

זהים, ואין להטיל על אולפנת חורב אחריות גדולה יותר משאולפנת כפר פינס נוטלת על עצמה.

התנהגותן של בנות כפר פינס מוכיחה שהן חיות באווירה חינוכית של אמון ויושרה ולא העלו כלל על דעתן אפשרות של גניבה. אשריהן ואשרי מחנכיהן. גם אולפנת חורב מחנכת את תלמידותיה ברוח דומה, אולם לצערנו יש בעולם גם תופעות אחרות, לא רצויות (ואין ליחס אותן דווקא למישהי מהאולפנה המארכת, מה גם שבנות האולפנה המארכת לא היו במקום כלל).

ה' ימלא חסרונכן.
בברכת התורה והארץ
הרב יעקב אריאל

הנהלת חורב המארכת שלא נעלה את הדלתות, אך אין לה דין ש"ח הנושא באחריות כלפי האורחות (מה גם שלא היה איש מבאות פנימית חורב הקבועות שהיה צורך להבטיח את שמירתה).

וכן המאבטח יש לו רק אחריות שאדם זר לא ייכנס למתחם, אך אין לו אחריות שמירה על הנעשה בתוך המוסד. (אם כי צ"ע כיצד נכנס הגנב, למרות שמירתו של המאבטח? ואולי הגנב הוא מי ששהה בתוך המבנה בהיתר. אחריות המאבטח מצטמצמת לבדיקה ביטחונית גרידא).

יתרה מזאת אולפנת חורב לא נטלה על עצמה אחריות שמירה יותר מזו שאולפנת כפר פינס נוטלת על עצמה בפנימייתה. סדרי השמירה הנהוגים בתוך הפנימיות

סימן נא

ישׁוב שנבנה על אדמה גזולה

- | | |
|------------------------------|--------------------------------|
| 4. היורד לשדה חברו ובנאה | ראשי פרקים* |
| 5. חיוב 'השבת אבדה' לנכרי | א. מעמד הקרקעות ביהודה ושומרון |
| ג. פיצוי ליורד לשדה חברו | ב. תקנת השבים בקרקעות |
| ד. התיישבות היא 'שליח ציבור' | 1. 'תקנת מריש' במבנה |
| ה. סיכום | 2. 'תקנת המריש' בגזול תום לב |
| | 3. מקור פסיקתו של רבנו ירוחם |

* * *

לאזרח ערבי. גם הוא עצמו לא ידע על כך, עד שמישהו פשפש ומצא מסמכים או ראיות, שהקרקע היא בעצם שלו. האם יש להרוס את המבנים?

ישנם ישובים ישראלים ביהודה ושומרון שנבנו באישור ממשלתי, ישיר או עקיף, גלוי או סמוי, מתוך הנחה שמדובר בקרקע פנויה. לאחר זמן התברר שהקרקע שייכת

* נתפרסם בתחומין לב (תשע"ב) עמ' 203-210.

א. מעמד הקרקעות ביהודה ושומרון

מעמד הקרקעות ביהודה ושומרון מבחינה הלכתית הוא סבוך. מבחינה אחת א"י מוחזקת לנו מאבותינו והיא שלנו בכל שלטון ובכל כיבוש. ודעת הגאונים שגם היום כל אחד יכול להקנות אגב ד' אמות שיש לו בא"י (ר' תוס' ב"ב מד ע"ב ד"ה דלא ור' בגליוני הש"ס להר"י אנגל שם). אולם רוב הפוסקים חולקים על כך ר' רמב"ם הל' שלוחין (פ"ג ה"ז) והג"מ שם וכן התוס' הנ"ל דוחים דעה זו והרא"ש ב"מ (פרק הזהב סימן ג) ועוד ראשונים.

דבר פשוט הוא שאין כוונת הפוסקים לומר שכיבוש הגויים מפקיע לגמרי את הבעלות העקרונית שיש לישראל בארץ, שהרי היא הובטחה לאברהם אבינו ונקנתה לו בברית עולם. אמנם לדעת ספר-התרומה יש קניין לגוי היום בא"י, כי קדושה שנייה פקעה ע"י כיבוש הארץ בידי הרומאים, אך זה נוגע רק לחיוב תרומה ושביעית. א"י מוחזקת לנו מאבותינו אפילו בזמן שהיתה בידי הכנענים, כמבואר בע"ז (נג ע"ב) ובב"ב (קט ע"א). עכצ"ל שכיבוש הגויים קונה רק לזמן או רק קניין פירות. או שצריך להבחין בין הבעלות הכללית של עם ישראל על ארצו, זו ניתנה לאברהם לעולם. לבין הבעלות הפרטית של כל אחד על נחלתו. מכיון שאין מי שיכול לזהות כיום את נחלתו הפרטית מועיל על כך יאוש¹. ורק באשר לכך יש לגוי חזקה זמנית.

אילו היינו דנים במעמד המשפטי של הקרקעות עפ"י דין תורה יתכן שהמסקנה היתה שונה. אך אנו נצא מנקודת הנחה

שהחוק הנוהג ברחבי א"י הוא החוק המקומי. ולפיו כנראה שטענת המערער שהקרקע שלו אולי צודקת. אלא שבנ"ד המערער לא ידע כלל שהמבנים הוקמו על אדמתו, עד שמישהו פקח את עיניו...

בנד"ד לא היה יאוש, כי הבעלים לא ידעו כלל שהקרקע שייכת להם, ויאוש שלא מדעת אינו יאוש. וגם לרבא (ב"מ כא ע"א) דהוי יאוש היינו במקום שסופו להתייאש מדעת, וכאן כשנודע לו לבסוף אינו מתייאש, לכן לכו"ע לא הוי יאוש. גם השם לא נשתקע ע"י בעלות אחרת אלא הקרקע עמדה שוממה ללא שם, ואין זה בכלל נשתקע השם.

[מיהו דווקא על פי החוק העותומאני, שכאמור הוא שתקף כרגע ביר"ש, יתכן שבגלל אי ידיעה זו הקרקע יצאה מרשות בעליה, והדבר צריך בדיקה ע"י משפטנים מומחים].

ב. תקנת השבים בקרקעות

1. 'תקנת מריש' במבנה

להמשך הדיון נניח שהקרקע שעליה נבנה היישוב היא גזולה. נשאלת השאלה: מה דין המבנה שנבנה עליה בתום לב? האם דינו הריסה? בגיטין (נה ע"א) שנינו במשנה:

ועל המריש הגזול שבנאו בבירה – שיטול את דמיו, מפני תקנת השבים. התקנה היתה רק על קורה מיטלטלת ולא על מבנה קבוע, כפי שפסק הרמ"א בשם רבנו ירוחם (חו"מ סי' שס ס"א):
גזל קרקע ובנה עליה בניינים גדולים,

1. עי' לעיל בנספח לסי' מו דיון ארוך בנושא בעלות על הקרקעות בארץ ישראל.

במטלטלין, אבל בקרקע, לא אמרו: שימכור זה את שלו, וישחית את נחלתו. אך בני"ד שבעלי הקרקע לא גר במקום ולא ידע כלל שיש לו נחלה במקום, נחלתו לא תישחת אם יקבל פיצויים תמורתה, גם אם על תמורה זו לא חלם.

2. 'תקנת המריש' בגזול בתום לב

אך בפתחי תשובה שם הביא בשם הלבוש טעם אחר:

לכך לא עשו תקנת השבים בקרקע, דטעמא תקנת השבים כדי שלא יעלים הגזלן שגזל ולא יעשה תשובה, ובקרקע לא שייך זה דאי אפשר להעלימה.

כלומר, מטרת התקנה היא לעודד את הגזלן לחזור בתשובה. במריש מיטלטל הוא יכול לטשטש את הגזלה ולהעלימה, ולכן יש צורך בעידוד רב יותר כדי להחזירו בתשובה, ולכן תיקנו שיחזיר רק את דמי המריש ולא את המריש עצמו. אך בגזלת קרקע לא ניתן לטשטש את מעשה הגזילה, הזועקת מן האדמה, וכדברי איוב (לא, לח) "אם עָלִי אֲדַמְתִּי תִזְעַק וַיִּנְדַּד תִּלְמִיחָ יִבְכִּיוּ". גזלן שיחליט לחזור בתשובה לא יוכל לטשטש את גזלתו, ויצטרך להשיבה לעין כל ולהרוס את מה שבנה.

גם להסבר הלבוש יש מקום לדון במי שלא גזל במודע, אלא פעל בתום לב. האם גם בו נשאר הדין בעינו שיהרוס את מה שבנה, או שחלה עליו תקנת השבים כמריש? וצ"ע.

בתשובת המב"ט (ח"ג סי' קמג) כתב שהשגת גבול שלא נעשתה מדעתו אלא ע"י הבנאים אפשר שגם רבנו ירוחם יודה שעשו בו תקנת השבים, ויפרע לבעל הקרקע את דמיה. כי לא החמירו אלא מפני מה שעבר

צריך לסתור הכל, ולהשיב קרקע לבעלים, דלא עשו תקנת השבים בקרקע.

רבנו ירוחם לא נימק את ההבדל בין מריש למבנה קבוע. הסמ"ע (שם ס"ק ו) כתב: דכיון דהוא דבר קבוע ועומד הו"ל למידע דשל הנגזל הוא ולא היה לו [לבנותו].

הסברו דורש הסבר. הרי גם במריש ידע הגזול ולא היה צריך לשקעו בבנין! ואולי כוונתו לומר שכשגזל את המריש ידע שהמריש גזול, אולם כשבנה את הבירה מחומרים שונים וממרישים נוספים יתכן שלא שם לב שהמריש גזול. לפיכך יש מקום לאפשר לגזלן ליהנות מהספק ולומר שלא התכוון להשתמש במריש הגזול, ולכן הקלו עליו שלא יקעקע את כל בירתו בגלל מריש אחד. משא"כ בגזל קרקע ובנה עליה, שהוא מודע כל הזמן שמדובר בקרקע גזולה.

לפי הסבר זה יוצא שאם בנה בקרקע גזולה בתום לב גמור, ולא ידע שהקרקע שייכת למישהו אחר, ואדרבה, גם הוא וגם השלטונות שהתירו לו לבנות, סברו שמדובר באדמות מדינה, תחול עליו תקנת מריש מק"ו; במריש יש רק אפשרות שאולי לא זכר שהמריש גזול, משא"כ בקרקע בנד"ד שלא עלה על דעתו כלל שהיא גזולה.

ידידי הרב יעקב אפשטיין העמידני על תשובת הרשב"א שכתב חילוק אחר בין קרקע למטלטלין וזו לשונו (ח"ג סי' קפח):

עוד שאלת: במסיג גבול ובנה כותל בחצר חברו, והכניס הקרקע בתוך שלו כאמה, ובנה על אותו כותל בית גדול שסמך עליו; ועכשיו, בא בעל החצר להרוס כל בנינו; אם נדין בזה כדין מריש, או לא?

תשובה: לא עשו תקנת השבים רק

על "לא תסיג גבול רעך" (דברים יט, יד), והכא לא עבר, כיון שלא ידע.

כנראה שכוונתו לומר שגוזל קרקע עובר על שתי עברות: "לא תגזול" ו"לא תסיג גבול רעך". ויש הבדל בין שני האיסורים: "לא תגזול" הוא איסור חפצא. העובדה שהנכס ברשות אחר היא עבירה גם שלא מדעתו של הגזלן. אך איסור "לא תסיג" הוא איסור גברא, שעליו עובר האדם רק מדעת, אך מי שהסיג את שדה רעהו ללא כוונה אינו עובר על כך. לכן יש מקום להתחשב בתשובתו ולהחיל עליו את תקנת מריש².

המשנה-למלך (הל' גניבה פ"ז הי"א) הביא את דברי המב"ט בקצרה, וכתב: "אין נדאים לי דבריו כלל". לא ברור מהו טעם מחלוקתם. אולי נחלקו במחלוקת הסמ"ע והלבוש בהנמקת תקנת המריש, או שסברת המשנה-למלך היא שקנסו שוגג אטו מזיד, ולכן גם מי שגזל בתום לב חייב להחזיר את הגזילה עצמה ולא את דמיה. ואולי המשנה-למלך חולק על הסברו של המב"ט שגוזל קרקע עובר בשתי עבירות, ואיסור לא תסיג הוא רק מדעת, שהרי לא תסיג נהוג רק בארץ ישראל ולא בחו"ל, ורבנו ירוחם סתם את דבריו גם לחו"ל שבה כתב את ספרו. ואולי לדעתו גם לא תסיג הוא איסור חפצא.

בערוה"ש (חו"מ סי' שס ס"ד) הביא את דברי

המב"ט להלכה.

3. מקור פסיקתו של רבנו ירוחם

רבנו ירוחם מסתמך על תשובת גאונים בנושא זה. לא ידוע לאיזו תשובה התכוון. יתכן שכוונתו לתשובת רב שרירא גאון (מובאת באוצה"ג גיטין נה ע"ב), העוסקת בראובן שמכר חצר לשמעון, ולוי התחייב לשמעון שיישא באחריות על כל ערעור שיתעורר על החצר. שמעון בנה בחצר מבנה. יהודה הביא ראיות שהחצר שלו ודרש משמעון פיצוי מופרז על גזילת חצרו. נשאלה השאלה: האם לוי שערב לשמעון חייב לפצות את יהודה כדרישתו המוגזמת, או רק בעלות המקובלת?

רב שרירא גאון משיב: לא תיקנו תקנת מריש בגזלת קרקע (מכאן כנראה מקורו של רבנו ירוחם).

מדברי רב שרירא משמע קצת שגם גזלן בשוגג חייב להחזיר את הקרקע, ולא תיקנו תקנת מריש במבנה קבוע, כי מסתמא שמעון לא ידע שהחצר גזולה ובנה בה בתום לב. עם זאת אין מכאן הוכחה גמורה, כי עצם העובדה שלוי שימש כערב לראובן על מכירת החצר, תופעה לא מצויה כל כך, נובעת אולי מחששו של שמעון שמא החצר אינה באמת של ראובן, ולכן דרש ביטחונות ע"י ערבותו של לוי.

2. אולי ניתן ללמוד מדבריו הסבר אחר לפסיקת רבנו ירוחם הנ"ל על ההבדל בין גוזל מריש לגוזל קרקע: גוזל מריש עבר רק עבירה אחת – "לא תגזול". גוזל קרקע עובר שתי עבירות – "לא תגזול" ו"לא תסיג".

אדמת טרשים שאינה ראויה לזריעה, אלא מיועדת לבניית בתים, ולתובע יש בית שהוא דר בו ועתה קיבל בית בחינם שהוא יכול להשכירו. הדרישה להרוס את הבית היא תואנה שיש לדחותה על הסף.

זאת ועוד, הדרישה להרוס את המבנה שנבנה בתום לב היא הפסד גדול לבונה, ויש למנוע את הפסדו מדין השבת אבידה. לכן ראוי שבעל הקרקע יציל את האבידה ע"י שיסכים להותיר את המבנה ולקבל את תמורת הקרקע. וראיה לדבר מפתח-תשובה (ח"מ סי' ס"ק א) כתב:

ועיין בספר שער משפט (סק"א) שכתב דנ"ל דהאי דינא תליא בפלוגתא שהביא הרמ"א בסימן רע"ד במי שהיה לו נחיל של דבורים, ויצאו וישבו על אילן חברו, אי יכול לקוק הענף. וכן בשנים שהיו באים בדרך, זה בחבית של יין וזה בכד של דבש, ונסדק הכד של דבש, אי בעל היין חייב לשפוך את יינו כדי להציל דבש של חברו, וישלם לו דמי היין מפני השבת אבידה, כמבואר בסימן רס"ד סעיף ה' בהגה כו' עי"ש. ואין סברה לחלק בין נחיל דבורים שהתנחל על אילן חברו שהוא אנוס, למי שבנה בשוגג. אין הבדל בין שוגג לאנוס לעניין זה, ק"ו למי שבנה בתום לב שהוא כאנוס ממש. ומכיון שמדובר במציאה שבאה אל התובע בהסח הדעת דיו שיקבל פיצוי על קרקעו.

אלא ששאלה זו האם יש לשקול הפסד של האחד מול הפסדו של האחר שנויה במחלוקת. וז"ל הרמ"א (ח"מ סי' רעד): מי שהיה לו נחיל של דבורים ויצאו וישבו על אילן של חברו, י"א דיכול לקוק ענף כדי להציל נחילו ונותן דמי ענף לבעל האילן (טור בשם אביו הרא"ש),

4. "היורד לשדה חברו ובנאה"

באשר לשאלת הפיצוי, יש לדמות את נ"ד ליורד לחורבת חברו' (ב"מ קא ע"א): היורד לתוך חורבתו של חברו ובנאה שלא ברשותו, ואמר לו: עצי ואבניי אני נוטל. רב נחמן אמר: שומעין לו, רב ששת אמר: אין שומעין לו... אמר רבי יעקב אמר רבי יוחנן: בבית שומעין לו, בשדה אין שומעין לו. בשדה מאי טעמא – משום ישוב ארץ ישראל. איכא דאמרי: משום כחשא דארעא. מאי בנייהו? איכא בנייהו חוצה לארץ.

לדעת הר"ף גם הבעלים יכולים לומר ליורד שיטול עציו ואבניו, הביאו הרא"ש שם סי' כג:

ואי א"ל בעל הקרקע טול עצין ואבניך דלא בעינן כגון הא מילתא ליתא בהדיא בגמרא. ושדרו ממתבתא דכי היכי דאמר ליה בעל הבנין עצי ואבניי אני נוטל שומעין לו ה"נ אי אמר בעל הקרקע טול עצין ואבניך שומעין לו..

אך דעת הראב"ד היא:

דאין שומעין לו דקי"ל חורבה עומדת לבנות וזה מדיק הוא דאין שומעין לו אלא ישב בו עד שיתן יציאותיו. ומסתבר טעמא היכא שלא היה משתמש בחורבה ויש לו משלו שראוי לבנות בנין כזה בלא קפוח פרנסתו דאז ודאי תואנה הוא מבקש כדי להפסיד לבעל הבנין ואין שומעין לו:

הסמ"ע (סי' שעה ס"ק יג) הביאו להלכה. כלומר, אם בעל הקרקע דורש מבעל הבנין להרוס את הבנין ולקחת את עציו ואבניו אם יש לבעל הקרקע דירה משלו ואינו זקוק לבנין שנבנה בקרקעו אין שומעים לו. וא"כ בנ"ד אם אכן הדרישה מהנתבע להרוס את ביתו היא דרישה קנטרנית. שהרי נד"ד הוא

המושל... שכל מי שקונה מן העובדי כוכבים שהוציאו מן האבידה ההיא שיחזיר לבעליו, שצריך להשיב.

משמע שהמלכים והמושלים אימצו את מצות השבת אבידה של תורתנו, ואף החמירו בה יותר מישראל. ופוק חזי בכל מקום בעולם יש מחלקת אבדות ומציאות. א"כ הגוי בעל הקרקע חייב למנוע את נזקי הבונה ולהסכים להשאיר את המבנה תמורת פיצוי הולם על הקרקע, מדין השבת אבידה. אמנם יש להסתפק אם גם הגויים כללו מניעת הפסד של הזולת במסגרת השבת אבידה. שאם מניעת הנזק אינה בכלל השבת אבידה אצלם אין לחייבו בקבלת הפיצוי.

מאידך, אם הדיון היה נערך בבי"ד של ישראל יש לחייב את הגוי בדיני ישראל, כמבואר בב"ק (לח). ועוד, גם אם נניח שבקרקע הגזולה בידי ישראל אין לגוי מצות השבת אבידה, אמנם גזל הגוי אסור, ואולי אף חמור יותר בגלל חילול השם שבו (ר' רש"י סנהדרין נז ע"א וכע"ז במשך חכמה שמות כא, יד). אך לדעת רש"י (ערובין סב ע"א) אין מצוות השבת בגזל הגוי, אם כי הגזלה אינה של הגזלן. היא נשארת רכושו של הנגזל הגוי, והגזל אינו רשאי להשתמש בגזילה ללא הסכמת הנגזל.

ובשם הגרא"ל שטיינמן נמסר שא"א לחייב את הגוי למכור את אדמתו. כנראה שסובר שלא חל עליו חיוב להשיב אבדה. ולענ"ד גם אם נאמר שאין לחייב את הגוי להשיב אבדה לישראל שבנה על קרקעו ללא רשות, אך מאידך גם אין חובה להרוס את המבנה, אלא למוסרו לרשותו של הגוי והגוי ישלם לישראל את הוצאותיו והמבנה יהיה שלו. וגם אם לא יוכל לגור שם בעצמו

ויש חולקין (שם בשם הר"ף והרמ"ה). הגר"א ציין לסי' רסד, ומסתבר שכוונתו לסעיף ה כפי שרמז גם בשער-משפט:

שנים שהיו באים בדרך, זה בחבית של יין וזה בכד של דבש, ונסדק הכד של דבש, וקודם שנשפך הדבש לארץ שפך זה יינו והציל הדבש לתוך החבית, אין לו אלא שכרו הראוי לו... ובעל היין חייב לשפוך יינו כדי להציל דבש חברו, הואיל והבעלים אומרים לשלם לו (טור בסימן רע"ד בשם הרא"ש).

הגהת הרמ"א: ויש חולקין (שם בשם הר"ף והרמ"ה).

המחבר פסק כדעת הרא"ש שיש חובה להציל את דבשו של הניזק, והרמ"א חולק ופוסק כדעת הר"ף. אולם בסי' רעד הרמ"א עצמו מביא את שתי הדעות. לכן נראה להלכה לפסוק כדעת המחבר בסי' רסד שבעל היין חייב להציל את הדבש גם במחיר שפרכת יינו. ובנד"ד יש לחייב את בעל הקרקע לקבל פיצוי הולם ולהשאיר את המבנה על מכונו.

5. חיוב 'השבת אבידה' לנכרי

אלא שיש לטעון שמצות השבת אבידה חלה רק על ישראל, וגוי אינו חייב בהשבת אבידה. וא"כ לכאורה אין לחייב את הגוי לקבל פיצוי בעבור קרקעו. וצ"ע בשאלה זו, האם מצות השבת אבידה התפשטה בהשפעת התורה גם בקרב נוכרים? מסתבר שכן, כפי שכתב הרמ"א (ח"מ סי' רנט ס"ז): ואף על גב דמדינא אין חייבין להחזיר באבידות אלו, אם גזר המלך... חייב להחזיר מכח דינא דמלכותא... ולכן פסקו ד"ל בספינה שטבעה בים, שגזר

קיבלו רשות מבעל המקום, אך זאת משום שהוא עצמו לא ידע שהקרע שייכת לו. ספק איפוא אם ניתן להגדירם כיורדים שלא ברשות.

ד. התיישבות היא 'שליח ציבור'

יש להתייחס לשאלתנו מנקודת ראות נוספת. יישוב א"י באזורים שוממים, ובפרט במקומות אסטרטגיים, אינה רק שאלה פרטית של התושבים. יש לראותם כשלוחי ציבור (בפרט כאשר גורמים שלטוניים אישרו את הבנייה אם כי לא בצורה רשמית). השאלה היא ציבורית: האם הציבור שבשליחותו נבנה המקום נחשב כגזול, או דינו שונה? בשו"ע (ח"מ סי' שעז) נפסק להלכה:

מצד שהחזיקו בו רבים ברשות אסור לקלקלו.

הצורך בקבלת רשות מהבעלים הוא עפ"י תוס' (ב"ב יב ע"א). אולם בפתחי-תשובה שם הביא מתשובת פני יהושע (ח"מ ח"א סי' ד): הא אמרינן בכמה דוכתי מצד שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו. דאע"ג דכתבו התוס' פ"ק דב"ב (יב, א) דהיינו כשהחזיקו ברשות... ע"כ אין כונת תוס' במ"ש שהחזיקו ברשות שנתן להם מדעתו בלא טעות, דזה אינו. דהא הביאו ראייה מפרק המניח (ב"ק כח, א) והתם מחילה בטעות היא כו', וכ"כ הנמוקי יוסף פרק המוכר פירות (מט, א מדפי הרי"ף) בשם הרמ"ה ז"ל דאם החזיקו מדעת בעלים אפילו בטעות, כנידון דמתניתין נטלה ונתן מן הצד, אסור לקלקלו.

אמנם שם מדובר בבעה"ב שהרשה ביודעין ובמפורש לרבים לעבור בתחומו בטעות, משא"כ בנד"ד בעה"ב לא ידע כלל שעליו לתת רשות או להתנגד. אלא שצריך

שישכיר אותו למתגוררים בו. אולם הריסת בתים היא סתם "בל תשחית" ובבחינת "גם לי גם לך לא יהיה".

ג. פיצוי ליורד לשדה חבירו

מתשובת רב שרירא גאון שהבאנו לעיל למדנו, שגם אם אמנם אין תקנת מריש בקרקע גזולה, על הנגזל לפצות את היורד לקרקעו על הוצאות המבנה שבנה, וללא פיצוי אין היורד צריך לפנות את המקום (ראו גם ביאור הגר"א סי' שס שהביא סוגיה זו של היורד לשדה חבירו). אכן, הלכה זאת מותנית בשני תנאים המובאים בהלכה:

א. היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה, אם היתה שדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו ליטעה, ונוטל מבעל השדה. ואם אינה עשויה ליטע שמין לו וידו על התחתונה (רמב"ם, הל' גזילה ואבידה פ"י ה"ד).

ב. היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות, שמין לו וידו על התחתונה. ואם אמר בעל הבנין: עצי ואבני אני נוטל שומעין לו. אמר ליה בעל הקרקע: טול מה שבנית שומעין לו.

הגה: ודווקא אם החורבה אינה עשויה לבנות, אבל אם עשויה לבנות, או במקום שסתם חורבה עומדת לבנות דינו כמו חצרות, שיתבאר בסמוך. החצרות הרי הם ראויים לבנין ולהוסיף בהם בתים ועליות. לפיכך הבונה בחצר חבירו הרי זה כנוטע שדה העשויה ליטע, ושמין לו כמה אדם רוצה ליתן בנין זה לבנותו (שו"ע ח"מ סי' שעה).

ועוד י"ל שההגדרה "יורד שלא ברשות" מסופקת בנד"ד, שהרי התושבים בנו את ביתם בתום לב וברשות. אמנם הם לא

סיכום

א. לצורך תשובה זו הנחנו שבא"י קובע כרגע החוק המקומי, וקרקע המוחזקת בידי בעליה שלו היא. עם זאת יש להעיר שיש חולקים על כך.

ב. מבנה שנבנה על קרקע גזולה בתום לב אין לפנות את יושביו אלא להשאירם במקומם ולפצות את הבעלים.

ג. גם מי שסובר שמותר לפנות את המקום, על בעל הקרקע לפצות את המתיישבים ולשלם להם את ההוצאות על בתיים.

ד. ציבור שתפס קרקע למטרות ציבוריות לא צריך לפנותה אלא יפצה את הבעלים.

ה. גם אם יש ספק באחת מההנחות האמורות אין להוציא את הקרקע מידי המוחזק בה כרגע, כי יד הציבור על העליונה, וכמש"כ הפני-יהושע (שם):

וכיון דאין ראיה מדבריו, אין להוציא מיד הקהל. וכ"ש בנידון דידן שחפרו באר בקרקע ופשיטא דבזה קנו כל הקרקע. כללו של דבר הדין עם הקהל בלי ספק. ור' חו"מ סי' ד בהגהת הרמ"א (בשם תרוה"ד סי' שמא) הקהל נקראים מוחזקים לגבי היחיד.

להבין: מדוע כשבעה"ב נתן רשות לציבור בטעות יצאה הקרקע מרשותו, הרי מקח טעות חוזר, וכאילו לא נתן להם רשות כלל ועיקר?

וצ"ל שצורכי הציבור גוברים במקרים מסוימים על זכות הקניין הפרטית של היחיד. כשציבור זקוק לדרך חיונית הוא רשאי להפקיע קרקע של יחיד גם בעל כורחו. כשם שהכללים "מלך פורץ גדר" ו"דינא דמלכותא דינא" נאמרו בעיקר בבניית גשרים וסלילת דרכים (ר' ב"ק קיג ע"א), כך גם לציבור יש סמכות דומה להפקיע קרקעות לשם סלילת דרכים תמורת פיצוי הולם (ראו מש"כ 'באהלה של תורה' ח"ד סי' כ). הציבור רשאי גם לכתחילה להפקיע קרקע פרטית זניחה, שלא עבר בה איש ולא ישב בה אדם, לצורך יישוב הארץ וביטחונה. ק"ו כשהדברים נעשו בתום לב, בקרקע שאיש לא ידע על בעלותה.

המדינה היתה יכולה להצהיר במפורש שהיא רואה בבנייה ישראלית במקום זה ערך ציבורי חשוב ואז יכלה גם להפקיע את הקרקע מבעליה בדרך משפטית (תמורת פיצויים). המדינה לא עשתה זאת מסיבות השמורות עמה. אך בית המשפט, אם אינו מנותק מהמציאות, יכול וצריך להתחשב גם בגורם זה בין שיקוליו.