שיעור שני

הכל כמנהג המדינה (המשך)

מראי מקומות: רא"ש סימן ה "יש מפרשים הא דכייפי" וכו', וסוף סימן ב; רשב"א ד"ה עוד יש מרבוותא; תוספות רי"ד לדף ב ע"ב ד"ה ת"ש וכן בגינה; שו"ע חו"מ סימן קנז, וביאורי הגר"א שם ס"ק כד; דף ב ע"א "נפרצה אומר לו גדור" וכו' — רש"י ותוספות רי"ד; דף ו ע"ב "שתי חצירות" וכו', ועליות דרבנו יונה שם; תוספות סוף ד"ה לפיכך.

בשיעור הקודם עסקנו במחלוקת הרא"ש ור"ת לגבי שינוי בעובי הכתלים. והנה, הרא"ש מביא מחלוקת נוספת בשאלה האם לאחד מן השותפים מותר לכנוס לתוך שלו ולבנות הוצא ודפנא. הרא"ש כותב: "יש מפרשים הא דכייפי אהדדי לבנות כותל של גויל וגזית, והכל כמנהג המדינה, היינו דוקא כשמעמידים 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 בבנין אם לא בבנין בר קיימא, אבל אם רצה האחד לכנוס בתוך שלו ולעשות מחיצה בתוך שלו בהוצא ודפנא, כיון שמסלק היזק ראיה מחבירו דיו. תדע, שלא הוזכר חיוב בבנין אבנים או לבנים אלא במקום שמגיע היזק ראיה לשניהם, וחיוב הבנין על שניהם ועל יסוד שניהם, אבל במקום שמגיע לזה ולא לזה, כגון גג הסמוך לחצר חבירו שבעל הגג לבדו חייב לעשות מעקה, לא הוזכר שם בנין אבנים או לבנים, אלא עושה מעקה כמו שירצה בין לבינים בין הוצא ודפנא, דקאמר: 'א"ר נחמן אמר שמואל גג הסמוך לחצר חבירו עושה לו מעקה גבוה ד'

אמות'... ויש מפרשים שאפילו 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 כפרושא קמא, שלא נתנו חכמים גבול וקצבה למי שיש לו לסלק היזקו מחבירו שיעשה דבר קיים לדורי דורות, אלא מספיק מה שמסלק היזקו ממנו לפי שעה, ואם אחר זמן יזיקנו יש שופטים בארץ, דאי לא תימא הכי מחיצת הכרם אם תפרוץ תיאסר תבואת חבירו ויצטרך בעל הכרם לבנות גזית? אלא ודאי לא נתנו חכמים גבול לבנין אלא במקום שיציאת הבנין על שניהם, שיכול האחד לומר: אי אפשי לעשות מעותי אנפרות ולהוציא הוצאות בכל יום". לדעת הרא"ש יכול אחד השותפים לכנוס לתוך שלו ולבנות מחיצה מהוצא ודפנא.

והקשה עליו הרשב"א: "ואינו מחוור בעיני כלל, שהרי כל עצמן לא אמרו במשנתינו שכופין זה את זה לבנות גויל וגזית אלא כדי שלא יצטרך זה להזמין את חבירו בכל יום בבי"ד להקים מחיצתו הנופלת, וכיוון שכן, מה לי שאינו כונס לתוך שלו, מה לי כונס? ועוד, דהא מתניתין דכופין 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 שבי"ד מחייבין אותו בעל כרחו לתת שלשה טפחים בקרקע ודמי יתירי בגויל וגזית, יכנוס לתוך שלו ויבנה מחיצה של הוצא כמו שרצה? ועוד, שבזה נחלקו רב הונא ורב חסדא לקמן גבי 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 ואפ' בהוצא, ורב חסדא סבר עליון מסייע מלמטה, דקסבר דאף זה בונה על כרחו כמנהג המדינה, וצריך הוא ליסוד, שאם אין יסוד אין בנין, וקיימא לן כרב חסדא, ותניא התם כוותיה, 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". הרשב"א מקשה שלוש קושיות: א. הצורך לבנות כותל מגויל וגזית קיים כדי שלא יזדקקו ללכת לבית הדין בתדירות, ואין נפקא מינה אם הוא כונס או לא. ב. הדין הוא שכופים אותו לבנות גויל וגזית, ולא מסתבר שלאחר שבית הדין קבע שכופים אותו, ילך השני ויכנוס לתוך שלו. ג. לא ייתכן לפסוק שניתן לכנוס, שהרי זו היא מחלוקת בגמרא, ואנו פוסקים כרב חסדא שאינו כונס. אולם לכאורה הקושיה השלישית קשה גם על הרשב"א עצמו, שהרי הוא הוכיח מהמשנה שאין האחד יכול לכנוס בתוך שלו, ואם זו הייתה מחלוקת אמוראים, לא היה מובן כיצד רב הונא יסביר את המשנה, וגם לא היה מובן מדוע אין הגמרא מקשה מדברי המשנה על רב הונא.

קושיתו הראשונה של הרשב"א היא שמתוך המשנה רואים שהאחד יכול לכפות את חברו לבנות גויל וגזית כדי שלא יזדקק בתדירות לבית הדין, ואם כן אין נפקא מינה אם הוא כונס או לא. אולם, לכאורה, הרא"ש לא התעלם מכך, ותירץ שהמשנה דיברה רק כאשר יש ביניהם שותפות, ולא כאשר אחד מהם בונה לבד, ומניין לרשב"א שהמשנה דיברה גם כאשר הוא בונה לבד? ונראה להסביר שקיימת מחלוקת בין הרשב"א לרא"ש. לפי הרשב"א הדין הבסיסי הוא שניתן לבנות כותל גדול, אלא שכאשר מנהג המדינה הוא לבנות בפחות — בונים בפחות. אולם כאשר אין מנהג לבנות בפחות, חוזר הדין הבסיסי, והאחד יכול לכפות את חברו לבנות כותל גדול כדי שלא יצטרך להזדקק בתדירות לבית דין, ואין חברו יכול לכנוס לתוך שלו ולבנות מחיצה של הוצא ודפנא בלבד. ואילו לפי הרא"ש הדין הבסיסי הוא שניתן לבנות כל כותל המגן מפני היזק ראייה, ואפילו אם הוא עשוי מהוצא ודפנא, אלא שכאשר מנהג המדינה הוא לבנות ביותר — יכול האחד לכוף על חברו לבנות ביותר. אולם כאשר אין מנהג לבנות ביותר — חוזר הדין הבסיסי, והאחד יכול לכנוס לתוך שלו ולבנות מחיצה מהוצא ודפנא.

וניתן להסביר הסבר נוסף. לגבי מהותו של מנהג המדינה נחלקו הרשב"א והרמב"ן. הרשב"א כתב שזהו מנהג השותפים, והרמב"ן כתב שזהו מנהג בני העיר בבניית כותל, ואילו הרא"ש כתב: "מקום שנהגו לבנות — פירוש, לבנות כותלי חצירות", והעיר על כך הב"ח: "נ"ב הרמב"ן בחידושיו בריש פירקין לא פירש כן". אולם אין להסביר שהרא"ש סובר כרשב"א, אלא זו היא דעה שלישית. התוספות רי"ד פירש במהדורא קמא ש"מקום שנהגו לגדור קאי אמחיצות חיצוניות", דהיינו על המחיצות שנוהגים בעלי החצרות לבנות בין החצרות לבין רשות הרבים, וזו גם דעת הרא"ש. הרשב"א סובר שמנהג המדינה הוא מנהגם של השותפים לבנות ביניהם קיר למנוע היזק ראייה לזמן מסוים. ומכיוון שהקיר נועד להגן מפני היזק ראייה לזמן מסוים, יכול האחד לכפות על חברו לבנותו, גם אם חברו רוצה לכנוס לתוך שלו ולבנות מחיצה של הוצא ודפנא, מכיוון שמחיצה של הוצא ודפנא אינה יכולה להגן מפני היזק ראייה לזמן כה רב. ואילו הרא"ש והרמב"ן סוברים שמנהג המדינה איננו המנהג של השותפים, שהרי מנהג השותפים יכול לחייב רק בזמן השותפות, ולא בשעה שהשותפות נגמרה, אלא מנהג המדינה הוא המנהג לבנות כותל רגיל, לדעת הרמב"ן, או כותל חיצוני, לדעת הרא"ש, והמנהג הזה מחייב מכיוון שבפחות ממנו "יכול האחד לומר: אי אפשי לעשות מעותי אנפרות ולהוציא הוצאות בכל יום" כדברי הרא"ש. לפי דעת הרא"ש והרמב"ן אין מנהג המדינה תלוי בהיזק הראייה, אלא במניעת הוצאות מיותרות, ולכן אם אי־קיומו אינו גורם להוצאת הוצאות מיותרות, אין האחד יכול לכפות על חברו לקיימו. ואם כן ניתן להסביר שמחלוקת הרא"ש והרשב"א לגבי "כונס לתוך שלו" תלויה היא במחלוקתם לגבי מנהג המדינה. לדעת הרשב"א מנהג המדינה נועד להגן מפני היזק ראייה, ולכן הוא מחייב גם אם חברו רוצה לכנוס לתוך שלו, ואילו לדעת הרא"ש מנהג המדינה לא נועד להגן מפני היזק ראייה, אלא למנוע הוצאות מיותרות, ולכן אם חברו רוצה לכנוס לתוך שלו — אין הוא מחייב.

היסוד של הרשב"א הוא "שיכול זה לומר לו אף כשתכנוס בתוך שלך איני רוצה להיות עמך בכל שעה בדינא ודיינא", והגר"א מוכיח זאת משני מקומות. השו"ע כותב: "ואם נהגו במחיצה קלה והאחד אומר לעשותה כולה משלו באבנים ולכנוס לתוך שלו, או להיפך, י"א דחבירו יכול לעכב על ידו ויעשו כמנהג, ויש חולקים", ומעיר על כך הגר"א: "ואם כו' י"א דחבירו — דאם רוצה לעשות בפחות מהמנהג יכול לומר: שמא תפול, ואע"ג שאוכל להכריחך לבנות לא בעינא למיקם כו' כמ"ש בסי' קנד סט"ז מהא דפריך י"ז ב' ת"ש מרחיקין כו', ושם בתוס' ד"ה מרחיקין תימא כו', ושם כ' ב' ואם הזיק כו' ואעפ"כ צריך להרחיק" וכו'. הגר"א מוכיח את הדין של "לא בעינא למיקם" וכו' משני מקומות: א. הגמרא, בתחילת פרק "לא יחפור", מביאה ברייתא האומרת: "מרחיקין את הגפת ואת הזבל ואת המלח ואת הסיד ואת הסלעים מכותלו של חבירו ג' טפחים או סד בסיד", ומסיקה: "טעמא דאיכא כותל, הא ליכא כותל סומך". ושואלים על כך התוספות: "ותימא, מאי קושיא? הכא ודאי מותר לסמוך בשאין כותל, שאין מזיק כלום, וכשיחפוץ זה לעשות כותל יסיר את הגפת". ומתרצים: "וי"ל דהני נמי מקלקלין את הקרקע ויזיק לכותל לכשיבנה אפי' שוב יסיר. ועוד אומר ר"י דבכל אלו יש טורח בסילוקן, ולכך מעתה יכול לעכב עליו כי יש לחוש שמא לא ימהר לסלקו כשירצה לעשות כותל". ולפי התירוץ השני רואים שהוא יכול לטעון כבר עתה שהוא אינו רוצה להתדיין בעתיד בפני בית דין. ב. המשנה, בהמשך פרק "לא יחפור", אומרת: "לא יעמיד אדם תנור בתוך הבית אא"כ יש על גביו גובה ארבע אמות, היה מעמידו בעליה צריך שיהא תחתיו מעזיבה שלשה טפחים, ובכירה טפח, ואם הזיק משלם מה שהזיק" וכו', ואם כן רואים שעל אף ש"אם הזיק משלם מה שהזיק", מכל מקום הוא חייב מלכתחילה להרחיק את תנורו מן התקרה כדי שחברו לא יצטרך לתבעו אחר כך בבית דין. ומובן שהגר"א היה צריך להביא ראיה נוספת מן המשנה, מכיוון שבדברי התוספות קיימים שני תירוצים, ואין הכרח לומר את הסברה של "לא בעינא למיקם" וכו' דווקא. אולם למעשה שתי הראיות של הגר"א אינן מוכרחות.

התוספות כותבים רק "שיש לחוש שמא לא ימהר לסלקו כשירצה לעשות כותל", ואין ראיה שכוונתם היא לסברה של "לא בעינא למיקם" וכו'. ניתן להסביר שכוונתם היא שיעבור זמן רב עד שבית הדין יחליט על סילוק הגפת, והוא אינו רוצה לחכות עד שבית הדין יחליט על כך, ולכן הוא יכול למנוע מעתה את סמיכת הגפת. וגם מהמשנה אין ראיה, שהרי רש"י שם מפרש: "ואם הזיק — אחר שהיו שם כל השעורין הללו משלם מה שהזיק, ואעפ"כ מעכבין עליו השכנים להרחיק בכל השעורים הללו שמא ידליק בתיהם ואין לו מה לשלם", ואם כן הצורך בהרחקה איננו משום ש"לא בעינא למיקם" וכו', אלא מחשש שלא יהיה לו מה לשלם.

הרא"ש עצמו מביא שתי הוכחות לכך שאחד מהשותפים יכול לכנוס לתוך שלו ולבנות מחיצה מהוצא ודפנא. בתחילת דבריו הוא כותב: "תדע שלא הוזכר חיוב בבנין אבנים או לבנים אלא במקום שמגיע היזק ראיה לשניהם וחיוב הבנין על שניהם ועל יסוד שניהם, אבל במקום שמגיע לזה ולא לזה, כגון גג הסמוך לחצר חבירו שבעל הגג לבדו חייב לעשות מעקה, לא הוזכר שם בנין אבנים או לבנים, אלא עושה מעקה כמו שירצה בין לבנים בין הוצא ודפנא, דקאמר: 'א"ר נחמן אמר שמואל: גג הסמוך לחצר חבירו עושה לו מעקה גבוה ד' אמות'" וכו'. ובסיום דבריו הוא כותב: "דאי לא תימא הכי מחיצת הכרם אם תפרוץ תיאסר תבואת חבירו ויצטרך בעל הכרם לבנות גזית" וכו'. ויש צורך להבין מדוע אין הוא מסתפק בהוכחה הראשונה. ונראה להסביר שיש הבדל בין סוגי ההיזקים. בגג הסמוך לחצר חברו אין הרא"ש מזכיר את היזק הראייה שיהיה מזמן נפילת הכותל ועד לבנייתו מחדש, מכיוון שלפי דעתו זהו היזק קטן ביותר, ואין בכוחו לחייב בניית כותל חזק. אלא כל ההכרח הוא רק מצד הסברה של "לא בעינא למיקם", ומכיוון שזהו הכרח חלש, ייתכן שאין בכוחו לחייב בניית כותל חזק. אולם במחיצת הכרם שנפרצה מדובר על היזק גדול, שכן לפי הרא"ש החיוב לגדור את המחיצה הוא כדי למנוע כלאיים, ולא משום עבודת הכרם, ואם על אף שזהו היזק כה גדול — אין

חייבים לעשות מחיצה חזקה, חייבים להסביר שהסיבה לכך היא שכאשר אחד מהם בונה בתוך שלו, אין הוא חייב לבנות מחיצה חזקה. בגג הסמוך לחצר חברו ניתן להסביר שאין חייבים לבנות מחיצה חזקה מכיוון שאין זה היזק גדול, אולם במחיצת הכרם שנפרצה אי אפשר להסביר זאת, וחייבים להסביר שהסיבה שבגללה אין חייבים לבנות מחיצה חזקה היא שכאשר אחד מהשותפים כונס לתוך שלו אין הוא חייב לבנות מחיצה חזקה, ולכן הרא"ש מביא את ההוכחה ממחיצת הכרם שנפרצה.

אלא שדברי הרא"ש עצמם קשים להבנה. לא מובן כיצד פריצתה של מחיצת הכרם תגרום לאיסור כלאיים? הרי כדי שיווצר איסור כלאיים צריך להתרות בו שיגדור, ורק אם הוא "נתייאש הימנה ולא גדרה", נוצר איסור כלאיים. וקשה לומר שאנו יודעים מראש שכאשר נתבע אותו לדין הוא לא ירצה לגדור, ולכן נוצר פה איסור כלאיים. אלא נראה להסביר שכל הצורך בייאוש שלו קיים רק כאשר קודם לכן הייתה מחיצה חזקה, אלא שהיא נפלה באונס. אולם אם המחיצה הייתה חלשה מלכתחילה, הרי הוא כמותרה ועומד, ואם הוא אינו גודר אותה מיד, והתבואה הוסיפה מאתיים, הרי נוצרו כלאיים גם אם לא התייאש מלגדור אותה.

בקושיה השנייה מקשה הרשב"א: "דהא מתניתין בכופין זה את זה קא מיירי, שזה אומר: גזית נבנה, וזה אומר: לא כי, אלא כפסין או הוצא ודפנא כדי שלא יתמעט תשמיש חצרי, ובכי הא הוא דקתני בונין את הכותל כמנהג המדינה, ואם איתא, בשופטני עסקינן, כשרואה זה שבי"ד מחייבין אותו בעל כרחו לתת שלשה טפחים בקרקע ודמי יתירי בגויל וגזית, יכנוס לתוך שלו ויבנה מחיצה של הוצא כמו שרצה?". אולם בדברי הרא"ש עצמם יש לכאורה סתירה, שכן בתחילת דבריו כתב: "אם יש עדים שמחלו השותפין זה לזה על היזק ראיה שוב אין יכולים לחזור בהן, אע"פ שהאומר לחברו: קרע כסותי ושבר כדי יכול לחזור בו, ויתחייב חבירו בהיזקו אחר שחזר בו,

שאני הכא דתביעת ממון יש ביניהן, שנתחייב כל אחד לחבירו לסייעו בבנין הכותל, והוי כמו שנתחייב לו מנה ומחל לו עליו שזכה במחילתו בלא קנין", ואם יש ביניהם התחייבות ממונית לבנות גויל וגזית, לא מובן כיצד אומר הרא"ש שאחד מהם יכול לכנוס לתוך שלו ולבנות הוצא ודפנא? הרי הוא חייב לבנות גויל וגזית. אלא צריך להסביר שיש הבדל בין אם מלכתחילה הוא רצה לבנות הוצא ודפנא, או שרק לאחר מכן הוא רצה לעשות זאת. אם מלכתחילה, כאשר חברו תבע ממנו לבנות מחיצה, הוא אמר שאין הוא מעוניין לבנות את המחיצה בשותפות, אלא בנפרד, וברצונו לבנות מחיצה של הוצא ודפנא — הוא יכול לעשות זאת. אולם אם מלכתחילה, כאשר חברו תבע ממנו לבנות מחיצה בשותפות, הוא הסכים לכך, ורק לאחר מכן הוא שינה את דעתו ורצה לבנות בנפרד מחיצה של הוצא ודפנא, אין הוא יכול לעשות זאת, מכיון שהוא התחייב כבר לבנות גויל וגזית. כך ניתן ליישב את דברי הרא"ש. וזהו גם התירוץ לקושיתו של הרשב"א. כל דין הכפייה, שהמשנה מדברת עליו, קיים רק אם מלכתחילה הוא הסכים לבנות בשותפות, אולם אם מלכתחילה הוא רצה לבנות לבדו מחיצה של הוצא ודפנא — אין כופים אותו לבנות כותל של גויל וגזית, והוא יכול לכנוס לתוך שלו ולבנות מחיצה של הוצא ודפנא, ולכן לא עסקינן כאן בשופטני.