

בדין מיצר שהחזיקו בו רבים

הרב אברהם יצחק שזורץ

מעשה שהיה:

בשכונה ותיקה של אחת הערים במרכז הארץ היה גן משחקים, במשך שנים רבות. יום אחד נדחפו ספסלי ישיבה שהיו בגן, והוצבה מאחוריהם מחיצת ברזל. התברר שבעל הבית הסמוך לגן בונה שם. מאוחר יותר התברר שבעל אותו בית, מרחיב את ביתו ואת חצירו באופן שפולשים לתחומי הגן ועל ידי כך דחק את שטח הגן ועלה על השביל שהיה בגן.

טענו נגדו הרבים: איך אתה מעיז להרוס שטח ציבורי?

בעל הבית טען: אני הרחבתי את ביתי על פי שטח הבית הרשום בעיריה. זהו שטח פרטי שלי, והרבים הם הגזלנים בהתנהלותם עד היום בשטח שלי כבשלהם. והוסיף וטען: תוכניות הבניה שלי הוגשו לעיריה, וקיבלו את כל האישורים הנידרשים. אין במעשי שום דופי.

עם מי הדין?

תשובה: לכאורה פשוט שהדין עם הרבים, מכח גמרא מפורשת.

א. עיקר דין 'מיצר שהחזיקו בו רבים'

במשנה בב"ט ע"ב: מי שהיתה דרך הרבים עוברת לתוך שדהו, נטלה ונתן להם מן הצד, מה שנתן נתן ושלו לא הגיעו.

ובגמ' שם ק' ע"א: וטעמא מאי? משום דרב יהודה אמר רב דאמר: מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו.

ונפסק כן להלכה **ברמב"ם** (ספ"ג מה' נזקי ממון), **בטוש"ע** (ח"מ סי' שע"ז ס"א) ו**בטוש"ע** (סי' תי"ז סעי' ב').

באופן פשוט יש כאן דין 'מיצר שהחזיקו בו רבים' שאסור לקלקלו. והיינו, כיוון שהרבים נהגו במשך שנים להשתמש בשטח זה, אסור ליחיד לקלקל ולפגוע בשימוש הרבים.

אלא שמצינו בראשונים שהגבילו דין זה באופן שלכאורה עוקרו מסוגייתנו:

ב. האם בעינן דווקא שהחזיק ברשות?

שיטת תוספות והמרדכי דדווקא כשהחזיקו בו הרבים ברשות.

בתוספות בב"ת יב. ד"ה 'מצר' כותב: דדוקא כשהחזיקו בו ברשות. וכן מביא הד"מ בסימן שע"ז בשם המרדכי. **וכ"פ ברמ"א שם**, 'מצר שהחזיקו בו רבים ברשות - אסור לקלקלו'.

לא מצינו בראשונים ובפוסקים מי שחולק על תוספות בזה. אלא שנחלקו בהבנת שיטתם, מהי הרשות המתבקשת.

ג. האם בעינן שבעל המיצר נתן לרבים רשות מפורשת, או שדי בשתיקתו?

בתשובת **'בית אפרים'** (חוי"מ סי' כ"ב) טוען: דדוקא כשברור שהיחיד נתן ומחל מדעתו, אבל אם משאיר חלקתו פנויה עד שיבנה אותה ובינתיים הרבים בוקעין בה, אינו נקרא שמחל להם, דמוכח שדעתו לחזור ולבנות שם.

אולם **בשו"ת פני יהושע** (חוי"מ סימן צ"ד) כותב שאין לטעות בדברי הראשונים ולפרש שברשות הכוונה היא שבעל השדה בפירוש הרשה לרבים, דהרי מצינו שהגמרא במסכת ב"ב מתייחסת לדין זה ג' פעמים: בדף צט:, גבי נתן לרבים דרך בצד שדהו, בדף ס., גבי כנס לתוך שלו וויתר רשותו לרה"ר, ובדף יב., גבי מבואות המפולשין לעיר אחרת, דבני העיר האחרת מעכבין על בני המבוי מלסותמו. והנה, אף שבשני המקרים הראשונים אפשר להסביר שמדעתו נתן לרבים, מ"מ במבואות המפולשין הרי אין ידוע אם מתחילה נתנו רשות מדעת או נמצאו כך. וכ"ת דכיוון שנמצאו כך טענינן להם שנתנו הראשונים מדעת, א"כ ה"ה ליחיד דמהני, ומה החידוש במיצר שהחזיקו בו רבים. אלא על כרחך שהרבים בררו הדרך לעצמם אלא ששתיקת בעל השדה מתפרשת כמחילה. ומוכיח כן מהסוגיות השונות וכותב: מי שלא מבאר כך, טועה ומטעה.

ערוך השולחן (חוי"מ סי' שע"ז ס"א) פוסק ע"פ הרשב"ם בסוגיה, דדי בשתיקת בעל המיצר: 'מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ודוקא שהחזיקו בו ברשות הבעלים או שידע ושתק דלרבים ודאי מחל [רשב"ם ב"ב צ"ט ב], אבל ליחיד לא הוה מחילה בשתיקה בעלמא אא"כ נתנה מפורש במתנה. והרבים כשתיקנו אותו מצר והשווהו שיהא ראוי להילוך והבעלים ראו ושתקו הוי מחילה"'.
ד. שורש מחלוקתם: מהו גדר הדין, מחילה או הפקעה

נראה לבאר את שורש מחלוקתם, שנחלקו בביאור הגדר ההלכתי של 'מיצר שהחזיקו בו רבים' (את שני הצדדים ראיתי בשם הרב חיים פנחס שיינברג זצ"ל):

אפשר להבין שהכל תלוי בדעת בעל השדה ובמחילתו, השאלה היא אם מחל או לא.

אולם אפשר להבין שהפקיעו חכמים את הממון, אחר זכיית הרבים.

והנה לבית אפרים, שגדר הדין הוא מחילה של בעל השדה, בעינן גילוי דעת ברור למחילה. דבלא גילוי דעת ברור לדעת המקנה והסכמתו, אין זכות לרבים.

ואולם לשו"ת פני יהושע, גדר הדין הוא זכיית הרבים בעצם שימושם, וכלשון הרשב"ם בסוגיה 'רבים כבית דין דמו', אלא שיש זכות ליחיד למנוע מהרבים לתפוס חזקה זו, אם מתנגד לה. אך כששותק, כח הרבים הוא שפועל את זכותם, מצד עצמם.

ונראה להוכיח כאפשרות השנייה מדברי התוספות עצמם בדף יב. 'מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו - היינו כשהחזיקו ברשות'. ולכאורה די היה בזה כדי שיהיה משמע כהבית אפרים. אולם תוספות מוסיפים: 'אבל אם באין להחזיק שלא ברשות, יש למחות בידם ולנקוט פזרא וליתב, כדמוכח בהמניח'. תוספות אומרים שהיכולת של בעל השדה להתנגד היא 'אם באים להחזיק שלא ברשות', שיש בידו למחות בהם. אבל אם תפסו ללא התנגדותו, אלא בשתיקתו, אפשר להבין שחזר דין 'מיצר שהחזיקו בו רבים'.

על פי ביאור זה למחלוקת הפוסקים, נמצאת פסיקת ערוך השולחן כאפשרות שלישית, ממוצעת: אמנם צריך מחילה של בעל השדה, אבל ביחס לרבים אין צריך מחילה מפורשת, אלא בשתיקתו מתפרשת כמחילה.

ה. טענין לרבים

גם אם נבין כמו הבית אפרים, שבעינין רשות מפורשת, **מ"מ כתב הסמ"ע** (סימן שע"ז סק"ב): 'כל שהרבים מוחזקים בו עתה לפנינו - טוענים להם ואומרים דודאי ברשות החזיקו בו'. **עפ"ז יוצא** שאפשר לומר ששייך במקרה שלנו דין 'מיצר שהחזיקו בו רבים', או מצד מחילה בשתיקה, או מדין טענין לרשות מפורשת.

ו. האם חזקת הרבים שייכת רק בט"ז אמה?

יש מי שמבין שחזקת הרבים אינה שייכת במקום הרחב מט"ז אמה:

כתב החזו"א (עירובין או"ח סימן קז סק"י) וז"ל: 'תוספות בעירובין צד: ד"ה וליפלו: ואומר ר"י דסתם צדי רה"ר הם שלו - של בעל הבית והחצר - שרגיל אדם להיות כונס לתוך שלו ובונה'. ומקשה החזו"א: 'ולכאורה קשה, הא מ"מ הוי מיצר שהחזיקו בו רבים כדאמר בב"ב דף ס ע"ב: ומתוך: "וי"ל כיון דנשתייר ט"ז אמה, לכו"ע מחזיר כתלים למקומם כמבואר בתוס' שם בב"ב דף כו ע"ב (ד"ה עד דאמרי)'.
יש מדייקים כן גם **מהרמב"ם**, שבהמשך לדין 'מיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו' כותב: 'דרך הרבים ט"ז אמה', דמשמע שזהו השיעור שאסור לקלקלו.

וז"ל הרמב"ם (פ"ג הכ"ז מהלכות נז"מ): 'מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו, נטלה ונתן להן מן הצד, מה שנתן נתן וזכו בו וזה שנטל לא זכה בו, וכמה רוחב דרך הרבים אין פחות משש עשרה אמה'.

אולם בשו"ת הרשב"א (ח"ג קנ"ו) מפורש שדין מיצר שהחזיקו בו רבים הוא אף כשנשארה דרך רחבה ט"ז אמה, ומוכיח כן מהגמרא בסוף חזקת הבתים.

ומ"מ נראה לי להוסיף שלענ"ד בנד"ד כו"ע מודים שיש לרבים טענה גם מעבר לט"ז אמה. דמה שדי בדרך הרבים כתיקנה, שהיא ט"ז אמה, היינו בדרך העשויה למעבר, ושיערו חז"ל שט"ז אמה זה מספיק למעבר הרבים, וכמו שלומדים ממחנה ישראל במדבר. אולם שטח שעשוי לשימוש הרבים, לטיול למשחק ולישיבה, ובוודאי שביל שבנוי באופן צר בשטח מסויים - נראה ודאי דכל זה בכלל מיצר שהחזיקו בו הרבים.

ז. האם שייכת טענת מחילה לרבים היום כשיש רישום קרקעות בטאבו?

טענת המהרש"ם: לא שייכת טענת מחילה בסתמא במקום שיש לו שטר:

שו"ת מהרש"ם (ח"א סימן ה') מביא **תשובת שבות יעקב** (ח"א סוסי" ק"ס), דגם היכא דבסתמא הוי מחילה, משום דאיכא אומדנא שמחל, מ"מ בדאיכא שטר בידו, גם להסוברים דמהני מחילה נגד שטר, מ"מ מסתמא לא מחל. ע"ש שהביא ראיה לזה. וא"כ ה"נ י"ל, בזה שיש בידו שטר רישום, אמרי' דמסתמא לא מחל להם זכותו.

ומביא לכך ראיה משו"ת הרשב"א: ועוד ראיה לזה, מדברי הרשב"א, שבב"י (סי' קס"ב מחדש ד'), בראובן שיש לו פתח סתום בבית שער שנכנסים בו שמעון ולוי, ובא לפתחו, ולוי מעכב עליו לפי שאין לו פצימין אלא משקוף וחור בתוכו, ומזוזות של אבנים מכאן ומכאן. ובא לוי עוד בטענה שנתן ביתו במתנה לבנו, והכריזו בביהכ"נ, מי שיש לו זכות, יראה זכותו תוך ט"ו יום, ואם לאו יאבד זכותו בתקנת הקהל. וראובן לא הראה זכותו, והשיב שלא איבד זכותו, עד שיעשה מעשה המוכיח שמתייבאש ומפקירו. והכא לא עשה מעשה המוכיח. ומה שלא הראה זכותו אחר ההכרזה, גם בזה לא איבד זכותו בשתיקתו, לפי שפתחו מכריזו על זכותו ע"ש. וא"כ ה"נ שטר הרישום מכריזו זכותו, וליכא הוכחה משתיקתו.

גם בשו"ת מהר"י הכהן כותב: בזמן הזה שיש רישום בטאבו - אין בדעת בעה"ב למחול על זכות הרשומה לו, ודינא דמלכותא דינא.

עולה מדבריהם, שבזמננו שהרישום בטאבו הוא האסמכתא החזקה ביותר לבעלות על קרקע, אין מקום לטעון שאדם מחל על שטח השייך לו והרשום על שמו, כל זמן שלא שמענו ממנו מחילה מפורשת על כך.

אמנם, שוב יש לדחות, דכל זה על טענת מחילה בסתם, אבל נתינת רשות מפורשת - ודאי מועילה. ופה, כתב הסמ"ע דטענין לרבים שנעשתה תפיסתם ע"פ דין.

אע"פ שהמהרש"ם - בגלל סברת הרישום בשטר - דחה את טענת המחילה, ואפילו לא טענין שמחל, **היינו** כאשר הצדדים הנידונים לפנינו ומוודים כולם שלא היתה מחילה מפורשת, אבל בניד"ד שטענת המחילה היא מבעלים הראשונים, למה שלא נאמר טענין כהסמ"ע אפילו למחילה מפורשת.

ח. האם ברשות העיריה להפקיע חזקת הרבים, מכח 'דינא דמלכותא'?

החכמת שלמה (על השו"ע בסימן שע"ז) כותב שבזמן הזה לא שייך דין מיצר שהחזיקו בו רבים, כיוון שדינא דמלכותא דינא.

אולם הבית אפרים (סכ"ב - כ"ג) כותב שאף **שהרשב"א** בשו"ת התיר לבנות ע"פ היתר המושל בשטח הרבים, היינו דווקא תחת רה"ר, אבל לבנות במקום מעבר הרבים - מה מועיל רשות המושל.

עוד מוכיח מהרשב"א בתשובה (ח"ב סי' קל"ד) שכתב שבני מבוי יכולים להעמיד דלתות מדינא דמלכותא, דמשמע שם דהיינו דווקא לטובת הציבור, אבל שלא לטובת הציבור - לא.

ט. מי המוחזק, הרבים או הטוען כנגדם?

מצינו לאורך הסוגיה כולה, וביחוד בשאלת 'דינא דמלכותא', דעות שונות בין הפוסקים בשאלה האם שייך כאן דין 'מיצר שהחזיקו בו רבים'. לכאורה, כל אחד מבעלי הדין רשאי לטעון שיש מי שפוסק לטובתו. כיצד א"כ נכריע?

כאשר אין הכרעה ברורה, אין להוציא מהמוחזק. אולם כעת יש לברר מיהו כאן המוחזק. נראה שכשם הסוגיית 'מיצר שהחזיקו בו רבים' היינו שהרבים הם המוחזקים, ועל הטוען כנגדם להוכיח שחזקתם אינה חזקה. וא"כ במקום של מחלוקת, שם המוחזק נשאר עליהם, ואין לפגוע בחזקתם.

י. העולה מדברינו

נלע"ד דבמקום שהיתה דרך הרבים עוברת ובוודאי מקום שימוש לרבים כגינה ציבורית, ולא נשמעה לכך שום התנגדות מצד בעלי הבית הסמוך, אמרינן דמסתמא מחלו לרבים בשתיקה, או באמירה מפורשת. ממילא תפיסת הרבים נעשתה ברשות, וא"כ שייך כאן דין 'מיצר שהחזיקו בו רבים' - אסור לקלקלו, וע"כ **אין לשכן לפגוע במיצר הרבים, ולחסר את שטח הגן.**