



### הלכות משביח נכסי חבירו - פרק ח' מאימתי חלה בעלות בעה"ב על השבח (ח"ב)

בעלון הקודם הבאנו מחלוקת הראשונים והפוסקים באופן שבעה"ב מקבל את השבח ומשלם עליו, מאימתי חלה בעלות בעה"ב על השבח, י"א שהוא זוכה בשבח רק משעת ההתרצות בו, וי"א שזוכה בשבח למפרע משעת ההשבחה. וכתבנו שכיון שהמחלוקת לא הוכרעה, לכן הולכים אחר המוחזק.

בעלון זה נדון באופנים שלכל הדעות אין בעה"ב זוכה בשבח אלא משעת ההתרצות והתשלום. כמו"כ נדון בחלק מהנפק"מ מהמחלוקת הנ"ל, כגון שהמשביח נהנה מן השבח לפני שהתרצה בעה"ב לשלם, אם צריך לשלם לבעה"ב על הנאתו. עוד נפק"מ מצויה מאוד, שעובר הרבה זמן בין זמן ההשבחה לבין התרצות בעה"ב, ואז מתעורר ספק אם בעה"ב צריך לשלם למשביח כפי עלות ההשבחה בזמן שהשביח, או כפי העלות בשעת ההתרצות והתשלום.

#### אופנים שלכל הדעות אין בעה"ב זוכה בשבח למפרע

א. המחלוקת אם בעה"ב זוכה בשבח וברוחיו, אמורה רק באופן שאין טענה על בעה"ב למה איחר את התשלום, וכגון שלא ידע כלל מההשבחה, או כשמדובר על הוצאה כספית גדולה שבן אדם רגיל לוקח לו זמן להשיג את הסכום, או שכבר בזמן ההשבחה ידע המשביח שבעה"ב ישלם רק לאחר זמן ובכ"ז השביח, וכגון שכן שהוציא חדר ועשה יציקה לתקרה על דעת כן שכשיחליט השכן שמעליו להרחיב ישלם וישתמש ביציקה לרצפה<sup>1</sup>, וידע מלכתחילה שהשכן אינו מתכוון להרחיב בקרוב, שבכל כגון זה כיון שלא היה מצופה מבעה"ב לשלם מיד ובכ"ז השביח המשביח, סבר הרשב"א שמן הסתם התכוון להקנות לבעה"ב כבר משעת ההשבחה, והרא"ש חלק שהתכוון להקנות רק בשעת ההתרצות והתשלום<sup>2</sup>, אבל אם היה נדרש מבעה"ב לשלם מיד ודחה את התשלום<sup>3</sup>, גם אם דחה בגלל שלא היה לו כסף לשלם<sup>4</sup>, אזי גם כשמשלם בסוף למשביח, יש שכתבו שגם לפי הרשב"א אינו זוכה בבעלות על השבח אלא רק משעת התשלום<sup>5</sup>. ואם נהנה בעצמו מהשבח

ציונים והערות

דלא אמר ליה איך תקנה לך חצרך, ברור לן שעל דעת כן בנאו שיהיה שלו כל זמן שירצה".  
2. זה דומה ממש למקרה של הגמ' באפדנא על קרקע יתומים (ב"ק כ"א ע"א), שכפי שהתבאר בעלון הקודם שם הוא עיקר מחלוקת הרשב"א והרא"ש, שבגלל שהמשביח לא ציפה שהיתומים ישלמו מיד, לכן לפי הרא"ש אין היתומים זוכים מיד אלא משעת התשלום, ולפי הרשב"א בכ"ז הם זוכים למפרע, וה"ה בדוגמאות הנ"ל שהמשביח ידע מתחילה שישלמו לו לאחר זמן, ובפרט בדוגמא של שכן שהרחיב, שהבונה ידע מראש שהשכן לא ישלם לו לפני שיתחיל להנות.  
3. כגון שנפסק בב"ד שעליו לשלם, ויש לו כסף ודחה את התשלום בלי סיבה.  
4. כך מוכח מהרא"ש והחזו"א שנביא בהערה ו', ששניהם דיברו להדיא בעני, וכלהן.  
5. לפי הרא"ש פשוט כך, כי זהו עיקר טעם הרא"ש ורי"ו שבעה"ב אינו קונה למפרע, כי המשביח עדיין לא קיבל תשלום, ואם הרא"ש כתב כך ביתומים שלא נדרש מהם לשלם, ק"ו באופן שנדרש ממנו לשלם ודוחה. וכך כתב הראנ"ח (סי' נ"ח ד"ה ומעתה) גם בדעת הרשב"א, וז"ל: "וכ"ש אם היה בבתיים שבח פירות, שיש להם לממונים [היינו המשביח] לגבות השבח המגיע כנגד המעות שלקחו ברבית [היינו הוצאות הבנייה], ואינו בדין שהקהל [היינו בעה"ב] לא יפרעו דמי הבנין ויהיו נוטלים פירות, וכל כי האי גוונא נמצא הלה עושה סחורה בפרתו של חברו".

1. צריך לציין שאם השכן למטה עשה את היציקה שלא ע"ד לקבל כסף מהשכן העליון, וגם לא הוצרך להוציא הוצאות מיוחדות כדי שהעליון יוכל לבנות בבוא העת, (בד"כ בזמנינו יש לתחתון הוצאות נוספות בגלל העליון, כיון שהרשויות מחייבות אותו לעשות תשתית חזקה כדי שתהיה לעליון אפשרות לבנות מעליה, וכשהתחתון מגיש תכנית הוא חייב להכליל בה גם תכנית עבור ההרחבה של העליון), אז לחלק מהראשונים ולפי פסק הרמ"א (רס"ד ס"ד) יהיה העליון פטור מלשלם על ההשתמשות ביציקה, מצד זה נהנה וזה לא חסר, וז"ל הרמ"א: "מי שהציל ספריו וספרי חבירו, אם לא הוצרך להרבות הוצאות בשביל חבירו, אין חבירו חייב לשלם לו כלום, וז"ל דווקא שירד תחלה להציל שלו אלא שהציל גם כן של חבירו עמו, אבל אם ירד על דעת שניהן, חייב ליתן לו מה שנהנה, מאחר שהציל של חבירו". וזה דומה למש"כ הנמוק"י (ב"ב ג' ע"א) בכותל שבין שני שכנים, שאם שכן אחד בנה כותל למעלה מד' אמות, שאם השכן השני גילה דעתו שנוח לו בהוספה זו, חייב לשלם לבונה, וכתב שזה כשהבונה התכוון מתחילה להקנות חצי מהתוספת לכשיציעה השכן השני לזכות בו, וז"ל: "אבל אם [השכן השני] בנה כותל כנגד כותל זה [שבנה הראשון, ובכך הפך את המקום לחדר], והוא ראוי לתת עליו תקרה, אעפ"י שעדיין לא נתן עליו את התקרה, מגלגלין עליו את הכל, שהרי גילה דעתו דניחא ליה במאי דבנה חבירה, ואם תאמר במה קנאו דמחייבים ליה, יש לומר דכיון שחצי כותל עומד הוא על חצרו קנתה לו חצרו, ואעפ"י

### עלון המשפט

#### פסקי דינים

משביח נכסי חבירו פרק ח'  
מאימתי חלה בעלות בעה"ב על  
השבח (ח"ב)

בעריכת הר"ד שלום רוטמן

### בשורה טובה לקוראי העלון

נפתחה שוב האפשרות לקבלת הגיליון במייל

להצטרפות לרשימת המקבלים נא לפנות לכתובת:

6000760@gmail.com

נשמח לקבל כל הערה והארה בנוגע לגיליון בכתובת הנ"ל,  
כמו"כ אפשר לבקש גליונות קודמים.

[למעט אם השכירו] לפני ששילם בעה"ב, פשוט לכל הדעות שאינו צריך לשלם לבעה"ב על הנאתו.<sup>6</sup>

ב. גם אם התרצו שניהם להשאיר את השבח, והיינו שמוסכם שבעה"ב לא יטען 'טול עציך' והמשיב לא ידרוש 'עצי ואבני אני נוטל', והסכימו שבעל הבית יתעכב עם התשלום עד שיהיה לו כסף, בכ"ז אין בעה"ב זוכה בשבח לפני התשלום בפועל כמבואר בסעיף הקודם, כי מכיון שעד התשלום השבח הוא באחריות המשיב לכן הוא גם בבעלותו, ולכן גם רווחי השבח הם של המשיב, אלא אם כן סיכמו ביניהם שבעה"ב יזכה בשבח עכשיו למרות שישלם

#### ציונים והערות

וכ"כ הברוך טעם (על הקצו' שס"ה סק"ה), שמה שמבואר בתוס' בדין בעל העליה שישוּב בבית, שבעה"ב אינו זוכה בבית למפרע, הוא בגלל שלא היה מוכן לשלם מיד. וכ"כ להדיא מהר"א ענין (מובא בסעיף הבא), וגם הישועות יעקב (שחולק עמו בנידונם) מסכים לזה, וידיד רק שאם ידחוי התשלום היה בהסכמה זוכה בעה"ב מיד, וכמו שיתבאר להלן, אבל בדיחוי בלתי מוסכם הסכים שבעה"ב אינו זוכה עד לשעת התשלום.

והנה ברשב"א (ב"ק כ"א ע"א) יש משמעות קצת שגם בכה"ג שדחה את התשלום שלא כהוגן זוכה בשבח למפרע כשמשלם, כי עוד לפני שביאר שביטומים יש סברא מיוחדת שידע שישלמו רק כשיגדלו, כתב: "ואם יתרצו היתומים באותו בנין, אז יתחייבו לפרוע לו יציאותיו, וינכה להם במותר השכירות שיש בין מה שהיו נותנין קדמונאי לשכירות כל האפדנא", ונראה קצת שגם בלי הסברא הנ"ל שהיה ידוע שבעה"ב לא ישלם מיד בכ"ז כשמשלם זוכה למפרע. אכן אם הדברים נכונים מוכח גם בדבריו שרווחי השבח הולכים לבעה"ב, ובזה כתב החזו"א (שנביא בהערה הבאה) שגם לדעת הרשב"א פטור המשיב מדמי שכירות. וניתן לדחות את המשמעות הנ"ל, כי סוכ"ס במקרה של היתומים לא היה נדרש מהם לשלם כלל, אבל כשבעה"ב דוחה את התשלום שלא כדן, בזה יש סברא גדולה שמהשביח לא התכוון להקנות לו ע"ז כן, ובוודאי לא התכוון להקנות אלא משעת תשלום.

עוד יש להוכיח כך מכל מקח, שאפילו עשו קניין גמור, מ"מ אם הקונה דוחה את התשלום פסק הנתיה"מ (ק"צ ס"ז) שהמוכר יכול לבטל את המקח, וא"כ כ"ש בנידוננו שלא נעשה ביניהם שום סיכום, שכל עוד בעה"ב אינו משלם אינו קונה. וכך פסק בספר משכן שלום (תש"ו ס' ע"ב) בנידון שכנים שהסכימו להשתתף עם שכן אחר שבנה חדר ברכוש המשותף, אבל דחה את התשלום, שלא מגיע להם חלק מדמי השכירות שקיבל המשיב מהשוכר, מהטעם הנ"ל שכיון שדחו את התשלום לא זכו אלא משעת התשלום, והביא חלק מההוכחות הנ"ל.

6. כך מוכח מדברי הרא"ש (ב"מ פ"ח ס' כ"ג) בשם הראב"ד, שדן בעני שלא היה לו לשלם ולכן טען טול, וכתב שמקבלים את טענתו, והוסיף שאם העני לא טען טול, אזי הוא חייב לשלם, וכל עוד שאינו משלם למשיב, מותר למשיב לדור בבית עד שבעה"ב יתן לו יציאותיו, והיינו שדר שם בלי חיוב דמי שכירות, (כי אחרת א"ז כפייה על בעה"ב, כי אדרבה, ישמח במה שמקבל דמי שכירות), וזה מטעם שבעה"ב אינו משלם.

וכך מוכח בחזו"א (ב"ב ס' ט"ו סק"ו), שדן מדוע הרא"ש והראב"ד הנ"ל רק התירו למשיב לדור בבית עד שבעה"ב יתן לו יציאותיו, ולא כופים את בעה"ב כמו בכל מי שמסרב לשלם לפועל, והחזו"א גם הוכיח מהמשנה (ב"מ ק"י ע"א) לגבי הבית והעליה שנפול ולא רצה בעל הבית לבנות ובנה בעל העליה את הבית, שביגוד לשאר פועל, בירוד אין כופים את בעה"ב לשלם, ובתחילה רצה לתרץ שרק בעני שאין לו לשלם אין כופים, אבל דחה זאת, ותירץ הטעם שאין כופים, כיון שהשביח נכסי בעה"ב בע"כ של בעה"ב. ובטעם הדבר שהמשיב יכול לגור בבית בחינם כתב החזו"א, שההשתמשות היא כאמצעי כפייה על בעה"ב לשלם את מה שהוא חייב, וז"ל: "בזמן שאין בעל החורבה נותן הוצאותיו והלה נכנס ודר בבנין עד שיתן לו הוצאותיו, אינו חייב להעלות לו שכר דירה... דבנין זה שבנה משתעבד לו עד שיציא הוצאותיו ששקע [היינו השקיע] בבנין זה", וכתב להוכיח שגם הרשב"א סובר כן, וא"כ בכל יורד אם מגיע לו תשלום מבעה"ב ובעה"ב אינו משלם, לכל הדעות הוא יכול להשתמש בשבח בחינם. ובעלון הבא נרחיב יותר בדבריו.

החזו"א הוסיף לכתוב (ד"ה ב"ק כ"א), שאם אין לבעה"ב כסף, וכמו יתומים, כמו שהם יכולים לטעון "טול", הם יכולים לנמנע מהמשיב לגור בבית בחינם, וזה הטעם שבקרמנאי לא היה יכול המשיב לגור שם בחינם. והגם שכל הדרך שלו היא דרך מחודשת, בכ"ז בדין הנ"ל שהמשיב דר בחינם דבריו מסכימים לשאר הפוסקים, ובעז"ה בעלון הבא נביא מהרבה פוסקים שכתבו כך להדיא.

7. והיינו שאם תישרף ההשבחה יפסיד המשיב ולא יצטרך בעה"ב לשלם לו כלל, ובזה הסכים גם הישועות יעקב דלהלן, וטענה זו היא חלק ממה שטען לו המהר"א ענין.

8. מה שכתבנו הוא לאפוקי משיטת הישועות יעקב, כי בשו"ת מהר"א ענין (ס' מ') הובאה תשובת מהר"א אורנשטיין (בעל הישועות יעקב) שכתב וז"ל: "ומעתה לדינא, אם כבר הסכימו יחד שהבנין יהיה שייך לבעל הקרקע והוא יתן דמי הוצאות הבנין, ואח"ז דר בה בעל הבנין, צריך הדר ליתן לו שכר דירה בשלמות, ואם עדיין לא נגמר הדבר ביניהם, כיון דביד שניהם לומר להבנין לא יהיה של בעל הקרקע, אז די מה שנותן בעד הקרקע כשיטת הרא"ש".

ומבואר בדבריו, שאחר שהסכים בעה"ב להתרצות בשבח ולא לטעון 'טול', והמשיב

מאוחר יותר<sup>8</sup>, שאז גם אסור למשיב ליהנות מן השבח משום איסור ריבית?<sup>9</sup>

ג. יש מי שכתב שאם המשיב בנכסי קטן, לכל הדעות אינו זוכה למפרע, משום שאינו 'בר זכיה', ויש חולקים<sup>10</sup>.

ד. אף שהמשיב משתמש בהשבחה כשבעה"ב עדיין חייב לו את שכר ההשבחה, בכ"ז אין חשש ריבית בהשתמשותו, אפילו לפי הרשב"א שבעת התשלום זוכה בעה"ב בשבח למפרע, ונמצא ששכר ההשבחה היה חוב על בעה"ב, ואף באופן שהמשיב אינו משלם לבעה"ב על ההשתמשות, ראה הערה<sup>11</sup>, וכ"ש באופנים שלכל הדעות

הסכים להקנות לו את השבח ולא לטעון 'אטול', זוכה בעה"ב בשבח מיד, אפילו אם עדיין אינו משלם ועדיין אינו מקבל ע"ע את האחריות על השבח וכגון שאם ישרף לא יצטרך לשלם, וכיון שזוכה בעה"ב בשבח מיד, לכן אם ידור בו הבונה אח"כ יצטרך לשלם שכירות מלאה, ומהר"א אורנשטיין למד כך פשט בגמ', וז"ל: "קבלו היתומים על עצמם לשלם הוצאת דמי הבנין, אלא שלא היה להם מעות, וכיון שלא אמר ליתומים שדעתו שלא יזכו היתומים בבנין ושיטול עצי ואבניו, גם היתומים לא אמרו לו טול עצים ואבנים שלך, הרי נקנית הקרקע ליתומים, ואז גבה ר"ג אפדינה מניה בעד תשלומי שכר דירה כמה שווה דירת האפדנא בשלמות". וכך הבין בדבריו מהר"א ענין וכלהלן.

המהר"א ענין (ס' מ"א) השיב על דברי מהר"א אורנשטיין, וחלק על חידושו של הישועות יעקב שאחר ההתרצות קודם התשלום וקבלת האחריות על השבח כבר בעה"ב את השבח והמשיב חייב בדמי שכירות מלאים, וז"ל: "צריך אנו לפרש כונתו דמר, שנתרצו שניהם שלא יאמר בעל הקרקע טול עציך כ' וכן שלא יאמר הבונה עצי ואבני אני נוטל, באופן שנתרצו שניהם שיהיה הבנין של בעל הקרקע מעכשיו, אבל עדיין לא קיבל עליו בעל הקרקע אחריות [לשלם] אם יפול או ישרף [הבנין] ולא זקף עליו במלוה... ודעתו של כת"ר דכיון שאינו יכולין לסלק הבנין מע"ג הקרקע, סופו של בעה"ק שיצטרך לשלם דמי הבנין [כשישלם לו בעה"ק הוצאותיו] והו"ל ליה למפרע הבנין של בעל הקרקע... לכך צריך הבונה לשלם כל דמי השכירות", וחלק עליו מהר"א ענין: "ואנכי לא כן עמד, לדענ"ד הדבר ברור דכל שלא הלוח לו מעות ולא זקף עליו במלוה, אע"ג שאינו יכולין לסלק הבנין ואינו יכול לומר טול עציך ואבניך, מ"מ עדיין לא נתחייב לו בעה"ק כלום, דאכתי לא קני ליה לבנינו ואין אחריות הבנין אלא על הבונה, ולכך אי"צ להעלות לו שכר דירה של הבנין דבשלו הוא משתמש, אלא נותן לו שכר תשמיש הקרקע בלבד", וכן פסק לדינא (ד"ה ועפ"י הדברים) וז"ל: נמצא אנו למדין, הנכנס לחורבתו של חבירו ובנאה, בין שנכנס שלא ברשות שיכול לומר עצי ואבני אני נוטל, ובין שנכנס ברשות שאינו יכול עצי ואבני אני נוטל, אין ביניהם לענין שכר דירה, דכל שלא חסרו כלום פטור, ואם חסרו במקצת מגלגלין עליו כל הנאות על הדרך שכתבנו... וכמו שהוכחנו מדברי הרא"ש ור' ירוחם".

והנה מדברי מהר"א אורנשטיין משמע שבאופן ששניהם התרצו יכול בעה"ב אף להשכיר את הבית לאחרים, וז"ל: "עד שיקבלו עליהם בחיוב גמור דמי הוצאות הבנין, דמשעה זו נעשה הבנין שלהם, והחוב עליהם לפרוע דמי הוצאות, ואז יכלו להשכיר הבית לאיש אחר", וזה מחודש מאוד, כי הרי מפו' בכל הראשונים והפוסקים שכל זמן שאינו משלם יכול המשיב לדור שם בעל כרחו.

וכבר טען עליו המהר"א ענין שסלל דרך לעצמו בסוגיא שלא כפי דרכם של הראשונים, ויש הרבה קושיות על הדרך שלו. בנוסף, המציאות שעליו מדבר מהר"א אורנשטיין אינה מסתברת כלל וכלל, וכמו שהגמ' שואלת הרבה פעמים, "וכי בשופטני עסקינן", שהמשיב יקנה את השבח שלו עכשיו לבעל הקרקע בלי לקבל כסף, בזמן שהוא נשאר אחראי עליו, ועוד יצטרך לשלם דמי שכירות? והרי בוודאי אינו מתכוון להקנות כלל ולא לשלם שכירות? ולמש"כ בעלון הקודם (הע' י"ג) הרמ"א עצמו פסק להיפך מזה.

9. פשוט, וכ"כ מהר"א ענין (ס' מ"א ד"ה והנה הוסיף): "אם הכונה היא שקיבל בעל הקרקע בפירוש להחזיר הוצאה ושיהיה הבית מעכשיו על אחריותו של בעל הקרקע אם יפול או ישרף, וזקף עליו דמי הבנין במלוה... פשיטא דהוי רבית קצוצה ויוצאת בדיינים, כיון שזקף עליו במלוה ה"ל כאילו הלוח לו עתה".

10. הקצוה"ח (שס"ג סק"ה) כתב שכיון שקטן אינו בר זכיה לכן אינו קונה למפרע, ובזה מיישב לפי הסוברים שקונה למפרע, מדוע הוצרכה הגמ' לטעם של 'קדמונאי' כדי שיהיה היתומים עררים, ולא היה מספיק בשחרוריתא דאשיתא. אכן ברשב"א הנ"ל מוכח שלא כדבריו, ועיין במילואי חושן (שם) שכתב ליישב דברי הרשב"א. ראה בכ"ז בעלון הקודם (הערה ב').

11. הדין הזה שייך בשני אופנים. האופן הא' הוא לפי מה שביארנו בעלון הקודם (הע' 13) פשט א' בדעת הרמ"א, שאף שבעה"ב קונה למפרע, מ"מ כל עוד בעה"ב אינו משלם משועבד הבית למשיב והוא פטור מדמי שכירות, ובזה פשוט שא"ב ריבית, ומטעם זה גופא, שהבית משועבד למשיב עד שישלם בעה"ב, וכך מוכח בחזו"א (שהבאנו בהע' שם) שכתב שמוטר להשתמש בשבח עד שישלם בעה"ב כיון שהשבח משועבד לו.

האופן השני הוא לדעת הרשב"א עצמו כשלא היה נדרש מבעה"ב לשלם מיד, שאעפ"י שבעה"ב יזכה בשבח למפרע והמשיב חייב בשכר על ההשתמשות, ולא אומרים את הסברא שהבית משועבד למשיב, מ"מ מותר לבעה"ב לוותר למשיב את תשלום ההשתמשות

זוכה בעה"ב בשבח רק בשעת התשלום, שכלל לא שייך בזה איסור ריבית<sup>12</sup>. אבל אם המשביח סיכם מראש עם בעה"ב שישביח עבורו תמורת שכר, אלא שלא עשו הסכם עבודה<sup>13</sup>, בזה לכל הדעות קונה בעה"ב את השבח מיד משעת ההשבחה והוא באחריותו, והתשלום שחייב בעה"ב למשביח עבור ההשבחה הוא בגדר הלוואה, ולכן אם השתמש המשביח בהשבחה לפני ששילם לו בעה"ב שכרו, חייב לתת את כל רווחו לבעה"ב, ואם אינו משלם עובר על איסור ריבית<sup>14</sup>.

### דוגמאות בהן נדון בסעיפים הבאים

ה. בסעיפים הבאים נדון בעניין השתמשות המשביח בשבח קודם תשלום בעה"ב, וכדי שהדינים יהיו מובנים, נקדים ונכתוב כמה דוגמאות כלליות שבהן ייתכנו המקרים שנדון בהם להלן. עוד נקדים, שבכל המקרים צריך להבחין בשלושה סוגי תשלומים: א', דמי הנכס של בעה"ב בלי השבח שהוסיף המשביח, וכגון קרקע שהמשביח בנה עליה בית, כמה עולה שכירות הקרקע בעצמה בלי הבית. ב', דמי החלק שהוסיף המשביח - בנפרד מדמי הנכס של בעה"ב, וכגון בדוגמא הנ"ל, כמה הם דמי השכירות של הבית בלי הקרקע. ג', דמי הנכס המושבח בכללותו, ובדוגמא הנ"ל, מה שווי השכירות של הנכס המושבח, ובהמשך נקרא לתשלום זה 'דמי שכירות מלאים'.

ו. וצריך להוסיף, כששמים את דמי שכירות הקרקע לבדה, דהיינו התשלום הראשון הנ"ל, לא שמים את הקרקע בריקנותה ממש, אלא שמים כמה הקרקע שווה עבור מי שרוצה לבנות עליה בית על חשבוננו<sup>15</sup>. וכל פעם שנכתוב להלן "שווי נכס הראוי להשביחו" הכוונה לשיעור זה.

ז. דוגמא א' בניין מגורים שהיה בו 'חלל', ומצד הדין חלל כזה שייך לכל השכנים<sup>16</sup>, ובא אדם זר או אחד השכנים ועשה שם עבודות פנים וחלוקה ליחידות קטנות, והשתמש בשטח החלל ששיפץ עד שהתרצו

השכנים ושילמו. וצריך לחלק בזה, אם החלל שימש מקודם את השכנים [למשל לאיחסון דפנות סוכה וכדו'] או לא, וכן אם היחידות הבנויות עומדות להשכרה ע"י השכנים, או שהן ראויות רק לשימוש השכנים עצמם למחסנים וכדו'. דוגמא ב' אדם שבנה מבנה על מגרש ריק [שבבעלות השכנים] מאחורי בניין, והשתמש בו למשרד עד התרצות ותשלום השכנים. וגם בזה צריך לחלק כנ"ל, אם המגרש שימש את השכנים טרם הבנייה [וכגון לחנייה או למשחק ילדים] או לא, והאם המבנה הבנוי עומד להשכרה מצד השכנים, או שהוא ראוי רק לשימוש השכנים עצמם [לחדר עגלות ואופניים וכדו'].

### משביח שנהנה בעצמו מההשבחה לפני התרצות ותשלום בעה"ב

ח. משביח שהשביח נכסי חבריו, ונהנה בעצמו מן השבח לפני שהתרצה בעה"ב לשלם עבור השבח, באופן שהתבאר בסעיף א' שלא היה נדרש מבעה"ב לשלם מיד, כמעט בכל האופנים תלוי הדין במחלוקת הרשב"א והרא"ש, וכגון בדוגמאות הנ"ל, לדעת הרשב"א המשביח צריך לשלם שכירות מלאה, ולדעת הרא"ש המשביח אינו צריך לשלם את דמי שכירות המבנה, אלא רק את דמי שכירות הקרקע, [דהיינו סוג התשלום הראשון כפי שנתבאר בסעיפים ה'-ו']. וכיון שהדין מסופק א"א להוציא מידי המוחזק. ויש אופנים שלכל הדעות פטור המשביח מכל תשלום, לכה"פ מספק. ובסעיף הבא נפרט את האופנים.

ט. א) אם לא היה לבעה"ב שום הפסד ממוני משימוש המשביח, וכגון בדוגמאות הנ"ל אם הקרקע לא הייתה בשימוש מקודם וגם לא עומדת להשכרה אחרי ההשבחה אלא רק לשימוש השכנים עצמם, לכל הדעות פטור המשביח מתשלום עבור השתמשותו<sup>17</sup>. ב) אם בעה"ב השתמש בנכס לפני השבחתו באופן שהיה לו רווח ממוני, ובגלל שימוש

### ציונים והערות

שכן אם ישתמש המשביח בחינם הרי"ז ריבית, והש"ך דייק כך מהשו"ע שהתיר לבונה לגור רק כשמתרת הבנייה הייתה לטובת הבונה, אבל אם בנה עבור בעל הקרקע ישנו לאיסור ריבית אם ידור שם הבונה. ודברי הש"ך הובאו להלכה ע"י הרבה פוסקים (וכגון שו"ת אגרא רמא לר' משולם אגרא סי' י"ט, והובא במהרש"ח ח"ב סוס"י רט"ז).

וכ"ס המהרי"א ענין ד"ה הנ"ל ד"ה ועפ"י הדברים) אפילו באופן שסיכמו רק באמצע ההשבחה שבעה"ב ישלם לו, וז"ל: "ואם ירד ברשות והתנה עליו מתחלה שיבנה משלו וידור בחנם, והיה שם חסרון במקצת, צריך להעלות לו שכר משום דמחזי כרבי, דכיון שנתחייב מן הדין וזה מתנה עליו שיפטור, נראה כאילו ויתר לו בשכר המתנת המעות, דאילו אמר לו בפירוש כשתחזיר לי מעותי יהיה הבנין קנוי לך מעכשיו אע"ג דאם נפל או נשרף היה בעל הקרקע פטור וכמ"ש תוס', דודאי דינא הכי דכיון שאינו מחזיר מעותיו לא קיים תנאו ולא קנה למפרע ואינו חייב באחריות, אבל השתא שלא נפל וזה מחזיר לו מעותיו וקיים תנאו, ודאי שנקנה לו הבנין למפרע, וא"כ כשאינו מעלה לו שכר הוא בשביל המתנת מעותיו ואסור".

15. הרא"ש (ב"ק פ"ב סי' ו') בסוגיא של מי שבנה ארמון על קרקע היתומים, שהוא המקור לדין זה שכיון שבעה"ב אינו קונה את השבח עד שהוא מתרצה ומשלם עליו, לכן הוא מקבל רק את דמי הקרקע, כתב וז"ל: "ואגביה לאפדניה עד שנתן ליתומים שכר הראוי ליתן מחורבה אחת לבנות עליו בית, והוא יותר ממה שהיו נותנים להן קדמאיי" [היינו אלו ששכרו מהיתומים את הקרקע החרבה], וכ"כ רבינו ירוחם (מישרים נ"ל ח"ב דף צ"ה, יאיר נתיב עמוד ת"ל) "אין אומרין יתן לו מה שהיו נותנין הסוחרים שכן חסרו, אלא כל מה שנהנה, כמה יתן אדם אחר בחורבה כזאת לבנות עליו".

וביאור שיעור תשלום זה כתב מהרי"א ענין (סי' ל"ט), וז"ל: "וכונתם לשום כמה היה נותן מי שרוצה לשכור המקום על אותו האופן ואותו הדרך ששנתמש בו האיש הזה, ר"ל באופן שיבנה כל הבית ושלא יחזרו לו יציאותיו עד סוף ימי השכירות, וכמה שהיה נותן אדם בשכר קרקע זו לדבר זה לשנה, כך צריך לנכות מדמי יציאותיו, ובוודאי זה פחות ממה שהיה נותן בשכר דירת ארמון בנוי שאין השוכר צריך להוציא עליו כלום, ומ"מ היא יותר ממה שהיה לוקח עד עתה בשכר ישיבתו על האשפה שהיה דבר מועט לגמרי".

16. ראה אוצר המשפט (חלק א' עמוד שפ"ו) מאמרו של הר"ג ר' שלמה זעפרני.

17. כדן "זה נהנה וזה אינו חסר" הרגיל, ולכן הגם שלפי הרשב"א זוכה בעה"ב למפרע, בכ"ז כיון שאין לו הפסד פטור המשביח. וכך מפורש בגמ' (ב"ק כ' ע"ב) במקרה של בעל העלייה שבנה את הבית ודר שם, למי שסובר ד"נ וד"ח פטור. וכן מבואר בכל הראשונים והפוסקים שהבאנו בעלון הקודם סעיפים ב'-ה'.

ואין בזה ריבית. והטעם שא"ב ריבית, כיון שבזמן שהשתמש המשביח לא היה החוב מוחלט והבית היה באחריות המשביח, ובדומה למש"כ התוס' (ב"מ ק"ז ע"א) שכיון שאם ישרף הבית שבנה המשביח יהיה בעה"ב פטור מכל תשלום, לכן א"ז חוב גמור ואין בזה ריבית אם המשביח משתמש בחינם, וגם במשביח הדין הוא כן.

ואף שהקצוה"ח (קס"ד סק"ב) הקשה על התוס' וסבר שכיון שבעה"ב קונה למפרע יש בזה ריבית, ולא התיר אלא מצד 'צד אחד בריבית', אבל שאר הפוסקים לא הבינו כמותו, וגם התי"מ (קס"ד סק"א) הבין בתוס' כפשוטו שדי בטעם שאם ישרף יהיה פטור כדי להתיר איסור ריבית. גם במלואי חושן (שם) הביא מהשיעורי מקדש דוד (ב"ב עמוד ט') שיישב שכיון שהמשביח לא היה יכול לדרוש שכר מבעה"ב, לכן גם אין 'אגר נטר' ולא שייך איסור ריבית. גם מהרי"א ענין (סי' מ"א ד"ה והנה הוסיף) האריך בזה, וביאר הטעם שאין חשש ריבית, "אע"ג שאינן יכולין לסלק הבנין ואי"ל טול עצין ואבניך, מ"מ עדיין לא נתחייב לו בעל הקרקע כלום, דאכתי לא קני ליה לבנינו ואין אחריות הבנין אלא על הבונה... וגם שום חשש ריבית אין כאן, שהרי אין כאן הלוואה ולא שום חשש חיוב של בעל הקרקע, ובעל הבנין בשלו הוא משתמש", וע"ש שהוכיח כך מתוך הסוגיא, ואף שמהרי"א ענין לא כתב זאת בשיטת הרשב"א [בניגוד לקצו' שהקשה לפי שיטת הרשב"א], מ"מ ההוכחה שכתב מכריחה גם בדעת הרשב"א, כי הנה בגמ' בעובדא של מי שבנה על קרקע יתומים, ייעץ רב נחמן לבונה לפייס את היתומים בדבר מועט ולהיפטר בכך, והנה לפי הרשב"א ברגע שהיתומים משלמים נעשית הקרקע שייכת להם למפרע, ונמצא שבזמן שעדיין היו חייבים לבונה היה הבונה גר בשלהם שלא בדמי השכירות המלאים, וע"כ שאין בעיה של ריבית.

12. שהרי כשהשתמש המשביח לא היה בעה"ב חייב לו כלום.

13. ההבדל בין אופן זה לאופן הנ"ל, אף שבשניהם קונה בעה"ב את השבח למפרע, כי כאן בעה"ב מחויב מיד בשכר המשביח ואינו יכול להיפטר מהחוב, משאי"כ באופן הנ"ל, אף שהתברר בסוף שבעה"ב היה חייב למשביח משעת ההשבחה [שהרי קנה את השבח למפרע], אבל החוב למשביח לא היה ברור ומוחלט בזמן שהמשביח נהנה מן השבח כנ"ל.

14. דין זה נכון אף אם המשביח נידון כיווד ולא כפועל, ומקורו בש"ך (יו"ד קס"ו סק"ג), וז"ל: "אבל אם בנה חורבה זו לצורך בעל החורבה, אסור [לגור בו בחינם], דמי נתחייב לו לשלם ודר בו בשכר המתנת מעותיו", וע"ש שמדובר שהמשביח פעל על דעת בעה"ב והיה ברור ומוסכם ביניהם מתחילה שבונה עבור בעה"ב, ומתבאר מדברי הש"ך, שאף שהייתה סברא לומר שלא היה בדעתו להקנות את השבח לבעה"ב ולאסור על עצמו לדור בבית אפילו כשבעה"ב עדיין אינו משלם, מ"מ אין אומרים כך, אלא כיון שבנה מדעת בעה"ב ולצרכו התכוון בוודאי להקנות לו את השבח מיד מתחילה, והשכר הוא חוב על בעה"ב, וכיון



המשיבא הפסיד את הרווח הזה, מספק א"א לחייב את המשיבא אלא בדמי הקרקע [דהיינו סוג התשלום הראשון כפי שנתבאר בסעיפים ה'–י'<sup>18</sup>], ודין זה נכון גם אם בנוסף הבית עומד להשכרה מצד בעה"ב אחרי השבחתו ובעה"ב הפסיד את דמי השכירות<sup>19</sup>. ג) אם בעה"ב לא השתמש בנכס לפני השבחתו, אפילו אם אחרי שהושבא הוא עומד להשכרה מצד בעה"ב, והפסיד את השכירות בגלל שימוש המשיבא, מ"מ מספק פטור המשיבא מכל תשלום<sup>20</sup>. ד) אם לא היה לבעה"ב שום הפסד בגלל שימוש המשיבא, אלא שכתוצאה משימוש המשיבא התקלקלה קצת ההשבחה שעשה, וכגון בדוגמאות הנ"ל שבגלל שימוש המשיבא במבנה הושחרו הקירות, מספק א"א לחייב את המשיבא עבור שימוש, אבל בסוף לא יצטרך בעה"ב [באופן שמשלם שבח ולא רק הוצאות] לשלם למשיבא יותר ממה ששווה הנכס המשומש<sup>21</sup>. וכל הדינים שכתבנו שהם בספיקא דינא, באופן שבעה"ב עדיין לא שילם

#### ציונים והערות

למשיבא את שכר ההשבחה, מספק יכול לנכות את כל דמי השכירות<sup>22</sup>.

### אם התייקרה או הוזלה מלאכת המשיבא

י. אם בדיני משיבא חייב בעה"ב לשלם רק את ההוצאות<sup>23</sup>, אין חילוק אם הוקר או הוזל ערך השבח או שכר העבודה בין שעת ההשבחה לשעת תשלום בעה"ב, אלא בכל אופן משלם בעה"ב כפי שהוציא המשיבא בשעת ההשבחה<sup>24</sup>.

יא. שכן שהרחיב את דירתו ועשה יציקת רצפה או תקרה, בין אם התייקר ובין אם הוזל, לכל הדעות חייב השכן השני לשלם כפי שעלה לראשון בזמן שהרחיב, משני טעמים: א', מכיון שמגיע לראשון רק הוצאות<sup>25</sup>, וכבר כתבנו בסעיף הקודם שבכה"ג לכל הדעות מקבל מה שהוציא. ב', כי ברור שדעת הראשון הייתה להקנות לשכן את השבח כבר משעת ההשבחה<sup>26</sup>, שהרי ידע שהשכנים ישתמשו בזה כשירצו להרחיב גם הם<sup>27</sup>. ויש מפוסקי זמננו שאומר<sup>28</sup>

צריך להוציא אילו היה בא להשיבא עכשיו. ויש להוכיח שההוצאות הן רק מה שהוציא בשעת ההשבחה, מהמשנה (כתובות ע"ט ע"ב) שנפסקה בשו"ע (שע"ה ס"ח) שבכל מקרה שגובה הוצאות צריך היורד להישבע כמה הוציא. וכ"כ להדיא בשו"ת מהרי"א עניזל (סי' מ"א) אפילו במקרה שלא קנה בעה"ב את השבח אלא לאחר זמן, בכ"ז אם משלם הוצאות הוא משלם כפי שהוציא בשעת ההשבחה, ובזה יישב מה שהקשה על הגמ' (ב"ק כ' ע"ב) בדיון בית ועליה שנפלו, שהגמ' מפרשת שהסיבה שלפי רבי יהודה בעל העליה צריך לשלם עבור הנאות ושימושו בבית, היא משום שחרוריתא דאשייתא שחיסר לבעה"ב, שלכן הרי"ז זה נהנה וזה חסר, ויש לשאול שכיון שבעה"ב משלם לו ממילא עבור ההשבחה, ינכה מהסכום כמה שנחסר הבית בגלל ההשכרה, ומדוע מחשיבים זאת כחסר ומחייבים את בעל העליה בכל הנאות? ויש שישב שמסתמא היה השבח יתר על היציאה, והיינו שבעה"ב משלם רק את ההוצאות ולא שכר ההשבחה, וכיון שסכום ההוצאות קבוע וא"א לנכות ממנו את חסרון השחרת הקירות, נמצא שבעה"ב הוא חסר, ולכן חייב בעל העליה בכל דמי הנאות.

25. כי היה משיבא גם עבור עצמו בלבד, אלא שנמצא ממילא שחבירו נהנה, וכמו שהתבאר בנתי"מ (קס"ד סק"י"א) לגבי הבית והעליה.

26. כ"כ החזו"א (ב"ב סי' ג' סק"א), כי הנה הוא דן בסוגיא של כותל שבין שני חצירות (משנה ב"ב ה' ע"א), מה הדין אם שכן אחד בנה על הכותל המשותף לשני שכנים למעלה מד' אמות, ולאחר זמן גילה השכן השני דעתו שניחא ליה בהגבהת הראשון, והחזו"א הלך בדרך שהבינו כמה ראשונים בסוגיא, שכיון שהשכן הראשון בנה ע"ד להקנות לשני לכשירצה, לכן משנתרצה השני זוכה בכותל למפרע, [ז"ל הנמוק"י (ב"ב ג' ע"א): "דכיון שחצוי כותל עומד הוא על חצרו, קנתה לו חצרו, ואעפ"י דלא אמר ליה איך תקנה לך חצר, ברור לך שעל דעת כן בנאו שיהיה שלו כל זמן שירצה"], ובדרך זו הלכו גם הקצו"ע ופוסקים נוספים. ועפ"י פסק החזו"א, שגם אם לבינתיים הוזל מחיר הכותל, בכ"ז השני חייב לשלם חלקו במה שהוציא הראשון ולא כמחירו עכשיו, כיון שנחשב שכאילו סוכם ביניהם מראש שברגע שהשני ירצה הוא יזכה למפרע בחלקו במה שבנה הראשון.

27. זו המציאות המצויה כיום, וזה דומה לדין הנ"ל של כותל שבין ב' שותפים. וסברא זו שהמרחיב הראשון מתכוון מתחילה לגבות את השכר מהשכנים לכשירחיבו, לפעמים היא חשובה לדינא כדי שהראשון יוכל בכלל לגבות מהשכנים שמרחיבים אח"כ, כיון שמבואר ברמ"א (רס"ד ס"ד) שאם ירד להשיבא מתחילה ע"ד כל השותפים, כולם צריכים להשתתף בהוצאות, משא"כ אם לא ירד מתחילה ע"ד כן לפעמים לא יצטרכו לשלם כלל, (א.א. לא היה גלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה, וגם לא גרם לראשון להוציא יותר הוצאות בגללו, וכגון שמשלם בגלל של הרחבת השכן לבנות סוכה, שאין בזה גילוי דעת שניחא ליה בהשקעת הכסף של הראשון בהרחבה, והראשון לא היה צריך להוציא יותר בגלל זה, בנוסף, כל הדין של גלי דעתיה דניחא ליה הוא מחלו' הפוסקים, עיין קצוה"ח קנ"ז סק"י"א). וז"ל הרמ"א: "ואם נראה לב"ד שלא הוצרך להרבות בהוצאות בשבילו, דאפילו בשבילו לבדו היה צריך לכל הוצאות אלו, אינו חייב ליתן לו כלום, דזה נהנה וזה אינו חסר, לכן יש מי שפסק, מי שהציל ספריו וספרי חבירו, אם לא הוצרך להרבות בהוצאות בשביל חבירו אין חבירו חייב לשלם לו כלום. ונ"ל דווקא שירד תחלה להציל שלו אלא שהציל גם כן של חבירו עמו, אבל אם ירד על דעת שניחא ליתן לו מה שנהנה, מאחר שהציל של חבירו, וכמו שנתבאר כן נ"ל".

28. כך אמר לי הגר"י סילמן, וטעמו משום אומדנא שהמרחיב אינו מקנה את הרחבתו לשכנו אלא בתנאי שהשכן ישתמש בהרחבתו תוך שנתיים, כי אינו מעוניין לקבל את התשלום אחר כמה שנים במחיר ששילם בזמן הרחבתו. וכדי להבין את הנידון, את הבסיס להידושו של הגר"י סילמן ואת מה שיש להוכיח נגדו, צריך להקדים בכל נושא זה, וכלהלך. הנה המציאות היא, שהחללים והאוויר מסביב לכל בניין שלא הוצמדו רשמית לרכוש פרטי, מוגדרים בדרך"כ כרכוש משותף של כל הבניין. וכשבא שכן אחד או כמה שכנים להרחיב את דירותיהם, הם נדרשים להגיש בקשה לעירייה בצירוף תוכנית מסודרת לבנייה, ורק כך הם יכולים לקבל היתר בנייה מהעירייה. לאחר שקיבלו היתר בנייה, אזי כשהם בונים הם

18. זהו המקרה היסודי בגמ' שבו נחלקו הרשב"א והרא"ש, במי שבנה אפדנא על קיקלתא דיתמי (ב"ק כ"א ע"א), שלדעת הרשב"א חייב ר' נחמן את המשיבא בדמי שכירות מלאים עבור מה שהיה גר באפדנא שבנה, שהרי דר בבית בעה"ב וחיסרו, אכן לדעת הרא"ש כשהמשיבא דר בבית הוא דר בבית ששייך לו, ולכן פ' שר' נחמן לא חייב את המשיבא לשלם עבור מה שהיה גר באפדנא שבנה, וחייבו רק את דמי הנאת הקרקע. ולדינא מספק א"א להוציא מידי המוחזק. ויש לציין שלדעת הרמ"ה (מובא בנימוק"י ב"ק ט' ע"א, וכן ע"י הגר"א שס"ג ס"כ, וקצוה"ח שם סק"ד) אין מחייבים את המשיבא אלא בהפסד המדויק שהיה לבעה"ב בגלל המשיבא, ודלא כדעת שאר הראשונים שאם חסר בעה"ב קצת מגלגלין עליו את כל הנאות, אכן הלהכה ק"ל (שו"ע סי' שס"ג ס"ט) כדעת רוב הראשונים ולא כדעת הרמ"ה.

(ובשיעור החיסרון שבגללו מגלגלין על המשיבא את כל הנאות, יש לציין את המהרש"א (כתו"ל ע"ב) שהוכיח מתוס' (שם) שאפילו אם הפסד היה פחות משו"פ, ופסק כן החכמת שלמה (של"ג ס"ו), ורע"א בגליון הש"ס (כתו"ש) ציין לתוס' ב"ק שמדבריו משמע לא כך, וכן סבר השער המלך (גו"א פ"ג ה"ט) בדעת התתוס', ואכמ"ל).

ויש לציין שיש מחלו' גדולה בראשונים אם גם במטלטלים אומרים שכיון שהחיסרו קצת מגלגלים עליו את הכל, ועיין בעלון 93 ואיכה"מ, אכן לפי דעת הסוברים (כגון הרשב"א ב"ק צ"ז ע"א ד"ה אמר רב פפא) שבמטלטלים אין אומרים כך, א"כ כל שהמשיבא השיבא מטלטלים והשתמש בזה, אפילו החסיר את החפץ, יהיה חייב רק בהפסד שגרם ולא יותר [ורוב המטלטלים בזמננו אינם עומדים להשכרה כלל]. אכן יותר נראה לומר שבנידונו לכ"ז אומרים שמגלגלים עליו את הכל, כי הסברא לחלק בין קרקע למטלטלים היא שקרקע עומדת תמיד בחזקת בעליה, משא"כ מטלטלים שיוצא מרשות הבעלים והוא נהנה משלו, אבל בירד להשיבא רכוש חבירו בוודאי לא התכוון להוציא מרשות הבעלים, וא"כ מגלגלים עליו את הכל. וראה בית אפרים (ח"מ סוסי' ה' ד"ה ובהכי) שכתב ממש כע"ז. ועדיין צ"ע.

19. הרמ"א (שע"ה ס"ז) כתב בבונה בית על קרקע בעה"ב ודר בו, שהבונה משלם רק עבור הנאות מהקרקע, וראה בעלון הקודם הערה 12 שלפי הרעק"א הרמ"א מדבר גם כשהבית אחרי השבחתו עומד להשכרה מצד בעה"ב, עכ"ז המשיבא אינו חייב לשלם שכירות עבור הנאות מהבית ממה שהוא עצמו בנה. אכן גם לולא דברי הרמ"א פשוט שכן הדין לפי הרא"ש כיון שהבית שייך לו ולא לבעל הקרקע.

20. הרמ"א הנ"ל חייב בדמי הנאת הקרקע רק "אם חסר לבעל הקרקע דבר מועט", ומשמע ברור שאם לא חיסרו פטור מכלום, וכתבנו בעלון הקודם (הערה 12) שרעק"א פירש את דברי הרמ"א כמו שכתבנו בפנים, וכתב הטעם שהמשיבא אינו צריך לשלם עבור הקרקע, כיון שלולא עבודת המשיבא לא הייתה הקרקע עומדת להשכרה. ולפי הרשב"א פשוט שחייב בדמי שכירות מלאים.

21. הרשב"א כתב (ב"ק כ"א ע"א) שלדעתו חייב המשיבא בכל שכירות הבית כיון שחיסר לבעה"ב, ולכן התקשה מאוד למה היה צורך לגמ' לאוקים את המקרה של אפדנא באופן שהנכס היה מושכר לקרמונאי, אכן לפי הרא"ש קלקל המשיבא את שלו, וא"כ אין בעה"ב חסר בגללו, ומהידי דקרמונאי יש ראייה לשיטתו. ומה שכתבנו בפנים שזה דווקא אם בעה"ב משלם גם שבח ולא רק הוצאות, הוא פשוט, כיון שההוצאות נשארות קבועות בכל מקרה וכלהלך בסעיף הבא.

22. כפי הדין בכל ספק מחמת פלוגתא דרבוותא שמועילה תפיסה. (במשפטים ישרים (לר"ש גאון שם ד"ה דמעתה נלע"ד) דן אם בעה"ב יכול לומר 'פרעת' את שכר ההשבחה ע"י דמי השכירות שמגיע לי עפ"י הרשב"א, והעלה שאינו יכול ע"י"ש, וצ"ע למה לא דן מצד דיני תפיסה, ועכ"פ העובדה שם הייתה שבעה"ב טען פרעת ולא שהוא תופס). ואם בעה"ב שילם כבר למשיבא את שכר ההשבחה, אין מוציאים מידי המשיבא.

23. וכגון שהנכס לא עמד להשבחה והשבח יתר על ההוצאה.

24. כי בוודאי מחשיבים כהוצאות רק את מה שהוציא המשיבא בפועל, ולא מה שהיה

שכל זה דווקא אם השני משתמש בהרחבה של הראשון תוך שנתיים, אבל אם עברו שנתיים עד שהשני החליט להשתמש בהרחבה,

#### ציונים והערות

בעצם הופכים את האוויר שהיה עד כה רכוש משותף, לבעל מעמד חוקי של רכוש פרטי של הבונה. אולם כל זה תקף לגבי פנים שטח ההרחבה, אבל הגג של ההרחבה, נשאר מוגדר כרכוש משותף, ואינו רכוש פרטי של מי שבנה אותו.

מה שקורה לעיתים קרובות, שרק שכן אחד או רק חלק מהשכנים רוצים לבנות בעמודה מסוימת, וחלק אחר של השכנים אינם רוצים לבנות כרגע, ואף שאינם מתנגדים להרחבה, ואולי אפילו חושבים להרחיב בעתיד, אבל כרגע אינם רוצים לבנות, ואינם רוצים להשתתף בהוצאות. ואז אלו שבונים מממנים בעצמם את הוצאות הבנייה. לאחר תקופה בא השכן שלא הרחיב מלכתחילה להרחיב גם הוא, ואז באים אלו שבנו בהתחלה ודורשים מהשכן להשתתף בהוצאות שהוציאו בזמן, כי השכן שבונה עכשיו נהנה ומשתמש בהם.

וכאן הוא הנידון הגדול, באופן שעלה מחיר הבנייה באותו מרווח זמן, האם מחייבים את השכן שבונה מאוחר לשלם כפי ההוצאות שהוציאו הבונים הראשונים, או כפי המחיר העכשווי. לדוגמה, אם השכן בא לרצף את התקרה שבנה השכן שמתחתיו, יכול השכן התחתון שמימן לבדו את יציקת התקרה - שהיא הרצפה של העליון, לדרוש מהעליון להשתתף בהוצאות, והנידון הוא, כמה הוא חייב לשלם, חצי ממחיר יציקה שהוציא התחתון, או חצי ממחיר העכשווי של יציקה.

והנה ההתייחסות ההלכתית לנידון זה, לכל הדעות מקורה ועיקרה בסוגיה במשנה (ב"ב ה' ע"א), וכפי שיתבאר לפנינו. ועיקר הדברים הוא, שכשהשכנים הראשונים בונים ומוציאים הוצאות, שחלקן יישמשו גם את אלו שיבנו בעתיד, הם מוציאים ממון על דעת כן ששאר השכנים יזכו בהכנות שהם עושים להם, ובעיקרון הם מצפים מיד לתשלום של שאר השכנים שאינם בונים כרגע, אלא שכל זמן שהשכנים הללו אינם נהנים ומשתמשים בבנייה, א"א לחייב אותם עפ"י דין להשתתף בהוצאות שהם אינם צריכים להן כרגע, אבל ברגע שהשכנים יבואו להרחיב גם הם ולהשתמש בבנייה, יחויבו לשלם על ההוצאות שהושקעו עבורם. לפי זה, כיון שהשכנים שבונים בהתחלה מוציאים הוצאות על דעת שאר השכנים יזכו בהן, אם בהמשך עלה מחיר הבנייה, לא יוכלו השכנים האלה לדרוש מהבונים המאוחרים כפי המחיר היקר בשעת החלטתם לבנות, כי כל הזכות שלהם לדרוש השתתפות בהוצאות הוא בגלל שהוציאו את ההוצאות על דעת זכיית שאר השכנים, וכשמחליטים השכנים לבנות אח"כ ומשלמים, הם זוכים בהוצאות ולא בתוצאה המוגמרת, וא"כ איך אפשר לחייב אותם במחיר העכשווי? וכך מבואר בראשונים ובפוסקים, כלהלן.

המשנה בסוגיה הנ"ל דנה בכותל שבין שני שכנים סמוכים, ואחד השכנים הגביה את הכותל מעבר לד' אמות (שזה היעור ששניהם מחויבים עפ"י דין לבנות בע"ס), שהשכן השני יכול לטעון שאין לו צורך בהגבהה זו ולכן הוא פטור מהשתתפות בהוצאות. אבל אם לאחר זמן גילה השכן השני שהוא מעוניין בהגבהה, מחייבים אותו לשלם חצי מההוצאות שהוציא הראשון שווה בשווה, (ושיעור השתתפות זו קבוע בוודאי, כי הגמ' (ה' ע"א) שאין חזקה שהשכן שילם את חובו, מטעם "מי ימיר דמחייבי לי רבנן", ואם שיעורו אינו קבוע, יש טעם נוסף שלא תהיה חזקה ששילם, כי אינו יודע כמה יחייבו אותו).

ויש ב' דרכים בראשונים מדוע כשגילה דעתו מתחייב השכן השני להשתתף בהוצאות, דרך התוס' ודרך הנימוק"י (ראה ספר אוצר המשפט ח"א שיעור הגר"נ נוסבים עמו' שמ"ה). אבל לפנינו אין נפק"מ משתי הדרכים, כי לפי שתי הדעות מתחייב השני בהשתתפות במחיר ההוצאות שהוציא הראשון בפועל, ומזה הבין החזו"א (ב"ב סי' ג' סק"א) ופסק למעשה, שאין חילוק אם ירד מחיר הבנייה או עלה בין זמן הבנייה לבין זמן התרצות השכן השני, ותמיד מחויב השני לשלם חצי מההוצאות השכן הראשון ולא חצי מעלות הבנייה עכשיו. ונידונו שווה לנידון המשנה והראשונים, וא"כ לכא' הדין פשוט שלא מתייחסים כלל לעליית או ירידת מחיר בניית השכנים הראשונים שהרחיבו.

אכן לדעת כמה דיינים, אם נפסקו תמיד שהשני משלם רק חצי מההוצאות הבניה של הראשון, יכולה להיות צמצום מוצאות מעומתת. ישנן הוצאות שהם בבחינת 'נר לאחד נר למאה', שנופל על השני, יכול להיות נמוך משמעותית מהעול הכספי שנופל על הראשון בעת שהרחיב, שהרי מחיר הבנייה עלה והשני משלם עכשיו במחיר של פעם.

ועקב בעיה זו המציא הגר"י סילמן דרך חדשה באומדן דעת השכנים, שעל פיו נמצא הפסק מיושב יותר במציאות. ודרכו היא, שיש אומדנא שהמרחיב הראשון משקיע עם תנאי: שאם השני ירחיב גם הוא תוך שנתיים, אזי הוא באמת מוכה לו את הבנייה וכמו שמב' בסוגיה הנ"ל, והוא גם יתחייב לשלם כפי העלות בשעת בניית הראשון כנ"ל, אבל אם השני לא ירחיב תוך שנתיים, אזי דעת הראשון לבנות רק לעצמו, וכשירצה השני להרחיב הוא יצטרך לקנות ממנו אז את אפשרות השימוש וההנאה בהוצאות שהשקיע בהרחבה, ואז יצטרך לשלם כפי המחיר שיהיה אז.

אמנם נראה, שבוודאי אין לאמוד כך בדעת בני אדם, כי למעשה לא רק שהראשון לא ירויח מזה, אלא אף יפסיד כתוצאה מזה. כי לדינא יש חילוק בין ב' סוגי הוצאות שהראשון מוציא שישמשו גם את השני בעתיד. ישנן הוצאות שהם בבחינת 'נר לאחד נר למאה', והיינו שהראשון אינו נצרך להוציא יותר הוצאות עבור השני, וגם לולא אפשרות ההרחבה העתידית של השני בכל מקרה היה הראשון מחויב בהוצאות אלו, וכגון הוצאות אדריכל, ובדרכ' יסודות רצפה ותקרה, ויש הוצאות שהשני הוצרך להוציא יותר כדי שהשני יוכל לבנות בבוא העת, וכגון עמודים, ולפעמים יסודות וכו'.

והדין בנוגע לסוג ההוצאות הראשון נידונו ברמ"א (רס"ד ס"ד), ושם פסק: "ואם נראה לב' ד' שלא הוצרך להרבות בהוצאות בשבילו, דאפילו בשבילו לבדו היה צריך לכל הוצאות אלו,

והמחיר התייקר בינתיים, השני צריך לשלם לפי עלות ההרחבה בזמן בניית השני, אמנם עיין בהערה כ"ח שקשה לקבל דברים

אינו חייב ליתן לו כלום, דזה נהנה וזה אינו חסר... ונ"ל דווקא שירד תחלה להציל שלו, אלא שהציל גם כן של חבירו עמו. אבל אם ירד על דעת שניהן, חייב ליתן לו מה שנהנה, מאחר שהציל של חבירו, וכמו שנתבאר כן נ"ל". ומעתה, אם נדון את נידונו כמו ביאור הראשונים במשנה הנ"ל, והיינו שכוונת המרחיב הראשון להוציא גם לעצמו וגם עבור השכן השני, יש זכות לראשון לדרוש אח"כ השתתפות בהוצאות מהשני, אבל אם כדרך הגר"י סילמן שכוונת השכן הראשון לבנות רק לעצמו ואח"כ למכור את זכות ההשתמשות לשני, א"כ איבד הראשון את כל זכותו לדרוש הוצאות מהשני, שהרי פסק הרמ"א שכיון שבנה רק לעצמו ולא נדרש להרבות בהוצאות, הרי השני הוא 'זה נהנה וזה לא חסר' ופטור מכל תשלום.

ואין לטעון שעדיין כיון שהתקרה של הראשון נבנתה על ידו לכן יש לו זכות לעכב את השתמשות השני מכאן ולהבא (כמב' בס' ש"ס ג' ס"ו), שהרי כבר הקדמנו שלפי החוק, גם כאשר התחתון בונה מכספו הפרטי את הגג, עדיין התקרה מוגדרת כרכוש משותף ואינה רק שלו, וכל היתר הבנייה (והפקעת שותפים מרכוש המשותף) ניתן רק בתנאי שלא יעכב את העליון מלהשתמש בתקרה שלו לצורך רצפה, ולפי החוק מותר לשני להשתמש ביציקה בלי לשלם כלום (אלא שאם זה נוגד את ההלכה מחייבים את העליון בתשלום כפי שמחויב עפ"י דין), וא"כ עכ"פ אין לו זכות לעכב את העליון מלהשתמש ביציקה, וכיון שהשני חייב רק מצד הנאתו, הוא פטור עפ"י דין מתשלום מדין ז"נ וזל"ח.

ובנוגע לסוג ההוצאות השני, שהראשון צריך להוסיף יותר בגלל אפשרות ההרחבה של השני, זה אינו קשור לרמ"א הנ"ל (שמדבר כאמור רק אם לא הוצרך להרבות בהוצאות, וז"ל: "שלא הוצרך להרבות בהוצאות בשבילו, דאפילו בשבילו לבדו היה צריך לכל הוצאות אלו"), אלא הוא נלמד מסוגיית הגמ' (ב"ב ד' ע"ב, וב"ק כ' ע"ב) לגבי המקיף את שדה חבירו מד' רוחותיו ונמצא הניקף נהנה מהוצאות המקיף, שמב' גמ' (ב"ק שם) שכיון שהמקיף יש לו טענה" את גרמת לי הקיפא יתירא", והיינו שהוצרך להרבות בהוצאות בגלל הניקף, לכן אין לניקף דין ז"נ וזל"ח וחייב להשתתף בהוצאות המקיף. והדין נפסק בש"ע (קנ"ח ס"ו). (והנה יש שני מהלכים בביאור הסוגיא, ולפי הביאור של תוס' והרמב"ן מדובר שהמקיף גידר את שדותיו מבחוץ, וכיון שהניקף שוכן בתוככי שדותיו באמצע השטח, נמצא שהמקיף הוצרך לעשות היקף גדול יותר, וזה דומה ממש לנידונו וכגון לגבי העמודים, שהראשון הוצרך בעמודים מיוחדים או נוספים כדי שיוכל השני להוסיף בנייה אח"כ, והם נשארים בבעלות הראשון לגמרי כמו הגדר שהחיצון עשה סביב שדותיו).

עכ"פ הדין בסוגיא שם הוא שהניקף חייב להשתתף כפי חלקו היחסי בהוצאות (לפי הנאתו, לפי פירוש הסמ"ע שהוא הפירוש להדיא ברמ"ה שם, ואיכמ"ל), ומפורש בש"ע שההוצאות הכוונה להוצאות בשעת הבנייה, כי הש"ע פסק להדיא שהראשון צריך להישבע כמה הוא הוציא בשעתו. וא"כ בסוג השני של ההוצאות בכל מקרה חייב השני להשתתף, אבל המחיר אינו המחיר העכשווי כשהשני בא לבנות, אפילו לפי דרכו של הגר"י סילמן.

נמצא שאין שום רווח בדרכו של הגר"י סילמן, ואדרבה יש הפסד בדבר, כי את הסוג הראשון של ההוצאות מפסיד המרחיב הראשון, ובסוג השני מחויב להשתתף בהוצאות הראשון כשעת ההוצאה, (ואיך בדיוק מחשבים את ההוצאות ביניהם, לפי דרכו של הגר"י סילמן הדין תלוי במחלו' הב"ח והסמ"ע (קנ"ח סק"ט) והש"ך (שם סק"ד), וכבר כתבנו שברמ"ה מב' כמו הסמ"ע הנ"ל), וא"כ שום רווח בדרכו של הגר"י סילמן, וממילא איזה טעם יש לומר שהראשון מתכוון לאומדנא זו כשהיא אינה אלא לרעתו.

בנוסף לכל הנ"ל, יש לפקפק על עצם הנחת האומדנא. א', כי הציבור הרחב אינם דיינים מנוסים שמודעים לדינים ולבעיות, ונראה לי שאינם שאינם חושבים ועושים תנאים כמו שחידש הגר"י סילמן בדעת בני אדם, ולא שמעתי מעולם אדם שיתען בב"ד שהתכוון לתנאי מסוג זה, ולכן נראה לי רחוק מהמציאות להעמיס אומדנא זו שכל אדם היה מתנה כן. ב', אומדנא זאת נוגעת לשני צדדים, כי הראשון רוצה לחייב את השני אח"כ על בסיס אומדנא זו, ומב' בתוס' (כתו' מ"ז ע"ב ד"ה שלא כתב) שא"א לומר אומדנא בדבר הנוגע לב' צדדים עד ששני הצדדים יסכימו לדבר. ולא נראה לומר שהיא אומדנא מפורסמת כ"כ שוודאי דעת שני הצדדים מסכמת לה, ואדרבא, אין שום סיבה בעולם שהמרחיב השני יסכים לאומדנא זו שלפי הגר"י סילמן היא הרעה עבורו, ובפרט שבכל מקרה יוציא הראשון את ההוצאות אפילו אם השני לא יסכים לאומדנא, ואין צד לומר שהשני מסכים לאומדנא שלפי הגר"י סילמן רק יפסיד ממנה. וכאמור מהתוס' אומדנא של צד אחד אינה מועילה.

הדרך השנייה להימנע מבעיית האינפלציה כתובה בשמו של הגר"מ שפרן (הישר והטוב ח"ח עמו' ל"ו), והיא שהחוב של השני כלפי הראשון צמוד למדד, (ועי"ש שכתב כך רק ביחס למדד המטבע ולא ביחס למחיר הבנייה). והנה לא כתוב שום הסבר איך בדיוק עובד הפתרון הנ"ל, ולפי דעתנו נראה בפשטות שיש בזה בעיה של ריבית בכמר, ומה זה שונה מכל מכל שעלות החפץ תלויה בזמן התשלום של הקונה, שכתוב בגמ' ובשו"ע שהדבר אסור.

יש לציין שאינפלציה אינה בעיה שהתחדשה בעולם המפותח, כי בזמן הראשונים הייתה האינפלציה הרבה יותר גבוהה, כי המלכים בגרמניה - ששם גרו ראשוני אשכנז כמו בעלי התוס', היו לווים כסף כדי לממן את המלחמות התדירות שלהם, וכדי "לחסוך" כסף היה המלך מפחית את ערך המטבע ומשלם רק כשמונים אחוז לערך ממה שלווה.

אלו<sup>29</sup>. ויש מי שאומר שאפשר לחייב את השכנים להצמיד את החוב למדד<sup>30</sup>, וגם זה צ"ע אם מותר לנהוג כן.

יב. ואם בעה"ב חייב לשלם את השבחה<sup>31</sup>, והיינו כל מה שעלה מחיר הנכס עקב השבחה<sup>32</sup>, והתייקר או הוזל ערך השבחה או שכר העבודה בין ההשבחה לתשלום, הדין תלוי במחלו' הרשב"א והרא"ש, שלפי הרשב"א כיון שבעה"ב קונה את השבחה משעת ההשבחה, מחשבים את התשלום לפי שווי השבחה בשעת ההשבחה, ולפי הרא"ש שזוכה בשבחה רק בשעת התשלום, מחשבים את התשלום לפי שווי השבחה בשעת התשלום.

ולהלכה. כיון שהוא ספיקא דדינא א"א להוציא מידי המוחזק, אלא שבעה"ב יכול לטעון 'טול עציץ ואבניך' והמשיביח יכול לטעון 'עצי ואבני אני נוטל' [אם הסכום שבעה"ב מציע לו לא נראה לו סביר], ולכן אם רצונם להסתדר ינהלו מו"מ עד שייגיעו לעמק השווה. בנוסף, אם בעה"ב ישלם רק לפי המחיר הזול, ובינתיים המשיביח משתמש בנכס או משכירו ומקבל דמי שכירות, כיון שהמשיביח יש לו טענת 'קים לי שבעה"ב צריך לשלם כפי היוקר, ובזמן שהמשיביח משתמש עדיין אין בעה"ב משלם כפי היוקר, פטור המשיביח מלהחזיר לבעה"ב את דמי השכירות, [ולכן לפעמים ישתלם יותר לבעה"ב לשלם כפי היוקר ולנכות מחובו את דמי השכירות]<sup>33</sup>.

יג. ואם בעה"ב חייב לשלם כדן ידו על העלוונה<sup>34</sup>, בין בנכס שעמד להשבחה שאז מדינא חייב בעה"ב לשלם למשיביח כאריס או כקבלן,

ציונים והערות

ובין שלא עמד להשבחה, שאז בעה"ב חייב מדינא לשלם רק הוצאות, אבל החליט מרצונו לשלם כדן ידו על העלוונה<sup>35</sup>, הדין תלוי במחלו' הנ"ל, שלפי הרשב"א הכל תלוי בשעת ההשבחה, ולפי הרא"ש הכל תלוי בשעת ההתרצות והתשלום<sup>36</sup>.

ולהלכה. באופן עקרוני כיון שהוא ספיקא דדינא א"א להוציא מידי המוחזק, אלא שבהוקר עדיין תהיה טענת 'טול' או 'אטול' לפי השיטות שהתבארו לעיל<sup>37</sup>. ובהזל, יש הסוברים שיכול לטעון 'טול עציץ' אף לאלו שנוקטים שבדר"כ אין לבעה"ב זכות לטעון טול בנכס העשוי להשבחה<sup>38</sup>, כיון שלפי הרשב"א עליו לשלם יותר ממה שהיה משלם עכשיו על השבח, ולזה אינו חייב להתרצות.

ונראה שלהרבה פוסקים אם בעה"ב אינו רוצה לטעון 'טול' אלא רוצה להשתמש בשבח, גם לפי הרשב"א יכול לשלם רק כפי הזול<sup>39</sup>, אלא שאין כן דעת החזו"א, בנוסף, אז גם המשיביח יכול לטעון 'עצי ואבני אני נוטל' לכל הדעות<sup>40</sup>.

יד. אם ההשבחה הייתה בנכס שאינו עומד להשבחה, אלא שאח"כ גילה בעה"ב דעתו שרוצה בשבח ומוכן לשלם עבורו [כדן ידו על העלוונה], והזל ערך השבח בין שעת ההשבחה לשעת התרצות ותשלום בעה"ב, פסק החזו"א שצריך לשלם כשעת היוקר, שכיון שגילה דעתו שהוא מרוצה בהשבחה, לפי שיטת הרשב"א אנו משערים בדעת בעה"ב שמסתמא התרצה לקנות את השבח בשעת ההשבחה, ואז היה המחיר ביוקר<sup>41</sup>. אכן גם החזו"א יודה שהרא"ש בוודאי אינו סובר כן,

38. הקצוה"ח (קס"ד סק"ב) דן בנשרף השבח, וכתב שאפילו במקרה שהמשיביח התכוון להקנות את השבח לבעה"ב מיד, מ"מ כיון שנשרף השבח פטור בעה"ב משלם למשיביח, אף שבעה"ב היה אמור לקנות את השבח למפרע, וביאר הטעם: "והא דאינו משלם אם נשרף, היינו משום דחצירו אינו קונה לו בעל כרחו, אלא דבנאו אדעתא דהכי שאם ירצה ויתן לו יציאותיו יזכה לו חצירו למפרע", והסברא העקרונית של הקצו"ש ייכת גם בנידוננו, שאינו חייב להתרצות כשיש לו הפסד מזה. וכבר ביארנו (עלון 126 הערה 3, ועוד בעלון 127 הערה 4, ובנקודה זו לא מצאנו חולק על הרשב"א) שאף בשדה העש"ל שבעה"ב קונה למפרע, מ"מ חלות הקניין מתממש רק בריצו, וכיון שאינו חייב להתרצות אינו קונה למפרע ויכול לטעון טול. וגם החזו"א יסכים לזה, כי הגם שפסק שבעה"ב משלם למשיביח כשעת היוקר, היינו רק אם התרצה בסוף לקבל את השבח ולהשתמש בו, אבל אם יאמר טול לא יצטרך לשלם כשעת היוקר.

יש להוכיח שגם החזו"א סובר כן, ממה שהוכיח (ב"ב סי' ב' סק"ו ד"ה כתב) מהדין של הבית והעליה לדין יורד, וא"כ כיון שבבית והעליה מב' בתוס' שאם נשרף הבית פטור בעה"ב לשלם לבעל העליה, כך גם ביורד שאם נשרף השבח פטור בעה"ב.

39. כי הרי אינו חייב להתרצות לקנות את השבח למפרע, ויכול לומר למשיביח שהוא מתרצה לקנות רק עכשיו, וממילא יצטרך לשלם רק כפי המחיר של עכשיו. אמנם החזו"א פסק מסברא, שלפי הרשב"א אם בעה"ב מתרצה בשבח הוא צריך לשלם כשער היוקר, ואינו יכול לומר שהוא מתרצה רק עכשיו, כי מכיון שהוא באמת מרוצה בשבח אנו אומרים בדעתו שכבר מהתחלה היה מרוצה בשבח וקנה אותו, וכלהן הערה מ"ג.

40. גם לפי דעת הרא"ה שבדר"כ אין טענת אטול כשבעה"ב משלם כדן ידו על העלוונה, כאן נראה שישנה לטענת אטול, משני טעמים: א', כיון שבעה"ב עצמו רוצה לקנות רק עכשיו, כי בדר"כ הטעם של הרא"ה שאינו יכול לטעון אטול בשדה העש"ל הוא, כיון שהתכוון להקנות את השבח לבעה"ב מעיקרא, אבל כאן שבעה"ב מתנגד לקנות מעיקרא, יכול המשיביח לטעון כך. ב', שהמשיביח יכול לטעון שלא התכוון להקנות ע"ד שיקבל פחות ממה שעלתה עבורו בשעה ההשבחה, בדומה למש"כ הרא"ה כשמקבל כדן ידו על התחוננה.

41. החזו"א (ב"ב סי' ג' סק"א וסק"ב) דן באופן שהוזלה מלאכת המשיביח בין זמן ההשבחה לזמן התרצות בעה"ב לשלם על ההשבחה, אבל לא התייחס כלל למחלו' הרשב"א והרא"ש, וכלהן. מתחילה דן החזו"א בסוגיא של כותל שבין שני חצירות (משנה ב' ה"ב ע"א), מה הדין אם שכן אחד בנה על הכותל למעלה מד' אמות, ולאחר זמן גילה השכן השני דעתו שניחא ליה בהגבהת הראשון, והחזו"א הלך בדרך שהבינו כמה ראשונים בסוגיא (וכלעיל הערה כ"ו), שכיון שהשכן הראשון בנה ע"ד להקנות לשני לכשירצה, לכן משנתרצה השני זוכה בכותל למפרע, [ז"ל הנמוק"י (ב"ב ג' ע"א): "וכיון שחצי כותל עומד הוא על חצרו, קנתה לו חצרו, ואעפ"י דלא אמר ליה אידך תקנה לך חצרך, ברור לן שעל דעת כן בנאו שיהיה שלו כל זמן שירצה"], ובדרך זו הלכו גם הקצו"ש ופוסקים נוספים. ועפ"ז פסק החזו"א, שגם אם לבינתיים הוזל מחיר הכותל, בכ"ז השני חייב לשלם חלקו במה שהוציא הראשון ולא כמחירו עכשיו, כיון

29. זו דרך הגר"י סילמן הנ"ל, וכבר הארכנו להקשות על דרכו. ושאלתי את הגר"נ נוסביום, ואמר בפשיטות שאין חילוק אם עברו שנתים או לא, ותמיד משלם השני כפי המחיר בשעת ההשבחה, גם אם המחירים עלו בהרבה, ואמר שכן הוא פוסק הלכה למעשה.

30. כן כתוב (שם) בשם הגר"מ שפן, ומאידך שמעתי בשמו שלא אמר כן, אבל עכ"פ יש רבנים אחרים שפוסקים כן, וצ"ע להבין את המהלך שלהם, כיון שזה נראה רבית במכר וכנ"ל. ולומר שהוא משום שחלקו מצד התנאה גדל כל הזמן, כבר הוכחנו בהערה כ"ח שמב' בש"ע שמשלם חלקו היחסי בהוצאות לפי היחס להנאתו (גם הבונה הנאתו גדלה במשך הזמן).

31. וכגון שלא עמד להשבחה וההוצאה יתירה על השבח.

32. כבר כתבנו (בעלון 121 הערה 34) שלענין דין "הוצאה שיעור שבח" הכוונה במילת "שבח" היא למלוא שווי השבח, ולא רק לשכר שמגיע ליורד מתוך השבח. ורק בדין ידו על העלוונה הכוונה במילת "שבח" היא לחלקו של היורד בתוך השבח.

33. ראה לעיל הערה ו' בין היתר בשם החזו"א, ונביא מזה עוד בעלונים הבאים, שבאופן שבעה"ב נדרש לשלם ואינו משלם, לכל הדעות אינו קונה את השבח אלא משעת התשלום המלא, וכיון שכן, בנידון דנן שבעה"ב לא שילם את התשלום המלא לפי ה'קים לי' של המשיביח, לא זכה בשבח, והמשיביח פטור מדמי שכירות, (ואפילו בהוקר, שלפי דעת הרשב"א עצמו צריך בעה"ב לשלם רק כפי שעת הזול, מ"מ כיון שלהלכה הוא ספיקא דדינא והמשיביח יכול לטעון 'קים לי' כהרא"ש שחייב כשעת היוקר, ומה שהמשיביח השתמש בשבח היה רק בגלל סירוב בעה"ב לשלם כפי דינו, לכן פטור מלהעביר לבעה"ב את דמי השכירות). ולכן אם ירד המחיר בין זמן ההשבחה לבין זמן התשלום, ומחיר השכירות גבוה יותר מההזולה הזאת, יהיה כדאי לבעה"ב לשלם לפי היוקר, כדי שהמשיביח יצטרך לשלם דמי שכירות לפי הרשב"א, ובעה"ב יוכל לנכות את דמי השכירות מחובתו למשיביח.

34. שיעור התשלום נתבאר בעלון 121.

35. לפעמים רוצה בעה"ב לשלם כן, וכגון ההרוויח את שיטת הרא"ה שאם בעה"ב אינו משלם כך יכול המשיביח לטעון 'אטול', ואם בעה"ב מציע לשלם כדן ידו על העלוונה שוב אין המשיביח יכול לטעון אטול, וכתבאר בעלון 126 סעיף ג'.

36. אם הוקר שכר העבודה, פסק החזו"א (ב"ב סי' ג' סק"א) שאינו מקבל אלא כפי השכר בשעת ההשבחה, ובהוקר ודאי אין מחייבין אותו לשלם את היוקר, ד"ע שכר פועל בנה", אכן החזו"א לשיטתו שנקט שבעה"ב זוכה למפרע, אבל לפי הרא"ש שאינו זוכה למפרע, והמשיביח גם יכול לטעון 'אטול', כיון שהמשיביח הוא בעל השבח והוא מוכרו עתה, יכול לדרוש תשלום כפי מחירו העכשווי.

37. בדין טול נחלקו הראשונים אם ישנו בעש"ל, כמו שנתבאר בעלון 123 סעיף ה', ובדין אטול נחלקו הראשונים והפוסקים אם ישנו כשבעה"ב משלם כדן ידו העלוונה, כמו שנתבאר בעלון 126 סעיף ג'.



שהרי לדעתו אין בעה"ב קונה את השבח אלא רק בשעת ההתרצות והתשלום<sup>42</sup>. וגם בדעת הרשב"א אין הדברים מוכרחים, וייתכן שגם באופן זה מסכים הרשב"א שבעה"ב יכול לטעון שלא הייתה דעתו להתרצות אלא למחיר הזול ולא לקנות למפרע<sup>43</sup>. ועכ"פ נראה גם לדעת החזו"א, שאם בעה"ב אומר להדיא שמקבל את השבח רק בדיעבד אחר שכבר נעשתה ההשבחה, אבל הוא עצמו לא היה משיב בחצורה שהשיב היורד, שלא יצטרך לשלם אלא כפי המחיר הזול<sup>44</sup>. ולהלכה. כיון שהוא ספיקא דדינא אין מוציאים מהמוחזק<sup>45</sup>, ובאופן זה

#### ציונים והערות

שנחשב שכאילו סוכם ביניהם מראש שברגע שהשני ירצה הוא יזכה למפרע בחלקו במה שבנה הראשון.

ושבו המשיך החזו"א לדון בדומה לזה ב**בירור** לשדה חבירו שלא ברשות בשדה שאינה עש"ל ואח"כ גילה בעה"ב דעתו שניחא ליה בשבח, וכתב שפשוט לו באופן **שהוקרה** המלאכה שהשני משלם רק כפי המחיר בשעת ההשבחה, כיון שהמשיב מצידו הקנה את ההשבחה לבעה"ב מיד בשעת ההשבחה, והיינו שאינו מקנה לו את השבח רק בשעת ההתרצות כדעת הרא"ש, אלא מצידו הוא מקנה לו את השבח כבר בשעת ההשבחה כדעת הרשב"א. אמנם צריך להדגיש, שהחזו"א שהיה פשוט לו כהרשב"א הוא לשיטתו (שם סי' ב' סק"ה), שהבין בשיטת הרא"ה ותלמידי הרשב"א שנפסקה ברמ"א שאין טענת 'אטול' בשדה העש"ל כלל, שהטעם הוא כי מיד בשעת ההשבחה הקנה המשיב את השבח לבעה"ב, ורק במקרה שהמשיב מקבל רק הוצאה וכגון באינו עש"ל או יש לו טענת אטול, כי ע"ד כן לא התכוון להקנות, ולכן היה פשוט לו כנ"ל שאם הוקרה מלאכת המשיב בינתיים [ובעה"ב משלם תשלום גמור כיון שהתרצה] אין המשיב יכול לדרוש אלא כפי השער בשעת ההשבחה, כי זו התמורה שחשב לקבל בשעה שהקנה, (והוא כעין מש"כ הנהי"מ (י"ב סק"ה) בעניין האומר 'אכול עמי' והיה בדעתו אז לוותר על התמורה, שא"א אכ"כ לתבוע תשלום].

בהמשך (בסי' ג' שם) כתב החזו"א להסתפק, מה הדין אם ה**הזלה** מלאכת המשיב בין ההשבחה להתרצות, וז"ל: "יש לעיין ב**בירור** לשדה חבירו ונטעה שלא ברשות באינה עשויה ליטע, ואח"כ גלי דעתו **דניחא ליה דמחייבין אותו**, אי מחייבין אותו כשער של עכשיו. ובהוקר ודאי אין מחייבין אותו לשלם את היוקר דע"ד שכן פועל בנה, אבל אם הזול יכול בעה"ב לומר עכשיו נמלכתי להתרצות בנטיעותיך. ואפשר דסתמא מחזקינן ליה כניחא ליה למפרע."

ויש צורך להסביר מדוע הסתפק החזו"א רק במקרה המסוים הנ"ל. כי הנה בשדה שאינה עש"ל והתוצאה בעה"ב לשלם רק כדן ידו על התחנותה, בזה לא הסתפק החזו"א, וזה בגלל שהחזו"א עצמו סובר (שם סי' ב' סק"ד) שבעה"ב משלם כדן ידו על התחנותה רק באופן שבעה"ב אומר שהוא עצמו לא היה משיב ורק בדיעבד הוא מוכן להשאיר את השבח, ולכן אם ירד המחיר א"א לומר שגילוי דעתו להתרצות בדיעבד בשעת הזול תחייב אותו לשלם כשעת היוקר שע"ד כן לא התרצה כלל. ובשדה העש"ל שבעה"ב משלם כדן ידו על העליונה גם לא הסתפק החזו"א, כיון שהיה פשוט לו שקונה למפרע, וכפי שכתבו להדיא הרא"ה ותלמידי הרשב"א (כנ"ל) והרמ"א פסק כמותם, וא"כ פשוט שהחזו"א סבר שהוא צריך לשלם כפי שהיה שכן קבלן בשעת ההשבחה.

וספק החזו"א הוא באופן שכתב בעצמו, שהשדה אינה עש"ל, אבל בעה"ב התרצה בשבח להדיא, שהחזו"א סובר (ב"ב סי' ב' סק"ד) שהדין הוא שמחייבים אותו לשלם כדן ידו על העליונה, ובה היה לו צד לומר שכיון שהוא מתרצה רק עכשיו ומה שמשלם לו כדן ידו על העליונה הוא רק בגלל החלטת בעה"ב להתרצות בשבח, וא"א אולי גם הקניין הוא רק מעכשיו, ופשוט ספקו ש"אפשר דסתמא" שקונה למפרע. (ונראה ככוונתו, שיש דברים שאנו אומרים בהם 'גלי דעתיה למפרע', כמבואר בסוגיא של ייאוש שלא מדעת), ודברי החזו"א גם בזה הוא לשיטתו כמש"כ, שבעה"ב שגילה דעתו שניחא ליה במה שהשיב היורד, משלם כדן ידו על העליונה.

ומעתה לפי החזו"א. אם הוקר שכן העבודה או ערך השבח, לגבי שכן העבודה פסק החזו"א שאינו מקבל אלא כפי השכר בשעת ההשבחה, שהרי ידו ע"ד לקבל כפועל זול. ולגבי אם התייקר ערך השבח, כיון שבעה"ב קונה את השבח למפרע, פשוט שמשלם רק כפי הערך בשעת ההשבחה.

ואם הזול שכן העבודה או ערך השבח, נראה שכיון שבעה"ב קונה את השבח למפרע, משלם כפי שהיה בשעת ההשבחה. אלא שנראה שבכה"ג יוכל בעה"ב לטעון 'טול עציך' אם ירצה, או לחילופין תמורת ה'טול' יטען שמסכים להתרצות רק כפי המחיר של עכשיו, אלא שאז יוכל המשיב ליטול עציו ואבניו, וכלהלך.

42. כאמור לעיל, כל דברי החזו"א נכונים לפי דעת הרשב"א שבעה"ב קונה את השבח משעת ההשבחה, אבל לפי דעת הרא"ש וכך דעת הרבה פוסקים ולפי רעק"א פסק כך הרמ"א (כמבואר כ"ז בעלון הקודם). אין בעה"ב קונה את השבח אלא משעת ההתרצות והתשלום, ועד אז השבח הוא בעלות המשיב לכל דבר, וכיון שהוא ספיקא דדינא, צריך לחשב מה דעת הרא"ש בהוקר והזול.

נראה שלכל הדעות אין לבעה"ב טענת 'טול', שהרי גילה דעתו שרוצה בשבח<sup>46</sup> וגם אינו משלם אלא כפי הזול [שהרי הוא מוחזק]. ומאידך, בהזול נראה שלכל הדעות יש למשיב טענת אטול, כיון שאינו מקבל כפי שהיה שווה עבודתו בשעת ההשבחה<sup>47</sup>. ויש לציין, שכל פעם שכתבנו שיש למשיב טענת אטול, יש להתחשב במחלוקת הרשב"א והרא"ה אם ישנה לטענה זו אחר שבעה"ב התרצה בהשבחה, ולדעת הרשב"א בכל אופן שהתרצה בעה"ב לשלם שוב אין למשיב טענת אטול כלל, וכמו שכבר התבאר בהרחבה בעלון 126.

ובאופן עקרוני היה נראה, שכיון שלפי הרא"ש קונה בעה"ב את השבח רק בשעת ההתרצות והתשלום, לכן אם ה**הזול** אינו מחויב לשלם אלא כשעת הזול, ולא שייכת סברת החזו"א שהתרצה ע"ד המחיר למפרע, שהרי אינו מקבל את השבח עצמו למפרע. אלא שעכ"פ יש למשיב טענת 'אטול', ואפילו בשדה העש"ל שלדעת הרא"ה והרמ"א והרבה פוסקים אין בדר"כ טענת 'אטול' (ראה בעלון 126 סעיף ג'), מ"מ כאן יש טענת אטול, כיון שיכול לטעון שלא התכוון להקנות ע"ד לקבל פחות מהעלות בשעת ההשבחה.

**ובהוקר** היה נראה פשוט לפי הרא"ש שבעה"ב חייב לשלם כשעת היוקר, כיון שרק אז קונה את השבח ואז המחיר הוא ביוקר, אכן באמת נראה שהדין תלוי במחלו הראשונים הנ"ל אם יש טענת 'אטול' כשבעה"ב משלם כדן ידו על העליונה (היינו בשדה העש"ל או כשבעה"ב גילה דעתו שניחא ליה), שלפי דעת הרא"ה שאין לו טענת אטול, בזה נראה כסברת החזו"א, שעצם זה שמונעים ממנו ליטול את השבח כיון שאומרים שהתכוון להקנות את השבח לבעה"ב, מראה גם שהתכוון להקנות ע"ד המחיר בשעת ההשבחה כיון שכבר הקנה את השבח לבעה"ב, ולפי דעת החולקים על הרא"ה שיש טענת אטול גם בכה"ג, יכול המשיב לדרוש כפי המחיר בשעת התשלום.

ובעלון 127 סעיף ג' הבאנו שכמה פוסקים הבינו בפשיטות בדעת הרא"ה שסבר בהכרח כמו הרשב"א שבעה"ב קונה את השבח בשעת ההשבחה, ולפי"ז לא שייך להביא ראיה משיטתו לדעת הרא"ש, ובהוקר לפי הרא"ש יהיה פשוט שמשלם כשעת היוקר, אכן כבר כתבנו שם שאין הכרח גמור שהרא"ה סבר כהרשב"א.

43. לכאורה החזו"א הנ"ל הוא לשיטתו (ב"ב סי' ב' סק"ד) שסובר שכל שגילה בעה"ב דעתו דניחא ליה הדין הוא שמחייבים אותו לשלם כדן ידו על העליונה, והיינו שכיון שאנו יודעים שלפי האמת רוצה בעה"ב בשבח, אין קנייתו את השבח תלויה בהתרצותו המאוחרת, וקנה את השבח בע"כ, ואינו יכול לטעון שהתרצה רק ע"ד לשלם כדן ידו על התחנותה, ולכן משלם כדן ידו על העליונה, ולפי"ז בוודאי קנה את השבח משעת ההשבחה. אכן הרא"ש וסיעתו חלקו שגם בכה"ג כיון שהשדה אינה עש"ל לכן אינו משלם אלא כדן ידו על התחנותה (ראה שיע"ס סי"ג ובסמ"ע ובש"ך שם, בעז"ה ועוד יתבאר בעלונים הבאים), והם בוודאי יכולים לסבור שלא התרצה לקנות אלא מכאן ולהבא ולא למפרע, וגם לפי דעת רוב הראשונים שמשלם כדן ידו על העליונה, מ"מ סברת החזו"א שכל שבאמת ניחא ליה הוא קונה את השבח בע"כ ואי"ז תלוי בהתרצותו המאוחרת, סברא מחודשת היא, ופשטות הרשב"א שרק מהתרצותו הוא קונה למפרע (וכמו שכתבנו בציונים שהזכרנו בהערה ל"ח), וא"כ כל שהוא מתנגד לקנות למפרע ורוצה לקנות רק מעכשיו אינו קונה למפרע.

44. החזו"א הנ"ל עצמו (ד"ה ולפי"ז) נטה לומר שם שאם באמת לא ניחא ליה, והוא מקבלם רק בדיעבד, אז אינו זוכה למפרע אפי' בשדה העשויה ליטע, והגם שלא הזכיר זאת בסי' ג', קשה לומר שחזר בו לגמרי.

45. כי בשדה שאינה עש"ל ובעה"ב גילה דעתו שניחא ליה הדין הוא שהוא ספיקא דדינא, וכיון שבעה"ב מוחזק בממונו א"א לחייבו לשלם אלא כדן ידו על התחנותה, וגם המחלוקת דנן הוא ספיקא דדינא, ולכן בין בהוקר ובין בהזול א"א להוציא ממנו יותר מדמי הזול, אלא שבהזול המשיב יש לו טענת אטול לכל הדעות כנ"ל, כי ע"ד כן שיקבל פחות מהמחיר בשעת ההשבחה לא התכוון להקנות.

46. ונתבאר בעלון 124 סעיף ה' שבכה"ג אין טענת טול.

47. בעלונים הקודמים (עלון 126 סעיף ב') שדעת הרשב"א וסיעתו שתמיד יש טענת 'אטול', אלא שהרא"ה חלק שבאופן שהמשיב מקבל כפי דין ידו על העליונה אין לו טענת אטול, כיון שהתכוון להקנות את השבח מתחילה בשעת ההשבחה אם בעה"ב ישלם לו תשלום גבוה, אבל גם הרא"ה הסכים שכל שהמשיב אינו מקבל תשלום מלא כדן ידו על העליונה יש לו טענת 'אטול' ואפילו בשדה העש"ל, וא"כ ה"ה בנידוננו, כיון שבשעה שהשיב ציפה לקבל שכר כפי המחיר של אז, ובאמת אינו מקבל אלא כפי המחיר הזול אחר שהזול המחיר, יכול לטעון אטול גם לפי הרא"ה.

# מעדיפים להמנע מלהגיע לבי"ד?

## זה מה שאתם צריכים!

### דיונים קצרים

#### בבית ההוראה לענייני ממונות שע"י בי"ד 'נתיבות חיים'

#### בי"ד או בית הוראה?

'דיונים קצרים' - יוזמה חדשה המשוייכת לבית ההוראה לענייני ממונות, מפני שהצדדים באים מרצונם לברר את השאלה ההלכתית שביניהם, ותו לא. אך מצד תוקפו של הפסק, הרי הוא כבית דין לכל דבר וענין, בכך שהצדדים חותמים מראש על שטר בוודות, וביה"ד מוציא פסק כתוב וחתום, והצדדים מחוייבים ע"פ דין תורה לציית לכל אשר יפסק בביה"ד

#### יתרונות ייחודיים

בהמלצת גדולי הדיינים



אירה נינוחה ללא ייצוג



זמינות גבוהה תורים מהיום למחר וקבלת פסק בזמן קצר



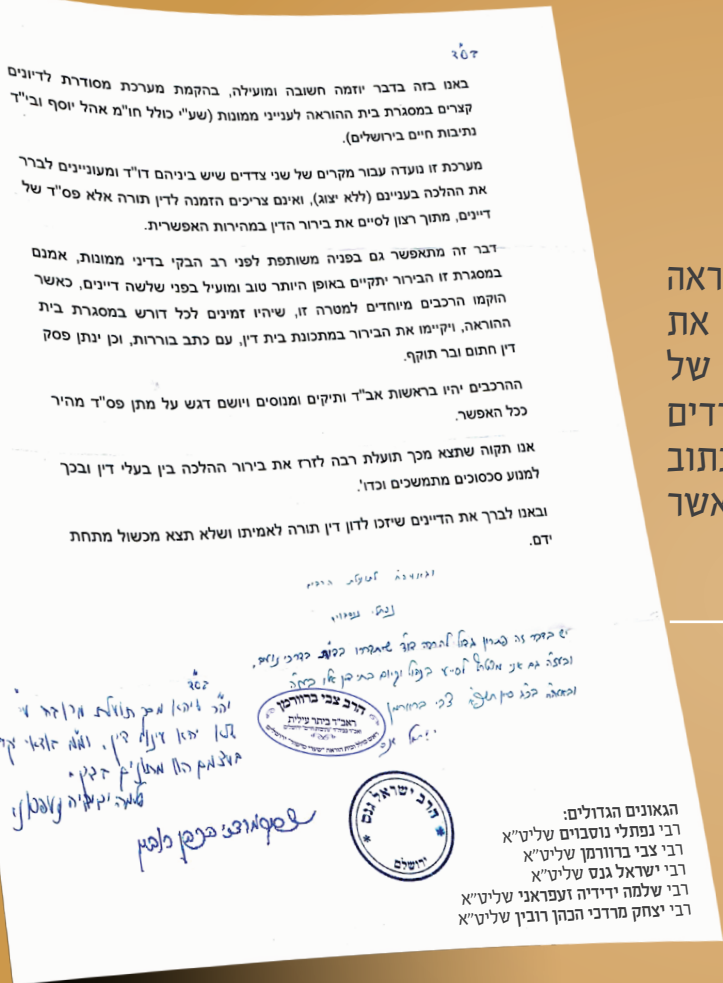
עלות סמלית



תוקף הפסק כדין תורה (גם תוקף חוקי)



**מסגרת זו מיועדת:** \*לבע"ד הבאים שניהם מרצון \*ללא ייצוג \*לנידונים שאינם מורכבים \*והתביעות בסכומים שאינם גבוהים



בית הוראה 'בית גרוס' שע"י בי"ד  
**נתיבות חיים**  
בנשיאות  
הגאון רבי נפתלי נוסבוים שליט"א



הדיונים יתקיימו בין השעות 15:00-13:40  
לתיאום דיון

# 058.3206474

פנים מאירות 1 ירושלים