

# מאורות תורת המשפט

## תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

גליון מספר 96

מסלח חינם מדי שבועיים, להצטרפות: [meorothamishpat@gmail.com](mailto:meorothamishpat@gmail.com)

ח' שבט תשפ"א

### הוציא מרפסת באישור והיא מחשיכה לשכינו

#### המקרה:

שכן ביקש להוציא מרפסת, רוב שכניו הסכימו לכך, וקיבל היתר מוועדת תכנון ובנייה העירונית, והחל ביציקת המרפסת. השכן תחתיו מבקש להפסיק את בניית המרפסת בשל טענת החשכת ביתו.

**טענת השכן התחתון:** בשל בניית המרפסת העליונה, פינת האוכל/ הישיבה בביתי הוחשכה. לדבריו, הוא התריע לפני הבנייה בשכנו, לבל יבנה לפני מצוי ברור היתר לבנייה זו.

**טענת השכן העליון, הבונה:** היתה הזדמנות לכל המבקש להגיש התנגדות לוועדה העירונית לבנייה זו, והמנעותו מל הגיש התנגדות כדין, מהווה כמחילה על טענותיו וזכויות גם אם היו לו.

#### תשובה

השכן העליון מחוייב להסיר את החלק של המרפסת שבנה, שמונעת את האורה בבית התחתון, כפי שיעריך מומחה, ויותר גודל מרפסת שהחשכת האורה לתחתון הינה זניחה.

אין בהנפקת אישור מהעירייה להוות תוקף לעשיית נזק לזולת, ולא כמוחזק בבנייה, ואין לראות בחוסר מעש של התחתון כשלא הגיש ערר לוועדה העירונית כמחילה או הודאה לאפשר את בניית המרפסת.

לו היה תוכנית בנייה לבנין הכוללות בניית מרפסות טרם נכנסו הדיירים, לא היה יכול למנוע מלהוציא מרפסת, כיון שעל דעת הכי נכנסו לבניין, ומעולם לא זכה בהנאת האורה.

#### נימוקי הדין

##### טענת מניעת אורה

איתא בגמ' בב"ב כ"ב ב"ד: 'הנהו בי תרי אחי דפלגי בהדי הדדי, חד מטייה אספלידא (טרקלין) וחד מטייה תרביצא (רש"י כאר כד"ה 'תרביצא': צינה שבצר הטרקלין, שהתה מאירה לתוכה), אזל ההוא דמטייה תרביצא וקא בני אשיתא אפומא דאספלידא. א"ל קא מאפלת עלי. א"ל בדידי קא בנינא. אמר רב חמא: בדין קאמר ליה (ופירש רש"י כד"ה 'כדנפשא' אנה בנינא': 'בשלי אני בונה, ואתה אין לך עלי חזקת אורה של שלש שנים, והשתא הוא דפלגיננהו'). נחלקו הראשונים בביאור טענת בעל הטרקלין;

**א.** רש"י באר שטענת בעל הטרקלין נסיבה על כך שבעל הגינה מאפיל בבנייתו וגורם להחשכת הטרקלין. טענת אורה. להבנה זו, האפלת הדירה הסמוכה גורעת את השימוש בבית, כלשון התוס' כד"ה 'א"ל בדידי': 'עד שלא יהא ראוי להשתמש בו יפה'. וברא"ש מבואר שבטענה זו יש להבהיר את הנזק בעטייה של האפלה: 'דבית שאין בו אורה מה הוא שוה'. אומנם, יש לבחון כל טענה לגופה כפי שציין ר"י המובא בתוס' וברא"ש, והיכא שהקיר מאפיל על אכסדרה המוארת מצד עצמה, לא ניתן למנוע בניית השכן: 'אבל אם יש שם אורה יתירה כמו אכסדרא, יכול למעט האורה, ובלבד שישאר בו אורה שיהא ראוי לדירה, כי אדעתא דהכי לא עלו אהדי אלא שיהא בית ראוי לדירה'.

המהרי"ט בתש"ח ס"א ס"ו קלב באר שבבניית כותל שמונעת אורה הינו עושה נזק בגירי, ואינו רק כגרמא: 'וכן זה שבונה כותלו וסותם חלונותיו של חברו שתכף זה מזיקו באפילה. ולא תימא דמניעת האור לא מקרי גירי דיליה לפי שאינו גורם הנזק אלא מניעת התועלת'. הרי שמניעת האורה מוגדרת כנזק בגירי.

בכך יש לבאר את דברי רב נחמן ב"ד כ"ב ב"ד: 'לגבי חזקת הסותם בפני חברו: 'לא לתר הוי חזקה, שאין אדם עשוי שסותמים אורו בפניו ושותק'. שכיון שזנזק האפלה כ"כ גדול, היה צריך השכן הניזק למחות בפניו מיידית, ושתיקתו מתפרשת כמחילה.

כן נפסק בשו"ע בס"י קנ"ד ס"א: 'אם בא חברו לבנות כותלו כנגד החלון כדי שיסיר היזק ראיתו, צריך להרחיק את כותלו מכנגד החלון ד' אמות כדי שלא יאפיל עליו, וכיון שהרחיק ארבע אמות אע"פ שמאפיל, אינו צריך להרחיק יותר' (למעט בבניית כותל בפני חלון בית הכנסת, שמרן השו"ע או"ח בס"י קנ"ד ס"א: 'הנה דין זה להרחיק מחלונות ביהכ"ס יותר מד' אמות הוא דבר חדש אשר המציא בעל ספר האגודה מדעתו, ולא למדנו דבר זה מדברי הראשונים הר"ף והרמב"ם והרא"ש, ואדרבא משמעות דברי הרשב"א... ד' אמות שאמרו מחלונות של חברו, שיעור מוחלט הוא. ובעל האגודה הוא שהמציא דין זה... ואמנם כיון שבעל האגודה היה קדמון ולא מצינו בקדמונים מי שחולק עליו בפרוש, והביא לפסק הלכה בלי שום חולק, וגם בדברי משה

ישוּם אחד מכל האחרונים נשא כלי השו"ע לא חלק, ע"כ אין לנו להשגיח על תשובת האחרונים. והכנה"ג נקט שדרוש להרחיק מחלון ביהכ"נ שמונה אמות אף אם הוא צריך אורה מרובה. כלומר, אם תנאי המקום דורשים אור גדול אזי מחייב להרחיק מעבר למרחק זה, וכן העלה בשו"ת מנחת יצחק ח"ו סי' קע אות ב, שכיון שרוב אורה במקום המדובר הינו משובח, מחייב להרחיק יותר מר' אמות). מרן תמך יסודו על דברי הרשב"א בתש"ח סי' קנו שמוגדר כמזיק בבנייה שבתוך ד' אמות, ולא מעבר לכך: 'ושמעון טוען שיש בין כותלו וחלונו ארבע אמות, כל שיש הרחקת ד' אמות אינו נמנע מלבנות, שאינו מאפיל. וראובן אומר שלא אמרו ד' אמות דוקא א"כ הוסר היוזק האפילה... הדין עם שמעון, דד' אמות שאמרו, שעור מוחלט אמרו, שכך שערו חכמים שבכך די לו'. אומנם הרמב"ם בריש פ"ז משכנים לא הזכיר מידת מרחק שאסור לבנות, וסתם שכל בנייה שמאפילה מוגדרת כנוזק: 'צריך להרחיק את הכותל מכנגד החלון ארבע אמות כדי שלא יאפיל עליו, ולא התיר לבנות ממרחק יותר ד' אמות בעוד שהוא מאפיל על שכנו.

**ב.** ר"ת שהובא בתוס' שם בריה"א' הביין שטענת בעל הטרקלין הינה שהוא ניזק בשל הכותל שבנה בעל הגינה, שכן מרחבי הנוף שלו מצטמצמות, ולא יוכל לפקח ולראות מהטרקלין את שדותיו מחמתו, אך לא מדובר במניעת אורה: 'ומפרש ר"ת שמאספילדיא היה יכול לראות לשדותיו דרך התרביצא ודקאמר מאפלת עליו היינו שדה מעכבו שלא היה יכול לראות שדותיו, וקרי לה נמי אידרונא שלא היה יכול להביט למרחוק'.

כן באר הרא"ש שם בס"כ: 'ר"ת ז"ל פי' הא דקמאפלת עלי דקאמר לאו משום אורה, אלא משום שמאותה אספילדיא היה רואה בעד התרביצא שדותיו הרחוקים. דאי כפרש"י שמפרש שהיה מאפיל שלא היה אור בטרקלין, מאי קאמר באורא לא עלו, פשיטא דעלו באורא דבית שאין בו אורה מה הוא שוה. וכן היא דאין להן חלונות זה על זה איירי כגון שהיה רואה בעד חלונות של אחיו כל שדותיו, ויכול אחיו לסותמה. והשתא ניחא דהוה דומיא דאין להן דרך זה על זה ולא אמת המים והאי דקרו ליה אנדרונא לפי שאין יכול להביט מרחוק'. וכ"כ המרדכי שם רמז תעג ובשו"ת המב"ט ח"א סי' שכנ הראשון.

אמנם הפת"ש בס"י קנד ס"ק הביא משו"ת מהרלב"ח בס"י מר והכנה"ג בס"י קנד ס"ק כט שאין ממש בטענת הסתרת הנוף: 'מונע ממנו ההבטה לאורך השוק אשר הוא רואה מביתו... וטענת ראובן אינה כלום, דהיזק ראייה שנינו, מניעת ראייה לא שנינו'.

לשיטתם (לא נרחיב בגליון זה על נזק של הסתרת נוף, הדברים ארוכים), אין למנוע מבניית כותל מכח טענה מעין זו, פרט למציאות שהנוף היווה אבן יסוד לערך הדירה, וערך הדירה יורד בשל מעשיו. כפי שכתב הרא"ש בשו"ת כלל ה"ס ג: 'ראובן יש לו מקום מושב בבית הכנסת סמוך למקום מושבו של שמעון. וראובן הנזכר רוצה לעשות מחיצה בין מקומו למקום שמעון ושמעון מעכב עליו שהוא אומר כי עתה הוא ראשון וכשיהיה שם מחיצה לא יהיה ראשון ונמצא שהוא מפסידו. וראובן אומר שאינו יכול לעכבו לפי שבידו הוא להשיב מקומו ולעשות בשלו מחיצה כי לא נשתעבד לו לכך... אמנם אם נהגו במדינות הללו כשמוכרים מקומות בבית הכנסת שמוכרים מושב הראש ביוקר והשני בפחות וכן כלם נפחתים לפי התרחקם ממושבו הראש. אם עתה בחלוק מחיצה יפסיד מקום מושב הראש חשיבתו לא יוכל ראובן לחלק כי אדעתא דהכי קנה מקומו בפחות מדאי מושב הראש, שאם יוכל לעשות מקומו ראש למה נפחת דמי מקומו'.

כ"כ בשו"ת חת"ס א"ח סי' כו: 'אמנם אם מנהג המקום להעלות בדמים בשביל זה, ואלו כשקנו מקומות הללו קנאו בודל וע"י שעושה מחיצה ונתעלה נתייקר מקום מושבו ונפחת מקום שמעון, נמצא גורם לו הפסד בממונו, אז אין ראובן רשאי לעשות מחיצה אף על פי שעושה בשלו, זהו כוונתו בס"י ג' אלא שהוא מוטעה קצת'. וכן הוא בדברי המהרש"ם ח"ג סי' שנו שבמקום שיש הפסד כספי הגם שיש בכך מחלוקת הפוסקים, אינו יכול להסתיר את הנוף: 'ומה ששאל... והשני טוען שמדק לו היזק ראי' שאינו יכול להסתכל בעומד על פתחו להלאה... אבל מ"מ היכא דהשני יש לו חנות שמתפרנס ממנו, נראה דלכ"ע יוכל למחות בו שמזיקו במניעת ביאת הקונים אליו, ע"י שלא נראה פתח חנותו מרחוק'.

### בניית מרפסת מעל חלון

על פי האמור לעיל, כאשר השכן העליון מוציא מרפסת מעל חלון וסלון חבירו הינו מזיק אותו בהחשכת הדירה, בעוד לתחתון ישנה חזקת אורה מכבר בביתו, ויש לו זכות לעכב את המונע זאת ממנו, כמבואר ברמ"א בס"י קנד סעי' ז.

אף לו יש לתחתון חלון נוסף בסלון, עדיין כל שהחשכת הדירה ניכרת, יש בידו למחות מלהוציא מרפסת.

הרא"ש בב"ב פ"א סי' כ הגדיר, שרק כנגד רחבה פתוחה לשמים ניתן לבנות, שכן אין בכך כדי להפחית מאורה באופן משמעותי: אם יש שם אורה יתירה כמו אכסדרא יכול למעט האורה ובלבד שישאר בו אורה שיהא ראוי לדירה, כי אדעתא דהכי לא עלו אהדרי אלא שיהא בית ראוי לדירה'. אך במקום סגור, טענת מיעוט אורה תתקבל, ויכול למחות בבונה כנגדו. כן הביא הרמ"א בס"י קנד סעי' כו: 'ודוקא באכסדרה שיש לו אור יותר מדאי, אבל החלונות הצריכים לבית אינו יכול לבנות כנגדו, וכל שכן שלא לסתמו, דבית בלא אור אינו שוה כלום'. וכן פסק השו"ע עצמו שם סעי' כה: 'אם פתח בתקרתו עלייתו כעין ארובה ומשם נכנס אור לביתו, אם בא שכנו לבנות אינו צריך להרחיק כלל'. וראה בביאור הגר"א ס"ק קא שכל שנכנס האור מלמעלה לא מתקבלת טענת החשכה. אולם בעל חלון מהצד יכול למחות ולטעון כנגד הבונה כנגדו בשל החשכת דירתו גם אם לחלל חדר זה ישנו חלון נוסף.

### קביעת מנהג המקום

יש שסברו שיש בבנייה עפ"י אישור מהעירייה בכדי להתיר החשכה מעין זו, שכן זהו מנהג המקום. וכך מצאתי שהביאו;

בעמק המשפט ח"ג סי' כג אותי כתב: 'דבזמננו אולי גם הכסף קדשים יודה דניתן להוציא מרפסת מעל חלון באיזה שהוא שיעור להרחקה, דהרי המנהג של העיריות הוא לאשר בניית מרפסת מעל החלונות, והמנהג הוא אכן לבנות ברשיונות הניתנים לכך,

וכיון שיש מנהג בזה בזמננו אולי יש לדון דאולי גם הכסף קדשים יודה. וכן כתב בשו"ת שערי יושר חניניה, ח"א ה"מ ס"י נה עמ' סג בשם הגרי"ש אלישיב זצ"ל שההרחקה בחזקת אורה של חלונות צריך להיות לפי המנהג של העיריה.

מסתבר שהדברים אמורים רק במנהגי בנייה שמעבר לד' אמות, אך לא יהא כח ביד מנהג ואישור עירוני לאפשר לבנות בתוך ד' אמות. ברם, יהא משמעות למנהג המקום לבנייה שתאפיל על השכן אם הרחיק כנדרש.

במנחת יצחק ח"ו ס"י קע, יז כתב דעדיין הוי ספיקא דדינא אם סגי בהרחקה של ד' אמות בגובה, ומסיק שם בנדון דידיה שיש לשלוח מומחה שיבדוק את הענין לגופו אם הגדלת המרפסת תמנע חדירת אור, וכיון שמסקנתו של המומחה היתה שהדבר לא ימנע את חדירת קרני האור, הוי זה נהנה וזה לא חסר. ונראה שאף בנדו"ד יש לבדוק ע"י מומחה, אם ע"י תוספת הבניה ימנע כניסת אור לדייר התחתון באופן משמעותי.

### משקלה של אישור וועדה עירונית

השכן העליון הגיש בקשה לוועדת תכנון ובניה בעיריה, והיא המתינה זמן מסויים לאפשר להגיש התנגדויות, ובהעדר כל ערר על בקשת העותר, הנפיקה אישור על הוצאת המרפסת על פי המסמכים שהגיש. כעת נטען שהעדר הגשת ערר לוועדה הממונה על אישור הבנייה, מהווה כמחילה על זכות המחאה ועל היכולת למנוע משכנו מלהאפיל עליו.

הדרכי משה בס"י קטג כתב בשם הגהות מיימוני בהל' תפילה פרק יא אות ב שבכל מחלוקת ציבורית יש להתאסף יחדיו: ויקבלו עליהם שכל אחד יאמר דעתו לשם שמים, וילכו אחר הרוב... והמסר לומר דעתו עפ"י החרם, בטלה דעתו ואזלינן בתר רוב הנשארם האומרים דעתם'. כלומר, מאחר שהתאפשר לכולם להציג עמדתם, הבוחר שלא להעלות ולהציג את טענותיו, יפסיד, ויכופף הרוב עליו את החלטתו.

הטור בהלכות גביית מלוה בס"י קד הביא בשם תשובת הרא"ש, שאם הנפגע הזניח הזדמנות שכרוז בישר עליה שניתן להגיש ערר, אזי זכאותו בטילה: 'שאלה לא"א הרא"ש ז"ל ששאלת ב"ח שגבה חובו מבתי שמעון בכתב שלטון העיר אחר שעשו הכרזה שלשים יום, אח"כ בא ב"ח המוקדם להוציא ממנו וטען המאוחר כיון שלא ערערת בשעת הכרזה הפסדת כחך. תשובה. אם היה הכרוז יוצא כל מי שיש לו זכות ושיעבוד על קרקע זה יבא ויערער, וכל מי שלא יערער עתה יבטלו זכויותיו. כיון שנהגו כן, דינא דמלכותא הוא ובטלו זכויותיו. אבל אם בסתם הכריזו כל מי שיש לו זכות יבא ויערער, לא בטלו זכויותו למי שלא בא בשביל השתיקה, שאין כאן מחילה, ושמה לא היה נראה לו שיש מקום וזמן באותה שעה'. כן עולה מתשובת הרשב"א שהביא הדרכי משה שם סק"ד: 'כתב בתשובת הרשב"א סימן תצ"ג קהל שהכריזו ונתנו זמן שכל מי שלא יבוא לזמן פלוני יאבד זכותו, ואחד טוען שלא שמע ההכרזה נאמן, דלא שייך חברך חבא אית ליה אלא לענין מחאת חזקה'.

קביעת מועד זמן ערעור נפסק לדינא בשו"ע שם בס"י קד סעי' ב: בעל חוב שגבה חובו... בכתב שלטון העיר שעשו הכרזה יום אחד, אחר כך בא בעל חוב (המוקדם) להוציא ממנו, וטוען המאוחר כיון שלא ערערת בשעת הכרזה הפסדת בכך, אם היה הכרוז יוצא כל מי שיש לו זכות ושיעבוד על קרקע זה יבא ויערער וכל מי שלא יערער יבטלו זכויותיו, אם נהגו כן, דינא דמלכותא הוא, ובטלו זכויותיו. והביא הרמ"א את דברי הרשב"א: 'ואם הכריזו שכל מי שלא יבא יבא זכויותיו, ואחד טען שלא שמע ההכרזה, מהני טענה שלו, ולא אמרינן חבא חבא אית ליה'. הסמ"ע שם סק"ד הביא מתשובת הרמב"ן, שהפקעת זכותו חלה מכה הפקר ב"ד, ולא מעצם המנעותו מלערער: 'שם בתשובות [המיוחסות ל]רמב"ן... מסיק וכתב, דאם הסיוז הקהל דאף מי שלא ישמע יפסיד, הרשות בידם, דהפקר ב"ד הפקר. אלא שהפתי"ש שם סק"ב סבר שיש לבחון כל בקשה ועיון מדוע לא ערער, ויש מצבים שהזנחת התביעה לא מהווה כוויתור ומחילה'.

הפתי"ש בס"י קטג סק"א הביא משמיה דהחת"ס בס"י קטז שחוסר מחאה והתנגדות לתוכנית, מהווה כהסכמה: 'אודות שבקדילתו הטיל השר נתינה חדשה על הציבור, והכריזו המבוררים כמה פעמים שכל הבעלי בתים יבואו לפקח באיזה אופן יוציאו המעות המתוכן, ובכל זאת לא באו רק שלשים בעלי בתים... וכולם הסכימו בכך, וגם הדבר נודע לכל בני הקהילה ולא מיחו... דמה שלא באו לאסיפה רק כמו שלשים בעלי בתים, מ"מ כיון שהכריזו בפרהסיא שיבואו כולם, מי שלא בא הוי כמוסר כחו לאותן שבאו לאסיפת הקהל... ומכ"ש בנדון דידן שלא ערערו מעולם על מה שביירו אלו השלשים בעלי בתים'.

בשו"ת מהרשד"ם בס"י רפה דן בשאלתינו, האם הזנחת העירעור מבטלת זכות מחאה בעתיד: 'אם היה ההכרזה יוצא כל מי שיש לו זכות וטענה ושיעבוד על קרקע זה יבא ויודיע ויערער, ואם ישתוק ויעלים עתה ערעורו יבטלו כל זכויותו שיביא מכאן ולהבא, כיון שנהגו כן דינא דמלכותא הוא ובטלו כל הזכויות. אבל אם בסתם הכריזו כל מי שיש לו ערעור יבא ויערער, לא נתבטלו הזכויות בשביל השתיקה, ואין כאן מחילה, דשמה לא היה מקום וזמן לתבוע באותה שעה'. הרי אף שהיה נכון שבהתעלמות מהגשת עירעור יבטלו זכויותיו, עדיין יש לבחון אם יש לראות בהמנעותו זאת כמחילה על זכויותיו.

השכן העליון קבל מכבר אישור מהעיריה לבניית המרפסת, ורואה בכך היתר המגן את צעדיו גם עפ"י הלכה.

פשוט הוא שאין בקבלת אישור עירוני יש בכדי למנוע טענת נזק, שכן אין היתר לגורם זר להתיר נזק בבית זולתו. וזכות הטוען להיותו ניזק ונפגע לזעוק ולהוכיח את מידת הפגיעה שלו באם קיימת. ובנסיבות אלו המזיק נדרש לבאר מדוע לא חרג בבנייתו מזכויותיו, ולנמק מדוע אין לניזק טרוניה המעוגנת בהלכה כנגדו.

אולם, יש לדון אם בעובדה שלא הגיש ערר על בניית שכנו לוועדה העירונית יש בכדי למחול על הנזק, ובכך איבד זכות מחאה בשכנו.

הגמ' בב"ב ברך ס. אמרה שבבנייה כנגד חלון לאלתר היא חזקה: 'שאינן אדם עשוי שסותמים אורו בפניו ושותק'. הרמב"ם בהל' שכני ס"ז ה"ז פסק זאת: 'מי שהיתה לו חלון מוחזקת ובא חבירו ובנה כנגדה או מצדדיה בלא הרחקה או סתמה, ושתק בעל החלון, אינו יכול לחזור ולערער לפתוח החלון או להרחיק הבניין. שכיון ששתק, מחל. שאין אדם עשוי שסותמין אדו בפניו ושותק, אלא א"כ מחל'. ובהשגת הראב"ד כתב: 'לפי דעתי יש הפרש בין סותם למאפיל, שהסותם לאלתר והמאפיל ל'יום'. ובאבן האזל שם באר בדעת הראב"ד דיסוד דבריו הינם בשל חוסר הקפדת הניזק: 'דעד ל'יום לא קפיד אינש'. אלא די ש לדון אם לא נעשתה הבניה באופן עראי, אם אכתי נימא דלא קפיד אינש.

בביאור הטעם שלא לאלתר היא חזקה, נאמרו שני הסברים. הרשב"ם באר, דמדשתק 'אודי אודי ליה', דשלא כדין החזיק בחלון מעיקרא. אך ברמב"ם הלעיל מבואר דהשתיקה מהווה כמחילה: 'שכיון ששתק, מחל, שאין אדם עשוי שסותמין אורו בפניו ושותק א"כ מחל'. ובאר הקצוה"ח בס"ד קנר סק"ד ששיעור זמן המחאה על סתימת חלון הינו חריג ונקבע לאלתר, מפאת גדול הנזק הניכר באופן מיידי: 'דהחילוק בין לאלתר של שאר נזקין ובין לאלתר דסתימת חלון, דבשאר נזקין נהי דאין צריך שלש שנים אבל עכ"פ זמן מה בעינין שעורא שיכול להתברר לניזק, ובתר שעורא הנזכר תו אין הניזק נאמן לומר לא ידעתי. ובל אלתר דסתימת חלון לא בעי שעורא כלל ומשום דהנזק תיכף מתברר'. ויש להגדיר את המנעות השכן מלהגיש התנגדות לוועדה העירונית בגין הוצאת המרפסת אם מהווה כמחילה או כהודאה (יש לכך נפק"מ, אם יכול לטעון שהודאתו מבוססת על טעות, אך אם יש בכך מחילה, לא יוכל לחזור בו מכן).

ראשית, יש לברר אם ידע השכן התחתון מהגשת הבקשה להוציא מרפסת ודבר יכולתו להגיש ערר, וכן יש לוודא שידע מהיקף הבנייה וגודל המרפסת שמבקש להוציא, שכן אפשר שסבר שממדי המרפסת קטנים ומניעת האורה תהיה זניחה. וכן אם השכן התחתון לא ניגש לוועדה העירונית משום שטענותיו המעוגנות בהלכה אינם נר לרגלי הוועדה, ומשום כן, אין בהיתר זה כדי למנוע את זכויותיו שבהלכה.

מעבר לכך, יש לחדד שאין חובת המחאה רק בשל היתר ואישור, אלא משעת הנזק בפועל, שכן רק כשרואה את הנזק בפועל ואת משמעותו מחייב לזעוק ולמחות בבית הדין, ולא מעת הגשת הבקשה ואף לא מזמן השגת האישורים, שכן הניזק בפרק זמן זה לא חווה את הנזק (ראי לא נימא כן, ימתיין המוציא אישור בניגוד להלכה פרק זמן של זכות המחאה, ואחר כך יבנה בהיזק לחברו, וינפץ בנקודת זמן שקיבל את האישור, ויטען שאין הניזק יכול למחות בו לאחר תקופה ארוכה מעת שהאישור הונפק). כך שאין בהיתר זה כדי לנגח ולבטל את זכות מחאת הניזק משהופיע הנזק בפועל.

יש לציין, שאם תוכניות הבניין כללו אפשרות להוצאת מרפסת, אזי מעולם לא זכה השכן התחתון בחזקת אורה, שכן נכסו לדור על דעת שיבנה מרפסת מתי שהוא, ואף ללא מחאת יתר שכניו, לא החזיק עליהם, ויוכלו להוציא מרפסת על פי התוכניות המוכנות מכבר.

בנידון שלנו, השכן התחתון מוחזק מזה כמה וכמה שנים בחזקת האורה שלו, ומיד משנכח שבניית המרפסת שעליו חורגת ממרפסת קטנה שנאמר לו, ניגש למחות בו והגיש צו מניעה לבית הדין (גם טרום הבניה, עוד בהליך של הוצאת האישורים ברר עם שבו מלמעלה, אך זה נתן לו להבין שהמרפסת לא תפר לו את דירתו שטופת השמש בשל מימדיה), כך שלא החזיק עליו השכן העליון, ואין לראות בחוסר מעש שלו מול הוועדה העירונית כמחילה או הודאה המתירה את הוצאת המרפסת. ואין בספקות דלעיל כדי להוציא מד בעל החלון המוחזק, כפי שהרמ"א בס"י קנר סעי' יב כתב: 'בעל החלון נקרא מוחזק ועל בעל החצר להביא ראיה', כמבואר בש"ך שם ס"ק יד. ובכגון דא, יהא חייב השכן העליון לסתור את בנייתו, ולהותיר לעצמו מרפסת קטנה, שאין בה כדי להחשיך את דירת התחתון (אף אם לא היה שווה לו להוציא הוצאה יקרה כ"כ על הוצאת מרפסת קטנת מימדים).