



בס"ד, א' כסלו תשפ"ה
2 בדצמבר 2024
תיק מס' 80095-3

ערעור

בעניין שבין	לבין	ובין
התובעת	נתבעת 1	נתבעים 2
בעלת הקומה העליונה	בעלת קומת הקרקע	יורשי בעלת הקומה האמצעית
המערערת	המשיבה	כולם להלן: נתבעת 2 או נתבעים 2
שכנגד	שכנגד	

א. רקע

הצדדים הינם בעלי דירות בבניין בן שלוש קומות באחת מערי ישראל, (בכל קומה דירה אחת). מתחת לבניין יש קומת מרתף ומקלט. בקומת הקרקע יש חצר גדולה (כ-536 מ"ר). המערערת (להלן: **התובעת**) גרה בקומה העליונה, נתבעת 1 גרה בקומת הקרקע, ואילו נתבעת 2 שיורשיה הם נתבעים 2 גרה בקומה האמצעית. (נתבעת 1 ונתבעים 2 לשם הנוחות יקראו **להלן: הנתבעים**)

התביעה בבית הדין קמה הייתה כנגד נתבעת 1 ובעלה נתבע 1, וכן כנגד נתבעת 2. לאחר מתן פסק הדין החלקי ע"י בית הדין קמה הלך לעולמו נתבע 1, והמשיבה כעת היא נתבעת 1 תבדל לחיים ארוכים (להלן: נתבעת 1). כמו כן הלכה לעולמה נתבעת 2, והמשיבים כעת הם יורשיה (להלן: נתבעים 2).

במהלך השנים בנתה נתבעת 1 יחד עם בעלה ז"ל שבע יחידות דיור ללא היתר בנייה, ונתבעת 2 ז"ל בנתה עוד 3 יחידות דיור ללא היתר. שבע יחידות נבנו בקרקע החצר ובאוויר, ושלוש יחידות נבנו בקומת המרתפים והמקלט. באותה תקופה הדירה שבקומה העליונה עוד לא נרכשה על ידי התובעת, והייתה עדיין בבעלותה של משפחת פ'. בשנת תשס"ג פנו גב' פ' והנתבעים לדין תורה אצל רב בורר (להלן: "הרב הבורר") שקבע, שהרכוש המשותף שייך לכלל הדיירים, ולפיכך אין תוקף לתפיסת השטח שנעשתה על ידי הנתבעים.

בתאריך ג' טבת תשע"ו (15.12.15) רכשו התובעת ובעלה את הדירה ואת כלל הזכויות שיש בדירה מיורשיה של גב' פ' המנוחה שהייתה בעלת הדירה העליונה במהלך בניית היחידות. בפסק הדין של בית דין קמא נקבע, שגב' פ' מחתה כנגד הנתבעים על בנייה זו.

ב. הנושאים שבפסק הדין העומדים לערעור והכרעות בית הדין קמא

פסק הדין של בית הדין קמא עסק בשלל נושאים, ועל חלקם ערערו הצדדים. את הנושאים שהיו נתונים לערעור נציג בקצרה ולהלן נדון בכל אחד מהם באריכות:

א. שותפות התובעים ברווחי השכירות של הנתבעים

התובעת טענה שמכיוון שיחידות אלו נבנו על השטח המשותף, בו היא שותפה בשיעור של שליש מהשטח, הרי שמגיע לה שליש מכלל דמי השכירות שנגבו על ידי הנתבעים במהלך כל השנים בהן הושכרו היחידות על ידם. לעומתה טענו הנתבעים טענות שונות מדוע אין הם צריכים לשלם לתובעת דבר. בית הדין קמא קיבל באופן עקרוני את דרישת התובעת לקבל את חלקה ברווחים, אך סייג אותה וקבע שהתובעת לא זכאית לקבל את חלקה מכלל דמי השכירות של המבנה, אלא רק משווי דמי השכירות של הקרקע ואלו יקבעו על פי מומחה מטעם בית הדין. בנושא זה עוסק



הן הערעור של התובעים והן הערעור הנגדי של הנתבעים. בשולי נושא זה נביא את בקשת התובעת לאפשר לה לתבוע גם את שוכרי היחידות.

ב. הבעלות על שטחים שונים

בשנת תש"ס (1980) הסכימו הצדדים על חלוקת מחסנים בקומת המרתף. עם השנים נתבעת 1 הרחיבה את המחסן שברשותה, והצדדים נחלקו בבעלות ההרחבה.

כמו כן לטענת התובעת נתבעת 1 תפסה חלק מהמקלט.

מנגד טוענת נתבעת 1 שיש לה זכות מעבר לחדר הסקה דרך המחסן של התובעת.

עוד טוענת נתבעת 1 כי הבעלות על החצר אינה שווה כפי שפסק בית הדין קמא, אלא חלקה בחצר גדול יותר, בגלל שהיא קיבלה את מחסן מס' 1 שהוא גדול יותר משאר המחסנים.

ג. משך זמן השכרת יחידות הדיור

התובעת דרשה להתחיל לחשב את משך השכירות בגינה היא זכאית לקבל את חלקה, מספר שנים בלתי ידוע לפני מועד פס"ד הבורר שניתן בשנת תשס"ג (והיא ייעדה את הרווחים שמלפני פס"ד הרב הבורר לתשלום ההוצאות שהיו לנתבעים), לעומתה נתבעת 1 טענה כי הואיל ולפחות חלק מהמבנים הוקמו שנים מאוחר יותר לפסק הדין, החלק המגיע לתובעת נמוך יותר.

בית הדין קמא קבע שהתובעת לא צריכה לשלם על ההוצאות שהיו לנתבעים. כמו כן קבע בית הדין קמא כי בשל הזמן הרב שחלף, לא ניתן לדעת במדויק ממתי החלה תקופת השכירות בכל אחת מהיחידות, ולכן נדרש להכריע בעניין זה בדרך של פשרה. לעומתו טוענת התובעת כי יש הודאת בעל דין של בא כח נתבעת 1 שמודה שהיו יחידות שנבנו עשרות שנים לפני פסק דין הרב הבורר. בית הדין קמא דחה את האפשרות לראות בדבריו הודאה, ועל כך נסוב ערעורה של התובעת.

ד. אופן חישוב הרווחים בתקופה בה לא הושכרו חלק מהיחידות

ישנה תקופה מסוימת שיחידות 2-3 לא הושכרו לאחרים, אך ילדיה של נתבעת 1 התגוררו שם ולטענת נתבעת 1 הם לא שילמו על מגוריהם. התובעים טענו כי מגורים אלו היוו רווח כספי לנתבעת 1 ולפיכך עליהם לקבל תשלום גם בגינם, בעוד הנתבעת 1 טענה כי הואיל ולא התקבל כל תשלום על תקופה זו אין התובעת זכאית לקבל תשלום בגינה. בית הדין קמא קבע בדרך של פשרה, שמדובר על תקופה של שלוש שנים, וכמו כן שעל המגורים במשך זמן זה אין לחייב את נתבעת 1. התובעת מערערת על כך.

ה. הבעלות על יחידות הדיור

התובעת טענה שיחידות הדיור שנבנו בשטח המשותף אינן בבעלות בלעדית של הנתבעים אלא בבעלות משותפת, ואילו הנתבעים טענו שהיחידות שייכות להם. בית הדין קמא קיבל את טענת הנתבעים כי אף שיחידות הדיור ממוקמות על שטח משותף, היחידות עצמן שייכות לנתבעים. התובעת מערערת על כך.

ו. חלוקת החצר

הנתבעים דרשו לחלוק את החצר בעל כרחיה של התובעת ואילו התובעת התנגדה לכך. בית הדין קמא דחה את דרישת הנתבעים ונתבעת 1 מערערת על כך.

הדין ההלכתי



ג. שותפות התובעים ברווחי השכירות של הנתבעים

1. זכות התובעים ברווחי השכירות של המבנים

התובעת טענה שמכיוון שיחידות 1-10 (להלן: "המבנים") נבנו על השטח המשותף, ומכיוון שהיא הבעלים של שליש מהשטח המשותף, הרי שמגיע לה שליש מכלל הרווחים שצברו הנתבעים במהלך השנים. התובעת ביקשה לחייב את נתבעת 1 בסך 750,000 ₪ ואת נתבעים 2 בסך 250,000 ₪. (סכומים אלו הופחתו לצרכי אגרה). בית הדין קמא קיבל באופן עקרוני את תביעת התובעת לקבל את חלקה ברווחים שכן היא בעלים על שליש מהשטח המשותף שהושכר, אך סייג זאת (בעמ' 45) וכתב, שהתובעת לא זכאית לקבל את חלקה מכלל דמי השכירות של המבנים, אלא היא זכאית לקבל את חלקה רק משווי דמי השכירות של הקרקע. וכך כתב בית הדין (עמ' 46):

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.

המשמעות של הדברים היא, שבית הדין קמא ימנה מומחה שיעריך כמה עולה לשכור קרקע לצורך בניית יחידות דיור. כאמור התובעת לא תקבל את חלקה מכלל דמי השכירות שקיבלו הנתבעים על המבנים, אלא רק משווי דמי שכירות הקרקע, ועל כך נסוב ערעורו של ב"כ התובעת. עוד סייגו בית הדין קמא, שהשמאי יקח בחשבון שמדובר במבנים לא מאושרים שמיועדים להריסה. גם על כך השיג בא כח התובעת (הרחבה בעניין זה תובא בהמשך). בנושא זה עסק הן הערעור של התובעים והן הערעור הנגדי של הנתבעים. בשלב ראשון נתייחס לטענות הערעור של התובעים, אחת לאחת, לאחר מכן נעבור לכלל טענות הערעור הנגדי של הנתבעים על נושא זה.

נימוקי פסק בית הדין קמא

בית הדין קמא (בנספח 8) ביסס את דבריו במקורות רבים וארוכים, בהחלטה זו אתייחס רק למקורות בהם עוסק הערעור.

כתב השולחן ערוך (בסימן שעה סעיף ז): "הבונה בחצר חבירו - הרי זה כנוטע שדה העשויה ליטע". על כך כתב הרמ"א:

השכירה הבונה לאחרים וקבל שכר - מנכין לו מהוצאותיו, אף על גב דלא עביד למיגר (רשב"א ונ"י פ' השואל). ואם דר בה הבונה, אם חסר לבעל הקרקע דבר מועט - צריך ליתן לו כל מה שנהנה, כמו שנתבאר לעיל סימן שס"ג (מישרים נל"א ח"ב).

הרמ"א התייחס לאדם שבנה מבנה בקרקע של חבירו ללא רשות והוא השכירה לאחרים, והורה שבעל הקרקע זכאי לתשלום על הנאה זו.

ראנ"ח (שו"ת מים עמוקים חלק ב סימן ג) כתב, שבעל הקרקע לא זכאי לקבל את דמי השכירות המלאים על המבנה, אלא הוא זכאי לקבל רק את דמי שכירות הקרקע. רבי עקיבא איגר (שם) חיבר בין דברי הרמ"א לדברי ראנ"ח. כלומר הסבר דברי הרמ"א הם כפי שיטת ראנ"ח, שבעל הקרקע לא זכאי לקבל את דמי השכירות המלאים שנגבו עבור המבנה, אלא הוא זכאי לקבל רק את דמי שכירות הקרקע, וזו המסקנה אליה הגיע בית הדין קמא ביחס לצדדים כאן.

טענות התובעת

בא כח התובעת פתח בכך שהרמ"א הביא שני דינים, כאשר הדין הראשון הוא מדברי הרשב"א. לדבריו, שיטת הרשב"א אינה כפי שפסק בית הדין (שיטת ראנ"ח), אלא שעל בעל הקרקע לממן את הוצאות המבנה, ולאחר מכן



הוא זכאי לקבל את מלוא שכר הדירה על המבנה. מכיוון שהרמ"א הביא את שיטת הרשב"א, הרי שיש לומר שהרמ"א פסק כדבריו ולא כדברי ראנ"ח. בא כח התובעת ציין שקצות החושן והחזון איש (לא צוין מראה מקום) ביארו את שיטת הרשב"א, שבעל הקרקע קנה את המבנה למפרע, מעת בנייתו, ולפיכך הוא זכאי לדמי שכירות מלאים גם על הזמן שלפני תשלום הוצאות הבנייה.

בנידוננו הנתבעים השכירו את היחידות במשך עשרות שנים, כך שדמי השכירות שהנתבעים קיבלו עד לפסק הדין של הרב הבורר (בשנת תשס"ג) מספיקים עבור הוצאות המבנה, והחלק שהתובעת זכאית לקבל מדמי שכירות אלו מספיק בכדי לשלם בו את חלקה בתשלום הוצאות הבנייה, ומכיוון שהיא כבר מימנה את הוצאות המבנים (על דרך הקיזוז), הרי שמגיע לתובעת ליטול את חלקה בכל דמי השכירות במשך עשרים השנים האחרונות (ולא רק את חלקה בשווי שכירות הקרקע כפי שפסק בית הדין קמא).

דיון והכרעה

ישנם שני דינים מרכזיים שכתבו הראשונים ונוגעים לעניינינו :

- א. **בונה בקרקע חברו ומשכירה לאחר** - הבונה בקרקע חבירו ומשכירה לאחרים, על הבונה להשיב את דמי השכירות לבעל הקרקע, בניכוי הוצאות הבנייה. דין זה הביא הנימוקי יוסף (מסכת בבא מציעא דף נח עמוד א סוף ד"ה הו) בשם הרשב"א. הרשב"א הדגיש שמדובר גם בקרקע שלא הייתה עומדת להשכרה.
- ב. **בונה בקרקע חברו וגר בה בעצמו - רבינו ירוחם** (מישרים נתיב לא חלק ב דף צה סוף טור ד-דף צו תחילת טור א) דן במקרה (על פי בבא קמא כא ע"א) בו בעל קרקע חרבה היה רגיל להשכיר את שטחו במחיר מוזל לסוחרים שהיו גרים שם בצורה ארעית באהלים. לאחר זמן בא אדם ובנה בניין על שטח זה וגר שם בעצמו (מדובר שלבעל הקרקע אין מספיק כסף בכדי לכסות את הוצאות הבנייה של הבונה). במקרה זה פסק רבנו ירוחם כי בעל הקרקע זכאי לקבל דמי שכירות קרקע עבור הקמת מבנה (ולא רק דמי השכירות שמשלמים לצורך הקמת אוהלים).

הרמ"א (בסימן שעה סעיף ז) הביא את דין בונה בחצר חברו **שהשכירה** לאחר, ולאחר מכן את דין **בונה בחצר חברו שגר בעצמו במבנה** שחייב לשלם מדין נהנה. מראי המקומות שברמ"א נכתבו על ידי הסמ"ע¹. ועל פי ציון מראה המקומות ברמ"א - הדין הראשון שהביא הרמ"א (בנה והשכיר לאחרים) זהו דין הרשב"א, והדין השני (בונה שגר בעצמו במבנה), זהו דינו של רבנו ירוחם².

על הדין השני שכתב הרמ"א - **בונה בחצר חברו שגר בעצמו במבנה**, שחייב לשלם מדין נהנה - העיר רבי עקיבא איגר (שם) בשם ראנ"ח (שו"ת מים עמוקים חלק ב סימן ג), שבעל הקרקע לא זכאי לקבל את דמי השכירות המלאים על המבנה, אלא הוא זכאי לקבל רק את דמי שכירות הקרקע :

לא כל השכירות צריך לשלם לו, כיון דהשכירות היא שכר הבנין והקרקע היאך הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו אלא דלא יפרע מה דהיה 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.

¹ כך כתב הסמ"ע בהקדמה לספריו פרישה דרישה והסמ"ע: "וכדי להקל החיפוש על המעיין, שמתני בצידי כל דין המראה מקום, ומוצא הדינים אשר שם ישכון אור ראיותיהן והוכחותיהן. ולקטתי מה מדברי המגיד משנה והבית יוסף והדרכי משה, זולת מאשר חדשתי והוספתי בס"ד, אשר שמתני מקום מוצאם בצידי, באופן שימולא רצון המעיין למצא בנקל את אשר יבקש".

² שהרי כך כתב הרמ"א בדין השני: "אם חסר לבעל הקרקע דבר מועט, צריך ליתן לו כל מה שנהנה", ובניסוח זה הביא הרמ"א את דברי רבנו ירוחם בדרכי משה (בסימן שעה ס"ק ו): כתב במישרים (נ"א ח"ב צה ע"ד), מחסר חבירו בדבר מועט ונהנה ממנו - אינו משלם מה שחסרו לבד אלא כל מה שנהנה".



כלומר דמי השכירות מורכבים משכירות של המבנה ומשכירות של הקרקע. בעל הקרקע לא מימן את המבנה, ולכן הוא לא זכאי לקבל חלק מדמי השכירות של המבנה, שהרי הוא לא רשאי להרוויח מהמבנה שלא שייך לו, ולכן סכום השכירות שנובע כתוצאה מהמבנה נשאר בידי בעל המבנה ולא עובר לבעל הקרקע. בעל הקרקע (שלא בנה) זכאי לקבל את חלקו רק מדמי שכירות הקרקע ולא מדמי שכירות המבנה³. (בנוגע לסוף דברי ראנ"ח הנ"ל – נתייחס בע"ה בסעיף הבא). הראנ"ח (שם) הוסיף:

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 חברו (=הבונה).

על פי דברי בא כח התובעת, אם נקבל את הסברו של רבי עקיבא איגר תמצא סתירה בדברי הרמ"א אשר בדין הראשון פסק כדעת הרשב"א, שאם אדם בנה מבנה בקרקע של חברו ללא רשות ואז השכירה לאחרים - זכאי בעל הקרקע לקבל את מלוא שכר הדירה על המבנה (בניכוי הוצאות המבנה). ואילו בדין השני, המובא שורה לאחר מכן פסק הרמ"א (על פי רבי עקיבא איגר) כדעת ראנ"ח, שבעל הקרקע לא זכאי לקבל את מלוא שכר הדירה על המבנה, אלא רק את דמי שכירות הקרקע? קשה להעלות על הדעת קיומה של סתירה בדברי הרמ"א בתוך כדי דיבור, בפרט שאף אחד מפרשני השו"ע לא העיר על כך. (אכן, ב"כ התובעת הציע תשובה לסתירה זו, ובע"ה תשובתו תידון בסעיף הבא).

על כרחנו לדחות את דברי ב"כ התובעת ולומר בפשטות כי הרמ"א פסק באופן עקרוני שמגיע לבעל הקרקע תשלום, אך בנוגע לקביעת תעריף גובה התשלום - בזה יש לבחון האם בעל הקרקע מעוניין לזכות במבנה או שהוא לא מעוניין לזכות במבנה, ואין כל סתירה בדבריו:

א. כאשר בעל הקרקע מעוניין במבנה ואף משלם על הוצאות המבנה - הוא זכאי לקבל את דמי השכירות של כלל המבנה, בניכוי תשלום הוצאות בניית המבנה. מציאות שכזו תיתכן למשל במקום שמדובר בבנייה טובה שתחזיק מעמד ויש היתר בנייה, ובעל הקרקע גם שילם בפועל על הוצאות המבנה - הוא זכאי לקבל את דמי השכירות המלאים, ובמקרה שכזה גם הרא"ש, רבנו ירוחם וראנ"ח יסכימו.

ב. לעומת זאת, אם בעל הקרקע לא מעוניין לזכות במבנה, הרי שהוא זכאי לקבל רק את דמי שכירות הקרקע, אך לא את הרווחים שיש במבנה וכפי שפסק ראנ"ח. מציאות שכזו תיתכן במקום בו רשאי בעל הקרקע לדרוש את פירוק המבנה ("טול עציך ואבניך"), או בחצר שותפים בה הבנייה נעשית שלא בהסכמה וללא היתר בנייה, או שאין לבעל הקרקע כסף להשקיע בבניית מבנה.

בא כח התובעת ציין לדברי הרשב"א הנ"ל שאומר שאם אדם שבנה מבנה בקרקע של חברו ללא רשות, ואחרי כן השכירה לאחרים - הבעלים זכאי לקבל את מלוא שכר הדירה על המבנה, בניכוי ההוצאות. לפי האמור, צריך לסייג, שדין זה נכון רק אם בעל הקרקע מעוניין לזכות במבנה, ואף מוכן לשלם את הוצאות המבנה, במצב זה אכן זכאי בעל הקרקע לקבל את כלל דמי השכירות.

אומנם במקרה שלפנינו גב' פ' התנגדה בצורה נחרצת לבנייה, ולא הסכימה כלל לקבל שותפות ובעלות על המבנים, ולכן לכו"ע אין זכייה של התובעת בעלת הקרקע במבנים, כך שגם לדעת הרשב"א המבנה נשאר בבעלות של הנתבעים שבנו את המבנים, וממילא גם הרווחים מהמבנים שייכים לבונה ולא לבעלת הקרקע. יתר על כן, בנידון כאן, מדובר על בנייה ללא היתר בנייה, שנועדה להריסה (העירייה אף הרסה לפני מספר שנים חלק מיחידות הדיור

³ ראנ"ח הוכיח זאת מדברי הגמרא (במסכת בבא קמא דף כא עמוד א) שתובא בהערה לקמן, שאם אדם בנה בית על שטח של יתומים - הם לא זכאים לקבל שכר על המבנה עד לאחר שהם ישתתפו בהוצאות.



והנתבעים בנו אותן מחדש). כלומר מדובר על **מקום בו רשאי היה התובע לדרוש את פירוק המבנה** ("טול עציץ ואבניך"), ולכן צדק בית הדין קמא שהשווה מקרה זה לדברי ראנ"ח, שהתובעת זכאית לקבל רק את חלקה מדמי השכירות של **הקרקע**, ולא מכלל דמי השכירות של **המבנה**.

בנוסף, מדברי שו"ת אבני שיש (חלק ב סימן פב) אנו למדים, שגם אם נאמר כדברי בא כח התובעת, שהרמ"א פסק כדעת הרשב"א - עדיין אין לומר שמגיע לבעל הקרקע ליטול את מלוא דמי השכירות:

ומהשתא, גם מה שכתב **מור"ם** שם באותה הג"ה (סי' שע"ה ס"ז), דאם השכירה הבונה לאחרים וקבל שכר מנכין לו מהוצאותיו אף על גב דלא עביד למיגר, **והיא סברת הרשב"א** מדרי' יוסי דאמר כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו... מ"מ 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**.

זאת ועוד, גם אם נקבל בצורה מלאה את טענת בא כח התובעת, (לפיה לדעת הרמ"א על הנתבעים לשלם את מלוא דמי השכירות) הרי אחרונים רבים חלקו על כך ופסקו כדעת ראנ"ח הלא הם **כנסת הגדולה** (סימן שעה הגהות בית יוסף, אות יז); **רבי עקיבא איגר** (על שו"ע חו"מ שעה, ז); שו"ת **אבני שיש** (שם); שו"ת **משפטים ישרים** (חלק ב סימן קפז) וספר **פעמוני זהב** (סימן שעה סעיף ז). לפיכך גם אם נאמר שיש מחלוקת בהבנת הרמ"א, וכאמור לדעתנו אין מחלוקת, אין די בכך בכדי להוציא ממון מהנתבעים מחמת הספק.

בא כוח התובעת טען אמנם, שרבי עקיבא איגר מדבר רק על בונה שדר בעצמו ולא על בונה שהשכיר, ולטענתו בבונה שהשכיר מודה רבי עקיבא איגר שהבעלים זכאי לדמי שכירות מלאים⁴. גם אם היה מקום לדון בטענתו באשר לרעק"א, הרי שאין סיבה לומר כך ביחס לאחרונים האחרים, ובפרט ביחס לאבני שיש שמתייחס במפורש לבונה שהשכיר, וקובע שבעל הקרקע זכאי לתשלום רק עבור הקרקע. (בע"ה בפרק הבא ארחיב בנושא הזה).

עם סיום סעיף זה אעיר כי בסעיף 3-4 לערעור, טוענת התובעת שלפי שיטת הרשב"א מגיעים לה דמי שכירות מלאים. אבל דבריה קשים, כי הרשב"א עצמו (מסכת בבא קמא דף כא עמוד א) כתב, שאם לבסוף הבעלים אומר למשביח שהתגורר במבנה "טול עציץ", אזי לא מגיע לו אלא שכר **קרקעית** החרבה ולא דמי שכירות על **המבנה**:

שאם יאמרו לו היתומים לכשיגדלו טול עציץ ואבניך - נמצא זה עומד בצל קורתו, ואין להם ליתומים אלא שכר קרקעיתו של קלקלתא.

בסעיף 44 כתבה התובעת בעצמה: "ובמקרה דנן, ברור שהנתבעים אינם זכאים לכל הוצאה שהיא, הן משום שההיפך, **הם צריכים ליטול את עציניהם ואבניהם**, והן משום שההשקעה לא הייתה בקרקע אלא בבניה, ורק שהקרקע ממילא משביחה - שכן כל הדיון בעניינינו הינו רק על מרכיב שווי הקרקע ולא יותר, אי"כ ברי שהגזלנים לא זכו בשבח בקרקע, והינו שייך לתובעים שהינם בעלי הקרקע וזכאים לכולו". כלומר התובעת ביקשה מהנתבעים "ליטול את עציניהם ואבניהם", כך שגם לפי דעת הרשב"א כאשר בעל הקרקע מבקש את פירוק המבנים, מגיע לו שכר רק על שכירות הקרקע ולא על המבנה.

בא כח התובעת ציין שהרמ"א (סימן שעה סעיף ז) הביא שתי הלכות, בהן יש חלוקה בין בונה שהשכיר לאחרים, לבין בונה **שגור במבנה בעצמו**, שאז משלם לפי דין נהנה. לעיל הסברתי את דברי הרמ"א ומשכך יש לדחות על הסף את הסברו המחודש של בא כח התובעת. ובכל זאת בכדי שלא תתקבל התחושה שטענת המבקש נדחית ללא נימוק, ארחיב על כך בנספח ד.

⁴ טענה זו כבר נידונה בהרחבה ונדחתה בפס"ד קמא (עמוד 72 ד"ה התובעת טענה, והלאה).



בסעיף 100 לכתב הערעור טענה התובעת, שברצונה לזכות במבנים תמורת תשלום הוצאות הבנייה [על ידי קיזוז רטרואקטיבי מדמי השכירות המגיעים לה] ובכך יתאפשר לה לזכות בשליש מכלל דמי השכירות. לטענה זו התייחסתי להלן.

לסיכום: טענת המערערת נדחית

2. אופן חישוב דמי השימוש בקרקע

טענות התובעת

כאמור, בית הדין קמא פסק על פי דברי ראנ"ח (שם), שהתובעת לא זכאית לקבל את דמי השכירות המלאים **מהמבנה**, אלא היא זכאית לקבל רק את דמי שכירות **הקרקע**. בא כח התובעת טען שבית הדין קמא טעה בביאור דברי ראנ"ח. לדבריו, רבי עקיבא איגר שהביא את דברי ראנ"ח - התכוון להסבר הבא: לבעל הקרקע מגיע תשלום לא רק דמי שכירות הקרקע (כפי שהבין בית הדין קמא בדעת ראנ"ח), אלא מגיע לבעל הקרקע דמי שכירות של קרקע שהושבחה כתוצאה מהבנייה, שזהו סכום גדול יותר מאשר דמי שכירות קרקע ללא המבנים. בא כח התובעת דקדק זאת מדברי ראנ"ח (שו"ת מים עמוקים חלק ב סימן ג) שכתב:

יפרע לו מה שהקרקע שוה מפני הבנין שעליו **שחלק השכירות המגיע על הקרקע אחר הבנין היא יותר ממה שהקרקע לבדו**.

כלומר לאחר שהבנייה מסתיימת - שווי הקרקע עולה יותר מאשר אילו הקרקע הייתה עומדת ללא הבנייה, לכן על הבונה לשלם לבעל הקרקע את שווי הקרקע הגבוה לאחר שהבנייה הסתיימה, השבחה שבאה גם כתוצאה מהקרקע. למעשה מבקשת התובעת לקבל גם חלק משבח המבנים: שבח המבנים שמיוחס לקרקע. בא כח התובעת הסביר את הדברים בלשון זו: "ההיגיון של דין זה הינו ברור, שכן לאחר הקמת המבנה, ברור שגם הקרקע תורמת את חלקה היחסי בהשבחה, קרקע אינה רק מצע עליה מקימים את המבנה, אלא חלק משמעותי מהמבנה, פגם בקירות הוא עדיין נסבל, אבל בור בקרקע אינו מאפשר שימוש כלשהוא, קירות יכולים להיות רעועים, אבל קרקע לא, ברור שהקרקע משמשת לפחות ככל קיר של המבנה והרבה יותר. והדעת נותנת שאין כל הגיון, שכאשר אנחנו לוקחים קרקע ששוויה היא מאה, ומשקיעים בה עצים אבנים וטרחה ששווים ג"כ מאה, והתוצאה המתקבלת היא שווי של שלש מאות, שנאמר שכל השבח של המאה מיוחס לחלק העצים והאבנים ולא לחלק הקרקע".

בא כח התובעת העלה נקודות נוספות, ובע"ה במהלך הדיון אתייחס לעיקרי הדברים. המשיבים ענו שרבי עקיבא איגר הבין את הרמ"א שלא כדברי בא כח התובעת, וכך גם משמע משו"ת בית שלמה (חו"מ מח), ולא ניתן להוציא ממון כנגד דבריהם.

דיון והכרעה

קשה בעיני להסביר את דברי ראנ"ח כפי הסברו של בא כח התובעת, כי ראנ"ח עצמו הוכיח את דבריו מדברי הרא"ש (בבא קמא ב ו), ובדברי הרא"ש מפורש, שבעל הקרקע זכאי לקבל רק את דמי שכירות הקרקע ולא מעבר לכך: **"שכר הראוי ליתן מחורבה אחת לבנות עליו בית"**. דהיינו רק שכירות קרקע לצורך בניית מבנה, ולא שכירות המבנים עצמם שהושבחו כתוצאה מהקרקע, (מחיר השכרת קרקע לבנייה יקר יותר מאשר השכרת קרקע לחקלאות או להקמת אוהלים, ולפיכך מדגיש הרא"ש שיש לשלם שכירות קרקע לצורך בניית מבנים, אך בשום פנים אין חיוב בתשלום על המבנים עצמם). וכך גם פסק רבנו ירוחם (כמבואר בנספח א'), ומכיוון שראנ"ח הוכיח את דבריו מדברי הרא"ש, מסתבר יותר לומר שהבנת ראנ"ח היא כפי שכתבו בית הדין קמא, ולא כפי שכתב בא כח התובעת.



כמו כן, הראנ"ח עצמו מסיים את דבריו במילים: "ושמין כמה אדם רוצה לתת לקרקע כדי לבנות עליו אפדנא", ומפורש כאן שהראנ"ח אינו מתכוון לדברי ב"כ התובעת. צריך לומר שהאפשרות שהראנ"ח התכוון לחלוק על הרא"ש ורבנו ירוחם בלא להסביר מאומה, ותוך כדי שהוא מביא אותם כהוכחה לדבריו - תמוהה ביותר. ב"כ התובעת היה מודע לקושי זה ולכן כתב בסעיף 13 לכתב הערעור, שזו הסיבה שרבי עקיבא אייגר הביא רק את תחילת דברי ראנ"ח ולא את סופם. ומכאן הסיק בא כח התובעת: "שדעתו הייתה כי זו כוונתו האמיתית של הראנ"ח, ושכך פירש הראנ"ח את דברי הראשונים".

איני יכול לקבל הבנה זו, שהרי ראנ"ח הסביר את עצמו בתחילת דבריו על פי דברי הרא"ש (עיינו בנספח א'), שהם כפי הבנת בית הדין קמא, ובסיום דבריו שב והדגיש ראנ"ח כפי הבנת בית הדין קמא ושוב הביא את דברי הרא"ש, אין כל מקום לדחוק ולומר שזו אינה ההבנה הנכונה. ומה שרבי עקיבא אייגר הביא רק את תחילת דבריו, כי דרכו לקצר.

בנוגע לדיוק בלשון הראנ"ח: "**שחלק השכירות המגיע על הקרקע אחר הבנין**", יש לומר שכוונתו היא שבעל הקרקע לא יקבל רק דמי שכירות של קרקע ריקה, אלא בעל הקרקע יקבל דמי שכירות של קרקע שעומדת לבנייה שנעשתה בפועל, (במילים אחרות: השמאי יבחן כמה עולה לשכור קרקע לצורך הקמת יחידות דיור כפי שנבנו). ואכן גם בנידון זה על השמאי לקחת בחשבון את דמי שכירות של הקרקע "אחר הבנין", **כלומר על השמאי לחשב את שווי שכירות קרקע לצורך הקמת יחידות הדיור**.

אוסף ואומר כי גם אילו הייתי מקבל את דברי בא כח התובעת, יתכן והתוצאה הייתה שהתובעת תפסיד מדרך חישוב זו, כי כלל לא בטוח שערך הקרקע **עלה** כתוצאה מבניית היחידות, ואדרבה יתכן וערך הקרקע **ירד** כתוצאה מבנייה לא חוקית, שעומדת לפנינו והריסה, ואולי כתוצאה מבנייה זו אף יוטל קנס כספי על בעלי המבנים. לכן גם אם הייתי מקבל את האופן בו הציע לשום את הקרקע הרי ששומא זו עשויה להגיע לסכום גבוה כאשר מדובר בבנייה קבועה עם היתרי בנייה, שכל הצדדים מעוניינים בה, במקרים אלו ערך הקרקע עולה כתוצאה מהבנייה, אך בנייה ארעית ולקויה זו העומדת להריסה וצפויה לקנסות עשויה להוריד את ערך הקרקע.

עוד יש לומר על פי דברי שו"ת אבני נזר (חושן משפט סימן ח), שדן באדמו"ר שבנה מכספו סוכה "על קרקע הקהל סמוך לדירת הקהל". יורשי האדמו"ר מבקשים לפרק את הסוכה, ולעומתם אנשי העיר מוכנים לשלם על הסוכה ומבקשים להעבירה לבעלותם. האבני נזר פסק, שמכיוון שהאדמו"ר שבנה את המבנה התכוון לבנות לעצמו ולא התכוון להשביח את בעלי הקרקע, לפיכך המבנה (=הסוכה) נשאר ברשותו ולא עובר לידי בעלי הקרקע. האבני נזר הוסיף:

לפענ"ד אין לדמותו להא דסי' שע"ה סעיף ז' בהוסיף בתים בחצר ידו על העליונה. דחצר חשוב עשוי לבנות. וכתב הרמ"א ולא יכול הבונה לומר בניני 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 בני"ד שאביהם זצ"ל לצורך עצמו בנאה. כלומר דברי הרמ"א הנ"ל שייכים רק במציאות בה הבונה ביקש להשביח לבעל הקרקע, ולכן בעל הקרקע קונה למפרע וזוכה גם במבנה, אבל כאן שהאדמו"ר התכוון לבנות לעצמו ולא ליהנות אחרים - בעל הקרקע לא זוכה במבנה. גם כאן הנתבעים בנו לעצמם ולא חשבו ליהנות את התובעת בעלת הקרקע, ולכן לא ניתן לומר שהתובעת זוכה במבנה.

עוד צריך להדגיש, שקניין למפרע שייך רק בתנאי שבעל הקרקע מגלה בדעתו שהוא מעוניין במבנה, ולא כאשר הוא דורש את פירוק המבנה, במצב שכזה אין קניין בעל כורחו, וכאשר התובעת לא זוכה במבנים - ברור שהיא לא תהיה זכאית לקבל דמי שכירות של המבנים.



בא כח התובעת טען שצריך לחלק את הרווחים בשווה בין בעל הקרקע לבעל המבנה. הוא הפנה לדברי הגמ' (במסכת בבא קמא דף צו עמוד ב), שסיפרה על אדם שגזל שני שוורים מחבירו וחרש עמם את שדהו, ולאחר זמן החזיר הגזלן את השוורים לבעלים. הבעלים תבע את הגזלן לדין תורה אצל רב נחמן, שקנס את הגזלן שישלם לבעלים חצי משווי ההשבחה שהשדה השביחה כתוצאה מאותה חרישה. רב נחמן הדגיש שמדובר בקנס, שהרי ההלכה הפשוטה היא, שגזלנים משלמים כשעת הגזילה ולא משלמים את השבח, כי הגזלן קונה את הגזילה כך שהשבח שייך לו ולא לבעלים. ב"כ התובעת רצה לדייק מכאן שלולא העיקרון "כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה", אזי ההלכה היא שמי שהשביח את שדהו על ידי כלי חבירו – חייב לחבירו חצי מן השבח.

אומנם יש לדחות דברים אלו, כי הגמ' התייחסה למקרה ספציפי של גזלן עתיק, שהיה צורך לקנוס אותו שלא על פי שורת הדין, וכדברי רב נחמן: "האי אינש - גזלנא עתיקא הוא, ובעינא דאינקנסיה". אין זה נכון במקרה שלפנינו. מעבר לכך, דין זה הובא להלכה בשולחן ערוך (בסימן שסג סעיף ג): "ואם הוחזק אדם זה לגזול או לעשות מעשים אלו פעם אחר פעם - קונסין אותו, ואפילו בחוץ לארץ". הסמ"ע (בס"ק ט) סייג זאת: "דהיינו דוקא גדול הדור או טובי העיר שהמחוסר בית דין עליהם". כלומר בכדי לקנוס צריך אישור של גדולי הדור או מינוי ציבורי, וזה לא קיים במקרה כאן. הדיוק שצריך להיות הוא כך: לולא הקנס – אזי ההלכה היא שחוזרים לדין המשנה (מסכת בבא קמא דף צג עמוד ב): "זה הכלל: כל הגזלנים - משלמין כשעת הגזילה".

בסופו של פרק זה אציין, שאין כל אפשרות לקבל את הערעור על סמך דיוקים אלו של בא כח התובעת. לא ניתן לקבוע שבית הדין קמא טעה, בשעה שמצאנו דברים מפורשים בדברי הרא"ש וראנ"ח ובפוסקים נוספים כיצד יש לפסוק כשאדם בנה בקרקע חבירו והשכיר, כדברי בית הדין קמא.

לסיכום: טענת המערערת נדחת.

3. שווי השכירות בקרקע העומדת להריסה

טענות התובעת

בית הדין קמא קבע שמגיע לתובעת ליטול את חלקה בדמי שכירות קרקע כאשר האומדן יעשה עבור שכירות קרקע לבנית יחידות דיור בלתי חוקיות שהעירייה עלולה להרוס בכל עת. בא כח התובעת העלה מספר טענות כנגד קביעת בית הדין:

- א. לשוכרים אין נפקות מכך שמדובר במבנים לא חוקיים, כי בכל מקרה הם שוכרים לתקופות קצובות. כמו כן ההרס הוא למבנה ולא לקרקע, לכן השמאי צריך לבחון מה חלק הקרקע בכלל התשלום ללא קשר לכך שמדובר במבנה שנועד להריסה.
- ב. ככל שעוברות השנים והעירייה לא הורסת את המבנים - הסיכוי להריסתן קטן (יתכן שכוונת בא כח התובעת היא, שהמציאות היא ככל שעובר הזמן, יש פחות סיכוי שיבואו לאכוף את החוק, ויתכן שכוונתו שסעיף התיישנות חל על בנייה לא חוקית זו), כך שסכנת ההריסה כמעט ולא קיימת, ולפיכך יש לאמוד את דמי שכירות הקרקע ללא התייחסות לעובדה שהן עלולות לההרס.
- ג. ניתן לבנות בתוך תחומי המגרש גם ללא שינוי תב"ע, כך שיש לחשב את שווי הקרקע לפי אפשרויות הבנייה החוקית שיש למגרש זה.
- ד. הנתבעים הסכימו לקחת סיכון בכך שעברו על החוק, ולפיכך אין להתייחס לעובדה שהמבנים נבנו ללא היתרי בנייה.

דיון והכרעה

מדברי הרא"ש (בבא קמא ב ו) וראנ"ח (שם) עולה, כי יש לחייב בדמי שכירות קרקע לפי שווי הבנייה הקיימת, כך שהמומחה אמור לבחון כמה עולה להשכיר קרקע עבור בניית יחידות דיור ללא היתר בנייה.

וכך כתב מהרי"א ענזיל (סימן לט) :

וכונתם לשום כמה היה נותן מי שרוצה לשכור המקום **על אותו האופן ואותו הדרך שנשתמש בו האיש הזה**, ר"ל באופן שיבנה כל הבית ושלא יחזרו לו יציאותיו עד סוף ימי השכירות, וכמה שהיה נותן אדם בשכר קרקע זו לדבר זה לשנה - כך צריך לנכות מדמי יציאותיו. ובוודאי זה פחות ממה שהיה נותן בשכר דירת ארמון בנוי, שאין השוכר צריך להוציא עליו כלום, ומ"מ היא יותר ממה שהיה לוקח עד עתה בשכר ישיבתו על האשפה שהיה דבר מועט לגמרי. ואנהרינהו לעינין מדברי רבנו הרא"ש ז"ל.

להלן התייחסות קצרה לטענות בא כח התובעת :

א. אדם השוכר מבנה שעלול להיהרס בכל זמן נתון וללא התראה מוקדמת בוודאי יהיה מוכן לשלם פחות מאדם השוכר מבנה חוקי שישמש אותו לאורך זמן. הואיל והתשואה פחותה גם מחיר שכירות הקרקע לבניה בתשואה נמוכה נמוך ממחיר שכירות קרקע לבניה בתשואה גבוהה.

ב. גם אם נאמר שמחיר השכירות של המבנים עצמם אינו משתנה בשל הסיכון שבהריסתם (וכאמור לדעתי אין זה נכון) אין ספק שמחיר שכירות קרקע לבניית יחידות שעלולות להיהרס נמוך יותר שכן אם יתממש הסיכון התשואה מהשכירות תיפסק וההשקעה בבניה עלולה לרדת לטמיון. אין ספק שמחיר השכרת קרקע במצב זה נמוך ממחיר שכירות קרקע ממנה התשואה מובטחת וההשקעה עשויה להחזיר את עצמה.

ג. גם אם ניתן לבנות ללא שינוי תב"ע, לא חוקי לבנות ללא היתר בנייה, וכאן הבנייה נעשתה ללא שום היתר. המדד לפי הפוסקים שהובאו לעיל (הרא"ש, רבנו ירוחם הדרכי משה ועוד), הוא כמה היה צריך לשלם על הקרקע בכדי לקבל אותה על מנת להקים עליה את המבנה הספציפי שנבנה. למעשה מדובר בשטח שלא ניתן לבנות בו בנייה חוקית (ולו בשל ההתנגדות של גבי' פ'), ולכן אין שום הצדקה לגבות עליה מחיר של קרקע שעומדת לבנייה חוקית. כמו כן מהתבוננות במבנים שהוקמו על המגרש נראה שהסיכוי לקבלת היתר לבניה של מבנים אלו על המגרש, נמוך ביותר, בשל העדר עמידה בתנאי התב"ע כמו שמירה על מרחק בין קו מבנה ובין קו מגרש, בניית ממ"ד תקני וכו'.

ד. כבר הזכרתי את דברי ראנ"ח שיש לאמוד כמה דמי שכירות היה צריך לשלם לבעל הקרקע בכדי להקים בקרקעו את המבנים שנבנו בפועל, ובפועל נבנו מבנים ללא היתר בנייה.

לסיכום: טענת המערערת נדחית.

4. בונה שהתכוון לתועלת עצמו

טענות התובעת

בא כח התובעת הפנה לדברי **הש"ך** (בסימן שצב ס"ק ב) שקבע, שלא ניתן לחייב מדין יורד לשדה חבירו אא"כ ירד מתוך כוונה להשביח את חבירו, ומכיוון שבמקרה זה הנתבעים לא התכוונו להשביח לטובת התובעת - אין להם זכות לדרוש את הוצאות הבנייה.

עוד ציין בא כח התובעת לדברי **נתיבות המשפט** (בסימן רלו ס"ק ז) שאף הוא התייחס למטרתו של המשביח כאשר חילק בין קונה מגזלן בשוגג ובין קונה מגזלן במזיד שאינו זכאי להחזר הוצאותיו. לדבריו, הנתבעים הינם גזלנים במזיד ולכן הם אינם זכאים לכל החזר על השבחת הקרקע.

עוד ציין בא כח התובעת לדברי **הרמב"ן** (המובאים ברשב"א במסכת בבא בתרא דף ד עמוד ב ד"ה בשלמא לרב הונא), שבכל מקום שלא השביח על מנת להשתלם מחברו, הרי שחברו זוכה בשבח ללא כל תשלום. גם כאן הנתבעים לא התכוונו להשביח לתובעת את הקרקע, ולכן שבח הקרקע שייך לתובעת ללא כל תשלום.

עוד ציין בא כח התובעת לדברי **השולחן ערוך** (בסימן שעב סעיף ג): "גזל שדה והשביחה, והנגזל בא לטורפה - שמין לו וידו על התחתונה. אם השבח יתר על ההוצאה - נוטל ההוצאה בלבד מהנגזל; ואם ההוצאה יתירה על השבח - אין לו מההוצאה אלא שיעור השבח".

לדבריו מדובר במעשה גזילה של הקרקע מהתובעת, ועל פי פסק השולחן ערוך, הגזלן לא זוכה בשבח, אלא הנגזל רשאי להוציא את השבח ולשלם רק את ההוצאות. במקרה כאן הנתבעים גם לא זכאים להחזר תשלום הוצאות, כי התובעת רשאית לומר לנתבעים שיפרקו את המבנים.

דיון והכרעה

לדעתי כל המקורות אותם הביא בא כח התובעת אינם נוגעים לנידון דידן ואתייחס אליהם אחד לאחד:

דעת הש"ך

הש"ך (בסימן שצא ס"ק ב) קבע כלל יסודי בכל דין יורד לשדה חברו ללא רשות: רק **המתכוון להשביח** את נכס חברו - נכלל בגדר יורד לשדה חברו ומקבל תשלום, אבל אם לא התכוון להשביח את נכס חברו, אלא **התכוון לתועלת עצמו ולהנאתו האישית** - לא נכנס בגדר דין יורד לשדה חברו⁵, אלא אם הוציא הוצאות עבור עצמו ואגב זה גם חברו נהנה בלי שיוסיף הוצאות עבור החבר - לא משלם, כמבואר ברמ"א (בסימן רסד סעיף ד).

אך יש לדחות את דברי בא כח התובעת בגלל הסיבות הבאות:

א. דברי הש"ך אינם מוסכמים. נתיבות המשפט (בסימן קסד ס"ק יא) סבור, שאם המשביח התכוון לטובת

עצמו - הוא אומנם לא זכאי לקבל את השבת, אבל בהחלט זכאי לקבל החזר הוצאות. כמו כן, מדברי קצות

החושן (סימן שנו ס"ק ג) משמע שחולק על הש"ך וגם כאשר לא מתכוון להשביח - נוטל את מה שהנהוג.

ב. הש"ך התייחס להנאה שאינה בעין, אבל כאשר ההשבחה נמצאת בעין - יש חיוב בתשלום גם ללא כוונה

להשביח, וזה מדין משתרשי, דהיינו ממון חברו שיצר לנהנה ממון נוסף - יש חיוב בתשלום.

ג. הש"ך התייחס להוצאות או רווח קבלני על השבחה של נכס שנעשתה ללא רשות ואילו הרא"ש, רבנו ירוחם

וראנ"ח עסקו בפירות הנכס, בהם כאמור הש"ך לא עסק ולא הגביל את זכותו של המשביח.

דעת נתיבות המשפט

בא כח התובעת ציין לדברי נתיבות המשפט (בסימן רלו ס"ק ז) שכתב, קונה שקנה **לעצמו** קרקע מגזלן שאינו יהודי, גם אם הוא קנה את הקרקע בשוגג, כלומר הקונה לא שידע שמדובר בקרקע גזולה - הנגזל יקבל את הקרקע ללא צורך להחזיר לקונה את הסכום שהיה הנגזל מוכן לשלם לגזלן בכדי להוציא את הקרקע מידיו (כמבואר בשולחן ערוך בסימן רלו סעיף ח), ורק אם הקונה רכש את הקרקע מתוך מטרה **להיטיב** עם הנגזל, הוא יקבל בחזרה את הוצאותיו.

רק כשטוען (הקונה) לטובה נתכונתי (רכשתי את הקרקע כדי לסייע לנגזל), דירד להשביח לחבירו - ואז

ודאי חייב (הנגזל לשלם לקונה את הוצאותיו), כמו ביורד לשדה חבירו שלא ברשות.

נתיבות המשפט מסייג את דבריו ואומר שבקונה קרקע גזולה **בשוגג**, נאמן הקונה לומר שאילו היה יודע שמדובר בקרקע גזולה, הוא היה קונה את הקרקע מתוך מטרה להיטיב עם הנגזל, ואז הוא יהיה זכאי לקבל את ההוצאות

⁵ כך כתב הש"ד: "וטעמא ביורד שלא ברשות, **כיון שמתכוין להשביח** - חייב לשלם לו יציאותיו. ודוק".



בחזרה, אבל קונה שקנה **במזיד**, כלומר הוא ידע שמדובר בקרקע גזולה, וקנה לעצמו ולא קנה מתוך כוונה לסייע לנגזל - הוא יחזיר את הקרקע לנגזל, ולא זכאי לקבל הוצאות. לאור זאת דברי השולחן ערוך (בסימן רלו סעיף ח) שהקונה מגזול - לא צריך להחזירו לנגזל בחינם - הכוונה לקונה בשוגג ולא לקונה במזיד. בא כח התובעת טען, שהנתבעים לא התכוונו להשביח לטובת התובעת, אלא התכוונו לגזול את התובעת, ולכן הם לא זכאים לקבל החזר כספי על ההשבחה שהם ביצעו.

ראשית אציין שדברי הנתביבות הנ"ל מתייחסים לקונה מגוי שנחשב לגנב מפורסם ואין זה שייך לעניינינו. מעבר לכך דבריו שנויים במחלוקת, ולדעת קצות החושן גם לקונה במזיד מגיע החזר כספי על הוצאותיו. כך כתב קצות החושן (בסימן שנו ס"ק ג): "אמנם נראה, דאפילו אינו מתכוין להציל - נוטל לפחות מה שהנהו", כך שקשה מאוד להוציא מהנתבעים לאור דברי הנתביבות המחודשים.

בנוסף, הנתביבות דיבר על קונה מגוי שדה גזולה מיהודי. הקונה לא השקיע בהשבחת הנכס אלא הוציא הוצאות בכדי להעביר את בעלות הקרקע מהגוי לרשותו, ועל הוצאות אלו התייחס הנתביבות וקבע שהנגזל לא ישלם הוצאות אלא אם כן הקונה התכוון לטובתו. אומנם במקרה כאן יש השבחה בגוף הקרקע ולכן דבריו לא שייכים לעניינינו. בא כח התובעת הוסיף: "השבח בקרקע שייך לתובעים ואינם צריכים לשלם עליו". דבר זה אינו מובן. אין בדברי הש"ך והנתביבות הנ"ל בכדי לטעון שהבנייה תעבור לרשות בעל הקרקע בניגוד לרצון הבונה ובניגוד לרצון בעל הקרקע. ניתן לטעון שהנתבעים לא זכאים לתשלום הוצאות (וכך אכן קבע בית הדין קמא שהתובעת לא חייבת לשלם לנתבעים את הוצאות הבנייה), אך בשום פנים לא ניתן לקבוע שיש שינוי בבעלות של הבנייה.

דעת הרמב"ן

בסברא אותה כתבנו לעיל יש לדחות את טענת בא כח התובעת, שמדברי הרמב"ן (המובאים ברשב"א במסכת בבא בתרא דף ד עמוד ב) ניתן להסיק, שההשבחה עוברת לתובעת. הרמב"ן רק אומר שאין למקיף שבנה שלוש הגדרות זכות לדרוש מהניקף תשלום (כמבואר בהערה⁶), אבל הרמב"ן כלל לא אומר שהגדר עוברת לבעלות של הניקף (וכאמור, אין זה מסתבר). מעבר לכך כבר הזכרתי את דברי אבני נזר (חו"מ ח) הקובע, שההשבחה אינה עוברת לבעלים בניגוד לרצון המשביח.

דעת השולחן ערוך

מאותו טעם יש לדחות את טענת בא כח התובעת מדברי השולחן ערוך (בסימן שעב סעיף ג). השולחן ערוך קבע שגזול לא זוכה בשבח, כי קרקע לא נגזלת והשבח שייך לנגזל, ומדובר שהבעלים מעוניינים בחזרה בפירות שהשביחו אצל הנגזל, אך כאן התובעת מעוניינת בפירוק המבנים.

לסיכום: טענת המערערת נדחית.

הערעור הנגדי

הנתבעים הגישו ערעור נגדי על פסק הדין העוסק אף הוא בשאלת זכותם של התובעים לחלק ברווחי הנתבעים. לצורך הנוחות ובכדי למנוע בלבול, לא אשנה את השימוש במונחים: "תובעת" / "מערערת", מול "הנתבעים". כך שגם בחלק זה של ההחלטה אקרא למשיבה שכנגד בשם: "התובעת" / המערערת". וכן אקרא למערערים שכנגד בשם: "נתבעת 1".

⁶ המקיף בנה רק שלוש גדרות אך הן לא מועילות לניקף, כי הצד הרביעי פרוץ, וזה מראה שהמקיף בנה את שלוש הגדרות - רק לתועלת עצמית ולא חשב להועיל לניקף, לכן גם אם הניקף יחזור ויגדר את הצד הרביעי - לדעת ת"ק אין חובת תשלום. צריך להעיר שלהלכה פוסקים כדעת רבי יוסי, שכלל והניקף גדר את הצד הרביעי - ניתן לחייבו בתשלום על שאר היקף הגדרות.



5. הנתבעים נהנים או גזלים

טענות נתבעת 1

בית הדין קמא חייב את הנתבעים לשלם שליש מדמי השכירות של הקרקע עליה עומדים המבנים. הנתבעים טוענים שפסק בית הדין קמא יוצא מתוך נקודת הנחה שהנתבעים **גזלו** את שטחה של התובעת, ולא היא. הנתבעים לא גזלו את חלקה של התובעת, אלא רק השתמשו ו**נהנו** מחלק השותפות השייך להם בחצר. "שותף שנהנה זה דין שונה, זה לא גזל, זה כמו שני שותפים בבית, שאחד בא לגור והשני לא בא לגור, אלא נסע לטיול בחו"ל, היש הווי"א בעולם שיוכל לחייב את שותפו לשלם לו שכירות? או כמו הדין של מרחץ, קח לך עבדים וירחצו לך במרחץ".

לדבריהם כאן מדובר על שותפים בקרקע, ולכל שותף (במקרה כאן: הנתבעים) יש זכות להשתמש בקרקע וליהנות מפירותיה. ולפיכך אין יכולת לאף שותף (במקרה כאן: התובעת) למנוע את הנאת השותפים מחלקם. וכך פסק הרמ"א (בסימן שסג סעיף י): "אם לא שכר כל הבית, רק חלק השותף שהשכיר לו - אין צריך ליתן לשני כלום". הנתבעים טענו כי בית הדין קמא סבר שהם ביקשו **לחלוק** את החצר, ולא היא הטענה אינה על חלוקת החצר, אלא הטענה היא שמנהג המקום מאפשר לכל שותף לבנות בנייה קלה בשטח החצר בה הוא מתגורר, כי בכך הוא **נהנה מפירות החצר**, "ולכן **אנו דורשים בואו נבנה ונהנה כולנו, ולפחות תן לי כשותף להנות מחלקי ואל תתקע אותי**". (ההדגשה במקור). לטענת הנתבעים זכותם להנות מהנכס המשותף לא תיגרע בשל העובדה שהתובעת אינה מעוניינת ליהנות ממנו.

עוד טענה נתבעת 1 שהנתבעים יחדיו לא בנו על יותר משני שליש מהשטח, וזהו חלקם היחסי בשטח ולפיכך הם לא גזלו מהתובעת דבר. לדעת הנתבעים 2 גם אם אין לקבל סברא זו ביחס לשטח הכולל של הבניה הרי שבאופן ספציפי נתבעים 2 בנו רק ב-25% מהשטח הבנוי מה שמהווה בוודאי פחות מחלקם היחסי בשטח (שליש). בנקודה זו התגלעה מחלוקת בין הנתבעים כאשר נתבעים 2 טוענים שבכל מקרה בו בית הדין יחייב את הנתבעים הרי שעל נתבעת 1 שבנתה על 75% מהשטח לשלם לתובעת במקומם.

התובעת דחתה את טענת הנתבעים בטענה שמדובר בגזל ולא בשימוש לגיטימי של שותפים בחצר ואין מנהג המקום מאפשר לגזול או לבנות ללא היתר.

דיון והכרעה

דברי הנתבעים בטעות יסודם. שותפים רשאים להשתמש בחצר רק בשימוש סביר שמקובל לעשותו בנכס המשותף ואינו מהווה השתלטות על הנכס. שימוש של השתלטות על הנכס, נוגד את עקרונות היסוד של שימוש משותף ונוגד את ההלכה, וכל שותף רשאי למנוע משאר השותפים לעשות זאת. כך כתב רבינו גרשום מאור הגולה (מסכת בבא בתרא דף נז עמוד ב): "בכל שותפין מעכבין זה לזה, **שלא יעשה מלאכה בחצר שאין חבירו עושה**". וכך כתב גם הרשב"ם (מסכת בבא בתרא דף נז עמוד ב): "וסתם חצר לכניסה וציאה הוא ולא להעמיד שם בהמותיו וחפציו זמן מרובה".

השולחן ערוך (בסימן קסא סעיף ה) פסק על פי דברי הרמב"ם (הלכות שכנים פרק ה הלכה ג):

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 - בכולם השותפין מעכבין זה על זה.

כלומר שותפים יכולים לעכב לבצע שימוש שלא מקובל לעשות בשטח המשותף. הנימוק לכך הוא, שיש שעבוד הדדי של כל השותפים להשתמש בשטח המשותף כפי הייעוד המקורי לשמו הוא נועד.

הטור (בסימן קנד, ב) הוסיף וכתב:



שכל אחד מבני החצר - אין לו רשות לשנות בו כלל, אלא כמו שבנאוהו או קנאוהו או ירשוהו - יש להם לנהוג בו.

כלומר אין בסמכות של אף דייר לשנות מהשימוש המקורי שהיה בחצר בשעת הרכישה. וכך גם פסק הרמ"א (בסימן קנד סעיף א).

במקרה שלפנינו כלל לא מדובר על שימוש, אלא על השתלטות על השטח. כל בנייה בשטח משותף אסורה כל עוד לא בוצעה חלוקה שמוסכמת על כלל הדיירים⁷. זה אומר שהקמת מבנה אינה שימוש לגיטימי בשטח המשותף אלא נטילת שטח לעצמו למשך זמן בלתי מוגבל, וזה נוגד לחלוטין לכללי השותפות.

הנתבעים טוענים, "שכל הבניינים מסביב בונים בניה ארעית בלא היתר ונהנים מהקרקע, ולכן מנהג המקום של שותפים הוא ליהנות מבניה שכזו במקרקעין". דין טענה זו להידחות. בשום פנים אין להסכים לטענה לפיה יש מנהג לבנות בשטח המשותף ללא הסכמת השכנים. על מנהג כזה ככל שזה קיים, וכאמור אין להניח את קיומו, כתב הריב"ש (סימן תעז):

גם זה המנהג חוץ מכבוד אותם שהנהיגוהו הוא מנהג מעוקל... וגם **המנהג אינו בנוי על קו היושר - אין לדון בו אלא בדומה ממש למה שנהגו**. וכל שיש קצת התחלפות מן הנדון אל המנהג - אין הולכין אחריו.

כך כתב החזון איש (ב"ב סימן ה בס"ק ד), שאין ללכת אחר מנהג גרוע גם אם הסכימו עליו כל הצבור, "**דאדם זוכה בדבר שהוא זכות לו, אבל אינו זוכה בדבר שהוא חובה לו**".

כאמור כל שטח החצר נחשב לשטח משותף השייך לכולם. אך הנתבעים השתמשו בשטח החצר לבדם כאילו היה זה שטח פרטי, השתלטות שכזו חשובה לגזל של השותף שהתנגד לכך.

הנתבעים השוו את השימוש בחצר לשימוש בבית משותף, ולטענתם כשם שרשאי כל שותף להשתמש בבית לבדו כך הדין גם בחצר. אני מסכים לטענת הנתבעים בכל הנוגע **למי שאיפשר גם לחבירו להשתמש**, וכפי שכתב הרשב"א (חלק ב סימן קמא) ששותפים שלא חילקו את נכסי השותפות, ושותף אחד במשך מספר שנים השתמש לבד בנכס השותפות - השותף שלא השתמש לא יכול לדרוש תשלום עבור השנים שחברו השתמש והוא לא, כמו כן הוא לא יכול לדרוש כעת להשתמש בנכס מספר שנים כפי שחברו השתמש. ההסבר לכך הוא, שהשותף שהשתמש בנכס השותפות - השתמש בחלק השייך לו, וכשם שהוא השתמש - גם חברו יכל להשתמש. (וכך פסק הרמ"א בסימן קעא סעיף ח).

אך צריך להדגיש, שהרשב"א התייחס למקרה בו שני השותפים יכלו להשתמש בנכס המשותף, אלא שאחד השותפים נמנע מלהשתמש (וכפי שכתב הרשב"א: "**ואלו רצה חבירו היה משתמש בו**"), במצב שכזה הוא אינו יכול לתבוע החזר כספי, אבל בשום פנים לא דיבר הרשב"א על שותף **שמנע** מחברו להשתמש בנכס המשותף, שבזה באופן עקרוני יש חובת תשלום פיצוי.

כמו כן על דברים אלו כבר פסק הנהגות (בסימן קעא בס"ק יב): "ואם לא השתמש בו בעצמו והשכירו לאחרים - פשיטא דהשכר לאמצע". כלומר אם השותף לא השתמש בעצמו, אלא הוא השכיר את המקום לאדם אחר - דמי השכירות שייכים לשני השותפים. הטעם לכך הוא שהשטח עודנו משותף, כלומר כל פיסה בשטח היא בעצם שטח משותף, ולכן גם דמי השכירות - שייכים לכלל השותפים, ואין לדמות זאת לשימוש עצמי של השותף בדירה. הנתבעים השוו את השימוש בחצר לדברי המשנה (במסכת בבא בתרא דף קעב עמוד א) הדנה בשני שותפים:

⁷ הזכות של שותף להתנגד לשותף אחר שמתחם לעצמו שטח בתוך החצר המשותפת ברורה מאליה וגם מבוססת על דברי הרמב"ם בהלכות שכנים פרק ה הלכה ה (בנוגע לטענה לחזקת תשמישים יש התייחסות בפס"ד קמא בסעיף ט).

אחד עני ואחד עשיר, והניח להן אביהן מרחץ ובית הבד, עשאו לשכר - השכר לאמצע, עשאו לעצמו - הרי העשיר אומר לעני: קח לך עבדים וירחצו במרחץ.

מכיוון שלפי טענתם הוצע לגב' פ' להיות שותפה במבנים והיא דחתה זאת היא או באי כוחה אינם יכולים עוד לתובעם.

גם טענה זו דינה להידחות. מהטעם שכתבתי לעיל. במשנה לא מדובר על מי שהשכיר לאחרים ובפרט אם עשה את זה באופן שמנע את השני מלהשתמש בשטח, שבמקרה זה השכר לאמצע וכמו שכתוב בסוף עמ' 66 בפס"ד קמא. צריך להוסיף שמדברי המשנה ניתן להוכיח ממש הפוך, ששותפים לא רשאים לשנות מהשימוש המקורי שהיה עם כניסתם לשותפות. ולכן אם מדובר במקום שמתחילתו נועד להשכרה - יש להמשיך ולהשכירו והרווח יעבור לקופת השותפים (=לאמצע), ואם הייעוד המקורי היה שימוש עצמי במרתף - לא ניתן לשנות את השימוש להשכרה. במקרה כאן השימוש המקורי בחצר כלל לא היה להשכרה אלא לשימוש עצמי כגון משחקי ילדים, בניית סוכה וכדו', ולכן אין כל אפשרות לשנות את השימוש ולבנות בו דירות.

גם מה שכתבו הנתבעים בסעיף 52 וכן בסעיף 63 וכן בסעיף 90 שהם בסה"כ השתמשו כפי חלקם בשותפות, אינו נכון, כי השטח שייך לכולם, לכן אין משמעות לזה שהם לא בנו בכל החצר. הדרך היחידה לבנות בחלק מסוים מהחצר היא על ידי חלוקה מסודרת. הבקשה לחלוק - תידון בפרק אחר בפסק דין זה.

עוד טענו הנתבעים בסעיף 90, שהם הציעו לגב' פ' לבנות בשטח מסוים והיא התנגדה, ולכן זה לא נקרא שהשכירו את חלקה. אבל הנתבעים לא הוכיחו שכך אכן אירע, ובכל מקרה גם לפי דבריהם, השטח עדיין נשאר משותף, ולפיכך הדיו הוא ש"השכר לאמצע".

גם כאשר יש הסכמה של רוב הדיירים לבנייה בשטח המשותף, בשום פנים אין בכך בכדי לאפשר בנייה שפוגעת בזכויות של אחד מהם, כי הרוב לא רשאי לפגוע בזכויות של המיעוט. עיינו בדברי הרמ"א (שו"ת סימן עג) ששלל פגיעה בזכויות היחיד :

דבר פשוט שאין כח לטובי העיר לתקן דבר כי אם על פי הדין והמשפט ולא לילך בחזקה עם היחידים, ואין לרבים כח לגזול היחיד.

מעשה זה חמור במיוחד והוא כרוך בלאו דאורייתא של גזל ושל השגת גבול וכפי שכתב הרמב"ם (הלכות גניבה פרק ז הלכה יא שולחן ערוך חו"מ שעו סעיף א) :

המסיג גבול רעהו והכניס מתחום חבירו בתוך תחום שלו אפילו מלוא אצבע, אם בחזקה עשה - הרי זה גזלן, ואם הסיג בסתר - הרי זה גנב, ואם בארץ ישראל הסיג הגבול - הרי זה עובר בשני לאוין: בלאו של גניבה או של גזילה, ובלאו של לא תסיג גבול רעך.

(בית הדין קמא כתבו [בעמ' 25] בלשון ספק: "**ואולי** גם באיסור תורה של השגת גבול" לדעתי הספק יכול להיות רק בנוגע לבנייה באוויר, אולם במקרה שלפנינו אין כאן ספק.

נציג נתבעים 2 מבקש לתבוע את נתבעת 1 שבנתה על 75% מהשטח לשלם לתובעים את הסכום שבית הדין חייב אותם לשלם – מדובר בתביעה שצריכה להתברר בבית הדין קמא. בית הדין לערעורים לא משמש כערכאה שבה ניתן לנהל את המחלוקות שבין הצדדים, אלא רק ככלי ביקורת נוסף שנועד לוודא שלא נפלה טעות בהחלטות בית הדין קמא.

בהמשך החלטה זו אתייחס לבקשת הנתבעים לחלוקת הוצר.

לסיכום:

א. טענת המערערת שכנגד נדחית



ב. תביעה של נתבעים 2 כנגד נתבעת 1 לא נידונה בפני בית הדין קמא ולכן היא אינה מושא לערעור. הנתבעים 2 רשאים לתבוע את נתבעת 1 בבית הדין קמא ככל וזה הוסמך לדון בכך.

6. שותף שדרש להרוס את המבנים האם זכאי לשכר

בית הדין קמא פסק (סעיף יז), שלמרות שגב' פ' תבעה רק לפרק את המבנים ולא תבעה לקבל את חלקה מדמי השכירות אין לומר שיש בכך מחילה, שכן היא לא ידעה מזכותה לקבל חלק בדמי השכירות. הנתבעת 1 מערערת על מסקנת בית הדין בטענה כי מהחתם סופר (חושן משפט סימן קיט), נראה שאם היה שיהוי בתביעה, ניתן להניח שהתובע מחל על תביעתו. כאן כבר היה דין תורה אצל הרב הבורר, אך גב' פ' לא תבעה תביעה כספית, משמע שהיא מחלה על כך. עוד טענו הנתבעים כי התובעת התייאשה מחוב זה.

כפי שכתבנו לעיל בית הדין קמא האריך לקבוע שכל החיוב הוא רק בשכירות הקרקע ולא במבנים, והגיע למסקנה שאין כל מקום לטענת הנתבעים שהייתה מחילה על סכום זה. (בכדי לקבוע שהייתה מחילה - צריכה להיות מחילה ברורה ומפורשת, דבר שלא נעשה כאן). בנוגע לטענת הנתבעת 1 כי לדעת החתם סופר המנעות מתביעה מוכיחה את קיומה של מחילה. הבנה זו בדברי החתם סופר שגויה. במקרה בו עסק החתם סופר התובע ציין חלק מסכומי התביעה והשמיט סכומים ישנים, ומכאן הסיק החתם סופר שהשמיטה זו יוצרת אומדנא שהתובע מחל על החוב הישן, אך במקרה כאן גב' פ' כלל לא כתבה שום סכום כספי ולפיכך אין כל אומדנא שמוכיחה מחילה.

בנוגע לטענת יאוש בחוב יש מחלוקת בין הפוסקים כמבואר בקצרה בהערה⁸, אך גם לשיטות הסבורות שכאשר האדם מתייאש מן החוב החוב מתבטל, נראה כי במקרה שלנו יודו שהחוב קיים ועומד וזאת בשל הנימוקים הבאים: א) לדעת האמרי בינה (דיני גביית חוב סימן ד) יש לסייג את דעת הסוברים שיאוש מועיל בחוב למקרה בו הייאוש מהחוב נבע בשל הזמן הרב שחלף מאז מועד פרעון החוב אך לא בשל סירוב בעל החוב לשלם את חובו. מקרה זה מוגדר כגזלה ובה לא מועיל ייאוש.

ב) גם אם היה ייאוש הוא רק מחלק השכירות השייך למבנים ולא משכירות הקרקע.

ג) בנוסף, כאמור גב' פ' לא ידעה שהיא זכאית לחלק מדמי השכירות, ולא היתה מודעת לקיומו של החוב, וכמובן שאין משמעות לייאוש מחוב מבלי שהאדם הבין שחייבים לו.

בדבריהם הוסיפו הנתבעים שגב' פ' לא רצתה להשכיר את החלק שלה או לבנות עליו, ולכן אין לחייב אותם כמו חצר שעומדת להשכרה. אינני מקבל טענה זו. בית הדין קמא (בעמ' 39, 62) ביסס את החיוב של הנתבעים לשלם, על כך שכל רווח שמפיק שותף מהנכס משותף – הרווח לאמצע גם אם החצר לא עומדת להשכרה.

אוסף ואומר כי אין מקום לקבל את טענת הנתבעים, שאם מדובר בחורבה שלא עשויה להיבנות, אין חיוב בתשלום כקרקע העומדת לבנייה. אכן אין מקום לחייב על המבנה כאשר בעל הקרקע אומר טול עציך ואבניך, אך בנידון כאן המבנה אינו רלוונטי, כי החיוב אינו בגין המבנה אלא בגין ההנאה מהקרקע. כאשר יש הנאה מהקרקע ללא רשות, יש חיוב בתשלום כקרקע העומדת לבנייה. כמו שכתב בעל שו"ת אבני שיש (חלק ב סימן פב):

העולה ממאי דכתיבנא ביורד לסתם חרבה של חבירו ובנאה בין דר בה הוא עצמו או השכירה לאחר - אינו מעלה לבעלים כלום בשכרה, זולת אם חסרו איזה הנאה שהיתה לו ממנה בחרבנה מגלגלין עליו ליתן כל

⁸ עיינו ברמ"א (בסימן קסג סעיף ג) ובקצות החושן (שם בס"ק א) מהם משמע שמועיל ייאוש בחוב, אך החכם צבי (הגהות על הט"ז סעיף ג) ונתיבות המשפט (שם בס"ק א) פסקו, שאין ייאוש מועיל בכדי להפקיע את חובו של החייב, שכן פריעת בעל חוב הינה מצווה, כמו לולב וסוכה, והמצווה קיימת עד שעת פריעת חוב, גם אם המלווה התייאש מהחוב. לדעת החכם צבי, כל דין ייאוש שייך רק בחפץ הנמצא בעין, (כגון חפץ שאבד), אך לא שייך ייאוש בחוב.



הנאה הראויה בשכירות החרבה דוקא אפי' היא יותר מההנאה שהיתה לו בחרבנה ואין כל הדברים אמורים אלא בסתם חרבה דקי"ל דסתם חרבה אינה עומדת לבנות.

וכך כתב בספר פעמוני זהב (סימן שעה סעיף ז):

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 חבירו 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 סברא אמתית, דאיך זה יבנה וישכלל הבית ויאכל הלה וחדי... אלה היו דברי הרב יוסף אלמאליח ז"ל שר המסכים על דברי הרב מוה"ר רפאל בירדוגו ז"ל, אתיידא דהני רבנן בתראי דעתם היא דאפילו בשחרוריתא ובההיא משכירה ומכל שכן דר בה הוא עצמו דאינו משלם אלא מה שהיתה שוה קודם הבנין, זהו הסברא לשלושתם יחד ודו"ק.

וכך כתב קצות החושן (בסימן שי ס"ק א):

דקרקע אינה נגזלת ומש"ה חייב לשלם שכר, משא"כ מטלטלין דנגזלין וכל הגזלנין אינן משלמין אלא כשעת הגזילה (שם צג, ב), ושבח גזילה דמטלטלין - דגזלן הוא, אבל שבח גזילה דקרקע - דנגזל הוא, וכמבואר בטור סימן שע"א (סעיף ו' - ז') כשם שהקרקע בחזקת הנגזל, שיוכל לומר הרי שלך לפניך - כן היא ברשותו לטובתו, דאע"ג דגבי מטלטלין אינו משלם אלא כשעת הגזילה, גבי קרקע אינו כן, אלא אם נשתמש ואכל פירותיה - צריך לשלם מה שנהנה.

קצות החושן התייחס להבדל בין גזלת מטלטלים לבין גזלת קרקע. בגזלת מטלטלים פועלים על פי העיקרון המובא במשנה (מסכת בבא קמא דף צג עמוד ב): "כל הגזלנים משלמין כשעת הגזלה", ולפיכך הרווחים שהגזלן ייצר מהחפץ הגזול, שייכים לגזלן ולא לנגזל (עיינו בדברי השולחן ערוך בסימן שסב סעיף א). אומנם בגזלת קרקע אנו אומרים שכל הרווחים שייכים לבעל הקרקע, כי קרקע אינה נגזלת.

לסיכום: טענת המערערת שכנגד נדחית.

7. העברת דמי שכירות מקרקע שאינה עומדת להשכרה

טענות נתבעת 1

בית הדין קמא פסק שמוטלת על הנתבעים חובת תשלום דמי שכירות קרקע, למרות שמדובר בקרקע שלא נועדה להשכרה, כי הקרקע משותפת וכל רווח שנכנס שייך לקופת השותפים. הנתבעים ביקשו לסתור את טענת בית הדין ולהוכיח כי בחצר שלא נועדה להשכרה הבונה ומשכיר אינו צריך לשלם. הוכחתם של הנתבעים התבססה על האבחנה בין שני סעיפים בשולחן ערוך (סימן שעה) אשר האחד (סעיף ו) עוסק בחורבה שלא עשויה להיבנות, ובו השולחן ערוך והרמ"א כלל לא כתבו שיש למשביח איזו שהיא חובת תשלום, והאחר (סעיף ז) עוסק בחצר שראויה לבנייה שם יש לבעל הקרקע אפשרות לדרוש מהמשביח תשלום. לדעת הנתבעים הסיבה לכך שהשולחן ערוך והרמ"א לא ציינו בסעיף ז שקיימת לבעלים זכות לדרוש תשלום מהמשביח תלויה בשלילת יכולתו לטעון "טול עציד ואבניך" וזו נשללת רק בחצר העומדת לבניה.

לדעתם יש להוכיח עוד מדברי הרא"ש (בבא קמא ב, ו) המוכיח את החיוב בתשלום ממקרה בגמרא בו מדובר בקרקע שנועדה להשכרה (היתומים בעלי הקרקע השכירו את הקרקע לסוחרים), והפולש שבנה שם גרם להם להפסד ולכן יש חיוב בתשלום. לדעתם הואיל וגב' פ' כלל לא תכננה להשכיר את הקרקע, אין כל הפסד וחיסרון לגב' פ', וגם הקרקע לא עומדת להשכרה, במצב שכזה לא ניתן לחייב את הנתבעים בתשלום.



עוד הוסיפו הנתבעים להוכיח מדברי שו"ת הרשב"א החדשות (מכתב יד סימן שמג, בכתב הערעור הנגדי הובאו הדברים בטעות בשם הרא"ש):

שאלת: ראובן חפר בסלע שתחת קרקע של שמעון ועשה שם מערה, ונשתמש בה כמה שנים, ושמעון מחה בו בשעה שחפר ובסוף כל שלש ושלוש. ועכשו בא שמעון ותובע לראובן להעלות לו שכר מן השנים שנשתמש בה ולסתמה באבנים ובבנין חזק. וראובן השיב, שאין לו להעלות שכר שאין זה כדר בחצרו, ואינו חייב לסתמו באבנים אלא בעפר או להסתלק ממנה ולעשות מחיצה על פיה. הדין עם מי?

תשובה: אין ראובן חייב להעלות שכר לשמעון, לפי שאותו הסלע קודם שחפר בו ראובן לא היה ראוי לדירה ולא לשום תשמיש, אם כן זה נהנה וזה אינו חסר כלום ופטור. ואלו היה ראוי לתשמיש כלל מעיקרא, היה חייב לו, וכדאמרין בפרק כיצד הרגל ההוא גברא דבנא אפדנא אקילקלתא דיתמי, אגביה רב נחמן לאפדנא מיניה, ואקשינן: לימא קסבר רב נחמן, הדר בחצר חברו שלא מדעתו, חייב להעלות לו שכר? ואהדרוה: ההוא מעיקרא קרמונאי הו דיירי בה, ויהבו ליה ליתמי דבר מועט, ואמר ליה רב נחמן: פייסתינהו ליתמי, ולא אשכח, ואגביה רב נחמן לפונדייה מיניה. וכן נמי משמע, דאי הוה ניחא ליה לשמעון בבנין זה שעשה ראובן, היה שמעון חייב ליתן לו לראובן כדין היורד לתוך חורבתו של חברו ובנאה שלא ברשות, והיה חייב ראובן להעלות לו שכר משום מעט הפסד שעושה בו כגון שחרירותא דאשתא.

גם בתשובה זו הובאו דברי הגמ' שחייבה רק כאשר הקרקע עמדה להשכרה (היתומים השכירו את הקרקע לסוחרים קרמונאים), אך אין חיוב בתשלום כאשר הקרקע לא עומדת להשכרה.

הנתבעים הקשו על הוכחה זו, ששם מדובר בבונה שדר בעצמו, אך הנתבעים השכירו לאחרים, ומניין המקור שאין חיוב בתשלום בבונה בקרקע שלא עומדת להשכרה שהושכרה לאחרים? תשובה לכך כתבו הנתבעים מדברי הרשב"א כפי שהביאם הר"ן (נימוקי יוסף מסכת בבא מציעא דף נח עמוד א):

ואם השכירו הבונה לאחרים שלא כדין, אי חצר דלא קיימא לאגרא, היה השוכר פטור... ובדלא קיימי לאגרא נמי דאין צריך להעלות שכר לבעלים, אי יהבי למשכיר, מפיק מיניה, דהא ארעא לאו ידידה הוא, ומיהו אפילו למארי ארעא לא מיחייב, הלכך כה"ג דעיקרא דמילתא מחילה בטעות היא לא הויא מחילה. מיסוד הרשב"א ז"ל. עכ"ל הרנב"ר (=הר"ן, רבי נסים בן ראובן) ז"ל.

כלומר כאשר הקרקע לא עומדת להשכרה, השוכר כלל לא צריך לשלם לא למשכיר ולא לבעל הקרקע. ואף אם בטעות שילם, הוא רשאי לתבוע את כספו בחזרה כי מדובר במחילה בטעות, שהרי לא היה עליו לשלם שום שכר לאף אחד. כך שכל ויש מקום לתביעה, זה מצד רק השוכרים כלפי הנתבעים שחייבום בתשלום, אך וודאי שלא מצד התובעת כלפי הנתבעים. וכך כתב הנימוקי יוסף (מסכת בבא קמא דף ט עמוד א) בשם הרמ"ה. הנתבעים הוסיפו טענות נוספות שאתייחס אליהן בדיון.

דיון והכרעה

הנתבעים האריכו להסביר שסעיף ו' מתייחס למקום שלא ראוי לבנייה, שאומנם ניתן לדרוש את פירוק המבנים שנבנו שלא כהוגן, אך לא ניתן לדרוש לתשלום. לעומת זאת סעיף ז' שמתייחס למקום שראוי לבנייה ורק שם יש עילה לפיצוי כספי.

דברי הנתבעים כאן נכונים בצורה חלקית. להלן דברי השולחן ערוך והרמ"א בשני סעיפים אלו:

סעיף ו - היורד לתוך חורבתו של חברו ובנאה שלא ברשות, שמין לו וידו על התחתונה. ואם אמר בעל הבנין: עצי ואבני אני נוטל, שומעין לו. אמר ליה בעל הקרקע: טול מה שבנית, שומעין לו. הגה: ודווקא אם



החורבה אינה עשויה לבנות; אבל אם עשויה לבנות, או במקום שסתם חורבה עומדת לבנות, דינו כמו חצירות, שיתבאר בסמוך.

סעיף ז - החצירות הרי הם ראויים לבנין ולהוסיף בהם בתים ועליות, לפיכך הבונה בחצר חבירו, הרי זה כנוטע **שדה העשויה ליטע**... הגה: ולא יוכל הבונה לומר: בניני אני נוטל. השכירה הבונה לאחרים וקבל שכן, מנכין לו מהוצאותיו, **אף על גב דלא עביד למיגר**. (רשב"א ונ"י פ' השואל). ואם דר בה הבונה, אם חסר לבעל הקרקע דבר מועט, צריך ליתן לו כל מה שנחנה, כמו שנתבאר לעיל סימן שס"ג (מישרים נל"א ח"ב).

סעיף ו' מתייחס לתביעה לפירוק והריסה. תביעה שכזו אפשרית במקום שמוגדר כחצר שלא עשויה ליטע, כגון חורבה או בנייה ללא היתר במקום שעומד להריסה מצד העירייה.

סעיף ז' מתייחס למספר מקרים. השולחן ערוך פתח את דבריו בנוגע לבנייה במקום הראוי לבנייה. במצב שכזה ככל ובעל הנכס מעוניין לזכות במבנה, עליו לשלם את הוצאות הבנייה לבונה כמו לקבלן, כדין שדה העשויה ליטע. הרמ"א הוסיף מספר הלכות:

א. ככל ומדובר בבנייה ראויה ("שדה העשויה ליטע"), לא רשאי הבונה לדרוש את פירוק ההשכחה, כי הוא זיכה את ההשכחה לבעל הנכס כבר מרגע ביצוע העבודה (הגר"א [שעה, יז] העיר שהרמ"א פסק כאן כפי שיטת הרא"ה [מובא בר"ן מסכת בבא מציעא דף קא עמוד א]).

ב. הרמ"א הביא את דעת הרשב"א (מובא בנימוקי יוסף מסכת בבא מציעא דף נח עמוד א סוף ד"ה הוו), שהבונה בקרקע חבירו **והשכירה לאחרים**, על הבונה להשיב את דמי השכירות לבעל הקרקע, בניכוי הוצאות הבנייה. הרשב"א הדגיש שמדובר גם **בקרקע שלא הייתה עומדת להשכרה**. לעיל כבר הרחבתי, שהרשב"א התייחס לבעל נכס שמעוניין לזכות בנכס, ולכן מיד לאחר תשלום ההוצאות הוא זוכה בנכס למפרע מרגע בנייתו.

ג. **בונה בחצר חברו שגר בעצמו במבנה**, חייב לשלם מדין נהנה. לעיל הרחבנו שרבי עקיבא אייגר הבין שמדובר על דין ראנ"ח, שבעל הקרקע זכאי לקבל דמי שכירות הקרקע.

נמצא אפוא שהדין הראשון והשני בדברי הרמ"א מתייחסים לבנייה ראויה ("שדה העשויה ליטע"), שאז המשביח לא רשאי לדרוש את פירוק המבנה (דין א), וככל ובעל הנכס מעוניין לזכות במבנה שהושכר לאחרים, הוא זכאי לקבל את כל דמי השכירות בניכוי הוצאות הבנייה (דין ב). אומנם אם לא מדובר במבנה שהושכר אלא במבנה שהבונה גר בו בעצמו, כאן יש לחייב לפי מידת ההנאה. גובה התשלום יקבע בהתאם לשאלה האם בעל הנכס מעוניין לזכות במבנה או לא מעוניין לזכות במבנה. ככל והוא מעוניין במבנה, נחזור לדין השני שהוא זכאי לקבל את כל דמי השכירות בניכוי ההוצאות, ואם הוא לא מעוניין במבנה, הוא יקבל רק דמי שכירות קרקע כשיטת ראנ"ח. הנתבעים סברו שאין חובת תשלום בכל מקום שלא ראוי לבנייה. לא ניתן לקבל הבנה זו, שהרי רבי עקיבא אייגר הבין שלא כדברי הנתבעים, אלא הוא הסביר את הרמ"א בסעיף ז' על בסיס דברי הרא"ה וראנ"ח שהתייחסו לחורבה, ובכל זאת קבעו שיש חובת תשלום.

עוד כתבו הנתבעים, שניתן לחייב בתשלום רק כאשר הקרקע עמדה להשכרה, כפי שמובא בגמ' (במסכת בבא קמא דף כא עמוד א), על יתומים שהיה להם שטח לא בנוי (חורבה), שהיו משכירים אותו לסוחרים ששילמו ליתומים סכום מסוים כדמי שכירות על השימוש בקרקע (סוחרים מאומה ששמה קרמנאי). הסוחרים היו בונים אהלים ולנים בשטח. לאחר זמן הגיע אדם שבנה בית גדול על השטח של היתומים, וכך גרם להם הפסד שלא יכלו להשכיר את השטח. רב נחמן עיקל את המבנה לצורך גביית התשלום המגיע ליתומים. מכאן הוכיחו הנתבעים, שהחוב בתשלום שייך רק בקרקע העומדת להשכרה, (שהרי היתומים השכירו את הקרקע לסוחרים קרמנאים), אך אין

חיוב בתשלום כאשר הקרקע לא עומדת להשכרה. ומכיוון שבמקרה כאן התובעת כלל לא השכירו את הקרקע, לא ניתן לחייב תשלום.

איני מקבל טענה זו, שהרי הרשב"א (מסכת בבא קמא דף כא עמוד א) במפורש כתב דברים הפוכים, שהחיוב בתשלום אינו רק בגלל שהיתומים השכירו את הקרקע, אלא גם בגלל שמדובר בדין זה נהנה וזה חסר שיש בו חיוב בתשלום.

הא דקא מהדר ל"י מעיקרא קדמונאי הוו דיירי בה ויהבי להו ליתמי דבר מועט, קושטא דמלתא קאמר, אבל בודאי בר מן דין הו"ל לחיוביה משום שחרוריתא דאשיתא.

כלומר רב נחמן חייב את הבונים בתשלום לא רק משום שהם השכירו את הקרקע (כפי שאכן כך היה), אלא גם מפני שהבעלים היו חסרים בכך שכתוצאה מהמבנה הייתה שחרורית בקיר שגרמה להם להפסד קטן⁹.
וכך פסק השולחן ערוך (בסימן שסג סעיף ז) :

יש אומרים **דכשאין החצר עומד לשכר**, דאמרינן דאינו צריך להעלות לו שכר, **אם חסרו אפילו דבר מועט**, כגון שהיה הבית חדש וזה חסרו במה שהשחירו, אף על פי שאין הפסד אותו שחרורית אלא מועט, ע"י **מגלגלין עליו כל השכר כפי מה שנהנה**.

הדעת נותנת, שדיירים רבים שגרו במבנים אלו במשך שנים רבות, וודאי שגרמו לשחוררית זו, שנחשבת לחיסרון שבגינה ניתן לחייב את הנתבעים על כל הנאתם, וההנאה שלהם נובעת משכירות הקרקע כאמור בדברי ראני"ח. צריך לציין שגם על הפסד קטן ניתן לקבוע שמדובר בזה נהנה וזה לא חסר. החכמת שלמה (הגה על סימן שסג סעיף ו) הוסיף שניתן לומר זה גם על חיסרון שאינו שווה פרוטה :

עיינן בתוס' (פ"ג דכתובות ל' ע"ב ד"ה לא צריכא)... מוכח שם דאף אם חיסרו בפחות משוה פרוטה, ג"כ מגלגלין עליו את הכל. ודו"ק. והוא חידוש דין.

הנתבעים יצאו מתוך הנחה שמדובר בבנייה שאין בה כל חיסרון לתובעת. דבר זה אינו נכון עובדתית. יש חיסרון גדול מאוד מריבוי יחידות הדיור, אם בגלל לכלוך שמתווסף, רעש, פגיעה בפרטיות, חסימת המעבר מניעת היכולת להשתמש בחצר בשימושה המקורי, ויש מקום להניח שדברים אלו אף גורמים לירידה בערך הדירה. כמו כן במקרה כמו המקרה שלנו בו הבעלים מחה בפני הנתבעים שהם בעלי היחידות, השו"ע (שסג סעיף ו) אומר שלא שייך הפטור של זה נהנה וזה חסר.

אכן במקרה של זה נהנה וזה לא חסר כלל, אין מקום לחייב בתשלום, ואף אם התשלום הועבר ניתן לטעון שמדובר במחילה בטעות ולקבל את הכספים בחזרה, אך דברים אלו נכונים רק למקום בו הבנייה נעשית ללא כל פגיעה בשכנים, וזה כלל לא המצב כאן.

וכך יש לדחות את ההוכחה מדברי שו"ת הרשב"א החדשות (מכתב יד סימן שמג), שדן בפולש שחפר בסלע שתחת קרקע, כי שם מדובר על מציאות בה אין כל חיסרון לבעל הקרקע, דבר שאינו נכון כאן.

עוד הביאו הנתבעים את דברי הנימוקי יוסף (מסכת בבא מציעא דף נח עמוד א) שכתב:

⁹ עיינו בדברי קצות החושן (בסימן שסג ס"ק ה) שביאר, שאם בעל הקרקע מעוניין במבנה - הוא זוכה בו למפרע, אך זה רק בגדול ולא בקטן, כי המבנה נקנה לבעל הקרקע בקניין חצר, וחצר קונה מדין שליחות, אך אין שליחות לקטן (וזאת בניגוד לדברי הרשב"א שכתב בסיפור עם היתומים שהם קונים את המבנה למפרע למרות שהם קטנים). ומכיוון שכך רב נחמן חייב בתשלום רק בגלל שהיתומים השכירו את הקרקע לסוחרים, ולא חייב בגלל השחוררית שיש במבנה, שהרי לשיטתו היתומים כלל לא זכו במבנה, ולכן החיסרון שיש בשחוררית המבנה - לא יכול להיות סיבה לחיוב.



עוד כתב הרשב"א ז"ל בחדושי, ומיהו מסתברא דאפילו **לא היתה החורבה עשויה לשכר**, ולא היו מעלין ממנה שכר מעיקרא כלל, אם עמד זה ובנאה והשכירה אצל אחרים, מחשבין לו כל מה שקבל בשכירות הבתים, מדרבי יוסי דאמר [ב"מ דף לה ב]: כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, ואנו רואים **הדר בו בשכר כאילו הוא שוכר של בעל החצר**.

הנתבעים רצו להסיק מדברי הרשב"א הללו, שמדובר בחורבה העשויה להיבנות, כך שבעל הקרקע זכה במבנה, ורק מכח עובדה זו סבור הרשב"א בסוף דבריו שהשוכר צריך לשלם את דמי השכירות ישירות לבעל החצר. אומנם "במקום שהבית עומד להיהרס ואינו עומד לשלם הוצאות, הרי גם הרשב"א ס"ל שליכא דינא ודיינא לחייב השכירות או שום כלום". לטענת הנתבעים בצירוף הנתונים הבאים: (א) אין חיסרון. (ב) המקום לא עמד להשכרה. (ג) התובעת דורשת את פירוק המבנה, לכו"ע לא ניתן לחייב את הנתבעים בתשלום דמי שכירות.

איני מקבל טענה זו. העיקרון שקבע רבי יוסי הוא, שלא ניתן להתעשר על חשבון הזולת¹⁰, ולכן הרווח צריך להינתן לבעלים. ומכאן שאדם לא רשאי להפיק רווחים מעסק שהוא יוזם על רכוש חברו (במקרה כאן: השכרת יחידות על קרקע התובעת), לכן דמי השכירות שייכים לבעל הקרקע. הרשב"א הוסיף, שגם אם הקרקע לא הייתה עומדת להשכרה, ולא הופקו ממנה רווחים, הרי שאם הבונה השכיר את המבנה לאחרים, הוא צריך להשיב את דמי השכירות לבעל הקרקע, בניכוי הוצאות הבנייה. כאמור, הרשב"א התייחס לבעל נכס שמעוניין ליכנס בנכס, ולכן מיד לאחר תשלום ההוצאות הוא זוכה בנכס למפרע מרגע בנייתו, ועל כך כתב הרשב"א בסוף דבריו שבעל הקרקע נחשב למשכיר של השוכר.

הנתבעים טענו שהרשב"א (שהובא בנימוקי יוסף שם) התייחס רק למקום שנחשב לשדה העשויה ליטע, כך שבעל הקרקע זוכה במבנה ולאחר ניכוי ההוצאות הוא מקבל את כלל דמי השכירות. אומנם הרשב"א לא דיבר על מקום שמוגדר כשדה שאינה עשויה ליטע, ובזה יש לומר שאין כל מקום לדרישת תשלום.

גם אם נאמר שהרשב"א התייחס לשדה העשויה ליטע, לא ניתן לקבל את טענת הנתבעים, שבשדה שאינה עשויה ליטע, אין חיוב בתשלום "לא דמי הבניין ולא דמי הקרקע". איני יכול להבין מדוע שלא יהיה חיוב בתשלום על ההנאה מהקרקע כדין זה נהנה וזה חסר? הרי הנתבעים נהנו מהקרקע, ועל הנאה שיש בה חיסרון, תמיד יש חיוב תשלום.

אומנם האחרונים התקשו מאוד בסתירה בדברי הנימוקי יוסף בשם הרשב"א (עיינו פתחי חושן גניבה ואונאה פרק ז הערה נז) אשר מחד כתב (מסכת בבא מציעא דף נח עמוד א) בשם הרשב"א: "ואם השכירו הבונה לאחרים שלא כדין אי חצר דלא קיימא לאגרא היה השוכר פטור". כלומר בונה בחצר שהשכירה לאחרים, אם הקרקע לא מיועדת להשכרה השוכר פטור מלשלם. במצב שכזה גם אם השוכר שילם, ניתן לקבל החזר, כי מדובר במחילה בטעות. ומאידך, מספר שורות לאחר מכן כתב גם כן בשם הרשב"א: "ומיהו מסתברא דאפילו **לא היתה החורבה עשויה לשכר**, ולא היו מעלין ממנה שכר מעיקרא כלל, אם עמד זה ובנאה והשכירה אצל אחרים, מחשבין לו כל מה שקבל בשכירות הבתים". כלומר גם אם הקרקע לא הייתה עומדת להשכרה, ולא הופקו ממנה רווחים, ככל והבונה השכיר את המבנה לאחרים, הוא צריך להשיב את דמי השכירות לבעל הקרקע, בניכוי הוצאות הבנייה.

¹⁰ כך כתב השיטה מקובצת (מסכת בבא מציעא דף לה עמוד ב): "ולענין פסק הלכה - כתב הרמ"ך וזה לשונו: השוכר פרה והשאיילה השוכר, ומתה כדרכה - משלם השואל לבעל הפרה ולא לשוכר, שאינו בדין שיהא זה עושה סחורה בפרתו של חברו, ויהא זה נשכר בשל משכיר והמשכיר מפסיד".



ישנם מספר ביאורים לסתירה זו¹¹, אך נראה שבכל מקרה אין בכך בכדי להשפיע על פסק הדין, כי דברי הנימוקי יוסף הראשונים בשם הרשב"א, התייחסו למציאות בה אין כל חיסרון לבעל הנכס, ואז אין מקום לחייב את הנהנה, אך כאמור לעיל, כאן מדובר במצב שיש בו חיסרון ולכן יש חובת תשלום.

עוד כתבו הנתבעים (סעיף 86): "במקום שאין זוכה בבניין, כי גילה דעתו מראש והתנגד, כך גם היא לא עבדה למיגר ואינו שליחו דהא מוחה בו שלא ישכיר!!! **מהיכי תיתי שיהפוך להיות עבדה למיגר**".

גם טענה זו דינה להידחות, כי השולחן ערוך (בסימן שסג סעיף ו) פסק כי במידה והבעלים אמרו בצורה מפורשת, שהם לא מרשים ליהנות מהנכס שברשותם, חל איסור ליהנות מהנכס, ואם נהנה, חייב לשלם על הנאתו (לא רק על מה שהבעלים נחסר, אלא בהתאם להנאתו של הנהנה).

הסמ"ע (בס"ק יד) הסביר: "בכה"ג - בכל ענין, **אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא**, וגברא דלא עבד למיגר, צריך לשלם לו כל שכרו, כיון דגילה דעתו דלא נחא ליה ביה, ואין אומרים בכה"ג כופין על מדת סדום". כלומר **אם בעה"ב אומר לאדם לצאת, יהיה חיוב בתשלום אפילו במקרה של חצר שלא עמדה להשכרה**.

אומנם הנתבעים הבינו שמדובר רק **בבעלים של המבנה** שאמר לפולש לצאת, ולא בתובעת שאיננה הבעלים של המבנה. גם הבנה זו אינה נכונה. אכן אמירת "צא" צריכה שתהיה אמירה מצד הבעלים כלפי הפולש, אך זה נכון גם כלפי בעלים של המבנה וגם כלפי בעלים של הקרקע. במקרה כאן התובעת היא בעלת הקרקע ואמירת צא מצידה לנתבעים, היא אמירה שבעקבותיה ניתן לומר שהקרקע תיחשב כמיועדת להשכרה. ובכל מקרה כבר הרחבתי שמדובר בדין של "זה נהנה וזה חסר" שיש בו חובת תשלום.

עוד טענו הנתבעים (סעיף 92-93 לערעור), שגב' פ' כתבה באחד מהפתקים ביחס לנתבעים: "היא ניצלה את כל הזכויות שלה". ומכאן דייקו הנתבעים, שגם גב' פ' לא מחתה כנגד מה שהנתבעים תפסו, אלא רק העירה שלא מגיע לנתבעים תוספת כי הם כבר קיבלו את חלקם. בפתק אחר כתבה גב' פ': "בבית דין להגיד להם שנתתי מכתב ולא שמעו, ולהגיד להם **שלקחו כבר את הזכויות שלהם**". מכאן שיש הודאה של גב' פ' שבוצעה חלוקה וודאי שיש הסכמה לא לתבוע דמי שכירות על חלקם של הנתבעים.

איני מקבל טענה זו. בית הדין קמא התייחס לפתקים אלו ודחה את האפשרות להוכיח מהם שבוצעה חלוקה, והורה שיש להתייחס לכל השטח כשטח משותף. ואכן, אין כל מקום לקבוע שהאמור בפתקאות אלו יגבר על הדיון שנעשה אצל הרב הבורר, שם נפסק: "**כל שטח הרכוש המשותף יש לחלק לכל אחד כפי חלקו בבית המשותף, וכל השטחים שנתפסו עד כה אין לכך תוקף**". ניתן להניח שאילו גב' פ' הייתה מסכימה לחלוקה בפועל שביצעו הנתבעים, שהרב הבורר לא היה מכריע כנגד הסכמתה, ולא היה קובע שכל השטחים עדיין נחשבים כשטח משותף וכי אין תוקף למה

¹¹ **הסבר ראשון** - הפתחי חושן (שם) ביאר בשם שו"ת בני אהרן (סימן א): ככל ואין חיסרון - השוכר אכן ראוי לקבל החזר כספי. ומה שכתב הנימוקי יוסף בדין השני בשם הרשב"א שיש חובת תשלום, מדובר שבעל הנכס נתן לפולש רשות להשכיר. צריך להעיר שתירוצו זה קשה מאוד להבנה, כי אם בעל הנכס נתן רשות לפולש להשכיר, מדוע אי"כ הכספים יעברו לבעל הנכס?

הסבר שני - רבי אליהו מני בשו"ת תנא דבי אליהו (סימן נח) ביאר בשם מהר"ם קלעי (סימן ב' דף ה' ע"א), שמעיקר הדין השוכר פטור מלשלם כאשר אין חיסרון, אך בדין השני מדובר על שוכר שמסכים לשלם, והשאלה מי יקבל את הכספים הפולש או בעל הנכס.

הסבר שלישי - רבי אליהו מני תירץ, שמעיקר הדין השוכר אכן פטור כפי הדין הראשון של הרשב"א, אלא שבדין השני נקבע שניתן לקנוס את הפולש.

הסבר רביעי - רבי אליהו מני תירץ, שהפולש השכיר למשפחה גדולה שגרמה לנזק.

הסבר חמישי - בשו"ת אבני שיש (לרב שאול ישועה אביטבול, חלק ב, סימן פב) מובא, שיש לבחון האם לאחר הבנייה המבנה ראוי להשכרה, ככל וניתן להשכיר את המבנה - בעל הקרקע זוכה בדמי השכירות, ואם מדובר במבנה חרב שלא ראוי להשכרה - השוכר פטור מלשלם.



שנתפס. עוד ניתן ללמוד מהקביעה: "יש לחלק לכל אחד..." , שעוד לא התבצעה חלוקה. גם בהמשך פסק הדין כתוב: "אסדר חלוקה", ויש דיון האם אחד הצדדים רשאי להתנגד לחלוקה, ומכאן ברור שהשטח עודנו משותף. מעבר לכך לא ניתן לקבל שגב' פ' הסכימה דה פקטו לחלוקה שבצעו הנתבעים, זאת על סמך העדויות שהוצגו בפני בית הדין (ובכלל זה הודאת בנה של נתבעת 1) על התנגדותה הנחרצת של גב' פ' לבנייה, וכמפורט בעמ' 21 לפסק הדין, כך שאין כל משקל לדיוק זה מהפתק אל מול פסק הדין של הרב הבורר והעדויות שהוצגו בבית הדין. הנתבעים טענו (סעיף 93) שגב' פ' אומרת בפתקים שאין לה טענות על שליש מהשטח שכנגד חלקם של הנתבעים. גם טענה זו אינה מקבלת. בית הדין קמא הסביר שכל רווח ששותף מרוויח מנכס משותף, שייך לכל השותפים. כדי להיפטר מתשלום זה צריך מחילה מפורשת של השותפים האחרים. הפתקים שהגב' פ' כתבה הם לא מחילה מפורשת, ובפרט אם בכלל לא ידעה שמגיע לה כסף. על אחת כמה וכמה לאחר מה שנקבע בפסק דין הרב הבורר כנגד כלל השטחים שנתפסו.

בנוסף, באחד מהפתקים שהציגו הנתבעים כתוב: "היא ניצלה את כל הזכויות שלה", ומכוח זה הסיקו הנתבעים שגב' פ' הסכימה למעשיהם לפחות במידה חלקית, אבל לפני כן כתוב בפתק: "משפ' נתבעים 1 הריני מביעה התנגדותי בכל הבנייה 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... להביא הוצאה לפועל". כלומר מהפתק הזה עצמו יוצא שגב' פ' התנגדה לכל הבנייה כולה וחשבה בטעות שהשטח שבנו עליו כבר נלקח ממנה (ועל זה רצתה לקבל פיצוי כספי), והטענה 'היא ניצלה את הזכויות שלה' נכתבה על ידה רק כחיזוק להתנגדות להמשך הבנייה. ומעבר לכך גב' פ' כותבת במפורש שהיא שומרת לעצמה את הזכות לתבוע פיצויים על הבנייה, א"כ כיצד ניתן לטעון שגב' פ' מחלה על התביעה הכספית? גם הפתק השני שציטטו הנתבעים רק עוסק באיך להתנגד להמשך הבנייה, ואי אפשר ללמוד מזה שום הוכחה של הסכמה למה שהיה:

ברגע שתרצה 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.

לסיכום: טענות המערערת שכנגד נדחות.

8. דמי שכירות על ההרחבה ביחידה 6

ביחס ליחידה 6 שנבנתה על ידי נתבעת 2 מעל יחידה 5 קבע בית הדין קמא כי "יחידה 6 בנויה כולה בשטח המשותף, ומעמדה ככל יחידה אחרת המצויה בשטח המשותף". נתבעת 1 ערערה על קביעה זו בטענות שונות המבקשות להוכיח כי אין לתובעת זכות ביחידה זו והיא שייכת לנתבעים 2 בלבד. אולם יש לדחות את טענותיה על הסף שכן קביעה זו אינה נוגעת לנתבעת 1 אלא לנתבעים 2 בלבד ואלו לא ערערו על נקודה זו של פסק הדין. גם לו נתבעים 2 היו מגישים את הערעור, היה מקום לדחות את טענתם מנימוקים הלכתיים רבים אולם הואיל והערעור מוגבל לטענות הנוגעות לנתבעת 1 איני מוסמך להציג נימוקים אלו.

לסיכום: טענת המערערת שכנגד נדחת על הסף.

9. משביח שסיכן את עצמו האם זכאי לקבל את כל הרווחים

טענות נתבעת 1



כתבו הפוסקים כי שותף שהפיק רווחים תוך כדי סיכון אינו צריך להתחלק בכך עם חבירו (שו"ת חת"ס חו"מ מז; פתחי תשובה חו"מ סימן קעו ס"ק יז). מקור דין זה נמצא בדברי הירושלמי (מס' ב"ב פרק ט הלכה ג) אותו מבאר הש"ך (בס"ק כז) ששותף שגנב קונה לעצמו את הגניבה ולא מתחלק בה עם יתר השותפים. לטענת נתבעת 1 בניית יחידות דיור ללא היתר בנייה, כרוכה בסיכון שהעירייה תהרוס את הבנייה או תטיל קנס ולפיכך הרווח מהבניה שייך לה בלבד. בית הדין קמא (עמ' 43) דחה טענה זו ממספר נימוקים אותם ביקשה הנתבעת לדחות.

לדעתי טענת התובעת בטעות יסודה שכן האחרונים שהביאו דין זה עסקו בגניבת מטלטלים, שיש לגנב קניין במטלטלים ולא בקרקע שלא נגזלת, שאז הרווח שהרוויח הגזלן שייך לבעל הקרקע וכפי שכותב במפורש הש"ך (שעא ס"ק ה) "השכירה ולקח השכר וכה"ג, צריך לשלם מה שנהנה ממנה". כלומר אדם שגזל קרקע והשכירה לאחרים, יש חובת תשלום. יתר על כן, במקרה זה הגניבה לא היתה מאדם שלישי אלא השותפים גנבו זה מזה, ונכונים אם כן דברי התובעים שמשיבים ואומרים: "טענות הנתבעים בפרק זה, הן טענות הדומות ליתום שרצח את אביו ותובע ירושה. הנתבעים, גזלו את הקרקע של התובעים, הפרו את החוק, וכעת טוענים שהשימוש בקרקע, נעשה אגב סיכון".

לסיכום: טענת המערערת שכנגד נדחית.

10. זכות התביעה כנגד השוכרים

התובעת מבקשת כי בית הדין יאפשר לה לתבוע את דמי השכירות מהשוכרים, אם הנתבעים לא יעבירו לה את התשלום וזאת על פי השולחן ערוך (סימן שסג סעיף י) שפסק, שהשוכר מגזלן קרקע גזולה צריך לשלם את דמי השכירות לנגזל שהוא בעל הקרקע, ואף שכבר שילם למשכיר עליו לשלם בשנית לנגזל בעל הקרקע, ולחזור ולתבוע את הגזלן.

גם אם ברמה העקרונית היה מקום לדון בזכות התובעת גם כלפי השוכרים, בית הדין אינו יכול לפסוק בענינו של מי שלא הופיע בפניו וטענותיו לא נשמעו. כמו כן על פי חוק הבוררות מכחו נאכף פסק הדין אין לבית הדין סמכות לפסוק בענינם של השוכרים שאינם צד לבוררות.

עם זאת, התובעת רשאית לתבוע ישירות את השוכרים, אלא שעל מנת למנוע חשש לגרימת עוול, בית הדין קמא יאפשר זאת לתובעת רק לאחר שיוודא שהחשש לתשלום כפול יוסר.

לסיכום:

א. התביעה כנגד השוכרים נדחית מחוסר סמכות.

ב. אסור לתובעת לתבוע את השוכרים ללא אישור בית הדין שיסיר את החשש לתשלום כפול.

ד. בעלות הצדדים על השטחים השונים

בשנת תש"ס (1980) חתמו כלל הצדדים על תשריט זכויות הבנייה בקומת המקלט. להלן תשריט קומת המחסנים עליו חתמו כל הצדדים: [התשריט הושמט]

הצדדים הסכימו שמחסן מס' 1 שגודלו 25 מ"ר שייך לנתבעת 1. מחסן זה הינו חלק משמעותי מיחידה 10. עוד נקבע בתשריט כי מחסן מס' 3 שגודלו 8 מ"ר שייך לתובעת. בתוך מחסן 3 קיים חדר הסקה שעם השנים פונה, וכעת הינו חלק ממשרדו של בעלה של התובעת. (כמו כן הוסכם שמחסן מס' 2 שבתשריט שייך לנתבעים 2).

בשנת תשמ"ו בנתה נתבעת 1 הרחבה לצד מחסן מס' 1 (להלן "מחסן תשמ"ו") בית הדין קמא קבע שגודלו הוא שליש מגודל המחסן, כלומר גודל ההרחבה הוא 8 מ"ר, ושניהם יחד (מחסן 1 וההרחבה בשנת תשמ"ו) חוברו ליחידת

דיור אחת שנקראת יחידה 10. מחסן תשמ"ו נמצא מתחת למרפסת של נתבעת 1, ובסמוך לו נמצא מחסן נוסף, קטן מאוד בגובה כמטר (להלן "המחסן הקטן").

1. חדר הסקה

בית הדין קמא קבע (עמ' 35), שחדר הסקה שנמצא בשימוש התובעת הינו שטח משותף השייך לכלל הדיירים, ולפיכך יש לפשר על השימוש במשך שנים רבות של התובעת בחדר ההסקה.

התובעת מערערת על פסק הדין בטענה כי זה מבקש לפשר על חדר הסקה ששטחו קטן מאד אך אינו מפשר לדעתה על המקלט שלדבריה הנתבעים השתלטו על מחציתו, ולטענתה אין מקום לערוך פשרה ביחס להשתמשותה בחדר ההסקה, כל עוד לא מתחשבים בהשתמשות הנתבעים במקלט.

לעומתה נתבעת 1 מערערת על פסק הדין ביחס לחישוב הזכויות בבניין וטוענת שיש לה זכות מעבר אל חדר ההסקה דרך המחסן של התובעת. חדר ההסקה נמצא בתוך מחסן מס' 3 שבבעלות התובעת. לדבריה מעולם לא היה לנתבעת 1 זכות מעבר בשטחה אל חדר ההסקה, וגם אם הייתה זכות כזו בעבר, היא התאינה ברגע שכבר אין לבניין צורך בהסקה מרכזית, וכדברי הרמ"א (סימן קעג סעיף ג) שאם באר התקלקלה, אז מקום הבאר נשאר משותף, אבל זכות המעבר בטלה.

דיון: בית הדין קמא ציין שחדר ההסקה נמצא בתוך שטח המחסן שבבעלות התובעת. מדובר בחדר הסקה שאינו פעיל ובשטח קטן מאוד, בית הדין קמא יחשיב את זה כשטח משותף במסגרת **חישוב השטחים** בבניין במידת ויקודם תב"ע, ובמידת הצורך יוכל לבצע פשרה שתתייחס גם לשטח זה. אומנם בתוך מסגרת הפשרה שעתיד בית הדין קמא לעשות בנוגע **לחישוב הרווחים**, אין להפחית מרווחי התובעת בגין טענה זו, כי שימוש במסגרת קטנה שכזו נכלל בדין זה נהנה וזה לא חסר, שפטור מלשלם א"כ יש תביעה (אמירת "צא") ומכיוון שלא הייתה אמירה שכזו – אין מקום להפחית מרווחי התובעת בגלל שימוש זה. אוסיף ואומר כי אכן התובעת השתלטה על חדר ההסקה, אך כנגד זה ישנה טענה על השתלטות מצד הנתבעים על חלקים מהמקלט, ומכיוון שאין התייחסות למה שהתרחש במקלט, לא ניתן להפחית מהתובעת בגין השתלטות על חדר ההסקה.

בנוגע לזכות המעבר לחדר ההסקה הנתבעים טענו (סעיף 38) שהייתה להם זכות מעבר אל חדר ההסקה דרך המחסן של התובעת והתובעים הכחישו זאת. הנתבעים לא הוכיחו את טענתם, וגם בתשריט הזכויות של קומת המחסנים שעליו חתמו הצדדים ב"ז בתמוז תש"ס אין בסיס לזכות זו, לפיכך נכון פסק בית הדין קמא שדחה את טענת הנתבעים. אמנם באשר לטענת הנתבעים שחדר ההסקה נשאר שלהם גם לאחר שההסקה הוצאה ממנו, אכן גם בית הדין קמא פסק שמדובר בשטח משותף.

לסיכום: טענות המערערת והמערערת שכנגד נדחו. וביתר פירוט:

א. חדר ההסקה משותף לכל הדיירים, על אף שהוא בשימוש בלעדי של התובעים, ולפיכך בית הדין יקח זאת בחשבון כאשר תיעשה פשרה על חלוקת השטחים.

ב. השימוש בחדר ההסקה לא יחושב כרווח של התובעים ולא יקוזז מזכויותיהם ברווחי הנכס המשותף.

ג. אין לנתבעים זכות לעבור אל חדר ההסקה דרך השטח של התובעת.

2. מקלט

בנוגע למקלט כתב בית הדין (החלטה 6) "המקלט כולו הוא שטח משותף ואסור לשום שותף לעשות בו שימוש המדיר את רגליהם של שאר השותפים". לטענת התובעת הנתבעים חילקו את המקלט ונעלו אותו, ובית הדין קמא אינו מתחשב בפשרה ביחס לשטחים המשותפים בעובדה זו.



ביחס לשימוש שכבר נעשה במקלט על ידי הנתבעים אני סבור כי אכן אין סיבה לעשות פשרה על שימוש התובעים בחדר ההסקה, כאשר מנגד יש שימוש של הנתבעים במקלט [ובהתחשב בכך שהנתבעת לא הכחישה את טענת התובעת על שימוש בחלק מהמקלט. עיינו בדברי התומים (אורים סימן פ"ק ט) שכתב: "ונראה דאם שותק לטענת שכנגדו - הו"ל ג"כ שתיקה כהודאה לכו"ע, דלא שייך דמיישב עצמו להשיבו, כיון דכל תשובתו נכתבים בספר, והא אפילו אמתלא לא מהני", כך שהשימושים מתקזזים, ואין לבצע פשרה בנוגע לשימוש בחדר ההסקה. כך שאין סיבה לכלול במסגרת הפשרה את חדר ההסקה, ולהוציא מהפשרה את המקלט.

בנוגע לנעילת חצי מהמקלט עלי להוסיף על דברי בית הדין קמא ולומר שלפי החוק (סעיף 14א לחוק ההתגוננות האזרחית), דיירי הבניין מחויבים לפנות את המקלט, "ולהחזיקו במצב המאפשר את השימוש בו בכל עת, כמחסה מפני התקפה". בהנחיות פיקוד העורף (סעיף 3א לנוהל השכרת מקלטים לשימוש דו תכליתי) נאמר: "לא ימצא במקלט ציוד או ריהוט קבוע או כבד התופס יותר מ- 20% משטח המקלט, העלול למנוע שימוש במקלט למחסה בשעת ההתקפה, או שמגוריו יידרש זמן של יותר מארבע שעות מהכרזת מצב הכן להתגוננות אזרחית, או מועד מתן התראה מפיקוד העורף". כלומר ניתן להחזיק ציוד במקלט, רק בתנאי שהציוד לא תופס יותר מ- 20% משטח המקלט, ושניתן לפנותו בתוך ארבע שעות, כך שהכנסת ציוד שלא עומד בדרישות אלו איננה חוקית.

לאור האמור, יש לראות את מי שמכניס ציוד למקלט כמכניס ללא רשות, וניתן לפנות את החפצים לאחר יידוע מראש, וכפי שפסק השולחן ערוך (סימן שיט סעיף א), שמעיקר הדין ניתן לסלק את החפצים גם במקום בהם החפצים לא נשמרים. אכן ממידת חסידות יש למנות שלושה אנשים שיהיו בית דין לצורך מכירת חלק מהחפצים, בכדי שיהיה ניתן לממן את השמירה על שאר החפצים במקום חלופי משתמר, ובכך לקיים מצוות השבת אבידה. ולדעת הרמ"א (שם), יש חובה מעיקר הדין ליידע את בעל החפצים על כך שחפציו יסולקו מהמקלט. לדעת הט"ז (שם) וערוך השולחן (שם סעיף ג), ניתן לפנות את המקלט גם ללא יידוע מראש, כי המקלט נחשב למקום שנצרך עבור דיירי הבניין.

למען הסר ספק אדגיש: אין רשות לשום דייר לנעול את המקלט (או הגג או כל שטח משותף אחר) בניגוד לרצון אחד הדיירים. ויש לאפשר לכל דייר להשתמש בשטח המשותף בדרך המקובלת.

לסיכום: בית הדין קמא לא ישקלל בפשרה את חדר ההסקה בלא שיבחן לפני כן את מידת השימוש במקלט על ידי הנתבעים.

3. חצר

בפסק הדין (עמ' 24) כתב בית הדין קמא כבדרך אגב, שהתובעת ובעלה עושים שימוש בחצר המשותפת לשימוש פרטי למכירת מוצרי מזון. התובעת ביקשה לערער על קביעה זו שכן לטענתה לא מדובר על שימוש מסחרי נרחב אלא על שימוש מדי פעם לצורך גמילות חסד וגם זה נעשה ברשות מפורשת של כל בעלי הנכס. לדעתי אין צורך להיכנס לשאלה העובדתית שכן דברי בית הדין קמא נאמרו כבדרך אגב תוך הבחנה בין שימוש סביר בשטח החצר שנעשה על ידי התובעת ואינו נחשב לשליטה על שטח משותף, ובין מעשה הנתבעים שהשתלטו על השטח המשותף ודבריו נכונים גם אם היה מדובר על פעילות מסחרית מוגבלת ומקובלת, של הקמת דוכן מכירות לכמה שעות.

4. מחסן תשמ"ו

מוסכם על שני הצדדים שהנתבעת בנתה את מחסן תשמ"ו, ומחסן זה משמש את נתבעת 1. בין הצדדים היתה מחלוקת בנוגע לבעלות על שטח מחסן תשמ"ו ובית הדין הכריע כי מההסכם עליו חתמה הנתבעת 1 עם הג' פ' עולה



כי גב' פ' רכשה מהנתבעת 1 (אך לא מנתבעים 2) את הזכות להקים מחסן בשטח זה, אך שטח ההרחבה מוגדר כשטח משותף השייך לכלל הדיירים.

התובעת ערערה על החלטת בית הדין קמא בטענה כי לא ניתן לקבוע מחד כי לגב' פ' היתה הזכות להקים מחסן בשטח שמתחת למרפסת של נתבעת 1, ומאידך לקבוע שמדובר בשטח משותף ששייך גם לנתבעת 1, ולפיכך הם תובעים הן את העברת מחסן תשמי"ו לרשותם, הן את חיבורו למחסן של התובעת והן את דמי השכירות שנגבו בגינו. בית הדין קמא כבר נימק היטב את החלטתו הנשענת על לשון ההסכם עליו חתמה הגב' פ' עם נתבעת 1 ממנו עולה שבתמורה לאישורה של הגב' שורץ לבנית מרפסת על ידי נתבעת 1 לא תמחה בגב' פ' על השימוש מתחת למרפסת ולהשתמש ברצפת המרפסת כתקרה למחסן ככל שיבנה. אין כאן לא הצמדת שטח, ולא העברת בעלות לטובת גב' פ' ולו בשל העובדה שהשותף השלישי, נתבעת 2 לא הייתה מעורבת בהסכם. ממילא מדובר עדיין בשטח משותף, עליו התובעת זכאית לקבל תשלום על פי הכללים שקבע בית הדין קמא בפסק הדין, ותו לא ואם כן דרישתה לקבל לרשותה את מחסן תשמי"ו על עציו ואבניו נדחית.

בסעיף 59 לכתב הערעור (וכן בסעיף 3.1 בכתב התביעה המתוקן) ביקשה התובעת לזכות במחסן זה ולא לפרקו, עיינו בנספח א' וכן עיינו לקמן בדיון בסעיף ח.

לסיכום: טענת המערערת נדחית.

ה. חלקם היחסי של הצדדים בשטח המשותף

בית הדין קמא הגיע למסקנה, כי כל אחד מהדיירים הוא בעל דירה של 86 מ"ר, ולכן גם השטח המשותף שבחצר שייך לכל השכנים בשווה. לטענת נתבעת 1 נקודה זו אינה מדויקת שכן יש להוסיף גם את המחסנים לשטח הדירה והואיל ושטח המחסן של הנתבעת 1 הוא הגדול ביותר (25 מ"ר לעומת 8 מ"ר לתובעת ו-51 מ"ר לנתבעת 2) גם חלקה היחסי בשטח המשותף גדול יותר (37.5%). טענה זו מסתמכת על סעיף 57 לחוק המקרקעין, שבחישוב החלק היחסי בשטח הציבורי יש להתחשב גם בשטח שהוצמד לשטח הפרטי השייך לכל אחד מהדיירים. התובעת והנתבעים 2 טוענים כי מדובר בתביעה חדשה שלא נטענה בדיון וממילא לא נידונה על ידי בית הדין קמא ומשכך לא ניתן להעלותה בשלב הערעור, וכן כי הדבר סותר את הכתוב בטאבו בנוגע לבעלות היחסית ברכוש המשותף.

מעיון בעמודת ההצמדות בנסח הטאבו של המבנה (נסח מרוכז) עולה, כי אין כל הצמדה של המחסנים והשינוי הנ"ל לא מופיע בתקנון. במצב של מחלוקות בין דיירי הבית המשותף אין כל ספק שיש לקבוע את הבעלות לפי הרישום בטאבו, וכשאין רישום לא ניתן לשנות מהשטח המשותף הרישום בטאבו ובו מפורש כי שטח החצר שייך באופן שווה לכלל הדיירים, ולפיכך יש לקבוע שמדובר בשטח משותף השייך לכלל הדיירים בשווה.

עוד אוסיף כי מדובר בטענה שיש בה הרחבת חזית, שהרי לאורך הדיונים לא טענו הנתבעים שמגיע להם מעל שליש מהחצר, להיפך, הם כתבו מספר פעמים שמגיע להם רק שליש מהשטח (כתב ההגנה החדש מיום כ' שבט תשפ"א; סעיף 17 ל'מכתב נלווה לכתב ההגנה' מתאריך ו' אלול תש"ף; סעיף 9 שם). הרחבת חזית אינה רק בעיה הנוגעת לסדרי הדין אלא להלכה עצמה. השולחן ערוך (סימן פ סעיף א) פוסק כי נתבע שטען טענה, שכתוצאה ממנה הוא אמור להתחייב בדף¹², הוא לא רשאי לחזור בו ולטעון טענה שתפטור אותו. מדברי הנימוקי יוסף (מסכת בבא בתרא דף טז עמוד א ד"ה עבד אינש) משמע, שאם נתבע טען טענה הסותרת את טענתו הראשונה, לא נאמן, (טענתו

¹² כך כתבו הסמ"ע והש"ך (בס"ק א): גם אם בית הדין עוד לא חייב את הנתבע בפועל, אלא שהתוצאה של הטענה תהיה שמחייבים את הנתבע - הוא לא רשאי לטעון טענה אחרת שפוטרת אותו.



הראשונה חשובה כהודאת בעל דין, לפיכך לא נאמן לסותרת), ואפי' אם יביא עדים בכדי לאשש את טענתו השנייה אינו נאמן.

לסיכום: טענת המערערת שכנגד נדחית.

ו. משך זמן השכרת יחידות הדיור

בית הדין קמא דן (עמ' 46 ואילך) בשאלת משך זמן השכרת יחידות הדיור, וזאת בכדי לקבוע את הזמן ממנו מגיע לתובעת את חלקה בדמי השכירות. הנתבעים טענו לתאריך מאוחר וזאת בכדי להפחית מהתשלום והתובעת טענה שיש לחייב מפסק דין הרב הבורר (כ"ה תמוז תשס"ג). בשל הקושי בהבאת ראיות ברורות בנוגע למועד המדויק של התחלת השכירות הכריע בית הדין לעיתים בדרך של פשרה. לצורך הנוחות העדיף בית הדין קמא לקבוע את תחילת שנת הלימודים כמועד תחילת השכירות, אלול תשס"ד.

התובעת מערערת על שתי נקודות: האחת על כך שבית הדין דחה את תאריך החישוב לתחילת שנה"ל תשס"ד ולא החל ממתן פס"ד הבורר. בנוסף לכך דורשת התובעת להוסיף לתביעה את דמי השכירות שהתקבלו לפני מתן הפסק של הרב הבורר ולקזז כנגדם את חלקה של התובעת בעלות בנית היחידות וההוצאות המשפטיות בגינן. דרישה זו עלתה כבר בסעיף 44-45 לכתב התביעה המתוקן אולם בדיון השלישי בבית הדין קמא שנערך ביום ז' בטבת תשפ"א, (22.12.20), יום לאחר קבלת כתב התביעה המתוקן, נאמר בצורה מפורשת על ידי בא כח התובעת, שהוא לא תובע מלפני התאריך שבו ניתן פסק הדין של הרב הבורר. (פרוט' עמוד 3 שורה 16 ואילך):

ב"כ התובעת: פסק הבורר קבע שהרכוש שעליו הדירות הוא משותף.

אב"ד: ולפני שהוא קבע מה היה?

ב"כ התובעת: אני לא נכנס וגם לא תובע על תקופה זאת. אני לוקח את הפסק של הבורר כמצפן קדימה, ולא יודע מה היה לפני כן...

תובע: ...אני לא תובע על התקופה הקודמת.

בהמשך הדיון (פרוט' עמוד 4 שורה 16) בא כח התובעת חזר שוב והדגיש שהוא לא תובע מלפני 2003:

אב"ד: אתה מייצג אותו, אז תחליטו יחד.

ב"כ התובעת: לא הולך מאחורי 2003, מתקן את דברי התובע, ואנחנו תובעים מ- 2003 קדימה.

ושבו (בעמ' 7 שורה 7):

ב"כ התובעת: אני לא סבור שאני צריך להסביר למה אני לא תובע לפני 2003.

בא כח התובעת טוען כעת שהסכום שקדם לפסק הדין של הרב הבורר, הוא חלק מתביעת הקיזוז לתשלום ההוצאות. איני מקבל זאת. בדיון זה בא כח התובעת אמר שבניגוד לדברי התובע, הסכום שמקוזז אינו הסכום שמגיע להם מלפני 2003 אלא זהו הסכום שהופחת משיקולי אגרה: "כל הוצאה שהייתה להם ויטענו זה מקוזז בסכום שבין ה- 600 אש"ח לסכום של 250 אש"ח". (פרוט' עמוד 4 שורה 18). וכך שוב חזר והסביר ב"כ התובעת (פרוט' עמ' 6 שורה 28): "ברור שהכסף הראשון, הכסף הכי ישן הוא מקזז את ההוצאות. אסביר: אנחנו נוריד את זה מסכום של 2003 עד 2015. נעשה כך".

אכן, אחרי דיון זה הגישה התובעת כתב תביעה נוסף ושם ביקשה שההוצאות יחושבו ממה שקדם לפס"ד הבורר. על פי ההלכה לא ניתן לטעון טענה חדשה שסותרת טענות קודמות שנטענו על ידי התובעת ובא כוחה (עיינו בשולחן ערוך בסימן פ סעיף א). יש לראות בטענות אלו משום הרחבת חזית שלא ניתן לקבלה.



עינינו בדברי הרדב"ז (חלק ג סימן תקג) שכתב :

אבל (לשנות טענות) **מחויב לפטור**, לא אמרה אדם מעולם, **שאם לא תאמר כן, לא שבקת מקום לשום פסק דין**, דאם תבע את חברי מנה, ואמר הן, וחזר ואמר להדי"ם, אם אתה אומר יכול לחזור, לא יוכל הדין לפסוק, שמיד שיראה שרוצין לחייבו יעתק **מטענה לטענה, אלא כיון שהודה, שוב אינו יכול לחזור ולכפור, ואם חזר, אינו כלום, ופוסקין הדין עפ"י טענה הראשונה, כיון שטענתו האחרונה סותרת הראשונה**. כלומר אם נאפשר לצדדים לשנות את טענותיהם לא יהיה ניתן להוציא פסק דין, כי כל צד ישנה את טענותיו לפי מה שמועיל לו.

גם אם נאמר שלא מדובר בטענה שסותרת אלא בטענה שנייה שמבהירה את הטענה הראשונה, ההבהרה זו לא יכולה להתקיים לאחר שהצדדים יצאו מבית הדין (שו"ע סימן פ סעיף א), וגם הש"ך (בס"ק ג) שהרחיב את האפשרות לתקן גם לאחר שהנתבע יצא מבית הדין, מודה הוא שלאחר שבית הדין הוציא פסק דין, לא ניתן לשנות את הטענות.

הרמ"א (בסימן פ סעיף ב) כתב: **"וי"א דהבית דין יכתבו הטענות, כדי שלא יוכלו לחזור ולטעון"**.

המנהג הרווח היום בבתי דין שטענות הצדדים כתובות בפרוטוקול, שני הצדדים מודעים לכך שדבריהם כתובים בפרוטוקול, והם באים על דעת כך שדבריהם כתובים בפרוטוקול, כך שנחשב שיש הסכמה של הצדדים לכתיבת הטענות, והם לא יכולים לחזור בהם ממה שנאמר בדיון ונכתב בפרוטוקול.

וכך מובא בספר מאזניים למשפט (על סימן יג סעיף ג): **"אבל אם נוהגין הדיינים לכתוב תמיד, אז ודאי יפה עושין, והבעל דין יברר מיד בדיוק את דבריו, כי יודע שאינו יכול לחזור... ומתנייתן איירי שאין מנהג לכתוב, אז צריך דעת שניהם. וכן נכון לדינא"**.

לאור האמור יש לקבוע שהתביעה היא רק החל מתאריך שבו ניתן פסק הדין של הרב הבורר: כ"ה בתמוז תשס"ג (25.7.2003). כולל חישוב תשלום הוצאות בניית היחידות.

לצורך הנוחות העדיף בית הדין קמא לקבוע את תחילת שנת הלימודים כמועד תחילת השכירות, וככל ומתעוררים ספקות שונים, ניתן להעריך בדרך של פשרה ולקבוע את תחילת שנת הלימודים (או כל מועד אחר על פי ראיות עיני בית הדין קמא) את מועד תחילת השכירות, אך **במקרים בהם אין לבית הדין כל ספק, החישוב יתחיל מהיום שבו החלה השכירות בפועל, ובלבד שיהיה לאחר מתן פסק הדין של הרב הבורר**.

הודאת ב"כ נתבעת 1

במכתב לבית הדין כתב ב"כ הנתבעת 1, שהיו יחידות שהיו קיימות עשרות שנים לפני פסק דין הרב הבורר. אולם בית הדין קמא (עמ' 48) לא התייחס לכך כאל הודאה של הנתבעת בקיומן של היחידות לפני פסק דין הבורר בטענה כי דברים אלו סותרים בבירור את העובדות המוסכמות לפיהן בשנת תשמ"ו עוד לא נבנו היחידות השונות. לטענת התובעת יש לראות בדברים הודאת בעל דין ולפיכך לבטל את הפשרה הקובעת את מועד הבניה לזמן פס"ד הבורר. לחילופין טוענת התובעת כי גם אם הודאת בא כח נתבעת 1 לא תתקבל ביחס לתקופה שלפני פסק דין הרב הבורר, שלכל הפחות תועיל לתקופה שלאחר פסק דין הרב הבורר.

התובעת מסתמכת על דברי בא כח הנתבעת 1 כהודאת בעל דין המחייבת את הנתבעת 1. אולם הפוסקים נחלקו בשאלה האם הודאת עורך דין נחשבת להודאה? הש"ך (סימן קכד ס"ק ד) כתב בשם **ריב"ש** (סימן שצב): שהודאת האנטלר והשלח, הודאה היא, שאם לא כן דבר פשוט הוא שאינו יכול למנותו, שהרי צריך הוא לכפור או להודות על תביעת התובע.



השי"ך שלל את דברי מהרשד"ם (סימן תל"ט) שסבור, שהודאת עורך הדין איננה הודאה ויכול בעל הדין לחזור בו מהודאת המורשה. **התומים** (שם ס"ק א) סבור (על פי סוף דברי ריב"ש), שרק אם המורשה קיבל רשות להודות מועילה הודאתו. וכך גם משמע מדברי **קצות החושן** (שם ס"ק א), שאם הנתבע נתן למורשה הנחיות מפורשות מה לומר וכיצד לטעון הודאתו הודאה, שהרי שלוחו של אדם כמותו, "והוי הודאה גמורה כיון שהודה ע"י שלוחו שהוא כמותו", אבל אם המורשה לא קיבל הנחיות ספציפיות כיצד לטעון הודאתו לא נחשבת להודאה.

למעשה יש לקבוע, שבכדי שנאמר שיש הודאה של בעל דין על דברי המורשה, צריך שבעל הדין ידע מה המורשה טוען. בדרך כלל מורשה שטוען בנוכחות בעל הדין, ניתן לקבוע שמדובר בהודאת בעל דין, אך כאשר מדובר על מכתב שנשלח על ידי עורך הדין עם הצגת נתון שלא מסתדר עם המציאות, קשה לומר שיש הודאת בעל דין על נתון שאינו נכון עובדתית, כאשר לא ברור בכלל שבעל הדין מודע לתוכן המכתב ואישר אותו.

טענות נוספות בדבר מועד תחילת השכירות

התובעת ציינה כי מהודאת בנם של הנתבעים 1 עולה כי הוריו בנו שירותים ומקלחת לפני היתר תשס"ו. אולם קשה לראות כיצד ניתן להוכיח ממנה את דבר קיומן של כלל היחידות שלא בחזית הבניין (יחידות מס' 4,5,7,8,10) עשרות שנים לפני פסק דין הרב הבורר.

עוד ערערו התובעים על קביעת בית הדין כי בנייתה של יחידה 6 הסתיימה אחרי פסק דין הרב הבורר והביאו עדות לכאורה שהדירה הושכרה החל מתאריך כ"ג באדר תשס"ד.

אולם מבחינה הלכתית לא מדובר בעדות אלא תצהיר שנחתם רק על ידי עד אחד, וכלל לא נחקר בבית הדין, ולפיכך אין אפשרות לתת לזה מעמד של עדות מלאה. ובכל מקרה זו הוכחה רק החל מחודש אדר תשס"ד ולא מתמוז תשס"ג (פסק דין הרב הבורר). כמו כן בית הדין ציין שיש מקום לספק האם יחידה זו הורחבה ומתי, ולכן יש מקום לפשרה. בעניין זה איני רואה כל סיבה להתערב בהחלטת בית הדין קמא. ולפיכך יש לדחות את דברי בא כח התובעת גם בנוגע ליחידה 6.

ב"כ התובעת טען (סעיף מספר 73) שהנתבעים הוחזקו כפרנים לגבי מועדי השכרת הדירות ובאשר לגובה התשלום שקיבלו, מפני שדבריהם הוכחו על ידי תצהירים ששלח ב"כ התובעת. אינני מקבל טענה זו. התצהירים נחתמו נחתם רק על ידי עד אחד (עד אחד על כל תצהיר), שכלל לא נחקר בבית הדין, ולפיכך אין אפשרות לתת לזה מעמד של עדות מלאה, ולקבוע שהנתבעים הוחזקו כפרנים. בית דין קמא יוכל לערוך דיון בנושא זה אם ימצא לנכון לעשות כך, אלא שיש לזכור שב"כ התובעת הגיש מאד מאוחר תצהירים אלו, חודשים רבים לאחר המועד האחרון להגשת מסמכים (אם כי ייתכן שהאיחור לא נבע מרשלנות), ובסמכות ב"ד קמא לקבוע את משקל התצהירים והאם לערוך דיון נוסף או להכריע בדרך אחרת.

לסיכום:

א. טענות המערערת נדחות.

ב. יש לחשב את מועד השכירות לכל המוקדם החל מיום מתן פסק הדין של הרב הבורר, בתאריך כ"ה בתמוז

תשס"ג (25.7.2003). ככל ויהיו לבית הדין קמא ספקות הוא יהיה רשאי לשנות את המועד לתחילת שנת

הלימודים או למועד אחר.



ז. אופן חישוב הרווחים בתקופה בה לא הושכרו חלק מהיחידות

בתקופה מסוימת יחידות 2-3 לא הושכרו לאחרים, אך לטענתה של נתבעת 1, בניה (להלן "הבנים") התגוררו שם ללא תשלום. בית הדין קמא קבע בדרך של פשרה, שמדובר על שלוש שנים. עוד קבע בית הדין קמא (עמ' 47), שעל זמן זה אין מקום לחייב את נתבעת 1.

המערערת מבקשת לחייב את הבנים וזאת על פי השולחן ערוך (סימן שסג סעיף ו) הפוסק שיש לחייב בשכר את מי שגר ברשות חברו ללא הסכמתו, לאחר שבעל הקרקע אמר לו לצאת. הסמ"ע (בס"ק יד) הדגיש, שלאחר אמירת "צא", יש להתייחס לנכס כמו לנכס שעומד להשכרה, גם אם בפועל הוא לא עומד להשכרה.

בנוסף לכך מבקשת המערערת לערער על פסיקת בית הדין קמא ולחייב את הנתבעת 1 וזאת ממספר סיבות: **האחת**, על פי הרמ"א (סימן שעה סעיף ז) הפוסק ביחס למי שבנה ברשות חברו: "ואם דר בה הבונה, אם חסר לבעל הקרקע דבר מועט, צריך ליתן לו כל מה שנהנה". לדעתו מגורי הבנים נחשבים כהנאה עבור נתבעת 1 ומכחה יש לחייב את הנתבעים בתשלום על ההנאה. **השניה**, הרווח הצומח לנתבעת 1, ככל שזו התחייבה לממן את שכירות ילדיה לאחר החתונה, מחייב אותה בתשלום מדין משתרשי. **השלישית**, גם אם הדירה עמדה ריקה, יש לחייב על שכירות קרקע, שהרי העצים והאבנים של המבנה עומדים על הקרקע, ומכיוון שיש לנתבעת 1 הנאה מהקרקע השייכת לתובעת, עליה לשלם על כך. **הרביעית**, דברי בית הדין קמא עצמו שקבע (הערה בעמ' 67) כי עצם נוכחות הנתבעת 1 בנכס מחייבת אותה בתשלום.

דיון והכרעה

המערערת טוענת בסעיף זה כנגד הפטור שפטר בית הדין את הנתבעת 1 על התקופה בה גרו בניה במבנים, ובנוסף היא תובעת את הבנים עצמם. למרות הקשר המשפחתי והזיקה הכלכלית שאולי קיימת בין הבנים לנתבעת 1 הרי שמבחינה משפטית יש להתייחס לכל אחת מהתביעות בפני עצמה:

תביעת הבנים

התובעת רשאית להפנות תביעה כנגד הבנים שלטענת הוריהם גרו במבנה במשך שלוש שנים ללא רשות התובעת. אומנם כבר הכריע בית הדין קמא (עמ' 6), ששטר הבוררות שחתמו הבנים אינו מאפשר תביעה כספית ולא נועד אלא בכדי לאפשר לבית הדין לתת סעדים הנוגעים למעמד הקרקע. לכן אין בסמכות בית הדין קמא לדון האם להטיל תשלום כספי על הבנים. יש להוסיף שלא ניתן להכריע בשאלה משפטית בלא לשמוע את טענות שני הצדדים, ובמקרה זה טענות הבנים טרם נשמעו.

ערעור על פטור נתבעת 1

מגורי הבנים אינם נחשבים כהנאה במובן המשפטי עבור נתבעת 1. מדובר בהתנהלות של הבנים שהתגוררו במקום, וגם אם הם עשו שלא כהוגן, אין מקום לחייב אבות בחטא הבנים, שהרי אין שליח לדבר עבירה, ומאחר שהבנים הם שפלשו לשטח הגזול, הרי שהם חטאו על דעת עצמם, ואין זה מטיל חיוב כספי על ההורים. בא כח התובעת לא הוכיח שהייתה התחייבות של נתבעת 1 לממן את שכירות הדירה של בניה, וגם אם היה מוכיח זאת, כלל לא ברור שיש כאן דין משתרשי.

מאידך, לדעתי יש לקבל את טענת המערערת מהנימוק השלישי הנזכר לעיל שכן הנתבעת 1 נהנתה מכך שהמבנה עצמו הונח על קרקע השייכת גם לתובעת. בית הדין קמא אמנם פסק בצדק שבתקופה זו נתבעת 1 לא קיבלה דמי שכירות, ולא נוצר רווח אותו ניתן לחלק לתובעת. אבל עדיין יש הנאה לנתבעת 1, בכך שחומרי הגלם של יחידות



הדיוור ישבו בשטחה, ולפיכך ככל ובעל הקרקע חסר (גם חיסרון קטן מאוד כמו שחרורית של קירות הבית), יש לשלם דמי שימוש על אותם "עצים ואבנים" שיושבים בחלקה כמו שמשלמים על מחסן שנמצא בקרקע חבירו מדין נהנה (והוא הדין אם לא נחסר אבל אמר "צא" כמו שאירע כאן). אציין שאילו הנתבעים לא היו מצליחים להשכיר את הדירה לזמן מסוים, אזי לא היה מקום לתבעם, אבל כאן נתבעת 1 נתנה את היחידות לילדיה, וברור שהיה להם אינטרס שהיחידות יעמדו בקרקע, ולכן יש לחייבם.

עוד אעיר שכאמור לעיל לדעת הראנ"ח, ההנאה היא גובה דמי שכירות קרקע, ולפיכך אין מקום לומר כדברי בית הדין קמא שנתבעת 1 פטורה לגמרי מתשלום על אותן שלוש שנים בהן לא השכירה את המבנה, שכן יש לחייב אותם על פי רמת ההנאה שהם נהנו. שעור ההנאה הוא עלות השכרת מחסן בו יאוחסנו חומרי הבנין מהם בנוי המבנה במשך שלוש שנים. שעור זה יקבע על ידי מומחה שימונה על ידי בית הדין.

לסיכום:

- א. התביעה כנגד הבנים נדחית מחוסר סמכות
- ב. על הנתבעת 1 לשלם למערערת את ערך השכרת שטח להעמדת מחסן בו יאוחסנו חומרי בנין מהם ניתן לבנות את מבנה 2-3 למשך שלוש שנים. בית הדין קמא יוכל לקבוע שיעור זה בדרך של אמדן מומחה או פשרה לשיקול דעתו.
- ג. על בית הדין להסיר את החשש מפני תביעה כפולה של הנתבעת 1 ושל הבנים בגין השטח הנ"ל.

ח. הבעלות על יחידות הדיוור

בית הדין קמא פסק כי היות והתובעת התנגדה להקמת היחידות ודרשה את הריסתם, היא אינה חייבת לשלם את הוצאות הבניה מחד ואינה זוכה בהן מאידך. התובעת טוענת שהיא אמנם רוצה להרוס את המבנים אך עד שבית הדין יוציא כנגדם צו הריסה היא מבקשת לזכות בהם, ובדמי השכירות שנגבו עבורם, למפרע, כל זאת בתמורה לתשלום של שליש מהוצאות הבניה וגם זאת על דרך הקיזוז. לטענתה היא שותף שמסכים לשינוי מהשותפות באופן חד פעמי שהסכמתו אינה מונעת ממנו לסרב לשינויים נוספים. כהוכחה לדבריה ציינה התובעת לדברי השולחן ערוך (בסימן קעו סעיף י): "ואם עבר ועשה (השותף) שלא מדעת חבירו, ואחר כך הודיעו והסכים למעשיו, הרי זה פטור". להבנת הנתבעת משמעות הדבר היא שהסכמת השותף למעשה שותפו, על אף שמלכתחילה נעשתה שלא בהסכמתו הופכת את המעשה למעשה שנעשה עבור השותפות ושייך לכלל השותפים.

לדעתי טענת התובעת נסתרת מדברי הרשב"א אשר הובאו על ידי בית הדין קמא (חידושי הרשב"א בבא קמא דף כא עמוד א):

שאם יאמרו לו היתומים לכשיגדלו: טול עציך ואבניך, נמצא זה עומד בצל קורתו, ואין להם ליתומים אלא שכר קרקעיתיה של קלקלתא.

כלומר גם אם פעם אחת טען בעל הקרקע "טול עציך ואבניך" שוב אינו זוכה בשבח המבנה שנבנה בעצים ואבנים אותם הוא מבקש לסלק. לאורך כל הדרך גב' פ' התנגדה למבנים ודרשה את הריסתם. לא ניתן לתפוס את החבל משני קצותיו: מצד אחד לדרוש את פירוק המבנים ומצד שני לטעון לשותפות בהם. זאת ועוד, על מנת ששותף יזכה עליו לעשות פעולת קנין וכפי שכתב הרמב"ם (הלכות שלוחין ושותפין פרק ד הלכה א):

כללו של דבר, בכל הדרכים שקונה הלוקח, באותן הדרכים עצמן קונין השותפין זה מזה הממון המוטל ביניהם להשתתף בו.



רק לאחר הקניין מתחיל השעבוד ההדדי של השותפים לעסק השותפות (שולחן ערוך חושן משפט הלכות שותפים סימן קעו סעיף א). הקניין אינו רק דרישה פורמלית גרידא אלא דרישה מהותית לגמירות דעת שתבטא במעשה כפי שכותב החזון איש (חושן משפט סימן כב ד"ה כלל גדול) בשם אביו:

כלל גדול יהיה לך בקניינים, **דעיקר הקניין הוא שיגמור בליבו להקנות הדבר לחבירו**, וחבירו יסמוך דעתו עליו, ויש דברים שקיים להו לחז"ל שבדיבור בעלמא גומר בליבו להקנות לחבירו, **ויש שאינו גומר בליבו רק ע"י הקניינים המפורשים מן התורה או מחז"ל**. ודוק היטב בזה והפוך בה, דכולה בה, דוק בש"ס ופוסקים ותמצא כן

במשך כל השנים גב' פ' ביקשה לפרק את המבנים, וגם התובעת מבקשת מבית הדין שיוציא צו הריסה כנגד המבנים, דרישה זו אינה מתיישבת כלל ועיקר עם גמירות דעת לקנותם שיהיו כשלה. מצד אחד דורשת התובעת את פירוק המבנים, ומצד שני טוענת שהיא שילמה (על דרך הקיזוז) על המבנים, ולכן מגיע לה לקבל את חלקה מכלל שכירות המבנים ולא רק מהקרקע כשיטת ראנ"ח. יוצא שטוענת התובעת היא כך: אכן בעבר דרשתי לפרק את המבנים, וגם אדרוש זאת בעתיד, אבל בשלב זה עד שיגיע צו פירוק ויהיה פירוק בפועל, אני מעוניינת לזכות במבנים זאת בכדי לקבל את הרווחים מהמבנים, אך מיד לאחר שאקבל את הרווחים, אבקש לפרק ולהרוס. טענה שכזו לא ניתן לקבלה, כי מיניה וביה היא מוכיחה שאין כאן כל כוונה אמיתית לזכות במבנים, ברור שאם התובעת קונה את המבנים היא אינה יכולה לדרוש את פירוקם שכן קניין השותפות מהווה לכל הפחות להסכמה לבניה, אך זה לא המצב, התובעת דרשה וככל הנראה גם בעתיד תדרוש את פירוק המבנים, א"כ היא אינה מעוניינת לזכות במבנים, ולא זכאית לקבל את הרווחים מהמבנים¹³. למעשה לאורך כל השנים גב' פ' והתובעת לא הסכימו לבנייה ולכן לא תהיה זכיה למפרע. בנוסף, הנתבעים לא הסכימו לתת להם את חומרי הבנייה, אז הם לא יכולים לזכות בעל כרחם אלא רשאים רק לדרוש להוציא צו הריסה.

דברי השולחן ערוך עליהם הסתמכה התובעת אינם קשורים למקרה שלפנינו. השולחן ערוך מתייחס לשותף ששינה מתנאי השותפות, כגון שהתבקש לקנות סחורה מסוימת וקנה סחורה אחרת, שחייב לשלם על כל ההפסדים שיגרמו. הנימוק לכך הוא שהשינוי הוא זה שגרם להפסד והמשנה נחשב למזיק בידיים (הרדב"ז חלק ב סימן תת"מ). אומנם אם השינוי נעשה בהסכמת השותף השני, למרות שלא נעשה קניין, האחריות חלה גם עליו. ביאר הבית יוסף: "הטעם, **דכיון שאמר לו ונתרצה, הרי מחל לו**, ומחילה אינה צריכה קניין". וכך גם ביאר הסמ"ע (בס"ק לה). במקרה כאן לא הייתה מחילה אלא מחאה, ולכן אין כל מקום להשוות לדין זה.

בא כח התובעת הזכיר בכתב הערעור מספר פעמים (סעיפים 59 ו-100 לכתב הערעור), שהתובעת זוכה בדירות. לדעתו הזכיה הזו מתבצעת למפרע, מרגע בנייתן. דברים אלו שנויים במחלוקת והתייחסתי לכך בהרחבה בנספח א'. למעשה רבים מהפוסקים סבורים כדעת הרא"ש וראנ"ח, שהזכיה היא רק מעת שהבעלים משלמים עליה ולא למפרע, ולכן כל זמן שהם לא זכו במבנה בעל הקרקע זכאי לקבל רק דמי שכירות קרקע, ולא דמי שכירות כלל המבנה, ולכן לא ניתן להוציא ממון כנגד שיטה זו.

בנוסף, בהגהות אמרי ברוך על קצות החושן (חו"מ סימן שסג ס"ק ה) מובא, שאם בעל הקרקע לא התרצה מהבניין, הוא לא זוכה בו. דבריו מתייחסים לדברי קצות החושן שהביא את הרשב"א שזוכה למפרע. מכאן שגם לדעת הרשב"א לא שייך לומר שישנה זכיה למפרע כאשר בעל הקרקע לא היה מעוניין לזכות במבנה. במקרה כאן גב' פ'

¹³ עיינו בדברי הריטב"א (מסכת בבא מציעא דף קא עמוד א) שכתב: "כשאמרת לו לא בעינא - נתת לו רשות בב"ד לעקור ואינך יכול לחזור בך, שזה כאומר לחברו בב"ד רצונך השבע וטול". כלומר בעל הבית שדרש את פירוק המבנים וסילוק ההשכחה (טול עציד), אך לאחר מכן הוא חוזר בו ומעוניין בהשכחה - אין שומעים לו.



ומשפחת התובעת לא היו מעוניינות לזכות במבנה, וכפי שאמר בעלה של התובעת בדיון השלישי (פרוט' עמ' 14 שורה 3): **"אנחנו מעולם לא הסכמנו לבנייה. וגם לא פ"**. התובעת עצמה טענה שגב' פ' התנגדה נחרצות לבנייה (פס"ד קמא עמ' 80 ד"ה תחילה נציין).

בסיור השני שהתקיים העיד רב [פלוגי], שהציעו לגב' פ' את יחידה 2 אך היא סירבה לכך (פרוט' סיור עמ' 6 שורה 14). במצב שכזה גם לדעת הרשב"א לא ניתן לומר שיש זכייה למפרע, כי היא לא התרצתה לקבל (וכמו שכתב הרשב"א בב"ק כ"א א, שאם כשהיתומים יגדלו הם יאמרו לבונה טול עציך, אז אין להם אלא שכר קרקעיתה של קלקלתא על כל השנים), ולכן אינני מקבל את טענת התובעת על זכייה למפרע. במקרה זה זכייה יכולה להיות רק מרגע ההתרצות.

קצות החושן (סימן קסד ס"ק ב) התייחס לאדם שהשביח ובנה בית ברשות חבירו, אך הבית שהמשיב בנה נשרף. הדין הוא שבעל הקרקע לא צריך לשלם למשביח כלום, **"משום דחצירו אינו קונה לו בעל כרחו"**, אלא דבנאו אדעתא דהכי שאם ירצה ויתן לו יציאותיו יזכה לו חצירו למפרע". כאן גם לדעת הרשב"א, לא אומרים שבעל הקרקע שותף למבנה כבר מרגע הבנייה, כי חצר לא קונה בעל כורחו כאשר נגרם לו הפסד, ולכן הוא פטור מלשלם למשביח על הבנייה. ובכלל, הרעיון של שותפות בעל כרחו זר להלכה, ייסוד שותפות מצריך רצון והסכמה.

בסעיף 59 טוענת התובעת ביחס למחסן תשמ"ו, שכיוון שגב' פ' רכשה זכות להקים מחסן בקרקע זו, וכיוון שבפועל הוקם שם מחסן, לפיכך יש להשאירו ולחברו למחסנה של התובעת (לאחר תשלום הוצאות בנייה). התובעת הוסיפה ביחס למחסן זה אין לנתבעים זכות לומר עצי ואבני אני נוטל, ודינם כדין כל גזלן שהשביח, שהוא מפסיד את השבח בעל כרחו. אך גם אם נקבל את טענתה ביחס לדירה 10 עדיין הזכייה של התובעת לא תהיה למפרע, שכן גב' פ' התנגדה כל השנים **לפני** הבנייה שנעשתה ואמרה שהיא רוצה הריסה, וכאמור התובעת שנכנסה תחתיה לא אמרה שום דבר מנוגד. להבנתי רק בכתב התביעה המתקן מיום ו' טבת תשפ"א נאמר לראשונה שהתובעת מבקשת שדירה 10 לא תיהרס.

בא כח התובעת ציין לדברי הריטב"א (חדושי הריטב"א (מיוחס לו) מסכת בבא מציעא דף טו עמוד ב ד"ה אנא) מהם ניתן להוכיח לכאורה כדברי בא כח התובעת, שאם הגזלן השביח, כגון שנטע עצים, אזי כל הפירות שייכים לבעל הקרקע, אלא שהוא רק נותן הוצאות לנוטע.

דודאי פשיטא לן דקרקע אינה נגזלת, וכל מה שמוציא הקרקע, ברשות דבעל קרקע אית', ואינו מחזיר לו אלא ההוצאה. והי' מן הדין שיטול כאריס משום דקרקע לאריס קיימי ומשום קנס הוא דלא יהיב ליה אלא ההוצאה בלבד, וכיון דקנס הוא, אפי' בפירות שתלש ואכל, איתיה להאי קנסא. ועוד דלא שייך למימר בארעא דיהיב ליה כחשא דארעא, **כיון דקרקע אינה נגזלת, כל מה שמוציא ברשות בעליו הוא מוציא**, ואימת איקרי גזילה? כשתולש הפירות ובאותה שעה מיקרי שעת הגזלה, ואיבעי ליה למיתן כולו פירות כאותה ששנינו שתלשן, הלכך הדרי כולו פירי שאכל בשעת הגזלה דהיינו שעת התלישה.

אומנם עיינו בשו"ת חלקת יואב (מהדורא קמא חושן משפט סימן י) שהסביר את דברי הריטב"א, בדבר שזרעו כלה, כלומר הזרעים מתכלים באדמה, ובמקרים אלו בעל הקרקע זוכה בפירות למעט תשלום הוצאות. (הובא בפתחי חושן גניבה ואונאה פרק ה הערה י. עיינו גם בברכי יוסף אורח חיים סימן תרמ"ט ס"ק ב).

עיינו גם בדברי בית הדין קמא (בעמ' 78):

דייני בית הדין הגדול, הרב אלישיב, הרב זילטי והרב הדאיה (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.**

לסיכום: טענת המערערת נדחית.

ט. כפיה על חלוקת החצר

בית הדין קמא פסק כי לא ניתן לכפות על חלוקת החצר ללא הסכמת התובעת. על כך מערערת נתבעת 1 בטענה כי מדובר בחצר שעל פי ההגדרה ההלכתית היא ראויה לחלוקה וזכותם לדרוש את חלוקתה. פסק דינו של הרב הבורר איפשר להתנגד לחלוקת החצר רק מטעמים של נזק, אך לדעתם אין כל נזק בחלוקת החצר, כי חלוקת החצר לא תמנע את קידום התב"ע בה מעוניינת התובעת. ניתן לבצע חלוקה שתהיה בתוקף עד לזמן שבו תאושר התב"ע או תוכנית תמ"א 38, ומכיוון שמדובר בבנייה ארעית ניתן בקלות לפרק את הבנייה יחד עם קבלת האישורים ככל והם יתקבלו וברגע שתאושר התב"ע, הנתבעים יפרקו את המבנים. כמו כן לדעת הנתבעת 1 חלוקה זו אינה סותרת את לשון חוק הבתים המשותפים. ולכן הם מבקשים שלא לחייב אותם להרוס את המבנים. כנגדם המשיבים ענו שהם נכנסו לגור על דעת כך שמדובר בחצר השותפים שלא ניתן לחלק את החצר ללא הסכמת כלל השותפים.

דיון והכרעה

בית הדין קמא כבר קבע שהחלוקה שביצעו הנתבעים אינה תקפה, וכפי שפסק השולחן ערוך (בסימן קעה סעיף א): "ואם חלק בפחות משלשה, לא עשה כלום". כלומר ניתן לחלק רק בפני שלושה שמאים, ואם נעשתה חלוקה ללא שלושה שמאים, החלוקה לא תקפה, ולכן חייב בית הדין קמא את הנתבעים בדמי שכירות על **העבר**. אומנם הנתבעים טוענים כי הם מבקשים שבית הדין יורה על חלוקת החצר **כעת**. לדבריהם אין בכך כל מניעה הלכתית וחוקית. השאלה לדיון היא, האם ניתן לבקש מבית הדין קמא שיכפה על הצדדים את חלוקת החצר? כתב הרמב"ם (הלכות שכנים פרק א הלכה א):

כללו של דבר, כל שיש ביניהם שותפות בקרקע, וביקש אחד מן השותפין לחלק וליטול חלקו לבדו, אם יש באותה קרקע דין חלוקה, כופה את שאר השותפין וחולקין עמו, ואם אין בה דין חלוקה, אין אחד מהן יכול לכוף את חבירו לחלק.

וכך גם פסק השולחן ערוך (בסימן קעא סעיף א).

מכאן ניתן ללמוד, שבאופן עקרוני יש אפשרות לכל שותף לדרוש את פירוק השותפות וחלוקת הקרקע המשותפת, וזאת בתנאי שהקרקע מספיק גדולה, בכדי שגם לאחר החלוקה יוכל כל אחד להשתמש בחלק שקיבל, מעין השימוש המקורי כפי שהיה בעת שהיו שותפים (זה נקרא בהלכה: "דין חלוקה"¹⁴).

הרא"ש (כלל צח סימן ז) הסביר מדוע באופן עקרוני ניתן לדרוש את חלוקת השותפות:

כי חכמים ראו שטוב לתקן חלוקה בכל דבר של שותפות, אם יש בו שיעור, חולקין בגורל, ואם לאו, בגוד או איגוד, משום דקדרה דשותפי, לא קרירא ולא חמימא.

כלומר לפעמים המשך קיום השותפות אינו מועיל לצדדים (כמו סיר של שותפים שמוזנח ואינו קר ולא חם). במצב שכזה יש עדיפות לבחון את פירוק השותפות.

¹⁴ עיינו בדברי הרמב"ם (הלכות שכנים פרק א הלכה ד) שכתב: "אי זהו דין חלוקה? כל שאילו יחלק לפי השותפין - יגיע לפחות שבהם חלק ששם הכל קרוי עליו, אבל אם אין שם הכל נקרא על החלק - אין בה דין חלוקה". וכ"פ השולחן ערוך (בסימן קעא סעיף ג).



אומנם לדעת החזון איש (ב"ב סימן ו ס"ק יז) לא מדובר על תקנת חכמים, אלא שכל אדם רשאי לקבל החלטה בעניינים כלכליים שמטיבים עבורו, זאת בתנאי שאין פגיעה לשאר השותפים:

הא דכופין לחלוק בדבר שיש בו כדי חלוקה, אינו מתקנת חכמים, אלא עיקר קניין השותפות, בזמן שאין חלקם מסומן לזה ולזה, **דיש לכל אחד בכולו, וכל מה דשפיר ליה טפי ליהנות מהשיתוף, קנוי לו**, ובכלל זה חלוקה. ואינו צריך דעת שותפו להקנות לו, אלא בית דין מחלקין על כרחו, וחברו קונה חלקו על כרחו.

אומנם השולחן ערוך והרמ"א (בסימן קעא סעיפים א-ה) הביאו מספר מקרים בהם **לא ניתן לדרוש חלוקה** ללא הסכמה כפי שמבואר בנספח ג. בית הדין קמא בבואו לקבל החלטה ישקול את כלל השיקולים ההלכתיים המובאים בנספח ג', ויגיע להחלטה האם ניתן לבצע חלוקת חצר ללא הסכמה, או שאולי יהיה ניתן להגיע להסכמות בין הצדדים על חלוקת החצר וביצוע תב"ע חדש, או שלא יהיה מנוס מהוצאת צו הריסה למבנים שנבנו ללא אישור.

עוד אציין שהצדדים קיבלו על עצמם את פסק הדין של הרב הבורר ובהחלטה מס' 2 כתב הרב הבורר: **"אם כולם מסכימים לחלוקה, אסדר בעהשי"ת חלוקה שתהיה טובה לכולם"** (ההדגשה לא במקור). כלומר התנאי לחלוקה היא הסכמת כולם, ולפיכך לא ניתן לבצע חלוקה עד שהצדדים יגיעו להסכמה בניהם. אומנם בהחלטה מס' 3 כתב הרב הבורר: **"אם נמצא משהו משלושת הדיירים שאינו מסכים לחלוקה אם אין היזק ע"י החלוקה, אפשר לכפות חלוקה"** (ההדגשה לא במקור). כלומר בכדי לכפות על חלוקה יש להוכיח שהחלוקה לא תגרום לנזק, וכך כתב הרב הבורר במפורש בהחלטה 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"** (ההדגשה לא במקור). יש להדגיש שהרב הבורר לא הצריך היזק וודאי אלא גם אם והבנייה הפרטית יכולה להזיק – די בכך בכדי להתנגד לחלוקה.

מעבר לכך אוסיף, שלא ניתן להשלים עם מציאות שבה איש הישר בעיניו יעשה. לא ניתן לסייע למי שעברו על החוק וממשיכים לבנות גם לאחר שיצא כנגדם צו הריסה מטעם העירייה. האמירה שצריכה לצאת מבית הדין היא שאין כל זכות הלכתית למי שעובר על החוק, מה גם שמעבר לבנייה לא חוקית, יש כאן פגיעה בתובעת, בכך שהבנייה מונעת ממנה שימוש בחצר המשותפת.

לא ניתן לקבל את טענת הנתבעים שאין בעיה חוקית בחלוקת החצר ללא הסכמה, שהרי בסעיף 62 לחוק המקרקעין נקבע כי **"ואין לקבוע הצמדה של חלק מסויים מהרכוש המשותף לדירה פלונית אלא בהסכמת כל בעלי הדירות"**. המשמעות של הדברים היא, שלא ניתן לכפות על אחד הדיירים להסכים להצמיד את הקרקע שהיא רכוש משותף, לדירה מסוימת ללא הסכמה של כל הדיירים.

בנוגע לבקשת הנתבעים שלא לחייב אותם להרוס את המבנים כבר כתב הרמ"א (בסימן שס סעיף א): **"גזל קרקע ובנה עליה בניינים גדולים, צריך לסתור הכל ולהשיב קרקע לבעלים, דלא עשו תקנת השבים בקרקע"**. המשמעות היא שישנם מקרים בהם ניתן לדרוש את פירוק המבנים, ככל ומוכח שמדובר במבנים שנבנו על קרקע גזולה. הפוסקים (מובא בפתי תשובה שם בס"ק א) נחלקו, האם בבנייה בשוגג מחילים את תקנת השבים ולא מוציאים צו פירוק (המבי"ט חלק ג סימן קמג), או שגם בשוגג ניתן לדרוש את פירוק המבנים (משנה למלך הלכות גניבה פרק ז הלכה יא). מדברי שער משפט (ס"ק א) אנו למדים, שיש להכליל בחישוב גם את השאלה האם הבנייה הייתה בתום לב, מתוך מחשבה שהוא בונה רק בשטחו בלבד. במצב שבו הנזק שייגרם בהריסת המבנים גדול לאין ערוך מהנזק שנגרם לבעל הקרקע, יש לשקול מתן פיצוי כספי ולא להורות על פירוק המבנים. איני בטוח האם במקרה שלפנינו מתקיים תנאי זה. שיקולים אלו הם כבדי משקל, ובית הדין קמא הוא זה שיבחן בשימת לב ובשיקול דעת את מכלול הנתונים לפני קבלת החלטה בנושא זה ואין לשלול ממנו את הזכות לקבל החלטה להריסת המבנים.

לסיכום: טענת המערערת שכנגד נדחית.



י. החלטות

1. הנתבעים (המפורטים בתחילת החלטה זו) חייבים לשלם לתובעת עבור השימוש בקרקע בסכום שיקבע על ידי מומחה מטעם בית הדין כפי שקבע בית הדין קמא. בנוגע לגובה חיוב זה התקבלו באופן חלקי שלש טענות של המערערת:
 - א. החישוב של המומחה יחל לכל המוקדם, מיום מתן פסק הדין של הרב הבורר: כ"ה בתמוז תשס"ג (25.7.2003) והלאה. ככל ויהיו לבית הדין קמא ספקות, הוא יהיה רשאי לשנות את המועד לתחילת שנת הלימודים (או לכל מועד אחר שימצא לנכון) במסגרת פשרה.
 - ב. על נתבעת 1 לשלם למערערת את ערך השכרת שטח יחידות 2,3 עבור העמדת מחסן בו יאוחסנו חומרי בנין מהם ניתן לבנות את מבנים 2-3 למשך שלש שנים. בית הדין קמא יוכל לקבוע שיעור זה בדרך של אמדן מומחה או פשרה לשיקול דעתו.
 - ג. בית הדין קמא לא ישקלל בפשרה את חדר ההסקה בלא שיבחן לפני כן את מידת השימוש במקלט על ידי הנתבעים.
2. התובעת אינה רשאית לתבוע את השוכרים של כלל המבנים לרבות בניה של נתבעת 1, אלא לאחר שבית הדין קמא יוודא שאין חשש לתשלום כפול.
3. תביעה של נתבעים 2 כנגד נתבעת 1 צריכה להתנהל בבית הדין קמא, והוא שיכריע אם לקבל תביעה זו.
4. בכל מקרה בו יהיה ספק לבית הדין קמא בנוגע ליישום החלטה זו הוא יהיה מוסמך להכריע בעצמו.
5. יתר טענות הערעור והערעור שכנגד נדחו.
6. לא ניתן לערער על החלטה זו.
7. אין צו להוצאות.

ההחלטה ניתנה בתאריך א' כסלו תשפ"ה, 2 בדצמבר 2024

בזאת באתי על החתום

הרב ישועה רטבי, אב"ד



יא. נספח א': חיוב בדמי שכירות הקרקע את מי שבנה ברשות חברו

בגמ' (במסכת בבא קמא דף כא עמוד א) מובא: יתומים שהיה להם שטח לא בנוי (חורבה), שהיו משכירים אותו לסוחרים ששילמו ליתומים סכום מסוים כדמי שכירות על השימוש בקרקע (סוחרים מאומה ששמה קרמנאי). הסוחרים היו בונים אהלים ולנים בשטח. לאחר זמן הגיע אדם שבנה בית גדול על השטח של היתומים, וכך גרם להם הפסד שלא יכלו להשכיר את השטח. רב נחמן עיקל את המבנה לצורך גביית התשלום המגיע ליתומים. נחלקו הראשונים מה גובה התשלום המגיע ליתומים?

שיטת הרא"ש, הרא"ש (מסכת בבא קמא פרק ב סימן ו) סבור, שהיתומים זכאים לקבל דמי שכירות **קרקע** ולא דמי שכירות של **המבנה**. ככל ובעל הקרקע מסכים להשתתף בתשלום הוצאות הבנייה, הוא קונה את הקרקע **מרגע זה והלאה (ולא למפרע מרגע הבנייה)**. אילו היה כסף ליתומים לממן את הוצאות בניית המבנה, הם היו נחשבים לשותפים במבנה, והיו זכאים לתבוע את חלקם גם מדמי שכר הדירה של המשביח, אך מכיוון וליתומים אין כספים לממן את הוצאות הבנייה, לכן הם מקבלים רק דמי שכירות בקרקע ולא דמי שכירות של המבנה.

וכך כבר כתב **רבינו ירוחם** (מישרים נתיב לא חלק ב דף צה טור ד) שהתשלום הוא דמי שכירות בקרקע:

אדם שיש לו בית כמו חורבה, והסוחרים לפעמים נוטים שם אהל לסחורתם, ונותנים לו דבר מועט משכירות, ובא אחר ובנה שם בנין, ואין יד בעל החורבה משגת 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**. (מובא בדרכי משה סימן שעה ס"ק ו).

כלומר אדם שבנה בניין על שטח חבירו, ולבעל הקרקע אין מספיק כסף בכדי לכסות את הוצאות הבנייה של הבונה, הוא זכאי לקבל לא רק את דמי השכירות שמשלמים הסוחרים ששוכרים את המבנה לצורך הקמת אוהלים, אלא הוא זכאי לקבל את כל הסכום שמשלמים לצורך שכירת קרקע לשם הקמת מבנה.

שיטת הרשב"א - הקשה הרשב"א (מסכת בבא קמא דף כא עמוד א): מדוע רב נחמן עיקל את דמי שכירות **המבנה** עבור היתומים, היה עליו לעקל רק דמי שכירות **הקרקע** (הסכום שהיתומים היו מקבלים כאשר היו משכירים את הקרקע לסוחרים)? בכדי שהיתומים יקבלו דמי שכירות גם על המבנה, היה עליהם להשתתף בתשלום הוצאות הבנייה, וכל עוד שהם לא שילמו זאת, הם לא זכאים לקבל את דמי השכירות של המבנה, ומדוע א"כ רב נחמן עיקל סכום זה?

הרשב"א הסביר, שמדובר במקרה ספציפי של בנייה בשטח השייך ליתומים. במצב כזה אנו אומרים שהמשביח ידע מראש שהוא לא יוכל לגבות מהיתומים עד שיגדלו, ולכן הוא זיכה להם את המבנה, כך שגם המבנה שייך ליתומים. הרשב"א הוסיף, שהבונה היה חייב לזכות את המבנה, וזה מהטעם הבא: לכשיגדלו היתומים יתכן והם ירצו להיות שותפים במבנה, ויסכימו לשלם את חלקם בהוצאות המבנה. במצב שכזה **יתברר שהם קנו את המבנה למפרע מרגע בנייתו**, וכבר מאז מגיע להם חלק מדמי שכירות המבנה. וזו הסיבה שהבונה מחויב לשלם להם מיד, ולא רשאי לחכות עד שיגדלו וישתתפו בהוצאות הבנייה, כי אם לא ישלם להם מיד, נמצא שגבה חוב מיתומים, דבר האסור לפי ההלכה. לכן במקרה של בנייה בקרקע יתומים, יש הכרח להקנות את המבנה ליתומים, ולפיכך הם זכאים גם בדמי שכירות המבנה.

החידוש בדברי הרשב"א הוא, שמרגע השתתפות בתשלום הוצאות המבנה, בעל הקרקע נחשב לבעלים למפרע מרגע בניית המבנה, ולכן הוא זכאי לקבל דמי שכירות מהמבנה לא רק מרגע שהוא **תבע** להשתתף בהוצאות, אלא למפרע כבר מרגע **בניית** המבנה. (דברי הרשב"א מובאים בבית יוסף בסימן שעה, ז).

אדגיש, שמעבר למחלוקת בהסבר הגמרא, יש גם מחלוקת בשאלה **ממתי בעל הקרקע קונה את המבנה** (ההשבחה)? לדעת **הרא"ש** הזכייה היא רק מעת שהבעלים משלמים עליה ולא למפרע, ולכן בכל זמן שהם לא זכו במבנה, זכאי בעל הקרקע לקבל רק דמי שכירות קרקע, ולא דמי שכירות כלל המבנה (וזה שיטת ראנ"ח ועוד אחרונים רבים), אבל לדעת **הרשב"א**, הזכייה היא למפרע מרגע בניית המבנה.

לעיל מבואר שרבים מגדולי האחרונים פסקו כדעת הרא"ש וראנ"ח, ולכן לא ניתן להוציא ממון כנגד שיטה זו. בשו"ת משפטי ישרים (חלק ב סימן קפז) מובא:

ולא נחית מור"ם כלל להכריע מאי דעתיה בבונה חורבה, אם כדעת הרא"ש שנותן שכר חורבה, או כדעת הרשב"א שנותן שכר הבנינים, ואנן בדידן, כיון דאשכחנא למרן ז"ל בב"י ח"מ הביא דברי רי"ו בס"ס שע"ה בלי שום חולק, והאחרונים כגון הרב הלבוש בהדיא פסיק כדעת הרא"ש כמו שראיתי. וכן הרב בב"ח כמו שהגידו לי כתבו כולם כדברי הרא"ש ז"ל, ודאי דהכי נקטינן, ומה גם שהם דברי סברא ישרה.

כלומר הרמ"א אומנם לא הכריע האם הבונה ישלם רק דמי שכירות הקרקע כדעת הרא"ש, או דמי שכירות של כלל המבנה כדעת הרשב"א, אך מכיוון שהבית יוסף הביא את דברי רבנו ירוחם ולא העיר שיש החולקים עליו, הרי שיש לפסוק כשיטת רבנו ירוחם והרא"ש, שהבונה ישלם רק דמי שכירות הקרקע. ובמיוחד שמדובר בסברא ישרה. וכך גם מובא בספר פעמוני זהב (סימן שעה סע"ף ז).

יב. נספח ב: בונה שגר בעצמו ובונה שהשכיר לאחרים

בא כח התובעת ציין שהרמ"א (סימן שעה סעיף ז) הביא שתי הלכות, בהן יש חלוקה בין בונה שהשכיר לאחרים, לבין בונה שגר במבנה בעצמו, שאז משלם לפי דין נהנה.

לדבריו, גם על פי פסיקת בית הדין קמא כדעת ראנ"ח, יש להסביר את שתי ההלכות כך:

א. בונה **שהשכיר את המבנה לאחרים** - זכאי בעל הקרקע לקבל את חלקו מכלל הרווחים (דמי שכירות המבנה). מקרה זה חמור מהמקרה השני, כי כאן הבונה עושה סחורה בפרתו של חבירו, כלומר הוא מרוויח מהקרקע המשותפת. ההשבחה בפועל משותפת לקרקע ולחומרי הבנייה, ועל הבונה לשלם לבעל הקרקע את שווי הקרקע המושבחת כפי שוויה לאחר הבנייה.

ב. בונה **שגר בעצמו** במבנה - חייב לשלם את דמי שכירות קרקע, דהיינו כמה עולה להשכיר קרקע לבנייה שבנה הבונה בפועל. ההסבר לכך הוא שהבונה גזל את שימוש הקרקע, ולכן צריך לשלם דמי שכירות של שימוש בקרקע לבנייה שכזו.

לדעת בא כח התובעת אם כן יש הבדל בין אם הבעלים השכירו את המבנה לאחרים, לבין אם הבונה גר במקום בעצמו. סברתו היא, ש"השידוך" שיש בין הקרקע של התובעת ובין חומרי הבניין של הנתבעים, הם אלו יחד שיצרו את השבחת הקרקע והמבנה.

ראשית אעיר כי הסברא לחלק ביניהם - אינה מובנת, שהרי הסברא שכתב בא כח התובעת בדין הראשון - נכונה גם לדין השני, וא"כ אין כל הבדל בין בונה שמשכיר לאחרים, לבין בונה שגר בעצמו - בשניהם קיים שידוך זה, ומדוע לדבריו חילק הרמ"א בין שני המקרים?

בא כח התובעת עצמו הרגיש בקושי זה והסביר (סעיפים 22-23 לכתב הערעור):

ונראה ההגיון בזה, משום שעדיין תתכן סברה שלא ניתן לחייב אדם לשלם לחברו עבור שבח שהוא עצמו יצר לו - כל זמן שחברו אינו משלם עבור השבח הזה, ולמרות שגם הקרקע אחראית לשבח. מ"מ היוצר



שיכול לתבוע כסף עבור יצירתו מדין יורד, כל זמן שלא שולם שכרו אינו אמור לשלם בעצמו על ההנאה מעבודתו ו/או השקעתו, ולכן לא ישלם אלא את שווי דמי השימוש של קרקע העומדת לבניה שכזו. אמנם מאידך, כשהחייב עבור השימוש בקרקע אינו היוצר אלא השוכר, כיון שעל פי הדין הקרקע הינה בבעלות בעל הקרקע, והשוכר בעצם מתחייב לשני אנשים עבור מגוריו בדירה, שורת הדין נותנת שהכסף עבור שווי השימוש בקרקע כפי שהיא עכשיו, שייך לבעל הקרקע ולא לבעל הקירות, כיון שבפועל גם הקרקע שווה כעת יותר ושבח זה שייך לבעל הקרקע ולא לבעל הקירות, שכן גם הקרקע אחראית לחלק מההשבחה המשותפת.

לדבריו אם הבונה בעצמו גר במבנה – יש סברא שלא לתת לבעלים את כל השכר, כי לא יתכן לחייב את הבונה לשלם על כל הרווחים כאשר הבעלים כלל לא השתתפו בתשלום ההוצאות, לעומת זאת כאשר המבנה מושכר לצד ג' שמשלם דמי שכירות, ניתן לקבוע שכספים אלו שייכים גם לבעלים בשווה. דבריו אלו קשים, כי גם כאשר המבנה מושכר ניתן לומר שיש "סברא שלא ניתן לחייב אדם לשלם לחברו עבור שבח שהוא עצמו יצר לו - כל זמן שחברו אינו משלם עבור השבח הזה", שהרי גם הרווחים מהמבנה המושכר מגיעים בגלל פעולת הבונה שהוא בעצמו יצר. עוד יש לומר, שמדברי ראנ"ח (סימן נח) עצמו ניתן להבין, שגם בהשכרה הדין זהה, שבעל הקרקע מקבל דמי שכירות לקרקע עבור הבנייה הספציפית שבנה המשביח.

כך כתב ראנ"ח:

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 פרעו לו - הבנין הוא של הבונה, והיאך יהיה אחר עומד ונוטל את הפירות.

כלומר כאן מדובר על מקרה הפוך, שבו בעל הקרקע השתלט על המבנה והשכירו לאחרים. במצב שכזה גם אומרים שהוא לא רשאי לעשות סחורה בפרתו של חברו, (כלומר במבנה שבנה המשביח), ולכן על בעל הקרקע לתת את חלקו של בעל המבנה דהיינו את דמי שכירות המבנה ללא דמי שכירות הקרקע שאכן שייכים לבעל הקרקע. מכאן ניתן ללמוד, שגם בשכירות יש חלוקה בין דמי שכירות הקרקע ובין דמי שכירות המבנה.

ב"כ התובעת הגיב לטענה זו וטען (בהערה 2 לכתב הערעור) שאין ראייה ממקרה זה, לדעתו המבנה עובר למפרע לבעלות בעלי הקרקע, ולפיכך אם הבונה השכיר אזי כל הדמים יינתנו לבעל הקרקע. אך ביארתי בהחלטה זו שבמקרה זה אין המבנה עובר למפרע לבעלות בעלי הקרקע, ולכן אני דוחה את טענת ב"כ התובעת.

בנוסף, אחרונים אחרים כתבו שגם אם הבונה השכיר - הבעלים מקבל רק את חלק הקרקע. כך כתב הפעמוני זהב (בסימן שעה סעיף ז) בשם כמה גדולים:

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 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 סברא אמתית, **דאיך זה יבנה וישכלל הבית - ויאכל הלה (=בעל הקרקע) וחדו (=וישמח)**. ואף שמדברי מור"ם שע"ה משמע קצת, דמשום שחורבתא רבייתא מגלגלין עליו הכל, דמשמע דמנכה לו כל שכרו, אין הסברא נותנת כן, אלא כדברי הרא"ש ורבינו ירוחם שהביא כנוצר לעיל, אלה היו דברי **הרב יוסף אלמאליח** ז"ל שר המסכים על דברי הרב **מוה"ר רפאל בירדוגו** ז"ל, אתיידא דהני רבנן בתראי דעתם היא דאפילו בשחרוריתא **ובהיא משכירה** ומכל שכן דר בה הוא עצמו - דאינו משלם אלא מה שהיתה שוה קודם הבנין, זהו הסברא לשלושתם יחד ודו"ק.

כלומר לא יתכן לקבוע שבעל הקרקע יהיה זכאי לקבל דמי שכירות על מבנה שהוא לא טרח ולא שילם על הוצאותיו. אין זה צודק שבעל המבנה ישקיע כספים - ובעל הקרקע יאכל את הרווחים (הפירות). הפעמוני זהב בסיום דבריו העיר, שגם אם מדברי הרמ"א "משמע קצת" שמגיע לבעל הקרקע את מלוא השכירות (וכפי שהבין בא כח התובעת) - אין להוציא ממון על בסיס הבנה זו שאינה הכרחית, וגם שהרבה פוסקים חלקו עליה. בשו"ת משפטים ישרים (חלק א סימן שסו) מובא, שלכאורה יש לחלק בין בונה שגר בעצמו ובין בונה שהשכיר לאחרים: בונה שמשכיר לאחרים גרוע יותר מאשר שותף **שגר בה בעצמו** (במציאות של זה נהנה וזה לא חסר), כי בכך שהוא **משכיר** לאחרים הוא נהנה מפרתו של חברו, ולא ניתן לקחת רווחים מחלק הנכס שלא שייך לבונה. יש בכך משום "עשיית עושר ולא במשפט" (על פי אזהרת ירמיהו הנביא [פרק יז פסוק יא]: "עֲשֵׂה עֹשֶׁר וְלֹא בְּמִשְׁפָּט - בְּחֵצֵי יָמֶיךָ וּבְעֵצְבֶיךָ, וּבְאַחֲרִיתוֹ יִהְיֶה נֶכְלִי"). אך המשפטים ישרים דחה חילוק זה:

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, והרי זה כמעמד רחיים בקרקע חברו ומשכירו, דפשיטא דאין ליתן לבעל הקרקע אלא שכר הקרקע להעמיד בו רחיים. כלומר ברגע שבעל הקרקע יקבל את חלקו בדמי שכירות הקרקע - אין כאן כל נהנה מפרתו של חברו, כי בעל הקרקע קיבל את חלקו בצורה מלאה, וכל שאר דמי השכירות אלו רווחים מהמבנה ששייך במלואו לבונה, וזה נהנה מפרתו שלו.

ב"כ התובעת טען (סעיף 26-27 לערעור) ששו"ת משפטים ישרים יודה, שכאשר בעל הקרקע נחסר, אזי יש לתת לו את דמי השכירות המלאים. לדבריו, רק כאשר מדובר על "זה נהנה וזה לא חסר", אז בעלי הקרקע אינו זכאי לדמי השכירות המלאים.

אינני מקבל טענה זו. בשו"ת אבני שיש (חלק ב סימן פב) הדגיש, שכך ההלכה אפילו אם בעל הקרקע נחסר: העולה ממאי דכתיבנא, ביורד לסתם חרבה של חברו ובנאה, בין דר בה הוא עצמו או השכירה לאחר - אינו מעלה לבעלים כלום בשכרה, זולת **אם חסרו איזה הנאה שהיתה לו ממנה בחרבנה** - מגלגלין עליו ליתן כל הנאה הראויה בשכירות החרבה דוקא.

לסיכום: טענות בא כח התובעת - נדחות.

יג. נספח ג

כתב תרומת הדשן (סימן שלו): שותף לא רשאי לכפות על חלוקת השותפות, כאשר החלוקה עלולה לגרום להפסד של חומש, היינו הפסד של 20% משווי הנכס ומעלה. וכך פסק הרמ"א (בסימן קעא סעיף ה).

תרומת הדשן הוכיח זאת מתמיהת הגמרא (מסכת בבא מציעא דף ז עמוד ב): "שנים אוחזין בטלית - הכי נמי דפלגי? הא אפסדוה!" כלומר לא ניתן לחלוק טלית ששניים אוחזים בה, כי בחלוקה זו ייגרם הפסד גדול לצדדים, לכן החלוקה תהיה כספית, על ידי שימכרו את הטלית ויחלקו את דמיה.

עוד מובא בגמ' (שם דף ח עמוד א): שניים שרוכבים על בהמה, וכל אחד טוען שהוא הבעלים של הבהמה - הגמ' העלתה הצעה שתתבצע חלוקה על ידי שחיטת הבהמה. על כך הקשתה הגמ', ככל ומדובר על בהמה **כשרה** לאכילה, אכן מובן שניתן לחלוק את הבהמה באמצעות שחיטה, כי ניתן לאכול את הבשר, אבל אם מדובר על בהמה **טמאה** - לא ניתן לחלוק את הבהמה לשניים, כי לא ניתן לאכול בהמה טמאה, וכאמור אסור לחלוק כאשר נגרם הפסד, ומכאן הסיקה הגמ' שהחלוקה היא בדמים, כלומר שמוכרים את הבהמה ומחלקים את הכספים.

על כך שאל תרומת הדשן: מדוע הגמ' התייחסה רק להפסד שיש בבהמה **טמאה**, הרי גם בבהמה **טהורה** ששוחטים אותה יש הפסד, שכן עם שור חי ניתן לחרוש, זאת לעומת שור שחוט שראוי לאכילה ששווה פחות מאשר שור לחרישה (כמבואר בגמ' במסכת בבא בתרא דף צב עמוד א). מכאן הוכיח תרומת הדשן, שגם אם יש הפסד בחלוקה, ככל ולא מדובר על הפסד גדול - ניתן לכפות על חלוקה.

תרומת הדשן הוכיח מדברי הגמ' (כפי שנראה בהמשך), שהפסד הקטן מחומש כגון הפסד ביותר משתות [16.6%] אך פחות מחומש [20%] - הוא הפסד שלא מעכב את החלוקה. במקרה של חלוקת בהמה כשרה - יש הפסד הקטן מחומש (ההבדל בין שור לחרישה ובין שור לאכילה - גדול משתות אך אינו גדול מחומש), ולכן העלתה הגמ' הצעה לבצע חלוקה זו, למרות שיש הפסד קטן. אך בכל מקרה בו יש הפסד מעל חומש - לא ניתן לכפות על חלוקה.

תרומת הדשן הוכיח שההבדל בין בשר לחרישה ובין בשר לשיטה הוא גדול משתות - דרך המהלך הבא: הגמ' (במסכת בבא בתרא דף צב עמוד א) דנה בקונה שור שמצא שמדובר בשור נגחן, הראוי רק לשחיטה ולא לעבודת החרישה. הקונה מבקש לבטל את המקח בטענת מקח טעות, אך המוכר אומר שמראש התכוון למכור שור לשחיטה. על כך מבררת הגמ': שור לחרישה יקר יותר משור לשחיטה, א"כ ניתן לבדוק על סמך סכום המעות שהלקוח שילם, האם המכירה הייתה לשחיטה או לחרישה? הגמ' עונה תשובה שבעקבותיה נפתח דיון נוסף.

התוספות (מסכת בבא בתרא דף צב עמוד א ד"ה למאי נפקא) הביאו שתי הצעות לתשובות שהגמ' יכלה לתת ולחסוך את הדיון שבא בעקבותיו. אחת מההצעות שנתנו התוספות היא, שמדובר במקרה ייחודי בו מחיר השוורים לשחיטה עלה עד לכמעט מחיר השוורים לחרישה, כאשר הפער בניהם עומד על פחות משתות. בדרך כלל הפער בניהם גדול משתות, אך כאן מדובר על מקרה ייחודי שהמחירים עלו, כך שלא ניתן לברר באמצעות המחירים האם הקונה רצה לרכוש שור לחרישה או לאכילה, כי יתכן והקונה התכוון לרכוש שור לחרישה ושילם פחות משתות משוויו, כך שהמוכר התאנה, אך זה הונאה שפחותה משתות והמקח קיים.

מתחילת בירור הגמ' דייק תרומת הדשן, שבמקרה רגיל בו הפער בין שור לחרישה לבין שור לשחיטה הוא גדול משתות (פער הגדול מ-16.6% במחיר בניהם) - בפער כזה ניתן לקבוע מה הקונה התכוון לרכוש על פי המחיר שהוא שילם, שאם הוא שילם סכום נמוך כנראה התכוון לקנות שור לשחיטה, ואם שילם סכום גדול כנראה שהתכוון לקנות שור לחרישה.

לאור כל האמור הסיק תרומת הדשן :

א. הפער בין שור לחרישה לבין שור לשחיטה - הוא פער שבין יותר משתות לפחות מחומש (בין 16.6% ל-20%).



- ב. פער שכזה - אינו מבטל את החלוקה, שהרי הגמ' הציעה לבצע חלוקה של בהמה טהורה באמצעות שחיטה, ולמרות שנגרם הפסד של יותר משתות - זהו הפסד קטן שלא מבטל את החלוקה.
- ג. כאשר יש הפסד גדול מזה - כן ניתן לבטל את החלוקה.
- ד. מכיוון שהמספר השלם הגדול שלאחר שתות (16.6%) הוא חומש (20%), לפיכך יש לקבוע שחומש הוא המספר שקובע הפסד משמעותי שבגינו לא ניתן לכפות על חלוקה.

יד. נספח ד:

- השולחן ערוך והרמ"א (בסימן קעא סעיפים א-ה) הביאו מספר מקרים בהם לא ניתן לדרוש חלוקה ללא הסכמה:
- א. **שמירת הייעוד המקורי שהיה לפני החלוקה** - אחד מהתנאים לחלוקה הוא שגם לאחר החלוקה יהיה ניתן לבצע את השימוש המקורי שהיה לפני החלוקה¹⁵. כאשר הצדדים רכשו את דירותיהם הם רכשו על דעת כך שתהיה אפשרות לשימוש בחניה ובחצר, ובמצאות שבה הייעוד המקורי הוא חנייה או חצר לגינה או לשהייה משפחתית (משחקים וכד') - אין מקום לכפות על חלוקה לתוספות בנייה שעלויות לכער את חזית הבניין, כי יש בכך שינוי מהייעוד המקורי שהותפים הסכימו להשתתף עם רכישת דירתם.
- ב. **רכוש משותף** - בתאריך י"ז תמוז תש"ס (1.7.80) חתמו הצדדים על תשריט שקובע שהחצר הוא שטח משותף לכלל הדיירים, וכך גם נקבע בפסק הדין של הרב הבורר, במצב שכזה לא ניתן לכפות על פירוק השותפות. וכך כתב הרשב"א (חלק א סימן תתק"ז): "אם התנו ביניהם לעמוד אותם מקומות לעולם ביניהם בשותף, ושיהיה תשמיש ביניהם שוה - כך הדין". וכך פסק הרמ"א (בסימן קעא סעיף א). בנוסף, בדרך כלל בהסכמי רכישה יש סעיף בחוזה שהדייר מתחייב לקבל על עצמו את ההוראות הכתובות בחוק המקרקעין, ובכלל זה הדייר מקבל על עצמו את האמור בתקנון המצוי (סעיף 64 לחוק המקרקעין), ובסעיף 12 לתקנון המצוי נקבע: "החלטה המטילה על בעל דירה חובות... או המשנה את זכויותיו - לא יהיה לה תוקף לגבי אותו בעל דירה אלא אם הסכים לה". במקרה זה לא הוגש לבי"ד קמא הסכם הרכישה, עם זאת, כתבו הפוסקים שיש לתקנון המצוי זה תוקף מחייב מפני שכך המנהג (נספח 7 לפס"ד קמא), וכך גם המדיניות ההלכתית של בי"ד זה ("מעמדו של מנהג שיצר החוק" סעיף ד מספר 3-4. זה מופיע באתר של ביה"ד).
- בנוסף, כתב ערוך השולחן (בסימן קעו סעיף מג), שכאשר יש אומדנה שהשותפות הייתה לזמן ארוך - אין אחד השותפים יכול להכריח את שותפו לפרק את השותפות, בדיוק כמו שותפות לזמן קצוב. ערוך השולחן סיים: "והדבר תלוי בראיית עיני בי"ד". דיירי בית משותף שנכנסים לגור - יש אומדנא דמוכח שהם מעוניינים להיות שותפים לעולם, וזאת עד להוראה אחרת המוסכמת על כלל הדיירים.
- ג. **שימוש שנדרש לגישה** - לא ניתן לכפות על חלוקה בה אין שביל וכניסה לכל שותף בנפרד¹⁶ (שולחן ערוך ורמ"א בסימן קעא סעיף ה). כמו כן לא ניתן לכפות על חלוקה בצורה של גוד או אגוד, שהרי הבנייה של הנתבעים היא בחצר ובמקום שעלול לחסום את הגישה. אכן כעת הבניה לא חוסמת את הגישה לבניין, אבל אם יתנו לתובעים חלק מקביל ויבנו גם בצד השני של השביל, אז הגישה לבניין תהיה מצומצמת בצורה

¹⁵ כך כתב הרשב"א (חלק א סימן תתק"א): "דכל שיחלק ואינו ראוי לתשמישו - אין בו דין חלוקה".

¹⁶ כך כתב הנימוקי יוסף (מסכת בבא בתרא דף ח עמוד א) בשם הרא"ה: "ואין צריך לומר שיש להם לחלוק בענין שיש לו דרך שלא יפרח באויר, או שיקחנו במאה מנה, או שיצטרך לבנותו. והא דאמרין אין להם דרך זה על זה? בשהיה לו דרך ממקום אחר או שנתרצו לחלוק כן. וכן הסכים הרא"ש ז"ל ושאר רבותינו ז"ל".



משמעותית. וכך נלמד השולחן ערוך (בסימן קעא סעיף יז): "לא נאמר דין גוד או אגוד בד' אמות של פירוק משא, ולא במה שצריכים ליציאה וביאה".

הנתיבות (שם בס"ק לב) כתב: במקרים בהם השותפים לא יכולים לכפות על חלוקת השותפות, הם גם לא יכולים לבקש חלוקת גוד או אגוד, "מטעם דיכול כל אחד לומר מזלא דבי תרי עדיף, דגוד או איגוד מטעם חלוקה הוא, וכל שאינו יכול לחלוק - אינו יכול לטעון גוד או איגוד".

ד. **שלא יהיה הפסד לאחד מהשותפים יותר מחומש** - כתב הרמ"א (בסימן קעא סעיף ה) בשם תרומת הדשן (סימן שלו):

וכן אם רוצים לחלוק בית שיש בו דין חלוקה, והבית יהיה נפסד ונגרע - אין יכול לכופ חבירו, כל שנראה לבית דין שההפסד יותר מחומש.

כלומר שותף לא רשאי לכפות על חלוקת השותפות, כאשר החלוקה עלולה לגרום להפסד של חומש, היינו הפסד של 20% משווי הנכס ומעלה (תרומת הדשן הוכיח דין זה מדברי הגמ', כמבואר בנספח ב'). ככל ויש ספק בדבר ניתן לבחון זאת באמצעות שמאי ובינתיים למנוע את החלוקה עד לבחינה מדוקדקת האם לא ייגרם הפסד בעקבות החלוקה.

הפתחי תשובה (בסימן קעא ס"ק ג) כתב, שהחתם סופר (חו"מ סימן יב) חלק על תרומת הדשן **ביושרים**, שניתן לחלוק גם אם יהיה הפסד הגדול מחומש, כי ירושה עומדת לחלוקה, ולכן נחשב כאילו ההפסד כבר כלול בחלוקה. אומנם **שותפים** שהשתמשו בנכס והשתתפו מתוך כוונה שלא לחלק - לא ניתן לכפות על חלוקתה ככל ויש הפסד מעל חומש כדברי תרומת הדשן.

אומנם **מהרש"ך** (ח"ב סימן קכב) חלק על תרומת הדשן, ולדעתו ניתן לכפות על חלוקה גם בהפסד הגדול משות, ורק אם החלוקה יגרם הפסד מוחלט (כגון בחצית הבגד לשניים) - ניתן למנוע את החלוקה (מובא בכנסת הגדולה הגהות טור חושן משפט סימן קלח).

כאמור **הרמ"א** פסק כדעת תרומת הדשן וכך גם פסקו **הלבוש** (בסימן קעא סעיף ה), **החתם סופר** בנוגע לשותפים, **מהר"א ששון** (שו"ת תורת אמת סימן פא), **מהרי"א עניזל** (סימן סג), ו**מהרש"ם** (חלק א סימן ח), כמובא ב**פתחי חושן** (שותפים ומצרנות פרק ו הערה יב). **החזון איש** (ב"ב סימן ז ס"ק ח) אומנם דחה את הוכחת תרומת הדשן מהגמ', אך הסכים לדין זה מסברא: "ומיהו עיקר הדין, דע"י הפסד - אין כופין לחלוק קיים מסברא".

הנצחת המצב הקיים עלולה לגרום לתובעת נזק בכך שהיא לא תוכל לקבל אישור מהעירייה לבנייה חוקית מצידה, שהרי התנאי המקדמי יהיה לפרק את כל המבנים שנבנו בצורה לא חוקית, ולא יהיה מי שיכפה על הצדדים לפרק בנייה זו.

הפתחי חושן (שותפים ומצרנות פרק ד סעיף ו) הביא שתי דעות האם ניתן לכפות על חלוקת החצר. אך גם הפוסקים שהתירו הסכימו שמדובר בתנאי שאין כל פגיעה לשאר השותפים שמתנגדים לכך, כגון בהוצאת מרפסת באוויר. כאמור לעיל יש פגיעה משמעותית לתובעת ולכן לא ניתן לכפות עליה חלוקה שכזו. הפתחי חושן (הערה ט) כתב בשם שו"ת משכנות ישראל (סימן ט):

מסתברא שעפ"י **חוק בתים משותפים**, אין אחד יכול לכופ לחלוק השטח המשותף לחלקים קטנים, שבדרך כלל מיועד המגרש והשטח שמסביב לבנין למעבר או לגינת נוי, ובכה"ג פשוט שאין יכולים לכופ לחלוק שיתבטל כל המגרש והגינה.

בבניית תב"ע יש אפשרות לבנות בניין גדול ששווה פי כמה וכמה יותר מאשר המבנה והיחידות הקיימות, כך שחלוקת החצר - עלולה למנוע את אישור התב"ע, ובכך יתכן וייגרם הפסד גדול לתובעת, שהרי בכדי לקבל אישור



תב"ע יש לפרק את כל המבנים שאינם חוקיים, כך שיתכן והנצחת המבנים תגרום לנזק בקידום תב"ע חדשה. ובמצב של הפסד גדול - ניתן למנוע את חלוקת החצר.