

## סימן מא תוספת בניה על הגג המשותף

ראובן מתגורר בקומה האחרונה בבנין משותף. אין אפשרות לעלות לגג המשותף דרך חדר המדרגות. כלומר - איש מהשכנים לא משתמש ואינו יכול להשתמש (נכון להיום) בגג המשותף, להוציא דודי שמש הנמצאים על הגג. ראובן רוצה לבנות חדר על הגג, תוספת לדירתו. השכנים מתנגדים בטענה שעל הגג מונחים דודי שמש, וכן יתכן ובעתיד ימכרו את הגג לקבלן שיבנה קומה שלמה על הגג, ובתמורתה יתחלקו הדיירים.

[יש להדגיש שכל האמור להלן הינו בתנאי שראובן הוא בעל הדירה יחידה בקומה העליונה. במידה ויש דיירים נוספים, טענת ראובן הינה רק על חלק הגג שמעל דירתו.]. ראשית דיונונו אם יכול ראובן לכוף את השכנים לבנות ללא מתן תמורה, מדין זה נהנה וזה לא חסר. דהנה המרדכי בב"ק (סי' טז), בדין זה נהנה וזה לא חסר, כתב וז"ל:

"כתב רבינו אבי העזרי, שמעתי דמצי למיכפיה, דהא כופין על מידת סדום. ויש מפרשים דאין כופין אלא כגון היכא דאפילו אי הוה בעי לארווחי בהא מילתא לא מצי לארווחי, הלכך כייפינן ליה כיון דלא חסר מידי, אבל היכא דאי הוה בעי בעל החצר לאיגורי הוה מירווח, השתא נמי כי לא מוגר ליה לא כייפי ליה."

וכן הביא הנימוק"י בב"ק (ט,א בעמוה"ר), הובאו דבריהם להלכה ברמ"א חו"מ שסג,ו. השאלה המעשית שעומדת לפנינו, האם יש להגדיר את בעלות השכנים על הגג כדבר שאי בעי להנות ממנו לא מצי להנות. מצד אחד קיימת מציאות שהשכנים לא משתמשים בגג בשימוש שוטף, הגם שחלק מהשכנים העמידו את דודי השמש בגג הנ"ל, מ"מ אינם משתמשים בשימוש אחר, (בהנחה שהבניה לא תפגע בדודים, וכפי שאביא להלן). מאידך - מעלים השכנים טענה שיתכן ובעתיד יחפצו למכור את הגג, וא"כ הגג הינו בר שימוש ושווי מבחינתם. השאלה אם המכירה בעתיד הינה מעשית, שהרי יכול ראובן לטעון שהוא יתנגד למכירה זו וממילא המכירה לא תהיה ברת ביצוע. והשאלה היא אכן עד כמה הדבר מעשי.

גם אם נגדיר את המצב הקיים בגג, ביחס לשכנים, כרכוש שאינם יכולים להנות ממנו, לא יוכל ראובן לבנות באופן שיפקיע מהשכנים את הבעלות על הגג. דהנה מצאנו מחלוקת בין הרמב"ם והרא"ש בדין אחים או שותפים שבאו לחלוק וביקש אחד מהאחים שיתנו לו חלק בסמוך לשדהו (ב"ב יב,ב), דדעת הרמב"ם בהל' שכנים (יב,א) דכופין על מידת סדום, והרא"ש (פ"ק דב"ב המ"ו) פליג עליה וסי"ל דאין שומעין לו אלא צריך להעלות בדמים עד שיתרצה חברו. וא"כ לדעת הרא"ש לא כפינן ליה לכתחילה, וא"כ דברי המרדכי והנימוק"י הנ"ל יהיו תלויים לכאורה במחלוקת ראשונים זו, ואמאי הכריע הרמ"א בפשיטות דכפינן ליה. שאלה זו הקשו הנודע ביהודה (תנינא חח"מ סי' כד), והבית אפרים בתשי' (חח"מ סי' מט), עיי"ש.

אלא שאם כדבריהם, יש להקשות על הרמ"א מדידיה אדידיה, דבחוי"מ קעד, א הביא הרמ"א להלכה את דברי הרא"ש, ואילו בחוי"מ שסג, ח הביא הרמ"א להלכה את דברי המרדכי ללא חולק. ועוד, דא"כ יוקשו דברי המרדכי אהדדי, דבסוף פ"ק דב"ב כתב בנידון האחים שחלקו, דדינם דכל דאלים גבר, הביאו הרמ"א חוי"מ קעד, א, ואילו בב"ק כתב דיכול לכופו לכתחילה.

ע"כ נלענ"ד לחלק בין נידון האחים שחלקו למי שבא להנות מדירה דלא עבידא למיגר. בנידון האחים שחלקו, לשיטות דכפינו, כופין אותו לכתחילה וקובעים את בעלות השטח לאח המצרן. אין כאן רק שימוש בזכויות אלא הקנאת בעלות על קרקע או חפץ, בכגון זה ס"ל לרא"ש דכיון דהוי כמכירה, דהאחים שחלקו לקוחות הן, אין אנו יכולים לכופו למכור ולתת בעלות על הקרקע לאחיו המצרן. אבל כאשר רוצה אדם להשתמש במקום שאין הבעלים יכולים להנות ממנו, אין כאן כפייה לתת למשתמש בעלות אלא רק לאפשר לו להנות מפירות הקרקע, דאין כאן כפייה על קנין אלא סילוק טענה, ואף שאכילת פירות בעי קנין, מ"מ אין הנהנה כאן צריך לקנין, משא"כ באחים שחלקו צריך האח המצרן שתהא השדה קנויה לו, ועל קנין לא כפינו. וע"כ בנהנה שאינו צריך קנין ואין בו הפקעת בעלות, ס"ל לרמ"א דאף הרא"ש מודה דכפינו ליה על מידת סדום, ורק בגוונא דדמי למכירה לא כפינו ליה ורשאי להעלותו בדמים, כן נראה בבאור שיטת הרמ"א. לכן אף אם יבנה ראובן, לא יוכל לרשום את תוספת הבניה על שמו ולהפקיע את זכויות השכנים מרכושם, אלא יוכל להשתמש בפועל בתוספת זו ללא מתן תמורה לשכנים, מאחר ואין השכנים יכולים להשתמש בתוספת זו הצמודה לדירתו של ראובן, אך השכנים הם הבעלים על הגג, וראובן דינו כיורד לנכסי השכנים (ומסתבר שדינו כיורד ברשות, שהרי לטענת השכנים הוי שדה העשויה ליטע).

אך כפי שכבר כתי לעיל, הנ"ל תלוי אם אכן הסתלקה טענת השכנים שיכולים למכור את השטח לקבלן, שהרי בידו של ראובן להתנגד למכירה זו ולסקלה. כל זה אם תובע ראובן שיאפשרו לו לבנות על הגג ללא מתן תמורה, אך יכול לתבוע גוד או איגוד, דהיינו או שימכרו לו השכנים את הגג או שיקנו את חלקו. אך בטענת גוד או איגוד יוכלו השכנים לקנות את חלקו של ראובן ובכך למנוע ממנו את הבניה.

כל זה מדינא, והיות ומן הדין יש כאן ספק אם יכול לכופם לאפשר לו להשתמש ללא תמורה, וגם מדין גוד או איגוד יכולים השכנים לקנות את חלקו של ראובן בגג המשותף, בכגון זה נלענ"ד שיש לפשר ע"פ צדק ויושר, ולאפשר לראובן לקנות את הגג במחיר מלא. שמאי מוסמך ישום את שווי של השטח עליו חפץ ראובן לבנות, וראובן ישלם לכל אחד מהשכנים לפי חלקו היחסי.

בענין טענת השכנים על דודי השמש הנמצאים בגג המשותף. כנגד הפתרון המוצע ע"י ראובן שיאפשר לשכנים להניח את דודי השמש על גג המבנה שיבנה, יכולים השכנים לטעון שהעברת הדודים לקומה גבוהה יותר מרחיקה את הדודים מהדירות ותגרום לכך שלא יהנו מהדוד שמש כפי שנהנו ממנו במקומו הנוכחי, וכיון שחסר קצת, אינו יכול לכופם, עיין בקצוה"ח קנד, א. לכן בכל מקרה יצטרך ראובן לבנות באופן שדודי השמש ישארו במקומם, וכן שהמבנה המוקם לא ימנע שמש מהקולטים. ואף במסגרת הפשרה דלעיל, היות והפשרה נכפית על השכנים, יש לאפשר שהדודים ישארו במקומם, ומחיר הגג יקבע בהתאם לשטח עליו יבנה ראובן.

## מסקנות

- א. 1. נכס שהבעלים אינם יכולים להנות ממנו בכל מקרה, אינם יכולים למנוע שימוש של אחר.
  2. ככל זה כשהאחר רק משתמש, אך כשיש בכך הפקעת בעלות, אין כופין.
  3. יש לבחון אם אכן בגג משותף הוי בבחינת דבר שאינם יכולים להנות ממנו.
- ב. שכן יכול לתבוע חלוקה או חלוקה באופן של גוד או אגוד.
  - ג. יש לפשר בין השכנים בענין בניה על הגג, אך יש לדאוג שלא יגרם לשכנים כל נזק מהבניה של אחד מהשכנים על הגג.