

מכתלי בית הדין

תשובות אקטואליות
בענייני חושן משפט
על הפרשה



גיליון ש"ג, פר' חוקת תשפ"ו



משולחנו של הגאון
רבי מנחם מנדל
פומרנץ שליט"א
ריש מתיבתא 'עוז והדר'

העץ שהסתיר את החלון

החצר, מיד נוצרת חזקה ומשתמש בו ומונע את בעל החצר מלהשתמש בו, וזה כדעת הרמב"ן. וכך פסק הרמב"ם (שכנים פרק ח הלכה א). הרמ"א שם מביא גם את שיטת החולקים שלכל החזקות האלו גם כן נדרשים לשלשה שנים של חזקה עם טענה כמו בחזקת קרקע, וזה כדעת הרשב"א. כך גם דעת רבינו תם (ספר הישר תשובות סי' צה) הרא"ש (כ"ב פ"ג סימן עד).

ב. החילוק בין חזקת נזיקין בעושה בשלו

אמנם מצאנו עוד לגבי חזקת נזיקין, שפסק בשולחן ערוך (סימן קנה סעיף לה) על מי שעושה בשלו ועל ידי כך נזיק חבירו, שאם לא מחה חבירו הרי החזיק בכך מיד ובלא טענה, ושוב אינו יכול למונעו, וכתב על כך הרמ"א שכן ראוי להורות ולא כדעת הסוברים שצריכים חזקת ג' שנים וטענה.

הסמ"ע (שם ס"ק לב) מביא כמה וכמה מקומות שהרמ"א אינו מסביל את הכרעת השו"ע שחזקת תשמישים היא מיד ומכה מחילה, ומביא את שיטת הסוברים שצריכים חזקת ג' שנים וטענה [ס"ו ס"ס קמב לגבי פתיחת החלון, סימן קנג סעיף ב' לגבי זיו, סעיף ו' לגבי מוחילה, סעיף ט"ו לגבי חזקת סולם ונעיצת קורה, סימן קנד סעיף ז' לגבי פתיחת חלון]. והקשה שאם הכרעת הרמ"א כדעת השו"ע, מדוע ראה לנכון להעיר על דבריו השו"ע בכל מקום אם בסיום הדברים כתב להכריע כדעת השו"ע.

ולכן ביאר הסמ"ע (שם ס"ק לב) שהעניין של טענה ושלש שנים בחזקת תשמישים עומד בספק אצל רבינו הרמ"א, ומאחר שהיה מסופק בהכרעת הדין, לכן קבע שכאשר עושה בשלו ועל ידי כך נגרם לחבירו הנזק כבנידון סימן קנ"ה, אין צריך להלכה שלש שנים וטענה, כיון שהוא מוחזק בשלו והמבטח ממנו להימנע מלהשתמש בשלו כדי שלא יזיק הוא כמוציא מחברו שעליו הראיה, ולכן כתב שם הרמ"א שכן ראוי להורות. אך כשמשמש בשל חבירו בזיו או סולם ומבקש לבא בטענה שזכה מחברו, בזה יוכל חברו המחזיק לעכבו שהרי המשתמש הוא כמוציא מחברו ועליו הראיה שלהלכה אין צריכים טענה וחזקת ג' שנים.

בנתיבות המשפט (שם ס"ק יג) כתב שטעם הרמ"א הוא שיש לחלק בין מי שעושה בשלו ועל ידי כך מזיק לחבירו, שאז אינו צריך שלש שנים וטענה, ואנו אומרים שמכיון שמחל חבירו עושה נזק, הרי זה כאומר קרע כסותי והפטר, שהקרקע פטור, לבין מי שעושה בשל חבירו שנחשב הדבר כקנין ברשותו, ובה נדרשים שלוש שנים וטענה, מאחר ונדרש כאן קנין קרקע ופירות, ולכן כשבא לעשות זיו על של חבירו, לא יועיל לו בלא טענה.

הערך שי (סימן קנג סעיף טז) דחה את החילוק של הנתיבות, ולדעתו כדי לקנות זכות להזיק לחבירו אין די במחילה, ויש לזכות בגוף הקרקע בקנין, והכריע בדבר וכתב, שכיון שנחלקו הפוסקים, ממילא אנו אומרים שהמוציא מחבירו עליו הראיה, ובית הדין אינם רשאים לעשות פעולה ולסלק את המחזיק מחזקתו. לא רק במקום שעשה בתוך שלו כגון שפתח חלונו על חצר חבירו, שאין חבירו בעל החצר יכול לכופו לסתום החלון, אלא אפילו באשר תשמישין שנכנס ועושה בתוך של חבירו, מספק אינו יכול לסלקו ושלא כהסמ"ע שכתב

הם בוודאי מצווה. העץ, יפה ככל שהיה, הוא רק יצור של העולם הזה, בעוד שחובתי לדאוג למשפחתי היא מן התורה, כך הסביר את שיקוליו, משוכנע בצדקתו.

אלא שכאשר שמע ר' שמואל על התוכנית הללו, לבו התמלא בחששות כבדים. הוא ניגש אל שכנו בנימוס של בן תורה, אך דבריו נשאו משקל של דאגה אמיתית. "ר' יצחק מרדכי", אמר, "עץ זה היה מגן ומחסה למשפחתי כל השנים הללו. בלעדיו, פרטיות המשפחה שלי תיפגע קשות, ונהיה חשופים למבטי כל העוברים והשבים, ובמיוחד של אלו הגרים גם הם בקומה השלישית, בבניין שבו אתה גר, שכעת יוכלו להשקיף פנימה אל תוך ביתי. יש כאן עניין של הזיק ראייה".

"ידידי היקר", השיב ר' יצחק מרדכי בענוותנות: "אכן, חס ושלום לי מלפנוע בפרטיות של שכני היקר. אך אילו לא אכרות את העץ, לא אוכל להרחיב את דירתי כראוי. וכבר השקעתי סכומים נכבדים בתוכניות ההרחבה".

מתוך הבנה וכבוד הדדי, החליטו השניים לפנות לבית הדין. מטרתם הייתה לברר אם רשאי ר' יצחק מרדכי להוריד את העץ, או שמה הצדק עם ר' שמואל והוא יכול לעכב בעדו.

עיקרי הנושא בהלכה א. חזקת השתמשות בשכנים ושותפים

נפתח בבירור דיני שכנות ושותפות: כיצד נקבעת זכות השימוש המשותף, מתי יכול שכן למנוע שימוש של חברו בחלק המשותף, ומתי השימוש מייצר 'חזקת השתמשות' שהשכן אינו יכול לרעורר על כך.

כבר נתבאר בדברינו (מכתלי בית הדין חלק א סימן י), שבחזקת תשמישין נחלקו הפוסקים האם כדי לזכות בחזקת תשמישין נדרש שלש שנים של שימוש, בצירוף טענה שקנה או קיבל זכות שימוש זו, וכמו שצריכים בחזקת קרקעות. או שמה שתקת השכן נחשבת כמחילה ומיד כשנועד לו ולא מיחה נוצרת חזקה.

דעת הרמב"ן (בבא בתרא נט. ד"ה והוה יודע, במלחמות ה' שם ג:) בשם הגאונים וחכמי ספרד האחרונים שכיון שמדובר רק בנזק ולא בגזל גוף הקרקע, אין צריך חזקת שלש שנים ואין צורך בטענה, אלא מכיון שהתברר הנזק שעה אחת ושקת אומרים שמחל. וזהו מה שאמרו בגמרא (בבא בתרא כג.) על מקיז דם שהיה בשכונתו של רב יוסף והיו העורבים באים לשם ואחר כך מזיקים את האילנות, ששאלה הגמרא כיצד היה יכול לסלקם והרי החזיק להם, ומשמע שאף בלא טענה החזיקו. אבל דעת הרשב"א (ש"ת הרשב"א ח"א סימן אלף קלב) בשם רבותיו (רבינו יונה ב"ב ד. ו. ד"ה והא דאמר) שכל חזקה היא חזקת שלש שנים ובהכרח נדרשת גם טענה כמו ששנינו בסתמא (בבא בתרא מא.) שכל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה, ומשמע שהדבר נוגע גם לחזקות אלו, ומסביר אין לומר שטענת שתקת ומחילה מועילה כיון שלא מצאנו מקום מוכרע לזה בתלמוד.

להלכה מצאנו (סימן קנג סעיף ב) שפסק בשולחן ערוך שמי שהוציא זיו לחצר חבירו ולא מיחה בו בעל

שנת תשס"ח, הוקמה שכונה חדשה במודיעין עילית, אליה נהרו משפחות צעירות מירושלים ובני ברק, כשעניינה נשואות לדיור בר השגה ולאווירה קהילתית תוססת. הרב גולדשטיין, שהיה בין מקימיה הבולטים של השכונה, חזה בה מקום אידיאלי לאברכים צעירים המעוניינים לגדל את משפחותיהם בסביבה טהורה ותורנית.

השכונה כולה תוכננה בקפידה סביב חצר מרכזית, ובלב ליבה ניצב בית כנסת קטן - מוקד הפעילות הרוחנית והחברתית של התושבים, שפקדו אותו שלוש פעמים ביום לתפילה. כבר שנות ההקמה הראשונים, השקיעו היוזמים רבות ביצירת פינוי ירוק, ואף נטעו עצים רבים בין הבניינים. עצים אלו נועדו לא רק לייפות את הסביבה, אלא גם לספק צל נעים לעוברים ושבים, וליצור אווירה שלווה וקהילתית - אך לעיתים, דוקא עץ אחד יכול לעורר מחלוקת שלמה.

וכן, בלב ליבה של העיר מודיעין עילית, בין שורות של בניינים לבנים וחצרות מרוצפות, התרחש סיפור שנגע בשני עולמות: צורך אישי חיוני מול פגיעה פוטנציאלית בפרטיות.

בשני בניינים קרובים התגוררו שני אברכים תלמידי חכמים ומהדרים מצוות. הצעיר מבין השניים, ר' יצחק מרדכי פרטימן, איש בעל מידות תרומיות וחביב על הבריות, התגורר בדירת מרתף צנועה. הוא הגיע לשכונה לפני שבע שנים כחתן צעיר, ועם השנים הפך לדמות לתורה ומקובלת בקהילה. תמיד הקפיד להגיע ראשון לתפילת שחרית ולצאת אחרון מבית הכנסת, דוגמה ומופת למתפללים.

בביתו הקטן, שכלל שני חדרים וסלון זעיר בלבד, גדלו שלושה ילדים קטנים. לפני מספר חודשים נולדה בתם הרביעית, והדירה הפכה צפופה מנשוא. אשת החיל, בדרכה המיוחדת, נהגה לומר לשכנותיה: "ברוך השם על הברכה, אבל הילדים גדלים ואנחנו פשוט חייבים מקום נוסף". חלומה של ר' יצחק מרדכי להרחיב את משכנו היה מוצדק, במיוחד לאור הגידול המבורך במשפחתו.

מנגד, בבניין שממול, בקומה השלישית, התגורר ר' שמואל שכטר. הוא היה ותיק בשכונה, מראשוני המתישבים, והגיע אליה כאב לשלושה ילדים. ר' שמואל, איש מסביר פנים, בר אורין ובר אבהן, נודע בנפשו הרגישה ובהקפדתו על כל פרט. ביתו בקומה השלישית היה מסודר ומטופח, וחלונותיו היו תמיד נקיים כדי לאפשר לאור השמש לחדור בחופשיות. אל מול חלון המזרח בחזר לימודו, שם אור הבוקר הציץ מבעד לחרכים, היה יושב ולומד בהתמדה.

כמשך שנות דור, בשטח הציבורי שבין הבניינים, צמח והתפתח אילן גדול רב פארות עם ענפים שופעים. היה זה אחד מהעצים שתלתו היוזמים עוד בראשית הקמת השכונה, והוא הפך לסמל של המקום. העץ סיפק צל נעים לילדים ששיחקו תחתיו, ושימש גם כמחיצה טבעית שהעניקה פרטיות למשפחות המתגוררות בסביבה.

כאשר קיבל ר' יצחק מרדכי את האישיות המיוחדת להרחיב לו דירתו הצנועה, הוא הבין שלצורך הבניה לא תהיה לו ברירה אלא לכרות את העץ המפואר. "העץ עומד בשטח הפקר, וצרכי המשפחה הגדלה שלי

לחלק בין עושה בשלו ובין משתמש בשל חברו. [וכתב הערך שי שרק הנוגעים בדבר בעצמם יכולים לעשות מעשה בטענת 'קיים לי' כיון שהוא ספקא דדינא].

המזכיר עד כה, מתייחס למקום שבא להשתמש ממש ברכוש חברו, על כך נחלקו השולחן ערוך והרמ"א אם יש לו חזקה מיד או רק לאחר שלש שנים וטענה. אכן יש לדון באחד שאינו משתמש ממש בשל חברו כמו בתוקע זיו על חלונו או במזיקו על ידי עשן היוצא מרשותו, אלא באדם שנהנה מצל המגיע מעץ של חברו או שנהנה מאור או אוויר המגיעים מחצר חברו, מבלי שיבצע פעולה ברכושו של החבר.

ג. איסור בנייה בסמוך לכותל חברו

שנינו במשנה (בבא בתרא כב.) כי אדם שכותלו היה סמוך לכותל חברו במרחק ארבע אמות ונפל הכותל, אינו רשאי לבנות את הכותל החדש בסמוך לו, אלא גם עתה ירחיק ממנו ארבע אמות. כלומר, חל איסור לבנות בארבע האמות הצמודות לכותל חברו, והטעם משום 'דוּשָׁא'. ומפרש רש"י ("ה דוּשָׁא דהכא) שהכוונה לדריסת רגליים, והיינו שהמעבר והדריכה הקבועה של אנשים בין שני הכותלים מקשה את קרקעית יסודות הכותלים ומחזקת אותם, ובכך מונעת את התמוטטותם. לכן, נדרש להתיר רווח של ארבע אמות בין הכותלים. אם הרווח יהיה צר יותר, לא יוכלו עוברים ושבים לעבור שם, ויסודות כותל חברו לא יתחזקו כפי שהיו רגילים.

ד. איסור חפירה סמוך לבור חברו

גם לגבי בור נקבע במשנה (בבא בתרא זי.) שחל איסור לחפור בור בסמוך לבור חברו, אלא אם כן מרחיקים ממנו שלשה טפחים. והסיבה לכך, משום שפעולת החפירה מרפה ומחלישה את הקרקע בטווח של שלשה טפחים הסמוכים לחפירה, ובכך נגרם נזק לבורו של החבר.

כאשר אדם מתכוון לחפור בור בקצה שדהו, סמוך לשדה חברו, אך טרם קיים שם בור של חברו, אלא שחפירתו של הראשון עלולה להחליש את הקרקע ולמנוע מחברו לחפור שם בור בעתיד, נחלקו בדבר אביי ורבא (בבא בתרא זי): אביי אמר שמוותר לאדם לסמוך את בורו למיצר שדה חברו. ואילו רבא אמר שאסור לו לסמוך את בורו לחצר חברו, מכיון שפעולה זו מונעת מחברו לחפור שם בור בעתיד וגורמת לו נזק. מקשה הגמרא על דעת רבא מהמשנה בה נתבאר שאין השני רשאי לחפור בסמוך לבורו של הראשון, ומשמע לכאורה שכל עוד אין בור, מותר לחפור גם בסמוך למקום שבו יתכן שחברו ירצה לחפור בעתיד. תשובת הגמרא היא שהמשנה עוסקת באופן של שדה שאינה מיועדת לבורות, ובאופן זה הראשון היה רשאי לחפור שם ולא היה צריך לחשוש שמא השני ירצה לחפור בעתיד. אולם, בשדה המיועדת לבורות, היה אסור לו לחפור בסמוך [ועיין שם בגמרא שיש גרסה נוספת, לפיה מחולקתם של אביי ורבא תקפה גם בשדה שאינה מיועדת לבורות, וגם שם סבור רבא שאסור לחפור].

נמצאנו למדים: שיטת אביי שכל עוד השני אינו ניזוק בפועל ממעשיו של הראשון, רשאי הראשון לבצע את פעולתו, גם אם קיים פוטנציאל לנזק בעתיד. כל זמן שאין נזק ממשי, ולא ניתן למחות בו. ולשנת רבא שאסור לאדם לבצע פעולה שעלולה להזיק לחברו בעתיד, אף אם הנזק אינו ממשי כרגע. עצם הגרימה לכך שחברו לא יוכל למקם בור בעתיד מהווה נזק שניתן למנוע.

ה. חילוק הרשב"א בין בור לכותל

על שיטתו של רבא, שסובר שאסור לחפור בור בסמוך למיצר גם אם הנזק אינו בפועל, מכיון שהדבר מונע מחברו לחפור בור שם בעתיד, מקשה רבינו יונה (ב"ב כב.) מדין המשנה שהובאה לעיל בנוגע לסמיכת כותל אחד לכותל חברו, שאסור לסמוך את הכותל משום 'דוּשָׁא', כלומר, עד כה היו עוברים ושבים רגילים לדרוך שם ולחזק את הקרקע, ובעת בניית הכותל תמוע הכותל לדרוך במקום, ובכך תיגרם פגיעה בחיזוק יסודות הכותל הראשון.

לכאורה, אם נקבע שאחרי שהראשון בנה את כותלו, אסור לשני לבנות כותל סמוך לו, הרי שהראשון, בעת בניית כותלו, גורם נזק לחברו בכך שמאלץ אותו להרחיק את כותלו אם ירצה לבנות בעתיד, ולמרות זאת, לא מצאנו שאסור לראשון לבנות את הכותל

מלכתחילה. משמע מדין זה שאף אם יגרם לחברו נזק בעתיד, כל עוד הנזק אינו מתרחש בפועל ברגע זה, לא ניתן למנוע את הבנייה.

מתוך רבינו יונה בשם 'רבותא' שיש לחלק בין חפירת בור שהפעולה עצמה מזיקה באופן ממש, כי בעת החפירה הקרקע של חברו נחלשת בפועל, וזה מונע ממנו לחפור בור שם בעתיד, לבין סמיכת דבר שאינו עושה כעת שום דבר נזק בפועל, ואין למנוע ממנו את עשיית הדבר. ולכן, בעניין ה'דוּשָׁא' של הכותל, כיון שבניית הכותל הראשון אינה מזיקה בפועל לבעל החצר בשלב זה, וכל הנזק מתבטא בכך שאם בעל החצר ירצה לבנות כותל סמוך בעתיד, הוא יאלץ להרחיק אותו כדי שלא יימנע ממנו ה'דוּשָׁא' של הכותל שלו, מאחר ואין נזק ממשי לא ניתן למנוע את הבנייה.

ו. קושיית הרשב"א מדוע יכול הראשון למנוע משני לבנות כותל

רבינו יונה ממשך ומקשה: עדיין קשה מדוע השני חייב להרחיק את כותלו, וכי מאיזה סיבה זכה הראשון בארבע האמות הסמוכות לכותלו, באופן שמונע מחברו לבנות כותל שם, וכיצד קדימתו בבנייה משעבדת את קרקעו של חברו כך שתהיה פנויה לדריסת רגליים עבור כותלו, ומצד איזה זכות זוכה הראשון בארבע אמות הסמוכות לכותל שלו.

הרשב"א (שם) מביא את הדברים, ומוסיף ומציין כי בדין זה יש להקשות גם לפי שיטת אביי הסיבור שבבניין בור כאשר הראשון סומך את בורו למיצר שדה חברו, מותר לו לעשות כן, והשני שיבוא לחפור אחר כך יאלץ להרחיק. ויש לשאול כי אמנם לגבי בור, על אף שהראשון במעשיו גרם לכך, מכל מקום ניתן להבין ששוב לא יוכל השני לחפור מאוחר יותר, מאחר ובעת אסור לו להזיק לחברו, אך בעניין הכותל, כשהשני בא לבנות את כותלו, הרי אין הוא מוזיק בפועל לכותלו של הראשון, אלא רק מונע ממנו באופן עקיף את ה'דוּשָׁא', ואם כן מניין לנו לחייב אותו להרחיק את כותלו מכותל חברו.

הרשב"א מוסיף שלכאורה הדבר דומה לאדם שפתח חלון קטן על חצר חברו, חלון שאין דרך להקפיד עליו [מדובר בחלון קטן שאינו גורם היוזק ראייה]. כפי שדעת הרשב"א במקומות רבים (עיין שם זי: ועוד) שבחלון כזה אין היוזק ראייה]. ונתבאר בגמרא (שם נט.) שאין לבעל החלון חזקה, ובעל החצר יכול למחות ולסתום את החלון. ואם פתחו לו רשות, בעל החצר יכול לבנות בסמוך לו מאוחר יותר ולהאפיל על חלונו.

הרי לנו כי כל עוד חברו לא זכה ברכושו של האחר, לא ניתן למנוע ממנו לעשות כרצונו. ואם כן גם בעניין ה'דוּשָׁא', מאחר והראשון לא זכה בארבע האמות הסמוכות לכותלו, והן הוא לא רכש אותן, שוב אין מובן כיצד יוכל למנוע מחברו לבנות בסמוך, וקשה מדוע קדימתו של הראשון בבנייה בפועל לכותלו זכות וכיצד הוא יכול למנוע מחברו לבנות גם הוא.

ז. שיטת רבינו שלמה בן אברהם

שקנה הכותל מהמלך

רבינו יונה מביא בשם רבינו שלמה בן אברהם הסבר לדין המשנה הקובעת שאסור לסמוך כותל לכותל חברו. לדעתו, המשנה מתייחסת למצב שבו כל הקרקעות באזור היו של המלך. וכאשר המלך, רכש תחילה את הכותל מהמלך, מסתמא הוא קיבל מהמלך במקריה גם שיעבוד על ארבע האמות הסמוכות לכותל לצורך הדוּשָׁא, ועתה, כאשר חברו, שגם הוא רכש קרקע מהמלך, בא לסמוך כותל לכותלו, עליו להרחיק ארבע אמות ממקום הכותל, מכיון שהן כבר משועבדות.

ולפי זה, במקרה רגיל, ללא קנייה מהמלך, הראשון אכן אינו יכול למנוע מהשני לבנות שם, שכן הראשון לא זכה בארבע אמות אלו, והן לא השתעבדו לו בשום אופן, ואין כאן כלל חזקה, שכן לא השתמש בהן.

ח. שיטת רבינו יונה שבכותל יש חזקה שלוש שנים וטענה

רבינו יונה עצמו מציע תירוץ אחר לקושיה זו. הוא מבאר שיש לומר שהמשנה עוסקת במקרה שבו הראשון כבר החזיק שלוש שנים בדוּשָׁא זו וחברו לא מחה בו. בנוסף, הראשון בא בטענה מובהקת שחברו נתן לו את אותן ארבע אמות. מכיון שהחזיק כבר שלוש שנים ויש לו טענה שחברו מכר או נתן לו את אותן ארבע אמות, הרי שנקבע במשנה שאין השני יכול לסלק.

מוסיף רבינו יונה ומבאר שזהו גם הטעם שבחלונות גדולים הפתוחים לאוויר, יש לאדם שרוצה לבנות כנגדם להרחיק מהם ארבע אמות, כפי שמובא באותה משנה. גם שם מדובר שכבעל החלון החזיק כך שלוש שנים וחברו לא מחה בו. חזקה זו נחשבת לחזקה על ארבע האמות שמנגד, המושעבדות לו שלא ייבנה שם כדי שלא יאפיל על חלונו. על כרחך, זהו גם הטעם לדין הכותל הנוכח שם במשנה: אם אדם החזיק שלוש שנים בכותל ובארבע האמות הסמוכות לו הפניות לעוברים ושבים הדורכים שם, הרי שהן מושעבדות לו לדוּשָׁא.

ט. שיטת הרשב"א לחלק בין כותל לחלון

הרשב"א (ב"ב כב.) מביא את תירוץ רבינו יונה, שכתב כי דין זה דומה לדין כל קרקע הדורש חזקה שלש שנים וטענה, ושהמשנה האוסרת סמיכת כותל לכותל חברו עוסקת באופן של טענה וחזקה שלש שנים. על כך מקשה הרשב"א: אם כן, הקושיה חוזרת למקומה. הרי כאשר הראשון בא לסמוך את הכותל מלכתחילה, יש לומר שהשני יוכל למנוע ממנו כדי שלא יחזיק, וממה שהמשנה קובעת בסתמא שהשני ירחיק מהראשון, ולא מורה כי מלכתחילה לא יבנה אדם את כותלו בסמוך לשדה חברו אלא אם כן הרחיק ממנו, אנו למדים שהראשון רשאי לסמוך לכתחילה, ושוב חוזרת הקושיה באיזו זכות זכה הראשון בארבע אמותיו.

מתוך כך, כתב הרשב"א שנראה, שודאי שהדין בכותל הוא שאם אדם בא לסמוך מלכתחילה, הוא רשאי לעשות כן ואי אפשר למנוע ממנו, והדבר אינו דומה לחלונות שיש דין חזקה בארבע האמות הסמוכות. [והוא מוסיף, שאכן בחלונות, אם יפתח מלכתחילה, חברו יכול למחות בו. ומדוע המשנה לא קבעה זאת במפורש, אלא רק ציינה שאם פתח והחזיק שלוש שנים אין חברו רשאי להאפיל עליו - הרשב"א מבאר שסמכו על משנה אחרת (שם נט): ששנינו במפורש: 'לא יפתח אדם חלונותיו לחצר השותפים'].

וסברת החילוק, שבחלון האדם משתמש באוויר של חברו באופן ממש, כי ללא אוויר חברו, לחלון לא תהיה תועלת כלל. [וכן כתב הרשב"א בלשונו זי: "ה דכל מרא (מבוי) שבבניין חלון, אדם נוטל מרכוש חברו, כלומר האוויר חצירו שמועיל לו]. לפיכך, חברו יכול למחות בו ולומר לו אינך פותח ונוטל אוויר חצירי ומשעבד את קרקעי לכך, ואינו בדין שאחד ישתמש באוויר של השני, ויהיה צורך להקפיד ולמחות בתום כל שלש שנים.

בניגוד לכך, בנידון דידן בעניין כותל, הכותל קיים גם ללא הדוּשָׁא, ובעל הכותל זקוק לו לעצמו גם ללא הדריכה. ובעמידת הכותל בפני עצמה, אין הוא נוטל ומשתמש בחלק חברו, אלא הדוּשָׁא נוצרת מאליה. לפיכך, חברו אינו יכול למנוע ממנו לבנות. ואם הוא חושש שמא תיווצר חזקה, עליו לבנות כעת, ומדוע יפסיד מלבנות בשלו רק בגלל שחברו אינו רוצה לבנות. לכן, אין הוא יכול למחות בו ולמנוע בעדו מלבנות.

מסיים הרשב"א, שהעיקר כפירוש רבינו שלמה בן אברהם, שהדין מתייחס למקרה שבו הקרקע נרכשה מהמלך, כי מכח בניית הכותל לא זכה בזכות הדוּשָׁא, שההנאה הצדדית שמגיעה לבעל הכותל מהדוּשָׁא אינה מוגדרת 'כשימוש' בקרקע חברו, ולכן אין לו חזקה, ולכן אין חברו רשאי למחות בידו.

המשך הדין והיוצא להלכה נביא בע"ה ובס"ד בשבוע הבא

