



הרב שלמה אישון

אחריות בעל דירה על נזקים שהסבה נזילת מים מדירתו

שאלה

כתוצאה משימוש במים בקומה העליונה חלחלו מים לדירה שמתחתיה, ונגרם נזק לצבע. האם בעל הדירה בקומה העליונה חייב לתקן את מקור הנזילה? האם הוא חייב לתקן על חשבוננו את נזקי הצבע שנגרמו לדירה שמתחתיו?

א. הגדרת 'גיריה דיליה'

בגמרא במסכת בבא מציעא (ק"ז ע"א) מובאת מחלוקת בשאלה על מי מוטלת חובת התיקון במקרה שבו המים שבהם משתמש העליון נוזלים לדירתו של התחתון: הנהו בי תרי דהוו דיירי, חד עילאי וחד תתאי. איפחית מעזיבה. כי משי מיא עילאי - אזלי ומזקי לתתאי. רבי חייא בר אבא אמר: העליון מתקן, ורבי אלעי משום רבי חייא ברבי יוסי אמר: התחתון מתקן.

הגמרא שם רוצה לתלות את מחלוקת רבי חייא בר אבא ורבי אלעי במחלוקת רבנן ור' יוסי, שנחלקו בשאלה על מי מוטלת חובת הרחקת הנזק: ר' חייא בר אבא, שמטיל את חובת התיקון על העליון, סובר כרבנן שעל המזיק להרחיק את עצמו, ואילו רבי אלעי, המטיל את חובת התיקון על התחתון, סובר כרבי יוסי שעל הניזק להרחיק את עצמו. על כך מקשה הגמרא:

והאמר רב אשי: כי הוינא בי רב כהנא הוה אמרינן: מודה רבי יוסי בגירי דיליה! - דפסקי מיא והדר נפלי.

ומפרש רש"י:

והא מודה רבי יוסי בגירי דיליה: אף על גב דאמר על הניזק להרחיק את עצמו - הני מילי היכי דלאו אדם עצמו מזיקו, כגון אילן ובור, שבשעת נטיעתו אינו מזיקו, אלא השרשים גדילין ומתפשטין מאליהן לאחר זמן, אבל היכא דאדם עצמו מזיקו וזורק בו חציו, כי הכא ששופך המים על ראשו - מודה הוא דלא גרמא דניזקין הוא דתיפטור, אלא מזיק ממש הוא, ואדם מועד לעולם, ער וישן, שוגג ומזיד. דפסקי והדר נפלי - לא היתה מקום רחיצת ידים של עליון על מקום נזקי תחתון, אלא במקום אחר, משם הן נמשכין, עד שנופלים במקום שמזיקין.

אם כן יש להבחין בין שני מצבים: במצב האחד המים נוזלים ישירות מידיו של העליון לדירה של התחתון, ואז נחשבים המים כחציו, והנזק שנגרם לתחתון הרי הוא כנזק שנגרם באופן ישיר על ידי העליון, ומשום כך חייב לתקן. במצב האחר המים אינם נוזלים

באופן ישיר, אלא מחלחלים דרך התקרה והקירות, עד שמגיעים לדירתו של השכן, ואז אינו חייב לתקן את מקור הנזילה.

וכן פסק ה'שלחן ערוך' (חו"מ סי' קנה סעי' ד):

היו מימי העליון יורדים על התחתון ומזיקין אותו, אם אין שם מעזיבה, בענין שכששופך מימיו מיד יורדים לתחתון ומזיקים אותו, חייב לסלק היזקו. ואם יש מעזיבה שהמים נבלעים בה ואינם יורדים מיד, אלא לאחר מכאן יורדים ומזיקים, אינו חייב לסלק הזיקו.

לאור זאת יש לדון אם בנידון דידן נחשב העליון כמזיק ב'גירי דיליה' או לא: מחד גיסא אין המים נשפכים ישירות מידי של העליון לדירה התחתונה, אך מאידך גיסא אין זה גם מצב של 'פסקי והדר נפלי': ב'פסקי והדר נפלי' יש פער של זמן בין שפיכת המים ע"י העליון לבין הנזק: המים יוצאים מידי של השכן העליון, נמשכים וזורמים בלא לגרום נזק עד שמוצאים פתח ודרכו חודרים לדירה שמתחת. בנידון דידן, לעומת זאת, המים החודרים דרך הרצפה של העליון מתחילים לגרום נזק לתקרה של התחתון מייד עם תחילת זרימתם, אף שהנזק ניכר בפועל רק לאחר זמן. נראה שהדבר תלוי במחלוקת הראשונים בהגדרת 'גירי דיליה'. מלשון רש"י שהובא לעיל משמע ש'גירי דיליה' הוא כאשר הנזק מגיע ישירות מתוך ידיו של המזיק, ועפ"ז מסתבר שבנידון דידן לא ייחשב 'גירי דיליה'. אולם תוספות סוברים ש'גירי דיליה' הוא כאשר אין פער של זמן בין המעשה של האדם לבין תחילת הנזק.¹ עפ"ז יש מקום לומר שגם בנידון דידן ייחשב הנזק כ'גירי דיליה', וכן משמע מדברי ה'נימוקי יוסף', וזו לשונו:

ואמת המים ונברכת הכובסין במקומן מזיקין שמלחחין את הכותל א"כ גיריה ניהו ולא דמי להא דפרק הבית והעלייה (דף ק"ז א) דעילאי משי ידיה ומזיק לתתי ומסקינן התם דאליבא דרבי יוסי דקי"ל כוונתה על הניזק להרחיק את עצמו דהא אמרינן התם דמיא מיתם תיימי והדר נפלי שההיזק אינו בא מחמת הליחות כדי דנימא שמזיק במקומו אלא מיתם תיימי והולכים עד שמוציאין איזה פתח והדר נפלי ומזיקין המים לתחתון ודמי לשרשי אילן שאינם מזיקין מיד ולא חשיבי גירי [אבל הכא מחמת הליחות הוא שהכותל מתלחלח ונופל ונמצא שהוא מזיק במקומו] גפת ומלח וסיד נמי מחמת חמימותן מזקי לכותלי במקומן וכן כולם הוו גיריה ממש...²

עפ"ז, אם בשעה שהעליון פותח את הברז בביתו מייד מתחילים מים לחלחל דרך הרצפה ולהזיק לתקרת הדירה שמתחתיו - יש מקום לראות זאת כ'גיריה דיליה'. יש להדגיש שכל זה אמור רק כאשר הנזק נגרם מפתחת הברז ע"י העליון, אולם אם הנזק נגרם כתוצאה מנזילה מהצנרת שאינה תלויה במעשה שעושה העליון - פשוט שזה לא ייחשב כ'גיריה דיליה'.

1. תוספות, בבא בתרא כב ע"ב ד"ה לימא.

2. נימוקי יוסף, בבא בתרא יב ע"א.

ב. התחשבות ברמת הנזק וביכולת התיקון

עפ"י האמור עד כה, הקביעה על מי להטיל את חובת התיקון תלויה רק בשאלה אם ניתן לראות את הנזק שנגרם על ידי העליון כנזק שנעשה ישירות על ידו או כנזק שנגרם בעקיפין. ואולם בדברי הרא"ש מצאנו שיש להתחשב גם ברמת הנזק ובשאלה למי קל יותר להרחיק את הנזק, וזו לשון הרא"ש בתשובה:

שאלה ראובן חפר גומא בחצרו שמי גשמים יקלחו לתוכה וכשרבו המים בוקעין ועוברין דרך חומת מרתף שמעון וגם מסריח בחצר שמעון מריח המים, נראה לי שראובן חייב לסלק היזקו. ואף לרבי יוסי דאמר (ב"ב כ"ה:): על הניזק להרחיק עצמו היכא דלא הוי גירי דיליה הכא מודה כיון דנפיש היזקא דשמעון, וגם תשמיש של שמעון קבוע ואי אפשר לו לסלק את עצמו דאין דירה בלא מרתף וחצר. דלא קאמר רבי יוסי אלא בבור ואילן אעפ"י שהבור קדם לאילן לא יקוץ שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו משום דסתם בור הוא מים מכונסין ובקל יכול הניזק לסלק עצמו ולהרחיק את בורו מן האילן כ"ה אמה. ובור לא הויא כולי האי תשמיש קבוע לכן הקלו בו חכמים וגם לא נפיש היזקא כולי האי. תדע לך דהיזק קטן הוא דלא לישתמיט תנא בכולי הרחקות דמתניתין למיתני היכא שסמך באיסור שיתן הניזק למזיק דמים לסלק היזקו מעליו אלא בלא דמים צריך לסלק היזקו לבר מהכא דקתני אם הבור קדם קוצץ ונותן דמים. אלא משום דלא נפיש היזקא וגם אין בור תשמיש קבוע לכן הקילו בו חכמים ליתן דמים לבעל האילן ולהכי פליג רבי יוסי ואמר על הניזק להרחיק את עצמו, וזה הטעם ישנו במשורה וירק וחרדל אבל בכולהו הרחקות דמתני' מודה רבי יוסי דעל המזיק להרחיק את עצמו.³

לשיטתו, מבאר הרא"ש שם שסוגיית הגמרא במסכת בבא מציעא בעניין המים הנוזלים מהעליון לתחתון, שממנה עולה שאליבא דר' יוסי, אם אין מדובר בנזק ישיר אין העליון מחויב לתקן, עוסקת במצב שבו יכול התחתון בקלות ובהוצאה מועטה למנוע את הגעת המים אליו. ואולם אם הדבר ידרוש מהתחתון מאמץ גדול או עלות גבוהה - מחויב העליון להרחיק את הנזק גם אליבא דר' יוסי:

דהתם העליון אי אפשר לו לסלק היזקו למקום אחר דאי אפשר לו להיות בלא מים וגם התחתון בקל יכול לתקן המעזיבה ואז אין המים נופלין עליו... אבל אם העליון משתמש במים רבים שאינן נבלעין כלם במעזיבה ועוברין המעזיבה ומזיקין לתחתון ואף על גב דפסקי והדר נפלי מודה ר' יוסי דאסור, כיון דהתחתון אינו יכול לתקן לינצל מהיזק העליון אם לא יעשה כיפת אבנים כולי האי לא אטרחוהו חכמים וצריך העליון לסלק היזקו.

וכן כתב המרדכי בשם הראביה,⁴ והביאו הרמ"א (לשו"ע, שם) וזו לשונו: והכל לפי הענין, דאם המים מועטין וכלין לאלתר, אפילו בלא מעזיבה אינו חייב לסלק היזקו. ואם היו מרובים ומזיקים לו תדיר דרך המעזיבה, חייב לסלקו...

3. שו"ת הרא"ש, כלל קח סי' י.

4. מרדכי, בבא מציעא פ"י סי' תי.

מדברי הרא"ש אנו למדים שכאשר באים לקבוע על מי מוטלת חובת הרהור, יש להתחשב לא רק בשאלה מהו אופי המעשה - אם מדובר בגרימת נזק ישירות או בעקיפין, אלא גם בשאלה על מי נכון בנסיבות העניין להטיל את ההרהור, בהתחשב בחומרת הנזק ובמידת הקושי שבהרהור. ככל שהנזק מועט והטלת ההרהור על הניזק לא תדרוש ממנו מאמץ מיוחד, אין זה נכון להגביל את שימושו של גורם הנזק בביתו. מאידך גיסא, ככל שהנזק גדול יותר והטלת ההרהור על הניזק תדרוש ממנו מאמץ גדול, אין זה נכון להטיל זאת על הניזק, ואנו נטיל את האחריות להסרת הנזק על המזיק. על פי דברי ה'חזון איש', לדעת הרא"ש זהו חלק מהגדרת 'גירי דיליה'. כלומר בהגדרת מצב של 'גירי דיליה', שבו מודה ר' יוסי שעל המזיק להרחיק את עצמו, אין מתייחסים רק לשאלה אם זהו נזק ישיר או עקיף, אלא גם לשאלה אם מי נכון בנסיבות העניין להגביל בשימוש, וכך כותב ה'חזון איש':

ונראה דענין גירי עיקרו בשיקול הדעת על מי למנוע את ההיזק, שהרי אם אדם יכנס לחצר חבירו ויטע אילן שהשרשים יזיקו את בורו או יעשה כרישין אצל הבצלים וחרדל אצל דבורים, או ישפוך מים בעליתו שירדו לביתו ודאי הוי בכלל מזיק בגרמא, אלא כשעושה בתוך בתו וזהו תשמישו אין על זה שם מזיק, ובה צריך לשקול בפלס איזה דבר הוא בזכות המזיק ואיזה דבר הוא בזכות הניזק...⁵ אף שכאמור לעיל הגדרה זו של 'גיריה דיליה' הובאה ע"י הרמ"א להלכה ולא ע"י המחבר, נראה שהמחבר אינו חולק עליה משום שתשובת הרא"ש הובאה על ידו להלכה שם בסעיף כ.⁶ לאור דברים אלו, נראה פשוט שבנידון דידן, שבו מדובר על נזק גדול ומתמשך, חובת התיקון מוטלת על בעל הדירה העליונה.

ג. חובת הרהור או חובת תשלומין

סוגיית הגמרא ופסק ה'שלחן ערוך' והרמ"א מתייחסים לשאלה על מי מוטלת חובת הרהור, ולא לשאלת התשלום על נזק שכבר התרחש. מדברי רש"י דלעיל משתמע שכאשר אנחנו מגדירים את הנזק כ'גיריה דיליה', משמעות הדבר היא שגורם הנזק נחשב לאדם המזיק, וממילא יש לחייבו על הנזק שנגרם, וכן כתב ה'בית יוסף'⁷ בדעת הרמב"ם⁸ בעניין נזק שנגרם כתוצאה מהרעת הקרקע: 'וכל היכי דהו גירי דילי פשיטא דחייב לשלם, וכן פסק ב'שלחן ערוך' (חו"מ סי' קנה סעי' טו):

הכותש הריפות (פי' חטים הנכתשים במכתשת) וכיוצא בהם בתוך שלו, ובעת שמכה מנדנד לחצר חבירו עד שנדנד כיסוי החבית שעל פי החבית... ה"ז מזיק בחציו וחייב להרחיק כדי שלא ינדנד, או יבטל מלאכתו שמזקת. ואם הזיק בעת הנדנד, חייב לשלם שהרי מכחו בא הנזק.

אלא שעל דברי ה'בית יוסף' הללו הקשה ה'לחם משנה':

5. חזון איש, בבא בתרא סי' יד סי' יג. אולם מלשון שו"ת תשובות והנהגות ג, סי' תנו, שיובא לקמן, משמע שלמד שהרא"ש לא בא להגדיר מהו 'גירי דיליה', אלא בא לצרף שיקול נוסף מעבר ל'גיריה דיליה'.

6. ור' שם נתיבות המשפט, ביאורים ס"ק ג.

7. בית יוסף, חו"מ סי' קנה.

8. רמב"ם, הל' שכנים פי"א ה"ג.

ותימה הוא זה דמודה רבי יוסי לענין הרחקה והרי איכא גירי דיליה שמרחיקין ואינו חייב לשלם דהיינו זורה ורוח מסייעתו אלא ודאי לא ידע ליה רבינו ז"ל הא אלא מסברא.

ה'לחם משנה' מוכיח מדין 'זורה ורוח מסייעתו' שאף כאשר מגדירים מעשה כ'גירי דיליה', הגדרה זו נועדה רק לקבוע שעל המזיק להרחיק את עצמו אף לשיטת רבי יוסי, אך אין זה בהכרח מטיל חובת תשלומים על המזיק. ובאמת אף ה'שלחן ערוך' עצמו (שם סעי' לד) פסק להלכה שבזורה ורוח מסייעתו פטור המזיק מתשלום הנזק:

מי שעשה גורן בתוך שלו, או קבע בית הכסא או מלאכה שיש בה אבק ועפר וכיוצא בהם, צריך להרחיק כדי שלא יגיע העפר או ריח בית הכסא או האבק לחבירו, כדי שלא יזיקו; אפילו היתה הרוח הוא שמסייע אותו בעת שעושה מלאכתו ומוליכה את העפר או נעורת הפשתן והמוץ וכיוצא בהן ומגיעתן לחבירו, הרי זה חייב להרחיק, כדי שלא יגיעו ולא יזיקו, ואפילו ע"י רוח מצוייה, שכל אלו כמי שהזיקו בחיצו הן; ואף על פי שהוא חייב להרחיק כל כך, אם הולכה הרוח המצויה המוץ והעפר והזיקה בהן, פטור מלשלם, שהרוח הוא שסייע אותו.

ושם בסעיף לג הביא ה'שלחן ערוך' (חו"מ סי' קנה) מחלוקת בשאלה אם המזיק חייב בתשלום הנזק במצבים שבהם היה צריך להרחיק עצמו ולא הרחיק: סמך באחד מאלו שהיה לו להרחיק וגרם הזיק לחבירו, יש מי שפוטור מלשלם ויש מי שמחייב.⁹

וביאר הגר"א¹⁰ שהדעה הפוטרת סוברת שאף שזהו גירי דיליה זהו גרמא וע"כ פטור, כפי שפסק ה'שלחן ערוך' בסעיף לד, והדעה המחייבת סוברת כפי שפסק ה'שלחן ערוך' בסעיף טו שם שחייב תשלום נזק ב'גירי דיליה'. לכאורה עפ"י סותר ה'שלחן ערוך' את עצמו, שבסעיף טו סתם כמחייבים ובסעיף לד סתם כפוטרים. בספר 'ברכת אליהו' ביאר שבסעיף טו חייב ה'שלחן ערוך' משום שהנזק בא מכוחו, ואילו בסעיף לד פטר משום שהנזק אינו מכוחו אלא מכוח הרוח, והמחלוקת בסעיף לג היא בשאלה אם לדמות שאר הרחקות לתנור שעל נזקיו חייב כדין אש, או לדמותן לזורה ורוח מסייעתו שפטור. וב'נתיבות המשפט'¹¹ כתב שהפוטרים בסעיף לג סוברים שזהו 'גרמא גירי' וע"כ פטור, מה שאין כן בסעיף טו, שם הן 'גיריה דיליה' עצמו וע"כ חייב לכו"ע. עוד יש להעיר מדין מחיצת הכרם שנפרצה המובא בגמרא בבא בתרא (ב ע"א):

מחיצת הכרם שנפרצה - אומר לו גדור, חזרה ונפרצה - אומר לו גדור, נתיאש הימנה ולא גדרה - ה"ז קידש וחייב באחריות.

9. עוד יש להעיר מדין מחיצת הכרם שנפרצה המובא בגמ' בבא בתרא ב ע"א: 'מחיצת הכרם שנפרצה - אומר לו גדור, חזרה ונפרצה - אומר לו גדור, נתיאש הימנה ולא גדרה - ה"ז קידש וחייב באחריות', ומשם נראה שכאשר אדם מחויב לגדור ולא גדר, הוא נושא בנזקים שנגרמו כתוצאה מכך, וכלשון הש"ך, חו"מ סי' שפו ס"ק א: 'כיון שלא גדרה פושע ומזיק הוא', וא"כ ה"ה בענייננו אם לא הרחיק את הנזק, אלא שהרמב"ם והשלחן ערוך השמיטו בדבריהם את חובת התשלומים. וזו לשון השלחן ערוך, יו"ד סי' רצו סעי' מז: 'מחיצת הכרם שנפרצה, אומרים לו: גדור. נפרצה, אומרים לו: גדור. נתיאש ממנה ולא גדרה, הרי זה קידש'.

10. ביאור הגר"א, חו"מ סי' קנה ס"ק צא.

11. נתיבות המשפט, ביאורים סי' קנה ס"ק יז.

מדין זה עולה שכאשר אדם מחויב לגדור ולא גדר, הוא נושא בנזקים שנגרמו כתוצאה מכך, וכלשון הש"ך (חו"מ סי' שפו ס"ק א): 'כיון שלא גדרה פושע ומזיק הוא, וא"כ לכאורה הוא הדין בענייננו, שאם העליון לא ביצע את המוטל עליו - חייב בתשלום הנזק שנגרם.

אלא שהרמב"ם וה'שלחן ערוך' השמיטו בדבריהם את חובת התשלומים. וזו לשון ה'שלחן ערוך' (יו"ד סי' רצו סעי' מז):

מחיצת הכרם שנפרצה, אומרים לו: גדור. נפרצה, אומרים לו: גדור. נתיאש ממנה ולא גדרה, הרי זה קידש...

וכן הוא ברמב"ם¹² וביאר הרדב"ז שהרמב"ם עוסק בכגון שהזרעים הם של בעל הכרם, ועל כן לא שייך לומר שחייב באחריותו, וכן כתב ב'דרך אמונה'¹³ שאם הזרעים היו של חברו חייב לשלם לחברו את הפסדו מדינא דגרמי,¹⁴ אך הוסיף שיש אומרים שדינא דגרמי אינו אלא מדרבנן משום קנס, ואם היה בשוגג היה פטור. עכ"פ עפ"י פסק הרמב"ם וה'שלחן ערוך' אין להוכיח מדין 'מחיצת הכרם' שכאשר קיימת חובת הרחקה, חייב מי שלא עשה את המוטל עליו לפצות על הנזקים שנגרמו כתוצאה מכך שלא מילא את חובתו, משום שכאמור הרמב"ם וה'שלחן ערוך' השמיטו מן ההלכה את דין 'חייב באחריותו' שהובא בברייטא. עפ"י האמור י"ל שאומנם רש"י, לשיטתו, שסובר ש'גיריה דיליה' הוא כאשר הנזק מגיע ישירות מידו של המזיק, סובר שדין כדן אדם המזיק וממילא חייב בתשלום הנזק. לעומת זאת לראשונים הסוברים שגם כאשר הנזק אינו מגיע ישירות מידו עשוי הוא להיחשב 'גירי דיליה', יש מקום לומר שיהיה פטור מלשלם, אף אם נגדיר את מעשהו כ'גירי דיליה', והדבר יהיה תלוי בשתי הדעות ב'שלחן ערוך'. באשר לפסיקת הלכה במחלוקת זו, כתב בשו"ת 'יביע אומר'¹⁵ שאף אם נאמר שכאשר המחבר מביא שתי דעות בשם יש אומרים, הלכה כיש אומרים השני, יוכל המוחזק לטעון 'קים לי' כדעה ראשונה ולא ניתן יהיה להוציא ממנו ממון. העולה מהדברים שלא ניתן לחייב את בעל הדירה העליונה בתשלומי הנזק מדין 'אדם המזיק', אף אם נראה את הנזק כנעשה ב'גיריה דיליה'.

ד. חיוב מדין ממון המזיק

כתב הרשב"א בתשובה (ח"ג סי' קפא) שכאשר נזלים מים מביתו של אדם לבית שכנו וגורמים נזק, הרי זה כממון המזיק, משום שבעל הדירה העליונה שממנה הנזילה זוכה במים הללו, והם נחשבים לשלו:

והמים כל שנופלין בגגו של שמעון שלו הן ממנו הוא שגגו קונה לו ויכול הוא להקדישן קודם שירדו לר' מאיר דאמר אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם כדאיתא גבי הספינה בפרק הספינה הקדישן ריקנין ואחר כך נתמלאו, וכיון שכן ממנו הוא שמזיקו שמקלח על כותלו ומפילו.

12. רמב"ם, הל' כלאים פ"ז הי"ז.

13. דרך אמונה, הל' כלאים שם.

14. עפ"י הגמרא בב"ק ק"ע"א שהביאה דין זה לשם דוגמה לדינא דגרמי בו מחייב ר' מאיר בתשלומים.

15. יביע אומר, ח"ו חו"מ סי' ב.

ואומנם הריב"ש (סי' תקיז) חולק על הרשב"א וסובר שאין לחייב את העליון מדין ממון המזיק על מי גשמים הנשפכים מגגו:

אבל בנדון זה אינן ממונו ואינו חפץ לזכות בהן. וגם אינן יורדים בפשיעונו ואינן לא גירי ולא גרמא דגירי.¹⁶

אך כל זה במי גשמים, אך כאשר מדובר במים שהעליון משתמש בהם - ברור שמתכוון לזכות בהם, ומדובר א"כ בממונו. עפ"ז לכאורה בנידון דידן, כאשר המים נוזלים מהעליון לתחתון ומזיקים, הרי זה ממונו שמזיק, ויש לחייב את העליון מדין אש או מדין בור. דהנה ב'נתיבות המשפט' הקשה לגבי ההרחקות השונות שהוזכרו במסכת בבא בתרא ואשר הבאנו את חלקן לעיל, מדוע לדעת חכמים אין צריך המזיק להרחיק את הדבר המזיק ופטור מלשלם על הנזק שנגרם, ומה זה שונה מארבעה אבות נזיקין שחייב עליהם? ותיירן שהחוב על נזקים של ארבעה אבות נזיקין הוא רק במצבים שבהם יכולים הבעלים לשומרם שלא יזיקו:

וע"כ צ"ל, דהד' אבות נזיקין אינו חייב עליהן רק כשאפשר להחזיק ברשותו ובשמירה שלא יזיקו, דאז רחמנא חייביה בשמירה וכשלא שמרו חייבין בתשלומין, אבל הני דחשיב בפרק לא יחפור, הוא באופן דכשיתחייב לשלם ההיזק אין אפשרות לו לעשות תשמיש זה ברשותו כלל, ויתבטל תשמיש זה מרשותו כיון דאי אפשר כלל בעשיה ובשמירה, ובביטול רשות לא חייביה רחמנא.¹⁷

תירוצו של 'נתיבות המשפט', אין בו כדי לבאר מדוע בנידון דידן לא ניתן לחייב את העליון בנזקי המים מדין ממון המזיק. הלוא היה באפשרותו למנוע את נזקי המים ע"י סתימת מקור הנזילה, וא"כ קשה, כאמור, מדוע לא נחייבו אף כאשר אין זה 'גיריה דיליה', וכ"ש ב'גיריה דיליה'. וראיתי בהערות הגרי"ש אלישיב שכתב שאכן יש לחייב את העליון על ממונו המזיק אף כאשר אין זה 'גיריה דיליה', ומה שדנה הגמרא בעניין 'גיריה דיליה' זהו רק בנוגע לחיוב ההרחקה, אך לא בנוגע לחובת התשלום:

והנה כבר האריכו האחרונים למענייתם אם יש איסור להזיק בנזקי ממונו, ואם נאמר דבנזקי ממונו אין שום איסור א"כ יש מקום ליישב קו' הנ"ל, דאפשר דאיה"נ לעולם כשיזיקו מימיו יצטרך לשלם, אך הנדון הוא אם לחייבו ליתן מעזיבה כדי שלא יזיקו וזה א"א לחייבו מצד דיני מזיק דכיון דל"ה גירי דיליה אז אינו אלא ממונו המזיק, ועל זה אין איסור להזיק, ונשאר רק נדון מצד דיני הרחקת נזיקין ועל זה נחלקו ר' יוסי ורבנן.¹⁸

גם ב'פתחי חושן' כתב שיש לחייב את העליון מדין ממון המזיק על הנזקים שנגרמו לאחר שנודע לו על הנזילה, וזו לשונו:

ולפי"ז נראה דה"ה מיכל מים שמימיו נוזלים הוי כממונו שלא שמרו, ואף על פי שלכאורה שמר כראוי ומאליו התקלקל באונס, מ"מ דומה לבהמתו ששמרה כראוי ויצאה באונס שחייב על נזקיה לאחר שנודע לו, כמ"ש להלן סעיף לד, ולכן אם המים מזיקים בשעת הליכה נראה דחייב כדן אש דממונו, ולאחר שנחו מדין בור,

16. הביאו הרמ"א להלכה בחושן משפט סי' קנה סעי' לג.

17. נתיבות המשפט, באורים סי' קנה ס"ק יח.

18. הערות הגרי"ש אלישיב, בבא מציעא קיז ע"א.

ואף על פי שהמים הנשפכים מסתמא נעשים הפקר, נראה שלאחר שנודע לו הוי כמפקיר לאחר נפילת פשיעה שאינו נפטר... וכן בצנרת שנתקלקלה דין המים כדין ממונו (ומסתבר שאף במי שופכין בביוב מקולקל), אלא שבצנור מים לא נעשה ממונו כי אם לאחר שעון המונה שרוצה לזכות בהם ונקנו לו בכליו, אבל לפני המונה אינו רוצה לזכות.¹⁹

אולם בשו"ת 'תשובות והנהגות' (ח"ג סי' תנו) חולק וסובר שאין לחייב את העליון מדין ממון המזיק:

ונראה לעורר עוד דהנה שמעתי טענת ת"ח אחד, דהואיל ובכל דירה יש לנו מד מים המודד החיוב לתשלום, אזי זוכה בעל הדירה במים כדין כליו... נמצא דהמים שמזיק תמיד הוה ממונו שהזיק והבעלים חייב. ונראה כיון שהקלקול אצלו באונס, הנה מה שהזיק אנוס הוא ופטור, וגם על להבא יכול להודיע תחלה שאין רצונו לזכות בהם ובע"כ אינו זוכה בהם.

ה. 'דינא דמלכותא'

לאמור לעיל יש לצרף את העובדה שעל פי החוק חובת התיקון והאחריות לנזקים מוטלת על בעל הדירה שבה מצוי הצינור (אלא אם כן מדובר בצינור המשמש את כל הדיירים, שאז האחריות מוטלת על הדיירים כולם). יש בעובדה זו כדי להטיל את האחריות על נזקי המים על בעל הדירה העליונה משתי סיבות:

(א) בהסדרת היחסים בין שותפים הולכים אחר המנהג.²⁰ המנהג המקובל כיום במדינה הוא בהתאם לחוק המטיל את האחריות על בעל הדירה שממנה מתרחשת הנזילה, וא"כ ניתן לצאת מתוך הנחה שעל דעת כך נכנסו לדור בבניין המשותף, והם קיבלו על עצמם את הקבוע בחוק. וכ"כ ב'תשובות והנהגות' שם שאף שאין לחייב את העליון מדין ממון המזיק, יש להטיל עליו את האחריות בהתאם לחוקי המדינה.²¹

(ב) הבאנו לעיל את מחלוקת הפוסקים בשאלה אם חובת ההרחקה המוטלת על המזיק מחייבת אותו גם בתשלום הנזק. ואף שכתבנו שם שהמזיק יכול לטעון 'קים לי' כשיטות הפוטורות, זהו בלא להתחשב בחוק המדינה, אך כאשר קיים חוק המתאים לאחת השיטות בהלכה, כותב המהרש"ם שיש להכריע את הדין על פי חוק המדינה, וזו לשונו:

ועוד אני אומר דלפמ"ש לעיל דעכ"פ תליא במחלוקת הפוסקי' אי שטר מהני להתחייב על הספק א"כ בודאי אמרי' בזה דדינא דמלכותא דינא, דלא הוי כלל נגד דין תורה כיון דגם בדין תורה הוי ספיקא דדינא...

וא"כ היות שחוק המדינה מטיל את האחריות על הנזק על העליון, יש מקום לומר שנכריע כשיטות המחייבות בתשלום הנזק.

19. פתחי חושן, ח"ו פרק ה הערה ג.

20. ר' רמ"א, חו"מ סי' קעו סעי' ט.

21. ואומנם הוא מחלק שם בין שכונה המיועדת לחרדים בלבד לבין שאר מקומות: 'ולענין מעשה נראה דבשכונה שלפי התקנות מיועדת לחרדים דוקא, ראוי לקבוע כחוקי התורה וש"ע שכן היושר, ויש לקבוע כן תקנון הבית המשותף, אבל בסתמא נהגו לקבוע מעיקרא ע"פ הנהוג בהמקום, אף שאין זה לפי כללי דיני ממונות המקובל אצלנו.'

סיכום

בעל הדירה העליונה חייב לתקן על חשבונו נזילה הנגרמת כתוצאה משימוש במים בדירתו, משום שמדובר בנזק המוגדר 'גרייה דיליה'. בעל הדירה העליונה חייב גם לשפות את השכן הנזוק על הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מנזילת המים מדירתו, הן משום שממונו הוא זה שהזיק, הן משום שכך הוא המנהג ועל דעת כן נכנסו לדור בבניין, והן משום שייתכן שחובת ההרחקה מחייבת גם תשלומים במקרה שבו נגרם נזק.²² כל זה רק לגבי נזקים שהתרחשו לאחר שנודע לעליון על הנזילה. על הנזקים שהתרחשו קודם לכן אנוס הוא ופטור.



22. וכ"כ בספר דיני הבית המשותף, פרק יז סעיף מד, וזה דלא כמו שפסק בשו"ת שבט הלוי, ח"ט סי' שו, שאף שחייב לתקן את הצינור שלא יזיק, אינו חייב מן הדין בתשלום הנזק, אלא רק בלצאת ידי שמיים, משום שנחשב כמזיק בגרמא.