

אוניברסיטת בר-אילן

חצר השותפים - יחיד, קהילה והקניין האישי

עיון בספרות התנאים

מאת: פאלוך משה

עבודה זו מוגשת כחלק מדרישות לשם קבלת תואר מוסמך
בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן

עבודה זו נעשתה בהדרכתו של ד"ר יצחק ברנד
מן הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן

תודה יצחק על שהובלת אותי בנתיבי התורה, ההיגיון והמחקר,
בדיוק ובכבוד.

תוכן עניינים

א - ד		תקציר
10 - 15		מבוא
16 - 19	הצגת עמדות התנאים	פרק א
20 - 74	מחלוקת התנאים	פרק ב
21 - 44	עמדת רבי יוסי	
45 - 49	עמדת רבן שמעון בן גמליאל	
50 - 74	עמדת חכמים	
75 - 92	דיני שכנים ודיני נזיקין	פרק ג
93 - 112	מעבר משיח שכנים לשיח נזיקי	פרק ד
113 - 114	סיום	פרק ה
115 - 117	יחיד וקהילה	נספח לפרק ב
118 - 120	משנת חנות וחצר	נספח לפרק ב
121 - 122	סמכות בני החצר	נספח לפרק ב
123 - 132	היזק ראייה	נספח לפרק ד
133 - 137		רשימה ביבליוגרפית
		תקציר באנגלית

תקציר

עבודה זו בנויה משתי קומות המתייחסות זו לזו כבית ועליה על גביו. הקומה הראשונה (פרקים א-ב) היא מושגית, והיא עוסקת בברור עמדותיהם ההלכתיות-משפטיות של התנאים, בשאלת היחסים המשפטיים שבין היחיד לבין הקהילה במרחב המשותף – החצר. הקומה השניה (פרקים ג-ד) עוסקת בתלמודם של האמוראים בהשוואה לאמור בתורת התנאים. מתווה ההשוואה הוא בבחינת שדה השיח בו מתקיים הדיון ההלכתי-משפטי של יחסי היחיד והקהילה. צרוף המהלך כולו מלמד שבעולמם של התנאים התקיימה מחלוקת אודות עצם קיומה והיקפה של **הזכות הקניינית** של היחיד במרחב המשותף. בדברי האמוראים, כך נראה, מתרחש מעבר ושינוי בשיח ההלכתי-המשפטי והוא מתבסס עתה על יסודות **דיני הנזיקין**. פרשנות מחלוקת התנאים, כמו גם הדיון ההלכתי כולו ביחסי יחיד וקהילה במרחב המשותף, מתקיים בשדה הלכתי זה, ולכך נפקויות הלכתיות ורעיוניות רבות.

ברירתם של העמדות השונות מתוך המשנה, התוספתא והברייתות שבתלמודים, מלמדת על קיומו של מנעד דעות רחב המקיים מחלוקת בשאלת מעמדו וזכויותיו המשפטיות של היחיד בהקשר זה של החיים בסביבתם של שכנים. מוקד המחלוקת נסוב סביב הקף הפעילות המותרת בבית הפרטי, בשדה או בחצר המשותפת.

הדעות המרכזיות אותן ניסיתי לגבש מתוך מכלול ספרות חז"ל, הן עמדותיהם של רשב"ג, רבי יוסי ועמדת חכמים, שדנו וחלקו בדור הראשון של אושא. ארחיב מעט את הנאמר לעיל.

פרק א מציג בתמצית את עיקרי המחלוקת והוא מעין מפת התמצאות כללית לעולמם ההלכתי של התנאים בסוגיה זו.

פרק ב מפרט את שלוש הדעות המרכזיות שבספרות התנאים. כמו כן הפרק מדגים ומוכיח את התפיסות ההלכתיות ואת המשתמע מכך, כדלקמן:

עמדתו של **רבי יוסי** היא עמדת קצה במערכת היחסים ההלכתית והערכית בין יחיד וקהילה במרחב משותף. על-פי ההבנה הרחבה בדבריו, מגן רבי יוסי בהגנה רחבת-היקף, בזמן ובמקום, על זכותו הקניינית של הפרט. זכות זו קיימת לו ביחס לפעילותו בביתו האישי בשדהו הגובל לשכנו,

וגם בחצר המשותפת. הזכות הקניינית מעניקה חירות פעולה לבצע את שגרת החיים בכל המקומות האמורים, חרף העובדה שהשכן או השותף עלולים להיפגע מכך. במסגרת דברי ר' יוסי עלתה תפיסה מעניינת ביחס למרחב המשותף. לדעתו, המרחב המשותף כולו נחשב לקניינו של הפרט כמו ביתו ממש, ויש להעניק לו את חירות הפעולה בהתאם.

עמדה זו המדגישה את הזכות הקניינית של היחיד במרחב המשותף, באה לידי ביטוי בחרות פעולה של היחיד ללא מגבלה של זמן או מקום: היחיד יכול לטעת את אילנו בסמוך לשדה חברו אף אם שכנו כרה בשדהו הסמוך בורות שנועדו לשמש כמאגרי מים (או שהוא עתיד לכרות שם בורות אלו), וכן בדוגמאות נוספות.

יש לציין שבקרב האמוראים והראשונים ישנן עמדות המצדדות בפרשנות מתונה לעמדת רבי יוסי, אותן כינתי 'פרשנות צרה'. על-פי עמדות אלו קיימת אמנם לכל פרט זכות קניינית בת-מימוש במרחב המשותף, אלא שהיא מוגבלת בסוג של פעילות אותה כינתי 'פעילות תחומה'. זכותו של היחיד לממש את הפעולה בקניינו האישי, לרבות זה המשותף, ובלבד שלא יטריד את האחר, המעוניין גם הוא לממש את זכותו הקניינית במרחב המשותף.

עמדתו של רשב"ג ניצבת בקצה השני והמנוגד של קשת הדעות התנאיות. לדעת רשב"ג, הריבון הדומיננטי במרחב המשותף הוא גוף לא-רשמי ולא מוכר דיו בספרות התנאית - בני החצר. לבני החצר הסמכות והרשות לקבוע את אופי הפעילות במקום, ולהדיר אנשים או בעלי מקצוע מלשכור בית או לרכוש זכות קניינית אחרת במרחב זה. סמכותם של בני החצר נוגעת לכלל פעילותו של היחיד כגון: העמדת תנור בחצר או שימוש הגורם רעש בביתו של היחיד. בנספח ג לעבודה זו נדון במקור סמכותם של בני החצר.

עמדת **חכמים** היא עמדת ביניים, וכוללת הכרה בזכותו הקניינית של היחיד, לצד הכרה בסמכותם הרחבה של בני החצר. במהלך הפרק נדונו זכויותיהם השונות של בני החצר כגון הזכות לבטחון, בניית ערוב ורכישת ספר תורה. אחת הזכויות המרכזיות של בני החצר, המשפיעה רבות על ניהול חיי היומיום במרחב המשותף, היא שמירה על הפרדה בין המרחב הפרטי והצבורי של החצר; בין האופי האינטימי והמוכר ובין האופי ההמוני והזר. המונח ההלכתי המרכזי הקובע עקרון זה הוא **'ריבוי הדרך'**. במהלך הפרק נדונו גם זכויותיו של היחיד, כמו גם דיני הרחקת נזיקין. סימון קו הגבול וקביעת האיזון בין הזכויות השונות של קהילת בני החצר לעומת זכותו של היחיד, אינה פשוטה וברורה. עם זאת, בסופו של הפרק העוסק בעמדת חכמים, מוצעים כמה כיוונים להגדרת הזכויות השונות.

חרף קיומה של מחלוקת בדבר הקף הזכויות של היחיד לעומת הקהילה במרחב המשותף, קיים מכנה משותף ברור בין הדעות השונות היוצר שדה שיח ערכי משפטי מובהק – הזכות הקניינית. העמדות השונות נחלקות בשאלת הזכות הקניינית של היחיד לעומת הקהילה, אולם ברור הוא שהיא המשענת המשפטית הרלוונטית ביחס לזכותם של היחיד והקהילה. במהלך הפרקים הודגש והוכח הנימוק הקנייני התומך בעמדת כל אחת מן הדעות.

פרק ג מהווה פרק הכנה והכשרה לביסוס הקומה השנייה בעבודה זו, והיא הטענה אודות קיומו של שינוי ומעבר משיח קנייני לשיח נזיקי ביחסים המשפטיים של היחיד והקהילה במרחב המשותף. על מנת לבסס טענה זו יש לבחון היטב את ההבדלים בין השיח הקנייני, לעומת זה הנזיקי, באשר למערכת היחסים בין פרטים או בין יחיד וקהילה. פרק ג מעמיד מספר מבחנים עקרוניים ומעשיים לקיומו של כל אחד משדות השיח. מסקנתו של פרק זה היא שלילתו הגורפת של הנימוק הנזיקי במסגרת הדיון אודות היחסים המשפטיים של היחיד והקהילה במרחב המשותף.

בסופו של הפרק נסקרת דעתם של הראשונים והאחרונים בשאלת הניתוח ההלכתי של דיני השכנים.

אחרונים רבים, מעלים את הקושי להכליל ולהמשיג את היחסים ההלכתיים בחצר השותפים ואת מחלוקת התנאים, על בסיס דיני הנזיקין בלבד. לאור זאת הם מציעים 'הסבר חדש' המבסס את היחסים ההלכתיים בחצר השותפים על בסיס דיני שכנים. טענתי היא, כמודגש בפרקים א ו-ב, ש'ההסבר החדש', אינו אלא חשיפה של יסודות קדומים ומוצקים עליהם צמחו רובן של ההלכות המופיעות בפרק ב של בבא בתרא.

בפרק ד נבחן בקפידה את המעבר מן השיח הקנייני לזה הנזיקי. מעבר זה מתבצע בכמה שלבים ושותפים לו גדולי האמוראים מן הדור החמישי-שישי: רב כהנא, רבינא ורב אשי. בדבריהם אנו מוצאים התייחסות חדשה לדיון ההלכתי שבין יחיד וקהילה, שמעמיד כאמור את התשתית הנזיקית לדיון זה. דבריהם מתקיימים בשני מישורים: הלכתי ופרשני. רב כהנא מוסיף סייג הלכתי חשוב לדברי רבי יוסי וקובע, שעמדתו הרחבה של רבי יוסי הדוגלת בזכותו של היחיד לפעול בחופש וחרות בכל המרחב כולו, מסויגת בסייג נזיקי מובהק – גיריה דיליה. **תוספת הלכתית** זו פותחת פתח חדש לדיון בדבריו של רבי יוסי ומחייבת התייחסות לשיקולים נזיקיים בדבריו. רבינא מעניק **פרשנות** חדשה לדברי רבי יוסי, וקובע להם עקרונות הנשענים על יסודות דיני הנזיקין. את דברי רבינא, כמו גם את דברי רב כהנא, מרחיבה ומעמיקה הגמרא, ובכך

מעצימה את המעבר לשיח נזיקי. נוסף לדיון ההלכתי ובחינת השיח, נבחנים דברי האמוראים והגמרא ברובד המשמעות הערכית שעומדת בבסיס מעבר השיח.

צרפתי לעבודה זו מספר **נספחים** המרחיבים ומדגישים היבטים שונים של הדיון בדברי התנאים והאמוראים אודות יחסי היחיד והקהילה כגון: מקור הסמכות של בני החצר, ודיון לשוני במשנת החנות שבחצר. הרחבות אלו מהוות סטייה מן המסלול והדרך בהם הלכתי בעבודה זו, ומשכך מקומם בנספח בסופה של העבודה. הנספח האחרון עוסק באחת הסוגיות המפורסמות והנלמדות, שיש לה זיקה ורלוונטיות לחיינו הממשיים - **היזק ראייה**. להבנתי, אופי הדיון בזכות לפרטיותו של אדם כמו גם המושג היזק ראייה, הם תוצאה ישירה של מעבר השיח משיח קנייני לשיח נזיקי.

מבוא

הגדרת הנושא

עבודה זו בנויה משני מוקדים מרכזיים, האחד מושגי תיאורטי והאחר ספרותי. האחד מצביע על עובדות והאחר בוחן תהליכים. ראשיתה של העבודה (פרקים א-ב) עוסק בבחינת מחלוקת התנאים בדור אושא: רבי יוסי, רשב"ג וחכמים, בשאלת היקף הזכויות והחובות של היחיד והקהילה בחצר השותפים. אקדים ואומר שהמונח 'חצר השותפים' (או 'המרחב המשותף') בעבודה זו, מתייחס למכלול המרכיבים הקניינים הקיימים: הן החצר המשותפת והן והבית הפרטי.

במהלכם של פרקים אלו נפרסות העמדות השונות מתוך מכלול המקורות התנאיים: משנה, תוספתא והברייתות שבתלמוד הבבלי (בעיקר במסכת בבא בתרא). המפה הסופית המתקבלת מצביעה על קיומן של שלוש גישות ביחס לזכויות היחיד והקהילה במרחב זה. לדעת רבי יוסי, כל יחיד במרחב המשותף זכאי לפעול כרצונו במרחב זה, וזאת בהתבסס על קיומה של הזכות הקניינית. לרבי יוסי נוסח טיעון מסוגן היטב: 'אני עושה בתוך שלי'. טענה זו מקפלת בתוכה כמה הנחות יסוד חשובות באשר לזכותו של היחיד במרחב ותפיסת מערך הזכויות הקנייניות בחצר. לעומתו טוען רשב"ג שלקהילה מלוא הזכויות הקנייניות במרחב המשותף, ומכוח אלו היא בעלת הסמכות לקבוע מהו אופי והיקף הפעילות של היחיד בקהילה, וכן היא מוסמכת לקבוע מי יבוא לגור בשעריה. סמכויות אלו, כאמור, חלות במרחב כולו: החצר המשותפת והבית הפרטי. בתווך נמצאת דעתם של חכמים המקיימים איזון עדין בין זכויות היחיד וזכויות הקהילה. באופן כללי, נוטה דעתם לעמדתו של רשב"ג, המכיר בקולקטיב כגוף המרכזי בעל הזכויות במרחב המשותף. עם זאת, לדעת חכמים, מרכיב מסויים בפעילותו של היחיד במרחב מוגן באופן מלא. קו הגבול הקובע את הפעילות המותרת או לחילופין הפעילות המנועה מן היחיד אינו ברור כל צרכו, ובדבריי אציע כמה אפשרויות.

הפרקים הבאים בעבודה (ג-ד) מתמקדים בתהליכים המטא-משפטיים. לטענתי, הטיפול במערכת היחסים בין שכנים בחצר עבר שינוי מושגי בתקופה האמוראית המאוחרת. ניתן לזהות מעבר ממערכת משפטית המבוססת על דיני הקניין למערכת משפטית המבוססת על דיני הנזיקין. במהלך הפרקים הראשונים ישנה התייחסות מרומזת ואף מפורשת בחלקה למימד הקנייני העומד בבסיס הסמכויות המוקנות ליחיד או לקהילה. פרק ג מטפל באופן מובהק בטענה שדיני ההרחקות בין שכנים אינם מבוססים על דיני הנזיקין, אלא על דיני הקניין. לאמור, הבסיס

המשפטי המחייב את היחיד או הקהילה להימנע מלפגוע באיכות חייו של השכן או השותף במרחב המשותף, מבוסס על זכותו הקניינית של המוטרד. פרק ד מצביע על שינוי מושגי המתרחש בסופה של התקופה האמוראית. אמוראי בבל מן הדור החמישי ואילך מציעים תשתית מושגית שונה לדיני השכנים ומעמידים את מערכת היחסים בין הצדדים על בסיס דיני הנזיקין. מעתה ואילך המבחן הקובע לחובת הרחקה או מניעת פעילות נקבע על-פי אמות מידה נזיקיות. ההבדלים בין דרכים השונות מובהר במהלך הפרק.

שאלות המחקר

כאמור בסקירת הנושא לעיל, העבודה מתמקדת במחלוקת התנאים בשאלת הזכויות והחובות של היחיד והקהילה במרחב המשותף ובתמורות המשפטיות שחלו בה בדורות הבאים. עיקרו של פרק שני במסכת בבא בתרא עוסק בזכויות אלו ובאופן טבעי רבו המפרשים והחוקרים שעסקו במקטעים שונים בהלכות שבפרק. עד כמה שידי השיגה מצאתי שניים שעסקו באופן מקיף בנושאים הנדונים בעבודה זו: משה וייס עסק בדעתו של רבי יוסי באופן מקיף ורחב בעבודת גמר¹ שפורסמה כמאמר.² בעבודה זו בחן וייס את מכלול ההתייחסויות התלמודיות לדעתו של רבי יוסי מן התוספתא, הבבלי והירושלמי, והציע הצעות לשוניות וספרותיות לבחינת שיטתו. מחלוקת התנאים והשינויים שבה נדונו בידי יונתן מאיר.³ מאיר מצביע על השינויים שבהסבר המחלוקת על-פי אמות מידה כמותיות (דעה רחבה או דעה מצמצמת), ומעגן את דבריו בדברי הראשונים והאחרונים. חידושה של עבודה זו מוצדק במטרות השונות שהוצבו וממילא בכלים השונים המסייעים להשגת המטרות הללו:

א. מגוון הדעות – עבודה זו בחנה את מכלול הדעות התנאיות המתייחסות למערכת היחסים המשפטית במרחב המשותף. חשיפת עמדתם של רבי יוסי, רשב"ג וחכמים המציעים מנעד רחב ופורה של התייחסות משפטית למאזן הכוחות בחצר המשותפת, נעשתה על-ידי שימוש בכלי מחקר תלמודי וביקורת המקורות, המסייעים בחשיפת התשתית ההלכתית והרעיונית של ההלכה התנאית.

ב. המשגה משפטית – מטרתה של העבודה היא לחתור למציאת התשתית המטא-משפטית וסימון שדה השיח העומד בבסיס העמדות התנאיות השונות. סימון שדה השיח בו מתקיימת המחלוקת מהווה אבן דרך מהותי להבנת הדעות השונות, כמו גם להבנת התהליכים המתרחשים בו. המסקנה שעולה מלימוד מדוקדק בהלכות התנאים היא שהתבנית המשפטית אליה נוצקות הלכות השכנים היא דיני הקניין. על-פי הצעתי בעבודה זו מחלוקת התנאים נוגעת בשורשיה החשופים של זכות הקניין במרחב זה. המחלוקת בין הדעות השונות אינה רק מחלוקת מעשית-התנהגותית, אלא חושפת עמדה בסיסית בשאלת הריבון הקנייני במרחב המשותף. עמדות הקצה מצביעות על מחלוקת

¹ הוגש בשבט תש"ל לפרופסור י' גילת כעבודת גמר לתואר שני במחלקה לתלמוד באוניברסיטת בר-אילן.

² מ' וייס, 'לשיטת רבי יוסי ב'הרחקת שכנים'', **בר-אילן** יב (תשל"ד), עמודים 64-107.

³ י' מאיר, 'השתלשלות מחלוקת ר' יוסי ורבנן בנזקי שכנים', **גלות** יג (תשס"ד), עמודים 367-378.

קוטבית. לדעת רבי יוסי, היחיד הוא בעל הזכות הקניינית במרחב זה, ואילו לדעת רבן שמעון בן גמליאל הריבון הסמכותי במרחב זה הוא הקולקטיב – הקהילה. חכמים מציעים עמדה המשלבת בין זכויות היחיד וזכויות הקהילה (בהטיה ברורה 'לטובת' הקהילה). לדעת חכמים היחיד במרחב המשותף זוכה להגנה משפטית בנסיבות מסוימות המאפשרות לו מרחב מחיה חופשי.⁴

ג'. תמורה מושגית – משהועמדו והובהרו היסודות המושגיים של דיני השכנים נקל היה להבחין בתמורות ובשינויים שחלו בהם. כאמור בסקירת הנושא, חלקה השני של העבודה בוחן את התמורה והשינויים שחלו בפרשנות מחלוקת תנאים זו. התמורה המושגית המשמעותית היא המעבר משיח קנייני לשיח נזיקי. תמורה זו נבחנה והוצגה על חוליותיה השונות.

היחס בין דיני נזיקין ושכנים העסיק אחרונים וחוקרים באופנים שונים. מחקר ישיר בנושא זה נעשה לאחרונה על-ידי עדינה לובר.⁵ לדעתה, בדברי התלמוד, הראשונים, והאחרונים ישנן מגמות מהן ניכר שהן תומכות בביסוס הרחקת שכנים על בסיס דיני הנזיקין ואחרות המבססות את דיני הרחקת שכנים על בסיס קנייני. עבודתי, המבוססת על כלי מחקר תלמודי, הביאה אותי למסקנה שונה מזו של לובר. להבנתי קיימת עמדה אחידה בספרות התנאית והתמורה התחוללה בקרב אחרוני אמוראי בבל ובעקבותיהם אצל רובם של הראשונים. עם זאת, רבים מן האחרונים⁶ מצביעים על קיומם של יסודות קניינים בדיני השכנים. הרושם הרגיל המתקבל בעת לימוד דבריהם הוא שאחרונים אלו יוצרים שפה חדשה ושונה מזו האמורה התלמוד. תחת הדיון הנזיקי יוצרים הם מערכת מושגים חדשה. בעבודה זו נטען להפך. היסודות 'האמיתיים' של דיני השכנים מעוגנים במערכת הזכויות של דיני הקניין. השינויים שחלו לאחר מכן הוסיפו מערכת מושגים נוספת. דברי האחרונים החותרים להמשגה הלכתית חשפו בדבריהם את המורכבות הקיימת של דיני השכנים.

⁴ לקראת סיומה של עבודה זו הגיעה לידי אסופת המאמרים של אוניברסיטת ת"א העוסקת ביחסי הקניין והקהילה בהיבטים שונים Theoretical inquires in Law community and property, 10,1 2009 The Cegla center for interdisciplinary research of the law The Buchman faculty of Law. בשל גיבושם של הרעיונות בשלב זה, לא נותר לי אלא להתייחס בקצרה לחלק מן המאמרים האמורים מבלי לבסס או להתעמת עמם בעיקרה של העבודה.

⁵ ע' לובר, תיאוריות של קניין דיני הרחקת נזיקין במשפט העברי, עבודת מוסמך, אוניברסיטת ת"א, 2006 (להלן: לובר, תיאוריות של קניין).

⁶ על יסודות קניינים דיני הרחקה בדברי הראשונים והאחרונים עיינו בפרק ג סעיף 9 ואילך. על הבסיס הקנייני של זכויות של היחיד והקהילה בדברי האחרונים עיינו בעמדת רבי יוסי פרק ב סעיף 2 ואילך. עמדות שונות של אחרונים מופיעות בעבודתה של לובר, עמודים 26-28.

שיטת המחקר

עבודה זו ברובה משלבת בין שיטת המחקר התלמודית הפילולוגית-היסטורית, המשפטית-תיאורטית והפילוסופית. הניסיון לעמוד על דעותיהם השונות של התנאים כמו גם לבחון את התהליכים המשפטיים בקרב אחרוני האמוראים, נעשה תוך שימוש בכלי המחקר הפילולוגי היסטורי הבוחן את מרכיבי הלשון, ההקשר הספרותי, סדר הדיון, הריאליה וביקורת גבוהה של המקורות.⁷

'מתודת הפרדה' זו, כלשונו של כהנא (שם), מאפשרת לזהות ולבודד את הדעות השונות ולהעמידן זו כנגד זו.

תשתית עובדתית זו מאפשרת לשרטט מפה תיאורטית-משפטית של עמדות היסוד העוסקות במערכת הזכויות והחובות שבין יחיד וקהילה. כאמור לעיל, התמונה המליאה מלמדת על קיומן של שלוש דעות מרכזיות החלוקות במידת קיומה של זכות הקניין של היחיד במרחב המשותף. משהתקבלה התמונה המשפטית במלואה ניתן היה לפנות אל הרובד הנוסף – הפילוסופיה של ההלכה.

השלב הפילוסופי הלכתי מתייחס ליעקרונות, לעמדות לערכים ולאינטרסים העומדים ברקעם של גופי הלכה מסויימים' כלשונו של משה הלברטל.⁸ במהלכה של העבודה נבחנו השאלות הבודדות הפרטניות – מהי זכותו של יחיד ומהי זכותה של הקהילה במרחב; למי מותר לעסוק במשלוח יד מסויים, ומי מוסמך לעכב בעד כניסת זרים. שאלות משפטיות אלו נבחנו גם מפרספקטיבה של הפילוסופיה של ההלכה הבוחנת את שאלות העל: מי הוא הריבון במרחב המשותף; מהי מערכת היחסים המשפטית בין יחיד וקהילה; מהם האינטרסים המגנים על היחיד הבודד משולל הזכויות. בחינת שאלות אלו חושפת את התהליכים המטא-הלכתיים העומדים בבסיס ההלכות השונות ומצביעה על השינוי מיסודות קניינים ליסודות נזיקיים. שינויים אלו מקרינים ומשפיעים לא רק במשור הקונקרטי מעשי של זכות או חובה, אלא גם בשאלות העל העקרוניות.

הדיון בשאלות משפטיות אלו תוך התייחסות למימד הערכי מתאים לתפיסה הרווחת כיום במערכת המשפט כמו גם בשדה האקדמי, המעמידה את הפרדגימה המשפטית על יסודות לא

⁷ עפ"י דבריו של מ' כהנא, 'מחקר התלמוד באוניברסיטה והלימוד המסורתי בישיבה', בחבלי מסורת ותמורה, רחובות תש"ן, עמודים 117-120.

⁸ מ' הלברטל, 'דוד הרטמן והפילוסופיה של ההלכה', מחוייבות יהודית מתחדשת, א' שגי'א וצ' זהר (עורכים), תל-אביב תשס"ב, עמודים 13-31.

פורמליסטים ומכירה בנורמות כשיקוף של עולם של ערכים המעצב ומתייחס לחברה נתונה, משפיע ומושפע ממנה.⁹

אופן הצגת הדברים, המבוסס על אדני מחקר אלו, נעשה בדרך טבעית של לימוד המקורות, ומשכך שורגו המימדים השונים לכלל אילן שנופו עליו. זאת גם מתוך תקווה שדברים אלו לא יאבדו מחיוניותו של לימוד תורה שהיא תורת חיים.

⁹ ברוח דבריו של פרופסור מ' מאוטנר, 'הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי הדין ובתי המשפט', ספר השנה של המשפט בישראל, (תשנ"ב-תשנ"ג) עמודים 1-46.

פרק א – הצגת העמדות השונות

פתיחה

עבודה זו בוחנת את מערכת היחסים בין יחיד וקהילה במתחם הבתים השכנים והחצר המשותפת. ליבת העבודה עוסקת בפריסת הדעות ההלכתיות והמחשבתיות השונות בעולמם של התנאים, אשר דנות במעמד המשפטי, בזכויותיהם הקנייניות ובחירות הפעולה של היחיד ובני החצר, זה לעומת זה.

בחינת המקורות התנאיים השונים: משנה, תוספתא וברייתות בתלמודים מובילה למסקנה שבעולמם של התנאים, חכמי אושא, קיימות שלוש עמדות מרכזיות בשאלת היחסים שבין היחיד והקהילה בחצר השותפים.

אציג בקצרה את שלוש העמדות כפי שהן באות לידי ביטוי מחודד בתוספתא בבא מציעא ובבא בתרא.

עמדת רבי יוסי – אני עושה בתוך שלי

בנה מרחץ בצד מרחצו של חברו חנות בתוך חנותו של חברו אין יכול למחות בידו ולומר לו אתה הבאת את התקלה שאומר לו כדרך שעשיתה בתוך שלך אף אני עושה בתוך שלי¹⁰

שכן א' בנה חנות בחצרו המשותפת לו ולזולתו. בחלוף זמן בנה שכנו, גם הוא, חנות לצד חנותו. על-פי ההלכה בתוספתא, מנוע שכן א' מלמחות כלפי שכן ב' ולדרוש ממנו שיסגור את חנותו המסבה לו נזק ופוגעת בו. הצידוק להלכה זו מופיעה בסופה של ההלכה בתוספתא: 'כדרך שעשיתה בתוך שלך אף אני עושה בתוך שלי'. תגובה זו, יש להדגיש, מהווה את אחד מן הסימנים הבולטים והמאפיינים את דעתו של רבי יוסי. על-פי עמדתו העקרונית, הבאה לידי ביטוי מעשי במקרה זה וכן במקרים נוספים, רשאי כל שכן קיים לעשות במרחב האישי שלו וכן במרחב המשותף, קרי החצר או המבוי, ככל אשר יחפוץ, וכל זאת תחת ההגנה של הטענה (שהיא מעין דגל

¹⁰. תוספתא בבא בתרא ב, טו.

וסיסמא): 'אני עושה בתוך שלי'. הנחת היסוד הקניינית המקופלת בדבריו מניחה את בעלותו הבלתי מסוייגת של הפרט בכל השטח שבריונותו, כולל זה המשותף. רבי יוסי, כפי שנראה באופן מפורט בהמשך, אינו מבחין בין הפנים והחוץ, בין הבית והחצר המשותפת. המתחם כולו נחשב כשייך ליחיד ומכאן נגזרת חירותו לפעול בחופשיות בכל המתחם. יחד עם זאת, רבי יוסי אינו חולק עקרונית על דיני ההרחקה הקיימים בפרק ב של מסכת בבא-בתרא, אולם הללו מאופיינים למקרים בהם מעשיו של היחיד פולשים ומתפרצים לתחומו של הזולת. מקרים אלו הם חריגים לעיקרון שטבע רבי יוסי, 'אני עושה בתוך שלי', ובגין זאת מחייב הוא את הזהירות מלהטריד במקרים מיוחדים אלו. דעתו של רבי יוסי מסמנת את הקצה האחד של הקשת המתארת את יחסי הזכויות שבין פרט וקהילה בחצר המשותפת. דעתו, כאמור, נוטה באופן חד לטובת זכויותיו של היחיד. מן העבר השני ניצבת דעתו של רבן שמעון בן גמליאל. את דעתו ניתן ללמוד מפסיקתו המופיעה בתוספתא דלקמן. נסיבות המקרה שיובא דומות לנסיבות ההלכה בהן העדיף רבי יוסי את חירותו וזכויותו של הפרט.

עמדת רשב"ג – כח הכפיה של הקהילה

כופין בני מבוי זה את זה שלא להושיב ביניהן לא חייט ולא בורסי ולא אחד מכל בעלי אומניות לשכנו אין יכולין לכופו רבן שמעון בן גמליאל או אף לשכנו יכולין לכופו¹¹

בהלכה זו מופיעה מחלוקת בין רשב"ג וחכמים. נתמקד בדעתו של רשב"ג. על-פי דעתו, בסמכותם של בני החצר למנוע כניסתם של דיירים חדשים למתחם המשותף. סמכות זו כוללת אמצעי אכיפה, 'כופין', והיא נתונה לכל אחד מבני החצר. נוסף לכך, ובכך מתייחדת דעתו של רשב"ג, סמכות זו אינה מופעלת רק ביחס לשכנים ולדיירים חדשים, אלא גם ביחס לשכנים קיימים – 'לשכנו כופהו'. במילים אחרות, על-פי דעתו של רשב"ג, רשאים בני החצר למנוע משכן קיים לעסוק במשלח ידו או לפתוח חנות כרצונו. סמכות זו, יש לציין, אינה מוגבלת לסוג מסויים של פעילות או אומנות, וחלה ביחס לכלל סוגי הפעילות – "כל בעלי אומנויות". מתקבל שבכוחה של

¹¹. תוספתא בבא מציעא יא, טז.

קהילת בני החצר למנוע כל שינוי העלול להתרחש בחצר המשותפת. זכות זו גוברת על זכויותיו של היחיד לממש בשטחו את רצונו האישי. יושם לב שכשם שדעתו של רבי יוסי חופפת על פני כל שטח המגורים של השותפים – הן זה האישי (בית) והן זה המשותף (חצר), כך הוא גם ביחס לעמדתו של רשב"ג. כוחה של הקהילה גובר בשטח המשותף ובבית כאחד. בכל אלו רשאים בני הקהילה למנוע ולעכב את הפרט מלפעול כרצונו.

עמדת חכמים – שילוב ואיזון בין יחיד וקהילה

חכמים מקיימים איזון בין שני הכוחות המתקיימים זה לצד זה במרחב המשותף – היחיד והקהילה. מחד גיסא, מטילים חכמים על כל יחיד ויחיד לספק את צרכיה הקיומיים של הקהילה כגון בניית שער ביטחון או קניית ספר תורה. נוסף לכך מנוע היחיד מלעסוק במשלוח יד שעלול לפגוע באופי המרקם האינטימי. פגיעה זו עלולה להתרחש כתוצאה מהפיכת ביתו לכיתת לימודים המזמינה ילדים מן החוץ או מפתיחת חנות. וכך לומדים אנו מן התוספתא:

יש לו חנות ברשות הרבים ומבקש לפתחה לחצר השותפין יכולין לעכב על ידיו

מפני שמרבה עליהן את הדרך

יש לו בית בחצר השותפין ומבקש לחלקו ולהקרות בו את התינוקות יכולין

לעכב על ידיו מפני שמרבה עליהן את הדרך¹²

הנימוק המופיע בתוספתא, 'מרבה עליהן את הדרך', מסמן את קו הטיעון המרכזי של הקהילה המתגוננת החפצה לשמור על אופי מקומי ואישי ואינה מעוניינת בכניסתם של זרים. יושם לב שסמכות הקהילה לעיכוב פעילותו של היחיד נוגעת לאופי פעילותו בביתו האישי ממש – חנות או בית – ואינה נוגעת רק לפעילותו בחצר המשותפת עצמה. לצד זכויות וסמכויות אלו של הקהילה שמורה זכותו של היחיד במרחב המשותף לפעול בחירות מליאה, חרף קיומו של מטרד ליחיד או לקהילה הנובע מפעילותו.

¹². תוספתא בבא בתרא א, ד.

אין יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן לא מקול הפטיש ולא מקול

הרחים ולא מפני ריח רע ולא מקול התינוקות¹³

קו הגבול בין הפעילות המותרת לעומת זו הניתנת לעיכוב אינו בהיר כל צרכו. במהלך העבודה נעשה נסיון לשרטט קווים מנחים לקיומו של קו גבול זה.

במהלכה של העבודה לקמן אחשוף את שלוש עמדות היסוד כפי שהוצגו לעיל, מתוך מכלול הספרות התנאית: התוספתא, הברייתות בבבלי והמשנה. לצד העיסוק בפרטי ההלכות וחיזור הנוסחאות הנורמטיביות, אקבץ מתוך ספרות חז"ל את הנימוקים והטענות השונות שבבסיס הדעות, עד כדי גיבושן לכלל עקרונות-על בכינון מערכת יחסים בין יחיד וקהילה בחצר השותפים.

¹³. שם.

פרק ב – מחלוקת התנאים

רבי יוסי – 'אני עושה בתוך שלי'

1. הקדמה

בעולםם ההלכתי של חז"ל ניתן למצוא שלוש גישות מרכזיות באשר ליחסי היחיד והקהילה במרחב המשותף: שתי עמדות קצה ועמדה מרכזית אחת. בפרק זה נדון באחת מעמדות הקצה, היא עמדתו של רבי יוסי. רבי יוסי הוא מחכמי אושא בדור הראשון ותלמידו של רבי עקיבא.¹⁴

רבי יוסי, בעמדתו ההלכתית, מגן באופן מוצהר על זכותו הקניינית של היחיד במרחב המשותף. לדעתו, זכאי כל יחיד לנצל את זכותו הקניינית במרחב זה ולעשות בו כרצונו. כפי שנראה לקמן, דבריו נאמרו כהוראה מעשית-הלכתית ביחס לפעילותו היומיומית של היחיד בביתו, בחצר המשותפת או בשדה הגובל בשדה חברו. רבי יוסי מגן על חופש הפעולה של היחיד מן הנימוק הקנייני, חרף העובדה שניצול זכות זו עלול לגרום למטרד ואף לנזק לשכנו או שותפו במרחב.

2. 'אני עושה בתוך שלי' – הטענה הקניינית

טענת 'אני עושה בתוך שלי', המושמת בפי השכן/הפועל/המטריד, משמשת כנימוק הלכתי לפעילותו של היחיד במרחב המשותף, ומהווה מעין דגל ערכי אותו מניף רבי יוסי. טענה זו, בניסוחים שונים אך קרובים, מופיעה ארבע פעמים בספרות התנאית: במשנה ב"ב ב, יא בתוספתא ב"ב א, ט ובתוספתא ב"ב ב, טו (פעמיים). בשני המקורות הראשונים מופיעה הטענה בשמו של רבי יוסי באופן מפורש ואילו במקור האחרון היא נאמרת ללא ציון שמו של רבי יוסי. נעיין באחת הדוגמאות ובאמצעותה נבהיר את עמדתו:

¹⁴. ט' אילן (ר' יוסי בן תלמיד רבי עקיבא ור' יוסי בן חלפתא, ואלה שמות, כרך ד (תשס"ד), עמודים יד-כא), מפקפקת בזיהוי בין רבי יוסי תלמיד רבי עקיבא, ורבי יוסי בן חלפתא. שם זה, ר' יוסי בן חלפתא, מוזכר בירושלמי בלבד ולא מוזכר לא במשנה, לא בתוספתא, לא במדרשי ההלכה, ולא בבבלי. לדעתה, ולכך ראיות מוצקות, זיהוי זה נעשה רק בתלמודים על סמך זיקה עקיפה (רבי יוסי מוסר (עפ"י גירסת הבבלי) בשמו של חלפתא וכינהו אבא, וכן בנו של רבי יוסי, ר' ישמעאל, קורא לבנו חלפתא ועוד) ולא על בסיס מסורת מקובלת מן הספרות התנאית.

מרחיקין את המשרה מן הירק ואת הכרשין מן הבצלים ואת החרדל מן הדבורים ר' יוסי מתיר בחרדל שאו' לו כדרך שעשית בתוך שלך אף אני עושה

בתוך שלי.¹⁵

הנסיבות בהן אנו עוסקים, כפי הנראה, הן של שכנים הגובלים בשדותיהם: בשדה אחד כוורת דבורים ובאחר צומח החרדל.¹⁶ רבי יוסי מגן על זכותו של בעל הדבורים לעסוק במלאכה זו חרף העובדה שייתכן ודבוריו יזיקו לחרדל. הנימוק להיתר זה הוא הנימוק הקנייני – אני עושה בתוך שלי. מאחר ובעל הדבורים פועל בשטח שלו ומגדל את הדבורים בקניין השייך לו, אין להטיל כל מגבלה על פעילותו. המשענת ההלכתית-משפטית עליה נשענת טענתו של היחיד בפעילותו המטרידה/המזיקה, היא המשענת הקניינית.

ההנחה המובלעת בדבריו של רבי יוסי היא שבקניינו האישי נחשב האדם לריבון בלעדיו, ומכח עמדה זו עומדת לו חרות מלאה לפעול כרצונו.¹⁷

בדברי האחרונים מצינו התייחסות מפורשת להנמקה הקניינית ביחסים בין שכנים.¹⁸

בעל 'נתיבות המשפט' מתמודד עם תמיהת הראשונים מדוע נעדרו דיני שמירה ונזיקין (המפורטים במסכת בבא קמא), מן הפרק העוסק ביחסים בין שכנים (בבא בתרא פרק ב')? תשובתו היא שחובה זו אינה קיימת במרחב של הקניין האישי:

¹⁵ . תוספתא בבא בתרא א, ט, מהדורת ליברמן עמוד 131.

¹⁶ . תיאורטית ניתן היה להציע שההלכה עוסקת בנסיבות של חצר משותפת, ולא של שדות שכנים, אולם, משלושה נימוקים יש לדחות אפשרות זו: 1. לשונית – נימוק של רבי יוסי נשען על טענה קניינית מובהקת – בתוך שלי 2. ספורתית – ניתוח מבנה הפרק מלמד אף הוא שבשדות שכנים עסקין. שכן, מבנה המשניות בפרק ב' מלמד שלפנינו שלושה קבצים שונים העוסקים בדיני הרחקה בנסיבות שונות: א. משניות א-ה עוסקות בדיני הרחקה בין יחידים שותפים בחצר. ב. משניות ה-ט עוסקות בדיני הרחקה של יחיד מעיר. ג. משניות י-יג עוסקות בדיני הרחקה בין יחידים שכנים בשדות (מחוץ לעיר), למשל: 'לא יטע אדם אילן סמוך לשדה חברו' (משנה יא). ניתוח זה מחזק את ההשערה שהמשנה העוסקת בהרחקת חרדל מדבורים (משנה י) אינה עוסקת בחצר משותפת, אלא בשדות שכנים. לפי זה מתקבל שהלכה זו שבתוספתא, המקבילה למשנה י, עוסקת אף היא בשדות שכנים. 3. היסטורית – המחקר ההיסטורי-ריאלי מלמד שהגידולים (במקרה זה, החרדל) היו בשדות ולא בחצר המשותפת. ד' סגל, החצר ומתקניה בתקופת המשנה והתלמוד, עבודת מאסטר, בר-אילן תשנ"ט, עמוד 54.

¹⁷ . ווריאציה מפותחת של הטענה הקניינית מופיעה בסיפא של תוספתא ב"ב, טו. הרישא של תוספתא זו תידון לקמן בריש תת-פרק 3. "היתה דרך הרבי' או נהר עוברת בתוך ועמ' וגדרו והעבירו בתוך שדה חברו אין יכול למחות בידו ולומר לו אתה הבאת עלי את התקלה שאומר לו כדרך שעשיתי בתוך שלי כך עשה בתוך שלך". במקרה זה הופכת הטענה הקניינית מטענת מגן לטענת חרב. לא זו בלבד שהיחיד רשאי לדרוש את פעילותו החופשית בשדהו שלו, אלא רשאי הוא לדרוש משכנו להשתתף ב'נטל הציבור' הנדרש בנסיבות החיים באזור. הפרט (שכן א') שעד עתה הקריב והניח לדרך הרבים לעבור בשדהו, יכול לדרוש מחבירו לשאת בנטל ולאפשר לדרך הרבים לעבור בשטחו (של שכן ב').

¹⁸ . יש לזכור שבדבריהם נאמרו כהסבר בדעתם של חכמים המציגים עמדה מתונה ביחס לזכות הקניין. ודאי הוא שבדבריהם יאים לרבי יוסי הדוגל במיצוי הזכות הקניינית.

וע"כ צ"ל, דהד' אבות נזיקין אינו חייב עליהן 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 בעשיה ובשמירה, ובביטול רשות לא חייביה רחמנא...¹⁹

דיני הנזיקין, לדעת הנתיבות, נעצרים במרחב האישי השייך לו בו הוא מקיים את אורח חייו השגרתי. לו היתה החובה להימנע מלהזיק את הזולת מיושמת ברשותו הפרטית של האדם הדבר היה עלול לגרום ל'ביטול רשות', כלומר, לאובדן חירות הפעולה בשטח שבבעלות האדם ולקושי ניהול חיי שגרה. בשל זאת מתבטלות חובות השמירה והזהירות. באיזון שבין דיני הנזיקין לבין קיום החיים הנורמאליים של האדם ברשותו שלו, גובר השיקול האחרון. כך מצינו גם בדברי ר' אהרון קוטלר :

ונראה ברור דגבי שכנים לא שייך כלל חיוב הרחקה מדין מזיק ממש, דכיון שכל אחד מהם עושה ברשותו בדרך תשמישיו בודאי אין עליו חיוב שמירת נזקין מדינא...²⁰

ר' אהרון קובע ג"כ, בדומה ל'נתיבות', שדיני הנזיקין נסוגים מפני הזכות הקניינית אם כי ישנו הבדל בין השניים. נקודת המוצא של ר' אהרון אינה הגנה על זכות הקניין (כפי שסבר הנתיבות), וזכות הקניין אינה התכלית והתוצאה. לדבריו, זכות הקניין היא הסיבה, והגורם המגדיר את הפעולה כלגיטימית, ולכן לא ייתכן שאותה פעולה תוגדר כעוולה נזיקית.

על-פי האמור עד כה מתקבל שלרבי יוסי מאפשרת הזכות הקניינית של האדם, במקרה זה בשדה, לפעול כרצונו למרות העובדה שפעילות זו מטרידה ויותר את שכנו הקרוב אליו. בניסוח אחר: הזכות הקניינית, לבד משהיא מאפשרת חירות פעולה, היא גם מהווה מגן מפני תביעה אזרחית של מטרד או נזק.

¹⁹ . נתיבות המשפט, חלק הביאורים, חושן משפט סימן קנה סקי"ח. וע"ע בסק"א.
²⁰ . משנת ר' אהרון, כרך א', ליקווד י-ם תשנ"ז, עמ' פ.

כפי שנראה בפרקים הבאים של עבודה זו, ניתן לנמק את חירות הפעולה בנימוקים המבוססים על משענת משפטית שונה כגון דיני הנזיקין או החוזים. כאמור, רבי יוסי מעמיד באופן מוצהר את הבסיס המשפטי של חירות הפעולה במרחב המשותף על הבסיס הקנייני.

בסעיפים הבאים נבחן את היקף תחולתה של הטענה הקניינית במישורים שונים: תחולה במקום – בבית ובחצר המשותפת; תחולה בזמן – בדיעבד או לכתחילה; בסוגי הפעילות – פולשנית או תחומה.

3. היקף תחולתה של הטענה הקניינית במימד המקום – בשדה ובחצר

הדוגמא מן התוספתא ב"ב א, ט שהובאה לעיל (בריש תת-פרק 2) עסקה בהגנה על חירותו של יחיד בשדה הגובל בשדה שכנו. ואולם, דברי רבי יוסי המגן על זכותו הקניינית של היחיד לא נאמרו רק ביחס לשימוש בנכס האישי המובהק כגון הבית או השדה, אלא נאמרו גם ביחס לשטח המשותף – החצר. בדוגמא שנראה עתה עוסקים אנו בנסיבות של פעילות בחצר משותפת, במסגרתה מעלה רבי יוסי את הטענה הקניינית ומגן על זכות הקניין של היחיד.

כשם שבני חצר יכולין למחוי' זה ע"י זה בחצר של שותפין כך בני מבוי יכולין

למחות זה את זה במבוי השותפין

כיצד ?

בנה מרחץ בצד מרחצו של חברו חנות בתוך חנותו של חברו אין יכול למחות

בידו ולומר לו אתה הבאת את התקלה שאומר לו כדרך שעשיתה בתוך שלך

אף אני עושה בתוך שלי²¹

הקשר בין שתי הפסקאות שבתוספתא שלפנינו אינו חלק, ואף קשה. מחד, הפתיחה מלמדת על זכותם של בני מבוי או חצר למחות זה על פעילותו של זה, ומאידך בנסיבות המקרה המופיע לאחר המילה 'כיצד', מורה התוספתא שלא קיימת זכות מחאה לשכן כלפי פעילות שכנו. קושי זה טופל

²¹. תוספתא בבא בתרא ב, טו, מהדורת ליברמן עמוד 136.

בידי פרשני התוספתא²² ואין הוא עיקר עיסוקינו.²³ לצורך הדיון שלפנינו חשובה העובדה שפיסקת הפתיחה מלמדת שהנסיבות הריאליות של הדיון ההלכתי הן של ויכוח שכנים בחצר משותפת או במבוי משותף. ראייה לכך ניתן למצוא בדברי המשנה המקבילה (ב, ג), הדנה בזכות המחאה של שכן כלפי פעילות שכנו בחנותו. במשנה זו נאמר מפורשות שהנסיבות הן של חצר משותפת: 'חנות שבחצר יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן מקול הנכנסין ומקול היוצאין...'.²⁴

3.1. הטענה הקניינית בחצר משותפת

מסכת העובדות בתוספתא ב"ב ב, טו היא כדלהלן: שני שכנים גרים בסמיכות במבוי או בחצר משותפת. שכן ב' בנה בעקבות שכן א' חנות או מרחץ בחצר או במבוי המשותף. על-פי הלכת התוספתא לא יכול שכן א' למחות כנגד שכן ב' ולטעון שהביא תקלה במעשיו, בכך שהוסיף למקום רעש או עוברים ושבים נוספים. הנימוק המושם בפי שכן ב' בתגובתו לטענת שכן א' הוא: 'כדרך שעשית בתוך שלך אף אני עושה בתוך שלי'. טענתו של שכן ב' מניחה שתי הנחות יסוד: א. החצר המשותפת שייכת לו באותה מידה שהיא שייכת לשכן א'. הנחה זו מקופלת במילותיו 'עושה בתוך

²² עיין למשל ב'חסדי דוד' וב'חזון יחזקאל' על אתר שקיימו את נוסח התוספתא כמות שהוא בפרשנויות שונות.

²³ נוסח התוספתא בפנים הוא על-פי כ"י וינה. בכ"י ערפורט לא מופיעה המילה 'כיצד' לפני הדוגמא 'בנה וכו'. על-פי דעתו של הר"ש ליברמן (תוספתא כפשוטה, עמ' 356), אין לייחס את הכלל שבראשה של התוספתא לדוגמאות המובאות לקמן, אף לגרסת כת"י וינה המציינת את המילית 'כיצד' לפני הדוגמא. לדעתו, זכות מחאה, המופיעה בכלל הפותח את ההלכה, נוגעת לענין פתיחת פתח כנגד המבוי ושאלת היזק ראייה, ולא עוסקת בפתיחת חנות וכדו' העוסקת במטרד של רעש ודומיו. החידוש בהלכה זו הוא שקיימת זכות מחאה של בני מבוי, וזאת בשונה ממקרה של פתיחת פתח לרשות הרבים בו לא קיימת זכות מחאה (משנה ג, ז). כך פירש הרשב"א בתשובותיו (ח"ה, קיא), בבואו לדון בשאלה האם מותר לפתוח פתח כנגד פתח במבוי. הכרעתו מבוססת בין השאר על משפט הפתיחה של התוספתא, ומכאן שהבין שהיא עוסקת בשאלת פתיחת פתח ולא במחאה כללית אודות פתיחת חנות וכדו'. חשוב לציין שנושאי ההלכות בתוספתא שקדמו לכלל הנדון, הוא איסור פתיחת חלון או חנות כנגד חברו מחשש שהלה יראה את הנעשה בחצר.

לפיכך, מוסיף ר"ש ליברמן, אין לצרף את הלכת התוספתא לדיון ההלכתי המופיע בבבלי בדף כא, א, קרי, הדיון בחנות בחצר ושאלות של רעש וכדו'. וכן דעתו בהמשך דבריו (שם, עמ' 357). לדעתו, הימצאותה של המילית 'כיצד' אינה הוכחה לכך שהיא מהווה הקדמה לדוגמאות שלאחריה, והוא מביא ראייה מדברי ר"ן אפשטיין המראה שמילית זו אינה בהכרח פתיחה לדוגמאות הבאות לאחריה. נוסף לכך טוען ר"ש ליברמן שהבאתה של הדוגמא הראשונה בבבלי בהקשר הדיון של פתיחת חנות בחצר מלמדת שאינה עניין לרישא.

לענ"ד, יש מקום להגן על האפשרות שהרישא היא אכן הכלל שבעקבותיו באות הדוגמאות העוסקות במחאה של בני החצר על חבריהם הפועלים בשטח המשותף בבניית חנות וכדו'. העובדה שהרשב"א השתמש בדברי התוספתא לדיון בשאלת פתיחת פתח אינה גורעת מעצם הטיעון. הכלל בא להשוות את דין החצר והמבוי לענין זכות המחאה. זכות זו קיימת בכמה וכמה מישורים שהמשותף להם הוא זכות הקהילה למנוע את הפרט לפעול כאוות רצונו. מחאה זו קיימת ביחס לפתיחת חלון או פתח כנגד המבוי וכן ביחס לפתיחת חנות או מרחץ.

הראיה מדברי ר"ן אפשטיין אינה מוחלטת. שכן גם לדברי ר"ן אפשטיין עצמו: "כיצד שהוא משמש כרגיל לפרש הלכה שקדמה לו מרחבים החילופים" (מבוא לנוסח המשנה, עמ' 1032). לאמור, המילית 'כיצד' אכן משמשת כרגיל לפרש את ההלכה שקדמה לה, אלא שיש מקרים רבים בהם הדבר אינו כן ויש לבחון את המקרה לגופו. דוגמאותיו של ר"ן אפשטיין מעלות שהמובא לאחר המילית 'כיצד' קשור בקשר זה או אחר לנאמר לפני או אחרי כן ואינו מנותק לחלוטין מן הדיון.

ראיה נוספת לקשר בין הכלל הפותח ובין הדוגמאות המובאות בתוספתא היא מקיומו של השורש מ.ח.ה. ביחס לפתיחת חלון לחצר השותפין נזכר במשנה וכן בתוספתא הפועל 'לא יעשה...'. וכן הוא בכל המקרים הנוגעים להיזק שכנים. במקרה דגן מופיע המונח 'מחאה' שאינו הולם את נסיבות הדיון בחלונות ובפתחים. מונח זה מובא במשנה ובתוספתא בהקשר של פתיחת חנות וכדו' הנוגעת לסוגיית הרעש ולא לראיה. על תפקודיה של המילית 'כיצד' (והויכוח האם תפקידה רק להגביל או יתר מכך) עיין במאמרו המסכם והחולק של מ' אזר, 'כיצד לפרש או להגביל', תעודה ט, מחקרים בלשון העברית, תל-אביב (תשנ"ה), עמודים 19-32.

שלי'. ב. בשטח השייך לו (שכן ב') יכול הוא לעשות כרצונו אף אם הדבר גורם למטרד/נוזק. לדבריו, העובדה שמדובר בשטח השייך לו, מקנה לו חסינות מפני טענת שכן א', העלול להתלונן על תקלה שהביא במעשיו.

הלכה זו מלמדת על תחולתה של הטענה הקניינית בנסיבות של חצר משותפת, ולא רק בנסיבות של שדה פרטי או ביתו של האדם. מן הדברים הללו למדים אנו שבתפיסתו של רבי יוסי יש לראות בחצר המשותפת קנינו האישי של כל שכן.

שאיפתו של רבי יוסי, כך נראה, היא לסמן את המתחם האישי המוגדר של כל שכן, בתוכו יוכל לטעון את הטענה הקניינית – אני עושה בתוך שלי.

לשם השוואת דברי רבי יוסי עם עמדתם של חכמים בהמשך הדברים, אדגיש מספר נקודות בדבריו:

התוספתא עוסקת בנסיבות בהן שכן ב' בונה מרחץ במרחב החצרי המשותף. בכך הוא מעוניין ליצור לעצמו 'עולם בתוך עולם' ומרחב אישי בתוך המרחב המשותף. מרגע קיומו של זה יטען שכן ב' את הטענה הקניינית. על-פי דעתו של רבי יוסי יכול שכן 'לנכס' לעצמו שטח במרחב המשותף ולבנות בו חנות או מרחץ על בסיס הטענה שהוא עושה בתוך שלו כשם שחברו עשה כן.

נוסף לכך, רבי יוסי מגן על זכותו של הפרט לעשות בשלו כל אשר יחפוץ – 'תקלה' – מבלי להבחין בסוג הפעילות שהוא עושה. רבי יוסי אינו מבחין מהי הפעילות שנעשית בתוך החנות או המרחץ, כל עוד ניתן לסמן אותה כפעילות שנעשית במרחב הפרטי. עמדתו זו חולקת על עמדת חכמים המופיעה במשנה, כפי שיובא בהמשך.

הויכוח בין הצדדים מעמיד על כפות המאזניים את זכותו הקניינית של שכן ב' – 'עושה בתוך שלי' – לעומת זכותו של שכן א' שלא להיות מוטרד ממעשי שכן ב' - 'הבאת תקלה'. באיזון בין שתי זכויות אלו נוטה הכף באופן ברור לטובתה של הזכות הקניינית.

4. היקף תחולתה של הטענה הקניינית במימד הזמן

מחד גיסא, הזכות הקניינית יכולה להיות בעלת תוקף מוחלט וללא כל סייג. מאידך גיסא, זכות זו יכולה להיות זכות יחסית הנסוגה מפני קיומם של זכויות וערכים אחרים.

את תוקפה של הזכות הקניינית נבחן בסעיף זה על רקע ציר הזמן הכרונולוגי. השאלה העולה היא האם רבי יוסי דוגל בניצול הזכות הקניינית גם כאשר השכן המוטרד מצוי בשדהו, או שמא דעתו של רבי יוסי נאמרת רק בטרם הופיע השכן המוטרד בשדהו?²⁴

הקף התחולה בזמן מהווה מדד נוסף (לתחולה במקום) לאופייה של הזכות הקניינית האם היא זכות מוחלטת או יחסית.

המקורות שלפנינו יהיו המשנה והתוספתא מהם ניתן להסיק שעמדתו של רבי יוסי, בהקשר של התחולה בזמן, רחבה עד מאוד. בשם הטענה הקניינית רשאי בעל האילן לטעת אילן בסמוך לשדה חברו אף אם חברו מצוי שם, ולא מוטלת עליו כל חובה לעקור את אילנו.

4.1. משנה בבא בתרא – זה נוטע בתוך שלו

מרחיקין את האילן מן הבור עשרים וחמש אמה ובחרוב ובשקמה חמשים אמה בין מלמעלה בין מן הצד אם הבור קדמה קוצץ ונותן דמים ואם אילן קדם לא יקוצץ ספק זה קדם וספק זה קדם לא יקוצץ רבי יוסי אומר אף על פי שהבור קודמת לאילן לא יקוצץ שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו.²⁵

הנסיבות בהן עוסקת המשנה הן שדות שכנים,²⁶ שבאחד - בור (מים) ובאחר - אילן. בדברי חכמים מופיעות שתי הלכות: א. חובת הרחקה של בעל אילן משדה חברו המיועד לבורות. ב. בהתקיים מצב נתון ובו אילן סמוך לבור,²⁷ יקוצץ האילן אם הבור קדם לו. רבי יוסי מופיע במשנה כעמדה החולקת רק על ההלכה השניה של חכמים, ולדעתו אין בעל האילן צריך לקוצץ את אילנו אף אם הבור קדם. כנימוק להלכתו מעלה רבי יוסי את הטענה הקניינית, 'אני עושה בתוך שלי', בהתאמה לנסיבות המקרה – הרחקת אילן מבור.

²⁴ שאלת התחולה בזמן של חובת ההרחקה בין שכנים, נדונה בהקשר קרוב בתלמוד הבבלי בריש פרק ב ונחלקו בה אב"י ורבא. לדעת אב"י, רשאי בעל שדה לסמוך את בורו למצר הגובל בינו ובין שדה חברו, ולדעת רבא אסור הדבר. ההנחה העובדתית היא שבשדה השכן לא קיים עדיין האובייקט המוטרד כגון בור וכו'. בגמרא ישנן מספר אפשרויות להסבר המחלוקת. במהלך הדיון מובאת דעתו של רבי יוסי ונידונית בפנים שונות. בפשטות מובן ממהלך הסוגיה שדברי רבי יוסי במשנה, נאמרו בנסיבות בהן האובייקט המוטרד כבר קיים ובכ"ז מתיר רבי יוסי בתוספתא לבעל האילן לסמוך.

²⁵ תוספתא בבא בתרא ב, טו, מהדורת ליברמן עמוד 136.

²⁶ עיין לעיל הערה 16.

²⁷ הנסיבות שיצרו סמיכות זו של אילן ובור יכולות להיות רבות. הגמרא בדף יח, א מציעה בכמה הקשרים, וגם ביחס למשנה דידן, את האוקימתא של רב פפא – בלוקח. רש"י (שם ד"ה 'הכא נמי') מבאר שמדובר במקרה ש'אדם שנטע אילן בתוך שדהו ואח"כ מכר חצי שדהו לאיש אחר ובא הלוקח וחפר בור אין זה צריך לקוצץ אילן שנטעו ברשותו'.

יש להעיר שבשונה מן המקרים הקודמים דלעיל, ניסוח הטענה הקניינית אינו מובא במסגרת הדיון בין הצדדים וכציטוט דבריו של אחד השכנים ('אני עושה בתוך שלי..!'), אלא כנימוק לפסיקת ההלכה במשנה עפ"י דעתו של רבי יוסי – השכן אינו חייב להרחיק את אילנו (בדיעבד) שזה חופר בתוך שלי.²⁸ הטענה מופיעה כנימוק להוראת בית הדין ולא כטענת אחד הצדדים.²⁹

לכאורה מדברי המשנה ניתן להסיק רק אודות המצב בדיעבד – 'דיני קציצת האילן'. כלומר, כאשר קיימים לפנינו בור ואילן סמוכים זה לזה, לא מחייב רבי יוסי את בעל האילן לעקור את אילנו. מה באשר למצב לכתחילה? האם רבי יוסי מתיר לבעל אילן לסמוך את אילנו כאשר שכנו כבר חפר את בורו? האם יתיר לסמוך רק כאשר הבור אינו קיים? התוספתא דלקמן מורה הלכה ברורה בעניין. לאחר פירוט התוספתא נשווה את המקורות ונסיק מסקנה כוללת.

4.2. תוספתא בבא בתרא – רבי יוסי מתיר

מרחיקין את האילן מן הבור עשרים וחמש אמה ובחרוב ובשקמה חמשים אמה בין מלמעלן ובין מלמטן מן הצדדין ר' שמעון אוי' כשם שמרחיקין מלמעלה כך מרחיקין מלמטה ר' יוסי מתיר שלא ניתנו שדות אלא לנטיעה.³⁰

כאמור לעיל, ההלכה במשנה עוסקת במצב שלאחר מעשה: ישנו אילן נטוע והשאלה עתה האם קיימת חובה לעוקרו מחשש לפגיעה בבור של השכן. המצב בתוספתא, לעומת נסיבות המשנה, הוא מצב שלכתחילה, ודן בשאלה האם מותר לטעת אילן בסמוך לבור. רבי יוסי מתיר. שונות זו במימד הזמן בין התוספתא והמשנה בולט במינוחים ההלכתיים השונים: בתוספתא – רבי יוסי מתיר, ואילו במשנה - לא יקוץ.

²⁸ האות ש' מקדימה את קיומו של משפט הנימוק של המשנה. נ' ברורמן, "המיליות ותארי הפועל בלשון התנאים (במשנה ובתוספתא) בחינה תחבירית סמנטית", חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית תשנ"ה, עמודים 58-70. אמנם בכתב יד קויפמן של המשנה לא מופיעה האות ש' כהקדמה למשפט זה אך לא נראה שהדבר גורע ממשקלו של המשפט כנימוק להלכתו של רבי יוסי.

²⁹ וכן הוא גם בפסיקת ההלכה אם כי באופן מורכב יותר: 'מי שהיה לו אילן בתוך שדהו קרוב לבור חבירו (או בא לנטוע) (טור), אין בעל הבור יכול לעכב עליו ולומר לו: הרי שרשי האילן נכנסים לבור שלי ומפסידים אותי, שזה נזק הבא מאליו לאחר זמן, ובעת שנטע אינו מזיקו, וכשם שזה חופר בתוך שלו כך זה נטע בתוך שלו' (שו"ע חו"מ קנה, לב).

³⁰ תוספתא בבא בתרא א, יב, מהדורת ליברמן עמוד 132.

התוספתא, אם כן, השלימה את החלק החסר בתמונה ההלכתית של רבי יוסי. לא די בכך שרבי יוסי מאפשר לבעל האילן להותיר על 'כנו' (ושורשיו) את האילן הסמוך לבורו של חברו – מצב דיעבד, אלא יותר מכך, רבי יוסי מתיר לבעל אילן לטעת את אילנו בסמוך לבורו של חברו – מצב לכתחילה.

נסכם את הדברים בטבלה.

הרחקת אילן מבור

תוספתא	משנה	
לכתחילה	בדיעבד	המצב העובדתי
רבי יוסי מתיר לטעת	לא יקוץ	הדין
שדות ניתנו לנטיעה	זה נוטע בתוך שלו	הטעם

4.3. יחסי המשנה והתוספתא

האם על פי האמור במשנה לא יותר לבעלים לסמוך אילן לכתחילה לשדה חברו?³¹ מדוע ניסחה המשנה את עמדתו של רבי יוסי רק במצב שלאחר מעשה? מהם יחסי המשנה והתוספתא?

ניתן לראות את הצגת דברי רבי יוסי במשנה לעומת התוספתא כשתי פרשנויות שונות, ואף חלוקות. עפ"י גישה זו דעתו של רבי יוסי במשנה מצומצמת, שכן ישנה חובה להרחיק אילן מבור לכתחילה אך לא בדיעבד.³² לעומת זאת על-פי התוספתא לא קיימת חובה להרחיק לכתחילה, שכן רבי יוסי מתיר לבעל האילן לסמוך לכתחילה את אילנו לשדה ובה בורות.³³

³¹ הסוגיה בדף יז, ב דנה בנסיבות דומות: האם מותר לכרות בור סמוך לגבול שדהו של חברו בטרם חפר חברו את בורו. בשאלה זו נחלקו אב"י ורבא. במסגרת הדיון מובאת משנתנו ונדחית, משום שנטיעת אילן אינה פוגעת באופן מיידי וישיר בבור או בשדה הסמוך.

³² חידושי המאירי בבא בתרא כה עמוד ב: 'אע"פ שראוי לו להרחיק אם לא רצה להרחיק רשאי הוא ליטע שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו הואיל ואין כאן היזק גירי שהרי אין כאן עכשו שרשים'.

³³ ר"ש ליברמן, תוספ"כ עמ' 340, שורות 45-46.

להבנתו, לא קיימת מחלוקת עקרונית או הלכתית בין המשנה והתוספתא ביחס לעמדתו של רבי יוסי. עפ"י שני המקורות התנאיים, הטענה הקניינית חלה לכתחילה ולא רק בדיעבד.³⁴ את השונות בין המקורות השונים ניתן להסביר לאור ההקשרים השונים בהם מובאת דעתו של רבי יוסי. בתוספתא מובאים דבריו כמחלוקת חזיתית על עיקרה של הלכת חכמים שפסקו את חובת ההרחקה באילן. במשנה, לעומת התוספתא, מופיעים דבריו בהקשר שונה. במשנה נוספת בדעת חכמים ההבחנה בין מצב בו לא קיים בור, למצב שבו קיים בור בסמוך לאילן, והדיון הוא אודות קציצת האילן. על-פי חכמים במשנה, יש להבחין בין המצבים ולהקל במקרה שניטע אילן בטרם היה בור. במקרה זה פוסקים חכמים, שלא יקוץ את האילן. לעומת זאת, כאשר קדם הבור לאילן, יש לעקור את האילן. רבי יוסי במשנה חולק על הבחנה זו. לדעתו אין לעקור אילן אף אם הבור קדם. בכך מביע רבי יוסי את עמדתו הקניינית בעצמה רבה. לא די שמותר לטעת אילן בסמוך לשדה הזולת (כהלכת התוספתא), אלא יותר מכך, מותר לטעת אילן בסמוך לשדה בו קיימים בורות, ובעל האילן אינו מחוייב לקוץ את אילנו.³⁵

התמקדותה של המשנה במצב בדיעבד אינו מקהה את חריפות הטענה הקניינית, אלא מעצים אותה. במילים אחרות: השימוש בטענה הקניינית בנסיבות המשנה פותח אפשרות של תחולה רחבה במימד הזמן של הטענה הקניינית. אם נדייק היטב בלשונה של המשנה נמצא שאמנם היא ממוקדת בהלכה שלאחר מעשה, האם חייב לקוץ את האילן או לא, אולם בדבריה היא מדגישה ופותחת צוהר גם למצב שלכתחילה – "רבי יוסי אומר **אע"פ** שהבור קדם לאילן לא יקץ". הדגשה לשונית זו – 'אע"פ' – מלמדת על חידושו של רבי יוסי. דבריו אלו מקפלים שתי הלכות: אם קדם אילן לבור לא יקוץ, ואף אם קדם הבור לאילן לא יקוץ, ומכאן המסקנה שניתן לטעת אילן לכתחילה אף אם הבור קיים.³⁶

³⁴ . חידושי הרשב"א בבא בתרא כה עמוד ב' ד"ה 'ומיהו אכתי': "דלישנא דר' יוסי דאמר שזה נוטע בתוך שלו משמע דמדינא נוטע ואינו מרחיק דבשלו הוא נוטע".

³⁵ . אופן הצגתה השונה של מחלוקת רבי יוסי וחכמים במשנה לעומת התוספתא, ניתן להסבר עפ"י מסקנות מחקרו של פרופסור ש"י פרידמן (**תוספתא עתיקתא**, רמת-גן תשס"ג, סימן יב) אודות עריכתה של התוספתא לעומת המשנה. לדעתו של פרופסור פרידמן התוספתא ומשנה מייצגות מקור תנאי אחד קדום ושלם, שלימים התפצל. הלכת אילן ובור בבבא בתרא מהווה דוגמא לתהליך שכזה. עפ"י תיאוריה זו במקור התנאי הקדום הופיע דין לכתחילה (מרחיקין או לא) ולאחריו דין בדיעבד. התוספתא היא עתיקתא ומשקפת את חלקו הראשון של המקור. המשנה מקוטעת: ברישא זהו חלקו הראשון של המקור. בסיפא מובא החלק האחרון, תוך דילוג.

³⁶ . ניתן היה להסתייג ממסקנה זו ולטעון שהלכתו של ר"י במשנה נאמרה בדיעבד בלבד ואין להסיק ממנה את המסקנה ההלכתית האמורה בתוספתא שר"י מתיר לטעת בסמוך לאילן. עפ"י הצעה זו המובן של המילים 'אע"פ שהבור קדם לאילן לא יקוץ' באות ללמד שאין לקוץ בדיעבד אף אם האילן ניטע שלא כדין! ואולם ההשוואה לתוספתא המלמדת שר"י מתיר לכתחילה, מטה את כף הפרשנות של המשפט הנ"ל וממנו יש להסיק את המסקנה שלכתחילה תותר נטיעת אילן אף אם קדם הבור.

אופן הצגתה של העמדה הקניינית בתוספתא (ובמשנה) חושף למעשה את התשתית הרחבה של הטענה הקניינית הרואה בקניינו של הפרט מרחב שליטה וריבונות, הגובר על כל שיקול וערך אחר. זכות זו אינה משתנה וניתנת לשימוש גם כאשר השכן המוטריד עומד בפנינו באופן ממשי ומוחשי.

4.4. הנימוקים השונים במשנה ובתוספתא

בשולי הדברים יש להעיר על השונות בנימוק הלכתו של רבי יוסי בין המשנה והתוספתא.

להבהרת הדברים נציע שוב את המקורות השונים :

<u>תוספתא בבא בתרא א, יב</u>	<u>משנה בבא בתרא ב, יא</u>
<p>מרחיקין את האילן מן הבור עשרים וחמש אמה ובחרוב ובשקמה חמשים אמה בין מלמעלן ובין מלמטן מן הצדדין ר' שמעון אוי כשם שמרחיקין מלמעלה כך מרחיקין מלמטה ר' יוסי מתיר שלא ניתנו שדות אלא לנטיעה.</p>	<p>מרחיקין את האילן מן הבור עשרים וחמש אמה ובחרוב ובשקמה חמשים אמה בין מלמעלה בין מן הצד אם הבור קדמה קוצץ ונותן דמים ואם אילן קדם לא יקוץ ספק זה קדם וספק זה קדם לא יקוץ רבי יוסי אומר אף על פי שהבור קודמת לאילן לא יקוץ שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו.</p>

במשנה מופיע נימוק המעלה על נס את הטענה הקניינית – 'זה נוטע בתוך שלו', ואילו בתוספתא

מופיע נימוק ערכי שונה – 'לא נתנו שדות אלא לנטיעה'. שונות זו ניתנת להתפרש בכמה אופנים.³⁷

אציע שניים :

³⁷. לדעת הרב אברמסקי (חזון יחזקאל, שם) נימוק התוספתא שונה מן המשנה ואינו מבוסס על הטענה הקניינית כלל. לדעתו יש לפרש גם את המשנה לאור עקרון זה. מ' וייס ('לשיטתו של רבי יוסי ב'הרחקת שכנים'

א. ייתכן והשונויות בנימוקים השונים נובעת מן הנסיבות השונות בהן מובאת דעתו של רבי יוסי. במשנה הובאה דעתו בנסיבות שלאחר מעשה להן מתאים הנימוק הקנייני. הדיון הוא דיון משפטי מובהק ועוסק בשאלה האם כשר הדבר או לא. לעומת זאת בתוספתא עוסקים אנו בנסיבות שלפני מעשה ובשאלה האם ניתן לטעת עצים או לא. שאלה זו מעלה שיקולים נוספים מלבד אלו המשפטיים הצרים. במסגרת שיקולים אלו יש לשקול את שאלת יעוד הקרקע ומקומם של ערכים יעודיים וסביבתיים נוספים. משכך מופיעה בתוספתא ההנמקה – 'שלא נתנו שדות אלא לנטיעה'.

ב. ניתן לראות את יחסי הנימוקים בין המשנה והתוספתא כיחסים משלימים: הנימוק בתוספתא הינו ניסוח שונה/מעודן של הטענה הקניינית. הטענה הקניינית יכולה להתפרש כעמדה המבטאת ריבונות בשטח תחום. ריבונות זו אינה מוצדקת בערך נוסף לבד מעצם ההגנה על הקניין והריבונות הבלעדית בנכס האישי.³⁸ התוספתא מעניקה להגנה על הקניין האישי הנמקה ערכית- חברתית. על-פי נימוק זה ערכו של הקניין האישי וחרות הפעולה בו אינם מבוססים רק על הרצון להגן על ריבונותו השרירותית של הפרט, אלא מגינים גם על ערכים חברתיים כגון ישוב הארץ/העולם.³⁹

הנימוק שבדברי התוספתא, אם כן, אינו מבטל את קיומה של ההנמקה הקניינית אלא מציע תשתית ערכית בנסיבות של אילנות (בארץ ישראל).

5. סוג הפעילות – תחומה או פולשנית

האם זכאי היחיד לפעול בשטחו שלו, ואף בחצר המשותפת, ללא כל סייג? או שישנה הגבלה על סוגים מסוימים של פעילות?⁴⁰

בר-אילן יב (תשל"ד), עמוד 80) הציע פתרון המבוסס על ביקורת הטקסטים. לדעתו התוספתא מבוססת על שני מקורות שונים: הלכות א-ט, והלכות י-ג. המקור הראשון המקביל בסדר למשנה מייצג קו אחד ובו נימוק מרחיב לשיטת רבי יוסי ואילו הלכות י-ג בתוספתא מקורן שונה ובהן נימוק מצמצם.³⁸ על זכות הקניין כביטוי לריבונות עיין בסיכומו ובקורתו של ח' דגן, **קניין על פרשת דרכים**, תל-אביב תשס"ה, פרק שני.

³⁹ הירושלמי (פרק ב, הלכה יא), בעקבות הנימוק שבדברי התוספתא, הפך את מחלוקת חכמים ורבי יוסי למחלוקת בשאלת זיהוי האופן המדויק לשמירה על הערך החברתי הנדון – קיום העולם. לדעת רבי יוסי קיום העולם באילנות ואילו לדעת חכמים קיום העולם בבורות! ועיין עוד בדברי הגהות מיימוניות הלכות שכנים פ"ה ה"ה שהסיק מכך שההגנה על הקניין באופן כללי, ולא רק במקרה של נטיעת אילנות, חייבת להימדד במונחים ערכיים-חברתיים: "דברים שיש בהם עיקר הישוב או דירה וכו".

⁴⁰ מובן הוא שאיני כולל בשאלה זו את אפשרות הנזק הממשי המופיע בפרשת הנזיקין בתורה. שכן לנסיבות אלו של פעילות בשטח האישי שגורמת לנזק של ממש, יוחד אב הנזק אש. וראה שמות כב, ה, מכילתא דרשב"י שם, משנה ב"ק א, א.

שרטוט עמדתו של רבי יוסי, ובחינת הקף ואופי הפעילות המותרת של היחיד, מיטלטל בין שני קצוות: האחד משפטי והאחר ספרותי.

מחד, ביסוס דבריו של רבי יוסי על אדנים משפטיים-לוגיים ובמסגרת דיון תיאורטי של זכויות וחירויות בלבד, מעלה את המסקנה שזכות הקניין היא מוחלטת ורחבה. לאמור, כל אימת שמדובר בנסיבות בהן האדם רכש כדין נכס אישי הצמוד לשטח משותף עומדת לו הזכות לניצול ולמימוש הזכות הקניינית ללא מגבלה של סוג פעילות. מובן הוא שבהיעדר בעלות כדין בנכס אישי, לא תקום הטענה הקניינית.

מאידך, שרטוט עמדתו של רבי יוסי על בסיס הביטויים הלשוניים והספרותיים של עמדתו בספרות ההלכתית של חז"ל (משנה ותוספתא), מעלה אפשרויות שונות באשר לאופי ולהיקף הטענה הקניינית.

פרשנות דווקנית ומינימליסטית לדברי רבי יוסי בהסתמך על לשונה של המשנה ותוספתא בלבד, מובילה למסקנה צרה ומצומצמת של הזכות הקניינית. עפ"י פרשנות זו, ניתן לטעון למימוש הזכות הקניינית בגבולות של מה שאכנה 'פעילות תחומה' בלבד.

הפעילות שתותר במסגרת הטענה הקניינית היא פעילות (בבית או בחצר), בטווח פיסי מצומצם וסביר שעיקר מגבלתו הוא שהפעילות אינה פולשת למרחב פעילות אחר של הזולת (בביתו או בחצרו). חירותו של היחיד היא לבחור את סוגי הפעילות (בישול, כביסה) ומיקומן (בחצר, בבית) ובלבד שלא ימנע מן הזולת לקיים אף הוא פעילות (אחרת) בשטחו או בחצר.

מובן הוא שהיקף מצומצם זה של הטענה הקניינית מקפל בתוכו הבנה שונה של זכות הקניין ושל מקומו של היחיד במרחב האישי והמשותף.

לקמן (בתת פרק 5.3.1) יורחב אודות המשמעות המשפטית של זכות קניינית צרה. בשלב זה של הדיון אציג מובן אחד בלבד של הזכות הקניינית. הזכות הקניינית של היחיד במרחב המשותף דומה באופייה לאחד הניסוחים אודות טענת חופש הבחירה של כל אדם. חופש בחירה זה בנוי משני שלבים – פוטנציאל ומימוש. בראשית הדרך קיימת לאדם חרות מוחלטת לבחור בכל. בשלב שני לאחר מימוש בחירתו של האדם, נעלמת החרות האין סופית שהייתה בתחילה, ועליו להמשיך במסלול הבחירה שלו בלבד.

כך הוא גם ביחס לזכות הקניין של היחיד במרחב משותף. בראשית הדרך עומדת בפניו זכות קניינית רחבה אותה הוא יכול לממש בכל אופן שירצה, קרי לבחור כל מקום וכל פעילות במרחב

המשותף. ואולם, משבחר בפעילות מסויימת עליו להתמיד בה ולהימנע מלפגוע במימוש הזכות של הזולת הפועל אף הוא במרחב המשותף.⁴¹

לצד הגישה המצמצמת והמגבילה של הטענה הקניינית כפי שנוסחה לעיל (וקביעת מבחן הפעילות התחומה), ישנה גישה הטוענת לתחולה רחבה של הטענה הקניינית חרף השיקול הספרותי. עניינו של תת-פרק זה הוא שרטוט עמדתו של רבי יוסי לאור 'הממצאים' הלשוניים במשנה ובתוספתא. בדברי הבאים אציע שתי פרשנויות לעמדת רבי יוסי. שתי אלו נותנות דין וחשבון להיבט הלשוני – ספרותי.

5.1. השתיקה הספרותית

רובם של המקורות שהובאו עד עתה להבהרת דעתו של רבי יוסי היו מן התוספתא. אופיו של חיבור זה שהוא חיבור משני הערוך כהערות לחיבור הראשי, המשנה, מאפשר לדון בכל הלכה בנפרד, במנותק מן ההקשר הכללי.⁴² לא כן הוא כאשר עוסקים אנו במשנה. העובדה שפרק המשנה הוא חיבור ערוך ומתוכנן, מחייבת/מאפשרת להסיק מסקנות מן ההקשר הכולל של הדברים. כך הוא ביחס לעמדתו של רבי יוסי כפי שמופיעה בפרק ב של מסכת בבא בתרא. בפרק זה מפורטים דיני ההרחקה בין שכנים. על-פי האמור שם, מוטלת על כל יחיד החובה שלא להטריד את זולתו. רבי יוסי מופיע בפרק ב של מסכת בבא בתרא פעמיים בלבד:

י. מרחיקין את המשרה מן הירק ואת הכרישין מן הבצלים ואת החרדל מן

הדבורים רבי יוסי מתיר בחרדל:

⁴¹ הגבלה זו מזכירה את ההגבלה על חרות היציאה של שותף לצאת מן השותפות. הגבלת חרות זו מהווה את אחד מיסודות ההתנגדות לקיומו של שיתוף במקרקעין כפי שהובא בהרחבה בדבריו של ח' דגן, **קניין על פרשת דרכים**, רמת-גן התשס"ה, עמודים 293-360 (ובגרסה מוקדמת: הנ"ל, 'שיתוף במקרקעין – מוסד חברתי רצוי?', **משפטים** כז (תשנ"ז), עמודים 493-541). ואולם, יש להבחין בין חרות היציאה משותפות, ו'שילת' חרות הפעולה של שותף בחצר המדונה כאן. שכן, שותף שבחר בפעילות מסויימת, יכול ללא כל התנייה לשנות את החלטתו ולבחור בפעילות אחרת, והגבלת פעילותו אינה מהווה שלילת חרות היציאה מן המצב. ההגבלה היחידה הקיימת היא, כאמור, הפגיעה במרחב הפעילות של השותף האחר. זאת לעומת ההגבלה המוחלטת של שותף לצאת מן השותפות.

⁴² על אופייה של התוספתא כחיבור משני העוקב אחר חיבור ראשוני קיים (המשנה) והמשמעויות המבניות ואחרות, עיין בדברי המבוא של ש' פרידמן, **תוספתא עתיקה**, רמת-גן תשס"ג, עמודים 14-64.

יא. מרחיקין את האילן מן הבור עשרים וחמש אמה ובחרוב ובסקמה חמשים אמה בין מלמעלה בין מן הצד אם הבור קדמה קוצץ ונותן דמים ואם אילן קדם לא יקוצץ ספק זה קדם וספק זה קדם לא יקוצץ רבי יוסי אומר אף על פי שהבור קודמת לאילן לא יקוצץ שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו:⁴³

במהלך הפרק כולו עד למשניות אלו, לא מופיעה דעתו של רבי יוסי (ואף לא דעה סתמית החולקת על עצם חובת ההרחקה). שתיקה זו (להלן: ה'שתיקה'/ 'השתיקה הספרותית') מהווה משקל חשוב בפרשנות עמדתו של רבי יוסי. ניתן להסביר שתיקה זו בכמה אופנים. בדברים הבאים אציע **שתי מגמות פרשניות** ביחס אליה. שתי מגמות אלו משפיעות (או אולי מושפעות) באופן ממשי על היקף הטענה הקניינית: האם היא חלה בכל פעילות בנכס האישי, או רק בסוג מסויים של פעילות, אותה כיניתי פעילות תחומה?

5.2. מרכזיותו של הטיעון המשפטי – פרשנות רחבה לדברי רבי יוסי

פרשנות אחת בדעתו של רבי יוסי גורסת שיש למצות את הטענה הקניינית עד תום. פירושו של דברים הוא שהזכות לשימוש חופשי בקניין האישי אינה מוגבלת בגבולות כלשהם ומקנה לאדם חירות מליאה לפעול, בין בבית ובין בחצר המשותפת, חרף העובדה ששימוש זה יכול להוות מטרד לזולת. בשקלול הזכויות העומדות על הפרק, פגיעה באיכות החיים על-ידי מטרד של רעש, ריח, או מראה, מחד, לעומת פגיעה במימוש הזכות הקניינית על-ידי צמצום חופש הפעולה בקניין האישי מאידך, גוברת, לדעתו של רבי יוסי, הזכות הקניינית.

פרשנות רחבה לדעתו של רבי יוסי, עולה משני ביטויים שונים של הגמרא העוסקת בין השאר בשתיקתו הספרותית של רבי יוסי כחלק מדיון רחב יותר, ומתמודדת עימה בדרכים שונות.

5.2.1 הלכת סולם ושובך

הפרשנות הרחבה בוטאה מפורשות בדברי רש"י בפירושו. דבריו נאמרו כחלק מדיון בסוגיה העוסקת בשתיקתו של רבי יוסי ביחס לחובת הרחקת סולם מן השובך. נבאר את הדברים מתוך עיון בדברי הגמרא:

⁴³. משנה בבא בתרא ב, י"א.

מתני'. מרחיקין את הסולם מן השובך ארבע אמות, כדי שלא תקפוץ הנמייה ;
ואת הכותל מן המזחילה - ד' אמות, כדי שיהא זוקף את הסולם.

גמ'. לימא, מתניתין דלא כר' יוסי, דאי ר"י, הא אמר: זה חופר בתוך שלו וזה

נוטע בתוך שלו?

אפילו תימא ר' יוסי, הא אמר רב אשי, כי הוינן בי רב כהנא הוה אמר: מודי
רבי יוסי בגירי דידיה,

הכי נמי זמנין דבהדי דמנח ליה יתבא בחור וקפצה.⁴⁴

במשנה זו מופיעה חובת הרחקה של סולם מן השובך מחשש שמא תקפוץ הנמייה ותזיק ליונים.
העובדה שבמשנה זו לא מופיעה דעתו של רבי יוסי באופן מפורש אינה מונעת מן הגמרא בשאלתה
להניח שודאי הוא שרבי יוסי חולק על חובת הרחקה זו, ולדעתו קיימת הטענה הקניינית, 'אני
עושה בתוך שלי', גם ביחס להלכה זו.⁴⁵

רש"י (כב עמוד א ד"ה 'לימא') מרחיב את ההנחה המצויה בשאלת הגמרא וטוען ש'טובא מילי
איכא במתניתין דודאי לאו כרבי יוסי'. על-פי דעתו של רש"י חרף העובדה שרבי יוסי חולק
מפורשות בשתי הלכות הרחקה בלבד, דעתו רחבה מכך וחולקת על הלכות רבות בפרק (ולא רק על
הלכת הרחקת הסולם מהשובך המופיעה בשאלת הגמרא).⁴⁶

במקור זה מצינו, א"כ, שהגמרא התעלמה (או העדיפה) את הטענה המשפטית של רבי יוסי ללא
מתן נימוק לשתיקה הספרותית.

⁴⁴. בבלי בבא בתרא כב, ב.

⁴⁵. ביחס להלכת סולם ושובך מסיקה הגמרא שרבי יוסי מודה בחובת ההרחקה משום שמדובר בנסיבות
מיוחדות של 'גיריה דיליה', קרי פעולה הקרוב לנזק. בנסיבות מעין אלו מודה רבי יוסי שקיימת חובת הרחקה.
בפרקים הבאים נדון במושג זה ובהשלכותיו. לעניין הדיון שכאן די בעובדה שאת עמדתו הקניינית של רבי יוסי
יש לפרש באופן רחב בהתעלם מן השתיקה הספרותית. מובן הוא שכאשר קיימות נסיבות מיוחדות של גיריה
דיליה מודה רבי יוסי. הודאה זו אינה נוגסת בלזז הטענה הקניינית שכן כל עוד לא מדובר בגיריה דיליה מורה
רבי יוסי על חופש פעולה ללא מגבלות.

⁴⁶. רבנו חננאל (הובא בתוס' שם ד"ה 'לימא') פרש באופן הפוך את הנחת היסוד של הגמרא בשאלתה: 'פר"ח
מדקאמר הכא טפי לימא דלא כרבי יוסי ולא קאמר אמשינות דלעיל משמע דכולהו אתי כר"י והוי כולהו גירי
דיליה דמהיאי שעתא משתכחא היזיקא ולא פליג רבי יוסי אלא באילן וצ"ל לפי' דמתניתין דלעיל הוי נמי גירי
דיליה דמיד כשסומך הכותל מונע הדוושא'. וכן הוא בתשובות גאונים (אסף תרפט) סימן לב.
לדעתו, שתיקתו של רבי יוסי בכל הפרק נובעת מהסכמתו עם הלכת חכמים שיש לקיים את דיני ההרחקה.
ואולם, נימוקו של רבי יוסי, עפ"י רבנו חננאל, מבוסס על הסייג של גיריה דיליה ואינו נובע מעצמותם של דיני
ההרחקה כדעתם של חכמים. במילים אחרות, כל אימת שלא יתקיים הסייג של גיריה דיליה יתיר רבי יוסי את
הפעילות ללא תנאי. אשר על כן, לעניין הדיון שבכאן אין למחלוקת זו השפעה. על סייג זה ומשמעותיו הרחבנו
בפרק אודות המעבר לשיח נזיקי (פרק ד).

במקור הבא מתמודדת הגמרא עם ביטוי מסויים של השתיקה הספרותית, באופן שונה. מסקנתה של הגמרא, גם במקרה זה, תומכת בפרשנות הרחבה של דברי רבי יוסי.

5.2.2 הלכת חרדל ודבורים

הדיון בסוגיה נסוב על המשנה (י) העוסקת בשלוש הרחקות:

מרחיקין את המשרה מן הירק ואת הכרישין מן הבצלים ואת החרדל מן הדבורים

רבי יוסי מתיר בחרדל.⁴⁷

הגמרא עוסקת בנימוקו של רבי יוסי ובוחנת את היקף טענתו. לנוחות הדיון מספרתי את שלבי הדיון בציטוט המובא:

1. ר' יוסי סבר: על הניזק להרחיק את עצמו,

אי על הניזק, אפי' משרה וירקא נמי! אלא, לעולם ר' יוסי נמי על המזיק סבירא ליה...

2. וסבר ר' יוסי על המזיק להרחיק את עצמו? והתנן, רבי יוסי אומר: אע"פ שהבור קודמת לאילן -

לא יקוץ, שזה חופר בתוך שלו, וזה נוטע בתוך שלו!

3. אלא, לעולם ר' יוסי על הניזק ס"ל, ולדבריהם דרבנן קאמר להו: לדידי על הניזק להרחיק את

עצמו, ואפי' משרה וירקא לא בעי רחוקי, אלא לדידכו דאמריתו על המזיק, תינח משרה וירקא,

דהני מזקי הני והני לא מזקי הני, אלא חרדל ודבורים - תרוייהו מזקי אהדדי

במהלך הדיון מסיקה הגמרא מהו העיקרון המנחה של רבי יוסי בהלכת חרדל ודבורים – 'על

הניזק להרחיק את עצמו' (שלב 1).

טענה עקרונית זו נתקלת בקושי של השתיקה הספרותית (שלב 2). מדוע שתק רבי יוסי בשאר

ההלכות המופיעות במשנה? מדוע עקרון-העל שיהניזק מרחיק את עצמו אינו פועל במקרה של

משרה וירק, וכרישין ובצלים?⁴⁸ ההנחה בשאלה זו שמשקלה של השתיקה הספרותית מכריע,

ושממנה ניתן ללמוד שדעתו של רבי יוסי אינה כה רחבה.

⁴⁷ בבלי בבא בתרא יח, ב.

⁴⁸ אמנם בסוגיה זו השימוש בטיעון הספרותי נוגע רק להלכת דבורים וחרדל, אולם העקרון זהה.

בתשובתה (שלב 3) חוזרת בה הגמרא מן ההנחה אודות משקלו של הטיעון הספרותי ומציעה הצעה פרשנית חדשה. רבי יוסי טוען את טענתו הקניינית בכל שלוש ההלכות במשנה: כן הוא בחרדל וכן הוא בבצלים וירק העלולים להיפגע מן הכרישה והמשרה. בכל המקרים הללו על הניזק להרחיק את עצמו. הסיבה שדברי רבי יוסי נאמרו רק ביחס לדבורים וחרדל משום ש'לדבריהם דרבנן קאמר'. רבי יוסי אינו מציע את דעתו האישית אלא טוען כנגד חכמים, עפ"י הנחות היסוד של חכמים עצמם. עפ"י אלו יש מקום להתיר לבעל הדבורים לגדל את דבוריו משום שהנזק הדדי. ואולם, דעתו האישית של רבי יוסי חלה בכל שלושת המקרים במשנה. ההיגיון העומד מאחורי עמדה זו הוא ההיגיון הקנייני (ולא הטענה הנזיקית): מאחר והאדם פועל בשטחו האישי, רשאי הוא לגדל דבורים או לשרות משרה וכו'. היגיון זה בוטא מפורשות במשנת האילן והבור (יא) שבה העלה רבי יוסי מפורשות את הטענה הקניינית 'זה נוטע בתוך שלו וכו'.

נמצינו למדים, על-פי הצעה זו של הגמרא, שאין להסיק מן השתיקה הספרותית, לפחות לא ביחס למשנת חרדל ודבורים, בנוגע לעמדתו הכוללת של רבי יוסי. עמדתו ההלכתית רחבה יותר מכפי מה שהובא לידי ביטוי בהלכת חרדל ודבורים. דעתו 'האמיתית' מצויה במשנת אילן ובור וממנה יש להסיק על מכלול עמדתו.

ממהלך זה של הגמרא בפרשנות משנת חרדל ודבורים, ניתן להסיק מסקנה כוללת ביחס לעמדתו של רבי יוסי ולשתיקתו הספרותית. על-פי דעתו, מסתבר, ישנה חובת הרחקה מוחלטת של הניזק בכל הנוגע לפעילות בחצר משותפת או בשדות שכנים, ודעתו זו גוברת על שתיקתו גם בשאר הפרק.

5.3. מרכזיותו של הטיעון הספרותי - פרשנות צרה לדברי רבי יוסי

גישה אחרת מוצאת שהמשקל לביטוי הלשוני מכריע בפרשנות דברי רבי יוסי, ויש להסיק ממנו את המסקנות בהתאם. על-פי הגישה הצרה יש להבין את דעתו של רבי יוסי לאור התבטאויותיו המפורשות בלבד ולא להכלילן מעבר לכך. על-פי זה יתקבל שדעתו של רבי יוסי המגן על הזכות הקניינית אינה רחבה ובלתי מסויגת, ומגנה רק על פעילות תחומה בקניין האישי. נבהיר את הדברים. עפ"י הגישה הצרה בפרשנות עמדת רבי יוסי רשאי היחיד לפעול בשטחו האישי ככל שירצה כל אימת שפעילותו תחומה לשטח זה בלבד. פעילות הפולשת לשדהו של הזולת או

לפעילותו של הזולת בחצר המשותפת ומונעת ממנו לקיים את פעילותו, לא תזכה להגנה של הטענה הקניינית.⁴⁹

טענתו של היחיד 'אני עושה בתוך שלי', על-פי פרשנות זו, אינה משמשת כאמירה עקרונית המשקפת את מצב הבעלות ביחס לשטח כולו, אלא כצידוק מעשי לפעילותו העכשווית של האדם. הנימוק למעשיו הוא שפעילותו מתקיימת רק בתא שטח סביר הנדרש לפעילותו ואינה פולשת מעבר לכך – 'אני עושה בתוך שלי'.

נבהיר עמדה זו על-פי שלוש אמירותיו ההלכתיות המפורשות של רבי יוסי שנאמרו במקרים הבאים: חרדל ודבורים, אילן ובור ופתיחת חנות.

א. מקרה החרדל והדבורים (משנה י) מהווה דוגמא מובהקת לעמדתו של רבי יוסי בפרשנותה הצרה. לעיל נשאלה השאלה הספרותית ביחס למשנה זו. מדוע חולק רבי יוסי רק על הרחקת חרדל מדבורים ולא משרה מירק וכו'? התשובה הניתנת על-פי הגישה הנוכחית היא שעמדתו של רבי יוסי הדוגלת בטענה קניינית אינה בלתי מוגבלת, והיא מתאימה רק לנסיבות של פעילות תחומה. בנסיבות של חרדל ודבורים מתיר רבי יוסי ליחיד לגדל את החרדל משום שפעילותו מתרחשת בקניינו בלבד, והמוטרד, בעל הדבורים, הוא זה שפולש לשדהו ומוטרד ממנו. נעייך בדברי הרשב"א המציע את יסודות הלכת רבי יוסי בחרדל ודבורים:⁵⁰

ועל עיקר הרחקת החרדל מן הדבורים תמיהא לי אמאי מרחיק כלל! והלא

החרדל אינו נכנס לתוך תחומן של הדבורים, ודבורים הן שבאות לתוך שדה

החרדל ואוכלות אותו...

⁴⁹ עמדה זו דומה בכמה מובנים להגבלה על פעילותו של שותף בנכס משותף עפ"י חוק המקרקעין תשכ"ט-1969, סעיף 31 (א) (1): בלי הסכמת יתר השותפין – להשתמש במקרקעין המשותפים שימוש סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר'. באמור בפנים לא מופיעה הגבלה המחייבת מתן אפשרות לשכן לשימוש זהה, אלא מתן אפשרות לכל שימוש. ועיין בהסברים השונים לדרישה 'שימוש כזה' בדברי י' יוסמן, **דיני קניין**, בעלות ושיתוף, ירושלים תשנ"ז סעיפים 5.73-5.69.

⁵⁰ חידושי הרשב"א ב"ב יח, ב. ועיין עוד בניתוחו של י' יונתן, 'השתלשלות מחלוקת ר' יוסי ורבנן בזנקי שכנים', **גלות יג**, עתניאל, (תשס"ד), עמוד 368. מ' וייס ('לשיטת ר' יוסי ב'הרחקת שכנים', **בר-אילן יב** (תשל"ד), עמוד 75) מנמק את ייחודן של שתי הלכות אלו בדעת רבי יוסי בנימוק נזיקי על-פי הבבלי (יז עמוד ב) 'בעידנא דקא נטע ליתנהו לשורשיו דמזיק לבור', וכן הוא גם בחרדל ודבורים שהדבש נזק מן הדבורים ולא ישירות מהחרדל. ברוח נזיקית זו פרש גם גליקסברג (ש' גליקסברג, **'איכות הסביבה במשפט העברי: הרחקת מטרדים'**, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, בר-אילן תשס"ה, עמוד 54) והציע אפשרות נוספת הקרובה לדברינו (שם, עמוד 56) מבלי לקבוע את המבחן הטריטוריאלי ('פעילות תחומה'). ואולם, כפי שיבאר בפרק העוסק בפרשנות הבבלי, נימוקים אלו מייחדים את גישתו של הבבלי בלבד, וניתנים לפרשנות שונה (קניינית) כאמור בפנים.

(וא"כ הוה ליה כבור המיוחדת ברשות המזיק דפטור דאמר ליה תורך ברשותי מאי בעי) ונהי דבעל הדבורים פטור מתשלומי נזק שמזיקות לחרדל... מכל מקום אמאי מרחיק אדרבה היה לו לבעל דבורים להרחיק.

על-פי דבריו יש להבחין בין מקרה חרדל ודבורים ושאר המקרים. במקרה זה המוטרד פולש אל עבר שטחו ותחום פעילותו של המטריד. במצב זה אין להטיל כל חובת הרחקה על המטריד.⁵¹ לא כן הוא בנסיבות של משרה וירק וכרישים ובצלים. בשני מקרים אלו המשרה פולשת אל הירק, והכרישה אל הבצל.⁵²

נמצינו למדים שעמדתו של רבי יוסי, לגישה זו, היא דווקנית. את דעתו יש להבין רק לאור הנסיבות המיוחדות בהן התבטא. במקרה דנן מדובר בחרדל ובדבורים בלבד ולא בשאר הלכות המשנה.⁵³

ב. הבחנה זו בין פעילות תחומה לשטח האישי ובין זו הפולשנית עולה גם מן המקרה של אילן ובור. נצטט את ההלכה המובאת במשנה (ב,יא):

מרחיקין את האילן מן הבור עשרים וחמש אמה ובחרוב ובשקמה חמשים אמה בין מלמעלה בין מן הצד אם הבור קדמה קוצץ ונותן דמים ואם אילן קדם לא יקוצץ ספק זה קדם וספק זה קדם לא יקוצץ רבי יוסי אומר אף על פי שהבור קודמת לאילן לא יקוצץ שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו:

⁵¹ ועיין עוד בדברי הרשב"א יז, ב, ד"ה 'כל מרא'. שם מבחין הרשב"א בין איסור פתיחת חלון לחצר משותפת, לעומת היתר חפירת בור שמימיו עלולים להגיע לבורו של הזולת. בתשובתו מבחין הרשב"א בין פעילות תחומה ופולשנית: "וי"ל דאינה דומה לזו דגבי חלון משל חברו הוא נוטל דהיינו אויר חצרו שמועיל לו ולפיכך יכול לומר לו אינך פותח ונוטל אויר חצרי ומשעבד קרקעי לך, אבל גבי בור אינו כן שזה חופר הוא בתוך שלו ומים משלו הן נובעין ויכול הוא לומר לו כשסמכתי ברשות סמכתי שאיני מזיקך באותה שעה...".

⁵² פירוש המשנה לרמב"ם ב, י' ור"ש ליברמן תוספ"כ עמוד 335 הע"ש 34.

⁵³ הד לכך מצינו בדברי הגמרא הסמוכה למשנה י' (כה, ב) הדנה בהלכת החרדל והדבורים: הגמרא מציינת נימוק לדברי רבי יוסי. 'מרחיקין את המשרה מן הירק וכו'. תנא: רבי יוסי מתיר בחרדל, שיכול לומר לו: עד שאתה אומר לי הרחק חרדלך מן דבורי, הרחק דבורך מן חרדלי, שבאות ואוכלות לגלוגי חרדלי'. מאפייניו המדויקים של נימוק זה ידונו בפרק העוסק במעבר משיח קנייני לשיח הנזיקי. לעת עתה די בעובדה שהגמרא מנמקת רק את הלכתו המפורשת של רבי יוסי המתיר לבעל החרדל לסמוך לשדה הדבורים, ומשתמשת בנימוק המתאים לחרדל ודבורים בלבד ולא לשאר ההלכות שבמשנה. מכאן עולה בבירור שעמדתו ההלכתית של רבי יוסי אינה כוללת היתר לבעל המשרה לסמוך לירק וכדו'. ההיגיון, כפי הנראה, הוא כפי שהוצג לעיל שמשרה וכרישה מתאפיינים בפעילות המונעת מן הזולת לקיים את פעילותו.

כפי שהובהר לעיל, רבי יוסי מתיר לבעל האילן לסמוך לשדה חבירו שיש בה בורות. הנימוק המובא בסופה של ההלכה הוא הנימוק הקנייני. הגמרא (יז עמוד ב) שדנה בעמדתו של רבי יוסי (בהקשר מחלוקת אביי ורבא) מציינת להבחנה הבאה: 'אפילו לר' יוסי דאמר: זה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו, הני מילי התם - דבעידנא דקא נטע ליתנהו לשרשיו דמזקי לה לבור...'. על-פי הגמרא, הצידוק להעלאת הטענה הקניינית בנסיבות של אילן ובור הוא העובדה שהאילן אינו פולש עתה אל שדה חבירו ופוגע בבור. נכון הוא שברבות הימים עלולים השורשים להגיע אל שדה חבירו, אולם תוצאה רחוקה זו אינה כלולה במסגרת דיני ההרחקות.⁵⁴

ג. מקרה נוסף בו הביע רבי יוסי את עמדתו הקניינית באופן מפורש וממנה ניתן להסיק אודות הפרשנות הצרה, הוא של פתיחת חנות המקרה הובא בתוספתא ב,טו (מהדורת ליברמן עמוד 136):

בנה מרחץ בצד מרחצו של חברו חנות בתוך⁵⁵ חנותו של חברו אין יכול למחות בידו ולומר לו אתה הבאת את התקלה שאומר לו כדרך שעשיתה בתוך שלך
אף אני עושה בתוך שלי

הלכה זו שונה משתי קודמותיה (אילן ובור, וחרדל ודבורים) משום שאינה עוסקת בנסיבות של שדות שכנים, אלא בנסיבות של חצר משותפת.⁵⁶

חכמים סוברים שרשאי שכן לעכב את חברו מלפתוח חנות בחצר המשותפת מנימוקים של רעש. רבי יוסי חולק ומתיר לשכן לפתוח חנות בחצר המשותפת לצד חנותו של חברו מן הנימוק הקנייני.

⁵⁴. וכן טען הרמב"ן בקונטרסו **דינא דגרמי**: "אכתי איכא למידק ואי אזלי שרשין ומזקי ליה לבור מ"ט פטור מלשלם הא שורו [הוא] והוה ליה לטפויי באפייהו, לא קשיא דכיון דלאו גופיה דאילן קא מזיק אלא שרשים הוא דמזקי ושרשין ממילא קא אתו פטור אע"ג דממונו הוא, ומ"מ יש לזה רשות לקוץ השרשים, וליכא לדמויי לשורו שהזיק בצורות, דשאני התם דכחו דשור הוא וכנגיחה דידיה דמי והתורה חייבתו, אבל הכא נולד הוא ופטור שאין שמירתו עליו ואינו כחו של אילן הנטוע, וליכא לדמיה לאש שהוא הולך ומזיק, שכיון שלבה את האש עיקר השלהבת הוא שמזיק והולך ואוכל ומזיק, אבל הנך נולד הוא ואע"פ שמחמת האילן הוא מזיק פטור, אי נמי כיון דשרשין הוא דמזקי ולא חזי להו ליה לטפויי באנפיהו דדמי למי שנפרצה בלילה (ב"ק נה, ב) שהוא פטור, ואין אומרין בנזקין אלו זו דומה לזו שהדברים עמוקים והחלוקים דקים כחוט השערה וכולהו גמרא". עם זאת יש להבהיר, כפי שיובא בהמשכה של העבודה, שדברי הרמב"ן נאמרו בהקשר נזיקי, ואילו השיח הנדון עתה הוא שיח קנייני.

⁵⁵. ב"י ערפורט מופיע: 'חנות בצד חנותו וכו'.

⁵⁶. ראה לכך שבחצר עסקינן היא המשנה (ב, ג) המקבילה להלכה בתוספתא. במשנה מובאת דעתם של חכמים החולקים: 'חנות שבחצר יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן מקול הנכנסין ומקול היוצאין'. וכן הוא בתוספתא (א, ד): 'יש לו חנות ברשות הרבים ומבקש לפתחה לחצר השותפין יכולין לעכב על ידיו מפני שמרבה עליהן את הדרך'.

פתיחת חנות בחצר עלולה לגרום למטרד, כפי שטוענים חכמים, ואולם לדעת רבי יוסי יש להחיל את הטענה הקניינית בנסיבות אלו, שכן מדובר בפעילות תחומה. השכן הפועל מקיים את פעילותו בחנותו בלבד!

5.3.1. משמעות ההבחנה בין פעילות תחומה ופולשנית

הצגת המגבלה של פעילות תחומה בנסיבות של פעילות בחצר המשותפת (ולא רק בנסיבות של שדות שכנים, כדוגמת מקרה חרדל ודבורים), מלמדת על תפיסה קניינית מורכבת. נראה שרבי יוסי ראה במרחב המשותף – החצר – איזור השייך לכל אחד באופן שווה. הגדרה זו מאפשרת לכל פרט לבחור את פעילותו השגרתית בחצר כאילו פעל בשטחו שלו. צדו השני של מטבע השותפות הוא העובדה שגם שכנו רשאי לפעול בשטח המשותף ולעשות בו כבשלו. החיכוך הצפוי מהתנגשות הפעילויות נמנע על ידי הלכת ה'פעילות התחומה'. רבי יוסי מתיר לכל פרט שבחר לפעול בחצר לעשות כרצונו, בתנאי שלא יפלוש ויטריד/ימנע את פעילותו הקיימת של הזולת בביתו או בחצר. לכל יחיד זכות למימוש הבעלות בחצר במרחב טריטוריאלי (סביר) הנדרש לפעילותו, ובלבד שזו לא תפלוש לפעילות אחרת בחצר, ותמנע את השותפים האחרים מלממש את זכותם בחצר. משפּלש לפעילות אחרת בחצר לא ייחשב הדבר ליעושה בתוך שלו, ואינו נהנה מהגנת הטענה הקניינית.

דוגמא לפעילות פולשנית היא חובת ההרחקה של הריחיים מבור או כותלו של חברו (משנה א). הריחיים הטוחנות מהוות מטרד לבורו של הזולת,⁵⁷ ונדרשת ממנו הרחקה. לעומתו, בעל החנות החדשה בחצר יכול לטעון לשכנו בעל החנות הותיקה שהוא עושה בתוך שלו, כלומר פעילותו היא בתחומו האישי (שבמרחב המשותף) בלבד ואין לזולת זכות לעכב על ידו.

5.3.2. תפיסת הבעלות בשטח המשותף לאור הפרשנות הצרה

אחד ההבדלים הבולטים בין הפרשנויות השונות, נוסף להבדל המעשי בשאלת גבולות הפעילות, הוא תפיסת הבעלות בשטח המשותף. על-פי הפרשנות הרחבה, תפיסת הקניין האישי של רבי יוסי היא טוטאלית. כל פרט נחשב בעלים מובהק בשטחו האישי והמשותף. מכוח בעלות זו זכאי הוא לפעול בו כרצונו. על-פי הפרשנות הצרה לא הכרחי לטעון שכל יחיד נחשב בעלים בשטח המשותף כולו וניתן להציע אפשרויות שונות. האחרונים דנים באופי הבעלות של שותפים בנכס ומציעים

⁵⁷. 'מרחיקין את הריחיים מן הכותל, לפי שהשאון מדברים המזיקים לבנין' (פיהמ"ש לרמב"ם שם).

כמה מודלים: בעלות אחת כוללת של השותפים על הנכס כולו,⁵⁸ בעלות על חלק מהנכס של כל שותף,⁵⁹ שותפות בכל חלק וחלק מהנכס⁶⁰ ועוד.⁶¹ דיון דומה מתקיים במחקר המשפטי הכללי.⁶²

יש לראות בכל יחיד בעלים פוטנציאלי בשטח המשותף. זכות השימוש בשטח זה מותנית בקיומו של הזולת ובשימוש שלו בו. משמימש יחיד את בעלותו בשטח נחשב הוא לבעלים במרחב הנדרש לקיום הפעילות וזכאי הוא להגנה מליאה לבל יטרד!

5.3.3. סיכום הפרשנות הצרה

על פי העמדה הצרה, יש להבין את דברי רבי יוסי רק לאור התבטאויותיו המפורשות. דברי רבי יוסי שנשמרו בספרות התנאית כוללים שלוש דוגמאות בלבד: חרדל ודבורים, אילן ובור ופתיחת חנות. באלו בלבד מתיר רבי יוסי לשכן לפעול בחופשיות ללא צורך בהרחקה. משכך הם פני הדברים יש לתת פרשנות צרה לעמדה הקניינית. פרשנות זו אינה מאפשרת ניצול מוחלט של הקניין האישי בבית או בחצר ודורשת פעילות תחומה המתחשבת בפעילותו הנוכחת של הזולת.

העתקתו של הטיעון הקנייני לחצר המשותפת מחד והגבלתו לפעילות תחומה מאידך, יוצרת עמימות מושגית ביחס לטיעון הקנייני. שכן לא ברור האם המרחב המשותף נושא אופי של קניין אישי או לא. יחד עם זאת נראה שיש בעמדתו זו היגיון פרקטי. החיים הדינמיים מחייבים את חופש הפעולה של כל פרט לבחור את סוג הפעילות והמיקום שלה. יחד עם החופש נדרשת רגישות והתחשבות בשכן שבוחר גם הוא את בחירותיו המעשיות בשטח האישי והמשותף.

⁵⁸ ר' חיים סולובייצ'יק, **חידושי ר' חיים על הרמב"ם**, הלכות בכורות ו, י; רמ"א עמיאל, **מדות לחקר ההלכה**, י-ם תשס"ג, ח"ג מדה כב סעיף צו.

⁵⁹ ר"א וסרמן, **קובץ שיעורים**, בבא בתרא תד; הנ"ל, ביצה לט; **חידושי הגר"ט**, בבא בתרא קצב.

⁶⁰ ר"י קנייבסקי, **קהילות יעקב**, גיטין ל.

⁶¹ פירוט האפשרויות השונות מופיעה **בקובץ יסודות וחקירות**, א' קשת (עורך), נתניה תשס"ז, ערך שותפות.

⁶² י' ויסמן, **דיני קניין**, בעלות ושיתוף, ירושלים תשנ"ז, עמוד 127.

6. סיכום

עמדתו של רבי יוסי היא עמדת קצה במערכת היחסים ההלכתית והערכית בין יחיד וקהילה במרחב משותף. על-פי ההבנה הרחבה בדבריו, מגן רבי יוסי בהגנה רחבת היקף בזמן ובמקום על זכותו הקניינית של הפרט. זכות זו קיימת לו ביחס לפעילותו בביתו האישי בשדהו הגובל לשכנו וגם בחצר המשותפת. הזכות הקניינית מעניקה חירות פעולה לבצע את שגרת החיים בכל המקומות האמורים חרף העובדה שהשכן או השותף עלולים להיפגע מכך. במסגרת דבריו עלתה תפיסה מעניינת ביחס למרחב המשותף. לדעת רבי יוסי, המרחב המשותף נחשב לקניינו של הפרט כמו ביתו ממש ויש להעניק לו את חירות הפעולה בהתאם. לעמדה זו ביטויים מעשיים, כפי שראינו. בקרב האמוראים והראשונים ישנן עמדות המצדדות בפרשנות צרה של עמדת רבי יוסי. על-פי עמדה זו קיימת אמנם לכל פרט זכות קניינית ברת מימוש במרחב המשותף, אלא שהיא מוגבלת בהגבלות שפורטו ומן הנימוקים שצורפו.

רבן שמעון בן גמליאל – כוחה של קהילה

1. עמדת רשב"ג – המקורות המרכזיים

דעה הפוכה מזו של רבי יוסי היא דעתו של רשב"ג. דעה זו מופיעה בשני מקורות.

1.1 תוספתא בבא מציעא

כופין בני מבוי זה את זה שלא להושיב ביניהן לא חייט ולא בורסי ולא אחד מכל בעלי אומניות לשכנו אין יכולין לכופו רבן שמעון בן גמליאל או אף לשכנו יכולין לכופו⁶³

המקרה הנידון דומה לנסיבות המקרה הראשון הנדון בדברי רבי יוסי על-פי התוספתא בסוף פרק שני של ב"ב (ב, טו): שכן המעוניין להיות בעל אומנות או לפתוח חנות בחצר. ההלכות בשני מקרים אלו (תוספתא בבא בתרא ב, טו והתוספתא המובאת כאן) הפוכות ומייצגות עמדות תנאיות מנוגדות. רבי יוסי טען לעיל, שכל שכן יכול לפתוח ואף לבנות חנות לצד חנותו של חברו בשם הטענה הקניינית: "אני עושה בתוך שלי". לעומתו, על-פי דעתו של רבן שמעון בן גמליאל, יש לבני המבוי סמכות לקבוע מי יהיו הדיירים במבוי, וכן מה יהיה היקף הפעילות של בני המבוי במרחב המשותף. בסמכותם גם לקבוע האם כל אחד מהשכנים או מבני המבוי יהיה רשאי לשלוח יד במשלח-יד או באומנות מסוימת (וקל וחומר לבנות חנות או מרחץ). סמכות זו תקפה הן באשר למצטרפים חדשים המעוניינים לבוא ולגור במקום ולעסוק במשלח ידם, והן ביחס לשכנים קיימים! זכות ניהול ענייני המקום היא של הכלל בלבד.⁶⁴ חשוב להדגיש שסמכות זו אינה מוגבלת לאופי פעילות מסוים וקיימת ביחס לכל אומנות: "או אחד מכל בעלי אומנויות". זכות הסירוב

⁶³ . תוספתא בבא מציעא יא, טז, מהדורת ליברמן עמוד 124.

⁶⁴ . כיום מקובלת הבחנה בין שני מישורי דיון, האחד צבורי והאחר פרטי. בראשיתו של תהליך נדרש מבעל עסק לקבל רישיון לפתיחת עסק מטעם השלטון, ולאחר מכן נדרשת הסכמה מצד השכנים. הלכת התוספתא, המעניקה סמכות לבני המבוי בלבד לעכב, עוסקת לפי הנראה במישור השני בלבד ואינה עוסקת ברובד הציבורי של רישיון העוסק, השוקל שיקולים נוספים ביחס להקשר המקומי.

וסמכות ההדרה מוחלטת ואינה דורשת כל הצדקה עניינית.⁶⁵ נתון זה ראוי להדגשה לאור דעתם של חכמים, כפי שתוצג בהמשך.

כמו כן יושם לב לכך, שההלכה עוסקת בזכותם ובסמכותם של בני המבוי. ואולם, כפי שכבר צויין בריש דבריו של רבי יוסי, זכות המחאה של בני המבוי ובני החצר שווה, ויש לראות את היחידות הללו כישות אחת ביחס לדינים אלו. כך פסקה התוספתא לעיל:

כשם שבני חצר יכולין למחוי' זה ע"י זה בחצר של שותפין כך בני מבוי יכולין למחות זה את זה במבוי השותפין.⁶⁶

נחזור לעיקר הלכתו של רשב"ג. עמדה זו, ללא ציון שמו של רשב"ג, מופיעה בשלוש ברייתות בבבלי:

1. מיתבי: אחד מבני חצר שביקש לעשות רופא, אומן, וגרדי, ומלמד תינוקות - בני חצר מעכבין עליו...

2. ת"ש: שנים שיושבין בחצר, וביקש אחד מהן לעשות רופא, ואומן, וגרדי, ומלמד תינוקות - חבירו מעכב עליו...

3. ת"ש: מי שיש לו בית בחצר השותפין - ה"ז לא ישכירנו לא לרופא, ולא לאומן, ולא לגרדי, ולא לסופר יהודי, ולא לסופר ארמאי...⁶⁷

המכנה המשותף של כל הברייתות הללו הוא העובדה שמדובר בהן בסמכות של בני החצר המופעלת כלפי שכניהם הנוכחיים בתוכה. סמכות זו, כאמור, חלה במקרה שאחד מן השכנים רוצה להפוך להיות אומן מסוג זה או אחר, או במקרה שהוא מעוניין להשכיר את ביתו לאומן זר שיעסוק באומנותו בחצר המשותפת. בני החצר הם בעלי סמכות המלווה באמצעי אכיפה לאשר או למנוע מאחד השכנים לעשות זאת.

⁶⁵ על זכות ההדרה מקניין של קהילה, וכנגדה זכות הכניסה לקניין, והנימוקים השונים לביסוס הזכויות, עיין במאמרו של ח' דגן, 'זכות הכניסה', **מחקרי משפט** כד (התשס"ח), עמודים 59-80.

⁶⁶ **תוספתא** בבא בתרא ב, טו, מהדורת ליברמן עמוד 136.

⁶⁷ בבלי בבא בתרא, כא, א.

הבבלי (כא עמוד ב) עימת באופן ישיר שתי ברייתות שהוזכרו לעיל, וראה בהן שתי עמדות תנאיות מנוגדות. עמדה אחת היא העמדה הסוברת, ש'עושה אדם חנות בצד חנותו של חברו...'. עמדה זו מקבילה להלכת התוספתא (ב"ב ב, טו) בריש הדיון בדברי רבי יוסי, וזוהתה על ידינו לעיל כדעתו. העמדה האחרת היא עמדתו של רשב"ג בפסיקתו 'כופין בני מבוי שלא להושיב ביניהם... רשב"ג אומר לשכנו כופהו', המקבילה להלכת התוספתא (ב"מ יא, טז) שהזכרה עתה בריש דברי רשב"ג. בכך נראה שהמתווה הכללי של הצגת הדעות השונות המובאות לעיל וההבחנה החריפה בין רבי יוסי ורשב"ג, מתאימים לדברי הבבלי.

שוב אדגיש, כפי שכבר צוין לעיל, שהבבלי מעמת בין שתי דעות העוסקות לכאורה במרחבים שונים. רשב"ג עוסק בבני מבוי ואילו רבי יוסי עוסק בעימות בין שכנים בחצר – בצד חנותו של חברו. מהלך זה של הבבלי מקיים את הטענה שמבחינת מסגרת הדיון של זכויות העיכוב מחד, או הקניין האישי מאידך, יש לראות את בני החצר או המבוי כיחידה אחת וסמכותם שווה.

לרצף המקורות הללו נוסיף עוד הלכה אחת ובכך נוכל לעמוד על עמדתו של רשב"ג ביתר בהירות.

1.2 תוספתא בבא בתרא

1. לא יטיל אדם מימי רגלים בתוך כותל של חבירו אלא אם כן הרחיק מלבנים שלשה טפחים ומאבנים טפח ובצונן הרי זה מותר
2. באמת ביין התירו ולא רפת בקר ואע"פ שממעטו אינו אלא כמשביחו אם קדמו חנות ורפת את האוצר
3. אין יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן לא מקול הפטיש ולא מקול הרחים ולא מפני ריח רע ולא מקול התינוקות
4. לשכנו אין יכולין לכופו [רבן שמעון בן גמליאל אומר לשכנו יכולין לכופו]
5. יש לו חנות ברשות הרבים ומבקש לפתחה לחצר השותפין יכולין לעכב על ידיו מפני שמרבה עליהן את הדרך יש לו בית בחצר השותפין ומבקש לחלקו ולהקרות בו את התינוקות יכולין לעכב על ידיו מפני שמרבה עליהן את הדרך [יש לו גג ברשות הרבים ומבקש לבנות על גביו עלייה לפותחה לחצר השותפין]

יכולין לעכב על ידיו מפני שמרבה עליהן את הדרך] כיצד הוא עושה [עושה לו]

לול ופותרה לתוך ביתו.⁶⁸

תוספתא זו מרכזית וחשובה, ועוד ניזקק לה בפרקים הבאים. למען הנוחות חילקתי את דברי התוספתא לחמש הלכות שונות. נעסוק בהלכות 3-4. הנושא הנידון הוא זכות המחאה של שכן כנגד שכנו שעוסק בתעשייה זעירה (פטיש וריחיים). מלשון התוספתא עצמה לא ברור היכן נמצא אותו מכה בפטיש, אולם מן ההקשר של הדברים בהלכות הקודמות, העוסקות בבעל אוצר המוחה כנגד בעל הרפת, וכן מן ההלכות לקמן העוסקות בחנות ברשות הרבים הנפתחת לחצר המשותפת, נראה שמדובר באומן שמכה בחנותו, ומפריע לשכנו המצוי בביתו. להלכה זו מקבילה במשנה והיא נידונה לעיל בדברי חכמים. עתה אדגיש שהמשנה הוסיפה משפט פתיחה להלכות אלו הממקם את הדיון במרחב החצרי המשותף: 'חנות שבחצר ... אינו יכול למחות בידו ולומר איני יכול לישן לא מקול הפטיש וכו'.

התוספתא עוסקת במקרה של חנות ממנה בוקע רעש של הכאת פטיש וריחיים, וכן קולות של תינוקות. לדעת ת"ק, אם המרעיש הוא שכן, שכבר גר במקום, לא קיימת זכות מחאה בגין הרעש. במילים אחרות: זכות נתונה לשכן לפעול בחנותו, אף אם הדבר גורם לרעש. לדעת רשב"ג: "לשכנו יכולין לכופו". לשונו זו, הזהה לדבריו לעיל (תוספתא ב"מ י"א, טז), מחדדת את עמדתו של רשב"ג. לעיל צוינה זכות הסירוב הקיימת לבני מבוי למנוע משכן להפוך להיות אומן, ואילו במקרה זה מדובר בשכנים, שאחד מהם כבר עוסק במלאכתו ומכה בפטיש וטוחן בריחים. לדעת רשב"ג גם במקרה זה, בו מדובר ששכן כבר עוסק במלאכתו, ישנה סמכות לבני החצר לכופו.

1.3. למקורותיה של התוספתא

נדייק בלשונה של התוספתא. בתחילת דבריה פתחה בלשון יחיד: "אין יכול למחות בידו ולומר לו..." ובסופה של ההלכה הופכת לשון היחיד ללשון רבים, "יכולין". נוסף לכך, המחאה הופכת להיות זכות כפייה – "כופין".⁶⁹ לענ"ד נראה שישנה כאו העתקה של מחלוקת רשב"ג וחכמים מן התוספתא בבא מציעא (יא, טז) שהוזכרה בפתח הדברים, אל ההלכה שלפנינו. ללא העתקה זו, הייתה מופיעה בהלכה שלפנינו רק העמדה המקנה לשכן קיים את מלוא הזכות לפעול בביתו

⁶⁸ תוספתא בבא בתרא א, ד, מהדורת ליברמן עמוד 130.

⁶⁹ דעת רשב"ג אינה מופיעה בכ"י וינה, אך מופיעה בכ"ע וכן בדפוס. דברי לקמן נכונים גם ביחס לכ"ע, שכן דעת חכמים אינה במקומה ונראה שהועברה מב"מ.

כרצונו, ולהטריד בעבודתו את זולתו. עורך התוספתא ביקש להראות שהלכה זו נתונה במחלוקת תנאים ורצה לפרוס את היריעה התנאית כולה, ולכן העביר לכאן את עמדתו של רשב"ג. העורך צרף לדעת רשב"ג, המיובאת מהתוספתא ב"מ יא, טז את דעת חכמים שם: "לשכנו אין יכולין לכופו" (הלכה 4); זאת אף שזו כבר נאמרה בריש ההלכה כאן: "אין יכול למחות בידו".⁷⁰

עתה נפרסה בפנינו דעתו של רשב"ג במלואה. זכות הסירוב הקיימת לבני החצר אינה רק לפני מעשה, בטרם עבר שכן לגור, או בזמן ההערכות של שכן קיים להפוך להיות בעל אומנות זה או אחר. זכות הסירוב והאכיפה תקפה גם ביחס לשכן קיים שכבר החל בפעילותו, ועתה מפריע הדבר לבני החצר. בכל מקרה שכזה יכולים בני החצר לכופו שלא לעשות כן. כמו כן, עולה מדבריו שזכות זו קיימת לבני המבוי, החולשים על כמה חצרות, או לבני החצר. בדברי רשב"ג לא נראה שקיימת הבחנה ביניהם.

2. רשב"ג – העמדה הקהילתית

מה הוא מרחב הסמכויות של בני החצר על פי דעתו של רשב"ג? מהי התשתית הערכית העומדת בבסיס עמדה זו?

רשב"ג קובע שהמרחב המשותף של החצר או המבוי שייך לכלל – (קהילת) בני החצר. בני החצר הם הריבון והגוף המוסמך לקבוע מהי ייעשה במרחב המשותף. הפרטים המצויים בו עושים שימוש במתקני הכלל, והם בעלי זכות החזקה ואף זכות המכירה, אך אינם הריבון הניהולי. לפרטים אין זכות החלטה באשר לאופי הפעילות במרחב המשותף. ראוי להדגיש שסמכות זו לא נוגעת למרחב זה בלבד, אלא נוגעת וחלה גם ביחס לנעשה בביתו של כל אחד ואחד מן השכנים.⁷¹ הנחת היסוד של עמדה זו הפוכה לגמרי מזו הקיימת בדעתו של רבי יוסי. על פיה, המרחב המשותף אינו שייך לכל אחד מהשכנים, 'אני עושה בתוך שלי', אלא לכלל. יתר על כן, גם המרחב הפרטי והאישי של כל אחד מהשכנים, קרי ביתו שלו, מושפע מאוד מעצם קיומו במרחב השייך לכלל. אשר על כן, מנוע הפרט לממש את חירותו גם בביתו.

⁷⁰ עיין בהערה הקודמת.

⁷¹ בפרק העוסק בדעת חכמים יפורטו הזכויות השונות העומדות לקהילת בני החצר.

חכמים – בין היחיד והקהילה

1. הקדמה – היחיד והקהילה במרחב המשותף

עמדת חכמים מכילה בתוכה מתח פנימי בין זכויות היחיד וזכויות הקהילה. חכמים יוצרים באמצעות מערך של זכויות וחובות את 'הקהילה הקניינית', או בקיצור: 'הקהילה'.⁷² קהילה זו היא ה'אחר' הקיים לצידו של היחיד בנסיבות של מגורים בשכנות או בשותפות. אחר זה הוא כל מה שאינו 'אני' ושיש להתחשב בו ובצרכיו השונים. אחר זה יכול לבוא בדמותו של שכן בודד ששדהו גובל בשדה היחיד, בדמותה של משפחה שיש לה בית שכן וחולקת עם היחיד חצר משותפת, ואף בדמותם של פרטים רבים המאכלסים את המבוי. המכנה המשותף של כל אלו הוא העובדה שיש לכל הצדדים זכויות קנייניות במרחב הנדון. אלו מרכיבי הקהילה ועליהם יצאו חכמים להגן. כפי שכבר נרמז בדברי, מערכת היחסים הקניינית של היחיד לעומת האחרים מגוונת למדי ויכולה להתקיים בנסיבות של שדות גובלים, בתים שכנים או חצר משותפת. כל אימת שקיימים שניים, נוצרת קהילה המקימה מערך של זכויות וחובות. חובותיו של היחיד, שנועדו לשם הגנה על קיומה של הקהילה, חלים ביחס לפעילות בביתו או בשדהו הגובל בשכנו, וכן בפעילות בחצר המשותפת.

באופן כללי ניתן לומר שחכמים לא מכירים בקיומה של זכות קניינית של הפרט. במרחב המשותף כמעט ולא קיימת לפרט טענת שימוש המבוססת על זכות הקניין אישי. הזכויות הבודדות

⁷² ספרו המקיף של ז' ספראי (הקהילה היהודית בארץ ישראל בימי המשנה והתלמוד, י-ם תשנ"ה) משרטט את מגוון התפקידים הקהילתיים, הצרכים וכדו', של הקהילה היהודית בתקופה זו. ואולם, דבריו מתמקדים בעיקר בהיבט העירוני ואינם עוסקים בקהילה הקניינית, היא קהילת בני החצר והמבוי. עיון במפתח העניינים בספר זה תחת הערכים: **חצר**, **בני החצר ובני המבוי**, מגלה עד כמה מצומצמת ההתייחסות לקהילה זו. כן הוא גם ביחס למאמרו של ח"ה בן ששון, 'מקומה של הקהילה – העיר בתולדות ישראל' בתוך: **העיר והקהילה**, קובץ הרצאות שהושמעו בכנס השנים עשר לעיון בהיסטוריה, ירושלים תשכ"ח, עמודים 161-179. בן ששון גם הוא עסק במקומה של הקהילה היהודית בעיר הרומית ואינו מתייחס לקהילה הקניינית. עד כמה שידי השיגה לא מצאתי התייחסות מפורטת למכלול מאפייניה של קהילת בני החצר ובני המבוי. לקהילה זו השלכות הלכתיות נוספות המשלבות שיקולים חברתיים ולאומיים כגון: דיני עירובין ושבט. בעבודה זו התמקדתי בהיבט הקנייני והנזיקי. בנספח לפרק ב (עמודים 121 – 120) עסקתי בביסוס הסמכות המשפטית של בני המבוי והחצר עפ"י הצעות חוקרי המשפטי העברי. על התפתחות 'קהילות קנייניות' (עירוניות) במדינת ישראל, והשיקולים המנהליים, המשפטיים ואחרים הקיימים בנדון, עיין במאמרו של א' להבי, 'קהילות מגורים חדשות בישראל – בין הפרטה להפרדה' **דין ודברים**, כרך ב חוברת 1 (תשס"ו), עמודים 63-140. וכן במאמרו 'How property can maintain or destroy community', **Theoretical inquires in Law community and property**, 10,1 2009 The Cegla center for interdisciplinary research of the law The Buchman faculty of Law, pp 43-77 סקירה הלכתית והגותית של יחסי היחיד והקהילה מצויה במאמריהם של ז' פלק, יחיד וציבור, **ערכי משפט ויהדות**, י-ם תש"ם עמודים 117-144. Lenn E. Goodman, 'The idividual and the community in the normative traditions of judaism' **Autonomy and Judaism the individual and the community in jewish philosophical thought**, Daniel H.Frank (ed.) state university of New York press, pp 69-119.

הקיימות ונובעות מן הזיקה הקניינית שיש ליחיד אינן מנוסחות בניסוח של ריבונות בקניין ואינן מטילות את מלוא היקף שרירות הבעלים בקניינו כפי שמופיע בדברי רבי יוסי לעיל.

עם זאת, ולצד ההגנה המוחלטת על קיומה של הקהילה ומימוש זכויותיה במרחב הקהילתי, ישנם מקומות בהן נשמרת 'זהותו' של היחיד ובהם הוא מוצא מפלט ומגן. קיומם של אלו, יש לציין מבדיל את עמדת חכמים מעמדתו של רשב"ג שהוצגה לעיל. בהלכות שכנים שבספרות התנאית ישנו מספר מוגבל של מקרים בהם מוקנית ליחיד חירות פעולה בלתי ניתנת לעיכוב. ואולם, בשל אופייה הקזואיסטי של ספרות חז"ל ההלכתית, קיים קושי לקבוע נחרצות מה הוא קו הגבול המדויק בין חובותיו של היחיד בנסיבות של חיים משותפים ובין זכויותיו. ניתן לומר בזהירות שישנם כמה מאפיינים לקובץ הלכות זה, המצביעים על קיומם של שיקולים מנחים במתן זכות ליחיד במרחב המשותף: נחיצותה של הפעילות – פרנסה; היעדר קיומה של אלטרנטיבה – תעשייה לעומת מסחר/שוק; חוסר יכולת מעשית למנוע את המטרד – הזזת תנור מחמם לעומת קול הפטיש והריחיים. לאלו אתייחס בפירוט בסופו של פרק זה.

חרף כל אלו ולאחר מתן הזכות ליחיד, קיים תחום ברור ומוחלט שאינו ניתן לפריצה: הפגיעה במרקם חברתי. קו הגבול האדום הגובר על חירות הפעולה של היחיד, הוא פגיעה במרקם החיים והאופי האינטימי של הקהילה.

2. הקהילה הקניינית - הגדרה

פרק יא בתוספתא בבא מציעא מרכז את ראשיתן של הלכות הציבור של חז"ל.⁷³ בפרק זה ישנו פירוט של סמכויות המוקנות לקבוצות שונות⁷⁴ המאוגדות על בסיס כלכלי, עירוני או אחר. כך למשל מוצאים אנו את סמכותם של צבעים לקבוע שכל מי שיבוא לעיר ויעסוק בעיסוק זהה, יתחלקו כולם ברווחיו,⁷⁵ וכן את זכויות בני העיר להטיל מיסים ועוד.

במהלך פרק זה מופיעה גם הקבוצה בה אנו עוסקים, היא קהילת בני המבוי/חצר. קבוצה זו מתלכדת על בסיס טריטוריאלי וקנייני, קרי המגורים המשותפים והשכניים סביב חצר או מבוי שבבעלותם. זאת, בשונה מאיגוד מקצועי שהמשותף לו הוא העיסוק במקצוע, ואינם בעלים על השטח המאגד אותם, או בני עיר החולקים טריטוריה משותפת אך אינם בעלים עליה.

ישנו הבדל משמעותי מבחינת מידת הקרבה האישית ומערכת היחסים החברתית שבין בני המבוי לעומת היחסים שבין בני החצר. ואולם, ניתן לומר שהשונות אינה מהותית, אלא כמותית בלבד. בני המבוי ובני החצר כאחד נמצאים על רצף של קירבה בין שכנים במרחב משותף שבבעלותם ויש להתייחס אליהם כקהילה בעלת מאפיינים זהים. הן החצר והן המבוי יוצרים ומשמשים כמרחב המשותף של הקבוצה האינטימית המתגוררת סביבם, ובמרחב זה מתקיימת כל הפעילות היומיומית של עבודה ובילוי.⁷⁶ כמו כן, ישנה זהות במערכת הזכויות והחובות, ובאיזון שבין היחיד והקהילה בחצר ובמבוי. התוספתא העוסקת באחת מן הזכויות המרכזיות של בני המקום, שתידון לקמן, יוצרת השוואה מפורשת בין המרחבים השונים, המבוי והחצר :

⁷³ נעם זהר (בסוד היצירה של ספרות חז"ל, ירושלים תשס"ז, עמודים 33-55) רואה בפרק זה את ריכוז ההלכות העוסקות במסגרות הפוליטיות השונות. לדעתו, מבנה הפרק נושא אופי עצמאי ואינו סמוך על רצף הפרק במשנה. סדר הצגת הדברים נע מן המסגרת הקטנה – החצר – ועד למסגרות הגדולות – העיר ושכנותיה. התפיסה הפוליטית המשתקפת מפרק זה שונה מן הפרק המקביל לו במשנה, שאינו מכיר ואף נמנע מלכנות את המסגרת הפוליטית הרלוונטית בחצר.

⁷⁴ יחיאל קפלן ('תועלת הצבור', דיני ישראל יז (1992), עמודים כז-צג), בהסתמך על שנים מפוסקי אשכנז, מוצא בהלכות שבתוספתא את ראשיתה של ההבחנה המשפטית הממוסדת בין משפט ציבורי ופרטי. מיסודותיו של משפט זה שהחלטות המתקבלות בו אינן בהסכמה, אלא בכפיה ומכאן הביטויים המשפטיים בתוספתא – 'רשאין...כופין' וכו'.

⁷⁵ 'ורשאין הצמרין והצבעין לומר כל מקח שיבוא לעיר נהא כולנו שותפין בו' (תוספתא בבא מציעא יא, כד, מהדורת ליברמן, עמוד 126).

⁷⁶ אודות הריאליה, התרבות והתעשייה בחצר עיין בחיבוריהם של: ש' קרויס, קדמוניות התלמוד, כרך ראשון חלק שני, ברלין-וינה, תרפ"ד, החצר ובתי האוצר שבה; א' ברוך, בית המגורים בארץ ישראל בתקופה הרומית: תרבות חומרית ומבנה חברתי, עבודת דוקטור, בר-אילן תשס"ח, עמודים 190-235.

כשם שבני חצר יכולין למחוי' זה ע"י זה בחצר של שותפין כך בני מבוי יכולין
למחות זה את זה במבוי השותפין.⁷⁷

אנו מוצאים מקורות תנאיים נוספים בתלמוד הבבלי ברוח זו, המעניקים סמכות עיכוב
זהה לבני החצר ולבני המבוי :

בבני המבוי: 'כופין בני מבואות זה את זה שלא להושיב ביניהן לא חייט ולא בורסקי ...'
(כא עמוד ב), ולעומתו, בברייתא העוסקת בבני חצר: 'אחד מבני חצר שביקש לעשות
רופא אומן וגרדי ומלמד תינוקות בני החצר מעכבין עליו' (כא עמוד א).
במקורות שיובאו לקמן תידונה קהילות בני החצר ובני המבוי - ללא הבחנה.⁷⁸

3. זכויות הקהילה

בפרקים הבאים אעסוק בזכויות הקהילה. קיומה של זכות משפטית מחייבת/מניחה את קיומה
של החובה לאפשרה בידי גורם אחר. בהקשר בו אנו דנים, זכויות הקהילה מייצרות מגוון של
חובות לחבריה. מקבץ הזכויות שידון ראשון, עוסק בחובות 'עשה' של חברי הקהילה לממן את
צרכי הקהילה. המקבץ השני מחייב את חברי הקהילה לשמור על אופיו של המרחב. בסופו של
הדיון אודות זכויות הקהילה אעסוק בחובות ההרחקה המוטלות על חברי הקהילה ביחסיהם
ליחידים ולא לקולקטיב. יש להדגיש שהמשענת המשפטית המשותפת לכלל זכויות אלו היא
המשענת הקניינית. זכויות אלו מוסברות, כך יובהר לקמן, לאור קיומה של הזכות הקניינית
והריבונות של הקהילה במרחב המשותף.

גורם נוסף הזוכה להגנה משפטית במרחב המשותף לצידה של הקהילה, הוא היחיד. לקראת סיום
(תת-פרק 5) אעסוק בזכויותיו של היחיד. כאמור בריש הפרק, זכויות אלו הן בודדות.

⁷⁷. **תוספתא** בבא בתרא ב, טו, מהדורת ליברמן, עמוד 136. מקבילה להלכה זו, המכירה בסמכות בני חצר
אחת לעכב את פעולתם של בני חצר אחרת שבאותו מבוי, מצויה בסוגיה מקבילה בתלמוד הבבלי יא, ב: 'אחד
מבני מבוי שביקש להחזיר פתחו למבוי אחר מבני מבוי מעכבין עליו...'
⁷⁸. בקרב הראשונים ישנן הבחנות בין סמכות העיכוב בין בני החצר לעומת בני המבוי (=בן חצר אחת המעכב בן
חצר אחרת שבאותו מבוי). בין השאר קיים דיון ביחס לשאלת אפשרות העיכוב במבוי מנימוק של ריבוי הדרך
שידון לקמן בתת-פרק 3.3. (לעומת 'פסקת לחיות' או קול). ואולם, גם הסוברים שאין טענת ריבוי הדרך במבוי
טוענים שישנן נסיבות בהן קיימת טענה זו. עיין **בחידישי הרשב"א והרמב"ן** כ עמוד ב ד"ה 'אמר אביו', ובסוגיה
ביא, ב, ד"ה 'הא דבעא'; **שו"ת הרשב"א** ח"ג סימן קעד.

3.1. חובות 'עשה'

כמו כל גוף חי הצורך אנרגיה גם לקהילה יש צרכים הדורשים את סיפוקם. הפרק בתוספתא הנ"ל מפרט חלק מן הסמכויות שיש לבני החצר לדרוש מן היחידים להשתתף במימון הצרכים הללו. נפרט כמה מהן:

'כופין בני חצר זה את זה לעשות לחי וקורה למבוי ..' (שם, יא, יח); כופין בני חצר זה את זה לעשות לחצר גב⁷⁹ גבוה עשרה טפחים (שם, כב), וכן 'כופין בני העיר זה את זה לבנות להן בית הכנסת ולקנות להן ספר תורה' (שם, כג).

רשימה חלקית זו מלמדת שסמכויות בני החצר או העיר מגוונות ונוגעות בצרכים שונים של בני המקום.

המשותף לכלל הסמכויות המנויות לעיל היא העובדה שהן עוסקות בעצם קיומו של הכלל. ספר התורה או הלחי המתיר את הטלטול בשבת במרחב המשותף, נדרשים לצורך קיומם של הרבים – בני הקהילה. החובה הכספית המוטלת על היחיד להשתתף במימון אלו אינה מופנית ליחיד/אחר ואינה מגנה על פרט בודד, אלא מהווה אמצעי קיום לכלל כולו. זוהי כאמור סמכות הקהילה לדרוש חובות עשה מפרטיה.

3.2. שמירה על האופי המקומי

לצד הסמכות להטיל חובות מימון על בני המקום לצורכי קיום הקולקטיב, הקהילה מחזיקה בסמכות רחבה שנועדה לשמור על הזהות המיוחדת שנקמה במקום ולהגן על האווירה האינטימית מפני הפרתה. סמכות זו בעלת פנים כפולות: סמכות הדרת זרים, וסמכות עיכוב כלפי 'מקומיים'.

3.2.1. זכות הדרה

זכות ההדרה היא אחד ממאפייניה הבולטים של זכות הקניין. ההיגיון שבבסיסה הוא שפתיחה בלתי מוגבלת של שערי הקניין, בנידון זה החצר, ומתן אפשרות מגורים לכל הרוצה בכך, מהווה איום קיומי וסכנת שינוי אופיו המיוחד של המקום. במטרה לשמור על הצביון והמרקם האנושי המיוחד שנוצר במקום זכאית הקהילה להגן על עצמה מפני כניסתם של זרים.⁸⁰ משכך, קובעת

⁷⁹ כך בכת"י וינה ובדפוס. בכ"ע נכתב גג. לדעת ליברמן (תוספ"כ שם עמוד 319) יש לקיים את הנוסח שבפנים והוא מלשון מקרא ולשון חכמים=גובה כך או כך, הכוונה לאמצעי בטחון ובטיחות בדוגמת גדר.
⁸⁰ על זכות ההדרה מן הקניין ולעומתה זכות הכניסה לקניין, לאור הערכים הבסיסיים של זכות הקניין עיין במאמרו של ח' דגן, 'זכות הכניסה', מחקרי משפט כד (התשס"ח), עמודים 59-80 וההפניות לספרו קנין - על פרשת דרכים.

התוספתא שהקהילה רשאית להדיר זרים מלבוא ולגור במקומה. כפי שנראה במקורות הבאים, סמכותם של בני המקום אינה מוגבלת בשיקול דעת זה או אחר ואינה מותנית. רשאים בני המבוי למנוע מכל זר לבוא ולגור במקום. הנסיבות המיוחדות העולות מן ההלכה המובאת בתוספתא מלמדות שהחשש היה בעיקר מכניסתם של בעלי אומנויות מסוג מסויים העלולים לשנות את האופי המיוחד של המקום ולגרום לרעש או מטרד. בשלב זה נתמקד בדעתם של חכמים בלבד (הדיון בעמדת רשב"ג נדון בפרק הקודם):

כופין בני מבוי זה את זה שלא להושיב ביניהן לא חייט ולא בורסי ולא אחד מכל בעלי אומנויות לשכנו אין יכולין לכופו רבן שמעון בן גמליאל או אף לשכנו יכולין לכופו.⁸¹

אין יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן לא מקול הפטיש ולא מקול הרחים ולא מפני ריח רע ולא מקול התינוקות לשכנו אין יכולין לכופו [רבן שמעון בן גמליאל אומר לשכנו יכולין לכופו].⁸²

ההלכה הראשונה המובאת כאן נוקטת בלשון גורפת ורחבה: 'ולא אחד מכל בעלי אומנויות..', לאמור, לא קיימת הגבלה מסוג מסויים למניעת הכניסה של האחר, ודי בעובדה שהוא בעל אומנות.⁸³ מובן הוא שישנו גם חשש כלכלי העומד ברקע הדיון. כניסתו של בעל מלאכה מסוג מסויים עלולה לפגוע במטה לחמו של אומן 'מקומי' שכבר עוסק באומנות זו.⁸⁴

⁸¹ . תוספתא בבא מציעא יא, טז, מהדורת ליברמן עמוד 124.

⁸² . תוספתא בבא בתרא א, ד, מהדורת ליברמן עמוד 130. הסוגריים המרובעים מצויים במהדורת ליברמן שם.

⁸³ . יד רמה, מסכת בבא בתרא, א עמוד ב, סעיף סח, ד"ה 'מיתבי': 'מי מצית אמרת להאי כופין דקתני משום פסוקי חיותא הוא? אם כן היכי פסיק ותני 'ולא אחד מבעלי אומנויות' הוה ליה למיתני 'בעלי אומנויות של אחד מבני המבוי', אלא מדפסיק ותני 'ולא אחד מבעלי אומנויות' **סתמא שמע מינה דטעמא משום רבוי הדרך**. התוספתא לא מנמקת את הלכתה. הלכה זו מופיעה בגמרא בדף כא עמוד ב, בהקשר לדברי רב הונא שמתיר לבעל ריחיים במבוי למנוע מחברו להעמיד אף הוא ריחיים בנימוק של פגיעה בפרנסתו – 'פסקת לחיות'. רש"י שיובא בסמוך מנמק את הלכת התוספתא בנימוק זה, ולכך השלכות מעשיות. זכות ההתנגדות עפ"י דברי רש"י קיימת רק בנסיבות של סכנה לפגיעה בפרנסתו של אחד מבני המבוי או החצר שעוסק במשלח יד זה. לדעת הרמ"ה לא ניתן לנמק את הלכת התוספתא בנימוק של פגיעה בפרנסה, שכן לשונה מורה על סמכות בלתי מסויגת של בני המבוי למנוע מזר לקבוע את מקומו במקום, אף ללא החשש המייד של פגיעה בפרנסת אחד השכנים. הנימוק המבסס את סמכות בני החצר הוא ריבוי הדרך, כלומר פגיעה באופי המקום בשל כניסתם של רבים למרחב המקומי. לקמן יורחב אודות נימוק זה.

⁸⁴ . רש"י כא, ב ד"ה 'שלא להושיב'.

3.2.2 המימד הקנייני

על פי דעת חכמים שצוינה בהלכות לעיל, זכות ההדרה, המונעת את כניסתם ומגוריהם של זרים, אינה תקפה ביחס לשכן הקיים – 'לשכנו אינו כופהו'. במילים אחרות, לשכן קיים יש זכות קניינית במרחב המשותף, ולכן אינו מוגבל במשלח היד שלו. שכן זה יכול לשלוח יד בכל אומנות שירצה, והקהילה מנועה מלעכב בעדו. כן הוא בדברי הרמ"ה על הלכת התוספתא בבא מציעא לעיל: 'דכיון דאית ליה ביתא במבוי, זכה ליה בכל רבוי הדרך דאתי מחמתיה ואפילו לאקבועי ביה חנות דדרך מבוי לקבוע בו חנות'.⁸⁵ עמדה זו מדגישה את הפן הקנייני בדעתם של חכמים בשני מובנים: ביחסים הפנימיים בין שכנים, וביחסים בין השכנים לזרים. ראשית, זכות ההדרה של הקהילה יונקת את כוחה מן ההיבט הקנייני. העובדה שלקבוצה מסויימת זכות קניינית במרחב נתון, היא זו אשר מקנה לה את הזכות למנוע מזרים להיכנס בשעריה. צידו השני של המטבע, המדגיש את זכותו של היחיד במרחב המשותף, גם הוא נושא אופי קנייני. העובדה שליחיד בודד ישנה זכות קניינית במרחב נתון היא זו אשר מאפשרת לו את חופש הפעילות לעסוק באומנותו ומקנה לו חסינות מפני טענות שכניו.

3.3 שמירה על המרחב הפרטי לעומת הציבורי

בסעיף הקודם נטען שליחיד במרחב משותף זכות לפעילות הנשענת על מימד קנייני. זאת בשונה מזרים נטולי זיקה קניינית. ואולם, זכות זו אינה בלתי מוגבלת. כוחה של הקהילה בולט גם ביחסי הפנים. באיזון שבין חירות הפעולה של היחיד בעל הזכויות הקנייניות וצורכי הקהילה במקום, מוטה הכף באופן ברור לטובת הקולקטיב. מן המקורות שיובאו לקמן עולה שהסמכות המוקנית לקהילה למנוע את פעילותו של היחיד ('השכן בעל הזיקה הקניינית') במרחב המשותף נועדה להגן על אופיו של המקום, במטרה לשמור על ההפרדה בין המרחב הפרטי והציבורי. מטרה זו מקנה לקהילה סמכות לעכב ולמנוע את היחיד מלעסוק בפעילות מסוימת, או לווסת את היקף הפעילות שלו. בדברי התוספתא, שיעמדו במרכז דיון זה, עולה במפורש המבחן העקרוני המבדיל בין פעילות מותרת ואסורה, שמגמתו היא שמירת המרחב הפרטי. המונח ההלכתי - ריאלי המציין למבחן זה הוא 'מפני ריבוי הדרך'. לעומת בהירות ההבחנה הקיימת בתוספתא, במשנה ישנה עמימות ביחס לשאלת הגבול בין פעילות היחיד המוגנת וסמכות העיכוב של הקהילה. המונח המרכזי המנחה את

⁸⁵. יד רמה, שם.

הלכת התוספתא, 'ריבוי הדרך', איננו מופיע במשנה. בקרב הראשונים עולים מספר כיווני פרשנות להסבר שונות זו כפי שיפורט לקמן.

בראשית הדברים נעיין בדברי התוספתא. לנוחות הדיון מספרתי את ההלכה.

א. אין יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן לא מקול הפטיש ולא מקול

הרחים ולא מפני ריח רע ולא מקול התינוקות

ב. לשכנו אין יכולין לכופו [רבן שמעון בן גמליאל אומר לשכנו יכולין לכופו]

ג. יש לו חנות ברשות הרבים ומבקש לפתחה לחצר השותפין יכולין לעכב על

ידיו מפני שמרבה עליהן את הדרך

ד. יש לו בית בחצר השותפין ומבקש לחלקו ולהקרות בו את התינוקות יכולין

לעכב על ידיו מפני שמרבה עליהן את הדרך

ה. [יש לו גג ברשות הרבים ומבקש לבנות על גביו עלייה לפותחה לחצר

השותפין יכולין לעכב על ידיו מפני שמרבה עליהן את הדרך] כיצד הוא עושה

[עושה לו] לול ופותחה לתוך ביתו.⁸⁶

ההלכה בתוספתא מנוסחת בניסוח מורכב. בשל האופי האקלקטי של ההלכה הנדונה נוצר קושי

מסויים להבין את הרצף בתוספתא,⁸⁷ ואף נוצרו קשיי נוסח.⁸⁸ שלוש ההלכות האחרונות של

⁸⁶ . תוספתא בבא בתרא א, ד, מהדורת ליברמן, עמוד 130.

⁸⁷ . הלכה ב, העוסקת במחלוקת חכמים ורשב"ג, נראית תלושה ובלתי מובנת. מבט לשוני מעמיק יותר מראה שהיא עוסקת בעניין אחר. ההלכות האחרות עוסקות במתח שבין יחידיים ומתנסחות בלשון יחיד, ואילו הלכה זו מנוסחת בלשון רבים. המונח הנורמטיבי המופיע בהלכה א הוא 'מחאה', ואילו הלכה ב, המפרטת את מחלוקת רשב"ג וחכמים בנידון ואמורה להוות את המשך הדיון, משתמשת במונח 'כפיה'. להבנתי נראה שישנה כאן העתקה של מחלוקת רשב"ג וחכמים מן התוספתא בבא מציעא (יא, טז) שהוזכרה בפתח הדברים אל ההלכה שלפנינו. ללא העתקה זו היתה מופיעה בהלכה שלפנינו רק העמדה המקנה לשכן קיים את מלוא הזכות לפעול בביתו כרצונו ולהטריד בעבודתו את זולתו. עורך התוספתא ידע שהלכה זו נתונה במחלוקת תנאים וביקש לפרוס את היריעה התנאית כולה, ולכן העביר לכאן את עמדתו של רשב"ג. לדעת רשב"ג המיובאת מהתוספתא הנ"ל הוא צרף את דעת חכמים שם, "לשכנו אין יכולין לכופו", אף שזו כבר נאמרה בריש ההלכה כאן: "אין יכול למחות בידו". לצד דברים אלו יש לציין שדעת רשב"ג אינה מופיעה בכ"י וינה, אך מופיעה בכ"י ע וכן בדפוס. עם זאת דבריי לעיל נכונים גם ביחס לכ"ו, שכן דעת חכמים אינה במקומה ונראה שהועברה מב"מ.

⁸⁸ . במקורה מופיעה ההלכה באופן קטוע (כתוצאה מחיבור למשפט הקודם) החסר את המימד ההלכתי 'אין יכול למחות בידו'. תיקנתי את הנוסח עפ"י הערת ליברמן (תוספתא כפשוטה, ב"ב, עמוד 331): 'אם קדמו חנות

התוספתא (ג-ה) מקנות לקהילה סמכות למנוע מן היחיד להרחיב את פעילותו במרחב המשותף, והן נשוא דיונינו. לעומת אלו, ההלכה הראשונה בתוספתא מוטית לטובת היחיד ומונעת מן הקהילה לעכב את פעילותו.

מהו ההבדל בין סוגי הפעילות השונים? מדוע שכן בעל חנות ברשות הרבים מנוע מלפתח לחצר המשותפת וניתן לעכב בעדו, ולעומת זאת לא ניתן לעכב את פעילותו של העוסק בתעשייה בחצר (פטיש וריחיים) המשמיע רעש?

משנה ג בפרק ב מקבילה להלכה בתוספתא, ובה קיים קושי פנימי חריף יותר מזה שבתוספתא: 'חנות שבחצר יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן מקול הנכנסין ומקול היוצאין עושה כלים יוצא ומוכר בתוך השוק אבל אינו יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן לא מקול הפטיש ולא מקול הריחיים ולא מקול התינוקות'. המשנה, כמו התוספתא, עוסקת בשני מקרים: פתיחת חנות לעומת טחינה בריחיים, שימוש בפטיש וקול התינוקות. קול הפטיש, הריחיים והתינוקות שבסיפא מותרים, וקול הנכנסין והיוצאין מהחנות ברישא ניתנים לעיכוב. הקושי במשנה הוא שבשתי ההלכות הנימוק עוסק בקול: 'קול הנכנסין', ו'קול הפטיש', וחרף זאת האחד מותר והאחר אסור. לאור זאת עולה השאלה במלוא עצמתה: 'מה טעם אין טענתו טענה בקול הפטיש, והלא יותר מונע השינה מקול הנכנסין והיוצאין?' (מגיד משנה הלכות שכנים ו, יב).⁸⁹

לקמן נעסוק במשנה באופן מפורט. לעת עתה נניח לה ונתמקד בעיקר בתוספתא ובהבחנות הבסיסיות בין שני המקרים. ההבחנות הללו ישרתו אותנו גם בהסבר המשנה לאחר מכן.

3.3.1. 'מרבח עליהן את הדרך'

ההבדל בין ההלכות מופיע בנימוקים המפורשים של התוספתא, המבחינים בין סוגים שונים של הפרעה - ריבוי הדרך לעומת קול.

על פי האמור בתוספתא, הקהילה לא מחזיקה בזכות למנוע מיחיד לעסוק בפעילות או אומנות כלשהי, אם זו משמיעה רעש או מפיצה ריח לא נעים. השימוש בפטיש או העבודה בריחיים שהם

ורפת את האוצר אין יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן לא מקול הפטיש ולא מקול הרחים ולא מפני ריח רע ולא מקול התינוקות.

⁸⁹ שאלה זו נשאלה בראשיתו של הדיון בגמרא על אתר: 'מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא'. ואולם תשובת הגמרא המובאת מייד ובסמוך מלמדת שהשאלה אינה מקיפה ביחס לכל המקרים ברישא לעומת הסיפא, אלא נוגעת רק להשוואה בין קול הנכנסין והיוצאין לעומת קול התינוקות (וכך הסביר רש"י ד"ה 'מאי שנא'). ההסבר שניתן ע"י רבא מסתמך על חשיבות לימוד התורה – 'תינוקות של בית רבן'. קול הפטיש והריחיים שהותרו אף הם, לא הוסברו בגמרא.

מסממני קיום החיים או התעשייה הזעירה, מהווים סוג פעילות לגיטימי ומוגן במרחב המשותף,⁹⁰ חרף המטרד של הרעש המלווה את פעילותם. לעומת אלו, ישנה פעילות שבסמכותה של הקהילה למנוע את היחיד מלבצע במרחב המשותף. שלוש ההלכות האחרונות של התוספתא מפרטות מקרים אלו. נדגים אחד מהם: בעל חנות שחנותו פתוחה לרשות הרבים ומעוניין לפותחה לחצר המשותפת, מנוע מלעשות זאת. הנימוק הוא 'מרבה את הדרך'. מובנו של מטרד זה הוא ריבוי דריסתם (=דריכתם) של עוברי דרכים זרים (דרך כשם פעולה ולא כשם עצם).⁹¹

מהו המטרד הנגרם מדריכתם של רבים?

המטרד שנוצר כתוצאה מדריכתם של רבים הוא הפגיעה במרחב כמקום פרטי ואינטימי. בכל מרחב קטן וקרוב מקיימות הדמויות החיות בו קשרי חיים אינטנסיביים, ההופכים את המקום לאישי. פתיחת המרחב לכניסת אחרים וזרים ללא הגבלה פורמת את יחודו של המקום ככזה ופוגעת במרקם החיים בו. הפגיעה המעניקה סמכות עיכוב של בני החצר היא פריצת הגבול בין המרחב הפרטי והציבורי.

לא עצמת הציבילים היא זו אשר קובעת את קו הגבול בין פעילות מותרת ואסורה, שכן אין הבדל בין רעש הריחיים במשנה ורעש הנכנסים ויוצאים (כאמור בדברי המ"מ לעיל). ההבחנה מצויה בתחום אחר, בפגיעה במרקם הפנימי של החיים במרחב המשותף. רעש הנובע מפעילותם של האנשים המקומיים המוכרים נספג במרקם החיים ונסלח, מה שאין כן רעשם של זרים שלעולם נחשב מפריע.

המגיד משנה⁹² מסביר את ההבדל בין הרעש שברישא והרעש שבסיפא ברוח זו, וזאת בהסתמך על המושג ההלכתי חזקה. חזקה זו היא חזקת תשמישין ועל-פיה ביאר הרמב"ם (שם) את ההלכה במשנה כולה. לעת עתה נתעלם מתוספת פרשנית זו של הרמב"ם. לענייננו די בעצם ההבחנה בין הרישא, המתירה לאדם לעכב את חברו מלפתוח חנות, והסיפא, המונעת ממנו את העיכוב

⁹⁰ ד' סגל, **החצר ומתקניה בתקופת המשנה והתלמוד**, עבודת מאסטר, בר-אילן תשנ"ט, עמוד 43.
⁹¹ רשב"ם ס, א ד"ה 'שמרבה': 'שרוב בני אדם יוצאין ונכנסין עכשיו בחצר יותר מבתחלה וליכא צניעות כדמעי'קרא'. הסוגיה עוסקת בהיזק ראה מזווית של צניעות. לענייננו די בטענה שריבוי הדרך מציף בעיה של אוירה. עיין תוס' יא, ב ד"ה 'אחד', וכן פירושו של ר"ש ליברמן להלכה זו (**תוספתא כפשוטה**, בבא בתרא, עמוד 332). הצעה אחרות הן: א. דרך כשם עצם, כלומר, בגין כניסתם של רבים יצטרכו בני המקום להאריך את דרכם עד לביתם. רש"י יא עמוד ב ד"ה 'שמרבה'. ואולם, דברי רש"י נאמרו בהקשר שונה בו היחיד סוגר את פתחו ולא פותח אותו כפי שמופיע אצלנו. ב. דרך=רשות. עיין במאמרו של ב' ליפשיץ, הרשאה ושליחות, **תריץ נח** (תשמ"ט), עמ' 16-17. ריבוי הדרך על פי פרוש זה הוא ריבוי מתן האשראי. פרשנות זו אינה מצביעה על הבעייתיות של מתן האשראי, והיא מהווה תמיכה מכיוון אחר בפרשנות שהוצעה בפנים.
⁹² הלכות שכנים ו, יב.

בפעילות מרעישה על ידי ריחיים. כך מבאר המ"מ שחלק מדבריו צוטט לעיל: 'וסובר זה המחבר, לפי שהוקשה לו מה טעם אין טענתו טענה בקול הפטיש, והלא יותר מונע השינה מקול הנכנסין והיוצאין; ועוד: למה אמרו חנות שבחצר, שנראה שכבר היא בחצר, יאמרו מי שביקש לעשות חנוני, או: לא יעשה אדם חנות בחצר השותפין? אלא כוונת המשנה בשהחזיק לעשות כן במלאכתו ובחנותו, והודיענו שאפילו החזיק אין חזקתו חזקה אצל הנכנסים והיוצאין שהן אחרים'.
 השכן המרעיש קנה חזקה להרעיש משום שהוא מתמיד בכך, ואילו הנכנסים והיוצאים, בעצם היותם זרים – לא יוכלו לקנות חזקה, ומשום כך רעשם אסור. נמצינו למדים שההבחנה אינה בסוג הרעש אלא בדמויות המרעישות – האם מדובר בזרים או במקומיים.⁹³

3.3.2. מלמד תינוקות פרטי וציבורי

מעניינת במיוחד היא ההשוואה בין קולם של התינוקות המופיע בהלכה א בתוספתא דלעיל, ובין התינוקות המופיעים בהלכה ד שם. בהלכה הראשונה פסקה התוספתא שאין זכות בידי שכן לטעון כלפי היחיד שרעש התינוקות מפריע לו. בהלכה ד באותה תוספתא נפסק ששכן המעוניין לחלק את דירתו בכדי ללמד בה תינוקות קריאה מנוע מלעשות זאת. מה ההבדל בין תינוקות אלו לאלו?

באופן פשוט נראה שיש להבחין בין התינוקות הפרטיים של היחיד ובין התינוקות הזרים הבאים ללמוד בביתו של ה'מלמד'. רעש התינוקות הפרטיים, חזק ככל שיהיה, אינו חורג משימוש מקובל במרחב הפרטי. לעומת זאת, כאשר יחיד מעוניין לפתוח את שערי ביתו לכניסתם של ילדים נוספים, פורץ הדבר את המרחב הפרטי. כניסתם של זרים מעיקה ומטרידה והקולות הנשמעים מהווים מטריד.

הבחנה זו בין קולות של ילדים המותרים משום שהמרחב הפרטי נשמר, לעומת קולות של ילדים הפורצים את המרחב הפרטי, מצויה בתוספת נימוק בירושלמי על אתר:

אילין דמלפין טלייא ואילין דעבדין מסוגיין אילין לאילין.

יכלין חבריהון למימחי בידיהון דו יכיל מימר ליה אינון אזלין ואתיין בעיין

לך ולא משכחין יתך והן מרבין עלינו את הדרך

⁹³ ניתן לאבחן את הסברו של המ"מ מן ההסבר הנשען על שמירת המרקם הפנימי של הקהילה, בטענה שדבריו מבוססים על דיני החזקות בלבד ואין ללמוד מהם אודות הנושא שבנדון. להבנת, העובדה שזרים הנכנסים ויוצאים ומרעשים אינם קונים חזקה, מהווה סימן וביטוי לרעיון שרעש 'חיצוני' ומשתנה אינו נספג ונסבל בשונה מרעש ידוע ומוכר.

תרגום חופשי. אלו המלמדים תינוקות ואלו שעושים/מלמדים סימנים אלו לאלו.⁹⁴ יכולים השכנים למחות ולומר שהתינוקות הללו מרבין את הדרך משום שהם באים ומחפשים את המלמד ולא מוצאים אותו.

הירושלמי פוסק שיש זכות לשכנים להתנגד לאדם הפותח בית אולפן ובאים אליו ילדים מבחוץ בגין ההפרעה שנוצרת כתוצאה מכניסת ילדים המחפשים את המלמד ומרבים את הדרך.⁹⁵ לאור זאת נראה שלימוד התינוקות שבמשנה, שרעשם אינו מהווה עילה מספקת למחאה מצד השכנים, נושא אופי של פעילות חיים שגרתית ולא אופי של ייצור ומסחר (מלמד מקצועי/בית ספר) האסור. במסחר, כאמור, ישנו מימד של פריצת המרחב הקהילתי הפנימי, מה שאין כן בתעשייה מקומית (פטיש ורחיים) או בניהול החיים השגרתית (המרעיש). כל זמן שמדובר בתינוקות 'אישיים' שאביהם מלמדם, הרי שקול זה הינו לגיטימי ואין זכות לשכנים למונעו.

3.3.3 תעשייה מקומית אסורה

בעלי התוספות מיישמים את עיקרון ההפרדה בין המרחב הפרטי והציבורי ביחס לאומנים נוספים בחצר המשותפת ואוסרים את פעילותם. הברייתא (כא עמוד א) מסמיכה את הקהילה למונע מיחיד להיות גרדי (=אורג): 'שנים שיושבין בחצר, וביקש אחד מהן לעשות רופא, ואומן, וגרדי, ומלמד תינוקות - חבירו מעכב עליו'. לכאורה הלכה זו עומדת בסתירה לאמור במשנה ובתוספתא שרשאי יחיד לעסוק באומנותו ככל שירצה. בעלי התוספות (כא עמוד א ד"ה 'וגרדי') משתמשים בהבחנה שהועלתה לעיל וטוענים שההלכה בברייתא עוסקת במקרה בו נפרץ המרחב הפרטי: 'וא"ת ומאי שנא גרדי מבעל ריחים דתנן במתני' דאין יכול למחות בידו ולומר איני יכול לישן מקול הריחים ומקול הפטיש וי"ל דמתני' בעושה לעצמו והכא בגרדי העושה לאחרים דאיכא נכנסין ויוצאין'.⁹⁶

בעלי התוספות מרחיבים באופן מעניין את ההלכה של המשנה וקובעים את מבחן הפגיעה בפרטיות כמבחן הקובע. ניתן היה לכאורה להציע הבחנה אחרת בין הפעילויות השונות - תעשייה

⁹⁴ ראה ירושלמי נזיקין כ"י אסקוריאלי, ירושלים תשס"ח, עמ' 82 ובפי' ליברמן עמ' 181 שפרש את המילה 'מסוגין' כעשיית משתאות מרעים. פעילות זו ודאי פורצת את המרחב האישי.

⁹⁵ הלכת הירושלמי דומה במאוד להלכה בתוספתא (ב"ב א, ד) דלעיל: 'יש לו בית בחצר השותפין ומבקש לחלקו ולהקרות בו את התינוקות יכולין לעכב על ידיו מפני שמרבה עליהן את הדרך'. ואולם ההקשר של ההלכה בירושלמי הנסוב על המשנה העוסק בקול התינוקות המותר, מלמד על מהותו של הדין במשנה, ומוסיף בכך על דברי התוספתא.

⁹⁶ ניתן לסווג הלכה זו כמי שבאה מבית מדרשו של רשב"ג, המסמיך את הקהילה לכפות אף את השכנים הקיימים שלא לעסוק באומנות כאמור בדבריו (תוס' ב"מ יא, טז): 'ולשכנו כופהו'. הצעה זו פותרת באופן שונה את שאלת התוס'. אולם דיון הגמרא (כא, א) בדברי הברייתא הנ"ל מלמד על הנחתה שמדובר בעמדת חכמים ולא בעמדת רשב"ג.

לעומת ממכר ומסחר (בחנות). ייצור ותעשייה מותרים, ואילו מסחר אסור; ייצור ותעשייה (מקומית זעירה) הינן פעילויות נצרכות שיש להתיר את קיומן, ואילו המסחר אסור שכן ניתן לקיימו במקומות שונים.⁹⁷ אולם בעלי התוספות טוענים שהמוקד הבעייתי בחנות אינו העובדה שמדובר במסחר, אלא העובדה שמדובר בכניסה של זרים. בעיה זו יכולה להתקיים גם כאשר הפעילות היא מסוג של תעשייה – ולא רק של מסחר טהור. כאשר התעשיין מבצע את עבודתו עבור אנשים זרים הופך הדבר לאיום וסכנת פגיעה במרקם היחסים, שכן זרים נכנסים ויוצאים מן המקום.

3.3.4 משנה

עד עתה עסקנו בעיקר ביחסי היחיד והקהילה בהסתמך על ההלכות המובאות בתוספתא. כפי שכבר צוין לעיל בקצרה, לתוספתא זו מקבילה במשנה. השוואת המקורות מלמדת על מספר הבדלים בולטים בין המשנה והתוספתא. הבדלים אלו, על-פניו, משנים את טיב הזכויות והחובות של הקהילה. עיון משווה במקורות מלמד שהמשנה אינה מכירה בסמכות הקהילה למנוע פעילות של היחיד בשל הנימוק של ריבוי הדרך, ומכירה במטרד של קול בלבד. דיון מקיף יותר בניתוח המשנה והבחנות נוספות ידונו בנספח לפרק זה. הדברים הבאים יוקדשו לבחינת הטעמים להבדל בין המקרים השונים במשנה (קול הנכנסים לעומת קול הפטיש) כפי שעולה מדברי הראשונים והאחרונים.

ההלכה במשנה היא הלכת חכמים החולקים על רשב"ג. לדעתם, יש ליחיד זכות לעסוק במשלח ידו בחצרו, ואין בסמכות בני החצר למנוע ממנו להיות אומן, אף אם הדבר כרוך בהפרעה להם. כזכור, דעת רשב"ג, שלא נפסקה במשנה, מקנה לבני החצר סמכות למנוע משכן ותיק לעסוק במשלח ידו אם הדבר גורם להפרעה.

אלו דברי המשנה:

חנות שבחצר יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן מקול הנכנסין ומקול

היוצאין

⁹⁷. ברוח זו פרשו המאירי והרמ"ה (ב"ב פ"ב ס"ו) את ההבחנה בין הרישא והסיפא במשנה. פתיחת חנות בחצר אסורה משום ש'אדם עשוי יותר למכור בשוק', ואילו תעשייה המרעישה מותרת שכן 'אדם עשוי לעשות אומנותו בתוך ביתו' (מאירי על המשנה שם).

עושה כלים יוצא ומוכר בתוך השוק אבל אינו יכול למחות בידו ולומר לו איני

יכול לישן

לא מקול הפטיש ולא מקול הרחים ולא מקול התינוקות.⁹⁸

לשם הדגשת ההבדלים בין המקורות השונים נשווה את המשנה לתוספתא בטבלה :

תוספתא בבא בתרא א, ד	משנה בבא בתרא ב, ג
<p>1. לא יטיל אדם מימי רגלים בתוך כותל של חברו אלא אם כן הרחיק מלבנים שלשה טפחים ומאבנים טפח ובצונן הרי זה מותר</p> <p>2. באמת ביין התירו ולא רפת בקר ואע"פ שממעייטו אינו אלא כמשביחו</p> <p>2ב. אם קדמו חנות ורפת את האוצר אין יכול למחות בידו</p> <p>4. [אין יכול למחות בידו] ולומר לו איני יכול לישן לא מקול הפטיש ולא מקול הרחים ולא מפני ריח רע ולא מקול התינוקות לשכנו אין יכולין לכופו [רבן שמעון בן גמליאל אומר לשכנו יכולין לכופו]</p> <p>5. א. יש לו חנות ברשות הרבים ומבקש לפתחה לחצר השותפין יכולין לעכב על ידיו מפני שמרבה עליהן את הדרך</p>	<p>1. לא יפתח אדם חנות של נחתומין ושל צבעין תחת אוצרו של חברו ולא רפת בקר</p> <p>2. באמת ביין התירו אבל לא רפת בקר</p> <p>3. חנות שבחצר יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן מקול הנכנסין ומקול היוצאין</p> <p>4. עושה כלים יוצא ומוכר בתוך השוק אבל אינו יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן לא מקול הפטיש ולא מקול הרחים ולא מקול התינוקות :</p> <p>[3. חנות שבחצר יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן מקול הנכנסין ומקול היוצאין]</p>

⁹⁸. משנה בבא בתרא ב, ג.

<p>5.ב. יש לו בית בחצר השותפין ומבקש לחלקו ולהקרות בו את התינוקות יכולין לעכב על ידיו</p> <p style="text-align: center;">מפני שמרבה עליהן את הדרך</p> <p>5.ג. [יש לו גג ברשות הרבים ומבקש לבנות על גביו עלייה לפותחה לחצר השותפין יכולין לעכב על ידיו מפני שמרבה עליהן את הדרך] כיצד הוא עושה [עושה לו] לול ופותחה לתוך ביתו.</p>	
--	--

השוואת המקורות מלמדת שהתוספתא מבליטה טיעון אחד והמשנה טיעון אחר. מחד גיסא, התוספתא מתעלמת לחלוטין מקיומו של קול כמפריע וכמזיק במקרה של חנות או בכל מקרה אחר, ומאפשרת לשכנים לטעון להפרעה רק בגין ריבוי דרך. המשנה לעומתה מקבלת את הקול כמפריע וטוענת לזכות מחאה במקרה של חנות בחצר בלבד, אך לא במקרה של תעשייה זעירה. מאידך גיסא, המשנה מתעלמת לחלוטין מטיעון של ריבוי הדרך וממירה אותו לטיעון של קול הנכנסין והיוצאים.

האתגר ההלכתי המרכזי עימו מתמודדים ראשונים ואחרונים, הוא נתינת טעם להבדל ההלכתי בין הרישא והסיפא שבמשנה: מדוע קול פטיש וריחיים מותר ואילו קול הנכנסים ויוצאים אסור? בתוספתא דלעיל הובהר ההבדל על בסיס ההבדל בין ריבוי הדרך לעומת הקול. הבדל זה אינו קיים במשנה ומשכך יש למצוא הבחנה אחרת.

3.3.5 השוואת המשנה והתוספתא

בדברים הבאים אבחן את ההבדלים בין הלכת הרישא והסיפא על פי עמדות ראשונים ואחרונים.⁹⁹ את דבריהם חילקתי לשלוש קבוצות מרכזיות. בסיס החלוקה נוגע לעיקרה של עבודה זו והוא זכויות הקהילה וזכויות היחיד.

בין הדעות השונות בולטת דעתו של הרמב"ם והסבורים כמותו, מהן עולה שאין ליחיד כל זכות שימוש המבוססת על זכות הקניין שלו במרחב המשותף, ובכוחה של הקהילה למנוע ממנו כל פעילות. דברי המשנה, המתירה ליחיד לעסוק בתעשייה זעירה, פורשו בנסיבות שלאחר מעשה בלבד ולא כהיתר לכתחילה, כפי שיבואר בהמשך.

⁹⁹ הצעתו של הרלב"ח תדון בנספח העוסק בפרשנות המשנה (לקמן עמודים 120 - 118), מאחר והיא תלויה בגרסאות שונות של המשנה המטופלות שם.

הרשב"א, לעומתו, משווה את דין המשנה והתוספתא וקובע להם עקרונות זהים. עפ"י אלו ישנה (לכתחילה) זכות פעילות ליחיד הכוללת הכאה בפטיש ושימוש בריחיים, חרף העובדה שהללו גורמים לרעש. קו הגבול בין פעילות אסורה ומותרת הוא פריצת המרחב הפרטי. פריצה זו עלולה להתרחש כתוצאה מכניסתם של זרים (פתיחת חנות).

3.3.6 הרשב"א: קול הנכנסין – ריבוי הדרך

הרשב"א¹⁰⁰ עסק במקורות השונים, המשנה והתוספתא, וטען שיש להשוותם לחלוטין. דבריו נאמרו כתשובה לשאלת היסוד המרחפת על המשנה, והיא הניסיון למצוא הבחנה בהירה בין הרישא במשנה, המתירה למחות בגין השמעת קול (הנכנסין והיוצאין), לעומת הסיפא שאינה מאפשרת התנגדות נוכח השמעת קול (הפטיש והתינוקות). מה ההבדל בין הקולות? תשובת הרשב"א היא שיש להמיר את המושג קול במשנה לריבוי הדרך. כלומר, קול הנכנסים והיוצאים אינו אלא סימן לריבוי הדרך, כאמור בתוספתא ובירושלמי. ההפרעה שבמשנה היא הפרעה של ריבוי הדרך בלבד, ונזק של קול כשלעצמו אינו נזק כלל!

מדברי הרשב"א עולה ששני המקורות מכירים בקיומה הנחוץ של ההגנה על המרחב הפרטי מפני פריצתו. ייתכן ומוקד השוני הלשוני ('ריבוי הדרך' לעומת 'קול') בין המשנה והתוספתא, נעוץ בשאלה תרבותית עמוקה: מה נחשב למטרד הפורץ את המרחב הפרטי: האם קול ורעש בלבד נחשבים לגורם מפריע, להבדיל מכניסה (שקטה) של זרים, כיוצא מן המשנה, או שעצם נוכחותם של זרים רבים במרחב הפרטי נחשבת למטרד מפריע אף ללא השמעת קולות, כפי שעולה מן התוספתא.¹⁰¹

3.3.7 מאירי: נורמות של פעילות

ראשונים אחרים אינם משנים את משמעותו של המטרד ברישא של המשנה ממטרד של קול למטרד של ריבוי הדרך. לדעתם ההבחנה בין הרישא והסיפא במשנה מצויה במאפייניו השונים של המטרד. הרמ"ה,¹⁰² המאירי¹⁰³ ועוד¹⁰⁴ טוענים להבחנה בין נורמות תרבותיות של פעילות - פעילות

¹⁰⁰ כ עמוד ב על המשנה ד"ה 'חנות שבחצר'. וכן הוא בחידושי הרמב"ן שם.

¹⁰¹ דרך נוספת אפשרית להסבר השונות בין המשנה והתוספתא, היא אפשרות מנהלית. התוספתא והמשנה עוסקות בשאלת של יעילות המדידה וכימות המטרד של השכן. לדעת התוספתא המטרד מתרחש ע"י כניסתם של זרים למרחב המשותף – ריבוי הדרך. לדעת המשנה קשה לראות במעשה זה אקט ברור של נזק והפרעה ויש למצוא חלופה מדידה וכמיתה – קול.

¹⁰² יד רמה ב"ב פרק ב סי נו.

¹⁰³ חידושי המאירי בבא בתרא כא, א, ד"ה 'חנות בחצר'.

מקובלת לעומת פעילות שאינה כזו. ייצור עצמי ועיסוק בתעשייה זעירה בחצר הן נורמות מקובלות, ואילו פתיחת חנות וניהול מעין שוק אינה נורמה מקובלת.¹⁰⁵

3.3.8 הרמב"ם: זכויות יחיד חוזיות – עמדה קהילתית רחבה

על פי האמור עד כה עולה שישנו קו גבול דק המבחין בין פעילות היחיד הזוכה לגיבוי משפטי ופעילות אחרת המעוכבת ונמנעת. מאזן הכוחות בין היחיד ובין הקהילה נוטה באופן יחסי לטובת הקהילה. לעומת כל אלו, על פי פרשנותם של ראשונים אחרים, מוסבר ההבדל בין הרישא והסיפא שלא על בסיס דיני הקניין ובירור זהותו של בעל הזכויות הקנייניות במרחב, אלא על בסיס דיני החוזים. על פי פרשנות זו, האחרונה, במערך היחסים שבין היחיד והקהילה, יש להעדיף את הקהילה באופן מוחלט.

הרשב"א,¹⁰⁶ הגהות אשר"י¹⁰⁷ וכן הרמב"ם¹⁰⁸ מעמידים את הדיון במשנה בהקשר של חזקת תשמישין. כלומר, הנסיבות של הדיון אינן של פתיחת חנות לכתחילה, אלא תלויות של שכנים נוכח קיומה של חנות פועלת. מצב זה מעלה את השאלה המשפטית האם השכן הפועל קנה זכות קניינית (=חזקת תשמישין) בעצם הפעלתה עד עתה. זכות זו נקנית נוכח העובדה שחברו ראה את פעילותו הקבועה ושתק, ומן הסתם מחל על זכות המחאה במקום.¹⁰⁹ ההבחנות השונות בדיון זה מבוססות בעיקרן על הלכתו של רבה בר אבבה (כג עמוד א) הקובע שיאין חזקה לנזיקין. כאשר המחזיק פעל באופן שגורם לנזק או קרוב לנזק (כדוגמת עשן או ריח בית הכסא שאינם נסבלים), אין משמעות להחזקתו רבת השנים. לעומת זאת, בנסיבות שאינן מעין נזק, קנה השכן הפועל

¹⁰⁴ ח' אלבק פירוש המשנה, מסכת ב"ב, השלמות ותוספות, עמודים 431-432.
¹⁰⁵ ש' אלבק (דיני ממונות בתלמוד, ת"א תשמ"ג, עמודים 423-446) קובע את מבחן הנורמה המקובלת כמבחן היחיד בנזקי שכנים. ההבחנה בין הרישא והסיפא, לדעתו, עומדת רק על השאלה האם הוא 'דבר משונה או דבר רגיל' לעשות בחצר. נוסף לכך הוא מציע לבאר את ההבחנות השונות בגמרא וכן את רובם של דברי הראשונים לאור הבחנה זו, וקשה הדבר מאוד. לדבריו, ההבחנה בגמרא (ז' עמוד ב) בין שדה עשויה לבורות ושיאנה עשויה לבורות מבוססת על הבחנה בין דבר משונה ורגיל. לדעתו, דבריו של הריצב"א (הגהות מיימוניות הלכות שכנים פרק י הלכה ה) המתיר בדעת רבי יוסי רק פעילות שהיא 'ישוּבו של עולם' נובעת מן ההבחנה הנ"ל, וכן דעתם של הרמב"ם והרשב"א שיובאו לקמן, שאינם מקנים חזקת תשמישים בחנות שבחצר, נובעים מן ההבחנה הנ"ל. כך גם פרש את דברי הראשונים כולם הנסובים על משנת חנות שבחצר. לענ"ד משימתו המרשימה של אלבק לכנס את כל המקרים והפרשנויות תחת מטריה מושגית אחת, מוקשה. על-פניו יש להבחין בין השאלה האם הפעילות מקובלת ובין השאלה האם הפעילות צפויה (עשויה לבורות), חשובה (ריצב"א) או בלתי נסבלת (רמב"ם). מובן הוא שיכולה להיות פעילות מקובלת אך בלתי צפויה, כגון שאדם החליט לשנות את ייעוד השדה משדה שוממה לשדה תבואה, או לחילופין יכולה להיות פעילות מקובלת אך בלתי חשובה וכן הלאה.

¹⁰⁶ חידושי הרשב"א בבא בתרא כ עמוד ב ד"ה 'חנות שבחצר'.

¹⁰⁷ בבא בתרא פ"ב סי' ו'.

¹⁰⁸ הלכות שכנים ו, יא.

¹⁰⁹ גדריה השונים של חזקת תשמישין נדונו בהרחבה באנציקלופדיה התלמודית בערך זה. מחלוקת הראשונים אודות השאלה האם נדרשת טענה כבסיס לחזקה (כפי שנדרשת בחזקת קרקעות) אינה רלוונטית בנידון דידן שכן עוסקים אנו בשותפים לחצר שלהם זכות קניינית שווה בשטח המשותף.

חזקה המתירה לו להמשיך לפעול במקום.¹¹⁰ לדעת ראשונים אלו, הסיבה בגינה אין סמכות לשכן להמשיך ולהפעיל את חנותו, נעוצה בעובדה שמטרד החנות דומה לעשן ובית הכסא. בנסיבות אלו של פתיחת חנות יכולים הם השכנים לטעון 'סבורים היינו לקבל [את המטרד] ועתה אין אנו יכולים לקבל' (רשב"א שם). לא כן הוא רעש הפטיש והריחיים. בנסיבות אלו, שאינן חמורות כמו רעש החנות, קנה השכן המפעיל את החזקה.¹¹¹

מראשונים אלו ניתן ללמוד על השוונות בטיב המטרד בין הסיפא והרישא. קול הנכנסין הוא מטרד של רעש בלתי נסבל, ולעומתו קול הפטיש הוא רעש שניתן להתרגל אליו. שונות זו, לדעת ראשונים אלו, משפיעה רק על המצב בדיעבד, לאחר שהמטרד קיים, ולא קובעת מסמרות לכתחילה ביחס לדפוס ההתנהלות בחצר. אשר על כן, כאשר מעוניין שכן לעסוק בכל אומנות שהיא, ישנה סמכות עיכוב מוחלטת לבני החצר אף בנסיבות של המטרד הקל יותר, כגון הפטיש והריחיים.

בחיתום של דברי ראשונים אלו לאור מסגרת הדיון של עבודה זו, קרי חובות וזכויות היחיד והקהילה במרחב המשותף, מלמדת על קיומה של עמדה קהילתית רחבה. לדעת ראשונים אלו ליחיד אין חירות כל שהיא לעסוק באומנות ומשלח יד כרצונו, ולעולם הוא כפוף להסכמתה של הקהילה. השכן אינו בן חורין לעסוק בשלו על בסיס הזכות הקניינית. קו ההגנה היחיד העומד לפרט הוא הטיעון החוזי בנסיבות שלאחר מעשה, כאשר העסק עומד והקהילה לא מחתה בעבר – חזקת תשמישין.¹¹²

4. הרחקת שכנים – מטרד ליחיד

נחזור לדיון המרכזי העוסק בזכויות הקהילה במרחב המשותף. פרק זה, האחרון בסדרת הזכויות, עוסק בזכויותיהם של היחידים שלא להיות מוטרדים ולא בזכויותיה של הקהילה.¹¹³ פירוט זכויות אלו, נצרך להבנת חירות היחיד וזכותו להטריד כפי שידונו לקמן.

¹¹⁰ בקרב הראשונים מופיעים שני נימוקים שונים המבארים את אי היווצרותה של החזקה, ונראה ששניהם מבוססים על ההיגיון שלנזק אין מחילה. לדעת הרא"ש (פ"ב סי' יח) הנימוק הוא שאין ללמוד דבר משתיקתו של הזולת נוכח פעילותו המטרדיה של היחיד הפועל, שכן המוטריד יודע שכולם יודעים שאינו מוחל ולכן שתק. לדעת הרשב"א (כג עמוד א ד"ה אמר ליה) הנימוק הוא ש'אין סהדי' שאינו מוחל ואין כל משמעות לשתיקתו.¹¹¹ ועיין עוד בדברי הסמ"ע (קנו סק"י) ובנתיבות (שם סק"א) החולק עליו ומבחין מעין הבחנתם של הרשב"א והאשר". הנתיבות מטעים בדבריו מדוע קול הנכנסין והיוצאים חמור מזה של הפטיש, משום שקולו של הפטיש אחיד ואילו קולם של היוצאים ובאים שונה ומגוון מדי יום וקשה להתרגל אליו!¹¹² עיין עוד בהערה 135 לקמן בתת הפרק העוסק בזכויות היחיד להטריד.

¹¹³ זכויות אלו, כאמור בפנים, אינן מאפיינות את הקהילה כקולקטיוו, ובאופן פשוט נראה שהן באות להגן על היחיד במרחב המשותף. עם זאת יש להדגיש שניתן לראות בזכויות אלו כזכויות המגנות על מקבץ של יחידים העלולים להיפגע ממעשיו של הזולת ואינן רק זכויות היחיד. לאמור, אין בדיני הרחקות אלו זכות קהילתית מובהקת אך יש בהן מימד כללי וציבורי. הבחנה זו עולה מכח הסגנון השונה של דיני ההרחקות כפי שמובאות בתוספתא לעומת המשנה. על כך הורחב בנספח לפרק ב (עמודים 114-116).

הקהילה הקניינית שבחצר מגינה על הקולקטיב לבל ייפגע האופי המיוחד המתקיים במרחב המשותף, ואולם במסגרת ההגנה הקניינית קיימת גם הגנה מפני הפגיעה ביחידים. פרק ב של מסכת בבא בתרא מפרט באופן יוצא דופן את הסייגים וההגבלות על פעילותו של יחיד במרחב משותף.

נדגים כמה מהם מן המשנה הראשונה בפרק:

לא יחפור אדם בור סמוך לבורו של חבירו ולא שיח ולא מערה ולא אמת המים
ולא נברכת כובסין אלא אם כן הרחיק מכותל חבירו שלשה טפחים וסד בסיד
מרחיקין את הגפת ואת הזבל ואת המלח ואת הסיד ואת הסלעים מכותלו של
חבירו שלשה טפחים וסד בסיד
מרחיקין את הזרעים ואת המחרישה ואת מי רגלים מן הכותל שלשה טפחים
ומרחיקין את הרחים שלשה מן השכב שהן ארבעה מן הרכב ואת התנור
שלשה מן הכליא שהן ארבעה מן השפה¹¹⁴

4.1. תכליתם של דיני ההרחקות

תכליתה של חובת ההרחקה בין שכנים יכולה להתבהר על בסיס שיקולים סביבתיים-אקולוגיים,¹¹⁵ נזיקיים¹¹⁶ ואחרים, ואולם בעיקרה נראה שהיא מגנה על זכות הקניין של היחיד, או קבוצת יחידים, במטרה לאפשר לו לחיות את חייו ברשותו הפרטית ללא הפרעה ומטרד.

אמירות מפורשות ביחס לתכליתם הקניינית של דיני הרחקת שכנים מצינו בדברי כמה מן האחרונים:¹¹⁷

כך מצינו בדברי ר' אהרון קוטלר: 'יש לחקור... אם יסוד דיני הרחקה הוא מדין מזיק ממש.. מאיסור להיזק אף בגרמא. או דנימא דהוי דין מחודש של הרחקה דכל עצמו של דין הרחקה בנזקי

¹¹⁴ . משנה בבא בתרא ב, א.

¹¹⁵ . ש' גליקסברג, 'איכות הסביבה (אקולוגיה) במשפט העברי: הרחקת מטרידים', חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן תשס"ה. צ' אילני, 'שיקולי יעילות בטיפול במטרידים אקולוגיים בספרות ההלכה בהשוואה עם תיאוריות כלכליות מודרניות', שנתון המשפט העברי טז-יז (תשנ"א-תשנ"ב) עמודים 27-87.

¹¹⁶ . בפרקים הבאים של עבודה זו נעסוק בשיקולים הנזיקיים העולים במסגרת הדיון על הרחקות שכנים וההשלכות הנובעות מכך.

¹¹⁷ . אחרונים נוספים (ר' חיים מבריסק, וה'ברכת אברהם') מופיעים בעבודתה של לובר (ע' לובר, 'תיאוריות של קניין' (לעיל פרק המבוא הערת 5), עמודים 26-28, 37). במהלך הדברים (שם עמוד 27) היא מצטטת את עמדתו החולקת של ר' ברוך בער המבסס את דיני ההרחקות על בסיס דיני הנזיקין. דיון בדבריה של לובר, והצעה שונה לניתוח התשתית הקניינית של דיני הרחקות שכנים, מופיע לקמן בפרק ג, המתייחד בברור התשתית המשפטית של דיני הרחקות שכנים בכלל, ובהערה 140 בפרט.

שכנים הוא מצד זכותי השכנים שיש לכל אחד על חבירו... והיינו שתיקנו חכמים **דמצד זכות השכנים אין לכ"א זכות בתוך שלו להעמיד שם דברים המזיקין... כדי שיוכל כ"א להשתמש בתוך שלו מבלי שיופסד משכנו...**¹¹⁸ ר' אהרון מכריע כאפשרות ב', לפיה דיני ההרחקות אינם ענף של דיני הנזיקין, אלא מהווים דיון עצמאי במסגרת דיני הקניין בדבר חלוקת זכויות שימוש בנכסים שכנים. אחת הראיות לדבריו הן הנסיבות של הרחקת שכנים: אדם פועל מתוך רשותו וברשות: 'ונראה ברור דגבי שכנים לא שייך כלל חיוב הרחקה מדין מזיק ממש, דכיון שכל אחד מהם עושה ברשותו בדרך תשמישו בודאי אין עליו חיוב שמירת נזקין מדינא...'. ברור הוא, שפעולת היתר בתחום הרשות של אדם לא יכולה להיכלל במסגרת חובות ההרחקה של מסכת ב"ק. דינים אלו, לדעתו, דומים לחיובים שכונתיים המוטלים על כלל בעלי החצר, כגון לעשות בית שער וכו'.

וכן הוא בדבריו של ר' חיים צ'רנוביץ מטלז¹¹⁹: 'דין הרחקה הוא זכות שנתנו חכמים בנכסי חבירו לענין שחברו לא יוכל להשתמש תשמיש המזיק לו'.¹²⁰

4.2. סוגי המטרדים

המשנה כאמור מפרטת באופן נרחב את הסייגים על פעילותו של היחיד במרחב המשותף, במגמה למנוע אפשרות של מטרד לשכנו או שותפו. עיון ברצף ההלכות במשנה מעלה את האפשרות שהמשנה בנויה במבנה שיטתי ומסודר, המצביע על מגוון של מטרדים בהקשרים שונים.¹²¹ נענין בקובץ הראשון של פרק ב העוסק במטרדים בחצר.¹²²

משנה א' – חפירת בור (לצד בור/כתלו של חברו)

הנחת חומרים פעילים (כימית) בחצר

הפעלת ריחיים בחצר

משנה ב' – העמדת תנור בתוך ביתו

משנה ג' 1 פתיחת חנות של נחתומין או צבעין תחת אוצרו

משנה ג' 2 פתיחת חנות בחצר המשותפת

¹¹⁸ משנת ר' אהרון, כרך א', ליקווד י-ם תשנ"ז, עמ' פ.
¹¹⁹ הרב חיים צ'רנוביץ מטלז, **חידושי בבא בתרא**, תשכ"ה, עמ' רג.
¹²⁰ כן הוא בדבריו של הרב חיים סבתו, 'הלכות שכנים/היזק ראייה', **מעליות ד' (תשמ"ד)**, עמודים 4-10.
¹²¹ על סוגי המטרדים ונימוקיהם השונים עיין עוד בעבודתו של ש' גליקסברג, '**איכות הסביבה (אקולוגיה) במשפט העברי: הרחקת מטרדים**', (לעיל הערה 115) פרק ג'.
¹²² אודות תוכנם של הקבצים השונים וניתוח מבנה הפרק עיין בהערה 16 שבראשית הפרק העוסק בדברי רבי יוסי.

משנה ד' סמיכת כתל לכתלו של חברו, ופתיחת חלון.

מה הם סוגי המטרדים המופיעים בפרק זה?

ניתן לראות שהמשנה טרחה לפרט מקרים שונים המייצגים מטרדים מסוגים שונים:

בתלמוד ובראשונים קיימת מחלוקת באשר להגדרה מדויקת של סוג המטרד ואופיו. מטרטנו בעבודה זו אינה לבחון את איכות המטרדים, אלא להצביע על השונות שבטיבם ובאיכותם. שונות זו, כך נראה, משפיעה על אופן הפסיקה וחובת ההרחקה בכל מקרה ומקרה.

משנה א עוסקת בחפירת בור הגורמת להרעת הקרקע,¹²³ לאחר מכן עוסקת בהנחת חומרים פעילים.¹²⁴ המשותף הוא מטרד **פיסי**.

משנה ב עוסקת במטרד של חום או **אש** העלולים לשרוף.¹²⁵

משנה ג 1 עוסקת במטרד של **ריח**.

משנה ג 2 עוסקת במטרד של **קול**.

משנה ד עוסקת במטרד של **צפיפות** במרחב,¹²⁶ ו**פרטיות**.¹²⁷

המגוון של המטרדים המופיעים במשנה מופיע בסדר עולה מן הפיסי/הממשי ומטרד ממוני - הרעת הקרקע, אל המופשט יותר - האש, משם לריח ולקול העומדים על הגבול שבין הפיזי למופשט, ולבסוף אל המטרד המנטאלי - תחושת צפיפות ופגיעה בפרטיות.¹²⁸

התחולה במקום של הסייגים והמגבלות ('הרחקות שכנים') על פעילותו של היחיד רחבה אף היא. היחיד מוגבל בפעילותו: בחצר המשותפת, בשדהו הגובל לחבירו ואף בביתו. נדגים מגוון זה בהלכות מן המשנה לפי הסדר האמור:

משנה ד - מי שהיה כותלו סמוך לכותל חבירו לא יסמוך לו כותל אחר אלא אם כן הרחיק ממנו ארבע אמות.

¹²³ 'מרפית לארעי'. תלמוד בבלי יז, ב. ועיין בדברי התוס' יז, א, ד"ה 'לא יחפור' שהוא משום 'מתנתא' (=רטיבות), ויישובו שם בין הטעמים השונים.

¹²⁴ 'מחלידין הקרקע'. שם יט, ב.

¹²⁵ 'כדי שלא יאחז האור בתקרה'. רש"י שם כ, ב ד"ה 'אלא'.

¹²⁶ 'דוושא'. שם כ' עמוד ב.

¹²⁷ 'היזק ראה'. שם ב עמוד ב.

¹²⁸ ניתוח ספרותי של פרק משנה העוסק ביחסים בין הקבצים השונים שבו ומשמעותיהם מצוי רבות בעבודותיו של הרב ד"ר א' וולפיש. עיין למשל 'המשנה באספקלריה אינטרסקטואלית: עיון בשלוש משניות לאור סוגיות אגדיות בספרות התנאים והאמוראים, **על דרך האבות**, גוש עציון תשס"א, עמודים 233-267.

משנה יב - לא יטע אדם אילן סמוך לשדה חברו אלא אם כן הרחיק ממנו ארבע אמות.¹²⁹

משנה ב - לא יעמיד אדם תנור בתוך הבית אלא אם כן יש על גביו גובה ארבע אמות.

מגוון זה מביע את מגמתה הבולטת של עמדת חכמים המחייבת את היחיד לאפשר לשכנו או לשותפו לחיות בקניינו באופן נינוח ואיכותי, ללא כל פגיעה או הטרדה בשגרת חייו.¹³⁰ משנה יא, העוסקת בהרחקת אילן משדה חבירו, מבליטה את העובדה שמטרת ההרחקה אינה מניעת נזק וכדו', אלא מתן אפשרות מליאה לזולת לנצל את קניינו האישי: 'לא יטע אדם אילן סמוך לשדה חברו, אלא אם כן הרחיק ממנו ארבע אמות'. בתוספתא (א, יד) מובא הנימוק המפורש: 'כדי שיהא בקר עובר בכליו... כדי שלא תעכב המחרישה'. על פי משנה זו, מחובתו של בעל שדה לסגת ארבע אמות אל תוך שדהו ולטעת את אילנו בכדי ששכנו יוכל לחרוש את כל שדהו עם מחרשתו. לשם חרישת קצה שדהו, נדרש השכן לעבור בתוך השדה שברשותך עם מחרשתו בשטח של ארבע אמות, ומחובתך לאפשר לו זאת.

5. זכות היחיד להטריד

בפתח הדברים צויין שחכמים מכירים בשני גופים בעלי זכויות במרחב המשותף – היחיד והקהילה. עד כה צויינו **חובות** היחיד בלבד ביחס לקהילה וביחס לזולתו. בדברים הבאים אעמוד על **זכותו** של היחיד להטריד את זולתו, ואנסה לשרטט את קו הגבול בין חובותיו וזכויותיו עפ"י דעת חכמים.

הנסיבות היחידות בהן מופיעה בספרות התנאים (משנה ותוספתא כאחד) חירות מוחלטת של יחיד במרחב משותף לעסוק באומנות כרצונו חרף ההטרדה שבדבר, הן אלו האמורות במשנת החנות שבחצר, שנידונה לעיל:

¹²⁹ . 'טעמא הוא, כשיחרוש את אילנותיו לא יהא צריך להכניס מחרשתו לתוך שדה חבירו'. רש"י ט, א, ד"ה 'סמוך'.

¹³⁰ . הקשר בין איסור המטרד והזיקה הקניינית לקרקע קיים גם בחוק הישראלי. עיין בספרו של ד' קרצ'מר, **דיני הנזיקין**, העוולות השונות, בעריכת גד טדסקי, ירושלים תשל"ו, עמוד 50 ואילך.

אבל אינו יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן לא מקול הפטיש ולא

מקול הרחים ולא מקול התינוקות¹³¹

וכן הוא בתוספתא :

אין יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן לא מקול הפטיש ולא מקול

הרחים ולא מפני ריח רע ולא מקול התינוקות.¹³²

בשני מקרים אלו בלבד,¹³³ השמעת קול פטיש וריחיים וקול התינוקות, ליחיד הזכות לפעול

במרחב המשותף, חרף קיומו של מטריד לזולתו.¹³⁴

מהו קו הגבול העובר בין זכויותיו של היחיד לחרות פעולה במרחב המשותף, ובין חובתו להרחיק

ולחישמר מפני הטרדת זולתו/הקהילה? מדוע קול הפטיש הותר ולעומת זאת ריח הרפת נאסר?¹³⁵

נוכח העובדה שסגנונם של חז"ל בספרות הנורמטיבית הוא קזואליסטי ברובו,¹³⁶ קשה לקבוע

עקרונות נחרצים המאפשרים להבחין בין המקרים השונים. עם זאת, נראה שניתן לסמן כמה

¹³¹ . משנה בבא בתרא ב, ג.

¹³² . תוספתא בבא בתרא א, ד.

¹³³ . בקרב האמוראים נוספה הלכה נוספת המעניקה זכות לשותף בן חצר לפעול ללא עיכוב: 'אמר רבי יוחנן משום ר' בנאה, בכל שותפין מעכבין זה את זה חוץ מן הכביסה שאין דרכן של בנות ישראל להתבזות על הכביסה' (נז, ב). ואולם זכות זו לא יוחסה לחיים בחצר או במבוי בדווקא, אלא נאמרה כחלק מדיני השותפים.¹³⁴ בתוספתא נוסף עניין הריח שאינו ניתן לעיכוב. עפ"י הסברו של ליברמן (תוספ"כ, עמוד 331) מדובר בריח רע של בורסקי. יושם לב שמטריד הריח כבר הופיע במשנה ג. שם נקבע שאין להעמיד רפת בקר תחת אוצרו של חברו. מטריד בגין ריחיים הופיע גם הוא בהלכה ג בתוספתא. שם נקבע שיש להרחיק את הרחיים ארבע אמות מכותלו של חברו. ואולם, המטריד עליו דובר בשני אלו האחרונים שונה מהמטריד בו אנו עוסקים בהלכה הנדונה. עפ"י הלכה זו, יש ליחיד זכות וחירות פעולה בנסיבות של מטריד הרעש בלבד ('איני יכול לישן מקול/ריח..'), ואילו ההלכות הקודמות המחייבות הרחקה עוסקות במטריד של תנודה פיסית (בריחיים) או בריח רע המזיק לאוצר התבואה. טענה בדבר ריח או פעולת ריחיים המפריעה לישון אינה מתקבלת, לעומת המטרידים האחרים הזוכים לגיבוי. ההבחנה שתוצג לקמן תבהיר גם הבדל זה.

¹³⁵ . עפ"י דעתו של הרמב"ם (הלכות שכנים פ"ו, יא), בה עסקנו לעיל, וכן הוא בקרב ראשוני ספרד (רשב"א כ עמוד ב ד"ה 'ותמיהא לי'; יד רמ"ה, ב"ב סי' נה ועיין בטור ובב"י חו"מ סימן קנו). המקרים הללו שבמשנה אינם יוצאים דופן באופן מהותי, ואין ללמוד מהם דבר על זכותו של היחיד. לשיטתם יכולה הקהילה לעכב לכתחילה כל יחיד בכל פעילות ואף בפעילות של הפעלת ריחיים. את המשנה יש להעמיד, לדעתם, בנסיבות מיוחדות בהן שכן הפעיל כבר חנות או ריחיים נוכח חבריו ששתקו, ועתה עולה שאלת חזקת התשמישין שהובהרה לעיל. במסגרת דיון זה, במצב שבדיעבד, עולה הבחנה בין קול הפטיש לעומת קול הנכנסין. לא כן בנסיבות של פתיחת חנות לכתחילה בהן קיימת לקהילה זכות עיכוב מוחלטת. ניסוח משפטי של פרשנות הרמב"ם ועוד, מלמד על העמדת הדיון במסגרת חוזית ולא נזיקית, ומכאן ההסבר לפערים ההלכתיים.

בעלי התוס' (כא עמוד א ד"ה 'אגרדי'), המ"מ (שכנים ו, יא) וכן פסק הרמ"א (חו"מ ק"מ ס"ב), הלכו בדרך שונה ופרשו את המשנה בנסיבות של פתיחת חנות לכתחילה. ההבחנות שהבחינו בין הרישא והסיפא נדונו בדבריי ונוגעות להפרת המרחב הפרטי. השוואת המשנה לתוספתא מלמדת, כפי שנעשה בדבריי בפנים, שיש לבאר את המשנה בנסיבות של פתיחת חנות לכתחילה. בתוספתא מופיע המקרה המקביל למשנה באופן הבא: 'יש לו בית בחצר השותפין ומבקש לחלקו ולהקרות בו את התינוקות יכולין לעכב'. ועיין בדבריי ח' אלבק בהשלמותיו למשנה זו. ועיין לעיל בפרק 3.3.8.

קווים מנחים לקביעתם של חכמים המאזנים בין זכויותיו של היחיד וזכויות הקהילה במרחב המשותף.

באופן כללי וגורף ניתן לומר שחכמים, בשונה מרבי יוסי, רואים במרחב זה את מקום מושבה של הקהילה. מרחב זה, כפי שכבר צויין קודם לכן, חולש על פני החללים השונים: שדות גובלים, בית פרטי, וחצר משותפת. כל אלו נחשבים מקום מושבה של הקהילה, ובכולם הקהילה וכן היחיד שבה מוגנים מפני מטרדים. יחד עם זאת, חכמים אינם מוחקים את זהותו של היחיד לחלוטין, ומוצאים לנכון לקיים מרחב פעולה מוגן. כאמור לעיל, הנסיבות המדויקות, בהן קיימת ליחיד זכות מוגנת לפעילות, קשות להגדרה, אך ניתן לשרטט קווים מנחים. נציין כמה מהם:

א. ניתן לשער שמערכת השיקולים של חכמים שקבעו מהי פעילות מטרידה המחייבת הרחקה, לעומת זו שאינה מחייבת הרחקה, מבוססת בין השאר גם על שאלת טיבו של המטרד המפריע. נראה שעל פי אמות המידה של חכמים בתקופת המשנה ותפיסת המציאות שלהם יש להבחין בין מטרד של קול לעומת מטרד אחר של ריח או חום וכדו'. האחרונים מורגשים, משאירים רושם לאורך זמן, וקרובים ברצף המושגי לנזק של ממש.¹³⁷ לעומתם, קול הוא מטרד חולף ולא מורגש שאינו נותן את אותותיו בממון או בזולת. מטרד של רעש זוכה להגנה ואילו האחרים מחייבים הרחקה. כך לפחות על פי העמדה המופיעה במשנה. חיזוק להשערה שהטרדה על ידי קול מהווה מטרד שונה וחלש בטיבו משאר המטרדים עולה מדברי התוספתא שאינה מקבלת כלל את קיומו של הקול כמטרד המצדיק הרחקה, כאמור לעיל בהבחנה שבינה לבין המשנה. המשנה, כאמור, מכירה בקיומו של רעש כמטרד שיש להרחיק בגינו אלא שרעש זה, האסור, כולל מרכיב נוסף של הפרת המרחב האינטימי ופריצה אל המרחב הציבורי, כאמור בדברי התוספתא והראשונים לעיל. ללא מרכיב זה, כך נראה, לא היה מקום לאסור על קיומו של רעש מטריד. כן הוא גם בדברי הרשב"א לעיל שהמיר את מטרד הקול במשנה להפרעה בגין ריבוי הדרך.

ב. הבחנה נוספת שיש לשקול במערך השיקולים של חכמים בבואם לאזן בין צרכי היחיד והקהילה ובין זכויותיהם השונות, היא מידת ההרחקה הנדרשת. בכל המקרים, למעט הפרעה על ידי קול, ניתן לפתור את בעיית המטרד באמצעות הרחקה פיסית. ניתן להרחיק תנור המקרין חום או לבצע חפירה של בור במרחק רב יותר מהבור או הכותל של הזולת. הרחקות אלו 'משפרות' במידה ניכרת את מידת ההטרדה, עד כדי מניעתה. במקרה של השמעת קול לא ניתן הדבר. לו הייתה חלה דרישה של הרחקה גם במקרה של הטרדת רעש, הייתה זו גזירת כליה על אותה פעילות של טחינה

¹³⁶ על כך נכתב רבות. עיין למשל מ' זילברג, **כך דרכו של תלמוד**, ירושלים תשמ"ד, עמודים 22-25.
¹³⁷ סימן לאבחנה בין סוגי מטרדים היא העובדה שמטרדים מעין עשן, ריח וכדו', אינם מקנים למשתמש חזקת תשמישין (בבא בתרא כג א-ב) כפי שקיים בפעילות אחרת בחצר, וזאת מחמת טיב ההטרדה ('אין דעתו של אדם סובלת נזק מאלו', רמב"ם הלכות שכנים פ"א ה"ד).

בריחיים וכדו', ובכך היה נמנע מן הפרט העיסוק במשלח ידו. פגיעה אנושה מעין זו לא הייתה מקובלת על חכמים, ומשכך הותר המטרד. כאמור במטרדים האחרים של חוס, ריח או תנודות - הרחקה פיסיית מאפשרת לקיים בשכנות את העוסק ואת המוטרד כאחד.

ג. הבחנה נוספת (החלשה מכולן) שיש לשקול היא העובדה שמדובר בסוג פעילות חיוני: פרנסה וקולם של ילדים. הללו, כך נראה יזכו להגנה מירבית, לעומת פעילות אחרת הנושאת אופי של תרבות פנאי או פעילות חיונית שניתן למצוא לה תחליפים.

6. סיכום – בין יחיד וקהילה

חכמים רואים במבוי ובחצר את המרחב בו פועלת קהילת בני המבוי ובני החצר. לצידה של קהילה זו, הנושאת זכויות רבות והגנות המאפשרות לה את קיומה, מצוי היחיד המקיים אף הוא את אורח חייו. באיזון שבין שני גורמים אלו נוטים חכמים באופן בולט לטובתו של הקולקטיב ופורסים מצע רחב של זכויות המאפשרות את קיומה האינטימי והאיכותי במרחב. מערך הזכויות שהן חובותיו של היחיד או היחידים נע בין חובה מעשית לממן את שירותי וצרכי הקהילה, וחובה שלילית המונעת מן היחיד או כל אדם חירות פעולה העלולה לסכן את המרקם האינטימי שבו חיה הקהילה. חכמים מציידים את בני המבוי או החצר במגוון של כלים משפטיים 'תקיפים' כגון סמכות עיכוב וכפייה. סמכותם חולשת על מגוון החללים במרחב הנדון: הן אלו המשותפים כגון החצר או המבוי והן אלו ה'פרטיים' כגון השדה או הבית הפרטי.

יחד עם זאת, חכמים מכירים בצרכיו של היחיד ומאפשרים לו טווח של פעילות מוגנת שתאפשר לו לקיים את חייו. במסגרת זו מטילים חכמים על היחיד דיני הרחקות לבל יטריד את זולתו או את הרבים, אך אינם אוסרים עליו את הפעילות באופן מוחלט אלא מגנים עליה בנסיבות מיוחדות שפורטו לעיל. סוד פתרון של נסיבות אלו נותר בגדר השערה בלבד והוצעו כמה אפשרויות להבנתו. יחד עם זאת, ברור הדבר שנסיבות אלו הן מצומצמות ובודדות, שכן הגורם המרכזי והמועדף במרחב המשותף היא הקהילה. חלק ניכר מן הראשונים אינו מכיר כלל בחירותו של היחיד לפעול כרצונו במרחב המשותף. לדעתם, המקורות המורים על חרות שכזו אינם מבוססים על זכות הקניין, אלא על זכויות הנובעות מכח חוזה מכללא שנוצר בין היחיד והסביבה ששתקה.

פרק ג – דיני שכנים ודיני נזיקין

1. הבסיס המשפטי לדיני הרחקות בין שכנים

בפרק הקודם עסקתי בפירוט רב במחלוקת רבי יוסי, רשב"ג וחכמים. מחלוקתם נסובה אודות מקומה של הטענה הקניינית במסגרת החיים בשכונות או בשותפות. כל אחת מן הדעות מבססת את מתן הזכויות על בסיס קנייני. הטענה 'אני עושה בתוך שלי' היא המנחה את עיקרי עמדתו של רבי יוסי. חכמים, החולקים על רבי יוסי ומעדיפים את זכויותיה של הקהילה במרחב המשותף, מבססים אף הם את עמדתם על המימד הקנייני. לדעת חכמים, הריבון במרחב זה הוא הקולקטיב, והוא המחזיק מירב הזכויות והסמכויות. ואולם, נוסף לזכויות הקהילה, יש גם ליחיד במרחב זה מקום להתגדר בו, ואין הוא משולל כל זכות פעולה. זכויות מועטות אלו עומדות אף הן על המימד הקנייני בקביעתם הנחרצת של חכמים – לשכנו אינו כופהו.¹³⁸ על פי דעת חכמים, אין בכוחה של קהילת בני החצר למנוע משכן קיים לעסוק באומנות כרצונו. העובדה שמדובר בשכן קיים שרכש זכות מגורים במקום היא זו המגנה עליו מפני החלטות בני החצר (כל זאת בסייגים שפורטו שם). רשב"ג, המייצג את עמדת הקצה הנוגדת לרבי יוסי, מעניק זכות מוחלטת לבני החצר למנוע משכן חדש או קיים לעסוק באומנות כרצונו. מחלוקת התנאים, א"כ, נוגעת בשאלת זהותו של בעל זכות הקניין במרחב החצרי – האם זהו היחיד, אלו בני החצר או שניהם גם יחד?

במסגרת הדיון בעמדת חכמים פרטתי את זכויות הקהילה שהן חובותיו של היחיד כלפיה. זכויות אלו כללו את החובה לממן את צרכי הקהילה כגון: רכישת ס"ת, בניית שער ודלת לצרכי בטחון ועוד. עם זאת יש לציין שמרכזו של העיסוק ההלכתי בספרות חז"ל במסגרת יחסי היחיד והקהילה, ממוקד בחובות ההרחקה של היחיד לבל יטריד ויפריע לשגרת חייה של הקהילה ואף ליחידים שבה. בפרק הקודם כינינו זכות זו כזכות שלא לפגוע במרקם האינטימי של חיי הקהילה. המונח ההלכתי הרלוונטי היה 'ריבוי הדרך'. לצד זכות זו של הקהילה נדונה גם זכותם של היחידים במרחב המשותף שלא להיות מוטרדים ומופרעים בידי היחיד. זכויות אלו מפורטות בפרק ב של מסכת בבא בתרא, וכוללת דיני הרחקה ומניעת מטרדים מגוונים.¹³⁹

¹³⁸ . ועיין עוד בפרק ב סעיף 3.2.2. ואילך במימד הקנייני בדעת חכמים.
¹³⁹ . סוגי המטרדים ומבנה הפרק נדון בהרחבה בפרק ב, עמדת חכמים, סעיף 4.2.

בסופו של הפרק העוסק בעמדתם של חכמים (תת-פרק 4.1), הוצגה התשתית המשפטית של דיני ההרחקה הללו. נטען שם, בעקבות דברי אחרונים, שהתשתית המשפטית המבססת את חובת ההרחקה של יחיד לבל יטריד ויפריע ליחיד אחר או לקהילה הם דיני הקניין וליתר דיוק הזכות הקניינית.¹⁴⁰ זכות זו מאפשרת לו לחיות את חייו באיכות מרבית בנכס שבבעלותו. זכות זו כוללת גם את השימוש האיכותי במתחם המשותף (החצר).¹⁴¹ מובן הוא שהזכויות של האחד גוררות את חובותיו של האחר, ולכן מי שעלול לפגוע באיכות חייו של הזולת בנכס שבבעלותו, עליו להרחיק ולהימנע ככל שניתן מפעילות זו, כאמור בפרק ב' של בבא בתרא.

אל מול חובה זו של השכן לאפשר את איכות חייו של זולתו עומדת זכותו האישית לחירות הפעולה ולניצול קניינו האישי. בשקלול הזכויות של השניים – הזכות לאיכות חייו של הזולת בקניינו האישי מחד, לעומת חירות הפעולה של האחר, מאידך (כביטוי לזכות הקניין?), מוטית הכף באופן ברור לטובתו של הראשון. במילים אחרות, על פי תפיסת עולמם של חז"ל אין להשוות את הפגיעה בקניינו של האדם הנעשית ע"י הגבלת שימוש בנכס, להטרדה ופגיעה באיכות החיים בקניינו האישי.

מטרתו של פרק זה היא להוכיח את הקביעה הנ"ל בעיקר ע"י שלילתה של האפשרות המקובלת והזמינה, היא התשתית הנזיקית. פרק ב' של בבא בתרא שונה מהותית, על פי מספר מבחנים שיוצגו לקמן, מפרקי הנזיקין של בבא קמא. מכאן שאין להניח את חובות ההרחקה על בסיס דיני הנזיקין. נוסף לכך, דיני ההרחקות הללו, על פרוטם הרב, מצויים רק בנסיבות של שכנים או

¹⁴⁰. אודות התשתית הקניינית של חובות ההרחקה הורחב בעבודתה של לובר, 'תיאוריות של קניין' (לעיל, פרק המבוא הערה 5). עבודה זו מיישמת את הבחנותיו של חנוך דגן אודות שתי תפיסות של קניין במשפט המודרני: הפורמליסטית והריאליסטית. לובר מזהה בדברי התנאים את שתי המגמות, הנזיקית והקניינית. להבנתי ניתן לפרש באופן שונה את ראיותיה מדברי המשנה ו/או התוספתא. לובר נצמדה למילים בודדות ולא בחנה את המערכת כולה כפי שנעשה בפרק זה. הביטוי במשנה: 'כדי שלא תקפוץ הנמיה' כנימוק להרחקת סולם מן השוכר הוביל אותה למסקנה שמגמת המשנה היא נזיקית, וזאת לעומת התוספתא שנימקה באופן שונה – 'כדי שיהא זוקף את הסולם' (שם, עמוד 18). להבנתי, הנימוק במשנה אמנם מצוין לחשש של נזק, אולם אין בכך בכדי לקבוע את התשתית המשפטית של דיני ההרחקה, שכן ההקשר הכללי בפרק והיעדרם של יסודות דיני הנזיקין בו אינם מצביעים על מגמה זו (ואף מצביעים על מגמה הפוכה), כפי שיוכח בהמשך פרק זה. נוסף לכך, בסמוך להלכה זו מופיעה הלכת הרחקת כותל ממזחילה, המנומקת (אף לשיטת לובר) בנימוק קנייני – 'כדי שיהא זוקף את הסולם'. המסקנה המתבקשת תומכת בבסיס הקנייני הדורש מימוש מלא של הזכות הקניינית מבלי לפגוע באורח החיים השגרתי, בין במטרד ובין במעשה הקרוב לנזק. כמו כן, ראייתה משימוש במונח נזק במשנה ולא בתוספתא (שם, עמוד 19), אינה מלמדת, לדעתי, על קיומה של מגמה נזיקית. יותר מכך, כפי שיוכח בפרק זה, שימוש זה מלמד על מגמה הפוכה.

¹⁴¹. השווה ד' קרצ'מר, **מטרדים**, בתוך: **דיני הנזיקין**, העוולות השונות, בעריכת גד טדסקי, ירושלים (תשל"ט), עמודים 39, 55-65.

שותפים, ולא מופיעים בנסיבות אחרות כגון ברשות הרבים וכדו'. מכאן שדיני ההרחקה צומחים על רקע נסיבות של בית וחצר, שהם קניינו האישי של האדם.¹⁴²

2. בבא קמא ובבא בתרא - השוואה

על מנת להוכיח את עצמאותם של דיני הרחק בין שכנים ואת אי-תלותם בדיני הנזיקין, נשווה את דיני השכנים (ההרחקות) שבמשנה בבא בתרא (פרק ב') לדיני הנזיקין שבמשנה בבא-קמא (פרקים א-ח). השוואת התחומים (שכנים ונזיקין) תיעשה בשלושה מישורים: תוצאה, יסוד נפשי וסעד. השוואה זו מלמדת שישנו הבדל ברור ובולט בין השניים.

2.1. תוצאה מזיקה לעומת מצב מטריד

דיני הנזיקין עוסקים במצבים מובהקים של תוצאת נזק לגוף או לנכס, כגון: קטיעת יד (ח, א), או נזק לרכוש, כגון: שבירת כד (ג, א), שריפת שדה (ו, ה), וכן בשאר הפרקים. נזק זה ניתן לכימות ולמדידה ממונית או רפואית. דיני הרחקה בין שכנים, לעומת דינים אלו, אינם עוסקים בתוצאה מובהקת של נזק לרכוש או לגוף. ברובם של המקרים לא מדובר כלל באירוע שמתקיימת בו תוצאה נזיקית בעלת אופי של פגיעה פיסית המפחיתה את ערכו הממוני של הרכוש או האדם, אלא מדובר בריח רע או חום שאינם פוגעים באדם או ברכוש באופן המפחית את ערכו של הרכוש עצמו או גורר נזק רפואי לאדם. מעשים אלו מאופיינים בהטרדה הפוגעת באיכות החיים של בעל הנכס ובאפשרות לנהל אורח חיים סדיר או באפשרות להשתמש בנכס מנכסיו שימוש מקובל וסביר.

נוסף לכך, המקרים הכוללים אפשרות של תוצאת נזק כגון נטיעת אילן בסמוך לבור, העמדת סולם בסמוך לשובך, חפירת בור בסמוך לבור חברו וכדו', עוסקים במקרים בהם זו תתרחש במועד רחוק, או שקיימת סבירות נמוכה להתקיימות הנזק. חרף זאת מחייבת המשנה את השכן המטריד להרחיק את הגורם המטריד ולהמנע ממעשה שיש בו אפשרות רחוקה של נזק. חובה זו קמה לשכן המטריד עוד בטרם נוצר הנזק.

בסופו של פרק זה אדון בהרחקות המופיעות במשנה אשר יש בהן מימד נזיקי מובהק.

¹⁴². פרשנותם של ראשונים ואחרונים ביחס לשאלת הבסיס לדיני ההרחקות תידון בנפרד בסופו של פרק זה (סעיף 9).

2.2. יסוד נפשי

נסיבות ההטרדה בהן עוסקת מסכת בבא בתרא הן של שכן הפועל בתחומו הפרטי או המשותף ומנהל את אורח חייו השגרתי. פעילות זו גורמת לאפשרות הפגיעה באיכות חייו של הזולת. במעשיו השגרתיים אין כל יסוד נפשי שלילי (זדון או רשלנות) ואין כל כונה לפגוע בזולת. לעומת התנהגות שגרתיית זו מוצאים אנו במסכת בבא קמא קטגוריות התנהגות שונות הבוחנות את מעשה האדם או רכושו על פי אמות מידה של מסוכנות או מועדות לפגוע. דרישה זו כונתה בידי פרשנים וחוקרי משפט עברי 'שיטת הפשיעה' (להבדיל משיטת גרם הנזק או הבעלות ועוד).¹⁴³ צמד המושגים 'תם' ו'מועד' מלווה את הפרקים השונים (משנה בבא קמא א, ד; ובמהלך פרק ב). מונחים אלו מצביעים על היסוד הנפשי השלילי הקיים בהתנהגות זו ברמות שונות. בגין מעמד זה של מסוכנות ברמה גבוהה או נמוכה מוטלת חובה שמירה של האדם על ממונו (משנה, בבא קמא א, א ופרק ד' משנה ט) ועל שורו (או כל בעל חיים שבבעלותו) לבל יזיקו. הדרישה לקיומו של יסוד נפשי שלילי קיימת גם ביחס לאדם המזיק.¹⁴⁴ דיני ההרחקה שבבבא בתרא (פרק ב) נעדרים יסודות נפשיים אלו; לא קיימת בהם התראה וממילא לא הגדרה של מועדות. החובה להרחיק חמורה יותר ומופנית לשגרת חייו של האדם, באמצעותה יכול להטריד את חברו.

2.3. סעדים

ההבחנה האחרונה אותה נערוך היא במשור הסעדים והחובות. חובתו של שכן העלול להטריד את חברו מנוסחת בלשון של איסור על פעולה או חובת הרחקה.¹⁴⁵ כמו כן, מצינו במספר מקומות

¹⁴³ ז' ורהפטיג, 'יסוד האחריות על נזקים במשפט העברי', בר-אילן יג (תשל"ו), עמודים 132-148. על יישומיה השונים של תפיסה זו בפרטי הלכות ממון המזיק עיין בעבודתו של א' וסטרייך, 'התפתחות ומגמות פרשניות דיני המזיקין התלמודיים', חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, בר-אילן תשס"ז, שער ראשון. על שתי גישות אפשריות להבנת מדת האחריות של האדם החובל והמזיק האם פגיעה בצלם א-לוהים או אחריות אישית ואשמה, ראה במאמרי, 'צדק א-לוהי ורגישות אנושית – עיון הלכתי בשאלת גבולות האחריות של אדם החובל והמזיק', פתיחתא י (תשס"ו) עמודים 7-16.

¹⁴⁴ א' סלע, 'תשלומי הנזק של החובל בחברו במשפט העברי: בין דיני עונשין לדיני ממונות', חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, בר-אילן תשס"ח, פרק ג'. לדעת סלע, המשנה הידועה 'אדם מועד לעולם' אינה עוסקת בקביעת אחריות מוחלטת על המזיק, אלא עוסקת בגובה התשלום של החובל בלבד (שם, עמוד 151).

¹⁴⁵ עיון בפעלים המופיעים בפרק ב' המעניקים סעד למוטרד, חושפים תופעה מעניינת. לפנינו שתי קבוצות של פעלים המלווים באופן עקבי את הפרק כולו:

[א] לא יחפור אדם בור סמוך לבורו של חברו ולא שיח ולא מערה ולא אמת המים ולא נברכת כובסין אלא אם כן הרחיק מכותל חברו שלשה טפחים וסד בסיד מרחיקין את הגפת ואת הזבל ואת המלח ואת הסיד ואת הסלעים מכותלו של חברו שלשה טפחים וסד בסיד מרחיקין את הזרעים ואת המחרישה ואת מי רגלים מן הכותל שלשה טפחים ומרחיקין את הרחים שלשה מן השכב שהן ארבעה מן הרכב ואת התנור שלשה מן הכליא שהן ארבעה מן השפה:

שקמה לשכן המוטרד זכות עיכוב או מניעה.¹⁴⁶ התנאים אינם משתמשים כלל במונחים של פיצויים ותשלומים (למעט מקרה חריג אחד בו נדון בהמשך). לא כן כאשר עוסקים בדיני הנזיקין במסכת בבא קמא. החובה המוטלת על האדם היא חובת **שמירה** של בעלים על ממונו לבל יזיק (משנה בבא קמא א, ב), וזאת בניגוד לחובת **הרחקה** המופיעה במסכת בבא בתרא. תוצאות ההשוואה בין החובה לשמור מאפשרות נזק ובין החובה להרחיק את הפעילות השגרתית מלמדת על הבדלים ביחס למידת ההרחקה או השמירה הנדרשת. השוואה כזו תיערך לקמן. לעת עתה די בעובדה שחובת השמירה על ממונו של אדם מהווה חובה מדין תורה ("ולא ישמרנו" – שמות כא, כט), ואילו חובת ההרחקה בין שכנים היא מתקנת חכמים בלבד.

נוסף לכך, והוא העיקר: במסכת בבא קמא קיימת מערכת מסועפת של פיצויים ממוניים ועונשיים¹⁴⁷ שנועדו בין השאר להשיב את הנפגע למצבו ערב הפגיעה או לצפות פני עתיד בפיצויים עונשיים.¹⁴⁸ לדוגמא: פגיעה בגוף גוררת אחריה חמשה ראשי נזק המפורטים בפרק ח, ופגיעה

[ב] **לא יעמיד** אדם תנור בתוך הבית **אלא אם כן** יש על גביו גובה ארבע אמות היה מעמידו בעליה צריך שיהא תחתיו מעזיבה שלשה טפחים ובכירה טפח ואם הזיק משלם מה שהזיק רבי שמעון אומר לא אמרו כל השיעורין האלו אלא שאם הזיק פטור מלשלם: [ג] **לא יפתח** אדם חנות של נחתומין ושל צבעין תחת אוצרו של חברו ולא רפת בקר באמת בין התירו אבל לא רפת בקר חנות שבחצר יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן מקול הנכנסין ומקול היוצאין עושה כלים יוצא ומוכר בתוך השוק אבל אינו יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן לא מקול הפטיש ולא מקול הרחים ולא מקול התינוקות:

[ה] **מרחיקין** את הסולם מן השוכך ארבע אמות כדי שלא תקפוץ הנמיה ואת הכותל מן המזחילה ארבע אמות כדי שיהא זוקף את הסולם **מרחיקין** את השוכך מן העיר חמשים אמה **ולא יעשה** אדם שוכך בתוך שלו **אלא אם כן** יש לו חמשים אמה לכל רוח רבי יהודה אומר בית ארבעת כורין מלא שגר היונה ואם לקחו אפילו בית רובע הרי הוא בחזקתו: [ז] **מרחיקין** את האילן מן העיר עשרים וחמש אמה ובחרוב ובשקמה חמשים אמה אבא שאול אומר כל אילן סרק חמשים אמה אם העיר קדמה קוצץ ואינו נותן דמים ואם האילן קדם קוצץ ונותן דמים ספק זה קדם ספק זה קדם קוצץ ואינו נותן דמים:

[ח] **מרחיקין** גורן קבוע מן העיר חמשים אמה **לא יעשה** אדם גורן קבוע בתוך שלו **אלא אם כן** יש לו חמשים אמה לכל רוח ומרחיק מנטיעותיו של חברו ומנירו כדי שלא יזיק:

[ט] **מרחיקין** את הנבילות ואת הקברות ואת הבורסקי מן העיר חמשים אמה **אין עושין** בורסקי **אלא** למזרח העיר רבי עקיבא אומר לכל רוח הוא עושה חוץ ממערבה ומרחיק חמשים אמה:

[י] **מרחיקין** את המשרה מן הירק ואת הכרישין מן הבצלים ואת החרדל מן הדבורים רבי יוסי מתיר בחרדל:

ברובן של ההלכות המופיעות בפרק מופיע אחד מן הפעלים הבאים: "לא יעשה אדם ___ אלא א"כ הרחיק מחברו" (בשישה מקרים בפרק מתוך כתשעה עשר), או "מרחיקין את ה___" (תשעה מקרים בפרק מתוך תשעה עשר). במקומות מסויימים מופיע גם הפועל 'מעכב' וכדו'. יתכן ושני סגנונות אלו, **מרחיקין ולא יעשה**, נובעים משני מקורות ספרותיים שונים למשנה, ויתכן שההבדל נובע מסוג ההרחקה הנדרשת. לשון **לא יעשה** היא לשון משפטית, ואילו האחרת מציינת למנהג מקובל. אפשרות אחרת היא להבחין בין הסוגים השונים של המטרדים. ישנו מטרד שנעשה על ידי מצב אותו יש להרחיק, וישנו מטרד שנעשה על ידי פעולה ממנה יש להמנע.

¹⁴⁶ משנה ג, והתוספתא המקבילה.

¹⁴⁷ על הקשר בין תשלומים ממוניים ועונשיים בתשלומי נזק וחבלה עיין בעבודתו של א' סלע, 'בין דיני עונשין לדיני ממונות', (לעיל, הערה 8), עמודים 1-11.

¹⁴⁸ סיכום ממצה של מטרת דיני הנזיקין, והצעה לסדר יום משפטי בחברה הישראלית, מצוי במאמרו של ב' שמואלי, 'קליעה למטרה': הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים, **משפטים** לט (תש"ע), עמודים 233-347.

ברכוש מזכה בפיצויים בהתאם לנסיבות מעשה הנזק - ממון מועד להזיק או ממון שאינו מועד

להזיק (משנה, בבא קמא א, ב וד).

לעומת אלו, פרק ב של מסכת בבא בתרא אינו עוסק כלל במנגנון של פיצוי.

3. דיני שכנים כענף עצמאי

מכל האמור לעיל עולה שמקורו ובסיסו המשפטי של פרק ב במסכת בבא בתרא העוסק בחובות ההרחקה של שכן מזולתו, אינו עוסק כלל בנסיבות של אירוע נזיקי, וממילא מערך החובות והזכויות שבו אינם מבוססים על ענף משפטי זה. בסיס המשפטי של דיני השכנים עומד כענף משפטי עצמאי המצדיק את קיומו מן הנסיבות המיוחדות שבו – חיי אדם ומשפחה הפעילים בנכס שבבעלותם, בשכנות צמודה למשפחות אחרות. נסיבות החיים בשכנות ובשותפות מעלות שאלות מתחומים שונים – דיני הקניין האישי, תחרות מסחרית, נזיקין ועוד. ענפי המשפט המגוונים הללו חוסים תחת המטרייה הרחבה של דיני השכנים, המקנה נופך שונה לעיסוק בכל אחד מן התחומים המשפטיים הנ"ל. חז"ל, בהוראתם המדויקת והמפורטת בפרקי השכנים בבבא בתרא, עיצבו את מערך הכוחות והיחסים במתחם השכנים והשותפים באופן ברור, המחייב אדם שלא לפגוע באיכות חייו של הזולת בכל דרך ואופן, וחובה עליו לנקוט באמצעי זהירות יעילים ובטוחים המונעים את הפגיעה והמטרד הקרוב. צעדים אלו באים על חשבון זכות השימוש בקניינו האישי, וכן מונעים ממנו עיסוק במשלח יד זה במגבלות שפורטו.

4. מושגי נזק בפרק ב

בדברים הבאים נעסוק בהלכות הבודדות המתייחסות לארוע נזיקי בפרק ב.¹⁴⁹

המשנה מתייחסת באופן מפורש לאירוע נזיקי:

אם הזיק משלם מה שהזיק. רבי שמעון אומר לא אמרו כל השיעורין האלו

אלא שאם הזיק פטור משלם.¹⁵⁰

¹⁴⁹ . ההתייחסות לנזק קיימת במספר מקומות נוספים בספרות התנאית העוסקת בדיני ההרחקות: 'מרחיק מנטיעותיו של חברו בכדי שלא יזיק (משנה בבא בתרא ב, ח) ; 'מרחיקין את הדבורים מן העיר...כדי שלא ינשכו בני אדם' (תוספתא בבא בתרא א, ט). מהלכות אלו למדנו שחובת ההרחקה כוללת גם חשש לנזק ממשי. אולם, אין בהן בכדי להצביע על הבסיס המשפטי של דיני ההרחקות. שכן, תחולתה של חובת הרחקה המבוססת על דיני הקניין רחבה מאוד וכוללת הרחקה מטעמים של מטרד בלבד וכן הרחקה מחשש נזק.
¹⁵⁰ . משנה בבא בתרא ב, ב.

לפנינו מחלוקת תנאים בשאלת היחס בין דיני הרחקות בין שכנים שבפרק ודיני הנזיקין. תנא קמא, הפוסק שאדם שהרחיק כראוי ובכל זאת הזיק - ישלם, גורס שאין לקשור בין ענפי המשפט הללו. דיני ההרחקות נועדו לאפשר את השימוש האיכותי בנכסו של הזולת, ודיני הנזיקין נועדו להשיב לאדם את ערך ממונו שנפגע. אמנם קיימת חפיפה בין התחומים השונים, ויתכן שהחובה להרחיק ממטרד ופגיעה באיכות החיים תמנע נזק ברכוש, אולם לא קיימת זהות בין התחומים. דיני ההרחקות רחבים יותר מדיני הנזיקין, וכוללים הגנה על מעשים שאין בהם תוצאה מובהקת של נזק רכוש. כל עצמותם של דיני ההרחקות נועדו לתכלית אחת: הגנה על איכות חייו של הזולת. תכלית זו רחבה יותר מתכלית דיני הנזיקין התחומים למניעת מצבי נזק פסיים. נוסף לכך, דיני ההרחקות אינם עוסקים כלל במישור שלאחר מעשה, קרי במערך הפיצויים או הענישה כאשר מתרחש נזק. במילים אחרות, הפרה של דיני ההרחקות גוררת אחריה תיקון המתאים להם, כגון עיכוב הרחקה או סילוק המטרד, אך לא מערכת של פיצויים או ענישה. כך למשל מצינו במקרה של נטיעת אילן בסמוך לבור (משנה ב, יא) בניגוד להוראת ההרחקה הנדרשת. הסעד במקרה זה הוא קציצת האילן וכדו'. משנתנו עוסקת במקרה של יצירת נזק, חרף קיומה של ההרחקה. שאלה זו מחדדת את יחסי התחומים השונים, ובעניין זה כאמור ישנה מחלוקת תנאים.

נחלקו הפרשנים בהיקף תחולתה של מחלוקת התנאים. מחלוקת זו נוגעת לשאלת תחולתם של דיני הנזיקין בנסיבות של נזקי שכנים. בדברים הבאים מצינו שלוש גישות: גישה המרחיבה את תחולת דיני הנזיקין, גישה המצמצמת אותה וגישת ביניים.

דברי תנא קמא דלעיל מופיעים בסופה של משנה העוסקת בדיני ההרחקה של תנור בביתו של אדם. על בעל התנור להרחיק מן התקרה מרחק של ארבע אמות, וכן לדאוג שתחתיו ישנה תקרה עבה; כל זאת מחשש של התפשטות אש או חום. בסופה של המשנה מופיעה דעתו של תנא קמא, המחייב במקרה שהאש התפשטה, חרף צעדי ההרחקה שנקטו.

העמדה המרחיבה, המחילה את דיני הנזיקין כמות שהם בנסיבות של נזק בין שכנים, היא עמדתו של הרא"ש.¹⁵¹ על פי דעתו, עמדת תנא קמא, המחייבת בכל מקרה נזק שארע, אף אם הרחיק כדון, נכונה לכל המקרים המופיעים במשנה בהם צוינה מדת ההרחקה. בעל העיטור¹⁵² מצדיק עמדה כוללת זו בנימוק ספרותי. לדעתו, פירוט המשנה את דברי תנא קמא דווקא בנסיבות של

¹⁵¹ . שו"ת הרא"ש סימן קח"י.

¹⁵² . ספר העיטור אות מ' מודעא עמוד נג. הובא בטור חו"מ סימן קנה אות מט.

הרחקת תנור וחשש של שריפה, לא נועדה לצמצם את תחולת הלכת הנזיקין בין שכנים, אלא נובעת מן העובדה ש"היזקא דנורא [=אש] מינכרא לכולי עלמא". כלומר, מאחר והיזק האש ידוע ונפוץ נקטה המשנה בדוגמא זו, אולם הלכה זו נכונה לכל הנסיבות כולן, ובכל מקרה נזק יש לחייב על-פי דיני הנזיקין.

גישת ביניים מצויה בדברי המאירי.¹⁵³ לדעתו, יש להבחין בין הנסיבות השונות שבהן מתקיים האירוע הנזיקי. בנסיבות בהן הנזק (או ליתר דיוק המזיק) אינו ניכר ואינו נראה לעין, אין לחייב בגין נזק שאירע אם הרחיק כדין. לדעתו, המשניות הקודמות למשנה העוסקת בהרחקת תנור מפני נזק אש, עוסקות במקרים בהן אין ההיזק ניכר, ומשכך יש לפטור במקרה של נזק (אם הרחיק כראוי). משניות אלו עוסקות בחובה להרחיק בור או מחרשה וכדו' מבורו של חבירו. מובן הוא, מוסיף המאירי, שאם השכן לא עשה כדן המשנה ולא הרחיק את המטרד הפוטנציאלי, יחויב הוא בכל מקרה נזק.

עמדה שלישית היא עמדתו של הראב"ד.¹⁵⁴ הראב"ד טוען שבכל המקרים המופיעים במשנה, פרט לנזק על ידי אש האמור מפורשות בדברי תנא קמא, אם אירע אירוע נזיקי פטור מלשלם. על פי הראב"ד המרחב שבין שכנים יוצר מערכת יחסים מיוחדת ושונה, שלא נכון להחיל במסגרתה את דיני הנזיקין הרגילים. הראב"ד מוסיף לדבריו קביעה נוספת המחדדת את הפערים בין ענפי המשפט השונים. לדעתו, יש לפטור שכן מנזק שאירע במהלך שימושו בביתו או בחצר המשותפת, לא רק בנסיבות בהן הרחיק כדן, אלא אף אם סמך, קרי לא קיים את דין המשנה וסמך את אילנו לחברו וכדו'. גם במקרים אלו, טוען הראב"ד, יש להחיל על השכן פטור מלא מדיני הנזיקין. נזקים אלו אינם נופלים תחת הגדרות מעשי הנזק ותחומי האחריות של אדם המזיק, המוגדרים בריש מסכת בבא קמא (שור, בור, אש וכו').

דעתו של תנא קמא, המחייב את השכן שהרחיק וגרם נזק לזולתו, מציבה את ענפי המשפט השונים, נזיקין ושכנים, באופן מקביל וללא כל זיקה וקשר ביניהם. על פי עמדתו, אף אם נקט השכן בכל צעדי ההרחקה הנדרשים על פי הוראות חכמים, ומעשיו גרמו בכל זאת לנזק רכושי לזולתו, יחויב הוא במלוא הפיצויים הממוניים כפי שמתחייב מדיני הנזיקין.

להלן נסקור מספר הבחנות נוספות בין ענפי משפט אלו כפי שעולים מדברי הפרשנים השונים :

¹⁵³ . **חידושי המאירי** בבא בתרא כ עמוד ב ד"ה לא יעמיד.

¹⁵⁴ . הובאה בטור שם.

5. הבחנות נוספות בין נזיקין ושכנים

5.1. עיכוב לעומת פיצוי

רש"י מוסיף הבחנה חשובה המעמיקה את הפער בין ענפי המשפט.

ואם הזיק - אחר שיהא שם כל השיעורין הללו משלם מה שהזיק ואעפ"כ מעכבין עליו השכנים להרחיק בכל השיעורים הללו שמא ידליק בתיהם ואין לו מה לשלם.¹⁵⁵

על פי דבריו של רש"י ישנה חשיבות לקיומם של דיני השכנים לצידם של דיני הנזיקין, אף שהראשונים אינם פוטרים שכן שהזיק, וזאת בכדי למנוע מצב בו יבקש שכן מעוול להמיר נזק בפיצוי, ואין לו כדי לשלם.

5.2. מידת ההרחקה

בקרוב נושאי הכלים של השו"ע¹⁵⁶ קיימת מחלוקת בהערכת היחס בין מידת ההרחקה הנדרשת בנסיבות של תנור אפייה ביתי (כחלק מדיני ההרחקות של מסכת בבא בתרא), לעומת חובת השמירה מחשש שאש תתלקח ותתפשט לשדה הזולת (על פי דיני הנזיקין במסכת בבא קמא).¹⁵⁷ במסכת בבא קמא פסק הרי"ף¹⁵⁸ בעקבות הגמרא, שאדם שהדליק אש והרחיק כשיעור שקבעו חכמים, פטור במקרה נזק. לעומת זאת, במקרה של תנור אפייה שהזיק את העלייה שמעליו, נפסק כדעת תנא קמא שהמזיק חייב. סתירה זו נפתרה בידי הרי"ף (שם) בהבחנה בין מעשה חד-פעמי של הבערת אש לגביו נחשב המדליק אנוס, אם הרחיק ובכל זאת הזיק ("מכה בידי שמים היא"), לעומת מעמיד תנור "כיון דתדיר הוא מדליק איבעי ליה לעיוני". לדעת הרי"ף, חובות ההרחקה והזהירות בין שכנים מוקפדים יותר מדיני נזיקין, מאחר והפעילויות בהן מדובר נעשות באופן תדיר ושגרתי, ויש ביכולתו של המשתמש להיזהר יותר.

¹⁵⁵ . בבא בתרא כ, ב, ד"ה 'ואם הזיק'.

¹⁵⁶ . חושן משפט קנה.

¹⁵⁷ . בבא קמא סא, ב.

¹⁵⁸ . כה, ב.

על פי הרי"ף לא קיימת הבחנה במידת ההרחקה הנדרשת במסגרת דיני השכנים לעומת זו הנדרשת בדיני הנזיקין. ההבדל מתקיים בהיקף האחריות המוטלת במקרה של נזק. במעשה שהוא מעשה תדיר (כגון אפייה בתנור) תוטל אחריות במקרה של התלקחות האש, ואילו במקרה של הבערת אש חד-פעמית, לא תוטל אחריות על נזק שאירע במידה וננקטו צעדי ההרחקה הנדרשים. בעל 'נתיבות המשפט'¹⁵⁹ ניתח את דבריו של הרי"ף באופן שונה מזה המוסבר לעיל. לדעתו, דיני השמירה שנועדו למנוע נזקי אש, נקבעו באופן כזה שההרחקה הראויה תמנע נזק, אף ללא השגחה צמודה. משכך, ברור מדוע התלקחות האש מגדירה את האדם המזיק כאנוס ופטור. לא כן במקרה של הרחקת התנור בין שכנים. דיני ההרחקה הללו משקללים גם את קיום שגרת חייו של 'המרחיק'. האיזון בין מניעת נזק לשכן ושגרת החיים של המרחיק, קובעת מידה מצומצמת של הרחקה בין התנור לעלייה של השכן. נוסף לכך, העובדה שמדובר בפעילות שגרתית בביתו של אדם מאפשרת לו לשמור שלא יזיק ביתר קלות. אשר על כן, המידה הנדרשת להרחקה אינה מכסה את כל המקרים האפשריים ודורשת השגחה. מצב זה מוגדר עפ"י הנתיבות: 'אפשר שלא יזיק ע"י שמירה'. משכך, אם ארע נזק, משמע האדם התרשל בשמירתו, ולכן חייב. בעל 'קצות החושן' (שם) טוען גם כן לצמצום חובת ההרחקה בנסיבות של תנור וקובע שמידת ההרחקה בין שכנים נועדה למנוע אפשרות של נזק ודאי וישיר, ולא יותר. לא כן בחובת השמירה במסגרת דיני הנזיקין, שם קבעו חכמים מידה מקסימאלית בכדי למנוע בוודאות מקרה של נזק.

6. רבי שמעון – פטור מדיני הנזיקין

כיצד יש להבין את מערכת היחסים בין ענפי המשפט השונים על פי דעתו של רבי שמעון, הפטור את המזיק בנזקי שכנים? אביי¹⁶⁰ טוען שיש לצרף את עמדתו של רבי שמעון למספר נוסף של תנאים הטוענים לעמדה דומה בתחומים משיקים (קבוצת תנאים זו מכונה 'שיטה'). על-פי גישת תנאים זו, 'כל מקום שנתנו חכמים רשות והזיק, פטור'. מדברי אביי למדנו שהפטור שמעניק ר' שמעון לזה המרחיק את ההרחקות הנדרשות והזיק, אינו נובע מתפיסה מקומית העוסקת במערכת היחסים בין דיני הנזיקין והשכנים, אלא נובע מעמדה כללית החולשת על תחומים רבים ומעניקה פטור מוסדי לכל מי שפעל ברשות חכמים והזיק.¹⁶¹

¹⁵⁹ . חושן משפט קנה סק"א.

¹⁶⁰ . בבא מציעא ק"ח, ב.

¹⁶¹ . עיין בשיטה מקובצת שם, ד"ה 'אמר אביי': 'דטעמא דר' שמעון דפוטור משום שעושה ברשות'.

7. היזק ראייה

מושג זה ידון בהרחבה בנספח בסופה של עבודה זו. להבנתי מושג זה נולד על רקע השינוי בתפיסת דיני השכנים והמעבר משיח קנייני לשיח נזיקי. החובה להימנע מפגיעה בפרטיות נועדה לאפשר את השימוש האיכותי של הפרט בנכסיו כחלק מדיני ההרחקות. גרימתן של תחושות בושה או חוסר צניעות וכדו' נחשבת כהטרדה וכפגיעה באיכות חייו של הפרט המחייבת הרחקה, אף ללא הגדרתה כנזק ממוני. עם כניסתם של מושגי הנזק לעולם השכנים, הפכה הרחקה שנועדה לאפשר צניעות להרחקה מטעמים של נזק. בשלב הבא הורחב הטעון אף לדיני החלוקה שבפרק א'. כל זאת כאמור יתבאר בנספח לפרק זה. בקרב הראשונים והאחרונים שוררת מבוכה הנובעת מחוסר יכולת להגדיר את הנזק שבהיזק ראייה. דוקא הראשונים והאחרונים הקובעים שהנזק הוא נזק ממוני הנובע ממניעת השימוש בנכס ומירידת ערכו,¹⁶² מלמדים יותר מכל שהבסיס לדיני ההרחקות הללו הם דיני הקניין. מדבריהם עולה שהנזק בהיזק ראייה אינה הבושה, שכן מעשה שכזה אינו נחשב נזק, אלא מניעת השימוש בנכס!

8. סיכום ביניים

מסך הדברים דלעיל, עולה תמונה ברורה, הממקמת את פרק ב של בבא בתרא וכן את מערכת היחסים ההלכתית בין שכנים כענף עצמאי, המקיים חובות וזכויות בהתאם לנסיבותיו המיוחדות. בבסיסו של ענף משפטי זה עומדת זכותו הקניינית של אדם/קהילה במרחב הפרטי וכן בחצר המשותפת. ההגנה על זכות זו באה לידי ביטוי בחובה של השכן/בני החצר לאפשר לו את שימוש הטבעי והאיכותי בהם. פרק ב' מפרט את הנסיבות השונות המחייבות שכן להרחיק את מעשיו מחשש שמא הללו ייפגעו באיכות חייו של זולתו. מבחן הפגיעה או המטרד אינו מבוסס כל ועיקר על מבחני המעשה והתוצאה העולים מדיני הנזיקין בבבא קמא, ומכוון לתכליתו המיוחדת - השימוש האיכותי של הזולת. גם מערכת הסעדים המוזכרים בפרק זה שונים מהותית מהסעדים הננקטים בנסיבות של אירוע נזיקי. בפרק זה עולה החובה להרחיק, למנוע וכן הזכות לעכב

¹⁶² . סקירת הדעות השונות בראשונים ובאחרונים אודות הנזק שבהיזק ראייה, מופיעה בחיבורם של נ' רקובר, **ההגנה על צנעת הפרט**, ירושלים תשס"ו, פרק שביעי; א' ורהפטיג, **צנעת אדם**, עפרה תשס"ט, פ"ד.

ולמחות. פיצויים או תשלומים אינם מוזכרים. במקרה אחד וחריג דנה המשנה בארוע נזיקי. מן הפרט למדים אנו על הכלל ועד כמה ענפי המשפט הללו, שכנים ונזיקין, שונים.

9. הרחקות פ"ב משנת הראשונים והאחרונים – בין דיני שכנים ונזיקין

רבים מהראשונים והאחרונים מתמודדים עם שאלת ההשוואה בין דיני הרחקת שכנים ודיני ארבע אבות נזיקין. בעיקרה מופנית שאלה זו לשיטת רבי יוסי אשר דוגל בטענה הקניינית ומתיר לפעול ברשותו, אף אם הדבר מטריד את זולתו. שאלת הראשונים מוצגת באופן הבא: מדוע לא נחייב לדעת רבי יוסי את השכן הסומך את הגפת או את התנור בתשלומי הנזק מדיני אש? או לפחות נחייב בחובת שמירה הקיימת בשור המזיק או אש?¹⁶³ להלן אציע מספר תשובות של ראשונים ואחרונים לשאלות אלו. את התשובות אבחן על סמך סוג השיח: האם מדובר בדיני שכנים או בדיני נזיקין.

9.1. תוס', רמב"ן – שיח נזיקי סטנדרטי

תשובת התוס' (שם) לשאלה הראשונה היא: 'ואומר ר"י דלא דמי לאש דאין חייב משום אש אלא כשעשה האדם את האש לבדו כדכתיב המבעיר את הבערה בלא סיוע הרוח ואח"כ הולכת על ידי רוח מצויה, אבל הכא אין עושה לבדו כל עיקר אלא ע"י הרוח, דאי לאו רוח לא הוה רקתא אזלא כל עיקר, ודמי לליבה וליבתו הרוח דפטור'.

חובת השמירה בנזיקין קיימת רק ביחס לנכס המזיק. לו אכן היה לפנינו מזיק של אש היתה חובה לשמור עליה. ואולם, בכל המקרים בהם חולק רבי יוסי על חכמים ואינו מחייב הרחקה נובע הדבר מהעובדה שאין לפנינו מזיק או מעשה של נזק. דברי התוס' נאמרו ביחס למקרה ששכן נייער כותנה והרוח הולכה את הנעורת (רקתא) לחצר השכנים והזיקה. רבינא פסק שאין חובה להרחיק לשיטת רבי יוסי משום שלא מדובר בגיריה דליה, היות והרוח יוצרת את הנזק! על פי פרשנות התוס', האדם לא יצר אש אשר מחייבת אותו בשמירתה, אלא הרוח היא זו אשר יצרה את אב המזיק אש, ועפ"י דיני הנזיקין האדם אינו חייב לדאוג (בשמירה) לכל פגעי הטבע, אף אם נעשו באמצעות ממונו. 'מזיק' זה יכול לומר לחברו שהטבע (= הקב"ה) הזיקו. מקרה זה שונה ממקרה של אבנו, סכינו ומשאו שהניחם בראש גגו והזיקו.¹⁶⁴ במקרה זה האדם יצר את המזיק בעצמו

¹⁶³ . תוספות בבא בתרא כו, א, ד"ה 'זיקא'.
¹⁶⁴ . בבלי בבא קמא ג, א-ב.

והרוח העבירה אותו. לא כן במקרה של נעורת, שם הרוח היא זו אשר יצרה את המזיק בעצם העברתה.

הרמב"ן¹⁶⁵ מנסח את דבריו באופן דומה לתוס' ומעלה מושג חדש - נולד. לדעתו, רבי יוסי אינו מחייב להרחיק בבור ואילן, משום שהשורשים שמזיקים עתה אינם אלו שנטע השכן עצמו והם נחשבים נולד. על מזיק שנוצר מתהליך שהוא תוצאה של מעשי האדם - לא מוטלת חובת שמירה. הסבר נוסף, המופיע בדברי הרמב"ן, מגדיר את המצב כמעין אונס. העובדה שהנזק שנוצר נעשה באונס מעמידה אותו במצב דומה למקרה שחצרו נפרצה בלילה ובהמתו הלכה והזיקה, שאין במקרה זה חובה על האדם.

ראשונים אלו מקבעים את השיח הנזיקי אף בדברי רבי יוסי. הנימוק בגינו פוטר רבי יוסי מהרחקה (ויתכן שאף מתשלומים) מוסבר על רקע דיני הנזיקין הרגילים - קיומו של מזיק וחובת שמירה. לו היה לפנינו מזיק של ממש מתוך חצירו של השכן, ודאי שהיה רבי יוסי מחייב הרחקה ותשלומים. במילים אחרות: דבריו של רבי יוסי, 'זה נוטע בתוך שלו וכו'', אינם עיקרון עצמאי מדיני שכנים המעדיף את קיומו של הפרט בקניינו האישי על-פני התחשבות בזולת. זהו ביטוי קונקרטי של דיני הנזיקין: מאחר ואין מזיק ממשי, שהרי אין כאן אלא נטיעה ברשותו, אין חובה לשמור עליו ואין מניעה ביצירת 'המזיק'.

9.2. רי"ד ורא"ש - שקולי צפיות ויעילות

הרי"ד והרא"ש מצויים אף הם במסגרת השיח הנזיקי, אולם הם קובעים אמות מידה חדשות באשר לחובת השמירה והזהירות הרגילים. לדעתם יש לשקול במסגרת דיני הנזיקין פרמטרים נוספים, כגון צפיות הנזק, ומידת הקושי בשמירה או עלויותיה.

בדברי הרי"ד בתוספותיו¹⁶⁶ מצינו גדר חדש ומיוחד בדיני הנזיקין, ומפאת חידושו אצטט חלק נכבד מדבריו:

¹⁶⁵ דינא דגרמי פרק ט.
¹⁶⁶ תוספות רי"ד על מסכת בבא בתרא, ירושלים תשנ"ה, כו עמוד ב פסקה טו..

כיון דסבר ר"י דעל הניזק להרחיק א"ע אם יעשה אש בשלו והניזק עמד בצדו ורואה אותו והוזק ממנו אין המדליק חייב כי אומר לו הי' לך להרחיק א"ע. שאני עושה בתוך שלי מה שאני רוצה ועליך להרחיק א"ע או שתשמור עצמך מן הניזק... אבל אם הי' גגו של ראובן סמוך לחצרו של שמעון ושם ראובן חפצו בגגו והיה לו לשמעון כלים בחצירו א"י לומר לו פנה לך חפצך מעל הגג שלא יפילם הרוח וישברו את כלי' מפני שעל הניזק להרחיק א"ע... וה"ה הני דנפצי כיתנא בתוך שלהם היו מנפצים והעוברים ברה"ר רואים אותם ויכולים להרחיק א"ע ולא יעברו סמוך להם ולא ינזקו ומש"ה התיר להם רבינא לנפץ.

לדעת הרי"ד, חובת השמירה הרגילה בדיני הניזקין מוטלת על המזיק, משום שבדרך כלל אין הניזק יכול להתגונן מפני הניזק. ואולם, כאשר הניזק צפוי וידוע חובת ההרחקה מוטלת על הניזק שראה וידע. אפשרות הצפייה והתכנון מראש, הם הנסיבות הרגילות המייחדות את מערכת היחסים בין שכנים, המתפרשת על פני זמן רב ואף שנים. אשר על כן, במקרים אלו נמצא את דברי רבי יוסי, המטיל חובת הרחקה על הניזק, מובנים וצודקים. בעל האילן אינו חייב להרחיק מן הבור משום שבעל הבור רואה זאת ויכול להתגונן מראש. כן הוא המצב במקרה של מנפצי הכותנה. העוברים והשבים וכן השכנים יודעים שמדובר באזור תעשייה שבו מתקיימת פעילות מעין זו, וממילא לא יוכלו להסתתר מאחורי 'מסכת האדם הניזוק' מאחר וידעו וצפו שהניזק עלול להתרחש.

חידושו של הרי"ד מצוי גם הוא בשיח הניזקי המובהק. לדעתו יש להוסיף לעולם הניזקין פרמטר של צפיות ויכולת התגוננות. כל אלו הם שיקולים המצויים במסגרת החובות של המזיק והניזק. בדבריו לא מצינו מערכת שיקולים המאפיינת את דיני השכנים בלבד.

הרא"ש מוסיף לדיון ההלכתי בחובות ההרחקה בין שכנים, שיקולים נוספים שאינם רגילים בשיח ניזקי 'רגילי' – מדת הקושי להרחיק את הניזק. בתשובה¹⁶⁷ דן במקרה של אדם שכרה בור מים המתמלא ועולה על גדותיו ובכך מזיק לשכנו. על פי דיני הניזקין הרגילים אין מקום להרחיק את בעל הבור, מאחר ולא מדובר בנזק המוגדר כ'גיריה דיליה', ולדעת רבי יוסי, מאחר והניזק נעשה באופן עקיף, אין חובה להרחיק. חרף כל זאת, מחייב הרא"ש את בעל הבור להרחיק את הבור המזיק לדעת רבי יוסי. לדעת רבי יוסי, כך מחדש הרא"ש, ישנה מערכת שיקולים נוספת העומדת

¹⁶⁷. שו"ת הרא"ש סימן קח סעיף י.

על הפרק בדיון האם להרחיק ועל מי מוטלת החובה לעשות זאת. כאשר הנזק שנגרם לשכן הוא רב ופוגע בתשמיש הקבוע של השכן, מחייב רבי יוסי להרחיק. הצד השני של המטבע מעלה פרשנות חדשה ומעניינת בדברי רבי יוסי. לדעת הרא"ש, הסיבה שבגינה רבי יוסי אינו מחייב את בעל האילן להרחיק מן הבור, היא משום שניתן להרחיק את הבור בקלות רבה, ומאידך הרחקת האילן כרוכה במאמץ ניכר ובהוצאה כספית. דבריו אלו חושפים בפנינו מערכת שיקולים חדשה של איזונים ובלמים בין שכנים. השיקולים הנשקלים בדיני הרחקת שכנים מתחשבים בשאלת קביעות התשמיש של כל אחד מהצדדים, במאמץ הכרוך בהרחקת המפריע וכן במידת הנזק שנוצר כתוצאה מאי הרחקה. שאלת זהותו של המזיק היא חוליה חשובה בדיון זה, אך לא החוליה היחידה והמכריעה.

9.2.1. הגישה הכלכלית למשפט

בדברי הרא"ש ישנו חידוש של ממש הנוגע בהנחות היסוד של דיני הנזיקין. התפיסה המקובלת בדיני הנזיקין עוסקת בשאלת האחריות והאשמה של המזיק. מתפיסה זו נגזרת חובת שמירה, פיצוי ואף בקשת מחילה. בדברי ראשונים אלו עולים שיקולים נוספים המטילים אחריות על הניזק או הנפגע. גישה זו מזכירה את התפיסות החדשות בדיני המשפט הכללי, אשר ניגשות לדיון המשפטי מתוך מגמה למקסם את משאבי הכלל וליצור מערכת חברתית יעילה במונחים כלכליים. מודגש, יעילות ורווחיות ולא דווקא צדק. אשר על כן תוטל אחריות בנזיקין על הגורם שיכול להתגונן באופן היעיל ביותר או הזול ביותר. דברי הרא"ש מקרבים אותנו לשיח זה, אם כי לא לגמרי. הרא"ש עדיין עוסק במונחי אשמה ואחריות, אלא שלדעתו יש מקום להרחיב את מושג האחריות והזהירות גם ביחס לנפגע.¹⁶⁸

9.3. אחרונים – שיח שכנים

בדברי האחרונים מצאנו כמה עמדות מפורשות המעמידות את דברי רבי יוסי בתחום דיני השכנים, כענף מובחן שאף סותר את דיני הנזיקין. בתשובה לתמיהת הראשונים דלעיל בנוגע להיעדרם של דיני שמירה ונזיקין מן הדיון בדיני שכנים, הנתיבות קובע, שחובה זה אינה קיימת במרחב האישי:

¹⁶⁸ על הגישה הכלכלית במשפט העברי נכתב מעט. ע"ן לעת עתה י' רוזנברג, 'הגישה הכלכלית לדיני ממונות', בד"ד 3, (קיץ תשנ"ו), עמודים 111-121.

וע"כ צ"ל, דהד' אבות נזיקין אינו חייב עליהן 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 בעשיה ובשמירה, ובביטול רשות לא חייביה רחמנא...¹⁶⁹

דיני הנזיקין, לדעת הנתיבות, נעצרים במקום שנדרש מהאדם להימנע מלקיים את אורח חייו השגרתי במרחב האישי שלו. אם בכדי לשמור מפני נזק לשכן יתבטל האדם משימוש ברשותו, לא מוטלת עליו חובה להרחיק. באיזון שבין דיני הנזיקין וקיום החיים של האדם ברשותו שלו, גובר השיקול האחרון. ניתן לומר שדבריו של הנתיבות מהווים את מלוא מיצוי עמדתו של רבי יוסי כמי שמייצג את העמדה הליברלית, הטוענת שחייך (במובן של איכות חיים, והשווה ר' יוסי, לשיטתו, נדרים פ, ב כביסתן) קודמים כשיקול בדיני הרחקות.

וכן מצינו בדברי ר' אהרון קוטלר:

יש לחקור... אם יסוד דיני הרחקה הוא מדין מזיק ממש.. מאיסור להיזק אף בגרמא. או דנימא דהוי דין מחודש של הרחקה דכל עצמו של דין הרחקה בנזקי שכנים הוא מצד זכות השכנים שיש לכל אחד על חבירו... והיינו שתיקנו חכמים דמצד זכות השכנים אין לכ"א זכות בתוך שלו להעמיד שם דברים המזיקו... כדי שיוכל כ"א להשתמש בתוך שלו מבלי שיופסד משכנו...¹⁷⁰

ר' אהרון מכריע כאפשרות השניה, שדיני ההרחקות אינם ענף של דיני הנזיקין, אלא מהווים דיון עצמאי של חלוקת זכויות שימוש בנכסים שכנים. אחת הראיות לדבריו הן הנסיבות של הרחקת שכנים - אדם פועל מתוך רשותו וברשות: 'ונראה ברור דגבי שכנים לא שייך כלל חיוב הרחקה מדין מזיק ממש, דכיון שכל אחד מהם עושה ברשותו בדרך תשמישיו בודאי אין עליו חיוב שמירת נזקין מדינא...'. ברור הוא, שפעולת היתר בתחום הרשות של אדם לא יכולה להיכלל במסגרת חובות השמירה והזהירות שבדיני נזיקין. דינים אלו, לדעתו, דומים לחיובים שכונתיים המוטלים על כלל בעלי החצר, כגון לעשות בית שער וכו'

¹⁶⁹ . נתיבות המשפט, חלק הביאורים, חושן משפט סימן קנה סקי"ח. וע"ע בסק"א.
¹⁷⁰ . משנת ר' אהרון, כרך א', ליקווד י-ם תשנ"ז, עמ' פ.

וכן הוא בדבריו של ר' חיים צ'רנוביץ מטלז¹⁷¹: 'דין הרחקה הוא זכות שנתנו חכמים בנכסי חברו לענין שחברו לא יוכל להשתמש תשמיש המזיק לו'.¹⁷²

יושם לב שהשימוש בטענה הקניינית המגנה על זכות הקניין הופיעה בדברי האחרונים באופן הפוך וסותר. לעיתים כהגנה על המזיק (נתיבות, רא"ק), ולעיתים כהגנה על הניזק (ר"ח). כדרכם של אחרונים, הדברים נועדו ליישב קושיות בדברי הרמב"ם והראשונים. בעבודה זו נעשה ניסיון להציע את הדברים בבסיסם התלמודי.

טענה מעין זו, המפרידה את דיני הניזקין מהלכות שכנים, נאמרה בהקשרה של סוגיית היזק ראייה על ידי אחרונים אחרים.¹⁷³ טענתם המרכזית של אחרונים אלו היא שחובת בניית הכותל אינה חיוב רגיל מדיני נזיקין, אלא מבוססת על דיני השותפים. בדבריהם לא מודגש המימד הקנייני, אלא השותפות (החוזית).¹⁷⁴

9.4 בין נזיקין ושכנים - ראשונים ואחרונים

ניתוח תשובתם של הראשונים והאחרונים לשאלת העדרם של דיני הניזקין ביחסים בין שכנים מעלה ממצא מעניין. בקרב הראשונים קיימות תשובות מגוונות ביחס לשאלה שהוצגה, ועם זאת התשובות כולן שומרות על השיח הניזקי באופן עקבי. לעומת זאת, בקרב האחרונים שדנו באופנים שונים ביחס בין התחומים, מוצאים אנו הצעות חדשות המעלות על נס את קיומו של השיח המיוחד בין שכנים ושותפים – דיני השכנים. עם זאת ישנו הבדל בין סגנונות הטיעון של הראשונים לעומת האחרונים. הראשונים מניחים את קיומו של השיח הניזקי ודנים את דיני ההרחקות במסגרתו. האחרונים לעומתם 'מחדשים' מכח הקושיות העולות את קיומו של השיח הניזקי. טענתי בעבודה זו היא שהיסוד לשיח זה מצוי כבר במשנת התנאים עצמה ומהווה את הרקע לכלל היחסים בין יחיד וקהילה במרחב משותף. בסופם של ימי האמוראים, כפי שיובהר בפרק הבא, התרחשה 'המהפכה הניזקית' ושדה השיח הפך להיות נזיקי בלבד. האחרונים, בסגנון לימודם המבקש לחשוף את אושיות המחשבה ההלכתית, חשפו את הרקע האמיתי לדיני היחיד והקהילה במרחב המשותף.

¹⁷¹ הרב חיים צ'רנוביץ מטלז, **חידושי בבא בתרא**, תשכ"ה, עמ' רג.

¹⁷² וכן הוא בדבריו של הרב חיים סבתו, 'הלכות שכנים/היזק ראייה', **מעליות ד'** (תשמ"ד), עמודים 4-10.

¹⁷³ הרב איסר זלמן מלצר, **אבן האזל**, ת"א תשכ"ב, הלכות שכנים ב, טז; הרב ברוך בער ליבוביץ, **ברכת שמואל**, ניו-יורק 1972, חלק ד' סימן ג.

¹⁷⁴ על שכנים ונזיקין עיין עוד במאמרו של ע' פוקס, 'עריכתה ומגמתה של סוגיית הפתיחה למסכת בבא בתרא', **סידרא** כג (התשס"ט), נספח א', עמודים 96-99.

פרק ד - המעבר לשיח נזיקי

1. מבוא

פרק זה מוקדש לפרשנותו של הבבלי את מחלוקתם של רבי יוסי וחכמים. מוקדו של הפרק הוא בבחינת השיח ההלכתי. ניתוח דברי האמוראים בבואם לדון במחלוקת רבי יוסי וחכמים לא יעשה רק מן ההיבט ההלכתי-משפטי, אלא יתמקד במערכת המושגים, בשפה ובמונחי היסוד המופיעים בדיון ההלכתי. המסקנה העולה מאפיון ובחינת השיח ההלכתי בדורות האמוראים המאוחרים מורה על מעתק נורמטיווי המתבטא בשינוי ומעבר משיח הלכתי אחד למשנהו. להבנתו, המעבר הוא משיח הלכתי המבוסס על טיעונים קנייניים, לשיח המדגיש את המימד הנזיקי ביחסים בין שכנים. נבחן את שינוי המגמה והשיח במוקדים שונים, ונעקוב אחר שלבי הראשית וההתהוות של השיח הזה, ולאחריהם בהרחבה ובפיתוח של הדברים.

שינוי השיח ההלכתי לא התרחש בפעם אחת, אלא בשלבים. ניתן לסמן את ראשיתו של התהליך בדור החמישי-שישי של אמוראי בבל. המובילים המרכזיים בשינוי זה הם רב כהנא, רב אשי תלמידו ורבינא.¹⁷⁵

צעד ראשון אך משמעותי במעבר השיח נעשה בידי רב כהנא. רב כהנא מסייג את עמדתו של רבי יוסי וטוען שרבי יוסי מודה לחכמים המחייבים הרחקה בין שכנים בנסיבות של גיריה דיליה=חיציו שלו. בדבריו אלו הוסיף מימד נזיקי מובהק בדברי רבי יוסי. רב אשי, תלמידו של רב כהנא, מרחיב את דברי רבו ומחיל אותם במקומות נוספים. צעד נוסף ומרכזי במעבר לשיח הנזיקי קיים בדברי רבינא, שפירש באופן מחודד ומחודש את עמדת חכמים. רבינא משגיר לעולם דיני השכנים מערכת מושגים והגדרות מעולם הנזיקין. דברי אמוראים אלו אמנם יצרו תפנית בשיח

¹⁷⁵ זמן פועלו וזהותו של רבינא נתונים במחלוקת ראשונים. סיכום מקיף של הדעות השונות ומסקנות חדשות מצוי בספרו של א' כהן, **רבינא וחכמי דורו – עיונים בסדר הזמנים של אחרוני אמוראי בבל**, רמת גן תשס"א, פ"ב ופ"ח. מסקנתו בעיקר בעמודים 258-259. על-פי מסקנתו, יש להבדיל בין רבינא תלמידו של רבא שנפטר בשנת 370 לספירה, ובין רבינא שהיה חברו של רב אשי שנפטר בשנת 440 לספירה. זהותו וזמן פועלו של רב כהנא נתונים גם הם במחלוקת. כהן (שם עמודים 106-107) מציע להבחין בין רב כהנא, רבו של רב אשי, שנפטר בשנים 370-380 שנים, ובין רב כהנא שנפטר בשנים 411-414 שנים. עולה מדבריו שבקרב אמוראי בבל בדור החמישי-שישי מצוי דיון נזיקי מתפתח ביחסי השכנים. מובן הוא שיש מקום לשאלה מי קדם למי. אולם, מבחינה מושגית לא נראה שישנו קשר סיבתי של סבה ותוצאה בין דבריו של אחד ודברי זולתו, והשאלה הכרונולוגית אינה מהותית. עם זאת, וכפי שיובא לקמן, מדברי הסוגיה בדף כו עמוד א עולה תמונה ברורה. רבינא מגיב לדברי רב כהנא ומצמצם את אמירתו של רב כהנא: 'מודה רבי יוסי בגיריה דיליה'. אלו דבריו: 'אתו לקמיה דרבינא, אמר להו: כי אמרינן מודה ר' יוסי בגירי דיליה - הני מילי דקא אזלא מכחו, הכא זיקא הוא דקא ממטי לה'. מכך משמע שרבינא הכיר את דברי רב כהנא ויתכן ודבריו הושפעו באופן ישיר או עקיף משינוי השיח שחולל.

המשפטי אודות דיני השכנים, אך לא ביטלו את קיומו של השיח הקודם, המקיים בתוכו מימד קנייני מובהק. בסתם התלמוד התעצמה המהפכה עד כדי שינוי השיח. סתם התלמוד עושה שימוש רחב בפרשנות האמוראים הקודמים, וכן מרחיב את ההלכה ופרשנותה בהתאם לשיח החדש של דיני השכנים – השיח הנזיקי.

בדבריי הבאים אצמד בעקבות שינויי השיח והמגמה כפי שבאו לידי ביטוי בתלמוד הבבלי.

עיקרם של הדברים עוסק בעמדתו של רבי יוסי על שני פניה: הזכות והחובה. הפטור מחובת ההרחקה בגין הטענה הקניינית והזכות לפעול בשטח האישי, וחובת ההרחקה. העיסוק המרכזי בדעתו של רבי יוסי בתלמוד נובע מן העובדה שההלכה נקבעה כבר בדורות הראשונים של האמוראים כמותו. כך נפסק (בבלי כה, ע"ב): 'אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כרבי יוסי'.

2. שינוי בשיח ההלכתי ומעברי שיח - מבוא פילוסופי¹⁷⁶

הנחת היסוד המתודולוגית שבבסיס פרק זה נשענת על עבודתו של הילרי פטנס הבוחן באמצעות כלי מחקר משדה הפילוסופיה של הלשון את מעברי השיח והשינויים החלים בעמדות פרשניות. פטנס יוצר הבחנה חשובה המתאימה עד מאוד לספרות התלמודית, בה מתקיים באופן מתמיד מרכיב של שימור ידע לצד פרשנות וחידוש. לדעתו, יש להבחין בין קונספטים וקונספציה. מערכת תרבותית בכלל ומערכת משפטית בפרט מכילות מרכיבים רבים, בהם נורמות, טיעונים, הוכחות וכו'. הללו מכונים **קונספטים** והם מהווים את גופי הידע הנכללים ומבטאים **קונספציה**, היא המטריה הרחבה המהווה את היעד הערכי של המערכת כולה. במעשה הפרשני (האמוראי או הסתמאי) חוזים אנו לעיתים בתופעה מיוחדת, בה נשמרים מרבית הקונספטים כמות שהם אך הקונספציה כולה משתנה. המקרה של דיני שכנים משקף, לדעתי, וריאציה של מעבר שיח קונספטואלי. הלכות השכנים, כפי שהן מתפרשות על ידי האמוראים המאוחרים וכן על ידי סתם הגמרא, משמרים את דיני ההרחקות כפי שהם מופיעים במשנה, אולם הם מקבלים נופך שונה שבא לידי ביטוי בפרטי הלכה וכן בפרשנות ההלכות התנאיות עד כדי שינוי הקונספציה. במקרה דנן המעבר הוא משיח של שכנים המבוסס על זכויות קנייניות וטיעונים העוסקים בחלוקת המשאבים בקניין המשותף, לשיח העוסק בדיני נזיקין ובחובות השמירה מלהזיק והפטור ממנה.

¹⁷⁶. תת-פרק זה נכתב על בסיס עבודתו של א' פירסטנברג: 'התהוותה של קונספציה: המקרה של השבת אבדה בהלכה התנאית והאמוראית', עבודת מ.א. אוניברסיטת ת"א 2001, פ"ב. הרחבה והדגמה נוספת נמצאת בעבודת הדוקטור שלו: 'שפות השיח התלמודי: עיון פילוסופי בדרכי התהוות של ההלכה האמוראית', חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת תל-אביב, תשס"ח.

3. רב כהנא : 'מודה רבי יוסי בגיריה דיליה'

כאמור לעיל, שלב חשוב במעבר לשיח הנזיקי מצוי בדברי רב כהנא¹⁷⁷ ורב אשי תלמידו. רב כהנא מסייג את עמדתו של רבי יוסי : רבי יוסי המתיר לבעל האילן לסמוך אותו לבור חברו (ב"ב ב, יא) וכן לבעל החרדל לסמוך אותו לכוורת חברו (שם, י), מודה ב"גיריה דיליה", כלומר : במקרה שהמטרד הוא כעין חץ של המטריד "המשוגר" אל שכנו. אין ממטרתה של עבודה זו להיכנס לעובי הקורה של הגדרת גיריה דיליה,¹⁷⁸ אולם ניתן להסיק מעצם השימוש במונח זה אודות שדה השיח ההלכתי בו מתקיימים דיני השכנים.¹⁷⁹ מונח זה מציין את מידת הקשר בין המעשה והתוצאה, והוא שאול כולו מעולם המושגים והערכים של דיני הנזיקין, אשר ממוקדים בתוצאה הנזיקית.¹⁸⁰

3.1. פרשנות דברי רב כהנא

דברי רב כהנא הובאו בכמה מקומות בשי"ס¹⁸¹ באופן תמציתי, ואולם נראה שמקורם במעשה שהיה :

אמר רב אשי¹⁸² כי הואן בי רב כהנא הוה אמרינן : מודי ר' יוסי בגירי דידיה

183

¹⁷⁷ רב כהנא רבו של רב אשי נפטר בין השנים 370-380, ועיין לעיל הערה 1.
¹⁷⁸ הגדרת גיריה דיליה נדונה רבות בספרות הראשונים והאחרונים. לסיכום הדברים עיין **אנציקלופדיה תלמודית** ערך גיריה דיליה כרך ו, טור לה ; ספרו של פרופסור זאב לב, **בירור מושגים – כוח כוחו וכוח שני בהלכה**, י-ם תשל"ח, בעיקר בעמודים כג-מד ; רלו"י הלפרין, **מעשה וגרמא בהלכה**, י-ם תשל"ז, עמודים 75-39. באחדות מן ההבחנות המופיעות במקורות אלו ייעשה שימוש בהמשך הדברים.
¹⁷⁹ מונח זה מופיע כמה פעמים בשי"ס בהקשרים אלו. ההקשרים הנזיקיים מוזכרים על ידי אמוראי בבלי הקודמים לרב אשי. להלן שתי דוגמאות: א. בבלי סנהדרין עז ע"ב : 'אמר רב פפא: האי מאן דכפתיה לחבריה ואשקיל עליה בידקא דמיא - גירי דידיה הוא, ומיחייב'. ב. בבלי בבא מציעא מד ע"א: 'משנה: הטה את החבית ונטל הימנה רביעית ונשברה אינו משלם אלא רביעית... אמר רבה: לא שנו אלא נשברה, אבל החמיצה - משלם את כולה. מאי טעמא - גירי דידיה הוא דאהנו לה'.
¹⁸⁰ לעיל פרק ג 2.1.
⁷ בבלי בבא מציעא קיז, א ; בבלי בבא בתרא כב, ב.
¹⁸² כך בכל כתבי היד של הבבלי, למעט בכתב יד אוקספורד 249, בו מופיע רב אסי. במקבילה שבדף כב עמוד ב מופיע גם בכתב יד זה רב אשי.
¹⁸³ בחלק מעדי הנוסח (דף כב עמוד ב - המבורג 165, אסקוריאל G-I-3; דף כה עמוד ב - הנ"ל וכן כתבי יד מינן 95) מופיע הביטוי 'גיריה בלבד, ובחלק (דף כב עמוד ב - וטיקן 115, פריז 1337, פלורנס II-I-9

פאפי יונאה עני והעשיר הוה, בנה אפדנא, הוה הנך עצורי בשיבבותיה, דכי הוה
דייקי שומשמי הוה נידא אפדניה; אתא לקמיה דרב אשי, א"ל, כי הואן בי
רב כהנא הוה אמרינן: מודי רבי יוסי בגירי דיליה.¹⁸⁴

רב אשי מדווח על פסיקתו של רבו רב כהנא, לפיה רבי יוסי מודה במקרה של גיריה דיליה. רב אשי
משתמש בפסיקה זו במקרה שהועלה לפניו ובו שכניו של פאפי הפיקו שמן משומשמן, ובמעשיהם
גרמו לתנודות בטירתו של פאפי. לדעת רב אשי, מקרה זה נופל תחת ההגדרה של גיריה דיליה
שקבע רב כהנא, ומכאן שזכותו של פאפי למנוע מהם את מעשיהם.
מהו יחסם של דברי רב כהנא למכלול דיני ההרחקות המופיעים במשנה בסתם? האם רב כהנא בא
לחדש הלכה שלא נאמרה במשנה? או לחילופין, האם הוא מבקש להגדיר את המצב המשפטי
המופיע כבר במשנה ולא לחדש בפרטי ההלכה?
נציע שתי אפשרויות להסבר דבריו:

אפשרות א' - פרשנית

ניתן להבין שלדעת רב כהנא, רבי יוסי מודה בכל המקרים במשנה משום שהם גיריה דיליה, וכל
תרומתו של רב כהנא היא בהמשגת ובביאור דעתו ההלכתית של רבי יוסי, הידועה עד כה
משתיקתו הגורפת ברובם של המקרים הנידונים בדיני שכנים שבמשנה (פרק ב'). אפשרות זו
תכונה האפשרות הפרשנית.

אפשרות ב' - הלכתית

אפשרות אחרת היא לטעון שרב כהנא אינו מתייחס כלל למשנה. חידושו משפיע על מקרים שונים
ואחרים (כגון מקרה עצירת השומשמן) בהם מתרחש מצב של גיריה דיליה. לעומת מקרה זה, כל
המקרים במשנה אינם נופלים תחת המצב של גיריה דיליה. במילים אחרות, ניתן להבין את דבריו
כחידוש הלכתי, ולא כאמירה במישור הפרשני בלבד. שאלה זו נידונה בפנים שונות בדברי הגמרא
והראשונים, ותוצג לקמן בסעיף העוסק בהרחבת דברי רב כהנא בידי הגמרא. בסעיף הבא נוכיח
מתוך ההיקרויות השונות של המונח 'מודה ר' פלוני ב..', כאפשרות ב' - ההלכתית.

אוקספורד 249, מינכן 95) מופיע הביטוי המורחב 'גיריה דידיה' (ובכתב יד פריז 1337 בדף כב עמד ב' מופיע
'גיריה דיליה'). להבנתי אין משמעות לחילוף זה לדין הענייני בעבודה זו.
¹⁸⁴ . בבא בתרא כה, ב.

3.1.1 משמעות הצרוף : 'מודה ר' פלוני ב...'

בחינת הצרוף הלשוני 'מודה ר' פלוני ב...' בתלמוד הבבלי מלמדת כי היא נאמרת, בדרך כלל, כאמירה הלכתית חדשה שלא באה להמשיג ולפרש את הנאמר עד כה, אלא מבקשת לקבוע גבול חדש להלכה הידועה. לדוגמא :

1. הא מני - בן עזאי היא, דאמר : מהלך כעומד דמי. - ודילמא זריק להו מזרק,

דאמר רבי יוחנן : מודה בן עזאי בזרק? - אמר רב אחא בר אהבה : זאת

אומרת : אין מזרקין כתבי הקודש.¹⁸⁵

דברי בן עזאי הידועים עוסקים במקרה של אדם המהלך בלבד, ורבי יוחנן מוסיף סייג לדבריו וטוען שהוא מודה במקרה של זרק.

2. רבי שמעון מכשיר בהילוך. א"ר שמעון בן לקיש מודה רבי שמעון בהולכת חטאות

הפנימיות שמחשבה

פוסלת בהו, הואיל ועבודה שאין יכול לבטלה.¹⁸⁶

רבי שמעון פוסק במשנה, שמחשבת פסול בשלב ההולכה אינה פוסלת את הקרבן, ותו לא. על דבריו אלו מוסיף ר"ל ומסייג את הלכתו. לדעתו, רבי שמעון לא אמר את דבריו במקרה של חטאות פנימיות.

אם דברי רב כהנא, העושה שימוש בתבנית המקובלת 'מודה ר' פלוני ב...' דומים בתפקודם לזה הקיים בתלמוד, הרי שמשמעות הדברים היא שהדברים מהווים חידוש ותוספת הלכה ביחס לאמור עד כה בדברי רבי יוסי שבמשנה. מעתה למדים אנו שרבי יוסי, המתיר שימוש חופשי בקניין האישי, מסייג את דבריו במקרה שנופל תחת ההגדרה של גיריה דיליה. משמעות הביטוי : 'מודה ב...' , מלמדת שההלכה החדשה מהווה שינוי מן הידוע ותוספת על האמור עד כה, ובמקרה שלנו היא מסייגת את העיקרון של הטענה הקניינית. ביחס לשאר ההלכות שבדיני שכנים שבמשנה

¹⁸⁵ . בבלי עירובין צח, א.
¹⁸⁶ . בבלי זבחים יד, א.

(פרק ב) נותר המצב כמות שהוא: רבי יוסי מסכים לדעתם של חכמים, למעט בשני מקרים, מאחר והנסיבות אינן מוגדרות כפעילות בקניין האישי בלבד.¹⁸⁷

3.2. משמעות המעבר לשיח נזיקי בדברי רב כהנא

רב כהנא אינו משנה את השיח ההלכתי הקיים, אלא מטיל לתוכו מושג חדש השאוב מהעולם הנזיקי. בכך הוא מניע את תחילתם של השינוי והמעבר לקראת שיח נזיקי. בשלב זה הופך השיח ההלכתי למעורב: ישנו המימד הקנייני הבולט המוביל את ההנמקה בדברי רבי יוסי, ונוסף לו מושג נזיקי המשמש כקו גבול הלכתי. למהלך זה ישנן נפקויות הלכתיות הנובעות ישירות משינויי המגמה כבר בשלב זה.

רב כהנא, כאמור, אינו מנמק את דברי רבי יוסי, אלא קובע לו סייג הלקוח מן התחום הנזיקי. על פי דבריו, הדיון המעשי בהרחקת שכנים אינו עוסק רק בשאלה היכן התרחש האירוע המטריד - האם בקניינו האישי של המטריד או שהוא פולש אל עבר קניינו של הזולת (=שיקולים קנייניים), אלא בשאלה מתי התרחש המטריד, ומה מידת הקשר בזמן/במעשה בין מעשיו של השכן המטריד ובין אירוע ההטרדה. רב כהנא מגביל את דעתו של רבי יוסי בסייג הלקוח מעולם הנזיקין ומתמקד כאמור באופן התרחשות המטריד ולא במיקומו.

ניתן להצביע על משמעות השינוי בשיח ההלכתי בעקבות דברי רב כהנא בשני תחומים: ההנמקה לחובת ההרחקה והיקפה.

1. ההנמקה לחובת ההרחקה – בפרק שדן בדברי רבי יוסי הוצעה אפשרות (תת-פרק 5), שרבי יוסי אינו חולק עקרונית על חובת ההרחקה הקיימת בין שכנים, ומודה הוא לרובן של ההלכות הקיימות בפרק ב'. ההנחה הגלומה בעמדה זו מכירה בעובדה שהמרחב החצרי שייך לזולת או לקהילה, ואינו קניינו האישי של היחיד, המתיר לו לעשות בו כרצונו. חידושו ההלכתי של רבי יוסי, המובע בעקרון: 'אני עושה בתוך שלי' הוא, שישנם מצבים שבהם ניתן להגדיר את היחיד כפועל בשטח שלו בלבד. ההגבלה העיקרית המאפשרת את קיומן של נסיבות אלו היא פעילות תחומה'. כאשר היחיד פועל בשטחו האישי (בית), כמו גם בשטח המשותף (חצר), באופן שאינו פולש לשטחו של האחר (או האחרים), בין ברעש ובין בריח וכדו', יוגדר הדבר כפעילות בשטח שלו

¹⁸⁷. שאלת היקף מחלוקת רבי יוסי וחכמים נדונה בפרק ב' העוסק בדעת רבי יוסי בתת פרק 5.

בלבד. בנסיבות אלו זכאי הוא להגנה מוחלטת. דוגמא לכך היא פתיחת חנות בחצר המשותפת (תוספתא ב, טו). הפעילות בחנות כזו היא פעילות תחומה בשטח, וממילא פעילות זו זכאית להגנה מלאה.

הבסיס להיתר הפעילות של היחיד, א"כ, מבוססת על המימד הקנייני 'אני עושה בתוך שלי'. דברי רב כהנא המוצעים עתה אמנם לא נוסחו כהנמקה לדברי רבי יוסי, אולם הם משמשים, באופן מובלע, כהנמקה להם. העמדת קו הגבול של גיריה דיליה משנה את המבט על חובת ההרחקה. מעתה, החובה להרחיק מטורד אינה מבוססת על ההגנה על קניינו של הזולת, אלא נובעת (גם?) מן האיסור לפגוע בו. הנמקה נזיקית מפורשת לעמדתו של רבי יוסי, על בסיס דברי רב כהנא, מצויה בדברי הנמוקי יוסף¹⁸⁸ המבאר כך את הלכתו של רבי יוסי באילן ובור לעומת איסור הנחת גפת ליד כותל: 'כשמניחו שם [את הגפת – מ.פ.] בזמן שיש שם כותל דאז הוא דהוי גיריה... מה שאין כן באילן, בשעה שנטעו אינו מגיע לבור ממנו היזק כלל באותו מעשה'. כלומר, הסיבה בגינה רבי יוסי מתיר לסמוך באילן היא משום שהאילן אינו מזיק ישירות את הבור בעת נטיעתו (=אינו גיריה דיליה). כזכור, הנימוק המפורש במשנה הוא נימוק קנייני: 'זה נוטע בתוך שלי'.

2. היקף חובת ההרחקה - המבחן הראשון שמעמיד רבי יוסי לפעילותו של יחיד בחצר הוא מבחן הפעילות התחומה. אם וכאשר פעילות היחיד פולשת אל עבר שטחו של הזולת ייאסר הדבר במסגרת דיני ההרחקה.

מדברי רב כהנא עולה מבחן הלכתי אחר, המהווה חלופה למבחן זה. עתה תיבחן פעילותו של היחיד על פי אמות מידה נזיקיות: האם פעילותו מהווה גיריה דיליה.¹⁸⁹ בנסיבות בהן התשובה תהיה חיובית, יחולו דיני ההרחקה, חרף העובדה שלא מדובר בפעילות פולשנית, ועל אף שהיא נעשית בשטחו של היחיד בלבד. מהלך מעין זה מופיע בדברי הגמרא לקמן במקרה של סולם ונמייה.¹⁹⁰

¹⁸⁸ דף ט עמוד ב בדפי הרי"ף.

¹⁸⁹ באופן רחוק יותר ניתן לראות שינוי מגמה גם ביחס לזכותו של היחיד לפעול בקניינו. זכות זו אינה יונקת בהכרח מן הזכות על הקניין, אלא מן העובדה שהפעילות אינה מזיקה לזולת.
¹⁹⁰ להבהרת טענה זו יש להבחין בין הפרשנויות השונות למושג גיריה דיליה. לדעת חלק מן הראשונים (למשל הנמוקי-יוסף המובא בהערה 188 וע"ע באנציקלופדיה תלמודית לעיל) ייחודו של מעשה המוגדר כגיריה דיליה נמדד במישורים של מרחק וזמן. מעשה נזיקי מחייב הוא מעשה שנעשה מתוך סמיכות וקרבה פיזית, וכן בסמיכות זמנים בין המעשה והתוצאה. מעשה נזק שאינו אסור וייחשב לגרמא הוא מעשה שתוצאתו מרוחקת בזמן ובמקום ממעשה הנזק. גיריה דיליה הוא חריג לגרמא זו. חרף העובדה שמעשה האדם נעשה במקום אחד ותוצאתו במקום אחר, יש לראות זאת כמעשהו הישיר, כפי שמגודר מעשה ירייה של חץ. הסמיכות בזמן היא זו אשר קובעת את הקשר הסיבתי והופכת את הגרמא למעשה חמור. על פי פרשנות זו, ישנה זהות בין הגדרת מעשה כגיריה דיליה ופעילות לא תחומה וההבדל בין סוגי השיח הנזיקי והקנייני הוא לשוני בלבד. אולם לדעת רש"י (ב"ב כה עמוד ב ד"ה 'בגיריה' וב"מ קיז עמוד א ד"ה 'איני', וכן הוא לדעת הרמב"ן ב"ב כב עמוד ב ד"ה 'לימא') ההגדרה של גיריה אינה מצויה במישור הזמן אלא הכח הפיסיקלי. גיריה דיליה פירושו מעשיו הישירים

ייתכן שגם במצב ההפוך יחול שינוי הלכתי. אם וכאשר תיחשב פעילות כפעילות לא תחומה המהווה מטרד שלא באופן של גיריה דיליה, יש מקום להניח שרבי יוסי יתיר את הדבר.¹⁹¹

3.3. הרחבת דברי רב כהנא בידי סתם הגמרא

הגמרא (כב עמוד ב) משתמשת בדבריו של רב כהנא בכדי להסביר את עמדתו של רבי יוסי ביחס למשנת הסולם והשובך, בה לא מופיעה דעתו של רבי יוסי:

מתני'. מרחיקין את הסולם מן השובך ארבע אמות, כדי שלא תקפוץ הנמייה;
ואת הכותל מן המזחילה - ד' אמות, כדי שיהא זוקף את הסולם.

גמ'. לימא, מתניתין דלא כר' יוסי, דאי ר"י, הא אמר: זה חופר בתוך שלו וזה
נוטע בתוך שלו?
אפילו תימא ר' יוסי, הא אמר רב אשי, כי הוינן בי רב כהנא הוה אמר: מודי
רבי יוסי בגירי דידיה,
הכי נמי זמנין דבהדי דמנח ליה יתבא בחור וקפצה'.

על פי מהלכה של הגמרא עולה שרבי יוסי מסכים לדיני ההרחקות במקרה של סולם ושובך מן הטעם שמדובר בגיריה דידיה.

מהלך זה צועד צעד נוסף בהתרחבותו של השיח הנזיקי, על חשבון זה הקנייני. עד כה הסקנו ששתיקתו של רבי יוסי בכל הפרק כולו נובעת מהסכמתו העקרונית עם דעתם של חכמים, שיש לכל שכן מטריד חובה להרחיק את מעשיו, כדי שלא לפגוע או שלא להטריד את שכנו. רבי יוסי טען שחובה זו אינה גוברת על זכותו הקניינית של הפרט לעשות בקניינו כרצונו כגון: פתיחת חנות לצד חנותו של חברו או נטיעת אילן לצד בורו. אולם, כאשר לא מדובר בפעילות תחומה בקניינו האישי, לא קיימת הגנה על חופש פעולתו של הפרט, וחייב הוא לשמור ולהרחיק בכדי לא לפגוע

של האדם. אם מעשיו שלו עצמו הם אלו שהזיקו יש לראות בכך גיריה, והדבר נאסר ללא תלות בגורם הזמן. אולם אם מדובר בתוצאה ממעשיו המוגדרת 'כוח כוחו' יותר הדבר. דוגמא לכך הוא המקרה של המניח גפת בסמוך לכותלו של חברו. לדעת רש"י (וכן הוא בראשונים נוספים **כרמב"ן** שם ובדבריו שהובאו בפרק ג' 9.1, ובנמו"י שם) ייחשב הדבר לגיריה, מאחר ומעשיו של האדם הם אלו שהזיקו לאחר זמן.
¹⁹¹ מדברי ה**נימוקי יוסף** (שם) עולה שזו דעתם של הסוברים שהיזק ראה לאו שמיה היזק. כלומר, חרף העובדה שמדובר בפעילות לא תחומה, שכן היא פולשת לשטחו של האחר, מאחר ואין לראות בה גיריה דיליה לא ייאסר הדבר.

באיכות חייו של שכנו. המבחן להגנה על חופש הפעולה לדעת רבי יוסי הוא מבחן קנייני בלבד. כאשר לא קיימת הגנה זו, חייב המטריד להישמר ולהרחיק את מטרו ללא קשר לחומרת המעשה מבחינה נזיקית.

על פי הסבר הגמרא כאן, חובת הרחקת סולם מן השובך מוסכמת על דעתו של רבי יוסי משום שנסיבות אלו נופלות תחת ההגדרה של גיריה דיליה. באופן פשוט יש להבין את דברי הגמרא כחידוש במישור הפרשני. כלומר, הגמרא ממשיגה את עמדתו ההלכתית הידועה של רבי יוסי ומכניסה את דבריו לתבנית של גיריה דיליה.¹⁹²

3.4. משמעות המעבר לשיח נזיקי בדברי סתם הגמרא

עפ"י דברים אלו חוזים אנו במעבר משיח קנייני לשיח נזיקי. כאמור בסוף דבריי, המעבר הוא במישור הפרשני בלבד, ללא שינוי ותוספת הלכתית בדברי רבי יוסי.

משמעות דברי הגמרא הם שרבי יוסי מודה במקרה של משנת הסולם והנמייה מהטעם שיש לפנינו מעשה קרוב למעשה של נזק, ובו מעשה המטרד של השכן והתוצאה המטרידה קרובים וקשורים. המבחן לחובת ההרחקה, על-פי דעתו של רבי יוסי, הוא מבחן הקשר הקרוב בין המעשה והתוצאה. זהו כמובן מבחן חדש בעמדתו. עד כה נתפסה דעתו של רבי יוסי כמעמידה את הטיעון הקנייני הגובר על חובת ההרחקה רק כקו גבול והגנה, אולם בבסיס הדברים חייב רבי יוסי את דיני ההרחקה במלואם, ללא תלות במידת הקשר שיש בין מעשה המטריד והמוטרד. עתה למדנו, לאור דברי הגמרא, שיסוד חיוב דיני ההרחקה בדברי רבי יוסי עומד על המישור הנזיקי – גיריה דיליה. במקרים אלו, ורק במקרים אלו, מחייב רבי יוסי את המטריד להרחיק. מן המפורש ניתן להסיק על הסתום. במקרים בהם לא קיים קשר בין המעשה והתוצאה באופן המוגדר גיריה דיליה, מתיר רבי יוסי שלא להרחיק אף שלא קיימת הגנה קניינית, וזהו ודאי שינוי מגמה ביחס לתפיסת היסוד של רבי יוסי.¹⁹³

¹⁹² זאת בשונה מדברי רב כהנא עצמו שהיו חידוש הלכתי ולא פרשני כאמור לעיל.

¹⁹³ הבנה אחרת בהסבר הגמרא תסבור שמהלך זה של הגמרא, הקובע שרבי יוסי מודה במקרה של סולם ושובך, אינו נתון במישור הפרשני בלבד, אלא מחדש חידוש הלכתי של ממש. סתם הגמרא מחדשת הלכה בדעת רבי יוסי וקובעת מ'עתי ואילך' שרבי יוסי מודה לחכמים במשנה זו על בסיס המבחן החדש של גיריה דיליה. על פי הסבר זה, מתקבל שהקריטריון החדש של גיריה דיליה גובר על עמדת היסוד של רבי יוסי שהיתה ידועה עד כה, היא העמדה הקניינית. כלומר, חרף העובדה שמקרה זה עומד תחת ההגדרות של ההגנה הקניינית, בגין הנסיבות הנזיקיות הקיימות, גיריה דיליה, יחוייב ה'מזיק' להרחיק. ניתן לעדן את השינוי הנזיקי בשיח החדש, זאת על פי ההבחנות בהסבר המושג גיריה דיליה, כפי שנעשה לעיל בהערה 190. על פי הסבר זה, הנסיבות של גיריה דיליה הופכות את הפעילות לפעילות לא תחומה, וממילא לא קיימת ההגנה הקניינית. על פי הצעה זו, אמנם קיים שינוי בשיח ההלכתי (מאחר ועתה המגדיר החדש למעשה השכן הוא הקשר הנזיקי), אולם הגדרה זו כפופה להטענה הקניינית הכוללת בגבולות הפעילות התחומה.

3.5. הרחבת פרשנות הגמרא בידי הראשונים

האם ניתן להרחיב את פרשנותה זו של הגמרא, הטוענת שרבי יוסי מודה לדיני ההרחקות במשנה מן הטעם שהם גיריה דיליה, גם למקרים נוספים שבפרק? במילים אחרות, האם ניתן להגדיר את המקרים השונים שבפרק ב' כגיריה דיליה, וממילא יחיל עליהם רבי יוסי את דיני ההרחקה? בשאלה זו נחלקו ראשונים והגיעו למסקנות שונות.¹⁹⁴ רש"י טוען שרבי יוסי חולק ברובן של הלכות הפרק ואינו רואה בהן תמונת מצב של גיריה דיליה. רבנו חננאל לעומתו, טוען להסכמה רחבה של רבי יוסי עם דעת חכמים ביחס לחובות ההרחקה שבפרק. משמעות הדבר היא שלדעת רבי יוסי, רובם של המקרים בפרק מצויים בתמונה של גיריה דיליה.

רש"י – 'טובא מילי איכא במתני דלא כר"י'

לדעת רש"י¹⁹⁵ רבי יוסי "דפליג בסיפא דפירקין בנוטע אילן סמוך לבור, טובא מילי איכא במתניתין דודאי לאו כרבי יוסי אלא לימא אף זו דסולם ושובך דלא כרבי יוסי". עפ"י פרשנותו של רש"י, עמדתו של רבי יוסי המצדד בעליונות זכויות היחיד, רחבה, ומקיפה את רובם של המקרים בפרק, והוא חלוק על חובת ההרחקה שנאמרה ע"י חכמים. עמדתו זאת של רש"י נאמרה חרף התבטאויותיו המפורשות המצומצמות של ר"י. עם זאת התלמוד בסוגיית הרחקת סולם מן השובך בא להוציא מטעות מחשבתית שעלולה להתגבש, לפיה רבי יוסי חולק גם במקרה של סולם ושובך. לכן טרחה הגמרא לקבוע שבמקרה זה נכונים דברי רב כהנא שרבי יוסי מודה משום שהוא כגיריה דיליה.

משמעות דבריו של רש"י ביחס לדיון הנוכחי שרובן של הלכות המשנה אינן מוגדרות כגיריה דיליה.

רבנו חננאל – 'כולהו מתניי אתי כר"י'

בדברי התוס' (שם ד"ה 'לימא') מובאת דעתו של רבנו חננאל, המציע עמדה הפוכה מזו של רש"י.

¹⁹⁴ . עיין עוד בפרק ב העוסק בדעת רבי יוסי בסעיף 5.1.

¹⁹⁵ . כב ע"א ד"ה 'לימא'.

פר"ח מדקאמר הכא טפי לימא דלא כרבי יוסי ולא קאמר אמשניות דלעיל משמע דכולהו אתי כר"י והוי כולהו גירי דיליה דמההיא שעתא משתכחא היזיקא ולא פליג רבי יוסי אלא באילן וצ"ל לפי דמתניתין דלעיל הוי נמי גירי דיליה דמיד כשסומך הכותל מונע הדוושא.

לדעתו של רבנו חננאל, רבי יוסי מודה בכל המקרים במשנה שיש להרחיק, ולא חולק אלא בשני מקומות בלבד. עם זאת, הנימוק בגינו מודה רבי יוסי בכל המקרים הללו שונה מדברי חכמים. רבי יוסי מודה במקרים אלו, כך הר"ח לאור דבריו של רב כהנא, משום שהם מוגדרים כגיריה דיליה. לדעת חכמים הנימוק לחובת ההרחקה אינו גיריה דיליה, אלא התפיסה אודות הריבונות של הקהילה במרחב המשותף. חידושו של רב כהנא, לפיו, איננו חידוש הלכתי אלא פרשני, ומהווה המשגה משפטית חדשה של המצב.

השוואת דברי ר"ח לדברי רש"י על פי מסקנת הגמרא מראה שר"ח מרחיב עד מאוד את שינוי השיח. על פי דבריו, רק במקרים בודדים חולק רבי יוסי הלכתית על חכמים, ובכל שאר המשניות מודה להם רבי יוסי שישנה חובת הרחקה מן הטעם של גיריה דיליה. במילים אחרות, מהלכה של הגמרא העוסק בברור עמדתו של רבי יוסי ביחס לסולם, הפך את ההנמקה בדבריו לאורך הפרק כולו!

לדעת רש"י, לעומת זאת, ר"י חולק גם במסקנה על רובם של חובות ההרחקה בפרק, ומודה הוא רק במקרים בודדים מאוד שנופלים תחת ההגדרה של גיריה דיליה, וביניהם סולם ושובך.¹⁹⁶

¹⁹⁶ . פרשנותו של רש"י למחלוקת ר"י וחכמים חושפת עמדה מרחיקת לכת מבחינה פרשנית ויותר מכך מבחינה מהותית. על פי דבריו רבי יוסי אמנם חלק מפורשות על חכמים בשתי משניות, אולם דעתו רחבה מכך והוא חלוק עליהם ברובן של המשניות. עובדה זו שדעתו המפורשת מופיעה פעמיים בלבד (= 'שתיקה ספרותית'), אינה אלא טעות אופטית ומהווה את קצה הקרחון של דעתו. מבחינה מהותית יש בדברים אלו חידוש רדיקלי בהסבר דברי רבי יוסי ונראה שהוא הולם את סיסמתו 'אני עושה בתוך שלי'. על הדעות השונות ביחס ל'שתיקה הספרותית' והגדרתו מכך עיין בפרק העוסק בעמדת רבי יוסי. 5.2.

4. רבינא – הקדמה

אמר רבינא¹⁹⁷, קא סברי רבנן על המזיק להרחיק את עצמו.¹⁹⁸

עד כה נחשפנו לצעד חשוב ומרכזי בשינוי השיח ההלכתי שנעשה בידי רב כהנא. רב כהנא הגביל את הלכתו של רבי יוסי בנסיבות של גיריה דיליה, ודבריו נאמרו כחידוש הלכתי. דברי רבינא¹⁹⁹ מהווים, אף הם, צעד חשוב ומשמעותי בשינוי השיח ומעבר לשיח נזיקי. דבריו אינם עוסקים בחידוש הלכתי, אלא בפרשנות דברי חכמים. הפרשנות הניתנת לקוחה כולה מן התחום הנזיקי. בכל דיני ההרחקות במשנה מערכת היחסים בין השכנים ברורה למדי: המטריד מחויב להרחיק את פעילותו המטרדה. במקרה של חרדל ודבורים (משנה ב, י) המצב שונה ויוצא דופן. אמנם החרדל הוא זה אשר מטריד את הדבורים וגורם להן נזק: 'שאוכלים את החרדל ומחדד את פיהם ואוכלות את דבש שלהם'²⁰⁰ ואולם אופן ההטרדה הוא שונה ויוצא דופן. במקרה זה בא המוטריד אל המטריד!²⁰¹ במצב יוצא דופן זה פסק רבי יוסי את דעתו המתירה לבעל החרדל לגדל את חרדלו בשטחו, מאחר ומדובר בפעילות תחומה בקניינו של האדם (משנה ב, י). חכמים, לעומת רבי יוסי, לא חילקו בין המקרים השונים וחייבו את בעל החרדל להרחיק מן הדבורים (שם). רבינא (יח עמוד ב) מנמק את דעתם של חכמים וקובע עיקרון-על בדיני השכנים: 'קא סברי רבנן על המזיק להרחיק את עצמו'. כלומר, לעולם על המטריד להרחיק את עצמו, אף אם מדובר בפעילות הבאה משטחו. הנימוק שהוצג בפרק שעוסק בדברי חכמים היה קנייני. על פי דעתם של חכמים לא מתקבלת עמדתו של רבי יוסי שהיחיד עושה בתוך שלו, שכן המרחב כולו הוא מרחבה של הקהילה ואינו נחשב שלו. רבינא, בשונה מהאמור, מציע נימוק חדש, הלקוח מן השיח הנזיקי. בדברי רבינא מצינו שינוי פרשני המהווה את המשכו של המעבר לשיח הנזיקי. רבינא בדבריו מאפיין את זהותו של המטריד, בעל החרדל, וקובע אותו כמזיק. משנקבעה קביעה זו הובהרה לחלוטין התמונה

¹⁹⁷ כך בכל כתבי היד של הבבלי (וטיקן 115, פריז 1337, המבורג 165, קיימברידג' 174 T-S-F2(1), פלורנס 11-I-9, אוקספורד 249) למעט בכתב יד מינכן 95 בו מופיע רבא, ובכתב יד אסקוריאל G-I-3 בו מופיע (רב פפא) [רבינא].

¹⁹⁸ יח, ב.

¹⁹⁹ על זמנו של רבינא עיין בהערה מס' 175.

²⁰⁰ רש"י יח עמוד א ד"ה ואת 'החרדל'.

²⁰¹ כקושיית הרשב"א יט עמוד א ד"ה 'ועל עיקר': 'תמיה לי והלא החרדל אינו נכנס לתוך תחומן של הדבורים...?'. עיין בפרק ב בהסבר דעתו של רבי יוסי תת-פרק 5.3.

המשפטית. במערך היחסים בין מזיק לניזק ברור הוא שעל המזיק להרחיק את נזקו ולשמור שלא יזיק.²⁰²

נשים לב לכך כי עד עתה לא כונה השכן המחויב בהרחקה 'מזיק', וחובת ההרחקה נתפסה כחובה הנובעת מזכותה של הקהילה לשמור על איכות חייה במרחב המוגדר כשייך לה. ההסבר שהוצע בפרק ב בדיון אודות מחלוקת התנאים (רבי יוסי, חכמים ורשב"ג), העמיד את בסיס טענתם של חכמים על הטיעון הקנייני. לדעתם, זכות הקניין האישי של הפרט וכן של הקהילה היא המחייבת להימנע מן המטרד. בפרק ג' בעבודה זו הוכח שהקריטריונים העומדים בבסיס דיני ההרחקות של פרק ב' של מסכת בבא-בתרא, אינם נזיקיים, ומבוססים כאמור על הזכות הקניינית. זכות קניינית זו מולידה חובת זהירות מוגברת ויחס רגיש יותר מן הנדרש בעולם הנזיקין. מעשים שלא יוגדרו כנזק, אם משום שאינם יוצרים פגיעה ממונית ברכוש או משום שאינם מתבצעים עתה, אך מהווים מטרד ופגיעה באיכות החיים של אדם בביתו או בחצרו, יחויבו בהרחקה. הזכות הקניינית מגנה על מנעד רחב יותר של פעילות מאשר זו הנזיקית. בדברי רבינא, כאמור, מומר הטיעון הקנייני בטיעון נזיקי. המטריד כונה בשם מזיק, וחובת ההרחקה, כך נראה, נובעת מהחובה שלא להזיק.

4.1. 'על המזיק להרחיק את עצמו'

מהו ההקשר בו נאמרו דברי רבינא? מהו החלל החסר שאותו מילאו בדבריו? נראה שרבינא עסק באופן ישיר במחלוקת רבנן ורבי יוסי בחרדל ודבורים (משנה ב, י). חכמים פוסקים שבעל החרדל מחויב להרחיק את החרדל מן הדבורים, ורבי יוסי מתיר לבעל החרדל לגדל את חרדלו בסמוך לכוורת הדבורים של שכנו. הנימוק לדברי רבי יוסי מופיע בתוספתא (א, ט): 'כדרך שעשית בתוך שלך אף אני עושה בתוך שלי'. דעת חכמים אינה מנומקת ודורשת הסבר. רבינא הוא זה אשר ממלא את החלל ומנמק את דעתם של חכמים. כאמור לעיל, הפרשנות לדברי חכמים מומשגת עתה במושגים השאולים מהעולם הנזיקי ואינה עוסקת בהגדרות קנייניות: האם היחיד או הקהילה הם הריבונים בחצר.

²⁰² מדובר בחובת השמירה המופיעה בתורה (שמות כב, לו) ובריש מסכת ב"ק. על האיסור להזיק עיין במאמרו של הרב אהרן ליכטנשטיין, 'שיעורי הרב ליכטנשטיין- דינא דגרמי, אלון שבת תש"ס, עמודים 161-181; ס' בן-דוד, 'האמנם ניתנה רשות למזיק להזיק?', מסכת חוברת ד (תשס"ו), עמודים 15-21; מ' פאלוך, 'מבוא לדיני הנזיקין' – תשובת הרמב"ן לקושיית ה'קהילות יעקב', פתיחתא ט (תשס"ו), עמודים 7-10.

4.2. הרחבת דברי רבינא ע"י סתם הגמרא

הגמרא (שם) ממשיכה את כיוון מחשבתו של רבינא ומסיקה מכך: 'מכלל דרבי יוסי סבר על הניזק להרחיק את עצמו'.

בדבריה הופכת הגמרא את מחלוקת רבי יוסי וחכמים למחלוקת עקרונית וכללית הנוגעת בשאלה על מי מבין השכנים מוטלת החובה להרחיק את עצמו: האם על המזיק או על הניזק. הצגת נימוק זה לדעת רבי יוסי מעמיד באור אחר וחדש את דעתו. הנימוק 'הישן' המובא בתוספתא (א, ט) נשען כולו על הטיעון הקנייני: 'כדרך שעשית בתוך שלך אף אני עושה בתוך שלי'. בדברי הגמרא כאן מוצג פן אחר בדעתו - 'על הניזק להרחיק את עצמו'. כפי שעולה מדברי הגמרא בהמשך, תפקידו של היגד זה אינו רק מסקנה מעשית של עמדתו, אלא עיקרון-על המבסס ומנמק את דעתו של רבי יוסי, כפי שמשמש הנימוק המקביל בדעת חכמים.

לאחר דין ודברים בניסיון להבהיר את יסוד מחלוקת חכמים ורבי יוסי לאור דברי רבינא, מסכמת הגמרא ואומרת שדעתו של רבי יוסי היא שהניזק צריך להרחיק את עצמו בכל המקרים המופיעים במשנת חרדל: 'על הניזק להרחיק את עצמו ואפילו משרה וירקא לא בעי רחוקי'. בכל המקרים המופיעים במשנה, הרחקת משרה מירק וכן כרישין מבצלים, מתיר רבי יוסי שלא להרחיק. מדברי הגמרא עולה, כאמור לעיל, שרבי יוסי נוקט עמדה כללית בדיני שכנים ומטיל את חובת ההרחקה על הניזק.²⁰³

ברור הוא שברקע הנימוק הנזיקי שבדברי רבי יוסי עומד הנימוק הקנייני, והראיה לכך פשוטה. דברי רבי יוסי, על פי ביאור הגמרא, אינם עולים בקנה אחד עם המוסכמה ההלכתית הפשוטה שהמזיק הוא זה שצריך לשמור את עצמו מלהזיק. מדוע אם כן לדעת רבי יוסי על הניזק להרחיק את עצמו? נראה הוא שבבסיס טענה זו עומדת העמדה הקניינית, הסוברת שבמרחב מיוחד זה, בו המזיק הוא הבעלים על השטח, הטלת חובה זהירות עליו תצר את צעדיו בקניינו האישי. על פי זה מובן הוא שעל הניזק להרחיק את עצמו ולא על המזיק.²⁰⁴ משמעות הדברים היא שלפנינו שינוי שיח בלבד. הנימוק 'האמיתי' הוא הנימוק הקנייני, אלא שהוא מוצג בשפה נזיקית. הצגת עמדתו של

²⁰³ עמדתו של רבי יוסי, כפי שעולה מדברי הגמרא כאן, מחזקת את האפשרות שהועלתה לעיל בדברי רש"י (ליד הערות 195-196), לפיה רבי יוסי חולק באופן גורף על דיני ההרחקות של המשנה וטוען את טענתו 'אני עושה בתוך שלי' באופן מוחלט. אם רבי יוסי חולק על שלוש ההלכות של המשנה (גם במשרה וירק וכו' ולא רק בחרדל ודבורים) אין סבה שלא יחולק בכל ההרחקות האחרות. במילים אחרות, ההגבלה הטריטוריאלית שהוצעה בפרק שעוסק בדעתו של רבי יוסי (תת-פרק 5) והקביעה שרק פעילות תחומה חוסה תחת הטיעון הקנייני שלו, אינה קיימת בדברי הגמרא הללו.

²⁰⁴ טענה מעין זאת הובאה בשם הרי"ד לעיל בפרק ג 9. ראשוני ספרד פרשו את דברי רבינא שלא על בסיס הנימוק הקנייני, אלא על פי אמות מדה נזיקיות. עיין בסוף פרק ג.

רבי יוסי בשפה זו נועדה לחדד דוקא את דעתם של חכמים הקובעים את חובת ההרחקה על המזיק. פרשנות זו בדברי חכמים אינה שינוי סמנטי בלבד, אלא משפיעה על היקף חובת ההרחקה והשיקולים שבה.

הד לעמדתו 'האמיתית' של רבינא בפרשנות דברי רבי יוסי, נשמע מדבריו אודות הלכתו של רב כהנא שמודה רבי יוסי בגיריה דיליה. במקרה שהובא לפני רבינא היו אנשים (שכנים?) שטענו כנגד מנפצי הכותנה בבית מריון שפסולתה עפה והזיקה להם. רבינא פסק שאין לראות בכך מקרה של גיריה דיליה (בו מודה רבי יוסי) משום שפסולת הכותנה אינה עפה אלא בעזרת הרוח ואינה נחשבת לחץ שלוח ע"י האדם:

אתו לקמיה דרבינא, אמר להו: כי אמרינן מודה ר' יוסי בגירי דיליה - הני מילי דקא אזלא מכחו, הכא זיקא הוא דקא ממטי לה. מתקיף לה מר בר רב אשי²⁰⁵: מאי שנא מזורה ורוח מסייעתו? אמרוה קמיה דמרימר²⁰⁶, אמר להו: היינו זורה ורוח מסייעתו. ולרבינא, מאי שנא מגץ, היוצא מתחת הפטיש והזיק דחייב לשלם? התם ניחא ליה דליזל, הכא לא ניחא ליה דליזל.²⁰⁷

מדברים אלו עולה שרבינא שומר ב'קנאות' על עמדתו של רבי יוסי ואינו מאפשר להלכה הנזיקית החדשה לנגוס בעמדתו הקניינית הרחבה. על פי דעתו, יש לקבל את ההגבלה הנזיקית לדעת רבי יוסי, אך באופן מצומצם: כאשר מדובר במקרה שרוח מסייעתו לא ייחשב הדבר גיריה דיליה ורבי יוסי יתיר את פעילות השכן. לא כן חשבו מרימר ומר בר רב אשי. לדעתם יש לקבל את המבחן הנזיקי שהוצג, גיריה דיליה, במלואו, כפי שמקובל בדיני הנזיקין הטהורים.

4.3. משמעות המעבר לשיח נזיקי

הקביעה שהמטריד הוא מזיק והמוטרד הוא ניזק הופכת את מערכת היחסים לשונה וטעונה במטען נזיקי. שינוי שיח זה קובע את סוג הטיעונים והשיקולים במערכת היחסים בין המטריד

²⁰⁵ מן הדור השביעי. 'מלך' בישיבת מתא מחסיא 13 שנה ונפטר בשנת 468. אודותיו עיין בספרו של א' כהן, **רבינא וחכמי דורו**, בר אילן תשס"א, עמוד 135.

²⁰⁶ אמורא מן הדור השישי, נפטר בשנת 415 (כהן, עמוד 180). אודות זיהויו של מרימר לאור סוגייה זו, בה הוא נראה מגיב לדברי מר בר רב, עיין שם עמודים 156-159. עיקרי טענותיו הן ש'המקרה שלפנינו הובא לפני רבינא חברו של רב אשי בח"י רב אשי. פסק דינו של רבינא הובא לפני מרימר לשם קבלת תגובתו. מאוחר יותר סמך מר בר רב אשי על הדברים שבתגובת מרימר והתקיף את דעת רבינא'.
²⁰⁷ כו, א.

והמוטרד, וליתר דיוק בין המזיק לניזוק. במערכת יחסים שכזו שבה ישנם מזיק וניזק, לעולם תהיה ידו של המזיק על התחתונה ועליו החובה להרחיק, לשמור וכו'. כאשר השיח התמקד במימד הקנייני ועסק במערך הזכויות והחובות בין שכנים החולקים קניין משותף ניתן היה לשקול שיקולים שונים כגון: מידת השימוש של כל אחד מהשכנים בנכס, סוג הפעילות, הקושי לשנות את פעילותו וכו'.²⁰⁸ על פי שיקולים אלו, ייתכן והמטריד יצא וידו על העליונה, ולא יצטרך להרחיק את פעולתו המטרידה. אולם, כאשר מערכת היחסים בין השכנים הוגדרה בצבעים של מזיק וניזק, ההכרעה לחובותו של המזיק מיידית וברורה.

5. נימוקו של רבי יוסי בברייתא בבבלי

דוגמא נוספת לשינוי השיח ומעבר להנמקה נזיקית מצויה בברייתא לקמן העוסקת ישירות בנימוקו של רבי יוסי. הנימוק שיובא, מופיע בברייתא בתלמוד הבבלי ומקביל לאמור בתוספתא. עם זאת, קיים שינוי משמעותי בין הברייתא בבבלי ובתוספתא.

הנימוק לדברי רבי יוסי בהלכת חרדל ודבורים מופיע בתוספתא (א, ט): 'כדרך שעשית בתוך שלך אף אני עושה בתוך שלי'.

נימוק זה מופיע בברייתא בבבלי בשינוי לשון משמעותי:²⁰⁹

תא שמע... רבי יוסי מתיר בחרדל מפני שיכול לומר לו עד שאתה אומר לי
הרחק חרדלך מן דבוראי, הרחק דבורך מן חרדלאי שבאות ואוכלות לגלוגי
חרדלאי.²¹⁰

²⁰⁸ שיקולים מעין אלו מופיעים בדברי הרא"ש (שו"ת הרא"ש קח, י) בדעת רבי יוסי: 'שאלה: ראובן חפר גומא בחצרו, שמי גשמים יקלחו לתוכה, וכשרבו המים, בוקעין ועוברין דרך חומת מרתף שמעון, וגם מסריח בחצר שמעון מריח המים; נ"ל שראובן חייב לסלק היזקו. ואף לרבי יוסי, דאמר (ב"ב כה, ב): על הניזק להרחיק עצמו היכא דלא הוי גירי דיליה, הכא מודה, כיון דנפיש היזקא דשמעון; וגם תשמיש של שמעון קבוע, ואי איפשר לו לסלק את עצמו, דאין דירה בלא מרתף וחצר. דלא קאמר רבי יוסי אלא בבור ואילן, אעפ"י שהבור קדם לאילן, לא יקוץ, שזה חופר שלו וזה נוטע בתוך שלו, משום דסתם בור הוא מים מכונסין, ובקל יכול הניזק לסלק עצמו ולהרחיק את בורו מן האילן כ"ה אמה. ובור לא הויא כולי האי תשמיש קבוע, לכן הקלו בו חכמים, וגם לא נפיש היזקא כולי האי...!'

²⁰⁹ הנוסח המובא הוא נוסח הדפוסים. שינויי משמעותיים בכתבי היד יצוינו בהתאם.

²¹⁰ יח, א. ברייתא זו הובאה לקמן גם בדף כה, ב. ואולם בדף כה הובאה ברייתא זו ללא כל דיון בדעת חכמים, אלא כנימוק לדברי רבי יוסי בלבד וללא הרחבת דבריו ביחס לכל דיני המשנה. נראה שברייתא זו הועתקה ממקומה בדף יט על בסיס השינויים שחלו בה, כמבואר בפנים.

על פי הנימוק המובא בברייתא זו, רבי יוסי מתיר בחרדל לא על בסיס הטענה הקניינית, אלא מנימוקים הקשורים למערכת יחסים נזיקית. שכן ב', הסומך את החרדל לדבורים של שכן א' ובכך מקרב את אפשרות הנזק והמטרד לדבורים, טוען כלפי בעל הדבורים שהחרדל ניזוק מהן. הצידוק המשפטי המובא לדעתו של רבי יוסי, המתיר לבעל החרדל לסמוך, מבוסס על ויכוח, לכאורה, המתרחש בין שני השכנים ונוגע בשאלה מי הוא הניזוק בנסיבות המקרה. בעל החרדל, שמוצא עצמו מותקף בידי בעל הדבורים, עונה לבעל הדבורים באותו מטבע לשון, וטוען שלא הוא המזיק, אלא הוא הניזוק מאחר והדבורים אוכלות את החרדל.

מהו היחס בין הברייתא בבבלי לתוספתא? ניתן להציע שלפנינו שני מקורות תנאיים שונים המצביעים כל אחד על מגמה אחרת בהסבר דברי רבי יוסי. ואולם הקרבה הלשונית בין לשון הברייתא ללשון התוספתא מעלה את האפשרות שמקורה של הברייתא הוא התוספתא, וכי שינויי הלשון, המסיטים את הדיון מן ההיבט הקנייני אל זה הנזיקי, נעשו בעקבות²¹¹ המגמה הכללית המאפיינת את החשיבה של אמוראי בבל המאוחרים ומגמת ההרחבה של התלמוד עצמו, כפי שבאו הללו לידי ביטוי בסוגיה בדף זה (יח, א-ב) וכדלקמן.

בקרב הראשונים והאחרונים²¹² עולות שתי אפשרויות להסבר הנימוק המופיע בברייתא בבבלי:

א. טענת קיזוז בין שני מזיקים.

ב. טענת ה"ידיים הנקיות". כאשר הראשון עשה שלא כהוגן, קבעו חכמים שנמנעת ממנו הזכות לתבוע הרחקה מחברו, או בניסוח חריף יותר, כאשר האדם מזיק בעצמו אין לראותו כניזוק ולחייב את חברו בהרחקה.

הנחת היסוד בהנמקת דברי רבי יוסי היא שעל המזיק להרחיק. הויכוח בין הצדדים הוא בשאלה זו עצמה, מי נחשב מזיק. מסך הדברים בהסבר רבי יוסי על פי הברייתא בבבלי, עולה שהשיח שנוצר בין השכנים מבוסס ומתקיים במישור הנזיקי בלבד, ללא שימוש כלשהו בטיעונים הקנייניים.

²¹¹ ש"י פרידמן, 'הבריות בתלמוד הבבלי ויחסן למקבילותיהן שבתוספתא', ד' בויארין ואחרים (עורכים), עטרה לחיים: מחקרים בספרות התלמודית לכבוד פרופ' חיים זלמן דימיטרובסקי, ירושלים תש"ס, עמודים 163-200.

²¹² עיין בדברי רבינו יונה יח עמוד ב' ד"ה 'אמר רב פפא', בחידושי ר' אריה לייב סימן צו א', ד' ובשיעורי ר' שמואל רוזובסקי על מסכת בבא בתרא כרך י"ח ב', בני ברק תשנ"ג, אות יד עמוד יא.

אם נכונה השערת ביחס למקורו של הנימוק בברייתא, הרי שלפנינו שינוי שנעשה בעקבות מעבר לשיח נזיקי בתורת האמוראים ובדברי התלמוד בעקבותיהם, ומכאן השינוי בנימוק של רבי יוסי. בשונה מן הדוגמאות שהובאו לעיל, במקרה זה השינוי זה לא נעשה באופן מפורש ומוצהר בידי אחד האמוראים, אלא כ'בדרך אגב', במהלך מסירת הברייתא העוסקת בדעתו של רבי יוסי.

6. סיכום – המהפכה הנזיקית

בפרק זה עקבנו אחר המימרות האמוראיות (וסתם התלמוד) המהוות, לדעתי, את אבני הדרך הבולטים למה שכיניתי המעבר לשיח נזיקי בשיח ההלכתי בהלכות שכנים. עיקרו של השינוי מתרחש ביחס להסבר דברי רבי יוסי. בדבריו שני חלקים – חובה וזכות. רבי יוסי, מחד גיסא, מכיר בזכותו של הפרט במרחב משותף לעשות בתחומו את אשר יחפוץ בשם ההגנה על הקניין האישי. מאידך גיסא, בנסיבות בהן לא מתקיימת הגנה זו מחייב רבי יוסי את היחיד להרחיק מטרד או מפגע מזולתו.

שינוי השיח שהתרחש בקרב אחרוני אמוראי בבל ובעקבותיהם בדברי סתם התלמוד בכמה מקומות, מתייחס לשני חלקי המשוואה של רבי יוסי: הן ביחס לנימוקים הפוטרים שכן מלהרחיק מטרד, והן ביחס לנימוקים המחייבים שכן מלהרחיק מטרד על פי עמדתו.

אחד מאבני הדרך המרכזיים בתהליך המעבר ושינוי השיח הם דבריו של רבינא (יט, ב) המכנה את מערך הכוחות בין השכנים בתארים הלקוחים מעולם הנזיקין. לדעתו, יש להבין את עמדת חכמים המחייבים הרחקת מטרד משכן על פי הנימוק העקרוני: 'על המזיק להרחיק את עצמו'. תיאור זה, אף שאינו משנה את פרטי ההלכה הידועה בפרק ב', מהווה פריצת דרך חשובה בקביעת השיח ההלכתי, שהופך מעתה ואילך לשיח שמעורבים בו שקולים נזיקיים. סתם התלמוד, בעקבות דברי רבינא, מבאר את עמדת רבי יוסי בהתאם: 'על הנזיק להרחיק את עצמו'. פרשנות זו לדברים משנה את הטון העיקרי בדבריו. עד כה, על פי הנימוקים המפורשים של רבי יוסי בתוספתא ובמשנה, טען רבי יוסי לפטור מחובת הרחקה משיקולים של הגנה על הקניין האישי – אני עושה בתוך שלי. עתה הוסט משקל הכובד אל מהות תארי הצדדים, ונקבע, ללא נימוק, שעל הנזיק להרחיק את עצמו. כמובן שפרשנות זו לדברי רבי יוסי אינה משנה את פרטי ההלכה התנאית הידועה עד כה, אולם היא משנה את השיח ואת העקרונות ההלכתיים. הד לשינוי זה מתבאר בנימוק דעתו של רבי יוסי במחלוקת אודות סמיכת חרדל לדבורים, כפי שהובאה בברייתא (יח),

א). ההנמקה המובאת בברייתא שונה מזו האמורה בתוספתא (א, ט) בשיקולים שכל צד מעלה - נזיקי לעומת קנייני. בתוספתא נטען בשם בעל החרדל הסומך לבעל הדבורים – אני עושה בתוך שלי. לעומת זאת, בברייתא בבבלי מוצגת דעתו של רבי יוסי המתיר לבעל החרדל לסמוך לדבורים על בסיס שקולים נזיקיים: כשם שאני מזיק לך כך אתה מזיק לי. הנמקה זו, השאובה כולה מעולם דיני הנזיקין, מאירה באור שונה את ההנמקה של הגמרא את דעתו של רבי יוסי לעיל, 'על הניזק להרחיק את עצמו'. מערך השיקולים העומד בבסיס דעתו של רבי יוסי מאורגן מעתה ואילך על-פי קנה מידה נזיקי על מכלול האפשרויות שבו. הטענה הקניינית הברורה שעמדה בבסיס דעתו על פי התוספתא והמשנה לא מהווה עוד שיקול מכריע ומרכזי. עד כאן ביחס לצד הזכויות בדעתו של רבי יוסי. להלן סיכום המהפכה ביחס לצד החובה בהסבר דברי רבי יוסי.

אבן דרך מרכזית אחרת במהפכה הנזיקית היא דעתו ההלכתית של רב כהנא (כה ע"ב). לדעתו יש לסייג את עמדתו של רבי יוסי במקרים של גיריה דיליה. על פי דעתו, בנסיבות אלו גובר השקול הנזיקי על זה הקנייני, וחרף העובדה שעל פי אמות מידה קודמות היה מקום להגן על פעילותו של שכן על בסיס הטענה הקניינית, מחויב השכן להימנע מפעילות זו בשל הזיקה הקרובה והישירה בין המעשה והתוצאה. במילים אחרות, הטיעון הקנייני נסוג מפני שקולים שיקולים הזהים לשיקולים של זהירות מפני נזק. רב אשי, תלמידו של רב כהנא, עושה שימוש בדברי רבו בנסיבות של הטרדה ולא של נזק – עצירת שומשומין של שכן א' שגרמה לתנודות במבנה של שכן ב'.

בשלב הבא מופיעה הרחבה משמעותית לדברי רב כהנא, אותה מוביל סתם התלמוד. הגמרא מנסה לברר לאור דבריו את עמדתו של רבי יוסי ביחס למשנת הסולם והנמייה (כב, ב). מסקנתה היא שרבי יוסי מודה בנסיבות של משנה זו שעל בעל הסולם להרחיק סולמו משובך חברו מחשש שתעלה נמייה לשובך. בכך למעשה התרחשה מהפכה של ממש. עד עתה הובנה משנה זו כשאר המשניות בפרק המטילות חובה של הרחקת מטרד ללא זיקה למבחני הנזיקין ולמידת הקשר המידי בין המעשה והתוצאה המטרידה. בבסיס דיני ההרחקה, כפי שפורט בפרק הקודם, עומדת זכותו של הזולת לקיים אורח חיים שגרתי ואיכותי בנכסו הפרטי או המשותף. זכות זו מטילה חובה על השכן להימנע מכל פעילות המייצרת קול, ריח, מראה, חום וכדו' מטרידים, אף ללא פגיעה פיסית ברכוש או בגוף. עתה מתבאר שרבי יוסי מחייב הרחקה במקרה זה רק משום שמדובר בנסיבות של גיריה דיליה, כלומר של ודאות מטרד קרובה. חובות ההרחקה מעתה ואילך, על פי הסבר הגמרא בדעתו של רבי יוסי, הן נזיקיות באופן מוחלט. רבי יוסי מחייב את ההרחקה

בין שכנים רק על בסיס מבחן גיריה דיליה ותו לא. במקרה זה המהפכה הנזיקית צמצמה את תחולתם של דיני ההרחקות. על פי דעתם של חלק מהראשונים, יש להבין באופן זה את כל דיני ההרחקות של פרק שני. בכולם מודה רבי יוסי, משום שהם עומדים תחת ההגדרה של גיריה דיליה. במילים אחרות, לא קיימים דיני הרחקות הנובעים מההגנה על השימוש במקרקעים, אלא רק דיני מניעת נזק. הטיעון הקנייני נותר מצומצם ומוגדר לשני מקרים בלבד בהם לא מתקיימות הנסיבות של גיריה דיליה.

דברי סיום

עבודה זו מצביעה (מפרק ג ואילך) על קיום מעתק נורמטיבי של דיני השכנים – מענף עצמאי או זמורה של דיני הקניין, לענף של דיני הנזיקין. בעולם המשפט האזרחי, הכללי והעברי, מוכרת התופעה של מעתקים נורמטיביים מענף משפטי אחד למשנהו. במשפט העברי מוכר המעבר מחיוב שבהסכם לחיוב מן הדין. מעתק זה מתרחש בתקופה התלמודית והביתר תלמודית.²¹³ הפרת הסכם בין צדדים נוטה להידון כענף של דיני הנזיקין בגין ההסתמכות שקדמה לה, תחת תביעה בגין הפרת הבטחה. מעבר זה מוסבר על בסיס חולשתה של ההבטחה (המבוססת על הרצון החופשי והאמינות המוסרית של המבטיח) כמקור לחיוב הכספי, לעומת החיוב מן הדין בגין עוולה נזיקית (המבוססת על חיוב על פי חוק) (שם, עמודים 41-43).

המעטק המופיע בפנינו ניתן להסבר על פי מגמה אחרת המופיעה בכל מערכת נורמטיבית ההולכת ומסתעפת – סטנדרטיזציה. נטייתה של כל מערכת חוקים שהתקדימים הולכים ומצטברים בה היא לעבור תהליך של התייעלות, השומר עליה כמערכת יעילה וזמינה למשתמשים בה.²¹⁴ מגמה זו לא פסחה על עולם ההלכה התנאי והאמוראי.²¹⁵ תהליכים שונים עברו על המערכת ההלכתית כחלק ממגמה זו. בקרב אחרוני האמוראים, למשל, מצויה מגמה של המשגה ומעבר לכללים. מגמה נוספת היא מגמה של איחוד וקביעת סטנדרט. מטרתה של מגמה זו, כאמור, היא להפוך את המערכת לאחידה ולשיוויונית, לכזו המאפשרת לפרטים הנענים לה וכן לפוסקים המורים את דרכה לבחון באופן מושכל וצפוי את מערכת השיקולים הנכונים בעת קיומה של שאלה הלכתית.

²¹³ להרחבה בסוגיה זו וסקירה אודות מעתקים אלו במשפט הרומי ועוד, עיין במאמרו של י' ברנד, "הנושא ונותן בדברים" – בין התחייבות חוזית להסתמכות נזיקית, **מחקרי משפט** כד, (התשס"ח 2008), עמודים 57-58.

²¹⁴ ארגון נורמות המשפט במערכת בעלת היגיון פנימי וממויינת עפ"י קטגוריות משפטיות מובחנות (שלא לומר מערכת גיאומטרית), וכן יצירת מערכת המאפשרת לצרכני המשפט לפעול ברמה גבוהה של ודאות, הינן חלק מן ההגדרות ומאפייני המערכת המשפטית כפי שתוארו בידי שניים ממעצבי הגישה הפורמליסטיות למשפט במאות התשע-עשרה והעשרים: הל"א הארט: H.L.A.Hart **The Concept of Law**, Oxford 1970, pp. 120-150 ומקס וובר (8 chap. 641-900), M. Weber, **Economy and Society**, II, New York (בעיקר בעמודים 655-657). לדעתו של מ' מאוטנר מערכת המשפט הישראלית עוברת תהליך הפוך. בראשית דרכה הייתה בה הטיה מובהקת לפורמליזם, והחל משנות השמונים ואילך נטתה הכף לטובתם של גישה ערכית ואינסטרומנטלית הנוטה לפרשנות משפטית המשלבת ערכים חברתיים ועקרונות מוסריים. מ' מאוטנר, **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים**, תל-אביב תשנ"ג.

²¹⁵ על מגמה זו בהלכות שבת, שביעית, גיל מצוות וטומאה וטהרה, עיין בספרו של פרופסור י' גילת, פרקים בהשתלשלות ההלכה, רמת-גן 1992, עמודים 29, 71 ובהערות שם. ב' בראון ('פורמליזם וערכים', עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה, א' רביצקי וא' רוזנק (עורכים), ירושלים תשס"ח, עמודים 233-257), מבחין בין מודלים שונים של פורמליזם על בסיס גישותיהם של ובר והארט (שציינו לעיל). הבחנות אלו נוגעות בשאלת מקומן של העקרונות הערכיים מחד וחופש הפרשנות ושיקול הדעת בהליך השיפוטי מאידך. בסופו של המאמר הוא מציע מודל שלישי של פורמליזם, הקרוב, לדעתו, לאינטואיציות שלנו אודות עמדה זו. לדעתו, מודל זה, מאפיין את המערכת ההלכתית, ואת דרכם של פוסקי ההלכה שהם בעלי נטיה פורמליסטית במובהק.

במהלכה של מגמה זו מאוחדים ענפי משפט שונים ונקבעות נורמות רוחביות המשותפות לתחומים ולענפי הלכה שונים.

הדיון אודות מערכת היחסים בין יחיד וקהילה במרחב משותף, שהתקיים על בסיס דיני הקניין בלבד, יצר הבחנה בין סכסוכי שכנים לעומת סכסוכים הנעדרים את היסוד הקנייני. הקושי לקיים הבחנה בין סכסוכים שונים והצורך לקבוע אמת מידה אחידה למערכת יחסים בין פרטים או קהילה ייתכן ועמדו בבסיס המעתק שלפנינו. לשיקול זה יש להוסיף את היעדרו של המבחן הברור והמוחלט בשאלת המטרד המותר לעומת האסור. מטרד, בשונה מנזק, אינו מצב בהיר דיו ואינו ניתן לזיהוי מוחשי. מצב משפטי עמום זה מקשה על קיומם של חיי שגרה בריאים. דיני הנזיקין, המציעים מבחנים מובהקים של תוצאת נזק, מעשה נזיקי וחובת שמירה מבהירים עמימות זו. משכך ברור מדוע בסיומה של תקופת החקיקה הפורה של דיני השכנים, כפי שהופיעה במסורת התנאית, עברו דיני השכנים מעתק לעולם ההלכתי השכן – דיני הנזיקין.

אורבניזציה

ניתן להצביע על גורם משפיע יחיצוני – סוציולוגי שעמד בבסיס המעתק הנורמטיבי (בשונה מן ההסבר התורת-משפטי הפנימי שצויין לעיל). המעבר מחיי קהילה סביב חצרות ומבואות (בא"י) למגורים בעיר (בבבל) טשטש את קיומה המוחשי של הקהילה הקניינית. קהילה זו, שהייתה למוקד החיים הדתיים והחברתיים גם בבבל, נעדרה את היסוד הקנייני המובהק ומשכך גם את הבסיס המשפטי המתאים.²¹⁶ כאמור לעיל, במרומוז, חולשתו של ההסבר ההיסטורי בכך שהוא מדלג על תודעתם, אמונתם באמת ההלכתית ודבקותם בהכרחיותו של ההליך הלמדני וההגיוני של הפוסקים, ומניח נקודת עיוורון ביחס לתודעתם העצמית.²¹⁷ משכך ראוי הוא שהגורם ההיסטורי יתפקד כרקע וכנסיבות הכרחיות בדיון ההלכתי, אך לא כגורם סיבתי מכריע ובלעדי.

²¹⁶. אודות הזיקה העירונית בבבל לעומת הקהילה החצרית בישראל עיין בספרו של י' גפני, **יהודי בבל בתקופת התלמוד**, ירושלים תשנ"א, עמודים 118-119. הד לשינוי זה מצוי בסוגיה הנושקת לכל דיונו בעבודה זו, והיא סוגיית התחרות העסקית (ב"ב כא, ב). רב הונא מכיר בסמכותו של בן מבוי שמפעיל ריחיים למנוע מחברו להפעיל גם הוא ריחיים במבוי זה. על פניו, ההצדקה הבסיסית לדבריו מבוססת על ההיגיון הקנייני המקומי. במהלך הסוגיה עולים טיעונים המנותקים מן ההקשר הקנייני המקומי וקשורים לשאלת התחרות העסקית בשוק החופשי, ומכאן עולה הנמקה חדשה – 'פסקת לחיות'. סופה של הסוגיה, הרלוונטי לדברינו כאן, מבסס את הלכת הפעלת ריחיים על ההקשר העירוני בלבד. לדברי רב הונא בריה דרב יהושע, כל מי שמשלם מס עירוני נחשב כשייך וכבן המקום ולו זכות להפעיל ריחיים בעיר.

²¹⁷ הרב שג"ר, **אהבוך עד מוות**, אפרת תשס"ד, עמודים 8-12; א' רוזנק, **ההלכה כמחוללת שינוי**, ירושלים תשס"ט, פ"ה; הנ"ל, 'מטה-הלכה, פילוסופיה של ההלכה ויוסף שוואב', **הלכה מטה-הלכה ופילוסופיה: עיון רב-תחומי**, א' רוזנק (עורך), ירושלים תשע"א, עמודים 17-35.

נספח לפרק ב עמדת חכמים: המשנה והתוספתא – יחיד וקהילה או סכסוך שכנים

דיני החצר המשותפת – סכסוך בין שכנים יחידים

בפרק ב במהלך ניתוח דעת חכמים (תת-פרק 3) נטען שהמשנה מתעלמת מקיומו של המטרד 'ריבוי הדרך' ביחס לפתיחת חנות, ותחתיו מופיע מטרד של קול ורעש. להבנתי, המרה זו נקשרת למכלול רחב יותר של הבדלים לשוניים הקיימים במשנה לעומת התוספתא. שינויים לשוניים אלו מעצבים שיח הלכתי שונה בשתיקה. המשנה הפכה את היחסים ההלכתיים בחצר ליחסים בין פרטים בלבד, ועמעמה את מקומה של הקהילה, על כל המשתמע מכך.²¹⁸ היעדרו של הטיעון אודות ריבוי הדרך הוא אחד הסימנים המובהקים לשינוי זה. בשונה מן האמור במהלך הפרק העוסק בדעת חכמים, בו הוצגה עמדת המשנה והתוספתא כעמדה אחת, מן הדברים הבאים עולה קול שונה. בנספח זה יוצג הבדל משמעותי בין עמדתם של חכמים הדוגלים בדומיננטיות של הקהילה במרחב המשותף כפי שמתקף מן התוספתא, לעומת המקום הצנוע יותר שתופסת הקהילה עפ"י הצגת הדברים במשנה.

הבדלים לשוניים בין המשנה והתוספתא:

א. עיכוב, כפיה, מחאה

יש לשים לב למונחים המיוחדים בהם משתמשת התוספתא בציון כוחם של בני החצר או המבוי: כופין בני מבוי (ב"מ יא, טז); יכולין לכופו (שם); משעבדין אותו לעשות (שם, יז); כופין בני חצר (שם, יח) יכולין לעכב (שם, שם וכן ב"ב א, ד); אין יכולין למחות בידו (ב"ב א, ד). כוחם של בני החצר למנוע את השכן או הזר לפעול בשטחו מבוטא באמצעות צמד הפעלים ששורשם ע.כ.ב. וכ.פ..ה. במקום אחד וחריג מופיע הביטוי מחאה בתוספתא, וזאת רק בהקשר של היעדר סמכות או כח: לדעת חכמים אין יכולים למחות בידו להפעיל ריחיים בביתו (ב"ב א, ד). מונח חריג זה מצביע על עצמת המונחים האחרים. לא מדובר כאן, בתוספתא, במחאה משפטית או בקריאה נרגשת, אלא במונחים כבדי משקל המעניקים כוח רב בידי בני החצר לממש את זכותם על ידי

²¹⁸ הרושם הכללי העולה מן ההבדלים שיוצגו לקמן הוא שהמשנה המירה את השיח ההלכתי הקהילתי המופיע בתוספתא לשיח פרטי וליריבות בין שכנים בלבד. שינוי זה מתקרב לשיח הנזיקי בדיני שכנים המפותח בתלמוד הבבלי כאמור בפרק ד של עבודה זו. טענה זו מניחה הנחה כרונולוגית וספרותית בדבר מערכת היחסים שבין המשנה והתוספתא. מאחר ואין זה מעניינה של עבודה זו לא ארחיב בעניין, ואסתפק בטענה שלפנינו שתי תפיסות שונות של המשנה והתוספתא.

שיעבוד, כפייה וכדו'. מונחים אלו מציינים להוראה טעונה בכח אכיפה רב. הבחנות אלו חשובות נוכח העובדה שבמשנה אין זכר לכל אלו, למעט מקרה יחיד ובודד (א, ה) ובו נאמר שכופין אותו לבנות בית שער. ההבדל ברור: הכפייה היחידה שבמשנה עוסקת בכפייה כספית, ואילו הכפייה בתוספתא בכל המובאות דלעיל עוסקת בכפייה ומניעה פיסית. נוסף לכך הכפייה במשנה עוסקת בחובתו להשתתף בבניית בית שער לכלל בני העיר ואינה חודרת לפרטיותו הפיסית, ואילו בתוספתא עוסקים אנו בעיכוב מלעסוק במשלח ידו הרצוי לו!

לעומת שלל הפעלים המופיעים בתוספתא, הרי שהמשנה בבואה להציג את הסמכות והכוח למנוע משכן לפתוח חנות או את היעדר הסמכות למנוע ממנו לעסוק בתעשייה זעירה, משתמשת בפעל מחאה. המחאה היא כלי משפטי בעל משמעויות שונות, החל מהעלאת טענות בפני בית הדין וכלה בהבעת אי נחת קולית בלבד ממעשה מסוים. כך או כך, ברור הוא שמלבד השמעת קול בחצר או בבית הדין אין סמכויות נוספות למנוע מהשכן לבצע את מעשיו. בתוספתא, כאמור, מדובר בעיכוב ממשי ומעשי וכן בכפייה שגם היא נושאת אופי כזה.

ההבדל בין כפייה ועיכוב לעומת מחאה הוא ההבדל שבין יריבות בין יחידים לעומת יריבות בין היחיד לממסד. הכפייה והעיכוב הם כלים משפטיים שאובים מכוחה של הסמכות הממוסדת,²¹⁹ כגון בית הדין או טובי העיר. לעומת זאת, המחאה היא כלי משפטי המשמש ליריבות שבין יחידים כגון מחאה כנגד המחזיק בקרקע²²⁰ ועוד.

ב. יחיד או בני החצר

הבדל משמעותי נוסף בין לשון המשנה והתוספתא הוא אופן הצגת היריבות. היריבות המוצגת במשנה הוא יריבות שבין שני פרטים ולא יריבות שבין יחיד והקהילה. השוואה נקודתית בין לשון התוספתא והמשנה בהלכת החנות תעיד על כך:

משנה: "חנות בחצר אין יכול למחות בידו ולומר .."

ובתוספתא: "יש לו חנות ומבקש לפתחה לחצר השותפין יכולין לעכב על ידיו.."

²¹⁹ ז' ספראי, הקהילה היהודית בארץ ישראל בתקופת המשנה והתלמוד, ירושלים תשנ"ה, עמוד 83; ג' אלון, 'אלין דמתמנין בכסף, (לתולדות רשויות הדינים בארץ ישראל בתקופת התלמוד)', מחקרים בתולדות ישראל ח"ב, ת"א תשל"ו, עמודים 58-15.

²²⁰ מונח זה מופיע רבות בפרק ג של מסכת בבא בתרא, למשל בדף כח, ב, ביחס למחאה שלא בפני המחזיק, או בדף לט, א ביחס למספר האנשים בפניהם יש למחות. עם זאת, מונח משפטי זה מופיע בתלמוד בלבד, אך לא במשנה או בתוספתא, ויש לעיין בדבר.

בתוספתא מדובר בעימות שבין יחיד והכלל ובמשנה בין שני פרטים. יתכן ולפנינו חילוף לשוני בלבד המקובל בלשון חז"ל הפונים לעיתים בלשון יחיד ולעיתים בלשון רבים כגון: 'מאימתי קורין את שמע...' (ברכות א, א); 'כיצד מברכין...' (ברכות ו, א) ומנגד: 'הרואה .. אומר...' (ברכות ט, א); 'מברך על הרעה...' (ברכות ט, ג), ועוד.²²¹ ואולם צרוף ההבדל הזה להבדלים הנוספים שהוצגו לעיל מעלה את ההשערה שההבדל זה מעיד על עמדות שונות של התוספתא לעומת המשנה ביחס להכרה במעמד בני החצר כגוף מובחן.²²²

הכללתם של ההבדלים בין המשנה והתוספתא, מעלה את האפשרות שהמשנה נוטה לתאר את מערכת היחסים בחצר המשותפת כמערכת משפטית שהצדדים לה הם פרטים-יחידים ולא יריבות או מערכת משפטית שבין יחיד וקהילה כבתוספתא.

²²¹ כהנא, (מ"י כהנא, **המכילות לפרשת עמלק**, י-ם תשנ"ט, עמודים 212-214) מראה שבמכילתא דר"י (המוקדמת) הנטייה היא לשון יחיד, ואילו במכילתא דרשב"י הנטייה ללשון רבים כגון: 'שאלתי את רבי אליעזר' לעומת 'שאלנו את רבי אליעזר'. יוחנן ברויאר (י' ברויאר, **העברית בתלמוד הבבלי**, י-ם תשס"ב, עמודים 236-230) טוען לשיקולים מקומיים לכל חילוף ומעבר לשוני בין לשון יחיד ללשון רבים. תודה לידידי ד"ר ביני קצוף על הפניותיו.

²²² נ' זהר, **בסוד היצירה של ספרות חז"ל**, י-ם תשס"ז, פ"ב. בעיקר בעמודים 47-48, 54. זהר מצביע על הבדל נוסף מעניין ובולט לעין המצטרף למכלול הטענות. כאשר המשנה עוסקת בחובתו של היחיד להשתתף במימון עלויות בניית שער הנדרש לבני החצר נמנעת היא מלציין את הגוף העומד כנגד היחיד בני החצר. זאת לעומת התוספתא המציינת באופן מפורש את כוחם וסמכותם של בני החצר והמבוי לדרוש את מימון ההוצאות הנדרשות:

נספח לפרק ב - משנת חנות שבחצר

משנת חנות שבחצר - ניתוח ראשוני

חנות שבחצר יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן מקול הנכנסין ומקול

היוצאין

עושה כלים יוצא ומוכר בתוך השוק אבל אינו יכול למחות בידו ולומר לו איני

יכול לישן

לא מקול הפטיש ולא מקול הרחים ולא מקול התינוקות²²³

נספח זה עוסק ביחסי הרישא והסיפא של משנת חנות שבחצר. משנת חנות שבחצר מורכבת משני חלקים, ראש וסוף, המקבילים בלשונם: יכול למחות – לא יכול למחות; איני יכול לישן - איני יכול לישן; קול הנכנסין - קול הפטיש. ואולם, בניגוד למצב הלשוני, המצב ההלכתי-משפטי מצביע על ניגוד ושוני בזכויותיו של השכן בכל אחד מהמקרים. ברישא קיימת לשכן זכות למחות בידי פותח החנות, ובסיפא אינו יכול לומר דבר. בדברים הבאים אעמוד על ההבדל העומד בבסיס שונות הלכתית-משפטית זו. בדיקת הנוסח המדויק של המשנה תסייע בידינו להבין את המצב המשפטי לאשורו.

'עושה כלים' או 'אבל עושה כלים' - הבעיה הלשונית

קיימת מבוכה לשונית ביחס לסיפא של המשנה, או ליתר דיוק ביחס למשפט הפתיחה של הסיפא. משפט זה קובע את העובדות ביחס אליהן נקבעה ההלכה: 'אינו יכול למחות ולומר איני יכול לישן מקול הפטיש וכו'.

נוסח המשנה כפי שצוטט לעיל הוא הנוסח המופיע בירושלמי על-פיו הסיפא נפתחת במשפט הבא: עושה כלים יוצא ומוכר בתוך השוק אבל אינו יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול...'. בנוסח זה קיים בו קושי תחבירי: מה עושה מילית הניגוד 'אבל' באמצע המשפט? האם אי יכולת המחאה באה כתגובה לעשיית כלים ומכירתם בשוק? אתמהה. לשם נוחות הדיון נכנה את המשפט 'עושה כלים' - המשפט העובדתי. את המשפט 'אבל אינו יכול למחות בידו' נכנה - משפט הלכתי.

לאור ההקבלה שהוצגה לעיל בין הרישא והסיפא בעובדות ובטענות, ברור הוא שמילית הניגוד 'אבל' באה לקבוע את השונות ההלכתית בין הרישא והסיפא. בעוד שברישא יכול למחות, הרי

²²³ משנה בבא בתרא פרק ב משנה ג, עפ"י נוסח המשנה שבירושלמי.

שבסיפא אינו יכול. מכך מתקבל שהמילית 'אבל' מסמנת את תחילתה של הסיפא. קביעה לשונית זו יוצרת על פניו קושי חדש. מה מקומו של המשפט העובדתי 'עושה כלים יוצא ומוכר בשוק' המופיע לפני מילית הניגוד 'אבל' הפותחת את הסיפא? משפט זה הופך להיות תלוש וחסר מובן!

פתרון א' – תיקון לשוני

פתרון יכול לבוא בדרך קלה ופשוטה – תיקון הנוסח (להלן: פתרון א') – באמצעות העברת המילית 'אבל' לתחילתו של המשפט העובדתי התלוש: "אבל עושה כלים יוצא ומוכר בתוך השוק ואינו יכול וכו'". לאור אפשרות זו תתקבל תמונה ברורה של ניגוד הרישא והסיפא. תיקון זה מופיע כמות שהוא בנוסח המשנה בדפוס וילנא של הבבלי. מסתבר שהתיקון קדם לדפוס. בחלק מכתבי היד של הבבלי (אוקספורד 249 (369)) מצינו את נוסח המשנה על פי תיקון זה, הגורר את המילית 'אבל' לתחילת המשפט העובדתי - עושה כלים. ואולם, בנוסח המשנה שבכתבי היד המשובחים (קאופמן ופארמה 138) ובמשנת הירושלמי מופיע הנוסח ה'בעייתני', בו מילית הניגוד 'אבל' מופיעה לפני המשפט ההלכתי 'לא יכול למחות', והמשפט העובדתי נותר תלוש.²²⁴

פתרון ב' – הסבר ספרותי

פתרון מסוג אחר יבוא באמצעות שינוי ההקשר (להלן: פתרון ב'). ניתן לפתור את בדידותו של המשפט העובדתי אם נחבר אותו לרישא! ההיגיון התחבירי למהלך זה הופך את תפקיד המשפט ממשפט בעל תפקיד תיאורי למשפט המורה הלכה או מהווה נימוק להלכה שלפני כן. זכות המחאה של שכן שבחצרו נפתחה חנות וקבילות הטענה שאינו יכול לישון מקול הנכנסין והיוצאים, נובעות מהעובדה שבעל החנות יכול, מבחינה מעשית, לעשות בבית ולמכור בשוק (ולא בבית). משפט זה משמש כנימוק להלכה שיכול למחות בידי חברו שהביא לחצר המשותפת את הקונים. בשו"ת הרלב"ח²²⁵ מצינו התייחסות מפורשת לאפשרות זו. לדעתו משמש משפט זה כנימוק להלכה: 'דהטעם מפורש במתניתין... מוכר בשוק. ומבואר דכל שא"א לו לעשות בשוק... אינם יכולים למחות. מה שאין כן המכירה יכול לעשות בשוק'. (וכן הוא ברמב"ם (הלכות שכנים ו,יב) באופן דומה – 'אלא עושה כלים... אבל אינו יכול...').

²²⁴ . בכתבי היד של המשנה מצינו שינוי נוסח נוספים: עושה כלים יוצא ומוכר (קאופמן). וכן "עושה כלים יוצא ומוכר בשוק" (פארמה). לענ"ד אין הבחנה בין אלו ובשניהם משתמע שלפנינו נסיבות חדשות של עושה כלים שיוצא ומוכר בשוק.
²²⁵ . סימן צז. הובאו דבריו בפתחי תשובה חו"מ קנו ס"ב.

ההבדל בין שתי האפשרויות שהוצגו, תיקון הנוסח או מתן הקשר שונה, משפיע כאמור על מיקומו של המשפט - האם ברישא או בסיפא, אך, ובעיקר, על סברות היסוד המבחינות בין שונות ההלכה ברישא ובסיפא. על פי הרלב"ח, ההבדל נעוץ בקיומן של אלטרנטיבות. זכות המחאה מבוססת על קיומה של חלופה אפשרית לעבודה וליצור של השכן. האפשרות לפעילות חליפית מחוץ למרחב החצרי מקנה לשכן המוטריד זכות מחאה ועיכוב. על פי האפשרות הראשונה המופיעה בדפוסים, ההבדל בין הרישא והסיפא שונה.

הערה כללית לסיום

אם נסיר לרגע את המשפט העובדתי ונבחן את הרישא לעומת הסיפא כמות שהן, נמצא שהמשנה כוללת שני פריטים: את דברי השכן המתלונן שאינו יכול לישון, ואת ההלכה יכול/לא יכול למחות. טענות השכן חושפות בפנינו את העובדות שבהן עוסקת ההלכה - קול של נכנסים ויוצאים לעומת קול פטיש. מה טומן בחובו הבדל זה? על מנת לחדד את ההבדל בין הרישא והסיפא נפנה להבדל נוסף שלא טופל עד עתה – הכותרת. בתחילתה של ההלכה, בטרם הובאו דברי המתלונן, מופיעה כותרת למשנה – חנות שבחצר. המשנה מציינת את התפאורה הרלוונטית שבנסיבותיה מועלות טענות השכן. עתה מתבררת הרישא היטב. ביחס לחנות זו, שמתקיים בה מקח ומכר, טוען השכן שאינו יכול לישון מקול הנכנסים והיוצאים שבאים לקנות בחנות. מהי התפאורה של הסיפא, בגינה טוען השכן שאינו יכול לישון מקול הפטיש? האם גם הסיפא עוסקת בחנות? על-פניו נראה שלא כן הוא. קולות הפטיש והריחיים אינם מתאימים לחנות של מסחר, אלא לעולם של תעשייה! כיצד אנו הקוראים נדע שהתחלפה התפאורה? נראה הוא שמשפט הפתיחה העובדתי, 'עושה כלים יוצא ומוכר בשוק', משמש ככותרת של הסיפא, המקבילה לכותרת שבתחילת המשנה חנות שבחצר.²²⁶ הכותרת פותחת את הדין בסיפא שאינו יכול לטעון "איני יכול לישון". למדנו אם כן שהמשפט העובדתי משמש כתפאורה לקראת העלאת הטענות המופיעות בהמשך. ההלכה בסיפא במלואה היא כדלהלן: במקרה של תעשייה זעירה - עושה כלים המוכר בשוק, אין זכות מחאה לשכנים.

²²⁶ הפתרון המוצע לעיל, משפט הפתיחה ככותרת, מעלה שאלות מעניינות על דרכה של המשנה וסגנונה. אף שהוסבר שתפקידו של משפט זה לשמש ככותרת וציון עובדות, עדיין קשה מבחינה תחבירית להלום משפט זה "עושה כלים... אבל אינו יכול...". כאמור לעיל, לא ברור מה עושה מילית הניגוד אבל באמצע המשפט. נראה שההסבר הלשוני לתופעה זו נעוץ בתופעה תרבותית – לימוד המשנה בע"פ. נראה שסגנון זה משמר את אופן לימוד המשנה כפי שהיה בע"פ. משפטי התפאורה נקראו ונאמרו באופן ובסגנון שונה כרקע והקדמה לדברי ההלכה שיובאו בהמשך. בקריאה ע"פ ניתן לשחק בשינוי הקולות וליצור אפקט של תמונת רקע. לא כן במצב של כתיבה המוסרת לנו את דין המשנה באופן חד מימדי, וממוקדת במימד התחבירי בלבד. יוצא אפוא שמשפט זה אינו משפט רגיל ואינו תיאור מקרה שאחריו יבוא דין כדרכה של המשנה, אלא זהו משפט פתיחה המהווה כותרת ורקע. זו הסיבה שאין לצפות ממשפט זה להשתלב תחבירית בהמשך.

נספח לפרק ב : סמכות בני החצר או בני המבוי

הקף זכויות בני החצר, לעומת זכותו של היחיד, עמד במרכזה של מחלוקת התנאים שהוצגה בפרקים א וב של העבודה. נספח זה עוסק במקור סמכותם של בני החצר. שאלה זו, כפי שיתברר לקמן, מצויה במחלוקת בין חוקרי המשפט העברי. מהלך הדברים בעבודה זו מוביל למסקנה שונה במעט מן האמור בדברי חוקרים אלו.

כופין בני מבוי זה את זה שלא להושיב ביניהן לא חייט ולא בורסי ולא אחד
מכל בעלי אומניות לשכנו אין יכולין לכופו רבן שמעון בן גמליאל או אף לשכנו
יכולין לכופו²²⁷

מנין שאבו בני המבוי או כוחם?

לדעת פרופסור שלום אלבק,²²⁸ דיני הכפיה המוזכרים בפרק זה מבוססים על דיני השותפות. נכון הוא שדרכן של שותפויות בין אנשים להיעשות מתוך הסכמה ורצון בין השותפים העתידיים, ואולם בנסיבות אלו מדובר בשותפות כפויה. 'גמירות הדעת האובייקטיבית, הכפייה והחיוב בשביל ההנאה הם אובייקטיביים, לפי דעתם והנאתם של רוב בני אדם, ולא לפי דעתו הנאתו של יחיד זה ואם לא נהנה בטלה דעתו' (שם, עמ' 509). היכולת ליצור שותפות בעל כורחו של אדם מבוססת, לדעתו, על דין 'זכין לאדם ועושה טובה לחברו שלא מדעתו' (שם, עמ' 507).

להבנתי, האפשרות לבסס את מעמדם של בני המבוי או החצר ואת יכולת הכפייה שלהם את היחיד על דיני זכייה - אינה פשוטה ואף מוקשה. בנסיבות של יצירת זכות ממונית לאחר, אכן תיתכן אפשרות של שותפות בנכס שלא מדעתו. ואולם, כיצד ניתן להסביר באמצעות דוקטרינה משפטית זו את סמכותם של בני החצר למנוע מן השכן הגר במקום לעסוק במשלוח יד זה או אחר? האם האפשרות המשפטית לזכות את האחר מכירה באפשרות ליצור לו חובות כדוגמת ההגבלה בפעילותו היומיומית? נוסף לכך לא ברור כיצד יפרנס פרופסור אלבק את סמכותם של בני החצר או המבוי למנוע מיחיד לעסוק במשלח יד בביתו האישי? האם גם במתחם זה יחול הכלל של שותפות כפויה? וכי לא מדובר בנכס אישי לגמרי?

²²⁷. תוספתא מסכת בבא מציעא יא, טז, מהדורת ליברמן, עמוד 124.

²²⁸. ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, תל-אביב תשל"ו, פרק ארבע עשר, בעיקר בעמודים 507-508.

פרופסור אברהם גרוסמן²²⁹ ופרופסור מנחם אלון²³⁰ - על סמך דברי גאוניס וראשוניס - מבססים את סמכותם של בני המבוי על משענת ריכוזית, ולדעתם מדובר בגוף קהילתי שיונק את כוחו מכוח מקומה של הסנהדרין. הבסיס המשפטי לפעולתם ולסמכותם של הגופים המוזכרים בפרק זה במסכת בבא בתרא ועוד, הוא 'הפקר בית דין הפקר'.

ד"ר יי קפלן²³¹ טוען שיש לראות במקורות אלו את בסיסו של המשפט הציבורי התלמודי. להבנתו, בהסתמך על ראשוני אשכנז, בין העקרונות המנחים את קביעת הסמכות לבני החצר או המבוי הוא תועלת הציבור.

להבנתי יש לעדן בהקשר זה את הקביעות בדבר סמכות ריכוזית ובדבר קיומו של משפט ציבורי מובהק. ממכלול הטענות שנטענו בעבודה זו, עולה שכוחם של בני החצר או המבוי יונק מן הנסיבות המקומיות המיוחדות שלהן – החצר או המבוי. התשתית הבסיסית לסמכותם היא הזיקה הקניינית למקום, ממנה הם יונקים את כוחם. בני החצר, מכח זכותם הקניינית בחצר, הם הרבון המקומי, ואינם (רק) נציגיו של רבון עירוני או ציבורי יחיצוני.²³²

²²⁹ א' גרוסמן: 'יחס חכמי אשכנז הראשונים לקהל' שנתון המשפט העברי, ב (תשל"ה), עמודים 176-199.
²³⁰ מ' אלון, 'סמכות ועוצמה בקהילה היהודית – פרק במשפט הציבורי העברי', שנתון המשפט העברי, ג-ד

(תשל"ו-תשל"ז), 7-34.

²³¹ י' קפלן, 'תועלת הצבור', דיני ישראל יז (תשנ"ג-תשנ"ד), עמודים כז-צא.

²³² מובן הוא שאין בדברים אלו בכדי לשלול את קיומה של סמכות ריכוזית כדוגמת בני העיר, טובי העיר וחבר עיר וכו' שפעלו מכח סמכות ריכוזית (עיין ש' ספראי, 'העיר היהודית בארץ ישראל בתקופת המשנה והתלמוד', מלחמת קודש ומארטרולוגיה בתולדות ישראל ובתולדות העמים, העיר והקהילה, ירושלים תשכ"ח, עמודים 227-236), אולם מוסדות אלו פעלו בנסיבות של עיר ולא בנסיבות של חצר או מבוי. כמו כן, אופי סמכותם נגע לעניינים המשותפים לכלל בני העיר.

נספח לפרק ד: היזק ראייה

פתיחה

נספח זה עוסק במונח התלמודי הנפוץ 'היזק ראייה'. להבנתי מונח זהו מסמן את סופו של מעבר השיח ההלכתי של דיני השכנים משיח קנייני לשיח נזיקי. מוחלטות השינוי באה לידי ביטוי באופייה של הסוגיה הראשונה במסכת, וכן במושג היזק ראייה כפי שיוצג לקמן.

המשנה הראשונה של מסכת בבא בתרא עוסקת בחובת השכנים השותפים בחצר להקים כותל מפריד בשטח המשותף, וזה לשונה:

השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר - בונין את הכותל באמצע.²³³

במהלך הדיון בסוגיה הראשונה בוחנת הגמרא את בסיס החיוב המשפטי לבנות את הכותל בין השכנים-שותפים. ההצעה העומדת על הפרק היא החובה למנוע היזק ראייה. על פי גישה זו, בבסיסה של המשנה עומדת זכותו של שכן לחייב את זולתו להשתתף עימו בהוצאות בניית כותל מפריד ביניהם, בכדי למנוע את היזק הראייה. גישה זו טוענת ש'היזק ראייה שמה היזק', כלומר, היזק הראייה נחשב לפעילות אסורה, הכלולה בדיני הנזיקין וגוררת בעקבותיה חיוביים ממוניים. מנגד מוצעת הצעה חלופית להסבר הבסיס המשפטי המחייב את בניית הכותל, על-פיה 'היזק ראייה לאו שמה היזק' ואין לראות בו סעיף בדיני הנזיקין. על-פי הגישה האחרת, בניית הכותל נעשית מכוח הסכם מרצון בין השכנים, והוראת המשנה נוגעת לטיבו של הכותל ולפרטים נוספים (הנובעים משיקולים עירוניים, כגון איכות הסביבה וכדו'). מהלכה של הסוגיה נועד לבחון את הגישות השונות לאור מקורות תנאיים מן המסכת ולהוכיח כאחד הצדדים.

המונח 'היזק ראייה' מופיע רק במקורות אמוראים מאוחרים (סתם התלמוד) כדוגמת הסוגיה הראשונה שהוצגה לעיל,²³⁴ ואין לו זכר בדברי התנאים והאמוראים המוקדמים. מופע מאוחר זה אומר דרשני.

שיטות משפט שונות מאובחנות בין השאר באופן ניסוח החוקים – ניסוח של עקרונות לעומת תקדימים, וכן כללים לעומת מקרים (=ניסוח קזואיסטי). הספרות התנאית הקפידה לנסח את מפרט החוקים וההוראות באופן של מקרים והוראות (ניסוח קזואיסטי – דווקני) ולא באופן של

²³³ . משנה בבא בתרא א, א.

²³⁴ . בסה"כ עוד פעמיים: בדף ו, ב, ובדף נט, ב.

כללים ועקרונות.²³⁵ הדיון התלמודי המאוחר מאופיין בין השאר במגמת המשגה של פרטי המקרים וההלכות הקודמים לו.²³⁶

ניתן היה לפתור את השאלה שהוצגה לעיל, אודות הניסוח המאוחר של יחסי שכנים והשימוש במושג היזק ראייה, על פי המגמה הכללית של אמוראים מאוחרים הפועלים להמשגת ההלכה הקדומה. ואולם, כפי שהוצג בעבודה זו, השינוי שהתרחש בעולם המחשבה האמוראי המאוחר אינו מתקיים רק על ציר פרטים-כללים, אלא נעשה גם במישור אחר.

בדברים הבאים ישנו ניסיון לבחון מחדש את שורשיו של המושג היזק ראייה מחד, ואת הגיונה של סוגיית הפתיחה למסכת בבא בתרא מאידך. מעבר השיח מדיני קניין לדיני נזיקין כבסיס לדיני השכנים השפיע בתחומים שונים, ביניהם גם על אופן החשיבה אודות חלוקת הרכוש בין שותפים, וכן על מערכת היחסים ביניהם בפרטים נוספים כפי שיוצג לקמן.

היזק ראייה – שתי גישות

במהלך הדיון התלמודי (בבלי, בבא בתרא ב א- ג עא) העוסק בסוגיית היזק ראייה מובאים מספר מקורות תנאיים המורים, לכאורה, על חיוב הרחקה או נקיטת צעדים אחרים (בניית כותל) בכדי למנוע היזק ראייה. מן המקורות הללו ניתן ללמוד מהו היזק זה.

אחד מן המקורות המובאים בסוגיה עוסק בהיזק המתרחש לזולת בעת שהותו בביתו או בחצר המשותפת. טענת שכן אחד השוהה בחצר כלפי שכן אחר השוהה בגגו וצופה עליו מתהלך בחצרו: 'ולא ידענא בהי עידנא סליקא ואתית, דאיצטנע מינד'. כלומר, מאחר ואינך קבוע בתשמישך בגג ואנוכי קבוע בתשמישי בחצר, איני יודע מהם הזמנים בהם תבוא להשתמש בגגך כך שאוכל להצטנע מפניך, ולכן חייב אתה להשתתף בבניית כותל מפריד. מטענה זו למדים אנו שעיקרו של היזק הראייה נוגע לתחום השימוש של הזולת בחצרו בצנעה.

הגישה הסוברת ש'היזק ראייה שמיה היזק', מכירה, אם כן, בזכות לפרטיות בשטח שבבעלותו של אדם.

²³⁵ מ' זילברג, 'צורתו הקזואיסטית', **כך דרכו של תלמוד**, ירושלים 1984 עמ' 13-25.
²³⁶ L. Moscovitz, **Talmudic reasoning: From Casuistics to Conceptualization**, Tübingen 2002.

בקרב הפרשנים השונים קיימת מחלוקת בהגדרת אופיו של הנזק: האם יש לקטלג אותו במסגרת נזקי גוף, ובלשונו של הרמב"ן (בבלי, בבא בתרא נט ע"א ד"ה 'הא דתנן'), כ'נזקי אדם באדם', או במסגרת נזקי רכוש, ובלשונו של הרא"ש (תשובה צח, י), 'הגינה נפסדת כי אינו יכול להשתמש בה תשמיש צנוע מפני היזק ראייתו' (וכן הוא בסמ"ע חו"מ שעח סק"ד: 'הראיה עצמה אין עושה בהן היזק, אלא שגורמת היזק כגון שחברו לא יעשה עסקיו בחצר, מכח שיבוש ממנו..').

הרב יחזקאל אברמסקי מנסח בפירושו לתוספתא בבא בתרא (א, ה) את ההבחנה בין שתי הגישות באופן שונה מן ההבחנה לעיל בין נזק גוף ונזק רכוש. לדעתו, יש להבחין בין 'היזק שלילי' ו'היזק חיובי'. על-פי גישה אחת, 'יש היזק חיובי, היינו שבעל הגינה ישתמש בה כדרכו גם בדברי הצנע, ושכנו מדי הסתכלו בכל פעם ופעם, הוא רואה כשהוא משתמש תשמיש צנוע, ומזיקו'. ואילו על-פי הגישה השנייה, 'הוה היזק מחמת גיריה דיליה [=חיצו הישירים של המביט – ביטוי למעשה נזק השווה למעשה ישיר] של היזק ראייתו, נפסדה הגינה שאפסה מהיות עוד מקום מוכשר לתשמיש צנוע'.

הבסיס המשפטי להגנה על הפרטיות

מסכת בבא בתרא עוסקת בחלקה הראשון בהסדרת מערכת היחסים בין שכנים ושותפים ברמת פירוט ודיוק גבוהה. פרק ב' של המסכת (ומקצתו של פרק ג') קובע את גבולות השימוש בחצר המשותפת, כגון: המרחק שיש להניח את הסולם מן השובך של הזולת, או ההרחקה הראויה הנדרשת מחופר בורות מים בחצר להרחיק מכותלו/בורו של חברו. חובות הגרים בשכנות כוללת גם התייחסות למתחם הפרטי של השכנים. עפ"י דין המשנה אין להעמיד תנור (אפיה) בביתו של אדם ללא הרחקה ראויה מדירתו של זולתו, וכן קיימת הגבלה על שימוש בבית הפרטי דוגמת פתיחת רפת בקר, מחשש פגיעה באוצר התבואה של השכן. במהלך פירוט זכויות השכנים מופיעה גם התייחסות למה שנראה כהגנה על הפרטיות. המשנה מחייבת הרחקה והגבלת בניה מחלונו של הזולת:

לא יפתח אדם חלונותיו לחצר השותפין...לא יפתח אדם לחצר השותפין פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון היה קטן לא יעשנו גדול אחד לא יעשנו שנים.²³⁷

הגנה מעין זו מפורטת במספר נוסף של ברייתות, המרוכזות כולן בסוגיית הפתיחה של מסכת בבא בתרא. בהמשך יורחב הדיון לגביהן.

הלכות אלו, כך נראה, כוללות את ההגנה על פרטיותו של אדם בביתו האישי. עם זאת, במהלך השיח ההלכתי בספרות התנאים וכן בספרות האמוראית המוקדמת לא נוסחה מערכת חובות ההרחקה והזהירות מפני הפגיעה בפרטיותו של אדם במונחים של היזק ראייה. הנימוק האמוראי המפורש המובא בדיון אודות משנה זו מעלה טיעון הלקוח משדה שונה לחלוטין – צניעות. כך בדבריו של רבא בסוגיה הסמוכה למשנה דלעיל:

היה קטן - לא יעשנו גדול. סבר רמי בר חמא למימר: בר ד' לא לישוייה בר תמניא, דקא שקיל תמניא בחצר, אבל בר תרתי לישוייה בר ארבעה - שפיר דמי; א"ל רבא, מצי א"ל: בפיתחא זוטרא מצינא לאצטנועי מינד, בפיתחא רבה לא מצינא אצטנועי מינד.²³⁸

רמי בר חמא (דור רביעי לאמוראי בבל וגיסו של רבא), מציע פרשנות מצומצמת למשנה, האוסרת על הגדלת שטח החלון, ונדחה בידי רבא. על-פי רבא, הנימוק העומד בבסיס הלכת המשנה המחייבת הרחקה מחלון הזולת הוא ההגנה על שימוש הצנוע של הזולת בחצר. כאשר אדם מרחיב את שטח חלונותיו הפונה לחצר המשותפת מצר הוא בכך את שימוש הצנוע של הזולת. החובה לשמור על השימוש הצנוע של הזולת קיימת הן ביחס לשימוש במתחם המשותף (=החצר), והן, ובמידה רבה יותר, ביחס לביתו הפרטי. כך מופיע בסופה של המשנה המצוטטת לעיל: 'לא יפתח אדם לחצר השותפין פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון'. האיסור הוא לפתוח פתח כנגד פתחו או חלונו של הזולת בביתו הפרטי.

²³⁷. משנה בבא בתרא ג, ז.
²³⁸. בבלי, בבא בתרא ס ע"א.

בראשיתה של הסוגיה (שם) הדנה במכלול חובות ההרחקה של הפתח והחלון מביאה הגמרא את דרשתו של ר' יוחנן (דור ראשון לאמוראי א"י).

מנהני מילי? א"ר יוחנן, דאמר קרא: (במדבר כ"ד) וישא בלעם את עיניו וירא את ישראל שוכן לשבטיו, מה ראה? ראה שאין פתחי אהליהם מכוונין זה לזה, אמר: ראויין הללו שתשרה עליהם שכינה.

מדרשה זו עולה שייחודו של מחנה ישראל הוא בהיותו גדור בענייני צניעות. בלעם, בבואו לקלל, ראה את זהירותם של ישראל בתחום זה וקללתו הפכה לברכה הידועה והמסורתית - מה טובו אהליך יעקב משכנותיך ישראל. הטוב והיפה באהלי ישראל, קרי באופי מחנה ישראל, הוא הצניעות שבאה לידי ביטוי ב"פתחים שאינם מכוונים זה לזה".

יתכן ודברי ר' יוחנן לא נאמרו ישירות ביחס למשנה המצוטטת לעיל, והובאו בידי סתם הגמרא להנמקת העניין. במילים אחרות, ייתכן ור' יוחנן עסק בדרשת הפסוק בלבד, ואינו מכיר בחובה משפטית הנגזרת מדיני הצניעות. ואולם, לצורך הליבון המושגי די בכך שר' יוחנן מכיר במושג הצניעות כקטגוריה הלכתית (אף אם לא משפטית-ממונית) החלה גם במרחב הטריטוריאלי (ולא רק במשור הלבוש), קרי במערך היחסים בין שכנים.

העולה מכאן הוא, שקיימת חובת הרחקה בין שכנים במתחם משותף החלה על בניית חלון או פתח, שנובעת מן ההגנה על שימושו הצנוע של הזולת בשטח המשותף ובביתו הפרטי. עמדה זו, כאמור, הובעה בידי אמוראי א"י (ר' יוחנן) ואמוראי בבל (רבא) כאחד.

השימוש בדיני הצניעות ולא במושג היזק ראייה אינו עניין שולי, ומלמד על גישה שונה בתחום ההלכתי בו מתקיימים דיני ההרחקה בין שכנים. כפי שיוכח לקמן, השימוש במושג היזק ראייה מצביע על קיומם של דיני הרחקה בין שכנים כחלק מדיני הנזיקין, ואילו השימוש בהנמקת ההרחקה מטעמי צניעות מותיר את מרחב הדיון והשיח ההלכתי בין שכנים בשדה שיח רחב ושונה מהשיח הנזיקי. שיח הלכתי זה מכיר בקיומה של רגישות ברמה גבוהה לאיכות חייו של הזולת בתחומים שונים שהם לבר נזיקיים.

היזק ראייה - סוגיית המבוא

סוגיית הפתיחה של מסכת בבא בתרא, העוסקת בהיזק ראייה (להלן: ה"ר), משגירה לראשונה את המושג הזה. הרקע המושגי, וכן התחנות השונות בהרחבת תחולתו, הוצגו לעיל. סוגיית הפתיחה למסכת גוררת את המונח ה"ר גם לדיון המאפיין את פרק א' של המסכת. לשם הבנת החידוש שבמעשה זה יש לאבחן את פרק א' מפרק ב'. פרק ב' של מסכת בבא בתרא עוסק בדיני ההרחקות בין שכנים. בסיסו המשפטי, כפי שצוין לעיל, עבר מקום מ'דירה פרטית' של דיני שכנים ל'בנין רב-קומות' של דיני הנזיקין. מהו הנושא החורז את פרק א'?

נעייין באופן מודגש במשניות הפרק :

[א] השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר **בנין** את הכותל באמצע מקום שנהגו לבנות גויל גזית כפיסין לבינים **בונים** הכל כמנהג המדינה בגויל זה נותן שלשה טפחים וזה נותן שלשה טפחים בגזית זה נותן טפחיים ומחצה וזה נותן טפחיים ומחצה בכפיסין זה נותן טפחיים וזה נותן טפחיים בלבנים זה נותן טפח ומחצה וזה נותן טפח ומחצה לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם :

[ב] וכן בגנה מקום שנהגו לגדור **מחייבין** אותו אבל בבקעה מקום שנהגו שלא לגדור **אין מחייבין** אותו אלא אם רוצה כונס לתוך שלו ובונה ועושה חזית מבחוץ לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים שלו אם עשו מדעת שניהן **בנין** את הכותל באמצע ועושין חזית מכאן ומכאן לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם :

[ג] המקיף את חבירו משלש רוחותיו וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית **אין מחייבין** אותו רבי יוסי אומר אם עמד וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל :

[ד] כותל חצר שנפל **מחייבין** אותו לבנותו עד ארבע אמות בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן מארבע אמות ולמעלה **אין מחייבין** אותו סמך לו כותל אחר אף על פי שלא נתן עליו את התקרה **מגלגלין עליו את הכל** בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן :

[ה] **כופין** אותו לבנות בית שער ודלת לחצר רבן שמעון בן גמליאל אומר לא כל החצרות ראויות לבית שער **כופין** אותו לבנות לעיר חומה ודלתים ובריה רבן שמעון בן גמליאל אומר לא כל העיירות ראויות לחומה כמה יהא בעיר ויהא כאנשי העיר שנים עשר חודש קנה בה בית דירה הרי הוא כאנשי העיר מיד :

[ו] אין **חולקין** את החצר עד שיהא ארבע אמות לזה וארבע אמות לזה ולא את השדה עד שיהא בה תשעה קבין לזה ותשעה קבין לזה רבי יהודה אומר עד שיהא בה תשעת חצאי קבין לזה ותשעת חצאי קבין לזה ולא את הגנה עד שיהא בה חצי קב לזה וחצי קב לזה רבי עקיבא אומר בית רובע ולא את הטרקלין ולא את המורן ולא את השובך ולא את הטלית ולא את המרחץ ולא את בית הבד עד שיהא בהן כדי לזה וכדי לזה זה הכלל כל שיחלק ושמו עליו חולקין ואם לאו אין חולקין אימתי בזמן שאין שניהם רוצים אבל בזמן ששניהם רוצים אפילו בפחות מכאן יחלוקו וכתבי הקודש אף על פי ששניהם רוצים לא יחלוקו :

בשונה מן הפעלים המלווים את פרק ב' שם הודגש מימד ההרחקה ואיסור העשייה, פרק זה מדגיש את החובה – 'בונין', 'מחייבין אותו'. חובה זו, כפי שעולה בברור ממשנה ד', היא החובה לבנות כותל או גדר, וליתר דיוק, **להשתתף** בהוצאות בנייתם.²³⁹ בניית כותל זו נועדה לצרכי סימון גבולות הקניין והפרדה. סופו של הפרק מלמד על תחילתו וכן על כולו: 'אין חולקין את החצר עד שיהא בה ארבע אמות לזה...'. זכות זו קיימת לפרט בחצרו (משנה א), בשדהו (משנה ג), אך גם לבני החצר ביחס לבני רשות הרבים (משנה ו). הקהילה זכאית לכפות את היחיד להשתתף עימה בהוצאות בניית בית שער ודלת שנועדו לצרכי בטיחות וכן לשמירת הפרטיות מפני העוברים

²³⁹ הבחנה בין הפרקים מצויה בדבריו של ר' ברוך בער ליבוביץ בספרו '**ברכת שמואל**': 'דין חיוב במתני' (של פרק א – מ.פ.) לא דמי לדין כותל דריש פרק לא יחפור ושאר הרחקות, דשם לא הוי חיוב בממון, אלא דמחוייב ומשועבד לעשות כותל שלא יהא מזיק...'. **ברכת שמואל**, על מסכת בבא בתרא, ניו-יורק 1972, א.א.

והשבים. פרק א', אם כן עוסק בזכות הגדרת הקניין האישי של הפרט במרחבים השונים, וכולל את החובה של הזולת לשאת בהוצאות אלו.

המשנה האחרונה מלמדת שזכות זו מוגבלת בדרישה לאפשר שימוש סביר בנכס אותו מחלקים. ליחיד לא קיימת זכות להגדרה עצמית אם מימושה מונע את האפשרות הסבירה להשתמש, למשל, בבגד שהיה משותף, או בחצר המשותפת לאחר החלוקה. באופן כולל, ניתן לומר שהפרק עוסק בהיבטים שונים של דיני חלוקה הנגזרים מזכות הקניין האישי בממון או במקרקעין.

מהלכה של הסוגיה הראשונה²⁴⁰

בפתיחת הסוגיה מוצגת מחלוקת קוטבית האם היזק ראייה שמיה היזק או לא. לכל אחד מן הצדדים ראיות לשונויות ולוגיות לדעתו. מחלוקתם באה לידי ביטוי באופן הבנת המצב המשפטי של המשנה העוסקת בשותפים בחצר הרוצים לבנות כותל מפריד ביניהם. לדעה הסוברת שהיזק ראייה שמיה היזק, בניית כותל מפריד היא זכות המוקנית לשכן מטעמים של היזק ראייה. על פי הדעת האחרת בניה זו נעשית בהסכמה בלבד.

מהלכה של הסוגיה בנוי בתבנית קבועה. הגמרא מציגה שש ראיות, בעיקר ממקורות תנאיים, מהן עולה לכאורה שישנה חובה לבנות כותל מפריד מטעמי היזק ראייה, ולאחריה הגמרא מגיבה בתשובה המגנה על הדעה הסוברת שהיזק ראייה לא שמיה היזק.

אציג לקמן שני מהלכים קצרים הלקוחים מהסוגיה על מנת לעשות בהם שימוש לאחר מכן:

1. תא שמע: החלונות, בין מלמעלה בין מלמטה ובין מכנגדן - ד' אמות; ותני

עלה: מלמעלן - כדי שלא יציץ ויראה, מלמטן - כדי שלא יעמוד ויראה, מכנגדן

- כדי שלא יאפיל!

הזיקא דבית שאני.

2. תא שמע, דאמר רב נחמן אמר שמואל: גג הסמוך לחצר חבירו - עושין לו

מעקה גבוה ד' אמות! שאני התם, דאמר ליה בעל החצר לבעל הגג: לדידי

²⁴⁰ המבנה המיוחד של הסוגיה הוסבר לאחרונה בידי ע' פוקס, 'עריכתה ומגמתה של סוגיית הפתיחה למסכת בבא בתרא', סידרא כג (התשס"ח), עמודים 83-107.

קביעה לי תשמישי, לדידך לא קביעה לך תשמישתך, ולא ידענא בהי עידנא
 סליקא ואתית דאיצנע מינד.

הראיה הראשונה עוסקת בברייתא ממנה עולה שישנה חובה להרחיק כותל מחלון הזולת ד' אמות בכדי שלא יראה את הנעשה בבית. נימוק זה, על-פי אמות המידה של הסוגיה, מאשר על פניו את התפיסה שהיזק ראייה שמיה היזק. תשובת הגמרא היא שהיזק ראייה בבית שונה והוא מוסכם על הכל.

הראיה השנייה עוסקת בנסיבות של גג הסמוך לחצר חברו. לדעת האמורא רב נחמן בשם שמואל חייב בעל הגג להקים מעקה גבוה ד' אמות. תשובת הגמרא, בבואה להגן על השיטה הסוברת שהיזק ראייה לאו שמיה היזק היא, שנסיבות אלו הן מיוחדות מאוד, מאחר וקיים אי-שוויון בשימוש בשטחים השונים. בעל החצר המשתמש בה באופן תדיר בחצר אינו יודע מתי יגיע בעל הגג למקומו, וממילא אין באפשרותו להצטנע ולהישמר.

שני מהלכים אלו מאפיינים את המגמה הכללית בסוגיה, החותרת לצמצום המחלוקת הקוטבית שהוצגה בריש הסוגיה. תוצאתו הסופית של מהלך זה, המאפיין משא ומתן תלמודי הבוחן מחדש את המקורות התנאיים שלפניו וממשיגם, הוא צמצום המחלוקת הקוטבית. המקורות הרבים המצביעים על קיומה של חובה לבנות כותל וכדו', מלמדים שלכל הדעות יש להכיר בהיזק ראייה כהיזק. המחלוקת שנתרה בין הדעות חלה רק במקרה של חצר המשותפת בו שני השכנים שעושים שימוש בחצר (בשונה ממצב של גג לעומת חצר) ונוגעת לשאלת מידת פרטיותו של אדם במקום שהוא משותף. על-פי מהלכה זה של הגמרא, הוסט משקל הכובד ממחלוקת עקרונית בעצם ההכרה בהיזק ראייה כהיזק, למחלוקת הנוגעת לגבולותיה ולהיקפה של זכות ההגנה על הפרטיות, כולל נזק על ידי ראייה.

ניתן לומר שלפנינו העדפה יחסית ולא בחירה חד-משמעית של השיטה הסוברת שהיזק ראייה שמיה היזק. העדפה יחסית בלבד, משום שבחצר נותרה המחלוקת כמות שהיא, וממילא פרשנותה של המשנה הראשונה העוסקת בבניית כותל בין שני שותפים, נותרת בעינה. עם זאת, נראה שמהלכה של הסוגיה מהווה חידוש, או ליתר דיוק שלב נוסף במהפכה הנזיקית שתוארה לעיל. מהלך זה הוא חידוש של ממש בקביעתו הברורה שהמקורות השונים העוסקים בהרחקה מחלון או בבניית מעקה לגג וכו' מבוססים על דיני הנזיקין וההכרה בהיזק הראיה כסניף של דיני הנזיקין.

נחזור להבחנה היסודית שערכנו בין פרק א' ופרק ב'. פרק א' עסק בזכות ההגדרה העצמית בנכס משותף, ואילו פרק ב' עסק בחובות ההרחקה בין שכנים. היכן עומדים אנו עתה לאחר הסוגיה הראשונה?

ממהלכה של הסוגיה עולה שהיזק ראייה הוכר כקטגוריה הלכתית מחייבת רק ביחס לדיני הרחקות ונזקי שכנים שבפרק ב, אך לא ביחס לפרק א', קרי לדיני חלוקה. עפ"י מסקנת הסוגיה לא הוסכם שניתן לחייב שכן לחלוק את חצרו ולהשתתף בדמי בניית כותל בעילה של היזק ראייה. מקרה הגג והחצר מחדד הבחנה זו. במקרה זה, על פי תירוצה של הגמרא, מוסכם על כולם שישנה חובה להשתתף בהוצאת בניית המעקה מטעמים של היזק ראייה. כיצד מתיישבת מסקנה זו עם המסקנה דלעיל, שבחצר נותרה מחלוקת האם היזק ראייה שמיה היזק?

התשובה לכך ברורה והיא מבוססת על ההבחנה בין פרק א' ופרק ב', וליתר דיוק בין דיני ההרחקה וזכות החלוקה וסימון הקניין האישי. בכל הקשור לדיני הרחקה הוכר היזק ראייה כנזק, וזהו הישגה המרשים של סוגיית הפתיחה. אשר על כן, במקרה של גג וחצר יחויב בעל הגג להקים מעקה למנוע את הזיקו. אולם, בנסיבות של חלוקת חצר בין שותפים עומדים אנו באיבו של הדיון בזכות ההגדרה העצמית, הנושאת אופי קנייני ברור. ביחס לדיון זה נותרה בעינה המחלוקת האם ניתן לחייב חלוקת רכוש על בסיס היזק ראייה בלבד.

רשימה ביבליוגרפית

ספרות יסוד

חז"ל

משנה מהד' ח' אלבק ירושלים-ת"א תשל"ז
 מכילתא דרשב"י, מהדורת רי"ן אפשטיין וע"צ מלמד, ירושלים תשט"ו
 תוספתא מהדורת ש' ליברמן ירושלים תשנ"ג
 מהד' מ"ש צוקרמנדל ירושלים תרצ"ח
 תלמוד ירושלמי האקדמיה ללשון עברית, ירושלים תשס"א
 מסכת נזיקין מהד' א"ש רוזנטל ושי ליברמן (כ"י אסקוריאל), ירושלים תשס"ח
 תלמוד בבלי דפוס וילנה תר"מ-תרמ"ו

ראשונים

רבי בצלאל אשכנזי, שיטה מקובצת, מהדורת מצגר, ירושלים תשנ"ז
 רבינו יונה בן אברהם גירונדי, חידושי רבינו יונה, ירושלים תשט"ו
 רבי יצחק ממרשיליא, ספר העיטור, ורשה-וילנה תרל"ד-תרמ"ה
 רבי ישעיה דיטראני, תוספות רי"ד על מסכת בבא בתרא, ירושלים תשנ"ה
 רבי מאיר הלוי אבולעפיה, יד רמה, מסכת בבא בתרא, מהדורת פלד, ירושלים תשנ"ב
 רבי מנחם המאירי, בית הבחירה, מהדירים שונים, ירושלים תשל"ז
 רבי משה בן מיימון, משנה תורה, מהדורת שבתי פרנקל בני-ברק תשל"ה-
 פירוש המשנה לרמב"ם, מהדורת ר"י קאפח, ירושלים תשכ"ג-תשכ"ט
 רבי משה בן נחמן, חידושי הרמב"ן, מהדורת מכון התלמוד הישראלי השלם (מהדירים שונים),
 ירושלים תש"ל-

דינא דגרמי, מהדורת הרש"ר, ירושלים תש"ל

רבי שלמה בן אברהם, חידושי הרשב"א, מהדורת מוסד הרב קוק (מהדירים שונים), ירושלים
 תשמ"א-

שו"ת הרשב"א, מהדורת מכון תפארת התורה, ירושלים תשמ"ט-תש"ן

אחרונים

הרב אברהם וולפיש, 'המשנה באספקלריה אינטרטקסטואלית': עיון בשלוש משניות לאור סוגיות
 אגדיות בספרות התנאים והאמוראים, 'על דרך האבות', גוש עציון תשס"א, עמודים 267-233
 הרב אהרון קוטלר, משנת ר' אהרון, כרך א', ליקווד י-ם תשנ"ז

- הרב אחיקם קשת, (עורך) **קובץ יסודות וחקירות**, נתניה תשס"ז
- הרב איסר זלמן מלצר, **אבן האז"ל**, ת"א תשכ"ב
- הרב ברוך בער ליבוביץ, **ברכת שמואל**, ניו-יורק 1972
- הרב חיים סולובייצ'יק, **חידושי ר' חיים על הרמב"ם**, בני-ברק תשנ"א
- הרב חיים צ'רנוביץ מטלז, **חידושי בבא בתרא**, תשכ"ה
- הרב חיים סבתו, 'הלכות שכנים/היזק ראייה', **מעליות ד' (תשמ"ד)**, עמודים 4-10
- הרב יוסף קארו, **שולחן ערוך**, וילנה תר"עא-תרע"ג
- הרב יחזקאל אברמסקי, **חזון יחזקאל**, וילנה-ירושלים תרפ"ה-תשל"ב
- הרב יעקב ישראל קנייבסקי, **קהילות יעקב**, בני-ברק תשמ"ח-תשמ"ט
- הרב לוי יצחק הלפרין, **מעשה וגרמא בהלכה**, י-ם תשל"ז
- הרב משה אביגדור עמיאל, **מדות לחקר ההלכה**, י-ם תשס"ג
- משה פאלוך, 'מבוא לדיני הנזיקין' – תשובת הרמב"ן לקושיית ה'קהילות יעקב', **פתיחתא ט**
(תשס"ו), עמודים 7-10
- משה פאלוך, 'צדק א-לוהי ורגישות אנושית' – עיון הלכתי בשאלת גבולות האחריות של אדם
החובל והמזיק', **פתיחתא י (תשס"ו)**, עמודים 7-16
- הרב נפתלי טרופ, **חידושי הגרנ"ט**, ירושלים תשמ"ט
- הרב שמואל רוזובסקי, **שיעורי ר' שמואל רוזובסקי על מסכת בבא בתרא**, בני ברק תשנ"ג
- הרב שמעון גרשון רוזנברג (שג"ר), **אהבוך עד מוות**, אפרת תשס"ד

ספרות מחקרית

- אזר מ', 'כיצד לפרש או להגביל', **תעודה** ט, מחקרים בלשון העברית, תל-אביב (תשנ"ה), עמודים 32-19
- אילן ט, 'ר' יוסי בן תלמיד רבי עקיבא ור' יוסי בן חלפתא', **ואלה שמות**, כרך ד (תשס"ד), עמודים יד-כא
- אילני צ', 'שיקולי יעילות בטיפול במטרדים אקולוגיים בספרות ההלכה בהשוואה עם תיאוריות כלכליות מודרניות', **שנתון המשפט העברי** טז-יז (תשנ"א-תשנ"ב) עמודים 87-27
- אלבק ש', **דיני הממונות בתלמוד**, תל-אביב תשל"ו,
- אלון ג', 'אלין דמתמנין בכסף, (לתולדות רשויות הדינים בארץ ישראל בתקופת התלמוד)', **מחקרים בתולדות ישראל** ח"ב, ת"א תשל"ו
- אלון מ', 'סמכות ועוצמה בקהילה היהודית – פרק במשפט הציבורי העברי', **שנתון המשפט העברי**, ג-ד (תשל"ו-תשל"ז)
- אפשטיין, יעקב נחום, **מבוא לנוסח המשנה**, ירושלים תשס"ג
- בן-דוד ס', 'האמנם ניתנה רשות למזיק להזיק?', **מסכת חוברת ד** (תשס"ו)
- בן ששון ח"ה, 'מקומה של הקהילה – העיר בתולדות ישראל' בתוך: **העיר והקהילה**, קובץ הרצאות שהושמעו בכנס השנים עשר לעיון בהיסטוריה, ירושלים תשכ"ח, עמודים 179-161
- בראון ב', 'פורמליזם וערכים', **עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה**, א' רביצקי וא' רוזנק (עורכים), ירושלים תשס"ח, עמודים 257-233
- ברורמן נ', **"המיליות ותארי הפועל בלשון התנאים (במשנה ובתוספתא) בחינה תחבירית סמנטית"**, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית תשנ"ה
- ברויאר י', **העברית בתלמוד הבבלי**, י-ם תשס"ב
- ברוך א', **בית המגורים בארץ ישראל בתקופה הרומית: תרבות חומרית ומבנה חברתי**, עבודת דוקטור, בר-אילן תשס"ח
- ברנד י', **"הנושא ונותן בדברים"** – בין התחייבות חוזית להסתמכות נזיקית', **מחקרי משפט** כד, (התשס"ח 2008), עמודים 57-5
- גודמן ל', Lenn E. Goodman, 'The individual and the community in the normative traditions of Judaism' **Autonomy and Judaism the individual and the community in Jewish philosophical thought**, Daniel H. Frank (ed.) state university of New York press, pp 69-119.
- גילת י', **פרקים בהשתלשלות ההלכה**, רמת-גן 1992
- גליקסברג ש', 'איכות הסביבה במשפט העברי: הרחקת מטרדים', חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, בר-אילן תשס"ה
- גפני י', **יהודי בבל בתקופת התלמוד**, י-ם תשנ"א
- גרוסמן א', 'יחס חכמי אשכנז הראשונים לקהלי **שנתון המשפט העברי**, ב (תשל"ה)
- דגן ח', 'שיתוף במקרקעין – מוסד חברתי רצוי', **משפטים** כז (תשנ"ז), עמודים 541-493
- 'זכות הכניסה', **מחקרי משפט** כד (התשס"ח), עמודים 80-59

- , **קניין על פרשת דרכים**, רמת-גן התשס"ה
 הלברטל מ', 'דוד הרטמן והפילוסופיה של ההלכה', **מחויבות יהודית מתחדשת**, א' שגי'א וצ' זהר
 (עורכים), תל-אביב תשס"ב, עמודים 13-31
- הרט ה', **H.L.A.Hart, The Concept of Law**, Oxford 1970, pp. 120-150
- ובר מ', **M. Weber, Economy and Society**, II, New York 1968
- וייס מ', 'לשיטת רבי יוסי ב'הרחקת שכנים', **בר-אילן יב (תשל"ד)**, עמודים 64-107.
- ויסמן י', **דיני קניין**, בעלות ושיתוף, ירושלים תשנ"ז
- וסטרייך א', '**התפתחות ומגמות פרשניות בדיני הנזיקין התלמודיים**', חיבור לשם קבלת תואר
 דוקטור לפילוסופיה, בר-אילן תשס"ז
- ורחפטיג ז', 'יסוד האחריות על נזקים במשפט העברי', **בר-אילן יג (תשל"ו)**, עמודים 132-148
- ורחפטיג א', **צנעת אדם**, עפרה תשס"ט
- זהר נ', **בסוד היצירה של ספרות חז"ל**, י-ם תשס"ז
- זילברג מ', **כך דרכו של תלמוד**, ירושלים 1984
- יונתן י', 'השתלשלות מחלוקת ר' יוסי ורבנן בזנקי שכנים' **גלות יג**, עתניאל, (תשס"ד)
- כהן א', **רבינא וחכמי דורו – עיונים בסדר הזמנים של אחרוני אמוראי בבל**, רמת גן תשס"א, פ"ב
 ופ"ח
- כהנא מ"י, **המכילות לפרשת עמלק**, י-ם תשנ"ט, עמודים 212-214
- כהנא מ', 'מחקר התלמוד באוניברסיטה והלימוד המסורתי בישיבה', **בחבלי מסורת ותמורה**,
 רחובות תש"ן, עמודים 117-120
- לב זאב, **בירור מושגים – כוח כוחו וכוח שני בהלכה**, י-ם תשל"ח
- להבי א', 'קהילות מגורים חדשות בישראל – בין הפרטה להפרדה' **דין ודברים**, כרך ב חוברת 1
 (תשס"ו), עמודים 63-140
- **Theoretical inquires in** 'How property can maintain or destroy community', **Law**
 community and property, 10,1 2009 The Cegla center for interdisciplinary
 research of the law The Buchman faculty of Law pp 43-77
- לובר ע', **תיאוריות של קניין בדיני הרחקת נזיקין במשפט העברי**, עבודת מוסמך, אוניברסיטת
 ת"א, 2006
- ליפשיץ ב', הרשאה ושליחות, **תרביץ נח (תשמ"ט)**, עמ' 16-17
- מאוטנר מ', 'הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי הדין ובתי המשפט', **ספר
 השנה של המשפט בישראל**, (תשנ"ב-תשנ"ג) עמודים 1-46.
- מאוטנר מ', **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים**, תל-אביב תשנ"ג.
- מאיר י', 'השתלשלות מחלוקת ר' יוסי ורבנן בנזקי שכנים', **גלות יג (תשס"ד)**, עמודים 367-378.
- מוסקוביץ ל', **Moscovitz L., Talmudic reasoning: From Casuistics to Conceptualization**,
 Tubingen 2002
- סגל ד', **החצר ומתקניה בתקופת המשנה והתלמוד**, עבודת מאסטר, בר-אילן תשנ"ט
- סלע א', 'תשלומי הנזק של החובל בחברו במשפט העברי: בין דיני עונשין לדיני ממונות', חיבור
 לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, בר-אילן תשס"ח

- ספראי ז', **הקהילה היהודית בארץ ישראל בתקופת המשנה והתלמוד**, ירושלים תשנ"ה
- ספראי ש', **העיר היהודית בארץ ישראל בתקופת המשנה והתלמוד**, **מלחמת קודש ומארטירולוגיה בתולדות ישראל ובתולדות העמים, העיר והקהילה**, ירושלים תשכ"ח
- פוקס ע', **"עריכתה ומגמתה של סוגיית הפתיחה למסכת בבא בתרא"**, **סידרא** כג (התשס"ח) עמודים 83-107
- פירסטנברג א', **'התהוותה של קונספציה: המקרה של השבת אבדה בהלכה התנאית והאמוראית'**, עבודת מ.א. אוניברסיטת ת"א 2001
- **'שפות השיח התלמודי: עיון פילוסופי בדרכי התהוות של ההלכה האמוראית'**, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת תל-אביב, תשס"ח.
- פלך ז', **יחיד וציבור, ערכי משפט ויהדות**, י-ם תש"ם עמודים 117-144
- פרידמן ש"י, **'הברייתות בתלמוד הבבלי ויחסן למקבילותיהן שבתוספתא'**, ד' בויארין ואחרים (עורכים), **עטרה לחיים: מחקרים בספרות התלמודית לכבוד פרופ' חיים זלמן דימיטרובסקי**, ירושלים תש"ס,
- פרידמן ש"י, **תוספתא עתיקתא**, רמת-גן תשס"ג
- קפלן י', **יתועלת הצבור, דיני ישראל** יז (תשנ"ג-תשנ"ד), עמודים כז-צא.
- קרצ'מר ד', **מטרדים, בתוך: דיני הנזיקין, העוולות השונות, בעריכת גד טדסקי**, ירושלים (תשל"ט) עמ'
- קרויס ש', **קדמוניות התלמוד**, כרך ראשון חלק שני, ברלין-וינה, תרפ"ד
- רקובר נ', **ההגנה על צנעת הפרט**, ירושלים תשס"ו
- רוזנברג י', **הגישה הכלכלית לדיני ממנות, בד"ד 3**, (קיץ תשנ"ו), עמודים 111-121
- רוזנק א', **ההלכה כמחוללת שינוי**, ירושלים תשס"ט
- **הלכה מטה-הלכה ופילוסופיה: עיון רב-תחומי**, א' רוזנק (עורך), ירושלים תשע"א
- שמואלי ב', **'קליעה למטרה': הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים**, **משפטים** לט (תש"ע), עמודים 233-347

Bar Ilan University

**The Common Courtyard - Between the
individual and the community**

Paluch Moshe

Submitted in partial fulfillment of the requirements for the
masters degree in the faculty of law, Bar-Ilan university

October 2011

This work was carried out under the supervision of Dr
Yitzhak Brand
Department of Law, Bar – Ilan University

Abstract

This study is comprised of two levels that may be compared to a house with an attic. The first level (Chapters I-II) is conceptual and attempts to clarify the halakhic-judicial positions of the Tannaim on the question of the legal relations between the individual and his community in the joint space – the courtyard. The second level (Chapters III-IV) compares the law of the Amoraim with that of the Tannaim. The comparison is delineated through the arena of discourse in which the halakhic-legal debate about individual-community relations takes place. This comparison shows us the Tannaic world's controversy pertaining to the existence and extent of **property rights** of the individual in the communal space. In the writings of the Amoraim, it seems, there is a transition and a transformation in the halakhic-legal debate, which has shifted into founded on Nezikin (Tort law). The interpretations of the Tannaic controversy as well as the entire halakhic debate pertaining to individual and community in the joint space takes places in this halakhic arena and bears numerous halakhic and conceptual implications.

The various views offered in the Mishnah, Tosefta and Braita of the Talmud reflect a wide spectrum of opinions pertaining to the position and legal rights of the individual in his social surroundings. The core of the controversy revolves around the extent of the activity permitted in one's private home, field or in the shared courtyard. The primary opinions I attempted to consolidate from the comprehensive Talmudic literature are the ones of Rabbi Simeon Ben Gamliel, Rabbi Jose and Hachamim who debated the matter in the first generation of Usha.

I will elaborate on these issues:

Chapter I presents the essentials of the controversy and constitutes a general map of the Tannaim's halakhic scope on this issue.

Chapter II details the three primary options in the Tannaic literature and displays and confirms the halakhic conceptions and their implications, as follows:

Rabbi Jose's position on the issue of the halakhic and ethical relations between individual and community in the joint space constitutes one end of the spectrum. In accordance with the broad understanding delineated in his views, Rabbi Jose defends the individual's right to property. This individual holds this right in his personal home and in the field that is adjacent to that of his neighbor as well as in the shared courtyard. The right to property offers freedom of action to conduct one's daily routine in all the said places despite the fact that one's neighbor or partner may be affected. Rabbi Jose's views constitute an interesting perception of the shared space, as he believes that the joint space is as much part of the individual's property as his own home and should, accordingly, offer the individual full freedom of action.

This stance, emphasizing the individual's property right in the joint space, is manifested in freedom of action, independent of time and space: the individual may plant his tree adjacent to his neighbor's field even if the neighbor has dug holes that were aimed to serve as water reservoirs (or will dig them in the future), and so forth.

It should be noted that among the Amoraim and Rishonim there are positions that support a moderate view of Rabbi Jose's position, to which I referred as the "narrow interpretation." According to these views, each individual has realizable property rights in

the joint space. However, these rights are limited to what I refer to as "delineated activity." The individual has a right to undertake an action in his own private property, including joint property, provided that this does not disturb another person who may wish to realize his property rights in the shared space.

Rabi Simon Ben Gamliel's position is at the other end of the Tannaic spectrum. He believed that the dominant sovereign in the shared space is an unofficial and insufficiently recognized body in the Tannaic literature – the residents of the courtyard [בני החצר]. The residents of the courtyard hold the authority to determine the nature of the activity that takes place in the space and may exclude individuals or professionals from renting a house or purchasing other property rights in the space. The authority of the residents of the courtyard concerns all actions of the individual, for example the placement of a furnace in the yard or anything that may cause noise in the individual's home. The attachment to this study examines the origins of the residents of the courtyard's authority.

The position of **Hachamim** is an intermediate one and includes recognition of the individual's property rights in addition to the acknowledgement of the extensive authority of the residents of the courtyard. The chapter discusses the various rights of the residents of the courtyard, including the right to security, establishing an ערוב, construction and the purchase of a Torah Scroll. One of the primary rights of the residents of the courtyard, which has great impact on everyday life in the joint space, is the maintenance of the separation between the private and public parts of the courtyard, its intimate and familiar character on the one hand and its communal and foreign nature on the other. The central halakhic term that determines this principle is the ריבוי הדרך. The chapter will deal with the rights of the individual as well as with הרחקת נזקין law. Delineating the border and determining the balance between the various rights of the residents of the courtyard versus those of the individual is by no means a simple and clear task. However, at the end of the chapter that discusses the position of the Hachamim, several directions are offered for defining the various rights.

Despite the disagreements pertaining to the rights of the individual versus those of the community in the shared space, there is a marked common denominator between the different opinions, creating a clear ethical-legal field of discourse – the property right. The different views are divided on the question of the property right of the individual versus that of the community, but evidently serves as the relevant legal base concerning the rights of the individual and the community. The chapters emphasize and prove the property-right argument in support of each position.

Chapter III constitutes the preparation for the construction of the second level of this study, which is the argument concerning the existence of a change and transition from a property discourse to one of Nezikin in the relations between individual and community in the shared space. In order to add force to this argument the differences between the two discourses with regards to the relations between individuals or individual and community should be examined with great care. Chapter III includes several fundamental and practical tests for the existence of each of the fields of discourse. The conclusion to the chapter is the sweeping rejection of the Nezikin argument in the framework of the discussion of the legal relations pertaining to individual and community in the shared space.

At the end of the chapter, we will survey the views of Rishonim and Acharonim regarding the question of the halakhic analysis of the Law of Neighbors.

Many Acharonim raise the difficulty of generalizing and conceptualizing the halakhic relations in the shared courtyard and the Tannaic disagreement only on the basis of Nezikin. They thus suggest a 'new explanation' that establishes the halakhic relations in the shared space on the basis of the Law of Neighbors. My argument, as emphasized in chapters I and II, is that the 'new explanation,' is but the exposure of ancient and solid foundations on which the majority of the halakhas that appeared in chapter II of Baba Batra grew.

Chapter IV discusses the transition from property discourse to one of Nezikin. This transition takes place in several stages and the greatest of the fifth-sixth generation of Amoraim participate in it: Rav Kahana, Ravina and Rav Ashi. In their words we find a new approach to the halakhic discussion of the relations between individual and community that, as aforesaid, lays the Nezikin ground for this discussion. Their discussion takes place on two different levels: halakhic and interpretative. Rav Kahana adds an important halakhic condition to Rabbi Jose Ben Halafta, contending that the latter's wide position in support of the individual's right to act freely in the entire space, is conditioned by a clear Nezikin restriction – causing damage (גיריה דיליה). This **halakhic addition** opens a new space of interpretation for Rabbi Jose Halafta's views and obligates a consideration of Nezikin issues. Ravina adds a new **interpretation** to Rabbi Jose's views and attributes principles that rely on considerations of Nezikin to them. The Gemara deepens and expands on Ravina and Rabbi Jose Ben Halifta's views, thereby giving further force to the transition into a discourse of Nezikin. In addition to the halakhic discussion and the examination of the discourse, the writings of the Amoraim and the Gemara are read against the ethical implications that are at the core of the discourse transition.

I have added to attachments to this study in order to emphasize various aspects of the Tannaic-Amoraic discussion pertaining to the relations between individual and community, e.g.: the origin of the residents of the courtyard's authority and linguistic discussion of the **במשנת החנות שבחצר**. These [metaphorical?] streets from the path I took in this study and are thus placed in an attachment at the end of the work. The last attachment deals with one of the most famous and studied problems that bears relevance to everyday life – **היזק ראייה** (the damage that may from being seen). The nature of the discussion of a man's right to privacy, as expressed in the term **Heizek Ha'reiya**, is, as I understand, a direct result of the transition from property discourse to one of Nezikin.