

בניית הדייר העליון על תוספת בנייה של התחתון בחצר משותפת1. תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא דף ה עמוד א

כותל חצר שנפל - מחייבין אותו לבנותו עד ארבע אמות; בחזקת שנתן, עד שיביא ראיה שלא נתן. מד' אמות ולמעלה - אין מחייבין אותו. סמך לו כותל אחר, אף על פי שלא נתן עליו את התקרה - מגלגלין עליו את הכל; בחזקת שלא נתן, עד שיביא ראיה שנתן.

2. תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דף כ עמוד א

הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר או אין צריך? היכי דמי? אילימא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, זה לא נהנה וזה לא חסר! אלא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, זה נהנה וזה חסר! לא צריכא, בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, מאי? מצי אמר ליה מאי חסרתין, או דלמא מצי אמר הא איתנהי? וכו' תנן: המקיף חבירו משלש רוחותיו, וגדר את הראשונה ואת השנייה ואת השלישית - אין מחייבין אותו; הא רביעית - מחייבין אותו, ש"מ: זה נהנה וזה לא חסר - חייב! שאני התם, דאמר ליה: את גרמת לי הקיפא יתירא. ת"ש, א"ר יוסי: אם עמד ניקף וגדר את הרביעית - מגלגלין עליו את הכל; טעמא דגדר ניקף, הא מקיף - פטור, ש"מ: זה נהנה וזה לא חסר - פטור! שאני התם, דאמר ליה: לדידי סגי לי בנטירא בר זוזא.

3. תוספות מסכת בבא קמא דף כ עמוד ב

וא"ת ואי זה נהנה וזה לא חסר פטור אפילו עמד ניקף נמי וי"ל שאני עמד ניקף דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה ולא דמי לדר בחצר חבירו דלא גלי אדעתיה אלא בחנם.

4. ים של שלמה מסכת בבא קמא פרק ב סימן טז

לא הבנתי סברתו כל עיקר. מאחר דעיקר טעמא לפי האמת דפטור הדר בחצר חבירו משום דלא חסריה מידי. וכמו שפ"י, מאי חלוק בגילה דעתו. ובפרק השותפין (ב"ב סימן תס"ו) כתב מרדכי, כל היכא דמהנהו לא מקרי זה נהנה וזה לא חסר. פ"י, כגון היכא דגלי שאם לא היה מוצא בחנם היה מוציא שכר על זה קרוי מהנהו וחייב. וראיתו לשם מהא דשנינו שם (ה' ע"א) וכו' אכן התו' לא ס"ל הכי. דפריך התם (ד"ה אף על פי) אפילו סמך לו כותל אחר דניחא ליה, סוף סוף אמאי חייב, הא זה נהנה וזה לא חסר הוא. ותירץ, מ"מ כיון דגלי דדעתיה דניחא ליה (בהוצאה) [בהגבהה] חייב. וכן משמע בפרק כיצד הרגל כו', א"ל זה חסר הוא. שגורם לו שהגביה הכותל למעלה מד' אמות. כדי שלא יהא היוק ראייה בשום ענין ממנו ע"כ. ומאחר שהתו' כתבו א"נ. מה קשה להו בתירוץ הראשון. בפרט מאחר שמוכח בכיצד הרגל. אלא ש"מ דס"ל כמו שפירשתי. שאין שום ראיה מהסוגיא. אלא העיקר לעולם זה נהנה וזה לא חסר מקרי עד דמחסר ליה. וזה הוא העיקר, וכן הרא"ש לא הביא דברי ר"י ולא חילק בזה. וכן הרי"ף והרמב"ם פסקו סתמא שהדר בו פטור. וכן נ"ל עיקר.

5. רמב"ם הלכות שכנים פרק ג הלכה ג - ד

מי שהיה לו חורבה בין חורבות חבירו ועמד חבירו וגדר רוח ראשונה ושנייה ושלישית עד שנמצאת חורבה זו משלש רוחותיה גדורה, אין מחייבין אותו ליתן לו ההוצאה כלום שהרי לא הועיל לו והרי חורבתו פתוחה לר"ה כשהיתה, לפיכך אם גדר לו רוח רביעית עד שנמצאת חורבתו מוקפת גדר מגלגלין עליו את הכל ונותן חצי ההוצאה שהוציא זה בארבע רוחות עד ארבע אמות ובלבד שיהיה מקום הכותל של שניהם. אבל אם היה הכותל של זה שבנה ובחלקו בנה יראה לי שאין מגלגלין עליו אלא דבר מועט כמו שיראו הדיינין שהרי אינו יכול להשתמש בכתלים, וכן אם הניקף עצמו הוא שגדר רוח רביעית הרי גילה דעתו ונותן חצי ההוצאה של שלש רוחות אם היה הכותלים של שניהם, וכן כל כיוצא בזה. אי"א זה המשפט מעוקל שאם הרויח לו המקום וגדר אותו שיפחות לו ההוצאה, ומה שאמר שאינו יכול להשתמש בכותלים כן ישתמש אלא המקום לו יהיה ויהיה לו שטר על זה שאם יפול הכותל האבנים והעפר לשניהם והמקום שלו עכ"ל.

6. מגיד משנה הלכות שכנים פרק ג הלכה ד

ודעת המחבר שאין מחייבין אותו בחצי ההוצאה אלא מפני שזוכה בחצי הכותל לפי שבנה במקומו וכמ"ש למעלה בחצר לפיכך כל שלא נבנה במקומו ואם ירצה הלה אפילו בפריעת חצי ההוצאה אינו זוכה בחצי הכותל עכשיו אם המקיף רוצה אינו זוכה בחצי הכותל ואינו פורעה אלא מה שהנהנה זה נראה לדעתו ז"ל:

7. בית יוסף חושן משפט סימן קנח

אם גדר החיצון ראשונה ושניה ועמד הניקף וגדר השלישית נראה לי שמחייבין אותו לגדור הרביעית והא דתנן המקיף את חבירו משלש רוחותיו משום רישא הוא דתנן הכי כלומר דאפילו הכי אין מחייבין לניקף כל שלא גילה בדעתו דניחא ליה אבל כל היכא דגלי דעתיה דניחא ליה אפילו לא גדר האחד אלא שנים מגלגלין עליו.

8. דרכי משה חושן משפט סימן קנח אות (ד)

ולי נראה דלפי מה שכתב רבינו בעל הטור בסוף הסימן דאף אם גדר ניקף בצד רביעית נגד שדהו אין מחייבין אותו אלא אם כן גדר המקיף הנשאר כל שכן דבכי האי גוונא אינו חייב אלא אם כן גדר המקיף הרביעית: