

בית דין ירושלים

לדיני ממונות ולבירור יוחסין

התנגדות שכן לבניית שכן אחר על הגג
בגלל הפסד אחוזי בניה

תיק ממונות מס' 1688-עג

(מהד' כח חשון)

נושא הדיון

לאחר הדיון ופסק דין שנדפס בפס"ד ירושלים כרך יא עמ' תס ואילך, חוזר ב', השכן בקומה השנייה, וטוען בתביעתו, שאם השכן א', מהקומה השלישית, יממש את תכניתו לבנות יחידת דיור על הגג, יפסיד ב' את זכותו ברשויות להוסיף לדירתו בצדדי הדירה שלו לפי תב"ע חדשה, משום שיחידת דיור של א' תנצל את כל אחוזי הבניה של הבנין, לפיכך הוא דורש שא' יצטרף אתו בבקשה משותפת לתב"ע חדשה, ואז יטול כל שכן באחוזי הבניה לפי שטחו בבנין. א' משיב שלפי דברי מומחה בנושא עדיין נותרו בבנין אחוזי בניה עבור ב', והוא אינו מוכן עוד להמתין כמה שנים בבניה שלו עד לקבלת תב"ע חדשה. עוד הוא טוען מדוע ב' לא שעה לבקשתו לפני כמה שנים להגיש ביחד את התב"ע והמתין עד היום?

עוד טוען ב' שאמנם לפי פסק הדין שקבלו הגג אינו חלק מהרכוש המשותף אלא רק של א', מ"מ הוא טוען שהגג האמור אינו עד רום שמיא, אלא במיפלס הראשון בלבד, ואם יבנה א' על הגג, הגג של המבנה ישוב להיות רכוש משותף, ולטענתו כך הוא גם לפי החוק. א' משיב שבחוקה של ב' נכתב במפורש שאין לו כל זכויות מלבד בדירה שקנה, וזה אומר שגם במיפלס השני והשלישי מעל הגג אין לו כל זכויות.

בית הדין בקש חו"ד ממומחה הבקי בנושא, וזה השיב לבית הדין שלפי הנוהל כיום מאשרים תוספת קומות ללא התחשבות באחוזי הבניה, ובמקרה זה גם שאר השכנים יכולים לבקש ולקבל היתר בניה בקומות, ויתכן וניתן עדיין להצטרף ולקבל אישור גם לשכנים האחרים.

פסק דין

- א. צד א' רשאי לבנות יחידת דיור על הגג לפי ההיתר שקבל מהרשויות, ועל צד ב' ליתן לו את יפוי הכח להעברת הבעלות על הגג עם אישור נוטריוני.
 ב. הגג שייבנה על אותה דירה יהיה רכוש משותף.
 ג. במקביל, יכול ב' להגיש בקשה להיתר בניה בקומות.

(-) מרדכי אהרן הייזלר

(-) מרדכי אייכלר

(-) אברהם דוב לוין, אב"ד

השאלות לדיון

- א. האם תובע חוזר וטוען - לאחר פסק דין - טענות שלא טען בתחילה.
 ב. "גג" אם כולל עד רום שמיא.

תשובה

א. כתב צו"ת הרי"ף סי' קלט שלא אמרו שאינו חוזר וטוען אחר שי"א מצ"ד אימר טענתיה אגמרוה (צ"ב לא א) אלא באותה תביעה עלמה אבל בתביעות אחרות חוזר וטוען אפילו י"א מצ"ד, ואפילו אמר יש לי תביעה אחרת זולתי זאת שסדרתי, שטוען וחוזר וטוען. ע"כ. משמע מהרי"ף שגם בתובע אינו חוזר וטוען אחר שי"א מצ"ד, וכ"ש אחר פס"ד, וכ"כ השמ"ק בכתובות קח צ בשם רש"י מהדו"ק, ועיי נחל ילחק סי' פ ס"ק צ.

וכתב צו"ת הרמב"ם (בלאו) סי' תיב בשם ר' פנחס צירי משולם, והסכים עמו הרמב"ם שם שהוא דין אמת ואין צו לפני ולפני ולפני, שאם טען תחילה טענת פרוע ואחר שי"א מצ"ד טען טענת שמיטה שכבר נשמט החוב, חוזר וטוען, דכה"ג דטענתו השניה ודאית חוזר וטוען, דהא טעמייהו דכהרדעי אינו אלא משום דאמרינן דילמא טענתא אגמרו, פירוש שמה לימדוהו טענות שקר, אבל דהאי דינא אפילו אגמרו זה טענת שמיטה טענת אמת היא, דודאי שמיטה עברה על זה החוב.

ובנידון דידן שכבר טען טענותיו בצית הדין מדוע מתנגד לצניית א' על הגג, ואז לא הזכיר כלל את ענין הפסד אחוזי הבניה ברשויות, וכבר ניתן פסק דין, ועתה טוען טענה חדשה מדוע הוא מתנגד לבניה של א' משום שכך יפסיד אחוזי בניה, אף די"ל שמה שלא טען זאת בתחילה משום שחש שאפילו אם ירצה לבנות יבנה צלי היתר הרשויות, ועל כגון זה אמרו שאינו חוזר וטוען שמה טענתיה אגמרוה, מ"מ בזה

כתב הרמז"ס שכיון שטענתו האחרונה היא אמת הרי זה חוזר וטוען. ועיי' נתה"מ סי' יז ס"ק ז שאם בתחילה תבע פחות ואחר פס"ד חזר ותבע עוד מה שלא תבע בתחילה, ואומר שטעה בתחילה כשלא תבע עוד, יכול לחזור ולטעון והבי"ד פוסקים לו אח"כ גם המותר, לא מיבעיא אם הוא בתביעת קרקע שאפילו אם הקנהו לו בפירוש יכול לחזור בו קודם שעשה קנין המועיל, אח"כ אפילו אם בתחילה שלא תבע המותר חשיב מחילה, מ"מ קודם שעשה קנין יכול לחזור בו, ואפילו במטלטלין שתבע בתחילה פחות ונחשב כמחילה על המותר, יכול לומר שהיה מחמת טעות, עיי"ש. ובנידון דידן שהתביעה היא על שוויות הצית והקרקע שמחילה לצד בלי קנין לא מועילה בזה, ודאי שיכול לחזור ולתבוע את מה שמחל בתחילה.

ב. בגמ' ז"ז סג ז: אמר רב דימי מנהרדעא, האי מאן דמזבין ליה ביתא לחצריה אע"ג דכתב ליה עומקא ורומא לריך למיכתב ליה קני לך מתהום ארעא ועד רוס רקיעא וכו'. וכ"פ הרמז"ס מכירה פכ"ד הט"ו ושו"ע סי' ריד סעי' ג. ועיי' פס"ד ירושלים כרך ט עמ' קמז בשם כמה פוסקים שכיום צרור שהמוכר אינו משייר לעצמו את המקום שתחת הצנין אלא כלול ברכוש המשותף של 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' פס"ד ירושלים כרך ה עמ' קיט). ולפי"ז ה"ה כשקבלן שייר לעצמו את הגג לא שייר לעצמו עד רוס שמיא אלא רק את מיפלס הגג לצד, וא"כ כשיבנה על הגג יחזור הגג העליון להיות רכוש משותף.

אברהם דוב לוין.

ב

השאלה לדיון

מעשה שהיה, שא' רוצה לבנות על הגג שקנה לעצמו לפי אישורי הבניה שקבל מתב"ע, אלא שאז יתכן שב' לא יוכל לבנות לעצמו בלי תב"ע חדשה, ולכאורה יש מקום לומר שעד שאינם מוציאים תב"ע חדשה הרי שצריכים כולם להתחלק באחוזי הבניה הקיימים, וא"כ א' שרוצה לנצל את כל אחוזי הבניה לעצמו הרי שמזיק את ב', ואע"פ שאין זה כמו לקחת דבר מחבירו או נזק, משום שאחוזי בניה אינם חלק מעצם הקרקע אלא הם החלטת הרשויות כמה אפשר לבנות על קרקע זו, וע"כ א"א לדונו כמשתרשי או כמזיק בידיים, אך יש לדון מחמת שגורם שחבירו לא יוכל לבנות עכשיו, ומוריד את ערך קרקעם, והשאלה היא האם מותר לאדם להשביח נכסי עצמו אע"פ שיגרום מחמת כן לנזק לחבירו בגרמי.

תשובה

א. בשו"ת הרא"ש כלל ה סי' ג: ראובן יש לו מקום מושב בצית הכנסת סמוך למקום מושבו של שמעון, וראובן הזכר רוצה לעשות מחילה בין מקומו למקום שמעון ושמעון מעכב עליו שהוא אומר כי עתה הוא ראשון וכשיהיה שם מחילה לא יהיה ראשון ונמלא שהוא מפסידו, וראובן אומר שאינו יכול לעכבו לפי שצידו הוא להשביח מקומו ולעשות בשלו מחילה כי לא נשתעבד לו לכך. והשיב הרא"ש תחילה, דאין כל מקום לטענה על חשיבות המקומות משום שלא מקומו של אדם מכבדו אלא האדם הוא מכבד את מקומו ואין בזה משום נזק, ואח"כ כותב הרא"ש: ועוד אפילו לא יהיה מנהג לחלוק מקומות וגם שמעון נפסד בחלק המחילות שאם היה צא למכור מקומו יפחתו דמיו מחמת שאינו ראשון כאשר היה בתחילה, נראה לי שצטביל הפסד זה לא ימנע ראובן זה מלחלוק, שכל ההרחקות השנויות צ"צ פרק לא יחפור היינו דוקא היכא דדבר הכסמך מזיק לשכנו בגוף ממונו, כגון הסומך צורו לשדה חצירו שהוא מזיקו להרחיק כשיצא לסמוך צור, גם הוא אומר כל מרא ומרא מרעית לי לארעי, שם יז ב, וכן כל ההרחקות דלא יחפור או שמאפיל עליו או מחמת הריח או פסקת לחיותאי, אבל אדם הצונה בתוך שלו להשביח נכסיו ואינו מזיק לגוף ממון חצירו אלא שמפחית מדמיו כה"ג לא הנריכו חכמים להרחיק, כההיא דפרק לא יחפור שם כא ב, עושה אדם חנות בלד חנותו של חצירו ומרחץ בלד מרחץ של חצירו ואינו יכול למחות צידו מפני שיכול לומר לו אתה עושה בתוך שלך ואני עושה בתוך שלי, ואע"פ שהדבר ידוע שהחנות של הראשון דמיו נפחתים, שיותר היה נמכר ציוקר כשלא היה צמזוי אלא חנות אחת, אעפ"כ אינו יכול למחות צידו, ואע"ג דקאמר תנאי היא ורשב"ג פליג דאמר אף לשכנו כופהו, היינו משום שיורד לאומנתו ופוסק חייתו, אבל משום דדמי חנותו נפחתים לא פליג. עכ"ל. מצואר מדצרי הרא"ש דמותר לאדם לעשות בתוך שלו ולהרויח גם אם מחמת זה נגרם נזק לשני ויורד ערך קרקעו או חנותו.

אכן קשה ממה שכתב הרא"ש עלמנו בסוף התשובה, וז"ל: אמנם אם נהגו צמדינות הללו כשמוכרים מקומות צביהכני"ם שמוכרים מושב הראש ציוקר והשני צפחות, וכן כולם נפחתים לפי התרחקם ממושב הראש, אם עתה בחילוק מחילה יפסיד מקום מושב הראש חשיבותו, לא יוכל ראובן לחלק, כי אדעתא דהכי קנה מקומו צפחות מדאי מושב הרא"ש, שאם יוכל לעשות מקומו ראש למה נפחת דמי מקומו. עכ"ל. והרי זה סותר לדבריו דלעיל שכתב דמותר להרוויח לעלמו גם אם מזיק לחצירו, ואילו הכא כתב דאם נפחת שווי מקומו של השני אין האחד יכול לשבח מקומו ואפילו אם עושה רק בתוך שלו.

עוד קשה ממה שכתב הרא"ש כלל ה סי' ז צשאלה אם יכול אדם לעכב ששכנו לא יוסיף מקום צראש הספסל צביהכני"ם, והשיב: נ"ל שיכול לעכב, שמתחילה כשעשו המסצה ועשו דף או צנין צראש המסצה אותו צנין צראש המסצה הוא של כולם מפני שלפי הראש חילקו המקומות, הראשון שסמוך לראש משוח והשני פחות ממנו והשלישי עוד פחות, וכן כולם לפי הרחקתם מן הראש יפחתו דמיהם, הילכך אין לשנות צנין שאלל הראש אלא מדעת כולם. עכ"ל. וגם זה סותר לכאורה לתחילת דבריו צסי"ג, דגם הכא חזינן שאסור לאדם להשביח לעלמו אם יגרם הפסד לחצירו מחמת כן. וכבר הקשה כן בדגול מרצבה צסי קעא.

וליישב סתירת דצרי הרא"ש אהדדי, כתב צשו"ת חת"ם או"ח סי' כו: ולענ"ד אין כאן סתירה רק הגהה

מועטת לריך. והנה צסי' ג הוה שניס שיצבו זה צלד זה צפסל צלי מחילה ציניהס ורלה ראוצן לעשות מחילה ולהכניסה לחלקו, ושמעון אומר שעיי עשיית המחילה יהיה ראוצן עליון ומושצו של שמעון למטה ממנו ומפסידו, ודבר זה נשאל גם הרשצ"א צשו"ת ח"ג סי' קנה, והשיצ צפשיטות שאין שמעון יכול למחות, והרא"ש האריך קלת וכתצ שאין שום מעלה או ריעותא צתפילה אס הוא צמקוס זה או צמקוס זה, ואי משום עליית המקומות לענין כבוד היושצ עליו לא מלינו צשום מקוס שלא יהיה ראאי לעשות צגצולו מפני הפסד שכנו שאינו מגיע לא לגופו ולא לממונו אלא שלא יהיה מכוצד כל כך, אמנס אס מנהג המקוס להעלות צדמים צצציל זה ואלו כשקנו מקומות הללו קנאוס צזול ועיי שעושה מחילה ונתעלה כתייקר מקוס מושצו ונפחת מקוס שמעון, נמלא גורס לו הפסד צממונו, אז אין ראוצן ראאי לעשות מחילה אע"פ שעושה צשלו. זהו כוונתו של הרא"ש צסי' ג, אלא שהוה מוטעה קלת. וצסי' ז מיירי צענין אחר, הרצה ישצו צפסל אחד שיש שני נסריס צשתי קלותיו ורלה העליון להסיר נסר העליון ולהוסיף שס מושצ אחד, ומיחה צו הרא"ש ולא הזכיר שס תנאי פחיתות שווי ממון, וכתצ הטעס מפני שהנסר הזה הסוגר הספסל הוה של השותפים כולס, נמלא הוה פוגע צמה ששייך להשותפים כדי להגדיל כבודו ולהפחית כבודס, אפילו לא יהיה פחיתות ממון, מ"מ כיון שהנסר של שותפים אינו ראאי לשנותו צלי ראותס, משא"כ צסי' ג' שהוה עושה צשלו אי ליכא פחיתות ממון לית לן צה, וצזה אתיא פסקי הרא"ש ורמ"א סי' קעא סעי' א, ועל מקומס יצואו צשלוס. ע"כ.

היינו צציאר החת"ס דצרי הרא"ש שלא יסתרו אהדדי, דצסי' ז מיירי שרולה לשנות את הדף צסוף הספסל, דהיינו דבר ששייך לשותפות של מי שיושצ צפסל, וע"כ אינו יכול לשנותו אלא מדעת כולס, ואפילו אס אינס מסכימים רק מחמת כבוד, אינו יכול לעשות דבר צלא הסכמתס. אבל צסי' ג' מיירי שרולה לעשות צתוך שלו, וע"כ היכא דאינו מזיק לחצירו ורק מפחית צכצודו אין חצירו יכול לעכצ צעדו, אך אס מזיק לחצירו ומפחית משווי מקומו יכול חצירו לעכצו שלא יעשה צתוך שלו.

והנה דצרי החת"ס לחלק דצסי' ז איירי צדבר ששייך לשותפין וצסי' ג איירי שרולה לעשות צתוך שלו, אמנס כן מפורש דצצרי הרא"ש, אך מש"כ צצסי' ג לא איירי כשמפחית צדמיו, דצריס אלו נסתריס מדצרי הרא"ש שס שכתצ צאריכות שיכול לעשות צתוך ראותו גס אס מפחית משווי הקרקע השני, והרי דצריו אלו הס עיקר הסתירה ששאל הדגול מרצצה ולא תירץ החת"ס על זה ולא מידי, וגס מה שכתצ צסיכוס דצרי הרא"ש להלכה דכל היכא דמזיק לחצירו אסור לעשות אפילו צתוך שלו, לכאורה סותר ממס למש"כ הרא"ש צסי' ג שס.

וצשו"ת עזרת ישראל סי' קל וצשו"ת עמק שאלה או"ח סי' צ עמדו על דצרי החת"ס כנ"ל, ותירלו דצרי הרא"ש צאופן אחר, דמה שכתצ הרא"ש שמותר לעשות צתוך שלו ולהוריד שווי מקוס חצירו זה היכא שקנו צסתמא, ומה שכתצ צסוף דצריו אסור זה היכא שמוכריס מלכתחילה מקומות עפ"י חשיצותס, ואז אס קנה צזול הרי זה כקנה על דעת שלא יוכל לשנות ממה שקנה צאופן שגורס נזק לחצירו.

אך יש להקשות על דצריהס ממה שכתצ דצצרי גאונים כלל קיג סי' לו צשס חסד לאצרהס ודצרי חייס ושו"מ דאס מכר בית לחצירו על דעת שלא יעשה צו שענק, אינו חל התנאי כלל דהוי דבר שאין צו ממש ואינו יכול לשיירו לעלמו כמו שאינו יכול להורישו, עיי"ש, וא"כ יש להקשות על מה צציארו העזרת ישראל והעמק שאלה דצצרי הרא"ש דכוונתו לומר דהיכא שהתנה המוכר שלא ישצח מקומו מחוייב הקונה שלא

להשציחו, והרי גם הכא הוי שיעור זה דזר שאין בו ממש, ומדוע חל התנאי והשיור.

ב. והנראה צביאור יסוד הך דינא, דהן אמת בעלמא אדם שקנה קרקע מחזירו יכול לעשות מה שברצונו ואינו לריך להתחשב צדעת המוכר, ואין המוכר יכול להתנות תנאים ולשייר לעלמו דזר שאין בו ממש, אכן כל זה אמור רק בגוונא שאדם קנה דזר בשלמות מהמוכר, שאז אמרינן שאחר שקנה מחזירו תו אינו מחוייב מידי להגבלותיו (אם לא ששייר כלעלמו דזר שיש בו ממש) אלא הוא בעלים לצדו, אבל היכא שלא קנה דזר שלם רק חלק מהדזר מאדם פרטי או משותפות, הרי שאז כו"ע מודו שהוא מחוייב שלא לשנות את חלקו שקנה עפ"י התנאים שהתנו עמו, משום ששינוי בחלק הרי הוא שינוי בהכל, ואם מכרו לו חלק צתנאי מסויים הרי שאסור לו לשנותו משום שגורם לשינוי בהכל. וזה צביאור סוף דברי הרא"ש, שאם קנה חלקו מהשותפות צזול משום שאין בו מחילה, אינו יכול להשציחו ולעשות מחילה וע"י כך לגרום לשינוי שיפסיד.

לפי"ז נראה דזהו נמי כוונת החת"ם צדצריו, דאין כוונתו לומר דכל היכא שמוריד שווי חפץ חזירו אסור לו לעשות אפילו בתוך שלו, דזה אינו, דהרי כתב הרא"ש צפירוש שאפשר, אלא כוונתו לפרש סוף דברי הרא"ש, דהיכא דמיירי שקנו שניהם חלק צספסל וכל אחד שילם לפי חשיבות מקומו, הרי שאסור לאחד להשציח את מקומו ולגרום לשינוי להפסיד, דע"מ כן קנה מקומו צזול על דעת שיהיה מקומו פשוט ולא חשוב, דכאמור היכא שקנה אדם חל מדזר שלם כגון הכא שקנו חלק בהספסל, וקנה חלק זה על דעת שלא ישנהו הרי שאסור לו לשנותו ולגרום לשינוי להפסיד מחמתו, וזה שאני מהדין שכתב הרא"ש לעיל שמותר לאדם לעשות בתוך שלו, דשם מיירי צסתם אדם שקנה קרקע או דירה וקנה הכל ולא רק חלק דזר, או בגוונא שקנה חלק צספסל ומ"מ לא היה תנאי מתחילה שלא ישציחהו, וע"כ מותר לו להשציחו אפילו אם חלק חזירו ייפסד משווי מחמת כן, משום דעושה בתוך שלו ואין חזירו יכול לעכבו.

ויש להציא ראייה שכן כוונת החת"ם ממה שכתב צשו"ת או"ח סי' כט שהציא את סתירת דברי הרא"ש וכתב ע"ז וז"ל: היואל מכוונת הרא"ש כללל כ"ל, כל שאיננו אלא להרצות כבודו ומזה ימשוך מיעוט כבוד חזירו, ואינו נוגע לריוח והפסד ממון, וגם הוא עושה צשלו ואינו נוגע צשל חזירו, כגון ראובן ושמעון שהיה להם מושצ אחד צספסל, ועשה ראובן מחילה והכניסה לגבולו ואינו מזיק לישיבת שמעון כלל, רק שע"י"ז יוגצה כבוד ישיבת ראובן והורד כבוד ישיבת שמעון, כיון שאית ציה תרתי למעליותא, חדא שאינו הפסד ממון לשמעון, וגם אינו נוגע צשל שמעון כי צשלו הוא עושה אין מי ימחה צידו, אך אם חסר אחד מאלו התנאים, אחד שיהיה ע"י עילוי צדמים מקום ראובן הפסד דמים צמקומו של שמעון, נמלא נתאנה שמעון, שהרי מתחילה כשלקחו המקום צשותפות נתנו הממון שווי המקום צשווה ועתה נתעלה מקום ראובן צשווי וירד שמעון, ע"כ ימחה צידו עד שיפייסו צדמים וכו'. עכ"ל. מדוייק כמו שנתבאר, דמה שכתב החת"ם צפירוש דברי הרא"ש שאסור לאדם לעשות בתוך שלו ולהזיק לחזירו זה רק בגוונא שקנה חלק מדזר שלם כגון הכא צציהכ"ם הוא צשותפות כולם והוא קנה חלק צספסל מהשותפות, דרק צכה"ג אם קנה על דעת שמקומו זול, אסור לו להשציח לעלמו, ואפילו אינו עושה אלא בתוך שלו, ולגרום ע"י כך נזק לחזירו.

ועפ"י היסוד הנ"ל נראה לצבאר את פסק מרן הגר"ש אלישיב זצ"ל (צספר הערות לקדושין נט א) דאע"ג דפסק צשו"ע סי' קנו סעי' ג דמותר לאדם להשכיר ציתו לתלמוד תורה ואין השכנים יכולים לעכבו, מ"מ

צומניו שדריס יחד בצנין משותף יכולים השכנים לעכב על שכנס שלא ישכיר ביתו לת"ת, ועפ"י הנ"ל נראה לבאר דלא אמרו שיכול לעשות ת"ת אלא היכא דביתו הוא רשות נפרדת לעלמה, דאז אינס יכולים לדון עמו אלא מלד נזקי שכנים, ומתקנת ריב"ג אין יכולים לטעון לנזק זה שאינס יכולים לישן מקול התינוקות, אמנס צומניו דדריס כולם יחד בצנין משותף, הרי שבאים בטענה אחרת, ולא מלד נזקי שכנים, אלא טוענים שמשום שמתחילה שקנה חלקו בשותפות קנה על דעת כן שלא ישכיר ביתו לדבר שמפריע לשכניו, אי"כ אסור לו להפר התחייבותו, ולפי האמור הדין עמהם שהרי צכה"ג שקנה רק חלק מדבר כו"ע מודו שמחוייב לכל התנאים שקנה על דעתם, ואינו יכול לשנות אם מזיק לשכניו).

סיכום הדברים: העולה לדינא מדברי הרא"ש שמותר לאדם לעשות בתוך שלו ולהרוויח לעלמו אע"פ שמפחית בכך דמי קרקע חצירו (צגוונא שלא קנה רק חלק מדבר אלא דבר שלם, כאמור לעיל), והרמ"א צסי' קע"א סעי' א' הביא את דברי הרא"ש ופסק כוותיה: ראובן ושמעון שיש להן מקומות צדיהכני"ם זה אלל זה, וראובן רוכה לעשות מחילה ביניהם ולהכניס המחילה בתוך שלו, ושמעון רוכה לעכב באומרו שאם יעשה מחילה המקום יהיה דחוק, הדין עם ראובן. עכ"ל. עוד נראה להוכיח דהמחבר נמי פסק כהרא"ש בזה, דבדין מוכר שדהו לעכו"ם, צסי' קע"א סעי' מא', פסק השו"ע דמותר למוכרו לגוי אם אינו מולא קונה ישראל באותם הדמים, ולהרא"ש מותר צכה"ג אפילו עושה להרוויח ולא למחייתו, חזינן דאין אנו מחייבים אותו על זה שערך קרקע השני ירד מחמת דהוי צר מלרא דגוי, והאמת שגם באופן שמואל למכור לישראל ומכר לגוי שממתין אותו עד שיקבל על עלמו כל אונסא שיצואו מחמת הגוי, שם סעי' מ', לא מלינו שיהא חייב נמי על הפחתת ערך הקרקע של שכניו, חזינן לכאורה שגם המחבר פסק כהרא"ש בזה דאין אדם חייב על מה דמחמת מעשיו ירד ערך הקרקע של השני אם עשה מעשיו בכדי להרוויח לעלמו.

ג. ועדיין יש לבאר סברת האי דינא, מה שלכאורה ל"ב מדוע לא יהיה אדם חייב על מה שהזיק לחצירו והוריד דמי קרקעו, ומדוע אין אנו מחשיבים אותו כמזיק בגרמי דחייב, והאיך אנו פוטרים אותו עפ"י נימוקו שכוונתו היתה להרוויח לעלמו, הרי מ"מ צמעשו הזיק לחצירו ועליו לשלם.

ונראה עפ"י הראשונים צדין מוחל שט"ח של עלמו, שכתב הטור סי' סו וז"ל: כתב בעל התרומות שער נא ח"ו שאין היורש יכול למחול לעלמו להפסיד ללוקח, כי"ל ראובן הלוח לצנו צשטר ומכרו לשמעון ומת ראובן, לא יאמר הבן הואיל ואני יורש החזקתי למחול לעלמי ואין לי לשלם כלום מדינא דגרמי, שאני לא כיוונתי להזיק ללוקח אלא לפטור עלמי, אלא פורע כל החוב ללוקח. אבל התוס' כתבו דאפילו לעלמו יכול למחול. עכ"ל. והיינו דנחלקו הראשונים האם אדם יכול למחול שט"ח לעלמו, ורוב הפוסקים הסיקו דהמחבר פסק, שם ובאצבע"ז סי' קה, כהתוס'. וצביאור סברתו עיי' בלשון הטור וצבעה"ת עלמו שהביא צסוף דבריו דברי הראב"ד, דהסברא שיכול למחול משום שאין אנו דנים דיני דגרמי אלא היכא שעושה את המעשה צכוונה להזיק, אבל אם אין כוונתו להזיק אין אנו דנים כלל דיני דגרמי, וצביאור הדברים, דדין גרמי הוא שאנו דנים את האדם גם על תולאות עקיפות של מעשיו, ואפשר לומר שזה שייך רק כשעשה את עיקר המעשה בכדי להזיק, אבל אם צמעשו לא נתכווין להזיק אלא להרוויח לעלמו אי אפשר לדון את הדברים העקיפים כצק מחמתו. ואפשר לומר דזהו נמי צביאור דברי הרא"ש לגבי פחת קרקע חצירו, דהיכא שעושה בתוך שלו וכוונתו להרוויח לעלמו שוב אינו חייב על פחת דמי קרקע חצירו שהיא

תולאה עקיפה ממעשיו.

אך לכאורה יש לתמוה, דאדרבא משם פירכא, דעי' צ"ח וסמ"ע וש"ך שם שכתבו דאף לתוס' ולמחבר שפסק כוותיה שיכול היורש למחול לעצמו מ"מ חייב לשלם מזד דיני דגרמי, ולא נחלקו התוס' אלא על עצם הדבר האם יכול למחול או לא (עיי"ש שדכו מה נפ"מ למ"ד שגם בגרמי חייב לשלם הכל, עיי' צש"ך ונתה"מ וח"מ), ואמנם צש"ך הביא דברי הראב"ד שפסק דפטור אך כתב דלא נקטינן כוותיה, וא"כ תחזור הקושיא האיך פסקינן הכא דפטור על הורדת ערך הקרקע משום שכוונתו היתה להרוויח לעצמו, והתם פסקינן שחייב אע"פ דהוי נזק דגרמי וכוונתו היתה להרוויח לעצמו.

והנראה בזה עפ"י מש"כ צש"ך בית ילחק חו"מ סי' מ דאף דנחלקו הראשונים על הראב"ד מ"מ לא נחלקו על עיקר היסוד דאינו חייב על נזק דגרמי היכא דכוונתו היתה להרוויח לעצמו ועשה בתוך שלו, ולא נחלקו אלא התם צדין מוחל שט"ח, דהראב"ד ס"ל דנחשב כעושה בתוך שלו וע"כ פטור, אמנם התוס' ס"ל דאף דהוי נזק דגרמי וכוונתו היתה להרוויח לעצמו מ"מ נחשב כעושה בתוך של חבירו משום שהחוב נקנה לחבירו, ובעושה בשל חבירו אינו יכול לפטור עצמו ולומר להרוויח לעצמי אני עושה, דמה לך צרשות חזרך, אבל בעושה בתוך שלו כו"ע לא פליגי דהיכא דמזיק בגרמי וכוונתו להרוויח לעצמו פטור ומותר.

והנה לפי"ז יתורן שפיר דברי הרא"ש, דחזר ושנה בלשונו כמה פעמים דאיירי בעושה בתוך שלו, ורק אז פטור על הורדת ערך הקרקע של חבירו, כמו שנתבאר דנזק דגרמי צכה"ג שכוונתו להרוויח לעצמו ועושה בשלו אינו נחשב לנזק. ואין להקשות סתירה מדבריו לנידון מוחל שט"ח. ולפי"ז מתבאר מדברי הרא"ש דה"ה לגבי כל נזק דגרמי דהיכא שעושה בתוך שלו וכוונתו להרוויח לעצמו מותר לגרום נזק עקיף לחבירו.

סיכום הדברים עולה להלכה דמותר לאדם לעשות בתוך שלו ולהרוויח לעצמו גם בגוונא שמזיק את חבירו בגרמי, אבל כל זה דוקא כשקנה דבר שלם, אבל כשקנה חלק מדבר משותף אסור לו לשנות ולהפסיד לחבירו גם אם עושה בתוך שלו. ועיי' מש"כ צפס"ד ירושלים כרך יא עמ' תסד. ולפי"ז צניד"ד שקנה א' את הגג המשותף הרי שחייב שלא להוריד את ערך דירת שכנו גם אם עושה רק בתוך שלו. ולכאורה נראה דאסור לו לבנות אם מחמת כן לא יוכל אח"כ שכנו לבנות משום שא' ניצל את כל אחוזה הבניה שקיימים בתצ"ע של הבנין.

ד. אבל נראה להתיר לו לבנות מכח סבא אחרת, דהנה צבנין שהקבלן אינו מוכר הגג בנפרד אלא משאירו כרשות משותפת, שאז נוטל דמים על כל דירה ודירה, והיכא דמוכר את הגג בנפרד הרי שכל הדיירים משלמים פחות על דירתם, ופירוש הדבר לדינא שמי שקנה את הגג יש לו גם צעלות עליו וגם את הזכות לבנות על כולו, וכאילו קנה חלק זה מהשותפים, שהרי היכא שכולם שותפים בגג חלק מהשותפות היא הצעלות על הגג וגם הזכות לבנות על הגג, והיכא שאדם אחד קנה את הגג מכולם הרי שיש לו את החלק הזה מהשותפות שגם הצעלותו וגם יש לו את הזכות לבנות את כולו, וכולם משועבדים לו שיוכל לבנות את חלקו. כן הוא הדין גם היכא שקנה את הגג מהקבלן, דהרי הם שילמו פחות מחמת שהוא קנה את הגג, ע"כ נחשב כמו שקנה מהם, ומחוייבים הם ליתן לו לממש את זכותו לבנות על הגג. והנה לפי"ז צניד"ד שהתשלוס ששילם א' בעבור הגג זהו גם על הזכות לבנות אותו וזהו חלקו מהשותפות, הרי ברגע

שיש אפשרות לצנות על הגג מחוייבים כולם ליתן לו את האפשרות לעשות כן ואינם יכולים למנוע צעדו, דזהו זכותו שקנה מהקבלן ומחמת כן שילמו הם פחות, על דעת זה שהוא קנה את הזכות על הגג ואת הזכות לצנות עליו, ושהם משועבדים ליתן לו לממש את חלקו בשותפות. וא"כ נראה דהדין עמו ויכול לצנות את כל הגג ואינו מחוייב להשאיר לחצירו אחוזי צניה, דחצירו משועבד ליתן לו את האפשרות לצנות את כל חלקו.

ה. ואגב אורחא דאייריין צדין זה דעושה בתוך שלו ומזיק לחצירו, נימא זה מילתא. דהנה שאלה מלויה היא צאדס שניזוק מחצירו באופן שאין המזיק חייב לשלם מדינא על הנזק, ויש לו אפשרות לתבוע את הציטוח הלאומי או את חברת הציטוח המצטחת את המזיק, אך יגרס מחמת זה בעקיפין נזק למזיק, שיוצרך לשלם השתתפות עצמית, עליה צפרמיה, קנסות וכו', האם מותר לו לתבוע או אסור.

והנה לכאורה כמבואר לעיל כתב הרא"ש צפירוש דהיכא דעושה בתוך שלו וכוונתו להרוויח לעצמו אינו חייב גם אם פוחת ערך קרקע חצירו, וכמו שנתבאר זהו כלל בכל היכא שמזיק בגרמי שמוטר לו אם עושה בשלו וכוונתו להרוויח לעצמו. ולפי"ז לכאורה יהיה מותר לתבוע פילויים מציטוח לאומי או מחברת ציטוח אע"פ שניזוק המזיק בעקיפין.

אבל מ"מ נראה שיש חילוק בזה בין תבוע מציטוח לאומי לבין תבוע מחברת ציטוח, דהן אמת היכא שתבוע מציטוח לאומי נקרא כעושה בשלו, דהרי התשלום לציטוח לאומי הוא מכספו ומחמת כן הוא מצוטח גם, דאז לכאורה יש להתיר וכאמור, אך היכא שתבוע את חברת הציטוח של המזיק יש מקום לדון כעושה בשל חצירו, שהרי הסיבה שחברת הציטוח מצטחת את הנזק זה מחמת שהמזיק משלם את הפרמיה, ויש מקום לומר שאע"פ שכוונתו להרוויח לעצמו ואינו מזיק כי אם בגרמא, מ"מ הוי כעושה בשל חצירו, דצכה"ג חייב על גרמי. ויל"ע לדינא.

מרדכי אייבלר.

ג

כדברי האב"ד באות א כתב המהר"י ווייל צסי' עז: אין "הטוען" יכול לחזור ולטעון מה שלא טען צבי"ד, והוא צכנה"ג סי' פ הגה"ט אות ב. ועיי' הגהות רעק"א ריש סי' פ שהביא מהמהר"ש צתורת חיים סי' כד שנסתפק אם בתבוע יכול להפוך התביעה מטענה ולטענה.

וכראה דזה פשוט שאינו יכול להפוך מטענת פטור לטענת חיוב, דלא גרע מטענו חטים והודה לו צשעורים דפטור, וי"ס שהוא משום שכבר מחל צטענה הראשונה, והמהר"ש דן רק מפטור לפטור, שאף שהנתבע יכול לחזור, מ"מ י"ל שהתבוע אינו יכול לחזור כיון שבא להוליא מהמוחזק.

וצביאור דברי המהר"ש נראה עפ"י מה שנחלקו הפוסקים צסי' פ מדוע חוזר הנתבע מפטור לפטור, האם משום דאמריין מה לו לשקר שהיה יכול להישאר צטענתו הראשונה, או משום שכל זמן שלא נתחייב אין הודאת צע"ד כנגד הטענה האחרת והיא טענה טובה שנאמן בה בלי מיגו, עיי' קלוה"ח שם, והנתי"מ צסי' עט ס"ק ט וסי' עב ס"ק לד כתב שמאחר שכפר לא דקדק צדצריו ולכן אין כאן הודאה ויכול לחזור

ולטעון טענה אחרת, וכ"כ בתומים. וא"כ לדעת המוצרים שהנתבע חוזר מפטור לפטור מטעם מיגו טעם זה אינו שייך בתובע כיון שבא להוליא, אבל לדעת המוצרים שהנתבע חוזר גם כלי מיגו, ה"ה בתובע. אמנם לפי הנתה"מ והתומים שהטעם בנתבע לפי שלא דקדק בדבריו, נראה דזה לא שייך בתובע שודאי דקדק בדבריו.

מרדכי אהרן הייזלר.