

## יסודות הלכות שכנים

על בסיס סוגיות בפרקים ראשון, שני ושלישי במסכת בבא בתרא

- |                       |                              |
|-----------------------|------------------------------|
| - הקדמה להלכות שכנים  | - סוגיית 'חדל' - סמיכת נזקים |
| - סוגיית האחים שחלקו  | - או דין קדימה               |
| - חזקת תשמישים - חזקה | - סיכום שיטות הראשונים       |
| - תובעת או מתגוננת    | - בגדרי יחסי שכנים           |
| - חזקת תשמישים ונזקים |                              |

### א. הקדמה להלכות שכנים

#### השכנות - הישיבה הטובה על מקומו

הביטוי 'שכן' במקורו אינו עוסק ביחס האדם לסביבתו, אלא ביחס האדם למקומו. 'כלביא שכן' (דברים לג, כ). 'וישכון ישראל' (שם שם, כח) ועוד. 'לשכון' פירושו: לשבת במקומו בצורה החלטית, רגועה, שלווה ויציבה. אולי מקור השורש הוא במילה הארמית 'שך', 'שכך', כלומר: רגוע (כביטוי כיום - 'משכך כאבים'). 'לשכון' פירושו: להתמקם היטב. במקום האמיתי והנכון לי. לדעת את מקומו.

אם כן, השימוש בפועל ש.כ.ן. ביחס לאדם הגר ליד חברו מבטא את העובדה שמקומו של אדם מוגדר לא רק ביחס לעצמו אלא גם ביחס לסביבתו. אדם אינו חי לעצמו, ולכן גם אינו יכול באמת 'לשכון' מבלי שיהיה גם 'שכן' לסובבים אותו. הגדרת מקומו תיקבע גם לפי מערכות היחסים שלו עם כל סביבותיו. זהו העומק המיוחד של הלכות שכנים.<sup>1</sup>

אפשר היה לראות את הלכות שכנים כאילו. המורכבות של חיים זה לצד זה גוררת סדרה של שאלות ותביעות של הצדדים זה על זה, והכלל הראשי הוא שיש להימנע מפלישה של האחד לתחומו של השני ככל האפשר. 'ביתי הוא מבצרי'. אלא שישנם דברים שבאופן טבעי חודרים מן האחד אל השני (רעש, רטיבות, ראייה וכד') וצריך להגדיר מה רשאי השכן למנוע מחברו ומה אינו רשאי.

אולם, עיון בהלכות שכנים מלמד אותנו שאין הדברים כך. הלכות שכנים גם מחייבות את אחד השכנים לאפשר לחברו להכניס סולם לחצרו, לפי שיטת

---

<sup>1</sup> מעניין שבתורה מצאנו את השימוש הזה דווקא בהקשר של יציאת מצרים, ושם ישנן שתי הופעות של השימוש הזה: א. 'ושאלה אשה משכנתה ומגרת ביתה' (שמות ג, כב). ב. 'ולקח הוא ושכנו הקרוב אל ביתו' (שם יב, ד, בפרשת קרבן פסח). השכנות של קרבן הפסח באה להבליט את היותם של הפרטים כולם חלק ממכלול אחד גדול, ולעומת זאת כלפי המצרים השכנות היא ניגודית. בני ישראל מוצאים את מקומם בכך שהם נפרדים מן המצרים, ובכך המצרים 'עוזרים' להם להגדיר את מקומם האמיתי.

הרמב"ם (הלכות שכנים ב, ד). גם לפי ראשונים אחרים הארכנו להלן במאמר זה על היסטוס השכנותי להראות שיחסי שכנים נוצרים על ידי סטטוס של שכנות שיש בכחו לחייב אותם גם בשעבודים זה לזה.

אמור מעתה, הלכות שכנים אינן באות לסמן את 'קו ההפרדה' שבין שכן לשכנו, אלא את המערכת השיתופית של החיים ביחד. להיות שכן פירושו - מחויבות לשכן. לא רק באופן השולל, שלא לפלוש אליו, אלא גם באופן החיובי. לחיות יחד איתו באופן הנאות. כך האדם שוכן במקומו - על ידי קיום הלכות שכנים כלפי שכניו כראוי. כך הוא באמת נמצא על מקומו האמיתי, בתוך החברה שבה הוא חי, שהיא חלק בלתי נפרד מהגדרת מקומו האמיתי.

### השכנות הטובה - בסיס להשראת השכינה בישראל

הפועל ש.כ.ן. משמש בתורה בעיקר להופעת ה' על עמו ישראל - 'שכינה'. והדברים קשורים: כך רואים בדרשת הגמ' בסוף פרק 'חזקת הבתים' (ב"ב ס, א), שכאשר בלעם ראה את ישראל 'שוכן לשבטיו' (במדבר כד, ב) - 'ראה שאין פתחי אהליהם מכוונים זה לזה', ואמר 'ראוים הללו שתשרה עליהם שכינה'. הלכות שכנים מביאות את השראת השכינה בישראל. מדוע? משום שהשכינה שורה על ישראל בהיותם בני מקומם. החיבור למקום הפנימי הוא בעצם השייכות למקור היניקה שלנו בארץ ישראל. כאשר אנו מנותקים ממקומנו אין לנו היכולת הבסיסית לחיבור לקב"ה. זהו עומק המושג של 'שכינה'. חיבור בין שמים לארץ. התגלות ה' דרך המציאות התחתונה שלנו כאן. וה' מתגלה לנו במציאות שלנו בעולם הזה רק אם אנחנו עצמנו מחוברים למציאות שלנו כאן בצורה עמוקה. היכולת להיות אדם ישראלי בן מקומו היא היכולת להיות קשוב למקום הפנימי שלנו בצורה זכה ועמוקה, ולהתחבר דרך המציאות שלנו למקור הא-להי שלה. לכן דווקא כאשר אנו שוכנים במקומנו, שורה עלינו השכינה. וכאמור, אין לנו יכולת לשכון באמת במקומנו אלא בתוך הקהל כולו. כל אחד על מקומו כחלק ממערכת כללית.

בעצם, כך הוא הסדר של פרשת במדבר. מחנה ישראל מסתדר כולו סביב למשכן. יש שם אריכות דברים בסידור של כל הפרטים של מחנה ישראל<sup>2</sup> (במספר שמות לגלגלותם, לבית אבותם ולשבטיהם), והוא מתארגן כולו סביב למשכן העדות. השכינה המופיעה בתוך השכנות שלנו. יש כאן גם הצד ההפוך - היכולת של מחנה ישראל להסתדר באופן אמיתי היא רק מסביב למשכן. 'הוא מקומו של עולם'<sup>3</sup>, וממילא אין לנו באמת יכולת להיות 'בני מקומו' אלא מסביב למשכן ה'.

<sup>2</sup> הסידור שאותו ראה בלעם בנשאו את משלו.

<sup>3</sup> עפ"י מדרש בראשית רבה 'ויצא', פרשה סח ס"ט.

## ב. סוגיית האחים שחלקו

### מאמר שמואל בדין אחים שחלקו

בנושא יחסי השכנות בין שני אחים שחלקו ביניהם את נכסי אביהם, ונותרו שכנים זה לזה, למדנו בפרק 'השותפין' (בבא בתרא ז, ב):

דאמר ר"נ אמר שמואל: האחין שחלקו - אין להן לא דרך זה על זה, ולא חלונות זה על זה, ולא סולמות זה על זה, ולא אמת המים זה על זה, והזהרו בהן שהלכות קבועות הן; ורבא אמר: יש להן.

נחלקו הראשונים בפירוש דברי שמואל: 'אין להם חלונות זה על זה'. רש"י פירש שהכוונה לחזקת אורה, שאין בעל החלון יכול לתבוע מאחיו שלא יאפיל עליו. ודייקו הראשונים מדבריו (רמב"ן, רשב"א) שמאידך, אין בעל החצר יכול לתבוע מבעל החלון לסתום חלונו משום היזק ראייה.

לעומת זאת, הרא"ש כתב שיכול לתבוע ממנו לסתום חלונו משום היזק ראייה. ובדעת הרמב"ם (הלכות שכנים ב, יב) - נחלקו הריב"ש ור' יוסף קארו. הריב"ש (סי' תקיז) הבין מדבריו כדעת הרא"ש,<sup>4</sup> אולם הבי"י (ח"מ קעג, ג; וכן בכס"מ שם) באר דבריו כשיטת שאר הראשונים.

### מה בין אחים שחלקו לבין לוקח

והנה, יש להבין כיצד מתיישבת דעת רוב הראשונים עם הסוגיה בתחילת פרק שני (יח, ב) האומרת שגם מי שסמך היזק ברשות ('בלוקח') חייב להרחיק את היזקו כאשר יש נזק. אמנם, אין זה ברור שכך נאמר בסוגיה שם, והדבר תלוי בגירסא ('אלא אמר רבינא' או בלי 'אלא'), אך מכל מקום לגירסת רש"י שם (ורמב"ן שם לא דחה שיטתו) קשה.

באמת, רבנו יונה והרשב"א בסוגיה הנ"ל (יח, ב) נקטו להדיא שמי שמכר או קנה בית ליד חצר - חייב בעל החלונות לסתום חלונותיו, שעל דעת כן מכר או קנה. ולדברי רבנו יונה צריך לחלק בין זה לבין שני אחים שחלקו, ששם ההדדיות של העיסקה משמעותה שאף אחד לא יתבע את השני בתביעות נוספות, וזה חילוק קצת דחוק, לענ"ד.

אולם ברמב"ן וברשב"א בסוגיית פרק ראשון (ו, ב) מבואר שגם במוכר את החצר לחברו ומשייר לעצמו בית עם חלון - אין המוכר צריך לסתום חלונותיו, כמו באחים שחלקו, וממילא צריך לבאר מאי שנא מדין משרה וחרדל בפרק שני (יח, ב)!

בדעת הרשב"א זוהי ממש סתירה חזיתית, שהרי בסוגיית חרדל נקט להדיא כרבנו יונה, שהמוכר חצר ושייר לעצמו בית עם חלון חייב לסגור חלונו, ובפרק ראשון

<sup>4</sup> וכן הבין הרא"ש עצמו בפסקיו (א, כ), שכתב: 'וכ"כ הרמב"ם ז"ל שצריך לסתום החלון'.

כתב שאינו חייב! אפשר לדחוק שבפרק ראשון מדבר הרשב"א על חלון שאין בו היזק ראייה, וחברו תובע אותו לסגור את החלון כדי שלא יחזיק עליו, אבל בחלון של היזק ראייה יהיה באמת חייב לסותמו.

### שיטת רש"י ורמב"ן

אולם, בדברי הרמב"ן בפרק ראשון מבואר שגם בחלון של היזק ראייה אינו חייב לסתום!

ונראה ליישב בפשטות, שבפרק שני רש"י (יח, ב ד"ה 'בלוקח') באר את האוקימתא 'בלוקח' - שהמזיק מכר ללוקח שטח ריק ליד החפץ המזיק (המשרה או האילן), ולאחר מכן הניח שם הלוקח את הדבר הניזק (בור או ירק). ולפי זה הדברים מיושבים: בסוגיה שם נאמר כלל שגם כאשר המזיק סמך ברשות עדיין יש לו 'שם מזיק', וזו הלכה בהלכות נזקי שכנים. אולם בסוגיה כאן הנושא איננו הלכות שכנים, אלא הלכות מכירה. כאשר בשעת המכירה עצמה ישנו מצב של נזק, ובכל זאת עשו הצדדים את המכירה - קיבלו הצדדים בזאת על עצמם שלא לבוא בתביעה מחמת הנזק הזה (והרי זה כמו מום גלוי שהלוקח מקבל אותו על עצמו).<sup>5</sup> לעומת זאת, בסוגית חרדל - בשעת המכר לא הייתה כלל סיטואציה של נזק, ולכן אין כאן כלל הסכמה על הנזק. ולאחר מכן כאשר נוצרה סיטואציית הנזק - הריהי יוצרת חיוב הרחקה, למרות שהשימוש המזיק נעשה 'ברשות'.

### השוואה בין שיטת רש"י ורמב"ן לשיטת רבנו יונה והרשב"א

נראה שיש כאן הבדל יסודי בין שיטת רש"י ורמב"ן לבין שיטת רבנו יונה והרשב"א. בדעת רש"י ראינו שבגדרי שכנים ישנה חובה מוחלטת של הרחקת נזיקין. גם כאשר הנזק הונח ברשות גמורה. אלא שהסוגיה בפרק ראשון חידשה שבאחים שחלקו גמירות הדעת שביניהם מבטלת את חיוב הרחקת הנזק. מעיקר הדין היינו צריכים לומר שסגור את חלונו, אלא, משום 'מוכר בעין יפה הוא מוכר' אנו אומרים שהרשה לו להשאיר את חלונו, אבל גם בעל החלון הרשה לבעל החצר להאפיל עליו. אולם ברבנו יונה ורשב"א נראה אחרת: נראה שהם נקטו שבאופן יסודי מי שסמך נזק ברשות גמורה אין לו כלל חובת הרחקה. לא אטרחוהו רבנן. לכן מלכתחילה פירשו גם בסוגיית חרדל שחיוב ההרחקה בלוקח הוא מכח אומדנא. כלומר: מצד הלכות שכנים היה פטור מלהרחיק, שהרי סמך ברשות, אלא שישנה אומדנא שמכר לו על דעת שישלך את היזקו. שאין אדם מוכר או קונה על דעת שישאר כאן נזק. לפי דבריהם, מה שנאמר בסוגיית 'האחים שחלקו' (ז, ב) שאינם צריכים לסתום את החלון (גם אם יש בו היזק ראייה) הוא מעצם דיני

<sup>5</sup> יתכן גם לחלק באופן מציאותי, שבמשרה לא קיבל הלוקח על עצמו את הנזק, שהרי זה דבר שניתן להזיזו בקלות, אבל בחלון ברור שהלוקח קיבל על עצמו את הנזק, שהרי היה לו ברור שהמוכר לא יסגור את חלונו.

שכנים, שאין חובת הרחקה אם נעשה ברשות גמורה (וכך באמת מנמק שם רבנו יונה<sup>6</sup> את הדין, שכיון שהחלון נעשה ברשות - אין חובת הרחקה), ורק בסוגית חרדל התחדש שכאשר יש צד מוכר וצד לוקח (ולא 'אחים שחלקו'), אז ישנה אומדנא חיצונית שמתחייבים להרחיק את הנזק.

אם כן, לפי רש"י ורמב"ן ישנה חובת הרחקה מדיני שכנים, ובי'אחים שחלקו התחדשה אומדנא בהלכות מכירה שמוותר לו על חובת ההרחקה, ומוכר לו את חלונו בעין יפה (וגם במוכר ולוקח הוא כך). לעומת זאת, לפי רבנו יונה והרשב"א מהלכות שכנים אין חובת הרחקה ב'לוקח', וגם צריך הצד השני להתחשב בחלון הקיים ולא להאפיל עליו, אלא שכאשר ישנו צד מוכר וצד לוקח, מצד הלכות מכירה האומדנא היא שלא מכרו וקנו על דעת להשאיר הנזק, וחייבים להרחיק. ובאחים שחלקו החידוש הוא שבעל החצר רשאי להאפיל על חברו, שהרי מעיקר הדין - כיון שהחלון מוגדר כינעשה ברשות אסור להאפיל עליו, אלא, משום 'מוכר בעין יפה הוא מוכר' אנו אומרים שהרשה לו לבנות בחצרו כרצונו.

### שיטת תוס' והרא"ש

אולם, בדעת תוס' (יח, בד"ה 'וסבר') ורא"ש (פ"ב ס"ג) אי אפשר לומר כך, משום שהם פירשו בסוגיית חרדל שהחפץ הניזק כבר היה בשעת המכירה (והביאו מחלוקת אם המכירה היתה על החפץ המזיק או על החפץ הניזק), ואם כן - הדרא קושיה לדוכתא! מה בין זה לבין אחים שחלקו?

ובאמת הרא"ש (פ"א ס"ב) נקט שגם בסוגיית האחים שחלקו יצטרך בעל החלון לסתום חלונו משום היזק ראייה, וזה מתאים למה שפירשו תוס' בסוגיית חרדל.

אלא שכאן מתהפכת השאלה: הלא תוס' ורא"ש נקטו שכלל לא נאמר בסוגיית חרדל שעל המזיק להרחיק את עצמו ב'לוקח'. הלא הם גורסים שם 'אלא! ומדוע באחים שחלקו יצטרך לסגור חלונותיו?<sup>7</sup> הלא פתחם ברשות!

נראה שהתשובה לזה עולה מדברי הרא"ש בתשובה (נדפסה בשו"ת הרא"ש כלל צח סוף ס"ו), שהביא הטור בסימן קנד (אות כב). שם נשאל הרא"ש על חלון המשקיף לחצר חברו, אלא שהיה ביניהם בית שמנע את היזק הראייה, וכעת נפל הבית, ובעל החצר תובע מבעל החלון לסתום חלונו. הרא"ש פסק שחייב לסתום חלונו, ואף לדעת ר"ת שאין איסור סמיכת נזיקין, וכל שסמך בהיתר אינו צריך להרחיק - כאן יצטרך להרחיק. כל סיבת ההיתר כאשר סמך בהיתר היא משום שהניזק גרם את ההיזק לעצמו, שהרי לא היה לו לבוא לכאן לאחר שהראשון כבר סמך כאן דבר

<sup>6</sup> ביעלה בדינו.

<sup>7</sup> אמנם בתוס' שם אין הדבר ברור כל כך, ויתכן שחולקים על הרא"ש וסוברים כשאר הראשונים, אבל אין בזה סתירה לאמור להלן, אלא יתכן שגם הם סברו שמעיקר הדין על בעל החלון לסתום חלונותיו, אלא שכיון שימוכר בעין יפה הוא מוכר - הרשה בעל החצר לבעל החלון להשאיר את חלונותיו.

המזיק. אולם כאן לא הניזק הזיק את עצמו, אלא נפילת הכותל החוצץ בין שניהם היא זו שגרמה את הנזק, ואם כן חוזרת חובת המזיק להרחיק את עצמו.<sup>8</sup> אם כן, גם ר"ת מודה שיעל המזיק להרחיק את עצמו, אלא שהוא סבור שאם הניזק הגיע לכאן לאחר שישנו כבר הדבר המזיק - הוא המזיק את עצמו, ואין חובת הרחקה. אולם באחים שחלקו אין טענות כלפי הניזק, שהרי שניהם הגיעו בדיוק באותו הרגע, ולכן שם תהיה על המזיק חובת הרחקה הנזק! לכן פסק הרא"ש באחים שחלקו שחייב בעל החלון לסתום חלונותיו.<sup>9</sup>

### שיטת הרמב"ם

כתב הרמב"ם בהלכות שכנים (ב, יב) :

האחין שחלקו - הרי הן כלקוחות זה מזה, ואין להם דרך זה על זה, ולא סולמות זה על זה, ולא חלונות זה על זה, ולא אמת המים זה על זה. שכיון שחלקו - לא נשאר לאחד מהן זכות בחלק חבירו. לפיכך יש לומר לאחין: 'כשהיתה השדה כולה לאחד היה מעביר בה אמת המים הזאת ממקום למקום, אבל עתה שנעשית זה חלקי - יש לי להסיר אמת המים מעלי'. וכן סותם החלון המשקיף על חלקו ובונה בצד הסולם אף על פי שהוא מבטל תשמישו. והוא הדין בשנים שקנו שדה מאחד וחלקו - לא נשאר לאחד מהם זכות בחלק חבירו. ומפסיק אמת המים מחלקו וסותם החלונות.

הריב"ש (סי' תקיז) הבין מדברי הרמב"ם שיכול בעל החצר לכוף את בעל החלון לסתום חלונו, משום היזק ראיה. אולם הכס"מ חולק עליו, ונוקט שהרמב"ם רק בא לומר שיכול בעל החצר לסתום החלון על ידי בניית כותל, אבל אין כל חיוב על בעל החלון לסתום בעצמו בגלל היז"ר. לפי שיטת הכס"מ יוצא ששיטת הרמב"ם כשיטת רמב"ן ורשב"א, שלאף אחד מן האחים אין תביעה על חברו.

עם זאת, נראה לחדש שסברת העניין לפי הרמב"ם שונה מהסברה שאמרו רמב"ן ורשב"א. הם אמרו שהדין נובע מכך שימוכר בעין יפה הוא מוכר, וכיוון ששני הצדדים מוכרים זה לזה הרי הם נותנים כל אחד לחברו את כל זכות השימוש בשטח שקיבל. ללא הגבלה. [אלא שלפי רמב"ן הדין הפשוט הוא שחייב לסתום חלונותיו, והחידוש הוא שבעל החצר מותר לו על חובה זו, ולפי הרשב"א הדין הפשוט הוא שלבעל החצר אסור להאפיל על חלון חברו (שהרי נעשה ברשות), והחידוש הוא שבעל החלון הקנה לו את חצרו בקניין גמור, והתיר לו לבנות שם כחפצו].

<sup>8</sup> בדומה לזה נראה שאם אחד סמך אנטנה לבית חברו על סמך אישור שהיא עומדת בתקנים של משרד הבריאות, ולאחר שנים התגלה שהתקנים הללו אינם מספקים והאנטנה מזיקה - יצטרך להרחיק את האנטנה, משום שאין לו טענה על הניזק שהזיק את עצמו.

<sup>9</sup> ומצאתי שרע"א בקונטרס 'מילי דנזיקין' (בחידושי רע"א) עושה את החשבון הזה.

בדעת הרמב"ם נראה שהדין באחים שחלקו הוא עיקר הדין בהלכות שכנים! זאת מניין לנו? לשם כך נראה את דבריו בהלכות שכנים פרק ז הלכה א :

מי שהיתה לו חלון בכותלו, ובא חבירו ועשה חצר בצדו - אינו יכול לומר לבעל החלון: 'סתום חלון זה כדי שלא תביט בי', שהרי החזיק בהיזק זה. ואם בא חבירו לבנות כותלו כנגד החלון כדי שיסור היזק ראייתו - צריך להרחיק את כותלו מכנגד החלון ארבע אמות, כדי שלא יאפיל עליו.

מבואר ברמב"ם שאם החלון קדם לחצר אין דיני היזק ראייה, וגם יש איסור להאפיל עליו, ומאידך, אם החצר קדמה לחלון אין רשות לפתחו משום היזק ראייה, וגם אם אין היזק ראייה אין איסור להאפיל עליו. נמצא שהשאלה היסודית היא מיהו הראשון. הראשון הוא נקודת המוצא של יחסי השכנות, והם יקבעו לפי המציאות שכבר קיימת בשטח.

ננסח את הדברים בצורה חדה: כל הלכות שכנים אומרות רק שאיסור לשנות את יחסי השכנות. זוהי מהותו של איסור נזקי שכנים. אם אין כאן אקט של שינוי - אין כלל בסיס לתביעה. מי שפותח חלון לחצר חברו, הריהו משנה את יחסי השכנות. אולם, אם החלון קדם לחצר - אין בקיומו שינוי יחסי השכנות, כמובן.

לפי זה נראה לומר שבשני אחים שחלקו, כיוון שאין אחד מהם שקדם לחברו - הדין הוא שאין לאף אחד מהם תביעות על חברו! בעל החצר איננו יכול להתלונן על החלון שמזיק אותו, שהרי הוא נתון מנתוני המציאות של השכנות. ובעל החלון איננו יכול להתלונן על מעשי חברו בחצרו, כגון: בניית כותל.<sup>10</sup>

נראה להוסיף שהייתה בגמרא הו"א לומר שיהיה אסור לבעל החצר לבנות כותל. הגמרא (ז, א) מנסחת זאת כך: 'ונימא ליה דיירנא בה כדדיירי אבהתאי!'

לפי פירוש הראשונים, המשמעות היא שבעל החלון דורש שלא להאפיל עליו משום שמן הסתם חלקו אדעתא דהכי שיוכל לדור בביתו כפי שדר אביו, כלומר: עם חלון מואר.

אולם, לפי ביאורנו ברמב"ם הטענה היא אחרת. הגמרא שואלת מדוע לא נעמיד את החצר בחזקתה, וסטטוס המגורים בה יהיה כפי שהיה בזמן שהייתה של אביהם. כלומר: סגנון השימוש של אביהם בחצר יגדיר את מהותו של הבית ואת מהותה של החצר והיורשים יהיו מחויבים לסגנון מגורים זה. תשובת הגמרא היא שאין להם על זה חלונות וכו'. כלומר: כיון שהם לקוחות (כפי שהדגיש הרמב"ם) - אין כל משמעות למה שהיה אצל אביהם, שהרי הם יצרו בחלוקתם יחסי שכנות חדשים ביניהם, על ידי מכירת החלקים זה לזה.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> אע"פ שבניית הכותל היא שינוי שנעשה על ידי בעל החצר - אין בזה הפרה של השכנות, שהרי הוא עושה בשלו. אלא שאם חברו קדם לו מגדיר הרמב"ם שהוא זכה בזכות האורה מהשטח שלידו, אבל אם לא קדם לו - אין לו את הזכות הזאת, ולכן אין חובה להתחשב בו בבניית הכותל.  
<sup>11</sup> הבנה זו הרבה יותר מחוורת בסוגיה, שהרי כבר בתחילת הסוגיה דנה הגמרא בסברה שחלקו אדעתא דהכי שתשאר לו אורה, והסיקה שאין מקום לסברה זו, ומה פשר השאלה החוזרת וינימא

לאור זאת גם מובן מדוע היה הרמב"ם צריך לסייג את דין 'אחים שחלקו' בהלכה הבאה מיד לאחר מכן (שכנים ב, יג):

אבל שנים שקנו שדה משני אנשים או משני אחין, אין לאחד מהן להפסיק אמת המים ולא לשנות דבר מן הנזקים שהחזיקו בהן המוכרין.

אם ההלכה הקודמת הייתה בנויה על אומדנות בחלוקת הירושה - פשיטא שאין זה רלוונטי בשניים שקנו משניים! אבל אם ההלכה הקודמת חידשה שכששניים מכרו זה לזה את החלקים (בחלוקת ירושה) אין משמעות לסטטוס הקודם שהיה בחצר, ודיני שכנים מתחילים מחדש - היה מקום לטעות שזה קיים גם בשניים שקנו משניים, שהרי כרגע יש לפנינו שכנות חדשה! ומבאר הרמב"ם שכל קונה בא מחמת המוכר שלו, ויחסי הכוחות ביניהם נשארים כפי שהיו היחסים בין המוכרים להם.

לאור זאת יש להבין גם את ההלכה הבאה (שכנים ב, יד):

**חצר השותפין שיש בה דין חלוקה, או שחלקוה ברצונם אף על פי שאין בה חלוקה - יש לכל אחד מהן לכוף את חברו לבנות הכותל באמצע כדי שלא יראהו חברו בשעה שמשתמש בחלקו. שהיזק ראייה היזק הוא ואין לו חזקה בחצר, אלא אף על פי שעמדו כן שנים רבות בלא מחיצה - כופהו לעשות מחיצה בכל עת שירצה.**

נשים לב! הרמב"ם מדבר על חזקה בהיזק ראייה גם בחצר השותפים שיש בה דין חלוקה. מהי המשמעות של 'יש בה דין חלוקה'? - שאפשר לכוף בה על החלוקה. כלומר, מדובר כאן על חצר שעדיין לא חילקו אותה (אם חילקו - זוהי הבבא הבאה: 'או שחילקוה ברצונם..'), ועמדו כך שנים רבות (כשותפין!), ואומר הרמב"ם שאין לזה חזקה.

אבל הדברים תמוהים: וכי איזו חזקה תהיה בחצר השותפין? הלא לא היה להם במה למחות זה בזה! הלא בוודאי אין תביעת היזק ראייה בחצר השותפים!<sup>12</sup> אולם, לפי דרכנו, כוונת הרמב"ם היא אחרת. אין כוונתו כלל לחזקה הבאה מכוח שתיקה, אלא לחזקה הבאה מכוח **קדימה!**<sup>13</sup> כאשר שני שותפים חלקו את החצר הרי הם ממש כשני אחים שחלקו את ירושתם, ולפי דברינו עד כאן היה ראוי לומר שזהו אופי החצר שלהם, שהרי אף אחד לא קדם לחברו, וממילא אין יכולת לכוף

ליה דיירנא ביה כדדיירי בה אבהתאי! (ויש לדחוק שכיון שמצאנו שלדעת רב באמת יש לאחים שחלקו חלונות זה על זה. לכן הקשתה הגמרא מכח דעת רב, ותרצה שקיי"ל כשמואל). אבל לפי באורנו בדעת הרמב"ם יש כאן שאלה חדשה לחלוטין, שאע"פ שמצד האומדנות של החלוקה אין לו תביעת אורה, מכל מקום מצד עצם חזקת החצר יהיה איסור האפלה מגדרי שכנים הרגילים!<sup>12</sup> אך אפשר ליישב עפ"י שיטת הרמב"ם בפ"א מהלכות שכנים שגם בחצר השותפים יכול כל שותף לתבוע חלוקה לזמנים מחמת היזק ראייה. מכל מקום אין זה תירוץ מרווח, שהרי אין זו כלל תביעת נזיקין, אלא תביעת שותפים כיצד לחלוק ביניהם את השימוש בחצר, ולא סביר לדבר על חזקה מכך שלא מחה בחברו.

<sup>13</sup> כפי שבפרק ז הלכה א הגדיר את קדימת החלון כ'חזקה'.



על בניית כותל ביניהם. כל אחד מהם מהווה לגבי חברו נקודת מוצא של חצר הקיימת לצידו, ועל חברו להסתדר עם המציאות הקיימת! על כך עונה הרמב"ם ש'היזק ראייה היזק הוא ואין לו חזקה בחצר'. כלומר: היזק ראייה (של חצר, לא של חלון) הוא נזק מהותי שאין לאפשר אותו, ואין לגביו מושג של 'נקודת מוצא'. ואפילו אם חצר אחת קדמה, ולאחר מכן בא אחר ובנה חצר לידה יוכל לתבוע את בעל החצר הראשונה להשתתף איתו בבניית כותל.<sup>14</sup> אין סטאטוס שכנות של היזק ראייה בין חצר לחצר - אין שכנות כזו.<sup>15</sup>

## סיכום

נראה שיש בסוגיה זו ארבע שיטות עקרוניות:

- א. לשיטת רש"י ורמב"ן** (עפ"י גירסת רש"י בסוגית חרדל), עיקר הדין הוא שהמזיק חייב להרחיק, אלא שבאחים שחלקו אינו חייב להרחיק משום שבעל החצר מכר לו בעין יפה את הבית עם החלון. מאידך, גם בעל החצר רשאי להאפיל.
- ב. לשיטת רבנו יונה והרשב"א**, עיקר הדין הוא שאין המזיק חייב להרחיק, ואדרבא, אסור לבעל החצר להאפיל על חלונו, שהרי נעשה 'ברשות'. אלא שבמקח תמיד יש אומדנא שמכר לו אדעתא דהכי שיסולק המזיק, ולכן יש לסתום את החלון (מדיני מקח וממכר), ובאחים שחלקו האומדנא שמכרו זה לזה בעין יפה ואף אחד מהם לא יצטרך להיות מוגבל בחלקו.
- ג. לשיטת הרא"ש**, מעיקר הדין צריך בעל החלון לסתום חלונו, שהרי הוא מזיק כעת, ואין לו טענה על בעל החצר שנכנס בתוך תחומו, שהרי איש מהם לא קדם לחברו (ולכן אין ההיתר של 'לוקח' או של 'סמך בהיתר'). וכך הוא הדין למעשה, ואין כאן כלל שימוש ב'מוכר בעין יפה הוא מוכר'.
- ד. ולשיטת הרמב"ם**, מעיקר הדין אין לאף אחד מהם תביעות על חברו, שהרי לא קדם לו.

<sup>14</sup> ובאמת לא מצאנו מי שאמר שבעל החצר הראשונה יכול לדרוש מבעל החצר השנייה לעשות לבדו את כל הכותל.

<sup>15</sup> הדברים הללו כבר מובילים לחשוב שזהו הגדר הכללי של 'אין חזקה לקוטרא ובית הכסא'. כלומר, דברים אלו אינם יכולים כלל להיכנס למושגים של 'סטאטוס יחסי השכנות', אלא יש למנעם בכל מקרה. ובאמת ב"י נקט בדעת הרמב"ם שגם אין **קדימה** לקוטרא ובית הכסא, וצריך עיון גדול בלשון הרמב"ם בהסברו מדוע אין להם חזקה. מכל מקום, גם אם לא נאמר כך לגבי קוטרא ובית הכסא עדיין יתכן לומר כך לגבי היזק ראייה. [הערת עורך: ואפשר שיש לבסס את פסק הרמב"ם שאין חזקה להיז"ר בחצר על מה שכתב הרא"ש (פ"א ס"ב) לחלק בין היז"ר מחמת חלון להיז"ר מחצר לחצר: **'שהחלון עשוי לאורה ולא להסתכל בו לחצר חבירו ואסור לו להסתכל במעשה חבירו כדאמרינן גבי גינה. אבל חצר שמשתמש בכניסה ויציאה ואי אפשר שלא יסתכל בתשמיש חבירו דמי האי היזקא לקוטרא ובית הכסא דאמרינן לקמן (דף כג א) דלית להו חזקה'**. כלומר, חזקת החלון עדיין אינה מתירה את עצם ההיזק בראייה, ובחצר לא ניתן שלא להיזק בראייה מבלי לעשות כותל].

## ג. חזקת תשמישים - חזקה 'תובעת' או 'מתגוננת'?

### הקדמה - ארבע חזקות תשמישים במשנה

המשנה (נה, ב) שונה דיני חזקת שימוש בשלושה סוגי מתקנים שתשמישים 'פולש' מרשותו של אחד כלפי חצר חבירו:

מתני'. 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. איזו היא חלון המצרית? כל שאין ראשו של אדם יכול ליכנס לתוכה; רבי יהודה אומר: אם יש לה מלבן, אף על פי שאין ראשו של אדם יכול ליכנס לתוכה - הרי זו חזקה.

המשנה הבאה (נט, א-ב) ממשיכה לעסוק במתקן רביעי מסוג זה: מתני'. הזיז, עד טפח - יש לו חזקה, ויכול למחות; פחות מטפח - אין לו חזקה, ואין יכול למחות.

ארבע חזקות יש כאן: מרזב, סולם, חלון וזיז.

נראה שיש כאן מחלוקת יסודית בין הרמב"ם לבין הרא"ש והטור במהות החזקות הללו.

### חזקת זיז

#### שיטת הרמב"ם בזיז פחות מטפח

במשנה נאמר שלזיז פחות מטפח אין חזקה. אולם ברמב"ם (שכנים ה, א-ב) מבואר שיש לו חזקה מסויימת גם בפחות מטפח:

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

כיצד חלק הרמב"ם על הגמרא? התשובה פשוטה: הרמב"ם פירש שחזקה שנאמרה במשנה לגבי זיז פירושה - שלא יוכל בעל החצר לבנות תחת הזיז ולבטל תשמישו, וכפי שכתב בהלכה ב לגבי זיז טפח. חזקה זו אינה קיימת בזיז פחות מטפח. אולם לעצם קיומו של הזיז יש חזקה!

הסברא בזה ברורה לפי שיטת הרמב"ם שאין החזקות הללו צריכות טענה, אלא עצם הסבלנות יוצרת את מציאות החזקה. משום כך, אם בעל החצר סבל את עצם מציאות הזיז - הרי זה יוצר חזקה לעצם מציאות הזיז. הדיון במשנה הוא רק לגבי היכולת של בעל הזיז לעכב את בעל החצר מלבנות תחת הזיז, באופן שימנע ממנו

שימוש נאות בזיז. בזיז טפח ברור שמציאותו כוללת שימוש תחתיו, והשתיקה לקיומו של הזיז משמעותה הסכמה שלא לבנות תחתיו, ואילו בזיז פחות מטפח אין הסכמה בשתיקה אלא לעצם קיומו של הזיז, ולא לתביעות נוספות בחצר.

### שיטת הטור בזיז פחות מטפח

לעומת זאת, לשון הטור בסימן קנג אחרת:

בד"א? בזיז בולט טפח. אבל אם אינו בולט טפח - אין לו חזקה, שבעל החצר לא חשש למחות בו, כיון שהוא פחות מטפח. לפיכך בין תוך ג' בין לאחר ג' יכול למנעו כל שעה שירצה, וצריך להסירו...

מבואר בטור, שבזיז פחות מטפח רשאי בעל החצר להסיר את הזיז, ואין לו חזקה כלל.

### מחלוקת הרמב"ם והטור בדין זיז יותר מטפח

גם בזיז יותר מטפח ישנה מחלוקת בין הרמב"ם לרא"ש. בגמרא שם (נט, ב) נאמר: אמר רבי אסי אמר רבי מני, ואמרי לה אמר רבי יעקב אמר רבי מני: החזיק בטפח החזיק בד'. מאי קאמר? אמר אביי, ה"ק: החזיק רוחב טפח במשך ארבע, החזיק ברוחב ארבע.

הרמב"ם (בעקבות הרי"ף) פירש את הגמרא שבזיז טפח אין בעל החצר רשאי לבנות תחתיו, דהיינו: מציאות הזיז משעבדת את החצר השכנה. לעומת זאת, הרא"ש (פרק ג סימן עד) חלק:

ומה שכתב רב אלפס ז"ל שיש לו גם ארבעה טפחים למטה מן הזיז - לא מסתבר לי, דזיז רחב משתמשין עליו, ומה צריך לאויר שתחתיו?

כלומר, לדעת הרא"ש הגמרא רק אמרה שהחזקה על מציאות הזיז איננה על מציאותו כעת בלבד, אלא ההנחה היא שהקנין<sup>16</sup> נעשה על זיז 'נורמלי', שהוא ארבעה על ארבעה טפחים. אולם, לא נאמר דבר לגבי השימוש שמתחת לזיז. **אין כאן אלא חזקה על עצם מציאות הזיז.** לעומת זאת, לרמב"ם החזקה היא על השימוש שמתחתיו, שבעל החצר משועבד לאפשר אותו, וגם מעכבים עליו מלבנות שם.

מה שהרא"ש קורא לו 'חזקה' - בזיז טפח (עצם קיומו של הזיז, וזכות השימוש בו), קורא לו הרמב"ם 'אין חזקה' - בזיז פחות מטפח (שהרי לשיטתו עכ"פ יש לו חזקה לעצם קיומו)!

מדוע? משום שלפי הרא"ש המושג 'חזקה' הוא מושג פסיבי. יש למחזיק דבר, ואי אפשר לבטל ממנו את מה שיש לו. זוהי חזקה 'מתגוננת'. לעומת זאת לפי הרמב"ם

<sup>16</sup> והרי לדעת הרא"ש חזקת תשמישים צריכה טענה, והחזקה מבררת שהיה כאן קנין ממשי על הזיז.

חזקה היא מושג אקטיבי, תובע. מי שהחזיק רשאי מכח חזקתו לתבוע משכנו תביעות בחצרו. אבל לחזקה המתגוננת אין המשנה קוראת כלל חזקה.

### חזקת חלון

מחלוקת דומה קיימת בין הרמב"ם לרא"ש גם לגבי חזקת חלון:  
 הרמב"ם נקט (שכנים ז, ו-ז) שגם בחלון המצרי (שהמשנה אמרה שאין לו חזקה) - יש חזקה לבעל החלון לעניין היזק ראייה, שלא יוכל בעל החצר לחייבו לסתום את חלונו. מה שאמרו במשנה שאין לו חזקה הוא רק לעניין איסור האפלה. לעומת זאת, הרא"ש (ג, עג) חלק על כך:

וראיתי מפרש דכל הני דאמרי דאין לו חזקה היינו לענין זה שאין נמנע מלבנות כנגדו, אבל אין יכול לכופו לסתור מפני היזק ראייה, כיון שכבר החזיק. ולא מיסתבר לי, כיון דאין לו חזקה - למה לא יאמר לו סתור כיון דזימנין אית ליה היזק מיניה?

שוב אנו רואים את אותו העיקרון. הרמב"ם פירש שכשהמשנה דיברה על חזקה היא התייחסה לחזקה 'תובעת'. חזקה המשעבדת ארבע אמות בחצר חברו לאורה. אבל חזקה 'מתגוננת' אינה קרויה כאן חזקה כלל. חזקה זו קיימת גם בחלון המצרי שאין לו חזקה! לעומת זאת לפי הרא"ש אין הבחנה כזאת. החזקה היא הזכות לקיים את החלון, ואם אין חזקה אין זכות לקיים את החלון.

### חזקת סולם

מחלוקת זו בין הרמב"ם לרא"ש באה לידי ביטוי גם בדברי הטור לגבי סולם המצרי, כדלהלן.

הרמב"ם פסק (פ"ח ה"ד) שאע"פ שאין לסולם המצרי חזקה (ובעצם דווקא משום כך, כדלהלן) - רשאי בעל הסולם להניח סולם שכזה בחצר חברו גם בלי רשותו כדי להשתמש בו:

אבל אם העמיד סולם קטן - אינו יכול למנעו, שהרי אומרין לו: 'אין עליך הפסד בזה - כל זמן שתמצה תטלנו'.

אם כן, בשביל מה צריך חזקה בסולם הצורי? הרמב"ם מתייחס לכך:  
 ואם היה סולם גדול (צורי), שיש לו ארבעה חווקין או יתר - החזיק, ואם בא לבנות ולבטלו - בעל הסולם מעכב עליו.

כלומר: בסולם שיש לו חזקה - יש לבעל הסולם שעבוד בחצרו של חברו שלא יבנה בה באופן המונע את הנחת הסולם. שוב, זוהי חזקה 'תובעת'.

לעומת זאת, כתב הטור שבסולם המצרי אין יכולת לכופו את בעל החצר להניחו שם, וממילא גם החזקה בסולם הצורי תתפרש לפי דבריו רק כלפי עצם הזכות להשאיר שם את הסולם, ולא כעיכוב על בעל החצר מלבנות בחצרו.

## חזקת מרזב

יתכן שהמחלוקת היסודית הזו נובעת מהבנת דברי המשנה ביחס למרזב. במשנה נאמר:

המרזב - אין לו חזקה, ויש למקומו חזקה.

ובגמרא (נח, ב) דנו בפירוש משנה זו, ובאר רבי ירמיה בר אבא:

רב ירמיה בר אבא אמר: המרזב אין לו חזקה - שאם רוצה לבנות תחתיו בונה, ויש למקומו חזקה - שאם בא לעוקרו אינו עוקרו.

הרמב"ם למד מכאן, שגם כאשר אמרה המשנה 'אין לו חזקה', עדיין - אם בא לעוקרו אינו עוקרו. המשמעות של 'אין לו חזקה' היא שאין לו תביעה על בעל החצר, אבל אין זה אומר שאפשר לתבוע אותו לעקור את המרזב שלו, וכך גם לגבי חלון זיו וסולם. אולם, הרא"ש פירש שאפשר לומר כך דווקא לגבי מרזב, שבו אמרה המשנה בפירוש שיש למקומו חזקה, ולכן המשמעות היא שאי אפשר לעקור אותו, אבל בשאר הדברים שנאמר בסתמא שאין להם חזקה - אפשר לעקור אותם.

## מהות המחלוקת

יש לשאול: לפי דעת הרא"ש שהחזקה היא רק על עצם קיום הדבר - מדוע אסור להאפיל על חלון חברו? הרי לא החזיק בחצרו של חברו ד' אמות! ומדוע במזחילה גם אם בא לבנות תחתיה אינו בונה (בשונה ממרזב)?

באמת, במזחילה אין כל קושי, משום שהגמרא מבארת: דאמר ליה: לא ניחא לי דתיתרע אשיתאי.

כלומר, האיסור לבנות תחת המזחילה הוא מדין נזקי שכנים. אלא שאם לא הייתה לבעל המזחילה כלל זכות להנחת המזחילה - כמובן שלא היה יכול לתבוע מכוחה. רק מכיון שהחזיק על עצם קיומה של המזחילה - הריהו יכול לעכב על הבנייה מתחתיה מדין נזקי שכנים.

נראה שלדעת הרא"ש כך הוא גם באיסור האפלה: איסור האפלה איננו תוצאה של 'זכות' בארבע אמות בחצר חברו, אלא הוא איסור של נזיקין. המאפיל על חלון חברו הריהו מזיק ממש את חלונו, ואם חברו החזיק על עצם קיומו של החלון - חל מיד איסור עצמי להאפיל עליו.

לפי זה נראה, שאם אחד פתח חלון שאין בו היזק ראייה כלל - אסור יהיה לשכנו להאפיל עליו גם אם לא החזיק כלל, שהרי ברגע שעצם מציאות החלון היא לגיטימית, חל מיד איסור להאפיל עליו!<sup>17</sup>

<sup>17</sup> אין לטעון שאסור לו לפתוח את החלון כדי שלא לחייב את חברו בהרחקה, שהרי מבואר שמותר לאדם לחפור בור (בהרחקת ג' טפחים מן המיצר) אע"פ שבור זה יגרום לחייב את חברו להרחיק את אילנו עשרים וחמש אמה, לדעת רבנן (וראה בתוס' יז, ב ד"ה 'אביי אמר' שעמדו על כך).

אולם, בגמרא (נט, א) מבואר לא כך! שהרי לדעת ר' זירא בחלון למעלה מארבע אמות אין היזק ראייה, ואי אפשר למחות על פתיחתו, ואין לו חזקה, שכיון שאי אפשר למחות על פתיחתו אין השתיקה מהווה הסכמה לפתיחת החלון. ויש לשאול: אם אין רשות לעכב על פתיחת החלון - מדוע בכלל יש צורך בחזקה? ברור בגמרא שהחזקה נוגעת לאיסור האפלה, שאם אין לו חזקה מותר יהיה להאפיל עליו. מבואר מזה שאיסור האפלה איננו איסור עצמי של נזיקין, אלא הוא נובע רק כתוצאה מחזקה שהחזיק בעל החלון בחצר חברו!

נראה שאין בכך קושיה על דברינו. בגמרא מבואר שר' אילעא חלק על ר' זירא וסבר שאפשר למחות גם בחלון למעלה מארבע אמות. הגמרא רצתה לומר שהם נחלקו ב'כופין על מידת סדום', שלדעת ר' זירא כופין על כך ולדעת ר' אילעא אין כופין על כך, ודחתה, שלכו"ע כופים על כך, אלא שלפי ר' אילעא יש נזק גם בחלון שלמעלה מארבע אמות, משום שיכול להציץ עליו ע"י שרפרף.

דברי הגמרא תמוהים: לפי מה שסברה בתחילה שאין כלל נזק בחלון למעלה מארבע אמות - מדוע צריך להזדקק לכלל של 'כופין על מידת סדום'? הלא מדובר באדם שפותח חלון בכותלו **שלו**, ואם אין לחברו נזק בכך - מדוע יוכל כלל לעכב עליו? אין כאן כלל בסיס לתביעה! מבואר מדברי הגמרא שתפסה שחלון שאדם פותח נחשב כפותח בשל חברו, שהרי הוא משתמש באוויר חצרו של חברו, ולכן רק הסברא של 'כופים על מידת סדום' יש בכוחה להכריח את חברו לאפשר את פתיחת החלון.<sup>18</sup>

מעתה נראה לומר, שבכל מצב שהחלון שנפתח עלול ליצור חיוב משפטי על בעל החצר - יכול בעל החצר למחות בפתיחתו. לכן לא יתכן מצב שאדם פותח חלון לחצר חברו ויחייב אותו להרחיק ארבע אמות מחמת נזק האפלה. ואע"פ שאיסור האפלה הוא איסור נזיקין - מכל מקום אין רשות כלל לפתוח חלון אלא באופן שאין בו כל זכות משפטית. סברת 'כופים על מידת סדום' אינה מאפשרת אלא את עצם פתיחת החלון, אבל יהיה זה חלון נעדר כל זכות משפטית, ואפילו תביעת נזיקין (כגון האפלה) לא יוכל לטעון. ולכן, לא יהיה כאן איסור האפלה אלא אם כן החזיק בעל החלון. וחזקה אין כאן, משום שבעל החצר לא יכול היה למחות בפתיחת החלון.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> ועפ"י כתב ה'קצות' (קנד סק"א) שגם דעת ר' אילעא האוסר איננה משום שחשש השרפרף מוגדר כ'היזק ראייה', אלא משום שכבר אין כאן מידת סדום בסירוב לפתיחת החלון, שהרי יש כאן נזק כלשהו.

<sup>19</sup> יש להעיר שברמב"ן נראה שפתיחת חלון אינה שייכת ל'כופים על מידת סדום' כלל, שהרי הקשה מדוע בחצר מספיק כותל ד' אמות ואין חוששים לשרפרף? נראה מכך שלמד שסברת שרפרף היא ממש סברה של היזק ראייה גמור, ולא הסתפק בכך שכיון שיש כאן נזק כלשהו אין זו מידת סדום. כנראה הוא למד שהגמרא נדחקה לבאר שיש כאן 'כופים על מידת סדום' משום שלא חשבה שיש כאן נזק כלל, אולם לאחר שהבינה שגם כאן יש נזק כבר אין צורך לדוחק הזה, אלא זוהי ממש תביעה של היזק ראייה.

## השוואה בין האפלה למניעת דוושא

שנינו במשנה (ב"ב כב, א):

מתני'. מי שהיה כותלו סמוך לכותל חבירו - לא יסמוך לו כותל אחר אא"כ הרחיק ממנו ארבע אמות. החלונות, בין מלמעלן בין מלמטן בין כנגדן - ארבע אמות.

הדין הראשון הוא דין 'דוושא'. יש לשייר ארבע אמות לצורך חיזוק הכותל של חברו על ידי הליכת בני אדם שם. הדין השני הוא איסור האפלה.

כתבו תוספות שם (כב, ב ד"ה 'לימא') בנוגע לשיטת ר' יוסי ביחס לדין 'דוושא' שבמשנה הנ"ל:

פ"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.

תוסי' התקשו לפי דברי ר"ח שר' יוסי מודה בכל המשניות של הפרק - מדוע יאסור ב'דוושא'? ותירצו שגם שם ההיזק מתחיל מיד על ידי בניית הכותל. מבואר שפירשו שהמשנה הזו היא מדין נזקי שכנים, ולכן יש צורך ב'גירי דיליה'. אם כן, מדוע לא התקשו מחלונות? התשובה פשוטה: שם בוודאי הנזק הוא ב'גירי דיליה', שהרי מיד שבונה הכותל נעשה חלון חברו אפל. רק לגבי דוושא הרגישו תוסי' שיש דוחק בדבר, ולכן ביארו שגם שם הוי 'גירי דיליה'.

נראה מהדברים שלדעת תוסי' איסור האפלה הוא מהלכות נזקי שכנים, שהרי הוא מופיע יחד עם 'דוושא' במשנה, וכאמור לגבי שניהם יש כאן 'גירי דיליה', אלא שלא הוצרכו לפרש לגבי חלונות.

לעומת זאת, ברמב"ן שם נראה שאיסור 'דוושא' אינו מנזקי שכנים, אלא הוא גדר של 'אל תמנע טוב מבעליו'.<sup>20</sup> וברשב"א נקט שאיסור מניעת 'דוושא' קיים דווקא

ולפי זה יהיה מוכח מכאן שאיסור האפלה הוא רק תוצאה של חזקה, ולא של עצם פתיחת החלון, לרמב"ן.

ובאמת רמב"ן נוקט כרמב"ם לגבי חלון המצרי, שהחזקה המדוברת במשנה היא 'חזקה תובעת', ואיסור האפלה הוא תוצאה של חזקה, ולא של דיני נזיקין.

<sup>20</sup> יש כאן דבר פלא ברמב"ן. מחד נקט שזהו רק איסור של 'אל תמנע טוב מבעליו', ומאידך גם הוא כתב כתוסי' שכיון שהדוושא מתמעט מייד בבניית הכותל חשיב כ'גירי דיליה', ואסור גם לר' יוסי. ולכאורה, דברי ר' יוסי אמורים רק בנזקי שכנים! נראה שלדעת רמב"ן מחלוקת ר' יוסי ורבנן היא מחלוקת עקרונית בכל יחסי שכנים. לדעת רבנן אסור להפר את יחסי השכנים הראויים. הן בנזקים והן ב'אל תמנע טוב מבעליו' (ואולי גם בתשמישים). לדעת ר' יוסי אין איסור להפר את יחסי השכנות (כל אחד עושה בתוך שלו בלי להתחשב בחברו), אלא אם כן זוהי הפרה בוטה - גירי דיליה. לכן הגדר של 'גירי דיליה' רלוונטי לא רק בנזקים, אלא גם בהפרת הכלל של 'אל תמנע טוב מבעליו'.

יתכן שהדברים קשורים להגדרת 'גירי דיליה'. לדעת תוסי' גירי דיליה הוא כאשר הנזק מיידי, והרי זו הגדרה של 'אדם המזיק' (לפעמים בגרמא דגיריה). ולפי זה נראה שהעיקרון הוא שלדעת ר' יוסי

כאשר קנה את הכותל מאת המלך, ואז השתעבדו לו ד' אמות שליד כותלו. ומזה נראה שגם איסור האפלה אינו גדר בנוקי שכנים אלא הוא תוצאה של חזקה שהחזיק בעל החלון בחצר חברו.

### איסור האפלה בפתח חלון על רשות הרבים

נראה שהדברים שאמרנו בשיטת הרא"ש ותוס' מפורשים בשו"ת הרא"ש כלל צט אות ו.

שם נשאל הרא"ש על ידי בנו ר' יחיאל לגבי מי שפתח מרפסת מעל רשות הרבים, וכעת חברו רוצה לפתוח מרפסת לידו ולהאפיל עליו. הרא"ש נוקט שם שאין לו חזקה לחלונו, משום ששכנו לא יכול היה למחות בו על פתיחת החלון. אולם הרא"ש מוסיף שגם ללא חזקה אמור להיות כאן איסור האפלה, שכיון שיש לו חלון ברשות - אסור להאפיל עליו.<sup>21</sup> וזה ממש מה שאמרנו!

וזו לשונו בשו"ת הרא"ש (כלל צט סימן ו):

תשובה: ודאי כן הוא, דכל מקום דאין יכול למחות אין לו חזקה. וגם חזקה לא שייכא הכא, דחזקה במקום שטר עומדת, דעד תלת שנין מזדהר איניש בשטריה טפי לא מזדהר, ונאמן לומר 'קניתי ממך ואבד שטרי'. והכא - ממי יקנה? וגם אין צריך לקנות משום אדם מי שפתח חלון ברשות הרבים. אמנם, צריך לדקדק: ראובן שפתח חלונות - זכה באורה מן ההפקר, כיון שברשות פתח, ומי יוכל לסלקה ממנו?

יש להשוות את הדברים לתשובת הרשב"א (חלק א סימן אלף קלב):

מי שקדם ופתח חלון על רשות הרבים, הרי זה זריז ונשכר, ואין חבירו שבצד השני של הדרך רשאי למנעו, מפני שאינו פותח על רשותו. שהדרך של מלך הוא, וכן רצה - שכל שבא לפתוח על הדרך יפתח, ואינו פותח על רשות חבירו ולא משתמש בשל חבירו כלום. ולפי' אם בא השני לפתוח חלון כנגד אותו החלון - אינו רשאי. שיכול לומר זה: 'אל תזיקנו בהיזק ראיתיך'. וכדרך שבעל העלייה, שהוא בעל האוצר מונע לבעל הבית

---

אין חובת הרחוקת נזיקין מדיני שכנים, אלא רק כאשר יש כאן ממש אדם המזיק חל כאן איסור נזיקין הרגיל. לעומת זאת, לפי רמב"ן הגדרת גירי דיליה היא ש'המזיק מוכן במקומו'. כלומר כבר יש כאן מצב של נזק. אין זו הגדרה של אדם המזיק. משום שההגדרה היא שנוקי שכנים חלים ואסורים כאשר הנזק הוא בוטה ומוחשי.

מכל מקום, יתכן שיש כאן נפק"מ למעשה. האם מותר להאפיל על חלון חברו על ידי נטיעת עץ ליד חלונו? אם איסור האפלה הוא מדין הרחוקת נזיקין - נראה שאין איסור אלא ב'גירי דיליה', ולא באילן שענפיו יגיעו רק לאחר זמן. אולם אם האיסור הוא מחמת החזקה שהחזיק בארבע אמות בחצר חברו - נראה שהחזקה היא מוחלטת ואינה תלויה ב'גירי דיליה'. אולם, לפי מה שחידשנו בדעת רמב"ן נראה שגם כאשר יש חזקה האיסור הוא מדיני התנהלות השכנות, וגם בזה יש משמעות למושג 'גירי דיליה'.

<sup>21</sup> אמנם בסוף דבריו נקט שאם דרך להוציא מרפסות על רשות הרבים הרי זה כפותח חלון על חצר חברו, שמשתמש באויר חברו, ואז אין לו אלא לפתוח חלון בלי כל זכויות.



מלעשות רפת בקר או חנות של נחתומים תחת אוצרו שקדם. אבל אם בא להגביה כותלו - מגביה ואינו נמנע, אף על פי שאין ביניהם ארבע אמות. לפי שזה אומר לו: 'כל מה שאתה משתמש באויר רשותי שלא מדעתי - אינך רשאי'. ואילו היה זה רשאי למחות בידו בשעת פתיחת החלון, ולא מיחה והחזיק בכך שלש שנים, ובא מחמת טענה והחזיק - צריך להרחיק ממנו ארבע אמות. אבל זה שאינו יכול למחות כל שהוא משתמש על רשות הרבים - אין לו חזקה, כמו שאמרו בשילהי חזקת הבתים (נט, א): למעלה מארבע אמות אין לו חזקה ואינו יכול למחות.

בדברי הרשב"א רואים שלמרות שהראשון הוא זריז ונשכר לגבי היזק ראייה, וחברו יצטרך להמנע מלפתוח חלון כנגדו משום היזק ראייה, מכל מקום - איסור האפלה אין לחברו אלא אם כן החזיק. וזה מבואר שלא כדברי הרא"ש, שאין איסור האפלה אלא מחמת חזקה, ולא מחמת עצם מציאות החלון, ואפילו אם הוא ברשות גמורה.

### האחים שחלקו

בפרק השותפין (ז, א) הובא מעשה בשני אחים שחלקו:

הנהו בי תרי אחי דפלגי בהדי הדדי, חד מטייה אספלידא וחד מטייה תרביצא. אזל ההוא דמטייה תרביצא וקא בני אשיתא אפומא דאספלידא. א"ל: קא מאפלת עלי. א"ל: בדידי קא בנינא. אמר רב חמא: בדין קאמר ליה...

הדיון שם בסוגיה הוא אם יש סברה שלא חלקו אלא על דעת שלא יאפיל עליו, ורב חמא אומר שאין זו סברה.

מכל מקום, מדוע אין כאן איסור האפלה מצד דיני שכנים עצמם? לכאורה יש כאן ראייה גמורה שאיסור האפלה איננו תוצאה של דיני נזקי שכנים, אלא רק תוצאה של החזקה שהחזיק בחצר חברו, וכאן אין חזקה. אולם, הרי מראש כשחלקו את ירושת אביהם ירש זה אספילדא וזה תרביצא! וזה קשה על מה שבארנו בדעת הרא"ש ותוס' שאיסור ההאפלה אינו תלוי בחזקה, אלא בעצם העובדה שיש לו חלון ברשות!

אולם, המעיין בתוס' יראה שאין כאן קושיה כלל. תוס' במקום הביאו את פירוש רש"י שמדובר כאן בהאפלה רגילה, כמו במשנה לגבי חלונות, וחלקו עליו: ותימה, שהיה יכול להאפילו עליו שלא יהא לו בטרקלין אורה כלל. ועוד, דמאי קאמר 'באורא לא עלו אהדדי'? פשיטא דעלו נמי באורא, דבית בלא אורה אינו שוה כלום!

תוס' בארו שלא מדובר כאן על האפלה גמורה, אלא על מניעת היכולת לראות את שדותיו דרך התרביצא (כך פירש ר"ת), או שמדובר כאן על האפלה באופן שיש לו

עדיין מספיק אור לשימוש רגיל, אלא שלגבי איספלידא זה נחשב חיסרון, משום ששם אמור להיות אור רב מאוד (כך פירש ר"י).

אם כן, לא זו בלבד שאין כאן קושיה על דברינו, שהרי תוס' פירשו שאין מדובר כאן על האפלה ממש, אלא יש כאן גם סייעתא גדולה לדברינו, שהרי תוס' כתבו שתימה לומר שהיה יכול להאפילו שלא יהיה לו בטרקלין אורה כלל. אם איסור האפלה הוא רק תוצאה של חזקה - מה תימה יש כאן? הלא כאן לא החזיק עליו! נראה, אפוא, שמוכח מתוס' כאן שאיסור האפלה הוא תוצאה של נזקי שכנים!

### חלון של ישראל שקנה מגוי

בטור בסימן קנד מובאת מחלוקת לגבי ישראל שקנה מגוי חצר שפתוח אליה חלונו של ישראל אחר.

המציאות הייתה שבדיני הגויים יכול כל אחד לפתוח חלון על חברו, ומאידיך - יכול כל אחד לבנות כותל בשלו בלי להתחשב בהאפלה על חלון חברו.

הרשב"א פסק שרשאי בעל החצר להאפיל על חברו, משום שאין לו חזקה בחלונו. ואע"פ ששתק הגוי כשפתח את החלון - אין כאן חזקה, משום שלא הייתה לגוי כלל יכולת למחות בו מלפתוח את חלונו (בדיניהם). ממילא אין אפשרות לאסור על ישראל הקונה מן הגוי לבנות כותל בחצרו ולהאפיל על החלון.

הרא"ש פסק שיכול ישראל הקונה לבנות כותל בחצרו, למרות שמאפיל על חלון חברו, משום שישאל הבא מכח גוי הרי הוא כגוי, וסובר הרא"ש שכלל זה נאמר בין לגריעותא ובין למעליותא,<sup>22</sup> שהוא ממש מקבל את כחו המשפטי של הגוי, וכיון שהגוי היה רשאי להאפיל על שכנו הישראל (שהרי בדיניהם אין איסור האפלה) גם ישראל הקונה ממנו מקבל את הזכות הזאת.<sup>23</sup>

מדוע הרא"ש לא אמר את נימוקו של הרשב"א? הרי זהו נימוק פשוט! אם לא היה הגוי יכול למחות בישראל הפותח את החלון - פשיטא שאין כאן חזקה כלל!

נראה לומר שהרא"ש לשיטתו, שאיסור האפלה כלל אינו צריך דיני חזקה בשביל לחול. אם יש לחברו חלון לגיטימי, יש איסור מגדרי נזקי שכנים להאפיל עליו. לכן, כיון שהישראל השכן פתח חלון על חצר הגוי ברשות (שהרי בדיניהם אין יכולת לעכב) - ממילא צריך היה להיות איסור גמור להאפיל עליו גם אם אין כאן דיני חזקות כלל. אלא שבדיניהם אין גם איסור האפלה, וכאן נזקק הרא"ש

<sup>22</sup> והרשב"א נקט שאין לומר כלל זה אלא לגרוע את כחו של ישראל, ולא לתת לו יותר כח, ולכן הוצרך לטעם שאין כאן חזקה כלל.

<sup>23</sup> שיטה שלישית היא שיטת הגאונים (והיא נפסקה בשו"ע חו"מ קנד, יח), שאין אומרים 'ישראל הבא מחמת גוי הריהו כגוי' אלא לגריעותא, ולכן לא יוכל כאן לקבל את כחו של הגוי, ומאידיך נקטו שלא כרשב"א, שאין כאן חזקה ולכן אין איסור האפלה, ולכן נקטו שבאמת אסור לישראל הקונה להאפיל על חברו!

לחידושו, שכיון שהלוקח בא מחמת הגוי הרי הוא מקבל גם את הזכויות המשפטיות של הגוי, ומותר לו להאפיל על חברו.

### עומק נקודת המחלוקת

מה עומד ביסוד המחלוקת בגדרי החזקה כאן? נראה לומר שלדעת הרמב"ם חזקה יוצרת סטטוס חדש של יחסי השכנות.<sup>24</sup> החזקה בחלון יוצרת סטטוס המחייב התחשבות באורה שהחלון נזקק לה, וממילא היא כוללת חזקה בחצר חברו שתספק לו אורה. לעומת זאת, לדעת הרא"ש, חזקה רק מהווה ראיה לקנין שנעשה בעבר, ואין לנו היכולת להגדיל את היקף הקנין מעבר למה שבא לידי ביטוי בחזקה. אם אנו רואים שראובן שתק לשמעון על חלון שפתח הרי זה מוכיח שהוא מכר לו את הזכות לפתוח חלון. אולם אין ללמוד מכאן שהוא מכר לו ד' אמות בחצרו לאורה!<sup>25</sup> כך גם לגבי זיז. העובדה שהזיז קיים שלוש שנים בשתיקת בעל החצר מוכיחה שהוא קיים שם 'לא במקרה'. נעשתה כאן מכירה. אולם אין קיומו של הזיז מוכיח דבר לגבי זכויות שימוש בחצר חברו מתחת לזיז. ובוודאי שאינו מוכיח שעבוד של בעל החצר שלא לבנות מתחת הזיז. הדברים הללו אינם מגדרי החזקה, אלא הם תוצאה משפטית של עצם קיום החלון והזיז, שממילא ישנו איסור להזיק אותם.<sup>26</sup>

### קורה שנפלה

הרשב"א כתב (והובאו דבריו בב"י כמה פעמים), שאם החזיק בסמיכת קורה על כותל חברו ונפלה הקורה לא איבד זכותו, אלא רשאי לסמוך קורה אחרת. יש לעיין אם הרא"ש יסכים לדין זה. שהרי אמרנו שלדעת הרא"ש החזקה היא 'חזקה מתגוננת' ולא תובעת, דהיינו: המחזיק נאמן לומר שמה שיש לו הוא

<sup>24</sup> וראה באריכות בפרק 'חזקת נזיקין ותשמישים' להלן.

<sup>25</sup> הרמב"ם הקצין את הדברים אפילו יותר, שכן במשנה (כב, ב) נאמר: 'זאת הכותל מן המזחילה - ד' אמות, כדי שיהא זוקף את הסולם'. הרמב"ם פירש שכיון שבנה מזחילה וחברו לא מחה בו הרי החזיק ד' אמות בחצר חברו לתיקון המזחילה. כאן אפילו רמב"ן חולק על הרמב"ם ואומר, שאין לראות במזחילה כלל זכות להעמדת סולם בחצר חברו. בחלון אפשר לראות את האורה המשועבדת לו, וכן בזיז אפשר לראות את השעבוד הכלול בעצם קיומו (שלא יבנו תחתיו!!!), אולם קשה לראות בקיומה של המזחילה את הזכות להעמיד סולם לידה בחצר חברו! לכן פירש רמב"ן שמדובר שם כאשר הקנה לו במפורש זכות העמדת סולם לתיקון המזחילה. ונראה שחולקים לשיטתם גם בהבנת החובה להרחיק את הכרס משדה חברו משום 'עבודת הכרס', ואכמ"ל.

<sup>26</sup> יתכן לומר שיש כאן גם מחלוקת לשונית. לדעת הרא"ש המושג 'חזקה' מתפרש כמו: מוחזק. לאחר שלוש שנים הופך המחזיק להיות ה'מוחזק', ובעל דינו נחשב 'מוציא' כאשר הוא רוצה לעקור את הזיז שלו. לכן ברור שהחזקה היא חזקה 'מתגוננת' בהגדרתה. לעומת זאת, לפי דרך הרמב"ם נראה ש'חזקה' היא מלשון חוזק. מי שהחזיק בנזיקין ובתשמישין הופך להיות נקודת המוצא ביחסי השכנות מעתה, ולכן חברו יצטרך להתחשב בו (ואף יוכל מכח זה לתבוע מחברו מניעת שימושים בחצרו), וזהו חוזקו ותקפו של המחזיק.

מוצדק ואיננו גזל, אולם אין לו תביעות מכח זה. ולפי זה יתכן שלא יוכל לתבוע לסמוך קורה מכח חזקתו. ובאמת, כמדומה שראיית הרשב"א לדינו היא מ'אחזיק להורדי אחזיק לכשורי', שהחזקה היא על הזכות העקרונית, ולא על קורה ספציפית, אולם לפי הרא"ש אין משם ראייה כלל, משום שהוא מפרש ששם יש חזקה על עצם הכותל (אפילו על אבניו אם יפול) משום ש'אין קניין למחצה', אבל כאשר החזקה היא רק על תשמיש (כמו במרזב וזיז) יתכן שהיא מועילה ספציפית למה שהשתמש בו, ואם יפול איבד זכותו. אמנם, לפי מה שבארנו לעיל אין סברה לחלק, שהרי בארנו שהרא"ש פשוט אינו רואה בחזקה את השעבוד על חצר חברו, אבל הרי הוא בוודאי רואה בחזקה את הזכות לקיום הזיז, וממילא מכח סברת 'אין קניין לחצאין' מסתבר שקנה את הזכות הזאת לתמיד.

אמנם, אם נרצה לומר שהחילוק בין חזקה מתגוננת לחזקה תובעת הוא עקרוני, ואין בכחה של חזקה לעולם לתבוע ממון אלא רק להחזיק בו (אפשר למשל לטעון שחזקה איננה הוכחה גמורה ולכן אין בכוחה להוציא אלא רק להחזיק) - נראה שנצטרך לומר שהרא"ש חולק על חידושו של הרשב"א בקורה שנפלה, וצ"ע.

### פסק הרמ"א

הרמ"א הביא בסימן קנ"ה את מחלוקת הראשונים אם חזקת נזיקין צריכה שלוש שנים וטענה או לא, ופסק שאינה צריכה. לעומת זאת, בסימנים קנ"ג וקנ"ד לא הכריע במחלוקת זו.

הסמ"ע בסימן קנ"ג כתב שפסיקת הרמ"א היא מכח ספיקא דדינא, ולכן בנזיקין המזיק המחזיק הוא ה'מוחזק', שהרי באים לאסור עליו שימוש בחצרו, אבל בתשמישים המחזיק הוא 'מוציא' שהרי בא להשתמש בשל חברו, ולכן שם לא הכריע הרמ"א שאין צריך שלוש שנים וטענה.

הט"ז והגר"א בסימן קנה חלקו על הסמ"ע, ונקטו בדעת הרמ"א שגם בתשמישים אין צריך שלוש שנים וטענה, ודבריו בסימן קנה מכריעים את המחלוקת שהובאה בסימנים הקודמים. אולם, באמת יש להתפלא, שהרי בדרכ"מ מפורש שנוקט לקולא (שאי"צ שלוש שנים וטענה) מחמת ספיקא דדינא, והמוציא מחברו עליו הראיה. ואם כן, צודקת טענת הסמ"ע!

לפי מה שבארנו יש מקום לומר שלדעת הרמ"א גם חזקת תשמישים היא חזקה 'מתגוננת', כדברי הרא"ש, ועל עצם קיומו של החלון או הזיז או המרזב נחשב בעליו כמוחזק ולא כמוציא, ולכן מכריעים שדי לו בחזקה בזמן מועט (וללא טענה), משום שחברו הוא הבא להוציא ממנו. והאיסור על חברו להאפיל עליו או לקלקל את הזיז והמרזב הוא מדיני נזיקין, והוא חל **כתוצאה** של הפסק הקודם, שכיון שכבר הכרענו שהחלון לגיטימי ממילא יש איסור גמור להאפיל עליו ולהזיק אותו. אבל אם נתפוס את חזקת חלונות וזיז כ'חזקה תובעת', וכשיטת הרמב"ם - קשה לפסוק מספק שהוא יכול לעכב על בעל החצר מלבנות את הכותל! וצריך עיון בזה.

## ד. חזקת תשמישים ונזקים

### מחלוקת הראשונים בתנאי חזקת תשמישים

ישנה מחלוקת גדולה בראשונים בגדר חזקת תשמישים ונזקים. דעת חכמי הצרפתים (רשב"ם, ר"ת, רא"ש וטור) ועימם גם רבנו יונה, הרשב"א, הרא"ה והריטב"א שגם חזקה זו צריכה שלוש שנים וטענה,<sup>27</sup> ואילו דעת חלק מהגאונים, ר"י מיגאש, רמב"ם, יד רמ"ה ורמב"ן שאין צריך שלוש שנים וטענה, וקראו לחזקה זו 'חזקת סבלנות'.<sup>28</sup>

שיטת תוס' וסייעתם ברורה. חזקה מהווה ראיה לאירוע של מכירה שהיה בעבר, ולכן צריך טענה שהיתה כאן באמת מכירה או מחילה. אולם שיטת הגאונים והרמב"ם צריכה עיון רב, שהרי אם אינו טוען טענה - כיצד זכה בנזק או בתשמיש? יש לציין, שגם לגבי חזקת קרקעות שאלה הגמרא (ב"ב כח, ב) מדוע לא תועיל בלי טענה, וכבר התקשו בזה תוס' שם (ד"ה 'אלא מעתה'), ושאלו: כיצד מעלה הגמרא אפשרות שתועיל החזקה בלא טענה, הרי חסר כאן מעשה קנין? ותרצו שני תרוצים: א - כוונת הגמרא רק למי שאינו יודע לטעון משום שירש מאביו, ובאמת יתכן בהחלט שאביו עשה מעשה קניין בקרקע. ב - ההו"א הייתה שעצם שתיקת המערער תחשב כאמירת 'לך חזק וקני', ואכילת הפירות של המחזיק תחשב כקניין חזקה.

לכאורה, תירוץ זה איננו יכול להועיל לגבי חזקת תשמישים, משום שבישיבה בקרקע שלוש שנים עושים גם פעולות של השבחת הקרקע, והן יכולות להוות קניין חזקה, אבל בחזקת תשמישים יש רק שימוש, ולא השבחת הקרקע, ולרוב הראשונים אכילת פירות איננה מהווה קניין חזקה!

### הסבר 'קצות החושן'

עמד על נקודה זו ב'קצות החושן' (בסימן קנג, ונשנו הדברים גם בסימן קפט), וכתב לחדש שכאשר רוצים לקנות רק את השימוש - גם השתמשות מהווה קניין חזקה, ורק כאשר רוצים לקנות את גוף הקרקע אמרו הראשונים שצריך דווקא להשביח את הקרקע.

דברי ה'קצות' הם חידוש גדול בדיני חזקה, אך מלבד זאת - קשה ליישם את דבריו בחזקת חלונות. לגבי חלונות מבואר בגמרא שמי שפתח חלון וחברו שתק - החזיק

<sup>27</sup> שיטת רשב"ם יחודית, שאע"פ שצריך טענה - מכל מקום לפעמים אי"צ ג' שנים אלא די בזמן קצר, כפי שמבואר לגבי 'כשורא דמטלתא', ולפעמים צריך ג' שנים כמו לגבי חלונות. ובטור חילק שהדבר תלוי אם רגילים לעשות שטר למכר כזה או לא, שכאשר אין רגילים לעשות שטר אי"צ שלוש שנים.

<sup>28</sup> ישנה גם דעת ריב"ם בתוס' (כג, א ד"ה 'והא אחזיקו') המצריך שלוש שנים ואינו מצריך טענה, וצריך עיון בהבנת שיטתו, שהרי אם אין צריך טענה בוודאי שאין כאן שטר, ומדוע להצריך שלוש שנים?

לעניין זה שאסור לחברו לבנות כותל בארבע אמות הקרובות לחלון 'שמא יאפיל עליו'. והנה, לשיטות הסוברות שיש כאן חזקה עם טענה אפשר להבין שבעל החלון טוען שעשו קניין על כך. [באמת גם זה אינו פשוט כל כך, משום שצריך להבין - מהו הדבר הנקנה? הלא אין כאן כל שימוש חיובי בחצר חברו! אבל יש לומר שהקנה לו ד' אמות בחצרו לעניין שאסור יהיה לו (למקנה) לבנות בהן כותל<sup>29</sup> (או שמא נאמר שהקנה לו את 'אוויר חצרו' בד' אמות הללו)]. אך לשיטות שאין צריך טענה - קשה מאוד להבין מהו הקניין כאן. האם אפשר לומר שיש כאן קניין חזקה מכח השימוש בחצר חברו? הלא כלל לא השתמש בה! הוא רק פתח חלון! לפי דרך הקצות צריך לומר שעצם פתיחת החלון מהווה שימוש באוויר חצרו של חברו, וממילא זהו קניין חזקה לעניין זכות השימוש הזה. דבר זה נראה לעניין דחוק ביותר!

### חזקה כ'שינוי סטאטוס'

נראה לעניין ששיטת הגאונים והרמב"ם היא בכיוון אחר לחלוטין. הראשונים הגדירו זאת כ'חזקת סבלנות'. נראה לומר שכלל לא מדובר כאן על חזקה המהווה אינדיקציה לדבר נוסף שהיה כאן (הקנאה או מחילה), אלא החזקה בעצמה היא זו שיוצרת את השינוי המשפטי.

נבאר את הדברים: נראה שכל יחסי שכנות מבוססים על ההנחה שבאופן מהותי האדם אינו חי לבד. אדם חי בין אנשים אחרים, וממילא, באופן טבעי הוא חי גם 'בתוך' השכנים שלו. אין אפשרות לסטריליות גמורה. עצם העובדה של יחסי שכנות מחייבת פלישה והתערבות של זה בתוך זה (למשל: יש רעש טבעי שעובר משכן לשכן. ישנם ריחות, וכו' וכו'). במסגרת העובדה הנתונה הזו יש להסדיר ולהגדיר מה מוצדק ששכן יסבול משכנו, ומה לא מוצדק. עיקרון זה בוודאי עולה מדברי ר' יוסי שאמר 'זה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלי', וגם חכמים שהחמירו יותר ממנו מודים שלא כל דבר אפשר למנוע מהשכן.<sup>30</sup> מה נאים בהקשר זה דברי החת"ס (שו"ת ח"ה חו"מ סימן עט)<sup>31</sup> שהמקור להלכות שכנים הוא מן הפסוק 'ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גרו'.

<sup>29</sup> ומצאנו דוגמה לבעלות שאין לה ביטוי חיובי מלבד הגבלת הזולת. כך מסביר ה'נתיבות' את קניין משכון בשעת הלוואתו (בסימן סו ובסימן עב), שהקניין הוא הזכות שלא להשיב את המשכון לבעליו עד שישלם את החוב.

<sup>30</sup> דומני שאפשר לראות דוגמה לדבר בהרחקת תנור (ב"ב כ, ב). יש להרחיק תנור ארבע אמות מן התקרה מחשש שריפה, אולם גם אם הרחיק הריהו חייב אם הייתה שריפה. למרות שבדרך כלל הדין הוא שמי שמר כראוי על האש ופרצה שריפה למרות שמירתו - הריהו פטור! נראה לבאר שמצד גדרי השמירה באמת היה ראוי להרחיק גם יותר מארבע אמות, אלא שאין אפשר לדרוש מאדם זאת, משום שאם כן לא יוכל להדליק תנור בביתו! לכן התירו לו להרחיק רק ארבע אמות, אבל אם הזיק הריהו חייב לשלם. כך הבנתי מהרמב"ן בסוף קונטרס 'דינא דגרמי'.

<sup>31</sup> בשיעורי הרב סולובייצ'יק (סנהדרין ז, ב) הביאו את דברי ר"ח בפירושו לסנהדרין (שם) שנראה מדבריו כן.

לנורמה הזו, של רמת ההתערבות של שכנים זה בתוך זה אפשר לקרוא 'סטטוס קוו'. אולם, הסטטוס הזה יכול להשתנות! כאשר אחד מן השכנים הניח גפת בצד כתלו של חברו, וחברו ראה ושתק - הרי הוא מקבל בזאת את המציאות שנוצרה. נוצר כאן סטטוס קוו חדש ביחסי השכנות, ומעתה יוגדר אופי השכנות כשכנות שיש בה גפת, וממילא השכנים יצטרכו להתחשב בנתון הזה במערכות היחסים שביניהם. כך גם לגבי חלון: כאשר אחד השכנים פתח חלון, וחברו לא מחה בידו - השתנה סטטוס השכנות שביניהם. מעתה ביתו של השני הוא 'בית עם חלון', ויש לכבד זאת! מכאן ואילך חברו כבר אינו יכול לבנות כותל א"כ הרחיק ארבע אמות, כדי שלא יאפיל עליו! ומן הסיבה הזו גופא יכול החבר למחות מעיקרא שלא יפתח חלון, שהרי זה משנה את סטטוס השכנות שביניהם (ומטיל עליו חיובים).

לכן, לדעת הגאונים והרמב"ם אין כלל צורך במעשה קנין שיחיל את הזכויות בנוק או בתשמיש. עצם החזקה היא השינוי!<sup>32</sup> מעתה מערך התביעות בשכנות הוא אחר. כביכול השתיקה הפכה את תביעת פותח החלון למוצדקת. הוא באמת זכאי לחלון, שהרי חברו קיבל עליו את הסטטוס החדש, ומעתה כך ראוי שיהיה.<sup>33</sup>

### האם יש הבדל בין חזקת נזיקין לחזקת תשמישין?

הדברים שהסברנו בשיטת הרמב"ם והגאונים מובנים יותר לגבי חזקת נזיקין, אולם כיצד אפשר להבינם לגבי חזקת תשמישים? האם יש גם סטטוס יחסי שכנות המאפשר לאחד השכנים להשתמש בשל חברו? התשובה המפתיעה היא: כן! זו לשון הרמב"ם בהלכות שכנים (ה, ד):

<sup>32</sup> הדבר בא לידי ביטוי בלשונו של רמב"ן בחידושו ל"ב"ב כג, א. שם דנים הראשונים לגבי קוטרא ובית הכסא שאין להם חזקה. ר"ת אמר שגם ראייה אין להם, כלומר: שגם אם יוכיח בעדים שקנה ממנו לפתוח בית הכסא ברשותו יכול לחזור בו משום שיאמר 'כסבור הייתי שאני יכול לקבל ועכשיו אי אפשר לקבל'. תוס' חלקו עליו, והוכיחו מהלשון 'אין להם חזקה' - הא ראייה יש להם, כלשון הגמרא לגבי חזקת בעל בנכסי אשתו. רמב"ן מביא דעת 'אחרים' שדחו את הראיה הזאת: 'ואחרים אומרים דאפילו במכר לא נעשה כלום ואין בדקדוק לשון חזקה לומר הא ראייה יש, דכיון דהך חזקה לאו חזקה הבאה מחמת טענה הוא, כיון דאמר לית בה חזקה ממילא שמעת דלית בה ראייה דחזקה גופא ראייה היא'.

רמב"ן אומר שכיון שמדובר כאן על חזקה בלי טענה - עצם החזקה היא הראיה, וממילא באמירה שאין להם חזקה אמרו גם שאין להם ראייה. 'חזקה גופא ראייה היא' פירושו שהחזקה איננה רק אינדיקציה למשהו נוסף שהיה כאן (שאו ניתן להוכיח אותו באופן יותר חזק, והוא אולי כן יועיל), אלא שהחזקה היא עצמה ההתרחשות. וממילא אין משמעות להוכחה נוספת על התרחשות זאת. רמב"ן עצמו אינו מקבל דעה זו, ומסביר שגם כאשר אנו רואים את החזקה אין הדבר ברור לגמרי שיש כאן שתיקה של השכן, אלא יתכן שהוא מתכנן לתבוע ועדיין לא הספיק, ולכן בקוטרא ובית הכסא אנו מניחים שכך אמנם קרה, והוא בהחלט מתכנן לתבוע, אבל אם תהיה ראייה על הקנאתו היא תועיל. כלומר, רמב"ן מקבל את המשפט שהחזקה היא גופא הראיה, אלא שבקוטרא ובית הכסא לא ברור כלל שיש כאן חזקה.

<sup>33</sup> אפשר לנסח שיחזקת סבלנות איננה מאורע קנייני אלא מאורע 'משפטי'. השתנה המעמד המשפטי. השתנו כאן (במערכת השכנות הספציפית הזאת) הלכות שכנים עצמן!

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

חלק מהעובדה שאנשים חיים זה עם זה הוא גם הזכות של שכן להשתמש בחצר חברו אם אין בזה כל נזק. אם כן, נאמר גם כאן שגם בסולם גדול (שיש נזק בהנחתו, כמבואר ברמב"ם) - אם שתק השכן כאשר בעל הגג הניח את הסולם החזיק בעל הסולם בהנחתו. כלומר, נוצר ביניהם סטטוס חדש. סטטוס המחייב את בעל החצר במסגרת יחסי השכנות גם לאפשר לבעל הגג הנחת סולם גדול. **יחסי השכנות מגדירים את עצמם מחדש כל הזמן (בהתאם להסכמת הצדדים).**

### קדימה בחלונות

כתב הרמב"ם בהלכות שכנים (ז, א) :

מי שהיתה לו חלון בכותלו ובא חבירו ועשה חצר בצדו - אינו יכול לומר לבעל החלון: 'סתום חלון זה כדי שלא תביט בי'. שהרי החזיק בהיזק זה. ואם בא חבירו לבנות כותלו כנגד החלון כדי שיסור היזק ראייתו - צריך להרחיק את כותלו מכנגד החלון ארבע אמות, כדי שלא יאפיל עליו.

ובהלכה ו כתב :

הרי שפתח חלון לחצר חבירו, ומחל לו בעל החצר או שגילה דעתו שהניחו, כגון שבא וסייע עמו, או שידע הנזק ולא ערער - הרי זה החזיק בחלון, ואינו יכול אח"כ לחזור ולערער עליו לסתום. וכיצד דינה של חלון זה שהניחה לפתחה? אם ראשו של אדם יכול ליכנס ממנה או שהיתה למטה מארבע אמות אף על פי שאין ראשו נכנס ממנה - אין בעל החצר יכול לבנות כנגדה או מצדיה אלא א"כ הרחיק ארבע אמות כמו שביארנו.

הלכה ו היא הדין המופיע במשנה (ב"ב נח, ב) שלחלון הצורי יש חזקה (ולדעת הרמב"ם היא נעשית על ידי שתיקת הניזק, ובלי טענה), וממילא אסור להאפיל עליו. אולם הלכה א היא הלכה מחודשת: הרמב"ם מחדש שגם **קדימתו** של בעל החלון לבעל החצר מועילה לו שלא תהיה כנגדו טענת היזק ראייה, וגם שיהיה אסור להאפיל עליו.

מניין למד זאת הרמב"ם? נראה לומר שכך פירש את משנת בפרק שני (כב, א) :

החלונות, בין מלמעלן בין מלמתן בין כנגדן - ארבע אמות.

היה נראה לרמב"ם דוחק להעמיד את המשנה במי שהחזיק בחלון על ידי פתיחתו באיסור, ולכן העמיד את המשנה בחלון שקדם לחצר חברו.

בכל אופן, צריך לבאר את טעמו של הרמב"ם. מדוע תועיל קדימתו של החלון לחצר? לגבי היזק ראייה הדברים ברורים, שהרי אם הדבר המזיק הונח בהיתר גמור (מה שמכנה הגמרא בדף יח 'בלוקחי') - אין הוא צריך להרחיק את עצמו. אולם, קשה להבין את איסור ההאפלה של בעל החצר!



לביאור השאלה יש להקדים הקדמה בגדרי איסור האפלה. ניתן לפרש איסור זה בשני אופנים:

א. זהו דין בנזקי שכנים. כאשר יש לחברו חלון אסור לשכן 'לקלקל' את החלון על ידי האפלה.

ב. זוהי חזקת תשמישים. מי שהחזיק בפתיחת חלון על חברו החזיק בזאת גם בארבע אמות בחצר חברו שנשתעבדו לו לצורך האור והאוויר של חלונו. מה שנקרא בראשונים 'חזקת אורה'.

לפי אופן א דברי הרמב"ם מובנים, שכיון שכבר יש לו חלון אסור לשכן הבא לאחר מכן וקונה חצר לידו 'לקלקל' לו את החלון על ידי האפלה. אולם לפי אופן ב, הדברים קשים: איך אפשר להחזיק בארבע אמות בחצר חברו כאשר עדיין החצר הזו אינה שייכת לחברו? האם ניתן להחזיק ארבע אמות בשטח הפקר? אמת, אפשר לקנות את השטח בקניין חזקה, אך כאן כלל לא נעשה קניין כזה!<sup>34</sup>

אמרנו שלפי אופן א דברי הרמב"ם מובנים, אולם הרמב"ם עצמו אומר במפורש כאופן ב! בהלכה ו כתב הרמב"ם שאיסור האפלה הוא תוצאה של דיני 'חזקה'. יתרה מזאת, בהלכה א כתב הרמב"ם מפורש שאם החלון קדם לנוכחות בעל החצר 'החזיק' בעל החלון, ולכן אין להאפיל עליו!

אנו רואים, אפוא, שהרמב"ם מגדיר את הקדימה של בעל החלון לחצר כחזקה. דבר זה מלמד שאין מדובר כאן על חזקה כביטוי לכך שקנה ממישהו את השימוש בחצרו, אלא החזקה היא הגדרה של מצב היחסים בחצר. הסטאטוס המשפטי שלה. כאשר החלון קדם ורק לאחר מכן קנה בעל החצר שטח לידו - הסטאטוס המשפטי הוא שיש כאן כבר חלון. זוהי נקודת המוצא של יחסי השכנות, ובה יש להתחשב, וממילא אסור להאפיל עליו. במקביל, גם כאשר החצר קדמה לחלון, ואז הסטאטוס המשפטי הוא שאין כאן חלון, ואי אפשר להפר את הסטאטוס הזה (הן מחמת היזק ראייה והן מחמת איסור האפלה שיווצר בעקבות החלון) - מכל מקום, אם הסטאטוס הופר על ידי בעל החלון, ובעל החצר שתק ולא מחה - הריהו מאשר בזאת את הסטאטוס החדש שנוצר בחצר, וקובע שזו הופכת להיות חצר עם חלון, ויש להתחשב במצב זה. זהו המכנה המשותף לקדימה ול'חזקת סבלנות'. שניהם מגדירים את הסטאטוס שבין השכנים בחצר.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> אם נאמר כ'קצות החושן' שקונה את השימושים בחזקה על ידי השימוש, ונחדש עוד כאמור לעיל שפתיחת חלון לשטח נחשב כשימוש בו ומהווה קניין חזקה - האם נאמר שמי שיזכה בשטח הזה יוגבל בשימושי השטח (גם שימושים אחרים מעבר לאיסור לבנות כותל) כיון שבעל החלון החזיק בשימושים?

<sup>35</sup> בהמשך נראה שהרמב"ן, אע"פ שגם הוא מקבל את סברת הסטאטוס, מכל מקום, אינו מקבל אותה אלא כאשר החזיק בשתיקת שכנו, אבל קדימה לדעתו אינה מעלה ואינה מורידה. לסברתו סטאטוס יכול להיווצר רק בהסכמת שני הצדדים. אולם, לדעת הרמב"ם הקדימה מגדירה מראש את הסטאטוס הבסיסי של השכנות.

## חזקה למחצה

במשנה נאמר שלחלון המצרי אין חזקה. אולם ברמב"ם (וכן ברמב"ן) אנו מוצאים חידוש. הוא מפרש שמה שנאמר במשנה מתייחס לחזקת האפלה, כלומר: שבחלון המצרי לא יחול איסור האפלה גם אם שתק (שהרי אין לו חזקה), אולם לעניין עצם קיומו של החלון יש חזקה, ולא יוכל שכנו לתבוע את סגירת החלון משום היזק ראייה.<sup>36</sup> כך כתב גם הרמב"ן בדעת הסוברים שיש חזקה להיזק ראייה.

לעומת זאת, הרא"ש חלק על כך, וכתב בפסקיו (בבא בתרא ג, עג):  
 וראיתי מפרש דכל הני דאמרי דאין לו חזקה היינו לענין זה שאין נמנע מלבנות כנגדו, אבל אין יכול לכופו לסתור מפני היזק ראייה, כיון שכבר החזיק. ולא מיסתבר לי, כיון דאין לו חזקה - למה לא יאמר לו 'סתור', כיון דזימנין אית ליה היזק מיניה?

נראה שמחלוקתם תלויה בהבנה הכללית של גדר חזקה. לדעת הרא"ש החזקה היא רק אינדיקציה למשהו נוסף שהיה כאן - לקנין. לכן הוא אינו מקבל את פסקו של הרמב"ם. ממה נפשך: אם חזקה של שלוש שנים בחלון מצרי מהווה ראייה שהיה כאן קנין - הרי זו חזקה גם שלא להאפיל על החלון. ואם היא איננה מהווה ראייה לקנין - מדוע לא יצטרך לסגור את חלונו? הרי הוא מזיק בהיזק ראייה! אולם, לפי הרמב"ם החזקה היא סטאטוס חדש שנוצר ביחסי השכנות, ועצם החזקה יוצרת את הדין. לא בתור ראייה למשהו נוסף שקרה, אלא החזקה עצמה משנה את המצב המשפטי בין השכנים. לכן מסתבר לומר שאם השכן שתק על חלון מצרי הרי קיבל בזאת את מציאות החלון המצרי, ולא יוכל לתבוע את סגירתו. הטענה שלא מחה משום שאין זה חלון קבוע - איננה רלוונטית לעניין סגירת החלון. סוף-סוף קיבל עליו את הנזק של חלון שאינו קבוע, ומדוע יבקש לסגור אותו? אלא שהוא יכול לומר שקיבל עליו רק את עצם מציאות החלון, אבל לא קיבל עליו גם ד' אמות בחצרו שישתעבדו לחזקת האורה של שכנו, בשונה מחלון הצורי, שהוא גדול וקבוע - בו השתיקה על פתיחת החלון מהווה קבלה של זכות אורה בחצר ושעבוד ד' אמות לחברו.

## מחאה כדי שלא יחזיק

במשנה הנ"ל בסוף פרק 'חזקת הבתים' (ב"ב נח, ב) נאמר:  
 חלון המצרית - אין לה חזקה, ולצורית - יש לה חזקה.  
 ישנה מחלוקת גדולה בראשונים באיזה חלון מדובר כאן.  
 דעת הרא"ש (ובעקבותיו רמב"ן ורשב"א) שאין חזקה להיזק ראייה כלל. לכן מעמיד רמב"ן את משנתנו בחלון שאין בו היזק ראייה, משום שהוא פתוח לחורבה או לגג. כל החזקה שנאמרה כאן מתייחסת רק לאיסור האפלה. לעומת זאת, ר"י מגאש,

<sup>36</sup> כמובן שלשיטות שאין חזקה להיזק ראייה אין משמעות לפסק זה.

רמב"ם ורא"ש סוברים שיש חזקה להיזק ראייה של חלון (ורק להיזק ראייה של חיוב מחיצה בחצר אין חזקה), ומדובר כאן על חלון שיש בו היזק ראייה. דעת ר"י מיגאש וסייעתו ברורה. כאשר פתח חלון שיש בו היזק ראייה היה על השכן למחות בו (משום הנזק), ומדלא מחה - החזיק בעל החלון, וממילא גם יהיה איסור האפלה.

אולם, לפי הרי"ף - קשה להבין. הלא לבעל החורבה או הגג אין כל נזק בפתיחת החלון, ומדוע היה צריך למחות? ואם לא היה לו במה למחות - אין ראייה משתיקתו! שהרי אין חזקה בלי יכולת מחאה! רמב"ן עונה על כך, שהיה לו למחות בחברו על פתיחת החלון כדי שלא יחזיק עליו. כלומר: הבסיס למחאה (שמשמעותה - מניעת פתיחת החלון) הוא החשש שמא חברו יחזיק עליו בחלון זה, ואז לא יוכל לבנות בארבע אמותיו של החלון.

הרא"ש בפרק שני (ס"א-ב) תמה על סברא כעין זו שהביא שם בשמו של רבנו יונה. רבנו יונה אמר שיכול למחות בחברו מלהניח גפת בחצר אע"פ שעדיין אין כותל, שמא יחזיק בעל הגפת שלוש שנים ויטען שיש לו הזכות להשאיר את הגפת. הרא"ש תמה: הלא החזקה היא תולדה של יכולת המחאה, ואם לא יוכל למחות - ממילא לא תהיה חזקה! ומדוע מתיר לו רבנו יונה למחות כדי שלא יחזיק? אין כל חשש שיחזיק! אותה קושיה קשה גם על רמב"ן אצלנו!

באמת, קושיה חזקה יש כאן. אולם נראה שלפי סברת ה'סטאטוס' הדברים מובנים מאוד. עצם שינוי הסטטוס הוא עצמו יוצר את השינוי המשפטי. ממילא, ברור שברגע שאחד השכנים שינה את סטאטוס השכנות שביניהם מוטל על שכניו למחות בו, ואם אינם מוחים - הריהם מקבלים עליהם את המצב החדש. לכן, בהחלט, עצם החשש משינוי הסטאטוס מאפשר להם למחות כאשר נעשית פעולה בשטח, אע"פ שאין בה כל נזק כעת, משום ששינוי הסטאטוס הוא עצמו הנזק. אמנם, כאן אנו נדרשים לדייק יותר בתוך גדר סברת ה'סטאטוס קווי', וכנראה שישנם שני סגנונות לומר אותה. ניכנס להבחנה זו דרך המחלוקת על חזקה להיזק ראייה בחלון.

### **מחלוקת הרי"ף והר"י מיגאש אם יש חזקה להיזק ראייה בחלון**

כפי שכבר ראינו נחלקו הרי"ף והר"י מיגאש אם יש חזקה להיזק ראייה בחלון. הרי"ף הוכיח את שיטתו מהמשנה הראשונה של המסכת. שם מבואר ששותפים שחלקו את החצר יכולים לכוף זה את זה לבנות כותל. הרי"ף התקשה, הלא יש להם חזקה להיזק זה את זה בהיזק ראייה! אלא על כרחנו לומר שאין חזקה מועילה להיזק ראייה כלל (מפני שהוא כקוטרא ובית הכסא).

ר"י מיגאש<sup>37</sup> דחה את הראיה. הוא אומר ששם השותפים לא מחו כל הזמן זה בזה משום שעדיין לא נתברר חלקו של כל אחד, וממילא לא יכול היה כלל לתבוע בניית כותל. ועוד, כאשר שניהם מזיקים זה את זה אין קושיה על אף אחד מהם מדוע לא מחו בחברו. ועוד, שכל שלא עשה מעשה אקטיבי אין לראות בשתיקת חברו קבלה של העניין.

לכאורה טענות הר"י מיגאש מסתברות (בפרט הטענה הראשונה)! מדוע בכל זאת הר"י ראה כאן ראייה לשיטתו? נראה לומר שלדעת הר"י חזקת ה'סטטוס' נוצרת מעצם שינוי המצב בחצר. עצם העובדה שכרגע החצר עם חלון מגדירה שכך הם יחסי השכנות מכאן ואילך. המציאות - יש לה משקל, אלא שזכותו של הצד הנפגע לומר שהוא איננו מסכים לשינוי המציאותי שנעשה כאן, והוא דורש את השבת המצב לקדמותו. זוהי זכות שוללת. המציאות היא שהסטטוס כבר השתנה, אלא שזכותו של הנפגע למחות על עצם המציאות הזאת, ולדרוש את תיקונה, משום ש'לאו כל כמיניה' של שכנו לשנות את המציאות שביניהם בעל כרחו. אולם אם הוא קיבל את המציאות שנוצרה, גם אם יש לו הסברים רבים מדוע לא מחו - סוף-סוף הוא לא מחו! וממילא המציאות יצרה את הסטטוס שביניהם.

לעומת זאת, הר"י מיגאש סובר ששינוי סטטוס השכנות אינו משתנה מכח המציאות עצמה, אלא מכוח ההסכמה שבין השכנים, ולכן אם לא ברור שישנה הסכמה חיובית של השכן לשינוי שנעשה אין כאן כל התחלה של 'חזקת סבלנות'. השתיקה היא זאת שיוצרת את שינוי הסטטוס, ולכן כל עוד ישנם הסברים לשתיקה אין כאן כלל חזקה.

כעת נחזור למחאה על מנת שלא יחזיק. ראינו שלפי רמב"ן ישנה 'חזקת אורה' (איסור האפלה) בחלון גם אם אין בו היזק ראייה, משום שהשכן היה צריך למחות כדי שחברו לא יחזיק עליו בחלון. וזה מוכרח עפ"י שיטתו בעקבות הר"י שאין חזקה להיזק ראייה, וממילא מוכרחים לפרש את המשנה על 'חזקת חלון' בחלון שאין בו היזק ראייה. אולם ר"י מיגאש פירש את המשנה בחלון שיש בו היזק ראייה, וכשיטתו, שיש להיזק ראייה חזקה. ונראה שגם כאן הדברים מתאימים לשיטותיהם, שהרי לפי ר"י ורמב"ן אמרנו שהחזקה נוצרת בעקבות המציאות עצמה, אלא שיש למערער זכות למחות על המציאות הזאת, ולכן אפשר להגדיר שעצם שינוי המציאות דורש מן המערער למחות, שהרי 'גזלו' ממנו את הסטטוס המשפטי שהיה לו (ויצרו בעל כרחו 'חזקת אורה'), ולכן עליו למחות כדי לבטל את מה שנעשה כאן. אולם לפי ר"י מיגאש 'חזקת סבלנות' איננה תוצאה של המציאות עצמה, אלא של השתיקה וההסכמה, ולכן הוא מחפש את הסיבה שהיתה אמורה לגרום לצעקה, ורק אז העדר הצעקה מהווה הסכמה שבשתיקה לסטטוס החדש

<sup>37</sup> בב"ב ב, ב; נח, א.

שנוצר. דבר זה קיים דווקא בחלון שיש בו היזק ראייה, שאז בעל החצר היה אמור למחות על עצם פתיחת החלון. אולם, אם אין בחלון כלל היזק ראייה לא הייתה כאן כלל סיבה למחאה, ולכן אין ראייה מן השתיקה לכך שיש כאן הסכמה ליחזקת אורה'.

## ה. סוגיית 'חרדל'

### הקדמה

הסוגיית נקראת סוגיית 'חרדל', אך למעשה דין חרדל ודבורים אינו אלא הראייה העשירית והאחרונה שמובאת בסוגיית הגמרא המבררת את מחלוקת אבבי ורבא בשאלה אם מותר לשכן לסמוך שימוש מזיק או מגביל לרשותו של חברו בשלב שבו עדיין לא קיים ברשותו של חברו דבר שייזק מסמיכה זו. בהמשך הדברים נעסוק באריכות בראייה זו. אולם, נראה שבאופן יסודי יש בסוגייה זו מחלוקת עקרונית בין תוסי' לרמב"ן, שבאה לידי ביטוי בכמה וכמה מקומות לאורך רצף הסוגיית כולה.

נראה שלפי תוסי' היכולת לסמוך לפני שיש ניזק היא 'זכות משפטית'. כלומר, כאשר הראשון סומך הריהו 'תופס' בזאת את הזכות לבור בשדהו, ולכן מועילה קדימתו. לעומת זאת לפי רמב"ן זוהי דרך התנהלות, שלא מוטל על הראשון לחשוש שחברו ירצה גם הוא לעשות בור.

להלן נראה כיצד באה מחלוקת זו לידי ביטוי בכמה מחלוקות פרטיות בין תוסי' לרמב"ן בהסבר הראיות שהובאו לאורך הסוגיית.

### רפת קודמת לאוצר

בראייה השביעית שהובאה בסוגיית, הגמרא הוכיחה מהמשנה להלן (כ, ב) בדין רפת בקר תחת האוצר שמועילה קדימה, ותרצה - 'דירה שאני'. והנה, לגבי רפת בקר מצאנו (שם) שאב"י הסתפק מה הדין כאשר 'כיבד וריבץ לאוצר'. כלומר, אין ממש אוצר אבל יש כבר התחלה של אוצר. משמע מזה שאם גם זה עדיין לא נעשה אף שידוע שהבעלים רוצה לעשות שם אוצר - תועיל קדימת הרפת. רואים מזה, שהקדימה היא קדימה 'משפטית'. כלומר, מי שקודם - זוכה. האם כך היא גם דעת אב"י בהיתר סמיכת בור לשדה חברו? - בדברי רמב"ן נראה שלא! רמב"ן להלן (כו, א) הביא דברי ר"י מיגאש הסובר שכאשר השדה אינה עשויה לבורות (ואז גם רבא מתיר לסמוך) מותר לסמוך גם אם ידוע שבעל השדה רוצה לחפור שם בור. רמב"ן חלק עליו שם:

וזה הדין כמה הוא רחוק, שיאמר אדם לחברו: 'לא תטע שדך או אזיקך'.  
ודברים הללו לא נאמרו אלא בענין הבא לסמוך בצד המצר שאין חברו רוצה

לחפור בור עכשיו. אבל בבא לחפור - לא היו דברים מעולם, שבכל ענין מעכב על המזיק שלא יזיקנו בגריה.

מבואר ברמב"ן שכל ההגדרה של שדה שאינה עשויה לבורות היא הגדרה פרקטית. בשדה כזאת אין לחשוש שחברו ירצה לחפור בור. אולם כאשר ידוע שהוא רוצה לחפור בה בור - אין משמעות לקדימה.

אפשר לטעון שרמב"ן אומר זאת רק בדעת רבא, אבל לשיטת אב"י הקדימה כן מועילה מצד עצמה.<sup>38</sup> אולם, בלשון רמב"ן בסוגייתנו נראה כך גם בדעת אב"י, כפי שנבאר.

בהמשך הסוגיה מוכיחה הגמרא שמותר לסמוך מכך שצריך להרחיק כרם ארבע אמות 'כדי עבודת הכרם'. ומשמע שלולא זה לא היינו אוסרים אע"פ שהשורשים עלולים להזיק בהמשך גם אם כרגע אין דבר הניזק. רש"י שם פירש שמדובר על נזק של השורשים לבור עתידי או לחרישת השדה. ועל כך כתב רמב"ן:

ומה שכתב רש"י ז"ל בקושיין: 'הא לאו משום עבודת הכרם סמך, ואף על גב דסופו שיתפשטו ויזיקו בין לעכב המחרישה בין לחפירת בור' - אינו נכון לפי דעתו. שאם לעכוב המחרישה - לכולי עלמא אמאי סומך? הרי הנזק מצוי מעכשיו, שהרי אינו יכול לחרוש שדהו, והיינו עבודת הכרם ממש, והיינו אילן סמוך לבור, דשדה בלא חרישה - אי אפשר, אבל בלא בור - אפשר.

משמע מלשונו שאם אי אפשר היה לשדה בלי בור, היה אב"י אוסר לסמוך! מדוע? נראה שהטעם פשוט: משום שאז ברור לנו שהוא עתיד לחפור בור, וממילא כבר אין היתר לסמוך!<sup>39</sup>

אם כן, נראה שלפי רמב"ן גם אב"י יצטרך לומר 'דירה שאני'. גם לדעתו רק ברפת בקר התירו 'לתפוס' לפני בעל האוצר ולפתוח רפת בקר, אך בכל שאר נזקי שכנים מותר לסמוך רק אם לא ידוע שהשכן מתכוון להעמיד את הדבר הניזק.

אולם, תוס' חולקים על כך! הגמרא הביאה על התירוץ 'דירה שאני' ראייה מברייתא מפורשת: 'דייקא נמי, דתני עלה: אם הייתה רפת בקר קודמת לאוצר - מותר'. כלומר, דווקא ברפת בקר חילקו בכך. תוס' שם אומרים:

דיקא נמי דקתני כו' - ולאב"י לא קשיא האי 'דייקא', דלא משמע ליה שיהא חידוש בשאר טפי מבדירה.

<sup>38</sup> אם כי בפשטות נראה שבשדה שאינה עשויה לבורות רבא מודה לדברי אב"י שנאמרו בשדה העשויה לבורות, ולא שיש כאן שתי סברות היתר אחרות לחלוטין.

<sup>39</sup> אמנם, גם כאן יש לדחות, שכוונת רמב"ן לומר שאם אי אפשר לשדה בלי בור - ממילא מי שמונע אפשרות חפירת בור הריהו כמזיק את השדה עצמה, ונמצא שהניזק כבר קיים בפועל. אולם, טענה זו לא כל כך ברורה, שהרי ניתן לחפור את הבור במקום אחר, וממילא לא נכון להגדיר שמניעת חפירת הבור בסמוך למיצר היא היזק השדה!

כלומר, לפי אביי הסיוג של הברייתא שאם הייתה רפת בקר קודמת לאוצר מותר<sup>40</sup> איננו סיוג פרטי, אלא נאמר לגבי כל ההרחקות שבמשנתנו. מבואר, אפוא, שלדעת אביי אין לומר כלל 'דירה שאני!' אם כן, מוכח מזה שבתוספות הבינו שבכל ההרחקות התיר אביי 'לתפוס' ראשון כדי שלא יצטרך להרחיק, אע"פ שידוע שגם הצד השני מתכוון להעמיד את הדבר הניזק!

מהי סברת ההיתר? - נראה שלדעת תוס' ההיתר נובע מכך שאין על הסומך 'שם מזיק'. אדרבא, הסומך הוא נקודת המוצא ביחסי השכנות כאן, והניזק שבונה לידו כותל הריחו מזיק את עצמו. לפי זה יובנו היטב דברי אביי בסוגיא, כפי שנבאר.

ר' יוסי ורבנן נחלקו אם על המזיק או על הניזק להרחיק את עצמו, כאשר אין 'גירי דיליה'. נראה שלדעת ר' יוסי כל עוד אין מדובר על נזק ישיר אין למזיק 'שם מזיק', שהרי הוא בסך הכל 'נוטע בתוך שלו', ועצם עובדת השכנות של שני אנשים כוללת בתוכה מחירים שעליהם לשלם על כך. משום כך, בעל הבור יאלץ לסבול את נוכחותו של האילן לידו, ועל הניזק להרחיק את עצמו. אם איננו רוצה להיזק - יתכבד ויסגור את בורו. חכמים סברו שגם בזה יש לבעל האילן 'שם מזיק'. אמנם, גם ר' יוסי מודה שאם מדובר על נזק ישיר ('גירי דיליה') - אין להיתמם, אלא יש על המזיק 'שם מזיק' לגמרי, וממילא עליו להרחיק את עצמו.

אביי חידש שכאשר עדיין אין ניזק כלל - גם רבנן יודו שאין כאן כלל 'שם מזיק', שהרי אין עדיין ניזק. זו הסיבה שמוותר לסמוך (וסברת ההיתר היא כעין דברי ר' יוסי: 'זה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו', וכאן גם רבנן מודים לר' יוסי).

לעומת זאת, נראה שרמב"ן סובר שגם לדעת אביי אין יכולת 'לתפוס' את הזכות להזיק, אלא שכאשר הוא בא לחפור בור איננו צריך לעשות את החשבון של מה שעתידי שכלנו לעשות, גם אם זו שדה העשויה לבורות. אולם, כאשר באמת ידוע שהשכן מתכנן לחפור שם בור גם אביי יודה שהראשון חייב להרחיק. ורבא סבר שהראשון צריך לעשות את חשבון האפשרויות של השני, וכאשר ישנה סבירות שהוא עתיד לחפור בור - יש להתחשב בכך. אולם, בשדה שאינה עשויה לבורות - אין צורך לחשוש שיחפור בה בור. (אלא אם ידוע שמתכנן לחפור בור, שאז צריך להרחיק גם בשדה שאינה עשויה לבורות).

מדוע לפי רמב"ן מועילה לאביי הקדמתו לעניין שלא יצטרך להרחיק לאחר שיחפור גם השני את בורו? - נראה שהתשובה היא ש'לא אטרחוהו רבנן'. כיון שעשה בהיתר, לא הצריכו אותו לטרוח ולהרחיק את עצמו.<sup>40</sup>

<sup>40</sup> כעין זה כתב ברבנו יונה.

## הראייה מגפת

במסגרת הראיות נגד רבא הביאה הגמרא (בניסיון השלישי) מלשון המשנה הראשונה שמשמע שמותר לסמוך גפת כאשר עדיין אין כותל כנגדה.

הראשונים התקשו,<sup>41</sup> הרי בגפת לא קיימת הטענה של 'כל מרא ומרא דקא מחית מרפית לה לארעאי', ואם כן גם רבא לכאורה יתיר לסמוך!

תוס' (יז, ב ד"ה 'מרחיקין') תרצו שרבא הוסיף טענה זו רק לפי ר' יוסי, אבל לפי רבנן אין צורך לטענה זו. ובאמת קושיית הגמרא מבוססת על ההנחה שהמשנה של גפת נכונה גם לפי רבנן.<sup>42</sup>

אולם, רמב"ן (יח, א ד"ה 'הא דאקשינן') תירץ תירוץ נוסף. רמב"ן חידש שלפי שיטת ר"ח שגם גפת היא 'גירי דיליה' הקושיה כאן קיימת גם לפי ר' יוסי. ואע"פ שכעת בוודאי אין כאן 'גירי דיליה' שהרי אין כאן ניזק כלל - מכל מקום, כאשר הניזק יבנה את כותלו תחשב הגפת כמזיקה ב'גיריה דיליה' (של הגפת, לא של האדם), ולכן אסור לסמוך כבר כעת גם לפי ר' יוסי.

מדוע תוס' לא קיבלו הסבר זה? לפי מה שבארנו, הדברים פשוטים. ר' יוסי ורבנן נחלקו האם כאשר אין גירי דיליה יש 'שם מזיק'. אב"י חידש שגם לפי רבנן אין 'שם מזיק' כאשר עדיין אין ניזק כלל. רבא חלק עליו בשתיים:

א. בדעת רבנן הוא איננו מקבל את החילוק של אב"י.

ב. בדעת ר' יוסי הוא מחדש שכאן יש **כבר עכשיו** 'שם מזיק' משום הנזק של הקרקע. אולם, בוודאי שאם כרגע אין 'שם מזיק' אפשר 'לתפוס' את הזכויות, ולהפוך אותן לנקודת המוצא ביחסי השכנות, והשני יצטרך להרחיק את עצמו.

לעומת זאת, לפי רמב"ן גם אב"י לא אמר שאפשר 'לתפוס' את הזכויות. הוא רק אמר שאין צריך לחשוש לבור (או לכותל) שאולי יעשה חברו בהמשך, ואילו רבא סבר שצריך לחשוש. כאשר אנו חוששים, עלינו לדון על הגדר המשפטי שיהיה לגפת בשעת בניית הכותל, ואז היא בהחלט תהיה 'גיריה דיליה'.

## הראייה מחרדל

בדיון הסוגיה לגבי חרדל אפשר לראות כמה הבדלים בין תוס' לרמב"ן. בסוגיה ישנן שתי גירסאות באופן הבאת תירוץ של רבינא 'קסברי רבנן על המזיק להרחיק את עצמו', שהנפ"מ ביניהן היא בשאלה אם תירוץ של רבינא בא להשלים את תירוץ של רב פפא לשיטת רבא או לחזור ממנו. נתחיל מגירסת ר"ח **אלא** אמר רבינא (שלפיה נדחה התירוץ הקודם של רב פפא - 'בלוקח').

<sup>41</sup> ראה (יז, ב) תוד"ה 'מרחיקין': 'ואם תאמר: אכתי מאי פריך לרבא...!'

<sup>42</sup> ויתכן שר' יוסי כלל אינו מסכים לה אם נאמר שגפת איננה כלל 'גירי דיליה', ונחלקו בזה ר"ח ורש"י.



### גירסת ר"ח

תוס' פירשו את הגירסא 'אלא אמר רבינא' כחזרה של רבא והודאה לדברי אביי. לפי הבנה זו, גם רבא מודה שמותר לסמוך, ורק בבור אסר משום סברת 'כל מרא ומרא'. איך רבינא ניסח זאת? 'אלא אמר רבינא קסברי רבנן על המזיק להרחיק את עצמו'. כלומר, כאשר אין ניזק עדיין - אין על המזיק 'שם מזיק'. וזה ממש מה שבארנו בדעת תוס'.

לעומתם, רמב"ן פירש (עפ"י ר"י מיגאש) שרבא מסכים שמותר לסמוך גפת (וחרדל וכו') באופן זמני, וכאשר יהיה כאן ניזק - ירחיק המזיק את עצמו.<sup>43</sup> לפי זה פירוש דברי רבינא הוא שרק כאשר הוא ממש יהיה מזיק עליו להרחיק את עצמו, אבל בינתיים איננו חייב להרחיק את עצמו.<sup>44</sup> אם כן, אין כאן כלל הגדרה שכיון שקדם אין הוא נחשב 'מזיק' לעולם. אדרבא, לדעת רבא הוא בהחלט נחשב מזיק ויתחייב להרחיק את עצמו. [נכון שלפי אביי לא יצטרך להרחיק את עצמו,<sup>45</sup> ובארנו שילא אטרחוהו רבנן, אך מכל מקום לפי רמב"ן לא נאמר בגמ' הביטוי 'על המזיק להרחיק את עצמו' כנימוק להצלחת הקדימה. ולפי תוס' זה כן מה שנאמר בגמרא].

### לפי גירסת רש"י

גם לפי הגירסה השניה ('אמר רבינא, בלי 'אלא') יש הבדל יסודי בין תוס' לרמב"ן: מוסכם על כולם שרבינא בא לחדש שלמרות שהמזיק קדם ברשות (בלוקח, כפי שהסביר רב פפא) - עליו להרחיק את עצמו. 'קא סברי רבנן על המזיק להרחיק את עצמו - גם אם הוא קיים ברשות'. אולם, בהמשך הסוגיה יש הבדל בין תוס' לרמב"ן.

הגמרא התקשתה מדוע לר' יוסי אין בעל החרדל צריך להרחיק ותראה:

...והכי קאמר להו רבי יוסי לרבנן: תינח משרה וירקא, דהני מזקי הני והני לא מזקי הני, אלא חרדל ודבורים - תרווייהו מזקי אהדדי. ורבנן? דבורים לחרדל לא מזקי ליה, אי בבינתא - לא משכחא ליה, אי בטרפא - הדר פארי.

**תוס'** פירשו שהמקשן 'שכח' שלר' יוסי תרווייהו מזקי אהדדי, ולכן סבר שהמזיק צריך להרחיק אפילו אם הוא ברשות, והתרצן משיב שתרווייהו מזקי אהדדי, ולכן השני הוא זה שצריך להרחיק את כל ההרחקה. לעומת זאת, לפי **רמב"ן** כל הזמן ידענו שלפי ר' יוסי תרווייהו מזקי אהדדי, אלא שעדיין חשבנו ששניהם יצטרכו

<sup>43</sup> ואין חוששים לסברה שאין המזיק רוצה לעמוד עימו בדינא ודיינא.

<sup>44</sup> אולי גם אפשר לומר יותר בעומק. על המזיק להרחיק את עצמו אע"פ שקדם (אין מדובר כאן ב'לוקח' אלא בסומך לפני שיש ניזק), וקדימתו אינה מועילה לו להחזיק בנוק, וממילא מותר לו להקדים. אם הייתה קדימתו מועילה לו להחזיק - היה שכנו רשאי לעכב עליו שלא יסמוך, אבל כיון שאין זה מועיל לו כלל - אין יכול לעכב עליו. וכך משמע בדברי הרמב"ן שם יעו"ש.

<sup>45</sup> אגב, בר"י מיגאש עצמו נראה שגם לפי אביי יצטרך להרחיק את עצמו, ורק בבור הקלו חכמים משום שאי אפשר להזיזו, ואולי גם ברמב"ן אפשר לפרש כך, וצריך עיון בזה.

להרחיק חצי ההרחקה כל אחד. והתוצרן השיב שבאמת כך הוא הדין, אלא שכל עוד בעל הדבורים איננו מרחיק גם בעל החרדל אינו מרחיק. מהי נקודת המחלוקת?

לפי תוס' יש משקל לקדימה - מי שקדם הפך להיות נקודת המוצא בשכנות. אמנם, לפי גירסה זו אין לקדימות משקל רב, שהרי אפילו אם המזיק קדם ברשות הוא עדיין נקרא מזיק. עם זאת, כאשר שניהם מזיקים זה את זה - השני יקרא 'מזיק' והראשון לא. כלומר, לפי גירסה זו למזיק יש 'שם מזיק' גם אם הוא קדם. סוף-סוף הוא המזיק וחברו הניזק. אולם, אם שניהם מזיקים זה את זה - אז נכון לומר שמי שקדם הוא הנתון, ורק לחברו הבא לסמוך לידו יש 'שם מזיק'. לעומת זאת, רמב"ן סבר שאין כל משקל משפטי לקדימות. אם שניהם מזיקים זה את זה - עליהם להרחיק כל אחד חצי ההרחקה.<sup>46</sup>

### בהבנת אביי

גם בהסבר הראשונים למשנת חרדל אליבא דאביי ישנם הבדלים בין תוס' לרמב"ן.

בסוגיה מבואר שאביי מסביר היטב את משנת חרדל ודבורים, ואינו זקוק לשום אוקימתא.

תוס' בארו שלאביי כו"ע מודים שיתרווייהו מזקי אהדדי, ודעת רבנן מובנת, שכיון שהראשון סמך ברשות (שהרי מותר לסמוך לאביי), השני צריך להרחיק כל ההרחקה.<sup>47</sup> לעומת זאת, ר' יוסי סובר שכיון שהראשון עשה 'קצת שלא כהוגן'<sup>48</sup> במה שסמך רשאי גם השני לסמוך ואינו צריך להרחיק כלל. [ורק בבור הצריכו את השני להרחיק הכל מפני שמזיק בורו של חברו בידיים].

ברמב"ן שני הבדלים:

א. הוא לא ביאר שלרבנן תרווייהו מזקי אהדדי, אלא רק החרדל מזיק לדבורים (כך נראה מריהטת דבריו אע"פ שאינו מפורש). כלומר, בשביל

<sup>46</sup> באופן כללי, עצם הגירסה הזו, האומרת שלפי רבא על המזיק להרחיק את עצמו גם אם סמך ברשות איננה מתאימה כל כך לרעיון של 'שם מזיק' ושל 'תפיסת הזכויות בשכנות'. אכן, תוס' אינם נשארים בגירסא זו אלא מקבלים את גירסת ר"ח (לעומת רמב"ן, שלא הייתה לו בעיה עם הגירסה הזו, ולכן השאיר את הסוגיה עם שתי גירסאות אפשריות). אולם, גם במסגרת הגירסא הזו סוברים תוס', שלפחות כששניהם מזיקים זה את זה - יש משקל לקדימות להגדרת 'שם מזיק'.

<sup>47</sup> וכפי שכבר ראינו תוס' פירשו בגירסת ר"ח שזוהי משמעות הלשון 'על המזיק להרחיק את עצמו'. השני הוא המזיק!

<sup>48</sup> מדוע זה קצת שלא כהוגן? יש מקום לומר לפי מה שנתבאר לעיל שלדעת תוס' אביי התיר לראשון 'לתפוס' את הזכויות גם אם יודע שחברו מעוניין לחפור בור, ואז יש כאן קצת שלא כהוגן. לעומת זאת, לרמב"ן כל סיבת ההיתר היא משום שאינו צריך לחשוש שחברו יעשה גם הוא ואם כן אין כאן כלל שלא כהוגן (ואם ידע שחברו רוצה לעשות - באמת אינו רשאי כלל לסמוך גם לאביי!).

לבאר מדוע השני מרחיק הכל נקט רמב"ן שרק הוא המזיק ולכן עליו להרחיק, אבל אם תרווייהו מזקי אהדדי - לא היה אומר שירחיק השני את הכל.

ב. רמב"ן באר אחרת את ההבדל בין בור לבין חרדל ודבורים לדעת ר' יוסי. כאמור, תוס' בארו שלר' יוסי באופן עקרוני רשאי השני לסמוך משום שהראשון עשה 'קצת שלא כהוגן', ורק בבור אסרו עליו לסמוך משום שמזיק בורו של חברו בידיים. רמב"ן מבאר בשני אופנים שונים:

1. גם בבור, השני צריך להרחיק רק שלושה טפחים ולא שישה (שאע"פ שהתרנו לחברו לסמוך, אין זו סיבה להפיל את הרחקת חברו עליו), ובחרדל אין טעם להרחיק חצי ההרחקה, שכיון שהדבורים מצליחות להגיע לחרדל - אין משמעות לחצי ההרחקה.

2. בחרדל ודבורים תרווייהו מזקי אהדדי בכל שעה, וכיון שכך - גם אם הראשון איננו צריך להרחיק, שהרי סמך בהיתר, גם חברו אינו צריך להרחיק. לעומת זאת, בבור הנזק הוא בשעת החפירה (כל מרא ומרא), ונזק זה כבר קרה, ולכן כעת רק השני הוא המזיק ולכן עליו להרחיק.

בתירוץ הראשון של רמב"ן אנו רואים שגם אם הקדמתו של הראשון מועילה לו - אין היא יוצרת מציאות משפטית חדשה, אלא רק פוטרת אותו מן ההרחקה, אבל חברו ירחיק רק חצי ההרחקה. דבר זה עצמו כבר מגדיר שהקדימה איננה משנה את ההגדרות של 'שם מזיק', אלא רק פוטרת מן ההרחקה.

גם התירוץ השני, אף שהוא דומה לכאורה לתירוץ תוס' - אין הדבר כן. תוס' התירו לשני לסמוך כיון שהראשון עשה 'קצת שלא כהוגן'. לפי רמב"ן, לא זהו המדד, אלא דווקא הנתון ששניהם מזיקים כעת. אבל בבור, שהראשון אינו מזיק כעת (אע"פ שכשחפר את הבור יתכן בהחלט לומר שהוא עשה 'קצת שלא כהוגן') - רק השני מרחיק. כלומר, לפי תוס' יש לקדימות משקל ליצירת 'שם מזיק' על השני, אלא שכיון שהראשון לא נהג לגמרי כהוגן - מותר גם לשני להזיקו. לפי רמב"ן יש כאן שאלה אובייקטיבית מיהו המזיק? אם בפועל כעת שניהם מזיקים - בפשטות על שניהם להרחיק חצי ההרחקה כל אחד, אלא שלא חייבו את הסומך הראשון להרחיק (לא אטרחוהו רבנן), וכיון שכך - לא חייבו גם את השני להרחיק.

## סיכום והשוואה לסוגיית חזקת חלונות

### מחלוקת תוס' ורמב"ן

באופן כללי, אנו רואים כאן מחלוקת יסודית בין תוס' לרמב"ן. לפי תוס' יש לקדימות משקל משמעותי בהגדרת 'שם מזיק'. לעומת זאת, לפי רמב"ן ההגדרה של מזיק וניזק היא הגדרה פשוטה ואובייקטיבית, ואיננה קשורה כלל לקדימות.

ההגדרה הזו עומדת, לכאורה, בניגוד למה שבארנו בפרק על חזקת חלונות. שם רצינו לטעון שלרמב"ן תמיד יש לבחון תשמישו של מי הוא נקודת המוצא ביחסי השכנות, וחברו יאלץ להתחשב בו, וזהו פירושו של המושג 'חזקת סבלנות'. ואילו לתוס' אין מושג של 'נקודת מוצא', אלא החזקה תמיד בנויה על טענה שהייתה ממש מכירה המקנה את הזכות להזיק או להשתמש. לכאורה, כאן הגישה היא הפוכה לחלוטין!

נראה שאין הדברים סותרים. לדעת תוס' הגדרת 'מזיק' אכן בנויה על השאלה לטובתו של מי נוטה נקודת המוצא בשכנות, וחברו יאלץ להסתדר בהתאם לנתונים אליהם הוא מגיע. אולם, תוס' סוברים שנקודת המוצא היא רק תוצאה של קדימות. מי שקדם - לא יוכל להיות מוגדר כמזיק. אולם, אם המזיק הוא השני - אין הוא יכול להפוך ל'נקודת המוצא' גם אם חברו שתק, כיון שסוף-סוף הוא הפולש והמזיק כאן! רק טענת מכירה תוכל להועיל במקרה כזה. גם בתשמישים יסברו תוס' שאין כלל משמעות לקדימה, משום שהקדימה רק יכולה לומר שהמזיק איננו פולש לתחום חברו, אבל היא איננה מקנה לו שום זכויות שאין לו.

לעומת זאת, לדעת רמב"ן כל המושג של חזקת סבלנות בנוי על כך שבשתיקת הצד השני הופך המחזיק להיות 'נקודת המוצא' של יחסי השכנות, ומעתה יגזרו כל יחסי השכנות בהתאם לכך. אולם, נראה שרמב"ן סובר ש'נקודת מוצא' כזו נוצרת רק על ידי הסכמת הצד השני, אך עצם הקדימה (ללא הסכמה) איננה בהכרח מועילה כאן. הלא קדימה זו בעצמה היא הפרה של ה'סטטוס קווי' שבין הצדדים! ואפילו ב'לוקח', ששם הקדימה איננה הפרה של סטטוס השכנות (מפני שלא היתה כלל שכנות) - מכל מקום, ברגע שנוצרו יחסי השכנות מוגדר שפלוני מזיק לאלמוני, וזו בעיה שיש לתקנה.<sup>49</sup> רק כאשר בתוך מסגרת יחסי השכנות נוצר סטטוס מסוים (והניזק לא התנגד אליו, אלא שתק) יש בכוחו להגדיר מחדש את יחסי השכנות.

#### **דעת הרמב"ם ור"י מיגאש**

אמרנו שלפי רמב"ן אמנם יש משקל גדול לנקודת המוצא של יחסי השכנות, אך נקודת מוצא זו נוצרת דווקא על ידי 'חזקת סבלנות'. כלומר, נדרשת הסכמה שבשתיקה לשינוי הסטטוס קווי, ולא באמצעות קדימה גרידא. אולם, בדעת הרמב"ם בארנו בפרק על 'חזקת חלונות' שהקדימה עצמה נחשבת ל'חזקה', כפי שנראה מדבריו בפ"ז הלכה א משכנים. לפי זה, לכאורה, לא מובן מדוע רבא אוסר לסמוך? הלא הסומך הראשון הופך לנקודת המוצא, וממילא חברו יצטרך להתחשב במציאות שנוצרה! נראה שלפי ר"י מיגאש הדברים מבוארים היטב:

<sup>49</sup> לפי הגירסא של 'אמר רבינא', ללא 'אלא', ורמב"ן לא הכריע בין הגירסאות.

ראינו שלפי ר"י מיגאש בשדה שאינה עשויה לבורות מותר לחפור בור גם אם ידוע שהשני מתכנן לחפור בשדהו בור. ראינו שרמב"ן חלק על כך, וסבר שאם השני מתכנן לחפור כאן בור הרי זו שדה העשויה לבורות. טענתנו היתה שיש בדבר מחלוקת בין רמב"ן לתוס' אף בדעת אב"י, ורמב"ן יסבור שגם לאב"י אין לסמוך אם ידוע שהשני מתכוון לחפור כאן בור, ואילו לדעת תוס' אב"י יתיר זאת, משום שהוא מגדיר שמי שקדם הוא נקודת המוצא ביחסי השכנות ואין עליו 'שם מזיק'.

אולם, בר"י מיגאש נראה שההדגשה שלו היא בהגדרת 'שדה שאינה עשויה לבורות'. לדעתו, החילוק בין שדה העשויה לבורות לבין שדה שאינה עשויה לבורות הוא חילוק עקרוני. רבא מסכים לעיקרון של אב"י שכאשר הניזק עדיין אינו קיים אין על המזיק 'שם מזיק' כלל, והרי זה גרוע מאילן ובור, אלא שרבא סובר שבשדה העשויה לבורות כבר יש ניזק, שהוא השדה עצמה! הניזק קיים לא רק בחפירת בור שבה יש 'כל מרא ומרא', אלא גם בהנחת גפת ורחיים. עצם הנחתם הופכת את השטח שלידם לשטח שאינו ראוי לכותל (ואע"פ שאפשר לסלקם אח"כ - על זה נאמר: 'לא בעינן למיקם איתך בדינא ודיינא'. כלומר, השדה הפכה להיות אינה ראויה לכותל אח"כ תופעל תביעה משפטית, וזה עצמו כבר מהווה פגיעה במעמד השדה). אולם, דבר זה ניתן להיאמר רק בשדה העשויה לבורות. בשדה שכזו עצם הפיכתה ל'אינה ראויה לבורות' הוא נזק עכשווי. אולם, אם השדה כבר מראש אינה עשויה לבורות - אין לראות במניעת הבורות ממנה נזק עכשווי. היא כלל אינה מיועדת לכך! לכן שם רבא מתיר לסמוך, וגם אם ידוע שהשכן מתכוון לחפור בור - אין זה משנה, משום שהגדרת השדה היא 'אינה עשויה לבורות', ואין כאן כל נזק לשדה עצמה. לבור שעתיד להיחפר - אין כלל איסור להזיק, משום שבאופן עקרוני גם רבא מודה שמותר לסמוך!

אם כן, לדעת ר"י מיגאש והרמב"ם באמת הקדימה מהווה 'החזקה' לא פחות מ'חזקת סבלנות', אלא שסמיכה בשדה העשויה לבורות כלל איננה נחשבת לקדימה, אלא זה כבר נזק ממשי שנעשה לשכן. אכן, בשדה שאינה עשויה לבורות באמת מותרת הסמיכה גם לפי רבא, משום שהסומך הראשון 'מחזיק' בבורו מכח עצם הקדימות.

### סיכום שיטות הראשונים בסוגיית סמיכת שימוש מזיק

לפי תוס' יש משקל לקדימה בהגדרת 'שם מזיק'. אין לה משמעות ליצירת סטטוס קוו וכו', משום שאין כלל מושג כזה לפי תוס'. אלא שהראשון אינו מוגדר כמזיק. לפי ר"י מיגאש ורמב"ם הקדימה היא 'חזקה', והיא גופא הטעם של 'חזקת סבלנות'. הקדימה מגדירה את הראשון כנקודת המוצא של השכנות, וממילא היא יוצרת סטטוס קוו של יחסי השכנות. כך גם 'החזקה' שנוצרת על ידי סבלנות ושתיקת השכן.

לפי רמב"ן ישנה סברת הסטטוס קוו, אולם רק על ידי שתיקת הצד השני. עצם הקדימה איננה נותנת 'זכויות' להיות נקודת המוצא לדיון. אין נקודות מוצא.

השכנים עצמם הם אלו שצריכים להגדיר את נקודות המוצא בשתיקתם והסכמתם.

## ו. סיכום שיטות הראשונים בגדרי יחסי השכנים

### הקדמה

בפרק זה נבקש לאסוף ולתמצת את העקרונות שנתבארו בפרקים הקודמים (בתוספת נופך), ולחבר הכל למארג אחד. כהקדמה לכך, נראה שראוי להציג חמישה מושגים שפגשנו בסוגיות, ולאחר מכן ננסה לסדר את היחס ביניהם לפי כל אחת מהשיטות.

- א. **קדימה** - היות המזיק נוכח כאן עוד לפני שלניזק הייתה כאן בעלות כלל.
- ב. **סמיכה** - המזיק קדם לחפץ הניזק, אף על פי שלא קדם לבעלותו של הניזק בחצר.
- ג. **חזקת נזקין ותשמישים**.
- ד. **דין 'לוקח'** - המזיק הניח דבר בחצרו, ולאחר מכן מכר את חציה (שבו הדבר הניזק) לאדם אחר. או לחילופין מכר את החצי שבו נמצא הדבר המזיק ושייר את החלק עם הדבר הניזק.
- ה. **אחים שחלקו** - אין להם זה על זה חלונות וכו'.

### שיטת הריב"ש

ריב"ש (שו"ת סי' שכב; ובעקבותיו הלך הנהגיבות בסימן קנ"ה ס"ק י"ג) סידר את הדברים כך: לגבי סמיכה נחלקו אביי ורבא, ולהלכה נקטו תוס' שמותר לסמוך (ורבא מודה לאביי), וש"א"ר נקטו שאסור לסמוך. אולם לגבי קדימה אין כלל מחלוקת, שכיון שהניזק בא לאחר שהיה כאן המזיק אין לו טענות כלל ו'איהו הוא דאזיק אנפשיה', ולכו"ע מועילה קדימה (וגם בקוטרא ובית הכסא).

אמנם, מצאנו שיטת רש"י (ורמב"ן לפי גירסת רש"י) שגם ב'לוקח' על המזיק להרחיק את עצמו, ולכאורה גם שם הניזק הכניס את עצמו לסיטואציה של נזק על ידי המקח! על כך עונה ריב"ש שבמקח האומדנא היא שהמקח נעשה על דעת שימשיכו לנהוג בחצר כאילו כולה שייכת לאותו אדם, וכשם שהוא היה מסלק את הנזק בעבור עצמו, כך גם לאחר המכירה יש לסלק את הנזק. כלומר, באמת החיוב שם אינו מדיני נזקי שכנים אלא מגדרי מקח וממכר. ריב"ש מביא ראיה לדבריו מסוגיית אחים שחלקו, ששם מבואר שאין חובה על בעל החלונות לסגור חלונותיו, כיון שהאח שזכה בחצר 'אזיק אנפשיה' בכך שלקח את החצר ואין לו תביעה על אחיו.

סברת הריב"ש ב'לוקח' מחודשת מאוד, וגם לא משתמעת בלשון רש"י המבאר - 'על המזיק להרחיק את עצמו ואפילו עשה ברשות'. משמע מאוד שהוא חיוב מדיני נזיקין, שעל המזיק להרחיק את עצמו בכל מצב! כך נראה גם מבאור תוס' בדעת רש"י, שהתקשו מדוע באילן אין אומרים שגם אם עשה ברשות יצטרך לעקור את אילנו, ותירצו שכיון שיש כאן נזק גדול לא אטרחהו רבנן. לפי סברת הריב"ש היו צריכים לומר כאן חילוק באומדנות של הקונה והמוכר, שמן הסתם לא מכרו אדעתא דהכי שיצטרכו לעקור האילן. אולם, תוס' לא כתבו כך! נראה, אפוא, שלדעת רש"י החיוב להרחיק ב'לוקח' הוא חיוב מדיני נזקי שכנים. כלומר, אע"פ שהניזק גרם לעצמו את הנזק בכך שבא לגור ליד המזיק, מכל מקום יש לו תביעה על המזיק להסיר את נזקו. מדוע? משום שהאמירה 'אל תגור ליד' איננה רלוונטית. זכותו של כל אדם לגור ליד המזיק, וזכותו לתבוע שלא יזיקו אותו.<sup>50</sup> אם כן, נלע"ד לומר שהשאלה אם קדימה מועילה לפטור מחובת ההרחקה שנויה במחלוקת בין הרמב"ם לרש"י ורמב"ן, ובעצם היא תלויה בשאלה אם גורסים בסוגית חרדל 'אלא'.<sup>51</sup>

ננסה לברר את שיטות הראשונים ביחס שבין חמשת המצבים שהובאו לעיל, וכמדומה שיש כאן לפחות ארבע שיטות עיקריות: רשב"א, ר"י מגאש ורמב"ם, רמב"ן, תוס' ורא"ש.

### שיטת הרשב"א

כתב הרשב"א בתשובה (חלק א סימן אלף קלב):

שאלתם: שני בתים בשני צידי רשות הרבים, ואותו דרך הרבים אינו רחב ארבע אמות. וקדם האחד ופתח חלון בכותלו שעל הדרך וכנגד אויר בית חבירו. ואחר כך עמד השני ורצה להגביה כותלו ומאפיל על אותו החלון. ובעל החלון מעכב על ידו מפני שמאפיל עליו. והשני אומר לו בשלי אני בונה הדין עם מי.

תשובה: תחלת כל הדברים, אני צריך להקדים לכם הקדמה, כדי שלא תסתפק מחשבה שום חולק על מה שאני כותב לכם בעקר הדין הזה. והוא, שכבר ידוע שאין אדם רשאי לשעבד במעשיו קרקעו של חבירו שלא מדעת חבירו. שאם הוציא זיזין או מרזב או מזחילה או שפתח חלון על חצר חבירו - לא עשה ולא כלום, ויכול למחות בידו. ואפילו לא מיחה והחזיק שלש

<sup>50</sup> לפי הריב"ש יצא שהמשנה המחייבת שכנים לבנות כותל בין חצרותיהם עוסקת רק בשכנים שקנו יחדיו את החצרות (או בשותפים שחלקו את החצר), אבל אם אחד מהם קנה לפני שכנו - התביעה לבנות את הכותל תחול רק על הקונה השני! אמנם, המשנה פותחת 'השותפים' שרצו לעשות מחיצה' וכו', אך לאור המתבאר בגמרא ולדברי כל הפוסקים שהכריעו כל"ב שהיזק ראייה שמיה היזק, יש בדברי הריב"ש חידוש גדול מאוד, שלא מצאנו אחרים שאמרו אותו!

<sup>51</sup> אמנם, ישנה גם דעת רבנו יונה שגרס 'אלא' אך באר כעין דברי הריב"ש שמדובר בשני לקוחות, וכאשר המוכר מכר להם דעתו הייתה שיסירו את הנזק.

שנים - אין לו חזקה, כל שלא בא מחמת טענה, וכדעת רבותי והוא העיקר. ופעמים שהוא משעבד קרקע של חברו במעשיו, ואין חברו יכול לעכב על ידו. כיצד? הבית והעלייה של שנים, וקדם בעל העלייה ועשה אוצר בעלייתו - אין בעל הבית רשאי לפתוח תחתיו חנות של נחתומין ולא לעשות אותו רפת בקר. נמצא שבקדימתו של זה נשתעבד ביתו של זה, ולפיכך צריכין אנו לדעת ההפרש שיש בין שני אלו. והוא, שכל שהוא מזיק את חברו במעשיו או שמוציא זיז וכיוצא בו בקרקע של חברו - בדין הוא באמת שיאמר לו: 'לאו כל כמינך שתשתמש בקרקע שלי, ולא שתזיקני בגירי דידך, או אפילו בלא גירי' למר כדאית ליה, והיינו דקאמר מרזב וכיוצא בו. אבל כשאינו מזיקו כלל ולא משתמש בשלו כלום - כל מה שהוא רוצה לעשות בשל עצמו יעשה. והיינו קדימת אוצר וכיוצא בו, לפי שהוא יכול לומר לו: 'אוצרי בשלי הוא ואין אוצרי מזיקך. ומה שאתה צריך להרחיק חנות של נחתומין מתחת אוצרי - לא מחמת שנשתעבד שלך לשלי אלא שאינך רשאי להזיקני'. וכן כשקדם החנות או הרפת לאוצר - אין יכול בעל העלייה לעכב על ידו כדי שלא יפסיד עלייתו שלא לעשותה אוצר, לפי שזה אומר: 'בשלי אני עושה ועכשו איני מזיקך בכלום. ואם אתה חושש לנזקך - הרחק עצמך שלא תעשה אוצר בעלייתך'. ואלו דברים ברורים הם.

ואם כן, יש כאן מקום שאלה: אחר שהדבר כן, מי שקדם ופתח חלונותיו על חצר חברו למעלה מד' אמות ולהכניס אורה - קדם וזכה בעל כרחו של חברו. וצריך חברו להרחיק ממנו ארבע אמות, שהרי אינו מזיקו בפתיחת חלונות של מעלה מארבע אמות. וכשבא זה לבנות כנגדו יהא חייב להרחיק, כדי שלא יאפיל עליו ויזיקנו, כדרך שאמרו באוצר ורפת בקר וחנות של נחתומין. ותשובת הענין הזה: מפני שחלון זה לוקח מאויר חצרו של זה ומשתמש בו, ואינו רשאי להשתמש בשל זה שלא מדעתו. מה שאין כן באוצר, שאינו משתמש בשל בעל הבית כלל.

הנקודה הבולטת ברשב"א היא שהוא כלל אינו מבחין בין נזקים לתשמישים. לדידו השאלה היא אחת: האם אדם יכול לשעבד את חצרו של חברו בעל כרחו או לא? אפילו לפתוח אוצר מעל חברו, ובכך למנוע ממנו לפתוח שם רפת בקר - גם זה נקרא אצל הרשב"א שעבוד חצרו של חברו!

גם בתשובתו, אין כוונת הרשב"א לחלק בין תשמישים לנזקים, שהרי לגבי פתיחת חלון הוא מחלק בין פותח חלונו על חצרו של חברו לבין פותח חלונו לרה"ר, אלא החילוק העיקרי הוא בין העושה בתוך שלו ומשעבד בזה את חצרו של חברו, לבין הפולש לתוך של חברו ומשעבד את חצרו. לדעת הרשב"א, אדם יכול לשעבד את חצרו של חברו אם הוא עושה בתוך שלו, אבל אם הוא 'פולש' לתוך רשותו של חברו - אינו רשאי לשעבד בזה את חצרו של חברו. לכן, חלון על חצר חברו אינו יכול לשעבד את חברו, שהרי משתמש באויר חצרו, אבל חלון על רשות הרבים יכול לשעבד את חצר חברו.



לאור דברי הרשב"א נראה לבאר שבוה בדיוק נחלקו אביי ורבא. לדעת אביי מותר לסמוך נזיקין אע"פ שזה 'ישעבד' את חצרו של חברו (שהרי ימנע ממנו מלהשתמש בחצרו) - משום שאין כאן 'פלישה'. כיון שעדיין אין כאן דבר הנזק אי אפשר לראות את הדבר המזיק כיפולש' לחצר חברו, שהרי הוא נמצא בחצר המזיק וכלל אינו מפריע לחצר הנזק. לעומת זאת, רבא סבר שגם זה נקרא 'פלישה' כיון שהוא כבר עכשיו 'שולח' לחצר הנזק גורמי נזק שבעתיד עלולים להפריע לו בחצרו, וכיון שזו 'פלישה' - אינו יכול לשעבד בכך חצרו של חברו.

גם רבא מודה שבשדה שאינה עשויה לבורות מותר לסמוך. מדוע? - משום ששם אין 'פלישה'. כאשר השדה כלל אינה מעותדת לחפירת בורות, אין לראות את מי שסומך בור בצידה כפולש, כיון שגם במחשבה לעתיד - אין כאן כל נזק, וממילא אין זו 'פלישה'. לכן בשדה שאינה עשויה לבורות יש כח בסמיכתו לשעבד את חצרו של חברו, וחברו יצטרך להרחיק את בורו.

ראינו שהרשב"א אסר לפתוח חלון לחורבת חברו, משום שאין בכחו לשעבד את חצר חברו על ידי 'פלישה' (ופתיחת חלון על אויר חצר חברו היא פלישה). לפי מה שבארנו כעת, נראה שאם חורבת חברו אינה עומדת להבנות - אין לראות כאן פלישה, ולא יוכל לעכב עליו מלפתוח. בדברי רבנו יונה אכן נראה כך, שהרי כשנימק את דעתו שאין לפתוח חלון לחורבת חברו כתב ש'סתם חורבות עומדות להיבנות', ולכן אסור לפתוח את החלון. משמע שאם אינן עומדות להבנות - מותר יהיה לפתוח את החלון! אמנם, יתכן שהרשב"א כאן יאסור באופן גורף, משום שעצם השימוש באויר חברו הוא הפלישה כאן, ואין זה קשור כלל לנזק שיגרם לחברו. וצ"ע בזה.

### שיטת ר"י מיגאש והרמב"ם

ההגדרות לפי הרמב"ם נראות די דומות לעקרון שראינו ברשב"א, אבל יש הבדלים משמעותיים ביניהם.

ברמב"ם מצאנו את העיקרון של הקדימה, בין לגבי נזיקין ובין לגבי תשמישים, כפי שמבואר בהלכות שכנים בתחילת פרק ז:

מי שהיתה לו חלון בכותלו, ובא חבירו ועשה חצר בצדו - אינו יכול לומר לבעל החלון שתום חלון זה כדי שלא תביט בי, שהרי החזיק בהיזק זה. ואם בא חבירו לבנות כותלו כנגד החלון כדי שיסור היזק ראייתו צריך להרחיק את כותלו מכנגד החלון ארבע אמות כדי שלא יאפיל עליו.

כאן אנו מוצאים שהקדימה משמעותית בין לעניין היזק ראייה ובין לעניין איסור האפלה.

לכאורה, הדברים מקבילים לדברי הרשב"א. מי שקדם לחברו - הרי הוא עושה בשלו, ולא בשל חברו, וממילא יכול לשעבד את חצר חברו. אולם, נראה שאין כאן ממש הקבלה. המושג 'קדימה' אינו נכון אלא אם לחברו עדיין לא הייתה כאן

בעלות כלל כשפתח זה את החלון. אולם, סמיכת נזיקין (שנחלקו בה אב"י ורבא) איננה קדימה. הרמב"ם לא אמר שאדם יכול לשעבד את חצרו של חברו. הוא אמר שאדם יכול לייצר נקודת מוצא, ומי שיגיע לידו יצטרך להתחשב בה.<sup>52</sup> אולם, אם חברו כבר קיים כאן - אין יכולת לשנות את נקודת המוצא בלי לשאול אותו! כלומר, בדברי הרמב"ם הללו אין כל הסבר לשיטת אב"י המתיר לסמוך נזיקין, משום ששם כבר קיים גם הניזק, אלא שכרגע אין עדיין נזק, ואין זה קשור למה שאמר הרמב"ם כאן.

בהמשך לכך, נראה יותר שהרמב"ם יסבור בסוגיית סמיכת נזיקין כדעת רבו הר"י מיגאש. בדברי הר"י מגאש (בשטמ"ק לסוגיית חרדל) מבואר שגם אב"י התיר לסמוך רק עד לזמן שיהיה כאן נזק, אולם ברגע שיבוא חברו לשים את הדבר הניזק - יצטרך המזיק להרחיק את עצמו! כך גם פירש הר"י מיגאש את מסקנת רבינא 'אלא אמר רבינא: קסברי רבנן על המזיק להרחיק את עצמו'. כלומר, רבא גם הוא מתיר לסמוך נזיקין, אלא שכאשר יגיע הניזק לידו - יצטרך המזיק להרחיק את עצמו. כל מחלוקת אב"י ורבא היא רק בבור, שאב"י אמר שכיון שהתירו לו לסמוך כל עוד אין שם ניזק, לכן לא אטרחוהו להרחיק גם לאחר שבא הניזק (כיון שההרחקה כרוכה בהרסת הבור הקיים). לעומתו, סובר רבא שאסרו עליו מלכתחילה לסמוך מטעם זה, שהרי כשיבוא חברו לחפור את בורו יהיה קשה לראשון להרוס את בורו שלו. אבל בשאר הנזקים מודים שניהם שמותר לסמוך כשאין ניזק, וכשיבוא הניזק - יצטרך להרחיק,<sup>53</sup> משום שכבר הייתה לחברו כאן שדה העשויה לכתלים גם בשעה ששם כאן את הגפת, ואין הוא נחשב 'קודם' לחברו.

### מחלוקת ר"י מיגאש ורמב"ן בדין שדה שאינה עשויה לבורות

בשדה שאינה עשויה לבורות מודה רבא שמותר לסמוך, ומצאנו בעניין זה מחלוקת יסודית בין ר"י מיגאש לרמב"ן. בהמשך פרק שני (כו, א) נאמר בגמרא שצריך להרחיק בין אילנות לאילנות שתי אמות, ובין אילנות לגפנים ארבע אמות. ר"י מיגאש כתב שכאשר באים שניהם לנטוע בבת אחת צריכים לחלק ביניהם את ההרחקה. אם שניהם נוטעים אילנות ירחיק כל אחד אמה. ואם זה נוטע אילנות וזה נוטע כרם - בעל האילנות ירחיק שלוש אמות ובעל הכרם ירחיק אמה (משום

<sup>52</sup> וראה בפרק על 'האחים שחלקו', שרצינו לומר לפי הרמב"ם שכל איסורי שכנים מיוסדים על האיסור לשנות את סטטוס השכנות שבין השכנים, ולכן מי שקדם הוא זה שזכה להגדיר את הסטטוס, וחברו יאלץ ליישר קו לפיו.

<sup>53</sup> לעני"ד הפשט הפשוט בפסיקת הרמב"ם הוא כר"י מיגאש, משום שהרמב"ם ממש התעלם מסוגיית חרדל, ורק כתב שבבור אסור לסמוך, כדברי רבא. אבל לא כתב זאת ככלל לגבי כל הנזיקין! מאידך, דחוק לומר שסובר שאין כלל איסור סמיכה משום שקיי"ל כר' יוסי, ולשיטתו מותר לסמוך נזיקין. אבל לפי הר"י מיגאש הכל כלול בדבריו, משום שהאמירה 'מרחיקים את הגפת מן הכותלי מתפרשת היטב. דווקא כאשר יש כותל - מרחיקים, אבל כל עוד אין כותל - מותר לסמוך, אלא שברגע שיהיה כותל - מרחיקים מיד את הגפת מן הכותל, ואפילו שהגפת קדמה לו.

שמצדו אין צורך אלא בהרחקה רגילה של שתי אמות, ואותה הוא חולק עם בעל האילן, וכיון שמצד האילן יש צורך בהרחקה גדולה יותר הריהי מוטלת על בעל האילן). אולם אם השדה אינה עשויה לנטיעת גפנים - אין בעל האילנות צריך לקחת על עצמו את ההרחקה הנדרשת מגפנים (ארבע אמות) אלא רק את ההרחקה הנדרשת מאילנות (וכל אחד ירחיק אמה), משום שבשדה שאינה עשויה לבורות אין צורך להרחיק.

רמב"ן חולק על ר"י מיגאש וטוען שכל ההיתר בשדה שאינה עשויה לבורות הוא משום שלא צפוי שיעשה שם בור, אך כאשר אנו רואים שהוא מתכנן לנטוע כרם אין משמעות לעובדה שהשדה לא היתה עשויה לכרמים.

נראה שר"י מיגאש סובר שהגדר של עשויה לבורות הוא עקרוני. כאשר השדה עשויה לבורות נכון לומר שמי שסומך לה בור הריהו מזיק את השדה. כבר קיים כאן הניזק, וכפי שכתבנו לעיל - אין לומר כאן שהסומך קדם לניזק. אולם, בשדה שאינה עשויה לבורות אפשר לראות את הסומך כמי שקדם לחברו, שהרי כאשר הוא חפר את הבור לא היתה כאן כלל שדה שהבור עשוי להפריע לה, וממילא לאו כל כמיניה של השכן להחליט שהוא רוצה לעשות בורות בשדהו (שאינה עשויה לבורות), משום שהוא זה שמשנה בזאת את סטטוס השכנות שביניהם. מצד עצם הגדרת השכנות ביניהם אין בעיה לחפור כאן בור (שהרי השדה הסמוכה אינה עשויה לבורות), ולכן ההחלטה להפוך אותה לעשויה לבורות היא השינוי, ואין לו זכות לתבוע מכח החלטה זו.<sup>54</sup>

אם כן, לדעת הר"י מיגאש והרמב"ם, בשדה שאינה עשויה לבורות יש ממש דין **קדימה**,<sup>55</sup> ושם מועילה הסמיכה גם לאחר שיהיה כאן דבר הניזק, ואילו בשדה העשויה לבורות יש רק היתר לסמוך לפי שעה עד שיהיה דבר הניזק, ואז יצטרכו להרחיק את הנזק, משום שאין לראות בסמיכה הזו **קדימה**, שהרי השדה עשויה לבורות. ומחלוקת אביי ורבא הייתה רק לגבי בור שאותו קשה יהיה להרחיק אח"כ.

לעומת זאת, לדעת הרשב"א סברת היתר הסמיכה איננה מדין 'קדימה', אלא שאדם יכול **לשעבד חצרו של חברו**<sup>56</sup> אם עושה בתוך שלו. זוהי הסברא של אביי בסמיכת נזיקין, שאינו מגדיר את הסומך כ'פולש', ולכן יכול לשעבד חצרו של

<sup>54</sup> ולפי זה יתחדש שאם יש לראובן שדה העשויה לבורות ולשמעון שדה שאינה עשויה לבורות, יהיה אסור לשמעון לחפור בור בצד שדהו אפילו אם מרחיק שלושה טפחים, ויצטרך להרחיק שישה טפחים! שהרי עד היום חברו יכול היה לחפור בור בצד שדהו (שהרי שדה שמעון אינה עשויה לבורות), ומהיום לא יוכל לחפור (שמא יזק בורו מבורו של שמעון), והרי זה שינוי סטטוס לגבי שדה ראובן שהיא **עשויה לבורות**! וזה דבר חידוש, ואולי בכל זאת יש לסייג קצת את הדברים. וצ"ע.

<sup>55</sup> שהתבאר בדברי הרמב"ם בתחילת פרק ז לגבי חלון.

<sup>56</sup> וממילא ברור שזה יועיל גם לאחר שיהיה כאן ניזק.

חברו. רבא חלק עליו בשדה העשויה לבורות, אך מודה לו בשדה שאינה עשויה לבורות, ששם הוא אינו נחשב 'פולש'.

### שיטת רמב"ן

רמב"ן אינו מודד את נזקי שכנים לפי מה שנעשה כעת, בעצם סמיכת הנזק, אלא הוא מגדיר שיש כאן נזק על שם סופו. לשיטתו, רבא אסר לסמוך אפילו לדעת ר' יוסי, גם אם עכשיו אין נזק כלל, משום שבשעה שיניח שכנו את החפץ הניזק יהיה כאן מצב של נזקי שכנים ב'גירי דיליה'.<sup>57</sup>

משמעות הדבר היא שרמב"ן אינו עסוק בשאלה אם יש כאן כעת 'פלישה' או לא, אלא בשאלה אם יהיה כאן נזק או לא, ואם יהיה כאן נזק - עלינו למנוע אותו. לדעת רמב"ן, אין יכולת לאדם 'לשעבד חצרו של חברו' גם אם הוא עושה בתוך שלו.<sup>58</sup>

כבר ראינו שלפי רמב"ן ההיתר לסמוך בשדה שאינה עשויה לבורות הוא רק משום שמן הסתם לא יהיה שם נזק, אך אם יודע שחברו מתכנן לחפור שם בור אין היתר לסמוך (שלא כר"י מיגאש). נראה שגם אביי, שהתיר לסמוך אפילו בשדה העשויה לבורות - הוא רק משום שאין למנוע את השימוש המייד והברור של האחד מחמת החשש (אע"פ שהוא סביר!) שחברו ירצה גם הוא להשתמש בשדה לבורות. אולם, אם יודע בהחלט שחברו רוצה לחפור שם בור - יהיה אסור גם לפי אביי לסמוך, וכפי שהתבאר בפרק על סוגיית חרדל.

משמעות דברים אלה היא שלדעת רמב"ן אין סברות של קדימה או של 'עושה בתוך שלו' מתירות מצב של נזקי שכנים, ותמיד צריך להימנע מלהזיק את שכנו (נזק שהוא 'גירי דיליה').

ובאמת, רמב"ן הסכים לקבל את פירוש רש"י בסוגיית חרדל כפשוטו, ש'על המזיק להרחיק את עצמו' אפילו אם עשה ברשות גמורה כגון בלוקח, אלא שכתב שלפי

<sup>57</sup> והארכנו בשיטתו לעיל, בפרק שבו עסקנו בסוגיית חרדל.

<sup>58</sup> נקודה זו יכולה להסביר יפה מחלוקת בין רמב"ן לרשב"א. הראשונים התקשו: מדוע לרבא יהיה אסור לסמוך גפת לחצר חברו? יסמוך, וכאשר יבנה חברו את הכותל יסלק הלה את הגפת! הרשב"א תירץ (בעקבות רבנו יונה), שחושש שמא יחזיק עליו בהנחת הגפת, ואז לא יוכל לכוף אותו לסלקה. רמב"ן תירץ, שחושש שמא יצטרך לעמוד איתו בדינא ודיינא עד שיסלק את הגפת. רמב"ן לא הסכים לתירוץ הרשב"א מפני שנקט שאי אפשר להחזיק כאן, כיון שעדיין אין כאן כל נזק, ולא היה לו על מה למחות. מה סובר הרשב"א? הרשב"א סובר שכיון שיש כאן 'פלישה' (לדעת רבא, כאמור לעיל) - יש כבר סיבה למחות בו שלא יפלוש, וממילא אם לא מחה בו - יש לו חזקה. ההגדרה הזו שיש כאן 'פלישה' בעצם הסמיכה בנויה על הנחתו של הרשב"א שאם אין 'פלישה' אין כלל איסור של נזקי שכנים. לעומת זאת, רמב"ן סובר שאין כאן פלישה כלל (ולכן אין חזקה), ובכל זאת יש איסור של נזקי שכנים, משום שבעתיד יגרם כאן נזק. מאידך, הרשב"א לא הסכים לקבל את תירוץ רמב"ן משום שסובר שבשביל לאסור על השכן את הסמיכה יש צורך להגדיר שהוא 'פולש' לחצר חברו (שהרי אדם משעבד חצרו של חברו אם עושה בשלו), והטענה שחושש לעמוד איתו בדינא ודיינא בעתיד - אין בכחה להגדיר שיש כאן כבר כעת 'פלישה'.

גירסת ר"י מיגאש אין זה נכון.<sup>59</sup> רואים מכאן שבאופן עקרוני הוא נוקט שהקדימה איננה מתירה נזקי שכנים.<sup>60</sup>

אמנם, בפרק על 'חזקת נזיקין ותשמישים' בארנו שגם לרמב"ן נכונה סברת ה'סטטוס קוו', והיא היסוד של החזקה. אולם, נראה שבנקודה זו הוא שונה מן הרמב"ם. לדעת הרמב"ם הסטטוס קוו מתחיל על ידי הקדימה. מי שקדם - הוא זה שמגדיר את הסטטוס של השכנות. דין חזקת תשמישים חידש שסטטוס יכול להשתנות בהסכמת הצדדים, ואפילו בהסכמה שבשתיקה. לעומת זאת, לפי רמב"ן נראה שישנו רק הסטטוס הנוצר בהסכמת שני הצדדים (חזקה), בהיעדר הסכמתם - אין כלל סטטוס קוו, גם אם האחד קדם לחברו. אמנם, הוא קדם לחברו, אבל כעת, כאשר חברו בא לגור לידו - עליו לשמור שלא יגרם נזק מחצרו לחצר חברו! רק אם שני הצדדים מסכימים לסטטוס חדש (חזקה) - יש לו משקל הלכתי.

לאור כל זאת, מתעוררת השאלה: מדוע באחים שחלקו אין לרמב"ן ולרש"י חיוב על בעל החלונות לסתום חלונותיו? הלא על המזיק להרחיק את עצמו! ונראה ששם האומדנא של המכר (או החלוקה) היא שלא מכר לו על מנת שיחייב אותו הלוקח לסתום את חלונותיו. ובי'לוקח' מדובר באופן שהקונה הניח את החפץ הניזק לאחר המקח, ואז אין לומר שהיה כלול בהסכם המכר שלא יהיה חיוב הרחקת נזיקין משום שזה כלל לא עמד על הפרק.<sup>61</sup>

### שיטת תוס' ורא"ש

תוס' נקטו כדעת ר"ת שלמסקנת סוגיית חרדל גם רבא מתיר לסמוך נזיקין, ורק בבור אסר משום סברת 'כל מרא ומרא'. וזה בנוי על הגירסא שם בסוגייה 'אלא אמר רבינא'. ולפי זה ברור שהקדימה לפי תוס' משמעותית מאוד ומי שקדם הוא נקודת המוצא.

<sup>59</sup> חשוב להדגיש: רמב"ן אמנם מביא את גירסת ר"י מיגאש, ולפי גירסה זו ב'לוקח' לא שמענו חיוב הרחקה, אבל אין זה מחזיר אותנו להבנות של הרשב"א והר"י מיגאש (ולא סביר שיש כאן מהפכה בכל התפיסה שהתבארה לעיל), אלא רק אומר שכאשר אדם עשה ברשות גמורה לא אטרחרו רבנן להרחיק את בורו, אע"פ שמצד האמת יש כאן בעיה של נזקי שכנים, וכפי שראינו שבאופן עקרוני רמב"ן אוסר נזקי שכנים על שם סופו, אע"פ שכרגע אין כלל פלישה וביטול תשמיש.

<sup>60</sup> ובאמת, לפי דרכו (ודרך רש"י עצמו) תסתער כאן בעוז קושיית ה'קצות' (בסימן קנה): איך יתכן שבלוקח יצטרך המזיק להרחיק את עצמו, ואילו בשדה שאינה עשויה לבורות לא יצטרך להרחיק את עצמו לאחר שחברו חפר גם הוא בור? אך לדעת רמב"ן ניתן לתרץ היטב, שהרי רמב"ן סובר שבבור רק חפירת הבור עצמה היא המזיקה, אבל אחרי שנחפר כבר אין משמעות לסילוקו, וממילא לא קשה כלל מדוע לא יצטרך להרחיק את עצמו. אלא שמה תצא נפק"מ, שבדבר שעדיין מזיק - באמת יצטרך לסלק!

<sup>61</sup> וכפי שהתבאר בפרק על 'אחים שחלקו'.

והנה, הרא"ש בתשובה (הובא בטור סימן קנד) דן בראובן שהיו לו חלונות על חצר שמעון, אלא שבית לוי מפסיק ביניהם. ונפל בית לוי, וכעת דורש שמעון מראובן לסתום חלונותיו. והרא"ש מצדיק את שמעון, ומחייב לסתום, אע"פ שראובן פתח את חלונותיו בהיתר. הרא"ש אומר שגם ר"ת יודה לזה. כל סברת ההיתר של ר"ת היא שהראשון שסומך נזקיו הוא 'נקודת המוצא', ומי שבא לשים חפץ הניזק לידו - 'איהו דאזיק אנפשיה'. היה לו להיזהר ולא לשים כאן חפציו. אולם כאן שמעון לא הזיק את עצמו, שהרי היה בית מפריד בין חצרו לבין חלונותיו של ראובן, ולכן הוא יכול לתבוע את ראובן לסתום חלונותיו.<sup>62</sup>

יתכן לומר בצורה קיצונית, שלפי תוסי' על המזיק להרחיק את עצמו אע"פ שקדם, וכפי שכתב רש"י, אלא שאם הניזק הוא המזיק את עצמו בכך שבא לשכון ליד המזיק - אין לו תלונות על המזיק. אבל אם אין זה כך - יהיה חיוב על המזיק להרחיק גם אם קדם לחברו לגמרי.

אולם, אפשר לחלק בין שתי סברות. דברי הרא"ש בתשובה נאמרו כסיוג להיתר **הסמיכה** של ר"ת, והרא"ש ביאר שסיבת ההיתר היא בכך שהניזק 'אזיק אנפשיה'. אבל ישנו היתר נוסף של '**קדימה**', שהחפץ המזיק קדם לא רק לחפץ הניזק, אלא אף **לבעלותו** של הניזק על המקום. כאן לא יהיה ההיתר תלוי בכך שהניזק הזיק את עצמו, אלא הקדימה מצד עצמה תהיה סיבת ההיתר, וכשיטת הרמב"ם.<sup>63</sup>

<sup>62</sup> ונראה שסברת הקדימה הזו היא סברה רק בנוזיקין, שהניזק הוא המזיק את עצמו, אולם בתשמישים כלל לא מצאנו משקל לקדימה בדעת תוסי' והרא"ש (ונראה שהם כלל אינם מקבלים את סברת הסטטוס לגבי חזקה, וממילא גם לא לגבי קדימה), ולכן לגבי חלונות יתכן שגם אם קדם - לא יצטרך חברו להרחיק ד' אמות שלא להאפיל עליו (אולם לדעת הרא"ש כנראה איסור האפלה הוא מדיני נזיקין ולא תשמישים, וממילא יהיה אסור להאפיל).

<sup>63</sup> אפשר שתהיה נפ"מ בין שני ההסברים במקרה של אדם ששם אנטנה העומדת בתקן ליד בית חברו, ולאחר זמן שינו את התקן, והגדירו שהיא מסוכנת. לדעת הרמב"ן צריך להרחיק את האנטנה אע"פ שסמך בהיתר, משום שכרגע היא מזיקה, והניזק לא הזיק את עצמו. לדעת תוספות, לפי האפשרות הראשונה, גם כאשר בעל האנטנה גר פה לבדו, ורק אחריו בא לגור כאן השכן, אין לומר ש'איהו הוא דאזיק אנפשיה', משום שכשבא לשם עמדה האנטנה בתקן. אולם, לפי הסברא השנייה יש לומר שבכל אופן יש לו זכות מחמת הקדימה, בדומה לשיטת הרמב"ם והר"י מיגאש.