

## סימן לז סוכה בחצר בנין משותף

ראשי פרקים

- א. חזקה בחצר השותפים
- ב. חזקת תשמישים בחצר השותפים
- ג. בשימושים שאין נהוג לעשותם בחצר
- ד. שימוש כהאי גוונא בחצר חבירו
- ה. בין סוכה לחזקת תשמישין
- ו. אופן החלוקה
- ז. השטח המשמש מעבר לחנית שמעון

נידוננו בראובן, שמעון ולוי, שכנים בבית משותף בן שש קומות ברמת-גן. ראובן דר בבנין מזה כשבע שנים, ובמהלכן נוהג הוא לבנות את סוכתו בחצר הבנין המשותף. בכל החצר אין אפשרות לעשות סוכה אלא בפינה אחת בגודל כשתי מטר על שתי מטר, וזאת מאחר והמקומות הפוטנציאליים האחרים משמשים מעבר לחניות וכד'. לטענת ראובן - השכן שמכר לו את הדירה, נהג אף הוא לעשות את סוכתו במקום זה.

שמעון דר בבנין למעלה מעשר שנים. את סוכתו הוא נוהג לבנות בקטע צר המשמש כניסה לחנית רכבו. שטח זה מוגדר בטאבו כשטח משותף לדיירי הבנין, אך הוא מהווה את המעבר לחניה השייכת לשמעון. מקום זה אינו מפריע למעבר המכוניות של הדיירים האחרים, וע"כ אין מניעה מבחינת השכנים בעשיית הסוכה במקום זה.

לוי קנה דירה בבנין זה לפני כשלוש שנים. בשנה הראשונה לא בנה לוי סוכה מאחר ולא שהה בדירתו בחג. בשנה השניה בנה את סוכתו על הגג המשותף של הבנין, דבר שהיה עליו לטורח, מאחר והוא מתגורר בקומה הראשונה של הבנין (מול ראובן המתגורר אף הוא בקומה זו).

בטרם יתקדש חג הסוכות תשנ"ו, תובע לוי את ראובן ושמעון שיאפשרו לו לבנות סוכה בשטח הנ"ל ברוטציה, דהיינו - שנתיים מתוך שלוש יבנה כ"א סוכה בחצר, ושנה אחת על הגג.

ראובן טוען שהוא מוחזק לעשות סוכתו במקום זה מקדמת דנא, עוד מכח המוכר שמכר לו את הדירה. שמעון טוען שהמקום שבו נבנית סוכתו, אף שמשפטית הינו שטח משותף לכל דיירי הבנין, מ"מ מעצם היותו משמש מעבר ופרוזדור לחניה, ובלעדיו לא יכול שמעון להחנות את רכבו, המציאות מכתובה שהוא שייך לבעל החניה, דהיינו לשמעון, וע"כ אין הוא חייב לאפשר ללוי לבנות את סוכתו בשטח השייך לו.

## א. חזקה בחצר השותפים

ראשית נידוננו בטענתו של ראובן לחזקה על השטח עליו הוא בונה את סוכתו מזה כשבע שנים, וזאת מכח המוחזקות של מי שמכר לו את הדירה על שטח זה לבניית סוכה. אף שבכגון זה קיי"ל דטענינן ללוקח, וכמשי"כ הרא"ש בסוף כלל צח, הובאו דבריו להלכה ברמ"א חו"מ קמו"ג, היינו אם היה טוען שהמוכר מכר לו את זכות ההשתמשות במקום זה למשך שבעת ימי החג, ויתכן והיה לו להביא ראיה שנמכרה לו זכות זו, עיי"ש בש"ך ס"ק ז ובפת"ש ס"ק ב, אך כיון שאין ראובן טוען שזכות זו נמכרה לו במכירת הדירה אלא טוען למציאות של מוחזקות שלו ושל המוכר, יש לדון מדין חזקת תשמישים של שותף בחצר השותפים.

ובר מן דין, אף אם היה ראובן עצמו טוען מכורה היא בידי או במתנה ניתנה לי ואבד שטרי, והיינו שטוען על גוף הקרקע לתקופה של שבוע ימים בשנה, לא מהני חזקתו. דהנה בב"ב מב"ב, איתא דשותף פעמים שיש לו חזקה ופעמים שאין לו חזקה, דהיכא דנחית לכולה ויש בשדה כדי חלוקה, יש לו חזקה, וכשאינן בה כדי חלוקה, אין לו חזקה. ופירש הרשב"ם שם, וז"ל:

"ארבע אמות לזה וארבע אמות לזה הויא חזקה, דכיון דיש כדי לזה וכדי לזה, אינו מנהג להניח לו האחד להקדים לו חבירו ג שנים אא"כ מכר לו חלקו. דלית בה דין חלוקה. אינה חזקה, דהתם מנהג הוא לאכול זה שלוש או ארבע שנים שלימות כל השדה ואח"כ זה, משום דבשניהם ביחד אינו כדאי, והכי קיימא לן."

הסבר דברי הרשב"ם - דאי החזקה כאן נובעת מחוסר הריעותא באי מחאת השותף, וכדקיי"ל לענין חזקת ג שנים דאין אדם רואה שמשתמשים בשדהו ושותף, וכדאיתא בגמ' ב"ב כט, א. ואף ששם דחתה הגמ' טעם זה והסיקה דחזקת ג שנים מפני שאין אדם נוהר בשטרו ג שנים עיי"ש, דחיית הגמרא הינה לדין ג שנים, דא"כ נתת דבריך לשיעורין, דהני דבי בר אלישיב דקפדי אפילו אמאן דחליף אמצרא דידהו, לאלתר ליהוי חזקה. א"כ בעצם החזקה מונח גם הטעם שאין אדם רואה שמשתמשים בשלו ומוחל, אלא הא דהוי ג שנים היינו מטעם מיזדהר איניש בשטרי. וע"כ כל מקום שיש הבנה והסבר מדוע לא מחה המערער כנגד המחזיק, אמרינן דחזקתו אינה חזקה. והבנה זו אינה פרטית לכאו"א אלא תלויה במנהג העולם, וכנדון שותפים בחצר שאין בה כדי חלוקה, שמנהג העולם שיאכל כ"א מהשותפים תקופה ארוכה מג' שנים, וע"כ אין באי מחאתו משום ריעותא להחיל את חזקת השותף השני. וכן נראה ממש"כ ברישא בדין חצר שיש בה כדי חלוקה, "אינו מנהג להניח לו האחד להקדים לו חבירו...". הרי דביש בה כדי חלוקה, כיון דאינו מנהג, אין דרך שלא ימחה. ומאידך - חצר שאין בה כדי חלוקה דיש מנהג לאכול בכגון זה, ממילא לא שייכת מחאה. אך צ"ל דבכגון זה הוי ריעותא בגוף החזקה, דכל ענין החזקה שהשתמש המחזיק בקרקע כדמחזיקי אינשי, וכאשר יש מנהג להחזיק בכגון זה בחצר השותפים, לא הראה המחזיק בעלות על הקרקע כדי שנדון על חזקתו כחזקה ראויה.

ונדו"ד כחצר שאין בה כדי חלוקה, דהרי בחצר עצמה אין מקום שיבנו שתי סוכות, ואף שניתן לכאורה לחלק את המקום לשתי סוכות של מטר על שתי מטר, מ"מ לא הוי בה דין חלוקה של ד אמות על ד אמות. ועוד, דבחלק הזה אף שאר השכנים שותפים. אך לענין שאר השכנים אפשר דניחא להו בחלקים אחרים, משא"כ שכנים אלו דיונם הוא על החלק שראוי לבניית סוכה. עוד י"ל, דכיון דתרוייהו מודו שלא ניתן לחלק את השטח לשני חלקים, א"כ אף אם היה שם ד אמות לזה וד' אמות לזה, כיון שתרוייהו מודו שאין בדעתם לחלק, אפשר דהוי כחצר שאין בה דין חלוקה

לענין מחאה וחזקה, דכיון שלא שייך שיחלקוה מאחר ולא יהיה לכ"א סוכה הראויה לו ולמשפחתו, ע"כ לא מחה לוי בראובן שבנה שם את סוכתו. דלענין מחאה אפשר שהמציאות של חלוקה התלויה בדעת וברצון השותפים היא הקובעת, ולא החלוקה האמורה במשנה בריש ב"ב. דהא במחאת השותף תליא מילתא, ומחאת השותף תלויה בדעתו אם יש בה כדי חלוקה או אין בה כדי חלוקה. דאם לדעתו אין בה כדי חלוקה - אמאי ימחה, הא רגילות היא שישתמש השותף תקופה מסוימת לבדו. אלא שא"כ נתת דבריך לשעורין, ומ"מ כשניכר לב"ד שאכן לא כדאית החלוקה מבחינת השטח לשני הצדדים, נראה דדינה כחצר שאין בה כדי חלוקה, ולא מהני חזקת השותף.

## ב. חזקת תשמישים בחצר השותפים

עיקר נידוננו צריך להתמקד בשאלה אם הוי חזקה מכח חזקת תשמישים בחצר השותפים. דהנה במשנה ב"ב נו, 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. ותי' הגמ', אלא אמר רב נחמן 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 נחמן אמר רבה בר אבוה הכא ברחבה שאחורי הבתים עסקינן, דבהעמדה כדי לא קפדי ואמחיצה קפדי.

ונראה בבאור 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 כחפצו. 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 וחפציו 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 חפצו."

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 למקומן, 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 נחמן 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 ישתמשו 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 באחורי הבתים שאין הדבר מפריע כ"כ, לא קפדי אא"כ יעשה מחיצה.

ג. בשימושים שאין נהוג לעשותם בחצר

בהמשך מביאה הגמרא תרוץ נוסף, אמר רב יוחנן משום רב בנאה, בכל שותפין מעכבין זה את זה חוץ מן הכביסה, שאין דרכן של בנות ישראל להתבזות על הכביסה. בהסבר תרוץ זה מצאנו שני הסברים בראשונים. הרשב"ם שם (בד"ה בכל), כתב וז"ל:

"בכל תשמישין הקבועים בחצר, דומיא דהעמדת בהמות תנור וכיריים שממעטין אויר החצר, יכולין לעכב אם האחד רוצה לעשות לבדו וחבירו אין רוצים לעשות כן."

גם כאן נוקט הרשב"ם שימושים קבועים שממעטין אויר החצר, ומשמע דדוקא בכגון זה שמונע ממנו את ההשתמשות בחצר יכול למונעו, משא"כ תשמישין ארעיים. ורבינו גרשום שם, כתב וז"ל:

"בכל שותפין מעכבין זה לזה, שלא יעשה מלאכה בחצר שאין חבירו עושה."

רבינו גרשום אינו מזכיר בדבריו תשמישין קבועין ומיעוט אויר החצר ומניעת ההשתמשות של השותף השני, אלא סתמא דמילתא שיכול כ"א לעכב על חבירו מלהשתמש באופן שאין הוא משתמש. וא"ת א"כ לעולם יעכבו האחד את השני, במציאות שכ"א משתמש באופן שונה. י"ל דהכל תלוי במנהג המקום אם הדרך להשתמש באופן זה. א"כ לפירוש רבינו גרשום בתירוץ זה של הגמרא ההקפדה היא על מעשה השימוש של השותף ולא על מניעת השימוש של שותפו. וכפירושו נראה גם מדברי הרמב"ם בהל' שכנים (ה,ג), וכפי שפסק המחבר בחו"מ קסא, ה (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 בחצרותיהם, בכלם השותפין מעכבין זה על זה."

הרי שנקט המחבר דיכול לעכב מהשותף מלהשתמש בכל תשמיש שאין דרך בני אותו מקום להשתמש בחצר, ובמנהגא תליא מילתא. ועיי"ש בבאר הגולה ס"ק י שצ"י את סברת המחבר דיכול לעכב בכל תשמיש שאינו נהוג, לתירוץ רבי יוחנן בגמ' הנ"ל. אלא שבב"י הביא המחבר את פירוש הרשב"ם ולא ביאר באופן שונה. ולכאורה פירוש הרשב"ם ודברי המחבר מתפרשים באופן שונה. ונראה דהני שני הסברים לא פליגי אהדדי, דכאשר משתמש בדבר שרגילות להשתמש באותו מקום, אין השותף יכול למחות בו מכח טענת מיעוט אויר וכו', דהא רגילות להשתמש בכהאי גוונא בחצר, וא"כ אין שותפו יכול למנוע ממנו השתמשות בדרך הרגילות בטענה שאף הוא חפץ להשתמש, לתרוייהו שרי להשתמש באופן הרגיל. וכל אוקימתא של הגמ' על כל תרוציה, אף לפרוש הרשב"ם, מיירי באופן שמשמש בחצר באופן שאין מקובל להשתמש באותו מקום, ובכגון זה יכול למחות בו בטענה שמונע ממנו להשתמש בחצר למטרה הרגילה,

כגון הכנסה והוצאת סחורה. וע"כ, כאשר מעמיד תרנגולים ועושה להם מחיצה, לתרוץ קמא הוי השתמשות באופן לא מקובל המונעת מהשותף מלהשתמש באופן המקובל. ולתרוץ השני, אפילו ללא מחיצה, אם העמיד תרנגולים וכד' ברחבה שלפני הבתים, יש בכך שימוש לא מקובל המפריע לפריקת סחורה או לכניסה ויציאה וכד'. וע"כ לכ"ע יכול למנוע את שותפו להשתמש בחצר בטענה שבשימושו מונע ממנו את השימוש בחצר, דוקא כאשר השותף פועל בחצר בדרך שאינה מקובלת, דהיינו שאין דרך בני אותו מקום לעשות זאת בחצר. והוא הדין בשותפים בשדה וכד', יכול למונעו מלהשתמש במקום בדרך שאינה מקובלת, מהטעם הנ"ל. וכל שדרך להקפיד ולא להקפיד, יכול לבוא השותף בטענת חזקה.

אמנם מדברי הלחם משנה (שכנים ה, ג) מבואר דיש היכי תימצי שיכול להקפיד, אבל אין באי הקפדתו משום חזקה. הלחם משנה הקשה סתירה בין דברי הרמב"ם שם בה"ג, דמבואר דיכול למחות בשותפו שלא יעמיד בהמה או רחיים בחצר, ובה"ה מבואר דדוקא במחיצה הוי חזקה. ותירץ בלח"מ שאף בלא מחיצה יכול למחות אלא שאין באי מחאתו משום חזקה, דיתכן ולא מחה הואיל ואין כאן תשמיש במחיצה, אך מ"מ לא מחל וע"כ לא הוי חזקה. אך במחיצה דהוי דרך קביעות ומניעת תשמיש גדולה ממנו, אי מחאתו מהוה חזקה, עיי"ש.

ומדברי הריב"ש בתשי' (סי' רמח) נמצאנו למדים שענין ההקפדה משתנה בהתאם לקביעות התשמיש. הריב"ש דן במי שהחזיק לפרוק את בהמותיו בשעת הבציר בחצר חבירו, אם הוי חזקה. ובתוך דבריו מתיחס לנידון כזה בגוונא של חצר השותפים, וז"ל:

"כי מה שהעמידוה בגמרא ברחבה שאחורי הבתים, זהו לפי מה ששנו במתניתין, היה מעמיד בהמה בחצר וכו', רוצה לומר בתמידות בלי הפסק, ובזה דרך להקפיד אם לא ברחבה שאחורי הבתים, אבל מ"מ למדנו מן האוקימתא ההיא, שאם המקום הוא שאין מקפידין עליו בתשמיש ההוא, אינה חזקה. ובנידון זה שאינו תמיד בלי הפסק אלא מידי שנה בשנה, אין דרך להקפיד במקום כזה."

לדעת הריב"ש יש לבדוק כל סוג תשמיש לא רק לגופו ומקומו אלא אף לתדירותו. אם יש שימוש שדרך להקפיד עליו כשנעשה באופן תדיר וקבוע, הוי חזקה משנעשה באופן זה ולא מיחה, משא"כ אם נעשה באופן ארעי ואין דרך בני אותו מקום להקפיד בשימוש ארעי מעין זה, לא הוי חזקה מדלא קפיד, דאין דרך להקפיד, ואפשר דאף אם היה מקפיד לא יכל למנוע את השימוש באופן זה. והן אמת דמתרוצי הגמרא מבואר החילוק בין קביעות באופן של מחיצה לארעיות ללא מחיצה. או לתרוץ שני, בין שני סוגים של מקומות, לפני הבתים או מאחריהם. דלפני הבתים דרך להקפיד אף ללא מחיצה. אך מ"מ לומד מכאן הריב"ש את החילוק בין תשמיש לטווח רחוק או תשמיש לטווח זמן קרוב, דתרוייהו היסוד שוה, דרך הקפדת אנשי המקום לפי הנתונים הכללים של הנידון.

ד. שימוש כהאי גוונא בחצר חבירו

כל הנ"ל מיירי לענין חצר השותפים, אך הלכה זו הובאה באופן שונה גם ביחס למחזיק בחצר חבירו. הרמב"ם בהל' טוען ונטען (יב, יד), כתב וז"ל:

"היה מעמיד בהמה במקום מסוים מחצר חבירו, או שהיה מגדל שם תרנגולין, או מעמיד שם תנור וכירים ורחים, או שנתן שם זבלו,

בין שהעמיד מחיצה בין שלא העמיד, אם נשתמש בדברים אלו וכיוצא בהן שלוש שנים ביום ובליילה וטען על בעל החצר ואמר אתה נתת לי מקום זה או מכרתו לי, הרי זו חזקה."

ובהלכות שכנים (ה,ה), כתב הרמב"ם :

"אחד מן השותפין בחצר שהעמיד בהמה או רחיים וכיוצא בהן בחצר ולא מיחה בו שותפו, הרי זה מעכב עליו כל זמן שירצה. ואם העמיד בפני בהמה זו וכיוצא בה מחיצה גבוהה עשרה טפחים - החזיק, שהשותפין מקפידין על המחיצה, והואיל והניחו - מחל. במה דברים אמורים, בחצר השותפין, אבל בחצר חבירו אפילו העמיד בהמתו ועשה לה מחיצה לא החזיק, שהדבר ידוע שאין זו אלא דרך שאלה."

ועיי"ש בראב"ד שהשיגו מדברי הירושלמי דהוי חזקה אף בחצר חבירו. והסתירה העולה מאליה, דבהלכות טוען ונטען כתב הרמב"ם דהוי חזקה בחצר חבירו, ובהלכות שכנים מבואר דלא שייך בכגון זה חזקה. הכסף משנה מעמיד את דברי הרמב"ם בהלכות שכנים בלא חזקת ג שנים, אבל בחזקת ג שנים עם טענה הוי חזקה, כדמוכח בהלכות טוען ונטען. וס"ל לכסף משנה דלראב"ד הוי חזקה בכהאי גוונא לאלתר. ונראה דאף לדברי הכסף משנה איכא לאוקמי את דברי הרמב"ם כאן במחזיק ג שנים אלא שאינו בא בטענה על גופה של קרקע שהיא שייכת לו מכח מכירה או מתנה וכד', אלא שטוען שהוא מוחזק להשתמש בחצר חבירו לגדל תרנגולים אף שהינה של חבירו, וזאת מכח העובדה שהוא מגדל במקום תרנגולים כבר ג שנים. ואם תאמר, ליהמני במיגו דאי בעי טעין שהיא שלו מכח שהחזיק בקרקע ג שנים, והוי חזקה בכהאי גוונא, כמש"כ הרמב"ם בטוען ונטען. י"ל דמיירי שמיחו הבעלים במחזיק שהקרקע שלהם, והוי מחאה לענין הבעלות ולא לענין תשמישים. ועיי"ז ס"ל לרמב"ם דלא מהני מוחזקות זו של תשמישים אפילו ג שנים, דאלי"כ אין לך אדם משאיל לחבירו, שמא יטען שהוא מוחזק לג' שנים. ואפשר דהראב"ד ס"ל דירושלמי מיירי נמי במוחזק ג שנים, אלא דס"ל דדוקא בג' שנים מהני חזקת תשמישין מעין זו. ועיי"ע במש"כ הגרא"ז בספרו אבן האזל (שכנים ה,ה). ועיי"ע במה שהכריע הסמ"ע קנג, לב דבמחזיק בשל חבירו בעינן לחזקת ג שנים, משא"כ בעושה בתוך שלו ומזיק לחבירו, דהוי חזקה לאלתר. ואי"כ אפשר דבחזקת גידול תרנגולים בחצר חבירו לא מהני אף בהחזיק ג שנים, דבפחות מכאן פשיטא דלא מהני חזקתו. [ולהלן יבואר החילוק בין חזקת תשמישין דסולם וקורה לחזקת תשמישין זו.]

גם הסמ"ע קמ, כב חילק דלשיטת הרמב"ם בחצר חבירו בעינן ג שנים וטענה, ובחצר השותפים הוי חזקה במחיצה ולא לאלתר, כיון דקפדי במחיצה לאלתר. ומדבריו עולה דמיירי הרמב"ם בשתי מהויות שונות. בהל' טוען ונטען מיירי הרמב"ם לענין חזקת בעלות כשטוען מכרת לי ושטר היה לי ואבד, שהשימוש מהוה חזקה לטענתו, ובהל' שכנים מיירי לענין חזקת תשמישין, וחזקה זו תלויה באופן שימוש היוצר הקפדה, וכאשר עבר המשתמש את סף ההקפדה ולא מחה בו שותפו, הוי חזקה לתשמיש שהחזיק בו.

והנה המאירי בחידושו לב"ב (כג,א), כתב וז"ל :

"כל הנזיקין שאמרו עליהם שיש להם חזקה, ר"ל חזקת מחילה, כתבו גדולי המפרשים שאינה חזקה אלא לענין שאינו יכול לכופו לסלק היזיקו, אבל אם רצה זה לבנות אחר כן ובבנינו מתקלקל אותו שעבוד שהחזיק חבירו בה, אין המחזיק יכול למחות בידו, שאם לא כן הרי

הוא ממעט קרקעו ואין חזקת מחילה מועלת בהמעטת גוף הקרקע."

ההסבר בדברי המאירי, דמהני חזקת תשמישין רק לענין מה שהחזיק, דהיינו שימוש תוך כדי מניעת שימוש של בעל הקרקע, אף שיש בכך משום הפקעת זכויות תשמישין של בעל הקרקע, דכל מוחזקותו היתה לשימוש תוך כדי ביטול זכות שימוש של הבעלים, אך אין במוחזקותו כח לבטל זכויות קניניות בגוף הקרקע, וע"כ אם רוצה לממש את זכותו הקנינית בגוף הקרקע ע"י בניה, אין חזקת תשמישין יכולה למנוע מהבעלים מימוש זכות זו. ונראה דהוא הדין בחזקת שותף, שאם יבוא השותף וירצה לחלוק, ויטען השותף שכבר החזיק בחצר לגדל תרנגולים, לכל אוקימתא בגמרא ע"פ ההיכוי תימצי שלה, וע"כ ירצה למנוע מהשותף לחלוק בחצר שיש בה דין חלוקה או לטעון גוד או איגוד באין בה דין חלוקה, יש בכך משום מניעה של מימוש זכויות קניניות, ואין בכח חזקת תשמישין למנוע מימוש זכויות אלו.

אלא שצריך להבין מש"כ הרמב"ם בהל' שכנים (ה,ה): "שהדבר ידוע שאין זו אלא דרך שאלה, והוא הדין לכל המעמיד תנור וכיריים ומגדל תרנגולין וכיוצא בהן, שאם תאמר החזיק, אין לך אדם שמשאיל מקום לחבירו". ולכאורה צ"ב, מאי שנא מכל חזקת תשמישין שמחזיק בחצר חבירו, כגון בסולם (ב"ב נח,ב-נט,א) ונעיצת קורות (ב"ב ו,א), דבמציאויות מסוימות הוי חזקה, ואמאי לא נימא שאינו יכול להחזיק, דאל"כ אין לך אדם משאיל מקום לחבירו לסולמו ולקורותיו. ואפשר דלענין קורות מיירי בדרך בנין, שחפר גומות בכותל להכניס ראשי קורות, עי"ש ברש"י ד"ה ובאקבועי, וברמב"ם שכנים ג,א, וכל שהוא דרך בנין אינו על דרך שאלה, ולא שייכא בכהאי גוונא סברת הרמב"ם "שהדבר ידוע שהוא על דרך שאלה", דדוקא תשמישים שאינם באמצעות מעשה בנין יש רגילות להשאיל מקום בחצירו, משא"כ בתשמיש שהוא על דרך בנין וקביעות. והוא הדין לענין סולם המצרי, למש"כ רש"י במשנה (נח,ב ד"ה סולם המצרי), וז"ל:

"קטן הוא הלכך אין לו חזקה, דכיון דלאו מילתא דקביעותא הוא, לא קפיד ולא חש למחות."

ובסולם צורי הוי מילתא דקביעותא, וכיון דהוי מילתא דקביעותא הוי חזקה. וזו סברת הנימוק"י שם (לא,א בעמוה"ר) דאף בסולם המצרי אם קבעו במסמר, הוי מילתא דקביעותא והוי חזקה. ואפשר דהוא הדין במגדל תרנגולין ועשה מחיצה, דבמחיצה הוי מילתא דקביעותא והוי חזקה. ומ"מ מבואר דלרמב"ם לא מהני חזקה בחצר חבירו דוקא באופן כשמוכח שהוא על דרך שאלה, אבל כשהשימוש נעשה באמצעות בנין והוי מילתא דקביעותא, יש לו חזקה אף בחצר חבירו.

ה. בין סוכה לחזקת תשמישין

לאור האמור לעיל אין לדמות נדון דידן לחזקת תשמישין, דבחזקת תשמישין השתמש השותף בשימוש לא מקובל, ובאמצעות שימוש זה הוא מנע משותפו את השימוש המקובל. כאשר נעשה בחצר שימוש חריג בקנה מידה של מנהג המקום, אי מחאה של השותף מקנה למשתמש חזקה בשימוש בחצר באופן החריג. כמובן שיש מציאות שבה יכול השותף למחות, אך אין באי מחאתו משום מחילה או חזקה למשתמש, וכמו שנתבאר לעיל. כח החזקה של השותף נובע מהיותו משתמש באופן שע"פ הלכות שותפין יכל השותף למונעו מלהשתמש באופן זה. אולם בנידו"ד אין עשיית סוכה מהוה שימוש חריג בחצר, כשהסוכה נבנית כסוכת מצוה למשך שבעה ימים, ואין היא גורמת הפרעה בשימוש השוטף. התביעה של לוי היא שגם הוא חפץ לבנות סוכה במקום זה, ולחלק זכות זו בינו לבין ראובן ושמעון. שימוש בדרך הרגילה, אף שבעקבות

שימוש זה נמנעה מלוי האפשרות לבנות סוכה, אין בה בכדי להוות חזקה של ראובן בתשמיש זה מדין חזקת תשמישין, דבכגון זה אינו יכול להקפיד על שותפו, דמאי חזית, דכל זמן שלא חלקו רשאי להשתמש בכולה.

והנה הרשב"א בתש" (ח"ב סי' קמא) דן בשנים שלקחו בשותפות מקום ישיבה בבית הכנסת, כיצד יחלקו ביניהם את אופן הישיבה. ודן הרשב"א אם יש דינא דחלוקה לזמנים, דמשמעות הגמ' בב"ב יג,א דלמ"ד דאית ליה דינא דגוד או איגוד, לית ליה דין חלוקה לזמנים, דדינא דבכור ופשוט נאמר למ"ד דלית ליה דינא דגוד או איגוד. ומסתפק הרשב"א בדין זה, ומסיק וז"ל:

"מכל מקום כך נראה לי הדין באמת כמו שכתבתי, ואפילו במקום ישיבה של בית הכנסת שאי אפשר לשניהם להשתמש בו כאחד, כשיסתלק זה, ישב בו זה. קדם וישב בו היום, יקדים השני למחר וישב בו. ואפילו בחצר שאין בה דין חלוקה כך הוא, שבמקום שזה משים בו כליו או חבילתו לשעה, אי אפשר להשתמש זה בחבילתו וזה בחבילתו כאחד, אלא כשסתלק זה לשעה משתמש בו שני לשעה. ומיהו אפילו למ"ד אית דינא דחלוקה לזמנים, מסתברא שאי אפשר בכל כי הא לימים ולא לחדשים אלא לשנים, דאי אפשר להם לטרוח בכל יום, דאע"פ שאין כאן טורח פינני כלים, אין לך טורח גדול מזה שישב כאן יום אחד וכאן יום אחד, שזה כחוכא והפסד יש בדבר.

ואם אירע שישב בו האחד בשתיים ושלוש שנים, נראין לי דברים ברורים שאינו חייב להעלות לו שכר, דכל שלא חלקו, בשלו הוא משתמש, ואפילו בחצר שיש בה דין חלוקה נמי, וכל-שכן בחצר שאין בה דין חלוקה, דלא דמי לדר בחצר חבירו שלא מדעתו. והוא הדין דאינו יכול לומר לו כדרך שהשתמשת בו שתי שנים אשתמש בו אני לבדי כנגדן, דכל שלא חלקו, בשלו הוא משתמש, ואילו רצה חבירו היה משתמש בו."

מדברי הרשב"א מבואר דלשיטתו אין דין חלוקה למ"ד אית דינא דגוד או איגוד, וע"כ כל הקודם זוכה, וכ"א יכול להשתמש כרצונו, וכשיקום ממקומו, יתפוס את המקום שותפו. וס"ל דאף למ"ד דיש דין חלוקה לזמנים, חלוקתן תהא לשנים, ולא לימים וחוודשים, דהיינו שישב במקום זה שנה שותף אחד, ושנה שלאחריה ישב שותף אחר. עוד מבואר מדברי הרשב"א, שאף למ"ד דיש חלוקה לזמנים יש לחשב את אופן החלוקה מכאן ולהבא, וזאת מבלי להתחשב בזמן השימוש של כ"א מהשותפים קודם החלוקה. ומ"מ זה פשוט וברור שאין יכול השותף שהשתמש במקום בית הכנסת ב' או ג שנים, לבוא ולטעון שאין לשותפו רשות להשתמש במקום מכאן ולהבא וזאת מכח החזקה ומדלא קפיד, דכיון ששימוש במקום נעשה כדין, אף אם היה השותף מקפיד, לא מהני ליה ולא מידי, דזו זכותו המלאה של כ"א מהשותפים לשבת במקום זה בביהכני"ס.

ועיין בכסף הקדשים (קעא, ח) שהסביר את סברת הרשב"א דכן הוא דרך קנין השותפות, שבזמן שישתמש בו אחד מהם יהיה כאילו איגלאי מילתא למפרע שהקנין חל לו לבדו בזמן השימוש, וכמשי"כ הר"ן בנדריים בר"פ השותפין (מה, ב). אך עיקר טעמיה דהרשב"א דכיון דהיה ביכולת השותף לקבוע חלוקה לזמנים או לחלוק בגוד או איגוד, ומדלא בצע חלוקה זו הניח את דין החלוקה ע"פ ההלכה דיש ברירה, דהיינו שבשעה שהשתמש בחלקו השתמש ולא בחלק חבירו. ונפק"מ אם לא יכל לתבוע חלוקה, כגון שברח למדינת הים וכד', יוכל לתבוע שהחלוקה מכאן ולהבא תבוצע



באופן שינוכה מזכות השותף את הזמן שהשתמש בעבר, עיי"ש. [ועי"ע במגן אברהם קלב, ב מה שרצו ללמוד מדין זה לדין חלוקת קדיש בין שני יתומים].

ולמש"כ לעיל יהיה נפק"מ גם לבנין משותף שיש בו שטח חניה השייך לכל הדיירים, ואחד הדיירים החנה במקום את מכוניתו תקופה מסוימת, וכעת רוצה שכן אחר לחנות ג"כ את מכוניתו במקום זה, וטוען הדייר שהחנה בעבר לחזקה, ואילו הדייר שחפץ לחלוק טוען שהשטח שייך לכולם בשוה. למש"כ ברור ופשוט דלא שייך חזקה בכהאי גוונא, ועליהם לחלוק מכאן ולהבא בשוה. ועי"כ לא נלענ"ד מש"כ הגרי"י בלוי שליט"א בספרו "פתחי חושן" (שותפים פרק ד, הערה לו), וז"ל:

"בעצם החזקה בשטח החניה, נראה שאם אחד החנה את מכוניתו במקום מסוים אפילו פעם אחת, שוב אין השאר יכולים לדחותו ממקום זה, ואפשר שע"ז כתב הרמב"ם שבחצר השותפין הוי חזקה מיד."

ואתמהה, מה ענין חזקה בחצר השותפים שכתב הרמב"ם לנידון החניה. הרמב"ם מיירי כאשר משתמש בשימוש חריג, ובכגון זה אינו יכול המשתמש לבוא מכח זכותו להשתמש בחצר, ומדלא מחה בו שותפו, הוי חזקה לאלתר. משא"כ כשהשתמש בחצר השותפים בשימוש הראוי לה, וכגון חונה רכבו בחניה, אף אם יבוא השותף וימחה בו - אינו יכול, דכל זמן שלא חלקו, שרי ליה לחנות רכבו כאוות נפשו וכל הקודם זוכה, ואין יכולין לסלקו אא"כ יעשו חלוקה בזמנים, או שיחנה רכבו כשיצא הלה עם רכבו מהחניה. ועי"כ לענ"ד אין לדמות מילתא דחניה למילתא דחזקות תשמישין.

#### ו. אופן החלוקה

לאחר שהבהרנו שאין שימוש של ראובן מהוה חזקה, ויכול לוי לדרוש חלוקה מכאן ולהבא, יש לברר כיצד יש לחלוק, האם לזמן או כל הקודם זוכה וכו'. דמדברי הרשב"א בתש"י שהובאה לעיל משמע דלית לן חלוקה לזמנים וכל הקודם זוכה, ולזה נוטה דעתו, אף שהביא גם את הדעה דעבדין חלוקה לזמנים ויש לבצעה באופן הגיוני שלא יגרם טורח בחלוקה. ברם, מדברי הרמב"ם מפורש יוצא דעבדין חלוקה לזמנים, וז"ל הרמב"ם בהל' שכנים (א, ב):

"אמר כ"א מהן איני קונה אלא הריני מוכר חלקי ... או שאין אחד מהן רוצה לא לקנות חלק חבירו ולא למכור חלקו אלא ישארו שותפין בגוף, היאך הן עושין. אם היה המקום עשוי לשכר, שוכרין אותו וחולקין שכרו. ואם אינו עשוי לשכר, אם חצר היא, שוכנין בה שנה שנה, שאי אפשר שישכנו שניהם כאחד מפני היזק ראייה ..."

מדברי הרמב"ם מבואר דעבדין חלוקה לזמנים, וכ"כ הרב המגיד שם בשם הר"י מיגאש, דאע"ג דעבדין חלוקה לזמנים רק למ"ד דלית ליה דינא דגוד או איגוד, ואנן קיי"ל כדברי האומר גוד או איגוד, מ"מ "בזמן שאין אחד מן השותפים אומר כן, יש לנו דין חלוקה בזמנים. ומ"מ הכל לפי מה שהוא דבר, שאם היה בית וכיוצא בו, אין חולקין אלא משנה לשנה שאין לטרוח בפחות מכן". וכדעת הרמב"ם פסק המחבר בחו"מ קע"ח. ובנדו"ד דלא שייך לומר גוד או איגוד, שהרי שטח זה שייך לעוד שכנים, ועליו להשאר כחלק מהרכוש המשותף, וכל מחלוקתם היא על השימוש בימי זמן שמחתנו, אפשר דגם לרשב"א עבדין חלוקה לימים, עיין במש"כ בשמו השטמ"ק ב"ב יג, ד"ה עוד ק"ל. בפרט ששם (בד"ה נמצא) מצדד הרשב"א דיש חלוקה לזמנים אף לדין דאית לן דינא דגוד או איגוד, ועי"ע במש"כ החזו"א (ב"ב טז, ז). עי"כ יש לחלק את השימוש בחצר לזמנים. [ואין מקום לחלק את גג כנגד חצר,

כיון דלא הוי תשמישיהם שוים, לא מחלקים אחד כנגד השני אלא כ"א מחלקין לשנים, עיין ברמ"א חו"מ קעא, יד ובנו"כ שם, ואכמ"ל. ומ"מ אין לנו לחשב בחלוקה שמכאן ולהבא את התקופה בה בנה ראובן סוכה, וכמ"כ הרשב"א בתש"י הנ"ל, וכדבריו פסק הרמ"א להלכה בחו"מ קעא, ח.

אלא שבנדו"ד יש ללוי דירה בת חמישה חדרים, בעוד שלראובן דירה בת שלושה חדרים. חלקו של לוי ברכוש המשותף גדול בכאחד ושני שלישי מחלקו של ראובן. לכאורה לפי מאי דקיי"ל דבכור ופשוט שירשו עבד ובהמה טמאה, דעובד לבכור יומיים ולפשוט יום אחד (ב"ב יג, א), וכ"פ הרא"ש בתש"י (כלל צח, ד) לענין שני שותפים שלאחד שני חלקים ולאחד חלק אחד דחולקים השימושים באופן של שני שלישי ושליש, וכ"פ המחבר בחו"מ קעא, ח, א"כ גם בנדו"ד יבנה לוי סוכה חמש שנים מתוך שמונה, וראובן יבנה שלוש שנים.

ברם, לענ"ד אין לבצע חלוקה אלא באופן שוה. ראשית, גם בחלוקה של חמש שמיניות ושלוש שמוניות, לקתה מידת הדין. שהרי החלוקה צריכה להיות ע"פ שטח ולא ע"פ חדרים, ובחישובי שטח קשה להגיע לחלוקה מדויקת. אך עיקר הטעם שאין לחלוק בני"ל, שהרי אין השטח שייך רק להם אלא הוא בבעלות כל השכנים, שהרי כשבאים אנו לקבוע חלוקה עלינו לקבוע זכות השימוש ע"פ חלקו היחסי של כ"א מהשכנים ברכוש המשותף, ואין באפשרותינו לחלוק רק בין ראובן ולוי, אלא שבשלב זה יודעים אנו שיתר השכנים מוחלים לראובן ולוי. ולא דמי לשותפים שכ"א משתמש כרצונו, שהרי באים אנו ליצור חלוקה בין שותפים לזמנים מוגדרים. א"כ אין להם כאן זכויות מלאות של חמש שמיניות ושלוש שמיניות, ובכגון זה לא נשנתה ההלכה של חלוקה לפי אחוזי בעלות, דהלכה זו שייכת רק כששניהם בעלים יחידים על הקרקע ולא בנדון של שותפים אחרים שמוחלים להם בשלב זה את זכות השימוש. [כמו כן לא נראה לברר אצל כל שכן ושכן למי הוא מוחל את זכות השימוש, א - מבחינה פרקטית, ב - היות והדבר הפיך, דהיינו שיכול השכן המוחל לשנות בשנה הבאה את דעתו ולרצות גם הוא לעשות סוכה ולהנות מזכותו זו, וא"כ לא שייך לחשב ולפסוק לטווח ארוך ע"פ דעתם הניתנת לשינוי של השכנים]. ע"כ יחלקו ראובן ולוי את השימוש בשטח בחניה באופן שאחד מהם יבנה סוכה שנה אחת בחג הסוכות, ובשנה שלאחריה יבנה האחר. [ואין לחלוק את חג הסוכות לשני חלקים, כלומר שכ"א ישתמש מחצית חג, דלא עבדינן חלוקה בכהאי גוונא, וכמ"כ הרמב"ם והרב המגיד והרשב"א הנ"ל, וז"פ].

הקביעה מי יבנה את סוכתו ראשון לאחר קביעת החלוקה (דהיינו בחג הסוכות תשנ"ו) תהיה באמצעות גורל. כן עולה מדברי הרא"ש בתש"י (כלל צח, ד) בנדון שני שותפים שלאחד שני חלקים ולאחר חלק אחד, דמשתמש זה שנתיים וזה שנה אחת, "ויעשו ב' גורלות, אחד של שנה ואחד של שתי שנים, ואותו שיש לו ב' חלקים ישתמש שתי שנים רצופים". וכ"פ המחבר בחו"מ קעא, ח, וע"ע בערוך השולחן קעא, י. לאור זאת יבצע ביה"ד גורל בנוכחות ראובן ולוי על-מנת לקבוע למי זכות הראשונים בבניית הסוכה. [בטרם ביצענו גורל, הסכימו ראובן ולוי שזכות הראשונים תהא של ראובן. לאור זאת, בשנת תשנ"ו יבנה ראובן את סוכתו במקום הנ"ל, ובשנת תשנ"ז יבנה לוי את סוכתו שם, ובמחזוריות זו ינהגו לאורך ימים ושנים טובות].

ז. השטח המשמש מעבר לחנית שמעון

מעתה צריכים אנו לברר האם יש לראובן ולוי זכות תביעה לבנות סוכה על השטח בו בונה שמעון את סוכתו. כפי שציינו בראשית הדברים, המקום בו בונה שמעון את

סוכתו נמצא בחלק הרכוש המשותף המשמש מעבר לחניה הנמצאת בבעלותו הפרטית. האם כיון שהשטח שייך לרכוש המשותף יש לכלל השכנים זכות שימוש בחלק זה, או כיון שהשטח הינו הכי תימצי יחיד לחנית שמעון, יכול שמעון למנוע מאחרים לבנות סוכה כיון שיש בכך חסימה לחניתו.

ואין לדמות נדו"ד להא דאיתא בב"ב יא,א דחצר המתחלקת נותן לכל פתח ד אמות של פירוק המשא, דדין זה שייך רק כאשר באים לחלוק את החצר בין השותפים, שיש לתת לכל פתח ד אמות ובלאו הכי אין החצר ברת שימוש וברת חלוקה, אולם בנדון דידן אין מדובר בחלוקת החצר אלא בחלוקת שימוש לזמנים, ובכגון זה החצר דינה כחצר המשותפת לכל דבר. מה עוד שדין ד אמות לכל פתח קיים רק כאשר זכו שנים מן ההפקר ולא כאשר קנו במשותף, וכמש"כ הרא"ש שם בה"ל לח, וכ"פ הרמב"ם בה"ל שכנים (ב,יב), וכ"ה דעת המחבר בחו"מ קעב,א, וע"ע ברא"ש ה"ל לח מה שכתב לישב את הקושיא מאחים שחלקו. לאור זאת, אפילו יבצעו השכנים חלוקה של כל השטח המשותף, לא יעלה לזכות בעלי החניות ד אמות של כניסה ויציאה, אלא עליהם לקנותו בדמים או לשום שטח אחר תמורתו.

בגמ' ב"ב יא,ב, אמר רב הונא, אחד מבני מבוי שביקש לסתום כנגד פתחו, בני מבוי מעכבין עליו שמרבה עליהן את הדרך. ואיתיבי הגמ' על רב הונא, והסיקה - דתנאי היא. ופירש רש"י (בד"ה שביקש לסתום כנגד פתחו), "להקיף מחיצה סביבות ד אמות שיש לו במבוי כנגד פתחו". ובתוס' שם (בד"ה אחד) פירשו באופן שונה, שרוצה לסתום כנגד פתחו את כל רוחב המבוי. והרמב"ם בה"ל שכנים (ה,טז), כתב וז"ל:

"חמש חצירות הפתוחות למבוי שאינו מפולש, כולן משתמשות עם החיצונה והחיצונה משתמשת לעצמה. וכן השניה משתמשת לעצמה ומשתמשת עם החיצונה ואינה משתמשת עם השאר. נמצאת הפנימית משתמשת עם כולן ומשתמשת לעצמה. לפיכך אם בנה בעל השניה אצטבה כנגד פתחו וסתמו, אין החיצונה יכולה לעכב עליו, אבל כל הפנימיות מעכבות עליו מפני שמרבה להן באורך הדרך, שהרי מקיפין האצטבה."

וכ"פ המחבר בחו"מ קסב,ז. [ועיין בתורת חיים (ב"ב יא ד"ה אחד) מה שכתב בבאור דברי הרמב"ם. וע"ע בחזו"א (ב"ב ו, יד) דמחלוקת הרא"ש והרמב"ם היא היכן נקבע הגבול בו יכולה הפנימית לחסום, האם הפנימית פותחת עד לפתח החיצונה (רמב"ם), או שפתח הפנימית הוא הקובע את הגבול, עיי"ש.]. לפ"ז אף במבוי שלית ליה ארבע אמות לפתח (עיין בתורת חיים הנ"ל), מ"מ יכול לבנות אצטבה במבוי במקום שאינו מפריע את שימוש שאר דיירי המבוי.

ועיקר הטעם שרק שמעון יכול למנוע מראובן ולוי לבנות סוכה, שהרי יכול למונעם להשתמש במעבר שיפריע לו לחנות את רכבו, שהרי לשם זה נועד המעבר. ומה שטוענים ראובן ולוי דכיון שהרשות היא משותפת, שלא יבנה שמעון סוכה אלא ישאר המקום מעבר לחניה (של שמעון), נלענ"ד שאף אם שמעון לא היה שותף במעבר זה, אינם יכולים לכופו, וזאת מדין זה נהנה וזה לא חסר. דהא חצר זו דינה כלא עבידא למיגר, דכיון דעשויה למעבר לחניה לא שייך להשכירה. ואף דלכתחילה יכול למונעו אף בחצר דלא עבידא למיגר, מ"מ בכגון זה לא יוכלו למונעו, ע"פ מש"כ הראשונים, המרדכי (סי' טז) והנימוק"י (ב"ק ט,א בעמוה"ר), וז"ל המרדכי:

"כתב רבינו אבי העזרי, שמעתי דמצי למיכפייה, דהא כופין על מידת

סדום. ויש מפרשים דאין כופין אלא כגון היכא דאפילו אי הוה בעי לארווחי בהא מילתא לא מצי לארווחי, הלכך כייפינן ליה כיון דלא חסר מידי, אבל היכא דאי הוה בעי בעל החצר לאיגורי הוה מירווח, השתא נמי כי לא מוגר ליה לא כייפי ליה."

דברי המרדכי הובאו להלכה ברמ"א חו"מ שסג,ו. וא"כ בנידון דידן שאפילו ירצו ראובן ולוי או השכנים האחרים להנות ממקום זה, לא יתאפשר להם הדבר כיון שהמקום נועד למעבר לחנית שמעון, א"כ כייפינן להו לכתחילה שיאפשרו לשמעון להנות ממקום זה. ואף שיש מהאחרונים שהקשו על פסק הרמ"א, דלכאורה הדין תלוי במחלוקת הרמב"ם והרא"ש בדין אחים או שותפים שבאו לחלוק וביקש אחד מהאחים שיתנו לו חלק בסמוך לשדהו (ב"ב יב,ב), דדעת הרמב"ם בהל' שכנים (יב,א) דכופין על מידת סדום, והרא"ש (פ"ק דב"ב המ"ו) פליג עליה וס"ל דאין שומעין לו אלא צריך להעלות בדמים עד שיתרצה חברו. וא"כ לדעת הרא"ש לא כפינן ליה לכתחילה, וא"כ דברי המרדכי והנימוק"י הנ"ל יהיו תלויים במחלוקת ראשונים זו, ואמאי הכריע הרמ"א בפשיטות דכפינן ליה. שאלה זו הקשו הנודע ביהודה (תנינא, חחו"מ סי' כד), והבית אפרים בתש' (חחו"מ סי' מט), עיי"ש.

אלא שאם כדבריהם, יש להקשות על הרמ"א מדידיה אדידיה, דבחו"מ קעד,א הביא הרמ"א להלכה את דברי הרא"ש, ואילו בסי' שסג,ח הביא להלכה את דברי המרדכי ללא חולק. ועוד, דא"כ יוקשו דברי המרדכי אהדדי, דבסוף פ"ק דב"ב כתב בנידון האחים שחלקו, דדינים דכל דאלים גבר, הביאו הרמ"א חו"מ קעד,א, ואילו בב"ק כתב דיכול לכופו לכתחילה.

ע"כ נלענ"ד לחלק בין נידון האחים שחלקו למי שבא להנות מדירה דלא עבידא למיגר. בנידון האחים שחלקו, לשיטות דכפינן, כופין אותו לכתחילה וקובעים את בעלות השטח לאח המצרן. אין כאן רק שימוש בזכויות אלא הקנאת בעלות על קרקע או חפץ, בכגון זה ס"ל לרא"ש דכיון דהוי כמכירה, דהאחים שחלקו לקוחות הן, אין אנו יכולים לכופו למכור ולתת בעלות על הקרקע לאחיו המצרן. אבל כאשר רוצה אדם להשתמש במקום שאין הבעלים יכולים להנות ממנו, אין כאן כפיה לתת למשתמש בעלות אלא רק לאפשר לו להנות מפירות הקרקע, דאין כאן כפיה על העברת בעלות אלא סילוק טענה. משא"כ באחים שחלקו צריך האח המצרן שתהא השדה קנויה לו, לא כפינן ליה להקנות את חלקו להעביר בעלותו. וע"כ בנהנה שאינו צריך קנין, ס"ל לרמ"א דאף הרא"ש מודה דכפינן ליה על מידת סדום, ורק בגוונא דדמי למכירה לא כפינן ליה ורשאי להעלותו בדמים, כ"נ בבאור שיטת הרמ"א. וע"כ בכגון נדו"ד, אף בחצר חבירו יכול לכופו.

ובפרט בנדו"ד ששמעון אינו בבחינת משתמש בחצר חבירו, שהרי שמעון אף הוא שותף בחצר, ואין שימוש מהוה שימוש חריג, שהרי אין בבנית סוכתו שם שום הפרעה אלא לו עצמו, ואף שלשאר הדיירים יש מניעה להשתמש כדי שלא יפריעו לחנית רכבו של שמעון, מ"מ לגבי שמעון שאין מניעה זו, יכול הוא להשתמש במקום זה לבנית סוכה, ואין לראובן ולוי כל זכות להתנגד או לתבוע לבנות סוכה במקום זה.

לאור האמור לעיל:

א. זכות בנית סוכה בשטח בו בנה ראובן את סוכתו, תחולק שוה בשוה

בין ראובן ולוי.

ב. זכות הראשונים תהיה של ראובן, וזאת לאור הסכמת לוי. לאור זאת, בשנת תשנ"ו יבנה ראובן את סוכתו במקום הנ"ל, ובשנת תשנ"ז יבנה במקום זה שמעון את סוכתו. ובמחזוריות זו ינהגו ביניהם לאורך ימים ושנים טובות.

ג. האמור בסעי' א וסעי' ב מותנה בכך שלא תועלה שום תביעה מצד שכן אחר לבנות סוכה במקום זה (או כל תביעה אחרת לשימוש במקום).

ד. שמעון רשאי להמשיך ולבנות את סוכתו במקום המעבר לחניה שבבעלותו, ואין לראובן ולוי כל זכות לבנות סוכה במקום זה.

#### מסקנות

א. קנה אדם קרקע וטוען לזכויות בקרקע מכח חזקת המוכר, עליו לטעון שזכות זו נמכרה לו.

ב. 1. פעמים שיש לשותף חזקה בחצר השותפים מכח חזקת ג שנים, ופעמים אין לו חזקה. כאשר המקום הינו בר חלוקה, יש לשותף חזקה אם טוען לבעלות על המקום.

2. טעם הדין - כיון שיש במקום כדי שימוש לכל השותפים, אין דרך השותפים להניח לאחד השותפים להשתמש ג שנים, ומדלא מיחו - הוי חזקה.

3. לטעון זה, הקביעה אם המקום הינו בר חלוקה או לא, תלויה בנסיבות המקרה הנידון.

ג. 1. השתמש שותף בחצר השותפים וטוען לחזקה על שימוש זה, הדבר תלוי במהות השימוש. אם השתמש בדבר שיש הקפדה מצד השותפים בשימוש זה ולא מיחו בידו, יש לו חזקה לתשמיש זה.

2. גדר ההקפדה - לא על אופן השימוש אלא על המניעה שמונע מהשותפים האחרים להשתמש במקום.

3. אין שותפים יכולים למחות מכח טענה של מניעת תשמישים, כאשר השותף משתמש באופן שכן הוא המנהג להשתמש בחצר השותפים.

4. לדעת הלחם משנה - יכולים שותפים למחות שלא להעמיד בחצר בהמה או תנור, אף כשאינו עושה מחיצה, ומ"מ אין באי מחאתם משום חזקה.

5. עצם החזקה בנ"ל תלויה במידת ההקפדה, וזאת בהתאם לקביעות התשמישין.

ד. העמיד בהמה בחצר חבירו ג שנים, הרי זו חזקה, אם בא בטענה שבעל החצר מכר לו זכות זו.

ה. חזקת תשמישין מועילה רק לענין מה שהחזיק, אך אין במוחזקותו כח לבטל

זכויות קניניות בגוף הקרקע, וע"כ אם רוצה שותף אחר לממש את זכותו בקרקע ע"י בניה, אין חזקת התשמישין יכולה למנוע מהשותף האחר את מימוש זכותו הקנינית.

- ו. בחזקת תשמישין יש לבחון אם מדובר בשימוש על דרך שאלה או על דרך בנין בקביעות.
- ז. בניית סוכה בחצר המשותפת אינה בבחינת שימוש חריג, ואין אחד השכנים יכול לעכב. לכן אין גם באי המחאה משום חזקה כנגד השכנים האחרים. והוא הדין בשכן שהשתמש בחניה המשותפת לכל דיירי הבנין.
- ח. 1. שותפים החפצים לחלק ביניהם שימוש בחצר שאין בה כדי חלוקה לשימוש מקביל, חולקים את השימוש לזמנים.  
2. החלוקה לזמנים תהיה מכאן ולהבא, ואין לנכות את הזמן שהשתמש אחד השותפים קודם לחלוקה.  
3. החלוקה בין השותפים צריכה להיות לפי אחוזי הבעלות ברכוש המשותף. אך הנדון בנית סוכה, אין מוצא אלא חלוקה שווה.  
4. הקביעה מי יהיה בעל זכות הראשונים, תהיה באמצעות גורל.
- ט. כאשר קיימת אפשרות לבנות סוכה במקום המשמש מעבר לחנית אחד הדיירים, זכות זו מוקנית לבעל החניה, בתנאי שאין בכך הפרעה לשאר הדיירים.
- י. 1. בזה נהנה וזה לא חסר, כופין על מידת סדום כאשר קיימת מציאות שהבעלים אינם יכולים להשתמש במקום אף אם ירצו בכך.  
2. אף לסוברים שאין כופין בני"ל, מ"מ כאשר מדובר רק בשימוש ולא בהפקעת בעלות, לכולי עלמא כופין על מידת סדום.