



בס"ד, ח' תשרי תשע"ד

12 בספטמבר 2013

תיק 72113

## פסק דין

בעניין שבין התובעים

לבין הנתבעים

### הרקע העובדתי וטענות הצדדים

המדובר בסכסוך שכנים הגרים בבית משותף. הבית בנוי בחלקו הנידון באופן מדורג כמתואר בשרטוט בנספח 1 לפסק הדין כאשר התובעים הינם בעלי הדירות התחתונות (ג,ד) והשטח הנוסף (ה), והנתבעים בדירה העליונה (א) ובמרפסת המצורפת (ב). התביעה כוללת מספר נושאים:

#### **א. בעית רטיבות**

בתקרת הסלון וחדר השינה של התובעים בשטח הנמצא מתחת למרפסת ב' של הנתבעים ישנם סימני רטיבות. לדברי התובעים הרטיבות נובעת מבעית אטימות אצל הנתבעים והם דורשים את פתרונה.

לדברי הנתבעים הרטיבות נובעת מבעיה בניקוז הגשמים בבנין כולו היוצרת הצפה במרפסת הני"ל. בית הדין הזמין מומחה מטעמו אשר יבדוק את הסיבות לרטיבות.

בדו"ח המומחה (נספח 2 לפסק הדין) נקבע באופן ברור כי הסיבה לרטיבות בסלון הינה בעית אטימות ברצפת מרפסת ב'. לדבריו אכן קיימת בעיה במרזב אולם לא היא סיבת הרטיבות. סיבת הרטיבות בחדר השינה היא חוסר איורור נאות.

#### **ב. קולטי שמש**

לפני ששני הצדדים קנו את הדירות היו קולטי השמש של התובעים על גג מרפסת הכביסה של הנתבעים. לפני כארבע שנים גילו הנתבעים כי הקורות של גג המרפסת התעקמו עקב משקלם של הקולטים והחליטו על דעת עצמם להעביר את הקולטים על גג ביתם. הקולטים מוקמו כאשר פניהם לכיוון מערב.

לדברי התובעים קולטי השמש אינם מספקים מים חמים כבעבר וזאת עקב מיקום לא נכון שלהם ועקב העובדה שכשהעתיקו את מקום הקולטים, הבידוד שעל הצינורות לא הוחזר. כן דורשים התובעים כי הנתבעים יאפשרו להם גישה לצורך טיפול בקולטים ובדוד מפעם לפעם.



הנתבעים מצידם מסרבים לאפשר לתובעים להכנס לשטח הפרטי וכן דורשים להעתיק את הקולטים למקום אחר ולהוציאם משטחם.

### ג. מיקום המנוע של המזגן

מנוע המזגן של הנתבעים ממוקם על גבי קיר חיצוני במפלס דירה א' מול הכניסה לביתם של התובעים, כאשר הוא חורג בכמה סנטימטרים לתוך חלל הנמצא בכניסה זו.

התובעים דורשים להעתיקו למקום אחר עקב רעש, אוויר חם שנפלט ממנו בקיץ, ומחשש לנפילתו לשטחם, וכן על מנת לאפשר להם בעתיד לבנות סוכה במקום זה.

לדברי הנתבעים המיקום נקבע עקב עלות התקנה נמוכה יותר ועקב הרצון שלא לתלות אותו מעל מעבר ציבורי בשל החשש מנפילתו על עוברים ושבים וכן בשל פגם אסטטי שקיים לטענתם בהצבתו במיקום זה.

### ד. תביעת נגד – הרחבה ה'

בנוסף לסגירת החלל שבין העמודים והפיכתו לדירה (המסומנת בנספח 1 באות ד') הרחיבה משפחת התובעים את ביתה תוך חפירה מתחת לחלל העמודים (במקום המסומן באות ה' בתרשים).

לטענת משפחת הנתבעים, התובעים שכנגד, הדבר נעשה ללא פיקוח הנדסי כנדרש ובעקבות ההרחבה נפגעו יסודות הבנין וישנם סדקים ותזוזות במרצפות דירתם שמתחת להרחבה זו. הם תובעים את בדיקת חוקיותו ויציבותו של המבנה.

לדברי משפחת התובעים, הכל נעשה באישור ובפיקוח כנדרש. הם הציגו לראיה לבית הדין ולתובעים שכנגד גרמושקה חתומה בה מופיעה הרחבה זו. לדבריהם במהלך התקנת חשמל בתקרת הרחבה נחתכה אחת מרשתות הברזל שבתוך הבטון בנקודה אחת. בסיוור שערך בית הדין במקום לא נמצאו ממצאים בולטים המצביעים על תזוזה כלשהי בדירת התובעים שכנגד. כמו כן בית הדין ראה גרמושקה חתומה של ההרחבה כולה ובה מוכח כי ההרחבה נעשתה באישורה של העיריה.

## הדין ההלכתי

### א. בעיית הרטיבות

במקרה דומה של נזילת מי גשמים עוסקת לכאורה הגמרא במסכת בבא מציעא ק"ז ע"א:

הנהו בי תרי דהוו דיירי, חד עילאי וחד תתאי. איפחית מעיבה. כי משי מיא עילאי - אזלי ומזקי לתתאי.



רבי חייא בר אבא אמר: העליון מתקן, ורבי אלעי משום רבי חייא ברבי יוסי אמר: התחתון מתקן...

גמרא זו נפסקה להלכה בשולחן ערוך (חושן משפט סימן קנה סעיף ד):

היו מימי העליון יורדים על התחתון ומזיקין אותו, אם אין שם מעזיבה, בענין שכששופך מימיו מיד יורדים לתחתון ומזיקים אותו, חייב לסלק הזיקו. ואם יש מעזיבה שהמים נבלעים בה ואינם יורדים מיד, אלא לאחר מכאן יורדים ומזיקים, אינו חייב לסלק הזיקו.

מדברים אלו עולה לכאורה כי אין הדייר בקומה העליונה חייב לתקן נזקי נזילת מי גשמים מדירתו לקומה התחתונה. הריב"ש מאריך להוכיח כי העקרון לפיו העליון אינו אחראי על נזילות המגיעות ממי גשמים נכון גם כאשר מדובר במי גשמים מרובים היות ונזק זה אינו מוגדר כחיציו של העליון ואין באי מניעתה אפילו משום גרמא וז"ל (בשו"ת הריב"ש סימן תקיז):

כשהיו הגשמים מרובין, וירדו בשפע, יקלקלו כל המעזיבה, בענין שיזיקו בירידתם ממש על התקרה: כי לא תוכל המעזיבה, לבלוע אותם... אין לומר כאן: גירי; שאין באין מכחו, אלא מן השמים הן יורדין... ולכן אין מחייבין ללוי (העליון), לבנות שום בנין, כדי שלא יזיקו לראובן, מי גשמים הבאים על גגו...

כדעת הריב"ש פסק גם הרמ"א בהגהותיו לשולחן ערוך בסימן קנה (סעיף ד):

אם ירדו גשמים על העלייה ויורדין למטה, על הניזק לתקן שלא יזק

אולם הב"ח (קנה ז וראה בסמ"ע בס"ק טו ובש"ך בס"ק ג) מסייג את הדברים באופן משמעותי וכותב:

ומיירי (הריב"ש) במי גשמים שבאו לשם שלא בפשיעת בעל העלייה כגון גשם שוטף

אבל אם הוא פושע שלא תיקן הגג על בעל העלייה לתקן כדלקמן בסימן קס"ד סעיף ב' עיין שם:

כלומר יש לחלק בין חובת השמירה על תקינות המבנה, ובין האחריות על נזקי גשמים שהתרחשו למבנה תקין. החובה לשמור על תקינות שכבות האיטום שעל התקרה (המעזיבה) מוטלת על העליון כפי ששנינו במסכת בבא מציעא (קטז ע"ב):

התחתון נותן את התקרה והעליון את המעזיבה

כך פסק גם הרמ"א בהגהותיו לסימן קסד (סעיף א) כי:

כל צרכי הגג חייב בעל העלייה לתקן

אולם אם המבנה תקין אין לחייב את העליון על נזקי גשמים אשר פגעו בתחתון כפי שראינו לעיל.

העולה מדברים אלו הוא שיש לחלק בין נזקי גשם אשר נגרמו עקב מבנה לא תקין ובין נזקים שנגרמו עקב גשמים בהיקף לא שיגרתי, ויש לחייב את הדייר העליון לדאוג לתקינות האיטום



בביתו כך שלא יגיעו ממנו נזילות גשמים לדייר התחתון. במידה והמבנה אטום כראוי והתרחש ארוע גשם חריג אשר גרם לנזילות למרות האיטום, העליון פטור מאחריות על נזק זה. על פי חוות הדעת של המומחה במקרה שלנו, מי הגשמים חודרים לדירת התובעים עקב כשלים באיטום במרפסת הנתבעים. אי לכך מוטל על הנתבעים לאטום את רצפת המרפסת על פי ההנחיות הכתובות בחוות הדעת.

**לסיכום: על הנתבעים לעשות עבודת איטום מקיפה על פי הוראות המומחה המופיעות בנספח 2 לפסק הדין על מנת למנוע נזילות לדירת התובעים.**

### **ב. קולטי השמש**

בסוגיא זו דורשים התובעים שהקולטים ימוקמו במקום ראוי על גג הנתבעים על בסיס העובדה שכאשר קנו את הדירה קנו אותה כאשר הקולטים ממוקמים על גבי גג המרפסת של הנתבעים. לעובדה זו מסכימים גם הנתבעים אלא שהם רוצים לחזור בהם מהסכמתם לקיומם של הקולטים על גגם.

הגמרא במסכת בבא בתרא (נח ע"ב) עוסקת בזכויות שכנים זה ברשותו של זה. העקרון המנחה את כלל הסוגיות העוסקות בנושא זה הוא כי כל שימוש שעשה אחד השכנים ברשותו של חברו מבלי שזה ימחה בו - המשתמש זכה בו ושוב לא יוכל השכן למנוע מחברו להמשיך ולעשות שימוש זה ברשותו ("חזקת תשמישין").

אחת הדוגמאות אותן נותנת הגמרא לדברים בהם ניתן להחזיק זה חזקה להניח קונסטרוקציות ברשותו של חברו תוך שימוש במבנה של חברו לשם הנחת אותן קונסטרוקציות ובלשון הגמרא (בבא בתרא ו ע"א):

### **אחזיק להורדי אחזיק לכשורי, לכשורי - אחזיק להורדי.**

כלומר מי שהחזיק להניח קורות מסוג אחד ברשותו של חברו רשאי להמשיך ולהניח את אותן הקורות ואף להחליפן בקורות גדולות יותר. אמנם נחלקו הראשונים בטעמה של הלכה זו:

לדעת הרשב"ם (בבא בתרא נו ע"א) וכ"כ ר"ת (בתוס' שם ו ע"ב ד"ה האי) והתוס' (בב"ב כג ע"א ד"ה והא) וכך כתבו גם הרא"ש (א', יא) והנימוקי יוסף (ג ע"ב באלפס) החזקה שמחזיק האדם ברשותו של חברו מהווה ראייה על כך כי בעבר נתן לו השכן זכות שימוש זו ברשותו. דהיינו, זוכים בחזקת תשמישין, רק אם טוענים שהזכות ניתנה במפורש.

לעומתו סובר הר"י מיגאש (בבא בתרא נו ע"א) וכן פסק הרמב"ם (הלי שכנים פי"א) כי אין מטרת החזקה להוכיח כי נעשה קנין בעבר על רשותו זו אלא באה להוכיח משתיקתו של בעל הנכס כי הוא מחל למחזיק על זכויותיו. לשיטה זו, הוכחה הנעשית ברגע בו ראה בעל הזכויות את השימוש



ולא מחה במשתמש ולא נדרשת להיות במשך תקופה ארוכה. לסיכום, עיקר המחלוקת נסוב סביב השאלה האם המשתמש ברשות חברו צריך לטעון כי בעבר נעשה קנין על זכויות אלו, וכן האם משך החזקה הוא שלש שנים או שהחזקה נקנית באופן מיידי.

למעשה השולחן ערוך (קנ"ג ב, ו) מכריע כדעת הרמב"ם שחזקה זו אינה צריכה טענה כלל ופועלת היא לאלתר. אלא שבדעת הרמ"א יש לכאורה חוסר בהירות: בחלק מהמקומות מביא הרמ"א את דעת הרשב"ם כאילו בא לחלוק על המחבר (חו"מ סימן קנ"ג ב, ו) בחלק מהמקומות מביא את שתי הדעות (סימן קנ"ג, טז) ובחלק מהמקומות (סימן קנ"ה, לה) מביא את שתי הדעות ומכריע בבירור כדעת הרמב"ם.

נחלקו האחרונים בהסבר שיטת הרמ"א. לדעת הט"ז (סימן קנ"ה ס"ק לה) כוונת הרמ"א לפסוק באופן מוחלט כדעת הרמב"ם ביחס לכלל המקרים שניתן להסתפק במחילה, וכך סבור גם הלבוש (הובא בסמ"ע קנ"ג, לב והגר"א קנ"ה, צט). אולם לדעת הש"ך (סימן קנ"ג ס"ק יא) הרמ"א מסתפק בדין זה וא"כ דין זה הוא ספיקא דדינא. כך סבור גם הסמ"ע (ס"ק לב) והנתיבות (סימן קנ"ג ס"ק יג). אם כי לדעתם נקט הרמ"א בכלל המוציא מחברו עליו הראיה ולכן חילק בין מקרים בהם האדם אינו נהנה מרשותו של חברו אלא ברשותו שלו אך השימוש ברשותו גורם נזק לחברו, בהם הניזק הוא המעוניין להוציא מהמזיק את יכולתו לעשות שימוש ברשותו שלו, שם הכריע הרמ"א כרמב"ם שהחזקה מיידיית מכחה של מחילה, ובין מקרים בהם האדם נהנה מרשותו של חברו שם הנהנה הוא המוציא מבעל הרשות ועליו להוכיח באמצעות חזקה של שלש שנים כי היתה הקנאה מפורשת של הזכויות.

בנידון דידן שני הצדדים קנו את דירתם כאשר קולטי השמש של הדיירים התחתונים (התובעים) היו ממוקמים על גג מרפסת הכביסה של הדיירים העליונים (הנתבעים).

במקרה זה עוסקת הגמרא במסכת בבא בתרא (כ"ג ע"א) וקובעת כלל כי "טוענים ללוקח", וכך פוסק השו"ע (קנ"ה כד):

**מרחיקין השוכן... ואם לקחו כמו שהוא... הרי הוא בחזקתו.**

**ואף אם יפול, יכול לחזור לבנותו, שטוענים ללוקח לומר ראשון עשאו ברשות, לא שנא נגד יחיד לא שנא נגד רבים.**

אי לכך ברור כי החזקה להניח את הקולטים על גג המרפסת של התובעים קנויה להם אפילו לשיטת הרשב"ם שכן טוענים ללוקח. כפי שניתן לראות בבירור מדברי השו"ע, זכות זו קנויה ללוקח ולכן היא שמורה לו גם אחרי שמסיבות טכניות לא היה ניתן לממשה "ואף אם יפול, יכול לחזור לבנותו". לכן היה נראה לכאורה כי לו התובעים היו דורשים למקם את הקולטים במקום המקורי בו היו ממוקמים היה הדין נותן כי הצדק איתם. אולם אין הדבר כן שכן מיקומם הקודם של הקולטים גרם במשך השנים נזק לקורות העץ של גג המרפסת, אותו ראה בית הדין בסיוור שערך במקום. לכן על מנת לממש את הזכות הקנויה לנתבעים באופן שלא יגרום נזק לתובעים נכון היה להעביר את הקולטים לגג הבטון בו ממוקמים הקולטים היום. אלא שהדבר היה צריך



להעשות בתאום עם התובעים תוך בחינת ההשלכות של ההעסקה על אופן תפקודם של הקולטים, ומיקומם באופן המיטבי הן מבחינת כיוון השמש והן מבחינת מקצועיות בניית הצנרת ושמירה על בידודה.

יתר על כן, בזכות להשתמש בשטחם של הנתבעים לשם מיקום הקולטים כלולה גם הזכות להכנס לשטחם על מנת לטפל בקולטים. כך פוסק השולחן ערוך (קנה יז) לגבי טיפול במרזב הנמצא ברשות מעל חצר חברו:

**מרחיקין את הכותל מן המזחילה של חבירו ארבע אמות, כדי שיהיה מקום לבעל המזחילה לזקוף סולם ולתקן מזחילה שלו, הואיל והחזיק בה.**

בסיור שערך בית הדין במקום בדק בית הדין את טענת הנתבעים כי מיקומם הנוכחי של הקולטים גורם להצטברות לכלוך רב על גג המרפסת ומצא כי טענה זו אינה נכונה שכן מיקומם של הקולטים של הנתבעים אינו מפריע לביצוע פעולות נקיון הגג, יותר מאשר מפריעים הקולטים של הנתבעים עצמם.

**לסיכום: יש לדחות את דרישת התובעים להחזרת הקולטים למקומם המקורי. כמו כן יש לדחות את דרישת הנתבעים לסילוק הקולטים מעל גגם.**

אי לכך יש להשאיר את הקולטים על גג הנתבעים. כן יש לאפשר להם גישה לשם הטיפול במערכת החימום הסולרית שלהם המונחת על גג הנתבעים, טיפול אשר יעשה בשעות סבירות ותוך תיאום מראש עם הנתבעים. במידה והנתבעים ירצו לשנות את הזוית בה ממוקמים הקולטים כיום (לכיוון מערב) כך שיקלטו יותר שמש (מכיוון דרום) רשאים הם לעשות כן. יתר על כן, שינוי זוית זה עשוי גם לאפשר לנתבעים גישה נוחה עוד יותר לניקוי הגג.

#### **ג. מיקום המנוע של המזגן**

מנוע המזגן של הנתבעים ממוקם (בנקודה 1 בתרשים המצ"ב בנספח 1) על גבי קיר חיצוני במפלס דירתם (א) מול הכניסה לביתם של התובעים (ג) ופולט אוויר חם לכיוון ביתם וגורם לרעש סמוך לחלון ביתם. אצל מרבית האנשים מהווה מנוע של מזגן מטרד נסבל שבני אדם עשויים למחול עליו אולם הם אינם חייבים לעשות כן. כך במקרה זה התובעים מחו מייד ועוד קודם למיקומו של המנוע ודרשו את מיקומו במקום שימנע את המטרד של החום והרעש.

אמנם השולחן ערוך בהלכות הרחקת נזיקין (סימן קנה) אינו עוסק בנזק של אוויר חם, אולם הוא נותן דוגמאות רבות לפעולות שאדם נדרש להמנע מלעשות ברשותו על מנת שלא להפריע את חיייו של שכנו. המקרה של המזגן בהחלט מתאים להכנס לכלל המקרים הללו. כך נוהג כל אדם שחי בשכנות טובה עם שכניו וממקם את מנוע המזגן במקום שיגרום לפגיעה מינימלית באיכות החיים של שכניו.



בנוסף לכך יש לדון בשאלה עקרונית: האם דייר בבית משותף זקוק לקבל את הסכמת השכנים להתקנת מזגן? מעיקר הדין הקיר החיצוני של הבניין הוא רכוש משותף לכל השכנים, כך עולה מחוק המקרקעין תשכ"ט 1969 (חוק בתים משותפים פרק ו, סי' א סעיף 52 – הגדרות):

**רכוש משותף – כל חלקי הבית המשותף, חוץ מן החלקים הרשומים כדירות. ולרבות הקרקע, הגגות הקירות החיצוניים המסד, חדרי המדרגות, מעליות מקלטים.**

מאחר שהקיר החיצוני משותף לכל השכנים, הרי הוא כחצר השותפים, שאין אחד מהם יכול לקבוע תשמיש מסוים בחצר, ללא הסכמת השכנים. כך מבואר במשנה ב"ב (נח, ב): "המזחילה יש חזקה", דהיינו המתקין מרזב לאורך הגג שאליו מתנקזים מי הגשמים, יש לו חזקה, משום שמן הסתם השכן מחל לו, שאין אדם שותק על שימוש קבוע, "דודאי נתרצה עמו בדמים" (רשב"ם שם ד"ה "המזחילה"). עולה מכאן שאם השכן היה מוחה על התקנת המזחילה, לא היה בעל הגג יכול להתקין אותה ללא הסכמתו. כך גם התקנת מזגן על קיר הבית המשותף, צריכה להיעשות בהסכמת השכנים.

אמנם לפי מנהג המדינה היום, כל דייר בבית משותף יכול להתקין לעצמו מזגן. גם במאמרו של עו"ד עוז כהן על התקנת מזגנים, הובאו פסקי דין שונים בבתי המשפט במדינת ישראל, ומהם עולה, שאמנם מעיקר הדין בעל הדירה לא יכול להתקין מזגן על הקיר החיצוני המשותף לכל הדיירים, ללא הסכמת השכנים. אבל למעשה בתי המשפט מאפשרים לבעל הדירה להשאיר במקומו את המזגן שחיבר, גם אם השכנים תובעים להוציאו, כל זאת בתנאי שבעל הדירה לא גרם רעש חריג, כגון שלא ריכז שלושה מזגנים ליד חלון השכן.

פסיקות אלה משפיעות על התנהגות הציבור, ומסייעות ליצור מנהג המדינה. בדומה לזה כתב החזו"א (חוי"מ ליקוטים טז) שדינא דמלכותא אף שאינו לפי דין תורה: "משפיע על בני אדם... ונמצא דאנו דנין בדיננו ולא בדיניהם". אף כאן הפסיקה בבתי משפט במשך הזמן מחלחלת לתודעת הציבור, והציבור נוהג על פי פסיקה זו, לכן חיבור מזגן לדירה בזמננו נעשה למנהג המדינה.

יחד עם זאת, אם השכן מסכים באופן עקרוני להתקנת המזגן, אבל הוא מבקש מבעל המזגן, שהמזגן יהיה מרוחק מחלוננו, או שיש לו טענה עניינית אחרת, בעל המזגן צריך להגיע להסכמה עם שכנו, כיוון שהקיר החיצוני משותף לכולם. עולה מכאן שמנהג המדינה חל רק על הזכות העקרונית להתקין מזגנים על הקיר המשותף, אבל המנהג אינו קובע את המיקום המדויק של המזגנים, ונושא זה צריך לבוא על פתרונו בהסכמת השכנים, שהקיר הוא בבעלותם המשותפת.

הדרך הנאותה והראויה היא, שהשכנים מתאספים ומחליטים בהסכמת הרוב, היכן יונחו המזגנים (כגון במקומות מוסתרים, או שאינם מפריעים לשכנים). בכגון זה היחיד אינו יכול לעבור על דעתם, כי החלטת רוב השכנים שהתאגדו יחד, חלה עליו כמבואר בב"ב דף ח, ב: "ורשאיני בני





העיר להסיע על קיצתן", והוא הדין בהחלטה המתקבלת בהתאגדות של קבוצה, כגון הקצבים, כמבואר בב"ב ט, א, ("הנהו בר בי טבחי") וכך גם דין החלטת ההתאגדות של השכנים (וראה עוד בספר "פסקי דין - ביה"ד האזורי קרית ארבע", עמ' 14-15). גם על פי חוק המקרקעין – תשכ"ט 1969 (חוק בתים משותפים פרק ו סיי ג, סעיפים 61-71) יש תוקף להחלטות ועד הבית שהתקבלו ברוב.

במקרה שלפנינו, התובעים פנו לנתבעים בשעת התקנת המזגן בבקשה להעביר את המזגן למקום אחר, ואפילו היו מוכנים לשלם את ההפרש במחיר, בטענה שמיקומו של המנוע מעל המעבר הציבורי מהווה סכנה לעוברים ושבים, ואילו הנתבעים סירבו להיענות לבקשתם. בית הדין לא השתכנע שמיקומו של המנוע מעל המעבר הציבורי מהווה סכנה לעוברים ושבים שכן מזגנים רבים ממוקמים בגבהים גדולים מאד וכאשר הם מעוגנים באופן בטוח ויציב למקומם הם אינם עפים ואינם נופלים. מאידך, בית הדין אמנם אינו מקבל את הטענה שהמזגן מפריע להם לעשות שימוש בשטח הכניסה לדירתם למרות העובדה שנראה כי המזגן חורג בכמה סנטימטרים לשטח הכניסה לדירתם של הנתבעים, הן בשל העובדה ששטח זה נחשב לשטח ציבורי והן בשל העובדה שהמזגן אינו מפריע הפרעה ממשית לעשות כל שימוש ברחבה זו.

אולם בשל העובדה שעל הנתבעים כאמור היתה חובה להתייעץ עם השכנים לפני התקנת המזגן ולא להציב בפניהם עובדה קיימת, וכן בשל העובדה שלטענת התובע הוא ניזוק ממיקומו הנוכחי של המזגן בשל הרעש וגלי החום ביה"ד קובע כי על הנתבע להעתיק את מיקומו של הזגן אל המעבר הציבורי.

לשאלת המימון של ההעסקה הרי שמצד הדין מזיק שעליו להרחיק את עצמו אמור לשאת בעלויות ההרחקה על חשבונו. אולם הואיל ובעבר גילו התובעים כי הם מוכנים לשאת בעלות העברת המזגן, והואיל וגם הנתבעים טענו כי מיקומו של המזגן במקום רחוק יותר יקר יותר בשל מחיר הצנרת, והואיל ובשעת התקנת המזגן היתה עלות העסקתו שווה למחיר הצנרת בלבד, והואיל ובית הדין הוסמך גם לעשות פשרה בין הצדדים, קובע בית הדין כי בעלות ההעסקה ישאו הצדדים במשותף, בחלוקה הבאה: את עלות החומרים (הצנרת הנוספת) ישלמו התובעים ואת עלות העבודה (המתקין) ישלמו הנתבעים.

**לסיכום: בית הדין מקבל את דרישת התובעים ומחייב את הנתבעים להעתיק את מנוע המזגן מעל המעבר הציבורי (נקודה 2 בנספח 1).**

**הנתבעים ישלמו למתקין את שכר עבודתו והתובעים ישלמו למתקין את עלות הצנרת הנוספת.**

ד. תביעת נגד – ההרחבה

ד.1. הרקע לתביעה





הנתבעים הגישו תביעה נגדית, בה נטען, שהיות התובעים הרחיבו את השטח מתחת לביתם, ויש חשש שנפגעו יסודות הבנין וישנם ותזוזות במרצפות דירתם שמתחת להרחבה זו, הם תובעים את בדיקת חוקיותו ויציבותו של המבנה.

בסיוור שערך בית הדין במקום לא נמצאו ממצאים בולטים המצביעים על תזוזה כלשהי בדירת התובעים שכנגד. כמו כן התובעים הציגו לראיה לבית הדין גרמושקה חתומה על ידי האדריכל והעריה, בה מופיעה הרחבה זו. אעפ"כ בשל החשש שהעלו הנתבעים ביקש בית הדין מהתובעים למסור לביה"ד את תכנית ההנדסית המאושרת בחתימת המהנדס. התובעים טענו כי אינם מחזיקים בתכניות אלו אשר נמסרו זה מכבר לעיריה. לכן פנה בית הדין לנתבעים שהם התובעים שכנגד, וביקש מהם להשיג את התכניות מהעיריה ולהציג אותן לבית הדין וזאת על מנת שבית הדין יוכל לדון בתביעתם על שינויים שנעשו כביכול במבנה הבנין החורגים מהתכניות ההנדסיות של ההרחבה.

הנתבע ניסה להשיג תכניות אלו מהעיריה הן באופן ישיר והן באמצעות צו של בית המשפט ללא הצלחה.

#### 2.ד. הבעלות על שטח ההרחבה – ה'

על פי החוק יש לנתבעים חלק בשטח ההרחבה ה' מכח היותה ההרחבה חלק מהשטח המשותף (חוק המקרקעין תשכ"ט 1969 - חוק בתים משותפים - פרק ו, סי' א סעיף 52 –הגדרות). חוק זה תקף גם לפי ההלכה, בשל העובדה שהחוק יוצר את מנהג המדינה המשפיעה על ההלכה וכפי שפוסק הרמב"ם (הלכות מכירה פרק כו הלכה ז-ח):

**במקום שנהגו שהמוכר כך מכר כך הרי זה מכור וסומכין על המנהג... וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם באותו המקום ואחר המנהג.**

חוק זה תקף מסיבה נוספת והיא העובדה שהרישום בטאבו כפוף לחוקי המקרקעין, והמוכרים והקונים מעוניינים שהמכירה תהיה רשומה בטאבו וממילא מקבלים עליהם את הוראות החוק.

בנוגע לשטח המוגדר כשטח משותף קובע החוק בצורה ברורה כי (שם סעיף 62):

**אין לקבוע הצמדה של חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה פלונית, אלא בהסכמת כל בעלי הדירות.**

אם כן לנתבעים יש חלק בשטח שמתחת לדירתם ולא ניתן להוציאו ממנו אלא בהסכמתם.

בהליך שנעשה על ידי התובעים הופקעה הקרקע מהנתבעים ללא ידיעתם. הליך זה בו העריה מאשרת בניה בשטח משותף ללא הסכמת כל השכנים ובכללם הנתבעים אינו תקין מבחינה חוקית, אולם גם אם הוא תקף מבחינה מוניציפלית הוא אינו תקף מבחינה קניינית שכן העיריה



אינה המוסד המעביר בעלות על הקרקע בטאבו, פעולה זו נעשית רק ע"י רשם המקרקעין! תפקידה של העיריה הוא, רק להנפיק אישור בנייה, שאינו מהווה אישור לבעלות על הקרקע.

### ד.3. חובת ההוכחה על יציבות המבנה

בית הדין נדרש לשאלה על מי חובת הראיה להוכיח כי נעשו שינויים קונסטרוקטיביים במבנה המערערים את יציבותו. בשאלה זו נתגלתה מחלוקת בבית הדין.

#### **דעת הרוב**

ידוע לכל כי לפני קבלת גרמושקה חתומה מהעיריה על המבקש להציג אישורים רבים ושונים המאשרים כי כל דבר נעשה בהתאם לנהלים ולחוקים התקפים באותה רשות מקומית. חזקה על רשות מקומית כי עושה היא את תפקידה לדרוש את כל המסמכים וביניהם הסכמת הדיירים ואישור הנדסי. מהרגע בו הוחזרה למבקש הגרמושקה החתומה על ידי העיריה עם היתר הבניה, לא מוטלת עליו כל חובה לשמור את כל המסמכים אותם התבקש להגיש לעיריה הואיל והחתימה על הגמושקה בצירוף היתר הבניה מעידים על הגשת כל האישורים הנדרשים.

מעין הוכחה לכך ניתן להביא מדיני לחזקת קרקעות. אחת הסיבות לכך שקבעו חכמים ששיבה בקרקע במשך שלש שנים מהווה הוכחה לכך שהקרקע נרכשה על ידו באופן חוקי היא (בבא בתרא כט ע"א):

**שתא קמייחא מיזדהר איניש בשטריה, תרתי ותלת מיזדהר, טפי לא מיזדהר.**

כלומר אחרי תקופה מסויימת לא מצופה מאדם לשמור על מסמכים שאינם נדרשים לו.

דוגמא נוספת לכך שקיומו של מסמך אחד מעיד על קיומו של מסמך אחר עליו הוא מתבסס ניתן להביא מהלכות גביית חוב. שם יצירתו של מסמך אחד (אדרכתא – מסמך המאשר לגבות מנכסי החייב) מכחו של מסמך אחר (שטר חוב) מוכיחה על קיומו, ולא עוד אלא שמחייבת היא את קריעתו של המסמך הקודם (שלחן ערוך חושן משפט סי' צ"ח):

**כיצד כותבים האדרכתא... וקורעין שטר החוב... מצא לו נכסים משועבדים מאחר זמן שטרו,**

**טורף מהם וקורעים שטר האדרכתא, וכותבין לו שטר המירפא... ואחר כך מורידים אותו לנכסי**

**הלוקח בשומא שלו, וכותבין הורדה... וכל שומא שאין כתוב בה: קרענו לטירפא, אינה שומא.**

אמת, בניגוד לאדרכתא, בנדון דידן על העיריה מוטלת החובה לשמור על כל המסמכים ולא לקורעם ובית הדין אף נענה לבקשת הנתבע ודרש מלכתחילה את המסמך מהנתבע לפי שסבר שיקל עליו להשיגו. אך כשהתברר כי המסמך אינו ברשותו ואף אינו ברשות העיריה העביר בית הדין את נטל הראיה לנתבע ובצדק. טעם הדבר הוא שחזקה על העיריה שעשתה את מלאכת הנפקת ההיתרים כראוי, ומעתה על הנתבע שכנגד להוכיח את טענתו שלא היה אישור הנדסי והעיריה פעלה שלא כדין בנותנה היתר בניה ללא אישורים הנדסיים נדרשים.



יתר על כן, גם אם זכותו של התובע שכנגד לקבל מידע בדבר שינויים קונסטרוקטיביים שנעשו בשטח המשותף שמתחת לדירתו הרי שטענתו כי התובע הסיר אחד או יותר מעמודי הבטון עליהם נשען הבית המשותף אינה נשמעת סבירה, בלשון המעטה. הסרת עמודי בטון עליהם עומד בית משותף בן שמונה קומות הינה מבצע הנדסי מורכב ביותר שאיש אינו מוכן להסתכן בביצועו על מנת להרויח עוד כמה סנטימטרים מרובעים בשטח שאינו משמש למגורים של ממש. יתר על כן, הסרת עמודי בטון שכאלו היתה אמורה לתת את אותותיה בדירה העומדת מעליהם ואילו בית הדין בסוורו במקום לא מצא כל סימן לתזוזה כלשהי ברצפת הדירה.

למרות זאת עיכב בית הדין את מתן פסק הדין חודשים ארוכים לצורך השגת מסמכים אלו ואף סייע ביד הנתבע לדרוש זאת מבית המשפט. אולם אין הדבר מוכיח כי התעורר חשד בבית הדין כאילו באמת חסרים עמודי בטון בשטח ה', ושנטל הראיה נשאר מוטל לפתחו של הנתבע בתביעתו הנגדית. בסופו של דבר, מנחה אותנו הגמרא (בבא קמא מו ע"א):

#### **זה כלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה**

כלל שאינו צריך לכל מקור ונובע הוא מסברא פשוטה, שנכונה שבעתיים במקרה שלפנינו:

#### **למה לי קרא? סברא הוא, דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא!**

מי שיש לו כאב עליו לגשת לרופא ומי שמעוניין להגיש תביעה על ליקויים עליו להוכיח את קיומם של אותם הליקויים שהוא טוען לקיומם.

#### **דעת המיעוט**

לדעת הרוב יש לדחות את תביעת הנתבעים, כי חזקה על העיריה שדרשה מהנתבעים את כל האישורים בוודאי קבלה את התוכנית ההנדסית לידיה, ויתכן שהתכנית הלכה לאיבוד על אף שהעיריה מחוייבת לשמור את התוכניות ההנדסיות. מסקנת הרוב היא, שעל הנתבע מוטל להוכיח כי לא היה אישור הנדסי והעיריה פעלה שלא כדין בנותנה היתר בניה ללא אישורים הנדסיים נדרשים.

עוד נכתב בדעת הרוב, שהחשש של הנתבעים שמא היסודות אינם תקינים - אינו סביר: "הרי שטענתו כי התובע הסיר אחד או יותר מעמודי הבטון עליהם נשען הבית המשותף אינה נשמעת סבירה, בלשון המעטה. הסרת עמודי בטון עליהם עומד בית משותף בן שמונה קומות הינה מבצע הנדסי מורכב ביותר שאיש אינו מוכן להסתכן בביצועו על מנת להרויח עוד כמה סנטימטרים מרובעים בשטח שאינו משמש למגורים של ממש. יתר על כן, הסרת עמודי בטון שכאלו היתה אמורה לתת את אותותיה בדירה העומדת מעליהם ואילו בית הדין בסוורו במקום לא מצא כל סימן לתזוזה כלשהי ברצפת הדירה".

לדעת המיעוט יש לקבל את דרישת הנתבעים לקבל לידיהם את התוכנית ההנדסית. גם התובעים שכנגד אינם חולקים על הנתבעים בשאלה, האם העיריה אישרה את הבנייה ללא תכנית הנדסית!



אבל דווקא משום כך הם דורשים מהתובעים, שיציגו בפניהם את התוכנית ההנדסית, כדי שישתכנעו שהבניה נעשתה בדיוק לפי ההוראות ההנדסיות.

אמנם הנתבעים טענו שיש לחשוש שמא הוסרו עמודי הבטון, וחשש זה נראה רחוק, אבל תביעתם אינה מתמקדת רק בחשש זה, חשש זה הוצג רק כדוגמא. עיקר תביעתם היא כפי שנכתב לעיל בסעיף ד בטענות, שהם **"תובעים את בדיקת חוקיותו ויציבותו של המבנה"**, דהיינו רצונם לברר האם המבנה נבנה בהתאם להוראות ההנדסיות שנקבעו בתכנית ההנדסית, כי יתכן שבתוכנית ההנדסית נקבעו עוד חיזוקים ותוספות הנדסיות שצריכים להיעשות בקומת הקרקע. אמנם טענה זו הועלתה רק בגלל שהנתבעים נתבעו ע"י התובעים, אבל אין זו עילה לפסול את צדקת הטענה, התובעים עד עצם היום הזה יושבים שלא כדין על הקרקע באיסור השגת גבול וגזל, והנתבעים רשאים בכל עת שיחפצו לראות את התוכנית ההנדסית, כדי להיות משוכנעים שהבניה נעשתה בדיוק לפי ההוראות ההנדסיות. תכנית הגרמושקה האדריכלית שנמסרה לביה"ד, אינה מהווה תחליף לתוכנית ההנדסית, כי לא משתקפים בה כל ההוראות ההנדסיות.

יש לציין שהעירייה אישרה את התוכנית על אף שהיא לא חוקית, כי התובעים הודו בביה"ד, שהם לא החתימו את הנתבעים על ההרחבה, מחשש שהנתבעים יתנגדו לתוכנית. סעיף 62 לחוק בתים משותפים שהובא לעיל, קובע שכל עוד לא חתמו כל השכנים על הסכמתם להעביר את השטח המשותף לאחד השכנים, השטח נשאר בבעלות השכנים, ואין לאחד השכנים זכות לבנות על השטח המשותף. לכן אסור היה לעירייה לשתף פעולה ולסייע לתובעים במתן אישור לתוכנית, לפני שהתקבלה הסכמת כל השכנים! למעשה העירייה נתנה היתר לפלישה בלתי חוקית של התובעים לשטח המשותף לנתבעים, ואין תוקף חוקי לאישור שניתן בעבירה. פקידי העירייה שעברו על החוק במתן אישור לתוכנית, משום מה אינם רוצים לשתף פעולה בהמצאת התוכנית ההנדסית לידי הצדדים. לכן יש צורך בהתערבות ביהמ"ש שיאכוף על העירייה להציג את התוכנית ההנדסית. לחילופין ניתן לפנות למהנדס לקבלת התוכנית ההנדסית, היום בעידן המחשב כל התוכניות ההנדסיות אמורות להימצא גם במחשב.

תביעת הנתבעים מעוגנת בזכותם על הקרקע שעליה בנו התובעים. כי הקרקע נשארה עדיין בבעלות משותפת של הנתבעים, כמבואר לעיל על פי חוק בתים משותפים ( סעיף 62). מאחר שהקרקע נמצאת בבעלותם המשותפת של הנתבעים, הם זכאים לדרוש מהתובעים כל מידע אלמנטרי הקשור לשותפות, ובמיוחד מידע על חוזק יסודות הבית, ובכלל זה זכותם לבדוק אם הבנייה לא סטתה מהתכנית ההנדסית המאושרת!

דינם של השותפים הוא כדינו של כל שותף בעסק ממוני, שהשותף יכול לתבוע מחברו דיווח מסודר על כל ההוצאות והרווחים, ובשעת הצורך ניתן אף להשביע את השותף בשבועת השותפים - גם בטענת שמא כמבואר במשנה שבועות דף מ ה, א, ובשו"ע (ח"מ סי' צג, א).

אמנם בנידון שלנו אין דין שבועה, כי התובעים יכולים לברר את המציאות על ידי שיתבעו את המהנדס או את העירייה, למסור לביה"ד את התכנית האמורה להימצא בידם. אבל גם ללא דין שבועה, זכותם של הנתבעים לתבוע את התובעים להמציא להם את התכנית. התביעה מתחזקת



לאור הפעולה בה נקטו הנתבעים שכנגד, הנוגדת את ההלכה והחוק, של פלישה לקרקע המשותפת ללא בקשת היתר משותפיהם ההתובעים שכנגד, והסתירו מהם את ההליכים שנעשו לצורך קבלת אישור הרחבה, ללא החתמתם כחוק על הסכמתם להרחבה. לכן לתובעים שכנגד יש זכות לדרוש מהנתבעים שכנגד להראות להם את האישור ההנדסי על בניה שנעשתה בשטח הנמצא גם בבעלותם, כדי לברר האם הנתבעים שכנגד לא סטו מהתכנית ההנדסית!

אין לגלגל את הדרישה להמצאת התוכנית ההנדסית על ההתובעים שכנגד, שלא חטאו ולא פשעו במאומה בפלישה אסורה לשטח לא להם. החובה מוטלת רק על הנתבעים שכנגד, שפלו באיסור לקרקע של ההתובעים שכנגד, ונהגו שלא ביושר ועשו עוול לתובעים שכנגד כשפעלו מאחורי גבם, להשגת אישור בלתי חוקי לבנייה בקרקע משותפת לתובעים שכנגד, ללא ידיעתם וללא רשותם, מבלי שיוכלו לראות מהי התכנית, ומבלי שיוכלו לבדוק האם יש סטייה בביצוע מהתכנית העיקרית.

לכן על הנתבעים שכנגד להמציא את התכנית המאושרת על ידי המהנדס, אם בתביעה מהמהנדס, אם בתביעה מהעירייה באמצעות ביהמ"ש, להמציא לביה"ד את האישור ההנדסי, כי חובת הדיווח על השינוי המהותי בקרקע המשותפת, מוטלת על הנתבעים שכנגד. התביעה מוצדקת וביה"ד צריך לעמוד לימינם ולחייב את הנתבעים שכנגד לבצע את החלטת ביה"ד.

#### ד.4. עיכוב התביעה העיקרית לצורך השלמת הדיון בתביעה שכנגד

על פי ההלכה, הנתבע זכאי להגיש תביעה נגדית במסגרת הדיון על התביעה העיקרית. הגמרא במסכת בבא קמא (מו, ב) קובעת כי "אין נזקקין אלא לתובע תחילה". אחד הפירושים להלכה זו, הובא ברמ"א (שלחן ערוך חו"מ סי' כד):

**פירוש: ראובן חובע את שמעון, בענין שלא יוכל לומר פרעתי, ושמעון השיב, יש לך משלי כך וכך, ומבקש זמן להביא עדים יותר מל' יום, שהוא זמן בית דין, אע"פ שאנו יודעים שיש לו עדים בדבר, נזקקים לחובע, וצריך לשלם לו מיד.**

עולה מהלכה זו, שמכיון שהתביעה הנגדית, גורמת לעיכוב של יותר משלושים יום, אין לעכב את ביצוע פסק הדין של התביעה העיקרית. אבל אם העיכוב אינו עולה על שלושים יום, בית הדין מעכב את פסק הדין בתביעה העיקרית, עד לבירור התביעה הנגדית. מכאן עולה, שבאופן עקרוני התביעה הנגדית קשורה בתביעה העיקרית, וניתן לקזז את סכומי התביעות ההדדיות זה כנגד זה, כי התביעות ההדדיות הם שני צדדים של אותה מטבע, והתביעה הנגדית נחשבת כטענת "פרעתי".

גם בתקנות הדיון של הרבנות הראשית לישראל, סעיף לב, 1 נקבע:

**וכן רשאי הנחבע להגיש במהלך המשפט תביעת-נגד נגד החובע**

כך גם עולה מהלכה אחרת: במסכת כתובות (קי, א) נאמר על שנים שהוציאו שטר חוב זה על זה, אם לשניהם יש קרקעות שוות באיכותן (זיבורית או עידית) לכולי עלמא אין גובים זה מזה, כי



"הפוכי מטרתא למה לי?" הלכה זו נפסקה גם בשולחן ערוך (חוי"מ פה, ג). מכאן למדים, שאין להפריד את הדיון בתביעות ההדדיות, כל עוד אפשר לקזז תביעה מול תביעה. כגון אם יש לשניהם קרקעות שוות. כי אם בית הדין ידון בתביעה העיקרית בלבד, ויפסוק לחייב את הנתבע, ומאוחר יותר, ידון ביה"ד בתביעה הנגדית, ויחייב את התובע, והתובע יצטרך להחזיר את הממון שגבה על פי פסק הדין בתביעה העיקרית, אין לך "הפוכי מטרתא" גדול מזה! לכן פשוט שיש צורך לדון בתביעה הנגדית בשעת הדיון בתביעה העיקרית, כדי לברר האם הנתבע חייב לשלם או שיש לפטרו בגלל התביעה הנגדית.

יש להביא הוכחה נוספת לקיזוז תביעות מהלכה נוספת בשולחן ערוך (חוי"מ עה, ז):

**מנה לי בידך, והנתבע אומר יש לי בידך כסות או כלים כנגדו, פטור, וחייב שבועת היסת.**

אילו תביעה של כל צד, היתה נידונת כתביעה בפני עצמה, לא היה ניתן לפטור את הנתבע, אלא בתביעה הראשונה היה מוטל על הנתבע לפרוע את המנה, כיון שהוא מודה בהודאת בעל דין שהוא חייב במנה. התביעה הנגדית של הנתבע בעניין כסות וכלים בהתובע כופר, היתה נדונה בנפרד. ולכאורה התובע היה צריך להשבע היסת בלבד על תביעת הכסות והכלים ולהפטר. התוצאה הסופית היתה – הנתבע משלם והתובע נשבע. אך נפסק שהנתבע פטור ויישבע! מכאן יש ללמוד, שביה"ד מתייחס לתביעה הנגדית ביחד עם התביעה הראשית, ומקזז את התביעות זו כנגד זו אף שאילולא קיזוז התביעות ההדדיות היה הנתבע חייב לשלם. כאמור, מכיון שמתייחסים לתביעות ההדדיות כמקשה אחת, ומקזזים את התביעות ההדדיות, נמצא שהנתבע הוא כופר הכל, והמוציא ממנו עליו הראיה, ולכן הנתבע נשבע היסת ונפטר. לעומת זאת התובע אינו חייב שבועה על הכסות והכלים, אע"פ שהוא כופר הכל בתביעה הנגדית, מפני שהתביעה הנגדית הוגשה במסגרת טענת הנתבע לפטור את עצמו, לא תקנו רבנן שבועת היסת אלא אם התובע יוזם את התביעה והנתבע מכחיש את תביעתו, אך אם התביעה הנגדית נעשית בדרך אגב תוך כדי טענת הנתבע לפטור את עצמו לא תקנו שחייב להשבע.

יש לציין שלפי שיטת המרדכי ב"מ (סי' רכה) משמעות הדין - נזקקין לתובע תחילה, הפוכה. לדעתו, יש להפריד את הדיון בשתי התביעות: בתחילה יש להזקק לתביעת התובע, והנתבע משלם מנה. אח"כ הנתבע יתבע את הכסות והכלים, ואם חברו יכפור בכסות ובכלים ישבע ויפטר. כי לפי שיטתו, אין לקזז את התביעות זו כנגד זו. אבל הבית יוסף (חוי"מ עה, ס"ק יד) כתב בשם בעל התרומות (שער ז, סי' ג) ותשובת הרי"ף (הובאה ברשב"א ח"א סי' תתקנט, ובב"י שם) ורבנו ירוחם (נתיב ג, ח"ח) שיש לקזז את התביעות על פי התוספתא (שבועות פ"ה ה"ג). שיטתם היא כשיטת שאר הפוסקים, שאם הנתבע תובע תביעה נגדית תוך שלושים יום, נזקקים לתביעתו, ומקזזים את התביעות (ראה רמ"א חוי"מ כד, א), וכדעתם פסק המחבר (חוי"מ עה, ז). (וראה גם בספרו של אב בית הדין הרב יעזר אריאל - "דיני בוררות", עמ' קלט' – קמב)

לפי האמור בית הדין צריך לאחד את הדיון ואת מתן פסק הדין בשתי התביעות. אבל אם ביה"ד קצב שלושים יום לנתבע להביא את ראיותיו ולא הביאם, ביה"ד צריך לפסוק בתביעה העיקרית.



במקרה שלפנינו ניתנו שלשים יום לנתבעים להוציא מהעיריה את התכנית ההנדסית, והנתבעים לא הציגו את התכנית ההנדסית בזמן שנקבע להם, ולכן **מוטל על ביה"ד לפסוק בתביעה העיקרית ללא קשר לתביעה הנגדית, שהיא תידון אחרי שתוצג בפנינו התכנית ההנדסית.**

#### ד.5. עיכוב מתן פס"ד בשל אי ביצוע החלטת ביה"ד

כפי שהבאנו לעיל (ד.3.) נתגלעה מחלוקת בבית הדין על מי מוטלת החובה להביא את התכניות ההנדסיות לבית הדין. מחלוקת לה תהיה השלכה ישירה על השאלה האם יש לעכב את מתן פסק הדין בתביעה העיקרית על להבאת התכניות ההנדסיות:

#### **דעת הרוב**

החובה להביא את התכניות מוטלת על הנתבע, שהוא התובע שכנגד, ועד אשר לא יביא את התכניות לא ניתן יהיה להתייחס לתביעתו בדבר שינויים קונסטרוקטיביים שנעשו לכאורה בבסיס הבית המשותף. לפי עמדה זו התובע נתבקש מלכתחילה להציג את המסמך הנ"ל לבית הדין לא מכיוון שזו חובה המוטלת עליו אלא מכיוון שלהערכת בית הדין באותה העת זו היתה הדרך הקצרה ביותר להשגתו. אולם החל מהרגע בו טען התובע כי המסמך אינו ברשותו חוזרת חובת הראיה למקומה, ורק כאשר הנתבע יוכיח את טענתו כי נעשו שינויים בבסיס המבנה ישוב בית הדין לעיין בתביעתו.

#### **דעת המיעוט**

כל עוד התובעים לא יבצעו את החלטת ביה"ד כלשונה, ולא יציגו את התכנית הנדרשת בפני ביה"ד, רשאי ביה"ד שלא להזדקק לתביעתם, והבסיס להחלטה זו מבואר בחושן האפוד (סי' יח) שדן בשאלה הבאה:

בראובן שבנה בית ופתח חלונות לחצר שמעון, ושמעון תבעו לדין, ובי"ד... חייבו את ראובן לסתום חלונותיו... ולא אבה לשמוע לקול מורים ולא ציית דינא. ואחר עבור זמן מה, בא לוי שכנו של ראובן מצד אחר לבנות בתוך שלו באופן המזיק לראובן... וישלחו ויקראו ללוי. ויבא אליהם ויאמר: מדוע אתם מקבלים האיש הלזה ואת שיחו?... כי על כן יקיים הוא בתחילה הגזירה אשר ביד שמעון, אחר נבוא אליכם!

בחושן האפוד הביא את דברי המכילתא משפטים (פרשה כ,רט):

לא תטה משפט אביונך בריבו: רשע וכשר עומדין לפניך בדין, לא תאמר הואיל ורשע הוא, אטה עליו את הדין! ת"ל לא תטה משפט אביונך בריבו – אביון הוא במצוות.

הרמב"ם (סנהדרין פ"כ, ה"ה) פסק כדברי המכילתא:

אל תאמר הואיל ורשע הוא וחזקתו משקר, זה שאינו משנה בדיבור אטה עליו את הדין, על זה נאמר לא תטה משפט אביונך בריבו – אע"פ שהוא אביון במצוות לא תטה דינו.





הלכה זו נפסקה גם בשו"ע (חו"מ סי' יז, י).

לפי הרמב"ם והשו"ע שפסקו כדברי המכילתא עולה, שיש לפסוק את דינו של הרשע בדין צדק, ואין להענישו בגלל רשעותו.

מאיך הובאה שם תשובת הרשב"א (חלק א סימן תתקסב) שדן בשאלה הבאה:

בעל שנשא אשה שיש לה ילדים מנישואין ראשונים, והתחייב לה שאם תמות תחתיו בלא ולד של קיימא, חלק מהירושה ינתן לילדיה מהנישואין הראשונים. אלא שאחר כך גרשה ביום שנשאה. נישאו שוב ולא כתב לה התחייבות דומה. מאוחר יותר מתה תחתיו, וטען שמאחר שגרשה ונשאה מחדש, התבטלו התנאים הראשונים.

בתשובתו חייב את הבעל לעמוד בתנאו משני נימוקים עיקריים:

הנימוק הראשון:

דהמגרש שהחזירה על דעת כתובה ראשונה דתנן שני גיטין ושני כתובות גובה שני כתובות. וגט או כתובה ושני גיטין או כתובה וגט ומיתה אינה גובה אלא כתובה אחת שהמגרש את אשתו והחזירה על דעת כתובה ראשונה החזירה. ואף על גב דאמר רב הונא עלה בגמרא לא שנו אלא מנה מאתים, אבל תוספת אין לה, וקיימא לן הכי מדתניא חדשו נוטלות מה שחדשו. התם היינו דוקא במה שהוסיף לה משלו שעל דעת נשואין הראשונים ולא על דעת השניים. אבל מה ששייר האב ומה ששייר האשה הוא בעיקר הכתובה שהמכניס על דעת כן הכניס וכשקבל על דעת כן קבל.

הנימוק השני:

ועוד שזה מערים היה ושורת הדין בית דין דנין ומחייבין אותו. שהתורה שלימה שלנו אמת ודיניה אמת ומחייב השקרנים והאלמים שלא מדין שאר בני אדם. כעובדא דמרי בר איסק בפרק המפקיד (דף מ') הכי דאיננא לך ולכל אלמי חברך, ובבבא קמא (פ"י דף צ"ו ב') אמר רב נחמן גזלן עתיקא הוא ובעינן דאקנסיה.

בחושן האפוד דן בדברי הרשב"א ולסיום דבריו הביא את דעת 'פני מבין' (ח"א דף קס, ב) שדן בשאלה דומה:

ראובן עבר על דין תורה ובקשו ליסרו ולא עלה בידו מסיבת אלמותו. והן עתה יש לו דין ודברים עם שמעון מדררא דממונא, וכפי הדין צריך שמעון לפרוע לו כל מה שתובע ממנו, ויכול הדין לזכות לשמעון היפך הדין, כדי לעשות לו דין על שעבר על דין תורה!

בפני מבין הוכיח מהמשנה ב"ב (קנו, ב) שמותר להטות את דינו של הרשע: לדעת חכמים במשנה שכיב מרע אינו צריך קנין ויכול להקנות בדיבור בלבד. חכמים הביאו ראיה מאמן של בני רוכל שהיתה שכיב מרע, וציוותה לתת את נכסיה לבתה ללא קנין, וקיימו חכמים את דבריה. רבי אליעזר חולק על חכמים, ולדעתו גם שכיב מרע צריך קנין. לדעתו אין להוכיח מבני רוכל, כי "בני



רוכל תקברם אמון, כיוון שהיו רשעים (י"וקנסא הוא דקנסוס רבנן לקיים מתנת אמם לבתה בלא קנין" - רשב"ם ד"ה "אמר להן"). הרמ"ה בסוגיה שם (ד"ה "והא דתנן") כתב:

מיהו שמעינן מדרבי אליעזר דמאן דמקיים כלאים בכרם, שרי למילטייה ולמקנסיה אפילו בדינא אחרינא!

דהא רבי אליעזר קא לייט להו לבני רוכל, וקסבר דהא דקיימו דברי אמון, קנסא הוא דקנסניהו והפקר ביי"ד הפקר".

אלא שבסוף דבריו הביא את המכילתא שהובאה לעיל, החולקת על דינו של רבי אליעזר, וכן הרמב"ם שהובא לעיל, וכן את ספר המצוות לרמב"ם (מצות לא תעשה רעח):

היא שהזהיר הדיין מהטות הדין על אחד מבעלי הדין, כשידע שהוא אדם רשע בעל עבירות והזהיר יתעלה מהשים ענשו להטות דינו. והוא אמרו יתעלה (משפטי' כג) לא תטה משפט אביונך בריבו. ולשון מכילתא רשע וכשר עומדין לפניך בדין שלא תאמר הואיל ורשע הוא אטה עליו את הדין תלמוד לומר לא תטה משפט אביונך אביון הוא במצות. כלומר אעפ"י שאביון הוא במצות לא תטה דינו.

בחושן האפוד הסיק, שאין בידו ליישב את הסתירה בין המשנה ובין המכילתא, ונראה מדבריו שמספק אין להטות את דינו של הרשע.

באשר לשאלה שנידונה בתחילת דבריו, על ראובן שסירב לקיים את פסק הדין לשלם לשמעון, ותבע אחר כך את לוי, הכריע בחושן האפוד בסיכום דבריו, שביה"ד אינו יכול להפך את דינו של ראובן ולחייבו, אבל מאידך קבע:

שלא לראות את דינו עד אשר יתקן את אשר עיוות, פשיטא דכו"ע יודו בזה, ולא נעביד הפוסקים הנזכרים חלוקים מן הקצה אל הקצה.

ממסקנת דבריו עולה, שביה"ד רשאי לעכב דיון בתביעה של אדם, שאינו מבצע את פסק הדין, ודין זה הוא פשוט שאין עליו מחלוקת, וכלשונו של חושן האפוד: "פשיטא דכו"ע יודו בזה"!

אלא שיש להעיר על דברי בעל "פני מבין" ו"חושן האפוד", שהתקשו בסתירה שבין המכילתא האוסרת להטות דינו של רשע, ובין המשנה בב"ב המתירה להטות דינו של רשע:

הרמב"ם והיד רמ"ה שהובאו דבריו לעיל, נחלקו בפירוש המשנה: לפי היד הרמ"ה מותר לקנוס רשע באמצעות הטיית הדין, וחכמים מודים לרבי אליעזר, שמותר להטות דינו של רשע, אלא שלדעת חכמים בני רוכל לא היו רשעים, והמתנה שנתנה האם לבת חלה מעיקר הדין, כי דברי שכיב מרע ככתובין ומסורין דמו, ואילו לרבי אליעזר בני רוכל היו רשעים, והמתנה לבת חלה מטעם קנס, ולפי שיטתו המשנה חולקת על המכילתא.

אבל הרמב"ם יפרש, שחכמים במשנה נחלקו על רבי אליעזר בשני דינים:



א. לדעת חכמים דברי שכיב מרע ככתובין ומסורין דמו, ואין צורך בקנין, ואילו לדעת רבי אליעזר צריך קנין.

ב. לדעת חכמים יש ללמוד מאמן של בני רוכל, שמתנת שכיב מרע מועילה בדיבור בלבד, ולדעתם אין לבאר את דינם של בני רוכל מטעם קנס, כי אסור להטות את דינו של רשע, ודברי חכמים שבמשנה הם כדברי המכילתא. אבל רבי אליעזר חולק על חכמים, ומבאר את דינם של בני רוכל מטעם קנס, ולדעתו מותר להטות דינו של רשע. הרמב"ם ובעקבותיו הטור והשו"ע פסקו שאסור להטות דינו של רשע, כי אין הלכה כרבי אליעזר נגד דעת חכמים שהם הרבים, ועוד רבי אליעזר שמותי הוא.

ועוד: בב"ב (קנא' א, א) הכריע רב נחמן כדעת חכמים – "דברי שכיב מרע ככתובין ומסורין דמו", וכן פסקו כל הפוסקים (הרי"ף דף ע, א, בשם רב האי גאון, הרא"ש (פ"ט סי' ל, הרמב"ם, זכיה ומתנה פ"י, א, והשו"ע חו"מ ס"רנג, כ). לכן פסקו הרמב"ם הטור והשו"ע שהלכה כחכמים גם בדין הטיית דינו של רשע! כי שתי המחלוקות בין חכמים לרבי אליעזר תלויות זו בזו: אילו היה מותר להטות דינו של רשע, ודינם של בני רוכל נפסק מטעם קנס, חכמים לא היו יכולים להוכיח מדינם של בני רוכל, שמתנת שכיב מרע חלה בדיבור בלבד, שהרי דינם של בני רוכל, היה דין חריג שנקבע מטעם קנס! אבל מאחר שאסור להטות את דינו של רשע, לכן דינם של בני רוכל חל לפי עיקר הדין, ויש ללמוד ממנו שמתנת שכיב מרע חלה בדיבור בלבד.

עולה שאין סתירה בין המשנה לדעת חכמים שחלקו על רבי אליעזר ובין דברי המכילתא שנאמרו כשיטת חכמים, והרמב"ם והטור והשו"ע פסקו כחכמים, ולא כשיטת היד רמ"ה.

גם המרדכי (ב"ק קצה) פסק על אדם שתבע את הנתבע בערכאות, והנתבע בתגובה הזיק לתובע שלא כדין, ביה"ד אינו עונש את התובע ונזקק לתביעתו נגד הנתבע:

כתב רבינו מאיר וז"ל: וששאלתם על אודות רבי אפרים שהלך בערכאות של כותים, וקבל [על] רבי יואל להכריחו שיעשה לו דין יהודים. ומתוך כך קבל רבי יואל על רבי אפרים, והפסידו ממון במסירתו. [השיב הר"ם] נראה לי, דיפה דנתם, ויפה זכיתם, ויפה חייבתם, אתה [פלונין] [אלופי ומיודעי ה"ר יצחק] ובית דינך. ונהי שרבי אפרים לא טוב עשה בעמו, וראוי למתוח אותו על העמוד, כי הלך בערכאות כותים תחלה, להכריח שכנגדו... אמנם רבי יואל חייב לשלם לרבי אפרים, כל ההפסד שהפסידו כמו שפסקת.

כמו כן יש להעיר על הוכחת חושן האפוד שהביא את תשובת הרשב"א (חלק א סימן תתקסב) שממנה עולה לכאורה שמותר להטות דינו של רשע!

אחרי העיון נראה, שאין להוכיח מכאן, שמותר להטות דינו של רשע, אם הוא תובע תביעה אחרת, שהוא צודק בה, כי הרשב"א שם דן בבעל שכבר הרשיע בעבר כלפי אשתו, והערים עליה וגרשה והחזירה ללא התנאים הראשונים, כדי למנוע מבניה את נכסיה, לכן הרשב"א קנס אותו לתת לבניה, כדי לא לסייע לו בערמתו. הרשב"א הוכיח את דינו מגזלן שקנסו אותו להוסיף על הקרן גם את דמי שבח הפרה, כמבואר בבבא קמא (צ"ו, ב) על גזלנא עתיקא, שמאחר שהוא ממשיך



בפעולות הרשע לגזול, קנסו אותו בתשלום השבת, כדי למונעו מגזילות נוספות. הרשב"א לא יחלוק על המכילתא ושאר הפוסקים, שאין להטות את דינו של רשע בתביעות אחרות, שבהם הוא צודק לחלוטין!

מכל מקום ממסקנת חושן האפוד עולה בבירור, שביה"ד רשאי לעכב דיון בתביעה של אדם, שאינו מבצע את פסק הדין.

יש לנמק את דבריו, משום שביה"ד מוסמך מעיקר הדין, גם לכפות את החייב לבצע את פסק הדין, כמבואר בסנהדרין ז, ב:

ואלה המשפטים אשר תשים - אשר תלמדם מיבעי ליה! אמר רבי ירמיה ואיתימא רבי חייא בר אבא, אלו כלי הדיינין

"כלי הדיינים" האמורים כאן הם מקל ורצועה לביצוע פסק הדין, כמבואר גם בהמשך הסוגיה שם:

ואצוה את שופטיכם בעת ההיא – אמר רבי יוחנן כנגד מקל ורצועה.

אחת הדרכים היעילות שבאמצעותם ניתן לכופ את הנתבע לבצע את פסק הדין, היא- עיכוב פסק הדין. אמצעי זה מסור לכל ביה"ד – גם לביה"ד שאינו מוסמך מטעם השלטונות להוציא לפועל את פסק הדין. לכן פסק בחושן האפוד, שהדין פשוט, שביה"ד מוסמך לעכב דיון של תובע המסרב לבצע את פסק הדין.

גם בתביעה שלפנינו, יש לעכב את הוצאת פסק הדין של התובעים, עד שיבצעו את פסק הדין הראשון, בו חויבו להציג תכנית מאושרת בחתימת המהנדס, וכל עוד לא יקיימו את פסק הדין ביה"ד לא ידון בתביעתם.



### הכרעה

לדעת המיעוט, יש לעכב את ביצוע פסק הדין, ולא לחייב את הנתבעים לשלם לתובעים, עד שהתובעים יציגו לביה"ד את התוכניות ההנדסיות.

לדעת הרוב, יש להכריע בשאר הסוגיות ולתת לצדדים פסק דין, למרות שלא הוגשו התוכניות. פסק הדין ניתן ברוב דעות.

### פסק הדין

- א. על הנתבעים לעשות עבודת איטום מקיפה על פי הוראות המומחה המופיעות בנספח 2 לפסק הדין על מנת למנוע נזילות לדירת התובעים. על העבודה להסתיים תוך 30 יום מיום מתן פסק הדין.
- ב. התובעים זכאים להשאיר את הקולטים על גג הבטון של הנתבעים.
- ג. על הנתבעים לאפשר גישה לתובעים לשם הטיפול במערכת החימום הסולרית, טיפול אשר יעשה בשעות סבירות ותוך תיאום מראש עם הנתבעים.
- ד. התובעים רשאים לשנות את הזוית בה ממוקמים הקולטים כיום (לכיוון מערב) כך שיקלטו יותר שמש (מכיוון דרום) על חשבונם.
- ה. על הנתבעים להעתיק את מנוע המזגן אל מעל המעבר הציבורי (נקודה 2 בנספח 1). על ההעתיקה להסתיים תוך 30 יום מיום מתן פסק הדין.
- ו. הנתבעים ישלמו למתקין את שכר עבודתו והתובעים ישלמו לנתבעים את עלות הצנרת הנוספת הנדרשת בשל העתקת המזגן כפי שתופיע בחשבונית של המתקין.
- ז. בית הדין ישוב לדון בתביעה הנגדית של הנתבעים במידה וימצאו הנתבעים ראיות המבססות את טענתם תוך 12 חודש ממתן פסק הדין. בכל מקרה החלטות א-ו לא יושפעו מדיון זה אם ידרש.
- ח. כל צד ישא בהוצאותיו.
- ט. פסק הדין ניתן ביום ח' תשרי תשע"ד, 12 בספטמבר 2013.

### **בזאת באנו על החתום**

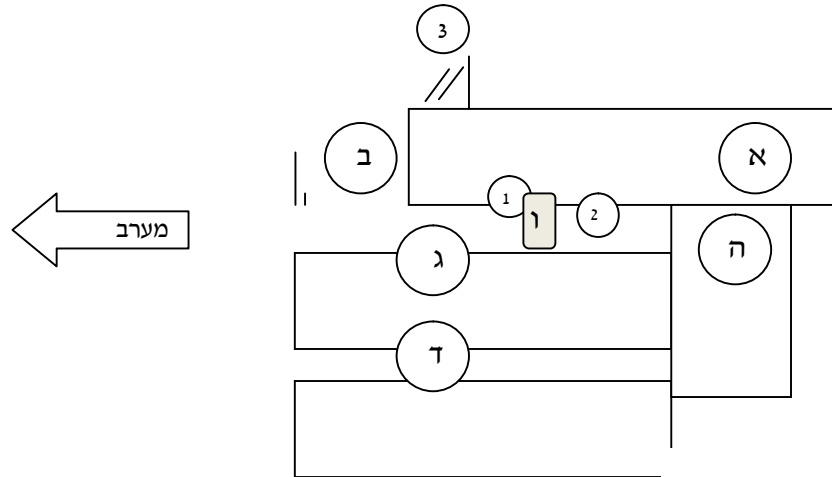
הרב אורי סדן

הרב יועזר אריאל  
אב"ד

הרב בניהו ברונר

נספח 1

מבנה הבית (חתך מהצד, תיאור סכמטי בלבד):



חלקי המבנה:

- א. דירת משפחת הנתבעים. על קצה הגג במדרגה מונחים הקולטים של משפחת הנתבעים ומשפחת התובעים (3).
- ב. מרפסת משפחת הנתבעים. בצידה הדרומי של המרפסת חדר כביסה מרועף. בחלקה המערבי עוברת תעלה פתוחה למי גשמים המתנקזת למרזב בפניה הדרום מערבית. על גבי הרעפים הונחו הקולטים בעבר.
- ג. דירת משפחת התובעים.
- ד. שטח משותף שנבנה בהיתר על ידי משפחת התובעים. כעת מושכר.
- ה. שטח דו קומתי שנחפר מתחת לבנין על ידי משפחת התובעים וצורף לשטח ד'.
- ו. מדחס המזגן במיקומו הנוכחי (1) ומיקומו החלופי (2).