חושן משפט חלק ל׳

	שותפות בקרקע	
קנז	שנים שהן שותפים בחצר ובאים לידי חלוקה כיצד יבנו הכותל	1
קנח	חלקו גינה או בקעה כיצד עושים הגדר	7
קנט	היזק ראייה שמגג לגג, וכיצד יסירוהו	11
קס	גג הסמוך לחצר, ושתי חצרות אחת גבוה מחברתה	12

סימן קנז – שנים שהן שותפים בחצר ובאים לידי חלוקה כיצד יבנו הכותל, ובו י״ג סעיפים.

(א) חצר השותפין שיש בה דין חלוקה, או שחלקוה ברצונם אף על פי שאין בה דין חלוקה, יש לכל אחד מהם לכוף את חבירו לבנות הכותל באמצע, כדי שלא יראהו חבירו בשעה שמשתמש בחלקו. ואפילו עמדו כך שנים רבות בלא מחיצה, כופהו לעשות מחיצה בכל עת שירצה. הגה: ואפילו יש מנהג בעיר שלא לעשותו, אין הולכין אחריו, וכופין לעשותו. ואפילו אמר האחד: חזקתי כך בלא כותל ואתה מחלת לי, לא מהני אא״כ יש עליס שמחלו זה לזה על היזק ראייה, שוב אינן יכולין למחות.

(א) שיש בה דין חלוקה – עי׳ לקמן סי׳ קע״א ס״ג שיעור דין חלוקה, וכאן לימדונו שבין שיש לחצר שיעור חלוקה שאז יכולין לכפות זה את זה על החלוקה, ובין אין בה שיעור חלוקה שאז אין יכולין לכפות זה את זה, אלא המה חילקוה מרצונם, כיון דעכ״פ לאחר חלוקה אין כל אחד משתמש אלא בחלקו, יכולין לכפות זה את זה שיעשו מחיצה מפסקת ביניהן כדי שלא יזיק זה את זה בהיזק ראיה (סמ״ע).

(ב) ואפילו יש מנהג כו׳ - טעמא, דבמקום דברי היזקו תדיר כמו זה אין הולכין אחר המנהג (סמ״ע), עיין בתשובת מהרשד״ם סי׳ תכ״ה ובסי׳ /ובספר/ באר שבע דף צ״ו (ש״ך)[1].

(ג) ואתה מחלת לי - ה״ה אם אמר מכרתו לי או נתת לי במתנה[2] אינו נאמן דאין חזקה בזה כיון דהמחזיק ניזק ג״כ (סמ״ע), וכן אם טוען פרעתי לך מחצית הכותל שתבנה משלך נמי אינו נאמן. אם תובע אותו קודם הבנין שיבנה חלקו בכותל. והטעם משום דכיון שזה תובע אותו לבנות הכותל וחייבו לבנות לא מהימן בטענת פרעתי לך שתבנה אתה משלך, אלא דוקא היכא שכבר בנה זה הכותל משלו ואין לו עליו אלא חוב דמים מהימן לומר פרעתי לך החוב, אבל למיפטר מחוב בנין הכותל בטענת פרעתי אינו נאמן (קצה״ח).

(ד) אלא א״כ יש עדים שמחלו כו׳ - פירוש, ואז מהני ואין צריך קנין. ולא דמי למ״ש בסימן קנ״ה סעיף ל״ו, דצריכין ג״כ קנין להמחילה, דהתם קאי על היזק דקוטרא וכיוצא בזה שא״א לסובלו (סמ״ע).

(ב) מקום שאין בו דין חלוקה שרצו שותפין לחלקו, אף על גב שקנו מידם, כל אחד מהם יכול לחזור בו, שזה קנין דברים הוא. אבל אם בירר כל אחד חלקו ורצה זה ברוח פלונית וזה רצה ברוח פלונית וקנו מידם על זה, אינם יכולים לחזור בהם. וכן אם הלך זה בעצמו והחזיק בחלקו, וזה בעצמו והחזיק בחלקו, אף על פי שלא קנו מידם אין אחד מהם יכול לחזור בחבירו. וי״א שאפילו החזיק שלא בפני חבירו ולא אמר לו: לך חזק וקני, קנה, ואפילו לא החזיק אלא אחד, זכה הלה בחלק האחר. הגה: ועיין לקמן בסימן קע״ז מדיני מקומות בבית הכנסת.

(ה) מקום שאין בו דין חלוקה כו׳ - עיין בתשובת ן׳ לב ספר ד׳ דף ס׳: (ש״ך)[3].

---

[1] לא עשיתי.
[2] עי׳ ש״ך וסמ״ע סי׳ קעא ס״א.
[3] לא עשיתי

(ו) שזה קנין דברים הוא - פירוש, כל קנין היינו שהקונה נותן סודרו למקנה ומקנהו לו, והמקנה מקנה לו כנגד הסודר החפץ שרוצה לקנותו, והכא כשקנו מידו על החלוקה אין כאן שום דבר שיחול עליו הקנין שיקנה לו סודרו, דהחלוקה אין בה ממש ואין הקנין חל עליה (סמ״ע), עמש״ל סי׳ כ״ב ס״א (ש״ך).

(ז) אם הלך זה בעצמו - כונתו במ״ש ״בעצמו״, שלא אמר אחד לחבירו לך חזק וקני, וגם החזיקו זה שלא בפני זה, אפ״ה מהני החזקה, אף על פי דלא מהני במכר דעלמא כמש״כ בסימן קצ״ב סעיף ב׳, שאני הכא דאין כאן אלא בירור חלקים לבד כו׳. ולפ״ז מה שמסיק המחבר וכתב וי״א כו׳, חידש לנו בדבריהם דאפילו לא החזיקו שניהם כל אחד בחלקו אלא אחד מהן, זכה הלה בחלקו (סמ״ע), וי״א דהכא סגי בהילוך לבד (ש״ך).

(ג) כותל זה יבנוהו על מקום שניהם ובהוצאות שניהם, ואין אחד מהם יכול לומר: לא נתרציתי לחלוק אף על פי שלא היה בו דין חלוקה אלא בתנאי שתבננה אותה משלך. אפילו אם יש לאחד פי שנים בחצר, יעשו הכותל לחצאים. הגה: היה אחד מהן עשיר ואחד עני, אם אחד רוצה לכנוס בשלו ולבנות, א״צ יותר. ואם אינו רוצה, דינו כמו בבית ועלייה וע״ל סימן קס״ד. ואם שניהם עניים, משתמשים כך ומ״מ כל אחד ירחיק עצמו בכל מה דאפשר שלא יזיק חבירו בראייה.

(ח) ואין אחד מהם כו׳ אף על פי שלא היה בו דין חלוקה כו׳ - האי ״אף על פי״, דברי המחבר הוא, אבל אין לומר דמלשון הבעל דין הוא, דקטען ואומר כיון דלא הוה בו דין חלוקה לא הייתי מוכרח לחלוק ולא נתרציתי לזה אלא בתנאי כו׳, דא״כ לא הל״ל אף על פי שאין בו כו׳, אלא הל״ל כיון דאין בו כו׳ (סמ״ע).

(ט) (ה) הי׳ א׳ מהן עשיר כו׳. עיין בספר א״א דף פ״ח ע״ב[4] (ש״ך), היינו דוקא שהעשיר רוצה לכנוס בשלו ולבנות משלו, אבל ודאי דהעשיר יכול לכפות להעני ולומר לו או גדור או מכרהו לאחרים כמו שמבואר בסוף סימן קנ״ה סעיף מ״ד בהג״ה. ועוד, כיון דחייבוהו חז״ל בעשיית מחיצה נחתינן לנכסיה, וא״כ זה ג״כ בכלל נחתינן לנכסי, ומוכרין חלקו לאחרים או להעשיר גופיה כדי שלא יזיק (נתה״מ).

(י) אפילו יש לאחד פי שנים כו׳ - שכל כך חייב לסלק היזק ראיה מי שאין לו אלא חלק אחד כמו מי שיש לו ב׳ חלקים (סמ״ע).

(יא) אין צריך יותר - פירוש, ואין הלה יכול לעכבו ולומר בנה באמצע כדי שאוכל אני לסמוך קורתי, ואם לא, הבטיחני שכשתשיג ידי וארצה לבנות באמצע החצר תתן לי חצי ההוצאה בדין, קמל״ן דאין צריך לכל זה (סמ״ע).

(יב) כמו בבית ועליה כו׳ - פירוש, כשבעל הבית הוא עשיר ובעל העליה הוא עני, או איפכא, ונפלו הבית והעלייה, דבונה העשיר הכל על הוצאתו ודר בכולו עד שיתן לו העני חלקו, ה״נ יבנה העשיר כולו וישתמש בכל הכותל עד שיתן לו העני חלקו, וקמל״ן דאין בו משום ריבית (סמ״ע).

(יג) ומ״מ כ״א ירחיק כו׳ - ואם יכולין ליקח מן הצדקה לעשות כותל מהוצא ודפנא הרי הם עושים (סמ״ע וש״ך).

(ד) רוחב כותל זה כמנהג המדינה שנוהגים השותפים לבנות כשהולכין ביניהם, ואפילו נהגו לעשות מחיצה ביניהם בקנים ובהוצין, ובלבד שלא יהיה בה אויר שיסתכל ויראה את חבירו. הגה: ואם נהגו בפחות מקנים והוצין, י״א דלא הולכין אחר המנהג ההוא (טור בשם ר״ח ומרדכי ואשירי ריש ב״ב והגהות פ״ב דשכנים). ואם אין מנהג ידוע בעיר, יתקן כפי דאות עיני הדיין ע״פ מומחין (נ״י בשם י״מ). ואם קנו מידו לבנות מחיצה, לא יוכל לחזור בו, ולבנות לא מקרי קנין דברים (טור בשם הרא״ש). ויש חולקין בזה (שם בשם הרמ״ה). ואם נהגו במחיצה קלה, והאחד אומר לעשותה כולה משלו באבנים ולכנוס לתוך שלו או להפך, י״א לחבירו יכול לעכב על ידו ויעשו כמנהג (נ״י בשם הרא״ה וטור בשם י״א), ויש חולקין (טור בשם הרא״ש ונ״י בשם י״ח).

(יד) י״א דלא הולכין אחר המנהג ההוא - פירוש, אם אין השני מרוצה לזה, דיכול לומר אין רצוני בגדר כל דהו דיפול ואצטרך לחזור ולטרוח בבנינו, דאין הולכין אחר מנהג גרוע

---

[4] לא עשיתי.

שנהגו (סמ״ע, וש״ך). ועיין בתשו׳ ר״א ן׳ חיים סי׳ כ״ט ובתשובת ר״ש כהן ס״ג סי׳ מ״ז מ״ח ובתשובת ר״מ אלשי״ך סי׳ נ״ז ובתשובת ר״ש כהן סי׳ פ״ד (ש״ך)[5], המנהג רק אם רוצה לבנות בגויל או בגזית אבל לענין רוחב הוי כשיעור המפורש במתני׳ בגויל ובגזית ובלבנים ולא אזלי בתר המנהג הן לפחות או להוסיף (רע״א).

(טו) יתקן כפי ראות עיני הדיין כו׳ - א״צ כלל לשיעורי דמתניתין, ואפילו בפחות שבכתלים השנויים במשנה א״צ אלא לפי ראות עיני הדיין, מדכתב שיתקיים בבציר משיעורים אלו וקאי על כל הנך שיעורי דמתניתין. וי״א דכל השיעורים דוקא היכא דאיכא מנהג בגויל או בגזית ובזה הוא דחולקין לומר דמתניתין אפילו בסידא וכו׳, ומשום דמתניתין במנהגא קאי וכדתנן מקום שנהגו לעשות גויל כו׳, אבל במקום דליכא מנהגא כלל לא בעי שיעורא דמתניתין כלל וסגי בתיקון שראוי להתקיים ולא גרע מפחות שבכתלים. והיכא דליכא מנהג כגון עיר חדשה דסגי לה בסתימה לסלק היזק ראיה לפי עיני הדיין (קצה״ח)

(טז) ויש חולקין - אבל אם קנו מיניה דמשעבד נפשיה לבנות או מחייב עצמו ליתן כך וכך מהני לכו״ע, דה״ל דרך הודאה או שעבוד (סמ״ע).

(יז) ואם נהגו במחיצה קלה כו׳ - בכה״ג יכול לעכב עליו ולאמר לו אם אתה כונס בתוך שלך לא יהיה לי רשות לסמוך עליה, ואפילו א״ל אנא אתן לך רשות לסמוך עליה, מצי א״ל אי במכר לא בעינא השתא ליקח, ואי במתנה לא ניחא לי דכתיב ושונא מתנות יחיה, וי״א שאין סברא של שונא מתנות יחיה (סמ״ע).

(יח) או להפך - פירוש, שנהגו בגדר אבנים והוא רוצה לבנות גדר כל דהו, די״א דמעכב עליו חבירו ויאמר היום או מחר יפול ואצטרך לדין עמך בכל פעם ופעם, ושי״א כיון שבא להסיר מעל חבירו היזק ראיתו אינו יכול לכופו ביותר (סמ״ע), פירוש, שהמנהג לעשות של אבנים והוא רוצה להכניס לתוך שלו ולעשות בהוצא ודפנא, בהא פליגי, דעה הא׳ ס״ל אין רצוני לדון עמך תמיד כשיפול הכותל, והיש חולקין ס״ל דלא הצריכו חכמים לעשות כותל לדורי דורות, דדוקא כשהכותל של שניהם יכול לומר אי אפשי להוציא ממון לבטלה בבנין של מחיצה קלה, משא״כ כשזה בונה לבדו ומסלק ממנו היזק ראיה עכשיו, די בכך, ויתבאר בסמוך סעיף ה׳ דכן עיקר (ט״ז). כאן אין על זה אלא לסלק היזק ראיה, וכיון שבונה משלו ומסלק בכותל של אבנים מי ימחה בידו, ומ״ש שרוצה שיהיה לו כותל שיסמוך עליו, הוא תמוה מאד, מהיכן זכה לזה, דלא מצינו דחייבו חכמים את שניהם לעשות מחיצה בשביל תועלת סמיכת קורות עליה אלא בשביל היזק ראיה. הגע עצמך, אם הלך זה מחצירו ואינו רוצה להשתמש שם כלל, וכי יכול לכופו לבנות עמו מחיצה, וה״נ דכוותיה, כיון שבונה הפסק כותל ומסלק היזק ראיה ממנו הרי כאילו אינו דר שם (ט״ז), באין בו דין חלוקה ונתרצו בחלוקה, ודאי דיכול לומר לא נתרציתי בחלוקה רק אדעתא דמנהגא בכדי שיהיה לי כותל לסמוך קורות, ואם אתה תבנה בתוך שלך שוב א״א לעשות כותל אחר לעצמי שיתמעט בחלקי כדי רוחב כותל שלם, ואפילו ביש בו דין חלוקה אפשר לומר דלא חייבו חז״ל בחלוקה ובמחיצה רק באופן שלא יפסיד אחד את חבירו בחלוקה שביניהם. אבל אם קנו כ״א חצי חצר לעצמו ודאי דאין חבירו יכול לעכב כשמסלק ממנו היזק ראיה בכה״ג (נתה״מ).

(ה) **אם אחר זמן נפלה כותל זה, המקום והאבנים של שניהם. ואפילו נפל לרשות אחד מהם, או שפינה אחד מהם את כל האבנים לרשותו וטען שמכר לו חבירו חלקו או נתנו לו במתנה, אינו נאמן, אלא הרי הם ברשות שניהם עד שיביא ראיה. ויש מי שאומר דדוקא כשהאבנים ניכרים שהם מזה הכותל.**

(יט) אם אחר זמן נפל הכותל – אפילו אחר הרבה זמן, ואפילו אם א׳ אומר כולו שלי, וא׳ אומר חצי שלי, חולקים בשוה (קצה״ח).

(כ) וטען שמכר לו חלקו - פירוש, לא מיבעיא כשטען מעולם היתה שלי כי אני בניתיה דאינו נאמן, דחזקה הוא דשניהן בנאוה, אלא אפילו טען לקחתיה ממנו ג״כ אינו נאמן, ואף על פי שאין האבנים ניכרים ויש לו מיגו דאי בעי אמר אין אלו האבנים מהכותל הזה, ס״ל דהוה מיגו במקום עדים, דכיון שהוא מודה שהן ממחיצה שביניהן, ה״ל כאילו איכא

[5] לא עשיתי.

עדים דעדיין של שניהן הן. ומסיק המחבר דיש מי שאומר דזה אינו אלא דוקא כשהאבנים ניכרים דאז לית ליה מיגו (סמ״ע), יכול לומר זה שנפל לרשותו, מתחילה בשעת הבנין לא רצה לעשות כותל אבנים אלא היה אומר די לי בכותל הוצא ודפנא, ולא רצה לסייעני אפילו בחצי המקום של רוחב הכותל, והוכרחתי לבנות בשלי ולעשות כותל אבנים כי אני לא רציתי להוציא ממון בבנין הוצא ודפנא (ט״ז) וקושיתו תמוהה, דהא צריך שטר או ראיה דוקא לטענה כזו כמבואר בסעיף ז׳ (נתה״מ).

(כא) אינו נאמן אלא הרי הוא ברשות שניהם - כיון דמנהג המקום בכך אמרינן מסתמא שניהם הסכימו לכך כיון שמנהג בכך, ואינו נאמן במיגו, לומר זה שנפל לרשותו מתחלה בשעת הבנין לא רצה לעשות כותל אבנים ולא רצה לסייעני אפילו בחצי מקום רוחב הכותל והוכרחתי לבנותו משלי כותל אבנים כי אני לא רציתי להוציא ממון בהוצא ודפנא, ועיין מ״ש בסימן פ״ב ס״ק י״ז (קצה״ח).

(כב) ויש מי שאומר כו׳ - דברי המחבר צל״ע דפשיטא דליכא מאן דפליג בהא דהיכא דאינן ניכרין דיכול לטעון לקוח במיגו דהחזרתי וכדלקמן סי׳ קע״ט, והיכא דשהו האבנים הרבה ברשותו יכול לטעון אפי׳ רואין אות׳ ומכירי׳ אותם ומיירי ששהו הרבה יותר מהרגילות בענין שהשותפים מקפידים הם מזה הכותל כו׳. ואז אפי׳ פינה שלא בעדים אינו נאמן וכן מוכח בטור וא״כ מוכח דמיירי שרואים עתה האבנים תחת ידו דאל״כ לא שייך לומר שמכירים ולא הבנתי מ״ש הב״ח בסוף דבריו ונראה דה״ה כשאין רואין האבנים תחת ידו כו׳ ודו״ק (ש״ך), וי״ח (נתה״מ).

(ו) כותל שבין ב׳ שותפין שנפל, ובא לחלוק האבנים, והיו בצד הכותל של אחד מהם אבנים יקרות יותר ממה שבצד חבירו, ורוצה זה שהם בצדו לזכות בהם, אין שומעין לו.

(כג) אבנים יקרות - דכל אבני הכותל שבצד זה ושבצד זה של שניהם בשוה (קצה״ח).

(ז) אם אין בו דין חלוקה, ולא נתרצה האחד לחלוק אלא על מנת שיעשה חבירו כל הכותל, אין לו תקנה אלא בשטר, או שיבנה האחד עליו תקרה ומעזיבה, או שיש בו חלונות מצדו וניכר שנעשו משעת הבנין. ויש מי שאומר דמהני ביה חזית (פי׳ טיח בסיד על הכותל לצד חבירו אמה על אמה שזה סימן שהוא בנאו, ולא חיישינן שמא יקלפנו חבירו, דקלופא ידיע). הגה: ולמעלה מד׳ אמות שאינו יכול לכופו ולבנות עמו, מהני לכולי עלמא (נ״י). ואם נהגו בעיר מנהג אחר לשמור כותליהן מן הרמאין, יעשו כפי המנהג (הרא״ש והטור ונ״י ריש פ׳ השותפין).

(כד) אם אין בו דין חלוקה כו׳ - אורחא דמילתא נקט, דאילו יש בו דין חלוקה מסתמא בונין שניהן יחד (סמ״ע).

(כה) אין לו תקנה כו׳ - פירוש, תקנה שלא יוכל חבירו לומר בין שנינו בנינו אותה (סמ״ע).

(כו) תקרה ומעזיבה - עיין בתשובת בית אפרים חלק חו״מ סי׳ ל״ז בענין אי מהני תקרה ומעזיבה ג״כ ביש בו דין חלוקה[6] (פ״ת).

(כז) דמהני ביה חזית - פירוש חזית, לשון קצה, שבקצה וראש הכותל עושה סימן, ובסימן קנ״ח יתבאר בטור ובדברי המחבר שם סעיף ד׳ דין חזית שמהני כשחולקין בקעה שעושין שם מחיצה ביניהן, וי״א דדוקא בבקעה תיקנו רבנן חזית לפי שאין יכול לכפותו לבנות הכותל עמו, אבל בחצר דכשיש בה דין חלוקה יכול לכפותו לעשות עמו הכותל, ומשום חצר שאין בה דין חלוקה לחוד לא עביד רבנן תקנתא דחזית, ומ״ה סיים הרמ״א ע״ז וכתב דלמעלה מד׳ אמות מהני חזית לכו״ע (סמ״ע).

(כח) מהני לכולי עלמא — וי״א דלא מהני אפילו למעלה מד׳ אמות (קצה״ח).

(ח) כותל חצר שבין שני השותפין שטען האחד שהוא בנאו לבדו, וחבירו אומר שסייעו בבנין, הרי זה בחזקת שסייעו. ואפילו אם ידוע שהאחד בנאו לבדו ושואל מחבירו שיפרע לו חלקו, וטוען שפרעו, נאמן בשבועת היסת. ואפילו טוען שפרעו קודם (שגמר) בנין הכותל. ואפילו יש עדים שתבע חבירו שיסייענו בבנין ולא רצה, נאמן לומר: נתתי אחר כך, עד שיביא עדים שהיה עמהם במקום פלוני מיום שהחל זה בבנין כותל זה

[6] לא עשיתי

ויודעים אנו שלא פרעו, או שיעידו עדים שהעמידו בב״ד שיסייענו בבנין וציווהו ב״ד שיסייעו וסירב מלעשות ציווי ב״ד.

(כט) וטוען שפרעו נאמן – והוה ככל מלוה על פה (קצה״ח).

(ל) ואפילו טען שפרעו קודם - נאמן לומר לאחר יום דמשלם הזמן פרעתיך בתוך הזמן במיגו דפרעתיך עתה לאחר יום דכלות הזמן, ועי׳ לעיל סימן ע״ח סעיף ד׳ (סמ״ע), וי״א דאיירי כאן אף דלית ליה מגו ולכך סתם המחבר וכתב בסתם ואפי׳ טוען שפרעו קודם בנין הכותל כו׳ לומר דבכל ענין נאמן (ש״ך).

(לא) מלעשות ציווי ב״ד כו׳ - אבל אי סרב בעדים ולא עמד בדין יכול לומר שוב נמלכתי ופרעתי, וע״ל סי׳ ע״ט סי״ג וי״ד (ש״ך).

(ט) אם רצה אחד מהשותפין להגביה כותל זה יותר מד׳ אמות, חבירו מעכב עליו לומר: חצי מקום הכותל שלי ואיני רוצה שתמעט האויר שלי כי אני רוצה להשתמש על חצי המקום שלי, אלא אם כן מנהג המדינה שלא לעכב (מיהו על חלקו יכול לבנות מה שירצה). וי״א שאין חבירו מעכב על ידו, אלא רשאי הוא להגביה, ומשלם לחבירו כפי מה שכתלו נפחת מפני כבדו.

(לב) אם רצה א׳ כו׳ - ע׳ בתשובת ר״מ אלשיך סי׳ כ״ט: (ש״ך)[7].

(לג) מיהו על חלקו יכול לבנות - היינו דיכול לבנות על כל רוחב הכותל (קצה״ח).

(לד) שאין חבירו מעכב – וכן עיקר, דאי חבירו יכול לעכב על ידו ואינו יכול לבנות רק על חצי כותל שלו, ועל חצי הכותל של חבירו שייך לחבירו, , וכיון שברשות חכמים יכול לבנות על כל הכותל, ממילא דינו כיורד ברשות דידו על העליונה. ואפשר דכיון שהוא כותל שותפות מהני גילוי דעת כמבואר בסימן קע״ו סעיף י׳ גבי שותפין דמהני כשהסכים למעשיו (נתה״מ).

(לה) ומשלם לחבירו כו׳ - ובלבד שלא יגביה כל כך עד שיתקלקל הכותל בכך לדעת הבקיאים, והיינו שיגביה יותר מדאי שאז יש לחוש שפתאום תיפול החומה תחתיה, דבזה יכול לעכב עליו אף אם ירצה לשלם לו היזקו אם תיפול (סמ״ע).

(י) כותל חצר המבדיל בין שני השותפין שנפל(לו), יש לכל אחד מהם לכוף את חבירו לבנותו עד גובה ארבע אמות. רצה האחד והגביהו יותר מארבע אמות, אין מחייבין אותו ליתן חלקו במה שהגביה יותר מארבע אמות, אלא (אם) כן בנה כותל אחר גבוה כנגד הכותל שביניהם, שאז מחייבין אותו לתת חלקו בגובה שכנגד כותלו. כיצד, בנה האחד כותל שביניהם והגביהו י׳ אמות, ובא חבירו ובנה כותל אחר כנגדו או בצדו והגביה כותל האחר שש אמות, מחייבין אותו ליתן חלקו בשתי אמות שהוסיף על ד׳ אמות(לז), שהרי נראה ממעשיו שהוא רוצה בהם. וכן אם חקק בראש הכותל שביניהם מקום להניח בו הקורות(לח), או שבנה עליו קורה גדולה שהקורות נשענים עליה, מחויבים אותו לתת חלקו בשש אמות כלם(לט) שהוסיף חבירו על הד׳ אמות, אף על פי שלא בנה כל הכותל(מ), שהרי גילה דעתו שהוא רוצה בכל הגובה הזה. הגה: וכן כאלכו, אם הניח אבן נכנס ואבן יוצא כדרך שעושין בבנין כשרוצים להוסיף עליו, חייב בכל התוספות שהוסיף חבירו(מא). וה״ה אם היה לו כותל כבר ובנה דבר שניכר שחפץ במה שעשה חבירו. וכן אם נהנה בבניינו(מב), אף על פי שלא עשה שום היכר שניחא לו, חייב לו כפי מה שנהנה.

(לו) כותל חצר כו׳ שנפל - אף אם מתחילה היה הכותל שביניהן גבוה מד׳ אמות, מ״מ כשנפל אין אחד כופה את השני לחזור לבנותו כ״כ גבוה, כי אם עד ד״א (סמ״ע), עיין בתשוב׳ מבי״ט ח״א /ח״ב/ בשאלות השניות סי׳ ל״ח דף ק״י[8] (ש״ך).

(לז) מחייבין אותו ליתן חלקו בשתי אמות כו׳ - והיינו דוקא כשיעור אורך הכותל שבנה כנגדו ולא יותר, דאם הכותל המפסקת ביניהן ארכו עשרים אמה וכותל שבנה כנגדו אין ארכו אלא י׳ אמות בגובה שש אמות, אינו מחויב ליתן חלק תוספות השני הכ׳ אמה, כי אם עד עשר אמות (סמ״ע).

---

[7] לא עשיתי.

[8] לא עשיתי.

(לח) וכן אם חקק בראש כותל שביניהן – י״א אפילו אם לא בנה בחצירו כותל כנגד כותל המפסקת צריך לשלם כל הגובה, וי״א דווקא אם בנה כותל נגדו, ואפשר דלדינא לא פליגי. מיהו נראה דכשהחקיקה היא בכותל המפסקת, שצריכין לראות שהוא בעצמו חקקו, דאל״כ יכול זה לומר שבעל הכותל שהגביהו חקקו בלא ידיעתו כדי שלא תתקלקל חומתו כשאפייסנו לאחר זמן לבנות עלייהו (סמ״ע).

(לט) בשש אמות כולם - פירוש, שבחקיקת מקום בהנחת הקורות על החומה, גילה דעתו שרוצה להגביה גם החומה שבנה כנגדו כשיעור גובה הכותל המפסקת ביניהן (סמ״ע).

(מ) אף על פי שלא בנה כל הכותל - נראה דר״ל שלא בנה הנתבע אלא ד״א דלמטה במחיצה שביניהן, ולא השש אמות שהגביה חבירו, וגם לא בנה שום כותל כנגדו (סמ״ע).

(מא) חייב בכל התוספות כו׳ - היינו דוקא באורך החומה, אבל אין זה סימן לחייב תוספות הגבוה יותר מן ד׳ אמות (סמ״ע). כאן מיירי שניכר שרוצה לעשות בנין ולסמוך תקרה על הכותל המשותף, אם כן בודאי רוצה לזכות בחצי הכותל המשותף, דכל זמן שאינו זוכה בו שיהיה שלו אסור לסמוך על כותל חבירו, ואם ניכר שאין רצונו לסמוך עליו תקרה ג״כ א״צ לשלם לו רק כפי מה שנהנה, דהיינו אם סמך נגדו רק כותל עצים א״צ לשלם לו רק דמי עצים, וזהו כמו שסיים בהג״ה שאם נהנה בבנינו, אף על פי שלא עשה שום היכר, שמשלם לו מה שנהנה (נתה״מ).

(מב) וכן אם נהנה בבניינו - היכא דגלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה אפילו לא חסר כלום מחוייב לשלם הוצאה (קצה״ח).

(יא) ואם זה שבנה הכותל גבוה בא לתבוע לחבירו שיפרע חלקו בהוצאות שאר הגובה שהוסיף על ארבע אמות מפני שסמך לו (בצדו) או כנגדו, ואמר: נתתי, אינו נאמן, אלא חבירו נשבע בנקיטת חפץ שלא נתן לו, ונוטל ממנו, אא״כ הביא ראיה שנתן לו. (מיהו אם קבע לו בנין קבוע, נאמן שנתן לו חלקו) (טור).

(מג) ואם זה שבנה הכותל כו׳ - עיין סי׳ ק״ה דף קכ״ה ע״א וס״ס קי״ב: (ש״ך).[9]

(מד) מפני שסמך לו - ר״ל שבנה כותל בצידה וסמכה לכותל המפסקת בגובה, או שבנה כותל כנגד זה, והן הן הב׳ דברים שכתב בסעיף שלפני זה שמחייבין אותו על ידם (סמ״ע).

(מה) ואמר נתתי אינו נאמן - הטעם, משום דדין זה אינו פשוט שיתחייב ליתן חלקו בתוספות בשביל שסמך כותלו נגדו, ואמרינן דמשקר, משא״כ בגובה ד׳ אמות התחתונים שחיובו פשוט, משום הכי מהימנינן ליה, וכמ״ש המחבר לפני זה בסעיף ח׳ (סמ״ע).

(מו) נשבע בנקיטת חפץ – וי״א שנוטל בלא שבועה, ואפשר דכיון שזה בא להוציא מחבירו משום הכי פסקו לחומרא לתובע (סמ״ע), וי״א שאין מחלוקת, ועיקר כמש״כ בשו״ע (נתה״מ וקצה״ח).

(מז) מיהו אם קבע לו כו׳ – דווקא קבוע, ולא סוכה דמצוה יותר מח׳ ימים, או שחיברו בטיט (סמ״ע).

(יב) בד״א, כשידוע בעדים שזה התובע בנה כל הכותל. אבל אם אינו ידוע, הרי הוא בחזקת שניהם, ואם הנתבע מודה לתובע שבנאו, אלא שטוען: פרעתיך, נאמן במיגו דאי בעי אמר: בניתי בהדך. הגה: וי״ל שאם נתרצה תחלה בהגבהה, נאמן לומר שנתן לו חלקו, ומיל שאמר ליתן חלי ההוצאה זכה בחלי הכותל ואין חבירו יכול למחות, ומחייבין אותו ליתן.

(מח) שאם נתרצה תחלה בהגבהה כו׳ - ה״נ טעמו שאז חיובו פשוט (סמ״ע).

(מט) ומיד שאמר ליתן כו׳ - כיון שהכותל עומד על מקום שניהן משום הכי זכה בו בע״כ של חבירו, וגם מה״ט מיד כשגילה דעתו ליתן חצי גובה הנוספות על ד׳ אמות צריך ליתנו, וז״ש הרמ״א כאן תרווייהו, דמיד שאומר ליתן זכה, וגם סיים וכתב ומחייבין אותן ליתן, ור״ל ג״כ מיד שאמר ליתן מחייבין אותו ליתן ולא מצי חוזר בו, והוא ג״כ מטעם כיון דכל הבנין עומד גם על מקום קרקעו, ודאי מיד שאמר ליתן גמר בדעתו ליתנו ולא מצי לחזור בו (סמ״ע).

---

[9] לא עשיתי

(יג) כותל חצר שבין שני שותפים שנפל, והיה רחב מתחלתו, ואחד מהשותפין מעכב שלא יבנוהו רחב כמו שהיה, אלא כשאר בנייני המדינה בכותל חצר שבין שני שותפין, הדין עמו. וכן אם היה גבוה יותר מד׳ אמות, ואחד מהם אינו רוצה לסייעו בהגבהתו יותר מארבע אמות, הדין עמו.

(נ) אינו רוצה לסייעו בהגבהתו יותר מד״א כו׳ – עי׳ לעיל ס״י (סמ״ע).

סימן קנח – חלקו גינה או בקעה כיצד עושים הגדר, ובו ט׳ סעיפים.

(א) שנים שהיו שותפים בגינה ובאים לחלק, מחייבין אותם לגדור ביניהם, אפילו סתמא, שאין ביניהם מנהג ידוע. אבל בבקעה, סתם, אין מחייבין אותו אא״כ יש מנהג ידוע לגדור.

(א) ובאים לחלק מחייבין כו׳ - סתם כאן, וסמך אמה שכתב בסימן קנ״ז [סעיף א׳ - ב׳], דשם כתב בשותפות בחצר, דאם יש בו דין חלוקה, אם רוצה האחד כופה להשני ג״כ על החלוקה, ואם אין בו דין חלוקה צריכין שיתרצו שניהן על החלוקה, ואם קנו על זה אז כופין אחד לחבירו לגדור ביניהן. וקאמר, וכן הדין כאן בגינה מסתמא. ושיעור חלוקה דגינה הוא כשיגיע לכל אחד שיעור שיוכל לזרוע עליו חצי קב, וכמ״ש לקמן סימן קע״א סעיף ג׳ (סמ״ע). וי״א דבגינה דוקא היכא דיש בו דין חלוקה הוא, משום דבחצר דיש בו היזק ראיה טפי דאפילו אם המנהג שלא לגדור לא אזלינן בתריה, מש״ה נמי לא מצי אמר לא נתרציתי כו׳ כיון דיש בה היזק ראיה כל כך אמרינן דמסתמא נתרצה נמי לבנות בשותפות, אבל בגינה דאין בו היזק ראיה כל כך מצי אמר לא נתרציתי אלא על מנת שתגדור משלך (קצה״ח).

(ב) אפילו סתמא שאין ביניהן מנהג כו׳ - אבל אם המנהג ידוע שאין גודרין ביניהן בגינה הולכין אחר המנהג, משא״כ בשנים המשותפים בחצר (סמ״ע).

(ג) אבל בבקעה סתם כו׳ - דדוקא בגינה שעומדים שם זרעים כל השנה איכא ביה הפסד טפי, משא״כ בבקעה. וכתב עוד חילוקים אחרים, כתבתי לשונו בפרישה [סעיף א׳][10] (סמ״ע), ואם היה להם כותל ונפל, אם מחייבין אותו לבנותו, נראה דתליא במחלוקת דלצד א׳ הטעם הוא משום דרגילין לעשות תשמיש צנוע בחצר, ולפ״ז בבקעה דאין הטעם רק משום עין הרע בשעה שעומדת בקמותיה, ובגינה אין הטעם משום היזק ראיה של תשמיש צנוע רק משום עינא בישא, ולפ״ז בנפל אין מחייבין אותו כמו בלמעלה מארבע אמות בחצר. אבל לצד הב׳ נפל שאני משום שכבר נתרצו, דמסתמא נתרצו לסלק ההיזק ראיה לעולם, ואפילו למאן דסבירא ליה דהיזק ראיה לא שמיה היזק. א״כ י״ל, דה״ה דבבקעה מחייבין אותו בנפל (נתה״מ).

(ב) המוכר גינה לחבירו, סתם, והיתה מעורבת עם גנות אחרות, יש מי שאומר שכופין את הלוקח לבנות הכותל ביניהם ואפילו במקום שנהגו שלא לגדור בגנות. הגה: ויש חולקין וסבירא להו דהולכין אחר המנהג, כמו בשני שותפין.

(ד) המוכר גינה כו׳ עד ואפילו במקום שנהגו שלא לגדור בגינות - שכל מי שמוכר לאחר, דעתו שהקונה יסלק לו כל הנזק הבא מחמתו, ולפ״ז אפילו[11] אם גינה זו שלקח מעורבת בין גינות המוכר, המוכר עצמו יכול לכפותו לגדור, שלא יבוא לו היזק ממנו (סמ״ע).

(ה) שכופין את הלוקח - כופין את הלוקח לבנות הכותל ביניהם ואפילו במקום שנהגו שלא לגדור בגנות, אבל אם מכר בקעה סתם אין מחייבין אותו לגדור אלא במקום שנהגו. במוכר גינה סתם, מחייבין הלוקח לגדור כותל גבוה ארבע אמות, ואף על גב דשותפין בגינה שבאו לחלוק אין צריך אלא מחיצה עשרה, אבל בלוקח מחויב לסלק כל היזק וצריך כותל ד׳ אמות (קצה״ח).

---

[10] לא עשיתי

[11] כנראה שזה נמחק עי׳ ש״ך.

(ו) כמו בשני שותפין - פירוש שותפי דגינה, וכמו שכתבתי בסעיף שלפני זה ס״ק Error! Reference source not found. דדוקא בסתמא צריכין לגדור אבל במקום מנהג הולכין אחריו, וכן הדין במוכר לו חצי גינתו (סמ״ע).

(ג) שיעור הגדר בגנה ובקעה, י׳ טפחים, וי״א ארבע אמות.

(ז) עשרה טפחים - דאין צריך ד׳ אמות כי אם בחצר במקום דירת בני אדם, דשם שולט עין הרואים לתשמישו דחבירו, משא״כ בגינה ובקעה דאין שם תשמיש אדם, ועשיית הגדר אינה אלא כדי שיתפס כגנב (סמ״ע).

(ד) רצה אחד מהם לגדור בבקעה, כונס לתוך שלו ובונה ועושה חזית, כמו אמה בסיד מבחוץ. הגה: וה״ה אם נהגו בסימן אחר, כלעיל סימן קנ״ז סעיף ז׳, כדי להודיע שהכותל שלו. לפיכך אם נפל הכותל, המקום והאבנים שלו. עשו מדעת שניהם, בונים הכותל באמצע, ועושים חזית מכאן ומכאן, לפיכך אם נפל הכותל, המקום והאבנים של שניהם.

(ח) ועושה חזית מבחוץ - פירוש, טח בטיט אמה בראש כותל מבחוץ בצד חבירו. וחזית לשון קצה, שבקצה וראש כותל עושהו. ובגמרא פריך, ונעבדיה מלגו, לצידו, ומשני עביד נמי חבירו מלבר ואמר דידי ודידיה הוא, אי הכי השתא נמי אתא חבריה ומקלף ליה ואמר דידי ודידיה הוא, קלופי מידע ידעי (סמ״ע).

(ט) לפיכך אם נפל הכותל כו׳ - פירוש, לפיכך כיון שחזית הוא סימן שעשאו האחד לבדו וגם כונס בתוך שלו היה, לפיכך כשנפל הכותל גם מקום הכותל הוא שלו לבדו (סמ״ע).

(י) ועושין חזית מכאן ומכאן - בגמרא פריך ולא יעשה לא זה ולא זה, ומשני כיון דאפשר שיכנס האחד לחצר חבירו ויטיח שם בראש הכותל ויאמר אח״כ כולו שלי הוא, לכן תיקנו שיעשה כל אחד ואחד. ואז אין לומר דיקלף האחד מצידו, דהא כבר נתבאר דמקום הקליפה ניכר, וק״ל (סמ״ע), מש״כ הסמ״ע ״אפשר שיכנס״ אפשר לומר, דדוקא בבקעה שייך לומר שיכנס כגון בעת שאינו זרוע דהוא רה״ר, משא״כ בחצר לעולם נתפס כגנב על הכניסה (נתה״מ בסעיף ה׳).

(ה) אם עשאוה שניהם, ולא עשה שום אחד מהם סימן, יש מי שאומר שאפילו תפול לרשות אחד מהם הרי היא בחזקת שניהם, ויש מי שאומר שאם תפול לרשות אחד מהם הרי היא שלו.

(יא) הרי היא בחזקת שניהם - טעמו, דהא מן הדין לא היו צריכין לעשות סימן כלל כשעשוהו שניהן, וכנ״ל ס״ק (י). ודעת החולק היא, כיון דתיקנו חז״ל לעשות סימן והוא לא עשה איכא ריעותא, והאחד מוחזק שהרי מונח בחצירו ואמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה (סמ״ע), גם בכותל חצר אם נפל ברשותו הרי אלו שלו, עיין עוד בס׳ א״א דף פ״ח ע״ג (ש״ך), מה שכתב הש״ך ד״גם בכותל חצר אם נפל״ כו׳, כונתו שלמעלה מד״א. דעד ד׳ אמות שיכול לכוף אחד את חבירו, אפילו נפל לרשותא דחד מינייהו דהוא של שניהם (נתה״מ).

(ו) מי שהיה לו חורבה בין חורבות חבירו(יב), ועמד חבירו וגדר רוח ראשונה ושנייה ושלישית, שנמצאת חורבה זו מג׳ רוחותיה גדורה, אין מחייבין אותו ליתן מההוצאה כלום, שהרי לא הועיל לו והרי חורבתו פתוחה לר״ה כמו שהיתה. לפיכך אם גדר לו רוח רביעית, עד שנמצאת חורבתו מוקפת גדר, מגלגלים עליו את הכל ונותן חצי ההוצאה שהוציא זה בד׳ רוחות, עד ד׳ אמות(יג). הגה: (עיין בל״מ) גדר ב׳ רוחות, ועמד הניקף וגדר רוח ג׳, ועדיין פתוח לרוח רביעית, נראה לי דאין צריך לשלם לו כלום עד שיגדור אחד מהן רוח רביעית. ובלבד שיהיה מקום הכותל של שניהם. אבל אם היה הכותל של זה שבנה, ובחלקו בנה, אין מגלגלין אלא דבר מועט כמו שיראו הדיינים(יד), שהרי אינו יכול להשתמש בכתלים(טו). וכן אם הניקף(טז) עצמו הוא שגדר רוח רביעית, הרי גילה דעתו ונותן חצי ההוצאה של שלשה רוחות, אם היו הכתלים של שניהם. הגה: וכל זה מיירי שגדר בינו ובין הניקף, אבל גדר מבחוץ, ובינו ובין הניקף עדיין פתוח, אם הוא מקום שנהגו לגדור(יז), אין הניקף צריך לשלם לו כלום(יח), אף כשגדר המקיף כל ארבע רוחות. אבל אם גדר הניקף אחת מן הרוחות(יט), דגלי דעתיה דניחא ליה, חייב ליתן כפי מה שגרם לו היקף יתירה(כ).

(יב) מי שהיה לו חורבה כו׳ — ה״ה מי שהיה לו שדה בין שדות חבירו והקיף ג׳ שדות סביב שדה של זה כו׳, ואפשר דנקט חורבה לרבותא, אעפ״י שאין לו הנאה ממנו כל כך מגלגלין עליו את הכל כשגדר ארבעתן, כל שכן גינה ושדה דיש לו הנאה דמציל את תבואתו וזרעונו מדריסת רגלים ומבהמות ומעינא בישא (סמ״ע).

(יג) עד ארבע אמות - זהו שיעור כותל וגדר שעושין בחצרות לכו״ע, וכמ״ש לעיל ריש סימן קנ״ז סעיף י׳. ונראה דגם כאן בחורבה הדין כן לכו״ע, כיון שהיא עומדת במקום דירת בני אדם ושייך בה היזק ראיה, משא״כ בהיזק ראיה דגינה דכתב בה המחבר פלוגתא בסמוך סעיף ג׳ (סמ״ע), וי״א דבכלל בהלשון חורבה, הן חורבות חצירות ובתים הן חורבות שדות, וכתב ברישא באם היה לו שלש חורבות סביב חורבה של הניקף כזה[12], דאין מחייבין אותו כלל בין בחורבת בתים וחצירות בין בשדות, כיון דאין המקום ההוא ראוי לא לזרוע בתוכו ולא להשתמש בתוכו תשמיש של חצר, כיון שרוח רביעית הוא פתוח לרה״ר. ועוד דיכול לומר, דאפילו בלא מקום שלי היית צריך לגדור בפנים, מפני הבהמות והאנשים של הרה״ר (נתה״מ).

(יד) אלא דבר מועט כמו שיראו - ואין להקשות, דמאי שנא בחצר כשכונס בתוך שלו דא״צ ליתן לו כלום. דשאני התם בחצר דאין מציל אותו רק מהיזק של עצמו, ומזה א״צ ליתן לו, דעל המזיק להרחיק עצמו, משא״כ הכא שמציל אותו מהיזק דבני רה״ר, לכך צריך ליתן לו כפי מה שנהנה (נתה״מ).

(טו) שהרי אינו יכול להשתמש בכתלים - אף אם ירצה הלה ליתן לו רשות להשתמש בו אחר שיפרע חצי הוצאתו, מ״מ כיון שברצונו תליא ואם אינו רוצה אינו צריך ליתן לו רשות אפילו אם ירצה לפרוע לו, משום הכי ג״כ אינו יכול לכופו בעל כרחו (סמ״ע).

(טז) וכן אם הניקף כו׳ - לימדנו בזה, דלא תימא כיון שלא הקיף המקיף כל ארבעתן א״כ לא הועילו מעשיו כלום לחייב הניקף, וגם כיון דהמקיף לא היה יכול לתבוע מידו דניקף כל שלא הקיף גם הרביעית נתייאש ממנו (סמ״ע).

(יז) אם הוא במקום שנהגו לגדור - פירוש, בין אחד לחבירו משום עינא בישא או שיתפס כגנב, אף במקום שאין לחוש לדריסת הרגל דבהמות, כגון זה דכבר גדר מבחוץ השדות (סמ״ע).

(יח) אין הניקף צריך כו׳ - הטעם, מפני שיאמר לא נהניתי מגדרך כלום, שהרי אכתי אני צריך לגדור ביני ובין השדות שהם סביבי (סמ״ע), ולא דמי להא דסימן קנ״ז סעיף י׳ בבנין העשוי לימשך, דחייב בכל. דשם מיירי דניכר שרוצה לעשות תקרה שרוצה לשמש בהכותל, וע״כ רוצה לזכות בכותל חדר, ותיכף כשרוצה לזכות בהכותל זוכה בו, וכשזוכה מחוייב לשלם תיכף, משא״כ הכא מיירי שאינו ניכר שרוצה לתת תקרה, אינו משלם אלא כשנהנה וכמ״ש לעיל בסימן קנ״ז ע״ש (נתה״מ).

(יט) אחת מן הרוחות - פירוש, אחת מארבעתן והמקיף גדר אינך ג׳, דכבר נתבאר דכל שלא הקיף ארבעתן אינו חייב הניקף אף אם גדר הניקף אחת מהן (סמ״ע).

(כ) כפי מה שגרם לו היקף יתירא — י״א דמשערין זה, דרואין בתשבורת כמה אמה על אמה יש בכלל כל השדות, שעליהן בכלל הוציא כל הוצאות הגדרים, ואח״כ רואין ג״כ כמה אמה על אמה יש בשדה זו הפנימית לחוד, ומחשבין כמה אמה על אמה יש בו, ואם יש בו שליש או רביע מכל השדות יתן ג״כ שליש או רביע להוצאות. אבל הרמ״א כתב, כפי מה שגרם לו היקף יתירא, ושיעור זה דוקא בזה שמקיף מחוץ לחמשתן, אבל כשמקיף בפנים ביניהן, צריך ליתן להן הפנימי חצי הוצאה כולה (סמ״ע), ודברי הב״ח בזה הם ברורים יותר[13] (ש״ך), נראה שיש טעות סופר בסמ״ע, וכן צ״ל, יתן ג״כ חלק משליש או רביע להוצאות כו׳, כלומר שיתן החצי מהשליש או רביע. דהא א״צ ליתן חלק רק מכפי מה שגרם לו היקף יתירא וממילא אם השדות בכלל הן י׳ על י׳ שעולין ק׳ חתיכות של אמה אמה, ושדה הניקף הן ה׳ על ה׳ שהן כ״ה חתיכות, א״צ ליתן לו רק חלק שמינית, דמשלשה חלקים א״צ ליתן לו חלק, דבזה לא גרם לא מאומה, וא״צ ליתן לו רק חלק ממה שגרם לו היקף יותר, וכיון ששדות של המקיף עולה ע״ה, וא״כ אפילו אם לא היו שדות הניקף באמצע שדותיו והיו כל שדות המקיף ביחד, וריבוע שיש בתוכו ע״ה

[12] ציור??

[13] לא עשיתי.

חתיכות מאמה על אמה, עולה הריבוע יותר מח׳ וחצי על ח׳ וחצי, וממילא עולה היקף ארבעה מחיצות ערך חמשה ושלשים אמה, ועכשיו ששדה הניקף בתוכן הן עשר על עשר וצריך להקיף במחיצות של ארבעים אמה, נמצא שלא גרם לו הניקף היקף יתר רק חמשה אמות שהן חלק שמינית (נתה״מ). ראובן חיבר פירוש על סדר נזיקין וקדשים, והלך אל שמעון המדפיס ונתפשר עמו בסך ידוע בעד כל דף שידפיס לו אלו השני סדרים עם פרש״י ותוספות ופירוש של המחבר הנ״ל למטה, והנה דרך המדפיסים אחר גומרם כל דף ודף סותרים סידור האותיות לסדר מהם דף אחר, וזה המדפיס יש לו הרבה אותיות לכן לא קלקל הסידור והניחו כמו שהוא, רק הסיר מלמטה את הפירוש החדש והדפיס לעצמו שני סדרים הנ״ל עם פירש״י ותוס׳. וטען ראובן המחבר הנ״ל, יען שתשלומי שכירות מסדרי אותיות הוא היה משלם, ועתה למה יהנה שמעון מסידור אותיות חנם, ויחזיר לו חלקו מסידור האותיות כדין כל הנהנה ממלאכת חבירו, כדין המקיף את חבירו משלש רוחותיו. ושמעון טוען, מאחר שהאותיות הם שלו יכול להשתמש בהם כרצונו, ואין כח ביד ראובן לקלקל הסידור. אין לראובן שום טענה על שמעון, דכיון ששמעון נותן אותיות אחרים להדפיס הצורך לראובן ואינו מעכב מלאכתו, בזה בטלו טענות ראובן, ויכול שמעון לומר מתחילה אדעתא דהכי נתפשרתי לפי שידעתי שאוכל להיות נהנה גם אני מהסידור, והלא שמעון הוא המשלם להמסדרים ולא ראובן. ואמנם אם היה המעשה שחישבו מתחלה בעת השכירות כך וכך אני נותן להמסדרים, וכך וכך בעד פרעסין ציער [???], וכך וכך בעד נייר, והמותר בעד נתינת האותיות ודיו, ואז ראובן הוא המשלם להמסדרים ולא שמעון, ושמעון רוצה ליהנות מהסידור, אז שייך טענות הצדדין הנ״ל. אמנם למעשה חייב שמעון לשלם חלקו, שהרי גם בדר בחצר חבירו אפילו לא קיימא לאגרא, אם חסרו אפילו דבר מועט מגלגלין עליו כל השכר כפי שנהנה כמבואר בשו״ע סימן שס״ג סעיף ז׳ בשם יש אומרים, והרי גם כאן מחסרו הרבה, שאם לא היה שמעון מדפיס סדרים הללו לא היו שכיחי וקפצי זביני על ספריו של ראובן כו׳ (פ״ת).

(ז) **הא** דמגלגלים עליו הכל, דוקא כשגדר הרביעית בבנין, **לא שנא** מקיף **לא שנא** ניקף. **אבל אם** גדר הרביעית בקנים, **אינו** נותן **לו אלא** דמי הקנים.

(כא) אלא דמי הקנים - פירוש, מארבעתן נותן לו כאילו הקיפן בקנים כמו שמקיף רביעית זו, (סמ״ע). כיון דהרביעית אינו רק של קנים, אין לו הנאה מכלום רק כפי הנאה של קנים, אבל אם גדר הכל בגזית, אפילו גדרה מקיף חייב ליתן לו גזית כשהמנהג הוא כך, דדמי לשדה העשויה ליטע, כיון שדרכו לגדור כך (נתה״מ).

(ח) **אם אין** המקיף יכול לברר כמה **הוציא**, ישבע כעין **דאורייתא** ויטול, כיון שברשות **הוציא**. **ואם אמר**: שומו לי בפחות שבשומות **ואטול בלא** שבועה, שומעין לו. ולענין טענת פרעון **אינו נאמן** לומר: פרעתי, עד שיביא **ראייה**.

(כב) כיון שברשות הוציא - פירוש, אף שלא נטל רשות, מ״מ כיון שנהנה חבירו מזה, נקרא ברשות. ועיין לקמן סימן שע״ה סעיף ח׳. וה״ה כשהגביה הכותל שביניהן בחצר יותר מארבע אמות וחבירו בונה כותל כנגדו, דצריך לשלם לו מה שהגביהו כמ״ש לעיל סוף סימן קנ״ז סעיף י׳, בזה ג״כ אם אינו יכול לברר ישבע כמה הוציא בהגבהה ויטול (סמ״ע).

(כג) שומעין לו - אינו יכול להחרים עליו שאינו מאמינו על הוצאתו, ע״ש, ועיין מ״ש לעיל סימן ע״ה סעיף ט״ז (פ״ת).

(כד) אינו נאמן לומר פרעתי - נראה דהטעם הוא מפני שאין חיובו ידוע כל כך שישלם מעצמו, וכמו שכתבתי לעיל בסימן קנ״ז [סק״ל ??] (סמ״ע).

(ט) **אם** מתחלה **אמר לו** ניקף: **לא אתן** לך כלום דלדידי סגי לי בנטירא בר זוזא דהיינו גדר של קוצים, **אינו** נותן **לו אלא** דמי נטירא בר זוזא. **אפילו לא אמר לו** כן **אלא לאחר** שגדר השלישית, כיון **שאמר** לו קודם שגדר הרביעית.

(כה) דהיינו גדר של קוצים — יש שפירשו נטורא בר זוזא שרוצה לשכור שומר בעד זוז, ומשום הכי קאמר לו ניקף בתחילה דלא יתן לו כלום כי אם כפי שכירות דהשומר (סמ״ע).

סימן קנט – היזק ראייה שמגג לגג, וכיצד יסירוהו, ובו ד׳ סעיפים.

(א) שני בתים זה בצד זה, והיו גגותיהם עשויים לדירה, אפילו היו בשני צידי רשות הרבים, זה עושה מעקה לחצי גגו וזה עושה מעקה לחצי גגו שהוא דר בו, זה שלא כנגד זה, ומעדיף כדי שלא יראו זה את זה. אף על פי שבני רשות הרבים רואים אותו, יכול לומר כל אחד לחבירו: אלו אין רואים אותי אלא ביום בעת שאעמוד על גגי אבל אתה רואה אותי תמיד. הגה: ומ״ס הגג שפל על שבני רשות הרבים רואין אותו כמי שעומד בגג, אין כאן היזק ראייה.

(א) שני בתים זה בצד זה כו׳ — זה שמובא ברשות הרבים, ה״ה ברשות היחיד נמי ומשני אלא שבר״ה עכ״ז שצריך לאיצטנועי מבני ר״ה ובגגין שאין עשוין לדירה די במחיצה שגבוה י׳ שיהא נתפס ע״י כגנב וז״ש המחבר נמי בסעיף ב׳ אבל בין גג לגג משאר גגין ור״ל משאר גגין שאינן כל א׳ עשויים לדירה, ויש מפרשים שסעיף ב׳ איירי בגגין סמוכין זה לזה שבשעה שבא לשמש בגגו רואה את חבירו שם ומשמר נפשו ממנו ומ״ה סגי בי״ט וזהו שכ׳ הרמ״א בס״ב די״א דהא דסגי בי״ט היינו דוקא שהגגין סמוכין זה לזה אבל אם אויר מפסיק כו׳ בעינן מעקה כו׳ ר״ל גבוה ד״א (סמ״ע)

(ב) מ״ש זה בצד זה - ר״ל שאח׳ אינו גבוה מהשני (שאז עכ״פ צריכין למעקה ד״א כיון דעשוין לדירה לאפוקי אם גג א׳ גבוה מחבירו דאז א״צ מעקה עכ״פ גבוה ד״א כשהגג דלמטה אינו רחב לעמוד ולהציץ מרחוק) (סמ״ע).

(ג) ומ״ש עשויים לדירה - פי׳ שהוא מקורה ושוה ולאפוקי כשהוא משופע (סמ״ע).

(ד) ומ״ש אפילו היו בשני צידי ר״ה - ר״ל אע״ג דבלא״ה בעי לאצטנועי מבני ר״ה העוברים ביניהן וכ״ש כשהן סמוכין ועומדין זה בצד זה או זה נגד זה ורה״י עובר ביניהן (סמ״ע).

(ה) ומ״ש זה שלא כנגד זה ומעדיף - פי׳ הא׳ עושה על גגו לרוח מזרח והב׳ לצד מערב וכל א׳ מוסיף קצת כנגד סתימת חבירו כדי שלא יראו זה את זה, וא״צ האי העדפה אלא כשהגגין זה כנגד זה דאז יכולין להציץ זה על גג זה מן הצד אבל כשהבתים והגגין שעליהן הן זה בצד זה ממש אז אין צריך להעדפה זו שהרי כשזה עשה החצי לצד מזרח וזה לצד מערב תכופין זה לזה שוב אין יכולין לראותו מזה לזה (סמ״ע).

(ו) רואה אותי תמיד - פי׳ אפי׳ בלילה ואפי׳ כשאני יושב ואפי׳ בלא כוונת ראיה אלא דרך הלוכם משא״כ בני ר״ה (סמ״ע).

(ב) גג הסמוך לחצר חבירו, עושה לו מעקה גבוה ד׳ אמות. אבל בין גג לגג משאר הגגים אינו זקוק לד׳ אמות, שאין בני אדם דרים בגגות, לפיכך אין בגגות היזק ראיה, אבל צריך לעשות מחיצה בין שני הגגים גבוה י׳ טפחים, כדי שיתפוס אותו כגנב אם נכנס לרשותו. הגה: וי״ל דוקא שהגגין סמוכין זה לזה, אבל אם אויר מפסיק ביניהן, לא שנא אויר רשות היחיד או אויר ר״ה, בעינן מעקה, וכלרך שנתבאר בסמוך, וכן נ״ל עיקר.

(ז) גג הסמוך לחצר כו׳ - פי׳ סמוך בגובהו אבל בסמוך במרחק אין נ״מ דגם כשהן רחוקין זה מזה צריך בעל הגג לעשות מעקה לגגו גבוה ארבע אמות מה״ט דאיכא מיניה היזק ראייה לבעל החצר ואי משום דבאינו סמוך לו לא שייך טעם דנתפס כגנב ואין צריך לסייעו בעל החצר כלל, דכיון דבעל הגג הוא המזיק עליו לתקן מחיצה גבוה ד׳ אמות ממילא נפטר בעל החצר, ועי׳ סימן ק״ס ששם בעל החצר מסייעו לי׳ טפחים (סמ״ע), ה״ה בגג העשוי לדירה הסמוך לגג שאינו עשוי לדירה מחוייב בעל הגג שאינו עשוי לדירה לעשות בעצמו המעקה גבוה ד׳ אמות (נתה״מ).

(ח) אבל בין גג לגג משאר גגין כו׳ וי״א דוקא כו׳ - כבר כתבתי בס״ק (א) פירושו ובמאי פליגי (סמ״ע).

(ט) שהגגין סמוכין זה לזה - ומתוך שסמוכין זה לזה יכול לראות מתי יעלה חבירו לגגו ויזהר ממנו גם אין בגגין תשמיש קבוע, לאפוקי בחצירות הסמוכין ששם יש בהן תשמיש קבוע (סמ״ע).

(ג) אם האחד אומר: החצי שלי אבנה אותו לרוח מזרח, והשני אומר: לא כי אלא אני אבנה אותו רוח, יפילו גורל. ואם בא אחד לפנינו ותבע ואומר לחבירו: או תעשה אתה המעקה ואני אתן לך חצי ההוצאה או תן לי ואעשנו, שומעין לו. אבל אם המתין עד שעשה חבירו החצי שלו ואמר לו: הואיל והתחלת גמור, אם הלה אינו רוצה, אינו יכול לכופו.

(י) שומעין לו - שמרויחין בזה ההעדפה (שהיו צריכין לעשות כל א׳ בגגו מעט יותר מהחצי כנ״ל בס״א) וגם שאין שום א׳ יכול להסתכל כלל בשל חבירו (סמ״ע).

(יא) אינו יכול לכופו - שיכול לומר למה לא התחלת אתה והיית עושה כולו על שלך אלא שלא רצית לקלקל חומת ביתך להכביד עליה בבנין גם אני מה״ט איני רוצה לעשותו (סמ״ע).

(ד) אם הגגים רחוקים, בענין שאין מסתלק היזק ראייה במה שיבנה כל אחד מעקה לחצי גגו ויעדיף, וצריך לבנות כל המעקה, אם יכולים להסכים שיבנה האחד הכל ויקבל חצי ההוצאה מחבירו, הרי טוב, ויבנה הכל ויכתוב שטר לחבירו שחצי הבנין הוא שלי, ואם לאו, יטילו גורל ביניהם מי יבנה הכל ויקח חצי ההוצאה מחבירו.

(יב) אם הגגים רחוקים כו׳ - כשמרוחקין זה מזה טובא אזי אין מועיל ההעדפה שרואין עדיין כל א׳ מן הצד לגגו של חבירו עד שיבנה האח׳ כל המעקה (סמ״ע).

סימן קס – גג הסמוך לחצר, ושתי חצרות אחת גבוה מחברתה, ובו ג׳ סעיפים.

(א) גג הסומך לחצר חבירו, בעל הגג מזיק לבעל החצר ואין בעל החצר מזיק לבעל הגג. לפיכך צריך בעל הגג לעשות ביניהם מחיצה ד׳ אמות כדי לסלק היזקו, ואין בעל החצר מסייעו אלא כפי שיגיע חלקו למחיצת י׳ טפחים כדי שיהיה נתפס כגנב. ואם קרקע החצר גבוה מן הגג, צריך בעל הגג לבנות על שלו למטה, עד שיהיה גבוה ארבע אמות למעלה מקרקעית החצר, כדי לסלק היזקו. ואפילו אם הגג נמוך מן החצר ד׳ אמות יש מי שאומר דאכתי איכא היזק ראייה ממנו לחצר, וצריך בעל הגג לבנות מחיצה גבוהה ד׳ אמות מקרקע החצר. ויש מי שאומר דכיון שהגג נמוך מן החצר ד׳ אמות, שוב אין לו היזק ראיה ואינו צריך לעשות כלום.

(א) גג הסמוך לחצר כו׳ - מ״ש כאן גג הסמוך לחצר, ר״ל שהן סמוכין בקירוב, דכשאינן סמוכין בקירוב אהדדי א״צ לסייעו בעל החצר לבעל הגג כדי שיהא נתפס כגנב (סמ״ע).

(ב) ואין בעל החצר מזיק כו׳ - הטעם, דבחצר יש תשמיש קבוע ותדיר, ומשום הכי מונע בעל הגג מלעשות תשמישו על גגו ולא יבוא לידי היזק בראייתו של בעל החצר, אבל בעל החצר ניזק מבעל הגג, שאינו נשמר ממנו, כיון שאינו רגיל להיות על גגו, וכמ״ש בסימן שלפני זה סעיף ב׳, ואף שהגג עשוי לדירה אין בעל החצר צריך לסייעו לארבע אמות, כיון שאין תשמיש הגג קבוע ותדיר אין בעל החצר שם מזיק עליה כל כך, משום הכי הצריכו לבעל הגג לחוד לעשות הארבע אמות לסלק הזיקו דבעל החצר התדיר (סמ״ע), וי״א דמיירי דווקא בגגין שאין עשוין לדירה (קצה״ח).

(ג) ואין בעל החצר מסייעו אלא כפי מה שיגיע חלקו למחיצת עשרה טפחים - עד מחיצת עשרה יעשהו שניהם בשוה במקום ובכותל בגויל וגזית כמנהג המדינה, וכשיגיע למעלה מעשרה יעשהו בעל הגג לבדו על חלקו בגובה במחיצת הוצא ודפנא, דעל חלקו יכול להוסיף וכמ״ש הרמ״א סימן קנ״ז סעיף ט׳, ועיין מ״ש בסימן קנ״ז ס״ק י׳ ואכתי צ״ע (קצה״ח), על בעל הגג שיבנה הכל על חלקו כיון שהוא מחויב בדבר, והשני יתן חצי הוצאות ויקבל כתב על חצי האבנים כמו בסוף סימן קנ״ט, ועוד, דודאי יכול להשתמש בהכותל, שאין זה חשוב מתנה, דבשלו הוא משתמש דהא נתן חצי ההוצאה וחצי הכותל הוא שלו, וכי משום שהעמידו על המקום של חבירו לטובת חבירו לא ישתמש בכותל שלו שבנה בהוצאתו עד עשרה טפחים, ואין זה משום מתנה לומר בו שונא מתנות (נתה״מ).

(ד) דאכתי איכא היזק ראיה - אף על פי שאינו יכול להסתכל בכל החצר, מ״מ כשבעל החצר עומד בשפת חצירו רואהו, והי״א השני ס״ל דלא חשו כולי האי (סמ״ע).

(ב) ואם הגג נמוך מהחצר, י״א שאין העליון זקוק לתחתון כלל, וי״א דהני מילי כשהחצר גבוה מהגג עשרה טפחים, אבל אם הוא גבוה מהגג פחות מעשרה טפחים, בונה בעל הגג עד קרקע החצר ורואין כמה חסר עדיין להשלים לגובה עשרה ויתן לו בעל החצר החצי מזה.

(ה) שאין העליון זקוק להתחתון כלל – כנ״ל ס״ק [בסק״ג??] דטעמם הוא, כיון דבעל הגג שם מזיק עליו, מוטל עליו לסלק היזקו, וממילא נפטר העליון: (סמ״ע).

(ו) בונה בעל הגג עד קרקע החצר - מאי שנא בשתי חצירות זו למעלה מזו דהעליון צריך לסייע לתחתון במקום, וכדלקמן סעיף ג׳ ומשום דאם אין יסוד אין בנין, ומש״ה צריך להקציע מקרקע העליונה שיעור עובי חצי הכותל, ובמחיצת עשרה אין העליון צריך ליתן מקום למטה דגבי כותל ארבע שהוא משום היזק ראיה דכיון דאין העליון מרויח בגובהו כלום דהא צריך לבנות כותל ארבע למעלה מקרקע העליונה, צריך נמי לסייע מלמטה ובונה ומפסיד בשפלות קרקעו של התחתון, אבל במחיצת עשרה דמרויח העליון בגובהו דסגי ליה להשלים לגובהו עד עשרה טפחים דהו״ל כאילו כבר בנה עד גובהו, ומש״ה צריך התחתון ליתן מקום שלו עד גובה קרקע העליונה (קצה״ח), וי״א דאם הגג נמוך מהחצר ו׳ טפחים, ואילו בעל החצר ירצה לבנות בשלו על חלקו ד׳ טפחים להשלים לי׳ אין בעל הגג יכול לתבוע לבעל החצר יותר, וא״כ יכול בעל החצר לומר לבעל הגג או אבנה ד׳ טפחים בשלי ותן לי הוצאות על שני טפחים, או אני אתן לך הוצאות על שני טפחים, כמו בסימן קנ״ט סעיף ג׳ ד׳, ובעל הגג ודאי לא יתרצה שיבנה בעל החצר בשלו ד׳ טפחים ושהוא יתן לו הוצאת ב׳ טפחים, כיון דאח״כ יצטרך לבנות על חלקו כל הכותל מלמטה עד ד׳ אמות למעלה מחצירו של זה ויהיו כל הוצאותיו שנתן לחבירו על מגן, וגם אחר שיבנה בעל הגג כותל ד׳ אמות יכול שוב בעל החצר לסתור כותלו כיון שאינו יכול שוב ליכנס לגגו מחמת הכותל שבנה, ומשום הכי א״צ בעל החצר ג״כ ליתן לבעל הגג רק הוצאות על ב׳ טפחים, משא״כ בשתי חצירות דסעיף ג׳ שאינו יכול לומר לו אבנה הכל על שלי ותן לי חצי הוצאה, דלמה יעשה זה למעט אויר חצירו, ואם רוצה בכך כדי להרויח הבנין שלמטה, ורוצה לבנות בחלקו ולהניח לחבירו להשתמש בכותלו ולנעוץ בו קורות מחמת חצי הוצאה שנותן, חבירו ודאי יתרצה (נתה״מ).

(ג) שתי חצרות שקרקעית האחד גבוה מחבירו, צריך העליון לסייע לתחתון לבנות למטה, והתחתון צריך לסייע לעליון עד שיהיה גבוה ד׳ אמות מקרקע העליון ולמעלה. לפיכך יקציעו העפר מקרקע של עליונה שיעור עובי חצי הכותל, ובונין הכותל על קרקע שניהם עד שיהא גבוה ד׳ אמות מקרקע העליונה ולמעלה. הגה: ומס החלר גבוה הרבה, לו שהתחתון אינו רחב להביט בו מרחוק, ומפסד שבמחילה מועטת יסתלק היזק ראיה שלו, סגי במחילה שירלה לבני אדם שאינו מזיק עוד בראייתו.

(ז) שתי חצירות כו׳ - פירוש, ובחצירות כל אחד מזיק לחבירו, משום הכי צריך לסייעו גם העליון להתחתון לבנות למטה, אם לא שהעליון רוצה לבנות כל המחיצה למעלה על קרקע שלו לבדו (סמ״ע).

(ח) לפיכך יקציעו העפר כו׳ - כדין כותל שבין שני חצירות הנ״ל בריש סימן קנ״ז שנבנה על מקום שניהם והוצאת שניהם (סמ״ע).

(ט) ואם החצר גבוה הרבה כו׳ - הא דלא כתבוהו בדין גג וחצר הנ״ל, דבעל הגג צריך לעשות ארבע אמות אף שהחצר גבוה ממנו הרבה והגג אינו רחב, מטעם דכיון דהבעל החצר אין שם מזיק עליו לגבי בעל הגג, דאין שם תשמישו קבוע וכנ״ל [סק״ב??], ואין עליו לעשות מחיצה ארבע אמות, משום הכי הצריכו לבעל הגג לעשותו בכל ענין, כיון דשם מזיק עליו, משא״כ בשתי חצירות דכל אחד שם מזיק עליו, ועל העליון חיוב על כל פנים לסלק היזקו בבנין ארבע אמות, משום הכי ס״ל לרמ״א דאין על התחתון לסייעו לעליון אלא כפי שיעור שיראה לבני אדם שמגיע היזקו. ונראה דהיש מי שאומר כו׳ דכתב המחבר בסעיף א׳, ס״ל דאפילו בגג וחצר אם הגג נמוך ארבע אמות מהחצר א״צ לעשות כלום, אף על גב דשם גם בעל החצר אינו עושה כלום וכמ״ש, מכל שכן דס״ל כן כאן בשתי חצירות הסמוכות ואחת גבוהה ארבע אמות מהשניה, דעל העליון לעשות גובה ארבע אמות וכמ״ש, דהתחתון א״צ לעשות כלום. והמחבר דלא כתב דעתו כאן, משום דאיירי באין החצר גבוה ארבע אמות

מהגג, דאז כיון דעכ״פ על התחתון מוטל לבנות מלמטה למעלה והעליון סייע מלמטה, משום הכי מודה דצריך התחתון ג״כ לסייע לעליון לבנות למעלה. והרמ״א איירי בגבוה הרבה לא כתב דעת אותו הי״א, דאף שגבוה ארבע אמות חיישינן להיזק ראיה (סמ״ע), וי״א בדעת הי״א במחבר בס״א דאפילו אין גובהו אלא שתי אמות נמי התחתון אינו מסייע אלא עד ארבע אמותיו מקרקעיתו והעליון מסייע מלמטה והשאר בונה העליון לבדו (קצה״ח).