

בית דין ירושלים

לדיני ממונות ולבירור יוחסין

הפעלת חנות כמו שוק בבנין מיגורים

תיק ממונות מס' 1671-עא

נושא הדין

דיירי בנין משותף תובעים את בעל החנות שבבנין על הפעלת החנות כמו שוק, הן מבחינת הרעש, הריחות והלכלוך, והן מבחינת שעות הפעילות. לטענתם הפעלת החנות בצורה כזו מנוגדת לרוח המקום והשכונה, משום שזה איזור מיגורים מובהק. עוד הם טוענים שבעל החנות הסיג את גבולו והוסיף לשימושיו כמה חלקים מהרכוש המשותף של כלל הדיירים, ובכלל זה מה שהעמיק לקרקע הבנין ברוחב ובאורך ובצדדים, ולטענתם הקרקע היא משותפת לכולם. עוד הם טוענים ששימושיו בחצרות הבנין גורמים להם ריבוי דרך והזיקים שונים. עוד הם טוענים שמחירי הדירות שלהם ירדו מאד בגלל החנות- השוק שהקים הנתבע. הם תובעים שיחזיר המצב לקדמותו.

בעל החנות משיב ששנים רבות לפני שקנה את המקום היה שם מרכז מסחרי של חנות סופר ומכבסה והרעש והלכלוך היו שם כל השנים, ומי שבא לגור בבנין מעל מרכז מסחרי יודע מה צפוי לו (השכנים משיבים שקודם פעלו במקום חנויות שקטות ומסודרות שלא הפריעו כמו זו של הנתבע). על טענת הסגת הגבול משיב בעל החנות שהכל נעשה בהסכמת ועד הבנין (הדיירים מכחישים שועד הבית הסכים, ומציגים פרוטוקול מאותה ישיבה בין ועד הבית עם הנתבע, ששם הניעו הצדדים להסכמה על כמה שינויים בכניסה לבנין תמורת פיצוי של הנתבע בצורה של ריצוף חדש וכד', אך לא נזכרו באותה ישיבה כל אותם שינויים שביצע הנתבע בשטחים המשותפים של הבנין, וחברי הועד הצהירו שמעבר למה שדובר באותה ישיבה לא הוסכם עם הנתבע כלום), ותמורת זאת - טוען הנתבע - הוא השקיע בבנין כחצי מיליון ש"ח כדי שיהיה יפה ושקט, ואם רצון הדיירים שיחזיר את המצב לקדמותו, עליהם לשלם לו את הוצאותיו. עוד הוא טוען שבחלקים שנטל לעצמו מהחצר המשותפת לא נפגעים הדיירים במאומה, וזו רק צרות עין.

על טענת חציבת הקרקע משיב בעל החנות שזה לא היה שייך לדיירי הבנין והוא זכה בזה.

בית הדין ביקר במקום והתרשם ממראה עיניו.

פסק דין ביניים

- א. על בעל החנות לשלם לתובעים דמי שכירות עבור החלקים במקרקעין שנטל לשימוש, כולל המקום שהעמיק בקרקע, בקיוויו הוצאות שהיו לו בחציבת הקרקע ובהכנתה לשימוש. ערך התשלום ייקבע לפי הערכת שמאי שימנה בית הדין ע"ח שני הצדדים.
- ב. השמאי גם ישום אם ירד ערך הדירות של השכנים בגלל החנות ובכמה, ואם מחירן ישוב לקדמותו ע"י קיום פסק דין זה.
- ג. על בעל החנות להקטין את רעש המנועים הפועלים בקידמת החנות, כולל מהמדחס, לפי חו"יד מומחה שימנה בית הדין ע"ח בעל החנות.
- ד. על בעל החנות לסתום לאלתר את החור של הוונטה של הדגים, ולתקן כמה תיקונים הכרחיים, לפי רשימה שיתן לו בית הדין.

(-) שמואל חיים דומב

(-) יהושע ווייס

(-) אברהם דוב לוי, אב"ד

השאלות לדיון

- א. הפעלת חנות כמו שוק בבנין מיגורים באיזור מיגורים.
- ב. קנה דירה בבנין מתוך ידיעה שיש בו חנות, האם נחשב הדבר כנתינת רשות להזיק ע"י רעש ולכלוך של ריבוי קונים.
- ג. האם - להלכה - דרך "חנות" להיות פתוחה גם בלילה.
- ד. מידת סדום כשנוטלים ממנו הבעלות.
- ה. ירידת ערך הדירות.
- ו. בעלות הקרקע שתחת הבנין.
- ז. שותף שהשביח בקרקע השותפות וסבר שמשביח את שלו בלבד.
- ח. סמכויותיו של ועד הבית.

תשובה

- א. במשנה צ"ב כ' ב: חנות שצחצר יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול ליטן מקול הנכנסין ומקול

היוצאין. וכתב ציד רמה שם אות נו: ע"כ האי חזר מיהת אחתי בתורת חזר קיימא, ולאז כל כמיינה לאפוקה מתורת חזר ולשויהייה צי שוקא. ע"כ.

ופסק בשו"ע סי' קנו סעי' ב: חנות שצחזר יכולים השכנים למחות בידו ולומר לו אין לנו יכולים לישן מקול הנכנסים והיוצאים, אלא עושה מלאכתו בחנותו ומוכר לשוק וכו'. וכתב בשמ"ע סי' קי לפי שהנכנסים והיוצאים והקול מהם הוא בחצר המשותף לכולם, משו"ה יכולים למחות בו מלעשות להן היזק בחצירות. וברמ"א שם: וי"א דכל מה שעושה בחנותו ובציתו אפילו לכתחילה אינו יכולין למחות, ודוקא בני אדם צריכים חזל אם הם חוליים והקול מזיק להם יכולים למחות. וכתב בפתי"ש סי' א בשם תשובת רלב"ח סי' לו לדעת הרמב"ן ורוב פוסקים דגזי חנות שצחזר אפילו חזקה לא מהני משום רבוי הדרך וכו', שהמכירה יכול לעשות בשוק ע"כ לא יסבולו אפילו הפסק קטן וכו'.

וכתב בשו"ע סי' ח"ד חוט המשולש הטור הראשון סי' נו: מעשה. החכם ה"ר אברהם יצ"ו צ"ר יעקב טוואהל כ"ע י"ט לו בית סמוך קרוב לחומה ומלד מזרח צינו וצין החומה יש שם מקום חרב ועגשה בורסקי, והקהל יצ"ו קנאה ורלו לעשות שם בית המטבחים וכו' וצין טענותיו של החכם מלד קול העם בתרעומותיהם ותעלומותיהם על הצער, וינטער החכם בתוך ביתו כי לא יוכל לישן, כ"ש לעיין ההלכה דשמעתמא צע"א לזותא כי החכם הוא חולני מלד כאב הראש גם כי היום ח"ו או למחר יחלה אחד מהם בתוך ביתו וינטער ולא יוכל לישן. ועוד טענה, מלד הליצנות של הקצבים ולא יוכל לסבול, והקהל משיבים שאם מלד הקול והליצנות, עד שהיה ההזק ויוכר נוז'או משם הקהל, והחכם משיב שמה שאמרו שימנעו הקול, הרי צדיהכנ"ם בשעת קריאת התורה לא יוכלנו צוה כ"ש צבית המטבחים. והשיב האב"י של המש"צ דהיינו מתני חנות שצחזר וכו', והנה הדבר גלוי לעינים אם קול אחד או ג' הוא מונע, והעידו בו חכמים שהוא היזק, ק"ו בן צנו של ק"ו קול הקהל צריעו על הצער כ"ש קול של ליצנות שהוא אסור לשומעו, וא"כ היות החכם מן חניני הדעת דשמיעת קול הליצנות וגם קול העם צריעו על הצער, ואנן סהדי שהוא קול גדול ועלום כ"ש צערבי שבתות וימים טובים, והקול הוא היזק גדול להיותו מוסכם מכל הפוסקים, א"כ הקהל אינם יכולים לסמוך ולעשות שום בית המטבחים, עיי"ש.

ב. בשו"ע סי' קנה סעי' לו: צ"א - שאם שתק ה"ו מחל - צע"א נזקים, חוץ מארבע שהם העשן וריח בית הכסא והאבק וכיו"ב ונדטוד הקרקע, שכל אחד מאלו אין לו חזקה ואפילו שתק כמה שנים ה"ו חוזר וכופהו להרחיק וכו', ולמה שינו מייקין אלו משאר מייקין לפי שאין דעתו של אדם סובלת מייקין אלו וחזקתו איתו מוחל, שהיזק היזק קבוע, ואם קנו מידו שמתל צנוקים אלו אינו יכול לחזור בו. וכתב הנתה"מ סי' כ דאם קודם שיש דבר הניזק נתן הניזק רשות בפירוש להעמיד שם המזיק, ה"ו כאומר שלא יעמיד שם דבר הניזק כלל ולענין זה ודאי מהני אף בצרבעה מייקין אלו.

ובנידון דידן שטען בעל החנות שכשקנו התובעים את הדירות צבנין קנו על דעת כן שתהיה חנות למטה, ע"כ הראשות נמונה גם לו לפתוח את החנות הזו, הרי עפ"י החת"ם ה"ל יש תשובה לטענה זו, כיון שידעו

שדרך החנויות להיות פתוחים רק ביום ולא בלילה, כמו שכתב החת"ם מהפסוק והיה לנו הלילה למשמר, וכמו - שלהבדיל - קבוצה בחוק העזר העירוני ופקודת הנוזיקין סעיף 44 אוסרת על אדם לנהל את עסקו או להשתמש במקרקעין התפוסים בידו, באופן שיש בו הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין של אדם אחר או להנאה סבירה מהם בהתחשב עם מקומם וטיבם, וכפי שבאמת היה בשנים הראשונות עד לאחרונה, ורק על דעת כך הסכימו.

וגם אם הסכים בתחילה ל"חנות", אם אחר זמן התברר לו שהחנות גורמת נזק רעש ולכלוך, פסק שבשטח הלוי ח"ט סי' רלט אות ב עפ"י הרשב"א צ"ב שם איכ"ל עכ"ל למחות בטענה דסבור הייתי שאני יכול לקבלן.

ג. בגמ' צ"ב טז ב: ומודה רב הוגא בחנותא דמחוזא דליממא עבידא לליליא לא עבידא. ופירש רשב"ם: חנויות שמוכרים בהם לחם ויין, דאי טעין אין חוששין לטענתו דאע"ג דלא דר בו בלילות חזקה מעליותא היא שאין דירתן אלא ביום. ובתוס' שם פירשו דהיינו חנוונים, וברגמ"ה שם כתב בחנות סתם: דאי אחזיק חד בחנות דמיחזק בג' שנים ציממא אע"ג דלא דר בה בלילה הוה חזקה משום דליממא עבידי למיתב בהו ולא בלילה, דמאי למימר המחזיק עבדי בה כדעבדי איכשי ציממא. וברמב"ם טו"כ פ"ב ה"ג ואו"ע סי' קמ טע"י יד כתבו הלכה זו בחנויות של תגרים. ועי' ספר המפתח ברמב"ם פרנקל שם בשם תורת חסד סי' קעט דבחנויות דידן דמניחים שם סחורות בלילה, לכו"ע סגי בג"ש.

אמנם צו"ת החת"ם חו"מ סי' כז, הוצא צפת"ש סי' קנו ס"ק א, כתב הרב השואל להוכיח מגמ' הג"ל שבזמן חכמי הש"ס היה דרכם למכור גם בלילה בחנויות, ורק חנותא דמחוזא עבדי ציממא ולא בליליא, ודחה החת"ם שגם בימי הש"ס היו פותחים החנויות רק ביום, אלא שבמחוזא לא היו דרים בו הבעלים בלילה, ובמקומות אחרים היו דרים בו הבעלים בלילה, אבל לעולם איכא דוכתא דעבדי בליליא כדכתיב והיה לנו הלילה למשמר וכו', אבל פשוט דשינה הוא לאו דוקא בלילה, אפילו ביום אין לו מנוח מחמת בלבול הקול, ואיכא יוקא דגני ציממא, ואיכא נמי קלא דפועלים המשכימים למלאכתם ונכנסים לחנות וכד'.

ובנידון דידן שעד צ"ב פתח את חנותו לא סבלו השכנים מקול הרעש הגדול כפי שהוא כיום, כיון שבתחילה הופעלה במקום חנות מכולת שכונתית בלבד, ועכ"ל שפתח את החנות כפי שהיא כיום, סובלים מהרעש של קול המטעים החזקים ושל הנכנסים והיוצאים ומרצוי הדרך, הרי זה פסק המחבר בשו"ע איכ"ל ששכנים למחות בידו ולומר לו אין לנו יכולים לישן מקול הנכנסים והיוצאים, אלא עושה מלאכתו בחנותו ומוכר לשוק וכו', וכתב בסמ"ע ס"ק י לפי שהנכנסים והיוצאים והקול מהם הוא בחצר המשותפת לכולם, משו"ה יכולים למחות בו מלעשות להן היזק בחלירס, ואף לרמ"א שמתיר, פסק שאם הם חולים והקול מזיק להם יכולים למחות. וכתב צפת"ש ס"ק א בשם תשובת רל"ב"ה סי' לו לדעת הרמב"ן ורוב פוסקים דגני חנות שבחצר אפילו חזקה לא מהני משום רצוי הדרך וכו', שהמכירה יכול לעשות צאק ע"כ

לא יסבלו אפילו הפסק קטן וכו'.

ד. פסק הרמב"ם גזילה ואבדה פ"ג ה"ט: הדר בחזר חזירו שלא מדעמו אם אותה חזר אינה עשויה לשכר אינו נריך להעלות לו שכר אע"פ שדרך זה הדר לשכור מקום לעגמו, אזה נהנה זה לא חסר. ומקורו בסוגית הגמ' ב"ק כ וכו'. וכ"פ בשו"ע סי' סג סעי' ו. ופרש"י כתובות קג ב לפי שכופין על מדת סדוס. וכ"כ תוס' ב"ק כ ב וב"ב יב ב ומלחמות לרמב"ן ב"מ סד ב (דל"ה ע"ב מדפי הרי"ף). וכ"כ בפני"ב ב"ק שס, ועיי' חיי הגרש"ש ב"ק סי' יט אות ג שתמה על טעם זה שהרי הוא הדין גם בהקדש, ובהקדש לא שייך כופין על מדת סדוס, אלא ודאי הסבירא היא שמה שאינו חייב רק כשהזכירו חסר היינו משום שאין חזינה על הנאה רק אם בעל הממון חסר.

וכתבו תוס' ב"ב יב ב ד"ה כגון בשם הרי"ב"א דזה נהנה זה לא חסר דכופין על מדת סדוס היינו ששכבר דר בחזר חזירו שאינו מעלה לו שכר, אבל הא פשיטא שיכול למחות בו שלא יכנס לדור צביתו אפי' בחזר דלא קיימא לאגרא ואבדא דלא עבד למיגר, דהוי זה נהנה זה לא חסר. וכ"כ תוס' ב"ק כ ב ד"ה הא, וכ"כ שם בהרא"ה והרא"ש והרי"ב"א. וכ"כ יש"ש ב"ק פ"ב סי' טז, ורמ"א בשו"ע סי' סג סעי' ו. ועיי"ש בפת"ש ס"ק ג בדעת המרדכי שהביא הרמ"א, ומש"כ בשם הנובי"ת חו"מ סי' כד (וזה דלא כדעת האבי עזרי שהביא נ"י ב"ק שם ומרדכי שם סי' טז שאפילו לכתחילה יכול לכוף את בעה"ב לכך, שכופין על מדת סדוס). וביאר בחיי הגרש"ש ב"ק שם דלכתחילה אין כופין על מדת סדוס כיון דאם יכפוהו נוטלים ממנו שליטת ציתו, ועיי' קפדי רוב אינשי ולא חשיב מדת סדוס בדבר שקפדי רוב אינשי. ועיי' פס"ד של הגר"מ פרבשטיין בשורת הדין כרך ב עמ' שכט שביאר דלכוף אדם לתת שימוש בחזירו חשיב חסר לא משום החסרון שבעלם שימוש חזירו ברשותו, אלא משום דכפיה על אדם לתת שימוש ברשותו שלא ברצונו היא פגיעה בעלם בעולתו, וה"ל כאילו נטלנו ממנו חלק מבעולתו על רשותו, וזה עלמנו הוא ה"חסר", ולכן לא שייך בזה כופין על מדת סדוס (ובענין האורך לרשות השכנים לבנות על הגג, עיי' פד"ר כרך יד עמ' 161 ואילך, ושו"ת משכנות ישראל סי' ג, וסי' בארות שלמה חו"מ ח"א עמ' רכז).

ה. עיי' פס"ד ירושלים כרך א עמ' ריד וכרך ד עמ' קטו עפ"י שו"ת הרא"ש כלל ה סי' ג שאדם הבונה בתוך שלו להשביח נכסיו ואינו מזיק לגוף ממון חזירו אלא שמפחיתו מדמיו כה"ג לא הנריכו חכמים להרחיק, כמ"ש בגמ' ב"ב כא ב עושה אדם חנות בלד חנותו של חזירו וכו', ואע"פ שהדבר ידוע שהחנות של הראשון דמיו נפחמים, שיותר היה נמכר ביוקר כשלא היה במצוי אלא חנות אחת, ואעפ"כ אינו יכול למחות. אבל אם ירידת ערך הדירה היא משום שזימין לגוף הדירה, כגון שנגרס בה הזימין ממשי של הזימין ראייה וריח ורעש, שאז ירידת הערך יש לה סיבה אמיתית ולא רק סיבה חילונית, ה"ל תביעת זימין שחייבים עליה, ואם טוענים התובעים שערך דירתם יורד בגלל הרעש, לטענתם ה"ל זק יסיר, שגם לדברי הרא"ש ניתן לתבוע עליו. אבל אם תוספת הבניה נעשית באופן שאין בה הזימין ראייה והזימין רעש שכנים, חף אם יבוא שאמי ויאמר שבגלל אותה תוספת לא ישלמו עבור דירות השכנים את ערכם כפי

שהיו משלמים להם לולי התוספת, אין זו אלא סיבה חילונית, ואין לשכנינו שום תביעה כספית בשל כך. והמקור לזה הוא עפ"י שיעורי הגר"ש שקוף ז"ק סי' כד וכע"ז בס' זכר טוב סי' ח אות יז. עיי"ש.

ועי' בהערות למסכת קדושין למרן הגר"ש אלישיב שליט"א דף נט א, דעד כאן לא שמענו שאין השכנים יכולים למחות באחד מצדי החצר שבקש ליעשות מלמד חינוקות, אלא כשהדבר מטריד אותם, אבל במקום הפסד ממון לא שמענו דאין יכולים למחות, וא"כ כהיום כשיצו אחד לפתוח בית תלמוד תורה ליד בני מיוגרים שברירא מילתא שערך הדירות יורד מערכם, א"כ לכאורה יוכלו למחות, דיש להם הפסד ממון, דלא שמענו שבהפסד ממון נמי אין יכולים למחות, ומה שהגמ' לא חששה להא' דיש הפסד ממון צדא ליעשות מלמד חינוקות, היינו דאז צומנם שהיה להם קרקע והיינו דירה לא היו מוכרים אותו כלל וכלל, ואין עומד לכך, א"כ אין חשש הפסד ממון, אבל צומננו שהדרך היא למכור קטן ולקנות גדול כפי הצורך, וזה הסדר הרגיל שמוכרים הדירה וקונים אחרת ואח"כ מוכרים זה, א"כ יש כאן הפסד ממון, ויש כאן מקום לדון שיוכלו לעכב פתיחת ת"ת קבוע ליד ביתם. ע"כ. ובעיקר הדברים כבר כתב כן בשו"ת זקן אהרן מהדו"ת ח"ו"מ סי' קלו, שם פסק דטענת רבוי הדרך וקול הפטוי אינם אלא כשהמחזיק והמערער שניהם בחצר אחד המשותף לשניהם אשר שניהם משתמשים בו בשוה, אבל בשכנים כאלו שרק שכני הרחוב הם וקרקעותיהם אחד מלרא, אבל החלירות מיוחדות שלהם יש חצר מיוחדת וכן לשני חצר ורשות מיוחדת, ככה"ג פשיטא דאין טענות הללו כלום, דמה טענת רבוי הדרך שייך, כיון דשכן המוחה אין לו רשות כלל לילך בחצר של חצירו והכנסים ויולאים הולכים רק בראשות המיוחד למחזיק, וגם טענה דקול הפטוי ליכא ככה"ג אפי' לרמז"ס, דבביתו ורשותו יוכל האדם המיוחד לעשות מה שלצדו חפץ מצלי להתחשב אם יגיע מזה הזיק לאדם אחר שאין לו רשות ליכנס לחצר זה. וממשיך זקן אהרן שם: ואמנם בהיות שדיון זה היינו דוקא אם לשכנו המערער לא יגיע מזה הזיק ממש, לא לממונו ולא לגופו, ורק הקפידה היא על חסרון המנוחה או שארי קפידות כיו"צ, בזה הוא דאמרינן דברשותו יכול לעשות הכל, ואין לו להתחשב עם שכניו שלא יוכל לסבול כזה, בה בשעה שלשכניו המערער אין גם רשות ליכנס לחצירו של מחזיק, משא"כ אם לשכניו המערער יגיע מזה הזיק לממונו וכ"ש לגופו, פשוט דאסור לעשות כן אפי' לאדם שאינו שכניו, דכל שפעולה זאת מזיקת את חצירו בשעת עשייתו הי"ז כמזיק בידו ואסור לעשות כן דהוי גריד דיליה. ע"כ.

ובנידון דידן טענת השכנים לירידת ערך דירתם אינה רק מחמת סיבה חילונית אלא סיבה שפוגעת בדירת עלמן, ובדוארי שטענתם טענה.

1. בגמ' ז"ב סג ב: אמר רב דימי מנהרדעא האי מאן דמוצין ליה ביתא לחבריה אע"ג דכתב ליה עומקא ורומא נריך למכתב ליה קני לך מתהום ארעא ועד רוס רקיעא וכו'. וכ"פ הרמז"ס מכירה פכ"ד הט"ו וא"ע סי' ריד סע"י ג. ואף שכתב בשו"ת הרשב"א ח"א סי' תקמ"א שמערה זו מעולם לא היתה לשמעון (בעל העלייה), ומאן לימא לן שלא היה עומקו של ראובן (שהמערה פתוחה אל ביתו), והוא לכו כבית

ועליה שלא ראינו בית זה לעולם לבעל העליה, בעינין זה לבעל העליה להביא ראיה שמכרת לי הבית ולא בעל הבית לבעל העליה, ואילו בשעה שצא ראובן לחפור תחת הקרקע של שמעון, באמת היה שמעון יכול למחות כיוון דעמקו ורומו שלו, אבל לאחר שצנה ראובן ולא ערער שמעון והחזיק בו כמה שנים, קרוב הוא זה שחזר לדין בית ועליה של שנים, עיי"ש. זה הכל ציורסי ראובן שדנים עם יורשי שמעון שטוענים ליורש, אבל ראובן עצמו שחפר את המערה ומחזיק בה בלא טענה אינה חוקה.

וכתב בס' משפט דקד ח"ג עמ' 164 בשם כמה פוסקים שכיום צרור שהמוכר אינו משייר לעצמו את המקום שמתחת לבנין אלא כלול ברכוש המשותף של כל בעלי הדירות, ואפילו לא חשבו הקונים להשתמש בקרקע זו קנו אותה, ולכן בעל דירה שרוצה לחפור בקרקע מתחת לדירתו לריך רשות של כל השכנים (ועיי"ש לגבי בעלות על חללים שצולע בנין הבנין בהר).

ז. פסק באו"ע סי' קעח סעי' ג: שותף שירד לתוך שדה המשותף ועבדה חסוב כיורד ברשות וטול כדיון אריסי העיר אפילו בקמה העומדת לקטור ואפילו בשדה שאינה עשויה ליטע וכו'. ומקורו בדברי שו"ת א"ח סי' קע"ב ח"ב, ורמב"ם גזילה ואבירה פ"י ה"ז. וכן פסק באו"ע סי' שעה סעי' ה ורמב"ם באו"ע סי' קע"ב סי' י. אלא שנחלקו הראשונים האם דינו כיורד ברשות משום ששותף דינו כשליח של שותפו אפילו לחובתו, וכאילו ליהוה להיות במקומו, שעל דעת כן נשתתפו, וידו על העליונה, עיי' רש"ם וריטב"א סי' קע"ב שם, ומרדכי כתובות סי' רלו בשם מהר"ם באו"ע מהר"ם בר"ב ד"פ סי' תתקס"א, ורשב"א ורי"ן וגי' בי"מ מ"א (ועיי' מרדכי סי' קע"ב סי' תקלט דשותף כיורד ברשות דמי בכל דבר דלא צרי היוזקה, וכן פירש ר"ח פרק חזקת הבתים דטול אף בשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע, ואם נתייבש האילן מיד אפ"ה פורע חצי הולאה), או שאף אם אינו נחשב כעושה בשליחותו של חבירו, מ"מ הואיל וצא להשביח חלק עצמו ואין חלקו מבורר ממילא לריך להשביח את הכל, ולפיכך נחשב כיורד ברשות, אבל ידו על התחתונה, עיי' שו"ת הרא"ש כלל לא סי' א, ורי"ן וגי' סי' קע"ב שם בשם הרא"ה, ושו"ת מהרי"ט ח"א סי' קו, וכן פסק הסמ"ע סי' שעה ס"ק ת. ועיי' בית יחזקאל להגר"י סרנא סי' ד אות ב.

וברמב"ם באו"ע סי' קעח סעי' ג עפ"י הגמ"י גזילה ואבירה פ"י אות ג: ואם מיחה השותף השני שלא לעשות כגון שצנה בנין והוא מוחה בו, אם הוא דבר שאי אפשר מלצנות לריך חבירו ליתן לו חלקו וכו'. וביאר בנתה"מ ס"ק ג פירוש, אם הוא דבר שא"ל מלצנות, דהיינו שצית השותף עומד ליפול, והשותף א"ל לו לצנות חלקו עד שיצנה ג"כ חלק חבירו, וחבירו אינו רוצה לצנות, כופין חבירו ליתן לו חלקו ויורדין לכספו ואובין ממנו לצנות הבית המשותף, ואין יכול לומר צנה אתה כל הבית ודר בו עד שאשלים נך. ע"כ.

והנה כתב הרמב"ן סי' ע"א או בזמלתמות שם שאם גבה בע"מ את השדה מהלוקח, כיון שהיה הלוקח סבור שהיא שלו אע"פ שנמלאת שאינה שלו אין שומעין לו לומר טול עניך ואצנך. והביאור בזה נראה עפ"י הרמב"ן סי' ד א שהקשה א"ך יכול המקיף להקיף את הניקף שלא מדעתו ולחייבו בדמים, ומיך דהוי

כמו יורד לשדה חצירו שלא ברשות דקיי"ל דבשדה העשויה ליטע ידו על העלוונה ואינו יכול לומר לו טול עץך ואבניך. וכתב בשיעורי רבינו חיים הלוי על צ"ב שם הטעם דאינו יכול לומר לו טול עץך ואבניך עפ"י הרשב"א צ"מ קא א משום דכיון דעשויה ליטע אמדין דעתיה דניחא ליה, וא"כ הוי כמו מדעתיה דכבר קנה וע"כ אינו יכול לחזור בו, והיינו כיון דהשציה בחצירו של הצעלים זכה בו הצעלים בקנין חלף, וכן ביאר דברי ה"ה שכנים פ"ג ה"ד, עיי"ש (ודברי הגר"ח צ"שיעורי רבינו חיים הלוי" נכתבו כידוע בקיטור נמרץ, ועי' באריכות יותר ב"רווחא שמעתא" צ"ב עמ' יז. ולענין שוכר שהשציה את המושכר שהמשכיר ממילא קמתהני, עי' פס"ד ירושלים כרך ג עמ' קנו).

ועי' פס"ד ירושלים כרך ח עמ' מזו מהגר"מ הייזלר שליט"א שהצביא מדברי הגתה"מ סי' קסד ס"ק יא דכל מה דאמרינן בסי' שעה דוירד מקבל שצח הוא רק כשירד על דעת להשציה לחצירו אבל היכא שעיקר כוונתו לצורכו ולא לחצירו אינו מקבל אלא הוצאותיו.

לפי"ז צידוק דידן שבעל החנות ירד להשציה לעצמו, אין לו אלא יציאותיו, שאותן יש לקזו מדמי השכירות שצריך לשלם לשכנים.

ה. עי' פס"ד ירושלים כרך ג עמ' מח שדינו של ועד בית כדן שצעה טובי העיר שהחלטתם מחייבת את כל בעלי הדירות בצנן. ועוד עי' פס"ד ירושלים כרך ז עמ' רח שדינו כדן ליצור כלפי היחיד, אלא שאעפ"כ אם יש טענות וחילוקים בין ועד הבית לבין אחד הדיירים, אם הוא המוחזק אין הועד יכול להוציא ממנו שלא כדן (וחולק על הרמ"א שם), וגם על ועד הבית יש דין הממע"ה (ועי' פס"ד ירושלים כרך י עמ' קעח).

תביעה נגדית

בעל החנות תובע את אחד הדיירים תביעה נגדית שלקח לשימוש הפרטי מרפסת גדולה השייכת לרכוש המשותף, ומשתמש בה שנים רבות מבלי לשלם שכירות לדיירים. טוען בעל החנות שלא יתכן שאותו דייר יתבע ממנו שכירות על שימוש ברכוש המשותף כאשר הוא עצמו חוטא באותו דבר. ועוד, כשנטל הדייר לעצמו את השימוש במרפסת, מונח בזה נתינת רשות לשכנים אחרים להשתמש בחלקים אחרים של הרכוש המשותף.

הדייר משיב שבשעתו הרשה לו ועד הבית את השימוש במרפסת בתנאי שהחזקה והנקיון במקום יהיו על חשבוננו. עוד הוא טוען שמאחר והבניסה למרפסת היא רק מתוך הדירה שלו, ולכל אורכה של המרפסת יש לו חלונות מהבית, כך שהאפשרות היחידה לשימוש במרפסת היא לו לבד, לכן הרשה לעצמו להשתמש במרפסת כבר 25 שנה, ואף אחד מהשכנים לא ערער מעולם על השימוש הזה, מלבד שכן אחד שאמר לו פעם: דע לך שיש גם לי אפשרות לגשת

למרפסת ע"י מדרגות מבחוץ, ובעל החנות המערער הגיע למקום רק לפני 3 שנים אחרי שכבר החזיק בשימוש שנים רבות. הדייר מציג 13 חתימות של שכנים המרשים לו את השימוש במרפסת.

בעל החנות משיב שחלק מבעלי הבנין לא גרו במקום והם לא ידעו מהשימוש שעושה שם הדייר, ולכן אין זו חוקה. עוד הוא טוען שלאחרונה הוסיף הדייר מחסנים במרפסת, ועל עימוש כזה לא היתה לו חוקה מעולם. הדייר משיב שמדובר במחסנים מפלסטיק ניידים.

פסק דין

התביעה הנגדית נדחית.

(-) שמואל חיים דומב

(-) יהושע ווייס

(-) אברהם דוב לוי, אב"ד

השאלות לדין

- א. חזקת תשמישין בחצר השותפין.
- ב. שימוש בחצר השותפין באופן שיש היזק ראייה לאחד מהם.
- ג. שותף שהשתמש לבדו בכל הנכס המשותף, האם צריך לשלם שכירות לשותפיו.
- ד. יכלו לתבוע שכירות ושתקו, האם שתקה כמחילה.

תשובה

- א. במשנה ב"ב נו א': היה מעמיד בהמה בחצר תנור וריחיים ומגדל תרנגולים וכו' אינה חזקה. ובגמ' שם הכא בחצר השותפין עסקינן דבהעמדה כדי לא קפדי. ופי' רשב"ם דבהעמדה כדי לא קפדי שותפין זה על זה עד שעה שיטערו לאוזו מקום, וכשירצו יקפידו ויסלק זה חפציו, דאין לו חזקה בשתיקתו, אמחי"ה קפדי, ומדתקו ולא מיחו ודאי צרשותן עשה והוי"א חזקה וכו', אבל בחצר שלפני הבתים צריך שיהא מקום פנוי לביאה וליאה והלכך קפדי בהעמדה ככדי. ע"כ.
- ב. ופסק הרמב"ם שכניס פ"ה ה"ה אחד מן השותפין בחצר שהעמיד בהמה או ריחיים וכו"ב בחצר ולא מיחה צו שותפו ה"ו מעכב עליו כל זמן שיראה. ואם החזיק חזקת תשמישין בחצר שרשומה בטאבו בחצר השותפין, פסק בשו"ת שצות יעקב חי"א סי' קם, הוצא בפת"ש סי' קג ס"ק ג, דכיון שיש למוכר שטר על

הדירה לא מהני מחילה, ואף למאן דסייל דמהני מחילה גם בתפס שטרא, עיי' סי' יב ס"ק יז, היינו היבא דהמחילה היא ודאי וזכור עפ"י הודאת עלמו או עפ"י עדים אף היבא שבע"ד מכחישו ואומר שלא מחל מהימין. וכ"כ בשו"ת מהר"ש ענגיל ח"ו סי' יד דכיון שיש רישום מפורש שאינו שלו חשיבא חזקה שאין עמה טענה ולא חשיבא כלל חזקה. ועיי' רמב"ם טו"ז פ"י"ב הי"ד ואו"ע סי' קמ סעי' טו. וזרמ"א סס הביא מהריב"ש סי' רמח שאפילו היה לו חלק בחצר האותפות אם הוא מקום שדרכן להקפיד בזה או שעשו שאר דברים שדרך להקפיד עליו ולא הקפידו הוי חזקה למה שהחזיק.

ובתוס' סס נז ב ד"ה בשותפין: תימא דאמר הכא דהיבא דקפדי קני, והאמר לעיל מב ב דשותפין אין מחזיקין זה על זה, דפעמים מניח האחד להשתמש לחבירו ג' שנים ואח"כ ישתמש הוא, י"ל הא דנחית לפלגא והא דנחית לכולא וכו', ועוד נראה דיש לחלק בין שדה לחצר דהכא מיירי שבתים אלו פתוחים לחצר זה דכיון שהוא יוצא ונכנס דרך חצר זה היבא דקפדי אין מניח לו לעשות אי לאו דזבנה מיניה. ע"כ. ובשו"ת מהרי"ט חו"מ סי' סג כתב דאם בנה חדר בחצר השותפין עלתה לו חזקה דדוקא גבי אכילת פירות שדה או בית לא היא חזקה דנחית לפלגא מטעמא דאמרינן שדרך השותפין זה אוכל ברות זה וזה אוכל ברות זה ואין מקפידין, אבל היבא דבנה בזין בכה"ג קפדי איתפי אהדדי וכו'. וכ"כ בשו"ת בית דוד (שאלוניקוי) חו"מ סי' כב.

ובגדר חזקה תשמישין כתב הרשב"א ב"ב כח ב שמועילה בלי טענה משום שאין זה כנותן קרקע אלא כמחול על שעבודים. וביאר בנתה"מ סי' קל"ב ס"ק ו דבתשמישין לית ביה קנין גמור רק שמשעבד גוף הקרקע לתשמישין עליו, לכך המחילה אינו רק מחילת השעבוד, וכיון דאין בו קנין הגוף רק שעבוד בעלמא לכך נקנה בחזקה דהתחלת תשמישין בלבד, ולא שייך ביה כלל חזקה דנעל גדר כיון דאין לו קנין הגוף כלל.

ובנידון דידן שהחצר כולה היתה בחזקת השימוש של הדייר, והכניסה לחצר היא רק מהדירה שלו, והאפשרות לאחרים להכנס אליה היא רק ע"י העמדת מדרגות מבחוץ, ואף אחד לא מחה בעדו, וגם אין לו טענת בעלות, אין לו חזקה תשמישין ויכולין לסלקו כשיתאפשר להם להשתמש בחצר, אך שתיקת השכנים מהווה מחילה מתשלוס שכירות. ועיי' להלן.

ב. עיי' שו"ת הרא"ש כלל ק סי' ג דבחצר השותפין כל אדם משתמש כנגד פתחו ואינו רגיל שיעצור איתפו שם בשעה שהוא משתמש ויראהו, עיי"ש.

ג. בשו"ת הרשב"א ח"ב סי' קמא נשאל בדבר שנים שלקחו מקום ישיבה של ביהכ"מ ואירע הדבר שאחד מהם ישב שם חמש שנים, האם יכול לומר לו חבירו אשב אני שם כמו שיבט אהה, או יעלה לו שכר כנגד הימים שהיה ראוי בו, או דלמא מצי א"ל אידך כל שלא חלקנו לא היה לי לינמע מלישב שם כל זמן שהוא פנוי. והשיב הרשב"א: נראה לי דברים צרורים שאינו חייב להעלות לו שכר, דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש, ואפילו בחצר שיש בה דין חלוקה נמי וכ"ש בחצר שאין בה דין חלוקה, דלא דמי לדר בחצר

חזירו שלא מדעתו וכו'. ע"כ. והוצאו דבריו ברמ"א בשו"ע ס"י קע"א סעי' ח. וכתב במשנת ר' אליעזר (טולידו) חו"מ ס"י נט שלדעת הר"י מיג"ש בשו"ת ס"י ק"ו וכן לתשצ"ן ח"ג ס"י רח ושו"ת הרשב"ש ס"י סז א"ס היתה זו חלר דקיימא לאגרא, חייב לשלם שכירות מדין נהנה ואינו יכול לומר בשלי אני דרתי. ועיי' מהרש"ס ח"א ס"י ח. ועיי' פד"ר כרך יח עמ' 300.

בנידון דידן החלר הפתוחה לדירתו של הדייר והכניסה היחידה לאותה חלר היא מתוך הדירה של הדייר, אלא"כ יטפסו אליה מבחוץ ע"י סולס או שיבנו מדרגות, אין זה נחשב כעביד למיגר, מה גם שבידו למנוע את השימוש מאחרים בגלל ההיזק ראה לחלונות ביתו, לפיכך פטור לכ"ע משכירות על מה שהשתמש שבשלו הוא השתמש.

ד. פסק הרמ"א בשו"ע אזה"ע ס"י ז סעי' י ראה שמכרה ושתק לה לא אבד משום זה זכותו, ומקורו בשו"ת הרא"ש כלל מ, ועיי"ש בבאר היטב ס"ק כו אשה שנתנה לבנה מתנה צפני בעלה ושתק בעלה בין היו נ"מ בין נל"צ בין היתה מתנה שנתן הבעל לאשתו במתנה גמורה, אין במתנתה כלום. ועיי"ש בצ"ת מאיר ובמנחת פתים. ועיי' שו"ת מהרי"ט ס"י קו וקיד שהוכיח מהגמ" צ"מ ו א תקפה אחד צפניו דשתיקה כהודאה דמיא, וכתב בנתה"מ ס"י פ"א ס"ק ד דה"ה אשה שנתנה לתת לבנה ליתן לקרובה, והיתה שכ"מ, דכיון דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי הוי כתקפה מטעם דהוי כמסירה, וכיון ששתק מתחילה ועד סוף הוי הודאה, וביאר בזה דברי הרמ"א בשו"ע שם סעי' ז בשם הראב"ד, אבל בא"ש זכיה פ"י ה"ט כתב שדברי שכ"מ אפילו א"ס המתנה חלה מ"מ חלות המתנה היא רק לאחר מיתה, והמקבל אינו מוחזק במתנה רק אחרי שצבא לידו, ואין זה דומה לתקפה שתיקה כהודאה.

וה"ה בנידון דידן, אף א"ס היה זה חלר דעביד למיגר, מ"מ על מה שכבר השתמש בשתיקה, ע"ז אומרים שתיקה כהודאה ואי אפשר לתבוע היום מה שלא תבוע קודם, אבל מכאן ולהבא א"ס ועד הבית יתבוע שכירות ינטרך הדייר לשלם להם.

אברהם דוב לויין.

ב

בחזקת תשמישין הוצא בטור ס"י קנ"ג סעי' כד ג' שיטות בזה. לדעת הרשב"ס בדבר שיש בו חסרון קרקע צעי ג"ש וטענה, כגון פתיחת חלונות דמויק לו את החלר בהיזק ראה, אבל בתשמיש קטון אין לריד ג"ש, אבל טענה לריד. דעת הגאונים, וכן הרמב"ם בפ"א משכנים ה"ה עפ"י המ"מ שם, דבראורו ושותק הוה חזקה לאלתר מטעם מחילה ואין לריד ג"ש ולא טענה. דעת ר"ת דאף חזקת תשמישין צעי ג"ש וטענה. אבל שותפין אין להן חזקה זה על זה, וא"כ אף בהחזיק וראה ושתק אין לו חזקה, וכמו שכתב הרמב"ם שכנים פ"ה ה"ה דהעמיד בהמה בחלר השותפין יכול השותף לעכב עליו, עיי' מש"כ הראב"ד שליט"א.

בניד"ד נראה דיש לו חזקה, דהרי כתב הרמב"ם שם דבעשה מחילה גבוהה עשרה טפחים החזיק,

השותפין מקפידין על המחילה, והואיל והניחו מחל, היינו דבכה"ג הוה חזקה לאלתר אף בלא טענה דמחיל ליה. וכ"כ הרמ"א בש"ע סי' קמ סעי' טו דאפילו היה לו חלק בחצר השותפות אם מקום שדרכן להקפיד בזה או שעשו דברים שדרך להקפיד עליו ולא הקפידו הוה חזקה למה שהחזיק. ע"כ. ועי' סמ"ע סי' קכ דפירש דלפי מה שכתב הרמב"ם והמ"מ ציבור דבריו, נתבאר לן כלל הדברים לדעתו ולדעת רבו הר"י מיגאש ז"ל, והוא דבחצר חצירו אין חילוק בין מחילה להעמדה גרידתא אלא החזיק ג"ש וצא בטענה הוה חזקה אפילו בהעמדה גרידתא וכמו שכתב כאן וכו', ונחצר השותפין הוא בהיפך דאין הדבר תלוי בחזקת ג"ש כלל אלא בהעמדת מחילה דאם העמיד מחילה הוה חזקה לאלתר דגם השותף מקפיד על המחילה ומדשתיק אמרינן דמחיל ליה לגמרי, משא"כ בלא שותף דאין דרך למחול לגמרי ואם לא העמיד מחילה אפילו החזיק ג"ש וצא בטענה לא הוה חזקה בשותפין. עכ"ל.

מבואר דבעשה מחילה או דבר שדרכו להקפיד לאלתר הוה חזקה, וא"כ הדייר שעשה מחסנים במרפסת הוה כעשה מחילה ודרכו של שותף להקפיד בזה ומדשמתקן ודאי מחלו והו"ל חזקה לאלתר. ועי' קולוה"ח סי' קג סי' א דהביא דברי הסמ"ע דלאלתר אין הכוונה מיד אלא ר"ל מצי איתברר לו היזקן ושתיק. וא"כ המחסנים האלו עומדים זה זמן ונראה לכולם ודאי הוה חזקה. ולפי מה שכתב ה"י המ"ל (?) דמספיקא דדינא אי בעי טענה בחזקת תשמישין אם לאו אין מוליאין את המודחק, א"כ אין להוציא את הדייר מחזקת תשמישין בחל"ר.

ועוד נראה דבניד"ט טען הדייר דבעשה שקנה הדירה היתה החצר מגודרת ולאחר זמן נשבר הגדר וועד הבית אמר לדייר שיבנה הגדר על חשבונו והנקיון וטיפולו בחל"ר יהיה רק על הדייר כל הזמן, ובתמורה יקבל רשות להשתמש בחל"ר כדוד, ולפי טענתו הוה חזקה עם טענה, שנתן תמורה עבור השימוש, וצ"ל לא יוכחש ע"י ועד הבית הרי ודאי הוה חזקתו חזקה, ועוד, דגם על"ס בניית הגדר בהוראת ועד הבית הוה הבניה חזקה של נעל גדר ופרץ, דהרי ועד הבית כך התנה והוה כאמרו לו לך חזק וקני. וע"כ אי אפשר לחזור ולדרוש ממנו שכירות גם לא מכאן ולהבא. ומסתברא דיש רשות לועד הבית לעשות הסכס כזה אף בלא ליידיע את השכנים מכיון שצ"ן כה אי אפשר לשאר הדיירים להשתמש בחל"ר, והשכנים לא מפסידים כלום רק הרוויחו שבניית הגדר וטיפולו של החל"ר על חשבון הדייר, ועוד בניית הגדר על חשבונו זה עשיית מחילה דשותפין קפדי אהדדי, ואף דהיה שם מקודם גדר מ"מ לאחר שנשבר והוא הבונה על חשבונו הוה עשה מחילה דשותפין קפדי אהדדי ומדשמתקן ודאי מחיל ליה והוה חזקה.

מה שטען ידידי הגר"ט ג' שליט"א שהשכנים חייבים לשלם לצעל החנות על מה שהשביח את המקום שהרי המקום נשאר בצעלותו, יש לדון בזה שהרי צעל החנות סבר שהמקום שלו והשביח על דעת שהוא שלו, ובכה"ג י"ל שאין דינו כיוצא, עי' פס"ד ירושלים כרך ח עמ' א שדן בזה ידידי הגר"מ שליט"א עפ"י מה שכתב הנתה"מ בסי' קסד סי' יא דדין יורד זה רק כשנתכוין להשביח את של חצירו אבל נתכוין לנזק ענמו נתן לו הוצאות, עיי"ש. אך לכאורה כוונת הנתה"מ כשידע שהשדה של חצירו אלא שהשביח לנזק ענמו, אבל אם סבר בצטעות שהשדה שלו ואח"כ התברר שהיה של חצירו אפשר שחייב לו גם השבח כיון שנתכוין להשביח את השדה, והספק הוא בדברי הש"ך בסי' שלא סי' ב ז"ל: וטעמא דיוצא שלא ברשות כיון שנתכוין להשביח חייב לשלם יציאותיו, האם מצי בנתכוין להשביח לאפוקי אם עשה לנזק ולא להשביח, או דבעי להשביח לחצירו, ואם עשה לנזק לא נתכוין להשביח לחצירו, ונפ"מ כשטעה וסבר

שהדהר שלו ונתכוין להשביח ונמאל של חבירו. ולי"ע.

הושע ווייס.

הערות

א. ה'אדר' שנקברה היתה קלע האמה שהיוה מחילה מלד אחד של החצר, ולימים חפרו את האלמה הזו כדי לבנות בית מנוול והחצר נשארה ללא מעקה כלל אחד, וזו היתה מובנתם ומטרתם של כל האוספין לעשות שם מעקה, והחלבו אורחו ליייר לעשותו לבד על השבועו, והשכנים "לא מוחו בו" כי בכך נתקיימה מצותם.

ב. כתבו החוס' ב"ק נח א' דלס קנה ישראל מן העכו"ם קרקע שגזל מושגלל אחר, נחלקו הראשונים אם חייב להחזירה לבעלים הראשונים בחינם או שנוטל מה שהגהרו, וכתבו חוס' שם בספרת המחייבים: אין דומה כלל למצרים אחר, כגון יורד לתוך עדה חבירו ונטעו שלא ברשות וכו' לנטול מבע"כ מה שהגהרו. וכ"כ הרא"ש שם פ"ו סי' ז' בשם רגמ"ה, ושכן פסק ר"י, והוסף: ואינו טוחן לו כל מה שהוציאו כמו דועה שקדם במקלות, דהתם כיוון לעובת בעל האלן אבל הכל לנרדך עלמו קנאו הלכך אין לו אלא מה שהגהרו. ע"כ. וכ"כ הרמב"ן ב"מ מ' א', וכן פסק בא"ע סי' רלו סעי' ח'. ועי' אכן האלו מלה ועי' חלקת יואב ט' ע' דכל היתב דההגלה בעין חייב גם כשלא נחזינו להשביחו.

והקשה בנתיב"מ שם סי' ק' ז': מאי ענא מסי' שו סעי' ב' בלתי מנגב מפורסם לחין צריך להחזיר דוקא כשטוען לעובה נחבונתי ולהציל, ומשמע דלס מודה שרצה ליקחנו לעלמו ולא הצינו להחזירו לבע"כ אין צריך להחזיר לו המעות, ומ"ש הכל ללא חילוק וכתב קתם דחייב להחזיר מה שהיה צריך להוציא, ומשמע שפילו אם היה דעתו לקנות לעלמו ולא להצינו למכירו מחוייב י"ב להחזיר לו וכו', אחר"כ מצאתי בקצוה"מ סי' שט ס"ק ג' שכתב באורך דגם אם אפילו לא נחזינו להצינו צריך לתן לו מה שהגהרו, עיי"ש. ולפענ"כ נראה דגם כאן אין צריך להחזיר לו רק כשטוען לעובה נחבונתי דיוירד להשביח לחבירו ואז ודאי חייב כמו ביוירד לקנה חבירו שלא ברשות וכו', אבל אם קנאה לעלמו אפילו כסוגג שלא ידע שהיא גזולה אינו חייב להחזיר לו דלמי לתש"כ ב"ק ג' ע"כ. ודוקא ביוירד שלא ברשות חייב מטעם שנתכוין להשביח אבל בלא"ה מעשה ממוט, אבל כשמוטו נהגה ע"י אחר פטור, ודוקא ביוירד שלא ברשות חייב מטעם שנתכוין להשביח אבל בלא"ה פטור, וה"כ כשקנאה לעלמו ולא נחזינו להשביח לחבירו וכו' פטור להחזיר לו, ואפילו לה"ש שם היו ספיקא דלייא עכ"פ, ואין יכול להוציא ממנו כשקנה כסוגג, ואפשר דבקה כסוגג יכול למר אילו ידעתי הייתי עושה זה לטובתך, אבל בידע שהיא גזולה ולא נחזינו לעובה חבירו רק לקנות לעלמו באיבור נראה דפטור לכו"ע וכמו בס"י שט וכו' ואם נחזינו לקנות לעלמו נחזיר היו ספיקא דלייא אי מחוייב להחזיר לו. ע"כ.

וביאר ענין זה שאינו חייב משום נהגה אלא כשנתכוין להגוחו, ביאר בשערי יצר ש"ג פכ"ה שכתב כמעשה בלי כוונה כ"ל ל" שמעון דבר שאינו מחזיקו מותר, ללא נקרא שם המעשה על הפעולה כשעושה בלי כוונה, כך גם במההגה ע"י פעולה וסימוס שאינו מחזיקו לסימוס של מועלת אינו חסוב כמשתמש, ואינו חייב עליו בתשלומים, עיי"ש ובקונטרסי שיעורים ב"ק שיעור יב אות טו.

נמאל לפי דברי הגה"מ וביאר השערי יצר, דלס השביח עדה חבירו בלי כוונה להשביח לחבירו, כגון שחשב להשביח לעלמו ונמאל משביח את של חבירו, היו ספיקא דלייא אם מחייבים את הבעלים לשלם לו מה שהגהרו, כיון דהוי כדבר שאינו מחזיקו ללא נקרא שם הפעולה על שמו כשעושה בלי כוונה, והא"ע שפסק אצ"ק לשלם לו זה דוקא כשטוען לעובה נחבונתי.

א.ד.ל.

בניד"ד כאשר כבר הסכימו כל השכנים ששכן אחד יכול להניח את הציתן הנייד בצמער שמויחד לדירתו, נראה דמשום שלושה טעמים אין בכל השכן החדש לערער לצדו כנגד ההסכמה הקודמת של השכנים.

דנהה מאחר ונתנו כל השכנים את ההסכמתם המפורשת להשתמשותו בהעמדת הציתן וגם אותו שכן המעמיד את הציתן לא טען ולא תבע כלל מזידו את הבעלות על המקום אלא רק את זכות השימוש

במקום, ח"כ הסכמת השכנים היא לכל הפחות כשאלה לזמן שאין המשאיל יכול לחזור בו באמצע, וזאת אפילו בחצר חצירו וועי' רמב"ם שכנים פ"ה ה"ה), והוא ק"ו בניד"ד דאייירי בחצר השותפין דכבר זכה השכן בזכות שאלה לכל הפחות ע"י הסכמת כל השותפין השכנים (עי' סי' שמה).

טעם נוסף יש דכיון דבהלך השותפין אופני השימוש בנכסי השותפות (וכן המנהג) נקבעים עפ"י הסכמת השותפים שוב אין צדק שכן המערער נגד ההחלטה הקודמת של הרוב לעכב את המשמש צלי להגיע להחלטות רוב השותפים השכנים.

וטעם שלישי הוא דכיון דהמעבר הזה הוא מיוחד לשכן צעל הבית, נמלא הדמונעו מלהניח את הבית עובר על מידת סדום, שהרי לא נגרעו הבעלות הממונית של השכנים משום שצעל הבית אינו מבקש רק את זכות השימוש בלבד ולא את הבעלות, והרי צ"ד כיון על מידת סדום (עי' משפט לדק עמ' 57 הערה כ וכו').

ובאשר לתביעה הראשית של השכנים מצעל החנות, נראה שכיון שצעל החנות נהנה מהמחסן שחפר עוד לפני שתבנו אותו השכנים לדין חורה, והשכנים מוחזקים נגדו לענין ההשכרה לעמיד (ועי' סי' שיב לענין קרקע בחזקת צעליה קיימא), נמלא דיכולים הם לתבוע ממנו גם על השכירות למפרע. דהנה צ"י שגם בעי' ז כתב המחבר: "וא" דכשאין החצר עומד לשכר דאמרינן דאינו לריך להעלות לו שכר, אם חסרו אפילו דבר מועט כגון שהיה הבית חדש וזה חסרו צמה שהשירו, א"ע"פ שאין הפסד אותו שחזרית אלא מועט על ידו מגלגלין כל השכר כפי מה שנהנה. ע"כ. ובניד"ד שחפר וצוה גרס לכלוך והפרעה לשכנים בודאי לא גרע משחזריתא דאשיתא.

ושם בעי' ח: "וא" דהא דאמרינן דכשהחצר אינו עומד לשכר אינו לריך להעלות לו שכר, דוקא שלא גילה הדר בדעתו שהיה רצונו ליתן לו שכר אם לא יניחנו לדור בו בחינם, אבל אם גילה בדעתו כן לריך ליתן לו שכר. ובניד"ד אם צעל החנות מעונין בשכירת המקום צעתיד יש צוה גילוי דעת המחייבו למפרע (ועי' פתח"ח גניבה פ"ו סוף הערה לג).

ושם בעי' ו: הדר בחצר חצירו שלא מדעתו א"ל לא ולא יא' חייב ליתן לו כל שכרו. ע"כ. וא"כ אם השכנים התנגדו צפניו על חפירתו הרי הוא כאומרים לו לא.

ועי' שו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף קכח דחצר דלא קיימא לאגרא היינו כגון אדם חשוב שאינו רגיל להכניס דיוורין לביתו. ועי' תה"ד סי' ש"ז דכתב דהיינו במקום שאין שוכרין מזויין כלל (ועי' שו"ת מהראנ"ח ח"א סי' קב בגדר גברי דלא עביד למיגר וצתי דלא עבידי למיגר). וא"כ בניד"ד יש להחשיב את המחסן כחצר דעבידי למיגר.

ועי' פתח"ח גניבה פ"ו הערה נד שאם בנה חורבה על דעת גזילה א"ע"פ שגם צוה לריך הנגזל לשלם לו הולאותיו כמבואר בסי' שעג בעי' ג דקרקע אינה נגזלת וזכה צעל החורבה בצדק צע"כ אם לא קיימא לאגרא לריך לשלם השכר לנגזל. ודייק כן מדברי הש"ך בסי' שז ס"ק ה' שהסוה דין הדר בצית הנגזל לדין השכירה לאחר ונטל השכר שצוה כתבאר שריך להחזיר השכר, עי"ש.

ונמלא להלכה דצעל החנות יכול לתבוע מהשכנים את הולאותיו, ואילו הם יכולים לתבוע ממנו את השכירות מזמן תחילת השתמשותו.

טוביה גולדשמידט.

ד

שאלה לדיון

שורת שהוסיף לעצמו מרפסת על גבי הרכוש המשותף, ואח"כ מחה בשורתו אחר שהוסיף לעצמו גם כן מהרכוש המשותף.

תשובה

הנה מלינו שני עניני חזקה, א. חזקת קרקעות, והיא ע"י חזקת ג"ש וצטענה. ב. חזקת תשמישין שנחלקו בה הפוסקים אם חזקתה לאלתר ע"י שתיקה ומחילה.

ואיזה השתמשות נכללת בחזקת תשמישין איש זה חזקה לאלתר, כתב הב"י סוף סי' קנ"ג בשם הרשב"א בשו"ת ח"ב סי' קע"ז: שאלת, יליאה וזיאה אם לריד חזקת ג"ש. תשובה. דבר ברור הוא שריד חזקת ג' שהרי יש בזה חיבור קרקע, שהרי משתמש בחיורו ממש וכנס ויולא בו, ואם בא זה לבנות חיורו ולסתום צפניו הרי זה מוחה בידו כדי שלא יאבד דרך ביאתו. עכ"ל. ובהמשך התשובה כותב הרשב"א: וכ"ש לדעת רבותי ז"ל שאמרתיו שאין שום חזקה בלא טענת מכר או מתנה, וכל שריד טענה לריד חזקת שלוש. ע"כ. והיינו שכל דבר איש בו חיבור קרקע אזי גם לפי הפוסקים דס"ל בחזקת תשמישין דיש חזקה לאלתר, מ"מ בזה לריד טענה וג' שנים. ויעויין בתורת חיים למהרש"ש ח"א סי' ס"ב שלמד כך בדעת הרשב"א. וכ"ה בשי' למורא צביארו לסי' קנ"ג בסופו. ובשו"ת מהרשד"ם סי' רל"ח מגיה בדברי הרשב"א יעווי"ש, אך גם לפי דבריו כל מקום איש חיבור קרקע לריד ג' שנים וטענה, וכן מיציא בכנה"ג סי' קנ"ג הגה"ט אות לט מהמהרש"ך יעווי"ש.

אמנם בשו"ת מהרשד"ם סי' רנ"ג בראובן שצנה בחצר השותפין באויר איש לו בשותפות בנין, וכל בני החצר לא פלו פיהם ואחר חמש שנים רולה ראובן להוסיף על הבנין ורולים כעת למחות, וזאת יכולים כעת למחות על כל הבנין, כותב המהרשד"ם דאם חזקת נזיקין אינו חזקת ג' שנים אלא מצי מתברר נזיקה ושתיק מחיל, אי"כ הדבר ברור שג' שני חזקה לא היה לריד, דכיון שראובן צונה בית בחצר ושתיק מחלו ודאי, דהשתא נזק מועט מכיון שנחברר הנזק שתיק, נזק גדול כבנין בית אחד ודאי דפשיטא דמחלו, ואפילו לדעת ר"ת שגם חזקת תשמישין לריד ג' שנים, בניד"ד יודה ר"ת, שבניזקין לפעמים אדם שותק ואינו מוחה, אבל מי שראוה שבונים בחיורו וישתוק ולא ימחה, כי ידע ודאי שהצונה בית על דעת לקיימה לעולם ואי"כ כו"ע מודו בניד"ד שאינם יכולים למחות ביד ראובן, ואפילו אח"ל שלדעת ר"ת והרא"ש לריד טענה שהם נתנו לו רשות, מ"מ כדאיס כל הני רבותא לסמוך עליהם ולעמוד בשב ואל תעשה, ומה שצנה כבר צנה. ע"כ.

ובשי למורה למהר"ש יונה דף קלט ע"ב מבאר דהמהרשד"ם מיירי שבונה באויר חזירו על עמודים, דבטול גוף הקרקע מביא המהרש"ם לעיל בס"י רלח את דברי הרשב"א לר"ך בזה ג' שנים ועטנה.

ויש לדייק דהמהרשד"ם בעלמו בס"י רפד מביא תשובת הרשב"א הנ"ל דביזיאה וביזאה בחצר לר"ך ג' שנים, וכותב דלא מיבעי לדעת ר"ת שבכל דבר לר"ך טענה, אלא אפילו לדעת הרמב"ם דס"ל דיש חזקות דלא לר"ך אלא שיטעון שלא אמר לו אדם דבר, בחזקה כי האי נראה שידה הרמב"ם סלר"ך טענה גמורה, כי ביזיאה וביזאה אין אדם מקפיד כל זמן שאינו לר"ך, וכ"כ כי כבר נקבעה הלכה בישראל שכל חזקה לריכה טענה שיאמר אתה מכרת או אתה נתת. וכ"כ בדברי ריבז ס"י קיב. ובתורת חסד ס"י רעו מקשה דברי המהרש"ם אהדדי אי הלכה כר"ת או כשאר הפוסקים דחזקה תשמישין הוה לאלתר.

אמנם בשו"ת בית דוד (שאלוניקי) ס"י לב בשאלה כניד"ד מביא דברי המהרשד"ם הנ"ל, וסוד כותב דמ"מ נראה דהייב הראשון שהוסיף לסתור כל מה שבנה אם רוצה שלא יוסיף שכתו האחר, דעד כאן לא אמר מהרשד"ם שמחלו לו אלא לענין שאין יכולין להייבזו שיסתור מה שבנה, אבל אם ירצה אחד מצני החצר ליטול לעלמו משטח החצר כשיעור שנטל הוא, בזה אין ראובן יכול למחות באומרו מה שנטלתי אני מחלתי ומה שאתם רוצים ליקח ממני איני מוחל, משום דיכולים לומר מה שמחלנו לך היינו מפני שכבר היה כשאר לנו מה ליקח חליפי מה שנטלת, ואף שהיינו יכולין למחות שלא תקח אפילו על דעת שנקח אנתנו. והטעם שיכולין לומר כן היא מפני שכל עיקר טעם המהרשד"ם שמחלו הוא מפני שמתקן, כל שיש לתלות השתיקה באיזה דבר תלינן ולא מפקינן ממארח קמא אלא דבדר שהוה מוכיח, והכא כיון דליכא למיתלי במ"ש תלינן, ולכן אין יכולת ציד הראשון למחות בהשני שלא יטול כמו שנטל הוא, ומדייק זאת בדברי המהרשד"ם, ובין אם זה תוספת בינה על גבי אויר החצר ובין אם הוה על הקרקע כל שהשני מתרצה שלא יסתור הראשון בנינו אלא רוצה גם ליטול כנגדו הדין עמו, ואם אינו מניחו הראשון לבנות לר"ך לסתור מה שבנה.

עוד כותב שגראה שאם הראשון טוען שהוא יסתור מה שבנה כדי שהשני לא יבנה כעת בחלקו, והשני רוצה דוקא לבנות, הדין עם השני שכיון שבנה הראשון זכה השני בחליפיו, ומביא ראייה לזה מסמך לו כותל אחר אע"פ שלא נתן עליו זכה התקרה מגלגלין עליו את הכל וכו', והשני זוכה בחלקו מיד שבנה הראשון, שכיון שהוא צירר לו חלקו זכה הוה בחלקו השני כדין חליפיו, וכמו שכתב הב"י ברי"ש ס"י קנז בשם הרא"ש גבי צירר כל אחד חלקו שאם החזיק אחד מהם בחלקו קנה האחר ממילא חלק האחר כדין חליפיו, וכן אינו יכול הראשון לטעון שרוצה לתת להשני חלק אחר בהחצר, דכיון שהוא לקח חלק הסמוך לביתו גם השני יכול ליקח בצד הסמוך לו, יעוי"ש.

וכ"כ בשו"ת אבן ישראל (פיטר) ח"ח ס"י טז שאם אחד לקח וצנה לו מרשות המשותף וסוד רוצה שכן אחר לבנות מרפסת והוא מונע צעדו דאין לו זכות למנוע צעדו, ואף אם השכן השני לא היה כאן צבין כשבנה הראשון, כי בזדאי הדייר הראשון שנתן לו רשות לבנות היה אדעתא דהכי דכשהוה ירצה לבנות יוכל לבנות כרצונו, ומה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו, ואפילו לא התנו מקודם אמרינן אכן שהדי דודדאי אילו ידע דכשהוה ירצה לבנות לא יניחו לבנות לא היה נותן רשות לבנות ובזדאי על תנאי זה נתן לו רשות לבנות, עיי"ש.

לפיכך אם אי אכן צנה מרפסת לעלמו על גבי חצר השותפין, אף שעברו הרבה שנים ולא מיתו צו, כיון

שנתבאר שצריך ג' שנים וטענה, וכאן אין לו טענה, אינה חזקה, ואפילו אם נאמר דהוה כחזקת תשמישין דמועיל מחילה ושתיקה, זה רק אדעתא דהכי שגם שכנים אחרים כשיראו לבנות ולהוסיף תוספת על דירתם יוכלו להוסיף בלא פקפוק, וכמו שהראשון הוסיף מרפסת על חשבון הרכוש המשותף, כך מותר להשני להוסיף לעצמו מהרכוש המשותף, דאדעתא דהכי שתיק.

ובניד"ד שהשכן משתמש במרפסת הסמוכה לדירתו, ששייכת לרכוש המשותף, אזי לפי דברי הרשב"א הנ"ל שגם דריסת רגל הוה השתמשות קצועה ולריך חזקה וטענה, וכאן אין לו טענה, כי ועד הבית לא הקנה לו את החצר, וגם אם ועד הבית היה מקנה לו את החצר ונאמר שהיתה להם זכות להקנות לו באופן שאינו מפריע לשאר השכנים, וכפי שכתב הגר"י ווייס שליט"א, הרי לא נראה שזכותם לתת לאחד ולנמנע משני, אלא כיון שנתנו לאחד אזי כעת שהשני רוצה להוסיף בחלקו מהרכוש המשותף מה שאינו מפריע לאף שכן, לריכס לתת לו. מה גם שיש לדון אם לועד הבית יש סמכות להקנות לאחד מהרכוש המשותף בלי אסיפת דיירים, מה שלא היה בניד"ד. וכיון שהשימוש היה בהסכמה מפורשת של חלק מהשכנים וחלק אחר בהסכמה שבשתיקה הרי שאין לו חזקה.

ומש"כ הגאב"ד שליט"א שחזר הרשומה בטאבו על שם השותפין בכה"ג לא הוי מחילה עפ"י השב"י סי' קס, הנה בשו"ת מהרש"ס ח"א סי' ה הביא דין זה לענין מילר שהחזיקו בו רבים שאם היה רשום בטאבילאצ'און אמרינן דמסתמא לא מחל להם זכותו, והביא ראיה מהב"י סי' קסב בשם הרשב"א בראובן שיש לו פתח סמום בבית שער וצב לפותחו וכו' וראובן לא הראה זכותו, והשיב שלא איבד זכותו עד שיעשה מעשה המוכיח שמתייאש, ובשתיקתו לא איבד זכותו לפי שפתחו מכריז על זכותו, וה"י הטאבילאצ'און מכריז זכותו וליכא הוכחה משתיקתו, ועיי"ש, וכ"כ בכה"ג סי' שעו.

והגם שבתשורת שי ח"ב סי' א לגבי חזקת ג"ש שבטאבו רשום ע"ש המוכר מ"מ יש חזקה לקונה אחר ג"ש, כיון דאיהו ריעותא שלא העביר זאת על שמו כיון שיש כמה סיבות שלא לרשום על שמו, וכיון ששתיק המוכר ג"ש סמך הלוקה שלא יערער עוד המוכר ולא נזהר על שטר, עיי"ש, אמנם בניד"ד לא שייך זה כיון דהוי רק חזקת תשמישין ולא היה שטר מעולם, ורק מטעם מחילה דיינינן הכי, וכיון שיש סיבה למוכר שלא מחה כיון שרשום על הרכוש המשותף, או מכיון שנתכוין באמת למחול על דעת שגם הוא כשירצה לבנות יתנו גם לו לבנות, וכמו שנתבאר מהבית דוד.

נפתלי צבי מרמורשטיין.