

# בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

הוא מביא את המעשה הזה  
לפנינו כדוגמה לדרך  
הנכונה.

חוק המקרקעין, התשכ"ט-1979, פרק ד

### בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

21. (א) הקים אדם מבנה או נטע נטיעות (להלן – הקמת מחוברים) במקרקעין של חברו בלי שהיה זכאי לכך על פי דין או לפי הסכם עם בעל המקרקעין, הברירה בידי בעל המקרקעין לקיים את המחברים בידו או לדרוש ממי שהקים אותם (להלן – המקים) שיסלקם ויחזיר את המקרקעים לקדמותם.

ברירת בעל  
המקרקעין

(ב) בחר בעל המקרקעין לקיים את המחברים בידו, עליו לשלם למקים את השקעתו בשעת הקמתם או את שוויים בשעת השימוש בברירה לפי סעיף קטן (א), לפי הפחות יותר.

(ג) דרש בעל המקרקעין סילוק המחברים והמקים לא סילקם תוך זמן סביר, רשאי בעל המקרקעין לסלקם על חשבון המקים.

(ד) סולקו המחברים, יעבור מה שסולק לבעלותו של המקים; סילקם בעל המקרקעין, רשאי הוא להיפרע מהם על חשבון המגיע לו בעד הסילוק.

22. לא בחר בעל המקרקעין באחת הדרכים האמורות בסעיף 21(א) תוך ששה חדשים לאחר שקיבל מהמקים דרישה בכתב לבחור, יראו אותו כמי שבחר לקיים את המחברים בידו.

ביצוע הברירה

23. (א) הוקמו המחברים במקרקעין לא-מוסדרים, זכאי המקים לרכוש את המקרקעין במחיר שווים בלי המחברים, בשעת תשלום המחיר, אם נתמלאו שלושה אלה:

זכות המקים  
לרכישת  
המקרקעין

(1) המקים סבר בתום לב בשעת הקמת המחברים כי הוא בעל המקרקעים;

(2) הסכום שהשקיע המקים במחברים עלה, בשעת הקמתם, על שוויים של המקרקעים בלי המחברים באותה שעה;

(3) רכישת המקרקעין על ידי המקים אינה עלולה לגרום לבעל המקרקעין נזק חמור שאין בתשלום שווים כדי לפצותו עליו.

(ב) ההוצאות הקשורות ברכישת המקרקעין לפי סעיף זה – לרבות

כל מס, אגרה ותשלום חובה אחר המשתלמים אגב העברת מקרקעין, אך למעט תשלום המגיע בעד תקופה שלפני הקמת המחברים – יחולו, על אף האמור בכל דין, על המקים.

(ג) זכויות המקים לפי סעיף זה עדיפות על זכויות בעל המקרקעין לפי

סעיף 21.

## התוכן

24. בית המשפט ראשי, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות הענין, לחייב את המקיים לשלם לבעל המקרקעין שכר ראוי כער התקופה שבה החזיק המקיים במחוברים שלא כדין. תשלום כער שימוש
25. בית המשפט ראשי להתיר לבעל המקרקעין לשלם למקיים את השקעתו או את שווי המחוברים בשיעורים וכתנאים שיקבע בית המשפט, לרבות ריבית והבטחת התשלום; והוא הדין בסכומים המגיעים לבעל המקרקעין לפי סעיפים 23 או 24. תנאי תשלום
26. חובות שבעל המקרקעין והמקיים חבים זה לזה לפי פרק זה ניתנים לקיזוז. קיזוז

## התוכן

מבוא 163

סעיף 21(א): הבררה 164

א. המקיים - "הקים אדם" 164

ב. המחוברים - "מבנה או... נטיעות" 166

ג. היעדר זכות שכדין - "בלי שהיה זכאי לכך על פי

דין" 167

ד. ברת הסילוק - "הברירה בידי בעל המקרקעין" 168

1. מבוא 168

2. ברת בעל המקרקעין 168

3. ברת המקיים 170

ה. סיכום 173

סעיף 21(ב): התשלום 173

א. מבוא 173

1. סוגי התשלומים 173

2. העיקרון המנחה 176

ב. גובה התשלום 177

ג. סיכום 180

סעיף 21(ג): סילוק על חשבון המקיים 181

סעיף 21(ד): הבעלות במחוברים שסולקו 182

סעיף 22: כיצוע הבררה 182

סעיף 23: זכות המקיים לרכישת המקרקעין 183

סעיף 24: תשלום כער שימוש 184

סעיף 25: תנאי התשלום 185

סעיף 26: קיזוז 186

## מבוא

פרק ד לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, עוסק במי שבנה או נטע במקרקעי הזולת (בלשון החוק – "מקיט מחוברים"), בלא שהיה זכאי לכך על פי דין, או על פי הסכם עם בעל המקרקעין.

על פי החוק, הכלל הוא, שהבררה בידי בעל המקרקעין: רצה, דורש מן המקיט, שיסלק את המחוברים, ויחזיר את המקרקעין לקדמותם; רצה, מקיים את המחוברים בידו, ומשלם למקיט את השקעתו (חומרים ושכר עבודה), או את שווי המחוברים, הכול לפי הפחות (סעיף 21(ב)).

במשפט העברי ידועה סוגיה זו כדין "היורד לשדה חברו ונטעה [או זרעה, או בנאה] שלא ברשות"<sup>1</sup>. עקרונית יש דמיון בין ההסדר על פי חוק המקרקעין ובין הלכות המשפט העברי בסוגיה זו. השאיפה בחוק היא: "לאזן במידת האפשר את זכות הבעלים על הקרקע והמחברים בה, ואת חובת הבעלים שלא להתעשר על חשבון הזולת"<sup>2</sup>. איזון זה מונח גם ביסוד ההלכה במשפט העברי.

עם זאת, יש הבדל יסודי בין שתי השיטות בגישתן לנושא. הבדל זה נובע מן השוני בגישה לבעלות על המחברים בחוק ובמשפט העברי. על פי החוק: "הבעלות בקרקע חלה גם על הכנוי והנטוע עליה ועל כל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע... ואין נפקא מינה אם המחברים ניבנו, ניטעו או חוברו בידי בעל המקרקעין או בידי אדם אחר"<sup>3</sup>. החוק, המעניק לבעל המקרקעין את הזכות לסלק את המחברים, עושה כן אף על פי שהמחברים הם בבעלותו המלאה. כלומר, בעל המקרקעין רשאי לתבוע את סילוק המחברים שלו, ממי שהקימם בלא רשותו<sup>4</sup>. כמו כן, אם בעל המקרקעין בוחר להשאיר את המחברים, החוק מחייב אותו בתשלום שווים של המחברים בשעת השימוש בבררה או בתשלום השקעותיו של המקיט בשעת הקמתם. כלומר, שעת ההקמה אינה מכריעה תמיד, זאת על אף העובדה, שעל פי החוק, שעת הרכישה היא שעת ההקמה, ולא שעת השימוש בבררה. מסתבר אפוא, שקביעת החוק נגזרת משיקולים של מדיניות משפטית – שיקולי "צדק", והרצון למנוע התערבות ברכושו של הזולת – ולא משיקולים משפטיים, שכן מבחינה משפטית, בעל המקרקעין הוא גם בעל המחברים; ואילולי ההסדר

<sup>1</sup> בכא מציעא קא ע"א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף א.

<sup>2</sup> ע.א. 557, 596/76, כישור בע"מ נגד טאובה ואח', פ"ד לב(3) 713, בעמ' 717 ג, מפי השופט ח' כהן.

<sup>3</sup> סעיף 12 לחוק המקרקעין.

<sup>4</sup> מכאן הצורך שראה המחוקק בסעיף 21(ג), המעניק לבעל המקרקעין זכות לסלק את המחברים על חשבון המקיט. זכות זו אינה כלולה בסעיפים 17-18, שהחוק קובע בהם את זכויותיו של בעל המקרקעין לסלק הפרעה לשימושו במקרקעין. ראה בהרחבה, להלן, הערה 115.

## חוק המקרקעין, פרק ד: בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

המיוחד של הסעיף, הוא לא היה יכול לתבוע מהמקים לסלקם, והשעה המכריעה לקביעת התשלום תמורתם, הייתה תמיד שעת ההקמה.

לעומת החוק, לפי המשפט העברי, המקרקעין יכולים להיות של ראובן, והאילן הנטוע בהן או הבית הבנוי עליהן של שמעון, וכן יכול להיות, שהבית שייך לאחד, והעלייה הבנויה על גביו לאחר. בהמשך דיוננו נראה, שקביעותיו של המשפט העברי בסוגיית "היורד לשדה חברו" נגזרות משיקולים משפטיים, הנובעים מזכויות בעל המקרקעין והמקים בקרקע ובמחוברים, וכן מדיני הנזיקין.

שיקולים אלה הם המנחים את המשפט העברי בבואו להבחין בין שדה העשויה ליטע ובניין המועיל והראוי להיבנות כמנהג אותו מקום, לבין שדה שאינה עשויה ליטע ובניין שאינו מועיל וראוי, כאמור<sup>5</sup>.

שיקולים אלה עומדים גם ברקע הבחנות נוספות, המיוסדות על בחינת כוונותיו של המקים בשעת ההקמה. דינו של מי שהתכוון לגזול את המקרקעין אינו כדין מי שפעל לטובת בעל המקרקעין, ודינו של זה אינו כדינו של מי שטעה וסבר, שהקרקע שלו, ובנה עליה, או נטעה (כגון: יורש שלא ידע בקיומו של יורש אחר; או קונה בתום לב, שהוברר למפרע, שלא קנה; או טעות במדידה, וכיו"ב). הבחנות אלו הן חשובות, הן לעניין זכות הבררה והן לקביעת התשלום שיחויב בו בעל המקרקעין, אם בחר לקיים את המחוברים.

בהמשך נפרט את השלכותיהן של הבחנות אלו, ונראה שהמשפט העברי מציג גישה עקבית, שתוכל להנחות את בתי המשפט בבואם לעסוק במלאכת הפרשנות של סעיפי החוק.

הדיון להלן מהווה פיתוח ופירוט של העקרונות שנקבעו בסוגיה זו, בדיוננו על סעיף 1(ב) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, כשעסקנו שם בזכייה ביזמת המזכה. אכן, הקמת מחוברים בקרקע הזולת, אינה אלא אופן מיוחד של "מזכה".

### סעיף 21(א)

#### הבררה

#### א. המקים – "הקים אדם"

חוק המקרקעין אינו מתייחס למניעיו של המקים כלל. דין אחד לכל מקים, יהיו מניעיו אשר יהיו. לעומת זאת, המשפט העברי רואה חשיבות רבה בשאלת המניע. לדוגמה, דינו של מי שפלש לקרקע חברו, והקים עליה בניין במטרה לגזול ממנו את רכושו, שונה מדין מי שפעל לתועלת בעל המקרקעין, או מדין מי שהקים את המחוברים בחשבו בתום לב, שהקרקע שלו.

עקרונית, השאלה הבסיסית שיש לענות עליה היא: האם הייתה כוונת המקים לפעול לתועלת בעל המקרקעין, מתוך כוונה לקבל תמורה עבור פעולתו? או שמא, המקים לא

<sup>5</sup> כבא מציעא קא ע"א; שולחן ערוך, חר"מ, סימן שעה, סעיף א.

## סעיף 21(א): הבררה

התכוון להועיל לבעל המקרקעין כלל<sup>6</sup>? לשאלה זו יש חשיבות רבה לעניין זכות הבררה של המקים; כשכוונת המקים להועיל לבעל המקרקעין, הוא אינו יכול לסלק את המחוברים בלא הסכמת הבעלים. מאידך גיסא, אם לא פעל המקים לתועלת בעל המקרקעין, ולא מתוך כוונה להעביר אליו את הבעלות על המחוברים, בעל המקרקעין לא היה יכול לרכוש את הבעלות על המחוברים, ולכן, מבחינה זו, בעל המקרקעין והמקים יכולים, כל אחד, לדרוש את סילוק המחוברים<sup>7</sup>.

במשפט העברי יש התייחסות לשישה סוגי מקימים<sup>8</sup>, שלעניין כוונת המקים, אפשר לחלק אותם לשתי קבוצות:

א. המקים נחשב כמי שפעל לתועלת בעל המקרקעין.

(1) המקים נטע או בנה מתוך כוונה להועיל לבעל המקרקעין<sup>9</sup>.

(2) המקים רכש את המקרקעין, והקים עליהם את המחוברים בתום לב, ולאחר מכן התבטלה העסקה למפרע. כאן, קיימת הנחה, שהתכוון המקים, שאם תבטל העסקה, הקמת המחוברים היא לתועלת בעל המקרקעין – המוכר<sup>10</sup>. הנחה זו מיוסדת על העובדה, שעל פי דיני המכר, המוכר חייב לשלם לרוכש את מלוא שווי המחוברים שיקים, אם תבטל העסקה. היות ומובטח פיצוי מלא למקים, ברור שכוונתו להשאיר את המחוברים לתועלת המוכר, אם תבטל העסקה<sup>11</sup>.

(3) המקים רכש את המקרקעין, והקים עליהם את המחוברים בתום לב, אך לאחר מכן התברר, שהמקרקעין גזולים, והוא נאלץ להשיבם לבעלים. במקרה זה, כמו במקרה הקודם, מניחים שהתכוון המקים להעביר את המחוברים לבעל המקרקעין, אם יתברר שהקרקע גזולה<sup>12</sup>. גם כאן, הנחה זו מיוסדת על העובדה, שעל פי דיני המכר, המוכר חייב לשלם לרוכש את מלוא שווי המחוברים שיקים, אם יתברר שהמקרקעין גזולים. היות ולמקים מובטח פיצוי מלא, ברור שכוונתו להשאיר את המחוברים לתועלת מי שהוא בעל המקרקעין.

<sup>6</sup> חידושי הרמב"ן, בבא מציעא מ ע"א, ד"ה ואי; נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק ג, כ"ב ע"ב בדפי הרי"ף; בית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ג; ש"ך, חו"מ, סימן שצא, ס"ק ב: "שמתכוון להשביח"; נתיבות המשפט, סימן יז, ס"ק א; שם, סימן קה, ס"ק ו; שם, סימן קנח, ס"ק ח; שם, סימן קסד, ס"ק יא; שם, סימן רלו, ס"ק ז.

<sup>7</sup> בית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז; שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן ח.

<sup>8</sup> לא כללנו ברשימה זו את דינו של מי שהקים מחוברים על מקרקעין משועבדים שרכש, על אף הרחבת הדיון בשאלה זו במשפט העברי (שולחן ערוך, חו"מ, סימן קטו). זאת, משום שבשעת הקמת המחוברים הם הוקמו על המקרקעין של המקים, ולא במקרקעי הזולת (נתיבות המשפט, סימן קטו, ס"ק ד; לעניין אפודתיקי נחלקו הפוסקים. וראה: ש"ך, חו"מ, סימן קטו, ס"ק כו).

<sup>9</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה.

<sup>10</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יד; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן שעה, הגהות הטור, אות י. שו"ת מהר"א ששן (תורת אמת), סימן קיז, מובא בנתיבות המשפט, סימן רלה, ס"ק טז. לדינו של מי שהקים מחוברים במקרקעין החוזרים ביוכל, עיין ברמב"ם, הלכות שמיטה ויובל, פרק יא, הלכה ח.

<sup>11</sup> ראה להלן, הערה 12.

<sup>12</sup> כך ניתן להסיק מדברי נתיבות המשפט, סימן קטו, ס"ק ד, הכותב שהמקים מחוברים על מקרקעין משועבדים, רשאי לסלקם, מכיוון שהמקרקעין היו שלו בשעת הקמתם. מכאן, שהמקים מחוברים על מקרקעין גזולים (וכן המקים על מקרקעין שרכש, ולאחר מכן התבטלה העסקה), אינו רשאי לסלקם, מכיוון שבשעה זו הם של הבעלים. מסקנה זו ניתן להבינה רק אם מניחים, שבמקרים אלה, המקים נחשב כמי שפעל לתועלת בעל המקרקעין.

## חוק המקרקעין, פרק ד: בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

ב. המקים לא פעל לתועלת בעל המקרקעין<sup>13</sup>.

(1) המקים הוא גולן קרקעות<sup>14</sup>.

(2) המקים הוא יורש, שלא ידע על קיומם של יורשים אחרים<sup>15</sup>.

(3) המקים טעה במדידותיו<sup>16</sup>.

נציין כבר עתה, כי לשאלת כוונת המקים, יש חשיבות מכרעת לא רק לעניין הבררה, אלא גם לעניין גובה התשלום, במקרה של קיום המחוברים<sup>17</sup>.

### ב. המחוברים – "מבנה או... נטיעות"

החוק מתייחס לשני סוגי מחוברים, בניינים ונטיעות, אך ההסדר הקבוע בחוק אינו מבדיל ביניהם. במשפט העברי, בחינת סוגי המחוברים חשובה משום כמה טעמים ויש לה כמה פנים. כבר הזכרנו במבוא, שבמשפט העברי הבעלות על המחוברים אינה נגזרת בהכרח אחר הבעלות על המקרקעין. מכאן נובע, שאפשר שגם המקים זכאי לסלק את המחוברים שלו מן המקרקעין. אולם, זכות זו אינה קיימת, אלא אם כן לא היה בהקמתם של המחוברים וכקיומם, וגם אין בסילוקם, משום נזק לבעל המקרקעין<sup>18</sup>. לדוגמה, נטיעות שכבר ינקו מהקרקע והכחישוה, אסור למקים לסלקן, בכל מקרה<sup>19</sup>. לעומת זאת, מבנים שאין להם יסודות התקועים בקרקע, ואשר סילוקם לא יגרום נזק לקרקע, דינם שונה<sup>20</sup>. זהו פן אחד.

הפן השני של בחינת המחוברים נוגע למידת ההתאמה בין המחוברים שהוקמו לבין המקרקעין שהוקמו עליהם המחוברים. מידת ההתאמה משפיעה גם היא על זכות הסילוק, הן

<sup>13</sup> דוגמה פשוטה למי שפעל שלא לתועלת בעל המקרקעין: מי שהקים מחוברים לשימושו הזמני במקרקעין של חברו. במקרה זה, המקים זכאי לסלקם, אף בלא אישור בעל המקרקעין. ראה: שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן ח.

<sup>14</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סמן שעב, סעיף ג.

<sup>15</sup> נתיבות המשפט, סימן רפז, ס"ק ו, כותב: "לא זכו היתומים כהאילנות והבנין, עד שיתוודע להם, וזכה להם חצרם". כך הוא מסיק מתוך השוואת דין יורש שנטע במקרקעי היתומים האחרים לדינו של בעל המקרקעין, הזוכה באבדה שנפלה לרשותו. מדבריו מוכת, שאין מניחים קיום כוונה להקנות את המחוברים בשעת הקמתם לבעל המקרקעין. דינו של היורש שטעה מוכא בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רפז, סעיף ג. חוק המקרקעין מסדיר את הקמת המחוברים במקרקעין משותפים, בסעיפים 46-48 לחוק.

<sup>16</sup> רמ"א, חו"מ, סימן שס, סעיף א. להלן נראה, שדינו כדין גולן.

<sup>17</sup> גם מקים, שנטע בשדה העשויה ליטע, לא יקבל יותר מהחזר הוצאותיו, אם לא התכוון להעביר את המחוברים לבעל המקרקעין תמורת תשלום מלא. ראה: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא מ ע"א, ד"ה ואי; גימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק ג, כב ע"ב בדפי הרי"ף, וראה להלן, ליד ציון הערה 82.

<sup>18</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ב; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שעה, סעיף יד; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רמא.

<sup>19</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ב. הראב"ד, בהשגותיו על הרמב"ם, הלכות גולה ואבדה, פרק י, הלכה ה, אוסר עקירת נטיעות בארץ ישראל, מטעם יישוב ארץ ישראל, גם אם שני הצדדים מסכימים לעקירתם. דעתו של הראב"ד לא נתקבלה להלכה, אף על פי שבטור חו"מ, סימן קעה, סעיף מג, ובשולחן ערוך, חו"מ, סימן קעה, סעיף כו, מוכאת דעת הרא"ש (בבא מציעא, פרק ט, סימן לג), שיש בנטיעת עצים יותר יישוב ארץ ישראל מבהקמת בתים. הן בסוגיית בבא מציעא קא ע"ב, והן בדברי הראשונים, אין התייחסות לאיסור השחתת עצי פרי (דברים כ, יט); ועיין ט"ז, יורה דעה, סימן קיז, ס"ק ד, המסיק: "שכל שיש לו הנאה מרובה בהשחתה, אין כאן איסור בל תשחית". לכן, אם המקים רוצה להסיר את הנטיעות, משום שכדאי לו להסירם ולא למכרם לבעל המקרקעין בפחות משוויים, אין בהסרתם משום "בל תשחית".

<sup>20</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ו.

## סעיף 21(א): הכררה

זו של המקיים והן זו של בעל המקרקעין. נהוג לסווג את המחוברים לשלוש קבוצות, לפי מידת התאמתם למקרקעין:

א. מחוברים שאין בהקמתם משום ניצול יעיל של המקרקעין – היינו, שאינם מתאימים כלל<sup>21</sup>.

ב. מחוברים שיש בהקמתם ניצול יעיל של המקרקעין, אלא שאינה הניצול הסביר היחיד – היינו, שיש התאמה אך היא אינה בלעדית<sup>22</sup>.

ג. מחוברים שהקמתם היא הניצול הסביר היחיד של המקרקעין – היינו, יש התאמה מוחלטת ובלעדית<sup>23</sup>. לדוגמה, אם קיבל בעל מקרקעין אישור ממשלתי להקים במקרקעין בניין רק על פי תכנית מסוימת, תהיה הקמת הבניין, על פי תכנית זו, הניצול הסביר היחיד של המקרקעין.

נציין, שהבחנות אלו חשובות לא רק לעניין בררת הסילוק, אלא גם לעניין גובה התשלום שעל בעל המקרקעין לשלם למקיים תמורת המחוברים, כאשר אין סילוק.

ג. היעדר זכות שבדין – "בלי שהיה זכאי לכך על פי דין"

עקרונית, גם לפי המשפט העברי, המקיים מחוברים במקרקעי חברו, "בלי שהיה זכאי לכך על פי דין או לפי הסכם", אינו יכול לכפות על בעל המקרקעין את רכישת המחוברים שהקים. אולם, לפעמים רואים את המקיים בלא זכות כאילו הקים במעין רשות הבעלים. לדוגמה, אדם שקנה מקרקעין מחברו, והקים עליהם מחוברים בתום לב<sup>24</sup>, ולאחר מכן התברר, שכטלה המכירה למפרע, דינו כדין מי שהקים מחוברים במקרקעין של הזולת, ברשות בעל המקרקעין<sup>25</sup>. במקרה זה, בעל המקרקעין אינו זכאי לתבוע את סילוק המחוברים, מכיוון שלעניין זה, הקמתם כאילו הייתה ברשות<sup>26</sup>. הוא הדין גם ביורש שלא ידע על קיומם של יורשים אחרים<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> וכלשון התלמוד, בבא מציעא קא ע"א: נטע "בשדה שאינה עשויה ליטע".

<sup>22</sup> וכלשון התלמוד, בבא מציעא קא ע"א: נטע "בשדה העשויה ליטע". מפרשי התלמוד והפוסקים קובעים, שבכגון זה, מתקבלת תביעת סילוק בעל המקרקעין, משום שלפעמים, כתום לב, הוא מעדיף ניצול פחות יעיל, "לפי שיכול לומר: לדידי נחא לי טפי בשדה לבן". ראה: רא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כב; בית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף א; סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק יג; נתיבות המשפט, סימן שעה, ס"ק ג. מכאן משמע, שהמקרה של הנוטע "בשדה העשויה ליטע", הוא מקרה שבו פעולת המקיים לא הייתה הניצול הסביר היחיד של המקרקעין, ומכאן קבוצה שנייה זו.

<sup>23</sup> הרא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כג, קובע שבמקרה זה, אם יתבע בעל המקרקעין להסיר את המחוברים, "ודאי תואנה הוא מבקש", ומכאן קבוצה שלישית זו.

<sup>24</sup> הצורך "בתום לב" עולה מדברי כנסת הגדולה, חו"מ, סימן שעה, הגהות הטור, אות י, הקובע שיש לראות במקיים מי שפעל ברשות, רק אם הוקמו המחוברים קודם שיצא קול ערעור, שהמקח בטל.

<sup>25</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערה 10, שם דגנו במקרה זה מההיבט של כוונת המקיים. לעומת הדין כאן, יש לציין, שאם מדובר במקיים שהקים מחוברים במקרקעין גזולים בטעות, אף שהמקיים נחשב כמי שפעל לתועלת בעל המקרקעין (ראה לעיל, ליד ציון הערה 12), לא רואים בו מי שפעל ברשות. ראה: ריצב"ש, המובא בשיטה מקובצת לבבא מציעא טו ע"א, ד"ה הא. כך עולה גם מלשון הסמ"ע, חו"מ, סימן שס, ס"ק ו. משום כך, במקרה מעין זה, בעל המקרקעין יהיה רשאי לתבוע את סילוק המחוברים, ראה הערה 26.

<sup>26</sup> בכל מקרה שאנו רואים בו את המקיים כמי שפעל ברשות, אין זכות לבעל המקרקעין לתבוע את סילוק המחוברים. ראה: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא טו ע"א, ד"ה תדע; נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק א, ח ע"א בדפי הרי"ף, בשם הרמב"ן.

<sup>27</sup> במקרה זה דגנו לעיל, ליד ציון הערה 15, מההיבט של כוונת המקיים. נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק ג, כב ע"ב

## חוק המקרקעין, פרק ד: בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

ד. בררת הסילוק – "הברירה בידי בעל המקרקעין"

1. מבוא

לעיל ראינו, שעל פי המשפט העברי, בעל המקרקעין אינו האדם היחיד הזכאי לדרוש את סילוק המחוברים, ושלפעמים גם המקים רשאי לעשות זאת. ראינו גם, שבעל המקרקעין אינו רשאי לדרוש את הסילוק תמיד, ושלפעמים הוא חייב לקיים את המחוברים. הצגנו את הגורמים השונים שיש להתחשב בהם בשאלת בררת הסילוק. גורמים אלה מסתכמים בארבע השאלות הבאות:

- א. מה הייתה כוונת המקים בשעת ההקמה – האם פעל לתועלת בעל המקרקעין או לא?
  - ב. האם המקים נחשב כמי שפעל שלא ברשות? או שמא, הוא נחשב כמי שפעל ברשות?
  - ג. האם יש בהקמת המחוברים, בקיומם, או בסילוקם, משום נזק לבעל המקרקעין?
  - ד. מהי מידת התאמת המחוברים שהוקמו למקרקעין?
- להלן נפרט את משמעותם המשפטית של גורמים אלה.

2. בררת בעל המקרקעין

כעיקרון עומדת לבעל המקרקעין זכות לרלק את המחוברים, "שאם לא נן, נמצא אדם כופה לעשות שדה וגינה חצרו ובתים"<sup>28</sup>. אולם, כבר צוין במבוא, שלעומת החוק, המעניק בכל מקרה לבעל המקרקעין את הזכות הכלעדית לדרוש את סילוק המחוברים, במשפט העברי הדין מורכב יותר, ולפעמים בעל המקרקעין מנוע מלדרוש את סילוק המחוברים. זהו הדין כשמתקיים אחד משני התנאים האלה: הבעלות על המחוברים עברה לבעל המקרקעין עם הקמתם; המקים נחשב כמי שפעל ברשות. להלן נבאר מתי מתקיימים התנאים האמורים.

א. כאמור, בעל המקרקעין מנוע מלסלק את המחוברים, כשהמחוברים שהוקמו על אדמתו עברו לבעלותו עם הקמתם, שכן אם הוא בעל המחוברים, מאיזה נימוק ידרוש מהמקים לסלק את רכושו שלו? לאמיתו של דבר, מצב זה של רכישה אוטומאטית של המחוברים הוא נדיר, ואינו מתקיים אלא כשמתקיימים שלושת התנאים הבאים: המקים פעל לתועלת בעל המקרקעין מתוך כוונה להעביר אליו את הבעלות על המחוברים (זהו, כאמור לעיל, התנאי הראשון להעברת הבעלות מהמקים לבעל המקרקעין<sup>29</sup>); יש התאמה מוחלטת ובלעדית בין המחוברים שהוקמו למקרקעין; בעל המקרקעין יכול לשלם תמורת המחוברים "ללא קיפוח פרנסתו"<sup>30</sup>.

משמעותם של שני התנאים האחרונים היא, שבעל המקרקעין יהיה יוזם בעצמו את הקמת המחוברים אילולי פעולת המקים, שכן המחוברים נחוצים לו, ויש לו היכולת הכספית לשלם

כדפי הרי"ף, מסביר: "כיון דאית ליה חלק בגוף הקרקע, חשבינן לזה כיוור ברשות". הסברו של המגיד משנה, הלכות נחלות, פרק ט, הלכה ד, הוא: "דשמא אם היה יודע, היה מחזיק בחלקו בלבד, וכשאר היה יורד כאריס". דינו של מקים שלא ידע על קיומם של יורשים אחרים שהם קטנים, וכן דינו של מקים שידע על קיומו של יורש אחר, שלא בא ליטול את ירושתו, הוא שונה. ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפז.

<sup>28</sup> תלמידי הרשב"א, בבית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ב.

<sup>29</sup> שו"ת אבני נור, חו"מ, סימן ח.

<sup>30</sup> רא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כג. נראה שיש לראות בחיוב בעל המקרקעין בתשלום משום "קיפוח פרנסתו", אם על פי סדר עדיפויות סביר, ייתכן שלא היה מקים מחוברים אלה, גם אם מבחינה כספית יש בידו היכולת להקימם. עיין דברינו להלן, על סעיף 22.

## סעיף 21(א): הבררה

למקום כעדם. אם בעל המקרקעין תובע בכל זאת את סילוק המחוברים, "אז, ודאי תואנה הוא מבקש להפסיד לבעל הבנין ואין שומעין לו"<sup>31</sup>. כאשר שלושת התנאים האלה מתקיימים, רואים את בעל המקרקעין כאילו ביקש להקים את המחוברים; המקום פעל לתועלת בעל המקרקעין ובכוונה להעביר את המחוברים לבעלותו<sup>32</sup>. התוצאה היא, שבעל המקרקעין רוכש את המחוברים מכוח מעין חוזה. אין צורך לומר, שכמקרה זה, גם המקום מנוע מלסלק את המחוברים שהקים<sup>33</sup>.

ב. יש ובעל המקרקעין מנוע מלדרוש את סילוקם של המחוברים שהוקמו על אדמתו, אף על פי, שלא עברו המחוברים לבעלותו. זהו המצב כאשר המקום נחשב כמי שפעל ברשות.

כבר אמרנו לעיל, שדינו של המקום כדין מי שפעל ברשות בשני מקרים: המקום קנה את המקרקעין, והקים את המחוברים בתום לב, ולאחר מכן התכטלה העסקה<sup>34</sup>; המקום הוא יורש, שלא ידע על קיומם של יורשים נוספים בשעת הקמת המחוברים<sup>35</sup>.

ג. "נתיבות המשפט" מגביל את זכותו של בעל המקרקעין לתבוע את סילוק המחוברים למקרים שהמקום יכול להוציא את המחוברים בעין, בלי לקלקלם בשעת הסרתם. כשאין המקום יכול לסלקם בלי לקלקלם, על בעל המקרקעין לשלם למקום בעד הקמתם<sup>36</sup>. לדעתו, בהקמת המחוברים, נוצרה כעין שותפות בין בעל המקרקעין לבין המקום במקרקעין ובמחוברים כאחת. בעל המקרקעין רשאי לרכוש את המחוברים, או לפרק את השותפות, כשהוא מחזיר למקום את חלקו. אפשר לפרק את השותפות בצורה זו, רק אם המקום יכול לזכות שוב במחוברים, שהם חלקו בשותפות המתפרקת.

אולם, יש לציין, שכאשר זו היא הסיבה שבגללה בעל המקרקעין אינו זכאי לתבוע את סילוק המחוברים, עומדת בפניו הבררה: לשלם למקום עבור המחוברים, או למכור את המקרקעין למקום בעל כורחו<sup>37</sup>. אם אין למקום כסף לרכוש את המקרקעין, הוא יכול לתבוע מבית הדין למכור את המקרקעין יחד עם המחוברים ולחלק את התמורה. באופן

<sup>31</sup> רא"ש, שם. ייתכן שאמדו חכמים את דעת בעל המקרקעין, וקבעו שתביעתו לסלק את המחוברים נובעת מרצונו לרכוש את המחוברים במחיר מוזל, ו"להפסיד לבעל בנין". אולם נראה, שגם אם יש לבעל המקרקעין סיבה, שלא לרכוש את המחוברים מהמקום, כגון שהוא שונאו, אין הוא זכאי לגרום הפסד למקום, כיוון שהיה רוכש מחוברים זהים ממקום אחר. השווה לדברי הנימוקי יוסף לבבא מציעא, פרק א, ח ע"א בדפי הרי"ף, ולנתיבות המשפט, סימן שו, ס"ק ז; וסימן שעה, ס"ק ב.

<sup>32</sup> סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק יד (מצוין בפנים, כתנאי ראשון).

<sup>33</sup> רמ"א, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז.

<sup>34</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערה 25.

<sup>35</sup> ראה לעיל, הערה 27, פירוש נימוקי יוסף ומגיד משנה.

<sup>36</sup> נתיבות המשפט, סימן שו, ס"ק ז; וסימן שעה, ס"ק ב. נראה שהתשלום שישלם בעל המקרקעין במקרה זה יהיה נחון לשיקול דעת בית הדין, בדומה למה שכותב החזון איש (ראה להלן, הערה 39). אין להשוות דינו של המקום לדינו של קבלן, ששינה מהוראות מעסיקו, ש"ידו על התחתונה" (עניין זה נידון בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שו, סעיף ג). שם, מכיוון שביקש ממנו לעשות פעולה שונה בתכלית, ברור שהמעסיק לא רצה בפעולת הקבלן.

<sup>37</sup> לכוש עיר שושן, סימן שעה, סעיף ו, דן באופן שבעל המקרקעין אינו יכול לדרוש את סילוק המחוברים, אך אינו מפרט. נראה שאין כוונתו למקרה שגילה בעל המקרקעין, בין בדיבור בין במעשה, שרצונו לרכוש את המחוברים, שהרי במקרה זה רכש את המחוברים, ושוב אינו זכאי לתבוע את סילוקם. ראה: ערוך השולחן, סימן שעה, סעיף יד.

### חוק המקרקעין, פרק ד: בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

זה: בעל המקרקעין מקבל את ערך המקרקעין בלא המחוברים, והמקיים מקבל את הנותר. רכישת המקרקעין על ידי המקיים (או מכירת המקרקעין על ידי בית הדין), היא כעין סילוק המחוברים, שכן נותרים לבעל המקרקעין המקרקעין בלא המחוברים<sup>38</sup>.  
ה"חזון איש" חולק על "נתיבות המשפט", ופוסק, שבעל המקרקעין רשאי לסלק את המחוברים, גם אם אין אפשרות שיוסרו ויישארו תקינים, כפי שהיו בעת שהוקמו<sup>39</sup>.  
על פי מה שראינו לעיל, עולה שכאשר לא זכה בעל המקרקעין בבעלות על המחוברים, והמקיים לא פעל במעין רשות, בעל המקרקעין זכאי לדרוש מהמקיים לסלק את המחוברים. נעבור עתה לשאלת בררת המקיים.

#### 3. בררת המקיים

כאמור, החוק נותן את הבררה לבעל המקרקעין בלעדית; בעל המקרקעין יקבע אם לקיים את המחוברים או לדרוש את סילוקם. אם החליט לקיימם, אין המקיים רשאי לסלקם. לעומת זאת, המשפט העברי<sup>40</sup> מכיר גם בזכותו של המקיים לסלק את המחוברים שלא ברצון בעל המקרקעין, כל זמן שהמחוברים נמצאים כבעלותו. אולם, יש והבעלות על המחוברים עוברת לבעל המקרקעין עם הקמתם; במקרה זה מסכים המשפט העברי, שהמקיים אינו רשאי לסלק את המחוברים שהקים. לזה יש להוסיף, שאם גרמו המחוברים בהקמתם – או יגרמו בסילוקם – נזק לבעל המקרקעין, גם אז לא יוכל המקיים לסלק אותם, אף כשהם עדיין בבעלותו. להלן נפרט את המקרים שבהם מנוע המקיים מלסלק את המחוברים:

<sup>38</sup> קצות החושן, סימן שו, ס"ק ו. קצות החושן מנמק על פי עיקרון זה את שיטת הראב"ד, לפיה בעל צמר זכאי למכור את הצמר לצָבֵע (שצבע אותו בלא רשותו) בעל כורחו: "הוה ליה כמו בשדה שאינו עשוי ליטע, דאומר לו: טול עצין ואבניך". יש לציין, שבעל המקרקעין זכאי אך ורק לשווי המקרקעין קודם השבחתם. חלקו של בעל המקרקעין במכלול המקרקעין והמחוברים אמנם גדול מסכום זה, שכן שווי המקרקעין המושבחים גדול משווי המקרקעין והמחוברים לחוד, ואמנם ההפרש שייך בחלקו לבעל המקרקעין (עיין: חידושי ר' עקיבא איגר, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז), אולם בעל המקרקעין רשאי לתבוע רק את ערך המקרקעין לפני הקמת המחוברים, משום שדין תביעת סילוק שונה מדין פירוק שותפות. בעל מקרקעין יכול לחייב את המקיים לרכוש את המקרקעין (ראה לעיל בטקסט), ובכך עדיפה זכותו על זכות השותף. שותף המבקש לפרק את השותפות, אינו זכאי לחייב את שותפו לרכוש את חלקו בשותפות (אלא הוא מוכרח להציע לו לקנות ממנו את חלקו. ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קצא, סעיף ו, וסעיף יח). זכות זו עומדת לבעל המקרקעין, משום שהיא מקבילה לזכותו לתבוע את סילוק המחוברים בניגוד לרצונו של המקיים, כשהדבר אפשרי. כשניתן לסלק את המחוברים באופן פיזי, חוזר המצב לקדמותו, ובעל המקרקעין נותר עם המקרקעין שלו כפי שהיו קודם הקמת המחוברים. גם כש"סילוק" המחוברים נעשה על ידי רכישת המקרקעין על ידי המקיים, בעל המקרקעין אינו זוכה ליותר משווים קודם הקמת המחוברים. כלומר, תביעת הסילוק, המחייבת את המקיים לרכוש את המקרקעין, מתקבלת רק משום שיש בה ויתור על כל יתרון הנובע מהקמת המחוברים – היינו, תביעה להתחזר את המצב לקדמותו.

<sup>39</sup> חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כב, סעיף ו; חזון איש, חו"מ, בבא בתרא, סימן כ, סעיף ו. החזון איש קובע, שאם השכית אדם את רכוש חברו באופן שאי אפשר לסלק את השבח כלל, והזוכה טוען, שאין לו הנאה סובייקטיבית ממנו, ושהיה דורש את סילוקו, אילו היה הדבר אפשרי, על בית הדין להכריע, אם אכן לא נהנה. וראה להלן, בדברינו על סעיף 25.

<sup>40</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ו. פרידמן כמאמרו, "בניה במקרקעי הזולת, עקרונות פרשנות ודיני עשיית עושר ולא במשפט", עיוני משפט ז (תשל"ט) 711, דן במקיים שמכר את זכויותיו במחוברים שהקים במקרקעין בלתי מוסדרים. במשפט העברי, אפשרות זו קיימת בכל המקרים שבהם לא רכש בעל המקרקעין את המחוברים.

## סעיף 21(א): הבררה

א. המקים אינו רשאי לסלק את המחוברים שהקים במקרקעין של חברו, בלא אישור בעל המקרקעין לסלקם, אם הכחישו המחוברים שהקים את המקרקעין<sup>41</sup>. לדוגמה, אדם שנטע נטיעות, והשרישו בקרקע<sup>42</sup>, אינו רשאי לסלקן בלא אישור בעל המקרקעין<sup>43</sup>, ש"כבר הכחישו הנטיעות את השדה, שינקו ממנה"<sup>44</sup>. הלכה זו חלה על כל סוג של מחוברים שקלקלו את המקרקעין בהקמתם ובקיומם, כגון בניין שיסודותיו תקועים בקרקע<sup>45</sup>, או מחוברים שסילוקם יגרום נזק למקרקעין<sup>46</sup>. לעומת זאת, אדם שהקים במקרקעין של חברו בית בלא יסודות, רשאי לסלק את הבית בלא אישור בעל המקרקעין<sup>47</sup>.

ב. גם אם אין בהקמתם או בסילוקם של המחוברים משום נזק למקרקעין, אין המקים רשאי לסלקם, אם על פי דין רכש אותם בעל המקרקעין בהקמתם<sup>48</sup>; אם בעל המקרקעין הוא בעל המחוברים, מכוח איזו זכות יוכל המקים לסלקם? נבדוק, אם כן, באלו נסיבות הדין רואה את בעל המקרקעין, כאילו רכש את המחוברים בשעת הקמתם.

אם הוקמו המחוברים בכוונה להועיל לבעל המקרקעין, והקמתם הייתה הניצול הסביר היחיד של המקרקעין (ויש לבעל המקרקעין יכולת לשלם תמורת המחוברים), ראינו לעיל, שקנה בעל המקרקעין את המחוברים בעת הקמתם, ולכן המקים אינו יכול לסלקם<sup>48</sup> (במקרה זה גם בעל המקרקעין אינו רשאי לדרוש סילוקם, כפי שראינו לעיל<sup>49</sup>).

המשפט העברי<sup>50</sup> רואה את בעל המקרקעין כאילו רכש את המחוברים בשעת הקמתם, גם אם אין במחוברים משום הניצול היחיד של המקרקעין, בהתקיים שלושת התנאים האלה: המחוברים הוקמו לתועלת בעל המקרקעין; קיימת סבירות שבעל המקרקעין מעוניין בקיום המחוברים; בגלל סוג המחוברים, אם יסכים בעל המקרקעין לקיומם, יתחייב בתשלום שווים במחירי השוק. לכן, אם הקמת המחוברים היא ניצול יעיל של המקרקעין, ואפילו אם אינה הניצול הסביר היחיד, אין המקים רשאי לסלק את המחוברים בלא אישור בעל המקרקעין. הסיבה לכך היא, שמתקיימים כאן שלושת התנאים: המקים פעל "על דעת שיזכה חברו"<sup>51</sup> בבעלות המחוברים; יש אפשרות שיסכים בעל המקרקעין להשארת המחוברים, מכיוון שהם ניצול יעיל של המקרקעין; אם יסכים בעל המקרקעין להשאיר את המחוברים, המקים יזכה בתשלום מלא<sup>52</sup>, "ואם כן, כל זמן שלא אמר: איני רוצה בו, אין הלה יכול לחזור בו, שהרי חצרו קנתה לו מיד"<sup>53</sup>.

<sup>41</sup> ראה לעיל, הערות 21-22.

<sup>42</sup> נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק ח, נח ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה משום כחשא דארעא.

<sup>43</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ב.

<sup>44</sup> רש"י, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה משום כחשא דארעא.

<sup>45</sup> ערוך השולחן, חו"מ, סימן שעה, סעיף יד.

<sup>46</sup> שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רמא. עיין: סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ה.

<sup>47</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ו.

<sup>48</sup> ראה בהרחבה בדברינו, לעיל, ליד ציון הערה 29. וראה: רמ"א, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז.

<sup>49</sup> סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ד.

<sup>50</sup> תלמידי הרשב"א, בבית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שעה, ס"ק יז; שו"ת אבני

נזר, חו"מ, סימן ח; נתיבות המשפט, סימן קטו, ס"ק ד. דעות אלו חולקות על דעת הרשב"א, המובאת בבית

יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז.

<sup>51</sup> תלמידי הרשב"א, שם.

<sup>52</sup> ראה להלן, דברינו על סעיף 21(ב). <sup>53</sup> תלמידי הרשב"א, שם.

## חוק המקרקעין, פרק ד: בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

אולם, אם הקמת המחוברים אינה ניצול יעיל של המקרקעין, אין אפשרות שייחשב בעל המקרקעין כמי שרכש את המחוברים בשעת הקמתם. במקרה זה לא מתקיימים שני התנאים האחרונים, שמנינו לעיל: אין מניחים שבעל המקרקעין מעוניין בהשארת המחוברים, משום שאינם ניצול יעיל של המקרקעין; וכמו כן, גם אם יסכים בעל המקרקעין לקיימם, הוא לא יתחייב בתשלום בגובה שווים המלא של המחוברים. לכן, המקים רשאי לסלק את המחוברים, למרות הסכמת בעל המקרקעין לקיימם. אולם, אם יציע בעל המקרקעין למקים לשלם את שוויים של המחוברים בשוק, אין המקים רשאי לסלק את המחוברים, שהרי הוקמו מתוך כוונה להעבירם לבעל המקרקעין, עבור התשלום המוצע לו. במקרה זה, לא רכש בעל המקרקעין את המחוברים משעת הקמתם, כי אם משעת הסכמתו לשלם עבורם – "אם בעל הקרקע היה מקדים לו דמיו לא מצי תו למימר [=שוב אינו יכול לומר]: עצי ואבני אני נוטל, דכיון שעל דעת ליטול מבעל הקרקע בנה... כיון שנתרצה, זכתה לו חצרו, ושוב אין הלה יכול לחזור בו"<sup>54</sup>.

נדגיש שוב, שכל האמור לעיל, נכון בתנאי שפעל המקים לתועלת בעל המקרקעין. לעומת זאת, אם הוקמו המחוברים שלא לשם תועלת בעל המקרקעין, המקים רשאי לסלקם, כל זמן שאין בסילוקם משום נזק למקרקעין.

לכן, אדם שהקים מחוברים במקרקעין שגזל<sup>55</sup>, או יורש שלא ידע על קיומם של יורשים אחרים, והקים מתוך טעות מחוברים במקרקעין שאינם שלו בלבד<sup>56</sup>, או מקים שטעה במדידותיו<sup>57</sup>, רשאים לסלק את המחוברים, שהקימו בלא אישור בעל המקרקעין, וזאת אף כשיש התאמה מוחלטת בין המחוברים למקרקעין. כאמור, יוכל הסילוק להתבצע בתנאי שלא היה בקיומם ואין בסילוקם משום נזק למקרקעין.

לעומתם, המקים מחוברים במקרקעין גזולים, שרכש מהגזול<sup>58</sup>, או מקים שקנה את המקרקעין בתום לב, ולאחר מכן התבטלה העסקה<sup>59</sup>, אינם זכאים לסלק את המחוברים בלא

<sup>54</sup> רשב"א, בבית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז; גם אם הוקמו מחוברים שאינם הניצול הרווחי ביותר של המקרקעין, מניחים שפעל המקים לתועלת בעל המקרקעין, ושלא התכוון לגזול את המקרקעין ואת הפירות. וזה לשון הריב"ש: "אין גזולן אלא המחזיק בקרקע חבירו, ואומר שהיא שלו, ותולש ואוכל" (שו"ת ריב"ש, סימן תקטו). עיין: שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן ח, המקשה על שיטת הרשב"א מדיני קניין; וראה: נימוקי יוסף, כבא בתרא, פרק א, ג ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה אבל למעלה מד' אמות אין מחייבין אותו. ועיין: שולחן ערוך, חו"מ, סימן צה, סעיף א; וקצות החושן, שם, ס"ק ג, לעניין רכישת בית בקניין חצר. דעת השולחן ערוך, חו"מ, סימן ר, סעיף א – שלא כדעת הרמ"א שם – היא, שחצר שאינה משתמרת לדעת הלוקח, אינה מזכה את בעל החצר במיטלטלין שהמוכר מכניס לתוכה. אולם בדיון בעניין הקמת מחוברים במקרקעי הזולת, הפוסקים אינם מבחינים בין חצר המשתמרת לדעת הלוקח לבין חצר אחרת (עיין: בית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז, כדעות הרשב"א ותלמידיו; ונתיבות המשפט, סימן רפז, ס"ק ו). נראה שהמחוברים מטבעם הם כשמורים, לעניין קניין חצר.

<sup>55</sup> דינו של הגזולן עולה מתוך דברי השולחן ערוך, חו"מ, סימן שעב, סעיף ג, כשהוא דן כזכות הפיצוי של הגזולן: ידו של הגזולן "על התחונה", דהיינו גם אם נטע כשדה העשויה ליטע, הוא זכאי להתזר הוצאותיו בלבד, זאת על פי הכלל שנקבע ברמב"ן לבבא מציעא מ ע"א, ד"ה ואי, שרק מי שהקים מחוברים לתועלת בעל המקרקעין, זכאי לתשלום הגבוה מהוצאותיו. אולם, מכיוון שלא התכוון להעביר את המחוברים לבעלים, ההגבלות על הסרתם (המוכרות בבית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז), אינן חלות עליו.

<sup>56</sup> ראה לעיל, הערה 15.

<sup>57</sup> ראה לעיל, הערה 16.

<sup>58</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערה 12.

<sup>59</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערה 10.

## סעיף 21(א): הבררה

אישור בעל המקרקעין, שהרי, כפי שראינו לעיל, במקרים אלה המקיים נחשב כמי שפעל לתועלת בעל המקרקעין, מכיוון שבהסכם רכישת המקרקעין מובטח לו פיצוי מלא עליהם, אם יתברר שהמקח בטל<sup>60</sup>.

על פי מה שראינו, עולה שתעמוד למקיים זכות לסלק את המחוברים, אם יתקיימו שני התנאים הבאים כאחת: לא היה בהקמתם ובקיומם, ואין בסילוקם של המחוברים משום נזק למקרקעין<sup>61</sup>; לא זכה בעל המקרקעין בבעלות על המחוברים<sup>62</sup>.

כמו שראינו לעיל, התנאי השני מתקיים תמיד, כשפעל המקיים שלא לתועלת בעל המקרקעין. אבל, אם פעל לתועלתו, ההלכה תלויה בשאלת התאמת המחוברים למקרקעין, ובשאלת נכונות בעל המקרקעין לשלם תמורת המחוברים: אם יש התאמה מוחלטת ובלעדית של המחוברים למקרקעין, המקיים מנוע מלסלקם; אם יש התאמה, אף על פי שאינה התאמה בלעדית, המקיים אינו רשאי לסלק אלא לאחר שסירב בעל המקרקעין לשלם לו תמורה מלאה עבור הקמת המחוברים; אם אין התאמה כלל, הוא רשאי לסלק את המחוברים, אלא אם כן הציע לו בעל המקרקעין תמורה מלאה על הקמת המחוברים.

## ה. סיכום

חוק המקרקעין מעניק לבעל המקרקעין זכות בלתי מוגבלת להחליט אם להשאיר את המחוברים, או לסלקם. לעומת זאת, המשפט העברי מגביל זכות זאת, והוא מתחשב במניעיו של המקיים בהקמת המחוברים וכמידת התאמת המחוברים למקרקעין. החוק גם אינו מעניק כל זכות למקיים. על פי המשפט העברי, יש והמקיים זכאי אף הוא לסלק את המחוברים, גם כנגד רצונו של בעל המקרקעין.

המשפט העברי מעניק, במקרים מיוחדים, כוח לבעל המקרקעין לדרוש מהמקיים, שירכוש את המקרקעין בעל כורחו<sup>63</sup>. אפשרות זו אינה קיימת בחוק.

## סעיף 21(ב)

## התשלום

## א. מבוא

## 1. סוגי התשלומים

החוק קובע, שאם "בחר בעל המקרקעין לקיים את המחוברים בידו, עליו לשלם למקיים את השקעתו בשעת הקמתם או את שוויים בשעת השימוש בברירה... לפי הפחות יותר".

<sup>60</sup> מתוך השוואה למקרקעין משועבדים, ועל פי הסברו של נתיבות המשפט, סימן קטו, ס"ק ד. ראה לעיל, הערה 12.

<sup>61</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף כ; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שעה, סעיף יד; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רמא.

<sup>62</sup> כפי שציינו במבוא, לעולם תנאי זה אינו מתקיים על פי חוק המקרקעין, הקובע כעיקרון בסיסי, שבעל המקרקעין זוכה במחוברים בעת הקמתם.

<sup>63</sup> ראה לעיל, הערה 37.

### חוק המקרקעין, פרק ד: בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

במלים אחרות, בעיקרון החוק מכיר בשני סוגי תשלום: האחד מוגדר כהשקעה שהשקיע המקים בשעת ההקמה, שהיא כוללת, כפי הנראה, את הוצאותיו ושכר עבודתו<sup>64</sup>; והשני הוא שוויים של המחזורים (כשעת השימוש בבררה). החוק קובע, שבעל המקרקעין יהיה חייב בסכום הפחות שבהם.

המשפט העברי מכיר אף הוא בשתי אפשרויות תשלום אלה, אולם הוא אינו מקבל את העיקרון, שבעל המקרקעין משלם תמיד את התשלום הפחות יותר. לפני שניגש לעיקרון המנחה במשפט העברי בסוגיה זו, נגדיר את אפשרויות התשלום השונות באופן יותר מדויק. הגדרות אלה יקלו עלינו את המשך הדיון.

כאמור, אחת מאפשרויות התשלום היא החזר הוצאותיו של המקים; הוצאות אלה כוללות הן את החומרים והוצאות אחרות, והן את שכר עבודתו של המקים כפועל שכיר<sup>65</sup>, אולם "ידו [של המקים הזכאי להחזר הוצאותיו] על התחונה"<sup>66</sup>. כלומר, התשלום שהוא יזכה בו, לא יעלה על עליית ערך המקרקעין, הבאה בעקבות הקמת המחזורים (להלן – עליית ערך הקרקע), שכן לא יעלה על הדעת לחייב את בעל המקרקעין לשלם יותר ממה שקיבל בפועל. לכן, אם המקים זכאי להחזר הוצאותיו מבעל המקרקעין, יהיה זה רק עד שיעור העלייה בערך המקרקעין. אם עלייה זו פחותה מהוצאות המקים, המקים זכאי לתשלום ערך העלייה בלבד<sup>67</sup>. תשלום זה נקרא במקורות: "הוצאות, שיעור שבח"<sup>68</sup>.

אפשרות התשלום השנייה היא, שיחויב בעל המקרקעין לשלם את ערך ההנאה הסובייקטיבית שנגרמה לו בעקבות ההקמה. גם תשלום זה מוגבל, וככל מקרה, לא ישלם בעל המקרקעין יותר משווי המחזורים בשוק<sup>69</sup>. שווי המחזורים, ובלשון המקורות "השבח"<sup>70</sup>, הוא הסכום הפחות מבין שני אלה: מחיר קבלן, דהיינו הסכום שהיה נדרש

<sup>64</sup> השווה לשימוש המחוקק כמונחים "השקעותיו" ו"הוצאותיו", בחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979. חוק זה נוקט בסעיף 3 בלשון "השקעה" ובסעיף 5 בלשון "הוצאות". בכך הקפיד המחוקק ללכת בעקבות המשפט העברי, שגם הוא מאפשר לזוכה בנסיכות של סעיף 3 לנכות את הוצאותיו ואת שכר עבודתו, ואילו בנסיכות של סעיף 5 מחייב את הניצול בפיצוי המציל על הוצאותיו בלבד, ולא על שכר טרחתו, הנחשב לשכר מצווה. ראה דברינו על סעיף 5(א), פרק שלישי, עמ' 125.

<sup>65</sup> רש"י, בבא מציעא קז ע"ב, ד"ה אם השבח; גימקי יוסף, בבא מציעא, פרק ג, כב ע"ב בדפי הרי"ף; ש"ך, חו"מ, סימן שו, ס"ק ה.

<sup>66</sup> בבא מציעא קא ע"א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף א.

<sup>67</sup> רש"י, בבא מציעא קא ע"א, ד"ה ידו על התחונה; סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ב.

<sup>68</sup> ראה לדוגמה, טור חו"מ, סימן שעה, סעיף ב. להגדרת המונח "שבח", ראה להלן, הערה 70.

<sup>69</sup> ובלשון התלמוד: "אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זה לנטעה" (בבא מציעא קא ע"א); שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף א; שם, רמ"א, סעיף ד, על פי פירוש ערוך השולחן, חו"מ, סימן שעה, סעיף ח.

<sup>70</sup> משנה, בבא קמא ט, ד; ק ע"ב; תוספתא, בבא קמא י, ג, וראה מנחת ביכורים על התוספתא, ד"ה ידו על העליונה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ד; סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שו, סעיף ג. המלה "שבח" פירושה: כלל העלייה בערך המקרקעין, או הסכום שהיה נדרש לשלם לקבלן להקמת המחזורים, לפי הפחות יותר. בחו"מ, סימן שו, סעיף ג, כותב השולחן ערוך: "ואם ההוצאה יתירה על השבח, נותן לו את השבח בלבד", ועיין בסמ"ע, שם, ס"ק ט, שהכוונה במלה "שבח" לכלל העלייה בערך הצמר. פירוש המלה "שבח" בשולחן ערוך, סימן שעה, סעיף ד, שונה: "אם השבח יתירה על ההוצאה, נוטל השבח". הסמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ח, מסביר: "רוצה לומר, שנוטל בשבח כשאר שתלי העיר". וכן בגר"א, חו"מ, סימן שעה, ס"ק י: "כמו שכתוב שם (בבא מציעא קא ע"א), אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה". ההסבר לכך שיש למלה "שבח" שני פירושים הוא, שבעל המקרקעין חייב לשלם את הנאתו; הנאה זו היא הסכום שהיה צריך לשלם לקבלן להשגת הזכייה: "אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה".

## סעיף 21(ב): התשלום

לשלם בעל המקרקעין, אילו הזמין מראש את הקמת המחוברים אצל קבלן<sup>71</sup> (סכום זה גבוה תמיד מהוצאותיו של המקים, שכן התעריף שגובה קבלן, המתחייב לספק את המוצר כשהוא מוגמר, עולה על תעריפו של פועל שכיר, שאינו מתחייב כן<sup>72</sup>); עליית ערך המקרקעין<sup>73</sup> (שכן שווי המחוברים לבעל המקרקעין אינו עולה על הרווח שהיה לו מהקמתם. יש להניח, שלרוב, עליית ערך המקרקעין תהיה גבוהה ממחיר הקבלן).

בדרך כלל יש זהות בין הנאתו הסובייקטיבית של בעל המקרקעין לבין שוויים של המחוברים בשוק. אולם, במקרים מיוחדים, שמוכח בהם, שבעל המקרקעין היה יכול להקים מחוברים אלה בפחות משוויים בשוק, או שהנאתו הסובייקטיבית נמוכה משוויים בשוק<sup>74</sup>, יהיה פטור מכל תשלום שהוא מעבר להנאתו הסובייקטיבית<sup>75</sup>. מכאן, שבעל מקרקעין החייב בתשלום שווי המחוברים, אינו חייב לשלם למקים יותר משוויים של המחוברים בשעת התשלום<sup>76</sup>, או בשעה שנהנה מהם לראשונה, גם כששעת הזכייה היא שעת הקמת המחוברים<sup>77</sup>. לכן, גם אם הוקמו מחוברים שהיו הניצול הסביר היחיד של המקרקעין (שאו שעת הרכישה היא שעת ההקמה), אם נשרפו המחוברים קודם שנהנה מהם בעל המקרקעין, בעל המקרקעין פטור מכל תשלום<sup>78</sup>. מאידך גיסא, אם עלה שוויים של המחוברים לאחר הקמתם, בעל המקרקעין יהיה חייב בתשלום שוויים בשעת ההקמה בלבד, ולא יתחייב לשלם את שוויים בשעת התשלום.

גם אם העלייה בערך הנכסים גדולה מסכום זה, היו יכולים להשיג את הזכייה הזאת בסכום הנמוך מכלל העלייה. אולם כשהוצאותיו ההכרחיות של המזכה גדולות מכלל העלייה בערך נכסי הזוכה, ברור שהשכר שהיה הזוכה חייב לשלם לקבלן עבור הזכייה הוא גדול אף יותר מכלל העלייה בערך הנכסים. במקרה זה, זכאי המזכה לכלל העלייה בערך הנכסים בלבד, שהרי בפועל לא התעשר הזוכה ביותר מזה.

<sup>71</sup> ובלשון התלמוד: "אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה" (בבא מציעא קא ע"א); מנחת ביכורים על התוספתא, בבא קמא י, ג; סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ז; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שעה, ס"ק י. ראה חידושי בתרא לבבא מציעא קא ע"א, סימן קכח וסימן קל.

<sup>72</sup> ראה: ש"ך, חו"מ, סימן שו, ס"ק ה.

<sup>73</sup> סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ב; השווה לשולחן ערוך, חו"מ, סימן שו, סעיף ג.

<sup>74</sup> וכגון במקרים שעסקנו בהם לעיל, בהערה 36 ובהערה 39, שמבחינה פיזית לא ניתן לסלק את המתחברים מבלי לקלקל אותם, ובית הדין מעריך, שהנאתו של בעל המקרקעין היא פחותה ממחירם בשוק. כלומר, שמסיבות המיוחדות לו, לא היה מוכן לשלם את מחיר השוק עבור המחוברים. וראה בהערה הבאה.

<sup>75</sup> רמ"א, חו"מ, סימן שעה, סעיף ה, על פי פירוש ערוך השולחן, חו"מ, סימן שעה, סעיף ח. הנידון הוא הקמת מחוברים במקרקעין של אדם שמקצועו הקמת מחוברים מעין אלה. במקרה זה, מוכח שהנאתו מהקמתם נמוכה מהנאתו של אדם אחר, שלא היה יכול להקים לכדו את המחוברים. וראה לעיל, הערה 39, דברי "חזון איש".

<sup>76</sup> כנסת הגדולה, חו"מ, סימן שעה, הנהות הטור, אות כ: "דלא אמרינן שמשלם את היציאה, אלא כשהיציאה קיימת". שו"ת לחם רב, סימן קנו, סב ע"ב, ד"ה ומה: "כיון דבנידון דידן אין השבת בעין, נראה לי כמו שכתבת, שאין לך לשלם כלום, דדוקא כשמחזיר לו קרקע משוכת, אז הדין שישלם השבת, או ההוצאה כנגד השבת, כיון שנהנה ממנו. אבל זה לא נהנה, שהרי בשעת החזרה אין הקרקע משוכת".

<sup>77</sup> השווה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצא, סעיף כה: "ואינו משלם אלא דמי מה שנהנה בלבד". ועיין: מחזה אברהם לבבא מציעא מב ע"א, שהזוכה פטור מתשלום אף שבשעת הכנסת עלה מחיר השכר. ראה דברינו על חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, סעיף 1(א), פרק רביעי, לעיל עמ' 24.

<sup>78</sup> עיין קצות החושן, סימן קסד, ס"ק ב, בסוף דבריו, לשיטת רש"י: "דבכל זמן שאינו כופהו, ובונה משלו ונשרף, אינו צריך לשלם בעד הבית הנשרף".

## חוק המקרקעין, פרק ד: בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

מכיוון שבדרך כלל, שוויים של המחוברים וגובה הנאתו של בעל המקרקעין זהים, נשתמש בהמשך במונח שווי המחוברים כהגדרת האפשרות השנייה לתשלום<sup>79</sup>, אף שבפועל, כאמור, התשלום שיזכה בו המקים, עשוי במקרים מיוחדים להיות פחות מזה.

### 2. העיקרון המנחה

לפני שניגש לשאלת התשלום המגיע למקים, אם הוחלט להשאיר את המחוברים, נדגיש, שכאשר שני הצדדים – בעל המקרקעין והמקים – רשאים כל אחד לסלק את המחוברים או לדרוש את סילוקם, בלא הסכמת הצד השני, שאלת גובה התשלום אינה מתעוררת. אכן, במקרה זה, אין צורך בקביעה משפטית בדבר גובה התמורה שבעל המקרקעין צריך לשלם בעקבות בקשת אחד הצדדים (או שניהם) לקיים את המחוברים. הצדדים יכולים לקבוע את גובה התמורה בהסכם ביניהם. אם צד אחד אינו מרוצה מהצעת חברו, יש לו הבררה לסלק את המחוברים.

מכאן, ששאלת גובה התשלום מתעוררת, כאשר אחד הצדדים אינו רשאי לסלק את המחוברים, והצד השני אינו מנצל את זכות הסילוק שבידו (אין צריך לומר, שהבעיה קיימת, כששני הצדדים מנועים מלסלק את המחוברים).

לעניין גובה התשלום, העיקרון הבסיסי הראשון הוא, שלא יקבל המקים פחות מהחזר הוצאותיו (ולא יותר מעליית ערך הקרקע, כאמור לעיל<sup>80</sup>). גם כשאין לבעל המקרקעין כל בררה, והוא אינו רשאי לדרוש את סילוק המחוברים, הוא לא ייפטר בפחות מכן.

מתי יקבל המקים את שווי המחוברים, שזיכה בהם את בעל המקרקעין<sup>81</sup>? לשם כך צריכים להתמלא שני תנאים מצטברים: המקים התכוון להעביר לבעל המקרקעין את הבעלות על המחוברים תמורת תשלום שוויים, והוא מצפה לקבל תמורה מלאה עבור פעולתו<sup>82</sup>; אלמלא פעולת המקים בעל המקרקעין היה יוזם את הקמת המחוברים האלה. ואפשר לראות את בעל המקרקעין כאילו הזמין מראש את המחוברים אצל המקים<sup>83</sup>. רק אם יתקיימו שני התנאים האלה, יקבל המקים תשלום גבוה יותר מהוצאותיו. בהיעדר אחד מהם, הוא יאלץ להסתפק בהחזר הוצאותיו בלבד.

אולם, הפעלת העיקרון אינה קלה. לעיל ראינו<sup>84</sup>, שהמקים נחשב כמי שפעל מתוך כוונה להועיל לזוכה, גם אם לא הצהיר על כך לפני ההקמה, וכגון שרכש את המקרקעין, והקים עליהם את המחוברים, ולאחר מכן התבטלה העסקה. התשובה לשאלה: האם בעל המקרקעין היה יוזם את הזכייה? גם היא אינה פשוטה. להלן נראה, שלמידת התאמת

<sup>79</sup> בכך אנו הולכים בעקבות השולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, שנהג כך.

<sup>80</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערה 67. כאמור, אנו דנים כאן במקרים שבהם הנאתו הסובייקטיבית של בעל המקרקעין זהה לשוויים. בכל מקרה, לא ישלם סכום הגבוה מהנאתו הסובייקטיבית, גם אם היא נמוכה מהוצאות המקים.

<sup>81</sup> מובן שאין השאלה הזאת מתעוררת, אלא כששווי המחוברים גדול יותר מהוצאות המקים, אבל אם הוא נמוך מההוצאות, ראינו שאין לחייב את בעל המקרקעין לשלם יותר ממנו.

<sup>82</sup> חידושי הרמב"ן, בבא מציעא מ ע"א, ד"ה ואי; נימוקי יוסף, בבא מציעא, כב ע"ב בדפי הרי"ף; ש"ך, חו"מ, סימן קטו, ס"ק י. ועיין לעיל, הערה 6 והערה 17.

<sup>83</sup> הרא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כב; רמ"ה בטור חו"מ, סימן שעה, סעיף ב; בית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ב. המקים זכאי לתשלום כקבלן מכיוון שקיבל בעל המקרקעין מוצר מוגמר כדצונו.

<sup>84</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערה 10.

## סעיף 21(ב): התשלום

המחוברים למקרקעין, יש חשיבות מכרעת גם לעניין זה (ולא רק לעניין בררת הסילוק). כמו כן, יש חשיבות להתנהגותו של בעל המקרקעין לאחר ההקמה. בדיוננו להלן נשוב למקרים שסקרנו לעיל, כשבעל המקרקעין, או המקים, מנוע מלסלק את המחוברים, וננסה לברר את גובה התשלום שצריך בעל המקרקעין לשלם בכל מקרה ומקרה, על פי העיקרון המנחה שקבענו.

## ב. גובה התשלום

על פי העיקרון המנחה שקבענו במבוא, נוכל להסיק את גובה התשלום בכל מקרה ומקרה. אם פעל המקים שלא לתועלת בעל המקרקעין – לדוגמה, אם מדובר בגזלן קרקעות, או במקים שטעה במדידותיו, או שטעה בזיהוי השטח – ברור שהוא לא יקבל בשום מקרה יותר מן ההוצאות שהוציא, שכן אחד התנאים הצריכים להתמלא, כדי שיקבל המקים יותר מהוצאותיו הוא, שתהיה ההקמה לתועלת בעל המקרקעין.<sup>85</sup>

לצורך הדיון להלן, נניח אם כן, שפעל המקים לתועלת בעל המקרקעין במטרה לגבות ממנו תשלום תמורת ההקמה. נניח גם, שהוא מנוע מלסלק את המחוברים, כגון שיש בקיומם או בסילוקם משום נזק לבעל המקרקעין. על בסיס הנחות אלה, נבדוק באלו מקרים יזכה המקים בתשלום בגובה שווי המחוברים שהקים, ובאלו מקרים יאלץ להסתפק בהוצאותיו, אף על פי שהתכוון לגבות סכום גבוה יותר.

כאמור, אם נגיע למסקנה, שבעל המקרקעין היה יוזם בעצמו את הקמת המחוברים, הוא יצטרך לשלם למקים את שווי הנאתו, ואם לאו, הוא יפצה את המקים על הוצאותיו בלבד. השאלה היא אפוא: מתי מניחים, שבעל המקרקעין היה יוזם את הזכייה?

א. כבר ראינו לעיל<sup>86</sup>, שאם יש התאמה מוחלטת ובלעדית בין המחוברים למקרקעין, ויש לבעל המקרקעין יכולת כספית לשלם עבור הקמת המחוברים, מניחים שהוא היה יוזם את ההקמה. מכוח הנחה זו, גם בעל המקרקעין מנוע מלסלק את המחוברים, משום שרואים אותו, כאילו שרכש אותם כבר בשעת הקמתם. במקרה זה, ברור שישלם בעל המקרקעין למקים את שווי המחוברים.

ב. אם המחוברים אינם מנצלים את המקרקעין ביעילות, אין בהסכמת בעל המקרקעין להשאיר את המחוברים משום הוכחה שהוא היה יוזם את הקמת המחוברים בעצמו. לכן, מתקבלת טענתו, שהוא לא היה יוזם את הקמת המחוברים, ולא ישלם אלא את הוצאות המקים.<sup>87</sup>

ג. אם המחוברים מהווים ניצול יעיל ורווחי של המקרקעין, אף על פי שאינו הניצול הסביר היחיד שלהם, החלטת בעל המקרקעין, שלא לדרוש את סילוק המחוברים, משמשת הוכחה, שהיה יוזם את הזכייה, שהרי יכול לדרוש את סילוקה, והוא אינו עושה כן; ועוד, שהמחוברים מנצלים את רכושו ביעילות וברווחיות<sup>88</sup>. אשר על כן, ישלם בעל המקרקעין

<sup>85</sup> ראה לעיל, הערה 82.<sup>86</sup> ראה לעיל, ליד ציוני הערות 30-33.<sup>87</sup> רא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כב; טור ובית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ג; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שעה, סעיף ו; חזון איש, חו"מ, כבא בתרא, סימן ב, סעיף ד.<sup>88</sup> בית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ב.

### חוק המקרקעין, פרק ד: בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

למקים את שווי המחוברים, ולא רק ההוצאות<sup>89</sup> (נציין שבמקרה זה גם אם מדובר במחוברים שיש בקיומם או בסילוקם משום נזק לבעל המקרקעין, אם בעל המקרקעין אינו מוכן לשלם למקים את שווי המחוברים, אלא רק את הוצאותיו, הכררה ביד המקים לסלק את המחוברים שהקים. ברם, אם בעל המקרקעין מסכים לשלם למקים שווי המחוברים, וכאמור הוקמו המחוברים לתועלת בעל המקרקעין, הוא דוכש את הבעלות על המחוברים משעת הקמתם למפרע, והמקים אינו רשאי עוד לסלקם, גם אם אין בהקמתם או בסילוקם משום נזק לבעל המקרקעין)<sup>90</sup>. כשבעל המקרקעין חייב בתשלום שווי המחוברים, הזמן המכריע להערכת שוויים הוא שעת הזכייה בהם<sup>91</sup>; אבל כאן, משום שמדובר בהקמת מחוברים שהתאימו למקרקעין, שעת ההקמה היא הזמן המכריע<sup>92</sup>.

ד. מובן, שההוכחה הטובה ביותר, שבעל המקרקעין היה יוזם בעצמו את הקמת המחוברים, אלמלא עשה כן המקים, היא, כשהוא אומר זאת בפירוש. אולם, גם אם לא הודיע, שהיה יוזם את הקמתם, אם בעל המקרקעין מזדרז להודיע, לפני שנתבע, שהוא רוצה בקיום המחוברים, או שהתנהגות בעל המקרקעין, לפני שנתבע, ולפני שסוכם עם המקים על תשלום, מעידה שהוא מעוניין בקיום המחוברים, או שלאחר שתבע מהמקים את סילוקם, התנהג בדרך המעידה על רצונו בקיום המחוברים, יש בכל אלה משום הוכחה, שהוא מוכן לשלם את שוויים, משום שנוח לו בקיומם. וזה לשון הגמרא: "לסוף חזייה דגדרה, וקא מנטר לה. אמר ליה: 'גלית אדעתך דניחא לך, זיל שום ליה, וידו על העליונה'"<sup>93</sup>. כלומר, כשבעל המקרקעין מגדר ומשמר את המחוברים, רואים אותו כאילו היה יוזם בעצמו את הקמתם. השולחן ערוך<sup>94</sup>, הפוסק להלכה, שהתנהגות כזו של בעל המקרקעין, מחייבת אותו לשלם למקים, כאילו הסכים והודה, שהיה רוצה להקים אותם, אינו מבחין בין סוגי המחוברים והתאמתם למקרקעין. מכאן, שחיוב זה חל גם, כשלא נוצלו המקרקעין בדרך היעילה ביותר<sup>95</sup>. דוגמה להתנהגות המעידה על הסכמה היא, שימושו האישי של בעל המקרקעין במחוברים שהוקמו, או השכרתם לאחר<sup>96</sup>.

<sup>89</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף א.

<sup>90</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערה 50.

<sup>91</sup> ראה לעיל במבוא, עמ' 163.

<sup>92</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערה 50, וליד ציוני הערות 75-78.

<sup>93</sup> בבא מציעא קא ע"א.

<sup>94</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ג.

<sup>95</sup> ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ג, כשיטת רש"י, בבא מציעא קא ע"א, ד"ה לא בעינא; רמ"ה בטור חו"מ, סימן שעה, סעיף ב; רמב"ן, מלחמות ה' לבבא מציעא קא ע"א, נח ע"א בדפי הר"ף, ונימוקי יוסף, שם; כנגד דעתו של הרא"ש לבבא מציעא, פרק ח, סימן כג. ועיין פרישה, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ג, וסמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ז, לפירוש מיוחד בדברי הבית יוסף; מדברי הרמב"ן במלחמות ה' משתמע קצת כפירוש הפרישה. הגר"א, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ד, והש"ך, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ג, מציינים שהרא"ש והטור חולקים על הראשונים, שפסק השולחן ערוך כדעתם.

<sup>96</sup> הרשב"א, מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז; נתיבות המשפט, סימן שעה, ס"ק ג. והשווה פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, ע"א (י"ם) 5/84, פסקים תשמ"ד(ג) 432, שם נפסק, שמשנדרש המקים לעקור את נטיעותיו, ולא עשה כן, וגם הבעלים עצמם לא עקרו, אלא החלו לעבד את הפרדס, לא יהיה המקים זכאי לפיצוי כלשהוא, לא עבור הנטיעות ולא עבור הרווחים שהרוויח בעל המקרקעין. פסק זה עומד בניגוד למשפט העברי, שהיה מחייב את בעל המקרקעין לשלם בעד הנטיעות, משום שהיה יכול לעקורן על חשבון המקים, ובחר להשאירן ולהשתמש בהן.

## סעיף 21(ב): התשלום

כשהראה בעל המקרקעין, שהוא מסכים לקיום המחוברים, אם על ידי התנהגות המלמדת כן, או בהסכמה מפורשת, המכטאת שהתכוון להקים מחוברים אלה גם לולא עשה כן המקים, הוא חייב בתשלום שווי המחוברים, גם אם הוא רב יותר מהוצאותיו של המקים, אף אם הקמת המחוברים לא הייתה הניצול הרווחי ביותר של המקרקעין. הדעות נחלקו לגבי זכותו של המקים לדרוש מבעל המקרקעין את הוצאותיו, כולל שכר עבודתו כפועל שכיר, כאשר הוצאות אלה גבוהות מעליית ערך המקרקעין, שהיא, במקרה זה, שווי המחוברים בשעת ההסכמה. כלומר, השאלה היא: האם יש לראות בהסכמה לאחר ההקמה כעין הזמנה מראש, שהייתה מחייבת את בעל המקרקעין בתשלום כל הוצאותיו של המקים? דעתו של הסמ"ע היא, שהמקים זכאי להוצאות אלה, "אף על פי דלא נהנה כלום, מכל מקום, הואיל וגילה דעתו, דניחא ליה, אמרינן: אילו לא נטעה, היה הוא בעצמו נוטעה, ומוציא עליה הוצאה כזו"<sup>97</sup>. לעומתו, הגר"א מווילנא<sup>98</sup> סובר, שבעל המקרקעין פטור מתשלום שהוא גבוה מכלל העלייה בערך המקרקעין, שהיא כאמור שווי המחוברים. גילוי דעתו של בעל המקרקעין אינו יכול לחייב אותו בתשלום גבוה משווי המחוברים. יש לציין, שגם לשיטת הסמ"ע, בעל המקרקעין חייב בתשלום ההוצאות היתרות על כלל ערך ההשבחה, רק כשהן הכרחיות וקשורות בטבע המחוברים שהוקמו, שהרי נימוקו הוא, שבעל המקרקעין חייב בתשלום זה, רק משום "שהיה הוא בעצמו... מוציא עליה הוצאה כזו".

ה. שתיקת בעל המקרקעין, לאחר הקמת המחוברים, אין בה משום הסכמה לקיומם<sup>99</sup>. הדעות נחלקו בעניין משמעות שתיקתו של בעל המקרקעין בשעת הקמת המחוברים. דעה אחת היא<sup>100</sup>, ששתיקתו של בעל המקרקעין בשעת הקמת המחוברים, דינה כאילו נתן אישור מראש להקמתם, וזאת כשלא נכנס המקים למקרקעין בהסכמת בעל המקרקעין כחוכר או כדייר. במקרה של מחזיק ברשות, מתפרשת השתיקה כהסכמה לקיום המחוברים לתקופת שהייתו של המקים במקרקעין. דעת פוסקים אחרים היא<sup>101</sup>, ששתיקת בעל המקרקעין אינה מקנה למקים מעמד של "מקים ברשות". שיטה זו אינה מבחינה בין מקים שחכר את המקרקעין לבין מקים אחר, ובכל מקרה, אין לפרש את שתיקת הבעלים כהסכמה<sup>102</sup>.  
ו. אם פעל המקים בכעין רשות, הוא זכאי לתשלום בגובה שווי המחוברים. לכן, מי שבתום לב הקים מחוברים במקרקעין שרכש, ואחר כך התבטלה העסקה למפרע<sup>103</sup>, זכאי לתשלום זה, משום שרואים אותו כמי שפעל ברשות. ברם, יצוין שדינו של מקים זה אינו שווה

<sup>97</sup> פרישה, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ב; סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ז; ראה נימוקי יוסף לכבא מציעא קא ע"א, נח ע"א בדפי הרי"ף, הגדרת "אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה".

<sup>98</sup> ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ט; דעת הרא"ה, מובאת בשו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קו.

<sup>99</sup> ירושלמי, גיטין, פרק ה, הלכה ו (כט ע"ב, בדפוס ווילנא), על פי פירוש קרבן העדה, ופני משה; גם שמואל, המחייב שם את בעל המקרקעין להחליט מיד, דן רק כשהגיש המקים תביעה לפיצוי (לפירוש אחר בירושלמי, עיין בחידושי הרמב"ן לכבא מציעא קא ע"א); וראה: רשב"א, בבית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז; נתיבות המשפט, סימן שעה, ס"ק ג. למקרה שהגיש בו המקים תביעה לפיצוי, עיין להלן, בדברינו לסעיף 22.

<sup>100</sup> כנסת הגדולה, חו"מ, סימן שעה, הגהות בית יוסף, אות ה.

<sup>101</sup> שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קו; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שעה, סעיף א; המהרי"ט עצמו מסביר לשיטתו את דברי נימוקי יוסף לכבא כתרא ב ע"ב, ולכן שאלת בעל כנסת הגדולה אינה מובנת.

<sup>102</sup> השוה ע"א (חיפה) 27/85, פסקים תשמ"ו(ב) 221, בעמ' 234-235.

<sup>103</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערה 10.

### חוק המקרקעין, פרק ד: בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

לגמרי לדינו של אדם שהקים מחוברים על פי הזמנת הבעלים. אדם שהקים מחוברים על פי הזמנת הבעלים, זכאי להחזר הוצאותיו, גם כשהוצאות גדולות משווי המחברים שהקים<sup>104</sup>. מקים שרכש את המקרקעין בקניין, והתבטל הקניין לאחר מכן, אינו זכאי להחזר הוצאותיו, אם ההוצאות גדולות משווי המחברים<sup>105</sup>.

ז. בתחילת הדברים אמרנו, שכאשר פעל המקים שלא לתועלת בעל המקרקעין, לא יקבל ממנו יותר מהחזר הוצאותיו. גם כאשר המקים מוגדר כמי שפעל לתועלת בעל המקרקעין, ואף מתמלאים כל התנאים האחרים – דהיינו אף אם ברור שבעל המקרקעין היה יוזם את ההקמה – אם פעל המקים מתוך כוונה לגבות את שווי המחברים מגורם אחר, ולא מבעל המקרקעין עצמו, אמנם יקבל פיצוי מלא, אך לא יוכל לקבל מבעל המקרקעין יותר מהוצאותיו. זהו הדין באדם שהקים מחוברים על מקרקעין גזולים, שרכש מאדם אחר. אף אם יש התאמה מוחלטת ובלעדית בין המקרקעין למחברים, הוא לא יקבל מבעל המקרקעין תשלום בשיעור שווי המחברים שהוקמו<sup>106</sup>. כוונתו של המקים הייתה לגבות את שוויים של המחברים מהמוכר, ולא מבעל המקרקעין<sup>107</sup>. הוא יוכל לתבוע את הוצאותיו מהנגזל, משום שהגזולן עצמו היה זכאי לתשלום זה, אילו הוא היה מקים את המחברים, ולכן, גם למקים, שרכש את המקרקעין ממנו, יש זכות לתבוע את החזר הוצאותיו מהנגזל<sup>108</sup>. את הפרש בין שווי המחברים לבין הוצאותיו, יגבה המקים מהמוכר<sup>109</sup>.

#### ג. סיכום

לעומת החוק, הקובע תשלום אחיד לכל אדם שהקים מחוברים במקרקעין של חברו בלא רשות, מבחין המשפט העברי בכמה קטיגוריות: בין אדם שהקים את המחברים לתועלת בעל המקרקעין לבין מקים אחר; בין מחוברים המתאימים למקרקעין לבין מחוברים אחרים; ובין הסכמה המבטאת רצון להקים מחוברים אלה גם לולא פעל המקים לבין הסכמה לקיומם רק מכיוון שכבר הוקמו. על בסיס ההבחנות הללו, קובע המשפט העברי את גובה התשלום, שבעל המקרקעין חייב לשלם למקים בכל מקרה ומקרה.

ראוי לציין את גישת חוק המקרקעין, ולפיה לא יקבל המקים תמורה מלאה בערך שווי זכייתו של בעל המקרקעין עבור הקמת המחברים, גם כאשר בעל המקרקעין מודה, שהוא רצה בהקמתם, ונהנה מקיומם. לעומת זאת, קובע חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, שהזוכה חייב כתשלום מלוא שווי זכייתו למזכה, גם כשהזכיה באה ביזמת

<sup>104</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ד.

<sup>105</sup> כן נראה מדברי השולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יד: "אם השכית, נוטל שבח", שמשמע מהם, שהמשכית זכאי לפיצוי בשווי השבתתו ולא כהחזר כל הוצאותיו. השווה לסמ"ע, חו"מ, סימן קעח, ס"ק ד. אך עיין בשו"ת מהר"א ששון (תורת אמת, סימן קיז), הדין במי שרכש מקרקעין "ובנה כרצונו, ולפי מראית העין לא השכית הקרקע באותו הבנין, אלא שהוא היה חפץ לבנותה כך". הוא מכריע, שבביטול המקח, חייב המוכר לפרוע דמי "בניינו". והשווה לעיל, בקטע שלאחר ציון הערה 96.

<sup>106</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעג, סעיף א.

<sup>107</sup> רי"ף לבבא מציעא פרק א, ח ע"ב בדפי הרי"ף; גימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק ג, כב ע"ב בדפי הרי"ף. ש"ך, חו"מ, סימן קטו, ס"ק י; נתיבות המשפט, סימן קטו, ס"ק ד.

<sup>108</sup> ש"ך, חו"מ, סימן קטו, ס"ק י.

<sup>109</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעג, סעיף א.

<sup>110</sup> חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, סעיף ו(ב).

## סעיף 21(ב): התשלום

המזכה<sup>110</sup>. חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, מיוסד אף הוא על גישה זו<sup>111</sup>. בדיונונו על חוק עשיית עושר ולא במשפט ציינו, שעדיין לא הכריע המחוקק בשאלה זו<sup>112</sup>. נראה, שחוסר ההכרעה נובע מן התחושה, שמצד אחד, בעיקרון אדם חייב לשלם עבור זכייתו, ומצד שני לא ראוי, שירוויח המזכה ביזמתו מן הדבר שהוא כופה על זולתו.

נימוק אחרון זה הוא היסוד לגישת המשפט האנגלי, השולל פיצוי מ"מתנדב". כפי שכתבנו בדברינו על סעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, גם המשפט העברי שולל במקרים מסוימים, פיצוי ממזכה ביזמתו, משום ש"עשה שלא ברשות"<sup>113</sup>, אולם כשהנאתו של הזוכה היא מוחשית, ואינה ניתנת להכחשה, המזכה זכאי לפיצוי. יישום עיקרון זה במקרים של הקמת מחוברים על מקרקעי הזולת הוא, שאם הוקמו המחוברים מתוך כוונה להועיל לבעל המקרקעין, ואפשר להניח שבעל מקרקעין היה מעוניין בהקמתם, מחייב המשפט העברי, בדומה לגישתם של חוק עשיית עושר ולא במשפט וחוק המיטלטלין, את בעל המקרקעין בתמורה מלאה. במקרים אחרים יזכה המקים לתשלום נמוך יותר, בדומה לגישתו של חוק המקרקעין<sup>114</sup>. ראוי שיאמץ בית המשפט את הבחנותיו של המשפט העברי ליישוב הסתירות הקיימות בין החוקים השונים, הדנים בסוגיה זו.

## סעיף 21(ג)

## סילוק על חשבון המקים

כשלא נענה המקים לדרישות בעל המקרקעין לסלק את המחוברים, תוך זמן סביר, סעיף 21(ג) מתיר לבעל המקרקעין לסלקם בעצמו על חשבון המקים.

המחוקק נאלץ לקבוע זכות זו בסעיף מיוחד, ולא להסתפק בכללים שנקבעו בסעיפים 17 ו-18 לחוק המקרקעין – המתירים לבעל מקרקעין לסלק על חשבון מסיג הגבול, כל הפרעה או כל דבר, שיש בו משום שלילת שליטתו במקרקעין<sup>115</sup> – משום שבמקרה של הקמת מחוברים, המחוברים עברו לבעלותו של בעל המקרקעין עם הקמתם<sup>116</sup>, ולכן

<sup>110</sup> חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, סעיפים 6-4.

<sup>111</sup> שם, בדברינו על סעיף 3.

<sup>112</sup> רמב"ן, בספר התרומות, מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן קה, סעיף ח; עיין דברינו לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, סעיף 4, לעניין פורע חובו של חברו.

<sup>113</sup> גם סעיף 3 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, מיוסד על הגישה שמאמץ חוק המקרקעין. ועיין דברינו שם.

<sup>114</sup> סעיף 17 מעניק למחזיק במקרקעין זכות לדרוש "מכל מי שאין לו זכות לכך" לסלק "כל דבר שיש בו משום הפרעה [לשימוש במקרקעין]". סעיף 18(א) קובע, שהמחזיק "רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין". הזכות "להשתמש בכוח במידה סבירה" היא זכות שניתנת לבעלים להזיק למסיג גבולו גם בסכום הגבוה יותר מהסכום שהמסיג היה חייב להוציא על פי דין. מכאן, שיש לו זכות לסלק את הדברים המפריעים על חשבון בעליהם, ואפילו למכור את חלקם כדי לממן את סילוק הנתר. וראה גם סעיף 24(2) לפקודת הנויקין [נוסח חדש]; וכן הגנת הצורך שבחוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיף 22.

<sup>115</sup> ראה דברינו במבוא, לעיל, עמ' 163.

### חוק המקרקעין, פרק ד: בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

אין הם שוללים את שליטתו במקרקעין. כמו כן, גם אם הם מפריעים לשימוש, הרי הם רכוש. משום כך, סעיף 21(ג) נדרש להחיל את הזכות שנקבעה בסעיפים 17 ו-18 על דינו של מי שהקים מחוברים במקרקעי הזולת.

במבוא ראינו, שלעומת החוק, במשפט העברי המקרקעין יכולים להיות של ראובן, והאילן הנטוע בהן של שמעון. לא זו אף זו: בעל המקרקעין רשאי לתבוע את סילוק המחברים, רק אם לא עברו לבעלותו<sup>117</sup>. מכאן, שכללי המשפט העברי, המסדירים את זכויות בעל המקרקעין לסלק כל דבר שיש בו משום הסגת גבולו, חלים גם במקרה זה.

במחקר אחר בדקנו את גישת המשפט העברי לגבי זכות בעל מקרקעין לסלק מרשותו כל דבר הפוגע בשליטתו, או המסיג את גבולו, תוך השוואה להוראות חוק המקרקעין, החשכ"ט-1969, פרק ג, סימן ב (הגנת הבעלות וההחזקה), והוראות פקודת הנוזיקין. שם העלינו, שהחוק בכללותו תואם את המשפט העברי, אלא שהמשפט העברי מפרט יותר ודן בהשפעתם של גורמים, כגון: כוונת מסיג הגבול, הנזק שייגרם לו בסילוק נכסיו, והיעדר האפשרות לדרוש ממסיג הגבול את סילוקו. לדיוננו כאן די לומר, שלרוב יוכל בעל המקרקעין לסלק את המחברים על חשבון המקים, אם לא נענה המקים לפניותו לסלקם. נותרו שאלות חשובות: לגבי המקום שמותר להעבירם אליו – האם הוא רשאי לזרקם במקום הפקר? ולגבי יכלתו לסלקם – האם מותר לו לסלקם, כשלא הצליח לדרוש את סילוקם מהמקים? לתשובות לשאלות אלו ואחרות, אנו מפנים את הקורא למחקר הנוכח לעיל.

סעיף 21(ד)

### הבעלות במחברים שסולקו

הסעיף קובע, שאם "סולקו המחברים, יעבור מה שסולק לבעלותו של המקים". כפי שראינו לעיל<sup>116</sup>, לפי המשפט העברי, בעל המקרקעין רשאי לסלקם, רק אם קודם סילוקם היו של המקים.

עמדת המשפט העברי לגבי הדין המובא בסוף סעיף זה הובהרה במחקרנו על סימן ב: הגנת הבעלות וההחזקה, ובמחקרנו על פקודת הנוזיקין<sup>117</sup>.

סעיף 22

### ביצוע הבררה

סעיף 22 לחוק המקרקעין, החשכ"ט-1969, מעניק לבעל המקרקעין ארכה של שישה חודשים, לאחר שדרש ממנו המקים להחליט, אם הוא רוצה לקיים את המחברים, או שהוא דורש את סילוקם. על פי המשפט העברי<sup>118</sup>, מיד עם תביעת המקים לפיצוי, בית הדין יחייב את בעל המקרקעין לבחור, בלא דיחוי נוסף, אם לשלם למקים, או לדרוש את סילוק

<sup>117</sup> ראה דברינו על סעיף 21(ג).

<sup>118</sup> דעתו של האמורא שמואל המובאת בירושלמי, גיטין, פרק ה, הלכה ו (כט ע"ב, בדפוס ווילנא).

## סעיף 22: ביצוע הברירה

המחוברים. אולם, כל זמן שלא נתבע, אין בשתיקתו, לאחר הקמת המחוברים, משום הסכמה לקיומם בידו, והוא רשאי לדרוש את סילוקם בלא הגבלת זמן<sup>119</sup>.

## סעיף 23

## זכות המקיים לרכישת המקרקעין

סעיף 23 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, מעניק למקים, בנסיבות מסוימות, זכות לרכוש את המקרקעין כשהקים עליהם מחוברים, אם הוקמו המחוברים במקרקעין לא מוסדרים. אחד התנאים להענקת זכות זו למקים הוא, ש"המקים סבר בתום לב בשעת הקמת המחוברים כי הוא בעל המקרקעין"<sup>120</sup>.

החוק הולך בעניין זה בעקבות שיטות אחדות<sup>121</sup> במשפט העברי, הקובעות שיש למקים זכות לרכוש את המקרקעין אף בניגוד לרצון בעל המקרקעין, במקרים מיוחדים, כשהוקמו המחוברים בתום לב.

אדם שגזל מיטלטלין, פטור מלהשיבם בעין, אם השבה זו כרוכה בהפסד, וחייב רק בתשלום שוויים. היסוד לפטור זה הוא "תקנת השבים", שתיקנו חכמים, כדי להקל על גזלן המבקש לחזור בתשובה<sup>122</sup>. לעומתו, אדם שגזל קרקע, ו"בנה עליה בניינים גדולים, צריך לסתור הכל ולהשיב קרקע לבעלים, דלא עשו תקנת השבים בקרקע"<sup>123</sup>.

דעת אחד הפוסקים היא, שדינו של מי שגזל מקרקעין חמור מדינו של מי שגזל מיטלטלין, משום חומרת העברה שבגזלת מקרקעין<sup>124</sup>. לכן, מי שגזל מקרקעין של חברו בטעות וכתום לב, פטור מהשבתם בעין, מדין "תקנת השבים"<sup>125</sup>. אדם שהקים מחוברים במקרקעין של חברו מתוך טעות במדידה, כגון "שהבנאים הכניסו חצי אמה [=כעשרים וחמישה סנטימטרים] מקרקע חברו, שלא מדעתו", אינו חייב בהריסת המחוברים<sup>126</sup>.

פוסק אחר<sup>127</sup> מסביר, שדין זה תלוי בשיטות שונות בעניין השבת אבדה. יש שיטות המחייבות אדם בהשבת אבדה, גם כשהשבה זו כרוכה בהפסד נכסיו, בתנאי שבעל האבדה

<sup>119</sup> ראה לעיל, הערה 99. אם תוך תקופה זו משתמש בעל המקרקעין במחוברים, ראה לעיל, עמ' 176-179. אם משתמש בהם המקיים, ראה להלן, עמ' 184-185.

<sup>120</sup> סעיף 23(א)(1).

<sup>121</sup> שו"ת המב"ט, חלק ג, סימן קמג; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שס, סעיף ד; שער משפט, סימן שס.

<sup>122</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן שס, סעיף א.

<sup>123</sup> רמ"א, חו"מ, סימן שס, סעיף א.

<sup>124</sup> שו"ת המב"ט, חלק ג, סימן קמג. לפירושים אחרים, ראה: ט"ז, חו"מ, סימן שס, סעיף א; לבוש עיר שושן, חו"מ, סימן שס, סעיף א.

<sup>125</sup> דעתו של הסמ"ע, חו"מ, סימן שס, ס"ק ה, היא, שהחמירו עם גזלן מקרקעין, אף על פי שגזל בטעות, משום שהיה לו לדעת, שהמקרקעין של חברו, מכיוון ש"קרקע הוא דבר קבוע ועומד". אין הדבר ברור, האם לשיטתו, כשטעותו של המקיים הייתה סבירה, תיקנו חכמים "תקנת השבים" אף במקרקעין, אף שמלכתחילה תיקנו את התקנה רק במיטלטלין.

<sup>126</sup> שו"ת המב"ט, חלק ג, סימן קמג. ערוך השולחן, חו"מ, סימן שס, סעיף ד, קובע ש"תקנת השבים" חלה גם על מי שבנה בניין על מקרקעין גזולים, שרכש מהגזלן בתום לב. בחו"מ, סימן שעג, לא נראה כן, שכן נקבע שם, שהמקים שרכש מקרקעין גזולים זכאי לפיצוי מלא מהגזלן.

<sup>127</sup> שער משפט, סימן שס.

## חוק המקרקעין, פרק ד: בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

מתחייב לפצות את המשיב עבור הפסדו<sup>128</sup>. לפי שיטות אלו, בעל המקרקעין חייב להציל את המקיים מהפסד, אם המקיים מתחייב לפצותו על הפסדו, ולכן, מכיוון שהפסדו של בעל המקרקעין הוא אבדן המקרקעין שהוקמו עליהם המחוברים, בעל המקרקעין חייב למסור את המקרקעין למקיים תמורת פיצוי, כלומר הוא חייב למכור את המקרקעין למקיים. נראה שלדעת פוסק זה, כשניתן למנוע מהמקיים הפסד, אם ירכוש בעל המקרקעין את המחוברים, ואמנם בעל המקרקעין מציע לרכשם, לא יהיה המקיים זכאי לרכוש את המקרקעין בניגוד לרצון הבעלים, וזאת אף אם "הסכום שהשקיע המקיים במחוברים עלה, כשעת הקמתם, על שווים של המקרקעין בלי המחוברים באותה שעה"<sup>129</sup>. פוסקים רבים אחרים קובעים<sup>130</sup>, שהמקיים חייב לסלק את המחוברים, גם אם הוקמו כתום לב, מתוך טעות במדידה, ואינו יכול לרכוש את המקרקעין תמורת תשלום שווים, בניגוד לרצון הבעלים<sup>131</sup>.

סעיף 24

### תשלום בעד שימוש

סעיף 24 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, מעניק לביית המשפט את הסמכות "לחייב את המקיים לשלם לבעל המקרקעין שכר ראוי בעד התקופה, שהחזיק בה המקיים במחוברים שלא כדין", "אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות הענין". על פי חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, הגישה היא הפוכה, שכן הזוכה (המקיים) חייב בתשלום בעד כל הנאה שקיבל מנכסיו של בעל המקרקעין, כל זמן שלא החליט בית המשפט, שאין הצדקה לתשלום זה בנסיבות האלה<sup>132</sup>.

המשפט העברי אינו מחייב את המקיים לשלם דמי שכירות בעד ההחזקה במקרקעין גרידא, אלא בעד השימוש שעשה במקרקעין, כגון שדר בבניין שהקים<sup>133</sup>. חוב זה קיים רק כשהמקרקעין היו מיועדים להשכרה קודם להקמת הבניין, שאם לא כן, הנאת המקיים-הזוכה אינה כרוכה בחסרון בעל המקרקעין-המזכה, ועל כגון זה חל העיקרון "זה נהנה וזה לא חסר" – פטור<sup>134</sup>, המתבטא בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979.

<sup>128</sup> שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסד, סעיף ה, שלא כדעת היש חולקים, המובאים ברמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ה, ובסימן רעד, סעיף א.

<sup>129</sup> לשון סעיף 23(א)(2). במלים אחרות, אם בעל המקרקעין מציע למקיים פיצוי מלא, הרי שבניגוד להסדר הקבוע בסעיף 23, אין למקיים עדיפות על בעל המקרקעין.

<sup>130</sup> משנה למלך, הלכות גנבה, פרק י, הלכה יא, וכן נראה גם לדעת הט"ז, חו"מ, סימן שס, סעיף א; לבוש עיר שושן, סימן שס, סעיף א, ועיין לעיל, הערה 125, לדעת הסמ"ע; שער משפט, סימן שס, בדעת היש אומרים, שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסד, סעיף ה.

<sup>131</sup> עיין: שו"ת אבני נזר, אורח חיים, סימן שכה, ס"ק י; שם, ס"ק ט"ו; שם, אורח חיים, סימן מד, ס"ק ד; ספר המקנה, הלכות קידושין, סימן כח, ס"ק א.

<sup>132</sup> חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, סעיפים 2-1.

<sup>133</sup> רמ"א, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז.

<sup>134</sup> רמ"א, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז.

## סעיף 24: תשלום בעד שימוש

אם לא דר המקים בבניין שהקים, אלא השכיר אותו לאחרים, הוא יהיה חייב לשתף את בעל המקרקעין ברווחיו, גם אם המקרקעין לא היו מיועדים להשכרה<sup>134</sup>, זאת על פי העיקרון: "כיצד הלה עושה סתורה בפרתו של חברו?"<sup>135</sup>. דמי השכירות שיעביר המקים לבעל המקרקעין – הן אם השכיר את הבניין לאחרים, הן אם דר בבניין – נקבעים כחלקו של בעל המקרקעין בדמי שכירות של מכלול המקרקעין והדירה, ולא רק דמי שכירות המקרקעין. סכום זה הוא חלק דמי השכירות שהיה בעל המקרקעין מקבל, אילו הקים שותפות עם המקים להשכרת המחוברים שהקים. ברור, שסכום זה גבוה יותר משכירות המקרקעין בלא המחוברים<sup>136</sup>.

## סעיף 25

### תנאי התשלום

סעיף 25 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, משאיר את קביעת תנאי התשלום של בעל המקרקעין ושל המקים לשיקול דעתו של בית המשפט. המשפט העברי קובע, שכאשר בעל המקרקעין אינו רשאי לדרוש את סילוק המחוברים, והוא חייב בתשלום למקים, אין בעל המקרקעין חייב בתשלום מדי למקים<sup>137</sup>. מכיוון שכפי שציינו לעיל, בעל המקרקעין פטור מתשלום הגבוה מהנאתו הסובייקטיבית, מוטל על בית הדין לקבוע, תוך בדיקת מצבו הכספי של בעל המקרקעין וההנאה שהוא עשוי להפיק בפועל מהקמת המחוברים, אם תשלום חד פעמי או פריסת התשלומים, תואם יותר את ההנאה הסובייקטיבית שזכה בה<sup>138</sup>. אולם, גם אם בית הדין מחליט, שהנאתו הסובייקטיבית של בעל המקרקעין מחייבת אותו בתשלום חד פעמי מדי, אין בית הדין גובה את החוב מנכסיו בעל כורחו, מכיוון שחובת התשלום באה לו בעל כורחו<sup>139</sup>. בעל המקרקעין רשאי לדחות את התשלום, אך הוא חייב לאפשר למקים להחזיק במחוברים ולהשתמש בהם עד שעת התשלום. דעת "נתיבות

<sup>135</sup> משנה, בבא מציעא ג, ב; לה ע"ב. עיין דיונונו על חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, סעיף 2, חלק ראשון. ראה בע"א 463/79, ג'בראן נ' ג'בראן, פ"ד לו(4) 403, בעמ' 409, ומשם עולה שמסקנת בית המשפט אינה תואמת לדעת המשפט העברי.

<sup>136</sup> תירושי ר' עקיבא איגר, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז, ד"ה כל מה שנהנה, בשם הראנ"ח. אמנם, ר' עקיבא איגר מעיר על הרמ"א הדין (לפירוש של הסמ"ע, ס"ק יד) במקרה, שהוקמו בו מחוברים שהיוו את הניצול הסביב היחיד של המקרקעין, ומכאן היה מקום לתמוה: למה זכאי בעל המקרקעין לחלק מהשכירות כלבד? הרי בעל המקרקעין רכש את המחוברים בעת הקמתם. אולם, מכיוון שהשכיר המקים את הבית לאחר הקמתו, או דר בו בעצמו, מוכח שלא התכוון להעביר את הבעלות בו לבעל המקרקעין עם הקמתם; ראינו לעיל, שבהיעדר כוונה זו, הבעלות על המחוברים אינה יכולה לעבור לבעל המקרקעין. לדינו של מקים, שתבע תחילה פיצוי מבעל המקרקעין, ומשלא נענה, דר בבית שהקים, או השכירו לאחר, ראה להלן, ברברינו על סעיף 25.

<sup>137</sup> רא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כג, בשם הראב"ד: "ישב בו, עד שיתן יציאותיו". נתיבות המשפט, סימן שעה, ס"ק ג; חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כב, סעיף ו.

<sup>138</sup> חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כב, סעיף ו.

<sup>139</sup> חזון איש, חו"מ, בבא בתרא, סימן ב, סעיף ו.

## חוק המקרקעין, פרק ד: בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

המשפט" היא<sup>140</sup>, שאם בעל המקרקעין דוחה את תשלומו למקיס, ועקב כך המקיס משתמש במחוברים עד שעת התשלום, הוא רשאי לנכות סכום זה – שהוא ה"שכר הראוי" עבור השימוש במחוברים – מחובו למקיס.

לעומת זאת, לדעת "החזון איש"<sup>141</sup>, לא ינוכה סכום זה מחובו למקיס, ונימוקו הוא, שאם בעל המקרקעין מסרב בשעת התביעה לשלם למקיס את הסכום המגיע לו, הוא משעבד את המחוברים למקיס, והמקיס אינו חייב לשלם לבעל המקרקעין עבור ההנאה שהוא מפיק מהמחוברים, המשועבדים לו.

במקרים שאנו דנים בהם – כשבעל המקרקעין אינו רשאי לדרוש את סילוק המחוברים, וחייב בעל כורחו בתשלום שוויים – אם המקיס אינו מקבל את שווי המחוברים, בתנאים המקובלים על כל הקבלנים באותו מקום, הוא יהיה זכאי לסלק את המחוברים שהקיס<sup>142</sup>. לכן, אם בעל המקרקעין מבקש לדחות את התשלום מעבר למקובל, זכאי המקיס לסלק את המחוברים.

במקרים שניתנה בהם לבעל המקרקעין הבררה לתבוע את סילוק המחוברים, אך הוא החליט לקיימם, הוא יהיה חייב בתשלום מידי למקיס<sup>143</sup>.

סעיף 26

### קיזוז

סעיף 26 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, הולך בעקבות המשפט העברי<sup>144</sup>, וקובע: "חובות שבעל המקרקעין והמקיס חבים זה לזה לפי פרק זה ניתנים לקיזוז"<sup>145</sup>. ראינו לעיל, שבנסיונות מסוימות, בעל המקרקעין רשאי לשלם את חובו למקיס בתשלומים חלקיים, על ידי השארת המחוברים לשימושו של המקיס, וקיזוז חובותיו בתשלום שכר ראוי, שחב לו המקיס<sup>146</sup>.

<sup>140</sup> נתיבות המשפט, סימן שעה, ס"ק ג.

<sup>141</sup> חזון איש, חו"מ, בבא בתרא, סימן ב, סעיף ו. אמנם הסוגיה בבבא קמא כ ע"ב, בהסכירה את המשנה בבבא מציעא י, כ; קטז ע"ב, קובעת: "כית לעליה משתעבד", ובדינו של המקיס, "לא שייך טעם זה", כלשון החזון איש. אך "צריכים לומר, דבנין זה שכנה משתעבד לו עד שיוציא הוצאותיו ששקע [=שהשקיע] בבנין זה".

<sup>142</sup> כפי שראינו בדברינו על סעיף 21(א), ההנחה היא, שהמקיס מציע את המחוברים לבעל המקרקעין תמורת שוויים. אם בעל המקרקעין מוכן לשלם סכום זה, רכש את המחוברים, והמקיס אינו רשאי לסלקם. אולם, אין להניח, שהמקיס מוכן להעביר את הבעלות במחוברים, אם בעל המקרקעין אינו מסכים לשלם לו את שוויים בתנאים המקובלים בשוק.

<sup>143</sup> נתיבות המשפט, סימן שעה, ס"ק ג. אין בדבריו משום סתירה לדברי הראשונים, שהרי במקרה זה, הסכים בעל המקרקעין ברצון לקיום המחוברים.

<sup>144</sup> רמ"א, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז: "מנכין לו מהוצאותיו". וראה: חזון איש, חו"מ, בבא בתרא, סימן ב, סעיף ו.

<sup>145</sup> ראה: ע"א 664/76, פ"ד לב(1), 188, בעמ' 192; ע"א 544/81, 604, פ"ד לו(3), 518, בעמ' 521-522.

<sup>146</sup> ראה דברינו לסעיף 25.