

שיעור ב

הכל כמנהג המדינה

(בבא בתרא ב ע"א)

פתיחה

א. סוגי האבנים למחיצה ומידות המחיצה

1. ר"ת: מנהג פחות מהוצא ודפנא - מנהג גרוע
 2. הרמב"ן והאור זרוע: מחיצה פחותה מהוצא ודפנא בהסכמת כל בני העיר או חכמי העיר
 3. המאירי: מחיצה פחותה מהוצא ודפנא המונעת היזק ראייה
- ב. "הכל כמנהג המדינה" במקום חדש בו עדיין אין מנהג
- ג. כשאחד השכנים רוצה לבנות מחיצה לברו בתוך החלק שלו
- ד. כשאחד השכנים רוצה לבנות מחיצה לברו בתוך החלק שלו, והשכן לא יוכל להשתמש בכותל סיכום

פתיחה

במשנה נזכרו סוגי אבנים ומידותיהם שמהם יש לבנות את מחיצת השותפים. אך לאחר מכן כתוב: "הכל כמנהג המדינה". אם נאמרו סוגי אבנים ומידותיהם, מה מקומו של "מנהג המדינה"?

מה יהיה הדין אם לא נהגו כלל לבנות בסוגי האבנים ומידותיהם כפי שנזכרו במשנה? מה תוקפו של מנהג המדינה, כשאין נהוג כלל לבנות בסוגי האבנים שנזכרו במשנה, או מפני שזהו מקום חדש שעדיין לא התגבש בו מנהג ברור, או כשמדובר במנהג שהוא מוסכם על הציבור או על חכמי המקום אלא שמדובר במחיצה דקה מאוד שהיא איננה מאבן, ויש סבירות גבוהה שמחיצה זו תיפול מאחר שאיננה יציבה מספיק? מה הדין כששכן רוצה לבנות בחלקו מחיצה דקה, והשכן האחר מתנגד בטענה שהמחיצה דקה ותיפול, ושכניית מחיצה בחלק אחד מונעת ממנו להשתמש בקיר, לו הם היו בונים מחיצה משותפת יציבה ועמידה?

כל השאלות הללו נידונו בראשונים ובאחרונים על הסוגיה. ממכלול הדיונים והתשובות נבקש להציע קו עקרוני רחב כמענה כללי.

א. סוגי האבנים למחיצה ומידות המחיצה

1. ר"ת: מנהג פחות מהוצא ודפנא – מנהג גרוע

במשנה (ב ע"א) נאמר:

השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר בונין את הכותל באמצע. מקום שנהגו לבנות גויל, גזית, כפיסין, לבינין – בונין. הכל כמנהג המדינה.

"הכל כמנהג המדינה" – השכנים באותה חצר יכולים לכוף זה את זה לבנות מחיצה באחד מסוגי האבנים הללו וכנהוג באותו מקום. לאחר מכן פירטה המשנה את מידות הכתלים השונים שהוזכרו:

גויל – זה נותן ג' טפחים, וזה נותן ג' טפחים. בגזית – זה נותן טפחיים ומחצה, וזה נותן טפחיים ומחצה. בכפיסין – זה נותן טפחיים וזה נותן טפחיים. בלבינין – זה נותן טפח ומחצה, וזה נותן טפח ומחצה.

על פניו נראה שבמשנה מוצעים ארבעה סוגי אבנים בלבד שניתן לעשות בהם מחיצה בין החצרות. אך בגמרא (ד ע"א) נאמר: "הכל כמנהג המדינה. 'הכל' לאתווי מאי!?" – מה מרבה המילה "הכל"? תשובת הגמרא: "לאתווי אתרא דנהגי בהוצא ודפנא". המילה "הכל" נועדה לרבות מקום שנוהגים בו לעשות כותל של עצי דקלים ועצי גפנים (רש"י סוכה כג ע"א ד"ה בהוצא; נימוקי יוסף, בבא בתרא א ע"א מדפי הרי"ף). אם זה מנהג המקום, ניתן לנהוג כך. מדברי הגמרא עולה שסוגי האבנים שזכרו במשנה הם דוגמאות בלבד. אם נהגו לעשות מחיצה דקה שבנויה מענפים, גם על כך השכנים יכולים לכוף זה את זה. כמובן, התנאי הוא שהמחיצה הזאת תהיה אטומה כמו קיר מאבנים, ושהשכנים לא יוכלו לראות זה את זה.
על כך כתבו התוספות (ב ע"א ד"ה בגויל):

...וא"ת אמאי אצטריך למיתני מרת גויל וגזית כיון דתנן "הכל כמנהג המדינה" כמו שנהגו כן יעשו?

ההנחה בדברי התוס' היא שדברי המשנה "הכל כמנהג המדינה" מתייחסים גם למידות הכתלים על פי סוגי האבנים ולא רק לסוגי האבנים. אשר על כן שאלו, מדוע היה צריך לפרט את מידות הכתלים, הלא היה ניתן להסתפק רק בסוגי האבנים, ובכל מקום יעשו כמנהגם – סוג האבן ומידות האבן? על כך השיבו התוספות:

וי"ל דאם נהגו יותר מו' בגויל לא יעשה וכן כולם, אלא כשיעור המפורש. ומיהו אם נהגו לעשות פחות מו' יעשה, דאפילו אם נהגו בהוצא ודפנא יעשה, כדמפרש בגמרא (ד ע"א).

לפי התוספות, במשנה נכתבו שיעורי הכתלים בהתאם לסוגי האבנים, כדי לומר שאם נהגו מידות גדולות יותר מהכתוב במשנה, אין לכוף זה את זה לעשות מידות אלו. אך אם המידות של סוגי האבנים שנהגו בהן קטנות יותר מהכתוב במשנה - ניתן לכוף, שהרי ניתן לשים גם מחיצה דקה כמו מהוצא ודפנא, וכפי שנאמר בהמשך הגמרא. התוספות נשארו עם ההנחה שבשאלה, שהביטוי "הכל כמנהג המדינה" מתייחס לסוג הכותל וגם למידותיו. במשנה נאמרו המידות של סוגי האבנים השונים כדי לומר שאלו מידות מקסימום ביחס לכל סוג של אבן, אך ניתן לכפות להקים מחיצה גם במידות קטנות יותר בהתאם למנהג המקום, עד מידת הוצא ודפנא. הוצא ודפנא היא איננה מחיצה מאבן אלא מענפים צפופים שלא מאפשרים לצדדים לראות זה את זה, והיא בעיקרה משמשת דוגמה למידה מינימלית לעובי מחיצה. על כך המשיכו תוספות ושאלו:

וא"ת ומאי בעי בגמ' (ד ע"א) "הכל כמנהג המדינה לאתויי מאי?" ומשני "לאתויי אתרא דנהיגי בהוצא ודפנא", לימא לאתויי כמנהג כל המקומות כמו שנהגו? ונראה לר"ת דדוקא בהוצא ודפנא אבל פחות מכאן אפילו נהגו, מנהג הדיוט הוא. ומוכיח מכאן דיש מנהגים שאין לסמוך עליהם אפילו היכא דתנן "הכל כמנהג המדינה".

הרא"ש (א, ה) הסביר כך את דברי ר"ת:

הקשה ר"ת מאי בעי לאיתויי, לימא לאיתויי כל המקומות כפי מה שנהגו? ופי' דאתא לאשמועינן דדוקא הוצא ודפנא דקצת חשוב הוא, אבל אם נהגו בפחות, מנהג שטות הוא ולא עבדינן ליה. וכן משמע הלשון "הכל לאיתויי מאי", כלומר איזה דבר ראוי למחיצה חוץ מאותם המפורשים במשנה? וקאמר לאיתויי באתרא דנהיגי בהוצא ודפנא, דאף זה נמי קרוי מחיצה במקום שנהגו בו, אבל בפחות מכאן אין ראוי למחיצה אף אם נהגו בו, כגון אם נהגו לחלוק במחצלות, כופהו לעשות בהוצא ודפנא.

לפי ר"ת מידת הוצא ודפנא היא המידה המינימלית ביותר, אין פחות ממנה. סוגי האבנים ומידותיהם שמופיעים במשנה, אלו מידות מקסימום ביחס לכל סוג של אבן, אבל ניתן לבנות מכל סוג של אבן עד מידת הוצא ודפנא. הרא"ש כתב על פי ר"ת שאם

נהגו במחצלות, כופה אותו לעשות בהוצא ודפנא, מפני שמחצלות דקות יותר מהוצא ודפנא אף שהן אטומות.

יוצא אפוא שמהמשנה והגמרא ניתן ללמוד על מידות מקסימליות ומינימליות של כתלים ומחיצות בין חצרות. "הכל כמנהג המדינה" נוגע לסוג האבן או המחיצה, וכן נוגע למידות האבנים והמחיצות ובאופן הבא:

1. המידות של סוגי האבנים השונים שנזכרו במשנה, הן מידות מקסימום לכל סוג של אבן. הצדדים אינם יכולים לחייב זה את זה לעשות מידות גדולות יותר. יש להעיר שהתוספות לא כתבו על מידות גדולות יותר מהכתובות במשנה "מנהג הדיוט", וכפי שכתבו על מידות פחותות ממידת הוצא ודפנא.
2. ניתן לעשות מחיצות מסוגי האבנים השונים במידות קטנות יותר מהכתוב במשנה עד למידת הוצא ודפנא, אך לא פחות ממידת הוצא ודפנא. אם נהגו במקום מסוים להקים מחיצה במידה שהיא פחותה ממידת הוצא ודפנא, אין זה מנהג מחייב, והוא נחשב "מנהג הדיוט". "הוצא ודפנא" זהו ביטוי למידה מינימלית של מחיצה אטומה.
3. האמור במשנה ובגמרא כאן, על פי פרשנות ר"ת, משמש מקור לכך שגם אם נהוג מנהג כלשהו במקום מסוים, אך הוא איננו מנהג טוב, אין לסמוך עליו.

2. הרמב"ן והאור זרוע: מחיצה פחותה מהוצא ודפנא בהסכמת כל בני העיר או חכמי העיר

מדברי הרמב"ן (ב ע"א) נראה שהוא חלק על ר"ת:

מתני'. מקום שנהגו לבנות גויל גזית כפיסין לבנים בונין הכל כמנהג המדינה. יש לדקדק ליתני הכל כמנהג המדינה והכל בכלל ולמה פרט כל אלו? ועוד למה לי למיתני זה נותן ג' טפחים הרי הכל כמנהג המדינה? לפיכך יש לנו לומר דאי תנא הכל כמנהג המדינה, סתם הוה אמינא שאם היה מנהגם לבנות בגויל יותר מששה טפחים שיכוף לבנות כמנהג המדינה, להכי תנא הכי לומר לך שאם נהגו בגויל, יכוף אחד מהם לחברו לבנות גויל ואין משנין ממנהג המדינה. ומיהו זה אינו נותן אלא שלשה טפחים וזה שלשה ואין הולכין בזה אחר המנהג, דבששה טפחים קאי טובא ואין צורך לרוחב גדול ממנו. ותנא בתר הכי הכל כמנהג המדינה לאתויי הוצא ודפנא, והוא הדין למחצלת הקנים או מחיצה פחותה ממנה אם נהגו בכך, אלא אורח ארעא נקט.

ובשם ר"ת ז"ל שמענו שאם נהגו במחיצה פחותה מהוצא ודפנא אין מנהגם אלא מנהג שוטים וכופה אותו לעשות מחיצה מתקיימת. ואין זה נכון. והיינו

דאמרין בגמרא [ג ע"א] 'למימרא דכל ארבע אמות בגובהה, אי הוי ה' טפחים קאי, ואי לא לא קאי, ואי סלקא דעתה מתני' מנהגא תני, לעולם אימא לך בבציר נמי קאי, ושאני הכא שבכך נהגו? אלא שמע מינה דמתני' לא קתני מנהג אלא לבנין הגויל והגזית אבל לא לרחבן, וכן נראה מפרש"י ז"ל. והיינו דבעי בגמרא [ג ע"ב] "הן וסידן או הן בלא סידן", ואי סלקא דעתך מנהגא קתני, מאי נפקא לך מינה.¹

לפי הרמב"ן, דברי המשנה "הכל כמנהג המדינה" מתייחסים רק לסוג האבנים שבונים מהן את הכתלים, אך לא למידות הכתלים. רוחב הכתלים הוא על פי המידות הכתובות במשנה, ולא נדרש לבנות ברוחב גדול יותר. בנוגע לרוחב קטן יותר מהכתוב במשנה, אם נוהגים להעמיד מחיצה דקה כמו הוצא ודפנא ואף פחות מזה, זה מה שניתן לדרוש להעמיד.

הרמב"ן הוכיח את דבריו שהרוחב הנאמר במשנה הוא קבוע ולא תלוי במנהג, מדברי הגמרא (ג ע"א) שרוחב כותל של גזית הוא חמישה טפחים והוא מיועד לכותל שגובהו ארבע אמות. אם אפשר לקיים מנהג כשרוחב כותל מאבני גזית קטן יותר, אזי אין תועלת בדיוק של הגמרא. כמו כן אין מקום לדיון בגמרא (ג ע"ב) האם השיעורים במשנה כוללים את הסיד, שהרי הכל תלוי במנהג המדינה. לפי הרמב"ן גם מרש"י במשנה (ד"ה הכל כמנהג) שכתב: "אם המנהג לבנות גויל...", משמע שהמנהג מתייחס רק לסוג הכותל ולא למידותיו. המידות שנאמרו במשנה הן קבועות. גם הנימוקי יוסף (דף א ע"א מדפי הרי"ף), כתב כמו הרמב"ן, אך בדבריו שילב מסגנונו של ר"ת:

הכל כמנהג המדינה. אם יש מנהג בבנין יבנה הכותל הזה כמנהג המדינה, אם גויל גויל, אם גזית גזית וכן כולן. אבל שיעורי הכותל ברחבה אינו תלוי במנהג, אלא דינא הכי, דבציר מהכי קים להו לרבנן דלא קאי, ומשום הכי

1 כדברי הרמב"ן כתבו הרשב"א (ב ע"א), הרא"ש (א, א) ועוד. אחרונים דנו והשיבו על הקושיות שהקשו ראשונים על דברי ר"ת. ראה: מהרש"א, נחלת דוד ועוד. רש"י במשנה (ד"ה הכל כמנהג המדינה) כתב: "אם מנהג לבנות בגויל אין חבירו יכול לומר איני חפץ אלא גזית". נראה שאף הוא סבר שהמנהג מתייחס רק לסוג האבן ולא למידות. הגר"א (חושן משפט סימן קנז ס"ק יז) כתב: "מל' הרמב"ם שהשמיט דין גויל וגזית כו' ש"מ דס"ל דגם לרוחבן תליא במנהגא". לכאורה הרמב"ם כן כתב את מידות האבנים שבמשנה, בהל' שכנים ב, יח. ראה במהד' הר"ש פרנקל, הל' שכנים ב, טו, ובגר"א שם שהעירו על כך וכתבו שאולי צ"ל כתוב "השולחן ערוך", במקום "הרמב"ם". הרמב"ם (הל' שכנים ב, טו) כתב ש"הכל כמנהג המדינה" מתייחס למידות של הכותל. בהמשך הפרק (שם יח) כתב את סוגי האבנים ומידותיהם כפי שהם מופיעים במשנה, ולא כתב את הביטוי "הכל כמנהג המדינה".

האריך תנא למימר זה נותן ג' וזה נותן ג', דלא הוי ליה למימר אלא הכל כמנהג המדינה ונחזי אנן מנהגא היכי, אלא אשמעינן דאם נהגו להרבות או למעט בשיעורין אלו, הרי הוא מנהג טעות.

לפי הנימוקי יוסף, אין לשנות את מידות הכתלים הכתובות במשנה, ואם נוהגים כן, זהו מנהג טעות; כדבריו של ר"ת בנוגע למקום שנהגו לשים מחיצה שפחותה מהוצא ודפנא - "מנהג שטות".

הרמב"ן המשיך והסביר את המשנה, ומדבריו ניתן ללמוד על פי אילו כללים קובעים מהו מנהג המדינה:

ופירוש מקום שנהגו, על מנהג בני המדינה, שאם מנהגם לבנות כל אחד ואחד בשל עצמו גויל, אף השותפין כופין זה את זה לבנות גויל. ואם שאר כל כותלי העיר שבונה כל אחד בשלו גזית, השותפין בונין גזית, וכל אחד ואחד נותן כפי השיעור הקצוב במשנתנו.

אופן הבדיקה מה "מנהג המדינה" הוא מה עושים אנשים שבונים בחלק שלהם כותל - גזית או גויל וכד', ובהתאם לכך יכולים השותפים לכופף זה את זה, ועל כל אחד מהם לתת מחלקו על פי המידות הכתובות במשנה. הרמב"ן המשיך וכתב שבכל זאת יש אפשרות לבנות כתלים במידות אחרות:

אבל בודאי אם היה שם מנהג ידוע לשותפין, כגון שהתנו עליו אנשי העיר במעמד כולן, כופין זה את זה לבנות כמנהגם הידוע, ואפילו נהגו לבנות גויל רחב ארבע אמות.

לפי הרמב"ן אם יש מנהג מקום שקיבל תוקף וכוח, "שהתנו עליו אנשי העיר במעמד כולן", ניתן לכופף זה את זה לבנות כותל מאבן על אף שמידות הכותל קטנות מהמידה שנאמרה במשנה. נראה שיש להבחין בין מנהג שנקבע בעקבות התנהגותם של בני העיר בהקשר של סוג הכותל. בודקים באיזה סוג של אבנים רוב אנשי העיר בונים מחיצות ואז מנהג הרוב קובע, ומדובר שהם בונים את הכותל בהתאם למידות שבמשנה. אך אם בעקבות הסכמת כל בני העיר נהגו בעיר מנהג אחר והם בונים מידות של כותל שהן פחותות מהכתוב במשנה, יכולים לכופף זה את זה. הרמב"ן הסביר מדוע יש לבנות כותל על פי המידות הכתובות במשנה, אלא אם התנו אנשי העיר והסכימו על מידה קטנה יותר:

ואע"ג דהאי כותל דקתני מתניתין, לא עבדינן ליה אלא משום היזק ראייה

כדאסיקנא בגמרא ובהוצא סגי לה? אפילו הכי כופין זה את זה לבנות כותל בנין, שמא יפול והלה אינו רוצה לבנות, ונמצא צריך להתעצם עמו בבית דין, ובין כך ובין כך יהא ניזוק מהיזק ראיתו.

אם המטרה למנוע היזק ראייה, לכאורה היה מספיק לבנות מחיצה מהוצא ודפנא? אלא שבכל זאת כופים לבנות מחיצה מאבנים וכנראה כוונתו לבניין אבנים על פי סוגי האבן והמידות שכתובים במשנה, מפני שאם לא כן יש חשש שמחיצה שאיננה בנויה כנדרש, לא תחזיק מעמד ותיפול, ואז יהיה צורך להתדיין בדבר במסגרת בית דין, ובאותו זמן יהיה אחד הצדדים ניזוק מהיזק ראייה.
מדברי הרמב"ן ניתן להבין כך:

א. "הכל כמנהג המדינה" - מתייחס רק לסוג האבנים שבונים מהן את הכתלים, אך לא לרוחבן. רוחב הכתלים הוא על פי המידות הכתובות במשנה, ולא ניתן לדרוש עובי גדול יותר. כך גם באשר למידות המינימום של מחיצה. ניתן להניח מחיצה דקה בעובי של הוצא ודפנא, ואף פחות ממנה, אם זה מנהג המקום.

ב. אם יש מנהג במקום מסוים "שהתנו עליו אנשי העיר במעמד כולן", ניתן לכופף זה את זה לבנות על פי הסכמת אנשי העיר.

יוצא אפוא שר"ת והרמב"ן חולקים בהבנת היקף דברי המשנה: "הכל כמנהג המדינה", ודברי הגמרא "לאתווי הוצא ודפנא". לדברי ר"ת מנהג המדינה מחייב בנוגע לסוג האבן; במה שנוגע למידות שבמשנה, בתוך גבולות המידות של המשנה והגמרא, יש מקום למנהג המדינה; במה שנוגע לפחות מהמידה המינימאלית "הוצא ודפנא" - הרי זה מנהג הדיוט. לפי הרמב"ן מנהג המדינה נוגע רק ביחס לסוג האבן והמידות על פי הכתוב במשנה, אך ביחס למידות, אם במעמד אנשי כל העיר - בהסכמת כולם, הם הסכימו על מידה פחותה יותר, הסכמתם תקפה.

דברים דומים לדברי הרמב"ן כתב האור זרוע (חלק ג פסקי בבא בתרא סימן ב-ג). הוא הביא את דברי ר"ת וכתב:

ולא ידענא איזה מנהג שאין סומכין עליו. ונראה בעיני דאפי' פחות מיכן הוי מנהג, דהולכין בממון אחר המנהג, כדפרישי' בבבא מציעא בפרק השוכר את הפועלים, ובפרק המקבל (בבא מציעא קי ע"א) גבי "אריס אומר למחצה ירדתי". והכא קמ"ל שאם נהגו לבנות ולחוץ בהוצא ודפנא שאינו יכול [לכוף] את חבירו לבנות כפסים וליבני. כשם דהיכא שנהגו לבנות כפסים, שאינו יכול

לכופו לבנות גזית וגויל. ואם הוצא ודפנא עדיפי מכפסים וליבני קמ"ל שאינו יכול לכופו לבנות הוצא ודפנא היכא דנהגו לבנות כפסים וליבני.

האור זרוע הפנה לשני מקומות נוספים שנאמר בהם "הכל כמנהג המדינה":
[א] במשנה בפרק השוכר את הפועלים (בבא מציעא פג ע"א), נאמר:

השוכר את הפועלים ואמר להם: להשכים ולהעריב, מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב, אינו רשאי לכופן. מקום שנהגו לזון יזון, לספק במתיקה יספק, הכל כמנהג המדינה.

מעשה ברבי יוחנן בן מתיא שאמר לבנו: צא שכור לנו פועלים, הלך ופסק להם מזונות. וכשבא אצל אביו אמר לו: בני, אפילו אם אתה עושה להם כסעודת שלמה בשעתו, לא יצאת ידי חובתך עמהן, שהן בני אברהם יצחק ויעקב. אלא עד שלא יתחילו במלאכה צא ואמור להם על מנת שאין לכם עלי אלא פת וקטנית בלבד.

רבן שמעון בן גמליאל אומר: לא היה צריך לומר. הכל כמנהג המדינה.²

[ב] בגמרא (בבא מציעא קי ע"א) נאמר בנוגע לאריס:

אריס אומר: למחצה ירדתי. ובעל הבית אומר: לשליש הורדתי. מי נאמן? רב יהודה אומר: בעל הבית נאמן. רב נחמן אומר: הכל כמנהג המדינה. סבור מינה לא פליגי הא באתרא דשקיל אריסא פלגא, הא באתרא דשקיל אריסא תילתא.

בשני המקרים הללו הקובע הוא מנהג המקום. מנהג המקום נקבע כנראה בעקבות התבוננות מה רוב בני המקום עושים.³

2 במשניות נוספות העוסקות בענייני ממונות, רשב"ג הוא שמציב את הכלל: "הכל כמנהג המדינה" – משנה כתובות ו, ד; בבא בתרא י, א; תוספתא בבא מציעא ה, כג. במשנה נוספת בענייני ממונות מופיע כלל זה כסתם משנה: בבא בתרא י, א, וכן בענייני מנהג באמירת הלל – סוכה ג, יא. ביטוי דומה שמופיע פעמים רבות במשנה ובתוספתא הוא: "ואין משנים ממנהג המדינה". דוגמאות: תוספתא כתובות ו, ו; בבא קמא יא, כח; בבא מציעא ה, ו; ה, כג; ט, יא, יד, יח, כ, כא; ועוד.

3 מו"ר הרב אברהם אלקנה שפירא, שיעורי מרן הגר"א שפירא, בבא בתרא עמ' כה, שאל מה ההוכחה מגמרא זו, הרי אין מדובר כאן במנהג שטות. ראה שם בעמ' כח-כט מה שתירץ. נראה לומר שהאור זרוע לא התכוון לומר שמנהגים אלו הם מנהגי שטות, שהרי בכל מקום קבעו שכר אחר לאריס. כוונתו היא להוכיח שיש תוקף למנהג המקום, במקום שבו האריס מקבל שלישי אף שאם הוא היה במקום אחר הוא היה מקבל חצי. המנהג לתת פחות יכול להיראות כמנהג לא הגון או לא ראוי, ואף על פי כן הוא תקף.

בעקבות דברי רבן שמעון בן גמליאל בעניין המזון שניתן לפועלים (בבא מציעא פג ע"א), כתב האור זרוע (חלק ג פסקי בבא מציעא סימן רפ):

איתבריר לן דהולכין אחר המנהג לענין דיני ממונות, והבא לשנות המנהג וטוען שהתנה בענין אחר ולא כמו שהמנהג נוהג, עליו להביא ראיה. מיהו נראה בעיני וכגון שהוא מנהג קבוע על פי חכמי המקום כדאמ' במסכת סופרים (יד, יח) בפ' מפסיקין בברכות "שאיין הלכה נקבעת אלא עד שיהא מנהג. וזהו שאמרו מנהג מבטל הלכה מנהג וותיקין. אבל מנהג שאין לו ראיה מן התורה אינו אלא כטועה בשיקול הדעת". הא למדת שאין מנהג חשוב, אלא אם כן הנהיגוהו וותיקים וחכמי הדור.

לפי האור זרוע כל מנהג הוא טוב ואפשר לסמוך עליו, אלא שהוא צריך לקבל את האישור והתוקף מאת חכמי המקום, חכמי הדור. הביטוי ממסכת סופרים: "מנהג מבטל הלכה" מקורו מדברי הירושלמי (בבא מציעא ז, א) על משנה זו: "אמר רב הושעיה: זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה"⁴, והוא המקור לכך שהמנהג צריך לקבל אישור של בית הדין או חכמי המקום.

הר"ן (בבא בתרא קמד ע"ב) הסביר את הביטוי "מנהג מבטל הלכה" ברוח הדברים שהובאו ממסכת סופרים:

דכי אמרי' מנהג מבטל הלכה, הני מילי כגון שהתנו עליו אנשי העיר או ז' טובי העיר כמעמדן, אבל מנהג שנהגו אנשי העיר מעצמן לא מבטל הלכה, אלא דבהלכה רופפת אזלי' בתריה.⁵

אמנם יש הבדל מסוים בין הרמב"ן לאור זרוע. לפי הרמב"ן האפשרות ליצור מנהג מקומי מותנית בכך שיש למנהג הסכמת כל הציבור, ולפי האור זרוע האפשרות ליצור מנהג מקומי מותנית בחכמי המקום או חכמי הדור. אך המשותף לרמב"ן ולאור זרוע הוא שדברי המשנה "הכל כמנהג המדינה" הם קריאה לבדיקה באיזה סוג של אבן נוהגים הרוב באותו מקום, וממילא על פי המידות שבמשנה. אך אם בני המקום רוצים לקבוע מנהג אחר גם בנוגע לסוג האבנים וכן גם בנוגע למידות של התלים, הם רשאים. לפי הרמב"ן נדרשת לזה הסכמה של כל בני המקום, ולפי האור זרוע נדרשים לזה הסכמה ואישור של חכמי המקום, חכמי הדור.

4 ביטוי זה מופיע גם בירושלמי יבמות יב, א בעניין חליצה בסנדל.

5 כך כתבו ראשונים נוספים, כגון: הנימוקי יוסף בבא מציעא מד ע"א בדפי הרי"ף, וסז ע"ב בדפי הרי"ף; רשב"א בבא בתרא קמד ע"ב, ושורת הרשב"א חלק ה סי' פה, ועוד.

העיקרון הוא שצריך שיהיה כותל שמשרת את המטרה, מניעת היזק ראייה. אין צורך להגזים בעובי הכותל אך גם לא למעט. ניתן לצמצם את מחלוקת ר"ת מול הרמב"ן והאור זרוע ולהסבירה על בסיס דברי המרדכי (בבא מציעא פרק השוכר את הפועלים רמז שסו):

השוכר את הפועלים. שנינו עלה דמתני' בירושל' המנהג מבטל ההלכה. כתב בספר אור זרוע כגון שהוא מנהג קבוע ע"פ חכמי המקום כדאמרינן במס' סופרים שאין הלכה נקבעת אלא עד שיהא מנהג וזהו שאמר מנהג מבטל ההלכה. פירש מנהג ותיקין. אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה אינו אלא כטועה בשיקול הדעת, וכמה מנהגים גרועים דלא אזלינן בתרייהו כדמפרש ר"ת בבבא בתרא גבי הכל כמנהג המדינה גבי גויל וגזית.⁶

הסבר המחלוקת בין הראשונים בעניין מנהג המדינה בכותל שבחצר השותפין, הוא כך: ר"ת התמקד אך ורק בסוגי הכתלים והמידות שנזכרו במשנה. בנוגע אליהם כתב שלא ניתן לדרוש עובי מחיצות גדול יותר מהכתוב במשנה בהתאם לסוג האבן, וכן לא פחות ממידת הוצא ודפנא. אך במקומות שמנהגם לבנות בסוגי אבנים אחרים, ובמידות שהם קבעו בהתאם להסכמת כל בני העיר או על פי חכמי המקום, מנהגם תקף. הרמב"ן והאור זרוע שגם בנוגע לסוגי הכתלים והמידות שנזכרו במשנה יכולים לשנות כשיש הסכמה של כל בני העיר או של חכמי המקום.

אפשרות אחרת לצמצום המחלוקת היא להסביר שגם הרמב"ן והאור זרוע מסכימים עם ר"ת שמנהג שטות אינו מנהג טוב. המטרה היא שתהיה הפרדה ברורה בין השכנים ושיימנע היזק ראייה. המחלוקת היא במצב שבו הציבור כולו או בית הדין הסכים

6 מרדכי בבא בתרא פרק השותפין רמז תסד, הביא את דברי ר"ת שבתוספות, והפנה גם לגמרא בבא מציעא בהשוכר את הפועלים, ולדברי הירושלמי שמנהג מבטל הלכה, אך לא הזכיר שם את דברי האור זרוע. הרב ישראל איסרלן (תרומת הדשן סימן שמב) הביא את דברי ר"ת והאור זרוע והמרדכי הללו וכתב שבכל זאת יש לומר שלא בכל דבר יש צורך לבני המקום לקבל גיבוי מחכמי המקום: "דאי מצרכתא להו למיזל בתר דין תורה בכל דבר לעולם תהא מריבה ביניהם, משום הכי מעיקרא מחלו אהרדי לוותר על דין תורה וגמרי ומקני למיזל בתר סדר מנהג דידהו". נראה להציע שבדברים שהם סדר חברתי שאין לו כל השלכה הלכתית-משפטית, אכן אין צורך בגיבוי של חכמי העיר. אך בנושא שיש לו השלכה הלכתית-משפטית כמו היזק ראייה, בזה יש צורך בהסכמת החכמים. בכך מיושבת קושיית הרב אלחנן וסרמן (בבא בתרא סי' מ) ששאל "למה צריך לנהוג כמנהג המדינה בעניני ממון... ואין לומר דגם הכא הטעם דהוא משום מנהג של מצווה לסלק היזק מחבירו דאם כן אין זה חיוב ממון אלא חיוב מצווה גרידא". לדברינו אכן בהקמת המחיצה אין מקיימים מצווה. אך המחיצה נועדה למנוע היזק ובהקשר זה היזק ראייה, ומאחר שישנן אפשרויות רבות להקים מחיצה שתימנע את ההיזק, נקבע הכלל כמנהג המדינה.

שמנהג מסוים בבניית מחיצות בין חצרות תקף, על אף שייטכן מאוד שאין מדובר על מחיצה טובה כל כך מבחינה הנדסית, או שהיא אינה מביאה את התוצאה הצפויה - חציצה אטומה בין השכנים ומניעת היזק ראייה.
החזון איש (בבא בתרא סימן ה ס"ק ד) כתב בעקבות דברי ר"ת כך:

הא דהולכין אחר המנהג יש בו ב' גוונים. אחד, מפני שזה שנכנס לחצר זו על דעת המנהג נכנס, וכאשר זכה בחלקו נשתעבד להתחייב בכל הדברים ששותף כופהו לחברו. והשני, מפני שהסכמת הציבור הוי ככח בית דין. ונראה דמנהג גרוע אין הולכין אחריו אף אם הסכימו עליו כל הציבור, דאדם זוכה בדבר שהוא זכות לו, אבל אינו זוכה בדבר שהוא חובה לו.

נראה שזו המחלוקת בין ר"ת לבין הרמב"ן והאור זרוע. לפי ר"ת כוחו של מנהג הוא בתנאי שהוא יעיל וטוב, ועל כן אם מדובר על מנהג גרוע אין הוא מנהג כלל אלא מנהג שטות. אך הרמב"ן והאור זרוע חולקים ולפי דבריהם הכוח של מנהג תלוי בהסכמת הציבור או הסכמת חכמי העיר, בית דין. ולכן גם במציאות שכל הציבור או החכמים הסכימו וגיבשו מנהג מסוים, שהוא לא יעיל וטוב, יש לו תוקף. כל מי שגר בשכנות או שותפות עם אחר, זהו על דעת כן שכל הציבור או בית הדין יכול גם להסכים ולאשר מנהג שביסודו הוא לא טוב.

3. המאירי: מחיצה פחותה מהוצא ודפנא המונעת היזק ראייה

הרב מנחם המאירי (בית הבחירה ב ע"א) ביסס את דבריו על דברי ר"ת. וכך כתב:

ומה שאמר אח"כ "הכל כמנהג המדינה", חזר וכלל שאם המנהג בזולת אחד מאלו, כופהו על פי המנהג לבר, ואפילו נהגו בקנים ובהוצין, ובלבד שיסתלק משם היזק ראייה, רצה לומר שלא יהא שם אויר שיסתכל בו. הא כל שלא נסתלק היזק ראייה יפה, אפילו נהגו כופין זה את זה עד שיסתלק, ואין המנהג מועיל במקום שלא נסתלק. שאם לא כן, למה שאלו "הכל לאיתווי מאי"? הא ודאי לאיתווי כל המקומות לפי מנהגם. אלא שאף המנהג אינו מועיל במקום שהדין בטל. וכן כתבו חכמי הצרפתים והורו מכאן שאין לסמוך על המנהג במקום שעיקר הענין בטל. הא כל שנסתלק היזק ראייה, הולכין אחר המנהג ואף במחיצה קלה שבקלות.

לדברי המאירי, מטרת המחיצה בין השכנים היא למנוע היזק ראייה. הדוגמה בגמרא למחיצה מינימאלית שבאמצעותה יימנע היזק ראייה היא "הוצא ודפנא", אך אם נהגו בעיר לחצוץ במחיצה דקה יותר, "קלה שבקלות" בלשון המאירי, ובאמצעותה משיגים

את אותה תוצאה – מניעת היזק ראייה, יכולים לכופף זה את זה. נראה שהאזכור של חכמי הצרפתים – ר"ת, בסוף דבריו של המאירי, מלמד על כך שדבריו תואמים לשיטת ר"ת. ייתכן אף שר"ת יסכים לזה,⁷ אם כי הרא"ש (א, ה; טור חו"מ סי' קנז, טז) כתב שלפי ר"ת אם נהגו במחצלות כופהו לעשות הוצא ודפנא, והנחנו לעיל שמחצלת דקה יותר מהוצא ודפנא. לפי דברי הרמב"ן, וסביר להניח שגם האור זרוע יסכים לזה, אם המנהג הוא ב"מחצלת הקנים או מחיצה פחותה ממנה אם נהגו בכך", יכולים לכופף זה את זה. לפיו, בגמרא כתבו "לא תויי הוצא ודפנא" כי "אורח ארעא נקט".

בסיכום דברי המשנה, הגמרא והראשונים נראה שסוגי הכתלים והמידות שמופיעים במשנה, הם דוגמאות שמהן יש ללמוד את העקרונות הבאים:

- א. על כל אחד מהשכנים לתת מקום מחלקו לבנות בו את הכותל. כל אחד ייתן חלק שווה בהתאם לעובי הכותל.
- ב. הכותל צריך להיות מעל גובה של אדם – ארבע אמות, בנוי באופן יציב ולפי כללי הבנייה המקובלים.
- ג. כשיש ויכוח בין שכנים איזה סוג של כותל לבנות ביניהם, הולכים אחר המנהג באותו מקום.
- ד. "לא תויי הוצא ודפנא" בא ללמד גם על סוג המחיצה, על מידותיה ועל יכולת עמידותה. מחיצה דקה ואטומה שעומדת בקביעות ויציבות, וכל מחיצה מסוג אחר שהיא דקה אך יציבה וקבועה, היא תקינה.

ב. "הכל כמנהג המדינה" במקום חדש שעדיין אין בו מנהג

ראשונים דנו מה יהיה הדין במקום שאין בו מנהג – עיר חדשה, או במקום שאין בו מנהג ברור ומוחלט, יש הנוהגים כך ויש הנוהגים אחרת. רבינו יונה (ב ע"א) כתב כך:

ומתניתין בעיר חדשה, או במקום שאין שם מנהג ידוע לשותפין לבנות כותל בשיתוף כשחולקים את החצר, יש מהם בונים, ויש מהם שאין בונים. ואשמעינן תנא דמתניתין, שיכול כל אחד לכופף את חבירו מן הדין לבנות עמו כותל, ולסלק היזק ראייה.

7 הרב אברהם סופר, המהדיר של המאירי, עמ' 6 הע' ג, כתב ששיטת המאירי היא כרמב"ן ולא כר"ת. אך לפי דבריו ייתכן שגם ר"ת יסכים למחיצה דקה ופחותה מהוצא ודפנא אם היא מונעת היזק ראייה.

העובדה שבמשנה מופיעים כמה סוגי כתלים, מלמדת על כך שהמשנה עוסקת בעיר חדשה שאין בה מנהג או במקום שאין מנהג ברור:

...ונראה בעיני, דבעיר חדשה אין אחד מהם יכול לומר אגדור עמך בהוצא ודפנא. אלא בונין כותל שבפחות שבכתלים המפורשים במשנה, בכפיסין או בלבנים. ודייקנא לה מדקתני סיפא "הכל כמנהג המדינה", ואמרינן בגמרא "לא תויי באתרא דנהיגי בהוצא ודפנא". מדאיצטריך לאשמועינן דבמקום שנהגו בהוצא ודפנא אזלינן בתר מנהגא, שמעינן מינה דבמקום שאין שם מנהג לא סגי בהכי. ועוד, הא דקתני "בונין את הכותל", במקום שאין שם מנהג מיירי, וכותל סתם לא משמע בהוצא ודפנא... אם אין מנהג ידוע לבנין כותל השותפין, אין אחד מהם יכול לכופף לטעון גזית נבנה אלא בונין בכפיסין או לבנים.

לדברי רבינו יונה במקום כזה יש לבנות את הכותל המינימאלי שמופיע בגמרא. הוצא ודפנא זה רק במקום שנהגו, וכאמור המשנה עוסקת במקום חדש או שאין בו מנהג ברור, ובמשנה כתוב "בונין את הכותל", ומשמע שיש לבנות כותל ולא פחות מזה.⁸ על טיעוניו של רבנו יונה ניתן להשיב ש"בונין את הכותל" אין הכוונה דווקא לסוגי הכתלים המופיעים במשנה. צריך לבנות מחיצה שתפריד בין השכנים. "לא תויי הוצא ודפנא" - אכן בגמרא מדובר במקום שנהגו לשים מחיצה מהוצא ודפנא, אך אין זה סותר את האפשרות להנהיג בעיר חדשה מנהג כזה. כל עיר הייתה פעם עיר חדשה, ואפשר להנהיג לבנות מחיצה דקה ובלבד שהיא יציבה ואטומה ומונעת היזק ראייה. היד רמ"ה (ב ע"א) דן מה הדין כשאין מנהג ברור וחלק בונים בגויל וחלק בלבנים:

ומסתברא דאתרא דאיכא דבנו גויל ואיכא דבנו לבנים בתר רובא אזלינן. דכי אמרינן דבממונא לא אזלינן בתר רובא, הני מילי לשעבר דאיכא למימר דילמא האי גברא ממיעוטא הוי, אבל לעתיד כי האי גוונא דלמיזל בתר מנהגא דאתרא הוא דבעינן בתר רובא אזלינן, דאילו מנהגא דמיעוטא לאו מנהג המדינה הוא. ואי פלגא ופלגא אי נמי דלא איתברר מנהגא דרובא, הלך אחר הפחות שבשיעורין שהן בכלל ספק מנהג המדינה דאוקי ממונא בחזקת מאריה.

דיון זה שונה מהדיון של רבינו יונה. כאן מדובר במקרה שהכול בונים בסוגי האבנים שבמשנה, אך לא ברור מה מנהג הרוב. במצב כזה יש מקום לדון באפשרות השימוש

8 דברי רבינו יונה הללו הובאו ברשב"א (ב ע"א) בשם מורו הרב, טור (חו"מ סי' קנז, יז), מגיד משנה (הל' שכנים ב, יח).

בכלל שיש ללכת אחר הרוב, או אחר הפחות שבשיעורים. הדיון בדברי רבינו יונה היה במצב שבו אין מנהג ברור מה הוא סוג המחיצה.

הרב מנחם המאירי (בית הבחירה בבא בתרא ב ע"א) ציין דעה נוספת, וכתב אחרת:

ואם היא עיר חדשה ואין שם מנהג כלל, יש אומרים שכופין זה את זה ברחב שבבנינים. ואני אומר שאין כופין אלא על הנקל, ובלבד שתספיק מחיצה זו לשם על פי אומנין שבאותו זמן.

"יש אומרים שכופין זה את זה ברחב שבבנינים" – לכאורה אין זה דומה לדברי רבינו יונה שכתב שיש לבנות "כותל שבפחות שבכתלים, המפורשים במשנה בכפיסין או בלבנים". יש כאן אפוא שתי עמדות קיצוניות: על פי הפחות שבכתלים או על פי הרחב שבבנינים.

כאמור לעיל, מהדוגמאות במשנה ובגמרא יש ללמוד עקרונות, אך אין חובה לבנות דווקא בסוגי אבנים אלו, ועל פי המידות שבמשנה. בכל עיר יש פרק זמן שהמקום היה חדש ולא ברור מנהג בני המקום, ולא ייתכן שיבנו רק מסוגי האבנים שנזכרו במשנה. במשך הדורות והשנים יש שינויים וחדושים בשיטות הבנייה, ובסוגי האבנים והחומרים המשמשים לגדרות ולמחיצות. דברי המאירי בנוגע למנהג בעיר חדשה תואמים את הדברים שהוא כתב בעניין סוג המחיצה שבין שכנים והייעוד של המחיצה. כאמור, המטרה היא למנוע היזק ראייה, ולכן כל כותל או מחיצה שמונעים היזק ראייה והם יציבים בהתאם לידיעות של האומנים – בעלי המקצוע בתחום באותו מקום וזמן, ניתן לכפות זה את זה לבנות כך.

ראייה לכך מדברי התלמוד ירושלמי בבא בתרא א, ג:

עד כדון לארכו. לרחבו? אמר ר' נסא: כותל חצר לא נעשה אלא להציל לו.

דברי הירושלמי הללו נאמרו לאחר משנת מקיף וניקף, אך הפני משה כתב שהירושלמי כאן חוזר לדון בדברי משנה א' בעניין כותל חצר שנפל. ברור שצריך לבנות עד גובה ארבע אמות. אך מה רוחב הכותל שיש לבנות? על כך השיב ר' נסא: "כותל חצר לא נעשה אלא להציל לו". הפני משה מסביר שמאחר שמטרת הכותל למנוע היזק ראייה ומאחר שבאותו מקום אין מנהג מהו רוחב הכותל, יש לעשות זאת באופן הטוב ביותר כדי למנוע היזק ראייה. "להציל לו" – למנוע היזק ראייה.

הסבר זה קשה מאוד היות שהמושג היזק ראייה לא נזכר כלל בירושלמי. ניתן להסביר שתשובת ר' נסא אינה עוסקת בתכלית הכותל ובייעודו, והוא לא קישר זאת כלל לסוגיית היזק ראייה. המסר בדברי ר' נסא הוא שהכותל צריך להיות יציב וחזק.

המכנה המשותף לכל סוגי הכתלים שנזכרו במשנה הוא הגובה - ארבע אמות. אך בנוגע לרוחב, צריך שרוחבו של הכותל יהיה ביחס מתאים לגובה, ושהכותל יהיה יציב וחזק וישיג את המטרה שלשמו הוא הוקם - "להציל לו". אמירה זו נכונה בנוגע לכל כותל שמוקם בין שניים ושיש לו מטרה ייעודית. לכן גם אם אין מנהג ידוע בעיר, בכל מקרה יש לבנות כותל יציב וחזק.⁹

כיום מקובל לבנות גדרות בין חצרות שעשויות גם מחומרים אחרים, כגון אלומניום, עץ ועוד. הגדרות הן אטומות, דקות, אסתטיות ועמידות. יש חברות שמתמקצעות בבניית גדרות הפרדה בין חצרות, ויש תווי תקן וכללים ברורים לגדרות בין חצרות. בוודאי לפי המאירי גדרות אלו תקפות על פי ההלכה.¹⁰

ג. כשאחד השכנים רוצה לבנות מחיצה לברו בתוך החלק שלו

הראשונים דנו במקרה שאחד השכנים רוצה לבנות את המחיצה לברו בחלק שלו. הרא"ש (א, ה) כתב:

יש מפרשים הא דכייפי אהדדי לבנות כותל של גויל וגזית והכל כמנהג המדינה, היינו דוקא כשמעמידין הכותל על הקרקע של שניהם, ואין אחד מהן רוצה להיות כונס בתוך שלו ולבנות משלו, דמצי כל חד למימר איני רוצה לוותר קרקע ולא לבנות בכנין אם לא בכנין בר קיימא. אבל אם רצה האחד לכנוס בתוך שלו ולעשות מחיצה בתוך שלו בהוצא ודפנא, כיון שמסלק היזק ראה מחבירו דיו.

...ויש מפרשים שאפי' אם רוצה לכנוס לתוך שלו ולגדור בהוצא ודפנא חבירו מעכב עליו, לפי שאומר לו: אינה מחיצה של קיימא ואצטרך לצעוק עליך תמיד כשתפול המחיצה לסלק מעלי היזק ראייתך. ונראה כפירושא קמא שלא נתנו חכמים גבול וקצבה למי שיש לו לסלק היזק מחבירו שיעשה דבר קיים לדורי דורות, אלא מספיק מה שמסלק היזק ממנו לפי שעה. ואם אחר זמן יזיקנו, יש שופטים בארץ [ע"פ תהלים נח, יב: "ויאמר אדם אך פרי לצדיק, אך יש אלהים שפטים בארץ"]. דאי לא תימא הכי מחיצת

9 את דברי הירושלמי הללו הזכרנו גם בשיעור א: היזק ראייה בפרק "השותפין" - בבלי וירושלמי. ראה שם את פירוש הרמב"ן לדברי ר' נסא.

10 כדברי המאירי פסק גם הרמ"א (שו"ע חו"מ סי' קנז, ד). במקור לדברי הרמ"א מצוין הנימוקי יוסף אך כבר העירו מפרשי השולחן ערוך שלא זו כוונת הנימוקי יוסף. מפרשי השולחן ערוך שאלו על מקור דברי הרמ"א הללו, והציעו מספר תשובות. כבר העיר הרב אברהם סופר, המהדיר של המאירי, עמ' 6 הע' ה', שהמאירי הוא תנא דמסייע לרמ"א.

הכרם אם תפרוץ תיאסר תבואת חברו ויצטרך בעל הכרם לבנות גזית? אלא ודאי לא נתנו חכמים גבול לבנין אלא במקום שיציאת הבנין על שניהן שיכול האחד לומר אי אפשר לעשות מעותי אנפרות [=הפסד] ולהוציא הוצאות בכל יום.

הרא"ש ציין שני פירושים בעניין, והכריע כדברי האומרים שאם רצה אחד לכנוס בתוך שלו ולהקים מחיצה בשטחו מהוצא ודפנא הוא רשאי, מאחר שבכך הוא מונע היזק ראייה מחברו. אם המחיצה תיפול ושוב יהיה היזק ראייה, יוכל הניזק לתבוע אותו בבית דין.

כאמור לעיל, הרא"ש (א, א) חלק על ר"ת וסבר שלא ניתן לבנות מחיצה מהאבנים המופיעות במשנה במידת הוצא ודפנא, "ואם נהגו בפחות מנהג גרוע הוא ולא אזלינן בתריה. דקים להו לרבנן דבבביר מהכי לא קאי". על כך יש להקשות, מה בכך שהמחיצה לא תעמוד, אם המחיצה תיפול ויהיה היזק ראייה, "יש שופטים בארץ" ושיתבע אותו בבית דין? אלא שיש להבחין בין הדברים. חכמים ידעו שיש לשמור על יחס שבין העובי והמשקל של האבן לבין הגובה והרוחב של הכותל, ולכן כותל במידת הוצא ודפנא מסוגי האבנים שמופיעים במשנה, איננו כותל יציב. לעומת זאת, מחיצה מהוצא ודפנא היא אמנם דקה מבחינת מידתה, אך היא יציבה. זה היחס הנדרש בין סוג מחיצה מקנים לבין הגובה והרוחב שלה. אמנם היא לא מחיצה מסיבית וחזקה כמו מחיצה מאבנים מהסוגים שמופיעים במשנה, אך היא יציבה ומונעת היזק ראייה. אם בכל זאת מחיצה מהוצא ודפנא תיפול, על כך אמר הרא"ש "יש שופטים בארץ". יש לזכור שגם מחיצה מגויל שהיא עבה ורוחבה שיש טפחים יכולה ליפול, וכפי שנאמר במשנה: "לפיכך אם נפל הכותל..." (ב ע"א), "כותל חצר שנפל..." (ה ע"א). גם הרב יוסף חביבא (נימוקי יוסף דף א ע"א ברי"ף) כתב שהשכן האחר יכול לעכב ושלא לאפשר לבנות מחיצה מהוצא ודפנא בתוך שטח של אחד:

וטעמא דבעינן שיעורים גדולים כל כך אף על פי שאינו אלא משום היזק ראייה, משום דחיישינן שמא יפול ויצטרך להתעצם עמו בבית דין, ובין כך ובין כך יהא מזיקו בהיזק ראייה.

ומינה שמעינן דאפילו רצה אחד מהם לכנוס בתוך שלו ולבנות משלו בהוצא ודפנא, חברו כופהו שיבנו בין שניהם גויל או גזית כפי המנהג, דשםא יפול ויצטרך להתעצם עמו בבית דין.

הנימוקי יוסף הסביר מדוע סוגי הכתלים שנאמרו במשנה הם גדולים ומסיביים כשייעודם הוא למנוע היזק ראייה. כדי שהמטרה תושג ולא יהיה צורך לדון בבית דין על הקמת המחיצה, יש לבנות כותל חזק ויציב. על דברי הפוסקים שכתבו שהאחד יכול לבנות מחיצה מהוצא ודפנא בתוך שלו, שאל הרשב"א (ב ע"א) מספר שאלות:

ואינו מחוור בעיני כלל.

[א] שהרי כל עצמן לא אמרו במשנתנו שכופין זה את זה לבנות גויל וגזית, אלא כדי שלא יהא זה צריך להזמין את חבירו בכל יום בבית דין להקים מחיצתו הנפלת, וכיון שכן מה לי שאינו כונס לתוך שלו מה לי כונס? [ב] ועוד דהא מתני' בכופין זה את זה קא מיירי שזה אומר: גזית נבנה, וזה אומר לא כי אלא כפיסין או הוצא ודפנא כדי שלא יתמעט תשמיש חצרי, ובכי הא הוא דקתני בונין את הכותל כמנהג המדינה. ואם איתא בשופטני עסקינן כשרואה זה שבית דין מחייבין אותו בעל כרחו לתת שלשה טפחים בקרקע ורמי יתירי בגויל וגזית יכנוס לתוך שלו ויבנה מחיצה של הוצא כמו שירצה? [ג] ועוד שבזה נחלקו רב הונא ורב חסדא לקמן [ו ע"ב] גבי שתי חצרות זו למעלה מזו. דרב הונא אמר תחתון בונה מכנגדו ועולה, כלומר הוא לבדו בלא סיוע של עליון, לפי שהעליון יכול לומר לו איני צריך ליסוד שאני יכול לבנות עראי בתוך שלי ואפילו בהוצא. ורב חסדא סבר עליון מסייע מלמטה דקסבר דאף זה בונה בעל כרחו כמנהג המדינה, וצריך הוא ליסוד שאם אין יסוד אין בנין. וקיי"ל כרב חסדא, ותניא התם כותיה. וכן פי' הראב"ד ז"ל וכן עיקר. לפי שיכול זה לומר לו אף כשתכנוס בתוך שלך איני רוצה להיות עמך בכל שעה בדינא ודיינא.

על פי הסברנו נראה ליישב את שאלותיו של הרשב"א כך:

[א] גם הוצא ודפנא היא מחיצה טובה ויציבה, ודברי המשנה "הכל כמנהג המדינה" מרבים גם הוצא ודפנא. כאמור לעיל, גם כותל מגויל או גזית יכול ליפול גם אם ייבנה נכון מבחינה הנדסית - היחס בין גובה הכותל ומשקל האבן לבין הרוחב. נוסף על כך, לא נאמר במשנה שיש לבנות מסוג האבנים הללו ובמידות אלו כדי שלא יהיה צורך להתדיין בבית דין, אלא הוזכרו במשנה סוגי כתלים ומידותיהם בהנחה שאלו אכן כתלים טובים ויציבים, אבל גם מחיצה מהוצא ודפנא היא טובה.

[ב] אם לאחר פסיקת בית הדין יבנה אחד הצדדים מחיצה בשטחו מהוצא ודפנא - מדוע יש לראות זאת כ"שופטני" [=התנהגות של שוטים]? החובה ללכת אחר מנהג

המדינה היא רק כששני הצדדים בונים יחד, אך אם האחד בונה בשטחו שלו לברו, בית הדין לא מתערב. מדוע זו התנהגות לא ראויה?

[ג] בשתי חצרות זו למעלה מזו, בעל כורחם הם צריכים לבנות ביחד את המחיצה, כי אין דרך אחרת לחצוץ ביניהם. אך במחיצה שבין חצרות הם לא חייבים לבנות ביחד. רבינו יונה (עליות דרבנו יונה, עמ' ב-ג) ציין את שתי הדעות בשאלה זו, ולא הכריע ביניהן, אך מדבריו בהצגת עמדה זו נוכל ללמוד על טיב הטענה של השכן האחר:

ויש מפרשים, שאפילו אם יכנוס לתוך שלו, צריך לבנות באבנים או בלבנים. שיכול חבירו לומר לו אם אתה עושה מחיצה בהוצא ודפנא, אצטרך לצעוק עליך בבית דין כל זמן שהיא נופלת, לפיכך חייב לבנות מחיצה המתקיימת.

ההנחה של רבנו יונה היא שהוצא ודפנא היא מחיצה שלא עומדת זמן רב, ואשר על כן השכן חושש שהיא תיפול ויהיה צורך להתדיין בבית דין כשהיא תיפול, ולכן הוא יכול למנוע את הבניה החד-צדדית של מחיצה מהוצא ודפנא.

נראה אם כן שמחלוקת הראשונים היא כשהשכן שמעוניין לבנות בחלקו בונה מחיצה שאיננה עמידה דיה ויש סיכוי גבוה שהיא תיפול לפעמים. רבינו יונה סיים דבריו וכתב: "לפיכך חייב לבנות מחיצה המתקיימת". מכאן יש ללמוד שמה שצריך לוודא במצב כזה ששכן אחד רוצה לבנות בחלקו לברו, הוא שהוא מעמיד מחיצה מתקיימת, ואשר על כן נראה שאם אחד רוצה לבנות מחיצה דקה בחלקו שלו, מסיבית וטובה ושתמנע היזק ראייה באותה רמה ואיכות כמו סוגי האבנים ומידותיהם שנזכרו במשנה, לא יוכל השכן האחר למנוע זאת. כאמור לעיל, במשך כל הדורות והשנים, יש שינויים וחידושים בשיטות הבנייה, ובסוגי האבנים והחומרים המשמשים לגדרות ולמחיצות, ואם לפי בעלי מקצוע ואנשים שמבינים בתחום זו היא מחיצה מתקיימת וטובה, אזי אין מקום לטענות השכן.

ד. כשאחד השכנים רוצה לבנות מחיצה לברו בתוך החלק שלו, והשכן לא יוכל להשתמש בכותל

הנימוקי יוסף (שם) ציין לדברי הרא"ה שהוסיף ונימק מדוע שכן יכול למנוע הקמת מחיצה אפילו מגויל וגזית בשטחו של השכן האחר: "משום דאמר ליה אם אתה עושה כן לא יהא לי רשות לסמוך עליו".

על דברי הרא"ה הקשה הט"ז (חו"מ סימן קנז, ד):

מה שכתב שרוצה שיהיה לו כותל שיסמוך עליו, הוא תמוה מאד, מהיכן זכה לזה, דלא מצינו דחייבו חכמים את שניהם לעשות מחיצה בשביל תועלת סמיכת קורות עליה אלא בשביל היזק ראייה? הגע עצמך, אם הלך זה מחצירו ואינו רוצה להשתמש שם כלל, וכי יכול לכופו לבנות עמו מחיצה? והכא נמי דכוותיה, כיון שבונה הפסק כותל ומסלק היזק ראייה ממנו, הרי כאילו אינו דר שם.¹¹

קושית הט"ז על הרא"ה היא שמחיצה נועדה למנוע היזק ראייה ולא נועדה לאפשר לסמוך ולהשתמש במחיצה. מעת שהונחה מחיצה שמונעת היזק ראייה, הרי שנסתמו טענותיו של השכן, ומבחינתו יש לראות זאת כאילו אף אחד איננו גר שם. כנתיבות המשפט (ביאורים סימן קנז ס"ק ג) תירץ את קושית הט"ז:

ויש לישב קצת, דלא מיבעיא באין בו דין חלוקה ונתרצו בחלוקה, ודאי דיכול לומר לא נתרציתי בחלוקה רק אדעתא דמנהגא בכדי שיהיה לי כותל לסמוך קורות, ואם אתה תבנה בתוך שלך שוב אי אפשר לעשות כותל אחר לעצמי שיתמעט בחלקי כדי רוחב כותל שלם. ואפילו ביש בו דין חלוקה, אפשר לומר דלא חייבו חז"ל בחלוקה ובמחיצה רק באופן שלא יפסיד אחד את חבירו בחלוקה שביניהם. אבל אם קנו כל אחד חצי חצר לעצמו, ודאי דאין חבירו יכול לעכב כשמסלק ממנו היזק ראייה בכי האי גוונא.

לפי הנתיבות אכן עיקרה של המחיצה הוא למנוע היזק ראייה, אך חלוקת החצר באמצעות מחיצה היא גם חלוקת השותפות ביניהם. הרא"ה חידש שבעת החלוקה יש

11 הרמ"א שם פסק כך: "ואם נהגו במחיצה קלה, והאחד אומר לעשותה כולה משלו באבנים ולכנוס לתוך שלו או להפך, י"א דחבירו יכול לעכב על ידו ויעשו כמנהג (נמוקי יוסף בשם הרא"ה וטור בשם י"א), ויש חולקין (טור בשם הרא"ה ונמוקי יוסף בשם י"ח)". הט"ז הבין שהרמ"א ציין את המקור מדברי הנמוקי יוסף בשם הרא"ה לדעה שחברו יכול לעכב על ידו, שהכונה היא לדברי הרא"ה שהשכן יכול לעכב על ידו מפני שלא יוכל לסמוך על מחיצה דקה. ועל כך שאל הט"ז שם: "ועם כל זה אני תמה על רמ"א בזה, דהרא"ה לא פסקו לדין זה אלא במנהג כותל אבנים ורוצה שיעשה לו כמנהג כדי שיוכל לסמוך עליו, מה שאין כן בדברי רמ"א שכתב זה במקום שנהגו לעשות מחיצה קלה דאין ראוי לסמוך עליה ולמה ימחה עכשיו בידו לבנות משלו, אין זה אלא תימה". נראה שהרמ"א לא התכוון לדברי הרא"ה הללו. הסיבה להתנגדות השכן בשל העובדה שלא יוכל לסמוך על הכותל לא נזכרה כלל ברמ"א. ייתכן שהרמ"א שכתב "נמוקי יוסף בשם הרא"ה" הבין שדברי הנמוקי יוסף "שמא יפול ויצטרך להתעצם עמו בבית דין" אף הם מדברי הרא"ה. זאת מפני שאחר כך כתב עוד הנמוקי יוסף: "והרא"ה ז"ל מוסיף בה דברים ראפילו בא לכנוס בתוך שלו ולבנות גויל או גזית חברו מעכב עליו משום דאמר ליה אם אתה עושה כן לא יהא לי רשות לסמוך עליו". משמע שגם הנימוק הראשון הוא מדברי הרא"ה.

לקחת בחשבון שלא ייגרם הפסד בשטח החצר לשימושים מקובלים. בחצר שאין בה דין חלוקה, אם יבנה אחד בתוך שלו, האחר לא יוכל להשתמש במה שבנה שכנו, ועליו יהיה לבנות כותל בתוך שלו, על מנת שיוכל לסמוך עליו והדבר יגרום לו הפסד. גם בחצר שיש בה דין חלוקה יש לוודא שבניית הכותל בתוך שטח של אחד לא תגרום להפסד ביכולת השימוש של האחר בחצר שלו. אך אם למשל הם חילקו ביניהם את החצר וכל אחד בעלים על חצי חצר, האחד לא יכול למנוע מהאחר לבנות מחיצה בשלו, אם המחיצה משיגה את מטרתה והיא מונעת היזק ראייה.

המסר שבדברי הנתיבות הוא עקרוני ורחב ולא רק במצב שבו אחד השכנים רוצה לבנות בתוך שלו לברו. עם זאת שהיעוד של המחיצה הוא למנוע היזק ראייה בין השכנים בחצר, יש לבנות את המחיצה באופן כזה שלא ייגרמו נזק או פגיעה ביכולת השימוש בחצר. כשלא הייתה מחיצה בחצר, נפגעה יכולת השימוש בחצר מאחר שהייתה אפשרות להסתכל זה על זה ואף אחד מהשכנים לא הרגיש בנוח וחופשי בחצרו. כעת משהוקמה המחיצה, צריך לוודא שלא ייווצר מצב שהשימוש בחצר נפגע כתוצאה מהחלוקה ביניהם ומבניית המחיצה.

הוכחה לכך שיש להתחשב גם ביכולת השימוש בכותל שנבנה, ניתן ללמוד אף מדברי הרמב"ם והראב"ד בהלכות מקיף וניקף. הרמב"ם (הל' שכנים ג, ג-ד) כתב שאם המקיף גדר משלוש רוחות, הניקף לא משתתף במחצית ההוצאות, אלא אם כן גדר המקיף גם את הרוח הרביעית ובלבד שהמקום של הכותל של שניהם. "אבל אם היה הכותל של זה שבנה, ובחלקו בנה, יראה לי שאין מגלגלין עליו אלא דבר מועט כמו שיראו הדיינים, שהרי אינו יכול להשתמש בכתלים". אמנם הראב"ד חלק שם וטען "ומה שאמר [הרמב"ם] שאינו יכול להשתמש בכותלים - כן ישתמש. אלא המקום לו יהיה, ויהיה לו שטר על זה שאם יפול הכותל - האבנים והעפר לשניהם, והמקום שלו".¹² אמנם הרמב"ם הראב"ד חלקו במקרה ששכן אחד בנה משלו ובחלקו, האם הניקף רשאי להשתמש ובאילו תנאים, ומדבריהם עולה שיכולת השימוש בכותל שנבנה בין החצרות היא חלק מהדיון בין השכנים בעת שהם בונים כותל שכאמור מטרתו למנוע היזק ראייה.

סיכום

המבוקש הוא להקים מחיצה בין השכנים כדי שהם ייפרדו בשטח המשותף, אך ימשיכו לשמור על שכנות טובה. סוגי האבנים ומידותיהם מבטאים נורמות רצויות. מחיצת

12 מפרשי הרמב"ם ואחרונים עסקו בבירור דברי הרמב"ם והראב"ד, אך אין זה המקום לדון בדבר.

אבנים מסיבית ובגובה של ארבע אמות על השטח המשותף, לאחר שכל אחד נתן בשווה כמה טפחים מחלקו על מנת לבנות את המחיצה, תוך חישוב היחס שבין הגובה והמשקל של המחיצה על בסיס השטח שעליו היא בנויה. אלו הן דוגמאות למחיצות חזקות וטובות שמטרתן למנוע היזק ראייה. אמנם גם מחיצות כאלו יכולות ליפול, אך מלכתחילה הן נבנות כמחיצות חזקות ומסיביות. בגמרא נאמר שאם נהגו במחיצות מסיביות וחזקות פחות, כמו מחיצה מהוצא ודפנא שהיא דקה יותר במידותיה בהשוואה למידות שבמשנה, והיא עשויה מקני עצים, זו מחיצה טובה.

דברים אלו הם נקודת מוצא עקרונית מוסכמת ומשותפת לכל מכלול הדעות שנזכרו בראשונים, והמחלוקות ביניהם הם פרטים ביישום העיקרון.

הדיונים בראשונים הם כשנהגו במקום מסוים לבנות מחיצות אטומות אך דקות יותר ממידת הוצא ודפנא. האם יש למנהג מדינה כזה תוקף וגיבוי, ואף אם כל בני העיר הסכימו לזה ואף בגיבוי חכמי המקום. כך גם כשאחד הצדדים מבקש לבנות רק בשטחו, חלקו הראשונים אם לאפשר זאת או לא. החשש הוא שהמחיצה תיפול, ושוב יהיה היזק ראייה עד שתיגמר ההתדיינות המשפטית. המחלוקות הללו הן בהערכות איך תישמר ההימנעות מהיזק ראייה על הצד הטוב ביותר, האם וכמה לאפשר להוריד מהדרישה הבסיסית שמופיעה בדוגמאות שבמשנה. אך נראה שאם יהיה ברור שמנהג מדינה מסוים הוא מנהג טוב ויציב, אף שהוא פחות מדרישות הנורמה ומהתקן שמופיע במשנה, נראה שתהיה הסכמה של כל הראשונים שהמנהג תקף, וניתן לכופף זה את זה לבנות באופן זה את המחיצה.

הרא"ה חידר עור וכתב שבעת חלוקת החצר באמצעות כותל על מנת למנוע היזק ראייה יש לקחת בחשבון את האפשרות להשתמש בכותל. המחיצה שמונעת היזק ראייה מאפשרת שימוש נוח וחופשי בחצר מפני שהאחד איננו יכול לראות מה קורה אצל האחר, אך היא מצמצמת את יכולת השימוש בחצר ועל כן הניצול של הקיר הוא דבר משמעותי. אשר על כן יש התחשב גם בזה בעת החלוקה.