

## חזקת תשמישים במקום שאי אפשר לסלק

חזקת תשמישין מתקיימת כאשר הבעלים אינו מוחה במחזיק. לראשונים הסוברים שאין צריך טענה בחזקת תשמישין, חוסר המחאה הוא **סיבה** לבעלות; מאידך, לראשונים הסוברים שצריך טענה, חוסר המחאה הוא **ראיה** לבעלות. כך או כך, החזקה נשענת על חוסר מחאה.

אמנם יש לברר באילו מקרים אנחנו מצפים מהבעלים למחות: האם רק במקום שהבעלים יכולים מבחינה משפטית לסלק את המחזיק הם אמורים למחות, או שגם במקום שאינם יכולים לסלקו, סוף סוף הם יכולים לגלות דעתם שלא נוח להם.

ההשלכה של בירור זה – האם במקום שאין הבעלים יכולים לסלק את המחזיק תהיה לו חזקה, שהרי הבעלים לא מחו בו ולא גילו את דעתם שהחזקתו מנוגדת לרצונם; או שבמקרה כזה לא תהיה חזקה, כיוון שחוסר המחאה אינו נובע מהסכמת הבעלים לחזקה אלא מחוסר יכולתם להתנגד לה.

השלכה נוספת של שאלה זו תהיה לענין חובת ההרחקה במקרה שכזה; כיון שאם לא יסולק המחזיק תהיה לו חזקה, לכן אפשר שמעיקרא יוכלו הבעלים לעכב עליו כדי שלא יחזיק.

שאלות אלו חוזרות על עצמן בכמה סוגיות באופנים שונים, וננסה לסקור אותם בע"ה.

### איסור לסמוך

נחלקו אביי ורבא<sup>1</sup> אם מותר לאדם לחפור בור בצד מצר חברו. והקשתה הגמרא על רבא ממספר מקרים (גפת, זרעים וכו'), בהם משמע שאין צורך להרחיק כאשר אין כותל.

הקשו הראשונים על קושיות אלו של הגמ': הרי אם אח"כ ירצה השני לבנות כותל יוכל הסומך להרחיק, ומדוע א"כ תיאסר עליו הסמיכה כבר כעת?

---

1. יז ע"ב.

**תוס'**<sup>2</sup> תירצו בתירוצם הראשון, שכבר כעת מקלקלת הסומך את קרקע הנסמך באופן שעתיד להזיק לכותל שיבנה גם אם יסירו את הנזק, ולכן יכול הנסמך לכופ את הסומך להרחיק כבר כעת.

בתירוצם השני כתבו, שכיון שיש טורח בסילוקו, יש לחוש שלא ימהר לסלקו כאשר ייבנה הכותל, ולכן יכול לעכב עליו מעכשיו.

**רבינו יונה**<sup>3</sup> תירץ, שיכול לסלקו מעכשיו, כיון שחושש שמא יחזיק עליו שלש שנים, ולא יוכל לסלקו כאשר ייבנה הכותל. ומזה למד רבינו יונה שגם לפתוח חלון לחורבתו של חברו אסור, אף שכרגע אין היזק ראייה, שמא יחזיק בחלון, ולא יוכל בעל החורבה לעכב עליו אף לאחר שיבנה את החורבה. וכן יזיק בעל החלון את בעל החורבה להרחיק ארבע אמות מכנגד חלונו.

**הרא"ש**<sup>4</sup> חלק עליו, וטען שכל מקום שמותר לסמוך אין המחזיק יכול לטעון חזקה לעולם, כיון שאין הבעלים יכול למחות בו, שהרי אינו מזיק לו עתה; "כל מקום שאין יכול למחות אין חזקה". והוכיח הרא"ש כלל זה מהמשנה בחזקת הבתים<sup>5</sup>, שהיזו עד טפח יש לו חזקה ויכול למחות, פחות מטפח אין לו חזקה ואין יכול למחות. משמע במשנה שאם אין מחאה אין חזקה.

הרי שנחלקו רבינו יונה והרא"ש, האם אפשר להחזיק במקום שאי אפשר לסלק. ומ"מ מוסכם, שאם יכול המחזיק לטעון חזקה, יכול הבעלים לתובעו להרחיק מעיקרא.

### האחין שחלקו

"אמר רב נחמן אמר שמואל, האחין שחלקו אין להן לא דרך זה על זה, ולא חלונות זה על זה וכו', והזהרו בהן שהלכות קבועות הן"<sup>6</sup>.

הרא"ש<sup>7</sup> הביא את דעת **הראב"ד**, שאמנם אם ירצה האח השני לבנות כנגד חלונו לא יוכל בעל החלון לערער על סתימת החלון, אבל כל זמן שלא בנה לא יוכל לומר לו שתום חלונותיך, אע"פ שיש בהן היזק ראייה.

2. יז ע"ב ד"ה מרחיקין.

3. יח ע"ב ד"ה עלה בידנו.

4. פרק ב סימן ב.

5. נט ע"א.

6. ז ע"ב.

7. פרק א סימן כ.

**הרא"ש** עצמו חלק על הראב"ד, וטען שיכול לחייבו לסתום את החלון. אחת מטענות הרא"ש כנגד הראב"ד היא, "איכא למיחש דלבתר תלת שנין טעין בחזקה", כלומר יש חשש שאם נתיר לו להשתמש כך הוא עלול לטעון שיש לו חזקה לפתיחת חלון, ויוכל לעכב את השני מלבנות כותל מולו ולהאפיל עליו.

היה מקום לומר שהראב"ד יענה על קושיית הרא"ש, ויאמר שכיוון שאין יכול למחות בו שיסתום חלונו, אין חזקה כלל באחין שחלקו, אלא שהרשב"א<sup>8</sup> הביא בשם הראב"ד, שאם החזיק בעל החלון שלש שנים ובא בטענה נאמן. נמצא, שגם לרא"ש וגם לראב"ד תיתכן חזקה אפילו במקום שלא היה יכול לסלק את המחזיק.

**הרשב"א** עצמו חלק על הראב"ד, וסבר שכיוון שאינו יכול לכופו לסתום אין לו חזקה.

סיכום:

ראינו שלש שיטות באחין שחלקו:

**הראב"ד** סובר, שאפשר להחזיק למרות שאין יכולת למחות לסתום. **הרא"ש** סובר, שכיוון שיש יכולת להחזיק יש גם יכולת לכפות לסתום כדי שלא יחזיק.

**הרשב"א** סובר שאין יכולת למחות לסתום ולכן אין יכולת להחזיק.

### שיטת הרא"ש

**הפלפולא חריפתא**<sup>9</sup> הקשה על הרא"ש מדבריו שהובאו לעיל, שם כתב במפורש שאין יכולת להחזיק במקום שאין יכול למחות; וא"כ באחין שחלקו, שלדעת הראב"ד אינו יכול לכופו לסתום, אזי גם להחזיק אין אפשרות, ומדוע כתב שיש לחשוש שיחזיק!?

נראה לתרץ את דעת הרא"ש בשני אופנים:

א. באחין שחלקו לזה בית ולזה חצר, ישנן מספר אפשרויות מה יהיה דין החלונות: אם בשעת החלוקה האחים התנו במפורש, הכל לפי תנאם, והם יכולים כמובן להתנות גם שלבעל החצר תהיה זכות לדרוש מבעל החלון לסתום אותו. אם 'עלו אהדדי בדמים' יש לבעל החלונות זכות לאורה, ואין בעל החצר

8. זע"ב.

9. אות ת.

יכול לבנות כנגד החלון. ואם חלקו סתם, אנחנו אומדים את דעתם שכוונתם להשאיר את החלונות כמו בחיי אביהם. בעל החלון אינו חייב לסתמו, אבל גם בעל החצר יכול לבנות כנגדו.

א"כ, באחים שחלקו, אף שאינו יכול לחייבו לסתום החלון, יש סיבה למחאה, כדי להודיע שלבעל החלון אין חזקה, ויש לו זכות לבנות כנגדו. משא"כ בגפת שהונחה קודם לכותל, כאן ברור לכולם שאינו יכול לסלק את בעל הגפת, וממילא אין כלל צורך במחאה.

עולה מכאן, שגם לרא"ש יש חזקה במקום שאי אפשר לסלק את המשתמש, אלא שזאת רק אם למתבונן מהצד עלול להיראות שלמחזיק יש חזקה, שאז מצופה מהבעלים שימחה למרות שאינו יכול לסלקו.

כ"כ בספר 'קצות החושן'<sup>10</sup> לתרץ שיטת הרמב"ן, שנראה שסבר בעניין גפת כרא"ש במחלוקתו עם רבינו יונה, ומאידך כתב בחלונות שעלול להחזיק. וכתב הקצות שהרא"ש חייב להודות שיש חזקה בכה"ג, גם כשאינו יכול לסלקו, כמבואר בגמרא (לה ע"ב) שבימשכנתא דסורא צריך למחות כל שלש שנים, ואם לא ימחה יכבוש המחזיק את שטר המשכון ויטען חזקה.

ב. בסמיכת גפת, לא רק שאין השכן יכול לסלקו, אלא שהגפת באמת אינה מפריעה לו כעת, ולכן חוסר המחאה אינו מעיד על זכותו של בעל הגפת להשאיר אותה גם כשיהיה כותל. לעומת זאת באחין שחלקו, אמנם אין לו יכולת לכופ את אחיו לסתום את החלון, מ"מ הוא ניזוק ע"י החלון כרגע, ולכן מאד מתבקש שהוא ימחה, ממילא אם לא מחה החזיק בעל החלון.

כלומר החילוק הוא בין מקום שקיים נזק, שאז מתבקש שתהא מחאה, וממילא חוסר מחאה מהוה ראיה לחזקה; לעומת מקום שכרגע אין נזק, ולכן אין לו סבה למחות, וממילא אין חזקה.

### שיטת הרשב"א

**הרשב"א**<sup>11</sup>, כאמור, חלק על הראב"ד הנ"ל, וסבר שכיוון שאינו יכול לכופ לסתום אין לו חזקה, בניגוד למה שראינו בדעת הראב"ד והרא"ש.

הרשב"א חילק בין משכנתא דסורא, שבה צריך למחות ואם לא ימחה תהיה חזקה, לאחין שחלקו שבהם לא תהיה חזקה אף אם לא ימחה. הוא הסביר

10. קנד ה.

11. ז ע"ב.

שבמשכנתא דסורא, כיון שהיה שדה זה ידוע לראובן וראו את שמעון עובד בו, אם לא ימחה עלולים לחשוב שמכר את השדה. לכן צריך למחות, ואם לא ימחה הרי זו ראייה שהשדה אינה שלו. לעומת זאת, באחין שחלקו אין בעל החצר רואה צורך למחות, כיוון שלכולם ייראה שכך חלקו, לזה בית ולזה חצר. לכן אף אם לא ימחה, אין בכך ראייה שנתן לשני זכות לחלון<sup>12</sup>.

אכן, יש להקשות על הרשב"א מדבריו באיסור סמיכת גפת; שם כתב הרשב"א<sup>13</sup> כרבינו יונה, שהאיסור לסמוך גפת אף כשאין כותל נובע מהיכולת להחזיק. דהיינו, לדעת הרשב"א אפשר להחזיק אף שאין יכול לסלקו.

כיון שראינו כיצד הסביר הרשב"א את 'משכנתא', שבה צריך למחות כיוון שנראה שמכר לו השדה, יש לתרץ גם את דבריו לגבי סמיכת גפת באותה דרך. יש לחלק בין מקום שהמחזיק השקיע ועשה מעשה, כמו בהנחת גפת, שאז נראה לעולם שנתן לו חבירו זכות לכך, ולכן צריך למחות בו. לעומת חלון של אחין, שהחלון נשאר פתוח ממילא מימי אביהם, אין סיבה לחשוב שמכר לו זכות לחלון, ולכן אין צורך למחות.

### סוגית חלון

מתני' (נח ע"ב): חלון המצרי אין לו חזקה ולצורי יש חזקה.

ובגמרא נחלקו רבי זירא ורבי אילעא: למטה מד' אמות - לכולי עלמא יש לו חזקה ויכול למחות. למעלה מד' אמות - לר' זירא אין לו חזקה ואין יכול למחות, ולר' אילעא אין לו חזקה ויכול למחות.

ונחלקו הראשונים בהסבר הסוגיא:

**ר"י מגא"ש והרא"ש** הסבירו שבחלון למטה מד' אמות יש היזק ראייה, ולכן יכול חבירו למחות, ובמקום שלא מחה החזיק השני.

**הרשב"א והרמב"ן** סוברים שבמקום שיש היזק ראייה אין חזקה, גם אם לא מחה חבירו. לכן הם הסבירו שבחלון למטה מד' אמות מדובר שאין היזק ראייה, ומה שאמרו שיכול למחות היינו בגלל חשש החזקה, כלומר שימחה בבעל החלון שיסתום חלונו כיון שהוא חושש שמא יחזיק בחלון.

12. בעצם, ההיגיון בסברה זו מקביל להיגיון שעל פיו חילק הקצות הנ"ל בין אחין שחלקו לבין גפת. אלא שהקצות הסביר את שיטת הרא"ש, שבגפת לא תהיה חזקה ובאחין שחלקו תהיה, ואילו כאן הסברה עשוייה לשמש לכיוון ההפוך, מדוע בגפת תהיה חזקה ובאחין לא.

13. יח ע"א.

ולכאורה קשה בסברתם, הלא הסיבה שיש חזקה היא מכיוון שהיה לו למחות ולא מחה, א"כ למה לא נאמר שאין לו יכולת להחזיק וממילא לא תהיה סיבה למחות?

וצריך לומר, שעיקר הטעם לדין חזקה הוא בגלל הקביעות של החלון ולא בגלל יכולת המחאה, דהיינו הגדר שקובע במה אפשר להחזיק הוא לא יכולת המחאה אלא קביעות השימוש. ומבואר כן בלשון הרשב"א, שכתב "דכיון שהוא רחב ויכול להכניס ראשו להדיא להביט ממנו חלון קבוע הוא זה". נראה שדברי הרשב"א האלה הינם פתח להבנה נוספת בדעת הסוברים שיש יכולת להחזיק גם במקום שאי אפשר לסלק.

#### סיכום

בחלון נחלקו הראשונים - האם מיירי במקום שיש היזק ראייה ולכן אם לא ימחה תהיה חזקה, או שגם במקום שאין היזק ראייה, אף שאינו מזיקו כעת, אם לא ימחה תהיה חזקה. נראה שלסוברים שגם אם אין היזק ראייה יש חשש שמא יחזיק, המדד שיקבע את החזקה יהיה קביעות השימוש.

#### חלון פתוח לגג רעפים או חורבה

**הרא"ש**<sup>14</sup> התייחס לאדם שהיו חלונותיו פתוחים לגג רעפים של חברו, שעכשיו אינו מזיקו בראייה, האם יכול למחות בו שיסתום את החלון משום שמא בעתיד יבנה ויזיק אותו בראייה. ופסק הרא"ש, שאי אפשר למחות בו שיסתום החלון כיוון שאינו מזיקו כעת, וממילא אף אם החזיק בחלון יוכל חברו לחייבו לסתמו כשיבנה מולו, שכל מקום שאין מחאה אין חזקה. כלומר, התלות במחאה גורמת שני דברים: א. חוסר יכולת להחזיק. ב. פטור מלהרחיק/לסתום.

דברי הרא"ש הובאו בשו"ע (סי' קנד סעי' טז). אחר כך הביא השו"ע את דעת **הרשב"א** החולק על הרא"ש, וסובר שיכול לעכב עליו מלפתוח החלון, אף שאינו מזיקו עכשיו בראייה, שמא יבנה בעתיד ויזיקנו בראייה, **והוא לא רוצה לעמוד לפניו בדינא ודיינא**. נראה לדקדק שהרשב"א לא חולק על הרא"ש באופן עקרוני, גם הוא סובר שחזקה תלויה במחאה; אלא שהוא סובר שמ"מ יכול לעכבו, שמא יפתח את גגו ונמצא ניזוק בראייה וצריך לעמוד לפניו בדין<sup>15</sup>.

14. פרק ב סימן ג.

15. הערת העורך: דקדוק זה בדברי הרשב"א יוצר דוחק גדול, שהרי בדבריו בסוגיית גפת ובסוגיית חלון נראה שאפשר להחזיק גם במקום שאין יכולת למחות.

לעיל ביארנו בשיטת הרשב"א, כדי שלא תהיה סתירה בין דבריו בגפת לדבריו באחין שחלקו, שיש חילוק בין תשמישים דממילא, שבהם לא תהיה חזקה כי אינו צריך למחות, לעומת תשמישים שנוצרו ע"י מעשה, שאם לא ימחה יחזיק חבירו. עפ"י צריך לומר, שגם בחלון חשיב היזק דממילא, ואינו כמו הנחת גפת שדורש מאמץ מיוחד, לכן לרשב"א לא תהיה חזקה.

הקצוה"ח (ס"ק ה) הביא את תשובת הריב"ש (סימן תעא), שסובר שיכול לעכבו מלפתוח את החלון לא בגלל טעמו של הרשב"א, אלא בגלל החשש שמא יחזיק עליו. וז"ל הריב"ש - "הוכיח הרב ז"ל (הרא"ש ח.א.ש.), דהיכא דליתיה להאי טעמא וליכא היזק ראייה כלל, כגון גג של רעפים, אינו יכול למחות, דכופין על מדת סדום, וממילא כיוון שאינו יכול למחות אין לו חזקה. והוא עשה מן המסובב סיבה ומן הסיבה מסובב; שהרי לפי הנראה מלשון הגמ' היסוד והסיבה היא החזקה, ומדין החזקה יצא לנו אם יכול למחות אם לאו" עכ"ל. וכיון שיש חשש שמא לא ימחה ויחזיק עליו, יכול לעכבו כבר עכשיו מלפתוח את החלון.

עולים מדברי הריב"ש שלושה חידושים:

שני חידושים לדינא – חלון שהיה פתוח לגג רעפים יש לו חזקה, למרות שאין יכולת למחות לסלקו. מכיוון שכך, אסור לפתוח את החלון כיון שיש חשש שמא יחזיק.

החידוש השלישי הוא בסברת החזקה - הסיבה לזה שאף במקום שאין יכולת למחות יש חזקה היא משום שעיקר היסוד והסיבה היא החזקה. וזו סברא מחודשת, כיון שניתן היה לומר שיש אפשרות להחזיק בחלון זה למרות שאין נזק כיון שהיה בעל הגג צריך למחות מחאה 'וירטואלית', כלומר מחאה שאינה מחייבת סתימת החלון אלא רק מביעה את אי הסכמתו לחלון, ובכך גורמת שלא תהיה חזקה<sup>16</sup>. אמנם הריב"ש לא הסתפק בכך, וחדש שהיסוד הוא החזקה<sup>17</sup>.

---

לכן לענ"ד נראה יותר בדעת הרשב"א, שחלון הפתוח לגג רעפים תהיה לו חזקה. ומה שכתב הרשב"א שיכול למחות משום שלא רוצה לעמוד איתו בדינא ודיינא, לרווחא דמילתא כתב כן, ואין הכי נמי שיכול למחות גם כדי שלא יחזיק. וכן מצינו בריב"ש שכתב בפירוש שיכול להחזיק, ואעפ"כ הזכיר בסוף דבריו שיכול למחות גם משום שלא רוצה לעמוד עימו בדינא ודיינא.

16. זה מה שהריב"ש מציע לומר בדברי הרא"ש - "ולדבריו אף אם אינו יכול לעכבו... היה לו למחות בסוף כל שלש שלא יחזיק עליו...".

נראה בהסבר דבריו בדומה לדברי הרשב"א בסוגיית חלון - המדד במה אפשר להחזיק הוא קביעות השימוש.

עפ"י הריב"ש סבר כרשב"א בחדא ופליג עליה בחדא; סבר כמותו שהמדד ליכולת להחזיק הוא הקביעות, כפי שהסביר הרשב"א בחלון הצורי. ופליג עליו בכך שלרשב"א א"א למחות מחשש שמא יחזיק, כפי שמדויק מדבריו בחלון הפתוח לגג, שיכול למחות רק משום שאינו רוצה לעמוד עמו בדין ולא מחשש שמא יחזיק עליו.

#### סיכום

בענין פתיחת חלון מעל גג של רעפים מצינו מחלוקת משולשת:

**הרא"ש** סבר שאין יכולת להחזיק כיון שא"א למחות, וממילא אין יכולת לכפות לסתום.

**הרשב"א** סבר שאין יכולת להחזיק, ומ"מ יש יכולת לכפות הרחקה, מכיון שאינו רוצה לעמוד עמו בדין.

**הריב"ש** סבר שיש יכולת להחזיק, והחזקה היא היסוד והסיבה אע"פ שאין יכולת לסלק, ולכן יכול לעכב עליו מלפתוח. ונראה שהריב"ש יסבור כרשב"א בסוגיית חלון שהמדד לדבר שיש אפשרות להחזיק בו הוא קביעות השימוש.

#### חזקת האיש בנכסי אשתו

מתניתין (מב ע"א): לא לאיש חזקה בנכסי אשתו.

והקשתה הגמרא (מט ע"א): פשיטא, כיון דאית ליה פירא פירא הוא דקאכיל וכו'.

פירש רשב"ם:

"...פירי הוא דקאכיל, ואין לו בגוף הקרקע כלום, ואין צריכה למחות, שהכל יודעין שבתורת פירות ירד לקרקע זאת. ולא דמי למשכנתא דסורא דאמרן דצריך למחות בסוף כל ג', דהתם היינו טעמא, שמא לסוף זמן מרובה לא יהיו העדים זכורים שבתורת משכון באה לידו ויכול לטעון

17. גם הרשב"א והרמב"ן הסבירו את יכולת המחאה בסוגיית חלון בתור יכולת לכוף לסתום, למרות שאפשר היה לומר שהמחאה בסוגיית חלון היא זירטואלית, כלומר שאינה מחייבת לסתום אלא רק מביעה את אי הסכמתו לפתיחת חלון.



לקוח הוא בידי, אבל נכסי אשה לבעלה כל העולם יודעין שפירות יש לו בקרקע אשתו...”

העולה מדברי הגמרא והרשב"ם, שכל מקום שהוא אוכל ברשות אין לו חזקה כלל, ואין הבעלים צריכים למחאה כל עיקר. מסוגיא זו הוכיח קצוה"ח<sup>18</sup> שהדין עם הרא"ש במחלוקתו הנ"ל עם הריב"ש, שכל מקום שידוע שהוא עושה ברשות, אין הבעלים צריכים למחות, וממילא אין לו יכולת להחזיק. כלומר, כל מקום שאי אפשר לסלק אי אפשר גם להחזיק.

לענ"ד ניתן לומר שאין מכאן הוכחה גמורה; הריב"ש דיבר על חזקת תשמישין, ועל זה אמר שהעיקר והיסוד הוא החזקה. בחזקת תשמישים פסק הריב"ש שאין צריך שלש שנים כיון שלא שייך בהם הטעם של מיזדהר בשטרא, דהיינו עצם השימוש יוצר את הבעלות. ואם נאמנים דברינו, שהמדד של הריב"ש במה מחזיקים הוא קביעות השימוש, אפשר שזה דווקא בתשמישין שבהם שייך לומר שקביעות השימוש היא היסוד והסיבה לחזקה. אמנם בחזקת קרקע שבה החזקה משמשת בתור ראיה, שם באמת קביעות השימוש היא פחות חשובה, כיוון שהעיקר הוא שאין צורך לשמור השטר. לכן אפשר שאין להוכיח מבעל שאוכל פירות שבמקום שאין יכול לסלק לא תהיה חזקה, כיון ששם מדובר בחזקת קרקע שהעיקר בה היא כאמור חוסר המחאה ולא עצם השימוש.

רבי שמעון שקופ<sup>19</sup> מתרץ תירוץ אחר. הוא אומר שאין לדמות בעל לדידן, כיון שבעל אוכל משלו, שזכה בפירות מחמת שהוא בעל, ולא חשיב משתמש בשלה. לכן אין לו חזקה. לעומת כל שאר חזקות תשמישין ונזיקין, אע"פ שעושה ברשות, סוף כל סוף הרי הוא משתמש בשל חברו, ואין ראוי לעבור כמה שנים בשתיקה. לכן היה לו להתרות בו שלא מכר לו, ואם לא מיחה הוי ראיה לחזקה.

### סמיכת כותל

מתניתין (כב ע"א): מי שהיה כותלו סמוך לכותל חברו לא יסמוך לו כותל אחר, אא"כ הרחיק ממנו ארבע אמות. החלונות בין מלמעלן בין מלמטן בין מכנגדן ארבע אמות.

---

18. קנד ה.

19. ב"ב סי' ו.

והסבירה הגמרא את טעם ההרחקה מן הכותל, דדוּוּשָׁא דהכא מעלי להתם. רש"י - מה שדשין ברגל בין שני הכתלים תמיד, מועיל לשני הכתלים להקשות קרקעית יסודות הכתלים ולא ימוטו.

והקשו הראשונים – מנין זכה בעל הכותל בדוּוּשָׁא שבחצר חבירו?! [הראשונים שאלו שאלות שונות, אבל מכולן עולה השאלה הקשה - כיצד מחייבים את בעל החצר להרחיק בגלל הצורך שיש לבעל הכותל בדוּוּשָׁא, מנין הוא זכה בשעבוד זה?!]

מדברי **תוס'**<sup>20</sup> נראה שהבינו שמניעת הדוּוּשָׁא היא נזק. תוס' הסבירו לשיטת ר"ח, שגם הנזק במשנתנו הוא נזק של גירי דיליה, כיוון שמיד שסומך לו כותל אחר מונע ממנו הדוּוּשָׁא. משמע שהבינו שמניעת דוּוּשָׁא זו לא רק מניעת זכות שימוש של בעל הכותל, אלא נזק ממש.

צריך לומר בדעת תוס', שחלק מההגדרה של כותל נורמלי היא הדישה סביבותיו; לכן ברגע שיש פגיעה בזה כאילו פגע בכותל, ולכן יכול למונעו, לא בגלל שעבודים למיניהם אלא מדין מזיק. שאר הראשונים הסבירו כיצד קנה בעל הכותל את הזכות לדוּוּשָׁא, כיון שדברי תוס' הם חידוש לומר שחשיב מזיק במניעת דוּוּשָׁא.

**הרשב"א** הביא את שיטת **רבי שלמה ב"ר אברהם**, שהסביר את הסוגיא בלוקח מן המלך. הלוקח את הכותל ראשון זכה גם בשעבוד לדוּוּשָׁא, ולכן חברו צריך להרחיק. הרשב"א למסקנה הסכים לשיטתו.

הרשב"א הביא גם את דעת **רבינו יונה**, שהסביר שמירי שהחזיק שלש שנים ולא מיחה בו חבירו, ובא בטענה שקנה את הזכות לדוּוּשָׁא. והיינו כעין דין החלונות בסיפא של המשנה, שזכה באורה כיוון שהחזיק ג' שנים ובא בטענה.

והקשה עליו הרשב"א - א"כ יכול בעל החצר למחות בבעל הכותל שלא יבנה סמוך לחצרו. מדוע א"כ לא כתבה המשנה 'לא יבנה אדם כותל סמוך לחבירו', כמו ששינו בחלונות (נט ע"ב) 'לא יפתח אדם חלונותיו לחצר השותפין'.

הסיק מכך הרשב"א, שבאמת יכול לסמוך כותל לחצר חבירו ואין חבירו יכול למחות בו, לעומת חלון שיכול למנוע ממנו לפתוח. והחילוק הוא, שבחלון משתמש בעל החלון באוויר בעל החצר, "הלכך אינו בדין שישתמש זה באוירו ויהא צריך לזהר למחות בסוף כל ג' וג'". אבל כותל לא משתמש בכלום בחלק

20. כב ע"ב ד"ה לימא.

חבירו, ודוּוּשָׁא מְמִילָא הוּיָא, ואם חושש שמא יחזיק עליו או יבנה או ימחה מעתה...".

ונראה בכוונתו, שעצם העובדה שחבירו עלול להחזיק אינה סיבה למונעו מלהשתמש ולבנות, שהרי יכול למחות בו. אבל בחלון, כיון שהיכולת של בעל החלון להשתמש באוויר חברו היא רק מדין "כופין על מדת סדום", לכן אם יש חשש שמא יחזיק עליו כבר אין זו מדת סדום למונעו מלהשתמש באווירו.

ע"פ דבריו יוצא, שבכותל אין אפשרות למחות לסלק, אבל יש אפשרות למחות לעניין שלא יחזיק - מחאה 'וירטואלית'. כאמור, נראה שהרשב"א לשיטתו, שבמקום שהמחזיק עשה מעשה למען השימוש שלו תהיה לו חזקה; כיון שכלפי חוץ נראה ששילם על כך שלא יסלק אותו בעתיד, שהרי לא מסתבר שעשה מאמץ כזה אם אח"כ יוכלו לסלקו, לכן אנו מצפים מחבירו למחות בו.

בסוף דבריו כותב הרשב"א, שפירוש רבי שלמה ב"ר אברהם עיקר. נראה שלא קבל את האפשרות למחאה כזו, ולכן העדיף להסביר אחרת.

בדעת רבינו יונה ייתכן לבאר שפה צריך למחות למרות שא"א לסלק. עפ"ז יוצא שרבינו יונה יסבור כמו הריב"ש, ולא בגלל שהיסוד הוא החזקה אלא משום שיכול למחות מחאה 'וירטואלית'.

#### סיכום

חיוב הרחקת כותל נובע מהצורך בדוּוּשָׁא.

**לתוס'** הזכות בדוּוּשָׁא היא חלק מהכותל, ומניעת דוּוּשָׁא כמוה כנוק.

**רבינו יונה** הסביר שהזכות באה ע"י חזקת שלש שנים.

**הרשב"א** ו**ר"ש** ב"ר אברהם הסבירו שהמשנה מיירי בלוקח מן המלך, והרי זה כאילו זכה מן ההפקר.

#### סמיכה למזחילה

מתניתין (כב ע"ב): מרחיקין... ואת הכותל מן המזחילה ארבע אמות כדי שיהא זוקף את הסולם.

לכאורה תקשה הקושיא דלעיל - מנין יש לו שעבוד לתיקון המזחילה ולחייב את שכנו להרחיק?

**תוס'** (ד"ה כדי שיהא) כתבו שמיירי כשמכר ונתן לו זקיפת החלון בחצרו, ולכן יכול לחייבו להרחיק.

**הרשב"א** הסביר את המשנה, כגון שהחזיק ג' שנים לתקן מזחילתו, אי נמי במתנה בפירוש (כעין פירוש תוספות).

נראה שהראשונים הלכו לשיטתם: תוס' שנמנעו להסביר בסוגיית דוּוּשָא שמיירי שהחזיק, גם פה נמנעו מלומר כן. ואפשר שנמנעו משום שסוברים שאי אפשר להחזיק בכה"ג. לרשב"א יש יכולת להחזיק. (ומה שמנע ממנו לפרש שעצם החזקה במזחילה מקנה זכות בחצר חבירו, הוא משום שסבר שחזקת מזחילה מועילה רק לשפיכת מימיו ולא לתיקון המזחילה).

### **סיכום כללי:**

ננסה לסכם את השיטות שהובאו במאמר:

**רבינו יונה** הוא העקבי לאורך הסוגיות. הוא סובר שבכל השימושים אפשר להחזיק אע"פ שא"א לסלקו. כך כתב בגפת שאפשר להחזיק כשסומך לפני שיש ניזק, ובסוגיית דוּוּשָא כתב שעל ידי סמיכת כותל יכול להחזיק בארבע אמות, למרות שלא יכול חבירו לסלקו.

דעת **הרא"ש** תלויה בשני ההסברים שהבאנו:

בסמיכת גפת סבר הרא"ש שאין חזקה, וכן בחלון מעל רעפים. בחלון של אחין שחלקו סבר שיש חזקה. על פי הקצות החילוק הוא בין מצב של חלוקת אחין לשכנות רגילה. בחלוקת אחין חוסר מחאה מהוה ראייה, לכן היה צריך למחות, ואם לא מחה הוּיָא חזקה. מה שאין כן בשכנות שאינו צריך למחות, וממילא אי אפשר להחזיק.

על פי ההסבר השני שהבאנו החילוק הוא האם יש נזק בשעת השימוש או לא; באחים יש נזק בשעת השימוש בחלון ולכן יש חזקה, לעומת שאר המקרים בהם אין נזק ולכן השתיקה לא מהוה ראייה.

**לרשב"א** יכולת החזקה תלויה בהשקעה של המשתמש. בהשקעה מרובה אפשר להחזיק כי לבטח שילם לו בעבור השימוש, ולכן בסמיכת גפת אפשר להחזיק וכן בסמיכת כותל. אבל בפתיחת חלון מעל רעפים וכן בהשארת המצב הקיים כגון באחין שחלקו, אין חזקה.

דעת **הריב"ש**, שתשמיש קבוע זוכה בחזקה, גם אם חבירו לא היה יכול למחות בו לסלקו.