

ספיקא דדינא בהרחקת נזיקין

הכרעה בספקות - איסור והיתר מול דיני ממונות

בכמה מקומות בש"ס מצינו התייחסות לצורת הפסיקה במקרה של ספקות. כאשר מדובר בהלכות איסור והיתר, הכלל הפשוט ביחס לספק במציאות אומר "ספיקא דאוריתא לחומרא וספיקא דרבנן לקולא". כלל דומה ישנו לגבי מחלוקת שלא הוכרעה - "בשל תורה הלך אחר המחמיר בשל סופרים הלך אחר המקל".

בספקות בדיני ממונות מצינו כללים אחרים; חלק גדול מהספקות המובאים בגמ' הם ספקות הנובעים מחוסר יכולת של הצדדים להוכיח את טענותיהם. במקרים שהספק נוצר לב"ד רק מטענותיהם, ברור שלא נחייב את הנתבע ללא ראיות. אמנם במקרה שהספק נולד מכח המציאות ולא ניתן להוכיח מה קרה, נחלקו סומכוס ורבנן. המקרה הקלאסי בו נחלקו, הוא בדין המחליף פרה בחמור. וכך שנינו², "המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה, זה אומר עד שלא מכרתי וזה אומר משלקחתי - יחלוקו". ובגמ'³ מבואר שזו דעת סומכוס. אמנם חכמים חולקים ואומרים: המוציא מחבירו עליו הראיה. וכן אמרו בגמ'⁴, כלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה. וכן פסקו רוב הראשונים כדעת חכמים, שהמוציא מחבירו עליו הראיה⁵.

כאשר הספק בפסיקה נובע ממחלוקת שלא הוכרעה לגבי הענין הנידון, או שהגמ' נשארה בתיקו לגבי הדין במצב זה, יוגדר הספק כ"ספיקא דדינא". גם בספק כזה ממשיכים הראשונים את הכלל של המוציא מחבירו, ופוסקים כי בספק בדין לא נוציא ממון מיד המוחזק⁶. ישנם ראשונים הכותבים שבמקרה כזה אף סומכוס יודה לחכמים; אמנם בספק במציאות הוא סובר שיחלוקו,

1. ע"ז ז ע"א.

2. ב"מ פ"ח מ"ד.

3. ב"מ ק ע"א.

4. ב"ק מו ע"א.

5. עיין אנצ' תלמודית ערך המע"ה הע' 68.

6. תוס' יבמות סה ע"ב ועוד, טושי"ע חו"מ כה ב.

משום שספק כזה מקנה עמדת כח לכל אחד מהצדדים, כיוון שהמציאות עצמה יוצרת את הספק. אבל בספיקא דדינא זוהי רק מניעה מצד הדיינים לחייב את הנתבע, ולכן יעדיפו להשאיר את המצב בשב ואל תעשה⁷.

לאור הכללים הללו, מתעוררת השאלה, מדוע קיים הבדל בין איסור והיתר לדיני ממונות; לעיתים כאשר מתעורר ספק בממון, האדם עצמו לא יודע מה היה, ויתכן שחייב לשלם, ומדוע לא יחמיר באיסור גזל שהוא מן התורה?

תשובות מספר נאמרו על שאלה זו⁸. יש שאמרו שהיות ובדיני ממונות ישנם שני צדדים, ולכל אחד יש חובה להישמר מגזל, לא ניתן להחמיר כי ממ"נ אחד יכשל בגזל. יש שתירצו, שהתורה התירה "ספק גזל". ר' שמעון שקופ דוחה סברות אלו ומציע הסבר חדש. ר"ש טוען כי איסור גזל נקבע על פי הכללים הממוניים. רק לאחר הרובד המשפטי, והגדרת בעלות לפי רובד זה, נכנס הרובד האיסורי, איסור גזל. כיוון שכך, אם כללי הספק יורו שעל פי דין המוציא מחבירו עליו הראיה, הוא הוקבע כבעלים, ומעתה אין עליו לחשוש לספק גזל.

ספקות בהרחקות נזיקין

במסכת ב"ב פרק שני, דנה הגמ' בנזקי שכנים. הגמ' דנה בחיובי הרחקות שחייב כל שכן להרחיק את נזקיו ע"מ שלא יזיקו לשכניו. יש מצבים בהם לא נדרש השכן להרחיק, כגון אם החל בהיתר, או שהחזיק בנזק מסויים מבלי ששכנו מחה בו וכדו'. ישנם מקרים בהם הסתפקה הגמ' האם חייב בהרחקה, ונשארה בתיקו.

כיוון שנוזקים אלו מוגדרים בד"כ כ'גרמא', הדיון אינו על חיוב תשלומים, אלא על איסור לעשותן לכתחילה⁹. לפיכך עלינו לברר כיצד להתייחס לספקות אלו בדבר חיובו של שכן להרחיק; האם יחשב הדבר כספק איסור, כיוון שהשאלה האם מותר להזיק היא שאלה ברובד האיסורי. או שמא, כיוון שלכל אחד מהם יש זכויות בחצרו, והגבלת אחד מהם לשם שמירה על זכויות השני הינה פגיעה ממונית בזכויותיו, לכן נגדיר את השאלה כשאלה ממונית, שיש בה תובע ונתבע. גם אם נתייחס לשאלה כשאלה בדיני ממונות עדיין נצטרך לברר מי המוחזק:

7. עיין רשב"ם ב"ב קסו ע"ב, ותוס' בכורות מח ע"א.

8. הבאת הדעות השונות והדיון בהם נמצאים בשער"י שער ה פ"א, ובקונטרס הספקות פ"א ס"ו.

9. עיין ב"ב כג ע"א "והא גרמא הוא", ובטור סימן קנה לגבי מח' הראשונים בחיוב תשלומים.

האם נגיד שהמזיק מוחזק בחצירו לכל שימושיה עד שיוכח ששימוש מסויים אסור עליו, או שמא הניזק מוחזק בחצירו ואין למזיק זכות לפגוע במוחזקותו. כדי לברר את התייחסות הראשונים לספקות אלו, נדון בעז"ה בכמה סוגיות שעלו בספק בגמרא ובהכרעת הראשונים.

סד בסיד

המשנה בבבא בתרא ר"פ שני כותבת:

"לא יחפור אדם בור סמוך לבורו של חבירו, ולא שיח ולא מערה ולא אמת המים ולא נברכת כובסין, אא"כ הרחיק מכותל חבירו שלשה טפחים וסד בסיד. ומרחיקים את הגפת ואת הזבל ואת המלח ואת הסיד ואת הסלעים מכותלו של חבירו שלשה טפחים או סד בסיד".

המשנה מונה שתי קבוצות של נזקין. הקבוצה הראשונה היא של נזקי לחות (ימתונתא' בלשון הגמ'), והשניה של נזקי חום (יהבלא' בלשון הגמ'). לגבי הקבוצה השניה פשוט לגמ' שניתן למנוע את הנזק ע"י הרחקה או סיד בסיד. אמנם לגבי הקבוצה הראשונה, בה נאמרה הרחקה וסיד בסיד, מסופקת הגמ' אם הכוונה לשני הדברים ביחד, או שגם שם מספיק אחד מהדברים כדי למנוע את הנזק.

"איבעיא להו: וסד בסיד תנן, או דילמא או סד בסיד תנן? פשיטא דוסד בסיד תנן, דאי סלקא דעתך דאו סד בסיד תנן, אם כן ליערבינהו וליתנינהו! דילמא משום דלא דמי האי היזיקא להאי היזיקא, רישא - היזיקא דמתונא, סיפא - היזיקא דהבלא¹⁰".

בתחילה מבינה הגמרא בפשטות שצריך את שני הדברים, שאל"כ היתה המשנה שונה את שתי קבוצות הנזקים ביחד. מכך שהפרידה המשנה את שתי הקבוצות אנו מבינים שדין שונה זו מזו. הגמ' דוחה את הראיה, משום שיתכן להסביר כי החלוקה במשנה נובעת לא מדין שונה של הרחקת הנזקים, אלא מהעובדה שכל קבוצה מדברת על סוג שונה של נזק.

כיוון שלכאורה הגמ' לא פושטת את שאלתה, נדרשים אנו לשאלה כיצד להכריע בספק זה.

הרא"ש מבין אכן שהשאלה לא נפשטה, ופוסק לקולא למזיק:

10. ב"ב יט ע"א.

"ולא איפשיטא, הלכך אם עשה אחד מהן אין כופין אותו לעשות יותר"¹¹.

לעומתו, **ברמב"ם** מצינו שפסק להחמיר על המזיק, ומצריך לבצע את שני הדברים. וכך כותב הרמב"ם לגבי הקבוצה הראשונה:

"לא יחפור אדם בור ולא שיח ולא מערה, ולא יביא אמת המים ולא יעשה בריכת המים לשרות בה בגדים לכבס בצד כתלו של חבירו, אלא אם כן הרחיק מכותל שלשה טפחים, ויסיד בסיד לכותל בור זה או מקוה המים זה או כותל האמה מצד חבירו, כדי שלא יבליעו המים ויזיקו כותל חבירו".

ולגבי הקבוצה השניה כותב הרמב"ם:

"מרחיקין את הגפת ואת הזפת ואת המלח ואת הסיד ואת הסלעים מכותלו של חבירו שלשה טפחים או סד בסיד, ומרחיקין את הזרעים ואת החרישה ואת הגומא שמתקבץ בה מימי רגלים מן הכותל שלשה טפחים"¹².

בעוד שבדברי הרא"ש ברור כי מדובר על הכרעה בדיני ספקות, בדברי הרמב"ם ניתן להסתפק. יש שפירשו בדעתו, כי כיוון שהגמ' אמרה "פשיטא" על האפשרות של "וסד בסיד", זוהי המסקנה, וה"דילמא" לאחר מכן הוא דחויא בעלמא¹³. לפי הסבר זה, אין בהלכה זו ראייה לשיטת הרמב"ם בענין ספקות. האפשרות השניה היא להבין כי הרמב"ם גם הוא התייחס לבעיה כ"בעיא דלא איפשטא", ופסק להחמיר¹⁴. לפי אפשרות זו, ישנה כאן מחלוקת עקרונית בין הרמב"ם לרא"ש לגבי הכרעה בספק הרחקת נזיקין.

כדי לברר ולחדד את הדברים נפנה לסוגיא נוספת בפרק זה. סוגיא זו עלתה ב"תיקו", ואף בה מצינו מחלוקת בין הרמב"ם לרא"ש.

11. רא"ש ב"ב פ"ב ס"ד.

12. רמב"ם הלכות שכנים פ"ט ה"א, ב.

13. עיין מ"מ שם שכך פירש, והגהות הגר"א קנה ס"ק כה.

14. יש שהבינו כך בדברי הגר"א, ע"פ דבריו בסימן הנ"ל ס"ק נ.

כיבד וריבץ

המשנה בהמשך הפרק מביאה דין שאוסר על אדם לפתוח רפת או חנויות המעלות עשן מתחת לאוצר תבואה של חברו. אמנם אם קדמו אלו לאוצר, לא חייבים בעליהם לפנותם. על דין זה מעלה הגמ' כמה שאלות:

"בעי אביי: כיבד וריבץ לאוצר מהו? ריבה בחלונות מהו? אכסדרה תחת האוצר מהו? בנה עלייה על גבי ביתו, מהו? תיקו. בעי רב הונא בריה דרב יהושע: תמרי ורמוני מאי? תיקו"¹⁵.

שאלותיו של אביי מתייחסות למקרים בהם אין עדיין אוצר בשעת העמדת המזיקים, אך יש הכנה לאוצר; האם במקרה כזה ניתן להגדיר כי המזיקים קדמו לאוצר? רב הונא בדרי"י מסתפק אם הכנסת תמרים ורמונים נחשבת לתחילת אוצר. כל השאלות הללו לא נפשטות ועולות ב"תיקו".

הרא"ש הולך לשיטתו דלעיל ופוסק:

"וכיוון דלא אפשיטו לא מזיקנא ליה להרחיק"¹⁶.

כבסוגיא הקודמת, אף כאן פוסק הרא"ש לטובת המזיק ואינו מחייבו להרחיק.

לעומתו פוסק **הרמב"ם**:

"כיבד בעל הבית וריבץ עלייתו, או שריבה בה חלונות כדי לעשות בו אוצר, וקדם זה ועשה תנור קודם שיכניס פירות לאוצר, או שהתחיל לאצור שומשמן או רמונים או תמרים וכיוצא בהן, וקדם זה ועשה התנור קודם שאצר החטין, או שעשה בעל החנות מחילה על גבה להבדיל בין החנות ובין האוצר - בכל אלו **בעל אוצר מעכב עליו**, ואם עבר ועשה תנור וכיוצא בו אין בעל האוצר יכול להסיר התנור בכל אלו"¹⁷.

הרמב"ם מביא את כל השאלות שלא נפשטו, ופוסק לכתחילה להחמיר, על המזיק שירחיק את עצמו. אמנם אם לא הרחיק ושם את תנורו אין מחייבים אותו להרחיק.

בניגוד לסוגיא הקודמת, הרי שבסוגייתנו ברור שהגמ' נשארה בספק, שהרי מסקנתה "תיקו". כיוון שכך, ניתן ללמוד מכאן על שיטת הרמב"ם ביחס להכרעה במקרי ספק. הכרעת הרמב"ם לפי"ז הינה, לחלק בין לכתחילה

15. ב"ב כ ע"ב.

16. רא"ש פ"ב ס"ו.

17. רמב"ם שם הלכה יג.

לבדיעבד. דהיינו, לפי הרמב"ם במקרי ספק יש משמעות ל"החזקה", והחזקת המזיק עלולה לשנות את הפסיקה¹⁸.

משתי סוגיות אלו ניתן לראות לכאורה, מחלוקת עקרונית בין הרמב"ם לרא"ש לגבי פסיקה במקרי ספק. ננסה בע"ה לבחון מעט האם אכן יש מח', ואם כן, ממה היא נובעת.

האם הרא"ש חולק על הרמב"ם?

בדברינו עד כאן הבנו בפשטות כי הרא"ש והרמב"ם חולקים. מפשטות דברי הרא"ש עולה כי מותר למזיק להקל לכתחילה, ואילו לרמב"ם יש הבדל בין לכתחילה ובדיעבד.

אכן, ישנם אחרונים שהבינו בדברי הרא"ש כי גם הוא דיבר רק במקרה שהמזיק כבר ביצע את הנזק. כך למשל כותב "קצות החושן"¹⁹:

"וי"א דבחדא מנייהו סגי - והוא דעת הרא"ש (ב"ב פ"ב סי' ד) וז"ל: איבעיא להו וסד בסיד תנן, או דלמא או סד בסיד תנן, ולא איפשטא, הלכך אם עשה אחד מהם אין כופין לעשות יותר עכ"ל. ונראה דהיינו דוקא אם עשה בדיעבד, אבל לכתחילה צריך לעשות שניהם, וכמ"ש המחבר בהנך בעיא דכיבד וריבץ שבסעיף ג, דעלו בתיקו, ומש"ה אינו רשאי לכתחילה ובדיעבד אין כופין, וה"נ לכתחלה אינו רשאי לחפור סמוך לבורו עד שירחיק שלשה וגם סד בסיד".

לדברי אחרונים אלו נראה כי אין מח' בין הרא"ש לרמב"ם בענין פסיקה בספק. לכו"ע כאשר יש ספק בדין, אסור לכתחילה להזיק ובדיעבד אי אפשר לחייבו לסלק. כך נפסק לגבי "כיבד וריבץ לאוצר", שם ציטט השו"ע את דברי הרמב"ם, ולהבנתם דין זה נכון אף לדעת הרא"ש. גם בדין סיוד הבור כך יהיה הדין לפי הרא"ש, כיוון שסובר שהיא בעיא דלא איפשטא, אמנם לרמב"ם מחויב אף בדיעבד, כי לדעתו זוהי הכרעת הגמ'.²⁰

אך הבנה זו קשה מלשון הרא"ש²⁰. שכן לשון הרא"ש בפסיקת בעית 'כיבד וריבץ' היא: "וכיון דלא אפשר לא מזיקנא ליה להרחיק". פשטות לשון זו מראה כי בכיבד וריבץ הרא"ש מתיר לכתחילה לפתוח את חנות הנחתומים.

18. פסיקה זו מחזקת את ההבנה הראשונה שהבאנו בסוגיה הקודמת, לפיה הרמב"ם הבין שהספק שם נפשט. שהרי שם הוא אינו מחלק בין לכתחילה לבדיעבד.

19. קצות"ח קנה ס"ק ז, ועיין שם ס"ק ה, ובנתיבות ס"ק ט.

מאידיך מסתייעת שיטה זו מלשון הטור. הטור בפסקו כאביו הרא"ש באיבעיות ד"כיבד וריבץ", נוקט לשון של דיעבד. וז"ל הטור:

"ואפילו אם גילה בדעתו שחפץ לעשות אוצר, כגון שכיבד וריבץ לכך או שריבה בה חלונות כדרך שעושין לאוצר, או שבנה עלייה לעשות האוצר, או אפילו התחיל לאצור תפוחים ורימונים, **וקדם בעל הבית ועשה תחתיו אחת מאלו**, מיבעיא אם צריך לסלקו אי לא, ולא אפשיטא לן וא"צ לסלקו²¹".

מחלוקת בגדרי מוחזקות

יש לברר מהו יסוד המחלוקת בין הרמב"ם לרא"ש.

כפי שראינו, לחלק מהאחרונים היה ברור כי לכו"ע הפסיקה במקרה של ספק צריכה להיות שלכתחילה אסור ובדיעבד אין לעכבו. ונראה בדבריהם, שמדמים ספקות אלו לכל ספק ממון, שהדין הוא "המוציא מחברו עליו הראיה". כל עוד לא התבצע הנזק, הניזק הוא המוחזק בזכויותיו כשכן, ואסור להזיקו ללא הוכחה מצד המזיק. אמנם אחר שהמזיק עשה את מעשה הנזק, כעת בשלו הוא עושה, הוא המוחזק בתשמישי חצירו, ואין למונעו ללא ראיה.

אם אכן נבין כך, הרי שמדובר כאן על מקרה של תפיסה המשנה את פסק הדין. כלומר, בתחילה היה מוחזק שזכה בדין, הצד השני שינה את המציאות (וממילא את המוחזקות) ועיי"ז זוכה כעת בדין.

דבר זה אכן מתאים לשיטת הרמב"ם, הסובר כי תפיסה מועילה בדין המע"ה²². אך כיוון שאת ההסבר הנ"ל אומרים הם אף בדעת הרא"ש, הדבר קשה. כיוון ששיטת הרא"ש היא, שלא מועילה תפיסה אחר שנולד הספק, א"כ מדוע פה מועילה תפיסה²³. ייתכן לתרץ דבריהם, שבנד"ד שבשלו הוא עושה, וגם בשעת עשייתו עדיין אין היזק לשני, אין הדבר נכלל בגדר תפיסה.

20. עיין חזו"א ב"ב סי' יג סעי' י, וחידושי ר"ש רוזובסקי ב"ב ח"ב עמ' יב.

21. טור חו"מ קנה.

22. רמב"ם בכורות פ"ב ה"ו. אכן בדעת הרמב"ם נח' אחרונים אם מותר לו אף לכתחילה לתפוס. מ"מ אצלנו נוקט הרמב"ם לשון של דיעבד ושל עברינות (אם עבר ועשה). לשון זו של הרמב"ם גרמה לכמה אחרונים להכניס כאן לדיון את הגורם האיסורי שאוסר על האדם להזיק מספק. עיין בחדושי ר"ש שם, ולקמן בביאור דברי הגר"א.

23. כך הקשה ר"ש. ולעצם הכלל עיין תוס' ב"ב ב ע"א ד"ה "לפיכך".

בניגוד לאחרונים אלו, מצינו שיטות שסוברות כי דעת הרא"ש, במקרה של ספק, לפסוק לטובת המזיק אף לכתחילה. לשיטות אלו ניתן להסביר, כי הרא"ש סובר שהעובדה שבשלו הוא עושה, מגדירה אותו תמיד כמוחזק. כיוון שכך אף אם לא עשה עדיין את המעשה, יותר לו לעשותו מספק.

לפי הסבר זה, המח' בין הרמב"ם לרא"ש היא נקודתית לגבי השאלה מי נקרא המוחזק בדיני הרחקת נזיקין²⁴.

מחלוקת עקרונית בספקות ממון

הגר"א בביאורו לשו"ע²⁵ מרחיב יותר את גבולות המח'. הגר"א מסביר כי מח' זו היא מח' כללית לגבי ספקות ממון וזיקתן לספק איסור. לפי הרמב"ם כיוון שיש כאן ספק איסור מזיק, אסור לכתחילה לעשות את המעשה, ולפי הרא"ש ספק איסור הנוגע לממון - מותר.

הגר"א מחזק את דבריו ממח' נוספת בה הולכים הרמב"ם והרא"ש לשיטתם. מח' זו מוסבת על בעית הגמ' במסכת ב"מ לגבי מציאה. הגמ' בתחילת פ"ב מסתפקת לגבי שיעור תבואה שניתן להגדירה כ"אבידה מדעת", ונשאר ב"תיקו". **הרא"ש** מביא את המקרים המסופקים וכותב:

"וכיוון דלא איפשיטא, ספיקא דאורייתא לחומרא וחייב להכריז"²⁶.

הרמב"ם לעומתו, פוסק לגבי מקרים אלו:

"היו כמו חצי קב בשתי אמות, או קבים בשמונה אמות, או שהיה הקב משנים ושלושה מינין כגון שומשמין תמרים ורמונים, כל אלו ספק, לפיכך לא יטול ואם נטל אינו חייב להכריז"²⁷.

אמנם לכאורה השוואה זו לא מובנת; דברי הרמב"ם אמנם מתאימים לפסיקתו אצלנו, שיש חילוק בין לכתחילה לדיעבד. אך בדברי הרא"ש נראה שפוסק הפוך מפסיקותיו אצלנו. בספקות לגבי הרחקת נזיקין פסק להקל, ובספק אבידה פסק

24. חזו"א ב"ב סימן יג ס"י.

25. הגהות הגר"א סימן קנה ס"ק ט, נ. יש לציין שהגר"א לגבי בור סובר כדברי המ"מ, שלדעת הרמב"ם הבעיא שם נפשטה. ולכן דין סד בסיד אינו קשור למח' של הכרעה בספיקות. כך מבואר בגר"א ס"ק כז. ודלא כאותם ששייכו גם דין זה, בביאורו של הגר"א, למח' הראשונים.

26. רא"ש ב"מ פ"ב ס"א.

27. רמב"ם גזילה ואבידה טו, יב.

להחמיר! עוד התקשו בדברי הגר"א, מדוע לרמב"ם מועילה תפיסתו, הרי בכל יום כאשר מסיק את התנור מתחדש לו ספק איסור מזיק²⁸.

היחס בין ספיקא דאיסורא לספיקא דממונא

על מנת להסביר את דברי הגאון, עלינו לשוב לשאלה ששאלנו בתחילת המאמר - מדוע בספק ממון הולכים אחר המוחזק? מדוע אין המוחזק צריך לחשוש לספק איסור דאוי של גזל?

נראה כי בשאלה זו נח' הרמב"ם והרא"ש. הרא"ש סבור בדומה לתירוץ שהבאנו לעיל, שכיוון שבדיני ממונות ישנם שני צדדים, לא שייך בהם המושג "חומרא". במצוות שבין אדם לבוראו יש מקום למושג חומרא, בכך שאדם מונע את עצמו בודאות מעשיית העבירה. אך מצוות "לא תגזול" מחייבת את הדיינים להחמיר בעשיית הצדק, וחומרא זו הינה מחויבות לשני הצדדים. כיוון שכך, כאשר אין ראיות יבטלו הדיינים את התביעה ובכך יכריעו לטובת הנתבע.

לפי סברא זו, אין המוחזקות מרכיב חשוב בשאלה זו. השאלה שצריכה להישאל במצבים אלו היא, האם מדובר על בין אדם למקום או על בין אדם לחבירו; האם זוהי שאלה איסורית של אדם כלפי שמים או דיון בין שני צדדים. אם אכן השאלה היא איסורית נפסוק לחומרא, ואם היא ממונית נפסוק לטובת הנתבע²⁹. כיוון שכך, באבידה שאין בה ויכוח בין שני צדדים אלא שאלה האם על האדם לקיים את המצווה, נפסוק לחומרא ולא תועיל כאן החזקתו. לעומת זאת בהרחקת נזיקין, בה יש שני צדדים (שהרי אם ימנע מהמעשה נמצא שהוא מפסיד שימושים בחצר), נפסוק לטובת הנתבע הוא המזיק. לפי גישה זו, הדיון מי המוחזק אינו רלוונטי, אלא מי הנתבע, ובהרחקת נזיקין הנתבע הוא המזיק.

לפי הרמב"ם היחס בין האיסור לממון הוא אחר. בעיקרון, אנו נשארים נאמנים תמיד לכלל של "ספק דאורייתא לחומרא", כמו שפסק אצלנו בספק מזיק. השאלה אם ישנם שני צדדים אינה משמעותית כלל לפי הרמב"ם, ודווקא ההחזקה היא הגורם המכריע, והיא גורמת להתייחסות שונה.

כיוון שבדיני ממונות יש משמעות לחזקה כגורם מכריע בספקות הב"ד, סומכים עליה באותו ספק גם לעניין איסור. התורה רוצה להימנע מיצירת שתי התייחסויות שונות לאותו מקרה (דהיינו שמבחינת ביה"ד נכבד את החזקה

28. חידושי ר"ש שם.

29. שהוא גם בד"כ המוחזק. המוחזקות ע"פ גישה זו מציינת בעיקר את הנתבע מול התובע.

ונפסוק על פיה, אך במישור בין אדם למקום לא נסמוך עליה). ולכן בכל מקרה של מוחזקות בספק איסור, אנו "ניישר קו" עם דיני ממונות ונלך לפי דיני החזקה. אמנם בכל מקרה בו לא נוצרה מציאות של מוחזק, אנו נאמנים לכללי איסורים.

שיטה זו דומה לשיטה שמובאת בקונה"ס בשם רבני דורו. הם מסבירים את הסיבה שלא צריך לחשוש לספק גזל בממונות כיוון שיש חזקה. וכמו שחזקה קמייתא באיסורים פושטת את הספק, כך גם חזקת ממון פושטת את הספק בדיני ממונות³⁰.

לפי דברינו, הגאון רצה להוכיח מאבידה את היסוד הנ"ל. דהיינו, לפי הרמב"ם ההחזקה היא המשמעותית, והיא גורמת גם להקל בצד האיסורי במקביל לצד הממוני. לעומת זאת לפי הרא"ש, ההחזקה לא משמעותית, וכל איסור נמדד בפני עצמו, האם הוא איסור "איסורי" או איסור "ממוני".

גם שאלתנו מדוע לרמב"ם לא מתעורר בכל יום ספק איסור מזיק, אינה קשה. אמנם יש עדיין ספק מזיק, אך הוא אינו רלוונטי במציאות של "החזקה".

הרחקות נזיקין – דין דאורייתא?

מהסברו של הגר"א ברמב"ם, שסיבת האיסור לכתחילה היא מדין ספיקא דאוי, עולה כי הגר"א סובר שהאיסור בהרחקות נזיקין הוא מדאוי. גם ברא"ש מסביר הגר"א שהולכים לקולא כיוון שזהו "ספק ממוני", ולא מטעם דהוי ספק דרבנן.

למעשה, הנחה זו אינה פשוטה; מצינו דעות הסוברות שדיני הרחקת נזיקין אינם כלולים ממש בדין תורה של מזיק, אלא הם רק מתקנת חכמים.

ר' שמואל³¹ אף מדייק בדברי התוס' והרא"ש כי הם סוברים שהרחקות נזיקין הינן מדרבנן; התוס'³² כותבים שאם שכן סמך דבר המזיק סמוך לשדה חבירו, אע"פ שעשה כן בהיתר בזמן שלא היה שם דבר הניזוק, בכ"ז נחשב שעשה שלא כהוגן, ולכן יוכל השכן לסמוך את הדבר הניזוק, אע"פ שגם הוא גורם נזק לחבירו.

30. אמנם קונה"ס הקשה שאין לדמות מזו לזו, כיוון שחזקה קמייתא מכריעה את הספק, וכמו שנלמד במסכת חולין, ואילו חזקת ממון אינה הכרעה של הספק אלא הנהגה. אכן ניתן לתרץ כי כיוון שלרמב"ם ספיקא דאוי לחומרא רק מדרבנן, קבעו חכמים שבדיני ממונות יש חשיבות לחזקה, וכיוון שכך היא פושטת את הספק גם לגבי האדם הפרטי וכנ"ל.

31. שיעורי ר"ש דף יח אות יד.

32. יח ע"ב תוד"ה ואי.

וכן הוא גם ברא"ש :

"כיון דדבורים מזקי חרדל, ועשה קצת שלא כהוגן שסמך על המיצר, שזה עתיד לסוף לזרוע חרדל, אע"פ שבדין אינו יכול למונעו שלא יסמוך, מ"מ קצת שלא כהוגן עושה, וגם בעל חרדל יכול לסמוך".

ר"ש טוען, כי אם היה כאן איסור דאורייתא, העובדה שהשני עשה שלא כהוגן לא היתה מתירה לראשון להזיקו ולעבור על איסור דאורייתא. אלא ודאי שהכל מתקנת חכמים, ולאדם שעושה שלא כהוגן לא תקנו.

לפי דברים אלו ניתן להסביר כי בזה נח' הרמב"ם והרא"ש; לרמב"ם הספק כאן הוא ספיקא דאורייתא ולחומרא, ולרא"ש ספיקא דרבנן ולקולא³³.

ספיקא דדינא במחלוקות הראשונים

עד עתה התייחסנו ל"ספיקא דדינא" שנוצר כתוצאה משאלות שלא נפשטו בגמ'. אמנם בפוסקים מעלים נושא זה, גם ביחס להכרעה במחלוקות ראשונים.

הב"י הביא את תשובת הרשב"א לענין חזקת נזיקין ע"י קניין³⁴. האם בכך שעשה קנין נתן לשני זכות להזיקו, או שזהו קנין בטעות, כיוון שחשב שיעמוד בזה. לדעת ר"ת³⁵ ניתן לטעון שהוי קנין טעות, ויש מן הראשונים שנחלקו עליו³⁶.

וכך לשון הרשב"א בתשובה :

"כבר ראית שדעתו נוטה לדעת רבינו יעקב ז"ל, דכל נזקין אלו שהן כנזקי הגוף, יכול לומר: סבור הייתי לקבל, ואיני יכול לקבל, ... ומ"מ, רוב חכמי ישראל וגם רבותי נייע לא הסכימו לכך, ... ולפיכך, למעשה אני אומר: שאם כבר פתח חלוונתיו, או סמך קוטרא ובית הכסא, אין מחייבין אותו לסתום, ולא לסלק; ואם בא לפתוח, אין מניחין אותו לפתוח ולסמוך

33. הערת עורך :

בדף כא ע"ב נשארה הגמ' בתיקו, בספקו של ר"ה בדרי"י האם בר מבואה יכול לעכב על בר מבואה אחרינא. ופסקו הרי"ף, הרמב"ם, הרא"ש והשו"ע לקולא על המזיק. והקשה הנתיבות (קנו סוסקי"ב) מ"כיבד וריבץ", ששם פסק השו"ע לכתחילה לחומרא.

ר' שמואל (שיעורי ר"ש דף כא אות נה) תירץ שני תירוצים :

הראשון מסתמך על דברי רעק"א (המובאים לקמן) שספק בעיקר המזיק הולכים לקולא. השני מסתמך על דברי הגר"א, שהוי ספיקא דאורייתא לחומרא, אי"כ בטענת פסקת לחיותי שאינו אלא תקנתא דרבנן הוי ספיקא דרבנן לקולא.

34. ב"י סימן קנ"ה סעיף ס"ב.

35. ב"ב כג ע"א תוד"ה "אין חזקה לנזיקין".

36. עיין בתוס' שם ובחידושי הרמב"ן.

לכתחלה; דומיא דמה שאמרו: ארעא, היכא דקיימא תיקום, זוזי, היכא דקיימא לוקמו".

כלומר, הרשב"א מאמץ את השיטה העיקרית שראינו, לפיה אנו מחלקים בין מקרה שעוד לא החזיק לבין מקרה שהחזיק.

ניתן לומר, כי במקרה זה כו"ע יודו שאף לרא"ש אסור להזיק לכתחילה. הנידון בתשובת הרשב"א הוא בדברים שבודאי נחשבים כנזק, אלא שיש ספק אולי הקנין שעשה יתיר לו להזיק. במקרה כזה אפשר לומר שלכו"ע הניזק הוא המוחזק, ומספק נכריע שהקנין לא חל ואסור להזיק³⁷.

לעומת זאת, מצינו פוסקים שהתירו להזיק לכתחילה במקרי ספק. בשו"ת **תרומת הדשן**³⁸ דן בעניין עשן שאינו תדיר, אם חייבים להרחיקו, וציין בזה מח' פוסקים.

בתוך דבריו הוא מעיר, כי כיוון שהדבר נתון במח' יש להתירו – "...כי בפלוגתא דרבוותא על הניזק להביא ראיה...". כלומר, כיוון שהראשונים נח' אם חייב להרחיק, ואין פסיקה ברורה בנושא, אנו פוסקים לטובת הנתבע – המזיק, ומותר לכתחילה להעלות עשן שאינו תדיר.

אמנם הש"ך³⁹ משיג על דבריו וכותב:

"וגם מ"ש מהרא"י שם 'ואף כי בפלוגת' דרבוותא על הניזק להביא ראיה', לא נהירא לי, דהיינו דוקא כשהחזיק כבר, אבל זה שרוצה להחזיק פשיטא דעל המזיק להביא ראיה כיון שרוצה להחזיק, וכל שאינו מביא ראיה הרי הוא בחזקתו דמעיקרא".

מתמיהת הש"ך נראה שהבין שאף הרא"ש לא התיר לכתחילה, אמנם ראינו שיש שהבינו כן אף בדעת הרא"ש.

ספק בעצם הניזק

הגאון **רע"א**⁴⁰, בהשוותו בין תשובת הרשב"א לתשובת תרומת הדשן, מביא חילוק עקרוני; לדעתו יש להבחין בין שני מיני ספק: יש ספק שאנו מסתפקים אם דבר מסוים מוגדר נזק; ויש דבר שהוא ודאי נזק, אלא שיש ספק אולי מותר

37. חזו"א ב"ב שם.

38. פוסקים קלז.

39. ש"ך סימן קנה ס"ק יט.

40. שו"ת רע"א סימן קנא, קונטרס במילי דנזיקין.

לעשותו מסיבה כל שהיא. רע"א כותב, שרק בספק מהסוג השני יכולה להועיל מוחזקותו של הנזיק. אך אם יש ספק בעצם הנזק, במה תועיל מוחזקותו. הן אמת שיש לו חזקה שאסור להזיקו, אך מי יאמר כי אכן הדבר הוא נזק?!

לכן מכריע רע"א, כי כאשר הספק הוא בעצם הנזק יש להתיר לכתחילה, ובמקרה שמדובר בודאי נזק, והספק להתיר הוא מצד אחר, נאסור לכתחילה. כך הוא מסביר גם את דין כיבד וריבץ לאוצר, שם אנו אוסרים לכתחילה, כיוון שהעשן בודאי מזיק לאוצר, אלא שאנו באים להתיר מדין קדימה.

אמנם בדברי האחרונים, שהשוו את דין "וסד בסיד" לדין "כיבד וריבץ", נראה שהבינו שאין חילוק כזה. שהרי הספק בשאלה האם צריך המרחיק לסוד בסיד, הוא ספק בעצם הנזק, שהרי על הצד שאין צורך לסוד בסיד, הסיבה היא שהמים לא מזיקים בהרחקת שלושה טפחים, גם ללא הסיד.

כמו"כ מוכיח החזו"א מדברי הרמב"ם שאינו סובר את החילוק הזה; אחת מהאבעיות שנשאלו לגבי הרחקת העשן מהאוצר היא: "בנה עלייה על גבי ביתו מהו?"

על פי רש"י, משמעות השאלה היא - האם בניית עליה ע"ג הבית, המהווה הוכחה לרצון לעשות שם אוצר, תגרום לחייב את המזיק להרחיק.

אך הרמב"ם מסביר את השאלה אחרת. ע"פ הרמב"ם לא מדובר על הנזיק שעושה הכנות לאוצר, אלא על המזיק שבונה עליה לחצוץ בין עשנו לאוצר. וז"ל הרמב"ם: "או שעשה בעל החנות מחילה על גבה להבדיל בין החנות ובין האוצר".

כלומר, הספק בגמ' הוא האם בכחה של עליה זו למנוע את הנזק או לא. ספק זה הוא בעצם הנזק, ובכל זאת פוסק הרמב"ם:

"בכל אלו בעל אוצר מעכב עליו, ואם עבר ועשה תנור וכיוצא בו אין בעל האוצר יכול להסיר התנור בכל אלו".

גם במציאות כזאת, של ספק בעצם הנזק, מצריך הרמב"ם להרחיק לכתחילה. גם השו"ע מפרש את הספק כרמב"ם ופוסק כמותו, ונמצא לכאוי שלא קיבל את החילוק של רע"א. יתכן שרע"א יתרץ כי גם שם אין ספק בעצם הנזק, כיוון שעשן זה הוא עשן תדיר והוא מוגדר ודאי כנזק. הספק הוא האם המזיק עשה פעולה מספיק טובה להסיר את הנזק, ואת זה הוא צריך להוכיח.

סיכום

א. הדעה העיקרית בהכרעה בספקות אלו, היא דעת הרמב"ם והרשב"א, ולפי אחרונים אחדים זוהי גם דעת הרא"ש. דעה זו אוסרת על המזיק לכתחילה להזיק, אך אם עשה מעשה אין הניזק יכול למונעו. דעה זו גם נפסקת בשו"ע לגבי האיבעיות של "כיבד וריבץ".

בהסבר שיטה זו הראינו שני כיוונים :

1. כל עוד לא נעשה מעשה, הניזק הוא המוחזק בזכויותיו שלא יזיקוהו. אמנם אם נעשה מעשה, נהיה המזיק למוחזק, כיוון שבתוך שלו הוא עושה.

2. כל עוד אין מוחזק, הולכים לפי כללי איסורים ומחמירים בספק דאורייתא. ברגע שהמזיק החזיק, דנים לפי דיני ממונות בהם זוכה המוחזק.

ב. דעה נוספת היא דעת הרא"ש לפי הגר"א והחזו"א. לפי דעה זו מותר למזיק לכתחילה לעשות את מעשה הנזק. בדעה זו הולך לכאור' גם בעל "תרומת הדשן", האומר כי במחלוקת שלא הוכרעה על הניזק להביא ראיה.

גם בדעה זו ישנם שני כיוונים :

1. כיוון שעושה בתוך שלו, נחשב המזיק מוחזק בזכויות חצירו, אף אם עוד לא עשה בפועל.

2. כיוון שיש שני צדדים בדיון הממוני, הספק מוגדר כספק ממוני, בו הנתבע זוכה במקרי ספק.

ג. הגאון רע"א מחלק בין ספק בעצם הנזק, לבין נזק שיש צד להתירו מטעם אחר. בספק מהסוג הראשון, יהיה מותר למזיק לעשות את המעשה לכתחילה, שכן לא ברור שהמעשה הוא מעשה נזק. בספק מהסוג השני, יהיה אסור לעשות לכתחילה, כיוון שהניזק מוחזק שלא יזיקוהו. אך אם עשה, נהיה המזיק מוחזק ואין למונעו. חילוק זה אינו מוסכם, וראינו מספר אחרונים שלא קבלוהו.