

על מנת שהחוק שעבר יקבל חיזוק וביסוס בפועל, נקים בלשכה גוף אשר יתן לעורכי הדין חוות דעת על עמדת המשפט העברי בשאלות משפטיות, תמורת תשלום סמלי. בכך נוכל להנגיש את השימוש במשפט העברי לציבור. כמו כן נגיש בקרוב בסיועו ובהובלתו של יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט, חה"כ ניסן סלומינסקי, את הצעת החוק להקמת המכון להנגשת המשפט העברי. מכון אשר יעסוק בתרגום ספרות המשפט העברי לשפה מודרנית עכשווית, שתהיה מובנת לכל אדם משכיל. הגוף הזה אינו יכול להיות עמותה או גוף וולונטרי אחר, שכן מדובר במבצע ממלכתי רחב היקף ועל כן יש להקים את המכון הממלכתי למטרה זו.

אני רוצה להודות לידידי ח"כ ניסן סלומינסקי, אשר מסייע לנו ופועל עמנו, הן בנושא המשפט העברי, והן בקידום חוקים אחרים כמו חוק לשכת עורכי הדין, ושללא נחישות ומסירותו, לא היינו מצליחים להעביר את החוקים הנ"ל.

אני רוצה להודות לחברי בוועדת משפט עברי, עו"ד חנוך פת, עו"ד מיכה גידרון, עו"ד אפרת רוזנבלט, עו"ד לירז ראש, יוסי שטח העורך של שו"ת ועוד - עלון המשפט העברי של לשכת עו"ד. ללא הסיוע והתמיכה שלהם לא היינו מצליחים להפעיל את ועדת המשפט העברי ברמה הארצית עם פעילויות רבות ותודתי נתונה להם.

ושוב ברכות ליקירי המשפט העברי. הענקת אות יקיר המשפט העברי מגיעה לכם בזכות, וכבוד הוא לנו, להעניק לכם אותו.

אשר תילמד עוד 400-500 שנה, יאמר כי עם תקומת המדינה היהודית בתש"ח, התחילו לשלב את עקרונות המשפט העברי בחוק של המדינה החדשה.

אנחנו בלשכת עורכי הדין, ואני בטוח שגם ידידי חה"כ ניסן סלומינסקי, לא יושבים על זרי הדפנה, ונמשיך במלאכה שלקחנו על עצמנו כעורכי דין, כמחוקקים, כשופטים, להכניס את עקרונות המשפט העברי החכם, לתוך מערכת המשפט הישראלית.

השנה נפלה החלטה להעניק את אות יקיר המשפט העברי לשופט בדימוס פרופ' יעקב בזק, ולד"ר איתמר ורהפטיג. שניהם אנשים צנועים, שלא הבינו תחילה את פנייתנו אליהם. אולם אם נבדוק את פועלם ניווכח כי שניהם פעלו רבות, כל אחד בתחומו ובתחומים מקבילים. ד"ר ורהפטיג כחוקר בתחום ומרביץ משפט עברי באקדמיה, ופרופסור בזק כמי שעסק בהוראת המשפט העברי באוניברסיטאות וכמי ששילב את עקרונות המשפט העברי בפסיקותיו בהיותו שופט בבית המשפט המחוזי בירושלים. שניהם תרמו תרומה רבה להתפתחות המשפט העברי ושילובו במשפט הישראלי.

הפעילות שלנו בתחום המשפט העברי בלשכה קיימת כבר 8 שנים, פעילות אשר התחילה בתקופה בה ראש הלשכה עו"ד אפי נוה היה יו"ר מחוז תל אביב. בהזדמנות זו אני רוצה להודות לאפי על הפתיחות והרצון שהוא מגלה כלפי המשפט העברי ויישומו, על הסיוע והבנת הצרכים של הציבור הדתי והמסורתי בלשכה, דבר שלא היה קיים לצערי לפניו.

הזכות לפירוק שיתוף במקרקעין במשפט העברי ובמשפט הכללי / פרופ' עו"ד אבי וינרוט

לאיזו מן הקטגוריות הללו יש לסווג שותפות בנכסים? **במשפט העברי** - אין ספק כי כאשר אין הסכמה מראש שלא לחלק את השותפות, פירוק שיתוף הוא זכות הקנויה לכל שותף, כחלק מזכות הבעלות בנכס המאפשרת לו לנצל את הנכס כרצונו. כך נפסק בשולחן ערוך: **"ביקש אחד מהשותפים לחלוק וליטול חלקו לבדו, אם יש באותו קרקע דין חלוקה, כופה את שאר השותפים וחולקים עמו"**.

הגיגונם של הדברים ברור על פניו. אמנם, מחד גיסא פירוק השיתוף שולל מהשותפים להשתמש **בכל** הנכס. אולם, מאידך גיסא פירוק השיתוף מאפשר לכל

עגנון תיאר שותפות בין שני שותפים אשר בתחילת דרכם היה האחד בעל הון והשני בעל ניסיון. לימים הפך בעל הניסיון לבעל הון ובעל ההון הפך לבעל ניסיון. במקרים רבים יוצאים שני שותפים לדרך והאחד משקיע הון רב בהסתמך על הבטחת רעהו להישאר לויאלי



ונאמן. והנה, "במעלה ההר" - מבקש האחד לפרוש וטוען כי הסכם השותפות אינו אמור לשעבדו לחיי שיתוף לעדי עד. לכאורה, אי אפשר לאכוף מערכת הסכמית בין אנשים שתשרור לעדי עד, כב "נישואין קתולים". שונה הדבר בזכויות קניין ובשעבוד נכסים.

1 שולחן ערוך, הושן משפט, סימן קעא, סעיף א.

בעיתוי שאינו נח לשאר השותפים, והם טוענים כי מעולם לא הסכימו שניתן יהא לפרק את השותפות גם בעיתוי שכזה? למשל, כאשר קבוצת אנשים סומכת על יזם ומפקידה את מיטב כספה בידו לשם רכישת מקרקעין בשותפות. לאחר מכן מתחולל משבר ומחיר הנכס יורד. היזם, שקיבל את חלקו בשותפות על בסיס השקעת זמן בלבד, בלא להשקיע כסף, טוען כי המשך הטיפול בנכס, בזמנים הקשים שנוצרו, הוא בגדר בזבז זמנו ותובע את מכירת הנכס ופירוק השותפות. שאר השותפים מעוניינים להמשיך בשותפות עד שתחול התאוששות בענף, וזאת כדי שלא למכור בזול ולקבע הפסד של מיטב כספם, ולמען יוכלו לממש ברווח בבוא מועד. האם ראוי היזם שנהיה לשותף עימם, לדרוש לפתע את פירוק השיתוף במקרה זה?

במשפט הישראלי- עקרון העל הוא, שכל שותף במקרקעין משותפים יכול ורשאי להביא, לרצונו, לפירוק השיתוף. החוק מבקש להקל, ככל הניתן, על פירוקה של שותפות אם שותף לשותפות מבקש זאת: לטובת השותפים ולטובת פיתוח המשק בכללו. כך הוא דין בשותפות שפקודת השותפויות חלה עליה (ראו סעיף 41(א)(3) ו-41(ב) לפקודת השותפויות) וכך הוא דין בשותפות במקרקעין⁵. בהיעדר הסכם מראש על שותפות לתקופה קצובה (כהוראת סעיף 37(ב) לחוק), שותפות במקרקעין כמוה כשותפות מיום-ליום (*de die in diem*), ולפירוק שותפות- כל הנדרש משותף הוא כי יודיע על רצונו בהתרת החבילה. אין בכוחו של המשפט להשכין שלום בין שותפים צהובים זה לזה - או אף בין שותפים המתקשים להגיע להבנה זה-עם-זה - ובהיעדר כלים בידו להשכין שלום ביניהם, מקנה הוא זכות- יכולת לכל אחד מן השותפים לבקש פירוק השותפות. בעניין **רידלביץ נ' מודעי**⁶, אשר עסק בשותפים שחלקם ביקשו לפרק את השיתוף ביניהם בעוד האחרים ביקשו לשמר את השיתוף, התייחס **השופט חשין** לעקרון פירוק השיתוף ולחשיבותו. השופט חשין הסביר כי: "לעת חיי השותפות ישלוט העיקרון הדמוקרטי של שלטון הרוב באשר לניהולם של הנכסים המשותפים והשימוש בהם... כך לעת חיי

שותף שימוש בלעדי בנכס בלי שיהיה תלוי בשותפיו. בנוסף, לאחר חלוקת השיתוף יכול שותף גם לשעבד או למכור את חלקו בנכס כרצונו, בלא צורך לקבל את הסכמת שאר השותפים. לשון אחר, כנגד ההפסד של יכולת השימוש בנכס כולו, מאפשר פירוק השיתוף ניצול מרבי של כל שותף בחלקו שלו. על כן, הסברה נותנת על הזכות להיפרד ולנצל חלק מהנכס באופן בלעדי, לא ויתר מי מהשותפים מעולם².

עם זאת, מובן שאם השותפים התחייבו במפורש **"וקבלו קנין שלא לחלוק, אינם יכולים לחזור בהם"**³. ובדומה לכך פוסק השולחן ערוך בעניין חלוקת השותפות בעסק: **"השותפין שהתנו ביניהם שיעמדו בשותפות זמן קצוב, כל אחד ואחד מהן מעכב על חברו ואינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן, או עד שיכלה ממון השותפות, ואין אחד מהן יכול ליטול חלקו מן הקרן ולא בשכר עד סוף הזמן"**⁴. כלומר, כשם שאדם יכול לשעבד את זכותו הקניינית ולהגביל את זכויותיו, כך יכול הוא להתחייב כלפי שותפיו שלא לפרק השותפות. הרמ"א אף מוסיף כי גם במקום שהתברר כי שותף פשע כלפי רעהו או עבר על תנאי השותפות, אין שותפו יכול לפרק חד-צדדית את השותפות בניגוד להסכם המפורש ביניהם, אלא השותף המזיק יחויב לשלם פיצויים בגין הנזק שגרם.

אולם, מה הדין, כאשר פירוק השותפות מתבקש

2 נדגיש שהטיעון האמור תקף רק ביחס לנכס שיש בו כדי חלוקה, כלומר נכס שאינו מאבד את ייעודו הבסיסיים גם אחרי חלוקתו. במקרה זה נמצא כי פירוק השיתוף מצד אחד מפחית את **היקף השימוש** של כל שותף, המצטמצם ממכלול הנכס לחלקו בלבד, אך מצד שני מגדיל את **איכות** השימוש של כל שותף, הזכאי לשימוש בלעדי בחלקו שלו. לעומת זאת, בנכס שלפני החלוקה הוא איכותי יותר מנכס אחרי החלוקה, נמצא שהשותפים המתנגדים לחלוקה מפסידים בחלוקתו לא רק את היקף וכמות השימוש אלא גם את איכות השימוש. במקרה זה הם סופגים הפסד ממון ברור כתוצאה מחלוקת השיתוף, וניתן לומר כי לכך לא הסכימו כשנכנסו לשותפות, וממילא מובן שאין בכוחו של שותף לכפות על שותפיו חלוקה שתגרום להם להפסיד את ממונם. על כן, ההלכה היא כי בנכס "שאין בו כדי חלוקה" אי אפשר לדרוש פירוק שיתוף (והוא הדין גם בנכס שחלוקתו תוריד חומש (20%) מערכו. ראה רמ"א, חושן משפט, סימן קעא, סעיף ה, בשם שו"ת תרומת הדשן, סימן שלו). ביחס לנכס שאין בו כדי חלוקה פיזית, נקבעו דרכי חלוקה שאינם פוגמים לא בערכו ולא באפשרות השימוש בו: חלוקת זמנים או "גוד או אגוד" (*Buy Me - Buy You*).

3 רמ"א, בהגהתו לשולחן ערוך, שם, סימן קעא, סעיף א. ויש שכך מוסכם מכללא בין השותפים, ראה שולחן ערוך, אורח חיים, סימן קנ"ה, סעיף טו ובמשנה ברורה, שם, ס"ק נד, נח ונט, לגבי ציבור שקנו יחד בית הכנסת או ספר תורה, ואחד מבני העיר עזוב את העיר לגור במקום אחר, אין הוא יכול לתבוע את חלקו בבית הכנסת, אף שיש בו כדי חלוקה, שכן הציבור שקנו יחד נחשבים כמי שהתנו מראש שיישארו שותפים לעולם.

4 מקור הדברים ברמב"ם, הלכות שלוחים ושותפים, פרק ד, הלכה ד.

5 הזכות לתבוע פירוק שיתוף במקרקעין מוסדרת בסעיף 37 לחוק המקרקעין, הקובע כי: "(א) כל שותף במקרקעין משותפים זכאי **בכל עת** לדרוש פירוק השיתוף. (ב) הייתה בהסכם שיתוף תניה השוללת או מגבילה את הזכות לדרוש פירוק השיתוף לתקופה העולה על שלוש שנים, רשאי בית המשפט, כעבור שלוש שנים, לצוות על פירוק השיתוף, על אף התניה, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות העניין".

6 רע"א 1017/97 **רידלביץ נ' מודעי**, פ"ד נב(4) 625 (1998).

ויש מיזוג מסוג שני, והוא כאשר שני גופים מתערים זה בזה (בבחינת תערובת של נוזלים) והופכים להיות ישות אחת שונה, כאשר כל אחד מהם מאבד את צורתו וזהותו שלו (שחור ולבן מתמזגים והופכים לאפור). הבחנה זו מכונה ע"י המהר"ל שם כ"הרכבה מזגית" (מלשון מיזוג).

אם שותפות היא הרכבה שכנית שבה כל שותף שומר על זהותו הממונית, הרי שהשותפות לא מהווה השתעבודות מוחלטת שלו לשאר שותפיו. ויש לראות בו כמי ששומר על האוטונומיה שלו ועל זכויותיו הפרטיות, ורק מסכים, במישור החוזי, לאפשר לשותפים להשתמש בחלקו. לעומת זאת, אם השותפות היא הרכבה מזגית, הרי שחלקו של השותף נעלם ומאבד את זהותו העצמית, וממילא זכותם של שאר השותפים להשתמש בחלק זה היא זכות קניינית.

יפים לעניין זה דבריו של הרב י"ד סולובייצ'ק⁸ ביחס לזכות בארץ ישראל: "ארץ ישראל מוחזקת היא בידינו מאבותינו" (בבא בתרא קיט ע"א). האם פירוש הדבר כי לכל יהודי חלק בשותפות על הבעלות לארץ ישראל? לא! ארץ ישראל אינה שייכת לכל יהודי ויהודי לחוד, אלא לכלל ישראל כחטיבה אחת ייחודית ועצמית. בחלוקת הארץ ע"י יהושע בן נון הועברו זכויות בעלים מן הכלל כולו לשבטים היחידים. קניין הכלל הועבר אז ע"י החלוקה לקניין פרטי. אבל קודם לחלוקה, וגם עכשיו כאשר חלוקת הארץ לשבטים אינה קיימת, הרי הזכות של יהודים לא"י אינה בעלת אופי פרטי, יחיד - אלא היא זכותו של כלל ישראל. לי עצמי כפרט, אין לי כל תביעה או זכות על הארץ. זכותי האישית נובעת מכך שאני חלק מכנסת ישראל וחבר בה, וכיון שהארץ שייכת לכנסת ישראל הרי היא שייכת גם לי. הקניין של יהודי בארץ ישראל אינו חזקת יחיד אלא חזקת הכלל, חזקתה של כנסת ישראל כאישיות מטאפיזית. אמנם לכל אחד מאתנו זכות לארץ ישראל - אבל זכות זאת באה אך ורק מתוך ההתדבקות החד משמעית בכנסת ישראל". זכות הקניין בארץ ישראל משקפת אפוא הרכבה מזגית.

כיצד נגדיר שותפים בנכס? האם זו "הרכבה שכנית", כאשר כל אחד מהשותפים שומר על ישותו, נחשב בעלים עצמאי **בחלק מן הנכס**, אלא שהוא מעניק זכות חוזית לשותפו להשתמש בנכס שלו, ועל כן כל אחד מן השותפים יכול להשתמש בנכס בהתחשב בחלק של זולתו?⁹ או שמא שותפות היא בגדר של "הרכבה

השותפות במקרקעין; לא כן בפירוק שותפות: כאן לא תשרור דמוקרטיה, והמיעוט יכול זכאי לכפות את דעתו על הרוב.. הנה-הם אברם ולוט, בן-אחי (בן הרן), אשר חיו יחדיו כמשפחה, הם ומשפחותיהם וצאנם ובקרבם. כך היה עד אשר אירע האירוע. וכך מספר לנו המקרא (בראשית יג, ו'-יא'): ולא נשא אתם הארץ לשבת יחדו כי היה רכושם רב ולא יכלו לשבת יחדו. ויהי ריב בין רעי מקנה אברם ובין רעי מקנה לוט והכנעני והפרזי אז ישב בארץ. **ויאמר אברם אל לוט אל נא תהי מריבה ביני וביןך ובין רעי ובין רעיך כי אנשים אחים אנחנו**. הלא כל הארץ לפניך הפרד נא מעלי אם השמאל ואימנה ואם הימין ואשמאילה. וישא לוט את עיניו וירא את כל ככר הירדן כי כלה משקה לפני שחת ה' את סדם ואת עמרה כגן ה' כארץ מצרים בואכה צער. ויבחר לו לוט את כל ככר הירדן ויסע לוט מקדם ויפרדו איש מעל אחיו. וייפרדו איש מעל אחיו: זו הדרך לפירוק שותפות שאינה רצויה לאחד השותפים. אכן, כשם שמשיתכת-חבל בשניים, באחוזה, מגבירה חילים, כן משיתכת-חבל לעברים שונים מזיקה היא וראוי לה שתפיסק".¹⁹

במשפט העברי, נראה כי שאלה זו תלויה בהבנת מהותה המשפטית של עסקת השותפות האם היא חוזה או **שיעבוד קנייני**. הסכמים בין אנשים הם לעולם תלויי נסיבות ואינם תקפים לעולם. לעומת זאת, שיעבוד קנייני של נכס תקף לעולם. לכן, אם היחסים בין השותפים הם חוזיים - הרי שנקודת המוצא תהיה שיש זכות לפרק שיתוף בכל עת שבו השתנו הנסיבות. לעומת זאת, אם השיתוף משקף שיעבוד קנייני הרי שנקודת המוצא היא הפוכה וכל ספק יפעל לרעת מבקש פירוק השיתוף. אכן, ברור שגם בהנחה שזה שיתוף קנייני ניתן לפרק שיתוף במקרים שהותנו במפורש, שכן הצדדים הגבילו מראש את השעבוד לנסיבות מסוימות אלו. אבל, אם הם לא פירשו את הדברים באופן מפורש, יהא השותף מחויב להמשיך בשותפות ולא יוכל לפרקה כשהעסק נמצא "באמצע הדרך". נבחן אפוא את מהותו של הסכם השותפים.

שותפות היא מיזוג של שתי בעלויות או יותר ביחס לנכס אחד. ברם, ישנם שני סוגי מיזוג:

יש מיזוג שבו שני גופים מתקרבים, אך אינם מתערים זה בזה. הם נותרים **שכנים** קרובים, אך כל אחד מהם שומר על ישותו שלו (בבחינת תערובת של מוצקים), או מה שהמהר"ל⁷ מכנה כ"הרכבה שכנית"⁷.

8 בספרו "על התשובה" עמ' 75.

9 אכן, גם ביחס לשותפות שכנית ניתן לומר כי השותף שיעבד את

7 נצה ישראל, פרק ג. כמו כן ראה מלבי"ם על בראשית, ב, ט.

היכן הוא¹³. רש"י¹⁴ סובר כי בכל גרגר וגרגר יש לכל שותף חלק משלו¹⁵. כלומר זו הרכבה שכנית. כמו כן, תוספות¹⁶ סובר כי לכל שותף יש חלק בנכס אלא שאין ידוע היכן הוא, שכן זו "מנה" ולא חלק המוגדר בצורה פיסית. כלומר זו הרכבה שכנית¹⁷

להבחנה עיונית זו בין הרכבה שכנית להרכבה מזגית יש נפקות מעשית מעניינת¹⁸. לכל ישראל יש קרובים

מזגית", שבה מתמזגים השותפים לאחד, ומעת שהפכו שותפים אין יותר "שלי" ו"שלך" אלא **הכל של "השותפות"**¹⁰, כאשר כל אחד מהשותפים זכאי למנה וחלק בשותפות הכוללת, כך שיש לו למעשה זכויות בעלות **בנכס כולו**. במקרה זה, השותף העניק זכות קניינית לשותפיו, ולא בנקל תוכל החבילה להיפרד.

נראה שבסוגיה זו של הגדרת השותפות כ"מזגית" או "שכנית" קיימת מחלוקת ראשונים¹¹. הרשב"ם¹² סובר כי שותפות היא **"הרכבה מזגית"**, שבה אין למי מהשותפים כל חלק משל עצמו בנכס, והנכס שייך "לבעלות המשותפת" כ"ישות חדשה" שנוצרה ע"י השותפים. לדעתו, יש לכל שותף 100% מהנכס והנכס מוחזק על ידי השותפים באופן מלא מכוח המושג המופשט המכונה שותפות. לפי שיטה זו, נמצא כי החלוקה אינה מקנה לשותף שום דבר חדש, ובעת החלוקה השותף מוותר על בעלות משותפת עם עוד מישהו על 100% מהנכס והופך להיות בעלים על 50% מהנכס בלבד, אך בגפו. משום כך, בעת חלוקת שותפות לא נחוץ מעשה קניין, שהרי אין השותף מקבל משהו שלא היה לו קודם, אלא אדרבה כל שותף נסוג מחלקו של זולתו. ובלשון הרשב"ם: "כיון שמוחזקים ועומדים הם כולם [כל השותפים] בכל הקרקע, אין הגורל [שלפיו חילקו את השותפות] מקנה להן כלום, אלא מברר לכל אחד חלקו המגיעו".

חלק מהראשונים סבורים כי יש לכל שותף 50% בכל גרגר וגרגר, או במקום מסוים שעדיין לא ידוע

13 שיטות הראשונים מתייחסות ברובן לסוגיה בגיטין מז ע"א- ע"ב הדנה בקרקע משותפת לישראל וגוי שהצמיחה פירות, האם פירות אלו חייבים בתרומות ומעשרות. הכלל הוא כי תבואת ישראל חייבת במעשרות ותבואת נוכרי פטורה. שדה שנרכשה בשותפות ע"י ישראל ונוכרי: רבי סבר כי טבל וחולין מעורבים זה בזה, שכן יש לכל אחד מהשותפים חלק בשל זולתו, וממילא יש לישראל חלק בכל השדה, לרבות בחלקו של הנוכרי והכל חייב במעשרות. רבן שמעון גמליאל סובר, כי חלקו של עובד כוכבים פטור, וחלקו של ישראל חייב, שכן לישראל יש חלק מובחן משל עצמו ואין לו אחיזה בחלקו של הנוכרי שפטור ממעשר. הגמרא תולה מחלוקת זו בשאלה האם "יש ברידה, או אין ברידה". כלומר, שיטת רבי שמעון בן גמליאל מתברר כי כאשר שותף נפרד משותפו ונוטל את חלקו בתבואה, מתברר **למפרע** כי היה זה חלקו מלכתחילה, וממילא לשותף (הישראל) לא היה מעולם כל חלק בשל הנוכרי ועל כן חלקו של הנוכרי פטור ממעשרות. רבי, לעומת זאת חולק וסובר כי "אין ברידה" ונמצא כי החלוקה חלה רק מכאן ואילך, אך עד לשלב החלוקה היו החלקים משותפים גם לישראל, וממילא יש חיוב במעשר גם על חלקו של הגוי. ור' דבריו של הרב אהרן קוטלר בספרו "משנת ר' אהרן" שכנים סי' ג', וכן דבריו של הרב שמואל רחובסקי ב"חידושי ר' שמואל" סימן ה', שדנו האם בעת פירוק שיתוף מקבל כל שותף חלק חדש, שלא היה בידו קודם לכן, או שמא בעת החלוקה הוא מברר מה היה מלכתחילה חלקו הפרטי במסגרת השותפות.

בנוסף, מבאר הרב אהרן קוטלר בספרו משנת ר' אהרן בבא קמא סימן ז' אות ב' כי כשאחים יורשים, נמצא כי כל אחד יורש את מה שהוא עתיד לקבל בעת חלוקת העיזבון, ובדומה לכך שותפים הרוכשים נכס בצוותא כאילו התנו מראש שכל אחד ירכוש את חלקו בנפרד ולכן אין לומר כי זו הרכבה מזגית אלא הרכבה שכנית. ויש מי שאומר כי כל אחד יורש את כלל הנכסים וייתכן שבחלוקה הסופית לא יקבל את מה שירש, ולכן אי אפשר לומר כי ירש מראש את חלקו בחלוקה, וממילא זו הרכבה מזגית, וכל גרגר משותף. וראה ר' ברוך טעם גיטין מ"ז עמ' ב' ד"ה ועתה אקדים. וראה שאגת אריה סימן צ'.

14 גיטין מז ע"א, ד"ה טבל וחולין.

15 כך גם סובר לכאורה הרמב"ם בהלכות תרומות, פרק א, הלכה כ, הפוסק כי אם ישראל וגוי רכשו שדה בשותפות וצמחו בה פירות "הרי טבל וחולין מעורבים בכל קלח וקלח". וראה תשובות מיימוניות, ספר קניין, סימן ל"ה. וראה שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלא, סעיף יא. לסיכום מוזגיה זו ראה נחום קובר, שיתוף בנכסים 24-29.

16 גיטין מז ע"א, ד"ה טבל.

17 שמא תשאל, אם לכל שותף יש בעלות חלקית במקרקעין נמצא כי בעת השימוש הוא משתמש בשל חברו? על כך משיב הר"ן בנדריים מה ע"ב שבמקרקעין משותפים יש לכל שותף "קניין הגוף, דהיינו חלקו וקניין שיעבוד בחלקו של חברו". כלומר, גם מי שסובר כי עסקינן בשותפות שכנית סובר כי יש זכות קניינית לשותף בחלקו של חברו המשוועבד לו לשימוש. אולם, שיעבוד זה נובע מהסכם בין הצדדים, שבו האחד מאפשר לשותפו להשתמש בחלקו. אולם, הסכם זה מוגבל מטבעו לתחומי ההסכמה בלבד, ולא יאה תקף במקרה של שינוי נסיבות. אין להשוות זאת עם הרכבה מזגית שבה הצדדים משתמשים איש בשל זולתו – בהעדר הפרדה קניינית ביניהם.

18 ר' שער משפט סימן רע"ה ס"ק א.

חלקו לשותפו וכי הדברים חורגים ממישור חזוי למישור קנייני. אולם, אין שום הכרח לומר שהסכם השותפות הועצם מהתחייבות חוזית לשיעבוד קנייני, ולכן סביר להניח שהשותף לא יקבל על עצמו מחוייבות מעבר לנדרש, ולא הגביל את עצמו מלדרוש פירוק שיתוף בכל עת, שהרי זו דרכו של עולם, שאנשים אינם משתעבדים לזולתם לעולמי עד, כשאין הכרח לעשות כן. לעומת זאת, אם השותפות היא מזגית, הרי שהמחוייבות כלפי שאר השותפים נושאת אופי קנייני מובהק כתוצאה מעצם הגדרת יחסי השותפות כהתמזגות קניינית.

10 דוגמא לבעלות ציבורית שכזו היא "תפוסת הבית" כלומר עזבון של יורשים, לפני שחולק ביניהם. במקרה זה הנכס אינו של מי מהיורשים באופן פרטי אלא של הישות המופשטת הנקראת "תפוסת הבית" ("עזבון") העומדת בפני עצמה, כמה שמאגד את כלל היורשים. בדומה לכך, כאשר אדם הפריש "תרומה" מפירותיו, היא נקראת "ממון השבט" ושייכת לכלל הכהנים, עד שתחולק לכהן מסוים, ואז הוא מממש את הגדרתו כחלק מהשבט.

11 לסיכום וניתוח שיטות הראשונים ראה הרב י. גוסטמן, קונטרסי שיעורים, נדרים, שיעור כ"ו; הרב יעקב ישראל קנייבסקי, קהילות יעקב, גיטין, סימן כח וסימן ל'.

12 בבא בתרא קו ע"ב, ד"ה "קנו כולך".

מהסכם ההעסקה אף "בחצי היום" (כלומר, באמצע התקופה שהוסכמה) ואי אפשר לאכוף עליו את הסכם העבודה, שכן הוא בן חורין ולא עבד²². אם כן, מדוע שותף אינו בן חורין לחזור בו מהסכם שותפות שלגביו נקבע זמן תחולה, תוך תשלום פיצוי בגין הפרת ההסכמה? ותשובתו היא כי בשותפות יש **שעבוד על הנכסים** לזכות השותפות. כלומר, שותף אינו רשאי לפרק את השותפות בניגוד להסכמה קודמת בעניין זה, שכן לא מדובר רק בהתחייבות אובליגטורית של האדם אלא מדובר בזכות קניינית ובשעבוד החל על הנכסים עצמם. אם בתחילת שותפותם הסכימו בניניהם השותפים שלא יפרקו את השותפות עד זמן פלוני, הרי שהם השתעבדו זה לזה להישאר בשותפות עד אותו זמן, וחל שיעבוד על הנכסים עצמם לפיו כל אחד מקנה את חלקו בנכס לשותפו, לעשיית שימוש בו.

נראה כי הגדרה זו של השותפות כשעבוד קנייני של הנכס עצמו לשימושם של שאר השותפים, ולא רק בהתחייבות אובליגטורית של השותף, משליכה במישורין גם על הזכות לפרק את השותפות.

אם יוצאים מנקודת הנחה כי זו התחייבות חוזית בין אנשים, הרי שנקודת המוצא היא שאין הסכמות לנצח, וכל אחד שומר על חירותו להיפרד משותפו. לכן, רק אם יש התחייבות מפורשת שלא להיפרד תימנע זכותו של כל שותף לממש את בעלותו בנכס וחירותו להיפרד. כל ספק יפעל אפוא לטובת מבקש הפירוק.

לעומת זאת, אם הנחת היסוד היא כי שיתוף הוא שיעבוד קנייני של הנכס לטובת השותף, הרי שהנחת המוצא היא שהזכות תישאר בתוקפה כמו כל זכות קניין - ללא הגבלה. ההנחה הכללית כי כל שותף הגביל את שעבוד הנכס ושומר על זכותו להיפרד, סותרת לזכות קניין, ועל כן בכל מקרה של ספק, כשיש מקום להניח שהצדדים לא שמרו על זכותם להיפרד - יפעל הספק לרעת מבקש הפירוד²³. נראה לכאורה כי

שיכולים לרשת אותם. לעומת זאת, גר שמת - אין לו יורשים, שכן שארי בשרו מפני הגיור אינם נחשבים לקרוביו וממילא אינם יורשים אותו ("גר שנתגייר כקטן שנולד"). בהעדר יורשים נחשבים נכסי הגר שמת להפקר, שהראשון שתפס בהם זכה. מה הדין כאשר לגר הייתה שותפות עם ישראל, ולאחר מותו בא אדם והחזיק בנכס במטרה לזכות בנכסי הגר? בפשטות, היה צריך להיות הדין, כי אותו אדם זכה בנכסי הגר, שהרי הוא הראשון שתפס בנכסים אלו, הנחשבים לנכסי הפקר. אולם, "שער המשפט" מצדד בגישה כי השותף הוא שזכה בנכסי הגר, שכן כשותף הבעלות שלו מתפשטת וקיימת בכל הנכס, ומשנגרע חלקו של הגר עקב מותו נמצא השותף בעלים יחיד על הכל¹⁹.

לגישה לפיה יש להסכם השותפות היבט של שיעבוד קנייני יש נפקות נוספת. רבי שמואל שמלקיש (גליציה המאה ה-19) מעלה את השאלה²⁰, במה שונה שותף מפועל, שלגביו נאמר בתלמוד²¹ שפועל יכול לחזור בו

19 במשפט האנגלי קיימת הבחנה בין בעלות משותפת (Joint Ownership) לבין שיתוף בבעלות (Ownership in common).

המושג של שיתוף בבעלות Ownership in common מאופיין בכך שלכל אחד מהשותפים יש מנה (אחוז מסוים) בבעלות. אם הנכס יימכר, למשל, יקבל כל שותף את חלקו בתמורה לפי המנה שלו בבעלות. מכיוון שלכל שותף מנה מוגבלת ולא 100%, מובן כי עקרון ההתרבות (שיבואר מיד להלן) לא חל על שיתוף מעין זה. ברם, לכל שותף, תהא מנת הבעלות שלו אשר תהא, מוקנית הזכות להשתמש ולהחזיק בנכס כולו, בהתחשב כמובן בזכות הקיימת במקביל גם לשותפיו. במובן זה מתפשטת בעלות השותפים בנכס כולו. המושג של בעלות משותפת (Joint ownership) מתייחס לשיתוף שבו לכל שותף יש בעלות מלאה של 100% בכל הנכס. הזיקה בין השותפים מתבטאת בארבעה מישורים: א. מנה - לכל שותף בעלות משותפת מלאה בכל הנכס; ב. חזקה - לכל שותף יש זכות להחזיק בנכס כולו. ג. זמן - השותפים מקבלים את זכותם בנכס באותו הזמן. ד. מקור - מקור הבעלות בנכס משותף לכל השותפים. כלומר, לא ניתן להצטרף כשותף לבעלות קיימת במסגרת שותפות זו. דוגמה למקור של Joint ownership היא שותפות מכוו ירושה. מכיוון שלכל שותף יש בעלות של 100% בנכס חל "עקרון ההתרבות", לפיו כאשר אחד מהשותפים מת, הרי שהשותף השני נשאר בעלים מוחלט ובלעדי על הנכס כולו. זאת, לא משום שהוא בא בנעלי שותפו (מנגנון שקיים רק באמצעות רכישה או ירושה), אלא מכיוון שאף קודם לכן הוא היה הבעלים של הנכס כולו (ולא רק בעל מנה מסוימת בבעלות). מוסד זה של 100% בעלות לכמה בעלים בו זמנית נקבע באנגליה לצרכי ירושה, שם הוא כונה "צוואת האדם העני", משום שבאמצעות שותפות מסוג זה ניתן היה לחסוך עריכת צוואה פורמלית ואת שכר טרחת עורכי הדין.

נראה לכאורה כי שיטת הרשב"ם ביחס לשותפות היא מעין זו האנגלית המכונה בעלות משותפת (Joint ownership) ואילו שיטת רש"י ותוספות ביחס לשותפות היא מעין זו של שיתוף בבעלות (Ownership in common), כאשר לכל שותף יש רק חלק מסוים בנכס.

20 שו"ת בית יצחק, חושן משפט, סימן מה.

21 בבא קמא קטז ע"ב; בבא מציעא י"א.

22 כך נפסק בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן שלג, סעיף ג, שפועל הוא בן חורין להחליט לא להמשיך את עבודתו, אם כי יש מקרים שהוא יהיה אחראי להפסדים שנגרמים מהחלטתו.

23 כדי להקל על ההמשגה נשתמש בדוגמא, ונמשיל את הדברים להבחנה הידועה בין ידועים בציבור לבין זוגות נשואים. המשפט המודרני נוטה להשוות את זכויותיהם הממוניות של ידועים בציבור לאלו של זוגות נשואים. אולם, נשמרת תמיד הבחנה בסיסית ביחס לפרידת בני הזוג. פרידה של ידועים בציבור תתכן בכל עת. כדי לסיים יחסי ידועים בציבור די בפתיקת עם מגנט על הפריג'ידר, המודיעה, בצער או בשמחה, "נפרדנו. היה שלום". לא כן ביחס לזוג נשוי. המושג במסכת קידושין פותחת באמירה כי "האישה נקנית בשלוש דרכים". היחסים בין בני זוג משולים לזכויות קנייניות, שכדי

משום כך, אם למשל, צדדים רכשו מגרש בשותפות כדי לפתח אותו, לקבל היתרי בניה, ולמכור את הדירות שייבנו, יש לראות זאת כשותפות בנכס שתוקפה יהא עד לזמן שהנכס יהא בשל למכירה ברווח. על אף שהצדדים לא פירשו כי השותפות ביניהם לא תפורק עד לאותה עת, יש לפרש זאת כאילו התנו במפורש שלא לפרק את השיתוף קודם לכן, והזכות הקניינית הנובעת מיחסי השיתוף תביא לדחיית בקשת הפירוק והמשך יחסי השותפות.

הגדרת יחסי השותפות כחורגים מהתחייבות אישית ועולים כדי שעבוד **קנייני** של נכסי השותפים זה לזה, משליכה על האפשרות לסיים יחסים אלה. הנחת המוצא היא כי אין לפרק יחסים אלו בכדי. על כן, גם במקום שבו לא התנו השותפים בפירוש שלא ייפרדו עד זמן פלוני, אך מסקנה זו עולה מכללא, ומתוך מעשיהם ניכרים הדברים שהתכוונו להשתתף עד זמן מסוים, לא יוכלו הצדדים להיפרד עד לאותו שלב.

להביא לסיומן יש צורך בגט כריתות.

השעות שבאי הכרה בחוזים משפחתיים לפתרון בעיות הלכתיות* / ד"ר יחזקאל מרגלית, האקדמית נתניה

סרבן גט- צפה ועולה בעיית סרבנות הגט, שטרם נמצא לה מזור הלכתי.

במאמר אקדמי מקיף, שראה אור לאחרונה בלבד, מראה פרופ' עמיחי רדזינר מאוניברסיטת בר אילן כיצד הפתרון ההלכתי של הסכם למניעת סרבנות גט פועל היטב במרחב הציבורי והפרטי בארה"ב, עד שביט הדין של הקהילות האורתודוקסיות בארה"ב אינו מחתן אדם בלא שיחתום, ראשית דבר, על הסכם חוזי שכזה, מהחשש הלא מבוטל לסרבנות הגט. נוהג זה מתוקף בטיעון לפיו כל מי שהצטייד מראש בפתרון חוזי שכזה, לא מצא את עצמו ב"דרך ללא מוצא" ובלא יכולת להשתחרר מתא נישואיו שקרס. בשונה מכך, מסיבות שונות, שאינן בהכרח הלכתיות, הסכם זה נפסל על הסף הן בכתובה החרדית והן בפסיקת בתי הדין הרבני בארץ.

דוגמה מאלפת לכך ניתן למצוא בפס"ד רבני שפורסם בשנה החולפת (תיק רבני (גדול) 1121062-1 **פלוני ופלונית** (לא פורסם, 17.08.17)) ובו נדון תוקפם של קידושין פרטיים אותם ערך ר"מ אורתודוקסי כדת וכדין (רב ומורה, הגם שלא היה מוסמך רשמית כ"רב" בידי הרבנות הראשית לישראל). לנישואים אלה לא ניתן פומבי כפי שנהוג ונצרך על פי חוק, לחתן אנשים ברבנות בארץ רק באמצעות רבנים אותם הסמיכה הרבנות הראשית לערוך חופות וקידושין. בין היתר, חתמו בני הזוג על הסכם למניעת סרבנות גט, הסכם אותו ניסח אחד מרבני היישובים ביו"ש, שהינו אב"ד לממונות ודיין בב"ד לענייני גיור. אולם, כאשר ביקשו

דברים שרואים מכאן (ארה"ב) לא רואים משם (בארץ)

בסדרת כתבות מצוינת בשם "ברוקלין של קודש" גילה לנו לאחרונה כתב "החדשות" יאיר שרקי, סוד גלוי: דברים שעובדים (תרתי משמע) בקהילות החרדיות בארה"ב, ולמעשה ביתר הגלויות בעולם, אינם קיימים בארץ. מסיבות שונות ומגוונות, ניתן לנהל בחו"ל אורח חיים דתי וחרדי לכל דבר ועניין ובמקביל לעבוד ולכלכל את המשפחה ולא להתפרנס רק מלימוד תורה (כפסק המפורסם של הרמב"ם). זהו דבר, שלצערנו הרב, חל על חלקו של כמחצית בלבד מהמגזר החרדי בארץ. באופן דומה, השילוב בין תורה ומדע, כדוגמת "הישיבה-יוניברסיטי" וכתב העת שלה "תורה ומדע" (Torah Umadda), מצוי ורצוי בחו"ל, ואולם בארץ טרם זכינו למוסד מוצלח שכזה.



סרבנות גט

בעיה כאובה ביותר היא סרבנות הגט. בעיה אנושית והלכתית זו קיימת בנישואים כדת משה וישראל הן באלו הנערכים בארץ והן באלו הנישאים בחו"ל. דווקא הפרדת הדת מהמדינה הנהוגה בארה"ב ובמדינות נוספות בעולם, גורמת לכך שאין מי שיושיע אישה שבעלה נפרד ממנה באופן אזרחי בלבד, אך לא נותן לה גט. באופן אירוני, דווקא אי הפרדת דת מהמדינה בארץ גורמת לכך, בגזירת המחוקק, שנישואים וגירושין של יהודים נידונים אך ורק בבתי הדין הרבניים הממלכתיים ובאופן בלעדי לאור ההלכה האורתודוקסית בלבד. כאשר בית הדין הרבני מורה על מתן גט, אך אינו יכול לאכוף את פסק דינו על בעל

***המאמר מבוסס על ספר שפירסם המחבר: Yehezkel Margalit: "The Jewish Family: Between Family Law and Contract Law", Cambridge University Press, 2017**