

# עלון המשפט



ביה"ד "נתיבות חיים" שע"י מוסדות מענה שמחה י-ם בנשיאות הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א פנים מאירות 1 י-ם טל: 02-5023637

גלין חודש אדר א' ה'תשע"ו | 82

## תוכן העניינים:

א | פסקי דינים - שכירות בתים א' - קנייני השכירות וביטול השכירות מצד המשכיר

ב | בעניין גביית חוב מחלק בכורה

ג | תמונה במקום הלא נכון

## בית דין לענייני ממונות "נתיבות חיים"

### שע"י כולל חושן משפט אוהל יוסף

ניתן לקבוע תור לדיונים בביה"ד "נתיבות חיים"

בפ"ל: 052-7642-346

(בין השעות 8:00-6:30 בערב)

הדיונים נערכים בשפות עברית, אנגלית ואידיש. ההרכבים בבית הדין הם בראשות הדיינים דלהלן:

#### יום א'

הגאון הרב יצחק שובקס שליט"א / הגאון הרב אברהם בוטרמן שליט"א

#### יום ב'

הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א

#### יום ג'

הגאון הרב יוסף פליישמן שליט"א (ניתן להזמין דיונים גם באנגלית)

#### יום ד'

הגאון הרב אברהם דרבמדקר שליט"א

#### יום ה'

הגאון הרב יעקב פרבשטיין שליט"א

## תגובות והערות

תגובות לעלון ניתן לשלוח

לפקס 02-502-3655

או בדואר אלקטרוני

beisdin@neto.net.il

הרב יוסף פליישמן שליט"א

## פסקי דינים - שכירות בתים א' - קנייני השכירות וביטול השכירות מצד המשכיר

### קנייני השכירות

1. בכל הסכם שכירות צריך השוכר לעשות 'מעשה קניין' בכדי שהשכירות וכל דיניה יחולו בפועל<sup>1</sup>, ומשעת הקניין אין אחד מהצדדים יכול לחזור בו מהשכירות<sup>2</sup>. ואותם הקניינים שמועילים בקניית קרקע מועילים גם בשכירות קרקע, והיינו כסף שטר וחזקה<sup>3</sup>, ולדעת רוב הפוסקים מועיל גם קניין סודר [חליפין], וכן פסק השו"ע<sup>4</sup>.  
2. במכירת קרקע לא מועיל קניין כסף לפני עשיית חוזה במקום שנוהגים לעשות חוזה, ולדעת

### הערות וצינונים

1. דוגמאות לדינים שחלים מיד עם הקניין: חובת בדיקת חמץ על השוכר (או"ח תלז, א), וחובת לשלם למתווך משום הלאו של 'בל תלין', כי עבודת המתווך נגמרת מיד כשהשוכר עושה קניין, וחלה על המשכיר והשוכר חובה לשלם לו שכרו באותה עונה שגמר לעבוד (והיינו בין השקיעה לזריחה ולהיפך), וכמו בכל קבלן שצריכים לשלם לו בעונה שגמר לעבוד.

2. אם סיכמו על השכירות אסור להם לחזור גם לפני הקניין מצד מחוסר אמנה, וכ"כ בשו"ת מהר"ם מינץ (לט-א), וכ"כ הסמ"ע (ש"ל, א) לענין שכירות פועלים. אמנם, אף שמדין מחוסר אמנה אסור לחזור מהסיכום, מ"מ בדיעבד אם אחד מהם חזר בו מתבטל הסיכום.

3. מב' בגמ' (ב"ק ע"א) "כשם שהקרקע נקנית בכסף בשטר ובחזקה, כך שכירות נקנית בכסף בשטר ובחזקה", והגמ' מפרשת שמדובר בשכירות קרקע, וביאר רש"י (ב"מ צ"ט, ב ד"ה שכירות קרקע) "השכיר לו ביתו, משנתן לו כסף או שכתבו לו בעלים בתי מושכר לך ומסר לו השטר או שהחזיק בו השוכר, אין אחד מהם יכול לחזור", וכך נפסק בשו"ע (ש"ט, א).

ונחלקו הב"ח (תש"א, יח) והש"ך (שי"ג, א) בפירושו המימרא הנ"ל, אם הקניין מועיל שהשוכר יהיה לו קניין בעצם הדבר המושכר. שהנה במסכת ע"ז (טו, א) הוכיחה הגמ' שמדאורייתא נשאר המשכיר הבעלים של הדבר המושכר (ולכן לדוגמא יש איסור דא' של שביית בהמתו בבהמתו השכורה לעכו"ם). וכתב הב"ח (והוא לשיטתו ס"ס שי"ב) שאף שמדא' הבעלות היא של המשכיר, מ"מ יש דין מדרבנן שהשוכר קונה את מה ששכר כמו במקח (ולכן לדוגמא יש לשוכר דין מצרון), וכך פירש את המימרא "כשם שקרקע נקנית... כך שכירות נקנית", שהכוונה היא לקניין בעלות שחידשו רבנן שיהיה לשוכר, וז"ל הב"ח "מדרבנן ודאי קניא שכירות כדאמר ר' אלעזר בפרק מרובה ובפרק השואל כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרין, וכשם שהקרקע ניקנית בכסף ובשטר ובחזקה כך שכירות קרקע ניקנית בכסף כו', ולא מדאורייתא קאמר דשכירות קרקע ניקנית בכסף כו', שהרי הנך קראי דילפינן מיניה דקרקע ניקנית בכסף וכו' בפרק קמא דקידושין לא איירי אלא בממכר, וד"ת ודאי שכירות לא קניא, אלא תקנת חכמים הוא דשכירות קרקע קניא בכסף כו' כמו ממכר משום דשכירות ליומיה ממכר הוא מדרבנן".

אכן הש"ך (שי"ג, א) חולק עליו וטובר שאין לקונה שום בעלות על הדבר המושכר ואין דין כזה מדרבנן, והקניין שנאמר במימרא הוא רק לענין שלא יוכלו לחזור מהשכירות, ובזה הקניין מועיל אף מדאורייתא. (הש"ך הסתמך לדינא על שיטת התוס' שסברו שדין 'שכירות ליומיה ממכר הוא' נאמר רק לגבי אונאה, וכמש"כ בסימן שלד סק"ב, וצ"ע איך זה מתיישב עם פסקי השו"ע לפי הפוסקים שניא לקמן הערה 15). ולפי הב"ח צ"ע באיזה דרך יחול הדין דא' שאי אפשר לחזור משכירות.

4. דעת התוס' (ב"מ י"א, ב ועוד מקומות) שא"א לקנות שכירות בקניין סודר, שהנה במשנה מסופר (מע"ש ה, ט) שר"ג והזקנים היו באים בספינה, והיה לר"ג בביתו פירות שלא הופרש מהם תנ"מ, והקנה לזקנים את מקום המתנות כדי להקנות להם את התנ"מ, וכתוב במשנה שהקנות המקום הייתה ע"י שנתקבלו זה מזה שכר, והנה לכא' היה ר"ג יכול להקנות המקום בקניין סודר, ומזה שלא עשה כך הוכיחו התוס' שק"ס אינו מועיל בשכירות (והסביר הנתיב"מ (קצה, ד) שכיון שאין השכירות אלא זכות השתמשות "שאיין בו ממש וקנין בגוף הקרקע" לכן אין מועיל בזה ק"ס). אכן הרא"ש (ב"מ א, כז) דחה את הראיה עיי"ש.

המחבר (קצה, ט) הביא את שני הדעות וכתב את הרא"ש בסתם ואת התוס' כ"י"א, וז"ל "בדרכים שהקרקע נקנה בהם שכירות ושאלת קרקע נקנין, ויש אומרים שאינם נקנים בקנין סודר", והכלל הוא (שדי חמד כללי הפוסקים יד, יב) שכל מקום שכתב המחבר ב' דעות כוונתו לפסוק כסתם (וכן כתב הבעי חיי ב, קי ד"ה ולענין הלכה) בדין זה שכך הכריע המחבר (לדינא), וא"כ דעת המחבר להלכה כהרא"ש והרמ"א לא השיג עליו. וכן משמע בשו"ת מהר"י וייל (סי' נח, וכתב הבעי חיי ב, קי שמש"כ בסוף דבריו הוא ט"ס), וכן פסק המהר"י ברונא (סי' קע) לענין שכירות קרקע (לגבי שאלה לא ברור לו הדין), וכן הכריע בקצוה"ח (קצה, ח), וכן סתמו המג"א (תלז, א) והמשנה ברורה (תלז, ב), וכן סתם הסמ"ע (שי"ב, א). וכתב הבעי חיי (שם) שהיות שהוא מחלוקת והמחבר הביא את שיטת התוס' כ"י"א, היה נראה שהמוחזק יכול לטעון "קים לי" שלא מועיל ק"ס, אבל מכיון "שכבר נהגו פה ובכל המקומות שראיתי מנהג פשוט לקנות שכירות קרקע בחליפין, ואדרבא המנהג הוא בחליפין ולא בשום קנין אחר", לכן אי אפשר לטעון "קים לי" שלא מועיל חליפין כיון שא"א לומר קים לי נגד המנהג. ואף שבזמנינו אין נהוג לקנות שכירות בק"ס או א"כ יוכל המוחזק לטעון "קים לי" שלא מועיל ק"ס בשכירות קרקע, וכגון כשיש ויכוח בין שני אנשים ששכרו אותה דירה, והראשון עשה ק"ס והשני נכנס לגור לפניו ועשה קניין חזקה, שהשני יוכל לטעון קים לי שהוא זכה בשכירות, אכן מ"מ דעת הגר"נ גולדברג שבמקום שהב"ד דנים עפ"י פשרה אפשר

הרבה פוסקים הדין כך גם בשכירות קרקע.<sup>5</sup> אכן בזמנינו שהרבה פעמים החוזה נעשה רק בגלל דרישת המשכיר מועיל קניין כסף לבד, ולכן אם שילם השוכר למשכיר אפילו תשלום חלקי חלה השכירות,<sup>7</sup> ובפרט אם אין בכוונתם לעשות חוזה כלל.<sup>8</sup>

#### הערות וצינונים

3. חוזה שהוא תקף לפי חוקי המדינה, אף אם אינו נחשב לשר קניין עפ"י דין מ"מ אפשר לקנות בו,<sup>1</sup> ובלבד שיהיה מנוסח בלשון של שכירות בפועל ולא בלשון של התחייבות לשכירות.<sup>11</sup>  
4. הגם שהמשכיר אינו יכול לבטל את השכירות אחר הקניין, מכל מקום

לציין שהשאלה אינה מצויה כ"כ כיון שבדרך כלל כשעושים חוזה לא מעבירים כסף עד החתימה על החוזה, ואם אינם מקפידים לעשות חוזה בוודאי שקניין כסף לבד מועיל וכמו שמבואר בפנים.

7. כמש"כ בשו"ע (קצ, ב) גבי מכירה "בכסף כיצד, מכר לו בית או שדה ונתן לו כסף שוה פרוטה, קנה ואין אחד מהם יכול לחזור בו".

8. כן פסק המהרש"ם (ד, נו) שהדין שא"א לקנות בכסף לבד במקום שנהגים לעשות שטר הוא רק כשרוצו לעשות שטר ועוד לא הספיקו, אבל אם היה מוסכם או מובן שלא יעשו שטר קונים בכסף לבד, והטעם פשוט, שהרי הסיבה שאין קונים בלי שטר הוא מכיון שאין לקונה סמיכות דעת, וזה לא שייך כשיסכימו שלא יעשו שטר. ובספר דבר למשפט (מכירה ב, ב) הוכיח שגם המהר"א הלוי (הובא בד"ג פט, ו) סובר כן.

9. הרבה פעמים החוזה אינו מועיל לקנות בו בקניין שטר מכמה טעמים. א' לפעמים אין הנייר משל המקנה (והיינו המשכיר) וכגון שביקש מהשוכר שישגי לו חוזה שכירות, ומבו' בקצה"ח (קצא, א) ובנתיה"מ (קצא, א) ששטר קניין אינו מועיל אא"כ הנייר הוא של המקנה. ב' הנתיה"מ (עמ' 53) מעיר שלפעמים אין הצדדים חותמים על העותק שניתן לשוכר, וצורת קניין שטר היא המשכיר מוסר השטר לשוכר, ואם השטר שניתן לשוכר הוא רק צילום של ההסכם והצדדים לא חתמו עליו אין לו דין של כת"י. ג' ראה בקובץ הישר והטוב (ז, עמ' לח) מש"כ הגר"ש רוננברג שבד"כ החוזה נכתב שלא לפי הל' שטרות.

ואם אכן יכתבו שטר שיהיה תקף עפ"י דין יועיל השטר גם בלי קניין כסף, וכמש"כ הכנה"ג (קצה, הגהב"י מז), הברכי יוסף (יו"ד רסז, י) ובשו"ת בית שלמה (ס' עג).

10. מדין קניין סיטומתא. והנה הפוסקים נחלקו אם מועיל קניין סיטומתא בקרקע. הב"ח כתב (ס' רא) "מיהו נראה דאין מנהג אלא במטלטלין אבל לא בקניית קרקע ושכירות קרקע, והכי משמע מלשון רבינו שכתב יש עוד דבר שהמטלטלין נקנים בו, והיינו טעמא דבמטלטלין דאיכא משא ומתן טובא ואין פנאי להזמין עדים לקנות בחליפין ואין צריך לומר דאין פנאי למשוך כל הסחורה לרשותו, על כן נהגו בתקיעת כפס זה לזה אי נמי בנתנית פשוט ומסירת מפתח וכיוצא בדבר קל, אבל בקרקע אין מנהג והלכך אפילו תקעו כפס זה לזה אינו כלום". והנה הש"ך (רא, א) הסתפק בכוונת הב"ח אם כוונתו שאין מועיל בקרקע קניין סיטומתא כלל, או שקניין סיטומתא יכול להועיל בקרקע אלא שבמציאות לא נהגו לקנות בדרך אחרת חוץ מהדרכים שמועילים מעיקר הדין. אולם לכאורה פשוט הב"ח היא שאין מועיל קניין סיטומתא בקרקע, וכ"פ בשו"ת בית יעקב (ס' צ, הביאו באמרי ברוך ס' רא, ובאריכות בפת"ש סי שטו), ולמד כן בפשיטות בדעת הב"ח.

אכן דעת רוב הפוסקים שמועיל קניין סיטומתא בקרקע, וכך כתב הש"ך בדעת המהרש"ל (יש"ש ב"ק ה, לו), וכ"כ הרמ"א (תשו"כ להדיא, והמשפט שלום והכסף הקדשים הביאו ראה שגם הרא"ש ב"מ א, לח) סובר כן, כיון שביאר הא דחזקה קונה בשדה רק אי דייש אמיצרא שהוא משום שהמנהג הוא שלא יקנו בלי זה "והקנין לפי המנהג דאמר' לקמן בפרק הרבית (דף עד א) האי סיטומתא קניא". רע"א (גליון שו"ע ס' רא) הוכיח שגם הרשב"א (ג, קלב, הובא בב"י ס' קפג) סובר שמועיל, ובשו"ת טור האבן (ס' לח) הכריע שלכה"פ אם זה שעשה קניין סיטומתא הוא מוחזק הוא יכול לטעון קים לי כהני פוסקים שמועיל סיטומתא בקרקע.

בקובץ הישר והטוב הנ"ל דן הגר"ש רוננברג אם חוזה יכול לחול מדין סיטומתא, כיון שיש פוסקים שסוברים שסיטומתא מועיל רק במעשה קניין מיוחד שחז"ל לא דיברו ממנו וכמו תקיעת כף, אבל אם המעשה הנהוג הוא מעשה קניין שחז"ל דיברו בו ופסלוהו אינו יכול להועיל מדין סיטומתא (עיי' שם שהגר"ש הביא בזה מחלוקת, שהבאר מים חיים (חו"מ סימן א-ב) והמשנה ברורה (שה"צ תמח, כא) סוברים שאינו מועיל מדין סיטומתא, והריב"ש (שמה) סובר שמועיל). ולמעשה הכריע הגר"ש שבכ"ז החוזה הנהוג היום יועיל לכ"ז מדין סיטומתא, כיון שגם החוזה הוא סוג קניין מיוחד שלא דיברו בו חז"ל, שהרי הרעיון של חוזה הוא הסכם דו-צדדי, ואינו דומה לשר קניין של התורה שעיקרו הוא שהמקנה מוסר את הראייתו ביד המקבל.

11. הטעם הוא כי א"א לקנות בהתחייבות. ומה שהחוזה מנוסח בלשון של התחייבות הוא לא רק עניין של ניסוח גרידא, אלא כך הוא מובנו המשפטי של החוזה, ולכן גם אחרי החתימה על החוזה נשאר הנכס בבעלות המוכר או המשכיר, ויש לזה השלכות משפטיות, ולדוגמא: גם אחרי חתימת החוזה יכול המשכיר להמשיך לגור בדירה ואינו צריך לשלם דמי שכירות לקונה, וכן ת מדינת כמו ארה"ב שאף לאחור חתימת החוזה יכול המוכר או המשכיר לחזור בו מהחוזה, ויצטרך לשלם רק פיצויים על הפרת החוזה. וכ"כ הגר"נ נוסבויס (הישר והטוב ח"ג עמ' כד), וכ"פ הגר"ש"ר (הנ"ל ח"ז עמ' לו). ומהטעם שכתבנו אינו דומה למש"כ הציין אליעזר (טז, נג) שאם יש חסרון בשטר רק מצד הלשון אפשר לדון אותו כשטר.

12. כן פסקו הטור והשו"ע (שיב, א), והמקור הוא ירושלמי שהובא ברא"ש ב"מ ח,

לפסוק כדעת רוב הפוסקים ואי"צ להתייחס לטענת קים לי (עיי' ספר סדר הדין פרק ד הערה עב), וא"כ בדר"כ יזכה הראשון.

5. במכירת קרקע הדין הוא שקניין כסף לבד אינו מועיל, כיון שבלי שטר אין לקונה סמיכות דעת. ולעניין שכירות קרקע כתב הרמב"ם (מכירה א, יח) וז"ל "כשם שהקרקע נקנה בכסף בשטר ובחזקה כך שכירות הקרקע נקנה בכסף לבד", ודייק מזה הב"י (קצה, יג ד"ה כשם) "ומשמע לי דאפילו במקום שכותבין שטר קונה בכסף לבד, ודוקא גבי מכר אמרו (קידושין כו. וברש"י ד"ה לא קנה) דלא סמכה דעתיה דלוקח עד שיכתוב שטר, אבל גבי שכירות בכל דהו קנין סמכה דעתיה".

והיה מקום לומר בכוונת הב"י שבשכירות קרקע קונים בכסף לבד אפילו כשהמנהג לעשות שטר, כי בשלמא בקניית קרקע הקונה משלם שהקרקע תהיה קנויה לו עולמית ובלי שטר הוא חושש שהמוכר יוציא ממנו, אבל בשכירות גם אם יוציא ממנו את הקרקע לא הפסיד אלא את זכות ההשתמשות, וא"כ יש סברא לומר שאפילו אם יהיה נהוג לכתוב שטר יוכל לקנות בכסף לבד, ובאמת בבית שלמה (או"ח א עג) משמע שכתב כן לדינא, ודייק כן מהמב"ם שכתב "דשכירות קרקע עדיף טפי **לעולם נקנה בכסף לבד**", ומשמע ממנו שאפילו במקום שכותבים שטר על שכירות יכול לקנות בכסף לבד, וכ"כ להדיא בשו"ת תשוורת ש"י (תשו"ת תד) בפירוש דברי הב"י ופסק כן לדינא. אכן הב"י בעצמו כתב גבי שוכר מן הגוי (קצב מחודש ו) "גבי שכירות שבשכירות קונים בכסף לבד הוא מכיון שלא נהגו לכתוב שטר, אבל אם המנהג יהיה לכתוב שטר לא יוכלו לקנות בכסף לבד. וכך הביין הסמ"ע (קצה, כ), שהנה הרמ"א כתב (קצה, ט) "ואפילו במקום שס"כ אינו קונה בלא שטר כמו שנתבאר לעיל סימן ק"ן מ"מ שכירות סגי לה בכסף לחוד", וביאר הסמ"ע "דשכירות לאו מדרך העולם **לכתוב עליו שטר**, דסמכה דעת השוכר בלא שטר כיון דלימים קצובים שכרוהו" (ועיי' בתשוורת ש"י שנדחק לפרש הסמ"ע כמו שהביין בב"י), וכ"כ הגר"א (ס"ק לב), וגם המשפט שלום (ס"ס קצה) כתב שאם המנהג הוא שהשוכרים דורשים שטר א"א לקנות בכסף לבד.

6. הטעם שקניין כסף לבד בלי שטר אינו מועיל הוא מכיון **שהקונה** אין לו סמיכות דעת בלי שטר, וכמש"כ רש"י (קידושין כו, א ד"ה לא קנה) "דכיון דרגילין בהכי לא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא ועיקר דעתו לקנות על השטר הוא", וכן כתב הסמ"ע הנ"ל גבי שכירות שמה שאין מועיל קניין כסף בלי שטר הוא מצד סמיכות דעת השוכר, והסברא בזה פשוטה, כי המשכיר הוא המוחזק, ואם לא יהיה לשוכר שטר יהיה המשכיר נאמן בכל ויחזק ביניהם, וכמש"כ בשו"ע (שיז, ב) "המשכיר בית לחבירו בשטר לעשרה שנים ואין בו זמן, השוכר אומר עדיין לא עבר מזמן השטר אלא שנה והמשכיר אומר כבר עברו ושלמו שני השכירות ושכנת עשרה שנים, על השוכר להביא ראיה, ואם לא הביא ראיה ישבע המשכיר היסט ויציאו וה"ה בשאר טענות", ופירש הסמ"ע (ס"ק ח) "וז"ל המרדכי דה"ה אם המשכיר אומר בו שכרת והשוכר אומר בה שכרת, או שהבעה"ב אומר לא השכרת, דקרקע בחזקת בעליה קיימת ועל השוכר להביא ראיה".

ולפ"ז נמצא שהטעם שצריך שטר דווקא הוא בכדי שתהיה סמיכות דעת לשוכר, וא"כ היום שהשוכר אין לו כ"כ עניין לעשות חוזה והמשכיר הוא זה שבדר"כ דורש חוזה, ומה שהמשכיר דורש חוזה אינו בגלל שחסר לו סמיכות דעת אלא כדי להגביל את שימוש השוכר בבית, א"כ גם אם המנהג לעשות חוזה מ"מ מועיל קניין כסף לבד כיון שלשוכר יש בזה סמיכות דעת. ואפילו במקרה שהשוכר משלם מראש לפני שהוא מתחיל את השכירות בפועל, אין צורך בחוזה כדי להבטיח את הכסף, כי הקונה יכול לשלם בצ"ק ולכתוב עליו שהוא עבור השכירות או שידרוש קבלה. שוב מצאתי שכ"כ המשפט שלום (ס"ס קצה), שאם רק המשכיר דורש שטר מועיל קניין כסף לבד וז"ל "ונ"ל דהיכא שהשוכר אינו רוצה שטר אלא [המשכיר] (המוכר) רוצה בשטר להבטיח שיצא מהדירה בזמנו וכדומה, מהני השכירות גם קודם כתיבת השטר, דחששא דלא סמכא דעתו קאי רק בלוקח" (והוכיח כן מהרש"י הנ"ל). והגם שהמשכיר דורש את החוזה עבור השכירות, מ"מ אינו מעכב שלא יחול קניין אחר וכמו קניין כסף, כיון שאין חסרון סמיכות דעת בקניין הכסף, ומה שהוא דורש את החוזה הוא רק להוכיח על התניית תנאי ההשכרה, וכ"כ הגר"נ נוסבויס (הישר והטוב ג, עמ' כד).

וכ"ז הוא להיפך ממש"כ הפת"ח (ד, הערה ג ד"ה כתב הרמ"א) שבזמנו אין מועיל קניין כסף לבד כיון שנהוג לכתוב חוזה. ומסתמא לא עמד הפת"ח על המציאות שבד"כ המשכיר הוא זה שדורש חוזה ולא השוכר, שהרי הוא עצמו הביא את המשפט שלום הנ"ל ונראה שהוא מסכים עמו, ובהכרח שלא עמד על המציאות היום שהיא כמש"כ המשפט"ש. ויש לציין שאפילו לדעת הפת"ח נראה שאפשר לקנות בקניין כסף לבד בשכירות דירה לתקופה קצרה וכמו בנופש, שבזה כלל אין נהוג לכתוב חוזה. עוד יש

הוא יכול למכור את הבית לאחר אף באמצע תקופת השכירות<sup>12</sup>, וכל זכויות השוכר יישארו כמקודם, אלא שמשעת המכירה יתחיל לשלם לבעה"ב החדש במקום לבעה"ב הראשון<sup>13</sup>.

## חזרה מהשכירות מחמת אונס המשכיר

5. אחר שהשוכר עשה מעשה קניין<sup>14</sup> אין המשכיר יכול לבטל את חוזה השכירות, ואפילו אם קרה לו אונס שבגיניו נשאר חסר בית אין הוא יכול

### הערות וצינונים

לבטל את השכירות<sup>15</sup>, אלא אם כן האונס קרה לפני הקניין והמשכיר לא היה מודע לכך<sup>16</sup>.

6. גם אם המשכיר אמר בשעת ההשכרה שהוא משכיר את הבית על סמך זה שיש לו בית אחר לגור בו, אינו יכול לסלק את השוכר מהבית כשאיבד את ביתו באונס, אלא אם כן התנה זאת המשכיר בפירוש כמשפטי התנאים<sup>17</sup>. אבל אם המשכיר השכיר את ביתו שהוא גר בו לזמן מסוים ובסוף אין לו אפשרות לעזוב את ביתו, וכגון שהשכיר את

16. הנה אם אירע אונס למשכיר לפני הקניין כתבו הפוסקים שהמשכיר יכול לבטל את השכירות, מכיון שיש אומדנא ברורה שעל דעת כן לא השכיר את הבית שהוא יגור ברחוב וביתו יהיה מושכר לאחר. ויש להסתפק במקום שהאונס קרה אחר הקניין אבל יש אומדנא דמוכח גמורה שע"ד כן לא היה משכיר את ביתו, אם גם בכה"ג יכול המשכיר לבטל את השכירות. שהנה השב יעקב (או"ח סי' ז) שאל על הדין שהמשכיר אינו יכול להוציא את השוכר מהבית כשקרה לו אונס, דהא יש אומדנא דמוכח שהמשכיר לא משכיר את הבית אם היה יודע שיפול ביתו, והגם ששכירות ליומיה ממכר הוא, הרי גם במכר אומדנא דמוכח מבטל המכר, והשב יעקב השווה המקרה של נפל בית המשכיר למש"כ התוס' (כתו"צ זא) במקרה דומה שהובא בגמ' "הרי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו, רבי שמעון בן מנסיא אומר אין מתנתו מתנה, בידוע שאם היה יודע שבנו קיים לא היה כותב", שכתבו התוס' שאפילו אם לא התנה ואפילו אם לא פירש שהוא מוכר על סמך השמועה שמת בנו, בכל זאת אם נודע אח"כ שהשמועה אינה ברורה כיון לחזור, וא"כ הדין היה אמור להיות כך גם בנידוננו כיון שיש אומדנא ברורה ששום אדם אינו משכיר את ביתו כשהוא יצטרך לגור ברחוב. ומכח השאלה פסק השב יעקב, שאם בזמן שהשכיר את הדירה כבר אירע האונס אלא שהמשכיר לא ידע מזה יכול המשכיר לבטל את השכירות.

ומדברי השב יעקב משמע, שרק אם אירע האונס לפני הקניין יכול לבטל את השכירות, אבל אם אירע האונס אחר הקניין א"א לבטל את הקניין אף שיש אומדנא דמוכח גמורה שלא היה משכיר ע"ד כן, שהרי הוא תיאר את האונס של נפל הבית וז"ל: "הלא אין לך אומדנא דמוכח יותר מזה היכא דנפל ליה ביתו ואין מוצא בית אחר לשכור דוודאי לא ישיכיר ביתו לאחר והוא ילון ברחובות העיר", ובכ"ז אינו מועיל האומדנא לבטל הקניין א"א כ"כ נפל הבית לפני הקניין. וכ"כ הבית שלמה (הו"מ ק"ט) בשם המבי"ט. אכן לכאוף זה נסתר מדברי הרא"ש (כתובות י"א, ט) שכתב "ויש דברים שאפילו גילוי דעת א"צ משום דאיכא אומדנא דמוכח דאפי" לא גילה דעתו בשעת המעשה לא הווי דברים שבלב משום דבלאו גילוי דעת אנו סהדי דלהכי איכוין". והגם שהתוס' (כתו"צ מז, ד"ה שלא כתב) חילקו שהרבה פעמים א"א לבטל קניין בגלל אומדנא כיון "שאנו סהדי שבאותו ספק היה רוצה ליכנס", אבל מדברי השב יעקב הנ"ל נראה שסובר שאין אומדנא זו כאותן אומדנות שעליהן דיברו התוס', אלא היא אומדנא שעליה כתבו התוס' "ואין דעתו להכניס עצמו בספק". וכ"כ הבית שלמה שאם יש אומדנא גמורה אפשר לבטל השכירות אף אחר הקניין, ומתחילה רצה הב"ש לומר כמו המבי"ט שאומדנא דמוכח יכולה לבטל קניין רק אם האונס אירע לפני הקניין ונתברר שהיה טעות מתחילה, אכן אח"כ חלק על המבי"ט וכתב "באמת אי איכא אומדנא טובה א"צ לגילוי דעת כלל כמש"כ התוס' והרא"ש שם, ומוכח דאף במה שנתהוה אח"כ אי איכא אומדנא טובה מועיל", וחזר על זה בתשובה אחרת (יו"ד ב, ק"ב). והאר"י לחלוק על המבי"ט בתוקף. ואולי יש לדחוק בלשון השב יעקב שבאמת אינו סובר כהמבי"ט, אלא שהאומדנא שכתב אינה אומדנא ברורה כ"כ. וכמו שכתב השב יעקב פסק גם העה"ש (שיב, ג) שביאר הא שהתיר הרמ"א להוציא את השוכר מהבית אף באמצע הזמן וכמב' לקמן סעיף 8, שהרמ"א התיר מכיון שיש אומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא השכיר המשכיר, והסיק וז"ל "וני"ל דאם הסיבה מאבדון הבית היתה עדיין בעת שהשכירו ודאי אומדנא גדולה היא והוי כשכירות בטעות דגם במכר היה המכר נתבטל בגילוי דעת כה"ג, אבל אם הסיבה נתהוה אח"כ אינו יכול להוציא".

17. עיקר הדין נאמר במכירת קרקע שאם פירש שהוא מוכר על סמך שלא יצטרך לבית ובסוף קרה אונס והוא נצרך לבית המכירה בטלה, וכן דייקו התוס' (ק"ד. מט, ב ד"ה דברים שבלב) "משמע דוקא משום שלא פירש דבריו, אבל אם פירש דבריו להדיא ואמר בשעת המכר שהוא מוכרם לפי שהוא רוצה ללכת לארץ ישראל הווי המכר בטל", וכן בפסק בשו"ע (ר"ז, ג) "מי שמכר חצרו או שדהו ופירש בשעת המכירה שהוא מוכר כדי לילך למקום פלוני או מפני המטר שנמנע כדי לקנות חטים בדמיו ה"ז מוכר על תנאי".

אכן במטלטלים אין הדין כך וכמו שכתב הרמ"א על השו"ע הנ"ל "ודוקא במוכר קרקעותיו, אבל במוכר מטלטלים לא מהני גילוי דעתו עד שיתנה בדיני תנאי", וביאר הסמ"ע (ס"ק ט) "ד"ל הטור לפי שאין דרך בני אדם למכור קרקעות שהוא מתפרנס מהן אם לא שהיתה דעתו לעקור דירתו מכאן, אבל מטלטלין פעמים שאדם מוכר, והיינו שמה שדי בגילוי דעת לבטל המכירה הוא רק בדבר שמוכר מתוך מצבו של המוכר שבכה"ג לא היה מוכר (כמש"כ הנת"י ס"ק ג), אבל בדבר שיתכן שהיה מוכר על אף האונס לא מועיל גילוי דעת וצריך תנאי מפורש. ולפי"ז יהיה הדין בשכירות

כד-ה), והטעם כתב הב"ח שהוא מכיון שהמשכיר יש לו קניין הגוף והשוכר יש לו רק קניין פירות שיכול לגור בבית. והוא סברת המבי"ט (א, שמו) שכתב וז"ל "דקרקע בחזקת בעליה קיימא, וכמו שיכול למכרה ולהקדישה אפילו בזמן שהיא מושכרת כן יכול להשכירה לאחרים בזמן שתכלה שכירות הא', דאין לו לשוכר בה אלא הדירה שהן הפירות וקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי".

13. במקרה שהשוכר שילם כבר למוכר כתב הרא"ש הנ"ל להדיא שאינו צריך לשלם שוב לקונה וז"ל "אבל הקדים לו שכרו ה"ז דר בתוכו חנם, והיינו טעמא כיון דהקדים לו שכרו ונשתמש זה במעותיו מפני דוחקו של משכיר לא יפסיד השוכר". וביאר הפרישה (שיב, ג) שזו גם כוונת הטור במש"כ "ואם הקדים לו השכר אפי' לזמן מרובה אינו יכול להוציאו עד שיכלה זמן כל השכירות שהקדים לו", וכ"כ בסמ"ע (ס"ק ב). וכתב הגר"א שזו כוונת התוספתא "הלוקח נוטל השכירות מן המוכר עד שישלם זמנו", והיינו שעל הקונה להוציא דמי השכירות מהמוכר, ואין מוטל על השוכר להוציא מהמוכר מה ששילם לו.

14. אף שעדיין לא נכנס לגור בבית, וכמש"כ הרמ"א בתשו' (ס"כ) והובא בש"ך (ס"ק ב).

15. הנה בגמ' (ב"מ ק"א, ב) מב' "פשיטא, נפל ליה ביתא אמר ליה לא עדיפת מינאי", והיינו שהמשכיר יכול לפנות את השוכר כיון שהוא עצמו זקוק לבית, אכן יש להסתפק אם הגמ' דיברה אף בתוך זמן השכירות, או שרק אם הסתיים זמן השכירות יכול להוציא מהבית. ברש"י (ד"ה לא עדיפת) כתב "לא עדיפת מינאי - הואיל והגיע זמנו מוציא", ומשמע שאינו יכול להוציא באמצע הזמן אף שאין למשכיר בית לגור בו, וכ"כ הרא"ש (ח, כה) "אם נפל ביתו של משכיר... נראה שאין יכול להוציאו דשכירות לזמן קצוב כמכר דמי", וכ"כ גם בתשו' (א, ו), וכ"כ הרשב"א (בפ"י ובתשו' הובא בב"י), וכן הריטב"א (ד"ה מתיני) סבר כרש"י, וכתב שזו גם דעת הרמב"ם (שכירות ו, ט; וכ"כ שו"ת ריב"ש החדשות סי' א בדעת הרמב"ם), וכן דעת הר"ן (ד"ה חזינן), וכן בפסק בשו"ע (שיב, א) "המשכיר לחבירו בית או חצר או מרחץ או חנות לזמן קצוב, אינו יכול לחזור בו ולהוציאו תוך זמנו אפילו נפל ביתו של משכיר שאין לו מקום לדור בו".

אכן הגר"א (הג' הגר"א על רש"י ק"א, ב ועל תוס' קב, ב ובבהגר"א על השו"ע (שיב, ה וכו')) דייק ממש"כ התוס' (קב, ב ד"ה בחזקת שלא נפדה) שהשוכר אין מקדים מעות למשכיר מכיון שהשוכר נמי ירא להקדים השכר פן יפול הבית או יפול ביתו של משכיר עצמו ויוציאנו, שהתוס' חלקו על הרא"ש וכ"כ הפסקי תוס' (ס"ק שג), ולדעתם גם בקצב לו זמן יכול המשכיר לפנותו באמצע, שהרי התוס' דיברו כששכרו לזמן. גם המהרש"ל (תשו' לח) דייק שהתוס' חלוקים על הרא"ש, וכן פסק לדינא כהתוס' מכיון שלדעתו משמעות הרמב"ם והסמ"ג היא כותס'. וכן דעת המרדכי (גם בבהגר"א שם כתב שהמר"ט ס"ל כתוס', ודברי המר' יובאו לקמן הערה 25). והנה הקצוה"ח (שיב, א) והכנה"ג (שיב, הגה"ט יב) דחו הראיה מתוס', וכתבו שהתוס' לא דיברו אלא במקרה שהשכיר סתם ולא לזמן קצוב, וכן המהר"ם (קב, ב ד"ה בחזקת דחה הראיה מהתוס', ותירץ דברי התוס' שכוונתם שהשוכר אינו רוצה להקדים מעות כי הוא חושש שמא יפול בית המשכיר, ואם המשכיר ירצה להוציאו יצטרך להיכנס עמו בדינא ודיינא (ותירוץ זה צ"ע שהרי חשש זה ישנו גם אם לא יקדים לו מעות, ואולי יש קצת נפ"מ כשהספסוף נמצא כבר ביד המשכיר). אכן הנתבי השכירות (ה, הערה ה) הוכיח מהתוספות הרא"ש (ב"מ קב, ב) שהתוס' והרא"ש חולקים וכמש"כ הגר"א, כי בתוס' הרא"ש כתב את התירוץ של התוס' שהשוכר ירא להקדים מעות מהחשש שלא יקבל את התמורה, אכן הוא השימיט את החשש שכתבו תוס' שמא "יפול ביתו של משכיר", וכתב רק "ושוכר נמי ירא להקדים השכר פן יפול הבית" והיינו הבית ששכר.

ובביאור מחלוקת הראשונים כתבו המשפט שלמה (ב, נתיב ד) והנתיב השכירות (פרק ה, הערה א) עי"ש שהאר"י (בה), שיסוד המחלוקת תלוי בדין 'שכירות ליומיה ממכר הוא' אם נאמר לכל עניין או לא, כי התוס' והמר' סוברים שלא נאמר אלא גבי אונאה (וכמש"כ תוס' ב"מ נו, ב), אבל הרשב"א חולק וז"ל (ב"מ נו, ב ד"ה הא דבעי) "א"ת והיכי קאמר הכא דשכירות מכירה ליומא... י"ל דביתו וקנין כספו לא מייקר אבל מ"מ קנויה היא לו להשתמש בה כל ימי שכירותה", ולכן חלק הרשב"א גם בנידוננו, שכיון שהבית קנוי לשוכר א"א להוציאו באמצע הזמן. (וכן סובר הרא"ש. בנתיב השכירות (עמ' טז) ר"ל שבה תלוי גם המחלוקת בין התוס' להרא"ש אם מועיל ק"ס בשכירות (ראה הערה 4), עפ"י מה שהסבירו התוס' (ערכין כט, ב ד"ה ולא ידענא) בהא שאין מועיל ק"ס לשכירות "שאלה או שכירות לא מקנו בחליפין משום דהוה כמו טובת הנאה").

ביתו רק לשבת והשוכר ידע זאת, ובסוף חלתה אשתו של המשכיר והיא מרותקת למיטה וכדו<sup>18</sup>, יכול המשכיר לבטל את השכירות אפילו אחרי קניין<sup>19</sup> גם אם לא עשה תנאי מפורש<sup>20</sup>.

## חזרה מהשכירות עקב הפסד המשכיר

7. אם המשכיר רוצה למכור את הבית ואינו מוצא קונה שמוכן לחכות עד גמר השכירות, אפילו אם הוא צריך כסף כדי להאכיל את משפחתו או עבור חינוך ילדיו, אין לו זכות לבטל את השכירות וילך לסבב על הפתחים<sup>21</sup>. אכן אם אין באפשרות המשכיר להשיג כסף מהצדקה והוא

### הערות וציטוטים

צריך את הכסף בגלל סכנה ממשית, וכגון שאין לו כסף לחינוך ילדיו ויצטרך להכניסם לחינוך חילוני<sup>22</sup>, או שאחד ממשפחתו נמצא בסכנת חיים ואין לו כסף לטיפול רפואי, בזה מותר למשכיר למכור את הבית ולבטל את השכירות<sup>23</sup>.

8. אם מכיון שהמשכיר אינו יכול למכור את הבית ולפנות אותו מיד הוא עלול להפסיד את הבית המושכר, וכגון שאין לו יכולת לשלם את המשכנתא על הבית<sup>24</sup> והבנק רוצה לעקל את הבית, בזה התיר הרמ"א למכור את הבית ולבטל את השכירות<sup>25</sup>. ולדעת הרבה פוסקים ההיתר

ובפנים כתבנו שבמקום שהמשכיר אין לו שום אפשרות לעזוב את ביתו בטלה השכירות אפילו בלי גילוי דעת, והטעם שא"צ גילוי דעת הוא משום שהוא דבר שבלבו ובלב כל אדם ששום אדם אינו משכיר את ביתו שהוא גר בו אלא על סמך שיוכל לעזוב את ביתו, אבל במקרה שהשוכר לא היה אמור לדעת שהשכירות תלויה ביכולת המשכיר לעזוב את ביתו צריך גילוי דעת דווקא.

21. מב' בירושלמי (ח, ט) "המשכיר בית לחבירו וביקש למכרו. א"ר אמי לא על דעת שזה ימות ברע. רבי זירא ור' הילא תריהון מרין מכל מקום קני לו, אלא דו א"ל שיבקיה דשרי עד ימלא אנקלווסים ידיה". וביאר המרדכי (ב"מ שפג) בשם המהר"ם "היאך דצריך (המשכיר) למזונות לא ימכור, אא"כ קבלו הלוקח עליו להניח השוכר לדור בו עד דמלי אונקלאה דידיה (והיינו זמן השכירות), ואם אין מוצא שיקנהו כן לא ימכור אלא יחזר על הפתחים עד מישלם ימי שכירותו", והיינו שהנידון בירו' הוא אם המשכיר יכול למכור את הבית באמצע תקופת השכירות, ונחלקו האמוראים בזה כשהמכירה היא לא על חשבון השוכר, אבל אם מצא קונה שמוכן לקנות רק אם יפנה הבית מיד, לכו"ע ילך המשכיר לסבב על הפתחים ואינו יכול להוציא השוכר מהבית. הרא"ש (ח, כה) כתב (אף הוא בשם המהר"ם) פירוש אחר בירו', שלכו"ע יכול המשכיר למכור את הבית באמצע השכירות, והמהלוקת היא במקום שהמשכיר אין לו מה יאכל אם הוא יכול למכור הבית ולהוציא השוכר, או שהוא צריך לחזור על הפתחים. אכן גם לדעת הרא"ש נפסק להלכה שהמשכיר אינו יכול להוציא השוכר מהבית, ויחזר על הפתחים. ולפי גרסת הב"ח והגר"א כ"כ הרא"ש (שם) להדיא "אינו יכול להוציא ואפי' אין לו מה יאכל".

22. המשך הירושלמי הנ"ל הוא "אתא עובדא קומי רבי ניסי ולא קביל (את הדין שהמשכיר אינו יכול להוציא את השוכר מהבית). מה פליגי? (כלומר, האם הוא חולק על הדין שא"א להוציא את השוכר?) אמרי (ביתיה) ברתייה הוות ממשכנה גבי חד רומי בגין כן הורי כרבי אימי (שאפשר להוציא את השוכר מהבית באמצע הזמן)", והנה הרא"ש והמרדכי הנ"ל גרסו שבינו [הבית שלו] היה ממושכן (וכמו שיתב' בסעיף הבא), אכן הרשב"א (ג, עח) גרס כמו הגרסה שלנו שבתו [הבת שלו] הייתה ממושכנת, ולכן התירו לו להוציא את השוכר מהבית כדי שלא תיטמע בתו בין הגויים (ומזה הביא המראה פנים ראייה שהיא הגרסה הנכונה), וה"ה אם יצטרך לשלוח את ילדיו לחינוך חילוני.

23. כן מדויק מהירו', שרק במקום שהוא יכול ליהנות מהצדקה אינו יכול לבטל השכירות. ועוד, שמסתבר שאפשר לחייב את השוכר בהצלת נפשות כיון שכל אחד מחוייב להציל את המסוכן בחייו, וגם מסתבר שיש אומדנא דמוכח ששום אדם אינו משכיר את ביתו אדעתא דהכי, וכן פסק הרדב"ז (ד, קמג), והובאו דבריו ברע"א שיב, ג) ש' שלושה מגויים ולא היה לו לשלם אא"כ ימכור את הבית המושכר, והתיר הרדב"ז "לולא דמתפינא" אפילו אם שכרו לזמן קצוב, כי בירו' אסר רק אם יש הפסד ממון אבל לא במקרה שיש "פסידא דממונא וצערא דגופא".

24. זה פשוט שאם המשכיר יכול ללוות כסף בהיתר מגמ"ח וכדו' כדי לשלם המשכנתא עד תום תקופת השכירות שהוא מחוייב בכך, ואפילו אם יצטרך ללוות תמורת ריבית סבירה מסתבר שהוא חייב בכך (באופן המותר, וכגון ללוות מגוי או מיהודי בהיתר עיסקא, ומה שכתבנו שחייב ללוות רק בריבית סבירה הוא משתי סיבות: א' אלו המלווים רק בשערים גבוהים הם בד"כ אנשים שא"א לחייב את המשכיר להתעסק איתם, וב' בהלוואה בריבית גבוהה בד"כ אין הלווה מצליח לשלם את החובות שלו, וא"כ המשכיר רק מגלגל את הפרעונות ממלווה א' לשני, ובהיתר עיסקא יש טעם נוסף, שבכה"ג לא תקף ההיתר עיסקא), כי כל ההיתר להוציא את השוכר הוא רק מכיון שהמשכיר הולך להפסיד את הבית ובהכ"ג לא יפסיד את הבית, ומה שיפסיד את הריבית אינו טעם להיתר, שהרי בנפל בית המשכיר אסור לו להוציא את השוכר אף שהוא צריך לשכור בית אחר והוא מפסיד מכך.

25. כ"כ הרמ"א (שיב, א). מקור הדין הוא הירושלמי הנ"ל שלפי גרסת המרדכי והרא"ש מב' שאם "ביתיה הוות ממשכנה גבי חד רומי" אפשר להוציא את השוכר מהבית באמצע הזמן. וכתב המרדכי בשם המהר"ם בפירושו הירושלמי "ועובדא דר' יסא דלא קבל ואמר לשוכר לצאת מיד מיירי שהיתה ביתו של משכיר שהיה הוא דר בו ממושכנות לרומי עובד כוכבים, או שלקחו בחובו או באנפרות, ואם לא היה פודהו מיד העובד כוכבים היתה נחלטת לו ולא היתה חוזרת למשכיר לעולם, והוצרך למכור הבית שהשוכר דר בו ולפדות הבית השני, ולא ימצא שיקנה אותם אם לא שיצא השוכר מיד וכל כ"ה" מודה אפילו ר' זירא ור' אילא דצריך השוכר לצאת, דה"ל כמו

קרקע, שאף שהמשכיר פירש שהוא מוכר על סמך הבית הנוסף שיש לו לא יוכל לבטל את השכירות אם אירע לו אונס, כיון שא"צ מוכח שלולא הבית הנוסף לא היה משכיר, שהרי הרבה אנשים משכירים את הבית היחיד שברשותם והם שוכרים בית אחר. וכ"כ בקצוה"ח (שיט, א) שגילוי דעת אינו מועיל בשכירות קרקע "נראה לפי טעמא שכתב הרא"ש שם דבקרקע מהני מפרש בשעת מכירה משום דאין אדם מוכר קרקעותיו שהוא מתפרנס בהם ומסתמא לא מוכר אלא אדעתא דפירש בשעת מקח, אבל גבי מטלטלין כיון שדרך למוכרן לא מהני מפרש בשעת מקח אלא דוקא בדיני תנאי ע"ש, וא"כ היינו דוקא במוכר קרקעות שהוא מתפרנס ואין דרך למוכרן, אבל שכירות קרקעות ענדיה בכי וכבר כתב הרמ"א בסימן שס"ג סעיף ו' סתם בתיים בזמן הזה קיימא לאגרא", (והנה בסעיף הקודם כתבנו שאם אירע האונס למשכיר לפני תחילת השכירות הוא יכול לבטל את השכירות, אכן דין זה נאמר רק כשהיה מוכח בשעת ההשכרה שמשכיר בגלל שאין לו צורך לגור בדירה שהשכיר, אבל אם לא מוכח כך אינו יכול לבטל כמו שכתבנו כאן שיתכן שהיה שוכר בית אחר).

ולכא"ו היה מקום להקשות על דברינו (ועל מש"כ הקצוה"ח) ממש"כ הפת"ש (רז, ה) "בתשובת פרי תבואה סי' ל"א כתב דגם במוכר מטלטלים דלא מהני גילוי דעת היינו משום שהוא ספק והלוקח זוכה במקחו מחמת שהוא מוחזק, וכן מבואר בהגהות אשר"י פרק אלמנה ניזונית שכתב ודוקא בקרקע אבל במטלטלין ספק הוא ואין מוציאין בספק מיד הלוקח, וכ"כ המרדכי [שם סי' רנ"ד] להדיא (המרדכי כתב כן בשם ר"ח, והב"ח (רז, ד) כתב שכן מדויק גם במש"כ הטור שם בשם הר"ח), שלכא"ו לפי מה שמב' בדבריו שלא מועיל גילוי דעת במטלטלים רק מספק ולכן אין מוציאין מיד הקונה כיון שהוא מוחזק, א"כ בשכירות קרקע שהמשכיר הוא מוחזק כיון שקרקע בחזקת בעליה עומדת יועיל גילוי דעתו מספק. אכן באמת אין מכאן סתירה למש"כ, שהנה החת"ס (ח"מ קב) ביאר הטעם שגילוי דעת במטלטלים הוא ספק וז"ל "מ"ש הג"א לר"ת אור"ח מספקא לי ר"ל מספקא לן בדעת חכמי ש"ס שאמרו אומדנא אי ה' שעמדו על דעת המוכר מטלטלי"ג"כ ומתבטל המקח או לא עמדו על דעתו אלא בקרקע", והיינו שרק האומדנא המיוחדת שאין אדם מוכר מטלטלין סתם הוא ספק לדינא, אבל בדבר שיש אומדן דעת שיתכן שהיה משכיר על אף האונס בזה אין הדין מסופק ואין מבטלים הקניין, וא"כ לכה"פ בזמנינו שזה דבר מצוי שמשכירים את הבית הפרטי ושוכרים בית אחר, אין אומדנא ברורה שלולא הבית הנוסף שיש לו לא היה משכיר את הבית.

18. דייקנו לנקוט מקרה שהמשכיר מנוע לגמרי לעזוב את ביתו, אבל אם הוא לא מנוע לעזוב את ביתו ורק שהוא לא יכול לשבות איפה שתכנן, וכגון שתכנן לנסוע להורים וסוף קרה אונס שההורים אינם יכולים לארחו, בזה אין המשכיר יכול לבטל את השכירות כיון שהוא יכול לנסוע לבית הארחה וכדו', ומה שקרתה לו בעיה מצד המארח שתכנן לשבות אצלו לא מספיק ע"ז הגילוי דעת.

19. אם עדיין לא עשה קניין פשוט שהוא יכול לחזור בו, וגם מחוסר אמנה לא יהיה בזה, כיון שאירע לו אונס שלא היה מתחילה ובוזה לכו"ע אין מחוסר אמנה.

20. טעם הדין הוא שכיון שמדובר בבית שהוא גר בו בפועל יש אומדנא דמוכח גמורה שבמצב שאין לו אפשרות לעזוב את ביתו לא היה משכיר את הבית, וזה דומה למש"כ הנתיחה"מ (שיב, ז) "מיירי דוקא שהבית לא היה עומד אצלו להשכיר רק לזה השכיר משום שהוא אוהבו, גם גילה דעתו שהמשכיר לו רק משום שהוא אוהבו אז יכול להוציא, דדמיא להא דסימן ר"ז סעיף ג' דאיכא אומדנא דמוכח", והיינו שהגם שהדרך היא להשכיר בתיים, אבל אם מצבו היה שלא היה משכיר, די בגילוי מילתא, וכ"כ המשפט שלום (רז, ג סס"ק ז) "ונראה לדינא הכל לפי ענין האומדנא, דאם יש אומדנא דלא היה משכיר הבית בלא אופן זה גם בשכירות מהני גילוי דעת". ובשאלה כזו נשאל העמק המשפט (חלק ה, פרק ב סי' לא) באחד שהשכיר דירתו לביה"ז וקיבל כסף ובסוף הרופא אסר על אשתו לעזוב את הבית בגלל במיתת הריין, והדין בזה שאם זו הדירה שלו שהשכרה הייתה על סמך שיוכל לעזוב את ביתו הוא יכול לבטל ההשכרה. (גם בעמק המשפט פסק כך לדינא אבל מטעם אחר, שבזמן שהשכיר את הבית אשתו הייתה כבר בהריון אלא שלא ידע ע"כ, ולכן התיר לבטל השכירות עפ"י השב יעקב והעה"ש הנ"ל, אבל דבריו צ"ע, כי נהי שהתגלה למפרע שהייתה בהריון, אבל זה שאשתו בהריון אינו אונס שמונע ממנו לעזוב את הבית, וזה שהרופא הורה לה על שמירת הריין זה אונס שקרה אחר השכירות. ואולי במקרה שלו כיון שהיה מדובר באשה שהיו לה הפלות בעבר היה מובן מאיליו שמיד כשנכנסה להריון הייתה צריכה לשמור הריין.)

הוא גם כשהוא עלול להפסיד את הבית שהוא גר בו<sup>26</sup>, ולא רק כשהוא עלול להפסיד את הבית המושכר<sup>27</sup>.

9. גם אם המשכיר רוצה לבטל את השכירות בכדי לשפץ את הבית<sup>28</sup> יכול השוכר להתנגד<sup>29</sup>. אבל אם אין לשוכר טרחה גדולה לעבור והמשכיר

מוכן לשלם לו את כל ההוצאות שייגרמו לו, מבקשים מהשוכר שיאפשר למשכיר לשפץ את הבית<sup>30</sup> ויתנהג לפנים משורת הדין<sup>31</sup>. ואם יש צורך לתקן את הבית ואם לא יתקנו מיד יש סכנה שהבית יתקלקל הרבה, יש אומרים שהמשכיר יכול לכוף את השוכר לפנות את הבית עד גמר התיקון, וישלם לשוכר את כל ההוצאות שייגרמו לו.<sup>32</sup>

#### הערות וצינונים

נפל ביתיה דמשכיר דאמר הכא בגמרא דידן דא"ל לא עדיפת מיניה דאי איפשי לדור ברחוב", והיינו שאם המשכיר מצא רק קונה כזה שרוצה להיכנס בבית מיד דווקא, ואם לא ימכור לו המשכיר יפסיד המשכיר את הבית שהוא דר שם, יכול המשכיר למכור את הבית ולהוציא את השוכר. ובדברי המרדכי מב' שפירש את היר' שבית המשכיר היה ממושכן, אכן הרא"ש פירש (אף הוא בשם המהר"ם) שמדובר בבית שהיה ממושכן והתירו להוציא את המלווה מהבית (נפק"מ נוספת בין שני הפירושים, שלפי המרדכי הבית היה ממושכן לגוי, ולפי הרא"ש הבית היה ממושכן ליהודי).

26. דייקנו לכתוב שהמשכיר יפסיד את הבית שהוא גר בו, כי גם הרמ"א לא התיר למשכיר להוציא את השוכר אם יפסיד ממון אחר שלו, שהרי כל הטעם של המרדכי הוא בגלל "דא"ל לא עדיפת מיניא דאי איפשי לדור ברחוב".

27. לפי המרדכי שהביא הרמ"א זה האוקימתא של הירושלמי. והנה הרבה אחרונים וביניהם ה"ט"ז (ס"א) והנתיב"מ (ס"ק ג) העירו על הרמ"א, שהדין שאפשר להוציא את השוכר גם אם המשכיר יפסיד את ביתו נכון רק לשיטת המרדכי שסובר כמו התוס' שבנפל בית המשכיר אפשר למכור אף אם השוכר יצטרך לפנות את הבית, אבל השו"ע הרי פסק כהחולקים שבנפל הבית אין מוציאים את השוכר באמצע הזמן (ראה לעיל הערה 15). והט"ז נשאר בצ"ע (והוסיף שאולי המר"ם עצמו לא התיר אלא כשהשוכר בסתם ולא לזמן קבוע, וכך ביאר הרמ"א בתשו"כ את דין המר", אבל קשה להכניס כן בדברי המר", והנתי"ב יישב בדרך האפשר "ואפשר דהרא"ש (מה שמזכיר את הרא"ש הוא בגלל שברמ"א צויין גם הרא"ש, הגם שהרא"ש פירש היר' שהבית המושכן היה ממושכן ולא בית המשכיר) והמרדכי מחלקין בין נפל הבית שאין להמשכיר דירה רק משך זמן השכירות, ובין כשאינו יכול לפדות שיהיה לו הפסד רב וגם אין לו בית דירה לעולם, וצ"ע מנין לו זה", והיינו שהבין שכוונת הרמ"א לחלק בין הפסד זמני וכמו לחפש דירה לתקופת השכירות, להפסד קבוע שיפסיד את הבית לגמרי, שבנפל הבית הפסד המשכיר הוא רק דמי השכירות שיצטרך לשלם עד סוף הזמן שהשוכר שכר, אבל במקרה שיכול להפסיד את כל הבית אם לא יוציא את השוכר התיר הרמ"א להוציא את השוכר, ולבסוף נשאר בצ"ע, כי הגם שהחילוק מובן בכ"ז מנא ליה להרמ"א שהרא"ש סובר כן לדינא, ואף אם המרדכי יסבור כן לדינא לא יועיל לנו לדינא כי הוא סובר שאפילו בנפל הבית אפשר לפנות השוכר ואנן לא קי"ל כך.

בעה"ש (סעיף ג) ביאר שהטעם של הרמ"א הוא משום אומדנא שבכה"ג לא היה משכיר (ואם כן הרמ"א סותר את עצמו ממש"כ בתשו" (ס"ו כ) "שמעינן דלא אזלינן בתר אומד דעתם להוציא השוכר מביתו תוך זמנו, דהא כשנפל ביתו יש אומדנא גדולה כמו שאמרו בהדיא שם פרק השואל פשיטא נפל ליה ביתא אמר ליה לא עדיפת מיניא"), ואח"כ החליט העה"ש מעצמו כמכריע לסמוך על הרמ"א רק במקרה שהאונס היה קיים כבר בזמן ההשכרה אלא שהמשכיר לא ידע מזה, שאז אין ביטול השכירות מטעם אומדנא אלא מכוח טעות וכמו השב יעקב שהבאנו לעיל (הערה 16). העמודי אור (קט והובא בפת"ש ס"ק ב) מסביר את הרמ"א עפ"י הדין בנשברה תבית של דבש, אם מי שרם לו חתיכת של יין חייב לשפוך את יינו כדי להציל דובשו של חברו, ששם יש מחלוקת אם בשביל להציל את חברו מהפסד גמור אפשר לחייב את בעל היין להפסיד משלו ולקבל אח"כ את כספו, וה"ה בנידוננו יכול השוכר להציל את המשכיר מהפסד ולא יהיה לשוכר הפסד ממוני כיון שיקבל את כספו בחזרה, ומי שמחייב שם להפסיד משלו עבור חברו (וכן פסק הרא"ש וכן פסק הרמ"א רסד, ה) יחייב גם אצלנו. (ודבריו מחודשים, שהרי בין ודבש בעל היין לא מפסיד כלום כי בעל הדבש נמצא שם וישלם לו מיד, והחייב לשפוך יינו הוא מדין השבת אבידה וכמש"כ הסמ"ע (רסד, יז) "עליו מוטל לקיים מצות השבת אבידת ממון חברו כיון שאין לו הפסד עבור יינו", משא"כ בשוכר שיצטרך לסבול ולהיפנות מהבית ואינו עניין של הפסד ממון גרידא, בזה לא היה נראה שאפשר לחייב השוכר להיפנות מכוח האי תקנה, שוב ראיתי שכן הקשה גם בספר "דברים אחדים" ס"פ). וכתב העמודי אור דין נוסף, שכל הדין של הרמ"א הוא רק אם הבית ממושכן לגוי, אבל אם הוא ממושכן ליהודי והמלווה לוקח המשכון כדן, א"א להחשיב זאת כהפסד הלווה כיון שהבית מגיע בדין למלווה, והפת"ש (הנ"ל) נשאר בצ"ע בזה. ובאמת שלולא דבריו לא משמע כן מהרמ"א, שהרי הרמ"א התיר בגלל שהמשכיר יפסיד את הבית לעולם, וא"כ אין הבדל אם ההפסד הוא בדין או לא.

אכן הגר"א (ס"ק ה) כתב שהרמ"א אינו מדבר אלא כשהמשכיר יכול להפסיד את הבית המושכר, ולא התיר במקום שהוא יכול להפסיד את הבית שהוא גר בו, ובזה יישב קצת את קושיית האחרונים, שהגם שהמרדכי בעצמו התיר אפילו אם המשכיר יפסיד את הבית שהוא עצמו גר בו, אבל זה רק לשיטתו שמוותר להוציא את השוכר גם אם נפל ביתו של המשכיר, אבל מכיון שאנן לא קי"ל כן, לכן לא פסק הרמ"א את הדין הזה של המר", ורק כשהמשכיר יפסיד בלא"ה את הבית שהשכיר לשוכר אם

## בעניין גביית חוב מחלק בכורה

מתוך שיעור שנמסר ביום עיון

מעשה שהיה: כמה אחים ירשו דירה שהיה עליה משכנתא, והיורשים השכירו את הדירה ובדמי השכירות שילמו את המשכנתא. אחרי שגמרו לשלם את המשכנתא החליטו האחים למכור את הדירה ולהתחלק בכסף. עתה בא בכור האחים וטוען שצריך לקבל פי שניים מערך כל הדירה, והיורשים האחרים טוענים, שכיון שחלק מהדירה היה ממושכן בבנק וחלק זה לא זכו בו היורשים אלא ע"י דמי השכירות, א"כ לא יקבל הבכור פי שניים בחלק זה, שהרי אין הבכור נוטל פי שניים בשבח ששבחו הנכסים אחר מיתת האב כמבואר בס"ר ע"ח ס"ו.

### תשובה: דיני פי שניים שמקבל הבכור

וכל הנכסים משועבדים לחוב, משלמים החוב בערך של הנכסים, וא"כ צריך לשלם מכל חלק בנכסים בשווה. טעם הפוך יש באחרונים וכן נראה מהט"ז, שהשעבוד הוא על היורשים, וכיון שחלק הבכור גדול יותר - גם השעבוד שיש עליו גדול יותר מהשעבוד שיש על הפשוט, ולכן צריך הבכור לשלם לפי ערך שמקבל, וכמו בכל שותפים שאין חלקם שווה ויש הפסד בשותפות שמחלקים את ההפסד לכל אחד ביחס לפי חלקו בשותפות.

א. הנה בשו"ע (סי' רע"ח ס"ב) מבואר שהבכור נוטל פי שניים במוחזק ולא בראוי, והיינו, שהנכסים שהיו מוחזקים ביד האב בזמן פטירתו בזה מקבל הבכור פי שניים, אבל נכסים שהיו ראויים לבוא לאב ובשעת פטירתו עדיין לא היו ברשותו, וכגון ירושה שהאב זכה בו לאחר מותו, בזה אין הבכור מקבל פי שניים.

דין נוסף יש בירושה, שהיורשים חייבים לשלם חובות אביהם ממה שירשו, וכיון שהבכור זכה פי שניים בירושה משלם גם פי שניים בחובות האב. אכן בחלק הראוי שהבכור אינו נוטל בו פי שניים, גם אינו משלם ממנו פי שניים בחובות.

### מאיזה חלק בירושה פורעים את החובות, מהמוחזק או מהראוי

והנה כשבאים האחים לשלם חובות אביהם, אם השאיר האב גם נכסים שבחזקתו וגם נכסים שראויים לו, יתעורר ויכוח בין הבכור לשאר האחים. הבכור ירצה בוודאי שישלמו את החובות מחלק הראוי, שהרי אם ישלמו מחלק המוחזק יקבל פי שניים בחלק קטן יותר, והאחים ירצו בוודאי שישלמו את החובות מחלק המוחזק, וכך לא יקטן החלק שבו הם נוטלים בשווה. ויש לברר בזה הדין עם מי. ושאלה זאת שייכת הן לכתחילה מאיזה חלק מהירושה ישלמו את החובות, והן בדיעבד אם ישלמו כבר מאיזה חלק שיהיה, האם יש נפק"מ לענין החלוקה מאיזה חלק ישלמו. וגדולי האחרונים נחלקו בשאלה זה.

ולכאורה היה אפשר להביא ראיה מדין עישור נכסים, שהנה הדין הוא שאם מת האב והניח בנות בלתי נשואות, שכל בת מקבלת עישור נכסים לצורך נדונייתה מהקרקעות ולא מהמטלטלים, והוא מתקנת חז"ל. וגם בדין זה אם השאיר האב חובות יכולה השאלה הנ"ל להתעורר, שהבנים ירצו לשלם את החובות מהקרקעות כדי שיישאר יותר מטלטלים שמהם אין הבנות לוקחות עישור נכסים, והבנות בוודאי תרצנה שישלמו מהמטלטלים כדי שיישאר להן חלקן מהקרקעות.

בדומה לדין עישור נכסים מצאנו בדין שטר חצי זכר, שהנה המנהג היה, שמי שרצה שבנותיו תתחלקנה בירושה עם הבנים, היה כותב לבנותיו שטר התחייבות על סכום גדול שזמן הפירעון הוא לאחר מותו, והתנה את ההתחייבות כך: אם הבנים יתנו לכל בת חצי מהחלק שכל זכר מקבל חוץ מחלקם בספרים וקרקעות, אז לא חלה ההתחייבות, ואם לא יתנו לבנות את החלק הנ"ל חלה ההתחייבות בפועל. וגם בזה ירצו הבנים לשלם חובות האב משאר הנכסים כדי שיוכלו להתחלק בקרקעות ובספרים בלי הבנות, והבנות בוודאי תרצנה שישלמו את החובות מהקרקעות והספרים בכדי שיישאר להן חלק גדול יותר בשאר הנכסים.

והנה בשני הנידונים - בעישור נכסים ובשטר חצי זכר נפסק שהדין עם הבנים והם יכולים להחליט מאיפה לשלם החובות, ולכאורה יש מכאן ראיה לנידוננו שהאחים יכולים להחליט מאיזה חלק לשלם החובות. אכן באחרונים מבואר שאין משם ראיה, כיון שגם בעישור נכסים וגם בשטר חצי זכר אין לבנות חלק בירושה בעצם, ומה שהבנים צריכים לשלם להן הוא רק חוב שמוטל עליהם, ולכן אין לבנות כוח להחליט מאיזה חלק בירושה לשלם החובות, משאי"כ בוויכוח בין הבכור לאחים יש לכל אחד כוח להחליט מאיפה לשלם החובות.

### דעת הפוסקים שפורעים לפי ערך

ב. ולמעשה בתשלום החובות כשיש מוחזק וראוי, נקטו הרבה אחרונים וביניהם הט"ז (אהע"ז סי' קי"ג), הנודע ביהודה (סי' ל"ד) והגינת ורדים, שיש לשלם החובות בצורה יחסית - אם הראוי הוא 25% מהנכסים, משלמים 75% מהחובות מהמוחזק ו-25% מהחובות מהראוי, ואח"כ יקבל הבכור פי שניים מהמוחזק הנשאר, וחלק רגיל מהראוי הנשאר. ולפי דעה זו אין נפק"מ מאיזה נכסים ישלמו בפועל, ובין לפני התשלום ובין אחר התשלום יהיה החלוקה בדרך זו, ואף אם ישלמו כבר את החובות מחלק המוחזק מ"מ יקבל הבכור את חלקו המגיע לו לפי החשבון.

ובטעם צורת החלוקה הזאת יש שני טעמים באחרונים, ויש נפק"מ ביניהם. הנודע ביהודה כתב הטעם, שכיון שהשעבוד הוא על הנכסים ולא על היורשים

ויש עוד נפק"מ, שהנה הנודע ביהודה הביא בשם האמרי נעם מעשה באחד שמת והשר לא הניח לקברו עד שיתנו לו כסף, והיו גם הוצאות קבורה, ופסק האמרי נעם שישלמו מהמוחזק, ואפילו אם לוו כסף בשביל לשלם לשאר פורעים את החוב מהמוחזק ולא מהראוי, כיון שלוו את הכסף על הקרקעות שהם מוחזק. וכתב הנודע ביהודה, שאף שאר חובות משלמים לפי ערך הנכסים, מ"מ במעשה זה כיון שבאמת אין כאן חוב ואין שיעבוד והתשלום הוא רק בגלל עלילת השר, לכן ודאי שצריך לשלם מיד כדי להביא את האב לקבורה, והבכור אינו יוכל לומר שישלמו מהראוי שבאו אח"כ, וכיון שמשלמים תשלומים אלו מהמוחזק, משלם הבכור פי שניים בערך של כל החוב.

עוד הסתפק הנוב"י במקרה שהניח האב שטרי חוב שעדיין לא הגיע זמן פירעונם, אם שטרות אלו נכנסים לחשבון תשלום חובות האב. שהנה הדין בכל לווה שהוא יכול לפרוע למלווה מכל הנכסים שיש לו, חוץ משטרי חובות שעדיין לא הגיע זמן פירעונם, ורק אם אין לו נכסים אחרים פורע את חובותיו בשטרות אלו. ומעתה אם הניח האב נכסים אחרים ושטרי חוב יש להסתפק אם ערך השטרות נכנס לחשבון תשלום החובות, כי מצד אחד השטרות הם חלק מכלל נכסי האב וא"כ יש לשלם את החובות אף כנגדם, ומצד שני הרי א"א לפרוע בהם את החובות, וא"כ לא יפרעו כנגדם את החובות, ויישאר פחות מחלק המוחזק שהבכור נוטל בו פי שניים. והנוב"י נשאר בספק.

והנה כל זה לדעת הנוב"י וסייעתו שהנכסים משועבדים לחובות האב ואין כל שיעבוד על היורשים, אבל אם נאמר כטעם הט"ז ששיעבוד החובות על היורשים ודינם כמו כל שותפות שאירע בה הפסד שמחלקים ההפסד לפי היחס, לא יהיה בזה שום חילוק בדיני שיעבוד הבע"ח, ואף במקום שיש לו אפותיקי מפורש על נכס מסוים מ"מ יהיה ההפסד לשותפות באותו ערך כמו שהיה יכול לגבות מכל הנכסים.

והנה צורת החלוקה שכתבו האחרונים תיתכן גם בחלוקה בין אחים פשוטים - במקרה שהאב ריבה ירושה לאחד ומיעט לאחר, שישלמו החובות כפי היחס בירושה. והטעם, לפי הנוב"י כיון שזכות הבע"ח היא בכל הנכסים משלמים מכל הנכסים, ולפי הט"ז מכיון שההפסד הוא לכל אחד לפי חלקו שקיבל בירושה.

ובדין הבכור שנוטל פי שניים גם מהירושה וגם מהחובות, אם רצה הבכור לוותר על חלק מתוך חלק הבכורה, יופחת חלקו שמשלם בחובות לפי היחס, וכגון אם מגיע לו 66% מהירושה והוא מוותר מחלקו ומקבל רק 60% מהירושה, גם ישלם רק 60% מהחובות. ודין זה הוא רק בבכור, אבל פשוט אינו יכול 'לוותר' מחלקו לאחר שכבר זכה בו, ואם ירצה יוכל רק להקנות מחלקו לאחיו, אלא שאז אין לזה שייכות לחובות, ורק כשיש אומדנא שוויתר על חלקו רק על מנת שלא יצטרך לפרוע את החובות, בזה יש לדון אם נפחת חלקו גם בתשלום החובות. ויש להעיר מלשון הרשב"ם על הא דאמרין (ב"ב קכ"ד ע"א) "ואם אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי", שכתב הרשב"ם "איני נוטל פי שניים מכל ירושת אבי שהריני מוחל חלק בכורה ואטול חלק כפשוט", ואם כדברינו למה ליה להרשב"ם לומר שמחל על כל חלק בכורתו.

### דעת המאירי שהבכור משלם פי שניים גם מהראוי שירש

ג. לעומת השיטה שכתבנו לעיל שהבכור אינו משלם פי שניים בחלק הראוי, יש למאירי (ב"ב קכ"ד ע"א ד"ה חלק זה) שיטה אחרת, שהבכור משלם

פי שניים גם מחלק הראוי, אף שאינו נוטל בו פי שניים (אלא א"כ מוותר על חלק בכורה). ולפי"ז יש אופן שאם הבכור יטול פי שניים יפסיד יותר מאילו היה נוטל כפשוטו, ודוגמא לכך כתב המאירי, שהירושה היא שש מאות ש"ח ומתוכם שלוש מאות מוחזק ושלוש מאות ראוי, ויש חובות על סך ארבע מאות וחמשים ש"ח, ובאופן זה אם הבכור נוטל פי שניים מגיע לחלקו מהירושה שלוש מאות וחמשים ש"ח ומהחוב ישלם שלוש מאות ש"ח וישאר לו רק חמשים ש"ח, אך אם יוותר על חלק הבכורה יחלקו את הנכסים ואת החוב שווה בשווה, וישאר לו לחלקו אחר תשלום החוב סך שבעים וחמש ש"ח. וכן נקט הרב השואל בנוב".

ודבר זה שיתכן עפ"י הדין שהבכור יפסיד מכך שנוטל חלק בכורה הוא חידוש ופליאה. ואפשר ליתן טעם בדבר זה (וכתבו השואל בנוב"י בקיצור), אך כדי להסביר זה צריך להקדים כמה הקדמות שיש בהם נפק"מ לכלל עניין פי שניים – אף לולא חידוש המאירי, וכלהן.

הנה חלק הבכורה נקרא בתורה 'מתנה', כמש"כ "לתת לו פי שניים", ומצד זה לכאורה היה הדין נותן שבחובות לא יהיה אלא כשאר האחים, ולכן חידשה הברייתא שגם בחובות משלם הבכור פי שניים, וכמש"כ הרא"ש (ב"ק פ"א סימן ו') וז"ל: "והא דקתני בפרק יש נוחלין בכור נותן פי שניים, דינא קמ"ל שמחויב לפרוע פי שניים בחובת אביו כפי מה שנטל, **דלא תימא מתנה הוא דיהיב ליה רחמנא ולענין פרעון לא יהא אלא כאחד מן האחים**".

עוד סברא יש בחלק הבכורה, שהסיבה שהבכור מקבל פי שניים איננה מכיון שנחשב ל'יורש גדול', אלא שהוא נחשב כשני אחים. וכך מדייק ר' אלחנן (קובץ הערות יבמות ס" כ"א אות כ"ג) מהתוס' (ב"ב י"ב ע"ב ד"ה כגון). שהנה הגמ' לומדת מהפסוק שהבכור מקבל את שני החלקים במיצר אחד דווקא, וכתבו ע"ז תוס' בשם ר"י וז"ל: "תימא... אמאי איצטרך קרא בבכור דיהיבין ליה אחד מצרא, ואומר ר"י לפי שלא נתן לו כח הכתוב אלא כב' אחיו, ואילו היו שני אחיו רוצים להשתתף לא כפינן לשלישי לתת להם חלק ביחד", ע"כ. והיינו שהתורה נתנה לו כוח כשני אחים, והדין בשני אחים שהשתתפו שאינם מקבלים על מיצר אחד, ולזה צריך לימוד מפסוק שהבכור מקבל על מיצר אחד.

ונפק"מ לדינא מזה שהבכור נחשב לשני אחים, שהנה כשיש ספק בין שני אחים מי מהם הבכור אין שום אחד מהם יכול לתבוע חלק בכורה כיון שהוא ספק, ומבואר בשו"ע (ס' רע"ז ס"א) שאם שני האחים אינם רוצים להתפסק חלק הבכורה, צריכים לכתוב הרשאה זה לזה ואז יוכלו לגבות את חלק הבכורה משאר האחים. והקשה הנה"מ (ס' רע"ח סק"ט), א"ת יכולים הירודים לדחות את האחים המסופקים לולא ההרשאה, הרי חלק הבכורה בוודאי אינו של הירודים ואין הספק אלא בין שני אלו, וא"כ היה לנו לפסוק או שיחלוקו או שיהא מונח, ועי"ש תירוצו.

ותירץ ר' אלחנן עפ"י התוס' הנ"ל, שאם הבכור היה נוטל פי שניים מכיון שהוא כירש גדול באמת לא היו צריכים הרשאה, אבל כיון שהבכור נחשב כשני אחים, אזי כשבא האח המסופק לטעון שהוא רוצה את חלק הבכורה, אומרים לו האחים הבא ראה שאתה אחינו, וכיון ששניהם אינם יכולים להביא ראה שהם אח (מכוח בכורה) אין האחים חייבים כלל להקצות חלק של בכורה. אולם אם להקשות על תירוצו זה, שעל אף שאם אחד טוען שהוא אח אין צריך להקצות לו חלק בירושה, זה דווקא כשאין ידוע כלל שהוא אח ועליו הראיה, או שידוע שיש להם עוד אח אבל עדיין אין ידוע אם הטוען הוא אכן אח, אבל כשיש וודאות שאחד משניהם הוא אח יש לומר כקושיית הנה"מ שיכולים השניים לומר תנו לנו חלק הבכורה ואנו נדון ביננו, וצ"ע. אך עכ"פ ר' אלחנן נקט סברא זו שהבכור נחשב כשני אחים.

## מחלוקת האחרונים אם יש שעבוד הגוף על הירודים בחובת אביהם

הבאנו לעיל מחלוקת הנוב"י והט"ז מה הטעם שמחלקים את חובות האב לפי היחס של הנכסים המוחזקים והראויים, וביארנו שזה תלוי בגדר חיוב הירודים לשלם חובות אביהם, האם הגדר הוא שהנכסים משועבדים לחוב ואין שיעבוד הגוף על הירודים, או שהגדר הוא שיש שיעבוד הגוף על הירודים לשלם החוב מהנכסים.

והנה במחלוקת זו בגדר חיוב הירודים לשלם חובות אביהם נחלקו להדיא הקצוה"ח והתומים. הקצוה"ח (ס"ו סק"ו) הביא את דברי הר"ן בכתובות (מד: מדפי הר"ף) על שיטת ר"ת בדין מכירת שטרות, וזה תו"ד הר"ן, שהנה הדין הוא שמלווה שמכר שטר חוב לחבירו, יכול המחול ללווה את החוב אחרי המכירה והלווה נפטר, ולכא' יש לשאול, הרי מכירת שטרות היא מדאורייתא, וא"כ אחר שמכר המלווה את השטר, איך יש בכוחו למחול על החוב. וכתב ר"ת, שבכל חוב יש שני שעבדים, שעבוד הגוף של הלווה, ושעבוד נכסים של הלווה שהם ערבים על החוב, וא"כ אף שאפשר למכור שעבוד הנכסים שבשטר, אולם את שעבוד הגוף של הלווה א"א למכור כיון שהוא דבר שאין בו ממש, וכיון ששעבוד הגוף של הלווה נשאר אצל המלווה אף אחרי המכירה, יכול המלווה למחול על החוב, וכיון שנפקע שעבוד הגוף נפקע גם שעבוד הנכסים.

והקשה ע"ז הר"ן, שאם נפקע שעבוד הנכסים כשאין שעבוד הגוף, א"כ אף כשמת הלווה יפקע שעבוד נכסיו כיון שאין שעבוד הגוף, ומדוע יכול המלווה לגבות החוב מנכסי הירושה, ותיירץ הר"ן, ששעבוד הנכסים אינו נפקע אלא מכוח המלווה, אבל מכוח הלווה אין השעבוד יכול לפקוע, כיון שאם גופא עניין ערבות הנכסים – שאם מכל סיבה שהיא לא יעמוד הלווה בחובו יוכל המלווה לגבות החוב מהערב, ולכן אף אם מת הלווה ונפקע שעבוד הגוף, מ"מ שעבוד הנכסים אינו נפקע, משא"כ כשמחל המלווה שאז נפקע החוב בעצם נפקע גם שעבוד הנכסים.

ומבאר הקצוה"ח את דברי הר"ן, ששעבוד נכסים דינו כדיון ערב, ובערב הדין פשוט שאם מת הלווה ולא השאיר שום מקום גבייה או שהלך למדינת הים שהערב חייב לשלם החוב, ואם מחל המלווה ללווה גם הערב נפטר, והטעם הוא, שבעוד ששעבוד הלווה היה קיים נכנס הערב תחת הלווה לפירעון, וכל שלא פרע הלווה הערב חייב, ורק מחילת המלווה דינה כפירעון. והוא הדין בנכסים משועבדים שהם נכנסים כערבים ללווה בעוד הוא חי, ואפשר לגבות מהם כל שהלווה לא פרע, ולכן אף אם מת הלווה עדיין נכסיו ערבים לפירעון, ורק אם המלווה מחל על החוב נפקע שיעבוד הנכסים. ע"כ תו"ד הקצוה"ח. ומדבריו למדנו שחיוב הירודים לשלם חוב אביהם מהירושה הוא מכיון שהנכסים משועבדים, ולא שיש שיעבוד על הירודים.

אך דעת הרבה אחרונים ובראשם התומים (ס"ו סק"מ"ג) שהירוש שזוכה בירושה חל עליו שעבוד הגוף לשלם חובות אביו כמו שעבוד הלווה עצמו, אלא ששעבוד זה מוגבל רק עד ערך נכסי הירושה. וכן דעת הנתיחה"מ בכמה מקומות. ויש כמה נפק"מ בפלוגתא זו [ובתומים (ס"ו סק"ה)] כתב שיש לומר שאין דין שמיטת כספים כשמת הלווה ונפלו נכסים לירודים, כיון שהתורה אמרה 'לא יגוש' והפקיעה שעבוד הגוף, וביורשים אין שעבוד הגוף כי אם שעבוד נכסים מטעם שהם ערבים ללווה, וא"כ אין לשמיטת הכספים על מה לחול. וצריך עיון שסותר משנתו למש"כ בס"ו שיש שעבוד הגוף על הירודים].

## ביאור דעת המאירי שהבכור משלם פי שניים גם מהראוי

ובזה מבאר הרב השואל בנוב"י את שיטתו ושיטת המאירי, שכיוון שהבכור דינו כשני אחים ועל כל יורש יש שעבוד הגוף לשלם חוב אביו, נמצא שהוא משועבד בגופו כשני אחים, וא"כ חייב לשלם גם כשני אחים, וכל זמן שיש במה שירש כדי לשלם כדי חוב משלם, ואינו משלם לפי היחס שזכה בירושת פי שניים. ולשיטה זו אם האב ריבה לאחד ומיעט לשני, ג"כ אין תשלום החוב לפי היחס שקיבלו בירושה, אלא משלם כירודים האחרים כל שיש בכדי ירושתו לשלם החוב, כיון שיש עליו שעבוד הגוף לפי חלקו בבנים ולא לפי חלקו בירושה. ועי"ש שהנדוע ביהודה חולק עליו כנ"ל, וס"ל שאין כל שעבוד הגוף על הירודים ורק הנכסים משתעבדים ומהם משלמים וכדעת הקצוה"ח, ולכן סובר הנוב"י שמשלמים לפי ערך כל הנכסים.

ובאמת יתכן שגם התומים והנה"מ וסייעתם שסוברים שיש שעבוד הגוף על הירודים סוברים כדעת הנודע ביהודה שמשלמים לפי הנכסים, ואם הכרח לומר שכל מי סובר שיש שעבוד הגוף על הירודים סובר גם שמשלמים החובות כמה שירש ולא לפי יחס, והדבר תלוי איך לומדים את עצם הגדר של שיעבוד הגוף של הירודים. שלדעת השואל בנוב"י נראה שהירודים משועבדים מצד עצמם, אלא שהשעבוד מוגבל לנכסים שירשו – וכעין אפותיקי מפורש, ולכן אם אין ירושה אין לשעבוד על מה לחול, ולפי"ז באמת אין נפק"מ כמה נכסים ירש כ"א וכיון שגופו משועבד עליו לשלם כשיש לו ממה לשלם. אך בדעת האחרונים הנ"ל יש לומר, שאין הירודים משועבדים מצד עצמם, אלא כל זמן שירשו נכסים אזי הם משועבדים לשלם מהנכסים שירשו, והיינו שהירושה היא הסיבה לשעבוד, ולפי"ז יהיה השעבוד רק לפי ערך הנכסים שירשו, וכמה שירש יותר יהיה שעבוד הגוף גדול יותר.

והנה הגמרא (ב"ב קכ"ד ע"א) הביאה את הברייתא שאם אמר הבכור איני נוטל פי שניים ואיני פורע פי שניים רשאי ולא יפרע אלא כאחד מהאחים, ופירש הרשב"ם "ואם אמר הבכור איני נוטל פי שניים מכל ירושת אבי, שהריני מוחל חלק הבכורה ואטול חלק כפשוטו, ולפיכך לא אשלם למלוה פי שניים אלא כנגד מה שאני נוטל, רשאי". ולכאורה לפי סברת המאירי והרב השואל שהבכור הוא כשניים, הרי גופו משועבד כשניים, ואף אם יטול רק כחלק פשוט עדיין איך נפטר מחיובו, וכל זמן שיש בחלקו שקיבל כדי לפרוע כמו שני אחים אין לו להיפטר. וצריך לדחוק שנתנו קלף מיקוח' ביד הבכור שיפטרוהו מלשלם שני חלקים אם יקח חלק כפשוטו.

וכפירוש זה צ"ל בפשט השני שהביא הרשב"ם בגמ' הנ"ל, שאם אמר הבכור איני נוטל בשטרות שיש לאבי על אחרים ואיני פורע את השטרות שיש עליו רשאי, וכתב הרשב"ם שזה שבוש גמור, שהרי מדינא אין השטרות משועבדים כלל לפירעון חובות אביהם כיון שמשלטלי דיתמי לא משתעבד לבע"ח, וא"כ איך יפטר לפרוע פי שניים בחובות אביו בזמן שנוטל פי שניים מהקרקעות שמהם צריך לפרוע. ולכאורה יל"ע לפי פירושם, איך פוטרים אותו מלפרוע את חלקו בלי חשבון כמה הוא מוותר מחלקו לפי היחס שהוא המשיך בעמ' הבא

## תמונה במקום הלא נכון

**סיפור המעשה:** משפחת כהן ערכו חתונה באולם בירושלים, והזמינו צלם לצילומים שלפני החופה. בשעה היעודה הגיע הצלם, עשה את עבודתו וסיים. אבל אז נכנס לאולם צלם אחר, כשהוא מתנצל על האיחור... לאחר מעשה התברר שנפלה טעות קשה, באותו ערב חיתנו שתי משפחות בשני האולמות הסמוכים במתחם, משפחת כהן הזמינו צלם בשם א', ומשפחת לוי הזמינו צלם בשם ב'.

למשפחת כהן לא הייתה היכרות מוקדמת עם הצלם שהזמינו, וקרתה טעות מצערת, הצלם ב' שבעצם הוזמן ע"י משפחת לוי, נכנס לאולם הלא נכון, וצילם למשפחת כהן... עתה הגיע צלם א' – שהוא בעצם הצלם שהוזמן מלכתחילה ע"י משפחת כהן, אבל כבר לא נשארה לו עבודה.

משהתבררה הטעות נכנס צלם ב' לאולם של משפחת לוי שהזמינו אותו, שם קיבל 'קבלת פנים' נזעפת, משפחת לוי סיפרו לו שהם ניסו להשיג אותו בטלפון בשעה היעודה, ומשלא נענו (כמובן, הוא היה בעבודה...) הזמינו צלם אחר, שהוא מצדו דרש תוספת 500 ש"ח מכיון שההזמנה בוצעה מהרגע להרגע...

### טענות הצדדים:

#### הוויכוח בין הצלם א' לבין משפחת כהן

הצלם א' תובע ממשפחת כהן שישלמו לו שכר חלקי, שהרי מצדו עדיין היה יכול להספיק את הצילומים על אף האיחור, ולכן מלבד הוצאות ההגעה שבוודאי מגיע לו לטענתו, הוא דורש גם פיצוי הולם.

משפחת כהן טוענים לעומתו שלא מגיע לו כלום, כי הוא בעצמו גרם לטעות בזה שאיחר, ובוודאי לא מגיע לו כסף על עבודה שלא עשה בסוף.

#### תשובה

משפחת כהן לא צריכים לשלם לצלם א' כלום.

#### עיקר הדין:

בעה"ב שהזמין פועל למלאכה ב'דבר האבד' והפועל נאנס ולא יכול להגיע למלאכה בזמן, הבעה"ב יכול לשכור פועל אחר במקומו, וק"ו בנידונו שהבעה"ב לקח פועל אחר באונס. ולגבי הוצאות שהיו לפועל, הבעה"ב חייב לשלם רק אם נהנה מהן, ובנידונו לא נהנה הבעה"ב מהפועל כלום. (שו"ע של"ג ס"ה. נתיה"מ של"ה סק"ג).

#### הוויכוח בין הצלם ב' לבין משפחת לוי

משפחת לוי תובעים מהצלם ב' שישלם להם 500 ש"ח, מכיון שהוא אשם בזה שהוצרכו לשלם את הסכום הזה על ההזמנה מהרגע להרגע.

צלם ב' טוען לעומתם שהוא פטור, מכיון שההפסד שהוא גרם להם היה בטעות.

#### תשובה

הגדרת הטעות של צלם ב' תלויה בעיני הדיין. אם הטעות שלו מוגדרת כשוגג הקרוב לפשיעה הוא צריך לשלם למשפחת לוי על ההפסד שגרם להם. ואם הטעות שלו מוגדרת כשוגג קרוב לאונס הוא פטור לשלם את ההפסד.

#### עיקר הדין:

פועל שלא הגיע למלאכה שהיא בגדר 'דבר האבד', אם הסיבה לכך היא בגדר פשיעה מותר לבעה"ב 'לשכור עליו עד כדי דמיו', והיינו שאם בעה"ב לא יכול למצוא פועלים אחרים במחיר רגיל, הוא יכול לשכור פועלים אחרים עד לסכום כפול ממה שקבע עם הפועל שלא הגיע, והפועל צריך לשלם את ההפסד לבעה"ב. ואם הסיבה היא בגדר אונס אין בעה"ב יכול לשכור על חשבון הפועל. (שו"ע של"ג ס"ה ושו"ך שם סק"ט. ועיין שו"ע שפ"ו ובש"ך שם).

המשך מעמוד קודם | הרב משה מרדכי פרבשטיין | בעניין גביית חוב מחלק בכורה

מריווח, אלא לכאורה צ"ל שזה קלף מיקוח שמוותר מחלקו ע"מ שיפטרנוהו.

#### שיטות נוספות בחלוקת החובות במוחזק ובראוי

ד. לעומת השיטות הנ"ל של הנוב"י והמאירי, יש לדברי רננה שיטה שלישית, שלעולם זכות האחים לשלם החובות מהמוחזק והבכור מפסיד, ואף אם רצה המלווה לגבות מהראוי לאו כל כמיניה, [אך כל זה כשמלמים באמת מהמוחזק, אולם במקרה שהמוחזקים אינם מספיקים לשלם החובות וצריכים לשלם אף מהראוי משלם הבכור כפשוטו, וא"כ בכ"א לא יפסיד הבכור]. ולכאורה יש לפרש דעה זו כדעת הנתיה"מ (סי' רע"ח סק"ט) שחלק הבכורה הוא חיוב שחייבה תורה את היורשים לתת לבכור, וא"כ יש לומר שהם יכולים לפרוע את חובות אביהם קודם שיתנו את חיובם לבכור, ועוד יש לומר שהשעבוד הוא על הנכסים המוחזקים ולכך גובים מהם.

ויש פוסקים אחרים שסוברים שהתורה יפתה את כוח הבכור, ולכן צריך לשלם כמה שאפשר מהראוי ורק אח"כ יחלקו את הירושה.

#### סיכום השיטות בפריעת הבכור

לסיכום יש לנו ארבע דעות איך לפרוע את החובות, דעת הנודע ביהודה וסייעתו שמשלמים לפי ערך הנכסים כנגד החובות וכגון אם הירושה היא 75% מוחזק ו-25% ראוי משלמים את החובות באחוזים אלו מהירושה. דעת המאירי שהבכור משלם תמיד פי שניים מהחובות אף אם יפסיד מחלק הבכורה. דעת הדברי רננה שמשלמים מהמוחזק ואח"כ חולקים. ויש פוסקים הסוברים שמשלמים מהראוי כפי האפשר.

#### העולה לדינא בנדון שלנו

הנה בנדון זה המשכנתא היא חוב של האב שהיורשים צריכים לפרוע מהירושה, ושכר הדירה הוא רכוש אישי של היורשים ואין פורעים ממנו חובות, וזה ששילמו מהשכר דירה כאילו לוו ממקום אחר לפרוע, ובאמת היו צריכים לפרוע מהדירה או משאר נכסי האב שנכסים אלו הם מוחזקים והבכור משלם מהם פי שניים, ומ"מ אף אם לוו ממקום אחר מ"מ צריך הבכור לשלם את חלקו.

## בית הוראה לענייני ממונות "בית גרוס"

ע"ש ברוך וברכה גרוס

שע"י כולל חושן משפט אוהל יוסף

בבית ההוראה ניתן יעוץ בדיני ממונות ע"י דיניי בית הדין ובית ההוראה ● סיוע בעריכת צוואות וחוזים ● בשפות עברית אנגלית יידיש וצרפתית ● בית ההוראה פתוח בימים א-ה בין השעות 13:40-15:30 וביום שישי בין השעות 11:15-13:00 ● Les lundis et mercredis nous traitons vos questions en français ● טלפון 02-502-3637 דוא"ל: [beisdin@neto.net.il](mailto:beisdin@neto.net.il)

כמו כן ניתן מענה בענייני אורח חיים ויורה דעה ע"י מו"צ דלהן:

13:45-14:15	הרב יצחק זאב רוזנבלט	יום א'
14:00-14:30	הגאון הרב ר' ישראל גנס	יום ב'
13:45-14:15	הרב אהרן הלוי וואזנר	יום ג'
13:45-14:15	הרב יצחק זאב רוזנבלט	יום ד'
13:45-14:15	הרב אהרן הלוי וואזנר	יום ה'

**תשובות בענייני רבית** בימי ראשון 14:30-15:30 ע"י הרב ר' פנחס וינד בעמח"ס 'ברית פנחס' על הל' רבית. ניתן לערוך 'היתר עיסקא' במקום.

**הדיינים יושבים בבית הוראה כדלהן**

יום א'	הרב אברהם בוטרמן והרב שלמה וייספישי והרב גבריאל לוברבוים
יום ב'	הרב יצחק בלחסן והרב אלחנן רזניק [גם צרפתית]
יום ג'	הרה"ג ר' יצחק שובקס והרב יצחק מרקובסקי
יום ד'	הרב ברוך שובקס, הרב חיים הררי והרב אליה יפה [גם צרפתית]
יום ה'	הרה"ג ר' אברהם דברמדיקר, הרב אשר שפירא והרב שלמה פרץ
יום ו'	הגאון הרב נפתלי נוסבוים, הרב משה ויליגר, הרב דוד סעמיאטיצקי

"עלון המשפט" יוצא לאור על ידי "מכון מענה שמחה", © כל הזכויות שמורות