

סוגיית היזק ראייה בחצר

סוגיות הגמרא: פרק 'השותפין' (ב,ב,ג,א; ו,ב,ז,ב); פרק 'לא יחפור' (כב,א-ב);
פרק 'חזקת הבתים' (נז,ב; נט,ב-ס,א)

הקדמה - במה עוסקות משניות פרק ראשון?

המשנה הראשונה מציגה את דיני בניית כותל חצר במקרה של 'שותפים' בחצר. באופן פשוט, יש להבין שגם המשך המשנה, שעוסק בכותל גינה ובבקעה, מתייחס ל'שותפים' מאותו סוג. יש להבין מה הוא בדיוק הרקע לשותפות המתוארת במשנה, והאם יכולה להיות לרקע זה נפ"מ ביחס לדין המשנה.¹

בכל אופן, יש להסתפק אם הדין הבסיסי של המשנה תלוי בנתון זה, אשר יוצר שיעבוד הדדי כלשהו בין שני השותפים, או שדין המשנה חל על כל יחסי שכנות.² אפשר שהמשנה נקטה שותפים כיון שדווקא במקרה זה ישנו חידוש גדול יותר לעומת סתם שכנים, שאף שותף לשעבר או אפילו בהווה יכול לכפות על חבירו בניית הכותל. עוד אפשר שמשנה זו, כמו המשנה האחרונה בפרק, עוסקת בדיני חלוקת שותפות, כפי שנראה להלן עפ"י אחת הלשונות שבגמרא.

לכאורה, המשך המשנה (ד, ב) בדין 'המקיף את חבירו' אינו עוסק בשותפים, ואף אם נאמר שהשכנות בשדות נוצרה מתוך שותפות שפורקה, הרי דין 'המקיף' מתייחס למעשים שנעשו לאחר שכבר פורקה השותפות. גם המשנה הבאה לאחר מכן (ה, א) העוסקת בדין 'כותל חצר שנפל' מדברת על מקרה שבו כבר לא קיימת שותפות בשטח כלל החצר. עם זאת, לאורך כל שלוש המשניות, נוצרת שותפות שנכפית על אחד הצדדים או שניהם בכותל עצמו. אם כן, יש מקום לומר שגם

¹ לצורך הדגמת הרקע לשאלה, ציין ר' אוהד ברונשטיין (בחבורה שהעביר בנושא השותפות בפרק ראשון), לדברי בית יוסף ביו"ד סי' של בשם ספר התרומה (סי' פג), שלמד מן הירושלמי בחלה פ"ג ה"ד להבחין בדין עיסה בשותפות ישראל וגוי בין שותפות שנוצרה ע"י קניין משותף לבין שותפות שנוצרה מכך ששניים עירבו את קמחם בעיסה. אולם, לא נראה שהתרומה עצמו פסק חילוק זה (שכן נפסקה ההלכה כמ"ד שותפות גוי חייבת בחלה עפ"י סוגיית חולין קלה, ב), וגם מהשו"ע שם בסעיף ג לא נראה כך (וראה שו"ע יו"ד שלא סעיף יא שפסק ששותפות גוי חייבת לעניין תו"מ ואין ברירה בדאו' ובדרבנן יש ברירה). אמנם, ע"ש בביאור הגר"א סק"ה, שסובר שלמעשה יש נפ"מ טכנית לעניין אופן ההפרשה.

עוד ציין לפירוש הר"ן בתחילה פרק חמישי בנדריים (מה, ב), שלמד מן הסוגיא שם (מו, א-ב) שנחלקו רבנן וראב"י בגדר השותפות בחצר שאין בה דין חלוקה (כתוצאה מכך שנחלקו בדין 'ברירה'), ולדעת ראב"י (שהלכה כמותו) ישנו הבדל בגדר השותפות בין חצר שיש בה דין חלוקה לחצר שאין בה דין חלוקה. ועפ"י המשך דבריו שם עוד אפשר שיש מקום לחלק בין גדר שותפות שנוצרה כתוצאה מקניין משותף לבין ירושת אחים. ע"ש.

² שאלה זו נידונה במאמרו של ראש הישיבה, הרב אורי שליטי"א, שהובא בשער הקודם. ראה שם בסוף פרק ב (סמוך להערה 15).

במשנה הראשונה, שני השכנים נקראים 'שותפים' לא רק על שם עברם בבעלות משותפת על החצר, אלא על שם עתידם - להיות שותפים בכותל שבין שתי החצרות.

משנת 'כופין אותו לבנות בית שער ודלת לחצר' היא המשנה הראשונה בפרק שאנחנו יכולים לומר עליה בביטחון שעוסקת בשותפות מסוג מסויים, שממשיכה להתקיים, ומתוכה מתחייבים השותפים בעשיית מבנים נוספים. אולם, יש לשים לב שגם במשנה זו אין לבני העיר בהכרח בעלות משותפת על נכס מוגדר מלכתחילה, אלא דין המשנה מחייב אותם להיות שותפים במתקנים שהם לצורך העיר. כמובן, גם את המשנה האחרונה, שעוסקת בדין חלוקת שותפות, ניתן להכניס תחת הכותרת של דיני שותפים, והיא בעצם מלמדת שזכות הקניין הפרטית של כל אחד מן השותפים, שמאפשרת לו לדרוש את פירוק השותפות אינה יכולה לבוא על חשבון זכות הקניין של השותף השני בסוג הנכס, ולכן אינה יכולה להותיר את השותף עם נכס חלקי באופן שאינו ראוי לאותו השימוש שיכל להתקיים בנכס המקורי השלם.

סקירה זו של הנושאים הנידונים בפרק מראה שניתן להגדירו כפרק שעוסק במקרים של כפייה על יצירה או פירוק של שותפות בקרקע. אל מול זאת, ניכר שמשניות הפרק השני כבר עוסקות באופן מובהק בדיני שכנים, שלא מבוססים על שותפות קודמת, וגם במקום שבו הרחקת הנזקים מחייבת עשייה, לא נוצרת בין השכנים שותפות מבחינת הבעלות הממונית.

על בסיס ניתוח זה מוסברת העובדה שבקובץ התוספתא שבידינו, דיני הפרק הראשון במסכת בבא בתרא שבמשנה מעורבים בתוך הפרק האחרון בקובץ התוספתא למסכת בבא מציעא, יחד עם דינים השייכים לפרק העשירי במשנת מסכת בבא מציעא, שעוסק ביחסי שותפים ושותפות הנובעת משכנות. התוספתא למסכת בבא בתרא פותחת בהלכות נזקי שכנים המקבילות למשניות פרק 'לא יחפור'.³

עם זאת, יש לשים לב למקורות שהצגנו בכותרת המשנה, שמראים שהעיסוק בסוגיית היז"ר בחצר אינו מסתיים בפרק 'השותפין', אלא מופיע בכל שלושת הפרקים הראשונים של המסכת. יתירה מזו, עיון בסוגיות מראה שהדיון בסוגיות היז"ר הינו מורכב לא רק מהיבטים של הלכות שותפים ונזקי שכנים, אלא גם מחזקות השייכות ביסודן להלכות מקח וממכר.⁴ יצויין עוד כי הרמב"ם כלל את

³ ראייה זו שמעתי מהגר"א שפירא זצ"ל בשיעור כללי בהיותי בשיעור א' בשנת תשנ"ח. בהקשר זה העיר אוהד ברונשטיין גם על הביטוי המופיע בגמרא בב"מ קטז, ב לגבי הבית והעלייה שנפלו: 'שותפין ככהאי גונא לא קפדי אהדדי', שגם שם נראה שמה שמגדיר את בעל הבית ובעל העליה כשותפים הוא המצב הנתון שאבניהם מעורבות זו בזו. כלומר, עצם השכנות שיוצרת נקודות חיכוך משותפות מגדירה יחסי שותפות.

⁴ היוצרות קשר בין פרקים א-ג במסכת לפרקים ד-ז שבהמשכה, העוסקים בהלכות מכירה.

הלכות שותפים ונזקי שכנים שבפרק הראשון והשני בב"ב, ובמשניות האחרונות של פרק שלישי (יחד עם ההלכות הנלמדות בפרק עשירי בב"מ), ביהלכות שכנים' העומדות בפני עצמן, אך כלולות בתוך ספר 'קניין' לאחר 'הלכות מכירה' ו'הלכות זכייה ומתנה'. לאור זאת, יש להתבונן בסוגיית הפתיחה של המסכת, העוסקת בביאור המשנה הראשונה, ומוצגת בגמרא כעוסקת בשאלה אם 'היזק ראייה' נחשב היזק, ולבחון אם הדיון של הסוגיא עוסק בדיני נזיקין עקרוניים או בהלכות המיוחדות ליחסי שותפים או בכלל בדינים הנובעים מיחסי מקח וממכר.

דין היזק ראייה

היזק ראייה במשניות פרק ראשון - דיני קיום וחלוקת שותפות

הנושא שממנו נפתחת סוגיית הגמרא הראשונה הוא שאלת פרשנות המילה 'מחיצה' במשנה. הדיון בגמרא הוא האם יש לפרש מילה זו באופן הפשוט, בהתאם ללשון התנאים, שמחיצה היא כותל מפסיק, או שניתן לפרש אותה כמבוססת על לשון המקרא, ששם משמשת המילה 'מחצת' (במדבר לא, מג) לתוצאה של חלוקה שנצטווה בה משה - 'וחצית' (שם שם, כז). אמנם, קשה לפרש שהגמרא חושבת שמשמעות המילה 'מחיצה' היא פעולת החלוקה, שכן שהמילה 'מחיצה' מצוייה הרבה בלשון חז"ל במשמעות של דבר חוצץ בין שני צדדים, ולא ניתן באמת ללמוד משמעות אחרת מלשון התורה, שלא קיימת בה המילה 'מחיצה', אלא מדובר על 'מחצית', שהיא תוצאת החצייה.

נראה להסביר שכוונת הגמרא לדקדק מלשון המשנה ששינתה בלשונה, שבתחילה כתבה דווקא 'מחיצה', ולא נקטה לשון 'כותל' כפי שמופיע בהמשך, שאמנם מדובר כאן שהשותפים ביקשו לבנות משהו, אך כל התכלית של מבנה זה היתה לשם מימוש חלוקת החצר בלבד. תכלית זו נרמזת בשם 'מחיצה' שניתן לפרשו גם גם במשמעות של דבר החוצה, ולא בהכרח דבר החוצץ (והאמת היא שאף אם לא נזדקק למקור מן התורה ונקשר על פיו את המילה 'מחיצה' למחצית, גם המשמעות של חציצה אינה בהכרח של חציצה מלאה מפני ראיית העין, אלא יכולה להיות רק חציצה שקוטעת את הרצף בין שני חלקים של החצר).

הבנה זו קצת נראית גם מתוך קושיית הגמרא להלן על מ"ד 'מחיצה-גודא' מלשון המשנה 'אין חולקין את החצר עד שיהא בה ד' אמות לזה וד' אמות לזה'. למרות שלשון המשנה היא 'חולקין', ולא מדובר בפירוש על עשיית מחיצה, הגמרא מניחה כדבר פשוט שחלוקה זו צריכה להיעשות באמצעות בניית מחיצה, ולכן שואלת 'מאי לאו בכותל?'. כלומר, גם למ"ד 'מחיצה-פלוגתא' פשוט שעצם הרצון לחלוקת החצר, עוד לפני שמדברים על היזק ראייה, כרוך בבניית מחיצה שתממש את החלוקה בפועל.

הגמרא מסבירה שהכרעת התלבטות זו בפרשנות המילה, מגדירה את המקרה שעליו מדברת המשנה, וממילא משנה את משמעות דין המשנה בשאלה עקרונית אחת: האם היזק ראייה נחשב היזק או לא?

לכאורה, דווקא לאור ההבנה של הל"ב, שהנושא של רצון השותפים הוא בחלוקה מצד עצמה, יש לשאול: מניין ברור לגמרא שהכותל עליו מדברת המשנה הוא כותל שתפקידו למנוע היזק ראייה? להלן (ג, א) בסוגיית סוגי הכתלים, פשוט לגמרא שהמשנה מדברת על כותל בגובה ארבע אמות. גובה זה מפורש במשנה להלן (ה, א) בדין 'כותל חצר שנפל', שהחובה לבנותו מחדש אינה אלא עד גובה של ארבע אמות. רש"י שם (ד"ה 'מחייבין אותו') מסביר שהסיבה להגבלת שיעור זה היא 'דבהכי סגי להיזק ראייה'. אם כן, אין ספק שהמשניות מדברות על חיוב בניית כותל להגן מהיזק ראייה במצבים שונים, אך עדיין יש לומר שהחיוב שבמשניות פרק ראשון מבוסס על שיעבוד השותפים זה לזה, ולא בהכרח על דיני הרחקות נזיקין.

היזק ראייה במשניות פרק שני ובסוגיית גגות - יחסי שכנים

כאמור, ניתן לטעון שפרק ראשון כולו עוסק במצבים שמבוססים על יחסי שותפות קיימים או שותפות לשעבר. אולם, בפרק שני ישנה משנה שעוסקת בהיזק ראייה גם ביחסים בין שכנים, שלא בהכרח היו שותפים (כב, א):

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.

בסוגיית הגמרא שם (כב, ב) מובאת ברייתא המבארת את המשנה:

ותני עלה: מלמעלן - כדי שלא יציץ ויראה, מלמטן - שלא יעמוד ויראה.

כלומר, דיני הרחקות הכותל והחלונות מבוססים על שיקולים של היזק ראייה. משנה וברייתא זו הובאו בסוגיית הגמרא (ב, ב) כקושיא על מ"ד 'גודא', והתירוץ היה שאין חולק על כך שהיזק ראייה אל תוך ביתו של אדם נחשב היזק. ניתן להוסיף עוד שממקור זה ניתן ללמוד על יכולתו של אדם להגביל את חבירו **מליצור** דבר שגורם היזק ראייה לחבירו, אך עדיין לא מצאנו חיוב בנייה על מנת להסיר היזק ראייה מחבירו. כמו כן, היה מקום לטעון שהמשנה בפרק שני שנוייה בדעת ת"ק הסובר שעל המזיק להרחיק את עצמו, אבל להלכה קי"ל כרבי יוסי הסובר שעל הניזק להרחיק את עצמו. הראשונים התייחסו גם לטענה זו, ודחו שהיזק ראייה נחשב 'גירי דיליה', שבו מודה גם רבי יוסי שעל המזיק להרחיק את עצמו, כפי שנבאר.

להלן (ו, ב) אמר אביי שישנו חיוב להסיר היזק ראייה אפילו בין שני שכנים שרשות הרבים מפרידה בין רשויותיהם:

שני בתים בשני צדי רשות הרבים - זה עושה מעקה לחצי גגו וזה עושה מעקה לחצי גגו, זה שלא כנגד זה ומעדיף.

הר"י מיגאש מוכיח מדברי אב"י, שבדין היזק ראייה גם רבי יוסי מודה שעל המזיק להרחיק את עצמו:

ושמענין מיהא דאב"י דמאן דבעי למפתח חלונותיו לחצר חבירו דינא הוא דמעכב עליה ואף ע"ג דקיימא לן כר' יוסי דאמר על הניזק להרחיק את עצמו היזק ראייה גירי הוא ואמרינן מודה רבי יוסי בגירי.

עפ"י יסוד זה כתב בשו"ת הרשב"א (ג, קסט), שמובן מה שעולה מן הסוגיא הנ"ל, שאין חיוב הסרת היזק ראייה משתנה בגלל הפסק כזה או אחר בין הרשויות:

ולענין היזק ראייה שאמרת, דע שאין הפרש בין שמפסי' ביניהם רשות הרבים ובין שאין מפסיקין ביניהם רשות היחיד או שהם מצרנים ממש, אלא כל שהוא מזיקו בראיתו - חייב לסלק הזיקו. דהיזק ראייה גירי נינהו, וגירי אין להם שיעור.

מחלוקת הלשונות בביאור דין המשנה

בגמרא הקשו שש קושיות על הפירוש שהמחיצה שרצו השותפים לעשות היא כותל, משום שלולא כן לא היה האחד יכול לחייב את חבירו, כיון שאין היזק ראייה נחשב היזק.

על מנת ליישב קושיות אלה, נזקקה שיטה זו לקבל סייגים מסויימים, ולטעון מספר טענות:

א. היזק ראייה בגינה הוא חמור יותר (או לפחות שונה), משום שקיים שם חשש היזק בעין רעה, ולכן גם מ"ד היז"ר לאו שמיה היזק מודה בו.

ב. יש היזק ראייה בחצר שהיה בה כותל ונפל.

ג. היזק הראייה של בני רשות הרבים הוא חמור יותר, ולכן ניתן לחייב בניית בית שער ודלת.

ד. ניתן לסמן חלוקה גם לא באמצעות כותל.

ה. יש היזק ראייה במצב של הסתכלות לתוך הבית.

ו. יש היזק ראייה בחצר שסמוכה לגג, כיון שאין תשמישו של הגג קבוע, ולכן אין חצר זו דומה לחצר השותפים.

ניתן לסכם שלושה עקרונות בדיני היזק ראייה שהתחדשו מתוך תירוצי הגמרא ליישוב מ"ד 'מחיצה-גודא': העיקרון הראשון בדין היזק ראייה שעליו אנו דנים, שכו"ע מודים שקיים דין היזק ראייה במקומות שרגילים לעשות בהם תשמישים צנועים (חצר שהיה בה כותל, בית וכן חצר הסמוכה לגג). עקרון שני ושלישי,

שקיימים היזקי ראייה חמורים יותר: א. הסתכלות של בני רשות הרבים. ב. חשש עין רעה.

לאור זאת, ניתן לומר שהמחלוקת בין שתי הלשונות היא אם יש היזק ראייה בחצר של שותפים שמבקשים לחלוק ולבטל את השותפות. מדברי רש"י (ג, א ד"ה 'דאיצטנע מינד') נראה שנחלקו גם בשתי חצרות סמוכות, שלא היה ביניהן כותל מעולם, אם יש להגדירה כחצר שאין עושים בה דברי צנעה, ולכן אין בה היזק ראייה, או שכיון שחצר מיועדת לתשמישים צנועים, יכול האחד לכפות את חברו לעשות כותל להסיר היזק ראייה. כלומר, הדיון בסוגיא אינו על היזק ראייה מצד עצמו, אלא על חובת ההרחקה באמצעות מחיצה בתנאים שונים של יחסי שכנות בחצר.

מה סובר מ"ד היז"ר לאו שמיה היזק ביחס להיזק ראייה?

האם לדברי רש"י הנ"ל, למ"ד היזק ראייה לאו שמיה היזק, יכול אדם לעכב על חברו מלעשות תשמישים צנועים ברשותו הפרטית?

נראה שניתן להוכיח שלפחות כל זמן שהשותפות עדיין קיימת יש לשותפים זכות לעשות תשמישים צנועים בחצר, מהגמרא בפרק שלישי (נז, ב), שמביאה את מאמר ר' יוחנן משום ר' בנאה: 'בכל שותפין מעכבין זה את זה, חוץ מן הכביסה, שאין דרכן של בנות ישראל להתבזות על הכביסה'. הרשב"ם שם מסביר את דברי רבי בנאה:

'בכל תשמישין הקבועין בחצר דומיא דהעמדת בהמות תנור וכיריים שממעטין אויר החצר יכולין לעכב אם האחד רוצה לעשות לבדו וחביריו אין רוצים לעשות כן. חוץ מן הכביסה - שתקנו לו חכמים שיעשה בחצר בעל כרחן של שותפין חביריו. לפי שאין דרכן כו' להתבזות - שצריכות לעמוד שם יחיפות לגלות שוק לעמוד בנהר'.⁵

מקור זה מחזק את הטענה שהיזקא דרבים שאני, ולכן לא ניתן לדרוש מהנשים לעשות את כביסתן בנהר. אולם, הוא מאפשר לטעון קצת אחרת מרש"י, שהרי אנו רואים שגם בחצר שכביכול אין בה דין היזק ראייה, כיון שהיא חצר משותפת - עושים תשמישים צנועים. אם כן, יש לומר שלמ"ד היזק ראייה לאו שמיה היזק בחצר השותפין בלבד אין השותף/השכן האחד יכול לכפות על חברו לבנות כותל על מנת למנוע את היזק הראייה.

⁵ ובחידושי הרמב"ן שם (נז, ב) ציין על מאמר זה: 'פירשו בה בירושלמי בפרק קמא דמכלתין: 'אמר רבי מתניה: הדה דתימר במקום שהנשים מכבסות, אבל במקום שהאנשים מכבסין - לא. והדה דתימר בארבע אמות דנפשיה, אבל בארבע אמות דחבריה - מצי מימחי בידיה. והדה דתימר שלא במקום מדרון, אבל במקום מדרון - אפילו בתוך ארבע אמות דנפשיה מצי מימחי בידיה, דאמר: אשתפיד גו דידך והוא אתי גו דידי'.

האם יש מי שסובר שהיזק ראייה אינו היזק בכל מקום?

האם יש מקום לומר שהיעדר האפשרות לכפות את בניית הכותל למי"ד היז"ר לאו שמייה היזק מהווה לגיטימציה לעצם היזק הראייה?

הרא"ש (א, ב) הוכיח ממאמר רב שהובא בדין גינה, שחידש שישנו איסור לאדם לעמוד במקום שהוא מזיק לחבירו בראייתו בעין הרע, שגם בחצר ישנו איסור לאדם להסתכל במעשה חבירו. כלומר, יסוד דין המשנה הוא שהיזק ראייה הוא אסור. דין זה הוא מוסכם לכו"ע. המחלוקת היא באילו מקרים איסור זה יוצר גם חיוב או שעבוד ממוני להסיר את אפשרות ההיזק בבניית כותל. יסוד זה בולט בדין גג הסמוך לחצר חבירו, ששם מודה גם מי"ד היז"ר לאו שמייה היזק, שבעל הגג מחוייב להסיר את היזקו, דווקא בגלל שתשמישו בגג אינו קבוע יחסית לתשמישו של חבירו בחצר, ואין אנו אומרים לבעל החצר להימנע מלעשות בה תשמישים צנועים.

לאור זאת, יש להסביר את דברי רש"י הנ"ל (בד"ה 'דאיצטנע מינד') שלמי"ד היז"ר לאו שמייה היזק, אין מגבלה על עשיית תשמיש צנוע בחצר הסמוכה לחצר חבירו, אלא שהמציאות היא שבפועל אין עושים שם תשמישים מסוג זה בקביעות, ולכן לא קיימת עילה לדרישה לבנות כותל.

סיכום

מן הדברים הנ"ל עולה, שהדיון בסוגיא הראשונה אינו אלא בדיני חלוקת השותפים, ואין מי שסובר שמותר לאדם להזיק את חבירו בראייתו ולראותו בשעה שהוא עושה תשמישים צנועים, אלא שלמי"ד היזק ראייה לאו שמייה היזק ישנם מקומות שבהם לא קיים חיוב חכמים על האדם לעשות ברשותו פעולות שימנעו אפשרות של היזק ראייה, כיון שרשותו של הזולת אינה נחשבת כמיועדת לתשמישים צנועים, ולכן לא ניתן להגדיר את האדם כמזיק לאדם או לרשותו באפשרות הראייה, ולא תקנו חכמים חיוב בניית כותל למניעת ההיזק מראש.

למעשה, גם מי"ד היז"ר שמייה היזק מודה שישנם מקומות שכלפיהם אין היזק ראייה, כפי שרואים להלן (ו, ב) בדין גגות לדברי שמואל ורב נחמן, שכאשר אינם נחשבים כעומדים לדירה - אין כלפיהם דין היזק ראייה. כלומר, לא קיימת חובת הרחקת הנזק באופן של בניית כותל שיחצוץ בפניו.

יחסי חצירות וגגות

כפי שכבר הזכרנו לעיל, להלן (ו, ב) חוזרת הגמרא לעסוק בסוגיית חיוב בניית כותל משום היזק ראייה, אך לא במסגרת יחסי שותפים שחלקו, אלא ביחסי שכנות במצבים שונים. נראה שסוגיית הגמרא הנ"ל היא הסוגיא שעוסקת בדין 'היזק ראייה' מצד הלכות נזיקין, ולכן נראה שדווקא ממנה נוכל ללמוד את הגדרים שקבעו חכמים להסרת היזק זה.

בסוגיית הגמרא שם נידונות שלוש מימרות אמוראים העוסקות בשכנויות מסוגים שונים:

- א. אביי - שני גגות משני צידי רשות הרבים (או רשות היחיד).
- ב. רב נחמן אמר שמואל - גג הסמוך לחצר חבירו ושני גגות סמוכים.
- ג. רב הונא ורב חסדא - שתי חצירות זו למעלה מזו.

במהלך הדיון במימרא השנייה והשלישית מוזכרת ברייתא המתייחסת למצב רביעי שבו משולבים שני השיקולים שקיימים במימרא השנייה והשלישית - גם היחס בין סוגי המקומות וגם יחסי הגובה ביניהם: 'היתה חצירו למעלה מגגו של חבירו'.

דיון בדין גגות בכלל ודין חצר למעלה מגג וגג למעלה מן החצר מופיע גם בתלמוד הירושלמי (בבא בתרא א, א), ושם נראה, לכאורה, שנחלקו בו רבי נסה ורבי יוחנן: אמר רבי יוחנן: כופין בחצירות ואין כופין בגגות. רבי נסה סבר מימר - בחצר שהוא למעלה מן הגג, אבל גג שהוא למעלה מן החצר - כופין. ר' יוחנן סבר מימר - בחצר שהוא למעלה מן הגג - כופין, אבל גג שהוא למעלה מן החצר - אין כופין. להלן נברר מהם העקרונות שניתן ללמוד מכל אחד מארבעת המצבים הנ"ל.

דין שני גגות

סוגיית הגמרא דנה מדוע יש דין היזק ראייה בין שני גגות כאשר הם נמצאים בשני צידי רשות הרבים, ואין היזקו של הגג שממול בטל מפני ראיית בני רשות הרבים. בגמרא מוזכרים שלושה חילוקים שבהם חמור ההיזק הבא מבעל הגג מההיזק הבא מבעל החצר: בעל הגג מזיק גם בלילה, גם בשיבה, וגם בדרך שימושו הרגיל כאשר אינו מכוון להסתכל.

האם יש מחלוקת אמוראים בשאלה אם יש היזק ראייה בגגות?

כאמור, מהמימרא של אביי מוכח שסובר שישנו דין היזק ראייה מגג וכלפי גג. כלומר, גג כן נחשב מקום שעושים בו תשמישים צנועים. לעומת זאת, במימרא של רב נחמן בשם שמואל מפורש ששניהם סוברים שאין דין היזק ראייה בין גג לגג, ונחלקו רק אם יש חיוב הקמת מחיצה מסיבה אחרת, שיש לדון בה בפני עצמה בהמשך - מניעת פלישה של אחד השכנים לשטחו של חבירו ע"י כך שהמחיצה תגרום לכך שיהיה ינתפס כגנב אם ימצא מעבר למחיצה. הראשונים העלו שני חילוקים על מנת ליישב סתירה זו:

- א. ר"י (ו, ב תוד"ה 'בשני צידי') - אף שעושים תשמישים צנועים בגגות, בגגות סמוכים אין היזק ראייה, כיון שיכול להרגיש בחבירו שעולה לגג ולהיזהר

בתשמישים צנועים. אביי מדבר דווקא על גגות שמפרידה ביניהם רשות אחרת, ולכן אין האחד יכול להרגיש בחבירו כשעולה לגגו.

ב. רבנו גרשום, ר"י מיגש, רמב"ם, נמו"י ועוד - סתם גגות אין דרים בהם, ולכן אין עושים בהם תשמישים צנועים שיגרמו לכך שיהיה בהם היזק ראייה. אביי מדבר על גגות שכן דרים בהם, ואילו שמואל ורב נחמן מדברים על גגות רגילים.

היתרון של התירוץ הראשון הוא בכך שאין אנו מחלקים בין שני סוגי גגות, שהרי שני המאמרים מדברים על גגות סתם, ולא הזכירו חילוק ביניהם. היתרון של התירוץ השני הוא בכך שאנו משתמשים בעיקרון הפשוט, שהיזק ראייה קיים רק במקום שעושים בו תשמישי דירה צנועים, ולא נזקקים לחדש סברא שאינה מופיעה בגמרא, שגם במקום שבו יש היזק ראייה, אדם יכול לדרוש משכנו להיזהר מהיזק ראייתו במצבים מסויים.

בחידושי הריטב"א הביא את הסתירה בין המאמרים בשאלה אם יש היזק ראייה בגגות, ומצד אחד סבר שלא ניתן להסביר את דברי אביי בגגות שאינם עשויים לדירה, אך מצד שני לא הסכים להסתפק בתירוץ המחלק בין סוגי הגגות, כיון שהגמרא סתמה בשתי המימרות. מתוך כך נראה שהריטב"א מבקש לקבל להלכה את שני החילוקים:

דהא דהכא בגגין מקורין למעלה ע"ג קונדיסין, שמשתמשים בהם דברים של צנעה, ודלקמן כשאינן מקורין דמזיקין ואינם נזוקין, אבל גג של רעפים אינו מזיק ואינו ניזוק, כך פירשו הראשונים ז"ל.
ומדקאמר בתרוייהו גג סתם - ל"ל דהא דלקמן אפי' במקורין, ובסמוכין דמצי חזי ליה לאלתר דלצטנועי מיניה.

כלומר, אפילו גגות מקורים שעשויים לתשמישים צנועים עדיין אינם משתווים לחצר. את טעם הדבר יש להסביר עפ"י הסברא שהובאה בגמרא לעיל (ב, ב) שהסבירה את מאמר שמואל למ"ד היז"ר לאו שמיה היזק, שאין תשמישו של הגג קבוע. למ"ד הנ"ל היה צורך להוסיף לנתון של העדר קביעות התשמיש בגג את הטענה של בעל החצר 'לא ידענא בהי עידנא סלקת ואתית דאיצטנע מינד', על מנת ליצור היזק ראייה מכח חוסר האיזון בין שני השימושים. אולם, לפי מה שנפסק להלכה כלי"ב שם שהיז"ר שמיה היזק, אין כבר צורך להסביר מדוע בעל הגג מזיק לבעל החצר. למרות זאת, יש לומר שדברי ר"י שבגגות סמוכים יכולים להישמר זה מזה מבוססים על הנתון המוסכם, שהשימוש בגג אינו נעשה בקביעות, ולכן אין בעל הגג נחשב ניזק כלפי בעל החצר. לדברי הריטב"א יוצא שישנן ארבע מדרגות של מקומות לעניין היזק ראייה:

א. מקום שאינו ראוי לשימוש (כגון גג רעפים) - אינו ניזוק ואינו מזיק.

- ב. מקום שראוי לשימוש, אך לא לתשמישים צנועים (גג שאינו מקורה) - מזיק ואינו ניזוק.
- ג. מקום שראוי לתשמישים צנועים, אך אין תשמישו קבוע (גג מקורה) - מזיק וניזוק, אך יכול להישמר כאשר אין רשות מפסיקה.
- ד. מקום שראוי לתשמישים צנועים ותשמישו קבוע (חצר) - מזיק וניזוק.

פסק ההלכה

בטור חושן משפט (קנט) כתב את החילוק בין גגות סמוכים שאין בהם היזק ראייה, לבין גגות שיש רשות מפסיקה ביניהם שיש ביניהם היזק ראייה:

שני גגין הסמוכות זה לזה - אין בהן היזק ראייה, לפי שאין בגגין תשמיש קבוע. וגם, מתוך סמוכין זה לזה - יכול לראות מתי יעלה חבירו לגגו, ויזהר ממנו. לפיכך, אין כופין זה את זה למחיצת ד"א, אבל כופין לעשות ביניהם מחיצה י"ט, כדי שיהא כל אחד נתפס על חבירו כגגב.

אבל אם אינן סמוכין זה לזה - לא שנא מפסיק ביניהם אויר רשות היחיד או אויר ר"ה - יש בהן היזק ראייה מזה לזה. אף על פי שצריך ליזהר מבני ר"ה, יכול לומר: 'בני ר"ה אינם יכולין לראותי אלא כשאני עומד וביום, ואתה רואה אותי ביום ובלילה בשבתי ובקומי'. על כן כתב הר"ר יונה, שאם הגג שפל ובני ר"ה יכולין לראות כמו מי שעומד בגג - אין בה היזק ראייה.

בשו"ע (קנט, א) הביא רק את החילוק בין גג העשוי לדירה לגג שאינו עשוי לדירה (והדגיש שמדובר בשני גגות זה בצד זה). בסעיף א העמיד את דינו של אבוי בגגות העשויים לדירה, ובסעיף ב העמיד את דברי רב נחמן בגגות שאינם עשויים לדירה. הרמ"א בסעיף ב' הביא את החילוק בין גגות סמוכים לגגות שאינם סמוכים. כיון שדבריו מוסבים על סעיף ב' שעוסק בגגות שאינם עשויים לדירה, יוצא שלדבריו ישנו דין היזק ראייה גם כלפי גג שאינו עשוי לדירה. השאלה שנשאר פתוחה היא האם דינו של גג העשוי לדירה ישתווה לגמרי לחצר, או שעדיין ישנו הבדל בין גג כזה לחצר, וגם בו יתקיים דינם של שמואל ורב נחמן, כדלהלן.

בסמ"ע (קנט ס"ק א) כתב שכיון שדברי הרמ"א מבוססים על דברי ר"י, יש לומר שאף הוא אינו מחלק בין גג העשוי לדירה לגג שאינו עשוי לדירה. לדבריו, גם גג העשוי לדירה אינו מגיע למדרגת חצר, כיון שאין תשמישו קבוע, ולכן כאשר הגגות סמוכים אין חובת מחיצה של ד"א כמו חצר, אלא י"ט בלבד.

לעומתו, הבי"ח כתב על הטור שהביא את חילוקו של ר"י בין גגות סמוכים לשאינם סמוכים, שאינו מדבר אלא בגגות שאינם עשויים לדירה, ואם הגג עשוי לדירה יש בגג היזק ראייה גמור כמו חצר, ולא ניתן יהיה להסתפק במחיצת י"ט, גם בשני גגות סמוכים.

כותל להסרת היזק ראייה ברשויות שאינן צמודות זו לזו

ביחס לפתרון של אביו של חלוקת הבנייה בין שני בעלי הגגות באופן שכל אחד עושה מחיצה רק לחלק מגגו, הקשה בחידושי הר"ן:

וא"ת כי זה עושה מעקה לחצי גגו וזה עושה מעקה לחצי גגו ומעדיף - מאי? דנהי דלא חזו להדדי להדיא, מ"מ הרי רואין זה את זה האי מהאי גיסא והאי מהאי גיסא! תירץ הרא"ה ז"ל בשם אהיו: משום דלא איפשר, דהיכי ליעביד? נימ' לכל אחד ואחד לעשות מחיצה בכל גגו? וכיון דבמחיצה אחת סגי - למה נכוף אותם בשתים? לימ' לחד דלעביד כלה? מצי אמר 'מתרע אשיתאי', ולא מצי אידך נמי למימ' ליה 'הב לי אוזינקא ואני אעשה אותה', דמצי אמ' 'איני רוצה לבנות בכותל שאינו שלי'. ומשום הכי כל כה"ג אין כופין זה את זה לסלק ראייתם לגמרי, אלא כל אחד כופה את חברו לעשות מעקה לחצי גגו ומעדיף, ותו לא, כדי שלא יראה את חברו להדיא.

קושיית הר"ן מבוססת על פרש"י, שכתב ששיעור ההעדפה הוא רק 'במקצת'. נראה שאף רש"י עצמו בד"ה 'ומעדיף' כיוון לתירוץ זה, וכתב 'ומתוך כך לא יראה **בהדיא** לגגו של חברו'.

לעומת זאת, בשיטה מקובצת הביא בשם הראב"ד קושיא ותירוץ שנראים דומים, אך מסגנון תירוץ נראה ששיעור ההעדפה בפועל הוא משמעותי יותר לדעתו: והראב"ד ז"ל הקשה על מלתא דאביי: דהיאך ניצולים בכך מהיזק ראייה? דכשיעמוד זה חוץ ממחיצתו, יעקם את ראשו ויראה בחצי גגו של חברו. ותירץ, כיון שאין יכול לראות אלא על ידי עקימת הראש, ושיעמוד על שפת גגו - מתיירא שמא יפול, ולא ידחוק עצמו להביט אל גג חברו.

בשטמ"ק הביא עוד בשם 'שיטה לא נודע למי' שישנם ראשונים שסברו ששיעור ההעדפה צריך להיות באופן שימנע את היזק הראייה לגמרי, ויש לומר שהגמרא לא נקטה שיעור כיון שהדבר משתנה בהתאם למרחק בין הגגות ורוחבם של הגגות:

אבל הרב אב ב"ד ז"ל פירש מעדיף עד שלא יראו זה את זה כלל לפי ריחוק הגגין וארכן. וכן הסכים הרמב"ם ז"ל.⁶ אבל רש"י ז"ל פירש דבהעדפה מועטת תספיק. וכן נראה מדברי הראב"ד ז"ל.

גם ביד רמ"ה כתב שאביו מדבר על העדפה שמסירה את היזק הראייה לגמרי: כל אחד מהם חייב להעדיף מעקה שלו יתר מחצי גגו, כדי שלא יוכל אחד מהן לראות מה שבגגו של חברו כלל. ודוקא בגגין העשויין לדירה כעין בית או חצר, דאי לאו הכי לית בהו היזק ראייה, דבהדיא אמרינן לקמן 'אבל בין גג לגג - לא'.

⁶ כך היא פשוטת לשונו, שכתב (ג, ה): 'ומעדיף כדי שלא יראו זה את זה'.

בשו"ע (קנט) לא ביאר במפורש מהו שיעור ההעדפה בכל אחד מן הגגות, והאם הוא צריך למנוע כל אפשרות של הצצה. מדברי הסמ"ע שם (ס"ק ה) נראה שהבין שהמחיצה צריכה למנוע היז"ר לחלוטין. בביאור הגר"א שם (ס"ק ב) מציין ללשון השולחן ערוך בדין הפותח חלון לחצר אחרת (קנד, ג) :

ואם הוא לחצר אחרת שנתנו לו רשות לפתוח פתח או חלון, צריך להרחיק מכנגד פתחו או חלונו של חבירו עד שלא יוכל לראות בו כלל.

והסביר שם הגר"א בס"ק כו שזהו פירוש דין העדפה בסוגיית שני גגות : דשם אין יכול לראותו כלל, דאין רשאי לכנס לחצר וכמ"ש שם ו' ב' שני בתים כו' ומעדיף, ופי' - עד שלא יוכל לראותו כלל כמ"ש בס"י קנט ס"א וס"ד.

הגר"א מחלק בין דין זה לדין הפותח חלון לחצר השותפים, שאינו צריך להרחיק מכנגד חלון חבירו אלא משהו, כפי שביאר שם גם בסמ"ע (קנד ס"ק יא) עפ"י הרמב"ן :

הטעם מבואר בחידושי הרמב"ן ז"ל, דבחצר השותפין אף על גב דאכתי חזי ליה, מ"מ כיון דאינו חזי ליה דרך תשמישו תדיר, אינו יכול לעכב עליו ולומר תסתכל בי לדעתך, דיאמר: 'אי בעינא לאסתכולי בך לדעת - יכול אני ליכנס לחצר ולהסתכל בך', שהרי הוא שותף עמו בחצר, משא"כ בפותח חלונו לחצר האחרת.

בסוגיית הגמרא מבואר שאביי בא לחדש שגם במקרה שבו קדם אחד ובנה כבר כותל על חצי גגו, הוא יכול לכפות את שכנו שממול לבנות את החצי השני, ואין השכן יכול לומר לו : הואיל והתחלת לבנות - השלם את הבניין אצלך, ואני אשלם לך', משום שרשאי לטעון שאינו מעוניין להכביד עוד על כותלו. בפירוש רש"י מובאים דברי תוס' שמסביר שדברי אביי לא נאמרו אפילו במקרה זה, אלא דווקא במקרה שכזה :

דאי לא קדים, אלא בא לב"ד על עסק המעקה, ולא זה רוצה לעשות בגגו - פשיטא דב"ד עושה פשרה ביניהם, לעשות כל אחד חצי מעקה, או האחד יעשה כולו וחבירו יחזיר לו שכר הורעת אשיותא.⁷ אבל השתא דקדים - יכול לטעון אידך: 'אילו לא קדמת אותי, הייתי עושה כולו בגגי. אבל לחצאין - לא עבידנא, דטריחא לי לחזר אחר פועלין בשביל דבר מועט'.

וכן פסק בטור (ובעקבותיו בשו"ע) בסימן קנט :

ואם בא אחד לפנינו ותבע, ואמר לחבירו: 'כיון שבין שנינו יש לנו לעשות מעקה לצורך גג - או תעשהו כולו, ואני נותן לך חצי ההוצאה, או תן לי ואעשנו' - שומעין לו, שמרויחין בזה ההעדפה, וגם שאין שום אחד יכול להסתכל כלל בשל חבירו.

⁷ עיי' בפסקי הרא"ש (א, טז) שלא הזכיר שכר 'הורעת אשיותא', אלא דמי הוצאתו בלבד.

אבל אם המתין עד שעשה חבירו החצי שלו, ואמר לו: 'הואיל והתחלת - תגמור', יכול לומר לו: 'למה לא התחלת אתה, והיית עושה כולו על שלך? אלא שלא רצית לקלקל חומת ביתך, להכביד עליה בבנין. גם אני מטעם זה איני רוצה לעשותו'. אף אם רחוקים זה מזה אפי' כמלא ראות העין, ויש בהן היזק ראייה.

דין גג הסמוך לחצר

המימרא של רב נחמן בשם שמואל מובאת כבר בסוגיית הגמרא הראשונה (ב, ב). דינו של שמואל מוסבר שם כמבוסס על פער בתדירות השימוש בין החצר לגג: תשמישו של בעל החצר הוא קבוע, ואילו תשמישו של בעל הגג אינו קבוע. דווקא חוסר הקביעות מייצר חוסר וודאות לבעל החצר, שמחמתו בעל החצר נחשב ניזק מבעל הגג ולא להיפך.

שמואל מדבר על גג הסמוך לחצר, דהיינו - שתי הרשויות יכולות להיות באותו מישור ללא רשות מפסיקה ביניהם. עם זאת, אם דבריו מבוססים על הסברא שמובאת בסוגיית הבבלי בתחילת הפרק, יש ללמוד מהם גם לדין גג שלמעלה מחצר חבירו, שמתקיימים בו בעצם אותם תנאים, וכן ניתן ללמוד גם לדין חצר שלמעלה מגגו של חבירו, שלא יהיה חיוב על בעל החצר לעשות מחיצה.⁸ דין חצר שלמעלה מן הגג הובא בפירוש בברייתא שבדף ו ע"ב, ולכאורה, סברא זו מתאימה לדברי רבי נסה בירושלמי, ולא לדברי רבי יוחנן שהובאו שם, שנראים הפוכים מדברי שמואל ומדברי הברייתא הנ"ל.

אולם, להלן נראה שבפירוש היפני משה' לירושלמי ביקש להתאים גם את דברי ריו"ח הנ"ל לדברי שמואל, באמצעות החילוק שהשתמשו בו הראשונים ליישוב הסתירה בבבלי עצמו בין דברי אביי לדברי שמואל, שישנם סוגים שונים של גגות.

דין שתי חצרות זו למעלה מזו

בגמרא מובאת מחלוקת רב הונא ורב חסדא בדין שתי חצרות זו למעלה מזו בנוגע לשאלת השתתפות העליון בחלקה של המחיצה שנמצא מתחת לגובה פני הקרקע שלו.

הגמרא מציינת שישנה ברייתא שמתאימה לשיטתו של רב חסדא, שהעליון מחוייב להשתתף בבניית הכותל גם בחלק שמתחת לגובה פני קרקעו.

⁸ שאלת חיובו של בעל הגג לעשות מחיצה במקרה זה נידונה בראשונים. עפ"י התוס' (ו, ב ד"ה 'שתי חצירות') נראה שלדעת ר"ת לא יהיה בעל הגג מחוייב לעשות מחיצה אם הוא נמוך ארבע אמות מהחצר, ואילו לדעתו של ר"י גם כאן יהיה בעל הגג מחוייב במחיצה עד לגובה ארבע אמות מקרקע החצר. מפירוש רבנו גרשום בדין שתי חצירות נראה כשיטת ר"ת, שאין בעל רשות נמוכה נחשב כמזיק בראייתו את בעל הרשות הגבוהה. להלן, נעסוק בדבריהם ביתר הרחבה.

הברייתא מתייחסת רק לשלילת טענתו של העליון שאינו מעוניין להשתתף במה שלמטה מגובה פני חצירו, אך אינה מתייחסת לאפשרות שאף התחתון טוען שאינו רוצה להשתתף במה שמעבר לגובה ארבע אמות מפני חצירו.

לבעלי התוספות היה פשוט שרב חסדא והברייתא מחייבים את התחתון להשתתף בבניית הכותל עד גובה ארבע אמות מקרקע החצר העליונה, והם התקשו בטעם הדבר.

ר"ת טען שיש להצדיק חיוב זה רק באמצעות אוקימתא שהפרשי הגובה בין החצר העליונה לתחתונה אינם אלא בצד שבו הן גובלות זו בזו, אבל בהמשכה של החצר התחתונה ישנם מקומות שמשותפים בגובהם לחצר העליונה.

ר"י טען שבכל מקרה יהיה בעל החצר התחתונה מחוייב למחיצה עד גובה ארבע אמות מפני קרקע העליונה, כדי להסיר את היזק ראייתו מבעל החצר העליונה שקיים בשעה שהעליון יעמוד סמוך לשפת חצירו. ראייתו של ר"י שגם היזק ראייה מוגבל זה נחשב כהיז"ר היא מהסבר הגמרא לעיל בדיון על המימרא של אביי מדוע אין היזק ראייתם של בני רשות הרבים מבטל את חיובו של בעל גג מצידו השני של הרשות להסיר את היזק ראייתו. אחד משלושת ההיבטים שבהם מוסיף הגג המקביל היזק מעבר לבני רשות הרבים הינו: 'רבים כי קאימנא חזו לי, כי יתיבנא לא חזו לי'. לדברי ר"י, מכך שבכל זאת טענה הגמרא שיש לגג היזק מבני רשות הרבים - מוכח שגם ראיית אדם כשהוא עומד על שפת⁹ רשותו נחשבת היזק ראייה.

מפירוש רבנו גרשום נראית הבנה אחרת בסוגיא. ר"ג הסביר את דברי רב חסדא כך: 'לפי שהעליון יכול לראות התחתון, ולא תחתון העליון, לפיכך צריך העליון לעשות רוב הבנין, כפי שלא יזיק לתחתון מראיתו'. כלומר, לר"ג, בניגוד לתוס', פשוט שאין מקום לחייב את התחתון לבנות מחיצה מעבר לגובה של ארבע אמות מפני חצירו. לדבריו, לכו"ע חיוב בניית הכותל במקרה זה מוטל על העליון ולא על התחתון, ומחלוקתם של רב הונא ורב חסדא היא רק בשאלה אם יכול העליון לדרוש שהתחתון יעמיד לו יסוד לבניית הכותל בין שניהם עד גובה פני חצירו. את סברת רב הונא ניתן להסביר בלשונו של רש"י (ד"ה יזה בונה): 'ולא יהיה עליון נפסד בשפלות קרקעיתו של תחתון', ואת סברת רב חסדא מסביר ר"ג בעצמו, שטענה זו של העליון מתקבלת באופן חלקי בלבד, שאת מה שלמטה מגובה חצירו יבנו

⁹ כך הגיה הב"ח (אות כ) בלשונו של ר"י בתוספות, והוא עפ"י פסקי הרא"ש (א, יז), שכתב: 'אף על פי שאין יכול להסתכל בכל חצר העליון, מ"מ כשהעליון עומד בשפת חצירו ומשתמש אז רואהו התחתון ואפי" ככה"ג מיקרי היזק ראייה כדאמר לעיל בני רה"ר כי קאימנא חזו לי כלומר לא קמזקי לי אלא דוקא כי קאימנא ואיני יכול לכופך להרחיק היזקך שאתה רואה אותי בשעה שאני עומד, דבלאו הכי בני רה"ר חזו לי, וצריך אני לזוהר מהם הלכך צריך התחתון לסייע לעליון עד השלמת ארבע אמות למעלה מחצר העליונה כדי שלא יוכל להסתכל בו כלל'.

שניהם בשותפות, משום שמכיון שהעליון הוא המזיק, מוטל עליו לעשות את רוב הבניין.

אולם, מדברי רש"י עצמו לא ברור אם סבר ממש כמו ר"ג, שהתחתון אינו מחוייב להשתתף מעבר לגובה פני הקרקע של העליון, שכן לשונו בפירוש דברי רב הונא היא: 'התחתון בונה משלו מלמטה עד שמגיע לגובה קרקעיתו של חברו, ואחר כך מתחיל זה לסייעו, ונותן חלקו מכנגדו ולמעלה...'. לשונו אמנם סובלת פרשנות שכוונתו כר"ג, שכתב 'ושוב יגביהו העליון עד ד' אמות', שזהו 'חלקו' בבניין, שנחשב 'סיוע', כיון שבסך הכל נבנה הכותל במשותף ע"י שניהם. אולם, בקריאה פשוטה מובן שכוונת רש"י היא כתוס', שמגובה פני קרקע העליון בונים שניהם בשותפות עד גובה ד' אמות.

הרא"ש (א, יז) פסק כשיטת ר"י, שהתחתון מחוייב בבניית הכותל עד גובה ד"א מקרקעיתו של העליון, ומתוך כך כתב שבמקרה של 'היתה חצרו למעלה מגגו של חברו', מצד אחד בעל החצר אינו מחוייב כלל כלפי בעל הגג אם יש ביניהם עשרה טפחים, אך בעל הגג, למרות שהוא תחתון, מחוייב לבנות מחיצה על מנת לא להזיק לבעל החצר, ומחיצה זו צריכה להגיע עד גובה ד"א מקרקעית החצר.

גם הנמו"י (ד, א ד"ה 'נאיתמר שתי חצרות זו למעלה מזו') פסק כדברי ר"י, אך באופן מעט מסוייג, וכתב: 'ובין שניהם יבנום עד שיסתלק ראיית תחתון לגמרי מן העליון, ואז יבנה העליון משלו ויעלה עד שיסתלק ראייתו מן התחתון, שלא יזיקנו בראייתו'. כלומר, שיעור חיובו של התחתון כלפי העליון אינו בגובה ארבע אמות כמו בשתי רשויות סמוכות באותו מישור, אלא בשיעור שמסתבר שמשתנה בהתאם לזווית הנוצרת מהפרשי הגובה בין הרשויות, גודלה של כל אחת מהרשויות, ועביו של הכותל הנבנה ביניהן. מלשונו קצת משמע שאף העליון אינו מחוייב במקרה זה להגיע לגובה של ארבע אמות מקרקעיתו דווקא, כיון שגובה המחיצה שביניהם היא כבר ממילא יותר מד"א שתקנו חכמים, ומעתה אין מוטל עליו אלא להסיר את אפשרות הראייה בפועל בהתאם לגובהו ומקום עמידתו בשימוש רגיל. דברי הנמו"י הנ"ל מבוססים על מה שכתב הרמב"ן בחידושו, כשהביא את שיטת ר"י בסוף דבריו, וכתב 'וזה הדין נכון ומחזור לפי דעתנו ועולה כהוגן כלשון רבנו שלמה שכתבנו'.

גם בעליות דרבינו יונה הסכים עם חידושו של ר"י שהתחתון נחשב מזיק לעליון, והסביר את ראייתו:

זקוק גם התחתון למחיצה ד"א על החצר העליונה, ולא סגי במחיצה גבוה שנים או ג' אמות על החצר העליונה, שמקפיד שלא יראהו כשהוא עומד. דאע"ג דכי יתיב עליון לא חזי ליה תחתון, כי קאים חזי ליה. והיינו דאמרין לעיל, מהו דתימא סוף סוף הא בעית אצטנע מבני ר"ה. אלמא יש היזק ראייה אפי' למעלה מד' אמות, דבגגין דגבוהין למעלה מד"א נמי קימא מלתא דאביי. מדאמרין עלה, בני ר"ה כי קאימנא חזו לי, כי יתיבנ' לא חזו לי.

ואלו תוך ד"א לר"ה כי יתיב נמי חזו ליה, אלא ודאי בגבוהים ד"א, ואפ"ה הוה ס"ד למימר סוף סוף הא בעי אצטנועי מבני ר"ה, אלמא יש שם הזק ראייה. וע"כ לא קאמר אב"י דלא מצי טעין הכי, אלא משום דהיזק ראייה דחבריה מרובה ממנו, אבל מ"מ גם היזק ראייה דבני ר"ה היזק הוא, דכי קאי חזו ליה.

עם זאת, אף רבנו יונה כתב שגובה המחיצה שיתחייב התחתון לבנות לא תהיה בהכרח ד"א מגובה קרקע העליון:

מיהו אם חצרו של עליון גבוה הרבה, וחצרו של תחתון אינה רחבה כ"כ, שיוכל לעמוד בצדה ולהביט מרחוק, אפשר שבמחיצה מועטת על חצר העליון יסתלק היזק ראייה של התחתון. ומ"מ בונה למעלה עד שיראו בני אדם שאינו מזיק בראייתו, והיינו ועולה דקאמר ר"ה. כלו', עד שיגיע שלא יזיק שוב בראייתו.

יש לציין שהרמב"ן עצמו הציע בתחילת דבריו פירוש אחר למחלוקת רב הונא ורב חסדא:

שתי חצרות זו למעלה מזו. פי' בין שגבוהות זו מזו אמה ושתיים ושלוש עד ארבע אמות הדין שוה, דרב הונא סבר תחתון בונה מכנגדו ועולה, ואם גבוהה זו מזו שלש אמות בונה התחתון שלש אמות בגויל ו' טפחים, ונותן מקרקעו שלשה ומשל חבירו שלשה, ועליון בונה מכנגדו בסיועו של תחתון באמה אחת, והשאר ודאי משל עצמו, נמצא שבנה התחתון ג' אמות וחצי אמה והעליון ג' אמות וחצי אמה, וכן אם גבוהה שתי אמות התחתון בונה ב' אמות לבדו, ומסייע בבנין שתיים מלמעלה, נמצא שבנה התחתון שלש אמות והעליון שלש, ורב חסדא אמר עליון מסייע מלמטה ועולה, שאי אפשר לו לבנות כותלו בלא יסוד, לפיכך צריך לסייע ביסודו מלמטה ואין התחתון מפסיד בשפלותו כלום, שאין בדין שיפסיד בשביל שאינו מזיקו כל כך, לפיכך אם גבוהה שלש אמות בונין מלמטה בשוה עד אמה למעלה, נמצא שבנה התחתון שתי אמות כדינו והעליון עד שיסתלק שלא יזיקנו כדינו, לפיכך אם היתה זו למעלה מזו ד' אמות לדברי הכל אין התחתון זקוק לו ומיהו אם רצה העליון להכניס לתוך שלו ולבנות כדי שלא יסייע מלמטה בונה בתוך שלו גויל גזית כדין.

הרמב"ן אינו מזכיר את חידושו של ר"י, שהתחתון מזיק לעליון עד גובה ארבע אמות מקרקע העליון. ממילא יוצא לו שדווקא לשיטת רב הונא הבנייה מתחלקת בשווה בין העליון לתחתון¹⁰ (כל עוד אין יותר מארבע אמות ביניהם), ואילו רב חסדא מחייב את העליון בחלק גדול יותר בבנייה, משום שהוא מזיק לתחתון

¹⁰ כך מפרש הרמב"ן גם את לשון רש"י יולא יהיה עליון נפסד בשפלות קרקעיתו של תחתון' - כלומר, שלא יהיה נפסד יותר מן התחתון, אלא שניהם בונים בסה"כ במידה שווה.

יותר. יתכן שזו גם כוונת ר"ג בהסברו לרב חסדא 'לפי שהעליון יכול לראות התחתון ולא תחתון העליון, לפיכך צריך העליון לעשות רוב הבניין שלא יזיק לתחתון מראיתו'.

בשיטה מקובצת הביא את הראב"ד, שנראה שהוא מקורו של הפירוש הראשון ברמב"ן. אף מדבריו נראה שסובר שאין התחתון מזיק לעליון בראייתו, ולכן הוא מסביר את דברי רב חסדא רק במקרה שאין ד"א בין החצר התחתונה לעליונה: אין הטעם אלא מפני שהעליון צריך לעשות יסוד לבנינו, ואם אין יסוד - אין בנין. וכיון שהוא שותף בכותל, ויכול לסמוך עליו תקרה - דין הוא שיהא שותף בכל הבנין. וכן בדין שתהיה שפלותו מועלת לו - זה הוא כשהתחתון צריך לבנות. אבל אם היתה גבוה ארבע אמות, שאין התחתון צריך בנין - העליון בונה ארבע אמות בתוך שלו, אפילו בהוצא כמו שפירשנו.

ביד רמ"ה כתב שדברי הראב"ד מתאימים לסברת רב הונא, אך רב חסדא אינו מסכים לכך, ולכן מחייב את העליון להשתתף בבנין מלמטה:

רב הונא סבר נהי דעל המזיק להרחיק את עצמו ולסלוקי היזק ראייה, לית לך לחיוביה לעליון אלא מקרקע חצרו ועד ארבע אמות דהוא שיעורא דמסתלק ביה היזק ראייה. אבל למבני למטה מקרקע חצרו דלא מסתלק ביה היזק ראייה כלל לא מחייבין ליה ואף על גב דלא קאי בנין עליון בלא בנין התחתון... תחתון אי נחא ליה דלהוי כותל בריא באני מכנגד קרקע חצרו ועולה עד דמטי כנגד קרקע חצרו של עליון ועליון בונה מכנגד קרקע חצרו על גבי בנינו של תחתון ועולה עד ארבע אמות. ואי לא מצי עליון למימר הריני בונה מכנגדי על שפת קרקע חצרי ועולה ואי נפיל הדרנא ובנינא לה כמה זימני.

ורב חסדא סבר... דלא מיפטר עליון עד דבני כותל בריא. ובדין הוא דאי לא הויא ליה לתחתון הנאה בהאי כותל התחתון אלא לאוקומיה לעליון כי היכי לסלוקי היזק ראייה ותו לא, הוה מחייבין לעליון למבני כוליה מקרקע התחתון עד דסליק למעלה מקרקע העליון ארבע אמות... אלא כיון דאית ליה הנאה לתחתון בהאי כותל התחתון מאנפא אחרינא דסמך ליה מאי דבעי ולא חייש דילמא נתר מעפריה דעליון ואבניא עלויה, אשתכח דהנאה לתרווייהו הוא ומחייב עליון למיתב פלגא בבנין כותל התחתון.

גם הרמ"ה אינו מקבל את הטענה שהתחתון נחשב מזיק לעליון בגלל שרואה אותו בשעה שעומד על שפת חצרו:

מסתברא דכי האי גונא, כיון דעליון מצי לאצטנועי מתחתון לאתרחוקי משפת חצרו ולאשתמושי מיושב ותחתון לא מצי לאצטנועי מעליון בחצר כלל דאי בעי עליון למיקם או למיתב על שפת חצרו לא מצי תחתון לאצטנועי מיניה בחצר, עליון הוא דמזיק ליה לתחתון ותחתון לא מזיק ליה לעליון.

דין גג שלמעלה מחצר ודין חצר שלמעלה מגג

הברייתא מסיימת בהבחנה בין דין חצר הגבוהה מחצר חבירו לחצר הגבוהה מגג חבירו, ששם 'אינו זקוק לו'. לעיל, בדיון על דינו של רב נחמן שמחייב מחיצת עשרה בין גג לגג, הובא משפט זה מן הברייתא, והוסבר עפ"י רב נחמן: 'אין נזקקין לד' אמות, אבל נזקקין למחיצת עשרה'. כלומר, בעל החצר כן מחייב כלפי בעל הגג, כפי שהיה מחייב אם היה בעצמו בעל גג, להשתתפות במחיצת עשרה טפחים בלבד, על מנת שיהיה נתפס כגג. יתכן, שאם הפרש הגובה בין החצר לגג הוא גדול יותר מעשרה טפחים מתבטל חיוב זה, ונותר רק חיובו של בעל הגג לבנות מעקה משום היזק הראייה.

בירושלמי מובאת מחלוקת בין רבי נסה וריו"ח בדין גג שלמעלה מחצר וחצר שלמעלה מגג. הרידב"ז פירש את הירושלמי כפשוטו, שמאמרו הראשון של ריו"ח בא לומר שאין היזק ראייה בגגות כיון שאין אף אחד מהשכנים קבוע, אבל כאשר מדובר בגג מול חצר קיים היזק ראייה, אלא שנחלקו רבי נסה וריו"ח אם ההיזק מוגדר ע"י המביט או ע"י המשתמש:

א"ר יוחנן: כופין בחצירות ואין כופין בגגות. דמשום דבגגין ליכא היזק ראייה.

ע"ז קאמר ר' נסה: דוקא בחצר שהוא למעלה מן הגג, הגם דקביע ליה להמביט, אבל כיון דלהמשמש אין קבוע תשמישו - אין כופין. אבל בגג שהוא למעלה מן החצר - כופין, כיון דהתשמיש קביע, הגם דלהמביט אין קבוע.

ור"י סבירא ליה להיפך, דהולכין אחר קביעות המביט ולא אחר קביעות התשמיש, דבחצר שהוא למעלה מן הגג הוי קבוע להמביט - כופין, אבל גג שהוא למעלה מן החצר, אף על פי שהוא קבוע לתשמיש, אבל מכיון דלא קבוע להמביט - אין כופין.

לדבריו, רבי נסה סובר למעשה כדעתו של שמואל בבבלי, ואילו ריו"ח חולק, וסובר שבעל הגג אינו נחשב כמזיק לחצר, כיון שאין תשמישו קבוע, ודווקא בעל החצר הוא שנחשב כמזיק לגג, כיון שתשמישו קבוע. אולם, יש לשים לב, שגם לדברי הרידב"ז אין דברי רבי נסה מבוססים על הסברא שמובאת בסוגיית הבבלי הראשונה ש'לא ידענא בהי עידנא סלקת ואתית דאיצטנע מינד', אלא על עיקרון פשוט שמי שתשמישו קבוע הוא שנחשב ניזק בראיית המשתמש שאינו קבוע, ולא להיפך.

לכאורה, ניתן להסביר שמחלוקתם היא האם דין היזק הראייה תלוי בהיזק לאדם, ולכן הולכים אחר קביעות התשמיש, ומטילים את האיסור על המביט, למרות שאינו קבוע, וממילא אינו מונע את השימוש בחצר. רבי נסה סובר שדיני היזק ראייה מוגדרים עפ"י ההיזק לאדם. לעומת זאת, רבי יוחנן סובר שהולכים

אחר קביעות המביט, כיון שרק אם הוא קבוע הוא גורם נזק לגג עצמו, שכן הוא מונע את השימוש בו בגלל תשמישו הקבוע בחצר.

לפי זה, יש להסביר שמה שפירש הרידב"ז עצמו בדברי ריו"ח הראשונים, ש'בגגין ליכא היזק ראייה', הכוונה היא רק שאין בעלי הגגות נחשבים מזיקים, בגלל חוסר קביעות השימוש בהם, אבל הם כן נחשבים ניזוקים.

ה'פני משה' מסביר שהגמרא אינה מציגה מחלוקת בין רבי נסה לריו"ח, אלא שתי אפשרויות בפירוש דברי ריו"ח שהובאו קודם לכן 'כופין בחצירות ואין כופין בגגות'.

כאמור, פירוש ה'פני משה' מבוסס על שיטת הראשונים המחלקים בין גג העשוי לדירה לגג שאין עשוי לדירה, אלא שהוא מחדש שגם גג העשוי לדירה עדיין אין תשמישו קבוע כחצר, ולעובדה זו השלכות על הגדרתו כמזיק או ניזק, כדלהלן.¹¹

רבי נסה מפרש את דברי ריו"ח בגגות שאין עשויים לדירה, ולכן לא קיימת חובת עשיית מחיצה ביניהם, אך הוא סובר שריו"ח יודה, שכלפי חצר יהיה בעל הגג מחוייב בעשיית מחיצה למנוע היזק ראייה, מהטעם שבו הסבירה הגמ' את דברי שמואל שבבבלי.¹² אולם, לפי הפנ"מ, התלמוד הירושלמי מוסיף שניתן לפרש את דברי ריו"ח גם ביחס לגגות העשויים לדירה, שיש בהם היזק ראייה (כדברי אביי בבבלי, ועליהם לא דיבר שמואל, שהרי הוא אמר שאין צריך מחיצה בין גג לגג), ששם יתהפך הדין, ודווקא בעל החצר ייחשב כמזיק כלפי בעל הגג, כיון שתשמישו קבוע, ולכן אינו יכול להימנע מלהזיק לבעל הגג, ואין בעל הגג יכול להישמר ממנו. עם זאת, טוען הפנ"מ, שעל אף שמדובר בגג העשוי לדירה, אין תשמישו של בעל הגג קבוע כל כך, ולכן יכול בעל החצר להישמר ממנו.

גם לאחר דברי ה'פני משה' אין דברי הירושלמי עולים בקנה אחד עם הסבר הבבלי לדברי שמואל, שכן לפי הבבלי, דברי שמואל מבוססים על כך שבעל החצר אינו יכול להישמר מבעל הגג שאין תשמישו קבוע, ואילו לדברי ה'פני משה' בעל החצר כן יכול להישמר מבעל הגג.

עם זאת, אין הכרח לומר שלהלכה תהיה מחלוקת בין הבבלי לירושלמי, שכן תירוץ הגמרא בסוגיא הראשונה בבבלי נאמר בשיטת מ"ד היז"ר לאו שמיה היזק, ואפשר להסביר שרק לשיטתו לא קיים היז"ר כלפי גגות כלל, ואילו להלכה שקיי"ל היז"ר שמיה היזק - יש היז"ר בגגות, כפשטות דברי אביי בדף ו ע"ב, ורק בדין גג הסמוך לחצר אומר שמואל שכיון שבעל החצר ניזוק באופן משמעותי יותר, נחשב בעל הגג למזיק.

¹¹ באופן פשוט, אין דבריו מסתדרים עם שיטת ר"י, שסובר שבעצם יש היזק ראייה בכל גג, אלא שבשני גגות סמוכים יכולים השכנים להיזהר זה מזה.

¹² שאמנם גג אינו עשוי לתשמישים צנועים, אך כן משתמשים בו באופן בלתי קבוע, ולכן בעל הגג נחשב כמזיק כלפי בעל החצר ולא להיפך.

חיוב מחיצה משום דין 'נתפס כגנב'

בשיטה מקובצת הביא בשם הר"י מיגאש, שבמקום שבו ישנם הפרשי גובה, חיוב מחיצה משום נתפס כגנב צריך לחול על העליון בלבד ולא על התחתון:

אבל ה"ר יוסף הלוי נ' מיגש ז"ל פירש, דהא דאיתביה עליה דרב נחמן מהא דתניא אם היתה חצרו למעלה מגגו של חברו הכי פריך: דהא ברייתא קתני אין זקוק לו - כלומר, אם אמר אחד מהם לחברו: 'עשה מחיצה' - אין זקוק לו, לפי שאין שם היזק ראייה... לא מראובן על שמעון - לפי שהגג אין בה דירה כדי שיהא בה היזק ראייה. ולא משמעון בעל הגג על ראובן - שהרי גגו למטה מחצרו של ראובן ואינו יכול לראות ממנו כלום בחצרו. ואי סלקא דעתך בין גג לגג צריך מחיצה עשרה, הכא אמאי אין זקוק לו? נהי דשמעון אין זקוק לראובן שכיון שגגו למטה מחצרו הוא אין לחוש כאן להיזק ראייה ולא לנתפס עליו כגנב, לפי שאין לך מחיצה יתירה מאותה גובה שבין קרקעו של ראובן לגגו של שמעון, והדבר ידוע שהעליון יכול להפיל עצמו בתחתון ואומר 'אמצורי קא ממצרנא ונפלי', אבל התחתון אין יכול לעלות אל העליון ואומר 'אמצורי קא ממצרנא מחלקי', לפי שעל העליה אי אפשר להיות אלא בכונה. ולפיכך ראובן אמאי אין זקוק לשמעון?...

אמנם, רבנו יונה דחה את פירוש הר"י מיגאש הנ"ל, משום שסובר כשיטת ר"י שהתחתון כן מזיק לעליון בהיזק ראייה. אולם, לא נראה שהוא חולק על העיקרון שכאשר ישנו הפרש גובה של עשרה טפחים אין חיוב המחיצה מדין 'נתפס כגנב' על התחתון, אלא על העליון בלבד.

בירור שיטת הרמב"ם ופסק ההלכה

הרמב"ם, בהלכות שכנים פרק ג הלכה ו-ז, מצד אחד פסק כרב נחמן בהלכה ו, שיש חיוב של מחיצת י"ט בין גג לגג:

בין גג לגג משאר הגגין - אינו זקוק לארבע אמות, שאין בני אדם דרין בגגות. לפיכך אין בגגות היזק ראייה, אבל צריך לעשות מחיצה בין שני הגגין גבוהה עשרה טפחים, כדי שיתפוס אותו כגנב אם נכנס לרשותו.

מצד שני, בהלכה ז - בדין חצר למעלה מגג, לא הזכיר כלל את תירוץ הגמרא שמחוייב במחיצת עשרה, אלא כתב סתם:

ואם היתה חצרו למעלה מגגו של חבירו - אין העליון זקוק לתחתון כלל.

ובאמת הראב"ד השיג על דבריו בה"ז, וכתב שאין דבריו ברורים כלל, וגם המגיד משנה תמה על דבריו, וכתב: 'ואחר שהמחבר פסק למעלה כר"נ, תימה הוא - איך כתב אין העליון זקוק לתחתון כלל? וצ"ע'.

ובבית יוסף (קס) ציין שגם הר"י הביא את הברייתא סתם, ולא הזכיר את חיובו של בעל החצר להשתתף במחיצת עשרה. מתוך כך הציע הסבר משותף לשיטת הר"י והרמב"ם:

ואפשר דסבירא להו להר"ף והרמב"ם, דאין הכי נמי דאין נזקקין לו כלל. סבירא ליה לרב נחמן דדוקא בין גג לגג הוא דבעינן מחיצת עשרה, אבל בין גג לחצר בין שהוא שוה לו בין שהוא גבוה ממנו, כיון דבעל הגג צריך להגביה ארבע אמות כדי לסלק היזק ראייתו, ואז בעל הבית נתפס עליו כגג - נפטר בעל החצר לגמרי. והוה מצי לשנויי: 'הכי נמי קאמר - אין זקוק לו כלל עליון לתחתון', וכדפרישית, אלא דבעא לשנויי ליה דאינו מוכרח לפרש דאין נזקקין לו כלל. כן נראה לי לפרש לדעתם ז"ל.

ב'נחלת דוד' (ו, ב) הביא את דברי הבי"ה הנ"ל, וכתב:

ועוד אני מוסיף על דבריו, דהא מצי בעל החצר למטען: 'אני אכניס לתוך שלי ואבנה מחיצה עשרה משלי', וממילא יהיה צריך בעל הגג לעשות כל המחיצה ארבע אמות משלו לבדו. ואחר שיבנה בעל הגג מחיצה ארבע אמות שוב יוכל בעל החצר לסלק מחיצתו, כיון דעכשיו נתפס עליו כגג בלאו הכי. וכיון שכן גם לכתחילה לא מצי בעל הגג לכופו שיסייעו במחיצה, כיון דמצי לדחותו בהך טענה, וכל מה שביד האדם לעשות חשבינן ליה כאילו הוא כבר עשוי... בנידון דידן כולי עלמא מודו, דמה לי אם יבנה תחלה ואח"כ יסלק או לא יבנה כלל. וכיון דיכול לטעון אני אכניס בשלי... ושוב מוכרח בעל הגג לבנות הכל משלו כל הארבע אמות, וממילא הוא פטור ממחיצה עשרה, וכמו שכתב הרב בית יוסף.

בספר 'אבן האזל' (הלכות שכנים ב, טז) כתב שלדעת הרמב"ם דברי הגמרא, שהעליון זקוק למחיצת עשרה, נאמרו בשיטת חכמים, שעל המזיק להרחיק את עצמו גם כשמזיק בגרמא. אבל להלכה שקי"ל כר' יוסי, שאין המזיק חייב להרחיק את עצמו אלא בגירי דיליה, כאשר חיובו של האחד לבנות כותל הוא משום היז"ר, והשני אינו חייב לבנות אלא כדי שלא יהיה נתפס כגג - חייב המזיק לבנות את הכותל לבדו, ואינו יכול לדרוש מהשני, שאינו מזיק, להשתתף עמו בבנייה, ולכן פסק הרמב"ם שאין התחתון צריך להשתתף גם בשיעור עשרה טפחים בלבד.¹³

¹³ ז"ל בספר 'אבן האזל': 'נראה דבכאן ע"כ צריך להסביר כמו שהארכנו למעלה, דדין מזיק שבכאן הוא מונע השתמשות כמו שכתבנו לגבי היזק ראייה כן גם כאן כיון שאין מחיצה ביניהם אי"כ אינו יכול להניח שום דבר מחשש שמא יגנוב... ונראה דגם הרמב"ם, שלפי מש"כ חולק על הראב"ד, וסובר בהיזק ראייה דחצר השותפין וחלונות דהוא מטעם מזיק ממש, היינו דוקא שם דאפשר לומר דעכ"פ עפ"י רוב הוא מזיק בודאי. אבל בהא דנתפס כגג, שאין לומר כן ואין סברא כלל לעשות בזה גדר מזיק עוד קודם שיגנוב משום ספק וחשש גניבה וע"כ גם הרמב"ם ע"כ מודה דבנתפס כגג ההסבר הוא כמש"כ משום מניעת השתמשות...'

מוכח כן ממתני' דתנן 'וכן בגינה סתם כמקום שנהגו לגדור דמי'... אי הוי דינא דחיוב עשיית המחיצה משום גדר הרחקת נזקין ומשום שעל המזיק להרחיק אי"ע, ואי"כ למה תלי מתני' הך דינא בדינא דנהגו לגדור? ומה שייך למיתני סתם גינה כמקום שנהגו לגדור דמי, דמה שייך מזיק למקום שנהגו, ומה תלי הך בהך? דדין מזיק הוא דין מבורר בפ"ע בלא שום התחייבות ובלא שום מנהג... אם האחד הוא מזיק בהיזק ראייה, שלשיטת הרמב"ם הוא מזיק ממש, והשני הוא מזיק רק בנתפס כגג, ואי"כ איך יוכל האחד שהוא מזיק ממש בהיזק ראייה לבקש מחברו חצי המחיצה במה שיאמר יש לי זכות השתמשות שלא תזיקני?... והנה מבואר דלפ"י דברי הרמב"ם נכונים בסברא דכיון

פסיקת השו"ע

בשו"ע בסימן קס סעיף ב נראה שהביא את שיטת הרמב"ם כ"א קמא, כפי שהבינו אותו הראב"ד והמ"מ:

ואם הגג נמוך מהחצר - י"א שאין העליון זקוק לתחתון כלל, וי"א דהני מילי כשהחצר גבוה מהגג עשרה טפחים, אבל אם הוא גבוה מהגג פחות מעשרה טפחים, בונה בעל הגג עד קרקע החצר, ורואין כמה חסר עדיין להשלים לגובה עשרה, ויתן לו בעל החצר החצי מזה.

אולם, יש לציין שבביאור הגר"א (סי' קס ס"ק ו) חלק על הבנת הראשונים והאחרונים ברמב"ם, וטען שאין לדקדק מלשונו שחולק על תירוץ הגמרא, ולכן השיג על דברי השו"ע:

לא עיין בדברי הרמב"ם, שהרמב"ם מפ' שאין העליון מסייע בבנין מה שבונה התחתון נגדו, כמ"ש בגמ': 'לא יאמר העליון' כו' 'אלא מסייע' כו'. וע"ז אמרו: 'ואם היתה' כו' 'אין זקוק לו' - לתחתון, שאינו כמו בחצירות. **אבל עד עשרה - צריך להשלים, כמ"ש בגמ' שם 'מאי אין' כו', והוא ג"כ ס' שנייה, שכ' 'וי"א דה"מ', ואין כאן מחלוקת. וכ"כ ט"ז, רק שפי' בדרך אחרת ע"ש.**

הגר"א מסביר שהמילה 'כללי' ברמב"ם בהלכה ז מתייחסת רק לדין היזק ראייה, שהיה מחייב את העליון בכותל של ארבע אמות, אך הוא כן חייב מדין 'נתפס כגנב', שמחייב בכותל של עשרה טפחים. בזה אמרה הגמרא שיש הבדל בין דין שתי חצרות לדין חצר שלמעלה מגג. בדין שתי חצרות יש היזק ראייה מצד העליון שמחייב אותו בכותל משמעותי, ולכן הוא צריך להשתתף גם בבסיס של הכותל. לעומת זאת, בדין חצר שלמעלה מגג, העליון חייב רק בכותל של עשרה טפחים, שמצדו הרי יכול לצאת ידי חובתו גם במסיפס בעלמא. לכן לא ראו חכמים לנכון לחייב את העליון להשתתף ביסוד הכותל כנגד התחתון, כיון שחיוב שכזה מגדיל באופן משמעותי את חיובו של העליון.

כפי שמציין הגר"א, הטי"ז כתב גם הוא שאין מחלוקת, אך את לשון הרמב"ם תירץ באמצעות אוקימתא:

ונלע"ד דכאן מיירי הרמב"ם דחצר גבוה עשרה טפחים יותר מהגג, ולא הוצרך לפרשו, דסמך על מה שכתב תחילה בין גג לגג דבעינן עשרה טפחים, וגם בתלמוד מחלק כן. גם הרי"ף [שם ד' ע"א מדפי הרי"ף] שמביא הברייתא כפשוטה אם החצר למעלה מגגו [וכו'], ואין זקוק לעשרה טפחים, דסמך על

דבעל הגג מחויב לעשות מחיצה לבעל החצר משום היזק ראייה, שוב אינו מחויב בעל החצר לסייע לו משום נתפס כגנב.

וסוגיית הגמ' שהוא בהיפוך - מיושב, דכיון שבארנו דכל דברינו הוא דוקא אליבא דר' יוסי, אבל אליבא דרבנן גם גרמא דממילא הוי מגדר מזיק ממש... ולכן הגמ' רוצה ליישב ד' הברייתא אליבא דרבנן... אבל להלכה, כיון דקיי"ל כר' יוסי, אתו דברי הברייתא כפשטה, דאם היתה חצרו למעלה מגגו של חברו - אין נזקקין לו כלל...!

מ"ש כבר בין גג לגג דבעינן עשרה טפחים, וה"ה בחצירו גבוה מגגו, כן נראה לי פשוט שאין מחלוקת בזה.

יש להעיר על דבריו, שאינם מתאימים לדברי הר"י מיגאש שהבאנו לעיל, שסובר שהעליון צריך מחיצת עשרה בכל מקרה כדי שלא יוכל לטעון 'אימצורי קממצרינא' או 'חפץ נפל מידי'.

בדין שתי חצרות, פסק בשולחן ערוך (קס, ג) כשיטת ר"י, שהתחתון מחוייב לבנות כותל עד גובה ארבע אמות מפני קרקע העליון:

שתי חצרות שקרקעית האחד גבוה מחבירו, צריך העליון לסייע לתחתון לבנות למטה, והתחתון צריך לסייע לעליון עד שיהיה גבוה ד' אמות מקרקע העליון ולמעלה.

בביאור הגר"א (קס ס"ק ז) העיר על לשון השו"ע 'והתחתון צריך' - 'דלא כהרמב"ם שכ' דא"צ, אבל פשטא דגמ' מ' כפי' הרמב"ם ע"ש'.

הרמב"ם כתב בדין שתי חצרות (שכנים ג, ז): 'בונים שניהם מלמטה ועולה, ובונה העליון לבדו מכנגדו ומעלה'.

אכן, 'פשטא דגמרא' נשמע כדברי הרמב"ם מלשונו של רב הונא: 'עליון בונה מכנגדו ועולה', משמע שמכנגד גובה חצרו הוא בונה לבדו, וממילא כל מה ששינה רב חסדא מדברי רב הונא הוא שהעליון צריך להשתתף גם בחלק של התחתון, אך במה שמגובה חצרו ולמעלה לא חלק על רב הונא כלל. אולם, מה ההיגיון בדין זה? אם אין התחתון מחוייב בבניית כותל להסיר היזק ראייה כלפי העליון, מדוע הוא מחוייב בבניית היסוד לכותלו של העליון, שמחוייב לבנותו מפני שהוא מזיק לו בראיתו?

יתכן שיש להעמיד את דברי הרמב"ם דווקא בשתי חצרות שיש ביניהן הפרש גובה של ארבע אמות, ולכן התחתון כלל אינו נחשב מזיק. אפשרות נוספת אמר הרב יצחק בן-שחר שליט"א בשיעור הכללי, שיתכן שלדעת הרמב"ם חכמים לא חייבו את התחתון כלל, משום ש'נתת דבריך לשיעורים'. לעני"ד, הסבר זה הוא קשה, ולכאורה, פשוט יותר להידחק מעט בלשון הרמב"ם, ולהסביר שכוונת הרמב"ם בביטוי 'בונה העליון לבדו מכנגדו ומעלה' - מכנגד מה שמעבר לארבע אמות מקרקע התחתון ומעלה. וצ"ע.

בניית הכותל - מדיני נזיקין או מדיני השותפים? - שיטת 'אבן האזל'

רא"ז בספר 'אבן האזל' (הלכות שכנים ב, טז), שכבר הבאנו לעיל את דבריו בביאור פסק הרמב"ם בדין חצר שלמעלה מגג, האריך לדון ביסוד חיוב בניית הכותל משום היזק ראייה ומשום נתפס כגנב. שם העלה שנחלקו הראשונים בגדר חיוב בניית כותל משום היז"ר - אם הוא משום ההיזק לאדם או שהוא משום ההיזק לחצר (מניעת ההשתמשות), שאז, לדעתו, חיוב בניית הכותל מבוסס על שיעבודי השותפים שלא למנוע השתמשות של הזולת ברשותו:

וצריך ביאור, דאיזה חיוב הוא לעשות מחיצה בשביל שלא יזיק את חברו? דהא יכול לומר 'לא אזיק ולא אראה'... אולם, אפשר דנאמר, דשותפין כשהם בחצר ע"כ הם מזיקים זא"ז, ולא תליא ברצון כלל.

אכן, אפשר להסביר הך דינא דהיזק ראייה באופן אחר: דכיון דכשרואה אותו חברו בחצר אינו יכול לעשות דבר של צינעא... - צריך הוא להרחיק א"ע, משום שמונע תשמיש לחבירו. ואף דאין זה אלא גרמא - הא קי"ל ד'גרמא בנזקין - אסור', ורוב חיובי הרחקה הם בגרמא...

אכן, נראה לי דדין זה, שמניעת השתמשות מקרי היזק, לא שייך אלא אם יש לו לניזק זכות על השתמשות... ובאור הדבר הוא כמו שמצינו לענין דוושא... פירשו הראשונים דמיירי דוקא בקונה מן המלך או מן ההפקר, דזכה מקודם בזכות דוושא...

אמנם... הרשב"א ס"ל להדיא דבהיזק ראייה אינו דומה לדוושא. ע"כ צ"ל דהיינו לפי"מ שכתבנו דדין היזק ראייה הוא משום מזיק ממש...

לדבריו, מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בדין סתימת חלונות ב'אחים שחלקו¹⁴ מבוססת על המחלוקת אם דין היזק הוא מדיני נזיקין או משיעבודי השותפים:

לשיטת הראב"ד אין דין מזיק גבי אחין שחלקו משום דאין להם זכות השתמשות זע"ז... והנה הרמב"ם הלא כפי שהביא הרא"ש סובר דלא כראב"ד אלא כרא"ש דיכול לכופו לסתום החלון,¹⁵ וא"כ יסבור הרמב"ם ג"כ דהיזק ראייה הוא מזיק ממש, ולכן גם באחין שחלקו שייך דין היזק ראייה וכמו שכתבנו...

אמנם, יש לציין שכתב שם ב'אבן האזלי' שגם הרמב"ם שסובר שגדרי חיוב בניית כותל של ארבע אמות הם מצד ההיזק לאדם, מודה שחיוב בניית מסיפס כדי שיהיה נתפס כגנב אינו יכול להיות מצד ההיזק לאדם, כיון שלא ניתן לקרוא לחשד של אדם בחבירו- 'היזק'. במקרה זה גם הרמב"ם יודה שהחיוב יכול להיות רק מצד שיעבוד השותפים שלא למנוע השתמשות.¹⁶ כן נראה גם מצד הסברא, כפי שכתב קודם לכן: 'וכי אם ידור ראובן עם שמעון, ועל שמעון יש חשש שהוא גנב - יכוף אותו ראובן להרחיק את עצמו ממנו?'

¹⁴ מובאת בפסקי הרא"ש (פרק א סוף סי' כ), שהראב"ד סבר שגם כאשר אין לאחד חזקה על חלונו, ומותר לשני לבנות כנגדו, עדיין אין השני יכול לחייבו לסתום את החלון, למרות שמזיק לו בראייתו. הרא"ש חלק על דבריו, וכתב שיכול לכופו לסתום גם מצד טענת היזק הראייה וגם מצד טענת החשש שמא יחזיק עליו שלוש שנים.

¹⁵ כך הבין אותו הריב"ש (שו"ת סי' תקיז) והרא"ש הנ"ל (א, כ). אולם, הכס"מ חלק עליו, וכתב שהרמב"ם לא כתב שיכול לכופו לסתום, אלא שרשאי בעל החצר לבנות כנגד החלון באופן שסותם את אווירו.

¹⁶ הבאנו את דברי 'אבן האזלי' לעיל בהערה 13. ולשיטת הכס"מ בהבנת הרמב"ם בדין 'אחים שחלקו', שהזכרנו בהערה הקודמת, ניתן להסביר שאף הרמב"ם סובר כמו הראב"ד שחיוב בניית הכותל בחצר מבוסס על שיעבודי השותפים, שקיימים אפילו באחים שחלקו, כפי שביאר 'אבן האזלי' שם.

'אבן האזל' מסביר שלשיטת הראב"ד, אף חיוב בניית כותל של ארבע אמות אינו אלא משום שיעבוד השותפים:

דבאמת כל דיני נזקין הם בפ' לא יחפור, ופירקין קמא דהשותפין אין בו דיני הרחקת נזקין, אלא כולו דיני שותפין הם מה שחייבים שותפין זל"ז ודינים השייכים מזל"ז מתורת שותפין... וגם עכשיו כשחלקו על דעת כן חלקו שיתחייבו שניהם לעשות בתיקון זאת המחיצה... אך מ"מ תליא שפיר דינא דחיוב בנין הכותל בדין היזק ראייה שמה היזק או לא שמה היזק, דאי היזק ראייה שמה היזק - יש בזה חיוב השותפין, ואי לא שמה היזק - אין בזה חיוב השותפין.'

פסק ההלכה בסוגיית 'היזק ראייה'

הרי"ף הביא את לישנא בתרא בלבד, הסוברת ש'היזק ראייה שמה היזק'. עפ"י לישנא זו יש להעמיד את המשנה בחצר שאין בה דין חלוקה, ובכך להסביר את לשון המשנה שתולה את החלוקה ברצונם של השותפים. בפסקי הרא"ש (א, א) ביסס את הכרעת הרי"ף כלי"ב על שלוש טענות:

רב אלפס ז"ל הביא לישנא בתרא, דחשיב ליה עיקר [1] משום דפריך פירכי טובא אלישנא קמא. ואף ע"ג דשני ליה - שינויי דחיקי נינהו. [2] ועוד דרבי יוחנן ורב אשי איירי לשנויי האי לישנא בתרא. [3] ובכל דוכתא קי"ל דהיזק ראייה שמה היזק.

גם בתוס' (ב, א ד"ה 'סברוה') כתבו שהלי"ב היא העיקר, וזו הסיבה שסוגיית הגמרא נפתחת בלשון 'סברוה', שמשמעותה הפשוטה היא 'הוה אמינא' בלבד, למרות שהגמרא מצליחה לתרץ את כל הקושיות.

בהתאם לכך פסק הרמב"ם בהלכות שכנים (ב, יד) את דין המשנה בין בחצר שיש בה דין חלוקה ובין בחצר שאין בה דין חלוקה, אלא שהסכימו לחלוק אותה: יש לכל אחד מהן לכוף את חברו לבנות הכותל באמצע, כדי שלא יראהו חברו בשעה שמתמש בחלקו, שהיזק ראייה היזק הוא. ואין לו חזקה בחצר, אלא אף על פי שעמדו כך שנים רבות בלא מחיצה, כופהו לעשות מחיצה בכל עת שירצה.

הבאנו לעיל בשם ראז"מ, שאף שלדעת חלק מן הראשונים דין בניית הכותל במשנה הוא מדיני השותפים, אך דעת הרשב"א, הרא"ש והרמב"ם היא שחיוב בניית כותל של היזק אינו תלוי בדיני השותפים, אלא מחמת הנזק לאדם.

הרי"ף והרמב"ם פסקו כלי"ב, שפירוש המילה 'מחיצה' במשנה הוא 'פלוגתא'. לאור פסיקה זו, יש לבאר מדוע נקטה המשנה את דין היזק ראייה דווקא ב'שותפים'. נראה שהרמב"ם בפירוש המשנה עמד על נקודה זו, והסביר את הייחוד בדין חצר שאין בה דין חלוקה: 'ומשנתרצו לחלוק ונתיחד כל אחד מהם ברוח שלו, כגון שהחזיק בקרקע ברגלו וכיוצא בזה - אי אפשר לשום אחד מהם

לחזור בו אלא כופין אותו לבנות כמנהג המדינה, וגובה הכותל שבונים ארבע אמות כדי שלא יראה אחד מהם את חברו, לפי שהראייה היזק'. כלומר, הסיבה שהמשנה עוסקת בשותפים היא על מנת לחדש לנו שדין היזק ראייה חל באופן מלא גם בחצר שאין בה דין חלוקה לאחר ההסכמה לחלוק.

האם יש מחילה על היזק ראייה?

בסוף ההלכה הנ"ל (ב, יד) כתב הרמב"ם שאין אחד השותפים מפסיד את זכותו לדרוש את בניית הכותל בין החצירות גם אם בשעת החלוקה וזמן רב לאחריה עמדו החצרות ללא כותל מפסיק בין שני החלקים. מניין לרמב"ם דין זה? המ"מ הסביר שדעת הרמב"ם מבוססת על העיקרון שלא קיימת חזקה לנזק שקיים מעצמו, והמזיק לא עשה מעולם מעשה אקטיבי שגורם לנזק. לכן לדבריו, אם פתח אחד השותפים חלונות לחצר, וחבירו לא מחה בידו - לזה יש חזקה.

בפסקי הרא"ש (א, ב) הסביר בשני אופנים אחרים מדוע לא יכול האחד לטעון שחבירו מחל על בניית הכותל:

ושותפין שחלקו את החצר ולא בנו כותל ביניהם, ואחר כמה שנים תבע האחד לבנות כותל ביניהם, ושכנגדו טוען: 'הנה מחלת לי על היזק ראייה שאני מזיקך ונתת לי או מכרת לי והחזקתי בו כמה שנים' - אין טענתו טענה, ולא שייך כאן חזקה.

[1] דטעמא דחזקה היינו, כיון דשתק ולא מיחה - הפסיד, היינו דוקא היכא שהמחזיק הוא מזיק ואינו ניזק, כגון מי שיש לו חלון פתוח לחצר חבירו והחזיק בו שלש שנים. אבל הכא מצי למימר: 'למה היה לי למחות יותר ממך? והלא הייתי מזיקך כמו שהיית מזיקני, והייתי מצפה אולי תפתח אתה לתבוע'.

[2] ועוד, דלא דמי האי היזק להיזקא דחלון דהתם לאו היזק תדיר הוא, 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 (כג, א) דלית להו חזקה. הלכך צריך לסייעו בבנין הכותל.

לדברי המ"מ לא קיימת חזקה במציאות של נזק קיים שלא התחדש במעשה אקטיבי, ולפי דברי הרא"ש בטעם הראשון נראה שלא קיימת חזקה בכל מציאות של נזק הדדי. האם המ"מ יקבל גם את סברת הרא"ש, והאם הרא"ש יקבל את סברת המ"מ?

בראשונים על הסוגיא מתברר שיסוד הדיון של הרמב"ם והרא"ש הוא מתוך דברי הרי"ף ששאל על הל"ק, שמחיצה היא 'גודא', ודין המשנה הוא דווקא במקרה שהשותפים הסכימו לבנות כותל, מדוע מוכח מכך שהיז"ר לאו שמיה היזק, הרי

ניתן להעמיד במקרה שהחזיקו זה על זה בכך שחלקו מתחילה מבלי לעשות כותל. בחידושי הרמב"ן ובעקבותיו בנימוקי יוסף (א, ב) הביא את תשובת הר"ף הנ"ל, ומשתמש בטעם השני שכתב הרא"ש שאין חזקה להיז"ר כיוון שהוא נחשב כ'קוטרא ובית הכסא', שהם נזקים שאין להם חזקה:

והקשה הר"ף ז"ל בתשובה: מנא לן מהכא דהיזק ראייה לא שמייה היזק? דילמא לעולם אימא לך שמייה היזק, והכא במאי עסקינן כגון דאחזוק בלא מחיצה [שלש] שנים בהיזק ראייה, וכיון דאחזוק מחלו, ומשום הכי טעמא דרצו, הא לא רצו - לא. וניחא ליה, דאם איתא דהיזק ראייה שמייה היזק - לא מהני בה חזקה, דכיון דכל שעתא ושעתא מיתזק [הוי] ליה כקוטרא וכבית הכסא דאין להם חזקה. וכדאיתא לקמן.

כוונת הר"ף והרא"ש למאמר רב נחמן בשם רבה בר אבוה להלן (כג, א): 'אין חזקה לנזקין', שהעמידו רב מרי ורב זביד בנזק של עשן ושל בית הכסא. מדברי הר"ף נראה שהטעם שאין להם חזקה הוא משום שמדובר בנזק שמתחדש כל שעה.¹⁷

אולם, הר"י מיגאש (ב, ב) הקשה על דברי הר"ף מדין חזקת חלונית בפרק שלישי, ולכן כתב את הטעם הראשון שהובא ברא"ש, שאין חזקה לנזק כאשר מדובר בנזק הדדי, ועל כך הוסיף את הטעם שהובא ע"י המ"מ, שאין חזקה לנזק שלא נגרם ממעשה אקטיבי:

ואי קשיא לך הא דתנן (בחזקת הבתים¹⁸): 'חלון המצרית אין לו חזקה ולצורי יש לו חזקה', ואמרינן עלה בגמרא: 'למטה מארבע אמות - יש לו חזקה ויכול למחות'. דשמעינן מינה דחלון דאית ביה היזק ראייה אית ליה חזקה.

שאני התם דיש לומר דבעל חלון מזיק לבעל חצר, אבל בעל חצר אינו מזיק לבעל חלון. וזה פתח חלונו, ושתק בעל חצר - ש"מ אחולי אחיל ליה. אבל בחצר, דתרווייהו מזקי אהדדי, וההיזק של ראייה שוה לשניהם - יכול לומר: 'הא דשתקי ג' שנים לאו משום מחילה, אלא משום דתרוינן שוין בהיזק, והוה אמינא היום או מחר תרצה לעשות מחיצה, אבל לא מחלתי'. ולכך, כיון דהיזק ראייה שמייה היזק - יכול לכופו לבנות כותל.

(א"נ) מכי פתח ליה לחלון ושתק ליה חבריה - הוי חזקה, דהא מעשה קעביד בידיה. אבל גבי שותפים דדיירי בחצר א', דחד מינייהו לא עביד בידי' מידי

¹⁷ עיי"ש (כג, א) בתוד"ה 'אין חזקה', שהביאו מחלוקת ר"ת ור"י, שלדעת ר"ת, אפילו הקנה בעדים יכול לחזור בו ולומר 'סבור הייתי שאני יכול לקבל, ועכשיו איני יכול', אך תוס' דוחה ומדקדק ש'אין חזקה לנזקין - הא ראייה יש'. כלומר, אם יש עדים שהיתה מחילה מפורשת - יש תוקף למחילה. והרמב"ן בסוגייתנו (ב, ב) כתב בדעת הר"ף כסברת ר"ת, וכן נראה. ומדברי הרא"ש שנביא להלן נראה יותר כסברת התוס' (וכ"כ הרא"ש להלן בפרק שני, סי' יח, בשם ר"י).

¹⁸ להלן נח, ב.

דאית ביה היזק ראייה, אלא מחמת דיתבי ולא עבדי מחיצה הוא דהוי ההיזק - ליכא למימר בכי הא דהוי חזקה, דהא ליכא מעשה דאחזיק ביה.

בכל אופן, ההסבר של שניהם הוא מדוע אין המציאות של העדר הכותל יוצרת חזקה, אך אין בכך עדיין תשובה לשאלה אם יש או אין תוקף למחילה על היזק ראייה. בטעם השני של הרא"ש הוא כותב שהיזק ראייה דומה לאותם נזקים שאין להם חזקה - 'קוטרא ובית הכסא', ונחלקו ר"ת ור"י אם מחילה מפורשת מועילה בנזקים אלה (להלן כג, א ד"ה 'אין חזקה', והבאנו דבריהם בהערה לעיל). בהמשך דבריו, הרא"ש קובע שכן תיתכן מחילה על היזק ראייה (כשיטת ר"י בד"ן 'אין חזקה לנזקים'), לפחות ביחס לחובת בניית כותל בחצר השותפים:

אבל אם יש עדים שמחלו השותפין זה לזה על היזק ראייה, שוב אין יכולין לחזור בהן. אף על פי שהאומר לחבירו 'קרע כסותי' ו'שבר כדי' יכול לחזור בו, ויתחייב חבירו בהיזקו אחר שחזר בו. שאני הכא, דתביעת ממון יש ביניהן, שנתחייב כל אחד לחבירו לסייעו בבנין הכותל, והוי כמו שנתחייב לו מנה ומחלו לו עליו, שזכה במחילתו בלא קנין.

האם משמעות דברי הרא"ש הנ"ל היא שיש תוקף למחילה על כל היזק ראייה, כיון שבסופו של דבר היזק ראייה תמיד מייצר חוב/שעבוד ממוני לבנות באופן שנדרש להסרת ההיזק ומניעתו, ומחילת ההיזק היא מחילה על שיעבוד זה, או שבמקרה של היזק ראייה שאינו בין שותפים, שאז חובה על המזיק להרחיק את עצמו, נכון יהיה להשוות את המחילה ל'קרע כסותי ושבר כדי'?

בשם הרמב"ן, מביא הנמו"י תירוץ אחר לקושיית הר"י מיגאש, שיש חילוק בין נזקי ממון שיש בהם חזקה, לנזקי גוף שאין בהם חזקה:

וכתב הרמב"ן ז"ל דכן נראה, דלא מהניא חזקה אלא בנזקי ממון, אבל בדבר שהוא בעצמו ניזק בו - לא. והא דתנן לקמן בפ' חזקת הבתים [נח, ב] 'חלון המצרי אין לו חזקה ולצורי יש לו חזקה', דמשמע דמהני בה חזקה, תירץ הוא ז"ל דלאו בחלון שיש בו היזק ראייה עסקינן, אלא לומר שאם רצה חברו לבנות כנגדו - אינו רשאי עד שירחיק ממנו ד' אמות, כדי שלא יאפיל. אבל בחלון שיש בו היזק ראייה על חברו - לעולם אין בו חזקה.

הרמב"ן האריך מאוד בסוגיית חלון המצרי וחלון הצורי בפרק שלישי (להלן נט, א). לדבריו, סוגיית הגמרא שם עוסקת בחלון שאין בו היזק ראייה, בניגוד למה שהסבירו שם רבים מן הראשונים. ובמסקנתו שם כתב שלושה טעמים שלא תהיה חזקה להיז"ר:

[1] שאני אומר קוטרא ובית הכסא לפי שהן נזקין בגוף - אין להם חזקה. לא אמרו חזקה בנזקין אלא בנזקי ממון... - אדם מוחל על כותלו אפילו יפיל אותו ממש. אבל קוטרא ובית הכסא שהוא עצמו ניזוק ומצטער בהם - אין להם חזקה... והוא הדין וכל שכן בהיזק ראייה דנזקי אדם באדם הוא, אי משום עין רעה אי משום לישנא בישא אי משום צניעותא. [2] ועוד, מי

ידע כמה מטי ליה דלמחול? [3]ועוד, דאפילו מחל הניזק, כיון דודאי אסור הוא למזיק להזיקו בראיה ולהסתכל בו לדעת, ואין אדם יכול ליזהר בכך לעמוד כל היום בעצימת עינים - על כרחנו נאמר לזה: 'סתום חלונך ואל תחטא תדיר'.

האם ישנה חזקה להיזק ראייה, והאם היא מכח מחילה?

בשו"ע חו"מ בהלכות נזקי שכנים (קנ"ד, ז) פסק שיש חזקה להיזק ראייה: הרי שפתח חלון לחצר חבירו ומחל לו בעל החצר, או שגלה דעתו שהניחו כגון שבא וסייע עמו, או שידע הניזק ולא ערער - הרי זה החזיק בחלון, ואינו יכול אחר כך לחזור ולערער עליו לסתום.

הרמ"א הסכים עם פסק השו"ע, וציין שבמקרה שלא היתה מחילה מפורשת, תלוי דין החזקה במחלוקת הפוסקים בדין חזקת תשמישים, אם מתקיימת לאלתר או שצריכה שלוש שנים כחזקת קרקעות (השו"ע פסק שהחזקה מתקיימת לאלתר, אך הרמ"א בסי' קנ"ב הביא גם את דעת הרא"ש והטור שסוברים שצריך שלוש שנים וטענה). עם זאת, הדגיש הרמ"א שאין הדברים אמורים אלא לענין חזקת החלון, אך לא לענין חזקת ההיזק עצמו:

כן ראוי להורות מאחר שכבר החזיק זה בחלון, אף על פי שרבים חולקים וסבירא להו דאין חזקה מהני בהיזק ראייה. ואפי' למ"ד יש לו חזקה, היינו לגופו של חלון דלא יוכל בעל החצר לסתמו או למחות בו, אבל הוא אסור לעמוד בחלון ולראות בחצר חבירו, כדי שלא יזיקנו בראייתו. ובזה איסורא קא עביד ולא מהני ליה חזקה, וזה יוכל בעל החצר למחות בו (ב"י בשם הרשב"א). אבל כל זמן שאין לו חזקה יוכל לערער עליו וצריך לסותמו, אף ע"פ שעכשיו א"צ לבנות בצדו.

בשו"ע עצמו בסימן קנ"ד סעיף ח סייג את דין החזקה להיזק דווקא לעושה מעשה של פתיחת חלון, ולא למצב נתון של היזק שקיים אצל שותפים בחצר שלא בנו כותל:

בד"א שיש חזקה להיזק ראייה, בעושה מעשה, כגון פותח חלון על חצר חבירו. אבל חצר השותפים, אף על פי שעמדו שנים רבות בלא מחיצה, כיון דממילא בלא עשיית שום מעשה הם מזיקים זה את זה בראיה - אין להם חזקה וכופים זה את זה לעשות מחיצה.

וכ"כ בסימן קנ"ה סעיף לו, ושם הוסיף שנוק של היזק נחשב כיקוטרא ובית הכסא, שאין להם חזקה (להלן בגמרא כג, א; נ, ב):

וכן היזק ראייה במקום שצריך מחיצה, כגון חצר השותפין שיש בו דין חלוקה, יש לכל אחד מהם לכופ את חבירו לבנות הכותל באמצע, כדי שלא יראהו חבירו בשעה שמשתמש בחלקו; ומאחר שממילא הם מזיקים זה את זה בלי עשיית שום מעשה - אין להם חזקה, אלא אף על פי שעמדו כך שנים

רבות בלא מחיצה - כופהו לעשות מחיצה בכל עת שירצה. ולמה שינו נזיקין אלו משאר נזיקין? לפי שאין דעתו של אדם סובלת נזיקין אלו, וחזקתו שאינו מוחל, שהזיקו היזק קבוע.

עם זאת, במקרה של מחילה מפורשת בקניין הכריע שאינו יכול לחזור בו (דלא כר"ת בתוס' להלן כג, א ד"ה 'אין חזקה לנזיקין', שכתב שאפילו אם הקנה יכול לחזור בו בטענת קניין בטעות): 'ואם קנו מידו שמחל בנזיקין אלו (או שמכרן לו או נתנן לו)¹⁹ - אינו יכול לחזור בו'.

¹⁹ מילים אלה נוספו ע"י הרמ"א, וציין הסמ"ע את מקורותיו: 'טור בשם ר"י והרא"ש ובי"י בשם הרשב"א'.