

רב אייל אברהם

הכל כמנהג המדינה

במאמר זה נדונו בדין היזק ראייה הנלמד ממהשנה על פי שיטות הראשונים העוסקים בכך עם ליבונים של גدولי האחרונים. איתא בב"ב (ב.):

"השותפין שרצוו לעשות מהיצה בחזר בונין את הכותל באמצעות מקום שנגאו לבנות גויל גוית כפיסין לבנים בונים הכל כמנהג המדינה בגויל והו נותן שלשה טפחים וזה נותן שלשה טפחים בגוית וזה נותן טפחים וממחזה וזה נותן שלשה טפחים וזה נותן טפחים ובלבנים וזה נותן טפח וממחזה וזה נותן טפחים ובכפיסין וזה נותן טפחים בלבנים וזה נותן טפח וממחזה וזה נותן טפח וממחזה לפיך אם נפל הכותל המקום והאבניים של שנייהם"

בדין המשנה שהכל כמנהג המדינה

יש לחזור האם כאשר המשנה אמרה ש"הכל כמנהג המדינה" כוונתה לשיעור עובי הכותל או שמא כוונתה לסוג הכותל וכפי הנראה דבר זה תלוי בחלוקת הראשונים דהנה הרמב"ז מבקשת בסוגיו מדוע המשנה הייתה צריכה לפרט את סוג הכתלים וארכיהם? לכארה מספיק שהמשנה הייתה אומרת רק ש"הכל כמנהג המדינה" ובמילים הללו אדע לכלול את סוג הכתלים וארכיהם. ומתרץ הרמב"ז שאם המשנה הייתה שונה באופן סטמי ש"הכל כמנהג המדינה" היה יכול להיות לכארה זהה אמיינא שאם המנהג של אותה מדינה לבנות גויל ששה וחצי טפחים אז באמת היותו יכול לכורף את חבירו לכך, משום כך שנה כך לומר שבכגון זה לא הולכים אחר מנהג המדינה.

אולם התוס' פליגי על הרמב"ז בהכי וסבירא לייה שאם נהגו לפחות מנהני המנהג וזה תורף דבריו:

ויל'adam nehago yotar mor' bgoyil la' yusha wen' kolom ala' cashiyur hamporosh b'mishna
ומייחו am nehago l'usot pachot mor'i yusha.¹

והנה הרמב"ז מביא בהמשך דבריו את דבריו רבנו תם [שהביא התוס' ד"ה בגויל קצר בשינויו] שאם נהגו לעשות מהיצה פחותה מהוצאה ודפנאה הרי שמנהג זה מנהג שוטים ויכול לכורף את חבירו לעשות מהיצה מצוינית.²

ומבוואר מהמשך דבריו הרמב"ז שלא נאמר הכל כמנהג המדינה לעניין רוחב הכותל אלא רק לסוגו. וזה תורף דבריו: אלא ש"מ דמתני' לא קתני מנהג אלא לבניין הגויל והגוזית אבל לא לרוחבו.

1. וצריך להבין במה נחלקו הראשונים הללו וכפי שיבואר لكمן בעז".

2. אולם עיין חז"א ס' א' אות יב' שכותב שאם בני העיר מסכימים לעשות לפחות מטהוצה ודפנאה מנהני המנהג.

והוסיף עוד הרמב"ן שאם רוחבו של הכותל גדול מהשיעור האמור במשנתנוਐ לא הולכים אחריו.

יוצא מדברים אלו שאין ראובן יכול לכוף את שמעון לעשות כותל יותר מששה טפחים משום שעובי ששה טפחים מספיק על מנת שזה יעמוד ויצא שרואבן עושה כשיעור האמור במשנתנו.³

אחר כתבי זאת ראייתי שכך פסק ר' עקיבא איגר בחידושיו לשולחן ערוך [סימן קנ"ז סעיף ד'] שדעת הרמב"ן שהמנהג רק אם רוצה לבנות בגויל או בנזית אבל לעניין רוחב הו כשיעור האמור במשנתנו בגויל ובנזית ולא הולכים אחר המנהג הוו לפחות להוסיף וכן דעת הנמקי יוסף והרא"ש אלומס ה"שולחן ערוך" [סימן קנ"ז סעיף ד'] משמשת את כל הנאמר במשנתנו לעניין סוג הכתלים ושיעוריהם, אך מביא את דבריו הרמב"ס שרוחב כותל זה כמנהג המדינה. על כך כתוב הגרא"ס [ס"ק י"ז] שימושו שלפי המחבר מנהג המדינה קבוע אף אם הוא גדול מהשיעור האמור במשנתנו.⁴

.3. ובמקומות איסור תורה לא מועיל מנהג לעבור על דין תורה, כמובן בפסקים לגבי איסור הליכה לדzon בפני ערכאות. וגם במקום שאין במנהג ממשום עבירה על דברי תורה, אלא שלדעת התורה אין זו הנהגה הראوية לא מועיל המנהג. וכך כתבו התוס' בשם רבנו תם וברדכוי בב' [דף ב' עמוד א'], במנהג שלא לשים מחיצה לצניעות בפני חצרות, שמנהג שאינו כדעתה של תורה, נחשב מנהג גרווע שלא הולכים אחריו. אך בשאר קבועות חז"ל כיצד יש לנו בין שכנים שרצו חז"ל רק לקבוע מהי הנהגה הראوية באלו עניינים, מועיל בו המנהג. [וכփ שדייק בספר "משפט צדק".]

.4. ה"מרדכי" כתוב בריש פרק הפעליו שמנהג מבטל הלכה וביאר ב"אור זרוע" [ח"ג פסקי בבא מציעא סימן ר"פ] כמו שהוא מנהג קבוע על פי חכמי המקום ומשמע מדבריו שדווקא בדיוני ממונות, הותקן על פי חכמים, ויש לו ראייה מן התורה הוו מנהג שבטל הלכה, אבל כשהוא מנהג שאין לו עיקר ולא הותקן על פי חכמי המקום, שמצאו לו ראייה מן התורה אינו מבטל הלכה.

אם הדברים אכן אמורים כך תיקשי ביותר על המחבר היאך לכואורה המחבר הולך לא לפוי השיעור שנקבע במשנתנו, משום שימושו מהמחבר שהוא לא סומך על תקנה שתקנו חכמי המקום ועל ראייה מן התורה שסתורתה את משנתנו ודוח'ק.

ועיין עוד בש"ך וסי' ע"ב ס"ק ע' שפסק כפי האור זרוע אבל כבר השיג התומים [ס"ק כ"א] על הש"ך והובא בנטה"מ [ס"ק כ"א] וככתב שכל מנהג של רבים שאינו נוגד לתורה, אף אם אין לו עיקר בתורה מועיל וכ"כ הגרא"ס [ס"ק ל"ג].

יוצא מדברי התומים והגרא"א שליטתא לקושין שהובאה על המחבר כלל עם כל זאת עדין ניתן לי מקום להתגרור ואנסה لكمון בעז"ה להציג מספר תירוצים לקושין.

וממקום שקבעו חז"ל מהו מנהג שהציבור נהוג אחרת נחלקו הראשונים האם יש למנהג תוקף כמ"ש הרא"ש (הובא בשולחן ערוך סי' קנ"ז סע' ד') בדין נהגו לעשות מחיצה בין שכנים מגויל פחות מששה טפחים, או דקה מאוד פחות מהווצא ודפנה.

לפי הגר"א מוכח שהמחבר הולך לא לפי השיעור שקבעו חז"ל לעניין רוחב הכותל ויש לדעת בדברי המחבר מצד עצם היאך יהיה באפשרות לבטל הלכה כי הלא יש לנו הלכה והיא השיעור שקבעו לנו חכמים במשנה.

ואולי ניתן היה לישב קושيا זו על פי המבוואר **בבית יוסף** משם הרמב"ן שיש כח בבני העיר לקבוע מנהג בערים נגד ההלכה אם מוצאיםanza סיג לתורה ולתקנת הציבור⁵ [בית יוסף סימנו קנ"ז סעיף טו], ולענין דעתו הכי נמי בסוגין כאשר יהיה בכך סיג לתורה או לתקנת הציבור יהיה ניתן לשנות את רוחבי הכתלים ועין עוד בדרמי משה [סימנו ב' סעיף קטן ב'] שכתב שב"ד שבעיר עם הציבור הון כגאניס לכל ישראל או שמא ניתן היה לתרץ קושיא זו באופן אחר על פי המבוואר בספר אהל משה לרבות הורוויז על התוס' ד"ה "ואמ' נהגו" ו"ל: המשנה לא קאי אשיעורא רק אמין מהחיצה... ובמשנה לא קאי יותר מגוזית וקאי אפחת ומילא שמע מינן גם פחות מהשיעור בכל אחד ואחד.

ביאור הדברים: מובא בתוס' שצויין לעיל שאם נהגו (במדינה) לעשות לפחות פחות מששה (בגolio) יעשה. ולכאורה היאך יהיה ניתן לפחות מהשיעור שנפסק לנו במשנתנו אלא מוכח בהסתמך על דברי הנחלת משה שהתוס' ראה את שיעור המשנה כמנהג בעלמא ולא הלכה למעשה ומעטה אם המדינה רוצה לפחות מהשיעור האמור במשנה הרי שהרשויות נתונה בידה ומה שאין כן סוג המחייב שהתוס' ראה את זה כהלכה למעשה ואין המדינה יכול לשנותו). ועל פי זה נראה לעניות דעתך את דברי המחבר דלפי דעת המחבר כל השיעור שנקבע במשנה לעניין עובי הכתלים הרי שהוא מותר מנהג בעלמא ולא הלכה למעשה ומעטה אם המדינה רוצה לשנותו הן לפחות וחסיף הרי שהרשויות נתונה בידה.

יסוד מחלוקת התוספות והרמב"ן

ונראה עוד לומר שהו **יסוד המחלוקת בין הרמב"ן** שהובא לעיל **והתוספות**⁶ דלפי דעת הרמב"ן לא אולינו בת רמנהן הון לפחות וחסיף משום שהוא ראה את שיעורי עובי המשנה כהלכה למעשה אך התוס' סובר לאולינו בת רמנהג המדינה אם נהגו לפחות משום שהוא ראה את שיעורי עובי המשנה כמנהג בעלמא אולם רואים מהתוס' שהשיעורים שנקבעו מהמשנה הם שיעורים מקסימליים ואין מנהג המדינה קבוע אם הוא גדול

על כך עיין את שיטת הרabiיה [חובאו דבריו במרדכי] כאשר רוב הציבור או ז' טובי העיר נבררו על ידי הציבור יכולין הם לכוף את המיעוט. והמהרי"ק בשורש קפ"א פירש דברי המרדכי שלא מספיק ברוב אלא במוגדר מלטה בעלי דשמייה. אולם לעניין ז' טובי העיר פסק המהרי"ק שאם הם עושים עצמן לראשים שלא על פי הציבור אין בתקנות כלום. ועין עוד בחזו"א (ס"י א' סוס"ק י"ב וס"ק י"ג), שביאר שיטות הפוסקים בכך וכמו בחזו"א (ס"י ד' ס"ק י"ד וס"ק ט"ו).

5. ועין חז"ו"א [סימנו א' אות יב'] שכתב על הדברים הללו שייתכן שזו תקנת חכמים ואפשר שזו מעיקר הדין.

6. שיטת התוספות הובאה בהערה מס' 1'

מהשיעור האמור במשנתנו ודלא כהמחבר שסובר שמנาง המדינה אמרו הן לפחות והן להוציא וצריך לומר שהסיבה שהתוס' רואה את שיעורי המשנה כשיעורים מksamילאים משום שששה טפחים גoil מספיק חזק על מנת שזה ימוד כמבער בראשונים ושמחתינו לראות שכיוונתי בכך לדברי הגרא"א שפירא בשיעוריו עיין שם.

שיטת הרא"ש

וכבר תמה הרא"ש [סימן א'] כקשיית הרמב"ז ותירוץו הוא שכונת המשנה ש"הכל כמנาง המדינה" לא מדבר אלא על עיקר המחיצה אם בגoil או בנזית ואפי' בהוצאה ודפנה כמו שנאמר בוגמרא אבל שיעור עובי החומות לא במנาง תלוי הדבר אלא כפי השיעור האמור במשנתנו ואם נהגו BI יותר לא קופים אותו משום שאין צורך ביותר, ואי נהגו בפחות ממנה גרווע הוא ואין הולכים אחריו, וראייתו היא מהמובא لكمן: "דקאמרין בנזית ד' אמות גובה אי הוה ה' טפחים קאי אי לא לא קאי" [דף ג' עמי א'] כלומר גזית שגובהה ד' אמות ורוחבה ה' טפחים עומדות אך אם רוחבה פחות מכך אינה עומדת. היוצא מדברי הרא"ש שהוא סובר כפי הרמב"ז שאין פותחינו או מוסיפין על השיעור האמור במשנתנו.

קושיא על דברי הרא"ש

ולעניות דעתך דברי הרא"ש ניתנים לדיחוי מקשיית התוס' שהובא באותה סוגיא שמצוינו שגוזית שגובהה ד' אמות מתקיימת אף על פי שרוחבה פחות מחייבת טפחים וביאר התוס' שאין הכוונה שזה עומד במשפט גזית אלא שאינו עומד לאורך ימים כמו כותל של ה' טפחים ומה שמחתני לראות שכיוונתי בזאת לדברי המהרש"א בדף ב' עמוד א' ד"ה "בגoil" עיין שם בדבריו.

שיטות הראשונים בדין חיובי הכתלים המנוים במשנה

ויש להבהיר, לכוארה כדי לסלק היוך ראייה סגי בכל שהוא ולמה הדריכה המשנה לשיעורים הללו!!

על כך כותב הנימוקי יוסף שזה שעשו שיעורים גדולים לעניין הכותל לבניין הכותל אפי' שכל חיובו משום היוך ראייה מכל מקום חשובים שמא הכותל יפול וישטרך להתעצם עמו בדיון ובינתיים יהיה מזיקו בראייתו. וברשב"א מקשה DAM אמר שבןאים שוטים אלו ימיהיבו באותו בעל כרחו לתת 3 טפחים בקרקע ויותר דמים בגoil וגוזית יכנסו לתוך שלו ויבנה מHIGH שולחן כמו שירצה. וכעיוון קושיית הרשב"א מובא בטור [סימן ב'א'] ומקורם ברא"ש [סימן ה'] DAM נהגו בכותל אבניים ואמר אחד עשה בשלוי בהוצאה ודפנה זהה עמו⁷ ועל כך מקשה הט"ז [סימן קנ"ז סימן ה'] למה אם נפל הכותל המkos והאבניים של שניהם הרי יכול הוא לומר שלא

7. דבר זה אמר רק למאן אמר היוך ראייה שמייה היוך ועיין שו"ת רעך"א מהדורא קמא סימן

רצה שכינו אלא לכנות ולבנות בשלו בהוצאה ודפנא ולקח ובנה הוא כותל חזק ממומו בחילקו. ויעוין בחתם סופר [ז"ה גויל וגוזית] שמקשה על דבריו דעתנה גרוועה היא דמיינא תיתי שיבנה גזית (כותל חזק ממומו) על חילקו של עצמו.⁸

ומכל מקום מתרץ הקצות [ס"ק ז] שכיוון שמנהג המקום בגoil או בגיזת מסתמא שניהם הסכימו לכך לבנות בגoil ולא מהוצאה ודפנא וראיתו מהמובא בבבא מציעא [דף ק"י ע"א] דאריס אומר למחצה ירדתי ובעל הבית אומר לשlish הורדתיו, מי נאמן? רב יהודה אומר בעל הבית נאמן, רב נחמן אמר הכל כמנהג המדינה. ועל דברי רבי נחמן הובא בנימוקי יוסף [דף ס"ז בדפי הרי"ף] דמהא שמעין דלא אמרינו מיגו לבטל מנהג המדינה, אלא ודאי כיון דמנהג המקום בכך אמרינו מסתמא שניהם הסכימו לכך [כפי מנהג המדינה], וא"כ הכי נמי כיון שמנהג המקום בגoil או בגיזת, מסתמא שניהם הסכימו לכך לבנות בגoil ולא מהוצאה ודפנא.

חוינו לעיל בדעת הנימוקי יוסף שהסבירה שהצריכו חז"ל לעשות לכותל שיעורים גדולים הוא שמא יפול הכותל וישטרך חבירו לצעק עליו תמיד כתפקיד המחיצה לסלק מעליו היק ראייה ובינתיים הוא ימzik את חבירו בראיתו.

אולם הרא"ש חולק על הנימוקי יוסף ולא ס"ל דהטעם הוא משום שמא יתעצל עמו בדיון היות ואנייש מחויב לסלק היזק מhabiירו לפי שעה ואם טיפול החומה איז יש שופטים בארץ.⁹

כמובן שדברים הללו אמרוים כאשר הוא בונה על חילקו שלו אבל אם הכותל נבנה על קרקע שניהם פשיטה שאינו יכול לעשות מרצון מחיצה שאינה מתקימת מבואר בראש"ש בהך סימנא אולס הרשב"א חולק בכך היות ואין הבדל אם הוא כונס לתוך שלו או אין כונס משום שעדיין נשאר האי טעהו שלא צריך להזמין את חבירו בכל יום לב"ד להקים מחיצתו הנופלת. וכך מבואר ברמב"ן [דף י' עמוד ב'] שם רצה כונס לתוך שלו ובתנאי שיבנה כמנהג המדינה ואיפלו גויל וגוזית, ובפשות יסוד מחלוקתם הוא דלפי הרשב"א שורש הבעיה הוא שלא יצטרך השוטף לצעק עליו כל פעם שתפקיד המחיצה כדי שיבנה מחיצה א"כ אפילו אם יכנסו לתוך שלו לא נפשטה האי בעיא אבל לפי הרא"ש אין את היך בעיא ומטרתו היה רק למנוע היזק ראייה ובכך מספיק אפילו לבנות מחיצה לפי שעה, א"כ אם יכנס בתוכו שלו אפילו בהוצאה ודפנא שרי.

קפ"ד מה שכתב לדון זה אף לא אמר היזק ראייה לאו שמייה היזק שהקשה לשיטת המתיריםדים כן מה דיקא הגمراא מלשון "רצו" והוא אפשר דכוונת המשנה דרצו לעניין זה שאחד מהם לא יכנס בהוצאה ודפנא.

8. מבואר בראשונים.

9. ???

שיטת הרא"ה

ועיין רבינו יונה שהביא את שתי הדעות אבל הנמוקי יוסף כתוב כדעה דנו ואח"כ הוסיף בשם הרא"ה את הדברים הבאים:

שאפיל רצה לכנס ולבנות כמנג'ה המדינה בגויל או גוית הרי זה כופחו לבנות
באמצע כדי שיוכל גם להשתמש בכוותל.

קושיא על שיטת הרא"ה וניסיון לתירוץ

ודרכי הרא"ה דורשים ביאור, הלא לא מצינו דחיביו חכמים את שניהם לעשות מחייב
בשביל תעלת סמיכת קורות עלייה אלא בשביל היקך ראייה וכבר תמה על כך הט"ז בסימן
קנ"ז ס"ק ד'.

על מנת לתרץ את הקושיא על שיטת הרא"ה נצטרך להביא את דברי הרמב"ם בהלכות
שכנים פרק ג' ההלכה ד' בסוגיא דמקיף וניקף הנוגעים לענייננו ואגב יישוב קושיות הרא"ה
ニישב גם את שיטת הרמב"ם כדלהלו וזה לשון הרמב"ס:

אבל אם היה הכותל של זה שבסנה ובחלקו בנה יראה לי שאין מגלבין עלייו אלא
דבר מועט כמו שריאו הדיינין שהרי אין יכול להשתמש בכתלים, וכן אם הניקף
עצמו הוא שגדר רוח וביעת הריגלה דעתו וננתן חצי ההוצאה של שלש רוחות
אם היה הכותלים של שניהם, וכן כל כיוצא בו.

וכפי המתבאר מדברי הרמב"ם אם האחד בנה את הכותל בחלקו חברו משלם דבר מועט
משמעותו יכול להשתמש בכתלים ולאורה דברי הרמב"ם תמורה משום דמה איכפת
לן שאינו יכול להשתמש בכתלים הלא אני מחייב להרחק היקך ראייה מהחביר ותו לא!
אלא שעל כרחך צריך לומר שעצם בנית הכותל תלוי בשאלת מהי מטרת הבנייה האם על
מנת למנוע היקך ראייה ובנוספ' לעשות שימושים נוספים או שמטרת הבנייה היא על
למנוע היקך ראייה ותו לא! וכפי הנראה הרמב"ס סבירה ליה שהמטרה של בנית הכותל
בנוספ' למניעת היקך ראייה היא על מנת שאוכל לעשות בו שימושים נוספים¹⁰

10. מלשון הרמב"ס רואים שהוא הבין את הסוגיא שהמודובר כאן הוא בגורר שיש לה היקך ראייה
(כפי שהבינו עוד ראשונים) מה שאינו כן אם הרמב"ס היה מבין את פשוט הסוגיא שהמודובר הוא
בגורר נזוכה המונעת בהמות מהחנוך לשדות (כפי שהבינו עוד ראשונים כגון: הראב"ד הובאו
דבריו בשיטה מקובצת, הרשב"ס בסוגיותינו הובאו דבריו בהג"ה לרשי' ועוד)
ואל תקשה עלי שמודובר בגורר שנבנתה על מנת למנוע מהבמות להיכנס וראייתך היא מההובא
בגמרא ש"סאי לי בנטירא בר זוזא" כלומר שמספיקה לו שמירה של שומר שמקבל זוז עברו
שמירתו משום שניתן לדחות את דבריך ממה שכטב המאירי שניתן לומר שהמודובר הוא על היקך
ראייה כיון שהשומר מונע אנשים מהחצץ לשדה

тирוץ הקושיא על הראה ובירור דברי הרמב"ם

ובכך מיושבת קושיות הט"ז, שהרא"ה סבירה ליה שemptor הכותל היא על מנת שאוכל בנוספ' למנייעת ההזק ראייה גם לעשויות בו שימושים נוספים וכך השותף יכול לעכב את חבירו לבנות בחלקו¹¹. ובכך א"ש היטב דברי הרמב"ם דמה איכפת לו שאינו יכול להשתמש בכתלים האלה לאכורה אני מחויב להרחק היזק ראייה מחבירו ותו לא: אלא על פי היסוד שנלמד א"ש היטב דברי הרמב"ם¹², ולבסוף ראיתי שכעין הדברים הללו כתוב ר' שמואל בסימן יא¹³.

אלא שיש עימדי לפרש מהלך אחר בדברי הראשונים הללו כדלהלן: דעת הראה בסימן ג' היא שיכול ראובן לכнос בתוך שלו ולעשות מהיצה שאינה מתקימת זאת משום שמרחיק היזק ראייה מחבירו ודיו וזה תורף דבריו:

יש מפרשים הא דכ"פ' אחדי לבנות כותל של גויל וגוזית והכל כמנג' המדינה היינו דוקא כשמעמידין הכותל על הקרקע של שניהם ואן אחד מהן רוצה להיות כונס בתוך שלו ולבנות משלו דמץ' כל חד למייר אני רוצה לוותר קרקע, ולא לבנות בבניין אם לא בבניין בר קיימה, אבל אם רצה האחד לכнос בתוך שלו ולעשות מהיצה בתוך שלו בהוצאה ודפנא כיוון שמדובר היזק ראייה מחבירו דיו.

אולס דעת ה"נימוקי יוסף" היא שאון ראובן יכול לכнос בתוך שלו ולבנות משלו מהיצה של הוצאה ודפנא דהינו מהיצה שאינה מתקימת משום שיכולת המיצה ליפול ומשמעותו יצטרך להתעצם עימיו בדיון ובינתיים יהא ראובן מזיך את החצר של שמעון בראשיתו ובנוספ' מביא הנימוקי יוסף את שיטת הראה"ה שאם רוצה האחד לבנות בתוך שלו בכותל של קיימה יכול האחד לכפותו לבנות באמצע משום שם הוא יכנס לתוך שלו לא יוכל האחד להניח את קורותיו עליו משום שהכותל ברשותנו, וזה תורף דברי הנימוקי יוסף:

ומינה שמעין שאפילו רצה אחד מהם לכнос בתוך שלו ולבנות משלו בהוצאה ודפנא חבירו קופחו שיבנו בין שניים גויל או גוזית כפי המנהג דשם לפול ויצטרך להתעצם עמו בבית דין.

והרא"ה ז"ל מוסיף בה דברים דאפשרו בא לכнос בתוך שלו ולבנות גויל או גזית חבירו מעכב עליו משום דאמר ליה אם אתה עושה כן לא יהיה לך רשות לסמו עליו... ומינה שאם קדם וכנס ובסה בתוך שלו אינו יכול לתבעו מחבירו חצי הוצאותיו.

???. 11.

12. ולפלא הוא בעיני שטהט"ז התקשה בדברי הראה"ה ולא התקשה גופא בדברי הרמב"ם משום שמכוח שהרא"ה הלך בשיטת הרמב"ם וצ"ע.

13. ועיין עוד בחידושי ראל מאלון, ובמשנת אהרון [שכניםים ע"מ כ"ח] ובחוז"א [או] שדנים ביישוב קושיא זו.

נדריך ביאור במה נחלקו הראשונים הলלו: ולפי עניות דעתינו מחלוקתם בהקדם חקירת האחרונים מאיזה דין בונים את הכותל שבין החצרות האם מדין הלכות שכנים או מדין הלכות נזקן ומעתה טובן שפיר מחלוקתם

ראינו שדעת הרא"ש היא שראובן יכול לבנות בתוך שלו ובנות מחיצה של הוצאה ודפנא למורות שאינה מתקיימת לאורך זמן ואות משום שלדידו דין עשיית הכותל הוא מדין הלכות שכנים ואם יפול הכותל לאחר זמן מה בכך? היא אפשר לבנות את הכותל מחדש

אולם הנימוקי יוסף רוח אחרת עמו ולשיותו בניטת הכותל שבין השכנים הוא מדין הלכות נזקן ומשום לכך אין האחד יכול לבנות בתוך שלו ובנות מחיצה שאינה מתקיימת משום שכבור זמן הכותל יפול ובינתיים עד בניטת הכותל יוכל ראובן להזיק את הכותל של שמעון.

וראינו לעיל שהנימוקי יוסף הביא את שיטת הרא"ה שאפילו רצה לבנות ובנות כמנהג המדינה בגויל או גזית ה"ז כופחו לבנות באמצעות כדי שיוכל גם הוא להשתמש בכותל.

והט"ז [סימן קני"ז סעיף ד'] הקשה על דברי הרא"ה שהרי לא מצינו דחיבנו חכמים את שניהם לעשות מחיצה בשבייל תועלת סמיכת קורות עליה אלא בשבייל היזק ראייה.

אלא שעל כרחך צריך לבוא ולומר שהיות שהרא"ה סבירא ליה שהכותל הוא מהלכות שכנים ולא מהלכות נזקן לדידו צריך להיות הכותל באמצעות כדי כותל שמקובל להימוש בין שני שכנים. אולם הט"ז רוח אחרת עימו משום לשיטתו כל סיבת השמת הכותל הוא כדי למנוע היזק ראייה והיזק מנעה על ידי שהאחד יוכל בתוך אז אין האחד יכול לכפותו להימוש באמצעות ושמחתו לראות לבסוף שבעון הדברים הללו כתוב ה"לבוש מרדכי".

� עוד נראה לי לומר בס"ד שאף הרמב"ם הולך בשיטת הרא"ה שהכותל מהלכות שכנים שהרי הרמב"ם בהלכות שכנים בסוגיא דמקיף וניקף [פרק ג' הלכה ד'] כתוב ווז":

אבל אם היה הכותל של זה שבנה ובחילקו בנה נראה לי שאין מגלגן עליו אלא דבר מועט כמו שיראו הדיינים שהרי אין יכול להשתמש בכתלים, וכן אם הניקף עצמו הוא שגדיר רוח רבייעית הרי גילה דעתו ונוטן חצי ההזאה של שלוש רוחות אם היה הכותלים של שניהם, וכן כל כיוצא בו.

ולכאורה דברי הרמב"ם תמורה ממשום דמה איכפת לנו שאינו יכול להשתמש בכתלים הלא אני מחייב להרחק היזק ראייה מhabריו ותו לא!

אלא שעל כרחך צריך לומר שהרמב"ם סבירא ליה שהכותל מהלכות שכנים, ומשום שהאחד נכנס לתוך שלו נמנעה מהאחר זכות השתמשות בכתלים לכך הרמב"ם מחייב תשלם מועט.

והנה הרא"ש חדש שאם האחד רצה לבנות בתוך שלו ובנות מחיצה הרשות בידו והקשה הט"ז שלפי השיטה הזאת אם נפל הכותל לרשותה חד מינייהו יכול האחד לטעון שהابנים שייכים לו משום שהוא נכנס לתוך שלו ובאופן פשוט צריך לומר שהאבנים שייכים לו משום שהוא בונה על הקרקע שלו והנה הרמב"ם לא פסק את דין הרא"ש שאם

האחד רצה לכנס לתוכו שלו הרשות בידו ומשמעותי ממן ראש היישבה שליט"א שאפשר לומר שמכוח הקושיה של הטי"ז הרמב"ס פסק שהאבנים שייכים לשנייהם כדי שלא ירמה אחד הצדדים ויתען שהគות שלו משום שהוא בשתחו.

ويرאה לי לחיש אפ' מהלכה זו שהרמב"ס סבירא ליה שהគות מהלכות שכנים, שהרי הרמב"ס כתב "לפייך המקום והאבנים של שנייהם" ולכארה משום מה היה ציריך הרמב"ס להדגיש את 'המקום' אלא שנראה לומר על פי היסוד המובה באחרוניהם האם הគות הוא מהלכות שכנים או נזיקן שאם נאמר שהគות נזיקין יכול האחד שפיר לכנס לתוך שלו ולמנוע הייזק ראייה מחייביו ואם נאמר שהគות מהלכות שכנים על כרחך נצטרך לשים את הគות באמצעותו ומהשווים לכך הרמב"ס לא פסק את שיטת הרא"ש משום שלפי שיטת הרא"ש נצטרך לומר שהគות מהלכות נזיקין היוות והគות נבנה רק בשתו שלו ובכך הוא מונע הייזק ראייה מחייביו ומהשווים לכך האבנים שייכים לו אך הרמב"ס סובר שהគות מהלכות שכנים ומהשווים לכך הרמב"ס פוסק שהמקום והאבנים של שנייהם היוות והאבנים נבנו על קרקע שנייהם דהיינו שמכוח המקום האבנים שלהם ודבר זה יכול להיות בכחאי גונא שהគות מהלכות שכנים ומהשווים שהרמב"ס סבירא ליה שהគות מהלכות שכנים ובהלכות שכנים הדין הוא שהគות צריך להבנות על קרקע שנייהם משום לכך הדגיש הרמב"ס שהמקום והאבנים של שנייהם דהיינו שמכוח המקום האבנים שייכים להם.

אלא שעדיין נשאר לנו לבדר את שיטת התוספთ, ותחילתה נביא דבריהם בד"ה בגויל וז"ל:

וא"ת אמר אצטראיך למייתני מדת גויל וגוזית כיון דתנן הכל כמנג' המדינה כמו
שנהגו כן יעשו, וכי"לadam נהגו יותר מ" בגויל לא יעשה וכן قولם אלא כשייעור
המפורש ומיהו אם נהגו לעשות פחות מ" יעשה שאפילו אם נהגו בהוצאה ודפנא
עשה כדמפרש בגמרא.

וכפי העולה מדברי התוס' אם מנהג המדינה לעשות את עובי הគות פחות מששה טפחים אז על האדם שגר באותה מדינה גם לפחות פחות מששה טפחים

ולכארה דברי התוס' קשים שהרי הרא"ש בסימן א' ביאר שאם פוחתים אפילו קצת מהשיעור שקבעו לנו חכמים איזי הគות לא יעמוד וזה תורף דבריו:

ואם נהגו בפחות מנהג גרווע הוא ולא אולין בתירה דקים להו לרבען דבענץ
מההכי לא קאי כדמוכך בגמרא.

כלומר: אם נהגו בפחות ממנהג המדינה מנהג גרווע הוא ואין הולכים אחריו, וראייתו היה מהמובא لكمן: דקאמרטן בעזיות ד' אמות גובה אי הוה ה' טפחים קאי אי לא לא קאי [דף ג' עמ' א'] כלומר גזית שגבחה ד' אמות ורוחבה ה' טפחים עומדת אף אם רוחבה פחות מכך אינה עומדת.

ומלבד דברי הרא"ש הרי גם מדברי התוס' בדף ג' ע"א מבואר שכאשר פוחתים מהשיעור האמור במשנתנו הכותל לא יכול להחזיק מעמד כשרהה, וזה תורף דבריו:
وكשיא לר"ת הא לבינן דגראוי קאי בשלשה טפחים ועוד הא קא חזין דקאי
בגוזית טפי אפורתא. ותירץ דהכי קאמר טפי לא קאי כמשפט גזית שורוצים בני
אדם לבנותו שיעמוד ימים רבים כשבונים גזית.

לאור דברי הרא"ש והתוס' בדף ג' ע"א יקשה על שיטת התוס' בדף ב' ע"א הייך יכול האחד להזכיר את חבירו לעשות כותל שישוירו הוא פחות מהשיעור האמור במשנה הרי אין אדם רוצה לעשות מעותיו אונפראות. בשלמא לשיטת הרא"ש ססובר שהאחד יכול לבנות לתוך שלו ולבנות מחיצה שאינה מותקינית יובן הדבר משום שהאחד אינו מוציא ממונו חבירו ואם הכותל יפול ההפסד הוא רק שלו אך לשיטת התוס' יקשה הייך הוא יכול לגרום הפסד לחבריו.

על כן נראה לי לבוא ולומר שהתוס' סבירה ליה שכותל המושם בין שני שכנים הוא מהלכות שכנים ומאחר והתוס' סבירה ליה שכותל המושם בין שני שכנים הוא מהלכות שכנים האחד יכול לכוף את חבירו לבנות כותל כמנהג המדינה ואך על פי שאין שייעורוCSI השיעור האמור במשנה, אם יפול הכותל מה בכאן? מאחר וכל עוד עומד הכותל מותקיניות תקנת חכמים או אין בכך בעיה.