

שלמה א' גליקסברג

הרחקת מטרדים מודרניים – קריטריונים ותקנים

דיני הרחקת מטרדים של חז"ל שימשו את הפוסקים במהלך הדורות בדיונים על מצבים חדשים. מאמר זה מבקש להתחקות אחר התפיסות המתודולוגיות שמנחות את אותם הדיונים.

הפוסקים חשו ששיעורי ההרחקה שקבעו חז"ל אינם תולמים את המציאות שהשתנתה. בדברינו זיהינו שלוש גישות מתודולוגיות: א) גישה מהותנית – לפיה השיעורים שנקטו במשניות אינם מוחלטים, אלא בכל מצב בו שיעורי ההרחקה אינם מבטיחים את מניעת המטרד, מעניקה ההלכה סמכות ואוטונומיה בידיו של החכם לדרוש מרחק רב יותר. מדברי הפוסקים נראה כי על מנת לזהות מטרד בעל עוצמה המחייבת הרחקה ועל מנת לקבוע את שיעור ההרחקה יש לאמץ את חוות דעתם המקצועית של האומנים המומחים לכך. ב) גישה פורמליסטית – הדבקה במילה הכתובה וביעורים שנקב חז"ל, ורואה בהם חלק אינטגרלי מתוכן התקנה המקורית. ג) גישה ממצעת – לפיה יש מקום להבחין בין שיעורי הרחקה שאותם קבעו חכמים באופן מפורש, ולגביהם אין מקום לשינויים על פי תנאי הזמן והמקום, לבין מטרדים שלא קבעו להם חכמים את שיעור ההרחקה, שלגביהם מסורה קביעת שיעור ההרחקה לחכמי הדורות.

בהתייחס למטרדים חדשים אשר לא נידונו בחז"ל ולא נאסרו על ידם, מצאנו כי גם כאן קיימות שתי גישות משפטיות עיקריות: גישה פורמליסטית – דבקה בתקנה הכתובה ובתקנות המקוריות שאותן תקנו חז"ל, ואין לנו 'אלא מה שתקנו חכמים'. גישה מהותנית – מעניקה סמכות ואוטונומיה לפוסק להפעיל את שיקול דעתו, הן באיתור העיקרון אשר מבעד למשניות ותרגומו לכלים יישומיים במציאות משתנה, והן בזיהוי מטרדים חדשים. על פי גישה זו יש להבהיר מהי אם כן הדרך המתודולוגית לזהות מטרדים חדשים. הרא"י ולדינגברג עושה שימוש בקריטריון המומחים כקריטריון בקביעת המטרד. מעבר לכך, ניתן לומר, כי הסמכות הזו ניתנה בידי שני גורמים: א) שיקול דעתו של חכם בעל סמכות הלכתית. ב) כוחו ויזומתו של הציבור על ידי מוסד התקנות.

א. פתיחה

דיני הרחקת מטרדים מרוכזים בפרק השני של מסכת בבא בתרא (להלן – פרק לא יחפור). מקורות אלו, שימשו את הפוסקים במהלך הדורות בבואם לדון במצבים חדשים, השונים מאלו שאיתם התמודדו חז"ל בתקופת המשנה והתלמוד. במאמר זה ברצוננו להתחקות אחר התפיסות המתודולוגיות של המקורות, תפיסות אשר לפי

הבנתנו הנחו את הפוסקים בעבר, ולפיהם גם ניתן יהיה להתמודד עם מטרידים מודרניים בעתיד. נחתור לזהות גישה 'אוטונומית' במקורות ההלכה, כזו המעניקה אוטונומיה לפוסק להפעיל את שיקול דעתו הן בזיהוי מפגעים חדשים והן בכימותם. על פיה נצער דרך שלושה מוקדים, מן הקל אל הכבד ומן המבוסס אל המשער: שיעורי הרחקה, קביעת עוצמת המפגע וזיהוי המפגע.

ב. שיעורי הרחקה

עיקרון עקבי החוזר ונשנה במשניות בפרק לא יחפור, הוא קביעת קריטריון בין שימוש לגיטימי של אדם בחצרו או בנכסיו לבין הגדרת שימוש זה כמטרד לזולת. המשניות שלפנינו אינן מסתפקות בהצגת איסור גורף אלא הן קובעות גם את הפעולות המותרות. זאת, מתוך מגמה להסדיר את החיים בין שכנים, ומתוך הרצון לשמור גם על האינטרס הקנייני של בעל החצר המבקש לעשות בשלו.¹

כתוצאה מכך, אנו מוצאים במשניות שיעורי הרחקה, כדוגמת המשניות הבאות:² "לא יחפור אדם בוד סמוך לבורו של חבירו... אלא אם כן הרחיק מכותלו של חבירו **שלושה טפחים**... מרחיקין את הרחים שלשה מן השכב שהן **ארבעה** מן הרכב... (בבא בתרא ב, א). "לא יעמיד אדם תנור בתוך הבית אלא אם כן יש לו על גביו **גובה ארבע אמות**" (שם, משנה ב). "מי שהיה כותלו סמוך לכותל חבירו לא יסמוך לו כותל אחר אלא אם כן הרחיק ממנו **ארבע אמות**..." (שם, משנה ד). "מרחיקין את הסולם מן השוכך **ארבע אמות**... מרחיקין את השוכך מן העיר **חמשים אמה**" (שם, משנה ה). "מרחיקין את האילן מן העיר **עשרים וחמש אמה**..." (שם, משנה ז). "לא יטע אדם אילן סמוך לשדה חבירו אלא אם כן הרחיק ממנו **ארבע אמות**... היו שרשיו יוצאין לתוך שדה חבירו מעמיק שלשה **טפחים** כדי שלא יעכב את המחרשה" (שם, משנה יב). "אילן שהוא נוטה לרשות הרבים קוצץ **כדי שיהא הגמל עובר ברוכבו**" (שם, משנה יד).

1 הרחבתי בכך במאמרי: "Neighbors' Disputes in Jewish Law – Between Upholding the Law and Keeping the Peace", העומד להתפרסם בכתב העת *HUCA*.

2 משניות המצוטטות בגוף הדברים בבסיס לדיון בהן, מועתקות בסתם מכתב יד קויפמן הנחשב לאב טקסט, בציון שינויי הנוסחאות שבשאר עדי הנוסח, במידה והשינויים נמצאו רלוונטיים. סוגיות הבבלי המצוטטות בגוף המאמר, בבסיס לדיון בהן, מועתקות בסתם מכתב יד המבורג, בציון שינויי הנוסחאות שבשאר עדי הנוסח, וכאמור, במידה והשינויים נמצאו רלוונטיים. על מנת לעמוד על שינויי הנוסחאות, הסתייענו במחברותיהם של מכון יד הרב הרצוג, בתקליטור 'עדי הנוסח' של המכון לחקר התלמוד ע"ש שאול ליברמן, ובדקדוקי סופרים של רנ"ג רבינוביץ, ירושלים תש"כ. בחירת כתב יד קויפמן וכתב יד המבורג לנוסח הפנים, היא בשל ההסכמה על טיבם המעולה. על טיבו של כתב יד קויפמן למשנה, ראה: י' קוטשר, 'לשון חז"ל', ספר ילק, (תשכ"ג), עמ' 246-280. על טיבו של כתב יד המבורג, ראה: ש"י פרידמן, "כתבי היד של התלמוד הבבלי – טיפולוגיה של כתיב", מחקרים בלשון העברית ובלשונות היהודים מוגשים לש' מרג, ירושלים תשנ"ו, עמ' 163-190. סוגיות הירושלמי המצוטטות בגוף המאמר, בבסיס לדיון בהן, מועתקות בסתם מכתב יד סקליגר (Or. 4720) שבספריית האוניברסיטה של לידן, כפי שהוא מופיע במהדורת האקדמיה ללשון עברית, ירושלים תשס"א. על טיבו של כת"ז זה, ראה: י' זוסמן, 'כתב יד לידן של הירושלמי לפני ולאחריו', בר אילן, כו-כו (תשנ"ח), עמ' 203-220; הנ"ל, מבוא לחלמוד הירושלמי מהדורת האקדמיה ללשון עברית, עמ' ט-טו. לתיאור מהדורה זו, ראה: ב' אליצור, "מהדורת הירושלמי של המילון ההיסטורי", *פרעי היהדות*, 41 (תשס"ב), עמ' 195-210; ש' נאה, "חלמוד ירושלמי במהדורת האקדמיה ללשון עברית", *תריץ*, עא (תשס"ב), עמ' 569-603.

על השאלה מנין למדו חז"ל את אותם שיעורים, משיב דוד קוטלר שחז"ל הסתמכו: על העמים שהיו בארץ לפנינו ועל המסורת הקיימת בידינו על בקיאותם בצורות החקלאות כאן,³ והוא מסתמך על דברי אמוראים המובאים בסוגיית התלמוד במסכת שבת פה ע"א:

אמר רב חייא בר אבא א"ר יוחנן מאי דכתיב לא תשיג גבול רעך (אשר גבלו ראשונים) גבול שגבלו ראשונים לא תשיג מאי גבלו ראשונים אמר רבי שמואל בר נחמני אמר רבי יונתן (מאי) דכתיב אלה בני שער החזרי יושבי הארץ אטו כולי עלמא יושבי רקיע נינהו אלא שהיו בקיאים בישובה של ארץ שהיו אומרים מלא קנה זה לזית מלא קנה זה לגפנים...⁴

ג. שינויי ריאליה

ממספר מקומות בתלמוד ניתן להבחין ברגישותם של חז"ל לשינויים בריאליה ובצורת החיים, הן להבדלים בין מקומות שונים, והן לשינויים שחלו במרוצת הדורות. הרגישות לשינויים אלו באה בדרך כלל כדי להתאים מקור קרום למציאות שנשתנתה, ולעתים עולה מסקנה מעשית שונה מהמפורש במשנה.⁵

נראה אפוא, כי גם שיעורי ההרחקה שניתנו על ידי חז"ל, לא נקבעו באופן שרירותי, אלא הם פרי הערכה של טיב המטרד בהתחשב באופי החיים ובתנאי הזמן והמקום, ומכאן, שבמקום אחר או בזמן אחר עשויות להיקבע מידות אחרות.⁶ כך ניתן לראות במקורות הבאים:⁷

א) במשנה נקבע כי יש להרחיק את הזרעים והמחרישה מן הכותל (בבא בתרא ב, א). בסוגיה הסתמאית במקום (ב"ב יט ע"א) מופיע בירור בנדון: "מחרישה ותיפוק ליה משום זרעים", כלומר מדוע היה צורך להזכיר את דין ההרחקה של מחרישה, והרי חרישה היא רק הכנה לזריעה, המפורשת במשנה. הגמרא מתרצת שיש חידוש דווקא בחרישה, כי מדובר בתורש

- 3 ד' קוטלר, האקולוגיה האנושית בעולם העתיק, ירושלים-תל אביב תשל"ז, עמ' 124. וראה: נ' גוטל, השתנות הטבעים, ירושלים תשנ"ה, עמ' קסח, הערה 407, בשם הר"א גבנצאל.
- 4 בכת"י אוקספורד 369: אמ' ר' שמואל בר נחמני א"ר יונתן.
- 5 בכת"י רומי ואטיקן 116: ר' יוחנן.
- 6 בכת"י רומי ואטיקן 116: בשיבתה.
- 7 מידה זו אכן נמצאת בחוקי סולון ובחוקי אלכסנדריה, ראה: בער, "היסודות ההיסטוריים של ההלכה", ציט, יז (תשי"ב), עמ' 25-26. אולם, יתר השיעורים שמנינו אינם נזכרים במקורות אלה, וראה מה שהערתי על כך בעבודתי: איכות הסביבה (אקולוגיה) במשפט העברי: הרחקת מטרים, עבודת ד"ר, רמת גן תשס"ה, עמ' 76 ואילך.
- 8 קוטלר שם.
- 9 על הריאליה התלמודית כגורם משפיע ומעצב ככלל, ראה: ד' שפרבר, "על הלגיטימיות והצורך בשיטות מדעיות לשם הבנה נכונה של סוגיות בתלמוד", כר"ד, 6 (תשנ"ח), עמ' 77-91.
- 10 לדיון מפורט על הקריטריונים בקביעת מידות אלו ראה להלן.
- 11 המקורות יוצגו כאן לפי סדר המשניות בפרק לא יתפור, ולא לפי סדר הדורות של החכמים הנזכרים בהם.

- לאילנות. ממשיכה הסוגיה להקשות: "ותיפוק ליה משום מיא", שהרי אם יש אילנות, יש גם צורך להעביר תעלת מים כדי להשקותם. מתרצת על כך הסוגיה: "תנא בארץ ישראל קאים¹² רכת' למטר השמים תשתה מים". כלומר את תוכן המשנה ואת דרך עריכתה יש להבין על רקע הריאליה בה היא נתהוותה¹³ – בארץ ישראל.¹⁴
- (ב) המשנה (שם, משנה ג) מחייבת אדם המעמיד תנור בעליה¹⁵ להתקין מעזיבה¹⁶ תחתיו בעובי שלושה טפחים לפחות, ומתחת לכירה מעזיבה בעובי טפח. בתלמוד הבבלי (שם כ ע"ב) מקשים על כך ממקור תנאי אחר: "והתניא בתנור ארבעה ובכירה שלשה". מתרץ על כך אביי: "כי תניא ההיא ברנחתומין¹⁷ דתנור דידן ככירה של נחתומין דמי".
- (ג) על דברי המשנה (שם) כי באוצר של יין התירו לעשות תחתיו חנות של נחתומין ושל צבעים,¹⁸ מביאה הסוגיה (שם) ברייתא: "תנא ביין התירו מפני שמשביוח ולא ברפת בקר מפני שמסריחו".¹⁹ רב יוסף עומד על ההבדל שבין סוג היין של זמן המשנה וסוג היינות של זמנו: "אמ' רב יוסף האי חמרא²⁰ דידן אפלו שרגא נמי קשיא ליה". היין שלנו ממנהר להתקלקל מהיין המדובר במשנה ובברייתא. יוצא, אפוא, שהבבלי הריאליה גורמים לשינוי בפסיקת ההלכה.
- (ד) הסוגיה (שם כו ע"א) מביאה ברייתא לפיה יש להרחיק את הגפנים ארבע אמות משדה השכן לצורך עבודת הכרם: "תנא ארבע אמות שאמרו כדי עבודת הכרם". מוסיף על כך שמואל: "לא שנו אלא בארץ ישראל אבל בכבל שתי אמות", וכוונתו היא, כפי שמסביר רש"י, "שמחרישתן קצרה".²¹ המודעות להבדלים בין כלים חקלאיים שונים, מובילה גם למסקנה מעשית שונה מזו המפורשת במשנה.²²

12 במרבית כתבי היד והדפוסים: קאי.

13 הרגשות לריאליה איננה רק ברברי הסתמא דגמרא, כפי שניתן לראות ממקור זה, אלא יסורה כבר בדיוני האמוראים, כפי שנראה ממרבית הדוגמאות שלהלן.

14 דרך התלמוד לתלמוד על הריאליה מפסוקים. דוגמה נוספת לתופעה זו היא כדברי הסוגיה בגיטין ו ע"א, הלומדת שבבל כצפונה של ארץ ישראל מפסוק: "והא בבל לצפונה רא"י קיימא, דכתיב: ויאמר ה' אלי מצפון תפתח הדעה".

15 עליה היא הקומה העליונה, ראה: ש' קרויס, קדמוניות התלמוד, כרך ראשון חלק שני, בדלין-וינה תרפ"ד, עמ' 319-323.

16 מעזיבה היא המסד שעליו בנו את העליה או הכיפה, ראה: קרויס, שם, עמ' 315-318.

17 נחתום הוא אופה, ראה: קרויס, כרך שני, חלק ראשון, תל אביב תרפ"ט, עמ' 154-157. מסתבר כי היות ומדובר באופה מקצועי, נדרש לו תנור גדול יותר מזה הנצרך לאפיה ביתית, ומשום כך הקביל אביי וקבע כי "תנור דידן ככירה דנחתומים".

18 שם ב, ג.

19 בכת"י רומי ואטיקאן 116: שמפסירד.

20 כך גם בכת"י אסקוריאל G-I-3, אולם ביתר כתבי היד והדפוסים ליתא.

21 שם, ד"ה אבל בבל.

22 השווה: ברכות מד ע"א, ובעוד מקומות בתלמוד: "הא לן והא להו", וראה בעניין זה: ע' סופר, "הא לן והא להו", סיני, קיג (תשנ"ד), עמ' פר-פט.

הסוגיה שבסוף מסכת בבא מציעא (ק"ז ע"א), מבררת מהי תקרה, ונחלקו בכך אמוראים האם תקרה היא: "קינים וסנאין וסטיני"²³ או "לווחים"²⁴. הסוגיה מעירה על כך: "ולא פליגי מר כי אתריה ומר כי אתריה".

ד. שלוש גישות משפטיות

1. גישה מהותנית – לאור האמור, מובנת קביעת הגאונים²⁵ לפיה השיעורים שנקטו במשניות הפרק אינם מוחלטים, והם עשויים להשתנות כדי להבטיח את מגיעת המטרד, וההלכה מעניקה סמכות ואוטונומיה בידי של החכם לדרוש מרחק רב יותר.²⁶ כך, למשל, נאמר בתשובת רב מתתיה גאון:²⁷

ראובן דאית ליה בירא בצד מצר שמעון וקם שמעון וחפר בית הכסא והרחיק שלושה טפחים ואכתי מפסיד לבירא דראובן מי בעי להרחיק טפי או לא ואמר הא דתגן לא יחפור וכו' תנא בארץ ישראל קאי ותנא בו סמוך לבור ולא כור סמוך לבור מים מכונסין וריין בשלושה טפחים דבהכי מחזיקין מימיו משום דמחצבי בהרים ואין נופל כותל שביניהם ואין מזיקות זו את זו אבל בארות אחרות דרפו ארעיהון ועביד דמתחלחלין ושואבות מים מזו לזו צריך להרחיק בית הכסא מבאר מים חיים של חברו עד חמשים אמה ועל המזיק להרחיק את עצמו ואין יכול לומר החזקתי שאין חזקה לנזקין.²⁸

כך גם בתשובת רב עמרם גאון:²⁹ "מדלא יהבי רבנן שיעורא לכל נזקין שלושה טפחים אלא לכל היזק שיעור בפני עצמו הלכך ירחיק בית הכסא עד דאמרי אנשי דלא נגרי שוריני מן טעמא דבית הכסא ולרווחא מלתא להוי חמישים אמה כבורסקי".³⁰

23 רש"י שם, ר"ה קינים וסנאים, פירש: "מעשה תקרה כעין מחצלות שקורין קלידי"ש (=cleides)".

24 רש"י שם, ד"ה לווחים פירש: פלנק"ש (=planches) כלעז מנסדים של ארץ.

25 שראו את עצמם כממשיכי האמוראים, ראה: "ברורי, צוהר לספרות הגאונים, ירושלים תשנ"ח, עמ' 16. על פירושי הגאונים למשנה ולתלמוד ראה: ש' אסף, תקופת הגאונים וספרותה, ירושלים תשס"ז, עמ' קלז-קמו.

26 עובדה הראויה לציון היא, שרוב הפוסקים, ואף אלה שרגלו בגישה המהותנית, כמבואר בפנים, לא קבעו שבמקום בו אין צורך במרחק אותו קבעו חכמים, ניתן יהיה להסתפק בפחות. שיעורי ההרחקה הם, בדרך כלל, שיעורי מינימום. אכן, כפי שנראה להלן, היו פוסקים שפסקו כי ניתן להתעלם מקיומו של מטרד, בדרך של מחילה או תקנה מפורשת אחרת, אולם הקלות בשיעורי ההרחקה, לא מצאנו. עוד ראה: ברברי מהר"ם מרוטנבורג, להלן ליד הערה 31.

27 רב מתתיהו בר מר רבובי, גאון ישיבת פומבדיתא, שנת 860 לסה"נ. על תפקירי הגאונים, זמנם והחלוקה בין שתי הישיבות ראה מבואו של: ש"ז הבלין, תורתן של גאונים, ירושלים תשנ"ג, עמ' 42.

28 ראה: שו"ת הרא"ש, כלל כח, סימן י. אמנם, בתשובות הגאונים שערי צדק, חלק ד, שער א, סימן טו, הובאה תשובה זו בשם רב שמואל בן חפני גאון.

29 רב עמרם בר ששנא גאון, גאון ישיבת סורא, שנת 869 לסה"נ. ראה: ש"ז הבלין, תורתן של גאונים, ירושלים תשנ"ג, עמ' 40.

30 שו"ת הגאונים הקצרות, סימן נר. בתשובות הגאונים, שערי ציון, חלק ד, שער א, סימן א, הובאה תשובה זו בשם רב שמואל בן חפני גאון. ובמדרכי, שם, פרק הבית והעליה, סימן תיא, הביא תשובה זו כפי שצוטטה בדאבי"ה, וראה במבואו של ד' דבליצקי לראבי"ה חולין, בני ברק תשל"ו, שדרכו של המדרכי לצטט רבות מתוך הראבי"ה.

גם בתקופת הראשונים ניתן למצוא מי שנקט בשיטה זו. כך, למשל, נאמר בתשובתו של המהר"ם מרוטנבורג: "... דכל הרחקות דווקא כימיהם, שהיו כתליהם של לבנים, וכמו שפסק רבנו תם לגבי בתי כסאות שלהם, שהיו מגולים אבל שלנו שהם מכוסין אין צריך להרחיק".³¹ ומן האחרונים נציין את רבי יעקב די בוטון שכתב כי שיעור ארבע אמות, אותו קבעו חכמים כמרחק שבאמצעותו ניתן יהיה להגן על האפשרות של חדירת אור השמש, נאמר רק באופן בו מרחק זה אכן יעיל. אולם, כאשר מדובר בכותל גבוה, מרחק ארבע אמות לא יספיק, ויש צורך במרחק רב יותר: "... וכן נראה מדבריהם ז"ל שהוא הדין אם הגביה יותר מד' אמות דכפי ההגבאה צריך שיהיה ההרחקה משום שאם מגביה יותר מד"א איכא אפלה יותר (ו)".³²

2. גישה פורמליסטית – עיון בדרך התמודדותם של הפוסקים עם שאלות אלה מראה כי בצד שיטה זו, קיימת גם שיטה פורמליסטית,³³ הרבקה במילה הכתובה ובשיעורים שאותם נקבו חז"ל ורואה בהם חלק אינטגרלי מתוכן התקנה המקורית. עליהם היא תחיל את הכלל: "כל מדות חכמים כן הוא".³⁴

דוגמה לכך ניתן לראות בתשובת הרשב"א. הרשב"א דן בתשובתו במקרה בו ברור שהיזק ההאפלה לא יוסר גם לאחר הרחקת ארבע אמות כר"ן:

... דד' אמות שאמרו, שעוד מוחלט אמרו, שכך שיערו חכמים שבכך די לו, וכל שהחזיק עד שנכנס לו אור ומאור ד' אמות, די, ואינו צריך להרחיק יותר... וכן דעת רבותי ז"ל,³⁵ וכן עיקר. וכל ששיערו חז"ל, כך הוא: כמ' סאה הוא טובל, כמ' סאה חסר קורטוב, אינו טובל; שלשה על שלשה טמא מדרס, ג' על ג' חסר נימא, טהור.³⁶

- 31 שו"ת מהר"ם בר' ברוך, דפוס פראג, סימן תרצ. וראה גם: שו"ת מהרלב"ח סימן צז.
- 32 שו"ת עדות ביעקב, שלוניקי ת"פ, סימן גד (צילום התשובה קשה לפיענח, ומכאן גם הזהירות הראויה בהכנת דבריו). וראה בשו"ת שמש צדקה, חלק ב, חושן משפט, וינציאה תק"ב, סימן יד, שחלק עליו: "אחר שאלת המחילה הראויה מב"ת ונשיקת עפר רגליו טוגיין דעלמא לא אולא כותיה דרבים וגדולים תולקים על סברתו".
- 33 על פורמליזם במשפט העברי ראה: מ' וילברג, כך דרכו של תלמוד, ירושלים תשכ"ו, עמ' 90-96; על פורמליזם במשפט הישראלי ראה: מ' מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, עיוני משפט, יז (תשנ"ג), עמ' 503-596; ל' שלף, הפירמליזם של המשפט העברי וערכיה של מורשת ישראל, שם, כה (תשס"ב), עמ' 480-501.
- 34 על קיומה של גישה פורמליסטית בכלל, ראה: מנחות יב, ד; תוספתא מנחות (צוקרמאנרל), פרק יב, הלכה ט; ראש השנה יג ע"א, והשווה לדברי שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קנו, שהובאו לעיל. על קיומה של גישה פורמליסטית ביהודי מטורדים חרשים, ראה דבריו להלן.
- 35 על רבותיו של הרשב"א, ראה: תא שמש, הספרות הפרשנית לתלמוד חלק ב, ירושלים תשנ"ט, עמ' 55.
- 36 שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קנו. דברי הרשב"א שלפנינו עולים בקנה אחד עם שיטתו העקרונית בשאלת המתח שבין קביעות מדעיות ובין דברי חז"ל. ראה על כך: שו"ת הרשב"א, סימן צח. וראה על כך: א' וינרוט, שיקולי דעת ביחסי הלכה ומדע, תל אביב תשנ"ב, עמ' 10-11. ולאחרונה: ש' יהלום, חשיבתו ההלכית של משה בן נחמן לאור מקורותיו הפרובנסלים, עבודת ר"ד, רמת גן תשס"ג, עמ' 122-123. על שיטת הרשב"א לגבי מהות המצוות ומשמעותן, ראה הערתו של הרש"ז הבלין, 'חוקים ומשפטים בתורה בחז"ל ובמשנת הרמב"ם', בר אילן, כו-כז (תשנ"ה), עמ' 148-149.

מסקנת הרשב"א היא אפוא, ששיעור ההרחקה אותו קבעו חכמים הנו שיעור מוחלט, ואין ביד הפוסקים את הסמכות לחייב אותו בהרחקה מעבר לכך, וההשוואה למקוה תעיד על כך.

זו גם דעת הר"ן: "ומיהו הסכימו האחרונים ז"ל דמסתברא דבר' אמות סגי... וסגי נמי בהאי שיעורא לכל כותל לענין שלא יאפיל".³⁷ וכפי שסיכם מהרי"ל בתשובה:

דכל שיעורי חכמים כן הוא כמו כל הני הרחקות דלא יחפור אע"ג דזימנין הוה הבלא או מתונתא טובא וזימנין מועט, אלא שיערו חכמים דבהם סגי לכל היותר, ה"נ שיערו חז"ל דבר' אמות סגי לאורה בסתם בתים שאינן עשויים לאור גדול כמו אכסדראות ואספלידא וכה"ג אלא כל שיעורי חכמים כן הוא.³⁸

בתקופת האחרונים, נקט בשיטה זו בעל השבות יעקב:

בהא דמסיק בש"ס וכל הפוסקים דא"צ להרחיק בכדי שלא יאפיל רק ארבע אמות אע"ג דעינינו רואות לפעמים היכא שיש בנינים מן הצדדים וגם מגביה הכותל שכנגדו מאוד דקא מאפיל הרבה ואפ"ה שיערו חכמים דסגי בד' אמות שלא להקפיד יותר³⁹ מראי.⁴⁰

3. גישה ממצעת – גישה שלישית היא גישה ממצעת, אשר לפיה יש מקום להבחין בין שיעורי הרחקה שאותם קבעו חכמים באופן מפורש, אשר לגביהם אין מקום לשינויים על פי תנאי הזמן והמקום, ובין מטרדים שלא קבעו להם חכמים שיעורי הרחקה, ולכן מידת הרחקתם נתונה לחכמי הדורות.

בעמדה זו נוקט הרא"ש: "והמרקק בפרק לא יחפור יראה ששיערו חכמים בכל דבר ודבר לפי מה שראוי להזיק והיכן שידוע קצב וסכום ער היכן ראוי להזיק כתבו שיעורים והיכא שאין ידוע כתבו בכדי שלא יזיק".⁴¹ למרות מקורותיו של הרא"ש,⁴² המראים על גישה אוטונומית מוחלטת, מסקנתו של הרא"ש נראית פורמליסטית יותר, ומדבריו עולה כי הוא מבחין בין שיעורים שקבעו חכמים, אשר להם יש לציית בכל זמן ובכל תנאי, ובין מקומות בהם לא ציינו חכמים את שיעור ההרחקה הנדרש, ותכמי הרוות יש סמכות לקבוע את שיעורי ההרחקה על-פי שיקול דעתם.

37 דבריו הובאו בנימוקי יוסף, בבא בתרא, יא ע"ב, בדפי הרי"ף דפוס וילנא.

38 שו"ת מהרי"ל, סימן סו (צ).

39 ההטעמה "שלא להכביד יותר מדאי" שבדבריו, שמא מטרתה לרמוז לכך, שדרכם של חז"ל בתקנותיהם, היא ליצור מערכת של איוונים בין הצורך להגן על חייו ורכושו של המוטרה, ובין הרצון לשמור על אורה חייו של המטריד, ומשום כך תקנו חכמים להרחיק את ההרחקה המינימאלית הנדרשת. דוגמה לכך היא תקנת השבים (ראה למשל: בבא קמא סו ע"א), אשר ביסוד תקנתם של חכמים היא לא הררישה של יקוב הדין את ההר, אלא איוון בין הצרכים ההרדיים. ושוב ראה מאמרי (לעיל הערה 1).

40 שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קנש.

41 שו"ת הרא"ש, כלל קח, סימן י.

42 הרא"ש מצטט את דברי הגאונים שהבאנו לעיל, אשר מהם נראה כי גם במצב שבו קבעו חכמים במפורש שיעורי הרחקה, שיעורים אלו עשויים להשתנות עם שינויי התנאים.

גישה זו עולה גם מדבריהם של פוסקים נוספים במהלך הדורות. כך עולה מדברי הרמ"א להלן, ומתשובת הראי"ה קוק לגבי הרחקתם של עופות,⁴³ שחכמים לא קבעו לגביהם שיעור הרחקה.

ה. הגישה המהותנית: קביעת שיעורי הרחקה על פי קריטריונים מדעיים
כפי שראינו, ניתן להצביע בדברי הגאונים על גישה אוטונומית האומרת ששיעורי ההרחקה אינם מוחלטים וכשיש צורך חיוני יש להרחיק יותר. מדברים אלו מסיק הרא"ש מסקנה דומה גם לגבי מצבים בהם לא אמרו חכמים שיעור מפורש:⁴⁴ "הרי כל הגאונים שוים בזה דילמד סתום מן המפורש וכל היוקות שלא נתפרשו בתלמוד שיעור הרחקותיהן בכדי שלא יזיק".⁴⁵ הרא"ש מסיק, אפוא, מדברי הגאונים לגבי שיעורי הרחקה גם לגבי סוג אחר של נזק, והקריטריון, על פי הרא"ש, הוא: "אם נראה לעינים".⁴⁶

מתשובת הרא"ש הנזכרת נראה כי הקריטריון הוא שיקול דעתו של הפוסק, וכפי שכותב זאת הרא"ש: "הילכך אם נראה לעינים"⁴⁷ שהמים הנאספים לגומת ראובן עוברים למרתפו של שמעון חייב ראובן לסלק היוקו".⁴⁸

תרגום מעשי של עיקרון זה ניתן על ידי הריב"ש, ומדבריו עולה שיש לאמץ את חוות דעתם המקצועית של האומנים המומחים לכן: "מ"מ נראה בגמרא שהכל לפי המקומות דאמר רב יוסף והאי דירן ואפילו שרגא קשי ליה. וא"כ, אם יין הארץ תהיא מזיק לו הקול והנרנדוד חייב לסלק היוקו, ולהרחיק על פי בקיאיין עד כדי שלא יזיק לוי".⁴⁹

בדברים האלה פוסק הרמ"א להלכה. לאחר שהשולחן ערוך מונה את שיעורי ההרחקה המפורשים במשנה ובתלמוד מעיד הרמ"א: "וכן בשאר נזיקין כגון האורג שמזיק לחבירו בהכאות שעושה בשעת אריגה ישומו על פי בקיאיין ואומנין וכל כיוצא בזה".⁵⁰ כך גם פוסק הרמ"א לגבי מטרדים שלא ציינו חז"ל לגביהם מהו שיעור ההרחקה: "וכל היוקות שלא נתבארו שיעור הרחקתן בכדי שלא יזיק לפי ראות הבקיאיין".⁵¹

43 שו"ת אורח משפט, נזקי שכנים, סימן ט.

44 כרוגמת דברי המשנה לגבי גורן (ב, ה): "...ומרחיק מנטיעותיו של חבירו ומנירו בכדי שלא יזיק".

45 שו"ת הרא"ש, ש.ם.

46 ש.ם.

47 מסתבר שלא מדובר בקריטריון של ראיית העיניים ממש, אלא אומדן דעת, והשימוש בביטוי "ראיית העיניים" הוא מטאפורי בלבד.

48 ש.ם.

49 שו"ת הריב"ש, סימן קצו.

50 רמ"א, חושן משפט, סימן קנה, סעיף ו.

51 רמ"א, חושן משפט, סימן קנה, סעיף כ. כך גם בשו"ת שואל ונשאל, חלק ג, סימן תצ: "נשאלתי בהרחקת אסיפת מימי החצר הנקראת "מאלחה" מהכור הנקרא "מאזל". תשובה לער"ן דהולכים בזה על פי הבקיאיין שאומרים דבהרחקה זו אין כאן נזק".

ישום נוסף של עיקרון זה מופיע בתשובת הראי"ה קוק לועד המושבה בראשון לציון, משנת תרע"ד: "שובך של יונים צריך הרחקה של חמישים אמה מכל צד. לשאר עופות לא נתנו חכמים שיעור ותלוי לפי אומר מומחין כפי הנדרש לשמירה מהיזק".⁵² כפי שניתן להיווכח, העיקרון העולה מפסיקת הראי"ה קוק בתשובה האחרונה הוא שאכן יש לסמוך על חוות דעתם המקצועית של המומחים לדבר. אולם, זאת דווקא במקרים שלגביהם לא נתנו חכמים שיעור מפורש.⁵³ לפיכך, במקרה של יונים, אשר לגביהם מפורש במשנה שיש להרחיקם מרחק של חמישים אמה, נראה כי אין לקבל את חוות דעתם של המומחים.⁵⁴

ו. קביעת גודלו ועוצמתו של מטדר

עד כה עסקנו במקרים בהם זיהו חכמים מעשים ופעילויות כמטדרים, ואף כימתו את עוצמת המטדר. ההתלבטות הייתה רק בשאלת שיעור ההרחקה במקום בו לא צוין הדבר באופן מפורש בחז"ל, או כאשר המידה שנקבעה בידי חז"ל התבררה כלא מספקת במציאות ובתנאי חיים אחרים. השימוש בדברי מומחים הופיע בדבריהם של כמה מהפוסקים.

- 52 שו"ת אורח משפט, נוקי שכנים, סימן ט.
- 53 באופן כללי התייחס הראי"ה קוק אל קביעות מדעיות השונות מדברים מפורשים בחז"ל במידה של ספקנות. כך למשל בספרו שו"ת דעת כהן, סימן פד, עמ' קפט: "...וזהו נגד הידיעה שקבלנו מחז"ל, ודבריהם נאמנים יותר מדברי הרופאים שיריעותיהם הן רק השערה בעלמא". וראה גם בשו"ת דעת כהן סימנים כו, עט, קמ, קצא; שו"ת עזרת כהן, סימן קד. עוד ראה: מ' צוריאלי, אוצרות ראי"ה, חלק ד, בני ברק תשנ"ג, עמ' 135-139; נ"מ גוטל, חרשים גם ישינים, ירושלים תשס"ה, עמ' 54, 62-65.
- 54 אכן, נראה כי יש לתת את הדעת לכך, שלכאורה שונה דינם של היונים, אשר עליהם ריכז הראי"ה קוק בתשובתו לעיל, מדינם של יתר המטדרים, היות ולגבי יונים לא מדובר בשינויים שחלו במבנה החיים או באיכות המתקנים, אלא בקביעה מרעית של חז"ל, מהי דרך התנהגותם הקבועה של היונים, התנהגות שלכאורה אינה משתנה במרוצת הזמן. הרקע לדיון היא המשנה: "מרחיקין את השוכר מן העיר חמשים אמה". הסוגיה החלומרית (כ"ב כג ע"א) נושאת ונותנת בשיעור ההרחקה המוזכר במשנה, ומביאה את רברי אביי לפיהם: "מישט שיטא טובא וכרסיהו בחמשין אמהאטא מליא (=לעוף עפים הם הרבה אבל כריסם רק במרחק חמישים אמה מתמלאית)". אכן, נראה כי ככלל, יש לתת את הדעת לשאלת הערכותיהם המדעיות של חז"ל, בעניינים מדעיים בכלל, ובקביעת שיעורי הרחקה בפרט, וככלל דיון זה גם בשאלה האם חלו אי אלו שינויים בטבעי בעלי החיים מזמן חז"ל ועד לזמננו, ובדברי הפוסקים לגבי 'השתנות הטבעים'. שכן, תיאורים שונים בחז"ל, הנמקות הלבחיות, ופעמים אף טעמים למצוות, תקנות או גזרות, יש מהם שהתבססו על נתונים והנחות מדעיות. עם התפתחות המדע ברורות האחרונים, נמצא שכמה מהנחות הללו אינן תואמות את המציאות, כפי שהיא נראית בפנינו. פוסקים שונים דנו בשאלה, כיצד יש לנהוג במצבים בהם קיימת סתירה בין הערכות חז"ל ובין ממצאי המדע המודרני. כן מצינו בדברי הראשונים, שהעירו על הערכות שונות של חז"ל בנוגע לטבעם של בעלי החיים, הערכות שנראו בימיהם כשגויות. נושא זה נידון בהרחבה ברחבה בספרו של נ"מ גוטל (לעיל הערה 3), ובאנציקלופדיה הלבחית רפואית, בעריכת א' שטיינברג, חלק ג, ירושלים תשס"ו, ערך השתנות הטבעים, עמ' 185-239, ובסדרת מאמרים שפרסמו בכד"ד, ראה: B.D.D., Y. Levi, "World-Torah Harmony", 3 (1996), pp. 35-48; S. Sternberg, "Review of Guide to Masechet Hullin and Masechet Bechorot", B.D.D., 4 (1997), pp. 81-102; A. Carnell, "Comments", B.D.D., 6 (1998), pp. 57-67; M. Goldberger, "Comments", B.D.D., 6 (1998), pp. 69-71. לאור האמור, וכרוח זו, נראה כי גם הקביעה לפיה מעוף היונים שלושים ריט, וש-כרסיהו בחמישים אמה מליא, הן קביעות שעשויות להיות נידונות על ידי הפוסקים על פי הירוע לנו כיום.

לאחר שזיהינו פעילות כמטרד שחז"ל צינו להרחיק ואף הערכנו על פי מומחים להיכן יש להרחיק, נותרה בידינו השאלה, כיצד ניתן לכמת את המטרד ולהעריך שמכאן והלאה הנזק הנגרם לשכן או לסביבה הנו בלתי סביר.

כך, למשל, נזקי עשן וזהו בידי אמוראים כנזק בלתי סביר שיש להרחיק, ואף לא תועיל כנגדו טענת חזקה: "אמר רב נחמן אמר רבה בר אבא אין חזקה לנזקין... רב מרי אמר בקוטרא ורב זכיד אמר בבית הכסא" (בבא בתרא כג ע"א). התוספות במקום מעירים שיש להבחין בין מינונים שונים של עשן: "נראה לר"י דרוקא בקוטרא דכבשן שהוא גדול ומזיק ביותר אין חזקה כדאמר במרובה אין עושין כבשונות בירושלים מ"ט משום קוטרא"⁵⁵.

ההבחנה בין נזק קטן לנזק גדול נמצאת גם בתשובת המהרשד"ם: "שכיון שמזיק לשותפו היזק גדול וקבוע לאו כל כמיניה לעשות כן. וכן זה שתמיד עושה בגדים ומכבס צמר נראה ודאי דהוי נזק קבוע וחבירו יכול לעכב משמע שמה שהוא דרך אין יכולים לעכב היינו נזק מועט"⁵⁶. לכאורה, ניתן היה להציע גם לצורך הערכת המטרד כנזק בלתי סביר, את הקריטריון של "מומחים", אשר אורותיו כתבו הפוסקים בהקשר של קביעת שיעורי ההרחקה.

אמנם, הרמ"א, שפסק עיקרון זה להלכה,⁵⁷ לפחות באופן מפורש התייחס לקביעת שיעורי הרחקה בלבד. אף על פי כן, מבדיקת מקורותיו של הרמ"א ניתן להיווכח שיעיקרון זה נאמר במקורו גם לגבי הערכת המטרד ולא רק לגבי קביעת המרחק.

בשו"ת הריב"ש נידון מעשה שזוהה בידי תז"ל כמטרד – הרעדה. ברברי הסוגיה שהובאה כמקור לכך שהרעדה מהווה מטרד, נשאלה השאלה: "וכמה", והתשובה שנתנה על כך היא: "כדנייד נכתמא אפומיה דחצבא (=וכמה? כלומר כמה הוא השיעור של תנודה שבגללו אומרים להם להרחיק. כאשר ינוד המכסה על פי הכר, אם מניחים אותו על החומה)".⁵⁸ באופן פשוט, השאלה כמו גם התשובה, היא לא לגבי עצם זיהוי המטרד, שכן רב אשי כבר פסק שיש להרחיק מטרד שכזה. היא גם לא לגבי קביעת השיעור, שכן התשובה הייתה צריכה להיות שיעור מרחק שלא תנוד האפנדא, אלא ככל הנראה נשאלה השאלה מהי מידת ההרעדה שמחייבת הרחקה, וכפי שמפרש זאת רש"י: "וכמה תנוד אפנדא דבעי לארחוקי".⁵⁹

ברברי סוגיה זו משתמש הריב"ש:

שמחמת ההכאות שמכים באריגתם מתנדר הכותל, טענה היא וראוי לשמעון להרחיק הזקן...

55 ד"ה בקוטרא. מטעים זאת הרשב"א בחשובותיו, חלק ב, סימן מה: "שלא אמרו אלא בעשן תריד וגדול כעשן הכבשן אבל כעשן בעלי בתים לא שאילו כן אין לך בונה בית ולא מרליק אש תחח תבשילור". כך גם ברברי המהר"ם מרוטנבורג, שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, חלק ר, סימן רלג: "קוטרא דכבשונות גדולות דנפיש קיטרא טובא ומילתא דקביעותיה הוא".

56 שו"ת מהרש"ם, חושן משפט, סימן רסז.

57 וכפי שהראינו, פוסקים המאוחרים מהרמ"א, כרוגמת שו"ת שואל נשאל ושו"ת אורח משפט, ציטטו את דברי הרמ"א כמקור.

58 בבא בתרא כה ע"ב-כו ע"א.

59 רש"י, שם כה ע"ב, ד"ה וכמה.

ואמרינן התם, רכי נייד נכתימא אפומא דחצבא, ולבן ראו לעיין אם הוא כשיעור הזה, או על פי אומנין, אם הוא היוק לכותל לפי מה שהוא הכותל, החוק הוא הרפה.⁶⁰ כך גם בשו"ת התשב"ץ, הדין בחשש שהפעלת בית מטבחים יגרום לזעזוע הקירות: "אלא שיש לעיין על פי האומנין לפי מה שהוא החוק הוא הרפה".⁶¹

שימוש בעיקרון זה נעשה בידי השואל בשו"ת רבי אברהם בן הרמב"ם, שנשאל על קיומו של "בור של צבעים" שמוקם בצד חצר שכנה. טענתו של השואל היא על נזקים של עשן. השואל מציין בשאלתו: "וכבר נכנסו אנשים המבינים בעניין זה וראו הנזק ואסרוהו עליך".⁶² ככל הנראה, אותם "אנשים המבינים" התבקשו לחוות את דעתם המקצועית לגבי מידת הנזק שגורם העשן, ולא כדי לקבוע את המרחק. אמנם, טענה זו לא זכתה לדגש כלשהו בתשובת רבי אברהם בן הרמב"ם.

כאמור, למרות שככלל קיימת אפשרות ליצור חזקה על מטרה, הרי שעל מטרים קשים כדוגמת עשן, ריח בית הכסא, אבק ונדנוד הקרקע,⁶³ לא תועיל חזקה, ועל בעל המטרה לסלק לאלתר את המטרה אף אם התזיק בו זמן רב. מדברי ערוך השולחן עולה, שבית דין או מומחים יכולים לקבוע מהם מטרים חמורים:⁶⁴ "וכן כל נזק שאין אדם יכול לסבול האמנם אינו נאמן על עצמו לומר שאינו יכול לסבול כי אם יתברר ע"פ ב"ד או בקיאים שרוב בני אדם אין יכולים לסבול זה".⁶⁵

כללו של דבר, חוות דעתם של מומחים או קריטריונים מדעיים, הוערכו על ידי פוסקים רבים, כקריטריונים שבאמצעותם ניתן יהיה לקבוע האם אכן מדובר במטרה בעוצמה כזו שיש להרחיקו, ואם כן – עד להיכן. מדברי הפוסקים שהבאנו נראה כי כבר בשלב תביעת ההרחקה יש צורך בעצת מומחים.⁶⁶

ז. דרך מתודולוגית לזהות מפגעים מודרניים – פתיחה

דברינו עד כה, תארנו את הדרך בה התמודדו מפרשים ופוסקים עם מציאות משתנה, וכיצד נוצרו תבניות משפטיות, כלים הלכתיים ומעשיים, כדי ליישם את רוח תקנות חז"ל במציאות.

60 שו"ת הריב"ש, סימן קצו.

61 שו"ת התשב"ץ, חלק ד, טור א, (טור המשולש), סימן נו.

62 שו"ת רבי אברהם בן הרמב"ם, סימן קא.

63 על פי דברי הרמב"ם, שכנים יא, ד; שר"ע, קנה, לו.

64 כמו ארבעת המטרדים שנמנו על ידי הרמב"ם והשולחן ערוך.

65 ערוך השולחן, חושן משפט, סימן קנה, סעיף לג.

66 אכן, נראה כי יש צורך לקבוע תקנים ברורים לפעילויות שעלולות לגרום מטרה, כדי שירעו הבריות כיצד להתנהג, עוד בטרם תתגלגל לפתחם תביעת הרחקה מהשכן. התפתחות רומה גם במשפט הישראלי, ראה: איכות הסביבה (אקולוגיה) במקורות היהודיים, רמת גן תש"ן, עמ' 37-39. עוד ראה: פסק דין מחוזי מיום 17.5.00, בר"ע 901/99, 927/99, 928/99 החברה לשירותי איכות הסביבה (רמת חובב) בע"מ ואח' נ. עמותת מדעי הרום ואח'. בפסק דין זה מציין השופט נ' הנרל כי יש רמיון מסוים בין גישת החוק למניעת מפגעים לבין גישת המשפט העברי. וראה במאמרי: "איכות הסביבה בתקנות הקהילות", שיח שדה 7 (תשע"א), עמ' 15-16.

אולם, המקורות שנותחו לעיל עוסקים כמעשים שאופיינו כבר כמטרדים, ואף תוקנו לגביהם תקנות מפורשות, והדיון ההלכתי נסוב סביב שאלת הערכת המטרד שלא נזכר במפורש בדברי חז"ל, וסביב שאלת המרחק הנדרש לסוג מטרד כזה.

תהליכי הקידמה והפיתוח, ההתפתחות המהירה של הטכנולוגיה והתעשייה, יצרו מטרידים חדשים לגמרי, כאלו שלא נידונו בחז"ל בשום דרך וצורה. דומה כי סקירת המאפיינים של המטרדים בהם עסקו חז"ל מחד, והמודעות לשינויים משמעותיים בצורת החיים מאידך, מעלות שתי שאלות מרכזיות:

האחת – מה יהיה רינם של מטרידים מודרניים, שלא זוהו בידי חז"ל כמטרד, או שכלל לא היו קיימים בתקופת חז"ל. האם קיימת דרך מתודולוגית ליישם את עקרונות חז"ל גם במטרדים שלא נאסרו במקור מפורש?

השניה – האם קיימת דרך הלכתית המאפשרת התעלמות ממטרדים שנאסרו על ידי חז"ל והפוסקים, כאשר מבנה החיים החדש דורש זאת?

ח. שתי גישות מתודולוגיות

עיון במקורות רבים בספרות ההלכה, העלה, כי גם כאן קיימות שתי גישות משפטיות, המאפיינות את דרך התמודדותם של פוסקים עם שאלות מודרניות, בכלל, ועם מטרידים חדשים, בפרט:

הגישה הפורמליסטית – דבקה בתקנות חכמים ככתבן, ואין לנו "אלא מה שתקנו חכמים". **הגישה המהותנית** – מעניקה סמכות ואוטונומיה לפוסק להפעיל את שיקול דעתו ולקבוע כיצד יש להמיר את המקרים (קוואיסיטיקה) לעקרונות (המשגה),⁶⁷ ואת עקרונות אלו לתרגם לכלים יישומיים במציאות משתנה, על אף שמציאות כזו אינה בכלל הגזירה המקורית.

דומה, כי ביטוי לשתי גישות אלו ניתן לראות במחלוקת מהר"ם גלאנטי ובעל השבות יעקב בעניין האפלת אילן על חלון השכן. לדעת מהר"ם גלאנטי איסור האפלת האור המפורש במשנה⁶⁸ אינו מוגבל רק לבניית כותל מול חלון השכן, אלא ניתן להסיק ממנו גם לגבי אילן המאפיל במידה דומה: "אם בעל גינה אחד רצה לעשות גנה בתים ורוצה לפתוח חלונות בעל הגינה מעכב שמלבר חזק הראיה ירצה היום או למחר ליטע בשלו עצים ואילנות ואפיל החלונות".⁶⁹ לעומתו, בעל שו"ת שבות יעקב⁷⁰ סבור שאין לחדש מטרידים שלא מפורשים בידי חז"ל:

67 על קיומם של מושגים אלו בספרות התלמודית, ראה: L. Moscovits, *Talmudic Reasoning: From Casuistics to Conceptualization*, Tübingen, 2000.

68 בבא בתרא ב, ד: "החלונות בין מלמעלן בין מלמתן בין כנגדן ארבע אמות".

69 שו"ת מהר"ם גלאנטי, סימן כז.

70 זאת, על אף שמהירושלמי בבא בתרא פ"ב, ה"ד יג, ע"ג, עולה כי אחת הסיבות שבגללן הודתה המשנה להרחיק את האילן מן העיר היא משום שמאפיל: "משם שעומד ומאפיל או משם שניאור רע מה מפקה מביניהון היה עומד בתוך שלו אין תימר משם שעומד ומאפיל בתוך שלו מותר ואין תימר משם שניאור רע אפילו בתוך שלו אסור".

אך מעיקרא דדינא פרכא מנלן שראובן יכול למחות ליטע אילנות ולומר קא מאפלת בחלוני רכל הני מתני' דקתני בפ' לא יחפור רמרחיקין את האילנות לא קתני האי הרחקה דמאפלת עלי אלא גבי בנין קתני דמכנגדן בעינן הרחקה ד' אמות בכדי שא יאפיל אבל גבי אילן לא שמענו האי הרחקה כלל.⁷¹

ט. על השימוש "במומחים" כדרך מתודולוגית לזהות מטרדים

לעיל הבאנו כמה פוסקים הסבורים כי ניתן לאמץ את חוות דעתם המקצועית של "מומחים" כדי לקבוע את המינון הנכון של פעילות מטרידה, או את המרחק הררוש כדי שיפסיק להוות מטרד ויחזור לממדים של פעילות סבירה ולגיטימית.

לבאורה, ניתן היה לצפות שגם כדי לזהות בעתיר פעילויות המהוות מטרד על פי אמות מידה הלכתיות, ניתן יהיה להיעזר באותם כלים, ולהודקק לחוות דעתו של המומחה, ומשזה יעריך שמעשה מסויים אכן עלול לגרום לנזק גופני או ממוני בעתיר,⁷² תיאסר פעילות זו, ויחולו עליה כל המשמעותיות המשפטיות של דיני מטרדים שנקבעו בהלכה. זאת, לכל הפחות לגבי מפגעי גוף ורכוש.

אף על פי כן, כמעט ולא מצאנו מי מבין הפוסקים שהסתייע במומחים לצרכים אלו, או שיציע עיקרון זה ככלי שבאמצעותו ניתן יהיה לקבוע מהו מטרד ומהי פעילות לגיטימית. אמנם, יש להתחשב בעובדה שלא היו בזמנם של רוב הפוסקים שהזכרנו כלים טכנולוגיים מפותחים, אשר באמצעותם ניתן לקבוע באופן מדעי את מידת הסבירות שפעילות תגרום לנזקים המורדים בעתיר, ושתיקתם של הפוסקים בעניין זה איננה מלמדת בהכרח שלילה עקרונית שלחוות דעת של מומחים בעניין זה.

כמו כן, ייתכן שהערך השימוש בסטנדרטים ותקנים מדעיים ככלי לזיהוי מטרדים גם בקרב פוסקי זמננו, קשור לספקנות שמייחס הפוסק לממצאים מדעיים מסוג זה,⁷³ כמו גם לעיסוק המועט יחסית של פוסקי זמננו בדיני מטרדים והסביבה.⁷⁴

אחרת היא דרכו של הרא"י ולדינברג, בספרו שו"ת ציץ אליעזר, ומשום כך נבקש להתחקות אחר דרכו המתודולוגית-הלכתית, לשלביה השונים, ולראות כיצד הוא משתמש בממצאים מדעיים כדי לבחון את העישון, עד שהוא מגדירו כפגיעה בבריאות הגוף,⁷⁵ ולאחר מכן הוא מחיל עליו

71 שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קנט. בעל השבות יעקב מצטט מדברי תשובת הרשב"א שהבאנו לעיל בענין עמרתו הפורמאלית בקביעת מידת ההרחקה, כחלק מההנמקה.

72 על פי דיני מטרדים גם נזק עקיף יחשב למטרד שיש להרחיקו על פי הכלל התלמודי של: "גרמא בנויקין אסור". ראה עבודתי, לעיל הערה 7, עמ' 253 ואילך.

73 על השתקפות אמינותו של המדע בספרות ההלכתית, ראה: נ"מ גוטל, (לעיל הערה 3), עמ' קסח-קעו.

74 על כך במאמרו של ש' חן, "מדוע נעדרת אתיקה סביבתית מההגות הציונית הדתית? או: האם התחברה הציונות הרתית לארץ ישראל?", אקדמות יט (תשס"ז), עמ' 11-20, ושם בעמ' 13, 15 התייחס לסיבות שציינתי אני בעבודתי (לעיל הערה 7).

75 קדם לו בזיהוי העישון כמפגע, רבי ישראל מאיר הכהן מראדין, בעל המשנה ברורה והחפץ חיים, בספרו ליקוטי אמרים פרק י"ג: "ואגב דאתי לירי אודות עישון הסיגארין, נדבר קצת אודות זה, הנה כמה רופאים גזרו אומר

את דיני מטרדים⁷⁶ ואף נעזר "בבקיאיין" על מנת לקבוע את שיעור ההרחקה. תשובתו של הרא"י ולדנברג מופנית לר"ד אלי שוסהיים, ששלח לו סקירה של ממצאים מדעיים על כך שעישון סיגריות אכן מהווה פגיעה קשה בבריאות, ושאל אותו האם יש לאסור את העישון מבחינה דתית הלכתית. הרא"י ולדנברג משיב לו:

נדהמתי ונבהלתי וממש רעדה אחזתני עקב הסברתו המעמיקה והבהירה, וראיותיו הרפואיות המופתיות, והוכחותיו הממשיות המעידות במאה עדים שהעישון של סיגריות כמוהו כגחלי רתמים לגוף, כי הוא מוזק בצורה חמורה ביותר לבריאות הגוף של המעשן. וכי העישון עלול ממש לקצר את החיים ח"ו... באשר על כן נלענ"ד שיש מקום נרחב לאסור את העישון על פי ההלכה.⁷⁷

לאחר שקבע שאכן עישון סיגריות מוזק, הוא משתמש בדיני מטרדים על מנת לקבוע כללים:

ולמחות בזה יכול למחות לא רק שכן שנכנס העשן ברשותו משכנו, כי אם גם במקומו השייכים לרבים הזכות בידי כל אחד מהרבים למחות על כך, וככה ראיתי בקונטרס הזה התנפה... שכותב בזה"ל: כשם שאין חוקה לקוטרא וכה"כ לפי שהן נזקין בה גדולים ואין הרעת טובלתו כך אין חוקה לכל נזק גדול בין שיהי' הנזק ההוא כולל את הרבים ובין שלא יהא כולל אלא אותו האיש לבדו לפי שאין דעתו טובל הנזק ההוא, ומסלקין אותו אע"פ שמקום הנזק ההוא ברשות הרבים שהתזיקו בו מעצמו אלו בעלי הנזק וכ"א

שכל מי שהוא חלוש אסור להרגיל את עצמו בזה שמחליש כחותיו, ולפעמים נוגע גם לנפשו... אבל על כל פנים הלא אמרו שאינו ראוי לחבול בעצמו, ראשית משום ונשמרתם לנפשותיכם, ועוד, דין הוא, דהלא תבל ומלואה של הקב"ה ולכבודו בראנו ונתן לכל אחד בחסדו כח כפי צרכו לתורתו ולעולמו, ואיך ירשה העבד לעשות לעצמו כפי רצונו הלא הוא שייך לארנו, ואם על ידי העישון נגרעו כחותיו בודאי יתבע לבסוף לדין על זה דהלא עשה זה ברצון לבו ולא באונס. כך גם בשו"ת השבי"ט חלק ג, דף קלד ע"ב. בספר פאר תחת אפר לר' רב אטינגר, ירושלים תשמ"ט, ריכז כמה תשובות מאת פוסקי זמננו, רבים מהם הסתמכו על הערכותיהם המרעיות של רופאים. כך למשל ברברי הרב עובדיה יוסף (עמ' כג), הרב בן ציון אבא שאול (עמ' כה), הרב חיים פנחס שיינברג (עמ' כו), הרב זלמן נחמיה גולדברג (עמ' נב). בעמ' רט-דיג, הביא שם שיר שנכתב על ידי ר' חיים מורעי (נולד בשנת 1720), רבה של צפת, איזמיר ואב"ד בקושטא. שיר זה בנוי על משקל הפיוט מי כמך של שבת זכור לר' יהודה הלוי, ומסודר לפי סדר א' ב'. בשיד מבקש מחברו להביע סלידה מעישון הטבאק, להלן כמה משפטים מהשיר: "... בני אדם ירוצון ברגליהם/ לשרף מעותם לפניהם/ יאמרו כי לרפואה מגמיהם/ כל מום לא יהיה בו/ גדולי עמים כמו נד נצבר/ ולפיח הכבשן יתאור/ להדליק העשן לארץ ישבר/ נשיא אשב בו... נא אחי אל אראה פניכם/ ולא אריח בריח ניהחכם/ רחצו הזכו עד אשר יצא מאפכם/ ולא הבאיש ורמה לא היתה בו... רחמנא לצלן מהאי דעתא/ שמרה וכבר תלויין בו". עוד ראה: אנציקלופדיה הלכתית רפואית (לעיל הערה 55), ערך עישון, חלק ו, עמ' 263-288, ולאחרונה סקירתו של: ח' נבון, 'עישון סיגריות במבחן ההלכה', תחומין כט (תשס"ט), עמ' 375-382.

76 איתור הבעייתיות בצער (=מטרד) ולא בנוק נעשה בקצרה ברברי הר"מ פיינשטיין, כפי שהובאו בספר פאר תחת אפר הנ"ל, עמ' כ: "יהנה פשוט ובורר שאפילו אם ליכא חשש סכנה וחשש חולי דנפילה למשכב אלא שקשה להם לסבול דמצטערין מזה. אסור שם לעשן כי אף רק בגירי ידיה שהוא גרמא ממש...". יש להרגיש שבתשובה זו מתייחס הר"מ פיינשטיין לעישון כמפגע ציבורי ולא להשלכות שיש לעישון על המעשן עצמו, כפי שאביא להלן.

77 שו"ת ציץ אליעזר, חלק טו, סימן לט.

עב"ל. הרי בהדיא שההלכה בזה שיכולים למחות בעשן מזיק הוא לא רק כשזה נכנס ברשותו היחיד, אלא גם כשהוא ברשות הרבים, מפני שגם לניזק חלק בו, ולא רק הרבים יכולים למחות על כך, אלא גם היחיד שאין רעתו סובל הנזק.⁷⁸

לאחר מכן הוא מתייחס גם לשיעורי ההרחקה: "ושיעור הרחקה בזה! היות ולא נתבאר שיעור על כך, יש להחיל בזה פסק הרמ"א שפוסק, דכל הזיקות שלא נתבארו שיעור הרחקה, השיעור הוא, בכדי שלא יזיק לפי דאות הבקיאין עיי"ש. או שירחיק עד כדי שיעור שלא יגיע העשן אל האחרים".⁷⁹

לעומתו, פוסקים אחרים לא אסרו את העישון אלא רק המליצו להימנע ממנו. כך למשל פוסק הרב משה פיינשטיין: "הנה בדבר עישון סיגריות וראי מכיון שיש חשש להתחלות מזה מן הראוי להזהר מזה, אבל לומר שאסור מאיסור סכנתא מכיון שרשו בה רבים כבר איתא בגמ' בכה"ג שומר פתאים ה'... ובפרט שכמה גדולי תורה מדורות שעברו ובדורנו שמעשנין... ליכא איסור לפנ"ע בהושטת אש וגפרורים למי שמעשן".⁸⁰

כך גם כותב הרב עוכריה יוסף: "אולם מה טוב ומה נעים להימנע מעישון סיגריות בכלל בכל ימות השנה, לאחר שנתפרסם ברבים שלפי דעת גדולי הרפואה והמרע בזמנינו, העישון מזיק ומסוכן מאוד, ועלול להביא למחלות נוראות ולסכן בריאותו של האדם. שומר נפשו ירחק ממנו. וכבר הזהירה התורה ונשמרתם מאוד לנפשותיכם".⁸¹

כלומר המלצה בלבד ולא איסור חד משמעי. דומה כי מחלוקת זו יש בה בכדי ללמדנו משהו על מידת הקושי שיש לפוסקים רבים באימוץ מסקנותיה של הרפואה או המרע המודרני באופן גורף, ולהסיק ממנו מסקנות להלכה ולמעשה.⁸²

י. הסמכות לחדש

אכן, בדיקה מעמיקה של המקורות העלתה כי הפוסקים נדרשו להתמודד עם מפגעי סביבה, שלא נזכרו בדברי חז"ל, ועל פי רוח דברי הקדמונים, הגדירו מטרדים חדשים. כמו כן, נמצאו כלים הלכתיים אשר באמצעותם הותרו קיומם של מטרדים שונים, על אף שהם נאסרו על ידי המשנה באופן מפורש.

78 שם. עוד הוא מוסיף: "ואפילו אם עד כה סבלו את המעשן, מכל מקום יכולים לחזור בהם ולטעון שלאור ההתגלויות החדשות על ההיזקים שגורם עשן הסיגריות לא יכולים לסבול זאת מעתה. ויש ללמוד זאת ממה שמצינו בשו"ת הרשב"א...ומזה במכל שכן לכגון נידוננו שיכול לטעון בכזאת היות שיש לו אמתלא מבוררת על כך הואיל ונתחדש לו המירע על זה, ולכן שוב איננו יכול לסבול שאיפת הריח המזיק הזה אל תוכו. ויש לציין עוד למה שכותב במקביל לזה הנתיבות המשפט...ראם היה בריא ונחלה לא מהני החזקה הקודמת שכבר החזיק דתולה וראי דדמי לקוטרא וביהכ"ס ע"ש. והוא הדין איפוא גם כאן לא מהני אפילו בהחזיק לעשן".

79 שם.

80 שו"ת אגרות משה, חלק יורה דעה, חלק ב, סימן מט.

81 שו"ת יחוה דעת, חלק ה, סימן לט.

82 ראה על כך: גטל שם. אם כי יש להתחשב בתאריכי התשובות ובידע המדעי שהוצג לפוסקים.

באופן כללי, ניתן לומר, כי סמכות הזו נתונה בירי שני גורמים: א) שיקול דעתו של חכם בעל סמכות הלכתית. ב) כוחו ויזומתו של הציבור.

להלן נציג כמה דוגמאות:

סמכותו של חכם – בעל שער משפט עוסק במקרה בו אישה התגרשה מבעלה ומבקשת להינשא מחדש ולגור במקומו של הבעל הראשון, ובשל כך על הבעל הראשון לעקור ממקומו. הוא פסק כי על פי העקרונות של הרחוקת נזיקין ניתן לחייב אותו לגור במקום אחר: "הבעל שרוצה לישא אותה הוי כמזיקו בגירי דילי"⁸³.

כך גם בדברי המהר"ם גלאנטי הרואה באילן שמאפיל מטרד, אף שאין לכך מקור במשנה או בתלמוד.⁸⁴

מאידך גיסא, בשו"ת הרשב"א נפסק כי הרף האיסורים המפורשים במשנה להוציא וזיין וגוזזטראות לרשות הרבים ועשיית חלל ברשות הרבים, ניתן כיום להתיר זאת. וזה טעמו: "וכבר הורגלו הכל בכך ואין נמנעין והכל צדיכים לכך ובאלו הכל מוחליין בכך ורוצים בכך ועשו בזה את שאינו זוכה ואת שאינו רשאי כזוכה וכרשאי... ועוד שעל דעת כן מסר להם המלך את הרשות."⁸⁵

עיקרון "ההסכמה הכללית", בא לירי ביטוי גם בפסיקתו של הר"ש ישראלי, המתיר גידול בהמה דקה כיום למרות איסור מפורש של המשנה: "ובזה"ו שהישוב בכללו מפיק תועלת מגידול בהמות דקות... שמשו"כ יש לרון שוראי קיימת הסכמה כללית, ונכונות שלא להקפיד מצד האיסור שלא לגרום נזק."⁸⁶

סמכותו של הציבור – מסמכותו של הציבור לתקן תקנות, ובדרך זו לאסור את המותר, ואף להגביר מחדש מהם מטורים שיש להרחיקם, על אף שהרבר לא נזכר בתלמוד או בפוסקים. ברוח זו תקנו קהילות רבות במרוצת הדורות תקנות והסכמות כדי להגן על ציבור ויחידים מפני מפגעים.⁸⁷

מאידך, במצב בו יישום הלכות אלו עלול לפגוע באיכות החיים, בגלל תנאי הזמן והמקום,

83 שער משפט, סימן קעא, סעיף ד.

84 שו"ת מהר"ם גלאנטי, סימן כז.

85 שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רצב.

86 הרב שאול ישראלי, עמוד הימיני, עמ' נ. ברוח זאת נוסף ונציין לדברי הר"י אריאל, תורת המשפט, חלק א, קריית ארבע תשנ"ו, עמ' 167, שביקש להסביר מדוע כיום אין מקפידים על דיני הרחקה מפני הזק ראייה: "בזמן הזה נראה שמותר פתח כנגד פתח, כי הרלתות סגורות במשך היום. בזמן הזה אין צורך להשאיר רלתות פתוחות כדי להאיר בית, כי הבית מואר על ידי החלונות, ובשעת הצורך גם על ידי חשמל שניתן להדליקו".

87 ראה במאמרי על איכות הסביבה בתקנות הקהילות (לעיל הערה 66), עמ' 15-42. אמנם יש להעיר, כי הכלי של תקנות שונה במהותו מהדרך ההלכתית הקלאסית, והוא יוכל להיות כלי יעיל ביותר דווקא לפורמאליסטים. דווקא מי ששולל הסמכות על שיקול דעת בשביל להגביר מטורים או לשנות שיעורי הרחקה, יוכל להשתמש בדרך של תיקון תקנות, ובכך לרוקן את התקנה המקורית מתכולתה. וראה על כך כרוגמה במאמרו של ש' אטינגר, אשה בדיני ממונות במשפט העברי, דיני ישראל, כ-כא (תש"ס-תשס"א), עמ' 241-267, ממנו עולה, כי דווקא תומכי הגישה הפורמאלית בענייני עדות נשים, נוקקו לתקנות, על מנת להתיר זאת.

קיימת בידי הציבור סמכות לתקן תקנות, ובדרך זו ליצור הסכמה של הציבור למחול על הפגיעה שתיווצר.

מציאות כזו היתה בזמנו של רבי שמשון מורפורגו:⁸⁸ "במדינתנו שאנו סגורים ומוכרלים בתוך גבול מבוי היהודים והמקום צר היא גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה."⁸⁹ מסיבה זו תיקנו חכמי המקום: "שלא יקפידו זה על זה בנוזקין הללו וימחלו זה לזה. כיון שנתבטל המנהג והוי מלתא דשויא לכולהו שפיר מבטל שורת הדין והוי כמוחלים זה את זה".

ברוח דומה נהגו חברי המושבה בפתח תקוה, וכדי להכשיר את גידול היונים והצאן⁹⁰ הם תיקנו תקנה עוקפת: "בדבר איסור גידול בהמה דקה וכן איסור גידול יונים וש"ד קבלנו עלינו בדרך תקנה לוותר איש לאחיו והדרשות נתונה לכל אחד לגדל כבשים ולא עזים דברירי היוזקי ובפרוש נאמר אם יזיקו ישלמו כדין, אך ההיזק שהניזק והמוזיק אינם יודעים מזה אז מחול לכל אחד מבני החברה".⁹¹

כך גם בתקנת חכמי ירושלים משנת תרכ"ז: "... והיתה הרשות לכל בני העיר הזאת להוציא בליטות וגשרים ולפתוח חלונות לרשות הרבים ואינש לא ימחא בידיהו".⁹²

יא. "חזקה בנזיקין" – אפשרות משפטית להמשיך ולהחזיק במטורים

דיון נוסף בעל השלכה מכרעת על שאלת הרחקת מטורים ושיעורם, הוא אפשרות שימור זכותו של המטריד להמשיך בפעולתו – חזקה.

ככלל, המושג "חזקה" מוכר בהלכה באופנים שונים ומשמעויות שונות.⁹³ חזקה בדרך כלל היא מוסד משפטי שעניינו הוא הגנה על המצב הקיים, מתוך הנחה שהמצב הנוכחי הוא הנכון. בשל כך, מוטלת החובה על מי שמבקש לשנות מצב זה להביא ראיה, בבחינת "כל המשנה ירו על התחתונה".⁹⁴

88 אורחיו ראה: מ' בניהו, 'רבי שמשון מורפורגו מקצת ידיעות ומקורות לתולדותיו', סיני, פד (תשל"ט), עמ' קלד-קמה.

89 רבי שמשון מורפורגו, שו"ת שמש וצדקה, חושן משפט, סימן לך, סעיף יא.

90 בבא קמא ב, ה; ז, ז. לפנינו שתי דרכים של התמודדות עם האיסור לגדל בהמה דקה. האחת – כוחו של חכם: הר"ש ישראלי כותב שהדבר מותר כיום בגלל חיוניותו. השני – כוחו של הציבור: הציבור בפתח תקוה תיקנו תקנה שהכשירה את גידול הצאן.

91 ספר הברית והזכרון לחברת אגודת מייסדי הישוב, אשר ראשית מעשיה בחברת פתח תקוה, פרק: "הנהגת העדה בכלל". סעיף ז, ירושלים תשל"ח, עמ' לט.

92 ראה: הרב עזרא בצרי, דיני ממונות, חלק ב, עמ' שצ.

93 הריטב"א בחידושי למסכת קידושין כב ע"ב מונה כמה סוגים של חזקה: "ושלשה מיני חזקות נאמרו בתלמוד, האחת חזקת קניין... והשני חזקת ראייה, שהיא ראייה על הקנין והיינו כל חזקה שבפרק חזקת הבתים, השלישי חזקת ירידה לקרקע בתורת שלו, כההיא ראמרין משהחזיק בו אינו יכול לחזור בו ופרישנא דהיינו מבי ריש אמצרי". "חזקת ראייה" כלשונו של הריטב"א שהבאנו, או "חזקת טענה" כלשונו של המאירי (בבא בתרא כח ע"א), משמעותה השערה משפטית על בעלות, לאמור, נכס שנמצא בחזקתו של אדם או בשימוש, יש להניח כי המחזיק אכן רכש אותו או את הזכות המשפטית להשתמש בו.

94 בבא מציעא עו ע"א, וראה: בבא קמא מו ע"א: "המוציא מחבירו עליו הראיה"; רמב"ם, נזקי ממון ט, ב; שו"ע, חושן משפט שצט, ב.

ביחסים שבין שכנים נראה כי ניתן לרבר על שני סוגים של חזקה על זכויות שימוש: האחת – חזקת תשמישין, ומצאנו כדוגמתה בשתי הלכות מתוך משנה שבסוף פרק חזקת הבתים (ב"ב ג:): "המרזב אין לו חזקה ויש למקומו חזקה המזחילה יש לה חזקה סולם המצרי אין לו חזקה ולצורי יש לו חזקה חלון המצרית אין לה חזקה ולצורית יש לה חזקה...". לאחר מכן: "הזיו עד טפח יש לו חזקה ויכול למתות פחות מטפח אין לו חזקה ויכול למתות".⁹⁵

השנייה – חזקת נזיקין. דיון מפורש אודותיה נמצא בדברי אביי. קודם לכן ידוע לנו על מימרא בשם רבה בר אבוה, בן הרור שלפניו, לפיו למרות שיש חזקה לשימוש בנכסיו של האחר, חזקה על שימוש מזיק אין. אולם, ככל הנראה חזקת נזיקין מוכרת כבר בשתי משניות. משנה אחת (ב"ב ב:ה): "מרחיקין את השוכך מן העיר חמשים אמה... ואם לקחו אפילו בית רובע הרי הוא בחזקתו". אם כן, יש חזקה לשוכך יונים למרות הנזק שהוא גורם. על פי מקור זה, יש חזקה על שימוש מזיק וזו חזקה מסוג אחר מהחזקות שהובאו לעיל, שכן בעל השוכך לא משתמש בתוך של חברו אלא רק מזיק לו, ולמרות זאת יש לו חזקה. המשנה השנייה (שם ג, ח) קובעת: "אין מוציאין זיוין וגזוטראות לרה"ר, לקח חצר ובה זיוין וגזוטראות הרי זו בחזקתה" (שם ג, ח).

כדורו של אביי צמצמו שני אמוראים את דבריו של רבה בר אבוה והעמידו אותם בנוקם קשים בלבד, ומכאן חזר הדין שאכן קיימת חזקה גם על שימוש מזיק, כל עוד אינו מזיק באופן קשה.

המקור לדיון זה הוא הסיפור התלמודי על דקליו של האמורא רב יוסף:⁹⁶ "רב יוסף הוה ליה הנהו תאלי דהונו אתו אומני ויתבי תותיהו ואתו עורבי ואכלי דמא וסלקי ויתבי בתאלי ומפסדו ליה אמ' רב יוסף אפיקו לי קור קור מהכא".⁹⁷ בהמשך, מביאה הסוגיה מרביריהם של כמה מהאמוראים: "אמ' ליה אבבי והא גרמא הוא האמ' רב טובי בר מתנה זאת אומרת גרמא בנזקין אסור והא אחזוק להו..."⁹⁸ היות שרעות האמוראים בעניין זה נאמרו בהקשר למאורע ספציפי, על מנת להבין אותם, נראה כי יש להבין תחילה כיצד התרחש סיפור המעשה. התוספות קובעים כי מקיזי הדם ישבו בקרקע שלהם: "בקרקע שלהן היו יושבין ולא בקרקע של רב יוסף מרפריך

95 סיפור תלמודי נוסף שמלמד על רגישותו של רב יוסף למטרדים, הוא בסוגיית הבבלי, להלן כו ע"א: "רבה בר רב חנן הוה ליה הנהו דיקלי אמיצרא דפרדיסא דרב יוסף דהונו אתו צפורי יתבי בדיקלי ונחתי בפרדיסא ומפסדי ליה... וכן בבבא קמא כג ע"ב: 'הנהו עיזי דבי תרבו דהונו מפסדי ליה לרב יוסף...'. יש שביקשו לקשור בין עיוורונו של רב יוסף לבין רגישותו למטרדים, ראה: הדרת אפרים לר' כהריאל פישל טכורש, חלק ב, ירושלים תשל"ד, עמ' קעג. עור: ג' פרג, סברות רב יוסף – כשעיוור חולק עם רואים, עבודת גמר, רמת גן תשנ"ט, עמ' 83. לדבריו העיוור החי באפילה תלוי לחלוטין בחושיו הכריאים, ומשום כך הוא בעל רגישות גבוהה יותר מיתר בני האדם.

96 בבא בתרא כג ע"א.

97 שם.

98 תוספות, שם, ד"ה אתו. כך גם מפרש בשו"ת הרא"ש צט, ה, וכן הרמ"ה אבולעפיה בתשובותיו סימן רפה, וכן גם נראה לדיוק מרבירי הרמב"ם בהלכותיו, קניין, שכנים יא, ה: 'מי שהחזיק לעשות מלאכת דם או נבלות במקומו, וכך גם בשיטה לא נודע למי שהובאה בשיטה מקובצת, שם: 'הא דקאמר יתבי תותיהו מסתברא לו רבצילן קאמר ולא היה קרקעו רב יוסף'.

בתר הכי והא גרמא הוא.⁹⁸ גם רבנו יונה בעליותיו סבור שמקיוי הדם לא פעלו מתוך הקרקע של רב יוסף, והוא מעמיד זאת "ברשות הרבים או בקרקע הסמוכה לאילנות".⁹⁹ הכלל העולה מדברי ראשונים אלו הוא שדברי אב"י "והא אחזיקו להו", מכוונים לנזק ולא לעצם השימוש כשל חברו. מכאן, שבדברי אב"י על פי שיטה זו, שומעים אנו לראשונה במפורש על קיומו של מוסד משפטי חדש: "חזקה בנזקין", שמשמעו הוא שהחזקה בנזק מקנה רשות להמשיך להחזיק בו גם בעתיד.

אמנם, מהפירוש המיוחס לרבנו גרשום בן יהודה נראה שמקיוי הדם ישבו דווקא בחצר של רב יוסף: "כלומר הוציאו האומנין משם ויכלו העורבין ולא יפסידו האילנות".¹⁰⁰ כך גם נראה מדברי רש"י שכתב: "כלומר אל יקיוז לי עוד כאן",¹⁰¹ ומכאן שהם הקיוזו בחצר של רב יוסף. דברים מפורשים מצאנו בדברי אחד מבעלי התוספות ר"י ב"ר מרדכי: "כיון שלא בא להחזיק בקרקע של חברו ולומר שלו הוא אלא בתשמיש בעלמא שנהנה ממנו מועלת חזקה שלא בטענה".¹⁰² כלומר מראשונים אלו עולה שמדובר בחזקת תשמישין, עליה כבר ידענו מכמה מקורות תנאיים, ואם כן הוא, הרי שאב"י לא חידש דבר בעניין חזקת נזקים אלא רק הקשה על רב יוסף ממשניות מפורשות.

בהמשך, מביאה הסוגיה מימרא בשם רבה בר אבוה בכרי להשיב על שאלת אב"י לגבי החזקה: "אמ' רב נחמן אמ' רבה בר אבוה אין חזקה לנזקין".¹⁰³

כלומר אף שלעצם השימוש ברכושו של השכן יש חזקה, אולם לשימוש הגורם נזק אין חזקה. בשלב זה של הסוגיה המסקנה היא כי אין חזקה לכל נזק, מכל סוג שהוא. אולם, בהמשך מגבילה הסוגיה את ההנחה הזו דווקא לנזקים קשים, על אף שיייתכן שהנחה זו לא היתה מקובלת על דעתו של רבה בר אבוה עצמו, והאמוראים שהביאה הסוגיה הם שצמצמו את תחולת דבריו: "ולאו מי איתמר עלה רב מרי אמ' בקוטרא ורב זביד אמ' בבית הכסא".¹⁰⁴

באופן פשוט, שני האמוראים הנזכרים לא נחלקו ביניהם, ושניהם מתכוונים לומר שרק בנזקים חמורים לא תועיל חזקה. מכאן, שיש צורך בבחינת אופיו וחומרתו של כל שימוש שמהווה הפרעה לשכן על פי שתי אמות מידה, או על פי שני תקנים:

- 1) תקן סטנדרטי, שיבחן האם שימוש נחשב כמטרד שעל המזיק להרחיקו על פי קריטריונים כ"גירי דיליה" ואחרים. במטורים כגון אלו תועיל חזקה.¹⁰⁵
- 2) תקן מחמיר, ומטרתו היא לקבוע האם יש למטרד זה חזקה.

99 עליות רדבינו יונה, בבא בתרא, שם.

100 המיוחס לדגמ"ה, שם ד"ה אפיקו לי.

101 רש"י, שם ד"ה אפיקו לי.

102 ראה: תוספות שם, ד"ה והא אחזיקו להו.

103 בבא בתרא שם.

104 שם.

105 כיצד אם כן נוצרת חזקה? מצאנו בזה מחלוקת בראשונים לגבי משך הזמן הנדרש לשם יצירת חזקה אלו וכן לגבי הטענה שעומן. 1) שיטת הגאונים (שו"ת הגאונים, סימן פ) – הן חזקת נזקין והן חזקת תשמישים אינן צריכות טענת מכר, וטענת מחילה מתקבלת לאלתר. אולם, כאשר בתוצאה מחזקה כל שהיא, הוא מחסרו דרקע, יש צורך גם בחזקת שלוש שנים וגם בטענה. כך גם נראית שיטתו של הרמב"ם (שכנים ה, 1). 2) שיטת

יב. רגישות מיוחדת כקריטריון בקביעת חזקה

החידוש בדברי רב יוסף הוא שגם לשימושים רגילים, אין חזקה כאשר מדובר בשכן בעל רגישות מיוחדת, שלגביה הם נחשבים מטרדים קשים, כדין קוטרא ובית הכסא ושאר נזקים חמורים: "אמ' ליה הני לדידי¹⁰⁶ בקוטרא וכבית הכסא דמו ליי". בטעם הדבר הסביר הרמב"ם שמול חזקת המזיק ישנה חזקה הפוכה ש"אנן סהרי" שאינו מוחל על נזקים מסוג זה.¹⁰⁷

כך או אחרת, מדברי רב יוסף הנזכרים הסיק הרשב"א: "מהא שמעינן רכל מי שנודע ומוחזק שאינו יכול לסבול נזק אחד",¹⁰⁸ ומסתבר שעל הניזק להביא ראיה על כך, אלא אם כן ידוע שהוא בעל רגישות מיוחדת.¹⁰⁹

אמנם, בעל "השיטה לא נודע למי" מגביל את השימוש המעשי בדברי רב יוסף כעיקרון משפטי יישומי.¹¹⁰ "ומסתברא לי דלאו כל אדם נאמן לומר כן כיון דאנינא לי דעתאי כקוטרא דמי לי אלא גברא רבה רלא משני כדיבורי".¹¹¹

רש"י (בבא בתרא ו' ע"ב) ורשב"ם (שם, ד"ה כל חזקה) – יש צורך בטענת מכר ואין צורך בחזקת ג' שנים. על פי הטור, חושן משפט, סימן קנג, סעיף כו רשב"ם מחלק בין תשמישים גדולים שיש צורך בחזקת ג' שנים, ובין תשמישים קטנים שהחזקה נוצרת לאלתר. 3) שיטת הגהת התוס' – חזקת תשמישים מצריכה טענה, אולם בשונה מחזקת קרקעות, אין צורך בחזקה בת ג' שנים, מכיון שאין הוא בא להחזיק בקרקע. 4) שיטת ר"ת (בנימוקי יוסף, שם, דף ג ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה האי כשורא, הביא בשם ר"ת והרשב"א) – חזקת תשמישים זהה לחזקת קרקעות, ולכן יש צורך הן בטענה והן במשך ג' שנים. כך כתבו גם רבנו יונה, הרשב"א, הריטב"א והרא"ש בפסקיו, פרק א, סימן יא. 5) שיטת הרמ"ה אבולעפיה (אות נט) – יש צורך בחזקה של שלושים יום בלבד.

106 נוסח הרפוסים, כת"י מינכן 95; רומי ואטיקאן 116; אוקספורד 369 ובקטעי גניזה: דאנינא דעתאי. ממוקם אחר ניתוח על אנינות דעתו של רב יוסף, ולא מן הנמנע שמדובר בהעברה משם אל סוגייתינו: "לדידי דאנינא דעתאי כמי שתסרח המקפה דמי ליי" (סוכה כט ע"א). על אנינות דעתו של רב יוסף, ראה: פרג, (לעיל הערה 123), עמ' 81-84. עוד נוסף, כי גם במסכת ברכות נה ע"א, רב יוסף עושה שימוש במונח "לדידי", ואף שם פירש זאת רש"י, בד"ה אפילו לדידי, שאני מאור עיניים.

107 רמב"ם, שם, הלכה ר.

108 הרשב"א בחירושי שם, וכן במגיד משנה שכנים יא, ה.

109 עיין ברמב"ם, שכנים יא, ו, כי במקרה שנתעורר ויכוח בין המזיק לניזק, כשהמזיק טוען שהמרא קמא שתק לחזקה והניזק טוען שלא ידע מהחזקה או שמחה, הדין עם המחזיק. והסביר המגיד משנה שכך הדין גם בחזקת נזקים, ואפשר אם כן שגם בדיונו הדין יהיה עם המחזיק, ועל הניזק חלה חובת הראיה שהחזקה אינה חזקה מפני שהוא אנין דעת. וראה קצות החושן קנג, ד, ובנתיבות המשפט שם.

110 בספר נתיבות המשפט, סימן קנו, חידושים סעיף ז, כתב שאפילו אם היה בריא ונחלה. מעיר על כך בספר פתחי חושן, הלכות זיקין יג, יא שכל זה רק אם הניזק קדם למזיק: "וכל שכן כשזה בא לגור באזורי תעשיה או ליד ביח"ד שאינו יכול למחות ולהכריח כל המפעלים שבסביבה כשיחלה, וזה דבר מצוי הוא". עוד כתב: "אם הוא רווקא כעין הא דרב יוסף דאנינא דעתיה שלעולם הדבר קשה לו, וה"נ בחולי ידוע שהרעש מוסיף לו, אבל לא במחלה זמנית, שאם נאמר שגם במחלה זמנית צריך להרחיק, נמצא שמפעל יהא תייב לסגור מפעלו למשך שבועות באם יש תולה בסביבה שהרעש מפריע לו". ובספר חזון איש, בבא בתרא יג, יא מסתפק אם באופן שלניזק יש אותו הדבר המזיק ובכל זאת הוא אינו חושש לו, האם יכול בכל זאת לעכב את חברו.

111 שיטה מקובצת, שם.

יג. סיכום ומסקנות

עיון בדברי הפוסקים העלה, כי ישנם מספר קריטריונים כדי לקבוע מהו מטדר שיש להרחיקו: ראשית יש לזהות שזהו אכן המטדר שבו עסקו חז"ל או הפוסקים.¹¹² אם אין הוא מכלל אותם מטדרים ידועים, קיימת אפשרות לאפיין אותו ככזה, על פי קריטריונים מדעיים מקובלים,¹¹³ או על פי תקנות הציבור. אמנם, לא כל מטדר ייחשב ככזה שיש להרחיקו: יש צורך להעריכו, ולוודא שהוא נכנס תחת ההגדרה של "מטדר גדול" ואין הוא "מטדר קטן", בדיקה זו תיעשה על פי תורת דעת של המומחים בתחום. בשלב הבא יש צורך לקבוע את שיעור ההרחקה, גם קביעה זו תיעשה על פי מומחים, שיחוו דעתם, היכן פסקה פגיעתם הרעה.

אכן, יש להדגיש כי כמו בכל ריון הלכתי שנוקק לחוות דעה מקצועית, הקביעה ההלכתית עצמה אינה מסורה בידי המומחים. פוסקי ההלכה ו/או מתקני התקנות¹¹⁴ הם המוסמכים לעשות כן.

גם לאחר שהתברר שאכן מדובר במטדר, יש לוודא שאין למטריד זכויות משפטיות מכוח הקדימות, היינו "חזקה". גם אם המטריד החזיק בכך במשך זמן, יתכן שאין הרבר מועיל לו, מכיוון שביחס לנזקים חמורים לא מועילה חזקה, ויש להעריך את המטדר ולקבוע, שאין הוא בכלל המטדרים הקשים שאין הרעת יכולה לסרבלם, ואשר בהם אין מועילה חזקה.

גם אם על פי התקנים הללו, אין במטדר המדובר נזק רב, המאפשר להרחיק את המטריד, עדיין ישנה אפשרות הלכתית להרחיק את המטריד, בתנאי שיוכיח המוטדר שהוא אגן דעת ולגביו המטדר קשה.

יש להניח שההלכה תאמץ את הקריטריונים הנהוגים במדינה (דוגמת קביעותיו של מכון התקנים), כאמת מידה לכימות דיני מטדרים והרחקותיהם.

עם זאת, יש להדגיש, כי לאור הדגש שניתן בהלכה על ההערכה המקצועית של המטדר

112 וכפי שהזהיר הר"ש וזנר, קובץ מבית לוי, חלק ז, עמ' נב: "שהמציאות שבזמן חז"ל והשו"ע שונה ממציאות היורד בזמנינו, וצריך להרגם את הרברים למעשה למציאות רזמנינו".

113 אמנם, לא בכל שאלה קיימת תמימות דעים בין המומחים, אולם נושא זה כבר נידון בהלכה לגבי כללי ההכרעה ההלכתית כאשר קיימת מחלוקת בין רופאים, וניתן לעשות שימוש בקריטריונים שנדרשו במקרים אלו לגבי נידון דירן, בשינויים המחויבים. לגבי כללי ההכרעה במחלוקות בין רופאים ראה: יומא פג ע"א; רמב"ם, שביבת העשור, פרק ב, הלכה ה; בית יוסף, סימן תריח; שו"ע, סימן תריח, סעיפים ב-ה, ובמשנה ברורה שם, ס"ק ד-טו. וראה עוד באופן כללי: שטיינברג (לעיל הערה 3), ערך נאמנות הרופא, חלק ה, עמ' 2-32. ובעמ' 19, שם התייחס לנאמנותם במקום מחלוקת בין הרופאים, ובעמ' 22 לגבי אמינות הרופאים במקום תחזית לעתיד.

114 על פי הנחיות הלכתיות כגון אישורו של "אדם חשוב" וכו', ראה למשל: מ' אלוך, 'עקרונות יסוד בדרכי החקיקה במשפט העברי', קובץ לזכרו של ראובן ברכת, ירושלים תשל"ז, עמ' 130-138; הנ"ל, 'למהותן של תקנות הקהל במשפט העברי', מחקר משפט לזכר אברהם רחנשל, ירושלים תשכ"ד, עמ' 1-54; ש' טל, 'העקרונות המשפטיים שעליהם מושחתות תקנות הקהילות', ריני ישראל, ג (תשל"ב), עמ' 31-60; ז' ורהפטיג, 'תקנות הרבנות הראשית', תחומין טו, עמ' 81-117; י' שציפנסקי, התקנות בישראל, כרך ד, עמ' א-עו. עוד ראה: י' גולדברג, טובי העיר, ירושלים תש"ס, עמ' כה-לד, מבוא בענין תקנות הציבור ובעמ' קפא-קפז, כללים בתקנות ציבור. עוד על: 'הלכות שונות השייכות לתקנות הציבור', שם, עמ' שלה-שמג.

ועצמתו, אין בסקירה שלפנינו משום מענה למקרים של מטרדים מודרניים רבים בהם לא ניתן להוכיח באופן מדעי ברור שאכן מדובר במטרד פוגע. או במצבים בהם כלל לא מדובר בפגיעה בגוף או ברכוש, אלא פגיעה באיכות חיי התושבים ושלוותם.¹¹⁵

סוף דבר, לאור התשתית העקרונית שהתוותה במאמר זה, דומה כי ניתן כעת להציב קריאת כיוון אפשרית לדיון בטיבם של מטרדים מודרניים ולדרך ההתמודדות עימם.

115 תחום נוסף שקשה לרון בו לשת הזאת, הוא מטרדים שעדיין אין לגביהם ידע וניסיון מספיקים, כמו למשל קרינה, והנטייה הרווחת בקרב הפוסקים שלא להכלילם בדיני מטרדים (בבחינת "המוציא מחברו עליו הראיה") עד אשר יתברר באופן מובהק יותר נזקם. ואכן, טרם נמצאו התייחסויות הלכתיות משמעותיות לשאלה זו.