. להלן נסקור ארבעה מקורות מן המשפט העברי, מהם עולה שוגם פוסקי ההלכה חולקים בשאלת הבעלות על מוחברים שבמצור, ורובם המכريع סובר כמו הגישה המרחיבת, שגם אם מקום המצד ידוע, יש לשכנים בעלות משותפת על המוחברים שעליו.

## ב. סוגיות היירושלמי

בתלמוד היירושלמי<sup>10</sup>, נחלקו הדעות מה דין חיל שנפרץ בכוטל שבין שתי חזרות: "רב ושםו אל, חד אמר מחיצה לה וממחיצה לה, וחדר אמר כולם לה ומכלו לה". ככלומר, יש מי שסובר שהבעלות בכוטל החזיה על פי המצור, "מחיצה לה וממחיצה לה"<sup>11</sup>, ויש מי שסובר, שהבעלות בכוטל משותפת, "כולם לה וככלו לה".

התלמוד מצבע על אחת מן השלכות המשפית של מחלוקת רב ושםו אל, והוא, במציאות שנמצאה באותו חיל. מי שסובר שהבעלות במוחברים חזיה ("מחיצה לה וממחיצה לה"), יאמר שהבעלות על המציה נקבעת לפי מיקומה על המצור, והשken שהמציה נמצאה בתחוםו הוא שזוכה בה, מפני ש"חצרו" קנחה לו<sup>12</sup>. לעומת זאת, מי שסובר שהבעלות במוחברים משותפת ("כולם לה וככלו לה"), יאמר שהבעלות על המציה היא של מי שהקדים להחזיק בה – "המוציא זכה"<sup>13</sup> – שהרי כך דינה של מציה שנמצאה במרקען משותפים<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> ירושלמי, בבא מציעא, פרק י, הלהה ו, בסופה.

<sup>11</sup> לנראה, מדובר שהגבול בין שתי החזרות עופר בדיק באמצע רוחב הכותל. זה המצב הרגיל בכוטל שנבנה בין שתי חזרות כדי למנוע הייזך ראייה: "בונים את הכותל באמצע" (בבא בתרא ב ע"א). רק אם אחד מן השכנים בונה את הכותל במצב שאין חובה על שניהם לבנותו, הוא בונה את כל הכותל בחילוקו, ועשה סימן מיוחד: "אם רצה, כונס לתוך שלו ובונה, ויעשה חזית מבחן" (שם).

<sup>12</sup> כך פירשו את סוגיית היירושלמי קוזת החושן, סימן קנו, ס"ק קנו, וצפנת פנעה על הרמב"ם, הלכות תרומות, פרק א, הלהה ה, דף ו ע"א. ואולם פני משא, על היירושלמי שם, פירש שהמלחוקם של רב ושםו אל אינה בשאלת קביעת הבעלות במוחברים שבמצור. לדעתי, הכל מודרים שהבעלות על הכותל משותפת, והשאלה היא, האם אנו רשאים להניא שמציה שמצויה בקורסת אחד השכנים, מן הסתם אבדה ממנו, כיוון שהוא מרובה להשתמש, יותר משכננו, במקומות שבו נמצא המציה.

<sup>13</sup> ראה גם סעיף 35, פרק רביעי, בשאלת למי שייכת מציה שנמצא בקרע משותף.

<sup>14</sup> יש להעיר, שכן מוחברים שבמצור שבני שכנים, שונה מדין מוחברים שבמצור שבין רשות היחיד לרשות הרבים. במקרה האחרון, הכל מסכימים שמציה שנמצא בחולק הכותל הפונה אל רשות היחיד שייכת לבעל

נמצא, שאלת הבעלות במחוברים שבמיוצר שנואה בחלוקת בין רב וশמואל<sup>15</sup>. החלוקת בירושלים לא הוכרעה בספר הפסוקים, ועל כן אין למדוד ממנה הלהה למעשה.

#### ג. סוגיות מסכת בבא מציעא

חלוקת זו בין רב וশמואל עולה גם מסוגיה בתלמוד הירושלמי, שנחalker בה בעניין קביעה הבלתי על פירוט של אילן הגדל על המיוצר, ורוב ענפיו נוטים לתוחום של אחד מן השכנים<sup>16</sup>: "אילן העומד על המיוצר, אמר ר' הנטה לאילן – לאילן, והנותה לאילן – לאילן. ושםואל אמר: חולקין". לדעת רב, כל שכן הוא בעליים על הפירות המצויים בתחוםו, ואילו לדעת שמואל, גם אם רוב הענפים נוטים לצד אחד, יחולקו הפירות שווה בשווה בין השכנים. השולחן ערוך<sup>17</sup> פוסק כדעת שמואל: "אילן העומד על המיוצר, אף על פי שהוא נוטה לתוך שדה אחד מהם, הרי שנייהם חולקים בפירותיו".

לදעת ר' יוסף ורוצין<sup>18</sup>, יסוד המחלוקת בין רב וশמואל הוא בשאלת הבעלות על המוחוברים שעל המיוצר. לדעת רב, לאחר שמקום המיוצר ידוע, כל שכן הוא בעליים בחלוקת המוחוברים

הרשות, ואין עוברים ושבים רשאים ליטול אותה (כפי שנפסק בשולחן ערוך, ח"מ, סימן רס, סעיף א). על הבדל זה כבר העיר מראה הפנים על היירושלמי שם, והוא שם, לביאור סיבת ההבדל.

<sup>15</sup> לדעת ר' יוסף רוצין, מרוגאיוב, צפנת פענה על הרמב"ם, הלכות תרומות, פרק א, הלכה ה (דף ו ע"א), הדר לחלוקת רב ושםואל בתלמוד היירושלמי ניתנן למזויא בתלמוד הירושלמי, במסכת עירובין עז ע"ב. המשנה שם קובעת, שכוחל שגובחו עשרה טפחים או יותר, וובאו ארבעה טפחים או יותר, והוא רשות נפרדת לענייני איסור החזאה מרשות לרשות; ולכן מותר לטלטל פירות על גבי הכותל, אך אסור להוריד פירות מעל גביו לאחת מן החיצות שלויד. התלמוד שם מביא מחלוקת/amoraim בפירות המצויים על גבי כותל שעוביו פחותה מארבעה טפחים: "אמר רב: איר שדי רשות שליטות בו, לא זיז בו אפילו מלא נימה! ר' יוחנן אמר: אלו מעלה מכאן ואוכליין, ואלו מעלה מכאן ואוכליין" (וכדעתו של רב יוחנן פסק שלולחן ערוך, אורח חיים, סימן שעב, סעיף ז). ר' יוסף ורוצין מסביר שלדעך רב, מאחר שידיוע שהמיוצר עובד בדיוק במאצע רוחב הכותל, אין המוחוברים שעליין בבעלויות משותפות, אלא כל שכן הוא הבעלים של חלק המוחוברים שבתחומו. לפיכך, אסור לטלטל את הפירות, כיון שהטלול עלול להוציאו אותם מרשות שכן אחד לרשות השכן الآخر. לעומת זאת, ר' יוחנן סבור, שהמחלוקות אלה הם בעלות משותפת. לפיכך, כאשר יטול אחד השכנים את הפירות, הרי הוא משתמש בשלו, ואין בכך ממש הזאת הפירות מרשות לרשות. יתרה מזאת, כל שכן רשי איילו להוריד את הפירות מן הכותל לחצרו, מפני שמקום הכותל בטל לגבי רשותו, כיון שאיןנו רשות בפני עצמו.

<sup>16</sup> בבא מציעא קוז ע"א. כל האמור כאן הוא לשיטת תוספות, שם (ד"ה אילן), שכמותה נפסקה ההלכה (ראיה הערכה 17). אולם רשי שם מסביר בדרך אחרת את המחלוקת: שהמחלוקות עוסקת באילן הסמור למיוצר, ולא באילן הגדל על המיוצר. שיטת רשי" תובואר בסעיף 50, הערכה 6.

<sup>17</sup> שלחן ערוך, ח"מ, סימן קנה, סעיף כת, וסימן רס, סעיף ב. זאת בעקבות הרמב"ם, הלכות שנים, פרק ד, הלכה ט.

אמנם טור, ח"מ, סימן קנה, סעיף מב, מביא תשובה גאון הפסיק כרב, שהבעלויות בפירות נקבעת לפי נתינת הענפים. אולם הפרישה, על הטור שם, כתוב, שהגאון לא התקווין לפוסק הלהה כרב בכל מצב, אלא הוא פסק כרב רק לגבי המקורה שנשאול עליי, מפני שהוא נקבעו במקרה כמו רב, ומנהג עורך הלהה (כמובואר ביירושלמי, בבא מציעא, פרק ז, הלכה א, ובמסכת סופרים, פרק יד, הלכה יח), אך במקרה שאין מנגנון, הוא מסכים שהלהה כשםואל.

<sup>18</sup> צפנת פענה, על הרמב"ם, הלכות כלאים, פרק ג, הלכה טז. וכך כתוב גם בהלכות שבת, פרק ה, הלכה ד, ובהלכות תרומות, פרק א, הלכה ה. וראה עוד: מפענה צפונות, פרק ח, סימן ז. גם מדבריו של תרומת הדשן, תשבות, סימן שלז, משמע שהבין כך את מחלוקתם של רב ושםואל בעניין אילן העומד על המיוצר.

שבחחומו בלבד. לפיכך, הבעלות בפירוט נקבעת לפי התהום שאליו נוטים הענפים, וכל שכן זוכה בפירוט הענפים הנוטים לשטח הקרקע שלו. לעומתו, שמואל סבור, שהבעלות על המחוברים היא משותפת, ולפיכך הפירות מתחלקים בין השכנים בשווה.<sup>19</sup>

מאחר שכאמור, דעתו של שמואל היא שנטקלה להלכה, הרי שmagishto של ר' יוסף רוזין עולה במסקנה, שהגישה המר Hitchba בפרשנות החוק (לפייה יש חזקה בעלות משותפת במחוברים שבמיצר גם אם מקום המיצר ידוע), עולה בקנה אחד עם גישת המשפט העברי. אולם כפי שנראה, יש מי שmagishto למסקנה אחרת.

גם ר' אהרון קוטלר<sup>20</sup> בדעתו שיטור המחלוקת בין רב וশמואל הוא בשאלת הבעלות על המחוברים שבמיצר, אלא שולדתו מחלוקתם של רב וশמואל הפוכה مما שהסביר ר' יוסף רוזין. לדעתו, שמואל הוא הסבור שהבעלות במחוברים מחלוקת בין השכנים לפי הקו שבו עובר המיצר, ורב הוא הסבור שהבעלות במחוברים משותפת.

כדי להסביר כיצד ר' אהרון קוטלר מגיע לפרשנותו, יש להזכיר כלל תלמודי, שם אילן נתוע ברשות אחת וענפיו נוטים לרשות אחרת, והולכים אחר מקום השורשים. בלשון התלמיד: "שדי נופו בתה עיקרו [=זורך את הענפים אחר העיקר]". לדעת ר' אהרון קוטלר, כלל זה חל רק אם שורשי האילן נמצאים במרקעינו הפרטיים של אחד השכנים, ולא אם השורשים נמצאים במרקעין המשותפים לשנייהם. כמובן, אם שורשי האילן נמצאים בשטחו הפרטיא של אחד השכנים, אף שענפי האילן נוטים לרשות אחרת, הבעלות בענפים נקבעת לפי הבעלות על השורשים. לעומת זאת, אם שורשי האילן נמצאים במרקע משותף, הבעלות בענפים אינה משותפת אלא היא נקבעת לפי נטיות הענפים. החיגיון שבבחנה זו הוא, שאם השורשים נמצאים בשטח פרטיא של אחד השכנים, הוא יכול לקצץ את השורשים ובכך למנוע את צמיחת הענפים, וכך הבעלות בענפים היא שלו. לעומת זאת, אם הבעלות בשורשים משותפת, איש מהם אינו רשאי לקצץ את השורשים (שהרי אין לאיש מהם זכות לפגוע באופןן חד צדי ברכוש המשותף), ולכן הבעלות בענפים נקבעת לפי נטיותם.

לאור עיקרונו זה שקבע ר' אהרון קוטלר, מובנת פירושתו ביטור המחלוקת בין רב וশמואל: רב אומר שהבעלות בפירוט נקבעת לפי נטיות הענפים, מפני שהוא סבור שמחוברים שבמיצר הם בעלות משותפת של השכנים (גם אם ידוע היכן עובר המיצר), ולכן השורשים הם בעלות

<sup>19</sup> כאמור, היה מקום להסביר את מחלוקתם של רב וশמואל בדרך אחרת: לדעת רב, הבעלות על הפירוט נקבעת לפי מיקום הענפים; ואילו לדעת שמואל, הבעלות נקבעת לפי מיקום השורשים. אולם הסבר זה דוחוק, כיוון שהשאלה האם הבעלות בפירוט נקבעת לפי הענפים או לפי השורשים, נדונה כבר במסנה, בא מ齊יא, פרק י, משנה ו, לעניין גידולים הצומחים במדרון תולל שבין שתי גינות, ווחלקו בה רב מאיר ורב יהודה, כמבואר בבבא מ齊יא קה"ב. ברור שהאמוראים רב וশמואל הכירו מחלוקת תנאים זו, ולכן אין סיבה שייחورو ויתולקו באורתה שאלת עצמה (על עיקרונו זה ראה: קיזור כליל המשנה [נדפס בගליונות החיבור "מבוא התלמוד"], הנדרס בסוף מסכת ברכות], עמ' 86, ומוקורת שהובאו בהגותה הגור'יב שם, לכלל זה). לפיכך, הסבירו מוסיפות, בא מ齊יא קז ע"א (ד"ה אילן), שאפשר שרבים מסוימים שאם כל השורשים נמצאים בשטחו של אחד השכנים, הבעלות בפירוט נקבעת לפי השורשים, אולם אם השורשים מופשטים בחלקים של שני השכנים, יש לקבוע את הבעלות בפירוט לפי נטיות הענפים; ומайдין גיסא, אפשר שmmoel יסכים שבנון שעסקנו בו ר' מאיר ור' יהודה, נקבעת הבעלות בפירוט לפי הענפים, דהיינו שהם שייכים לבעל הגינה התחthonה, משום שבדיו של בעל הגינה התחTHONה למלא את גינתו עפר, ובכך להמית את הענפים.

<sup>20</sup> משנה ר' אהרון, הלכות שכנים, פרק ב, הלכה י, סימן ד (עמ' מג), בהערה.

משותפת, והרי כפי שראינו, הכלל הוא שם השורשים נמצאים ברכוש משותף, הולכים אחר מקום הענפים<sup>21</sup>. לעומתו, שמואל אומר שחולקים את הפירות בשווה, מפני שהוא סבור שהבעלויות על מוחברים שבמיצר מהולקת לפי מקום המיצר, ועל כן חולקים בפירות בשווה, משום שההנחה היא שהשורשים מתפרטים בשווה בשטח של שנייה.

מאחר שהלכה כשםואל, הרי שלפי הסברו של ר' אהרן קוטלר, המסקנה היא, שגישת המשפט העברי מתאימה לגישה המוצמת בפרשנות החזק, ולפיה אם ידוע היכן עובר המיצר, הבעלותים במוחברים שעלו מholket. מסקנה זו שונה מן המסקנה שmagim אליה אם מאמצים את הסברו של ר' יוסף ורazon, כפי שראינו לעיל.

לגופו של עניין, אפשר להציג פירוש שלישי, ולפיו מחלוקת האמוראים אינה קשורה כלל לשאלת הבעלות במוחברים שבמצר. יתרון שהנחה השיתוף באילן העומד על המצרי אינה קשורה לכך שגוז העץ עומד על המצרי, אלא היא נובעת דוקא מהעובדת ששורשי העץ, המתאפשרת לתוך חצורת השכנים, יונקים מקרע הנמצאת בעולות ייחודית של שני השותפים. כך מסביר הסם"<sup>22</sup> את פסיקת השולחן ערוך בשםונו: "אלין העומד על המצרי... פירש רשי" שהשורשים נכנסין בגבול של שנייה בשווה, ומהם הוא יניקה של האילן ובתריהם אולין בחולקת הפירות לא בתור נתית הנוף [=ואחריהם אנו הולכים בחלוקת הפירות, ולא אחר מוקם יניקת האילן, ומאהר שהאילן יונק בשווה משתי הנחלות, גם פירותיו מתחלקים בשווה. לפי פירוש זה, אין ללמידה מסווגה זו לסוגים אחרים של מוחברים שבמיצר.

#### ד. סוגיות מסכת עבודה זורה

מקור אחר, שממנו ניתן לזכור על עמדת המשפט העברי בשאלת הבעלות על מוחברים שבמיצר, אם מקום המצרי ידוע, הוא משנה במסכת עבודה זורה. המשנה עוסקת בדיון כותל המשותף ליهודי ולבית המשמש לעבודה זורה<sup>23</sup>: "מי שהיה بيתו סמוך לעבודה זורה ונפל, אסור לבנותו. כיצד יעשה? כונס בתוך שלו ארבע אמות ובוענה. היה [הכותל] שלו ושל עבודה זורה, נדון מחיצה על מחיצה, אבנוי עציו עפראו מטמאין כשרץ". חלקה השני של משנה זו עוסקת במוחברים שבמיצר<sup>24</sup>, ונאמר בו שהקיר המשותף שנפל "נדון מחיצה על מחיצה, אבנוי עציו ועפראו מטמאין כשרץ". הפסוקים נחלקו בהבנת משמעות הדברים.

הרמב"ם פוסק<sup>25</sup>: "היה הכותל שלו ושל עבודה זורה, ידון מחיצה למחיצה; מחיצה שלו מותר בהנאה, ושל עבודה זורה הכלל<sup>26</sup> אסור בהנאה". מדברי הרמב"ם עולה, שהבעלויות בכותל מחולקת, ומושם כך האבניים שעמדו בחולקן של היהודים מותורות בהנאה. אולם נראה שאין להסיק מהלכלת הרמב"ם מסקנה גורפת. הרמב"ן עושה הבחנה בין דין

<sup>21</sup> יש בעיר, שכאן רק השורשים משותפים, אבל הקרע עצמה אינה משותפת (שהרי ידוע היכן המצרי עובר), ובכל זאת אומר ר' אהרן קוטלר, שבגלל זה, הענפים אינם משוויכים למקום השורשים.

<sup>22</sup> סמ"ע, סימן קסז, ס"ק ד.

<sup>23</sup> משנה, עבודה זורה, פרק ג, משנה ו; בבבלי MOZ ע"א.

<sup>24</sup> קצotta החושן, סימן קני, ס"ק ה, הסיק מדין הבעלות המשותפת בחלוקת המבדילות בין דירות, לדין מוחברים שבמיצר. אולם י' ויסמן, דיני קניין – חלק כללי, עמ' 386-387, הבחן בין שני תחומיים אלו.

<sup>25</sup> רמב"ם, הלכות עבודה זורה, פרק ח, הלכה ה.

<sup>26</sup> הלשון נראה מגומגם, ואכן בשולחן ערוך, יורה דעתה, סימן ק מג, סעיף א, מצוטט לשון הרמב"ם, ומוסיף

המשנה לדין שכנים רגילים<sup>27</sup>: "ואין [שכנות בין יהודי לעובדה זורה] כאשר שותפים שידם שווה בכל הכלול". דהיינו, בכל שכנות אחרת, שאינה בין יהודי לעובדה זורה, השכנים שותפים ביכול כלו. בדברי הריטב"א אנו מוצאים הסבר להבנה זו<sup>28</sup>: "יכול של שיתוף, אף על פי שהמקום של שנייהם מבורר לכל אחד חלקו, לגבי אبنيים – אין מבורר, ויד שנייהם שווה בו בין לחשיש בין לכל דבר. ואשומען הכא לגבי הא שנייהם ניחא להו בברירה [=והשמענו כאן – במקרה המתויר במשנה – שני השכנים נוח להם שלא לצורך שיתוף] שהנכרי רוצה שהיא חלקו מבורר לעצמו ולא תהא יד ישראל בעובדה זורה שלו, וישראל גם כן רוצה שלא תהא יד עובדה זורה בחלקו כלל".

מהסביר זה עליה תובנה מענית: מקור השיתוף ביכול הוא בכוונה השיתוף של השכנים (בניגוד למשפט הישראלי, שבו השיתוף הוא יציר כפיו של המשפט), ולכן שכן כוונה לשיתוף, נשאר הכלול בבעלויות חזיה. עקרון זה מודגם אף ביתר שאת בדברי הר"ן<sup>29</sup>: "וזדי כל אחד מהם [בשכנים וגילים] יש לו שותפות בכל אבן ובן, בין שתהא באותו הצד שנגדו, או באותו הצד שנגדו חבירו. יש לומר בשני שותפיו הכא נמי [=כך הוא]. אבל שותפות זו של עובדה זורה ויישראל על דעתן נשתפותו, שהצד שנגדו כל אחד ואחד יהא שלו למורי, יתרויהו בהכי ניחא להו [=ששניים נוח להם בכך]. הר"ן מדגיש שבמקרה המתויר במשנה, כוונת השכנים הייתה שלא ליצור שיתוף ביכול המשותף, "על דעתן נשתפותו, שהצד שנגדו כל אחד ואחד יהא שלו למורי". אם כן, לשיטת הראשונים אלה, ברירת המחדל היא שסתם שכנים מעוניינים ליצור שיתוף ביכול שביניהם, אך הם יכולים גם ל��וע אחרית אם הדבר נוח להם. על כל פנים, השיתוף נוצר בשל כוונה שיתוף של הצדדים, ולא מכוח קביעה חזקיה. לאור דברי הראשונים הללו, אפשר לומר שבעיקרון, גם הרמב"ם סבור שמחברים שבמיצר הם בבעלויות משותפת, ומה שפסק כאן אינו אלא חריג<sup>30</sup>.

בניגוד לחכמים אלו, רשיי<sup>31</sup> מפרש שההלהקה "אבניו עציו ועפרו מתמאין לשערץ" מתייחסת לכחול כלו. מפירושו עולה<sup>32</sup>, שהסיבה לכך היא משומש מהכלול כולו בבעלויות משותפת לייהודי ולעובדת זורה. לשיטתו, דברי המשנה "nidon machza ul machza" מתייחסים רק למקום הכלול,

הרמ"א מילים אחדות (בסוגרים) להבהרה: "machza shlo moter behana, shel uboda zora (אסור, ואם אינו מכיר) הכל אסור בהנה".

<sup>27</sup> חידושי הרמב"ן, עובדה זורה מו ע"א.

<sup>28</sup> חידושי הריטב"א, עובדה זורה מו ע"א.

<sup>29</sup> חידושי הר"ן, עובדה זורה מו ע"א. בהמשך דבריו מסביר הר"ן, כמו הריטב"א, שני הצדדים אינם מעוניינים בשיתוף: עובדי העבודה הזורה אינם מעוניינים לעבד את האבני השיכוכות גם ליהודי, והיהודי אינו מעוניין שיעבדו ברכישו עובדה זורה, כיון שעילידי נאסר הרכוש בהנה.

כך כתב הר"ן גם בפירושו על הר"ף, עובדה זורה כ ע"ב (בדפי הדין). הוא כותב כן על דברי היירושלמי, עובדה זורה, פרק ג, הלכה ו, האומר שהחייב הכלול מותר, והוא מקור דברי הרמב"ם שם.

<sup>30</sup> על פי זה, מתרוך מה שהיה נהאה כלפיו כטהורה בדתו הרומאים: בהלכות שכנים, פרק ד, הלכה ט, טעמו הוא הרמב"ם כשית שמואל בעניין אילן שומר על המיצור, שלפי צפנת פענה (לעיל, הערא 18) שהאלין בבעלויות משותפת, ואילו בעניין כותל שפיריד בין ביתו של יהודי בבית עובדה זורה פסק הרמב"ם שהבעלויות משותפת. ורואה להלן, הערא 35.

<sup>31</sup> רשיי, עובדה זורה מו ע"ב, ד"ה דון machza על machza.

<sup>32</sup> לשון רשיי: "אבניו ועציו ועפרו של אותו כותל מטמאין כשרן אפילו חלקו, לפי שאין ברורה". כמובן, גם אם חלקו בינויהם את האבניים והעצים, ולאחריו את החזים, אין אמורים שכך התברר למפרע שזה היה חלקו מאז ומועלם והאבנים משותפות, אלא יתכן שהו דווקא מחלוקת של העובדה זורה, ואסורה מספק.

ואילו הכוthal עצמו נמצא בנסיבות משותפת ליהודי ולבודה זורה. תרומת הדשן<sup>33</sup> מסתמך על דברים אלה של רשיי כדי להזכיר בדיין שני שכנים שנפל הקיר המפריד ביניהם, וטען אחד השכנים שהוא זכאי ליטול את האבנים המשובחות שהיו בצדו<sup>34</sup>. תרומת הדשן מסיק מדבריו רשיי, שהקיר יכול היה בנסיבות משותפת, ועל כן דחה את דרישת השכן. פסק זה של תרומת הדשן הובא להלכה בשולחן ערוך<sup>35</sup>.

אם כן, בין לדעת הרמב"ן וסעתו ובין לדעת רשיי, הכלל הוא שכון שבין שכנים נמצא בנסיבות משותפת, אלא שלפי רשיי הדבר אמרו גם בכוחם בין היהודי לבין עובודה זורה<sup>36</sup>, ולפי הראשונים האחרים כותל בין היהודי לעובודה דינו שונה. נמצאו, שהגישה המרחיבה בפרשנות החוק, הגורסת שהוחוברים שבמיצר הם בנסיבות משותפת גם אם מקום המיצר ידוע, מתאימה לפסיקת השולחן ערוך.

#### ה. סוגיות הגבהת הכוthal

שאלת הנסיבות על מחוברים שבמיצר עולה עוד מקורו נוסף העוסק בזכויות השימוש במוחוברים. הטור<sup>37</sup> מביא מחלוקת ראשונים בשאלת זכותו של שכן להוסיף על גובהו של כותל שעומד על המיצר: "יש אומרים שהרששות בידו, שיד שניהם שווה בו, וכל אחד יכול להשתחש בכללו, ופעמים שזה צריך לצורך הגביהו, או שזה צריך לצורך הגביהו... שכל אחד מגביה על שלו, ובבלבד שלא יגביho כל כך, שיתකלך הכותל בכך, לדעת הבקאים. ואドוני אבי הרא"ש ז"ל כתוב, שחבירו מעכבר עליו לומר: "חצ'י מקום הכוthal שלו, ואני רוצה שתתמעט האoir שלו, כי אני רוצה להשתמש על חצ'י המקום שלו".

لدעת הב"ח<sup>38</sup>, מחלוקת ראשונים זו קשורה בשאלת הנסיבות במוחוברים כאשר מקום המיצר ידוע. לדעתו, הדעה הראשונה הנזכרת בטור גורסת שהכוthal בנסיבות משותפת, ועל כן זכאי כל אחד מן השכנים להגביה את הכותל, ממש שבשלו הוא עושה; ואילו הרא"ש סבור שהנסיבות בכותל חזיה בין השכנים, ולכן כל שכן זכאי להנתגדר להגביה הכותל, בטענה: "חצ'י רוחב הכותל בכל אורך הכותל לצד חצ'רי שלו, ואני רוצה שתתמעט את האoir שלו".

<sup>33</sup> תרומת הדשן, שו"ת, סימן של'.

<sup>34</sup> י' ויסמן, דיני קניין – חלק כללי, עמ' 388, קובע, שביחס לחיפוי קירות המפרידים בין דירות, הכל מודים שהבעליים על החיפוי הוא בעל הדירה שבצדו מציבו החיפוי. נראה שפסקו של תרומת הדשן אינו סותר הנהה זו, שכן בנידונו לא היה מדובר בחיפוי אלא במבנה הקיר עצמו, שבחלקו האחד היה עשוי אבני גזית משובחות ואילו בחלקו الآخر היה עשוי מאבנים פשוטות יותר.

<sup>35</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן קג, סעיף ו. לכארה יש סתרה בפסקת השולחן ערוך, שכן בעניין הכוthal שבין היהודי לבין עובודה זורה פסק שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קמג, סעיף א, כמו הרמב"ם, שהנסיבות מחלוקת. כנראה, השולחן ערוך מאמין את גישת הרמב"ן וסעתו, שראינו לעיל, ליד ציון העלה 27, שדרינו של כותל בשכנות עם עובודה זורה הוא חריג.

<sup>36</sup> מדו"ע רשיי אינו מקבל את סברת הריטב"א והר"ז, שיוהדי ועובדיה עוסקים מטענים לחייבות שותפים בכותל? ייתכן שלדעתו השיתוף אינו תלוי בנסיבות הצדדים, אלא וזה דין קנייני אובייקטיבי שהחילה התורה על הכותל, שמאחר שהוא משתמש באותו תפקיד כלפי שני הצדדים, הוא נחשב יחידה קניינית אחת ואיןנו נתן לפיצול בעלות.

<sup>37</sup> טור, ח"מ, סימן קג, סעיף כו.

<sup>38</sup> ב"ח, ח"מ, סימן קג, סעיף כו.

קצוט החושן דוחה את הסברו של הב"ח למלוקת הראשונים. בדרכיו עולה היבט נוסף בשאלת הבעלות על מוחוביים שבמיצר. לדעתו<sup>39</sup>, "ודאי גם הרא"ש סבירא ליה, דשותך יש לו מחזית בכל הכלול... והוא אכן יכול להגבה יותר, נואה משום שחזי המקום, ודאי מכיר חלקו, ויש לו מצד מקומו מתחום ארעה ועד רום רקייע, ואoir מקומו שלו הוא!". ככלומר, הרא"ש מסכים שהמחוביים שבמיצר הם הבעלות משותפת, גם אם מקומם המיצר ידוע. אולי הבעלות המשותפת היא רק על המוחוביים עצם ולא על השטח שהם עומדים עליו. לאחר שהבעלות על אותו שטח משתרעת מתחום הקרקע עד רום הרקייע, נמצא שיש בהגבהת הכלול משום השגת גבול (כנסה לאoir שבבעלויות יהודית של השכן), וזה הסיבה שהרא"ש אוסר את ההגבבה. הפרדה זו שעשו קצוט החושן בין הבעלות על הקרקע לבין הבעלות על המוחוביים, מקבילה למה אמרנו במובא, שהחוק קבע שיתוף במחוביים ולא בקרקע עצמה.

דעותו של השולחן עורך בעניין זה אינה ברורה. במקומות אחד הוא מביא את שתי הדעות, בלשון זו<sup>40</sup> : "אם רצה אחד מהשותפים להגבה כוטל זה יותר מד' אמות, חבירו מעכב עליו לומר חזי מקום הכלול שלו, ואני ורוצה שתמעט האoir שלו... ויש אומרים שאין חבירו מעכב על ידו, אלא רשי חוא להגבבה...". אבל במקומות אחר פסק השולחן עורך<sup>41</sup> ש"אחד השותפים שרצה להגבבה הכלול המשותף בינויהם... אין חבירו יכול לעכב עליו". הפרשנים נחלקו ביחס להסתירה שבין פסיקות אלה של השולחן עורך.

השם<sup>42</sup> מפרש שההכלאה האחורה נארמה דווקא בשכנ המקש להגבה את הכלול "כחזי עובי הכלול שלו" בלבד. מדבריו ממשמע, שהבין שהשולחן עורך פוטק ששכנ אין זכאי להגביה את הכלול לכל ורחבו, אם שכנו מתנגד לכך. לעומת זאת, הגרא"א<sup>43</sup> כותב שהשולחן עורך פוטק ששכנ זכאי להגביה את הכלול. מכאן שלדעת הגרא"א, הבעלות במחוביים שעל המיצר משותפת, שכן כפי שראינו, טעמה של הדעה שהשכנ זכאי להגביה, הוא שהבעלות בכולל משותפת, וזאת בין לפיה הסברו של הב"ח ובין לפיה הסברו של קצוט החושן.

#### ו. סיכום

סקרנו ארבעה מקורות בעניין הבעלות על מוחוביים שבמיצר כשם מקום המיצר ידוע. מסקירה זו עולה שלדעת רוב הפוסקים — והם: הרמב"ן<sup>44</sup>, הריטב"א<sup>45</sup>, הר"ן<sup>46</sup>, תרומת הדשן<sup>47</sup>, קצוט

<sup>39</sup> קצוט החושן, סימן קנו, ס"ק ה.

<sup>40</sup> שולחן עורך, ח"מ, סימן קנו, סעיף ט.

<sup>41</sup> שולחן עורך, ח"מ, סימן קנד, סעיף כב.

<sup>42</sup> סמ"ע, סימן קנד, ס"ק א.

<sup>43</sup> ביאור הגרא"א, ח"מ, סימן קנו, ס"ק מא.

ב"ח, ח"מ, סימן קנו, סעיף ט, כותב, ש"בשלחן עורך... מביא כל הדעות, ולא הכריע".

<sup>44</sup> לעיל, הערכה .27

<sup>45</sup> לעיל, הערכה .28

<sup>46</sup> לעיל, הערכה .29

<sup>47</sup> לעיל, הערכה .33

החוון<sup>48</sup>, הגור<sup>49</sup> ור' יוסף רדא<sup>50</sup> – הבעלות משותפת, כעמדת הגישה המרחיבה בפרשנות החוק; ורק לדעת ר' אהרן קווטר<sup>51</sup> הבעלות חזיה, כעמדת הגישה המצמצמת בפרשנות החוק. لكن אפשר לקבוע שלפי המשפט העברי, אם מקום המיצר ידוע, המוחברים שעליו הם הבעלות משותפת. כן ראיינו שהיתוף במחוברים שכמץ, כמו כל שיתוף אחר, תלוי בנסיבות הצדדים, ושהיא מתיחסת רק למוחברים, אך לא לקרקע או לרום שמעליהם.

#### פרק רביעי

### חלוקת כל אחד מן השכנים במחוברים

כפי שראינו מבוא, מלשון החוק עולה שלכל שכן יש חלק שווה במחוברים שבמיוצר. מהי עמדת המשפט העברי בעניין זה? לעיל<sup>52</sup> הזכרנו את מחלוקת האמוראים בדיון אילן שעומד על המיצר<sup>53</sup>: "אלין העומד על המיצר, אמר רב: הנוטה לכאן – לכאן, והנותה לכאן – לכאן. ושМОאל אמר: חולקין". השולחן עורך פסק כשוואל<sup>54</sup>: "אלין העומד על המיצר, אף על פי שהוא נוטה לתוך שדה אחד מהם, הרי שנייהם חולקין בפיירוטוי". לדעת בעלי התוספות<sup>55</sup>, טעםו של שוואל הוא, ש"אולין בתר הרשים, שהם שויים", ככלומר, לאחר שהשורשים מתפשטים באופן שווה בין שני החלוקות, גם הבעלות על פירות מחלוקת באופן שווה בין השכנים. מדבריהם משתמע, שאם השורשים נוטים ברכוב לצד שכן מסוים, שוואל יאמר שאותו שכן זכאי לחלק גדול יותר בפיירות האילן, בהתאם לכמות השורשים שברשותו<sup>56</sup>.

<sup>48</sup> לעיל, הערא .39.

<sup>49</sup> לעיל, הערא .43.

<sup>50</sup> לעיל, הערא 15 והערא 18. כך עולה גם מדברי פני משה, לעיל, הערא 12.

<sup>51</sup> לעיל, הערא .20.

<sup>52</sup> לעיל, ליד ציין הערא 16.

<sup>53</sup> בבא מציעא קז ע"א.

<sup>54</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן קנה, סעיף כת, וסימן קוץ, סעיף ב.

<sup>55</sup> תוספות, בבא מציעא שם, ד"ה אילן.

<sup>56</sup> כך הסיק מן התוספות, נתיבות המשפט, סימן קנה, ס"ק טו: "וכשעומד על המיצר, או אולין בתר הרשים וכשהן שוין בחלק שניהם – חולקים; ואם הרשים נוטים להז יותר מלה, חולקין לפי עורך מה שהן יותר בזיה מבהה, ואין משבגין על הנופות. וכן מוכחים דברי התוספות". וכך הסיק גם בש"ת באר יצחק, יורה דעה, סימן לא, ענף ב: "ויעין בתוספות, בבא מציעא (קז), בד"ה אילן העומד כי, דמייריו דין הראשון מתפשטין לקרקעו של וה יותר משל זה וכו'. משמע להדייא אדם הרשים מתפשטין לאחד יותר, וגונין לו יותר, כפי חילקו בערך השורשים....".

אבל ר' יוסף ראון, צפנת פענח, הלכות גירושין, פרק ה, הלהה ו, מבאר את דעת שוואל באופן מהבסור התוספות. לדעתו, שוואל סבור ש"דבר הנעשה על ידי שני דברים, ואי אפשר לו זה בלבד זה, אף דיש לאחד חלק קטן מאד, מכל מקום, מיקרי דיש לו כולל, ולכן אמרין בכל מקום דאם הקדיש דבר שהנשמה תליה בו, חל ההקדש על לולו". מדבריו עולה שגם אם רוב הרשים נמצאים בשטחו של שכן אחד, הפירות מתחלקים בשווה בין השכנים. ומאחר ש לדעתו "גבולים ומהירות הוא בר הכלל משני הדברים" (צפנת פענח, הלכות כלאים, א, דף ב ע"ד), ככלומר שקיים המוחברים תלוי בתמייניהם בשני צדי המיצר, הרי שיש להסביר שחלקם של השכנים במחוברים שבמיוצר הם תמיד בחלוקת שכנים שווים, ולא דוקא בעז.

לפי הסבר זה בדברי שמואל, כשמדבר בז' המחוור למשפט העברי מעמדת המחוקק בדבר חלקם של השכנים במחוברים שבמיצור, בכל הנוגע לפירוט הוצאות מן העז: לפי המשפט העברי, החלק בפירוט נקבע באופן יחסית לאחרו מושרי העז הנמצא ברשות כל אחד מן השכנים, בעוד שחלק עורך במקומות חיבור העז לקרקע, אין מתחשבים במיקום השורשים, אלא לשני השכנים יש חלקים שוים.

אבל עדרין יש מקום לשאל, מה דין מחוברים שבמיצור שעיזים? ניתן שיש מקום להבחין בין עיזים שבמיצור לבין מחוברים אחרים. בז' שבמיצור, יש היגיון רב בקביעה שהבעלות בפירוט נקבעת לפי מיקום השורשים, שכן מי שרוב השורשים בתחוםו תורם יותר ל偶像לים, ולן דין הוא שיטול חלק רב יותר בפירוט; ואין להסיק מכאן שהוא הדין בכל מחוברים שבמיצור.

#### פרק חמישי

##### שימוש והוצאות – ס'ק (ב)

אף על פי שהחוק קבע שמחוברים שבמיצר דינם לנכדים בבעלויות משותפת, ס'ק (ב) קובע בהם דין שימוש וחילוק הוצאות החזקה שונים מאלו שבמרקען בעלויות משותפת. לעניין השימוש, רשאי כל אחד לדחותם במחוברים "למטרה שלשמה הווקמי", בנייגוד למרקען משותפים, שלפי האמור בסעיפים 30-31, השימוש בהם מותר רק באופן שככל השותפים מסכימים עליו ושאינו מפריע לשימוש של שותף אחר. לעניין הוצאות לחזקתם, נקבע שההשתתפות בכיסוי הוצאות תהיה בחלקים שוים, אלא אם כן מידת השימוש בהם הייתה שונה; זאת בנייגוד למרקען משותפים, שלפי האמור בסעיף 32, ההשתתפות בהוצאות עליהם מחלוקת לפי גודל חלקו של כל אחד במרקען<sup>57</sup>, משמע – גם אם אחד מן השותפים השתמש בהם יותר. נראה, הבדלים אלו נובעים מכך שהשתיוף במחוברים הוא הסדר ייחודי, יציר כלפי של מחוקק, ושונה במאותו משתיוף רגיל בנכס, שנוצר בהסכם בין השותפים.

אבל במשפט העברי לא מצאנו כלל ה שימוש והוצאות בשיתוף במחוברים שבמיצר שונים מבשיתוף רגיל, ועל כן יש להניח שהלים אותם דינים כמו בכל מרקען משותפים.

#### פרק שישי

##### סיכום

אם מקום המיצר ידוע, חלוקות דעתות בשאלת האם לפי החוק הבעלות במחוברים משותפת לשני השכנים, או מחלוקת על פי המיצר. לפי המשפט העברי, לדעת רוב הפסוקים, הבעלות משותפת.

<sup>57</sup> והרי בnidonnu יש לשכנים חלקים שוים במחוברים, כפי שראינו במאורא.

אם מקום המיצר אינו ידוע, לפי החוק, הבעלות במחוברים שעליו משותפת, ואילו לפי המשפט העברי מדובר בספק בבעלות שיש להכריעו לפי דיני הראות. לפי החוק, לכל אחד מן השכנים יש חלק שווה במחוברים, בלי להתחשב במיקום המחוברים ביחס למצר. אבל לפי המשפט העברי, לכל שכן יש אחוז בעץ שבמצר, בהתאם לאחוזה השרשים של העץ המצויים בקרענו. החוק קובע דיןדים מיוחדים לאופן השימוש במחוברים שבמצר ולדרך חלוקת ההוצאות עליהם; ואילו לפי המשפט העברי יחולו הדינים הרגילים של מקרקעין משותפים.

## פרק שבעי

**הצעת נוסח לפi המשפט העברי**

בעלות ושימוש 49. (א) קירות, גדרות, עצים, ומחוברים כיווץ באלה הנמצאים במצר של מקרקעין שכנים (להלן – מחוברים שבמצר), יראום לנכדים בבעלות משותפת של בעלי המקרקעין השכנים, אם מקום המיצר ידוע, אלא אם כן הוכח שהשכנים לא התכוונו להשתתף בהם.  
 (ב) עץ מחורר שבמצר – הבעלות בו מחלוקת בין בעלי המקרקעין השכנים בהתאם לכמויות השרשים שיש בכל צד.



### פירות שנשרו בתחום אחר

50. עצים או צמחים אחרים הגדלים סמוך למיצר, פירותיהם שנשרו בתחום מקרקעין שכנים הם של השכן; נשרו למקום שיש לציבור גישה חופשית אליו, וכי כל עובר ושב ליטול אותם לעצמו.

פירות שנשרו  
לתחום אחר

### התוכן

פרק ראשון: מבוא 271

פרק שני: הבעלות על הפירות לפני שנשרו 271

פרק שלישי: הבעלות על פירות שנשרו 272

א. כללי 272

ב. סוג הפירות – "עצים או צמחים אחרים..." 274

ג. סיבת הנשירה – "פירותיהם שנשרו" 275

ד. נשירה לרשות היחיד – "שנשרו בתחום מקרקעין שכנים" 276

ה. גיליי דעת מצד בעל העץ שאינו מתיאש 277

פרק רביעי: סיכום 279

פרק חמישי: הצעת נוסח לפיקוד המשפט העברי 279



## פרק ראשון

### מבוא

בסעיף זה, קובע החוק שפירות של עז או צמח הגדל סמוך למיצר, שנשרו לקרע של אדם אחר, שייכים לו; ואם נשרו לרשות הרבים, וכיון כל אדם ליטלטן.<sup>1</sup> מדרבי החוק ניתן להסיק שככל זמן שהפירות על העז, הם של בעל העז גם אם הענפים שהפירות גדרלים עליהם נוטים לרשות הזולות. רק לאחר נשירתם, מאבד בעל העז את בעלותו עליהם, והוא עוברת לבעל המקרעין שנשרו לרשותו.

החוק אין מבדיל בין סוגים פירות שונים ובין תחומיים שונים שאלהם נשרו הפירות. ככל דין אחד: פירות שנשרו בתחום של אחר, שייכים לבעל התחום אליו נשרו. החוק גם אינו מתחשב בסיבת נשירת הפירות, אם היא נירה טبيعית וצפואה, או נירה שאינה צפואה — בכלל מצב הדין שווה.

להלן נברר את עמדת המשפט העברי בכל הסוגיות הללו.

## פרק שני

### הבעלות על הפירות לפני שנשרו

החוק אין עוסק בסעיף זה בבעלויות על פירות של עז שענפיו נוטים לרשות הזולות, לפני שנשרו. אבל בהצעת החוק, גם עניין זה נכלל בהוראת הסעיף. שם נאמר<sup>2</sup>: "עצים או צמחים אחרים, הגדלים סמוך למיצר, פירותיהם הנכנים בתחום מקרעין שכנים, הם של השכנים. היו המקרעין השכנים שיש לציבור גישה חופשית אליהם, הפירות הפקר, וכל>User ושב רשאי ליטול אותם". כמובן, עוד לפני שנשרו, הפירות אינם של בעל העז. במהלך הדיוונים בועדת חופה, חוק ומשפט של הכנסת שוניה הנוסת, בין היתר בשל ההבדל בין הסדר

<sup>1</sup> להרבה בעניין זה ראה מ' ויוגה, חוק לישראל, השבת אבדה, עמ' 75. נוסח הסעיף המקורי בתקציב הצעת חוק דיני ממונות, התשכ"ז-2007, סעיף 534, דומה: "פירותיהם של עצים או צמחים אחרים, הגדלים במצר או בסמוך לו, שנשרו — (1) למקרעין שכנים — הם של השכנים; (2) למקום ציבורי — הם נכס הפקר". השני בייפה, "נכס הפקר", יש בו חידוש: בנוסח הקיימים היה אפשר להבין שהפירות נשרים בבעלויות של בעל העז עד שעובר ושב יטול אותם; ואילו הקביעה שהם נכס הפקר מלמדת שהם יוצאים מבעלויות מיד (על עמדת המשפט העברי בשאלת זו, ראה להלן, הערכה 8). שנייה אחר הוא שהתקציב מדבר גם על עז הגדל במצר עצמו. הנוסח בחוק המקרעין לא ראה צורך להזכיר מצב זה, מפני שعن כוה נמצא בבעלויות מסוות של שני השכנים (על פי סעיף 49), ולכן ברור הוא שם הפירות נפלו לרשות אחד מהם, הפירות שייכים לו, קל החומר מודינם של פירות של עז סמוך למיצר, שכלו בבעלויות אדם אחר.

<sup>2</sup> הצעת חוק המקרעין, התשכ"ד-1964, סעיף 64, ה"ח התשכ"ד, עמ' 178.

זה לבין המשפט העברי<sup>3</sup>, כפי שנראה להלן. על כן שונה נוסח הסעיף, באופן שאיןנו עוסק בפירות לפני שנשוׂו. מנוסחו הסופי של החוק עולה (מכללא), שככל זמן שלא נשרו הפירות, הם שייכים לבעל העץ, אף אם הם נוטים לרשות הזולות. בכך אימץ המחוקק את עמדת המשפט העברי<sup>4</sup>, כפי שנראה להלן.

עמדת המשפט העברי בדבר הבעלות על פירוטה של עץ הנוטה לתוךם אחר, לפני שנשוׂו, מתרבorth מוחן סוגיות ה תלמוד בבבא בתרא (לענין מקרא ביכורים)<sup>5</sup>: "אמר רבי יוחנן, אחד אילן הסמוך למיצר, ואחד אילן הנוטה, מביא וקורא, שעל מנת אין הנחיל יהושע לישראל את הארץ". דהיינו, התנה יהושע תנאי בזמן חלוקת הארץ, שעץ הנוטע במרקען של אדם, פירותיו שייכים לו גם אם שורשיוウンפיו יונקים וננהנים ממקרקען של אחר, והוא אף יכול להביאם לבית המקדש ככיפורים ולקרוא שם את פרשת הביכורים בשעת הבאתם.

על פי סוגיה זו, כתבו בעלי התוספות<sup>6</sup>, שבעץ הסמוך למיצר, שכלו עומד בקרע של אדם אחד, כל פירותיו שייכים לבעל העץ. וכן פסק הרמ"א<sup>7</sup>, שעץ המצוי כלו בקרע של אדם אחד, אף אם שורשיו או ענפיו נוטים לתוךם אחר, הבעלות בפירות היא של בעל הקרן שהאלין צומח בתחוםו.

### פרק שלישי

#### הבעלות על פירות שנשוׂו

##### א. כללי

החוקק קובע שמשנשוׂו הפירות למרקען אחרים, הם שייכים לבעל המקרקען שאலיהם נשרו. יתכן שהסיבה לפיקוע בעלותו של בעל העץ על הפירות עם נשירתם, נובעת מן ההנחה שהוא מותר על בעלותו עליהם. יתכן גם שהיא תוצאה מן התפיסה של הצעת החוק המקורית, שלפיה לבעל החזר אליה נוטים ענפי העץ יש זכויות קנייניות בפירותיו. באמצעות קביעה חוקית זו, מגע החוק גם להסדר ייעיל יותר, שכן אילו הפירות היו שייכים לבעל העץ, לא הייתה מתאפשרה הנהה מהפירות, מפני שבבעל הפירות אינם מודע לפירות שנשוׂו, ואף אינו רשאי לחדר בתחום חבירו לאפסם.

<sup>3</sup> ראה נ' רקובר, המשפט העברי בחקיקת הכנסת, עמ' 809-811.

<sup>4</sup> ראה נ' רקובר, המשפט העברי בחקיקת הכנסת, עמ' 812, בדברי הסיכום של ח"כ משה אונא, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, לדין הוועדה בסעיף זה.

<sup>5</sup> בבא בתרא כד ע"ב. ראה גם ד"ר מה, בבא בתרא, פרק ב, אות קיח.

<sup>6</sup>תוספות, בבא מציעא קז ע"א, ד"ה אלין.

אבל רשיי (כפי שדרתו מוצטotta בתוספות, שם) סבור שבשאלה זו נחלקו רב ושמואל בבא מציעא שם. לדעת רב, תיקבע הבעלות לפי מקומות השרשים, כלומר, חלקו של כל שכן בפירות, ייקבע לפי כמהות השרשים שבתחומו. לעומת זאת, סבור שמואל שאין חשיבות לכמות השרשים, אלא בכל מקרה חולקים שני השכנים בפירות בשווה. על פירוש התוספות לסתוגיות בבא מציעא, ראה סעיף 49, הערכה 16.

<sup>7</sup> רמ"א, חור"מ, סימן קסג, סעיף ב.

החוק אין מבחן בין מצבים שונים בנשירת הפירות, ולכלום דין אחד: מעת שנשרו מן העז, שייכים הם לבעל הקרקע שאליה נשרו.

לעומת זאת, המשפט העברי מבחן בין שני מצבים: אם יש בסיס להנחה שבבעל העז הפיק את פירותיו, ועלותו פוקעת<sup>8</sup>; ואילו במצבים שהנחה זו אינה קיימת, ממשיכים הפירות להיות שייכים לבעל העז. להלן נמחיש הבחנה זו בדוגמאות מעשיות.

עיקר הדיון במשפט העברי הוא בשאלת מתי ניתן להניח שבבעל פירות התיאש מפירוטו שנשרו. ברור שאם בעל העז הודיע מראש, בפירוש או מכללא, שהוא מתיאש מהפירוט הנושרים, אין צורך בחזקות הראיות שנדרן בהן להלן.

הניגוד בין המשפט העברי והמשפט הישראלי בסוגיה זו מוביל לעניין השבת אבדה. חוק השבת אבידה, התשל"ג-1973, סעיף 4, קובע: "קיים המוצא את הוראות סעיף 2, ולא נתגלה בעל האבידה תוך ארבעה חדשים, יראו כאילו התיאש ממנו, והמושא יהיה לבעל האבידה". כפי שצין ויגודה<sup>9</sup>: "לא ייאוש הבעלים הוא הגורם האמתי לאיבוד הבעלות על האבידה, אלא החוק הוא המפקיע את הבעלות בגין מדיניות מסוימת, שכן בין מושג הייאוש המקורי ולא כלום". הפסקה הבעלות לטובת המוצא יסודה בשיקולי ייעילות – עידוד המוצא להודיע למשטרה על המציאה<sup>10</sup> – ולשם מטרה ראוייה זו מוכן המשפט הישראלי לפגוע בקניינו של הבעלים. לעומת זאת, במשפט העברי, אין המוצא זוכה באבידה אלא אם כן התיאש ממנו בעלייה קודם שבאה לידי. נראה, שבביסיס קביעה זו עומדת העקרון שלא ניתן להפיק עזכויות קנייניות כדי להגעה להסדר יעיל יותר. לפי המשפט העברי, רק הבעלים יכול לוותר על בעלותו באבידה, וגם זאת רק באfon מודע<sup>11</sup>, ואין המשפט שבחינת המשפט העברי, סוגית פירות שנשרו לדושה אינה אלא מקרה פרטי של הסוגיה הכללית של השבת אבידה.

להלן נבחן סוגיות אחדות שניתן להעלו מהן כלים מוחים ליהיו המקרים שניתן להניהם בהם שבבעל העז התיאש מהפירוט שנשרו. כאמור, לשיטת המשפט הישראלי אין צורך להזות יאוש בעלים, כיוון שהחוק מפקיע את הבעלות בפירוט בעלי קשר לעמדת הבעלים.

<sup>8</sup> נקבעו כאן ובהמשך הסעיף ש"בעלותו פוקעת", כדי לבטא את התוצאות של הייאוש, וזאת על פי הדעה (ראא אנטיקלופדי הלימודית, ערך יאוש, ליד ציוני הערות 95-102), שמיד כשאדם מתיאש מהפץ שלו, החפץ י יצא מרשותו ונעשה הפקר. אבל יש דעה (שם, ליד ציוני הערות 111-120) שיאוש אינו מפקיע את הבעלות מיד, ורק כאשריו נוטל את החפץ, הוא יוציא מרשות הבעלים המקורי. על עמדת החוק בשאלת זו, ראה לעיל, העדרה 1.

רמב"ם, הלכות גזלה ואבידה, פרק ט, הלכה טז, ושולchan עריך, חו"ג, סימן רס, סעיף ו, פוסקים (על פי סוגיות בכא מציעא כב ע"ב), שיפורת שנשרו לרשות הרבים מעץ של קטן (הם נוקטים יתומים, משום שברוך כל, אין לקטנים מקרקעין), אלא אם כן הם יתומים; ודין זהה היה בקטן שאין יתום), אין תוקף למחלתו על הפירות כשחתיאש, כיון שהמלחילה זו נעשית שלא מתוך דעה צלולה ובוגרת, ולכן אסור למושא ליטול פירות אלו לעצמו.

<sup>9</sup> מ' ויגודה (לעיל, העדרה 1), עמ' 75.

<sup>10</sup> כך בדברי ההסביר להצעת החוק הטיפול באבידות, התשל"א-1971, ה"ח תשל"א, עמ' 165.

<sup>11</sup> ראה להלן באורך.

יתכן שרטיעת המשפט העברי מהפקעת קניינו של אדם נובעת מן הקשר הרווחני שיש בין אדם לרכשו, כפי שראינו בעמ' 195.

ב. סוג הפירות – "עציים או צמחיים אחרים..."

המשנה במסכת מעשרות קובעת<sup>12</sup>: "מצא קציצות [=תנאים מיובשות] בדרך, אפילו בצד שדה קציצות, וכן תנאה שהיא על הדרך ומצא תחתיה תנאים, מותרים משום גול, ופטורות מן המעשרות, ובזיתים וחרובים אסור". התלמוד<sup>13</sup> מבאר את סיבת ההבחנה בין זיתים וחרובים לבין תנאים: תנאים מתלככות עם נפילתן ונמאסות, ולפיכך בעלייה מותר על זכותו בהן, אם מחמת שאין חשיבותם עובי<sup>14</sup>, ואם מחמת שאיבדו את צורתן כבר לא ניתן להכיר בהן שנפלו מן האילן הזה, וכן גם אנשים הגונים לא ישיבו אותן לעלייה<sup>15</sup>. לעומת זאת, זיתים וחרובים אינם נמאסים עם נפילתם, ולכן אין בעל העץ מותר על זכותו בהם. הרמב"ם פוסק כמו המשנה זו<sup>16</sup>: "המושג קציצות בדרך, ואפילו בצד שדה קציצות, הרי אלו שלו<sup>17</sup>. וכן תנאה שהיא נוטה בדרך ונמצאו תנאים תחתיה, מותרות משום גול, שה坦נה וכיוצא בה עם נפילתה נמאסת... אבל זיתים וחרובים וכיוצא בהן אסורים". וכך פסק גם השולחן ערוך<sup>18</sup>.

יש להבחין איפוא בין פירות שנמאסים עם נפילתם, שבהם אין מניינים שבבעל העץ מותר על הבעלות עליהם עם נשירתם, לבין פירות שאינם נמאסים עם נפילתם, שבהם לעולם אין בעל העץ מותר עליהם.

בתלמוד אנו מוצאים הבחנה נוספת<sup>19</sup>: "הני תמרי דזקיק האכלין להו? ... כיוון דaicaca שקציצים ורמשים דקא אכלי להו מעיקרא יאושי מיאיש מניהו". כלומר, תמרים שהרוח משירם מן הדקל, לאחר שבדרך כלל זמן קצר אחר נפילתם שקציצים ורמשים אוכלים אותם מחמת

<sup>12</sup> משנה, מעשרות, פרק ג, משנה ד.

<sup>13</sup> בבא מציעא כא ע"ב. התלמוד עושה הבחנה זו לפי דעת רبا, הסובר שיישר שלא מדעת הוא יאורש; ואילו לפי אבי, הסובר שיישר שלא מדעתינו יאורש, וכן הלאה (ראה להלן, ליד ציון הערא 24), התלמוד מסביר שבזיתים וחרובים, גם אילו היה סיבה להנigung שבעליהם היה מתיישב אליו ידע שנשרו, לא היו הפקר, מפני שלא ידע בפועל שנשרו, וכן לא החזיקו בפועל; ואילו בתנאים, הוא מן הסתם מתיישב בפועל, מפני שהוא שדרך תנאים לששו. בכלל זאת הרמב"ם השליחון עורך (שיזיינו להלן) כתבו הבחנה זו אף שפסקו אבי, מפני שהוא נכון גם לפאי אבי; ומטעם זה אף לנו הבנויה הבחנה זו בטקסט. ביאור הגר"א, ח"מ, סימן רס, ס"ק כ, מסביר שג'نبي זוקק להבחנה זו, מפני שלולא גניוםק שה坦נים נמאסות בנפילתם, הידין היה צריך להיות שהם שייכים לבעל העץ, מפני שהוא יודע שה坦נים נושאות, אינו מתיישב, כי ה坦נה חשובה עבויו, וניכר שהיא שלו, והמושג יחויר לו. ברומה הסביר דרישא, ח"מ, סימן רס, סעיף ו.

בעניין זה ראה: חי נפש, בראשית, חלק ב, עמ' ה"ו.

<sup>14</sup> כהסבירו של רש"י, בבא מציעא כא ע"ב, ד"ה עם נפילתה נמאסת.

<sup>15</sup> כהסבירו של החטופה שם, ד"ה תנאה.

<sup>16</sup> רמב"ם, הלכות גולה ואברה, פרק טו, הלהה טו.

<sup>17</sup> יש להעיר על לשון הרמב"ם, שבעוד שהמשנה נקטה אחת למושג קציצות ולמושג תנאה בדרך ("מותרות משום גול"), הרמב"ם אינו נקט באותה לשון ביחס לקציצות וביחס לתנאים. ביחס לקציצות הוא נקט לשון: "הררי אלו שלו", הנשמעת כקביעת החלטית שהמושג רשאי ליטול אותן לעצמו, וביחס לתנאים נקט הרמב"ם לשון: "מותרות משום גול", הנשמעת כקביעת שבדיעבד, האומרת שלכתילה ראוי שלא יטול את התנאים, אך אם נטל, אינוorchesh גולן. לא מזמנו התייחסות לשינוי לשון זה במפרשי הרמב"ם.

<sup>18</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן רס, סעיף ו.

<sup>19</sup> בבא מציעא כב ע"ב.

מתיקותם<sup>20</sup>, יש להניח שכשר נושבת הרוח, מתיישב בעל הדקל מכל התמירים שנשו<sup>21</sup>. גם הבדיקה זו נפסקה להלכה ברמב"ם<sup>22</sup> ובשולחן ערוך<sup>23</sup>.

נמצאנו למדים שאדם רשאי ליטול פירוט שנשו מעז לרשות הרבים, אם התקיים בהם אחד מן התנאים הבאים: (א) הפירוט נמאים עם נפילתם; (ב) בעלי חיים אוכלים את הפירוט זמן קצר אחריו שנשו.

ג. סיבת הנשירה — "פירוטיהם שנשו"

כל הוא שיוש שלא מדעת" אינו יוש, כדעת אבי, שהタルמוד<sup>24</sup> פוסק כמוותו. משמעות הכלל היא, שאם חפץ נפל מידי בעלי (או מושתו) לרשות הרבים, והוא יודע שהחפץ נפל, והוא מתיישב מהסיכוי שהחפץ יחוור אליו, החפץ נעשה הפקר; אבל כל זמן שבעל החפץ אינו יודע על נפילת החפץ, החפץ אינו נעשה הפקר, גם אם ברור שאיilo ידע על נפילתו, היה מתיישב ממשנו. אם כן, דין של פירוט שנשו מעז לרשות הרבים תלוי בשאלת האם בעל העז כבר יודע על נשירתם.

לעיל<sup>25</sup> ראיינו את הבדיקה בין תאים שנשו לבין זיתים וחרובים שנשו. התלמוד<sup>26</sup> מבאר הבדיקה זו לשיטתו של אבי, כך: בתאים, לאחר שדרכו לנשור מן העז בטרם יבוא בעל העז ליטלן, עובדת נשירת התאים ידועה לבעל העז מראש, ומרASH הוא מתיישב מן התאים שנשו וሞתר על בעלותו עליהם. יוש כזה הוא יוש מדעת, וכך רשיי מוצא התאים ליטלן לעצמו. לעומת זאת, בזיתים ובחרובים, לאחר שבדרכם כל אין הם רוגלים לנשור בטרם יבוא בעל העז לקוטפם, הרי שעובדת הנשירה של הפירוט אינה ידועה לבעל העז. לכן, גם אם נניח שאיilo היה יודע על נשירת הפירוט, היה לבטח מתיישב מהם, ומוותר על בעלותו עליהם, הרי זה יוש שלא מדעת", ולדעת אבי, יוש כזה אין לו תוקף, ולפיכך, לא פקעה בעלותו של בעל העז בפירוט.

<sup>20</sup> כך הסביר מגיד משנה, הלוות גולה ואבדה, פרק טו, הלכה טז, ושולחן ערוך שם, שלכן דוקא תמים הם הפקר ואילו זיתים וחרובים אינם הפקר, מפני שבעליהם אינו מתיישב שכן בעלי חיים אינם אוכלים אותם. אבל ראה להלן, הערא 26, שתוספות הסבירו שהבדל בין תמים לזיתים וחרובים הוא שתמים וגידלים לנשור ברוח.

<sup>21</sup> וזה פירוש הסוגיה לפי רמב"ם ושולחן ערוך שם.  
אך חידושי הרשב"א, בבא מציעא שם, מפרש פירוש אחר: בתמים, "השקצים עולין ומכך בשישי התמירים והם מתיבשים, והם קלים בפני הרוח, והרוח מפוזן למרחוק, עד שאין חזותן מוכחת עליהם" (וכען זה כתוב מלוחמות ה', בבא מציעא יב ע"ב, בדפי הר' י"ח). לפי פירוש זה, סיבת היוש אינה ההערכה שהtamרים ייאכלו עם נפילתם, אלא שאין חזותם מוכחת עליהם" שנשו מעז מסוים, וכן, עובי דרכם עשויים ליטלים לעצםם.

<sup>22</sup> רמב"ם, הלוות גולה ואבדה, פרק טו, הלכה טז.

<sup>23</sup> שולחן ערוך שם.

<sup>24</sup> בבא מציעא כב ע"ב.

<sup>25</sup> לעיל, ליד ציון הערא 12.

<sup>26</sup> בבא מציעא כא ע"ב. ראה הערא 13, שהבדיקה זו נחוצה בנוסף להבדיקה דלעיל מצד מאיסות התאים. תוספות, בבא מציעא כב ע"ב (ד"ה מאחר), מוסיפות שתמים שנשו ברוח (ראה לעיל, ליד ציון הערא 19) הם הפקר, מפני שגם הם צפויים לנשור מחמת הרוח, וכך בגדר יוש מדעת.

להלכה, פסקו הרמב"ם<sup>27</sup> והשולחן ערוך<sup>28</sup> כשית אבוי, ש"יוש שלא מדעת" אינו ייאוש. לפיכך, בכל נשירה שלא היה בעל העץ יכול לצפותה, לא פוקעת בעלותו בפירות. זאת גם בפירות מסווג שיש להניח שאילו היה יודע על הנשירה, היה מותר על בעליתו, מפני שהם נמאים עם נפילתם או נאכלים על ידי בעלי חיים. לשון אחרת: הפירות הם הפקר התקיימו בהם שני תנאים מצטברים: (א) הפירות הם מסווג שנמאו או נאכל; (ב) נשירתם הייתה צפואה.

ד. נשירה לרשوت היחיד – "נסחו לתחום מקרקעין שכנים"

לפי החוק, כמו שאם נשרו הפירות לרשות הרבים, בעלות בעל העץ בהם פוקעת, כך גם אם נשרו לקרקע של אדם פרטי. אפשר להציג שני נימוקים להוואה זו: (א) בעל העץ מפקיר את הפירות עם נשירתם, מכיוון שאינו יכול לדעת מתי הם נשרו, והוא מניה שבבעל הקרקע האחראית יתול את הפירות לפני שהוא עצמו יספיק לחתת אותם, כיון שלבעל הקרקע יש גינויות קלה יותר לפירות. (ב) יש חשש לפגיעה בפרטיוו של בעל המקרקעין השכנים, אם כל העת יוכל בעל העץ להיכנס כדי ליטול את פירותיו שנשרו לשם, ועל כן הפקיע המחוקק את הפירות מבתו של בעל העץ. לפי הנימוק השני, המחוקק מפקיע וכosh בהוראתו; לפי הנימוק הראשון, המחוקק רק קובע חזקה שבבעל העץ מפקיר את הפירות.

אבל לפי המשפט העברי, ההנחה שראינו לעיל, שבבעל העץ מפקיר את פירותיו מרצע נשירתם (במצבים מסוימים), אמורה רק בפירות שנשרו לרשות הרבים, כיון שאינם נשמרים שם, ואני יודע מי יקח אותם. לעומת זאת, אם הפירות שנשרו לרשות פרטית, שהם נשמרים בה, אין בעל העץ מפקיר אותם.

על דברי המשנה הנזכרים לעיל<sup>29</sup>, "מצא קציצות בדרך, מותרת משומ גול", נאמר בתלמוד הירושלמי<sup>30</sup>: "אמר ר' יונה: לא אמרו אלא בדרך, הא בין לבין חברו, לא". כמובן, שגם נשרו הפירות לקרקע פרטית, לדעת היירושלמי לא פקעה בעלותו של בעל העץ בהם. הרدب"ז, ר' דוד בן זמרה<sup>31</sup>, מוזע רמזו להבנה זו כבר בלשון המשנה: "המוצא קציצות בדרך", משמע, דווקא אם נמצא הפירות בדרך, ככלומר, ברשות הרבים, פקעה בעלות בעל העץ בפירות, אך לא כן הדבר אם נשרו הפירות לקרקע פרטית.

נראה שהנימוק להבנה זו הוא, אם נשרו הפירות לקרקע פרטית, ההנחה היא שבבעל העץ לא יתיאש מפירוטיו, מפני שהוא יודע שrok בעל אותה קרקע עשוי לחתת אותם, והוא בטוח שהלה ישיבם לו, משומ שרוב בני האדם הם הגונים, ומשיבים לבעלים כל מה שהם מוצאים ברשותם<sup>32</sup>; וגם אם לא ישיב מרצונו, יוכל לחכוע אותו בדיון. דווקא אם נשרו בתחום ציבורי,

<sup>27</sup> רמב"ם, הלכות גולה ואבדה, פרק יד, הלכה ה.

<sup>28</sup> שולחן ערוך, ח"מ, סימן רסב, סעיף ב. וראה עוד בעניין ייוש שלא מדעת בהסבירו של מי ויגודה (לעיל, העורה (1, עמ' 77-78, ובהערה 55 שם).

<sup>29</sup> לעיל, ליד צין העורה 12.

<sup>30</sup> ירושלמי, מעשרות, פרק ג, הלכה ב.

<sup>31</sup> רدب"ז, על הרמב"ם, הלכות מעשר, פרק ג, הלכה כו.

<sup>32</sup> במקורות המשפט העברי אנו מוצאים שהנחה היסוד היא שרוב האנשים הם הגונים, וכך כאשר מובעת דעה הרוצה לערער על הנחה זו, התלמיד תמה: "אטו בראשיעי עסקין [=וכי ברשעים אלו עוסקים?]!" (כתובות קה ע"א, גיטין ל ע"ב, ועוד).

ニימוק אחר להבנה זו אפשר להתעד על פי נחלת דור, בכא מציעא שם, האומר שגם אם נפלו הפירות לרשות

בעל העץ מתייאש, אם משומ שיש סכירות גבולה שאנשים הגונים יקחו את הפירות לעצם, ואם משומ שבדרכ כל בעלי חיים יאכלו את הפירות לפני שיטפיק בעל העץ ליטול אותם.

בשולחן עורך אין אנו מוצאים הבחנה מפורשת בין נשירה לקרע פרטית לבין נשירה לרשوة הרבנים. אבל בדבריו<sup>33</sup> שהבאנו לעיל על ההיתר לקחת פירות שנשרו (במצבים מסוימים), הוא נקט "בדרכ", וכפי שהעיר הרוב"ז, משתמש בכך שהוא עוסק רק בפירות שנשרו לרשות הרבנים, ואילו בפירות שנפלו לקרע פרטית, הדיון שונה; והדעתו נותנת שכונתו היא, שפירות שנפלו לקרע פרטית עדין שייכים לבעל העץ, מן הטעם שהבסרנו<sup>34</sup>.

ה. גילוי דעת מצד בעל העץ שאינו מתייאש בפסקאות הקודמות ראיינו שבמצבים מסוימים פוקעת בעלותו של בעל העץ בפירות שנשרו, מפני שמנחים שהוא מתייאש מהם. לאחר שזו הנימוק, הרי אם גיליה דעתו, לפני שנשרו הפיירות, שהוא אינו מתייאש מפירות שנשרו, בעלותו אינה פוקעת<sup>35</sup>.

גילוי דעת זה יכול להיות הן באמירה מפורשת, הן בהתנהגות המגלה על דעתו זו. כך עולה מסוגיית התלמוד, כפי שנראה.

התלמוד<sup>36</sup> עוסק בדיון תמים שנשרו מחמת הרוח לרשות הרבנים. מסקנת הסוגיה היא, שבבעל הדקל מותר מראש על בעלותו בתמרים הנושרים, בידועו שדבר וגיל הוא שחלק מן התמרים נושרים מחמת הרוח טרם ישפיק לקטוף אותם, ובבעל חיים אוכלים אותם, ולכן המוצה תמרים אלו ברשות הרבנים רשאי ליטול אותם לעצמו.

בסוף הסוגיה, שואל התלמיד: "כרכתא מא?", כלומר מהו הדיון בעצם דקל המוקפים גדר? על שאלה זו עונה רב אש"ז: "אסירן", כלומר, דקלים המוקפים גדר, שנשרו מהם תמרים לרשות הרבנים, עובר ושב אינו רשאי ליטול אותם לעצמו, אלא הוא חייב להשיכם לבועליהם. בהסביר טעם הדבר נחילקו ראשונים.

הרבים אין אנו חוששים לאנשים הגונים, אלא שבבעל העץ מניח שגם אנשים הגונים יורו היתר לעצם ליטול את הפירות, מתוך הנחה שהפירוטות נפלו מאחד העורבים ושבים (ראה לעיל, ליד ציון הערא 15, שכשנתאננה נפלת היא מאבדת את מרפק, ואין ניר בה שהיא נפלת מהעץ הזה), והם בוגר אבודה שאין עליה סימן, שבعليיה מתייאש ממנה (זה גם בדרישה, חוו"מ, סימן רס, סעיף ו). לעומת זאת, אם נפלו לקרע פרטית, בעל הקרע יודע מאייה נפלו הפירות, והוא בודאי יחויר לבעל העץ.

<sup>33</sup> שולחן ערוך, חוו"מ, שם.

<sup>34</sup> כך כתב מראה הפנים, על היירושלמי שם, ש Romanus, הלכות גולה ואבודה, פרק טו, הלכה טו, נקט "דרך" מטעם זה. כמו כן, הרוב"ז שם (הובא על ידי ר' איסר זלמן מלצר, כרך ציון, חוב' י, עמי נ; ראה שם), כותב שהרמב"ם רומי להבחנה זו (לענין חיוב מעשר) בכך שכתב את המלה "בדרכ" בהלכות מעשר, פרק ג, הלכה כא.

<sup>35</sup> אחרי שנשרו הפירות, אין זה מועיל לומר שאינו מתייאש, מפני שכבר פקה בעלותו בפיירות בשל ההנחה שהוא מתייאש, ואני נאמן לומר שגם הוא לא מתייאש, בגין להנחה הסתמימה שככל אדם במצבו היה מתייאש. רק אם אמר זאת לפני שנשרו, כשהיו עדים בבעלותו, מועיל גילוי דעתו לכך שלא יצאו הפירות מבועלתו כשיינשרו.

<sup>36</sup> בכ"א מציעא כב ע"ב. על סוגיה זו, ראה לעיל, ליד ציון הערא 19.

<sup>37</sup> לבייטוי "כרכתא" יש פירוש נוסף, כפי שנראה ליד ציון הערא 43.

לדעת בעלי התוספות<sup>38</sup>, סיבת האיסור היא, ש"הבעלים סבורין שכולן יפלו תחת האילן, רשם ישתרמו משקצים ורמשים". כמובן, מדובר שהגדר מקיפה את כל השטח שמתוחת לענפים. במצב זה, בעל הדקל בטוח שכל התמרים הנושרים יפלו בתחום המגורדר, ולכן איןו מתייאש מהם ואני מותר על בעלותו בהם. לפיכך, גם אם קרה שנשוּר תמרים אל מחוץ לגדר, אסור לモץ לאוותם לעצמו, אלא הוא חייב להחזירם לבעל הדקל.

אבל מדברי הרמב"ם עולה, שהוא הבין את טעם האיסור בדרך שונה מזו של בעלי התוספות. וזה לשונו<sup>39</sup>: "וכן אם הקפיד בעל השדה והקיף מקום האילנות... הרי אלו אסורים, שהרי גילה דעתו שלא מחל". כמובן, שגידור העץ מעיד שבבעליו מעוניין לשומר על הפירות הנושרים ממנו. לפיכך, אסור לモץ הפירוט ליטול אותם לעצמו, אלא הוא חייב להשבים לבעליהם.

יש למחוקת זו נפקות לעניין עץ המוקף גדר שאינה מקיפה את כל השטח שמתוחת לענפים<sup>40</sup>. לדעת בעלי התוספות, לאחר שבעל העץ יודע שהליך מן הפירות עלולים לנשור אל מוחוץ לגדר, הוא מתייאש אלה ומותר מראשם על בעלותו עליהם. לפיכך, המוצה פירות אלו ושי ליטול אותם לעצמו. לעומת זאת, לדעת הרמב"ם, אפשר שגם במצב זה, גידור העץ מעיד שבבעליו אינו מותר על הפירות הנושרים, גם אלו הנושרים מוחוץ לגדר, וכך לא נפקעת בעלותו של בעל האילן בפירוט אלו, ומוצאת הירוט חייב להשבים לבעליהם.

השולחן ערוך<sup>41</sup> פוסק כדעת הרמב"ם<sup>42</sup>. אם כן, עמדת המשפט העברי בפירות הנושרים מעץ מוקף גדר, לרשות הרבים, היא, שהפירוט שייכים לבעל העץ, גם אם חלק מענפי העץ נוטה אל מוחוץ לנור.

הריטיב"א מביא פירוש נוסף לביתוי "crcata"<sup>43</sup>: "יש מי שפירש... מחלאות פרוסות תחת האילן... דהשתא גלי אדרתיהו דלא מיאש מניינו". לפי פירוש זה, התלמידו עוסק למי שהניח מחלאות ברשות הרבים מתחת לעץ שלו כדי שהפירוט יפלו עליהם. הנחת המחלאות מעידה שבבעל העץ אינו מתייאש מפירוטו כשיישרו, אלא הוא מבקש לשומר על הבעלות עליהם. לפיכך, גם במצב זה לא תפקע בעלותו של בעל העץ בפירוט הנושרים. הרמב"ם פסק<sup>44</sup>: "וכן אם הקפיד בעל השדה, והקיף מקום האילנות, או תיקן המקום שיפלו בו הנובלות, עד שילקט אותן, הרי אלו אסורים, שהרי גילה דעתו שלא מחל". מדבריו למדנו

<sup>38</sup> תוספות, בכא מציעא שם, ד"ה כרכטה מא. כך נראה גם מפירוש רשי' שם, ד"ה כרכטה מא.

<sup>39</sup> רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק טו, הלכה טז.

<sup>40</sup> לנפקות זו רמז הגור"א בהגותתו לבבא מציעא שם, אות ב.

<sup>41</sup> שולchan ערוך, חומ'ם, סימן רס, סעיף 1.

<sup>42</sup> אמנה, סמ"ע, שם, ס"ק כה, מבאר: "שלא יכנסו בהמות וחיות שם", פירוש המתאים יותר לשיטתם של רשי' והתוספות (לעיל, הערא (38); אבל כבר העיר ר' עקיבא איגר, בהגותו שם, שפירוש הסמ"ע אינו

מתאים לשונו הפושא של השולchan ערוך, וזהה לשון הרמב"ם: "שהרי גילה דעתו שלא מחל". יש בעיר, שאף שהסוגיה מדברת על תמרים, ורקנו לעיל, הערא 20, שדווקא תמרים שנשוּר ברוח מותר ליטול מפני שיש להניח שבעליהם מתייאש מהם, הרי לעניין האיסור ליטול כביש גדר, אין סיבה להגביל את האיסור דווקא לתמרים, אלא הדבר אמרו בכל סוג הירוט.

<sup>43</sup> חידושי הריטב"א (החדשים), בכא מציעא כב ע"ב, ד"ה כרכטה.

<sup>44</sup> רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק טו, הלכה טז.

## פרק שלישי: הבעלות על פירות שנשרו

שקיים להלכה גם את הפיירוש ש"crcתא" שימושו מהצלות. וכך פסק בעקבותיו גם השולחן עורך.<sup>45</sup> לסתוקם: בכל אופן שניcir מתחן מעשי בעל העץ שאין הוא מותר על בעלותו בפירות הנושרים, לא תפקע בעליתו בפירות אלה עקב נשירתם בתחום אחר.

### פרק רביעי

#### סיכום

פירותיו של עץ, כל זמן שלא נשרו, שייכים לבעל העץ, גם אם הם תלויים בענפים הנוטים לקrkע של אחר או לרשות הרבים. כך הוא הן לפי החוק והן לפי המשפט העברי. אם נשרו הפירות מן העץ, לפי החוק, בכל מצב, פוקעת בעליתו של בעל העץ בפירותיו. לעומת זאת, לפי המשפט העברי, יש לבחון כל מקרה לגופו, האם אכן התיאש בעל העץ מן הבעלות על פירותיו, אם לאו. במקרה שהוא שניות טבעית, שבבעל העץ לא היה יכול להיות מודע לה מראשה, לא יוכל לקבוע שהפירש הם הפקר, מתחן הנחה שאלו היה מודע לנשירה, היה ודאי מתיאש מן הפירות. רק בנסיבות שריגלים נשרו, שבבעל העץ ידע שנשרו, יש מקום לקבוע שהפירש הם הפקר מתחן הנחה שהוא מתיאש מהם מודע. רק אם יש סכירות גובהה לכך שהפירש יאבדו, אם משום שבבעלי חיים יאכלו אותם, ואם משום שבני אדם יטלו אותם, מניחים שבבעל העץ מתיאש מהפירש. לעומת זאת, בנסיבות שוגם לאחר נשירתם חוזרים מוכיחה עליהם שנשרו מעץ מסוים, ואין בעלי חיים מהריהם לאוכלם, או אם נפלו לרשות שכנו, שהם נשמרים שם, יש להניח שבבעל העץ סומך על הגינותו של מוצא הפירות, שישיבם לו, ולכן אינו מתיאש מהם.

אם גילתה בעל העץ את דעתו, לפני שנשרו הפירות, שהוא אינו מתיאש מהם, הם נשארים בבעלתו, גם בנסיבות שבדרך כלל רגילים אנשים להתייאש מפירותם כאלו. גילוי דעת זה יכול להיות באמצעות אמרה מפורשת, או באמצעות כל פעולה שניcir מתחן הנחה שבבעל העץ אינו מתכוון להתייאש מהפירש אחריו נשירתם.

### פרק חמישי

#### הצעת נוסח לפי המשפט העברי

50. עצים או צמחים אחרים הגדלים סמוך למיצר, פירותיהם הם של בעל הצמחים; נשרו לתחום מקרקעין שכנים, הם של בעל הצמחים; נשרו למקומות שיש לציבור גישה חופשית אליו, באופן שהוא צפוי שנשרו, אם יש להניח פירות שנשרו לתחומי אחר.

<sup>45</sup> שולחן עורך, ח"מ, סימן דס, סעיף ו.

שבעל הצמחים התייאש מהם מעת הנשירה<sup>46</sup>, זכאי כל עובר ושב ליטול  
אותם לעצמו.

<sup>46</sup> ניסוח זה כולל בתוכו את כל הממצבים הנזכרים בפרק הסיכון, שבהם יש להגיה שבעל העץ אינו מתיאש מפירות שנשרו, והעדפנו לא לפרט את הממצבים. ברור שהמשפט העברי לא התכוון לקבוע מסמותה בשאלת, באלו מקרים אדם מתיאש מפירותיו ובאלו לא, משום שאלה זו תלויה זו החשש לאובדנו אחר נפילת, שיביאו את בעל העץ להתייאש יתוספו גורמים חדשים, מלבד איכות הפרי, החשש לאובדנו אחר נפילת, שיביאו את בעל העץ להתייאש מהפירות שנשרו, והקביעה בעניינים אלו צריכה להיות ככל מקרה לגופו. אבל ברור שתמיד יש אמת מידה אחידה לכל האנשים, ולא יוכל אדם לטעון אחרי נפילת הפירות: "אמנם רוב בני האדם מתיאשים מפרי זה אחר נפילתו, כי הוא נמאס [למשל], אך אני לעולם איןني מתיאש מפירותי".

## צמחיים הגדלים סמוך למיצר

51. עצים או צמחיים אחרים הגדלים סמוך למיצר וענפיהם או שורשיהם מתחפשטים לתוכן מקרקעין שכנים, אין בעל המקרקעין השכנים או המחזיק בהם (להלן – השכן) רשאי לדורש סילוק הענפים או השורשים, אלא אם יש בהם כדי להזיק למקרקעין, או להפריע לו במידה בלתי סבירה בהנאה מן המקרקעין. דריש השכן מבעל הצמחים לשליך ענפים או שורשים כאלה, ולא סולקו תוך זמן סביר, רשאי הוא לסללקם בעצמו, על חשבון בעל הצמחים.

צמחיים הגדלים  
סמוך למיצר

### התוכן

**פרק ראשון: מבוא 283**

**פרק שני: ענפים או שורשים שאינם מזיקים למקרקעין שכנים – "אין... רשיי לדורש סילוק" 284**

**פרק שלישי: ענפים או שורשים שמזיקים למקרקעין שכנים – "אלא אם כן... מן המקרקעין" 285**

**פרק רביעי: על מי מוטל סילוק הענפים או השורשים – "רשיי לדורש סילוק... לסללקם בעצמו" 287**

**פרק חמישי: ענפים הנוטים לרשות הרבים 288**

**פרק שישי: סיכום 290**

**פרק שביעי: הצעת נוסח לפיקוח המשפט העברי 290**



## מבוא

בסעיף זה קובע המחוקק, שאם ענפים או שרשים של צמח מתפשתים לkrakע של הזולת, והחפתותם עלולה להויק למקרעין השכנים, או להפריע במידה בלתי סבירה בהנהה מהם, זכאי בעל המקרעין השכנים לדריש מבעל הצמח לסלק מתחומו. אם לא סילק בעל הצמח את השורשים או את הענפים תוך זמן סביר, רשאי שכנו לסלקם בעצמו. אם עשה כן, יחויב בעל הצמח בהוצאות שהוציאו שכנו על סילוק הענפים או השרשים.

לולא סעיף זה, היה בעל המקרעין, שלאלהם התפשטו הענפים או השרשים, זכאי לדריש את סילוקם מתחומו גם אם אין מזיקים לו, כשם שהוא זכאי למנוע כל השגט גובל אחרת, שהרי סעיף 11 לחוק המקרעין קובע, ש"ההוצאות בשטח של krakע מתפשט בכל העומק שמתוחת לשטח הקראע... והיא מתחפשט בחלל הרום שמעליו". אף על פי כן, קובע המחוקק בסעיף שלפניו, שבבעל המקרעין אינו זכאי לעשות כן. טעם הדבר הוא, שסילוק הענפים או השרשים יגרום נזק לבעל הצמח במידה בלתי סבירה, שלא כבהഷגט גובל אחרת, שלא יינזק מושיג הגובל אם יצטרך לצאת מן הקראע. גישה זו היא ברוח העיקנון שנקבע בסעיף 14: "בעלות זכויות אחרות במקרעין, אין בהן כשלעצמה כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחריו"<sup>1</sup>. לאחר שזה הטעם, מוכן מודע אם הענפים או השרשים מזיקים לבעל הקראע הוא זכאי לסלקם: מארח שהഷגט הגובל גורמת לו נזק, הוא זכאי למנוע אותה אף שוגם בעל הצמח יינזק.

מדברי המחוקק עולה, שהאחריות לסלק את הענפים או השרשים מוטלת על בעל הצמח. אם הסילוק לא בוצע תוך זמן סביר, רשאי השכן לסלק את השרשים או הענפים בעצמו, ובבעל הצמח ישא בהוצאות הסילוק, מפני שהאחריות לסלוק מוטלת עליו.<sup>2</sup>

נאמר בסעיף, שהשכן רשאי לסלק את השרשים או הענפים בעצםו אם הסילוק לא בוצע תוך זמן סביר. אין להבין מהורהה זו שלפני חלוף הזמן הסביר אסור לשכן לסלקם, אלא שאם סילוקם לפניו מועד זה אינו זכאי לקבל את ההוצאות מבעל הצמח, מפני שבבעל הצמח יכול

<sup>1</sup> ראה: י. ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף, עמ' 62.

<sup>2</sup> הסעיף המקורי בתוצר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, הוא סעיף 535: "עצים או צמחים אחרים הגדלים במצב או בסמוך לו, וענפיהם או שורשיהם התפשטו לתוך החוחם של מקרעין שכנים, ויש בכך כדי להויק למקרעין אלה או להפריע לשימוש בהם או להנאה מהם, במידה של ממש, רשאי בעל המקרעין השכנים או המחזיק בהם, לדריש מבעל הצמחים או משותפיו במצב לסלק את מה שהחפתה לתוך החוחם האמור; לא מולאה הדרישת בתוך זמן סביר, רשאי בעל המקרעין השכנים או המחזיק בהם לסלק בעצמו את מה שהחפתה לחוחם המקרעין ולדרosh מבעל הצמחים או משותפיו במצב, לפי העניין, השבה של ההוצאות הסבירות שהוציאו לשם כך". כאן נוספת האפשרות שהצמח גדול מיציר עצמו (וכבר הערכנו בסעיף 50, הערכה 1, על הבדל דומה), ובעקבות זה נוסף "או משותפיו במצב". במקרים "במידה בלתי סבירה" נכתב "במידה של ממש". ההגבלה שנוספה, של "ההוצאות הסבירות", מוסברת בדברי ההסבר: "בכך מתיישבת הוראת הסעיף המוצע עם דיני ההשגה שבספרק עשיית עושר ולא במשפט".

לטעון שהיה רוצה לסלקם בעצמו. רק אם עבר זמן סביר, יש לשכנן רשות לסלקם, ובעל הצמח חייב להחזר לו את הוצאותתו.

בסעיף 50, התייחס המחוקק הן לענפים הנוטים לקרע פרטית, והן לענפים הנוטים לקרע ציבורית. אולם בסעיף זה, לא התייחס המחוקק ממש לענפים או שרשים הנוטים לקרע ציבורית.

בדיוונו להלן, נבחן את עמדת המשפט העברי בשאלת, האם רשיי בעל מקרקעין לסלק ענפים או שרשים של גידולים המתפשטים בתחום מקרקעין סמכים. כמו כן, נבחן מי אחראי לסלוק זה, בענפים הנוטים לשתח פרט, ובענפים הנוטים לרשות הרבים.

#### פרק שני

##### ענפים או שרשים שאינם מזיקים למקרקען שכנים – "אין... רשאי לדוש סילוק"

כאמור, קבע המחוקק, שאם ענפי הצמח או שרשו הנוטים לקרע של אחר אינם מזיקים לבעל המקרקעין, ויאינם מפריעים במידה בלתי סבירה להනתו מקרקעיו, אין הוא זכאי לדרוש את סילוקם. בכך אימץ המחוקק את העמדה העולה ממקורות המשפט העברי, שאין בעל מקרקעין רשאי לסלק ענפים או שרשים של שכנו המתפשטים לתחומו, אם אינם מפריעים לו בהנתו מקרקעיו ויאינם מזיקים לו.

ההיתר העקרוני לנטו עז סמוך לקרע של אחר, אף ששרשי העז ייחדו לשטחו של الآخر, מקורו במסכת בבא בתרא<sup>3</sup>: "אחד אילין הסמור למייצר ואחד אילין הנוטה, מביא וקורא, שעל מנתן הנחיל יהושע לישראל את הארץ", ופירש רשב"י: "הנתנה עטם שלא יקפידו". כלומר, אף ששורשי העז או ענפיו מתפשטים לתחומו של אחר, נתית העז אינה בגדר גזל, ומותר אף להביא מפירוחיו ביכורים לבית המקדש ולקרוא עליהם שם את פרשת הביכורים. מן הדברים עולה שאין לבעל המקרקעין הסמכים זכות ל Katz את השורשים או את הענפים, שהרי העז ניטע בהיתר.

הרמ"ה, רבוי מאיר הלוי אבולעפה, מגדר באיזה מצב איינו זכאי ל Katz את השורשים<sup>4</sup>: "ובכל היכא דלא מעכיב עליה מידי מצרכי חרישה – לא מאצי קאיין [=כל אמרת שאינים (השורשים) מפריעים לחרישה – אסור לשכן לקוץם], ואף על גב דכוליה שדה מתחומא ועד רקייעא דمرة היא זוואת, אף על פי שהשדה כולה, מתחום ועד הרקיע, של בעליה היא]".

החוון איש מבאר מודיע אין בעל המקרקעין רשאי לסלק את הענפים ואת השורשים המתפשטים לתחומו<sup>5</sup>: "לעולם אין שימוש בני אדם מצטמצמים כל אחד בחלקו, כי החופר בור בצד המצד משמש קרע של חברו לו לכותל, והנותע אילין, שרשיו נכנסים לחברו..."

<sup>3</sup> בבא בתרא קו ע"ב.

<sup>4</sup> רשב"י, בבא בתרא כד ע"ב, ד"ה שעל. על מקור זה וראה גם בדיונו בסעיף 50, ליד ציון הערכה 5.

<sup>5</sup> יד רמה, בבא בתרא, פרק ב, אות כא.

<sup>6</sup> חזון איש, בבא בתרא, סימן יא, אות א. וראה עוד: שם, סימן יד, ס"ק יג-יד; שורית מהרשדים, חוו"מ, סימן רמא; שווית אגרות משה, יורה דעתה, חלק ג, סימן קכג (עמ' שעז), וחוו"מ, חלק א, סימן מג.

ונצטוינו, שהחכמים ישלו הדברים כפי הרואין והנכון לפיطبع העולם. ומה שראו חכמים להתריר, על כרחך משועבד חלק שמעון לרואבן לתשמש זה, ואם הוא מוחה בו באלםות, נגד הדין, הרי זה כמו זיקו בגרמא, והוא אביזריהו דגוז".

כלומר, לאחר ששימוש רגיל בחלקת מרקען אין יכול להצטמצם בתחום אותה חלקה בלבד, אלא הוא צריך לסתה גם בחקלות סמכות, שייעמדו חכמים את מרקעיו של אדם לבnel המרקען הסמכים לו, לכל ההנאות הנובעות מן השימושים המותרים שהוא עשה בתחוםו; ואם ימנע בעל מרקען משכנו להנות מתחומו באופן הנאות, הרי הוא כגוזל את חברו. לפיכך, התירו חכמים לנטו עץ סמוך למיצר, כיון שהשרשים והענפים שיחדרו למרקען הסמכים לא יגרמו בהכרח נזק לבעל המרקען השכן. למעשה, בהיתר זה, הענוק חכמים לבעל העץ זיקת הנאה במרקעיו של שכנו.

#### פרק שלישי

#### ענפים או שרשים שמזיקים למרקען שכנים – "אלא אם כן... מן המרקען"

זכותו של בעל מרקען<sup>10</sup> לדריש סילוק שורשים המתפשטים למרקעיו מרקע סמכה ומפריעים לו בהנאותו ממרקעיו, מקורה במשנה:<sup>11</sup> "היו שרשים יוצאים לתוכו של חברו, מעמיד י' טפחים, כדי שלא יעכב את המהירisha. היה הופר בור, שיח, ומערה, קוץץ ויורד, והעצים שלו". ככלומר, אם ראשי העץ מונעים מן השכן ביצוע פעללה כלשהי בתחוםו, הוא זכאי לסליקם.<sup>12</sup>

הכלל הנלמד מהדוגמאות במשנה הוא שבעל המרקען זכאי לקצץ רק בשיעור המינימלי הנדרש לסילוק ההפרעה לשימוש שהוא מבקש לעשות. על בעל המרקען חובה לפעול בצהורה

<sup>1</sup> לניתוח משפטי של שעבודי נזקון, ראה: א' ריבכמן, "השפעה זיקת הנאה על הלכות שכנים", עיוני משפט ג (תש"ד), 783. על עדות המשפט העברי, ראה שם, עמ' 788.

<sup>2</sup> אין החזון איש מגיד כאן את הקרייטריון לעולות שמותר לבעל מרקען לעשות בשודו, אף אם יש לחשאותו השלכה על קרכע של וולתו. הקרייטריון העולה מסוגיות התלמוד בפרק שני בסכת בבא בתרא הוא, שמותר לאדם לעשות במקרקעין שלו כל פעולה שאינה גורמת עצה שום נזק לרשות הזולות, גם אם לאחר זמן ייווצר מעשי דבר שגורם נזק לרשות השכן (ואה בבא בתרא כה ע"ב; רשי' שם, ד"ה ונוטן דמים; ושולחן ערוך, חו"מ, סימן קנה, סעיף לב). מן האמור בפקודת הנזקין [נוסח חדש], סעיף 48(א), עולה, שגם גם עמדת המוחזק. להרחבת דברים בעניין זה, ראה: א' שינפלד, חוק לישראל, נזקין, עמ' 205-204.

<sup>3</sup> לפי החוק, לא רק בעל המרקען השכנים, אלא גם "המחזיק בהם" זכאי לדריש את סילוק הענפים או השרשים המפריעים. לא מצאו מקבילה לכך במשפט העברי.

<sup>4</sup> משנה, בבא בתרא, פרק ב, משנה יב; בכללכו ע"א. וכן פסקו הרמב"ם, הלכות שכנים, פרק י, הלכה ז, והשולחן ערוך, חו"מ, סימן קנה, סעיף ל.

<sup>5</sup> אבל המאorio גדול, בבא בתרא יד ע"א (ברפי הורי"ף), סבור שמותר לשכן לקצץ רק שרשים שהם ברוחך שיש עשרה אמה (או יותר) מן העץ, וזאת על פי סוגיות התלמוד שם כו ע"ב (ואה להלן, ליד ציון הערכה 22). וראה שיטות נוספות בעניין זה בבירור הלכה, בבא בתרא כו ע"א, ציון ז.

<sup>6</sup> הרמב"ם, הלכות שכנים, פרק י, הלכה ז, מוסיף, שאין השכן צריך להתחשב בסכנה סיטולק השרשים זיך לעץ. לטעם הדבר, ראה נתיבות המשפט, סימן קנה, ס"ק טז.

מידתית, באופן שאין הוא מזיך לבעל העץ יותר מהנדרש לצורך השימוש שהוא מבקש לעשות בקרע.

יש לשים לב להבדל בין סילוק שרשים המعقבים חורישה, לבין סילוק שרשים המعقבים חפירת בור. בסילוק שרשים המعقבים חורישה, קבועה המשנה: "מעמיך ג' טפחים...", ולא "חויר וקוץין", ככלומר, אם כתע יש סבירות גבואה לכך שבעהיד יפריעו הרשרים, וכי השכן לסלך את השורשים כבר עתה, קודם שיפריעו לו, יעכּב את החפירה לצורך סילוק השורשים, מפני ורף אז, כשיגיע לשורשים והם יפריעו לו, יעכּב את החפירה לצורך סילוק השורשים, מפני שעיכוב זה עצמו יפריע לחורישה. לעומת זאת, בחפירת בור, אומרת המשנה: "קוץין וירד...", ככלומר, סילוק הרשרים מותר רק תוך כדי חפירת הבור. החותם סופרי<sup>11</sup> מסביר את ההבחנה כך: אם קיימת סבירות גבואה להפרעה בעתיד (כמו בחורישה, שהיא שכיחה), רשאי השכן לסלך את הרשרים גם לפני שהם מפריעים בפועל. אולם אם הסבירות להפרעה נמוכה (כמו בחפירת בור, שאינה שכיחה), יש לשכן זכות לסלך את הרשרים רק בעת ההפרעה בפועל. אשר לענפים הנוטים לקרע של אחר,קובעת המשנה<sup>12</sup> : "אלין שהוא נודה לשדה חבירו, קויצין מלא המרדע על גבי המחרישה, ובחורוב ובשקמה כנגד המשקולות. בית השלחין, כל האילן כנגד המשקולות". ככלומר, אם ענפיו של עץ נוטים אל מקרעינו של אדם אחר, רשאי בעל המקרען שאליהם נוטים לענפים, לסלך את כל הענפים הנוטים עד כדי הפרעה להנפה המקל שבו מכיה החורש את הבהמה כדי לכוננה ולזרזה.<sup>13</sup> ואם העץ שענפיו נוטים למקרעין הסמכים, רשאי הסמכים הוא חרוב או שקמה, שהצל שלהם מרובה וגורם נזק למקרעין הסמכים, רשאי בעל מקרעין אלו לקוץין את כל הענפים הנוטים לתהומו<sup>14</sup>. ואם זו שודה שזקקה להשאחה מרובה, שף צל מועט קשה לה, רשאי בעל המקרען לקוץין את כל הענפים גם בסוגיים אחרים של עצים<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> היירושי חתום סופר, בבא בתרא כו ע"א, ד"ה אל.

אולם אפשר להציג הסבר אחר להבדל בין בור למחרישה: כדי לקוץ שרשים המפריעים לחפירת הבור, יש לחפור קודם את הבור, וכך נאמר "קוץין וירד", אך כדי לקוץ שרשים המפריעים לחורישה, אין צורך לחירש, ויתירה מכך, קצית הרשרים בעת החירשה מעכבת את החירשה. לכן, גיגלים אגושים לקוץן שרשים אלו לפני החירשה. לפי הסבר זה, אי אפשר ללמוד מלשון המשנה שככל מצב שיש סבירות גבואה לווק או להפרעה בעתיד, רשאי השכן לסלך בטорм יפריעו או יזקו בפועל.

יש להעיר, שהרמב"ם והשולchan ערוך, שם, התנסחו בלשון דומה: ביחס לחפירת בור נקטו: "קוץין וחופר", וביחס לחורישה נקטו: "מעמיך שלשה טפחים כדי שלא יעכּב המחרישה". אולם טור, ח"מ, סימן קנה, סעיף מג, כתוב ביחס לחורישה: "לא היה חופר בור אלא חורש ופגע בשישי אילן של חבירו, קויצין עד כדי עומק שלשה טפחים". משמע מדבריו שגם ביחס לשורשים המعقבים את החירשה, בעל המקרען שאליהם נוטים הרשרים אינו רשאי שיפריעו לו בפועל לחורישה.

<sup>12</sup> משנה, בבא בתרא, פרק ב, משנה יג; בבלי כו ע"ב. וכן פסק שולchan ערוך, ח"מ, סימן קנה, סעיף כו.

<sup>13</sup> זה פירוש 'מרdue', לפי רשי", בבא בתרא כו ע"ב (וזה מרדע), וספר הערכן, ערך מרדע.

<sup>14</sup> 'משכולות' פירושה חוט שבקצהו קשר חפץ כבד, שבאמצעותו אפשר לבדוק אם קיר הוא זקור. בנוידונו, המשנה אומרת שמחזיקים את המשkolot בדיק על המיצר, ומ Katzim את כל הענפים הנוטים מחוץ לזה.

<sup>15</sup> ראה בירור הילכה, בבא בתרא כו ע"ב, ציון ד, לעניין אילן סרק שענפיו נוטים לשדה של הזולת, או כל עץ שענפיו נוטים לשדה אילן של אחר.

פרק שלישי: ענפים או שרשים שמזוקים למרקען שכנים – "אלא אם כן... מן המרקען"

דוגמה נוספת להפרעה שלולים ענפים לגרים, מובאת בשולחן ערוף<sup>16</sup>, בעץ שענפיו נוטים לגג של בית שכן, ומונעים ממנו מהטיח את גגו. השולחן ערוף פוסק שבעל הגג זכאי לסלקל את הענפים המפריעים לו.

#### פרק רביעי

### על מי מוטל סילוק הענפים או השרשים – "רשי לדrouch סילוק... לסלקם בעצמו"

מלשון המשפט "רשי לדrouch סילוק הענפים או השרשים", עולה שבעל העץ הוא האחראי לסילוק הענפים או השרשים המפריעים או המזוקים. כך עולה גם מן החיוב שמשתיל המחוקק על בעל העץ בתשלום הוצאות שנדרכו לשכן לצורך סילוק השרשים או הענפים, אם הוא עצמו לא סילק בתוך זמן סביר.

נראה, שההגין העומד מאחורי קביעה זו הוא שם התפשטות הענפים או השרשים גורמת נזק או הפרעה לשכן, בעל העץ נחשב מזוק, וכך מוטלת עליו האחירות להסיר את הגורם המזוק.

אולם מפירושי הראשונים למקורות שנסקרו לעיל, עולה שגישת המשפט העברי שונה, ולפיה סילוק הענפים או השרשים אינו חובה של בעל העץ, אלא רק זכותו של בעל המרקען השכנים.

על המשנה<sup>17</sup> "היו שרשים יוצאים לתוכו של חברו, עמוק ג' טפחים, כדי שלא יעכב את המחרישה", פירוש רשי<sup>18</sup>: "מעמיך להן בעל השדה שייצאו לתוכו". לגבי ענפים הנוטים לקירע של אחר, פסק הרמב"ס<sup>19</sup>: "מי שהיה אילן חבירו נוטה לתוך שדהו, קוזץ מלא מרду עלי גבי המחרישה". מדבריהם עולה שאין בעל העץ אחראי לסלק את הענפים או את השרשים.<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> שולחן ערוף, ח"מ, סימן קנה, סעיף כה. מקורה בתשובות גאנונים קדמוניים, סימן קו, המובא בטור, ח"מ, סימן קנה, סעיף מא.

<sup>17</sup> בכא בתרא, פרק ב, משנה יב, שהובאה לעיל, ליד ציין הערתה 9.

<sup>18</sup> רשי", בכא בתרא כו ע"א, ד"ה מעמיק.

<sup>19</sup> רמב"ס, הלכות שכנים, פרק י, הלהח ח. ראה לעיל ליד ציין הערתה 12.

<sup>20</sup> אבל הרב יעקב אריאל, בשווית באහלה של תורה, ח"מ, סימן צ, אותיות דהה, לומד מדברי הרמב"ן, בקונטרס דינה דגומי (עמ' קיב, במהדר' מכאן התלמוד הישראלי), שיש הבדל בין דין שרשים המתפשטים לחצר חברו, לדין ענפים הנוטים לחצר חברו. הרמב"ן שם שואל, מדוע מי שנוטע עץ בסמך לגבול שדהו, כשייש בור מעברו השני של הגבול, פטור מלשלם על הנזק שיסבו שרשי העץ לבור? הרמב"ן מציע שני תירוצים לקושייה זו, והתייחס השני הוא: לאחר שהשרשים טמוניים בקרקע, אין בעל העץ יכול לדעת מתי יפלשו לשדה חברו וייקו לבודו, וכללו שהוא שמיין יכול למנוע את הנזק, פטור מתשלום על הנזק. ר"י אריאל מעיר שתירוץ זה תקף רק לגבי שרשים, אבל ענפים הם גלויים בעלי העץ יכול לדעת מתי הם פולשים לשדה של אחר ועלולים להשיק, וכך מוקם להטיל עליו את האחירות לנזק שגרמו הענפים לשכנים, וכן לחיבבו לסלק את הענפים אם הם מפריעים או מזוקים לשכנים. ר"י אריאל מסביר בכך את דבריו הרמב"ס, הלכות ייכורים, פרק ב, הלהח יא, שכח שמי שאילנו סמוך למצר חברו או נוטה לשדה חברו, חייב להרחקו – הוא הסביר זאת בכך שהרמב"ס מקבל את התירוץ הנזכר של הרמב"ן, וכן פסק שבענפים מוטלת חובת הסילוק על בעל העץ.

נראה שטעמה של גישה זו הוא, שמאחר שבעל העץ נתע אותו ונידל אותו בהיתר, הרי גם אם נגרם נזק לענפים או מהרשימים, אין לראות את בעל העץ כمزיק. לפיכך, אף על פי שרשאי בעל המקרקעין החכמים לסלק את הענפים או השרשים המזיקים או מפושעים לו, אין הוא זכאי לדודוש מבעל העץ לעשות זאת.

נקות נוספת מכך שהמשפט העברי אינו מטיל על בעל העץ לסלק את הענפים ואלה השרשים הילא, שאם בעל המקרקעין השכנים טילק אותם בעצמו, אין זכאי לשיפוי עלי הוצאהתו מבעל העץ וזאת בגיןו לעמדת החוק.

ונוא קרוב, שנדון במשפט העברי אבל לא במשפט הישראלי, הוא שאלת הבעלות בגזם — השרשים שנקצצו. במשנה שם נקבע<sup>21</sup>: "קווץ ווירד והעצים שלו". הגמרא<sup>22</sup> מעמידה דברים אלה דוקא בשורשים הרוחקים שיש עשרה אמה מהעץ, אבל השרשים שהיו בתוך שיש עשרה אמה, ונקצצו, שייכים לבעל העץ.<sup>23</sup> בבסיס ההבנה עומדת התפיסה שהשרשים שמוחז לשש עשרה אמה אינם נחכמים חלק מגוף העץ, ולכן הם של בעל השדה.<sup>24</sup>

לא מצאנו התייחסות מפורשת לשאלת הבעלות בענפים שנקצצו. אבל לאור האמור, נראה שהם שייכים לבעל העץ, כיון שהם בודאי נחכמים חלק מגוף העץ.

#### פרק חמישי

### ענפים הנוטים לרשות הרבים

בסעיף שלפנינו, כמו בסעיף 50, המחוקק דין בעץ שענפיו נוטים לתוךם אחר, אולם בשונה מסעיף 50, אין הסעיף שלפנינו מתייחס בנפרד לעץ שענפיו נוטים לרשות הרבים. אפשר להסביר מכך, שדין אחד לענפי עץ הנוטים לקרע פרטיה וגורמים שם להפרעה או לנזק, ולענפי עץ הנוטים לרשות הרבים.<sup>25</sup>

הסדר זה, הקבוע בחקיקה הראשית העוסקת בדיוני הקניין, מושלם בכל רשות ורשות בחקיקות עוז, המטילה חובה — בהיקף זה או אחר — על בעל העץ לסלק מפגעים.<sup>26</sup> חובת סילוק המטרדים אינה קשורה אפוא לסוגיות הקנייניות.

דבריו קשים, שהרי כפי שהבאונו, הרמב"ם עצמו, בהלכות שכנים, הטיל את האחירות על סילוק הענפים על בעל השדה שלתוכו נטו הענפים. אשר לדבריו בהלכות ביכורים, אפשר שהם עסוקים רק בעץ שניטע באיסור, כגון שבעת נתיעתו כבר היה לשכנו עץ סמוך למיצור, שאז מראש היה חייב להרחק את העץ עצמו (ולא רק את ענפיו!) מן המיצור, לפי רמב"ם, הלכות שכנים, פרק י, הלכה ח. על הקושי ברמב"ם דאה גם עניינים למשפט, בכוא בתרא זו ע"ב, ציין ג.

ראה בדברי הרב אריאל, שם, בדיינו במצב שהוא קיצץ את הענפים, והענפים גרמו נזק בנפליהם — האם הוא חייב בתשלומי הנזק.<sup>21</sup>

בבא בתרא קו ע"ב.<sup>22</sup>

וכך פסקו: רמב"ם, הלכות שכנים, פרק י, הלכה ז; שולchan ערוך, חו"מ, סיון קנה, סעיף ל.

יד רמה, בכוא בתרא, פרק ב, משנה יב.<sup>23</sup>

בשאלה האם גם כאן חובת הסילוק מוטלת על בעל העץ, ראה ת"א (חיפה) 1108/01 נפומניהץ ורוה נ' עיריית חיפה (לא פורסם).<sup>24</sup>

ראה לדוגמה: חוק עוז לדוגמה לموעצות מקומיות (תברואה וטילוק מפגעים), התשל"ב-1972.<sup>25</sup>

המקור הראשי במשפט העברי בשאלת זו הוא המשנה במסכת Baba Batra שדנה בעץ שענפיו נוטים לרשות הרבים, ומזיקים שם או מפריעים לעוברים ושבים. וזה לשון המשנה<sup>27</sup>: "אילן שהוא נוטה לרשות הרבים, קוץ' כדי שהיא גמל עובר ורוכבו". וכן פסקו הרמב"ם והשולchan ערוץ<sup>28</sup>.

כמו בענפים הנוטים לרשות היחיד, שיעור הקוץ' נקבע בהתאם לתחמיש הרגיל באותה רשות. מאוחר שברשות הרבים עוברים גמלים טעונים, שיעור הקוץ' נקבע לפי גובהם<sup>29</sup>. נחלקו ואשונים, האם המשנה מחייב את בעל העץ לקוץ' את הענפים בשער האמור, או שהוא היא באה רק להורות היתר לבני רשות הרבים לעשות כן. בפירושו למשנה כתוב רבינו מנחם המאירי<sup>30</sup>: "הרי העובר יכול לקוץ' מן הענפים התוחתונים עד שהיא גמל ורוכבו עליו יכולם לעבורה בקומה זקופה". הרי שלדעתו, ההלכה באה רק להורות היתר לבני רשות הרבים, ולא להטיל חיוב על בעל העץ.

לעומת זאת, רבנו גרשום נוקט<sup>31</sup>: "דמחיבי למיין כפי שהיא גמל ורוכבו עובר". הרי שלדעתו זו חובה על בעל העץ להרחק את נזקי<sup>32</sup>. סיוע לגישה זו ניתן למצוא במעשה המובא במסכת Baba Batra<sup>33</sup>, על רבינו ינאי שהורה לבבעל עץ שענפיו נטו לרשות הרבים, לקוץ' את ענפיו. וכך קבע בדורנו ר' יעקב ישעה בליאי<sup>34</sup>: "אילן שענפיו נוטים לרשות הרבים, צריך לקוץ' עד כדי שלא יפריע לעוברים ברשות הרבים עם משאו". נראה שהסיבה להבדל זה בין רשות ציבורית לרשות פרטית היא זו: ענפים הנוטים לקרע פרטית, אין ודאות שיגרמו נזק ומיטרד לבעל המקרקעין השכנים. לפיכך, בעל העץ אינו מוגדר

<sup>27</sup> משנה, Baba Batra, פרק ב, משנה יד; בבלי כו ע"ב.

<sup>28</sup> רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק יג, הלכה כו.

<sup>29</sup> שולchan ערוץ, ח"מ, סימן קנה, סעיף כו, סימן חיז, סעיף ד.

<sup>30</sup> הדין מובא גם בש"ת אבנת רוכל, סימן קפו וסימן קפה (כהוכחה להחמרה בזהירות מזוק לרבים), ובערוך השולchan, ח"מ, סימן קנה, סעיף מ, סימן חיז, סעיף ג. ר' ברוך ישור, "פרק תעבורת", התורה והמדינה, קובץ ג (תש"א), עמ' סח, לומד מכאן לכל מכשול הנמצא בונגב תעבורת.

<sup>31</sup> "זוכן למעלת משיעור זה, אם הוא מזוק בשום דבר לרשות הרבים, אם מפני שמאפיל להם הדרך, אם מפני היוזק אחר" (שו"ת הריב"ש, סימן תנאה).

<sup>32</sup> פירוש רבנו גרשום, Baba Batra כו ע"ב.

<sup>33</sup> הרמב"ם קבע את דין המשניות המתיחסות לענפים המתפתשים לרשות היחיד בהלכות שכנים, פרק י, הלכות ז'ח, ואת דין המשנה העוסקת בענפים המתפתשים לרשות הרבים בהלכות נזקי ממון, פרק יג, הלכה כו. ייחוץ שהדבר נובע מכך שלדעתו עץ הנוטה לרשות הרבים נחשב ממזונו המזוק, והרי מי שמזומו מזוק, חובה עליו לסלוק.

<sup>34</sup> Baba Batra ס ע"א ע"ב.  
אין ישיב המאירי להוכחה זו? הוא יכול לומר, שבמקרה שבאפני רבינו ינאי, התנגד בעל העץ שבני רשות הרבים יקוץ' את ענפיו, ועל כן חייב אותו ר' ינאי לקוץ' בעצמו.  
יעזין שבנוסח המשנה המובא בירושלמי, בבא בתרא, פרק ב, הלכה יא, הדין שבא בפני רבינו ינאי עסק באילן הנוטה לקרע של שכן, ולא לרשות הרבים. לפיכך נסוח זה, או שמדובר בדיון בהתנגדות בעל האילן שכנו יקוץ' את ענפיו, או שמדובר במקור ייחודי המעיד על עילית תביעה כנגד בעל האילן (ראה גם מראה הפנים, על הירושלמי, שם).

<sup>35</sup> כתבי חזון, נזקין, פרק ח, סעיף לה.

כמגוון, ולכן חובת סילוק הענפים אינה מוטלת עליו, כפי שבארנו<sup>36</sup>. לעומת זאת, ענפים הנוטים לרשות ציבורית, אין ספק שיזיקו, כיון שיש סבירות גבוהה שאחד העוברים ושבים יתתקל בענפים ויוזק בהם. לפיכך, דין בעל העץ דין מזיק ברשות הרבים, שומטת עליו החובה לסלק את הנזק.

טעמים אפשריים נוספים להבדל הם החומרה המיווחת להזקת הציבור, והעבירה שאין במקרה זה שכן ספציפי שניין להטיל עליו את הגיוס, כמפורט במאמר התלמודי היוצא<sup>37</sup>.

חובת סילוק ענפים הנוטים לרשות הרבים חלה דווקא אחרי שהציבור מוחה נגד קיום הענפים<sup>38</sup>.

#### פרק שישי

##### סיכום

שרשים או ענפים של צמח שחדרו לקרקע של אדם אחר, והם גורמים נזק לבעל המקרקען השכנים, או מפרייהם לו להנות מקרקעיו, זכאי הלה לחבעו מבעל הצמח לסלק את הענפים או את הזרדים מתחומו. אבל כל זמן שאין נגרמת הפרעה, העובירה שגידolio שולזה מתחפשים לרשות שכנו אינה מתירה לשכנן לפגוע בהם. לפי החוק, בעל הצמח אחראי לסילוק זה, ואילו לפי המשפט העברי, איןו חייב בכך. לכן, אם סילוקם בעל המקרקען השכנים בעצמו, לפי החוק הוא זכאי לתחבע את הווצאות הסילוק מבעל הצמח, מה שאין כן לפי המשפט העברי. אם הענפים מתחפשים לרשות הרבים, גם לפי המשפט העברי בעל הצמח אחראי לסילוקם, אלא אם מפאת גובהם, ברור שלא יגרמו נזק לעוברים שם.

#### פרק שביעי

##### הצעת נוסח לפני המשפט העברי

**צמחים הגדלים 51. עצים או צמחים אחרים הגדלים סמוך למיצר וענפיהם או שרשיהם סמוך למיצר**

<sup>36</sup> לעיל, ליד ציון הערא 20.

<sup>37</sup> עירובין ג ע"א; בא בתרא כד ע"ב.

<sup>38</sup> כך מוכיחה מעשה רך, על הרמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק יג, הלכה כו, מסווגית התלמידו במעשה בעלינו של רבי ינא, והוא תמה מודיע לא הוכיר זאת הרמב"ם. בית הבוחרה, בבא בתרא ס ע"ב (עמ' 323 במהדר טופר), כתוב: "תלמיד חכם אף לכתוללה אסור להעמיד ענפיו על דרך שיכשלו בו בני רשות הרבים". דבריו קשים, שהרי רבי ינא הורה לסתום אדם, שלא היה תלמיד חכם, ל��זון? יתכן שהמאירי סבור שם בני רשות הרבים מחלוננים על ההפרעה (כפי שהיה במעשה שם), אין הבדל בין תלמיד חכם לאדם רגיל, ויכולים בני רשות הרבים ל��זון; והמיוחד בתלמיד חכם הוא שעליו ל��זון גם אם בני רשות הרבים אינם מחלונניים, כפי שמסופר בתלמודו שם, שכן כך נהג רבי ינא בעז שלו.

מתאפשרים לתוך מקרעין שכנים, אין בעל המקרעין השכנים (להלן – השכן) זכאי לדרוש סילוק הענפים או השרשים. אם יש בענפים או בשרשים כדי להזיק למקרעין, או להפריע לו במידה בלתי סבירה בהנאה מן המקרעין, רשאי השכן לסלק את הענפים או השרשים המפריעים או המזיקים, על חשבוןו. אם הענפים נוטים לרשות ציבורית, חייב בעל הצמחים לסלק את הענפים המפריעים לשימוש הציבור בה.



## **נספחים**

**מכתבו של הגאון ר' זלמן נחמייה גולדברג**

**מכתבו של הגאון ר' אשר וייס**



## מכתבו של הגאון ר' זלמן נחמייה גולדברג

ב"ה, ר"ח טבת תשס"ט

כבוד ידידי הרה"ג ר' נחום רקובר שליט"א,

הנני בזה לכתוב כמה העורות על ספרו:

עמוד 63: "מניעת שימוש כשותפים الآחרים אין עומדים להשתמש". נרא שדין זה מבואר בגם' ב"ב י"ג ע"א, וכי שמת והניח מוחץ וכן אחד עשיר שיכול להביא עבדים לבנים, והשני עני, יכול העשיר להשתמש במוחץ כל השבוע (והובא בעמוד 64). והטעם בזה לענ"ד יש לומר, ששותפות, הגדרטו היא שכל מהשותפים זכו להשתמש בדבר המשותף לעולם. וביותר לפיה שביאר בר"ן נדרים פרק השותפים (מה ע"ב) שיש ביריה, וכך באotta שעשה שהוא משתמש מתחילה, נקנה לו למן זהה, רק כל שוגם השני בא להשתמש, בע"כ שעריך למצואך דרך שזה ישתמש יומם אחד וזה יומם אחד. אבל אם אחד עני ואין יכולתו להשתמש בו, יוכל העשיר להשתמש בו.

ולכן נראה, שאם לבית אני גור בו יש חצר, שביקרו מעמידים בו רכבים, ולי אין רכב, אין אני יכול לתבוע משכני שיש לי רכב, שישלים לי חצי עבור כך שהוא משתמש בחצר כל השבוע, אף שאם גם לי היה רכב, אז בהכרח היה כך. ומטעם זה נראה, שאין המשתמש יכול לטעון כך: "החזקתי להשתמש בחניה כל השבוע", משום חזקה ישנה ורק בזמן שהיא בידי למחות, אבל מאחר שככל זמן שלא היה לי רכב, לא יכולתי ללחוץ, אין לו חזקת תושביהם. ומטעם זה, אני מניח שאף שבנסיבות התייחסתי מעמיד סוכה בחצר, מכל מקום לא זכיתי בחזקה; ואם יבוא שכני וגם הוא ירצה לבנות סוכה, אין לי חזקה מטעם האמור, כיון שאין בידי למחות, ומילא אין לי חזקה.

אכן קשה לי ממה שסביר בשורת חתום סופר, או"ח, סי' קצג, שבני העיר שבונם מקווה חיבים גם הזקנים להשתתף בהוצאות, אף שאינם זוקקים למקווה, והוא מדמה את זה לדין ירושים שירשו מוחץ, אחד עני ואחד עשיר, יכול העשיר להשתמש בו כל הזמן. וקשה להבין את דבריו, שאמנן אלה שיש להם כבר דבר בשותפות, לא יכול העני לבקש שהעשיר ישלם לו بعد מה שהעשיר משתמש לבדו; והוא הדין, אם כבר יש בעיר מקווה, אין הזקנים יכולים לחייבם夷 שישלמו להם בעקבות השימוש שמשתמשים الآחרים במקווה גם בחלוקת שליהם; אבל להזכיר לבנות מקווה, לאורה אין שום סבירה, וצ"ע.

עמוד 107: תניה בהסכם שיתוף השוללת או מגבילה את זכות השותף להעביר את חלקו במרקען המשותפים.

האם ניתן לשותפים להנתנו שלא תהיה זכות לשותף למכוור את חלקו לאחר, או שמא זה נחשב קניין דברים.

לענ"ד ניתן לעשות זאת בדרך של שיוור. שהרי יכול אדם ליתן מתנה לשני, תוך שימוש הנוטן, שלענין זכותו של המקבל ליתן לאחר, הרי זה של הנוטן; והרי זה כנותן מתנה לאחר

שיהיה שלו רק לעניין להקנותו לנכוון, יוכל לעשות זאת. ואם כן, הוא הדין לאפשרות לחת לאחד חוץ מהכוונה להעבירו לאחר, שאת הכוח הזה הוא מישיר לעצמו; והרי זה כנOUTHן קruk לבנו, ומישיר שלא יכול בעל חוב של בנו ליקח הקruk בחובו. ועיין בקצת החושן סימן קיא סק"ג.

ומעתה, שותפים שרצוים להשתתף באופן שלא תהיה אפשרות לאחד מהם למכור את חלקו, הדריך היא, על ידי שכל שותף יתן לשוני את זכות המכירה, ומעתה לא יוכל שום שותף למכור את חלקו, שהרי זכות זו שייכת לשותפו.

אכן יש לעניין: אם כן, יוכל כל שותף למכור חלק חבריו, שהרי בנותן מתנה לאחד באופן שתהיה לו אפשרות להקנותו לאחר, שנחלקו בזה בגמ' נדרים מה, ב, והלה נפסקה שנית להקנותו ורק לעניין זה שהיה בכוחו להקנותו; ואם כן, אם כל שותף יקנה לשוני את זכות המכירה, שוב תהיה באפשרותו של כל שותף למכור את החלק של שותפו, שהרי זכה בזכות להקנותו.

אמנם לפי זהקשה, שהרי מצינו בירורה דעה סימן רגג, יב, בעניין שקיביל צדקה, שאין בעלי חוכות יכולם לגבות חובם מהצדקה, משום שאנו מונחים שרצונו הנותנים את הצדקה הוא שייננה בו העני ולא שייקחו ממנו בעלי חובות. וקשה, שם כן, נאמר שנשאהה זכות זו לנותנים, ואם כן יוכל בעלי חוב של הנותן לגבות מכספים אלו, שהרי לעניין גבייה בעלי החוב, נשארו הכספיים של הנותן. אכן יש לומר, שישיר הנותן לעצמו ורק את הזכות שבעל החוב של העני לא ייגבו מכספים אלו, אבל לגבי בעלי החוב של עצמו, לעניין זה נתנים הנותן רק לעניין וזה שהנותן לא תהיה לו הזכות למכור בלי רשותו השני, אבל באופן שוגם השני לא יוכל בלי רשותו הנותן, צ"ע אם ניתן לעשות כן.

ואף שנותן לעני לנקנות כובע וקנה נעלים, לדעת ר"מ (בבא מציעא עח ע"ב) הרי הוא גולן, שלגביו לנקנות נעלים לא ניתן לו, ואם כן האם נאמר שהנותן יוכל לנקנות נעלים לעצמו, ובע"כ שכל שננתן לו לדברים אחרים, אין בכך שיורו להפסיד לעני מה שננתן לו; וכן בנותן על מנת להקנותו, ושයיר לעצמו את שאר הזכויות, נאמר שלא יוכל להפסיד למקבל, ורק בנותן על מנת להקנותו, שכונתו הייתה של המქבל ליתן, אבל אם כוונת השותף לחת להשותפו רק שלא תישאר ביד הנותן הזכות למכור, לא ניתן לו שיוכל לקלקל לנותן; וצ"ע.

אכן נראה לחת עצה אחרת, והוא שכל שותף יתחייב לשלם לשותפו סכום מסוים אם ימכור את חלקו לאחר, אבל צריך לעשותו באופן שלא יהיה אסמכתא, או על דרך חכמי ספרד, או בבית דין חשוב שיוודה שקנו מנו בבית דין חשוב, או באופן שיש לשותף אחד הפסד מזה שהשותף الآخر ימכור, שבזה אין אסמכתא.

ואסיים בברכה,  
שהקב"ה יצילחו להוציא ספרו לאור עולם לתועלת הרבים.

ולמן נחמייה גולדברג

## מכתבו של הגאון ר' אשר ויס

ז' בכרלו תשס"ט

ליידיין איש אשר רוח בו  
חכם וסופר  
פרופ' הרב נחום וקובר הי"ו

יעיינתי בספרו החדש "חוק לישראל" על שיתוף נכסים. הנהתי וגם התפעלת מכך היקף העצום, הסדר המופתי והבהירות המופלגת. הנני מאמין למא"כ עמוק הלב, כה יתן ה' וככה יוסיר עוז ותעצומות להגדיל תורה ולהأدירה.

הערה קתנה על מה שכתב בסעיף 30 (עמ' 48-49) שלא מצאנו מקור שבניהול עסק משותף אולין בתר רוב דעתו, אך מסתבר כך: בשוו"ת מהרי"ט, ח"א, סימן צה, כתוב בעניין שותפותם של חברי להוציא חבר אחד מן השותפות, וכותב מהרי"ט דרכ' שהשותפות מתנהלת עפ"י רוב דעתו צריך כל פנים שידונו ביחד ויתחנן פה ליחיד; ועל כל פנים ממשמע בדבריו דהרוב זכותו לקבוע. אמן אפשר דעתין זה אלא משומש שכ' התנו ביןיהם מראש, וכעובדא דידיה, עי"ש וצ"ע.

ובשו"ת תשות ש, ח"א, סימן שיז, כתוב דציריך הסכמת כל השותפים לכל מהלך בעסק משותף ואין הרוב יכול לכפות דעתו על המיעוט; עי"ש. ולידי פשיטה לי, דבכרכה זכות הרוב לכפות דעתו על המיעוט,adam לא כן נמצאת המיעוט כופה דעתו על הרוב, דהיינו בניהול כל עסק שהוא שב ואל תעשה — ככלם עשה הוא, והעדר עשייה לפגמים ישפייע, ואף עלול לモוטט את כל העסק כולו.

ומשובם כך, פשוט דאנן סהדי שעיל מנת כן נשתתפו, שהחלהות גורליות ייקבעו על פי רוב דעתו. אמן אין זה אלא בהחלטות הנדרשות והחוינוות לטעלת העניין המשותף. אבל אין ביד הרוב לכפות דעתו על המיעוט בקשר לשימוש חריג בנכס משותף, כגון שימוש חריג בגין בית וכדומה. להחלטות מעין אלה דורישה הסכמת כל השותפים כולם.

**בידיות ובהוראה מרובה**

אשר ויס



## **חוקים**

חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, פרק חמישי

חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, סעיפים 9-10

הזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, חלק רביעי, פרק רביעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי — חוק המקרקעין, פרק חמישי



## חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969

### פרק ה : שיתוף במרקען

#### סימן א : יחסיו השיתופי

- בכלות משותפת 27. מקרקעין שהם של כמה בעליים, בעליהם של כל אחד מהם מתפשטה בכל מקרקעין אחר ואחר שבקרקען, ואין להם שותף חלק מסוים בהם.
- שעור חלקו של שותף 28. חלקיהם של כל אחד מהשותפים במרקען, חזקה שהם שווים.
- הסכם שיתוף 29. (א) הסכם בין השותפים בדבר ניהול המקרקעין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויותיהם וחובותיהם בכל הנוגע למקרקעין (להלן – הסכם שיתוף) ניתן לירושם, ומשנרגם, כוחויפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכל אדם אחר.
- (ב) בגין הוראות אחרות בסכם שיתוף יהולו הוראות סעיפים 30 עד 36.
- ניהול ושימוש 30. (א) בעלי רוב החלקים המשותפים רשאים לקבוע כל דבר הנוגע לניהול הרוגיל של המקרקעין ולשימוש הרוגיל בהם.
- (ב) שותף הרואה עצמו מקובל מכיבעה לפי סעיף קטן (א) רשאי לפנות לבית המשפט בבקשת הוראות, ובית המשפט יחליט כפי שנראה לו צודק וייעיל בנסיבות העניין.
- (ג) דבר החורג מניהול או שימוש רגילים טעון הסכמת כל השותפים.
- זכותו של שותף 31. (א) בגין קיבעה אחרת לפי סעיף 30, רשאי כל שותף, בלי הסכמת יתר חייהם – השותפים –
- (1) להשתמש במרקען המשותפים שימוש סביר, ובלבך שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר.
- (2) לעשות כל פעולה דחוופה ובלתי צפוייה מראש הדרישה להחזקתם התקינה של המקרקעין ולניהולם.
- (3) לעשות כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת נזק העולל להיגרם למקרקעין ולהגנת הבעלות והחזקה בהם.
- (ב) עשה שותף כאמור בסעיף-קטן (א) יודיע על כך לשותפים האחרים ככל האפשר בהקדם.

נשיאה בהוצאות 32. (א) כל שותף חייב לשאת לפि חלקו במקרקעין המשותפים בהוצאות הדורשות להחזקת התקינה ולניהולם.

(ב) שותף שנשא בהוצאות כאמור לעלה מחלקו, רשאי לחזור ולהיפרע מן השותפים האחרים לפי חלקייהם במקרקעין.

33. שותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב ליתר השותפים, לפי חלקייהם במקרקעין, שכר ראוי بعد השימוש.

השלומים בעדר  
שימוש

34. (א) כל שותף רשאי להעביר חלקו במקרקעין המשותפים, או לעשות בחולקו עסקה אחרת, בלי הסכמת יתר השותפים.

זכות השותף  
לשימוש בחולקו

(ב) תניה בהסכם שתוף השלמת או מגבילה זכות כאמור בסעיף קטן (א)  
אין כוחה יפה לתקופה העולה על חמיש שנים.

35. כל שותף זכאי לחלק מפירות המקרקעין המשותפים לפי חלקו במקרקעין.

הזכות לפירות

36. חובה שהשותפים חיים זה זהה עקב השיתוף ניתנים לקיזוז.

קיוז

## סימן ב : פירוק השיתוף

37. (א) כל שותף במקרקעין משותפים זכאי בכלל עת לדריש פירוק השיתוף.

הזכות להח بواس

(ב) הייתה בהסכם השיתוף תניה השלמת או מגבילה את הזכות לדריש פירוק השיתוף לתקופה העולה על שלוש שנים, רשאי בית המשפט, כעבור שלוש שנים, למצוות על פירוק השיתוף, על אף התניה, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות העניין.

פירוק השיתוף

38. (א) פירוק השיתוף יהיה על פי הסכם בין השותפים: נקבעה בהסכם חלוקת המקרקעין בעין, טעון ההסכם אישור המפקח, המאשר כי החלוקה תואמת את הוראות חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965, וכל חיקוק אחר בגיןן.

פירוק על פי  
הסכם או צו בית

(ב) בגין הסכם כאמור בסעיף קטן (א), יהיה פירוק השיתוף על פי צו בית המשפט, בהתאם לסעיפים 39 עד 43.

משפט

פירוק דרך חלוקה 39. (א) במקרקעין הניטנים לחלוקת יהיה פירוק השיתוף בדרך של חלוקה בעין.

(ג) ראה בית המשפט צורך בכך, ראשיו הוא לזכות על רישום זיקת הנאה בין החלקות.

פירוק דרך מכיה 40. (א) במרקעין שאין שאים לחלוקת, וכן אם נוכח בית המשפט כי חלוקה בעין תגרום הפסד ניכר לשותפים, כולל או מ=@"ם, יהיה פירוק השיתוף בדרך של מכירת המקרקעין, וחלוקת הפינוי.

(ב) המכירה תהיה בדרך שנמכרים מקרקעין מעוקלים בהוצאה לפועל, וזאת אם הורה בית המשפט על דרך אחרת שנראית לו יעילה וצדקה יותר בנסיבות העניין.

41. (א) הייתה מניעה לחלוקת המקרקעין בעין רק לגבי אחד השותפים ולאותו שותף היי מקרקעין הגובלים במרקעין המשותפים והוא הסכים שהליך יצורף למרקעין הגובלים, יחולקו המקרקעין לפי זה.

(ב) הייתה מניעה לחלוקת בעין בין כל השותפים אך אין מניעה לחלוקת זאת אם שותפים אחדים יטלו חלקיהם במשותף ואלה שותפים הסכימו לכך, יחולקו המקרקעין לפי זה.

(ג) הייתה מנעה לחלוקת בעין רק לגבי מצת השותפים, ראשיהם האחריםקיימים את המקרקעין בידי מושאף או לחלקם ביניהם, וב└בר ישולם לאלה השותפים מה שהיא נופל בחלוקת אילו המקרקעין היו נמכרים כאמור בסעיף .40

פирוק דרך הפקה 42. (א) היה עיקר המקרקעין המשותפים בית הרואוי להירוש כבית משותף, ראש בית המשפט, לאחר שקיבל חוות-דעת של המפקח, לצווות על פירוק השיתוף בדרך של רישום הבית בפינקס הכתמים המשותפים והקצת דירות לשותפים לפי חלקיהם.

(ב) היה פירוק השיתוף כאמור בסעיף-קطن (א) אפשרי רק אם ישולם תשломאי איזון משותף לשותף, ראש בית המשפט לחיבם בתשלומים כאלה, אם נראה לו הדבר יעל וצדוק בנסיבות העניין; על תשломאי האיזון יחולו הוראות סעיף 52, בשינויים המחויבים.

שאלת השותפים 43. בית המשפט יתחשב ככל האפשר בדרישת מצת השותפים לקיום את השיתוף ביניהם, ובשאר משאלותיהם של השותפים.

ניהול ושימוש עד 44. בית המשפט רשאי לתת צו זמני בדבר סדרי ניהול המקרקעין והשימוש לפירוק בהם עד לסיום הליכי הפירוק.

שיתוף בזכויות 45. הוראות הסימן הקודם והסימן הזה, ככל שהן נוגעות לעניין, יחולו, לאחרות בשינויים המחויבים, גם על זכויות אחרות במרקעין, כשהן של כמה בני אדם.

**סימן ג : בניה ונטיעה במקרקעין משותפים**

46. הקים שותף מוחברים במקרקעין המשותפים בעלי שהייה זכאי לכך על פי דין לפיהם עם יתר השותפים (להלן – שותף מקרים), רשאי כל אחד משאר השותפים, על אף כל הגבלה בהסכם השיתוף, לדרוש פירוק השיתוף בהתאם להוראות סימן ב'; לא נדרש פירוק השיתוף, יחולו הוראות פרק ד', בשינויים המחייבים.

פירוק השיתוף  
בשל הקמת  
מחוברים שלא  
בדין

47. בפירוק השיתוף בדרך של חלוקת המקרקעין בעין יקבע בית-המשפט ככל האפשר את חלקתו של השותף המקיים בצורה שתכלול את המוחברים.

פירוק השיתוף  
דרך חלוקה

48. היה פירוק השיתוף בדרך של מכירות המקרקעין ומהירות שנתקבל עליה על המוחיר שהיה מתיקל ממכירת המקרקעין בלי המוחברים, זכאי השותף המקיים להחזורת השקעותם במוחברים, אולם לא יותר מן הפרש בין שני המוחירים; היה המוחיר שנתקבל פחות מהמחיר שהייה מתיקל מכירת המקרקעין בלי המוחברים, ישלם השותף המקיים לשותפים האחרים את ההפרש לפי חלקייהם במקרקעין.

פירוק השיתוף  
דרך מכירה

**סימן ד : מחוברים שבמיצר**

49. (א) קיורות, גדרות, עצים, ומוחברים כיווצא באלה הנמצאים במייצר של מקרקעין שכנים (להלן – מחוברים שבמיצר), יראום לנכסים בבעלות משותפת של בעלי המקרקעין השכנים, כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר.

בעלות ושימוש

(ב) מוחברים שבמיצר רשאי כל אחד מבני המקרקעין להשתחש בהם למטרת שימושו, וחיבר הווא להשתתף בהוצאות הדירושות כדי להחזיקם במצב תקין לפי שעור שהוסכם ביניהם, ובאותן הסכם כזה – בחלוקת שווים, זולת אם מידת השימוש בהם הייתה שונה.

פירחות שנשרו  
למחום אחר

50. עצים או צמחים אחרים הגדלים סמוך למיצר, פירוחיהם שנשרו לתהום מקרקעין שכנים הם של השכן; נשרו למקום שיש לציבור גישה חופשית אליו, זכאי כל עובר ושב ליטול אותם לעצמו.

צמחים הגדלים  
סמוך למיצר

51. עצים או צמחים אחרים הגדלים סמוך למיצר וענפיהם או שורשיהם מתפשטים לקרקע מקרקעין שכנים, אין בעל המקרקעין השכנים או המחזיק בהם (להלן – השכן) רשאי לדרוש סילוק הענפים או השורשים, אלא אם יש בהם כדי להזיק למקרקעין, או להפריע לו במידה בלתי סבירה בהנהה מן המקרקעין. דרש השכן מבעל הצמחים לסלק ענפים או שורשים כאלה, ולא סולקו תוך זמן סביר, רשאי הוא לסלקם בעצמו, על חשבון בעל הצמחים.

## חוק המיטלטליין, התשל"א-1971, סעיפים 9-10

- שיתוף 9. (א) מיטלטליין שהם של כמה בעליים, בעלותו של כל אחד מהם לפי חלקו בשיתוף מתחשת על מלא המיטלטליין ואין לשום שותף חלק מסוים בהם. (ב) חלקיהם של כל אחד מהשותפים במיטלטליין, חזקה שהם שווים. (ג) הסכם בין השותפים בדבר ניהול המיטלטליין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויות השותפים וחובותיהם בכל הנוגע למיטלטליין (להלן – הסכם שיתוף) כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וככלפי כל אדם אחר, ובלבך שהשותף או האחר ידע או היה עליו לדעת על קיום ההסכם ותנאיו. (ד) הקנה אחד השותפים לאדם אחר זכות בחולקו במיטלטליין המשותפים, עליו להודיע על כך לשאר השותפים, ואם נעשה הסכם שיתוף, עליו להודיע לאדם الآخر על קיום ההסכם ותנאיו. (ה) באין הוראות אחרות בהסכם שיתוף יחולו הוראות סעיפים 30 עד 33, 34 (א), 35 ו-36 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, גם על השיתוף במיטלטליין.
- פירוק השיתוף 10. (א) כל שותף זכאי בכל עת לדרוש פירוק השיתוף; הייתה בהסכם שיתוף תניה השוללת או מגבילה זכות זו, רשיי בית המשפט לצוות על פירוק השיתוף, על אף התניה, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות העניין. (ב) פירוק השיתוף יהיה על פי ההסכם בין השותפים, ובאין ההסכם – על פי צו בית המשפט, ורשיי בית המשפט לצוות על חלוקת המיטלטליין בعين, או על מכירותם וחלוקת הרכזון, או על דרך אחרת של פירוק השיתוף הנראית לו יעילה וצדקה יותר בנסיבות העניין. (ג) מכירת המיטלטליין על-פי צו בית המשפט תהיה בדרך שמנכרים מיטלטליין מעוקלים בהוצאה לפועל, וזאת אם הוראה בית המשפט על דרך אחרת הנראית לו יעילה וצדקה יותר בנסיבות העניין.

## תזכיר הצעת חוק דיני מנונות, התשס"ז-2007

### חלק רביעי: נכסים

#### פרק רביעי: שיתוף ברכס

##### סעיף א: יחסיו השיתופי

513. נכס שהוא של כמה בעליים, הבעלות של כל אחד מהם, לפי מנתו, מתרפשת על הנכס כולם.
514. הוראות פרק זה יחולו, בשינויים המחויבים, גם על זכות בנכס שאינה בעלות, כשהיא של מספר בני אדם.
515. חזקה שמנתו של כל שותף בנכס שווה.
516. (א) חזקה שיתוף הוא חוזה בין השותפים בנכס בדבר ניהול הנכס והשימוש בו, ובדבר זכויותיהם וחובותיהם בקשר לנכס.  
(ב) הוראות סעיפים 518(א) ו-(ג) ו-523 עד 523 יחולו באין הוראות אחרות בחזקה השיתופי.
517. חוזה שיתוף כוון יפה גם כלפי אדם הבא מכוחו של שותף ואדם שנעשה שותף לאחר כריתת החזקה (בסעיף זה – אדם שלישי), בהתקיים המפורט להלן:  
(1) לגבי נכס שהוא מקרקעין, והshitoph הוא בזכות הטעונה רישום בפנקסי המקרקעין – אם רשם חוזה השיתוף בפנקסי המקרקעין; לא רשם חוזה השיתוף כאמור, יהיה לו תוקף כלפי אדם שלישי שידע עליו;  
(2) לגבי נכס שהוא מיטלטין או זכות – אם אדם שלישי ידע או היה עליו לדעת על החזקה.
- החלטת רוב נכס 518. (א) בעלי רוב המנות בנכס המשותף רשאי לקבוע כל דבר הנוגע לניהול משותף הרגיל של הנכס או לשימוש הרגיל בו.

- (ב) שותף הראה עצמו נגוע מ垦יעה כאמור בסעיף קטן (א) רשאי לבקש מבית המשפט לחת הוראות בעניין ובית המשפט יורה כפי שמצו לאנוון; סעיף קטן זה יחול על אף האמור בחוזה השיתוף.
- (ג) קביעה בדבר החורג מניהול ומשימוש רגילים טעונה הסכמת כל השותפים.

519. באין קביעה בדבר הנוגע לניהול של הנכס או לשימוש בו, כאמור בסעיף 518, רשאי בית המשפט לחת הוראות בדבר.

520. (א) בכפוף להוראות סעיפים 516 עד 519, ולהוראות שנקבעו לפיהם, רשיי כל שותף על דעת עצמו –

(1) להשתמש בנכס שימוש סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש סביר משותף אחר המעניין בכך;

(2) להעביר את זכויותיו בנכס או לעשות בהן עסקה אחרת;

(3) לעשות כל הדרוש באופן סביר למניעת נזק לנכס, ולהגנה על הבעלות, ההחזקה או השימוש בו;

(4) לעשות כל פעולה דחופה ובلتוי צפואה מראש הדרישה להחזקת התקינה של הנכס ולניהולו.

(ב) שותף ימסור הודעה כמפורט להלן לעניין פעולה כאמור בסעיף קטן –

(1) לנער – על קיומו של חוזה שיתוף ועל תנאי, אם ישנו חוזה כאמור, לפני עשית הפעולה;

(2) לשותפים האחרים – על עשית הפעולה, בהקדם האפשרי לאחר עשייתה ובלבד שמשמעות הودעה כאמור סבירה בנסיבות העניין.

(ג) שותף יודיע לשותפים האחרים על כוונתו לפעול כאמור בסעיף קטן (א)(3) או (4) לפני עשית הפעולה, ככל שהדבר ניתן; לא ניתן הדבר ועשה השותף פעולה כאמור, יודיעו עליה לשותפים האחרים בהקדם האפשרי.

(ד) תנאי בחוזה שיתוף השוללת או המגבילה זכות כאמור בסעיף קטן (א)(2), תקופה לתקופה של חמיש שנים בלבד.

521. שותף זכאי לחלק מפירוט הנכס המשותף, בהתאם למנתו בנכס. הזכות לפירות בנכס משותף

522. שותף ישא בהוצאות הדירושות להחזקתו התקינה של הנכס המשותף והוצאות בשיתוף בנכס ולניהולו, בהתאם למנתו בנכס.

523. שותף שהשתמש בנכס משותף ישלם לשותפים האחרים, בהתאם למנתם בנכס, שכיר ראוי עבור השימוש בנכס המשותף. דמי שימוש בשיתוף בנכס

**סעיף ב : פירוק השיתוף**

524. (א) כל שותף זכאי לדריש, בכל עת, את פירוק השיתוף.  
**הזכות לפירוק  
שיתוף**  
 (ב) תניה בחוזה שיתוף השוללת או המגבילה את הזכות לפירוק, אינה תקפה לתקופה העולה על חמיש שנים.

דרך פירוק שיתוף 525. (א) פירוק השיתוף יהיה על פי חוזה בין השותפים; חוזה לחלוקת מקרקעין בעין טעון אישור של המפקח לפיו והוכחה להנחת דעתו שהחוזה היה תואם את הוראות החוק התקנון והבניה וכל חיקוק אחר הנוגע לעניין.  
 (ב) באין חוזה בין השותפים, יהיה פירוק השיתוף על פי צו של בית המשפט בהתאם להוראות סעיפים 526 עד 530.

526. (א) בנכס שאין מניעה בחיקוק לחלוקת בעין וחלוקתו לא תגרום להפסד ניכר לאחד השותפים, יורה בית המשפט בצו פירוק על חילוקתו בעין, ורשאי הוא לחייב שותף לשלם תשלומי איזון לשותף אחר ולקבוע את שיעורי התשלום ותנאיו, לרבות הדריכים להבטחתו; היה הנכס מקרקעין, רשאי בית המשפט, בצו כאמור, לצוות על יצירת זיקת הנאה בנכס, וכן לצוות על רישומה.  
 (ב) (1) בנכס שיש מניעה בחיקוק לחלוקת בעין או שחלוקתו תגרום להפסד ניכר לאחד השותפים, יורה בית המשפט בצו פירוק על מכירתו הנכס וחלוקת הפידיזן; מכירתו תהיה בדרך שבה נמכרים נכסים מעוקלים מאותו סוג בהזאה לפועל, אלא אם כן נמצא בית המשפט לנכון להורות על דרך אחרת.

(2) יהיו במרקען משותפים שפירוק השיתוף בהם היה בדרך של מכירה כאמור בפסקה (1) מחוברים שהוקמו בידי שותף, ומהירות שהתקבלו ממכירתם נמוך מהמחיר שהוא מתקבל ממכירתם ללא המוחברים, ישלם השותף המקיים לשותפים האחרים את ההפרש בין המחיר, לפי מנתם; עליה המחריר שהתקבל ממכירת המקרקעין על המחריר שהייתה מתקבל ממכירתם ללא המוחברים, זכאי השופט המקרים לקבל מהשותפים האחרים את החזר השקעה במחוברים לפי הוראות הפרק השני: עשיית עשור ולא במשפט שבחלק משנה וביעי לחלק השלישי.

(ג) בנכס שאינו מקרקעין, רשאי בית המשפט לצוות על פירוק השיתוף בדרכים אחרות מלאו המנויות בסעיפים קטנים (א) ו-(ב).

527. (א) היה עיקר הנכס בית הרاوي להירשם כבית משותף, רשאי בית המשפט, אחרי שקיבל חוות דעת לענן וזה מאות המפקח, להורות בצו על פירוק השיתוף בדרך של רישום הנכס כבית משותף והקצתה הדירות בו לשותפים, לפי מנותיהם, ויחולו הוראות סעיף 526(א) לעניין תשלומי איזון.  
**פירוק שיתוף  
דרך של רישום  
בית משותף**

(ב) צו לפירוק השיתוף בדרך האמורה בסעיף קטן (א) יכול שיינתן גם אם ביקשו זאת בעלי דירות שטח דירותיהם אינם עולה כדי מחצית השטח של בעלי הדירות בבית.

528. (א) הייתה בנכס משותף שהוא מקרקעין מניעה בחיקוק לחלוקת בעין או שחלוקת כאמור היהת בלתי סבירה (בסעיף זה — מניעה לחלוקה), לגבי אחד השותפים בלבד, ולאותו שותף היו מקרקעין הגובלים לנכס המשותף כאמור והוא הסכימים שחלקו יוצרף למקרקעין הגובלים, יהולקו המקרקעין בהתאם.

(ב) הייתה בנכס משותף שהוא מקרקעין מניעה לחלוקה, לגבי כל השותפים, אך אם שותפים אחדים יטלו חלקיהם במשותף, ניתן יהיה לבצע חלוקה כאמור ואותם שותפים הסכימו לכך, יהולקו המקרקעין בהתאם.

(ג) הייתה בנכס משותף שהוא מקרקעין מניעה לחלוקה, לגבי חלק מהשותפים, רשותם השותפים האחרים לקיים ביניהם את השיתוף במקרקעין או לחלקם ביניהם, בהתאם למתאם היחסית במקרקעין או בהתאם לשעליה הסכימית, וב└בד שישלמו ליתר השותפים את שווי מנתם במקרקעין אילו יהיו נמכרים כאמור בסעיף 526(ב).

פירוק שיתוף לגבי 529. (א) נתן בית המשפט צו לפירוק שיתוף בנכס משותף שהוא של דיית מגורים של בני זוג המשמשת להם למגורים או שהוא זכות לגבי דירה כאמור, לא יורה על ביצוע הכוונה והמכירה תעוכב, כל עוד לא שוכנע כי לידי בני הזוג הקטנים ולבן הזוג המחזיק בהם, יהדיו, נמצא הסדר מוגרים אחר המתאים לצרכיהם, לרבות הסדר ביניהם למוגרים זמינים לצרכיהם, לתקופה שיקבע.

(ב) הוראות סעיף 33 להוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972, לא יהולו לגבי מי יהיה שותף בדירה שבית המשפט החליט על פירוק השיתוף בה, כאמור בסעיף קטן (א).

משאלות השותפים 530. (א) בית המשפט יתחשב ככל האפשר בבקשתו של חלק מהשותפים לקיים לגבי השיתוף את יחסי ביניהם ובשער מושאלותיהם של השותפים או של חלקם.

(ב) הקים שותף מוחברים במקרקעין משותפים, יקבע בית המשפט בצו המורה על פירוק השיתוף בדרך של חלוקה בעין כאמור בסעיף 526(א), את חלקו של השותף המקיים בצוואה שתוכלו, ככל האפשר, את המוחברים.

ניהול ושימוש עד 531. הוגשה בקשה לפירוק השיתוף, רשאי בית המשפט ליתן צו זמני בדבר פירוק ניהול הנכס המשותף והשימוש בו עד לטום ההליכים לפירוק השיתוף.

פירוק במקרים  
מיוחדים

**סעיף ג: שיתוף במצר**

532. (א) על אף הוראות סעיף 537(ב), קירות, גדרות, עצים, מחוברים וכיוצא  
באליה הנמצאים במצר של מקרקעין שכנים (בseinן זה — מחוברים שבמצר),  
חזקקה כי הם בבעלות משותפת של בעלי המקרקעין השכנים.

(ב) מחוברים שבמצר רשאי כל אחד מבני המקרקעין להשתמש בהם  
למטרה שלשמה הוקמו, וחיבר הוא להשתתפי בהוצאות הדורשות כדי להחזיקם  
במצב תקין, לפי השימוש שהוסכם בין בעלי המקרקעין, ובאי השכמתה כאמור  
— במקרים מסוימים, אלא אם כן מידת השימוש של כל אחד מבני המקרקעין  
במחוברים שבמצר הייתה שונה.

533. על אף הוראות סעיף 524, שותף איינו זכאי לדירוש פירוק שיתוף  
במחוברים שבמצר.

534. פירוטיהם של עצים או צמחים אחרים, הגדלים במצר או בסמוך לו,  
צמחים שהתחפשו 535. עצים או צמחים אחרים הגדלים במצר או בסמוך לו, וענפיהם או  
במצר שורשייהם התפשלו לתוך התוחם של מקרקעין שכנים, ויש בכך כדי להזיק  
لمקרקעין אלה או להפריע לשימוש בהם או להגנה מהם, במידה של ממש,  
רשיין בעל המקרקעין השכנים או המחזיק בהם, לדרש מבעל הצמחים או  
משותפיו במצר לסלק את מה שהחפתש לתוך התוחם האמור; לא מולאה  
הדרישה בתוך זהן סביר, רשאי בעל המקרקעין השכנים או המחזיק בהם לסלק  
בעצמו את מה שהחפתש לתוך המקרקעין השכנים או המחזיק בהם משותפיו  
במצר, לפי העניין, השבה של ההוצאות הסדירות שהוציאו לשם כך.  
להחליף מקפים

שיתוף במצר

פירוק השיתוף  
במצר

פירחות שנשו  
מצמחים שבסמוך  
שנשו —  
למצר

- (1) למקרקעין שכנים — הם של השכן;
- (2) למקום ציבורי — הם נכס הפקר.

## הצעת נוסח על פि המשפט העברי

### חוק המקרקעין, פרק ה: שיתוף במרקעין

#### סימן א: יחסיו השיתופי

27. מקרקעין שהם של כמה בעליים, בעליותו של כל אחד מהם מתפשתת בכל בועלות משותפת במרקעין אחר ואחר שבקרקעין.

28. (א) הסכם בין השותפים בדבר ניהול המקרקעין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויותיהם וחובותיהם בכלל הנוגע למקרקעין (להלן – הסכם שיתוף), כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכל אדם אחר. (ב) בגין הוראות אחרות אחواتו יחולו הוראות סעיפים 30 עד 36.

29. (א) בעלי רוב החלקים במרקעין המשותפים רשאים לקבוע כל דבר שהוא בוגדר ניהול הרגיל של המקרקעין ושימוש הרגיל בהם. (ב) עשיית דבר החורג מניהול או שימוש רגילים, או הימנעות מעשיית דבר שהוא צורך גדול או שמנาง המדינה לעשותו, טעונת הסכמת כל השותפים.

(ג) בהיעדר הסכמה בין השותפים בדבר הנהול והשימוש במרקעין, יושכר הנכס לאחר, והשותפים יתחלקו בדמי השכירות; אם לא רצוי בכך, השתמש כל שותף במרקעין לבודו לתקופת זמן קצובה, על פי תורו.

30. בגין קביעה אחרת לפי סעיף 30, במפורש או מכללא, רשאי כל שותף, וכוחו של שותף היחיד הסכמת יתר השותפים – (1) להשתמש במרקעין המשותפים שימוש סביר כמקובל, ובלבד שלא מנע – באופן פיזי או באופן אחר – שימוש סביר משותף אחר המבקש להשתמש בהם. (2) לעשות כל פעולה דחופה ובלוו צפואה מראש החזקה התקינה של המקרקעין ולניהולם. (3) לעשות כל דבר הדורש בדחיפות באופן סביר למניעת נזק העlol להיגרם למקרקעין ולהגנת הבעלות והחזקה בהם.

נשיאה בהוצאות 32. (א) כל שותף חייב לשאת, בהוצאות ההכרזיות והנהוגות להוצאות התקינה ולניהולם של המקרקעין המשותפים, לפי מידת הנאותו מן הוצאות.  
 (ב) שותף שנשא בהוצאות כאמור לעלה מחלוקת, רשאי לחזור ולהיפרע מן השותפים האחרים לפי מידת הנאותו מן הוצאות.  
 (ג) שותף שאינו משתמש במקרקעין חייב להשתתף בהוצאות הנחותו לקיים המקרקעין, ולא בהוצאות שנעודו לרוחות המשמשים בהם.

33. (א) שותף שהשתמש במקרקעין משותפים, יותר מחלוקת בהם, בגיןו לשכמתה — מפורשת או מقلלא — שבין השותפים, או תוך מניעת שימוש מן השותפים האחרים, חייב לשלם ליתר השותפים, לפי חלקיהם במקרקעין, שכר ראוי بعد השימוש.

(ב) את השכר הרואוי יוכל לשלם בכיסף או בניתנת אפשרות לשותפים האחרים להשתמש במקרקעין שימושם בלודי תקופה מקבילה, על פי גודל מנותיהם, לו שהוא עצמו השתמש בהם.

34. (א) כל שותף רשאי להעביר חלקו במקרקעין המשותפים, או לעשות בחילוק עסקה אחרת, בלי הסכמת יתר השותפים.  
 (ב) שותף בבית מגוריים לא יוכל למכוור או להשכיר את חלקו לאדם שיביא לבית יותר דירות מאשר בו בידי המוכר.  
 (ג) שוכרים במשותף של דירת מגוריים אינם רשאים להעביר את זכותם בדירה בלי הסכמת יתר השותפים.  
 (ד) לכל שותף יש זכות קידמה בקניית חלקו של השותף המוכר.

35. (א) כל שותף זכאי לחלק מפירות המקרקעין המשותפים לפי חלקו במקרקעין, אם פירות אלו באים מאליהם.  
 (ב) במקרה שנמצאה במקרקעין משותפים, יזכה השותף שהקדים ליטלה.

## סימן ב : פירוק השיתוף

36. (א) כל שותף במקרקעין משותפים זכאי בכל עת לדירוש לקבל את חלקו בשיתוף נפרד.  
 (ב) הייתה בהסכם השיתוף תניה השוללת את הזכות לדירוש את פירוק השיתוף או מגבילו אותה, היא מחייבת גם את הבעים מכוחם של השותפים.

38. (א) פירוק השיתוף יהיה על הסכם בין השותפים: נקבעה בהסכם חלוקת המקרקעין בעין, אך אין בהם כדי חלוקה, יכולם השותפים לחזור בהם מן ההסכם כל עוד לא זכו כל השותפים בחלוקתם.

(ב) הסכימו חלק מן השותפים לחולקה, ובחוור את חלקיהם בפני בית דין, אבל אחד (או יותר) מן השותפים לא ידע על החלוקה, אינו יכול לבטל את החלוקה כשיבו, אלא קח את החלק שהשאירו לו, אלא אם כן הוא טוען שהוא מעוניין בחלק מסוים של הקרקע, והוא מוכן להעלות את ערכו.

(ג) בגין הסכם כאמור בסעיף קטן (א), יהיה פירוק השיתוף על פי צו בית המשפט, בהתאם לסעיפים 39 עד 43.

פירוק דרך חלוקה 39. (א) במרקען שיש בהם כדי חלוקה, כך שלאחר חלוקתם יקבל כל שותף חלק שיוביל לשימוש לעיוד המקורי של המקרקעין – פירוק השיתוף בדרך של חלוקה בעין.

(ב) החלוקה בעין חיישה באופן שכל שותף יקבל שטח השווה לערך מנתו בשיתוף; אם הדבר יגרום לכך שאחד מן השותפים קיבל שטח שהוא קטן מכדי לשמש לעיוד המקורי של המקרקעין – חולקו המקרקעין לחקלים בגודל שווה, ומילוחקו שווה ערך יותר בغالל איכות הקרקע ישלם תשלומי אייזון ליתר השותפים.

(ג) אם נעשתה החלוקה תוך התחשבות באופן המוחדר של אחד מן החלקים, המעליה את ערכו, השותף שקיבל חלק זה וכאי לזיקת הנאה על שאר החלקים, אם היא נדרשת לקיום האופי המוחדר של חלקו.

פירוק דרך מכירה 40. במרקען שאים ניתנים לחולקה, וכן אם נוכח בית המשפט שחולקה בעין תגורום הפסד לשותפים, כולם או מkatם, בשיעור של יותר מחמשית מערך חלקם במקרקעין, יוכל השותף המעוניין בפירוק לקבוע מחיר לנכס, שאינו נמוך ממחיר השוק, ולדורש משותפיו לבחורו בין האפשרות שיקנו ממנו את חלקו, לבין האפשרות שימכוו לו את חלקם, על פי המחיר שקבע.

41. (א) הייתה מניעה לחולקה המקרקעין בעין רק לגבי אחד השותפים ולאותו שותף היו מקרקעין הגובלין במקרקעין המשותפים, יוצרף חלקו למקרקעין הגובלין, כדי לאפשר חלוקה בעין.

(ב) הייתה מניעה לחולקה בעין רק לגבי מkat השותפים אך אין מניעה לחולקה זאת אם אותם שותפים יטלו חלקיהם במסותף, חולקו המקרקעין לפי זה.

(ג) הייתה מניעה לחולקה בעין רק לגבי מkat השותפים, רשאים השותפים שחלקים ראוי ליטול מkat חלקם, ובבד שיאשר בשיתוף שיעור ראוי.

פירוק במקרים מיוחדים

**סימן ג : בנייתו ונטיעתו במרקען משותפים**

46. (א) הקים שותף מוחברים במרקען המשותפים על אף התנוגדות יתר השותפים (להלן – שותף מקים), הבהיר לשותפים האחרים אם לקיימים או לדרוש את סילוקם.
- (ב) בהרו השותפים האחרים לקיים את המוחברים, ישלמו למקום את חלקם בהוצאות שהוציאו.
- (ג) פירוט המוחברים יחולקו בין השותפים על פי גודל חלקם במרקען, והשותף המקים יוכל מיתר השותפים שייעור שמקובל להחת לאדם המופקד על השבחת מרקען.

פירוק השיתוף  
בשל הקמת  
מוחברים שלא  
כדי

**סימן ד : מוחברים שבמיצר**

49. (א) קירות, גדרות, עצים, ומוחברים כיווץ באלה הנמצאים במיצר של מרקען שכנים (להלן – מוחברים שבמיצר), יראום לנכדים בבעלות משותפת של בעלי המרקען השכנים, אם מקום המיצר ידוע, אלא אם כן הוכחה שהשכנים לא התכוונו להשתתף בהם.
- (ב) עץ מוחבר שבמיצר – הבעלות בו מחלוקת בין בעלי המרקען השכנים בהתאם לכמות השרשים שיש בכל צד.

בעלות ושימוש

50. עצים או צמחים אחרים גדלים סמוך למיצר, פירוטיהם הם של בעל הצמחים; נשרו לתחום מרקען שכנים, הם של בעל הצמחים; נשרו למקום שיש לציבור גישה חופשית אליו, באופן שהיה צפוי שנינשו, אם יש להניה שבעל הצמחים התיאש מהם מעת הנשירה, זכאי כל עובר ושב ליטול אותם לעצמו.

פירוט שנשרו  
לתחום אחר

51. עצים או צמחים אחרים הגדלים סמוך למיצר וענפיהם או שרשיהם מתחפשTEM לתוך מרקען שכנים, אין בעל המרקען השכנים (להלן – השכן) וכי לדרוש סילוק הענפים או השרשים. אם יש בענפים או בשרשים כדי להזיק למרקען, או להפריע לו במידה בלתי סבירה בהנאה מן המרקען, רשאי השכן לסלק את הענפים או השרסים המפריעים או המזיקים, על חשבונו. אם הענפים נוטים לרשות ציבורית, חייב בעל הצמחים לסלק את הענפים המפריעים לשימוש הציבור בה.

צמחים הגדלים  
סמוך למיצר

# **מפתחות**

**מפתח העניינים**

**מפתח המקורות**

**רשימהביבליוגרפיה**



## מפתח העניינים

<p><b>אשה</b></p> <p>ג'וד או אגד' בשותפה עם גבר 202</p> <p>זכות מזרן מול אשה שמכירה 104</p> <p>זכות מזרן מול אשה שקנתה 103</p> <p><b>אשת איש</b></p> <p>בעל המוכר את נכסיו בלי הסכמתה 106</p> <p>בעל הרשות חצי דירה על שם 106</p> <p>בעל ואשה השותפים נכס 105</p> <p>אם הם חיים בanford 105</p> <p>כווות של אחד להעביר את חלקו 106</p> <p>מכירת דירת המגורים המשותפת 105</p> <p>זכותה לדירה 222</p> <p>مول זכות הבעל לפירוק השיתוף 223</p> <p>נכסי מלוג (ראה: נכסי מלוג)</p> <p>נכסי צאן בזיל (אה: נכסי צאן בחל)</p> <p>רכוש שכילה במנהנה 106</p> <p>יכולתה להקנותו לאחר 106</p> <p>ההבעל 106</p> <p>arterog 93</p> <p>של הקהלה 94</p> <p>של שותפים 94</p> <p>'באים כאחד'</p> <p>לענין שופט בנכס המוכר את חלקו 113</p> <p>בטליה דעתו אצל כל אדם' 171</p> <p>בנסיבות</p> <p>מעץ הנוטה לקרקע של אחר 284</p> <p>בית דין</p> <p>אל יעסוק בדבר שאין בו שאלה משפטית 177</p> <p>זמן ביד' — שלושים יום או יותר 200</p> <p>רוב בו 48</p> <p><b>בית ועליה</b></p> <p>נפילת בית ועליה של שנים 34 33</p> <p>בית כנסת</p> <p>בני עיר השותפים בו 110</p> <p>קניין אגב החלקו בו 110</p> <p>עשיותו במקלט משותף 49</p> <p>שנתיים השרופים במושב בו</p> <p>אם אחד מהם ישב בו וכן מסוים 85 64 63</p> <p>זכות ישיבה למי שמקדימ 64</p> <p>חולוקה זמניות 64 63</p> <p><b>בית משותף</b></p> <p>חלוקת הוצאות ניהול 72 71</p> <p>דייר שאינו נהנה מהוצאה מסוימת 73 72</p>	<p><b>איידה (ראה: מציאות)</b></p> <p><b>אגורה</b></p> <p>חיב ביה רך מי שננה מהשירות 74</p> <p><b>אומדנא</b></p> <p>עדיפה על גילוי דעת ספציפי 142</p> <p><b>אים</b></p> <p>השפעתו על מצב משפט 171</p> <p>אין בירור הדסמכות על מה שיiberor בעתיד</p> <p>בדבר שקיים גם בילו בירור למפרע 116 109 96</p> <p>117</p> <p>בדרכן או בדארויריה 116</p> <p>בהקבנה שהנתנו שתחול רך כשהספק יתברר 97</p> <p>בשבועו 97</p> <p>בתולה בדעת אחרים 116</p> <p>לענין גדרה חלקו של שותף 295 28-26</p> <p>לענין הקנת דבר שאינו מסויים 109 96</p> <p>לענין זכות יורשים בעובן 139 26</p> <p>לענין ככית ירוש בחולקו 98</p> <p>לענין שותפים חלקו הם כלköחות 138 108</p> <p>לענין שותף בחזר שנדר הנהה משותפו 114</p> <p>לענין שותף המקנה את חלקו 112 109 108 98-96</p> <p>117-115</p> <p>לענין כותל בין בית יהורי לבית ע"ז 262</p> <p>לענין הרו'ם מקרע של יהודי גוי 27</p> <p><b>איסור הנהאה</b></p> <p>כוח שופט בהקנת חלקו שעמיד להיאסר</p> <p>בהתנה 117</p> <p>אישיות משפטית</p> <p>הבעליים של נכס משותף — אישיות משפטית ולא אלמנת 26</p> <p>וכוחה למדור 223</p> <p>גוברת על זכות היתומים לפירוק השיתוף 223</p> <p>העברה לבית אחר 223</p> <p><b>אמוראים</b></p> <p>לא סביר שישלחו במא שנחלקו תנאים 260</p> <p><b>אסמכתא</b></p> <p>ורככים להתגבר עליה 296</p> <p><b>אפוטרופופ</b></p> <p>לעשיית ג'וד או אגד' לשותף קטן 202 201</p> <p><b>אדים</b></p> <p>חלקו בפירורת 249 248</p> <p>אורן ישואל 158</p> <p>חלוקת בגורל בזמן יהושע</p>
--	--

לכל שותף יש קניין שבעור על חלקו האחורי	28	מעלית 72
295 114 113 95 93 85-83 61		מערכת חיים 73 72
לכל שותף יש בעלות מלאה בכל הנכס	140 83	פירוק שיתוף ע"י רישום ככית משותף 193
<b>בר מצאה (אה: מצור)</b>		<b>ביה משפט</b>
<b>גובל</b>		מתן סעד למיוט מקופח בשיתוף 47
כלול שני הדברים שבצדיו 265		גם בגיןו להסכם שיתוף 47
מחוברים שעליו (אה: מחוברים שבמצר)		סמכותו בעניין תנייה להגבלה וכות פירוק 143 141
נוד או אגודה		שיתוף 143 141
אם הנتابע מציע זור יקנה מהותבו 199		מכוחו למונע פירוק שיתוף 221 220
אם חלק מהשותפים קנסים 201		אם יש נימוק לכך 222
אם שותף הקנה את חלקו לקטן 201		קביעתו דרך נהל נכס משותף 51 50
אם חלק מהשותפים מנות בגណול הרואי		תפקידי בפירוק שיתוף 154
לחולקה 212		<b>בית קברות</b>
באשה וגבר שותפים 202		שיתוף בעלות עלי 114
בגדר מכירה או חולקה 194		<b>כבוד</b>
בחווב של נשים משותפים 234 233		איו נוטל פי שנים בסבה 93
(אה: משכנתה)		חלוקת הירושה בין לאחרו
בmeshcnetah (אה: משכנתה)		אם חלק אחוי פחתה מהשיעור הרואי 181
בנכש שלא גודע לשימוש אישי 197		זכותו לקבל את שני חלקיו ברכז 176 174
בעדר משך 112		מכירתו את חלק בכורתו לפני החלקה 110 93
<b>בקראק' האמונשנטן לנושאים אחדים (אה: משכון)</b>		<b>כ"ז</b>
בשיתוף שנוצר ברכזון 197-195 142	232 229	דעתו של אדם קרובה אצלנו 115
בשותפים משותפים 234-232		בשותף המקנה לבנו את חלקו 115
הסתמת השותף הנتابע 194		בני ווג (אה: אש אש)
זכות שותף עני לתבעו 200		בנייה וטיעת במרקע היולת
טעמו 194		זכות בעל הקראק' לסלק ואת
משמעות זהה לא חסר' 169		זכות בבעל הקראק' לקנות זאת מהבונה 241
משמעות' דומם' 199 194		שיתוף הבונה ווטע מעכו בקראק' המשותפת
יכולת שותף על מנת חלקו 113 111		אם האחים התנגדו בראש 245 243
מהתורה או מתקנת הכלמים 196 194		אם הזיק בכם לאחים 242
מול השכורת נכס וחולקה דמי השכירות 52		בוושים משותפים 244
מול חלוקת זנים 201		בשדה שאינה עשויה ליטע 247 244
מועד התשלומים 200		דבר הנוחין לנכס 243
אם השותף התובע מוכר 200		התיר לכתחילה 244
אם השותף התובע קונה 200		זכות האחים להוציאו לסלק ואת 243 242
נוחג רק בדילת בירורה 181 180		חיוב האחים בהוציאתו אם פעל שלא 245 244
פירוש המלים 195 194		בכיסיות 246 245
קובעת גובה התשלומים 198 197		חיוב האחים בהוציאתו היתרות על השבח 245
הגבוה מחיר השוק 198		248 246
הנמוך ממחיר השוק 197		חיוב האחים בהורצאותיו המיתורות 248-246
ע"י השותף שחבע גא"א 197		245 244
שותף הדורש למוכר הכל לו"ר 200-198		חיוב האחים לשלם לו על השבח 249 248
שותפים שהסכימו שלא יוכל לדרש וצת גוי 142		חולקת הפירות 249 248
המורך קראק' לגוי בשכנות יהודית 112		וחשב כעושה בשות 248-242
שותף המקנה את חלקו לגוי 112		בעל ואשה (אה: אש אש)
תרומות ומעשרות בפיורו קראקו	25	בעלות 24
בסוריה 25		הגדרת בעלותו של כל שותף בשיתוף 29-24
קראק' השicityת ליהודי ולגוי 28-25		במנן שימושו — המקסם שלו בלבד 125 28
<b>גורל</b>		בקראק' שאין לה כדי חולקה 28
בחולקת ארץ ישראל בזמן יהושע 158		המיוחד בפיורו נכס משותף 26
בחולקת זנים בשימוש בכיס משותף 51		התנהה על הגדרה זו 98 27 26
הסכום בין שותפים לחולק בגורל 158 157		חלק מסויים שלא ידוע מהו 98 26 27
אם חזר בו אחד מהם מהסכמו 158		טעם וטורו להשתמש בכל הנכס 28 27
הצורך בקניין 158		יש אישיות משפטית שהוא הבעלים 26
סוגי גורלות 158		כל גוריר — החזיו של זה והחזיו של זה 61 29-24
כפייה לשימוש בו בחולקת שיתוף 174-172		98 96 81

ברבור שעתרד להיאסר בהנאה	117	مبرור או מקנה	158
במתנת שכיב מרע	117	מקצת השותפים שחלקו בלי גROL	159
בעית' אין ברירה' (ראה: אין ברירה)		גול	
הבחנה בין מכר למתנה	118	זולן משולם כערך הנכס בשעת הגולה	147
דבר שהגשמה תלויה בו		אם ידוע שערכו עיליה	147
המكريיש אותו	265	גמירות דעתה	
דבר שלא בא לעולם		הדרור בקנאת דבר שלא בא לעולם	155
בסטומתא	155	גר שאין לו רווחים	
דרעה שאפשר לקלנותו	111	שרה שוקף בכיס ומות	95
המורר דבר שהוא עתיד ליקוטו	109		
המקדיש חבר שלו בא לעולם	112	דבר שאין בו כדי חולקה	
העדר גמירת דעתה	155	אין חולקים נכס משותף זהה	171-166
דין (ראה: ראות עני הדין; שודא דיןין)		אם אח' נעשה ראוי להחלה	170
דין דמלוכת דין	155	אם בחילופת השתווף הדה ראוי להחלה	171
דלת		אם השותפים הסכימו להחלה	167 156 154 153
זכות שותף בחצר לדריש להתקינה	50	182 169	
הగליה (ראה: גורל)		אם יש לאחד השותפים קרע פרטיה	
הוואצאה לפועל		בสมוך 209-207	
דרך מכירתו נכס בה	191	אם כל שותף 'מכיר את חלקו'	209
הוואצאות		אם שותף מציע לשלם על חלק	193
חויב משלה בהוואצאות שלחו	245	אם שותף רק חלק מחלוקת	214
היהיל הנכס המשותף — חלוקתן בין השותפים	65	אם שותף נותן מעט לשותפו כדי שיחלו כי יהיה	
	77-67	ראוי 213	
בתים משותפים	72	משם 'יעשית היישר והטוב'	169
במייטלטין	71	משוםSCP של אחד יכול רק חצי חלק	139
בשותף שאינו/dr בנכש	74 73	משום מועלות משקית	169
בשותף שנייה מהווצה מאמרמת	74-72	בבמה טהוריה או טמאה	192
לפי גודל מנחו של כל שותף	256 74 72 71	בית 169	
לפי מידת הנגאו של כל שותף מן ההוואצאה	75	בגג 169	
לפי עשרו של כל שותף	75 74	במחסן 169	
לפועלה שהוא צורך גדול	76	בשחה 168	
לפעולה שהיא אפשר לעשותה במחיר נמוך	72	בשיתוף של יורשים 193	
לפעולה שהוא הסכם שיש לעשותה	76	הגדרתו משתנה לפי מגוון המקרים	168
לפעולה שלא היא ה比亚ה תווייה	72	על הקסם שהගרים החלוקה	210 193 192 167
לפעולות להגנת הבעלות בנכש	71	על כל התייכנן בבנייה 207 167 166	
לפעולות לנונעת נוק לנכס	71	על קוטן של חלק מהשותפים	140 137 118
מס 127		207 171 170 167	
על בית שער	75 73	אם האחדרים תלו ורק חלק מחלוקתיהם	214
על דלת ומגעול	75 73	אם האחדרים קונים אותן 212 207	
על הסקה	75	היבור החקלים קטנים לגודל ראוי 212-210 207	
על החסל	71	214	
על מעלייה	72	שלאי היה 'שמו עליי' 170-167	
על נהול חיין	73	דבר שאין בו ממש 155	
שותף שנשא בהוואצאה למעלה מחלוקת	76	אין לקניין על מה לחול	
של שותף שבנה בנכס המשותף (ראה: בנייה...)		בಹසכם בין שותפים להחלה השיתוף 156 154	
של שותף לפועלה הנוחוצה בדחיפות לנכס	66 65	בහסכם להימנע מעשה 161	
של שותפות עסקית (ראה: שותפות עסקית)		בහסכם על זכויות למכירת יין 155	
היוק ואיה		האם מעלה בו סטומואה 155 154	
איסור פיזחת חלון לחצר הזולות	185	זכות של שותף בנכס משותף 97	
אחרי הולכת שירוף	186 185	דבר שאינו ברשותו	
בשותפים הגרים יחד בנכס המשותף	62	בשותף המקה לאחר את חלקו 109	
מחיב בנית ותול בין בין שכנים	255 231	דבר שאינו מפטים	
חייב עובי לכל צד	258	מכירתו או נתינותו במתנה 110 109 98 95 93 92	
מחיצה שטורתה למנוע היוק ראייה	42	115 114	
השתתפות שותף בהוואצאות, אם אינו/dr שם	73	אחו מסויים מכל נכסיו 114	
חלוקת שווה של ההוואצאות	75	אחו מסויים מקרקע מסויימת 114 109 96	
		אם מת הנותן 118	

## מפתח העניינים

במי שדר בחזר חבו ביל רשות	84	גימוק לדרישת שותף לפיקוח שיתוף	230
אם הלה הביע התנגדות	84	המושיא מחברו עליו הרaira (ראיה: מוציא...)	
בחזר העומדת להשכלה	84	הנחה (ראיה: מס)	
ברוחם ממוני מביר להאה אישה	123	השגת גבול	
בשותף שהשתמש בנכס המשותף ביותר מחלוקת	83	בשותף שהשתמש בנכס המשותף ביותר מחלוקת	82
כטעם לדין 'גוד או אגור'	169	הסכם שיתוף	
יקתק הנאה		בל פה	40
זכות העברת אמת ממס בקרקע של אחר	183	הפרתו היא עיליה לפיקוח השיתוף	241
זכות לאור — מיעעה משכנו מלבדנו	185	הנורן בנסיבות קניין	41 40
זכות להרוש בשל שכנו יוצרך קרקע	184	סדר בית המשפט לሚעות בגיןוד להסכם	47
זכות לפרטיות — מניעת שכנו מפתיחה חלון	185	רישומו במרשם המקראין	43-41 39
זכות מעבר בקרקע של אחר	184-182	תיקפו אחרי פירוק ושיתוף חדש של חלון	
יצירתה וירושומה עקב חילוק שיתוף	182	המושטבים	211
בחילוקה שנעשתה ע"פ שמה	186-184	תיקפו כלפי אדם אחר	91 42 41 39
הנאה שהיתה קיימת בזמן השיתוף	184 183	אם לא ידע עליי	39
עליה למונעת חילוקה	182	בஹוב שאינו ממוני	43
זכות מעבר (ראיה: זיקת הנאה)		העברה (ראיה: מכר; מתנה; שכירות)	
זכות קדימה		הערכה (ראיה: שומה)	
למצון (ראיה: מצרן)		הurmaה	
לשופט קניית חלון של שותפו	111 104-101	שותף שהקנה את חלקו לקטן למונו 'גוד או אגור'	201
אם יש יורו טוני שופטים	102	שותף שקנה קרקע סמוך לקרקע המשותפה	173
אם מכיר את כל נכסיו לאדם אחד	104	בעל קניין הגוף שהפקיר את חלקו — זכה בו בעל	
באהשה שותפה שמכירה את חילקה	104	קניין פירוט	95
בירושם במשק חילאי	102	יכולתו של שותף להפקיר את חלקו	95
בORITYלן	103	וכייתה השותף الآخر בחלקן	94
בתור מצרן	103 102	הקדש	
מול אשה שקנתה	103	המקדיש דבר שהנשמה תלולה בו	265
מול יהומיים קטנים שכנו	103	המקדיש דבר שלא בא אליום	112
קודם למצוין אחר	109 103 102	המקדיש ראש של חמוץ	34
זמן בית דין		שותף בהמה שהקדיש את חלקו	112
שלושים ימים או יותר	200	שמעתו לפי מקומו ושבתו	147
חופש ההתקשרות	143 141	השאלה	
חויה		שותף המשייל את חלקו ליותר מאדם אחד	99
המקנה לאחר חקמת חלונות	116	אם הוא נשאר בדרכו	100
חקמת כשותה של אדם	276	השכרה (ראיה: שכירות)	
קיין חזקה		התחייבות	
בחילוק שיתוף	157 156	להימנע ממעשה	162 161
הצורך באמירת 'לך חזק וGANI'	157	אם עשרה שותפים בשעת קניית הנכס	107
רכישת חזקה ע"י שימוש בקרקע	59	הpicתת לנגאי בחויב ממוני	107
ע"י המגדת סוגה בחזר	295	קניין דבריהם	107
ע"י שותף	295	התיקיות (ראיה: שומה)	
שלכל שותה חלק שווה בנכס	256 35-33	יעשית הישר והטוב'	
חוירות שותף לצאת מהshitוף	170 141 136	טעם לוכחת קידמה של מצרן	101
חלון		אם המצדן בעל משפחה גROLה יותר	103
האיסור לבנותו מול חלון הוולת	183	בשותף שנחשב למצרן כלפי שותפו	104
אחרי חילוק שיתוף	183	טעם לחילוק זמינים בשימוש בנכס משותף	51
האיסור לפתוח חלון בחזר הזולת	185	לענין נס משותף שאין בו כדי חילוק	169
אחרי חילוק שיתוף	186 185	ובל (צואת בהמות ליזבול)	
המקנה לאחר חזקה לוולות	116	שברצער משותפת — חילוקתו	124
חלוקת זמינים (בשימוש נכנס משותף)	64 62	בובל מכهامות של אורחים	126 125
אם אפשר שהשותפים ישתמשו במקביל	52	זה נהנה וזה לא חסר	
בחירה בין 'לגוד או אגור'	201	אם הננה גורם נזק קל	84

## מפתח העניינים

- על פי משלות השותפים 223  
 על פי שומה 186-184 93  
 תשלומי איזון אם שותף אחד קיבל יותר 181 176  
 185 184 182  
 עקב אילוצי תיכון 181  
 'חלוקת' 25 24  
 יחרת קרקע שאפשר לחלק לשני בעליים 209 207 181 175 169 166 153  
 חמץ בפסח  
 שותף בחמץ שמכר את חלקו לגוי 110  
 חזר  
 הדר בחזר חברו (ראה: זה הנה...)  
 זכות בעל בית ל' אמות בה מול פתחו 185 62  
 חלוקת הזכויות בה בין בעלי הבתים 125 124  
 חזר שאינה משתרעת (ראה: קניין חזר)  
 קניין חזר (ראה: קניין חזר)  
 חriseה  
 זכות להרשות בשל שכנו לצורך קרקע 184  
 טעויות  
 בקניית חלקו של שותף 43  
 יאורש (ראה גם: מציה)  
 באבידה ביל סימן 277  
 באבידה — מחשש שהמווצה יגננה 277 276  
 בפרי שנזר מעץ (ראה: עץ)  
 יאש של מעדת 276-274  
 של שותף בכיס שאבד 95  
 תנאי להיתר לקחת אבידה 273  
 יכמ'  
 יורש את נכסי אחיו המת  
 אם השבitorio בין מיתתו ליבום 92  
 דרשתו לחייב ליד חלקו בחלוקת יורשת  
 האב 174  
 יהושע בן נון  
 התקנות בעפיפים הנוגעים לקרקע של אחר 272  
 התקנות בשיטות הנכניות לקרקע של אחר 284 272  
 יצירה שיתוף 23  
 ע"י בעל בכיס המוכר חלק ממנו 23  
 ע"י בעל בכיס הנותן חלק ממנו במוננה 23  
 ע"י יזיר נכסים פרטימיים 23  
 כל שותף עושה 'קניין' בשל الآخر 23  
 עוסקים 'קניין סוד' על ההסכם 23  
 ע"י 'קניין כס' 23  
 ע"י יורשה לכמה יורשים 23  
 נפקות להגדרת השיתוף 27 26  
 נפקות לזכות הפירוק 139  
 נפקות לחולקה שתගרום הפסד 193  
 נפקות לחולקה הפירוט 123  
 נפקות ליכולת שותף להעביר את חלקו 98 97  
 נפקות לפירוק בדרך מכירה 199  
 ע"י מכירה לכמה קונים 23  
 ע"י מתנה לכמה מקבלים 23  
 יורשה  
 המוחדר בשיתופו של יורשים (ראה: יצירה שיתוף)
- בחירה בינה להשכורת הנכס לאחר 51  
 במושב משותף בבית נסת 64 63  
 בשותפים בעלי מנתה לא שווה 52 51  
 על גול 51  
 חולקת שיתוף (חלוקת פיזית) (ראה גם: פירוק שיתוף)  
 אם לאחד השותפים קרע פרטית בסמוך 113  
 209 208 178 175-173  
 אם קנהה בדרך הערמה 173  
 ביתה או בשדה 113  
 בקרקע משותפת המורכבת ממגוונות שווים 179  
 בקרקע שאיכותה אינה אחידה 177  
 ומנתו אינה ניתנת לחולקה 209-207  
 בכור — זכווה לקבל את שני החלקי ברכז 176 174  
 במרקען המורדים ממקומות שווים 180-178  
 שאיכותם אחידה 179 178  
 שאיכותם אינה אחידה 180 179  
 במרקען המורדים ממקומות אחד 175-172  
 שאיכותם אחידה 177-175  
 בשותפים בעלי מנתה לא שווה 172 171  
 בשיתוף שנוצר רצcznie 196  
 דרישת חלק מהשותפים לקבל חלקים מסוימים 174  
 אם באם מכח שותף אחד שבעבר 175  
 דרישת שותף לקבל חלק מסוים ע"י העלה 181 180 160 159  
 היוצרת צורך בירושם זיקת הנאה (ראה: זיקת הנאה)  
 הסכם בין השותפים לחלק 156-153  
 ביטומתא 155 154  
 בקרקע — דרישת הכתוב 153  
 בקרקע שנייה בה כדי חולקה 167 156 154 153  
 האם הוא החביבת הבאים מכוחם 154  
 הגבלות של תיכנון 153  
 'קניין דברים' — אין כובל 154  
 הסכם הקבוע איזה חלק קיבל כל אחד 157-155  
 אם ההסכם כולל גם הסכמה לחולקה 156  
 בגול 156  
 בילדך לאורך ולרוחב חלקו 157  
 בקניין חזקה ביל' לך' 157 156  
 בקניין חזקה ע"י אחד מהם 157 156  
 בקניין סדר 156 155  
 הסכם שלא יעשן בחלוקתם שימוש מסוים 162 161  
 בעייה קניין דברים 162  
 בתורה תנאי מפסיק לחולקה 160 159  
 חולקה שהוסכמה ורק ע"י מקטצת השותפים 159  
 אם חלקו ביל' גול 159  
 אם שותף אחר יורש חלק מסוים ומעלה 160 159  
 במיטלין או במרקען 159  
 כפייה בה על מידת סdom (ראה: כופין...)  
 כרוכה בהקנאה הדדית של החלקים 138 136 135  
 דין חולקה 157 156 139  
 או רק בסילוק 139  
 או רק בבירור החלקים 157 140 139  
 מנעת בכיס שאינו ניתן לחולקה (ראה: דבר שאין בו על גול (ראה: גול)

## מפתח העניינים

- מוסר ומשפט (ראאה: ועשית הישור והטוב; כופין על  
מידת סדום; רכוש; שיתוף; התיחסות)  
המושג מאחרו עליו הדראה 103  
בתביעה משוחף על דבר שבקרע המשותפת 35  
לענין ספק בעלות על קרע 257  
לענין שותף התובע משותפו 35 34  
'מושג'  
מרקען משותפים 221  
מחברים 256 255  
שיכים לעבursal הקרע 255  
מחברים שכיבר 256 255  
הם בעלות משותפת של השכנים 126  
אם מקום המיצר אין ידוע 258-255  
בכוטל בין שכנים 255  
זכות שכן לבנות על הכותל שביניהם 263  
חיפוי קדר בין שכנים 263  
חלוקת הוצאות עליהם 266 256  
מה גודל החלק של כל שכן 266 265 256  
ען שבמיצר — למי הפירות 266 265 262-259  
צמחים בדורון שכן שכנים 260  
רצין השכנים להיוות שותפים בהם 262  
שותף הרושירוק השותף בהם 255  
תנאי השימוש בהם 266  
מציאה שנמצאה בהם 126  
בחיל שבותול בין שכן 258  
מחליה (ראאה גם: סילוק) 142  
אייה צריכה קניין 142  
לאחד מניסיונו לשותפים 128  
כללו  
בירוש שהשקייע בנכס המשותף 244  
מתוך אי תביעה לאורך זמן 82  
על דבר שהוא עיין 196 142  
על מס (ראאה: מס)  
של שותף  
על זכות פירוק השיתוף 197 196 142  
על זכותו בחלוקת של האחר 28  
על חלקו, לשותפו 95  
מחיצה (ראאה: כותל)  
מחרי (ראאה: שומה)  
חלוקת (ראאה: כללי פסיקה)  
מחזיתת שקל  
מושפה קולבון, אם יורשים משלמים יחד 92  
מידת סדום (ראאה: כופין על מידת סדום)  
מייצר (ראאה: רוכב; מוחברים שכיבר)  
מכונית  
חנינה בחזר משותפת 49  
מס (ראאה: מס)  
מכר  
בכפיה בית דין 139  
כוחו של שותף למוכר את חלקו 118-91  
מלחמה  
שומה של נכס בשעת מלחמה 148 147  
מנגה  
בעיל הורשים מחזיתת דירה ע"ש אשתו 106
- חלוקת קרע ע"י יורשים מתחתי גיל עשרים 139  
ירוש של שותף שתחייב לא לדרש פירוק  
השתוף 242 143 142  
לא ראוי להעביר נחלה מורשים 118  
מכירת קרע ע"י יורש מתחת גיל עשרים 139  
של בכור (ראאה: בכור)  
יששכר וובלון  
שיתוף התומך בלומד תורה בשכו 34  
המינים 148 147  
זכות בגין מוץן מול יתומים קטנים שקנו 103  
שכמת ככילהם לפרעון חוב מורשים 147  
בזמן שהוחרים בשפל 148 147  
כדי חילקה (ראאה: דבר שאין בו כדי חילקה)  
'כופין על מידת סדום' (ראאה גם: שימוש שיטה בזכות)  
בחילוק שיתוף 174 173  
אם לאחד השותפים קרע פרטית בסמו 177  
במרקען המפורטים במקומות שונים 179 178  
בקרע שאין בה כדי חילקה ויש לשותפים קרע 208  
פטית בסמו 174  
ドרישת חילק מהשותפים לקבל חלקיים סמכים 211 210  
בגנעה בערמה של חילקה שיתוף של שותף אחר בכיס 64 63  
בשותף המתמודד לשימוש תיאורית 60  
בל' סיבה 60  
טעם לרין 'וגדר או אגד' 199 194  
לענין מחלוקת שותף למי ימכר הנכס 200  
כוטל  
בין שכן  
הቤלות עליי (ראאה: מוחברים שכיבר)  
חלוקת הוצאות הבניה 75  
שנפל — חוכת בנייתו 42  
למנוע היוק ראייה (ראאה: היוק וראייה)  
בל' דלים גבר  
בספק בעלות על קרע 257  
אם אין סיכוי שהחברה האמתה 257  
בל' פיקחה  
במחלוקת בין הבבלי לירושלמי 126  
יחיד ובכם הלהכה כרבים 213  
כששולחן גוך מביא שדי דעתו 202  
פשרה במקומות שעולקו הפסקים 74  
קדים לי' 114 93 41  
כתב  
דרישת הכתב בהתחייבות לעיטה במרקען  
לענין הסכם לחלוקת שיתוף 153  
לענין הסכם שיתוף 40  
מבריה אויר (ראאה: מניעת נזק)  
מגפה  
שנהה של נכס בשעת מגפה 148 147  
מודר הנאה (ראאה: נדר)  
מוחזק (ראאה גם: מוציא מחייב)  
ocabani בית שנפל 34  
בעניין מוץן — מי נחשב מוחזק 104  
שנים אוחזין בטלית וכל אחד מחזק חצי 34 33

## מפתח העניינים

מקרעין	168	הגדת 'כדי חילוקה' — לפי מנהג המקום
דרישת הכתב בעסקה בהם (ראה: כתוב)	50-49	וכות שותף בנכס לדוש דבר שנהגו לעשות
הቤלות מתפשטות לעומק	60	לענין שימושו ייחידי בנכס המשותף
הቤלות מתפשטות עד רום הרקיע	65	הרטאותו עלשות פעולה הנוחזה בדריפתת
מרשם המקרקעין		קגין שבמנาง (ראה: סיטומתא)
רישום הסכם שיתוף בו	127	מניעת נזק
משיכח (ראה: קגין משיכח)	147	המשיג פטור ממס עבור אחר
משכון (ראה: משכנתא)	147	מניעת רוחה
משכנתא (קרקע ממושננה)	147	בפועל שהוקם למעביר
יכלתו של שותף בנכס למשן את חלקו	147	מס
אם השותף الآخر מבקש לדודתו	127	המשיג פטור ממס עבור אחר
לנוסים אחרים — דרישת 'וד או אוג'	127	הנחה במס
אם איןם משתמשים במשכון	74	למי שאינו נהנה משירות מסוים
אם הם משתמשים במשכון	128	שקבלה שופפות עקרית ביכולת אחד
אם יש לפחות מהם זכות קידמה	127	השותפים
משפט עות'מאני	127	שקיבלו שותפים בנכס
משק חקלאי	126	לפי גובה ההכסה
זכות קידמה ליישר בו בקניית חלק של אחר	75	לפי עושרו של כל אחד
מתנה	75	כולל כסף של אחר המופקד אצל
נתינת חלקו של שותף במתנה	127	מחילת מלך נכרי לוי קלוניומים על המס
נתינת דבר שאינו מסויים במתנה	127	על נכס משותף — חולוקה בין השותפים
'שונה מתנות יחיה'	127	מעבר
אם גם הנותן נהנה	127	זכות מעבר דרך קרקע של אחר (ראה: זיקת הנאה)
שירו זכות בה לנונן	127	מעלית
הזכות להקנות את דבר המתנה לאחר	127	זכות שותף בבנייה לדוש איתה
שייריה של המקובל ורק לענין הקנתו לפולני	127	מערכת חיים
שליא יכול נושא של המקובל לגבותו	127	זכות שותף בבנייה לדוש איתה
של שותף	127	מערת המכפלה
הנותן במתנה 'את הבית'	127	קגיניה ע"י יעקב אבינו
לשופנו, כדי לאפשר חולקה	127	משמעות עני (ראה: צדקה)
של שכיב מרע (ראה: שכיב מרע)	127	גאייה
שקבילה אשת איש	127	הmozca פרי (ראה: עץ)
נדר	121	הפקעת בעלות בה לאחר ארבעה חדשים
שותף בחזר שאמר את חלקו על שותפו	121	ככיתת המזואא בغالיל אווש בעליו
שותף בחזר שדר האהה משותפי	121	יאוש בה (ראה: יאוש)
בחזר שאין בה דין חולקה	121	שicity לבעל הרשות שנמצאה בה
נזק	121	שונמצאה במלחיל בין רשות הדחיד לרה"ר
אחריות שליחות בו	121	שונמצאה במכוירים שבמצר
הורמה מיוחדת בזק לציירור	121	בחיל שבסכוטל בין שכנים
לדבר שהוא יותר ביום השוק	103	שונמצאה בקרקע משופחת
מוזק שאיוו يول למומע את הזק	103	מצרין (וכות הקדרמה של בקיות קרקע)
מניעות נזק בהשגת פטור ממס לאחר	103	אם המוכר מכר את כל נסויו לאחר
מניעת רוחה בפועל שהוקם למעביר	103	בכימיטלטן
שהזוק פועל (ראה: פועל)	103	සפוק — מי נחשב מוחזק
שור תם שהזוק — הנזק נעשה שותף בו	103	בשבירות
אם שור אחר הזיק לו אח'כ	103	וכותו היא כלפי הקונה
נזקי שכנים	103	טעם זכות הקדרמה של
איօר ו訾עת עץ סמרק לעץ של שכנו	103	מול ששה שכירה
ענפים המתפשטים על קרקע שכנה (ראה: עץ)	103	מול אשה שקבתה
פעולה שרגרים נזק לשכן בעתי	103	מול יתומים קטנים שננו
קרקע משועבדת לשכן לצרכי ההכרחים	103	קדום לו שותף בקיית חלק שותפו
שרשים החודרים לקרקע שכנה (ראה: עץ)	103	שותף בקרקע כמצרין לגבי שותפו
訾עה במקרקעי והולת (ראה: בניה ונטייה...)	103	מקרה
	103	חובת מי שאינו זוקק לו להשתתף בהוואותיו
	103	מקלט
	49	שימוש במקלט משוחרר כביה כניסה

ענפים הנוטים לרשota הרובים	290-288	נכסי מלאג
בעץ של תלמיד חכם	290	אם האשה מכרה אותו
האם בעלייהם חייב לפקודם	290 289	106
זכות העוברים ושבים לפקודם	290 289	105 גדרם
חווק עזר המחייבים לסלקם	288	106 דירה שהרשמה חזיה ע"ש הבעל
שיעור הענפים שיש לפקוד	289	105 נכסי צאן בROL
פירות שנעו לקרען של אחר	277 276 272 271	105 אם האשה מכרה אותו
בעל העץ אינו מתייחס	277 276	105 גדרם
פירות שנשוו לרשות הרבנים	277 273 271	105 בדירה הרשותה ע"ש האשה
אם בעלייהם גילה דעתו שאינו מתייחס	277	
אם יש גדר סבב העץ	278	<b>סברה</b>
אם לאחר הנישרה אמר לנו מתייחס	280 277	תוקפה – מן התורה 139
אם מחזלו פוטות מתחת לעץ	279 278	<b>סדום</b> (ראה: כופין על מiot סדום)
מוני מיניהם שעלו התיאש	280 275-273	<b>סודר</b> (ראה: קניין סודר)
מתי מניחים שבعلוי יודע שנפלט	276 275	רכישת חזקה להעמיד סוכה בחצר 295
פריט מותק שבעל חיים ואוכלים מיד	275 274	<b>סוציאליות</b>
פריט שאנן דרכו לנשור מעצמו	275	יחס היהדות אליו 138
פריט שאינו נמאס בנפילתו	274	<b>סיטומתא</b>
פריט שרכוכו לנשור למרחוק	275	בדבר שאין בו ממש 155
פריט שרכוכו לנשור מעצמו	275	בדבר שלא בא לעולם 155
פריט שנמאס נפילתו	276-274	ב��כם שותפים לחקל את השיתוף 155
פירות שעל ענף הגונה לקרען של אחר	272 271	<b>סילוק</b> (ראה גם: מחלוקת) 154
שרשים המפשטים לקרען של אחר	272	בחילוק שיתוף 139
אם אין מיקום	285 284 283	<b>סקק</b> (ראה גם: חזקה; מוחזק; מוציא מחבר)
אם הם חודרים לבור של השכן	286 285	למי קרא מוסרימת שייכת 257
אם ייקו ורק בעתיד	286	אם אין סיכוי שתתרור האמת 257
הבעלויות בשרשם שנקצנו	288	כל דלים גברי 257
זכות השכן לסלקם	287 286	שורא דידייני 257
חוות בעל העץ לסלקם	290-287 285 283	<b>עבד</b>
חייב בעל העץ בהצאות סילוקם	288 287 283	של שותפים 51
שיעור הרושם שיש לסלק	286 285	גדור או אגור' בו 112
תשולם על הנזק לבור	287	שאחד מהם שחרר את חלקו 111
שרשוו ברשות אחת וענפיו ברשות אחרת	260	<b>עבדה ודה</b>
<b>ערוב נכסים</b>		איסורה בהנאה 261
يוצר שיתוף בהם	34	טומאה 261
ערמה (ראה: הערמה; תום לב)		מותל בין בית יהודי לבית ע"ז 263-261
עשיות דין עצמות (ראה: עבד איניש דין לנפשיה)		<b>עבד איניש דנא לנטשי</b>
<b>פועל</b>		יסוד לזכות שותף לעשות פעולה הנוחזה בדחיפות 65
פיטוריו אם גרם נזק	144	<b>נכס המשותף</b>
אם אפשר למדרור את הגנה	144	עות/מנין
אם הוקם כמה פעמים	144	המשפט העותמי 194
אם התרו בו	144	יעירובי הוצאות
שהזוק לublisher ומגע ממנו רוחה	147	הקנתת חלק בכיכר לחם לדיררי החצר 112
<b>פירוק שיתוף</b>		<b>ענפים</b> (ראה: ע"ז)
אם אחד מהשותפים פסול דין	222	ע"ז
בדרכם חלוקה (ראה: חלוקת שיתוף)		אסור נטעתו סמוך לעץ של שכנו 288
אם אחד מהשותפים רוצה שימכוו לפולני	200	בתחים הנוטים לקרען של אחר
בהסכם השותפים	200 199	ענפים הנוטים שבחן שכנים (ואה: מוחברים שבמיצר)
בשירותך של יורשים	194	285 284 283
דחייתה בגל צפי לעליית המכירה	137 136	אם העץ ניטע באיסור 288
הצדקה לפטירת המכירה	178	אם נקצנו הענפים והזיקו בנפילתם 288
מכירה לאדם זר	137	הבעלויות בענפים שנקצנו 288
עדיפות למכירה לאחד השותפים	191 195-193	כ overt השן לסלקם 287 286
	212	חוות בעל העץ לסלקם 288 287 283
ע"י גדור או אגור'	(ראה: גדור או אגור')	חוות בעל העץ בהוצאות סילוקם 286

## מפתח העניינים

נושאו של העניין אינו יכול לגבותה	296	בחולקה או במכירה — מה עדיף	165
שינוי ייעודה מרצין הנוטן	296	בקרע או במיטלטין	165
ציבור (ראא גם: קהילה)		בקרע, בשותפים מתחת גיל עשרים	139
חומרה מיהודת בנק לציבור	290	בשותפות עסקית (ראא: שותפות עסקית)	
קהילה		זכות שותף להבע פירוק	222 140-135
מיי הכהילה (ראא: מס)		אם שותף אחר יינז מכך	137
ניהולה על פי החלטת הרוב	49 48	במטלטין	135
קטן		בשותפים שבמוציאר	255
זכות מctrן מול יתומים קטנים שקנו	103	בשותף שנוצר מרצין	229
פירוק שיווק בקרע בשותפים תחת גיל		טעמה	140-138 136 135
עשרות	139	מן התורה	139
שותף — דין גוד או אוגוד' בו	202	סמכות בית המשפט לモונע	221 220
אם שותף הקנה את חלקו לקטן	201	פירוק השירות כולל	194 174 141 140 137 136
קידושי אשה		222-220 214 211	
שותף בנכש המקודש אשה בחלקו	112	תקנת חכמים	139 138
קסם ל'	114 93 41	ע"י רישום כבית משותף	193
קנה אתה וחמור'		גניהו שלא יוכל שותף להבע פירוק	144-141
קנה חז'י	156 112	אם אחד השותפים הפר את הסכם השירות	241
קניין		אם אחד השותפים הקים מוחזרים שלא כדין	241
חזקה (ראא: חזקה)		242	
מחילה אינה צריכה קניין	142	אם אחד השותפים נוהג שלא כדין	144 143
סיטומתא (ראא: סיטומתא)		אם הרוב רוצה לפוך	143
על התהיבות שותפים שלא לדרש פירוק		אם נשאה בשעת יצירת השירות	142
שיתוף	142	ברוך מחייב	142
שותף המקנה את חלקו לשותפו בלי מעשה		בORITY מיטלטין	141
קניין פטור — האם כלוי פסלן	112	הגבלת זמן תוקפה	143 141
קניין אגב (הකנתה מיטלטין אגב קרקע)		הצורך במעשה קניין	142
אגב החלקו של שותף בקרע משותפת	94	242 143 143 142	מחייב מי שכונה לו יורש ממנו
בבית נכס משותף	110	פירות נכס משותף	
קניין גוף וקניין פירוט	95	חלוקתם בין השותפים	128-121
בעל קניין הגורף שהפקיר את חלקו	95	בשותף מוח רושה	123
קניין דרכם'		בשירות למטרה עסקית	124 123
האם מועל בו סיטומתא	155 154	דמי שכירות מהנכס	123 122
הסכום בין שותפיםஇיה חלק יקבל כל אחד	156 155	הרוחה מכירית נכס	123 121
הסכום בין שותפים להילך מפעולו	154	חלב של בהמה משותפת	122
התהיבות לא מנומית	107	לפי גודל מנתו של שותף	121
בדרכו של שיר	296 295	פטור ונהחה מכח נכס	128-126
הפיכתה לתהאי בחוב ממוני	296 107	פרורת הבאים בלי טירחה	123 122
שעשוע שותפים בשעת קניית הנכס	107	פירות עץ (ראא: עץ)	
קניין חצר		נכס משותף שאין בו שופ' כל שותף	29
בחזר שאינה משתمرة לדעת בעליה	125	פרטיות (ראא גם: הזיק וראא)	
בקרע משותפת	125	פגעה פוטנציאלית בפרטיות ע"י שימוש שותף	
אם ורק שותף אחד נמצא לידיה	125	נכס	62
לענין מציאה	125 124	פרענן חוב	
מטעם י"ד'	126	מן רוכבה — זמן בית דין	200
קניין כסף		פרצלציה	
בקנתה מיטלטין	23	אין חלק 'חלה' לשני בעליים	169 166 153 25 24
בגיריות שותף וכיסם	23	פשרה	
שאינו כשווי הנכס הנקנה	23	במקומות שנחלקו הפסיקים	74
קניין משייכה		צדקה	
שותף המוכר את חלקו לשותפו בקניין משיכה	94	מי שיש לו מאתים וזה אינו זכאי לקבל	146 145
קניין טדור		אם נכסיו שוויים פחות ורק זמנית	146
על הסכם הקובלעஇיה חלק יקבל כל שותף	155		
	156		

שותפים	על הסכם ליצירת שיתוף 23 קרקע (ראה: מוקען)
אנג'ים מקפירים זה על זה 35 34 בשיתוף שנוצר שלא מוצנים 35 שחלקו — הם כלוחות 138 108 שותפות עסקית 40 הסכם בין השותפים על ניהולה 40 הצורך במעשה קניין לייצורה 41 40 החיובי לא לפרק למשך זמן קצוב 142 אם אחד השותפים נהג שלא כדין 144 143 חלוקת שווה של הרווחים 124 123 121 34 ניהולה ע"פ החלטת רוב 297 לענין הזאת שותף מהשותפה 297 שותף המנה את חלקו לאחר 112 105 שותף התובע פרקה 112 אם ידוע שבعتיד יגדל הרווח 137 אם לא קבעו זמן למשך השותפות 137 SHIPPI SHOTIF UL HOZATOT SHOHETIA LEMUNA 246 אם הרוציא מנכסי השותפות וגורם הפסר 246 הווצאות שלא היו נחוצות 247 שקלילה הנחיה במס בוכות אחד השותפים 127 שירות	רשות עיניו הדין (ראה גם: שודא דידיין) בעניין שמת נכס שעתיד להתייקר 148 בשותף שמכור את חלקו לאחר 103 רוב ביב דין 48 בניהול נכס משותף לבנייה רגול 297 58 50-47 ברבר החירוג מניהול רגול 297 49 47 יכולת המיעוט בדבר שהוא צורך גדול 65 50 49 יכולת המיעוט בדבר שהוגן עלשות 65 50 49 חויבת לתת פתחן פה לייחיד 297 חויבת תום לב של הרוב 48 לפי בעלי רוב המנות בנכס 47 סעד למיעוט מקופה 58 47 בניהול קורתה 49 48 יחיד ורבם הלהכה כרבים 213 שותפים שהנתנו לא לפך שיתוף והروب רוצה 143 פרק (ראה: פירוט) רוווחים מנכס מסוות (ראה: פירוט) רכוש אם מעדריך את רכשו על פני תמורה 198 ברקע 193 165 קשר רוחני בין אדם לרכשו 273 195 165 יעש חויבת שותף מהסכמתו לרשות בנכס המשותף 49 リスト הרכבים ענפים הנוטים לדרשות הרובים (ראה: עז) פירוט שנשרו לדרשות הרובים (ראה: עז)
במנגה (ראה: מתנה)	שבועה
בצדקה — שירות נושא העני לגבותה 296 שימוש לדעה בזכות (ראה גם: קופץ...) לענין תוקף הסכם שירות כלפי אחר 41 שימוש שותף היחיד בנכס המשותף 57 במיטלטן 66 58 57 בLİ הסכמת השותפים האחרים 66 בנכס העומד להשכלה 84 61 חויבת הרועה לשותפים האחרים 66 58 57 שימוש המונע משותף אחד להשתמש 58 57 אם בפועל אין האחרים עומדים להשתמש 63 המודע שימוש זהה ומאפשר שימוש אחר 61 מניעה ע"י פגיעה בפרטיות 62 מניעה שאינה פיזית 62 שימוש מוקובל בשאחים מתנדבים 243 שימוש שאינו מוקובל 61-59 אם האחרים אינם מוחים 60 אם האחרים מוחים בלי סבה 60 שימוש שאינו בכיר 59-57 אם האחים אינם מוחים 66 60 הגדרת הסבירות 59 שיםישים שניים שלו בחזר משותפת בנייה בית כסא 60 החזקת בהמה 60 59 הנחה אפנאים ועגלת תינוק 60 העמדת רייחיים 60 חייבת משאית במגרש חניה 60 AMILIYA BECASOT 60 עשית כבסה 60 59 עשית מהיצה 59 תלית כביסה במגרש חניה 60 תשולם לשותפים האחרים بعد השימוש 63 60 58 295 122 86-81 אם האחים התנגדו לשימושו 84	כתנאי לקבלת החוזר הוצאות 247 שבת טלטול חפן מראש כותל לחצר 259 שודא דידיין ספק בבעל על קרקע 257 שולחן עירך פרשנות הכרעתו כSEMBIA שטי דעות 214 202 שםה הערכות מחיר של נכס שצפו שייתיקר 149-145 אם לא ידוע בכמה תיתיקר 149 התיקרות בעתיד הרחוק 149 148 146 התיקרות שאינה ודאית 149 לענין הזכות לקבל צדקה 146 לענין מכירת נכס לפרטן חוב 148 147 לענין פרינוי הקדש 147 לענין תשלומי מזק וזלן 147 חולקת שיתוף ע"פ שומה 186-184 93 שותמת הקדש לפי מקומו ושתערו 147 שותמת בכיסי יהומים לרבעון חוב מורשים 147 במן שהחבירם בשפל 148 147 שםר השאותו לעשות פעולה הנחוצה בדחיפות לנכס 65 שהזיק לזרב העתיד להתייקר 147 שי שומרים אחד וזכה להטלק 232 231

## מפתח העניינים

- הקנתה 'חקלקי' שבצד פלוני 116 115  
 השווה להקנתה דבר שאינו מסויים 98 95 93  
 115 114 110 109  
 זכות קידימה לשותף אחר (ראיה: זכות קידימה)  
 חובת הורעה לאחים על כן 91  
 ליותר מ אדם אחד 101-99  
 לבנו או בנותו 115  
 לנכרי 112  
 ניהלו בהעדר הסכמת הרוב  
 השכרת הנכס 51  
 חלוקת זמן השימוש 52 51  
 ע"פ החלטת בית משפט 51 50  
 ניהלו על פי הרוב (ראיה: רוב)  
 שותפים שהסכימו לחלק מסוים מהנכס שייך  
 לאחד 25 24  
 שכיב מושע  
 הנוטן דבר שאינו מסויים 117 116  
 הנוטן מתנה לאחר זמן 117  
 מתנתו אינה יכולה לחול לאחר מותו 116  
 שותף הנוטן את חלקו במוגנת ש"מ 117 116  
 שכירות  
 דרישות שותף בנכש להשכרתו 64  
 זכות מצורנה בה 103  
 זכות קידימה לשותף בשכירת חלקו של שותפו 103  
 אם יש לשותף משפחה גודלה יותר 103  
 קודם למציגן 103  
 חולקת דמי שכירות מהשכרת נכש משותף 122  
 אם רק שותף אחד השכיר אותו 122  
 אם שותף אחד השכיר את חלקו 123  
 כוחו של שותף בנכש להשכר את חלקו 114 94  
 אם אין מכך את חלקו לשותפו 94  
 מכיר לו מין קצוב 227  
 שכיריהם משותפים 231  
 חולקה בסכמה 234 233 232  
 שאחד דוריש' גדור או אגודה 233 231-229  
 שאחד דוריש' חולקה בעין 230-228  
 שאחד השכיר את חלקו לזר 101  
 שותף המשיר את חלקו ליותר מ אדם אחד 100 99  
 בחצר או בבית 101 100  
 בנכש שאינו למוגרים 101  
 שכירות מהנה בל' ידיעת שותפיו 232 231 228  
 בספינה שכורה שבעל הספינה בחוכה 229 228  
 בקרקע 232  
 ליותר מ אדם אחד 99  
 שימוש שותף יחיד בנכש משותף העומד  
 להשכרה 61  
 של נכש משותף וחלוקת דמי השכירות 51  
 שליחות  
 אחריות שליחות בנזקן 65  
 הרשות שלוחה לעשות פעליה הנוחזה בדחיפות 65  
 חיוב משלה בהוצאות שלוחה 245  
 לתוקני שרדיין ולא לעותה" 245  
 שותף כשליח מכללא של שותפיו  
 אם בנה או נתע בקרקע 128  
 במעשייו בנכש המשותף 128 127  
 246 245 243
- אם האחים ויתרו מכלא על התשלום 82  
 אם הוסכם על חלוקה לזמנים ואחד השתמש בזמן  
 של الآخر 84  
 אם השתמש בינויו להסכם השיתוף 84  
 אם השתמש רק בחלק מהנכס 85 81  
 אם השתמש שימוש לא סביר 85 81  
 אם הנה בזמנים חיה של אחר 84  
 אם שימוש גרם נזק כלל לנכס 84  
 בפרק ששימוש אחר לאויה תקופה זמן 64 63  
 86  
 בגין שעדם להשכרה והשימוש מען זאת 84  
 גובה התשלום — שכר ראוי 82  
 שימוש לשם הפקר וווחים 123 122  
 שימוש שלא מענש מהאחרים להשתמש 83-81  
**שיתוף**  
 בין בני זוג (ראיה: אשת איש)  
 הדרכות בילויו של כל שותף (ראיה: בעלות)  
 הסכם שותף אחד דווקא בחלוקת מהנכס 100  
 הירושאה לשותף לעשות פעליה הנוחזה בדחיפות  
 לנכס 64  
 אם האחים מתנגדים 65  
 בית העומד ליפול 65  
 בעיליה שהיא צורך גדול לנכס 65  
 בעיליה שמנהג המוריה לשועשו 65  
 השתתפות שאר השותפים בהוצאות 66 65  
 חובת הורעה אח"כ לאחים 66  
 חובת הורעה מראש אם אפשר 65  
 חשב בשלוחות של האחים 65  
 התיחסות שלילית לשיתוף 242 194 143 141 136  
 בגל הפעalto לפיתוח הנכס 141 140 138 136  
 חזקה שלכל שותף ללק שווה 256 35-33  
 יצירתו (ראיה: יצירה שיתוף)  
 כוחו של שותף להעביר את חלקו 118-91  
 אם החיק הקונה בכל קרקע 117 115  
 אם החיק הקונה רק במקצת הקרקע 115  
 אם השותף האחיר יפסיד מהקנקנה 140 118  
 אם התו שלא יוכל 295 107 106  
 אם יש לו נכס ליד הנכס המשותף 113  
 אם יש לקונה נכס ליד הנכס המשותף 113  
 אם כל שותף נתן לשותפו את זכות המבירה 296  
 אם מראש החכונו שלב משחו יהיה של  
 שניהם 98  
 אם מת הנוטן 118  
 בית קברות 114  
 בכני ושותפים (ראיה: אשת איש)  
 בדבר שאין בו כדי חולקה 114 113 111  
 בדבר שעתיי להיאסר בהאה 117  
 במחנה שכיב מוע 117 116  
 בעית' אין ביריה' (ראיה: אין ביריה)  
 בעית' חוסר גמירות דעת 94 93  
 בשיטור בקרקע אחת או בכמה קרקעות 115 114  
 בשיטור מכוח קנין או מכוח ירושה 98 97  
 בשותפים עסקיים 112 105  
 הבנה בין מכר למתנה 118  
 הקנתה 'חקלק' שאקבל לאחר החלוקה' 116  
 הקנתה חלק שאינו מסויים מחלקו 117  
 הקנתה חלקו לשותף אחר 112 94 93

בשימוש פוליה הנחוצה בדחיפות לנכס	65
שרשים של עז (ראה: עז)	
תולה בדעת אחרים	
לענין 'ברירה'	116
תום לב (ראה גם: הערמה)	
חלוקת שיתוף	172
בשותף הדורש פירוק השיתוף	137
בשותף המקיים החוברים שלא כדין	136
לענין החלטה בעניין ניהול נכס משותף	241
לענין מוקף הסכם שיתוף בלבד אחר	48
מניעה בערומה של חלוקת שיתוף	41
תחום (ראה: מחוברים שבמיצר)	211
תחום שבת ויום טב	210
לענין חפצים	195
תיווך	
די תיווך לשותף שהסביר את הנכס	122
חכנון ובנין (ראה גם: פרצלציה)	
כללים המגבילים יכולת לחלק קרקע	166
תלמוד ירושלמי	167
מחלוקת בין הבעלי לירושלמי	126
תלמיד חכם	
אחריות מינימלית אם ענפי עזו נוטים לרעה	290

תנאי	
בהתחריבות שותפים שלא לדריש פירוק שיתוף	142
הפקת התחריבות להימנע מעשה לתנאי בחיב	
מומוני	107
חלוקת שיתוף עם תנאי מפסיק	162
תקנות הכלמים (ראה גם: ייעשית היישר והטוב)	
חלוקת שיתוף	
בחלוקת שיתוף	
אם לאחד השותפים קרקע פרטית בסיכון	173
175	
אם שותף א' קנה את חלקו של שותף ב'	175
אור או אודר	194
זכות שותף לפרק את השיתוף	139
תקנות יהושע בן נון	138
בענינים הנוטים לקרקע של אחר	272
בשרותם הנכנסים לקרקע של אחר	272
תרומות ומעזרות	
בפריות קרקע של גוי	25
בסוריה	25
קרקע השיכת ליהודי ולגוי	28-25
תשולם איין	
לשותף שקיבל חלק קטן בעת החלוקה	181
176	
185 184 182	
עקב אלילוי חינן	181

## מפתח המקורות

תלמוד בבלאי	מקרא
290 138 עירובין ג, א עו, ב 259 סוכה ד, א 169 כתובות כה, א 202 פ, א 139 צג, א 123 צג, ב 34 קה, א 276 נדרים מ, א 112 111 מו, ב 114 28 27 מח, ב 296 גיטין כה, א 138 ל, ב 276 מב, א 111 מז, א 25 מז, ב 25 מח, א 108 מח, א 26 עד, ב 249 קידושין ז, א יט, ב 142 בבא קמא ז, ב 146 84 83 כ, א 84 מט, ב 124 צג, ב 147 בבא מציעא ב, א 33 כ, א 192 יא, א 124 טו, ב 95 כת, ב 275-274 נ, ב 227 עח, ב 147 קא, ב 42 קב, א 124	<p>שמתי כג, ב 48 דברים ו, יח 169 101 51 משלוי טו, כז</p> <p>פאה ה, ד 146 מעשרות ג, ד 276 274 בבא מציעא ז, א 33 נ, ב 260 בבא בתרא א, ה 50 א, ג 167 ב, יב 288 287 285 ב, יג 286 ב, יד 289 סנהדרין א, ח 48 עבדוה וריה ג, ג 261 אבותה ג, ג 124</p> <p>תוספה בבא קמא ז, ב 244 בבא מציעא ח, ט 127 יא, א 33 יא, ט 73 יא, יב 41</p> <p>מסכתות קטנות מסכת סופרים יד, יח 259</p> <p>תלמוד ירושלמי מעשרות ג, ב 276 כתובות י, ד 124 ייטין ד, ה 111 בבא מציעא ז, ד 127 ג, א 259 י, ג 258 126 בבא בתרא ב, יא 289 עבדוה וריה ג, ג 262</p>

## מפתח המקורות

אור זרוע, בבא בתרא	266 265 261-259
ס"י מא 111 94	110 101
ס"י פח 94	249
בית הבחירה	249
גיטין מז, ב 25	קיטן, ב 34 33
בבא מציעא קטן, ב 33	קית, א 200
182 177 176 173	קית, ב 260
173 52	בבא בתרא ב, א 258
כ"ז, ב 289	ב, ב 42
ס, א 290 289	ג, א 155 154
קכ"י, ב 94	ג, א 185 184
ר' ברוך מאץ יוון	ג, ב 183
בבא מציעא כו, א 95	יא, א 209 167
רבנו גרשום, בבא בתרא יב, א 102	יא, ב 124
רבנו גרשום, בבא בתרא יב, א 168	יב, א 168
כ"ז, ב 289	יג, א, ב 213
קכ"י, ב 93	כד, ב 290 138
הגהות אשרי, בבא בתרא, פרק ד, ס"י ד 114 111 94	כה, ב 285
הגהות מיימוניות	כו, א 286 285
הלכות גולה ואברהם, פרק י, אותן ג 243	כו, א 287
פרק יב, אותן י 40	כו, ב 288 284
הלוות שכנים, פרק א, אותן ב 198	כג, ב 289 286 272
דפוס קושטא, הלכות שנים, פרק ב, הלכה י 157	מג, ב 248-244 242 128
חוירושי... ("אה לפי שם המחר")	נו, ב 59
רבנו חננאל, ברמבי"ן, הלכות נדרים, דף טו, א 28	ס, א-ב 290 289
בחידושי הרמב"ן, בבא בתרא יא, ב 126	סב, ב 114 111
בחידושי הרשב"א, בבא בתרא מא, ב 248 244	סה, א 183
ברא"ש, בבא בתרא, פרק א, ס"י ג 213	לק, ב 158
בניומי יוסוף, בבא מציעא עא, א, בדפי הרי"ף 35	קנ, ב 40
ביבורי הלכה, בבא מציעא קטו, ב, אחורי צין ב 35	קד, א 176 174
טור, חומ"ם	קד, ב 112
קנוד, כז 185	קמג, א 112
קנוד, כח 116	קמג, ב 244
קננה, מא 287	עכדרה דודה מנ, א 262 261
קננה, מב 259	חולין, א, א 48
קננה, מג 286	קללה, ב 25
קנוד, ב 154	בכורות נב, א 92
קנוד, כו 263	עכין, ד, ב 34
קנוד, ז 59	כד, א 147
קעא, ג 208	<b>גארנים</b>
קעא, ד 182	רב האי גאון, ספר המזרנויות 102
קעא, ה 198	רב האי גאון, בטור, חומ"ם, קעא, כו 178
קעא, כו 178	בטור, חומ"ם, קעא, לו 201
קעא, כז 198	שאלות ר' אחאי, שאלות קלט 157 156
קעא, לג 196	תשובה גאנונים קדמוניים, ס"י קו 287
קעא, לו 201	גאון, בטור, חומ"ם, קעא, מב 259
קעא, ה 178	
קעד, ג 178	
קעד, ח 94	
קעט 35	
ריה, יט 94	
רט 125	
רעעה 118 93	
רעעה, יד 94	
רטעה, ב 228	
יד רמה (אה גם: רמ"ה), בבא בתרא	<b>ראשוניים</b>
פרק א, ס"י יא 169 168	אגודה
	בבא מציעא קת, ב 102
	בבא בתרא, ס"י קנט 94

## מפתח המקורות

- בבא קמא, ס"י קעוו 41 40  
 ס"י קעוו 127  
 בבא בתרא, ס"י קעט 170  
 ס"י חקן 175  
 ס"י תקט 214  
 ס"י תקסט 169  
 ס"י תקע 109  
 ס"י תקפ 94  
 מהר"ם מנין, ש"ית, ס"י ז 74  
 מישים, נתיב קו, ח"ב 183 139  
 נתיב לא, ח"ג 73  
 מלוחמות ה' (בדפי הרי"ף)  
 בבא מציעא ח, א 170  
 בבא מציעא יב, ב 275  
 מרדכי  
 כתובות, ס"י קסז 223  
 ס"י רלו 244  
 ס"י רלה 144 143  
 ס"י רסד 223  
 ס"י רעד 175 171 170  
 בבא קמא, ס"י קסז 247 245  
 ס"י קעוו 40  
 ס"י קעוו 127  
 ס"י קעט 40  
 בבא מציעא, ס"י שפד 94  
 בבא בתרא, ס"י קעט 170  
 ס"י תקן 175  
 ס"י תקט 214 198 194  
 ס"י תקלט 248-245  
 ס"י תקנה 99  
 ס"י תקסט 169  
 ס"י תקע 109  
 ס"י תקפ 94  
 ס"י רשות 40  
 ר' משולם בר' קלונימוס, בצוור הכסף, עמ' צא ועמ'  
 קצז 40  
 נימורי יוסף (בדפי הרי"ף)  
 בבא מציעא ע, ב 33  
 עא, א 35 33  
 בבא בתרא ח, א 196 182 180  
 כג, א 246  
 לד, ב 111  
 נה, ב 95 94  
 סמ"ר, בש"ת מהרש"ם, ח"מ, ס"י שצח 40  
 סמ"ג, עשין צו (דף קפו, א) 201  
 ר' עובדיה מברטנורא, פאה, ח, ח 145  
 ס' העטרו, שיטוף, דף מב, א, ליד אות כו 40  
 החלוקת לרकעות, לד' אות ח 180  
 עלילוי דרבנו יונה, בבא בתרא ג, א 157  
 ג, א, סוף ד"ה ולענין 186  
 יי, ב 213  
 ס' הערכו, ערך גד ב' 194  
 ערך מרදע 286  
 ר' פנחס הדידי, בש"ת הרמב"ם (בלאו), ס"י שצג 94  
 צורור הכסף, עמ' צא 40  
 עמ' צז 201  
 עמ' קצז 40  
 ס"י כה 156  
 ס"י עב 182  
 ס"י מג-כמד 126-124  
 ס"י קכח 181 179 177 176  
 ס"י כסב 173  
 ס"י קסד 198 197  
 ס"י קסז 201 52  
 ס"י קעג 232 230 209 208 201 200 177 52  
 פרק ב, ס"י נא 284  
 ס"י קב 288  
 ס"י קיה 272  
 פרק ג, ס"י קכט 248  
 פרק ח, ס"י צז 114 113 111 94  
 ר' יהודה מפרייש, בדורדי, בבא בתרא, ס"י תקפ 94  
 רבנו יונה, בהגחות מיימוניות, דפוס קושטא, הלכות  
 שכנים, פרק ב, הלכה י 157  
 ר' ברא"ש, בבא בתרא, פרק א, ס"י מז 179  
 ר' יוסף הלווי ז' מיגאש, חייזרים, בבא בתרא  
 יב, ב 180 177 176  
 גג, א 201 52  
 מ"ב, ב 247  
 ר' יוסף הלווי ז' מיגאש  
 ברא"ש, בבא בתרא, פרק א, ס"י נא 195  
 בגין משה, הלכות כויה ומננה, ג, ה 118  
 ר' יצחק, באגדה, בבא בתרא, ס"י קנט 94  
 בתוספות, בבא בתרא ג, א, ד"ה אית 198  
 בתוספות, בבא בתרא ג, א, ד"ה בכור 123  
 ר' יצחק אבן גבירתא, בבא מציעא קח, א 102  
 ר' יצחק אור זרוע, בש"ת מהר"ח אור זרוע, ס"י קכא 114 112 111 98 94  
 ר' יצחק בר מרדכי, בדורדי, בבא בתרא, ס"י תקפ 94  
 ר' יצחק קרכושא, פירוש, בבא בתרא יב, ב 174  
 ר' ישעיה, בטור, ח"מ, ס"י קעא, ה 198  
 האמור הדול, בבא בתרא ד, א (בדפי הרי"ף) 285  
 מגיד משנה, על הרמב"ם  
 הלכות אישות, ייח, ב 223  
 הלכות גילה ואבידת, טו, טז 275  
 הלכות כויה ומננה, ג, ה 118  
 הלכות שכנים, א, ב 197 62 51  
 יב, ב 176 174  
 הלכות שכירות, ה, ה 228  
 מהר"ח אור זרוע, ש"ת, ס"י קכא 112 111 98 94 92  
 ס"י קנא 60  
 ס"י רנא 107  
 מהרייל, ש"ת, ס"י עז 103  
 מהרייק, ש"ת, שורש כ 103 41 40  
 שורש קפב (בדפוס ראשון ובמהד' אויריתא; שורש  
 קפד במחדרות אחריו) 40  
 מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, ש"ת (ראה גם: תשובה  
 מיימוניות)  
 דפוס פראג, ס"י רכו 248 247 245  
 ס"י שכה 126 125  
 ס"י תקססא 243  
 דפוס קרימוניה, ס"י כה 94  
 ס"י רח 213 210  
 מוהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, מובה בדורדי  
 כתובות, ס"י רען 171 170

## מפתח המקורות

<p>ריב"ש, ש"ת</p> <p>232 169 51 ס"י רכו</p> <p>97 ס"י רכח</p> <p>104 103 ס"י שפט</p> <p>289 ס"י תנה</p> <p>104 103 ס"י תפג</p> <p>183 ס"י תקיין</p> <p>ר"ד, פסחים, בבא בתרא קכט, א-ב 94</p> <p>ריטב"א, חידושים, כתובות צג, ב 123</p> <p>בבא מציעא כב, ב (החדשים) 278</p> <p>בבא בתרא א, ב 184</p> <p>יג, ב 213 67 מב, ב 243</p> <p>קכט, ב 94</p> <p>עבודה זורה מז, א 264 262</p> <p>ריטב"א, בנימוקי יוסוף, בבא בתרא ח, א, בדף הר"ף 180</p> <p>רייצ'ב"א, בתוספות, בבא בתרא יב, ב, ד"ה כגון 173</p> <p>בבא בתרא ג, א 198</p> <p>רי"ף (בדפי הר"ף)</p> <p>בבא קמא ב, א 146</p> <p>בבא מציעא סג, א 137</p> <p>בבא בתרא ב, א 35</p> <p>ח, ב 213</p> <p>לא, א 59</p> <p>רי"ף, בש"ת מהרשד"ם, חו"מ, ס"י שצחה 40</p> <p>רמב"ם, משנה תורה</p> <p>263-261 הלכות עבודת זורה, ח, ה</p> <p>148 הלכות אישתא, ד, ט</p> <p>29 הלכות נדרים, ז, ד</p> <p>145 הלכות מתנות עניין, ט, יג</p> <p>ט, טז 146</p> <p>179 29-27 הלכות תרומות, א, כ</p> <p>277 הלכות מעור, ג, כא</p> <p>288 287 הלכות ביכורים, ב, יא</p> <p>138 הלכות שמיטה, יא, כ</p> <p>289 הלכות נזקי מןן, ג, בו</p> <p>246-244 242 הלכות גולה ואבודה, י, ז</p> <p>י, ח 245</p> <p>י, ז, ה 276</p> <p>טו, טז 277 274</p> <p>טו, טז 278 275 273</p> <p>154 הלכות מカリיה, ה, יד</p> <p>כד, י 184</p> <p>115 הלכות זכיה ומתנה, ג, ה</p> <p>114 109 98 96 95 93</p> <p>222 197 196 165 138 137 א, א</p> <p>201 199-195 138 62 52 51 א, ב</p> <p>233-229 א, ג</p> <p>168 א, ד</p> <p>157 156 ב, י</p> <p>184 183 ב, יב</p> <p>255 ב, יד</p> <p>262 259 ד, ט</p> <p>50 ה, א</p>	<p>עמ' רטו-רוויח 201</p> <p>צרכתי, ר"ש, המובה ברא"ש, נודים, פרק ה, ס"י א 29</p> <p>קיצרו פסקי הרוא"ש, בבא בתרא, פרק ד, ס"י ד 111</p> <p>ר' קלונימוס הוזקן, ברא"ש, בבא קמא, פרק י, ס"י כה 127</p> <p>רב"ד, השגות על הרמב"ם</p> <p>34 הלכות עכין וחרמיין, ה, זי</p> <p>96 הללות שנכנית, א, ב 62 52</p> <p>א, ג 232 196 195 ה, ט</p> <p>הלוות שלוחין ושותפין, ד, ב 41 40</p> <p>ג 123</p> <p>ראכ"ד, בחדורי רושב"א, בבא בתרא קכט, ב 94</p> <p>בפירוש הר"ר קרקשא, בבא בתרא יב, ב 174</p> <p>ביבת הבחירה, בבא מציעא קטט, ב 35-33</p> <p>ברא"ש, בבא בתרא, פרק א, ס"י כ 183</p> <p>ראי"ה, בנימוקי יוסוף, בבא בתרא ח, א, בדף הר"ף 196 180</p> <p>כג, א, בדף הר"ף 246</p> <p>ראי"ש, פירוש, נודים מו, ב 114</p> <p>רא"ש, פסחים</p> <p>124 כהות, פרק י, ס"י י</p> <p>29 נודים, פרק ק, ס"י א</p> <p>148 קידושין, פרק א, ס"י זי</p> <p>127 בבא קמא, פרק י, ס"י כה</p> <p>בבא מציעא, פרק ט, ס"י כא 110 102</p> <p>ס"י 102</p> <p>בבא בתרא</p> <p>פרק א, ס"י ג 198 156</p> <p>ס"י כ 185 183</p> <p>ס"י לח 185</p> <p>ס"י מו 180 176 174 173</p> <p>ס"י מז 179 178</p> <p>ס"י מח 178</p> <p>ס"י מט 175 174 118 115 94</p> <p>ס"י ג 213</p> <p>ס"י נא 229 197-195</p> <p>פרק ג, ס"י ע 59</p> <p>פרק ז, ס"י ב 160 159</p> <p>ראי"ש, ש"ת, כלל אל, ס"י א 126 125</p> <p>ס"י ב 232-228 105</p> <p>כלל ג, ס"י ה 49 48</p> <p>ס"י ט 74</p> <p>כלל פה, ס"י ד 202 201</p> <p>כלל צא, ס"י א 243</p> <p>כלל צח, ס"י ב 158</p> <p>ס"י ג 199 198 194 169</p> <p>ס"י ד 174 52</p> <p>ס"י ז 139 138</p> <p>כלל צט, ס"י ג 118 116 115 110</p> <p>ראי"ש,tosפות על התלמוד, בבא מציעא קח, ב 102</p> <p>ראי"ש, בטוח, חו"מ, קנו, כו 264 263</p> <p>ראי"ז, פסחים, בבא בתרא, פרק ח, הלכה ב, אות י 94</p> <p>ראי"ז, קונטרוט הראות, בבא מציעא כו, ב 95</p> <p>ריב"א, במודכי, בבא בתרא, ס"י תקט 198</p>
--	--

## מפתח המקורות

עבדורה זורה מז, א	73
ר"ג, פירוש, נדרים מה, ב	59
מז, ב 27	100
114 28	2
ר"ג, בימיoki יוקט, בבא בתרא כג, א (בדפי הר"ג) 246	289 288 286 285 289-287
רקנטי, פסחים, סי' שכט 247	208 177 174 173 יב, א
רש"ש על הר"ג, בבא בתרא לד, ב (בדפי הר"ג) 111	180 176 174 יב, ב
נה, ב (בדפי הר"ג) 92	109 102 יב, ד
ש"ע, על התלמוד	112
כתבות צג, ב, ד"ה שור 123	יב, ג
סוטה מג, ב, ד"ה כל חד 25	103
גיטין מו, ב, ד"ה טבל וחולין 29-25	יב, ד
בבא קמא ז, א, ד"ה מי שהיה לו 146	יד, ד ויאלך 103
ז, ב, ד"ה ולא איל 146	ה, ב 41 40
צ, ב, ד"ה לא עשו ולא כלום 25	ד, ד 144-142 137 112 ה, ה 35
בבא מציעא כא, ב, ד"ה עם נפילתה נמאסת 274	הלוות שלוחין ושותפין, ד, א 23 הלוות טווען ונטען, טו, ד 257 הלוות נחלות, ג, ג 110 רמב"ם, יירוש המשניות, בבא בתרא, א, א 157 רמב"ם, שות' מהר' בלארו (מהר' בלארו)
כב, ב, ד"ה כרברא מאי 278	א, ג 194 סי פב 247 סי צז 48 סי כסו 100 סי שחצ 142 סי שחג 232 94 סי שצז 112 סי חטן 245 76 רמב"ן, הלכות נדרים, דף טו, א 29 28 רמב"ן, חידושים, ניתין כד, ב 25 בבא בתרא ז, ב 183 בבא בררא יא, ב 126 בבא בתרא יב, ב 177 173 בבא בררא יג, א 198 בבא בררא מד, ב 110 בבא בררא נת, ב 49 עבדורה זורה מז, א 264 262 רמב"ן, קונטוס דיא דגרמי (עמ' קיב, במהר' מכון התלמיד היישראלי) 287 רמב"ן, ביניומי יוסף, בבא בתרא ח, א, בדפי הר"ג 180 ברא"ש, נדרים, פרק ה, סי' א 29 בשות' מהרשב"ם, חוו"מ, סי' שחזה 40 רמ"ה, שות', סי' רעה 63 סי רצג 111 95 94 רמ"ה (ואח גם: יד רמה) בשות' הרשב"ם, המיחוסות לרמב"ן, סי' מג 197 בטור, חוו"מ, סי' קעה, סעיף ג 209 208 ר"ן על הר"ג (בדפי הר"ג) כתובות כ, ב 223 כתובות נב, ב 123 עבדורה זורה כ, ב (בדפי הר"ג) 262 ר"ג, חידושים בבא מציעא קוז, ב 33 בבא בתרא קכו, ב 114 97 94
רב"ב, ב, ד"ה נפל שניי 42	
ז, א, ד"ה ברוחות 156	
ז, ב, ד"ה ולא סלמות 184 183	
יב, א, ד"ה כי דלו 168	
יב, ב, ד"ה אמרי 113	
יב, ב, ד"ה תרי 179 178	
יע, א, ד"ה חד גיסא 175	
כה, ב, ד"ה ונונן דמים 285	
כו, א, ד"ה עמוק 287	
כו, ב, ד"ה מרדע 286	
כו, ב, ד"ה שעל 284	
עבדורה זורה מז, ב, ד"ה נדרין 263 262	
חולין כה, ב, ד"ה וכשחיבין 92	
קללה, ב, ד"ה טבל וחולין 25	
רש"י, בביה יוסף, חוו"מ, סי' קעה, סעיף ה 195	
ברדרישה, חוו"מ, סי' קעה, סעיף ה 102	
רש"ב"א, חידושים, בבא מציעא כא, ב 275	
בבא בתרא ג, ב 183	
יב, ב 174	
יא, א 201	
יא, ב 213	
מכ, ב 244	
קו, ב 158	
111 94	
קכו, ב 142 141	
ה"א, סי' שווית 168	
סי תתקאי 196 196	
סי תתקין 223	
סי תתקבב 110 94	
סי תתקנן 201 169 63 51	
ח"ב, סי' פב 117 116 112 109 98 96	
סי פז 107	
סי קמא 201 194 125 122 86-82 64-62 29	
סי קנא 243	
סי רא 109	

## מפתח המקורות

יב, ב, ד"ה בגון	174 173	ס"י טש	201
יב, ב, ד"ה מעילין	178 113	ח"ג, ס"י קכח	117
יא, א, ד"ה את	198	ס"י קלח	122
יא, א, ד"ה בדור	123	ס"י קמח	109
יג, א, ד"ה חד ג'יסא	175	ס"י קנט	102 94
מב, ב, ד"ה שבח	248	ס"י קצחה	94
קו, ב, ד"ה ושואל	159	ח"ד, ס"י קנט	148 147
קכו, ב, ד"ה לא	109 94	ח"ה, ס"י קכט	49
נדלה, ב, ד"ה רודיה	194	ס"י קמה	170
רבינו תם, בתוספות, בבא בתרא יב, ב, ד"ה		המייחסות לרמב"ן, ס"י מג	234 233 198 197
מעילין	178 113	רש"א, בחוץ איש, חומר, בבא בתרא, ס"ד,	
בתוספות, בבא בתרא מב, ב, ד"ה שבח	248	אות י	40
בטורו, ח"מ, ס"י קעא,	202 201	רש"ם, בבא בתרא מב, ב, ד"ה לומר שנוטל	248
במרוככי, בבא קמא, ס"י קנט	40	מן, א, ד"ה דרכוב	97
בר"ז, נדרים מה, ב	114 28	נז, ב, ד"ה לכולא	60
ס' התורות, שער מות, חלק טז, אות ב	35	כב, א, ד"ה האחין שחילקו, וד"ה קנו כולם	158
תרומת הדשן, שו"ת, ס"י שלו	192	קו, ב, ד"ה הכי נמי	159
ס"י שלו	264 263 259	קו, 25	
ס"י שמוב	49 40	קכו, א, ד"ה בנכסי	92
תשב"ז, ח"א, ס"י נב	149-147	קוב, ב, ד"ה לא	118
ח"ג, ס"י זח	244 122 84 83 76 48	רש"ש, שו"ת, ס"י ח	29
תשובה בעלי התוספות, ס"י יד	126	ס"י טז	
תשובה ממיינזינגן, ספר קניין, ס"י יד	210	ס"י ט	
ס"י לג	23	ס"י פ	94
ס"י לה	118 104-102 29	ס"י קלט	86 63 52
ס"י לט	182	ס"י קפ	244 65
ספר משפטים, ס"י מב	118 94	ס"י רט	75
		ס"י רפה	94
		ס"י תחק	117
		ס"י תרה	115 95 94
		שיטה מקובצת, בבא בתרא ב, ב, ד"ה נפל שניי, בשם	
		"גלוין"	42
		יב, ב, ד"ה פשיטא	180
		יג, ב, ד"ה וול הר' יונה	194
		רבינו שמחה, ברדא"ש, בבא קמא, פרק י, ס"י כה	127
		128	
		ר' שמשון משאנץ, פאה, פרק ח, משנה ח	145
		סוכה מא, ב, ד"ה אלא	94
		כחוות ק, א, ד"ה ובורוין	159
		גייטן לד, א, ד"ה ב"ד	201
		מו, ב, ד"ה טבל	29-27
		קידושין מב, א, ד"ה ובורוין	
		בבא קנא ז, א, ד"ה אי	146
		סת, א, ד"ה כל הנלקט	97
		בבא מציעא כא, ב, ד"ה תאנה	274
		ככ, ב, ד"ה מאהר	275
		כב, ב, ד"ה כרכטה Mai	278
		קו, א, ד"ה אילן	272 265 260 259
		בבא בתרא ג, א, ד"ה רב אשוי	157 156
		ז, א, ד"ה אלל	185
		יא, א, ד"ה ולא	167
		יב, א, ד"ה ולא	168

## מפתח המקורות

קעד, ב	178	אוורום ותומים, סי' קמו, תומם, ס"ק כד
קעה	103	אולאי, ר' אברהם, פירוש לאבות, ה, י'
קעה, כד	23	אג'ר, ר' עקיבא, הגות לשו"ע, חו"מ, רס, ר
קעה, ב	23	אג'ר, ר' עקיבא, שורת מתרב יד (תשכ"ה), סי'
בי'וד... (ראה לפ"ש המחבר)		קייב 116
בירור הלכה (מכון הלכה ברורה)		אג'ר, ר' שלמה, שו"ת, חו"מ, סי' י
כתובות צ, ב, צין א	121	אללה שלוחה, בא ברוא ג, א 29
בבא מציעא כו, ב, צין א, פסקה א	95	אלית השוח, בבא מציעא קט, ב 34
קח, א, צין ז	102	אלישיב, ר' יוסף שלום, מורייה, גל' קעה, עמ'
קח, א, צין ג, פסקה ה	103	צב-צד 95
קח, א, צין ג, פסקה ג	23	אמר שמואל, שו"ת, חו"מ
קטו, ב, אחריו צין ב	35	ס"י טו (השני) 118 116 114 109 98 93
בבא בתרא ג, א, צין ד	157	אמת לעקן, בא בתרא יג ע"א 197 194
כו, א, צין ו	285	אנציקלופדיית תלמודית
כו, ב, צין ד	286	ערק גוד או אגד, כרך האgod, ער-דרמת 194
בית אהרן (כהן), על הרמב"ם, הלכות שכנים		עמ' רמו-דרמה 200
א, א	139	ערק חוליקת שותפות
בית דוד (פיליסטר), שו"ת, חו"מ	200 52	פרק טו, עמ' חיט-תכב 137
ס"י נה	86 85 64 51 40	lid ציוני הערות 52 197-201
ס"י צין 94	116 98 94	lid ציוני הערות 51 238-244
בית המדורש, על הרמב"ם		lid ציוני הערות 52 258-262
בללות שכנים, א, ב	201	פרק א 51
בית בורל, ח"א		ערק יוש, כרך כא
סע' לד, אות ב	139	lid ציוני הערות 273 95-102
אות ג	194 169	lid ציוני הערות 273 111-120
בית יוסף, ח"ם		ערק יורד לנכסי חברו שלא מרעתו, כרך בג
מו, ב	243	עמ' תצד-תבקא 242
צט, מחודש ה	201	עמ' תצד-תצעז 248
קט, ג	149-147	עמ' תצד-תצעז 244
קנו, א	157	עמ' תצד-תצעז, הערכה 246
קס, ג	73	ערק קופים על מדת סדום, כרך כז, עמ' 173
קס, ז	59	ארכות משפט (אושינסקי), עמ' קצו 75
קעה, ה	197 195	אריה דבי עליאי, שו"ת, חו"מ, סי' ג 34
קעה, ב	200	ашנני, ר"א, בשוו"ת שמה לב (גאגין), חו"מ, סי' 93
קעה, כז	200	באהלה של תורה, חו"מ, סי' צ, אותיות ד-ה 288 287
קעה, ב	173	באר אלחנן, עמ' רל ועמ' רלה 29
קעה, ב, מהודש כ	103	באר גוללה, חו"מ, שז, ס"ק ר 233 231
קעה, מהודש כה	103	באר היטוב, חו"מ, קעה, ס"ק ג 160
קער, כג	144	באר יצחק, שו"ת, יורה דעת, סי' לא, ענה ב 265
קער, לג	144 143	באר מים חיים, בראשית לג, יט 195
רעח	110	יקרא בו, ג 195
בית יהוזיאל (סונה), בא בתרא		בדוק הבית, חו"מ
ס"י ד, אות ב	242	קעא, לו 234
ס"י ז	169	קעג, ג 183
בית יעקב (אייזביצא), פרשת משפטים		ב"ח, חו"מ
אות ה	195	קענ, ט 264
אות יא	195	קענ, כו 263
אות יז	195	קטא, ו 59
בית יצחק (ברוטל), בא בתרא, סי' ב, אות ג	34	קעה, ג 209
בית יצחק (ברבר), דיני ביריה, סי' א, אות יא	27	קענ, טז 212
בית יצחק (שמליקיש), שו"ת, חו"מ		קענ, כז 199
ס"י מד	123 84 63	קענ, לו 233 231 230
ס"י מט	105	קעג, ג 183

## מפתח המקורות

הערה ס	174	בית שמואל, אהע"ז
הערה ס א	198	פ"ח, ס"ק כ
הערה ס ב	51	צ"ד, ס"ק ב-ג
הערה ס ח	94 51	בכורי הרם, סוכה, עמ' קנב 29
דברי אברהם (שדמי), ח"ד, ס"י ד	95	בעי חי, שו"ת, חו"מ, ח"א
דברי גאנונים, כליק, אותן ה	86	ס"י קל 40
דברי יחזקאל, ס"י מו, אותן ג	146	ס"י קמה 115 111 110 96
דברי פופרים (ר' צדוק מלובלין), אותן ג	195	ס"י רט 111 97
דברי יירובות, שו"ת, ס"י ססה 34		115 111 110 94
דניל רואון, שו"ת, ח"ב, ס"י מד 200		בצדך ובמשפט, ס"י כסא, ס"ק ג 49
דורוש משפט, צג, ה	34	ברוך טען, סוגיות קניין פירות 26 25
דינני מוננות, ח"ב		ברית עולם (ולר), שו"ת, ס"י סא
שער ד, פרק ג, עמ' שלב, הערה 3	144	אות א 108
שער ה, פרק א		אות ב 109 96 93
סעיפים ט-ג	74	אות ג 112 97
סעיף טו	73 49	אות ד 96
DSLDR, ר"א, חידושים, עמ' עז-עה	34	אות ו 111 98 27
דרישה, חו"מ		אות ז 111
קעא, סעיפים יב, כח-כט	200	ברכות חיים, גיטין, ס"י יד
קעד, ה	180	אות ב 27 26
קעה, ה	102	אות ג 29 27
רט, ו	277 274	אות ד 26
דרבי משה, ח"מ		ברכת ראבנן, דף קב 198 196 194 52
קעא, ס"ק ג	51	דף קג 52
קעד, ס"ק ב	178	ברכת שלמה, חו"מ, סי' ייח, אותן ז 40
קעה, ס"ק יא	103	גידולי תורה, על ספר התורמות
ריד, ס"ק ב	109	שער מט, חלק תז, אותן ב 35 33
שטע, ס"ק ג	229 228	ייתרوردיטים, ש"ת
הגהות... (ראיה לפि שם המחבר)		או"ח, כלל ד, ס"י ל 202
הדרת מרדכי, דף יח ע"ג-ע"ד	126	חו"מ, כלל ג, ס"י מט 40
הלכה רבת, ח"ב, ס"י שבב, עמ' עז-עה	40	בן נועל, פתרו ג, פריח ייח 116 97
העמק שאללה		גר"א, ביאור על השו"ע, חו"מ 265 264
שאלתו כו, ס"ק כד	26	קננו, ס"ק מא 232 229 196 138
שאלתו קליל, ס"ק ד	157 156 139	קען, ס"ק לט 175
הערציג, ר' חיים מאיר, בשו"ת ברית עולם (ולר), ס"י		קען, ס"ק ב 243
סא, אותן א	108	ס"י, ס"ק ב 274
הפלאה, קנותם אהרון, פח, י	246	גר"א, ביאור על ירושלמי 25
ויאמר יצחק, שו"ת, ח"ב		דמאי, ו, ז
ס"י קו	201	גר"א, ביאור על תנ"ך 195
ס"י קפה	142	אסתר ג, גי
ויקרא אברהם (אדאי), שו"ת, חו"מ		גר"א, בגותה, בבא מציעא כב, אותן ב 278
ס"י קו	86	גרנ"ט, חידושים, בבא בתרא, דינא דגונ או אגונ 200
ס"י מד	117-115 98	דבר משה (אמארילוי), שו"ת, ח"ב
זכרון שמואל, ס"י נב	139	ס"י מ 86
זרע יעקב (נאט), שו"ת		ס"י סא 103
ס"י ז	116 109 98 94 63	דברisha (רוומני)
ס"י צו	86	קידושין מא, ב, סי' כא, אותן ב 29
זקס, רג"פ, בהערותיו לתוספות ר"ד, בבא בתרא		דברות משה
113 111 93 92	198	gitin, ח"א, סי' כו, הערכה ג 27 26
חוקות החחיים, שו"ת, ס"י סב	115 111 109 96	בבא קמא, סי' ג, ענף ד 146
חוון איש		בבא בתרא, סי' ט 174 173 158
י"ד, סי' קצוו, אותן יז	28	ס"י י 232 198 196 194 139 29
נשים, סי' קמו, אותן א	51	ענף א 200
בבא בתרא, סי' א, אותן ג	50	ענף ד 142
ס"י ד, אותן ז	73	ס"י יב, הערכה ט 156
ס"י ד, אותן י	40	
ס"י ד, אותיות יד-טו	49	

## מפתח המקורות

- ספר הירושע, ש"ת, ס"י קכט 246  
 ים של שלמה, בבא קמא, פרק ח, ס"י ס 155  
 ישמה לב (גאגין), ש"ת, ח"מ  
 ס"ה 116 114 110 96 95 93  
 ס"ו 114 113 110  
 ישראל קדרושים, אotta ה 195  
 הכהן, ר' אברהם, בשו"ת שמחת יהודה, ס"י נב 92  
 109  
 הכנסת הגדולה, ח"מ  
 ס"ק עא, הגהות הטור, אotta ב 232  
 הגהות בית יוסף, מות כד 200  
 ס"ק עה, הגהות הטור, אotta ב 104  
 הגהות בית יוסף, סעיף צה 104  
 ס"ר רט, הגהות הטור, אotta ב 115 111-109 96  
 כסף משנה, על הרמב"ם 28  
 הלכות תרומות, א, כ 195  
 הלכות שכנים, א, ב 103  
 יב, ה  
 כרם חמוץ, ש"ת, ס"י קכט 143  
 כתור המלך, על הרמב"ם, הלכות תרומות, א, כ 28 25  
 לב ים, פדרים, ס"ג, ג, אotta ו 29  
 לבוש מודרני, בבא בתורה, ס"י א 52  
 לחם משנה, על הרמב"ם, הלכות שכנים, ה, ג 59  
 לחם שמי, אבותה, ה, י 138  
 מבית, ש"ת, ח"א, ס"י כה 94  
 ס"י צה 297  
 ח"ב, ס"י עג 34  
 מגן ברוים (אשטרושא), ש"ת, ס"י סא 117  
 המדרות לחקר ההלכה, מורה נב, אotta צג 28  
 מהרב"ל, ש"ת, ח"ב, ס"י מא 102  
 מהררי"ט, ש"ת, ח"א, ס"י כב 117 95  
 ס"י קו 243  
 מהרייט"ז, ש"ת, ס"י קג 92  
 מהרלב"ז, ש"ת, ס"י סא 104  
 מהרש"ך, ש"ת, ס"י נב 74  
 מהר"ם אלשיך, ש"ת, ס"י קיח 104  
 מהר"ם די בוןו, ש"ת, ס"י יז 60  
 ס"י מה 109  
 ס"י נד 29 201 169 60 29  
 מהר"ם שיף, חידושים, גיטין מז, ב 27  
 מהרש"ך, ש"ת, ח"א, ס"י קטו 110 104  
 ס"י קמו 118  
 ח"ב, ס"י כו מהננספות 115 111  
 ח"ג, ס"י קכט 192  
 מהרשיל, ש"ת, ס"י לו 155  
 מהרש"ם, ש"ת, ח"ג, ס"י קכט 124 34  
 ס"י קס 34  
 מהרש"ם, ש"ת, ח"מ  
 ס"י רמא 284  
 ס"י רעד 162 161 41  
 ס"י רפג 115  
 ס"י שצזה 40  
 מול שעיה, על הרמב"ם  
 הלכות זכירות ומתחנה, ג, ה 115 110 97 95 94  
 דף נז 29  
 מחנה אפרים, הלכות זכירה ומתחנה  
 ס"י א 118 112 109 98-95 29  
 סי' ו, אotta יז 140 139  
 סי' ז, אotta א-ב 51  
 סי' ג, אotta ח 192  
 סי' ח, אotta א 194  
 סי' ח, אotta ד 198  
 סי' ח, אotta ח 200  
 סי' ח, אotta יא 192  
 סי' ח, אotta טו 209  
 סי' ח, אotta ייח 211  
 סי' ח, אotta כא 52  
 סי' ט, אotta ב 233-229  
 סי' ט, אotta ג 232  
 סי' ט, אotta ז 201  
 סי' אי, אotta א 285 284  
 סי' יב, אotta ג 183  
 סי' יד, אotta יג-יד 284  
 חזון יוחזקל, על התוספთא  
 פאה, ב, ט 28  
 בבא מציעעא, ח, ט 127  
 יא, ט 73  
 חידושי... (ראה לפי שם המחבר)  
 חידושי בתורה, בבא קמא מט, ב, אotta תלג 29  
 לירדשים וביאורים (גריינימן)  
 בבא ברaira, ס"ג, ס"ק ה 52 51  
 חי נפש, בראשית, ח"ב, עמ' ה-ו 274  
 החלקת מחוקק, ס"י כח, ס"ק לב 112  
 סי' צד, ס"ק ג 223  
 חסדר ומשפט  
 קסא, א 50  
 קסא, ג 59  
 קסב, א 74  
 חסדי דור, על Tosfeta בבא מציעעא, יא, ט 50  
 הקרי הלכות והליכות שכנים (זילברשטיין)  
 סי' ד-טז 75  
 סי' טו, עמ' לד 60  
 הקרי לב, ח"ז, ח"א, ס"י קכח 41  
 החם סופ, ש"ת, ארוח חיים, ס"י קצג 74  
 ח"ו"מ, סי' יב 198 193 28  
 סי' מד 138  
 סי' סא 49  
 סי' צו 41  
 סי' קטו 49  
 סי' קעט 51  
 חותם סופ, חידושים, בבא בתרא כו, א 286  
 טבעת החושן, ח"ה, עמ' ריא-ריב 126  
 ט"ז (טורוי זהב), ח"ו"מ  
 קט, ג 149 148  
 קדר, ב 100  
 קעא, ד 209  
 קעד, ד 175 174  
 קעג, ב 23  
 טראב, ר' עוזא, בשו"ת ישmach לב (גאגין), ח"ו"מ, סי' 93  
 בבריהו, ר' יצחק, בשו"ת הרמ"ע מפאנו, ס"י פח 94  
 ד" מלacci, כללי השולחן ערוך, אotta טו 202  
 אotta ז 214  
 דיזיו של משה, ש"ת, ס"י כז 34

## מפתח המקורות

נחלת יהושע, ש"ת, סי' יב	41	מחשבות חרוץן, אות ז	195
נחלת דוד, בבא מציעא כא, ב	276	מטה שמעון, רמא, הଘות בית יוסף, אות לט	93
נתיבות המשפט (סתמו — בביורים)		מי השליח, פרשת משפטים	195
קג, ס"ק ה	200	מי מרים, חלק ג, על סדרו התפללה	
קט, ס"ק א	149 148 146	שער התפללה, אות א	195
קמו, ס"ק כה	257	מי מרים, משפטים, מאמר סא	195
קנו, ס"ק כד	101 100	מים החיים (אורלי), ש"ת, ח"מ, סי' כד	93
186 קנו, ס"ק טו	265	מכותם לדוד (פארדו), בראשית	
קנה, ס"ק טז	285	פרק בג, ג	195
קסא, ס"ק א	75	פרק לה, לה	195
קסא, חידושים, ס"ק ב	73	מנחת צבי, ח"א, סי' ז, עמ' ג	277
קעה, ס"ק א	142	ס"י יב	74
קעה, ס"ק ז	94	מעשה רךח, על הרמב"ם	
קעה, ס"ק ח	199	הלכות נזקי ממון, ג, כו	290
קעה, ס"ק ט	199	מפענה צפונית, פרק ח, סי' ו	259
קעה, ס"ק יב	122	מראה אגדול, ח"ב	
קעה, ס"ק ג	214	ドָרֹשׁ זֶלְהַסְפֵּד	114 112 111 97 95 93
קעה, ס"ק גג	105	מראת הפנים, על רישומי	
קעו, חידושים, ס"ק יד, חילוק ט	121	מעשרה, ג, ב	277
קעע, ס"ק לג	144	בבא מציעא, י, ו	259
קעע, ס"ק נה	139	בבא בררא, ב, יא	289
קעע, ס"ק א	128	משנות ישראלי, ש"ת, סי' ז, אות ל-לא	244
קעע, ס"ק ב	246	ס"י טו, עמ' ס	50
קעע, ס"ק ג	243 65	ס"י טז, עמ' סג	75
רא, ס"ק א	155	ס"י ז, עמ' סה	74
רט, ס"ק ט	126 125	ס"י כא	244
shed, ס"ק ב	147	אותה כה	243
נתיבות שמואל, נתיב ו, אות ג	112	אותה כה ג	60
סדרור בית יעקב, פירוש למלמדות, תנך, א ב מהדרות		אותה יב	60
למבוגה תרש"ד	138	משנה ברורה, חמ"ה, ס"ק ב	110
234 ס"ק צא	101-99	תרלויז, ס"ק ו	29
קנו, ס"ק סא	264	משנת 'אהרן', בבא קמא, סי' ז, אות ב	26
קנו, ס"ק ו	48	משנת ר' אהרן, על הרמב"ם	
קסג, ס"ק לב	74	הלכות שכנות, ב, י, סי' ד	265 261 260
קסג, ס"ק ד	261	משנת ר' אליעזר, ש"ת, ח"א, ח"מ, סי' קכח	95
קעו, ס"ק ח	199	משפט צדק, ש"ת, ח"א, סי' יג	104
קעו, ס"ק ט	211 210 169	משתפי שכינוס	
קעו, ס"ק י	209	פרק ג, שאלה ה	60
קעו, ס"ק טז	197	שאלת ט	60
קעו, ס"ק כב	233 231	שאלת ב	49
קעו, ס"ק כד	213	שאלת בבר	84
קעו, ס"ק מא	200	שאלת ג	
קעג, ס"ק ז	184	פרק ד, שאלות ב-ג	245 244
קעה, ס"ק ז	101	משפטים ישראלים (גאון), ש"ת, סי' עא	114
קעה, ס"ק צז	103	אהה שישיב, רומח, חי"מ, סי' יא	93
קעה, ס"ק ו	102	נאמן שמואל, ש"ת, סי' קיג	117 109 96
קעו, ס"ק יד	199	נור אייה, סי' י	139 29
קעו, ס"ק טז	199 123	נור הקדש (רומי), אחיעזר, סי' מ	111 94
קצ, ס"ק א	23	אות א	112
רט, ס"ק כה	278	אות ג	97
שו, ס"ק כ	144	אות ט	96
שטע, ס"ק ו	233 231 228 99	אות י	98
שעה, ס"ק ח	246	אות א	113
עבדות הוגשתי, ש"ת, סי' עז	105	אות יג	112
עדות בעקב, ש"ת, סי' קד	86		

## מפתח המקורות

- צפנת פענה, על הרמב"ם 28  
 הלכות שבת, ה, ד 259  
 הלכות גירושין, ה, ו 265  
 הלכות כלאיים, א, א 265  
 ג, טז 265 262 260 259  
 הלכות תרומות, א, ה 265 259 258  
 מהדרה תינגן, הלכות עבורה זהה, ח, ח 34 94  
 קדושת יום טוב (אלגזי), שו"ת, סי' ו 123  
 קהילות עיקרי, בchap, ס"ט 29  
 גיטין, סי' כח 26  
 סי' ל 149 147  
 בבא קמא, סי' ה 52 51  
 קהילת יעקב, דף פ, ב 109  
 קוזאיקה, רב"ץ, בשו"ת נאה משיב, חו"מ, סי' יא 93  
 קובץ שיעורי תורה (בהוצאת ועד להרבתת תורה)  
 ח"ב, נס' קצץ 29  
 קול יעקב (קראנץ), אסטור ג, יא 138  
 קוונטרטי שיעורים (גוטסמן), נדרים, שיעור בו 169  
 אותיות א-ב 40 28  
 אותיות ג-נ 29  
 אותות ה 139  
 אותות ט 40  
 קוץ ראייה, בשו"ת נאה משיב, חו"מ, סי' יא 93  
 קידיזר קליל המשנה, עמי, 86, ובהגחות הגורי"ב 260  
 קצתה החושן, ס"ק ג 111  
 קג, ס"ק א 200  
 קיא, ס"ק ג 296  
 קנו, ס"ק ה 264 261 258  
 קעא, ס"ק א 28  
 קעא, ס"ק א 126 125 25  
 רס, ס"ק י 94  
 רעה, ס"ק י 147  
 רצא, ס"ק א 149 147  
 שד, ס"ק א 149 147  
 רוכבן נתנאל, על הרא"ש  
 קידושון, פרק א, סי' ז, אות ל 148  
 קידית מלך רבי, שו"ת, סי' א 104  
 קריית ספר, על הרמב"ם, הלכות שכנים, פרק א 194  
 הלכה א 139  
 ראנ"ח, שו"ת, ח"א, סי' יט 104-102  
 ראשית ביכוריים, בכורות נו, ב 29  
 רדבי"ז, על הרמב"ם, הלכות מעשר, ג, כד 277 276  
 רדבי"ז, ש"ה, סי' קסן 103  
 סי' שצא 103  
 סי' אלף קצב 94  
 רדבי"ז, בשו"ת מהלכ"ח, סי' סא 104  
 רוזובסקי, ר' שמואל, חידושים, בבא בתרא  
 סי' ה 156 139  
 סי' יב 194  
 אותיות ג-ט 93  
 אותיות ד-ח 52  
 אותות י-ט 200 93  
 צפנת פענה, בבא קמא מט, ב 29  
 עולת שמואל (לובצ'ר), ח"א, סי' מא 26  
 עונג יום טוב, סי' לד 26  
 עטרת שלמה (קרליץ), שו"ת, ח"א, סי' סב 200 196  
 סי' סג 232 196  
 אות ז 142  
 העילוי מייצ"ט, חידושים (תשל"ד), סי' סז 200 117 115  
 עיניים למשפט, בבא בתרא ז, ב, ציון ג 288  
 ספר העירקים (אגיג), ח"א, עמ' סב 94  
 נמק הלכה (ברומל), שו"ת, ח"א, סי' נט 27  
 ענען, ר' פחס, בפחד יצחק, ערך מעבר נחלה 93 92  
 עורך השולchan, חו"מ  
 קלמו, כה 257  
 קלה, מ 289  
 קעא, ז 209  
 קעא, ז 232 51  
 קנא, יב 122  
 קעא, יד 232  
 קעד, יא 160  
 תין, ז 289  
 פאלגאי, ר' משה ישועה, בשו"ת שארית יוסף (ידי),  
 ח"ג, חו"מ, סי' ד 110  
 בורת יוסף, בבא בתרא יא, א 167  
 פילפלו חריכאה, על הרא"ש  
 בבא בתרא, פרק ז, סי' ב, אות כ 159  
 פני אברהם, סי' ב, אות יא 28  
 פני משה (בנבןשטיין), שו"ת  
 ח"ב, סי' צא 109 96  
 ח"ג, סי' יד 115 40  
 פני משה (מרוגויה), על ירושלמי  
 בבא מציאן, ג, ו 265 258  
 פנים במשפט, סי' ז 29  
 פעמוני זהב, קעא, א 143  
 פריחת הארון, שו"ת, ח"א, סי' יג 162 161  
 סי' יד 162 161 107  
 פרישה, חו"מ, קנה, מב 259  
 קלא, ג 209  
 קלג, ב 156  
 פרנק, רצ"פ, בשו"ת נאה משיב, חו"מ, סי' יא 93  
 פתח חושן, נזקין, פרק ח, סעיף לה 289  
 פרק יג, סעיף טו 50  
 פרק טו, הערכה פא 74 50  
 סעיף לג 49  
 שופטים, פרק ד, הערכה סו 116 109 97  
 פתח תשובה, חו"מ, קעא, ס"ק ז 202  
 קעג, ס"ק ב 158  
 רא, ס"ק ב 155  
 צדקת הצדיק, אות פו 195  
 אות צא 195  
 אות קצד 195  
 צין אליעזר, ש"ה, חלק ח, סי' מ 102  
 צמח צדק (קרומל), שו"ת, סי' צט 105  
 צמח צדק (שניאורסון), שו"ת, חו"מ, סי' ח 200  
 סי' כד 196  
 אות ב 94  
 סי' כו, אות ב 40  
 צפנת פענה, בבא קמא מט, ב 29

## מפתח המקורות

ש"ך, ח'ר'ם	רוובסקי, ר' שמואל, שיעורים
טו, ס"ק קלא 234	גייטין מח, א, סי' שלט 95
קטו, ס"ק בכ 170	בבא בתרא, סי' נג 139
קנו, ס"ק כד 186	סי' נד 156 139
קעו, ס"ק ז 199	סי' נה 156 139
233 231 230 קעו, ס"ק ח 214 212	סי' נו 156
קעו, ס"ק יא 200	סי' נח 156
קעה, ס"ק טו 160	סי' נט-ט 156 139
קעה, ס"ק מו 103	סי' סא 157 156
רב, ס"ק ד 110	סי' סב-סג 156
שאגות אריה, סי' ז 27	סי' סד 139
סי' צא 110	סי' סה-טו 28
סי' גג 97	סי' רא 156 139
שarity יוסף (ידיד), שו"ת	סי' רב 142
ח"ב, עמ' רמ 109 96 92	סי' רכג 174
118 117 115 114 110 93	סי' רכה 194
ח"ג, חוו"ג, סי' ד 158	סי' רבו 93
שבות יעקב, שו"ת, ח"ג, סי' קסב 210	סי' רכו-רכח 194 93
שביתת יום טוב, על טרוי, חז"מ, סי' רט 96	סי' רכט 93
ר' שבתי נינה, בשו"ת משפט צדק, ח"א, סי' ג 104	סי' רלא 198
سؤال ומשיב, שו"ת, מהדורא ב, ח"א, סי' י 117	סי' רלב 139
מהדורא ד, ח"ג, סי' נת 139	סי' רלה 123 52
שולון המלון, על הרמב"ם 29-27	סי' רלו 52
הלכות שלוחין ושותפין, ד, א 40	סי' רוד 178
שולוחין עורך 259	רמ"א, הגדות לשו"ע
אורות חמ"י, שעב, ו 259	ירוה דעתה, קמג, א 262
ירוה דעתה, קמג, א 263-261	אבן העור, צד, א 223
רנג, א 145	חו"מ, נ, א 200
רנג, יב 296	קט, ג 148
שלאל, יא 29-27	קדנ, ב 100 99
אבן העור, כת, יח 112	קגט, ג 75 74
עג, סעיפים ב ו-ד 222	קסג, ו 74
פה, ז 106	קסז, ב 272
פה, ט 106	קנט, א 142 141
צ, ג 105	קעא, ג 210 175 171 170 137
צ, ג 106	קעא, ה 192
צד, א 223	קעא, ג 199-197
צד, ד 223	קעא, ח 232 83 82 63 62
חוושן משפט, יב, ח 142	קעא, ט 231
טו, מא 234	קעא, יד 235 234 169
קט, א 147	קעט, א 180 178 174
קמ-קנב 257	קעד, ב 176
קמי, בכ 257	קעד, ד 175 174
קנד, ב 100	קעה, מו 104 103
קנד, כו 264	קעה, נג 104 103
קנה, כו 286	קעו, ג 40
קנה, כו 289	קעו, טו 144
קנה, כח 287	קעו, כ 234
קנה, כת 265 259	קעה, ג 246 243
קנה, ל 288 286 285	ריד, ז 109
קנה, לב 285	רד, ד 125
קנו, א 255	רפט, א 139
157 154 קנו, ב 157	שו, ג 147
75 קנו, ג 263	שי, ח 144
קנו, ו 263	שס, י 123 122 94
	רמ"ע מפאנו, שו"ת, סי' פה 94

## מפתח המקורות

שיעור ז	170	קנו, ט	264
שיעור ח	202 200 196 194 170 29	קסא, א	242 75 50 49
שיתוד, בבאו מוציאו קטן, ב	34	קסא, ב	73
שלום ירושלמי דמאי, ג, ז	28	קסא, ג	74
שלטי הגיבורים, בבא בתרא ג, ב, בדפי הר"ף	94	קסא, ה	60 59
שמחת יהודה, ש"ה, ס"י נב	115 114 109 93	קסו, ב	265
שםחתי ים רובב, ס"ל	116	קסו, א	137
ר' שמעון יהודה הכהן (שקאנט), חידושים		קעא, ב	209
בבא בתרא, ס"ה	123	קעא, ד	209 208
שמערו משפט, ס"כ, אות א	34	קעא, ה	182
שער הפסוקים (ויטאלו), פרשות משפטיים	195	קעא, ו	199 197 52
שער משפטי, קעא, ס"ק א	142	קעא, ז	199
קעא, ס"ק ג	209	קעא, ח	201 62 52 51
קעא, ס"ק ד	202	קעא, ט	235-233 231 230
קעה, ס"ק ה	105	קעא, י	213
קעט, ס"ק א	35 33	קעא, יא	214
רעה	95	קעא, טו	200
שעריו זיו, ח"ב, ס"י מא	28	קעא, טז	202 201
שערישר, שער ה, פרק ט	149 146	קעג, א	153
שערית השובב, אווחה חיימ, תרנה, ס"ק יא	74	קעג, ג	183
שפתי ששון, ח"ומ, ס"י א	200	קעג, א	175 174
שרשי חיים, ח"א, שורש בורייה, סעיף כב	117 115 95	קעג, ה	180
שתי הלות, ש"ו, ס"י לג	112	קעה, א	160 159
תומים (ואה: אורים ותומים)		קעה, ב	160 159
תוספות חיים, נדרים, ס"י לד	28	קעה, ה	109 102
תורת אמרת, ש"ו, ס"י קכח	116 110	קעה, ה ואילך	103
ס"י קכח	104	קעג, לו	104
ס"י קפג	110	קעה, נג	103
תורת זרעים, דמאי, פרק ג, משנה ז	28	קעו, ה	123 121
תרומות, פרק ג, משנה ג	28	קעו, יי	137
תורת חדד, ש"ו, ס"י רכח	107	קעו, טו	143
תפארת שמואל, על הרא"ש		קעו, טז	137
קיודשין, פרק א, ס"י ז, אותן א	148	קעו, זי	137
תשורת שי (ש"ו, ח"א, ס"י שיד	297	קעה, א	246 127
		קעה, ג	249 242
פסקי דין רבנים		קענ, א	35
כרך ב, עמ' 112	155	גָּרְבָּן, יי	156
כרך ג, עמ' 70-72	198	רמא, ד	115
כרך ח, עמ' 52	155	רס, א	259
כרך י, עמ' 287	98 27	רס, ו	279 278 275-273
		רסב, ב	277 276
הקיקה		רסו, ג	124
דברי הכנסת, 40, עמ' 2132	194	רסו, ב	259
הצעת חוק הטיפול באברות, התשל"א-1971, ה"ח		רעה	115
תשל"א, עמ' 165, דברי הסבר	273	רעה, ח	93
הצעת חוק המקרקעין, התשכ"ד-1964, סעיף 64, ה"ח		רעה, ז	144
התשכ"ד, עמ' 178	271	רטט, א	232
חוק השבת אבידיה, התשל"ג-1973		רטט, ב	233 231-229
סעיף 3	121	שס, ח	147
סעיף 4	273	שס, ו	84
חוק החזויים (חלק כלל), התשל"ג-1973		שעה, סעיפים ד-ה	246-244
סעיף 39	172 137 59	תיז, ד	289
סעיף (ב) 61	172 137 59	שיירין כנסת הגדולה, כללי הפסוקים, אות כז	202
חוק הרושה, התשכ"ה-1965		שיעורי... (ראה לפי שם המחבר)	
סעיף 112	223	שיעורי עיון ההוראה, בבא בתרא	
סעיף 113	194	שיעור א	156 97 29
סעיף 116	172		

## מפתח המקורות

<p><b>סעיף</b></p> <p>141 (ב) 524 153 525 165 526 <b>165</b>, דברי הסבר 208 (ב) 526 191 (1)(ב) 526 208 207 528 219 (א) 530 256 255 532 255 533 271 534 283 535 256 (ב) 537 241 605</p> <p><b>פסקה</b></p> <p>ע"א אוזוב נ' נציגות הבית המשותף, פ"ד מג(4) 73 72 586 ע"א 29/86 א.י.ת.ס. נהיגה עצמית בע"מ נ' משה קROL, פ"ד מ"ד(1) 864 873 ע"א 269/74 בוקובה נ' הממונה על המרשם, פ"ד כת 154 245, 243 (1) ע"א 304/72 באילר נ' באילר, פ"ד צו(1) ע"א 393/58 ברוינר נ' לברון, פ"ד יד(1) פ"ד יד(1), 169 174 57 ע"א גן בועז בע"מ נ' אנגלנדר, פ"מ צו(1) 211 334 פ"מ צו(1) 334 336, 336 63 61 57 458/82 גולני, פ"ד מ"ב(1) 59 56, 49 פ"ד מ"ב(1) 810/82 זול בו בע"מ נ' זיידה, פ"ד לו(4) 48 47 737 ע"א 891/95 אבו אחמד, פ"ד נג(4) 769 82 81 778 ע"א 1492/90 זורק נ' פראס, תקדין עליין (1) 82 81 58 258 ע"א 190/73 זתקינו נ' שרכ, פ"ד כח(2) ת"א ירושלים 235/95 יקוחיאלי נ' נבו (לא פורסם) 255 ע"א 6170/96 יקוחיאלי נ' ניסילבץ (לא פורסם) 255 ע"א (ת"א) 763/76 כהן נ' וודל, פ"מ תשלה"ח(2) 82 245 ע"א (ג-ט) 193/75 מנשה נ' לוי, פ"מ תשלה"ח(א) 32 41 35 ע"א 288/71 מרדכי נ' מרדכי, פ"ד צו(1) 393 223-220 396 ת"א (ירפה) 1108/01 נפומניאשין ורדה נ' עיריית חיפה (לא פורסם) 288 ע"א 238/83 נציגות הבית המשותף נ' מרכוס, פ"ד 72 561 מא(2) ע"א 64/65 עזובן המונה משה נסימ משיח נ' משיח, פ"ד כ(1) 57 125 ע"א 753/82 פלונית נ' פלוני, פ"ד לו(4) 626 222 221 219 629 ע"א 1849/91 פרידמן נ' חנות אחים ר.ג. פנהס בע"מ, 136 595, 588 פ"ד מז(5)</p>	<p>חוק המיטלטלין, התשל"א-1971 סעיף 34 סעיף 9(א) סעיף 9(ב) סעיף 9(ג) סעיף 9(ד) 121 91 81 71 57 47 141 136 135 165 153 191 255 227 184 182 5 153 8 256 255 172 137 48 244 241 26-21 165 25 71 58 72 72 72 72 72 102 105 חוק עד לוגמה למועצות מקומיות (תברואה וטילוק מגעים), התשל"ב-1972 288 חוק השומרים, התשכ"ז-1967, סעיף 6 65 חוק השליחות, התשכ"ה-1965, סעיף 5(ב) 169 166 153 1965-1965 181 175 מגלה, סעיף 1075 83 48 48 1183-1182 סעיפים פרקוט הדדר זכויות במקיעין [נוסח חדש], 181 169 1969 172 70 סעיף פרקוט הנזקן [נוסח חדש], סעיף 44 58 סעיף (א) 285 תוכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007 24 23 513 227 514 33 515 39 516-517 47 518 51 47 519 91 66 520 63 57 סעיף (א) 520 סעיף (ב) 520, דברי הסבר 66 סעיף (ד) 520 106 121 521 76 71 522 81 523 135 סעיף (א) 524</p>
--	--

#### מפתח המקורות

ע"א 319/74 רוביינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' ,625	ע"א 1017/97 RIDELBEN N' MODUI, פ"ד נב(4)
פ"ין, פ"ד ל(1) 221 136 457,454	137 632
ע"א (חיפה) 587/78 ROTSHILD N' PARAK, פ"ד לג(3) 193 33	123 שף נ' נציגות הבית המשותף,
פ"מ תשל' ח(2) 72 124 (2)	ע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 172 199



## רשימהביבליוגרפית

- אבייר, ש., "השיטופיות והשוויון", הקבץ בהלכה (שעלבים תשמ"ד), עמ' 47-51.
- אבן שושן, א', המילון החדש, עורך שיתוף  
אברהם, מ', "בענין חיוב שלומן על ממונו שהזיק", משפט ישראל, נזקין, עמ' 80-108  
אושיסקי, י', "אפק התשלום לווד' בית", החומרן כג, תשס"ג, עמ' 396-403
- אייזנשטיין, א', יסודות והלכות בדייני מקרקעין (תל אביב תש"ג-תש"א), חלק א, עמ' 182; חלק ג, עמ' 335  
אלון, מ', המשפט העברי (ירושלים תשנ"ח), ח"א, עמ' 513-514  
אליאל, י', בן יצחק, מ', ועמיחי, י', "פירוק שותפות במפעל", החומרן יא, עמ' 388  
בלס, י', חוק לישראל, עשייתו עשר ולא במשפט (ירושלים תשנ"ב), עמ' 53, 56, 59, 136, 139-159 ואילך,  
173  
בר שאול, א', קניין וחכירה", הקבוץ בהלכה (שעלבים תשמ"ד), עמ' 42-45  
ביביל, ח"א, "בוגרード או אגדור", בית אהרון יישראלי, כל' יט (תש"י-תשון תשמ"ט), עמ' סכ-ס-ו  
ברנדסדורף, יי', "שותFIN בחזר במא מעכין זה את זה", הר מלך, ח"ז, עמ' תקסה-תקסו  
גרטנר, צ"ה, "בדין שנים שלוחו", שומר משפט (צ'נוב), ח"ב, עמ' לרז, רלט  
דגן, ח', קניין על פרשת דרכים (ת"א תשס"ה), עמ' 293-360  
דורטש, מ', קניין (ת"א תשנ"ז), עמ' 596, 629  
דורטש, ס', "גמירות דעת", שנותן: המשפט העברי ו-ז (תשל"ט-תש"ט), עמ' 88  
דורטש, ס', "גמירות דעת בהתהיביות במשפט העברי", דיני ישראל ג (תשל"ב), עמ' 207-226  
ויודהה, מ', חוק לישראל, השכת אבדה (ירושלים תשנ"ב), עמ' 75, 55, 61, 78-77  
ויודהה, מ', חוק לישראל, שכירות ושאליה (ירושלים תשנ"ח), עמ' 24-7, 366, 492-518  
וינרות, א', "שימוש לולעה ביכולות במשפט העברי", דיני ישראל יח (התשנ"ז), עמ' נג  
ויסמן, י', דיני קניין — חלק כללי (ירושלים תשנ"ג), עמ' 116-115, 180-386, 388-389  
ויסמן, י', דיני קניין — בעלות ושיתוף (ירושלים תשנ"ז), פרק חמיש'  
ויסמן, י', חוק המקרקעין תשכ"ט-1969 — מגמות והישגים (ירושלים תש"ל), עמ' 22, 45  
ורהபיג, א', התחייבות — תיקפה, אופיה ווינה (ירושלים תשנ"א), עמ' 201-205, 331-333  
ורהפיג, ש', דיני עבורה במשפט העברי (ת"א תשכ"ט), עמ' 35  
ישראל, ב', "פרק תעבורת", התורה והמדינה, קובץ ג (תש"א), עמ' סה  
כהן, ש', "גור או אגדור — בכמה שמן את החלק", בית אהרן וישראל, גל' עה, עמ' קנט  
כהנא, ב', חוק לישראל, עדות (ירושלים תשנ"ז), עמ' 3  
כהנא, ב', חוק לישראל, שורדים (ירושלים תשנ"ט), עמ' 438, 486-489, 683, 1002, 1158, 1191  
1202  
ליפשין, ב', אסמכתא — חיוב וקניין במשפט (ירושלים תשמ"ח), עמ' 270-271  
פוברסקי, ב"ד, ס' זכרון הצבי והצדק, עמ' רנב-רנד  
פילבר, י', "שלמות האדם וחוי שיתוף", הקירון בהלכה (שעלבים תשמ"ד), עמ' 43-46  
פלפל, ד', "פירוק שיתוף במקרקעין בדעת מוגרים של בני זוג", הפרקליט לט (תש"ג), עמ' 495  
פנדל, ד', "ממון יורשין לפני החולקה", שעלי דעת, גל' ג (כללו תשמ"ד), עמ' 142-144  
פרדר, ש', "התנגדות שכן לבניה על הגג המשותף", בית הלל — שונת העמקים, גל' כו (תמו תשס"ו),  
עמ' עא  
פרידמן, ד', דיני עשייתו עשר ולא במשפט (ירושלים תשנ"ב), עמ' 118  
צורך, ר', "עינויים בנסיבות הקניין", שיר למלולות, גל' ד (אור תשס"ב), עמ' 28  
קלינינם, ר"ש, מנהגי הסוחרים במשפט העברי (קיין סטומא), ריסלציה, אוניברסיטת בר-אילן תש"ס  
רייכמן, א', "השפעת זיקת ההנאה על החלטות שכנים", עיוני משפט ג (תשל"ד), 783  
ר��ובר, נ, המשפט העברי בחקירת הכנסתה (ירושלים תשמ"ט), עמ' 809-812  
ר��ובר, נ, עשר ולא במשפט (ירושלים תשנ"ח), שער ראשון, עמ' 22 ואילך

#### רשימהביבליוגרפיה

שטיינברג, ש"ז, "בדינה דגד או אגוד", בית אהרן וישראל, גל' מה (שבט-אדר תשנ"ג), עמ' מ-ה  
שיינפלד, י"מ, "בעניין גביהת חוב בקרע שאין בה שיעור שדה", שומרי משפט (צ'כובה), ח"ג, עמ' קסב-קסז  
שינפלד, א', חוק לישראל, נויקון (ירושלים תשנ"ב), עמ' 205-204  
שרולר, א', "המכור שדחו לערכם — ענייני חיוב ביבורים תרומות ומעשרות", אוריתא יג (תשמ"ג), עמ'  
פְּדַ-פָּה  
שרשבסקי, ב"צ, דיני משפחה, מהד' ד (ירושלים תשנ"ג), עמ' 147-151

- Cohn, M., Gesellschaft. Jüdisches Lexikon 2, p. 1095-1098 = Wörterbuch des Jüdischen Rechts, Basel 1980, p. 50-52  
Gordon, W.M., Scottish Land Law (Edinburgh 1999), 67-70  
Herzog, I., The Main Institutions of Jewish Law (London 1936), vol. 1, p. 212-223

## Contents

### Appendices

Letter From Rabbi Zalman Nehemya Goldberg 295

Letter From Rabbi Asher Weiss 297

### Laws

Land Law, 1969-5729, Chapter Five: Joint Ownership of Land 301

Personal Property Law, 1971-5731, Sections 9-10 305

Civil Code Bill, 2007-5767, Part Four, Chapter Four: Joint Ownership 306

Suggested Version According to Jewish Law: Land Law, Chapter Five:

Joint Ownership of Land 311

### Indices

Subject Index 317

Source Index 329

Bibliography 345

## CONTENTS

Preface 7

Contents in Detail 11

### Article One: Joint Ownership Relations

- Section 27 Joint Ownership of Immovable Property 21
- Section 28 Size of Share of Joint Owner 31
- Section 29 Joint Ownership Agreement 37
- Section 30 Management and Use 45
- Section 31 Right of Individual Joint Owner 55
- Section 32 Expenses 69
- Section 33 Payment for Use 79
- Section 34 Right of Joint Owner to Deal with his Share 89
- Section 35 Right to Proceeds 119

### Article Two: Severance of Joint Ownership

- Section 37 Right to Claim Severance of Joint Ownership 133
- Section 38 Severance Under Agreement or Court Order 151
- Section 39 Severance by Way of Partition 163
- Section 40 Severance by Way of Sale 189
- Section 41 Severance in Special Cases 205
- Section 43 Wishes of Joint Owners 217
- Section 45 Joint Holding of Other Rights 225

### Article Three: Building and Planting on Immovable Property

- Section 46 Severance of Joint Ownership by Reason of Unlawful Installation of Fixtures 239

### Article Four: Boundary Fixtures

- Section 49 Ownership and Use 253
- Section 50 Produce Which has Fallen onto Another's Property 269
- Section 51 Plants Growing Near Boundary 281

The Library of Jewish Law

---

Ministry of Justice  
The Jewish Legal Heritage Society

No part of this book may be reproduced or utilized in any form or by  
any means, electronic or mechanical, or by any information storage or  
retrieval system, without permission in writing from the publisher.



The Jewish Legal Heritage Society  
P.O.Box 7483 Jerusalem 91074  
[jewishl@zahav.net.il](mailto:jewishl@zahav.net.il)  
[www.mishpativri.org.il](http://www.mishpativri.org.il)  
Printed in Israel 2009

# **JEWISH LAW FOR ISRAEL**

A Systematic and Up to Date Presentation of Jewish Law  
As a Basis for Legislation and Judicial Decision  
Arranged According to the Law of the State of Israel

Edited by  
**Nahum Rakover**

## **JOINT OWNERSHIP**

The Library of Jewish Law



## JEWISH LAW FOR ISRAEL: Joint Ownership