

## סימן לט מחסום אלקטרוני בחניה משותפת

ראשי פרקים

- א. דברים שבני החצר כופין לעשות זה על זה
- ב. מנהג בני המדינה
- ג. דברים שהחצר צריכה להם צורך גדול
- ד. שותף היורד לשדה השותפות
- ה. כשמוחה השותף בהוצאה
- ו. לדידי סגי בנטירותא בר זוזא, והשתמשות במחסום

דיירים בבנין משותף החליטו ברוב דעות לעשות מחסום אלקטרוני (המופעל בשלט רחוק) בכניסה לחניה בחצר המשותפת. עלות המחסום 2700 ש"ח, ועלות כל שלט 90 ש"ח. לפי החלטת הרוב, עלות המחסום מתחלקת בין תשעת הדיירים באופן שווה (דהיינו 300 ש"ח לדייר), וכל דייר משלם ישירות עבור השלטים שהזמין (היו דיירים שהזמינו שלט אחד, והיו שהזמינו שני שלטים).

ראובן - דייר בבית המשותף - התנגד ומתנגד להקמתו של המחסום. לאור סרובו לשלם את חלקו בהוצאה, החליט ועד הבית לא לתת לו שלט שבאמצעותו ניתן לפתוח את המחסום, וראובן נאלץ להחנות את מכוניתו מחוץ לשטח החניה השייך לו.

ראובן תובע את ועד הבית שיסירו את המחסום. לטענתו המחסום הינו לחלוטין בבחינת מותרות, המגרע ואינו מועיל, וזאת עקב הטרחה לזכור לשאת עימו בכל עת את השלט האלקטרוני. לטענתו - היות והחניות הינן פרטיות (לכ"א שייכת חניה מסוימת), דייר שחפץ שהחניה ברשותו לא תהיה "הפקר", יכול לבנות בכניסה לשטח החניה הפרטית שלו עמוד מפרקי (מתקפל) (שמחירו כולל התקנה 190 ש"ח), מבלי לשתף בכח את מתנגדי המחסום בשימוש בו.

נציג ועד הבית טוען שהיות והבנין ממוקם בסימטה ליד רחוב עם פעילות מסחרית ענפה, היו מקרים בהם עוברי אורח החנו את מכוניותיהם בחנית הבנין, דבר שמנע מהדיירים מימוש זכותם לחנית רכבם. לדבריו - המחסום הראשי הינו כורח חיוני על מנת שלא תפגע זכותם של דיירי הבנין. לכן הוחלט, על דעת רוב הדיירים, לעשות מחסום אלקטרוני, שעלותו היחסית לכל דייר יקרה אך במעט מעמוד מפרקי, כשלמעשה הנוחות בשימוש בשלט, לעומת העמדה והשכבה של העמוד המפרקי לפני ואחרי כל נסיעה, מצדיקים את ההפרש הנמוך.

בתגובה לטענת הדיירים טוען ראובן, שלאחרונה אכן ארעו שני מקרים בודדים, שבעטים נולד כל הסער הגדול הזה. עיקר הבעיה נגרמת לטענתו מאורחים ומבקרים (של הדיירים עצמם) המעדיפים לחנות את רכבם בחנית הבנין, וכן בעלי מקצוע הבאים לבצע שרותים בבנין. לדבריו - במקרים אלה לא יהיה במחסום כל תשובה מעשית, מאחר והמארחים המעבידים יפתחו להם את המחסום בשלט שברשותם.

נציג ועד הבית טוען שארעו יותר משני מקרים, אך הוא מודה שמדובר במקרים בודדים ולא בתופעה, אך לדבריו המחסום יעקור מהשורש התפתחותה של תופעה.

א. דברים שבני החצר כופין לעשות זה על זה

תנן בב"ב ז, ב: כופין אותו לבנות בית שער ודלת לחצר, רשב"ג אומר, לא כל החצירות ראויות לבית שער. והרמב"ם בפ"ה מהל' שכנים ה"א, פסק וז"ל:

"חצר השותפין כל אחד מהן כופה את חבירו לעשות לה בית שער ודלת, וכן כל הדברים שהחצר צריכה להם צורך גדול או דברים שנהגו בני המדינה לעשותם. אבל שאר הדברים כגון, ציור וכיור (וסיוד - טור) וכיוצא בהן, אינו כופהו. עשה אחד מהן מעצמו, אם יגלה השני דעתו שנוח לו במה שעשה חבירו, מגלגלין עליו את הכל ונותן חלקו בהוצאה."

מדברי הרמב"ם מבואר דבני החצר יכולים לכופו זה את זה לעשות בחצר, או דברים שיש בהם צורך גדול, או שמנהג בני המדינה לעשות דברים אלו. אולם דברים שאינם צורך גדול כבית שער דמתניתין (אליבא דת"ק דפסק הרמב"ם כוותיה) ואין מנהג בני המדינה לעשותם, אין בני החצר כופין זה את זה. ומשמעות דברי הרמב"ם, דבדברים שכופין בני המבוי זה את זה, אפילו מיעוט יכול לכופו את הרוב ואפילו יחיד כופה את כולם, כיון שטענתו לעשיית הדבר צודקת, משא"כ דברים שאינם צורך ואינם מנהג, אפילו רוב מבני החצר אינם כופים את המיעוט ואפילו יהיה המיעוט דעת יחיד.

ולכאורה נראה דדברי הרמב"ם נאמרו דוקא לענין עשייה מחודשת, אך לא במציאות שבני החצר רוצים לתקן קלקול של חפץ שנעשה בעבר על דעת כולם. כן נראה מפשטות לשון הרמב"ם שכתב "לעשות", והיינו עשייה מחודשת. וטעם החילוק, שהרי הסברא לפטור את השותף - שיאמר השותף מהיכי תיתי לחייב אותי לעשות דבר שאינו צורך גדול ואינו מנהג בני המדינה. אך כאשר באים הדיירים לתקן חפץ שכבר היה קיים בחצרים והתקלקל, הרי זה כאילו הם מעיקרא חייבו את עצמם מעבר לצורך הגדול ומעבר למנהג בני המדינה, ועל דעת כן השתתפו שאם יתקלקל הדבר יתקנו בשותפות.

אציין דוגמא אחת מתוך רבות - בקניון מסחרי יש מערכת מיזוג הממזגת את כל השטח המשותף בקניון (להוציא החנויות עצמן, שכל אחת ממזגת לעצמה). מערכת המיזוג התקלקלה, ורוב בעלי החנויות מתנגדים לתיקון המערכת בטענה שניתן להפעיל קניון גם ללא מיזוג, האם בכגון זה תתקבל דעת הרוב, או שיוכל המיעוט לכופו את הרוב. מאידך - דיירי בנין משותף יחליטו ברוב דעות למזג את כל שטח חדר המדרגות. למש"כ יש לחלק בין שני המקרים. במקרה הראשון - בעלי החנויות בקניון כשקנו את החנויות ידעו ששטח הקניון ממוזג ע"י מערכת מיזוג. הם קיבלו על עצמם סטנדרט מסוים כנורמה, אף שהנורמה הזו אינה מקובלת במקומות אחרים, בשותפות זו קבלו על עצמם ואדעתא דהכי השתתפו, למרות שהדבר יכול להחשב בבחינת מותרות. מנגד - רוב דיירי הבית המשותף אינם יכולים לכופו את המיעוט לעשות דבר שהוא בבחינת מותרות, וכמש"כ הרמב"ם בדין סיוד וציור.

ואם נאמר כן בדעת הרמב"ם שיש לחלק בין עשייה מחודשת לתיקון דבר שכבר נעשה והתקלקל, א"כ גם מש"כ הרמב"ם שאין בני החצר כופין דברים שאין בהם צורך

ואינם מנהג "כגון ציור וסיוד", היינו דוקא במקום שלכתחילה לא היה המקום מסויד או מצויר, אבל חדר מדרגות מסויד והתקלקל הסיד או הצבע, יכול המיעוט לכוף את הרוב לתקן את הסיד. ברם, נראה דהיינו דוקא בקילקול ניכר שמכער את כל מראה המקום ביחס למצב ההתחלתי, אבל לא מסתבר שבגלל כתם או כתמים שאינם משנים באופן משמעותי את מראה החדר מדרגות. כמו כן לא מסתבר שיוכל הרוב לכוף את המיעוט לצבוע או לסייד אחת לתקופה קצרה, והדבר נתון לשיקול דעת של בית דין אם המצב מצריך צביעה מחודשת ומהו פרק הזמן הסביר. והכל לפי מנהג בני המדינה, וכמו שיבואר להלן בסעי' ב. אמנם בזמננו נוסף טעם לשבח שיכוף המיעוט את הרוב, מאחר ומנהג בני המדינה שחדר המדרגות לכל הפחות מסויד, יכול המיעוט לכוף את הרוב לסייד את חדר המדרגות גם כעשייה חדשה ולא רק כתיקון לדבר קיים. אלא שבמקום דהוי עשייה חדשה, אין המיעוט יכול לכוף את הרוב לצבוע מעבר לסטנדרט המינימאלי, משא"כ במקום שמבצעים תיקון, רמת הצביעה תקבע לפי הסטנדרט שהיה בזמן הבניה, וכמש"כ לעיל.

#### ב. מנהג בני המדינה

אלא שצ"ע ע"פ מה נקבע מנהג המדינה, האם המנהג צריך להיות "מנהג מדינה", דהיינו שכל בני המדינה נוהגים לעשות כן, או שהמנהג יכול להיות מנהג מקומי, דהיינו מספיק אם בני אותה העיר או בני אותה השכונה נוהגים בעשיית הדבר. הנפקות תהיה גם בנדו"ד באופן שבמדינה אין מנהג ברור לעשות מחסום אלקטרוני בחניה בבתים משותפים, אף אם הבתים מצויים סמוך לאזור מסחרי, ומאידך מנהג העיר הנידונת לעשות מחסום אלקטרוני באיזורי המסחר ובמבואות הסמוכים להם. או אפילו אין מנהג בעיר לעשות כן, אך בתים בסטנדרט מסוים ומעלה מנהגם לעשות מחסום אלקטרוני, והבנין הנידון מוגדר כבנין מהסטנדרט הגבוה. האם עלינו לדבוק במנהג המדינה, במנהג העיר, או במנהג העיר בהתאם לרמת הבנין.

ונחזי אגן איך מוגדר "מנהג מדינה" בענינים אחרים. על הא דתנן בריש ב"ב לענין מחיצה שבין שותפים "הכל כמנהג המדינה", כתב הנימוק"י, וז"ל:

"הכל כמנהג המדינה. יש מפרשים שהשותפין אע"פ שנוהגין ביניהם בפחות ממנהג בני העיר כל אחד בשלו, אין מנהגם כלום כיון שלא התנו עליו במעמד בני העיר, הלכך ינהגו כמנהג בני העיר כמו שנהגו כל אחד לבנות בשלהם, וכן נראה דעת הרמב"ן ז"ל."

מבואר מדברי הנימוק"י דהמושג "מנהג מדינה" האמור במשנה, כוונתו למנהג בני העיר ולא למנהג כל המדינה. וכן נראה ממש"כ רבי יונה בעליות ריש ב"ב, והרב המגיד בהל' שכנים (ב,יח), דבעיר חדשה אין אחד מהם יכול לכופו אלא בפחות שבכתלים. לדבריו - לא אזלין בתר מנהג המדינה אפילו כשאין מנהג ברור בעיר, כגון בעיר חדשה.

וכן נראה פירוש המושג "מנהג מדינה" במשנה ב"מ פג, א: השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב ... הכל כמנהג המדינה. ושם בגמ' (פג, ב) הקשתה הגמ', וליחזי היכי נהיגי. ותירצה הגמ', בעיר חדשה. ועיי"ש ברש"י ד"ה וליחזי, בשטמ"ק (ב"מ פג, ב ד"ה בעיר), וברמ"א חו"מ שלא, א. ומבואר בגמ' דמנהג מדינה משמעותו מנהג בני העיר.

ועדיין לא התברר לן מה הדין אם יש שכונות שונות בעיר, ויש גם בתוך השכונות סטנדרטים שונים. ונמצאה תשובה לשאלה זו בכנסת הגדולה (חו"מ קנז,

הגהת טור, כה), וז"ל:

"נהגו כזה ונהגו כזה, ואחד מן השותפים רוצה לחלק במחיצת כבדת ההוצאה וחזקה, והאחר מעכב על ידו במחיצת מעט ההוצאה. אם יש דבר מכריע ביניהן, כגון שאותה שכונה אן אנשים כמוהם יש להם מנהג לעשות שמירה מעולה וכיוצא באלו - עושין, ואם לא - לזה שרוצה למעט ההוצאה שומעין."

מדברי הכנסת הגדולה מבואר שכאשר שני השותפים מחולקים ביניהם על סוג המחיצה שתחלוק ביניהם, יש לבחון את מנהג השכונה בה הם מתגוררים וכן אם קיים מנהג על "אנשים כמוהם". והמושג "אנשים כמוהם" מתפרש לכאורה לענין זה, לפי ממון, דהיינו אם יש מנהג שאנשים עשירים כמותם נוהגים במחיצה יקרה יותר, כופה השותף לעשות מחיצה יקרה יותר. עוד עולה מדבריו, דסגי בחדא לטיבותא לכופו לעשות מחיצה טובה, לאמור - או שמנהג השכונה במחיצה טובה או שמנהג אנשים כמותם במחיצה טובה, ובאחת מהאפשרויות כופה השותף לעשות מחיצה טובה יותר.

לפי דברי הכנסת הגדולה יהיה עלינו לבחון אם קיים מנהג בשכונה באותה עיר לעשות מחסום אלקטרוני, ואם קיים מנהג לעשות בעיר מחסום בבתיים העומדים בסטנדרט איכותי כבנין בנדו"ד. אך נראה דבכגון זה צריך המנהג להיות קבוע וברור, וחובת ההוכחה למנהג מוטלת על המוציאים ממון - כלומר על ועד הבית. וכמש"כ הנודע ביהודה (קמא, חו"מ סי' כ), דאפילו להכרעת הרמ"א (חו"מ ב, א), "מ"מ צריך להיות מנהג זה קבוע וידוע בעיר, והלא אינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים". בנדו"ד לא מצאנו שיש מנהג קבוע לעשות מחסום אלקטרוני, למרות שבית אחד שנבנה בתקופה האחרונה, נעשה בו ע"י הקבלן מחסום אלקטרוני, וכן שני בתים ותיקים יותר נחסמה חנייתם במחסום אלקטרוני, אך במפורש אין לקבוע שיש מנהג בשכונה לעשות כן. נראה שאם הבנין הנידון היה נבנה בשנות התשעים, היה הקבלן עושה מלכתחילה בבנין זה מחסום אלקטרוני. אולם בבואנו לקבוע את דינו של הבנין, שומה עלינו להתחשב גם במספר שנות קיומו, ולא לקבוע את מעמדו על סמך מצב תאורטי אלא "באשר הוא שם".

לאור האמור לעיל, כשדנים אנו על דברי הרמב"ם הנ"ל: "דברים שנהגו בני המדינה לעשותם", אין הנתבעים יכולים לכופף את התובע להשתתף עמהם בעלות המחסום האלקטרוני. הדבר אינו נכלל בדברים שנהגו בני המדינה לעשותם, וע"כ אין לחייבו.

ג. דברים שהחצר צריכה להם צורך גדול

ומעתה יש לדון אם חייב התובע בהשתתפות בעלות המחסום מכח דברי הרמב"ם הנ"ל: "דברים שהחצר צריכה להם צורך גדול". לכאורה מחסום כלול במש"כ הרמב"ם: "בית שער ודלת". אך מדברי הרמב"ם מבואר דאף בית שער ודלת, כח הכפייה נובע מהיותם דברים שהחצר צריכה להם צורך גדול. בית שער ודלת מהסוג שאינם צורך גדול, אין בני החצר כופים זה את זה.

השאלה הרלוטנטית לנדו"ד - האם המחסום הוא בבחינת דברים שהחניה צריכה להם צורך גדול - הינה שאלה מציאותית בעיקרה, שנבחנת לפי המצב העובדתי בשטח. אם נתיחס לטענות הצדדים, הרי גם הנתבעים הודו שמדובר במקרים חריגים (המחלוקת הינה על מספר המקרים), לכאורה היה מקום לומר שאין מקרים חריגים יוצרים צורך הכרחי במחסום. ברם, גם לדברי התובע, היות והיו מקרים רבים של אורחים ובעלי

מקצוע שעשו דין לעצמם והחנו את רכבם בחניה הפרטית של הדיירים, סביר להניח שהמחסום יהיה פתרון הולם למטרד. שהרי גם אם הדייר, שמזמין אורח או בעל מקצוע, יפתח עבורם את המחסום, חזקה עליו שלא יאפשר להם לחנות את רכבם בחניה הפרטית של דייר אחר ללא קבלת רשות מפורשת, מחשש לסכסוך שכנים, שהרי לא יוכל להסתתר מאחרי טענת "לא ראיתי". כמו כן אי אפשר להתעלם ממצוקת החניה באזור ההולכת ומחריפה, וגם אם בשלב זה מדובר במקרים בודדים, בבואנו לבחון אם מדובר ב"צורך גדול", אין למדוד רק על פי מציאות העבר הקיימת במקום זה בלבד, אלא לבדוק את המציאות במקומות דומים, וכידוע תושבי אזורי הסמוכים למקומות מסחר ראשיים, באתרא הדין ודי בכל אתר ואתר, מתלוננים על בעיה דומה. שהרי הרמב"ם בהביאו את דוגמת הבית שער ודלת כדברים הנצרכים, לא דיבר דוקא במציאות שכבר באו גנבים לחצר, אלא כיון שיתכן ויבואו גנבים כשלא יהיה במקום בית שער ודלת, יש לראות את הבית שער ודלת כדבר הנצרך לחצר. לפיכך לכאורה יש לדון את המחסום כצורך גדול לחצר, ובדאי שאין המחסום נידון כמותרות, לאור מצב החניה באזור זה ובאזורי דומים.

אלא שהתובע טוען שגם אם יש צורך במחסום, אין צורך במחסום אלקטרוני משותף, כל בעל חניה יכול להתקין בפתח חנייתו הפרטית מחסום מפרקי שעלותו 190 ש"ח. שהרי גם אם נדון את המחסום כבית שער, מ"מ בנדו"ד איכא תרתי לריעותא. א - יכלו בני החצר לבנות בית שער בעלות נמוכה יותר. הגם שצריך לעשות מחסום לשמירת החניה, אין צורך במחסום אלקטרוני שעלותו גבוה. ב - כיון שאפשר שכל אחד יעשה לו מחסום, אין הם בבחינת בני חצר, דהוי כחצר השותפים שחלקוה. דהנה על הא דתנן במשנה ב"ב ז,ב דכופין אותו לבנות בית שער, פירש רש"י דמיירי במקום שהשומר יושב ומרחיק את בני רשות הרבים מלהציץ בחצר. הרי שלדברי רש"י מדובר כאן בצורך משותף שצריך להעשות בשותפות, דלא שייך שכל אחד יעמיד בשלו שומר. וגם בריח ומנעול שכופין בני החצר מפני הגנבים, מיירי מחשש שיגנבו מהחצר עצמה (עיין בנתיבות קסא, בחידושים ס"ק ב), וזה חיוב על כל השותפים בחצר. אבל כאשר כל אחד מכיר חלקו, וכ"א יכול לשמור באורח עצמאי ואין הכרח לשמירה המשותפת, אין למקום דין של חצר השותפים. אולם עדיין י"ל, דהמעברים לחניות הינם משותפים, ויתכן ומי שיכנס לחנית הבנין יחנה במעברים (המשותפים לכל בעלי החניות), ולשם כך יועיל המחסום והוי צורך החניה. מה עוד שכאשר יש מחסום בכניסה לחניה, אין משיגי הגבול מכניסים רכבם לחניה, אולם במקומות בהם יש מחסומים מפרקיים ואין מניעה להכנס לשטח החניה, קיימים מקרים של השגת גבול, ואינשי דלא מעלי כיון שנכנסו לחניה ומצאוה נעולה במחסום מפרקי, לא רק שמחנים רכבם במקום אלא אף חוסמים את היציאה לרכב בעלי החניות, והוי המחסום כנדו"ד צורך החניה. אך עדיין צ"ע אם להחשיבו כצורך גדול, אף שהדעת נוטה דהוי צורך גדול, מ"מ לאור הנתונים הקיימים קשה לקבוע זאת באופן מוחלט.

#### ד. שותף היורד לשדה השותפות

ולכאורה יש מקום לדון בנדון דידן מדין שותף היורד לשדה השותפות ונטעה. דהנה בגמ' ב"ב מב,ב, אמר שמואל, שותף כיורד ברשות דמי, ואמר רב נחמן אמר רבה בר אבוא לומר שנוטל בשבח המגיע לכתפים בשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע. ופירש הרשב"ם שם דדינו כדין אריס ונוטל בשבח בשדה שאינה עשויה ליטע כשדה עשויה ליטע. ושם בנימוק"י (כג,א בעמוה"ר), כתב וז"ל:

"ובשדה שאינה עשויה ליטע ונטעה, נוטל כל השבח כאילו עשויה ליטע, ואפילו השבח יתר על ההוצאה שהוציא. ובזה יש לו דין יורד ברשות, דאילו יורד שלא ברשות, אם השבח יתר על ההוצאה, אינו נוטל מן

השבח אלא כנגד ההוצאה, והכא שותף נוטל כל השבח. אבל אם ההוצאה יתירה על השבח, כתב הרא"ה ז"ל דלאו כיוורד ברשות לגמרי קאמרין, דאילו יורד ברשות נוטל הוצאה אע"פ שהיא יתירה על השבח ובשבועה, דהא שליחותיה עבד, והכא לא משמע דאית ליה אלא הוצאה שיעור שבח ובשבועה, דלא עדיף ממוציא הוצאות על נכסי אשתו וגרשה דנוטל מה שהוציא בשבועה."

ומבואר מדברי הנימוק"י דשותף דינו כדן יורד ברשות רק לענין אם השבח יתר על ההוצאה שנוטל שיעור שבח, אך אינו נוטל בהוצאה היתירה על השבח. והסברא לחלק בין שבח יתר על ההוצאה להוצאה יתירה על השבח, דבשבח יתר על ההוצאה סוף סוף בעל השדה הרויח ששדהו הושבחה, ומה איכפת לו אם היורד עשה זאת בהוצאה מועטת או מרובה, הרויח שלו ברור, ועל השבח הזה עליו לשלם. אך כאשר אדם מוציא הוצאות רבות, ובעל הקרקע לא נהנה מההוצאות מאחר וההוצאות היו יתירות על השבח, מהיכי תיתי לחייב את בעל השדה לשלם במה שלא נהנה. על מנת לחייבו בכהאי גוונא צריך מוציא ההוצאות להיות יורד ברשות שניתנה בפועל, ולא כשותף ובעל בנכסי אשתו שהרשות לא ניתנה להם אלא מכח הדין. ומכיון שהשותף והאשה לא נתנו לו רשות לרדת ולהוציא הוצאות, אין לחייבם במה שלא נהנו.

אמנם מדברי הרמב"ם נראה שאין לחלק ובכל ענין שמין לו וידו על העליונה, וז"ל (גזילה י, ז):

"ובעל בנכסי אשתו והשותף בשדה שיש לו חלק בה, כיוורד ברשות הן, ושמן להם וידם על העליונה."

הרי שלא חילק הרמב"ם בין שבח יתר על ההוצאה ובין הוצאה יתירה על השבח, ובכ"ע שמין להם וידם על העליונה. אמנם הרמב"ם דימה בעל בנכסי אשתו לשותף, ובעל בנכסי אשתו קי"ל בכתובות פ, א שאם היתה ההוצאה יתירה על השבח, אין לו אלא הוצאה שיעור שבח, וכיצד פסק הרמב"ם דאף בעל בנכסי אשתו שמין לו וידו על העליונה. אלא בהכרח לכאורה פירוש דברי הרמב"ם "ידו על העליונה", היינו דוקא אם השבח יתר על ההוצאה. אלא שהרב המגיד בסוף פ"י מגזילה (הי"ב) העמיד את הרמב"ם בבעל בנכסי אשתו קטנה, דבכהאי גוונא שמין לו וידו על העליונה כמבואר בגמ' כתובות שם, וכן היא דעת הרשב"א בתשי' (ח"ב סי' צח). וא"כ הפשט בדברי הרמב"ם דשמין לשותף וידו על העליונה, אף אם ההוצאה יתירה על השבח, דלא כרא"ה. וכן מבואר מדברי הב"ש פח, כ שלמד בדברי הרמב"ם דאפילו ההוצאה יתירה על השבח, נוטל השותף מה שהוציא, דידו על העליונה לגמרי. וכן נראה דעת המחבר בחו"מ שעה, ה, וז"ל:

"בעל בנכסי מלוג אשתו קטנה והשותף בשדה שיש לו חלק בה, כיוורד ברשות ושמן להם וידם על העליונה."

הרי שהסביר כדעת הרב המגיד הנ"ל דהרמב"ם מיירי באשתו קטנה, ודימה שותף לבעל אשה קטנה, ובתרווייהו ידם על העליונה אפילו ההוצאה יתירה על השבח. וכן נראה גם מדבריו בכסף משנה פ"י מגזילה ה"ז. אולם הרמ"א בחו"מ קעח, ג נקט כדעת הנימוק"י בשם הרא"ה דאינו נוטל הוצאה היתירה על השבח. ועיין בבית מאיר (אהע"ז פח, י) שהסביר בדעת המחבר והרמב"ם דאינו יורד ברשות גמור אלא כיוורד ברשות, ואין לו הוצאה היתירה על השבח, אך למסקנא הניח בספק. וע"ע שם בבית מאיר שהקשה מהא דמשמע בשו"ע חו"מ צג, יג שאם השותף מברר את הפסדו, ההפסד לאמצע. וחילק הבית מאיר בין שותף ממש שיש לו רשות גמור לשאת ולתת בממון

השותפות, לבין שותף שיש לו חלק בקרקע אך אין לו רשות לפעול בה, שבירידתו לשדה אינו בא מכח שליחות שותפו, ואינו יורד ברשות גמור.

ועיין בדברי הנתיבות (קעו, נא) בענין הפסד שותפים מכח עלילת עכו"ם, וז"ל:

"ולכאורה קשה, דמאי שנא מהא דסי' קעח דאין השותף נוטל ההוצאה רק כפי השבח. ונראה לחלק דדוקא כשהוציא מעות שלו בלא דעת שותפו, אף שנתכוין להשביח לשותפות, אינו נוטל היציאה רק כפי השבח, אבל אם עסק במעות שותפות, ההפסד לאמצע, כי בודאי אדעתא דהכי נשתתפו."

הנתיבות מחלק בין שותף שהוציא הוצאות לעסק השותפות ממעות השותפות, שההפסד לאמצע, לבין שותף שהוציא מביתו. והסברא - דכאשר מוציא מכסף השותפות, הרי זה ברשות גמור, דודאי השתתפו אדעתא דהכי שיוכל לפעול בממון השותפות, אא"כ סוכם ביניהם באופן שונה או בדברים הגלויים לכל, משא"כ להוציא מביתו אין לו רשות גמורה, דלא שייך לומר שהשתתפו אדעתא דהכי שיוציא מביתו ויפעל בעסק השותפות, אא"כ סוכם ביניהם כך, אבל סתמא דמילתא שיתעסק בממון הנמצא בשותפות ולא בממון מביתו, וע"כ כשהפסיד בממון שהוציא מביתו, אין השותף מתחלק עימו בהוצאה.

ולכאורה בנדו"ד צ"ע אם ההוצאה יתירה על השבח או שהשבח יותר על ההוצאה (או שוה להוצאה). דלכאורה כאשר מוכרים דירה בבנין משותף עם חניה, אפשר שהמחסום לא בא לכלל ביטוי במחיר אלא מחושב כתוספת המפתה את הקונה לרכוש דירה. ברם, נראה לענ"ד שתוספת זו חזי לאיצטרופי לתוספות אחרות, ויכולה להעלות את מחיר הדירה הרבה מעבר להוצאה. גם אם הדבר לא יבוא לידי ביטוי ממש במחיר הדירה, הדבר יורגש במכירתה, דקפצי עלה זביני, ודבר זה שוה לעיתים יותר מאשר סכום כזה או אחר במחירה.

ה. כשמוחה השותף בהוצאה

הגהות מימוניות בהל' גזילה (י, ג), כתב וז"ל:

"ואם מוחה בידו לבנות, אם הוא דבר שאי אפשר מלבנות, צריך חברו ליתן חלקו, ואם אין צריך בבנין, אומר לו טול עציד ואבניך, מדברי רבינו מאיר זצ"ל."

הובאו דבריו להלכה ברמ"א חו"מ קעח, ג. מבואר לדינא מדברי הגהות מימוניות ששותף דינו כיורד ברשות אם לא מיחה בו השותף, ואף המחאה אינה מועילה במקום שעשיית השותף הינה הכרחית לשמירת הקרקע. וביאור הדברים נמצא בנתיבות קעח, ג, דאם הבית המשותף עומד ליפול, והשותף אינו יכול לבנות את חלקו אא"כ יבנה גם חלק חברו, כופין חברו ליתן לו חלקו, והוא הדין בני עיירות ובני חצר לענינים שכופין זה את זה. הכלל העולה מדבריו:

"ובדבר המוכרח לשניהם, באמת כופין זה את זה, דבהדיא תנן דכופין בני בקעה זה את זה לעשות חריץ ובן חריץ, אלמא דכל דבר המוכרח לשניהם ואי אפשר לאחד לתקן לעצמו עד שיתקן ג"כ חלק האחר, מחויב האחר ליתן חלקו ... ולזה נלפע"ד דהוא הדין בבית המשותף שנפל ולא נשאר רק הקרקע, ואינו עומד לשנות הקרקע לדבר אחר רק לבנין,

שיכול לכופו לבנות דהוי כמציל מההיזק, דאחד יכול לכוף לחבירו  
כמש"כ לעיל, ואין לדמותו למי שרוצה להשביח נכסי השותפות שאין  
יכולין לכוף זה לזה, דזה אינו, דכיון שאינו עשוי לשנותו לדבר,  
מופסד ועומד הוא וכהצלה מנזק דמיא. "

מדברי הנתיבות מבואר יסוד וחילוק בדין שותף שיורד לשדה השותפות ומיחה בו  
השותף השני, ע"פ דברי ההגהות מימוניות. אם עשיית השותף מוגדרת כשבח, יכול  
השותף לומר שאינו חפץ בשבח ואינו חייב לשלם חלקו. אולם דבר שיש הכרח  
לעשותו, הן מכח העובדה שאם לא יעשה יגרם נזק ישיר, והן מכח המציאות שהקרקע  
עומדת לכך, לא תועיל מחאת השותף וצריך לתת את חלקו בהוצאה.

היות והתובע מחה בנתבעים שלא לעשות את המחסום, חזר הדין למש"כ לעיל, שיש  
לבחון אם בניית המחסום הינה חיונית ונצרכת למניעת הפסד ואי הוי צורך גדול.  
ולמש"כ נראה דחשיב צורך, אך צ"ע אי הוי צורך גדול. ונראה שאין לחלק בין  
דרגת הצורך בדין שותף היורד לשדה חבירו ואחד מבני החצר שעשה לצורך החצר,  
דלא מסתבר לחלק בכהאי גוונא.

ו. לדידי סגי בנטירותא בר זוזא, והשתמשות במחסום

על הצד שאין להגדיר את עשיית המחסום כצורך גדול, נראה שאין לחייב את  
התובע מכח דברי המחבר בשו"ע חו"מ קנח, ט:

"אם מתחילה אמר לו ניקף לא אתן לך כלום, דלדידי סגי בנטורא בר  
זוזא, דהיינו גדר של קוצים, אינו נותן לו אלא דמי נטורא בר  
זוזא..."

ומקור דברי המחבר, מדברי הראשונים בסוגיא דמקיף וניקף ריש מסכת ב"ב, עיי"ש.  
ולכאורה התובע אמר שלדידו סגי בעמוד מפרקי. אך נראה דזה אינו, שהרי אין  
התובע טוען "לדידי סגי במחסום מפרקי". טענתו היא שאין צורך כלל במחסום, אך  
לשיטתכם הדיירים שרצונכם במחסום, יכלתם לקבל את אותה תוצאה בהוצאה פחותה.

כמו כן נראה שאין לחייבו מכח העובדה שהתובע ישתמש מכאן ולהבא במחסום,  
מכח הא דתנן בב"ב ה,א דאם סמך השותף כותל אחר על כותל שבנה שותפו מעל ד  
אמות, דמגלגלין עליו את הכל. דהא התם השותף מרצונו סמך לו כותל אחר, ובכך  
גילה דעתו דניחא ליה. אך בנדו"ד שימוש התובע במחסום ע"י פתיחתו וסגירתו,  
לצורך כניסה ויציאה של רכבו הינם באונס ולא ברצון, ואין בכך גילוי דעת  
דניחא ליה בהוצאה. [גם אם יתבע התובע שלט נוסף, אין לראות בכך שימוש ברצון,  
שהרי שלט נוסף נועד לצורכי נוחיות בשימוש במחסום שנכפה עליו].

ואין להביא ראיה לדין זה מדין מי שקנה חפץ ומצא בו מום המבטל את המקח,  
ומכח אונס השתמש בחפץ. דהנה הפתחי תשובה (חו"מ רלב, סוס"ק א), כתב וז"ל:

"אך בעיקר הדבר בהשתמש מכח אונס, לכאורה פשוט דודאי יכול לחזור,  
כמו באונאה יותר משיעור כדי שיראה לתגר, כמש"כ בס"י רכז, ז;  
'ואם יברר שהיה לו אונס', וצ"ע."

ולכאורה צ"ע הראיה שהביא הפת"ש מדין אונאה, דבאונאה מיירי שהיה לו אונס  
ולא הראהו לתגר וממילא לא ידע מהאונאה, וע"כ יכול לתבוע אונאתו כיון שהיה



אנוס בידיעת האונס, משא"כ במום, כשכבר נודע לו מהמום והשתמש בחפץ, אף שהיתה ההשתמשות מכח אונס, אפשר דבכהאי גוונא הוי מחילה. דגורם האונס באונאה שונה מגורם האונס במום, באונאה האונס גרם שלא ידע מהאונאה, ואין אי התביעה להחזר האונאה מהוה ראיה למחילה כשאי הידיעה נגרמה באונס, משא"כ במום, גורם האונס גרם לשימוש בחפץ שאינו שלו, לאחר שכבר ידע מהמום, ואפשר דבכהאי גוונא הוי מחילה. ואף שהסברא נותנת שאינה מחילה, מ"מ אין ראיה מדין אונאה. ויתכן דזה הטעם שהפתי"ש נשאר בצ"ע - דהיינו על גוף הראיה מאונאה ולא לענין הדין, דלענין עצם הדין הרי כתב שהדבר "פשוט" שיכול לחזור בו. אך אפילו נאמר דבמום הוי מחילה בהשתמש באונס, יש לחלק בין נידון מום במקח לנדו"ד. בדין מום במקח, כיון שמצא מום ובדעתו להחזיר את החפץ למוכר, לא היה לו להשתמש בחפץ של המוכר, ומדהשתמש, אף דהוי באונס, יש מקום לומר דמחל. משא"כ בנדו"ד שאין התכלית בשימוש בחפץ עצמו אלא אמצעי לשימוש ברכוש שלו, שאם היה השימוש תכלית בפני עצמה, היה מקום לדון כמש"כ במום, אך כיון שאין השימוש אלא אמצעי, והשימוש במחסום הינו מכורח האונס, שאינו יכול להשתמש בחניה שבבעלותו לחנית רכבו, אין בשימוש גילוי דעת שחפץ במחסום.

מהאמור לעיל מבואר שנדו"ד תלוי במציאות אם המחסום הינו צורך גדול לחצר, ולמש"כ הדבר נשאר בצ"ע, למרות שהסברא נותנת דהוי צורך גדול, מ"מ אין הדבר מוכרע, ובכגון זה המוצא הנכון הינה הפשרה הקרובה לדין. לאור זאת נראה לחייב את התובע בשני שליש מהעלות הכוללת (עלות המחסום ועלות השלט).

לאור האמור לעיל:

א. התובע ישלם לנתבעים סך 260 ש"ח.

ב. במועד הפרעון, על הנתבעים להעביר לידי התובע שלט אחד.

#### מסקנות

א. בני החצר כופין זה את זה לעשות דברים שיש בהם צורך גדול, או שמנהג בני המדינה לעשות דברים אלו.

2. בדברים שכופין זה את זה - אפילו מיעוט כופה את דעתו על הרוב. בדברים שאין כופין - אפילו הרוב אינו כופה על היחיד.

3. האמור לעיל מתיחס לעשייה מחודשת, אך לא לענין תיקון קלקול.

ב. 1. מנהג בני המדינה - הכוונה למנהג בני העיר.

2. יש להתחשב במנהג בני המדינה לפי אותה שכונה ולפי הסטנדרט הנהוג בבנינים דומים.

3. בני"ל צריך שיהיה מנהג קבוע וידוע.

ג. יש לבדוק מהבחינה העובדתית אם ניתן להגדיר את המחסום כדבר שהחצר צריכה להם צורך גדול.

ד. 1. שותף שהשקיע בעסק השותפות, דינו כדין יורד ברשות. לדעת הנימוק"י - אם ההוצאה יתירה על השבח, אינו נוטל אלא כשעור ההוצאה, ואם השבח יתר על ההוצאה, נוטל כשעור השבח. לדעת הרמב"ם - בכל ענין שמין לו וידו על העליונה.

2. יש המחלקים בין שותף שיש לו רשות לפעול בעסק השותפות, לשותף שאין לו רשות.

3. יש מחלקים בין הוציא מממון השותפות, שדינו כהוציא ברשות, לבין אם הוציא מביתו.

ה. 1. אין השותף יכול למחות בהוצאת שותפו, אם ההוצאה הינה הכרחית לשמירת השותפות.

2. והוא הדין אם בית משותף עומד ליפול, והשותף אינו יכול לבנות את חלקו אא"כ יבנה גם בחלק חברו.

ו. אין לחייב שותף בהוצאה, כשטוען שלדידו מספיק שמירה פחותה.

ז. אין לחייב את השכן בתשלום עקב העובדה שבפועל משתמש במחסום, כיון שהשימוש נובע מהכרח ולא מרצון.

ח. מחמת הספק שמא המחסום הינו בבחינת "צורך גדול", יש לפשר קרוב לדין.