

מזן הרב אברהם אלקנה כ. שפירא שליט"א

ראש ישיבת מרכז הרב

מחילה בהיזק ראייה

א.

מקורות:

רא"ש סימן ב', הר"י מיגא"ש [שטמ"ק] ב: ד"ה "הא לא רצו".
 קצות - החושן סימן קנ"ה סקט"ז, נתיבות.
 רא"ש סימן כ' מחלוקת ראב"ד ורא"ש.
 כג תוד"ה "אין חזקה".
 רשב"א [שטמ"ק].
 שטמ"ק ב': "גינה שאני".
 ר"מ ה' שכנים פ"א ה"ב, ראב"ד.
 רש"י ה': ד"ה "פשיטא".

הרי"ף בתשובה, שואל על הדין טעמו דרצו... אלמא היז"ר-- אינו [מובא בנ"י] "מנא לן מהכא דהיז"ר לא שמיה היזק דילמא לעולם אימא לך שמיה היזק והבמ"ע כגון דאחזוק בלא מחיצה שלש שנים בהיז"ר וכיון דאחזוק מחלו ומשו"ה טעמא דרצו הא לא רצו לא ומתרץ שהחזקה אינה חזקה.

גם הרא"ש סובר כך ומביא שני טעמים לדבר.

1. "אבל הכא מצוי למימר למה היה לי למחות יותר ממך והלא הייתי מזיקך כמו שהיית מזיקני והייתי מצפה אולי תפתח אתה לתבוע" הרשב"א מוסיף בשם הראב"ד "...כדי שלא ימחה גם חברי בי ונמצאתי גם אני צריך להרחיק לבנות ולמעט בתשמיש חצירי".
 2. "...אבל חצר שמשתמש בכניסה ויציאה וא"א שלא יסתכל בתשמיש חברי דמי האי היזקא לקוטרא ובית הכסא דאמרינן לקמן דלית להו חזקה". אבל מוסיף הרא"ש "אם יש עדים שמחלו השותפין זל"ז על היז"ר" שוב אין יכולים לחזור בהם, אע"פ שהאומר לחבירו קרע כסותי ושבר כדי יכול לחזור בו ויתחייב חבירו בהיזקו אחר שחזר בו, שאני הכא דתביעת ממון יש ביניהם שנתחייב כ"א לחבירו לסייעו בבניין הכותל והוי כמו שנתחייב לו מנה ומחל לו עליו שזכה במחילתו בלא קניין".

הגמ' אומר שלקוטרא אין חזקה ואפשר לחזור באיזה מקרה: ר"ת מפרש "דאפילו הקנה יכול לחזור בו דקניין בטעות הוא דסבור היה שיכול לקבל ועכשיו אין יכול לקבל"

התוס' דוחה וסובר שבקניין גם בקוטרא אינו יכול לחזור. צ"ל שלפי ר"ת אם אין קניין מועיל בקוטרא מסתבר שגם בהיז"ר קניין מחילה לא יועיל, וממילא הדין הזה שזה לקרע כסותי שבשניהם יכול לחזור בו וקושיית הרא"ש אינה. הרא"ש שמדמה היז"ר לקרע כסותי ואומר שבהיז"ר אפשר למחול מדוע הרא"ש מסיים של"צ קניין הרי בקוטרא אף לתוס' קניין צריך, צ"ל שבקוטרא אין עניין ממוני ובהיז"ר יש גם עניין ממוני ולכן ל"צ קניין, אך לכאורה יש בהיז"ר גם עצם הנזק.

ועוד קשה על הרא"ש באותו אופן אם הוא משווה היז"ר לקרע כסותי ז"א שבהיז"ר יש עניין נזקים וא"כ איך יכולים למחול הרי בנזקי שכנים אין מחילה מועילה [קושיית הקצות עיי"ש].

עצם סברת הרא"ש אינה מובנת מה הוא מחלק בין קוטרא להיז"ר שבהיז"ר יש גם עניין ממוני, בסדר המחילה תוריד את תביעת הממון אך עצם הנזק יישאר כמו בקוטרא וע"ז המחילה לא תועיל.

הרא"ש [ו'] מפרש שבחצר [בניגוד לגינה] אף במקום שנהגו שלא לגדור מחייבים אותו. לכאורה אם הרא"ש סובר שמחילה מועילה להיז"ר הרי מקום שנהגו שלא לגדור זה מצב שכולם מוחלים על היז"ר ומדוע שיכפו?

הרשב"א אמר ג"כ שחייבים לגדור והטעם בגלל שזה מנהג שטות [כמו דינו של ר"ת שבמקום שנהגים במחצלת אין הולכים אחר המנהג] את הרשב"א נוכל להסביר, בניגוד לרא"ש שמחילה תועיל אצלנו רק עם קניין וממילא אף אם נאמר שזה מנהג שטות הם מחלו מפורשות, אבל במקום שאין מנהג לגדור שם לא היה קניין ולא נלך אחר מנהג השטות. אבל לרא"ש שמחילה מועילה גם ללא קניין א"כ גם במקום שנהגו שלא לגדור שלא יכפו.

הדין שבמקום שנהגו שלא לגדור כופין. במה? אפ"ל שהדין שצריך גויל... זה דווקא במקום שיש מנהג אז למרות שלהיז"ר גרידא מספיק הוצוד"פ בכ"ז המנהג קובע את סוג המחיצה, אבל במקום שנהגו שלא לגדור ל"ש מנהג ונשאר רק הדין של היז"ר ויספיק הוצוד"פ [אף לר' יונה האומר שבעיר חדשה צריך דווקא לבינים לא מדובר שנהגים שלא לגדור אלא בסתם].

הגמ' אמרה "וכן בגינה" משמע שהיז"ר שמיה היזק, ודחתה שהסיבה בגינה בגלל עין הרע, שואל התוס' א"כ למה בבקעה אין מחייבים אותו, בשיטה יש תרוץ האומר "דבקעה נמי חייב לגדור מטעמיה דר' אבא, אבל לא בגויל וגזית, משום דבקעה אינה עומדת בקמותיה אלא חדש אחד בשנה, ומשו"ה סגי ליה במחיצה כל דהו הראויה לעמוד חדש אחד". שוב רואים שיש דין מיוחד למקום שיש היז"ר ללא מנהג, בקעה. המשנה אומרת "וכן בגינה" כמו החצר הדין כן בגינה. לכאורה מה אומרת המשנה, לפי הסבר הגמ' שסתם גינה כמקום שנהגו לגדור וחייבים, למה תולה המשנה גינה במנהג שתאמר שסתם גינה חייבים לגדור. [במיוחד קשה למ"ד שבחצר ג"כ, במקום שנהגו שלא לגדור אין כופין, דין גינה זהה לחצר].

צ"ל שכוונת המשנה לאמר שבגינה, בניגוד לחצר, בסתם אין דין תקנה של שותפים יש רק מנהג למנוע היז"ר ולכן כתבה כמקום שנהגו לגדור כתוצאה מזה, יהיו כמה נ"מ. לפי"ז יצא שבגינה במקום שנהגו סתם לא יצטרכו גויל וגזית אלא יספיקו הוצוד"פ [בניגוד לחצר, ששם, לר' יונה, במקום חדש צריך לבינים], בגלל שמנהג אין [עיר חדשה] ודין השותפים המחייב לבנות כפי המשנה אין בגינה.

הסברא היא: שבגינה יש רק עין הרע ולא חמור כמו בחצר ולכן אין דין של השותפים. יש מחלוקת מה זה "מקום שנהגו כמנהג המדינה" לפי איזה מנהג? [ענין 27]. אפ"ל שבגינה גם הרמב"ן [האומר שבחצר המנהג כותלי החצר בינה לרה"ר] יודה שפה דווקא כמנהג גדר שבין הגינות, כי לה אין תקנה אלא רק מנהג למנוע היז"ר וממילא אין הגיון לסתום היז"ר מכותל שמפריד לרה"ר.

הגמ' אומרת וכן בגינה כמקום שנהגו לגדור, ר' גרשום מוסיף כמקום... "בבקעה" מה משמעות הדבר? אלא הוא בא לומר שגינה אינה זהה לחצר אלא יש לה דין מיוחד של עין הרע כמו לבקעה, ואין בהם דין של שותפים ויתכן שהגידור יהיה שונה.

רואים מכ"ז שהדין המיוחד של תקנת השותפים בחצר אינו אותו דין של היז"ר אלא רק תוספת.

אמנם, הרא"ש אומר שחזקה אין בהיז"ר, אך מסתבר שבמקום שנהגו שלא לגדור על אף שהדין שכופין לגדור, בכ"ז, החזקה - לאו דווקא שלוש שנים, תועיל, בגלל שלא מחית בהתחלה גלית בדעתך שאתה מעוניין במנהג שלא גודרים.

הרא"ש פסק שאף במקום שנהגו בגויל בכ"ז אם הוא רוצה הוא יכול לכנוס בשלו בהוצוד"פ. מה יהיה הדין אם בהתחלה הוא שתק ורק אחר כך טוען אכנוס בשלי בהוצוד"פ? צ"ל שבמקרה כזה הוא לא יוכל לטעון, בגלל שהרא"ש סובר שיש בהיז"ר תביעת ממון, ובשלמא אם בזמן החלוקה הוא אומר שרוצה לכנוס בשלו שומעים לו כי ע"ד כן חלק ואז לא היה שעבוד נכסים אבל אם מיד לא תבע זאת חל השעבוד ואינו יכול להפטר.

לפי"ז תתורץ הקושיה השניה של הרשב"א על הרא"ש. המשנה אומרת את הדין של כופין במקרה והויכוח ביניהם אינו מיד אלא אח"כ ואז גם הרא"ש מודה שאינו כונס בשלו בהוצוד"פ. השו"ע [ג'] פוסק "היה אחד מהם עשיר ואחד מהם עני א"צ יותר [ואין הלה יכול לעכבו ולומר בנה באמצע כדי שאוכל אני לסמוך קורותי..."] - סמ"ע. ואם אינו רוצה דינו כמו בבית ועלייה". הנתיבות [ב'] מסביר 'ונראה דהיינו דווקא שהעשיר רוצה לכנוס בשלו ולבנות משלו, אבל ודאי דהעשיר יכול לכפות להעני ולומר לו או גדור או מכרהו לאחרים... ועוד כיון דחייביה חז"ל בעשיית מחיצה נחתינן לנכסיה וא"כ, זה ג"כ נחתינן לנכסיה".

לכאורה מהיכן הדין של הנתיבות, הרי בקשר לבית ועלייה פוסק השו"ע [קס"ד, ה'] "אמר בעל העלייה לבעה"ב לבנות כדי שיבנה עלייתו על גביו והוא אינו רוצה הרי בעל

העלייה בונה את הבית כשהיה ויושב ודר בתוכו... וכותב ע"ז הסמ"ע [י"ג] "אבל אין כופין לבעה"ב שיבנהו ממעותיו" רואים של"ש כפייה. וזו ג"כ דעת הרשב"א [מובאת בקצות סק"א] "שאינן כופין אותו כלל שאין לזה שעבוד אלא על הבית אבל לא נשתעבדו נכסיו שנכוף אותו לבנות בע"כ".

רואים שלנתיבות יש אותו יסוד כמו לקצות, שיש בהיז"ר שעבוד נכסים.

צ"ל שיש שני חיובי שותפין.

1. חיוב לבנות בית שער אעפ"י שאף אחד לא מזיק לשני ושם הדין שיורדין לנכסיו [שו"ע קס"א, ד'] "אם אחד מבני החצר אינו רוצה ליתן בתיקון הצריד ואינו רוצה להשכיר ביתו שבחצר, יתקנו הם וישכירו ביתו ויקחו השכירות עד שיפרעו מחלקו המגיע לו" ולא מוזכר שיש חולקים על דין זה. והסיבה שיש חיוב מיוחד לשותפים ולכן יורדים לנכסים.

2. היז"ר, כאן לכאורה לא יהיה שייך דין כפייה בגלל שהתשלום רק נובע בגלל שהוא מזיק ועיקר החיוב שלא יזיק, בכ"ז יסבור הרא"ש [וה"ה הנתיבות] שאחרי שיש היז"ר יש צורך שותפים לבנות כותל וחלים הדינים הרגילים של שותפים כולל דין כפייה. [בבית ועלייה אין כופין בגלל ששם הם לא שותפים].

ובאמת במקום שרק אחד מזיק [גג וחצר] שם הרא"ש אומר שמספיק הוצוד"פ [סימן ה'] ומכיון שאין פה דין שותפים לא כופים. [אם היה דין של שותפים לא היה מספיק הוצא כי צריך כותל שישביע את רצון השותפים לגמרי].

גם מה שמוסיף הבה"ג לגבי הדין של ר"נ [גג וחצר] את המילה "כופין" אפ"ל לא שיורדים לנכסיו אלא כדין כפייה על המצוות.

לפי מה שאמרנו, אפ"ל ברא"ש שהוא יכול לכונוס בשלו בהוצוד"פ גם לאחר זמן כי כל שעבוד הנכסים נובע מהיז"ר ופה שעשה מחיצה מהוצא סילק את היז"ר וממילא אין שעבוד נכסים. [דומה למקרה שהסתלק מהחצר ששעבוד הנכסים מתבטל].

אפ"ל מה שאומר הרא"ש שמחילה בעדים תועיל, זה דווקא לגבי דין המשנה גויל... אבל הוצוד"פ שזה למנוע היז"ר אין המחילה מועילה. לפ"ז יובן הרא"ש. ראשית כבר ל"ק הסתירה ברא"ש מדוע במקום שלא נהגו לגדור כופין הרי זו מחילה, כי גם אצלנו וגם שם הוצא כן יהיה חייב לעשות. וכן יובן מה הרא"ש כותב שיש תביעת ממון ולכן המחילה מועילה הרי תביעת הממון נוספת היא על הנזק, כי המחילה באמת תועיל רק לצד הממוני של גויל אבל לא לגמרי. ומובן מדוע ל"צ קניין בניגוד לקוטרא בגלל שאת הקניין צריך כדי למחול על הנזק עצמו. ומובן ג"כ מדוע בנזקי שכנים מחילה אינה מועילה כי אצלנו המחילה מועילה רק על דין המשנה ולא על עצם הנזק.

ויש ע"ז ראייה מהרא"ש [סימן כ'] הראב"ד פוסק לגבי האחים שחלקו 'ומיהו כ"ז שלא בנה לפנייהם אינו יכול לומר שתום חלוניתך אעפ"י שיש בהם היז"ר "שואל ע"ז הרא"ש

"ואין דבריו נראים כלל דכיון דאין לו חזקה באורה היכי מצי למיעבד ליה היזק בראיתו".

לכאורה הרי שם האחים עשו ביניהם קניין וזה לא גרוע ממחילה שהרא"ש טוען שמועילה. אלא צ"ל, כפי שאמרנו שהמחילה מועילה רק על דין המשנה אבל על עצם היז"ר אינה מועילה.

ב.

מקורות

רא"ש ס"ב.

כג. תוד"ה "אין חזקה" רשב"א.

כתובות עז. א"ר מאיר.

קצות החשן סי' קנ"ה, סק"ז סי' קנ"ג, סק"ג.

שו"ע סי' קנ"ד, סי' י"ג הגר"א ס"ק ס"ד.

ח' הראב"ן תחילת ב"ב.

הגהות מיימוניות הל' שכנים פ"ג ה"א.

הרא"ש שואל מדוע פה המחילה מועילה ובקרקע כסותי אינה מועילה ויכול לחזור בו. שאלת הרא"ש אינה לר"ת בגלל שאז הרא"ש היה מקשה מיניה וביה [היז"ר לקוטרא] כי לר"ת לא מועילה מחילה בקוטרא אף עם קניין, אלא השאלה לשיטת ר"י [האומר שבקוטרא מועילה מחילה, עיין פלפח"ר] אך מ"מ מתוך תשובת הרא"ש שמחילה מועילה בהיז"ר בגלל שיש פה תביעת ממון משמע שלולא זה, דין היז"ר היה שוה לקוטרא שמחילה אינה מועילה, ז"א רואים שהרא"ש מקבל את ר"ת שבקוטרא מחילה עם קניין אינה מועילה, בגלל שאומר קבלתי בטעות, וא"כ אז מה אם יש עניין ממוני אם המחילה טעות אז לכל דבר חוזר בו.

הרשב"א מביא ארבע שיטות לגבי ה"קוטרא":

1. "דכשם שאין להם חזקה, כך אין להם ראייה ואפילו מחלו או מכרו או נתנו בעדים, ואפילו קנו מידו יכול הוא לחזור בו, דיכול הוא לומר סבור הייתי לקבל ואיני יכול לקבל, [וכעניין שאמרו בכתובות לעניין מומין] [וכך אומר ר"ת].
2. "ואחרים אומרים... הא ראייה אית להו... ודווקא ראייה מכירה, משום דא"ל כבר מכרת ואם אינך יכול לקבל קום וצא, אבל אם מחל לו יכול הוא לחזור בו ולומר לו סבור הייתי לקבל ואיני יכול.
3. הרמב"ם: "דמכר ומחילה מפורשת מועילים בהם אלא שהוא מצריך קניין למחילה.
4. ריב"ם: "דאפילו בלא קניין" [וכן דעת הרמב"ן] ונראין דבריו דאין זה אלא כעין שעבוד ומחילת השעבודין אינן צריכין קניין".

ר"ת סובר כמו שבכתובות האשה יכולה לומר סבורה הייתי שאוכל לקבל את הריח של הבורסקי ועכשיו איני יכולה ואותו הדבר לגבי קוטרא, הרמב"ן, ריב"ם, ר"מ יסברו שאין הכרח לדמות לכתובות ולכן אצלנו אינו יכול לחזור בו. אך לשיטה השנייה לא מובן ממ"נ אם הוא יכול לומר סבור הייתי שאוכל לקבל אז גם במכר שיוכל לחזור בו, ואם אינו יכול לומר סבור... אז למה במחילה הוא יכול לחזור.

אפ"ל: יש שני סוגי אומדנות א. אומדנא ברורה ואז זה לא נחשב כדברים שבלב ורואים כאילו התנה במפורש. ב. אומדנא רגילה שאז היא נחשבת כדברים שבלב. ובסוג אומדנא זה יש חילוק בין מכר למתנה [וה"ה מחילה].

המשנה בכתובות [נד]: מביאה את דעתו של ראב"ע מן הארוסין בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה" שואל ע"ז התוס' [מז: "שלא כתב" א"כ כל אדם הלוקח פרה מחבירו ונטרפה או מתה אנון סהדי שלא ע"מ כן לקחה" ומתרץ "...ואינו תלוי אלא בנותן יש לנו ללכת אחר דעתו וכיון שבו תלוי ודאי אינו רוצה ליכנס בשום ספק [מתנה], ולא דמי ללוקח חפץ ואירע בו אונס דלא אמרינן דאדעתא דהכי לא קנה ומבטל המקח דאינו תלוי בדעת הקונה לבדו דהא איכא נמי דעת מקנה שלא היה מקנה לו לדעתו אם לא יפרש" יוצא שאעפ"י שבמכר אם לא התנה במפורש דברים שבלב אינם דברים, אין הדבר כן במתנה בגלל ששם זה תלוי רק בדעת הנותן. לפי"ז תובן הדעה השנייה במכר ששם הדבר תלוי בשניהם ולכן אם לא התנה במפורש [שאם לא אוכל לסבול הריח אחזור בין אינו יכול לחזור בו, אבל במחילה שהכל תלוי בדעת הנותן, יכול הוא לחזור בו.

הרשב"א מסכים לריב"ם [שבמכר ומתנה אין יכול לחזור אף ללא קניין] ומנמק זאת בכך יש פה רק שעבוד ול"צ קניין. מתי צריכים קניין כשיש דבר ממשי, כגון כסא אז סתם מחילה לא תוציא החפץ מרשות האחד לשני, אבל מחילה על זכויות, שעבודים כמו הלואה - אפשר למחול ללא קניין. וזו מחלוקת הראשונים [שמביא הרשב"א] אם בנזקי שכנים יש רק זכויות, שעבודים ול"צ קניין, או שבנזקי שכנים יש גם קניינים זה על זה וצריכים מחילה בקניין. מהרא"ש משמע שהוא סובר שיש בהיז"ר רק שעבודים בגלל שהוא מסביר שבהיז"ר מועילה מחילה ללא קניין בגלל שיש לו חוב על השני, [ולא קניינים].

מלשון השיטה השנייה לא משמע שהחילוק בין מכר למחילה, בגלל שהאומדנא אינה גמורה ואז זה דברים שבלב [כתוב שבמכר אומר לו אם אינך סובל קום וצא משא"כ במחילה ולא מוזכר אומדנות].

עצם המשנה [ר"מ] שר"ת מביא כהוכחה לשיטתו, אינה מובנת אם הסברא שהאשה יכולה לומר סבורה הייתי שאני יכולה לקבל, אבל התברר שאיני יכולה עושה את העסק למקח טעות למה צריך שיכפו אותו להוציא, צריך להיות שהקידושין לא יהיו קידושין. צ"ל שעד אותו זמן שהאשה נשברה, הקידושין היו קידושין והכל בסדר, אלא

במשך הזמן הצטבר הריח במדה כזו שאינה יכולה לסבול יותר ואז הוא צריך לגרשה, כמו במקרה שנולדו בו מומין שאז ברור שהקידושין לא בטלין למפרע, אלא יש על הבעל חובה לגרשה. וכך יסביר ר"ת את הקוטרא, באמת בהתחלה הוא יכל לסבול, אך מהצטברות הקוטרא נוצב מצב בלתי נסבל וזה כמו שהשני הוסיף עוד כבשן שבזה ברור שיכול לחזור בו.

עפי"ז יובן הרא"ש מתי אני אומר שיכול לחזור בו? בקידושין, בקוטרא ששם הסברנו: בהתחלה היה בסדר אך במשך הזמן - לא, והכוונה שהניזק ויתר על הנזק לזמן מסויים, אך זה שייך דווקא בקידושין, בקוטרא, שהנזק הוא תמידי ולכן אפשר למחול על חלק זמן מסויים, אך בהיז"ר מסביר הרא"ש שיש עניין של חוב וזה דבר חד פעמי ואם מחל פעם אחת המחילה היא גמורה ואח"כ אינו יכול לומר סבור הייתי...

כפי שאמרנו יש בעייה האם בנזקי שכנים יש רק שעבודים או גם קניינים. למשל בדין שאסור לאחד לשים גפת ליד שדה השני אפ"ל שיש לבעל השדה זכות למנוע מהשני ליטע גפת בשטחו, ז"א שעבוד גברא אבל אין לו שום דבר בקרקע של השני. ואז מחילה ללא קנין תועיל ואם נאמר שיש עניין של קניינים הכוונה שעצם הדבר שלמזיק אסור ליטע גפת בשדהו, מפחית את בעלותו על הקרקע וגורם לכך שלניזק יש קנין מסויים בשדהו של המזיק. ואז צריך מחילה עם קניין ואפילו אם נאמר שבהתחלה אין קניין בנזקי שכנים, אפ"ל שאחרי שהמזיק קונה את הזכות ליטע גפת יש לו קניין בחצר הניזק שהניזק לא יוכל להשתמש בתשמישים שהמזיק מונע מפריע אותם.

לפי"ז נסביר את השיטה השניה [מה ההבדל בין מחילה למכר] השיטה הזאת תסבור שכאשר למזיק יש זכות להשתמש הכוונה שהוא קונה זכויות אצל הניזק ולכן רק מכר יעזור אבל מחילה - לא.

[מה שבקידושין כפו את הבעל, המזיק, לגרש משא"כ במכר שאין כפיה, כי בקידושין יש תקנה מיוחדת]

במקרה כזה אף מחילה בקניין לא תעזור בגלל שמחילה רק מרשה למזיק להשתמש אך לא מקנה לו זכויות בחצר הניזק]. ולכן במחילה יכול הוא לחזור בו.

ואפ"ל עוד שבמחילה יכול לחזור בו בגלל שיש מחילה לזמן, משא"כ במכר שאין מכר לזמן כי מדובר שהמכר אינו פוקע כמו בקידושין שהקידושין אינם פוקעים.

בקשר לשאלת הרא"ש על הראב"ד [מדוע הוא לא יכול לתבוע ממנו היז"ר] ושאלנו ע"ז הרי עשו קניין ביניהם, ואז ל"ש היז"ר. אפ"ל שהרא"ש הבין שהזכות של המזיק להזיק מקנה לו זכויות, קניינים בחצר הניזק ולכן אם האחים חלקו אז יש ניתוק מחלט ביניהם ואין לאחד על השני כלום. הראב"ד סבור שבחלוקה כלול התנאי שאף אחד לא יתבע מהשני שום דבר וכל אחד יוכל לעשות בשטחו מה שהוא רוצה.

ג.

מקורות:

רא"ש סימן כ'

ר"י מיגא"ש תחילת המסכת.

ר"מ הל' שכנים פ"א, ה"ב, ראב"ד.

ו: גג הסמוך לחצר חבירו, רא"ש, ר"מ.

קצות סי' קנ"ה סקט"ז [+ מקורות מהשעור הקודם].

הגמ' אומרת [ז]. "האחים שחלקו אין להם לא דרך זה על זה ולא חלונות זע"ז..."
הראב"ד כותב שהאחד אינו יכול לומר לשני לשתום חלונותיו אעפ"י שיש בהם היז"ר.
הרא"ש שואל ע"ז שלוש קושיות:

1. "דכיון דאין לו חזקה באורה היכי מצי למיעבד ליה היזק בראיתו".

2. "דאיכא למיחש דלבתר תלת שנין טעין בחזקה".

3. "דאין להם דרך זע"ז משמע דאע"ג דאביהן היה עובר דרך שדה זו לשדה אחרת מוחה הוא באחיו לעבור דרך שדהו וכן בחלונות מוחה הוא בו מלראות דרך החלון ולהחזיקה". מה המחלוקת?

הר"י מיגא"ש מביא את השאלה [רי"ף], אולי היז"ר שמיה היזק והסיבה שבונים כותל דווקא אם רצו כי מדובר שהחזיקו בהיז"ר ומתריך "דמאן לימא לן דהני שותפי אחזוק דדיירי הכי דילמא לא אחזוק, אלא לבתר דפלוג לאלתר הוא דקם חד מינייהו וקא תבע ליה לחבריה למבניה לכותל משום היז"ר דליכא הכא חזקה כלל, דההוא חזקה דאחזוק דדיירי הכי מקמי דנפלוג ברוחות ליכא למימר דחזקה היא משום דהא לא הוה מסויים חולקא דחד מינייהו כי היכי דליחזוק עלה".

מה הסברא? הקצות [קנ"ה, ט"ז] מביא שאלת אחיו איך אנו אומרים שיש חזקה לנזקי שכנים ואינו יכול [המוותר] לחזור ואילו בקרע כסותי יכול הוא לחזור בו. [הרא"ש שאל מהיז"ר לקרע כסותי ותירץ שבהיז"ר המחילה [בעדים] מועילה כי יש חיוב ממוני לבנות קיר וע"ז המחילה מועילה, אך בנזקי שכנים ל"ש טעם זה]. הקצות תירץ "דחזקת נזיקין אינו משום מחילת הנזק אלא משום דהכי דינא דנזקי שכנים כיון שאינו מזיק ממש בידים דכל שעומד בהיתר מהני... וה"ה בזה שמחל לו או קנה ממנו הרי עמד ברשות..." [אך זה קשה כי משמע מדבריו שאינו יכול לחזור בו אף ללא קניין אלא רק ברשות השני, ומהגמ' משמע שצריך קניין [ע' נתיבות]].

צ"ל שהחילוק בין נזקי שכנים [שמועילה מחילה] ואינו יכול לחזור לקרע כסותי, שבקרע כסותי האיסור להזיק אינו רק בגלל שהוא גורם נזק לשני אלא גם בגלל "בל תשחית" וגם בעל הכסות בעצמו אינו יכול לקרוע חולצתו, ולכן מה שהוא מוחל על הנזק זה לא מחילה מוחלטת אלא רק על חיוב התשלומין, והאיסור עדיין נשאר לקרוע ולכן הוא יכול לחזור בו, משא"כ בנזקי שכנים [גפת] שהאיסור ליטע גפת בגלל

התנגדות השני ואין פה איסור "בל תשחית" ולכן אם השני מוחל המחילה גמורה ואינו יכול לחזור בו.

עפי"ז נבין את יסוד הר"י מיגאש. כדי לקבוע חזקה בניזקין צריך קודם לברר מה שייך לכל אחד, וממילא ינבעו מזה הזכויות לכל אחד, ואח"כ אם השני אינו מוחל הראשון מוחזק בנזק. אבל לפני החלוקה שאין שטח מסויים לכל אחד אין הגדרת זכויות וממילא החזקה אינה חזקה. אין זה איסור גברא כמו קרע כסותי כי אז גם אם אין שטח מסויים לכל אחד החזקה תהיה חזקה בגלל שהשני לא מחה על הנזק הרגיל של היז"ר. [ללא שייכות לשכנים].

הר"מ [א' וב'] "ואם אינו עשוי לשכור [מקום] אם חצר הוא שוכנים בה שנה שנה שא"א שישכנו שניהם כאחת מפני היז"ר שהרי אין בית דין חלוקה" משיג ע"ז הראב"ד "א"א כמה דין זה רחוק מדעתי ולמה יכריח את חבירו לפנות שנה בשנה, ויאמר לו מאחר שאין אתה רוצה למכור וגם אני איני רוצה למכור את תסבול היזק ראייה או תחלוק כי לעולם לא אטרח להיות גולה שנה בשנה".

מהי המחלוקת? הר"מ יסבור שהיז"ר זה כמו קרע כסותי והוא אדם המזיק ממילא אין אפשרות שיהיו שניהם באותה חצר, אבל הראב"ד מבין שהיז"ר זה כמו שאר נזקי שכנים ובמקרה שהחצר היא משותפת אין לכל אחד זכות להשתמש בדברים שבצנעא, וזה יסוד דין היז"ר שהוא מונע אפשרות לדברים שבצנעא.

הרי"ף שאל אולי צריך ש"רצו" בגלל שיש חזקה על היז"ר. הרי"ף קשה הרי המשנה אח"כ כותבת "וכן בגינה מקום שנהגו לגדור מחייבין אותו" משמע שמדובר על דן כפייה, ואם היינו מסבירים את הרישא בחצר שיש חזקה על המחילה ולכן דווקא אם רוצים בונים את הכותל, צריך היה להעמיד כך גם בגינה שדווקא אם רוצים ולא בכפייה. [מהרי"ל דיסקין].

אלא צ"ל שהרי"ף הבין כראב"ד שהיז"ר אינו אדם המזיק ולכן שם אולי תועיל חזקה, אבל בגינה שהאיסור מטעם עין הרע זה ממש מזיק ושם אפילו אם 3 שנים הוא לא מחה אין חזקה ולכן שם כופין את המזיק לבנות.

גג הסמוך לחצר צריך לעשות מחיצה של ד"א מפני היז"ר וכן שייך הדין שצריך י"ט שלא יתפס כגנב. האם בעל החצר צריך לשלם לבעל הגג את ה"ט? הר"מ פוסק שלא. [ג', ו'] "גג הסמוך לחצר חבירו עוה לו מעקה גבוה ד"א" ואינו מזכיר שבעל החצר משתתף בה"ט. שאר הראשונים [הרשב"א, רא"ש...] סוברים שצריך להשתתף. סברת הראשונים מובנת וכי מפני שבעל הגג צריך למנוע היז"ר, אז נפטר בעל החצר מחלקו שלא יתפס כגנב? אבל מה סברת הר"מ?

צ"ל שהר"מ לשיטתו שהנזק בהיז"ר זה כמו בקרע כסותי, ולכן אם אין אתה בונה קיר למנוע היז"ר אין לך זכות להשתמש בגג ולכן אין חשש שאני אתפס כגנב. [שאר הראשונים יסברו שהיז"ר כמו שאר נזקי שכנים אז ההיז"ר מטיל חובות לבנות כותל].

אפשר להסביר את המחלוקת בין הראב"ד לרא"ש, שהראב"ד יסבור שהיז"ר זה עניין של זכויות ובאחים שחלקו הפרוד מוחלט ולכן אין לו טענות על היז"ר, אבל הרא"ש יסבור שהיז"ר זה אדם המזיק ואז ללא קשר לנזקי שכנים יכול אדם לדרוש מחבירו שלא יזיקנו. אך זה קשה כי הרא"ש סובר כשאר הראשונים לעיל שבעל החצר משתתף בה"ט והסברנו בגלל שהיז"ר לא כמו אדם המזיק.

אפשר להסביר עוד יותר את הראב"ד מדוע בחצר שאין בה דין חלוקה גרים ביחד ולא כ"א שנה. הראב"ד יסבור [כפי שאמרנו] שהיז"ר צריך לבנות קיר בגלל שמונע את חבירו מלהשתמש בדברים שבצנעא, ולא בגלל אדם המזיק. הר"ן בנדרים מסביר איך השותפים יכולים להשתמש בכל החצר הרי השקיעו רק במחיצתה. ומתוך שבשותפות כלולים שני דברים:

1. השקעה בחצי.

2. זכות של השותף השני להשתמש בחצר ע"י הרשות שהראשון נותן לו. במקרה ואין בחצר דין חלוקה שם אין השני נותן לחבירו זכות להשתמש וכתוצאה מכך יצטרך לעזוב את החצר ולכן שניהם נשארים בה ונמנעים מדברים שבצנעא.

בשיעור קודם הסברנו שיש שתי אפשרויות להסביר נזקי שכנים:

1. שלמזיק אין זכות לשים גפת וכשיש מחילה מותר לו לשים [ואז ל"צ מחילה עם קניין].
2. לניזק יש זכות לחפור בור בשטחו והמחילה גורמת לכך שהניזק ויתר על זכותו לבור והמזיק קונה זכות בחצר הנזק ויוכל ליטע גפת. [ואז צריך קניין].

יש מחלוקת ראשונים אם בחזקת תשמישים צריך המחזיק לטעון מחלת לי [רשב"ם] או אין צריך [ר"מ] [מובאים בקצות קנ"ג, ג'] שואל הקצות על הראשונים של"צ טענה "בלא טענה היכי משכחת לה, נהי דשתיקה הוי מחילה, במה קנאו להיות שלו לתשמיש זה". לר"מ עצמו ל"ק כי הוא סובר [מכירה, א' ט"ז] "...הרי החזקה שקונה אותה שטיחת פרות..." "א"כ [לשון הקצות] הכי נמי קנאו בשימוש זה דהוי כמו חזקה ותו אינו יכול לחזור בו" אך להרבה ראשונים אחרים שאכילת פרות מועילה רק לראיית חזקה שלוש שנים ולא לקניין, קשה. מתוך הקצות דאע"ג דאכילת פרות אינו קונה היינו דלא מהני שיקנה בזה גוף הקרקע, אבל אם נתרצו הבעלים להקנות לזה לאיזו תשמיש ועשה התשמיש הוא מדעת בעלים קנאו לתשמיש זה שלא יוכל לחזור בו" [וראייתו מ-ק' מודים חכמים לר"א בשביל של כרמים הואיל ונעשה להילוך נקנה בהילוך"].

כל זה אפ"ל שהקצות הסביר דווקא בחזקת תשמישים שהמחזיק עושה מעשה [דופק קורה בכותל חבירו] אך בנזקי שכנים אפילו לאפשרות הראשונה יצטרכו קניין בגלל ששם אין מעשה המעיד על החזקה [עצם נטעת הגפת לא מזיקה אלא ההשהיה בקרקעו וההשרשה].

הרמ"א [קנ"ד, י"ג] פוסק "כותל שבין ראובן לשמעון והכותל של אחד מהן יכול לסתור כשירצה ואין חבירו יכול לעכב". [ההסבר [סמ"ע, ל"א] "פי' יכול לסתרו לצרכו ולומר לחבירו אחר שאסתור כותלי נבנה כותל אחרת על הוצאות שנינו להסתלק מהיז"ר"].

הסמ"ע שואל על דין זה, "ואין להקשות מזה אמ"ש... [והכותל נפל] [רמ"א, ט"ז] ראובן שהיה לו חלונות בביתו נגד חצירו של חבירו - עד צריך לסתום חלונותיו אעפ"י שעשאים בהיתר ותאמר דמה התם דנפל הכותל צריך לסתום חלונותיו ולסלק היזקו כ"ש כאן דלא יהא רשות לסתור כותלו לכתחילה" ומתרץ [בחלונות הוא לבדו המזיק ואצלנו שניהם מזיקים].

הסמ"ע תמוה מה הוא שואל מחלונות, ברור אצלנו שאין הכוונה שיסתור את הכותל ולא יבנה חדש אלא בהתחלה הוא בנה לבדו [בגלל שלשני לא היה כסף וכד'] ועכשיו הוא מעוניין להוציא מהשני חצי ההוצאות, ובחלונות כ"ז ל"ש. [אולי זה כוונת הסמ"ע בתירוץ].

הנתיבות [י"ג] מסביר "ונראה דהיינו כשיש לו איזה צורך בסתירת הכותל ישן כגון שנבנה מתחלה על מקום שלו לבדו וכיוצא דאם אין לו שום צורך כופין אותו על מידת סדום ומקבל חצי מעותיו" הנתיבות תמוה הרי הדין של "כופין" זה דווקא בדיעבד אינו יכול לדרוש מעותיו, אבל אצלנו מדובר לכתחילה שהוא בא ורוצה להרוס את הכותל ולמה שלא יוכל.

הגר"א מסביר "ר"ל דאין יכול לטעון טענת מחילה על סילוק היז"ר והחזיק "ומביא ראייה דא"כ מאי אמרו במתניתין ה' עד שיביא ראייה שלא נתן דאף אם אינו יביא ראייה יכול לומר מחלת כיון שהחזקתי ולא לתר הוי חזקה לשיטת הגאונים" [מה שהגר"א מזכיר מחילה על סילוק היז"ר דומה לרא"ש שהמחילה [בעדים] היא על הקיר].

הראב"ן [תחילת ב"ב "כותל"] חולק על הרמ"א "כותל שבין שני חצירות או בין שני בתים והכותל הוא במקומו של אחד מהן ואמר אותו שהכותל שלו לחבירו הסמוך לו אני אבנה ותן אתה חצי המקום וחצי הוצאה חבירו מעכב עליו מן הדין [שכבר קנה הכותל לצניעותא בעלמא אבל לא אשתמושי בכותל]".

לכאורה דין הרמ"א מוכרח כפי שהוכיח הגר"א מהמשנה [ה]. צ"ל שאין המקרים שוים. שם במשנה, השני אינו יכול לומר מחלת על סילוק היז"ר בגלל שהכותל נמצא על רשות שניהם ולכן מה שהראשון בנה את הכותל לא מראה שמחל, כי הוא אח"כ יתבע מהשני, אבל בדין של הראב"ן מדובר שהראשון בנה בשטחו את הכותל ופה אם הוא לא תבע בתחילה שהשני ישתתף בהוצאות סימן שמחל.

התוס' [ב']. "לפיכך" אומר שהמקרה של כותל הוא דררא דממונא. וכך גם דעתו של ר' יונה [דפשיטא], "והכא נמי דררא דממונא יש כאן, שהרי הכותל הזה עומד לתשמיש החצר לזה לזה" ולפי"ז יוסבר הראב"ן שבמשנה ה' שם הכותל עומד על שטח שניהם ועומד מתשמיש שניהם ולכן אין מחילה על סילוק היז"ר].

נסביר את המחלוקת בין הראב"ד לרא"ש. הרא"ש סובר באפשרות שע"י המחילה או קנין נפקעות זכויות הניזק ולמזיק יש זכויות בשטחו של הניזק, ומכיון שהניזק אינו

מוגבל בשמושיו עי"כ שהם [האחים] חלקו ולכן הרא"ש שואל הרי יש היז"ר אבל הראב"ד יסבור שמספיק שיוסרו המגבלות של המזיק כדי שיוכל להזיק ולכן מספיק שלמזיק, אחרי החלוקה, יש זכויות להשתמש בשטחו כמה שרוצה כדי שהניזק לא יטען כנגדו אתה מזיק אותי בראייתך.

ד.

מקורות:

שלוש הגהות אשר"י ד"ה "ובא"ז הקשה", "ועוד הקשה" [לע' באו"ז] קונטרס מילי דנזיקין [בסוף] בד"ה "ולענין פתיחת" [+ מקורות מהשעור הקודם].

כפי שאמרנו יש מחלוקת בין הרא"ש הסובר שבאחים שחלקו יכול לכופו לסתום חלונותיו ובין רש"י והראב"ד שאין יכול לכופו.

הגמ' [בי"ח] דנה אם ההלכה כאביי [סומך] או כרבא [אינו סומך] מ"מרחיקים את החרדל מן הדבורים [משמע כאביי כי דווקא כשיש ניזק מרחיקים] ודוחה ומעמידה [ר"פ] בלוקח [אחר שעשה זה משרה בתוך שדהו או זרע שם חרדל מכר מחצה שדהו לאחר והלוקח זרע ירק או העמיד דבורים] [רש"י].

הגמ' שואלת ע"ז ומתרצת אמר רבינא... לפי רש"י אין הגירסא "אלא" וממילא הגמ' נשארת ביסוד שלה שגם בלוקח צריך להרחיק לרבנן גם במקרה והדבר הניזק עדיין איננו, ואילו הרא"ש [פ"ב, ג'] גורס "אלא אמר רבינא" שהגמ' חזרה בה ובלוקח לרבנן א"צ להרחיק.

שואל רע"א סתירה בין רש"י לרש"י ובין הרא"ש לרא"ש. מהרא"ש לעיל משמע שבלוקח א"צ המזיק להרחיק ומדוע הרא"ש אצלנו באחים שחלקו, פסק שבעל החלון צריך לסתום חלונו הרי הוא לוקח. [פב: בחדושי רע"א ונבאר ג"כ]. וכן, מרש"י לעיל משמע שגם בלוקח צריך המזיק להרחיק עצמו ואילו אצלנו סובר רש"י כראב"ד שא"צ המזיק לסתום חלונו. [פ: "ומ"ש הטור"].

רע"א רוצה לתרץ את הסתירה ברא"ש לשיטתו של הרא"ש. הרא"ש [בתשובה] כותב שבמקרה והיה כותל מפסיק בין חלון ראובן לגינת שמעון ואח"כ נפל הכותל, ומזיק ראובן בראיה לגינת שמעון אז אף לשיטת האומרים דא"צ המזיק להרחיק עצמו כשסמך בהיתר, צריך לסתום. מסביר רע"א דינו זה של הרא"ש "דלא אמרו אלא היכא דהמזחיק סמך בהיתר ואח"כ נתן שם הניזק דבר הניזק, אבל בנידון זה דלא חדש בעל גינה כלום, והחלונות מזיקים לגינות שהיו כבר והגינות נפסדות ליכא מאן דפליג דצריך בעל החלון לסתום". ועפ"ז רוצה רע"א לתרץ את הרא"ש [מדוע באחים שחלקו צריך לסתום חלונו] שבאחים שחלקו הניזק לא חידש שום דבר ולכן גם בלוקח צריך המזיק

להרחיק עצמו. [בניגוד ללוקח רגיל ששם הניזק שם את הדבר הניזק אחר שהמזיק שם את שלו בהיתר גמור].

אך הלימוד של רע"א מתשובת הרא"ש אינו מובן. צ"ל שהרא"ש הביין שכאשר יש כותל המפסיק להיז"ר אין הכוונה שהחלון הושם בהיתר, או שאינו נחשב לדבר המזיק, אלא הפרוש שעכשיו אפשר להשתמש בראייה בגלל שהכותל שומר שלא יגרם נזק כתוצאה מהראייה ולכן במקרה והכותל נפל חוזר המצב הרגיל שיש היז"ר. משא"כ באחים שחלקו אם נפרש כרא"ש שבלוקח כרו"ע על הניזק להרחיק עצמו יצא שהאח הראשון לא יצטרך לסתום חלונותיו ושהשני ידאג לא להינזק, בגלל שאני לא שמתי נזק באיסור אלא קניתי את הדבר והאבא הוא שפתח את החלון בהיתר.

הקצות [סק"ו] מביא שתשובת הגאונים חולקים על הרא"ש וסוברים שאם הכותל נפל אין המזיק צריך להרחיק עצמו בגלל שעשה בהיתר.

הגמ' [יח] מנסה לפשוט בעייתנו [אביי ורבא] ת"ש לא יטע אדם אילן סמוך לשדה אלא א"כ הרחיק ממנו ד"א ותני עלה ד"א שאמרו כדי עבודת הכרם, הא לאו משום כדי עבודת הכרם סמיך ואע"ג דאיכא שרשין דקא מזקי [כאביי] דוחה הגמרא "הב"ע דמפסיק צונמא" שואלת ע"ז הגמ' "א"ה אמא סיפא היו שרשיו יוצאים בתוך של חבירו מעמיק להם ג' טפחים כדי שלא יעכב המחרשה, ואי דמפסיק צונמא מאי בעו התם" ומתרתא "ה"ק ואי לאו צונמא והיו שרשין יוצאים לתוך של חבירו מעמיק ג' טפחים כדי שלא יעכב המחרשה".

שואל ע"ז הרמב"ן [יח] "והא דאמרינן" "אמאי לא יעקור את הכל" [הרי אין צונמא ונטע באיסור], ומביא את פירוש הראב"ד ה"ק ואי לאו צונמא השתא שבשעה שסמך היתה צונמא ואיתרמי מילתא שנטלה הצונמא משם "ואז אפשר לעקור רק ג' טפחים. הרמב"ן לא מקבל זאת "שאם לא סמך אלא משום שהיה שם צונמא, כשנעקרה יעקור הוא את האילן" [ומעמיד הרמב"ן את הגמ' שהחזיק באילן].

הקצות רוצה לקשר שתי מחלוקות ראשונים אלו בגלל שהמקרים דומים. בתשובת הרא"ש הכותל שהפסיק בעד הנזק נפל ואילו במקרה [בפ"ב] הצונמא שהפסיקה, נפלה וממילא הראב"ד יסבור כגאונים שבגלל שהסמיכה היתה בהיתר אין חיוב לסתום את היז"ר אם המחיצה נפלה, ואילו הרמב"ן יסבור כרא"ש כי אחרי שהמחיצה נפלה יש חיוב למזיק להרחיק עצמו.

יש מחלוקת בין ר' יוסי לרבנן אם על המזיק להרחיק עצמו [רבנן] או על הניזק [ר"י] ההלכה כר' יוסי. ומודה ר' יוסי בגירי דיליה שעל המזיק להרחיק עצמו.

המקרים של פ"ב הם גיריה דיליה מדוע? מסביר ר' יונה [ע"ב] "דכל דבר שהוא מזיק בשעת הנחתו ואין הנזק שמגיע נולד אח"כ, אלא כמות שמניחו הוא המזיק ומן המקום שהניחו שם, חשבינן ליה מזיק בשעת הנחתו", למשל, בגפת זה ג"ד לפי שמזיק את הכותל ממקום הנחתו וההבל מצוי בו בשעת הנחתו ואינה דבר נולד מאחרי כן. אבל

בנטיעת אילן שם לא מודה ר' יוסי "שהשרשין המזיקין באים לאחר מכאן, לפיכך לא נחשב למזיק בשעת נטיעתו" אבל זה דווקא כשהדבר הניזק נמצא אבל כשאינן הדבר הניזק נמצא שם גם בגפת לא יודה ר' יוסי "לפי שאין הסומך נחשב מזיק בשעת מעשיו כיון שאין שם כותל הלכך אף כשיעשה שם כותל לא ירחיק שכבר כלו מעשיו ובשעת מעשה לא נחשב מזיק" [ואבל רבנן דס"ל מרחיקין את האילן מן הבור, אעפ"י שאינו נחשב מזיק בשעת נטיעתו עד לאחר זמן דגדלי שרשין ומזקי, ה"נ ס"ל שהבא לסמוך בצד להמיצר אינו סומך גפת וזרעים אעפ"י שאינו נחשב מזיק בשעת מעשיו עד לאחר מכאן].

עפ"י סברה זו של ר' יונה אין הכרח לקשור את הראב"ד שסובר כגאונים, מה שהראב"ד אמר שאעפ"י שהצונמא נעקרה אין חייב לעקור האילן בגלל שהחייב להרחיק האילן אעפ"י שהנזק יבוא אח"כ הוא בגלל שהנזק ברי, אבל כשיש צונמא ואז האדם שם את האילן אין ברי היזקא ולכן אם ניטלה הצונמא אינו חייב לעקור האילן, וכן יש עוד צד לקולא שהאילן אינו מזיק ישירות אלא רק ע"י התפשטות השרשים לאחר זמן משא"כ בהיז"ר שהנזק בא באופן ישיר יתכן ויסבור הראב"ד כרא"ש שיצטרך המזיק לסתום חלונותיו.

ר' יונה בהמשך [ע"ג] פוסק "אם לקח בית ובו חלון פתוח לחצירו של מוכר, יש לו לסתום החלון משום היז"ר, ואעפ"י שנעשה ברשות" וזה אף לפי ר' יוסי בגלל שפה היז"ר הוא גי"ד. אעפ"י [שלר' יוסי] אם קנה, למשל, גפת בצד הכותל אינו חייב להרחיק, "הרי הוא לא סמכן, ואינו נחשב מזיק בשעת מעשיו כדי שנחייב אותו בהרחקתם" אבל "הלוקח חלון על חצר חבירו כל שעה הוא מזיק בראייתו ועליו להרחיק", ולפי"ז ג"כ אפ"ל שהראב"ד יוכל לסבור כרא"ש, מדוע הראב"ד אמר [במקרה של צונמא] שאינו חייב לעקור האילן בגלל שכבר כלו מעשיו והחייב להרחיק הוא בזמן שעושה המעשה באיסור, אבל בחלון שכל רגע ורגע מתחדש ההיזק שם יודה הראב"ד לרא"ש יצטרך לסלק היז"ר. [יש להסתפק אם, למשל אדם קנה גפת בצד כותל שאז אין חיוב להרחיק אם אח"כ יוכל להוסיף עוד גפת משלו, מצד אחד אפ"ל כתוצאה מהגפת הראשונה אין לך זכות בכותל וממילא אפשר להוסיף עוד גפת, או שהשני יאמר הגפת הראשונה היא רק חלק מהכותל ואם תוסיף עוד גפת הכותל ינזק עוד יותר].

עפ"י סברה זו תתורץ הסתירה ברא"ש אמנם הרא"ש גורס "אלא אמר רבינא" ז"א שבלוקח א"צ להרחיק אולם שם מדובר על אילן וגפת שהנזק אינו מתחדש וכלו מעשיו אבל במקרה והכותל המפריד נפל, היז"ר מתחדש ולכן צריך לסתום חלונו.

אפשר להוסיף עוד יסוד. בכל נזקי שכנים אין, למשל, הגפת מזיק ממש וא"כ הסברה שאני צריך להרחיק את הגפת ולא אתה את הכותל מדין סודר של שכנים ביניהם, אך בהיז"ר שם נוסף ליסוד של נזקי שכנים יש עניין של מזיק רגיל, ולכן שם צריך יותר להרחיק. [לגבי כל המשתמע מכך לבעיותינו].

המרדכי [תע"א] מביא את דעת הראב"ן "אם יש מקום אחד בחצירו של שמעון שיכול להצטנע שם אינו יכול למחות" ותמה ע"ז המרדכי "למה יפסיד שימוש שאר חצירו" בהמשך מביא המרדכי דין "וחכמים מתירין [לגבי היז"ר רגיל] ובלבד שירחיק ד"א" ואומר ע"ז "ופירש מורי דהא דסגי ליה בד"א היינו כשבונה בתוך שלו ד"א, אבל כשבונה על המיצר שייך היז"ר אפילו בהרחקה טובא" אפשר להסביר דין זה שתוך ד"א למיצר יש בהיז"ר גם נזקי שכנים ואז דינו של הראב"ן לא יהיה קיים בגלל שאמנם הוא יכול להצטנע, אך מפסיד שימוש שאר החצר, אבל כשנכנס בתוך שלו ד"א מן המיצר שם אין ענין של נזקי שכנים אלא רק של היז"ר רגיל ולכן אם יש מקום להסתתר אינו נחשב מזיק.

הרא"ש סובר שאין חזקה לדבר שהיה בהיתר ולכן הוא מתיר לפתוח חלון לחורבת חבירו דא"י למחות בו דל"ש לומר שמא תחזיק עליו, וכשיבנה השני חורבתו יכפה לסתום החלון רע"א מביא [פ"ב] את הר"י מיגאש והרמב"ן שמחלקין בין גפת לחלון ומסביר רע"א את סברתם שבחלון חייב הוא להרחיק בגלל שהוא משתמש באויר חבירו.

אך סברא זו קשה כי הגמ' אומרת שאין שייך לקנות אויר וממילא אין משמעות לכך שהוא "גוזל" אויר. לכן נראה לפרש שהחילוק בין גפת לחלון הוא שבגפת הדיון הוא: נניח אחר ארבע שנים בא השני לבנות קיר ואז אם הוא ימחה מיד, השני יצטרך לסלק את הגפת [החזקה אינה חזקה] ואם הוא לא מחה מיד כשבנה הקיר סימן שמחל אבל בפותח חלון לחורבת חבירו יתכן מצב שקודם הוא יבנה את החורבה ורק אחר שלוש שנים מאז ירצה לבנות קיר כנגד חלון הראשון, ולא יוכל בגלל שהראשון יטען יש לי חזקת אורה של ג' שנים ולכן אי אפשר לפתוח חלון כנגד חורבת חבירו.

ה.

מקורות:

שו"ע סי' קנ"ד סעיף כ"ז, כ"ח. הגר"א ס"ק ק"י רע"א.

ריב"ש סי' שכ"ב.

קצות קנ"ה.

שיטת רש"י והרמב"ן בסוגיא.

נמו"י פ"ב במשנה ור' יוסי מתיר בחרדל.

תוס' יח: ד"ה "ואי לא סמיד" ר' יונה.

רש"י לא גורס "אלא" וממילא יוצא שגם לוקח צריך להרחיק עצמו, ואילו האחים שחלקו [שהם כלקוחות] סובר רש"י שאין יכול לכופו לסתום חלונותיו. [כראב"ד בניגוד לרא"ש].

הרא"ש שואל קושיה שלישית על הראב"ד שכמו שבדרך אעפ"י שאביהן עבר בה אחר החלוקה אין להם דרך זע"ה, כך גם בחלון לא מענין מה שהאב השאיר חלון, ועכשיו יצטרך הבן לסתום אותו. הקושיא אינה מובנת. בשלמא בדרך אני אומר אין להם דרך זע"ה בגלל שלי אין זכויות בשטח שלך ולכן ג"כ לא אעבור בדרך שנמצאת שם, אך לגבי שימוש חלונות מדוע שלא אשתמש בחלון הנמצא כולו בשטחי?

הקצות [קנ"ה, סקי"א] שואל על השיטות שגם בלוקח צריך להרחיק עצמו "איכא למידק מ"ש מבור דמהני בהיתר, וכן לרבא באוצר וחות דאם רפת בקר קודמת אינו צריך לסלק המזיק ובע"כ משום טעמא דבהיתר ואילו גבי לוקח דאין לך היתר גדול צריך לסלק המזיק כשבא הניזק אח"כ.

השו"ע [קנ"ד, כ"ז] מביא מחלוקת הרא"ש והראב"ד [לגבי הכפייה לסתום החלון] המחבר - כראב"ד, רמ"א - כרא"ש.

[בסעיף כ"ח] הוא מביא שתי מחלוקות:

1. "ראובן שנתן או מכר כאחד, הבית לשמעון והחצר ללוי והיו חלונות פתוחים מהבית לחצר, אם רצה אותו שזכה בחצר לבנות בפניהם [אעפ"י שמאפיל] (הרשות בידו), וה"ה אם מכר או נתן החצר ושייר הבית לעצמו דרשאי אותו שזכה בחצר לבנות בפני החלונות" ויש חולק "ווי"א דאין יכול לבנות) אא"כ הרחיק ד"א". [מחלוקת זאת מובאת בשם הר"י ברצלוני].

2. [הרמ"א] "מכר הבית ושייר החצר לעצמו י"א דאינו יכול לסתום חלונותיו דמוכר בעין יפה מוכר וה"ה לנותן, ויש חולקין" [שיכול לכופו לסתום] [בשם הנ"י].

בטור [בסוף הסימן] מובא בהתחלה המקרה "ראובן שמכר או נתן הבית לשמעון והחצר ללוי והיו לו חלונות פתוחים מהבית לחצר, הלוקח או מקבל מתנה צריך לסותמה" ולא מביא דעה החולקת בניגוד לשו"ע [בשו"ע מובא המקרה לא כשאחד מוכר לשנים, אלא שמכר הבית ושייר החצר לעצמו]. אח"כ מביא את הר"י ברצלוני (בטור מדובר על מקרה שהמוכר מכר חצר ושייר הבית לעצמו ולא מוזכר המקרה שהמוכר מכר לשניים [בניגוד לשו"ע שמובאים שני המקרים]) והכרעתו שא"צ להרחיק, ויכול לבנות כותל כנגד חלון חבירו. לגבי המחלוקת הראשונה יוצא שאף לראב"ד וסיעתו הסוברים שהאחים שחלקו א"צ לסתום החלון, כשאחד מכר לשניים צריך לסתום. ומשמע גם, שאף לדעה שא"צ להרחיק הכותל מול חלון חבירו בכ"ז צריך לסתום החלון. מדוע?

לגבי הדעה שאינו יכול לבנות כותל כנגד חלון חבירו שואל הט"ז "לכאורה תמוה הא הלכה רווחת מוכר בעין יפה מוכר" ומתרץ "ונראה דה"א ס"ל כדעץ התוס' [שזכרתי בסמוך] דכל בית אמרינן שאינו יכול להאפיל עליו לגמרי וכאן מיירי במאפיל לגמרי ובזה לא מוכר בעין יפה מוכר".

הט"ז תמוה הרי חדר חשוך אינו שוה כלום ואם באחים שחלקו אנו אומרים אינו יכול להחשיך לגמרי ק"ו כשאחד קנה חדר שיטען מקח טעות, ואיך קיימת דעה שיכול להחשיך.

ההגה"ה ברא"ש מביא את קושיית האו"ז "דלעל גבי ההוא דקא בני אשיתא אחורי כוי דחבריה ואמר ליה קמאפלת עלואי וקאמר רב חמא דין קאמר ליה וקשיא רב חמא אדרב חמא דקאמר הכא בשלו הוא בונה" האו"ז אומר שזה המקור לחילוק של ר"ת שאצלנו מדובר שהוא מפריע לו להסתכל על שדותיו ולכן מותר לו לבנות משא"כ לעיל מדובר שהוא מחשיך עליו. בפשטות אפ"ל שבמקרה שלנו מדובר שלראשון אין חזקת אורה ולעיל שיש אך ר"ת, כנראה, לא קיבל זאת בגלל שהגמ' היתה צריכה להזכיר שמדובר שאין חזקה. לפי ר"ת אף עלוי בדמים [בסתם] אינו מועיל להחשיך חדר.

הרמ"א [קע"א, ה'] מביא דין שהבי"ד לא חולקים כמו שכתוב בגמ' שאין אמת מים לאחד ולא סולם אלא מסדרים באופן יותר שוה והמקרה של הגמ' זה כשהאחים רצו לחלוק כך. עכ"פ סברת הט"ז תמוהה אדם שמשלם בכסף מלא יקבל חדר חשוך.

הגר"א בד"ה וי"א וכו' [לגבי האפלה שאסור] ויש חולקין [לגבי זה שאפשר לכפות לסתום החלון] מביא את הנ"י "דבהיז"ר לא אמרינן בעין יפה מוכר".

הנ"י [יג.] מביא זאת בשם ר' יונה "...כיון דמודה ר' יוסי בגיריה נפקא לן לעניין דינא בלוקח בית ובו חלון פתוחה לחצרו של מוכר שיש לו לסתום החלון משום היז"ר דהוי כגיריה, ואעפ"י שנעשה החלון ברשותא וקמ"ל דמוכר בעין יפה מוכר, שאני הכא דנזקא לא מזבנינן ליה" ז"א שכל הדין שצריך להרחיק דווקא בהיז"ר ואיך הגר"א מקשר זאת לדין הראשון של השו"ע שמדובר בהאפלה.

לגבי מה שהט"ז העיר הרי מוכר בעין יפה מוכר ומדוע יש דעה שאסור להאפיל, צ"ל שיתכן וכשהמוכר מוכר את החצר הוא אינו כולל בתוכו את הזכות שהשני יזיק לו בהאפלה [וכן כשמוכר לשני אנשים, לזה שמוכר הבית מכר זכות שלא יאפלוהו].

רע"א מביא את הדרישה המדייק במקרה ומותר להאפיל שהמוכר מכר חצר ושייר הבית לעצמו האם המוכר חייב לסתום חלונותיו [לדעה שאסור להאפיל ברור שהמוכר אינו צריך לסתום חלונו].

אומר הדרישה [מ'] "נראה דמדשינה רבינו דלעיל כתב צריך לסתמם וכאן כתב שלא יאפיל עליו, דס"ל לרי"א דלכ"ע אינו יכול לכופו לבע"ה לסתום חלונו אף דיש בו היז"ר להשני כיון דלגביה ליכא שינוי דהולך בביתו ורואה מחלונו כמו שעשה תחילה, אלא שאין בידו כח למחות בבעל החצר לבנות נגדו; ודווקא כשמכר לזה הבית ולזה החצר הול"ל דהבעה"ב הזה עד היום לא ראה מחלון זה מעולם מש"ה עתה כשבא לראות מתוכו לחצר צריך לסתמו". הדרישה מעיר ע"ז שזו סברא קשה "דהרי י"ל ומה כשמוכר לשניהם יחד דיש עין יפה לזה כמו לזה אפ"ה צריך לסתום, ק"ו בזה דלזה לחוד הוה עין יפה".

מה ההבדל בין לוקח לסתם אדם? התוס' [יח: 'ואי לא סמיד'] כותבים לגבי הרחקת חרדל ודבורים 'ור' יוסי סבר כיון דדבורים מזקי חרדל ועשה קצת שלא כהוגן שסמך

על המיצר שזה עתיד לסוף לזרוע חרדל אעפ"י שבדין אינו יכול למונעו שלא יסמוך מ"מ קצת שלא כהוגן עושה". מה הכוונה "קצת"?

מה הגדר של הרחקת מזיק? א. עצם הדבר שעליך להרחיק מזיק. ב. מתוך זה שהדבר הוא מזיק נפקעים מהמזיק זכויות לשים את הדבר. [ספר הישר [תרט"ז] מסביר מדוע לר' יוסי מותר לשים דבר המזיק אם אין עדיין הניזק "דע"מ כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ". ה"עמ"כ" מובא בסוף פ"ב והכוונה שם שלא יקפידו זע"ז] ואם הסברא שלא יקפידו ויהיה מסודר בצורה טובה, אז גם כשהניזק לא נמצא עדיין בכ"ז אסור לשים את המזיק. אב"י החולק וסובר שבמקרה כזה מותר לשים, סובר שאין פה דבר המזיק, אך אין לו זכויות עי"כ. אבל בלוקח שהמוכר זרע בשטחו ואח"כ מכר את חצי השדה השני לאחר אז יש לו זכויות בזריעה. כי בזמן שזרע לא היה אדם הניזק אפילו בעתיד. וזה כוונת התוס' "קצת" שלא כהוגן כי אמנם מותר לו לסמוך אך אין לו זכויות בקרקע.

האחים שחלקו אין להם חלונות זע"ז, והשני יכול לבנות כותל כנגד חלונו של הראשון [לכו"ע] והסברא? הזכות שהיתה להם מקודם אינה פוקעת לאחר החלוקה, אבל במקרה של הרי"א שם שני אנשים קנו חצר ובית ללא זכות קודמת ופה יש דעה האומרת שהשני אינו יכול לבנות כותל, כי אין לו טענה על זכות קודמת "כדדרו בה אבהתן".

ולפי"ז מיושבת תמיהת הט"ז שברור שפה יוכל לבנות כותל כי מוכר בעין יפה מוכר, כי "מוכר" אנו אומרים דווקא כשהיו להם זכויות קודמות.

וזו גם טענת הרא"ש השלישית על הראב"ד. כל היסוד שלא יתחייב לסתום החלון זה בגלל "אבהתן" ומאין להם דרך משמע שאין אומרים ב"אחים שחלקו" "אבהתן" שכמו שלו היא דרך גם לי יהיה בגלל שאחר המכירה ההדדית הם כלוקחים חדשים.

הדין שמביא רע"א בשם הדרישה שהמוכר שמכר חצר ויש לו חלונות אינו צריך לסתום החלון [לכו"ע] - שם אף הרא"ש, שבאחים שחלקו מצריך לסתום החלון, יודה שהמוכר לא יצטרך בגלל שיש לו זכויות קודמות שלא התבטלו.

בקשר לדין הראשון בטור שאם אחד מכר לשנים חצר ובית, בעה"ב חייב לסתום חלונו והטור אינו מביא דעה החולקת, שם אף הראב"ד יודה שצריך לסתום החלון כי לא היו לו זכויות קודמות. [והמחלוקת בין הרא"ש לראב"ד דווקא באחים שחלקו אם זה נחשב שיש להם זכויות או לא].

עפ"י מה שאמרנו אפל"ת את קושיית הקצות [מדוע בלוקח אומר רש"י שצריך להרחיק] מתי אנו אומרים של"צ להרחיק כשיש זכויות למזיק על הניזק אבל בלוקח - כשזרע השדה בחרדל לפני שמכר את החצי השני של השדה, אין לו זכויות על פני מישהו אחר.

הריב"ש עונה על השאלה, אם אחד פותח חלון להפקר, ובא השני וזכה בהפקר האם צריך לסגור החלון, ואומר שלכו"ע ל"צ לסגור. ברור שלשיטת הגורסים "אלא אמר

רבינא" שבלוקח א"צ להרחיק בגלל שעשה בהיתר ה"ה אצלנו, ואפילו לרש"י שאינו גורס אלא, יודה שאצלנו א"צ להרחיק והסיבה "דעדיף הסומך בעוד שהקרקע הסמוך לו הפקר כנדון 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 יוזקו מעשיו וא"כ אף כשמכר חצי השדה ובא אחד מהם לעשות בו דבר הניזק, ירחיק המזיק כגברא דאתי מחמתיה, אבל בסומך קרוב לקרקע הפקר, הוא סומך ע"ד שלא יסלקנו משם לעולם וא"כ כשבא תבירו וזכה מן ההפקר אינו כופהו להרחיק לעולם".

בקשר לסתירה ברש"י צ"ל מתי רש"י אמר שהלוקח צריך להרחיק דווקא במקרה והוא שם דבר שעלול להזיק, והוא היה בעצמו מרחיק אבל באחים שחלקו, לא הוא יצר את המזיק אלא החלוקה ולכן סובר הוא כראב"ד שא"צ לסתום חלונו.