

## היזק ראייה

בגדר חיוב הכותל. הנה לכא' מהא דאזלינן בתר המנהג מוכח דאיכא 'חיוב ממון' דכותל, ולא רק תביעת סילוק היז'ר בעלמא. דהרי הוצא ודפנא ג"כ מסלק את ההיז'ר. [דהא בכונס לתוך שלו סגי בהו"ד]. ואמאי אינו יכול להפטר בזה. ולא מצינו בדיני הרחנ"ז שהמנהג קובע כמה להרחיק. וע"כ דאיכא חיוב ממון של כותל, ובזה נקבע שיעור החיוב כפי המנהג.

אכן מד' הרא"ש מוכח עוד יותר, דכל התביעה היא רק חיוב ממון דכותל, דהרי כ' דלהכי מהני מחילה אף דהוי כקרקע כסותי, ומבואר דלא נשאר חיוב סילוק היז'ר. ועוד הוכיחו בזה, מהא דמבואר בטור וברמ"א דבאין לו לבנות א"י לתבוע ממנו שלא ידור בחצר בינתיים. [ומיהו עי' היטב בנתיבות שם, וצ"ע. וגם לדבריו נראה דיש להוכיח משניהם עניים דמשתמשים כך ואינם חולקים לימים וכדו', ועי' היטב]. עוד נלענ"ד להוכיח משי' רבינו יונה דאם נהגו שלא לבנות ליכא חיוב כותל, ולכא' בשאר הרחנ"ז לא מצאנו דמנהג מהני לבטל הדין הרחקה, (וצ"ע בזה).

ובטעמא דמילתא כ' הגרש"ש לבאר, דמשתמש בשלו הוא ואינו נכנס לשל חבירו כלום, עיש"ה בכל דבריו. ולכא' צ"ע מדין חלון, דהתם לכא' אי"ז חיוב ממון לכא' אלא הרחנ"ז בעלמא, והאריך בזה שם לבאר דמשתמש בשל חבירו הוא, עי"ש. ובס' אבי עזרי תמה בזה, ואכמ"ל.

ונראה לומר בזה, דלא שייך תביעת הרחקה על עיקר השימוש. דאי"ז 'הרחקה', אלא ביטול השימוש לגמרי. [וכעין סברת הנתיבות בכל הרחנ"ז דאינו מזיק גמור דד' אבות נזיקין כיון דאינו חייב לבטל תשמישו, אך בעלמא נתחדש בדיני שכנים דאיכא חיוב לבטל תשמישו באופני החיוב, אמנם בהיז'ר גרע טפי דגם מהלכות שכנים לא יתחייב, דל"ש לתבוע את ביטול כל עיקר השימוש. ונראה דגם היכא דצריך להמנע מאותו סוג שימוש לגמרי שייך דין הרחנ"ז, כגון שלא לזרוע חרדל וכדו', אך היכא דאינו יכול להשתמש כלל אי"ז בכלל תביעת הרחנ"ז]. ואין לומר דעכ"פ יבנה כותל ויוכל להשתמש, דאין בכלל חיובי הרחקה להוציא ממון ולטרות. [דנראה דחיוב שמירה נאמר רק בדיני נזקין, ולא בדיני הרחנ"ז דשכנים<sup>1</sup>]. אלא ע"כ דחייבו חז"ל חיוב ממון דכותל. ולכן בחלון שפיר שייך תביעה שלא לפתוח את החלון, דאי"ז מניעת עיקר השימוש. [ונראה נפ"מ דבסתימת חלון ליכא לדיני המנהגים, וסגי לסתום בהו"ד בכל גווני, דכל יסוד המנהג הוא מחמת החיוב ממון דכותל. וכמו"כ לא יחני מנהג שלא לסתום, ודו"ק<sup>2</sup>].

ובס' קעא כ' הטור דל"ש חלוקה בכותל בשוכרין, דאינו שלהם. והב"י כ' דמ"מ כיון דאיכא היז'ר ע"כ יבנו כותל. ונראה בדעת הטור דכיון דא"א לבנות כותל בדבר שאינו שלהם, ממילא ליכא תביעת היז'ר כלל, דעל עיקר ההרחקה ליכא תביעה וכו"ל, ודו"ק. עוד נפ"מ נראה דבספק היז'ר, דגם להשיטות דספק הרחנ"ז הוי כספק איסור, מ"מ להרא"ש דתביעת ממון יש ביניהם, פשוט דשרי לכתחילה ואי"צ לבנות.

[והיה אפשר לדון לת' בזה את ק' הרמב"ן אמאי לא מייית בסוגיין מדין לא יפתח אדם חלון, די"ל דכל הנידון בסוגיין הוא אם איכא חיוב כותל, אבל הרחקה היכא דשייך כגון בחלון ודאי איכא. אבל זה נסתר מסוגיין דמייית לדינא דחלונות בין מכנגדן וכו' דהוי נמי הרחקה. וע"כ הנידון גם בדיני הרחקה].

והנה האו"ז מקשה הרי לר"י על הניזק להרחיק את עצמו. ואי"ז כדברי הגרש"ש שלדבריו אין הנידון כדיני הרחנ"ז, דבלא"ה אין במשתמש בתוך שלו דין הרחנ"ז ואף בג"ד. אך נראה דלדבריו אי"ז סתירה, דאין כאן 'פטר' מדין הרחנ"ז, אלא דלא שייך תביעה ע"ז דמאי אולמיה האי מהאי, ולכן חייבו חז"ל בכותל, אכן אם לפי כללי הרחנ"ז אי"ז ג"ד לא היו חז"ל מחייבים. ודו"ק<sup>3</sup>.

אלא דנראה שהדבר תלוי במח' הראשונים אם יכול לכנס לתוך שלו ולבנות בהו"ד, דלד' הרא"ש דמהני, וצ"ב הרי חיוב ממון יש ביניהם. ונראה בביאור הדברים דס"ל להרא"ש דכל שנסתלק סיבת ההיז'ר שוב ליכא חיוב כותל, [וכ"נ במהרי"ל דיסקין שכ' דדוקא היכא שכבר בנה נפטר, ונפ"מ דהיכא דב"ד יורדין לנכסיו וכדו' דא"י לומר שיקחו רק שיעור הו"ד ויבנו בשלן]. ולדברי הרא"ש אכן מוכרח דהו"ד הוי ג"ד. אך הרשב"א דפליג נראה דהוא מה"ט גופיה, דלדידיה אין הדבר תלוי בגדרי הרחנ"ז אלא חיוב ממון דכותל הוא, [דהרי מודה הרשב"א דבמחיצת

<sup>1</sup> ובאמת על סברת הנתיבות קשה דמשכח"ל אופנים ששייך שמירה ולא ביטול ההשתמשות, וכגון בשפיכת מים (ב"מ קיז), עי' שי' הגרש"ר (קנה), ומדברי הנתיבות משמע דעיקר תירוצו הוא דכיון דלא שייך שמירה אלא רק ביטול ההשתמשות אינו חייב בזה, וצ"ע. ולעיקר דברינו י"ל גם בלא ד' הנתיבות, וכהא דמטו משמיה דהגר"ח, דכיון דעושה בתוך שלו אין עליו חיוב שמירה כלל מהל' מזיק דד' אבות נזיקין, ורק חידשו בו חז"ל דין הרחקה הנזק, ומעתה י"ל דדין הרחקה לא נאמר היכא דצריך לבטל את עיקר שימושו. ועי' היטב בזה. [ומה שמצינו דחייב לגדור במחיצת הכרם או לסוד בסיד בגפת וכדו', היינו באופנים שלולי זה היה נתבע לסלק הנזק לגמרי, דמדיני שכנים איכא חיוב הרחקה וביטול תשמיש, ובהנך מזיקין דינו דסגי לו במחיצה או בסיד, אבל היכא דלא שייך את עיקר תביעת ההרחקה, וכו"ל בהיזק ראייה, גם לא נאמר דין שמירה, דלעולם אין שורש הדין מתחיל מזה גופא דיעשה שמירה, אלא דמחוייב הרחקה ויכול להפטר ע"י שמירה. והבן].

<sup>2</sup> ואין לומר דבכלל דין בנין כותל הוא שלא יהיו בו חלונות, דמהכ"ל לומר כן, דגם ביש חלון כותל מיהא הוי, אלא דאיכא דין הרחקה על החלון. ועי' רמב"ן לקמן נט דלא שייך מחילה בחלון, כיון דמוחל רק על עצם עשיית החלון, ועדיין אסור לו להסתכל, וא"כ ממילא חייב לסתום החלון, עי"ש. ולדברינו אולי י"ל דכל סברא זו שייכא דוקא בחלון שיש שם תביעה של הרחקה הנזק, אבל בכותל שבין ב' חצירות כל התביעה היא חיוב כותל, והיכא דמוחל שוב אין תביעת הרחקה כלל שא"כ הרי יצטרך לילך מביתו. אך עדיין יל"ע דמ"מ הרי אסור לו להסתכל. וצ"ע. ואח"כ ראייתו באבי עזרי בקו' הרחנ"ז (לב) שנקט דגם איסור פתיחת חלון הוא מדין חיוב כותל, ולהכי לא מהני בזה סמך בהיתר.

<sup>3</sup> עוד העירוני דאולי אם לא היה זה ג"ד, והיה הדין דהניזק מרחיק, א"כ גם בתקנת כותל היה התקנה דהניזק בונה לעצמו, דלא יהיה עדיף משורש הדין, וכמו בפרשת הרחנ"ז דהניזק מרחיק, ה"ה בחיוב הממון דכותל, ורק משום דהוי ג"ד ואילו היה שייך הרחקה היה המזיק מרחיק, להכי גם בתקנת חיוב כותל המזיק חייב.

הכרם וכה"ג אין תביעה לבנות כותל חזק], וע"כ דכאן לא סגי לסלק היז"ר אלא איכא חיוב כותל<sup>4</sup>. וא"כ לכא' אף אם אי"ז ג"ד שייך חיוב כותל. [ולכא' להרשב"א גם בגג הסמוך לחצר חייב לבנות כמנהג המדינה, דהרי גם שם הוא חיוב כותל, דהרי כל הסברות לבאר אמאי לא שייך תביעת הרחנ"ז שייכי נמי בגג וחצר, וראה להלן]. [עו"ל בד' הרשב"א דגדר המנהג הוא להחשיב את סילוק הנזק רק בכותל טוב, ואולי זהו דקדוק הלשון בדבריו דשמא יפול ובינתיים יהיה הז"ר, ודלא כהרא"ש שכ' בסתמא דאינו רוצה להתעצם]. [ויש לעי' היטב בכל הנ"ל ממש"כ הרשב"א לתלות את מח' ר"ה ור"ח בב' חצירות זו למעלה מזו, בב' שיטות אלו אם יכול לכנוס לתוך שלו, וצ"ע אם הדברים מתאימים לפי דרכינו, וראה להלן].

ובר"י מיגש לקמן ונמי הק' כן [דלר"י על הניזק להרחיק א"ע] על פותח חלון לחצר חבירו, ומוכח דבמתני' לא קשיא ליה, ולהנ"ל י"ל דס"ל כמ"ש בד' הרשב"א דהוי חיוב ממון שאינו שייך לגדרי הרחנ"ז, ואינו תלוי בדיני הרחנ"ז, משא"כ בחלון וכנ"ל. וראה כע"ז באבי עזרי (פ"ג ה"ג).

[עוד נראה נפ"מ בזה לענין חזקה, דהקצוה"ח נוקט דדין חזקת נזיקין הוא מחמת סמך בהיתר, ולפי"ז יש לדון דל"ש חזקה בהיז"ר כלל, כיון דאי"ז הרחנ"ז אלא חיוב כותל, ומאי סמך בהיתר שייך בו. אכן להרא"ש י"ל דכיון דנסתלק המחייב של הרחנ"ז, שוב ליכא חיוב כותל, והוא חידוש. ונפ"מ לפי"ז דאם היה א' מהשכנים קודם חבירו [כגון שזכו מהפקר וזכה א' לפני השני], דחשיב סמך בהיתר, לא יהיה עליו חיוב כותל. ואולי היינו דנקטה המשנה דינא דכותל בשותפין שחלקו, לאשמעינן דדוקא בבאו שניהם בב"א, ולא בקדם א' חבירו. ודו"ק. אך לד' הרשב"א לכא' ל"ש סמך בהיתר, [אא"כ נחלק דגם הרשב"א מודה דתלוי בהיז"ר, אלא דכותל חלש חשיב דאינו סילוק היז"ר וכנ"ל], וממה דדן הרשב"א ענין חזקה בהיז"ר ע"כ דלאו משום סמך בהיתר הוא. [ובאמת הרי כל הכריחו דהקצות לומר דחזקה מהני מדין סמך בהיתר, הוא מדברי הרא"ש שכ' דל"ש מחילה בהיז"ר, וא"כ אמאי חזקה מהני, אע"כ דמדין סמך בהיתר הוא. ולהנ"ל את"ש דבריו, דהרי לד' הרא"ש נתבאר דהחיוב ממון תליא בגדרי הרחנ"ז, וממילא בסמך בהיתר נסתלק שורש הדין וליכא חיוב ממון, וכנ"ל. אכן עדיין צ"ב טובא מדברי הרא"ש, ופלא שלא נתבאר בקצות בזה, דלכא' כל מחילה נמי תיהני להחשב סמך בהיתר, ואמאי כ' הרא"ש דלולי שהכותל הוא חיוב ממון ביניהם לא היה שייך מחילה. ואולי דוקא חזקה מהני לסמך בהיתר ולא סתם מחילה, וצ"ע אם יש מקום לומר כן, וגם דבראשונים בקוטר ובה"כ כ' דאף דליכא חזקה מ"מ מחילה להדיא מהני, וע"כ דגם בלא חזקה שייך האי דינא, וצ"ע. ובפשוטו מהרא"ש עצמו מוכח דלא כהקצות, דמחילה וחזקה אינם כסמיכה בהיתר. וראה עוד להלן בזה].

ומכל זה לכא' נראה, דאף דאיכא חיוב ממון דכותל, מ"מ אי"ז מדיני שכנים כבית שער ודלת, ודלא כחזו"א ואבהא"ז. [ולדבריהם ג"כ את"ש ד' הר"י מיגש, דדוקא בחלון הוקשה לו דהתם אי"ז מדיני שכנים. ולפי"ז גם בגג הסמוך לחצר הו"ל לאקשו"י, דלפי"ז כל היכא שרק א' מהם חייב אי"ז מגדרי שכנים, ובבהגר"א מבואר דגם בגג הסמוך לחצר בונין כפי המנהג בגויל וכו', ולפמשנ"ת מוכח מזה דאיכא חיוב כותל]. דלדבריהם קשה דא"כ לא מסתבר שהדבר תלוי בגדרי הרחנ"ז כג"ד וסמך בהיתר וכדו', וד' האו"ז לא את"ש. ועוד דא"כ לכא' ודאי דאינו יכול לכנוס לתוך שלו ולבנות בהו"ד, דהרי זהו גופא מנהג השכנים דמסלקים ההיז"ר באופן יותר טוב. [ובדוחק י"ל דהמנהג לבנות בגויל אינו משום דרוצים לסלק הז"ר באופן יותר טוב, אלא דאינם רוצים להוציא הוצאות על כותל חלש, ולכן הבונה משלו בהו"ד באמת מקיים את המנהג. ודלא כמו שביארנו לעיל את דעת הרא"ש. ולפי"ז גם בבית שער וכדו' מהני לבנות משלו בהו"ד. וצ"ע]. ועוד קשה דלכא' על חיובי שכנים כבית שער וכדו' לא מצאנו חזקה, והר"י מיגש ג"כ דן האם מהני חזקה בהיז"ר, ולהדיא דן לגבי מתני' ולא רק בגג הסמוך לחצר. וצ"ע. ועוד דלפי"ז צדקו דברי הרשב"ש דמשתתפים לפי חלקם בחצר. והטור בשם הרמ"ה כ' דאינו כן, ועי' נתיבות (קסא) מש"כ בזה, ונראה שם דאינו מחיובי שכנים. ומ"מ מדברי הרא"ה דטוען גם משום סמיכת קורות, ולכא' חיוב זה ודאי מדיני שכנים או שותפין הוא (ועי' נתיבות), ובנמוק"י וברמ"א משמע שכרכו ב' הדינים יחד, היינו מה דא"י לכנוס בתוך שלו בהו"ד, ומה דא"י לכנוס בגויל וכרא"ה, ומשמע קצת דהכל מדין שכנים ושותפין. וצ"ע.

[ובאבהא"ז ביאר דהא דאין כאן תביעת הרחקת נזיקין הוא משום דשותפין לא זכו זה ע"ז בחלונות וכדו' לשי' הראב"ד, וא"כ נמצא דגם אחר החלוקה אין לו זכות תביעה (על מניעת ההשתמשות), וע"כ הוא רק מדין שותפין דומיא דבית שער ודלת. וקשה לי ממש"כ הרמב"ם (פ"א ה"ב) דבחצר שאבד"ח יכול לתבוע חלוקת ימים מכח היז"ר, עי"ש בראב"ד ובמ"מ, ואם הוי תביעה לחלוק מכח זה, אמאי אי"ז תביעה דאחר החלוקה לא יזיקנו. ובחי' הגרנ"פ כ' כע"ז ובנוס"א, (וראה מה שדקדק בדברי הטור בזה), דאמנם מה"ט ליכא תביעת היז"ר, אך איכא תביעה לחלוק באופן שלא יהיה היז"ר, דמדיני החלוקה לתת לכ"א חלק טוב, ולכא' ע"ז לא קשה מהרמב"ם הנ"ל, דאה"נ דגם שם הוא תביעת חלוקה דימים מכח היז"ר. ונראה לומר נפ"מ בזה עפ"י דברי הגרנ"פ, דבעני ועשיר דהבאנו לעיל דאין העשיר יכול לתבוע את העני שלא לדור בחצירו, דמ"מ אין העני יכול לתבוע חלוקה כל שיוצאים שלא יוכל מיד אח"כ לבנות, דכל שאין בונים כותל ליכא תביעת חלוקה. וכמו"כ נפ"מ בשוכרין לדעת הטור הנ"ל, דאין חולקין כלל, וכדמשמע לשונו דאין חולקין דבר שאינו שלהם, ודו"ק היטב].

העירוני הלומדים בעיקר היסוד, דאם אכן אין תביעה על עצם ההרחקה, היאך שייך חזקה בהיז"ר, הרי אינו יכול לתבוע על עצם השימוש, ומגלן דאיכא חזקה על 'אי בניית כותל', ועי' בזה, ואולי זה סברת הר"י מיגש דרך בחלון שייך חזקה ולא בחצר, עי"ש. ואולי יש לדון עוד דלבתר שחייבו חז"ל בניית כותל, שוב ממילא גם השימוש אסור כ"ז שאינו בונה, אא"כ אינו יכול לבנות וכגון בעני, [ולפי"ז אין סתירה מדברי הנתיבות

<sup>4</sup> ואף דהראשונים נקטו בדבריהם דאינו רוצה להתעצם וכו', מ"מ נראה דאי"ז טענה חדשה, אלא אתו לפרש אמאי אינו מקיים את חיובו בכך שכל פעם יבנה מחדש, וע"ז כתבו דאינו רוצה להתעצם, אבל עיקר הדין דמחויב להעמיד כותל חזק הוא מחמת תקנת חיוב כותל. ופשוט. ומ"מ עדיין צ"ע עד היכן שייך לומר דאין הדבר תלוי בגדרי היז"ר, וכמ"ש הט"ז דאטו אם הלך למדה"י חייב כותל, וצ"ל דזה פשוט דהו"ד אינו סילוק גמור של הנזק, אלא דסגי בזה בדין הרחנ"ז, ומעתה כל שמחמת הנזק איכא דין כותל ל"מ להפטר בזה, ופשוט.

הנ"ל לכל מש"כ, דהא לאחר שחייב כותל ודאי דיכול לסלקו אם לא יבנה, ודו"ק]. עוד העירוני ממחיצת הכרם דחזינו דשייך תביעה על בניית מחיצה, אבל שם באמת שורש החיוב להרחיק ד"א, וכעיצה שלא יצטרך להרחיק בונה מחיצה, ופשוט, אבל יש להעיר מהא דמשמע ברבינו ירוחם (הובא בשו"ע סו"ס קנה) דאיכא תביעת בניית מחיצה משום גנבי, עיש"ה, וכ"כ החזו"א (ב"ב א ג), ואולי אה"נ דגם שם הוי כחיוב כותל דהיז"ר והוי חיוב ממון ובונים כמנהג, ועי'. עוד העירוני על משנ"ל דהמנהג אינו שיעור במניעת ההיז"ר, אלא שיעור בגדר החיוב ממון דהכותל. דלפי"ז איך יבואר מש"כ רע"א דגם למ"ד לש"ה ההתחייבות היא למנוע היז"ר וממילא מתחייבים כפי המנהג, והא למניעת היז"ר סגי בהו"ד, והמנהג אינו אלא בתקנת חז"ל לחיוב כותל, ואולי נימא דגם בשניים שמתחייבים ביניהם למניעת היז"ר, דעתם על חיוב ממון של כותל, דהרי חזינו דאי"ז קנין דברים, ושם כותל נקבע לפי המנהג, ועי'.

בעיקר דברי הרא"ש דכיון דהוי חיוב ממון מהני מחילה, אבל אם לא כן לא מהני דהוי כקרקע כסותי. לכאורה תמוה מאד דהרי גם בשאר הרחנ"ז מהני מחילה, וכבר תמה בזה הקצות איך מהני חזקה בשאר הרחנ"ז, הרי כ' הרא"ש דהוי כקרקע כסותי, ותירץ דע"י המחילה חשיב סמך בהיתר, אכן לא ביאר א"כ מה כוונת הרא"ש דהוי קרקע כסותי, הרי עכ"פ יחזיק מדין סמך בהיתר. אא"כ נימא דהיזק ראייה לא מהני סמך בהיתר, וצ"ע בדינא ובטעמא, ואכמ"ל. [וראה מה שכתבתי בהערות לפרק לא יחפור אות יד עפ"י תשו' הרא"ש צח י, אבל המשמעות שם דאי"ז כוונת הרא"ש, עי"ש. ובפרט שהקצות כ' דכאן דסומך ברשות חברו עדיף טפי מסתם סמיכה בהיתר. אא"כ נימא דהרא"ש מיירי במחל גרידא ועדיין לא סמך השני, דבזה לא הוי סמך בהיתר. (דהמחילה לבדה אינה יוצרת 'סמיכה בהיתר', אלא בצירוף מה שסומך בפועל). אך לכא' זה אינו דבהיז"ר כל שיש לו חצר מבלי כותל מיד הוי סמיכה בהיתר, ופשוט. ובס' אבי עזרי צידד דלא מהני סמיכה בהיתר בהיזק ראייה, אך טעמו משום מסקנת הרא"ש דהיז"ר הוי חיוב ממון, וא"כ אינו שייך לדברינו]. ושו"ר בחזו"ש שכ' דבהיז"ר דחצר ל"מ סמך בהיתר, כיון שאי"ז תשמיש מסוים, עי"ש בטעמו. אבל שוב נתבוננתי דא"כ יקשה להיפך, דהרי הרא"ש עצמו דן דיהני חזקה גם בהיז"ר דחצר, וא"כ להקצות מוכח דגם בזה מהני סמך בהיתר. וצ"ע.

ולכא' ע"כ מוכח ברא"ש דלא כהקצוה"ח, ולד' הרא"ש לא מהני מחילה בכל הרחנ"ז, וחזקת נזיקין מועלת רק בטענת מכירה. [וזה מתאים בש"י הרא"ש למש"כ הפרישה דהראשונים (וכך היא שי' הרא"ש כמובא בטור) שהצריכו ג"ש בחזקה זו ס"ל דבעי קנין ואיכא שטר]. וכמדומה שכ"כ הנתיבות קנה סק"כ, ע"ש. וזה חידוש דשייך דין מכירה על קרקע כסותי, וכבר דנו בזה האחרונים בסוגי' דחזקת נזיקין. ובאמת הרי גם לענין היז"ר מוכח ברא"ש דהיה שייך לדון דין חזקת נזיקין וכנ"ל, רק דלא מהני דהוי כקוטרא ובה"כ, ומוכח דחזקה שאני, וע"כ דמכר עדיף. [ובאמת בהיז"ר יותר קשה להבין מה שייך למכור זכות להסתכלות בחצר, אם כהרמב"ן דהוא נזקי אדם באדם, ורק אם נימא דהיז"ר הוא במניעת ההשתמשות את"ש]. ועדיין צ"ע דלמסקנת הרא"ש דחיוב ממון יש ביניהם, היכן מצינו חזקה על מחילת חוב, וצ"ל דהחזקה מוכחת על נתינת זכות להסתכלות וכנ"ל, וממילא פוקע החיוב ממון דכותל, דהא מותר לו להסתכל, ולא מבעיא לפמשנ"ל בד' הרא"ש דהחיוב ממון תלוי בגדרי הרחנ"ז דודאי את"ש, אלא גם להחולקים נראה דבזה פשיטא דפקע חיוב הכותל.

ואולי י"ל בזה דבר חידוש, דבאמת בשאר הרחנ"ז ודאי מהני מחילה, וכמו שביארו כמה אחרונים דדין הרחנ"ז הוא זכות השכנים, ואם מוחל על זכותו שוב אין לו תביעה. אך בהיז"ר ס"ל להרא"ש דאי"ז מהל' הרחנ"ז, דס"ל כהרמב"ן דהוי נזקי אדם באדם, וי"ל דהיזקא דאדם המזיק לאו מתורת הרחנ"ז הוא, אלא כדין מזיק רגיל, [וצידדנו כן גם בחבורה בריש פ' לא יחפור, עי"ש], וא"כ לא מהני מחילה דהוי קרקע כסותי, וע"כ כ' הרא"ש דאינו כן אלא חיוב ממון דכותל הוא, ושפיר מהני מחילה. [ולפי"ז אין הכרח מהרא"ש דאין בהיז"ר גם דין הרחנ"ז, אלא רק דחמיר טפי, ודלא כמ"ש לעיל]. אך עדיין הא דמהני חזקה בהיז"ר צ"ל כנ"ל דהוא משום מכירת הזכות, דהא מדין מחילה ל"מ בהיז"ר וכנ"ל. [אך יהיה קשה דאם הוא היזק דאדם איך שייך למכור זכות הסתכלות וכנ"ל. וצ"ע]. וראה עוד מה שהארכנו בענין זה בחבורה בדין חזקת נזיקין, ונוספו שם דברים בזה בס"ד.

בדברי הרשב"א שתלה המחלוקת דר"ה ור"ח בב' חצירות זו למעלה מזו, בנידון אם יכול לכנס לתוך שלו ולבנות בהו"ד. עי' באב"ע ובחי' רא"ל שביארו דאם יסוד חיובו לסלק היז"ר אי"צ לבנות מלמטה, דההיז"ר ידידה נמצא רק מהגובה שלו, אכן אם איכא חיוב כותל שאינו תלוי בהיז"ר, הרי בנין משותף הוא מהיסוד, עי"ש בהרחבה. אכן עדיין קשה דלרב הונא יקשה כל מה שהק' הרשב"א קודם, דאטו בשופטני עסקינן וכו'. ונראה להוסיף בזה עפ"י דרכם, וליישב גם ק' זו. דהנה את עיקר דעת הרא"ש אפשר לבאר בב' אופנים, הא' דכך הוא עיקר חיובו דאם בונה לבד יכול בהו"ד, אבל אם בונה עם חברו יכול לתבעו לבנות כותל טוב דגויל וגזית, וכשבונה לבדו בהו"ד מקיים ג"כ את עיקר חיובו. או דבאמת חיובו כותל טוב, רק דאם בנה בהו"ד סילק מעליו את עיקר התביעה דהוי כעין הלך למדה"י דהט"ז [וכך ביארו לעיל]. ונפ"מ בזה, די"ל דלצד זה אין הדין אלא בקדם ובנה כבר, אבל אם תבעו בב"ד קודם לכן, כבר נקבע חיובו לבנין כותל, וכעין מה שהובא מהמהריל"ד לעיל. ומעתה י"ל, דבדעת הרא"ש הבין הרשב"א דעיקר חיובו מתקיים גם בהו"ד, ולהכי הקשה דאטו בשופטני עסקינן, אכן מש"כ הרשב"א דבזה נחלקו ר"ה ור"ח, אין כוונתו דלר"ה מתקיים חיובו בכך, אלא דאם קדם ובנה נסתלקה סיבת התביעה, וחזינו מזה דשורש החיוב הוא סילוק ההיז"ר, ולכן שייך להפטר בזה, דאילו היה חייב כותל מדין שותפין וכדו' לא היה מסתלק חיובו בזה, וזה סברת ר"ה דלהכי אי"צ להשתתף ביסוד, כיון דמניעת היז"ר אינה ביסוד. [נקצת יל"ע בזה בסברא אם גם בזה חשיב דחיובו רק לסלק היז"ר ואי"צ ליסוד, דטפי נראה דדוקא אם כך הוא עיקר חיובו פטור מלהשתתף ביסוד וכמו שביארו האחרונים הנ"ל]. ועי"ז אין להקשות דאטו בשופטני עסקינן, דלר"ה רק אם קדם ובנה פטור, ולא בטוען כך, וא"כ ל"ש להק' דלעולם יאמר אבנה בשלי, דנ"מ באופן שאינו יכול עתה לבנות, דאז ב"ד פוסקים חיובו בכותל, ורק לפי מה דהבין הרשב"א בדעת הרא"ש דיכול לטעון כן, אז הוא דקשה דא"כ לעולם כך יטען. ולפי"ז תוכן ד' הרשב"א כך הם, דמתחילה מקשה על שי' הרא"ש ודעימיה דס"ל

דעיקר החיוב מתקיים נמי בהו"ד, דא"כ אטו בשופטני עסקינן וכו', ומוסיף אח"כ ועוד דבזה נחלקו וכו', והיינו דמשם יש להוכיח דלא רק שאין מקיים את עיקר החיוב בזה, אלא אף אם קדם ובנה לא נפטר מחיובו ע"י זה. ודו"ק.

ולענ"ד נראה דגם בדעת הרא"ש מוכרח דאין עיקר החיוב הוא באופן זה שאם בונה לבד דינו בהו"ד ואם בונין יחד הוא כותל דגויל וגזית, אלא לעולם עיקר החיוב הוא לבנות יחד כותל דגויל וגזית ורק היכא דקדם ובנה נסתלקה התביעה, וכנ"ל בשם מהריל"ד. שהרי כ' הרא"ש דהטעם דאם בונין יחד תובעו כותל הוא דטוען לו איני רוצה לעשות מעותי אנפרות. והלא הדבר פלא, שהרי אי נימא דיסוד החיוב הוא בהו"ד לסלק היז"ר, אלא דבמקום לבנות ב' כתלים בונה כ"א רק חצי, א"כ מה טענה היא זו דאיני רוצה וכו', הרי לולי השותף היה בונה כותל שלם בהו"ד, (ואף אם היה בונה בתוך שלו בגויל וגזית אי"ז טענה על חבירו, שהרי בבונה בשלו סגי בהו"ד ומה שמוסיף מעצמו יותר מהנצרך אינו טענה כלל), והשותף רק מיקל מחיובו דאי"ז לבנות כותל שלם, וא"כ מהכ"ת שנתווסף כאן חיוב. אע"כ דמה שבונים כותל משותף הוא דין בפ"ע דכך שורש חיובם ואי"ז רק כהיכ"ת שלא לבנות כ"א בפ"ע, ומעתה צ"ב היאך יכול לבנות בשלו בהו"ד, אע"כ דבכה"ג נסתלקה התביעה משורשה, אבל לכא' לא יתכן לומר דזה גופא קיום הדין, ועי' היטב בזה. [עוד העירוני דלכא' מוכח דאין חיוב נפרד על כאו"א, מהא דבעשיר ועני אין העני יכול לתבוע את העשיר שיבנה משלו. ועי' ח' רא"ל. אך יתכן דזה סברא גם בדין הרחנ"ז דאין הא' חייב להרחיק את הכל, ואין הכרח מכאן שהוא דין בניית כותל בשותפות, ועי' היטב. והעירו דמהפרישה משמע דעיקר הרבנות הוא דשרי לעשיר לבנות בקרקע שלו, אך אין הכרח שא"א לחייבו על הבניה, עי"ש. עוד העירו דאולי הא דא"א לחייבו הוא כיון דטוען שאינו רוצה בהו"ד, ולבנות חצי גויל ודאי אינו חייב, דלא קאי בהכי, וגויל שלם י"ל דודאי דאינו חייב, די"ל דהמנהג של גויל ודאי אינו מחייב יותר מכל אחד חצי גויל, ודו"ק, אבל באמת אי"ז דחיה דהרי עדיין נפ"מ היכא דנהגו בהו"ד דבזה עכ"פ יהיה אפשר לתבוע את העשיר לבדו].

הערות בסוגיין.

הסתפקנו איך הדין במסלק את הנזק לזמן מסויים, וכגון במעמיד מחיצה שברור שאחר זמן מסויים נופלת, האם יש תביעה על הזמן שאח"כ. (ועי' בח' הגרש"ש). ואת"ל דאיכא, א"כ אמאי סגי בהוצא ודפנא. וצריך להסביר היטב החילוק בזה.

הראוני מח' במרדכי (תעא) באופן שיש מקום בחצר שאין השני רואה אי איכא תביעת כותל, והמרדכי מסיק דודאי איכא שהרי מפסיד השימוש בחצירו. ולכא' ברור שהמח' אם ההיזק במניעת השימוש או בעצם הראיה.

העירו בדברי הטור בב' עניים דיכולים ליקח דמי הכותל מצדקה, אמאי לא הזכיר כן קודם לכן, בעני ועשיר, שהעני יכול ליקח מצדקה. וחשבתי לומר דאולי ראה מכאן שאין שעבוד נכסים לחיוב הכותל, ולא נחתנין לנכסי, (ודלא כנתיבות), וא"כ אפשר דאין בזה דין צדקה. ומה שבשני עניים נותנים הוא מכח צדקה לעני השני שניזוק ממה שאין כותל, ולכן בעני ועשיר אין נותנין לו, דהא אי"ז לדאוג לעשיר. ודו"ק.

## מחיצת הכרם, ובדברי הרמ"ה דחייב על היזק דגנבים

אומר לו גזור. לבעל הכרם, ברש"י פי' (וכן ברמב"ן וברשב"א) משום כלאים, ותוס' פי' (וכן רבינו יונה ותורי"ד) משום עבוב"כ. ולכא' מה שמכריח את הראשונים לפרש משום כלאים, הגם דודאי איכא הרחקה נמי משום עבוב"כ, לכא' הוא משום דס"ל דאל"כ אי"ז גרמי, דרק אם חייב משום הכלאים גופא שייך לחייבו על הנזק. אכן התוס' לכא' ס"ל כרמ"ה (יח) שלמד מסוגיין דמי שהיה חייב לגזור בינו ובין חבירו ולא גדר (ולכא' הכוונה לגדר דהיז"ר, כדנראה בטור שהביא הדין בהל' היז"ר), ובאו גנבים, חייב לשלם על הנזק.

וסברת הרמ"ה מחודשת טובא, ועי' קה"י שהק' דכל בור יחוייב מדין גרמי על אדם וכלים, דהיה חייב בגדירה משום בע"ח. עי"ש שתי' דחיוב 'ולא ישמרנו' הוא חיוב לשמים, עי"ש. וזה מחודש.

ונראה דבדעת תוס' אין הכרח לחידושו של הרמ"ה. דהנה לכא' יל"ע בד' התוס' ודעימייהו, דאה"נ שעל בעה"כ איכא תביעה משום עבוב"כ, אבל אמאי לא נימא דגם בעל התבואה ירחיק משום הכלאים, ומה לי דעל בעה"כ יש ב' סיבות להרחקה, ולכא' פשוט שממצעין ביניהם את ההרחקה. ואין לומר דס"ל לתוס' דגם משום הכלאים רק בעה"כ נחשב המזיק, [וכמש"כ חלק מהראשונים הסוברים דסוגיין משום כלאים], דא"כ הו"מ התוס' ג"כ לפרש דגודר משום כלאים. ועי' בשי' הגרש"ר שכ' דרך מחודשת די"ל דכלאים אינו סיבה להרחקה כלל, דכ"א מזיק לעצמו, עי"ש. והביאו דבתורי"ד מפורש דהכלאים הם סיבה להרחקה, ואם היה רק נידון משום כלאים היה כ"א מרחיק ב' אמות, והטעם שרק בעל הכרם מרחיק הוא משום עבוב"כ. והדרא ק' לדוכתא. וצ"ל בד' התורי"ד דס"ל כרבינו יונה להלן כו. דהרחקה דעבוב"כ היא מגבול חבירו, ולא ממקום התבואה, כיון שיכול לומר דרוצה ליטע שם ירקות וכדו' שאין בהם כלאים והמחרישה תזיקם. ולפי"ז הרי אין מקום לשאילה הנ"ל, דהא כיון שבעה"כ מרחיק ד"א בכל גווי, אין תביעת הרחקה על בעל התבואה כלל, שהרי לא מתחיל נידון של כלאים כלל. ואת"ש שי' התורי"ד, וכן רבינו יונה (לשיטתו). אכן הרמב"ן שם ועוד ראשונים חולקים, ולדבריהם הדרא הקושיה, ואפשר דלהכי פי' הרמב"ן דגם משום הכלאים רק בעה"כ הוא המזיק. אכן בדעת התוס' י"ל בעוד אופן, והוא, דבאמת לרבינו אה"נ דממצעין ביניהם את ההרחקה, אבל לר"י ס"ל לתוס' דאין הכלאים גריה דיליה, וכצד א' ברמב"ן, ומעתה נמצא דמשום כלאים ליכא חיוב הרחקה כלל, דאי"ז ג"ד, ולהכי כל ההרחקה היא רק משום עבוב"כ על בעה"כ.

ומעתה י"ל דאין הכרח כלל מתוס' לחידושו של הרמ"ה. והוא עפ"י מה שמבארים (עי' שי' הגרש"ר והגרנ"פ) בדברי הרמב"ן בסוגיין שכ' לבאר דדוקא בעל הכרם נחשב למזיק משום כלאים, כיון דחייב לגזור משום האיסור שגפניו מתערבבים עם התבואה, עי"ש, ותמה בקוב"ש דמשום איסור לשמים ל"ש לגלגל עליו תביעת ממון, והוכיח כן מדברי הרמב"ן עצמו, עי"ש. וביארו בזה, דכיון דיש עליו איסור כלאים, שוב ממילא אין למזיק טענת אני עושה בתוך שלי ועל הניזק להרחיק, כיון דגם בשלו אין לו היתר. ולפי"ז הרי גם בדעת התוס' י"ל כן, דלכתר דאיכא

עליו חיוב משום עבדה"כ, הרי שגם תביעת הכלאים עליו, כיון דכבר לא חשיב עושה בתוך שלו בהיתר, ובעל התבואה אי"צ להרחיק משום הכלאים, כיון דאי"ז ג"ד, ונמצא דבעה"כ מרחיק את כל הד"א הן משום עבדה"כ והן משום הכלאים, וחיוב האחריות הוא מחמת חיובו בהרחקת הכלאים. ואמנם בד' תוס' נצטרך לומר דלא כרמב"ן לגמרי, דאם גם איסור כלאים נחשב שאינו עושה בהיתר א"כ גם בעל התבואה אינו בהיתר, אלא שי"ל דבאמת דינים לשמיים אינם נחשבים כלל שאינו עושה בהיתר, ודלא כרמב"ן, ורק בעה"כ נחשב שאינו עושה בהיתר, משום הרחקה דעבדה"כ, ודו"ק. [ובאמת בדעת הרמב"ן עצמו צ"ב, למה הוצרך לדין איסור כלאים, ולא פ' כפשוטו דבעל הכרם אינו עושה בתוך שלו בהיתר משום הרחקת דעבדה"כ, וצ"ע בזה].

וכמו"כ נראה מאותו טעם דגם לפמש"כ בד' רבינו יונה והתור"י ד, ה"ה דחיובו דבעה"כ הוא משום הכלאים ג"כ, דבעצם הכלאים הם סיבה להרחקה גמורה, וכיון שאת בעל התבואה אין מקום לחייב ע"ז, כיון שמצידו הרי אין כאן כלאים כלל, הרי דממילא כל ההרחקה דהכלאים נופלת על בעה"כ, וחיובו הוא משום הכלאים ג"כ, ואין הכרח לחידושו של הרמ"ה, ודו"ק.

[ב] ונראה דגם בדעת הרמ"ה יש לדון דאין כוונתו דמכח תביעת עבדה"כ מגלגלין עליו את היזק הכלאים. אלא אף הוא מודה דאיכא בסוגיין חיוב על בעה"כ משום כלאים ג"כ. ועיקר ההכרח לזה דהרמ"ה עצמו מפרש (יז) דסוגיין משום כלאים, וא"כ איך למד מכאן דבגדר דהיז"ר אם לא גדר מחייב משום גנבי, ודוח"ל דס"ל מסברא דאין לחלק, ותימה שלא הרגישו בזה. וביאור דברי הרמ"ה נראה, דהנה הב"י בס' קנז הביא ע"ד הרמ"ה, את ד' רבינו ירוחם דמי שחצירו פרוצה יכול שכינו לתבעו שישגדור מחמת היזק הגנבים. והב"י הק' ע"ז דאי"ז גיריה דיליה. והובאו הדברים גם ברמ"א בסו"ס קנה. ומבואר דאיכא חיוב בדין הרחנ"ז של גדר משום גנבים, ואף הב"י לא פליג על עצם הענין, אלא דס"ל שאי"ז ג"ד. ומעתה, אם איכא חיוב משום היזק ראייה, שוב ממילא גם בהיזק הגנבים אינו יכול לטעון דעל הניזק להרחיק, כיון דאינו עושה בהיתר, ונמצא דמכל ההיז"ר מתגלגל עליו תביעת גדר משום גנבי, ולהכי חייב באחריות הגנבים. ולפי"ז הרי דזה גופא היה הוכחת הרמ"ה מסוגיין, דכמו הכא שמכח עבדה"כ נתחייב גם בהרחקה דכלאים וממילא חייב באחריותו, הכ"נ שם הואיל ונתחייב בהיז"ר מממילא נתחייב גם בהרחקה דגנבי ובחיוב אחריות דגנבי, ודו"ק. [וקצת כע"ז כ' החזו"א (ב"ב א ג), דכיון שמחוייב בהיז"ר הרי ממילא יהיה כותל גם לגנבי, ונמצא דגם החיוב כותל דגנבי מוטל רק עליו, ע"ש, וזה דומה לסברא שביארנו לעיל בד' התור"י ד, דאחר שממילא מחוייב בהרחקה דעבדה"כ מהגבול שוב ממילא גם הכלאים מוטלים עליו, אך יש לחלק בזה טובא דמ"מ כאן לתרוייהו יש חיוב כותל ויתחלקו ביניהם, ואולי הוא מגדרי תקנת השכנים, ובדומה לרא"ה דאיכא תביעה דסמיכת קורות, וע"י היטב].

ואולי יתיישב לפי דברינו הסתירה בין הרמ"ה הנ"ל לרמ"ה המובא בשטמ"ק בב"ק דף ק', שמפרש דבעה"כ חייב משום כלאים, והא דרק הוא חייב ולא בעל התבואה, היינו משום דמיירי שאין ענבים בכרם, ע"ש, [ועיקר הסברא בזה צ"ב, ע"י שי' הגרש"ר כאן]. עכ"פ מפורש דסוגיין מיירי משום כלאים ולא משום עבדה"כ, והק' כן בדרך אמונה פ"ז מכלאים הי"ז (בצ"ה ר). וכבר הבאנו דגם הרמ"ה לפנינו מפרש משום כלאים. אך עדיין אי"ז מתיישב עם דבריו בב"ק דטעמא דדוקא בעה"כ מרחיק הוא משום דליכא ענבים, והכא לפמ"ש לעיל כוונתו דמשום עבדה"כ נתגלגל עליו נמי תביעת הכלאים. וי"ל בזה, דהרמ"ה בב"ק מיירי בדעת רבנן דאי"ז ג"ד, וא"כ מוכרחים להעמיד בהיכ"ת שיש עדיפות לתבואה מהכרם, דאל"כ אף שבעל הכרם מחויב מטעם נוסף מ"מ היה הדין דממצעין ביניהם, [אח"כ ראיתי דד' הרמ"ה בפ' לא יחפור (ק) דכ"א מרחיק מגבול חבירו ואין ממצעין ביניהם, וא"כ דברינו לא את"ש, וצ"ע א"כ סתירת ד' הרמ"ה דא"כ פשיטא דבעל הכרם גרע טפי], אכן בסוגיין מפרש אליבא דר"י דהכלאים אינם ג"ד, ומשום עבדה"כ נתגלגלה עליו גם תביעת הכלאים, ומכאן למד הרמ"ה לחיוב גנבי וכו'. ודו"ק.

[ובאמת המציין לרמ"א שם כ' דמקור הדין דאיכא תביעה משום גנבי, הוא מרבינו ירוחם והרמ"ה, והדבר פלא דלפי ההבנה הפשוטה ברמ"ה מוכח להיפך, דאין חוב משום גנבים, אלא מחמת ההיז"ר, ורק דכיון שהיה חייב לגדור משום היז"ר חייב נמי לשלם על היזק הגנבים. ולדברינו את"ש קצת דעכ"פ מכח ההיז"ר איכא תביעת גדר משום גנבים, אבל עדיין אי"ז מיישב לגמרי דהא עכ"פ אי"ז גיריה דיליה, ורק היכא דאיכא נמי היז"ר שייך לחיובו גם משום גנבי. ולכא' משמע במציין שהבין בכוונת הרמ"ה דהיה מחויב לגדור משום גנבים, וצ"ע מהטור שהביאו בידינו היז"ר. ונ"מ גם באופן שהמנהג דהיז"ר הוא בהו"ד, שאין גדר זו מונעת גנבים, דבכה"ג לא יתחייב על היזק הגנבים, משא"כ לד' רבינו ירוחם].

[נ"ב. גם לפי דברינו דאין כלל מקור ברמ"ה לחייב מכח תביעה אחת על נזק אחר, מ"מ ק' הקה"י עדיין לא מיושבת לגמרי, דהא יש מקום להק' באופ"א, דכל בור וכו' יתחייב על בעלי חיים מדין גרמי, מכח מה שהיה מוטל עליו לגדור ולא גדר. ובהכרח צ"ל בזה מטעמא אחרני, דאי"ז ברי הויקא או דאין הנזק בא מיד וכדו'].

והלומדים העירוני דלכא' עיקר ההרחקה משום גנבים צ"ב טובא, דלכא' הנזק היה קורה גם לולי הבית הפרוץ, דאם היה המקום ריק לגמרי ג"כ היו באים גנבים, אלא שאם היה בונה את ביתו כרגיל לא היו גנבים, והיה בעל הבית השלם נהנה ממילא, אבל מהכ"ת שיהיה תביעה ע"ז. ולכא' צ"ל בזה דמיירי שדוקא בגלל הבית הפרוץ באים גנבים, ולולא היה שם בית לא היו גנבים כלל, וצ"ע. ועכ"פ, לדברינו דגם הרמ"ה מיירי במקום דאיכא חיוב כותל משום גנבים [לולי הא דלא הוי גיריה דיליה], נצטרך לדחוק דגם ברמ"ה מיירי בעובדא כעין הנ"ל, והדבר דחוק עד מאד. וצ"ע.

## פרק לא יחפור

### סוגיא דריש פ' לא יחפור

#### גדרי דין הרחנ"ז והמסתעף, ובסוגיא דרקתא

האריכו רבותינו לבאר אמאי כל דיני הרחנ"ז אינם נובעים מחיוב שמירה דד' אבות נזיקין, עכ"פ באופן שיש חיוב תשלומין. [ואמנם ודאי דנתחדשו כמה וכמה דינים בהרחנ"ז, וכגון לרבא דמרחיק גם בליכא נזיק, וכגון עבודת הכרם שהוא רק מחשש שמא יכנס, וכו', אבל קשה מהאופנים ששייך בהם גדרי מזיק רגילים]. ואין לומר דאה"נ, דהרי לר"י בלא ג"ד ליכא הרחקה, ומבואר ברמב"ן דהוא אף במקומות דחשיבי גרמי, ולרבנן אם לא הרחיק חייב בתשלומין, ואעפ"כ לר"י פטור מהרחקה (וממילא גם מתשלומין), ותימה אדרבה, יתחייב בהרחקה (וממילא בתשלומין). וגם מרבנן יש להק' על דיני סמך בהיתר וכדו' דודאי דהם כללים בדיני חיובי שכנים ולא בהל' ד' אבות נזיקין.

ואמנם ש' בעל העיטור (הובא ברא"ש קח י) והרמ"ה (קה) דבכל ההרחקות אף בהרחיק חייב לשלם. [ועי"ש ברמ"ה שמחייב אפי' באילן ובור, ודלא כרמב"ן ש' דהוי נולד]. ולכא' ביאור ש' זו דאדרבה, באמת איכא חיוב שמירת נזקין, ומדיני שכנים הקילו והתירו להשתמש בהרחקה מסויימת ע"ד לשלם (וכעין דינא דתנור ששם כך הוא הדין), ולהנך ראשונים אין מקום לשאול דיתחייב מדין נזיקין, דאה"נ דחייב, אלא שהקילו חכמים שלא לחייבו בהרחקה, והוא דוגמת פותקין ביבותרין דאיכא רשות ע"מ לשלם. [ובחזו"א יד יד ביאר ש' זו באופן, דשיעורי ההרחקות הם בסתמא, אבל אם לבסוף הזיק ע"כ דהיה צריך להרחיק יותר. אכן ברמ"ה ש' דגם באילן ובור אליבא דר"י איכא חיוב תשלומין, מבואר כדרכינו הנ"ל, דשם ל"ש את סברת החזו"א, שהרי אינו חייב בהרחקה כלל]. אמנם הרמב"ן בדד"ג דוחה ש' זו מכל וכל, ולדידיה צ"ל דשאני תנור בזה, ועי' מאירי כ:], וכן דקדק הנתיבות בשו"ע (קנה סל"ג) שלא הביא המחבר כלל את צד זה דחייב לשלם אף בהרחיק<sup>5</sup>.

[שיטה מחודשת נוספת מצאתי בכת"י שנדפס בס' אהל ישעיהו על ב"ק (ויוחס שם לרבינו אפרים), דכולהו נזקין דפ' לא יחפור הוי הזיק שאינו ניכר, וצ"ב כוונתו, (ואולי כל שאין ניכר איך המזיק גורם לנזק הוי נמי הזיק שאינו ניכר), ועכ"פ לפי"ז ליכא חיובי שמירה, דהזיק ש"נ לכא' הוי היתר גמור. אכן זה אין לתרץ דלפי הראב"ד כולא פרקין הוי גרמא, ולהכי אין כאן תביעה דד' אבות נזיקין. כיון דגרמא אסור ומצד האיסור איכא חיובי שמירה. ועוד שהרי כ' הנתיבות (סקי"ז) דגם להראב"ד לא כל האופנים חשיבי גרמא. ועוד קשה דאמאי אינו חייב משום ממון המזיק, וראה להלן בזה].

ובנתיבות כ' בזה דביטול תשמיש לא חייביה רחמנא, וכל הני דפרקין א"א בשמירה אלא במניעת השימוש. ותמוה דמצינו גפת וזבל דסגי ליה בסד בסיד, והגרש"ר הק' מב"מ קי"ז דמצי למעבד מעזיבה. וצ"ע. ועוד הוסיף הנתיבות סברא דהניזק נמי יכול להשמר, והיינו דבאופן דאין הניזק יכול להשמר אזי חייב המזיק בביטול תשמישו [וצ"ב הכלל בזה ומה הצירוף בין ב' הסברות<sup>6</sup>. ועכ"פ לפי הוספה זו את"ש דלא קשיא על הנתיבות משור המועד דאין לו שמירה אלא סכין והיינו ביטול השימוש, כיון דהתם אין הניזק יכול להשמר]. וסברתו השניה מבוארת בתורי"ד להלן גבי רקתא, עי"ש. אך צ"ע אם בסברא זו גרידא יש ישוב לכל ההרחקות, ונימא דבכולן יכול הניזק להשמר, ועי' ח' הגרנ"פ.

וברא"ש ב"ק כג: ביאר מח' רב יוסף ואב"י עפ"י ד' הר"ח שם, דבעיר חייב בעל הבהמה לשמרה, כיון דאין הניזק יכול לסגור ביתו, אבל בשדה דאין המזיק יכול לשמור על בהמותיו צריך הניזק לשמור את עצמו, עי"ש. וסברתו השניה היא סברת הנתיבות דא"א בשמירה. וכן מצינו סברא זו ברשב"א גבי דבורים ש' דא"א להם בשמירה. [ומאידך סברתו הראשונה של הרא"ש שם משמע ע"ד התורי"ד דרק אם אין הניזק יכול להשמר איכא חיוב, וצ"ע דיוקא דרישא אדיוקא דסיפא, דמה הדין אם שניהם יכולים או שניהם אינם יכולים, וצ"ע. (ונ"ב, עי"ש בשטמ"ק בשם רבינו יהונתן דאב"י ורב יוסף נחלקו אם על הניזק להרחיק א"ע או על המזיק להרחיק, וקי"ל כאב"י דעל המזיק, וצ"ב כוונתו, ובשם הר"מ מסרקסטה הביא השטמ"ק כע"ז ו' דקי"ל כאב"י שהרי מודה ר"י בגיריה דיליה, וצ"ב). ועוד הבדל בין התורי"ד לרא"ש, דהתורי"ד כ' הואיל ועושה בשלו, וברא"ש לכא' הוא אף באינו עושה בשלו אלא רועה עם בהמותיו בחוץ, ועי' בזה. וברא"ש עצמו כ' בתשו' הנ"ל דאם אין הניזק יכול לשמור א"ע מודה ר' יוסי, אבל בזה אין הכרח דהכוונה דאז חוזר לדין שמירת נזקין דב"ק וכהתורי"ד, אלא יתכן שזה סברא בדיני שכנים שבזה גם ר"י מודה לרבנן, עי"ש בכל התשובה, וקצת כע"ז בהג"מ פ"י משכנים דבדבר שאינו עיקר תשמיש מודה ר"י דהמזיק מרחיק, עי"ש. ושור"ר ע"ד הרא"ש בב"ק הנ"ל בס' אהל ישעיהו בשם הגרש"ר, ש' דהוא פטור דוקא בשן ורגל, דכל שדרך הניזק להשמר אי"ז ובער בשדה אחר, וכע"ז שמעתי לומר עפ"י דברי האבהא"ז (נז"מ ג ד) דבשן ורגל איכא דין ושלח את בעירו שיהיה פשיעת שילוח עי"ש, וסברא זו י"ל אף כלפי דברי הרשב"א, ודו"ק].

<sup>5</sup> וצ"ע בבאר הגולה שציין על השו"ע את העיטור, ולכא' אי"ז ש' העיטור כלל אלא ש' הרמב"ן שכלא הרחיק חייב לשלם ובהרחיק פטור.  
<sup>6</sup> והלומדים טענו דבאמת אין כוונתו לשני סברות, אלא הכל יסוד אחד, והוא דבין לענין ביטול תשמיש ובין לענין שמירה, לעולם אין המזיק נתבע יותר מהניזק, וכל ששניהם שוים, דהיינו ששניהם יכולים לבטל תשמיש או ששניהם יכולים לשמור, הרי שעל הניזק לשמור או לבטל תשמיש, דמהכ"ל יבטל וכו' וכלש' הנתיבות. וכל מה דאיכא תביעה על המזיק הוא באופן שמפסיד פחות מהניזק, וכגון שהמזיק יכול בשמירה והניזק יכול רק לבטל תשמישו, או באופן שהמזיק יכול לבטל תשמישו והניזק גם לזה אינו יכול, בזה חייב המזיק לשמור או לבטל תשמישו. ונמצא דאין כלל סברא דביטול תשמיש לא חייב רחמנא, דבאמת שייך אופנים שיתחייב בביטול תשמיש, אלא עיקר הסברא דלעולם אינו מפסיד יותר ממה שהניזק יפסיד. אבל מ"מ לשון הנתיבות בתחילת דבריו מורה שביטול תשמיש לא חייביה רחמנא. אך סוף דבריו נראה יותר כדרך זו. וצ"ע. ואחרים העירו דאולי סברתו הראשונה היא לרבנן, דהם סוברים דלעולם ביטול תשמיש לא חייב רחמנא, וסברתו השניה דעל הניזק לשמור היא לר' יוסי, דר"י תולה הכל ביסוד זה שעל הניזק לשמור א"ע. והדברים נראים מחודשים.

אכן ברמב"ן נסתרים כל הני סברות, שהרי לגבי דבורים כ' דאינו בעלים, וכן ברקתא האריך ליישב, והק' באילן דיתחייב על השרשים מדין שורו דלא טפח באפיה, ומבואר דכל כמה דאיכא ממון המזיק חייב, ודלא כנתיבות<sup>7</sup>. ומעתה צ"ב אמאי לר"י ליכא הרחקה בכל הני, וביותר, בדברי הרמב"ן יש סתירה מיניה וביה, דעי"ש ברמב"ן שכ' דבגפת אי לא הוי ג"ד, כד' רש"י, לר' יוסי פשיטא דפטור, ולרבנן יש לדון, עי"ש, ותימה אדרבה, הרי מחמת דהוי גרמי יתחייב בהרחקה ובתשלומין גם לר' יוסי, וכמ"ש הרמב"ן עצמו קודם להק' דגם לר"י יתחייב באילן ובור מחמת השרשים דהוו ממונו, ומבואר דאם יש חיובא דממונו הרי זה גופא מחייב, וא"כ גם בגפת אם חשיב גרמי יתחייב גם לר' יוסי. [וכן בכלאים מבואר ברמב"ן דכל החיוב תשלומין הוא רק אחר שחייב בהרחקה, ואם לא היה נחשב כמו גיריה דיליה (עי"ש בטעמו המחודש לזה) לא היה חייב, וכן בתחילת הדברים (ד"ה ומעתה) גבי אילן ובור כ' הרמב"ן דהוי גרמי, ואעפ"כ פטור לר' יוסי, ומעתה תמוה מאד א"כ למה אם שרשין הוי ממון המזיק חייב גם לר' יוסי, והוא פלא עצום<sup>8</sup>].

והמבואר בזה כמו שהביא בברכ"ש בשם הגר"ח דבעושה בתוך שלו ליכא חיוב נזיקין, ואי"ז אלא פרשה מחודשת של דיני שכנים. ומעתה את"ש היטב כל דברי הרמב"ן, דרקתא ושרשים ודבורים הוי עשיה בשל חבריו, ולכן היה שייך בהם חיוב ממון המזיק, לולי סברות הרמב"ן, אכן בגפת וכל הדומה ליה הוי עושה בשלו, ולכן אם ליכא חיוב הרחקה פשיטא דפטור, אבל אם איכא חיוב הרחקה חייב, דלבתר שמחוייב הרחקה מדין שכנים שוב הדר דין מזיק עליה, והדברים נפלאים<sup>9</sup>.

ובאמת אפשר לדון האם חיוב זה מדאורי' הוא, דלבתר דחייב הרחקה הדר עליה דין מזיק גמור, או דהוי חיוב מדרבנן, דכשם שחייבוהו בהרחקה כך גם חייבוהו בתשלומין, ועי' בחזו"א הנ"ל.

[וקצת יל"ע דתנור לכא' הוי נמי עושה בשלו, וא"כ איך יתכן דגם בהרחיק חייב. וצ"ל דבזה מודינן לסברת העיטור והרמ"ה דבעצם גם מדיני שכנים היה צריך להרחיק יותר, והקילו עליו שלא להרחיק כ"כ ואם יזיק ישלם. אך הלומדים טענו דתנור לכא' הוי אש גמורה, דלכא' אש הוי עושה בשל חבריו וכמו ברקתא, שהרי גוף האש הולך ומתפשט ברשות חבריו. ולא דמי לגפת וכדו' שגוף הגפת נשאר ברשותו ורק מוציא הבל לרשות חבריו. וצ"ע. ואם כן הוא, הרי דיש להעיר על הוכחת בעל העיטור מתנור דאיכא חיוב תשלומין בכל ההרחקות, דדילמא שאני תנור דהוי אש דד' אבות נזיקין, משא"כ בשאר הרחקות דאינו הולך בשל חבריו. ומאיך העירו דאדרבה, לפי"ז ניהא הגמ' בהכונס דפריך מר"ש דפוטור כאן אדר"ש בב"ק דס"ד דמחייב בדליקה גם היכא דהרחיק, ולכא' אם בתנור כל החיוב הוא מדיני שכנים, א"כ י"ל דבזה כיון דהרחיק פטור דקיים את חיובו וכנ"ל, משא"כ במזיק רגיל דאש. ולהנ"ל ניהא היטב דבאמת הזיקא דתנור לאו מדיני שכנים הוא אלא מדין אש. ונמצא חידוש דבתנור לא מהני סמיכה בהיתר. ועי' היטב בזה].

[ואכן בד' הפוטרים היה מקום לומר דס"ל דרק דין הרחקה הוא דאיכא, אך אי"ז מחזיר את דיני נזקין. ובפרט אם דיני הרחקה הם דרבנן. וכ"כ החזו"א בתחילת דבריו. אך הראב"ד שהביא הרמב"ן כ' הטעם משום 'גרמא', ולא משום סברא זו, ועי' היטב בחזו"א שכבר דן בזה, ועי"ש מש"כ לפרש בזה, וצ"ע. ואולי י"ל דבר חדש בזה, ובהקדם דהנה לכא' תמוה מאד בדברי הראב"ד והרמב"ן אמאי דנו לחייב (בגפת וזבל וכדו') רק מדין גרמי, ולא בפשוטו מדין ממון המזיק, דלבתר שנתחייב בהרחקה הוי נמי ממון המזיק. [והרי העיטור שמחייב בכל ההרחקות מבואר להדיא דמדין ממון המזיק הוא]. וי"ל בזה, דבאמת ס"ל להראב"ד דסברת 'עושה בשלו' פוטרת לגמרי מדין תשלומין, ואף לאחר שחייבו חז"ל בהרחקה. אלא דסברא זו מהני רק לדין ממון המזיק, אבל מדין אדם המזיק ליכא פטור זה כלל, כיון דאדם לאו מתורת 'שמירה' הוא אלא חייב על עצם מעשה ההיזק, וי"ל דאף בעושה בשלו נמי, ולהכי הוצרך הראב"ד להא דהוי גרמא, והוא חידוש. ובזה יתיישב אמאי לא חייב הראב"ד בגפת וזבל וכדו' מדין ממון המזיק, ולפי"ז את"ש, דמדין ממון פטור משום עושה בשלו, אבל מדין אדם המזיק הו"ל להתחייב, ועי"ז כ' הראב"ד דהוי גרמא. [וכמו"כ יש לדון גם בסברת הנתיבות אי מהני גם לדין אדם המזיק, וראה להלן]. אבל ברמב"ן מוכח דגם לענין אדם מהני הך סברא, שהרי כ' דאם גפת לא הוי ג"ד א"כ פשוט דפטור, וקשה דאדרבה, הואיל והוי גרמי יתחייב מדין מזיק דב"ק אע"פ שאינו גיריה. ועי"כ דגם בזה מהני הך סברא דעושה בשלו. ושמא יש לדון דשאני גרמי שדעת הרמב"ן דאינו כמעשה אדם גמור, שהרי גרמי דבהמתו פטור, ועי' היטב בזה. (וכמו"כ הדבר תלוי בק' הראשונים ברקתא אם כוונתם להק' דשייך בזה אשו משום חיציו, וזה לכא' אדם המזיק גמור). אך המעיין היטב ברמב"ן בדד"ג יראה דמספק"ל בזה אם חיובו רק משום גרמי או דחשיב אדם המזיק בידיים, עי"ש"ה.

<sup>7</sup> וא' הלומדים העיר דאולי מקוש' הרמב"ן משרשים אין סתירה לנתיבות, דאולי קציצת השרשין הויא בכלל 'שמירה' ולא ביטול תשמיש, דאין הכרח שתבטל עיקר העצמת האילן ע"י קציצת השרשין, ומאיך דת' הרמב"ן דנולד מהני רק לענין חיוב קציצת השרשין, וכן סברתו השניה דאינו מחויב לחפש אחר השרשין, אבל אילו היה חיוב לסלק את האילן לא מהני תירוצי הרמב"ן כלל, ולזה בעינין לסברת הנתיבות דביטול תשמיש לא חייביה רחמנא.

<sup>8</sup> ואולי יש לומר דרק 'גרמי' פטור היכא דליכא חיוב הרחקה, אבל ממון המזיק חייב בכל גווני. ומ"מ טעמא דמילתא צ"ב רב, וכי גרמי דהוי אדם המזיק גרע מממון המזיק.

<sup>9</sup> ומעתה ניהא גם הסתירה לגבי אילן ושרשים, דבתחילת דבריו כ' הרמב"ן דעצם נטיעת האילן נמי הוי גרמי, והיה מקום לחייבו מדין שמירת האילן גופיה, אלא שהאילן חשיב 'בתוך שלו', ולכן אם ליכא חיוב הרחקה ודאי דליכא חיוב תשלומין. אכן בהמשך הדברים הק' הרמב"ן דלחייב על ה'שרשים' גופיהו, והשרשין הרי בתוך של חבריו הם, ושייך חיוב תשלומין מדין ד' אבות נזיקין, והוא מבואר היטב. [וכמו"כ מוכן דינו של הברכ"ש דנטוע ברה"ר חייב, כיון דהרי מבואר ברמב"ן דעצם נטיעת האילן נמי הוי גרמי, אלא דפטור משום עושה בתוך שלו, וא"כ בנוטע ברה"ר חייב מדין ד' אבות נזיקין, ואין חיובו מצד השרשין, דזה הוי נולד כמ"ש הרמב"ן, אלא מצד האילן עצמו]. ובאמת עיקר סברת הרמב"ן בתירוץ דהוי נולד, אף היא סברא רק כלפי השרשין, אבל כשבאים לדון משום חיובו על האילן אין מקום לסברא זו, והוי גרמי, ובנוטע ברה"ר חייב. וביאור הדברים הוא כמו ששמעתי לבאר, דלדון חיוב שמירה מצד השרשין עצמם הוי 'ממונך ושמירתן עליך', זה אינו, כיון דקודם שהזיק אינו בעולם, ואין כאן ממון ששייך להטיל עליו חיוב שמירה, ואחר שנוצרו כבר הזיקו, וזהו סברת 'נולד', ולכן מצד השרשין א"א לחייב, אבל אם באנו לדון מחמת חיוב שמירת האילן שלא יזיק, הרי האילן קיים בעולם, וחיובו מחמת דין השמירה דהאילן. והבן. [וצריך להוסיף ביאור בדברי הרמב"ן, דמש"כ בתחילה לתרץ דאי"ז האילן עצמו אלא ממילא וכו', כוונתו דאם האילן גופו היה הולך ומזיק לרשות חבריו, היה חייב, דאז אי"ז עושה בתוך שלו, אלא הואיל והשרשין אינם מגופו של אילן אי"ז עשייה בשל חבריו, ודמי לגפת שאע"פ שמוציאה הבל לרשות חבריו מ"מ אי"ז עושה בשל חבריו, וצ"ל דעל השרשין עצמם ליכא חיוב דהוי נולד, וכמ"ש הרמב"ן בהמשך, וקצת צ"ע שלא ביאר זה כבר עתה]. ושוב הק' דאמאי לא הוי חיציו דאילן, דפשיטא דשור שזורק חיצים אי"ז עושה בתוך שלו. ועי"ז ביאר דאי"ז כוחו דהאילן ואי"ז כחיציו, אלא דבר בפ"ע הוא, ולחייב על השרשין גופא א"א כיון דהוי נולד. ועי' היטב].

ואף בדברי הנתיבות העירוני כע"ז, דלפי דבריו אמאי הוצרך המחבר להא דרקתא הוי גרמא, (ועל היטב בזה דאולי הנתיבות בא לחלוק, ולא ברירא לי כעת), וכמו"כ מש"כ הנתיבות לבאר עפ"י דבריו את השיטות הפוטורות בתשלומין, ותמוה הרי הראב"ד ביאר היטב טעמו דהוא משום גרמא, (וכעין מה שהק' החזו"א על עצמו). ולפי"ז י"ל דטעמא דהנתיבות מהני רק לדין אש וממונו המזיק, דהוקשה לנתיבות דאה"נ דמצד אדם המזיק הוי גרמא, אבל אמאי אי"ז ממון המזיק, וע"ז כ' את יסודו דל"ש כאן ממון המזיק, אכן עדיין בעינן לטעמא דגרמא להא דל"ה אדם המזיק. ועל היטב. [והעירוני לדברי ר"ת בס' הישר (תריד) דמחיצת הכרם לאו גיריה ניהו, וחייב משום גרמי, ולכא' הכוונה דבאדם המזיק ובגרמי ליכא פטור דעושה בתוך שלו ומודה בו ר' יוסי, ומבואר דאדם המזיק חייב גם בלא דין גיריה, דס"ל לר"ת דגרמי לא מהני להחשב גיריה, ומ"מ חייב בהרחקה. (אלא שעיקר הדברים אינם ברורים, דלכא' כל מאי דהוי גרמי הוא משום אי השמירה, וקשה למה מוטל עליו לשמרו הא אי"ז גיריה דיליה. ואולי משום איסור כלאים, וס"ל לר"ת דמה שלא גדר משום כלאים נמי מחשיבו לגרמי. וצ"ע)].

אך קשה על כל דברינו, דלכא' גם אם הוי רק גרמא או גרמי, הרי אכתי איכא איסור דגרמא, וא"כ הו"ל להתחייב בהרחקה משון האיסור, ואמאי פטור מהרחקה כשאינו גיריה דיליה או בסמך בהיתר וכדו'. ונסתרו דברינו הנ"ל. [ודוחק לומר דחומרת אדם המזיק הנ"ל היא רק באדם דתשלומין, ולא באדם דאיסור גרמא, שהרי ידוע לומר דגרמא נמי הוי כאדם אלא דפטור מתשלומין]. ועוד יש להעיר דהרי יש מקומות דהוי אדם גמור, עמ"ש הנתיבות, דבריהם לכו"ע אי"ז גרמא אלא אדם המזיק, (ולכא' הוי אדם בידיים ולא רק גרמי). וא"כ בזה עכ"פ יקשה דאטו חיובו מדין ד' אבות נזיקין, וכי לא ינהי בזה סמך בהיתר. וצ"ע. וכן הוכיח בחי' הגרנ"פ מהא דלהלן כה: דנפצי כיתנא דמבואר ברמב"ם דחייב תשלומין, ואעפ"כ מבואר שם בגמ' דרק משום דמודה ר"י בגיריה דיליה חייב בהרחקה. אלא שבאמת בבאיור הגר"א סי' קנ"ד פ' בדברי תוס' בסוגי' דשם דלא מהני סמיכה בהיתר היכא דהוי 'מזיק בידיים', ולהנ"ל י"ל דזה כוונתו, דמזיק בידיים אדם המזיק הוא, ואי"צ בזה לדיני הרחנ"ז כלל, ודו"ק. וצ"ע ק' הגרנ"פ מלשון הגמ'. ומדוקדק עוד בד' הגר"א דמזיק 'בידיים' חמיר, ואפשר א"כ דגרמא וגרמי גריעי בזה, דאף דהוי 'אדם' מ"מ אי"ז 'בידיים', ודו"ק].

והעירוני לומר בכל הנ"ל ובאופ"א קצת, דבאמת סברת עושה בשלו מהני לפטור מדא' בכל גווני, ואף מדין אדם המזיק, אלא דמה דחייבו חז"ל בהרחקה מהני לחייב רק בדין אדם המזיק, אך דין ממון המזיק לא הדר, ולכן דנו הראב"ד והרמב"ן רק מדין גרמא וגרמי ולא הזכירו דין ממון המזיק כלל. והסברא בזה יש לבאר ע"ד הנ"ל, דחיוב ממון המזיק תליא בשמירה, וא"כ גם כשחייבו חז"ל הרחקה עדיין אי"ז חיוב 'שמירה', ולא הדר עליה דין תשלומין, משא"כ אדם המזיק הא דפטור בעושה בשלו אי"ז מחמת דפטור משמירה, אלא הוא כעין סברת 'מזיק ברשות', ומעתה כל שחייבוהו בהרחקה שוב לאו ברשות הוא, והדר דינא דחייב, ומעתה הרי את"ש היטב דבעינן גם לסברת החזו"א או סברת הנתיבות, וגם לדין גרמא, דדין אדם המזיק מודה הראב"ד דהדר אחר חיוב הרחקה, וכמו"כ הרמב"ן שמחייב הוא רק מדין אדם דגרמי. ועל היטב בזה.

אך בעיקר ההנחה שנקטנו דהרמב"ן והראב"ד דנו רק משום גרמי ולא משום ממון, העירוני הלומדים דסברות הרמב"ן לדון דהוי גרמי הוי נמי סברות ביחס להגפת עצמו, דהרי שור שנפל לבור והבאיש מימיו כ' הרמב"ן דהוי גרמי דהשור וגרמי דבהמתו פטור, והכ"נ ההיזק של הגפת עצמו בתור ממון המזיק נמי לא חמיר מהיזק ע"י גרמי, וא"כ גם ממון אין כאן. וה"ה להראב"ד אם הוי גרמא במעשיו הה"נ דהוי גרמת ממון. וצ"ע היטב בזה. ומ"מ הוקשה לי, דהרמב"ן גם אחר שהסיק דהוי טפי מגרמי, לא הזכיר דיהיה חיוב גם מצד ממון, והרי נפ"מ באופן שלא הוא עצמו יניח את הגפת, דעכ"פ יהיה חייב מדין היזק דממונו. וכמו"כ הראב"ד היה צריך להזכיר דהוי נמי גרמא דממונו. וצ"ע].

ועדיין קשה לי ביסוד הגר"ח, מהא דב"מ קי"ז דלכא' הוי עושה בשל חבירו, שהרי גוף המים הולכים לרשות חבירו וזהו עצם ההיזק, ואמאי פטר ר"י משום דל"ה ג"ד. ואף אי נימא דהוי גרמא, מ"מ יקשה דנחייבו משום אש. [ולעיל הק' משם ע"ד הנתיבות, והסוגי' דשם מובנת רק לדרכו דהתור"י דהכל תלוי אם הניזק יכול להשמר, וכבר האריך הרא"ש בתשו' הנ"ל דשם הניזק יכול להשמר]. אם לא שנאמר דמיירי שלא היה שם היזק ממש, דלא נתקל אדם במים וכדו', אלא הוי היזק מדין שכנים, וצ"ע. גם בקוטרא יל"ע קצת דלכא' הדבר המזיק הוא העשן עצמו, והוא גופו נכנס לרשות חבירו. וצ"ל דמיירי שעיקר התשמיש אינו העשן, אלא העשן הוא רק פועל יוצא של התשמיש. ולא ברירא לי ענין זה. עוד קשה לי מיונים ודבורים, דאמנם הרמב"ן במלחמות כ' דאין כאן שן דאורייתא כיון דאינם שלו אלא דרכי שלום, והרשב"א כ' דלאו בני שמירה הם, אבל הנמוק"י והר"ן כ' דחיובו משום שן דאורייתא, ומשמע דאליבא דאמת אינו מתורת הרחנ"ז דשכנים, והטעם הואיל ונכנסין אל חבירו ונכנ"ל. (וכן ביארו במשנת ר"א ושי' הגרש"ר את דברי הרמב"ן בדף כג דביונים לכו"ע בעי חזקת ג"ש, אף דבשאר הרחנ"ז איכא חזקה מיד, דשאני יונים דנכנסים לרשות חבירו, דה"ט, דיונים הוי מזיק דב"ק (אך הדבר סותר לרמב"ן במלחמות הנ"ל). ולפי"ז תמוה לי היאך יש בדבורים דין סמך בהיתר, כנראה להדיא מהתוס' והראשונים בסוגי' דחרדל, הרי לכא' דין סמך בהיתר הוא בדין מזיק דהרחנ"ז, ולא מציינו דין זה בהל' מזיק דד' אבות נזיקין. וצ"ע. ובריתב"א בסוגי' דחרדל הלשון דהוי תולדה דשן וגיריה דיליה, ואולי כוונתו לגיריה דממוניה, ושמא זה גם כוונת הר"ן והנמוק"י, ולעולם אף הם מודו דאי"ז מזיק גמור דשן, וצ"ע. ועפ"י מש"כ החזו"א (יד יד) היה נראה לומר דהעיקר תלוי אם הוי דרך תשמיש של אדם ברשותו או לא, ולא דוקא אם נכנס לרשות חבירו או לא, אך לפי"ז גם רקתא היה צריך לפטור אף אם הוי בגדרי אש. וצ"ע. ושור"ר בשעורי רא"ב פיקל בשם הדברי אליעזר שנקט לעיקר (מכא הק' מב"מ קיז) דעיקר הסברא היא דליכא דין מזיק היכא דהוא דרך תשמיש, ואף באופן שגוף התשמיש הולך אל חבירו שם 'דרך תשמיש' עליו. אך צ"ע כנ"ל דא"כ כל הני גווני שדנו הראשונים אמאי לא הוי מזיק, ג"כ יש לדון כן (מלבד יונים ודבורים דהוי ככל שן), וצ"ע.

[ב] ועפ"י כל הנ"ל נראה לבאר בסוגיא דרקתא, דהנה התוס' וכל הראשונים הק' דרקתא חשיב אש. וביארנו לעיל עפ"י דברי הגר"ח דהמזיק גופו הולך לשל חבירו, וא"כ שפיר יש לחייבו מדין אש, דאי"ז עושה בתוך שלו. ותי' התוס' דליכא חיוב בכח אחר מעורב בו היכא דהרוח יוצרת את המזיק, והרקתא אין בה כח הילוך כלל לולי הרוח. והדברים צ"ב כמו שתמה המהרש"א דגם אסו"מ ליכא בהו כח הילוך ללא רוח. ונאמרו בזה כמה חילוקים, ואכמ"ל. עוד יל"ע בזה דהתוס' הסתמכו בדבריהם על דין ליבתה הרוח דפטור, אולם הרמב"ם פטר ברקתא וחייב בליבתה הרוח. (ואמנם יתכן דאזיל בשיטות שאר הראשונים שם, שמחלקים באופנים אחרים בין רקתא לאש). ונראה לדון בזה, ע"ד סברת התוס' דא"א לחייב ע"י הרוח היכא דהרוח יוצרת את הדין מזיק, ועפ"י י"ל דרקתא גרע מליבתה הרוח, ומשום ה"ט גופא, דבעצם עשיית הרקתא היא 'עושה בתוך



שלו' ואין בה שם מזיק, ורק ע"י הרוח נעשה ל'עושה בשל חבירו', וחשיב דהרוח יוצרת את כל עיקר השם מזיק. ואכן מצאתי ברמ"ה שכל' לתרץ על קושיית הראשונים, דרבינא ס"ל דמה דחייב רחמנא אש שהולכת ע"י רוח, הוא רק במדליק בשל חבירו, אבל במדליק בתוך שלו ליכא חיוב ע"י רוח, וי"ל דהיינו טעמא, דליכא חיוב היכא דהרוח יוצרת את השם מזיק, דרך ע"י הרוח הוי 'עושה בשל חבירו'. (ועי' היטב ברמ"ה שם, ולא ברירא לי אם זה טעמו). אכן כל זה לא את"ש בשי' הרמב"ם ופשטות הסוגיות דאיכא חיוב ע"י רוח גם במדליק בתוך שלו, ובמניח אסו"מ בראש גגו. אך מסתפקנא אם יש לדון עפ"י החזו"א והדברי אליעזר הנ"ל דדוקא עושה בתוך שלו בדרך תשמיש לא חשיב מזיק, ולפי"ז את"ש דהמדליק אש או מניח אסו"מ שלא בדרך שימוש אלא בדרך היזק, אף במניחו ברשותו, חייב גם בהולך ע"י הרוח, ודוקא ברקתא וכדו' פטור. וצ"ע בסברא זו. עוד הסתפקתי אם יתכן לומר דכל הך סברא דא"א שרק ע"י הרוח יחשב 'מזיק', היא דוקא באשו משום חיציו, או גם משום ממונו היכא דאי"ז ממונו ממש אלא 'מבעיר', כמ"ש תוס' בב"ק כב, אבל היכא דהוי ממונו גמור, ואין חיובו משום מבעיר את הבעירה, אלא מדין שמירת ממונו, בזה י"ל דלא אכפ"ל כלל במה שרק ע"י הרוח הלך לרשות חבירו, דמ"מ הרי חייב באחריותו בכל מקום שהוא, ומשם ואילך מתחדש עליו דין אחריות שמירתו, ולהכי באסו"מ שפיר איכא חיוב אש, ומדין ממונו, (ובלא"ה כ' הגר"ח דבאסו"מ ליכא אשו משום חיציו, אלא שלדברינו גם ממונו איכא רק היכא שהוא שלו), ומצד הסברא יש לדון היטב בזה. אך עיקר הדבר דחוק דבאסו"מ של הפקר פטור, (אלא שבלא"ה לדעת רש"י בב"ק ד'ממונו' היינו שלו, ועי' היטב בפנ"י ובנחל"ד שם מה שביארו בדבריו, א"כ לכא' נמצא דכך באמת הדין). ועי' בכל זה.

ועכ"פ בדעת הרמ"ה (או עכ"פ עפ"י דרכו) י"ל שפיר כסברא הנ"ל, ואש ואסו"מ ברשותו שהלכו ע"י הרוח ס"ל לרבינא דפטור. ודו"ק.

ועוד יש לפלפל בענין זה ע"ד הדברים הנ"ל גם בשי' התוס', דמהרש"א תמה על דבריהם דגם באסו"מ הרוח יוצרת את עיקר המזיק, שהרי בלא הרוח לא היו הולכים כלל, ועי' מש"כ בזה. וי"ל, דכל ק' התוס' היא רק למ"ד אשו משום חיציו, אבל משום ממונו לא הוקשה להו. והטעם בזה, עפ"י דברי הגר"א הנ"ל בסוגי' דפאפי יונאה דבאדם המזיק בידים ליכא דין סמך בהיתר, והיינו דאדם המזיק אינו מפרשת הרחנ"ז כלל. ומעתה י"ל דרקתא נמי הוי דרך תשמיש, ולהכי משום ממונו ליכא חיוב כלל, אלא שהק' התוס' דעכ"פ אשו משום חיציו והוי אדם, וע"ז תירצו דכל שהרוח יוצרת את עיקר המזיק אי"ז חיציו. אבל לעולם חיובא דממונו איכא, אלא דברקתא ליכא למידן מדין ממונו כלל כיון דהוי דרך תשמיש וכנ"ל. אך באסו"מ שפיר חייב מדין ממונו, עכ"פ היכא דלא הוי דרך תשמיש. ודו"ק.

\*\*\*\*\*

ג] בדברי התוס' בריש פרקין, דתחילת ההיזק דבור הוא משום כמ"מ והוי ג"ד. והדברים צ"ב. ונראה בזה, דהנה היד רמה באות קה כ' דחומרת ג"ד הוא דהוי כמאן דעביד ברשותיה דחבריה דמי, ונראה דהדברים תואמים עם ד' הגר"ח הנ"ל, דקולת נזקי שכנים הוא מחמת דעושה בתוך שלו, וג"ד חשיב כעושה בשל חבירו. (ואולי אף לפי ד' הנתיבות, אם חשיב עושה בשל חבירו אין כאן טענת ביטול השתמשות, וכמו שזורק חץ אינו יכול לטעון דאינו חייב בביטול השתמשות, ודו"ק). ומ"מ נראה דאי"ז עושה בשל חבירו לענין נזקין דב"ק, אלא הואיל ודומה לעושה בשל חבירו חייבו חכמים בהרחקה, וזהו טעמא דחומר ג"ד בנזקי שכנים. [והיה מקום לומר דבאמת הוי נזקין דב"ק, והדבר יתאים עם שי' הרשב"א דבגיריה לא מהני סמך בהיתר, ועי' חי' רא"ל ס' צו באריכות, ועי"ש שמוכח דבפשטות הוא כמ"ש]. [אכן ברש"י בב"מ קיז ש' דג"ד היינו אדם המזיק חזינן דרך אחרת בביאור ענין ג"ד, וכפה"נ אזיל לשי' דרובא דפרקין אינו ג"ד, אבל בד' רוב הראשונים דרך אילן ובור אינו ג"ד י"ל שפיר כדרך הרמ"ה]. ומעתה נראה בביאור ד' התוס', דכיון דאיכא נזק של רפויי ארעא, הרי שעושה בשל חבירו, דאף שאין בנזק זה כדי לחייב הרחקה, מ"מ מהני להחשב עושה בשל חבירו. דאין העשיה נמדדת ב'היזק', אלא בעצם סמיכת הדבר. דשורש התביעה בהרחנ"ז הוא כלפי עצם סמיכת התשמיש, עי' בברכ"ש בזה. (וזה לכא' הביאור בדין סמך בהיתר). ומעתה נמצא דעשיית הבור נחשבת עשיה בשל חבירו, ואף לענין המתנותא, דתשמיש הבור אחד הוא, ודיני שכנים נקבעים לפי סמיכת התשמיש, ותשמיש דבור הוי עשיה בשל חבירו. ועי' כע"ז בשי' הגרנ"פ.

[ומיהו יש להעיר ע"ד, דלכא' עצם דברי התוס' שנקטו דהמתנותא עצמה אינה ג"ד, לכא' אזלו בשי' רש"י דכולה פרקין לאו ג"ד הם, וא"כ לכא' בעינן מעשה דאדם המזיק, ובזה לא מהני היזק החפירה לחייב נמי על היזק המתנותא, ונסתרו דברינו הנ"ל. אך אולי י"ל בטעמא דהתוס' דהמתנותא ל"ה ג"ד דאזלי אף לשיטתם דלהלן, וטעמייהו הוא משום דאין המים עצמם באים מיד, וגרע משאר הרחנ"ז, וכן נראה קצת בדרישה, ועי' בחזו"י שהאר"ק בזה].

## בדין הרחקת נזיקין קודם שיש נזיק

ב"ב יז, אתמר הבא לסמוך בצד המיצר, אביי אמר סומך רבא אמר אינו סומך, ומבואר בגמ' דנחלקו בכל ההרחקות דפרקין כגפת וזבל וכו'. והק' הראשונים לרבא, אמאי לא יסמוך על דעת לסלק כשיבוא הנזיק, וביארו כמה סברות בזה, התוס' כ' דכל הני מזיקין את הקרקע גם אחר הסילוק, ועוד דחיישינן שמא לא ימהר לסלקו, הרמב"ן והרשב"א כ' דטוען שמא יתעצם עימו בדין, ורבינו יונה כ' דטוען שמא תחזיק עלי'.

והנה כ' הרשב"א (יח. כב:) דבגיריה מודה אביי דאע"פ דשרי לסמוך מ"מ כשבא הנזיק צריך לסלק, דליכא סמיכה בהיתר בגיריה. וקשה טובא דלכא' א"כ תיאסר עצם הסמיכה מחמת הני טענות שביארו הראשונים, דהא לכא' אביי לא נחלק מעולם על טענות אלו, אלא דלדידיה הוי סמך בהיתר, ומעתה בגיריה ש' הרשב"א דליכא היתירא דסמיכה, הרי הדר דינא דאיכא למיחש להתעצמות או לשמא יחזיק.

והנה כ' רבינו יונה דמכח טענה זו דשמא תחזיק עלי, יש לאסור לפתוח חלון לחורבתו של חבירו, דסתם חורבות עשויות להבנות, ואע"פ שעכשיו ליכא היזק מ"מ חיישינן לשמא יחזיק. והרא"ש (סי' ב ג) פליג על דבריו, וכל דכל שאין יכול לסלקו הואיל ואינו יכול למחות אין כאן חזקה, וא"כ שרי לפתוח חלון לחורבה. ותמה הרע"א (בקונטרס) דעכ"פ יש לאסור משום טענת התעצמות, דלזה הרי מודה הרא"ש. [ובנתיבות כ' בזה דהרא"ש אזיל בסברת שמא יתעצל ולא ימהר לסלקו, ובחלון שאי"ז טורח ליכא טענה זו, וצ"ע]. ותי' הגרע"א דטענת התעצמות מקורה

בדברי רבא עצמו, וכמש"כ הרא"ש בשם הר"י לדקדק דגם בבור עצמו לא הוצרך רבא לטעמא דכל מרא ומרא אלא כדי דליהוי גיריה, אבל לרבנן אסר אף בלא סברת כמו"מ, וקשה דגם בבור גופא למה לא יסמוך בינתיים, וע"כ דאיכא טענת התעצמות, וא"כ למסקנא דס"ל להרא"ש כר"ח ור"ת דרבא הדר ביה ורק בבור קאמר משום כמו"מ, נמצא דאף לרבנן בעינן לסברא זו, וא"כ אין הכרח מדבריו לטענת התעצמות, די"ל דהא דאסור לסמוך הוא משום דמזיק לקרקע. והנה לד' רע"א מיושבים נמי ד' הרשב"א, דלאביי לית ליה טענת התעצמות. [ולהרשב"א נימא דאף טענת שמא תחזיק תלויה באביי ורבא]. אמנם צ"ב מהכ"ת לומר דאיכא פלוגתא נוספת בין אביי לרבא. [ועוד יש להעיר דבתוס' משמע דהא דבבור לא הוקשה להו, הוא משום דאיכא היזק בקרקע, (דכך משמע בתירוצם שכ' דהנהו נמי מזיקין וכו'), ומשמע דבבור ודאי זהו הביאור, ואף בלא חידושא דרבא דכל מרא ומרא כן הוא], ודלא כרבינו יונה. ולשיטתם יקשה מהיכן ילפינן כלל להך יסוד טענת התעצמות, אחר שאין הדבר מבואר בדברי רבא].

וידוע לבאר בזה (ע"י ח"י הגרנט ועוד) עפ"י ד' הרשב"א בתשובה (אלף קמד) דמוסיף בקושיית הראשונים דלמה לא יסמוך ע"ד לסלק "והרי כופין על מידת סדום". וביאור הדברים דבאמת עיקר יסודו דרבא הוא דאיכא תביעת הרחנ"ז גם בליכא לניזק, דכל סמיכת מזיק אסורה, רק דקשה דעכ"פ בסומך ע"מ לסלק הוי מיד"ס, ומעתה ע"ז הוא דת"י הראשונים דאיכא חשש התעצמות והתעצלות, או חששא דשמא יחזיק, ושוב ממילא אי"ז מיד"ס, אמנם כ"ז בדעת רבא, אבל לאביי ליכא כלל תביעת הרחנ"ז קודם ביאת הניזק, [ולכן בסומך הוי סמיכה בהיתר ואי"צ לסלק גם כשבא הניזק היכא דאינו גיריה]. וא"כ גם בגוונא דליכא היתירא דסמך בהיתר כגון בגיריה, מ"מ אין תביעה כלל קודם שבא הניזק, ואי"ז רק משום מיד"ס, אלא ליכא לעיקר התביעה, ובזה אין מקום להני טענות דהתעצמות וכו', דאין טענות אלו אלא לבטל את טענת מיד"ס ותו לא. [ומיושב לפי"ז ק' החת"ס על הרא"ש דלעיל בפ"ק כ' דיש שופטים בארץ ולא חיישינן להתעצלות והתעצמות, דכאן הטענת התעצמות היא רק בדעת רבא, משא"כ שם דמסלק הנזק. וכן את"ש לפי"ז די"ל דטענת התעצמות מסברא היא].

[ואפשר דגם סברת התוס' דהני נמי מזיקין את הקרקע, אי"ז טענת היזק בעצם, אלא אף זה נמי מהני רק לבטל את טענת מיד"ס, ולאביי ליכא טענה זו ואף בגיריה שרי לסמוך. ואת"ש לפי"ז דמה שהק' התוס' אח"כ דמאי פריך לרבא מגפת הרי קודם שבא הניזק אי"ז גיריה, קאי גם לפי הך תירוצא, דגם אם גפת וזבל מזיקין את הקרקע עדיין אי"ז דומה לבור דאיכא ביה סברת כמו"מ דהוי היזק גמור לקרקע, אלא רק דאיכא קצת נזק לענין דל"ה מיד"ס, אבל הא ודאי דגיריה לא הוי ולא חשיב דאיכא לניזק. (וכן מבואר בדרישה (ס"ק מז), אמנם בריטב"א מפורש דת"י זה אף גפת וזבל חשיבי גיריה). ואמנם לישב ד' הרשב"א אי"צ לזה, דהרשב"א כלל לא הזכיר סברא זו, וכ' רק את טענת התעצמות וטענת שמא תחזיק, ובהו ודאי י"ל דרך לאפוקי מדין מיד"ס מהנן].

ובאופן א"י בזה, דאף אם נימא כסתמת הראשונים כאן דאין קושייתם רק משום כפיה עמיד"ס, אלא דכל שסומך ע"מ לסלק בטיל מיניה כל עיקר השם מזיק, אעפ"כ נראה די"ל דטענת התעצמות מהני רק לזה גופא, דאע"פ שמבטיח לסלק מ"מ אית ליה שם מזיק, דעד שיסלק נמי יהיה נזק (וטענת התעצמות היינו דבינתיים יהיה נזק), והדר דינא דחשיב מזיק על שם העתיד, אכן לאביי דליכא כלל תביעה ע"ש העתיד הרי פשוט דגם טענות אלו לא מעלים ולא מורדין, דהא לאביי גם אם ודאי יהיה נזק למחר שרי לסמוך דהרי ליכא תביעת הרחקה קודם שבא הניזק. [דנראה פשוט דלאביי שרי לסמוך אפי' בגיריה, גם אם יודע שאם יסמוך שוב לא יוכל לסלקו לעולם]. אמנם לדרך זו יש להסתפק אם הדברים נכונים גם כלפי טענת שמא תחזיק, דלכא' אם יחזיק כדן ויזכה בתשמיש, אי"ז מקיים את השם מזיק' ידידה, דהא אם מחזיק כדן אי"ז 'מזיק' למחר, אלא כדן הוא זוכה, אך יש לדון בזה דאולי עצם זכיתו נחשבת כטענת היזק כ"ז שלא זכה עדיין, וע"י בזה, גם יש לדון דאולי כוונת הראשונים שמא תחזיק בשקר, [כגון לסוברים דבעי טענה, או דטוען הניזק שמא אמחה בך ולא יהיה לי עדים ע"ז], ובזה ודאי הוי תביעת היזק דלמחר.

והנה לפי"ז הרי מיושבים גם דברי הרא"ש ע"ד הרע"א, ואת"ש היטב בסברא, דכיון דלהרא"ש למסקנא מודה רבא לאביי בכל דוכתי (מלבד בבור), הרי הדר דינא דליכא טענת התעצמות, ואת"ש דשרי לפתוח חלון. אלא דלפי"ז נמצא דמבואר ברא"ש דסברת 'שמא תחזיק' הויא סברא בפ"ע, ואף בלא ד' רבא, ודלא כמש"כ בד' הרשב"א, דהרי מבואר בדבריו דאילו היה שייך להחזיק בכה"ג היה הדין דמעכב עליו לפתוח, ואף דהרא"ש בע"כ קאי למסקנא וכו"ל, ולהכי לא דן לסברת התעצמות, ואעפ"כ הוצרך לחלוק ע"ד רבינו יונה. ובאמת יתכן לחלק בזה, דאף דטענת התעצמות אינה טענה בפ"ע, מ"מ טענת שמא תחזיק הויא טענה בפ"ע. אמנם בדעת הרשב"א נזכר לומר כנ"ל דגם טענת שמא תחזיק אינה טענה בפ"ע וכו"ל, ואת"ש. [ואמנם עיקר הדין דשרי לסמוך בגיריה אף דאח"כ צריך לסלקם, יהיה נכון גם לדעת הרא"ש, דטענת התעצמות ליכא לאביי ולהלכה, ועל טענת שמא תחזיק הרי חולק הרא"ש לגמרי].

ואכן נראה דמדברי רבינו יונה עצמו מוכח להדיא דטענת שמא תחזיק אינה טענה בפ"ע אלא רק השלמה לדינא דרבא דאסור לסמוך וכא' מב' הדרכים הנ"ל. שהרי כ' בהמשך הדברים דיש לבעל דין מקום לחלוק ולהתיר פתיחת חלון, כיון דאין החלון עצמו חפצא דמזיק, אלא ההסתכלות בו, ובפוחת לחורבה דליכא הסתכלות אי"ז חשיב סמיכת מזיק ושרי לסמוך כל כמה דליכא לניזק. וקשה, דלהיכן אזלא טענת שמא תחזיק עלי, שלדעת רבינו יונה אף היכא דאינו יכול למחות ולסלקו איכא חזקה. אע"כ דכיון שבכה"ג ליכא לדינא דרבא דאסור לסמוך, כיון דאי"ז סמיכת מזיק וכו"ל, שוב ממילא הדר דינא דלא אכפ"ל שמא יחזיק.

אלא שבאמת בדברי רבינו יונה שם מבואר חידוש נפלא, שכ' דהואיל וכן (דאפשר לפתוח חלון) שוב ממילא ליכא חזקה, כיון דאינו יכול למחות. והוא תימה רבתא, דזהו הרי כל עיקר שי' רבינו יונה דשייך חזקה אע"פ שא"א למחות, ודלא כרא"ש שחולק בזה, והוא פלא. והמבואר בזה, דכל עיקר שיטת רבינו יונה דאיכא חזקה בכה"ג, אף היא בנויה על כך דאיכא תביעה על הסומך, וכביכול משל חבירו הוא נוטל, דבכה"ג אף שא"א לסלקו (משום מיד"ס או משום דיכול לטעון דלא יזיק וכו"ל), מ"מ הוי חזקה, אבל היכא דליכא טענת הרחקה כלל, אי"ז מחזיק בשל חבירו, ובזה ליכא חזקה. [וכע"ז תירצו הנתיבות והגרש"ש את ק' הקצות על רבינו יונה, מהא דבעל בנכסי אשתו אין לו חזקה כיון דא"א למחות

ולסלקו, וקשה הרי שייך חזקה גם היכא דליכא אפשרות לסלק. ותי' דשאני התם דמשלו הוא אוכל, ואי"ז אכילה בשל חבירו]. ונמצא לפי"ז דבדינא דהרשב"א בסומך מזיק דגיריה לאבוי, לית ליה חזקה, כיון דאי"ז חזקה, שהרי אין עליו תביעה כלל.

ולפי"ז נמצא דלישוב דברי הרשב"א לענין טענת שמא תחזיק, אי"צ למש"כ לעיל דאי"ז טענה בפ"ע וכו', אלא אף אי נימא דטענה זו טענה בפ"ע היא, [ודלא כטענת התעצמות, וכדחזינן מהרא"ש], מ"מ את"ש הא דלאבוי ליכא לטענה זו, כיון דאדרבה, כל מש"כ רבינו יונה דאיכא חזקה אע"פ שא"א למחות, הוא דוקא בשיטת רבא, דאיכא תביעת הרחנ"ז על הסמיכה, והוי כאוכל משל חבירו, ולהכי אע"פ שא"א לסלקו (דכופין עמ"ס או דטוען שלא יזיק וכו'ל), מ"מ איכא חזקה, אבל לאבוי אף בגיריה דל"מ סמיכה מ"מ יכול לסמוך בינתיים, וליכא טענת שמא תחזיק כיון דלאבוי באמת לית ליה חזקה, הואיל ובשלו הוא מחזיק ואין לחבירו שום תביעה עליו, ודו"ק.

[וככל היסוד הנ"ל כ' בס' יונת אלם על דברי הרמב"ן בסוף סוגיא דחרדל שכ' כדברי רבינו יונה דלרבא אסור לסמוך בינתיים משום דטוען שמא תחזיק, וכ' דלדעת הר"י מיגש דלרבא נמי שרי לסמוך אלא שאח"כ חייב לסלק, בזה אין לו חזקה, דכל שאינו יכול למחות אין לו חזקה, והוא סתירה מיניה וביה, דכיון דס"ל כרבינו יונה א"כ גם בדעת הר"י מיגש נימא כן. אע"כ דדוקא לדין בש"י רבא איכא חזקה, ואע"פ שמותר לו לסמוך בינתיים (אילולי טענת שמא תחזיק), משא"כ לר"י מיגש דגם רבא מודה דליכא כלל תביעת הרחקה קודם שיש ניזק, ליכא חזקה. ועי' היטב בדברי הרשב"א לקמן כב: בסוגיא דדוושא, שמבואר מתוך דבריו את ב' הסברות הנ"ל, דכ' דלענין דוושא אינו יכול לעכב שמא יחזיק, כיון דאינו נוטל משל חבירו, ולא דמי לסומך גפת דסומך מזיק על חבירו ע"ש, ושוב כ' דנ"ל דאין לדוושא חזקה מה"ט, ואע"פ שדעתו כרבינו יונה דשייך חזקה אף היכא דל"ש מחאה, וע"כ דהיכא דאינו נוטל משל חבירו כלום לא הוי חזקה וכמש"נ].

ב. ואולם לכאורה כל הנתבאר לעיל הוא רק אם נפרש דשורש פלוגתא אבוי ורבא הוא בנקודה זו, אם איכא תביעת הרחקה קודם שבא הניזק, דלאבוי דליכא תביעה יכול לסמוך וממילא הוי סמך בהיתר, ולרבא אינו סומך. אמנם הקצוה"ח (קנה סקי"א) כ' להקשות דלדעת רש"י ודעימיה דלמסקנא ליכא דין סמך בהיתר, ואף בלוקה שסמך בהיתר חייב לסלק, א"כ מאי טעמא דאבוי דאי"צ לסלק את המזיק אחר שבא הניזק, וביאר הקצוה"ח דסברת אבוי דאיכא סברא דקדימה, והיינו דכשקדם המזיק לניזק זכה בסמיכתו ושוב אינו חייב בהרחקה גם אחר שבא הניזק, ועל הניזק להרחיק את עצמו. ולפי דבריו נמצא, דמח' אבוי ורבא היא בהא גופא אם איכא סברת קדימה או לא, ולא נתבאר א"כ כלל בדינא דרבא דהך יסוד שנתבאר לעיל דאיכא תביעת הרחנ"ז גם קודם שבא הניזק, ולא נחלקו אבוי בדבר זה כלל, אלא יסוד דינו דרבא הוא רק הא גופא דליכא דין קדימה, וממילא גם אם יסמוך לא יוכל להשאיר את המזיק אחר שבא הניזק, ואילו אבוי ס"ל דאיכא דין קדימה, ומעתה מה דלרבא אינו רשאי לסמוך בינתיים ע"כ הוא מטעמי הראשונים דשמא יתעצם וכו', ומבואר דהני טענות עומדים בפני עצמם, ואינם רק סניף לתביעת ההרחקה. והדרא הקושי' לדוכתא דא"כ גם לדעת אבוי היכא דמודה דליכא קדימה, והיינו בגיריה לדעת הרשב"א, יהיה הדין דאסור לסמוך. וצ"ל דהרשב"א אזיל בשיטות הסוברים דמהני סמיכה בהיתר, ומפרש פלוגתא אבוי ורבא כמשנ"ל לעיל, האם איכא תביעת הרחקה קודם שבא הניזק. [ובלא"ה יש לצדד כן, דיש מקום לומר דכל סברת הרשב"א דלא מהני סמיכה בגיריה, את"ש רק בדין סמך בהיתר, דבגיריה חשיב דנמשכים מעשיו ואי"ז סמיכה בהיתר, אבל בדין קדימה מהכ"ת דלא נימא דכבר קדם וזכה מיד בתחילת עשייתו ושוב אי"צ להרחיק, ועי'. ובאמת שי' הרשב"א בסוגי' דחרדל דאיכא דין סמך בהיתר, ורק בב' לקוחות שלקח זה את המזיק וזה את הניזק לא מהני, דע"ד לסלק ההיזק לקחו, עי"ש].

אך אולי י"ל עוד בזה, די"ל דהא פשיטא דאם ליכא דין קדימה, ודאי דתביעת הניזק שייכא גם קודם סמיכתו לדבר הניזק, ולא נחלקו בזה אבוי ורבא, אלא לכו"ע הכי הוא. רק דאבוי ס"ל דאיכא סברת קדימה, וכל שזוכה בקדימתו הרי דממילא מבטל ע"י זה גופא את תביעת ההרחקה, דזכה בקדימתו. [ואה"נ גם לאבוי אילו יצויר היכ"ת דלית ליה זכות קדימה, הרי דאז איכא תביעת הרחקה גם קודם שבא הניזק]. ומעתה י"ל דאף דחידש הרשב"א דליכא קדימה בגיריה, מ"מ נראה דאין כוונתו דגיריה הוי היזק דחמיר טפי והופקע מדין קדימה, [דהיה מקום לומר דהיזק דגיריה חיובו מדין מזיק דד' אבות ניזקין ולהכי מודה בו ר' יוסי, וה"ט דל"מ ביה סמיכה בהיתר, אכן בפשטות אין הדבר כן, ועי' ח'י' רא"ל מאלין], אלא נראה דסברתו היא דליכא בגיריה מציאות של קדימה, כיון דגיריה הוי כמעשה הנמשך, וליכא קדימה על החלק במעשיו שלאחר סמיכתו של הניזק. [ונראה להביא ראיה לדברינו, דהרי בבור מודה הרשב"א דאף דהוי גיריה מ"מ איכא דין קדימה לסומך הראשון, ואי"צ להרחיק את בורו אחר שבא השני, וע"כ כיון דהתם אי"ז מעשה הנמשך, וכבר כלו מעשיו מיד אחר החפירה, ליכא לסברת הרשב"א הנ"ל].

וא"כ הרי י"ל דלהכי לאבוי ליכא טענת התעצמות, דלעולם טענת התעצמות אינה טענה בפ"ע, ומהני רק היכא דעיקר התביעה קיימת, וכמש"נ לעיל, אלא דלאבוי דאיכא דין קדימה הרי זה עצמו מפקיע את התביעה מכח העתיד, ואף בגיריה, דכלפי העשיה דעכשיו הרי באמת זוכה בקדימתו, והיכא דאיכא קדימה הרי ליכא תביעת הרחנ"ז כלל, ומה דכשיבוא הניזק צריך לסלק הוא משום דעל חלק זה שבמעשיו לא קדם, אבל אין כאן הפקעה מעיקר דין קדימה, ונמצא דאין כאן תביעת הרחנ"ז, אלא רק טענת התעצמות גרידא, וכבר נתבאר דאין התעצמות טענה בפ"ע. ועי' היטב בזה.

אכן נראה עוד לדון בזה באופן א", די"ל דאדרבה, כל מה דפליג רבא על דין קדימה, הוא רק משום ה"ט דס"ל דחלות תביעת הרחקה חלה קודם ביאת הניזק, וא"כ זה עצמו סברא לבטל את זכות הקדימה, דבעינן שיקדום לתביעת' ההרחקה, אבל לולי זה היה רבא מודה לקדימה, ואבוי דס"ל לדין קדימה הוא משום דס"ל דליכא תביעת הרחקה קודם ביאת הניזק, וממילא הו"ל קדימה. [ומה דבלוקה ליכא קדימה לפי רבא, י"ל דזכיית הקדימה שייכא רק היכא דאיכא דיני שכנים, אבל מה שקדם בזמן שלא היו שכנים כלל אין בזה חלות זכות קדימה, ויש להסתפק בסומך להפקר, ועי' בזה]. ומעתה הרי נמצא דגם לדרך זו דנחלקו אבוי ורבא בדין קדימה, הרי שורש פלוגתתם היא כדברי האחרונים, האם חלות דין הרחנ"ז חל קודם ביאת הניזק, דבזה נקבע אם יזכה המזיק בקדימתו או לא. וא"כ הדרינן לקמייתא בישוב דברי הרשב"א דטענות התעצמות ושמא תחזיק אינם אלא סניף וצירוף לדינו של רבא דאיכא תביעת הרחנ"ז, והדברים מתיישבים אף עפ"י דרכו דהקצוה"ח.

וארווחא בזה ליישב היטב מה שנתקשה הקצוה"ח לפי דבריו, דא"כ מהו טעמו דרבא בשדה שאינה עשויה לבורות, דאה"נ דשרי ליה לסמוך כיון דאינה עשויה, אבל במה יזכה לענין שלא יצטרך להסתלק אח"כ כשיבוא הניזק, הא רבא לית ליה דינא דקדימה. ועי"ש מש"כ בזה. ועפ"י

דרכינו הרי מתיישב היטב, דכל מה דפליג רבא על דין קדימה הוא משום יסודו דתביעת ההרחקה חלה עוד קודם ביאת הניזק, אכן באינה עשויה דליכא לדינא דרבא, הרי דממילא איכא זכות קדימה, ודו"ק.

[אך יש להעיר בזה, מהא דמבואר במהרש"א דאביי פליג בבור משום דלית ליה סברת 'כל מרא ומרא', (וכפה"נ ביאור הדברים דכמו"מ ביאורו דאיכא היזק בגוף הקרקע, וא"כ מוכרח דאביי פליג בזה, דאל"כ הוי חשיב דאיתא לניזק), ולכא"צ"ב דמאי שייכא פלוגתא זו לעיקר פלוגתתם בדין הרחנ"ז. ומבארים בזה, (עי' בחי' הגרנ"פ אות יב), דלאביי לשיטתיה לא שייך לדון דאיכא היזק בגוף הקרקע ע"י חפירת בור, דאדרבה, כל שקדם זכה בסמיכתו, ואין לחבירו תביעת בורות כלל, וממילא אין כאן תביעת היזק לקרקע, ואך לרבא דלית ליה זכות קדימה, איכא למידן דבבור הוי מיזק בגוף הקרקע. ולדברינו כל זה אינו, דהא גם רבא מודה לדין קדימה כל היכא דליכא תביעת הרחנ"ז קודם דאיתא לניזק, והרי בבור לולי הא דהוי היזק לקרקע לא חשיב גיריה דיליה, והדר דינא דזוכה בקדימתו. אם לא שנחלק בזה ונימא דכיון דבסומך אחר שבא הניזק הוי היזק דגיריה, ובכלל דין הרחנ"ז הוא, א"כ אף כשקדם וממילא לא הוי גיריה, לא יזכה בקדימתו, ולא דמי להיכא דאיכא היתר סמיכה מצד עצם דיני הרחנ"ז, וכמו לאביי, או בשדה שאינה עשויה, דהתם מחמת קדימתו הוי הפקעה מעיקר התביעה, ובכה"ג זוכה בקדימתו. וכע"ז נקטו האחרונים בסוגי' דחרדל דהסומך קודם ביאת הניזק אף דלא הוי גיריה, מ"מ חשיב 'עשה שלא כהוגן' לענין הא דמבואר שם דכל כה"ג לא זכה לענין לתבוע הרחקה מחבירו. ועי' היטב בזה].

ג. והנה באמת יש להוכיח את היסוד הנ"ל, דטענת התעצמות לאו טענה בפ"ע היא, לא רק מדברי הרשב"א לשיטת אביי, אלא אף בשיטת רבא גופא. דהנה מבואר ברמב"ן ובר"ן בסוגיא דחרדל, דאף לרש"י והרי"ף דלמסקנא ליכא דין סמך בהיתר בלוקח, וחייב המיזק להרחיק, מ"מ אי"ז אלא כשבא הדבר הניזק, אבל קודם לכן אינו יכול לתבוע, ואף דבעלמא לרבא איכא תביעת הרחנ"ז קודם שבא הניזק, מ"מ בסמך בהיתר אינו כן, אף דליכא היתר דסמיכה.

ועיקר הדין מדוקדק מאד גם בלשונות רש"י ותוס' בסוגי' דחרדל, וכ"כ גם הריב"ש בתשובה (שכב), וביאר בזה את שי' ר' יוסי שם דגם הדבורים מזקי לחרדל, ובסמך בעל חרדל בלוקח, מרחיק בעל הדבורים את כל ההרחקה, עי' תוס' שם, וצ"ב דהרי למסקנא ליכא היתר של סמיכה בהיתר, וביאר הריב"ש דכיון דתביעת בעל הדבורים כלפי החרדל אינה אלא אחר שיסמוך את הדבורים בפועל, א"כ נמצא דלעולם לא שייכא תביעה זו, דהא בעל הדבורים אסור בסמיכה מעיקרא. [ובקצות הנ"ל תירץ קושייתו מאינה עשויה לבורות, עפ"י סברא זו, אך עדיין נתקשה להסבירים דהשני אינו מרחיק את כל ההרחקה, עיש"ה].

וביאר הדברים י"ל, דדינא דרבא הוא איסור 'סמיכה', וכל שכבר סמך תו ליכא תביעה עד שיבוא הניזק בפועל, ואמנם אם סמך באיסור אי"ז כלום, דלאו שם סמיכה עלה, אבל סמך בהיתר אף דאי"ז היתר לאחר שבא הניזק, מ"מ שם סמיכה עלה, וליכא בזה לדינא דרבא, ואף דחייב להרחיק כשבא הניזק בפועל, מ"מ דינא דרבא ליכא בזה. ועוד יש לבאר בזה, דלענין דינא דרבא דאיכא תביעה קודם שבא הניזק, נשאר גם למסקנא דין סמך בהיתר, ורק כלפי תביעת הרחקה באיכא ניזק בפועל, דחמירא טפי, בזה הוא דליכא דין סמך בהיתר. ויש לדון דנפ"מ בין ב' האופנים, אי שרי ליה לסלק את המיזק ולסומכו שוב, דאם כל ההיתר הוא משום דכבר סמוך ועומד הוא, אפשר דבכה"ג הוי כסמיכה חדשה ואסור, אכן אם יסוד ההיתר הוא משום דלענין דינא דרבא מהני סמך בהיתר, מסתבר דשרי, דזכה בקדימתו זכות סמיכה.

ועכ"פ נמצא דבכה"ג אף שלמחר כשיבוא הניזק צריך להרחיק, מ"מ אינו יכול לתבוע כבר עתה שירחיק, וקשה דמ"ש מעיקר דינא דרבא דכיון שלמחר צריך לסלק הרי דכבר עתה אסור לו לסמוך, ואמנם לגבי טענת התעצמות היה מקום לדחות דבכה"ג הרי בלא"ה כבר מתעצם עימו, אבל שאר הסברות שהוזכרו בראשונים שייכי גם כאן, ואף טענת התעצמות גופא אם הכוונה דבינתיים יהיה ניזק, הרי דגם הכא שייך התעצמות. [והרי בסומך באיסור מסתבר דיכול לסלקו מיד, ואי"ז טענה דבלא"ה כבר מתעצם עימו]. וע"כ מבואר בזה דכל היכא דליכא תביעת הרחקה מחמת ההיזק דמחר, לא מהני הך טענות לחדש תביעת הרחקה, וכמש"נ.

אלא דיש להעיר מכאן על דברינו הנ"ל (אות ב) דגם רבא מודה דהיכא דליכא תביעת הרחנ"ז על ההיזק דמחר, איכא דין קדימה, וכל מה דפליג רבא על סברת קדימה הוא מה"ט גופא דכיון דאיכא תביעה עוד קודם סמיכת הניזק הרי שלא קדם, אבל היכא דליכא תביעה שפיר הוי קדימה גם לרבא, ובזה ביארנו את דינא דרבא בשדה שאינה עשויה לבורות. ולפי"ז יקשה דא"כ בכל סמך בהיתר, דהבאנו מדברי הראשונים דליכא בזה את דינא דרבא, וליכא תביעה מחמת ההיזק העתידי, היה צריך להיות הדין דזוכה בקדימתו, ויהיה הדין דאין צריך לסלק הניזק גם כשיבוא הניזק. [דלאביי הרי ודאי שכן הדין, דאף דליכא היתר של סמיכה בהיתר בלוקח, מ"מ אם עדיין לא סמך הניזק זוכה המיזק בקדימתו, שהרי יכול לסמוך עתה את המיזק, ומה לי דהיה סמוך ועומד קודם לכן, ופשוט. וא"כ ה"ה לרבא אם נימא כנ"ל דכל היכא דליכא תביעה מחמת ההיזק העתידי מודה רבא דאיכא קדימה].

ונראה דהדבר תלוי בב' הדרכים שנתבאר בזה לעיל, דאם הטעם בדין זה דאף דליכא סמך בהיתר מ"מ אינו יכול לתבוע כל זמן דליתא לניזק הוא, דכלפי דינא דרבא איכא דין סמיכה בהיתר, וכל מה שנתחדש דליכא סמיכה בהיתר הוא רק כלפי תביעת הרחנ"ז באיתא לניזק, א"כ באמת מוכח דלית ליה לרבא דין קדימה גם היכא דליכא תביעה על ההיזק דמחר. אכן אם נפרש בטעם הדין, דדינא דרבא הוא רק איסור סמיכה, אך כל שכבר סמך שוב ליכא תביעה, רק דסמיכה באיסור אי"ז סמיכה וכנ"ל, א"כ נראה דיש לחלק ולומר דבזה לא סגי לדין קדימה, דהא אין כאן הפקעה מעיקר דינא דתביעת ההרחקה, אלא דכיון שכבר קדם וסמך, שוב אין כאן 'סמיכה', ואין על מה לתבוע, אבל אינו מופקע מעיקר התביעה על ההיזק דלמחר, רק דהוא סמוך ועומד כבר, וי"ל דבזה לא סגי לזכות בקדימה, וחלוק משדה שאינה עשויה דהתם מופקע לגמרי מעיקר תביעת ההרחקה ושפיר זוכה מדין קדימה. ועי' היטב.

אך בעיקר הדברים נראה, דבאמת זה גופא סברת הרמב"ן במלחמות שכ' דגם למסקנא איכא אופנים דמהני סמיכה בהיתר, דבאופן שסמך את הדבר המיזק ואח"כ מכר חצי שדהו ובא הלוקח להעמיד את הדבר הניזק, מהני סמיכה בהיתר, ובאופן שהיו שניהם ומכר א' מהם לא מהני. ונראה דהן הן הדברים, וביאור הדברים הוא דבאמת דין סמיכה בהיתר ליכא למסקנא, אלא דבאופן שלא היה הניזק בשעת המכירה איכא דין קדימה,

דכיון דבכה"ג ליכא תביעת הרחקה קודם דאיתא לניזק וכו"ל, הרי דזכה בקדימתו גם לרבא, משא"כ בהיו שניהם בשעת המכירה, לא זכה בקדימתו, ודין סמך בהיתר לא מהני למסקנא. והוא מבואר.

## בדין ספק הרחקה נזיקין

נחלקו הרא"ש והרמב"ם בספיקות הרחקה נזיקין וכגון בספיקות דכיבד וריבין וכו', דדעת הרא"ש דספיקו לקולא, וד' הרמב"ם דלכתחילה לא יסמוך. ולכא' נראה, (וכ"כ החזו"א יג י), דהנידון בזה הוא מי נקרא המוחזק, דד' הרא"ש דהמזיק נקרא מוחזק, שהרי הניזק בא לתבוע ממנו ול'הוציא' מידו חיוב הרחקה, וא"כ בספק הוי הניזק מוציא, וכך גם דעת הרמ"ה (אות נ), וביאר דלעולם אזלינן לקולא לנתבע. [ויש להוסיף עוד בזה לפי מה שידוע לבאר את דין 'חזקה' בנזיקין, דהוי מחילה על זכות הממון דתביעת הרחקה, ומבואר דבעינן ל'זכות' תביעת הרחקה, וא"כ בספק לית ליה זכות זו].

אך שי' הרמב"ם לכא' צ"ב, דמהכ"ת להחשיב את הניזק למוחזק. והנה בספיקא דכיבד וריבין יש לומר, כסברא המבוארת ברע"א ובביה"ל, דכיון דהוי ודאי מזיק ואיכא סיבה ודאית להרחקה, אלא שהנידון האם זכה המזיק בקדימתו, וא"כ הוי המזיק ספק והניזק ודאי, והוי המזיק כעין 'מוציא', דספק אם זכה בקדימתו. [ועיי"ש בביה"ל שנקט דמה"ט בכיבד וריבין מודה הטור לרמב"ם דלכתחילה לא יסמוך, והוכיח כן גם מהרמ"א, ע"ש], ועי' גם ברע"א שהרחיב בסברא זו. [אמנם לפי הנ"ל דכל דין הרחקה יסודה מזכות הניזק, א"כ יש לדון דגם הכא הספק אם יש לו זכות זו, ועי' היטב].

אבל בספיקא דוסד בסיד שפסק הרמב"ם דבעי לתרוייהו לכא' צ"ב מ"ט הוי הניזק מוחזק. ואמנם הראשונים בסוגיין נקטו דהתם טעמו דהרמב"ם משום דנפשט הספק וקי"ל דבעינן לתרוייהו. וי"ל דזה גופא היה ההכרח של הראשונים לפרש כן, ולא כ' בפשוטו דהרמב"ם לשיטתו דאזלינן לחומרא בכל הספיקות, ומשום דכל מש"כ הרמב"ם להחמיר הוא דוקא בספיקות דכיבד וריבין וכדו' שזכות הניזק ברורה והספק אם זכה המזיק בקדימתו, אבל בספק בעיקר ההיזק מודה הרמב"ם דא"א להוציא דין הרחקה מהמזיק. [עיי"ל בפשיטות בטעמם דהראשונים, דאם משום ספק לחומרא הו"ל להרמב"ם להשיענו דאם כבר סד ולא הרחיק פטור, (דבשלמא אם הרחיק ולא סד י"ל דיסוד עכשיו, אבל אם סד ולא הרחיק ודאי דפטור, וכמו בפתח רפת וחנות). ובשע"מ כ' דאם הרחיק ולא סד נמי פטור, עיי"ש בטעמו]. אמנם בשו"ת עבודת הגרשוני סי' נו כ' גם לענין ספיקא דוסד בסיד דטעמו דהרמב"ם משום דמספק חייב הרחקה, דהניזק הוי מוחזק. וצ"ב. [וכן נקט גם בביאור הגר"א דטעמו דהרמב"ם בסיד הוא לשיטתו בדיני הספיקות, אלא שמבאר באופ"א וכדלהלן].

ונראה לדון באופ"א, דספיקא דסיד הוי ספק ב'שמירה', דהרי הבור ודאי מזיק הוא, אלא דמספקא לן אם 'שמר' כדן, וי"ל דכה"ג חמיר טפי דהוי ודאי מזיק וספק אם שומר כדן. ועי' היטב בסברא זו. [והמעין בלש' הרא"ש עצמו יראה דלענין כיבד וריבין כ' להדיא דשרי לכתחילה, ולענין ספיקא דסיד משמע קצת דאי"ז היתר לכתחילה, עיי"ש, וי"ל דהוא מה"ט].

אלא שבאמת אין זה ישוב מספיק בד' הרמב"ם, שהרי הרמב"ם מפרש את הספק 'בנה עליה' שלא כפרש"י דהנידון בגדרי קדימה, אלא דהנידון אם גם בכה"ג מזיק לאוצר, ולכא' הספק הוא בעיקר הדין מזיק. ובזה הדרא הק' לדוכתא דאמאי חשיב הניזק למוחזק. אם לא דנימא דגם בזה הוי ה'עליה' כעין קיום דין 'הרחקה' ושמירה, והספק הוא אם שומר כדן, וצ"ע. [וכבר העיר הביה"ל בנקודה זו דלהרמב"ם מוכח דגם בספק בעיקר הדין מזיק אזלינן לחומרא, ע"ש]. [ומזה נסתר גם מש"כ לעיל לבאר אמאי לא פי' הראשונים דמש"כ הרמב"ם דחייב גם הרחקה וגם סיד הוא מספק, דהוא משום דבספק בעיקר הנוק מודה הרמב"ם דאזלינן לקולא. שהרי מבואר דגם בספק דבנה עליה אזלינן לחומרא].

ומדברי העבודת הגרשוני נראה גדר חדש בזה, דהמוחזקות של הניזק היא בהא גופא שהתשמיש הניזק כבר קיים לפנינו, והמזיק בא להזיקו וכביכול ליטול ממנו את התשמיש, חשיב הניזק מוחזק על תביעה זו. [וכפה"נ הכוונה דאיסור מזיק אף בהרחנ"ז הוא מליאת דגזילת ממון, והוי כספק אם יכול ליטול ממון מחבירו. וראה כעיי"ז באבי עזרי בקונטרס אות כב דלא מהני טענינן באופן דאיתא לניזק דהוי כטענינן להוציא, עיי"ש]. וכ' שם העבודה"ג ליישב לפי"ז מה דלא הביא הרמב"ם (פ"ט ה"י) דבסומך בור סמוך למיצר קודם דאיתא לניזק בעי גם הרחקה וגם סיד, דהתם דליתא לדבר הניזק, א"כ לא הוי הניזק מוחזק. [ועי' בביה"ל מש"כ בביאור ד' הרמב"ם באופ"א, דהסיד נצרך רק להמתנותא, ובסומך קודם ביאת הניזק אין המתנותא נחשבת לגיריה, ע"ש, ומוסיף דהא דגם השני אי"צ לסוד הוא מסברת 'שלא כהוגן', עיי"ש, ועי' בשי' הגרש"ר שהעיר בזה דאם הראשון לא הוי גיריה אי"ז 'עשה שלא כהוגן'. והנה לד' העבודה"ג לכא' ג"כ י"ל כחשבון זה, ואת"ש היטב, דהשני אי"צ סיד משום דהראשון עשה שלא כהוגן, ואף שהיה פטור מדין ספק, מ"מ אם האמת דחייב הוי שלא כהוגן, והרי תביעתו על השני היא להצד דחייבים גם סיד, ואז הרי הראשון ג"כ היה חייב בזה, א"כ אף דלמעשה א"א להוציא ממנו מספק, מ"מ הו"ל עשה שלא כהוגן. מאידך לד' הביה"ל ניחא אמאי כ' הרמב"ם דוקא הרחקה ולא סיד, אך לד' העבודה"ג יש להעיר דהרמב"ם היה צריך לומר דמרחיק או סד בסיד].

אך לכא' הדברים צ"ע טובא מספיקות דכיבד וריבין, דהתם לכא' אין הניזק לפנינו, דהא זה גופא הספק אי הכיבד והריבין חשיב כאוצר, [ועוד דלכא' המוחזקות היא רק באופן דמזיקו להדיא, ועי']. אם לא דנימא דהתם איכא טעם אחר, דהיינו סברת הרע"א והביה"ל הנ"ל. והראוני בפרישה (סק"ו) שכל בטעמו דהרמב"ם גבי כיבד וריבין דלכתחילה אסור, הואיל והניזק הוי מוחזק כיון שהתחיל לבנות את האוצר. ומבואר דהבין כעבודת הגרשוני הנ"ל דהנידון מתורת מוחזק, והסיבה שהניזק חשיב מוחזק הוא משום שכבר יש בידו את התשמיש הניזק, ומי שבידו השימוש הוי כמוחזק כלפי חבירו. אבל צ"ע כנ"ל דהא מה שכיבד וריבין הוי ספק אם חשיב כאוצר קדם, וא"כ הוי ספק מוחזק, וצ"ע ג.

[ב] ודרך אחרת בביאור שי' הרמב"ם כ' בביאור הגר"א, וכ"נ קצת במ"מ, דטעם האיסור להרמב"ם לסמוך לכתחילה הוא מדין ספק איסור מזיק לחומרא, דכל שאין מוחזק דינו כספק איסור, דספק ממון לקולא להרמב"ם הוא רק במוחזק. והא דאם סמך אי"צ להרחיק, הוא משום דאז חשיב מוחזק, ושוב ממילא נידון כספק ממון דהוא לקולא למוחזק.

ונראה דעפ"י הגר"א יתיישב אמאי לכתחילה אינו סומך, והרי חזינו דאם כבר סמך שרי, וע"כ הוא מדין תפיסה, וקשה דא"כ אמאי לא שרי ליה לכתחילה לתפוס, וכמו בכל ספיקות ממון ששי' הרמב"ם דמהני תפיסה, דתקפו כהן אין מוציאין מידו, ולא מוזכר בשום דוכתא דלכתחילה אסור לתפוס. אכן נראה דשאני הכא דע"י התפיסה משתנה דין הספק, דהרי קודם התפיסה היה ספק איסור, ואין המזיק נידון כ'צד' בהך ספק, וע"י

התפיסה נהפך להיות נידון של ספק ממון, נמצא שע"י תפיסתו משתנה כל עיקר הספק ודינו, משא"כ בעלמא דשרי לתפוס, היינו משום דלעולם הספק הוא בין שניהם, ואף שאינו מוחזק הוא 'צד' בספק, אלא דהמוחזק זוכה, ואם תופס הרי שהוא המוחזק.

וכמו"כ נראה ליישב הא דקשה לאידך גיסא, דהשו"ע שפסק כאן כהרמב"ם, דלכתחילה לא יסמוך ואם סמך אי"צ להרחיק, פסק בספיקות דעלמא דלא מהני תפיסה, ותקפו כהן מוציאין מידו, וא"כ מאיזה טעם מהני תפיסה כאן. אכן נראה, דבעלמא לא מהני תפיסה ממוחזק, משא"כ הכא לד' הגר"א הרי אין תפיסה ממוחזק, אלא ממצב של ספק איסור לחומרא, וע"י תפיסתו נעשה לספק ממון, וזה שפיר מהני אף לד' השו"ע. אמנם יל"ע לד' הגר"א, דלשון הרמב"ם הוא דלכתחילה מעכב עליו, ולכא' אם הנידון משום ספק איסור אי"ז תביעה של חבירו, אלא הוי איסור לשמים גרידא. ועי'.

ג] ונראה לומר, דגם לדרך הגר"א י"ל ע"ד דברי העבוה"ג ביישוב הסתירה הנ"ל ברמב"ם, שבהלכה י' גבי הסומך בור למיצר חבירו לא הזכיר דבעי גם הרחקה וגם סיד. והיינו, משום דנראה לומר דליכא איסור מזיק דאורייתא היכא דליכא לניזק, וא"כ אין בזה ספיקא דאורייתא לחומרא, ואי"ז אלא דין מחודש דהרחנ"ז, ובה שפיר ספיקו לקולא. ודו"ק היטב. וכן הביא אאמו"ר שליט"א בהע' לריטב"א בשם ס' באר יעקב. [וכע"ז י"ל גם לדרכינו הנ"ל דהטעם דספק סד בסיד לחומרא הוא משום דהוי ודאי חיוב וספק שמירה, דגם בזה י"ל דבליטא לניזק אין כאן חובת שמירה כלל, ולא הוי אלא דין מחודש של הרחנ"ז, ובה ודאי בספק איכא דין הממע"ה]. [אלא דיש לדון דאולי הזיקא דכל מרא ומרא הוי כאיתא לניזק, אך י"ל דאי"ז היזק לקרקע גופא, אלא רק ביחס לחפירת בור דאח"כ. וכן מוכח גם בעבוה"ג, שהרי גם עפ"י דרכו אילו היינו דנים דההיזק הוא בקרקע גופא א"כ היה נחשב הניזק למוחזק]. [והעירו בזה לדברי הראב"ד בהשגות על הבעה"מ בסוגיא דחרדל שכ' דגם בהרחקה קודם דאיתא לניזק חשיב מזיק, עי"ש].

אלא דיש להעיר גם בזה מהספיקות דכיבד וריבץ וכו', דהרי גם ספיקא דכיבד וריבץ מיירי בליטא לניזק, ואעפ"כ לכתחילה אסור לו לפתוח לד' הרמב"ם. [ובד' העבוה"ג ביארנו לעיל עפ"י הפרישה דהואיל וכיבד וריבץ הו"ל מוחזק, אבל לדרך זו עפ"י הגר"א לכא' כל שאין היזק בפועל ליכא איסור מזיק].

ואולי י"ל דכיבד וריבץ חמיר טפי מליטא לניזק, וחשיב כאיתא לניזק. דהרי לכא' צ"ב אם הטעם דשרי סמיכה קודם ביאת הניזק ואין צריך לסלק אח"כ, (לאביי תמיד, ולרבא בדירה שאני) הוא מדין סמך בהיתר, א"כ אמאי הכא לא הוי סמך בהיתר, דהרי בינתיים לכא' ודאי דשרי לסמוך, דהא ליכא שום היזק, וא"כ ממילא להוי סמך בהיתר, ובשלמא אם תמיד הטעם מדין 'קדימה' וכמ"ש הקצוה"ח, א"כ י"ל דכיבד וריבץ תו לא הוי קדימה, [וממילא כמובן דאסור גם בינתיים מכח טענת התעצמות], אבל בדין סמך בהיתר אינו מובן מה מפקיע הכיבד וריבץ לזה. אע"כ לכא' דאיסור הסמיכה הוא מכח דחשיב איכא לניזק, וא"כ י"ל דחמיר אף לענין זה דהוי ספק איסור גמור דמזיק, והוי ספיקא דאורייתא. ואם כי יש לחלק, דאולי בגדרי דין הרחקת נזיקין חמיר כאיתא לניזק, אבל אכתי איסור דאורייתא ודאי ליכא כל שאינו מזיק בפועל, אך אולי יתכן דבאופן שכבר הכין את האוצר להצד דחשיב קדימת הניזק, הוי כהיזק בפועל. והביאור בזה, דזה נראה דאם כבר הניח הניזק חטים באוצר, ואח"כ בשעה שבא המזיק לפתוח את החנות הוציא הניזק במקרה את החטים, דמסתבר דחשיב איתא לניזק והוי כמזיק גמור דאורייתא, דכל שיש כאן 'אוצר' הוי היזק גמור בהנחת דברים המזיקים לאוצר, אף אם עכשיו אין היזק לחטים בפועל. והכ"נ אם כיבד וריבץ הוי כפתיחת אוצר, חשיב מזיק גמור. עי"ל דחשיב מזיק בעצם מניעת האפשרות לאוצר. והוי איסור מזיק דאורייתא. וצ"ע.

ונפ"מ רבתא לדברינו, דבכל גונוי שכיבד וריבץ הניזק לצורך הכנת הדבר הניזק, להצד דחשיב קדם ניזק, הוי נמי גיריה דיליה, אף לשי' התוס' דכל דליתא לניזק לא הוי גיריה, דכל כה"ג חשיב איתא לניזק, ואסור אף לר' יוסי. וצ"ע בחידוש זה. [ונסתור לפי"ז מש"כ אחרונים ליישב את השמטת הרי"ף להני ספיקות, דס"ל כהנמוק"י שפי' למתני' דאם קדמה רפת מותר דהוא משום דכל כה"ג דליתא לניזק לא הוי גיריה, ואף בגיריה המתחדש. דלדברינו הואיל וכיבד וריבץ, הוי גיריה, כיון דחשיב איתא לניזק. ולכא' יש לדון דהדבר מוכח מהנמוק"י עצמו, שהרי לדברינו דהפשט במתני' הוא משום דלא הוי גיריה, א"כ ספיקות הגמ' הם בזה גופא, דאף שבקדמה מותר דל"ה גיריה, מ"מ בכיבד וריבץ הוי כאיתא לניזק וחשיב גיריה, ודו"ק].

[וכע"ז יש להוכיח משי' הר"י מיגש בסוגי' דחרדל דלמסקנא ליכא טענת התעצמות, וא"כ יל"ע מהו הצד בכיבד וריבץ לאסור את הסמיכה. וע"כ דלאו משום התעצמות הוא, אלא חשיב איתא לניזק. אם לא דנימא דלשיטת הר"י מיגש יהיה מוכח כהרשב"א והריטב"א בסוגיין שהק' מהא דתנן ביין התיירו, וכ' דבאמת הא פשיטא דכיבד וריבץ וכו' שרי לכתחילה, והיינו דינא דביין התיירו, וספק הגמ' הוא רק דאולי אח"כ צריך לסלק. שו"ר דבאמת כן משמע בר"י מיגש בסוגיין, דכל הנידון הוא רק כלפי אם בנה את הרפת האם חייב לסלק, וי"ל דלכתחילה באמת א"א למונעו. והנה בס' אבי עזרי (בתחילת קונטרס הרחקת נזיקין) כ' דהרמב"ם נמי סובר כהר"י מיגש, דלמסקנא ליכא טענת התעצמות, ומ"מ הסומך קודם שבא הניזק לא הוי סמך בהיתר (כמו לר"ח ור"ת), והוכחתו, דהרי הרמב"ם לא הזכיר דאסור לסמוך קודם ביאת הניזק, ומאידך לא הזכיר דבסמך קודם לניזק מותר לו להשאיר. ולפי"ז מהרמב"ם יש להוכיח דכיבד וריבץ חשיב איתא לניזק, שהרי הרמב"ם אוסר גם את הסמיכה בינתיים].

[ובאמת בד' הרשב"א והריטב"א בסוגיין שכ' דבינתיים שרי לסמוך, לכא' יל"ע טובא, דאמאי ליכא טענת התעצמות. ואי נימא כרע"א דאביי פליג אטענת התעצמות, א"כ י"ל דאביי אזיל לשיטתו, ואדרבה, אולי זהו טעם השמטת הרי"ף להני אבעיות, דרק אביי מסתפק בכה"ג, אבל לרבא איכא טענת התעצמות, וא"כ מהא דביין התיירו מוכח דכיבד וריבץ וכו' שרי. ובח' הגרש"ר (ס' יד) כ' בזה, דהרשב"א לשיטתו דבגיריה לא מהני סמיכה, רק דבעלמא מחמת דין דירה שאני היה הדין דמהני קדימתו גם בגיריה, משא"כ בכיבד וריבץ דתו לא הוי קדימה צריך לסלק אח"כ, אבל טענת התעצמות ליכא בזה וכמו בכל גיריה דלא מהני סמיכה בהיתר ואע"פ שרי לסמוך בינתיים. [וגם לפי"ז לרבא אין הדין כן, אלא הואיל ואין כאן דירה שאני הרי דיןא דאיכא טענת התעצמות, דהא איכא איסור סמיכה קודם לניזק, עי"ש]. אכן בריטב"א ק"ק לומר כן, דלא הזכיר הריטב"א מעולם הך דינא דבגיריה לא מהני סמיכה. ובפשוטו צ"ל דגם בכיבד וריבץ נשאר הא דדירה שאני דתו ליכא תביעת הרחקה קודם דאיתא לניזק, ואף דאינו יכול לזכות מדין סמך בהיתר, דחסר ב'קדימה', מ"מ טענת התעצמות מיהא ליכא. ועדיין צ"ע].

## בדין חזקת נזיקין

הקצוה"ח (קנה סקט"ז) הקשה בעיקר דין חזקת נזיקין, דהרי מבואר ברא"ש (ריש פ' השותפין) דלא מהני מחילה בהיזק ראייה דהוי כקרקע כסותי והפטר דלא מהני, [ושאני חיוב כותל בחצר השותפין דחיוב ממון הוא ע"ש], וא"כ לפי"ז ה"ה נמי בשאר אופני הרחקת נזיקין דלא מהני בהו מחילה, ומעתה אמאי מהני חזקה.

ותי' הקצוה"ח דכיון דע"י המחילה סומך ברשות, הוי סמך בהיתר, ואפ"ל להשיטות דלא קי"ל לדין סמיכה בהיתר, מ"מ היתר דרשות עדיף. ועי' בנתיבות שהעיר ממ"ש הב"י דבנזיקין שלא מהני חזקה כגון קוטרא ובה"כ, לא מהני סמיכה בהיתר, והרי במחל או מכר להדיא דעת רוב הראשונים דמהני גם בקוטרא ובה"כ, ויקשה לד' הקצות. ולכא"י ל' דגם לענין זה עדיף סמיכה בהיתר ע"י רשות. ובלא"ה צ"ל כן לשל' הרשב"א דס"ל דבגיריה דיליה לא מהני סמיכה בהיתר, ולהרא"ש דעכ"פ בגיריה המתחדש לא מהני, והרי חזקה מהני גם בזה, וע"כ דהיתר דרשות עדיף.

ובחי' הגרש"ש הק' על דבריו ממש"כ הראשונים בקוטרא ובה"כ דמהני 'מכירה' או 'קנין', והרי לד' הקצות אין הדבר תלוי בקנינים כלל. ולכא"י צ"ל דלשון מכירה לאו דוקא, רק דהואיל ונעשה ע"י קנין ונתינת דמים נקטו הראשונים לשון מכירה, ומה דצריך קנין הוא לגמירות דעת, וכ"נ בב"ח ש"כ דדוקא קנין סודר מהני, דגמר ומקני. [ושמעתי להק' עוד, מש"י ר"ת דבקוטרא ובה"כ גם אם עשה קנין יכול לומר סבור הייתי שאני יכול לקבל, ולכא"י הרי עכ"פ בשעת הסמיכה היה למזיק רשות, ולא יתבטל דין הסמיכה בהיתר ע"י מה שחוזר בו. ואם נימא דהוי טעות גמורה וכמו מקח טעות, י"ל דמתברר דלא נתן רשות, אך ראה להלן בזה דלכא"י טענת 'סבור הייתי' אינה מקח טעות גמור. ועי'].

והנה לד' הקצות איכא נפ"מ רבתא בהך דינא ש"כ הראשונים דמהני מכירה ע"י קנין, דכ"ז דוקא אם סמך המזיק את התשמיש בפועל, דאז חל ה'סמך בהיתר, אבל ע"י הקנין לבד עדיין לא חל כלום, שאין הקנין אלא לגמירות דעת על נתינת הרשות, והזכות בפועל חלה רק ע"י דין סמך בהיתר.

אלא שעיקר ד' הקצות צ"ב אמאי נתינת רשות בעלמא מהניא להחשב סמך בהיתר, ואדרבה, מסברא אי"ז סמיכה בהיתר כלל, ובודאי דלא עדיפא מלוקח להשיטות דלא מהני. וכה"ק בחי' ר' שלמה סי' א'.

ועוד צ"ב בד' הקצות, שלא ביאר א"כ אמאי להיזק ראייה לא מהני המחילה לעשותו לסמך בהיתר, ומה הוצרך הרא"ש לחידושו דחיוב ממון יש ביניהם. וראיתי בחזו"י (עמ' ז בהערה) ש"כ דבהי"ז דחצר השותפין לא שייך דין סמיכה בהיתר, דסמך בהיתר שייך רק בתשמיש מסויים, ע"ש. [עוד שמעתי לומר בזה, דלא שייך סמיכה בהיתר היכא דאין יכול למונעו מהתשמיש, ובהי"ז ר' הרי מבואר דגם בעניי אינו יכול להוציא מביטו, ודו"ק]. אך עדיין תמוה שהרי ברא"ש קודם לכן דן לגבי חזקה בהי"ז דחצר אי מהני, ומכריע דהוי כקוטרא ובה"כ, ע"ש, ומבואר דהיה שייך דין חזקה בזה, ואם ליכא היתר דסמך בהיתר א"כ לד' הקצות ל"ש חזקה. [ובאמת קושיה זו היא תמיהה בדברי הרא"ש מיניה וביה, דאם מחילה לא מהני אמאי חזקה מהני. ובחי' הגרש"ש שם בתחילת הדברים עמד בזה, וכ' דמש"כ הרא"ש לדון דיהני חזקה, הוא אחר מסקנת דבריו דהוי חיוב ממון ומחילה ג"כ מהני. אולם לכא"י בפשטות אינו כן, דעל חיוב ממון לכשעצמו לא מצינו דיני חזקה, וע"כ דהחזקה כאן היא על סיבת החיוב ממון, והדרא הקו' דסיבת החיוב שיסודה דין מזיק דמי לקרקע כסותי. ואולי אף דבעלמא אין חזקה הוכחה למחילה על ממון, מ"מ כאן שלא מזה על 'ההיזק' מוכח שמחל על החיוב ממון, ועי' בזה].

ובחזו"א (יא ה) כ' דרך אחרת בזה, דדיני הרחקת נזיקין הם מזכויות השכנים זה על זה, וכל שמחל פקע זכותו, ומדין מחילה אתינן עלה, ולשון מכירה לאו דוקא וכו"ל. [וכן במשנת ר"א נוקט כדרך זו, אך ע"ש שמאריך לבאר אמאי לא תחזור הזכות שוב, דהרי סיבת הזכות קיימת, (וכע"ז הק' הגרש"ש שם על דברי הרא"ש דמהני מחילה בהי"ז על החיוב ממון דכותל, ע"ש מש"כ בזה, ובקוב"ש שם כ' דמחילת ממון הוי כ'התקבלתי', וא"כ כאן אי"ז שייך), וכ' הגר"א ק' דכלפי זה הוי סמך בהיתר, דדמי לסומך לרשות הפקר דקי"ל (עפ"י תשו' הריב"ש) דמהני לכו"ע, ואף כאן כיון שמחל הוי כרשות הפקר, והסומך חשיב סמך בהיתר, ע"ש ביאור הדברים. ולפי דבריו נצטרך לומר דסמך לרשות הפקר עדיף גם לענין דמהני בגיריה דיליה ובקוטרא ובה"כ, וכמו"כ נמצא דרך הסומך בפועל יכול לזכות ע"י המחילה, ובמחילה גרידא אף בקנין לא סגי, וכמו לדרך הקצות. וצ"ע. ואולי יתכן לומר דהמחילה מפקיעה את עיקר סיבת החיוב, דבמקום מחילה לא תקון חז"ל דיני הרחקה, ועי'].

אכן גם לדרך זו לא את"ש דברי הרא"ש ש"כ דלא מהני מחילה בהיזק ראייה [לולי הא דהוי חיוב ממון], דגם שם לכא"י הוא מזכויות השכנים זה על זה, וכל שמחל פקע זכותו.

ובאבהא"ז (פי"א משכנים עמ' פד) כ' לבאר בזה באופ"א, דשייך למכור חפץ לענין זכות קריעתו, וחזקת נזיקין ומכירתו היינו דנותן זכות לחבירו בדבר הנזיק שיהא שלו לענין הזיקה. אך לכא"י עדיין צ"ב באופנים שהדבר הנזיק אינו החצר עצמה, אלא תשמישי החצר, כגון פירות וכדו', דהפירות שיבואו אח"כ אינם בכלל הקנין, וכמו"כ צ"ב בהני אופני הרחנ"ז שמשום נזקי אדם הם, כגון קוטרא ובה"כ, דאיך שייך למכור דבר זה. ובחי' הגרש"ש שם כ' בזה, דצ"ל דנותן לו זכות בחצירו להכניס את העשן והריח וכדו' (וכן הוא בכל הרחנ"ז), וממילא ליכא עליה דין מזיק כלל, דכעושה בתוך שלו לגמרי הוא, ואין בזה דיני מזיק, ולא דין הרחנ"ז, ע"ש שהאריך בזה. ועדיין צ"ב בהיזק ראייה, ויל"ע. [וכ' הגרש"ש דזהו גופא טעמו דהרא"ש דלא מהני בו מחילה. אך תמוה כנ"ל דא"כ איך תיהי חזקה, וצ"ע].

והנה למהלך זה את"ש היטב דברי הרא"ש, דמחילה גרידא לא מהני בהרחנ"ז כלל, דהוי כקרקע כסותי, אבל חזקה שפיר מהני, כיון דהוי הוכחה על מכירה. ולדבריהם נמצא דלשונות הראשונים 'מכירה' בדוקא הם, [ואדרבה, לשונות 'מחילה' המוזכרים בראשונים צ"ל דאי"ז בדוקא, וכן מש"כ הרא"ש לענין חזקה בהי"ז דטוען 'שמחל ונתן לו' צ"ל דמחילה לאו דוקא], וצריך מעשה קנין. ומה שלא הוזכר בראשונים קנין (חוץ מקוטרא ובה"כ), הוא משום דזוכה ע"י התשמיש גופא, וכמו שהוכיח הקצות (קנ"ג) מדין חזקת תשמישין להסוכרים דאי"צ טענה, דהקנין הוא ע"י עצם השימוש, עיש"ה. [ונמצא דגם לפי"ז בעינן שיסמוך בפועל, היכא שלא עשו קנין אחר כגון סודר וכדו'. ובקוטרא ובה"כ עצמו לדעת

הב"ח הנ"ל לא מהני הקנין שע"י השימוש, אלא בעינן קנין סודר לגמירות דעת. ובפרישה מבואר דגם קנין כסף מהני, וצ"ע אם גם בזה י"ל דהוי טפי גמירות דעת מהקנין שע"י השימוש].

[ב] ואכן יעוי' בנתיבות שנקט דלהרא"ש דחזקת נזיקין בעי ג"ש וטענה, דהיינו דוקא בטענת מכר, דמחילה מפורשת ג"כ לא תהני, כיון דהוי קרע כסותי. עי' היטב בכל דבריו (קנה סק"כ). וכן בדעת הרמב"ם הסובר דחזקת נזיקין אי"צ ג"ש וטענה, ונקט בכל הסוגיא לשון 'מחילה', הבין הנתיבות (קנה יג) די"ל דהכוונה לדין מחילה ולא לדין מכר והקנאה כלל, וביאר בזה את שי' הרמ"א שבחזקת תשמישין הביא את ב' השיטות אם בעי ג"ש וטענה או לא, ולא הכריע, ובחזקת נזיקין הכריע כד' הרמב"ם דאי"צ ג"ש וטענה, ומשום דבחזקת נזיקין סגי במחילה בעלמא, אך בחזקת תשמישין דבעי הקנאה לא סגי בלא ג"ש וטענה. [ואמנם יש לציין דברמב"ם עצמו מבואר דגם בחזקת תשמישין אי"צ ג"ש וטענה, דכיון שראה ושתק מוכח דמחיל, ולכא"צ"ל בזה ד'מחילה' לאו דוקא, אלא דאפשר להוכיח משתיקתו שמסכים להקנות למחזיק את התשמיש. (ועי' היטב ברשב"א לקמן כח: וצ"ע). וא"כ הרי גם בחזקת נזיקין היה אפשר לפרש כן. אך מ"מ בנתיבות מבואר דכאן סגי במחילה גרידא מבלי הקנאה כלל, וזה ביאור דעת הרמ"א וכן"ל]. וכן מוכח גם בביאור הגר"א בלשונו הקצרה, דהשו"ע הביא דבקותא ובה"כ אף דחזקה לא מהני, מ"מ מהני עדים על 'מחילה', והרמ"א בשם הרא"ש מוסיף 'או מכר או מתנה', וכ' הגר"א דאזלי לשיטתייהו. ומבואר בדבריו דמה שנחלקו הרמב"ם והרא"ש אם בעינן טענה או לא, אי"ז רק מחלוקת בגדרי חזקה אם שייך להוכיח מהשתיקה לבדה או דבעינן טענה, אלא נחלקו אם מהני מחילה או בעינן דוקא הקנאה ומכירה, ואף מחילה מפורשת לדעת הרא"ש ודעמיה לא מהני, משא"כ להרמב"ם.

ואמנם מצינו בראשונים (ברשב"א ובנמוק"י, וכ"ה בטור) שכתבו דבקותא ובה"כ מהני אם יש עדים "שמכר או נתן או מחל", ולכא' מוכרח דשיטתם דשייך את שני האופנים הנ"ל, והיינו דאיכא אופן של מחילה, ואיכא אופן של מתנה או מכר, ודו"ק.

ובזה נראה לבאר היטב את השיטה המובאת ברמב"ן וברשב"א (ובטור) דבקותא ובה"כ מהני רק מכר או מתנה ולא מחילה. וכ' הב"ח לבאר טעמם, דבמכירה אגב זוזי גמר ומקני, וכמו"כ במתנה אי לאו דעביד ליה ניהא דנפשיה לא היה נותן, ע"ש. וצ"ב דגם במחילה מסתמא לא היה מוחל אי לאו דעביד ליה וכו'. ועי' אבהא"ז שם מש"כ בזה. ולהנ"ל נראה לבאר, דהחילוק הוא בין אופן של 'הקנאה' לאופן של 'מחילה', דאם נתן לו זכות בחצירו והוי מקח גמור, אין טענת 'סבור הייתי' מועלת לבטל את המקח, דאי"ז מקח טעות, שהרי ידע שמוכר קוטרא ובה"כ, [יעוי' באבהא"ז שם שהוכיח כן], אך לגבי מחילה איכא 'טענה' דסבור הייתי וע"ד כן לא נתרציתי לוותר על זכותי, ועי' היטב בזה.

ואולי זה גם הביאור בנמוק"י ש'ל לבאר את מש"כ הרמב"ם דבקותא ובה"כ אף דמהני מחילה מפורשת, מ"מ קנין מיהא בעינן, דמחילה זו 'כעין מכירה היא'. ולכא' משמע בדבריו דאין הקנין רק לחזק את המחילה, אלא לעשותו כעין מכר, וצ"ע דהרי בשאר נזיקין דמהני חזקה, אי"צ קנין, וע"כ דסגי במחילה ואי"צ דוקא מכר, ומ"ש קוטרא ובה"כ, ולהנ"ל י"ל דהנמוק"י מפרש ברמב"ם כהנך שיטות, ומעתה אף דבשאר נזיקין סגי במחילה, מ"מ בקוטרא ובה"כ יכול לומר סבור הייתי וכו', ומחילה באמת לא מהני, ורק מכירה גמורה בקנין מהני וכן"ל. [אלא שמהרמב"ן ומהטור מוכח דאין שיטת הרמב"ם כשי' ראשונים זו]. שו"ר דבנמוק"י עצמו לכא' מוכח שלא כדברינו, דהנמוק"י ג"כ כ' בלשון זה דאם יש עדים שמכר או מחל או נתן מהני, ומבואר דגם מחילה מהני וגם מכירה מהני, ואינם דבר אחד, אלא דבקותא גם המחילה בעי קנין. (דודאי שגם תחילת דבריו קאי בשי' הרמב"ם, עי"ש). וזה שלא כדברינו. אך צ"ב מה כוונתו מחילה שהיא כעין מכירה.

[ג] ונראה דאיכא נפ"מ רבתא בין הני תרי דרכים בדין חזקה בהרחנ"ז. דהנה הפוסקים הק' סתירה ברמב"ם (ובשו"ע), דבדין חזקת נזיקין כ' דאם טוען המחזיק שהנזיק ראה ושתק נאמן, ועל הנזיק להוכיח שלא ראה, ובדין חזקת תשמישין כ' דעל המחזיק להוכיח שהמערער ראה ושתק. וכ' בזה הנתיבות (קנה יד), דשאני חזקת נזיקין דהמזיק נקרא מוחזק, שהרי הנזיק בא לתובעו בתביעת הרחקה, משא"כ בחזקת תשמישין דהמחזיק בא להוציא מיד הבעלים. [ועיקר חילוק זה בדין המוחזקות, מבואר גם בסמ"ע (שם לב), ומבאר עפ"ז את דעת הרמ"א הנ"ל שבחזקת תשמישין הביא את ב' השיטות ובחזקת נזיקין הכריע דהוי חזקה מיד ואי"צ טענה, דבאמת הוא ספיקא דדינא, וממילא בחזקת נזיקין המזיק נקרא מוחזק, ובתשמישין המוחזק הוא המרא קמא].

ונראה דכל זה הוא רק אם נבאר את החזקה מדין מחילה, דאז הנידון בגדרי חיוב הרחנ"ז, ודמיא לספיקות דהרחנ"ז דהמזיק הוי מוחזק וא"א לתובעו (עכ"פ היכא שכבר סמך). [וצ"ל דאי"ז ספק מחילה, אלא הוי ספק בעיקר הזכות, דבמקום מחילה לא תקון רבנן הרחנ"ז וכן"ל, עוי"ל דכיון דחזינן שהחזיק לפנינו איכא סייעתא לטענתו על מחילה, וראה להלן בהערה]. [וכן אם כהקצות הנ"ל דחזקת נזיקין מדין סמך בהיתר הוא, נראה דהמזיק הוי מוחזק וכן"ל. וצ"ע בקצות עצמו שמשמע לא כן]. אבל אם הנידון מתורת הקנאה ומכירה, א"כ המזיק חשיב מוציא מיד המרא קמא, ואין חילוק כלל בין זה לחזקת תשמישין. [וכבר העיר בזה הגרש"ש בסי' ג' מדברי הרשב"א בתשובה לענין ספיקא דדינא אי קי"ל כר"ת בקוטרא, ש' הרשב"א דאם כבר סמך אין מוציאין מידו. וכ' הגרש"ש דכיון דאי"ז בעלות בגוף הדבר אלא רק זכותי השתמשות אינו חשיב למוציא. וצ"ע מהא דחזקת תשמישין].

ואם כנים הדברים, הרי יתבארו בזה דברי הטור, דעל הך דינא ש' הרמב"ם דאם המחזיק טוען שהנזיק ראה ושתק נאמן, ועל הנזיק להביא ראיה שלא ראה, הוסיף הטור, דלדעת א"א הרא"ש דבעינן חזקת ג"ש וטענה, ודאי שעל המחזיק להוכיח את חזקתו. וצ"ע אמאי לא נימא גם להרא"ש דהמזיק חשיב מוחזק. ועי' היטב בב"ח ובפרישה מש"כ בזה. ולהנ"ל ניהא היטב, דהרי לדעת הרא"ש נבאר דחזקת נזיקין אך ורק מתורת מכירת הזכות היא, וא"כ דמיא לחזקת תשמישין דהמחזיק הוי מוציא מחבירו, ודו"ק היטב.

אכן להרמב"ם דמהני חזקה בלא טענה מכח הוכחה על מחילה, נראה דאף אם יחזיק המזיק בטענת מכר, יחשב הוא למוחזק, כיון דיכול לזכות גם ע"י המחילה, ואינו צריך לטענתו כלל, דממנ"פ, או שהיה כאן מכירה או מחילה, וכלפי צד מחילה הוי המחזיק מוחזק. ועי' בטור ובשו"ע (סעיף מד) דבקותא ובה"כ אם טוען המחזיק שקנה עליו להביא ראיה, (וכן הוא לשון הראשונים דאם יש עדים שקנה מהני, ומבואר דבעי עדים), ולכא' יל"ע אמאי בזה לא נימא דהמזיק הוי מוחזק, [והרי בתשו' הרשב"א הנ"ל כ' דגם בקוטרא ובה"כ הוי מוחזק בספיקות], וי"ל דבזה כיון דבא בטענת



קנין הוי מוציא, (דבזה הרי לא מהני מחילה בסתמא דהא אין להם חזקה), אך לפי"ז בטענת מחילה יהיה נאמן, והוא דוחק. וכפה"נ הטעם לדין זה הוא דבסתמא אין אדם מוכר נזיקין אלו והטוען כן חשיב מחדש ומוציא, ועי' היטב בסמ"ע שם מש"כ בזה, וצ"ע.

והלומדים העירוני בזה, דבב"ח ע"ד הטור הנ"ל, וכן בסמ"ע הנ"ל, משמע דמש"כ הטור דלהרא"ש אינו כן, היינו כשאנו מוכיח שהחזיק ג"ש, וה"ט, דבלא שרואים לפנינו חזקה גם בנזיקין לא חשיב מוחזק, דאינו יכול להמציא שיש לו חזקה והוי מחדש ומוציא מחבירו, והא ראייה, דהרי גם להרמב"ם רק אם ידעין שהחזיק יכול לטעון שחבירו ראה, אבל אינו יכול לטעון החזקתי מבלי להוכיח את עצם החזקה, והיינו דרק כשהחזקה לפנינו אלא שטוען המערער לא ראיתי, בזה הוי המזיק מוחזק, ומעתה אפשר דבאופן זה (דהיינו שהחזיק לפנינו ג"ש והמערער טוען לא ראיתי) גם לדברי הרא"ש יהיה הדין כן ולא כמ"ש, ונמצא שאין כלל הבדל בין שי' הרמב"ם לשיטת הרא"ש בזה, וצ"ע. [ולכא' יש להוכיח כן, דהרי גם בחזקת ג"ש אם החזיק ג"ש אין השני יכול לטעון לא ראיתי, (כמבואר בסי' קמ"ג ס"ב). אם לא שנחלק דדוקא התם איכא סברא דחזקת ג"ש נשמעת למרחוק, משא"כ הכא דהחזקה מיד, כל עיקר החזקה הוא רק באופן שרואה, וצ"ע], וא"כ ע"כ דכוונת הטור היכא דלא הוכיח את הג"ש, ובזה הרי גם להרמב"ם אם לא יוכיח כלל את חזקתו לא יהיה נאמן]. ושו"ר דכן משמע בדברי הביאור הגר"א על אתר, שכ' דהמחזיק הוי מוחזק כמו בחזקת ג"ש, דהחזקה היא במקום חזקת ג"ש, והטענה דמדשתיק מחיל היא כטענה בחזקת ג"ש, וכמו שבחזקת ג"ש היכא דיש לו חזקה וטענה הוי מוחזק, כך כאן בחזקה מיד. [אלא שלדברי הגר"א דדמי לחזקת ג"ש, לכא' הה"נ בחזקת תשימין, ואי"ז כדברי הנתיבות הנ"ל שמחלק ביניהם. ומדברי הגר"א משמע דגם המחילה בגדר 'טענה' היא, ועי' שי' הגר"ש"ר לעיל ו' מש"כ בזה]. ולפי"ז את"ש בפשיטות הדין דסעיף מד דבקותא ובה"כ אם טוען שקנה ודאי דעליו להוכיח, שהרי אין בהם חזקה כלל, ומהכ"ת שקנה או שמחל לו. ומ"מ בעיקר הדין צדקו דברינו הנ"ל דעכ"פ יהיה נפ"מ בין הרמב"ם לרא"ש, באופן שיביא עדים על 'ספק חזקה', דלהרמב"ם חשיב מוחזק ולהרא"ש הוי מוציא, כמו בחזקת ג"ש. וכמו"כ נפ"מ בספיקא דדינא, וכנ"ל.

ד' עוד העירוני הלומדים, בדברי הנתיבות הנ"ל, שנראה מתוך דבריו דהקנין הוא לגמירות דעת, וצ"ב דדינא דקרע כסותי לאו משום חסרון גמירות דעת הוא, אלא דלא חל במחילתו שום קנין, וא"כ בלא קנין לא מהני כלל, וכמ"ש לעיל, ולא רק משום דבעינן לאלם הדבר. וצ"ב. [ובאמת דברי הנתיבות בזה נסמכים על דברי הב"ח שכ' דבקותא בעי קנין ובלא זה לא מהני "דלא אמרינן אגב זוזי גמר ומקני דסבור היה שיכול לסבול והוה ליה כאומר לחבירו קרע כסותי ושבור כדי דיכול לחזור בו ויתחייב חבירו בהזיקו אחר שחזר בו מכל מקום אם קנו מידו אלים ליה קנין סודר דלא מצי למימר סבור היה שיכול לסבול", וגם דבריו צ"ב דאטו דינא דקרע כסותי משום סבור הייתי הוא. ועוד צ"ב כוונת הנתיבות בדברי הב"ח מפורש דסברתו דוקא בקוטרא ובה"כ, דשם צריך לאלם הדבר דאל"כ יאמר סבור הייתי, ומהיכן הוציא הנתיבות דגם בשאר דוכתי הוא כן]. ואולי כוונתו דבקרע כסותי איכא נמי חסרון גמירות דעת, דאמנם פשיטא דבעי חלות מכירה וקנין, דבלא זה לא חל מדי ע"י מחילתו, אלא דלזה שפיר איכא מעשה קנין דהשתמשות, וכנ"ל עפ"י הקצוה"ח, אך כיון דבקרע כסותי איכא נמי חסרון גמירות, בעינן קנין לאלם הדבר, (ולהב"ח דוקא קנין סודר ולא כסף, עי"ש), אך צ"ב מהו המקור לזה. ואולי י"ל דלולי קנין לא יתפרשו הדברים למכירה, אלא למחילה בעלמא, והוי קרע כסותי, ולכן בעינן קנין דחזינן לגמירות דעתו, וממילא מתפרשים הדברים למכירה. ועי'.

עוד כתב הנתיבות שם דכ"ז דוקא היכא דאיכא להדבר הנזק, אבל בליטא להדבר הנזק שפיר מהני מחילה ואי"צ קנין, דהוי כאומר שלא יביא את הדבר הנזק. ולא פירש הנתיבות דבריו מה חל בזה, והלומדים דנו לפרש עפ"י הנ"ל, דהכא דאכתי ליתא לניזק ליכא חסרון גמירות דעת, ובזה הדבר מתפרש למכירה אף בלא מעשה קנין, והדברים סתומים.

וע"ד החידוש י"ל בזה, עפ"י מה שביארנו במק"א (עי' בחבורה בענין ספק הרחנ"ז) דחייב הרחקה קודם דאיתא לניזק, אינו מדין מזיק, אלא דין מחודש שנתחדש בפרשת הרחנ"ז, והבאנו מדברי העבודת הגרשוני דאף אם ספק הרחנ"ז לחומרא, מ"מ בזה ספיקו לקולא, ולפי"ז י"ל דבזה שפיר מהני מחילה, וכהסבר החזו"א הנ"ל, דדין זה דהרחקה קודם שבא הנזק מזכותי השכנים הוא, וכשמוחל פקע זכותו, ואי"ז כקרע כסותי. ורק כשאיתא לניזק, דאז יש בזה דין מזיק, בזה לא מהני מחילה, ואך מכירה בקנין מהני. ודו"ק. (אם כי לשון הנתיבות לא משמע כן). [ואמנם לדברינו הנ"ל צ"ל דאין הדברים מוכרחים, שהרי הרמב"ם נוקט דמהני מחילה, וע"כ דמוחל על זכותו, ומאיך דעת הרמב"ם דספק הרחנ"ז לחומרא, וע"כ דשייך לדון ספק לחומרא אף אי אמרינן דמזכותי השכנים הוא. ועי'].