

הרב צבי יהודה בן-יעקב - בי"ד לממונות-ר"ג

בדין מיצר שהחזיקו בו רבים

באזור מסוים היה מגרש ריק ששימש מזה שנים כמעבר בין שני רחובות. כעת עומדים להקים במקום בית מגורים. תושבי האזור תובעים שהקבלן ישאיר מעבר שדרכו יוכלו לעבור, כפי שנהגו בעבר. האם יש להם זכות לתבוע זאת ע"פ דין תורה.

א. מקור הדין בגמרא

תנן במשנה ב"ב צט,ב: מי שהיתה דרך הרבים עוברת לתוך שדהו, נטלה ונתן להם מן הצד, מה שנתן נתן ושלל לא הגיעו. וברשב"ם שם בפירוש המשנה, פירש וז"ל: "שהוחזקו לעבור שם מעולם, או ע"י בעל השדה שנתן להם מתחילה את הדרך."

הרשב"ם מביא שתי מציאויות איך נוצר המצב שדרך הרבים עברה בתוך שדהו: או שהוחזקו לעבור שם "מעולם", או שבעל השדה נתן להם מתחילה את הדרך. המציאות השניה כפשוטה, שבעל השדה נתן לרבים במתנה. והמציאות הראשונה, שלא נתן להם בעל השדה. וא"כ יקשה איך החזיקו ללא הסכמתו, ע"ז מוסיף הרשב"ם שהחזיקו מעולם, פירוש, עוד לפני שקנה בעל השדה הם החזיקו בדרך, ומסתמא החזיקו כדין.

עכ"פ מבואר מדברי הרשב"ם שאינם יכולים להחזיק בדרך הרבים ללא נתינה של הבעלים. וכן מוכח מפירוש הרשב"ם להלן בגמרא ק,א בד"ה כשאבדה: "... וכל-שכן מתניתין דהוא עצמו נתן להם ...", ובד"ה שהחזיקו: "... וכל-שכן מתניתין שנתן להם ההוא דרך בידיים ...".

ובגמרא שם הקשו אמאי שלו לא הגיעו, ותירצו: אמר רב זביד משמיה דרבא, גזירה שמא יתן להן דרך עקלתון. רב משרשיא משמיה דרבא אמר, בנוותן להם דרך עקלתון. ורב אשי אמר, כל מן הצד דרך עקלתון היא, קרובה לזה ורחוקה לזה. והקשתה הגמרא, ולימא להו שקלו דידכו והבו לי דידי, ואמאי מה שנתן נתן (עייין ב"ק כח,א בתוס' ד"ה אי הכי מה). ותירצו, הא מני רבי אליעזר דס"ל דרבים

שבררו להם דרך לעצמם מה שבררו בררו, ומוקי לה בכגון שאבדה להם דרך באותה שדה. ולסוברים דלית הלכתא כרבי אליעזר, טעמא דמתניתין משום דרב יהודה דסי"ל מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו. ונשנו מספר פרושים בראשונים בהסבר מהלך הסוגיא, ברשב"ם, בתוס', בבעל-המאור וברמב"ן (במלחמות) ויד רמ"ה, ויובא עוד להלן. אמנם בגמרא ב"ק לא הביאו כל השקלא וטריא על הקושיא אמאי מה שנתן נתן, אלא רק הביאו את תרוץ הגמרא דהוי מיצר שהחזיקו בו רבים שאסור לקלקלו.

ומבואר ממה שהביאה הגמרא את דברי רב יהודה בדין מצר שהחזיקו בו רבים שאסור לקלקלו על שאלת הגמרא אמאי מה שנתן נתן, ואינו נוטל מהם לכל הפחות מה שנתן כתחליף, דדין מצר שהחזיקו בו רבים הינו אפילו תחזיקו בטעות, שהרי הרבים קבלו את המצר השני מהבעלים מפני שהבעלים תשבו שבכך יקבלו את הראשון, וקיי"ל ששלו לא הגיעו, א"כ אפילו מה שנתן בטעות דדינו כמיצר שהחזיקו בו רבים שאסור לקלקלו. וכן מבואר בדברי הנימוק"י בשם הרמ"ה (מט, א בעמוה"ר):

"דדוקא בהחזיקו בו מדעת בעליו ואפילו בטעות, כי הכא שהוא נתן להם דרך מן הצד". ועיין ביד רמ"ה (ק, א בד"ה רב אשי): "... הכא נמי כיון דברשות בעלים נחתי לה להאי דרך, לא מצי אמר להו שקולו דידכו והבו לי דידי", ועי"ע להלן.

ב. אופן חזקת הרבים

והרשב"ם (צט, ב ד"ה גזירה) בהא דשלו לא הגיעו, פירש; "שכך תיקנו חכמים דלא ליהוי דידיה ...", הרי שאין זה מעיקר הדין אלא תקנת חכמים ששלו לא הגיעו. אמנם למה שלמדה הגמרא שמה שנתן נתן מדין מיצר שהחזיקו בו רבים, נראה שהוא מעיקר הדין, דהא הרשב"ם שם (בד"ה שהחזיקו) פירש דמיירי שידעו הבעלים ושתקו, "אסור לקלקלו, דודאי לרבים מחל". ואם מחל, הרי שלכאורה זכו הרבים מדינא. והא דמהני מחילה כדי לזכות, נראה דמחילה זו היא כנתינה בלב, דמעשיו מוכיחים שנתן לרבים, והוי כל-שכן ממתניתין שנתן להם בידיים (עיין ברשב"ם שם), והיינו דמתניתין מיירי בנתינה בידיים, ומחילה הינה נתינה אך לא בידיים, דאלי"כ איך יזכו הרבים מכת מחילה. אמנם היה אפשר לומר שחזקה זו הינה כעין חזקת תשמישים (וכפי שיובא להלן), אך לרשב"ם שם מבואר דבעינן שהשוו ותיקנו חדרך, ובפשטות מיירי בקנין ממש, ועי"כ צ"ב אין מהני קנין ע"י מחילה, ועי"ע להלן. אלא שמדברי הרשב"ם בב"ב ס, ב, בענין הא דתנן שאין מוציאין זיזין לרשות הרבים אלא אם רצה כונס לתוך שלו, איתא בגמרא מחלוקת בכנס ולא הוציא זיזין, אם יכול להוציא. ונחלקו רבי יוחנן וריש לקיש. והעמידה הגמרא מחלוקתם באם כנס ולא הוציא, אם יכול להחזיר הכתלים למקומם. ופירש

הרשבי"ם שם בד"ה איבעיא להו כנס, וז"ל: "... מי אמרינן דויתרה לבני רשות הרבים ואבד כוחו או לא". משמע שזה ויתור על זכות הבעלות שלו ולא הקנאה, ונראה דדמי להפקר.

אמנם מדברי רבינו יונה בעליותיו (קא, ד"ה ורבי אליעזר) מבואר שדין מצר שהחזיקו בו רבים, לא זכו מדינא:

"... משום דרב יהודה לאו מדינא קאמר לה אלא אסור לקלקלו קאמר, לפי שאסור לצער רבים ולקלקל מיצר שהחזיקו בו, כיון שהרגילו להלוך בו ברשות."

הרי שדין מיצר הוא איסור ולא שהרבים קנו וזכו במיצר. ולשיטתו יתכן שאפילו לית לן טעמא דשתיקה של בעלים, כיון שהרגילו ללכת במיצר זה, אסור לבעלים למנוע מהם את ההילוך במיצר, אע"פ שע"פ דיני ממונות הם הבעלים על המיצר. וכן נראה מדברי הראב"ד, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"ב קא, (בד"ה וז"ל הראב"ד), וז"ל:

"כלומר, כיון דברשות החזיקו, אסור לקלקלו, שהנותן לרבים כנותן לשמים, שכן העוסק בצרכי רבים כעוסק בצרכי שמים, ואע"פ שהוא חוץ מן הדין."

הרי שגם לראב"ד אינו מעיקר דין חזקה אלא מעין הקדש. ונראה שסברתו היא מעין סברת רבינו יונה, ועדיין צ"ב. ולדינא יש חילוק בין הראב"ד לרבינו יונה, וכפי שיתבאר להלן.

ועיין ברשב"א (ב"ב קא, ד"ה ור' אליעזר) שפירש דפשיטא שקנו הרבים את הדרך בהילוך, ולא מיבעיא בגמרא בב"ב כיצד קנו הרבים את הדרך, רק אליבא דרבי אליעזר דמיירי שבררו להם דרך מעצמן, משא"כ במציר שהחזיקו בו רבים; "דכיון דמדעת עצמן (נ"ל דצ"ל עצמו) נתנו להילוכן של רבים, והרי הוא כשביל של כרמים דמודו ליה רבנן לר' אליעזר דנקנה בהילוך". הרי דלשיטתו מדובר שנתנו הבעלים את הדרך לרבים וע"כ זכו בה. וצ"ל כמשי"כ ברשב"ם שאין כאן נתינה מפורשת אלא נתינה מכללא, מכח התנהגותו שהניח לרבים להלוך בדרך שדהו (ועיין במשי"כ הרשב"א בתש"י סי' אלף קנב, דמדברי הגמ' בב"ב ס, ב משמע דקנו אף קודם ההילוך ע"י שהרחיבו הדרך לעבור בו או שפלו הדרך, והיינו נמי בקנין חזקה, וכן כתב במהרשד"ם בתשובה חחו"מ סו"ס רנז). אמנם בגמ' בב"ב ס, ב לא מבואר דמיירי הרחיבו בני רה"ר את הדרך, דהתם מיירי שכנס כתליו לחצרו וע"י"ז היה לרבים דרך רחבה לעבור, ולא מבואר שהיה לרבים חזקה בדרך. וכן בגמ' בב"ב יב, א בבני העיר שביקשו לסתום מבואות מעיר לעיר, דאפילו איכא דרכא אחרנא בני עיר אחרת מעכבין עליהם מדין מצר שהחזיקו בו רבים. ושם משמע שכבר החזיקו ע"י הילוך.

ועדין צריך באור אם החזקה היא חזקת קנין, כדמשמע לכאורה מהרשב"א בתידושי, או שזה חזקה מעין חזקת תשמישים. וראיתי בתש"י חוט המשולש סי' נה (תשובה מהגאון ר' אליעזר יצחק, נכד הגאון ר' חיים וואלוז'ינר) שהשואל הסתפק בשאלה זו אם הרבים קנו בהילוך, ובפרט אם מיירי בהילוך של תשמיש. ויש מהלומדים שרצו לומר דאף דהילוך לא קנה כלל, טענין אנו לרבים שמסתמא

התזיקו כדין תורה בכל תנאיה וברשות, אך הוחלט הדבר אצלם דרבים קנו הקרקע בחילוך. ועיין בתשי הגרא"י שעדיפא חזקת רבים מחזקות יחיד, דברבים לא בעינן ג שנים, ועי"ש בגוף הדברים. ונראה שעיקר הדיון הוא אליבא דהרשב"ם בב"ב ק,א (ד"ה שהחזיקו), שכתב דהאופן שהחזיקו בו הרבים; "שהשווהו ותקנוהו להילוך והבעלים ידעו ושתקו", ומשמע שהוא מדיני קנין חזקה, דאלי"כ לשם מה העמידה הרשב"ם באופן שהשווהו ותקנוהו, הו"ל למימר שהלכו בו הרבים. דנחלקו חכמים ור"א (בב"ב ק,א) אם מהני קנין ע"י הילוך, ומוזים חכמים לרבי אליעזר בשביל של כרמים הואיל ונעשה להילוך נקנה בחילוך, עי"ש. ומבואר דלרבנן החילוך אין דינו כקנין חזקה. לכן הרשב"ם כתב שתיקנוהו והשווהו להילוך כדי שיהיה אופן של קנין חזקה. אולם אם נפרש שהחזיקו בו רבים, היינו דכיון שהשתמשו בו, אסור לקלקלו מדן איסור וכמשי"כ רבינו יונה, אי"כ אין צורך בקנין אלא בעצם ההשתמשות. ועי"ע בתשי מהרש"ם ח"א סי' ה משי"כ דסגי בהילוך דלא כרשב"ם. ובפני יהושע בתשי (ח"א חתו"מ סי' ד) דן בדברי הרשב"ם הנ"ל. ורצה לדון שדין זה אם קונה במיצר בהליכה בלבד, תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד אם מהני קנין חזקה ע"י אכילת פירות (עיין שו"ע חו"מ קצב, יא), ואפשר דמיצר של רבים שאינו אלא להליכה, הוי כשביל של כרמים ונקנה בהליכה. אך הפני יהושע דוחה את דברי הרשב"ם, וז"ל:

"... כיון דכל הפוסקים בכלל סתמו ולא כתבו דבעינן חזקה ממש אלא סתמו דדרך הרבים אסור לאבד משום מצר שהחזיקו ולא הזכירו כלל דבעינן השואת קרקע, מי הוא זה שידון בדבר חדש להצריך חזקה ממש דוקא."
ויצא לפרש את דברי הרשב"ם דלשון "מיצר" הדחיקו לפרש כן, דמיצר הוי דומיא "מכי דייש אמצרי", ומהא דלא נקט רב יהודה בלשון "דרך", הסיק הרשב"ם דמיירי בהשואת ותיקון הדרך". אך לדברי הפני יהושע החידוש בדברי הרשב"ם דלא בעינן הילוך, ואף קודם ההילוך קנה ע"י תיקונו להליכה, והחידוש הוא דאף דגבי רבים הוי חזקה טפי בהילוך, מ"מ מהני החזקה גם ע"י התיקון, ועי"ע במשי"כ הפני יהושע בתשי בח"ב סי' צד. שוב מצאתי בשואל ומשיב (תנינא, ח"א סי' כא) שהסביר את דברי הרשב"ם באופן שונה. דהנה שם בגמרא הובאו דברי רב יהודה בענין מיצר שהחזיקו וכו', לא לענין הדרך הראשונה שהחזיקו בה הרבים אלא לענין הדרך השניה, ולענין הדרך השניה הרי עדיין לא קנו בחילוך, ע"כ צ"ל שהשווהו ותקנוהו להילוך.

גדר מפורש יותר בחזקה זו, נמצא בדברי האבני נזר בתשי (חתו"מ סי' יג), "דכל הטעם דקנו בחילוך, אף דהילוך לא הוי חזקה, רק זה לקנין גמור, אבל להילוך קונה בחילוך". לאמור - אין כאן קנין חזקה לבעלות גמורה אלא לחזקת תשמישים. ואף שלענין תשמישים בשדה חבירו בענין ג שנים, עיין ברמב"ם הל' טוען ונטען יב,יד, ועיין במשי"כ הראב"ד בהשגותיו בהל' שכנים ה,ה, היינו דיש לחלק בין הילוך ותשמיש של יחיד להילוך ותשמיש של רבים, וכמשי"כ לעיל, ועיין בשו"ת חוט המשולש הנ"ל. וע"כ נראה דהחזקה כאן לא הוי חזקה של קנין אלא חזקה של

תשמישים, כאשר הבעלים הם בעל הקרקע ולרבים זכות תשמיש שנקנתה ע"י קניני תשמישים דהיינו בהילוך. ע"כ כל הנידון אם הילוך הוא חזקה, לא שייך כאן. וע"ע בקובץ שעורים (ב"ב סי' רס"ז); "דהקנה רק להשתמש בו רבים, אבל לא גוף הקרקע".

אמנם בתכמת שלמה (לגר"ש קלוגר) בחידושו על שו"ע חו"מ סי' שעז נראה גדר אחר בהבנת דברי הרשב"ם, שכתב דדין זה הינו דוקא באופן שהחזיקו בו רוב אנשי המקום, אבל אם מיעוט אנשי המקום החזיקו במיצר, אין לו דין של מיצר שהחזיקו בו רבים, וטעמו:

"דהנה דעת הרשב"ם דבמיצר שהחזיקו בו רבים, היינו שעשו בו חזקה ותקנו אותו עי"ש. והנה אמת דבתש" הני"ל כתבנו אם עתה באין להחזיק לפנינו, אבל אם מוחזקין בו כבר אנו תולין שעשו בו אז חזקה כדין, עי"ש. כעת נראה דקשה למה נתלה כן, הרי בכל ספק קיי"ל דארעא היכי דקיימא תיקום וקרקע בתזקת בעליה עומדת, ולמה נתלה דעשו חזקה כדין. ולכך נראה לי דרבים שאני, כיון דרבים נקראו מוחזקים לגבי היחיד, לכך בזה לא אמרינן קרקע בתזקת בעליה עומדת. וא"כ לפ"ז מה דרבים נקראים מוחזקים לגבי היחיד, כבר כתבנו בתשובתינו דהיינו דוקא ברבים רוב העיר, אבל שנים ושלושה אין נקראין מוחזקין, א"כ הדר דינא דמספק אין להם להחזיק להוציא ממרא קמא. ולו יהא דיש חולקים על הרשב"ם, מ"מ שוב קרקע בתזקת בעליה עומדת והוי של בעל הקרקע, כן נראה לפי עני"ד נכון לדינא."

לפי הגר"ש קלוגר, כל דין מיצר שהחזיקו בו רבים הינו לכאורה ספק אם החזיקו כדין, אלא דאנו טוענים להם דמסתמא החזיקו כדין. ההסבר לפי הרשב"ם - דבענין דוקא חזקה דומיא דהשוואת גומות, דעצם ההילוך אינו מהווה חזקה וכדמשמע מדברי הרשב"ם, וכיון שלא ראינו שהשוו ותקנו הדרך, אמרינן דמסתמא בעבר השוו ותקנו. כל זה ברבים שהם מוחזקים לגבי היחיד, אבל כאשר רק יחידים עברו במקום, אין זה בבחינת "רבים" לענין מוחזקות זו. אלא שצריך להבין מהו גדר "רבים" ויחידים, דהחכמת שלמה הביא שתי מציאויות; "רוב העיר" (רבים) "שנים ושלושה" (יחידים). ונראה בכוונתו שמיצר זה שימש באופן שרוב אנשי העיר שהיו עוברים במקום היו משתמשים במיצר זה. ולפני מספר שנים נשאלתי במעבר בין שני בתים שהיה מעבר פרטי, אולם תלמידי מוסד מסוים, שהיו בשכנות לבתים אלה, נהגו להשתמש במעבר זה. בנידון שם לא היו נוהגים כל מי שעובר ברחוב להשתמש במעבר, אך תלמידי המוסד השתמשו במעבר זה כדי לקצר את דרכם לפנימיה שהיתה ברחוב סמוך. ונראה דלפי החכמת שלמה לא חשיבי רבים, דדין רבים שייך רק באופן שרוב הציבור המשתמש ברחוב זה נוהגים להשתמש במעבר. אם רוב הציבור הנצרך להגיע מרחוב זה לרחוב הסמוך לא משתמש במעבר, אין כאן מיצר שהחזיקו בו רבים. וכן נראה בענין בנין הבניין בין שני רחובות, ויש המשתמשים בחדר המדרגות של הבנין כמעבר לרחוב אחר, אין לחדר המדרגות דין מיצר שהחזיקו בו רבים א"כ רוב הנצרכים לעבור לרחוב השני, עוברים דרך חדר

המדרגות של הבנין (הרוב נמדד מן הסתם ע"פ אלה היודעים שניתן לעבור דרך חדר המדרגות או החצר, ועין מש"כ בכסף הקדשים בתידושיו על שו"ע חו"מ סי' שעז). אמנם בנדו"ד שהיה מגרש ריק ששימש למעבר, פשיטא שכל מי שהזדמן לאותו מקום היה משתמש במגרש הריק כמעבר.

וכיוצא בדברי החכמת שלמה בהסבר טעם הדין, נמצא במהר"מ מרוטנברג בתש" (דפוס פראג סי' קא), דטעם דין מצר שהחזיקו בו רבים, "דכל היכא דאיכא טענה כל-דהו לרבים, חשיבי כמוחזקים, דאלי"כ לא היה להם תקנה לרבים, שכל אחד יעשה עולה ויתשוב בלבו מי יתבעני לדין, מאן פייס ומאן שביק, קדירא דבי שותפי לא חמימא ולא קרירא. לכן יש לנו להחשיב כמוחזקים ...". הרי שטעם מיצר וכו' הוא כיון שהם רבים והם מוחזקים, אולם לא נחית לחלק בין רבים למיעוט מהרבים.

ג. כשהשתמשות הרבים אינה מפריעה לבעל השדה

ומ"מ מבואר מדברי הגר"ש קלוגר שלמד ברשב"ם דבעינן דוקא חזקה ממש, וזאת בניגוד למה שהבאנו לענין דהוי קנין רק לתשמישים וע"כ סגי בהילוך שהוא התשמיש הקונה. ולכאורה יש להבין בדין זה של מיצר. אדם יש לו מגרש ריק כנדון שלפנינו, ובאו הרבים ועברו שם וטוענים לדין חזקה מכח מיצר שהחזיקו בו רבים, כיון שהיו רגילים הרבים לעבור שם, והרי לכאורה אם היה בעל המגרש מוחה בהם, היו יכולים לכפותו מדין מידת סדום של זה נהנה וזה לא חסר, דאף לשיטות שאינו יכול לכוף לכתחילה להנות מרכוש אחרים, עיין שו"ע חו"מ שסגו, היינו באופן שאם היו הבעלים רוצים להנות היו יכולים, והרי במגרש ריק אין ההילוך של הרבים מפריע לבעלים להנות מהמגרש אם ירצו. לאמור - אין כאן שימוש המפריע לבעל השדה, וא"כ אפילו יתנגד בעל הקרקע, יוכלו הרבים לכופו מדין זה נהנה וזה לא חסר, וא"כ איך החזיקו הרבים במיצר. ובשלמא לשיטת הרשב"ם (כפשוטה) שהשוו ותקנוהו להליכה, ומיירי בחזקה דומיא דקנין, נראה שכנגד מה שהשוו להליכה היה צריך למחות. ואפשר שאף מה שהשוו להליכה הוי בבחינת זה נהנה וזה לא חסר, אך יותר נראה שכאשר מביאים מכבש ומשויים את המקום להליכה, הוי מעין קנין שהיה לבעלים למחות. אך מ"מ לשיטות הנ"ל שהחזקה היא כחזקת תשמישים, א"כ מה שייך שימחה, הרי יכולים לכופו. וכיון שיכולים לכופו לית להו חזקה, דכל דין חזקת תשמישים הינו דוקא באופן שמקפיד בעל החצר (ויכול להקפיד). דכן מצאנו לענין חזקת תשמישים בחצר השותפים (והוא הדין בחצר חברו, כשהמשתמש יכול לכופו מדין זה נהנה וזה לא חסר).

דהנה במשנה ב"ב נז, א תנן; אלו דברים שיש להן חזקה ואלו דברים שאין להן חזקה, היה מעמיד בהמה בחצר, תנור, ריחיים וכיריים, ומגדל תרנגולים ונותן זבלו בחצר, אינה חזקה, אבל עשה מחיצה לבהמתו גבוה עשרה טפחים ... הרי זו חזקה.

והקשתה הגמרא מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא. ות"י הגמ', אלא אמר רב נתמן אמר רבה בר אבוה, הכא בחצר השותפין עסקינן, דבהעמדה כדי לא קפדי, אמחיצה קפדי. ופירש הרשב"ם שם, דבהעמדת בהמות גרידא בלא בלא בנין לא הוי חזקה, דבהעמדה כדי לא קפדי שותפין זה על זה, משא"כ מחיצה ובנין דקפדי, מדשתקו ולא מיחו, בודאי ברשותן עשו. ובהמשך הקשתה הגמ', והא תנן השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין להכנס לחצר, אלמא דבהעמדה גרידא קפדי (עיי"ש ברשב"ם). ותירצה הגמ', אלא אמר רב נתמן אמר רבה בר אבוה הכא ברחבה שאחורי הבתים עסקינן, דבהעמדה כדי לא קפדי ואמחיצה קפדי.

ובאור האי דינא דחזקה היכא דקפדי, דהקפידה היא לא על אופן השימוש אלא על המניעה שמונע ממנו השותף שבנה מחיצה להשתמש בחצר המשותפת, שגם לו יש בה זכות שימושים, והוא בבניית המחיצה מונע ממנו להשתמש בחצר כתפצו. וכך עולה מפירוש הרשב"ם, וז"ל (בד"ה והכא):

"שאחד מן השותפין עצמו העמיד בהמותיו ותנור ואשפה שלו בחצר ג שנים ולא מיחו בו, וסתם חצר לכניסה ויציאה הוא ולא להעמיד שם בהמותיו ותפצו זמן מרובה, והילכך בהעמדת בהמותיו גרידא בלא בנין לא הויא חזקה, דבהעמדה כדי לא קפדי שותפין זה על זה עד שעה שיצטרכו לאותו מקום, וכשיצטרכו, יקפידו ויסלק זה חפציו."

מפורש בדברי הרשב"ם שהקפדת השותף נובעת מכך ששותפו מונע ממנו את השימוש בחצר לטווח ארוך. כאשר מעמיד בהמותיו בלא בנין אין בכך מניעה קבועה, שהרי יוכל לתבוע ממנו סילוק בהמותיו בשעה שיצטרך לאותו מקום, וכשלא יצטרך, יחזירן שותפו למקומו, וע"כ לא מיחה בו השותף ולא הוי חזקה. אולם כאשר מעמיד מחיצה, הרי זו מניעה קבועה, ובכגון זה קפדי שותפין אהדדי, ומדלא מיחה הוי חזקה. ומשמע מדברי הרשב"ם דדוקא במחיצה של בנין ממש קפדי, משא"כ מחיצה הניתנת לסילוק לאלתר. וכן נראה גם מפרושו בתירושו של רב נתמן המחלק בין רחבה שאחורי הבתים לרחבה שלפני הבתים, וז"ל:

"מתני' ברחבה שאחורי הבתים דאינו מקפיד כל כך, אבל בחצר שלפני הבתים צריך שיהיה מקום פנוי לביאה ויציאה, והלכך קפדי בהעמדה דכדי."

לא מדובר כאן על הקפדה בעצם מעשה השותף, ואף שגם להסבר זה היה מקום לחלק בין רחבה שלפני הבתים לרחבה שאחריהן, דהשותף מקפיד שלא ישתמש בחצר באופן שאינה עומדת לכך, ואחורי הבתים קיימא להעמדת בהמות וכו'. ההקפדה כאן על מה שמונע ממנו מלהשתמש בחצר, להכנס ולצאת, ואפילו יעמדו הבהמות באופן ארעי ללא מחיצה יהיה בכך הפרעה לכניסה ויציאה, משא"כ באתורי הבתים שאין הדבר מפריע כל-כך, לא קפדי אא"כ יעשה מחיצה. ועי"ש ברשב"ם שם ד"ה כל וברבינו גרשם. ועיין ברמב"ם בה"ל שכנים (ה,ג), וכפי שפסק המתבר בתו"מ קס"א, (בלשון זהה ללשון הרמב"ם), וז"ל:

"אחד מהשותפים בחצר שביקש להעמיד בה בהמה או רחיים או לגדל בו תרנגולים, חבירו מעכב עליו, וכן שאר דברים שאין דרך בני המקום לעשות

בתצורותיהם, בכולם השותפין מעכבין זה על זה.

הרי שנקט המתבר דיכול לעכב מהשותף מלהשתמש בכל תשמיש שאין דרך בני אותו מקום להשתמש בתצר, ובמנהגא תליא מילתא. ועיייש בבאר הגולה ס"ק י צייין את סברת המתבר דיכול לעכב בכל תשמיש שאינו נהוג, לתירוץ רבי יוחנן בגמ' הני"ל. ועייין מש"כ בענין זה באריכות במשפטיך ליעקב ח"ב סי' לז, ואכמ"ל כיון שכבר התבאר שם.

ומי"מ עולה מהאמור לעיל דלא שייך חזקת תשמישין היכא שאינו יכול להקפיד. לכן לולי דמסתפינא לחדש דבר שלא נמצא בפוסקים הראשונים והאחרונים, היה נלעני"ד דכל דין מצר שהחזיקו בו רבים שייך רק במציאות ששימוש הרבים הפריע לבעל הקרקע ובכל זאת איפשר לרבים להשתמש באופן המפריע, או באופן שנראה שהפקיע את כוחו וזכותו ע"י שנתן לבני רשות הרבים. דהנה דברי רב יהודה הובאו במספר מקומות בש"ס. בב"ב יב,א הובאו דבריו לענין בני עיר שרוצים לסתום מבואות שלהם כדי שלא יעברו בני עיר אחרת במבוי וישמשו במבוי כמעבר בין עירוני. התם ודאי איכא הפרעה במה שמשתמשים בני המבוי, והראיה שרוצים בני המבוי לסותמו. וגם עובדא דרב הונא ורב פפא (ב"ב כו,א-ב) שהשתמשו הרבים בשדהו של רב הונא (עייין בתוס' ד"ה עד), י"ל דמיירי באופן שלא יכלו הרבים לכופו להשתמש במקום זה, והיה ביכולתו למונעם. ובגמ' ב"ב ס,ב שכנס כתליו לתוך חצירו כדי להוציא זיזים, נראה שהפקיע כוחו וזכותו ונתנם לבני רשות הרבים, עיין ברש"י שם. וכן בנידון של מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו (ב"ב צט,ב - ק,א). דשם הובאו דברי רב יהודה לענין מה שנתן כתחליף למצר הראשון, דשם נתן בידיים וכמשי"כ ברשב"ם שם בד"ה שהחזיקו. אחר כותבי הני"ל, מצאתי בערך שי (תו"מ סי' שעז) שהביא משו"ת דברי חיים ח"ב סי' יג, וז"ל:

"ואם החזיקו בו במה שנחו שם לפעמים או בהילוך שלא קפדי בני אדם אפילו

בתצרים אם הוא פתוח, לא הוי חזקה אפילו ברבים."

והן הן הדברים, והסבר דבריו נלעני"ד כמשי"כ, דהיכא שאינו מקפיד, ואף אם היה מקפיד אפשר שהיו יכולים לכופו, אי"כ אין בשתיקתו ראייה למחילה ולא הוי חזקה לרבים, דמה ששתק, מפני שלא הפריע לו, וכעת שרוצה לבנות יכול למנוע המעבר מבני רשות הרבים.

לפי"ז בנדון שלפנינו שבעל המגרש לא נתן לרבים את רשותו, וכן אם היה רוצה למחות בידם שלא לעבור, לא יכול היה לעשות זאת מדין זה נהנה וזה לא חסר, ואי"כ אין חזקת הרבים חזקה ואינם יכולים לבוא בטענה כנגד הקבלן. ונמצא באחרונים סברא דומה (אבל שונה) למנוע טענה כני"ל. דהנה בתש"י בית אפרים (תח"מ סי' כב, הובאו דבריו בפת"ש תו"מ שעז,ב) כתב למנוע טענת הרבים, וז"ל:

"דעך כאן לא אמרינן דהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו אלא כשנתן להם הדרך מדעתו וגמר בדעתו שיוחלט דרך זה לרבים לעולם, משאי"כ בזה שלא כינס כל הבית הסמוך לרחוב רק מקצת הקרן הסמוך לרשות הרבים, הרי זה כאומדנא דמוכח שלא היה בדעתו להחליט להם, רק שלפי שלא היה צריך אליו בשעת

הבנין הניחו פנוי עד זמן שיצטרך אליו, וכשאל את גבולו לפי שעה לרבים דמי, דאיתא בחזרה כמו החזיקו שלא ברשות וכו'. ומעשים בכל יום שבני אדם מניחים את גבולם פנוי זמנים הרבה, ובזמן שהוא פנוי הוא למדרס רגל בני אדם. ולפי צריך לחלק הא דקיי"ל כנס אינו מחזיר (בי"ב ס, ב), משום כיון שבנה בנין על גבולו והניח מקום פנוי, מסתמא דעתו שיהיה עשוי להילוך רבים, רק שיוציא זיזים אם יצטרך, הלכך אסור לקלקלו. משא"כ כשיש רגליים לדבר ואמדנא דמוכח שאין בדעתו להפקיר גבולו לעולם, כגון שלא עשה בנין כלל או שהניח קצת פנוי בקרן זווית אחת ודעתיה עליה לבנותו כשיצטרך, שפיר דמי לבנותו אתר-כך."

מבואר מדברי הבית אפרים לחלק בין מצב שנראה שמסר את קרקעו לרבים, לבין מה שהניח סתמא מפני שלא חפץ לבנותו, שאין לרבים חזקה. כאשר מניח סתמא מפני שאין לו חפץ כעת לבנות, אין חזקה לרבים. ולכאורה היה נראה שסברתו תלויה במחלוקת הראשונים דלעיל בטעם החזקה. דלרשב"ם פשיטא שצריך שתיקה מוכחת, וכאשר הניח פנוי ואיפשר לרבים לעבור בגבולו, אין שתיקה מוכחת למעשה הרבים. ולעיל הובאו דעת הראב"ד ורבינו יונה בטעם החזקה. לרבינו יונה אסור לצער את הרבים, א"כ לכאורה אפילו הניחו פנוי, דין המצר אינו מעיקר הדין אלא כדי לא לצער הרבים, וא"כ מה לי תפסו הרבים מפני שהניחו פנוי או שנתן להם. אולם לראב"ד הסובר; "שהנותן לרבים כנותן לשמים, שכן העוסק בצרכי רבים כעוסק בצרכי שמים, ואע"פ שהוא חוץ לדין", א"כ דוקא כשנתן מדעת או שניכרת כוונתו לתת לרבים. לדבריו בכל ענין לא יוכלו הרבים לטעון על חזקה אף במקום שיכל למחות בידם עקב הפרעה, כיון שלא מוכח שמסר לרבים את המיצר. או דגם לדברי הבית אפרים אם לא מחה במקום שהיתה לו הפרעה, נראה שמסר לרבים, וצ"ע. ומ"מ בנידון שלפנינו נראה לדחות טענת השכנים על השארת מעבר, דכיון שהמגרש היה פנוי ולא חש לבנותו ולא היתה מניעה או הפרעה מבחינת בעל המגרש בכך שיעברו הרבים וישתמשו במגרשו כמעבר, אין לרבים טענה של חזקה כדין מצר שהחזיקו בו רבים. וכמשי"כ לעיל נראה שאף לא היה יכול למחות ברבים מלעבור גבולו, כיון דהוי זה נהנה וזה לא חסר, ובכגון זה כופין על מידת סדום, וע"כ ליתא למוחזקות הרבים.

עוד נראה לצרף לדחות את טענת הרבים, ע"פ מש"כ הגר"ש קלוגר בחידושו לשו"ע חו"מ שעז, א. בתחילת דבריו הני"ל הביא מש"כ בתשובה (ובשו"ת האלף לך שלמה לא מצאתיה): "דהדבר פשוט לי בזמן הזה הוא דינא דמלכותא דינא בזה, ובכל ענין לא שייך זה עתה". וא"כ בזמן הזה לא מופקעות בעלות וזכויות בעל המגרש מדינא דמלכותא עקב זה שרבים עברו במקום. ומעין זה נמצא בשו"ת מהרש"ם (ח"א סי' ה ד"ה ואולם) שכתב דהיכא שהזכויות בשדה רשומות על-שם בעל השדה בטאבו, י"ל דלא מהני מחילה מפני שסמך בדעתו על הטאבו שבידו, דדמי למי שיש בידו שטר או משכון לא מהני מחילה (חו"מ רמא, ב), ואף שיש חולקים, מ"מ י"ל ע"פ מש"כ בשבות יעקב ח"א סו"ס קס דגם היכא דבסתמא הוי מחליה משום דאיכא

אומדנא שמחל, מ"מ בדאיכא שטר בידו, אף לסוברים שמחילה בפירוש מהני, מ"מ בסתם לא מהני מתמת אומדנא, "וא"כ הכי נמי י"ל בזה שיש בידו הטאביליאציאן אמרינן דמסתמא לא מחל להם זכותו". וכן פסק המהרש"ם הלכה למעשה בח"ג סי' שעו, דהיכי דיש ליחיד טאבו על המקום אמרינן דמסתמא לא מחל, "ולכולי עלמא בעינן שתקנו והשוו הדרך". לפ"ז כל מקום שלא הביאו כלי עבודה לתקן להם דרך באופן שיש סברא שהיו הבעלים צריכים למחות, לא הוי תזקה בדין מיצר.

ד. החזיקו ברשות

עוד נ"ל לבאר בהאי דינא דמיצר, מה שכתבו הראשונים דדוקא שהחזיקו ברשות הוי תזקה לרבים במיצר. דהנה התוס' בב"ב יב,א (ד"ה מיצר) כתבו וז"ל:

"היינו שהחזיקו ברשות, אבל אם באין להחזיק שלא ברשות יש למחות בידם, ולנקוט פזרא וליתב כדמוכח בהמניח."

וכך הם דבריהם בתוס' ב"ב כו,ב (ד"ה עד); "דרבים החזיקו במצריה דרב הונא וברשותו, דאי לאו הכי אין תזקתו מועלת". וכן מבואר במרדכי (ב"ב סי' תקו). ויש להבין בדברי התוס' שהביאו ראייה מדברי הגמרא בהמניח (וכן הוא במוכר פירות) "ולנקוט פזרא וליתב", והיא לכאורה ראייה לסתור, דהא התם מבואר שאינו יכול להפקיע את זכות הרבים. והיה נלענ"ד לומר דהתוס' מסבירים את המשנה בב"ב צט,ב כפירוש הרשב"ם הנ"ל בתחילת דברינו, שהחזיקו הרבים בדרך שעוברת בתוך השדה "מעולם", דהיינו עוד לפני שקנה בעל השדה, או שנתן להם מדעת ובידיים, וע"כ לא מהני לינקוט פזרא וליתב, אבל אם לא נתן להם והחזיקו שלא ברשות, יכול לינקוט פזרא וליתב. וראיתי שבשו"ת מהר"י הלוי (אחי הטי"ז) סי' כ, הוסיף לבאר דע"כ הגמרא לא הביאה את דברי רב יהודה על הסיפא (מה שנתן נתן) ולא על הרישא (דרך הרבים), דהא מה שהחזיקו הרבים בדרך הרבים אתרי שנתן להם דרך אחרת הוי תזקה שלא ברשות, וע"כ אין דין מיצר שהחזיקו בו רבים שייך בכגון זה. ונתן באהלות ית,ד: שדה בוכין (שמפטירין בה המתים ובוכים ואומרים צדוק הדין) לא ניטעת ולא נזרעת. ואיתא במו"ק ה,ב דמשום יאוש בעלים נגעו בה. ופירש הר"ש באהלות שם, וז"ל:

"דכיון שכן הוא מתיאשים הבעלים ממנה, והו"ל כמיצר שהחזיקו בו רבים דאסור לקלקלו. ומיהו דוקא משום דנתיאשו דאחזוק כדן, אבל לא נתיאשו, א"כ היו מחזיקין שלא כדן ומותר לקלקלו."

הרי שאף שהחזיקו הבעלים מלכתחילה שלא כדן, כיון שהתיאשו הבעלים שידעו שבשדה שלהם מספידים ובוכים, הו"ל מיצר שהחזיקו בו רבים. [ואינו ענין למחלוקת הבבלי והירושלמי אי מהני יאוש בקרקע, עיין ירושלמי כלאים ז,ד, רשב"ם ותוס' ב"ב מד,א ד"ה דוקא, רש"י ותוס' סוכה ל,ב ד"ה קרקע ועוד, דהתם מיירי לענין שתופקע בעלותו מן הקרקע כתוצאה מהיאוש, ואילו בנידון שדה בוכים

מיירי באופן שאין בעלותו מופקעת אלא שיש לרבים זכות שימוש. ועוד, דכאן לא היו הרבים גזלנים, אלא הבעלים בשתיקתם הסכימו להיות השדה שדה בוכים, והוי מעין יאוש מתוך הסכמה בשתיקה.]. ועיין בגר"א על שו"ע חו"מ (שעז, ב) שלמד ברש"י בב"ק ובמ"ק דמהני חזקת רבים במיצר אפילו שלא ברשות. ועיין בבעל המאור (ב"ב מט, א בעמוה"ר) שכתב דמחילה בטעות לא מהני במיצר שהחזיקו בו רבים, וז"ל:

"נקטינן ממתניתין ומגמרא דעלה, מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו כדרב יהודה, והני מילי במתנה גמורה או במחילה גמורה, אבל במחילה בטעות מעין משנתנו, לא אמרינן הכי, ומתניתין רבי אליעזר היא ואין הלכה כמותו, משום דס"ל כרב יהודה אפילו במחילה בטעות, הלכך כיון דליתא לדרי אליעזר מה שנתן לא נתן."

הגמרא בסוגיא שם שהביאה את דין מיצר שהחזיקו בו רבים לענין מה שנתן להם בעל השדה כתחליף לדרך הרבים שעברה בתוך שדהו, לומדת שאף נתינה בטעות שמה נתינה, שהרי מה שנתן להם היה על-מנת שיקבל את הדרך הראשונה בחזרה, ומדהביאה הגמרא דין מיצר על-כך, ש"מ שסוברת הגמרא שמחילה בטעות שמה מחילה לענין דין מיצר. וסובר בעל המאור שאוקימתא זו בגמרא היא אליבא דרבי אליעזר, ולית הלכתא כוותיה בזה, וע"כ גם במשנה הדין נותן דמה שנתן לא נתן, וע"כ חוזרת לו הדרך השניה שנתן כתחליף. והרמב"ן במלחמות הקשה עליו, דלא יתכן לומר שאין הלכה כמשנתנו כיון שהובאה ללא מחלוקת. עוד הקשה מב"ק כת"א, שהביאה את דברי רבי יהודה בדין מיצר על המשנה ללא התיחסות לרבי אליעזר. ועיי"ש שביאר דתרוץ מיצר אינו אליבא דר"א אלא אליבא דכ"ע, וכיון שנתן להם מדעת אף שהיה בטעות, מ"מ הוי מיצר שהחזיקו בו רבים. ומחלוקת הרמב"ן ובעה"מ אינה ענין לדעת הראשונים הנ"ל דבעינן החזיקו ברשות, דודאי אליבא דכ"ע מיירי כאן בהחזיק ברשות, ומחלוקתם בבאור הסוגיא אם קיי"ל דמה שהחזיק להם ברשות אבל בטעות, אם קיי"ל הכי ואם קיי"ל כמתניתין לענין זה. ונראה שמחלוקתם הינה גם שני תרוצים בתוסי' (ב"ב ק, א ד"ה כגון), אם סוגיין כרבי אליעזר או דלית הלכתא כרבי אליעזר, ועדיין צ"ע אם אכן לפי תרוץ שני בתוסי' אכן לא קיי"ל דמה שנתן נתן, והיינו כבעה"מ, עיי"ש. ועי"ע בשואל ומשיב (תנינא, ח"א סי' כא) מש"כ בענין דין מחילה בטעות, ובשו"ת דברי חיים ח"ב סי' יג, ובערך שי חו"מ סי' שעז. ועיין להלן בדברי ערוך השולחן.

ועיין בשו"ת פני יהושע (ח"א תחו"מ סי' ד שהוכיח מהסוגיה שאף שנתן להם בטעות והוי מחילה בטעות, מ"מ כיון שברשות נתן להם, הוי דין מיצר שהחזיקו בו רבים. עוד הוסיף לבאר, דמה שכתבו התוסי' "ברשות", אין הכוונה לרשות ממש אלא ידע ושתק, דאף דביחיד אין השתיקה כלום, דלא קיי"ל כרב יהודה ורבי ישמעאל דכל בפניו לאלתר הוי חזקה (ב"ב מא, א) אלא בעינן חזקה עם טענה, מ"מ לגבי רבים מהני מחילה בשתיקה. ועיין בסמ"ע שעז, ב שהביא את שיטת התוסי' הנ"ל דבעינן החזיקו ברשות; "מיהו כל שרבים מוחזקים בו עתה לפנינו, טוענים להם ואמרינן

דודאי ברשות התזיקו". וראיתי לאבני נזר (תחומ"מ סי' יג) שלמד בסמ"ע ששתיקה אינה ברשות. וצ"ל שלמד כן מהא דהצריך לומר דטענין להו, דאי שתיקה הוי ברשות, כיון שהחזיק בשתיקה היינו רשות, ואמאי בעינן לטעון לרבים, עיי"ש דהיכא שהחזיקו זמן רב בשתיקה, או שעצם השתיקה הוי רשות, או דטענין להו שהחזיקו ברשות. ועיין במהרש"ם בתש" ח"א סי' ה (בד"ה ומ"ש) דדוקא בעשו מעשה תיקון סגי בשתיקה, אבל בהילוך לבד בעינן עכ"פ הסכמת הבעלים, אך מ"מ טענין להו שנעשה ברשות ממש, עיי"ש. אמנם מפירוש הר"מ מקרקושא, הובאו דבריו בשו"ת הרשב"ש סי' ד (ד"ה הדרך הב'), נראה כדברי הסמ"ע, וז"ל:

"כגון שהחזיקו בו הרבים בטענה כעין משנתינו, דאיכא דניחא להו בחליפין ומתזיקים בדרך שנתן להם, ואיכא דניחא להו בראשונה ואינן תפצים בחליפין."

הרי דלא סגי במה שנתן להם מדעת אלא בעינן טענה לרבים על חזקתם. אך זה אינו, דהתם אין טענת הרבים על החזקה אלא טענה מדוע מחזיקים בשני הדרכים, אבל לעצם החזקה בדרך מהני מה שנתן להם או סגי אם החזיקו בשתיקה ואין צריכים טענה או שנטען אנו בעבורם. ומעין סברתו נמצא בדברי ערוך השולחן (שעז,ה), וז"ל:

"ני"ל דאע"ג דממה שנתבאר בסע' ב מוכח דאף אם נתן להם בטעות את הדרך אינו יכול לחזור בו, זהו דוקא באופן שנתבאר דנגד הרבה מההולכים הוי חליפין טוב ונתרצו בכך וזכו בה ... אבל אם עיקר הנתנה היתה בטעות נגד כולם, יכול לחזור בו, דנתנה בטעות לא הוי נתנה. ויש מי שאומר דאפילו נתנה בטעות הוי נתנה, ולא נהירא."

ואפשר דאין חולקים דנתנה לרבים בטעות הוי נתנה, מטעם שכתב ערוך השולחן דאפשר דיש מיעוט דלא ניחא להו בחליפין, וזה טעם החילוק בין יחיד לרבים, אך ערוך השולחן למד בדעת הסוברים דמהני מחילה בטעות לרבים, דבכל ענין מהני מחילה אפילו בלא טעם דאיכא דלא ניחא להו בחליפין.

והנה הדין דבעינן שהחזיקו ברשות, אינו יכולה להצטרף לדחיית טענת תושבי האזור כנגד הקבלן, אא"כ נאמר כדעת המהרש"ם הני"ל דשתיקה לא מהני היכא שקנו רק בהילוך, ושתיקה מהני דוקא היכא שעשו חזקה ממש ע"י תיקון הדרך באופן המפריע, מה שלא היה בנדון שלפנינו, וע"כ לא מהני חזקתם. ומ"מ אין אנו צריכים לכל זה, כיון שהתבאר לעיל דדין מיצר שהחזיקו בו רבים לא שייך בנדו"ד כיון שמה שעברו הרבים לא הפריע לבעל המגרש, וכן רגליים לדבר שמה שנתן להם לעבור היה מפני שלא היה זקוק להשתמש במגרש וכדברי הבית אפרים, וכן מאחר ולא חש למחות מפני שהמגרש רשום על-שמו בטאבו (כדעת המהרש"ם) וכן ממש"כ הגר"ש קלוגר מדינא דמלכותא דלא שייך האי דינא.

לאור האמור לעיל יש לדחות את תביעת תושבי האזור כנגד הקבלן, ואין הקבלן צריך להשאיר מעבר לשימושם.