

בית דין ירושלים

לדיני ממונות ולבירור יוחסין

שוכר בדמ"פ שהשתמש בדירה שלא למיגורים

תיק ממונות מס' 1852-עב

נושא הדיון

א' שכר דירה מבעה"ב בדמי מפתח בשכירות מוגנת בשנת 78, לפי שכ"ד חדשי שקבעו ביניהם.

בשנת 80 נתן בעה"ב את הבעלות על הדירה במתנה מחיים לאחד מנכדיו, ב' (כשהיה עוד קטן), ואביו היה אפוטרופסו.

לאחר כמה שנים (בשבט תש"ן) היו ביניהם חילוקי דעות ביחס לתשלומי שכר הדירה, והם פנו לבוררות אצל הרב עזרא בצרי שפסק בין היתר כי העלאות שכר הדירה בעתיד יהיו לפי "דירה" ולא לפי "עסק" (בפסק הבוררות כתב הרב שאביו של ב' היה מיופה כח בבוררות מבעה"ב "וגם מתחייב להביא יפוי כח מבנו ב', והנתבע מסכים לזה". אביו של ב' מסביר שאמנם בנו היה אז בן 14.5, מ"מ היה זקוק למיופה כח בדין בגלל החוק שנחשב לקטן. הוא מוסיף שלמעשה חתם על יפוי כח לאחר הדיון, אך לא חתם "בין לדין ובין לפשר", ואע"פ שהיה אפוטרופסו, מ"מ תלוי במחלוקת הפוסקים אם בכה"ג יכול אפוטרופוס לחוב ליתומים). לאחר זמן נפטר בעה"ב הראשון.

בתאריך כז ניסן תשס"ו תבע א' את ב' בבי"ד אהבת שלום שלא למכור את הדירה לג' משום שהוא בר מצרא, וביה"ד הוציא צו עיקול על מכירת הדירה עד לדיון (למעשה הדיון לא התקיים שם משום שג' בקש לדון במקום אחר. וג' טוען שהיו לו הרבה תשובות בהלכה לסתור את טענת בר מצרא של א').

לטענת ג' - בדיון הראשון - לאחר שראה שא' מרחיב את הדירה שלו ללא הסכמתו, מכר ב' את הדירה לג' בשטר שכתבו בכת"י ובתמורה \$23,000, והיה זה בחודש 3 לשנת 2006. דבר הקניה נשמר בסוד מפני א' משום שעמד אתו בתחרות לקנות את הבית (א' משמיע הקלטה משיחת טלפון שלו ושל ב' מהימים ההם, ובקלטת נשמע ב' אומר לא' שג' אינו רוצה לקנות את הדירה רק רוצה לעשות הסכם שאחרי גמר השיפוצים יקנה את הדירה. ב' משיב שאמר כך לא' משום שחשש ממנו), ואף אחד לא ידע על כך בשעתו. ג' מציג תצהיר שחתם בפני עו"ד בשנת

2010 וכן חוזה מוקדם אצל עו"ד שני, ולפיהם קנה את הדירה עם תאריך של זמן מוקדם שבו נעשה החוזה (11.3.06. א' מעיר שתאריך זה בלתי אפשרי משום שהיה ש"ק). בדיון אחר הציג ג' את השטר בכת"י מתאריך כ שבט תשס"ד(!), שכותרתו "הסכם זכרון דברים" ובו נאמר שהבעלים ב' מוכר את זכויות הבעלות לג' בסכום של \$23.000 ובעת החוזה שילם \$100, ושטר שני מיום יג תמוז תשס"ו שכותרתו "הסכם קניה על דירה המוגנת" וכי "התשלום הכולל \$23.000 שולם ע"י ג' 100\$ בחתימת החוזה שנעשה בחודש אייר תשס"ג(1) בין הצדדים וכו'". שני השטרות הללו הם בכת"י, וג' מוכן שיימסרו לבדיקה על גיל הדיו של הכתיבה ולהוכיח שנכתבו בתאריכים שכתוב בהם (על התאריך שנכתב בחוזה השני לגבי כתיבת החוזה הראשון, אומר ג' שהרישום בחוזה השני היה עפ"י הזכרון, ויש בו טעות).

ביום 22.8.07 כתבו א' וב' הסכם המרשה לא' להשכיר את הדירה לכל מטרה ולהמשיך לשלם עבורה לב' "את דמי השכירות המוגנים בחוק כפי ששילם עד ערב חתימת הסכם זה", וכן לבנות מרפסת סוכה בנוסף על הדירה שכבר הרחיב אותה. תמורת הסכם זה שילם א' לב' \$3.000 (ב' מסביר שעשה הסכם זה עם א' למרות שכבר מכר את הדירה לב' חצי שנה לפני כן, משום שנלחץ ע"י א', וזו לא היתה מכירה אלא הסכמה לעבור בשתיקה, והכסף היה "דמי לא יחרץ". א' מכחיש בתוקף וטוען שההסכם היה מכירה ממש). ג' טוען שעפ"י השו"ע בסי' ריב סעי' א לא יתכן להקנות זכות השכרה כשאין לקונה זכות בעצם הקרקע, וכאן הרי לא היתה לא' זכות קנינית בדירה עצמה רק זכות שימוש.

בחודש 6 לשנת 2010 נרשמה הערת אזהרה בטאבו לטובת ג' "בגלל הסכם שעשה עם ב'" (לא פורט מהו אותו הסכם). ואז נודע הדבר לא'. בחודש 2 שנת 2011 דרש העו"ד של ג' מא' לשלם שכ"ד ריאלי עבור כל השנים שהשתמש בהם כעסק.

בשנת תשע"א התקיימה בוררות אצל הרב הררי בענין השכרת הבית לדייר משנה והכסף שחייב א' לג' מאז 1996. ביהמ"ש אישר את פסק הבוררות בענין שנידון שם, והפנה את הצדדים להמשך דיון בשאר הענינים שבמחלוקת בבית דין זה.

בדיון זה שלפנינו טוען ג' שהוא הבעה"ב מאז 2006, והוא תובע מא' - גם בשם ב' שהיה בעה"ב לפניו - הפרש תשלום שכ"ד בסך כמה אלפי ש"ח לחודש מאז שהחל להשתמש בדירה כמשרד לתיווך מקרקעין (בערך בשנת 1995), מאחר שלפי החוק מאז שנת 1983 אם השוכר המוגן משתמש בנכס כבית עסק לתיווך מקרקעין, חייב לשלם שכ"ד ריאלי, כלומר שהגנת החוק היא רק על כך שהמשכיר אינו יכול להוציא את השוכר מן הבית, אבל על תשלום השכ"ד אין לו הגנת החוק כלל, ומאחר שא' גר עם משפחתו במקום אחר ובדירה השכורה הוא השתמש כמשרד תיווך (והראיה, שרשות המסים חייבה את ג' לשלם לה כבעה"ב מסים כאילו היה זה נכס

מסחרי, וזאת משום שרשות המסים בדקה ומצאה שהדירה אינה משמשת למיגורים אלא למפעל של תפירת ציציות ואח"כ כמשרד לתיווך), עליו לשלם את השכ"ד בהתאם, ועפ"י הנאמר בחוזה השכירות שדמי השכירות ישולמו עפ"י החוק. לטענת ג' גם אם פסק הבוררות של הרב בצרי בזמנו היה כדין (דבר שהוא מתווכח עליו מכיון שבעל הדירה באותו זמן היה ב' והוא לא נתן יפוי כח לדודו לטעון בשמו בכוררות בין לדין ובין לפשר, ונפסק בשו"ע סי' קכג סעי' ה שבאופן כזה אם התפשר המיופה כח על מקצת התביעה יכול המשלח לומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, וכן נפסק שם בסי' רצ סעי' יב לפי הסמ"ע), הפסק מדובר רק על "העלאות בשכר הדירה" שהן תהיינה לפי דירה ולא לפי עסק, שבזמנו היו העלאות מחיר קטנות בשכר הדירה של עסק לעומת דירה, אבל אין זה אומר שאם בעתיד החוק יסיר את הנטו ממחיר השכירות של העסק גם אז יהיה השוכר מונן כאילו היה דירה, מכיון שאז לא מדובר רק בהעלאות כי אם בשינוי עצום במחיר, ולא עלה אז על דעתו של אף אחד שכזה יהיה המצב אחרי כמה שנים, ואילו היו יודעים בודאי שלא היו מוחלים על כך. ועוד, כיון ששילם דמי מפתח של דירה ולא של עסק, לא היה לו מעולם הגנת החוק לענין עסק.

א' מודה שהשתמש בדירה כמשרד תיווך, אך לטענתו השתמש כך רק במשך שנתיים בלבד, אך מאז שחלה בשנת 2000 הפסיק להשתמש בה כמשרד ומשתמש בה לצרכיו האישיים בלבד, מלבד בפעמים בודדות לידידים, אך לא כ"עסק", והמקום משמש לו לצרכי רפאותו וכן לגמ"ח תרופות (ג' מציג מודעות רחוב שפרסם א' על דירות שונות להשכרה שיצאו מהמשרד של א', ואומר שיש לו ע"כ עשרה עדים. על ה"גמ"ח לתרופות" מניב ג' שאין זה גמ"ח אלא חנות לממכר תרופות, וגם ע"כ יש לו עדים). עוד טוען א' שבעה"ב הקודם ידע ששוכר למטרת מתפרה לציציות ולמרות זאת הסכים להשכיר לו בשכ"ד כאילו היתה זו דירה, והעיד ע"כ השוכר שקדם לו בדירה שהיה בעת שא' קנה אותה, ועפ"י עדות זאת פסק הרב בצרי שא' ישלם העלאות לפי דירה ולא לפי עסק. גם חוזה השכירות מנוסח כולו לפי "דירה" ולכן אין לחייב אותו לפי "עסק" (ג' משיב שאם כך מדוע היה הרב בצרי זקוק לעדות של השוכר הקודם). עוד הוא טוען שגם בעת שהשתמש בה כמשרד לתיווך לא יצאה מכלל "דירה", שהרי זו דירה, אלא שעשה בה שימוש גם לתיווך. וכיון שלא היה מחוייב לשלם לבעה"ב הראשון כעסק, גם ליורש שלו-לא היה חייב וגם לקונה של היורש לא היה חייב, שמה מכר ראשון לשני וכו' (ג' משיב שאדרבא, מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו, וזכות זו של דמי שכירות עסק שיצאה מכלל סעיף 52 של חוק הגנת הדייר, גם הראשון היה גובה).

עוד תובע ג' שעל א' לבנות בחזרה את מה שהרס בתוך הדירה כפי שמחייב אותו חוזה השכירות.

גם א' וגם ג' טוענים שיש להם תביעות הדדיות נוספות שאותן יתבעו בהמשך.

פסק דין ביניים

- א. טענת ג' לבעלות של הדירה נשואת התביעה מתקבלת משנת 2010.
- ב. תביעת ג' לשכ"ד כעסק, מתקבלת משנת 2011 ואילך.
- ג. תוקף שטר הזכויות בדירה שכתב ב' לא' פג בשנת 2010.
- ד. טענת ב' מדין בר מצרא, נדחית.

(-) טוביה גולדשמידט

(-) דוד יהושע קניג

(-) אברהם דוב לוי, אב"ד

השאלות לדיון

- א. שכירות בדמ"פ, גדרה.
- ב. בעה"ב שמחל לשוכר על תוספת תשלום שמחייב החוק, האם פטור השוכר לעולם.
- ג. דיין יחידי שפישר בין הצדדים כשהתובע היה מיוצג ע"י "מיופה כח" בלי יפוי כח.
- ד. בר מצרא בשוכר דירה.
- ה. מוכר ולוקח שהודו שהלוקח קנה הבית מהמוכר בכסף ושטר.
- ו. שטר מוקדם.
- ז. מכירה טמירתא.
- ח. שוכר בית שהשכירו לאחרים.

תשובה

א. לענין בעלותו של שוכר על המושכר, בשכירות רגילה או בשכירות מוגנת, נתבארו הדברים בפס"ד ירושלים כרך ח עמ' קמד: ע"י רמז"ס שכירות פ"ז ה"א ומכירה פכ"ג ה"א ושאלה ופקדון פ"א ה"ה, וראב"ד מכירה פכ"ט ה"ח, ושו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף כח וח"ב סי' שכח, ותשובות מיימוני משפטים סי' כז מהר"ש משאנן, ושמ"ק כתובות נו א בשם הרמב"ן, וריב"ב"א צ"מ קג א, ושו"ת מהר"ס מרוטנבורג דפוס פראג סי' תרפ, ושו"ת הרא"ש כלל א סי' ו ויש"ש צ"ק פ"ה סי' לג בשמו, שנקטו בשכירות כמכר, אך ע"י תוס' צ"מ נו א וע"ז טו א בשכירות לא קניא ולא אמרו שכירות כמכר אלא לענין הונאה דכתיב

ציה ממכר מיותר לרבות שכירות (ועיי' יש"ש צ"ק פ"ה סי' לג שאין הדרשה מיתור הכתוב, אלא שזו משמעות הכתוב ממכר שאף שכירות בכלל לפי שלא נאמר ממכר לעולם). וכתב בקלוה"ח סי' שיא ס"ק א שאף לסוברים שאין אומרים שכירות כמכר אלא בהנאה, אבל עכ"פ קניא ליה לשכירות. ועיי' שו"ת הרא"ש כלל לו סי' ג: כיון שאין לו חלק בקרקע אלא עד זמן שקלצ, או כל זמן עומדו, אין לו בקרקע כלום, דהוי כמו שכירות, אבל כשהקרקע משועבד לבית להיות שם עולמית ואף אם יפול יבנה אחר במקומה ודאי הוי כמו שותף בקרקע. וכתב הריב"ש סי' שנה הוצא צש"ך סי' שיג ס"ק א: ואע"ג דלגבי הונאה אמרינן צ"מ נו צ דשכירות מכירה ליומיה הוא, מ"מ גוף הבית של המשכיר הוא, ואין לשוכר בו אלא אכילת פירות זמן השכירות וצפוף הזמן מסתלק. וכתב הש"ך דשכירות ממכר הוא לענין ההנאה של השכירות ולא לענין גוף הדבר. וצמהרי"ק שורש קיח כתב שגוף הקרקע למשכיר אע"ג שהדירה לשוכר. ועיי' לח"מ שכירות פ"ז ה"א ומג"א סי' רמו ס"ק ח ומחנ"א שכירות סי' ה ושו"ת מקום שמואל סי' א ושו"ת שמן רקח ח"ב סי' עז ושו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' א' וג' ולד, ושו"ת חקרי לב חו"מ ח"ב סי' כב ושו"ת ושכ הכהן סי' מז ויד אליהו פסקים סי' כ ושו"ת מחנה חיים חו"מ סי' כא ושו"ת משיב דבר ח"ג סי' ד ושו"ת דברי יששכר סי' קסז ושו"ת שי למורא סי' כג ושו"ת ל"ל סי' מה ושו"ת ראשי בשמים חו"מ סי' נב אות ז ושדי חמד מערכת ש כלל פז פרק ה (עמ' 321) ועוד. ועיי' נתה"מ סי' ריא ס"ק ה דשכירות הוא גוף לפירות, ועיי' נתה"מ ה"ל שוכר צכמה מקומות (סי' שי ס"ק ד וסי' שיב ס"ק ה וסי' שטו ס"ק א וסי' שטז ס"ק ג וסי' שיז ס"ק ז וסי' שמד ס"ק א, וכן צסי' לט ס"ק יז וסי' קלצ ס"ק ו ומקור חיים ה"ל פסח סי' תמ ס"ק ד). וצמהרי"ס שיק גיטין מז צ כתב שצשכירות לד"ה אין אומרים קנין פירות כקנין הגוף. ועיי' מערכת הקנינים להגרש"ש סי' יב דקנינו של השוכר ליהנות מהגוף בהנאת הפירות, אבל זה יש לדון רק בשעת ההנאה, ובשעת הגעת זמן הנאתו נשלם זכות השוכר ואז הוא נהנה משלו, דזהו קנינו, אבל מקודם אין לו רק זכות בעלמא ליהנות אח"כ, וזכות זו ודאי דלא חשוב חלק בגוף דנימא שהשוכר הוא שותף בגוף, כיון דכל הגוף לא יהיה לעולם שלו. ובאור שמח רליחה פ"ב הט"ו כתב עפ"י רמב"ם מכירה ריש פכ"ג דכל שוכר בית הוי כאילו הגוף קנוי לו ליהנות ממנו, וכעיי"ז בשיעורי רבנו חיים הלוי צ"מ קד א. ועיי' שו"ת ושכ הכהן סי' מז וחקרי לב חו"מ ח"ג סי' פז ומהרי"ך חיות צ"מ נו ואבני נזר חו"מ סי' כה וקובץ הערות יצמות סי' נג אות ה וצ"ס היוכל לשיבת מקור חיים עמ' קלט וקהלות יעקב שביעית סי' א וצ"ב סי' יז (ועיי' קהלות יעקב צ"מ סי' מז ושערי תבונה סי' יא אות ה) ואגרות משה חו"מ ח"א סי' עד ושעורי רבי שמואל צ"ב ס"ק סה וספר יסודות בחו"מ עמ' לה, ורשימות שיעורים לצ"ק פח ב, ורווחא שמעתא שטרות עמ' כג. ועיי' פס"ד ירושלים כרך ז פס"ד אחמו"ר זל"ל בנידון שכירות שתחול כעבור זמן.

ובדירה המושכרת שהשוכר שילם עליה דמ"פ, עיי' פס"ד ירושלים כרך ג עמ' קלט מאחמו"ר זל"ל שחקר האם תמורת דמי המפתח שמשלם לבעל הבית קונה זכות בגוף הבית ונעשה שותף בגוף הבית, או שנאמר שבגוף הבית לא קנה ולא זכה, כי בכדי שיקנה גוף הבית בחלקו כעין שותף לריד חוזה ושטר, וצדמ"פ

אין חוזה כזה, וזכותו אינה אלא כשל שוכר שקונה רק את השימוש בצבד. ומסיק שיותר מקובל לומר שאין לו שום קנין וזכות בעלם הבית.

בנידון דידן נכתב בהסכם שכתבו א' וצ' באלול תשס"ז בענין הרחבת מרפסת הסוכה "שמקום הסוכה והשטח יהיה בצעלות של צעה"ב, והדייר יהיה לו רק זכות שימוש במקום כדייר מוגן, ואין לו שום צעלות של קנין על מקום זה, ודינו של מקום זה יהיה כדין הדירה שהינו דייר מוגן". מפורש בהנ"ל.

ב. נראה דכיון שצעה"ב הראשון ידע שהשוכר ישתמש בדירה כעסק של מתפרת ליליות והסכים ששכר הדירה ייחשב כדירה ולא כעסק, כפי שפסק הצורר שנים מאוחר יותר, הרי זו כמחילה על זכויותיו, ועפ"י ההלכה ראוי הצעלים לוותר על זכויותיו החוקיות שמגיעות לו מחזירו, שהרי אפילו במתנה על מה שכתוב בתורה אם זה דבר שבממון תנאו קיים, אין לריד לומר שכן הוא בזכויות שבחוק (אע"פ שלפי החוק עלמו אין אפשרות למחול על זכויות המגיעות לו לפי החוק).

ומכיון שצ' מחל על חלק מהפירות לטובת השוכר, תנאו קיים, ואין לו לצ' זכות לתבוע על מה שמחל.

אמנם נראה דכיון שחוב השכירות מתחדש כל שנה מחדש, שהרי כך נהגו לשלם פעם אחת בשנה עבור כל השנה, ונמלאו שזו שכירות שנתימת שמתחדשת כל שנה עד סוף ימי חייו של השוכר, ע"י מרכבת המשנה שכירות פ"ז ה"ג ומחנ"א שכירות סי' יב (ועיי' נתה"מ סי' ס"ק ב דאף שהשכיר לו על עשר שנים מ"מ כל שנה ושנה זמניה הוא לענין פרעון), אין המחילה קיימת אלא לאותה שנה, אבל על השכירות שתתחדשנה בשנים שאחר כך יכול המשכיר לחזור בו ממחילתו, עיי' שו"ת הר לצי חו"מ סי' פה דלמה לא יהא יכול לחזור על התשלום שהוא עתיד להיות (ונראה שזה דוקא כשחוזר בו מההסכמה, אבל בסתמא מועילה המחילה גם לשנים שאח"כ כל זמן שאינו חוזר בו, ואין זה כמחילה על דשלצ"ל, כיון דכבר נשתעבד לו, עיי' ט"ז סי' רט ס"ק כא), ומאז שהמשכיר תובע שכירות מלאה עפ"י החוק, וחזר בו מהמחילה, חייב השוכר לשלם לו שכירות מלאה.

ג. על נאמנות פשרן לפרש את פסק הצוררות שכתב, עיי' פס"ד ירושלים כרך יא עמ' תמו מש"ך סי' כג ס"ק ד צ"ס המהריצ"ל וש"ך ש"ס ס"ק י וערוך השלחן סעי' ג.

בנידון דידן טוען ג' - שהיה התובע בצוררות שהיתה אלא הרב צלרי - שמעולם לא חתם על יפוי כח לאציו של צ' שיטען עבורו בצוררות, ומה שהצטיח לצורר להציא לו יפוי כח כזה לא קויים (בניגוד לטענת אציו שאכן קיים את מה שהתחייב לצורר להציג יפוי כח מצנו לאחר הדיון), וממילא הצוררות פסולה, וע"י לא שייך לתת נאמנות לצורר לומר אם התובע קיים הצטחתו זו לאחר הפס"ד או לא, כיון שאחרי הפס"ד הוא כבר לא צורר.

אמנם מכיון שאחרי אותו פס"ד נהגו הצדדים לפי אותו הפסק במשך כמה שנים, ובהסכם שחתמו צ' וג' ביום ח' באלול תשס"ז נכתב במפורש שהדייר ימשיך לשלם "את דמי השכירות המוגנים בחוק כפי ששילם עד ערב חתימת הסכם זה", משמש שצדיעבד הסכימו ומחלו לנהוג על פיו בכל אותם שנים שנהגו על פיו

צלי ערעור.

ד. פסק הרמז"ס שכנים פ"ב ה"ח: השכירות אין זה משום דין בן המלך. והביא הכ"מ מהטור סוף סי' קעה שכתב על דברי הרמז"ס: וא"א הרא"ש ז"ל כתב בתשובה כלל לב שיש בו דינא דבר מלרא, דשכירות ליומיה ממכר הוא, ומטעם זה יש בו אונאה וה"ה לענין מלרנות שייך ביה הטוב והישר כמו גבי מכר, וכתב הכ"מ דנראה מדברי הטור שהוא מפרש דברי הרמז"ס שאם ראובן השכיר חלר לאחר לא יאמר המלך אני רוצה לשכרו ממך ואני קודם בו, ושהרא"ש חולק וס"ל דיש לו זכות בר מלרא, אבל מה"ה משמע שלא פירש בן דברי הרמז"ס אלא מדובר כשהשכיר ציתו לאחר ואח"כ מכרה לו, אין בן המלך יכול להוליא מידו. וכתב הצ"י דכיון דיש בזה פלוגתא על המלך להביא ראיה אם בא להוליא מיד הלוקח, אבל לכתחילה לפני שהשכירה לאחר יכול המלך למנוע מצעה"צ להשכירה לאחר מדין בר מלרא. וכן פסק בשו"ע סי' קעה סעי' נט: השוכר צית מחזירו והמלך רוצה להוליא מידו לשכרו לעלמו אין שומעין לו. וכ"פ בשו"ת בנימין זאב סי' רלב ומצ"ט ח"ב סי' קעט וקלה.

אבל הסמ"ע ס"ק קיב פסק כהרא"ש דיש בו דינא דבר מלרא כיון דשכירות ליומיה ממכר הוא, וכ"כ בשו"ת מהרי"ל סי' עו דאע"ג דהרמז"ס פליג, אזלינן בתר בתראה, ועוד דהרא"ש פסק בן הלכה למעשה. וכ"כ בכנה"ג שם הגצ"י אות קסט בשם משפט לדק ח"ב סי' לא, ועיי' ש"ך ס"ק סא שמהרש"ל פסק דאין בשכירות דינא דבר מלרא דלא אמרינן בכה"ג שכירות ליומיה ממכר הוא, אבל הצ"ח כתב דמודה הרמז"ס להרא"ש בהשכיר החלר לאחר דהמלך מסלקו, וכן הביא בכנה"ג שם בשם הראב"ח ומהר"א גאליקו. ובנתה"מ סי' רלו ס"ק א כתב דשכירות יש דין בר מלרא. ועיי' כנה"ג הגצ"י אות קסד ואילך.

אלא שצנידון דידן טוען ג' כמה וכמה טענות בהלכה שאין לאי טענת בר מלרא, ויפה טען.

ה. בתום צ"ב מד צ"ד"ה דלא, כתבו בשם ר"ת דמי שהקנה לחזירו מטלטלין אגב קרקע וידוע שלא היתה לו קרקע מעולם, כיון שמודה שיש לו קרקע, וחוצ הוא לו שהרי ע"י קרקע מקנה לחזירו אפילו יש כמה עדים שמכחישים אותו, הרי הודאת צע"ד כמאה עדים.

ובשו"ע סי' רמא סעי' א: הנותן מתנה לחזירו צין קרקע צין מטלטלין אין המקבל זוכה בה אלא באחד מהדרכים שהקונה זוכה בהם, וכיון שקנה באחד מהדרכים ההם אפילו שלא בפני עדים קנה אם שניהם מודים. וביאר בקלוה"ח ס"ק א משום דלא איברי סהדי אלא לשקרי, וגבי ממון דצע"ד נאמן כמאה עדים הרי עדין עמו, ועיי' נתה"מ סי' לו ס"ק י דצממון לריך עדים דוקא כשחב לאחרים, וגם אז בדבר שצידו נאמן אף צלי עדים.

וצנידון דידן שצ' הודה לפני כשנה - בחוזה בפני עו"ד - שכמה שנים לפני כן מכר הבית לג', אילו היה מודה על כך לפני כחמש שנים - בטרם שצ' מכר לאי את זכות ההרחבה וההשכרה - כי אז היתה מועילה הודאת צע"ד להקנות את הבית לג', וממילא היתה מתצטלת המכירה של צ' לאי שמכר אח"כ, וכמו

שביאר בחידושי הגרש"ש צ"צ סי' כו דאם בשעה שהודה עדיין אין הדבר נוגע רק לצעל הנכסים, נתקבלה נאמנות שלו שהודה וממילא אף שאח"כ כשמכר נוגע הדבר לגבי הלוקח נשאר הדבר בדין הנאמנות דמעיקרא, וכן יש להוכיח זה מדברי הב"י סי' מו בענין כתב יד, ע"כ מהגרש"ש, אך מכיון שההודאה היא רק מלפני כשנה אחרי שמכר צ' לא' את זכות ההרחצה וההשכרה, וההודאה נוגעת לג', אינה מועילה כיון שבהודאתו הוא חב לא', וכעת אין צידו של צ' למכור לג' למפרע, וכיון שאין להם כעדים על אותה מכירה, אינם נאמנים.

ו. בשו"ע סי' מג סעי' ז: שט"ח המוקדמים פסולים שהרי טורף בהם לקוחות שלא כדין ולפיכך קנסו אותו חכמים ולא יגבה בשטר מוקדם אלא מצני חורין גזירה שמא יטרוף בו מזמן ראשון שהקדימו, ואם יטעון הלוח פרעתי דינו כטוען כן בשאר שטרות, ואם טען להד"ס הוחזק כפרן. וצרמ"א: וי"א דפסול לגמרי. ע"כ. ונחלקו הסמ"ע והש"ך להלכה לענין להד"ס, והתומים ס"ק ה הכריע כהסמ"ע דלענין להד"ס כשר לכו"ע.

ז. בגמ' צ"צ מ צ אמר רב יהודה האי מתנתא טמירתא לא מגזיין בה, וכתב הרמב"ם זכיה פ"ה ה"ב הטעם שזה מערים הוא כדי לאצד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן. ומקורו בגמ' צ"צ מ צ. וכתב במרכבת המשנה דמכירה טמירתא אין חוששין לקנויאל על לוקח שני כיון שהעדים רואין שהלוקח ראשון בהסתר נותן מעות, והציא בשם התורת חיים שהוכיח מהגמ' דמכירה טמירתא מועילה, ומשמע דלא כטעם הרמב"ם.

ובדברי משפט סי' רמז ס"ק א כתב עפ"י הסמ"ע ס"ק ה דדוקא במתנה אינה קנין כיון דהנותן בעין יפה הוא נותן, ומתנה טמירתא אינו נותן בעין יפה, והוי כתלויה ויהיב, אבל מכירה הא קיי"ל תלויה וזין זכיניה זכיני וא"כ אפילו מכירה טמירתא כשר אף דלא מכר בעין יפה, אבל הרמב"ם שכתב דמשו"ה לא מהני מתנה טמירתא שמא ילך וימכור לאחר ויצא הראשון ויחוליא משני, א"כ אפשר אף מכירה טמירתא לא מהני דחיישינן שמא יחזור וימכור לאחר ויחוליא ראשון משני, ואפשר דהא קיי"ל המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים דאיכא קלא דמאן דזין צפרהסיא זצין א"כ ליכא למיחש שמא יחזור וימכור לאחר כיון דנפק קלא דמכר לראשון לא יקנה שני, וא"כ מכירה טמירתא כשר, ונשאר צ"ע. עיי"ש ונראה דט"ס הוא בדברי משפט צסוף שכתב דמכירה טמירתא "כשר", ול"ל "צטל", שהרי כתב דהקונה השני נזהר מלקנות משום שמכר צפרהסיה, אבל כשמכר בהסתר לא נזהר מלקנות.

וצנידון דידן שהמכירה שמכר צ' לג' - לפי הודאותיהם - היתה לפני כשש שנים בהסתר וללא עדים, הרי לפי דעת מרכבת המשנה צרמב"ם, ולפי דעת הדברי משפט צרמב"ם, המכירה צטילה. אמנם לפי ביאור הסמ"ע מכירה טמירתא כשר.

וצרמב"ם שם ה"ג ושו"ע שם סעי' ח: הכותב שתי מתנות על שדה אחת הראשונה מוסתרת והאחרונה גלויה ומפורסמת, אחרון קנה. והוא כמסקנת הגמ' צ"צ שם.

וכתב הרמ"א בשו"ע סי' ס"א סעי' ט: וכן כל שטר ישן יש לצי"ד לחקור ולפשט אחריו אע"ג שכתוב בו שלא יטעון הנתבע שום טענה נגד השטר וקבל עליו בחרם ושצועה; אפ"ה הצי"ד לריך לחקור אחר זה כדי להוליא הדין לאמיתו. וכן פסק בשו"ע סי' נ"ח סעי' ב: לריך לעשות הדיין דרישה וחקירה בשטרות ישנים שמוציאים אותם למה לא תבעו עד עתה אם יראה לו לך רמאות, כדי להוליא הדין לאמיתו.

ובנידון דידן, צדיונים הראשונים טענו גם ב' וגם ג', שהחזוה למכירת הדירה נעשה בשנת תשס"ו, הרי יש בכך הודאה שעד שנת תשס"ו הדירה לא נמכרה לג', ואילו בחזוים שהליג ג' לבית הדין נמלא חוזה ראשון משנת תשס"ד! ובחזוה השני נכתב שהחזוה הראשון היה בשנת תשס"ג!

לפיכך נראה לפסול את השטרות הישנים, ומכיון שאחרי המכירה המוסתרת שמכר ב' לג' מכר לא' במכירה גלויה, המכירה לא' קיימת.

ח. כתב הרמ"א בשו"ע סי' ס"ג סעי' י: השוכר בית מחזירו וחזר והשכירו לאחרים ביותר ממה ששכרו אם היה לו רשות להשכירו לאחרים, המותר הוא שלו, ואם לא היה לו רשות להשכירו המותר הוא לצעלים. ומקורו בני"ז צ"ק (דף ט ע"א מדפי הרי"ף). וכתב בקלוה"ח שם ס"ק ח דלא דמי לפרה דר' יוסי שאין השוכר ראשי להשכיר דכילד הלה עושה סחורה בפרתו של חזירו, דהתם השאל משלם עבור גוף הפרה וכיון דגוף הפרה דמשכיר הוא אינו עושה סחורה בפרתו של חזירו, אבל הכא כיון דכבר קנה הצית לדירה דשכירות קניא ויש לו רשות להשכירו ושכירות שנוטל ידיה הוא הו"ל סחורה ידיה, וזה ברור. ע"כ.

אמנם במחנ"א שכירות סי' יט כתב בשם בני אהרן דהיכא דמדינא לא היה זה ראשי להשאיל אלא משום דנתנו לו הצעלים רשות להשאיל, הוי הריוח של צעלים, אבל היכא דמדינא מלי להשכירה לאחרים הרי זה משתכר צדידיה. ועל קושית הנ"י לדעת ר' יוסי נימא כילד עושה הלה סחורה בפרתו של חזירו, כתב המחנ"א דעד כאן לא אמרינן הכי אלא לזכות צדמי גוף הפרה שאין לשוכר כלום בגוף הפרה כדי שיזכה צדמיה, אבל צדמי השכירות שהרויח השוכר לא שייך להאי טעמא, דהאי ודאי קנין פירות יש לו לשוכר לאישתמושי בה כל ימי שכירותה, ומה לי שישתמש בה איהו ומה לי שישכירנה לאחרים וירווח בה, אין זה אלא משתכר צדידיה דשכירות ליומיה ממכר הוא, ולא מיבעיא כשיש לו רשות להשכירה לאחרים דודאי הריוח לשוכר, אלא מפילו אם לא היה לו רשות להשכירה לאחרים ועבר זה והשכירה לאחרים כיון דהשכירות קיים אין אנו יכולים להוליא מידו של שוכר אם כבר בא השכירות לידו, עיי"ש.

ובנידון דידן שב' הקנה לא' את הזכות להשכיר לאחרים, ולא זו בלבד אלא שהותיר את כל הריוח לא', אם חכן היתה לב' הצעלות על הצית בשעה שהקנה זאת (אם נאמר שהמכירה הראשונה לג' לא הועילה כיון שהיתה מוסתרת, וכדעת הרמב"ם, והודאת בע"ד לא הועילה למפרע), עומדת לא' הזכות להשכיר והשכ"ד לעלמו.

אברהם דוב לוין.

משכיר שהוא בר מצרא של המושכר

בענין זכות בר מצרא בשוכר שיש בזה פלוגתא בראשונים ובאחרונים כמו שהביא האב"ד שליט"א, עיי' בסמ"ע ס"י קעה ס"ק קעג וז"ל: ממ"ש המחבר בסעי' מה דאם טען הלוקח למצאן שדה שבאת מכוחה לסלקני מכורה או ממושכנת היא צידך וכו', מוכח דס"ל להמחבר (וגם למור"ם שלא כתב שם עליו כלום, וגם הטור סתם וכתב אותו הדין בסוף סעי' ה) דאין שכיר או מלוה שממושכן הוא צידו יכולין לסלק להלוקח שקנה בלד אותה שדה כנ"ל, ומ"ש מור"ם דיש בשכירות דין מצרנות היינו לענין אם קדם השכיר או הממושכן וקנאו דאין המצאן יכול לסלקו, והמחבר ס"ל דכשם שאין לו דין בן המצאן לענין שאין יכול לסלק לאחר כך אין לו דין מצאן לענין שהמצאן יכול לסלק להשכיר אף אם קדם וקנאו, וכ"כ בצ"י. עכ"ל. לדבריו, ודאי שהשכיר אינו יכול להוליא את הקונה.

ונראה דכל הנידון בראשונים ובאחרונים הוא על השוכר אם יש לו דין מצאן בשכירות ליומיה ממכר הוא או דאין לו דין מצאן דלאו ממכר הוא. והנה יש לדון על המשכיר אם פקע ממנו דין מצאן לדירה הסמוכה או לא, וע"ז לא דנו. ולכאורה תליא בזה אם שכירות הוה ממכר א"כ פקעה מהמשכיר דין מצאן, ואם לאו ממכר נחשב המשכיר לבר מצרא. ויותר נראה לומר דאף אם אמרינן שכירות ליומיה ממכר זה רק דגם להשוכר יש דין מצאן, אבל מהמשכיר לא פקע דין מצאן כיון שיש לו צו קנין הגוף. ומלאתי שכ"כ בערוך השלחן ס"י קעה סעי' לט. וא"כ, אי שקנה הדירה הסמוכה דינו כמצאן על הדירה המושכרת, ודומה לשדה שיש לה שני מצרנים שכתב בשו"ע שם סעי' יא שדה שיש לה ד' מצרנים מד' רוחותיו כולם שוה בה ויחלקוה באלכסון וכו'. בד"א כשבאו כאחד אבל אם קדם אחד וסילק ללוקח וכו' או קדם וקנאה (מהמוכר) זכה בה. מצואר דבשני מצרנים וקדם אחד וזכה זכה בה. ומה שכתב שם הרמ"א מיהו לכתחילה ימכור לכולם ביחד, כבר ביאר בנתיב"מ שם ס"ק יב דהרמ"א פליג על המחבר בזמן שבאו ביחד דחייב למכור לכולם ואם עבר ומכר לאחד האחרים מוליאין מידו חלקם, משמע דאם לא באו יחד אלא אחד קדם וזכה בזה לא פליג הרמ"א ולכו"ע זכה מי שקדם וקנה. ולפי"ז המשכיר (היינו המוכר בדמ"פ) דינו כמצאן לדירה הסמוכה וכיון שקדם וקנה זכה בה אף אי נימא דלהשוכר (היינו זה שקנה בדמ"פ) יש דין מצאן, מ"מ המשכיר קדם וזכה בו ואין מוליאין מידו.

יהושע ווייס.

ג

בענין שטר הרחבת הזכויות בדירה המושכרת שכתב צ' לא' בתאריך 22 באוגוסט 2007, ואח"כ מכר צ' את הדירה לג', נראה דכיון שלפי חוק הגנת הדייר אין השוכר יכול להשכיר לאחרים, לכן נוהר צ' וכתב הכל בתור נתינת רשות ולא בנוסח קנין כלל. ויש לדון אם בעה"צ יכול לחזור צו מנתינת הרשות או לא, ואפילו אם נאמר שלא, מ"מ ודאי שאין כאן שום שעבוד וחלות בנכס עלמו לומר עליו שזה יחייב וישעבד גם את מי שיקנה ממנו את הנכס. לכן משנת 2010 שאז הוכחה הבעלות של ג' על הנכס, בטלה ההסכמה הזו.

דוד יהושע קניג.