

# תזרת המישפט

בירורי הלכות בשאלות המצויות בעניני חוזים והסכמים

גליון מס' 23

## תמ"א 38 ופינוי בינוי בהלכה [ב]

### המצית הנושא

במאמר הקודם הובא רקע חוק תמ"א וסוגי המסלולים שלה. עיקרי הבעיות ההלכתיות שנוצרו מחמת חוק זה, שניתנה הקלה משמעותית נוספת בחוק זה של ביטול הצורך בהסכמת כל הדיירים לכל תוספת או שינוי בבנין, דהיינו שעד חקיקת חוק זה היה הכלל בדיני מקרקעין שלא ניתן לפגוע בזכויות בנכס המשותף בלי הסכמת כלל הדיירים, אבל בחקיקה זו שמקדמים תוכנית זו של תמ"א מספיקה הסכמה של שני שלישים מבעלי הנכס לתמ"א 38/1, ואילו לתמ"א 38/2 נדרשים רוב של 80% מהדיירים, ואפשר לכונן את שאר הדיירים. נשאלת השאלה האם מבחינה הלכתית גם אפשר לכונן שכנים המתנגדים.

### הרחבת הנושא

לעכב עליו, או שיכולים המעוניינים לקנות, לכפות את השכנים מדין גוד או איגוד.

**מצינו** מחלוקת בראשונים האם שותפים יכולים לכונן גוד או איגוד. הרא"ש (ב"ב פ"א ס"ג נ"א) הביא שיטת הר"י מיגאש שגוד או איגוד שייך רק ביורשים או מקבלי מתנה, אבל ששנים קנו בית שאין בו כדי לזה ולזה אין אחד מהן יכול לומר גוד או איגוד, שהרי קנו זאת לדעת להיות שותפים. וכן בנימוקי יוסף (ב"ב ה.) בשם הרא"ה ורבונו יונה ששותפין שנשתתפו בדבר שאין בו דין חלוקה אין בו דינא דגוד או איגוד.

**נפסק** בשו"ע וברמ"א (הור"מ סי' קע"א ס"א-ט) שנקטו להלכה כשיטת הרמב"ם ועוד ראשונים שיש דינא גוד או איגוד גם בשותפים קנו. הש"ך (שם סק"א) הביא דעת הראשונים החולקים וסוברים שאין דינא דגוד או איגוד בשותפין שקנו.

**המנחת** פתים (סי' קע"א ס"א) הביא כנה"ג שאפשר לומר קים לי כשיטת הראשונים שאין אומרים גוד או איגוד, וכתב ע"ז שדבריו מסתברים שרבים סוברים כן כמבואר בש"ך, ופשוט שהשותף שאינו רוצה בחלוקה הוא מוחזק בחלקו שהרי אינו רוצה למכרו. ועוד שהרי מי שטוען גוד או איגוד הרי הברירה ביד השני לקנות ולסלקו בדמים, א"כ שוב כשמסרב נקרא מוחזק. [ויש בזה אריכות גדולה בראשונים ובפוסקים ואין כאן מקומו].

#### גוד או איגוד שמבקש למכור לאחרים

**כל** הנ"ל כשותף שתובע לחלק את הגג מדינא דגוד או איגוד, רוצה בשביל עצמו, בזה יש לדון מצד מחלוקת הפוסקים הנ"ל שיש שסברו שאי אפשר לחלוק באופן זה. אבל אם אינו רוצה לקנות את הגג להשתמש לעצמו, אלא רוצה למכרו לאחר שיכול לקבל על כך תשלום יותר טוב, בזה יש צד נוסף שלא יוכל לכונן את יתר השותפים לדינא דגוד או איגוד. על פי דברי הרא"ש (הובא בטור סי' קע"א) שאם אין בבית כדי חלוקה, והבן אומר שרוצה למכור הכל ביחד כדי שימכור

#### האם יש אפשרות לכפות דיירים לפעול לפי חוק זה

**מה** שיש לדון שלפעמים ישנם שכנים שמעוניינים לחתום הסכם עם יזם לבצע פרויקט זה, וישנם שכנים שמתנגדים לכל תוספת או שינוי בבנין, השאלה היא כיון שבניה זו מתבצעת על שטח שהוא בבעלות המשותפת של כלל הדיירים, אם מותר ע"פ ההלכה לדיירים המעוניינים לפעול ע"פ חוק זה, אע"פ שנמצא שמפקיעים שטח מבעלי.

**לכאורה** מאחר שנתבאר שהגג [באופן שלא הוצמד ע"י הקבלן לבניה] ושאר הזכויות להרחבה משותפים לכל השכנים הן מצד הדין והן מצד המנהג, ואין אחד מהם יכול לבנות בו רק בהסכמת כל השכנים, נמצא שאם חלק מסרבים וחלק מבקשים לבנות ולחלוק כפי חלקם, הרי זה ככל נכס משותף, שאם יש בו כדי חלוקה יכול כל אחד מהשותפים לכפות על השאר לחלוק, ואם אין בו דין חלוקה אינו יכול לכפות חלוקה.

#### האפשרות חלוקה בשותפים

**והנה** נפסק בשו"ע (הור"מ סי' קע"א) והמקור מבבא בתרא שהתנאי חלוקת חצר משותפת היא שיהיה ד' אמות על ד' אמות לכל אחד, וכן שלכל אחד יהיה דרך כניסה לחלקו בלי שיצטרך לעבור על שטחו של השותף השני, וא"כ אם בשטח הגג המשותף יש כדי שיעור חלוקה לכל אחד יכול כל אחד לכפות על אחרים דין חלוקה, אבל אם אין בו שיעור זה או שאין בשיעור זה כדי שירצו שכל אחד יקח חלק זה - אין לכונן החלוקה.

#### האם שותפים יכולים לכפות גוד או איגוד

**והנה** באופן שאין שיעור חלוקה בגג, ושחלק מהדיירים מעוניינים לקנות משאר הדיירים את הגג לעצמם, וחלק מן השכנים מתנגדים לזה ורוצים שהבעלות תישאר משותפת ולשימוש כולם, האם זכותם



(ס"ק צט) שהרמ"א הכריע כשיטת הרמב"ם מספק כיון שהמשתמש נחשב מוחזק, ואף שהסמ"ע (סי' קנ"ט ס"ק לב) מחלק בשיטת הרמ"א בין עושה בשלו לעושה בשל חברו, מ"מ כתבו הפוסקים דיכול המשתמש לומר קי"ל כשיטת הרמב"ם.

**וכשבאים** השכנים לבטל זכויות שימוש אלה הבאים מכח חזקה שישתק מחל, ודאי יכולים השכנים לבטלו לצורך ההרחבה, כיון שכל זכות השימוש ניתנה כל עוד העומדת החצר לשימוש, אבל כאשר נשתנה יעוד החצר והמקום עומד לבניה בטל חזקת השימוש, שבזכויות שהחזיק מהם מחמת מחילה הוא רק עד שיחליטו להפוך השטח לצורך בנייה.

### מקור הדבר של טענת חזקת תשמישין

**מקור** הדברים הוא בר"י מגאש (ב"ב נז). שהוא מקורו של הרמב"ם, שכתב שבחזקת תשמישין אם אנשים מקפידים יש חזקה, ובסוף כתב שבקרקע עצמו לא הוי חזקה אלא א"כ יש עמה טענה, והיום או מחר אם יחלקו החצר יחלקו אותה בשוה.

**וכן** מבואר בריב"ש (ש"ת ס" רמח) שמבאר את שיטת הרמב"ם והראשונים וכותב שכל שעשה מחיצה בחצר, או שקבע תשמישו בחצר וחברו שהיה בידו למחות, שתק, הדין מחל. אבל לא הקנה לו בגוף החצר כלום, רק כל זמן שהחצר בשיתוף הוא עושה תשמישין הללו שהחזיק בהן, ומעכב על חבריו מלעשותם, אבל כשבאין לחלוק החצר שניהם שוין כבתחלה.

**וא"כ** ה"ה בשכנים הדרים יחד בבנין משותף, והרי זה מדרך השכנים שמרשים לעשות סוכה או כל שימוש אחר, בבנין אף שעשו זאת בצורה קבועה, והסכימו לשכן, זה הכל לשימושים, אבל כשבאים לבנות הדבר ידוע שלזה לא מחלו.

**ובפרט** במקום שידוע שנהוג כן בשימושים שונים שמרשים לשכן להשתמש בחצר עד שמחליטים לבנות.

### זכות שימוש מכח טענת הדומה לחזקת קרקעות

**אולם** באופן כשיש לו טענה שהסכימו לו השכנים ושקבל מהם זכות שימוש, או שריצף שטח מסוים לצורך סוכה, לכאורה יהי' דינו כחזקת קרקע דכיון שקנה מהשכנים זכות זו, לא יוכלו לבטלו, ולא ניתן לשנות ולקחתו חזרה לצורך בניה, אולם גם בזה נראה שיש מקום לומר שיהי' ניתן לסלקו לצורך בניה, שאפשר לומר שכל מה שהסכימו זה רק לשימוש שהחצר עומד לשימוש בעלמא, אבל שהחצר עומד לבנות בטל שימוש של זה.

**וכן** מבואר בב"ח (ש"ת ס" ז) שיש לחלק בין מכר לו גוף המקום שאין הבעלים יכולים לבנות במקום המסויים שמכר לו, אבל במכרו לו להשתמש בחצר במקום מסויים ולא מכר לו גוף המקום, אם הבעלים רוצים לבנות שם בונה, והמחזיק אינו יכול למחות, דלא הקנה לו אלא להשתמש בחצר במקום המסויים כל זמן שהוא חצר.

**וא"כ** ק"ו באופן שלא הקנה לו בכסף רק נתן לו רשות להשתמש, ובזה הדין שיוכל לבטל התשמיש שהרי עתה המקום עומד לצורך בניה.

### סיכום הדברים

**באופן** שיש שכנים שמתנגדים לביצוע התמ"א, נחלקו הפוסקים האם אפשר לחלוק מדינא דגוד או איגוד רק ביורשים, או גם בשותפים. ויש גם מחלוקת האם אפשר לחלוק מחמת שמעונין למכור זאת למישהו אחר, ולכאורה אפשר לומר שבתמ"א שמוכרים ליזם, זה לא נחשב למכור לאדם זר, רק זה צורת ההשבחה של הנכס. וכן הובא כל מיני סיבות לטענות המתנגדים מחמת פגיעה בזכויות, או מחמת חזקת תשמישין או חזקת קרקעות, והאם זכות בניה בתמ"א יכול להפקיע זכויות אלו. **ובעז** במאמר הבא נמשיך להביא עוד משיטות פוסקי זמנינו בענין.

חלקו יותר ביוקר, ולכן אומר לאלמנה גוד או איגוד, סובר שאין זה גוד או איגוד כיון שדין זה נאמר רק שקונה כל אחד לתשמישו, אבל באופן שאומר גוד שאמכור כל הקרקע לא שייך בזה דינא דגוד או איגוד. והבית יוסף כתב על זה שאין כן דעת הרמב"ם.

**והמחבר** (ח"מ ס" קצא ס"ה) העתיק לשון הרמב"ם, והרמ"א הביא דעת הרא"ש שלא יוכל לומר גוד"א כשאין לו מעות רק צריך למכור חלקו, דהיינו שגוד או איגוד זה רק שמעונין לקנות לעצמו, אבל לא שאומר שאגוד למישהו אחר ואתן לך חצי דמים. וא"כ לכאורה באופן שחלק מהשכנים רוצים למכור ליזם, יכול השכנים המתנגדים לעכב את החלוקה בטענת קים לי כשיטת הרא"ש ולעכב את הגוד או איגוד, וזה תליא הרבה בדיני טענת קים לי [שלא נכנס לזה במאמר זה].

### האם נתינת זכויות ליזם לבניית תמ"א נחשבת כמכירת זכויות לאחר

**אמנם** ראיתי במאמרו של הגאון ר אברהם דרבמדיקר (אוצר המשפט ח"א) שמאריך שם בנידון זה וכתב שאפשר לומר שכל נידון זה לא קשור לנידון כאן שאפשר לומר שתמ"א זו אינה כמכירת גג לאחרים, אלא שימוש בחלוקת הרכוש משותף לעצמם, דהיינו חלוקת האויר שסביב לבנין שהוא נכס משותף, שכיון שבמחיר זה מקבלים הדיירים הרחבה לדיירותיהם, הרי זה כשימוש ברכוש המשותף לעצמם. שהרי זה השימוש היעיל בשטח המשותף, רק הדרך הזולה ביותר להשיג שימוש זה, הוא ע"י מכירת חלק מהרכוש המשותף ליזם.

**ואפשר** להוכיח מפסק הרמ"א (שם ס"ה) פסק שאם רוצים לחלוק בית שיש בו דין חלוקה והבית יהי' נפסד אינו יכול לכוף את חברו כל שנראה לבית דין שההפסד יותר מחומש, וכן נפסק שם שאם אין בו דין חלוקה ויש חומה רחבה, ואם יקלישהו יהיה בו דין חלוקה, אם נראה לבית דין שאינו מזיק לבנין, כופין זה את זה לחלוק, וא"כ אפשר לומר שבחלוקה זו ברכוש המשותף זה לא הפסד, רק כל דייר משביח את דירתו.

### שינוי ופגיעה בשטח המשותף

**במסגרת** התמ"א ובפרט בתמ"א 38/2 יתכנו שינויים בשטחים משותפים, כגון שמשנים מקום חניה או גינה או שינוי פני כניסה והמעברים לצורך מיקום הבניה, ובפרט במיקום המעלית על מקום השטח המשותף בדברים אלו הרוב יכול להחליט, כמבואר בהרחבה בספר ועד בית בהלכה [ויש בזה אריכות ואין כאן מקומו]. אולם בפגיעה בזכויות שטח פרטי אין בכח הרוב לכפות, וכעת יש לדון מה נחשב פגיעה בזכויות, ומה בסמכות הרוב להחליט.

### פגיעה בזכויות שטח פרטי

**בכל** תוכנית להרחבה בדרך כלל קיימת פגיעה בדירות הקיימות אך בדרך כלל שאדם מרחיב הדירה, שווה הנזק בקבלת התועלת, אולם ישנם דיירים המתנגדים לתוכנית עקב נזק ממשי שיגרם לזכותם הפרטית בדירתם, כגון לקחת שימוש בחצר פרטית הצמודה לדירה, או בשימוש מרפסת סוכה, ובעיקר כשיש צורך בהריסת מבנה הרחבה שכבר עשה המתנגד, או שאר הפרעות לדירה רגילה כגון הסתרת חלונות או אויר שמש וכו', השאלה האם יכול דייר לעכב את תוכנית התמ"א בסיבת פגיעה בזכויותיו שבשטח ההרחבה, ויש בזה הרבה נידונים, ונביא חלק מעיקרי הדברים.

### טענה שהחזיק מחזקת תשמישין

**דבר** מצוי ששכן החזיק בשטח המשותף לכל השכנים, וזכה בזכויות מדין חזקת תשמישין כגון בבניית מחסן או סגירת חניה ברכוש המשותף, לשיטת הרמב"ם וכן נפסק בשו"ע (ח"מ ס" קנ"ט ס"ב, קנה סל"ה) שפסק כרמב"ם שזה נחשב מחילה מיידית, וביאר הט"ז (שם) והגר"א

## נכתב ונערך ע"י הרב משה פלדמן שליט"א

דיין בבית דין צדק - 'עמלים' • בורר מומחה לעניני מקרקעין, שותפויות, הסכמים וצוואות

שירות עריכה ובדיקת חוזים, והתייעצויות

טל: 052-7119617 • אימייל: F7119617@gmail.com להערות והארות • הצטרפות לקבלת הגליון באימייל: th830830@gmail.com

