

העברת בעלות על מקרקעין בימינו

הרב יועזר אריאל

א. מבוא	ג. חיוב שכך בהוצאות הרחבת הדירה שמעליו
ב. תביעה לביטול מכירת דירה	1. העובדות
1. העובדות	2. משמעות הבעת הכוונה להרחיב את הדירה
2. דין הבעלות על דירה	בעתיד
3. דיון בחיובים הכספיים	3. חיוב בהוצאות מכוח קניין חצר
4. תחולתו למפרע של פסק הדין	4. משמעות הקניין ללא רישום בטאבו
5. זכויותיו של רוכש דירה שאיננה רשומה	5. חיוב בשל עליית ערך הדירה
	6. שיעור ההשתתפות בהוצאות
	7. מסקנה

א. מבוא

המשנה במסכת קידושין מציגה את הקניינים שבהם נקנים מקרקעין:

נכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף בשטר ובחזקה.¹

נוסף למעשי קניין אלו, נאמר בגמרא במסכת בבא מציעא² שקרקע נקנית גם בקניין סודר, על פי הכתוב: "שלף איש נעלו ונתן לרעהו".³

הסיבה לכך שקניין סודר לא הוזכר במשנה במסכת קידושין היא, שהמשנה דנה רק במעשי קניין המיוחדים לקרקע, ואינם נוהגים במיטלטלין, לעומת זאת קניין סודר נוהג גם במיטלטלין.

מעשה קניין נוסף שלא הוזכר במשנה במסכת קידושין, הוא קניין חצר שאף הוא מועיל להקניית מקרקעין, כעולה מדברי הנימוקי יוסף.⁴ כגון: הבונה מבנה על קרקע חצרו ומתכוון להקנות את המבנה בקניין חצר לבעל הקרקע. אמנם קניין חצר לא הובא במשנה במסכת

* הרב יועזר אריאל, דיין בבית-הדין הרבני האזורי בצפת ובטבריה.

1. קידושין כו, א.

2. בבא מציעא מז, א.

3. רות ד, ז.

4. נימוקי-יוסף על הרי"ף בבא בתרא ג, א, ד"ה מתניתין.

קידושין, והנימוק לכך הוא, משום שקנין חצר אינו מיוחד לקרקע דווקא, שהרי הוא נוהג גם במיטלטלין.⁵

על פי החוק המקובל במדינת ישראל, הבעלות במקרקעין עוברת מאדם לזולתו רק באמצעות רישום העברת הבעלות בלשכת רישום המקרקעין (טאבו). מצב זה מעורר לעתים תכופות שאלות אודות תוקפם ההלכתי של קנייני מקרקעין אותם קבעו חכמינו, כשאינן רישום בטאבו. שאלה זו נידונה גם בשני פסקי דין שניתנו בביה"ד הרבני בצפת. מאמר זה מעובד מתוך נימוקי לשני פסקי הדין.

ב. תביעה לביטול מכירת דירה

1. העובדות

פלוגי מכר את דירתו בשנת תשנ"ה במחיר של 95,000 דולר. הקונה שילם בשלב ראשון סך של 60,000 דולר, והתחייב לשלם את יתרת הסכום לאחר שהמוכר יגמור את השיפוצים הנדרשים בדירה. אולם המוכר לא גמר לשפץ את הדירה במועד שנקבע, ובשל כך התעכב סיום העסקה בכמה שנים. אחרי שהמוכר סיים את השיפוץ, התברר ששני הצדדים אינם מסוגלים לסיים את העסקה או לבטלה: הקונה לא היה מסוגל לתת למוכר את הסכום שנותר לו לשלם, ולמוכר לא הייתה אפשרות כספית להשיב לקונה את הסכום שקיבל.

דיון ראשון בעניין התקיים בשנת תשנ"ח בביה"ד הרבני בצפת. בית-הדין פסק, שבשל העיכוב במסירת הדירה, מוטל על המוכר לשלם לקונה סך של 11,200 דולר, פיצוי חלקי על הוצאות שכר דירה, שנאלץ הקונה לשכור בינתיים, בשל העיכוב במסירה.

את הטיפול בשאלת ביטול המכר, העביר בית-הדין לבוררות בפני אחד מדייני ביה"ד הרבני בצפת. בפני הבורר, העלו הצדדים טענות חדשות: המוכר טען, ששיפץ את הדירה בהתאם לבקשת הקונה, אולם לאחר מכן ביקש ממנו הקונה להרוס קירות ולשפץ את הדירה בצורה אחרת. בשל כך, נאלץ המוכר לשאת בהוצאות כבדות, והוא תובע אותן מהקונה.

כיוון שהקונה לא היה מסוגל לשלם את הסכום הנותר ממחיר הדירה, פסק הבורר שהמכר בטל, ועל המוכר להחזיר את הכסף שקיבל מהקונה, וזאת נוסף לסך 11,200 דולר שעליו לפצות את הקונה בגלל הוצאותיו לתשלום שכ"ד. פסק הדין לא בוצע משום שהמוכר לא היה מסוגל להשיב לקונה את כספו.

מאחר שפסק-הדין לא בוצע, שבו הצדדים בשנת תשס"ד לביה"ד הרבני בצפת, אשר פסק שמכיוון שאין ביד המוכר להשיב לקונה את כספו, תירשם הדירה על שם הקונה, והוא יידרש לשלם את יתרת מחיר הדירה, שעמדה, לאחר קיזוז חובות המוכר כלפי הקונה, על סך של 25,000 דולר.

גם פסק דין זה לא קיים, ולכן הדירה לא נרשמה על שם הקונה. אולם, בשנת תשס"ה הגיעו הצדדים להסכם פשרה, לפיו תירשם הדירה על שם הקונה, אחר שישלם למוכר סך של

5. פרטי ההלכות של קנייני מקרקעין התבארו היטב בשולחן ערוך חו"מ קצ-קצה.

15,000 דולר. הסכם הפשרה כלל גם פיצוי על תביעה נוספת של הקונה, לקבל את חלקו היחסי בשכר הדירה שקיבל המוכר מאת הדיירים שדרו בדירה הנמכרת, כיוון שכבר בשנת תשנ"ה שילם בעבור הדירה סך של 60,000 דולר, סכום שמהווה כשני שלישי ממחיר הדירה! בהסכם נקבע, שהקונה יוותר על תביעתו, לקבל את חלקו בשכר הדירה שגבה המוכר, ובתמורה יוותר המוכר על תביעתו לקבל פיצוי על ההוצאות שנגרמו לו בשל שיפוצים מיותרים.

מאוחר יותר באותה שנה (תשס"ה) הופיעה אשת המוכר בפני ביה"ד, וחתמה על הסכם בוררות, בו נכתב: "בין לדין בין לפשרה". האשה טענה בפני ביה"ד, שמאחר שנפרדה מבעלה, היה מוטל על הבעל, לקבל את הסכמתה הן לדיון בביה"ד בשנת תשס"ד, והן לחתימה על הסכם הפשרה. מכיוון שלא עשה כך, יש לבטל הן את פסק הדין שניתן בשנת תשס"ד, והן את הסכם הפשרה, ולחזור לפסק דינו של הבורר משנת תשנ"ה, לפיו יש לבטל את המכר לפחות בכל הנוגע לחלקה.

2. דין הבעלות על דירה

לכאורה נראה שהדין עם האשה, ויש לבטל את הסכם הפשרה וכן לבטל את זכות העברת הדירה על שמו של הקונה משתי סיבות:

ראשית, הסכם הפשרה לא יכול לחייב את אשת המוכר, כיוון שלטענתה היא בעלת מחצית הזכויות בנכס, ולא הייתה צד להסכם.

שנית, כיוון שבית-הדין הרבני בצפת פסק בשנת תשס"ד, שיש לרשום את הדירה על שמו של הקונה, ולא היה מודע לכך, שהמוכר לא מייצג את אשתו בפני בית-הדין, הרי שכל פסק הדין מבוסס על הנחה מוטעית, וממילא אינו תקף ביחס לחלק האשה. לכן אף זכות העברת הדירה על שם הקונה, בהתאם לפסק בית-הדין, דינה להתבטל.

משנקבע כך, לכאורה יש לקבל את טענתה, שפסק הדין היחיד המחייב מבחינתה של האשה, הוא פסק דינו של הבורר משנת תשנ"ה, לפיו יש לבטל את המכירה של הדירה ולהשיבה למוכרים, לפחות בכל הנוגע לחלקה של האשה בדירה.

אולם כיוון שבדיון האחרון הסמיכה האשה את בית-הדין לבצע פשרה, רשאי בית-הדין להכריע על פי הנתונים שבפניו ועל פי שיקול דעתו, כדי למצוא את הפתרון הצודק והיעיל ביותר, הן בנוגע לשאלת הבעלות על הדירה, והן בנוגע לשאלת החיובים הכספיים של הצדדים, זה כלפי זה.

בנוגע לשאלת הבעלות על הדירה, נראה לביה"ד שהפתרון היעיל והצודק ביותר הוא, לקיים את המכר, ולהעביר גם את חלקה של האשה בדירה לקונה. פתרון אחר, לפיו הבעלות בדירה תהיה משותפת לקונה ולאשת המוכר אינו סביר. שני הצדדים אינם מעוניינים להיות שותפים בעל כרחם, והיעילות מחייבת שהדירה תהיה תחת בעלות אחת בלבד. לכן מכוח סמכותו לפשר בין הצדדים, הכריע בית-הדין שהדירה תירשם על שם הקונה, והקונה ישלם למוכר ולאשתו את יתרת החוב עבור מכירת הדירה.

3. דיון בחיובים הכספיים

אשת המוכר אינה נחשבת לצד בוותורים הכספיים שוויתר בעלה לקונה. לפיכך יש לברר, מהו הסכום שהקונה חייב לשלם לאשת המוכר?
 כאמור, בעת המכירה נקבע מחיר הדירה על סך של 95,000 דולר, מתוכם 60,000 דולר שולמו על ידי הקונה, כך שנותר חוב בסך של 35,000 דולר למוכרים.
 אכן בשנת תשס"ד הפחית בית-הדין חלק מחובו של הקונה למוכר, ופסק שהקונה ישלם למוכרים סך 25,000 דולר. אולם, היות שפסק הדין ניתן בהיעדרה של האשה, והיא לא הסמיכה את בית-הדין לשמש כבורר בסכסוך הכספי, פסק דין זה אינו מחייב מבחינתה. אי לכך, על הקונה מוטל לשלם לאשה מחצית מיתרת החוב של 35,000 דולר, דהיינו 17,500 דולר.
 כיוון שעוד לפני הפירוד בין בני הזוג מוכרי הדירה – בשנת תשנ"ח, פסק בית-הדין שעל המוכרים לפצות את הקונה על הוצאותיו בשל העיכוב במסירת הדירה בסך של 11,200 דולר, פסק דין זה מחייב אף את אשת המוכר, שחיה באותה שעה בשלום עם בעלה, והייתה שותפה מלאה לדיון. פסק הדין לא בוצע על ידי המוכרים ולכן יוצא שהאשה חייבת לשלם לקונה מחצית מסכום זה, דהיינו סך של 5,600 דולר. סכום זה יקוּזו מן החוב הנ"ל, בסך 17,500 דולר, שעל הקונה לשלם לאשה.

4. תחולתו למפרע של פסק הדין

אשת המוכר לא הייתה צד להסכם הפשרה, שנחתם בשנת תשס"ה בין בעלה ובין הקונה. בהסכם הנ"ל הכיר הבעל בזכותו של הקונה לקבל חלק יחסי משכר הדירה, שקיבל מהשכרת הדירה לאדם אחר, ובתמורה לכך הבעל וויתר על דמי השיפוצים שביצע בדירה. לטענתה, החל משנת תשנ"ח בטלה המכירה, על פי פסק דינו של הבורר היחיד, אי לכך ההסכם יסודו בטעות, כי על פי פסק דינו של הבורר שניתן בתשנ"ח, המכר בטל והדירה אינה בבעלות הקונה. בהתאם לכך, הקונה לא היה זכאי לקבל שכר דירה החל משנת תשנ"ח, ואין כל היגיון בהסכמתו של בעלה לשעבר, למחול על הפיצוי שהקונה חייב לו עבור השיפוצים המיותרים שביצע, בתמורה לוותור על שכר הדירה מצידו של הקונה, משום שלשיטתה הקונה לא היה זכאי לקבל שכר דירה עבורה, וממילא לא וויתר על דבר!
 גם פסק הדין שניתן בי"ב כסלו תשס"ד שבו נקבע שהדירה שייכת לקונה, לא היה בר-תוקף ביחס לאשה, הואיל וניתן בהיעדרה. אי לכך אף לאחר פסק דין זה, לא היה זכאי הקונה לקבל שכר דירה, אלא רק כנגד חלקו היחסי במחצית הדירה השייכת לבעל, ולא עבור חלקו במחצית השנייה השייכת לאשה. גם הסכם הפשרה משנת תשס"ה, לפיו יקבל הקונה חלק משכר הדירה, לא נעשה בהסכמת האשה, לכן הסכם זה אינו מחייב את האשה, ויש לברר האם גם על פי עיקר הדין, הקונה זכאי לקבל את חלקו היחסי בשכר הדירה?
 לצורך בירור ההלכה, יש לענות על שאלה בסיסית: האם הכרעתנו בשנת תשס"ד, להעברת הדירה על שמו של הקונה חלה למפרע מיום המכירה משנת תשנ"ה, שהרי הצדדים קבלו את סמכות ביה"ד, וביה"ד מוסמך להורות, שמכיוון שהמוכרים לא קיימו את פסק דינו של הבורר, ולא השיבו לקונה את כספו, לכן מתבטל פסק דינו של הבורר שביטל את המכירה,

והבית שייך לקונה למפרע. מאידך ניתן לומר שמכיוון שגם הקונה לא עמד בתנאי המכר ולא שילם את מלוא התמורה, לכן פסק דינו של הבורר נשאר בתקפו, ופסק הדין משנת תשס"ד המעביר את הדירה לקונה, אינו חל למפרע, אלא רק מכאן ולהבא – משנת תשס"ד. בהתאם לכך יהא עלינו לדון בשאלה, האם הקונה זכאי לפי עיקר הדין, לקבל את חלקו היחסי בשכר הדירה שקיבל המוכר מהשוכר, מעת שהקונה שילם את הסכום הראשוני, לפני כעשר שנים.

על שאלה זו ניתן ללמוד לכאורה, מדין ביטול תנאי בגט, וכך פוסק הטור, בשם אביו הרא"ש: כתב אדוני אבי הרא"ש ז"ל בתשובה, באחד שנתן גט מעכשיו, אם לא יבוא תוך שתי שנים, שיכול לבטל התנאי ותינשא מיד, כי בביטול התנאי, חל הגט למפרע משעה שיבוא הגט לידה.⁶

דהיינו אדם נתן גט, והתנה שאם ישוב לביתו בתוך שנתיים, הגט יתבטל, ולאחר מכן ביטל את התנאי. באותה תשובה פסק הרא"ש, שהגט חל למפרע. לדעת החזון איש,⁷ זו גם דעת הרמב"ם.

לכאורה יש מקום להשוות את הנושא הנידון להלכה זו: בדומה למתן הגט, אף מכירת הבית הותנתה בחוזה, בהתקיימות מספר תנאים (שיפוצים והשלמת היתרה). מכירת הבית בוטלה, כיוון שהקונה לא קיים את חלקו בהסכם, ולא שילם את מלוא התמורה. אולם מאחר שהצדדים הגיעו להסכם פשרה שבמסגרתו מחלו זה לזה על תנאי המכירה, על פי העיקרון שקבע הרא"ש, יש לקבוע שהמכר חל למפרע. לפיכך הקונה זכאי לקבל את חלקו היחסי בשכר הדירה שגבו המוכרים.

אבל לכשנעניין שוב בדבר, נמצא שאין הנידון דומה לראיה: את התנאי ניתן לבטל רק קודם שהתקיים התנאי. כך גם בשאלה בה דן הרא"ש: הבעל גירש את אשתו אם לא יבוא תוך שנתיים, ומחל על התנאי לפני שהתקיים, דהיינו בתוך השנתיים. לכן האשה מגורשת למפרע, מהשעה בה ניתן לה הגט. אכן, אם הבעל ישוב לביתו לפני תום השנתיים שקבע, ובכך יקיים את התנאי המבטל את הגירושין, שוב לא יוכל לבטל את התנאי ולקיים את הגירושין למפרע. כך משמע גם מנימוקו של הרא"ש:

אפילו הכי ביטול התנאי מועיל, דמילתא דפשיטא היא, **דיבור מבטל דיבור לקיים המעשה.**⁸

אם כן הנימוק לביטול התנאי הוא, משום ש"אתי דיבור ומבטל דיבור", אבל אחרי שנגמר מעשה הגירושין והתקיים התנאי, אין בכוחו של דיבור (ביטול התנאי) לבטל מעשה (גירושין). כך גם ביאר החזון איש את דברי הרא"ש:

שדעתו [של הרא"ש] שכל זמן שקיים הגט תלוי ועומד, יכול לבטל תנאו, ואתי דיבור **אחרון ומבטל דיבור.**⁹

6. טור אה"ע קמג, בסופו; ומקורו בשו"ת הרא"ש מו, ב.

7. חזון איש קידושין נג, ב.

8. שו"ת הרא"ש מו, ב.

לפיכך ביטול התנאי יכול להיעשות דווקא "כל זמן שקיים הגט תלוי ועומד". אבל אם הבעל קיים את תנאו, ובא בתוך השנתיים, הרי שהתבטל מעשה הגירושין על פי התנאי שנקבע מראש. לאחר ביטול מעשה הגירושין לא יוכל הבעל למחול על התנאי, ולקיים את מעשה הגירושין, כי המחילה היא בגדר דיבור, ובאמצעותו של דיבור לא ניתן לבטל מעשה (הפקעת מעשה הגירושין), לא מכאן ולהבא, ולא למפרע.

לכן גם בנידון שלפנינו, לאחר שהבורר פסק בשנת תשנ"ח, שהמכר בטל לגמרי, בנימוק ששני הצדדים הפרו את תנאיו, לא ניתן להחיל **למפרע** את הבעלות על הקונה, או את זכות המגורים או את זכות השכרת הדירה.

נמצאנו למדים שהחלטת בית-הדין משנת תשס"ד אינה חלה **למפרע**, אלא היא קובעת שרק **מכאן ולהבא** כל הזכויות שבדירה יועברו לקונה. לפיכך הקונה אינו זכאי לתבוע את חלקו בשכר הדירה שקבלו המוכרים מהשוכר בתקופה שקדמה לפסק הדין הנוכחי, כיוון שלאחר פסק הבורר בשנת תשנ"ח, הבעלות על הדירה חזרה במלואה למוכרים, ושכר הדירה שייך להם בלבד.

5. זכויותיו של רוכש דירה שאיננה רשומה

סיבה נוספת מדוע אין להכיר בבעלותו של הקונה, או בזכות השכרת הדירה למפרע: אילו היה הקונה רוכש את הדירה באמצעות מעשה קניין מופר על פי ההלכה, היה מקום לדון שמא המכר חל למפרע, מכוח הקניין שנעשה בעבר. אבל, עסקת המכר דנו, לא בוצעה באמצעות מעשה קניין תקף, המעביר את הבעלות לקונה על פי דין התורה, אלא באמצעות חוזה מכר, שבו נקבעה רק התחייבות של המוכרים, לרשום את הדירה על שם הקונה בלשכת רישום המקרקעין.

כיום מקובל בחוזי מכר דירה לכתוב שהמוכר מתחייב להעביר את הבעלות על הדירה, ולא שבעל הדירה מוכר את הדירה. כיון שהעברת הבעלות בימינו אינה מתבצעת בקנין כסף או בשטר, אלא באמצעות הרישום בטאבו. הרישום הוא קנין **סיטומתא** המקובל היום, שנעשה לקנין היחיד והרשמי בזמן הזה, שיש לו תוקף הן מצד החוק והן מצד מנהג המדינה.

לכן גם אם שולמו חלק מכספי המכירה בשעת החוזה, לכספים אלו אין תוקף של **קנין כסף**, כיוון שהחוזה נכתב בנוסח של **התחייבות** להעברת הבעלות על הדירה **בטאבו**. מכאן שהצדדים הסכימו ביניהם בחוזה, שהמכירה תבצע רק בקנין **סיטומתא** – באמצעות הרישום בטאבו, **ולא קודם לכן**. אשר על כן, הכספים ששולמו עבור המכירה בשעת חתימת החוזה, אין להם תוקף של **קנין כסף**.

אמנם בחוזה נכתב, ש"הקונה מצהיר, כי ידוע לו, שהרישום בטאבו עלול להימשך זמן ניכר". ולכאורה, משמעותה של הצהרה זו היא, שהצדדים הסכימו שהמכר אינו תלוי ברישום בטאבו!⁹

9. חזון אי"ש קידושין, נג, ב.

10. [הערת עורך: גם אם הצדדים קבעו כך במפורש, יש מקום לדון האם ניתן לבצע העברת בעלות על מקרקעין ללא רישום, וראה בעניין זה מאמר של הרב חיים וידאל בספר זה. ע.ר.]

אבל נראה שפירושה של ההצהרה הנזכרת אינו כן. הקונה התכוון לשלם את מלוא הסכום, עוד לפני הרישום בטאבו, כדי שיוכל להיכנס לדירה לפני רישומה בלשכת רישום המקרקעין. לפיכך דין מכירה זו כדין המוכר פירות דקל ומתחייב להעביר לקונה גם את גוף הדקל לאחר זמן. גם כאן, המוכר התחייב למכור את פירות הנכס – זכות המגורים בדירה, במועד השלמת התשלום על הדירה, בעוד שהעברת הבעלות הגמורה על גוף הבית, נקבעה למועד מאוחר יותר – בעת רישום הדירה בלשכת רישום המקרקעין, כי לפי החוק ומנהג המדינה רק רישום שכזה נחשב לקניין גמור.¹¹

אמנם החזון איש כתב:

והלכך אם קנה בכסף והתנה שיקנו לו בלא שטר, או שקנה בחזקה, או קנה בקנין סודר, קנה, אף על גב דלא כתב בטאבו, ולא המוכר ולא הלוקח יכולים לחזור.¹²

לכאורה יש ללמוד מדבריו, שאם הקונה שילם כסף עבור הדירה, הוא קנה את הדירה בקניין גמור, ללא צורך ברישום בטאבו!

אלא שיש להבחין בין הנושא בו אנו עוסקים, למקרה בו דן החזון אי"ש: החזון אי"ש עסק במי שביקש להעביר את הבעלות בדירה **לא לאלתר**, באמצעות קניין כסף או קניין חזקה או קניין סודר, ואף התנה במפורש שהקניין יחול ללא שטר. מה שאין כן בנידון שלפנינו, שידוע לנו שהכסף לא ניתן בתורת **קניין**, כי השטר לא נכתב בנוסח של **מכירה**, אלא בנוסח של **התחייבות**. כך עולה למשל מן הפסקה הבאה בחוזה: "המוכר מתחייב בזה כלפי הקונה... להעביר ולרשום את הזכויות בדירה על שם הקונה בטאבו".

יש לציין שבספר שבט הלוי¹³ כתב שכל זמן שהקונה לא שילם את כל התמורה עבור הדירה, הוא לא קנה את הדירה. זאת, למרות שעל פי דין גם תשלום חלקי נחשב למעשה קנין מספיק, כיון שהמוכר אינו גומר בדעתו לקנות את הדירה עד שהקונה יעמוד בכל התחייבויותיו. אלא שלדעתנו אם הקונה מילא את התחייבויותיו, והמוכר מסר לו את מפתח הדירה, "הרי זו **שעת הקניין**" עוד לפני ההעברה בטאבו.

על דבריו קשה, שהרי בחוזים המקובלים היום, נכתב בפירוש שהבעלות תעבור לקונה בהעברה בטאבו, אחרי שהקונה יסיים את התשלומים! אם כן כיצד יקנה הקונה במסירת המפתח לפני שעת ההעברה בטאבו, בניגוד להתחייבות המוכר בחוזה?

בכל אופן, בחוזה שלפנינו המוכר והקונה ניסחו את שטר המכר ביניהם, כפי שמקובל היום במכירת מקרקעין לכתוב **שטר התחייבות** ולא **שטר מכירה**, משום שהצדדים ידעו שעל פי החוק, אין הבעלות במקרקעין עוברת, אלא לאחר הרישום בלשכת רישום המקרקעין. אם

11. [הערת עורך: גם לפני רישום מלא, ניתן לרשום מכוחו של החוזה הערת אזהרה בטאבו, שתעניק לקונה הגנה מפני נושי המוכרים, ותוצאותיה זהות כמעט לקניין גמור. י.א.]

תשובת הכותב: המוכר התחייב בחוזה להעביר לקונה את הבעלות בצורה מלאה בטאבו, והקונה לא ויתר על זכות זו, אלא שהסכים שההעברה תתבצע במועד מאוחר יותר.

12. חזון איש ח"מ, ליקוטים טז, ה.

13. שו"ת שבט הלוי ט, שו; דבריו הובאו בספר **עמק המשפט** א, סי' טו.

כן ברור הוא שהמוכר לא התכוון למכור את הבית באמצעות שטר או כסף, אלא להתחייב למכור בהמשך על ידי רישום הדירה בטאבו.

כך גם עלה מהמשך החוזה, שם נאמר: "הקונה מצהיר כי ידוע לו שהרישום בטאבו עלול להימשך זמן ניכר". הצהרה זו מוכיחה, שהקונה ידע שרק לאחר רישום הדירה על שמו בלשכת רישום המקרקעין הוא יהיה לבעליה, אך הסכים להתאזר בסבלנות עד העברת הבעלות כמקובל.

עם זאת כאמור לעיל, סוכם ביניהם שהקונה יזכה בזכות השימוש בדירה, עוד לפני רישום הדירה בלשכת רישום המקרקעין. בחוזה נקבע שזכות זו לא תהיה תלויה ברישום הדירה בטאבו, והיא תתחיל במועד בו יסיים הקונה לשלם למוכר את מלוא הסכום על פי החוזה. אבל כיוון שהקונה לא היה מסוגל להשלים את הסכום הנדרש עבור הדירה, פסק הבורר בשנת תשנ"ח, שהעסקה בטלה לגמרי, הן ביחס לגוף הדירה והן ביחס לפירותיה.

לאור האמור כאן, ברור מאליו שאין כל יסוד לטענה, שיש להחיל את העברת הבעלות בדירה למפרע על שם הקונה, אלא רק מכאן ולהבא – משנת תשס"ד, משעה שהעביר בית-הדין את הזכות בבית לקונה, בקביעתו שהדירה תירשם בטאבו על שם הקונה. משעת פסק הדין, היה המוכר צריך להעביר את הדירה בטאבו לאלתר, והקונה זכאי לקבל את חלקו היחסי בשכר הדירה. אם המוכר לא הזדרז לרשום את הדירה בטאבו, הקונה אינו מפסיד בשל כך את חלקו בשכר הדירה. אבל הקונה אינו זכאי לקבל שכר דירה, שנגבה בתקופה שלפני פסק הדין משנת תשס"ד.

באשר לחלקה של האשה בשכר הדירה שנגבה מהשוכר, אין כל יסוד לטענה שיש לקונה זכות בחלק זה, שכן האשה מעולם לא הסכימה לקיים את המכר, לאחר שהוא בוטל בשנת תשנ"ח, וגם פסק הדין של בית הדין משנת תשס"ד, המעביר את הדירה לקונה, אינו חל על חלקה של האשה שלא הייתה צד בדיון, אלא רק משעת פסק-הדין הניתן היום. לפיכך אין לקונה זכות לתבוע למפרע מהאשה את חלקו היחסי בשכר הדירה שגבתה האשה, כיוון שעד היום הייתה הדירה בבעלותה הגמורה, וגבתה את שכר הדירה כדיון.

לפיכך, ההנחה שעמדה בבסיס ההסכם שבין המוכר והקונה, לפיה הדירה נמצאת בבעלות הקונה ויש לו זכות בשכר הדירה, ומכוחה מחל המוכר על הוצאותיו תמורת קיזוז שכר הדירה, מתבררת כשגויה.

למרות זאת, נראה שהפשרה שנעשתה בין בעל המוכרת ובין הקונה, אינה פשרה בטעות, וניתן להחיל אותה גם על אשת המוכר. אמנם עד שנה זו הקונה לא זכה במלוא הזכויות בדירה, אבל הסכם הפשרה שנעשה בשנת תשס"ה בין המוכר ובין הקונה, מהווה פיצוי על ביטול כיסו של הקונה בסך 60,000 דולר, שהרי הקונה שילם למוכרים בשנת תשנ"ה, ונכנס לדירתו רק כעבור שלש עשרה שנה! אילו סכום זה היה בידיו של הקונה, הייתה לו אפשרות להפיק רווחים דומים מהכספים, כגון: על ידי רכישת דירה והשכרתה לאחרים, או שהיה משקיע השקעה אחרת. על המבטל כיסו של חברו נאמר בתלמוד הירושלמי:

הדא אמרה המבטל כיס חבירו, אין לו עליו אלא תרעומת.¹⁴

הלכה זו מובאת גם בהגהות אשרי¹⁵ ובנימוקי-יוסף.¹⁶ הש"ך כתב ש"מבטל כיסו לא הוי אלא גרמא".¹⁷ כיוון שמבטל כיסו מוגדר כגרמא, הרי הוא חייב בדיני שמים, כמבואר במסכת בבא קמא.¹⁸ אכן, מאחר שהאשה חתמה על שטר בוררות והסמיכה את בית-הדין לפשר, ביה"ד מוסמך לפשר אף בגרמא. כך עולה גם מדברי מהר"י ברונא, שפסק שהניזק יכול לתבוע לדין את המזיק בגרמא, ונימוקו הוא:

נהי דפטור בדיני אדם, כיוון שחייב בדיני שמים, אם יכול לגלגל עמו דברים, עד שיפטר עמו לפטרו בדיני שמים.¹⁹

עולה מדבריו, שכאשר קיימת תביעה על נזק שהוא בגדר גרמא, ראוי שהמזיק ישלם סכום חלקי כפשרה, כדי לפטרו מדיני שמים. בהתאם לכך, בית-הדין, שהוסמך מלכתחילה על ידי הצדדים לפשר, רשאי לפשר בנזקי גרמא, כדי לפטרו מדיני שמים.²⁰ לאור זאת, נוכל לראות את ההסכם בין הצדדים כסוג של פשרה, בין התביעה לפיצוי המגיע לקונה על ביטול כיסו, לבין התביעה לפיצוי המגיע למוכר, בשל ההוצאות היתרות שנגרמו לו בשיפוץ הדירה.

הסכם זה נראה הוגן בהתחשב בתביעות ההדדיות של שני הצדדים, וניתן להחיל אותו גם על האשה כיוון שחתמה על שטר הבוררות, שמסמיך את בית-הדין גם לפשרה. לפיכך, גם אם על פי הדין המבטל כיסו של חברו פטור מדיני אדם, מכל מקום כיוון שהמוכרים חייבים בדיני שמים, יש מקום לחייב את המוכר מכוח פשרה לפצות את המוכר על ביטול כיסו, כדי לסלק ממנו דיני שמים. הסכום הסופי שהצדדים הגיעו אליו בפשרה מוסכמת, מפצה את שני הצדדים על תביעותיהם ההדדיות, לכן נראה לביה"ד לקבוע, שהפשרה תחייב אף את האשה.

ג. חיוב שכן בהוצאות הרחבת הדירה שמעליו

1. העובדות

בביה"ד בצפת נידונה השאלה הבאה: התובע גר בקומה שנייה בבית משותף בן שבע קומות, הנתבע גר מתחתיו, בקומה הראשונה. התובע רצצה להרחיב את דירתו פנה לשכניו, כדי שיאשרו את ההרחבה, כמתחייב על פי החוק. השכנים אישרו את ההרחבה, ובעקבות זאת אף התקבל אישור מהעירייה להרחבה משותפת של כל השכנים.

14. ירושלמי בבא מציעא ה, ג.

15. הגהות אשרי על הרא"ש בבא מציעא ט, ג.

16. נימוקי יוסף על הרי"ף בבא מציעא סא, ב.

17. ש"ך חו"מ רצב, טו.

18. בבא קמא ו, א.

19. שו"ת מהר"י ברונא, רמא.

20. נושא התבאר בהרחבה בספרי דיני בוררות, עמ' קפט.

התובע הרחיב את דירתו בקומה השנייה בשטח של 100 מ"ר. לשם כך, היה עליו לבנות עמודים מהקרקע ועד לדירתו הנמצאת בקומה השנייה, כדי שעליהם יוכל ליצוק רצפה. הנתבע הרחיב אף הוא את דירתו בקומה הראשונה, והשתמש ברצפה שהוסיף התובע כתקרה לדירתו, אלא שלא ניצל את כל השטח שמתחת לרצפתו של התובע, והרחיב את דירתו בשטח קטן יותר מזה של התובע.

התובע דורש מהנתבע השתתפות במחצית הוצאות העמודים והתקרה, הן בשטח שהנתבע בנה, והן בשטח שהנתבע עדיין לא בנה בו, משום שהנתבע מתכוון בעתיד להרחיב את דירתו, מתחת לכל השטח שהרחיב התובע. את תביעתו מבסס התובע על דברים שאמר הנתבע בעבר, ועל הצהרותיו בפני בית-הדין, לפיהם בכוונתו להרחיב את דירתו בעתיד, מתחת לכל השטח שבנה התובע.

לעומתו טוען הנתבע, שהוא מוכן לשלם את חלקו בבניית העמודים והרצפה, המשרתים את דירתו עתה, אך אין הוא מוכן להשתתף בהוצאות התובע בבניית העמודים והרצפה בשטח שלא נבנה על ידו, ושאינו משתמש בו.

נוסף על כך טוען הנתבע, שהשתתפותו בהוצאות התובע אינה צריכה להיות כדי מחצית מן ההוצאות, כיוון שבקומות העליונות יש עוד שש דירות, ולפיכך עליו לשלם רק שביעית מהוצאות התובע, ואת יתרת ההוצאות יש לחלק בין שאר השכנים.

2. משמעות הבעת הכוונה להרחיב את הדירה בעתיד

השאלה הראשונה העומדת לדיון היא, האם ניתן כבר עתה לחייב את הנתבע, להשתתף בכל הוצאות התובע, על יסוד הצהרתו שבכוונתו להרחיב דירתו בעתיד, ולעשות שימוש בכל העמודים והרצפה אותם בנה שכנו?

תשובה לשאלה זו נוכל למצוא בדין המשנה, הקובע:

כותל חצר שנפל, מחייבין אותו לבנותו עד ארבע אמות... מדי' אמות ולמעלן אין מחייבין אותו. סמך לו כותל אחר, אע"פ שלא נתן עליו את התקרה, מגלגלין עליו את הכל.²¹

במשנה זו מבואר, שהבונה קיר סמוך לקיר של שכנו, חייב כבר עתה להשתתף בהוצאות בניית הקיר של שכנו, גם אם בשלב זה אין בדעתו לבנות את התקרה, משום שבניית הקיר בסמוך לקיר שבנה חברו, מעידה על רצונו להתחבר בעתיד לקיר שבנה שכנו.

בגמרא²² מובאת דעתו של רב נחמן, לפיה אם אדם בנה קיר, ושכנו סמך לו קיר אחר, שגובהו כדי מחצית מן הקיר הראשון, "למאי דסמך סמך, למאי דלא סמך לא סמך". כלומר אין לחייבו להשתתף בהוצאות בניית כל גובה הקיר, הואיל ומעשיו מוכיחים שבכוונתו לעשות שימוש רק במחצית גובהו של הקיר.

21. בבא בתרא ד,ב.

22. בבא בתרא ה,א.

אולם, מודה רב נחמן "באפריזא וקבעתא דכשורי", דהיינו אם השני חקק בראש הקיר **הנמוך**, כדי להניח קורות, הרי זו הוכחה שבדעתו להגביה את הקיר הנמוך שבנה, עד גובה כותלו של חברו. במקרה זה, יהא על השכן להשתתף בכל ההוצאות שהוציא הראשון, אף שכעת הקיר שבנה, נמוך מן הקיר שבנה הראשון.

דין נוסף המחייב את השכן להשתתף בהוצאות הקיר של הראשון, קיים גם כאשר נפל קיר שבין חצרותיהם של שני שכנים: במשנה נאמר,²³ שכל שותף זכאי לדרוש משותפו, להשתתף עימו בהוצאות בניית קיר חדש, עד גובה של ארבע אמות. בהקשר זה נפסק בשולחן ערוך:

בנה האחד כותל שביניהם והגביהו י' אמות, ובא חברו ובנה כותל אחד כנגדו, או בצידו, והגביה הכותל האחר שש אמות, מחייבין אותו ליתן חלקו בשתי אמות שהוסיף על ד' אמות, שהרי נראה ממעשיו שהוא רוצה בהם, וכן אם חקק בראש הכותל שביניהם מקום להניח בו הקורות, או שבנה עליו קורה גדולה שהקורות נשענים עליה, מחייבים אותו לתת חלקו בשש אמות כולם שהוסיף חברו על הד' אמות, אע"פ שלא בנה הכותל, שהרי **גילה דעתו** שהוא רוצה בכל הגובה הזה.²⁴

עולה מכאן שהשכן חייב להשתתף בהוצאות הראשון, גם אם לא הצהיר בפירוש שברצונו להשתמש בעתיד בקיר שבנה הראשון, אם אכן "**גילה דעתו**" על ידי מעשיו, שברצונו להשתמש בעתיד בכל גובה הקיר שבנה חברו.

ממילא מובן, שכל שכן **שגילה דעתו באמירה מפורשת**, שבעתיד ירצה להשתמש בקיר של חברו, יהיה עליו עתה לשאת בהוצאות, שהרי נכתב בשולחן ערוך: "שהרי **גילה דעתו**", כלומר הקיר שבנה מול קיר השכן, יוצר אומדנא, ומהווה **גילוי דעת**, המחייבו לשלם אע"פ שלא אמר בפירוש. וכל שכן אם **גילה דעתו במפורש**, שברצונו לעשות שימוש בכותלי שכנו בעתיד שיש לחייבו לשלם עתה. אם כן, הנימוק העיקרי, כפי שעולה מדברי השולחן ערוך, שמכוחו חייב השני בהוצאות הראשון, הוא מכח **גילוי הדעת** של השני – **גילוי דעת מכללא**, הניכר בעקיפין מתוך אומדן מעשיו, וכל שכן עפ"י **גילוי דעת ישיר** הנאמר בפירוש. כך גם כתב במפורש רבי משה פיינשטיין, שהשכן מתחייב באחד משני אופנים: או ש"עשה היכר [המעיד על רצונו לעשות שימוש בקיר שבנה שכנו בעתיד], או שאמר בפירוש כן [שבכוונתו לעשות שימוש שכזה]."²⁵

בנידון שלפנינו, השכן **גילה דעתו באמירה מפורשת**, שברצונו להרחיב את דירתו בעתיד, ולעשות שימוש בעמודים וברצפה שבנה שכנו, לכן הוא חייב להשתתף בהוצאות, ואין צורך באומדן דעת נוסף, הניכר מכוח מעשיו. רק כאשר השכן אינו מצהיר על כוונותיו במפורש, יש צורך לאמוד דעתו מתוך מעשיו, אבל אם גילה בפירוש מהו רצונו, אין צורך

23. בבא בתרא ה,א.

24. שולחן ערוך, חו"מ קנז, י.

25. דברות משה בבא בתרא, א, סימן יב, הערה כד.

להזדקק לאומדן הדעת המתגלה במעשיו, והצהרה מפורשת עדיפה על אומדן דעת עקיף. ההלכה למעשה בזמן הזה תתבאר עוד להלן סימן ד.²⁶

3. חיוב בהוצאות מכוח קניין חצר

לכאורה, ניתן היה לחייב את השכן בעל הקומה הראשונה, לשלם עבור הוצאות הבנייה של התקרה והעמודים, מסיבה נוספת:

על הדין המחייב אדם להשתתף בהוצאות הבנייה של חברו, כשהוא בנה קיר נוסף מולו, כתב הנימוקי-יוסף:

ואם תאמר במה קנאו דמחייבים ליה? יש לומר דכיוון שחצי הכותל 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.²⁷

מדברי הנימוקי-יוסף עולה, שהבונה קיר על חלק החצר השייך לשכנו, רואים את הראשון כמי שהסכים להעניק לשכנו בעלות בקיר, באמצעות קניין חצר. לכן הבונה בחצר המשותפת לשכנים, כוונתו היא להקנות את המבנה לשכניו בקניין חצר, שהרי יש לשכנים חלק בחצר המשותפת.

כאמור לעיל, רבי משה פיינשטיין זצ"ל כתב, שדי במעשה או באמירה המעידים על כוונה לבנות. מדבריו למדנו, שמשעה שהנתבע הודיע לתובע על רצונו לבנות, וגם הצהיר בבית-הדין שברצונו לבנות בעתיד, זכה לאלתר בעמודים ובתקרה שנבנו בחצר באמצעות קניין חצר, ובתמורה לחלקו בבנייה, מוטל עליו להשתתף בהוצאות. אלא שכל האמור הוא לפי עיקר דין חז"ל, ואילו ההלכה למעשה בזמן הזה תתבאר להלן סימן ד.

4. משמעות הקניין ללא רישום בטאבו

אכן נראה שאחר שניתן דעתנו לנוהג המקובל היום לפי חוק המדינה, ניווכח שלא ניתן לחייב את הנתבע להשתתף בהוצאות הקמת העמודים או התקרה, מכוח זכיינו בהם בקניין חצר.

לפי המקובל היום הסכמת השכנים להרחבת דירת השכן, ואף אישור ההרחבה מאת העירייה, אין בכוחם להעביר את הבעלות שיש לשאר השכנים בחצר המשותפת, לשכן

26. [הערת עורך: ניתן בהחלט לחלוק ולטעון, שהצהרה שאינה מגובה במעשים אינה רצינית די הצורך כדי ללמד על כוונתו העתידית של אדם, וכמדומני שזו משמעותו של הצורך במעשה קניין דווקא, לפי הסוברים שמעשה קניין נועד לגלות גמירות דעת. י.א.]

תגובת הכותב: להלן סעיף ג' מובאים דברי הנימוקי-יוסף (בבא בתרא דף ג,א בדפי הרי"ף, ד"ה "אבל למעלה מד' אמות") שכתב, שהשני זוכה בכותל שבנה הראשון, בקניין חצר: "כיוון שחצי הכותל עומד הוא על חצירו קנתה לו חצרו." כלומר חצר קונה משעה שנכנס לתוכה החפץ הנקנה, ללא פעולה נוספת מצד בעל החצר, אלא שבעל החצר צריך לגלות את דעתו, על רצונו לקנות את הכותל, וממילא להתחייב לשלם את דמי מחציתו. גילוי דעת אין פירושו מעשה בהכרח ובהחלט גם אמירה מפורשת נחשבת גילוי דעת. יתרה מזו: לגילוי דעת מפורש יש יתרון, משום שהוא גילוי דעת ישיר, בעוד שגילוי דעת הניכר מתוך מעשיו הוא גילוי דעת עקיף.

27. נימוקי יוסף על הרי"ף בבא בתרא, ג,א, ד"ה מתניתין.

שמבקש לבנות שם. הבעלות עוברת רק באמצעות הרישום בטאבו,²⁸ ועל דעת כן נוצרה השותפות בין השכנים.

הסכמת השכנים בכתב להעביר את הבעלות המשותפת לשכן אחד, אינה מהווה מעשה קניין, אלא **התחייבות** בלבד. כבר הוזכר לעיל, שגם חוזה המכר שעליו מקובל כיום לחתום בעת קיומה של עסקת מקרקעין, אינו אלא **התחייבות** להעביר בעתיד את הבעלות במקרקעין, אחרי קבלת התשלום המלא עבורם.

בנידון שלפנינו, השכנים נהגו כמתחייב על פי חוק, וחתמו על אישור הרחבה לכל דיירי הבניין, הן כדי לקבל את האישורים הנדרשים לבנייה, והן כדי שהדירות המורחבות יירשמו בטאבו. למרות זאת מסתבר שבהתאם לנוהג המקובל, יש להניח שהשכנים לא התכוונו להקנות לשכן לאלתר את חלקם בחצר המשותפת, אלא התחייבו להעביר את הבעלות ברכוש המשותף לאחר הרישום בלשכת רישום המקרקעין, הגשת האישורים המתאימים, ולאחר השלמת תשלום ההוצאות לבעל הקומה השנייה.

משום כך יש להניח שגם התובע, בהכירו את הנוהג המקובל, לא התכוון להעביר את העמודים או את התקרה לבעלות הנתבע בקניין חצר. אמנם בזמן חז"ל כשהעברת הבעלות הסתיימה בקניין חצר, ניתן היה להניח כי הבונה מתכוון להעביר את הבעלות לאלתר, אבל בזמן הזה השכנים לא מתכוונים להעביר בעלות, אלא באמצעות הטאבו בלבד. הואיל והנתבע לא זכה בעמודים או בתקרה בקניין חצר, כל עוד לא הסתיימו כל ההליכים לרישום בטאבו, לא ניתן לחייבו להשתתף בהוצאות שכנו, לשם הקמתם, שהרי הנימוקי-יוסף חייב את השכן השני לשלם, רק משום שזכה בקניין חצר במבנה של הראשון.

על אף האמור לעיל, אם הנתבע ירחיב עוד את דירתו, ויעשה שימוש ביתר השטח שמתחת לתוספת הבנייה של התובע, יהיה עליו להשתתף בכל ההוצאות, גם לפני הרישום בטאבו. עילת החיוב היא, משום שזה נהנה וזה חסר, כי הבונה הוציא הוצאות להעמדת עמודים מהקרקע עד הקומה השנייה, והשכן שמתחתיו נהנה מהעמודים והתקרה של חברו. אולם כל עוד לא הרחיב דירתו בשיעור זה, אין לחייבו בהוצאות הקמתם של עמודים או תקרה, משום שאין לו הנאה מהם.

נמצאנו למדים, שחיובו של השכן השני בהוצאות הראשון, בשל הרחבה שעשויה לשמש אותו בעתיד, מותנה בהתקיימותו של **אחד** משני תנאים:

האחד, אם יקנה בקניין גמור את המבנים שנוספו לדירת שכנו, וזאת לאחר שהוסדרה העברת הבעלות החלקים אלה בטאבו, כמקובל בזמן הזה.

השני, אם יעשה שימוש בפועל בחלקים אותם הקים הראשון, אף אם חלקים אלו לא נרשמו על שמו בלשכת רישום המקרקעין.

5. חיוב בשל עליית ערך הדירה

לכאורה יש לחייב את הנתבע להשתתף בהוצאות הבנייה של התובע, גם אם אינו מתכוון

²⁸ [הערת עורך: בקשה כזו מוגשת באמצעות לשכת הרישום אל המפקח על הבתים המשותפים ושם מתקיים הדיון והרישום. כדי לפשט את הדיון נכתב במאמר, שהרישום מתקיים בטאבו. י.א.]

בשעה זו להשתמש במבנה של התובע, משום שיש לו הנאה מקבלת אישור ההרחבה לכל הדירות, אישור זה העלה גם את ערכה של דירתו, כך מקובל בין השמאים שיש ערך גבוה יותר לדירה בעלת זכויות הרחבה!

אולם זכות ההרחבה אינה קשורה להקמת העמודים או התקרה, כי גם ללא הקמת העמודים, נוצרה זכות זו – מכוח הסכמתם המשותפת של כל השכנים.

אמנם יש מקום לדון בחובת בעל הקומה הראשונה להשתתף בהוצאות שכנו, בשל עליית ערך דירתו מכוחה של הבנייה בפועל. כי הקמתם של העמודים והתקרה כרוכה בהוצאה כספית לא מבוטלת, שתיחסך ממי שירכוש עתה את הדירה. דבר זה גורם לעליית ערך הדירה, ושמא משום כך, יש מקום לחייב את השכן להשתתף בהוצאות הבנייה.

כך גם עולה לכאורה במסכת בבא קמא,²⁹ כאשר הנהנה גרם למהנה הוצאות נוספות, דוגמת "היקפא יתירא", דהיינו אם היקף הגדר גדול יותר בגלל שבתוכו נמצא גם השדה של הנהנה, מוטל על הנהנה להשתתף בהוצאות, כיוון ש"זה נהנה וזה חסר – חייב". גם בנידון שלפנינו, אילו הקומה הראשונה לא הייתה קיימת, היה בעל הקומה השנייה הופך לבעל הקומה הראשונה, ובונה על הקרקע, ולא היה צריך לבנות עמודים. נמצא, שהנאת בעל הקומה הראשונה מבניית העמודים כרוכה בחסרונו של בעל הקומה השנייה, מעצם קיומה של הקומה הראשונה. לכן, לכאורה, יש מקום לחייב את בעל הקומה הראשונה לשלם לבעל הקומה השנייה על הנאתו מעליית ערך דירתו.

אולם רבי משה פיינשטיין, שעסק בשאלת החובה לשלם עבור עליית ערכה של דירה, כתב ש"אין צריך לשלם בעד מה שהושבח למכירה, משום דאפשר לא ימכור כלל".³⁰ לפי זה, אין לחייב את הנתבע לשלם מדין נהנה, בשל עליית ערך דירתו, כי אפשר שלא ימכור דירתו לעולם, כשם שאפשר שלא יבנה לעולם.

אלא שמדברי הגר"מ פיינשטיין שם נראה לכאורה ששאלה זו תלויה במחלוקת רב הונא ורב נחמן במסכת בבא בתרא,³¹ בעניין מי שבנה קיר סמוך לקיר שבנה שכנו, שגובהו כדי מחצית גובה הקיר שבנה שכנו. לדעת רב הונא, "סמך לפלגא סמך לכולה", והנהנה משלם לראשון מחצית ההוצאות שנדרשו לו כדי לבנות את הקיר הגבוה, לעומת זאת לדעת רב נחמן, "סמך לפלגא לא סמך לכולא", והנהנה משתתף בהוצאת הקיר רק עד הגובה של הקיר אותו הוא בנה. הגר"מ פיינשטיין ביאר את דעת רב הונא המחייב את הנהנה להשתתף בהוצאות כל גובה הקיר:

במסופק בעצמו שמא יצטרך לסמוך עוד, נמצא שזה גופיה הוא שבח גם היום לעצמו, מה שבידו לסמוך כשיצטרך.³²

כלומר, מחלוקת רב הונא ורב נחמן עוסקת במצב שבו השכן שבנה את הקיר הנמוך מסופק האם יעשה שימוש בעתיד בכל גובה הקיר שבנה שכנו, או שלא יעשה שימוש אלא

29. בבא קמא כ.ב.

30. דברות משה בבא בתרא א, סימן יב הערה כד.

31. בבא בתרא ו.א.

32. דברות משה, שם.

במחצית מגובה הקיר. לדעת רב הונא, השכן שבנה את הקיר הנמוך, נהנה כבר עתה מעצם הידיעה שבעתיד תעמוד לו האפשרות, לעשות שימוש בכל גובה הקיר שבנה שכנו. לעומת זאת, עמדתו של רב נחמן שונה. לדעתו:

כשהוא מסופק נמי, כיוון שאפשר שלא יצטרך, למה לו לקנות קודם שידע בבירור שיצטרך... אין לו למהר לקנות בשביל צורך זה, דהרי יכול לחכות לקנות כשיבורר לו שבודאי צריך... וזה טובר רב נחמן, ולכן למאי דלא סמך לא סמך ופטור.³³

לפי רב נחמן אין לראות את האפשרות ליהנות מנכס בעתיד כהנאה ממשית כבר עתה. לכן, כל עוד לא נהנה בפועל מן הקיר שבנה שכנו, אין לחייבו להשתתף בהוצאותיו. ולענייננו, כיוון שההנאה מעליית ערכה של הדירה מותנית, לדעת רב נחמן שהלכה כמותו, בכך שהשכן ייהנה בפועל מכך, לא ניתן לחייב את בעל הקומה התחתונה להשתתף במלוא הוצאותיו של בעל הקומה השנייה, בהסתמך על האפשרות שהוא ייהנה בעתיד מעליית ערך הדירה, כשימכור אותה, כי לא ידוע אם ימכור, או לא ימכור את הדירה.

6. שיעור ההשתתפות בהוצאות

עתה יש לברר מהו הסכום שבעל הקומה התחתונה צריך לשלם עבור החלק שכבר בנה, וכן כמה עליו לשלם אם בעתיד ירחיב את דירתו בכל שטח ההרחבה. האם עליו לשאת רק ב-1/7 מן ההוצאות – כטענת הנתבע, והתובע יגבה את שאר ההוצאות מהשכנים האחרים, אם וכאשר יבנו השכנים גם הם, או שמא עליו לשלם מחצית מן ההוצאות – כטענת התובע?

שאלה זו צריכה להיבחן על פי ההנאה שמפיקים השכנים בפועל מן הבנייה. באותו החלק שהתובע הרחיב דירתו, עושה הנתבע שימוש בעמודים ובתקרה שבנה שכנו. הנאה זו משותפת לו ולשכנו מן הקומה השנייה, ובשל כך יש לחייבו במחצית מן ההוצאות שנדרשו לשם בנייתם של החלקים מהם הוא נהנה. בשלב זה, יתר השכנים אינם נהנים מן הבנייה, וספק אם ייהנו ממנה בעתיד. לעיל כתבנו בשם הגר"מ פיינשטיין זצ"ל, שאין לחייב שכן בגלל הנאה מסופקת, ולכן לא ניתן לחייבם להשתתף בהוצאות הבנייה. אכן, אם וכאשר ירחיבו שכנים אחרים את דירתם, יהיה מקום לדון בחיובם להשתתף בהחזר הוצאות התובע והנתבע.

7. מסקנה

הנתבע חייב לשלם מחצית ההוצאות שהוציא התובע לשם הקמת העמודים והתקרה רק בשטח המשמש את הנתבע בשעה זו. אך הוא פטור מהשתתפות בהוצאות שהוציא התובע בשטח שהנתבע אינו נהנה ממנו, ואינו עושה בו שימוש בשעה זו.