

קם דינא והדר דינא

א

במשנה בבא בתרא (דף ד ע"ב) שנינו:

המקיף את חבריו משלש רוחותיו וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית אין מחייבין אותו רבי יוסי אומר אם עמד וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל.
בגמרא יש מספר אוקימתות היאך להעמיד את מחלוקת רבי יוסי ות"ק:

ואי בעית אימא ראשונה שניה ושלישית איכא בינייהו ת"ק סבר רביעית הוא דיהיב ליה אבל ראשונה שניה ושלישית לא יהיב ליה ור' יוסי סבר ראשונה שנייה ושלישית נמי יהיב ליה.
ומפרש רש"י:

דתנא קמא סבר - דמי רביעית יהיב ליה אם גדרה מקיף אבל דמי הראשונות לא יהיב ליה שכבר יצא מהם זכאי בבית דין שהיו שם ימים רבים ולא הועילו לו, ואם גדרה ניקף לרביעית לא יהיב ליה מידי כדפיר' שכבר יצא ידי בית דין מהם ולר' יוסי לא שנא גדרה ניקף ולא שנא מקיף מגלגלין עליו את הכל בכולן דמי קנים.

בפשטות נראה שרש"י ס"ל כשיטת בעל המאור ורבנו יונה, שהסבר מחלוקת רבי יוסי ות"ק היא אם קם דינא או הדר דינא; והיא כמחלוקת רבי אבא ורבי ירמיה בסוגיה ביבמות (דף לז ע"ב) לגבי ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם שמת, לאחר שספק ויבם כבר חלקו בנכסי המת, והיבם קיבל מספק חצי הנכסים. בני היבם דוחים את הספק שלא יקבל חלק בירושת

אביהם עד שיביא ראיה שהוא אחיהם, והוא טוען ממה נפשך: אם אני אחיכם, תנו לי את חלקי בירושה, ואם אני בן המת, תנו לי את החצי שלקח אביכם בנכסי אבא. רבי אבא בשם רב אמר קם דינא, ואינו מקבל לא את שאר נכסי המת ולא את נכסי היבם, ר' ירמיה אמר הדר דינא, ומחזירים לו חצי מנכסי המת, או שחולקים איתו בנכסי היבם.
וז"ל בעל המאור (דף ב ע"ב באלפס):

ראשונה שניה שלישיית איכא בינייהו כגון שלא גדר מתחלה אלא הג' רוחות ובא עמו לדין ופטרותו ב"ד מאחר שנשאר פרוץ מרוח רביעית אח"כ עמד וגדר את הרביעית וזימניה לדין וחייבוהו ב"ד ת"ק סבר רביעית דהשתא יהיב ליה אחריני דמעיקרא לא יהיב ליה שמאחר שפטרותו ב"ד מתחלה קם דינא ור' יוסי סבר הדר דינא והרי הוא כמו שגדר מתחלה מד' רוחות ומגלגלין עליו את הכל ויהיב ליה אפי' אחריני דמעיקרא.¹

וכן לשון רבנו יונה: "ורבי יוסי סבר הדר דינא כי מתחילה פטרותו לפי שלא נהנה במחיצות ועכשיו שנהנה מהן על ידי גדר רביעית מתחייב בכולן".

ביים של שלמה (יבמות פרק ד' סימן ט') תמה על בעל המאור שם שפסק הלכה בספק ויבם כרבי ירמיה דהדר דינא משום שהלכה כרבי יוסי שמגלגלין עליו את הכל:

ותימה לי על פה קדוש, מה ראייה הביא מהא דמגלגלין עליו את הכל, דהתם איירי באחד שהקיף שדה חבריו מכל צד, וגידר אותה מג'

גם לגבי ספק ובני יבם שהדר דינא, ולא כר"ף שפסק כרבי אבא שקם דינא.

1 וכן בבעל המאור ביבמות דף יא ע"ב באלפס כתב שטעמו של רבי יוסי הוא משום הדר דינא, ולכן פסק

האם נחייב את הכל משום דגלי אדעתיה דניחא ליה. לדעת בעל המאור משמע שרק אם גדר מקיף אפשר לומר שבית דין כבר פטרוהו ולכן לא ישלם, אבל אם גדר ניקף ניחא ליה וישלם הכל. אך ברש"י משמע שגם אם גדר הניקף נאמר שכבר יצא זכאי ולא מועיל גילוי דעת.

בעל המאור כתב סברא זו בהסבר האוקימתא השלישית של הגמרא, שטעם קם דינא לא מועיל אם גלי ניקף דעתיה שרוצה בהיקף:

ופי' שלישי ניקף ומקיף איכא בינייהו ת"ק סבר טעמא דעמד ניקף מגלגלין עליו את הכל דגלי אדעתיה דניחא ליה אבל עמד מקיף רביעית יהיב ליה אחריני לא יהיב ליה משום טעמא דאמרי' לעיל קם דינא ור' יוסי סבר ל"ש ניקף ול"ש מקיף מגלגלין עליו את הכל ויהיב ליה אפי' אחריני מ"ט דאמרי' הדר דינא.

לדעת בעל המאור אפשר לסבור קם דינא ובכל זאת אם יש גילוי דעת של הניקף, חוזר ומשלם על הכל. אבל רש"י כתב בפירושו האוקימתא השניה בדעת ת"ק, שאם גדר מקיף, משלם רק דמי רביעית, ואם גדר ניקף פטור לגמרי, משום שקם דינא ולכן פטור על הראשונות. וז"ל בד"ה דתנא קמא סבר: "ואם גדרה ניקף לרביעית לא יהיב ליה מידי כדפירשתי שכבר יצא ידי בית דין מהם".

העולה, דיש מחלוקת בין בעל המאור ובין רש"י האם כשהניקף גדר את הרביעית ניתן לומר שגלי דעתיה דניחא ליה או שגם בזה נאמר שיצא זכאי מבית דין.² אמנם בעל המאור עוסק

רוחות, פטור הניקף, דא"ל לא אהני לי מידי, דסתם בקעות שדות שלא לגדר הם עומדים, או שא"ל מאי אהני לי, סוף סוף פתוח' היא מצד אחד, ואם עמד הניקף וגדר את הרביעית, מגלגלין עליו הכל, דגלי דעתיה דניחא ליה אף בראשונות, והתם לאו מכח הדר דינא, שישתנה הדין ע"י אדם אחר, אלא ע"י סיבה בא, שחוזר הדין למפרע, ומעיקרא דפטרינן ליה להאי ניקף איתגלי דשלא כדין פטרוהו, והוי כמו דין טעות שחוזר, וכן לענין פ' בית כור, דקאי אשני אחין שחלקו הנכסים בשוה, ובא להן אח ממדינת הים, דבטלה המחלוקת, משום הדר דינא, היינו נמי שנמצא החלוקה הראשונה בטעות היה, שחלקו אדעת' שלא ליתן לאח השלישי מידי, כדמפ' התם, אבל הדר דינא דהכא, שהדין הראשון לעולם קיים, רק שגבי בני יבם יחזור הדין וישתנה, מכח סיבה, שיאמרו ממ"נ, או תחלוק, או תחזיר... **לדעת הי"ש**, מגלגלין עליו את הכל לא משום הדר דינא כמו בספק ויבם, אלא כיון שלגבי ראשונה שניה ושלישית, עד שלא היתה מחיצה רביעית לא נהנה, ומעתה הוא נהנה גם מראשונה שניה ושלישית, והוי כמו דין טעות דגם אם קם דינא - חוזר. מה שאין כן לגבי ספק ויבם שבלי טענת הספק, הדין היה נשאר כמות שהוא. אם כן צריך ליישב את קושית הי"ש על בעל המאור: "ותימה לי על פה קדוש" שהרי יש חילוק בין סוגייתנו ובין דין ספק ויבם.

עוד יש לברר: כפי שנראה להלן, ישנה מחלוקת בין רש"י לבעל המאור, לת"ק הסובר שבגדר מקיף נותן לו רק רביעית, מה הדין כשגדר הניקף

2 אמנם באוקימתא הבאה, איבעית אימא מקיף וניקף איכא בינייהו, גם לרש"י ברבי יוסי אם גדר ניקף יש

גילוי דעת ואם גדר מקיף לא משלם, אבל באוקימתא זו רש"י לא דן מסברת קם דינא והדר דינא בכלל.

שפיר קאמר אדמון, ואמר רב יהודה אמר רב הכא במאי עסקינן כגון שהקיפיה ארבעה בני אדם מארבע רוחות. א"ה מ"ט דאדמון ואמר רבא בארבעה דאתו מכח ארבעה וארבעה דאתו מכח חד כולי עלמא לא פליגי דמצו מדחי ליה, כי פליגי בחד דאתי מכח ארבעה. אדמון סבר מצי א"ל מכל מקום דרכי גבן הוא, ורבנן סברי דא"ל אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאשתעווי דינא בהדייהו. לימא ר' אבא דאמר כרבנן ור' ירמיה דאמר כאדמון.

והרי בההוא דאדמון לא היה פסק דין, שהרי בא ממדינת הים ומצא שאבדה הדרך ולא בא הדבר מעולם לבית דין. וכתב הש"ך שטעם קם דינא הוא דלא אמרינן ממה נפשך בתרי גברי (על פי סוגיה בבכורות דף מח ע"ב),⁴ והביא דבריו בקונטרס הספיקות (כלל ו' אות י"ב):

וטעמא דר' אבא הוא, דסבירא ליה דלעולם אין אומרים בממה נפשך על הנכסים אלא היכא שהם של איש אחד, מה שאין כן הכא שכבר זכה היבם בנכסים ואחר כך הם ביד איש אחר, אף על גב דהאי בתרא קאתי מכח ראשון, אפילו הכי אין אומרים ממה נפשך כיון דתרי גברי ניהו, ור' ירמיה סובר כיון דמכל מקום נכסים מכח חד אתי, שפיר אמרינן בממה נפשך על הנכסים, זהו דבריו וטעמו, והועד בבעליו מהרב עצמו ז"ל שהוא ענין

באוקימתא השלישית, שמקיף וניקף איכא בינייהו, ורש"י מיירי באוקימתא השניה, שראשונה שניה ושלישית איכא בינייהו, מכל מקום צ"ע מה סברת המחלוקת ביניהם בסברת קם דינא, אם ניתן לומר קם דינא גבי גדר ניקף שיש סברא לחייבו משום דגלי אדעתיה דניחא ליה או לא.

ב

בטעם קם דינא, כתב בתרומת הדשן (סימן ש"י)³ שהוא מטעם יאוש:

ופסקו רוב המחברים כרבי אבא. ונראה הטעם דודאי סברא היא לעולם דשקיל ספק ממ"נ, אלא היכא דפליג כבר על פי הדין אסח דעתו ונתייאש מאותו חלק דשקל יבם ונעשה אותו חלק ליבם כשאר ממונו ששוב לא יוכל לחזור עליו ממ"נ.

הש"ך בכללי קים לי שבסוף ספרו "תקפו כהן" חולק על תרומת הדשן וכתב שקם דינא אינו מטעם יאוש, שהרי הגמרא ביבמות שם רוצה לתלות מחלוקת רבי אבא ורבי ירמיה במחלוקת אדמון וחכמים. וז"ל הגמרא ביבמות (דף לז ע"ב):

לימא בפלוגתא דאדמון ורבנן קמיפלגי דתנן מי שהלך למדינת הים ואבדה לו דרך שדהו אדמון אמר ילך בקצרה וחכ"א יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר. והוינן בה לרבנן

הסחורה לשמעון כי אמר שחצירו קנה לו, ושמעון טוען: ממה נפשך תתן לי הסחורה הראשונה או השנייה, אם כבר נפסק הדין במעשה הראשון אם כן הוי המעשה השני לחוד והמוציא מחבירו עליו הראיה, אבל אם לא נפסק הדין בראשונה עד שאירע מעשה שני, צריך ראובן ליתן לשמעון סחורה אחת ממה נפשך (ת"ה סימן ש"י).

⁴ וע' תוספות רי"ד בבא בתרא דף קלה ע"א, שמשמע שדן בסברא זו.

³ נדון תרומת הדשן הובא ברמ"א חו"מ סימן רס"ח סעיף ג. וז"ל הרמ"א: "ואם סוחר א' הביא סחורה בזול לחצירו של שמעון, ובא שמעון ואמר: תקנה לי חצירי, ובא ראובן אחר כך ולוקחה, י"א דזכה ראובן, דמאחר שאינו מציאה גמורה, כי בעל החצר צריך לקנותה (במעוה), לא זכתה לו חצירו. וי"א דזכה בעל החצר (מרדכי פ"ק דמציעא ב' הדעות). ואם אח"כ בא סחורה לחצירו של ראובן ואמר: תקנה לי חצירי, וקנאה שמעון, וראובן אינו רוצה ליתן

נפלא. ודבר אמת בפיו, דהתם על כרחך לאו מטעם דנפסק הדין ביניהם בתחילה הוא, שהרי בהאי דאדמון לא נפסק הדין כלל, ועל כרחך דהתם משום דבתרי גברי לא מהני בממה נפשך וכמ"ש הרב ז"ל.

והנה, לפי הסברות האמורות, גם הסוגיה בבא בתרא (דף קו ע"ב) דנה בקם דינא והדר דינא לגבי ירושת אחים קשה וז"ל הגמרא:

איתמר שני אחין שחלקו ובא להן אח ממדינת הים רב אמר בטלה מחלוקת ושמואל אמר מקמצין אמר ליה רבא לרב נחמן לרב דאמר בטלה מחלוקת אלמא הדר דינא... לשמואל דאמר מקמצין למימרא דקם דינא... **וקשה**, הרי גם שם לא שייכת סברת יאוש ולא סברת ממה נפשך, ומה המחלוקת אם הדר דינא או קם דינא בסוגיה שם.

ובמלחמות ביבמות שם כתב הרמב"ן שטעם קם דינא הוא משום מה כח בית דין יפה.⁵ וכן כתב שם:

אלא אי דמיא [הא דספק ויבם] להא דמיא טפי דאמר ר"נ אם הגדילו אינן יכולין למחות שא"כ מה כח ב"ד יפה אף כאן אם חלוקה זו בטלה מה כח ב"ד יפה.

אבל קשה, הרי באבדה לו דרך בשדהו לא היה פסק בית דין, ומה שייך לומר "מה כח ב"ד יפה"? ועיין שדנו בזה הראשונים. וברשב"א כתב: "ובפלוגתא דאדמון ורבנן הוה ליה כאלו

כבר עמדו בדין וזכו הן שהרי השדות מוחלטין ביד הבעלים". וכן בריטב"א כתב "ראשונים כל אחד ואחד קם בשלו והוא ודאי ומוחזק בשדהו וכאילו הדין כבר נפסק ועומד מהר סיני ומה צריך עוד לדין אחר", ואם כן הרי זה כאילו היה פסק דין גם באבדה לו דרך.⁶

ג

נראה להוסיף הסבר במחלוקת אם קם דינא או הדר דינא. לדעת הרמב"ן, נראה לומר ששאלת קם דינא והדר דינא, היא שאלה בגדר ההכרעה בכל ספיקות ממון, גם בספק שההלכה בו יחלוקו וגם בספק שהולכים אחר המוחזק (אלא שליחלוקו צריך פסק ולהמוציא מחברו אין צריך פסק), האם הממון נשאר ספק, או שדין יחלוקו והמוציא מחברו עליו הראיה קובע שהממון ודאי שלו אף על פי שהמציאות מסופקת.⁷ זו כוונת הרמב"ן ש"קם דינא" הוא מחמת "מה כח בית דין יפה", ואף שלא היה פסק בית דין - משום שכל הכרעה ממונית היא הכרעה ודאית. לכן, כל הכרעה, בין אם היא פסק בית דין או הלכה כמו המוציא מחברו עליו הראיה, יוצרת בעלות ודאית, ולכן גם באבדה לו דרך שייך לומר קם דינא, היינו שאף שהוא מוחזק מספק הרי זה ודאי שלו ואי אפשר להוציא ממנו, ולכן "או יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר".⁸

5 דפלא יבם בנכסי מיתנא, אבל אם עדיין לא פלג, יכול הספק לומר להם ממה נפשך אליבא דכ"ע. והקשו שהרי במחלוקת אדמון וחכמים נחלקו גם לפני פסק בית דין. ועל זה תירצו ששם הוי כמו פסק בית דין.

7 ע' קונטרס הספיקות כלל א' אות ח'.

8 וע' בשערי יושר שער ה' פרק י' כעין זה. ועיין קובץ הערות סימן ע"א.

5 מקורו מקידושין דף מב ע"א: "א"ר נחמן אמר שמואל יתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהם בית דין מעמידים להם אפוטרופוס ובוררים להם חלק יפה ואם הגדילו יכולים למחות ורב נחמן דידיה אמר אם הגדילו אינם יכולים למחות דא"כ מה כח בית דין יפה".

6 אלא שהם אמרו כך מסיבה אחרת: משום הדיוק בסוגיית יבם שמשמע שהמחלוקת היא רק לבתר

רסיסי

קם דינא והדר דינא

טל

קמט

ובאשר לשיטת בעל המאור שטעם רבי יוסי במקיף וניקף הוא משום הדר דינא, נראה שהמחלוקת אם קם דינא או הדר דינא, תלויה בשאלה עקרונית האם פסק דין שיצא על יסוד הנחות מוטעות של המציאות בטל ממילא, משום שבידי בית הדין והצדדים לא היו ידיעות מספיקות, או שפסק הדין הוא בר תוקף עד שיתקיים דיון מחודש שיבטל את פסק הדין הקודם למפרע, ולכן גם במקרה של מציאות חדשה פסק הדין הקודם נשאר בתוקפו עד שיבוטל.

מסתבר ששאלה זו תלויה גם היא בשאלה הקודמת ובמה שהסברנו על פי הרמב"ן, האם פסק ממוני הוא בתורת ודאי או שנשאר ספק. אם נאמר שמעמד הבעלות לא משתנה כתוצאה מן הדין או פסק הדין, והדין תלוי במציאות הגורמת את הדין, הרי ברור שכאשר המציאות מסופקת גם הבעלות מסופקת, ופסק הדין שמבוסס על הנחות מוטעות או כשנשתנתה המציאות, בטל ממילא. אבל אם נאמר שהדין יכול להיות מנותק מהמציאות האובייקטיבית, דזה כחו של פסק הדין והוא הכרעה ודאית, אם כן גם בפסק דין שניתן על יסוד הנחות מוטעות או על יסוד מציאות שנשתנתה, עדיין הוא בתוקפו עד שיבוטל למפרע או מכאן ולהבא, וזו המחלוקת אם קם דינא או הדר דינא.

הנה, באשר לסוגיה ביבמות לגבי ספק ובני יבם, ההסבר גם לשיטת בעל המאור, הוא כמו שכתבנו לדעת הרמב"ן, שאם קם דינא הרי הפסק הוא ודאי ואינו בטל מאליו, ולכן אין הספק יכול לערער משום מה כח בית דין יפה גם לדעת בעל המאור. לדברינו, אם הפסק הוא מספק אין טעם

לומר מה כח בית דין יפה כיון שגם עד עכשיו זה היה ברשות היבם מספק, ולכן יכול הספק עכשיו לטעון ממה נפשך.

ועל פי זה מיושבת קושית הים של שלמה על בעל המאור, שהקשה, הרי במקיף וניקף הדין בטל מאליו, שמה שפטרנוהו היה שלא כדין ולכן אין לומר קם דינא. אלא שיש לומר שגם ביטול פסק דין שהיה מבוסס על טענות מוטעות, הוא רק אם הדר דינא, אבל אם קם דינא, צריך החלטה חדשה של בית הדין.

ויש להוסיף, דלמ"ד קם דינא דס"ל דיש צורך בדיון מחודש כדי לבטל פסק דין, במה דברים אמורים שדנים מחדש ומבטלים את פסק הדין, רק אם כתוצאה מפסק הדין הקודם נפגע אחד הצדדים ויש צורך להציל עשוק מיד עושקו. אבל אם גם אחרי שנתבררה הטעות לא נפגע אחד מן הצדדים, פסק הדין ישאר בתוקפו.

ולכן באשר לסוגיה בבבא בתרא (דף קו ע"ב) בשני אחין שחלקו ובא להן אח לשמואל מקמציץ משום שקם דינא, ולרב בטלה מחלוקת משום שהדר דינא, ולכאורה, לשמואל, מדוע לא נבטל את החלוקה שנעשתה בטעות אפילו אם נאמר קם דינא ומדוע לא נאמר שיחלקו מחדש? אלא שפירושו הראשונים (רמב"ן ורשב"א בשם ר"י מיגאש) שהאח נוח לו בקימוץ ואינו מבקש לערער, אלא ששני האחים רוצים חלוקה מחודשת, ולכן באופן כזה נשאר קם דינא, כיון שאין צורך כאן להציל עשוק מיד עושקו.

בהסבר סוגית מקיף וניקף, לשיטת בעל המאור, עיין בית יוסף (סוף סימן קנ"ח) שאם

גילוי דעת יכול לטעון שאינו נהנה משום שאינו זקוק להם. ובזה מובנת גם דעת הבית יוסף שאומר שאם גדר ניקף את השלישית, גילה דעתו שנהנה וישלם.

והנה, הרמב"ן מקשה לשיטת בעל המאור שכתב דמיירי בגדר המקיף בינו לבין הפנימי הניקף, ובמקום שנהגו לגדור, אם כן זה נהנה וזה חסר. ומדוע הסוגיה בכבא קמא (דף כ ע"ב) אומרת שכאן זה נהנה וזה לא חסר? אלא שקושיה זו אינה קשה לבעל המאור דכבר כתב שסוגיות מחולפות כאן, והסוגיה בב"ק שדנה מדין זה נהנה וזה לא חסר אפשר ששם מיירי בגדר חיצונית. אבל כאן באמת כל השאלה אם נהנה או לא נהנה, אם נהנה ודאי שזה נחשב זה נהנה וזה חסר.

הנה, לבעל המאור, גם אם קם דינא, יש הברל בין אם הקיף הניקף את הרביעית או הקיף המקיף את הרביעית, כפי שהבאנו לעיל. אם הניקף גדר את הרוח הרביעית, הרי זה גילוי דעת שנהנה גם משלש הראשונות, ואם כן **כל פסק הדין היה מבוסס על טעות** שחשבנו שהוא אינו נהנה, והדין בטל מאליו כמו דין טעות וכמ"ש היש"ש. אבל אם המקיף גדר, תלוי אם קם דינא או הדר דינא, שהרי כל זמן שלא הקיף הרביעית הוא לא נהנה, ורק עכשיו עם הרביעית הוא נהנה. וכי תימא שיתחייב רק על הרביעית, מדגיש בעל המאור שהרי זה כאלו בנה מתחילה ד' רוחות. כלומר, מסתכלים על הצדדים כיחידה אחת, ממילא נחשב כאלו נהנה מארבעתם. **ולבעל המאור** זה תלוי אם קם דינא או הדר דינא, **דאם קם דינא, פסק הדין לא מתבטל אלא יש צורך**

המקיף הקיף רק את הראשונה והשנייה והניקף את השלישית, מגלגלים עליו את הכל, אבל דעת הדרכי משה שפטור, וע' ב"ח שם שכתב שהוי כזה לא נהנה וזה לא חסר.

ובביאור שיטת הבית יוסף, יש לומר על פי מה שיש לדון בדברי הרמב"ם הלכות שכנים (פרק ג' הלכה ג):

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.

לכאורה הרמב"ם בהמשך סותר את עצמו: בהלכה זו כתב שאין מחייבים על שלשת הרוחות הראשונות כיון ש"לא הועיל לו", ומשמע שתלוי בתועלת של הניקף, ואם כן, אם גדר רביעית והועיל חייב גם בלא גילוי דעת. ואילו בהמשך (הלכה ד שם) כתב: "וכן אם הניקף עצמו הוא שגדר רוח רביעית הרי גילה דעתו ונותן חצי ההוצאה של שלש רוחות", הרי שמשלם רק משום שגילה דעתו. לפי זה אם לניקף היתה כבר גדר מצד אחד וגדר המקיף משלש רוחות, לא יתחייב משום שאין גילוי דעת. ואילו לפי מה שכתב בהלכה ג צריך לשלם אף שאין גילוי דעת שהרי הועיל לו, וקשה⁹ אלא צריך לומר בכוננת הרמב"ם, שגילוי הדעת מוכיח שהוא נהנה משלש הרוחות הראשונות, אבל בלא

9 וע' בחידושי ר' שמואל ב"ב סימן ו'.

משלש רוחות ראשונות. ב. אם ניחא ליה בהוצאה, גילוי הדעת גורם לחייב גם בזה נהנה וזה לא חסר.

והנה, תירוץ התוספות קשה, דמה הוכחה היא זאת, דילמא ניחא ליה להיות מוקף מכל הצדדים אבל לא באותו הסכום שחברו הוציא?¹⁰ איזהו הוכחה יש מנכונותו להוציא בעד הגדר הרביעית לנכונות להוציא עבור כל הגדרות? אלא צריך לומר שהכלל הוא שאנו רואים את כל הנאת ההיקף כהנאה אחת. לכן אם בשביל הנאה זאת הניקף מוכן להוציא משהו, זה מספיק לחייבו בעד הכל, כעין מה שאומרת הגמרא שבשביל שחורויתא דאשייתא מגלגלים עליו הכל (בבא קמא דף כ ע"ב).

יוצא אם כן שכל גילוי הדעת מבוסס על כך שאנו מסתכלים על הכל כיחידה אחת, ועל כן סובר רש"י דאם נאמר קם דינא כהסבר בעל המאור אם כן ממילא ניתק הרצף ואי אפשר לראות את הכל כאחד. לכן לשיטת רש"י גם אם היה גילוי דעת של הניקף, לא ישלם את כל הארבע אלא קם דינא וישלם רק על הרביעית. מה שאין כן לדעת בעל המאור דמיירי במקום שנהגו לגדור וההנאה לבדה מחייבת, אזי כשיש גילוי דעת שנהנה הרי זה כפסק טעות וכסברת היש"ש, ומשלם על כל הארבע גם למ"ד קם דינא.

בריון מחדש במציאות החדשה. סובר על כן בעל המאור דזה גורם לנתק את הדיון בשלש הגדרות מן הגדר הרביעית, ואין קשר ביניהם: בשלש גדרות לא נהנה, ועכשיו נהנה בגדר רביעית, ולכן **אם קם דינא אנו דנים רק על הגדר הרביעית ואותה בלבד משלם, ואם הדר דינא הרי דנים מחדש והוא ישלם על ארבעתם**. ומכל מקום לשיטתו אם גדר הניקף הרי הדין היה מבוסס על טעות וכסברת היש"ש. לכן כשיש גילוי דעת גם אם קם דינא הדין מחדש ומשלם על הכל.

ד

רש"י הסובר שהגדר היא בין החיצוני לפנימי, ומיירי במקום שלא נהגו לגדור, וע"כ זה נחשב כזה נהנה וזה לא חסר וכהסבר הרשב"א (בבא בתרא דף ד ע"ב ד"ה מתני' המקיף). ואם כן קשה קושיית התוספות (בבא קמא דף כ ע"ב ד"ה טעמא) על קושיית הגמרא בב"ק "טעמא דגדר ניקף הא מקיף פטור ש"מ זה נהנה וזה לא חסר פטור", הרי אם נחשב כזה נהנה וזה לא חסר, מאי נפקא מינה בין גדר מקיף או גדר ניקף. ותירצו התוספות דבגילוי דעת דניחא ליה בהוצאה חייב גם בזה נהנה וזה לא חסר, וכ"כ התוספות להלן (בבא בתרא דף ה ע"א ד"ה אע"פ לגבי סמך לו כותל).

יוצא שלרש"י, לגילוי דעת יש שני תפקידים: א. גילוי הדעת גורם שחייב על ההנאה גם

שאין אתה מחייבו אלא מחמת גילוי דעתו והרי גילה דעתו שדי לו בגדר לבנים ולא כ"כ הראשונים ז"ל.

10 ועיין מגיד משנה הלכות שכנים פרק ג' הלכה ד שכתב: "ויש מי שכתב שאם גדר המקיף בגזית והניקף בלבנים שאין מחייבים אותו אלא בלבנים

