

הרב איתמר בלאוגרונד

שיטת הרמב"ם בנוקי שכנים

הקדמה

אדם שטוען לבעלות על דבר מסוים – קרקע או חפצים, צריך להביא ראיה לדבריו, או שתהיה לו מוחזקות בדבר. ומצאנו כמה סוגי חזקות: על מנת שאדם יהיה מוחזק בקרקע, צריך ישיבה בקרקע שלוש שנים וטענת בעלות על הקרקע (בבא בתרא כח.), ואילו חזקה במיטלטלין מצריכה רק שהחפץ המסוים יהיה תחת ידו (שבועות מו.; וכן מבואר ברשב"ם בבא בתרא מב. ד"ה אין להם).¹

ייחודן של החזקות בנוקי שכנים הוא שהאדם איננו טוען לבעלות על הקרקע או החפץ המסוימים, אלא רק ליכולת השימוש, וממילא להיתר להזיק את חברו.

נזקי שכנים מתחלקים לשני סוגי נזקים: האחד מה שהאדם משתמש בשל חברו², והשני שאדם עושה בשלו ומתוך כך פוגע בחברו³.⁴ מצאנו כמה שיטות בראשונים כיצד נקנית חזקת תשמישין.

1. הרשב"ם (בבא בתרא נח: ד"ה המרזב), רבנו תם (ספר הישר שו"ת סי' צה), הרא"ש (בבא בתרא פרק א סי' יא) והטור (סעי' כד) סבורים כי חזקת תשמישים כמותה כחזקת קרקע, וצריך שלוש שנים וטענה ("קניתי" או "נתן לי מתנה"), שכל חזקה שאין עמה טענה איננה חזקה.⁵

2. הרמב"ם (שכנים פרק ח הל' א):

המבקש להוציא זיו מכותלו על אויר חצר חבירו – כל שהוא בעל החצר מעכב עליו, שהרי מזיקו בראיה בעת שתולה בו ומשתמש בו. הוציא את הזיו ולא מיחה בו לאלתר בעל החצר – הרי החזיק בעל הזיו.

אם כן, לשיטתו חזקת תשמישים נקנית לאלתר, על-ידי שהבעלים ראה בו ולא מיחה, ואין צורך נוסף בטענת בעלות, אלא רק שמחל על כך. וכן שיטת הגאונים (הובאו בטור סי' קנג סעי' כד). וכן כתב הרמב"ם (שכנים פרק יא הל' ד) בסוגיית נזקי שכנים:

כל ההרחקות האמורות בפרקים של מעלה – אם לא הרחיק וראה חבירו ושתק, הרי זה מחל ואינו יכול לחזור ולהצריכו ולהרחיקו, והוא שיראה ממנו שמחל, כגון שסייע עמו מיד, או שאמר לו לעשות או שראהו שעשה בצדו בלא הרחקה, ושתק ולא הקפיד על זה – זכה, שכל המחזיק בנזק זכה בו.

3. הג"ה ברש"י (בבא בתרא ו.):

¹ לכלל זה ישנם יוצאי דופן, כמבואר שם בשבועות ובבבא בתרא מב..

² נתבארו בעיקר במסכת בבא בתרא, בסוף פרק שלישי, כגון קביעת מרזב וסולם והוצאת זיו. האחרונים קראו לנזקין אלו "חזקת תשמישין", ובהם בעיקר אעסוק במאמר.

³ נתבארו בעיקר במסכת בבא בתרא בפרק שני, והאחרונים קראו לנזקין אלו בשם נזקי שכנים.

⁴ ויש נפקא מינות בין שני הנזקים; עיין לדוגמה ב"נתיבות המשפט" (סי' קנג ס"ק יג) בעניין פסק ההלכה אם צריך ג' שנים או לאלתר. וכן עיי"ש (ס"ק יד) לעניין על מי חובת הראיה שיש חזקה.

⁵ וקשה לשיטה זו מהגמרא (בבא בתרא ו.): "אמר רבינא: האי כשורא דמטללתא – עד תלתין יומין לא הוי חזקה, בטר תלתין יומין הוי חזקה; ואי סוכה דמצוה היא – עד שבעה יומין לא הוי חזקה, בטר שבעה יומין הוי חזקה; ואי חבריה בטינא, לאלתר הוי חזקה". ואם כן מוכח שאין צריך ג' שנים לחזקת תשמישים.

ואכן, התוספות (שם ד"ה ואי) הביאו את דעת הרשב"ם, שחזקות אלו הן לאלתר ואין צורך בשלוש שנים (ואולי זו שיטת ההג"ה ברש"י שהבאתי לקמן).

אך ר"ת (הובא בתוספות שם ד"ה האי) תירץ שאין מדובר בגמרא כלל על חזקת תשמישים, אלא על אדם שהיה צריך לשלם בשווה עם שותפו על הגדר, כיוון שלאחר ששותפו בנה הוא השלים והתחייב. וביארה המשנה שאינו יכול לומר שכבר שילם לפני שבית הדין חייבוהו. אדם כזה, אם משתמש בלי מחאה הרי יש ראייה לאלתר ששילם, אך אין זה קשור לדין חזקת תשמישים.

כל חזקות הללו דשמעתין אינן חזקות שלש שנים, דלא שייך שלש שנים אלא גבי חזקת קרקע, שמחזיק בשדה חבירו ואומר "לקחתיו ממך", אבל הכא בחזקת תשמישין בעלמא, מיירי שמשמש בשל חבירו ובשעה אחת משתמש בפניו ושותק היא חזקה, כדמוכח לקמן, דאמרי "ואי חבריה בטינא לאלתר הוא חזקה". וטעמא, משום דאמרינן לא שביק איניש לאישתמושי בתוך שלו תשמיש של קביעות בלא רשותו, וכיון דמשמש זה לפניו ושותק י"ל דנטל רשות ממנו, או נתן לו ממון ומכר לו תשמיש זה, והני מילי דהויא חזקה, כגון שטוען "הוא מכר לי או נתן לי במתנה". אבל אם טען "נשתמשי בפניו ושותק" אינה חזקה, כדתנן לקמן בחזקת הבתים (בבא בתרא מא): "כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה. כיצד? אמר לו: 'מה אתה עושה בתוך שלי?' והוא א"ל 'שלא אמר לי אדם דבר מעולם' – אינה חזקה כו'". ובכל חזקות מיירי לא שנא חזקת שלש שנים ל"ש חזקת יום אחד כי הני.

וא"כ לשיטה זו מספיק יום אחד וטענה, ושתיקת הבעלים.⁶

4. הריב"ם (הובא בתוספות בבא בתרא כג. ד"ה והא):

כיון שלא בא להחזיק בקרקע של חבירו ולומר שלו הוא, אלא לתשמיש בעלמא שנהנה ממנה, מועלת חזקה שלא בטענה, דמסתמא לא היו אומרים שמכר להם רב יוסף תשמיש זה, והוה כי הנהו דלעיל (ו). דאחזוק להורדי דמועלת חזקה שלא בטענה, דמדלא מיחה ג' שנים מחל לו.⁷

אם כן לשיטתו צריך ג' שנים של חזקה, אך אין צורך בטענת קניין, אלא מספיק שהבעלים מחל לו על כך.

קושיות בשיטת הרמב"ם

א. שנינו במשנה (בבא בתרא מא):

כל חזקה שאין עמה טענה – אינה חזקה. כיצד? אמר לו: "מה אתה עושה בתוך שלי"? והוא אמר לו: "שלא אמר לי אדם דבר מעולם" – אינה חזקה; "שמכרת לי", "שנתת לי במתנה", "אביך מכרה לי", "אביך נתנה לי במתנה" – הרי זו חזקה.

מדוע חזקת תשמישים נקנית בלי טענת קניין?

כתב הרשב"א (בבא בתרא כו), שטעמם של הגאונים שאף-על-פי שקרקע אינה נקנית במחילה וחייב קניין, הרי חזקת תשמישים נקנית במחילה, משום –

שאלו הוציא זיו על חצר חברו, וא"נ שנעץ קורה בכותלו, יכול הוא למחול לו שלא יסלקם משם, שאין זה כנותן קרקע אלא כמחול על השעבודים.

ואם כן טעמו הוא שבחזקת תשמישים אין צורך לקנות את החזקה על הנזק והשימוש בדיני קניין, אלא שיש לבעלים שעבוד על השכן שלא ישתמש בשלו ויזיקו, ושעבוד זה ניתן למחול עליו ואין צריך להקנות. לכן מספיקה טענת מחילה.

לכאורה, דבריו אינם מובנים, שהרי לבעלים יש שעבוד על השימוש המסוים בחצרו, והוא יכול לתבוע שלא להשתמש ולהזיקו, וגם אם מחל הרי מחל על לשעבר, אך על מנת שיוכל המזיק להמשיך ולהשתמש הוא צריך לקנות מהבעלים את זכות השימוש. וכן הקשה ה"שיעורי ר' שמואל" (בבא בתרא קנא) כיצד מחילה מועילה לעניין קניית זכות השימוש.⁸ וכן הקשה "קצות החושן" (סי

⁶ אמנם הטור כתב על שיטה זו שאין היא שיטה כללית בכל חזקת תשמישים, ששם צריך ג' שנים וטענה, אלא רק בדברים קטנים, שאין הדרך לכתוב עליהם שטרות ולכן אין טענת "היכן שטרך" – שם אין צריך ג' שנים, אלא מספיק לאלתר, אך בדרך-כלל צריך ג' שנים. אך ה"בית יוסף" כתב שנראה משיטה זו שזהו דין כללי בחזקת תשמישים, שכיוון שאינו טוען בעלות על הקרקע אין צריך בה ג' שנים.

ופשט לשון ההג"ה אכן נראה כשיטת ה"בית יוסף", שזהו דין כללי בכל חזקת תשמישים. ולפי מה שכתבתי לעיל בהערה 5, שנראה ששיטה זו היא דעת הרשב"ם, והרי לכאורה דעת הרשב"ם שצריך ג' שנים וטענה, ולכן יש לומר שזהו דין מיוחד בחזקות על דברים ללא שטר. וצ"ע.

⁷ התוספות עצמם כתבו על שיטה זו: "ואין נראה, דאם לא הקנה לו כי החזיק להורדי אמאי החזיק לכשווי? אלא על כרחך התם שטוען שהקנה לו ולהכי אחזיק לכשווי, דאין אדם עושה קנין למחצה".

⁸ בבאור שיטת הרשב"א עיין בחדושי הגר"ט (בבא בתרא ד), שכיוון שהתחיל להזיק ולהשתמש ברשותו של הבעלים, ועל-ידי התשמיש עולה ערך ביתו, לכן כעת הבעלים אינו יכול לבטל את יכולת התשמיש, שעל-ידי זה מזיק את חברו ומוריד את ערך נכסו, וכיוון שמחל על התשמיש שוב אינו יכול להזיקו.

קנג ס"ק א, שללא טענת קנייה כיצד יקנה את חזקת התשמישים, שהרי גם אם נאמר ששתיקת הבעלים כמוה כמחילה, במה קנאו להיות שלו לתשמיש זה? הרי ללא טענת קנייה יכול לחזור בו?⁹

ב. "קצות החושן" (סי' קנה ס"ק טז) הקשה בשם אהיו על שיטת הרמב"ם בנוקי שכנים, ששתיקה מועילה והשותק נחשב כאילו מחל על ההיזק: כיצד מועילה שתיקה לעניין נזקי שכנים? הרי הגמרא (בבא קמא צג, וכעין זה ברא"ש בבא בתרא פרק א סי' ב) גורסת שהאומר "קרע כסותי והפטר" יכול לחזור בו, ורק פטור על מה שכבר הזיקו – אך אינו רשאי להזיקו שוב; ואם כן, כיצד תיתכן חזקה על נזק, ובפרט כשבאה על-ידי שתיקה?¹⁰!

ג. הרמב"ם (שכנים פרק ח הל' ד) כתב:

המעמיד סולם קטן שאין לו ארבעה חוזקין בצד כותלו בתוך חצר של חברו או בתוך שדהו – לא החזיק בנוק זה, וכל זמן שירצה בעל החצר בונה בצד סולם ומבטל תשמישו... לפיכך כשיבא בעל הגג להעמיד סולם גדול בעל החצר יכול למחות, כדי שלא יחזיק עליו, אבל אם העמיד סולם קטן – אינו יכול למנעו, שהרי אומרין לו "אין עליך הפסד בזה, כל זמן שתרצה תטלנו".

ואם כן הרמב"ם סבור בסולם קטן שכיוון שאין זה מעשה רציני ואין עליו חזקה, יכול בעל הסולם לשים את סולמו בחצר חברו. הטור (סי' קנג סע' א) הקשה עליו: "ואינו נראה דהאיך ישתמש בשל חברו בעל כורחו?" ולכאורה סברת הטור נכונה, שכיצד אדם יכול לכופף את חברו להשתמש בשלך?¹¹!

ובב"ש (בבא בתרא סי' כה אות ב) כתב דכיוון שכבר העמיד התשמיש הרי תשמישו קבוע, ולכן אין המזיק תובע לקנות את היכולת להשתמש, אלא להיפך – הבעלים תובעים אותו להסיר את התשמיש, ועל תביעה זו מועילה מחילה.

⁹ עיי"ש, שתירץ שלרמב"ם (מכירה פרק א הל' טז) ניחא, כיוון שהוא סובר שקרקע נקנית באכילת פירות, ולכן כשם שניתן לקנות קרקע על-ידי שימוש, כך ניתן לקנות חזקת תשמישים על-ידי תשמיש.

ולשיטת החולקים (ראב"ד שם, רשב"ם בבא בתרא נד. ד"ה דשדא; רמב"ן רשב"א ור"ן על קדושין כב; ; טור סי' קצב סע' יא), שסוברים שקרקע איננה נקנית על-ידי אכילת פירות, תירץ "קצות החושן" שאף-על-פי שאכילת פירות איננה קונה את גוף הקרקע, שימוש מסוים בקרקע נקנה על-ידי השימוש בקרקע לתשמיש זה. וכדברי הגמרא (בבא קמא ק), שבשביל של כרמים לכולי עלמא נקנה בהילוך, וכפסק הטור (סי' קצב סע' ז), שדבר שתשמישו להילוך נקנה בהילוך. ואם כן נ"ל שכל תשמיש מסוים יועיל לקנות אותו. וגם "קצות החושן" סובר למסקנה שחזקת התשמיש נקנית רק על-ידי קניין.

¹⁰ "קצות החושן" (שם) תירץ שזנאי שכנים אינם כנוק רגיל, אלא דין מיוחד שבשכנים דבר כזה נחשב נזק, ולכן כל זה כאשר היה אסור לו ליצור את הנזק, אך אם שכנו מחל לו – ואפילו לשעה אחת – שוב מותר לו ליצור את הנזק, וכעת אין הדבר מוגדר כהיזק אלא להיפך, שהמזיק עשה בהיתר ועל הניזק להסתדר כך שהנזק לא יפריע לו.

ועיין ב"שיעורי ר' שמואל" (בבא בתרא סימן קמט), שהביא בשם "אבן האזול" (שכנים פרק א הל' ג) שחלק על "קצות החושן" ותירץ שאין חילוק בין סוגי הנזקים, אלא שלהזיק אין חזקה, ולכן "קרע כסותי והפטר" יכול לחזור בו, ואין חזקה. אך החזקה בנוקי שכנים אינה להזיק אלא על השימוש וההנאה (אלא שיוצא מתוכם נזק) ועל שימוש והנאה יש חזקה. וממילא מותר לו להמשיך ולהשתמש; אך ב"קרע כסותי" ושאר נזקים אין הנאה מההיזק, ולכן אין עליו חזקה.

"שיעורי ר' שמואל" (סי' קנג) הקשה את קושיית "קצות החושן", במה שונה הדבר מדין "קרע כסותי", שבו אין מועילה מחילה, וכתב שהרחקת נזיקין היא רק זכות שנתנו חכמים לניזק לתבוע מהמזיק להרחיק עצמו, ולכן תועיל מחילה על זכות הרחקה זו. ולכאורה קשה היא גופא – מדוע בנוקי שכנים הנזק מוגדר אחרת מכל היזק.

משנת ר' אהרן (שכנים פרק יא הל' ד סי' א-ג) ביאר שזנאי שכנים, כיוון שמשמש בשלו כלל אינו מוגדר כמזיק, אלא כמשמש, אלא שלבעלים יש זכות מיוחדת של שכנים, שלא יזיקוהו; וכאשר ראה ומחל, לא מחל על הנזק (שאז מוחל רק על נזק קודם, ולא על נזק עתידי וכקושיית "קצות החושן"), אלא מוחל על זכות השכנים שעליה יש מחילה. ועיין ב"נתיבות המשפט" (סי' קנה סע' ה), שכתב על קושיית "קצות החושן" שלשיטת הרא"ש, שתמיד צריך קניין כדי לקנות את זכות הנזק, יש לומר שהקניין מחזק את הסכמתו, וכך גם לא יוכל לחזור בו.

¹¹ ולכאורה מחלוקתו של הטור עם הרמב"ם היא מחלוקתו עם הר"י ברצלוני, שהטור (סע' י) הביא, שזיו פחות מטפח אין בעל החצר יכול למחות בבעל הגג לקבוע זיו בכותלו מלהשתמש בו כלפי פנים, כיוון שאין בכך היזק ראייה, וכן בעל החצר יכול לקבוע זיו בגג ואין בעל הגג יכול למחות בו, כיוון שכופין על מידת סדום. והקשה עליו הטור, שוודאי אין מסתבר שיהיה מותר לבעל החצר לקבוע זיו בעל כורחו בכותל של חברו, אלא כל מה שהתירו הוא שימוש באוויר חצרו, אם אינו מזיק לחברי (שאם תקעתי כבר שם זיו מותר לי להשתמש בו באוויר חצרו חברי) אך לא שמותר לכתחילה להשתמש בכותלו ולקבוע עליו זיו בעל כורחו. והב"ח (שם) השווה בין שתי המחלוקות ופסק כר"י ברצלוני ורמב"ם.

וה"מגיד משנה" שם כתב שאין ראייה לרמב"ם מהגמרא, אך הטעם הוא משום "זה נהנה וזה לא חסר", וכופין על מידת סדום. ה"מגיד משנה" הביא ראייה מדברי הרמב"ם (שכניס פרק ז הל' ח):

מי שהיו לו חלונות למטה בכותלו ובא חבירו לבנות בפניהן, ואמר לו "אני אפתח לך חלונות אחרות בכותל זה עצמו למעלה מאלו" – הרי זה מעכב עליו, ואומר לו "בעת שתפתח החלונות תרעיד את הכותל ותקלקל אותו", ואפילו אמר "אני אסתור כל הכותל ואבנה אותו לך חדש ואעשה בו חלונות למעלה ואשכור לך בית שתדור בו עד שאבנה" – יכול לעכב עליו. ואומר לו "אין רצוני שאטרח ממקום למקום", לפיכך אם לא היה שם טורח כלל ואין צריך לפנות – אינו יכול לעכב עליו, וכופין אותו שיהיה חבירו סותם חלון זה שלמטה ממנו ועושה לו חלון מלמעלה, שזו מדת סדום, וכן כל דבר שזה נהנה בו ואין חבירו מפסיד ואין חסר כלום – כופין עליו.

אמנם לענ"ד קשה לומר שטעם הרמב"ם הוא משום "כופין על מידת סדום" שהרי לא כתב טעם זה. וכן יש לעיין אם כלל ניתן לומר שמשום "כופין על מידת סדום" אדם יוכל לעשות בשל חבירו כבשלו, וכקושיית הטור.

התוספות (בבא קמא כ: ד"ה הא, על סוגיית "זה נהנה וזה לא חסר", שכופין על מידת סדום) כתבו שכל מה שאמרה הסוגיה שכופין על מידת סדום הוא שבדיעבד לא ניתן לחייב את הנהנה לשלם, כיון ש"זה נהנה וזה לא חסר"; אך לכתחילה יכול בעל הבית לומר שאינו רוצה שתגורר שם, ולא ניתן לכפותו, והסוגיה אמרה רק שאין חיוב תשלומים. וכן כתב הגהות אשרי, וכן פסקו הטור והרמ"א (סי' שסג סע' ו) ¹². וכן נראה בדעת הרמב"ם (גזילה פרק ג הל' ט), שהביא דין זה בהלכות גזילה והריהו סובר שהמעשה הוא מעשה גזילה, וכן כל הפטור שכתב הוא רק לעניין תשלומים.

וכן נראה לענ"ד שיש לדחות את ראית ה"מגיד משנה" מדברי הרמב"ם (פרק ז הל' ח), על-פי דברי ה"נימוקי יוסף" (בבא קמא ח:), שכתב בשם הרא"ה, שסובר שלא ניתן לכפות אדם להיכנס בשלו, וביאר שמה שכופין על מידת סדום הכוונה רק –

בקרע של שניהם שלא משתמש בשל השני, אלא שיכול לכופו שלא לעשותו, וכגון הבונה בית כנגד חלונו של חבירו והלה מעכב עליו שלא לסתום אורה שלו, והלה רוצה לעשות לו חלונו במקום אחר, שלא יפסיד מן האורה כלל. כגון זה אמרין "כופין", אבל להשתמש בשלו כלל לא אמרו.

ואם כן מפורש בדבריו שאף-על-פי שיש דין "כופין" כשבעל החצר רוצה להזיז את החלון ואין פסידא לבעל החלון, לא יהיה דין "כופין" על שימוש ברשות של הבעלים. ואם כן אין ראייה מהרמב"ם (פרק ז הל' ח), שרק דיבר על "כופין" בחלון. על-פי זה הדרא קושיית הטור למקומה, כיצד לדעת רמב"ם ניתן לכפות להניח סולם קטן בחצר חבירו.

קושיית נוספות בסוגיה:

ד. "נתיבות המשפט" (סי' קנה סע' יח) הקשה מדוע שונה דין נזקי שכנים מכל דין מזיק רגיל, שחייב כמו בנזקי שור ובור ¹³.

ה. "קצות החושן" (סי' קנג סע' ד) הקשה בדברי הרמב"ם, שבפרק יא הל' ו כתב שעל הניזק להביא ראייה שלא ידע ולא מחל, ואילו בפרק ח הל' ז פסק שהמחבר קורה בטיט עליו להביא ראייה שהבעלים ידע ושתק ¹⁴.

¹² ועיין במרדכי (בבא קמא ס' טז), שנראה מדבריו שיש החולקים וסוברים שלעולם יש דין "כופין", גם לכתחילה (והביא שם גם דעה החולקת), וכן משמע בדברי הר"י ברצלוני שהבאתי לעיל.

¹³ ועיין ש, שתירץ שכל מזיק רגיל דרשה ממנו התורה שלא יזיק את חבירו, ולכן אם לא שמר חייב בהיזק. אך בנזקי שכנים, אם נדרוש ממנו שלא יזיק את חבירו לא יוכל כלל להשתמש בשלו, והתורה לא אסרה על אדם את השימוש בשלו, ולכן לא חייבה אותו בהיזק.

¹⁴ "קצות החושן" עצמו הביא את תירוצי "כנסת הגדולה" (סי' קנה, הגהות הטור אות נא):

א. פסק הרמב"ם שעל הניזק להביא ראייה הוא דווקא בדברים שלא לתר הוי חזקה בפתיחה ההוא או בנעיצת קורה, אבל [בפרק ח הל' ז] משכנים שאין חזקתו מפני שסמך קורתו לכותל חבירו, כיון דקורתו סוכת עראי ויכול לומר "לא מחלתי והנחתך אלא מפני שהוא עראי", ואין חזקתו אלא מפני שחברה בטיט, על המחזיק להביא ראייה.

ב. א"נ לא אמר הרמב"ם דאם החזיק בנזק על הניזק להביא ראייה, אלא דוקא בדברים שקרובים לודאי שראה הנזק מיד, אבל בחיבר הקורה בטיט לכותל אפשר כו' אבל לא הכיר שחברה בטיט, ומה שלא מיחה בסמיכת הכותל מפני שהיה לו שהות עד שלשים יום למחות עכ"ל. ולפ"ז אם החזיק אחר שלשים או בסוכת החג לאחר שבעה אין המחזיק צריך להביא ראייה.

ולכאורה תירוצו הראשון איננו מובן, כיוון שכעת הרי חיבר בטיט ועשה מעשה חזקה, ולכן מדוע שונה הדבר מהפתח חלון, שעל הניזק להביא ראייה?

"נתיבות המשפט" (סי' קנג סעי' יד) תירץ קושיה זו:

דדוקא בהרחקת נזקין, שעושה הדבר בשלו רק שמזיק לחבירו, פסק דאין צריך ראייה, כיון שהוא מוחזק בשלו נאמן, דחבירו הוי כמוציא מחבירו ועליו הראיה. ואף דשם נקט ג"כ "או שהעביר אמת המים", כונתו ג"כ שעושה האמת המים בשלו, רק שלא הרחיק כשיעור שמרחיקין אמת המים (המבואר בסי' קנה סעי' י), אבל הכא שבא להחזיק ולהשתמש בכותל חבירו, וחבירו יש לו חזקת מרא קמא, על המחזיק שבא לטעון נגד חזקת מרא קמא עליו הראיה.

ואם כן לשיטת "נתיבות המשפט" אין זה דין מיוחד בחיבור קורות, אלא דין כללי, שיש חילוק בין מקרה שהוא עושה בשלו ומזיק לחברו – שם חובת הראיה על הניזק, לבין מקרה שעושה בשל חברו – שם חובת הראיה על המזיק.

ו. "שיעורי ר' שמואל" (בבא בתרא סי' קמז) כתב על דברי "נתיבות המשפט" הנ"ל שמוכח שה"נימוקי יוסף" (בבא בתרא ד.) חולק על "נתיבות המשפט", שכתב שכיוון שיש מחלוקת ראשונים אם צריך ג' שנים וטענה או מחילה לאלתר ללא טענה, הרי ספק, ואין לנו כוח להוציא המחזיק בתשמיש מחזקתו. ואם כן מוכח שסובר שהמחזק נחשב המוחזק בתשמיש, אף על-פי שעושה אותו בשל חברו. והקשה ר' שמואל מסברה, כיצד ניתן להגדיר את המשתמש בשל חברו כמוחזק, שהרי הבעלים הוא ודאי המוחזק, והמשתמש רוצה להוציא משל חברו¹⁵.

ביאור שיטת הרמב"ם

נראה לענ"ד שלשיטת הרמב"ם יש דין מיוחד שבא להסדיר את דיני השכנים, ודין זה איננו נכלל במסגרת ההיזקים הרגילים שבין אדם לחברו¹⁶. לשיטת הרמב"ם, חז"ל ראו צורך מיוחד להגדיר הלכות עבור שכנים, כיוון שהיחס בין שכנים אינו דומה למצב רגיל ולנזקים שבין אדם לחברו.

ביחסים רגילים שבין אדם לחברו אדם אינו יכול להשתמש בשל חברו אלא אם הוא קונה זכות שימוש זו, וכך אדם מחויב לדאוג שלא להזיק לחברו, ואם הזיק חייב לשלם. אך ביחס שבין שכנים חז"ל קבעו הגדרות אחרות, משום שהיחס בין שכנים הוא שאמנם מצד אחד יש לכל אדם בעלות על נכסיו, אך מאידך גיסא יש ליצור יחסי שכנות נורמליים; וכיוון שבדרך-כלל כל אדם צריך את שכנו לעניינים מסוימים, לא ניתן להשאיר צורך זה רק לדיני הקניינים והנזיקין.

אדם עלול לעתים קרובות לפגוע במידה מסוימת בשכנו, ולהפריע לו לעשות שימושים מסוימים ברכושו. כלומר, לאדם יש בעלות על חצרו, אך בגלל בעלותו זו קשה לשכנו להשתמש כיאות בחצרו-הוא, כגון לצבוע את קיר חצרו מבחוץ, אלא דרך החצר הנ"ל. ההלכה בנושא שכנים נועדה לאפשר לאדם שלא להיפגע מכך ששכנו נמצא לידו. ההלכה עומדת בין שני קצוות אלו: מצד אחד הקניין שיש לאדם על שלו, ומצד שני הצורך להקל על שכנו ולהסדיר את יחסי השכנות.

חז"ל קבעו שהמצב הרגיל של יחסי השכנות הוא שלכל שכן מותר להשתמש בחצר חברו, אף-על-פי שלא קנה זכות שימוש זו, מכוח היותו שכן, אלא אם הוא מזיק ומפריע בכך לחברו – שאז יש לבעלים זכות מחאה על מעשה זה¹⁷. ולפי יסוד זה יתיישבו הקושיות ברמב"ם.

א. קניית זכות השימוש של שכנים אינה דומה לקניית זכות רגילה, שם באמת צריך ג' שנים וטענה (אם המדובר בקרקע); אך בכל מה שקשור לשימוש של שכנים אחד ברשותו של השני אין צורך בג' שנים, ואף לא בטענת קנייה, כיוון שבעיקרון יש זכות לשכן להשתמש ברשותו של שכנו (לא בחפציו), אלא אם נגרם לשכן נזק בכך.

ונראה לענ"ד שכונות ה"כנסת הגדולה" היא שבחלון, כיוון שמעשה החזקה הוא פתיחת החלון, ובית הדין עומד תמיד במצב שהחלון פתוח, וכבר נעשה מעשה החזקה, לכן על בעל החלון להביא ראיה שלא מחל, כיוון שבמצב העכשווי יש לו תמיד חזקה. אך במחבר קורה בטיט, כיוון שהחזקה איננה על החיבור בטיט אלא על חיבור הקורות, הרי כשתובע את החזקה על הקורות בית הדין אומר לו שחובת הראיה עליו, כיוון שאין חזקה לקורות עד שלא יחבר בטיט. כיוון שחובת הראיה עליו הוא צריך להוכיח את חזקתו, שכוללת מלבד החיבור בטיט גם ראיה שהשני לא מחל, אחרת אין זו חזקה.

¹⁵ ועיי"ש, שדחק ליישב שלשיטת ה"נימוקי יוסף" פלוגתא דרבוותא אינה מוגדרת כספק.

¹⁶ ואולי לכן נתן הרמב"ם להלכות אלו את השם "הלכות שכנים".

¹⁷ עיין ב"חזון איש" (נזיקין בבא בתרא סי' יד אות יד), שכתב לעניין נזקי שכנים שיש תשמישים שהתירו חכמים, כיוון שטבע העולם ששכנים נפגעים זה מזה בתשמישים רבים, ונחשב שקנו על דעת זה. לכן יש חילוקי דינים בין מזיק רגיל לבין שכנים.

כיוון שיש לבעלים זכות על ממונו ועל רשותו, בכל פעם שנראה שיש לו הפסד כלשהו מהשימוש, יש לבעלים הזכות למחות בשימוש זה. אולם אם לא מחה אלא ראה ושתק, הרי שאיבד את זכות המחאה, ושוב אין צורך בטענה נוספת, כיוון שאין זה מדין קניין, ומחילה לבד מספקת.

ונראה שזאת כוונת הרשב"א, שכתב שחזקת תשמישין איננה מדין קניין אלא מדין מחילה, כיוון שהבעלים בשתיקתו מוחל על השעבוד שיש לו על שכנו שלא יכנס לרשותו; אך מששתק ומחל, הרי זכות זו פוקעת, ואין צורך בקניין נוסף, כיוון שמלכתחילה בין שכנים בית דין נותן לכל שכן ליהנות אף מרשותו של חברו לצורך השכנות אלא אם מזיקו, ומשמחל על מעשה היוזק זה שוב פקעה זכותו. וכן אין צורך להגיע לחידוש "קצות החושן", שהקניין בחזקת התשמישין בא על-ידי השימוש, אלא שלכל אדם יש זכות על רשותו ושלא להיות מוזק שם, ואם שתק – איבד זכות זו.

ב. על-פי זה ניתן להסביר את שיטת הרמב"ם בנזקי שכנים, שגם שתיקה מועילה. והקשה "קצות החושן", ששתיקה אינה מועילה לנזק, אלא שכל נזקי השכנים נכללים במסגרת של יחסי השכנים ומעוצבים על-פי בית דין במה שנראה כיחס סביר בין שכנים, ולא לפי המערכת הרגילה של ההיזקים. לכן אין הדבר כלל דומה ל"קרקע כסותי והפטר", שיכול שוב לחזור בו. בסוגיית שכנים יש לבעלים זכות שלא להיות מוזק, אולם כאשר הבעלים שותק ומחל על הנזק הדבר חוזר להיות כחלק ממסגרת השכנות, וכעת יחסי השכנות ביניהם מוגדרים כך שגם שימוש זה הוא חלק מהדברים המותרים בין שכנים אלו.

ג. ולפי זה מבואר שהרמב"ם, שהתיר העמדת סולם קטן בחצר חברו אף-על-פי שמוחה על כך, אין זה מדין "כופין על מידת סדום" ודין כללי בכל מזיק, אלא דין מיוחד בשכנים, שבמקום שאין כלל נזק רשאי השכן להשתמש בשטח חברו לצרכו לעניין הקשור בשכנותם, כגון העמדת סולם על מנת להגיע לביתו מבחוץ, אך אין זה דין כללי, המתיר לכל אדם לעשות כרצונו בשל חברו.

ד. וכן מבוארת קושיית "נתיבות המשפט", במה שונים נזקי שכנים מכל נזקים אחרים, ומדוע דיני מזיק אינם חלים עליהם. נראה שהטעם שלא ניתן לדרוש שכן כמזיק הוא כיוון שכשם שהוא פוגע בחברו כן חברו פוגע בו, בכך שאינו נותן לו להשתמש כראוי בחצרו לכל שימושו, ולכן אין זה דין מזיק רגיל, אלא מסדירים את יחסי השכנות באופן אחר.

ה. ו. על-פי יסוד זה מובנת סברת ה"נימוקי יוסף", שכתב שבחזקת תשמישין המוחזק איננו הבעלים אלא המחזיק, כיוון שמעיקרא המצב איננו שהבעלים מוחזק ויש לקנות ממנו חזקה זו, אלא להיפך – לכל שכן ישנה זכות השימוש ברשות חברו, אלא אם חברו ימחה, ולכן במקום שיש ספק, המוחזק הוא המחזיק בחזקת התשמישין.

וכן מבוארים דברי הרמב"ם שעל הניזק להביא את הראיה, כיוון שהוא המוציא מחברו; שהרי למשתמש תמיד ישנו ההיתר להשתמש אלא אם היתה מחאה, ואם כעת בפועל הוא מחזיק, על הניזק להביא ראיה שאכן מחה. וכמו שכאשר אדם מחזיק בקרקע ג' שנים וטענה והבעלים טוען שמחה עליו להביא ראיה. וכן כתב הגר"א (סימן קנה, סעיף קכה)¹⁸.

ועל-פי זה נראה שאין לחלק כדברי "נתיבות המשפט" ברמב"ם, בין שעושה בשלו או בשל חברו, ובשניהם על הבעלים להביא ראיה; וכמו שמשמע בפשט הרמב"ם, שרק בדין קורות המחבורות בטיט כתב להיפך, ויש לומר שטעמו כדברי "כנסת הגדולה".

פסיקות נוספות של הרמב"ם בחזקת תשמישין המתבארות לאור יסוד זה

א. סוגיית זיז (נט.ו):

הזיז עד טפח – יש לו חזקה ויכול למחות, פחות מטפח – אין לו חזקה ואין יכול למחות. גמ'. אמר רב הונא: לא שנו אלא בעל הגג בבעל החצר, אבל בעל החצר בבעל הגג יכול למחות.

ורב יהודה חולק, שגם בעל החצר בבעל הגג אינו יכול למחות, ומחלוקתם היא בשאלה אם יש נזק ראייה אף בפחות מטפח. והפוסקים¹⁹ פסקו כרב הונא.

¹⁸ "שיעורי ר' שמואל" (סי' קנ) הקשה על הגר"א, שהדבר אינו דומה לחזקת קרקע, שם החזקה היא ג' שנים שבהן הוא ישב, אלא שהבעלים טוען שמחה. אך בחזקת תשמישין כל החזקה היא שהבעלים ראה ושתק, אך אם הוא טוען שכלל לא ראה – אין כלל חזקה. ולענ"ד, על-פי מה שכתבתי יתבאר שגם בנזקי שכנים אין החזקה באה מכוח שתיקתו של הבעלים, אלא שבאופן עקרוני יש חזקה והיתר להשתמש, אך לבעלים ישנה זכות מחאה; ואם כעת אנו רואים שהוא משתמש – הרי הוא מחזיק, ועל הבעלים החובה להוכיח שמחה.

¹⁹ עיין בטור (סע' ו).

הרשב"ם (נט: ד"ה אבל) הביא שני פירושים בשיטת רב הונא:

1. בעל גג שהוציא זיז על בעל החצר בעל החצר יכול למחות על בעל הגג שלא ישתמש בזיז, ואילו בעל הגג אינו יכול למחות בבעל החצר שלא ישתמש בזיז. וכן כתב הטור (סע' ו).

2. בעל החצר יכול למחות בבעל הגג שלא יוציא את הזיז, אך בעל הגג אינו יכול למחות בבעל החצר שלא יוציא זיז.

רמב"ם (שכנים פרק ח הל' א-ב):

המבקש להוציא זיז מכותלו על אויר חצר חבירו כל שהוא – בעל החצר מעכב עליו, שהרי מזיקו בראיה בעת שתולה בו ומשתמש בו. הוציא את הזיז ולא מיחה בו לאלתר בעל החצר – הרי החזיק בעל הזיז. היה הזיז טפח – החזיק באויר החצר כנגדו, ואם רצה בעל החצר לבנות תחת הזיז ולבטל תשמישו – בעל הזיז מעכב עליו, ואם אין בזיז טפח – לא החזיק באויר החצר, וכל עת שירצה בעל החצר לבנות תחתיו ולבטל תשמישו של זיז – אין בעל הזיז יכול לעכב עליו.

אם כן, לשיטת הרמב"ם החילוק במשנה בין טפח לפחות מטפח (שבטפח יש לו חזקה ובפחות מטפח אין לו) נאמר על החזקה באוויר החצר כנגדו, וביכולת בעל הגג למנוע מבעל החצר לבנות תחת זיזו ולבטל את תשמישו – שאם יש לזיז טפח יש חזקה לבעל הגג, ובעל החצר אינו יכול לבנות תחתיו ולבטל חזקתו, ואם אין לו טפח יכול בעל הגג לבנות תחתיו ולבטל את חזקתו.²⁰

אך בקשר לשאלה הבסיסית יותר, אם כלל יש חזקה לבעל הגג ובעל החצר אינו יכול לומר לו שלא להשתמש בזיזו, כתב הרמב"ם שאם בעל הגג השתמש ובעל החצר לא מיחה, בכל מקרה יש חזקה לבעל הגג, והוא יכול להשתמש תמיד בזיזו.

ולכאורה קשה: הרי המשנה אמרה שאין בפחות מטפח חזקה, וביאר רב הונא שלבעל הגג אין חזקה בפחות מטפח; ומדוע ביאר הרמב"ם סוגיה זו על תפיסת האוויר והכפייה שלא יבנו תחתיו, ולא כתב כרשב"ם, שפירש את דברי הגמרא על עצם יכולתו להשתמש בזיז, שבעל החצר יכול למחות בו אף בפחות מטפח?

אלא שלפי דברינו יתבאר שעצם יכולת השימוש בין שכנים קיימת מאליה תמיד, כיוון שכחלק מהסדר בין שכנים יש אפשרות לאחד להשתמש ברשותו של השני, אלא אם הוא מזיק לו. וגם במקרה שמזיק לו, אם השכן שתק הוא בעצם גילה שלא מפריע לו ושמחל, ולא לתור יש חזקה, ואף שימוש זה נכלל כעת במסגרת הסדר השכנות ביניהם. לכן, כשבעל הגג הוציא זיז ובעל החצר שתק – הרי מחל, בין בזיז טפח ובין בזיז פחות מטפח. מסיבה זו, המשנה שדנה בחזקת בעל הגג לא דנה בשאלת עצם השימוש של בעל הגג בזיז, אלא ביכולתו לכופף שלא יבנו תחתיו, שבזה אם אין לו טפח אין לו חזקה.

ב. סוגית מרזב ומזחילה (נח:):

המרזב אין לו חזקה ויש למקומו חזקה, המזחילה יש לה חזקה. גמ'. מאי המרזב אין לו חזקה ויש למקומו חזקה? אמר רב יהודה אמר שמואל, הכי קאמר: המרזב אין לו חזקה – מרוח אחת, ויש למקומו חזקה – משתי רוחות. רבי חנינא אמר: המרזב אין לו חזקה – שאם היה ארוך מקצרו, ויש למקומו חזקה – שאם בא לעוקרו אינו עוקרו. רב ירמיה בר אבא אמר: המרזב אין לו חזקה – שם רוצה לבנות תחתיו בונה, ויש למקומו חזקה – שאם בא לעוקרו אינו עוקרו.

ונחלקו הראשונים בפרוש שיטות אלו:

1. הרשב"ם (נח: ד"ה אין לו וכו') סבר שהחילוק בין מרזב למזחילה הוא שמרזב הוא דבר נייד, שניתן להזיזו ממקום למקום, ולכן אין עליו חזקה אך יש למקומו חזקה, מה שאין כן מזחילה, שקבועה במקומה. ופירוש הגמרא שלמרזב אין חזקה ויש למקומו חזקה, לשיטת שמואל, הוא שיכול לסלקו מצד זה לצד זה, ואילו לשיטת ר' חנינא אין יכול לסלקו מצד אחד אלא רק לקצר את המרזב, ואילו לשיטת ר' ירמיה יכול לבנות תחתיו, ואין חזקה לבעל המרזב, שיוכל לכפות שלא יבנו תחתיו.²¹

²⁰ ונלענ"ד שהרמב"ם למד שהגדרת החזקה היא היכולת למנוע מבעל החצר לבנות תחתיו מסוגיית מרזב (נח:), שם אמרה הגמרא בהעמדתה השלישית ששאלת החזקה היא לעניין אם יכול לבנות תחתיו. והרמב"ם למד כן אף לסוגיה שלנו, ועיין לקמן בביאור שיטת הרמב"ם בסוגיה זו.

²¹ מהרשב"ם נראה שהפירוש השני והשלישי חולקים על הראשון, שלא ניתן להזיז את המרזב, אך לא משמע שהם חולקים ביניהם. והרי"ף (בבא בתרא לא. מדפי אלפס) פסק כשלושתם, וביאר ה"נימוקי יוסף" (שם לא:): משום שלשיטתו אין כלל מחלוקת בין הפירושים. והרא"ש (שם פרק ג סי' עב) כתב שכל שלושת הפירושים חולקים, ולכן מספק נפסוק לקולא, שהמוציא מחברו עליו הראיה, ורק יוכל לבנות תחתיו.

הרוצה להוציא צינור על חצר חבירו כדי שיקלח שם המים, או שעשה מזחילה על כותלו כדי שיהיו המים נזחלין ויורדין לחצר חבירו – בעל החצר מעכב עליו, ואם לא מיחה בו החזיק זה בצינור. רצה אח"כ לסתום הצינור – בעל החצר מעכב עליו, שכשם שהחזיק בעל הגג לשפוך מימיו לחצר חבירו כך החזיק בעל החצר שיהיו מימי גגו של חבירו באין אצלו לרשותו. רצה בעל הגג לעקור הצינור מצד זה ולהחזירו בצד אחר, או שהיה ארוך ורצה לקצרו – אין בעל החצר יכול לעכב עליו, שלא החזיק אלא במימי הגג, והרי הם באים אצלו מכל מקום. וכן אם רצה בעל החצר לבנות תחת הצינור – אין בעל הגג יכול לעכב עליו, שאין הצינור עשוי לתשמש כזו כדי שיחזיר באויר החצר, שאינו עשוי אלא לקלוח המים.

הרמב"ם פירש את שתי האוקמתות הראשונות כתביעה של בעל החצר כלפי בעל הגג. כלומר, כיוון שיש לבעל הגג חזקה על בעל החצר, לכן יש גם לבעל החצר חזקה על המרזב של בעל הגג, ואם כן פירש הרמב"ם ש"יש למקומו חזקה" – פירושו שאם בעל הגג רוצה להעביר את המרזב מצד אחד לשני הוא יכול, ואין חזקה לבעל החצר על הרוח של המרזב, אך בעל הגג אינו יכול לעקור לגמרי. ופירוש שני, שאם רצה בעל הגג לקצרו יכול, ואין חזקה לבעל החצר על האורך הקודם. את הפירוש השלישי פירש הרמב"ם כרשב"ם, שאם רצה בעל החצר לבנות תחת בעל הגג הוא יכול, ואין לבעל הגג חזקה באוויר.

ולכאורה קשה, מה ראה הרמב"ם לפרש את האוקימתות פעם אחת על חזקת בעל החצר ופעם שנייה על חזקת בעל הגג? וכן הקשה הראב"ד, שהרי את חזקת בעל החצר למדנו רק בגמרא, ולא זו כוונת המשנה²².

ועיין ב"מגיד משנה", שתירץ שוודאי הרמב"ם למד בפשט הגמרא שכל החזקות הם של בעל הגג על פני בעל החצר (וכדברי הרשב"ם) אלא שהוא למד את ההלכות הללו מתוך דברי הגמרא, שאמרה שגם לבעל החצר יש חזקה, ולכן הוא כתב הלכות אלו, ולא שזו כוונתו בגמרא.

אך לענ"ד פירוש ה"מגיד משנה" קשה ברמב"ם, שהרי אמנם הוא כתב שהרמב"ם למד כרי"ף, שאין מחלוקת בין שלושת המימרות, והשלישית עדיפה על כולן, ולכן הוא כתב רק אותה; אך מדוע הרמב"ם בדין של חזקת בעל החצר על פני בעל הגג כתב דווקא שתי האוקימתות הראשונות של הגמ' אלא שנראה שהפשט הוא שהרמב"ם למד כך את דברי הגמרא, והדרא קושיה לדוכתא.

אלא לענ"ד יתבארו הדברים על-פי מה שכתבנו, שלרמב"ם יש הלכות שכנים, ולכן אין אפשרות לאסור את השימוש של שכנך באוויר רשותך אלא אם יש נזק בדבר, ובמקום שיש נזק – אם שתק הרי מחל על נזקו ויש לשכן רשות להשתמש שם (וכן כתב בתחילת ההלכה).

אם כן, לרמב"ם ודאי שלא ניתן לפגוע בתשמיש בעל הגג, לקצר את הצינור או להעבירו למקום אחר, כיוון שיש לבעל הגג חזקה לשימוש זה. לכן הוא ביאר את דברי הגמרא אלו על שימוש בעל החצר במרזב של בעל הגג, ולא להיפך, ורק העמדה השלישית, שלא דיברה על פגיעה בשימוש בעל הגג אלא על אפשרות לבנות תחתיו ועל חזקתו של בעל הגג באוויר החצר – שם כתב הרמב"ם שמדובר במקרה שבעל החצר רוצה לבנות תחתיו, ואין לבעל הגג חזקה על המרזב אלא רק על מקומו, ולכן לא יוכל למנעו.

ג. סוגיית סולם קטן (נח):

סולם המצרי [=סולם קטן] אין לו חזקה, ולצורי [=סולם גדול] יש לו חזקה.

1. הרשב"ם (שם ד"ה סולם): אין לו חזקה – כלומר, בעל החצר יכול לכופף את בעל הסולם לסלק את הסולם מחצרו.

2. הרמב"ם (שכנים פרק ח ה' ד):

המעמיד סולם קטן שאין לו ארבעה חוזקין בצד כותלו בתוך חצר של חבירו או בתוך שדהו – לא החזיק בנזק זה, וכל זמן שירצה בעל החצר בונה בצד סולם ומבטל תשמישו. ואם היה סולם גדול, שיש לו ארבעה חוזקין או יתר – החזיק, ואם בא לבנות ולבטלו – בעל הסולם מעכב עליו עד שירחיק כשיעור, שהרי מחל לו להעמיד סולם גדול,

²² ועיין בסמ"ע (סי' קנג ס"ק יח) ובש"ך (סי' קנג ס"ק ז), שעמדו גם הם על קושיית אלו.

לפיכך כשיבא בעל הגג להעמיד סולם גדול בעל החצר יכול למחות, כדי שלא יחזיק עליו, אבל אם העמיד סולם קטן אינו יכול למנעו, שהרי אומרין לו "אין עליך הפסד בזה, כל זמן שתמצא תטלנו".

אם כן, לשיטת הרמב"ם בעל הסולם לעולם יכול להעמיד את הסולם הקטן, כיוון שאין לבעל החצר שום נזק מכך. אך בסולם גדול הוא יכול למחות, על מנת שלא תהיה לשכן חזקה בחצרו. ואת המשנה שאמרה שלבעל סולם קטן אין חזקה ולבעל סולם גדול יש חזקה פירש הרמב"ם לא לעניין יכולת העמדת הסולם, אלא שאם בעל החצר ירצה לבנות, הרי אין חזקה לבעל הסולם לכופו שלא לבנות, אלא יכול בעל החצר לבטל את תשמישו – מה שאין כן בסולם גדול, שיש לו חזקה.

שוב הרמב"ם כאן לשיטתו, שכיוון שעסקינן בהלכות שכנים, הרי לא ניתן למנוע מהשכן להשתמש ברשות חברו, ולכן מותר להעמיד את הסולם, ופה אפילו למחות לא ניתן, כיוון שאין כלל נזק בכך²³; ובמקום שיש נזק (כגון בסולם גדול) ניתן למחות, אך אם לא מחה יש חזקה.

סיכום

במאמר זה דנתי בשיטת הרמב"ם בחזקת תשמישים, וכן בנוזקי שכנים. מטרתי הייתה להוכיח שלשיטת הרמב"ם, לחזקת תשמישים שיש לשכן אחד על משנהו, וכן לנוזקי שכנים, יש גדר חדש, שאיננו דומה לשאר חזקות ונזקים. הטעם לכך הוא שיש לחכמים סיבה לתקן באופן שונה את יחסי השכנות, וזאת משום שחשוב שיחסי השכנות יהיו תקינים, וכן משום שכל שכן מזיק לשכנו.

על-פי זה קבעו חז"ל שמותר לשכן לעשות בשל חברו אלא אם מזיקו, ולכן לבעלים יש זכות מחאה כלפי שכנו, אך ברגע שראה ששכנו משתמש ושתק – מחל על זכות זו.

על-פי יסוד זה התבארו לנו כמה פסיקות של הרמב"ם:

1. לשיטת הרמב"ם, מספיקה מחילה לאלתר, בלי טענה, על מנת לזכות בזכות השימוש ובזכות להזיק.
 2. הרמב"ם פסק בסוגיית הוצאת זיז (בבא בתרא נט.) שאף אם הוציא זיז פחות מטפח והבעלים שתק – לא יכול לכופו שלא להשתמש בזיז.
 3. הרמב"ם בסוגיית מרזב ומזחילה (בבא בתרא נח:) לא ביאר כשיטות הראשונים, שכל הסוגיה עוסקת בחזקת בעל הגג, אלא פירש שחלק מהאוקימתות של הגמרא עוסקות בחזקת בעל החצר על בעל הגג.
 4. בסוגיית סולם קטן (בבא בתרא נח:) ביאר הרמב"ם שגם בסולם קטן, שהמשנה אמרה שאין בו חזקה, אם החזיק ובעל החצר שתק – אינו יכול למחות בו מלהשתמש בסולם.
- המשותף לכל הפסקים הנ"ל הוא שלרמב"ם, בכל חזקות התשמישים אין דיון בעצם היכולת להשתמש – כיוון שזכות זאת קיימת תמיד לרמב"ם כשהבעלים שותק – אלא רק ביכולת לכפות את הבעלים שלא לבנות כנגדו.

²³ ועיין לעיל בקושיית הטור שהבאתי, ומה שכתבתי שם ליישב לפי שיטת הרמב"ם.