

## אדם שבנה קיר תמך ותובע את שכנו להשתתף בעלות הבניה

הרב אבישי קולין, מכון משפטי ארץ

### א. מבוא

בניית קיר תמך נדרשת במצב של הפרשי גובה בין שני מגרשים. לקיר התמך יש תועלת כפולה:

א. תמיכת הקרקע במפלס הגבוה, כדי שלא תגלוש כלפי מטה.

ב. תשתית ליישור פני הקרקע הנמצאת במדרון.

שני בעלי המגרשים עשויים ליהנות מהתועלת הכפולה שיש בקיר התמך:

א. בעל המגרש העליון (להלן: 'העליון') זקוק לתמיכת הקרקע שלו, כדי שיוכל לבנות עליה

ולגור בבטחה. בעל המגרש התחתון (להלן: 'התחתון') זקוק לתמיכת הקרקע שמעליו, כדי

שלא תגלוש לתוך חלקו ותגרום לו נזק.

ב. העליון יוכל למלא עפר כדי ליישר את שטחו עד לגובה העליון של קיר התמך. התחתון

יוכל לחפור ולהעמיק כדי ליישר את שטחו עד לבסיס קיר התמך.

כמו כן, תיתכן תועלת עקיפה מקיר התמך, כאשר הקיר משמש את בעל המגרש לצרכי בניה, כגון להתקנת פרגולה עליו, וכדומה.

כאשר דנים על חיוב בניית קיר תמך, יש להתייחס לחלוקת עלויות הבניה ולשאלה בשטחו של מי

מהשכנים יש לבנות את הקיר. במאמר קודם עסקנו בשאלת חיוב בניית קיר מלכתחילה, וכעת

נעסוק בשאלת חיוב תשלום על קיר שכבר נבנה על ידי אחד מהשכנים.

מסקנות מאמרנו הקודם היו:

א. אם קיים נוהל מסודר מטעם הרשות המקומית, בנוגע לבניית קיר תמך, יש לו תוקף

מחייב מבחינה הלכתית. אם אין נוהל כזה, הדין הוא כדלהלן.

ב. כאשר אחד השכנים ביצע שינוי פיזי בקרקע (כגון, הגבהה או הנמכה) שעלול לגרום נזק

לקרקע הסמוכה, הוא חייב לבנות קיר תמך כדי למנוע את הנזק, ועליו לשאת במלוא

העלות של הבניה וכן בהקצאת מקום בשטחו עבור הקיר. כאשר הקרקע הסמוכה

מיועדת לבניה, חיוב זה קיים גם כאשר טרם התחילה בניה ומגורים בקרקע זו.

ג. כאשר לא נערך שינוי פיזי בקרקע, ושני השכנים זקוקים לבניית קיר תמך, אזי בהתבסס

על דיני שותפים – מוטל עליהם חיוב משותף לבניית קיר תמך בגבול המשותף עבור

התועלת ההדדית. עלות בניית הקיר מתחלקת בין השכנים, בהתאם לחלק הקיר שמביא

תועלת לכל אחד מהם. הקיר ייבנה כך שחלקו הנראה העליון יהיה כולו בשטח המגרש

הגבוה.

במאמר זה נעסוק במקרה בו אדם בנה קיר תמך לבדו ועל חשבונו, וכעת הוא תובע משכנו

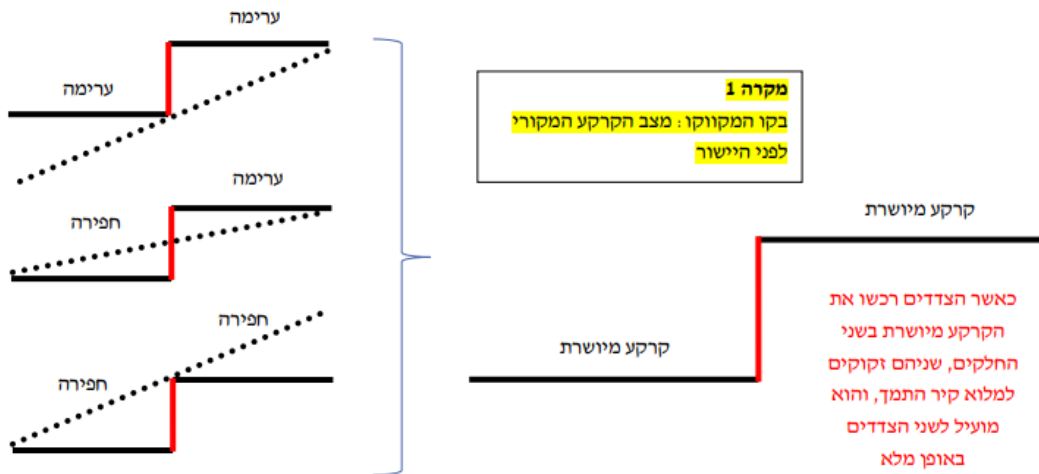
להשתתף בעלות הקיר. לצורך כך, נדון במקרים השונים ובהלכות הנוגעות לכל מקרה ומקרה.

## ב. חיוב תשלום על קיר תמך שבנה אחד השכנים בשטחו

מקרה ראשון הוא כאשר אדם בנה לבדו את קיר התמך בשטחו, וכעת הוא תובע משכנו תשלום עבור בניית הקיר. במקרה כזה, יש לבחון האם יש לשכן תועלת מבניית הקיר שנבנה. לצורך כך, נבחין בין שני מקרים הנוגעים למצב הקרקע לפני בניית הקיר: הראשון, כאשר שני המגרשים כבר היו מיושרים, ובניהם היו פערי גובה; השני, כאשר הקרקע עדיין היתה משופעת.

### 1. כאשר המגרשים היו מיושרים

כאשר לפי בניית הקיר שני המגרשים כבר היו מיושרים והיו ביניהם פערי גובה, לכאורה בניית קיר תמך במלוא גובהו נדרשת עבור מי שבנה אותו. אם העליון בנה את הקיר, הרי שהוא זקוק לכל גובה הקיר כדי שהמגרש שלו לא יתמוטט, וכך הוא יכול לנצל את המגרש במלואו. אם התחתון בנה את הקיר הרי שהוא זקוק לכל גובה הקיר כדי למנוע התמוטטות של המגרש העליון, וכך התחתון יכול לנצל בבטחה את כל המגרש שלו (ראו שרטוט).



על פי זה, לכאורה היה מקום לכאורה לפטור את השכן מתשלום עלות הקיר, מדין 'זה נהנה וזה לא חסר'.<sup>1</sup> דהיינו, כיוון שהקיר היה הכרחי למי שבנה אותו, הרי שלכאורה השכן שנהנה ממנו פטור מתשלום.

אולם כיון שבניית הקיר מועילה בהכרח לשני השכנים, נראה שיש לחייב את השכן השני בתשלום עבור הקיר. כך עולה מדברי הרמ"א, ביחס לתשלום עבור הצלה:

שנים שנתפסו והוציא אחד הוצאות, אם השני יצא מן המאסר... רק ע"י השתדלות האחר... ונראה לבית דין שלא הוצרך להרבות בהוצאות בשבילו, דאפילו בשבילו לבדו היה צריך לכל הוצאות אלו, אינו חייב ליתן לו כלום, דזה נהנה וזה אינו חסר. לכן יש מי שפסק: מי שהציל ספריו וספרי חבירו, אם לא הוצרך להרבות בהוצאות בשביל חבירו, אין חבירו חייב לשלם לו כלום.

<sup>1</sup> שולחן ערוך חו"מ, שסג, ו.

ונראה לי דווקא שירד תחלה להציל שלו, אלא שהציל גם כן של חברו עמו. אבל אם ירד על דעת שניהן, חייב ליתן לו מה שנהנה, מאחר שהציל של חברו.<sup>2</sup>

וכך ביאר זאת נתיבות המשפט:

סיים רמ"א, דאם ירד על דעת שניהם דחייב ליתן לו. והטעם נראה, כיון דאי אפשר להינצל בלי הוצאות, ממילא כל אחד יכול לכוף את חברו ליתן... שכך הדין בכל מקום כשהדבר צריך לשניהם ואי אפשר לאחד לתקן הדבר מבלי חברו, שכופין זה את זה.<sup>3</sup>

וכיוצא בזה כתב נתיבות המשפט במקום אחר:

בהג"ה גבי שנים שנתפסו דאין חברו חייב ליתן לו, שם מיירי שלא נתפסו על ענין אחד, ואפשר להציל עצמו זולת האחר, בזה שייכים הדינים שכתב שם. אבל כשנתפסו על ענין חד ואי אפשר להציל עצמו זולת האחר, כופה לחברו ליתן לו חלקו. ואין דומה... לזה נהנה זה לא חסר, דשם הוא דבר שאינו מוכרח... ובדבר המוכרח לשניהן באמת כופין זה את זה.<sup>4</sup>

כלומר, לדעת נתיבות המשפט כאשר מדובר בשני יהודים שנאסרו מאותה סיבה, ולא ניתן לשחרר את האחד ללא שחרור של חברו – הרי שאם אחד מהם הוציא הוצאות שהביאו לשחרור של שניהם, חברו צריך להתחלק עמו בהוצאות.

כיון שבניית קיר תמך בין מגרשים היא מעשה אחד שבהכרח מועיל לשני בעלי המגרשים הסמוכים – הרי שהשכן צריך להשתתף בעלויות הקיר שבנה חברו. בהמשך לדברי הרמ"א שהובאו לעיל, השכן שבנה את הקיר הוא בגדר מי שירד על דעת שניהן. ולא בגדר מי שירד תחילה להציל שלו, כיון שאין אפשרות לבנות את הקיר באופן כזה שלא יועיל לשכן.

כך ניתן לדייק גם מדברי הנודע ביהודה. הוא דן בברייתא שעסקה בחיוב בעלי גינות שכנות להשתתף בעלות בניית תעלות השקיה:

חמש גנות המסתפקות מים ממעין אחד ונתקלקל המעיין – כולם מתקנות עם העליונה. נמצאת התחתונה מתקנת עם כולן ומתקנת לעצמה.<sup>5</sup>

כלומר, כאשר ישנו מעיין שמשקה חמש גינות המסודרות בשורה, וישנה תעלה שמזרימה את המים מהמעיין אל הגינות, כל אחד מבעלי הגינות צריך להשתתף בחלק התעלה המועיל לו, בעל הגינה הראשון – רק בחלק התעלה הראשון, בעל הגינה השנייה, בשני חלקי התעלה, הראשון והשני, וכן הלאה.

על כך כתב הנודע ביהודה:

---

<sup>2</sup> רמ"א חו"מ, רסד, ד.

<sup>3</sup> נתיבות המשפט רסד, ו.

<sup>4</sup> נתיבות המשפט קעח, ג. וכן כתב בשו"ת דברי מלכיאל, ג, קנז.

<sup>5</sup> בבא מציעא קח ע"א.

דין מעיין המשקה... מיירי שכולם באים וצריכים להשקות וצריך התחתון לסייע לעליון, כי גם הוא צריך שילכו המים דרך שם. ולא מיירי שם שכבר חפר העליון ובא אחר כך להוציא מן התחתון שיסייע לו מה שכבר חפר. כי בזה באמת **אם היה להתחתון שדה שלא היה דרכו לזרוע**, אך עתה שכבר חפר העליון רוצה הוא לחפור יותר שיגיע הנהר גם לשדהו ויזרענה, באמת אין התחתון צריך לסייע למה שחפר העליון, והרי זה נהנה וזה לא **חסר** ולא יגרם לו הוצאה יתירה על ידי שדה שלו.<sup>6</sup>

דהיינו, הוא הבחין בין שני מצבים. המצב הראשון, כאשר בעל השדה התחתון (השני) זקוק למי המעיין מתחילה, במצב כזה חל הדין המופיע בברייתא, ועליו להשתתף בעלות בניית כל התעלה עד לשדהו, כיוון שהיא מועילה באופן מוכרח לשני השדות. המצב השני, כאשר בזמן בניית התעלה לשדה העליון, התחתון לא היה זקוק למי השקיה, ורק לאחר בניית תעלה זו הוא החליט להשתמש במי השקיה עברו שדהו. במצב זה, אין על התחתון חובה לשלם על חלק התעלה שהוביל את המים לשדה העליון.

מכאן ניתן להסיק שאם ישנו צורך בקיר תמך עבור שני המגרשים, אזי גם אם הקיר נבנה על ידי אחד השכנים, על השני להשתתף בעלויות הבנייה.

מלבד זאת, אם השכן התחתון הוא שבנה את הקיר, ייתכן ויש לחייב את העליון בתשלום מדין 'זה נהנה וזה חסר', משום שהתחתון נדרש לבניית הקיר כדי למנוע נזק מחמת העליון. כך עולה מדין המשנה,<sup>7</sup> כי יש לחייב אדם על הוצאות קיר גבוה (יותר מ-ארבע אמות) לצורך מניעת היזק ראייה שבנה שכנו ביניהם, אף שהקיר אינו מחויב על פי ההלכה. ובלבד שהאדם עשה שימוש בקיר ובזה גילה דעתו שהוא נהנה מכל גובה הקיר. על דין זה העירו התוספות:

אף על גב דזה נהנה וזה לא חסר פטור, מכל מקום כיון דגלי דעתיה דניחא ליה בהגבהה חייב... אי נמי הכא זה חסר הוא, שגורם לו שהגביה הכותל למעלה מדי' אמות כדי שלא יהיה לו היזק ראייה בשום ענין ממנו.<sup>8</sup>

לפי התירוץ השני עולה, כי אם הוצאת הממון נעשתה כדי למנוע נזק מהנהנה, אף שהנהנה אינו חייב למנוע נזק זה, מצב זה נחשב ל'זה נהנה וזה חסר'. לדעת הגר"א,<sup>9</sup> תירוץ זה נפסק להלכה בדברי הרמ"א.<sup>10</sup> אם כך, לפנינו טעם נוסף לחיוב במקרה זה, לא רק משום החיוב ההדדי של השכנים מדיני שותפים למרות שיזה נהנה וזה לא חסר', אלא משום שיזה נהנה וזה חסר'.

## 2. כאשר הקרקע היתה משופעת

עד כאן עסקנו במקרה בו שני המגרשים היו מיושרים לפני בניית הקיר, והיה ביניהם הפרש גובה שנתמך בקיר תמך. כעת נעסוק במקרה בו לא כל המגרשים היו מיושרים ולפחות חלקם היה

<sup>6</sup> שו"ת נודע ביהודה תנינא, חו"מ, כד.

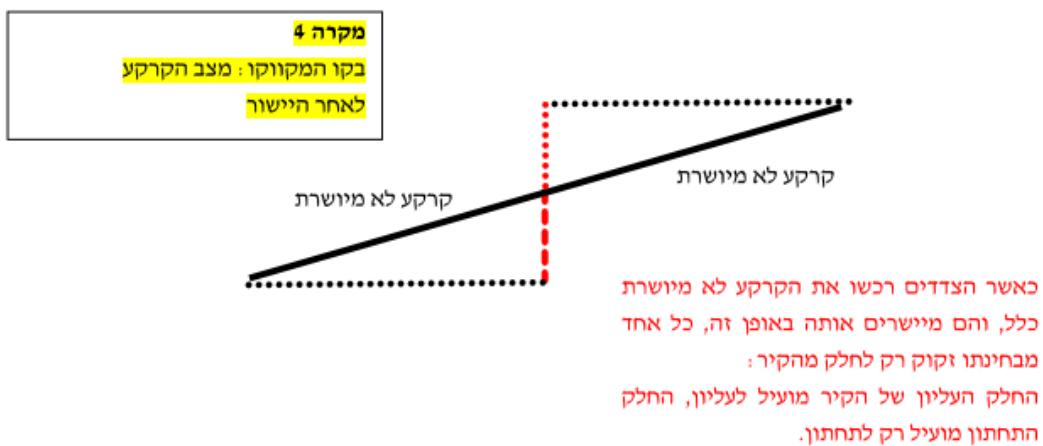
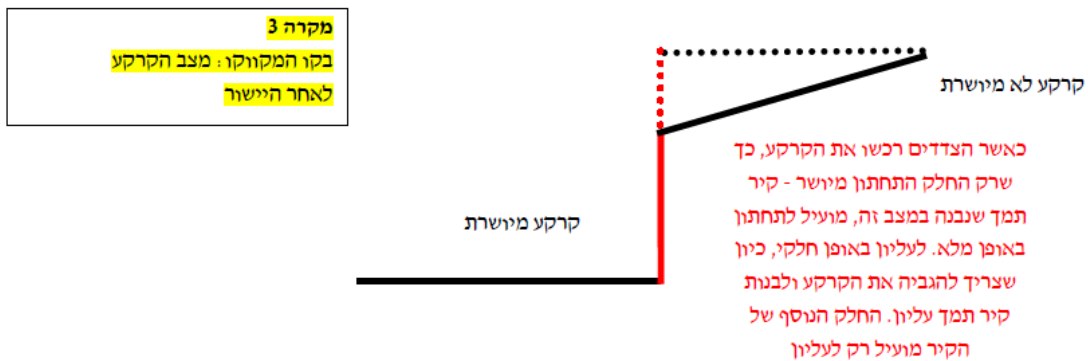
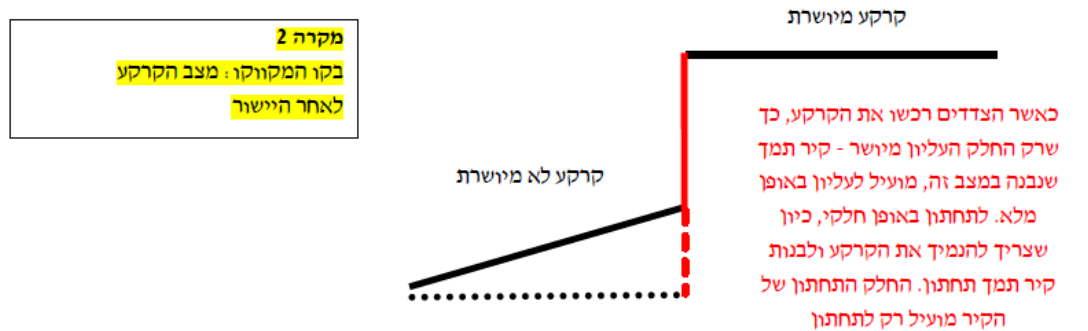
<sup>7</sup> משנה בבא בתרא, ה, ע"א.

<sup>8</sup> תוספות בבא בתרא, ה, ע"א, ד"ה אע"פ

<sup>9</sup> ביאור הגר"א חו"מ, קנז, מח.

<sup>10</sup> רמ"א חו"מ, קנז, י.

משופע. במקרה כזה די לעליון בבניית קיר מגובה פני הקרקע המשופעים ועד למפלס של המגרש שלו, ואין לו הכרח להנמיך את הקיר עד למפלס של המגרש התחתון. באותו אופן די לתחתון בבניית קיר ממפלס המגרש שלו ועד לגובה פני הקרקע המשופעים ואין לו תועלת בהגבהת הקיר עד למפלס על העליון (ראו שרטוט).



במקרה האמור אם אדם בנה את הקיר במלוא גובהו, כך שהוא מועיל גם לחברו, נמצא שחברו נהנה בעקבות הוצאה יתירה של ממון עבורו. באופן זה על הנהנה לשלם את עלות חלק הקיר הנדרש עבורו, מדין 'זה נהנה וזה חסר',<sup>11</sup> כמבואר בגמרא:

<sup>11</sup> בבא קמא כ, ע"א.

המקיף חבירו משלש רוחותיו, וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית - אין מחייבין אותו; הא רביעית - מחייבין אותו, שמע מינה: זה נהנה וזה לא חסר - חייב! שאני התם, דאמר ליה: את גרמת לי הקיפא יתירא.<sup>12</sup>

מדובר במצב בו שטחו של אדם אחד מקיף את שטחו של חברו משלושת צדדיו, והמקיף בנה גדרות בשלוש הפאות שבינו לבין המוקף. במקרה זה המוקף פטור מלשלם כיוון שעדיין פאה אחד נשארה פתוחה ולכן הגדר לא הועילה לו. אולם, אם המקיף גדר גם את פאה הרביעית - על המוקף לשלם את חלקו בכל הגדרות, זאת, כיוון שמדובר בהוצאה שנעשתה רק עבורו והועילה לו.

אמנם לדעת הרמב"ם, חיוב התשלום של המוקף מותנה בכך שהגדר נבנתה בגבול המגרשים (חציה בשטחו של המוקף). אולם טעמו הוא שרק אם הגדר נבנתה על הגבול, יש לשכן השני הנאה מלאה מהשימוש בגדר, מלבד ההגנה שהיא מספקת לו:

אם גדר לו רוח רביעית עד שנמצאת חורבתו מוקפת גדר, מגלגלין עליו את הכל ונותן חצי ההוצאה שהוציא זה בארבע רוחות... ובלבד שיהיה מקום הכותל של שניהם. אבל אם היה הכותל של זה שבנה ובחלקו בנה, יראה לי שאין מגלגלין עליו אלא דבר מועט כמו שיראו הדיינים, שהרי אינו יכול להשתמש בכתלים.<sup>13</sup>

וכך פירש המגיד משנה, שבכל מקרה צריך לשלם לדעת הרמב"ם את שיעור ההנאה:

דעת המחבר, שאין מחייבין אותו בחצי ההוצאה אלא מפני שזוכה בחצי הכותל... לפיכך כל שלא נבנה במקומו... אינו זוכה בחצי הכותל ואינו פורעה אלא מה שהנהו.<sup>14</sup>

הב"ח תמה, מדוע יש צורך בהנאה נוספת מלבד ההגנה שיש בגדר:

ויש לתמוה מה בכך שאין יכול להשתמש בכותל, סוף סוף מנע ממנו רגל אדם ובהמה.<sup>15</sup>

מרכבת המשנה יישב, שעלות קיר מחומרי בניה חזקים נדרשת גם כדי לאפשר את השימוש בגוף בקיר. ולכן אין לחייב את המוקף בחצי העלות במקרה בו אינו יכול להשתמש בגוף הקיר, אלא רק בעלות קיר מחומרי בניה פשוטים, שגם הוא מספק הגנה:

דמה בכך שמנע ממנו רגלי אדם ובהמה, אטו משום הכי צריך גויל וגזית? ולא אמרינן 'הכל לפי מה שגדר', אלא דהואיל כותל בנין חזי גם לשני להשתמשות.<sup>16</sup>

כך עולה גם מדברי הכסף משנה, שבמקום שלא נהוג להשתמש בכתלים, כגון, בגדר של שדות, גם לדעת הרמב"ם יהיה חיוב מלא על בניית הכותל גם בשטח הבונה:

ולי נראה דבבקעה מודה רבינו, דלא שאני לן בין אם מקום הכותל של שניהם לאם מקום הכותל של הבונה... דעד כאן לא קאמר רבינו דדוקא כשמקום הכותל של שניהם, אלא

<sup>12</sup> **בבא קמא** כ, ע"ב, כפירוש התוספות ד"ה את, וכנפסק **ברמ"א** חו"מ קנח, ו.

<sup>13</sup> **רמב"ם** שכנים, ג, ג-ד. וכך פסק **השולחן ערוך** חו"מ, קנח, ו.

<sup>14</sup> **מגיד משנה** שכנים, ג, ד.

<sup>15</sup> **ב"ח** חו"מ, קנח, ז.

<sup>16</sup> **מרכבת המשנה** שכנים, ג, ד.

בחורבה שדרכה ליבנות ועתיד הוא לסמוך על הכתלים... אבל בבקעה שאינה עומדת לסמוך על הכתלים שבה אפשר דמודה.<sup>17</sup>

כלומר, כאשר מדובר בשדות המרוחקים ממקום יישוב, לא מקובל להשתמש בגדרות ולכן על המוקף לשלם את חצי עלות הגדרות שבנה המקיף, גם אם הן נבנו בשטחו של המקיף.

מבחינה זו בניית קיר תמך דומה למקרה בו עסק הכסף משנה. רוב העלויות של בניית הקיר נדרשות לצורך תמיכת הקרקע ולא לצורך השימוש בגוף הקיר, שניתן למצוא לו בדרך כלל חלופות זולות בהרבה (למשל, בניית עמוד שיתמוך בפרגולה). ממילא, על השכן שנהנה מחלק מהקיר לשלם את חצי עלותו, כיוון שהוא נבנה רק עבורו. קביעה זו נכונה גם לדעת הרמב"ם אף אם הקיר נבנה רק בשטחו של הבונה.

עד כה ראינו שאם בעל מגרש בנה קיר תמך והוציא הוצאות נוספות עבור השכן שלו – על השכן להשתתף בהוצאות שהועילו לו.<sup>18</sup> כעת נפרט מקרים שונים:

1. אם התחתון או העליון בנה את הקיר במלוא גובהו, אף שהיה יכול להסתפק בבנייה חלקית שתועיל רק לו – שכנו חייב להשתתף בעלות חלק הקיר המועילה לו.
2. אם התחתון בנה את הקיר עד לגובה שמביא רק לו תועלת – העליון פטור.
3. אם התחתון הוציא הוצאות נוספות כדי לחזק את הקיר יותר ממה שנדרש עבורו כדי שהעליון יוכל להגביה אותו – על העליון להשתתף בעלויות הנוספות של הקיר התחתון.
4. אם העליון בנה את הקיר רק מגובה פני הקרקע ועד למפלס שלו, הרי שלתחתון אין כל הנאה מהקיר, כיון שהוא זקוק לבניית קיר בעומק הקרקע. במקרה זה, התחתון פטור מתשלום על הקיר.

### 3. עלות מינימלית

לגבי בניית גדר בין מקיף ומוקף, פסק הרמב"ם שהמוקף חייב להשתתף בעלות בניית חצי הגדר כולה, אף אם נבנתה מחומרים יקרים:

מי שהיה לו חורבה בין חורבות חבירו ועמד חבירו וגדר, אם גדר לו רוח רביעית עד שנמצאת חורבתו מוקפת גדר, מגלגלין עליו את הכל ונותן חצי ההוצאה שהוציא זה בארבע רוחות.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> כסף משנה שכנים, ג, ד. וכן כתב בבית יוסף חו"מ, קנח, ו. קצות החושן (קנח, ה) חולק על הבית יוסף, והוא מדייק מדברי המגיד משנה, שלפי הרמב"ם התנאי לחיוב תשלום הוא זכיה בכותל, ולכן אין מקום לחיוב אלא כשהכותל בנוי על הגבול המשותף. אולם מדברי הרמב"ם עצמו נראה, שהזכיה בכותל אינה הסיבה לחיוב אלא הסימן לכך שיש הנאה מליאה מהכותל. ולכן אף בלי זכיה בכותל יהיה חיוב תשלום, כשיש הנאה מליאה.

<sup>18</sup> אף לפסיקת השולחן ערוך (חו"מ שסג, ז), שאם נגרם חסרון מועט מגלגלין על הנהנה את הכל, היינו כשהוא נהנה מכל הנכס, כלשון השולחן ערוך: "אם חסרו אפילו דבר מועט... מגלגלין עליו כל השכר כפי מה שנהנה", וכן בסמ"ע (שם, יח). אבל כאן השכן השני נהנה רק מחלק מהקיר, ואין צריך לשלם מעבר לכך. ויתירה מזו פסק הרמ"א (חו"מ קנח, ו), שיש לחייב את הניקף רק בהתאם למידת החיסרון שנגרם לבונה מחמתו: חייב ליתן כפי מה שגרם לו היקף יתירה. ועיין בשער המלך גזילה, ג, ט, שדן בדבריו, מדוע אין מגלגלין עליו את כל שיעור ההנאה.

נמצא שברירת מחדל היא שהשכן חייב לשלם עבור עלות הקיר שנבנה, אף אם עלותו יקרה. אולם אם השכן השני סבור שניתן להסתפק בקיר תמך פשוט יותר, והוא אמר זאת לבונה מבעוד מועד, אזי השכן השני חייב להשתתף רק בעלות של קיר תמך פשוט. כך עולה מפסיקת השולחן ערוך, ביחס לשכן שהוקף במחיצות:

אם מתחלה אמר לו ניקף: לא אתן לך כלום, דלדידי סגי לי בנטירא בר זוזא דהיינו גדר של קוצים, אינו נותן לו אלא דמי נטירא בר זוזא. אפילו לא אמר לו כן אלא לאחר שגדר השלישית, כיון שאמר לו קודם שגדר הרביעית.<sup>20</sup>

נראה שאמירת הנהנה צריכה להיות בשלב שבו הבונה יכול לבנות מחומר זול, כפי רצונו, כמו בניית הגדר הרביעית. ולכן במקרה של בניית קיר תמך, נראה שאמירת השכן השני תועיל, רק בשלב שבו ניתן עדיין לשנות את המפרט של הקיר. כמו כן, במקרה של קיר תמך, נראה שהשכן השני צריך לבסס את דבריו על חוות דעת הנדסית, כי גם קיר תמך פשוט יותר מספק את ההגנה הנדרשת לתמיכת הקרקע.

### ג. תשלום על קיר תמך שבנה אחד השכנים בגבול המגרשים

עד כאן עסקנו במקרה בו אדם בנה קיר תמך בשטחו, והקיר מועיל גם לשכנו. כעת נדון במקרה בו אדם בנה לבדו את הקיר בגבול המגרשים, כך שחלקו נמצא בשטח של שכנו, וכעת הוא תובע מהשכן תשלום עבור בניית הקיר. יש לציין, כי שכאשר אדם משביח קרקע של חברו בלא ידיעתו (המכונה בהלכה 'יורד לשדה חבירו שלא ברשות'), הבעלים רשאים להתנגד ולדרוש את סילוק ההשבחה גם לאחר הבניה:

היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה... אמר ליה בעל השדה: עקור אילנך ולך, שומעין לו.<sup>21</sup> ואפילו עשויה ליטע שומעין לו כשאומר כן.<sup>22</sup>

אולם, כאשר הבניה בשדה חברו היא הכרחית, הבעלים אינו רשאי להתנגד לבניית הקיר, כמו בדיני שותפין כפי שכתב הרמ"א:

אם מיחה השותף השני שלא לעשות, כגון שבנה בנין והוא מוחה בו, אם הוא דבר שאי אפשר מלבנות, צריך חבירו ליתן לו חלקו. ואם אינו צריך לבנות, יכול חבירו לומר לו: טול עציק ואבניך.<sup>23</sup>

וכך ביאר זאת נתיבות המשפט, בהתאם לשיטתו לעיל:

אם הוא דבר שאי אפשר מלבנות, דהיינו שבית המשותף עומד ליפול, והשותף אי אפשר לו לבנות חלקו עד שיבנה גם כן חלק חבירו, וחבירו אינו רוצה לבנות, כופין חבירו ליתן לו

<sup>19</sup> רמב"ם שכנים, ג, ג. וכן פסק השולחן ערוך חו"מ, קנח, ו.

<sup>20</sup> שולחן ערוך חו"מ, קנח, ט.

<sup>21</sup> שולחן ערוך חו"מ, שעה, ב.

<sup>22</sup> סמ"ע שעה, ד.

<sup>23</sup> רמ"א חו"מ, קעח, ג.



חלקו ויורדין לנכסיו וגובין ממנו לבנות הבית המשותף... שצריך הוצאות יתירים כיון שמוכרח לבנות חלק שניהם, שאי אפשר לבנות זה בלא זה. דיכול לומר לו כיון ששנינו צריכין לבנין זה נוציא ביחד ההוצאות ואיני רוצה להוציא הוצאות לבד.<sup>24</sup>

לאור זאת, נבחן שאלות שונות ומקרים שונים.

## 1. התנגדות לבניה

נתחיל מהשאלה מתי יכול השכן להתנגד לבניית הקיר בשטחו, ונתייחס לכמה מקרים:

1. כאשר שני המגרשים היו מיושרים לפני בניית קיר התמך, בניית הקיר התמך לכל גובהו הכרחית, ולכן השכן אינו יכול למחות ולמנוע את בניית הקיר.

2. כאשר הקרקע, כולה או חלקה, היתה משופעת לפני בניית הקיר, בניית קיר התמך לכל גובהו לכאורה אינה הכרחית, היות וכל אחד מהשכנים זקוק רק לחלק מסוים מהקיר, העליון או התחתון בהתאמה. אולם, כיוון שבניית חצי קיר עבור כל שכן בנפרד היא לא כדאית, נראה לאור דברי נתיבות המשפט, שהשכן אינו יכול להתנגד לבניית הקיר במלוא גובהו בגבול המשותף. זאת, בגלל שהקיר הכרחי לצורך יישור שני המגרשים ולאור החיסכון המשמעותי בבניית קיר תמך אחד לשני המגרשים. ממילא, כל אחד מהשכנים יכול להתנגד לבניית קיר בגובה חלקי בשטחו, שאינו נותן מענה עבורו, ולדרוש את סילוקו.<sup>25</sup>

3. כאשר אדם רוצה להגביה את מפלס המגרש שלו או להנמיך אותו, הוא אינו יכול לדרוש מהשכן שלו להסכים לבניית קיר התמך בגבול המגרשים. כיוון שבמקרה זה השינוי בפני הקרקע אינו מועיל לשכן, ולכן לא ניתן לכפות עליו שהקיר ייבנה בשטחו.

## 2. חיוב תשלום כאשר השכן אינו יכול להתנגד לבנייה

במקרים בהם השכן אינו יכול להתנגד לבניית קיר תמך בגבול המשותף, ממילא מוטל עליו חיוב תשלום עבור הוצאות בניית הקיר, מחמת ההנאה מהקיר. היות ומדובר במקרה בו הקיר הכרחי עבורו, השכן אינו יכול להיפטר משום שזיה נהנה וזה לא חסר'. כאמור לעיל בדברי נתיבות המשפט, כאשר הקיר הכרחי עבור שני השכנים, שניהם חייבים בהוצאות הבנייה. לעניין זה אין הבדל אם הקיר נבנה רק בשטח הבונה, או בגבול המגרשים. אדרבה, לדעת הרמב"ם שהובאה לעיל, כאשר הקיר נבנה בגבול המגרשים, החיוב ברור עוד יותר, משום שהשכן רשאי גם להשתמש בגוף הקיר.

<sup>24</sup> נתיבות המשפט קעח, ג.

<sup>25</sup> אמנם לדעת נתיבות המשפט (שעה, ב), הנהנה אינו יכול לומר למי שהשביח את נכסיו 'טול עציך ואבניך', אם ייגרם לו הפסד בכך: "דוקא בכהאי גוונא שיכול ליקח האילנות, ולכך יכול לומר לו איני רוצה בהנאה זו ואיני רוצה ליהנות מזה. אבל כשאני יכול ליקח הדבר ההוא, כגון שצבע לו בגד ואי אפשר להעביר הצבע, מחויב לשלם לו". אולם, הסביר המנחת פתים (שיירי המנחה שעה, ז), שהנתיבות דיבר על בגד העומד לצביעה, שיש בו הנאה מוכחת, ונחשב כיווד ברשות. ולכן ברור שבמקרה שלנו, שנבנה כותל בשטח המשותף, ואין בו תועלת לשכן השני, שהוא יכול להתנגד לבניית הקיר ולדרוש את סילוקו. כמו כן נראה שגם לדעת הנתיבות, בעל הנכס אינו יכול להתנגד דוקא כשיכול ליהנות ממהשבחה, כגון למכור את הבגד. אולם אם אין לו כל תועלת בהשבחת הנכס, לאו כל כמיניה של המשביח לכופו לשלם לו על כך (פתחי חושן ה, ח, הערה מח). ראה עוד: קצות החושן שו, ו, ונתיבות המשפט שו, ז.

במקרה שהקיר נבנה בגבול המגרשים, היה מקום לחייב את השכן בשיעור בו הקיר השביח את שווי המגרש שלו, אף מעבר לעלות הקיר. הטעם לכך הוא, שהקרקע מיועדת לבניה, כך שקיר התמך גורם להשבחה ולעליית ערך הקרקע. היות והשכן השני זוכה בחלק מהקיר שנבנה בשטחו, לא מדובר בדין 'נהנה' גרידא מנכסי חברו, אלא בדין 'יורד לשדה חבירו העשויה ליטע',<sup>26</sup> ואז הנהנה חייב לשלם על השבחת נכסיו שלו.<sup>27</sup>

אולם לדעת הש"ך,<sup>28</sup> דין זה אמור דוקא כשהיורד התכוון להשביח רק את שדה חברו. ולכן כתב נתיבות המשפט, שבמקרה של אדם שבנה גדר לשמירת שדהו, ויש בה גם תועלת לשכנו, הוא אינו זכאי לתשלום מעבר לעלות הבנייה, היות והתכוון גם להשביח את הקרקע שלו ולא רק את שדה חברו:

ואין להקשות, כיון שכתב הרמב"ן דהוי כשדה העשויה ליטע, אם כן אמאי מחזיר רק ההוצאה, היה לו ליתן גם כן שבח. דזה אינו, דדוקא בירד להשביח אדעתא דחבריה, מה שאין כן הכא דאדעתא דידיה השביח.<sup>29</sup>

### 3. חיוב תשלום כאשר השכן יכול להתנגד לבניית הקיר

במקרה והשכן יכול להתנגד לבניית הקיר, היות שהוא לא מביא לו תועלת בתמיכת הקרקע, הוא רשאי לדרוש את פירוק הקיר. אם הוא לא דורש את פירוק הקיר, יש לדון בחיוב התשלום על בניית הקיר, התלוי במידת ההנאה מהקיר.

אם אכן יש לשכן תועלת מסוימת מהקיר, הוא חייב לשלם כפי שיעור ההנאה שיש לו, אף שהיא פחות מחצי ההוצאות שנדרשו לבניית הקיר. הטעם לכך, משום שבונה הקיר נחשב ליורד לשדה חבירו שאינה עשויה ליטע, שידו על התחתונה.<sup>30</sup>

אולם אם אין לשכן כל הנאה מהקיר, הוא פטור מתשלום, כפי שפסק הרמ"א:

ראובן שהיה לו בית רעוע ויצא מן העיר, ובא שמעון ודר בו והוציא הוצאות להציל הבית מן הנפילה וסיידו וכיירו, כל מה שהיה לצורך שלא יפול, צריך ראובן להחזיר לשמעון. אבל אין צריך ליתן לו מה שסיידו וכיירו, כי יוכל לומר: איני צריך לזה.<sup>31</sup>

דהיינו, אדם שביצע שיפוץ בבית השייך לחברו זכאי לתשלום על העבודות שנדרשו כדי למנוע התמוטטות של הבית. אולם, הוא אינו זכאי לתשלום עבור עבודות שנועדו לייפות את הבית.

וכן כתב נתיבות המשפט:

<sup>26</sup> רמב"ן בבא בתרא, ד, ע"ב, ד"ה ועדיין.

<sup>27</sup> שולחן ערוך חו"מ, שעה, א, ז. וסמ"ע שם, א-ב, ד.

<sup>28</sup> ש"ך חו"מ, שצא, ב.

<sup>29</sup> נתיבות המשפט קנח, ח.

<sup>30</sup> שולחן ערוך חו"מ שעה, א, וסמ"ע שם, ב.

<sup>31</sup> רמ"א חו"מ, שעה, ז.

בדין יורד לנכסי חברו שלא ברשות, דאין לו רק הוצאה שיעור שבת, כשלא השביח אינו נוטל כלל.<sup>32</sup>

אמנם אם התברר, שהשכן מעוניין להשתמש בקיר, יש מקום לחייבו ובכך נדון להלן.

#### ד. הדין כאשר רק אחד המגרשים מיועד בשלב ראשון לבנייה

כאשר אחד השכנים בנה לבדו את קיר התמך, ייתכן מצב ובו רק המגרש שלו מיועד לבנייה, ואילו המגרש שני עדיין לא. למשל, כאשר רשות מקרקעי ישראל טרם מכרה אותו, או במקרה שהוא טרם יועד לבנייה בתב"ע. במקרה זה, יש לדון על חיוב בעלי המגרש השני להשתתף בעלויות בניית קיר התמך. כמו כן, כאשר ייעוד הקרקע משתנה לבנייה, יש לדון האם ניתן יהיה אז לכפות את הבעלים או את הקונה לשלם על הקיר הקיים.

נראה שכל עוד הקרקע הסמוכה אינה מיועדת לבנייה, אין חיוב בניה או תשלום על בעלי הקרקע, הואיל ואין להם הנאה מבניית הקיר (ובלבד שאכן אין להם תועלת מיישור הקרקע במצב התכנוני הקיים). אף אם הקיר נבנה בגבול המגרשים, הרי זה נחשב כ"יורד לשדה חברו שאינה עשויה ליטע", והיות ואין כל הנאה לשכן, אין חיוב תשלום.

כאשר הקרקע תיועד לבניה, יש מקום לחייב בתשלום, על פי דעות הראשונים כדלקמן. הראשונים נחלקו במקרה של 'יורד לשדה חברו שאינה עשויה ליטע', כאשר בעל השדה גילה דעתו שהוא מעוניין בהשבחה. מקור המחלוקת נעוץ בפרשנות למעשה המובא בגמרא:

דהוא דאתא לקמיה דרב, אמר ליה: זיל שום ליה וידו על התחתונה, אמר ליה: לא בעינא. לסוף חזייה דגדרה וקא מנטר לה, אמר ליה: גלית אדעתך דניחא לך, זיל שום ליה וידו על העליונה.<sup>33</sup>

מדובר כאן על אדם שהקרקע שלו הושבחה אולם הוא סירב לשלם בטענה שאינו מעוניין בשבח. לאחר מכן, הוא גידר את הקרקע כדי לשמור עליה, וחויב ("ידו על העליונה"<sup>34</sup>) כיוון שגילה דעתו שהוא מעוניין בשבח.

לדעת הרא"ש<sup>35</sup> והטור<sup>36</sup> מדובר שם בשדה העשויה ליטע, ולכן בעל השדה חייב לשלם. החידוש הוא שבעל השדה לא יכול לומר למשביח 'טול עציך ואבניך', כיון שגילה דעתו שהוא מעוניין בשבח. אבל בשדה שאינה עשויה ליטע, כאשר אין לבעל השדה כל הנאה מהשבח בעת ההשבחה, הוא יהיה פטור מלשלם גם לבסוף כשהתרצה בהשבחה.

<sup>32</sup> נתיבות המשפט רסד, ג.

<sup>33</sup> בבא מציעא קא, ע"א

<sup>34</sup> הכוונה שהוא חייב לשלם עבור עלות העבודה או עבור שווי התועלת הממונית שלו (שבת) – הגבוה מבין שניהם.

<sup>35</sup> רא"ש בבא מציעא, ח, כב.

<sup>36</sup> טור חו"מ, שעה.

לעומת זאת, לדעת רש"י,<sup>37</sup> רמ"ה<sup>38</sup> ורוב המפרשים<sup>39</sup> מדובר בשדה שאינה עשויה ליטע, והחידוש הוא שבעל השדה חייב לשלם מחיר מלא. הטעם הוא, שכיון שבעל השדה גילה דעתו שהוא מעונין בשבח, ממילא הוא מגלה שמבחינתו מדובר בשדה כעשויה ליטע.<sup>40</sup> הבית יוסף הכריע כמותם, וכך פסק בשולחן ערוך, שידו של היורד על העליונה, ללא הבחנה האם השדה עשויה ליטע או לא:

היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטע או בנה, ואחר כך בא בעל השדה והשלים הבנין, או ששמר הנטיעות וכיוצא באלו הדברים שמראה שדעתו נוטה למה שעשה זה וברצונו בא הדבר, שמין וידו על העליונה.<sup>41</sup>

מכאן יש ללמוד, שיש לחייב בתשלום עבור השבחה, אף אם התועלת בהשבחה התבררה זמן מה לאחר בניית הקיר. אם כן, יש בסיס לחיוב על בניית קיר תמך בקרקע, אף שהתועלת התבררה רק לאחר שינוי ייעוד הקרקע. אמנם הש"ך<sup>42</sup> העיר שהרא"ש והטור חולקים על הלכה זו, ונראה שלדעתו אין הדין ברור לחייב את בעל השדה.

אולם נראה שהראשונים נחלקו, רק כאשר יעוד הקרקע לא השתנה, ובעל השדה הוא שגילה דעתו בשבח. אך אם בעל השדה החליט לשנות את יעוד הקרקע, לכל הדעות הוא צריך לשלם, וידו של היורד על העליונה, משני טעמים:

הראשון, דעת המחייבים היא משום שגילוי דעתו של בעל השדה, מגלה שמבחינתו השדה עשויה ליטע, ועל סברה זו חלק הרא"ש. אולם כאשר בעל השדה באמת משנה את יעוד הקרקע, וכעת היא עשויה ליטע, נראה שגם הרא"ש יודה.

השני, הרא"ש נימק את דעתו, שאין לחייב את בעל השדה במחיר מלא, משום שהוא התרצה רק בדיעבד לאחר שהשדה שלו כבר הושבחה:

אי שדה שאין עשויה ליטע הוא, אף על גב דגדר ומנטר לה, לא הוה אמר דידו על העליונה... דלא מסתבר כלל שיתן בעל השדה לנוטע כשתלו והוא אינו חפץ בנטיעות. אלא על כרחיך מיירי כשאומר בעל השדה: הואיל וכבר נטעת אני רוצה לקיימם. ואפילו הכי בשדה שאין עשויה ליטע ידו על התחתונה.<sup>43</sup>

על כך כתב הבית יוסף:

---

<sup>37</sup> רש"י בבא מציעא, קא, ע"א, ד"ה לא בעינא.

<sup>38</sup> הובא בטור חו"מ, שעה.

<sup>39</sup> כך כתב הרא"ש בבא מציעא, ח, כב.

<sup>40</sup> רש"י בבא מציעא, קא, ע"א, ד"ה גלית אדעתך.

<sup>41</sup> שולחן ערוך חו"מ, שעה, ג.

<sup>42</sup> ש"ך חו"מ, שעה, ג.

<sup>43</sup> רא"ש בבא מציעא, ח, כב.

אין הכי נמי, דאי אמר ליה הואיל וכבר נטעת אני רוצה לקיימה, בשדה שאינה עשויה ליטע ידו על התחתונה. אבל כשאומר תחלה שאינו חפץ, ואחר כך גלי דעתיה שהוא חפץ, אמדינן דעתיה דניחא ליה כאילו היתה עשויה ליטע.<sup>44</sup>

כלומר, גם לדעת הבית יוסף שמחייב את בעל השדה בתשלום מלא, מדובר שהוא שינה את דעתו וכעת הוא באמת מעוניין בשבח, ולא רק כשהוא מוכן להשאיר את השבח בדיעבד, לאחר שהוא כבר נעשה. אף אם הרא"ש חולק על סברה זו, מסתבר שאם בעל השדה משנה את יעוד הקרקע, ברור שהוא מתרצה בלב שלם, וגם הרא"ש יודה בכך, כיוון ששינוי ייעוד בוודאי איננו בגדר התרצות בדיעבד.

לכן במקרה של קרקע שלא היתה מיועדת לבנייה בזמן בניית הקיר, מסתבר שאם שינו את הייעוד שלה לבנייה, כעת בעל הקרקע יתחייב בתשלום מלא על קיר התמך שבנה השכן. אף שבעל הקרקע לא גילה דעתו שהוא מעוניין בקיר, הרי עצם שינוי ייעוד הקרקע לבנייה, אם נעשה ביוזמת בעלי הקרקע, הוא גילוי דעת מובהק שהוא מעוניין גם בקיומו של קיר התמך. כך יש ללמוד מדברי ערוך השולחן,<sup>45</sup> שכתב שאם על ידי מעשה של הבעלים יש גילוי דעת שנח לו, כל שכן כאשר הבעלים אמרו בפירוש שהם מעוניינים בשבח. קל וחומר שמעשה של שינוי ייעוד יטיל עליהם חיוב. הוא הדין והוא הטעם בקרקע של מנהל מקרקעי ישראל שעברה שינוי ייעוד לאחר בניית קיר התמך, ולאחר מכן נמכרה לאדם פרטי, שעליו לשלם עבור הקיר.

לגבי השאלה על מי מוטל החיוב בעלות בניית הקיר כאשר נעשה שינוי ייעוד לבנייה ואז הקרקע נמכרה – נראה שיש להטיל את החיוב על מי שנהנה מבניית הקיר. אם המוכר הרוויח מכך שמכר קרקע עם קיר תמך אזי התשלום יושת עליו, כדין יורד לשדה חבירו העשויה ליטע. אם המוכר לא הרוויח מקיומו של הקיר, התשלום יושת על הקונה, כדין נהנה ויורד לשדה חבירו.

כמו כן, מסתבר שאם הקרקע נמכרה במחיר דומה למגרשים ללא קיר תמך, אזי הקונה חייב בתשלום עבור הקיר. אולם, אם המגרש נמכר במחיר שגבוה ממחירם של מגרשים ללא קיר תמך, החיוב מוטל על המוכר.

### **ה. קיר תמך שנדרש רק לצורך מי שבנה אותו והשכן עשה בו שימוש**

כאמור לעיל, יש נסיבות שונות בהן אם אדם בנה קיר השכן שלו פטור מלשלם עליו. מה הדין כאשר השכן עשה שימוש בקיר?

#### **1. שיעור החיוב**

אם התברר באופן מעשי, שהשכן מעוניין להשתמש בקיר, אף שעדיין לא השתמש בו בפועל, יש לחייבו על שיעור ההנאה מהקיר שעולה מתוך מעשיו, ולא על עלות הקיר כולו. המקור לכך נמצא בדברי המשנה והגמרא:

<sup>44</sup> בית יוסף חו"מ, שעה, ד"ה ומ"ש.

<sup>45</sup> ערוך השולחן חו"מ, שעה, ו.

כותל חצר... מדי אמות ולמעלן – אין מחייבין אותו. סמך לו כותל אחר, אף על פי שלא נתן עליו את התקרה – מגלגלין עליו את הכל.<sup>46</sup>

אמר רב הונא: סמך לפלגא סמך לכולה; ורב נחמן אמר: למאי דסמך – סמך, למאי דלא סמך – לא סמך.<sup>47</sup>

דהיינו כאשר אדם בנה קיר שגבוה ממה שההלכה דורשת, כלומר יותר מארבע אמות, שכנו צריך לשלם רק על עלות הקיר המחויב על פי דין. אולם, נחלקו אמוראים מה הדין אם השכן גילה דעתו שהוא רוצה לעשות שימוש בחלק מהקיר שמעל ארבע אמות. לדעת רב הונא, השכן חייב בתשלום על הקיר כולו, ואילו לדעת רב נחמן הוא חייב בתשלום רק על חלק הקיר בו הוא מתכוון לעשות שימוש.

הרמב"ם פסק כדעת רב נחמן, וכך סיכם הלכה זו ביחס לחיוב תשלום הנאה מבניית כותל:

כותל חצר המבדיל בין שני שותפין... רצה האחד והגביה הכותל יותר על ארבע אמות, אם בא חבירו ובנה כותל אחד גבוה כנגד הכותל שביניהן מחייבין אותו ליתן חלקו בגובה שכנגד כתלו.

כיצד? בנה אחד כותל שביניהן והגביהו עשר אמות, ובא חבירו ובנה כותל אחר כנגדו או בצדו לעשות לו בית והגביה הכותל האחר שש אמות, מחייבין אותו ליתן חלקו בשתי אמות שמוסיף על ארבע אמות, שהרי **נראה ממעשיו** שהוא רוצה בהן.<sup>48</sup>

הסמ"ע הוסיף, שכשם שיש חיוב חלקי במישור האנכי, כך יש חיוב חלקי גם במישור האופקי:

מחייבין אותו ליתן חלקו, דוקא כשיעור אורך הכותל שבנה כנגדו ולא יותר. דאם הכותל המפסקת ביניהן ארכו עשרים אמה, וכותל שבנה כנגדו אין ארכו אלא י' אמות בגובה שש אמות, אינו מחויב ליתן חלק תוספות השני הכ' אמה, כי אם עד עשר אמות.<sup>49</sup>

לפי מרכבת המשנה, שהובא לעיל,<sup>50</sup> כפי שמשערים את ההנאה ביחס למידות הקיר, כך משערים את ההנאה ביחס לאיכות הקיר. ולכן אם הנאת השכן מהקיר, היתה זהה גם אילו הקיר היה בנוי מחומרים פשוטים יותר, הוא יתחייב בתשלום עבור קיר שנבנה מחומרים פשוטים בלבד. וכך כתב נתיבות המשפט:

אם ניכר שאין רצונו לסמוך עליו תקרה, אין צריך לשלם לו רק כפי מה שנהנה. דהיינו אם סמך נגדו רק כותל עצים, אין צריך לשלם לו רק דמי עצים.<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> **בבא בתרא** ה, ע"א.

<sup>47</sup> שם ו, ע"א.

<sup>48</sup> **רמב"ם** שכנים, ג, א. וכך פסק **השולחן ערוך** חו"מ, קנז, י.

<sup>49</sup> **סמ"ע** קנז, כד.

<sup>50</sup> ליד הערה 16.

<sup>51</sup> **נתיבות המשפט** קנז, ז.

כך עולה מתוך פסיקת השולחן ערוך, ביחס לחיוב שכן שהוקף בשלוש מחיצות, והוסיף מחיצה רביעית:

הא דמגלגלים עליו הכל, דוקא כשגדר הרביעית בבנין. אבל אם גדר הרביעית בקנים, אינו נותן לו אלא דמי הקנים.<sup>52</sup>

וביאררו האחרונים:

מארבעתן נותן לו כאילו הקיפן בקנים, כמו שמקיף רביעית זו.<sup>53</sup> כיון דהרביעית אינו רק של קנים, אין לו הנאה מכלום רק כפי הנאה של קנים.<sup>54</sup>

לפיכך, בנוגע לקיר תמך, אם השכן ביצע פעולות שמתוכן ניתן להסיק שהוא מעונין להשתמש בקיר, אף שעדיין לא השתמש בו בפועל, יש לחייבו כפי שיעור ההנאה המסתמן. שיעור ההנאה ייקבע הן לפי חלק הקיר בו השכן עושה שימוש והן לפי איכות הקיר הנדרשת עבור הנאה זו. למשל, אם השכן עומד להתקין פרגולה הנתמכת על הקיר, הוא יהיה חייב לשלם רק עבור ההוצאה הכספית שחסך, ולא עבור עלות הקיר כולו.

## 2. חיוב עבור ההנאה הממונית

לכאורה במקרה בו השכן פטור מתשלום והוא מתחייב בגלל שימוש שהוא רוצה לעשות בקיר, היה מקום לפטור את השכן מתשלום, מדין 'זה נהנה וזה לא חסר'. שהרי מי שבנה את הקיר, עשה זאת עבור הנאתו שלו, ונמצא שהנאת השכן אינה גורמת הפסד ממון לבונה הקיר. הראשונים עמדו על כך, ביחס לבונה כותל גבוה מארבע אמות, וכתבו הסברים שונים לטעם החיוב של השכן השני.

יש שביססו את החיוב על כך שהשכן נהנה מהקיר, וכך מובא באחד ההסברים בתוספות:

אף על גב דזה נהנה וזה לא חסר פטור, מכל מקום כיון דגלי דעתיה דניחא ליה בהגבהה חייב.<sup>55</sup>

במקום אחר כתבו התוספות זאת בניסוח מעט שונה:

דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה, ולא דמי לדר בחצר חברו דלא גלי אדעתיה אלא בחנם.<sup>56</sup>

לדברי התוספות יש הבדל בין אדם שנהנה מרכושו של חברו בחינם שהוא פטור, לאדם שמוציא ממון כדי ליהנות מרכושו של חברו – שהוא חייב.<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> שולחן ערוך חו"מ, קנח, ז

<sup>53</sup> סמ"ע קנח, כ.

<sup>54</sup> נתיבות המשפט קנח, ז.

<sup>55</sup> תוספות בבא בתרא, ה, ע"א, ד"ה אע"פ.

<sup>56</sup> תוספות בבא קמא, כ, ע"ב, ד"ה טעמא

<sup>57</sup> בפשטות כוונת התוספות, שכיון שהנהנה גילה בדעתו שמוכן להוציא ממון עבור ההנאה, יש בזה הסכמה מכללא לתשלום עבור ההנאה. להסבר אחר ראה חידושי ר' שמעון שקופ בבא קמא, כה, ה-ו.

כך פסק השולחן ערוך, לגבי הדר בבית חברו שלא מדעתו:

יש אומרים, דהא דאמרינן דכשהחצר אינו עומד לשכר אינו צריך להעלות לו שכר, דוקא שלא גילה הדר בדעתו שהיה רצונו ליתן לו שכר אם לא יניחנו לדור בו בחנם. אבל אם גילה בדעתו כן, צריך ליתן לו שכר.<sup>58</sup>

המהרש"ל חלק על הסבר זה בתוספות, וסבר שאין מקום לחיוב כאשר זה נהנה וזה לא חסר, ואין כל משמעות לכך שהנהנה גילה דעתו שרוצה בהנאה זו:

בליכא שום חסרון בעולם לבעלים, פשיטא דליכא חילוק בין גלי ללא גלי... העיקר לעולם זה נהנה וזה לא חסר מקרי עד דמחסר ליה. וזה הוא העיקר.<sup>59</sup>

הדברי מלכיאל הסביר את טעם התוספות, על פי העיקרון שהובא לעיל, שאם יש הוצאה הכרחית והדדית לשני השכנים, אין מקום לפטור מדין זה נהנה וזה לא חסר, כמו בדיני שותפין:

ובאמת סברא דגילוי דעת צריכה ביאור, דמה מהני גילוי דעתו לחייבו בשביל זה. וכבר נתקשה היש"ש וחלק על דין זה. ונראה הסברא בזה, דהא קיימא לן דכל היכא שיש איזה הוצאה ופעולה שמשותף בה טובת שני אנשים, הרי הם שותפים בדבר, וכופין זה את זה ליתן חלק בהוצאה ההיא. וכל זה בדבר שידוע שההכרח לעשות הוצאה זו והמנהג כן. אבל בשאר דברים יוכל אחד מהם לומר לא ניחא לי לעשות הוצאה על טובה זו ולא יוכל לכופו. אכן אם גילה דעתו דניחא לו בהוצאה על זה, אם כן איגלי מילתא דמיקרי שותף לפעולה זאת, והיה יכול לכופו מתחילה להשתתף בהוצאה זו. ולזה מגלגלין עליו את הכל.<sup>60</sup>

### 3. חיוב עבור תוספת הוצאות בגין השכן

בתוספות הובא הסבר נוסף (שהוזכר כבר לעיל) לחיוב:

אי נמי הכא זה חסר הוא, שגורם לו שהגביה הכותל למעלה מדי אמות כדי שלא יהיה לו היזק ראיה בשום ענין ממנו.<sup>61</sup>

לדבריהם, החיוב נובע מכך שבניית הקיר למעלה מארבע אמות נעשתה כדי למנוע היזק ראייה מהשכן, ממילא נחשב שהשכן גרם לו הוצאה ממונית, והוא חסר מחמתו.<sup>62</sup>

לדעת הגר"א,<sup>63</sup> הרמ"א פסק כתירוץ זה בדבריו הבאים:

---

<sup>58</sup> שולחן ערוך חו"מ, שסג, ח. בבית יוסף שם, מבואר שהלכה זו מבוססת על הסבר זה של התוספות. לדעת ביאור הגר"א (חו"מ קנז, מז), גם הרמ"א (חו"מ קנז, יז), פסק להלכה כהסבר זה. אם כי לכאורה ניתן לבסס את פסיקת הרמ"א גם על דעת הנמוקי יוסף כדלקמן, וכפי שהרמ"א עצמו פסק במקום אחר כדלקמן.

<sup>59</sup> ים של שלמה בבא קמא, ב, טז. בשו"ת נודע ביהודה תנינא, חו"מ, כד, סבור שאף התוספות לא התכוין לחייב על הנאה עם גילוי דעת, כל זמן שאין חסרון לבעלים.

<sup>60</sup> שו"ת דברי מלכיאל ג, קנז.

<sup>61</sup> תוספות בבא בתרא, ה, ע"א, ד"ה אע"פ..

<sup>62</sup> מהר"ם מלובלין על התוספות, בבא בתרא, ה, ע"א, ד"ה אע"פ.

<sup>63</sup> ביאור הגר"א חו"מ, קנז, מח.



וכן אם נהנה בבניינו, אף על פי שלא עשה שום היכר שניחא לו, חייב לו כפי מה שנהנה.<sup>64</sup>

לפי תירוץ זה, ניתן במקרים מסוימים לחייב מדין נהנה, אף בלי גילוי דעת ומעשה המוכיח שהוא רוצה בהנאה. על כן במקרה שהתחנות בנה קיר תמך, ויש לעליון הנאה מקיר זה, יש לחייב את העליון בתשלום מדין זה נהנה וזה חסר, אף בלי גילוי דעתו, משום שהתחנות נדרש לבניית הקיר כדי למנוע נזק מחמת העליון.

#### 4. חיוב בגין מכירת הקיר

כאשר אדם בנה את הקיר על גבול המגרשים, כאשר חציו בשטח של השכן, הסביר הנימוקי יוסף את טעם החיוב באופן אחר:

דכיון שחצי כותל עומד הוא על חצרו, קנתה לו חצרו. ואף על פי דלא אמר ליה אידך "תקנה לך חצרך", ברור לן שעל דעת כן בנאו שיהיה שלו כל זמן שירצה.<sup>65</sup> ואם אמר לחברו "אני חפץ בשיתוף הכותל שהגבהת", הרי זכה מיד חצי הכותל, ונתחייב לשלם. וכן אם סמך לו כותל כנגד אותו כותל שהעלה חבירו, גלי דעתו שרוצה להשתמש ממנו לתת עליו תקרה, הלכך בדין הוא שיתחייב לשלם מיד.<sup>66</sup>

וכך ביאר זאת קצות החושן:

כיון דקנה בגוף הכותל להיות חצי שלו, תו לא שייך זה נהנה וזה לא חסר. דאין לך חסר גדול מזה, כיון שקנה מזה גוף האבנים, ומקח וממכר הוא, ומכי משך במקחו נתחייב בדמים. וזה נמי מכי גלי אדעתיה דניחא ליה, הרי זוכה לו חצירו ונתחייב בדמי מקחו. ולא אמרו זה נהנה וזה לא חסר, אלא היכא שגוף הבית הוא של בעל הבית וזה נהנה וזה לא חסר הוא דפטור. אבל היכא שקנה גוף הבית דרך מקח וממכר, ודאי חייב ואין לך חסר גדול מזה.<sup>67</sup>

לדעת הנימוקי יוסף, התשלום על הכותל אינו מחמת ההנאה, אלא מחמת העברת הבעלות. השכן קונה את חצי הקיר, ולכן צריך לשלם עליו. לדבריו צריך לומר, שהשכן זוכה בחלק הקיר המועיל לו. לפיכך, אם גילה דעתו שרוצה להשתמש רק בחלק מהקיר, הוא זוכה רק בחלק זה, ובהתאם לכך צריך לשלם, כמבואר לעיל.

באופן דומה הסביר גם המגיד משנה את דעת הרמב"ם, לגבי בניית גדר בגבול המגרשים:

ודעת המחבר שאין מחייבין אותו בחצי ההוצאה, אלא מפני שזוכה בחצי הכותל לפי שנבנה במקומו.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> רמ"א חו"מ, קנו, י.

<sup>65</sup> נמוקי יוסף בבא בתרא, ג, ע"א, ד"ה אבל.

<sup>66</sup> שם, ע"ב, ד"ה פירוש.

<sup>67</sup> קצות החושן קנח, ו.

<sup>68</sup> כסף משנה שכנים, פרק ג, הלכה ד

לפי הסבר זה, חיוב התשלום אינו מותנה במעשה המוכיח שהנהנה חפץ בהנאה, ודי בגילוי דעתו על ידי דיבור, המצטרף לקניין החצר בגוף הקיר, ומיד הוא מתחייב ואינו יכול לחזור בו. אולם לפי התירוץ הראשון, נראה שרק מעשה המוכיח בפועל מחייב את הנהנה, אבל בדיבור בעלמא יכול לחזור בו. ואכן, הרמ"א פסק שדי באמירה ללא מעשה:

אם נתרצה תחלה בהגבהה, מיד שאמר ליתן חצי ההוצאה זכה בחצי הכותל, ומחייבין אותו ליתן.<sup>69</sup>

כך פסקו גם בבית הדין לממונות מטעם הרבנות ירושלים, כי יש לחייב שכן שמשמש בקיר התמך שבנה שכנו, משום שהוא זוכה בגוף הקיר, וכתבו למסקנה:

מבואר מההלכה, שאם גילה דעתו שמרוצה מהכותל שבנה שכינו, חייב להשתתף בבניתו. לפיכך בנידון דידן שהנתבע גילה דעתו בפירוש שמחצית הכותל הבנויה בחצירו זכתה לו חצירו ומותר לו להשתמש בה.<sup>70</sup>

נימוק זה עלה גם בדברי קצות החושן, שכתב שיש לחייב בתשלום מחמת הזכיה בגוף הקיר, גם אם אין לשכן כל הנאה ממנו. באופן זה הוא נימק את דעת הבית יוסף,<sup>71</sup> שחייב מוקף לשלם במקרה שהמקיף בנה שתי מחיצות בשתי הפאות של המגרש שלו, והמוקף בנה מחיצה בפאה השלישית. אף שהמוקף עדיין לא נהנה מהמחיצות שבנה שכנו, כל זמן שאין מחיצה רביעית:

כיון דהבונה אדעתא דהכי בנה, שיזכה לו חצירו מכי יתרצה בבניינו. וכיון דזכה לו חצירו נתחייב בדמיו, אף על פי שלא נהנה... ואפילו נשאר פתוח כל הרביעית דעדיין לא נהנה, כל דגלי אדעתיה דניחא ליה בבנין הכותל הרי קונה את הכותל, וכל דרך מקח וממכר ודאי חייב אפילו לא נהנה.<sup>72</sup>

אלא שלכאורה יש סתירה בפסקי הרמ"א. בעניין זה הרמ"א פסק שהמוקף פטור, כיון שאין לו הנאה כל זמן שאין מחיצה רביעית, משמע שיש צורך בהנאה ולא די בקניין.<sup>73</sup> לעומת זאת, לעיל ראינו שהרמ"א פסק שדי באמירה המבטאת שביעות רצון מהקיר שבנה השכן כדי לקנות את חצי הקיר, כהסבר הנמוקי יוסף.

את פסיקת הרמ"א ניתן ליישב, כדעת נתיבות המשפט, שיש לבחון את המשמעות של גילוי הדעת של השכן. אם גילה דעתו לזכות בחצי הקיר, אזי הוא חייב לשלם מחמת הבעלות. אבל אם גילה דעתו רק ליהנות מהקיר, אז הוא חייב לשלם בהתאם לשיעור ההנאה. ואלו דברי נתיבות המשפט:

דכאן מיירי שניכר שרוצה לעשות בנין ולסמוך תקרה על הכותל המשותף, אם כן בודאי רוצה לזכות בחצי הכותל המשותף, דכל זמן שאינו זוכה בו שיהיה שלו אסור לסמוך על

<sup>69</sup> רמ"א חו"מ, קנו, יב.

<sup>70</sup> פסקי דין ירושלים, חלק ו, עמ' מט-נא.

<sup>71</sup> בית יוסף חו"מ, סוף סימן קנח.

<sup>72</sup> קצות החושן קנח, ו.

<sup>73</sup> רמ"א חו"מ קנח, ו.

כותל חבירו. מה שאין כן במקיף, שאינו רוצה רק ליהנות מכתלים של חבירו ולא להשתמש עליהם, משום הכי אין צריך לשלם רק מה שנהנה.<sup>74</sup>

## 5. סיכום ביניים

נמצא אם כן, ששלושת ההסברים נפסקו להלכה בדברי השולחן ערוך והרמ"א. לפיכך ניתן לבסס את החיוב בגין השימוש בכותל, על היסודות השונים, בהתאם למקרים השונים:

א. קיר שנבנה בשטח הבונה בלבד

1. חיוב בגין ההנאה כאשר הנהנה הוציא ממון כדי ליהנות מהקיר.
2. כאשר הבונה נדרש להוציא ממון כדי למנוע היזק ראייה של שכנו – על השכן לשלם אם הוא נהנה מהקיר.

ב. קיר שנבנה בשטח המשותף: מלבד חיוב מטעם הנאה, קיים חיוב מצד העברת הבעלות על גוף הקיר, שניכרת גם בהסכמה בדיבור, וגם במעשה המוכיח, ואינה תלויה בהכרח בהנאה.

## ו. סיכום

### עילות החיוב

חיוב בניית קיר תמך, או תשלום עבור קיר תמך, עשוי להתבסס על עילות חיוב שונות:

- א. חיוב בגין נזקי שכנים – כאשר אדם משנה את מצב הקרקע, ובכך יוצר סיכון של התמוטטות קרקע של השכן (אם הוא גבוה ממנו) או על המגרש השכן (אם השכן נמוך ממנו).
- ב. חיוב שותפים, כאשר שני השכנים זקוקים לקיר תמך, ונדרשים להוצאת ממון עבור נכס הכרחי שיביא תועלת לשניהם.
- ג. חיוב עבור הנאה – כאשר אדם בנה קיר תמך, שאינו הכרחי עבור השכן, אך עשוי להועיל לו.
- ד. חיוב בגין העברת בעלות על גוף הקיר – כאשר אחד השכנים בנה קיר תמך בגבול המשותף, לדעת חלק מהפוסקים. אמנם חיוב זה מותנה בכך, שיש לשכן השני הנאה ותועלת מהקיר, ומשום כך הוא מעוניין לזכות בקיר.

### המקרים

- א. אם קיים נוהל מסודר מטעם הרשות המקומית הקובע את אופן חלוקת עלויות בניית קיר התמך, אזי יש לו תוקף מחייב מבחינה הלכתית. אם אין נוהל כזה, הדין הוא כדלהלן.
- ב. כאשר אחד השכנים ערך שינוי בפני הקרקע, שעלול לגרום נזק במגרש הסמוך, הוא חייב לבנות קיר תמך על חשבונו ובשטחו, כדי למנוע את הנזק. כאשר הקרקע הסמוכה מיועדת לבניה, חיוב זה קיים גם כאשר טרם התחילה בניה ומגורים בקרקע זו.
- ג. כאשר לא נערך שינוי בקרקע, ובכל זאת שני השכנים זקוקים לבניית קיר תמך, אזי בהתבסס על דיני שותפים – מוטל עליהם חיוב משותף לבניית קיר תמך עבור התועלת

<sup>74</sup> נתיבות המשפט קנז, ז.

ההדדית, בגבול המגרשים. עלות בניית הקיר תתחלק ביניהם, בהתאם לחלק הקיר שמביא תועלת לכל אחד מהם.

ד. במידה ואדם בנה לבדו את הקיר, והוא מועיל גם לשכנו, הלה חייב להשתתף עמו בהוצאות הבניה, מדין נהנה, רק עבור החלק של הקיר שמביא לו תועלת. לעניין זה אין הבדל אם הקיר נבנה בשטח הבונה בלבד או בגבול המגרשים.

אם השכן ביקש מהבונה מבעוד מועד, לבנות קיר תמך פשוט יותר, בצירוף חוות דעת הנדסית הקובעת שדי בקיר כזה, השכן יהיה חייב לשלם רק עבור עלות בניית קיר זול.

ה. במידה ואדם בנה לבדו את הקיר בגבול המגרשים, והוא לא מביא תועלת הנדסית לשכנו, ראשי השכן לדרוש את פירוק הקיר, ובכל מקרה הוא פטור מתשלום עבור הקיר. אולם אם יש לשכן תועלת צדדית מקיר זה (כגון, שהוא עושה בו שימוש להתקנת פרגולה), הוא חייב לשלם מדין נהנה, רק כפי שיעור הנאה זו (למשל, עלות עמוד שהיה יכול לתמוך בפרגולה במקום קיר התמך).

ו. כאשר הקרקע הסמוכה אינה מיועדת לבנייה, לא מוטל חיוב תשלום על בעל הקרקע, במידה ואין לו תועלת בקיר. במידה ויעוד הקרקע השתנה והיא הפכה למיועדת לבניה, חל חיוב תשלום מדין נהנה. אם הקרקע נמכרה לאחר שינוי הייעוד, אזי אם המוכר הרוויח מקיומו של הקיר (כיוון שהתמורה שקיבל עלתה) – עליו לשלם לבונה, ואם הקונה הרוויח (כאשר מחיר הקרקע שנדרש ממנו לא עלה, למרות קיומו של הקיר) – על הקונה לשלם על הקיר..

ז. כאשר אדם בנה לבדו קיר תמך, שאין בו תועלת הנדסית לשכנו, אולם הלה גילה דעתו שהוא מעונין להשתמש בו, על ידי פעולה מעשית שכרוכה בהוצאת ממון, הוא חייב בתשלום עבור ההנאה הממונית שהקיר מסב לו. אם קיר התמך נבנה בגבול המשותף, יש לחייב את השכן גם אם גילה דעתו בדיבור בלי פעולה מעשית, מדין קניית חלק מהקיר. שיעור התשלום מדין הנאה, הוא בהתאם לשיעור ההנאה מהקיר, לפי המידות וחומרי הבניה המינימליים שנדרשים עבור הנאת השכן. שיעור התשלום מדין קניית חלק מהקיר, הוא עבור עלות חלק הקיר שנקנה, גם אילו היה ניתן לבנות קיר מחומרים זולים יותר.