

מוקדש בהוקרה להורי היקרים  
אבי מורי הרב שמעון הרוש שליט"א  
ואמי מורתי לאה הרוש שתחי'  
שתומכים בי הן ברוחניות והן בחומריות

אבי הרוש

## הרחקת נזיקין

א.

איתמר: הבא לסמוך בצד המיצר - אביי אמר: סומך, ורבא אמר: אינו סומך.  
בשדה העשויה לבורות - דברי הכל אינו סומך; כי פליגי...  
איכא דאמרי: בשדה שאינה עשויה לבורות - דברי הכל סומך; כי פליגי בשדה  
העשויה לבורות: אביי אומר: סומך, ואפילו לרבנן, דאמרי "מרחיקין את האילן  
מן הבור כ"ה אמה" - התם הוא דבעידנא דקא נטע איתא לבור, אבל הכא -  
בעידנא דקא חפר ליתא לבור. ורבא אמר: אינו סומך, ואפילו לר' יוסי, דאמר "זה  
חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו" - הני מילי התם, דבעידנא דקא נטע ליתנהו  
לשרשינו דמזקי לה לבור, אבל הכא אמר ליה: כל מרא ומרא דקא מחיית קא  
מרפית לארעאי.

והיינו דפליגי היכא דאכתי ליכא נזיק, אי איכא דין הרחקה על המזיק או לא. ולפני  
ביאור מחלוקת זו, צריכים אנו לדון על הרחקת נזיקין וטעמה.  
רואים אצלנו מצב, שאדם משתמש בתוך שלו וגורם היזק. באופן פשוט מדובר  
במזיק. כן מוכח מהרמב"ן בשלהי קונטרס "דינא דגרמי", שהקשה דכיון דאזלי  
שרשין ומזקי ליה לבור מאי טעמא פטור מלשלם? הא שורו הוא ולא טפח באפיה!  
ומתרץ, דכיון דלאו גופיה דאילן קא מזיק ושרשים ממילא קא אתי - פטור, ואע"ג  
דמונו הוא; ולא דמי לשורו שהזיק בצרורות, דשאני התם דכחו דשור הוא והנגיחה  
דידיה דמי והתורה חייבתו, אבל הכא נולד הוא ופטור, שאין שמירתן עליו, ואינן  
כחו של אילן הנטוע, עיי"ש.

ומוכח כן עוד מהנתיבות (סי' קנה סק"ח), וז"ל:

והנה לכאורה קשה על ההרחקות שמונה בפרק לא יחפור ב"ב, ומביאן הרמב"ן  
והמחבר בהלכות נזקי שכנים, וכן בסוגיה דחרדל ודבורים; וקשה, דכשהדבורים  
הולכים ואוכלין החרדל וכן היונים בשדות, הווי ליה שורו ממש, ומד' אבות  
נזיקין הן, ואמאי אמרי רבנן דאין צריך להרחיק, ומשמע דאפילו בדיעבד פטורים,

דהא אפילו בהרחקה שמחוייבין להרחיק פטור מלשלם בדיעבד? ואם כן קשה: אמאי לא הוי כד' אבות נזיקין?

מתוך ההשוואה לד' אבות נזיקין מגיע הנתיבות לחידוש אדיר, וזה המשך לשונו:

ועל כרחך צריך לומר דאד' אבות נזיקין אינו חייב עליהם רק כשאפשר להחזיק ברשותו ובשמירה שלא יזיקו, דאז רחמנא חייביה בשמירה וכשלא שמרו חייבין בתשלומין, אבל הני דחשיב בפרק לא יחפור הוא באופן דכשיתחייב לשלם ההיזק אין אפשרות לו לעשות תשמיש זה ברשותו כלל ויתבטל תשמיש זה מרשותו, כיון דאי-אפשר כלל בעשייה ובשמירה, ובביטול רשות לא חייביה רחמנא.

וראיה לזה מב"ב (דף כג ע"א) גבי אומני, דפריך "והא אחזיק להו", דקשה: היאך מהני חזקה שלא לשמור הזיקו, וכי מועיל חזקה בד' אבות נזיקין? וכן משמע מרש"י, שפירש: "אפיקו לי קורקור" - שלא יזיקו. עוד כאן משמע, דבהנך דברים אי-אפשר בשמירה, רק בביטול התשמיש מרשותו, ומשום הכי סובר ר' יוסי בב"ב דעל הנזיק להרחיק, דמהיכי תיתי יבטל רשות המזיק? יבטל רשות הנזיק! דהא כשהניזק ישמור עצמו לא יזק, מה שאין כן בד' אבות נזיקין, אי-אפשר להניזק לשמור, דאין הנזיק יודע מתי יבוא המזיק, ולמזיק אפשר בשמירה. ובהנך דב"ב הוא להיפך, שהמזיק אי-אפשר לשמור הנזק כי אם בביטול התשמיש מרשותו, משום הכי לא חייבה רחמנא להמזיק.

וביסוד דבריו של הנתיבות יש לדון, אבל מכל מקום מוכח דהני דחשיב בפירקין הווי ליה מזיק גמור.

ונראה פשוט, דמבחינה ממונית כל אדם רשאי לעשות בחצרו ככל העולה על רוחו. ודבר פשוט נוסף, שיש איסור להזיק. ולכאורה אין הדברים סותרים זה את זה. ובפשטות יש לי זכות לשים גפת בחצרי, אבל אינני יכול להזיק עם הגפת, וזה לא פוגע בזכותי - שהרי כל זכותי לשים גפת, ולא להזיק.

ודבר פשוט נוסף הוא, שאם יש לאחד זכות ממונית אצל השכן, הרי שאינו נחשב מזיק, וכגון בהיתר לוקח. ואם כן, לכאורה ניתן לומר שאיסור הרחקה נובע מהאיסור להזיק, ואף יתכן שאיסור זה הוא מדאורייתא; וכדי להיות מוגדר כמזיק בוודאי דצריך ניזק.

ונראה פשוט, דאסור להזיק היום כדי שיזיק מחר, כגון: אדם שיורה חץ היום כדי שיפגע מחר - פשוט דכבר היום אסור לו לזרוק את החץ, אפילו שיש לו זכות לירות חץ כבר היום.

אם ההגדרה העיקרית היא שכאשר יש ניזק והיזק, ממילא הוא מזיק, זוהי סיבת החיוב. אם נמצא עיקרון יוצא דופן, הרי שיש פקפוק בסיבת חיוב זו (וכגון שיש מזיק שלא צריך להרחיק).

## ב.

איתמר: הבא לסמוך בצד המיצר - אביי אמר: סומך. רבא אמר: אינו סומך.

לכאורה, אביי נראה פשוט, שאני משתמש בשלי ומממש את זכויותי, ובאמת מותר לעשות כן, כל עוד אין ניזק. וצריך ביאור בדעת רבא, מדוע נמנע ממנו לסמוך בור, והרי יש כאן מניעת-זכות ממשית, ובוודאי שכעת הוא לא מוגדר כמזיק!

תא שמע: "מרחיקין את המשרה מן הירק, ואת הכרישין מן הבצלים, ואת החרדל מן הדבורים" - טעמא דאיכא ירק, הא ליכא ירק - סמיך!  
לא, כי ליכא ירק נמי לא סמיך, והא קמ"ל דהני קשי להדדי.  
אי הכי, אימא סיפא: "ר' יוסי מתיר בחרדל, מפני שיכול לומר לו עד שאתה אומר לי הרחק חרדלך מן דבוראי, הרחק דבורך מן חרדלאי, שבאות ואוכלות לגלוגי חרדלאי"; ואי לא סמיך - היכי משכחת לה?  
אמר ר' פפא: בלוקח.

אי בלוקח, מאי טעמא דרבנן? ועוד, מאי טעמא דר"י, אפילו משרה וירקא נמי!  
אמר רבינא: קסברי רבנן "על המזיק להרחיק את עצמו".  
מכלל דר' יוסי סבר על הניזק להרחיק את עצמו? אי על הניזק - אפילו משרה וירקא נמי!

אלא, לעולם ר' יוסי על המזיק סבירא ליה, והכי קאמר להו ר' יוסי לרבנן: תינח משרא וירקא דהני מזקי הני והני לא מזקי הני, אלא חרדל ודבורים תרווייהו מזקי אהדדי! ורבנן: דבורים לחרדל לא מזקי...

והתנן: "ר' יוסי אומר: זה נוטע בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו!"  
אלא, לעולם ר' יוסי: "על הניזק להרחיק את עצמו", ואפילו משרה וירקא לא בעי רחוקי; אלא לדידכו, דאמרתו "על המזיק להרחיק את עצמו" - תינח משרה וירקא דהני מזקי הני והני לא מזקי הני, אלא חרדל ודבורים תרווייהו מזקי אהדדי! ורבנן: דבורים לחרדל לא מזקי...

שיטת רש"י ותוס' מבואר שם בתוס' ד"ה "ואי דלא":

פירש ר"י: בשלמא לאביי, דאמר סומך - אתי שפיר, דאיירי שסמך בעל דבורים תחילה; ואע"ג דהשתא דסלקא דעתך דדבורים לחרדל מזקי לכולי עלמא - מכל

מקום סברי רבנן על המזיק השני להרחיק כל הרחקה, כמו גבי בור דאם סמך הראשון על השני להרחיק כל ששה טפחים ור"י סבר כיון דדבורים נמי מזקי לחרדל ועשה נמי קצת שלא כהוגן אע"ג שבדין אינו יכול למונעו, גם בעל חרדל יכול לסמוך, ולא דמי לבור, דהתם משום דמרפי לארעא...

אלא לרבא - היכי משכחת לה לרבנן דירחיק כל הרחקה ולר' יוסי לא ירחיק כלל, כיון דתרווייהו מזקי אהדי על כל אחד להרחיק חצי הרחקה, ואפילו סמך בעל דבורים תחלה, יש לו לסלקם, הואיל שלא כדין עשה? אמר ר"פ: בלוקח - שזרע חרדל ומכר חצי שדהו, והלוקח העמיד דבורים, וסברי רבנן - כדמסיק - דדבורים לא מזקי לחרדל, ועל המזיק להרחיק את עצמו, אע"פ שעשה בהיתר; אע"ג דגבי אילן כשעשה בהיתר אמרינן דלא יקוץ, הני מילי אילן, שעשוי לעמוד שנים רבות, ואיכא הפסד מרובה...

ור"י סבר דדבורים מזקי לחרדל, וצריך בעל דבורים להרחיק כל ההרחקה...

והנה לפי שיטת רש"י ותוס', בכל המזיקין - אע"ג דסמך בהיתר - לא מהני, מלבד בסמיכת אילן, משום הפסד מרובה (והרמב"ן כתב משום ישוב א"י). וכן הוא שיטת הר"ף, דבכל המזיקין לא מהני בהיתר.

ואיכא למידק: מאי שנא מסמיכת בור, דמהני בהיתר? דהא לאבבי דאמר סומך - אפילו עמד הניזק אח"כ אין הראשון צריך להרחיק, ועל כרחך הסיבה היא משום דכבר עמד בהיתר. וצריך ביאור: מדוע, באמת, מהני סמך בהיתר, והרי מזיק גמור? ולפי רוב שיטות הראשונים (למעט הרשב"א, ואולי הרא"ש לדעת רע"א) אפילו אי סמך דבר המיטלטל, כגון גפת, כשבא הניזק צריך הוא להרחיק, ואין בעל הגפת צריך להרחיק, וצריך ביאור!<sup>1</sup>

ועוד קשה: בהקדים את הרפת לאוצר, גם רבא מודה שאין צריך להרחיק - והא מזיק הוא!?

ועוד קשה: לר' יוסי, דאומר על הניזק להרחיק את עצמו - אפילו שיש ניזק! שיטת רב שרירא גאון, הובאה בר"ף בסוף פ"ב דב"ב, היא דמשרה, כרישין וחרדל כולם גירי דיליה נינהו, וגם לר' יוסי צריך להרחיקן כשיעור היזקן. והר"ף שם השיג עליו מסוגיית הגמ' בדף יח ע"ב, וז"ל:

1. עיין קצוה"ח קנה סקי"א.

וחזינן בפירושא דגאון שלית הלכתא כר' יוסי בחרדל ודבורים. ודאמר נמי דלענין משרה וירקא מודה ר' יוסי דמרחיקין, ובטעמא דמילתא בלחוד הוא דפליג ר' יוסי, ולא בגופיה דדינא.

ואנן קשיא לן האי פירושא, דכד מעיינת בגמרא משכחת לה לר' יוסי דבגופיה דדינא פליג, דהכי קאמר: "לדידי אפילו משרה וירקא לאו בעי רחוקי", ודקאמר דמודה ר' יוסי בגיריה ובגרמא דגיריה - ודאי הכין הוא; אלא הכא במשרה וירקא, ליכא הא גיריה ולא גרמא דגיריה.

והנה הראב"ן סבירא ליה גם כן כדעת הגאון, דמשרה הוי גירי דיליה, ומפרש הא דאיתא בגמרא דלר' יוסי אפילו משרה לא בעי רחוקי - דהיינו משום דבסוגיא שם מוקמינן מתניתין דחרדל בלוקח, וזוה שפיר קאמר בגמרא דמשרה לא בעי הרחקה לר' יוסי, דבלוקח, שסמיכת המשרה היתה בהיתר, אין כאן גירי דיליה; אבל בשאר גווי - אין הכי נמי, משרה גיריה הוי, וגם לר' יוסי צריך להרחיקו. ולכאורה יש לומר שזו גם דעת הגאון, דהא דאיתא בסוגיין, דמשרה אין צריך הרחקה לר' יוסי הני מילי בלוקח<sup>2</sup>, ומיושבת השגת הר"ף.

2. אמנם גם אם נימא כן בדעת הגאון, מכל מקום הר"ף לשיטתו שפיר השיג עליו כנ"ל, דשיטת הר"ף לדעת הטור היא דלוקח מרחיק אף לר' יוסי, והיינו דס"ל דכל מזיק דהוי גיריה נחשב גיריה גם בהיתר לקיחה. לפי זה לטעמיה שפיר השיג הר"ף על הגאון כנ"ל, דאם משרה הוי גיריה הרי בלוקח גם כן היה נחשב גיריה, ואם כן אין הכי נמי בסוגיין איירינן בלוקח, אבל מכל מקום איך קאמר ר' יוסי דלדידי אפילו משרה וירקא לא בעו רחוקי. אלא דלשיטת הנתיות בסי' קנה ס"ק יג קשה, דסבירא ליה דאין כן דעת הר"ף למסקנה. ובאמת דעת הר"ף דבהיתר לוקח שרי לסמוך, והדרה קושיה לדוכתיה: מאי קסבר הר"ף?

והנראה לתרץ, דבהיתר דלוקח עדיין נחשב גיריה דיליה, אלא דלר"י על הניזק להרחיק את עצמו בסמך בהיתר בכה"ג, ואילו לרבנן דעדיין יש היתרה דלוקח, אבל ס"ל דעל המזיק להרחיק את עצמו, הרי שאע"פ דבהיתר קסמך צריך להרחיק את עצמו. דעת הגאון דאמנם על הניזק להרחיק את עצמו לר' יוסי, אבל כיון דמוכר בעין יפה מוכר אזי גם לר' יוסי על המזיק להרחיק את עצמו בלוקח. והיינו דכתב הגאון דמשמעות דורשין איכא בינייהו.

אלא דקשה קושיית הר"ף: מאי קאמר "לדבריהם"? והרי גם לדידהו צריך להרחיק! ונראה דיש נפק"מ בין שני הטעמים בשניהם מזיקים אחד לשני, דלר"י דבעצם אין צריך להרחיק משום דעל הניזק להרחיק, ורק משום דמוכר בעין יפה מוכר, אם כן אין הלוקח צריך להרחיק כלל; ואילו לטעמא דרבנן, דעל המזיק להרחיק את עצמו, כששניהם מזיקים לא שייך בזה מוכר בעין יפה לענין דין מזיק, דלא שייך אלא לענין רשות הקדמה. והיינו דקפריך בגמרא: "וסבר ר' יוסי על הניזק להרחיק את עצמו?" היינו דכיון דסבר ר' יוסי על הניזק להרחיק את עצמו, ולגבי מוכר כאן משום מוכר בעין יפה מוכר, אם כן מה מהני כששניהם מזיקים? וזהו מה שמתרצת הגמרא: "ר' יוסי לדבריהם דרבנן קאמר להו, לדידי אפילו משרה וירקא לא בעי רחוקי", ורק משום מוכר בעין יפה מוכר. משום הכי פריך שפיר דגם כאן בחרדל צריך המוכר להרחיק, אבל לרבנן דמשום מזיק - אם כן הא הוי שניהם מזיקים.

והנה לדעת הגאון לכאורה צריך עיון עיקר פירושא דסוגיין, דהגרע"א (בבונטרס מייקין) הקשה על פירוש רש"י בסוגיין, דהרי בסוגיא מסקינן דרבנן סברי דדבורים לא מזקי לחדל, ור' יוסי סבר דמזקי. ואם כן, אמאי צריכינן לאוקמה המשנה דחדל בלוקח אליבא דרבא? הרי גם אליביה נוכל לאוקמי המשנה בסמך בעל דבורים תחילה, כמו לאביי, ולרבנן - דדבורים לא מזקי - שפיר רשאי בעל דבורים לסמוך, ועל בעל החדל להרחיק; ולר' יוסי - דדבורים מזקי מכל מקום הרי לדידיה כל דלא שייך סברת כל מרא ומרא וכו' רשאי מזיק לסמוך קודם לניזק (וכשיטת התוס' והנמוק"י בסוגיין, דכל סמך המזיק בשעה דליתא לניזק לא חשיב גיריה). ואי הכי, גם אליביה מותר לבעל הדבורים לסמוך תחילה, כיון דמצד קדימתו לא חשיב גיריה! יעויין שם.

ומתוך ר' אהרן במשנתו (הל' שכנים פ"י ה"ה, עמ' סז) וז"ל:

ונראה, דלפרש"י נחא קושייתו בפשטות, דהנה ר' יוסי בעל כרחך לדבריהם דרבנן קאמר, דהרי אליבא דנפשיה אפילו משרה וירקא לא בעי רחוקי, וכמבואר בסוגיין, ולדבריהם דרבנן - דלא בעינן גיריה - הרי גם סמיכת הדבורים היתה באיסור לפי שיטת ר"י, דדבורים מזקי. ואם כן אי אפשר לאוקמי מתניתין בסמך בעל דבורים תחילה, ולא בלוקח - כקושיית רע"א דאם כן תיקשי: למה מתיר ר' יוסי בשניהם, אדרבה הווה ליה לאסור בשניהם, דהרי גם בעל דבורים סמך באיסור! אלא, בהכרח לאוקמי המשנה בלוקח<sup>3</sup>.

3. עיין בנתיבות קנה סק"ג, שגם תירץ כך. ולפי זה צריך ביאור איך הבין רע"א את סוגייתנו, והלא על כרחך לדבריהם דרבנן קאמר להו, דלא בעינן גיריה, הרי גם סמיכת הדבורים היתה באיסור, לפי ר' יוסי דדבורים מזקי לחדל, ואי אפשר לאוקמי אלא בלוקח. ונראה דהבין רע"א דיש כמה סוגים בהיתר קסמך: יש את סמיכתו של אביי, ויש בהיתר לוקח ויש את סמיכתו של ר' יוסי. ועל כרחך אי אפשר לומר בכולם את סברת "שלא כהוגן", כדמוכח בתוס', דבהיתר לוקח לא אמרינן סברת "שלא כהוגן", שאחרת היינו מעמידים בבעל דבורים סמך תחילה, וכשאלת תוס', ומתוך דכיון דראשון סמך בהיתר גמור אזי היה צ"ל ר' יוסי דעל בעל חרדל להרחיק ולא לסמוך, ואם כן גם בסמיכתו של ר' יוסי, בדליכא מרא ומרא, אי אפשר לומר סברת שלא כהוגן. אם כן מדוע בעל חרדל יסמוך לר' יוסי בקדם בעל דבורים (וכשאלת רע"א). ועל כרחך סבירא ליה דבעל חרדל סומך, כיון דזה נוטע בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו (על הניזק להרחיק את עצמו), (ושלא כתוס', כדביאר המהרש"א, עיין בהערה הבאה). על כרחך מה דמסיים שם רע"א: "אבל כיון דאמרינן דדבורים לא מזקי, הא שפיר עבד דסמך, ולר' יוסי גם סמך בהיתר, דלר' יוסי בלא מרא ומרא רשאי לסמוך, והכל נחא כמו לאביי" - היינו: לא נחא כסברת אביי אליבא דתוס' בסברת "שלא כהוגן", אלא "והכל שפיר", כמו דלאביי שפיר מתוך את הברייתא. כך אפשר לומר בדרבנן דכל דהראשון הסומך לא חשיב גיריה כלל לא מיקרי עשה שלא כהוגן קצת, והשני מרחיק. לפי זה הדרה קושיית הגרע"א לדוכתיה, ודר"ק.

אלא דבעיקרא דהאי תירוצא קשה לי, דהרי מבואר בסוגיין דאם מדובר בלוקח הרי שחייבים להגיע לכלל ש"על הניזק להרחיק את עצמו", ועל זה מקשה הגמרא ממשרה וירקא לר' יוסי, ומתרצת הגמרא: "לדבריהם דרבנן קאמר להו". על זה מקשה הגרע"א: למה לי לאוקמי בלוקח ולהגיע לדבריהם דרבנן, נימא דבעל דבורים סמך תחילה, ולרבנן דבורים לא מזקי לחרדל, ועל בעל חרדל להרחיק, ולר' יוסי בסמך בעל דבורים תחילה חשיב ליה סמך בהיתר, כיון דבלא מרא ומרא רשאי לסמוך. לפי זה, באמת, במשרה וירקא יסבור ר' יוסי כרבנן, כיון דהירק ניזק, אזי על המזיק להרחיק את עצמו; מה שאין כן בדבורים וחרדל, דמזקי להדדי.

והנה בעיקר קושייתו של הגרע"א צריך עיון, דהרי אם לר' יוסי מותר לסמוך כשאין כל מרא ומרא, אזי ידעינן דלר' יוסי על הניזק להרחיק את עצמו, ורק במרא ומרא - היינו גירי דיליה - מודה ר' יוסי. אם כן במשרה וירקא על כרחך אליבא דר' יוסי לא בעי רחוקי, דהרי לאו גיריה לרש"י. ואם כן, על כרחך דלדבריהם דרבנן קאמר להו. לפי זה חייב ר' יוסי להעמיד בלוקח, דאם לא כן חייב בעל הדבורים להרחיק (בקדם בעל חרדל, לר' יוסי דסבר דדבורים מזקי לחרדל), ואליבא דרבנן, דגם בלא כל מרא ירחיק, ואם סמך בעל דבורים ללא לוקח אזי הו"ל לאסור בשניהם ולא לומר אליבא דרבנן דגם בעל חרדל יסמוך. ואולי זוהי כוונת ר' אהרן, ודו"ק.

אכן כל זה לפי שיטת רוב הראשונים, דמשרה וכרישין לא הוויין גירי דיליה, אבל לפי שיטת הגאון, דמשרה וכרישין גירי דיליה נינהו, והא דהוצרך לומר בסוגיין דר' יוסי לדבריהם דרבנן קאמר להו היינו משום שמוקמינן למתני' בלוקח, וכמ"ש הראב"ן, הרי שפיר תיקשי כקושיית הגרע"א הנ"ל, דלמה ליה לאוקמי המשנה בלוקח ולומר דר' יוסי לדבריהם דרבנן קאמר להו, ואדרבה - נוקמי בלא לוקח ונימא דר' יוסי אליבא דנפשיה קאי, ובמשרה וירקא מודה ר' יוסי דבעו הרחקה כיון דגירי דיליה נינהו; ובחרדל ודבורים מתיר בשניהם, כיון דתרווייהו מזקי אהדדי, דבעל הדבורים רשאי לסמוך תחילה כיון דמצד קדימתו אינו מזיק בגיריה ושוב הותר לבעל החרדל לסמוך אח"כ, מטעם שעשה בעל הדבורים שלא כהוגן בסמיכתו?

קושיא נוספת שניתן לשאול, וזה מה שהזכרנו בתוס' - סברת שלא כהוגן, ומבואר מדברי תוס' דיני הרחקות נזיקין אינם משום שהוא נחשב מזיק, ומשום לתא דאיסור מזיק אתינן עלה, דא"כ מה בכך, שגם השני עשה שלא כהוגן, וגם הוא מזיק, ואטו משום הכי הותר לו להזיק? וזה שלא כמו שכתבנו בתחילה!

ג.

ונראה, לפי דרכו של קצוה"ח סי' קנה ס"ק יא תבואר לנו סוגייתנו, וז"ל הקצות:

ונראה, טעמא דאביי דאמר סומך ואינו צריך להרחיק כשבא הניזק אח"כ לאו טעמא משום דבהיתר, כיון דבהיתר לא מהני אלא באילן, אלא טעמא דאביי דס"ל דאין על המזיק דין הרחקה אלא היכא שהניזק כבר עמד שם צריך להרחיק שלא יזיק, אבל קודם שעמד הניזק, דאין עליו שם מזיק, מותר לסמוך, ואם רוצה הניזק אח"כ לעמוד שם, אין המזיק צריך להרחיק אלא על הניזק להרחיק את עצמו שלא יזק. אבל לרבא, דס"ל אינו סומך, וס"ל דצריך להרחיק שלא יזיק, אפילו בא הניזק אח"כ; וא"כ קדימה לא מהני לרבא אלא בהיתר ובהיתר לא מהני...

וא"כ מלשונו הזהב של הקצות, משמע, שכשהראשון סמך ראשון, לאביי הוא לא מוגדר מזיק, גם לאחר שיבוא הניזק, כיון שהוא השתמש בחצרו וניצל זכויותיו, אזי הוא לא מוגדר מזיק גם למחר, שהרי כשאדם יוצר מצב חדש שכשמסתכלים בתנאים העכשוויים, אזי אין סיבה מצד עצמה להימנע מפעולה זו ולא נקרא "משנה". א"כ במצב כזה אין אדם אחראי על תוצאות מעשיו אם אין סיבה לא לעשות אותה כעת, והוא לא "משנה" ופועל פעולה לגיטימית. לפי"ז הגדרת הפעולה לא מוגדרת עפ"י התוצאות אלא בעצם הפעולה עצמה" האם יש לי אחריות על זה? ממילא לא מוגדר מזיק, והניזק צריך להסתכל על המצב החדש שקיים ובהתאם לזה לנהוג. אם בכל אופן סמך הוי ליה מזיק לעצמו ולא על ידי; ואם יש לאחר מכן היזק ודאי ע"י חוסר אפשרות לשינוי מצד הניזק אזי אסור לסמוך היום (עיינן תשובת הרא"ש). אבל כיון שהניזק יכול וממילא חייב להתייחס למצב החדש בצורה חדשה אזי מותר לעשותה היום. ודמי ליה<sup>4</sup> לאדם שרץ ביום שישי, דנראה דאין עליו שם מזיק כלל גם אם ניזקים על ידו וכל הניזקים צריכים להביא בחשבון שהיום יום שישי. וודאי שאין זה אומר שאם רואה הרץ ביום שישי אדם שעומד מולו אז אינו יכול להזיק לו בכוונה אלא עליו לזוז הצידה, אבל משמעות ההיתר בריצה ביום שישי היא שכיון שהפעולה מצד עצמה מותרת אזי אין לאדם אחריות על תוצאותיה של פעולה זו כיון שהיא מותרת וכשאדם מזיק בכוונה ע"י ריצתו לאדם שעומד מולו אזי נחשבת הפעולה עצמה כאסורה.

ונראה שרבא ס"ל שכיון שמחר תזיק בודאות ממילא הינך "משנה" כבר היום. זו מציאות לא לגיטימית, וגם אביי יודה בשדה העשויה לבורות לחד לישנא, או שמציאות הבור של מחר מגדירה את החפירה היום כאסורה, ולפי"ז עצם החפירה כבר היום אסורה. אבל לא חייב להגיע לזה ואפשר לומר שגם אם היום מותר אבל

4. דוגמא זו שמעתי ממ"ר הרב מרדכי שטרנברג, ועל-פיה התחדדה לי יותר ההבנה בקצוה"ה.



הינך צריך להביא בחשבון את מחר באופן כזה שודאי יהיה היזק. במצב כזה הינך נושא באחריות כבר היום.

את אותה ההגדרה שהגדרנו בדעת אב"י ניתן להגדיר ברבא באוצר ורפת וכהמשך לשונו של הקצות "וברפת בקר קודמת לאוצר, דמהני אפילו לרבא נמי לאו טעמא משום בהיתר אלא משום קדימת המזיק צריך הניזק להרחיק א"ע, וכמו לאב"י וכו'". ואב"י גם כן מודה לרבא בעיקר הסברא שאסור לסמוך אם אח"ז יהיה מזיק, ורק שסובר שיש לו זכות קדימה. כן מבואר בקצה"ח. לאב"י אפילו בגריה דיליה נמי אינו חייב להרחיק ואפילו היכא דההיזק מתחדש בכל יום כמו בחנות של נחתומין, וכן מבואר בתוס' (יה ע"א ד"ה דקא), והטעם משום שיש לו זכות קדימה שקדם בתשמישו.

ולפי הסבר זה ניתן כך גם להסביר את ר' יוסי. דרואים מדבריו שאין בתוצאות ההיזק משום מחייב, אלא פעולת ההיזק. פעולה שהינך צריך להימנע ממנה היא בגדר אחריותך, וצריך להרחיק. אבל אצלנו זוהי פעולה שאין לך להימנע ממנה, ואין לך אחריות על עצם הפעולה כיון שהיא בהיתר. במקרה זה הוא לא קרוי מזיק. רבנן פליגי ע"ז, שאם הפעולה מחייבת תוצאות היזק אז כבר הפעולה נחשבת מזיק. השתא דאתית להכי אולי אפשר לגייס את חידושו של הנתיבות המוזכר לעיל לדעתנו<sup>5</sup>. היינו: כותב הנתיבות דבד' אבות נזיקין אינו חייב עליהם רק כשאפשר

5. נראה לי דמוכח כן מהנתיבות בסי' קסא סק"א, בדין היזק ראייה, וז"ל: "ואף דבית שער הוא משום היזק ראייה, כמבואר בב"ב דף ב ע"ב, דמוכח מכאן דהיזק ראייה שמייה היזק, ובסי' קנא סע' ג מבואר דלענין היזק ראייה אפילו יש לאחד פי שנים, דנותן בשוה. ומשמע שהוא הדין אם יש לאחד ממון הרבה דמכל מקום נותן בשוה? יש לומר, דשאני התם דההיזק הוא מאחד לחבירו, וכל אחד שם מזיק עליו, ועל המזיק להרחיק עצמו. וכך צריך להרחיק עצמו מזיק על סך רטן כמו מזיק על סך גדול; משא"כ בית שער, שהנזק בא מאחרים, לכך מי שהוא ניזק יותר צריך ליתן יותר". עכ"ל.

ודבר פשוט הוא שהניזק לא יכול לבוא בתביעה למזיק שיש לו עינים לראות, וברור שלא יכול להוא בתביעה שהמזיק ילך מכאן, ולא ישתמש בחדרו כלל. אם אין אפשרות לסלק היזק ראייה - בוודאי שאין לניזק לדרוש לסמות עיני השכן. לפי מה שלמדנו מדברי הנתיבות עצמו, דכל דיש דרישה מצד הניזק לבטל לגמרי תשמיש זה, לא חייבה רחמנא - קשה מדוע יכול לכפותו לבנות כולת מדין היזק ראייה? ואין לומר דחייב הבניה נוצר משעבוד שכנים שיש ביניהם, דלפי זה הוי ליה לנתיבות לומר דכאשר לאחד יש חדר יותר גדול מחבירו הוי ליה להשתתף בחיוב גדול יותר, שכן סיבת החיוב מתקנת שכנים. ובאמת כך ס"ל לרש"ש בריש ב"ב, דכאשר יש לאחד חדר גדול יותר צריך לשלם יותר, וכגון שליש ושני-שליש. אלא ודאי שכל תביעת הניזק היא שיש פתרון ששמו "כותל". ואי-בניית הכותל מגדירה אותך מזיק. אם אין פתרון ששמו כותל, אזי אין פה שם מזיק כלל.

**יוצא אם כן דהעובדה שיש אפשרות לבנות כותל היא תנאי מהותי לעצם תביעת הנזיקין, מהגדרת שם המזיק.** אולי כך יתבאר תוס', בדף ב ע"ב, ד"ה בונין, דמבאר דיש לך דרישה לבנות כותל אבל לא ליטול חלק מחדרי - קמ"ל דיכול; אבל אין הכי נמי, העובדה שיש פה ניזק והיזק ראייה שמייה היזק, לא פוטרת אותנו מלבדוק מהו הפתרון הסביר שאפשר לדרוש

להחזיק ברשותו, ובשמירה שלא יזיקו, דאז רחמנא חייביה בשמירה, וכשלא שמרו חייבין בתשלומין; אבל הני דחשיב בפרק לא יחפור הוא באופן דכשיתחייב לשלם ההיזק אין אפשרות לו לעשות תשמיש זה ברשותו כלל ויתבטל תשמיש זה מרשותו, כיון דא"א כלל בעשייה ובשמירה, ובביטול רשות לא חייבה רחמנא. בפשטות ניתן לומר שאין זו סיבה לפטור אותך, והרי הינך מזיק גמור? אלא ניתן לומר שהעובדה שלא ניתן לדרוש ממך היא מגדירה אותך כלא מזיק, ואי אפשר לדרוש היום מבן אדם שלא לעשות כרצונו באדמתו, וד"ק.

וצריך להתבונן, א"כ שמסתכלים במציאות ההווית, שהיא קובעת את הגדרת המציאות ההיזקית כשם מזיק, או לאו. ושיקול נוסף הוא: מה דורשים מהמזיק, וגם שיקול זה קובע את הגדרת המציאות ההיזקית כשם מזיק או לאו. בודאי שאין מושג כזה "סמך בהיתר", אלא כפי שביארנו.

ד.

תא שמע. "לא יטע אדם אילן סמוך לשדה, אלא אם כן הרחיק ממנו ד' אמות"; ותני עלה: "ד' אמות שאמרו, כדי עבודת הכרם". טעמא דמשום כדי עבודת הכרם, הא לאו משום כדי עבודת הכרם - סמין, ואע"ג דאיכא שורשין דקא מזקי הכא?  
הכא במאי עסקינן, דמפסקי צונמא.

ופירשו רש"י ותוס' שהשני נטע שלא כדת דבאיסור נטע וסמך שלא ברשות. אבל הרמב"ן פירש בשם הראב"ד דאיירי שבשעת סמיכתו היה צונמא, וחשיב סמך בהיתר, ואח"כ נעקר הצונמא, ולהכי כיון דבהיתר סמך א"צ לקצוץ את האילן; ומ"מ יש לו רשות לעקור לו את השורשים. וחלק עליו הרמב"ן, דבכה"ג לא מהני סמך בהיתר, דסמך בהיתר היינו דווקא כשסמך מזיק בהיתר, אבל הכא דבשעה שסמכו לא היה מזיק, דהיה שמור ע"י הצונמא, ועתה דמסלק את השמירה תו אינו בהיתר - ל"ש למימר דבהיתר סמך, כיון דאת המזיק מעולם לא סמך בהיתר, עיי"ש.

מהמזיק. ואם לא נמצא פתרון סביר שאפשר לדרוש מהמזיק, הרי הוא לא מוגדר מזיק. זה מסביר את ההבדל שבין בקעה לגינה, שהרי לדרוש לבנות כותל בבקעה בשביל חודש בשנה זוהי ודאי הפרזה מצד הניזק לדרוש זאת, וודאי שזה לא אופציה קיימת. אם כן אין אפשרות להתגונן בבקעה, ולכן בסתם מקום אין דרישה לבנות כותל. אבל אם נהגו - זה שונה. וניתן להאריך עוד בידיני היזק ראייה, אבל אין כאן מקומו. וד"ק.

ונראה דהרמב"ן לשיטתו, דהרמב"ן מבאר בהיתר דלוקח ששניהם לקחו ביחד, כגון משרה וירקא - אחד לקח משרה והשני ירקא. במצב זה אין לבעל המשרה היתר בלי היות הניזק, וממילא צריך להסיר היזקו. אבל אם בעל המשרה רק לקח, ובא לאחר מכן השכן וסמך ירקא - יאמר הרמב"ן דעל בעל הירק להרחיק, כיון שאתה מכניס עצמך לתוך מציאות היזקית. יוצא א"כ, דלפי הרמב"ן אי-מציאותו של הניזק וסמיכת המזיק בהיתר פוטרת את המזיק מלהרחיק.

בהגדרה פשוטה היה ניתן לומר דבלוקח יש את ההיתר הכי גדול, כיון שאין ניזק ואין שום דבר מחייב, וזה לגיטימי לחלוטין. זהו המצב הנתון, והוא לא מוגדר מזיק, ועכשיו כשבא הניזק לטעון הרחקה - ד"ז נראה כבקשה לא לגיטימית ומופרזת, ועליו יהיה להרחיק (אם הוא רוצה). אלא דלא משמע כן ברמב"ן, ומשמע ממנו שמה שמסיר את חובת ההרחקה היא הטענה על הניזק, שהוא לא בסדר שהוא מביא בור, משא"כ שהיה כבר בור, וטענה זו היא מסוגי טענות השעבודים. בלוקח טוען הרמב"ן דלא נוצר שעבוד, וא"כ הרמב"ן לשיטתו שהוא פוטר את המזיק מאחריותו, בגלל שהוא מטיל את האחריות על הניזק. אם זו ההגדרה אזי בצונמא ישנו מזיק וישנו ניזק, ובוודאי דאין אחריות על הניזק כשיש צונמא, וגם לאחר מכן.

אלא שגם לשיטתנו בהסבר הסוגיא, בעצם הגדרת שם המזיק - וממילא חיוב ההרחקה - קשה טובא מדברי הראב"ד. דהרי בעל האילן מוגדר מזיק ממש, וישנה מציאות היזקית, גם אם היא עכשיו נחסמת ע"י צונמא ובודאי יזיק מחר. אולי צ"ל בדעת הראב"ד, דעצם נטיעת האילן וחוסר ההימנעות שלך לעשותה מסירה ממך שם מזיק, וזו הגדרה יותר מחודשת מאשר הסברנו עד עתה.

## ה.

לפי האמור לעיל, כהבנת הקצות לפי הנך ראשונים שסוברים דכל שסמך המזיק בשעה דליתא לניזק ל"ה גיריה דיליה, דאליבא דר' יוסי<sup>6</sup> ל"ש כל הך מילתא, דשנא כהוגן, ואלבייה באמת כל שסמך המזיק הראשון בהיתר דקדימה - על השני להרחיק,

6. והא דקחזינן בתוס' בסוגיין ד"ה "ואי אמרינן" סברת שלא כהוגן לר' יוסי אליבא דאביי, ניתן לתרץ בפשטות על-פי המהרש"א על אתר, דמקשה המהרש"א: למה ליה לתוס' להביא סברת שלא כהוגן? הו"ל למימר דדבורים וחרדל לא הוו גיריה דיליה, וזה נוטע בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו, משא"כ בור, דהו"ל גיריה, דכל מרא ומרא! ומתרץ המהרש"א, דעדיין לא ידעינן דלר' יוסי על הניזק להרחיק את עצמו, אלא כרבנן סבירא ליה, דעל המזיק להרחיק את עצמו. לכן הראשון עשה שלא כהוגן, דהו"ל "שם מזיק".  
עוד מוכח כן מהמשך תוס', שאומרים שאי אפשר לבאר את הסוגיא שבעל דבורים קדם, דא"כ לא היה מתיר ר' יוסי לבעל החרדל לסמוך. ולכאורה קשה: והרי כיון דחרדל לא הו"ל גיריה דיליה, א"כ גם בבעל דבורים קדם - זה נוטע בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו, ומדוע לא היה מתיר ר' יוסי על בעל חרדל לסמוך? אלא ודאי כמהרש"א, דעדיין לא ידענו דלר' על הניזק להרחיק את עצמו.

ומשום דלר' יוסי, דבעינן גיריה דיליה, הרי בלי גיריה דיליה אין עליו שם מזיק כלל נענין הרחקה. א"כ נמצא גבי ב' מזיקין, דלאחר שהראשון סמך בקדימה אין עליו שם מזיק כלל בשעת סמיכת השני, שהרי אינו מזיקו בחציו. כיון שכן ל"ש להתיר סמיכת השני מצד זה שעשה הראשון שלא כהוגן, דהיתרא דשלא כהוגן ל"ש אלא היכא דאיכא שם מזיק על הראשון וכנ"ל. ממילא הדר דינא דעל השני להרחיק, והדבר מוכרח כן מצד עצמו, דהגע עצמך: לר' יוסי דמותר לסמוך אילן לצד בורו של חברו, אטו יותר להלה להזיק את האילן בגיריה, מצד שלא כהוגן? הא ודאי כיון דזה נוטע בתוך שלו בהיתר וליכא עליו שם מזיק כלל על השני להרחיק. א"כ הוא הדין ממש בנידון דידן, דה"נ הכא בב' מזיקין דכוותיה, הרי הראשון הרויח בקדימתו דאינו מזיק לשני בגיריה, ולהזיק בלא גיריה הרי רשאי גם לחדש היזק מעכשיו. א"כ הרי ודאי ל"ש להתיר לשני להזיקו בגיריה מצד זה שהוא מזיק השני בלא גיריה (לשיטת תוס' והנמוק"י, דבליתא לניזק לא הוי גיריה).

מעתה ניחא קושיית רע"א שהבאנו גם לפי שיטת הגאון, דלפי הנ"ל הרי אי אפשר לאוקמי מתני' בסמך בעל דבורים תחילה ולא בלוקח, ולומר דר' יוסי אליבא דנפשיה קאי, וכקושיית רע"א, דבסמך בעל הדבורים תחילה הרי ר' יוסי לא היה מתיר בחדל, דמאחר שסמיכת הדבורים היתה בהיתר ומכוח קדימתו אינו מזיק החדל בגיריה, הרי לא שייך להתיר לבעל החדל לסמוך מדין שלא כהוגן, וכנ"ל. להכי היה בהכרח לאוקמה המשנה בלוקח, ועל זה שפיר הוקשה לתלמודא דא"כ אפילו משרה וירקא נמי, דבלוקח הרי משרה וירקא לאו גיריה נינהו, וכמ"ש הראב"ן, והיה בהכרח לתרץ דר' יוסי לדבריהם דרבנן קאמר להו.

## 1.

לאור האמור יתיישבו דברי התוס' התמוהין בדף כב ע"א, בסוגיית דוושא, שכתבו שם על המשנה "מרחיקין את הכותל מכותל חברו", וז"ל:

ואם תאמר, לרבא דאמר בריש פירקין דאסור לסמוך - קמא היכי סמיך? ואפילו לפירוש ר"ת, דלמסקנא שרי רבא לכולהו לסמוך לבד מבור, מכל מקום אמאי לא פריך מהכא דהוי רישא...?

וי"ל, דלא אסר רבא לסמוך אלא מילתא דמגופיה אתי היזק, אבל הכא הכותל אינו מזיק כלום, אלא שגורם למעט הדוושא.

ותמה עליהם הגר"א בקונטרס נזיקין, וז"ל:

תמוהים לי דברי התוס': "ואפילו לפירוש ר"ת דלמסקנא שרי וכו" - וקשה לי, דהא מ"מ כיון דהראשון מזיק להשני הותר לשני לסמוך אף דמזיק להראשון, דהא מהאי טעמא מותר לסמוך חרדל לר' יוסי, כמש"כ תוס' (הובא לעיל); וביותר דע"ז אין תירוצם מספיק "דאינו מזיק ממש אלא מניעת הדוושא", דמ"מ

גם השני יהא מותר לסמוך, דיאמר מה שאני מזיקך במניעת הדוּוּשא כּמוֹךְ גם אתה מזיקני בזה?

וצ"ל דהא דאמר רבא אסור לסמוך לצד המצר, הוא משום שגוף התשמיש שבא לסומכו - דבר המזיק הוא, והיינו דסבירא ליה דנהי דכסוּמוֹךְ לפני הניזק אין על הסמיכה שם מעשה מזיק, אבל מ"מ כיון דגוף התשמיש הוא דבר המזיק - על כרחך צריך להרחיק, כדי שממונו לא יזיק לחבירו. וכיון שכן, כל דינו של רבא לא שייך אלא בדברים "דמגופייהו אתי ההיזק", משא"כ גבי דוּוּשא, דאינו אלא גרמא דמניעת ריוח, ועל הכותל עצמו אין "שם מזיק" כלל - נמצא שכל דין ההרחקה גבי דוּוּשא אינו אלא רק מפני שמעשה הסמיכה אסורה, דהיינו: מצד האיסור לגרום היזק במעשה הסמיכה, וכיון שכן שפיר רשאי הראשון לסמוך גם לרבא, דבזה מודה רבא דכל שסומך בשעה דליכא ניזק אין שם גרם היזק על מעשה הסמיכה.

לפי"ז מתורצת להפליא קושיית רע"א. דהרי לפי דרכנו ההיתר דשלא כהוגן לא שייך אלא בתשמיש כזה דמגופיה אתי היזק, דבזה אמרינן מכיון דהתשמיש של הראשון עדיין מזיק להשני, ולולי זאת שזכה בקדימתו היה צריך להרחיק כדי שממונו לא יזיק, ע"כ מותר גם לשני לסמוך ולהיזקו; משא"כ הכא גבי דוּוּשא, דאין על הכותל "שם מזיק", וכיון שכן שפיר צריך השני להרחיק.

ולמהלך זה בסוגיא, קשיא לי דעת רש"י והר"ף, דבהיתר דלוקח על המזיק להרחיק את עצמו: והרי היתר לוקח כאמור הינו ההיתר הכי טוב והכי לגיטימי, ואין סיבה להגדירו כמזיק, מאחר ועשה מעשה שאין שום מניעה לעשותו! ואם כן מדוע רש"י מצריך להרחיק את המזיק, ואפילו בהיזקא דלוקח? נראה דרש"י הבין דבסוגייתנו יש דין מזיק ממש<sup>7</sup>, וכשבא הניזק אז צריך המזיק להרחיק את עצמו. וקשים הדברים להולמם.

7. אמנם בריב"ש (שכב) נראה דהבין את רש"י באופן שונה. דהריב"ש דן במי שזכה בהפקר חלקת קרקע, ובנה שם בתים ועליות בחלונות נפתחים, ותנור של יוצרים ובית הכסא וכיוצא בהן מן הדברים שאין להם חזקה. לימים בא אחר וזכה מן ההפקר, ובנה אצלו בתים ועליות וחצרות. ואיך שיהיה או שמצב בניינו יחייבהו, או שלימים נפל בניינו ונשאר השני מן הראשון ניזוק, הן מהיזק ראייה הן מנזקים אחרים, ותובע השני לראשון שיסיר נזקו, דהיזקין דגירי דיליה על המזיק להרחיק את עצמו.

ומשיב הריב"ש וז"ל: "נראה לי ברור שהדין עם הראשון, דכיון שזכה מן ההפקר וקדם לעשות חלונותיו ופתחיו בשעה שלא היה מזיק לשום אדם, ולא היה אדם יוכל למחות בידו - אין לו לסתום חלונותיו ולסתור בניינו מפני שבא חבירו אחר כן וזכה מן ההפקר בחורבה הסמוכה לו, ובנה שם בתים בענין שיהיה נזק מן האחר בהיזק ראייה או באותן שאר נזקין, ואע"ג דגירי נינהו, שהרי השני הוא המביא הגירי על עצמו. הא למה זה דומה? לזרק חץ במקום שאין בני אדם שם, וראה חבירו והוציא ראשו בכוונה, וקיבלה והזקק בה... ומה שנראה מן הסוגיא שבריש פרק לא יחפור, שעל המזיק להרחיק את עצמו בהיזקין דגירי, ואע"פ שסמך מתחלה קודם שהיה הניזק שם - זהו בסומך וכבר חבירו הוא שם, רוצה לומר: שיש לו קרקע שם, אלא שאינו מזיקו עתה, וכיון שהיה לחבירו קרקע סמוך לו שהיה יכול עתה ג"כ לעשות שבלו, והאחר היה צריך להרחיק מלהיזקו עתה - הנה אע"פ שהאחד קדם, לא זכה שלא

יצטרך להרחיק כשיהיה שם הנזק. אבל כשקדם זוכה מן ההפקר וסמך ברשות אין חבירו הזוכה אחריו יכול לכופו להרחיק אפילו בגיריה...

ואף לגירסת רש"י ז"ל, דגריס 'אמר רבינא' ולא גריס 'אלא', ופירש דרבינא נמי מוקי לה בלוקח, ולתרוצי מאי דמקשינן לר' פפא קא אתי, וסבר דלרבנן על המזיק להרחיק את עצמו כשיהיה שם הניזק לעולם, ואפילו בלוקח שסמך ברשות, וההיא דתנן אם האילן קדם לא יקוץ, ואוקים לה לעיל בלוקח, דאלמא כל שסמך ברשות אינו מרחיק לעולם - תירץ רש"י ז"ל דאילן שאני דהפסידו מרובה, אבל בשאר מזיקים - אל"פ שסמכו ברשות דלוקח - צריכין להרחיק כשהיה הניזק שם לרבנן, וכן לר' יוסי בגירי, עם כל זה יש לחלק ולומר דעדיפא הסומך בעוד שהקרקע הסמוך לו הפקר, כגידון שלפנינו, מהסומך ברשות דלקיחה, לפי שהסומך ברשות דלוקח איכא למימר כשמכר חצי השדה אשר בו הדבר המזיק או שעכבו לעצמו - על דעת שירחיק המזיק כשיהיה שם הניזק היה, שהרי כשסמך אם לא מכר חצי השדה ונמלך הוא לעשות בו דבר הניזק היה הוא עצמו מרחיק המזיק שלא יזקק מעשיו. וא"כ אף כשמכר חצי השדה ובא אחד מהם לעשות בו הדבר הניזק ירחיק המזיק כגבירא דאתי מחמתיה. אבל בסומך קרוב לקרקע הפקר הוא סומך על דעת שלא יסלקנו משם לעולם, וא"כ כשבא חברו זוכה מן ההפקר אינו כופהו להרחיק לעולם וכ"ו."

וקשה לומר בדברי הריב"ש דה"ל דין מזיק ממש, דהרי הגם שבזרק חץ ובא אחר והוציא ראשו בכוונה וקיבלה והזקק בה, במקום דלא שכיח רבים כלל פטור; אבל אין שום סיבה להמשיך ולירות חץ, וממילא יצטרך להסיר היזקו. ועוד, דלא ברור החילוק בין לוקח דצריך להרחיק אפילו דסמך בהיתר בעוד שלא היה הניזק, לבין סמך למיצר הפקר ובא אחר זוכה, דאם הוא דין מזיק - ודאי דבשניהם אסור. אלא נראה דמבואר מדברי הריב"ש שה"ל שעבוד שכנים, דכמו דאחד יכול להזיק, גם השני, וממילא כשיש חצר בין שנים אזי החצר מוגדרת על שימושיה בשימושים לא מזיקים, ואם משתמש בשימוש חריג להגדרת שימושי החצר שנקבעה עפ"י מציאות השכינות ביניהם ה"ל מזיק, ועליו להרחיק את עצמו.

יוצא א"כ, שמציאות החצר בשכינות בין שנים או יותר מגדירה את היותן מזיק, ולפי"ז בגפת כשאין ניזק יכול לסמוך בתחילה, דהרי אין זו חריגה בשימושי החצר כשאין ניזק, אבל כשהלה בנה כותל ה"ל חריגה (מצד הגפת) בשימושי החצר, וקרי ליה מזיק, ועל המזיק להרחיק את עצמו; משא"כ בהפקר, דאין כאן מציאות של שכינות, והינך האדם היחידי שמגדיר את שימושי החצר. ממילא כשבא אדם בשכינותך אזי הוא נכנס לתוך המציאות שאתה הגדרת, וממילא ה"ל מזיק לעצמו. כמו כן מבואר ההבדל שבין לוקח להפקר, כפי שמבאר הריב"ש, שבלוקח - כיון שחצר זו כשהיתה אצל המוכר שימושיה מראש לא הוגדרו, הרי שגם בשעת המכירה לא השתנו שימושי החצר, שכן המוכר עדיין בשכנותו; משא"כ בהפקר, שעצם הנחת תשמיש מזיק ה"ל קביעת מציאות החצר והגדרת תשמישיה, ואין ביד השני לשנות זאת.

לפי דרך זו מתורצת שאלת הקצות (קנה ס"ק יא), שהקשה על רש"י, דס"ל דהיתר לקיחה לא מהני לרבא, דהרי מאב"י חזינן דסמך בהיתר מהני, דבקדימת מזיק הרי ס"ל דאין צריך להרחיק לעולם, כדמוכח בכל הסוגיא, ורבא לא פליג עליו אלא משום דס"ל דקדימת מזיק לא חשיב סמיכה בהיתר, וא"כ מהיכי תיתי לומר דיש מחלוקת נוספת בין אב"י ורבא לענין סמיכה בהיתר אי תועיל או לא? לפי דרכנו מתורץ, דהרי עיקר המחלוקת היא דאב"י ס"ל דכל דין ההרחקה - דהיינו עצם הזכות של הניזק לענין הרחקת נזיקין - חלה אך ורק לאחר שישנו את הניזק בצד המיצר, דבזה שסמך דבר הניזק לצד המיצר חל עצם הדין דעל המזיק להרחיק ממנו, אבל לפני שסמך הדבר הניזק אין כאן כלל עצם הדין דעל המזיק להרחיק ואין לו לניזק עצם זכות השכנים לחייב את המזיק בהרחקה. לכן ס"ל דקדימה מהני גם לענין שלא יצטרך להרחיק לבסוף בשביל ממונו המזיק, דכיון שלפני שסמך הניזק אין כאן עצם דין השכנים דעל המזיק להרחיק, הרי ממילא זוכה המזיק מכח קדימתו בוכות התשמיש המזיק, וכך הוא בסמך בהיתר לקיחה.

על זה נחלק רבה, והוא סובר דעצם דין ההרחקה - דהיינו עצם הזכות של הניזק לענין הרחקת מזיקין - חלה גם לפני שישנו דבר הניזק בצד המיצר, דס"ל דעצם דין השכנים דעל

וכך הוא בסמך בהיתר לקיחה.

על זה נחלק רבה, והוא סובר דעצם דין ההרחקה - דהיינו עצם הזכות של הניזוק לענין הרחקת מזיקין - חלה גם לפני שישנו דבר הניזוק בצד המיצר, דס"ל דעצם דין השכנים דעל המזיק להרחיק אינה תלויה בסמיכת הניזוק למיצר אלא במציאות השכינות ביניהם, וכל שיטנה השכנות ישנו לעצם דין השכנים דעל המזיק להרחיק. ולכן ס"ל דקדימה לא מהני, וצריך להרחיק לבסוף בשביל ממונו המזיק, דמאחר דזכות הניזוק לעניין הרחקת מזיקין חלה לפני שסמך המזיק הרי שלא שייך זכיה בתשמיש המזיק מכח הקדימה לצד המיצר. לכן אע"פ שעצם הסמיכה בקדימה מותרת, כיון דעכשיו לא חשיב מזיק, מ"מ מאחר שלא זכה בתשמיש זה יצטרך להרחיק כשיעמוד הניזוק בשביל ממונו המזיק, והוה הדין דלא יועיל היתר לקיחה אף שאין הניזוק נמצא בשעת המקח, דהרי מציאות השכינות חייבה הרחקה, וממילא כשנעשה המקח חלו דיני ההרחקה גם לדברים הניזקים שיבואו אח"כ. כיון שכן מובן דצריך להרחיק אח"כ כשסומך הניזוק.

וזו אותה מחלוקת גבי בור: אביי לטעמיה דס"ל דקודם סמיכת דבר הניזוק אין כלל חיוב הרחקה כנ"ל, ממילא לא איכפת לי בהיזוק דרפוי ארעא, דהרי ללא חיוב הרחקה אין כאן כלל דין מזיק וחובת הרחקה, ממילא יכול לסמוך; ורבא לטעמיה דס"ל דיטנו לחובת הרחקה גם קודם שסמך הניזוק, ובסתם מותר לסמוך בקדימה רק מטעם דלא מיקרי מזיק בשעת הסמיכה, הרי מובן דס"ל בבור דהסמיכה אסורה אף בקדימה, דגבי בור מקרי מזיק תיכף בהסמיכה מכח כל מרא ומרא. א"כ נראה דעיקר המחלוקת בין אביי לרבא אם זכות הניזוק לענין הרחקת מזיקין חלה מכח עצם השכנות או מכח סמיכת הניזוק לצד המיצר, ודו"ק.

ונראה דהקצות לא ס"ל הכי. דנראה מלשונו, לענ"ד, דמחלק בין שני מזיקים, דשם מועיל סמיכה בהיתר לאביי, וממילא גם היתרא דלוקח, ואילו במזיק וניזוק אזי גם בהיתרא דלוקח לא מועיל, לרש"י, כדמוכח בסוגיית חרדל מדברי ר' יוסי לרבנן. ואנן דהולכים כרבא הרי שגם בשני מזיקים כגון בור לא מועילה סמיכה בהיתר, ולכן רק ברפת בקר מהני. עיי"ש.

ולפ"ז קשיא לי מניין לנו שאביי סובר בקדימה דאין צריך להרחיק גם לאחר שסמך הניזוק. דמהא דס"ל בבור דאין על הראשון להרחיק אין ראיה, דשם שניהם מזיקים על המזיק השני להרחיק כל ההרחקה (ואפילו דאליבא דאביי אין צריך להעמיד את המשנה דאם אילן קדם לא יקוץ בלוקח, ולפ"ז אליביה מבואר דגבי אילן קדימה מהני גם לענין שלא יצטרך להרחיק בסוף, מ"מ מאילן אין ראיה לשאר המזיקין, דהרי שם לית רש"י, דלא מועיל היתר דלקיחה, עדיין מועיל קדימתו משום הפסד מרובה, וא"כ שאני אילן). לפי דרכנו מבואר דאם לא חל דין הרחקה קודם לסמיכת המזיק א"צ להרחיק לעולם, דכבר זכה בתשמיש המזיק בסמיכתו (וזה דבר פשוט, דהרי מטעם זה כ"ע מודו ללישנא בתרא דקדימה מהני בשדה שאינה עשויה לבורות). א"כ מאחר דחזינן לאביי דסובר דלא חל דין הרחקה קודם לסמיכת הניזוק, דאי לאו הכי גם לדידה היה חשיב מזיק הסמיכה בקדימה, הרי ממילא פשיטא אליביה דכל שסמך בקדימה שוב אין צריך להרחיק לעולם, דכיון שסמך קודם לדין הרחקה הרי זכה בתשמיש המזיק, וכנ"ל בשדה שאינה עשויה לדבר הניזוק לכ"ע.

ואולי נצטרך לומר בדעת הקצות דבאמת כך הוא, דלאביי כשסמך דברי המזיק בהיתר והשני סמך לו דבר הניזוק ולא מזיק אזי גם לאביי צריך להרחיק. וכן נראה מדברי הר"י מי"ג בסוגיין דז"ל: "הניחא אי ס"ל בדליכא ירק נמי סומך משרה וכו' משכחת לה בדסמך בעל החרדל חרדלים מעיקרא, וכי אתא חברי' למעבד דבורים, דת"ק דאית ליה חרדל הוא דמזיק לי' לדבורים אבל דבורים לא קמזקי, כיון דקעביד חבריה דבורים השתא יכול למימר ליה סליק להאי חרדלא" וכו', עיין שם. הרי דס"ל להדיא דגם לאביי לא מהני קדימה לפטור מהרחקה לבסוף, ולהכי ס"ל דגם אביי מודה אליבי' דרבנן שיצטרך בעל חרדל להרחיק לבסוף אע"פ שסמך בקדימה. מבואר מזה דלא ס"ל כביאורנו בסוגיא אליבי' דרש"י, ואם הקצות ס"ל כר"י מי"ג ברש"י אזי הוה קושיות הקצות לדוכתיה: והוי היתר דלקיחה ה"ל היתר הכי טוב, ומדוע לרש"י לא מועיל אם היתר קדימה מועיל לאביי? ומהכי תיתי לומר דפלגי עליה רבא בהא וכו'?

אלא דלפי הקצות ביסוד החילוק שהבאנו, לענ"ד בדבריו ניתן לומר שגם אביי באמת לא ס"ל

יש שיטה נוספת בביאור סוגייתנו והיא שיטת הרשב"א. דהנה באהך בעיא דתמרי ורימוני הקשה הרשב"א (כ ע"ב, ד"ה תמרי), וז"ל:

"תמרי ורימוני מאי תיקר" - תמיהה לי אמאי לא פשטה ממתני' דקתני "באמת ביין התיירר", אלמא כיון דביין גופי' לא מזיק לא הוי קדימה? וי"ל דדילמא מה ששינו ביין התיירו לאו למימרא שיהא מותר לגמרי אפילו לכשיבוא לאצור שם תבואה, אלא בעוד היין שם, ולומר שאינו מזיקו ואינו חייב להרחיק עכשיו א"נ וכו'.

פירוש: הא דבעי כיבד וריבץ מהו, תמרי ורימוני מהו - אין הבעיא אי חייב להרחיק מיד, דודאי כל זמן שלא הכניס שם תבואה דאין הרפת מזיקו מותר לפתוח ולהחזיק הרפת שם; אלא הבעיא היא אם לאחר שהכניס שם תבואה חייב לסלק את הרפת או לא. דאי חשיב זה התחלה לאוצר הרי אוצר קדים וחייב לסלק את הרפת, ואי לא אינו חייב לסלק הואיל ורפת קדים, וההיא דביין התיירו מיירי דווקא כל זמן שהיין שם ולא הכניס שם התבואה, ואשמועינן דאין זה מזיק להיין, אבל אם יכניס שם תבואה אח"כ תלי זה בבעיא דתמרי ורימוני. ובסוגיין גבי דירה שאני כותב הרשב"א, וז"ל:

עוד נ"ל לפרש דהך "דירה שאני ותדע" - פי' דבא לפרש הא דקאמר דיקא נמי דלכרע בניזקי דגירי ליכא דינא דקדימה, ואפילו לאביי דאמר אם בא לסמוך סומך, לכשיבנה שם חברו כותל כופהו לסלק נזקיו. ואלו הכא קתני אם קדמה רפת בקר לאוצר מותר, ולא עוד אלא שמותר לחדש אחרים כשיסלק את אלו, שהרי הוא מזליק אשו בחנותו לכשיכלה הראשון וכו' אלמא על כרחך טעמא משום דדירה שאני כנ"ל.

מבואר מדברי הרשב"א, דהיכא דליכא סברא דדירה שאני, שאף בגיריה דיליה אפילו לאביי דמותר לסמוך, מ"מ חייב לסלק את המזיק כשיבוא הניזק לשם<sup>8</sup>.

המזיק. ואולי הקצות פליג בהאי דינא עם הריב"ש בסמך לחצר הפקר לרש"י וצריך לי עיון בזה.

8. וצ"ב מה סברי הני דחולקין על הרשב"א וסברי דקדימה מהני לאביי אף בגיריה כל שעה, וכל שסמך בקדימה אין צריך להרחיק לעולם. דלכאורה צ"ע מה מועיל היתר דקדימה בגיר' כל שעה, והרי יש כאן מעשה מזיק מחודש בשעת סמיכת הניזוק! וכי תימא דכיון דהראשון שסמך לאו מזיק הוא ואינו משנה ומשתמש בקרקע כבשלו, ויש לו שימוש לגיטימי - כהבנת הקצות לעיל - עדיין קשיא, דהרי כשבא הניזוק אזי הו"ל כאילו סמך עכשיו מחדש, דהרי הו"ל גירי דיליה המתחדש, ובהא אפילו אביי מודי דכשיש את הניזוק אסור לסמוך. א"כ הדרה קושיא לדוכתיה. ולפי מה שכתבנו בהרחבה בביאור דברי רש"י בהערה מס' 7, נראה לתרץ דמה דאמרינן דלאביי ס"ל דקדימה מהני, היינו מפני דס"ל דקודם לסמיכת הניזוק אין כאן



ואשר נראה בביאור שיטת הרשב"א, דהא דכתב הרשב"א דבגיריה דיליה מודה אב"י דחייב לסלק את המזיק כשיבא הניזק לשם - אין הטעם משום דכיון דמזיק דגיריה דיליה חמיר טפי, ולהכי אין בגיריה דיליה זכות קדימה, אלא דהרשב"א ס"ל ביאור אחר בפלוגתא דאב"י ורבא: דרבא ס"ל דחיובא דהרחקת ניזקין הוא אף קודם שיבא הניזק לשם, דאף דעתה לאו מזיק הוא מ"מ אסור לעשות מעשה מזיק שיגרום נזק אח"כ לכשיבא הניזק לשם, ואב"י ס"ל דליכא חיוב הרחקה אלא בשעה שהניזק נמצא שם ולא קודם לזה, דכיון דכל זמן דליכא ניזק לא חשיב מזיק, ליכא חיוב הרחקה עד שלא בא הניזק. לכך מותר לסמוך לכתחילה בכל גווני, ואפילו בגיריה דיליה כל זמן דליכא להניזק. אמנם לאחר שבא הניזק לשם - בזה חלוק דינם, דהיכא דלא הוי גיריה דיליה שוב אינו חייב לסלק את המזיק, משום דעתה תו לא עביד מידי, הואיל ופסק כוחו ולא נחשב מזיק, ולא משום דזכה בהקדמתו, דאילו היה הדין זוכה בהקדמתו שיהא הניזק צריך להרחיק א"ע אפילו בגיריה דיליה - לא היה חייב לסלק את המזיק, דכיון דקדם וסמיק זהו זכותו דיוכל להשאיר תשמיש דידיה, ועל הניזק להרחיק את עצמו, כיון דהוא קדם. והא דבגיריה דיליה חייב לסלק המזיק הוא משום דכיון דמכוחו הוא וחשיב חציו, הרי זה כאילו עושה וחוזר. ולא מיבעי היכא דהמזיק מתחדש בכל יום, כמו הנחתומין דעושה ממש בידיים, אלא אפילו בגיריה דיליה דעלמא נמי, כיון דמ"מ הוא גיריה דיליה ומכחו מיתעביד חשיב כאילו עושה וחוזר ועושה בכל עת, והוה כאילו סומך לכתחילה בכל עת, כיון דהמעשה מזיק מתחדש מכחו בכל עת. נמצא דלדעת הרשב"א טעמא דאב"י ל"ה משום דזוכה בהקדמתו, אלא משום דאין צריך להרחיק אלא כשהניזק לפנינו דאז הוי מזיק בשעה שסומך, אבל קודם שבא הניזק לשם דלא נקרא מזיק ליכא חיוב הרחקה כלל. ורבא

גירי דיליה המתחדש, ובהא אפילו אב"י מודי דכשיש את הניזק אסור לסמוך. א"כ הדרה קושיא לדוכתיה. ולפי מה שכתבנו בהרחבה בביאור דברי רש"י בהערה מס' 7, נראה לתרץ דמה דאמרין דלאב"י ס"ל דקדימה מהני, היינו מפני דס"ל דקודם לסמיכת הניזק אין כאן כלל חיוב הרחקה, וכיון שכן זוכה המזיק בקדימתו בתשמיש המזיק, ושוב לא חל עליו חיוב הרחקה אח"כ בסמיכת הניזק. לכן אין צריך להרחיק לעולם, דהרי ללא חיוב הרחקה לא חשיב מזיק, וא"כ הוא הדין בגיריה כל שעה, הרי מכח קדימתו זוכה המזיק בתשמישו ושוב לא חל עליו חיוב הרחקה בסמיכת הניזק. כיון שכן לא איכפת לן במה שמזיקו אח"כ במעשיו, דללא חיוב הרחקה לא חשיב כלל מזיק.

והשתא דאתית להכי נראה דגם אליבא דהקצות ניתן לתרץ דכיון דלא מוגדר מזיק מצד חוסר מעשה היזק, דהרי לא קרי "משנה", ויש פה מעשה לגיטימי מחמת עצמו, אזי גם בגיריה המתחדש כל שעה לא חלה חובת ההרחקה דלאו שם מזיק עליו גם אחרי סמיכת הניזק. אלא שהמדייק בדבר יראה דלקצות לא ניתן לומר כן, דהרי להסברו לרש"י **בהסבר אב"י** לענ"ד דדבריו צריך להרחיק בהיתר לוקח, הגם דכשסמך ה"ל בהיתר גמור, וכשבא הניזק צריך להרחיק, וא"כ כל שכן דלאב"י בגיריה דיליה המתחדש צריך להרחיק כשסמך את הניזק. לפי"ז צ"ע, דהרי מרש"י לא משמע דבגיריה דיליה המתחדש צריך להרחיק גם לאב"י, וד"ק (ועיין היטב בהערה מס' 7).

ועיין רע"א בקונטרס מילי דנזיקין בד"ה ע"פ, דמבאר כך את הרא"ש בסוגיין, דלאביי אפילו בגיריה דיליה לא מצי מעכב עליו מלסמוך לכתחילה, ואין הניזק יכול לעכב משום טענת איני רוצה להתעצם עמך בדין. ובעל כרחך לא אמרינן הך סברא אלא לרבא דעיקר חיוב הרחקה הוא אפילו קודם שיבא הניזק לשם, דאסור להכין הנזק ליום המחר כשיבא ניזק לשם וכבר מעכשיו הוא חשוב מזיק ועליו להרחיק את עצמו; אבל לאביי דעיקר חיוב הרחקה אינו אלא כד איתיה הניזק, אבל קודם שבא הניזק לא חשיב מזיק וא"צ להרחיק, ודאי דלא יוכל לעכב עליו מלסמוך משום הך חששא שמא אבוא מחר לסמוך ותתחייב בהרחקה ואז לא תמהר וכו', דמשום הך סברא לא יתחדש עליו חיוב הרחקה יותר ממה שחייב מעיקר דין הרחקת נזיקו<sup>9</sup>, ודר"ק.

וצריך להוסיף בדעת הרשב"א דהסברא של דירה שאני היא מכח תקנת חכמים, דאם אביי מודה דצריך להרחיק את המזיק בגיריה דיליה כשהניזק בא, אם כן מודה שיש עליו שם מזיק, ואם כן מדוע דירה שאני? צ"ל מכח תקנת השכנים. והשתא דאתית להכי דבתקנת חכמים עסקינן, ניתן לבאר את כל יסוד חיוב הרחקה בשעבוד שכנים.

וניתן לומר דהוי דין מחודש של הרחקה, דכל עצמו של דין הרחקה בנזקי שכנים הוא מצד זכות השכנים שיש לכל אחד על חברו, וכמו שמצינו בפ"ק חיובי שכנים השותפים זל"ז כעניינים הצריכים לכולם - כמ"כ יש דין מחודש של נזקי שכנים. דכיון דתשמיש שניהם כל אחד בתוך שלו הוא מן הנמנע, על כן תקנו חכמים דעל המזיק להרחיק את עצמו, כדי שיוכל כל אחד להשתמש בתוך שלו מבלי שיפסד משכינו. והיינו דתקנו חכמים דמצד זכות השכנים אין לכ"א זכות בתוך שלו להעמיד שם דברים המזיקין, וכיון דחסר לו רשות על כרחך מצד זכות הניזק, על כן עליו להרחיק.

9. וקשיא לי בדברי הגרע"א דס"ל בדעת הרא"ש כרשב"א, דבדבר דהוי גיריה בכל שעה גם אביי מודה דקדימה לא מהני, ואע"פ שסמך בהיתר דקדימה יצטרך להרחיק אח"כ כשיבא הניזק. דמוכיח הגרע"א דיש את טענת התעצמות בב"ד לרבא ולא לאביי (בה"א), משום דמדברי רבא עצמו מוכרח דאית ליה דין הרחקה מצד התעצמות, דהרי אמר דאסור לסמוך בור בקדימה לרבנן דר' יוסי גם בלי טעמא דכל מרא ומרא, ומוכח מזה דאית לי טענת התעצמות. דאי לאו הכי גם לרבנן דר' יוסי צריכינן לטעמא דכל מרא ומרא כדי שלא יוכל לסמוך הבור מתחילה להרחיקו אח"כ, משא"כ לאביי דמי יימר דאית ליה כל הך מילתא דהרחקה מצד התעצמות, עי"ש. ובהאי מילתא קשיא לי, דהגם דרבא מצריך הרחקה אליבא דרבנן גם בלא מרא ומרא, היינו דאין על עצם הסמיכה שם מזיק, אבל לענין זה שאינו יכול לסמוך מתחילה ולהרחיק אח"כ - י"ל דאין הכי נמי, גם לרבנן לא יסמוך מצד מציאות כל מרא ומרא ולא מצד חשש התעצמות. ומלבד זה, הרי יש הבדל במציאות לענין התעצמות בין בור לכל דברים המטלטלין כמו גפת וזבל, וכמ"ש הראשונים, וממילא יתכן דרבא חושש להתעצמות רק לגבי בור. וצריך לי עיון בהאי מילתא.

שם דברים המזיקין, וכיון דחסר לו רשות על כרחך מצד זכות הניזק, על כן עליו להרחיק.

ועפ"ז יבואר סברת שלא כהוגן בתוס' כמו שהקשנו, וכן משמע בסמ"ע גבי רפת ואוצר שבאים לחפור יחד, שעושים פשרה. נראה דזה דין שיעבודים וזהו הפשרה: זכותו של מי יותר גדולה, או שאני ודאי נקרא מזיק, או שוודאי לא נקרא מזיק - אזי כיון דאנו עוסקים בזכויות, זה נובע משעבודים, אבל אם אנו דנים במזיק אז מכריעים ככל ספק נזיקין; משא"כ שעבודים, כיון דיש לשניהם זכויות, והשאלה אם הם קיימות כאן - אזי באים ואומרים ששניהם צודקים ועושים פשרה. ואולי לא כך, אלא שכשניהם באו בב"א אזי יש פה את דינו של אביי שכל אחד מרחיק בבאו לחפור בורות בב"א, ודר"ק.

## ח.

נראה דעל יסוד ההבנה בדיני הרחקת נזיקין יתבארו לנו שיטות הראשונים בחזקת נזיקין.

דהנה הראשונים נחלקו בכל ההרחקות שנאמרו בנזקי שכנים, במקרה שלא הרחיק וראה חבירו ושתק, וד' שיטות נאמרו בה.

א. דעת הרמב"ם (פ"ח מהל' שכנים ה"ז) והגאונים, דאם ראה הבעלים ולא מיחה, הויא חזקה לאלתר ולא בעינן ג' שנים וטענת מכר כחזקת הבתים והקרקעות.

ב. דעת הרשב"ם (עיין הגהת תוס' ברש"י דף ו' ע"א, ד"ה אחזיק, ועיין תוס' ע"ב ד"ה ואי, ועיין לקמן בדף מא ע"א במשנה ברשב"ם שם) דאין צריך ג' שנים, אבל מכל מקום צריך טענה, וחזקה שאין עמה טענה אינה חזקה, גם בחזקת תשמישין ונזיקין.

ג. דעת ריב"ם (הובא לקמן בתוס' דף כג ע"א, ד"ה והא), להיפך דטענה אין צריך אבל ג' שנים צריך.

ד. דעת הר"י ור"ת ועוד ראשונים דצריך ג' שנים וגם טענה ככל חזקת קרקע. והקשה קצות החושן (סימן קנה סקט"ז) בשם אהיו, לכל השיטות, אמאי אינו יכול לחזור בו לאחר שמחל? דהא למה זה דומה לאומר קרע כסותי והיפטר, דאם כבר קרע פטור כיון שעשה ברשותו כדתנן בב"ק צג ע"א, אבל אם עדיין לא קרע ודאי יכול למחות בידו, ואפילו אם כבר התחיל לקרוע ומיחה בו שלא יקלקל יותר, חייב לשלם מה שקלקל אח"כ, כיון שאינו נותן לו את הבגד מתנה אלא מוחל לו על נזקיו, ויכול למחות בו שלא יזיק יותר. וכעין זה כתב הרא"ש בריש ב"ב סי' ב, גבי היזק ראייה.

כדי לבאר שאלה זו צריך להתבונן היטב בסוגיא בב"ק צג ע"א גבי קרע כסותי, וז"ל הסוגיא שם:

שבר את כדי, קרע את כסותי - חייב. ורמינהי: "לשמור" - ולא לאבד, "לשמור" - ולא לקרוע, "לשמור" - ולא לחלק לעניים?  
 אמר רב הונא: לא קשיא, הא דאתי לידיה הא דלא אתי לידיה (רש"י): דאתי לידיה וקרע בידו חייב, אי לא אמר ליה על מנת לפטור, ואפילו אתא לידי מעיקרא על מנת לאבד).  
 אמר ליה רבה: "לשמור" - דאתי לידיה משמע? אלא אמר רבה: הא והא דאתי לידיה, ולא קשיא, הא דאתי לידי בתורת שמירה, הא דאתי לידיה בתורת קריעה. (רש"י): הא דאתי לידיה מעיקרא בתורת שמירה, והדר אמר ליה קרע חייב, אי לא אמר ליה על מנת לפטור).

לכאורה ניתן להבין מהסוגיא בחילוק, שבאתי לידיה בתורת שמירה, באמר ליה קרע כסותי, צריך לומר "והיפטר", אבל לא אתי לידיה בתורת שמירה, אין צריך לומר "והיפטר", שהטעם הוא, משום דכל דאתי לידיה בתורת שמירה, לא היתה הכוונה לפטור עד שיאמר לו "והיפטר", אבל לא אתי לידיה בתורת שמירה, הכוונה היה על מנת להיפטר, ובשניהם אם ידוע הכוונה על-מנת להיפטר, אפילו אתי לידיה בתורת שמירה פטור.

ומקשה על זה קצוה"ח (סי' רמו סק"א) שאם כך מבארים את הסוגיא, יוצא שאת המשפט "קרע את כסותי" מפרשים בשי אפשרויות: דלא אתי לידיה בתורת שמירה - הכוונה להיפטר, ובאתי לידיה בתורת שמירה - אין הכוונה כן, וזה קשה לומר.  
 לכן מבאר הקצות שם באופן אחר, דלעולם אין הכוונה לפטור רק באומר בהדיא על-מנת לפטור; רק בלא אתי לידיה בתורת שמירה ממילא פטור אף בסתמא, משום מזיק ברשות, דאין שם מזיק עליו, ואין דין מזיק בכה"ג, כמו במפותה, שכתב בשטמ"ק דפטור בלא טעם מחילה רק שהיא הגורמת ועושה הכל. אלא דאתי לידיה בתורת שמירה, אף שפטור מדין מזיק כיון שעושה ברשות, מכל מקום חייב מדין שמירה אם לא שהתנה בהדיא על"מ לפטור, עיי"ש.

ולפי ביאור זה בסוגיא ניתן לתרץ את שאלת הקצות בנקל, דהרי לפי ביאורנו לעיל בענין הרחקת נזיקין בהבנת הקצות בסי' קנה סקי"א, ביארנו, דאף שמדובר נזיקין גמורים, אפילו הכי בסמך בהיתר לאביי לאו שם מזיק עליו, והוא לא מוגדר מזיק, גם לאחר שיבוא הניזק, כיון שהוא השתמש בחצרו וניצל זכויותיו, אזי הוא לא מוגד מזיק גם למחר, שהרי כשאדם יוצר מצב חדש, כשמסתכלים בתנאים העכשוויים, הרי שאין סיבה מצד עצמה להימנע מפעולה זו, ולא נקרא "משנה". אם כן במצב כזה אין אדם אחראי על תוצאות מעשיו, אם אין סיבה לא לעשות אותה כעת, והוא לא "משנה" ופועל פעולה לגיטימית. לפי"ז הגדרת הפעולה לא מוגדרת עפ"י התוצאות אלא בעצם הפעולה עצמה: האם יש לו אחריות עליה? ממילא הוא

לא מוגדר מזיק והניזק צריך להסתגל למצב הקיים, ולפי"ז לנהוג (עיין לעיל בביאורנו).

יוצא א"כ לפי זה, דלכן מועלת החזקה, דהרי אצלנו המצב הוא בדלא אתי לידיה בתורת שמירה שהרי מציאות החזקה אין זה מטעם הקנאה, אלא משום דחשיב סמך בהיתר, וכאמור לעיל בהבנת הגמרא בב"ק, דממילא פטור אף בסתמא (בדלא אמר ליה ע"מ להיפטר) משום מזיק ברשות, ואין דין מזיק בכה"ג. לכן על הניזק להרחיק עצמו<sup>10</sup>. ודר"ק.

וגם מפה ראייה שהבין הנתיבות סימן קנה סקי"ח כדברינו בביאור הסוגיא (נוסף לראיה שהבאנו בהערה 5), דכאמור לעיל הקשה הנתיבות דמה מקשה הגמרא בב"ב דף כג ע"א גבי אומני: "והא אחזיק להו?" - היאך מהני חזקה שלא לשמור הזיקו? וכי מועיל חזקה בד' אבות נזיקין? מזה מגיע הנתיבות לחידושו דבנזיקין לא חייב, רק כשאפשר להחזיק ברשותו ובשמירה שלא יזיקו, ואילו אצלנו, ב"לא יחפור", אם

10. לפי"ז קצת קשה מהסוגיא בב"ק דף כז ע"א, וזה לשון הסוגיא: "ואמר רבה: הניח גחלת על לבו ומת - פטור, על בגדו ונשרף - חייב. אמר רבא תרוייהו וכו' 'בגדו' - דתנן: קרע את כסותי שבור את כזי חייב, ע"מ לפטור פטור". עיין בתוס' ד"ה קרע, שהוכיחו מתוך משנה זו שלא תאמר דכיון ששותק דעתו על מנת לפטור. ומביאה הגמרא ראייה דאפילו באומר קרע חייב עיי"ש. והנה לכאורה קשה טובא, דהרי בב"ק אמרינן על משנה זו דמדובר דווקא באתי לידיה בתורת שמירה פטור, וא"כ איך מוכח לדינא דהכא בהניח על בגדו כשלא היה שומר עליו דחייב בשתיקה?

אמנם לפי מה שכתב בקצה"ח סי' רמו סק"א לפרש שם, דלעולם אין הכוונה לפטור רק באומר בהדיא על מנת לפטור, רק בלא אתי לידי בתורת שמירה ממילא פטור אף בסתמא, משום מזיק ברשות, דליכא דין מזיק בכה"ג. אלא בדאתי לידי בתורת שמירה אף שפטור מדין מזיק כיון שעושה ברשות חייב מדין שמירה - לדבריו ניחא, דהוכחת רבא הוא דכל זמן שלא מפרש בהדיא על מנת לפטור, לא מפרשינן שדעתו למחות התשלומין, דמשום הכי חייב באתי לידיה בתורת שמירה. משום הכי בהניח על בגדו אף ששותק חייב, דמזיק ברשות ליכא הכא, דמעצמו הניח הגחלת שלא מרשות בעלים. לפי"ז לאחר חידושו של הקצות, דביאר לנו דקרע את כסותי אינו יסוד לפטור אותו מעצם סיבת החיוב, אלא בדלא אתי לידיה בתורת שמירה, הקרע את כסותי, וצריך לפרש "והיפטר" על מנת לפטור מתשלומין, אזי ודאי ששתיקה לא הרי שהוכחת תוס' בביאור הסוגיא היא דדוקא בקרע את כסותי דמבטל את סיבת החיוב ולא שתיקה. ולפי"ז קשה, דנראה מהגמ' בב"ק ומלשון תוס', דקרע כסותי חייב, וזהו עיקר ההוכחה, ולא הפטור בקרע כסותי? ועוד קשה דעדיין נימא דמדרשתא מחיל ליה?

ונראה באמת דעיקר הוכחת הסוגיא לפי תוס' היא דדוקא באתי לידיה בתורת שמירה דחייב בקרע את כסותי, וצריך לפרש "והיפטר" על מנת לפטור מתשלומין, אזי ודאי ששתיקה לא מועילה לפטור. וכי תימא דזהו דוקא באתי לידיה בתורת שמירה דחייב, אבל בדלא אתי לידיה בתורת שמירה אזי קרע כסותי פטור, וא"כ אולי גם שתיקה תועיל? אז נימא כתירוץ הקצות, דקרע כסותי גילה דאין סיבת חיוב מזה שנתן לו רשות משא"כ שתיקה. ולפי"ז קשה טובא לענין הרחקת נזיקין, דשם ישנה מחילה בשתיקה, ואיך מועילה להסיר סיבת החיוב? על זה ניתן לתרץ דעצם המציאות בהקרבת התשמיש, בסמיכה בהיתר, אין זה מטעם הקנאה דיכולה להתפרש ע"י שתיקה, דאז נשאלת השאלה איך שתיקה מועילה להסיר סיבת החיוב, אלא משום דחשיב סמך בהיתר, וע"ז עצמו סרה סיבת החיוב, דעצם המציאות עצמה מגדירה את "הקרע כסותי". ודר"ק.

ועדיין קשה, והרי אם ה"ל מזיק, איך מועלת חזקה? ועוד: הרי דמי ליה לקרע כסותי? אלא ודאי דלאו שם מזיק עליו. ודר"ק.  
אלא דלפי זה חוזרת הקושיה שהקשנו לעיל בדעת רש"י והר"ף בענין החזקה. היינו, דרש"י והר"ף סבירה להו דבהיתר לוקח על המזי להרחיק את עצמו, והרי לוקח הינו היתר הכי טוב, ואין סיבה להגדירו מזיק; ואם גם אז מרחיק הלוקח, איך מועלת חזקה? והדרה קושיית הקצות לדוכתיה!  
ובאמת כך הקשה קצוה"ח בעצמו בסימן קנה סקט"ז, וזה לשונו:

ועיין בתוס' בסוגיא דחרדל שכתבו דבהיתר לא מהני ומחוייב המזיק להרחיק את עצמו, והקשו מהא דתנן: 'אילן קדם לא יקוץ', וכתבו משום דאילן שאני משום הפסד האילן עיי"ש וכיון דאילן מוקי לה בלוקח. ולפי תוס' האילן ביד הלוקח והבור אצל המוכר, וכיון דקנה האילן - מאי קא קשיא להו מאילן, כיון דאפילו חזקה לנזיקין מהני, מכ"ש כשידוע שקנה. וכן שם בסוגיא כתבו תוס' לפרש הא דמרחיקין את החרדל מן הדבורים שהחרדל ביד לוקח, ואפ"ה צריך להרחיק, ומשום דבהיתר לא מהני. ונהי דבהיתר לא מהני, הא חזקה לנזיקין מהני בכל הנזיקין, ומשום דברשותו העמיד דבר המזיק, וכיון שקנה החרדל מבעל דבורים לא גרע מחזקת נזיקין. וכעת צ"ע.

## ט.

ונראה דניתן לתרץ גם את זה לפי מה שביארנו בדעת רש"י והר"ף בהבנת דין הרחקת נזיקין בהערה 7, ונביא את תורף הדברים. דהריב"ש (סי' שכב) דן במי שזכה בהפקר חלקת קרקע, ובנה שם דבר המזיק, ואפי' גיריה דיליה, ולאחר מכן בא שכן וזכה בחלק השני וביקש להרחיק את המזיק. פוסק הריב"ש דאין הראשון צריך להרחיק דכיון שזכה מן ההפקר, וקדם לעשות חלונותיו בשעה שלא היה מזיק לשום אדם, ולא היה אדם שיכול למחות בידו. לכן אין לו לסתום חלונותיו וכו' - עיין בלשונו בהערה 7. כן הוא אומר אפילו לדעת רש"י, דאין לו היתר דלוקח יודה בהפקר.

כך פוסק הרמ"א בסי' קנה סע' לו, דעל מה שפסק המחבר שם דאין חזקה לד' נזיקין הקבועים הוסיף הרמ"א וז"ל: "אפילו קודם שבא לשם דבר הניזק, מיהו אם זכו שניהם בשל הפקר כל הקודם זכה, ואין השני אחריו יכול למחות בר". והקשנו לעיל בהבנת הריב"ש, דגם לרש"י יודה בהפקר, מה ההבדל בין הפקר ללוקח, והרי בשניהם בהיתרא קא זכי? ואם גם בלוקח אמר רש"י דעל המזיק להרחיק את עצמו, א"כ הוא הדין בהפקר? ולכאורה שאלה כזו לא תיקשי על הרמ"א, דהרי הרמ"א פוסק בסעיף יט דהיתר לקיחה וגם כל קדימת מזיק לניזק מהני לענין שאין צריך להרחיק לעולם, וכשיטת ר"ת ודעימייה. אמנם נראה דגם עליו ניתן להקשות, דהרי

פוסק בסעיף יט דהיתר לקיחה וגם כל קדימת מזיק לניזק מהני לענין שאין צריך להרחיק לעולם, וכשיטת ר"ת ודעימיה. אמנם נראה דגם עליו ניתן להקשות, דהרי מדבריו כאן מוכח דס"ל דזהו דוקא בהיזק דממילא, אבל בגיריה כל שעה גם בסמך בהיתר צריך להרחיק, שהרי פסק כאן דאין חזקה לד' נזקין הנ"ל, לא שנא אם החזיק בהן לאחר שסמך הניזק ל"ש אם החזיק בהן לפני שסמך. והנה בהחזיק בהן לפני שסמך הניזק, אין הכי נמי לית להו חזקה, אבל לא יצטרך להרחיק מדין סמך בהיתר? ובהכרח דצריך לומר דהרמ"א סבירה ליה דב-ד' נזיקין אלו דמזקי בגירי כל שעה, גם בסמיכה בהיתר לא מהני. ובאמת כך כותב הרמ"א בס' קנד סע' טז, וז"ל: "מיהו יש חולקין וס"ל דהיזק ראייה מיקרי היזק דממילא ומאחר שעשה בהיתר, על הניזק להרחיק עצמו" - הרי שהרמ"א תולה את סמיכה בהיתר בהיזקא דממילא, וכמו שאמרנו. לפי"ז קשיא גם לדעת הרמ"א: במאי עדיף קדם וזכה בשל הפקר מסתם קדם וסמך או היתר לקיחה?

ונראה לומר בדעת הרמ"א ובדעת רש"י, כאמור לעיל, דיסוד הדין דהרחקת נזיקין בנזקי שכנים, אינו מצד דין נזיקין ואיסור מזיק, אלא הוא דין מחודש של הרחקה מצד זכותי השכנים שיש לכל אחד על חבירו, דכמו דאחד יכול להזיק גם השני יכול להזיק. ממילא כשיש חצר בין שנים, אזי החצר מוגדרת על שימושיה בשימושים לא מזיקים, ואם משתמש בשימוש חריג להגדרת שימושי החצר שנקבעה עפ"י מציאות השכינות ביניהם, הו"ל מזיק ועליו להרחיק עצמו. יוצא א"כ שמציאות השכינות והחצר בין שנים, או יותר, מגדירה את היותך מזיק. לפי"ז בגפת כשאין ניזק יכול לסמוך בתחילה, דהרי אין זו חריגה בשימושי החצר כשאין ניזק, אבל כשהלה בנה כותל הו"ל חריגה מצד הגפת בשימושי החצר כשאין ניזק, וקרי ליה מזיק, ועל המזיק להרחיק עצמו; משא"כ בהפקר, דאין כאן מציאות של שכינות, והינך האדם היחידי שמגדיר את שימושי החצר, ממילא כשבא אדם אחרוך בשכינותך, אזי הוא נכנס לתוך המציאות שאתה הגדרת, וממילא הו"ל מזיק לעצמו. בזה מבואר ההבדל בין לוקח והפקר.

ובזה תלינו מחלוקת אב"י ורבא. דלרבא זכות הניזק לענין הרחקת מזיקין חלה מכח עצם השכינות ביניהם, ולאב"י מסמיכת הניזק לצד המיצר.

ולאור האמור, מיושבת קושיית הקצות מהא דקרע כסותי והיפטר. דהנה מדינו של הרמ"א הנ"ל למדנו דכל שאחד סמך תשמיש המזיק בשעה דלא היה לשכניו עיקר זכות השכנים לחייבו הרחקה, זוכה בזכות התשמיש, ושוב אין צריך להרחיק לעולם. והנה הא דמחילה מועילה לפטור המזיק מהרחקה, אין הפירוש שהניזק מוחל ונותן למזיק רשות להזיקו, והסכים בזה לסבל ההיזק, דזה ודאי הוא כקרע את כסותי והיפטר דחייב, אלא ביאור המחילה הוא, שמוחל לו כל דין הרחקה, דכל דינו לחייב המזיק בהרחקה הוא מצד שיעבוד השכנים, ובזה שפיר פטור מהרחקה

הרי הוי כאילו אין להמזיק שכנים שעבורם תתמעט זכות תשמישיו בשלו, ודומה ממש לקדם בשל הפקר.

לאור האמור מתורצת גם שאלת קצוה"ח (סי' קנ"ג סק"ג) על הרמב"ם והגאונים דס"ל דחזקת תשמישין ונזיקין מועילה לאלתר ובלי טענה, דשואל הקצות שם, וזה לשונו: "וקשיא לי טובא, בלא טענה היכי משכחת לה, נהי דשתיקה הוי מחילה, במה קנאו להיות שלו לתשמיש זה? בשלמא ע"י טענה משכחת לה שטען שקנאו ממנו במחיר כסף, או בשטר וחזקה, אבל בלא טענה אלא שראה ושתק ומחל לו, אמאי אינו יכול לחזור כיון דליכא קנין?" וגבי חזקת תשמישין תירץ הקצות, דתחילת התשמיש ע"י הקרקע שקונה אגב התשמיש, נקנית לו על ידי השימוש עצמו. ונראה דדבר זה ניתן לתרץ דוקא גבי חזקת תשמישין, שקונה התשמיש אגב הקרקע או הכותל, אבל גבי חזקת נזיקין הר"ל תשמיש המזיק, ואיך קנאו להיות שלו? על זה ניתן לתרץ כנ"ל, שעצם המחילה הר"ל ויתור מוחלט על עצם זכותו שיש לו על המזיק, והדר דינא כאילו אין למזיק שכנים, ובזה מועילה החזקה, ודר"ק.

י.

אולם נראה דכדי לתרץ את שאלת הקצות (סימן קנה סקט"ו) איך לרש"י והרי"ף, שלגביהם לא מועיל היתר דלוקח, מהני חזקה? לא צריך להגיע להבנה זו בהרחקת נזיקין, ואפשר להישאר בהבנה של דין מזיק ממש, ועדיין אפשר ליישב, דמחילה דהרחקת נזיקין אינה רק מחילה על הנזקים שמזיק לו, אלא כיון שהחזיק ברשות נחשב כאילו הניזק נתן לו רשות להעמיד מזיק זה בחצרו, ומשום הכי אינו יכול לחזור בו ולתבוע ממנו שיסלק את המזיק משם, דדמי למשכיר את חצרו להכניס שם את שורו, דאין המשכיר יכול לחזור בו בתוך הזמן, ולתבוע ממנו שיוציא את שורו משם מפני שהוא מזיק לו, דלענין זה הוא לא בעלים. ולא דמי לקרע את כסותי והיפטר, דשם אינו מקנה לו כלום אלא פוטר אותו מלשלם הנזק, ולכן לא מועיל אפילו הקנה לו זאת בקנין, אבל אצלנו מקנה לו את חצרו להעמדת מזיק זה. לפי"ז יש לחלק בין לוקח לבין חזקת נזיקין, דבחזקת נזיקין כיון שנתן לו רשות, נחשב כמו שהשכיר לו הניזק את חצרו להעמדת מזיק זה, ולפיכך אין צריך להרחיק וכמו שביארנו, אבל בלוקח אע"פ שמכר לו את האילן מכל מקום לא נתן לו רשות להזיק, ויכול לומר לו שיקצוץ את האילן כדי שלא יזיק לו.

ואם נקשה על זה את שאלת הקצות (סי' קנ"ג סק"ג), במה קנה את השימוש להזיק לו בחצרו עד כדי משכיר ממש? - על זה ניתן לתרץ דרש"י לשיטתו, דסבירה ליה לרש"י דחזקת נזיקין נקנית לאלתר וטענה, וא"כ ע"י הטענה קנאו להיות שלו. ודר"ק.