



בס"ד, כ"ב סיון תשפ"ג

11 ביוני 2023

תיק מס' 2-80095

## פסק דין חלקי

ובין	לבין	בעניין שבין
נתבעת 2	נתבעים 1	התובעת
בעלת הקומה האמצעית	בעלי קומת הקרקע	בעלת הקומה העליונה

### א. רקע

התובעת ושני הנתבעים הם דיירים באותו בניין בן שלוש דירות באחת מערי ישראל. הבניין בן שלוש קומות כשבכל קומה דירה אחת, ובנוסף יש קומת מחסנים וחצר גדולה (כ-536 מ"ר).

התובעת גרה בקומה העליונה, נתבעים 1 גרים בקומה התחתונה, ואילו נתבעת 2 גרה בקומה האמצעית. הדירה של התובעת הייתה במשך שנים רבות בבעלות גב' פ', ולאחר שזו הלכה לעולמה, התובעת רכשה את דירתה מיורשיה.

שני הנתבעים לא השתתפו בדיוני בית הדין מפאת גילם, אולם שניים מדייני בית הדין פגשו את הנתבעים 1 (את שני בני הזוג) בעת שסיירו בבניין יחד עם הצדדים. במהלך הדיונים התברר שיש צורך למנות אפוטרופוס לנתבעת 2. האפוטרופוס שמונה ייפה את כוחו ב"כ הנתבעת לייצג אותה בתיק זה.

ועתה לגופו של עניין. לפני כעשרים שנה בנו שני הנתבעים מספר יחידות דיור נוספות בחצר המשותפת והשכירו אותן. באותה העת הדירה בקומה העליונה הייתה בבעלות גב' פ'.

בשנת תשס"ג, תקופה מסוימת לאחר הבנייה של חלק מיחידות הדיור, פנו כל הצדדים לרב בורר שיכריע במחלוקות שביניהם. על הרקע לפנייה ישנה מחלוקת בין הצדדים. בתאריך כ"ה בתמוז תשס"ג הרב הבורר הוציא פסק דין קצר שיובא להלן (להלן: **פס"ד הרב הבורר**).

גם לגבי משמעות פס"ד הרב הבורר ישנה מחלוקת בין הצדדים כפי שיבואר להלן, אך מוסכם על הצדדים כי גם לאחר פס"ד הרב הבורר שני הנתבעים המשיכו להשכיר את יחידות הדיור ולקבל את דמי השכירות. בנוסף, ככל הנראה בתקופה זו העירייה הרסה כמה מיחידות הדיור ולאחר תקופה מסוימת הנתבעים בנו מחדש את היחידות שנהרסו על ידי העירייה ואף הוסיפו ובנו יחידות דיור חדשות שלא היו קיימות בזמן פס"ד הרב הבורר. כיום יש עשר יחידות במגרש.

בכ"ב אלול התשע"ד (17.9.14) הלכה לעולמה גב' פ', ובתאריך ג' טבת התשע"ו (15.12.15), רכשה התובעת מיורשיה את דירתה, את חלקה של גב' פ' בשטח המשותף, ואת הזכות לתבוע מהנתבעים את דמי השכירות המגיעים לגב' פ' (התובעת קיבלה מהיורשים ייפוי כוח שצורף כנספח לחוזה הרכישה). החל מתאריך הרכישה הודיעה התובעת לנתבעים 1 כי היא דורשת שהם ישלמו לה את חלקה עבור הדירות המושכרות ברכוש המשותף. באותה תקופה התובעת ונתבעת 2 פעלו בשיתוף פעולה כדי לבנות במגרש.

בשנת התשע"ח פנו התובעת ובעלה אל הרב הבורר בבקשה שידון בסכסוך שבינם לבין הנתבעים 1. הרב הבורר זימן את הנתבעים 1 לדין (ככל הנראה ביום ד' תמוז התשע"ח). ביום כ"ז מנחם אב התשע"ח (8.8.18) השיבו הנתבעים 1 כי הם מסרבים לדון בפני הרב הבורר וטענו שחלפו 15 שנה מאז פסק הדין שהרב הבורר הוציא בכ"ה תמוז התשס"ג,



ו"מאז ועד עתה השתנו העובדות נעשו הסכמים שונים המבטלים את פסק הדין הן בין הצדדים הנ"ל, הן עם צדדים שלישיים, נקנו זכויות, הצדדים עשו ויתורים אחד לשני, המציאות השתנתה לגמרי" (מתוך מכתב התגובה ששלחו הנתבעים 1 לרב הבורר) לכן לטענתם כבר אין לרב הבורר סמכות לדון בתיק זה וברצונם לדון בבית דין של זבל"א. במהלך שנת התש"ף התובעת פנתה לבית דין נוסף (להלן: "בית הדין הקודם") על מנת שידון בינה לבין חלק מהשוכרים ששכרו יחידות דיור מנתבעים 1.

בתאריך כ"ה טבת התש"ף התקיים דיון בבית הדין הקודם בין התובעת ובעלה לבין כמה מהשוכרים. התובעת ובעלה ביקשו שבית הדין יורה לשוכרים לשלם להם חלק מדמי השכירות.

ביום ד' שבט התש"ף (30.1.20) הוציא בית הדין הנ"ל פסק דין הקובע שמאחר ולפי פסק דינו של הרב הבורר הדירה מצויה בשטח משותף השייך לכלל השכנים, לכן עד לבירור הזכויות בין הדיירים בבניין על השוכר להפקיד מעתה והלאה מדי חודש את דמי השכירות בקופת בית הדין. בית הדין הקודם גם הוציא צו מניעה כנגד נתבעים 1 (שלא היו צד להליך) ואסר עליהם ועל באי כוחם לפנות את השוכר מן הדירה כל עוד השוכרים מפקידים את דמי השכירות כראוי בקופת בית הדין. התובעת טענה (בתאריך כ"ד אלול התש"ף, 13.9.20) שלמיטב ידיעתה "אין מאומה בקופת בית הדין הקודם". הנתבעים לא הכחישו זאת, וגם לא אמרו שיש לפוטרו מחלק מהתביעה בטענה שישנו סכום כלשהו בקופת בית הדין הקודם, ולכן בית הדין מבין שמדובר בעובדה מוסכמת.

לאחר פסק דין זה התובעת ובעלה התקינו מצלמות בשטחים המשותפים שבבניין, ובמידה והיה מגיע אדם לראות את אחת הדירות – היא או בעלה הראו לו את פסק הדין של בית הדין הקודם. כתוצאה מכך, היו שוכרים פוטנציאלים שנרתעו משכירת הדירות שבנו הנתבעים 1.

לאחר מכן פנו התובעת ובעלה לבית הדין הקודם והגישו תביעה כנגד נתבעים 1. הנתבעים 1 סירבו לדון בפניהם. ביום ט"ז אדר התש"ף הנתבעים 1 הודיעו לבית הדין הקודם כי מדין 'הלך אחר הנתבע' ברצונם שהתביעה תתנהל בבית דין זה, בית הדין ארץ חמדה גזית ירושלים.

בתאריך ו' תשרי התשפ"א (24.9.20) התקיים דיון מקדמי בבית הדין (באמצעות הזום) בין התובעת ונתבעים 1 בשאלה מיהם הצדדים לתביעה ובשאלת צו המניעה והטלת עיקול על נכסי נתבעים 1.

בתאריך י"ג בתשרי תשפ"א (1.10.20) בית הדין הוציא החלטה מקדמית בנושא צו המניעה, ובה דחה את בקשת התובעת לחדש את צו המניעה של בית הדין הקודם ולהטיל עיקול (בפסק הדין הודגש שאין בהחלטה זו הכרעה לגופו של עניין). בנוסף בית הדין המליץ לתובעת ולנתבעים 1 לצרף את נתבעת 2 לבוררות על מנת להגיע לפתרון כולל בסוגיות העומדות על הפרק. מחוסר סמכות, בית הדין לא החליט בבקשה לחדש את צו המניעה של בית הדין הקודם.

בתאריך ט"ו במרחשוון התשפ"א (2.11.20) ועל דעת הצדדים לדיון, הוציא בית הדין הודעה לנתבעת 2 בקריאה שתצטרף אף היא לבוררות המתקיימת בין התובעת לנתבעים 1, הנתבעת 2 אכן הצטרפה לבוררות, ובנה ייצג אותה מאז, והשתתף בדיון הבא שהתקיים בתאריך כ"ב בכסלו תשפ"א (8.12.20).

בתאריך ו' טבת התשפ"א 21.12.20 (או מעט לפני כן) הגישה התובעת תביעה בבית דין זה כנגד נתבעת 2. בתביעתה דרשה לקבל את חלקה ברווחים שהתקבלו מהדירות שנתבעת 2 משכירה, ודרישות נוספות.

ביום ז' טבת התשפ"א (22.12.20) התקיים דיון נוסף בנוכחות נתבעים 1 והתובעת בלבד (בנה של נתבעת 2 בחר שלא להשתתף בדיון, והשתתף בדיונים הבאים ובהם שטח את טענותיו).

בי"ט אדר התשפ"א, (3.3.21) התקיים סיור של שניים מדייני בית הדין בבניין בנוכחות נציגי כל הצדדים.



בי"ט כסלו התשפ"ב (23.11.21) התקיים סיוור נוסף של שניים מדייני בית הדין בנוכחות נציגי כל הצדדים. בתאריך ד' טבת התשפ"ב (1.3.22) התקיים דיון נוסף בבית הדין בנוכחות נציגי כל הצדדים. בהסכמת הצדדים, בית הדין פנה לרב הבורר בטלפון בבקשה להשלים את התמונה בנושאים שונים אולם הרב הבורר השיב שחלפו שנים רבות מעת שהצדדים התדיינו לפניו ואין הוא זוכר את האירועים כהווייתם. בין הצדדים ישנן שורה של מחלוקות כאשר המחלוקת המרכזית היא המחלוקת בעניין התביעה הכספית של התובעת כנגד הנתבעים, ובה יעסוק פסק דין זה. בעניין זה נציין כי התובעת מבקשת לקבל סך 1,065,000 ₪ מהנתבעים 1, כפיצוי על השימוש בשטח המשותף בתקופה שקדמה לרכישת הדירה על ידה (להלן: תקופת פ') ועוד סך 435,000 ₪ על התקופה שלאחר הרכישה (להלן: תקופת התובעת). כמו כן היא מבקשת לקבל מנתבעת 2 סך של 334,000 ₪ על תקופת פ', ועוד סך של 166,000 ₪ עבור תקופת התובעת. לצרכי אגרה התובעת העמידה את תביעתה על סכום נמוך יותר והיא תובעת מנתבעים 1 סך 750,000 ₪ ומנתבעת 2 סך 250,000 ₪.

## ב. נושאי הדיון

1. הגדרת הצדדים לדיון
2. זכות התובעת לתבוע עבור תקופת פ'
3. טענת בר מצרא
4. זכויות הצדדים עד לבניית יחידות הדיור
5. האם בניית היחידות חילקה את החצר?
6. האם יש לנתבעים חזקת תשמישין?
7. האם הנתבעים קיבלו מגב' פ' רשות לבנות?
8. מה היה יחסה של גב' פ' לבנייה של הנתבעים?
9. האם גב' פ' נטלה את חלקה בגג?
10. מנהג המקום
11. הטענה שהנתבעים השקיעו מכספם לטובת כלל הדיירים
12. כפייה על מידת סדום
13. האם שתיקה ממושכת מהווה מחילה על חוב?
14. יחידות הדיור ומעמדן המדויק
15. שותף שהרוויח מנכס משותף
16. שותף שהשכיר שטח משותף
17. שותף שהשביח נכס משותף
18. האם הנתבעים חייבים כשלא קיבלו החזר על הוצאות הבנייה?
19. התקופות עליהן כל נתבע צריך לשלם
20. הגדרת החיוב בתשלום עבור הקרקע
21. משך הזמן בו הושכרו יחידות הדיור
22. תביעה נגדית ושונות
23. מחלוקות שלא יידונו בפסק זה



24. החלטות

25. נספחים

### ג. אירועים עיקריים

לאור מורכבות התיק נציין את האירועים העיקריים אליהם נתייחס בפסק הדין:

1979 – סיום בניית הבניין.

16.03.80 – (כ"ח אדר התש"ם) – רישום בטאבו של הזכויות בחצר על שם שלושת הדיירים באופן שווה.

01.07.80 – (י"ז תמוז התש"ם) – כל הצדדים חתמו על תשריט של הבניין ועל טבלה המפרטת את הזכויות של כל דייר, להלן, תשריט הזכויות.

27.8.86 (כ"ב מנחם אב תשמ"ו) – הסכם בין נתבעת 1 וגב' פ' בנוגע לבניית מרפסת ומחסן – להלן הסכם תשמ"ו.

25.7.03 (כ"ה בתמוז תשס"ג) – פס"ד הרב הבורר.

15.12.15 – (ג' טבת התשע"ו) – רכישת הדירה על ידי התובעת.

### חטיבה א: סוגיות מקדמיות

#### ד. הצדדים לדיון בנושא התביעות הכספיות

בין הצדדים ישנה מחלוקת מיהם הצדדים לדיון, בסעיף זה נכריע במחלוקת זו.

##### 1. התובעת

הדירה בקומה השלישית בבניין נקנתה על ידי התובעת והיא רשומה על שמה בלבד, לכן **אנו קובעים כי התובעת היא תובעת יחידה**, ובעלה ייצג אותה בבית הדין וייחשב לבא כוחה לצד עוה"ד, אולם אין הוא נחשב לתובע. בית הדין אינו נכנס כעת לדון בעניין "מה שקנתה אשה קנה בעלה" וליחסי הממון המדויקים שבין השניים, משום שאין לכך נפקא מינה במקרה דידן.

##### 2. נתבעים 1

הבעלים של הדירה בקומה הראשונה הם נתבעים 1, והם נתבעים בתיק זה. על כך אין חולק. אולם, הצדדים חלוקים האם שלושה מילדיהם (להלן, ילדי הנתבעים 1) – הם גם נתבעים בדיון זה, וכפי שנפרט מיד. התובעת טענה כי הואיל וישנה הערת אזהרה על דירת נתבעים 1 לטובת ילדי הנתבעים 1 (התובעת הציגה נסח טאבו שבו מופיעה הערת אזהרה על שמם מכוח הסכם ומכוח ייפוי כוח) יש לצרפם כנתבעים בתיק זה על מנת שפסק דין זה יהיה ניתן למימוש. בעקבות זאת חתמו גם ילדי הנתבעים 1 על הסכם בוררות של בית דין זה. בהמשך טענה התובעת כי גם ילדי הנתבעים 1 הם נתבעים בתיק זה, בין השאר משום שיש להם זכויות בקרקע ומפני שחלק מכספי השכירות שהניבו יחידות הדיור – הגיעו אליהם. התובעת הציגה מספר חוזי שכירות שבהם בתם של נתבעים 1, מופיעה כמשכירת הדירה ונאמר בחוזה שיש להפקיד את דמי השכירות בחשבון הבנק שלה. לעומת זאת, ב"כ נתבעים 1 ביקש מבית הדין לקבוע שכל החבויות הכספיות ככל ותהיינה יהיו רק על שם הנתבעים 1, כיוון שהם בעלי הדירה בבניין. הוא ציין כי ילדי הנתבעים 1 חתמו על הסכם הבוררות רק מפני שישנה הערת



אזהרה על שמם ולא ניתן יהיה לשנות את מעמד הקרקע בלא שהם יהיו חלק מהבוררות. אולם, בכל הנוגע לתביעה הכספית בה עוסק פסק דין חלקי זה, אין לחייב אותם.

**דין:** שלושת ילדי הנתבעים 1 חתמו על הסכם הבוררות אך ורק מפני שהתובעת הציגה לבית הדין נסח טאבו שבו מופיעה הערת אזהרה לטובתם וכתבה (הדברים מופיעים בכתב התביעה המקורי שהוגש ע"י ב"כ התובעת תחת הכותרת "תביעה מקדמית"):

[נתבעים 1] המחוו/או מכרו את זכויותיהם לצדדים שלישיים [ילדי נתבעים 1]. צדדים אלו לא חתמו בפני ביה"ד ארץ חמדה למרות שנדרשו לעשות זאת. **בהעדר חתימת כל הצדדים, לא ניתן לדון בפני סכסוך זה כלל וכלל** (ההדגשה אינה במקור). לאמור, מתבקש איפוא להורות לכל הנתבעים לחתום על שטר הבוררות המסמך את ביה"ד ארץ חמדה לדון בסכסוך. ככל שלא יחתמו הרי שמתבקש היתר לדון בכמ"ש.

מדברים אלו ברור שצדקו דברי הנתבעים 1, וילדיהם התבקשו לחתום על שטר הבוררות מסיבה אחת ויחידה – על מנת שתהיה אפשרות חוקית לאכוף את פסק הדין בכל הנוגע למקרקעין (שהרי פסק הדין בעניין הכספים שגבו ההורים כדמי שכירות, ניתן לאכיפה גם בלא שילדיהם יחתמו על שטר הבוררות. על כורחנו שהטענה שלא ניתן לדון בסכסוך בלי חתימת הילדים הועלתה אך ורק בשל הסעדים הנוגעים למעמד הקרקע. לכן לא ניתן להפנות תביעה כספית כנגד ילדי נתבעים 1 תוך ניצול העובדה שחתמו על שטר הבוררות לשם מטרה אחרת. נדגיש כי איננו עוסקים כאן בשאלה האם על פי ההלכה ילדי הנתבעים 1 פטורים מתשלום, וכל כוונתנו היא להדגיש שלכל נתבע ישנה זכות הלכתית וחוקית לבחור את מקום הדיון, ולא ניתן לשלול ממנו זכות זו. אם התובעת רצתה לתבוע גם את הילדים הנ"ל בפני בית דינו – היה עליה לבקש מהם לחתום שוב על הסכם הבוררות של בית דינו, תוך הבהרה שהיא תובעת גם אותם תביעה כספית וחתימתם מסמיכה את בית דינו לדון בתביעה זו.

עוד נוסיף – ילדי הנתבעים 1 לא התבקשו לחתום ולא חתמו על הסכם הבוררות על מנת שתתאפשר גבייה מדירה כלשהי שבבעלותם או שיש להן בה זכויות המעוגנות בהערות אזהרה וכד'. לכן אנו מבהירים שאין אפשרות לפגוע בזכויות הילדים מכוח חתימתם על שטר הבוררות. הנתבעים 1 הם אך ורק נתבעים 1, וחתימת ילדיהם על הסכם הבוררות תשרת מטרה אחת בלבד – את מימוש פסק הדין בנוגע לקרקע המשותפת (הריסה, או חלוקה וכדומה). החלטה: אין כל מקום להטיל תשלום כספי על ילדי נתבעים 1. החיובים הכספיים, ככל ויהיו, יוטלו על הנתבעים 1 בלבד (וכן על הנתבעת 2, שמעמדה זהה). עם זאת, הערות האזהרה לטובת ילדי נתבעים 1 לא ימנעו ביצוע של פסק הדין בנוגע לשטח המשותף.

### 3. נתבעת 2

אין חולק שנתבעת 2 היא צד למחלוקת.

### 4. השוכרים

תמצית התביעה הכספית היא בקשה של התובעת לקבל מהנתבעים חלק מדמי השכירות שהנתבעים גבו מהשוכרים של היחידות שנבנו בחצר המשותפת. מובן מאליה כי אין לתובעת אפשרות לקבל תשלום כפול ולכן פסק דין זה שולל מהתובעת את הזכות לתבוע מהשוכרים תשלום על התקופה שישבו בקרקע המשותפת.



### ה. זכותה של התובעת לתבוע תשלום עבור תקופת גב' פ'

התובעת טוענת כי יורשיה של גב' פ' הסמיכו אותה לתבוע את כל החובות מהנתבעים גם עבור תקופת פ' (השנים שלפני 2015). בנספח לחוזה המכר בינה לבין יורשי פ' שהוגש לבית הדין, נאמר בין השאר כך:

א. היות וקיימים בנכס הנידון רכוש משותף הכולל חצר גדולה ונעשה שימוש ע"י דיירים אחרים בבניין עם השטח הזה לצורכי דיור או משהו אחר בעשרות השנים האחרונות היות והוגשו תביעות ע"י המוכר כאלה ואחרות, והמוכר מצהיר שעד היום לא היה שום הסכמה או ויתור כל שהוא מצד המוכרים ולא יהיה בעתיד ולא קיבלו שום פיצוי או תמורה בגין שימוש זה.

ב. הוסכם בין הצדדים שהמוכרים ימכרו את כל הנכס ואת כל הזכויות הקימות והעתידיות וכן זכויות על תביעת פיצוי או דמי שימוש ברכוש המשותף ע"י דיירים אחרים בבנין ולפי כך הוסכם שהמוכר ימכור באמצעות המחאת זכויות את הזכויות לתביעה הנ"ל.

ג. או לחילופין נספח זה מהווה יפו"כ בלתי חוזר לקונה שהוא או בא כוחו ישמש כטוען או בורר בגין תביעה זו [כל הנוסח המקובל בבתי דינים העדה החרדית והישר והטוב] וכן המוכרים מתחייבים להמציא כל הניירות והעומדים לרשותם וכו'.

בהתאם לכך דורשת התובעת את דמי השכירות גם על תקופת פ', קרי החל מהתאריך כ"ה תמוז התשס"ג (25.7.03) שבו ניתן פס"ד הרב הבורר, ועד לתאריך ג' טבת התשע"ו (15.12.15) בו נמכרה הדירה.

התובעת טענה היא כי היא זכאית לקבל על תקופת פ' 1,065,000 ₪ מהנתבעים 1, ומנתבעת 2 סך 415,000 ₪ על אותה התקופה. הכוונה לתקופה שמפס"ד הרב הבורר ועד הרגע בו רכשה את הדירה. (כאמור, לצרכי אגרה התובעת העמידה את תביעתה משני הנתבעים על סכום נמוך יותר.

הנתבעים 1 השיבו (סעיף 35 לנספח שני לכתב ההגנה שהוגש בדיון הראשון) ש"ביחס לשנים שקדמו לקניית התובעים את הדירה אין הדבר צריך לפנים שיש לדחות את תביעתם על הסף, כיוון שהם כלל לא היו בעלים של הדירה ולא של השטח המשותף וממילא אין להם זכות לדרוש דבר ביחס לשנים אלה".

**דיון:** כאשר חייבים כסף לאדם והוא הלך לעולמו, יורשיו עומדים תחתיו והם זכאים לתבוע את הכסף ולקבלו (ראו למשל שבועות מח ע"א: "לא שנו אלא שמת מלווה..."). כמו כן, אדם יכול לייפות את כוחו של אדם אחר לתבוע כסף המגיע למייפה הכוח ולהעניק למיופה הכוח את הזכות לקחת את הכסף לעצמו (רמ"א חו"מ קכג, א, על פי בית יוסף שם, שולחן ערוך חו"מ קכב, ד, סמ"ע שם, ס"ק ו). אמנם הרמ"א (חו"מ קכג, ב) פסק שאם התובע כתב לאדם אחר הרשאה **על התביעה** – אין לכך תוקף, וצריך שיכתוב הרשאה **על הכסף**, אבל בנידון דידן יורשיה של גב' פ' כתבו שהתובעת או ב"כ יהיו בגדר מורשה שיוכל לתבוע את הכסף ובמצב זה בוודאי שאף הרמ"א מודה שהתובעת רשאית לתבוע.

**לכן למעשה אנו קובעים שיש לתובעת זכות לדרוש מהנתבעים תשלום גם על תקופת פ'.**

### ו. טענת בר מצרא

הנתבעים 1 טענו שכל התביעה חסרת יסוד מפני שלמעשה דירתה של התובעת צריכה לעבור לבעלותם מכוח דינא דבר מצרא (להלן, דין מצרן).



**דיון:** נפתח בכך שגם אילו היינו מקבלים את טענת הנתבעים 1, לא היה בכך כדי לפטור אותם מהטענה שעליהם לשלם על תקופת פי'.

גם לגבי תקופת התובעת איננו מקבלים טענה זו מכמה נימוקים. הראשון והעיקרי הוא שהנתבעים 1 לא הוכיחו שדרשו מהתובעת להעביר לרשותם את הדירה לאחר שנודע להם שהדירה נמכרה לה, ושתיקה בנסיבות אלה מבטאת מחילה (רמב"ם שכנים יד, ב, שו"ע חו"מ קעה ל). הדברים נכונים שבעתיים במקרה דידן, בו הנתבעים בחרו להשתהות ולא מחו בתובעת במשך כמה שנים, בהם מחירי הדירות התייקרו מאד. בנוסף, גם אם הנתבעים אכן מחו בתובעת, אין די בכך. הלא הנתבעים הבחינו בכך שמחאתם לא הועילה והתובעת מתעלמת ממחאתם ואינה מעבירה אליהם את הדירה, ואם כן מדוע השתהו ולא תבעו אותה מיד בבית דין. השתהות זו עשויה להוביל לאיבוד זכות המצרנות (ככל הנראה מתוך הנחה שההשתהות מבטאת מחילה על זכות המצרנות), וכפי שנראה מפשטות לשון הריב"ש (שו"ת ריב"ש סימן תקא):

**אבל כל הריב תלוי אם בא לבית דין בן המצר מיד שידע או שנתפרסמה המכירה.** כי אם ידע בן המצר שקנאו זה וראה אותו משתמש בה ולא מיחה – אבד זכותו. כמו שכתב הרמב"ם ז"ל גם רבינו האי והרי"ף ז"ל כתבו בתשובה שאם שהה בר מצרן משידע כדי תביעת בית דין, ושיביא מעותיו בטל דין מצרנות.

גם מפשטות לשון הרא"ש (בבא מציעא ט כג), השו"ע (חו"מ קעה, לב) והסמ"ע (שם, ס"ק נו), נראה שאין זה משנה אם המצרן מחה בקונה או לא, אלא כל זמן שהמצרן ידע על הרכישה והשתהה ולא תבע את הקונה לדין – הרי הוא איבד את זכות המצרנות.

הנימוק השני הוא שמשמעותו המעשית של דין מצרן היא שיש למצרן, קרי, לבעל החלקה הסמוכה, זכות ראשונים ברכישת חלקה הנמכרת על מנת לאפשר לו ליצור רצף של קרקעות (שולחן ערוך חו"מ סימן קעה). הראשונים נחלקו אם יש דין מצרן בבתים, ולהלכה הוכרע שיש דין מצרן גם בבתים (שו"ע ורמ"א חו"מ קעה, נג) כאשר הדירות צמודות זו לזו ויש להן קיר משותף (ט"ז, וכך גם ברור מהראשונים שדיברו על דין מצרן בבתים). במקרה שלפנינו הדירות של התובעת ושל הנתבעים 1 אינן צמודות ואין להן קיר משותף. גם העובדה שישנו רצף בין חדר המדרגות (שגם לנתבעים 1 יש שם דריסת רגל) לבין הדירה שנקנתה, אינה יוצרת עילה לטענת בר מצרן (כסף הקדשים קעה, כז). לכן יש מקום לדון על דין מצרן רק מכוח הסמיכות בין המחסנים של הדירות המצויים בקומת המרתף או מכוח הזכויות המשותפות בחצר (ראו שו"ת חתם סופר חו"מ, צה). אולם, הדעת נותנת שהסמיכות של המחסנים אינה יוצרת זכות לגבי קניית הדירה שהיא עיקר הנכס.

למעלה מן הצורך נציין נקודה נוספת: במקרה שלפנינו הדירה של גבי פי' נרכשה על ידי אשה (התובעת) ובהלכה נאמר שכאשר אשה רכשה את הדירה, המצרן אינו יכול לסלקה, כפי שכתב הרמב"ם (הלכות שכנים יב, יד, וכן נפסק בשו"ע חו"מ קעה, מז): "המוכר לאשה אין בו דין בעל המצר מפני שאין דרכה לטרוח תמיד ולקנות הואיל ולקחה – חסד הוא שתעמוד הקרקע בידה". אפילו אם יש אשה מצרנית – אין היא יכולה לסלק את האשה שרכשה את הנכס (שו"ת קעה, ס"ק מד).

אמנם יש אומרים שכאשר מדובר בשותף שמעוניין לקנות את חלקו של השותף שלו, אזי הוא קודם גם במקרה שאישה קנתה את חלקו של השותף. אבל השו"ת (חו"מ קעה, מז) והפתי"ש (שם, כ), שהביאו עמדה זו לא קיבלו אותה. בנוסף, כלל לא ברור שדיירים המתגוררים זה מעל זה דינם כשותפים לגבי עניין זה (רמ"א חו"מ קעה, נא, סבר שאין דינם כשותפים, אך דבריו אינם פשוטים, כפי שהעיר הסמ"ע שם, צה, בסופו)



הראשונים דנו באשה נשואה שרכשה קרקע, ובשו"ת ריב"ש (שסט) הכריע שאין אפשרות לסלק אשה שרכשה קרקע אפילו אם היא נשואה, וכך נפסק להלכה (רמ"א חו"מ קעה, מז). מדברי הריב"ש שם ברור שגם אין למצרן אפשרות לסלק אשה נשואה, אפילו מנכסים שהבעל זכאי לקבל מהם פירות (בניגוד למי שרצו לדייק אחרת מדברי כמה אחרונים). נציין שמדברי הריב"ש (שם) עולה שגם אם הקרקע הייתה נקנית עבור האיש והאשה יחד – לא היה המצרן יכול לסלקם.

הריב"ש מסביר שגם את הבעל לא ניתן לסלק מחלקו מפני שלפי ההלכה יש לו זכות לאכול פירות (כלומר, לקבל לכיסו הפרטי את הרווחים) מנכסי אשתו, ולכן הוא נחשב למצרן ביחס לחלקה, ואין מצרן אחר יכול לסלקו. כך פסק הרמ"א (שם), וכך נפסק בשו"ת ציץ אליעזר (חלק ח סימן מא). וראו גם פד"ר חלק ה עמוד 15, מובא גם באתר פסקים פסק 13168). בערוך השולחן (חו"מ קעה ל) הוסיף שלפי שיטת הריב"ש גם כשאין לבעל זכות לאכול פירות מנכסי אשתו, אין מסלקים אותו ממה שקנה, במקרים שבהם סילוקו יפגע באשה ויגרום לכך שרכישה תתבטל. (דינם של בני זוג שטרם רכשו את הדירה עשוי להיות שונה, וראו פס"ד ארץ חמדה גזית 1007, ואכמ"ל).

עם זאת, נציין שאין מדובר בסוף פסוק, ובהחלט יש מקום לדון כיצד ליישם בימינו הלכה זו. זאת מפני שההוראה שאין דין מצרן באשה מושתתת על כך שאשה "אין דרכה לטרוח תמיד ולקנות", ואילו בימינו ישנן נשים רבות העוסקות בתחום הנדל"ן, אך לא הארכנו בזה מפני שבמקרה שלפנינו ממילא אין דין מצרן, וכפי שהוסבר לעיל.

**לסיכום – הדרישה לסלק את התובעת מהדירה מכוח דינא דבר מצרא – נדחית.**

## ז. זכויות הצדדים בחצר עד לבניית היחידות הדיור

כאמור, פסק דין זה עוסק בבקשת התובעים לקבל פיצוי כספי מהנתבעים על השימוש בשטח המשותף ללא הסכמתם. כדי להכריע במחלוקת זו יש להקדים ולבחון את זכויות הצדדים במגרש, ולאור מורכבות התיק יש להתחיל בסקירת המסמכים הנוגעים לסוגיה זו.

### 1. זכויות הצדדים על פי מרשם המקרקעין (טאבו)

הצדדים רכשו דירות בבניין. בחודש מרץ 1980 נרשם הבניין בטאבו. מן המרשם עולה בבירור שלכל דירה ישנה זכות שווה בחצר. נסח הטאבו הוגש לבית הדין, ובו נכתב ששטחה של החצר הוא 536 מ"ר והיא הוצמדה למחסן קטן ששטחו 2 מ"ר והזכויות בו שייכות לשלושת הדיירים באופן שווה.

עד לדיונים בבית הדין לא יצא צו רישום בית משותף.

על פי ההלכה רישום בטאבו הוא מעשה קניין תקף (פד"ר א, עמ' 283, ד"ה הקניין, פד"ר ו, עמ' 382, פד"ר יא עמ' 120; פס"ד ארץ חמדה גזית 73078-1, 73046-1), והטעם לכך הוא מכוח מנהג הסוחרים (קניין סיטומתא). היה מקום לטעון שמעשה קניין זה אינו מועיל בקרקעות (ראו ב"ח חו"מ רא), אולם למעשה מעשה קניין זה מושתת על העובדה שבני אדם רואים פעולה מסוימת ככזו שיוצרת שינוי של הבעלות, ולכן הדעת נותנת שמעשה קניין זה יועיל בין בקרקעות ובין במיטלטלין, וכפי שהכריעו הש"ך (חו"מ רא א), נתיבות המשפט (חידושים רא ב), ערוך השולחן (חו"מ רא ב) ופוסקים נוספים ש"אין בזה חילוק בין קרקע למטלטלין אם הוא מנהג קבוע".

יש שסברו שהרישום יכול להועיל גם מכוח מעשה קניין שטר (פד"ר א, עמ' 285, ד"ה יש להוסיף) אך שיטה זו אינה פשוטה היות ומעשה קניין שטר מועיל רק במידה רק במידה והשטר נכתב בדיו ונייר ששייכים למוכר (קצות החושן קצא, ס"ק א, נתיבות המשפט שם ס"ק א), דבר שבדרך כלל לא קיים ברישום בטאבו. לכן נראה שתוקפו ההלכתי של המרשם הוא מכוח קניין סיטומתא.



מן האמור עד כה ברור שהחצר הייתה שייכת באופן שווה לשלושת הדיירים המקוריים של הבניין. לא הרחבנו יותר בביסוס קביעה זו מפני שהצדדים שבפנינו לא חלקו על הנחה זו.

כבר הזכרנו שמופיעה במרשם הערת אזהרה לטובת בנם של הנתבעים 1 בגין ייפוי כוח בלתי חוזר והערת אזהרה נוספת לטובת בנותיהם של נתבעים 1 בגין הסכם, ומכאן שנתבעים 1 העניקו ייפוי כוח לבנם וכן נתנו זכויות שונות לבנותיהם בהסכם שערכו. לעובדה זו אין השפעה על חלוקת הזכויות בנכס.

התובעת טענה עוד שמאחר ולפי ההלכה רק הבנים הזכרים יורשים לכן לאחר פטירת מר פ', הדירה אינה שייכת לאשתו גבי פ' אלא לשני בניה, ולכן גם אם הסכימה לבניית יחידות הדירור הרי שהיא עשתה זאת בחוסר סמכות.

בית הדין אינו מקבל זאת, ראשית, בדרך כלל דירה נרשמת על שם שני בני הזוג, (כפי שקבענו לעיל, ישנו תוקף הלכתי למירשם בטאבו) ובמקרה כזה היא שייכת לשני בני הזוג בשותפות (כפי שמקובל לפסוק בבתי הדין הרבניים, ראו למשל: פסקי דין רבניים א, עמוד 117. דבר דומה הוזכר בפסק דין: 1098305/1. ראו עוד: פסקי דין רבניים יט, פס"ד המתחיל בעמוד 282), ונמצא שהטענה שייכת רק לגבי חלקו של מר פ' ז"ל. מעבר לכך, פעמים רבות הילדים מוותרים לאמם על זכותם, ולכן מסתבר שכך היה גם במקרה זה, ובפרט שכלל לא הוכח שבניה של גבי פ' תבעו אותה. מעל לכל האמור – בפס"ד הרב הבורר נכתב שגבי פ' היא הבעלים. לאור כל זאת, בית הדין דוחה טענה זו וקובע שהדירה הייתה שייכת לגבי פ' ולאחר מכן ליורשיה עד שנמכרה לתובעת.

**לפיכך, ניתן לקבוע כי שלושת הדיירים הם שותפים שווים בחצר, וגבי פ' היתה בעלת הזכויות בדירתה.**

## 2. זכויות הצדדים על פי ההסכמים שנחתמו ביניהם

כאמור, בחודש יולי 1980 הצדדים חתמו על "תשריט הזכויות" בבניין, במסמך גם מצוין שלכל דייר דירה בגודל שווה של 86 מ"ר, וכן מחסנים שהוצמדו לדירות. המחסנים חולקו כך:

משפ' נתבעים 1 קיבלה את מחסן מספר 1 שגודלו 25 מ"ר.

משפ' נתבעים 2 קיבלה את מחסן מספר 2 שגודלו 5 מ"ר.

משפ' פ' קיבלה את מחסן מספר 3 שגודלו 8 מ"ר.

השטח המסומן בספרה 4 (ובכלל זה גם חדר ההסקה והמקלט) הוא שטח המצוי בבעלות משותפת של כלל הדיירים.

להלן תשריט קומת המחסנים כפי שהופיע בתשריט שעליו חתמו כל הצדדים:

בנוסף, בשנת תשמ"ו קומת המרתף הורחבה לכיוון מזרח וגבי פ' ונתבעים 1 חתמו על הסכם העוסק בין השאר בבניית מחסן ובבעלות עליו, הסכם זה יובא ויידון בהמשך. הנתבעים 1 טוענים שיש להם שטח נוסף בחצר ולטענתם זכות זו מעוגנת בהסכם זה, נושא זה יידון להלן בעת שנדון על מעמדן של דירות 5 ו-8.

הנתבעים 1 טענו שיש להם זכות למעבר דרך המחסן ששייך לתובעת. הכוונה לכך שבעבר היה במחסן מס' 3 חדר הסקה קטן של כל הדירות בבניין. הנתבעים 1 לא הוכיחו טענה זו, וגם אילו היינו מקבלים אותה בהחלט היה ניתן לומר שזכות המעבר הייתה לצורך תפעול ההסקה בלבד, ולכן כיוון שחדר ההסקה נהרס מזמן ומתקן ההסקה כבר אינו בתוך הבניין הרי שזכות המעבר אינה רלוונטית עוד.

**למעשה, בית הדין דוחה טענה זו ומקבל את התשריט הנ"ל כמשקף את הזכויות.**

## 3. פס"ד הרב הבורר

להלן פסק הדין שנתן הרב הבורר בשנת תשס"ג, ואשר הצדדים תלו בו חלק מטענותיהם:



פסק דין ביניים

היות שבאו לפני [נתבעים 1]

[נתבעים 2]

וגב' פ'

והיות שקיימים שטחים גדולים ששייכים לכולם ורשומים בבית המשותף כחלק ברכוש המשותף כמפורט בנספח מס' 1 המצורף לפסק דין הרב הבורר.

והיות שקיים נוהג בבנין שכל אחד עושה ככל העולה על רוחו ונתפסים שטחים שרשומים כרכוש משותף והם הופכים אותו לרכוש פרטי,

והיות שברצון השותפים להסדיר את חלוקת הרכוש המשותף ואחרי שקבלו קניין על כך וחתמו בפני על שטר בירורין, ואחרי כמה ביקורים בשטח,

אני פוסק כדלהלן:

1. כל שטח הרכוש המשותף יש לחלק לכל אחד כפי חלקו בבית המשותף, וכל השטחים שנתפסו עד כה אין לכך תוקף.

2. אם כולם מסכימים לחלוקה, אסדר בעהשי"ת חלוקה שתהיה טובה לכולם.

3. אם נמצא מישהו משלושת הדיירים שאינו מסכים לחלוקה אם אין היזק ע"י החלוקה אפשר לכפות חלוקה.

4. במקרה שיש היזק ע"י החלוקה כגון במקרה של רצון להגיש ת.ב.ע לתוספת בנייה, והבנייה הפרטית יכולה להזיק, זכותו של המתנגד להתנגד לחלוקה ולבנייה פרטית של כל אחד.

לפסק הדין של הרב הבורר צורף תשריט המתאר את השטח המשותף בבניין. התשריט מופיע כנספח 4 לפסק דין זה. פרשנות פסק דין זה שנויה במחלוקת כפי שיפורט בהמשך. עם זאת, כבר כעת יש לציין כי הרב הבורר קבע שאת השטח המשותף יש "לחלק לכל אחד כפי חלקו בבית המשותף". כיוון שכאמור לכל אחד מהדיירים יש דירה בגודל שווה, הרי שגם פס"ד הרב הבורר תומך בכך שנקודת המוצא הייתה שהחצר שייכת לשלושת השותפים באופן שווה. בנה של נתבעת 2 סיפר שלאחר מתן פס"ד הרב הבורר, פנה אביו המנוח, לרב הבורר (וככל הנראה סיפר לו על הקושי לחלוק את השטח) והרב הבורר יעץ לו לבנות בעצמו בשטח המשותף, כי אחרת כל השטח יתפס על ידי שכניו. טענה זו לא הוכחה, ובנוסף, גם אם הרב הבורר יעץ לעשות כך בוודאי שהדברים אינם בגדר פסק דין, שהרי לא ניתנה זכות תגובה לשני הצדדים האחרים. לפיכך, גם אם הדברים נאמרו באופן הזה, הרי הם בגדר עצה בעלמא, ולא ניתן לפגוע בזכויותיה של משפ' פ' מכוחה.

**מכל האמור עד כה עולה שהצדדים היו שותפים שווים בחצר.**

העומק והרום: על פי ההלכה הבעלות על הקרקע כוללת את העומק והרום (וכדברי ר"ן (על הרי"ף) מסכת גיטין דף מא עמוד א – "פשיטא לי דברשות הקנוי לאדם לגמרי יש לו אויר דהא שלו הוא מתהום ארעא ועד רום רקיע שרשות היחיד עולה עד לרקיע"). כללי הקנאות בעלות זו וכן כללי פרשנות חוזים בנושא זה מצויים בשולחן ערוך חושן משפט סימן ריב סעיף ב-ד, וסימן ריד סעיף א-ו). יש לציין שבתקנון המצוי שיש לו תוקף הלכתי כפי שנסביר



להלן, נקבע שכל חלקי הבית המשותף שאינם רשומים כדירות מהווים רכוש משותף. (ראו גם בסעיף 11 לחוק המקרקעי). לא הארכנו בנושא זה מפני שלאור המסמכים שהוגשו לפנינו שהוגשו לפנינו אין כל יסוד להניח שלאחד מן הצדדים ישנה בעלות פרטית על העומק והרום, ובנוסף גם איש מהצדדים לא טען שהדירות שבעומק או ברום אינן מצויות בשטח משותף.

### חטיבה ב: טענות ההגנה

בסעיפים הבאים נדון בטענות שונות של התובעים והנתבעים. חלק מהטענות מכוונות לטעון כי אף שהחצר הייתה משותפת בעבר, כיום היא כבר אינה משותפת, אלא הנתבעים מחזיקים בזכויות ייחודיות במקום בו עומדות יחידות הדיור. חלקן מכוונות לטעון כי יש לפטור את הנתבעים מסיבות אחרות.

### ח. הטענה שבניית יחידות הדיור חילקה את החצר בין השותפים

#### 1. טענות התובעת

התובעת טענה כי החצר לא חולקה מעולם, ולכן היא זכאית לשליש משכר הדירה שגבו הנתבעים מהשוכרים של יחידות הדיור. זאת על בסיס שלוש טענות:

- א. מפס"ד הרב הבורר עולה בבירור כי לא הייתה מעולם חלוקה של החצר, שהרי נאמר בו שאין כל תוקף לתפיסות השטח שבוצעו עד לאותו רגע. מפס"ד הרב הבורר שגם הקרקע שתחת המבנים של הנתבעים היא קרקע משותפת. בנוסף נאמר שם כי אם כל הדיירים יסכימו אזי הרב הבורר יסדר (לשון עתיד) חלוקה, משמע שכעת לא בוצעה כל חלוקה, ומכאן שהשטח עודנו משותף.
- ב. לפי ההלכה שותף יכול לאחוז בשטח מסוים משטח משותף רק לאחר חלוקת השטח והגדרת חלקים שווים לכל השותפים על ידי שמאים או בהסכמה, אך אין אפשרות לבצע תפיסה של שטח באופן חד צדדי.
- ג. גם לשיטתם של הנתבעים לא יהיה תוקף לחלוקה הנוכחית במידה והצדדים יבחרו לעשות שינוי תב"ע או פינוי בינוי. מאחר וגם לדברי הנתבעים החלוקה מתבטלת בנסיבות מסוימת, נמצא כי גם הם מודים שהשטח עודנו משותף.

#### 2. טענות הנתבעים

נתבעים 1 הגיבו לטענות התובעת באמצעות טו"ר, נתבעת 2 הגיבה בכתב הגנה קצר ובחרה שלא להגיש סיכומים. בפועל נתייחס לטענות נתבעים 1 ונתבעת 2 יחד, משום שהם הציגו פחות או יותר חזית אחידה, במידה ויש הבדל בין הנתבעים – נציין זאת.

הנתבעים סבורים שהשטח כבר חולק על ידי הרב הבורר או על ידי הצדדים. לטענתם, העמדת המבנים על השטח המשותף מהווה חלוקה של השטח, ובפועל כל הצדדים הכירו בחלוקה זו וקיבלו אותה. נמצא כי השטח כבר מחולק ועומד והנתבעים יושבים בשטחם הפרטי (הנתבעים הוסיפו כי במידה ויתברר שהמבנים שלהם מצויים על יותר משליש מן השטח, הם יתקנו זאת לאלתר).

לטענתם כאשר הרב הבורר קבע שאין תוקף לתפיסה של שטחים משותפים, כוונתו הייתה רק לשלול את האפשרות שהנתבעים יטענו שהקרקע שעליה המבנים היא שלהם ושנוסף לקרקע זו יש להם זכות לקבל חלק שווה בשאר



החצר הפנויה. אפשרות חלופית שהציעו הנתבעים: הרב הבורר התכוון לומר שבמידה והמבנים תופסים יותר משליש החצר, אזי אין תוקף לתפיסת השטחים הללו, והם יצטרכו להרוס את כל מה שחורג משליש החצר. בנוסף, לטענת הנתבעים לאחר פס"ד הרב הבורר כל שותף החזיק בשטח מסוים בחצר וביצע בו מעשה קניין: גב' פ' אחזה בגג והציבה בו מנעול ("נעלי") ובמקביל הנתבעים אחזו בשטחים שבנו בהם. הנתבעים גם הביאו את דברי הרב שמואל רוזובסקי הקובע שבעת חלוקת שטח, כל שותף רק מברר ומסיים לו את חלקו בשטח המשותף ולכן לדעתם חלוקת שותפות תקפה גם בלא שתבצע שומה או הליכים אחרים.

### 3. דיון

הנתבעים אחזו בחלק מן השטח המשותף ויש לבחון האם אחיזה זו מהווה חלוקה של השטח. על פי ההלכה שותף בחצר יכול לכופף את חבריו לפרק את השותפות ולתת לו את חלקו במידה והחצר מספיק גדולה ויש בה "כדי חלוקה" (ראו שו"ע חו"מ קע"א א-ג). אולם הגמרא (בבא מציעא ס"ט ע"א, ובדומה לזה: שם לב ע"א) קובעת ששותף אינו יכול ליטול את חלקו בעצמו, כי "מאן פלג לך", ואין תוקף לחלוקה ששותף עושה בעצמו בלא שתבצע שמאות שתקבע את ערכם של חלקי הקרקע השונים. מקביעה זו ברור שאין לקבל את הטענה שהנתבעים נטלו את חלקם בעצמם. פשוטות נימוק הגמרא "מאן פלג לך" (וכן פשוטות הסוגיה בבבא מציעא לא ע"ב-לב ע"א, שקבעה שרב ספרא שחלק בלי ידיעתו של שותפו צריך להביא הוכחות שביצע את החלוקה בפני שלושה) – מורה שחלוקה שלא נעשתה בפני שמאים מקצועיים בטלה מכל וכל.

במקרה ששמאי יקבע בדיעבד שהשותף נטל רק את מה שמגיע לו, נחלקו הפוסקים מה הדין:

בעל העיטור כתב (אות ח - חלוקת שותפין דף כח 2 טור א):

אבל לא בעי שומא ולא בעי בית דין, ואי נמי מידי דבעי שומא וחזי שמאי דליכא טופיינא, ואי נמי מודי חבריה דליכא טופיינא, אי טעין מידי דלאו מדת סדום כגון שמיחה ברוחות אי נמי דאמר מעלין ליה בנכסי דבי בר מריון, כי האי גוונא יכול לבטל, אלא היכא דפלוג בי דינא. **אבל היכא דליכא טענה אחרינא אי פלג – פלג.**

כלומר, יש תוקף לחלוקה שעושה שותף על דעת עצמו, אם יתברר שלא נטל יותר מהמגיע לו. אולם, ראשונים אחרים כתבו במפורש שאין כל תוקף לחלוקה ששותף ביצע על דעת עצמו בלא שמאות, אפילו אם יתברר שהשותף לא נטל יותר מהמגיע לו. כך כתוב בהגהות מיימוניות (שלוחין ושותפין ד, ד):

מצאתי בשם רש"י אם חלק אדם שלא לדעת חבריו לא חשיבא חלוקה וכל מה שירויח המקבל בחלקו השכר לאמצע ואף על פי שחבירו מודה שחלק יפה בשוה מ"מ כיון דלא ניחא ליה דתיהוי חלוקה לא הויא חלוקה.

דברי הגהות מיימוניות הובאו בבית יוסף בסימן קע"ו. כך משמע מדברי הרמב"ם (שלוחין ושותפין ה, ט):

אחד מן השותפין שבא לחלוק שלא מדעת חבריו – חולק בפני שלשה ואפילו הן הדיוטות, ובלבד שיהו נאמנין ויודעין בשומא, ואם חלק לה בפחות משלשה לא עשה כלום.

כך כתב גם בתשובת הרשב"ש (סימן סז ד"ה ולענין השכירות). גם בשו"ע (חו"מ קעה, א, וכן שם קעו, יח) נפסק שאין תוקף לחלוקה ששותף מבצע על דעת עצמו:

לא היו כאן כל האחים, ואותו שלפנינו מבקש לחלוק, חולק בפני שלשה, אפילו הם הדיוטות, ובלבד שיהיו נאמנים ובקיאים בשומא. **ואם חלק בפחות משלשה, לא עשה כלום.**



דברי הרמב"ם והשולחן ערוך מנוסחים בצורה גורפת וברור שלדעתם אין תוקף לחלוקה בלא שמאות אפילו אם יתברר לבסוף שהשותף לא חרג ממה שהיה מגיע לו.

בכנסת הגדולה (הגהות טור חו"מ קעו, קנו) הביא את שתי הדעות אך כמעט כל נושאי כלי השו"ע לא ערערו על דברי השולחן ערוך, וכבר כתבו האחרונים (התומים בקיצור תקפו כהן, קכג-קכד; נתיבות המשפט קיצור כללי תפיסה, כ, להרחבה ניתן לעיין גם: יביע אומר ט, חו"מ, א) שאין אפשרות לטעון קים לי כשיטה המנוגדת לשולחן ערוך ונושאי כליו.

כדעת השולחן ערוך כתב גם בספר פתחי חושן (שותפים ומצרנות ג, סעיפים ו-ח):

אם אין השותף כאן ורוצה לחלוק, אינו יכול כי אם בפני שלשה אנשים נאמנים ויודעים בשומא.... (היה ממון השותפות במעות ובמטבעות שוים, יכול לחלוק בלי שלשה...). חלק שלא כדין שלא מדעת חבירו, לא עשה כלום.

המורם מכל האמור: להלכה, אין תוקף לחלוקה ששותף עשה בפני עצמו, והטעם לזה פשוט – כי "מאן שם לך". כלומר פירוק של שותפות במיטלטלין, וכל שכן בקרקע, הוא הליך מורכב שיש לו השלכות כספיות משמעותיות, ולא ניתן לעשותו בצורה הוגנת בלא קבלת חוות דעת של שמאי שיקבע כיצד לחלק את הקרקע באופן שוויוני (וכך אכן מקובל גם בימינו). לכן אין לשותף סמכות ליטול את חלקו על דעת עצמו, ואם עשה כן – אין תוקף לחלוקה.

מעשה ברור שהמקורות מהם עולה ששותף חולק קרקע בעצמו עוסקים במקרה בו חלוקת הקרקע לחלקים שווים כבר נעשתה על ידי שמאים או כאשר הצדדים התרצו והסכימו כיצד תחולק החצר, ומעשי השותף הנוטל את חלקו רק נועדו לממש את מה שכבר הוסכם על הצדדים. כך עולה מהגמרא (בבא בתרא ג ע"א) המדברת על מקרה כזה:

**כי רצו מאי הוי? נהדרו בהו! א"ר אסי א"ר יוחנן: שקנו מידן. וכי קנו מידן מאי הוי? קנין דברים בעלמא הוא! בשקנו מידן ברוחות. רב אשי אמר: כגון שהלך זה בתוך שלו והחזיק, וזה בתוך שלו והחזיק.**

גם התוספות (בבא בתרא ג ע"א) כתבו:

רב אשי אמר כגון שהלך כו' - תימה לר"י מה בא רב אשי להוסיף וכי איצטריך לאשמועין דחזקה מועלת כמו קנין? ונראה לר"י דהא קמ"ל דאע"ג דקאמר לקמן בחזקת הבתים (דף נג ע"א) שלא בפניו צריך למימר לו לך חזק וקני, הכא כיון שאמרו אתה תקח רוח צפונית ואני רוח דרומית, והלך והחזיק לו כל אחד בשלו זה שלא בפני זה נעשה כמי שקנו מידם ברוחות אף על פי שלא אמרו זה לזה לך חזק וקני.

כך כתב גם עליות דרבינו יונה (בבא בתרא ג ע"א) וכן כתב הרשב"א (בבא בתרא ג ע"א), וכן פסק השו"ע (חו"מ קנו, ב):

מקום שאין בו דין חלוקה שרצו שותפין לחלקו, אף על גב שקנו מידם, כל אחד מהם יכול לחזור בו, שזה קנין דברים הוא. אבל אם בירר כל אחד חלקו ורצה זה ברוח פלונית וזה רצה ברוח פלונית וקנו מידם על זה, אינם יכולים לחזור בהם. וכן אם הלך זה בעצמו והחזיק בחלקו, וזה בעצמו והחזיק בחלקו, אף על פי שלא קנו מידם אין אחד מהם יכול לחזור בחבירו.

כך גם קבע בספר פתחי חושן (שותפים ומצרנות ג, לא).

מהכלל אל הפרט. במקרה שלפנינו חלקי החצר לא הוגדרו על ידי שמאים וגם לא הייתה הסכמה של כלל הצדדים לכך שהנתבעים יקבלו חלק מסוים מהחצר. לכן אף אחד מהשותפים לא היה מוסמך לבצע את חלוקת החצר בעצמו



ללא שמאות. מעבר לצורך נעיר: במקרה שלפנינו הניסיון לפרק את השותפות נעשה על ידי בניית יחידות דיור שעשויות לכער את הבניין ואולי אף להוריד את ערכו, וקשה לראות בכך פעולת פירוק לגיטימית.

בנוסף, בפס"ד הרב הבורר נכתב שהרב הבורר **יסדר** חלוקה. משפט זה מנוסח בלשון עתיד וממנו ברור שהשטח היה משותף באותה עת אף שחלק מהיחידות כבר נבנו, וכאמור, הרב הבורר לא התבקש לבצע מאז ועד היום חלוקה של השטח.

כמו כן, להלן בסעיף הבא נבאר שהצדדים מחויבים לתקנון הבית המשותף המופיע בחוק המקרקעין, ולפי סעיף 12ב לתקנון, אין אפשרות לשנות את זכויותיו של דייר בלא **הסכמתו** (ודוק: הסכמתו ולא שתיקתו, ראו עוד לקמן בעניין זה). נמצא ששותף אינו יכול ליטול לעצמו חלק מן השטח המשותף בלא הסכמת כלל הדיירים. דבר זה מפורסם וידוע לכל וגם מנהג מקובל ורווח כיום בכל חלקי מדינת ישראל. כיוון שכך, הרי שכל אדם יודע כדבר פשוט וברור שדייר בבניין משותף אינו יכול לפרק את השותפות בחצר הבניין וליטול לעצמו שטח בחצר המשותפת בלא הסכמת שאר דיירי הבניין.

יש להוסיף שאפילו שני דיירים מתוך שלושה אינם יכולים לפרק את השותפות וליטול את חלקם בלא הסכמת הדייר השלישי (אם כי אילו היו מעוניינים בכך שלושה שותפים מתוך ארבעה ייתכן שהיה בזה די **בנסיבות מסוימות**, ועיינו בסעיף 71ב לחוק המקרקעין ואכמ"ל). יצוין כי לפי סברה זו המבוססת על התקנון כמחייב, אין לדייר אפשרות ליטול את חלקו בלא הסכמת שאר השותפים גם אם מדובר בחצר גדולה שיש בה כדי חלוקה וגם אם ירצה לחלוק בפני שלושה שמאים. לגבי עמדתה של גב' פ' שמענו גרסאות שונות מהצדדים כפי שנפרט בהמשך, ובוודאי שלא הוכח שגב' פ' הסכימה לחלוקה, להלן נרחיב יותר בנושא זה.

תיתכן סיבה נוספת לכך שהשטח עודנו משותף – חלוקת החצר לא נרשמה במרשם המקרקעין (טאבו, אודות עניין זה ניתן לעיין פסקי דין - ירושלים ח, עמ' קט, וכן פס"ד ארץ חמדה גזית 70056, פרק ז' – מעמד החצר, ואכמ"ל).

**לפיכך, אנו קובעים כי אחיזתם של הנתבעים בחלק מן החצר לא פירקה את השותפות במגרש המשותף, ולא מהווה חלוקה.**

### ט. הטענה שלנתבעים חזקת תשמישין בחצר

גם לאחר שקבענו שהחצר לא חולקה, עדיין עלינו להתייחס לטענה נוספת של הנתבעים הטוענים שיש להם זכות שימוש בלעדית במבנים שהקימו בחצר. לטענת הנתבעים כיוון שגב' פ' הבחינה בבנייה ובשימוש של הנתבעים בשטח המשותף ושתקה, הרי שהעיקרון של חזקת תשמישין מלמדנו ששתיקתה מבטאת וויתור על זכויותיה והסכמה למעשי הנתבעים. מעתה אין היא יכולה לבטל את זכותם להמשיך ולהחזיק בשטח זה ובוודאי שאין מקום להעלות דרישה כספית על אחיזתם בשטח.

התובעת טוענת שאין לנתבעים חזקת תשמישין מפני שמעשי הנתבעים הם בגדר השתלטות על שטח ומניעת שימוש מאחרים, לעומת חזקת תשמיש שמהותה זכות שימוש בלבד ללא מניעת שימוש מאחרים (ע"פ נתיבות המשפט קמ, כ).

בתגובה הנתבעים טענו שנתבות המשפט מדבר רק כאשר אדם טוען שרכש את השטח, אבל כאן הנתבעים אינם טוענים שרכשו את השטח, אלא רק שבוצעה חלוקה והתובעת קיבלה שטח אחר תחת החלק שבו בנו הנתבעים. התובעת השיבה שאין זה משנה, וחלוקה כמוה כמכירה והיא טענה המצריכה ראייה או חזקת שלוש שנים עם טענה על כך שהזכויות ניתנו כדין.



**דין:** על פי ההלכה יש נסיבות שבהן אם שותף קבע עובדות בשטח משותף, ושאר השותפים הבחינו במעשיו ושתקו הדבר מבטא מחילה גמורה מצידם על זכויותיהם, ומעתה ייקבע שאין הם יכולים לחזור בהם. עיקרון זה נקרא "חזקת תשמישין" (ראו למשל רמב"ם שכנים ה, ה). במקרים רבים שבהם חלה חזקת תשמישין, היא עשויה לחול לאלתר, דהיינו כאשר בעל המקום לא התקומם **לאלתר, באופן מיידי**, כנגד מעשיו של המחזיק, אות הוא כי מחל לו מחילה גמורה, ומאותו רגע והלאה כבר אין לבעל המקום זכות לדרוש מהמחזיק להפסיק שם את פעילותו (שו"ע חו"מ קנג, ב. שיטת הרמ"א מורכבת יותר – ראו רמ"א חו"מ קנג, ב; שם קנה, לה, סמ"ע קנג ס"ק לב, ביאור הגר"א חו"מ קנה ס"ק צט). הנתבעים טוענים אפוא שקמה להם חזקת תשמישין ולא ניתן לסלקם מהשימוש שהם עושים בשטחים שתפסו.

אולם, דין טענה זו להידחות. בימינו בבתי משותפים נהגו ללכת על פי התקנון המצוי המופיע בחוק המקרקעין ולכן יש לקבוע שעל פי ההלכה דיירי בית משותף (במדינת ישראל כיום) מחויבים לנהוג על פי תקנון הבתים המשותפים המופיע בחוק המקרקעין (להרחבה בנושא זה ניתן לעיין ב**נספח מס' 7** המופיע בסוף פסק דין זה).

לפי סעיף 12 לתקנון אין תוקף לחזקת התשמישין ודייר שהוקם מבנה בשטחו מאבד את זכויותיו רק לאחר שהסכים לכך באופן מפורש, לכן יש לדחות את טענת הנתבעים. נבאר את דברינו:

בסעיף 12 לתקנון המצוי נאמר כי לכלל הדיירים אין זכות להחליט החלטה הפוגעת בזכויותיו של אחד הדיירים בלא לקבל את הסכמתו. ודוק: לא שתיקה והסכמה מכללא אלא הסכמה מפורשת הנאמרת בפה מלא. לדעתנו בנושא זה צדקו דברי השופט שפירא שכתב בפסק דין א' 4031/02 כי "הוצאת חלק מהרכוש המשותף צריכה להיות מפורשת וברורה ולא על דרך היקש או הסכמה מכללא".

הדברים קל וחומר, אם **לכלל הדיירים** אין אפשרות לפגוע בזכויותיו של דייר כלשהו בלא הסכמתו המפורשת, על אחת כמה וכמה שאין **לאחד הדיירים** זכות כזו, ובכלל מאתיים מנה (יש לציין גם שבסעיף 30 ג' לחוק המקרקעין נאמר: "דבר החורג מניהול או משימוש רגילים טעון הסכמת כל השותפים", וראו גם: פסקי דין - ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין ח עמוד צב).

נמצא כי שתיקתה של גב' פ' (גם אם הייתה) אינה מעלה ואינה מורידה זכויותיה אינן נפגעות כתוצאה משתיקתה, והדרך היחידה לשנות את זכויותיה היא על ידי הסכמה מפורשת מצידה למעשי הנתבעים. נציין כי גם אם בתחומים שונים המנהג הוא ששותף ששתק מחל על זכותו, ולכן יש לנהוג באותם תחומים על פי הלכות חזקת תשמישין, הרי שבמקרה שלפנינו בוודאי שאין זה נהוג ומקובל ששותף ישתלט על שטחים משותפים וינכס אותם לעצמו וכפי שהוסבר לעיל. (אודות נושא זה ניתן גם לעיין באתר פסקים בפסק דין מס' 2022 בדברי הרב אוריאל לביא בד"ה 'הדברים אמורים').

בנוסף, גם מבחינת מקורות ההלכה כלל לא ברור שבניית בית בחצר משותפת מקימה לבונה חזקת תשמישין, זאת משום שהבית מונע כל שימוש אחר בקרקע ובמצב כזה ייתכן שיש צורך בחזקת שלוש שנים וטענת רכישה לשם קימום הזכות של המחזיק בקרקע. נושא זה זוקק העמקה רבה, ולא נפרטו כאן, משום שאנחנו מסתפקים בדברים הקודמים (להרחבה ראו: ר"י מיגאש בבא בתרא נו ע"א; רמב"ם וראב"ד שכנים ה ה; שו"ת הרשב"א ב, קעז; שו"ת מהרשד"ם חו"מ, רנד; שם, רפד, שו"ת מהרי"ט חו"מ ב, סג; כרם שלמה, קונטרס חזקת הבתים סימן ד סעיף ג; ביאור הגר"א חו"מ קנה, ס"ק קכא; מעיל שמואל סימן לה; בית דוד סימן צב; באר מים חיים, יב-יג, הובאו דבריו גם בספר טל אורות חלק ב' קונטרס חזקת קרקעות, שו"ת מהר"ש, סב, שו"ת לחם רב, קמ; נתיבות המשפט קמ, ס"ק כ. ניתן גם לעיין באתר פסקים בפסק דין מס' 2022 ד"ה 'כאמור' שהכריע שאין חזקת תשמישים במצב זה).



**לסיכום: דיירי בית משותף מחויבים לתקנון הבית המשותף ("תקנון מצוי") מכוח המנהג. לפי תקנון זה לא די בשתיקת שותף כנגד שימוש של חברו בשטח המשותף כדי להעניק למחזיק זכויות, אלא יש צורך בהסכמה מפורשת.**

### י. הטענה שגב' פ' נתנה לנתבעים 1 רשות לבנות

נתבעים 1 טענו עוד ש"אחרי פסק הרב הבורר ישבו ביניהם הדיירים ואמרו אתה פה ואני פה" (פרוטוקול דיון ז' טבת התשפ"א עמ' 10), לטענתם גב' פ' הסכימה במפורש לבנייתם בחצר, בדומה לזה כתבו הנתבעים 1 בכתב ההגנה כי לאחר פס"ד הרב הבורר פנה בנם של נתבעים 1, אל גב' פ', והציע לה לקבל לרשותה את הדירות שנבנו בשטח המשותף, תמורת תשלום הוצאות הבנייה, והוא יקבל בתמורה שטחים ריקים אחרים. גב' פ' השיבה שהיא אינה מעוניינת בדירות של נתבעים 1 או בבנייה בשטח זה. לטענתם בכך גב' פ' הסכימה להימצאותם של נתבעים 1 בשטח, ואין לתובעת, הבאה מכוחה, זכות להגשת תביעה כלשהי.

#### דיון:

על מנת להבין מה בדיוק נאמר ומה לא נאמר לנתבעים 1 על ידי גב' פ', בית הדין ביקש מנתבעים 1 שרק מי ששוחח עם גב' פ' בעצמו בנושא זה יתאר בכתב את שאירע. כתגובה לבקשת בית הדין שלחו הנתבעים 1 מסמך אחד ויחיד שבו בנם, מתאר את שיחתו עם גב' פ'. הנתבעים 1 לא שלחו מסמכים נוספים, ומכאן שגם לפי עמדתם רק בנם שוחח עם גב' פ', ואילו הוריו ואחיו לא שוחחו בעצמם עם גב' פ' בעניין זה וגם לא נכחו בעת שיחתו של בנם עמה.

לאחר מכן, ביום י"ט בכסלו תשפ"ב (אור לכ' כסלו) במסגרת הסיור שערכנו בבניין פגשנו את הבן, ובתשובה לשאלתנו הוא השיב שגב' פ' לא אמרה לו במפורש שהם יכולים לבנות בחצר. אלא הוא הסיק זאת מכך שהיא הדגישה לו שאין היא מסכימה לבנייה בגג בשום פנים ואופן (אכן בכתב ההגנה בעמ' 3 ובעמ' 5, כתבו הנתבעים 1 שגב' פ' לא התירה להם לבנות בחצר במפורש, אלא זהו רק היסק שלדעתם ניתן להסיק מסירובה לרכוש את המבנים שבנו). נמצא כי גם לפי דבריו הבן, גב' פ' מעולם לא נתנה להוריו רשות מפורשת לבנות בחצר. מובן שסירובה לרכוש את המבנים, או העובדה שלטענתו היא משכה בכתפיה בעת שהוצע לה לקנות את המבנים, אינה מהווה הסכמה מפורשת למעשי הנתבעים בחצר. היוצא, שגם הנתבעים 1 מודים שהם מעולם לא קיבלו רשות מפורשת מגב' פ' לבניה בחצר.

למעלה מן הצורך נציין שגם ללא הודאתו של הבן, עצם טענת נתבעים 1 אינה פשוטה, ומסתבר שאין לקבלה בלא ראיה.

הנתבעים טוענים שגב' פ' הרשתה להם להקים את המבנים ומשמעות טענתם היא שגב' פ' נתנה להם במתנה את חלקה בחצר המשותפת והרשתה להם להקים שם מבנים, אך לפי ההלכה (שו"ע חו"מ קמ א) לא ניתן לפגוע בזכותו של אדם בקרקע (ובכלל זה זכותו של שותף בקרקע המשותפת) בלא ראיה. בנוסף, הגמרא (בבא בתרא ל"ג ע"ב) קובעת "הדרא ארעא והדרי פירי", והכוונה היא שמי שישב בקרקעו של חברו ואכל פירות במשך תקופה ארוכה וטענתו שקנה את הקרקע נדחתה, חייב גם לשלם לו על כל הפירות שאכל. הגם שבדרך כלל אין מוציאים מן המחזיק בלא ראיה ברורה (וכאן הפירות מצויים בחזקתו של המחזיק), מכל מקום, כיוון שהפירות נוצרו מהקרקע, לכן מוציאים את הפירות מן המחזיק. לאור זאת, יש לקבוע שכשם שאין אפשרות לקבל בלא ראיה את הטענה לגבי הקרקע (שגב' פ' נתנה להם במתנה זכויות בקרקע) כך אין אפשרות לקבל את טענתם לגבי הפירות, ויש להוציא מהם את כל הפירות שאכלו (או כל שכר הדירה שקיבלו).



נמצא כי לפי ההלכה אין כל משקל לטענת מתנה בקרקע, בלא ראייה. בנוסף, אין זה סביר שאדם יעביר לחברו זכויות בקרקע בלא חוזה בכתב ובלא כל תיעוד. הלא מה יעשה הזוכה במידה וירצה למכור את זכותו לאחרים? ומה יעשה במידה והצד השני יכחיש את קיומה של העסקה ויטען שהזכויות מעולם לא הועברו?

במקרה שלפנינו הדברים קשים עוד יותר. כיצד ייתכן שאחרי פס"ד הרב הבורר הדיירים הגיעו להסכמות סופיות על דרכי השימוש בשטח המשותף ולא העלו אותן על הכתב? הלא רק זמן קצר לפני כן היו בבית הדין של הרב הבורר בשל מחלוקת שהתעוררה, ואין זה סביר שיגיעו להסכמות בעל פה בלא הסכם בכתב. טענה זו היא בבחינת דברי הגמרא (בבא מציעא ו' ע"א) "עד השתא חשדת ליה בגזלן והשתא מוגרת ליה בלא סהדי!". העובדה שהנתבעים לא עיגנו את ההסכמות הנטענות במרשם המקרקעין (טאבו) דומה לדברי שו"ת חתם סופר (חלק ז סימן כד) הכותב:

אם איתא דפרע אח"כ לא הוה שתק ולא היה עושה מעותיו אנפרו. דומה קצת לדברך קמא דבבא מציעא [ו' ע"א] עד השתא חשדת לי בגזלנותא והשתא מוגרת ליה בלא סהדי, ומבואר סמ"ע סי' קל"ח ס"ק ט"ז. דאפילו נאמר שנתנו לו ביכל ואבד, מ"מ היה לו להשתדל למחוק חובו מפנקס הקהל ולכתוב המקום על שמו, כי אין שום אדם רוצה להיות מוכתב לקהל בחוב ושיהיה פס"ד שלו חרות על הלוח בפנקס הקהל, ואומדנא זו היא יותר גדולה מאומדנתא דהטור.

דברי הנתבעים קשים שבעתיים לאור העובדה שבנושאים אחרים הצדדים הקפידו על תיעוד עסקאות בכתב, כך בהסכם שעליו חתמו הצדדים בתום הבנייה, וכך בהסכם תשמ"ו, בו נעסוק בהמשך שעסק בבניית מרפסת ומחסן. לגבי פריטים משניים אלה נעשה הסכם, ואילו בנוגע לעשר יחידות דיור בחצר הדברים סוכמו בעל פה! בנוסף, הנתבעים 1 עצמם מצאו לנכון לרשום הערות אזהרה לטובת ילדיהם, ואיש לא מנע מהם להוסיף בטאבו הערת אזהרה על החצר המשותפת ולציין שהערה זו נוספה בגין הסכם עם גב' פ'. העובדה כי לא קיימת בטאבו הערת אזהרה מעין זו מעצימה את הקושי שבדברי הנתבעים. ובמיוחד קשה טענת הנתבעים לאור מה שנפרט בהמשך – שגב' פ' התקוממה כנגד מעשיהם. הטענה שגב' פ' חזרה בה ממחאתה, והעניקה לנתבעים רשות לעשות בחצר כרצונם, קשה ולא מסתברת, ולכן אין לקבלה בלא ראייה.

גם התבססות על חזקת שלוש שנים (שהרי לטענת הנתבעים 1 הם קיבלו זכויות בקרקע אחרי פס"ד הרב הבורר, וגב' פ' לא מחתה בהם במשך שלוש שנים רצופות ואף יותר) – אינה פשוטה מאותה סיבה. מפני שהסיכוי שבעלי דין שהגיעו לבית דין, יגיעו להסכמות בלא להעלות אותן על הכתב הוא כה קלוש ואפסי, קל וחומר בעלי דין שבהזדמנויות אחרות ערכו הסכמים בכתב, עד שלדעתנו אין לקבל אפשרות כזו אפילו אם היא נתמכת על ידי חזקת שלוש שנים. בנוסף נציין כי אמנם בימי קדם היה קושי לשמור שטרי ראייה, ונקבע בהלכה שהמחזיק בקרקע שלוש שנים יהיה נאמן לומר שאבד שטרו, אבל כיום שניתן לרשום זכויות מקרקעין בטאבו ספק גדול אם ניתן לקבל את טענת המחזיק אפילו אם ישב במשך שלוש שנים רצופות בקרקע הרשומה בטאבו על שם המערער (ראו שבות יעקב ח"א תשובה קס, ואתר פסקים פסק דין מס' 1250, ואכמ"ל). עוד נעיר כי כלל לא ברור שחזקת שלוש שנים מועילה כאשר המחזיק מודה שלא היה לו שטר מעולם (שער משפט קמ, ד).

על כל פנים, גם אם יטענו הנתבעים שהתקשו להחתים את גב' פ' בשל מצבה הנפשי (ככל הנראה גב' פ' המנוחה לא הייתה אשה בריאה ובדרך כלל שרר מתח רב בינה לבין השכנים האחרים, כך ע"פ דברי העד הרב [פלונג] וחלק מנציגי הנתבעים בסיוור), עדיין אין לקבל את טענתם. כיוון שהיה ניתן לתעד את הסכמתה בעזרת עדים או בעזרת הקלטה. מעבר לכך, כאמור לעיל, גם לפי דברי הנתבעים גב' פ' מעולם לא הסכימה במפורש למעשיהם.

**לסיכום: הטענה שגב' פ' הסכימה במפורש לבנייה של הנתבעים בחצר – נדחתה.**



## יא. יחסה של גב' פ' לבנייה

### 1. טענות הצדדים

בסעיף הקודם קבענו שגב' פ' לא הסכימה למעשיהם של הנתבעים. בסעיף זה נבחן האם גב' פ' הביעה התנגדות כלשהי למעשיהם. לנושא זה עשויה להיות השלכה חשובה מפני שהנתבעים טענו שפרט לדיון קצר בפני הרב הבורר במטרה לחלוק את השטח, גב' פ' מעולם לא העלתה טענות כלשהן כנגד הבנייה, ומעשיה מבטאים לכל הפחות הסכמה שבשתיקה ביחס לפעילותם של הנתבעים.

כפי שכתבנו לעיל, הוסכם על הצדדים שגב' פ' מעולם לא נתנה את הסכמתה לבנייה (פרט לשיחה קצרה שהנתבעים 1 טענו שבה גב' פ' ביטאה הסכמה, ולעיל דחינו טענה זו על בסיס דברי הנתבעים 1 עצמם). אך הצדדים חלוקים מה היה יחסה של גב' פ' לבנייה, וכפי שנבאר.

התובעת טוענת שגב' פ' התנגדה לבנייה ואף מחתה על כך, ופנתה לרב הבורר כדי שייסע לה להתמודד עם הנתבעים, ואילו הנתבעים 1 טוענים שגב' פ' מעולם לא ביטאה התנגדות למעשיהם, ולדעתם הפנייה לרב הבורר נעשתה במטרה לחלק את השטח המשותף.

התובעת הגישה לבית הדין (נספח 5 לכתב התביעה) תצלום של פתקים שלטענתה נכתבו בידי גב' פ'. בפתקים מופיעים דברים כנגד הבנייה של הנתבעים 1, דרכי פעולה אפשריות שלה כנגד הבנייה (פנייה לעירייה, פנייה לבית המשפט) ואמירות כלליות על חוסר הסכמה לבנייה שנעשתה, שמירת הזכות לתבוע פיצוי על הבנייה שנעשתה והוצאת צו מניעה כנגד הבנייה המתוכננת.

באחד הפתקים כתוב:

משפ' [נתבעים 1], הריני מביעה התנגדותי בכל בנייה שנעשתה, ובכל בנייה שתיעשה בעתיד, ושומרת לעצמי את הזכות להגיש תביעה לפיצויים על הבנייה שנעשתה וצו מניעה לבנייה שתיעשה, היא ניצלה את כל הזכויות שלה, להוציא צו מניעה, עד להפסקת... עד דין... לא תשמע, להביא הוצאה לפועל.

בפתק עליו כתוב התאריך ט"ז אייר תשמ"ה נאמר שבשעה חמש הנתבעים 1 היו צריכים להופיע בבדי"ץ ולא הופיעו (לא ברור ההקשר). בפתק אחר גב' פ' מבקשת (ככל הנראה כתגובה לבקשתם לקבל את נסח הטאבו שלה) לא לתת את הטאבו שלה לנתבעים 1 ולנתבעת 2 וכותבת כך:

לא לתת לנתבעים 2 ולנתבעים 1 ולא לאף אחד את הטאבו שלנו או צילום, הם יכולים למשכן את הבית שלנו ח"ו ולברוח, או לבנות, ולא מגיע להם כלום, (המילים מבלבלות)... הם שונאים והם רוצים רק לעשות לא טוב, שלא יזכו... מבקשת האמא שושנה פ', בדעה צלולה, להגיד שלא מצאנו" (=כנראה הכוונה לא מצאנו את נסח הטאבו).

בפתק אחר היא כותבת (בחלק מהמילים כתב היד לא ברור לגמרי):

במקרה שיעשו צו מניעה... כל פסק ביי"ד אפשר לעשות גם הוצאה לפועל, צריך עו"ד, [פלוגין] אמר שיעזור לי בעורך דין. ברגע שתוצאה לבנות לגשת לבית דין לבקש מהרבנים צו מניעה (לבני?), עד הדיון שהם יעשו... הם יתנו לה... אם הם גם יבנו אפשר לעשות הוצאה לפועל או לעיריה והם יעשו את זה. לתת להם את המכתב ולהשאיר לעצמי גם העתק, ואח"כ בבית דין להגיד להם שנתתי מכתב ולא שמעו ולהגיד להם שלקחו כבר את הזכויות שלהם.

כמו כן, ישנו פתק אחר שבו כתוב:



הם התחילו את הדיון והם לא גמרו, אז היה להם טענות שקראתי לערכאות, וכעת אם לא יוציאו צו, אני אקרא למשטרה וגם לעירי (לעיריה?), לא יעלה לי גרוש...

לטענת התובעת מסמכים אלו מעידים על התנגדותה של גב' פ' לבנייה.

התובעת הביאה גם עדויות שונות שלטענתה תומכות בדבריה. רב מסוים שסייע לגב' פ' במשך תקופה ארוכה העיד בפנינו שגב' פ' התרעמה בפניו פעמים רבות על הבנייה ורצתה שהמבנים ייהרסו ואף סיפרה לו שהיא אמרה זאת לשכנים. הוא גם אמר שמעולם לא ראה פנייה שלה ישירות אל השכנים אלא רק שמע ממנה שהיא טוענת שהיא פנתה אל השכנים בדרישה שיהרסו את המבנים. הוגש גם תצהיר דומה של בתה של גב' פ', אך היא בחרה לא להופיע בפנינו לעדות ולחקירה. כמו כן הוגש תצהיר של חתנה של גב' פ' הכותב שגב' פ' מחתה בנתבעים כנגד כל המבנים. גם הוא לא הופיע בפנינו, לטענת התובעת – מפני ששהה בחו"ל בעת הדיון.

חתן אחר של גב' פ', הופיע בפנינו והעיד שראה לפני כ-35 שנה שגב' פ' צעקה על גב' נתבעים 1 על יחידות הדיון שהוסיפו. הוא ציין כי היה מתח בין המשפחות ולא היו יחסי חברות. כמו כן, נכדתה של גב' פ' העידה בפני בית הדין וסיפרה שהיה מתח בין המשפחות ושגב' פ' כעסה על הדירות שהנתבעים בנו. היא לא תיארה אירוע שבו גב' פ' מחתה בנתבעים, פנים אל פנים. אך לצד זאת אמרה שאין לה ספק וברור לה שהנתבעים ידעו היטב על התנגדותה לדירות הללו מפני שגב' פ' צעקה על כך בחדר המדרגות בקולי קולות.

בנה של נתבעת 2 הודה שגב' פ' מחתה באביו (בעלה של נתבעת 2) כאשר החל לבנות את יח"ד 6, ולטענתו זו הסיבה שהוא עצמו פנה לרב הבורר. וכמו כן בנם של הנתבעים 1 הודה שגב' פ' מחתה בהם כאשר בנו את יח"ד 2 ו-3. אך לטענתם לאחר זמן מה הפסיקה למחות בהם. לטענתו שתיקה זו מעידה כאלף עדים על הסכמתה המלאה לבנייה, ועל כך שסיבת התנגדותה לבנייה נבעה מחשש שהבנייה תשתלט על כל החצר כולה, אבל כשראתה שאין לה ממש לחשוש – כבר לא כעסה על הבנייה.

הנתבעים 1 טענו עוד (בניגוד לעדויות שהבאנו לעיל) שבין משפחות דיירי הבניין שררה ידידות רבת שנים. גב' נתבעים 2 תיארה בפנינו שהיא הלכה יחד עם גב' פ' לאסוף תרומות למטרות שונות. לטענתם, גב' פ' השתתפה בשמחות ואירועים שונים של הנתבעים, ומכאן מוכח שלא כעסה עליהם כלל. עוד טוענים הנתבעים 1, שיחסי השכנות היו סבירים ואמנם לפעמים היה בבניין מתח אך בסופו של דבר במהלך כל השנים לא הייתה שום תביעה משפטית. לטענתם גם התביעה בפני הרב הבורר הוגשה במטרה לחלק את השטח, ואין להוכיח ממנה שגב' פ' ערערה על הבנייה. היעדרם של דיונים משפטיים נוספים מוכיח שאיש לא כעס על הבנייה, ושהשכנים הצליחו להסתדר ביניהם בכוחות עצמם. ככלל, לטענת הנתבעים מעולם לא עלתה דרישה להריסת יחידות הדיון או לקבלת דמי שכירות כלשהם. שתיקתה של גב' פ' והעובדה שלא חזרה מעולם אל הרב הבורר עם טענות כנגד הבנייה מבטאת הסכמה לכך שהמבנים והרווחים שהם מניבים שייכים לבונים בלבד.

הנתבעים 1 טענו עוד שבמסגרת יחסי שכנות שאינם תקינים במלואם ישנם יחסי תן וקח, שמשפיעים על הסכמה לבנייה.

בתגובה לפתקים שהציגה התובעת השיבו הנתבעים כי התובעת הציגה פתקים כלליים, שאין להוכיח מהם על מריבות שהגיעו לכדי פנייה לבית משפט או לבית דין, ויתכן שהם מעידים על מתחים מקומיים שלצערנו קורים לעיתים בין שכנים, אך לא מעבר לכך. וזו הסיבה שלא הייתה שום התדיינות משפטית בין הצדדים, פרט לרב הבורר שפנו אליו כדי להסדיר את חלוקת השטח – מפני שהם תמיד הסתדרו בכוחות עצמם, עד שנכנסה התובעת לתמונה.



לטענת הנתבעים גב' פ' והנתבעים עמדו לדין אצל הרב הבורר, ואצלו בלבד, ולפני פסק דין זה, וגם אחריו, לא התעוררו שום סכסוכים שהגיעו לכדי תביעה, עד שנכנסה התובעת לתמונה.

בתגובה לתצהירים של בני משפחת פ' שהגישה התובעת טענו הנתבעים 1 שאין לקבל, הן מפני שחותמיהם נוגעים בדבר, או מפני שלא הופיעו בבית הדין לחקירה, הן מחשש שהתובעת החתימה אותם כנגד רצונם, ומטעמים נוספים. גם כלפי העדויות אמרו הנתבעים 1 שאין לקבל מטעמים אלו וכן מפני שהם העידו על נקודות ספציפיות שאינן משקפות את היחסים האמיתיים ששררו בין השכנים.

עוד יש לציין כי בתאריך ד' טבת התשפ"ב נערך בבית הדין דיון הוכחות שבו העידו עדים שונים, ובמסגרת דיון זה סיפר בנם של הנתבעים 1 (עמ' 4 לפרוטוקול הדיון מיום ד' טבת תשפ"ב) שגב' פ' כעסה גם על הבנייה של הנתבעים 1, ואמר "כשאמא שלי בנתה, פ' לא כ"כ אהבה את זה, היא פה ושם הייתה אומרת שיש לה בעיה, מטבעה היא לא רצתה יותר אנשים מסביבה".

## 2. דיון

אנו מקבלים את הטענה שגב' פ' מחתה בנתבעים, וזאת על בסיס הראיות הבאות:

א. דבריו של החותן של פ' שהעיד שראה שגב' פ' מחתה בגב' נתבעים 1 לפני 35 שנה (הרבה לפני הפנייה לרב הבורר) והיה מתח בין המשפחות.

ב. דבריה של גב' [פלונית] שסיפרה על מתח שהיה בין המשפחות, ועל כך שגב' פ' צעקה בקולי קולות על הנתבעים כשהייתה עולה במדרגות ושברור לה לחלוטין שהם שמעו את צעקותיה ושלא ייתכן שלא ידעו על התנגדותה.

ג. הפתקים שכתבה לעצמה גב' פ' מביעים גם הם התנגדות נחרצת לבנייה, ומהוות חיזוק לעמדתנו – שגב' פ' התנגדה לבנייה (אלא שמפתקים אלו בפני עצמם לא ניתן להוכיח שפנתה לשכנים, ומכל מקום ברור מהם שההתנגדות לבנייה החלה זמן רב לפני הפנייה לרב הבורר).

ד. דבריו של הרב מחזקים את עמדתנו (וכך נראה גם מקריאת התצהירים של החתנים, אך לא הענקנו משקל לתצהירים אלו היות וכותביהם לא הופיעו לעדות בבית הדין).

ה. הודאתו של בנה של נתבעת 2, שסיפר שגב' פ' התלוננה וצעקה על הבנייה. גם בנם של הנתבעים 1 הודה שגב' פ' מחתה בהם והתנגדה לבנייה.

איננו מקבלים את טענת הנתבעים שהעובדה שבשלב מסויים (לטענתם) גב' פ' כבר הפסיקה לצעוק עליהם מבטאת הסכמה למעשיהם והיא חזרה בה ממחאתה. אדם אינו צריך למחות מחדש בכל יום, ולאחר שמחה פעם אחת בזרים שפלשו לשטחו, הרי שאנו מניחים שהוא עודנו עומד במחאתו ומתנגד למעשיהם עד שנשמע ממנו הסכמה מפורשת<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> אמנם, יש מחלוקת בגמרא האם צריך למחות בכל שלוש שנים מחדש, או שמספיק למחות פעם אחת בחיים, ונפסק בשולחן ערוך (קמו, ה) שצריך למחות בכל שלוש שנים, אלא שבחזקה שנובעת מכח בנייה ללא הסכמה וכדומה וודאי שלא צריך למחות כל ג' שנים (פד"ר ירושלים חלק ז עמ' 2-שה-שו) כפי שנכתב בתשב"ץ (ג, שיג) במקרה של בנייה בחצר שותפים ללא רשות שכל עוד לא ידוע שהסכימו אין זה חיזקה.





נמצא אם כן שמחאתה של גב' פ' כנגד הבנייה בשטח המשותף הושמעה בהליך משפטי בפני ערכאה שיפוטית, ופסק הדין משקף את צדקת דבריה בעיני הרב הבורר (אין זה משנה מי יזם את הפנייה לרב), והטענה כאילו השכנים הסתדרו תמיד בכוחות עצמם – אינה נכונה.

סיפורו של בנה של נתבעת 2 לא הוכחש על ידי הנתבעים 1, ונראה שכל הצדדים קיבלו אותו. יתירה על זאת: הנתבעים 1 עצמם סיפרו לבית הדין שגב' פ' כעסה על הבנייה של נתבעת 2 (עמ' 5 לפרוטוקול דיון 3 מתאריך ד' טבת התשפ"ב): **"בתקופה שאמא שלי בנתה, מה שלי היה נראה בכל הסיפור הזה, שיותר הייתי צריך להרגיע את גברת פ' כי כעסה מאד על משפחת [נתבעת 2] שהם בנו, לא הציק לה שהמשפחה שלנו בנתה",** ולכן מסתבר שגם לפי דבריהם עלינו לפרש את פסק דין הרב הבורר כמתייחס לטענה של גב' פ' כלפי הבנייה של נתבעת 2. ומאחר וניסוח פסק הדין הוא אחיד, ממילא אין מנוס ואין מפלט מן ההכרח לפרש כך את פסק הדין גם כלפי הנתבעים 1. נציין ששיקול זה עומד בפני עצמו, ועל סמך שיקול זה לבדו ניתן לקבוע בבירור שגב' פ' התנגדה לבנייה של שני הנתבעים ומחתה בהם על כך.

סיכומו של עניין: גב' פ' מחתה בפני שני הנתבעים על מעשיהם, מחאתה לא הייתה אירוע חד פעמי, (הגם שלפי ההלכה די במחאה זו), אלא פעמים רבות ולאורך תקופה ארוכה היה מתח בין השכנים. התיאורים של הנתבעים 1 על אוריה נעימה שהייתה בין השכנים משקפים, לכל היותר, תמונה חלקית בלבד (ואולי אף פחות מכך). בנוסף, התנגדותה הנחרצת של גב' פ' הושמעה בפני הרב הבורר. פסק הדין של הרב הבורר מצדיק את התרעומת של גב' פ' כנגד כל תוספות הבנייה. לנוכח כל האמור, אין לנו אלא לקבוע שגב' פ' מחתה על תוספות הבנייה של שני הנתבעים וכפי שמשקף בפסי"ד הרב הבורר. הטענה על שתיקתה של גב' פ' או המחשבה שהתרתה למעשיהם של הנתבעים – נדחית מכל וכל.

מעבר לכך, כפי שכתבנו לעיל, בתאריך ד' טבת התשפ"ב נערך בבית הדין דיון הוכחות שבו הובאו עדים שונים, ובמסגרת דיון זה סיפר בנם של הנתבעים 1 (עמ' 4 לפרוטוקול דיון מתאריך ד' טבת תשפ"ב) שגב' פ' אכן כעסה על הבנייה של נתבעת 2 וגם על הנתבעים 1, ואמר **"כשאמא שלי בנתה, פ' לא כ"כ אהבה את זה, היא פה ושם הייתה אומרת שיש לה בעיה, מטבעה היא לא רצתה יותר אנשים מסביבה".** משמעות הדברים היא שגם הנתבעים 1 בעצמם מכירים בכך שגב' פ' הביעה התנגדות למעשיהם.

**לסיכום, גב' פ' התנגדה לקיומן של כל הדירות בשטח המשותף, ואף הביעה התנגדות זו בפני שכניה.**

### **יב. הטענה שגברת פ' נטלה את חלקה בגג**

הנתבעים 1 טענו שכשם שהם תפסו חלקים מסוימים מהשטח המשותף, כך גב' פ' תפסה את הגג בכך שנעלה אותו, ובפועל השטח המשותף כבר חולק וכל אחד השתמש בחלקו. התובעת הכחישה את הדברים וטענה שגב' פ' מעולם לא נעלה את הגג. הנתבעים לא טענו שגב' פ' עשתה שימוש בגג לצרכיה אלא שמנעה מהם את הגישה לגג (או הקשתה על הגישה לגג) כדי שנוכחותם לא תפריע לה.

**דיון:** אין ספק שאין לנתבעים זכות לנשל את גב' פ' מחלקה בחצר ולחייב אותה לקבל את חלקה בגג הבניין, כשם שלגב' פ' אין זכות לנשל את הנתבעים מחלקם בגג, הן מפני שהחצר והגג הם שטחים בעלי אופי שונה ולכל שותף יש זכות לקבל גם חלק בחצר וגם חלק בגג (ראו רמ"א חו"מ קעד א), והן מפני שדבר זה מנוגד לתקנון המצוי המובא בחוק המקרקעין. אולם במקרה שלפנינו הנתבעים טוענים שגב' פ' בחרה מעצמה ליטול את חלקה בגג, ולכן נבחן טענה זו.



גם אם גב' פ' מנעה מהנתבעים וילדיהם להסתובב בחופשיות בשטח הגג כפי שטענו הנתבעים, הרי שאין זו התנהגות חריגה במיוחד ובפועל בגגות משותפים רבים מקובל שעולים לגג רק לצורך תיקונים של דודי השמש, מחשש לקריעת יריעות האיטום או מטעמים אחרים. לפיכך, עדיין לא מדובר על הפיכת הגג לשטח פרטי של הדייר המחזיק במפתח, אלא דרישה שכל השותפים ישתמשו בגג באופן מסוים כפי שמקובל בגגות משותפים רבים, כאמור, לא נטען שגב' פ' השתמשה בגג לצרכיה.

בנוסף, מוסכם על כל הצדדים שהיה לכל אחד מהדיירים על הגג דוד שמש, והנתבעים עצמם מודים שגב' פ' אפשרה להם (אם כי לטענתם לא תמיד בקלות) לעלות לגג בעת שהיה צורך בתיקון דוד השמש שלהם שהיה על הגג, נמצא שהם עצמם המשיכו להשתמש בגג וגם כיום הם משתמשים בו. לכן אין מקום לטעון שגב' פ' השתלטה על שטח זה, ובוודאי שאין לדמות זאת למעשיהם של שאר השותפים שהשתלטו על שטחים מסוימים באופן המדיר את גב' פ' לחלוטין מאותם שטחים.

הנתבעים העירו שגם התובעת ובעלה עושים שימוש בחצר המשותפת לשימוש פרטי למכירת מוצרי מזון וכדומה. אולם ההבחנה בין השימושים פשוטה. כל שותף ראוי להשתמש בשטח המשותף בצורה סבירה, ובכלל זה לערוך בו מדי פעם אירועי שמחה או מכירות שונות. אולם אין לשום שותף זכות להשתלט על שטח משותף, לגדר אותו עבור שימושו הבלעדי ואז להפיק ממנו רווח.

**לסיכום: שליטתה של גב' פ' במפתח שנעל את הגישה לגג (ככל ואכן השתלטה) לא שינתה את מעמדם של החצר והגג. החצר וגם הגג היו ונתרו שטח משותף.**

### יג. מנהג המקום

הנתבעים 1 טענו שאין מקום לבוא אליהם בטענות מפני שמנהג המקום הוא ששותף יכול לבנות בשטח משותף כל עוד אינו חורג מהשטח שראוי לו לפי חלקו, ונמצא ששיבתם ובנייתם בשטח המשותף נעשתה כדת וכדין.

בטרם נתייחס לטענתם, נקדים תחילה: על פי ההלכה אדם חייב לקבל רשות מפורשת כדי להשתמש בנכסי חברו והשואל את חפצי חברו שלא מדעת – הוא גזלן (שו"ע חו"מ סימן רצב סעיף א, ועוד). האחרונים דנו במי שמכיר את חברו ויודע היטב שהוא יסכים למעשיו, או כאשר מקובל וברור שחברו ימחל (כגון הרוצה להשתמש בעט של חברו כדי לחתום, שסביר חברו אינו מקפיד על כך ומוחל). אך כאשר אין וודאות כזו – מוסכם שהשימוש אסור. כך למשל אסור לאדם להשתמש ברכב של חברו בלא רשות מפורשת, ואפילו לזמן קצר, למרות שבכוונתו להחזירו לו. על אחת כמה וכמה שהבונה בניין קבע על קרקע שאינה שלו בלא רשות מפורשת מן הבעלים הוא גזלן הפועל בניגוד להלכה.

ועתה נפנה לדברי הנתבעים הטוענים להגנתם שפעילותם נעשתה בהתאם למנהג המקום.

תחילה יש לציין שמושכל ראשון הוא שלא ניתן לגזול את רכושו של האדם בטענה שבאותו מקום מקובל ונהוג לגזול (כמובן שאין הבדל בין גזל של חפץ, לבין השתלטות על קרקע של אדם או של קבוצת אנשים). לכן אין משמעות לכך שיש מקומות שבהם רבים נהגו לגזול איש מרעהו או להשתלט האחד על נכסי חברו. האופן היחיד שמנהג מסוג זה יכול להועיל – הוא בנסיבות שבהן המנהג יגרום לכך שהדיירים רכשו את זכותם בחצר באופן מוגבל על דעת המנהג. דבר זה ייתכן למשל במצב בו בנייה בשטח המשותף הנה כה מקובלת, עד שברור לכל, שדיירי הבניין רכשו את הדירות "על דעת כן", דהיינו מתוך ידיעה מראש ומתוך הסכמה לכך שכל דייר שרוצה יוכל לבנות בחצר בהתאם



לחלקו בעת שיעלה רצון מלפניו (וגם לדבר זה יכולות להיות הסתייגויות שונות ואכמ"ל), **ובדומה** לדברי שו"ת שבט הלוי (חלק ח סימן רצט):

ובמה שרצית לדמות נדון זה (=בנייה בשטח המשותף בניגוד לרצון השכנים) להא דכתב הסמ"ע (קס"א סק"ז) בדבריים שהמנהג לעשותן בחצר הולכין אחריו ואינו יכול למחות בו. ואפילו העמדת רחיים שהוא דבר קבוע במקומו רשאי לעשות כדמשמע שם בשו"ע, והכי נמי דרך בני אדם להגדיל דירתם ואין בכח השותף לעכב בידו מעיקר דיני השותפות. עדיין הדמיון לרחיים לא ברור לי כ"כ, דודאי מי שגר בשותפות גר כדרך העולם שצריכים רחיים וכיו"ב - אבל אין זה מהשתמשות הבית להוסיף אצל מבנה הבית אם לאו שיש רגילות ממש ותקנת העיר והוא קנה ע"מ כן, וכך המוכר מכר ע"מ כן. ולכן טעם זכות השותפין צ"ע - אם לא שע"מ כן נחתם החוזה.

כלומר, ניתן לבנות בשטח המשותף בצמוד לבית, רק אם דבר זה הוסכם מראש והרכישה נעשתה על דעת כן. לגופו של עניין, כאשר עמדת ההלכה ברורה, אזי נטל הראייה הוא על מי שטוען שישנו מנהג אחר. במקרה שלפנינו, הנתבעים 1 הראו אמנם שישנן תוספות בנייה בבניינים אחרים בשכונה, אך לא הוכיחו מה היה היחס של השכנים לתוספות אלו, האם הסכימו לבנייתם או לא, ולכן אין לקבל את דבריהם. יתר על כן: כפי שכתבנו לעיל, מדברי שבט הלוי שציטטנו לעיל נראה שאין הוא מכיר מנהג מסוג זה, גם מדברי הרב זילברשטיין (טובך יביעו חלק ב'), שכנים, סימן פד וסימן פו) ברור שאין הוא מכיר מנהג כזה, וגם הדיינים שעסקו במקרה דנן ככל הנראה לא הכירו מנהג כזה. שהרי אילו היה מנהג כזה, אזי דייני בית הדין הקודם היו דוחים את התביעה על הסף, וגם הרב הבורר לא היה קובע שאין תוקף לכל התפיסות שנעשו בשטח המשותף.

נוסיף ונאמר: בספר עמק המשפט, (שכנים, סימן ז' אות יא) כתב "שכמדומני כעת אין בשום מקום מנהג כזה, דהיינו לבנות על הגג או על קומת הקרקע" (אם כי התלבט אם יש מקומות מסויימים שנהגו לבנות באויר על עמודים הנעוצים בקרקע החצר. בעניין זה ראו מה שכתבנו בנספח 5 בנוגע ליחידה 6), גם הרב לביא (אתר פסקים, פסק 2022) כתב שבנייה זו מנוגדת למנהג. למעלה מן הצורך נציין שבמקרה דנן הנתבעים 1 בנו בהרבה יותר משליש מן השטח בחצר המשותפת, עד שבפועל אין עוד שום מקום בחצר שניתן לבנות בו. ובפרט שבהיתר הבנייה מתאריך 21.9.76, שהוגש לבית הדין על ידי התובעת מופיע שהשטח בקדמת הבניין בצד ימין מיועד לחניות לרכבים.

בקיצור, אדם חייב לקבל רשות לפני שהוא בונה יחידת דיור בחצר שאינה שלו, והבונה בלא רשות – פועל בניגוד להלכה ועובר באיסור גזל שהוא איסור תורה (ואולי גם באיסור תורה של השגת גבול), וכפי שכבר כתב הרב זילברשטיין (טובך יביעו חלק ב' שכנים תשובה פד):

והרי דוגמה למשיג גבול: דייר בבית משותף ניצל את ההזדמנות ששכנו נעדר מביתו והוציא מרפסת מדירתו לחצר או לגינה המשותפת, **מבלי לקבל רשות מן השכנים על כך**, (=לא שהביעו מחאה כנגד מעשיו, אלא רק לא נטל מהם רשות, ודוק) והמרפסת מאפילה על חלון שכינו, נמצא הוא משתמש בגזל באויר הגינה או החצר השייכים לשכנים...**וכל שכן החורג בבניה על הגג (=לא באויר אלא ממש על קרקע משותפת), ובונה אפילו משהו על חלק השותפים, הרי הוא עובר על גזל, לא תשיג וארור**, והבונה עליותו בצדק וביושר הרי הוא צדיק ואהוב למטה ולמעלה.

בשולי הדברים נציין כי גם אם יש מקומות שבונים בשטח המשותף בניגוד לרצונו של אחד הדיירים, הרי שייתכן שהסיבה היא האמור בסעיף 71 לחוק המקרקעין, ששם נקבע בחוק שישנן נסיבות שניתן לעשות כך (נסיבות שאינן מתקיימות במקרה שלפנינו) ואכמ"ל.



לסיכום, הטענה של הנתבעים שהם פעלו בהתאם למנהג המקובל – נדחית.

### יד. הנתבעים השקיעו כספים לטובת כלל הדיירים

הנתבעים 1 טוענים (סעיף 8 לכתב ההגנה מתאריך ו' אלול התש"ף) שהשקיעו כספים עבור רווחת כלל תושבי הבניין לחישוב המקלט וריצופו וכן לזיפות בחצר הקדמית ועוד, ולא קיבלו על כך תמורה משאר הדיירים. הנתבעים מסבירים שהם נתנו את הסכומים וההשקעה הזו בלב שלם וכמתנה גמורה והוסיפו כי משפחתם "מעולם לא העלתה על דעתה לבקש כספים ממשפ' פ' על דברים שהיא השקיעה בהם" (סעיף 37 ל"נימוקי טענות הנתבעים", כ"ב כסלו התשפ"א). כוונת הנתבעים היא להוכיח מכך שלעיתים שכנים מוחלים על זכויותיהם לפני משורת הדין למען שכנות טובה, וכך גם גב' פ' מחלה על השימוש שלהם בשטח המשותף.

איננו מקבלים טענה זו. אדם יכול לתת במתנה כספים לחבירו או לשותפיו, ומובן שאין זה מתיר לו לפגוע בזכויותיהם לאחר מכן.

הנתבעים הוסיפו (סעיף 37 לנספח ב' לכתב ההגנה שהוגש בדיון הראשון) שיחסי השכנות בין גב' פ' לבין הנתבעים 1 התבססו על יחסים הדדיים כאשר משפ' פ' מעולם לא העלתה על דעתה לבקש כספים ממשפחת הנתבעים 1 ובמקביל משפ' הנתבעים 1 מעולם לא העלתה על דעתה לבקש כספים ממשפ' פ' על השקעתם הכספית למען כלל דיירי הבניין. לטענתם גם אם קמה לגב' פ' זכות לקבל סכום כלשהו מן הנתבעים 1, ברור שהיא מחלה עליו בתמורה לכך שקיבלה טובות הנאה שונות מהנתבעים 1 וכן במסגרת יחסי שכנות טובים.

גם טענה זו איננו מקבלים. כפי שהוסבר לעיל, אין כל ספק שגב' פ' התקוממה ומחתה בנתבעים על הבנייה בשטח המשותף. הטענות בדבר יחסי שכנות טובים שכביכול שררו בין הנתבעים 1 לגב' פ', משקפות לכל היותר תמונה חלקית של המציאות, ולא ניתן להשתמש בהן כדי לפגוע בזכויותיה של גב' פ'.

לסיכום, איננו מקבלים את הטענה כי הנתבעים פטורים מתשלום בגלל מחילה מכללא של גב' פ'.

### טו. טענות נוספות

#### 1. סתירה מהותית בין טענות התביעה

הנתבעים טענו שדרישת התובעת להריסת יחידות הדיור מנוגדת לתביעה הכספית. דין טענה זו להידחות. הנתבעים לא הסבירו מה הסתירה בין הדרישות, ואכן אין כאן סתירה בין שתי הדרישות. התובעת מבקשת להרוס את יחידות הדיור ולטענתה לא הייתה זכות לבנותן, וגם עתה יש להרסן. אבל במקביל טוענת שהרווחים שהופקו מהשכרת השטח המשותף שייכים לכלל בעלי הקרקע, ולא רק לשותף שהשכיר, אין בבקשה להרוס משום מחילה על הרווחים שיתקבלו מכח הנכסים השייכים למבקש ההריסה (עם זאת, בנספח שבסוף פסק הדין יוסבר שישנה סתירה מסויימת בין הדרישה להריסה לבין הדרישה לבעלות על המבנים ולתביעת הרווח שהניבו, והדברים יבוארו שם).

#### 2. התובעת נושאת באחריות לכך שהשטח לא חולק

עוד טענו נתבעים 1 שהם הציעו לתובעת לחלוק את השטח אך היא סירבה. כיוון שלדעתם לפי פס"ד הרב הבורר זכותם לכופף את חלוקת השטח, לכן לא על הנתבעים תלונת התובעת, כי אם על עצמה. גם טענה זו דינה להידחות.



אפילו אם קמה לנתבעים הזכות לחלוקה, סוף סוף השטח לא חולק והוא עודנו משותף, ועל הרווחים להתחלק בין כל השותפים.

### 3. טוענים ליורש

נתבעת 2 טענה שבעלה נפטר לפני מספר שנים, וחזקה עליו שעשה כל מעשיו כדת וכדין. דין טענה זו להידחות. אמת שישנו עיקרון הלכתי הקובע ש"טוענים ליורש" אך משמעותו של עיקרון זה היא שבית הדין טוען עבור יורש של הנתבע כל טענה שהנתבע היה יכול לטעון בעצמו ולזכות בה. במקרה שלפנינו, על מנת להיפטר, נתבעת 2 צריכה להביא ראיות שגבי' פ' חזרה בה מהתנגדותה והסכימה למעשיה, ואין די בכך שהיא תטען זאת, ולכן העיקרון הנ"ל אינו יכול לפוטרה. בנוסף, כלל לא ברור שנתבעת 2 נחשבת ליורשת ולא לבעלים.

### 4. זכות בכספים שתקבל התובעת

עוד טענה נתבעת 2, שכיוון שהתובעת דורשת לקבל 750,000 ₪ מנתבעים 1 ו-250,000 ₪ מנתבעת 2, הרי שככל ותתקבל התביעה, הרי שיש לנתבעת 2 זכות לקבל שליש מתוך מה שישלמו הנתבעים 1, ולכן יש לנכות סכום זה ממה שיהיה על נתבעת 2 לשלם.

דין טענה זו להידחות. התביעה של התובעת כלפי הנתבעים 1 עוסקת בתשלום על חלקה של התובעת בשטח המשותף, והתשלום שיהיה עליהם לשלם (ככל ויוכרע שעליהם לשלם) יינתן רק עבור חלקה של התובעת, ולכן תשלום זה שייך במלואו לתובעת לבדה.

### 5. התובעת העמידה מזגן בשטח המשותף

נתבעת 2 טענה שהתובעת עצמה העמידה מזגן באויר המשותף ואין היא רשאית לבוא בטענות כנגד הבנייה באויר המשותף. דין טענה זו להדחות.

בשולחן ערוך (חושן משפט סימן קסא סעיף ה) נקבע:

אחד מהשותפין בחצר שבקש להעמיד בה בהמה או ריחים, (או) לגדל בו תרנגולים, חבירו מעכב עליו. וכן שאר דברים שאין דרך בני המקום לעשותם בחצרותיהם, בכלום השותפין מעכבין זה על זה.

לאמר: דבר שדרך בני המקום לעשותו בחצר – שותף רשאי לעשותו. העמדת מזגן היא דבר מקובל ונהוג ולכן אין השותפים יכולים למנוע מהתובעת להעמיד מזגן בחצר, לעומת בנייה יחידת דוור, שאינה דבר מקובל, וכפי שהסברנו לעיל.

### טז. כפייה על מידת סדום

כדי להשלים את התמונה נציין שדייר אינו יכול לטעון שזכותו לבנות בשטח המשותף מכוח העיקרון של כפייה על מידת סדום וכפי שכתב בשו"ת שבט הלוי (חלק ח סימן רצט):

אולם בדבר הספק האם שייך בכהאי גוונא (=בנייה בשטח משותף בניגוד לרצון השכנים) לכפות מדין כפייה על מדת סדום - לדידי פשיטא לי דלא שייך כופין על מדת סדום שיוותר אדם על מה ששייך לו... וכן אינו דומה כלל להאי דבבא בתרא י"ב ע"ב דבמקום שכל אחד יש לו ומקבל, רק האחד רוצה שיתנו לו קרוב למים או לשאר נכסיו, - אבל אין שום טעם שיוותר אדם על שלו ממש מטעם כופין על מדת



**סדום, וכי אדם עשיר ענקי שגם הרבה דינרי כסף לא נחשבים אצלו כלל, ושכנו האביון שחסר לו גם פרוטה וכי אנחנו נכוף ליתן לו מכספו בלי שורת הדין רק מטעם כופין על מדת סדום אי לאו משום דין כפיה על הצדקה, והכי נמי יאמר זה שהחצר משועבד לו...**

על דבר שאלתך האם רשאי בעל הקומה העליונה לסגור את חדר המדרגות ולהשתמש בו באופן פרטי - דעתי העניה נוטה דלסתום חלק האחרון שבגג - השכנים יכולים לעכב, וגם יש בזה שינוי במבנה הבנין שאדעתי דיליי קנו דירתם. ואסור לסגור חלק זה. ובדבר השאלה איך ומאיזה דין כופין את השכנים למכור חלקם שבגג לשכן שרוצה לבנות שם - כבר דברנו כמה פעמים בדין תורה שאין באמת מקום לכפות למכור רק בשכנוע וברצון טוב לעשות ועשית הישר והטוב כדרך בני ישראל, ואז עושים חשבון המגיע לו - ואי אפשר לכוף לבעל הגג.

גם בספר עמק המשפט (שכנים, סימן א') כתב שלא ניתן לכוף שכן לוותר על זכויותיו בשטח המשותף בטענה שכופין על מידת סדום.

(וכאשר תוספות הבנייה עלולות לגרום לריבוי דיורים או לכיעור הבניין או ירידת ערכו - אז בוודאי שאין מדובר בהתנגדות של מידת סדום).

**לסיכום - דייר אינו יכול לדרוש לבנות בשטח משותף בטענה של כפיה על מידת סדום, ולכן אין זכאות לנתבעים לבנות מכח טענה זו.**

## יז. שתיקה ממושכת מהווה מחילה מכללא על חוב

התובעת טוענת שהנתבעים חייבים כספים לגב' פ' עבור השימוש בשטח המשותף בתקופת פ', וכעת התובעת זכאית לקבל כספים אלו. לעיל הסברנו שגב' פ' מחתה בנתבעים, אולם לכאורה עדיין ניתן לטעון שהעובדה שמעולם לא תבעה כסף מן הנתבעים מהווה מחילה ומונעת ממנה (ומיורשיה ובאי כוחה) להעלות עתה תביעה מסוג זה. נדון בסברה זו.

על פי ההלכה אדם מחויב לשלם חוב גם במקרה שהתובע תבעו רק לאחר שחלף זמן רב מאז ההלוואה (שו"ע חו"מ סא, ט; שם צח, א). אולם הלכה זו נאמרה בנוגע לאדם שלוה כסף והצדדים סיכמו במפורש שההלוואה תוחזר. אך יש מקום לשאול האם כך הדין גם כשהצדדים מעולם לא סיכמו שיינתן תשלום, כך שיתכן שהתובע מעולם לא התכוון לדרוש את הכסף, לפיכך יש מקום לשאול האם שתיקתו הממושכת של התובע מבטאת מחילה מכללא על כל תביעה מכח מעשיו של חבריו.

הגמרא (בבא בתרא כט ע"א) קובעת: "הדרא ארעא והדרי פירי", והכוונה היא שמי שישב בקרקעו של חברו ואכל פירות במשך תקופה ארוכה וטענתו שקנה את הקרקע נדחתה, חייב להחזיר את הקרקע לבעליה ולשלם לו על כל הפירות שאכל. המחזיק אינו יכול לטעון ששתיקתו הממושכת של בעל הקרקע מבטאת מחילה על הפירות, וכך נפסק גם ברמב"ם (טוען ונטען יד, יב, יש להזכיר שחזקת שלוש שנים עוסקת במצב שהבעלים ידע שהמחזיק יושב בשדהו בלא רשות, ראו רמב"ם טוען יא ב). בדומה לזה כותב המאירי (בבא בתרא כט ע"א):

כל חזקת טענה שאינה בשלש שנים מוציאה אותה מיד המחזיק הן גוף הקרקע הן הפירות שאכל ממנה ואין אומרים שהפירות מיהא נמחלו. שאין טעם החזקה מצד מחילה כלומר ששתי שנים אדם מוחל בכך



ולא שלש שבועות אין אדם מוחל כלום בכיוצא בזה. אלא טעם הדבר שמשלש שנים ואילך אין אדם נוהר בשטרו אא"כ על ידי מחאה שבתוך שלש.

וכך נראה גם בדברי המהרי"ט (ח"ב חו"מ סימן מה) וקצות החושן (יב, א).

אמנם בנוגע למי שגר בחצר חבירו ובעל החצר ידע על כך ותבעו רק לאחר זמן רב, יש מקום להבין מהאור זרוע (חלק ג, בבא קמא, קכד) ששתיקה הממושכת מבטאת מחילה, וכך פסק בספר פעמוני זהב (חו"מ שסג, ו) ובדומה לזה נכתב בדברי הרב מרדכי גרוס (אתר פסקים פסק דין מס' 1934).

גם המהרש"ל (יש"ש בבא קמא ב יז) הבין כך את האור זרוע, אבל דחה את דבריו וכתב כך:

יש פוסקים דמי ששתק יותר מעת זמן השכירות ולא תבע את דמי שכירתו הוי כמחילה אם לא שבעל הבית לא ידע או שהוא קטן, וכן משמע בהדיא באור זרוע. ולא נהירא כלל, דכל זמן שלא מחל לו בהדיא אין זה מחילה, והוא כמו שיש לו שטר חוב על חבירו לזמן קצוב, ולא תבע בזמנו.

נמצא שכאשר דייר התגורר בלא רשות בחצר חבירו, והבעלים ידעו על כך ותבעו אותו רק לאחר תקופה ארוכה של שתיקה, אזי ישנה מחלוקת האם הדייר חייב לשלם (מהרש"ל) או שמא אנו מניחים שהבעלים מחלו לו (אור זרוע, פעמוני זהב). ולפי זה לכאורה גם במקרה שלנו, שגב' פ' לא תבעה כסף במשך שנים רבות – באנו למחלוקת זו.

אולם להלכה נראה שבמקרה שלנו יש להכריע שהחוב, ככל ויש חוב, לא נמחק. ראשית, מפני שלפי המקורות שהובאו לעיל (הדרא ארעא וכו') החוב אינו נמחק. שנית, מפני שאין זה הכרחי לפרש שלדעת האור זרוע שתיקה ממושכת מבטאת מחילה, אדרבה, מקריאת דבריו במקורם מסתבר שלדעתו גם אם הבעלים ידעו שהדייר מתגורר בשטחו – אין זו מחילה, וחובה על הדייר לשלם, ובעל הקרקע יכול לומר ששתק מפני שחשב שהדייר מתכוון לשלם לו שכר דירה, שהרי כתב (אור זרוע חלק ג, בבא קמא, קכד):

ופסק מ"ו רבינו אבי העזרי זצ"ל דאם אין איש משתדל בו לשוכרו ולהשכירו אף על גב דאילו הוו בעלים הכא הוו מוגרי ליה. כיון דליתנהו הכא לא הוא ולא שלוחו הדר בו פטור דהוי כמאן דלא קאי לאגרא. ויש משיבים עליו דאדרבה כי הוו בעלים הכא טפי הוה ליה למיפטר לדר שם. מדהוה למחויי ביה ולמימר זילו פוקו לברא או הב לי אגרא ותיב. מדלא מחי ביה אחולי אחיל גביה. אלא טעמא הוי משום דאפסדיה כי דייר ביה דמאן דחזי סבר אגריה ממריה ולא תבע ליה למריה למיגר מניה, ומריה סבר האי דדייר ביה יהיב ליה אגרא, דמה לי הוא ומה לי אחר ולהכי שתיק ולא מיחה ביה.

כלומר הבעלים יכול לומר ששתיקתו לא ביטאה מחילה אלא התבססה על ההנחה שהדייר ישלם לו דמי שכירות.

אמנם מסתבר שנימוק זה שייך רק כאשר הבעלים הבין שכוונת הדייר לשלם, ולפי זה לכאורה היינו צריכים לקבוע שכאשר הבעלים לא הבינו שהדייר מתחייב לשלם להם דמי שכירות, אזי שתיקתם היא מחילה. אולם לאמיתו של דבר, אדרבה, דווקא חוסר ההבנה של הבעלים שזכותם לקבל תשלום מהדייר, גורמת לכך שהחוב לא יימחק. כיוון שלא ניתן לומר שאדם ויתר על חוב כאשר הוא כלל לא הבין שהחוב קיים.

במקרה שלפנינו אין כל רמז לכך שגב' פ' הבינה בכלל שהנתבעים חייבים לתת לה את חלקה בדמי שכירות שקיבלו, לא בפתקים שהיא כתבה לעצמה ולא בתצהירים שהוגשו לפנינו על ידי בתה ועל ידי מי שליווה אותה בערוב ימיה. כיוון שלא הבינה שחייבים לה – לא ניתן לומר ששתיקתה תבטא מחילה על החוב, ולכן לא ניתן לפטור את הנתבעים. כלומר כדי לטעון למחילה צריך להראות שהזוכה ידע על זכאותו לקבל תשלום, וויתר עליה. ממילא, לא ניתן לטעון שאדם מחל על חובו שעה שכלל לא הבין שחייבים לו כסף.



כך משמע מדברי המהרש"ל הכותב (ביחס לשיטת האור זרוע) שם: "מי ששתק יותר מעת זמן השכירות ולא תבע את דמי שכירתו הוי כמחילה, אם לא שבעל הבית לא ידע או שהוא קטון". הרי לנו שאם בעל הבית לא ידע שהוא זכאי לתשלום אזי אין שייך לומר שמחל עליו. אמנם המהרש"ל מדבר על מצב בו הבעלים לא ידעו שיש אדם שיושב בשטחם, אך הדעת נותנת שכך הדין גם כשהבעלים ידעו שיושבים בשטחם אך לא הבינו שלפי ההלכה הדייר חייב לשלם להם דמי שכירות. כפי שסיים המהרש"ל עצמו שכך הדין גם כשבעל הבית הוא קטן, שהקטן רואה בעיניו את המציאות הפיזית אבל אינו מבין את משמעותה.

**לסיכום, החוב הכספי לגב' פ', ככל ויתברר שאכן יש חוב כזה, לא נמחק בשתיקתה.**

### יח. סיכום חטיבה ב

1. הצדדים הם דיירי בית משותף.
2. על פי הרישום בטאבו הצדדים הם שותפים שווים בחצר.
3. הצדדים חתמו על מסמך הקובע שכל דייר הוא בעל דירה בגודל שווה, ולכל דירה הוצמד מחסן בגודל שונה.
4. בית הדין דחה את טענת הנתבעים כי הבנייה של יחידות הדיור ביצעה דין חלוקה בחצר.
5. בית הדין דחה את טענת הנתבעים שיש להם חזקת תשמישין בחצר.
6. בית הדין דחה את טענת הנתבעים 1 שגב' פ' נתנה להם רשות שימוש בחצר.
7. בית הדין דחה את טענת הנתבעים שגב' פ' קיבלה את הגג תמורת הזכות בחצר.
8. בית הדין דחה את הטענה שמנהג המקום מאפשר לכל דייר להשתלט על שטחים כראות עיניו עד לחלקו בשטח המשותף, ושהוא תקף הלכתית.
9. לפיכך, המסקנה עד לשלב זה היא כי החצר הייתה ועודנה שטח משותף השייך לשלושת בעלי הדירות באופן שווה.
10. הנתבעים טענו שישנה סתירה בין טענות התביעה, וכן שהם פטורים מתשלום מפני שהם השקיעו כספים לטובת כלל הדיירים, או משום שהתובעת היא האחראית לכך שהשטח לא חולק וטענות נוספות. כל הטענות הללו – נדחו.

### חטיבה ג: מעמדן של יחידות הדיור השונות

#### יט. תיאור יחידות הדיור השנויות במחלוקת

להלן רשימת יחידות הדיור והנתבע שבנה אותן:

היחידה	הנתבע שבנה
1	נתבעת 2
2	נתבעים 1
3	נתבעים 1
4	נתבעים 1
5	נתבעים 1



6	נתבעת 2
7	נתבעים 1
8	נתבעים 1
9	נתבעת 2
10	נתבעים 1
11- חניות	נתבעים 1

נמצא כי התביעה כלפי נתבעת 2 עוסקת ביחידות דיור 1,6,9. והתביעה כלפי נתבעים 1 עוסקת ביחידות 2,3,4,5,7,8,10 ובחניות.

רשימה זו מתייחסת לתשריט יחידות הדיור שצירפה התובעת: [התשריט במקור]

יחידות 1-3 – מצויות על מפלס החצר בצד דרום מערב, נמצאות כולן על השטח המשותף.

יחידה 4 – מצויה בצד מערב של הבניין במפלס קומת המחסנים (קומת המרתף), ונמצאת כולה על השטח המשותף.

יחידה 5 – נמצאת מעל יחידה 4, במפלס של קומה א (הקומה של הנתבעים 1), ומצויה כולה על הרכוש המשותף.

יחידה 6 – נמצאת מעל יחידה 5 במפלס של קומה ב (הקומה של הנתבעת 2). יחידה זו מחולקת לשתיים: חלק

מיחידה זו מחובר לשטח של נתבעת 2, והגישה אליו היא אך ורק מתוך השטח של נתבעת 2, וישנו חלק אחר המהווה

דירה נוספת נפרדת שהכניסה אליו היא מתוך חדר המדרגות של הבניין. הצדדים חלוקים האם כל הדירה על הרכוש

המשותף או רק חלק ממנה.

יחידה 7 – בנויה בצד מזרח של הבניין, במפלס קומת המחסנים, והיא כולה בשטח המשותף (יצויין כי בדברי

הצדדים ישנו בלבול מסויים בין יחידה 7 לבין יחידה 8, כך למשל בדוא"ל ששלחו הצדדים הם כינו את היחידה

שבקומת המחסנים "יחידה 7" ומאידיך בתרשים ששלחה התובעת, המצורף כנספח 2 לפסק זה, יחידה זו מכונה

"יחידה 8". על מנת למנוע בלבול זה, ולשם האחידות נכנה את יחידה זו, המצויה בקומת המרתף: **יחידה 7**, ואת

היחידה שמעליה, המצויה במפלס קומה א' נכנה: **יחידה 8**).

יחידה 8 – בנויה מעל יחידה 7, במפלס קומה א'. הצדדים חלוקים לגבי דירה זו. לטענת נתבעים 1 רק 30% מהדירה

מצוי על שטח משותף ושאר הדירה מצויה על שטח שהוצמד לדירתם, ואילו לטענת התובעת לפחות 50% מהדירה

מצוי על השטח המשותף. בשלב מאוחר יותר, טענה התובעת (סעיף 34 לכתב התביעה המתוקן מתאריך ג' ניסן

תשפ"א) ש-66% מהדירה מצויים בשטח המשותף, ולטענתה גם הנתבעים הודו בזה בסיוור וזה גם מופיע בהיתר

הבנייה.

יחידה 9 – מצויה מצפון לבניין, במפלס החצר, ומצויה כולה על הרכוש המשותף.

יחידה 10 – ממוקמת בתוך הבניין, בקומת המחסנים. מוסכם כי חלק מן הדירה הוא המחסן של נתבעים 1. בנוגע

לחלק השני של הדירה חלוקים הצדדים. התובעת גורסת כי שטח זה שייך לה ואילו הנתבעים 1 אינם מקבלים טענה

זו (להלן נרחיב בנושא זה).

המסומן בתרשים במספר 11 – הן חניות שהושכרו על ידי הנתבעים 1. הצדדים חלוקים מה הסכום שקיבלו הנתבעים

1 עבור השכרת החניות ומה עשו בו.

התובעת הסבירה כי התביעות עוסקות רק בחלקי הדירה שנבנו על שטח המשותף או על שטחה של התובעת.



צירפנו את התרשים ודברי ההסבר שהגישה התובעת על מנת להבהיר היכן מצויה כל יחידת דיור (בית הדין אפשר לכל הנתבעים להעיר ולהגיב אולם הם לא השיגו על התרשים וההסברים, ונראה כי תרשים זה אינו שנוי במחלוקת). בין הצדדים שורה של מחלוקות לגבי מעמדן של חלק מיחידות הדיור, כפי שיפורט.

### כ. מעמדן של יחידות הדיור השנויות במחלוקת

#### 1. יחידה 5

לטענת התובעת 90% מיחידה 5 נמצא בשטח משותף ואילו לטענת הנתבעים 1 רק 20% מהדירה על שטח משותף. בהיתר הבנייה (ראו נספח 3 לפסק הדין) נראה ששטחה של המרפסת ששייכת לנתבעים 1 קטן מאד (1.20 מ' על 2.40 מ'), ולעומת זאת יחידה 5 הרבה יותר גדולה (בית הדין ראה את היחידה בסויר מבחוץ ומבפנים). למעשה אנו קובעים כי בכל הנוגע לדמי השכירות, 85% מיחידה 5 בנויים בשטח המשותף.

#### 2. יחידה 6

יחידה 6 שנבנתה על ידי נתבעת 2 בנויה מעל יחידה 5. יחידה זו נמצאת באוויר השטח המשותף שליד קומה ב' ולא על פני הקרקע, ולכן יש מקום לדון האם יש לתובעת כוח לבוא בטענות כלפי דירה זו. נקדים תחילה שהיות וכל חצר הבניין היא שטח משותף (על פי התקנון המצוי, היתר הבנייה, ההסכם עליו חתמו כל הדיירים, פסק דין הרב הבורר ועוד), והיות ולפי ההלכה הבעלות עולה עד לרקיע (כפי שכתבנו לעיל), לכן יש לדון האם מותר לאדם להוציא מרפסת לאוויר המשותף בלא רשות של השכנים, או שמא יש בזה איסור גזל של פלישה לשטח זר (הרחבה בנושא זה מופיעה בסוף פסק הדין בנספח 5). למעשה, כיוון שכיום בכל מדינת ישראל ידוע וברור שאין לאדם רשות להוציא מרפסת לשטח משותף בלא הסכמת כל השכנים, הרי שהמנהג מחייב וכך היא ההלכה, והטעם לכך הוא מפני שכל ההתקשרות בין הצדדים נעשתה מתוך כוונה זו.

בנוסף, היות וכבר כתבנו שישנו תוקף הלכתי לתקנון המצוי מכוח המנהג וההשתתפות נעשתה על דעת כן, לכן יש להכריע בשאלה זו על פי האמור בתקנון.

בסעיף 1 בתקנון הנ"ל נקבע שהקירות החיצוניים של הבניין הם חלק מן הרכוש משותף. נמצא ששבירתם של הקירות, הנצרכת לשם הוצאת המרפסת, טעונה אישור של כל בעלי הדירות, ויוצא שאסור לאדם להוציא מרפסת בלא הסכמת השכנים (אפילו כאשר אין להם שום טענה רצינית של נזק בשל חשש מכיעור הבניין או הורדת ערכו או ריבוי דרך וכו').

מעבר לצורך נציין שבסעיף 2א לתקנון המצוי נאמר:

בעל דירה אינו רשאי לעשות בדירתו שינויים או תיקונים הפוגעים ברכוש המשותף או מסכנים או עשויים לסכן את קיומו או משנים או עשויים לשנות את ערכו, אלא אם קיבל תחילה הסכמת האסיפה הכללית של בעלי הדירות; לענין זה "פגיעה ברכוש המשותף" – לרבות פגיעה בחזותו החיצונית התקינה והאחידה כפי שהיתה בעת גמר הבניה (ההדגשות אינן במקור).

ובסעיף 12 שם נאמר:

א. החלטות האסיפה הכללית יתקבלו ברוב דעות.



ב. החלטה המטילה על בעל דירה חובות או תשלומים מסוג או שיעור שלא פורשו בפרק ו' לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, או בתקנון זה, או המשנה את זכויותיו, לא יהיה לה תוקף לגבי אותו בעל דירה אלא אם הסכים לה.<sup>2</sup>

נמצא שאין לשום דייר אפשרות לערוך שינויים בדירתו הפרטית בלא לקבל רשות מכל בעלי הדירות. והדברים קל וחומר, אם בעל דירה אינו רשאי לעשות שינויים מסוג זה בשטח הפרטי, הרי שעל אחת כמה וכמה שאינו רשאי לערוך שינויים אלו בשטח המשותף.

היות והקמת דירה חדשה באויר המשותף משנה את זכויותיהם של שאר הדיירים ביחס לאותו חלל, לכן יוצא שלפי התקנון המצוי אין רשות להוציא דירה או מרפסת לחלל המשותף בלא רשות מפורשת מכל שאר דיירי הבניין.

למעלה מן הצורך נציין שבמקרה שלפנינו דירה 6 אינה עומדת באויר המשותף אלא בנויה על גבי דירה 5, כך שיתכן שגם השיטות שהתירו להוציא מרפסת לאויר המשותף יודו שהיתר זה לא קיים במקרה שלפנינו.

**לסיכום – על פי ההלכה בעל דירה אינו רשאי להוציא מרפסת או דירה לאויר המשותף בלא רשות משאר השכנים, וכמקובל.**

נקדים אחרית לראשית ונציין כי במקרה שלפנינו יסוד התביעה הכספית הוא בכך ששותף שהשכיר נכס משותף – הרווח לאמצע.

ביחס לקביעה זו יש להוסיף שהדעת נותנת שאין הבדל בין שותף שהשכיר שטח משותף לבין שותף שהשכיר חלל משותף (=אויר משותף), מפני שיסוד הדברים אחד הוא. אלא שכיוון שבמקרה שלפנינו רק החלל משותף ואילו המבנה פרטי, לכן רק דמי השכירות שניתנו עבור השימוש בחלל יינתנו לאמצע, ושאר השכירות תהיה שייכת לבונה, וכפי שיוסבר להלן. לכן מסתבר שגם המתירים לשותף להוציא מרפסת ולגור בה בעצמו, יודו שיהיה על השותף להתחלק עם חבריו בדמי השכירות שקיבל, לפי העיקרון של בעל הנתיבות (קעא סק יב) ופוסקים נוספים הקובעים שרווחים המגיעים מהשכרת שטח משותף - לאמצע.

**לסיכום, יחידה 6 בנויה כולה בשטח המשותף ומעמדה ככל יחידה אחרת המצויה בשטח המשותף.**

### 3. יחידה 8

התובעת טענה בתחילה כי חצי מהיחידה בנוי בשטח המשותף, ובהמשך טענה כי לפחות שני שלישי מיחידה 8 מצוי בשטח המשותף (לטענתה כך גם מופיע בהיתר הבנייה), ומי יודע אם לא למעלה מזה. לעומת זאת, לטענת הנתבעים 1, כל הדירה מצויה בשטח הפרטי (סעיף 55 לכתב ההגנה מתאריך כ' שבט תשפ"א), אולם לאחר מכן הודו ש-30% מהדירה מצוי בשטח משותף, והשאר מצוי בשטח הפרטי. זכות הנתבעים 1 למרפסות החורגות מגבולות הבניין מעוגנת בהיתר הבנייה שחלק ממנו מובא כנספח 3 לפסק דין זה. התובעת ביקשה לערוך מדידה על מנת לוודא שזכויותיה לא ייפגעו, אך כיוון שהטיפול בתיק זה כבר התארך מאד ולא רצינו לעכבו עוד לשם עריכת מדידה לכן נכריע בנושא זה בדרך פשרה (סמכותנו להכריע בדרך זו מעוגנת בסעיף 3 לשטר הבוררות).

<sup>2</sup> יצויין שבסעיף 71 לחוק המקרקעין נקבע כי "על אף הוראות סעיף 62(א) סיפה, או סעיף 12(ב) לתקנון המצוי שבתוספת, רשאים מי שבבעלותם שלושה רבעים מהדירות ושני שלישים מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם, להחליט בדבר הוצאה של חלקים מסויימים מהרכוש המשותף והצמדתם לדירה פלוגית", ולא הרחבנו יותר בנושא זה, משום שסעיף זה אינו נוגע למקרה שלפנינו, היות והנתבעים אינם אוחזים בשלושה רבעים מן הדירות בבניין.



במסגרת פשרה אנו קובעים שלעניין תשלום דמי השכירות בלבד 45% מיחידה 8 נבנה בשטח המשותף.

#### 4. חדר ההסקה שחובר למחסן של התובעת

הנתבעים 1 טענו (סעיף 13 לכתב "נימוקי טענות הנתבעים" שהוגש ביום כ"ב כסלו התשפ"א, וכן בסעיף 28 לכתב ההגנה מתאריך כ' שבט התשפ"א) שהמחסן של התובעת (אשר בעלה עושה בו שימוש) כולל את המחסן המקורי של הדירה וגם חדר ההסקה של הבניין השייך לכל הדיירים. דין טענה זו להידחות. מחסן זה מסומן במספר 3 בתשריט שעליו חתמו כלל דיירי הבניין, ומשמעות סימון זה – שהוא שייך לתובעת בלבד (תשריט זה מופיע בסוף פסק הדין כנספח מספר 1). מאידך, יש לשים לב שחלק קטן בקצה חדר זה – בצד צפון מזרח, מסומן בתשריט זה בספרה 4, והוא מהווה שטח משותף ששייך לכלל הדיירים (ככל הנראה חלק קטן זה שימש בעבר כחדר ההסקה של הבניין, וכפי שמופיע בתשריט). למעשה, כיוון שמדובר בשטח קטן מאד והתובעת לא השכירה אותו, נכלול גם עניין זה בפשרה שנערוך בנוגע לכך ששטח הדירות הורחב, כפי שנכתוב להלן.

בית הדין קובע שחדר ההסקה למעט שטח קטן נמצא בשטחה של התובעת.

#### כא. מעמדה של יחידה 10 ומחסן תשמ"ו

יחידת דיור מס' 10 בתשריט, אותה בנו הנתבעים 1, מורכבת מהמחסן של נתבעים 1 כפי שנקבע בתשריט שעליו חתמו כל הצדדים (ששטחו 24 מ"ר), וכן מהמחסן שנבנה בשנת תשמ"ו, להלן, **מחסן תשמ"ו**. בין הצדדים מחלוקת לגבי הבעלות על **מחסן תשמ"ו**. נציין כי ממזרח למחסן תשמ"ו ישנו מחסן בגובה כמטר בלבד (להלן: **המחסן הקטן**), ושני המחסנים מצויים זה לצד זה בחלק הצפוני של הבניין.

אין חולק על כך שמחסן תשמ"ו נבנה מתחת למרפסת שבנו נתבעים 1. המרפסת של הנתבעים נבנתה על פי היתר בנייה שנמצא בידינו שכולל שרטוטים של הבניין. בנוסף, התובעת הציגה את הסכם תשמ"ו שהוזכר לעיל ובו התייחסות לבניית המרפסת ולבניית מחסן תשמ"ו.

מחסן תשמ"ו חוסם את החלון של המחסן של התובעת. החסימה בוצעה בבלוקים חשופים ללא טיח אותם ניתן היה לראות בסיור שקיים בית הדין. בפינת המחסן של גב' פ' היה בעבר הרחוק חדר הסקה, וכעת הוא חלק מהמחסן של התובעת כאמור לעיל. כעת, החלון של חדרון ההסקה הוא החלון היחידי במחסן של התובעת.

#### 1. טענות הצדדים

התובעת טענה כי מחסן תשמ"ו שייך לה. לדבריה בהסכם תשמ"ו נקבע כי גב' פ' תקבל את המחסן שייבנה מתחת למרפסת שיבנו הנתבעים 1 בשנת תשמ"ו תמורת 2000 דולר שגב' פ' שילמה. ואכן מחסן תשמ"ו נמצא מתחת למרפסת שבנו הנתבעים 1 באותה שנה. לטענתה עמדה זו מתחזקת מכך שמחסן תשמ"ו חוסם חלון במחסן שהיה שייך לגב' פ', שהרי לא ייתכן שאדם יסכים שיחסמו את חלונו. נתבעים 1 טענו (סעיף 25-26 לכתב ההגנה מיום כ' שבט תשפ"א) שהמחסן שעליו דובר בהסכם תשמ"ו אינו המחסן המהווה חלק מיחידה 10 אלא המחסן הקטן. לטענתם המחסן הקטן נמצא בשימוש על ידי התובעת גם בזמן זה, ונמצא כי אין כל עילה לתביעה. לדבריהם, עוד לפני בניית מחסן תשמ"ו הנתבעים 1 עשו שימוש בחלק מהשטח בו נבנה המחסן. הם בנו שם שירותים ומקלחת שחוברו למחסן שלהם והפכו אותו ליחידת דיור בה גרה אחת מבנות המשפחה שנישאה. עם בניית המרפסת הם בנו את כל השטח מתחת למרפסת וחיברו אותו למחסן שלהם ומיקמו בו גם מטבח, כפי שאפשר היה לראות בסיור



שקיים בית הדין. עוד הוסיפו (מכתב מיום ה' כסלו תשפ"ב) שמחסן תשמ"ו מחובר למחסן המקורי של הנתבעים ונבנה ככזה על מנת לשמש את הנתבעים 1.

## 2. דיון

המחלוקת בין הצדדים בעניין זה עוסקת בבעלות על מחסן תשמ"ו, שנמצא בפינה הצפון מערבית של הבניין. אין מחלוקת שמחסן זה נבנה בשנת תשמ"ו ושהוא נמצא מתחת למרפסת שבנו נתבעים 1 בהיתר באותה שנה. מקור המחלוקת בין התובעת לנתבעים 1 הוא בפרשנות הסכם תשמ"ו. התובעת טוענת כי בהסכם נקבע שמחסן תשמ"ו יהיה של גבי פ', ואילו נתבעים 1 טוענים שסוכם שגבי פ' תקבל את המחסן הקטן שכבר היה קיים בעת החתימה על הסכם תשמ"ו.

כדי להכריע במחלוקת נביא את נוסח הסכם תשמ"ו במלואו:

בס"ד כ"ב מנ"א תשמ"ו

צד א נתבעת 1 מתחייבת לתת לצד ב שהיא גבי פ' מתחייבת לתת 2000 דולר עבור שטח שליד המטבח בלבד וכל חודש 500 דולר מתחייבת בזה שהתקרה התחתונה תשמש מחסן לגבי פ' בזה לא יהי לי שום תלוות נגד גבי פ' ואני נותנת לה עבור החתימה שלה סכום המכובד של 2000 דולר בזה לא יהי שום התנגדות לגבי פ' שאני בונה מרפסת. בזה היא מאשרת לגבי פ' לבנות מחסן מתחת למרפסת וכל הזכויות של המחסן יהיו לגבי פ'. [תוספת בכתב יד שונה:] אך ורק עד החלון של המחסן שלה

החתימה מטה (חתימת גבי פ') 737628

החתימה מטה (חתימת נתבעת 1) 05433882/5

ראשית נעיר שהמילים "אך ורק עד החלון של המחסן שלה" כתובות בכתב יד שונה וייתכן שהתווספו לאחר חתימת ההסכם.

נעיר כי ההסכם כתוב באופן מאד לא מהוקצע ובכל זאת ניתן להבין ממנו כמה דברים. נכתוב את העולה מן ההסכם ומן הנתונים שהובאו בפנינו:

- א. נתבעת 1 שילמה לגבי פ' 2000 \$ עבור הסכמתה לבניית מרפסת, זאת, בניגוד לטענת התובעת שבהסכם כתוב שגבי פ' שילמה 2000 \$ עבור בניית מחסן מתחת למרפסת.
- ב. ברור לגמרי מההסכם שגבי פ' קיבלה רשות להשתמש במרפסת שבנתה נתבעת 1 כגג למחסן שהיא רשאית לבנות. ממילא ברור שבהסכם נקבע כי לגבי פ' הזכות לבנות מחסן במקום בו נמצא כעת מחסן תשמ"ו.
- ג. לאור זאת, יש לדחות את טענת נתבעת 1 שבהסכם תשמ"ו נקבע כי גבי פ' תקבל את המחסן הקטן, ויש לקבוע בבירור שהמחסן הקטן הוא שטח משותף השייך לכלל הדיירים.
- ד. נתבעים 1 טענו כי מחסן תשמ"ו מחובר למחסן המקורי שלהם, מה שמוכיח שמחסן תשמ"ו היה אמור להיות שלהם. יש לדחות טענה זו כיוון שמחסן תשמ"ו צמוד גם לדופן של המחסן של נתבעים 1 וגם למחסן של גבי פ' והתובעת, הרי שניתן היה לחבר את מחסן תשמ"ו למחסן של גבי פ'.
- ה. נתבעים 1 טענו כי הם בנו את מחסן תשמ"ו בעצמם, והטענה לא הוכחה. הדבר נתמך בכך שמחסן תשמ"ו מחובר למחסן של נתבעים 1 ולא למחסן של גבי פ' והתובעת. אילו גבי פ' הייתה בונה את



- המחסן כפי שסוכם, מסתבר שהייתה מחברת אותו למחסן שלה. לאור זאת אנו מוצאים לנכון להדגיש שמחסן תשמ"ו נבנה על ידי הנתבעים 1.
- ו. נתבעים 1 לא סיפקו הסבר המניח את הדעת לכך שהם בנו את המחסן בניגוד להסכם, או לכך שחסמו חלון של גב' פ'.
- ז. ההסכם אינו קובע ששטח המחסן יעבור לבעלותה של גב' פ'. כל שנאמר בו הוא שגב' פ' רשאית להקים מחסן בשטח זה בלא התנגדות של הנתבעים 1. לאמר: גב' פ' לא רכשה **בעלות** על שטח זה, אלא רק **זכות להשתמש** בו בצורה מסויימת (להקים בו מחסן). אך מעבר לכך: גב' פ' קיבלה זכות להקים מחסן בשטח זה, אך כל עוד לא הקימה את המחסן, הרי שזכותה טרם התממשה והשטח עודנו שטח משותף השייך לכלל הדיירים. יש להוסיף כי גם אילו היה הדבר בגדר ספק, הרי שיד בעל השטר על התחנתונה ולפי ההלכה (בבא בתרא קסז ע"א), שולחן ערוך חושן משפט סימן מב סעיף ה, ועוד) כשיש ספק כיצד לפרש חוזה, יש לאמץ את הפרשנות המצמצמת ביותר את זכויותיו של האוחז בשטר.
- ח. התובעת רכשה את דירתה של גב' פ' ונכנסה בנעליה.
- ט. לאור האמור אנו קובעים שמעמדו של מחסן תשמ"ו הוא ככל דירה אחרת שנבנתה על ידי הנתבעים 1 בשטח המשותף.
- י. יודגש: כי הסכם תשמ"ו נעשה בין נתבעים 1 לבין גב' פ' בלבד, ללא מעורבות של נתבעת 2. בהינתן שהחצר שייכת לכל השותפים, הדעת נותנת שנתבעים 1 יכלו לתת לגברת פ' אך ורק זכויות הנוגעות לחלק שלהם בשטח זה, ולא יותר (וכבר הסברנו שלא ניתן לפגוע בזכויותיו של דייר בלא הסכמתו המפורשת). היוצא שזכותה של גב' פ' להקים מחסן בשטח זה, כפופה להסכמתה של נתבעת 2.
- יא. עוד נוסיף כי כיוון שישנו צורך לאמוד את שטחו של מחסן תשמ"ו ביחס לדירה 10, לכן אנו קובעים בדרך פשרה כי בכל הנוגע לחישוב דמי השכירות בלבד גודל מחסן תשמ"ו הוא שלישי מכלל יחידה 10.

לסיכום -

- א. מחסן תשמ"ו נבנה בידי הנתבעים 1 וכולו נמצא בשטח משותף.
- ב. גב' פ' רכשה זכות להקים מחסן בשטח זה. ולא מימשה זכות זו.
- ג. זכותה כפופה להסכמתה של נתבעת 2.
- ד. המחסן הקטן הוא שטח משותף.
- ה. נקבע בדרך פשרה כי בכל הנוגע לחישוב דמי השכירות בלבד גודל מחסן תשמ"ו הוא שלישי מכלל יחידה 10.

### חטיבה ד: התשלום המגיע לתובעת עבור יחידות הדיור

עד כה הכרענו כי החצר נשארה חצר משותפת, והכרענו באופן פרטני לגבי מעמדה של הקרקע עליה נבנו היחידות השונות. כעת נדון בבקשת התובעת לקבל תשלום עבור השימוש בשטח המשותף.

במקרה שלפנינו הנתבעים השביחו את השטח המשותף והפיקו ממנו רווחים, ולכן נבחן תחילה את דינו של שותף שהפיק רווח מנכסי השותפות או השכיר את הנכסים המשותפים. לאחר מכן נתמקד בשאלה העומדת לפנינו – שותף שהשביח את הנכסים המשותפים ואז הפיק מהם רווחים והשכירם.





נמצא שכאשר שותף חילק את נכסי השותפות שלא כדין והפיק רווח מחלקם – הרווחים מתחלקים בין כל השותפים.

### כג. שותף שהשכיר שטח משותף

על פי ההלכה כאשר שותף משכיר שטח משותף – השכר לאמצע, ואם אחד השותפים קיבל את כל התשלום – שותפו יכול לתבוע ממנו את חלקו. הביסוס ההלכתי לקביעה זו מופיע בנספח 6 המופיע בסוף פסק דין זה.

הנתבעים 1 טענו שהם זכאים לקבל את כל דמי השכירות, מפני שגם גב' פ' ולאחריה התובעת יכלו לבנות בחלק אחר של החצר המשותפת. דין טענה זו להידחות. ראשית, כבר אמרנו שכל פיסה מן החצר נחשבת משותפת והבונה עליה נחשב לבונה על שטח משותף, ואין זו מציאות של שותף המשכיר את "חלקו", שהרי אין זה חלקו. בנוגע לנתבעים 1 קיים נימוק נוסף לדחיית טענה זו, שהרי הם כלל לא הותירו מקום לבנייה בחצר המשותפת, וכל המקום שנשאר לצורך בנייה מופיע בהיתר הבנייה כשביל מעבר או כחנייה (נימוק זה לא תקף כלפי נתבעת 2).

הנתבעים 1 טענו (סעיף 39 לכתב ההגנה החדש מתאריך כ' שבט תשפ"א, 2.2.21) שעמדתם מעוגנת בדברי הרמ"א (ח"מ ש"ג, י) וכן בדברי הסמ"ע (ש"ס ס"ק כה) הכותב שאם שותף השכיר רק את "חלקו" – הוא זכאי ליטול לעצמו את כל דמי השכירות, אנו דוחים את טענתם בשל הנימוקים שכתבנו בפרק זה.

### כד. שותף שהשביח נכס משותף

לאחר שביררנו את ההלכה בנוגע לשותף שהפיק רווח משטח משותף או השכירו, נפנה לברר את הדין בשותף שהשביח נכס משותף, כפי שנעשה במקרה שלפנינו. ותחילה נציין שהקמת מבנה מוגדרת כהשבחה של הקרקע (על פי הגהות מיימוניות גזלה פרק י' אות ג', רמ"א ח"מ קע"ח ג, נתיבות רפז ס"ק ו, וראו גם רמב"ם נחלות ט ד).

כאשר שותף השביח את השטח המשותף – יש לבחון למי שייך השבח. הראב"ד קובע (הובא ברא"ש בבא מציעא ג, יד) שכאשר מדובר בשותפים שאינם ניזונים מאותה קופה – אזי דין השותף שהשביח כדין יורד לשדה חבירו. דהיינו כדין מי שהשביח נכסים של אדם זר בלא שקיבל את הסכמתו לכך. דברי הראב"ד נפסקו להלכה על ידי הרמ"א (ח"מ רפז, א) שכתב: "אם אין (=השותפים) ניזונין יחד, אפילו השביח מחמת עצמו, אינו נוטל רק כשאר יורד שלא ברשות לנכסי חבירו" (וראו גם בביאור הגר"א שם שהפנה למקורות נוספים המחזקים את הקביעה ששותף נידון כיוורד לנכסי חבירו. נעיר שהראב"ד והרמ"א כתבו ששותף נחשב ליורד שלא ברשות, אך לעיתים שותף ייחשב כיוורד ברשות (בבא בתרא מב ע"ב; רמב"ם גזלה י, ז, שו"ע ח"מ קעת, ג; שעה ה), הדבר תלוי אם השותף השני הביע התנגדות להשבחה ובתנאים נוספים ואכמ"ל).

דינו של יורד לשדה חבירו ומשביחו הוא שהמשביח זכאי לקבלת תשלום בשיעור הוצאותיו ולעיתים גם לתשלום נוסף, ובמקביל ההשבחה עוברת לידי בעלי הקרקע (שו"ע ח"מ קעת, ג; שעה א; שעה ו). לאור זאת, לכאורה היה עלינו לקבוע בפשיטות שגם במקרה שלפנינו, ההשבחה, קרי, המבנים שהוקמו, שייכת לכלל בעלי הקרקע ותמורתה ייטלו הבונים את הוצאותיהם.

אולם למעשה נראה שבמקרה שלפנינו המבנים נשארו בבעלותם של הבונים, וזאת מפני שהעברת המבנה לבעלות בעל הקרקע תמורת תשלום, מתבצעת על ידי מעשה קניין (חצר) ומותנית בהסכמת שני הצדדים, ובמקרה שלפנינו



לא הייתה הסכמה כזו, הביסוס לכך שיש צורך בהסכמת הבונה כדי שהמבנה יעבור לבעלות בעל הקרקע - מופיע בסוף פסק זה **בנספח 9**. הביסוס לכך שנדרשת הסכמת בעל הקרקע בכדי שהמבנה יעבור לבעלותו (וכן ביסוס הקביעה שהתובעת שלפנינו לא רצתה שהמבנה יעבור לבעלותה) – מופיע בסוף פסק זה **בנספח 10**.

לפי זה אם הבונה ישכיר מבנה שהקים על הקרקע המשותפת, אז לא כל הרווח יהיה לאמצע (שהרי המבנה עצמו מצוי בבעלותו הפרטית והרווח שהופק ממנו – שייך לבונה לבדו), אלא רק הרווח שהופק מהקרקע.

לכאורה היה מקום לטעון שהבונה רק רשאי ליטול את עציו ואבניו, אבל כל עוד לא נטל אותם והם מחוברים לקרקע אזי הקרקע של הבעלים מושבחת, ואם הבונה נהנה ממנה, אז עליו לשלם לבעל הקרקע על כל ההנאה. אך ממקורות ההלכה ברור שאין זה נכון וכאשר נקבע שהמבנה שייך לבונה אז הבונה בקרקע חבירו ומשתמש במבנה צריך לשלם לבעל הקרקע אך ורק על הנאתו מן הקרקע ולא על הנאתו מן המבנה (הביסוס לקביעה זו מופיע **בנספח 8** שבסוף פסק דין זה).

ולדינא: היורד לשדה חבירו והשביחו על ידי שבנה בו מבנה: אם הצדדים מעוניינים שהמבנה (=ההשבחה) יעבור לבעלות בעל הקרקע אז הבונה יטול את הוצאותיו ויפנה לדרכו והמבנה יעבור לבעלות בעל הקרקע. ואם שני הצדדים לא מעוניינים בכך, אזי המבנה יישאר של הבונה, (וכמובן שהקרקע שתחתיו נשארת של בעל הקרקע).

שותף המשביח קרקע משותפת נחשב כיורד לשדה חבירו ודינו זהה: אם הצדדים מעוניינים שהמבנה (=ההשבחה) יעבור לבעלות בעלי הקרקע – השותף שבנה נוטל הוצאותיו והמבנה נעשה משותף, ואם אינם מעוניינים בכך, המבנה נשאר מבנה פרטי של השותף הבונה, וכמובן שהקרקע שתחת המבנה נשארת של כלל בעלי הקרקע.

בסעיף הקודם למדנו ששותף המשכיר נכס משותף – הרווח לאמצע. לאור מה שראינו עתה יש לקבוע שהבונה בקרקע משותפת והשכיר את המבנה, אזי הרווח שהגיע מן הקרקע המשותפת – לאמצע, אולם הרווח שהגיע מן הבניין – יינתן לבונה.

מן הכלל אל הפרט - במקרה שלפנינו, שהנתבעים בנו עבור עצמם ולא רצו להעביר את המבנה לבעלות שאר בעלי הקרקע, (ובנוסף גם גבי פ' לא רצתה את המבנים, וכך גם עמדת התובעת כיום, והארכנו בזה בנספח 10) יש לקבוע שהרווחים שהופקו מהמבנה – שייכים לנתבעים לבדם. עם זאת, הרווחים שהגיעו מן **הקרקע** המשותפת, יינתנו לאמצע, ובהתאם למקורות שהובאו לעיל.

המורם מכל האמור –

1. הקמת מבנה נחשבת להשבחה של הקרקע.
2. כאשר אדם ירד לשדה חבירו והשביחו – המשביח זכאי לתשלום וההשבחה הופכת להיות של הבעלים.
3. כך הדין גם בשותף שהשביח (בשותפים שאינם ניזונים יחד – ראב"ד ורמ"א [רפז ב]).
4. העברת ההשבחה לידי הבעלים נעשית על ידי קניין חצר, ותלויה בהסכמת הצדדים.
5. כאשר ההשבחה לא עברה לידי הבעלים, אזי הבניין נותר של הבונה, ואם נהנה ממנו – אינו חייב לשלם על כך לבעל הקרקע. עם זאת, עליו לשלם על הנאתו מרכיב הקרקע (בהתאם להלכות נהנה וגדרי זה נהנה וזה חסר ואכמ"ל).
6. אם הבונה בנה בקרקע משותפת והשכיר את המבנה, אזי רק הרווח מן הקרקע יינתן לאמצע, אך הרווח שהגיע מן הבניין – יינתן לבונה.
7. במקרה שלפנינו המבנים שנבנו על הקרקע המשותפת שייכים למי שבנה אותם, הרווח מן הקרקע יינתן לאמצע, אך הרווח שהגיע מן הבניין – יינתן לבונים (יש לציין שבמקרה שלפנינו התובעת רוצה להרוס



את המבנים ואילו הנתבעים רוצים לחלוק את השטח, כך שכל הצדדים אינם מעוניינים שהשבחה תעבור לידי התובעת תמורת תשלום).

### כה. האם על הנתבעים לשלם כשלא קיבלו החזר על הוצאות הבנייה

הנתבעים 1 טענו (סעיף 38 לכתב ההגנה כ' שבט תשפ"א, וכך גם טענה נתבעת 2 במכתבה מתאריך 10.3.21, כ"ו אדר תשפ"א) שהתובעת צריכה לשאת בהוצאות הבנייה, והוסיפו שכל עוד לא עשתה כן, הנתבעים רשאים להשתמש במבנים וגם להשכירם בלא רשותה. איננו מקבלים טענה זו.

כאשר אדם בונה בקרקע חבירו, אזי על בעל הקרקע לשלם לבונה את הוצאות הבנייה, ולפעמים אף יותר מכך (שו"ע חו"מ שעה, א), אך ברור ופשוט שהלכה זו מדברת רק על נסיבות שבעל הקרקע זוכה במבנה ותמורתו הוא משלם לבונה את הוצאותיו. אולם כאשר בעל הקרקע אינו זוכה במבנה, בוודאי שאין כל הצדקה לדרוש מבעל הקרקע לשלם את הוצאות הבנייה. ואיך ייתכן שבעל הקרקע יצטרך לשלם על הוצאות הבנייה כאשר המבנה אינו עובר לבעלותו?

לאור קביעה זו נוסף ונאמר: הגם שכאשר בעל הקרקע אינו ממלא את חובתו ואינו משלם לבונה את הוצאותיו, אזי יש נסיבות שהבונה רשאי להטיל עליו עיצומים ולדור במבנה עד אשר בעל הקרקע ישלם לו את הוצאות (רא"ש בבא מציעא ח, כג; שו"ע חו"מ קסד, ה), ולפי בעל נתיבות המשפט (ביאורים קסד, ס"ק יא) אף יש לבונה רשות להשכיר את הבניין (אפילו לבעל הקרקע) עד שיכסה את הוצאות הבנייה. אולם במה דברים אמורים? כאשר בעל הקרקע אכן מחויב לשלם לבונה את הוצאותיו. אבל כאשר אין לבעל הקרקע חובה לשלם לבונה את הוצאותיו, כמו במקרה דנן וכמו בכל מקרה שהבונה אינו מעוניין להעביר את המבנה לבעלותו של בעל הקרקע, אין מקום לעיצומים מסוג זה.

בנוסף יש לציין שבשו"ת אבני שיש (חלק ב סימן פב) מתייחס הרב שאול ישועה אבוטבול למקרה של שותף שבנה מבנה על קרקע משותפת וקבע שהבונה רשאי לדור בו ולהשכיר אותו וליטול לעצמו את כל דמי השכירות כל עוד שאר בעלי הקרקע לא שילמו לו את הוצאותיו. מדבריו ברור שכך ההלכה אפילו כאשר המבנה הוקם בשטח שאינו עומד לבנייה, ואפילו אם השטח עמד להשכרה והבונה פגע בשאר בעלי הקרקע ומנע מהם את האפשרות להשכיר את חלקם. וכך כותב הרב אבוטבול:

מאן דאית ליה שותפות בהמדור שבנה אפי' אם בנאו במקום שאינו עשוי לבנות הו"ל כיווד ברשות כדקיי"ל (חו"מ) בסי' קע"א ס"ג ובסי' שע"ה ס"ה דשותף הוי כיווד ברשות דמי שנטול בשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע וטעמא דהוי שותף כיווד ברשות אפי' בשדה שאינה עשויה ליטע כתבו הרא"ש בכלל צ"א סי' א' משום דלהשביח חלקו הוא יורד ואין חלקו מבורר צריך להשביח הכל ע"כ, הרי דיש עדיפות בשותף דיכול לבנות אפי' במקום שאין עשוי לבנות וכ' בהגה"מ שם בפ' י' מה' גזלה דבזה אם שותפו מוחה בו שלא לשנות יכול לוי' לו טול עציך וכו' ואם הוא דבר העשוי לבנות צריך חבירו ליתן לו חלקו אפי' אם מיחה והביאו מור"ם / חו"מ / בסי' קע"ח בהגה"מ יע"ש נמצינו למדין דבמקום שאינו עשוי לבנות כשלא מיחה בו שותפו או במקום שעשוי לבנות אפי' שותפו עומד וצווח רשאי לבנות ואין מכניס שותפו לחלקו עד שיתן לו יציאותיו ואינו מנכה כלום בשכר מה שדר או נהנה מחלק חבירו אפי' באופן שזה נהנה וזה חסר וכמו שמבואר נמי בדין הבית והעליה של שנים שנפלו הני"ל ופסקו מרן / חו"מ / בסי' קס"ד ס"ה דבעל העליה בונה הבית ודר בו עד שיתן לו יציאותיו מטעם דאיתא בגמ' הנז' דביתא לעליה משתעבד פרש"י שעל הבית לסבול העליה ע"כ ומחמת האי שעבודא מפסיד עליה בבית תלתא הילכך יש לבעל העליה בבית שליש כמבוי



פי' הבית והעליה קי"ז ע"ב ומרן שם ואם אמרו בשיתוף דמחמת שעבודא כ"ש בשיתוף גמור שדר עד שיתן לו יציאותיו ולא שכרו כדדייקינן לעיל והיינו אפי' באופן דזה נהנה וזה חסר שהרי טעם זה נאמר בגמ' למאי דס"ד זה נהנה וזה אינו חסר חייב אפי' הכי פטרינן ליה מהאי טעמא והשתא דאיפשיטא בעינן דזה נהנה וזה אינו חסר פטור לא נצרך טעם זה אלא לזה נהנה וזה חסר דחייב שיש לפטרו מהאי טעמא ודו"ק.

לכאורה, מדברים אלו יוצא שהבונה לבדו זכאי לדור ולהשכיר את המבנה כל עוד לא שילמו לו את הוצאותיו. אולם למעשה אין ללמוד ממסקנה זו אל המקרה שלפנינו, וזאת משום שהרב אבוטבול כותב במפורש שהקביעה שהשותף "רשאי לבנות ואין מכניס שותפו לחלקו עד שיתן לו יציאותיו ואינו מנכה כלום בשכר מה שדר או נהנה מחלק חברו", תקפה אך ורק ב"מקום שאינו עשוי לבנות כשלא מיחה בו שותפו או במקום שעשוי לבנות אפי' שותפו עומד וצווח", ומכאן ברור שדבריו אינם שייכים במקום שאינו עשוי לבנות ושותפו דורש ממנו לפרק את המבנה, וכפי שאירע במקרה שלפנינו.

כלומר, הדעת נותנת שהבונה יכול להטיל עיצומים על בעל הקרקע רק כאשר בעל הקרקע חייב היה לבנות בעצמו. כגון במקרה של בניין בן שתי קומות שקרס חלילה, שחובתם של שני הדיירים לבנותו ביחד מחדש, ועל זה אמרה הגמרא (בבא קמא כ ע"ב) שאם בעל הדירה בקומה הראשונה לא בנה, אזי שכנו רשאי להטיל עליו עיצומים כיוון ש"ביתא לעליה משתעבד" (וראו תוספות שם, ד"ה ת"ש, ועיינו גם פתחי תשובה חו"מ קסד ס"ק ד) וכן בכל מציאות שבעל הקרקע חייב לשלם על הוצאות הבנייה ואינו משלם, רשאי הבונה לדור ולהרוויח לבדו מהנכס. אבל כאשר בעל הקרקע אינו חייב לשלם, בוודאי שאין מקום לנקוט נגדו בסנקציות על שאינו משלם את הוצאות הבניה.

נמצא שכאשר אדם בנה בשטח חברו אזי המבנה הוא רכושו הפרטי של הבונה ועל פי ההלכה המבנה אינו יוצא מבעלותו של הבונה בלא הסכמתו. במצב זה (שהבונה מעוניין שהמבנה יישאר ברשותו) הבונה אינו זכאי לקבל מבעל הקרקע את הוצאות הבנייה. ממילא, אין מקום להטיל על בעלי הקרקע עיצומים על שאינם משלמים את הוצאות הבנייה.

**לסיכום, הטענה שעד שהתובעת לא תשלם על עלות הבנייה היא לא זכאית לקבל תשלום על השימוש בקרקע המשותפת – נדחית.**

נתבעת 2 טענה שביחס לאחת מהדירות שבנתה, ההשקעה טרם החזירה את עצמה, והרווחים עוד לא כיסו את הוצאות הבנייה. לפי מה ראינו עד כה, יש מקום לטעון שטענה זו אינה רלוונטית. המבנה שייך לבונה, והוצאותיו מוטלות עליו בלבד. שכר הדירה שמניב הנכס הוא פרי של המבנה ושל הקרקע, והוא שייך לבעל המבנה ולבעל הקרקע, ואין זה משנה אם אחד מהם עדיין לא סיים להחזיר את ההוצאות שהוציא כדי לרכוש את המבנה או את הקרקע. למעשה, עניין זה יוכרע בשלב הבא אי"ה.

בשולי סעיף זה נעיר: אנו קבענו שההשכחה אינה עוברת לרשות שאר השותפים ולכן אין השותפים זכאים להחזר הוצאותיהם. אולם יש לציין שבמצבים שבהם ההלכה היא שההשכחה עוברת לרשות שאר השותפים, אזי יש לבחון האם הנתבעים זכאים לתשלום ההוצאות בלבד או גם לתשלום שכרם כאריס (רווח קבלני). אודות נושא זה ראו עלון המשפט 133, הערות 22-25.

עוד נוסיף שאין זה פשוט ששותף צריך להתחלק עם חברו גם כאשר הפקת הרווח הייתה כרוכה בסיכון (על פי שו"ת חת"ס חו"מ מז; פתחי תשובה חו"מ סימן קע"ז ס"ק יז), ולאור זאת היה מקום לטעון בנוגע למקרה שלפנינו שכיוון שבניית יחידות הדיור כרוכה בסיכון שהעירייה תהרוס את הבנייה או תטיל קנס, לכן אין לגב' פי' ולתובעת זכות ליטול חלק ברווח.



אולם למעשה אין לקבל טענה זו, ונבאר דברינו. כאשר שהשותף שהרוויח רשאי לזכות בכל הרווח לעצמו או לשותפות, כדוגמת שותף שמצא מציאה שרשאי לומר שהתכוון לזכות לעצמו, אזי אכן ניתן לומר שכשהפקת הרווח כרוכה בסיכון אזי כוונתו הייתה לזכות בכל הרווח לעצמו ולכן הוא אכן זוכה בו לבדו (ראו תומים סימן ס"ב ס"ק י). אולם, במקרה שלפנינו שמדובר על שטח משותף שהושכר, הרי כבר הזכרנו לעיל שהשכר לאמצע אפילו אם השותף התכוון לזכות לעצמו בכל השכר, ולכן גם במקרה שלפנינו יש לקבוע שהשכר לאמצע.

כחזוק מסויים להוראה זו נציין שהחשש מקנס כספי אינו פשוט. הן משום שבדרך כלל העירייה שולחת התראה המאפשרת להרוס את עבירת הבנייה בתוך פרק זמן מסויים וכאשר נשמעים להתראה זו ניתן לבטל את הקנס, (ובפרט לאור מה שקבענו בפסק זה - שהמבנים לא שייכים לתובעת אלא שייכים רק לנתבעים, והוצאות בנייתם (וכן ההוצאות לצורך הריסתם ובנייתם מחדש) מוטלות רק על כתפי הנתבעים), והן מפני שייתכן שהקנס על גבי פ' היה מבוטל לאחר שהיה מתברר שהיא לא בנתה ואין לה חלק במבנים, אלא רק קיבלה מהנתבעים דמי שימוש על השימוש בקרקע.

עוד נוסיף: הדעת אמנם נותנת שאין זה מן הצדק לקבוע שהשכר כולו לאמצע, בלא להתחשב בסיכון שהנתבעים לבדם לקחו על עצמם. אולם להבנתנו סיכון זה מהווה חלק מערכה של הקרקע – שזו קרקע ששווה נמוך יותר מפני שהעירייה עלולה לבוא בכל עת ולהרוס את המבנים הנבנים עליה.

**לסיכום – כל השכר מהקרקע שייך לאמצע. העובדה שהנתבעים לקחו סיכון רק על עצמם תבטא בחישוב ערכה של הקרקע.**

### כו. התקופות עליהן כל נתבע צריך לשלם

לפי מה שביארנו עד עתה, יחידות הדיור שהוקמו – שייכות לבונים, ואילו הקרקע - משותפת. ממילא, שכר הדירה שהתקבל מהשכרת היחידות צריך להתחלק בין בעלי הקרקע ובעלי המבנים. שכר הדירה שיינתן לבעלי הקרקע צריך להתחלק בשווה בין שלושת בעלי הקרקע.

עתה עלינו לבחון על איזו תקופה צריך לשלם כל אחד מן הנתבעים.

אין ספק שנתבעים 1 צריכים לשלם לתובעת הן על תקופת פ' והן על תקופת התובעת. וכן ברור שנתבעת 2 צריכה לשלם על תקופת פ'.

אולם בנוגע לשאלת חובתה של נתבעת 2 לשלם על תקופת התובעת, היה מקום לטעון שנתבעת 2 פטורה מתשלום היות ולאחר שהתובעת רכשה את הדירה היא פעלה בשיתוף פעולה עם נתבעת 2 ויחד הם תכננו תוכניות בינוי ופנו לעו"ד כדי לקדם נושא זה (כפי שמופיע בתגובת התובעת מתאריך ד' חשוון התשפ"ב, 10.10.21) ובדומה לזה בפרוטוקול סיור י"ט כסלו תשפ"ב עמ' 4). רק בעת שנתבעת 2 הצטרפה לבוררות בבית דיננו, תבעה אותה התובעת. לכאורה מכך שהתובעת ידעה שנתבעת 2 לוקחת לעצמה את כל דמי השכירות, ובכל זאת פעלה עמה בשיתוף פעולה, נראה לכאורה שהתובעת הסכימה למעשיה ולכן יש מקום לבחון שאלה זו.

התובעת טענה (תגובתה מיום ד' חשוון תשפ"ב) שמעולם לא ויתרה על זכותה ליטול חלק ברווח של נתבעת 2, והוסיפה שהדברים נאמרו לנתבעת 2 פעמים רבות.

ב"כ נתבעת 2 הגיב כך:

לפי זכרוני אף פעם לא תבעה משפחת [התובעת] מ[נתבעת 2] שכירות.



משפחת [התובעת] פנתה למשפחת [נתבעת 2] שהם רוצים לתבוע את משפחת [נתבעים 1] ויכול להיות שהם גם יתבעו את משפחת [נתבעת 2]... אבל הם הדגישו שאין ל[נתבעת 2] ממה לחשוש, כיון שמשפחת [נתבעת 2] בנתה ס"ה 25% מהרכוש המשותף אז... [נתבעת 2] רק ירוויחו שיחלקו מחדש וכל אחד יקבל 33,3% מהרכוש המשותף.

למעשה, לפי העקרונות שקבענו הרי ששותף חייב לחלוק ברווחים עם כל חבריו, וכיוון שידוע שהקרקע משותפת, הרי שכדי להיפטר מחובה זו יש צורך במחילה מפורשת מצד התובעת על זכותה. נתבעת 2 לא הוכיחה שהתובעת מחלה על זכותה ועל כן אין לקבל את עמדתה.

אמת שבדרך כלל חובת הראייה מוטלת על התובע, אולם במקרה זה נטל הראייה מוטל על כתפי הנתבע. הסיבה לכך היא מפני שמחילה היא טענה גרועה (שהרי אין זה סביר שאדם יוותר על זכויותיו) ולכן אדם אינו נאמן לומר שמחלו לו בלא ראייה או מיגו (עיינו: רמ"א ע"א, ש"ך ע"ה סק כב; נתיבות המשפט, חידושים ע"ה ס"ק יז<sup>3</sup>).

לאמיתו של דבר, גם לדברי נתבעת 2 שהתובעת לא ביקשה מעולם דמי שכירות, לא הייתה כאן מחילה פוזיטיבית או מתן רשות לנתבעת 2 לקחת לכיסה את כל הרווח. גם ההבהרה שנתבעת 2 אינה צריכה לחשוש אינה בהכרח מהווה וויתור על זכותה לקבל תשלום, וייתכן שהבהרה זו כלל לא התייחסה לתביעה לקבל דמי שכירות, וכפי שנראה מהנימוק שהוסיפה – שנתבעת 2 תרוויח מכך שיחלקו את השטח מחדש.

לכן אנו קובעים שנתבעת 2 צריכה לשלם הן על תקופת התובעת והן על תקופת פ'.

**לסיכום, שני הנתבעים צריכים לשלם לתובעת את חלקה בדמי השכירות גם על תקופת פ' וגם על תקופת התובעת.**

### כז. הגדרת החיוב בתשלום עבור הקרקע

כאמור, על הנתבעים לשלם לתובעת את חלקה בדמי השכירות שהגיעו עבור השכרת הקרקע המשותפת. אולם בבואנו לחשב מהו הסכום שהתקבל עבור השימוש בקרקע שאותו יש להכניס לקופה המשותפת, יש לתת את לבנו לכך שיחידות הדיור הוקמו בחצר שלא הייתה מיועדת לבנייה, אלא לכל היותר מיועדת לחנייה ולהניח בה חפצים וכדומה. לכן עולה השאלה האם דמי השכירות ששולמו עבור הקרקע (אותם יש להכניס לקופה המשותפת) הינם הסכום ששולם עבור שימוש בחצר המיועדת לחנייה בלבד – שהרי החצר אכן עמדה רק לשימושים מסוג זה, או שמא דמי השכירות ששולמו עבור הקרקע משמעם הסכום ששולם עבור השימוש בחצר המיועדת לבנייה (אולם ללא אישורים רשמיים) – כפי שהשתמשו בה בפועל?

כדי להשיב לשאלה זו נפנה לגמרא שהוזכרה לעיל (בבא קמא כא ע"א) המספרת שאדם אחד בנה בניין על קרקע בה עמדה חורבה של יתומים, ורב נחמן חייב אותו לשלם להם. הראשונים נחלקו בשאלה מה הסכום שהבונה צריך לשלם ליתומים. הרשב"א (בבא קמא כא ע"א, ד"ה הא דאמרינן) כותב בתוך דבריו שאם בעלי הקרקע לא מעוניינים במבנה החדש הרי שמתברר שהבונה "עומד בצל קורתו" (=כלומר במבנה שלו) ולכן לדעת הרשב"א במצב זה "אין

<sup>3</sup> בדומה לזה כתב המאירי (מסכת בבא קמא דף צא עמוד ב) -

מי שקצץ נטיעותיו של חברו והרג את שורו ובא חברו וטענו שורי הרגת או נטיעותי קצצת והלה משיב אתה אמרת לי להרג אתה אמרת לי לקצצו אם אין עדים בדבר נאמן ופטור שהרי היה יכול לטעון לא הרגתי ולא קצצתי ואם היו עדים בדבר אינו נאמן וחייב לשלם.



להם ליתומים (=שהם בעלי הקרקע) אלא **שכר קרקעיתה של קלקלתא** (=חורבה), דהיינו בעלי הקרקע זכאים לקבל מן הבונה רק את הרווח שהם יכלו להפיק מן הקרקע כפי שהיא בלא המבנה.

אולם הרא"ש (בבא קמא ב ו) כותב כך:

לא היה שם דירה ממש אלא אהלים לסחורה היו נוטים שם, והלך זה ובנה בית היתומים ולא היה להם כדי לפרוע דמי בנינו. וא"ל רב נחמן שיפייס היתומים במידי דאפייסו. ולא חש לדבריו ואגביה לאפדניה **עד שנתן ליתומים שכר הראוי ליתן מחורבה אחת לבנות עליו בית**, והוא יותר ממה שהיו נותנים להן קדמנאי כיון שהיו חסרים בו דבר מועט **צריך הנהנה לפרוע כל הנאתו**.

כלומר, היתומים השכירו את השטח לסוחרים שהעמידו בו אוהלים, והפולשים בנו בו בית ומנעו את השכרתו לסוחרים. בהינתן כך, על הפולש לשלם ליתומים דמי שכירות עבור קרקע המיועדת לבנייה. הרא"ש נימק שמאחר שהפולש גרם ליתומים להפסיד את דמי השכירות (המועטים) מהסוחרים, עליו לשלם על מלוא ההנאה שקיבל מהקרקע. כך נראה גם מדברי הר"ן (בבא מציעא קא ע"א, ד"ה ומהא).

הרמ"א (דרכי משה חו"מ שעה, ו), הכריע כשיטת הרא"ש ורבנו ירוחם וכותב:

כתב במישרים נל"א ח"ב (צה ע"ד) מחסר חבירו בדבר מועט ונהנה ממנו אינו משלם מה שחסרו לבד אלא כל מה שנהנה. כגון אדם שיש לו בית כמו חורבה, וסוחרים נוטים שם אהלם לסחורה ונותנים לו דבר מועט לשכירות, ובנה אחד שם. צריך ליתן לו כל מה שנהנה ולא מה שנותנים הסוחרים לבדו, אלא שמין כמה אדם רוצה ליתן לבנות חורבה כזו עכ"ל.

כך כתבו גם הראנ"ח (שו"ת מים עמוקים ב ג); רעק"א על שו"ע חו"מ שעה, ז; שו"ת אבני שיש ב, פב, ד"ה העולה; בדומה לזה נפסק גם בשו"ת מהרי"א עניזל, לט; שם, מא). כך כתב גם בשו"ת משפטים ישרים (א, שסו, וראו גם את דבריו שם ב, קפז, ואכמ"ל) וכך נראה להכריע.

היות שכך יש לשלם על ההנאה, הרי שהדעת נותנת שכך יש לשלם גם כאשר שותף הפיק רווחים משטח משותף. **בהינתן כך, שורת הדין היא שהתובעת זכאית לשליש מהסכום שמקובל לתת עבור שכירת החצר לצורך בנייה (בלתי חוקית, שהעירייה עלולה להרוס בכל עת) המיועדת להשכרה. להבנת בית הדין כדי להעריך נכון את הסכום יש להיעזר בשמאי שישמש כמומחה בית הדין.**

החישוב השמאי יכלול התייחסות לעלות השכרת הקרקע לטווח של מספר שנים כפי שנקבע בהמשך. חלק מטווח השנים ייקבע בצורה של פשרה, הן בשל חלוף הזמן הרב מאז שהחל השימוש במבנים, והן בשל טעמים נוספים.

## כח. משך הזמן בו הושכרו יחידות הדיור

עד כה קבענו את העקרונות לחיוב הנתבעים בתשלום לתובעת עבור יחידות הדיור, וחתמנו בכך שהחישוב ייעשה על ידי שמאי מקרקעין. כפי שנראה בהמשך, גם התקופות שבהן נעשה שימוש ביחידות, אינן ידועות לנו במדויק, וזאת מפאת הזמן הרב שחלף מאז שהשתמשו הדיירים במבנים וכן בשל טעמים נוספים. כיוון שכך, נדרש להכריע בעניין זה בדרך של פשרה.

סמכותנו לנהוג כך מעוגנת בדברי השולחן ערוך (חו"מ יב, ה) ובשטר הבוררות.



התובעת מבקשת שבית הדין יחייב את הנתבעים לשלם לה את חלקה מאז פסק דין הרב הבורר (דהיינו מתאריך כ"ה תמוז תשס"ג) והלאה. התובעת הגישה אסמכתאות מהארכיב האופטי של העיריה בנוגע לחלק מהיחידות כפי שנפרט.

לעומת זאת, הנתבעים 1 טוענים שחלק גדול מן הדירות הוקמו בשלב מאוחר יותר. לטענת הנתבעים (בדוא"ל ששלחו לבית הדין והגיע אלינו ב"י שבט התשפ"ב, 12.1.22) כך הם פני הדברים:

יחידות 2-3 הוקמו בזמן הדיון בפני הרב הבורר, אלא שלטענתם הן היו אז קטנות יותר מכפי שהן היום ולאחר שהעיריה הרסה אותן היו נבנו שוב בגודלן הנוכחי.

יחידה 4 נבנתה לפני 10 שנים לערך.

יחידה 5 נבנתה לפני כ-18 שנה כדירה קטנה יותר ולפני כ-13 שנה שופצה והורחבה.

יחידה 7 נבנתה לפני כ-17 שנה, ולפני כ-10 שנים הורחבה לגודלה הנוכחי.

יחידה 8 הוקמה לפני כ-10 שנים.

יחידה 10 – המחסן נבנה בעת הבנייה, וההרחבה נעשתה בשנת התשמ"ו.

פס"ד הרב הבורר ניתן בשנת תשס"ג, וכיוון שבדרך כלל תקופות השכירות חופפות לשנת הלימודים (שנה"ל) קרי, מקיץ ועד קיץ, נניח שהיחידות שהיו קיימות בעת מתן פס"ד הרב הבורר הושכרו מתחילת שנה"ל תשס"ד והלאה.

(מדברי הנתבעים נראה שבמסמך זה המספור של יחידות 7 ו-8 נעשה בהתאם למה שקבענו לעיל שיחידה 8 מצויה מעל יחידה 7, באופן שיחידה 8 נבנתה מעל יחידה 7 ולאחריה).

### 1. יחידות 2-3

יחידות אלה היו קיימות בעת מתן פס"ד הרב הבורר (כפי שהוסכם על הצדדים במהלך הדיונים). אחרי הדיון נבנתה יחידה 2. העיריה הרסה יחידות אלו וככל הנראה לקח כשנתיים עד שנבנו מחדש.

הנתבעים 1 כתבו לבית הדין (כתב הגנה מיום כ' שבט תשפ"א, ובדומה לזה כתבו שוב ביום ה' כסלו תשפ"ב, 9.11.21) שבחלק מהדירות גרים בניהם בלא לשלם, הם ציינו כי לדוגמה בדירה 2 גר ב-4 שנים האחרונות בחינם בנס מר משה נתבעים 1 ולפני כן גר שם אדם בעל מוגבלות ששילם סכום גלובלי עבור הטיפול בו והמגורים (לא הוצג חוזה). ולגבי דירה 3 כתבו שבשנתיים האחרונות היא מושכרת בסך של 3500 ₪, ולפני כן גר שם בנס מר אשר נתבעים 1 ועד אז התגורר שם בנס משה נתבעים 1, לטענתם בניהם גרו בלא לשלם דבר.

התובעת טענה כנגדם (סעיף 36-37 לדבריה מתאריך ג' ניסן תשפ"א, 16.3.21) ש"אין רלוונטיות לעובדה כי הנתבעים בחרו לתת לבנם לגור בדירה שעה שעל בניהם לשלם לשותפים", ועוד טענה שבנם של הנתבעים משלם להוריו דמי שכירות מלאים ושכך סיפר להם נתבע 1.

דיון: אין ספק שהנתבעים צריכים לשלם על התקופה שהשכירו את הדירה לאדם בעל מוגבלות, ואין משמעות לעובדה ששילם להם סכום גלובלי על המגורים ועל הטיפול, לכן הדיון שנערוך כעת יעסוק רק בטענת הנתבעים על כך שילדיהם גרו בדירות בלא לשלם.

הנתבעים לא הוכיחו שמדובר בדוגמאות לדפוס קבוע ומתמשך, ואדרבה, הנתבעים לא העירו על דירות נוספות שגרים בהם ילדיהם אלא הגישו חוזים של שאר הדירות, לכן אנו מבינים שאין מדובר בדוגמות אלא שרק בדירות הללו גרו/גרים ילדיהם.



בכל הנוגע לדירות הללו, הרי שככל והילדים שילמו להוריהם שכר דירה – הרי זה כדין כל שוכר אחר, וככל ולא שילמו הרי שאין מקום לטעון שההורים צריכים להתחלק עם שאר השותפים ברווחים שהגיעו לידיהם. היות ולא התברר אם ילדי הנתבעים שילמו ומשלמים דמי שכירות להוריהם נכריע בעניין זה בדרך פשרה. ונפחית 3 שנות שכירות מכל אחת מהיחידות 2-3.

**לפיכך, אנו קובעים כי יחידה 3 הושכרה מתחילת שנה"ל תשס"ד והלאה, ויחידה 2 הושכרה מתחילת שנה"ל תשס"ה והלאה. סך הכל יש להפחית חמש שנות שכירות מכל אחת משתי היחידות.**

## 2. יחידות 4-5

כיוון שדירה 6 בנויה מעל דירות 4-5, וכיוון שבנה של נתבעת 2 טען כי יחידה 6 הייתה קיימת בעת הדיון בפני הרב הבורר, והנתבעים 1 לא הכחישו זאת, ואף טענו [פרוטוקול דיון 3 מתאריך ד' טבת תשפ"ב, עמ' 5 שורה 10] שגב' פ' המנוחה התקוממה כנגד הבנייה של נתבעת 2, הרי ברור שיחידות 4-5 כבר היו בנויות בעת מתן פס"ד הרב הבורר (אודות שתיקה כהודאה בבית הדין – ראו מהר"י וייל סימן עז, רמ"א סימן פ סעיף א, אורים שם ס"ק ט וכן נתיבות המשפט חידושים שם סק ז), **אם כי ייתכן שהיו קטנות יותר מכפי שהן כיום.**

## 3. יחידות 7-8

לפי דברי הנתבעים 1 יחידה 7 נבנתה בשנת 2005. התובעת הוכיחה מהארכיב האופטי של העירייה שיחידה 7 עמדה לפחות משנת 2006. למעשה אנו מקבלים את דברי הנתבעים 1 שהיחידה נבנתה בתחילת שנה"ל תשס"ה. נתבעים 1 טענו כי יחידה 8 נבנתה אחרי יחידה 7 ומעליה. אנו מקבלים טענה זו. התובעת הצביעה על כך שמהארכיב האופטי של העירייה מוכח שיחידה 8 כבר הייתה בנויה בשנת 2006. הנתבעים 1 לא ערערו על ראייה זו למרות שהובאה פעמיים, בפעם השנייה, בנפרד, לאחר הגשת הסיכומים, לכן אנחנו מקבלים את עמדת התובעת. לפיכך אנו קובעים לצורך חישוב דמי השכירות כי יחידה 7 הייתה קיימת משנת 2005, ויחידה 8 הייתה קיימת משנת 2006.

למרות האמור, נציין כי כיוון שאין בידנו את המועד המדויק שבו נבנו היחידות הללו לכן נכלול גם נושא זה בפשרה שנזכיר להלן.

## 4. יחידה 10

עובדה מוסכמת היא שמחסן תשמ"ו היה קיים ומושכר בתקופת פסק דין הרב הבורר, וכן מוסכם שמחסן זה חובר למחסן של הנתבעים 1, והם אלה שהשכירו אותו. התביעה אינה עוסקת בכל יחידה 10, אלא רק במחסן תשמ"ו, המהווה כשליש מדירה זו. כאמור, כפי שקבענו לעיל (סעיף כא) יש לתובעת בעלות על שליש מהקרקע שבו נמצא מחסן תשמ"ו.

**לסיכום, מחסן תשמ"ו כבר היה בשימוש בתחילת שנת תשס"ד, הוא מהווה שליש מיחידה 10, ובכל הנוגע לדמי השכירות ששולמו מעמדו ככל יחידה אחרת המצויה בשטח המשותף.**

בשולי הדברים יש להעיר כי אמנם ב"כ הנתבעים 1 כתב לבית הדין (מכתב מתאריך כ' כסלו התשפ"ב):

מדברי הצדדים... התברר שהנושא העיקרי שהיה במחלוקת ובגינו הלכו הצדדים לרב הבורר, היה ההרחבה של הבנייה בחנייה הקדמית ואופן חלוקתו בין הצדדים, ולא תוספות בנייה שהיו קיימות עשרות שנים קודם לכן (ההדגשה אינה במקור).



הביטוי "קודם לכן" משמעו קודם ההליכה לפני הרב הבורר, כך שלכאורה דברים אלו מהווים הודאה של הנתבעים על כך שכל יחידות הדיור היו קיימות שנים רבות לפני הפנייה לרב הבורר. אולם, למעשה לא התייחסנו לדברים אלו כהודאה, מפני שעל פניו הודאה זו איננה נכונה כלל ועיקר. ברור שיחידות הדיור לא היו קיימות עשרות שנים, קרי יותר מעשרים שנה קודם לפס"ד הרב הבורר, דהיינו בשנת תשמ"ג. שהרי אפילו התוספת למחסן תשמ"ו נבנתה אחר כך על פי היתר בנייה.

לגבי השכרת היחידה טענו הנתבעים 1 בזמן הסיוור כי בנות המשפחה התגוררו ביחידה 10, אולם, לא פירטו האם בחינם או בשכר. בכתב ההגנה ציינו הנתבעים 1 רק שבני משפחה התגוררו בחלק מהיחידות כגון יחידות 2-3. בהינתן כך, ולאור העובדה שמדובר על אירועים שאירעו לפני זמן רב, אנו מפחיתים בדרך פשרה 24 חודשי השכרה מיחידה 10, וקובעים לצורך חישוב דמי השכירות כי ההשכרה החלה בחודש ספט' 2005 (=תחילת שנה"ל תשס"ו).

## 5. יחידות 1, 6

בפרוטוקול סיוור 2 [י"ט כסלו תשפ"ב] עמ' 3 שורה 17-19 כתוב כך:

ב"כ נתבעת 2 (בנה): כי היא לא רצתה לבנות. היא צעקה על אבא שלי כאשר הוא בנה את יח"ד 6. אני אף פעם לא דיברתי איתה, פחדתי ממנה. אחרי הרב הבורר נתבעים 1 בנו עוד. לפני כן היה בנוי יח"ד 1 ו-3. 2 היה ריק.

נמצא כי לפי דברי ב"כ נתבעת 2 יחידות אלו נבנו לפני פס"ד הרב הבורר. יחידה 1 נהרסה על ידי העירייה ולכן לא הושכרה במשך כשנתיים.

כיוון שיתכן שבניית דירה 6 החלה אמנם לפני פס"ד הרב הבורר, אך בפועל הסתיימה רק מאוחר יותר, לכן נכלול גם עניין זה בפשרה שנוכיר להלן (הפשרה הנוגעת לעובדה שחלק מהדירות הורחבו בשלב מאוחר יותר).

## 6. יחידה 9

ע"פ הודאת בנה של נתבעת 2 היחידה נבנתה אחרי פס"ד הרב הבורר. לצורך חישוב דמי השכירות אנו קובעים שהכוונה לתחילת שנה"ל תשס"ה (ספט' 2004).

## 7. טענות ושיקולים כלליים

לטענת הנתבעים, היו מספר חודשים שהדירות עמדו ריקות ולא הצליחו להשכירן. לעומת זאת, חלק מהדירות הושכרו לפי חודשים עבריים ולכן יש מקום לטעון שיש להוסיף סכום מסויים (עבור הסכומים שנגבו בחודשי העיבור). ולכן נניח ששני השיקולים מקזזים אחד את השני ולא משפיעים על התוצאה.

כפי שהסברנו – התובעת זכאית לקבל רק חלק מדמי השכירות, וכדי לחשב את הסכום יש להיעזר בשמאי מקרקעין. חלק מהדירות הורחבו במהלך השנים ורק בשנים האחרונות הגיעו לגודל הנוכחי שלהן ולכן מסתבר שבעבר הרוויחו מהן סכום נמוך יותר. כיוון שכך, יהיה צורך ללכת בדרך פשרה ולהפחית מעט מהסכום שייקבע על ידי השמאי (כבר הזכרנו לעיל שבפשרה זו נכלול התייחסות גם לשיקולים נוספים).

נוסיף ונאמר: פנייה לשמאי כרוכה בהשקעה כספית ובהשקעה של זמן וכוחות רבים. המחלוקת שלפנינו התארכה כבר זמן רב, לכן בית הדין מציע בפני הצדדים לסיים את המחלוקת בנוגע לתביעה הכספית על ידי הסמכת בית



הדין לחייב את הנתבעים במסגרת הסדר של פשרה, לשלם סכום מסויים עבור דמי השכירות המגיעים לתובע מהנתבעים עבור רכיב הקרקע, כפי שקבע בית הדין לעיל. אין הכוונה לכך שבית הדין יקבע סכום בצורה שרירותית לחלוטין, אך נדגיש כי בית הדין לא יערוך חישוב מקצועי הנערך על ידי מומחים.

אין ספק שהצעה זו אינה מושלמת. אולם עריכת הביורור המלא אודות ערכה הכספי של הקרקע עלול לקחת זמן לא מועט (וכידוע גם לזמן זה ישנה משמעות לא מבוטלת הן מבחינה כספית והן מבחינה כוחות הנפש ושלוותם של הצדדים), ויתרונה של הצעה זו הוא המהירות שבה הצדדים יוכלו לסיים כבר את המחלוקת ביניהם, ולפתח את הקרקע יחד במידה וירצו בכך. מובן שיישומה של הצעה זו מותנה בהסכמתם של כל הצדדים.

אפשרות חלופית היא שהצדדים ינהלו ביניהם משא ומתן ויגיעו להסכמה על תשלום מסויים שישלמו הנתבעים באופן שיסיים את המחלוקת הכספית בין הצדדים, ובית הדין יתן להסכמתם תוקף של פסק דין.



## חטיבה ה: תביעה ונגדית ושונות

### כט. תביעה נגדית – פיצוי על אי השכרת המבנים

כפי שהזכרנו לעיל, התובעת ובעלה התקינו מצלמות וכאשר הבחינו בדיירים פוטנציאלים פנו אליהם והודיעו שישנו צו מניעה מבית הדין הקודם. לטענת הנתבעים, בשל התנהלות התובעת ובעלה נמנעו דיירים רבים מלשכור את הדירה. בגין כך הנתבעים 1 תובעים מהתובעת סך 25,000 ₪.

התובעת השיבה כי מדובר במניעת רווח שאינו ברור, ואין לחייב על זה משום שזה נחשב ל'גרמא' וכמו שנכתב בפתחי חושן (נזיקין, ג, כט ובהערה שם). התובעת ציינה כי בכל מקרה אין לחייבה, היות ופעלה מכוחו של בית דין, בנוסף לא עשתה מעשה, אלא רק הודיעה לשוכרים הפוטנציאלים שהם מניחים את מעותיהם על קרן הצבי.

**הכרעה:** בית הדין דוחה את התביעה הנגדית מפני שאין כל מקום להטיל תשלום על אדם שהודיע לשוכרים שישנה החלטת בית דין המתייחסת לדירה שהם עומדים לשכור, בנוסף התובעת גם לא מנעה מן השוכרים הללו לשכור את הדירה אלא רק הסבירה להם את המצב המשפטי של הדירה, לכן לכל היותר מדובר בגרמא.

### ל. חלוקת השטח ומחלוקות נוספות שלא יידונו בפס"ד זה

הצדדים ביקשו סעדים נוספים מבית הדין, נדון בהם בקצרה.

#### 1. חלוקת השטח המשותף

הנתבעים 1 ביקשו מבית הדין (סעיף 23 לכתב ההגנה מתאריך כ' שבט תשפ"א) להורות על חלוקת השטח בין הצדדים היות וסעיף 3 לפס"ד הרב הבורר קובע מפורשות ש"אם נמצא מישהו משלושת הדיירים שאינו מסכים לחלוקה, אם אין היזק על ידי החלוקה, אפשר לכפות חלוקה".

**דיון:** דין טענה זו להידחות. ראשית נציין כי להבנתנו אין לבורר סמכות לקבל החלטה מסוג זה. ככל ואחד הצדדים מעוניין להעיר על קביעה זו – הוא יוכל לכתוב זאת לבית הדין. נוסף כי גם לגופו של עניין אנו סבורים שיש לדחות את הטענה. בטרם נסביר את דברינו נדגיש שאיננו מכריעים אם פסק דין הרב הבורר קובע שניתן לכפות חלוקה על אחד הצדדים, ויש עוד להתעמק בפרשנות פסק הדין, כל שאנו קובעים הוא גם אם נפרש שפסק דין הרב הבורר מאפשר לכפות חלוקה, הרי שבמצב הנוכחי לא ניתן לכפות.

ונבאר דברינו: פס"ד הרב הבורר עצמו (סעיף 4) קובע שכל דייר רשאי להתנגד לחלוקה ככל והתנגדותו נובעת מרצון לקדם תב"ע לתוספת בנייה, שהבנייה הפרטית עשויה להפריע לה. במקרה שלפנינו התובעת מעוניינת בקידום תב"ע, ולכן זכותה להתנגד לחלוקת השטח.

הנתבעים 1 טענו (שם סעיף 24) שדברי התובעת אינם כנים והוכיחו זאת מכך שהנתבעים 1 עצמם פנו לתובעת ולבעלה בבקשה לקדם תב"ע ובכל זאת מעולם לא הוגשה בקשה כזו. בנוסף, במהלך הדיונים בבית הדין הנתבעים 1 הסכימו לקדם תב"ע ובעלה של התובעת הוא שהתנגד לכך.



איננו מקבלים טענות אלו. מדברי התובעת ברור שגם היא מעוניינת בקידום תביעה, ואדרבה, אחת מבקשותיה של התובעת היא שביית הדין יחייב את הצדדים לקדם תביעה. אמת שהתובעת דרשה שתחילה תוכרע המחלוקת הכספית, אך אין זה אומר שדבריה נאמרו מן השפה ולחוץ.

הנתבעים גם טענו שיש לחלוק את השטח מטעם אחר – כדי להביא לשלום בין השכנים. גם טענה זו איננו מקבלים. אמת שהקביעה העולה מפסק דין זה (שמגיע לתובעת חלק ברווח של כל יחידת דיור וכו') – אינה מונעת את החיכוך בין הצדדים. אולם בנסיבות שלפנינו, יש מקום לשער שהצדדים יקדמו בנייה משותפת ולכן אין בשלב זה צורך בהכרעתו של בית הדין. במידת הצורך, יוכל כל אחד מן הצדדים לשוב לבית הדין ולבקש מבית הדין להכריע בנושא זה.

לסיכום, מאחר וייתכן שהצדדים יפנו לקידום תביעה ולכן אנו דוחים בשלב זה את בקשת הנתבעים 1 ואיננו מורים עתה על חלוקת השטח. ככל והתובעת תבחר לחזור מדבריה ותנגד לקידום תביעה, יוכלו הנתבעים לבקש מבית הדין לדון בבקשה זו.

מסקנה: במידה ולא יפנו לתביעה יוכלו הצדדים לפנות לבית הדין בבקשה לחלוקת השטח על פי פס"ד הרב הבורר, או באופן אחר.

## 2. קידום שינוי תביעה

התובעת ונתבעת 2 ביקשו מבית הדין לחייב את נתבעים 1 להשתתף בשינוי תביעה. הנתבעים 1 הודיעו שאינם מתנגדים לבקשה זו.

**דיון:** הגם שלדעתנו הדבר הרצוי ביותר הוא שהצדדים ישתפו פעולה בנושא זה, אף על פי כן, איננו מורים לצדדים לקדם תביעה. הלא ככל וכל הצדדים אכן מעוניינים בקידום תביעה – אזי אין כל צורך שביית הדין יטיל זאת כחובה. ומאידך, ככל ואחד הצדדים מעוניין לחזור בו מהסכמתו לקדם תביעה, אכן ביכולתו לעשות זאת ולפי ההלכה אין לכפותו (ראו בבא בתרא ג ע"א "קניין דברים בעלמא הוא") ובפרט לאור העובדה שההסכמה לקדם תביעה ניתנה בנסיבות אחרות (=לפני הוצאת פסק זה). בנוסף, קידום תביעה כרוך בהשקעה כספית גבוהה, ונכון יותר שמהלך מסוג זה ייעשה מתוך רצון ולא מתוך כפייה. מסקנה: בית הדין מחליט שלא להתערב בעניין זה.

## 3. תשלום על השכרת החנייה

התובעת טענה שהנתבעים 1 משכירים את החנייה המצויות בשטח המשותף ודרשה שהכסף יוכנס לקופה המשותפת ויחולק בשווה בין הדיירים. לא הכרענו בשאלה זו מפני שעל מנת להכריע בה יש צורך בנתונים נוספים וייתכן שיש גם צורך בעריכת דיון נוסף. בית הדין מציע לצדדים לסיים מחלוקת זו בהצעת פשרה הקובעת שהתובעת תמחק תביעה זו ומאידך הנתבעים 1 ישלמו לתובעת 4,000 ₪.

מסקנה: בשלב זה בית הדין לא מכריע בעניין זה, על הצדדים להודיע בתוך 30 יום האם רצונם בפשרה שהציע בית הדין.



#### 4. מחלוקות נוספות

מעבר לתביעות הכספיות ההדדיות שהזכרנו, קיימות מחלוקות נוספות, העיקרית היא הגדרת הזכויות המדויקות של הצדדים בשטח המשותף (כגון, איזה שטח מתוך יחידה 5 נמצא בשטח המשותף, תביעה להוצאת העובדים הזרים, להסרת המצלמות ועוד ועוד).

לפי דברי הצדדים, חלק גדול מן המחלוקות הללו התעוררו רק בשל הוויכוח על מעמדן של יחידות הדיור והתביעה לקבל חלק משכר הדירה: התובעת ובעלה העמידו מצלמות כדי ליידע את השוכרים הפוטנציאליים במעמדן המשפטי של היחידות, והנתבעים לא מצאו שוכרים ובחרו להשכיר לעובדים זרים, כך שייתכן שלאחר פסק זה יבואו על מקומן בשלום. גם הבקשה להורות על הריסת כל יחידות הדיור או לטפל בחסימת החלון בקומת המרתף, עשויה להתייטר אם אכן יסכימו הצדדים על בנייה משותפת, ובפרט שכל הצדדים הצהירו על רצונם לקדם בבנין תביעה.

**לכן בשלב זה לא נכריע במחלוקות אלו. ככל ואחד הצדדים מעוניין שבית הדין יכריע במחלוקות אלו – הוא יוכל להגיש את בקשתו לבית הדין בהמשך.**

עוד נציין כי לא כללנו בפסק זה התייחסות לתביעות העוסקות בהוצאות המשפט (ובכלל זה לאופן התנהלות הצדדים איש כלפי רעהו) או בנוגע לאגרת בית הדין משום שפסק זה הוא פסק דין חלקי.

בית הדין מפציר בכל הצדדים להניח את המחלוקות הכספיות שביניהם ולשתף פעולה כדי להפיק את המיטב מהנכס שבידיהם. המחלוקות מכלות את כספם וזמנם ומרחיקות מהם את הרווחים הגדולים שניתן להפיק מהנכס שבעלותם.



## לא. החלטות

2. חצר הבניין השייכת לצדדים לא חולקה.
3. זכויות דיירי הבניין הן כפי שנקבע בהיתר הבנייה, בהסכם השותפות מתאריך י"ז תמוז התש"ס (01.07.80) ובהיתר שניתן למחסן תשמ"ו.
4. המחסן הקטן (מחסן בגובה של כמטר בעורף הבניין) הינו שטח משותף.
5. מחסן תשמ"ו נבנה על ידי הנתבעים 1 והוא מצוי כולו בשטח משותף.
6. יודגש כי המקלט כולו הוא שטח משותף ואסור לשום שותף לעשות בו שימוש המדיר את רגליהם של שאר השותפים.
7. בפסק הדין התקבלו החלטות פרטניות לגבי שטחי יחידות הדיור והשנים בהן הן הושכרו.
8. יחידות הדיור הלא-חוקיות שנבנו בחצר המשותפת שייכות למי שבנה אותן (יחידות 1,6,9 – שייכות לנתבעת 2. יחידות 2,3,4,5,7,8,10 – שייכות לנתבעים 1) ואין לתובעת זכות בהן. הקרקע שעליה בנויות יחידות הדיור היא משותפת (חלק מיחידות הדיור נבנו בחלקן על שטח פרטי של מי שבנה אותן).
9. דמי השכירות שקיבלו הנתבעים עבור יחידות הדיור הם רווח שהופק מן הקרקע ומן המבנה. לתובעת יש זכות ליטול את חלקה ברווח שהניבה הקרקע אך לא ברווח שהניב המבנה (כך ההלכה גם לגבי דירה 6 המצויה באוויר המשותף).
10. בית הדין ימנה מומחה על מנת לחשב מה הסכום שהנתבעים צריכים לשלם לתובעת עבור השימוש בקרקע יחידות הדיור.
11. בית הדין מציין בפני הצדדים שהיעזרות במומחה כרוכה בעלויות רבות (זמן, כסף, כוחות נפש וכו'), הצדדים רשאים לבחור במקום במינוי מומחה, באחת מהאפשרויות הבאות (אפשרויות אלו תלויות בהסכמת כל הצדדים):
  - א. להגיע להסכמות במשא ומתן בין הצדדים, ובית הדין ייתן להן תוקף של פסק דין.
  - ב. להסמיך את בית הדין להכריע בשאלה זו בדרך של פשרה.
12. בית הדין אינו מכריע בפסק חלקי זה בנוגע להשכרת החניות ומקווה שהצדדים ישכילו להגיע להבנות והסכמות בנושא. הצדדים יודיעו בתוך 30 יום האם הם מקבלים את הצעת הפשרה של בית הדין שנתבעים 1 ישלמו לתובעת 4,000 ₪ תמורת מחיקת התביעה או שברצונם שבית הדין יכריע בנושא זה.
13. בית הדין דוחה את התביעה הנגדית על כך שהתובעת מנעה מהנתבעים רווח בכך שהודיעה לשוכרים פוטנציאלים על פסק הדין של בית הדין הקודם.
14. בית הדין מפציר בצדדים לקדם תביעה, אך אינו מחייב איש מן הצדדים לעשות זאת.
15. בית הדין אינו מקבל את בקשת הנתבעים 1 להורות על חלוקת השטח.
16. אין בפסק זה צו להוצאות או התייחסות לתביעות העוסקות בהוצאות המשפט (ובכלל זה לאופן התנהלות הצדדים איש כלפי רעהו) או בנוגע לאגרת בית הדין משום שפסק זה הוא פסק דין חלקי. עניין זה יוכרע בהמשך.



17. בית הדין לא הכריע בחלק מן המחלוקות מהטעמים שהוסברו בגוף הפסק. ניתן להעיר על סעדים שהתבקשו ולא נדונו תוך 14 יום ממתן פסק הדין.
18. ניתן להצביע על טעות חישובית בתוך 14 יום ממתן פסק הדין.
19. ניתן לערער על פסק הדין תוך 30 יום ממתן פסק הדין.
20. למיטב ידיעתנו, על פי החוק סמכות בית הדין היא לעסוק בחיובים אישיים של הצדדים שהסמיכו את בית הדין. אם אכן כך, הרי שיש לפרש את פסק הדין באופן כזה העוסק בחיובים של הצדדים ולא במעמד הקרקע.

פסק הדין ניתן בתאריך כ"ב בסיון תשפ"ג, 11 ביוני 2023

בזאת באנו על החתום

הרב בניה קניאל

הרב עקיבא כהנא אב"ד

הרב שלומי שטינמץ



## לב. נספחים

### נספח מספר 5 – הוצאת מרפסת או דירה לאויר המשותף

השולחן ערוך (חוי"מ קנג, ה) מתיר לאדם להוציא מדירתו זיו אל האויר שמעל החצר המשותפת. מכך הסיק בשו"ת מנחת יצחק (חלק ו סימן קע אות יז) שמותר גם להוציא מרפסת:

וכעת נבוא לנידון הב', דההמשך המרפסת של העליון יהיה באויר החצר השייך לשניהם... נראה לעניות דעתי לדמות דין זה להוצאת זיון ברשות חבירו המבואר (בחוי"מ סי' קנ"ג), דכל מה שמעכב עליו חבירו הוא משום היזק ראיה, ועל כן בחצר השותפין היכא דליכא היזק ראיה (=היכן שאין היזק ראיה), לא יכול לעכב עליו חבירו כמבואר שם (סעי' ה').

אך יש שדחו ראיה זו וטענו שזיו הוא דבר קטן שאין מקפידים עליו, ולא ניתן להוכיח ממנו לנידון של הוצאת מרפסת "שהוא דבר גדול וקבוע, ודרך בני אדם להקפיד בכך" (כלשון הפתחי חושן, שותפים, פרק ד הערה ט).

שונה היא עמדתו של שו"ת משכנות ישראל (סימן ט, לרב גרוסמן זצ"ל) שאסר להוציא מרפסת לאויר המשותף. אחת מראיותיו מושתתת על דברי הטור (חוי"מ קנד) הכותב כך:





להם להאפיל על חלונותיו של השכן הרוצה להוציא את המרפסת), מכל מקום לא ניתן לכופ אדם לוותר על רשותו בטענה של מידת סדום.

אולם בסימן ז' הסביר שכאשר מדובר על הוצאת מרפסת **לשטח משותף** (ולא לשטח חבירו) אזי ניתן לכופ את השותפים האחרים להסכים לזה, אם אכן אין להם כל נזק מן הבנייה. וזאת מפני שלדעתו כל דייר הוא בעלים מלא על כל השטח המשותף ויכול לעשות בו כבתוך שלו, אלא שאסור לו לעשות דברים שפוגעים בשותפיו, וכיוון שכאן שותפיו לא נפגעים, שהרי ממילא אין בידם לבנות בחלל זה, לכן זכותו לכופ אותם להסכים למעשיו.

הרב ישראל ברגר (כתב עת: אוצר המשפט א, תשע"ט, שצד-תב) הסכים שאין להתיר לבנות מכוח כפייה על מידת סדום, אך לא קיבל את חידושו של בעל עמק המשפט, וכתב כך:

עוד סיבה יש לומר למה יש צד להתיר להוציא מרפסת בלי לבקש רשות מהשכנים, לפי שהחצר משותפת לכל השכנים לעשות בה כל שימושיהם לא כל הגבלה, ומה שהגבילו חכמים את השימוש בחצר הוא במקום שיש בזה הפרעה לכמה שכנים, קבעו לנו כללים מה הוא דרך השימוש בחצר שאי אפשר לעכב עליו מלעשותו בחצר, ומה אינו דרך השימוש בחצר שאפשר לעכב עליו, ולפי זה יש מקום לומר שהוצאת מרפסת נחשבת לשימוש שמותר לעשותו באויר החצר, גם ללא הסכמת השכנים כל זמן שאין הפרעה בכך לשכנים, כיון שבמקום כזה לא הגבילו חכמים את השימוש בחצר.

אמנם גם את הטענה הזאת אפשר לדחות, לפי שיש לחלק בין שימוש שעושים בחצר באופן שגם אם יעשה את השימוש בחצר או ברכוש המשותף, לא ימנע בזה את האפשרות של שאר השכנים להשתמש במקום הזה בחצר, שעל שימוש כזה אין כל הגבלה לעשותו בחצר אם אינו מפריע לשכנים, לבין מקום שעל ידי השימוש נוטל את האפשרות משאר השכנים לעשות שימוש במקום זה, שאז השימוש שלו אינו נחשב רק לשימוש גרידא, אלא נטילת החצר או הרכוש המשותף לעצמו והפקעת בעלות השכנים מהמקום, שזה שימוש שאין לו לעשות כי אם בהסכמת השכנים.

ולכך בנידון שלנו שבא להוציא מרפסת לאויר החצר המשותפת, ועל ידי כך נוטל משאר השכנים את אפשרות השימוש באויר מקום זה, וזה כבר נקרא נטילת רכוש המשותף לעצמו והפקעת בעלות השכנים מהמקום לא שימוש גרידא, יצטרך לבקש את הסכמת השכנים.

**....ההכרעה שאנו נוהגים לומר בזה לכל הבא להוציא מרפסת על אויר חצר משותפת, או במבנים שלנו כהיום שהאויר מסביב המבנה משותף לכל השכנים, שעליו לבקש את רשות כל השכנים, וככל נטילת מקום לעצמו ברכוש המשותף.**

שונה היא שיטתו של הרב יהודה סילמן (אוצר המשפט א, תשע"ט, שע-שעו) שאמנם סבר גם הוא שניתן לבנות בניגוד לרצון השכנים, אלא שנימק זאת בדרך אחרת וכתב כך:

הוצאת מרפסת במבנה משותף אם אין בזה שום נזק לשכנים נראה שאפשר לכפות על זה, ונראה שאף המחמיר בזה מצד הדין וסובר (שהשכן יכול להתנגד) שאין בזה משום מדת סדום, יודה שהמנהג לכפות, **לפי שעל דעת כן נשתתפו.**

התייחסות נוספת לשאלה זו מצויה בדברי הרב אוריאל לביא הכותב כך (אתר פסקים פסק דין מס' 2022):  
כפי הנראה המנהג היום שהשותפים נוהגים להקפיד, שלא לבנות בניה מסוג זה בלא רשות, אך כל הנ"ל עפ"י דינא דגמרא, אבל בנידון כזה בימינו, מלבד מנהג המדינה, הקובע עפ"י ההלכה, וכפסק הטור והשו"ע,



בנוסף לכך, לפי המבואר לעיל, קיימת שותפות שלא היתה בזמן חז"ל, והיא מחייבת את הצדדים גם בלא בחינת מנהג המדינה המוזכר בתוספתא ובטור ושו"ע.

והיינו בנידון דנן שבסגירת המרפסת משתנה צורתו החיצונית של הבניין ובניית החדר הנידון גרמה לצורת מבנה אחרת. ואינו דומה למרפסת סגורה בבית משותף שבעל הדירה מבקש לסגור ולהופכה לחדר ובפעולתו אינו משנה בקירות החיצוניים ובצורת הבניין, בזה כתב בשו"ת משכנות ישראל סי' ז' שאין מניעה בכך, ועיין בספר פתחי חשן חלק ו' שותפים פרק ד' הערה ט'.

אף לפי דרכו של שו"ת מנחת יצחק חלק ו' סי' קע אות יז, שהורה שלא למנוע הוצאת מרפסת, וסייעתא דיליה מהא דז"ז המבואר בשו"ע סי' קנג, הכא גרע טפי וכו"ע מודו. מפני שהבנייה היתה כרוכה בפעולת בינוי וחציבה בגוף התקרה של התובעים.

אך בלא"ה דעת המנחת יצחק לא התקבלה להלכה, עיין הוראת הגרי"ש אלישיב שליט"א שהובא בקובץ מקבציאל חלק כג שנה יג עמ' ר"ז שפסק למנוע הוצאת מרפסת בלא רשות הדיירים, וטעמו שאינו דומה לחזקת תשמישים מפני –

"דאף בניית מרפסת חשיב כלקחת בעלות, מאחר והאוויר והקירות החיצוניות הוא רכוש משותף של כל השכנים על פי התקנון דבתים משותפים, ובבניית המרפסת לוקח בקביעות להשתמשות שבאותו מקום על ידי חפירה ובניה בקיר החיצוני המשותף, ומההיא דז"ז אין ראייה, דז"ז הוא דבר קטן ולא קבוע כל כך בבנין גמור כמרפסת שבימינו".

בשולי הדברים נציין שוב שיש מקום לטעון שלפי סעיף 71 לחוק המקרקעין ניתן לכופף דייר להסכים לבנייה של חבריו כאשר מתמלאים תנאים מסויימים, אך לא הרחבנו בנושא זה מפני שממילא תנאים אלו לא מתקיימים במקרה שלפנינו.

### נספח מספר 6 – שותף שהשכיר שטח משותף

על פי ההלכה כאשר שותף משכיר שטח משותף – השכר לאמצע, ואם אחד השותפים קיבל את כל התשלום – שותפו יכול לתבוע ממנו את חלקו. נבסס דברינו.

תחילה נציין שכך עולה בבירור מתשובת הרשב"ש (סימן ס"ז ד"ה ולענין השכירות). יש להדגיש שמדבריו שם (ד"ה אותן שנים) ברור שכך הדין אפילו בנוגע לשטח שלא עמד להשכרה ("לא קיימא לאגרא"). כך עולה גם ממקורות נוספים.

הרשב"א קובע (שו"ת הרשב"א ג, קלח) שכאשר שותף משכיר שטח משותף – על השוכר לשלם לכל אחד מהשותפים את חלקו בדמי השכירות. תשובת הרשב"א הובאה להלכה בבית יוסף (חוי"מ שסג). בדרכי משה (חוי"מ שסג, ו) העיר הרמ"א שכך ההלכה דווקא אם השותף השכיר את כל הנכס המשותף, אבל אם השותף השכיר רק את חלקו – אזי השוכר צריך לשלם רק לשותף שהשכיר לו את הנכס (כך נפסק גם בלבוש חוי"מ שסג, י; בב"ח חוי"מ שסג, ז, ד"ה כתב ב"י; בכנסת הגדולה הגהות בית יוסף חוי"מ שסג יז). כך גם נפסק להלכה על ידי הרמ"א (חוי"מ שסג, י) שכתב את הדברים הבאים:



שני שותפין בבית, והשכיר אחד מן השותפין **כל הבית** שלא מדעת שותפו, צריך השוכר ליתן לשותף השני חלקו. אבל אם לא שכר כל הבית, רק חלק השותף **שהשכיר לו**, אין צריך ליתן לשני כלום.

וכך פסק גם בשו"ת ויקרא אברהם (ח"מ סוף סימן כ"ו).

נמצא שאם השותף השכיר **את כל הנכס** – השוכר צריך לתת מחצית לכל שותף, ואם השותף השכיר **רק את חלקו בנכס** – השוכר צריך לתת את כל הדמים רק לשותף שהשכיר לו.<sup>4</sup>

אמנם, הלכה זו עוסקת בחובותיו של **השוכר** – מתי עליו לשלם לשני השותפים ומתי עליו לשלם רק לאחד מהם. אך עדיין יש מקום לבחון האם **השותף** שהשכיר רק את חלקו וקיבל מן השוכר את כל הדמים, צריך להביא לחבירו מחצית מן הדמים.

הלכה מוסכמת היא ששני שותפים שהלוו כסף ובא אחד מהם וגבה מן הלווה מחצית מהחוב – עליו להתחלק עם חבירו במה שגבה (טור ח"מ סימן קכב, בסופו; שו"ע ח"מ קעו כח) בנימוק "מאן פלג לך". דהיינו, כל שקל שהשותף גבה שייך לקופה המשותפת. לאור זאת יש מקום לדון האם גם השותף שהשכיר את חלקו וגבה מהדייר את כל דמי שכירות צריך לתת לחבירו את חלקו בדמים. הסמ"ע (שסג ס"ק כה) כתב כך:

ואין לדמות זה למה שכתבו הטור (ח"מ סוף סימן קכב) והמחבר... בשני שותפים שהיה להם חוב אצל אחד והוציא שותף אחד חצי החוב, דמצי שותף השני לומר לו מאן פלג לך, וצריך לחלק עמו, יש לומר דשאני התם דהלוו או הקיפו לו יחד, משא"כ בבית שדרים בו יחד או עומד להשכיר, **שכשהשכירו האחד יכול לומר להשני דור עם זה שהשכרתיהו לו או השכר גם כן חלקך לאחר**.

ובלאו הכי נמי לא קשה מידי, דכאן לא איירי בשותף המשכיר מה יהיה דינו עם שותפו, אלא מיירי בדין השוכר משותף אחד אם צריך ליתן גם להשני חלקו.

הסמ"ע מבין מפשטות דברי הרמ"א שהשוכר משלם לשותף שהשכיר, והכסף נותר אצל שותף זה, ועל כך מקשה הסמ"ע מדוע הרמ"א לא אמר שהשותף צריך להתחלק בכסף עם חבירו, ובמה זה שונה משותף שגבה מחצית מן ההלוואה, שעליו להתחלק עם רעהו. תירוץ הוא שכאשר השותף השכיר רק את חלקו, הוא רשאי לקחת לעצמו את כל הכסף שגבה משום שגם השותף השני יכל להשכיר את חלקו או להתגורר בו בעצמו לצד השוכר. הסמ"ע מוסיף שממילא אין מקום לקושיה מפני שהרמ"א רק אמר שהשוכר ישלם אך ורק לשותף המשכיר (=השותף השני אינו יכול לתבוע את השוכר), אבל ייתכן שהשותף המשכיר יצטרך להתחלק עם חבירו (=השותף השני יוכל לתבוע את השותף שהשכיר).

יש מקום להתלבט מה פשר המונח "חלקו" שמופיע בדברי הרמ"א - האם פירושו השכרת החלק הבלתי מסויים של השותף בנכס או שמא הכוונה למצב שהשותפים הסכימו שכל אחד ישתמש בנכס בזמן או במקום מסויים<sup>5</sup>. אולם,

<sup>4</sup> פשטות דברי הרמ"א מורה שאכן אם שותף השכיר נכס משותף אז כל אחד מן השותפים זכאי ליטול את חלקו בדמי השכירות. אולם לא התבססנו רק על דברי הרמ"א הללו וזאת בשל שתי עילות. ראשית, מקורו של הרמ"א הוא דברי הרשב"א (בתשובותיו, ח"ג, סימן קלח) העוסק במקרה שחלקו של השותף השני עמד להשכרה ("קיימא לאגרא"). בנוסף, בתשובה זו הרשב"א מתייחס רק לשאלת זכותו של השותף השני (שלא השכיר) לתבוע את הדייר על מגוריו בדירה המשותפת, ולא דן בזכותו של שותף השני לתבוע מהשותף שהשכיר את חלקו בדמי השכירות.

<sup>5</sup> מנימוקו הראשון של הסמ"ע ("בבית שדרים בו יחד או עומד להשכיר, שכשהשכירו האחד יכול לומר להשני דור עם זה") עולה שהרמ"א עסק במקרה ששותף השכיר את **זכותו הבלתי מסוימת** בנכס המשותף, כגון ששותף השכיר לשוכר את הזכות לגור במקומו בדירה משותפת שכולם משתמשים יחד בכל חלקיה. במקרה כזה השותף המשכיר יקבל את כל דמי השכירות לכיסו, כיוון שלא מנע מחבריו השותפים להמשיך ולהשתמש בדירה במקביל לשוכר.

גם בשו"ת בית שלמה (חושן משפט סימן מח) הבין כך את דברי הרמ"א:



כך או כך, נראה שהשותף רשאי לקחת את הכסף לעצמו רק כאשר השכיר את חלקו, אבל אם השכיר גם את חלקו וגם את חלק חבירו ונתן לשוכר זכות להתגורר לבדו בכל הנכס המשותף (או בפיסה ממנו), אזי עליו להתחלק עם חברו בדמי השכירות שקיבל, שהרי במצב זה לא שייכת טענת הסמ"ע שהשותף רשאי ליטול לעצמו את דמי השכירות מפני ש"יכול לומר להשני דור עם זה שהשכרתיהו לו או השכר גם כן חלקך לאחר", ולכן יש לחזור לנקודת המוצא של "מאן פלג לך" שמשמעה שהשותף צריך להביא לחבירו מחצית מהדמים שקיבל (דברים אלו אמורים אפילו לפי טענתו הראשונה של הסמ"ע. לפי טענתו השנייה של הסמ"ע אזי בוודאי שתמיד הרווח לאמצע, ויש לחייב את השותף שהשכיר להביא מחצית לחבירו, אך התמקדנו באפשרות הראשונה של הסמ"ע, מפני שאין להוציא מן המוחזק בלא וודאות, וכפי שכתב בשו"ת בית יצחק חושן משפט סימן מד אות ב' שהמוחזק יכול לפטור עצמו מכוח תירוצו הראשון של הסמ"ע).

כך סבר גם בעל נתיבות המשפט. שהרי כתב (נתיבות המשפט סימן קעא סק ז. וראו גם מרדכי בבא בתרא רמז תקט והגהת המהר"ל מפראג המובאת שם בהגהות הרמ"א) בנוגע לשני אחים, עני ועשיר שירשו מאביהם מרחץ, ש"אם מוצא העני להשכיר חלקו לבד, דיכול להשכירו", ומאידך, כתב (שם סק יב) בנוגע לשותף שהשכיר שטח משותף ש"אם לא השתמש בו בעצמו והשכירו לאחרים, פשיטא דהשכר לאמצע". (להלן נרחיב יותר בביאור עמדת נתיבות המשפט), ומכאן שגם הנתיבות מודה שאם השותף השכיר הכל – השכר לאמצע. כך סבר גם בשו"ת בית שלמה (ח"מ מח):

**בסוף סימן שסג מיירי (=הרמ"א) שהשכיר לו כל הבית, היינו שישתמש בו בעצמו (=לבדו) בכל משך השכירות, משום הכי שייך מחצית השכירות להשותף השני, ובסיפא כתב רמ"א שם סוף סימן שסג דאם לא השכיר רק חלקו אין צריך ליתן להשני כלום, והיינו אף שבאמת השוכר דר ומשתמש בכל הבית, כמו המשכיר שהיה יכול להשתמש בכולו כל זמן שאין השותף נכנס לדור בו, מכל מקום אין צריך לשלם להשני כלום, שהשוכר עומד במקום המשכיר. ועיין בנתיבות המשפט סימן קעא ס"ק יב, וכנראה שאשתמיט ליה אז דברי הרמ"א שבסוף סימן שסג הנ"ל.**

**בסוף סימן שסג מיירי שהשכיר לו כל הבית, היינו שישתמש בו בעצמו בכל משך השכירות, משום הכי שייך מחצית השכירות להשותף השני, ובסיפא כתב רמ"א שם סוף סימן שסג דאם לא השכיר רק חלקו אין צריך ליתן להשני כלום, והיינו אף שבאמת השוכר דר ומשתמש בכל הבית, כמו המשכיר שהיה יכול להשתמש בכולו כל זמן שאין השותף נכנס לדור בו, מכל מקום אין צריך לשלם להשני כלום, שהשוכר עומד במקום המשכיר... ועל כל פנים בנידון דידן שלא הניח ראובן ליכנס את שמעון בהבית, והשתמש בו הוא לבדו בעל כרחו של שמעון בכל הבית, נראה לענ"ד שחייב ראובן לשלם לשמעון דמי השכירות בעד השנים שאחר כך שדר בחלק שמעון.**

כך כתב גם בספר פתחי חושן (שותפים ומצרנות, פרק ד, הערה סה):

**שמסבירא נראה דאירי (=הרמ"א חו"מ שסג, י שהבאנו לעיל) שלא השכיר לו חלק מסוים, דעל זה פשיטא שיכול לומר מאן פלג לך (=כי כל פיסה היא משותפת ולא ייתכן שהרמ"א יראה זאת כאילו שותף השכיר את "חלקו", שהרי אין זה חלקו), אלא (=בהכרח הרמ"א מדבר על מציאות) שהשכיר לו חלקו שאינו מסוים שיש לו בשותפות.**

אולם, בהצעה זו יש מספר קשיים. ראשית מלשון הרמ"א נראה שמדובר על השכרת חלק מהבית ולא על השכרת חלק בלתי מסוים. בנוסף, קשה להבין מדוע הרמ"א כותב שאם שותף השכיר רק את חלקו, אזי אין חברו יכול לבוא בטענות אל השוכר, הלא סוף המציאות העובדתית היא שהשוכר התגורר גם בשטחו של השותף השני, ומדוע לא יוכל שותף זה לבוא בתביעה כספית אל השוכר.

בגלל קושי זה יש מקום לומר שכוונת הרמ"א למקרה בו השותפים לא פירקו את השותפות, אך ייעדו לכל שותף מקום מסוים בנכס שבו הוא לבדו יוכל להשתמש (או לכל היותר - שיעדו לכל שותף זמן מסוים שבו ישתמש לבדו בכל הנכס). כך יש לדייק גם משו"ת בית יצחק (חו"מ מד) הדן באחים שירשו בשותפות מספר דירות ושניים מהם התגוררו בחלקיהם (בהסכמה, עוד בחיי המוריש), והשלישי השכיר את חלקו, ולאחר מכן הם תבעו ממנו דמי שכירות. הבית יצחק מביא את דברי הרמ"א והסמ"ע שהזכרנו וכתב שהאח "יכול לומר כיון שאתם השתמשתם בחלקכם אני השכרתי חלקי", ומכאן שיש ליישם את דברי הסמ"ע על מציאות שהוסכם שהשותף ישתמש במקום מסוים מן הנכס, וזה נחשב "חלקו".

על כל פנים ברור שלפי כל האפשרויות ברור שאם שותף משתלט בכוחנות על פיסה מסוימת מהשטח – אין פיסה זו נחשבת "חלקו", ודינה של פיסה זו כדין נכס משותף.



הבית שלמה טוען שיש לקבל את דברי הנתיבות (שהשכר לאמצע) רק במצבים שהשותף פגע בזכותו של חברו. אבל מדבריו נראה שאם אכן השותף השכיר את כל הנכס ואמר לשוכר שהוא לבדו ישתמש בנכס – אזי גם לפי דעתו השכר לאמצע..

גם ערוך השולחן (ח"מ סימן שסג סעיף כז) כתב שאם הושכר כל הנכס אז השותף צריך להביא לחברו את חלקם בדמי השכירות:

שני שותפים בבית והשכיר אחד מן השותפים כל הבית שלא מדעת השני צריך השוכר ליתן לשותף השני חלקו וא"צ לשלם למשכיר כל השכירות אלא נותן לו החצי שלו ואם נתן לו כולו מוציא השני חלקו מהשוכר [לבוש]... אבל אם לא שכר כל הבית רק חלק השותף שהשכיר לו דהיינו ששכר רק חצי בית א"צ ליתן להשני כלום ואפילו הם שותפים בכל הבית מ"מ כיון דלא שכר רק כפי החלק שיש לזה צריך לשלם לו השכירות ולא להשני ואם השותף צריך ליתן חלק בהשכירות לשותפו יש שמסתפק בזה דאולי יכול לומר אני השכרתי חלקי ואתה השכר חלקך או דור עם זה שהשכרתיהו. ולי נראה דודאי אם כל חלק מבורר להם יכול לומר לו כן אבל כשהם שותפים בכל הבית ואינם דרים בעצמם אלא משכירים לאחרים ודאי דכל מה שאחד מהם עושה הוא בעד השני ג"כ כדמוכח ממ"ש בסי' קכ"ב ע"ש.

היינו לדעת ערוך השולחן אם היה חלק מבורר (בהסכמה) לכל שותף, אז דמי השכירות מהשכרת חלקו של השותף הולכים רק לשותף שהשכיר את חלקו, אבל כאשר החלקים אינם מבוררים – הכל לאמצע. עוד נוסף שמדברי ערוך השולחן ברור שאין השותף יכול לזכות בכל הרווחים אפילו אם התכוון להרוויח רק עבור עצמו, מפני שערוך השולחן כותב שהדין במקרה זה דומה לדין בסימן קכב, שם נאמר שאם השותפים מלווים כסף ואחד מהם גובה מן הלווה מחצית מדמי ההלוואה – עליו לתת את מה שגבה לקופה המשותפת אפילו אם התכוון לגבותו לצורך עצמו.<sup>6</sup>

לעיל הבאנו את דברי נתיבות המשפט ושו"ת בית שלמה. על מנת להבין את דבריהם לאשורם נקדים שבשו"ת הרשב"א (חלק ב סימן קמא) כתב שאם שותף שהשתמש לבדו במשך תקופה ארוכה בשטח משותף – אין הוא חייב לשלם על כך לחברו:

נראין לי דברים ברורים שאינו חייב להעלות לו שכר. דכל שלא חלקו – בשלו הוא משתמש. ואפילו בחצר שיש בה דין חלוקה נמי. וכל שכן בחצר שאין בה דין חלוקה. דלא דמי לדר בחצר חברו שלא מדעתו. וה"ה דאינו יכול לומר לו כדרך שנשתמש בו שתי שנים אשתמש בו אני לבד כנגדן. דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש ואלו רצה חברו היה משתמש בו.

דהיינו השותף שהשתמש פטור מלשלם לחברו דמי שימוש, כיוון שהוא השתמש בנכסי עצמו, ולא בנכס של חברו, וגם חברו היה יכול לבוא ולהשתמש בנכס.

הרמ"א (ח"מ קעא, ח) פסק את הדברים להלכה וכתב כך:

לא חלקו, והשתמש בו אחד מן השותפין כמה שנים, לא יוכל אחר כך האחר לומר: אשתמש ג"כ זמן שנשתמשת, דכל זמן שלא חלקו כל אחד בשלו הוא משתמש.

על דברי הרמ"א הללו כתב נתיבות המשפט (ביאורים קעא ס"ק יב):

**לא השתמש בו בעצמו והשכירו לאחרים, פשיטא דהשכר לאמצע.**

<sup>6</sup> הטור (חושן משפט סימן קכב) כותב בשם אביו הרא"ש: "ועוד מצי האי (=השותף התובע) למימר ליה (=לנתבע, שרוצה לעמוד לדין אך ורק על חלקו של השותף ולא על כל חובו לקופה המשותפת) אם ארד עמד לדין על החצי ואזכה בדין אצטרך לחלוק עם שותפי שיאמר לי מאן פלג לך".



כלומר, אם השותף השכיר את השטח המשותף, עליו לתת לחבריו את חלקם בדמי השכירות שקיבל. כך גם נפסק בספר פתחי חושן (שותפים, ד לד – "השכיר אחד רכוש השותפות ומקבל שכר, השכר לאמצע"), וכן פסקו דיני בית הדין הגדול (הרב אליעזר איגרא, הרב שלמה שפירא והרב ציון לוז, אתר פסקים פסק דין מס' 12755 ד"ה שותף שהשכיר), והרב אושינסקי (אתר פסקים, פסק דין מס' 13029 ד"ה יש לציין כי).

יצוין שהשותף זוכה בדמי השכירות אפילו אם חבריו השכיר את הנכס שלא בידיעתו, כפי שהדגיש הרמ"א. כך הדין אפילו אם השותף פעל בניגוד לרצונו של חברו, כפי שקבעו דיני בית הדין הגדול (הרב איגרא, הרב שלמה שפירא, והרב ציון לוז, שם) "ופשוט שאם אחד השותפים השכיר את הדירה ללא ידיעת שותפו, או אפילו נגד רצונו – דמי השכירות יתחלקו בין שניהם".

כמו כן יש להוסיף שנתיות המשפט כותב את דבריו בצורה פסקנית ונחרצת ואינו תולה את החיוב בכך שהשטח המשותף עמד להשכרה ("קיימא לאגרא"). אדרבה, כאמור, נתיבות המשפט מוסב על דברי הרמ"א (ח"ו"מ קעא, ח) המביא את שו"ת הרשב"א (ב, קמא) העוסק בנכס העומד לשימוש השותפים ואינו מיועד להשכרה. בנוסף, דברי הרמ"א הללו מוסבים על דברי השולחן ערוך (קעא ח) העוסק בנכס שאינו עומד להשכרה.

נראה שיסוד דבריו של נתיבות המשפט הוא בעיקרון הקובע ששותף שהפיק רווחים מנכסי השותפות – הרווח לאמצע. עיקרון זה הוא כה רחב עד כי כך הדין אפילו אם השותף פעל על דעת עצמו בניגוד לכללי השותפות ובניגוד להוראותיו המפורשות של חברו, וכגון שקנה סחורה שלא היה צריך לקנות או מכר סחורה בהקפה או הפקיד נכסים משותפים בידי אדם זר, או שהכניס אדם זר לשותפות וכדומה, שכל הרווחים שהופקו – שייכים לכל השותפים (ראו בבא קמא קב ע"ב, רמב"ם שותפין ה ב, שו"ע ח"ו"מ קעו, י-יא).

נמצא שאם שותף התגורר בעצמו בנכס המשותף – אין הוא חייב לחבריו דבר (כדברי הרשב"א והרמ"א סימן קעא סעיף ח), מפני שהשתמש בחלקו שלו, וגם חבריו יכול היה לבוא ולהשתמש בחלקו שלו, אולם מאידך אם השכיר את הנכס המשותף – הרווח לאמצע.

מסתבר שהטעם להבחנה זו נעוץ בכך שכאשר השותף מתגורר בעצמו בנכס – ניתן לראות זאת כשימוש בחלקו הפרטי בנכס המשותף, אולם כאשר השותף מקבל דמי שכירות, אזי אין סיבה לשייך את הרווח דווקא לשותף מסויים שהרי הדמים ניתנו עבור נכס ששייך לשני השותפים יחד, ולכן הרווח לאמצע.

בשו"ת בית שלמה (שהזכרנו לעיל. חלק חושן משפט סימן מח) לא קיבל עמדה זו. לדבריו אין כל סיבה להבחין בין שותף שהתגורר בעצמו לבין שותף שהשכיר את הנכס:

ולכאורה הא מילתא טעמא בעי, דכיון דאם ישב בו בעצמו אין צריך ליתן לחברו, למה שייך חצי השכירות לחברו (=במקרה שהשותף השכיר את הנכס), דמה לי שישב בעצמו או הושיב אחר במקומו (=בתשלום).<sup>7</sup>

לטענתו כשם שהשותף זכאי להשתמש בעצמו בנכס המשותף, כך הוא גם יכול להשכיר את חלקו וליטול לעצמו את כל הדמים (ניתן להוסיף ולחזק סברא זו מכך שברור שאם השותף מוכר את חלקו אזי הוא לבדו זוכה בכל הדמים שהתקבלו מעסקת המכירה). לכן לדבריו אין זה משנה אם השותף התגורר או השכיר, והקריטריון היחיד הוא האם השותף השתלט גם על חלקו של חברו בנכס, ומנע ממנו להשתמש בו או לא:

אלא הוא הדבר אשר דברנו, דהא (=הרמ"א) בסוף סימן שסג (=הקובע שדמי השכירות יינתנו לשני השותפים) - מיירי שהשכיר לו כל הבית, היינו שישתמש בו בעצמו (=לבדו) בכל משך השכירות, משום הכי

<sup>7</sup> סברה דומה מובאת בדברי המרדכי (בבא בתרא, רמז תקט) בנוגע לנידון אחר (המרדכי עוסק שם בשאלת כפייה על גוד או אגוד): "ועוד וכי אינו יכול למכור חלקו לאדם עשיר שיש לו עבדים וזיתים וכשם שיכול למכור יכול נמי להשכיר דמה לי מכר מה לי שכירות".



שייך מחצית השכירות להשותף השני, ובסיפא כתב רמ"א שם סוף סימן שסג דאם לא השכיר רק חלקו אין צריך ליתן להשני כלום, והיינו אף שבאמת השוכר דר ומשתמש בכל הבית, כמו המשכיר שהיה יכול להשתמש בכלו כל זמן שאין השותף נכנס לדור בו, מכל מקום אין צריך לשלם להשני כלום, שהשוכר עומד במקום המשכיר.

כלומר אם השותף התגורר בעצמו באופן שמאפשר גם לשותפו להתגורר (או השכיר את הדירה ונתן לשוכר רשות להשתמש בכלה, אך באופן שגם שותפו יוכל להיכנס ולהשתמש בדירה) – הרי שהשתמש בחלקו בלבד ואין שותפו יכול לתבעו, ואילו אם התגורר באופן שמונע משותפו להתגורר – הרי שפגע בחלקו של חברו, ועליו לשלם לו על כך<sup>8</sup>. וכן אם השכיר מגורים באופן הנותן לשוכר בלעדיות בנכס, הרי שפגע בחלקו של חברו וחבירו זכאי למחצית מדמי השכירות (ועל זה דיבר הרמ"א בסימן שסג סעיף י).

נמצא שכאשר שותף השכיר את הנכס המשותף אז לפי נתיבות המשפט דמי השכירות לאמצע, ואילו לפי שו"ת בית שלמה השותף רשאי ליטול לעצמו את הדמים.

אולם, כך או כך, במקרה שבו השותף הדיר את רגלי חברו מן הנכס, הרי שגם בעל שו"ת בית שלמה מודה שהשוכר לאמצע, וכפי שכתב בעצמו בנוגע לשותף שהתגורר בנכס המשותף:

ועל כל פנים בנידון דידן שלא הניח ראובן ליכנוס את שמעון בהבית, והשתמש בו הוא לבדו בעל כרחו של שמעון בכל הבית, נראה לענ"ד שחייב ראובן לשלם לשמעון דמי השכירות בעד השנים שאחר כך שדר בחלק שמעון.

והיות וכבר למדנו לעיל שלדעת הבית שלמה אין הבדל בין שותף המתגורר בעצמו לשותף המשכיר את הנכס לאחר, לכן כך הדין גם אם השותף השכיר את כל הנכס, וכפי שכתב הבית שלמה בתחילת דבריו:

אלא הוא הדבר אשר דברנו, דהא בסוף סימן שסג מיירי שהשכיר לו כל הבית, היינו שישתמש בו בעצמו (=לבדו) בכל משך השכירות, משום הכי שייך מחצית השכירות להשותף השני.

[כפי שהסברנו לעיל, הבית שלמה סובר שגם השותף צריך לשלם לחבירו מחצית מדמי השכירות שגבה וזו לא רק חובה המוטלת על השוכר].

סיכומו של עניין - מפשטות דברי הרמ"א נראה שכאשר שותף השכיר את כל השטח המשותף, השכר לאמצע (אם כי אין להביא מדבריו ראייה ניצחת לקביעה זו). גם מדברי הסמ"ע (שסג ס"ק כה) וערוך השולחן (חוי"מ שסג, כז) ברור שדמי השכירות שאחד השותפים קיבל מהשוכר – לאמצע. זאת, מכוח הנימוק "מאן פלג לך", שמשמעותו היא שכל כסף ששותף גובה ממי שלוה מהקופה המשותפת או נהנה מנכסי השותפות – שייך לכל השותפים בשווה<sup>9</sup>.

כך ברור גם מדברי נתיבות המשפט (שהובאו להלכה בספר פתחי חושן ובפסיקת דייני בית הדין הגדול והרב אושינסקי). כאמור, כאשר השותף מנע מחבירו להשתמש בשטח, ונתן לשוכר בלעדיות בנכס, אזי גם לפי שו"ת בית שלמה השותף השני זכאי למחצית מדמי השכירות.

<sup>8</sup> ולכאורה יש לשאול: הלא לפי ההלכה אין תוקף הלכתי לחוזה שבו אדם משכיר נכס או חלק מנכס שאינו שייך לו, ואם כן מדוע כאן יש תוקף הלכתי לחוזה שבו שותף השכיר את חלק חברו בדירה? וייתכן להשיב שכל שותף נחשב כבעלים מלא על כל הדירה (אלא שגם שותפו נחשב לבעלים מלא), ולכן יש תוקף לחוזה שהשותף כורת עם הדייר (אלא שיייתכן והשותף השני יוכל לדרוש מהשוכר לפנות את המקום או למצער לאפשר לו להשתמש יחד עמו), אלא שעליו לשלם לחבירו את חלקו בדמי השכירות. בנוסף, השי"ד כותב (חוי"מ שסג סק ה) שגזלן המשכיר נכס שאינו שלו – חייב להביא לבעלים את דמי השכירות שקיבל.

<sup>9</sup> יצויין שבפעמוני זהב (על דברי הרמ"א חוי"מ שסג, י) דן בנושא זה ולא הכריע בצורה נחרצת, ולדעתנו נראה יותר לאמץ את מה שכתב בתחילת דבריו (סוד"ה 'שם שני שותפים בבית'), ואכמ"ל.



אמור מעתה: כאשר חלקי הנכס המשותף אינם מבוררים ואחד השותפים השכיר את השטח המשותף (או פיסה ממנו) – עליו לתת לחבריו את חלקם ברווחים, גם אם התכוון לגרוף את הרווחים לכיסו<sup>10</sup>.

### נספח מספר 7 – תוקפו של התקנון המצוי בחוק המקרקעין

בפסק דין זה כתבנו שבמדינת ישראל דיירי בית משותף מחויבים לתקנון הבתים המשותפים המופיע בחוק המקרקעין. עמדה זו הובאה להלכה בניסוחים שונים על ידי רבים מגדולי ישראל. בשו"ת מנחת יצחק (חלק ז סימן קכו) התייחס לשאלה אם התשלום על תיקון הגג נקבע על פי מקורות ההלכה או על פי חוקי המדינה וכתב:

והנה באשר שהמנהג הזה (=ללכת לפי החוק בנוגע לתשלום על תיקון הגג) מפורסם שכן נוהגים בבתיים משותפים, ולא שמענו פקפוק על זה.. לכן הנני לבאר את מה שעם לבבי בזה, והיות שדברי התרומת הדשן (סי' שמ"ב) שהובא בדברי כ"ת, הוא יסוד גדול בנד"ד אעתיק דבריו, וז"ל... ונראה דיפה יש לחלק בעניני מסים לבני העיר, וכן צרכי חמרים וספנים למהלך שיירא שלהם, וכל דבר שרבים מצורפים יחד, למיעל בתר דמנהגא דידהו, וכפי הסדר שעושים לעצמן לפי צרכיהם לפי עניינים, **דאי מצרכתא להו למיזל בתר דין תורה בכל דבר לעולם תהא מריבה ביניהם, מעיקרא מחלי אהדדי לוותר על דין תורה, וגמרי ומקני למיזל בתר סדר מנהג דידהו...** והנה כפי היוצא מדברי התרומת הדשן הנ"ל, במש"כ לחלק בין עניני מסים לשאר מנהגים, משום היכא דרבים מצטרפים יחד, ואם אזלי בתר דין תורה בכל דבר לעולם תהא מריבה ביניהם מחלי אהדדי לוותר על דין תורה, וגמרי ומקני למיזל בתר סדר דידהו כנ"ל, אין נפ"מ אם היו ענינים מסים או שארי ענינים שביניהם, וכדמוכח ממה שהביא ממנהג תמרים וספנים ומקנין באמירה בעלמא כנ"ל, והנה כ"ז? **שייך ביותר בבית משותף דמצטרפים לדור ביחד כשכנים טובים ולהיות ביניהם שלום בית, דכדי שלא תהא מריבה ביניהם מחלי אהדדי למיזל בתר מנהג דידהו, אם לא היכא שמתנו דלא כן.**

ובדומה לזה כתב בשו"ת ציץ אליעזר (חלק טז סימן סט):

הזכרתי כי בחק האמור ישנו גם בחינה של מנהג-המדינה, והוא זה. מפני שחק בתים משותפים איננו מכיל רק חק אחד, אלא הוא פקעת חוקים של כל מיני בעיות שמתעוררות בדיני-שותפים-בבתים כמעט יום יום, ומכיון, שעניני הרואות שמתנהגים על פיו בדרך כלל באין חולק, אם כן הוא נהפך עי"כ גם למנהג-מדינה, ושוב אין יכולים לבוא ולטעון דין הניין ודין לא הניין לי. (להבנת עמדתו לאשורה יש לעיין במקור הדברים).

דברים דומים מובאים גם בשם הרב יוסף ש. אלישיב (ישא יוסף חו"מ מ"ג):

והנה כפי הנהוג עכשיו, הרי כל אדם הרוכש דירה בבית משותף, אין חולק בזה שהוא נעשה שותף עם שכניו לגבי השטחים השייכים לכלל שכני הבנין. וע"ז אמר לנו רבינו זצוק"ל שמנהג המדינה בניהול עניני ועד

<sup>10</sup> נציין שבספר שער משפט (קעא סק ה) כתב שאם שותף התגורר לבדו בשטח משותף וחבירו דורש ממנו מחצית מדמי השכירות, אזי הדבר תלוי: בשטח שאינו עומד להשכרה, השותף פטור (וכפי שנפסק בתשובת הרשב"א שהובאה ברמ"א בסימן קעא סעיף ח), ואילו בשטח העומד להשכרה כבית מלון וכדומה, יש לראות זאת כאילו השותף התגורר בשטח כשוכר, ועליו לשלם דמי שכירות לקופה המשותפת. מדבריו ניתן לדייק שאם השותף התגורר בשטח שלא עמד להשכרה, אזי אין שותפו יכול לדרוש ממנו לשלם דמי שכירות. אולם נראה שכאשר השותף השכיר את הנכס (ולא התגורר בו בעצמו) אזי עליו לשלם לחבירו מחצית מדמי השכירות, וכדברי התיבות (קעא סק יב) שהזכרנו שאם השכירו "פשיטא שהשכר לאמצעי". בנוסף, גם אם נאמץ את דברי שו"ת בית שלמה שאין להבחין בין שותף שהתגורר בעצמו לבין שותף שהשכיר, מכל מקום קביעתם של הרשב"א ושער משפט ששותף שהתגורר לבדו בשטח משותף פטור, מדברת על שותף שהתגורר בעצמו בלא למנוע מחבירו להשתמש, אך כאשר שותף מנע מחבירו את השימוש בשטח והתגורר בו לבדו – עליו לשלם לחבירו, כפי שמדויק מלשון הרשב"א (ב קמא) שהשתית את פסקתו גם על כך ש"אילו רצה חבירו היה משתמש בו", וכדברי שו"ת בית שלמה חלק חושן משפט סימן מח הקובע ש"על כל פנים בנידון דידן שלא הניח ראובן ליכנוס את שמעון בהבית, והשתמש בו הוא לבדו בעל כרחו של שמעון בכל הבית, נראה לעני"ד שחייב ראובן לשלם לשמעון דמי השכירות בעד השנים שאחר כך שדר בחלק שמעון". וכך הדין לדעתו גם בשותף שהשכיר את כל השטח המשותף – שחייב לשלם לחבירו מחצית מדמי השכירות.



**הבית אינו נוהג כפי המתחייב מעיקר דין תורה.** לדוגמא, על פי הנהוג בועדי בתיים אם אחד הדיירים עוזב את ביתו לתקופה מסוימת הרי הוא ממשיך לשלם את חלקו בהוצאות גם על התקופה שאינו מתגורר בביתו, על אף שאינו נהנה ממה שנעשה בבנין כנקיון וכדו', ועפ"י דין תורה פשיטא שאינו חייב לשלם על מה שלא נהנה. ומוכח מכאן שהחוב אינו מצד הדין אלא מצד **שכל הנכנס לבית ומשתתף עם שאר השכנים בהחזקתו, הרי עושה כן על דעת מנהג המדינה בדבר, והוא נעשה כפי העולה מחוק המקרקעין בחלק העוסק בבתיים משותפים, ולהכי חל עליו חיוב תשלומין.**

נמצא כי לפי פוסקים אלו יש מחויבות לתקנון המצוי (המופיע בחוק המקרקעין) מכוח המנהג, וכך כתב גם הרב אוריאל לביא (אתר פוסקים, פסק דין מס' 2022, ד"ה 'תוקף חוק'):

הדבר ברור שבעת רכישת הדירות, הוסכם על שיתוף זה, שנקבע עפ"י המנהג. אין כאן פסיקה מכח חוקי ערכאות, אלא בסתמא הסכמת השותפים לענין תנאי השותפות ביניהם, מתפרשת עפ"י החוק והמנהג, ולהסכמה כזו תוקף עפ"י דין תורה, עיין חת"ס חחו"מ סי' קמ"ב ד"ה והנה בקצה"ח... וכעין זה פסק בספר משכנות ישראל (להג"ר ישראל גרוסמן ז"ל) סי' א' שבסתמא כל דייר רכש דירתו על דעת כן שינהגו ביניהם עפ"י חוק בתיים משותפים לאחר שהרישום של הדירה נעשה עפ"י כללי חוק זה.

בשו"ת תשובות ונהגות (כרך ג סימן תנה) השתית את המחויבות לתקנון על כך שהצדדים מקבלים זאת על עצמם בעת רכישת הדירה מן הקבלן:

כיון שבחזרה המכירה רשום שהכל נעשה לפי חוקי שכנים בבתיים משותפים שנעשה בממשלה, אף שאנו לא מכירים זכותם לקבוע אלא דיני התורה הם לבד קובעים לנו, מ"מ בדבר שבממון תנאו קיים ויכולים להתחייב כפי שירצו, והכא התחייבו לנהוג בזכויות כל צד כמנהג המדינה. ואף שפירוש הערכאות ושופטיהם אינו קובע כלל, מ"מ אם מפורש הדבר בשטר מועיל, וכן מפורש בסמ"ע סי' ס"א ס"ק י"ד וע"ש בנתה"מ, ובלבד שהדיון על כך רק יתקיים בב"ד. ולכן אף שלפי דין תורה אין לו שום טענה לעכב החלוקה מחמת הפסד מועט, מ"מ כאן שהסכימו מראש לנהוג בחצר כפי מה שברור במנהג האומות, ומעיקרא אדעתא דהכי נחות, אי אפשר לחייבו עכשיו אחרת.

לדבריו, רישום בית משותף נעשה על ידי בקשה חתומה של כל בעלי הזכויות בקרקע, בטופס הבקשה הצדדים מקבלים על עצמם את התקנון.

אמור מעתה: התקנון המצוי המופיע בחוק המקרקעין מחייב את הצדדים מפני שקיבלוהו על עצמם וכן משום שכך נהגו ועל דעת כן התקשרו הצדדים (אודות נושא זה ראו גם בשו"ת אגרות משה חו"מ א עב ד"ה והגע, משכנות ישראל לרב גרוסמן סימן א'; שו"ת חבל נחלתו י נד, פס"ד ארץ חמדה גזית 73075).

במקרה שלפנינו חוזה הרכישה מן הקבלן לא הוצג בפנינו, וכן לא ניתן מעולם צו רישום בית משותף. לכן ביססנו את מחויבות הצדדים לתקנון על המנהג ולא על חתימת הצדדים בחוזה הרכישה או בעת פנייתם לממונים על המרשם. יצוין שיש מקום לדון בתוקפו של התקנון ובתקפו של חוק המקרקעין בכלל גם מכוח העיקרון של דינא דמלכותא, ולא נרחיב בזה כאן.

### **נספח מספר 8 – הבונה בקרקע חבירו ונהנה ממנה – ישלם רק על הנאתו מהקרקע**

הבונה בקרקע חבירו ונהנה ממנה – צריך לשלם רק על ההנאה מרכיב הקרקע ולא על שנהנה מן המבנה (וזאת בניסיונות שבהן המבנה נשאר של הבונה). נבסס קביעה זו.



הגמרא במסכת בבא קמא מספרת על אדם שבנה על חורבה של יתומים ורב נחמן חייבו לשלם ליתומים ומשלא שילם, גבה רב נחמן ממנו את כל הבניין כולו. בעקבות הגמרא כתב הרא"ש (בבא קמא ב, ו) :

והווי יהבי ליתמי דבר מועט כי לא היה שם דירה ממש אלא אהלים לסחורה היו נוטים שם והלך זה ובנה בית [על חורבות] היתומים ולא היה להם כדי לפרוע דמי בנינו. וא"ל רב נחמן שיפייס היתומים במידי דאפייסו ולא חש לדבריו. ואגביה לאפדניה עד שנתן ליתומים שכר הראוי ליתן מחורבה אחת לבנות עליו בית והוא יותר ממה שהיו נותנים להן קדמנאי כיון שהיו חסרים בו דבר מועט צריך הנהנה לפרוע כל הנאתו וכן הדר בבית חדש דכיון דמחסרו שחרתא דאשיתא צריך לפרוע כל הנאתו.

דהיינו, רב נחמן עיקל את המבנה עד שהבונה ישלם ליתומים על השימוש בקרקע בלבד.

כך כתב גם רבינו ירוחם (מישרים נתיב לא חלק ב דף צה טור ד - צו טור א) :

מחסר חבירו בדבר מעט ונהנה אינו משלם לו מה שחסרו אלא כל מה שנהנה כגון אדם שיש לו בית כמו חורבה והסוחרים לפעמים נוטים שם [דף צו טור א] אהל לסחורתם ונותני לו דבר מועט משכירות ובא אחר ובנה שם בנין ואין יד בעל החורבה משגי לפרוע לו בנינו אין אומרין יתן לו מה שהיו נותנין הסוחרים שכן חסרו אלא כל מה שנהנה כמה יתן אדם אחר בחורבה כזאת לבנות עליו.

דברי רבנו ירוחם הובאו להלכה בדרכי משה (חו"מ שעה אות ו) שכתב "שמין כמה אדם רוצה ליתן לבנות חורבה כזו".

הרשב"א (בבא קמא כא ע"א, ד"ה הא) הסביר אמנם את הגמרא בדרך אחרת, אך גם מדבריו ברור שכאשר המבנה שייך לבונה אזי עליו לשלם אך ורק על הנאתו מן הקרקע של הבעלים ולא על הנאתו מן המבנה :

ועדיין צריכה לי תלמוד משום דאי מההוא טעמא האיך חייבו רב נחמן בשכר האפדנא די לו שיתן ליתומים כמה שהיו נותנין להן אותן קדמונאי? ממה נפשך, שאם יאמרו לו היתומים לכשיגדלו טול עציך ואבניך נמצא זה עומד בצל קורתו ואין להם ליתומים אלא שכר קרקעיתיה של קלקלתא, ואם יתרצו היתומים באותו בנין אז יתחייבו לפרוע לו יציאותיו וינכה להם במותר השכירות שיש בין מה שהיו נותנין קדמונאי לשכירות כל האפדנא.

ושמא נאמר דכל שהוציא יציאות בקרקע של יתומים דעתו שלא יהא נפרע מהם עד שיגדלו ויהיו בני פרעון וחזרו היציאות עליהם כחוב, ויפרע זה שכירות כל האפדנא מעתה. שאלו דר בהן עכשיו בלא פריעת שכירות אף הוא נמצא נפרע מן היתומים מעתה, כנ"ל.

הרשב"א מסביר שאם המבנה לא יעבור לבעלות היתומים, אזי יהיה עליו לשלם להם אך ורק על שנהנה מקרקעם ולא על שנהנה מן המבנה. ברור אם כן מדברי הרשב"א שאם המבנה לא עובר אל בעלותו של בעל הקרקע, אזי על הבונה לשלם רק הנאתו מן הקרקע, ולא על הנאתו מן המבנה.

כך כתב גם בחידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש על אותה גמרא (בבא קמא כא ע"א) :

ואיכא למימר בשלא פרעו לו יציאותיו הווי עובדא, והבונה היה יכול לומר עצי ואבני אני נוטל, וגם היתומים יכולים לומר לו טול עציך ואבניך והלכך אכתני לא זכו יתמי בבניין, וכשחייבו רב נחמן, לאו שכירות אפדנא חייביה דהא בצל קורתיו ואבניו דאיר, אלא כפי מה שנהנה מן הקרקע בלחוד חייבו ... ושמעינן מינה דהיורד לחורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות אם דר בה אינו משלם לו אלא דמי שכירות הקרקע. ודוקא בשהיה נהנה מן החורבה תחילה ואפילו בכל דהו הא לאו הכי אינו חייב להעלות לו שכר כל עיקר, ואפילו אמר לו בעל החורבה אל תדור בביתי, ודר בעל כרחו אינו נותן לו אלא שכר הקרקע בלבד



**כל שיכול לומר עצי ואבני אני נוטל.** ומיהו אם הודיע לבעל חרבה ונתרצה בדבר ואמר אני אפרע יציאותיך, כבר זכה בעל הקרקע בבנין והדמים הם עליו חוב דאנן סהדי דעל דעת כן בנה זה חרבתו של חברו שאם יתרצה בבנין יזכה בו ומיד שנתרצה זכתה לו חצרו ושוב אין הלה יכול לומר עצי ואבני אני נוטל, וכיוון שאינו יכול לומר, חייב להעלות לו שכר...

גם מדברי תלמיד הרשב"א והרא"ש ברור שכאשר ההלכה היא שהמבנה שייך לבונה, אזי הבונה צריך לשלם אך ורק על הנאתו מן הקרקע, ולא על הנאתו מן המבנה.

אמנם לכאורה ממקור אחר נראה שיש לדייק שכל דמי השכירות שייכים לבעל הקרקע לבדו. המשנה (בבא מציעא ק ע"ב) קובעת "שטף נהר זיתיו ונתנם לתוך שדה חברו, זה אומר: זיתי גדלו, וזה אומר ארצי גדלה – יחלוקו". הגמרא מסבירה שבעל הקרקע ובעל הזיתים מתחלקים רק בפירות שלוש השנים הראשונות מפני שבהן בעל הזיתים (שזיתיו נעקרו יחד עם גוש אדמה באופן שלפי ההלכה מונע את הצורך למנות מחדש שנות ערלה) יכול לטעון שבזכותו אין הפירות אסורים בהנאה. אך "לאחר שלש - הכל לבעל הקרקע. דאמר ליה: אי אנא נטעי, לאחר שלש - מי לא הוה אכילנא ליה כוליה? (אילו אני הייתי נוטע בעצמי, הרי לאחר שלוש שנים הייתי אוכל לבדי את כל הפירות)".

הנימוקי יוסף מוכיח מדברי הגמרא שאמרה "אי אנא נטעי", שכשאדם בונה בניין בשדה חברו הבנין שייך לבעל הקרקע, לאחר שהוא משלם את הוצאותיו, והבונה חייב לשלם גם על הנאתו מן הבנין. הנימוקי יוסף עוסק בבונה שהתגורר במבנה וגם בבונה שהשכיר את המבנה וכך הוא כותב (הנימוקי יוסף על סוגיה זו נמצא במסכת בבא מציעא נח ע"א, בדפי הרי"ף):

מדאמרין הכא "אי הוה נטענא מי לא הוה אכילנא" דקדק הרשב"א ז"ל דמי שירד לחורבתו של חברו שלא ברשות ובנאה לא מצי אמר כיון דמשום בנינא דידי חזיא למידר אדור בתוכה ואשתמש בה משום דא"ל מריה דארעא אי אנא בנינא מי לא הוה דיירנא הלכך נותן לו כל הוצאתו ומסתלק. ואם כבר דר בה: אם מעיקרא לא הוה קיימא לאגרא כלל א"צ להעלות לו שכר דא"ל מה חסרתך, ואי הוה קיימא לאגרא מעיקרא ואפילו לשכר מועט – **צריך להעלות לו שכר כדמיה של עכשיו** וראיה לדבר מדאמרין בפרק כיצד הרגל (דף כא א) ההוא גברא דבנה אפדנא [אקילקלתא] דיתמי אגבייה רב נחמן לאפדניה מיניה ואקשינן לימא קסבר רב נחמן הדר בחצר חברו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר כלומר ואפילו בחצר דלא קיימא לאגרא ודחינן לה מעיקרא קדמונאי הוה דיירי התם ומסקי לה ליתמי דבר מועט ואמר לו ר"נ זיל פייסינהו לא אשגח ביה ואגבייה רב נחמן לאפדניה מיניה מדאמרין זיל פייסינהו והדר קאמר ואגבייה לאפדניה **משמע דכמה דמיתוגר השתא יהב ליה...**

ואם השכירו הבונה לאחרים שלא כדין אי חצר דלא קיימא לאגרא היה השוכר פטור **ואי קיימא לאגרא מעלה שכר לבעל הקרקע.**

עוד כתב הרשב"א ז"ל בחדושו ומיהו מסתברא דאפילו לא היתה החורבה עשויה לשכר ולא היו מעלין ממנה שכר מעיקרא כלל, אם עמד זה ובנאה והשכירה אצל אחרים מחשבין לו (=מקזזים מתשלום הוצאות הבנייה שהבונה זכאי ליטול מן הבעלים) **כל מה שקבל בשכירות הבתים** מדרבי יוסי דאמר (בבא מציעא לה ע"ב) כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו ואנו רואים הדר בו בשכר כאילו הוא שוכר של בעל החצר.



הנימוקי יוסף דן בדברי הרשב"א (שאינם בידינו), והסיק מהם שהבונה בקרקע חבירו ונהנה מן המבנה צריך לשלם לבעלים שכר דירה מלא, בין על הנאתו מן הקרקע ובין על הנאתו מן המבנה.

דברי הנימוקי יוסף הובאו להלכה גם בבית יוסף בסימן שעה (שיטת הרשב"א הובאה גם בחידושי תלמיד הרשב"א בבא מציעא קא ע"א, ד"ה היורד, שיובא להלן אי"ה, וגם מדבריו ברור שהבין שלפי הרשב"א בעל הקרקע מקבל את כל דמי השכירות, וכך גם דעת הר"ן בחידושי בבא מציעא ק"א. ד"ה ומהא). הרמ"א (חוי"מ שעה, ז) פסק את הדברים להלכה וכתב:

השכירה הבונה לאחרים וקבל שכר, **מנכין לו מהוצאותיו** (=מקזזים סכום זה ממה שבעל המקום ישלם לו עבור הוצאות הבנייה), אף על גב דלא עביד למיגר.

ואם דר בה הבונה, אם חסר לבעל הקרקע דבר מועט, **צריך ליתן לו כל מה שנהנה**.

מדברים אלו נראה לכאורה שהבונה צריך לשלם גם על מה שנהנה מן המבנה שבנה.

אולם, אין לקבל טענה זו ויש לקבוע בבירור שהבונה פטור מתשלום על מה שנהנה מן המבנה ועליו לשלם רק על הנאתו מקרקע חבירו, וכפי שקבעו שורה ארוכה של פוסקים ראשונים ואחרונים (מעבר לראשונים שהבאנו לעיל בנספח זה).

תלמיד הרשב"א (בבא מציעא קא ע"א) כותב שאמנם לפי רבו הרשב"א הבעלים אכן זכאי בכל דמי השכירות, אולם הוא חלק עליו:

היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה ודר בה, אם מתחלה היתה עומדת לשכר כלל ואפילו לשכר מועט, הרי זה חייב להעלות לו שכר משלם וכשבא ליפרע ממנו עציו ואבניו מנכין לו שכר מה שדר בה. אבל אם לא היתה עומדת לשכר כלל אינו צריך להעלות שכר. וכתבו רבותי שאם השכירה זה הבונה לאחרים חייב להעלות לו שכר, שאינו יכול לעשות סחורה בחורבתו של חבירו. ונראה לומר שאין זה נכון. **אין זה עושה סחורה בחורבתו של חבירו אלא שכר עציו ואבניו הוא שנוטל, ובשלו הוא שעושה סחורה ולא בשל חבירו.**

מעבר לכך, אחרונים רבים כתבו שגם מי שכתב שהבעלים זכאי ליטול תשלום גם על ההנאה מהמבנה, התכוון אך ורק לרווח שמניבה הקרקע ולא לרווח שמגיע מכוח הבניין. כך למשל כותב הראנ"ח (מים עמוקים ב, ג) בנוגע למי שבנה בחצר חבירו והשכיר את המבנה:

**ומכל מקום אף על פי שקצת מן הפוסקים ההולכים בשטה זו כתבו סתם שנוטל (=בעל הקרקע) כל השכירות בעלמא, מבואר בעצמו דלאו כל שכירות הבית קאמר שכיון שהשכירות הוא שכר הבנין והקרקע היאך הלה (=בעל הקרקע) עושה סחורה בפרתו של חבירו (=הבונה).**

התובעת טענה (כתב התביעה המתוקן, סעיף 83-85) שכל דמי השכירות [בניכוי הוצאות הבנייה] שייכים לבעלי הקרקע לבדם. לטענתה, הראנ"ח מבחין בין בונה שהשכיר לבין בונה שדר במבנה בעצמו, ושיטתו היא שכאשר הבונה השכיר את המקום לאחרים אזי כל דמי השכירות שייכים לבעל הקרקע, ובכלל זה חלק דמי השכירות שעבור המבנה. אולם, הראנ"ח עצמו הדגיש "דלאו כל שכירות הבית קאמר, שכיון שהשכירות הוא שכר הבנין והקרקע, היאך הלה (=בעל הקרקע) עושה סחורה בפרתו של חבירו." כלומר, בעל הקרקע יקבל רק את אותו חלק מדמי השכירות שניתן עבור השימוש בקרקע ולא את אותו חלק בדמי השכירות שניתן עבור השימוש במבנה וזאת מפני שלא ייתכן שבעל הקרקע יעשה סחורה בנכסי חבירו, קרי במבנה שלא שייך לו. כך כתב הראנ"ח עצמו במקום אחר (שו"ת הראנ"ח, נח, ד"ה ומעתה):



ואינו בדין שהקהל לא יפרעו דמי הבנין ויהיו נוטלים פירות וכל כי האי גוונא נמצא הלה עושה סחורה בפרתו של חברו. וכענין שכתב הנמוק"י משם הרשב"א ז"ל דהבונה חורבת חברו אפילו לא הוה קיימא לאגרא אם השכירה הבונה נוטל שכר הימנה בעל החורבה שלא יהא הלה עושה סחורה בפרתו של חברו. וממנה נלמוד גם כן שאם בעל החורבה השכיר הבנין – שבעל הבנין נוטל את חלקו שלא יהא הלה עושה סחורה בשל חברו ואף על גב דהתם הקרקע שלו לעולם אבל כאן דמים הוא חייב לו וכל שיפרע לו יציאותיו יסתלק משם מ"מ כל שלא פרען לו הבנין הוא של הבונה והיאך יהיה אחר עומד ונוטל את הפירות.

גם בכנסת הגדולה (סימן שעה הגהות בית יוסף, אות יז) הבין את הראנ"ח כפי שפירשנו אותו, ופסק להלכה כך:

והכי נמי אם בעל החורבה השכיר הבנין – בעל הבנין נוטל חלקו, הראנ"ח ז"ל.

אחרונים נוספים כתבו שאף את דברי הרמ"א שהבאנו לעיל (המאמץ את שיטת הנימוקי יוסף וקובע שאם הבונה גר במבנה או השכירו אז בעל הקרקע זכאי לתשלום על הנאה זו), יש לפרש באותו אופן. כך כתב רבי עקיבא איגר (על שו"ע חו"מ שעה, ז):

כל מה שנהנה – נ"ב לא כל השכירות צריך לשלם לו כיון דהשכירות היא שכר הבנין והקרקע היאך הלה עושה סחורה בפרתו של חברו אלא דלא יפרע מה דהיי בעל הקרקע נהנה תחלה לבד שהיא דבר מועט אבל יפרע לו מה שהקרקע שוה מפני הבנין שעליו שחלק השכירות המגיע על הקרקע אחר הבנין היא יותר ממה שהקרקע לבדו הי' שוה ת' הראנ"ח ח"ב סי' ג'.

גם בשו"ת אבני שיש לרב שאול ישועה אבוטבול (חלק ב סימן פב, במהדורות מסוימות זהו סימן קז) התייחס לדברי הרמ"א וכתב שהבונה משלם רק על הנאתו מן הקרקע ולא על הנאתו מן המבנה:

ופי' כל מה שנהנה דנקט מור"ם היינו לומר כל מה שנהנה מקרקעית החרבה שהיא זכות בעלי החרבה שרואין כמה ראוי ליתן בחרבה זאת לבנות עליה בנין זה אבל לא עלה ולא יעלה על לב לומר דצריך ליתן לו שכי' כל הבית כמו שהוא בנוי ומשוכלל בשש קצוות בשביל א' מהקצוות שיש לבעלים דהיינו קרקעית החרבה דלא חזיא לדירה אלא בהצטרפות בנין הכותלים והתקרה שהם עיקר לדירה להסתופף הדר בצלם....ומהשתא גם מה שכתב מור"ם שם באותה הג"ה סי' שע"ה ס"ז דאם השכירה הבונה לאחרים וקבל שכר מנכין לו מהוצאותיו (=מקזזים סכום זה מהוצאות הבנייה שהבונה זכאי לקבל מבעל הקרקע)....מילתא דפשיטא היא דמה שמנכין לו מהוצאותיו היינו דוקא בשיעור הנאתו מקרקעית החרבה שהיא פרתו של חברו, אבל לא הנוסף בשביל הכתלים והתקרה שהם פרת עצמו.

בדומה לזה כתב גם הרב רפאל ברדוגו בשו"ת משפטים ישרים (א, שסו):

צריך לחקור שבהגה כתוב דאם היה משכירו לאחרים חייב ליתן לו שכרו מדר"י כיצד הלה יעשה סחורה כו' ויש להסתפק מהו שיתן לו. ונראה דודאי אינו מנכה לו אלא שכר חורבה לבנות לו בית והמותר הוא של בעל הכותלים דכל עיקר טעמא דמחייבין אותו הוא מהא דר"י כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו ולכן אחר שנשער שכירות וקרקע לבנות לו בית המותר הוא משום הכותלים והוא של בעל הכותלים וה"ז כמעמד רחיים בקרקע חברו ומשכירו דפשיטא דאין ליתן לבעל הקרקע אלא שכר הקרקע להעמיד בו ריחיים וה"נ כן הוא וכמ"ש הרא"ש ז"ל דלא בא אלא לומר אף על גב דלא קיימה לאגרא לא נאמר דאינו נותן כלל אלא כיון דהשכירו לאחרים נותן שכר ומיהו אינו נותן אלא שכר חורבה לבנות בית אפי' השכירה לאחרים.

וכך כתב גם בפעמוני זהב (על הרמ"א חו"מ שעה, ז):



אלא דבעיקר הדין עצמו דפסק כאן מור"ם דאם חסרו קצת מגלגלין ראיתי להרב מוהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה בספרו משפטים ישרים ח"ב סימן (קכ"ז) [קפ"ז] שכתב בענין מי שבנה חורבתו של חברו והיה משכירה לאחרים, דהדין הוא הואל ומצינו למר"ן בב"י הביא דברי רבינו ירוחם בסוף סימן שע"ה בלי שום חולק וכו', פשוט דאינו משלם אלא שכר הקרקע כמו שהיה שוה קודם הבנינים ואינו משלם שכר הבנינים, יעויין שם. וראיתי להרב כמוהר"ר יוסף אלמאליח זלה"ה בח"ב סוף ס"ג שכתב זה לשונו, אם כן מה שכתב החכם הפוסק כמוהר"ר רפאל בירדוגו נר"ו שהבונה חורבת חברו ודר בה שאין צריך להעלות לו שכר שלם כמו שהיתה אחר הבנין כי הפירות ההם נתהוו על ידי מעותיו והוצאותיו, אלא כמו שכתבו הרא"ש ורבינו ירוחם שהביא הרב בית יוסף בסוף סימן שע"ה ז"ל כמה יתן אדם בחורבה כזאת לבנות עליה בית, עד כאן לשונו. והיא סבורא אמיתית, דאיך זה יבנה וישלל הבית ויאכל הלה וחדי. ואף שמדברי מור"ם שע"ה משמע קצת דמשום שחורבתא רביתא (=החורבה עצמה היא זו שגדלה והושבחה) מגלגלין עליו הכל, דמשמע דמנכה לו כל שכרו, אין הסברא נותנת כן, אלא כדברי הרא"ש ורבינו ירוחם שהביא כנזכר לעיל, אלה היו דברי הרב יוסף אלמאליח ז"ל שר המסכים על דברי הרב מוה"ר רפאל בירדוגו ז"ל, אתיאי דהני רבנן בתראי דעתם היא דאפילו בשחורריתא ובהיא משכירה ומכל שכן דר בה הוא עצמו דאינו משלם אלא מה שהיתה שוה קודם הבנין, זהו הסברא לשלושתם יחד ודו"ק.

התובעת טענה (סעיף 84 לכתב התביעה מיום כ"א טבת תשפ"א) שהוראת הראנ"ח שיש לתת לבעל הקרקע רק את הרווח שהניבה הקרקע – מוסבת רק על בונה שגר בעצמו במבנה, אך בונה שהשכיר את המבנה לאחרים צריך לתת לבעל הקרקע את כל דמי השכירות, לאור כל האמור אין אנו מקבלים את דבריה. מעבר לכך שמדברי הראנ"ח עצמו בתשובה נ"ח ברור שאין זו דעתו, הרי שגם מדברי האחרונים שציטטנו זה עתה ברור שלא קיבלו טענה זו. נראה שכוונת הראנ"ח והאחרונים הללו היא שלא ייתכן שבעל הקרקע יוכל ליהנות מן המבנה לפני ששילם עליו (ובפרט: כשגם אינו עתיד לשלם עליו), וכפי שכתב הראנ"ח – "כל שלא פרען לו הבנין הוא של הבונה והיאך יהא אחר עומד ונוטל את הפירות"<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> כאמור, הנימוקי יוסף דייק את דבריו מתוך הגמרא שקבעה שלאחר שלוש שנים – כל הפירות שייכים רק לבעל הקרקע לבדו, וממנה משמע שבבנין (שבו אין איסור ערלה) כל הרווח יינתן מיד לבעל הקרקע לבדו, ואם כן דברי הראנ"ח (הקובע שהרווח מהבנין שייך לבונה) לכאורה מנוגדים גם למסקנה העולה מתוך הגמרא עצמה. ייתכן שהראנ"ח הבחין בין נטיעה לבנייה. הנוטע אינו רשאי לעקור את אילנו (משום יישוב ארץ ישראל או הכחשת הקרקע) ייתכן שבכך נכפה עליו לאבד את זכותו ובעלותו על אילנו (תמורת תשלום העלויות), ולכן הגמרא קבעה שגם אין לו זכות בפירות. לעומתו הבונה רשאי ליטול את עצו ואבניו ונמצא שחומרי הבנייה בבעלותו, והוא גם זכאי לרווח שהניבו. אפשרות זו מתחזקת מכך שהרמב"ם כתב (שכ"נ ד') תחילה שאין לבעל הזיתים אפשרות ליטול את עציו, ולאחר מכן קבע שלאחר שלוש שנים כל הפירות יינתנו לבעל הקרקע (כפי שעולה מהדרישה חושן משפט סימן קסח, ס"ק ב). אפשרות נוספת ומסתברת יותר היא שהראנ"ח אינו מתווכח עם קביעת הגמרא והנימוקי"י שכל הרווח הולך לבעל הקרקע לבדו, אלא שלטענתו הלכה זו כוחה יפה רק כשהבעלים ישלם את ההוצאות (לפי הרשב"א) או לחילופין לאחר שבעל הקרקע שילם למשביח את ההוצאות, וכל עוד לא שולמו ההוצאות – אין הוא זכאי לקבל את המבנה או הרווחים שהניב וכפי שהסברנו בגוף הדברים (במקרה שלפנינו התובעת טענה שיש לראות זאת כאילו שילמה את ההוצאות על ידי קיזוז התשלום מחובם של הנתבעים אליה, וגם לטענה זו התייחסנו בגוף הדברים).

יש להעיר שבמקרה שלפנינו גב' פ' המנוחה לא תכננה לבנות (ולאחריה גם התובעת לא תכננה לבנות ואף התנגדה לבנייה המשותפת לפני ההכרעה במחלוקת הכספית), ואם כן יש מקום לבחון האם זכותה לזכות ברווחים בטענה שהייתה בונה בעצמה (ומכל מקום בוודאי שהתובעת זכאית ליטול את חלקה ברווח שהניבה הקרקע מפני הרווחים שהניבה הקרקע המשותפת בוודאי שייכים לקופה המשותפת). בשולי הדברים נעיר שבגמרא (ב"מ ק:) אמרו שהמוכר את עצי פרי לקורות והצדדים סיכמו שהקונה יקצוץ אותם מיד, ולבסוף התעכב ולא קצצו והעצים הניבו פרי – הכל לבעל הקרקע. אולם שם מדובר על צדדים שסיכמו ביניהם במפורש שהקונה יוציא את העצים מן הקרקע לאתרו ונמצא שבהסכם זה הסכימו שהקונה יזכה רק בכך שכשיקוץ יהיו לו רק עצים, ולא בשום דבר נוסף (עיינו חידושי ר' מאיר שמחה על ב"מ ק: ד"ה היכי דמי), ולכן נראה שאין להלכה זו קשר למקרה שבו לא נכרת חוזה בין הצדדים. אחד הדיינים הוסיף שהיה מקום לתהות מדוע כאשר שטף נהר זיתיו יש לחלק את הפירות בשווה בין בעל הקרקע ובעל הזיתים (בשלש השנים הראשונות), ואילו במבנה הבנוי על הקרקע לא כתבו הפוסקים שיש לחלק את הרווח בשווה בין בעל הקרקע ובעל המבנה. ייתכן שהסיבה היא שבנטיעה הקרקע יותר פעילה ביצירת הפרי, והזיקה בין הפרי לקרקע יותר ישירה באופן שהפרי נוצר ממש גם מכוח האילן



לחיזוק הדברים נציין שבגמרא (בבא מציעא לט ע"ב) מסופר על מרי בר איסק שירש את אביו והשביח את הנכסים, ולבסוף הגיע אחיו (שהיה קטן) מחו"ל, ורב חסדא קבע שעל מרי לתת לו מחצית מן הנכסים המושבחים. לאור זאת קבעו הרמב"ם (נחלות ט, ד) והשולחן ערוך (חו"מ רפז, ג) ש"מי שירש את אביו, והשביח הנכסים ונטע ובנה, ואחר כך נודע שיש לו אחים במדינה אחרת – אם קטנים הם, השבח לאמצע" (מן הראוי לציין כי על פי ההלכה אסור להרשות לאח הגדול לטפל בנכסי האח הקטן או להשביחם, מחשש שיטען שהם בבעלותו, ויוצא שפעילותו של האח הגדול בנכסים הייתה, בשגגה, שלא כדין).

הסמ"ע (שם, ס"ק יד) אומר "ומיהו מה שאכל כבר (=האח הגדול, לפני שהגיע אחיו הקטן) אין מוציאין מידו". כלומר אם האח הגדול כבר נהנה מן הנכסים – אינו צריך לשלם על כך לאחיו הצעיר. נתיבות המשפט (ביאורים רפז ס"ק ו) מסביר:

עיין סמ"ע ס"ק י"ד עד מה שאכל כבר אין מוציאין מידו. ונראה דהסמ"ע לא כתב כן רק בפירות שבא מחמת השבח שהשביח הגדול שלא מדעת הקטן, ובזה כתב הסמ"ע שפיר. ונראה הטעם, כיון דאם יפסדו מה ששתלו ומה שבנו כגון שישרפו ויהיה היזק להיתומים מגוף הקרן ודאי שיצטרכו להחזיר מעות יתומים שיכולין לומר עקור אילנך ולך, א"כ לא זכו היתומים בהאילנות והבנין עד שיתוודע להם וזכה להם חצירם, אבל בלא ידע אין החצר קונה בדבר שאינו רגיל לבוא כמבואר בסימן רס"ח סעיף ג' [ברמ"א], וכיון שלא זכה (=זכו היתומים) קודם שיוודע להם ובאחריות המשביחן קאי, משו"ה פטורין (=פטור המשביח) מלשלם הפירות. אבל נראה דודאי אם אכלו פירות מקרקע היתומים ובא להן את, צריך להחזיר הפירות שאכל, דכי משום שאכל דלאו דידיה מחמת שלא ידע פטור.

דהיינו, כל עוד האח הצעיר לא היה מודע לכך שהוא הבעלים, הוא לא זכה בשבח על ידי קניין חצר. ממילא, השבח עדיין בבעלותו של המשביח ואין המשביח צריך לשלם על כך שנהנה מנכסי עצמו<sup>12</sup>.

מדברי נתיבות המשפט ברור שהשבח אינו עובר אוטומטית לבעל הקרקע, וכן ברור שכל עוד השבח לא עבר לבעלות בעל הקרקע – אין מקום לתביעה כספית של הבעלים על כך שהמשביח נהנה מן ההשבחה.

אמור מעתה: הבונה בקרקע חבירו והתגורר בה, צריך לשלם לחבירו על הנאתו מן הקרקע, אך לא על הנאתו מן המבנה, שהוא רכושו הפרטי של הבונה.

בנוסף לכל האמור נעיר שעמדתה של התובעת (שכל דמי השכירות צריכים להינתן לבעלי הקרקע בלבד) קשה מזווית נוספת: לפי עמדתה של התובעת יצא שמי שנכנס לגור בביתו של חבירו – יחויב לשלם לבעל המקום סכום גבוה של דמי שכירות מלאים, ומאידך, גם מי שבנה מבנה בקרקע חבירו, והוציא מכיסו עשרות ומאות אלפי שקלים על מנת לבנותו, גם הוא יחויב לשלם לבעל המקום סכום זהה כדמי שכירות מלאים, וזה כמובן דבר שאינו מסתבר כלל. וכפי שהעיר המהרי"א ענזיל (שו"ת מהרי"א ענזיל, לט, תלמידו של בעל קצות החושן, וראו עוד: שם, מא):

וגם מכוח הקרקע (בבחינת זה וזה גורם) ולכן יש לחלק בשווה, ואילו בבניין הקרקע היא רק מצע שעליו נבנה הבניין (והיינו שהקרקע לא גורמת את הרווח אלא היא רק תנאי הכרחי להופעתו). אפשרות אחרת היא שבשלוש בשנים הראשונות מדובר על שותפות מסוג אחר – שעצי הזית שהגיעו עם גושיהם מונעים חלות איסור ערלה, ואילו הקרקע גורמת לפירות מבחינה פיזית ולכן חולקים בשווה. גם נושא זה זוקק העמקה ואכמ"ל.

<sup>12</sup> כוונת בעל נתיבות המשפט לומר שהאח שנטע ובנה פטור מתשלום על הנאתו ממה שנטע ובנה, אך בוודאי שחובתו לשלם לאחיו הקטן על הנאתו מרכיב הקרקע כשנטע בה אילנות, שהרי לפי ההלכה (בבא מציעא ק: ובשולחן ערוך חושן משפט סימן קסח סעיף א) יש לבעל הקרקע זכות בפירות שצמחו גם אם האילנות לא עברו לבעלותו.

וכמו כן עליו לשלם לאחיו הקטן על הנאתו מרכיב הקרקע, בכפוף לדיני נהנה, כאשר נהנה ממבנים שהקים בקרקע, למרות שלא עברו לבעלותו של הבונה, וכפי שעולה בבירור מהגמרא בבא קמא כ"א. על קלקלתא דיתמי ומהמקורות שהבאנו לעיל.



ולכאורה הדבר מתמיה, אם נאמר שמי שיכנס לבית נכון ומבונה יפה ודר בו, ומי שנכנס לחורבתו של חברו והוציא כמה אלפים עד שבנאו בניין חדש ודר בו, יהיו שניהם שווים בדמי השכירות, ולקתה מידת הדין, שהרי בעה"ב הראשון חסר הרבה (בכך שבנה מכיסו את המבנה), ובעל הבית שני לא חסר כי אם דבר מועט (=שהרי הבניין נבנה על ידי הבונה).

לפיכך נראה לענ"ד שלא עלה על דעת הפוסקים ז"ל לומר שמי שבנה על אשפתו של חברו בעד מאה מנה ודר בו, ומי שדר בארמון נכון של חברו ישלמו שכר דירה בשווה, שאין הדעת סובלת כן...

המהרי"א ענייל עוסק אמנם במציאות שהבונה דר בקרקע, ואילו במקרה שלפנינו הבונה השכיר את הקרקע, אולם הקושי שהוא מעלה רלוונטי גם בבונה שהשכיר את המבנה, ומדבריו ברור שגם כשהבונה השכיר את המבנה, אין הצדקה שבעל הקרקע יקבל את דמי השכירות במלואם. בדומה לזה, גם הנתבעים שלפנינו טענו (ובצדק) שאין זה צודק ואין זה הוגן שהתובעת תקבל דמי שכירות על בתים שלא השקיעה בהם ולו שקל אחד. התובעת אמנם טענה שהבונים זכאים לקבל תחילה את הוצאות הבנייה או ליתר דיוק – לקזזם מהסכום שעליהם להעביר לידה, אולם כאמור אין המבנה עובר לבעלות בעלי הקרקע בלא הסכמת הבונה, ובוודאי שאינו עובר לידי בעלי הקרקע בניגוד לרצונם.

#### נספח מספר 9 – העברת המבנה לבעלות בעל הקרקע, מותנית בהסכמת הצדדים

כפי שראינו לעיל (נספח 8) אחרונים רבים כתבו שכאשר אדם השכיר מבנה שהקים בקרקע חברו, אזי דמי השכירות שניתנו עבור המבנה שייכים לבונה, מפני שלא ייתכן שבעל הקרקע יינה מן הבניין לפני ששילם את הוצאות הבנייה. אולם התובעת טוענת שיש לראותה כמי ששילמה את חלקה בעלויות הבנייה ולכן הבנייה עוברת לרשותה וממילא יצא שהיא זכאית לחלוק גם ברווחים שהניב המבנה.

נרחיב בהצגת טענת התובעת: הנימוקי יוסף (בבא מציעא נח ע"א, בדפי הרי"ף) והרמ"א (חו"מ שעה, ז) קובעים שאם הבונה השכיר את השטח וקיבל מהשוכר דמים אזי יש להפחית סכום זה מהתשלום שבעל הקרקע צריך לשלם לבונה על הוצאות הבנייה. התובעת גורסת שבמקרה שלפנינו הבונים כבר קיבלו עבור חלקה של התובעת בקרקע סכום כה גדול המכסה את כל התשלום שהיה על התובעת לשלם להם עבור הוצאותיהם. לאור הני"ל סבורה התובעת שיש לראות זאת כאילו כבר שילמה לנתבעים את כל הוצאות הבנייה, ובמקביל כל הבנייה עברה לרשותם של בעלי הקרקע (סעיפים 89, 100, 88-89 לכתב התביעה הני"ל). התובעת מדגישה (סעיפים 85-86, 102-100) שאין לבונה בחצר חברו זכות לאלץ את בעל הקרקע להמשיך את השותפות ביניהם באופן שאחד יהיה בעלים על הקרקע וחברו על המבנה. לדבריה, עצם הימצאות היחידות על הקרקע המשותפת, מעבירה את הדירות לבעלות בעלי הקרקע תמורת תשלום ההוצאות. התובעת מדגישה שאין סתירה בין דרישתה להריסת יחידות הדיור לבין התביעה הכספית על רווחיהן, מפני שהתביעה הכספית מושתתת על כך שעצם המציאות היא שהמבנים עברו לרשות בעלי הקרקע, ואין בכך בכדי לפגוע בזכות התובעת לדרוש את הריסת היחידות.

לעומתה, טענו הנתבעים מספר טענות ובכללן אמרו שלא ייתכן שהתובעת תקבל רווח מיחידות דיור שלא השקיעה בהן ולו שקל אחד.

דיון והכרעה: איננו מקבלים את דבר+י התובעת: לשם העברת ההשבחה (המבנים) לבעלותו של בעל הקרקע יש צורך בהסכמתו של הבונה או לפחות בהסכמתו של **בעל הקרקע**. ללא הסכמה זו – אין הבעלים זוכה בהשבחה, ואפילו אם הסכים לקזז את הוצאות הבנייה מסכומים שהבונה חייב לו.



נפצל את דברינו לשניים: בנספח זה נבקש להוכיח שאין ההשבחה (המבנה) עוברת לידי בעל הקרקע בלא הסכמת הבונה, ובנספח הבא נבקש לבסס את הטענה שיש צורך לפחות בהסכמת בעל הקרקע על מנת שההשבחה תעבור לבעלותו, ושהתובעת עצמה לא הסכימה לכך שהבנייה תעבור לבעלותה.

ובכן, לפי ההלכה היורד לשדה חבירו ובונה בו מבנה - יכול לחזור בו ולפרק את המבנה, ולא להעבירו לידי בעל הקרקע אפילו אם בעל הקרקע מתנגד לכך (בבא מציעא קא ע"ב; רמב"ם גזילה י, ט; שו"ע חו"מ שעה, ו; חוקי התורה: הגורם הנאה ממונית לחברו ללא הסכם (יורד לשדה חברו), סעיף 4). מכאן ברור שעצם חיבור חומרי הבנייה לקרקע לא מעביר את הבעלות עליהם ועל המבנה שנוצר מהם לבעלותו של בעל הקרקע, אלא יש צורך בהסכמתו של הבונה ושל בעל הקרקע (שהרי גם בעל הקרקע יכול לדרוש את סילוק המבנה, וכפי שנאמר בשו"ע חו"מ שעה, ו).

לאור זאת, במקרה שהבונה בנה עבור עצמו וגם לאחר הבנייה איננו מסכים להעביר את המבנה לבעלותו של בעל הקרקע, אז המבנה אכן נותר בבעלותו של הבונה ואינו עובר לבעלות בעל הקרקע (אם כי בעל הקרקע בהחלט רשאי להתנגד לקיומו של מבנה זר בשטחו ולדרוש את סילוקו – "טול עציך"). ההיגיון שבכך פשוט. הלא המבנה בנוי מחומרי בנייה המצויים בבעלות הבונה ואין אפשרות להוציאם מבעלותו ללא הסכמתו. לעניין זה, אין הבדל בין המניח כלים בשטח חברו לבין הבונה שם בניין, בשני המקרים לא ניתן להוציא חפץ מבעליו בלא הסכמה מפורשת של הבעלים. אמור מעתה **שכאשר הבונה לא הסכים להקנות את המבנה לבעל הקרקע – אין בעל הקרקע זוכה במבנה.**

כך כתב גם בחידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש (בבא קמא כא ע"א):

ואיכא למימר בשלא פרעו לו יציאותיו הווה עובדא, והבונה היה יכול לומר עצי ואבני אני נוטל, וגם היתומים יכולים לומר לו טול עציך ואבניך והלכך אכתי לא זכו יתמי בבניין, וכשחייבו רב נחמן, לאו שכירות אפדנא חייביה דהא בצל קורותיו ואבניו דאיר, אלא כפי מה שנהנה מן הקרקע בלחוד חייבו ... ושמעינן מינה דהיורד לחורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות אם דר בה אינו משלם לו אלא דמי שכירות הקרקע. ודוקא בשהיה נהנה מן החורבה תחילה ואפילו בכל דהו הא לאו הכי אינו חייב להעלות לו שכר כל עיקר, ואפילו אמר לו בעל החורבה אל תדור בביתי, ודר בעל כרחו אינו נותן לו אלא שכר הקרקע בלבד כל שיכול לומר עצי ואבני אני נוטל.

כלומר בעל הקרקע אינו זוכה במבנה בלא הסכמתו של הבונה, ולכן אין בעל הקרקע זכאי לרווחים שהניב המבנה. נוסף ונאמר: אמת שהלכה פסוקה היא שהבונה אינו רשאי לומר "בנייני אני נוטל" כאשר בנה בחצר המיועדת לבנייה (רמ"א חו"מ שעה, ז). אולם, הטעם לכך הוא שבמצב כזה ברור שהוא התכוון להעביר את המבנה לבעלותו של בעל הקרקע, כפי שהסביר הבית יוסף (חושן משפט שעה, בשם תלמידי הרשב"א):

דהכא פְּחָרְפָּה שאינה עשויה לבנות עסקינן ומשום הכי אי אמר עצי ואבני אני נוטל שומעין לו מפני שיכול לומר שלא זיכה בניינו לזה אלא על דעת שיתן לו כל הוצאתו אם ירצה. וכיון שהוא מפסיד שאינו נוטל אלא בידו על התחתונה יכול לומר "עצי ואבני אני נוטל". אבל בשדה העשויה ליטע או בבית העשוי ליבנות אינו יכול לומר לו "עצי ואבני אני נוטל", שהוא על דעת שיזכה בו חבירו בנה ונטע. ואם כן כל זמן שלא אמר (=בעל החצר) "איני רוצה בו" אין הלה יכול לחזור בו שהרי חצרו קנתה לו מיד.

כלומר בדרך כלל הבונה יכול לקחת את חומרי הגלם בחזרה מפני שהדין הוא שהוא לא יקבל מבעל הקרקע שכר מלא על פעילותו אלא רק החזר של הוצאותיו. לכן הבונה נאמן לומר שלא התכוון להקנות את המבנה לבעל הקרקע



תמורת שכר חלקי בלבד. אבל בחצר העשויה להיבנות ההלכה היא שיד הבונה על העליונה והוא מקבל שכר מלא על עבודתו. היות שכך, ברור שכוונתו הייתה להקנות את המבנה לבעל הקרקע תמורת שכר, ולכן אין הוא יכול לחזור בו (לגבי הסכמת בעל הקרקע – ראו רמב"ן ב"ב. ד. ד"ה ועדיין, פסקי דין - ירושלים דיני ממונות וביורורי יוחסין יג עמוד רעה, ואכמ"ל).

כך עולה גם מחדושי הר"ן (בבא מציעא קא ע"א, ד"ה ואמר הלה :

וכי מסקינן נמי בגמרא דכי אמר עצים ואבניי אני נוטל דבבית שומעין לו איכא מ"ד דה"מ בחורבה שאינה עשויה לבנות אבל בחורבה העשויה לבנות אין שומעין לו דמיד זכה בעל הקרקע בבנין **שמתחלה על דעת כן בנאה** אבל בחורבה שאינה עשויה ליבנות דשמין לו וידו על התחתונה הוא שיכול לחזור בו שיכול לומר שמתחלה כשבנה על דעת ליטול כל הוצאתו נתכוון (ש)כן כתב הרא"ה ז"ל. אבל מדברי רשב"א ז"ל נראה דאפילו בחורבה העשויה ליבנות יכול לומר עצי ואבניי אני נוטל כל זמן שלא קדם בעל הקרקע ואמר דמיהם אני נותן דבכה"ג **כיון שעל דעת ליטול מבעל הבית בנה** ה"ל כאומר לחבירו זכה לפלוני במנה זה אם ירצה דכיון שרצה הלה זכה זה בשבילו והכי נמי כיון שנתרצה זכתה לו חצירו ושוב אין הלה יכול לחזור בו. גם מדברי הנימוקי יוסף נראה שהמבנה אינו עובר אוטומטית אל בעל הקרקע ורק הסכמת הבונה להעברת המבנה לבעלות בעל הקרקע היא המאפשרת את המעבר, וכך כותב שם הנימוקי יוסף (בבא בתרא ג ע"א, בדפי הרי"ף):

ואם תאמר במה קנאו דמחייבים ליה יש לומר דכיון שחצי כותל [עומד הוא על חצרו, קנתה לו] חצרו ואף על פי דלא אמר ליה אידך תקנה לך חצרך ברור לך **שעל דעת כן בנאו** שיהיה שלו כל זמן שירצה.

כך עולה גם מהנימוקי יוסף בבא מציעא נח ע"א-ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה בבית הכותב כך :

אלא ודאי אפי' עשויה ליבנות יכול אחד מהם לטעון אטול עצי ואבניי או טול עציך ואבניך ומיהו בעל הבנין גרע כחו טפי במקצת דאם בעל הקרקע היה מקדים לו דמיו לא מצי תו למימר עצי ואבניי אני נוטל **דכיון שעל דעת ליטול מבעל הבית בנה** ה"ל כאומר לחבירו **זכה לפלוני במנה זה אם ירצה דכיון שרצה הלה זכה זה בשבילו הכא נמי כיון שנתרצה זכתה לו חצרו ושוב אין הלה יכול לחזור בו**. והרשב"א ז"ל הביא ראיה לזה מפ"ק דב"ב (דף ה ב) גבי מתניי דלמעלה מד' אמות בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן ואקשינן עלה בגמרא אימת אילימא בזמנו אמאי בחזקת שלא נתן אלמא יכול הוא לומר פרעתו ואיזה חזקה יש לזה שיהיה נאמן לומר קניתי כדי שיהיה הדמים עליו מלוה על פה שיהא נאמן לומר פרעתי והלא יכול לומר מי שבנאה עצי ואבניי אני נוטל ואי אפשי למכור אלא ודאי מכיון שסמך לו כותל אחד גלה אדעתיה דניחא ליה וקנתה לו חצרו ואית לו בה חזקה.

גם בשו"ת אבני נזר (חושן משפט, ח) כתב שכאשר הבונה לא התכוון להעביר את אבני הבנין לבעלות חבירו, הן נשארות ברשותו והוא רשאי ליטול אותן לעצמו :

דבר הסוכה אשר בנה הרה"ק זצלה"ה על קרקע הקהל סמוך לדירת הקהל ממעותיו וכעת רוצים היורשים לסותרה לעצמם. ואנשי העיר רוצים לשלם שוויי והסוכה תשאר שלהם. ותחילה אמר היורש שאם בני העיר ירצו לשלם ימכרנה להם וכעת אינו רוצה :

תשובה. לפענ"ד אין לדמותו להא דסיי שע"ה סעיף ז' בהוסיף בתים בחצר ידו על העליונה. דחצר חשוב עשוי לבנות. וכתב הרמ"א ולא יכול הבונה לומר בניי אני נוטל. **דהלא הטעם מבואר בחי' הר"ן (ב"מ קא ע"א) דמיד זכה בעל הקרקע בבנין. שמתחילה על דעת כן בנאה. מה שאין כן בנ"ד שאביהם זצ"ל לצורך עצמו בנאה.**



ערוך השולחן (חו"מ שעה, ב) פסק להלכה דברים אלו וכתב כך:

ודוקא כשהבעלים לא גילו דעתם אחר המעשה דניחא להו אבל אם גילו דעתם דניחא להו כגון שהשלימו הבנין או ששמרוהו וכיוצא בזה אין יכולים לומר כן ויד היורד על העליונה כמו שיתבאר [רי"ף] וכן אם גילו דעתם מקודם שיתנו לו מעות לא יכול היורד לומר אח"כ עצי אני נוטל דעל דעת כן בנה וזכה לו רשותו [נמק"י].

דייני בית הדין הגדול, הרב אלישיב, הרב זיזלטי והרב הדא"ה (פד"ר חלק ה עמוד 168, הובא גם בספר קובץ תשובות של הרב אלישיב חלק ב סימן קעח) הסבירו את טעם הדבר:

ולפי זה נראה דהיורד לתוך שדה חבירו וכסבור שהוא שלו ובנה, אף שהמקום ראוי ועומד לבנין, רשאי לומר עצי ואבני אני נוטל גם אם בעל הקרקע מוכן לשלם לו הוצאותיו, שהרי באופן זה מעולם לא עלה בדעתו לזכות לחבירו משלו, ובמה זכאי זה לזכות בדבר שאינו שלו.

ראו גם תוספות ראש השנה יג ע"א, ד"ה ולא; שו"ת חתם סופר או"ח, קכח, ד"ה אמנם, ואכמ"ל. לפיכך, כשהבונה לא מעוניין להעביר את המבנה לבעל הקרקע, אזי הבניין שהוקם שייך לבונה ואילו הקרקע שתחתיו – לבעל הקרקע. אין ספק שבמקרה שלפנינו הבונים בנו עבור עצמם ולא התכוונו שהשבחה תעבור לרשות בעלי הקרקע, ולכן אין בעלי הקרקע זכאים ליהנות מהרווח הבא מן המבנה, אלא רק מהרווח שהניבה הקרקע. למעשה, גם אם שיקול זה עוד זוקק העמקה נוספת (היות ויש מקום להבין אחרת מסוגיית מרי בר איסק בב"מ ל"ט: ומסוגיית המוכר זיתו לעצים וסוגיית שטף נהר זיתו בבבא מציעא ק ע"ב, ואכמ"ל), הרי שבוודאי שאין בעל הקרקע זוכה בהשבחה בניגוד לרצונו וכפי שיוסבר בנספח הבא.

### נספח מס' 10 – אין ההשבחה עוברת אל הבעלים בניגוד לרצונו, יחסה של התובעת למבנים

בנספח זה נבסס את טענתנו שכאשר אדם השביח את נכסי חבירו (כגון שבנה בהם בניין), אזי אין ההשבחה עוברת לבעלות בעל הקרקע בלא הסכמתו. בנוסף נוכיח שבמקרה שלפנינו בעל הקרקע (=התובעת שהיא מבעלי הקרקע) לא הסכים לכך.

ובכן, כבר למדנו לעיל שהרשב"א כותב על הבונה בקרקע של יתומים ש"שאם יאמרו לו היתומים לכשיגדלו טול עציך ואבניך נמצא זה עומד בצל קורתו ואין להם ליתומים אלא שכר קרקעיתיה של קלקלתא", ומכאן שאם בעל הקרקע אינו מעוניין לזכות במבנה שהוקם – אין הוא זוכה בו בעל כרחו, ובעל הקרקע זכאי לקבל תשלום אך ורק עבור רכיב הקרקע (ולא עבור השימוש במבנה).

כך כתב גם בחידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש (על בבא קמא כא ע"א, שהבאנו לעיל את דבריו):

ואיכא למימר בשלא פרעו לו יציאותיו הוה עובדא, והבונה היה יכול לומר עצי ואבני אני נוטל, וגם היתומים יכולים לומר לו טול עציך ואבניך והלכך אכתי לא זכו יתמי בבנין, וכשחייבו רב נחמן, לאו שכירות אפדנא חייביה דהא בצל קורותיו ואבניו דאיר, אלא כפי מה שנהנה מן הקרקע בלחוד חייבו ... ושמעינן מינה דהיורד לחורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות אם דר בה אינו משלם לו אלא דמי שכירות הקרקע. ודוקא בשהיה נהנה מן החורבה תחילה ואפילו בכל דהו הא לאו הכי אינו חייב להעלות לו שכר כל עיקר, ואפילו אמר לו בעל החורבה אל תדור בביתי, ודר בעל כרחו אינו נותן לו אלא שכר הקרקע בלבד כל שיכול לומר עצי ואבני אני נוטל.



כלומר יש צורך בהסכמת בעל הקרקע כדי שהשבחה תעבור לידי בעל הקרקע, ובלא הסכמה זו אין בעל הקרקע זכאי לרווחי המבנה.

בדומה לזה כתב נתיבות המשפט (רפז סק ו) בנוגע למי שירש את אביו ונטע ובנה בקרקע מפני שסבר שהיא כולה שלו, ולאחר מכן התברר שיש לו אחים והקרקע שייכת גם לאחיו היתומים: **"לא זכו היתומים (=בעלי הקרקע) בהאילנות והבנין עד שיתוודע להם וזכה להם חצירם**, אבל בלא ידע אין החצר קונה בדבר שאינו רגיל לבוא כמבואר בסימן רס"ח סעיף ג' [ברמ"א], **וכיון שלא זכה (=זכו היתומים) קודם שיוודע להם ובאחריות המשביחן קאי, משו"ה פטורין (=פטור המשביח) מלשלם הפירות"**. נמצא שבעלי הקרקע אינם זוכים בשבח בלא שידעו שקרקעם הושבחה, ואם כן קל וחומר שאין בעלי הקרקע זוכים בהשבחה בניגוד לרצונם.

טעמה של הלכה זו – פשוט. הרי בוודאי שאין אדם זוכה בחפץ בניגוד לרצונו, ולכן אין בעל הקרקע זוכה בבניין בלא הסכמתו (ובפרט כשמתנגד ואומר לבונה – "טול עציך ואבניך"). זאת ועוד אחרת: הזכייה במבנים היא זכות שיש בצדה חובה – שהרי ככל והבעלים יזכה במבנים שהוקמו בחצירו, יתחייב לשלם את הוצאות הבנייה, ואיך ייתכן שבעל הקרקע ייאלץ לשלם בעל כרחו על מבנים שלא רצה ואינו רוצה בהם כל עיקר.

התובעת טענה שהמבנה עובר לבעלות בעל הקרקע מעצם המציאות שבו הוא מצוי בשטחו והוסיפה שהדבר מוכח מדברי הרמ"א (חושן משפט סימן שע"ה סעיף ז) הכותב בשם הנימוקי יוסף שאם "השכירה הבונה – מחשבים לו מהוצאותיו". לאור האמור, דין טענה זו להדחות. הרמ"א אינו אומר שהמבנה עובר מאליו לבעל הקרקע, אלא מדבר על בעל קרקע שמגלה דעתו שהוא מעוניין במבנה ובא לשלם לבונה את הוצאותיו במטרה לרכוש ממנו את המבנה, שבזה אכן בעל הקרקע זכאי להפחית מהתשלום לבונה את הסכום שהבונה קיבל בעבר מהשוכרים. אך אין כוונת הרמ"א שהליך זה קורה מאליו. ועל אחת כמה שאין המבנה עובר לבעלים כשהם דורשים מן הבונה טול עציך והרוס את אשר בנית.

עוד נוסף – הראשונים והאחרונים חלוקים אם הבעלים המביע את רצונו ליזכות בהשבחה ומשלם למשביח את הוצאותיו זוכה בהשבחה למפרע או לא (אודות נושא זה ניתן לעיין בעלון המשפט גליון 127). אולם מוסכם על כל הדעות שזכיית הבעלים בהשבחה אינה מתרחשת מאליה ובוודאי שאינה מתרחשת בניגוד לרצון הבעלים.

**מסקנה: אין ההשבחה עוברת אל הבעלים בניגוד לרצונו.**

עתה נסביר שבמקרה שלפנינו גב' פ', ואחריה התובעת, לא רצו לזכות ביחידות הדיור.

תחילה נציין שהתובעת עצמה טוענת שגב' פ' התנגדה להקמת היחידות ולקיומם (ואין זה משנה אם בחרה לנהוג כך מרצון להשיג שקט או מטעם אחר) ואחריה גם התובעת התנגדה ומתנגדת לקיומן (בסעיף 99 לכתב התביעה נכתב כך – "היות והתובעים לא בנו ביחד עם הנתבעים ולהיפך, **התנגדו לבניה** אין שום הסכמה לבניה זו גם עתה והתובעים דורשים את הריסתה", וכך נאמר בסעיף 102 שם: "המציאות שהבונים הינם גם בעלי זכויות חלקיות בקרקע לא גורמת שהתובעים הסכימו לבניה") ונמצא איפוא שהתובעת לא רצתה לזכות במבנים והתנגדה לקיומם.

מן הכלל אל הפרט: שילוב נתונים אלו עם המסקנה שהבאנו לעיל מוביל לכך שכיוון שהתובעת התנגדה לבנייה, לכן הבנייה לא עברה לרשותה. והדבר מתבקש ומובן – הייתכן שבעל קרקע ייאלץ לזכות בעל כרחו במבנים שלא רצה חפץ בהקמתם ואף דרש ודורש את הריסתם. ובפרט שכפי שהסברנו, הזכייה במבנים גוררת בעקבותיה גם חובה



לשלם לבונה את הוצאותיו, ואיך ייתכן שבעל קרקע שזעק כנגד אנשים שהקימו מבנים בחצרו, ודרש ודורש את הריסתם, יזכה במבנים בעל כרחו ואף יחוייב לשלם לבונים את הוצאותיהם.

אמנם, לאחר שהתובעת רכשה את הדירה, היא פנתה לנתבעים בדרישה לקבל את חלקה ברווחים, ולא דרשה מהם להרוס את יחידות הדיוור, ולכן היה מקום לראות זאת כהסכמה של התובעת לקיום היחידות (רק ביום ו' טבת תשפ"א דרשה התובעת במפורש שהדירות ייהרסו). אולם למעשה אין לקבל טענה זו. ראשית התובעת רק דרשה את המגיע לה אך לא הסכימה לקיומם של המבנים. בנוסף, התובעת נכנסה בנעליה של גב' פ' ומסתבר לראותה כממשיכה את עמדתה של גב' פ' עד שתאמר במפורש שאין זה כך. שנית, הלא כבר הדגשנו: כדי לזכות בחלקה בבנייה, על התובעת לשלם את הוצאות הבנייה. אמת, התובעת טוענת שניתן לקזז סכום זה מחוב כספי שהנתבעים חייבים לה (מהסכומים שקיבלו מהשוכר תמורת חלקה בקרקע). אולם קיזוז זה אינו מובן מאליו ואינו מתרחש מאליו. רכישת הבנייה תמורת קיזוז התשלום מחובם של הנתבעים כרוכה בסיכון: אילו העירייה הייתה הורסת את הבנייה מיד לאחר מכן, הייתה התובעת יוצאת קירחת מכאן ומכאן – באופן שהנתבעים ייפטרו לחלוטין מחובם כלפיה וגם המבנים לא יהיו בידה. לא כל אדם מסכים שכספו יושקע בבנייה מסוג זה ורבים עשויים לראות בכך הנחת מעות על קרן הצבי. לכן וודאי שאין קיזוז זה מתרחש מאליו, וגם לפי עמדת התובעת (שזכותה לאלץ את הנתבעים להעביר לבעלותה את חלקה בבנייה), הרי שעליה לומר זאת במפורש, ואין די בכך שהיא תדרוש תשלום עבור הרווח שהניב חלקה בקרקע. כמו כן, הסכמת התובעת לקזז את התשלום על המבנים מחובם של הנתבעים כלפיה מבטאת הסכמה לנוכחות המבנים בחצר. מאליו מובן שאם התובעת הסכימה שהמבנים יעברו לבעלותה ואף שילמה על כך (בקיזוז הוצאות הבנייה מחובם של הנתבעים כלפיה), הרי שאין לך הסכמה גדולה מזו לקיומם של המבנים, וקשה להבין כיצד תוכל אחר כך לדרוש את הריסתם. ובכן, האם עצם דרישתה של התובעת לקבל את חלקה בדמי השכירות מלמדת שגם וויתרה על הזכות לדרוש את הריסתם?

לאמיתו של דבר אין צורך להתעמק בשאלה זו היות והתובעת עצמה טוענת (סעיף 100-99) שהתנגדה לבנייה ומעולם לא הסכימה לקיומם של המבנים, ואם כן ברור שאין היא יכולה לטעון שזכתה במבנים. לדעתנו במובן זה וביחס לנקודה זו צדקו דברי ב"כ הנתבעים 1 שטען שישנה סתירה בין הדרישה להריסה לבין התביעה הכספית (בפסק הדין הסברנו שאין סתירה והתייחסנו למובן אחר של הדברים).

לסיכום – העברת ההשבחה לבעלות בעל הקרקע זוקקת את הסכמת הבונה ולפחות את הסכמת בעל הקרקע. במקרה שלפנינו התובעת עצמה התנגדה לקיום המבנים וגם כאשר דרשה את חלקה ברווח, מעולם לא ביקשה שהמבנים יעברו לבעלותה, ועל אחת כמה וכמה שלא הביעה הסכמה לשלם עליהם (ולו על ידי קיזוז התשלום מחוב של הנתבעים כלפיה), ולכן אין המבנים עוברים לבעלותה, והם נשארים בבעלות הבונים אלא שהם מצויים על קרקע משותפת.