

בית דין צדק

שע"י הרבנות הראשית לירושלים

חזקת תשמישין בגג בנין

(מהד' כט תמוז)

נושא הדיון

מדובר בבית ברובע היהודי של העיר העתיקה ששופץ ע"י מינהלת הרובע (ושייך למינהל מקרקעי ישראל), ודירותיו הוחכרו לכמה אנשים. א', אחד החוכרים בדירה שמתחת לגג, טוען שהחזיק בגג הבית לתשמישין להנחת הפצים שונים כמה שנים, ועלה על הגג דרך חלון שבביתו, ובשנים ששהה בחו"ל הלך ב' שכנו ובנה מדרגות לגג מדירתו, הוסיף מעקה לגג, והעמיד בו מחסן ומתקני משחקים לילדים, וילדיו עולים לשחק שם. טוען א' שיש במדרגות ובגג היזק ראייה לתוך ביתו, והרעש והשימוש הקבוע על הגג מפחיתים את ערך דירתו, והמעקה נבנה שלא ברשות. א' מודה שהרשה לב' לבנות מדרגות לגג אך היה זה רק לצורך סוכה בחג, אך לא לשימוש בכל השנה. ב' מציג אישור ממינהלת הרובע ולפיו הגג הוא רכוש משותף של דיירי הבנין, וע"כ זכותו להשתמש בגג באותה מידה שיש לשכנים האחרים, והוא לא מונע מא' להשתמש את השימושים שהשתמש בגג לפני כן.

על טענת ההיזק ראייה משיב ב' שאדרבא, המדרגות מנעו היזק ראייה שהיה קיים שם לפני כן באופן ישיר מחלון לחלון.

השאלות לדיון

א. חזקת תשמישין בחצר השותפין.

ב. בתים השייכים ל"מינהלת הרובע" האם יש להם בעלות על הגגות להחכירם למי שירצו או לכלל הדיירים בבנין כרכוש משותף.

ג. נג העשוי לשימוש לא קבוע, האם חייב במעקה.

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. ופ"י רשב"ם דבהעמדה כדי לא קפדי שותפין זה על זה עד שעה שיצטרכו לאותו מקום, וכשירצו יקפידו ויסלק זה חפציו, דאין לו חזקה בשתיקתן. ופסק הרמב"ם שכנים פ"ה ה"ה אחד מן השותפין בחצר שהעמיד בהמה או ריחיים וכו"ב בחצר ולא מיחה בו שותפו הי"ז מעכב עליו כל זמן שירצה. ואם החזיק חזקת תשמישין בחצר שרשומה בטאבו כחצר השותפין, פסק בשו"ת שבות יעקב ח"א סי' קס, הובא בפת"ש סי' קנג ס"ק ג, דכיון שיש למוכר שטר על הדירה לא מהני מחילה, ואף למאן דס"ל דמהני מחילה גם בתפס שטרא, ע"י ש"ך סי' יב ס"ק יז, היינו היכא דהמחילה היא ודאי וברור עפ"י הודאת עצמו או עפ"י עדים אף היכא שבע"ד מכחישו ואומר שלא מחל מהימן. 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.

ובגדר חזקת תשמישין כתב הרשב"א ב"ב כח ב שמועילה בלי טענה משום שאין זה כנותן קרקע אלא כמוחל על שעבודים. וביאר בנתה"מ סי' קצב ס"ק ו דבתשמישין לית ביה קנין גמור רק שמשעבד גוף הקרקע לתשמישין שעליו, 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.

ב. ע"י פס"ד ירושלים כרך ז עמ' ק שישנה גירסה בשם החזון איש שקרקע של מינהל מקרקעי ישראל יתכן שדינו היה כהפקר ויכולים לזכות בו. ואם כן, זכתה בו המינהלת שעשתה את השיפוץ בבית בטרם שהחכירה אותו לא' ולב', ונמצא שא' שהשתמש בגג לצרכיו יש לו חזקה להשתמש באותם תשמישים בגג ששייך למינהלת, וחזקתו מועילה גם בלי טענה, וכמו שכתב הרשב"א והנתה"מ. וע"כ אין לב' רשות למנוע מא' את תשמישיו על הגג, אך מכיון שלפי טענתו אין תשמישיו של א' מתמעטים, אין לא' כל טענה על ב'.

ובאשר לטענת היזק ראיה, מתקבלת טענת ב' שהיזק ראיה היה יותר גדול לפני בניית

המדרגות, כשחלון ביתו פתוח אל מול חלונותיו של א', והמדרגות חוסמות אותו.

ג. כתב המאירי מו"ק יא א על המשנה עושין מעקה לגג ולמרפסת: שהמרפסת אין ענינה מונח על דבר אחד בפרט, וכל שיוצאין בו מפתח של עלייה נקרא מרפסת, יש מהן שעשוין לתשמיש, כגון שעולין בה לפתחי עלייה, וצריכין למעקה, ויש מהן שאין עשוין להשתמש אלא שנכנסין דרך סולמות לפתחי העליה, והם עשויים להניח שם עצים ושאר דברים, שאין דריסת הרגל מצויה בהם, ויוצאין מן העליה להם דרך חלונות, או מן החצר בסולמות, וכגון זה אינו צריך מעקה. ע"כ. וכ"כ בשו"ת רב פעלים ח"ב יו"ד שאלה לו.

ופסק בשו"ע הרב הל' נזקי גוף ורכוש סי' י סעי' א שנג של ביהכנ"ס וביהמ"ד פטור ממעקה לפי שאין רגילות כלל להשתמש על גניהן, ולכן נגין שלנו פטורים. אמנם בחזו"א חו"מ לקוטים סי' יח אות א כתב שנג ביהכנ"ס פטור ממעקה אף היכא שמשתמשין בהם מגזה"כ. ומ"מ יש להחמיר בנגין של בית האוצר כהסמ"ג עשין עה והיראים סי' רלד ור"י אדם נר"א ח"ה, ודלא כהסמ"ע סי' תכז ס"ק א. ועי' מס' מזוזה הל' מעקה בביאור הלכה ד"ה בית האוצרות שמספק לא יברך. ועי' ישועת משה סי' עט.

הרב אברהם דוב לוי, אב"ד.