

## בנייה חד צדדית של כותל גלגוליה של הלכה תנאית

### מבוא

במשפט העברי יש חיוב תשלומים לאדם שהשביח את נכסי חברו ללא רשותו ('יורד לשדה חברו'). מקורו של דין זה בתוספתא וחלה בו התפתחות רבה בתלמודים ובראשונים.<sup>1</sup> אסקור בקצרה את הדין הבסיסי בתוספתא. התוספתא כתובות פ"ח ט"ז<sup>2</sup> אומרת:

היורד לחורבתו של חברו ובנאה שלא ברשות כשהוא יוצא אומ' תן לי עצי ואבני אין שומעין לו<sup>3</sup>  
היורד לחורבתו של חברו ובנאה שלא ברשות שמין לו וידו על התחתונה ברשות<sup>4</sup>  
שמין לו וידו על העליונה  
כיצד ידו על התחתונה<sup>5</sup> אם השבח יתר על ההוצאה נותן לו את ההוצאה ואם  
הוצאה יתירה על השבח נותן לו את השבח.<sup>6</sup>

1. את פירוט הלכות יורד ראה א' ורהפטיג, 'יורד לשדה חברו שלא ברשות', שנתון המשפט העברי, יג (תשמ"ז), עמ' 65-120; אנציקלופדיה תלמודית, ירושלים תשנ"ז, כג, עמ' תטז-תקיא. על הרציונל המשפטי של דין יורד והשוואתו למשפט הכללי ראה ורהפטיג, עמ' 113-116.
2. הלכות אלה נמצאות גם בתוספתא ב"ק פ"י, ו-ז.
3. בכ"ע נוסף: 'רבן שמעון בן גמל' אומ' בית שמאי אומ' הרשות בידו ובית הלל אומ' אין שומעין לו'. בק"ג T-S E2.141: 'אין שומעין לו ושמין לו וידו על <...> שמאי אומ' הרשות בידו ובית הלל אומ' אין שומעין לו כיצד...'. בכ"ז ובדפוס ראשון ליתא לפסקה זאת. פסקה זאת נמצאת בכל העדים במקבילה בתוספתא ב"ק ומסתבר שדילגו מחמת הדומות. אך ראה ' ברודי, משנה ותוספתא כתובות- נוסח, פרשנות ועריכה, ירושלים תשע"ה, עמ' 29 הערה 112 שבגלל ההבדל במיקום המסורת של רשב"ג בין כ"ע וק"ג מעלה את האפשרות שפסקה זאת לא הייתה בגרסה המקורית של תוספתא כתובות והושלמה בגיליון לפי המקבילה וחדרה אל הפנים במקומות שונים.
4. ליברמן, תוסכפ"ש כתובות, עמ' 323 מבאר שהיורד עשה לעצמו ונטל רשות מבעל החורבה ואח"כ רצו הבעלים לסלק אותו. אפשר להציע שהכוונה היא שסיכמו על הבנייה אבל לא סיכמו ביניהם את גובה התשלום.

התוספתא פוסקת שהיורד אינו רשאי ליטול את עציו ואבניו (רשב"ג מביא מסורת לפיה זאת דעת בית הלל).<sup>7</sup> כלומר, הבניין שייך לבעל הקרקע וממילא היורד לא יכול לחזור בו.<sup>8</sup> התוספתא לא מתייחסת למצב שבו בעל הקרקע אינו מעוניין ואומר ליורד טול את עציק ואבניך.<sup>9</sup> כמו כן, אין בתוספתא התייחסות לייעוד הקרקע שבנה עליה. ברם, מסוגיית הירושלמי עולה שמדובר בקרקע שעשויה לכך ובמקרה זה בעל הקרקע קנה מיד את הבניין גם ללא גילוי דעת

5. בק"ג ליתא ידו על התחונה'. ככ"ע: 'כי צד ידו על העליונה'.
6. ככ"ע ובק"ג T-S E2.141 מבארים את 'ידו על העליונה' ולכן גורסים: 'נותן לו את השבח... נותן לו את ההוצאה'. וראה ברודי (לעיל הערה 3), עמ' 29 שגרסתם נתמכת מההקשר (המשך ישיר של המקרה שבו ידו על העליונה) ומהמקבילה בתוספתא (לפי כל עדי הנוסח). ליברמן, תוסכפ"ש כתובות, עמ' 323 מציע שבנוסח המקורי פירשו את ידו על התחונה ואת ידו על העליונה ובעדים השונים נשמטה אחת מן הפסקאות מחמת הדומות. ברם, לא מצאנו חבר להשערה זאת, ובכל העדים בתוספתא ב"ק מבארים רק את ידו על העליונה ובכתובות נחלקו העדים האם התוספתא מבארת את ידו על התחונה או על העליונה, אך אין עד הגורס את שתי הפסקאות.
7. בתלמודים השיטה הרווחת היא שמבחינה משפטית הבונה יכול לומר עצי ואבניי אני נוטל (שיטת ב"ש) ורק משום ישוב א"י או נזק לבעל הקרקע מנעו ממנו (ירושלמי ב"ק פ"ט ה"א [נ ע"ד]; בבלי ב"מ קא ע"א-ע"ב). אך התוספתא פוסקת שבעל הקרקע זכה בבניין, ולכן הבונה לא יכול ליטול עציו ואבניו.
8. הרשב"א ב"מ קא ע"א מבאר: 'והרי זה כאלו נתן מטלטלים בחצר חברו ואמר לו לכשתרצה לקנות מטלטלין אלו הרי קנויים לך בכך וכך, ואמר הלה תקנה לי חצרי או שגלה בדעתו דניחא ליה דתיקני לו חצרו קנה ואין חברו יכול לחזור בו'. הרשב"א מתייחס לבעל הקרקע שקונה את הנמצא ברשותו אם מעוניין בכך. וממילא אם זכה בכך, אזי היורד לא יכול לחזור בו, וראה להלן הערה 9. וראה אנציקלופדיה תלמודית, ירושלים תשנ"ז, כג, עמ' תיח-תיט על גורם החיוב של היורד לשדה חברו.
9. הראשונים חולקים במקרה זה, ראה אנציקלופדיה תלמודית (לעיל הערה 8), עמ' תעג-תעט. המחלוקת היא בקרקע העשויה להיבנות. אולם במקרה שהקרקע אינה עשויה להיבנות לכו"ע יכול לומר לו טול עציק ואבניך. מחלוקת זאת באה לידי ביטוי בדין נוסף, ראה אנציקלופדיה תלמודית (לעיל הערה 8), עמ' תסט-תע שהראשונים חולקים האם בחורבה העשויה להיבנות יש אפשרות לבונה ליטול את עציו ואבניו (המקרה שנמצא בתוספתא). יש הסוברים שמיד זכה בהם בעל החורבה, ולכן לא יכול הבונה ליטול את עציו ואבניו. ויש הסוברים שרק אם הקדים בעל החורבה ואמר שנוח לו בבניין זכה בו, וראה להלן הערה 10 שיסוד שיטה זאת הוא בשיטת האמוראים הפוסקים ששומעים לבונה.

ואינו יכול לומר לו טול עציך ואבניך,<sup>10</sup> אולם בקרקע שאינה עשויה לכך צריך גילוי דעת של בעל הקרקע כדי לקנות את הבניין וללא גילוי דעת יכול הבונה ליטול עצינו ואבניו.<sup>11</sup>

בהלכה השנייה התוספתא פוסקת שהיורד לשדה חבירו שלא ברשות שמין לו וידו על התחתונה. מה גובה התשלום כאשר ידו על התחתונה? יש גרסאות בתוספתא שנמצא בהם הפירוש של ידו על התחתונה, ולפיהם משלם את הנמוך שבין ההוצאה והשבח. אך לפי הגרסה בתוספתא ב"ק וכן בכ"ע וק"ג של תוספתא כתובות, התוספתא מפרשת רק את ידו על העליונה. לפי"ז, אפשר שידו על התחתונה הם תשלומים עבור ההוצאה בלבד.<sup>12</sup>

10. לפי"ז בית שמאי (לעיל הערה 3) סוברים שגם בקרקע העשויה לכך צריך גילוי דעת כדי לקנות, ולכן הם פוסקים שכל עוד אין גילוי דעת של בעל הקרקע אזי הבונה יכול ליטול עצינו ואבניו (=הרשות בידו). יש מהאמוראים שפוסקים ששומעים לבונה (לעיל הערה 7, כדעת ב"ש), ולכן יש מהראשונים שפוסקים שללא גילוי דעת של בעל הקרקע הוא לא קנה את הבניין (לעיל הערה 9). בכל אופן, התוספתא פוסקת שאין שומעין לו ומכאן שבעל הקרקע קנה מיד ללא גילוי דעת.

11. הירושלמי בבא קמא פ"ט ה"א (ו ע"ד) מסייג את ההלכה שאין שומעין לו: 'אלא בנה במקום שאין ראוי לבנות ונטע במקום שאינו ראוי ליטע רב אמר שמין לו (בכ"י אסקוריאלי 'שומעין לו' וכעין זה בבעל העיטור ראה ליברמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 123) אלא שמערימין עליו ליכנס לשם בימות החמה ובימות הגשמי' אמר לו הא תניתה (בכ"י אסקוריאלי 'נתהמתה'. וראה ליברמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 124 שבעל העיטור גורס 'נתהנית' וכן צריך לגרוס) שמין לו וידו לתחתון'. ליברמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 123 מבאר לפי גרסת כ"י אסקוריאלי ששומעים לבונה ליטול עצינו ואבניו אם בעל הקרקע אינו רוצה לשלם לו. כלומר, בקרקע שאינה ראויה לבנות א"א לחייב את בעל הקרקע לקנות את הבית ולשלם עליו, וממילא יכול הבונה ליטול עצינו ואבניו. אלא שמערימים על בעל הקרקע ואם גילה דעתו שנוח לו בבניין חייב לשלם. נמצינו למדים מהירושלמי שבקרקע העשויה לבנייה לא יכול בעל הקרקע לומר לו טול עציך ואבניך וקונה מיד גם ללא גילוי דעת ורק בקרקע שאינה עשויה לבנות צריך גילוי דעת של בעל הקרקע, ראה לעיל הערה 9. לסיכום, הברייתא עוסקת במקרה שהבונה רוצה ליטול ובעל הקרקע רוצה את הבניין, והדין עם בעל הקרקע אף אם לא גילה דעתו מראש. ואילו הירושלמי עוסק במקרה שהקרקע אינה מיועדת לכך ובעל הקרקע לא רוצה את הבניין, והדין עם בעל הקרקע. בכל אופן, העמדת הלכת התוספתא רק בקרקע העשויה לבנות אינה סותרת את פשוטה של התוספתא, שהרי התוספתא עוסקת בחורבה והיא עשויה להיבנות.

12. את שיטות הראשונים בשיעור ידו על התחתונה ראה אצל ליברמן, תוסכפ"ש כתובות, עמ' 323. בבבלי ב"מ קא ע"א דנים האמוראים בתשלומי יורד ורב פפא מסיק שבשדה העשויה ליטע ידו של היורד על העליונה ובשדה שאינה עשויה ליטע ידו על התחתונה,

עקרונות אלה של דין היורד עומדים בבסיס של שתי הלכות בתוספתא ב"מ פי"א ושתי הלכות במשנת ב"ב פ"א העוסקות בבניית כותל או גדר ע"י צד אחד. במאמר אעמוד על ביאורן של הלכות תנאיות אלה. הלכת המשנה זכתה לביאור מחודש בשתי סוגיות בבבלי. עיון מדוקדק בסוגיות הבבלי מלמד על השתלשלותה של הלכת המשנה והשינוי שנעשה בה מפשוטה של משנה. להשתלשלות זאת מניעים שונים, וניתן דרכם ללמוד על הגורמים השונים להתפתחות הסוגיה התלמודית.

### א. הלכות התוספתא וביאורן

להלן טבלה משווה בין המשנה בבא בתרא א, ד-ה לבין התוספתא בבא מציעא יא, ד:<sup>13</sup>

תוספתא בבא מציעא	משנה בבא בתרא <sup>14</sup>
היתה חורבתו בצד גינתו של חברו	המקיף את חברו משלוש רוחותיו גדר <sup>15</sup> את הראשונה ואת השניה ואת השלישית אין מחייבין אותו

ראה ורהפטיג (לעיל הערה 1), עמ' 67-69. ברם, לפי פשוטה של התוספתא היורד שלא ברשות ידו על התחתונה גם בעשויה לכך.

13. התוספתא בבא מציעא פרק י"א מקבילה להלכות המשנה הנמצאות בבבא בתרא פ"א. מסכת נזיקין במשנה מונה 30 פרקים, ואילו בתוספתא היא מונה 33 פרקים (ובהתאמה החלוקה ללבבות במשנה יש 10 פרקים בכל בבא ואילו בתוספתא 11 פרקים בכל בבא). וראה י' זוסמן, 'ושוב לירושלמי נזיקין', מחקרי תלמוד, א (תש"ן), עמ' 70: 'עכ"פ במסורת האי"ת המקורית לא מצאתי זכר לחלוקה זו'. וראה עוד שם בהערה 67 פירוט חלקי של העדויות הארצישראליות והבבליות. וראה ע"צ מלמד, פרקי מבוא לספרות התלמוד, ירושלים תשל"ג, עמ' 131-132: 'חלקו את המסכת לשלושה חלקים שונים, עשרה פרקים בכל בבא, ואע"פ שפרק כ' של המסכת הוא פרק הבית והעלייה קשור לפרק הסמוך לו לאחריו, לפרק השותפין. וכן חלקו חלוקה חיצונית גם את התוספתא למסכת נזיקין: ל"ג פרקיה נתחלקו לשלש בבות: י"א פרקים בכל בבא, וע"י כך צורף לבבא מציעא פרק המקביל לפרק השותפין במשנה'.

14. עפ"י כ"י קויפמן.

15. כך בכ"י קיימברידג' 470.1; פרמה (דה רוסי 138) 3173; משנת הירושלמי (כ"י לייזן); המשנה בכתבי היד של הבבלי- כ"י אסקוריאל, פירנצה, פריז 1337. יש הגורסים 'וגדר': דפוס ראשון נפולי רנ"ב; ק"ג Lewis-Gibson L-G Talm.I.19 המשנה בכתבי היד של הבבלי- כ"י המבורג, כ"י מינכן 95, כ"י וטיקן 115, דפוס פיזרו, ק"ג קיימברידג' T-S AS 78.389, ק"ג קיימברידג' T-S AS 4.162.

<p>ועמד וגדרה מגלגלין עליו יציאותיו של כותל כדרך שהוא בונה היתה<sup>18</sup> סמוכה לחצירו של חבירו</p> <p>אע"פ שלא נתן את הקורה לאותו הרוח נותנין לו יציאותיו של כותל בשעה<sup>19</sup> שהוא בונה</p>	<p>רבי יוסה אומ' אם עמד<sup>16</sup> וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל כותל חצר שנפל מחייבין אותו לבנותו עד ארבע אמות בחזקת שנפל עד שיביא ראייה שלא נפל<sup>17</sup></p> <p>מארבע אמות ולמעלן אין מחייבין אותו סמך לו כותל אחר אף על פי שלא נתן עליו את התיקרא מגלגלין עליו את הכל בחזקת שלא נתן עד שיביא ראייה שנתן</p>
---	--

יש דמיון מסוים בין המשנה לבין התוספתא ומאידך הן נבדלות ביניהן בפרטים מהותיים.<sup>20</sup> שתיהן עוסקות במקרה של בניית כותל או גדר ע"י צד אחד וחיובו של השכן לשלם את ההוצאות של הכותל. כמו כן, בשתיהן יש שתי הלכות המסתיימות בדין המחייב את השכן להשתתף בהוצאות הכותל. ברם, הפונקציה של הקרקע ושל הכותל או הגדר שונה בין המקורות.<sup>21</sup>

משנה ג' עוסקת בשדה המוקפת בשדות אחרות והיא זקוקה להיקף מארבע רוחותיה, ואילו התוספתא עוסקת בחורבה בצד הגינה ובעל הגינה בנה כותל ביניהם (התוספתא פותחת ב'גדרה' אך מסיימת ב'יציאותיו של כותל'). משנה ד'

16. כך בכל העדים אך בכ"י מינכן 95 וכ"י וטיקן 115 של הבבלי גורסים 'אם עמד ניקף'.  
 17. וכן בק"ג קיימברידג' T-S AS 78.390. אך בכ"י פרמה (דה רוסי 138) 3173; כ"י קיימברידג' 470.1; ק"ג Lewis-Gibson L-G Talm.I.19; משנת הירושלמי (כ"י ליידין); משנה בכתבי היד של הבבלי (מינכן 95, וטיקן 115, פריז 1337, אסקוריאל, המבורג) 'בחזקת שנתן עד שיביא ראייה שלא נתן'. בק"ג קיימברידג' T-S E1.104 ניתן לזהות את המילים 'ראיה שלא נתן'. ש' נאה, "בחזקת שלא נתן": לנוסחה ולפירושה של משנת בבא בתרא פ"א מ"ד, ד' בויארין ואחרים (עורכים), עטרה לחיים: מחקרים בספרות התלמודית והרבנית לכבוד פרופסור חיים זלמן דימיטרובסקי, ירושלים תש"ס, עמ' 147 מכריע כגרסת כ"ק וראה שם את ביאורו לגרסה.

18. בכ"ע 'והיתה'.

19. בכ"ע 'ובשעה'.

20. החסדי דוד כותב על התוספתא: 'אע"ג דלא מצאתיה כך כצורתה, מ"מ מעין זו אשכחן ברפ"ק דב"ב דף ד'.

21. בהמשך אדון האם יש בהבדלים אלו כדי להשפיע על הגורם המחייב בכל אחת מההלכות.

עוסקת בכותל בין שתי חצרות, ואילו התוספתא עוסקת בבניית כותל לחורבה העומדת בצד החצר.

לפיכך קשה לקבוע אם מדובר במסורת אחת קדומה שהתגלגלה לצורתה הנוכחית בתוספתא ובמשנה או בשתי מסורות עצמאיות ונבדלות.<sup>22</sup> מדוע מחייבים את השכן לשלם עבור הכותל?

כדי להשיב על כך אקדים בקצרה דוגמאות לחיוב של בנייה משותפת שהוא החיוב העיקרי שנמצא בפרקים הללו במשנה ובתוספתא. בתוספתא בבא מציעא יא, כב עוסקים בחיוב של בני חצר המשותפת: 'כופין בני חצר זה את זה לעשות לחצר גב גבוה עשרה טפחים'.<sup>23</sup> המשנה בב"ב פ"א מציעה את חיובי בניית הכותל והגדר בין שכנים. במשנה א' מובא הדין של כותל בין חצרות: 'השותפים שרצו לעשות מחיצה בחצר בונים את הכותל באמצע'. משנה זאת עוסקת בחלוקת חצר משותפת ובבניית הכותל ביניהם. הבבלי ב"ב ב ע"א-ג ע"א מציע שתי אפשרויות בפרשנות המשנה. לפי ההצעה הראשונה מחיצה היא כותל והרצון נצרך לבניית הכותל. לפי ההצעה השנייה מחיצה היא חלוקה והרצון נצרך לחלוקה, אולם לאחר החלוקה כופים לבנות כותל.<sup>24</sup> במשנה ב' מובאים הדינים של גינה ובקעה: 'וכן בגנה מקום שנהגו לגדור מחייבין אותו אבל בבקעה מקום שנהגו שלא לגדור אין מחייבין אותו'.<sup>25</sup> ובתוספתא בבא מציעא יא, יח: 'כופין בני בקעה זה את זה לעשות ביניהן חריץ ובן חריץ'.<sup>26</sup>

22. על יחס ההלכות במשנה ובתוספתא ראה ש"י פרידמן, תוספתא עתיקתא, ר"ג תשס"ג, עמ' 15-71.

23. וראה ליברמן, תוסכפ"ש ב"מ, עמ' 319-320 שאי"צ בד"א ע"ש.

24. הכפייה נובעת מחיובי שכנים כפי שחייבים בדברים נוספים הנצרכים לחצר. הבבלי מוסיף ומבאר שהכפייה נובעת מהיזק ראייה בין השכנים, אולם ביאור זה לכפייה הוא מאוחר, ראה ע' פוקס, 'עריכתה ומגמתה של סוגיית הפתיחה למסכת בבא בתרא', סידרא, כג (תשס"ח), עמ' 91-98. ר' יוחנן מבאר שהרצון נצרך לחלוקה כי מדובר בחצר שאין בה דין חלוקה. העמדה זאת של המשנה נמצאת כבר בסוגיית הירושלמי על אתר, אך בבבלי הדברים נערכו והובאו בהקשר ישיר לדעה שהיזק ראייה שמיה היזק, ראה פוקס, עמ' 86-85. וראה מ' סבתו, 'בניית כותל בחצר השותפין: מדיני נזיקין או מדיני שכנים?' בתוך: והנה רבקה יוצאת: עיונים במדעי היהדות לכבוד רבקה דגן, ירושלים תשע"ז, עמ' 87-96.

25. כך הגרסה בכ"י פרמה (דה רוסי 138) 3173 (כעין זה בכ"י קויפמן אך נפלה שם טעות וגרס 'אבל בבקעה מקום שנהגו לגדור אבל בקעה מקום שנהגו שלא לגדור אין מחייבין אותו'). וראה בבבלי ב"ב ד ע"א שרבא מבאר את המשנה שסתם גינה כמקום שנהגו לגדור וחייב, ואילו סתם בקעה מקום שנהגו שלא לגדור ופטור. בירושלמי בבא בתרא פ"א ה"ב (יב ע"ד): 'תני בגינה בין מקום שנהגו לגדור בין מקום שנהגו שלא לגדור כופין אבל

נמצא שיש שכנים שיכולים לכפות את שכנם לבנות גדר או כותל ויש שכנים שאינם יכולים לכפות. בהלכות שאנו דנים בהם אין אפשרות לכפות את השכן, וא"כ מדוע אם בנה כותל באופן חד צדדי מחייבים את השני לשלם על הכותל? אפתח בביאור הלכות התוספתא. התוספתא עוסקת בחורבה הסמוכה לגינה או לחצר. היא פוסקת שבעל החורבה אינו חייב להשתתף בבניית כותל, אולם אם בעל הגינה בונה את הכותל חייב בעל החורבה לשלם לו.<sup>27</sup> כלומר, יש מצב ביניים שבו אין אפשרות לכפות לבנות את הכותל, כיוון שמדובר בחורבה שאין בה דיוורים ואינה זקוקה במצבה הנוכחי לכותל, אך חייב לשלם לשכן שבנה לבדו.<sup>28</sup> ר"י אברמסקי מבאר שהחוב הוא מדין היורד לחורבתו של חברו שלא ברשות ובנאה שלא ברשות שהבונה נוטל את דמיו (ראה במבוא), ועל יסודותיה המשפטיים של הלכה זאת מבוססות הלכות התוספתא.<sup>29</sup> כלומר, הכותל נבנה בשטחו של בעל החורבה וחורבה עשויה להיבנות.<sup>30</sup> כאמור בהלכת 'יורד', בעל

בבקעה מקום שנהגו לגדור כופין שלא לגדור אין כופין'. לפשט המשנה ראה י"נ אפשטיין, מבוא לנוסח המשנה, ירושלים תש"ח, עמ' 377 ומה שהעיר ד' הלבני, מקורות ומסורות – בבא בתרא, ירושלים תשס"ח, עמ' ד.

26. ראה ליברמן, תוסכפ"ש ב"מ, עמ' 316–317 שהוא מפני החיות ואין חוב בגדר.  
27. ראה נאה (לעיל הערה 17), עמ' 148: 'אין החיוב נובע מפעולה ('גילוי דעת') שעשה בעל החורבה לאחר ששכנו בנה את הכותל המשותף'.

28. החסדי דוד מבאר את התוספתא לפי הלכת המשנה. את ההלכה הראשונה הוא מבאר שבעל הגינה עשה כותל להפסיק בין גינתו לחורבת חברו ואינו יכול להכריח את בעל החורבה לסייע לו. אך אם בעל החורבה גדר מעצמו בצד אחר מגלגלין עליו את הכל. ביאור זה קשה, שהרי העיקר חסר מן הספר והיה צריך לציין שבעל החורבה גדר מצד אחר. את ההלכה השנייה הוא מבאר בחצר סמוכה לחצר (הוא מגיה את התוספתא ל: 'היתה חצרו סמוכה לחצרו'), ואם בנה כותל מעל ד"א אינו יכול לחייב אותו לסייע, אך אם בנה כותל גבוה כנגדו חייב לשלם. כאמור, הפרטים הללו חסרים מן הספר וקשה לבאר כך את התוספתא.

29. ר"י אברמסקי, חזון יחזקאל, חלק החידושים, ירושלים תשנ"ז, עמ' 164.  
30. ראה ירושלמי ב"ב ג, י: 'אמר רבי נסא וחורבות לא ניתנו להיבנות' (בתמיה). וראה ביאור הגר"א חושן משפט סימן קנח: 'וצ"ל דמתני' איירי בחורבות ואמרו בירושלמי סוף פ"ג דב"ב שחורבות עשויות ליבנות וה"ל כשדה עשויה ליטע'. הגר"א מתייחס להלכת הרמב"ם שמביא כך את הלכת המשנה ראה להלן סעיף ד'. וראה אנציקלופדיה תלמודית (לעיל הערה 1), עמ' תמח שיטות הראשונים האם חורבה עשויה להיבנות.

הקרקע חייב לשלם לו וידו של הבונה על התחוננה. לפי הלכת התוספתא בעל החורבה אינו יכול לומר לו טול עציך ואבניך.<sup>31</sup> ההלכה השנייה בתוספתא עוסקת באותו נושא, ומחייבת את בעל החורבה במקרה ששכנו בנה את הכותל. מדוע נשנתה ההלכה השנייה (מה ההבדל בינה לבין ההלכה הראשונה)?

ההלכה הראשונה עוסקת בחורבה הסמוכה לגינה, ואילו ההלכה השנייה בחורבה הסמוכה לחצר. לכאורה, חורבה הסמוכה לחצר זקוקה לכותל יותר מחורבה הסמוכה לגינה, וא"כ די בהלכה הראשונה המחייבת את בעל החורבה אפילו כאשר החורבה סמוכה לגינה.<sup>32</sup> ברם, התוספתא מוסיפה שבחורבה הסמוכה לחצר מחייבים אותו אפילו אם לא נתן את הקורה על גבי הכותל שנבנה ע"י בעל

31. ראה ר"י אברמסקי (לעיל הערה 29), עמ' 165 שמכאן שמע מינה כמו שהעלה המגיד משנה שבקרקע הראויה לבנייה לא יכול לומר לו טול מה שבנית ולך. ואף לשיטת הכס"מ שגם בקרקע שעשויה להיבנות יכול לומר לו טול, אפשר שדווקא בבניין לא ניחא ליה אבל מחיצה ניחא ליה (על מחלוקת זאת ראה לעיל הערה 9). וראה לעיל במבוא שמהירושלמי עולה שכך היא שיטת התוספתא שאינו יכול לומר לו טול עציך ואבניך. וראה ורהפטיג (לעיל הערה 1), עמ' 79 שמביא סתירה בשו"ע שמחד פוסק שאף בשדה העשויה ליטע יכול לומר לו טול עציך ואבניך, ומאידך בעניין מקיף בחורבה פוסק בסתמא שחייב להשתתף ומשמע שלא יכול לומר לו טול עציך ואבניך. ורהפטיג מבאר שכאן ההנאה כה ברורה שאין הוא רשאי להתכחש לה. יש לציין, שסתירה זאת נוצרה בגלל שהלכות אלה הינם ממקורות שונים (תוספתא ובבלי) החולקים ביניהם. התוספתא סוברת שהבונה לא יכול ליטול עציו ואבניו ומכאן שגם בעל הקרקע אינו יכול לומר לו טול עציך, ואילו הבבלי פוסק שהבונה יכול ליטול עציו ואבניו ומכאן שגם בעל הקרקע יכול לומר לו טול עציך ואבניך. וראה ורהפטיג (לעיל הערה 1), עמ' 77-78 שאם מחד מראש יכול לומר לו טול עציך, ויש כאן צירוף של הוכחה להתנגדותו ע"י מחאה מראש יחד עם שיקול הרתעה שלא יוכל היורד לכפות על הנתבע החלטה כלכלית, ואין כאן פגיעה ביורד שכן ידע מראש שהוא פועל בניגוד לדעת בעל השדה.

32. ר"י אברמסקי (לעיל הערה 29), חלק הבאורים, עמ' 164, 166 מבאר שבהלכה השנייה שחורבתו סמוכה לחצר חייב בעל החורבה לבנות עם בעל החצר משום היזק ראייה. ואילו בהלכה הראשונה שהחורבה סמוכה לגינה אין היזק ראייה, ומחייבים אותו רק אם גדר את החורבה מכל רוחותיה ואז נהנה ומגלגלים עליו את הכל. ביאור זה אינו הולם את התוספתא שגם בהלכה השנייה פסקה חיוב תשלומים ולא שכופים אותו לבנות אותו. ר"י אברמסקי מסתמך על סוגיית הבבלי ב"ב ה' ע"ב הסוברת שבכותל עד ד"א צריך לפרוע לאחר כל נדבך ונדבך ('דכל שפא ושפא זימניה הוא'), ולטענתו כך יש לפרש את הלכת התוספתא 'בשעה שהוא בונה'. כאמור, בחורבה אין היזק ראייה שהרי לא דרים בה.



החצר. האם דין זה נכון גם בחורבה הסמוכה לגינה? ייתכן שבחורבה הסמוכה לגינה אין צורך בכותל אם אינו משמש להנחת הקורות. וא"כ החיוב בהלכה הראשונה הוא רק כאשר הכותל משמש להנחת קורות התקרה, ולכן לא ציינו בהלכה הראשונה 'אע"פ שלא נתן את הקורה לאותו הרוח'.<sup>33</sup> הבדל נוסף הוא בדין- בהלכה הראשונה הדין הוא 'מגלגלין עליו יציאותיו של כותל כדרך שהוא בונה', ואילו בהלכה השנייה 'נותנין לו יציאותיו של כותל בשעה שהוא בונה'. לפי הגרסה שלפנינו במקרה של חרבה בצד החצר, הוא חייב לשלם כבר תוך כדי בנייה. אך אין זה מובן מדוע חיוב זה הוא תוך כדי בנייה, ואכן ליברמן מציע להגיה 'בשער' תמורת 'בשעה'<sup>34</sup> ועדיין צ"ע. נמצאנו למדים שחיוב התשלומים הוא בחורבה המיועדת לבנייה וזקוקה לכותל. מצד אחד א"א לכפות עליו לבנות כיוון שאין שם דיירים, ומאידך הוא מחויב לשלם אם השכן בנה לבדו כיוון שהיא עשויה לכך.

33. לפי קריאה זאת כוונת ההלכה השנייה בתוספתא היא שחייב לשלם אפילו אם התקרה אינה בנויה סמוך לכותל, והחיוב הוא על עצם הכותל שיוצר פרטיות ומונע הסתכלות. ולכן כאשר החורבה סמוכה לגינה אין בו צורך. אך נאה (לעיל הערה 17), עמ' 148 מבאר שכוונת התוספתא שהקורה הראשית אינה נשענת על הכותל המשותף, אלא מונחת במקביל לו על כותלי החורבה הצדדיים. וראה רמב"ן ב"ב ה' ע"א: 'ויש שאלה שמא יתן את קורתו לרוח אחרת על כותל עצמו ולא יסמוך עליו, מ"מ צריך הוא לכותלו של חברו שאם תסלק כותלו נמצא פרוץ ואין ביתו מוקף כותל... והכי תניא בתוספתא היתה סמוכה לחצרו אף על פי שלא נתן את הקורה לאותו הרוח נותנין לו יציאותיו של כותל בשעה שהוא בונה', וראה ליברמן, תוסכפ"ש ב"מ, עמ' 306. לפי ביאור זה החיוב הוא בגלל החלל הסגור שנוצר, וא"כ הדבר נכון גם בחורבה הסמוכה לגינה כיוון שהחיוב הוא בגלל החלל. יש להעיר על דברי הרמב"ן, שיש להבחין בין המשנה העוסקת בכותל מעל ד"א המחייבת בגלל התקרה לבין התוספתא העוסקת בכותל רגיל. במשנה הכותל הוא מעל ד"א ולא נצרך לפרטיות והחיוב הוא בגלל החלל, ואילו בתוספתא הכותל הוא עד ד"א ואפשר שנועד ליצירת פרטיות. כאמור, הרמב"ן משווה את המשנה והתוספתא ומבאר שהחיוב הוא בגלל החלל המקורה.

34. ליברמן, תוסכפ"ש ב"מ, עמ' 306. קצת ראייה להגתו של ליברמן ניתן להביא מהברייתא בירושלמי בבא מציעא י, ג (יב ע"ג): 'הרי זה מחשב יציאותיו כשער שבנה ויתן לו את כל יציאותיו' (בסוגיית הירושלמי אדון בסמוך). וראה לעיל הערה 32 ביאורו של ר"י אברמסקי לדין זה. החסדי דוד מבאר שהמשפט 'בשעה שהוא בונה' מתייחס לבעל החצר שבונה כותל סמוך ובכך גילה דעתו ומתחייב בתוספת מעל ד"א (את ביאורו לתוספתא ראה לעיל הערה 28 ומה שהערתי שם).

דיו זה המחייב בתשלומים אם השכן בנה למרות שלא יכול לכפות אותו לבנות אתו, עולה מסוגיית הירושלמי בבא מציעא י', ג (יב ע"ג) המציעה הלכה זאת שבתוספתא ומשווה אותה לבית ועלייה:

הבית והעלייה כו' אלא בעל הבית מבקש לבנות ובעל העלייה אינו רוצה מהו שיאמר לו גופינו  
 נישמענינה מהדא היתה חורבתו סמוכה לחורבת חבריו עמד הלה ובנאה בלא רשותו  
 הרי זה מחשב יציאותיו כשער שבנה ויתן לו את כל יציאותיו  
 הדא אמרה שאינו אומר לו גופינו מן הצד כשם שאינו אומר לו גופינו מן הצד כך אין  
 אומר לו גופינו מלמעלן

הברייתא נמצאת בירושלמי בתוך דיון על משנת הבית והעלייה. המשנה בב"מ פ"י מ"ג דנה בבית ועלייה שנפלו ובעל הבית אינו רוצה לבנות את ביתו. הירושלמי דן במקרה שבעל הבית בונה את ביתו ובעל העלייה אינו בונה. האם יכול בעל הבית לומר לבעל העלייה גופינו, דהיינו שישתתף עמו בסתימת הגג המשמש גם רצפה לעלייתו. הירושלמי מוכיח מהברייתא של חורבה שאינו אומר לו גופינו מן הצד. כלומר, בעל החורבה<sup>35</sup> המעוניין לבנות אינו יכול לחייב את שכנו לבנות איתו את הכותל. מ"מ, אם הוא בונה לבדו יכול לגלגל את החיוב על שכנו. וכן בבית ועלייה אין בעל הבית יכול לחייב את בעל העלייה לבנות את הגג.<sup>36</sup>

### ג. ביאור הלכות המשנה

המשנה מציעה שתי הלכות שהן מעין מקבילות להלכות התוספתא. שתי המסורות (המשנה והתוספתא) עוסקות במקרה שצד אחד בונה לבדו והשני חייב לשלם לו עבור הבנייה. האם גורם החיוב דומה בשתי המסורות?

35. הברייתא בירושלמי שונה במקצת מהברייתא בתוספתא, בברייתא שבירושלמי מדובר בשתי חורבות סמוכות ואילו בתוספתא בחורבה הסמוכה לגינה או חצר.

36. בנתיבות המשפט ביאורים סימן קסד סק"א מבאר: ' דבכל מקום שיש בדבר ההוא תועלת לשניהן ואי אפשר לתקן לעצמו כ"א בבוא התיקון גם להשני, כופין זה את זה ליתן כל אחד חלקו... אבל בדבר שהוא להשביח ואין בו יראת היזק אין יכולין לכפות זה את זה... שכבר נפל ובנין מחדש, הוי כעשיית שבה, אין אחד יכול לכפות לחבירו'. הרמב"ן (ב"ב ד ע"ב) מבאר שבמקרים אלו שלא יכול לכפות אותו לבנות יחד רשאי השכן למחות בו ולהיפטר מהחיוב.

כאמור, בהלכת התוספתא הבונה אינו יכול לכפות על שכנו להשתתף עמו, אולם אם הוא בונה לבדו אזי השכן חייב לשלם לו, כיוון שהחורבה עומדת לכך ועשויה להיבנות.

אפתח בביאור ההלכה השנייה במשנה. המשנה פותחת בהלכה שכופים אותו לבנות כותל עד ד"א אפילו אם בנה ונפל, ומעל ד"א אין מחייבים אותו. ברם, אם סמך לו כותל אחר מגלגלין עליו את תשלומי הכותל גם מעל ד"א. גורם החיוב במקרה זה הוא גילוי הדעת של השכן שנוח לו בהגבהה.<sup>37</sup> כלומר, אם הקונה גילה דעתו שרוצה בכך, אזי קנה את חלק הכותל שברשותו וחייב בתשלומים.<sup>38</sup> במקרה זה לא מספיק המעשה החד צדדי של הבונה כדי לחייב את השכן (כפי שנמצא במקרה שבהלכת התוספתא), אלא צריך את גילוי הדעת של השכן, כיוון שאין החצר עשויה לכותל מעל ד"א.<sup>39</sup>

37. ראה נאה (לעיל הערה 17), עמ' 148 שמציע לפרש את המשנה שסמך לו כותל אחר עוד קודם שנפל הכותל המשותף, והחיוב הוא לא בגלל גילוי דעת אלא מכך שהכותל המשותף שימש גם אותו. וראה שם בהערה 13 שבקטע גניזה (קיימברידג' T-S AS 78.390) הנוסח הוא 'סמוך לו כותל אחר', כלומר כבר היה סמוך. לפי נאה המקרה בהלכת המשנה דומה למקרה בהלכת התוספתא ובשתייהן החצר והחורבה עומדות לכך וחייב ללא גילוי דעת מצדו.

38. כך מבאר הנימוקי יוסף (ב"ב ג ע"א בדפי הרי"ף) את גורם החיוב במשנה: 'אבל אם בנה כותל כנגד כותל זה והוא ראוי לתת עליו תקרה אף על פי שעדיין לא נתן עליו את התקרה מגלגלין עליו את הכל, שהרי גילה דעתו דניחא ליה במאי דבנה חבריה. ואם תאמר במה קנאו דמחייבים ליה יש לומר דכיון שחצי כותל [עומד הוא על חצרו קנתה לו] חצרו ואף על פי דלא אמר ליה אידך תקנה לך חצרך ברור לך שעל דעת כן בנאו שיהיה שלו כל זמן שירצה'. וראה תוספות ד"ה 'אע"פ' שביארו באופן אחר, אך ראה שיעורי ר' שמואל רוזובסקי על אתר (אות קי-קיב) שהקשה על דבריהם והעיקר כנימוקי יוסף.

39. ההבחנה בדין יורד בין עשויה לכך לאינה עשויה לכך לא נמצאת בתוספתא (ראה במבוא), אך הירושלמי מוסיף אותה וסובר שבאינה עשויה לכך מחייבים את בעל הקרקע רק אם גילה דעתו שנוח לו בבנייה ראה לעיל הערה 10. ייתכן שהמשנה חולקת על התוספתא וסוברת שבעל הקרקע לא חייב לשלם ליורד אא"כ בעל הקרקע גילה דעתו שנוח לו בבניית היורד. ברם, ההבחנה בין קרקע העשויה לכך שחייב לשלם לבין קרקע שאינה עשויה לכך שבה חייב רק אם גילה דעתו מסתברת והגיונית, ואין הכרח שיש כאן מסורות תנאיות חלוקות.

בהלכה הראשונה החיוב הוא כאשר רשותו גדורה מארבע רוחותיה. חיוב זה נובע מהתועלת לניקף ששדהו גדורה מכל הכיוונים.<sup>40</sup> במשנה החיוב נמצא במפורש אצל ר' יוסי. כאשר בעל השדות החיצוניות הקיף את בעל השדה הפנימית משלוש רוחותיו, אזי הניקף פטור מלשלם לו. ר' יוסי מוסיף שאם עמד וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל. מי עמד וגדר? האם יש מחלוקת במשנה?  
אפשטיין סובר שמשנתנו כולה ר' יוסי.<sup>41</sup> לדבריו, המשנה מפרטת שני דינים – אם המקיף גדר משלוש רוחות אין מחייבים אותו, ור' יוסי מוסיף שאם המקיף גדר את הרביעית מחייבים אותו.<sup>42</sup> יש שני קשיים עיקריים בפירושו של אפשטיין למשנה:

א. לפי פירושו של אפשטיין יש הבדל בין הפירוש של ההלכה 'מגלגלין עליו את הכל' בשתי המשניות. במשנה הראשונה 'עליו' הוא חבירו הנזכר קודם לכן (ולא מתייחס לזה ש'עמד') ובמשנה השנייה 'עליו' הוא אותו שעמד וסמך את הכותל.<sup>43</sup>

40. במשנה לא מפורש שמדובר בשדה אך מסתבר שכך, שהרי אם מדובר בחצר אז צריכים לבנות כותל יחד.

41. אם הייתה מחלוקת במשנה צריך היה לכתוב אותה במפורש ולא להסתפק רק בדיוק מדברי ת"ק. וראה הלבני (לעיל הערה 25), עמ' ו שהכריע שהמחלוקת במשנה היא האם חייב לשלם על שלוש הראשונות (לפי ת"ק פטור ולפי ר' יוסי חייב). אך הוא נאלץ להידחק ולשער שדברי ת"ק מקוטעים, שכן מסתבר שת"ק במקור הזכיר גם את ההלכה כשגדר את הרביעית.

42. י"נ אפשטיין, מבואות לספרות האמוראים, ירושלים תשכ"ג, עמ' 201-202; אפשטיין, (לעיל הערה 25), עמ' 720; י"נ אפשטיין, מבואות לספרות התנאים, ירושלים תשי"ז, עמ' 143-144. אפשטיין מסתייע מהנוסח 'גדר את...' (ראה לעיל הערה 15), אך ראה מ' סבתו, "המקיף את חברו משלש רוחותיו בבלי" (בבא בתרא ד ע"ב-ה ע"א): לבירור היחס שבין ביקורת הנוסח לשאלות עריכה בחקר התלמוד הבבלי, תרביץ, ע (תשס"א), עמ' 202.

43. אפשטיין (לעיל הערה 42), עמ' 201-202 מתייחס לכך: 'ומשנתנו אינה דומה אפוא למשנה הסמוכה "סמך לו כותל אחר מגלגלין עליו וכו", ויהיה כאן "עליו" = "חבירו" הנזכר לפני זה'. יש להעיר, שהלכת התוספתא 'מגלגלין עליו את הכל' מתייחסת לחברו ולא לזה שעמד וגדר.

ב. כמו כן, הניסוח 'אם עמד' קשה ואינו מתאים למקיף, שהרי הוא כבר הקיף משלוש רוחות.<sup>44</sup>

סבתו סבור שהדמיון בין שתי המשניות מכריע את הכף והוא מחייב אותנו לפרש ש'אם עמד' פירושו עמד ניקף.<sup>45</sup> מ"מ, הוא מסכים עם אפשטיין שניתן לקרוא את המשנה ככולה ר' יוסי, והמקרה הראשון מכוון למקיף והמקרה השני לניקף. המשנה לא תיארה מקרה שהמקיף גודר את הרוח הרביעית, כיוון ששדותיו מקיפים אותו משלוש רוחותיו ולא מהרוח הרביעית.

הצעתו של סבתו במשנה זאת מסתברת גם מגופה של הלכה. לפי ביאורו, אין מעשה הגידור של המקיף מחייב את הניקף גם אם יקיף מארבע רוחותיו, שהרי השדה אינה עשויה לכך,<sup>46</sup> ורק כאשר הניקף גילה דעתו שהוא מעוניין בכך קונה את הגדר ומתחייב בתשלומיה. משנה זאת דומה למשנה הבאה (כותל מעל ד"א) ובשתיהן החיוב בתשלומים נובע מפעולת בנייה של השכן שמהווה גילוי דעת שלו.

נמצא שהמשנה עוסקת במקרה שבו השדה והחצר אינן עשויות לכך (לגדר בשדה ולכותל מעל ד"א בחצר), ולכן החיוב נובע מגילוי דעת של השכן הרוצה לקנות.

44. ראה רשב"א ב"ב ד ע"ב: 'משמע שעמד עכשיו מי שלא עמד עדיין דהיינו ניקף'. אפשטיין (לעיל הערה 42), עמ' 202 מתייחס לכך וכותב: 'ואם עמד פירושו אחרי זמן! (וגם ראשונה ושניה וכו', לא בפעם אחת נגדרו ולכן חולקים)'.  
45. סבתו (לעיל הערה 42), עמ' 202-203. וראה לעיל הערה 16 שבשניים מכתבי היד של הבבלי גורסים במשנה 'אם עמד ניקף'. אך הנתונים מראים בבירור שגרסה זאת אינה מקורית וכתבי יד אלו הגיהו את המשנה לפי סוגיית ב"ק כ ע"ב. וראה סבתו (לעיל הערה 42), עמ' 202 שהציטוט בסוגיית ב"ק אינו ציטוט מילולי, אלא ציטוט בתוספת לשון הסבר. נאה (לעיל הערה 17), עמ' 152 הערה 29 כותב: 'שהרי לשון גלגול משמעו לכאורה, שאם נתחייב במשהו מגלגלין עליו גם חובות אחרים... מתוך שגדר ושילם על גדר אחת מגלגלין עליו תשלומי השלוש האחרות'. לפי דבריו, הלשון הזאת הולמת את המקרה שעמד הניקף ושילם על הגדר הרביעית וגלגלו עליו את שאר הגדרות, ולא למקרה שהמקיף לבדו הקיף והשני חייב בתשלום כולו. אך נראה שאין להוכיח מלשון זאת, שהרי בתוספתא הדין 'מגלגלין עליו את הכל' מתייחס לחיוב כולו (בעל הגינה בנה את הכותל ובעל החורבה חייב לשלם), ולא להרחבת תשלום שהתחיל בו.

46. שדה אינה עומדת לגידור, וראה להלן סעיף ד' כיצד מיישבים הראשונים את משנתנו לפי הקריאה שהניקף חייב אפילו אם המקיף גדר מארבע רוחותיו.

ואילו התוספתא עוסקת בחורבה העשויה להיבנות, ולכן בניית הכותל לבדה מחייבת את בעל החורבה בתשלום הכותל.<sup>47</sup>

### ג. ביאור הבבלי למשנת המקיף את חברו

משנת המקיף מחייבת את הניקף רק אם גילה דעתו. הלכה זאת מעוגנת בלשון המשנה. אך בעיקר הלכה זאת הולמת את דין הבקעה שלא נהגו לגדור בה, ולכן אין לחייב את הניקף לבנות או לשלם על בנייה חד צדדית של המקיף. ברם, עיון בשתי סוגיות בבבלי מלמד שהן מבארות את המשנה באופן אחר. לפי ביאורן עולה האפשרות שהניקף חייב גם אם המקיף הקיף את הרביעית. כאמור, שיטה זאת קשה מבחינה משפטית שהרי בקעה אינה עשויה לגדור. בסעיף זה אבחן את פרשנות הבבלי למשנה בכל אחת מהסוגיות. ובעיקר, אנסה לעמוד על המניע של הסוגיה הבבלית ביצירת שיטה זאת – האם קריאת המשנה הניעה אותה ליצור שיטה זאת או שמא דווקא מגמה משפטית הובילה ליצירת שיטה זאת ולקריאה מחודשת במשנה. בסוגיית הבבלי בב"ק כ ע"ב מובא כך:<sup>48</sup>

[א] תנן: המקיף חברו משלש רוחותיו, וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית – אין מחייבין אותו;  
הא רביעית – מחייבין אותו  
[ב] ש"מ: זה נהנה וזה לא חסר – חייב! שאני התם, דאמר ליה: את גרמת לי הקיפא יתירא.  
[ג] ת"ש, א"ר יוסי: אם עמד ניקף<sup>49</sup> וגדר את הרביעית – מגלגלין עליו את הכל;  
טעמא דגדר ניקף, הא מקיף – פטור  
[ד] ש"מ: זה נהנה וזה לא חסר – פטור! שאני התם, דאמר ליה: לדידי סגי לי בנטירא בר זוזא.

47. ליברמן, תוסכפ"ש ב"מ, עמ' 305 מעיר: 'ודין התוספתא כדין משנתנו אלא שבנידון דידן אין כאן אלא פירצה אחת'. כאמור, פשט המשנה אינו כן והחייב הוא רק כאשר יש גילוי דעת. יש להדגיש שהמסורות אינן חולקות אלא עוסקות במקרים שונים, התוספתא בחורבה העשויה להיבנות ואילו המשנה בשדה שאינה עשויה לגדר.

48. בהמשך אדון בהקשר שבו מובאת המשנה.

49. תיבת 'ניקף' נמצאת בכ"י מינכן 95, אסקוריאל, המבורג ובדפוסים. בכ"י פירנצה 'מקף' (אולי הכוונה בקובץ תחת המ"ם=מוקף). בכ"י וטיקן 116 ליתא 'ניקף'. וראה לעיל הערה

לפי סוגיית הבבלי בב"ק יש מחלוקת במשנה (כך עולה מפסקאות א, ג). ת"ק סובר שאפילו אם המקיף הקיף את הרביעית מתחייב הניקף, ואילו ר' יוסי סובר שרק אם הניקף עמד והקיף את הרביעית חייב לשלם. כאמור, לפי פשט המשנה החיוב הוא רק כאשר יש גילוי דעת של הניקף. אולם לפי סוגיית ב"ק, ת"ק מחייב את הניקף אפילו אם רק המקיף הקיף! מהי המחלוקת בין ת"ק לר' יוסי לפי סוגיה זאת? הסוגיה עוסקת בדין של הדר בחצר חברו שלא מדעתו. הגמ' מעמידה את הבעיה במקרה שהחצר לא קיימה לאגרא וגברא דעביד למיגר (=זה נהנה וזה לא חסר).<sup>50</sup> היא מוכיחה מת"ק, המחייב אפילו אם הניקף הקיף מארבע רוחותיו, שהניקף חייב על ההנאה למרות שהבונה לא חסר, שהרי בנה את הכותל גם לעצמו (=זה נהנה וזה לא חסר חייב). לפי"ז, החיוב של הניקף הוא על ההנאה שמקבל מבניית הכותל (גם לפי דחיית הגמ' שהוא חסר, מ"מ החיוב הוא על ההנאה).<sup>51</sup>

50. א' כהן, ה'חסרון' בסוגיית "זה נהנה וזה לא חסר", תעודה, י (תשנ"ו), עמ' 58-64 מסיק שאוקימתא זאת של הבבלי אינה הולמת את מחלוקת האמוראים שם. הקושי העיקרי בהעמדת הבבלי הוא מדעת רמי בר חמא הסובר שהדר בחצר חברו שלא מדעתו חייב ומביא ראיה מהמשנה ב"ק ב, ב הפוטרת בהמה שאכלה ברה"ר מנזק השן אך מחייבת בתשלומי הנאה. לפי הבבלי המעמיד את הדיון במקרה שאינו חסר, הראיה אינה מובנת שהרי הוא חסר. משום כך, הבבלי נדחק ומבאר את הראיה של רמי בר חמא שבעל הפירות המניח אותם ברה"ר הפקיר אותם, וראה כהן, עמ' 59-61 שניסיונות המפרשים לבאר תירוץ זה אינם עומדים במבחן הביקורת. כהן מבאר שמחלוקת האמוראים היא האם הנאה יוצרת עילת תביעה עצמאית - רמי בר חמא סובר שהיא יוצרת חיוב, ואילו רבא סובר שהמשנה מחייבת רק כאשר יש נזק בפועל שפטור עליו אך ההנאה משמשת כדרך חלופית לפיצוי.

51. הנחה זאת של הסוגיה קשה, שהרי המשנה מחייבת אותו לשלם על הכותל כולו ולא רק על ההנאה. ואם כן, המשנה אינה עוסקת בחיובי הנאה אלא בקניין הכותל ע"י הניקף, ולכן חייב בתשלומים על הכותל עצמו (כפי שיוּרד קונה את השבח עצמו וחייב לשלם עליו ראה לעיל הערה 39). רא"ז מלצר, אבן האזל, הלכות שכנים פ"ג ה"ד מתרץ את הסוגיה: 'דאם זה נהנה וזה לא חסר פטור, א"כ לא נוכל לומר דניחא ליה במה שהוציא המקיף הוצאות, דכיון דהוא פטור למה יתרצה לשלם כיון שהמקיף צריך לגדר גם בשביל עצמו, ולכן הוצרכו בגמ' לתירוצא דאת גרמת לי'. כלומר, אם הוא פטור על תשלומי ההנאה אז אין לו צורך לקנות את הכותל שהרי הבונה לא יפרק אותו (בניגוד לדין 'יורד' שם אם לא יקנה את השבח, הבונה יטול עציו ואבניו), אך אם הוא חייב לשלם על ההנאה אז מעדיף לקנות את הכותל. וא"כ מהמשנה שמחייבת אותו לשלם אם הקיף המקיף מוכח שחייב לשלם על הנאה.

הגמ' ממשיכה ודנה בדעת ר' יוסי. לפי ר' יוסי רק אם הניקף הקיף את הרביעית מגלגלין עליו את הכל, אך אם המקיף הקיף את הכל אז הניקף פטור מלשלם. הגמ' רוצה להוכיח מכאן שזה נהנה וזה לא חסר פטור. כלומר, הניקף מעוניין בכותל אך הוא לא מתחייב בתשלומי הנאה כיוון שהבונה לא חסר. הגמ' דוחה את הראיה מדעת ר' יוסי ומעלה את האפשרות שהוא סובר שהניקף חייב תשלום מועט גם אם המקיף הקיף את הרביעית. מסוגיית ב"ק עולות שתי אפשרויות בביאור דברי ר' יוסי:

א. הניקף פטור כאשר המקיף הקיף כי אין חיוב לשלם על הנאה כאשר המהנה לא חסר.

ב. הניקף חייב תשלום מועט כאשר המקיף הקיף ויש חיוב תשלומי הנאה גם כאשר המהנה לא חסר.

ברם, שתי האפשרויות קשות. האפשרות הראשונה קשה, שהרי אם הניקף פטור כיוון שאין חיוב תשלומים על הנאה, מדוע הניקף חייב כאשר הוא עצמו הקיף את הרביעית הרי פטור מתשלומי הנאה?<sup>52</sup> זאת ועוד, משנת המקיף את חברו אינה דומה לנידון בסוגיה שם, שהרי הדר בחצר חברו נהנה ללא ידיעת הבעלים, ואילו כאן הבעלים יזמו את פעולת בניית הגדר שגרמה להנאה והקנו לו את ההנאה ע"מ שישלם ואין לפטור אותו גם אם זה נהנה וזה לא חסר פטור.<sup>53</sup> גם האפשרות השנייה אינה הולמת את דעת ר' יוסי, שהרי צריך להוסיף נתון שאין לו זכר במשנה, ולפיו גם אם המקיף הקיף יש חיוב.<sup>54</sup>

הגמ' יכלה לבאר שלפי ר' יוסי הניקף אינו מעוניין בכותל שהרי שדה אינה עשויה לגדור, ולכן אין כאן הנאה שחייב לשלם עליה. אולם אם הניקף הקיף את הרביעית גילה דעתו שרוצה בכותל. כאמור, זהו הביאור הפשוט בדעת ר' יוסי,

52. תוספות בבא קמא כ ע"ב ד"ה 'טעמא' מתייחסים לקושי זה: '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'. אך ראה מהרש"ל (יש"ש ב"ק סי' טז) שמקשה עליהם: 'לא הבנתי סברתו כל עיקר מאחר דעיקר טעמא לפי האמת דפטור הדר בחצר חבירו משום דלא חסריה מידי... מאי חילוק בגילה דעתו'. וראה חי' ר' שמעון שקאפ ב"ק סי' כ' אות ב' מה שתירץ.

53. עמד על כך כהן (לעיל הערה 50), עמ' 77.

54. על תירוץ הגמ' אין להקשות מדוע כאשר הניקף מקיף את הרביעית חייב בתשלום מלא, כיוון שבמקרה שהמקיף הקיף הוא יכול לטעון שאין לו צורך בכותל יקר. אך כאשר הוא עצמו השלים את הרביעית הוא לא יכול לטעון זאת, שהרי גם הוא בנה כותל מאותו החומר.



שהרי אם הוא פוטר בגלל שאין חיוב תשלומים על ההנאה, אזי היה צריך לפטור גם כאשר הניקף הקיף את הרביעית. כמו כן, לפי ביאור זה לא צריך להידחק ולומר שר' יוסי מחייב תשלום מועט כאשר המקיף הקיף, נתון שאין לו זכר בדברי ר' יוסי.

מכאן שמגמת הסוגיה היא להעמיד את המחלוקת בשאלת גובה התשלום ולא להעמיד את המחלוקת בשאלת הרצון של הניקף.<sup>55</sup> כלומר, הסוגיה מבארת שלכל הדעות הניקף רוצה בכותל כי שדה עשויה לגדור,<sup>56</sup> והמחלוקת היא האם חייב לשלם על ההנאה (כך מתפרשת דעת ר' יוסי בהוכחת הגמ') או שהמחלוקת היא האם צריך לשלם תשלום מועט או תשלום מלא (לפי תירוץ הגמ'). נמצא שלפי תירוץ הגמ' לכלל הדעות חייב לשלם גם כאשר המקיף הקיף!<sup>57</sup> לסיכום, סוגיית ב"ק שונה מפשט המשנה בשתי נקודות: א. לפי הסוגיה שם, המשנה אינה כולה ר' יוסי ויש מחלוקת במשנה. ב. יש אפשרות שלפי דעת ר' יוסי אפילו אם המקיף הקיף את הרביעית יש חיוב תשלומים. מה הניע את הסוגיה? הנקודה הראשונה יכולה להיות תוצאה של קריאת המשנה כמחלוקת, כיוון

55. כפי שכתבתי, הראיה ממשנת המקיף אינה מתאימה לנושא הסוגיה שם כיוון שמדובר בקניין ולא בתשלומי הנאה (לעיל הערה 51). בנוסף לכך, הוא מהנה אותו על מנת לשלם ובוזא אין מחלוקת שחייב ראה לעיל ליד הערה 53. אפשר שעצם הבאת הראיה מהמשנה בסוגיה שם נועדה כדי להשוות את משנת המקיף לדין זנוזל"ח, וכך לפרש שגם לפי ר' יוסי הניקף מעוניין בגדר ובכל זאת פוטר מתשלומי הנאה (=זנוזל"ח פטור) או שמחייב דבר מועט. אם כי, ייתכן שהסוגיה מביאה ראיה זאת מטעמים ספרותיים כדי לעבות את המו"מ בסוגיה שם. בכל אופן, הראיה מר' יוסי קשה (ראה לעיל הערה 52) וכן התירוץ אינו נצרך והיה אפשר לתרץ שהניקף כלל אינו רוצה בהנאה. מכאן נראה שלפחות מגמת המו"מ בדברי ר' יוסי היא להציע ביאור מחודש לדברי ר' יוסי במשנתנו, ולפיו הניקף מעוניין בגדר ואולי אפילו צריך לשלם תשלום מועט (אפשר להציע שמגמת הסוגיה היא לחזק את השיטה שזה נהנה וזה לא חסר פטור ולכן תירצו כך את ר' יוסי, כדי שפשט דברי ר' יוסי יתאים לשיטה זאת, ואילו לשיטה שחייב צריך להידחק שגם ר' יוסי מחייב. ברם, ראה לעיל ליד הערה 52 שגם פשט דברי ר' יוסי אינו הולם את השיטה שזנוזל"ח פטור).

56. ראה חידושי הגר"ח על הש"ס (סטנסיל), סי' רכו, עמ' קכו: צ"ב עיקר ראית הגמ', דבכל מקום זנוזל"ח הרי מ"מ ההנאה היתה מדעתו אבל הכא שהוא מהנה אותו איך נחייבו על ההנאה, אמנם כיון דכתב הרמב"ן דהוי כשדה העשויה ליטע דאמדינן דעתיה שוב הוי כמדעתו.

57. גם לפי השיטה שזה נהנה וזה לא חסר פטור אפשר לקבל את מסקנת הסוגיה לפיה ר' יוסי מחייב גם כאשר המקיף הקיף כיוון שהמקיף חסר (את גרמת לי היקיפא יתירא). זאת ועוד, במקרה זה לכו"ע חייב על ההנאה ראה לעיל ליד הערה 53.

שבסיפא נמצאת דעת ר' יוסי הסיקו שהרישא היא דעת ת"ק. ברם, הנקודה השנייה אינה נוחה בפרשנות המשנה ואדרבה הפרשנות הפשוטה היא שרק כאשר הניקף גדר את הרביעית חייב כי גילה דעתו. נראה שמגמת הבבלי היא לחייב את הניקף גם כאשר המקיף הקיף, והמגמה המשפטית הניעה את הבבלי לפרשנות מחודשת של דעת ר' יוסי במשנה.

הבבלי בסוגיית ב"ק נדחק לבאר שר' יוסי מחייב גם כאשר המקיף הקיף, למרות שר' יוסי התייחס בדבריו רק למקרה שעמד הניקף. אולם הבבלי בסוגיית ב"ב ד ע"ב מבאר את דברי ר' יוסי בעמד המקיף, ומפורש בדבריו שהניקף חייב הכל גם כאשר המקיף הקיף! מאידך הגמ' מדייקת מדברי ת"ק שכאשר גדר המקיף את הרביעית הניקף חייב, וא"כ במה חולקים ת"ק ור' יוסי? הסוגיה שם פותחת במחלוקת רב הונא וחייה בר רב על גובה התשלומים לפי ר' יוסי:

איתמר, רב הונא אמר: הכל - לפי מה שגדר; חייה בר רב אמר: הכל - לפי דמי קנים בזול.

כאמור, ההנחה בסוגיה היא שת"ק ור' יוסי חולקים. הגמ' מציעה ארבע הצעות בביאור המחלוקת. אביא תחילה את שלוש ההצעות הראשונות שבהן אין שינויי נוסח תוכניים:<sup>58</sup>

א. לפי רב הונא, ר' יוסי סובר שמשלם כפי מה שגדר ות"ק סובר שמשלם רק דמי קנים בזול.<sup>59</sup>

ב. לפי חייה בר רב, ר' יוסי סובר שמשלם דמי קנים בזול, ות"ק סובר שמשלם רק אגר נטירא.<sup>60</sup>

58. טבלה משווה של עדי הנוסח לסוגיה ראה אצל סבתו (לעיל הערה 42), עמ' 192-193. בכתבי היד יש חילוף סדר בהצעת התירוצים, וראה א' וייס, דיונים ובירורים בבבא קמא, ירושלים וניו יורק תשכ"ז, עמ' 287 הערה 39; סבתו (לעיל הערה 42), עמ' 196-197.

59. לפי שיטה זאת ידו של המקיף על התחתונה, ולכן הניקף לא משלם את כל הכותל. אכן, התוספתא כתובות פ"ח ה"י פוסקת שידו של היורד על התחתונה, ראה לעיל במבוא.

60. שתי ההצעות הראשונות דומות להצעה בסוגיית ב"ק אך בחילוף השיטות. לפי סוגיית ב"ק ר' יוסי סובר שהוא משלם רק תשלום מועט, ואילו לפי סוגיית ב"ב ר' יוסי סובר שהוא משלם על הכותל. הבדל זה נובע מכך שבסוגיית ב"ק מפרשים את דברי ר' יוסי שעמד הניקף ור' יוסי מקל על הניקף ומחייב תשלום מלא רק שעמד הניקף, ואילו בסוגיית ב"ב מפרשים את דבריו שעמד המקיף, ולכן עיקר המחלוקת היא במשפט 'מגלגלים עליו את הכל' ור' יוסי מחמיר על הניקף ומחייב 'הכל'.

ג. לפי ת"ק חייב לשלם רק על הרביעית<sup>61</sup> ור' יוסי סובר שמשלם על כל הגדר.

לפי שלוש ההצעות הללו, לכל הדעות הניקף רוצה לקנות את הגדר גם אם המקיף הקיף את הרביעית, והם חולקים בגובה התשלום.<sup>62</sup> כאמור, לפי סוגיית ב"ב אלו דברי ר' יוסי (עמד המקיף) ואין צורך להידחק ולהוסיף זאת לדבריו כפי שתירצו בסוגיית ב"ק.

בהצעה האחרונה כפי שהיא נמצאת בדפוס וילנא יש שתי לשונות:<sup>63</sup>

איבעית אימא: מקיף וניקף איכא בינייהו, דת"ק סובר: טעמא דעמד ניקף דמגלגלין עליו את הכל, אבל עמד מקיף - אינו נותן לו אלא דמי רביעית; ורבי יוסי סבר: ל"ש ניקף ול"ש מקיף, אם עמד וגדר - מגלגלין עליו את הכל.  
לישנא אחרינא: מקיף וניקף איכא בינייהו, ת"ק סבר: אם גדר מקיף את הרביעית נמי יהיב ליה; ורבי יוסי סבר: אם עמד ניקף וגדר את הרביעית הוא דיהיב ליה, דגלי דעתיה דניחא ליה, אבל אם גדר מקיף - לא יהיב ליה מיד.

לפי הצעה זאת יש מחלוקת בין ת"ק לר' יוסי במקרה שהמקיף הקיף את הרביעית (כאשר הניקף הקיף את הרביעית לכו"ע חייב על הכל). לפי הלשון הראשונה ת"ק סובר שחייב רק על הרביעית ואילו ר' יוסי סובר שחייב על הכל.

61. עמדה זאת קשה להולמה שהרי אם הוא רוצה לקנות מדוע לא חייב על כל הגדר, וראה רש"י: 'אבל דמי הראשונות לא יהיב ליה שכבר יצא מהם זכאי בבית דין שהיו שם ימים רבים ולא הועילו לו'.

62. לפי הצעות אלה המחלוקת באה לידי ביטוי בדברי ר' יוסי 'הכל', ולכן הוא מחייב יותר מת"ק. הירושלמי ב"ב א, ד (יב ע"ד) אומר: 'רב חונה אמ' ובלבד כשעה שבנה עכשיו, דאין הוה בני דכיפין בני לה כיפין ברם הכא הוה בני דכיפין ובנתיה בליבנין גבי לה כיפין וכל שעה דנפיל בני לה. ר' יוסי או'... רב הונא אמ' מגלגלין עליו פשוטו שלכותל'. לפי ביאור הפני משה סוגיית הירושלמי מציעה מחלוקת בין ת"ק לר' יוסי בגובה התשלום. ת"ק סובר שהכל לפי השער של הגדר הרביעית שגדר המקיף, ואם גדר אותה רק בלבנים משלם לו רק לבנים גם על שלוש הראשונות אפילו אם בנה אותן מאבנים. ואילו ר' יוסי סובר שמשלם לו לפי מה שגדר. ברם, כבר הרמב"ן מפרש את הירושלמי באופן שונה, ולדבריו הסוגיה לא מציעה מחלוקת בין ת"ק לר' יוסי ומבארת רק את דברי ר' יוסי עי"ש (והלך בעקבותיו ליברמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 175-176). נאה (לעיל הערה 17), עמ' 151-152 מבאר את סוגיית הירושלמי על משנת 'כותל שנפל' ולדבריו היא אינה מוסבת כלל על משנת המקיף עי"ש.

63. בדפוס פיזרו ודפוס ונציה הן מובאות כשתי הצעות עם המונח 'איבעית אימא' לפנין. בדפוס וילנא השתמשו במונח 'לישנא אחרינא' שמורה על שתי לשונות להצעה זאת.

כלומר, לכו"ע חייב הניקף לשלם גם אם המקיף הקיף את הרביעית והם חולקים האם על הכל או רק על הרביעית.

לפי הלשון השנייה כאשר המקיף הקיף את הרביעית ת"ק מחייב על הכל ואילו ר' יוסי פוטר לגמרי. לפי לשון זאת ר' יוסי מחייב רק אם גילה דעתו שמעוניין אך אם המקיף הקיף אז אין הכרח שהוא מעוניין בזה ולכן פטור. לשון זאת דומה לביאור המחלוקת בסוגיית ב"ק, אך בסוגיית ב"ב נראה שר' יוסי סובר שללא גילוי דעת אין הכרח שהוא מעוניין בכותל ולכן פטור מלשלם.

ברם, עיון בנוסח הצעה זאת מגלה ששתי הלשונויות בגרסת הדפוס הן גרסת כלאיים שהובאו בה שתי גרסאות קדומות של סוגיה זאת. חילוף הגרסה בסוגיה הוא בין גרסת הגאונים לבין גרסת רש"י.<sup>64</sup> לפי גרסת רש"י ת"ק סובר שחייב גם אם המקיף גדר את הרביעית, ואילו לפי ר' יוסי אם המקיף גדר, אזי הניקף חייב רק על הרביעית ואם הניקף גדר חייב על הכל. לפי גרסת הגאונים, ת"ק סובר שאם המקיף גדר את הרביעית משלם הניקף דמי רביעית, ואם הניקף גדר את הרביעית משלם את הכל. ואילו לפי ר' יוסי בין אם הניקף הקיף את הרביעית ובין אם המקיף הקיף את הרביעית משלם הניקף את הכל.<sup>65</sup>

אפשטיין הכריע כגרסת הגאונים, כיוון שהיא מתאימה למעשה המובא בסמוך ברבינא שהקיף את רוניא ובסופו פסק רבא נגד רוניא 'ואי לא דיינינא לך כרב הונא אליבא דר' יוסי'.<sup>66</sup> סבתו מסכים להכרעתו של אפשרטיין ומוסיף נימוקים נוספים התומכים בהכרעה זאת.<sup>67</sup> גרסת רש"י תואמת את סתם התלמוד בסוגיית ב"ק ומסתבר שהיא פרי הגהה כדי להתאימה לסוגיית ב"ק, ואילו לפי גרסת הגאונים סוגיית ב"ק וסוגיית ב"ב מוחלפות.<sup>68</sup>

64. הרשב"א מביא את גרסת הגאונים מול גרסת רש"י.

65. גרסת רש"י נמצאת בכה"י פריז, פירנצה, מינכן ווטיקן. גרסת הגאונים נמצאת בכ"י אסקוריאל. החל מדפוס ראשון שולבו שתי האוקימתות זו בצד זו (גם בגיליון כ"י אסקוריאל הוסיף את גרסת רש"י). ראה סבתו (לעיל הערה 42), עמ' 198-199 שמכריע שמדובר בשתי אוקימתות השייכות למסורת הנוסח, ואין מקום לדברי החוקרים שראו בסוגייתנו הרכבה של שתי סוגיות שכל אחת מהן כללה אחת משתי האוקימתות ראה שם עמ' 199 הערה 27.

66. אפשרטיין (לעיל הערה 42), עמ' 203.

67. ראה סבתו (לעיל הערה 42), עמ' 200-201.

68. יש לציין, שיש הבדל נוסף בין ההצעה בב"ב להצעת המחלוקת בב"ק. לפי סוגיית ב"ק אם הקיף המקיף, אזי הדעה המקילה עם הניקף (=ר' יוסי) לא מחייבת את הניקף בתשלומי רביעית. ואילו לפי סוגיית ב"ב אם הקיף המקיף, אזי הדעה המקילה עם הניקף (=ת"ק לפי גרסת הגאונים, ר' יוסי לפי גרסת רש"י) מחייבת את הניקף בדמי הרביעית. הבדל זה

מדוע סוגיית ב"ב מבארת את דברי ר' יוסי בעמד המקיף בניגוד לפשט המשנה? סבתו סבור שסוגיית ב"ב פירשה את המשנה בניגוד לפשט לשונה ש'אם עמד' מוסב על הניקף, כיוון שמפסקו של רבא לרוניא 'ואי לא דייננא לך כרב הונא אליבא דר' יוסי' משמע שר' יוסי מחמיר ומחייב את הניקף גם כאשר המקיף הקיף את הרוח הרביעית.<sup>69</sup> ברם, סבתו מעיר שאין ללמוד מהפסק של רבא שכך פירש את המשנה (רק העורך הסיק מהפסק של רבא שכך הוא מפרש את המשנה).<sup>70</sup> ברצוני להציע מניע אחר לפרשנות הסוגיה את המשנה. כאמור, בסוגיית ב"ק מגמת הבבלי לחייב את הניקף גם אם המקיף הקיף, ולכן העלו אפשרות להוסיף זאת לדעת ר' יוסי.<sup>71</sup> ייתכן, שזאת גם המגמה של עורך הסוגיה בב"ב, והוא אף צועד צעד אחד קדימה ומפרש את דברי ר' יוסי שעמד המקיף והחייב במקרה זה

נובע מכך שדעת ת"ק נלמדת מדיוק ('הא רביעית מחייבין אותו'), ולכן מוכרחים לומר שגם אם המקיף הקיף חייב הניקף. מכיוון שלפי גרסת הגאונים ר' יוסי מחייב כאשר הקיף המקיף, אזי צריך לומר שת"ק מחייב רק על הרביעית, אך א"א לומר שהוא לא מחייב כלל בגלל הדיוק בדבריו. מעניין לציין שעמדה זאת חדרה בהיפוך לגרסת רש"י בב"ב, למרות שאין צורך בדוחק זה, שהרי אין הכרח לומר שר' יוסי סובר שאם המקיף הקיף חייב הניקף בדמי רביעית. סבתו (לעיל הערה 42), עמ' 200-201 מוכיח מכאן שגרסה זאת משנית ונוצרה מהעתקת הדעות בהיפוך מגרסת הגאונים (אכן בגרסת הדפוסים גרסו שלפי ר' יוסי אם המקיף הקיף אזי הניקף פטור לגמרי).

69. בבלי בבא בתרא דף ה, א: 'רוניא, אקפיה רבינא מארבע רוחותיו. א"ל: הב לי כמה דגדרי, לא יהיב ליה. הב לי לפי קנים בזול, לא יהיב ליה. הב לי אגר נטירותא, לא יהיב ליה. יומא חד הוה קא גדר דיקלי, אמר ליה לאריסיה: זיל שקול מניה קיבורא דאהיני. אזל לאתווי, רמא ביה קלא, א"ל: גלית דעתך דמינח ניחא לך, לא יהא אלא עיזא בעלמא, מי לא בעי נטירותא? א"ל: עיזא בעלמא לאו לאכלווי בעיא. א"ל: ולא גברא בעית דמיכלי לה? אתא לקמיה דרבא, א"ל: זיל פייסיה במאי דאיפייס, ואי לא, דאיננא לך דינא כר"ה אליבא דרבי יוסי'.

70. סבתו (לעיל הערה 42), עמ' 204 מעיר שספק אם בכך כיוון העורך לדעתו של רבא, שכן רבא נקט לשון איום כללית כדי לזרז את רוניא להתפייס עם רבינא ואין ללמוד מכאן על הבנתו את דעת ר' יוסי. וראה שם עמ' 200 הערה 30 שיש חוקרים (וייס ועץ חיים) המבארים את פסקו של רבא גם אם ר' יוסי מחייב רק בעמד ניקף, כיוון שרוניא גילה דעתו שרוצה בגדר. אך סבתו סובר שאין במעשהו של רוניא גילוי דעת מספיק כדי לחייב אותו, ואינו דומה למקרה שהניקף גדר את הרביעית.

71. הסוגיה שם ודאי לא מתאימה לפסק של רבא שמחייב תשלום מלא לפי ר' יוסי, וא"כ אינה מושפעת ממנו.

מפורש בדבריו ואף מחייב את הכל.<sup>72</sup> לפי"ז, אין מדובר בהשפעת הפסק של רבא על עורך הסוגיה, אלא העורך השתמש בפסק של רבא כדי לחזק את פירושו המחודש למשנה.

לסיכום, המשנה והתוספתא מציעות מקרים בהם ניתן לכפות על השכן בניית כותל משותף. התוספתא מוסיפה את הדין בחורבה שבה אין כפייה, אולם אם השכן בנה לבדו מתחייב השני כיוון שחורבתו עשויה להיבנות. המשנה עוסקת בשדה בין השדות שהקיפו אותה בגדר ובכותל מעל ד"א שאין בהם דין כפייה, אולם אם הניקף או השכן גילה דעתו שנוח לו בכותל חייב לשלם. ברם, לפי כל הביאורים בבבלי למשנה, הניקף רוצה בגידור גם אם המקיף הקיף מארבע רוחותיו. לפי סוגיית ב"ק, ר' יוסי מתייחס בדבריו למקרה שעמד הניקף, אך ייתכן שסובר שגם כאשר המקיף הקיף חייב לשלם תשלום מועט. לפי סוגיית ב"ב, ר' יוסי מתייחס בדבריו למקרה שעמד המקיף ומחייב את הניקף לשלם את הכל. בכך השווה הבבלי את המשנה לתוספתא ושתיהן עוסקות בחיוב צד אחד ע"י מעשה חד צדדי של הצד השני.

כאמור, הבבלי ייפה את כוחו של הבונה, ולפיו השדה עשויה לגידור ולכן מעשה חד צדדי של המקיף יחייב את הניקף.<sup>73</sup> חיוב זה נובע מהלכת יורד המחייבת את בעל הקרקע לשלם עבור הבנייה בשטחו.<sup>74</sup> המניע של הבבלי לפרש את המשנה

72. דעת ר' יוסי חשובה כיוון שההלכה היא כר' יוסי. יש עדי נוסח לסוגיית ב"ב בהם נמצא במפורש בשם רב יהודה אמר שמואל שהלכה כר' יוסי ובדפוס וילנא אף נוסף 'ל"ש עמד ניקף ל"ש עמד מקיף'. סבתו (לעיל הערה 42), עמ' 209-211 סובר שאין לגרוס פסק זה, וראה שם השערתו כיצד נוצר פסק זה וחדר לחלק מהגרסאות.

73. אפשר, כמובן, שהבבלי סובר שבעל הקרקע לא יכול לומר לו טול עצין גם בקרקע שאינה עשויה לכך. ברם, זה אינו הולם את משנת כותל מעל ד"א המחייבת את השכן רק אם גילה דעתו.

74. במשנת המקיף את חברו חולקים הראשונים במיקום הכותל. הרמב"ם הלכות שכנים פ"ג ה"ד אומר: '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'. כלומר, הקניין הוא ע"י חצר הניקף שבה נמצא הכותל אך אם הכותל לא נבנה בחצרו אינו קונה את הכותל. הראב"ד חולק על הרמב"ם: 'א"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'. כלומר, אנו מחייבים את הניקף לקנות את הכתלים. ר' שמואל רוזובסקי מבאר את הראב"ד שהחיוב הוא כי הוציא

שלא כפשוטה תחילתו בקריאת המשנה כמציעה מחלוקת בין ת"ק לבין ר' יוסי (סוגיית ב"ק). אך הבבלי מבאר גם לפי דעת ר' יוסי שהניקף מעוניין בגדר ולפי זה מגמת הבבלי היא לקבוע שלכו"ע שדה עשויה לגדור ולכן חייב לשלם. בכך קירב הבבלי את דין הבקעה לדין החצר. אומנם בבקעה אינו יכול לכפות עליו לבנות יחד את הגדר, אך אם הוא בונה באופן חד צדדי חייב השני לשלם לו.<sup>75</sup>

#### ד. ביאורי הראשונים לשיטת הבבלי במשנת 'המקיף את חברו'

עמדה זאת של הבבלי, ולפיה שדה עשויה לגדור ולכן גם אם המקיף הקיף הניקף חייב, נסתרת מהלכת המשנה הפוסקת לגבי בקעה שבמקום שלא נהגו לגדור אין מחייבים אותו, ובעיקר לפי ביאורו של רבא בבבלי שסתם בקעה הוא מקום שלא נהגו לגדור.<sup>76</sup> הראשונים דנים בקושי זה ומציעים פתרונות שונים. ר' זרחיה הלוי מציע שמדובר בבקעה במקום שנהגו לגדור, ולכן מחייבים אותו אם גדר השכן מארבע רוחותיו (המאור הגדול, ב"ב ב ע"ב בדפי הרי"ף). ברם, ביאור זה קשה שהרי אם מדובר במקום שנהגו לגדור, יכול המקיף לחייב אותו להשתתף בכותל שביניהם ומדוע צריך המקיף להקיף מד' רוחותיו כדי לחייב אותו. משום כך נאלץ הרז"ה לבאר שאם תבעו מתחילה לכך מחייבים אותו להשתתף, אך אם הקדים המקיף וגדר מדעת עצמו אין מחייבים אותו עד שיגדור מד' רוחותיו.

הרמב"ן במלחמות ה' (ב"ב ב ע"ב בדפי הרי"ף) חולק על בעל המאור, ולדבריו אין להעמיד את המשנה במקום שנהגו לגדור, כיוון שבמקום שנהגו ודאי חייב לשלם למקיף: 'וכיון דהאי בנין אתרוייהו רמיא לסלוקי נזקא מינייהו שליחותא דידיה עבד'. ולכן הרמב"ן בחידושו מסכם: 'לפיכך העמידוהו כל המפרשים ז"ל במקום שלא נהגו לגדור בבקעה'. הרמב"ן בחידושו מבאר: 'ואין חיובו אלא שהוא נהנה בגדר משום היזק שן ורגל הוא (והיה) [שהיה] פרוץ לרה"ר'. כלומר, מדובר בגדר י' טפחים שמונעת היזק של בהמות והשדה עשויה לגדר כזאת אך אינו יכול לכפות

הוצאות על פיו שהרי ניחא לו בכתלים עי"ש, וא"כ אין מחייבים אותו לקנות אלא הוא חייב בתשלומים וממילא קנה.

75. אפשר שהבבלי מחייב אותו גם ללא גילוי דעת, כיוון שגם אם הוא מעוניין בכותל הוא לא יגלה דעתו כדי לא להתחייב, שהרי הבונה בנה אותו לצורכו ולא יפרק אותו. משא"כ ביורד לשדה חבירו שאם הוא לא יגלה את דעתו אזי הבונה יפרק את הכותל, ולכן אם בעל הקרקע מעוניין אז הוא יגלה את דעתו. וראה ורהפטיג (לעיל הערה 1), עמ' 73-79 דיונו על הנאה בלתי הדירה, כלומר מקרה שבו א"א לוותר על ההנאה ולומר טול עציץ ואבניך.

76. ראה לעיל הערה 25 שכך מבאר רבא בבבלי. וראה שם מקורות והפניות על הדין בבקעה.

עליו לבנות אתו.<sup>77</sup> הרמב"ן סובר שבשדה העשויה לכך הניקף לא יכול לומר לו טול עציך ואבניך.<sup>78</sup> כלומר, אנו מניחים שהוא מעוניין בגדר וממילא קנה אותה וחייב לשלם.

הרמב"ם הלכות שכנים פרק ג הלכה ג"ד כותב:

מי שהיה לו חורבה בין חורבות חברו ועמד חברו 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... 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.

הרמב"ם מביא את דין משנתנו ופוסק שהניקף חייב לשלם גם אם המקיף הקיף מארבע רוחותיו. ברם, הלכת הרמב"ם לא עוסקת בשדות אלא בחורבה הסמוכה לחורבות חברו, וכאשר חברו הקיף אותו מארבע רוחותיו הוא חייב לשלם על הכתלים. מדוע הרמב"ם לא מביא את המקרה בשדות כפי שהוא במשנה? כאמור, הבבלי בסוגיית ב"ב מבאר לדעת ר' יוסי שהלכה כמותו, שאף אם המקיף הקיף מארבע רוחותיו חייב הניקף. הלכה זאת קשה, שהרי אם מדובר במקום שנהגו

77. הרמב"ן מבאר שהחייב נובע מכיוון ששדה עשויה לגדור: 'שהרי זה דומה במקצת ליורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות...', ואלו עמד מעצמו ונטעה שמין לו וידו על העליונה ואינו יכול לומר לו טול עציך ואבניך כיון שהיא עשויה ליטע, אף כאן כיון שירד וגדר ושדה העשויה לגדור וצריכה לכך היא, אינו יכול לסלקו אלא שמין לו כיווד שלא ברשות'.

78. יש לציין, שהראשונים חולקים האם בקרקע העשויה להיבנות, בעל השדה יכול לומר ליורד טול עציך ואבניך, ראה אנציקלופדיה תלמודית (לעיל הערה 39), עמ' תעג-תעט. המחלוקת היא בקרקע העשויה להיבנות. אולם במקרה שהקרקע אינה עשויה להיבנות, לכו"ע יכול לומר לו טול עציך ואבניך, ראה לעיל הערות 9, 11. וראה ורהפטיג (לעיל הערה 1), עמ' 77-78 שאם מחה מראש יכול לומר לו טול עציך, ויש כאן צירוף של הוכחה להתנגדותו ע"י מחאה מראש יחד עם שיקול הרתעה שלא יוכל היורד לכפות על הנתבע החלטה כלכלית, ואין כאן פגיעה ביורד שכן ידע מראש שהוא פועל בניגוד לדעת בעל השדה. הרא"ש ב"ב פ"א סי' ז מבאר שבנידון דידן לא יכול הניקף לומר לו טול עציך ואבניך הואיל וראה את חברו גודר ושתק ודאי נוח לו. ברם, ביאור זה מצריך להעמיד את המשנה במקרה שהניקף ראה ושתק. זאת ועוד, כדי לחייב את בעל הקרקע (=הניקף) יש צורך בגילוי דעת ולא מספיק ששתק. החזו"א ב"ב סי' ב ס"ק ח מבאר שזאת תקנת חכמים מיוחדת שהניקף משלם למקיף.



לגדור מדוע הניקף חייב רק אם המקיף הקיף מארבע רוחות, ואם לא נהגו לגדור מדוע הניקף חייב אם המקיף הקיף מארבע רוחות.<sup>79</sup> משום כך, הרמב"ם מביא הלכה זאת בחורבה שעשויה להיבנות ולכן אם השכן בנה חייב לשלם אך א"א לכפות עליו לבנות.

מנין הביא הרמב"ם את המקרה בחורבה?

כאמור, מקרה זה נמצא בתוספתא ובברייתא בירושלמי. הרמב"ם מביא את המקרה כפי שהוא בברייתא בירושלמי (חורבה הסמוכה לחורבה). אומנם הרמב"ם משתמש בברייתא בירושלמי (חורבה ליד חורבה),<sup>80</sup> אולם הוא השאיר את המקרה במשנה שהמקיף הקיף מארבע רוחותיו (ולא רק כותל ביניהם).<sup>81</sup> פסק זה של הרמב"ם משקף את הקושי בהעמדת הבבלי את המשנה אפילו בעמד מקיף. הפתרון של הרמב"ם הוא מעניין, מחד הוא משאיר את המקרה של המשנה שהקיף מארבע רוחותיו וכן את דין המשנה לפי ביאור הבבלי המחייב גם בעמד המקיף, ומאידך מעמיד את המשנה בחורבה לפי הברייתא בירושלמי. כמוכך, שבמשנה אין זכר לכך שמדובר בחורבה ואף מסוגיית הבבלי במעשה של רוניא ורבינא עולה שמדובר בשדה.

79. כאמור, הרמב"ן ביאר שמדובר בגדר משום היזק שן ורגל שעשויה לכך אך אין כופים לבנותה. אך הרמב"ם מבאר את ההלכה העוסקת בכפיית גדר בגינה ובבקעה בגדר י"ט ולא בכותל ד"א, וז"ל הרמב"ם הלכות שכנים פרק ב הלכה טז: 'וכן בגינה כופהו להבדיל גינתו מגינת חברו במחיצה גבוהה עשרה טפחים, אבל בבקעה אין צריך להבדיל בקעתו מבקעת חברו אלא במקום שנהגו'. הלכה זאת של הרמב"ם נסתרת מסוגיית ב"ב ב ע"ב הסוברת שבגינה הכותל הוא משום היזק ראייה וראה על כך שו"ת הרמב"ם, מהדורות י' בלאו, ירושלים תש"ד, סי' שצה, עמ' 672-673; פוקס (לעיל הערה 24), עמ' 88 ובהערות 14,15 ובנסמן שם. נמצינו למדים, שלפי הרמב"ם בבקעה לא נהגו לגדור כלל ואינה עשויה לכך, ולכן אם המקיף הקיף מארבע רוחותיו אין לחייב את הניקף. כאמור, הבבלי בסוגיית ב ע"ב סובר שהדיון במשנה הוא משום היזק ראייה (כותל ד"א) ובקעה לא עשויה לכך, וא"כ משנתנו יכולה להתפרש על היזק שן ורגל ועשויה לכך (גדר י"ט).

80. ראה ביאור הגר"א חושן משפט סימן קנח ס"ק ז: 'וצ"ל דמתני' איירי בחורבות ואמרו בירושלמי סוף פ"ג דב"ב שחורבות עשויות ליבנות וה"ל כשדה עשויה ליטע'.

81. בברייתא בתוספתא ובירושלמי לא מוזכר שצריך להקיף מארבע רוחותיו, והחיוב הוא על הכותל ביניהם. הרמב"ם שילב את המקרה של התוספתא (חורבה) ואת המקרה של המשנה (הקיף מארבע רוחותיו). וראה אבן אבן האזל שמהרמב"ם הלכות גזילה פ"י ה"ט מוכח שחורבה אינה עשויה להבנות ולכן הוא מבאר: 'דע"כ צריך לחלק בין ליבנות ובין ליגדר דלעשות בנין ובית גמור אינה עשויה אבל עשויה ליגדר שתשמש בתורת חצר להניח שם חפצים'. לפי"ז מובן מדוע הרמב"ם עוסק בגידור החורבה מארבע רוחותיה.

### סוף דבר

במאמר עסקתי בהלכות התנאיות בתוספתא ובמשנה העוסקות בבניית כותל באופן חד צדדי. בבסיסן של הלכות אלו עומדת הלכת היורד לשדה חברו ששמין לו וידו על התחתונה. הלכות התוספתא עוסקות בבניית כותל בחורבה, ומכיוון שחורבה עשויה להיבנות מגלגלין עליו את כל ההוצאה. הלכת המשנה הראשונה עוסקת בבניית גדר סביב שדה בבקעה ע"י בעל השדות המקיפות אותה. המשנה כפשוטה מחייבת את בעל השדה בתשלום רק אם גילה דעתו שמעוניין בגדר, מכיוון ששדה אינה עשויה להיגדר. הלכת המשנה השנייה עוסקת בבניית כותל מעל ד"א. גם במקרה זה החצר אינה עשויה לכותל מעל ד"א, ולכן השני חייב רק אם גילה דעתו שנוח לו בכותל.

הבבלי קורא במשנת המקיף מחלוקת ת"ק ור' יוסי. יתירה מכך, הבבלי סובר שלכו"ע הניקף מעוניין בגדר ומכאן שהניקף חייב גם ללא גילוי דעת. ביאור זה הוביל את הרמב"ן למסקנה ששדה עשויה לגדור גדר י' טפחים. הרמב"ם לא מקבל מסקנה זאת, ולכן מביא את ההלכה, המחייבת אפילו אם רק המקיף הקיף, בחורבה העשויה להיבנות. הוא יוצר סינתזה בין הברייתא בירושלמי למשנה כדי להתגבר על הקושי בקריאה המחודשת של הבבלי במשנה.