

סוגית מקיף וניקף*

"המקיף את חברו מג' רוחותיו וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית אין מחייבין אותו. רבי יוסי אומר אם עמד וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל" (בבא בתרא ד:)

א. המשנה עסוקה באופן פשוט בשכנים בבקעה, כשהאחד גר באמצע והשני גר מסביבו, והשני בנה גדר סביב הראשון. כאשר השני בנה גדר משלש רוחות פשוט למשנה שאין הוא יכול לחייב את הראשון בתשלום. המשנה דנה בחיוב תשלום כאשר המקיף בנה את הגדר ברוח הרביעית. ההבדל בין שלש רוחות לארבע רוחות מלמד שמדובר שהמקיף לא יכול לחייב את הניקף לגדור, בין גדר שגובהה ארבע אמות ובין גדר שגובהה י' טפחים. לדעת הרמב"ם, במשנה הראשונה החיוב בגינה הוא לבנות מחיצה בגובה י', ולפי זה מפורש במשנתנו שבבקעה אין חיוב לבנות אפילו מחיצה של י' טפחים. גם לשאר שיטות הראשונים מתבאר באופן פשוט מהמשנה שלנו שאין המקיף יכול לבוא אל הניקף בתביעת תשלומים אפילו במחיצה שגובהה י' אלא לאחר שגדר אף את הגדר הרביעית.

צריך ביאור מהו יסוד התביעה במשנה כאשר המקיף בנה את הגדר הרביעית. הגמרא במסכת בבא קמא בדף כא: קוראת בהוה"אמינה למקרה של המשנה שלנו "זה נהנה וזה לא חסר". יוצא מהגמרא בב"ק שיסוד החיוב על הניקף הוא מדין נהנה, אלא שהגמרא שואלת הרי המקיף לא חסר ולכן הניקף צריך להיות פטור מתשלום. מהגמרא בב"ק עולה ש"נהנה" הוא סיבה לחיוב תשלומים, וצריך באור מדוע "נהנה" חייב.

במשנה בב"ק מדובר שבהמתו אכלה את תבואת חברו ברשות הרבים, ואין הוא חייב על מה שפלוגי נחסר אלא על מה שבהמתו נהנתה. הגמרא דנה שם במקרה שהאחד נכנס לגור בבית חברו, במציאות שאין הוא מחסרו, האם לחייבו מצד ההנאה שקיבל מהמגורים. מהגמרא שם רואים שיסוד החיוב במשנה שלנו זהה לחיוב בשני המקרים של בהמה ברשות הרבים ומגורים בבית חברו. במזיק את חברו ובגזלן מחייבים את האדם על מה שהחסיר מחבירו. במקרים של "נהנה" האחד לא חיסר את חברו דבר. באופן פשוט אפילו בדירה העשויה להשכיר, מניעת המגורים בה מאדם אחר היא גרמא בעלמא ואי-אפשר לחייבו מדין מזיק (תוס' ב"ק כ' ע"א ועיין רי"ף ורא"ש שם). במקיף וניקף ודאי שלא חיסר את חברו דבר, ואין הוא מזיק. וכן בבהמה שאכלה ברשות הרבים, כיון שאין הוא מזיק אין הוא משלם על החסרון שגרם לחבירו, אלא על ההנאה שקבל ממנו. ישנם חיובים נוספים של אדם לחבירו שאינם נובעים מחמת שחיסר את חבירו: חיוב לתת לחברו כסף תמורת חפץ שקנה, וכן חיוב של לווה להחזיר כסף שקיבל. החיובים האלו הם לכאורה תוצאה של עיסקה בין שני הצדדים, הצד האחד התחייב לתת לחבירו כסף, החיוב של הצד האחד הוא באופן פשוט מחמת התחייבות שהתחייב בעסקה שביניהם. ב"נהנה" אין עסקה בין שני הצדדים, ואף על פי כן רואים שיש חיוב.

מלבד הדוגמאות שהבאנו לעיל ל"נהנה" ישנה דוגמא נוספת של אדם היוורד לתוך שדה חברו, דהיינו כשהאחד גידל תבואה בשדה של חברו בלי שהסכימו על כך לפני כן. הבעלות על התבואה היא של בעל הקרקע כיון שהתבואה גדלה בשדה שלו. בשדה

שאינה עשויה להיזרע, כלומר כשאין השדה הזאת עומדת עכשיו לזריעת תבואה. ידו של הזורע על התחטונה, והוא נוטל את ההוצאה אם היא פחותה מהשבח או את השבח אם הוא פחות מההוצאה. במקרה של "יורד", לצד אחד נוסף ממון כתוצאה מנתינה של חבירו, כאשר הוא לא ביקש זאת ממנו. ב"יורד" רואים כי תביעתו היא על ההוצאה שהוציא, אבל אין הוא יכול לתבוע את ההוצאה אא"כ יש כנגדה שבח, תביעתו היא על ההוצאה שבשבח. רואים כי יסוד התביעה על ההוצאה הוא שכתוצאה מההוצאה שלי קבלת רוחים. הבסיס לתביעה הוא שהאחד קיבל מהשני. כאשר חפץ של האחד נמצא אצל השני בעין, יש תביעה של בעל הממון לקחת את החפץ שלו לא מצד תביעה של נזיקין או של התחייבות. במקרה של יורד אין ממון בעין של האחד אצל השני. התביעה של האחד כלפי השני היא שקבל ממנו ולכן הוא חייב לשלם לו.

בשדה העשויה לזריעת תבואה והאחד הלך וזרע תבואה באותה שדה, למרות שאין התחייבות מפורשת ידו על העליונה. אפשר לבאר שגם בשדה זו יסוד החיוב הוא הקבלה, אלא שבשדה העשויה ליטע המקבל קיבל את עצם העבודה כיון שהשדה צריכה עבודה זו. לפי-זה באופן פשוט גם בשדה שאינה עשויה ליטע וגם בשדה העשויה ליטע יוכל לומר לו טול את שבחך לעצמך, כיון שיסוד החיוב הוא הקבלה והוא אינו מינוניין לקבלו (וכן דעת הרמב"ם). במקום שהמקבל קיבל ושתק, באופן פשוט לא יוכל לחזור בו, כיון שכבר קיבל ויש סיבה לחייבו. אם כן יסוד החיוב ב"יורד" הוא שהמקבל קבל דבר ששווה לו ולכן הוא חייב על הנאתו שקיבל מהשני. מדין יורד רואים אם-כן שיש חיוב על זה שקבלת ממני דבר ולא בחינם ניתן לך. כְּוֹנֵת הַנִּתֵּן הַיָּאֵל לֹא לִתְּת אֶת זֶדְבָּר בַּחֲנֵם, ולכן יש לו תביעה על זה שנתן לך דבר שהוא משמעותי לך מבחינה ממונית. הרביעה של יורד היא כעין תביעת "ממוני גִּבְרָ", אלא שב"ממוני גִּבְרָ" יש ממון בעין, ואילו כאן יש לנתן זכות לתביעת ממון מהשני כיון שנתן לו דבר ולא בחנם, וזוהי עצמה "סיבת חיוב" בממון, קבלת ממון מהשני מחייבת את תמורתו. לפי-זה גם בכל בעל-חוב יסוד התביעה הוא לא רק ההסכם בין שני הצדדים, אלא שיש לי זכות לתביעת ממון ממך כיון שיש כאן סיבה ממונית מחייבת, קבלת הממון על ידך. באופן פשוט התביעה של "נהנה" היא אינה תביעה של גזל, אלא שלאחד יש דין ממון אצל השני. התוס' (קדושין דף יג: ד"ה מלוה) מחלקים בין נזיקין לבעל חוב, שבנזיקין החיוב הוא מצד שהתורה חייבה, "מלוה הכתובה בתורה", ואילו לבעל חוב החיוב נובע מצד מציאות משפטית ממונית. באופן פשוט גם ב"נהנה" החיוב הוא מצד שיש כאן מציאות ממונית ולא מצד "מלוה הכתובה בתורה". גם ב"נהנה" וגם לבעל חוב יש סיבה לחיוב ממון, והיא יוצרת את החיוב. לפי-זה דין נהנה יהיה בזיבורית ולא בעידית, כדין בעל חוב, וכן אומר ה"קצות" (סימן שצ"א).

הגמרא במסכת כתובות בדף ל' ע"ב אומרת שבנהנה יש פטור של "קים ליה בדרבה מיניה". הגמרא דנה במקרה שאחד תוחב לחבירו חלב לרצונו בבית הבליעה (כדי לומר שמדובר באופן שהוא לא קונה בהגבהה). בחלב יש חיוב כרת, ואם יש בחיוב כרת דין "קים ליה" או פטור מלשלם ממון מדין "נהנה". אדם שיעשה קנין, באופן שבעשיית הקנין יעבור המקנה על איסור תורה, הקנין מכל מקום ודאי יחול כיון שקנין הוא דבר מציאותי שחל, אבל לא החיוב. "קים ליה בדרבה מיניה" מבטל חיוב ממוני שצריך לחול מנח מעשה המחייב חיוב מיתה או כרת, אבל אינו מבטל מציאות ממונית. אם היינו אומרים שב"נהנה" הסיבה לתשלום היא בגלל שמן הסתם הוא מתכוין להתחייב להבירו, לא היה צריך להיות ב"נהנה" פטור של "קים ליה" כמו בעשיית קנין. רואים מדין "קים ליה" שחיוב "נהנה" הוא בגלל שיש כאן חיוב ממוני שנוצר לאחד כלפי השני, ולכן יש בזה פטור של "קים ליה" כמו בכל חיובי ממון. "נהנה" הוא לא עיסקה מחייבת, אלא יש ב"נהנה" סיבת לחיוב, ועל זה שייך לומר "קים ליה".

[ומה שמצינו בבבא קמא בדף עב: שכסף שקיבל המקנה ונתחייב המקנה בקבלתו מיתה אין הקנין חל ע"י קבלת כסף זו, אין הכוונה שהקנין לא חל בגלל קלבד"מ, שהרי אין הקנין חיוב שנאמר בו קלבד"מ, אלא שהוא דין בקנין כסף (או בחליפין – תוס', שם) ואף הוא מוסבר כדברינו לעיל, שקבלת כסף זו כיון שאין בה סיבה לחייבו לתת תמורה, שהרי חיוב כזה שעצם קבלת הכסף גורמת לו שייך לומר קלבד"מ וכמו שנתבאר, וממילא אף קנין כסף נבטל מלחול, כי כסף כזה אינו קונה, וכפי שביארו האחרונים דין כסף החוזר ואין כאן מקומו. ואף ששם למסקנה קונה הוא בכסף זה כיון שקבלת בכסף מחייבתו לתת תמורתו לצאת ידי שמים וממילא הקנין חל ממש אף בדיני אדם, כאן אצלינו שאנו דנים על עצם החיוב הבא מקבלת ההנאה ודאי שלא יתחייב אלא לצאת ידי שמים].

יסוד החיוב ב"יורד" ו"נהנה" הוא שווה, אבל יש הבחנה בין הדבר שהמקבל מקבל ב"יורד" לבין מה שהוא מקבל ב"נהנה". ב"יורד", למקבל נתוסף בפועל ממון מהנתון. ב"נהנה", למשל במאכיל בהמת חבירו, הממון שניתן לא קיים בעין אלא שלמקבל נחסך ממון כיון שאינו צריך להאכיל את בהמתו. ב"נהנה" אין את הממון בפועל, וצריך לשום איזו משמעות ממונית יש למקבל שקיבל את ההנאה. לכן הגמרא בב"ק דף כ' ע"א דנה שהחיוב במאכיל בהמתו הוא רק דמי אותה ארוחה בזול, כיון שהחיוב הוא על המשמעות הממונית שהמקבל קיבל ולא על הדבר שקיבל, כיון שהוא לא קיים בעין. ב"נהנה" החיוב הוא על זה שהאחד ניצל ממון של השני למרות שאין לו את אותו הממון בפועל. היסוד לטענה הוא הקבלה, אבל הקבלה היא התועלת מהחפץ ולא עצם החפץ. אך יתכן להוסיף ולומר שב"נהנה" החיוב הוא לא על עצם קבלת הדבר אלא עשית השימוש בחפץ. דהיינו, אם המקבל לא הפיק תועלת אין זה נקרא שימוש, אבל כשיש תועלת החיוב הוא על-יזה שהשתמש בממון חברו, שזהו שקיבל מחברו, ועוד יבואר בע"ה.

יש מציאויות של "נהנה" שודאי אי אפשר לדרוש עליהם שכר אפילו בלי הדין של "זה נהנה וזה לא חסר". אדם שנהנה מזה שכותל חבירו יפה ודאי שאין חבירו יכול לתבוע על זה תשלום. ישנם דברים שאינם כלולים בבעלות האדם למרות שהדבר עצמו נמצא בבעלותו. צריך לדון איזה דברים כלולים בבעלות האדם. אפשר לומר שכשהאחד משתמש בחפץ של השני זה נקרא פגיעה בבעלות השני. למשל: להסתכל על ספסל של השני אין זה נקרא להשתמש בו, אבל ישיבה על ספסל של השני היא עשיית שמוש בו, ולכן על הישיבה אפשר לתבוע מדין "נהנה", ויתכן שהתביעה היא לא על התועלת אלא על עצם עשיית השימוש.

ב. המקרה של מקיף וניקף: הרמב"ן סובר שמדובר כשהמקיף גודר בשטחו. הגמרא בב"ק דף כ': אומרת שהניקף נהנה והמקיף לא חסר. בכל מקרה של "יורד לשדה חברו" ברור שיש "זה נהנה וזה חסר", כיון שהיורד חסר את ההוצאות שהוציא. במקרה של מקיף וניקף המקיף מעוניין בגדר לעצמו, ולכן אין הוא נקרא חסר. אולם צריך לברר מדוע הניקף מוגדר כ"נהנה", הרי הניקף נהנה מדבר שקיים למקיף, ומדוע אין זה דומה לדברים שאינם נחשבים בבעלותו, כגון להסתכל על כותל חברו או להנות מצלו. אך באמת צריך לכאורה לומר ברמב"ן, כי אם היינו מעמידים במקיף וניקף באופן שהמקיף בנה את הגדר על קרקע של שניהם, זהו מקרה של יורד לתוך שדה חבירו שחלק מהכתל נקנה לחבירו, ואם-כן זה צריך להחשב זה נהנה וזה חסר. כשהמקיף בונה בתוך שלו אין זה דומה לנהנה מצל כותלו של חבירו. במקיף וניקף המקיף בנה אמנם בשטח שלו, אבל הוא בנה גדר שגם הניקף צריך, ולכן אפשר לומר שבנין הגדר היה בשביל שניהם. אפשר להסתכל על מקיף וניקף כיוור לשדה חבירו אלא שהיורד לא חסר, כיון שהוא בנה את הכל אצלו ולא הקנה לשני את האבנים. עשית הגדר על-ידי המקיף נעשתה בדיוק באופן

שהיא נצרכת גם לניקף, ולכן יש כאן תביעת ממון, שהרי למעשה בנה גדר לניקף וזו הייתה גם כוונתו מעיקרא.

הגמרא בב"ק כ: תירצה שכיון שהמקיף גרם לניקף "דיקפא יתירה" זה נקרא זה נהנה וזה חסר. הרמב"ן ותוס' אומרים שבגדר שביניהם פשוט שזה נקרא זה נהנה וזה חסר כיון שהחיסרון בא מחמת השני, אלא שהגמרא חידשה גם בהיקף החיצוני. ויש להונונון, שהרי התביעה של המקיף אל הניקף היא לא מחמת החיסרון, שעל כך הוא פטור, אלא תביעה על ההנאה. אם כן צריך ביאור, מדוע אפשר יותר לתבוע על ההנאה אם זבניה של הכותל נעשתה בגלל השני, הרי החיסרון שגרם השני הוא בבניית הכותל בשביל הראשון ולא להנאת השני, והניקף נהנה מכותל שבסופו של דבר בנה המקיף לעצמו. בגמרא בב"ק רואים שחיסרון שהאחד חסר בגלל השני הוא בסיס לתביעה על הנאה שנהנה השני מהוצאה זו אף שאין הוא מחסיר בהנאתו ואין ההוצאה בשבילו.

להלכה קי"ל כרב הונא, שהניקף משלם את חצי הגדר. לכאורה, אם דנים מצד התועלת שהניקף קבל דין נהנה, הניקף לא קיבל גדר כיון שהגדר אינה עומדת ברשותו ואינה שלו, ויכול המקיף להסירה כשירצה, אלא הוא קיבל שמירה לאותו הזמן שהגדר שומרת גם על השדה שלו. צריך באור מדוע רב הונא סובר שהנאת הניקף היא הנאה של חצי גדר.

ואפשר היה לומר שהתשלום הוא לא על ההנאה, אלא שכיון שברור לנו שהניקף צריך גדר זה אזי המקיף בנה אותו בשליחות הניקף, וכאילו היתה עיסקא ביניהם מראש שיובנה לו גדר, ולכן חייב לשלם לו מחצית, ואם-כן נבאר כך בכל יורד בשדה העשויה ליטע. לפי זה בשדה העשויה ליטע, מסתבר שלא יוכל לומר לו טול עציץ ואבניך, וכדברי הרמב"ן כאן בסוגיא, שהרי הוא מתחייב לא על קבלתו אלא על כך שרואים אנו את פלוני כעושה בשליחותו. אלא שלפירוש לא תהיה מובנת הסוגיא בב"ק שקוראת למקרה של המשנה זה נהנה וזה לא חסר, ורואים שיסוד החיוב הוא ההנאה שהמקבל קיבל. ואפשר היה לומר שבזה גופא נחלקו רב הונא וחייה בר רב בסוגייתנו. חייא בר רב שאומר ששמים רק דמי קנים בזול סובר שהתשלום הוא על השמירה שקיבל בפועל, ואין הוא משלם על זה שיש לו גדר. ואם-כן הגמרא בב"ק סוברת כדעת חייא בר רב שהתשלום הוא על הקבלה בפועל, ולכן הגמרא דנה מצד "זה נהנה וזה לא חסר", ובאמת לרב הונא התשלום הוא על שעושה בשליחותו ולא מדין נהנה, ולכן חייב לשלם מחצית דמי הגדר. אלא שתוס' שואלים גם לדעת חייא בר רב מדוע לא יתחייב בכל דמי הגדר ואף אם היא שדה שאינה עשויה ליטע, ומתרצים התוס' שלדעת חייא בר רב בגדר עצמה הניקף קיבל רק שמירה של דמי קנים, ואין הוא זקוק לשמירה כל כך גזולה. רואים מתוספות שגם לדעת חייא בר רב התשלום הוא על הגדר, אלא שנחלקו רב הונא וחייה בר רב האם הניקף זקוק לגדר כפי שבנה המקיף או שהניקף יכול לטעון שמספיקה לו גדר פחות טובה, ולפי"ז א"א לתרץ שהסוגיא בב"ק היא כדעת חייא בר רב. ובאמת ברור שכן היא מחלוקתם, שהרי רבי יוסי אומר שמגלגלים עליו את הכל, והכונה בודאי היא כנגד כל הכתלים, אלא שנחלקו לפי מה משלם חלקו בהם, כמבואר בלשונם "לפי מה שגדר" או "לפי דמי קנים בזול", אך לשניהם משלם חלקו בכתלים עצמם ולא דמי שמירה, שבזה לא שייך לומר שמשלם את כל הכתלים.

ברמב"ן ב"מלחמות" משמע שגם לחייא בר רב זה נחשב שדה העשויה ליטע, אלא שהיא עשויה ליטע רק כותל של דמי קנים בזול. לפי"ז צריך לומר שגם בשדה העשויה ליטע יש פטור של זה נהנה וזה לא חסר, דאם לא כן הגמרא בב"ק כמאן. ומוכח שגם בשדה העשויה ליטע החיוב הוא על קבלת ההנאה ולא כאילו יש הסכם ביניהם והאחד עשה בשליחות השני. אומנם לדעת הרמב"ן בשדה העשויה ליטע לא יכול הנהנה לומר למזונה "טול עציץ ואבניך", כלומר שהסיבה היא שכיון שברור לנו שהיה נוח לו בקבלה,

וזה דומה למקרה שנתרצה כבר ואח"כ חוזר בו, שבאופן פשוט נתחייב כבר בתשלום. ומ"מ צריך ביאור, אם כן מדוע משלם כלל חלקו בכתל מדין נהנה, בין לרב הונא ובין לחייא בר רב, והרי לא קיבל כלל את הכותל אלא את השמירה שכבר נהנה.

הרמב"ם סובר שמדובר בסוגיא בחורבה ובכותל שביניהם. בכותל שהאחד בנה בשטחו סובר הרמב"ם שישלם רק דבר מועט כפי ראות עיני הדיינים. אפשר לומר ברמב"ם כדברינו לעיל, שהתשלום לפי ראות עיני הדיינים הוא רק על מה שקיבל בפועל כיון שאין לו כותל, והתשלום הוא על קבלת השמירה, ואין מקום לחייבו על חלקו בכותל אלא כשעומד גם ברשותו וקנאו בחצר, וכן עולה מדברי הרב המגיד שם בהלכה ד'. אולם גם ברמב"ם יתכן לומר שהתשלום הוא על הכותל, אלא שכשהכותל לא בשטחו התשלום הוא קטן יותר, לדעת הרמב"ם, כיון שהכותל לא משמש אותו באופן גמור. לפיזה הרמב"ם לא נחלק באופן עקרוני על הרמב"ן, וגם לדעת הרמב"ם נחשב שקיבל כותל למרות שהכותל לא נמצא בשטחו, וזהו ספיקו של ה"בסוף משנה" שם בהלכה ד' שמא בבקעה יודה הרמב"ם לרמב"ן שמשלם חצי דמי כותל אף באינו עומד כלל ברשותו. ועיין ב"קצות החושן" סימן קנ"ח סק"ה.

ועיין רמב"ם פ"ח מהל' שכנים ה"ח, בכותל שקורתו של שמעון נעוצה בו וטוען שכותל זה שותף הוא בו, דנאמן בזה. וברב המגיד ביאר שטוען שמאז ומעולם היה שותף בכותל, והשאייר בתימה מדוע לא יהיה נאמן בזה אף בלא נעיצת קורה. ובבסוף-משנה שם הביא מהריב"ש שביאר בדברי הרמב"ם דאיירי שטוען שהוא שותף בגלל שלאחר נעיצת הקורה גלגלו עליו את הכל, שנתחייב בדמי מחצית הכתל, כדין המשנה בדף ה עמוד א' בהגבהה של למעלה מד', ונאמן לומר שפרעו, ולא אומרים "מי ימר דמחייבו לי רבנן", כיון שכבר נשתמש בקורה ואינו גילוי דעת בעלמא. ומעתה יש להתבונן שהרי דברי הרמב"ם הם בכותל שידוע שראובן בנאו לבדו, ופשוט לכאורה שבנאו כולו בשטחו, כפי שכתב הרמב"ם בהלכה הקודמת, ה"ז, [ומה שהזכיר הריב"ש כותל שבין ראובן לשמעון, כונתו לכאורה שאינו מרוחק מגבול שמעון, ולכן מגלגלים עליו את הכל שהרי כותל זה הוא ממש ככותל הדרוש לו לשמעון, וגם לצורך זה בנאו ראובן], ובכל-זאת כתב הריב"ש בדעת הרמב"ם שחייב לשלם חצי כותל, ואף שלא קנאו בחצרו. ואם כן לפי זה מוכח שיודה הרמב"ם שיש לחייבו בדמי כותל שנהנה ממנו אף אם אינו עומד בחצירו וקנאו, לפחות מאז שהחל כבר להנות. ובאמת שכה"ג שדבר הריב"ש, דהיינו בכותל שהוא כולו של ראובן [ולא רק למעלה מד' אמות] ועומד ברשותו, מוכח מרש"י ותוספות בסוגיא דכשורי והורדי דסבירא להו שבזה לא אמרינן דמגלגלין עליו את הכל, ואכמ"ל בזה. ואפשר שהרב המגיד לא ביאר כך ברמב"ם כשיטתו בפ"ג מהל' שכנים הלכה ד' שהוזכרה שלא חייב הרמב"ם אף כשנהנה אלא כשקנה לכותל בחצרו, ועיין בהרב המגיד שם הלכה א'. ועיין קצות סימן קנ"ג סק"ה שהעמיד את דברי הריב"ש בכותל שעומד בין שניהם, אך מטעם אחר, ואין כאן מקומו. מכל-מקום לרמב"ן בסוגיא, ולתוס' ולנימו"י ועוד ראשונים שהעמידו בגדר שבין המקיף לרשות הרבים, ולראב"ד שהשיג על הרמב"ם בחורבה, ודאי שמוכח שחייב לשלם חלקו בכותל אף שלכאורה לא קנאו, ומטעם נהנה, וצריך ביאור טעם הדבר. וצ"ל שהחייב בנהנה הוא לא על התועלת, אלא על זה שהדבר עומד לשמושו של המקבל. כשהמקבל מנצל את הגדר, גם לו יש משמעות ממונית בגדר, וזה הבסיס לתביעה. התשלום אינו על התועלת שהמקבל מפיק, אלא על זה שהחפץ משמעותי מבחינה ממונית גם למקבל והוא משתמש בו, וזה הוי כשלו וכאילו קיבלו מהמקיף. הגדר ערכה מצד השמירה שהיא שומרת, ובשמירה הזאת גם המקיף וגם הניקף שותפים, ולכן הניקף צריך לשלם מחצית דמי הגדר. יסוד החיוב בנהנה הוא על עצם השימוש דבזה ניתן לו החפץ ולא על התועלת בפועל.

אך זה נראה פשוט שאף שיכול המקיף לחייב את הניקף מטעם זה, לא יוכל הניקף לחייב את המקיף למכור לו את הגדר, ויוכל המקיף להמנע מלמוכרו ולהסיר את הגדר בכל זמן שירצה. ועיין הרב המגיד בפ"ג ה"א מהלכ' שכנים, בענין הגבהה למעלה מדר', שלא כתב שיוכל הסומך לכופ את המגביה לתת חלקו בכותל תמורת הפירעון, אלא מטעם שקנאו בחצר וכדברי הנימו"י שם. אך באמת אם היה מתחייב שם לשלם חצי ההגבהה מטעם שנהנה בהיות הכתל עומד לרשותו, וחשיבין לזה כאילו יש לו כותל לנצלו ולהשתמש בו כמו לבעליו, וזהו שמחייבו לשלם וכפי שביארנו פה, באמת לא היה יכול הסומך לכופ את המגביה לתת לו חלקו בהגבהה, והוא פשוט. ובאמת לתוס' שם בדף ה' ד"ה "אעפ"י שלא נתן" צריך לומר שאינו מתחייב מטעם שקנה לחצי ההגבהה בקנין חצר, דאם כן לא היה קורא לזה תוס' זה נהנה וזה לא חסר, עיין קצות סימן קנ"ח סק"ו, אלא מתחייב מטעם שפירשנו כאן לרמב"ן. וצריך לומר שגם הנימו"י שהצריך שם קנין חצר לא כתב כן אלא כדי לבאר מדוע מגלגלין עליו את הכל אף קודם שנהנה, וכן משמע בדבריו יעוין שם, אך גם הוא יודה שכשנהנה ממש יש לחייבו דמי מחצית ההגבהה גם שלא מטעם קנין חצר, וכפי שצריך לבאר לדבריו בניקף כשהמקיף גדר בינו לבין רשות הרבים. ויש לומר עוד, שאף שבהנאת שמירה חייב לשלם כל חלקו בגדרי כי זהו עצם הגדר שאין בה אלא זה, אך בכותל שבין שתי חצרות לעולם אף כשנהנה אין זו כל הנאתו של הכותל, ואם כן עדין לא לקח את כל מה שיש בכותל, ואין לחייבו דמי חלקו אלא מטעם חצר.

לפי מה שאמרנו אפשר אולי ליישב מה שהקשינו על תרוץ הגמרא בב"ק. הגמרא תירצה שם שבמקיף וניקף זה נחשב זה נהנה וזה חסר כיון שהמקיף בנה את הגדר בגלל הניקף. ושאלנו שהרי ההנאה היא לא מחמת החיסרון, ומדוע זה שהאחד בונה בגלל השני הוא סיבה לחייבו מדין נהנה. אפשר לומר שזה נהנה וזה לא חסר פטור כיון ששימוש שאינו מחסר מבעל הדבר אינו נמצא בבעלותו של בעל הדבר, כיון שאין החפץ כולל משמעות זו לבעליו, ואין זה נקרא שהאחד משתמש בדבר של השני. ואין שימוש זה בחפץ חשוב ניצולו הממוני של החפץ שהרי אין משמעות ממונית כזו בזפץ לבעליו. אך כאשר האחד בונה בגלל השני, הוא בונה גדר גם בשביל השני, וברור ששימוש כזה הוא בבעלותו כיון שלזה עומד הדבר שישמש את שניהם. הגדר שבין שניהם או ההיקף המיותר גורם לומר שהדבר עומד לשניהם ומשמעות ממונית זו כלולה בחפץ, והניקף שמנצל משמעות זו ונהנה ממנה יש לו לשלם.