

בית דין ירושלים

לדיני ממונות ובירורי יוחסין

בהרכב הדיינים: הרב ש. חיים דומב, אב"ד; הרב יהושע ווייס; הרב יהושע הלוי לוין.

ויכוח על הרחבת בניה בגג הבנין המשותף שהיה משוייר לקבלן

תיק מס': 2831פא

(ערך התביעה: כ-25,000 שקל. לתשומת לב: נימוקים אלו עתידים להתפרסם בספר "פסקי דין – ירושלים" כך טז, לאחר השלמת עריכת הגהות תיקונים ותוספות)

צד א': שמעון.

צד ב': ראובן, ע"י ב"כ טו"ר הרב דייטש.

נושא הדיון

ג' שכנים מתוך ד' שגרים בקומה העליונה בנו על הגג תוספות על דירותיהם, ועל גג הדירה הרביעית מונחים דודי שמש של כחצי מכל הדירות של הבנין. השטח שמעל המדרגות נותר ריק. לפני פתחי הדירות יש רחבות שגם הם בכלל הרכוש המשותף הרשום בטאבו ע"ש כל השכנים.

ראובן קנה דירה בקומה העליונה עם התוספת שנבנתה עליה ומעל לשטח המשותף (על השטח שמחוץ לדירה המחובר לחדר מדרגות, ומעט מעל המדרגות) והתקין על שאר הגג שמעל חדר המדרגות מסגרת קבועה מברזל כבסיס לסוכה.

שמעון מתנגד לקיומה של הסוכה שם ותובע לפרק את המסגרת. מטענות אלו: א' כותל הסוכה קרוב מדי מול חלון הבניה שלו. ב' שוכרים פוטנציאלים נמנעים מלשכור את היחיד שלו בגג כשרואים את המסגרת ומבינים שיהיה רעש מקרוב. ג' שטח זה ראוי למחסן או לדוד שמש שרוצה להניח. ד' היתה מחאה כשראובן התקין המסגרת, ועל אף שמלכתחילה התחייב להתחשב בהתנגדות, בפועל רק שואל "מה מפריע לך" וממשיך מדי שנה לבנות את הסוכה. ה' בי"ד אחר הוציא צו מניעה על שני הצדדים לא לפעול זה נגד זה בדיבור או במעשה לפני דיון בבי"ד, וראובן הפר את זה כשבנה סוכה. ו' הסוכה עומדת מתחילת סליחות עד חודש חשון, א"כ זה הפרעה לכחודש וחצי. ז' הרכוש המשותף שייך לכל השכנים ולכל אחד יש זכות מחאה והתנגדות אפילו בלי סיבה. ח' לראובן לא מגיע זכות בגג, היות והמוכר שלו חרג בבניה בעבר מתחומו לרכוש המשותף, וחלק בכך את חלקו. ט' רגלי המסגרת נקבו את האיטום ויש נזילה ורטיבות מהגשמים בביתו של שמעון, ותובע שיפורק הכל וייעשה איטום חדש על הכל.

ראובן משיב לפי הסדר: א' יש חלונות אחרים בגג הקרובים יותר לכתלים של אחרים, וזה לא מפריע לאף אחד. ועוד, חלון שמעון המדובר בנוי בכותל שחרג לגג השטח המשותף ואילו היה בונה רק על שטחו היה רחוק מהסוכה ד' אמות, ואין לשמעון חזקה על החלון כי כותלו בחזקה שאין עמה טענה. ועוד, אם יחלקו את השטח הריק בגג שמעל הרכוש המשותף בין שמעון והשכן הרביעי שטרם בנה, חצי וחצי, (שמסתמא לכל אחד מהם יגיע חצי הסמוך לו), תעמוד הסוכה על החצי של השכן הרביעי, ע"כ אין לשמעון זכות טענה. ב' יש לו בעצמו ג"כ שוכרים ביחיד"ד שלו שבגג, ומולו נבנתה מרפסת קרובה יותר מקרבת סוכתו לחלון שמעון, ומעולם לא נמנעו שוכרים מלשוכרה. ג' אין מקום לדוד שמש שם כי יש נגדו קיר שמסתיר השמש, וגם הנחת דוודים שם באמצע תפריע את המעבר אל דודי השמש של כל דיירי הבנין הממוקמים מעל הדירה של השכן הרביעי. ד' בתחילה בנה מסגרת לסוכה קרוב כ-70 ס"מ לחלון של שמעון, והרחיק אותה לבקשת שמעון במטר, ועל זה הסכים שמעון מלכתחילה. ועל המיקום הנוכחי לא אמר לשמעון שאם ימחה יפרק. ה' בנית סוכה לחג לא נחשבת ל"מעשה" שנאסר בצו הבי"ד. ו' בדרך כלל בנה סמוך לחג עד מיד למחרת, רק בגלל צעקות שמעון נמנעו בניו מלפרק הסוכה והמתינו לשעה ששמעון ומשפ' לא נמצאים. לכן היתה הסוכה קיימת זמן ארוך יותר. ז' הגג לא משותף אלא נרשם בחוזים כנשאר בבעלות הקבלן שבנה את הבנין. וכל שכן שבנה שילם לקבלן. ועל השטח שעל המדרגות לא שלמו לו, ועתה זה בבעלות בני הקבלן. ח' הוא משתמש בשטח מכח השכן הרביעי שלא בנה על גגו, מפני ששאר השכנים מלבדו משתמשים בגג של הרביעי לדודי שמש, ולרביעי מגיע מכולם זכות ויתור להשתמש בשטח הרכוש המשותף שמעל המדרגות, ואת זכותו זו מכר הרביעי לראובן, (ראובן הציג בבי"ד את שטר העברת הזכויות אליו מהרביעי, והוא בנוסח הקנאת זכות התשמישים שם עד שירצה להשתמש בעצמו). ומוסיף וטוען כי אין לשמעון שום זכות שימוש בשטח האמצע אחרי שחרג בבניה אל השטח שמחוץ לדירתו. ואם נשארה לשמעון עוד זכות בגג האמצע, ראובן תובע ע"ז "חלוקה" לקבוע באלו חלקים בגג יוכל לעשות כל מה שירצה ולשמעון לא תהיה זכות להתנגד. ט' מעולם לא התלונן שמעון על רטיבות, והוא מוכן לשלם ולאטום וכו' אם יתברר שהוא גרם להיזק, אבל זה לא נוגע להמשך קיום הסוכה.

ביה"ד ביקר במקום והתרשם ממראה עיניו.

רגלי מסגרת הברזל של הסוכה לא חודרות לאיטום אלא מונחות מעליו עם חוצצים, ונראה שהרטיבות במטבח של שמעון היא מגשם שנכנס לארובה העולה מחדר הסקה לשעבר, שבעבר עלתה לגובה ומעליה היה כיסוי מגשמים, ונקצצה והונמכה כנראה ע"י הפועלים שהתקינו את מסגרת הברזל (לגובה המדויק שתחת המסגרת), ואין עליה כיסוי.

ביה"ד מדד את המרחקים בין החלון לבין מסגרת הסוכה, והציע לצדדים פשרה שראובן יקטין את הסוכה למרחק של ד' אמות מהחלון (לפי השיעור הגדול), אבל שמעון ובעיקר אשתו לא מוכנים לשום פשרה להשארת המסגרת אפי' בחלקה, היות ולראובן יש עוד שתי סוכות, שאחת מהן גדולה בערך 60 מ"ר.

השכנה הוסיפה וטענה שראובן נועל את העליה מחדר המדרגות לגג כדי שילדיו לא יפלו, והפתח חייב להשאר פתוח לצורך מעבר בעלי מלאכה לדוודים של כולם וכדו', ראובן משיב

שלא נעל מעולם והפתח סגור ללא מנעול כל ימות השנה, אלא שבימי סוכות השכנה פותחת את המכסה לגמרי וזה מסכן את ילדיו והוא סוגר בחזרה ללא נעילה.

פס"ד

- א. ראובן חייב באופן מיידי לכסות את הארובה ששימשה להסקה.
- ב. ראובן פטור מנזקי הצבע בבית שמעון שנגרמו מירידת הגשמים לארובה שנקצצה ונתגלה כיסויה.
- ג. מצד הדין יש זכות לכל שכן למחות נגד הנחת קורות וברזלים קבועים בשטח שנחשב לשטח משותף, והמניח בקביעות בלי רשות חייב לסלק אם מחו בזה.
- ד. גם סוכה עראית לימי החג שמותר לכל שכן לבנות ברכוש המשותף גם בלי רשות, אסור להתקרב מול חלון עד 2.40 מטר.
- ה. מותר לראובן להקים את הבסיס ואת הסוכה לחג באופן עראי ככל אחד מהשכנים, ובלבד שיבנה יומיים לפני יו"ט ויפרק לא יאוחר מיומיים אחרי יו"ט. וגם יהיה במרחק הנ"ל מהחלון.

ו. פתח הגג מחדר המדרגות צריך להיות סגור ללא מנעול.

וע"ז באעה"ח

(-) ש. חיים דומב, אב"ד; (-) יהושע ווייס; (-) יהושע הלוי לוין.

השאלות לדיון

- א. הרחקת כותל ד' אמות מחלון חברו כיצד.
- ב. קבלן ששייר בעלות הגג ומת האם בניו ירשו את הגג.
- ג. קנה דירה עם תוספת בניה בגג המשותף האם נשארה לו בעלות בשותפות בשאר הגג.
- ד. שכן שיש דודי שמש של שכנים מעל דירתו, האם יכול לתת לאחר זכות תשמישין על הגג המשותף.
- ה. מחאה בקורות של סוכה שהושארו מעבר לשבעת ימי החג, כיצד.

תשובה

א. הטענה שהקיר של שמעון חורג לשטח משותף וע"כ אין לחלון שם זכות קיום ואין צורך להרחיק ממנו ד' אמות, אינה מתקבלת כי כבר החזיק בזה הרבה שנים ואף אחד לא

טען נגדו, וגם כעת אין השכנים טוענים, ממילא חזקת החלון היא חזקה גמורה. מבלי להכריע בבעלות שטח הקיר אם הוא משותף או פרטי. וכן לא נפק"מ מה שהיה יכול להיות חלוקה בין שמעון לשכן הרביעי בגג הריק. כי יש חלון שאסור לבנות כותל נגדו בתוך ד' אמות. ופשוט שאסור לחסום חלון בתוך ד' אמות אפילו לשעה אחת. ואין היתר לחסום "רק לסוכות", וע"כ יש להרחיק מול החלון ד' אמות על ד' אמות, ואפשר להתקרב לכותלו של השני רק במקום שאין חלון ומחוץ לרוחב ד' אמות שלצד החלון כפי שמופיע בהלכה. וז"ל הטור בסימן קנד: ראובן שהחזיק בחלונו שפתוח לחצר שמעון ובא שמעון לבנות כנגדו צריך להרחיק ממנו ד"א שלא יאפיל עליו וכו' ואם בא לבנות כותל מצד החלון כגון שהכותל שהחלון בתוכו הולך ממזרח למערב וזה בא לבנות כנגדו מצפון לדרום אם בא לבנות מצד אחר (נלע"ד שזו ט"ס וצ"ל מצד אחד) אצל החלון די לו בהרחקת טפח מכנגדו וצריך שיהא גבוה מן החלון או נמוך ממנו ד"א וגם צריך שישפיע ראש הכותל בענין שאין ראוי לעמוד עליו שאם לא כן אף על פי שהוא גבוה או נמוך ממנו ד"א יכול להתרחק ולהציץ כיון שהוא מן הצד. ואם בא לבנות שני כתלים מב' צדי החלון אחד מזה ואחד מזה צריך שיהא בין שני הכתלים ד"א מלבד רוחב החלון טפח מצד האחד וד"א חסר טפח מצד הכותל השני ואם ירצה להרחיק ב' אמות מצד זה וב' אמות מצד זה הרשות בידו או יחלק אותו כפי מה שירצה רק שיהא בין שניהם ד"א עכ"ל. וז"ל השו"ע שם סעיף כב: בנה כותל בצד החלון, צריך להרחיק מהחלון טפח וכו' הגה: ומוודין טפח זו מן החלון עצמו ולא מן השקיפה וכו'. ובסעיף כג: בנה כתלים משני צידי החלון צריך להיות ביניהם רוחב ד' אמות והחלון באמצע הארבע, וכו'.

ב. הקבלן המפורסם א' בנה את שכונת ע' והשאיר לעצמו את הבעלות על כל הגגות, ובמשך השנים מי שרצה לבנות תוספת על הגג שילם לו. ניתן להניח ששלושת הבונים על הגג שילמו לו, מדין טענין. ועכ"פ אין תביעה ע"ז. בנתיים נפטר הקבלן, וראובן בנה מסגרת קבועה מברזל על השטח "המשותף". השכנים תובעים שזה שייך לכולם וראובן טוען לאו בעל דברים ידידי את כי אי"ז שלכם אלא עדיין משוייר לקבלן דהיינו שייך ליורשיו, ורק הם יכולים לתבוע ולא אתם. היכי לדיינו דייני להאי דינא.

הנה מוכר ששייר לעצמו על מנת שדיוטא עליונה שלי א"צ לומר לי וליורשי, וזה שלהם עד עולם כי יש בו ממש. אבל אם שייר רק שימוש מסויים ולא את גוף הדיוטא, אם אמר להדיא לי וליורשי, בעין יפה שייר גם לגבי יורשיו. וכשלא אמר אלא לי, אין ליורשיו כלום. עי' סימן ר"ט סעיף ז' ובסימן ריב.

ונחזי אנן, השיור בחוזים שאינו חוקי, ובטאבו רשום כרכוש משותף, וא"א למוכרו לאחר, אלא רק להצמידו לאיזו דירה מתוך הבנין. הקבלן התכוין לשיור הלכתי אע"פ שלא רשאי לזה חוקית. למה הוא שייר, הרי לא יכול לבנות שם בעצמו ולא למכור למי שרוצה לבנות (מלבד דיירי אותו בנין) ולא התכוין להשתמש שום שימוש בגגות כל השכונה לעצמו, למחסנים וכדומה (וכדמוכח מהעובדה שלא הניח אפילו קיסם מעולם באף גג, ולא השתתף בזיפות של אף גג מעולם, ולא עלה על דעת הדיירים לתבועו לזה). והשכנים שמים בגג דודי שמש וכו' ואינו יכול למנועם. א"כ השיור הזה אינו שיור הגוף כדיוטא העליונה, אלא רק שיור לעצמו לבעלות שמהותה ועניינה זכות מכירה לאחד

הקונים. כלומר שהשיוור בכל חוזה שקונה הדירה קונה רק את הדירה ולא זכות בגג, אינו אומר שגוף האבנים והיציקה של הגג נשארו בבעלות של המוכר, אלא רק הבעלות על זכויות הבניה מעליו לא נמכרו לדיירים. ובכה"ג ל"ה זכות ממשיית שהיורשים מקבלים זכותו. וזו הנחשבת בהלכה לזכות שאין בה ממשות ורק לעצמו בעין יפה משייר, ולא ליורשיו. וכשנפטר חוזר הכל לבעלות הקונים הראשונים. כלומר שהגג כיום הוא רכוש משותף רגיל.

ואין מקום להקשות במה נעשה של הקונים בלי מעשה קנין, כי בהקנאה הראשונה כבר היה מונח כל הזכויות העתידיות שיקרו כשיפטר הקבלן ויפקעו זכויותיו בשיוור שא"ב ממש. דהנה איכא צד לדון הרי בסימן ריד סעיף ה ברמ"א פוסק במי שמכר בית ולא כתב רומא שאין האויר נקנה לו למעלה וכו' ולא שייר לעצמו רק האויר שאין בו ממש וכו', ומבואר דשייך לשייר דבר שאין בו ממש (לענין שיכול המוכר לבנות על האויר מעל הבית ע"י עמודים). ובמיתת המוכר לא קונה הקונה את האויר של הרומא, כי אי"ז חלק מהבית, ובאיזה קנין יקנה אותו. ובשלמא שיויר שימוש מסויים דמתבטל במיתת המוכר, הקונה קנה את זה למפרע כי זה חלק מהבית, אבל האויר שמעל אינו שייך לחלק מהבית ובאיזה קנין יקנהו הקונה. ובעכצ"ל שאף דאין יורשיו יורשים את הרומא, מ"מ הרומא נשאר הפקר לא לזה ולא לזה, וכל הקודם וזכה בו זכה. וכן המשמעות של הסמ"ע בסי' רט סקכ"ד שאף אם שייר המוכר לעצמו זכות הפירות שלא באו לעולם הוי שיויר דבעין יפה שייר, מ"מ כשלא שייר לעצמו אלא לקונה שני, ולא חל קנינו של שמעון כי א"א להקנות דשלב"ל, נעשה הפירות של ראובן בחינם, בלי שהמוכר מקנה לו אותו. וצ"ל שבאופן שלא חל שיויר, אחוזים הפירות שלב"ל בזכויות שבגוף העץ, וזכויות האויר של הרומא בגוף הקרקע, ולכן חל בעלות לקונה הראשון בלי שימכור לו בנפרד. וגם כשחל שיויר וכגון ששייר המוכר לעצמו ולא לבניו, לכשימות המוכר ממילא זה נהיה של מי שבעלים על הגוף דהוא כרוך בו. או מצד זכיה מהפקר. וכ"כ הסמ"ע שם בדרישה (סוסק"ז בדפוה"י): נמצא שתורת הפקר להן וזוכה בהן ראובן מהפקר ודוק. עכ"ל.

אמנם כתב הנתיה"מ בסוף סימן רעו (סוף סק"ד) וכי יעלה על הדעת דכשמת שלא יהיו היורשים יורשים את האויר ויהיה הפקר כנכסי הגר וכו' עי"ש. הרי מבואר להדיא דעת הנתיה"מ שיש ירושה באויר ול"ה הפקר אע"פ שא"ב ממש. וכן משמע דעת הרעק"א בגליון סי' ריד על סמ"ע סקכ"ו שהביא את הר"ן שהובא בב"י סי' רנג, שיוורשים את האויר. (וכ"מ ברעק"א לשיטתו בגליון סי' רט על סעיף ט שהאויר נעשה של המוכר ולא של הקונה הראשון). לעומת זאת נראה דהש"ך בסי' רעו סק"ד והקצוה"ח שם סק"ב וכן משמעות המחנ"א הלכות טוה"נ סימן א דדבר שא"ב ממש לא מצי מוריש לבניו (עכ"פ אם אינו תחת ידו וצ"ב גדר בעלות זו), וטובת הנאה כן מוריש לבניו. ולכא"ו נחלקו במהות האויר והפירות העתידיים אם הם דבר שא"ב ממש כלל או שהם חלק מבעלות שבגוף. ודו"ק.

דכתב המרדכי בב"ב פ"ט סי' תרעא בשם בעל העיטור דאויר ודירה ואכילת פירות בלא גוף כולו לא מהני בהו קנין וכו' ואפילו יורש אין יורש אויר בלא גוף וכו'. וזהו מקור דין הרמ"א בסו"ס רעו דאין ירושה בדבר שא"ב ממש. ועי' מהרשד"ם חו"מ סי' שכג

שביאר דין זה. אבל שיטת רב נחשון שהובא במרדכי שם שידור בה לעולם הוי גוף לדירה, ומשמע דה"נ שייך לפרש אויר: גוף לאויר. ושיטת הר"ן בב"ב דף קמז ב אויר נמי דאיתיה בירושה בלא גוף כגון מי ששייר אויר לפניו שמורישו ליורשיו וכו'. ועיי בדברי משפט בסי' רעו שמביא ב' הדעות וגדרי שיטתם.

וא"כ בנידו"ד שהקבלן שייר לעצמו למכור את הרשות בניה על הגג נפטר, לפי המחנ"א והש"ך והקצות אין ירושה בזה, והוי או הפקר (ואז אולי י"ל דזכו השכנים לפני שבנה הנתבע, ואף אם לא, לא זכה הוא בבנייתו מההפקר לפני שמחו בו וכמשי"ת), או שחל תיכף קנין הראשונים שהם השכנים. וזה מפני שאין שום ממשות לראשון אף אחר השיור ואין בזה ירושה, אלא נקנה ממילא או מהפקר לשכנים. אבל לפי הנתיה"מ והרעק"א יש בזה ממשות וכן שייך ליורשי הקבלן ואין הקונים זוכים בזה ממילא, וגם לא הוי הפקר, ואין זכות התנגדות לשכנים על בסיס הסוכה. ולפי הר"ן אפילו אם אין בו ממשות בכלל שייך ליורשים. ועיי דברי משפט בסי' רעו סק"ב בשם התוס' והר"ן ב"ב קמח א. והרעק"א בפשטות פסק כר"ן (שהביא מהבתי כהונה שמביא שהסכים עמו המשנה למלך, שרק בכור לא מקבל פ"ש באויר כי חלק בכורה מתנה קריא רחמנא וצריך שיהיה דבר ששייך בו הקנאה במתנה, אבל חלק פשוט יורשים באויר).

אמנם אחר העיון נראה דזכויות בניה עתידיים ששייר הקבלן בנידו"ד אינם רומא ולא אויר, בין לשיטת הנתיה"מ וסיעתו שבאויר ורומא יש ממשות שבגוף ובין לשיטת הר"ן שאויר הוא בעלות בלי ממשות, דברומא ואויר יש בהם שימוש כשלעצמם בלי קשר מוכרח לבנין, כגון לבנות ע"ג יתדות וכמ"ש המחבר בסי' ריד סעיף ד ואם בא מוכר לבנות עליה באויר על גבי עמודים בונה. אבל זכויות הקבלן ששייר בנידו"ד הם מחוברים לגג דוקא לענין בניה עליו ע"י אחד השכנים שישלם לו, ולא שייר את הרומא שמעל הבנין מצד הבעלות ההלכתית לבנות ע"ג עמודים וכדו'. אלא שייר זכות לגבות תשלום גרידא. וזכות ערטילאית זו אינה נחשבת ממשות לכו"ע וכל מה שמחובר לגג נקנה לבעלי השותפות בגג כמ"ש בסי' ריב וכנ"ל.

בר מן דין, אויר אינו נקנה בקניני חזקה ובניה של קרקעות, וראובן בבנית הבסיס לא עשה קנין המועיל, שהניחו ע"ג חוצצים מעל הגג ולא מחובר אליו, כמתואר לעיל, אינו גם מועיל לחזקה בגוף הגג כי לא עשה בו מעשה ולא השביחו בגופו. ע"כ הגג נשאר מכור לכל השכנים לכשימות המוכר ששייר וכנ"ל.

ג. היות וראובן הוא קונה, אין לשמעון זכות טענה נגדו שחרג מגבול ביתו וביתו בנוי בשטח שאינו שלו, דטענין ללקוחות כל מה שהיה יכול בע"ה הראשון לטעון.

אבל לכאוי שמעון עדיין יכול לטעון שבעה"ב הקודם שמכר לראובן לא גזל אבל לקח בזה בהסכמת אחרים את חלקו מהרכוש המשותף. ואין נגד זה פירכא מדין טענין. וילע"ע.

ד. השטר שכתב השכן שמקנה את כל השימושים שבגג מעל המדרגות לא כתב אלא פטומי מילי, מכל צד שנתבונן בו. כי אין לו "זכויות" בגין שימוש שאר השכנים בגג דירתו לדודי השמש דאין נטילה ממנו משום שאי"ז מפריע לו, דלכשירצה לבנות יבנה בלי הפרעה ויעלה הדוודים אל הגג העליון, כפי שנעשה בחצי השני של הבנין. ואינו אלא

שימוש טבעי של שותפין במקום שהוא גם שלהם, שכל שותף בעלים בהכל לפי מה שיצטרך וישתמש בפועל כמבואר בסימן קע"א ברמ"א סוף סעיף ח. וחזת"ש הוא החזקה בשתיקה שישתוק בעלים למי שמתמש. ולמי שאין שימוש בפועל, אין לו זכות קיימת. וגם מי שמתמש וכבר שתקו לו אין לו מה להקנות לאחר. ורק אילו היה מקנה את חלקו בעצם השותפות דהיינו את אחוזי עצם הבעלות במשותף שלו בגג, היתה חלה ההקנאה, (ואז היה צריך לברר את החלק היכן הוא, ולערוך חלוקה, בהסכמה או בגורל או בגא"א). לכן בנידו"ד שאת הבעלות בשותפות השאיר לעצמו, לא הקנה שום דבר.

וטענת ראובן שאמצע הגג אמור להתחלק בין השכנים העליונים, ובנה את רוב הסוכה סמוך לשטח שמעל ד' ששייך לשכן ד' שנתן לו רשות, זו אינה טענה, כל עוד לא נחלקו השותפין, ויש לכל אחד שותפות בכל חלק וחלק גם בקרוב לצד בית השני, ורק חלוקה מוציאה את כל אחד מהשותפים מבעלות השותפות בשאר החלקים ומותירה את חלקו אצלו בלבד. ע"כ יכול כל אחד למחות על כל הנעשה בכל השטחים כולם. ולא מובן מאליו שכל אחד מהשותפים מקבל את חלקו שמעליו או הצמוד לו. והדברים ארוכים ועתיקין.

ה. בסוכה של חג אין חזקה כמבוא' בגמ' בבא בתרא דף ו' ב' אבל אם השאיר קורות לשאר ימות השנה מעבר לחג יש לו חזקה אם שתקו לו השכנים. וכן אם חיבר את הקורות בטיט לקירות או לגג ושתקו, קנה חזקה. והנה בנידו"ד לטענת ראובן בתחילה הקים את המסגרת ושמעון מיד מחה, ולכן שינה את מקום המסגרת למקומה הנוכחי לעיני שמעון ובהוראתו איך למדוד עד היכן מרשה לו לעשות המסגרת, ואשתו של שמעון עמדה מרחוק ושתקה. לפי"ז לשמעון יש דין מסייע, שע"י קונה ראובן דין חזת"ש. אבל האשה לא סייעה, והיא בעלת זכויות ברכוש המשותף שבזכותה למחות. ולפי המתואר עוד באותה שנה החלו צעקות. א"כ לא קנה חזקה ע"י השארת המסגרת.

וגם לגבי בניית סוכה סתם בגג, לא קנה הבונה חזקה ויש זכות לכל שכן שירצה להקדים ולבנות בשטח זה. אולם מבחינה מעשית כנראה יוכל רק ראובן לבנות שם כי א"א להעמיד שם סוכה על הגג ממש בגלל ריבוי הצינורות העוברים בו, ורק על הגבהת מסגרת ברזל על חוצצים אפשרי, ורק ראובן מחזיק בכזאת מסגרת. לכך יכול ראובן להניח מסגרתו בכל שנה ולבנות שם סוכה, בהגבלה של החלון וכנ"ל, ולסלק את הבסיס ולניידו משם מיד אחרי החג. ואין השכנים יכולים למחות מלעשות סוכה באמצע הגג שע"ג המדרגות, אפילו שיש לו עוד סוכות גדולות לדירתו. כי זכות כל אחד מהשכנים לבנות סוכה ככל שיחפוץ בכל מקום ברכוש המשותף אם זה לא מזיק או נוטל בעלות, והיות ולא מקבל ע"ז חזקה אין מקום למחאה.

יהושע הלוי לוין.

כתבהרמ"א בסימן ריד סעי' ה וז"ל מכר לראובן בית, ולא כתב לו עומקא ורומא, שאין האויר נקנה לו למעלה, ומכר כל הבתים שלו לשמעון, לא קנה שמעון האויר שעל הבית שמכר לראובן וכו' מאחר שמכר בית זה כבר לראובן ולא שייר לעצמו רק האויר שאין בו ממש ולא יוכל להקנותו כדלעיל סימן ריב וכו' ואם יש גג על הבית שמכר לראובן מאחר שנמכר לשמעון שיש בו ממש ה"ה נמכר האויר שעליו ע"כ. וביאר הערוה"ש שם אות יג דאם הגג נשאר למוכר ועתה מכרו לשמעון כיון שקונהגג שיש בו ממש קונה גם האויר שעליו עיי"ש.

ונראה דקבלן ששייר לעצמו את הגג והגג יש בו ממש והגג הוא שלו לכל דבר אך מבחינה חוקית אינו יכול לבנות מפני שצריך להצמידו לדירה, אבל שאר השתמשויות בגג הם שלו והוא יכול להניח שם מחסנים כרצונו ולדיירים אין להם זכות להתנגד, ולדיירים יש זכות שהדודים והצינורות יהיו בגג והקבלן יכול להעלותם על גבי עמודים ולהשתמש בגג, ועצם הגג הוא שלו, וא"כ גם האויר הוא שלו ויכול למוכרו ויכול גם להורישו וגם האויר ימכר ויירשו.

ונראה דקבלן ששייר לעצמו את הגג הוא חייב גם בזיפות הגג כשיצטרכו ולא דיירי הבנין מפני שהגג שלו והוא כמרפסת שיש לאחד ויש רטיבות לשכן שגר למטה דהוא חייב לתקן אף אם זה לא גירי דיליה מפני שאדעתא דהכי נשתתפו, וה"ה אם הגג שייר לקבלן הוא כחצר פרטית שלו.

[הערה

שכנים שנשתתפו שייר לומר דאדעתא דהכי. אבל מי שהיה בעלים לבד ומכר דירה לאחר, איזה שותפות וממתי נעשו שותפים שנדון שחל באותה השתתפות קנין או שיעבוד זל"ז דאדעתא דהכי? ואם נכון היחס לקבלן שבנה ומכר שהשיוור שלו נשאר בגוף הגג בבעלותו, א"כ הדירה שמכר לתחתון היא חלק ממה שהיה שלו, אבל לא השתתפו מעולם על דעת משהו. ולמה יהיה חייב בזיפות. ויש להאריך בכ"ז דיש חיוב אולי מסיבות אחרות י.ה.ל.].

ומש"כ ידידי האב"ד הגר"י לוין שליט"א דאין לו לקבלן בגג עצמו רק שייר לעצמו את האויר או שייר לעצמו זכות לגבות תשלום וזה אינו ממשות, הוא תמוה מאוד. ועי' בדרישה סי' ריב ס"ק י דהמוכר ששייר לעצמו אויר ומכר את כל הבתים אין הלוקח הראשון זוכה באויר ואינו יכול למוכרו, אבל יכול ליתן רשות לאחר לבנות ע"ג עמודים ולא דמי למש"כ בסי' רט ז דנשאר הכל ללוקח דהתם הוה הפירות דשלב"ל וגם למוכר אין עכשיו כלום, אבל הכא האויר שלו ונשאר שלו ויכול לבנות שם ע"י שליח ועיי"ש.

ומש"כ ידידי הגר"ל דהש"ך בסי' רעו ד ס"ל דאין יורשין דבר שא"ב ממש עיי"ש זה רק אם היה ביד אחרים אין מוציאין מהם, אבל אם זה תח"י הרי הם שלו לחלק למי שירצה. וא"כ אף אם נאמר שהגג הוא דבר שאין בו ממש, אבל ברגע שמת הקבלן זכה היורש וזה תחת ידו.

יהושע ווייס.

