

בית דין ירושלים

לדיני ממונות ובירורי יוחסין

בהרכב הדיינים: הרב מרדכי אייכלר, אב"ד; הרב יהושע הלוי לוין; הרב מרדכי א. הייזלר.

דייר עליון ששינה את צינור הביוב העובר בבית השכן

תיק מס': 2799פב

(ערך התביעה: כ-100,000 שקל. לתשומת לב: נימוקים אלו עתידים להתפרסם בספר "פסקי דין – ירושלים" כרך טז, לאחר השלמת עריכה הגהות תיקונים ותוספות)

נושא הדיון

התובע שגר מתחת לדירת הנתבע בבנין ישן, טוען שהנתבע הגדיל את צינור הביוב הראשי היורד בתוך חלל הדירות ממעלה למטה. ואף הוסיף לו חיבורי שירותים שלא היה מוחזק בהם בעבר, ולא עוד אלא שהחיבורים וההוספה הם בתוך חלל דירת התובע. הוא תובע לסלק את התוספת והחזרת המצב לקדמותו. הנתבע מכחיש את השינוי, טען שהוא מוחזק מעולם במצב הקיים כעת, ולחילופין שזכותו להוסיף חיבורים במיקום שבו הוא מוחזק, היכן שכבר היה לו חיבור מתחילת הצבת הצינור. כמו"כ טען שהחזרת מצב תבטל את השירותים שלו לגמרי, וכי התנגדות התובע וטענותיו הם רק צרות עין ואין לו שום נזק.

טענות נוספות של התובע: א. בעת חציבת העליון בבטון של הרצפה להנחת צינורות ביוב חדשים ולחימום תת רצפתי, נוצרו סדקים בקירות (מומחה מטעם ביה"ד שלל סכנת קריסת המבנה). ב. קרמיקות שנפלו מחמת הרעידות של הבניה, וכן נזילות ורטיבות וכתמים, ונזקי רטיבות מחמת שהפועלים השאירו צינור פתוח ברציפות. (הנת' מעוניין לתקן את הנזק ע"י הקבלן שלו, והתו' דורש תשלום כספי). ג. בעקבות הרעש העז במיוחד שנמשך כ-6 שבועות חלה התו' בליבו, ותפקודו ירד ל-50%. (הביא מסמכים רפואיים, וכן מסקנת הבודק מטעם ביה"ד שהרעש היה לא סביר ולא כמקובל בשיפוצים). ד. שהתקרה היא בבעלותו ואסור היה לנת' לשנותה, לחצוב בבטון או לדקקו. (הנת' מכחיש שחצב או דיקק את הבטון).

לטענת התו', הנת' הרחיק את האסלות ממקומם המקורי צמוד לצינור, וע"כ נצרך לשיפוע רב ולכן החיבור התבצע מתחת לרצפתם בתוך חלל בית התו'. וגם הוסיף שירותים שני ובעבר היה רק אחד. הסיבות שהנתבע חייב לסלק את הצינור: מפני שזה בביתו, ומפני שממעט את גודל ביתו בשיפוע של 60 ס"מ בגובה, ומחמת שהצינור אינו תקני, ובגלל שעתיד להיסתם בשלב כלשהו ולהתפוצץ מחמת העיקול שבו לפני החיבור לצינור הראשי

ואז יזיק לביתו, ומפני שיוצא ממנו לפעמים ריח ביוב קשה לביתו. ואם הנתבע לא יוציא את הצינור, זכותו של התו' להוציאו בעצמו ע"פ הנפסק בסימן שי"ט.

אשת התו' מספרת שבשעת ביצוע החיבור, הפינה הזאת היתה סגורה בגבס, ומחמת הריח פתחו וראו את הצינור החדש ולא הצליחו ליצור קשר עם הנת' ולא עם הקבלן להתלונן בפניהם, ולכן כשקרו נזקים אקוטיים פנו פעם למשטרה ופעם לעיריה, ופקחים הגיעו ונתנו קנסות לקבלן, והוא שילם אותם והמשיך בעבודות ובנזקים. גם המשטרה וגם העיריה אמרו שאינם הכתובת לעצור את העבודה והמליצו לה לפנות לערכאות, אבל מחמת האיסור לא פנתה. (בדיון הרביעי הודתה אשת הנתבע שלא הרימה טלפונים לתובעת בעת הבניה, והסבירה זאת שהתובעת כבר הטרידה אותה לחינם בעבר בתלונות על רעש שבכלל לא הגיע מביתה).

בדיונים הראשונים טען הנת': שהיות ומתחילת בניית הבנין נעשו חיבורי הניקוז לקו הביוב לכל דירה בחלל של הדירה שתחתיה, וע"ג צומת הצינורות קיים כיסוי מסויים להפרידו מהדירה, ע"כ יש לו דין חזקת תשמישין באותו מסתור, או חזקת צינור, או הסכמה מראש לצורה כזאת של בניה וניקוז, ומה שעשה בשיפוץ היה רק החלפה של צינורות שהיו קודם. (התו' טוען שאת המסתור הוא עשה ולא היה קיים מלכתחילה. וגם הנתבע מודה שהכיסוי לא קיים בדירות אחרות). עוד טען, כי במסתור היה כבר צינור מפצל בצורת "טי" שהוסף ע"י מי שמכר לנת' את הדירה למעלה בהסכמת התו'. (התו' טוען שהמוכרים של הנת' לא הוסיפו בעבר צינור). עוד טען, כי גם אם נוסף כעת "טי", זה לתוך המסתור שיועד לכך, והתו' ומשפחתו לא רואים ולא יודעים ולא מרגישים בהבדל אם יש שם צינור בודד או 5 צינורות. עוד טען, כי לא יתכן שמשפחות גדולות חייבות להשאר עם 2 שירותים ולא להוסיף. והיות שכל הוספה חייבת להיות לניקוז שבדירה שמתחת, זו זכות מוקנית להם מראש.

אשת הנתבע במקצועה אדריכלית וארכיטקטית והיא שתכננה את השיפוץ. היא טענה שלא ידוע לה על שינוי באינסטלציה, או הוספת צינורות או קדיחת חור חדש. אמנם הוזזו שלושה חדרי שירותים שהיו צמודים לצינור הראשי במקור, לאיזור מרוחק יותר, ונמשכו צינורות מהם עד לצינור הראשי, אבל השיפועים שלהם במילוי תחת הריצוף ולא בבטון, ולפי ידיעתה החיבור של שלושת השירותים הוא בתוך החלל שלה, ולמטה יורד רק צינור בודד לחלל דירת התו'. (הוכח שדבריה אינם נכונים וכנראה אינה מתמצאת כלל באינסטלציה. בדיון שאח"ז הודתה שלא היה ידוע לה שהצינורות מתחברים רק למטה).

הנת' הביא כעדים את הקבלן ומנהל העבודה, הם העידו כי חיברו את האינסטלציה בתוך עובי הרצפה במקום שיועד לזה, ולא תחתיה, והגביהו את הריצוף של דירתם לצורך החימום התת רצפתי, וטענו בתוקף שלא נגעו מעולם בבטון "וכי אנחנו משוגעים?!". לאחר שהוכח להם שהחיבור הוא למטה העידו כי כל הצינורות הקיימים בבית התו' הם ישנים, והתחברו אליהם למעלה ללא קדיחה. לאחר שהתו' הראה תמונות מתוך ביתו שיש צינור 4 צול שרשום עליו תאריך ייצור 2019 שינו העדים גרסתם, והודו שהכניסו את הצינורות לתוך חלל התו', אבל טענו שהצליחו להכניס צינור מלמעלה באותו חור שהיה קיים ומשם להחדירו לצינור התחתון. לאחמ"כ הודו העדים שקדחו סביב הצינורות, אבל לא נזקקו

לקדוח ממש בבטון אלא בדבק שהיה לצינור הישן במלט. התו' הראה תמונות מתוך בית הנת' לפני הריצוף שישנן חציבות בבטון לאורך תוואי הצינור, ובאותו תוואי חצוב חשופים ברזלים. השיבו הקבלן ומנהל העבודה, בתחילה שזו חציבה שנעשתה בעבר ע"י מוכרי הדירה, ואח"כ שינו ואמרו שמנהל העבודה הוא מהנדס מוסמך של מדינת ישראל והוא מאשר את זה. (יצויין שלפי גוון החציבה בבטון מדובר בחציבה טריה וחדשה).

בנוגע לטענת ריח הביוב אמרו העדים שהדבר לא יתכן כי אם לא היה סגור הרמטי היה נוזל ביוב לתוך הבית של התו' ומכאן ראיה שאין ריח. לאחר שהתו' הראה תמונות שרואים אוויר בין הצינורות בחיבורים בביתו, הסבירו הנ"ל שכל צינור מקבל רחב יותר והצינור הנכנס חודר לתוכו לעומק כמה ס"מ ואין חשש של נזילות ולא צריך איטום. טוען התו' שאמנם נזילות אין אבל זה מספיק בשביל להוציא ריח. (וכנראה הוא ריח העולה לשם מלמטה מהביוב המשותף כדרך ריח שטבעו לעלות למעלה, והאשם בנזק זה הנת' שפתח בבית התו' את החיבורים והשאיר סדקים בין החיבורים).

בית הדין מינה בודק מקצועי חיצוני לברר את כל הטענות הבודק מטעם ביה"ד הגיע עם מהנדס קונסטרוקציה ידוע, ובדקו את הנעשה. למסקנתם, הוסרו למעלה עמודי יסוד והוזזו קורות, נחצבו קטעים בבטון הרצפה ונחשפו ברזלים, וכל זה אינו נהוג בשיפוצים של דירות, ולא לפי כללי בטיחות, וברור שזה מזיק את השכנים יותר משיפוץ רגיל. בחווה"ד נמנו הרבה נזקים בדירה התחתונה שלדעתם היא תוצאה מהשיפוץ החריג. הבודק מאשר את הנתונים כי הנת' בנה שירותים נוסף הרחק ממיקומם המקורי, אין נקודת בקרה ברצפה מעל החיבור. באותו מקום יש ארון מפואר מגבס. הוצאת הצינור הנוסף תוציא מכלל שימוש את כל השירותים ללא פתרון בלתי הריסת כל בית הנת' ובניה מלכתחילה. הניקוזים מחוברים לצינור הראשי בבית התו' "טי בתוך טי", ע"י חציבה שחפרו מלמעלה. העדר נקודת בקרה אומר שבמקרי סתימות העבודות לפתיחתן אמורות להתבצע למטה בבית התו'. (אם כי מבחינה טכנית בהשקעה כספית ניתן לפתוח מלמעלה ולתקן מבית הנת').

פסק דין ביניים

לאחר שמיעת טו"מ הצדדים ועיון בהלכה, קובע ביה"ד :

א. הנתבעים חייבים לשלם לתובעים על הנזקים בדירה. שני הצדדים יביאו לביה"ד הצעות מחיר לתיקון כל נזקיהם של התובעים (קרמיקות, צבע טמבורטקס, סדקים, וכו') עם פירוט על מה המחיר. ואם יהיו חילוקי דעות יכריע ביה"ד כמה בדיוק צריכים הנתבעים לשלם.

ב. הצינורות היורדים מלמעלה למטה לביוב המשותף יושארו לע"ע כפי שהם היום, ואם יהיה צורך בתיקון אי פעם, יהיה רק מלמעלה ולא מבית התובעים. ואם בעתיד התובעים או מי שיבא מכוחם ישנה את צורת הדירה ויתעורר צורך לשנות את הצינורות שהתווספו, יפנו ע"ז לבית דין.

ג. אין שום רשות וזכות לנתבעים להוסיף שום צינור לביוב מלמעלה לתוך חלל התובעים.

ד. בעיית הריח שיש בחיבורים בדירה למטה, יש לפתור בהתזת איטום מיוחד ע"פ ההצעה שהביא המומחה לביקורת בניה מטעם ביה"ד ר"ש ברויאר, על חשבון הנתבעים.

ה. על טענת היזק הבריאות, בזמנינו אין ב"ד דן בזה.

והאמת והשלו' אהבו

וע"ז באעה"ח, יום ד' באדר השני תשפ"ב

(-) מרדכי אייכלר, אב"ד; (-) יהושע הלוי לוי; (-) מרדכי א. הייזלר.

השאלה לדיון

דייר בבנין משותף בקומה עליונה, עשה שיפוצים בדירה שלו, והוסיף שירותים בביתו, ולצורך כך חיבר את הצינור לצינור הביוב של כל הבנין, וזה ודאי מותר לו לעשות. אכן מאחר שלא היה לו מספיק שטח שיהיה הצינור בירידה כדי שיתנקז. הוא קדח את הרצפה בביתו שזהו גג של השכן שמתחתיו, והשכן יש לו שם איזה נישא שמתחברים שם הצינורות, ושם חיבר את הצינור שלו לצינור הביוב הראשי. השכן שמתחתיו בא בטענה, שאין לו רשות להכנס לשטח הדירה שלו, ולהכניס שם צינורות, ולכן הוא דורש בכל תוקף שיוציא מיד את הצינור, ואף שלצורך כך יהיה לשכן מלמעלה נזק גדול, אין זה מענינו, והוא לא מסכים בשום אופן שהצינור של השכן יעבור בתוך דירתו.

תשובה

יסוד השאלה בזה אם אומרים בזה "כופין על מדת סדום" דהנה כתבו התוס' ב"ק כ: בסוגי' דזה נהנה וזה לא חסר, לגבי הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, בחצר שאינה עומדת להשכיר, אם צריך לשלם לו על זה או לא. והשאלה האם אומרים בזה כופין על מדת סדום. כתבו התוס' דכל השאלה היא רק אחר שדר בחצר חבירו שלא מדעתו, אבל לכתחילה ודאי יכול למונעו. וז"ל - הא איתהנית - אפילו למ"ד בפ"ק דב"ב (דף יב:) כופין אותו על מדת סדום ויהבינן ליה אחד מצרא שאני הכא שהיה יכול למונעו מתחילה מלדור בביתו ולמ"ד התם מעלינן ליה כנכסי דבר מוריון משום דדמי למונע חבירו מתחילה לדור בביתו אבל הכא כבר דר, וכו', עכ"ל. מבואר דיכול למנוע את חבירו מלדור בחצירו, גם כשזו חצר שאינה עומדת להשכיר, ואין אומרים בזה כופין על מדת סדום, דאינו חייב להסכים לכניסת חבירו לחצירו. וכ"כ בנמוקי יוסף ע"ש. וכן הסכימו להלכה רוב הפוסקים. (רמ"א שס"ג סעיף ו', ע"ש)

אכן מצינו ענינים שכתבו הפוסקים שאומרים כופין על מדת סדום, גם בעניני לכתחילה, דאיתא בטור סימן קנ"ג טור חושן משפט הלכות נזקי שכנים סימן קנ"ג - כתב ה"ר יהודה ברצלוני ז"ל פחות מטפח וכו', אין בעל החצר יכול למחות בבעל הגג מלקובעו שאם ירצה

לקובעו ולהשתמש בו כלפי פנים אין בעל החצר יכול למחות ובלבד שלא ישתמש בו בחצר משום היזק ראייה וכן אם בעל החצר בא לקובעו בכותל של בעל הגג כיון שהוא פחות מטפח אין בעל הגג יכול למחות בו וכגון זה כופין על מדת סדום ותולה בו חפציו ואין בעל הגג יכול למחות בו דאי משום היזק ראייה לית ליה לבעל הגג ומשום חזקה נמי לית ביה דכיון שאין בו טפח אין בו חזקה ואי משום טענת היזק הכותל זיז שהוא פחות מטפח מעץ או מלוח אין יכול לתלות בו משא כבד כ"כ שיש בו היזק לכותל וכו', ע"כ. [ומשיג על דבריו הטור] ולא מסתבר כלל שבעל החצר יכניס זיז פחות מטפח בכותל של בעל הגג בעל כרחו והוא דאמר פחות מטפח אין יכול למחות דוקא בשימוש קאמר כדפרישית לעיל שבעוד שבעל החצר מניחו שם אין בעל הגג יכול למחות בו מלהשתמש בו. עכ"ל.

מבואר דנחלקו הר"י ברצלוני והטור, האם מדין כופין על מדת סדום, יכול להכריח את חבריו ליהנות מחצירו, בעוד שאין זה מפריע לו. דדעת הר"י ברצלוני שכופין על זה, אף לכתחילה שיתן לו ליהנות מחצירו, והטור משיג, שאין כופין לכתחילה. ובשו"ע (קנ"ג ס"ד) פסק הרמ"א כדעת הטור וז"ל - אם בעל החצר רוצה לקבוע זיז בכותל חבריו, בעל הכותל יכול למחות בו אפילו בזיז פחות מטפח (טור).

כמו כן מצינו בזה מחלוקת הטור והרמב"ם שם, וז"ל הטור סימן קנ"ג - כ' הרמב"ם לפיכך כשבא בעל הגג להעמיד סולם גדול יכול בעל החצר למחות בו שלא יחזיק עליו אבל אם הסולם קטן אין יכול למנעו שהרי יאמר לו אין לך שום הפסד בזה שכל זמן שתראה תבטלנו ע"כ ואינו נראה דהיאך ישתמש בשל חבריו בעל כרחו. עכ"ל. מבואר דהטור לשיטתו, דאין אומרים כופין על מדת סדום, שישתמש בדבר של חבריו בעל כרחו, גם כשאין לו שום נזק בזה. ודלא כהרמב"ם.

ובשו"ע שם סעי' י"ג - המעמיד סולם קטן שאין לו ד' שליבות בצד כתלו בתוך חצר חבריו או בתוך שדהו, לא החזיק בנזק זה וכל זמן שירצה בעל החצר בונה בצד הסולם ומבטל תשמישו וכו', אבל אם העמיד סולם קטן, אינו יכול למנעו, שהרי אומרים לו: אין לך הפסד בזה, כל זמן שתראה תבטלנו. עכ"ל. ובזה לא חלק הרמ"א על המחבר, ומבואר דמודה לדעת המחבר שיכול להכריחו ליהנות מרשותו אם אינו מזיקו בזה כלום, דכופין על מדת סדום, ולכ' דברי הרמ"א סתרי אהדדי. ותירץ בזה הסמ"ע בס"ק י' וז"ל - אינו יכול למנעו כו'. ואינו דומה לזיז כל שהוא הנ"ל בריש סימן זה דאמרינן דיכול למחות ואם לא מיחה החזיק בו כו', דשם מזיקו בראיה, משא"כ כאן דמדלא מקפיד אלא אהעמדת סולם, שמע מינה דאיירי דאינו מקפיד על הכניסה והיציאה בחצירו בלא העמדת סולם, וביוצא ונכנס בלאו הכי אינו יכול לשמש בו אלא דרך רשות חבריו, ואז ישמר ממנו. עכ"ל. והביאו הש"ך בס"ק י' ע"ש. מבואר דלהלכה הסכימו הסמ"ע והש"ך, דדעת הרמ"א, שכופין על מדת סדום, ליתן לחבריו להשתמש בשלו, אם לא יגיע לו מזה שום נזק. ורק בזיז מיירי שיגיע לו היזק ראי'.
ראי'.

עוד מצינו דין כופין על מדת סדום, שיתן לחבריו להשתמש בשלו, וז"ל יד רמ"ה מסכת בבא בתרא דף ז' עמוד א' אות ס"ז. - ההוא גברא דהוה קא באני אשיתא אחורי כווי דחבריה [בנה כותל מאחורי חלון חבריו] אמר ליה קא מאפלת עלי. [טוען בעל החלון שמאפיל עליו] אמר ליה סתרנא לה ועבידנא לך כווי מלעיל. [אמר בונה הכותל, שיבנה לו חלון למעלה

מעל הכותל שלו] אמר ליה מרעת ליה לאשיתאי [טוען בעל החלון, שיערער את הכותל בעשיית החלון] אמר ליה סתרנא לה עד הכא ובנינא לה ועבידנא לך כווי מלעיל. [אמר בעל הכותל, שיבנה לו את כל הכותל מחדש, ויעשה חלון למעלה] אמר ליה אשיתא חדתא בביתא עתיקא לא קימא. [טוען בעל החלון שכותל חדש לא יתחבר בטוב לבית הישן] אמר ליה סתרנא ליה לכולה ביתא ובנינא ליה ועבידנא לך כווי מלעיל [אומר בעל הכותל שיבנה לו בית חדש] אמר ליה לית לי דוכתא דדיירנא בה. אמר ליה מוגרנא לך אמר ליה לא מצינא דאטרח. אמר רב חמא דינא קאמר ליה והא תו למה לי היינו הך הא קמ"ל דאע"ג דדייר ביה לתיבנא ולציבי. עכ"ל הגמ'.

וכתב על זה הרמ"ה - ושמע מינה טעמא דדייר ביה כל דהו דמצי אמר לא מצינא למטרח ולפנוייה, אבל היכא דלית ליה מידי בגויה דקאמר ליה האיך סתרנא ליה לכוליה ביתא ובנינא ליה ועבידנא לך כווי מלעיל הדין עמו דקימא לן כופין על מידת סדום. והוא הדין גבי דינא דהנהו בי תרי דהוו דיירי חד עילאי וחד תתאי היכא דלית לעילאה מידי לפנוייה ולית ליה טירחא כלל וקאמר ליה תתאי מוגרנא לך דוכתא דדירת ביה וסתרנא ליה אנא ובנינא ליה מדידי הדין עמו דקיימא לן כופין על מידת סדום והוא דלית ליה להאיך פסידא מאנפא אחרינא ולא טירחא כלל. ומשום שונא מתנות נמי ליכא דכיון דלא קא מטיא ליה למארי ביתא הנאה לידיה טפי ממאי דמפסיד בביתא דקא סתר ליה לא שייך ביה שונא מתנות. ועוד דכיון דאית ליה הנאה נמי לאידך בדידיה בביתיה דקא שביק ליה למבנייה אשתכח דלאו מתנת חנם הוא וכי כתיב שונא מתנות יחיה במתנת חנם כתיבא. עכ"ל. מבואר דאמרינן כופין על מדת סדום, ליתן לחבירו ליהנות משלו.

וכן פסק הרמב"ם הלכות שכנים פרק ז הלכה ח - מי שהיו לו חלונות למטה בכותלו ובא חבירו לבנות בפניהן ואמר לו אני אפתח לך חלונות אחרות בכותל זה עצמו למעלה מאלו הרי זה מעכב עליו ואומר לו בעת שתפתח החלונות תרעיד את הכותל ותקלקל אותו, ואפילו אמר אני אסתור כל הכותל ואבנה אותו לך חדש ואעשה בו חלונות למעלה ואשכור לך בית שתדור בו עד שאבנה יכול לעכב עליו ואומר לו אין רצוני שאטרח ממקום למקום, לפיכך אם לא היה שם טורח כלל ואין צריך לפנות אינו יכול לעכב עליו, וכופין אותו שיהיה חבירו סותם חלון זה שלמטה ממנו ועושה לו חלון מלמעלה שזו מדת סדום, וכן כל דבר שזה נהנה בו ואין חבירו מפסיד ואין חסר כלום כופין עליו. עכ"ל.

והכי קיי"ל להלכה בשו"ע סימן קנד סעיף יג - מי שהיו חלונות למטה בכותלו, ובא חבירו לבנות בפניהם, ואמר ליה: אני אפתח לך חלונות אחרות בכותל זה למעלה מאלו, הרי זה מעכב עליו ואומר לו: בעת שתפתח החלונות תרעיד הכותל ותקלקל אותה; ואפילו אמר: אני אסתור כל הכותל ואבנה אותו לך חדש ואעשה בו חלונות למעלה ואשכור לך בית שתדור בו עד שאבנה, יכול לעכב עליו, שאומר לו: אין רצוני שאטרח ממקום למקום, אפילו אינו משתמש בו אלא בעצים. לפיכך אם לא היה שם טורח כלל, ואינו צריך לפנות, אינו יכול לעכב עליו. וכו', עכ"ל. מבואר להדיא להלכה דאם אין לו נזק, הרי כופין עליו משום כופין על מדת סדום. עכ"ל.

מבואר דכופין על מדת סדום, שבמקום שאין לאחד נזק ממה שיתן לחבירו ליהנות מרשותו, הבי"ד מחייבין אותו ליתן משלו. ומה שקשה מדינא דהדר בחצר חבירו, דאין כופין אותו

ליתן את חצירו לחבירו לדור בזה בחינם, אף אם הוא חצר שאינה עומדת להשכיר, כדכ' התוס' ונמו"י, עי' בחידושי הגר"ש שקאפ, שכתב לבאר (ב"ק סימן י"ט אות ג') שאינו דומה לדר בחצירו, שלוקח ממנו את הבעלות, את השליטה על ביתו, ובדבר זה קפדי רוב אינשי, ואין בזה מדת סדום, מה שאין כן כשאינו לוקח ממנו שום בעלות ושליטה, ורוצה ליהנות מרשותו של חבירו, אמרינן בזה כופין על מדת סדום.

העולה מזה להלכה בנדון דידן, דכופין על מדת סדום, לדייר התחתון שיתן רשות לדייר העליון להכניס את הצינור דרך ביתו, במקום שאין לו שום נזק מזה, ויש שם נישא שלשם מגיעים כל הצינורות, ולא די אחר שכבר עשה זאת העליון, שאין טענה לתחתון שיסלק משם את הצינור, אלא גם לכתחילה כשבא להכניס את הצינור, מבואר מהפוסקים שכופין על מדת סדום ליתן לשכנו ליהנות משלו. כמבואר.

מרדכי אייכלר

ב

השאלות לדיון

א האם יש חזת"ש על כל המסתור בפינת השכן, או שא"א להוסיף שימוש אפי' שמוסתר.

ב בעל חזקת צינור ביוב שרוצה להוסיף עוד צינור בשטח השכן.

ג צינור שהוחדר בית בלי רשות סמוך לתקרה במקום שאינו מפריע לשימוש, האם דינו שיכול בעה"ב לסלקו מביתו על חשבון בעל הצינור (לפי סי' שיט).

ד מי הבעלים של תקרת דייר תחתון שמשמשת לרצפת דייר שמעליו. והאם מותר לחצוב בה או לדקק את הבטון.

ה טוען וחוזר וטוען, וטענינן ללקוח, והאם צריך לזמן את המוכרים לעדות.

ו היזק ריח לשכן, האם יכול הניזק לאסור להשתמש בצינור זה כשאינו אטום לריח, ואם לא טען האם מחל.

ז תשלום כתמי רטיבות בתקרת חדר שתחת מרפסת, מה הדין כשהקבלן רוצה לתקן בעצמו.

ח האם יש תקנת מריש בצינור שהוכנס בגזל.

ט האם ע"פ כללי ההלכה יש לפשר מעט בדין זה בפשרה קרובה לדין.

י האם שייך בנידו"ד דין כופין על מידת סדום.

תשובה

א. בשו"ע סימן קמ סט"ו ובדרישה על הטור סקי"ט, נפסק ע"פ סוגיא דבבא בתרא דף נז ב אמחיצה קפדי, דיש חזקה למחיצה אם שתק שכן, או שותף, או זר (לכל אחד מהראשונים

לפי ביאורו). אבל לפירוש רשב"ם שם וכן מסתבר שהחזקה אינה בשתיקה מיד, דחלוק מתנגגולים ובהמות שהם תשמישין ואיכא למ"ד דסגי בשתיקה ומיד, דמחיצה היא חזקה על הקרקע וזה צריך ג"ש וטענה.

ובנידו"ד הרי לא טען העליון שהוא סגר את המסתור בבית התחתון, ולכן אי"ז נידון של מחיצה. ומאחר שהתברר שאין זה כטענת העליון שיש מסתורים סגורים בצמוד לביוב הראשי בכל הדירות מתחילת הבניה, א"כ טענת חזת"ש מעת רכישת הדירות, נפלה. (ביה"ד בדק ברישומי הבנין ברשויות האם הפינות הללו רשומות כמשתופות כמו הצינור הראשי, והתברר שחלל הדירה כולו מלבד הצינור הראשי בלבד, רשום כפרטי של בעליו ללא סייג). אולם נראה דצינור הוא עצמו יש לו דין וגדר מחיצה, דצינור הוא קבוע ולא מתחלף כתנגגולים וכו'. ולגבי צינורות, בב"ב ו א אמר רב נחמן אחזיק להורדי לא אחזיק לכשורי וכו' וכו' רב יוסף אמר אפילו צריפא דאורבני, פרש"י שמונע ממנו תשמישין תחתיהם. והלכתא נפסק כרב יוסף. ולפי"ז יש חזקה לצינור, ואפי' להחליף ליותר גדול, גם כשמונע תשמישין מבעל החצר. וצ"ע למה הגמ' והרמב"ם והטושו"ע מביאים דיני צינורות ומחיצות רק לגבי חצר, ולא לגבי בית חבירו ג"כ, ואולי נלמד מכאן שאין דיני חזת"ש בבתיים אלא רק בחצרות, כי אין הבתים מיועדים לתשמישין, ורק בחצרות שייך שאחר ישתמש וזה לא יפריע כ"כ ויקנה חזקה עי"ז.

ב. ברמ"א סימן קנג סעיף יב בסופו וז"ל: מי שהחזיק בחצר חבירו לשפוך בה מי כביסה אחת ממחין בידו שלא ישפוך בה חמשה כביסות וכן אם החזיק למי גשמים לא ישפוך שם מי כביסה אבל השופך שופכין ברשותו דרך ביב העוברת בחצר חבירו אף על פי שלא החזיק אלא לדבר אחד יכול לשפוך שם מה שירצה הואיל דברשותו הוא שופך. ושם בסמ"ע סקכ"ח וז"ל: אבל השופך שופכין ברשותו דרך ביב כו' עד כיון דברשותו שופך, דקדק ברישא ובסיפא דדבריו ולמדונו דהיתר הוא כיון דברשותו שופך הא לאו הכי אף שיצאו משם דרך ביב הוה אסור. ושם בנתיבות סקכ"ג בחידושים וז"ל: אבל מי שעשה ביב לחצר חבירו והחזיק בו מטעם מחילה או מכירה אסור לשפוך יותר דאימר לא מחל ולא מכר יותר, וכו'. וז"ל בסק"ב בביאורים: ולכן נראה דמייירי גם ברישא שהחזיק בעשיית ביב בתוך חצר חבירו לשפוך שם שופכין שלו או שהעמיד צינור של מי גשמים על ביב חבירו ומכל מקום אסור לשפוך שם מי כביסות, וכן אם היה כובס קטן בשעה שהחזיק ועכשיו נעשה כובס גדול שיש לו חמש כביסות בכל שבוע יכול למחות בו אבל בלא עשיית דבר קבוע לא מסתבר כלל לפענ"ד שיהיה חזקה. ובתוספתא דב"מ פרק הבית והעליה מייירי בחמש חצירות שיש להן ביב שכולן מתקנות עם האחרונה, ובזה נקט שם התוספתא דהעשוי לגשמים כו' ושם בתוספתא לאו מטעם חזקה אתי עלה, דשם כל הביב של שותפות הוא דהא כולן מתקנות עם האחרונה, וכיון דהביב של שותפות הוא, אף שאמרו מתחילה שעושין אותו לצורך גשמים, מ"מ אומדנא הוא דלאו בדוקא אמרינהו, שידוע לכל שכל השופכין שיש לכל אחד בביתו להביב הוא שופך, וכיון דברשותו הוא שופך, פירוש, להביב שהוא שלו שופך, דהא יש לו שותפות בכל הביב, משא"כ בבא מכח חזקה ומחילה על חבירו שמחל לו, מה שמחל מחל, ומהיכי תיתי יניח אותו במה שלא מחל לו. וזהו גם כן כונת הרמ"א דאם החזיק בחצר חבירו למי כביסה אחת לא ישפוך וכו', אבל השופך שופכין ברשותו דרך ביב העובר בחצר חבירו כו', כלומר שהביב העובר בחצר חבירו מתחיל בחצירו והתחלת הביב הוא

ברשותו, ומתחילה נעשה הביב לשתי החצירות ומחויב לתקן הביב עם השני, וממילא יש לו חלק בהביב, וברשותו דהיינו בהביב שיש לו חלק הוא שופך, ולא מטעם חזקה הוא, יכול לשפוך כל מה שרוצה באין מוחה. עכ"ל.

ולפי"ז בנידו"ד שהחזיקו כל הדיירים העליונים שיעבור הביב שלהם בבית התו', יש רשות לשכן העליון להוסיף לתוך הצינור שבתוך ביתו כמה שפכים שירצה שיעברו בתוך הצינור שבבית התו' ולא יכול התחתון להתנגד. ולהבדיל גם בחוק בתים משותפים מופיע סעיף מפורש שצינור משותף עובר בתוך בית פרטי, יש לו הגדרה של רכוש משותף, וחייב בעל הבית להרשות לשכנים להכנס לרשותו לצורך תיקון הצינור המשותף.

אבל אם העליון רוצה להעביר מביתו דרך בית התחתון צינור ביוב נוסף שלא הוחזק בו ודרך שם להכניס השפכים לצינור המוחזק, זה אין ברשותו של העליון, והתחתון רשאי להתנגד. דאפילו נדון את התקרה כמשותפת לשתי הקומות שמותר להעביר דרכה, ואת הצינור הראשי כביב משותף שמותר להוסיף בתוכו כמה שפכים שירצה, מ"מ הכנסת צינור פרטי בדרכו אל המשותף בחלל של בית השני מתחתיה של התקרה ודאי זה חלל של התחתון לבד, ואסור לעליון להוסיף צינורו בשטח התחתון. והמוסיף צינור בטיעון שהשטח של השכן זה שטח שלו הוא מסיג גבול רעהו ח"ו המפורש בתורה.

ומה שנפסק שם בסימן קנג בסעיף טז לגבי קורה שיכול להחליף לגדולה, אין זאת אלא מצד העומס על הקיר המשותף, אבל ודאי שרק מצידו של עצמו יכול ולא לתוך רשות השני, כבסעיף יד ופשוט. ובלא"ה יכול רק להחליף ואין נידון על השארת הישן ותוספת קורה שניה. כבסעיף יח. וגם שותף שיכול להוסיף זה רק בצד שלו או בצד שהוא שותף בו. ע"כ אין להביא מדין הנחת קורות ראייה לנידו"ד.

ע"כ צודק התו' שהיה אסור לנת' להוסיף צינור, ומה גם לחלל בית התו'. ואף לאחר שנעשה העוול אין לנת' שום חזקה בצינור הנוסף ויש זכות לתו' לדרוש סילוקו.

ג. בב"מ דף קא ב הותר לבעלת הבית להוציא את ארבע דחמרא על חשבון בעל היין, דארבא דחמרא תופס מקום בבית ופשוט לגמ' שא"א להפוך בית השני למחסן בלי הסכמתו, וזה מה שנפסק בסי' שי"ט. ושם נמי בגלל שאחסנה של חביות יין זה דבר העולה כסף, ועשוי להשתלם מערך החביות. ע"כ גם ההוצאה ע"ח בעליהם זה פעולה סבירה כי יש בידי הדר בבית את הממון לבצע ההוצאה. ואין דומה לגמרי לצינור התולה סמוך לתקרה בקביעות ומוסתר מאחורי הגבס וגם מאחורי קורת בטון שא"א להשתמש שם וגם אינו נראה (ובשעת מעשה לא ידע מזה התו'), ואין לצינור שוויות לגבי ערך אחסנתו ולא לגבי גביה ממנו את ההוצאה. וע"ז לא נאמר בגמ' ובשו"ע שמותר לכתחילה להוציא בלי דיון בבי"ד.

ד. בשאלה אם ברצפה שהיא תקרה לשותף עובר גבול הבעלות של כל אחד מהם בקו האמצע של היציקה, ואם רשאי אחד מהם ב"חצי שלו" לחצוב ולדקק ככל אדם העושה בשלו, דבר זה תלוי בשאלה האם הבעלות של העליון והתחתון היא שווה או שהתקרה רק של אחד מהם. והנה בכותל שבין חצרות, הדין הוא שמקום הכותל של שניהם, והכותל של שניהם, ואסור לאחד לעשות כותלו דק יותר מהנהוג, אפילו מהצד של עצמו. אבל אם רוצה לחצוב לצינורות מותר לו, כשם שבעל כותל מצד אחד רשאי לחקוק להניח קורות. אבל תקרה משותפת משמע בגמ' בהבית והעליה שאינה ככותל משותף, אלא הכל של תחתון חוץ

מהמעזיבה, ולפי"ז אפילו לחצוב לצינורות יהיה אסור לעליון. וכ"כ בהליכות ישראל סימן ה' שאין חוק מפורש בבתים משותפים שהתקרות שייכים לשני הדיירים בשה, וע"כ פוסקים בזה כדינא דגמ' והפוסקים שלכל הדעות התקרה של תחתון בלבד מלבד החול והריצוף שהם של העליון.

לפי זה בנידו"ד גם המכוסה מעין התחתון ונמצא בעובי היציקה שייך לתחתון ואסור לעליון לדקקו ולחצוב בו כלל. וצ"ע אם שימוש בשטח שנתוסף בעובי הרצפה הוא כהסגת גבול, אבל התו' לא טען זאת. רק טען שהיה אסור לנת' לדקק את הבטון, ואין תביעת ממון להשיב על פעולת דיקוק כזאת.

ה. כבר בדיון הראשון טען הנת' כמה טענות "לחילופין", וזה שייך רק בדיניהם, ובפרט בערכאות שבמדינתנו בשיטה המכונה האדברסרית שאין שום חקר אמת ועובדות ולא חתירה לדעת מה היה ועל פי זה לחתוך את פסק הדין, אלא רק לשקול מי מהצדדים הביא טענות יותר חזקות. אבל בדין תורה רק חקר האמת היא לרגלינו, ולכן אין "לחילופין" אם לא בטענת "מגו". אבל הטענה חייבת להיות אחת. כי אין אמת אלא אחת. ומי שטוען בדין תורה טענות "לחילופין" לא מרבה סיכוי לנצח, אלא אדרבה מאבד אמינותו. ויעוי' בפסקי דין כרך ט"ו עמ' קיז האם טוען וחוזר וטוען מאבד רק את זכותו לשנות והטענה הראשונה היא הנשמעת, או שמאבד גם את זכותו בטענה הראשונה מאחר והוכח שמשנה דיבורו שלא כדין. עיי"ש.

והנה בדיון הראשון טען הנתבע "לחילופין" שלא חיבר למטה אלא בעובי היציקה, ואם כן היה למטה זה היה בהיתר כי החזיק בתשמישין באותו חלל וכו' ובדיון השני טענו אשתו והקבלן בנוכחות הנתבע שכבר המוכר שלהם הוסיף "טי" למטה והם השאירו אותו, ובדיון הרביעי טען שאשת התו' הודתה לפני הדיון שבעבר היה שם צינור "מיותר", ואילו התחברו. וכל זה שינוי מטענה לטענה שאין מקבלים כמבואר בשו"ע בסימן פ היות וכל הטענות נכתבות בפרוטוקול, הם מדקדקים ואין להם אפשרות לחזור. ואין לפרש הרמ"א (שם סעיף ב') דבמקום שכותבין הטענות א"י לחזור ולטעון זה רק מחיוב לפטור באופנים שבסעיף א' מבואר דיכול לחזור, כגון בנותן אמתלאה. אבל מפטור לפטור יוכל לחזור גם במקום שכותבין. דהרי הסיבה שא"י לחזור במקום שכותבין דבהכי טפי דייק, וכשמדייק אם חוזר בו הוי שקר אפילו אם זה מפטור לפטור. ועיי' מ"ש אמור"א זללה"ה באנצ"ת ערך טו"נ כרך יט עמ' שלח ושם מקורותיו בהע' 723 ואילך. ע"כ יש לדחות את הטענה השניה.

ובעצם הטענה שהמוכרים של הדירה העליונה כבר הוסיפו צינור ויש לקונה דין טענין ללקוח שהוסף כדין. אין לומר שנוזמין את המוכר להעיד שכבר אינו נוגע בדבר, והוא יספר לבי"ד איך היה הצינור בזמנו, דמבואר ברמ"א בסימן קמו סעיף י ע"פ הרא"ש כלל צט אות ד דאין לשאול את המוכר ואפילו יעיד המוכר נגד הלוקח אינו נאמן. וז"ל הרא"ש שם: תשובה בנדון זה אין צריך ראובן לשאול לשמעון היאך בא הקרקע לידו, דכיון דהחזיק ראובן בקרקע שני חזקה אי אית ליה סהדי לראובן מכרו לו שהיה הקרקע ברשותו ובחזקתו יום אחד טענין ליה לראובן כל דהוה מצי שמעון למטען, וכו', כדאמרין בפרק חזקת הבתים (מא ב) ההוא גברא דדר בקשתא בעיליתא ארבע שנין אתא מארי דביתא אשכחיה אמר ליה מאי בעית בהאי ביתא אמר ליה מפלניא זבינתא דזבנא ממך אתא לקמיה דרבי

חייא אמר ליה אי אית לך סהדי דדר ביה ההוא גברא אפילו חד יומא מוקמינן לה בידך. הילכך אין צריך לשאול פי שמעון היאך בא הקרקע לידו אלא יביא ראובן עדים שהקרקע היה בחזקת שמעון יום אחד וטענינן ליה שמא קנאו שמעון מן המערער. וכו', וראיה לדבר מדקאמר רבי חייא אי אית לך סהדי דדר ביה ההוא גברא אפילו חד יומא מוקמינא לה בידך, ואם היה הדין תלוי בדברי המוכר היה לו לחקור תחלה אם המוכר קיים ונשאל את פיו אלא ודאי אין תלוי כלל בדברי המוכר ולכך לא הוצרך לחקור אחר דבריו. עכ"ל.

והנה בנידו"ד אין לקונה עדים שהמוכר החזיק בזה יום אחד, ובלא עדים הקרקע בחזקת מרא קמא. ע"כ מעיקר הדין לתו' יש דין מרא קמא וכל עוד לא הוכח בעדים כשרים שהמוכר של הנת' כבר החזיק בדיוק בצינורות במיקום ובעובי כזה, אין חזקה לנת' על האינסטלציה מעבר לצינור אחד בודד של 4 צול ועליו לפרק את הצינור הנוסף. וגם הצינור הבודד הנותר צריך להיות עם איטום של בידוד לריח. (ולאחר בירור ביה"ד ע"י המומחה, והודאת הנת', התברר שלא היה צינור נוסף למוכר).

ו. לגבי טענת ריח אפילו במה שהיה מוחזק אין חזקה לקוטרא ובית הכסא מפני שזה דבר שא"א לסבול, ואפילו סבל זמן טובא יכול למחות ואין חזקה, ובפרט שכאן החל למחות מיד אחרי השיפוץ. ואם היה מבקש למנוע השימוש עד לתיקון אולי היה נענה, והצד שהיה נדחה מפני שמסתבר כי הריח עולה מלמטה מהביוב הראשי ולא יעזור להפסיק השימוש בו לפני תיקון, ולא מגרע השימוש בו. ולמעשה לא טען וא"א לפסוק במה שלא טען כמבוא' ברמ"א בשם הריב"ש סו"ס יז. וגם בנקל אפשר להסיר את המפגע ע"י התזת חומר איטום מסויים כפי שהמליץ המומחה בביה"ד.

ז. נזקי רטיבות שנגרמו ע"י מימיו של העליון חייב דהוי ממונו המזיק ועליו האחריות של שמירתם. והנזק שתואר בתביעה קרה ממי ברז של הנת' שהושאר פתוח בימי שישי ושבת. ואינו דומה לגשמים שתלוי בסתירת הרמ"א וחילוקי הפוסקים (כפי שהאריכו בזה בפסקי דין כרך ט עמ' קסג-קסט ועמ' שמג-שמה).

אבל נזקים שעשו הקבלן ופועליו של בעל הבית, אם נשלחו לאותה פעולה ידם כיד בע"ה (לפי המחנ"א המובא בנתיה"מ בסימן קפח סק"א ועי' בפת"ש בסימן קפב סק"ב וקצב סק"ב ותכז סק"א), וכן דין הורדת עמודי היסוד והזזת הקורות וחציבת הרצפה, שמזה קרו סדקים בתקרה ובקירות. אבל נזקים שקרו מרשלנות הפועלים מבלי שנשלחו לאותה פעולה שהזיקה, אין דין ידם כיד בע"ה, (כן לגבי האבנים במרפסת ופעולת חציבת הצינור), והתביעה על נזקים אלו אמורה להיות מופנית אל הפועלים והקבלן שהוא אחראי עליהם. (אמנם מי שנזקק לחתימת שכניו להרחיב, חותמים לו על דעת כן שיתקן בעצמו כל הנזקים שיגרמו, ונהוג עלמא שלא יכול להפיל את התביעה ממנו לפועלים דהוי כאומדנא ברורה שהוי סתמו כפירוש). ובנידו"ד שהיה רק שיפוץ פנימי ולא החתים ע"ז, אין את ההתנאה הזאת. וכיון שלא היה ביניהם מעשה שמחיל את התנאי על דעת כן, אין חל חיוב בלי קנין.

רצון הקבלן לתקן ולא לשלם, תלוי במ"ש אמור"א זללה"ה בכרך ב עמ' קסט ע"פ המחנה אפרים סימן א' מהלכות נזקי ממון שנחלקו הרמב"ם והראב"ד אם עיקר החיוב הוא לשלם ממון או עיקר החיוב הוא לתקן. (והביא שם משמעות לענין זה מנתיבות בשם התומים, ומחקירה שדן הגרש"ש). ומסיק שהיות ותלוי במחלוקת א"א להוציא ממוחזק שרוצה

לתקן בעצמו. ונלע"ד דעכ"פ את השיעור שהיה עולה לעליון לשלם לקבלן שלו כדי לתקן, חייב לשלם לתחתון לכו"ע, ורק על ההפרש נאמר שא"א להוציא מהמוחזק. ויצוין שהנתבע הסכים בביה"ד על תשלומים עד סך מסוים. ובהמשך אמר שהתכוין שיתפשרו עמו ומשלא קבלו הצעתו מסיר הסכמתו.

ח. הנה תקנת מריש היא שא"צ לפרק בנין בשביל להחזיר לנגזל קורה, אולם בנידו"ד הנת' לא גזל מהנת' את הצינור שנקבע, אלא הכניס צינורו בבית התו'. לכן א"א לדון ע"ז מצד תקנת השבים בדיעבד שנאמר על גזילת מטלטלין שנקבעו בבנין (בסימן שס א). ובענין מה שנפסק (שם ברמ"א, ובסימן שעא א) שאין תקנת השבים בקרקע כי קרקע אינה נגזלת והיא בחזקת מ"ק, ג"כ לא שייך לנידו"ד בשופי, כי כאן לא גזלו חלק מקרקע, רק הכניסו לחלל הבית צינור.

והיות ולפי טענות הנתבע ואשתו האדריכלית הנתבעת, לא התכוונו בשעת מעשה להכנס בבית התו', ולא הורו על ביצוע הורדת צינור נוסף לבית התו' אלא לחבר את הצינור הנוסף בתוך רשותם, ולא ידעו שפועל שלהם קדח והוריד צינור נוסף. אולי שייך לתלות בדעות האחרונים שהביא הפת"ש בריש סימן שס, ולפי המבי"ט (שהובא בפת"ש שם) ולפי השער משפט (בסי' שס שם) שכתב שזה נתון במחלוקת הראשונים בדין גזילת קרקע עצמה, דכ"ש בנידו"ד שאינו גניבת קרקע עצמה שטעמם נכון לדינא שיהיה תקנת השבים. ועי' מש"כ בפסקי דין כרך טו עמוד רו שבנידון גניבת קרקע עצמה א"ל קים לי למוחזק. ונראה שבבואנו לדון את שורת הדין אם חייב הנת' לעקור את צינורו בשלב זה, יש מקום לשקול גם דעה זו שיש תקנת השבים במשקל הדין, לפחות כסניף בפשרה הקרובה לדין.

ט. כתב הרא"ש בתשובה (כלל קח סי' י והו"ד בטור ובשו"ע סימן קנה סעיף כ) ראובן חפר בור בחצרו לניקוז הגשמים שלו, והמים הרבים חלחלו באדמה והזיקו את מרתף שכנו שמעון, וכל הקירות התעפשו ונכנסו מהמים המרובים וא"א להשתמש במרתף וגם חצר שמעון מסריח מריח המים, שראובן חייב לסלק את בורו. אע"פ שבכל הנזקין שמבוארים בסי' קנ"ה נפסק שעל הניזק להרחיק א"ע, ולא על המזיק, מלבד היזקים שנעשים בגירי דילי' של המזיק, שתיכף לעשייה נוצר הנזק. אבל ענפי עץ ושרשים ושאר הנזקים שאינם נוצרים תיכף אלא עם הזמן שגדלים ומתמשכים, על הניזק להרחיק א"ע, ומדוע באותם מי גשמים שחלחלו על המזיק להרחיק? הרי זה לא גירי דילי'?

ז"ל הרא"ש: כיון דנפיש הזיקא דשמעון וגם תשמיש של שמעון קבוע וכו', דאין דירה בלא מרתף וחצר וכו', דסתם בור וכו' יכול הניזק לסלק עצמו וכו', לא הויא כולי האי תשמיש קבוע לכן הקילו בו חכמים וגם לא נפיש הזיקא כולי האי וכו', אלא משום דלא נפיש הזיקא וגם אין בור תשמיש קבוע וכו', היכא דאיכא הפסק לא מקרי גירי דיליה ובנדון זה המים בנפילתן מתאספים לתוך הגומא ושוב אחר זמן כשהם רבים בוקעין חומת שמעון ועוברין למרתפו ואיכא הפסד טובא וכו' עכ"ל. משמע שנאמרה כאן הלכה חדשה, שרק כאשר לא בטל שם הבית מהניזק, ולא התבטל חצרו או מרתפו מהיכנו ומקיומו, אז אין על המזיק להרחיק א"ע מדבר שאינו גירי דילי'. אבל במי גשמים מרובים שכתוצאה מהם יש הפסד של ביטול השימוש במרתף, בזה מחייבים את המזיק אע"פ שאין לו דין מזיק ולא היתה לו דין הרחקה מלכתחילה. (ומסתפקנא בלשון תשובת הרא"ש האם זה דין מיוחד רק בנוק

טובא, או שע"י הנזק המיוחד נכנס הנזק לגדר גירא דיליה, ואם כלישנא בתרא אין רא"י לנידו"ד, אבל יותר משמע שרק הנזק טובא הביאו לכלל חיוב אף שאינו גירי כלל, ועיקר הטעם הוא הנזק טובא). ולפי"ז בנידו"ד אשר הסרת הצינור תבטל את השימוש בבית הנת' מהיכנו כשלא ישאר לו חדר שירותים בבית, יש סברא להטיל על התו' את ההימנעות מלהביא לכך. (ואל תשיבני דהתם ראובן הוא המזיק, ולכן יש טעם להטיל עליו את ההרחקה, ומשא"כ בנידו"ד התו' הוא הניזוק ולמה הוא חייב לוותר כשהנת' גרם לעצמו ביטול ביתו מהיכנו. דאחרי שקבעה ההלכה שעל הניזק להרחיק א"ע, בלי גירי דילי' אינו מזיק אלא אדם כשר וישר ואיך אפשר להטיל עליו שום חיוב שבעולם, ובכל זאת גזרה חכמת התורה של הרא"ש, ופסק כך השו"ע, שהאדם הכשר שאינו מזיק ונחשב לזר בעלמא כלפי הנזק, חייב לפעול בחצרו ולסתום בור גשמי שחפר בהיתר, העיקר שלא ינזק ממנו השכן רק מטעם ההפסד טובא שהמים גורמים היזק למרתף שמתבטל מכל שימושו. וה"נ בנידו"ד).

ועוד, עקירת הצינור כיום תפגע גם בתו' בגלל הטיפול בצינור שבביתם וגם בגלל שהנת' ישפץ מחדש את כל דירתו לשנות מיקום השירותים להצמידם לצינור הראשי כפי שהיה. והתו' יחזור למסכת הסבל ולנזקים שסבל כבר בעבר וזה ודאי אין רצונו. ע"כ נדמה שגם התו' יסכים לטובתו לפשרה קרובה מאוד לדין להשאיר את הצינורות בדיעבד (כל עוד לא משפץ התו' את חלל ביתו ומשתמש באותה פינה סגורה), ולהטיל על התו' חיוב להשכיר את המקום בנתיים לנת', למרות שהעשיה היתה שלא כדין ואין לו חזקה בצינור הנוסף.

י. והאב"ד הגרמ"א שליט"א כתב לחייב השארת הצינורות בבית התו' מדין כפיה עמ"ס שדנין אותה גם בלכתחילה ולא רק בדיעבד, וע"פ הרא"ה המובא בנמוק"י בריש כיצד הרגל שכתב וז"ל: אף על גב דקיי"ל בעלמא (ב"ב יב ב) דזה נהנה וזה אינו חסר כופין אותו על מדת סדום, הני מילי בקרקע של שניהם שאין משתמש בשלו כלל אלא שיכול לכופו ממדת הדין שלא לעשותו, וכגון הבונה כנגד חלונו של חברו והלה מעכב עליו שלא לסתום אורה שלו, והלה רוצה (נ"א, יכול) לעשות לו חלונות במקום אחר שלא יפסיד מן האורה כלל, כגון זה אמרינן כופין, אבל להשתמש בשלו כלל לא אמרו, שאם אי אתה אומר כן אין לך אדם שלא יכופ את חברו על כרחו, עכ"ל.

ולכאוי' יל"ע על הרא"ה מדין המובא בב"ב דף ו ב ו ז א בית שנפחת כתליו ורוצה לבנות מחדש ובעל העליה אומר לו שוף אכרסך, ואין כופין אותו מדין מידת סדום. ואפי' טירחה זמנית לעבור לבית אחר עד גמר הבניה אין מטריחים את העליון, ומדוע כאן יטריחו על בעל החלון לסתום ולפתוח במקו"א. ואולי כל עוד לא נפחת הבית לגמרי לא נחשב למידת סדום ומשא"כ בחלון שמונע בנית כותל השני לגמרי הוי כמו מטו כשורי למטה מעשרה. ודו"ק. (והרמ"ה הקשה ותירץ בע"א). וסבר האב"ד הגרמ"א שליט"א דה"נ בדין השארת הצינור בבית התו' כדי שלנת' יהיה שירותים בביתו בלי להרוס כל הבית כופין עמ"ס, אף שאינו מעיקר הדין. וכדעת הרא"ה כתב הרמ"ה וכ"ד הר"י אברצלוני דז"ז (שהרמ"א שם סוף סעי' ד פליג עלי' אבל הש"ך בסק"ג מביא דעת הב"ח שפוסק כמוהו), ומהרמב"ם דסולם קטן (שנפסק במחבר שם סעי' יג), שכעמ"ס גם כשזה ע"ח רשות השני.

וק"ל ע"ז, ראשית דלא הותר לשיטתם אלא לקבוע זיו פחות מטפח וכן סולם קטן שאין לו קביעות במסמר כלל, והצינור הוא קביעה וגם של יותר מטפח. (והשיבני הגרמ"א דגם בזיו פחות אפשר לתלות דברים גדולים מאוד). והסמ"ע והש"ך מבארים היכי תמצי שמותר לשים סולם קטן דוקא במקום שאין היז"ר, ולא מדין כעמ"ס, ואם זה היה מדין כעמ"ס הו"ל לרמ"א לחלוק גם בסעיף יג דהא בסעיף ד ס"ל כהטור דלא אמרינן כעמ"ס ברשות חברו.

ואמר לי אמור"א זללה"ה לדינא (על פי הגרש"ש בחידושו לב"ק סי' יט אות ג, ובפסקי דין כרך י עמ' קסג ציין ד' אחרוני זמננו שהרחיבו בזה אף הם) שרק על ויתור זמני בלבד כאשר לשני זה נזק אם לא יוותר, שייך כועמ"ס. אבל אם זה ויתור קבוע אפילו על מעט מהמעט מבעלותו ורשותו, זה לא שייך לדין כועמ"ס. ולכן בנידון מקרר רחב שאינו עובר בעיקול חדר המדרגות אא"כ יפתח השכן את דלתו ויוכל להסתובב על רוחב הפתח בחלל בית השכן, פסק שכיון שאין כאן נטילת בעלות כלל מהשכן אלא רק שימוש חד פעמי, כועמ"ס. אבל בנידון אדם שצריך להניח בקבע נורת חשמל מביתו בקיר מרפסת השכן ע"י חוט שיחבר מביתו, כי רק משם יוכל להאיר, ע"ז פסק שאין לחייב השכן כי הנחת הנורה על הקיר היא קבועה ורק הבעלים קובע מי ומה יעבור בביתו בקביעות ומי ומה לא. ולהטיל חיוב קבוע זה נטילה מהבעלות. עכת"ד. (ונלע"ד הביטוי של חז"ל "מידת סדום", מלמד את גדר הדין. דכתוב בחז"ל שבסדום לא היו מכניסי אורחים, והיפוכן בבני אברהם אבינו. וע"ז כייפינן עמ"ס להטיב לשני על חשבון נוחותו כמו הכנסת אורחים. ומינה נילף, דאם אין ליהודי מקום לאכול או לישון באופן עראי, יש מצוה לארחו בבית. אבל אם ע"י הכנסתו יהיה לו "חזקה" על בעל הבית, חזקת תשמישין או חזקה אחרת שיהיה אסור להוציאו, זהו כבר לא "אורח" ואין מצוה להכניס ול"ה מידת סדום להתנגד).

ולפי"ז מה שחייב הרא"ה (ועי' שער משפט ומהרש"ם בח"ב סי' קנג ועוד אחרונים רבים). להעביר החלון ממקומו למקום אחר הוא בגלל שזו פעולה חד פעמית ולא מתמשכת, ולא נוטל מהבעלות בקביעות כלום, ואף לא מחשיך עליו, לכן שייך בזה כועמ"ס. אבל הכנסת צינור בקבע שיעבור בבית השכן זה דבר קבוע ומשכך נחשב לנטילת בעלות שאין כועמ"ס על זה.

ועוד קשה לומר שבכה"ג יהיה דין כועמ"ס, דהנה בפשטות כל דין כועמ"ס הוא רק בזנוז"ח, אבל אם יש חסרון אפי' כלדהו כשחרוריתא דאשיתא כבר אין כועמ"ס (אפי' בדיעבד, ומכ"ש או הוא הדין בכועמ"ס דלכתחילה). ואכתי טוען השכן התחתון שיש לו ריח רע לפרקים, וריח ביהכ"ס הוא מנזקים שאף בהחזיק חייב לסלק, וזה לא פחות נזק משחרוריתא. ואף שיש פתרון קל כמ"ש לעיל, מ"מ מה"ט זה כבר עתה בגדר חסר. ועוד, כועמ"ס כאמור בזיו וסולם קטן והזזת מיקום חלון לא שייך בהם קלקולים עתידיים. אבל בצינור יש חשש סביר של סתימה או פיצוץ שבעתיד יזיקו, ולמה לא יהיה לו זכות להתנגד כזנוז"ח שיכול להתנגד בגלל שחרוריתא.

ועוד, מדברי הנתבע בביה"ד וגם מחו"ד הבודק של ביה"ד התברר שמלכתחילה היה הנתבע יכול לסדר בקלות ובזול שהחיבור לא ירד למטה אלא יהיה בתוך הבית, ורק חוסר התקשורת (מחמת שהתו' חשפו את הגבס אחרי גמר העבודה, והנת' והקבלן לא הרימו

לתובע טלפונים כל התקופה) גרם המצב דבדיעבד כבר רוצף המקום ללא נקודת בקרה, ועליו מונח ארון ספרים, ותחת הריצוף חימום תת רצפתי, שפתיחה וקדיחה והזזת הצינורות עלולה לפגוע בו ("לא לוקח אחריות על החימום שעובר שם" לשון האינסטלטור שהביא הבודק). וכעת זה נכנס לשאלת כועמ"ס. ואולי האי גונא לא דומה למה שהביאו הפוסקים בדין כופין דלכתחילה, דהתם מעיקרא אין לשני יכולת להשתמש בלי חלון וזיו וסולם. וצ"ע.

ומצאתי עוד מקורות למש"כ האב"ד הגרמ"א שליט"א מכל הפוסקים, ע"י בתשובת הרמ"א בסימן לב, וכן בלשון כסה"ק בסימן שטז על סעיף א. (ומ"ש הרמ"א בסימן שסג ס"ו ודוקא שדר בו אבל לא יוכל לכתחילה לכופו, אין הפי' שחולק על דין כועמ"ס בלכתחילה, אלא רק בהאי גוונא וכדמסיים שם בכה"ג דאי בעי בעל חצר ליהנות ולהרויח להשכיר וכו'. ודוק). אמנם כתב הרמ"א בתשובה שם דאין זה כלל בכל מחיר אלא "ומ"מ זה אינו אלא לפי רוב היזק ולפי ראות עיני הדיין", כלומר שיש לשקול את מידת ההכרח והצורך של השני לעומת מידת אי הנעימות וההפרעה של הראשון. עיי"ש. ובנידונו אילו היה בא הנת' לכתחילה לבקש מביה"ד לכופ' התו' להכניס בפינת ביתו צינור ביוב לחבר לצינור הראשי, היה עלינו לבדוק לעומת ההיזק של הנת' שאין לו לאן לחבר את השירותים בביתם, גם את הנזקים והצער של התו' בכל השיפוץ הלא רגיל הלזה, ולהכניס אל כף המאזניים את הבריאות של התו' שניזוק משבועות שלמים שבהם חצבו בבטון מעליו, ועל כל זה לא היה ביד כופה עמ"ס. אולם מטעמים שכתבנו לעיל נראה שעדיין השארת הצינור עד שיתקלקל או עד שיצטרכו משי' התו' לשפץ ביתם ולהפוך את הפינה הזאת לשימושית, זה כן נכלל בגדר פשרה קרובה לדין, ולא בגדר רחמים בדין או חוטא נשכר.

והנה לגבי החשש של התחתון שאם יושאר הצינור, במקרה סתימה וכדו' יצטרכו לתקנו מתוך ביתו, טען ע"ז הבודק בביה"ד שבמקרה שיהיה פיצוץ יהיה חייב ויכול העליון להרים את המרצפות שלו ולהזיק בביתו, ויש דרך איך לעשות זאת ולא חייב להכנס דרך למטה. א"כ גם לדעת הגרמ"א שליט"א כל הנידון על דין כועמ"ס הוא רק עד שיקרה פיצוץ או סתימה, ולכשיקרה כבר אין כועמ"ס, ויהיה חייב להרים מרצפות אצלו ולפתוח את הצינורות ולהחליפו, ואז כבר לא יהיה טעם להשאיר הצינור בחלל התחתון.

ועוד יצויין שאפי' לדעת הגרמ"א שזה דומה לזיו קטן ולסולם, דיו לבא מן הדין וכו' שלא יהיה יותר מחזת"ש שכאשר התחתון רוצה לבנות בחצרו מסלק את הזיו והסולם, וה"נ בנידו"ד אם ישפץ התובע דירתו והפינה הזאת תיהפך לסלון שצינורות מפריעים, יהיה לו זכות לתבוע סילוק מיידי של הצינורות. (אמנם הגרמ"א סייג דעתו, דכעת הצינורות מוסתרים מאחורי קורת בטון ולכן רק אם בשיפוץ יסיר את הקורה כשם שעשה הנתבע, אז יהיה הדין שיסלק את הצינורות. וכשיבוא למעשה ידונו בנפרד ע"ז).

לאור כל הנ"ל המסקנא לדעתי היא כדלהלן:

א' לנת' אין חזקה על העברת הצינור הנוסף בבית התו', והכנסתו היתה שלא כדין.

ב' בכל מקרה של סתימה או צורך בטיפול באינסטלציה של הנת' שלא השאיר נקודת בקרה בביתו, לא ייעשה שום תיקון ולא טיפול דרך התו'.

ג' בעת שישתם צינור מצינורות הביוב בבית הנת', לא יתקן אותו הנת' בהמשך למצב הנוכחי אלא בעת הטיפול מלמעלה ייעשה מה שניתן להוציאו מחלל בית התו'. כמו"כ אם וכאשר בבית התו' יערך שיפוץ שישנה את היעוד של אותה הפינה, יהיה רשאי להפסיק אז את ההסדר שמשאיר זמנית את הצינור בביתם, ועל הנת' לדאוג לשנות אז בביתו מה שצריך שהצינורות יעברו בשטחו בלבד.

ד' לאות בהווה ולזכרון לשנים עתידיות כי אין לצינור חזקה שהחזיק הנת', יש לקבוע סכום שכירות חודשי סמלי שהנת' ישלם לתו' בקביעות עד שיקרה מה שיקרה ויסולק הצינור הנוסף. (בשכירות לצורך עירוב סג' בשקל אחד לק' שנים. והגרמ"א הכריע בזה דעצם פסה"ד בידיו שאי"ז בחזקתו וכי אסור להוסיף צינור לאותו מקום מעיד שאין כאן חזקה).

ה' תשלומים על נזקים, על פי דין תורה א"א להוציא מידי הנת' על נזקי גרמא או נזקים שנעשו ע"י פועלים של הקבלן שלא היה ידם כיד בעל הבית. וגם על נזקי מים פרטיים של הנת' שזרמו והזיקו א"א להוציא יותר ממה שיעלה להנת' לתקן ע"י פועליו בעצמו, ע"כ ביה"ד קובע את התשלום שישלם הנת' לתו' ע"פ התייעצות עם המומחה.

ו' תיקון הריח ייעשה ע"י התזת חומר שהציע המומחה באמצעות האינסטלטור המומחה של הנת', ועל הנת' לשלם זאת מיד כשיבוצע.

ז' בנוסף על התיקונים והתשלומים, על הנת' לפייס את השכן התו' על הנזק הלא ממוני שנגרם לו עקב העבודות החריגות, וצורת ההתייחסות בעת שהעבודות הזיקו. יהושע הלוי לוי.

ג

מש"כ האב"ד הגרמ"א אייכלר שליט"א לסמוך דבריו על הברצלוני (בכל אופן במצב שנוצר), נראה שגם הש"ך הסכים לדעת הברצלוני רק שדחה הראיה מהרשב"ם, ובפתחי חושן פט"ו סוף הערה טז הבין שהש"ך חולק על הב"ח ונוקט כהרמ"א, ובנתיבות ס"ק יב כתב דגם המחבר ס"ל כהרמ"א, וכהטור ודלא כהברצלוני. אבל מסיום דברי הש"ך בס"ק ג' שכתב וז"ל גם מה שהביא מסולם לא דמי כלל, עכ"ל, כוונתו הוא כמש"כ הסמ"ע בסק"י דהטענה הוא שהזיז יקלקל הכותל שיש חורים חדשים משא"כ בסולם בסי"ג שרק משעין סולם קטן על הכותל ואינו מזיקו, ולכן גם הרמ"א לא הגיה כלום בסי"ג לחלוק כמו בסי"ד, וגם בניד"ד אם אין הקיר ניזוק ע"י החורים כגון קיר בטון כתב הערוה"ש בסעיף.... דאין יכול למונעו.

וא"כ בניד"ד דהגר"ל שליט"א הציע שכ"ז שלא מזיק ישאר הצינור, הנני מצטרף לדברי הדיינים שליט"א, ובפרט לפי מה שציין כב' האב"ד הגרמ"א שליט"א ע"פ הש"ך בס"ק י, ובפרט שבניד"ד אין מוותר על מה שיש לו דהרי אין לו את זה באופן רגיל שהמקום סגור (ואין טעם שיפתחו את זה בעתיד בשימוש נורמלי). (ובפרט שרגלים לדבר שהתובעת סיפרה מחוץ לבי"ד לב"כ הנתבע בתום לב בתוך כדי שיחה שהיה בעבר שם עוד צינור, והגם ששיחה

זו אינה עומדת מצד הדין להודאת בע"ד כיון שהיתה מחוץ לבי"ד ומעוד סיבות, מ"מ לרגל"ד סגי). ולכן הנני מצטרף לפסק דין להשאירו אבל בהגבלות. מרדכי א. הייזלר.

מסקנות העולות מהנ"ל בקשר לצינור

לדעה א היות ומלכתחילה בי"ד היה כופה את משפ' ב' להעביר דרכם צינור נוסף, אין להוציא את מביתם את הצינור שהתווסף, היות ונעשה כדין. ואם יקרה פיצוץ וכדו', שהמומחה אמר שאפשר לתקן מלמעלה, יהיו חייבים לתקן מלמעלה.

לדעה ב הצינור הוכנס שלא כדין, וכועמ"ס לכתחילה לא שייך לנ"ד, ולכן מעיקר הדין יש להוציא מיד את הצינור שהתווסף, אבל בגלל ב' סניפים יש להחליט בפשרה קרובה לדין שיושאר הצינור בנתיים עד שיתקלקל, ויש לעשות סימן ואות שאין חזקה לנתבעים על השימוש בפינה ההיא.

לדעה ג יש טעמים אחרים להשאיר את הצינור בהגבלות.

בית דין ירושלים

לדיני ממונות ובירורי יוחסין

בהרכב הדיינים: הרב מרדכי אייכלר, אב"ד; הרב יהושע הלוי לוין; הרב מרדכי א. הייזלר.

דין ודברים אודות גובה חיוב תשלום נזק שנפסק בבית דין

תיק מס': 2799פב. המשך פג

נושא הדיון

הנתבע חוייב לשלם נזקים לשכנו ע"פ שמאות מוסכמת, ואם לא יסכימו הצדדים יקבע ביה"ד את השמאי.

התובע הביא פירוט מחירים ע"פ איש מקצוע, ובס"ה הגיע ל29,484 והנתבעים טענו נגד הפירוט בארבע נקודות שהמחיר פחות. ועל שני פריטים אחרים טענו שהם פטורים כי הנזק לא נגרם מהם, וכן התובע לא פירטם לשמאי שהביאו מטעמים, כלומר שהודה שזה לא מחובתם. וחובת התיקונים שלהם לפי השמאי שלהם רק 14,000 ש'. ועוד אמרו בכלליות שיש להם קבלן שיתקן בחינם, וע"כ אינם חייבים להוציא כסף כלל.

התובע עונה שמחירון איש המקצוע שהביא הוא נמוך, ואם אין הנתבע מסכים לזה הוא דורש לפי מחירון דקל היקר יותר. ועל מה שטוענים הנתבעים שלא נגרם מהם, טוען התובע שכן נגרם מהם, ומוכיח זאת מפרוטוקולים וממכתבי הצדדים ועוד. ומה שהיה בזמן שהגיע שמאי של הנתבע אינו רלוונטי לדעת התובע כי אז חשב שהנתבע רוצה בדרכי שלום ולכן ויתר על הרבה דברים. וכעת התברר ממכתבי הנתבע שמזלזל בו ואינו רוצה לתקן ולשלם בכלל, והוא חוזר לתבוע את הכל. לגבי תיקון בחינם טוען התובע שהקבלן הוא אריא דרביע עליה וא"א לחייבו להכניסו לביתו.

פסק דין

- א. בית הדין עבר בעיון על כל חילופי המכתבים בנוגע לסכום שחייב הנתבע לשלם לתובע, כפסה"ד הביניים מיום ד' באדר ב' תשפ"ב – סעיף 1.
- ב. הנתבע מודה בחוב של 14 אלף ש"ח (על פי מה שכתבו בשם הבודק בשם השמאי, ולא ראינו המקור, ואין נפ"מ).
- ג. התובע מודה שבעת ביקור השמאי הנ"ל בדירתם מחל על דברים רבים לנתבע.

ד. אמנם התובע טוען שמחל רק בגלל אשליה שהנתבע רוצה לתקן, והתברר לו שהנתבע לא רוצה לשלם לו ולהסתדר עמו, אבל טענות אלו אינן ברורות ואינן מתקבלות כלל על דעת בית הדין.

ה. אין באפשרות בית הדין לברר על אלו דברים רבים מחל התובע ואלו דברים לא מחל, שהם מעבר למחיר הנקוב לעיל שהנתבע מודה בו.

ו. יש כאן חיוב שבועה לברר טענה זו, ואיננו משביעים אלא מפשרים בשליש במקום שבועה, וכמקובל בפוסקים ועל פי סמכות שטר הבוררות.

על כן: בהמשך לפסק הדין הביניים, ועל פי מה שכנכתב שם בסעיף 1, קובע בית הדין כי הנתבע ישלם לתובע סך 19,161 ש"ח, תוך 30 יום כמקובל.

והאמת והשלו' אהבו

ועל זה באעה"ח, יום ב' י"א בכסלו תשפ"ג

(-) מרדכי אייכלר, אב"ד (-) יהושע הלוי לויין (-) מרדכי א. הייזלר

נימוקי פסק הדין

ביה"ד לא מינה שמאי לבדיקת עלויות התיקונים מפני שיצא שכר תיקון המחיר בהפסדם של עלות השמאות לצדדים. וגם שאיננו יודעים על אלו "דברים רבים" כבר חלה מחילה ואי"צ לשומם.

הטענה (של התובע) אריא רביע עליה הוא רק כשצריך לדור עם שוכר כזה וכדו' אבל כשנכנס רק לתקן ויוצא מיד לא שייך טענה זו, ואם אינו יכול להיות עם הקבלן בכפיפה אחת שיצא מהבית לאותו זמן. אלא שכבר נדחתה בפס"ד הראשון טענת הנתבעים שבקשו לתקן בעצמם בחינם.

טענת הנתבע שלשמאי יצא העלות רק 14 אלף, לא הביא אסמכתא לכך, והשמאי לא הופיע ולא התברר על פיו מה שם, לכן אין טענה זו מתקבלת אלא רק בתור הודאת בעל דין שעל סכום זה אין ויכוח, וודאי חייבים לשלם. גם טענת הנתבע שלא חייב בכל הנזקים שפירט התובע, רוב הדברים כבר נשמעו בעת הדיון ולמעשה נדחו ע"י ביה"ד בפס"ד בעקבות דברי הבודק שביה"ד שלח.

טענת התובע שויתר על דברים רבים רק בגלל מצב מסויים שהבין שהנתבע רוצה להשלים איתו, אי"צ לדון מדין מחילה בטעות בגלל שלא התברר כלל שהיתה טעות. אמנם התובע מספר שאז הרגיש שהנתבע רוצה לשלם ולהשלים ועכשיו מרגיש שלא, אבל אין הוכחות לא לזה ולא לזה מעבר להרגשות, ונראה שלא השתנה כלום וע"כ א"א לטעון טעות. ע"כ היות ומחילה אי"צ קנין חלה מחילתו וא"א לחזור בו ולתבוע את הדברים הללו.

השאלות לדיון

- א תבע בפה רק חלק ושתק מהשאר, האם נחשב מחילה או שתלוי בדין מחילה בלב.
- ב האם יש נאמנות לבעל דין שיפרט על מה לא מחל, במיגו שהיה יכול לטעון שלא מחל כלום.
- ג פשרה במקום שבועת היסת של התובע בכמה.
- ד האם הנתבע אינו מודה במקצת הטענה.
- ה האם חיוב המזיק לתקן או לשלם.

תשובה

א בשו"ע בסימן יב סעיף ח וסימן רמא סעיף ב מחילה אי"צ קנין. ועיי"ש יב בקצוה"ח סק"א (ועיי"ש בפת"ש) דמחילה בלב לפי דעות מסגרת השולחן ומהרש"ל ובית מאיר (באבן העזר סי' לח סעיף לה נסתפק בזה, ובסימן קו סעיף ד הכריע. ועפת"ש חו"מ סי' רמא סק"א) חלה המחילה, ולמהרי"ט ולנתיה"מ אם אין ברור לכל העולם שדעתו למחול ובדבר שכבר חל חיובו, המחילה שבלב אינה מחילה. ולכאורה יהיה דין קים לי לנתבע.

ומיבעיא לן אם אפשר להחזיק ביד הנתבע מדין קים לי בויכוח על מחילה בלב, כי קי"ל הוא זכות טענה שיכול לטעון דמכחה אין מוציאין ממנו. וזה מוגבל לדבר שיכול לטעון, ומה חושב השני בליבו אינו מהדברים שיכולתו לטעון. ולכן אפילו שאנן ידעין כעת שהיתה לו מחילה בלב, אין זכות טענת קי"ל לנתבע, ולכן החיוב בעינו וכן מוציאים מהמוחזק. או דלמא שמא גם בלי טענת קי"ל של הנתבע, עצם פלוגתת רבוותא היא ספק כמי נפסוק והדין המע"ה.

ובנידוננו אם פירש בדיבור שתובע 14 אלף ושתק ולא תבע את השאר, זה מחילה ממש ונחשב למחילה בפה. וראיה מפורשת לדין זה מטענו חיטים והודה בשעורים שפטור מדמי שעורים היות ואי התביעה הוי הודאת התובע. ועוד קצת ראיה לזה מסימן רל"ב דבכל מק"ט ואונאה שהיה יכול לתבוע ביטול מקח ושהה ולא תבע, אמרינן ודאי מחל. וכן בש"ך שם סק"ב דבמלוה שאינו תובע אי"צ הלווה להחזיר (אמנם בזה נשאר בצ"ע וכנראה על עצם האומדנא, אבל מצד שלא מחל בפה אין חסרון), כלומר דשתיקה בשעת דיבור ובמקום שהיה צריך לפרט דיבורו, היא שתיקה שמדברת להדיא.

ב אין נאמנות מיגו אלא בצירוף לזה שהוא מוחזק. אבל הבא להוציא ואינו מוחזק, אפילו נאמינו לטענה במיגו אינו יכול להוציא עי"ז דמיגו להוציא לא אמרינן, ואף שבתפיסה שלא בעדים אומרים מיגו גם לתובע, במיגו שלא תפס, מ"מ כח יש למיגו רק אחרי תפיסה, ולא כבנידו"ד שתובע עי"ז להוציא מהנתבע.

אמנם מיגו דאי בעי שתיק אמרינן גם להוציא כמבואר בתוס' בריש שנים אוחזין ובראשונים בתחילת כתובות, ומוכיחים מסוגיית גחין ולחיש לרבה בפרק חזקת. וע"כ אילו התובע לא היה כותב במכתבי טענותיו שמחל על כמה דברים, היה נשאר חזקת החיוב של הנזקים שהתבררו כבר בביה"ד, ועי"ז היה נאמן על מה לא מחל בלא שבועה.

והנה כתוב באחרונים (עי' שיעורי הגר"ד כתובות טו: בשם החמדת שלמה) הא דכתבו הראשונים בריש ב"מ דמובמ"ק הטענה נשבע בגלל דבכולי בעי דלודי ליה ומורי היתרא וכו' זה משום שיש לו פטור מדין מיגו שהיה כופר הכל, או שיהיה פטור משבועה מחמת שהוא משיב אבידה, ולא כתבו שזה מחמת הפה שאסר או דאי בעי שתיק, דבשני דברים אלו אין צד לפוטרו מהשבועה, דאי בעי שתיק אינו פטור משבועה. ומסתבר דאם לפטור משבועה לא אהני מיגו דאי בעי שתיק, כל שכן דשתיקה לא מועילה להוציא ממון מהמוחזק בלי שבועה.

ובשער משפט כללי מיגו (אחרי סימן פב) סוף אות א' כתב וז"ל: אך דברי התוס' שם בלאו הכי תמוהים לפי מה שכתבו התוס' ברפ"ק דמציעא (ב, א ד"ה וזה) בשם ריב"ם דהא דס"ל לרבה בפרק חזקת הבתים (לב, ב) דמהימן לומר אין שטרא זייפא הוא ושטרא מעליא הוי לי ואירכס במיגו הוא משום דאפילו הוי שתיק רק שלא היה מודה שהוא מזויף היה נאמן כי החתימה היתה נכרת להעומדים שם אבל שאר מיגו להוציא לכו"ע לא אמרינן, וא"כ תירוץ הרב דודי ניחא לכו"ע דהא התם ליכא מיגו דאי בעי שתיק ובכהאי גוונא לכו"ע לא אמרינן מיגו להוציא, ודברי התוס' סותרים זה את זה. ועי' מה שכתבתי סוף סי' פ"ג. ובאות ב' כתב: ויש לעיין למאי דקיי"ל דלא אמרינן מיגו להוציא גבי נשבעים ונוטלים היכא דאית להו מיגו לפטור מן השבועה אי מיחשב מיגו להוציא ולא אמרינן, או דילמא כיון דהטעם דלא אמרינן מיגו להוציא הוא משום דלא מהני מיגו להוציא ממון מחזקתו וא"כ הכא כיון שיש לו זכות ליטול הממון בשבועה טענתו עדיפא ומהני המיגו לפוטרו מהשבועה, כמו דאמרינן מיגו להוציא אי חזקה מסייע ליה או בברי ושמא כדמוכח מההיא דמשארסתני נאנסתי (כתובות יב, ב). והנה לפי מה שנראה מדברי הש"ך (סקט"ו) דאף דבשטרא מעליא אמרינן מיגו להוציא מ"מ בשטר כתובה כיון דהאשה לא נתנה לו כלום לא אמרינן מיגו להוציא, וכן נ"ל לדידיה בדברי התוס' דפ"ק דכתובות (ט, ב ד"ה לא) בסוגיא דפתח פתוח ע"ש, א"כ יש להוכיח מהתוס' כתובות דף פז, ב (ד"ה דמיפרע) דבנשבע ונוטל אמרינן מיגו להוציא, דהא הקשו שם אמאי הפוגמת כתובתה צריכה שבועה להימנה במיגו דאי בעיא היתה תובעת הכל, ומאי קושיא הא הוי מיגו להוציא ובשטר כתובה לא אמרינן מיגו להוציא, אלא ודאי דלענין פטור שבועה אמרינן מיגו להוציא. אך יש לדחות דקושית התוס' הוא מפוגם שטרו שלא בעדים דאיתא התם דחייב שבועה ובשטרא מעליא לכו"ע אמרינן מיגו להוציא, וכ"כ הפני יהושע שם בשם ספר נתיבות משפט, וא"כ אדרבה מוכח מדבריהם ז"ל בפשיטות דלא אמרינן מיגו להוציא לפטור מן השבועה. אך מ"מ מן הסברא נראה לחלק דבנשבעין ונוטלין שמן הדין אף בשבועה לא היו נאמנים ליטול אלא שחז"ל תקנו לישבע וליטול בכהאי גוונא לא מהני המיגו לפוטרו מהשבועה, אבל באותן הנשבעין ונוטלין שמן הדין היו נוטלים בלא שבועה אלא שחז"ל החמירו עליהם לישבע בכהאי גוונא מהני המיגו בכדי לפוטרו מהשבועה, דהוי כמו חזקה דמסייע ליה דאמרינן מיגו להוציא, וצ"ע. עכ"ל.

אם כן נידוננו, אף שעצם סוג החיוב הוא מאלו שהיו נוטלין בלא שבועה, ואינה שבועה שניתקנה ע"י חז"ל שעל ידה חל חיוב התשלום, מ"מ אין לחייב בלי השבועה עד שיתברר שאין כאן פטור דמחילה. וכלפי סיבת פטור זו אין המיגו דאי בעי שתיק חיזוק לחיוב, ולא שייכת כאן סברת הצ"ע של השער משפט, ודו"ק.

ג כידוע, פשרה חלף שבועת היסת היא בשליש. דהיינו נתבע שמכחיש וצריך להשבע מדרבנן לחזק כפירתו מחייבים אותו לשלם שליש חלף זה שלא נשבע ובוזה קנה את השבועה. ולפי"ז יל"ע בשבועת הנוטלין שהתובע הוא זה שלא נשבע וצריך לשלם חלף שבועתו האם מותרים לנתבע על שליש בגלל שלא היתה שבועה ולמעשה ישלם שני שליש ונחשב לתובע כאילו הוא שילם שליש וזה תשלומו חלף שבועתו. או שמחייבים את הנתבע רק שליש בגלל שהתובע לא נשבע. ויש צד אחר דהנה השבועה שבנידו"ד אינה שבועת הנפטריין אלא שבלי בירור א"א לגבות מהנתבע והבירור של התובעים יכול להיות רק עם שבועתם, א"כ זה שבועת הנוטלין, ומי אומר שיש פשר במקום שבועת הנוטלין אולי ע"ז כיון שאינם נשבעים בפועל לא חל חיוב עדיין על הנתבעים, ומדוע לפשר לחובת הנתבע אפילו בשליש כל עוד אין הוכחות לחיוב, וההוכחה היא השבועה. ודבר זה תלוי בחקירה מהי שבועת הנוטלין האם היא בירור הטענה ובלעדיה אין לתובע בכלל נאמנות, או שזה דין מיוחד שחייבו שבועה הגם שנאמנות יש גם בלעדיה. ונפק"מ לנידו"ד. ועמ"ש אמור"א זללה"ה בפסקי דין - ירושלים כרך ז עמוד רפז בזה ע"פ האבי עזרי בפי"ד מטו"נ סוף ה"ח. ובסיכומו של חבר ביה"ד הגרש"י בדרך יד עמ' רמח ע"פ הרבה אחרונים בפירוש. ולפי"ז כשאין שבועת התובע סיבת חיובו של הנתבע, רק שאנו צריכים בירור שמא מחלו על הכל, אבל החיוב של פסה"ד מבורר כבר קודם. ולכשישבעו ויטלו אין הנטילה מכח השבועה, אלא מכח החיוב בפס"ד ובגלל הנזק שניזוקו, ע"ז סובר אמור"א זללה"ה שמנכים שליש מזכות התובע ומשלם הנתבע שני שליש. ואילו היה השבועה סיבת הנטילה היה פטור הנתבע לגמרי.

אמנם נראה דבנידו"ד אין הויכוח רק האם התובעים מחלו או שלא, אלא שהנתבעים טוענים שהם פטורים על הרבה פרטים מסיבות אחרות, שלא הם הזיקו, או שהתיקונים עולים פחות וכו'. ע"כ א"א ל שיש חיוב ברור רק צריך לקנות את השבועה בשליש. ולברר ע"י מומחים חדשים על כל הטענות פרט אחר פרט יעלה לשני הצדדים כסף יותר מהפשרה שבנידו"ד. ע"כ במקרה זה היה נראה לביה"ד במותב תלתא כחדא שהפשרה היותר קרוב לדין על כל הויכוח מכל חלקיו וטענותיו הוא שהנתבע דהיינו צד א' ישלמו רק שליש מהסך שנתון בחילוקי דעות, בנוסף על הסכום שהודו בו.

ד אמנם התובע דורש כ29 אלף והנתבע מודה שצריך לשלם רק 14 אלף וכופר בחיובו בשאר, ואילו זה היה ויכוח על כסף של חוב ודאי שבכה"ג הוא מודה במקצת וכופר במקצת וחייב שבועה דאורייתא ומשלם לפחות חצי מההפרש מדין פשר שבמקום שבועה דאורייתא. אבל בנידו"ד אין הודאה במקצת הטענות רק ויכוח אחרי הטענות כמה הערך שלהם לפי השמאות הנכונה, והטענות של צד א' על גרמא וחוסר הוכחות שהוא גרם את הנזק גם כן אינן טענות פטור אלא טענת המע"ה על ההוצאה בפועל, וכן טענתו שאינו חייב יותר כי מחל כבר וכו'. כל זה נקרא הודאה במקצת על פי חשבון ולא בעצם הטענות. ונפסק בשו"ע סימן עה סעיף ה וסימן פז סעיף ה שזה אינו נחשב מובמ"ק.

ה טען הנתבע שאינו מוכן לשלם כסף כי קיים חשש שהתובע לא יתקן אלא ישתמש בכסף לדבר אחר, וישאר הנזק להראות כל החיים שזה מה שהמזיק עשה לו. וכמ"ש בגמ' ב"ק פשעת בנפשך וקרו לי שור המזיק. אולם הגמ' אומרת זאת רק לגבי תשלום ריפוי של אדם שחובל באדם, שהוא גנאי גדול, וכן נפסק בשו"ע סימן תכ סעיף כג. ולא מצאנו דין

דומה בשאר נזקי הממון. ואפילו באדם שחבל באדם אין הדין בשאר ה' דברים אלא רק בריפוי, כלומר שזה דין מיוחד בהא דאמרה תורה ורפוא ירפא שאינו זכות ממונית שמגיע לניזק תשלום ערך מחיר הרפואה אלא ריפוי ממש. ובשאר עניני התשלומים בין במזיק אדם ובין בממון המזיק או בהזיק ממון כתוב בכ"מ סתם שמשלם. ואין ללמוד מריפוי. ומוכח כחילוק זה מנידון המחנ"א בפ"א מנז"מ ושאר האחרונים המצויינים לעיל, אם עיקר החיוב לתקן או עיקר החיוב לשלם, ולית מי שדורש שהחיוב הוא דוקא לתקן מצד טענת כ"ש דפשעת בנפשך וקרו לי שור המזיק. ודוק.

ואחרי שהנתבע בעצמו לא מוכן לשלם את שיעור כל כיסוי הנזקים, ומתווכח על יותר מחציים, וברור שבזה גורם שהרבה מהנזקים ישארו בלתי מתוקנים. הוא בעצמו כבר מסולק מזכות טענה שרוצה לשלם רק על מנת שיתוקן הכל ולא יושאר רושם הנזק בעתיד.