

בס"ד

שיעור הגר"א עוזר שליט"א

ראש ישיבת אתרי

המתקיים בבית הכנסת "מאור ישראל", בראנד 18, הר נוף

בענין:

היזק ראיה

- תקיה -

נמסר בש"ק בלק ה'תשע"ז

בש"ק פ' פנחס יחל השיעור אי"ה בשעה 17:30 ויהיה בענין:

קרבן התמיד

מנחה בשעה 17:10

השיעור לעילוי נשמת ר' שלמה ב"ר בן ציון זצ"ל ור' שמואל יצחק ב"ר דוד זצ"ל

בברכת שבת שלום

המארגנים



שיעור הגר"א עוזר שליט"א - תקיה - נמסר בש"ק פרשת בלק ה'תשע"ה

היזק ראייה

[ודחו דברי ר"ת שאפילו הקנה יכול לחזור בו דקנין בטעות הוא] וברא"ש ריש ב"ב.²

ולדעת הרי"ף, וכן נקט הרמב"ן (ריש ב"ב ובדף נט), אין חילוק לענין זה בין הזק ראייה בחצר להזק ראייה שבפתיחת חלון, בשניהם אין מועילה החזקה מפני הנוק התמידי כקוטרא ובית הכסא. אבל הרמ"ה כתב לחלק ביניהם, ולדבריו מועילה חזקה בחלון. והטעם, משום שבחלון יכול אדם להימנע מלהשתמש כנגדו ולהביט לתוך של חברו, וגם אינו הזק תדירי כי לא נמצא בכל שעה כנגד חלונו, הלכך אם החזיק האחד בחלון וחברו שתק, או שהתרוצו זה לזה לפתוח חלון כנגד חלון - אין אנו כופים אותם לסתום [הגם שלכתחילה לא יפתח לא פתח ולא חלון כדתנן במתניתין, אבל לענין חזקה אינם שוים אלא הא כדאיתא והא כדאיתא].

וכן דעת הר"י מגאש, לחלק בין הזק ראייה של חצרות סמוכים להזק ראייה שבחלון [הפונה לחצר]. וכן נראית דעת הרמב"ם תלמידו, שמצד אחד השווה (בפי"א מהלכות שכנים ה"ז) הזק ראייה עם אותם נזקים שאין בהם חזקה, עשן וריח בית הכסא והאבק ונדנדוד הקרקע, ואפילו החזיק בהם כמה שנים. ומאידך כתב במפורש (ו,ו) שמועילה חזקה בפתיחת חלון לחצר. וכבר פירש הכס"מ שסובר לחלק בין הזק ראייה של חצר לחלון. וכן כתב הרא"ש (ריש ב"ב סי' ב) לחלק בין שני חצרות לפתיחת חלון מהטעם האמור.



רומיית פסקי הרמב"ם בדין חזקה בפתיחת חלון

ג אלא שכבר עמדו המפרשים, כיצד יתיישבו דברי הרמב"ם הללו עם דבריו בפ"ה ה"ז: 'אחד מן השותפין שביקש לפתוח לו חלון בתוך ביתו לחצר - חבירו מעכב עליו מפני שמסתכל בו ממנו. ואם פתח יסתום'. ומקור דין זה הוא בגמרא (נט:), מעשה באדם אחד שפתח חלוניו לחצר השותפין ובא לפני ר' ישמעאל בר רבי יוסי, אמר לו: החזקת בני החזקת. ובא לפני רבי חייה, אמר: יגעת ופתחת יגע וסתום. ומבואר שנחלקו אם מועילה חזקה בפתיחת חלונות אם לאו. ומשמע ברמב"ם שגם הוא מדבר

^ב יתכן שבפתח כנגד פתח הכל מודים דלא מהני מחילה משום דאיסורא הוא כדמשמע בגמרא וכדקמייירי בה קרא, באהלים. ולא דיברו הראשונים אלא בבניית כותל בחצר שאפשר דאין בזה איסורא דהויא כחצר משותפת. אכן ברמ"ה בדף ב' משמע שנקט סברת 'איסורא' אף בחצר דלא תהני בה מחילה. [אכן מסתברא שאף הרמ"ה לא מייירי אלא כגון בחצר דידהו שהיו עושים בה כל שימושיהם כגון כיבוס ואפיה, ופעמים יש בזה חוסר צניעות אבל כגון חצרות דיון מהני מחילה לכו"ע. ועפ"י יש לדון שאם מנהג המקום שאין עושים כתלים בחצרות, הוי כהתנו מעיקרא שקונה החצר שלא ע"י שימושי צנע ואין יכול לחייב כותל].

^ג אבל בחלון כנגד חלון לא שמענו מי שסובר שמועילה חזקה מלבד הרמ"ה. וכתב בחזו"א (יבד), שאפשר שאין דעת שאר פוסקים כדבריו, והדין נותן - דכיון דאיסורא הוא אין לו חזקה. [ולענין מחילה מפורשת לפתיחת חלון בחצר, לכאורה מועילה לכו"ע, ואף שמדברי הרמב"ן והריטב"א משמע שיש גם בזה איסורא. אך מסתבר שאם בדעתו שלא להשתמש כנגדו מיילי דצניעותא אין איסור ובפרט לדין שיש תריסים ויילונות, וא"כ מחילתו מחילה. ונראה שעל כן לא מקפדינן עתה על בניית חלון כנגד חלון].

^ד ובכס"מ נתן טעם אחר לחילוק, וכ"כ הראשונים ריש ב"ב ומגיד משנה ב"ד: בפתיחת חלון עשה מעשה וכיון שחברו שתק - החזיק, משא"כ בשימוש בחצר ללא בניית כותל דממילא הוא. ואף הרמ"ה עצמו כתב סברא זו (בדף ז: אות עב) לענין שותפין שחלקו והיה בחלקו של אחד מהם חלון פתוח לחצר חברו, שאין זו חזקה כיון שלא עשה מעשה. ומה שנצרך לטעמים דדמי לקוטרא ומשום איסורא, היינו בגוונא שעשה מעשה כגון שפתח פתח.

[איסור פתיחת פתח כנגד פתח; שיטות הראשונים בחזקה ומחילה בהזק ראייה, בפתח ובחלון]

א תנן בשלהי חזקת הבתים (ס). לא יפתח אדם לחצר השותפין פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון. ואמרו בגמרא: מנהני מילי, א"ר יוחנן דאמר קרא 'וישא בלעם את עיניו וירא את ישראל שכן לשבטיו [אז פתח ודיבר בשבחן: 'מה טבו אהליך יעקב משכנתיך ישראל']. מה ראה? ראה שאין פתחי אהליהם מכוונין זה לזה. אמר: ראויין הללו שתשרה עליהם שכינה.

יש להעיר מדוע הוצרכו להביא קרא, מאי שנא משאר הרחקות נזיקין בין שכנים השנויים בפרק שני שאין עליהם מקור בכתוב.

והדבר מתבאר במה שכתב הרמ"ה (שם), לשמוע מהך מימרא דאיסורא נמי איכא בפתיחת פתח כנגד פתח משום צניעותא דנשי, שאם הוא דין שבין אדם לחברו גרידא, מהו 'ראויין הללו שתשרה עליהן שכינה' דמשמע שאם היו הפתחים מכוונים אינם ראויים להשראת שכינה, הלא שמא מוחלים ומתרצים זה עם זה לפתוח - אלא מוכח שאין מועילה מחילה על כך, כי מלבד הדין שבין אדם לחברו, ישנו איסור בפתיחת פתח מול פתח, ועל כך אין מועילה מחילה. וכסברא זו כתב הרשב"א בתשובה (ח"ב רסח), בטעם שאין מועיל מנהג שלא לבנות הכותל בחצר - משום דאיסורא הוא.

ומובן לפי"ז שלכך שאלו 'מנא הני מילי' והביאו קרא - כי דינא דמתניתין אינו משום הרחקת נזיקין ככל הנך נזיקין דפרק לא יחפור, אלא יש בו גם כן איסור משום צניעותא, ואין מועילה בו מחילה כבשאר דיני שכנים [ועל כן שנאו התנא בנפרד משאר נזקי שכנים].



ב והנה גוף הדין שכתב הרמ"ה שאין מועילה חזקה בפתיחת פתח כנגד פתח, כן יוצא מדברי הרי"ף בתשובה (הוזכרה בראשונים ב"ב נט ועוד) שאין חזקה בהיזק ראייה. אלא שהוא נימק משום דהוי כקוטרא ובית הכסא שאין דעת האדם סובלתן ואף אם החזיק חברו כמה שנים אין חזקתו חזקה (כדאמרין בדף כג.), והכי נמי היזק ראייה. ואילו הרמ"ה הוסיף טעם [מלבד טעם הרי"ף שגם הרמ"ה נקטו בדף ב' ובדף נט:], משום איסורא דאית ביה (וכן הרמב"ן בדף נט: כתב את שני הטעמים). פירוש, בפתיחת הפתח כשלעצמה יש איסור [לא רק בהסתכלות גופא דודאי איסור גמור הוא לכו"ע]. ונפקא מינה שלפי טעם זה אפילו מחילה מפורשת אינה מועילה כמפורש ברמ"ה, שאם חברו מוחל על פתיחת פתח כנגדו, מי מוחל על איסורו, ואילו לטעם הרי"ף דוקא חזקה אין מועילה כבקוטרא ובית הכסא, משום דאדרבה, מחזקינן שאין אדם מוחל על אלו (כמוש"כ הרמב"ם בפ"א ה"ז), אבל אם מחל בפירוש - מחל (כמפורש ברמב"ם שם ובתוס' כג.

^א כמבואר בשטמ"ק ב: מר"י מגאש, וכ"כ המאירי והרשב"א, הובא בב"י ורמ"א קנד, ו.

ואולם הראו רבותינו האחרונים (ע' באריכות רבה באבן האזל הל' שכנים ב,טז א,ב-ג) שהדבר שנוי במחלוקת הראשונים, דהנה הרא"ש (ריש ב"ב) כתב ששותפין שמחלו [במפורש] זה לזה על היזק ראייה שוב אין יכולים לחזור בהם, ולא דמי לאומר לחברו קרע כסותי ושבור כדי שיכול לחזור בו, ויתחייב חברו בהיזק שהזיקו לאחר שחזר בו - דשאני הכא דתביעת ממון יש ביניהם, שנתחייב כל אחד לחברו לסייעו בנין הכותל, וכמו שנתחייב לו מנה ומחל לו עליו, שזכה במחילתו. ופירש הגרא"ז ועוד מרבותינו ראשי הישיבות, שלדעת הרא"ש חיוב עשיית כותל אינו משום דין הרחקת נזיקין, כי מצד זה אכן היה יכול לחזור בו, שהרי יש לו לאדם זכות תמידית למנוע את פגיעת חברו בו, וכדין קרע כסותי שמחילתו שבעבר אינה מסלקת את זכותו בהווה שלא לפגוע ברכושו. אלא חיוב זה נובע מתיקוני החצר; כשם שכופים בני החצר אלו את אלו לבנות בית שער ודלת לחצר המשותפת למנוע הזק ראייה של בני רשות הרבים, כמו כן רשאים בני החצרות לחייב זה את זה לבנות כותל למנוע הזק ראייה מזע"ז. ואמנם יש כאן חידוש מסויים, שאעפ"י שכעת אינם שותפים בחצר אחת [כהיה דכופין לבנות בית שער ודלת], אעפ"י כתיקון חכמים הוא זה בחצרות הגובלות, שהואיל ושני הצדדים נזוקים בהזק ראייה הרי מתיקוני החצרות שיעשו להן כותל, ושניהם שותפים להוצאה זו. וזהו שכתב הרא"ש שחיוב זה יסודו חיוב ממון שעל כן מועילה בו מחילה כעל שאר חובות ממוניים, כי כאמור אין כאן תביעה מתחדשת של הרחקת נזיקין, לאמר אל תזיקני בראייתך, אלא זכות ממון יש לבן החצר לתבוע את שכנו לכותל, וכשמחל פעם אחת - איבד זכותו.

[ומכל מקום תליא בפלוגתא אם הזק ראייה שמייה היזק אם לאו, דלמ"ד לאו שמייה היזק אין הכותל נחשב תיקון מתיקוני החצר. וראיה לכך, שהרי רצו להוכיח בגמרא (ב) מהך דכופין לבנות בית שער ודלת לחצר דהיזק ראייה שמייה היזק, ודחי הזיקא דרבים שאני - הרי שנידון 'היזק ראייה' שייך גם לחיוב תיקוני החצר ודיני השותפין ולא לדין הרחקת נזיקין בלבד. הגרא"ז.]

[הטעמים שהזק ראייה אינו בכלל חיובי הרחקת נזיקין]

ובסיבת הדבר שאין כאן גם חיוב תביעת הרחקת נזיקין - נאמרו כמה סברות; הגרש"ש"ק (ב"ב א) אמר שחלוק היזק ראייה מכל שאר נזקי שכנים שהם חודרים לרשותו של חברו, כגון שעושה אמת המים סמוך לחצר חברו שהלחלוחית מחלחלת לשל חברו ומזיקתו, וכיו"ב, מה שאין כן כאן שמשמש בתוך שלו ואינו נכנס כלל לרשות חברו, הלכך אין לבוא מדין הרחקת נזיקין אלא חיוב מיוחד הוא מתיקוני החצר

והגרא"ז? פירש טעם אחר: שאם משום הנזק עצמו שבראייתו, יכול הוא לטעון לא אסתכל ולא אזיקך. הלכך תקנה מיוחדת היא מתיקוני החצר לעשות בה כותל המפריד בין השכנים. אלא שתלה סברא זו בחקירה אחרת במהותו של היזק ראייה; האם ההזק הוא בגוף ראייתו את חברו, בכך שגורם לו בראיתו צער ובושה, או שמא הנזק הוא לממונו, בכך שמגביל את שימושו בחצרו מפני יראתו בכל שעה שמא חברו יראהו [ואעפ"י שהוא גרמא, הלא גרמא בניזיקין אסור]. אשר לפי צד זה האחרון אין מקום לטענה לא אסתכל ואיני מזיקך, שהרי

באותו אופן, שפתח והחזיק, ופסק כר' חייא שחייב לסתום [והרי נקט בלשון הדומה, יגעת ופתחת יגע וסתום], וא"כ כיצד מתיישב זה עם מה שכתב בפ"ו שמועילה חזקה בפתחת חלון. וכבר הרגיש בזה בכס"מ (בפ"ה), וכתב שסובר רבינו דמיירי כשצווח חברו כשנודע לו, וציין לדברי הרב המגיד (יאד), שהביא מהר"י מגאש לפרש כן דברי הגמרא שמדובר כשחברו מיחה כשנודע לו. אך נראה הדבר לדוחק בלשון הרמב"ם, שלא הזכיר כלל מענין מחאה, וסתמת דבריו משמע אפילו ידע ושתק.

והמאירי (ב"ב מא.) הביא מי שהבין בדעת הרמב"ם לחלק בין פתיחת חלון לחצר השותפים, שחייב לסתום ואין מועילה חזקה, ובין פתיחת חלון כנגד חצר חברו שמועילה חזקה. וכתב המאירי שאין הדברים נראים. אך אמנם כן יש ללמוד מתוך סידור דברי הרמב"ם והקשר דבריו [שעיקר כוונתו נלמד מלדרוש 'סמוכין' מסידורו - כדברי הגר"ו (בחוט המשולש י). וכמליצת המרכבת-המשנה 'במשנה תורה לכו"ע דרשינן סמוכין']: בפרק ה עוסק בדיני חצר השותפין ובפרק ז מדבר על שכנים שאינם שותפים. אלא שאם כי משמע חילוק זה ברמב"ם - שהרי בשני המקומות סתם הדברים, ועל כרחך לומר שסמך על המפורש בדבריו, שכאן פירש דמיירי בשותפין וכאן פירש בפותח לשל חברו - צריכים אנו להבין טעמו. וע' במשנת ר' אהרן (שכנים) שגם הוא נתכוון לחילוק זה שהביא המאירי, וביאר שם לפי דרכו.



[שלשה מהלכי רבותינו האחרונים בדין חיוב בניית כותל בשותפין שחלקו]

[הרחקת נזיקין גרידא או תקנה מתיקוני החצר]

ד) קודם שנבוא לבאר שיטת הרמב"ם, נביא בקצרה עיקרי שיטות רבותינו האחרונים בדין הזק ראייה וחיוב עשיית כותל בשותפין שחלקו.

הראב"ן ואור זרוע הקשו על הדין המובא בריש ב"ב דלמאן דאמר היזק ראייה שמייה היזק [והכי קיימא לן], שותפין שחלקו מחייבים זה את זה לבנות את הכותל למנוע הזק ראייה - והלא בפרק שני נחלקו חכמים ור' יוסי בענין הרחקת נזקי שכנים, לחכמים על המזיק להרחיק את עצמו שלא יזיק ולר' יוסי על הניזק להרחיק את עצמו. ומדוע כאן הכל מודים שעל המזיק להרחיק, כלומר לסלק היזק ראייתו על ידי בניית כותל. ותירצו משום דהזק ראייה חשיב כ'גירי דיליה' שמודה ר' יוסי שעל המזיק להרחיק, וכמו חץ הבא מכחו שמזיק באופן ישיר. הנה מדבריהם משמע בפשוטו שחיוב זה של העמדת כותל למניעת הזק ראייה, כמוהו כשאר דיני הרחקת נזיקין השנויים בפרק לא יחפור, שעל כן נקטו להשוות את דיני ההרחקה עם דין עשיית הכותל^ה.

^ה נראה שיש מקום לדחות הראיה, שנידון קושייתו הוא על עיקר תקנת חכמים, שאילו לא היה נחשב כגירי, מה ראו על ככה לתקן חיוב מיוחד למזיק, והלא בכל מקום על הניזק להרחיק את עצמו. שמא תאמר מפני שההזק הדין לכך הטילו חיוב מיוחד כדן חצר המשותפת. אין זה הטעם, דהלא בפתחת חלון אין הנזק לשניהם ואעפ"י אסור לפתחו, וכן בגג הסמוך לחצר. [ועוד, באו"ד לא העמיד דבריו על המשנה אלא על עיקר דין 'היזק ראייה שמייה היזק', וי"ל שקושייתו מחלונות]. וכן נראה מדברי הרא"ש, שאעפ"י שכתב שמועילה מחילה בהזק ראייה שלא כב'קירע כסות' כדלהלן בפנים, כתב בתשובה (סוס"ז צח) דהו"ד חשיב גירי דיליה דעל המזיק להרחיק את עצמו [ולפי המהלך שיבאר להלן בפנים, ג"כ יתישבו דברי הרא"ש אהדי, שבעצם יש כאן תביעת הרחקת נזיקין אלא שחכמים 'תרגמו' חיוב זה לחיוב ממון].

ההיזק הוא בעצם האפשרות להסתכל לא בהסתכלות עצמה. וכבר הרחיבו האחרונים בענין זה ודייקו את לשונות הראשונים (ע' בחדושי ר' ראובן ב; חזון יחזקאל על התוספתא א,ה; קהלות יעקב ה ועוד). ויש לציין לדברי הרמב"ן (בדף נט): שמפרש החילוק בין נזקי קוטרא ובית הכסא והיזק ראייה שאין להם חזקה, שלא כשאר נזקין - 'לפי שהן נזקין בגוף, אין להם חזקה. לא אמרו חזקה בנזקין אלא בנכסי ממון דאמת המים וסיד וסלעים והשנויין עמהם שאין נזקן אלא בכותלו של חברו, אדם מוחל על כותלו אפילו יפיל אותו ממש, אבל קוטרא ובית הכסא שהוא עצמו ניזוק ומצטער בהם אין להם חזקה... וכל שכן בהיזק ראייה דנזקי אדם באדם הוא אי משום עין רעה או משום לישנא בישא או משום צניעותא'. ולפי דבריו יש מקום לסברא הנ"ל שאין כאן חיוב הרחקת נזיקין דעלמא כי יכול לומר לו לא אראה ולא אזיק.

[הראיות לגדר 'חיוב מתיקוני החצר']

ודקדק כן הגרא"ז, ממה שלא שנו דין זה של חיוב בניית הכותל עם כל דיני הרחקות נזיקין שבפרק שני - משמע שהוא דין אחר ביסודו.

בסברא זו יישבו (ע' חזו"א ב"ב א,ו) שיטת הראשונים (מובאת ברא"ש סי' ה ובטור חו"מ קנז) הסוברת שאפילו אם רצה האחד לבנות משלו גדר פחותה של הוצא ודפנא, יכול חברו לעכב עליו ולומר שחפץ בכותל של אבנים דווקא כמנהג המדינה, מפני שיכול לומר איני רוצה להתעצם עמך בדין בכל שעה, על כן רצוני בכותל חזק הקבוע לאורך זמן. ולא זו בלבד, אלא מציינו שלדעת הרא"ה (מובא בנמו"י) אפילו רוצה האחד לכנוס לתוך שלו ולבנות כותל אבנים, יכול חברו לעכב עליו בטענה שחפץ לסמוך קורות על הכותל - הרי מוכח מזה שיסוד הדין אינו משום הרחקת נזיקין גרידא, כי אז מה מקום לטענות אלו, הלא סוף סוף אינו מזיקו כעת, והיכן שמענו שיכול אדם לתבוע מחברו דבר כדי שלא יזדקק לדון עמו בעתיד, ובודאי שאין מקום לטענה שזכאי לסמוך קורות, אילו גדר התביעה היא הרחקת היזק ראייה גרידא - אלא מוכח שבניית הכותל בחצר הרי היא זכות ממון שנתנו חכמים לבני החצר, לעשות כותל לחצרם. ועל כן יכול לומר - להנך שיטות - שחפץ בכותל יציב וקבוע, או בכותל כזה שיוכל להשתמש בו.¹

וכן הוכיחו ממה שנראה בפוסקים (ע' חו"מ קנז,ג) שאם היה אחד מבעלי החצרות עני שאין לו אפשרות לשלם לבניית הכותל, וחברו איש עשיר - אין העשיר חייב לבנות לבדו. ואילו היה כאן חיוב הרחקת נזיקין, הלא הוא מזיק, ומה טענה יש לו להיפטר בכך שהעני אינו נותן חלקו, סוף סוף אין לו רשות להזיק את חברו, ומה שהלה אנוס ואין לו אפשרות לשלם, אינו מתיר לזה להזיקו - אלא משמע שאין כאן תביעת הרחקת נזיקין, אלא חיוב הוא מתיקוני החצר על בני החצר - על כן יש מקום לטענת ההדדיות'. [בחזו"א נקט ששני הדינים קיימים; הרחקת נזיקין וזכות בעלי החצרות לבניית כותל. ואולם הגרא"ז ועוד מרבותינו

[הקושיות]

על מהלך זה הקשה הג"ר ראובן (ב"ב א) מדין גג הסמוך לחצר, שמחייבים את בעל הגג לבנות מפני שמזיק לבעל החצר בהזק ראייה, משא"כ בעל החצר אינו מזיק לבעל הגג [עכ"פ בגג שאין נעשים עליו שימושים צנועים] - הרי לפנינו שיש חיוב הרחקת נזיקין משום הזק ראייה גם כשאין לבוא משום תיקוני החצר, שהרי כאן אין חצר משותפת שנחלקה ולא מתחייב אלא בעל הגג מפני שהוא מזיק את חברו.²

ועוד הקשה, הלא כתבו הראשונים (רמ"ה, שיטמ"ק) וכן נפסק להלכה (בטור ורמ"א חו"מ קנז,ג - שלא כסברת הרש"ש) שאין חילוק בדין זה מה גודל החצרות אלא גם כשהאחד חצרו גדולה והאחד חצרו קטנה, לעולם משתתפים בכותל מחצה ומחצה. והרי אילו היה גדר הדין משום תיקוני החצר כבית שער ודלת, בדין הוא שגובים לפי גודל החצר או לפי שבח ממון (כמו שאמרו בדף ז:).³



[מהלך שני: חיוב הכותל נובע מדין החלוקה גופא]

מהלך נוסף בבאור הענין, כתבו כמה מראשי הישיבות (ע' בשיעורי ובהדושי הג"ר נחום פרצוביץ ובקונטרס הבאורים ועוד), שחיוב בניית הכותל הוא דין מסויים בהלכות חלוקת השותפין, דהנה בגמרא פירשו דין המשנה למ"ד הזק ראייה שמיה הזק, בחצר שאין בה כדי חלוקה ורצו השותפין לחלוק [ועשו על כך קנין המועיל], ואז יכול האחד לחייב את השני לעשות עמו כותל. ויש לדקדק מה ראה התנא על ככה להאריך בכל זה, הלא די לומר שיש זכות לבעלי חצרות סמוכות לחייב זא"ז בבניית כותל, מה לי אם היו שותפים שנתרצו לחלוק או לא היו שותפים מעולם - מזה יש לדקדק שזהו דין פרטי בשותפין שחלקו, שמדיני החלוקה לחייב עשיית כותל בין החצרות. ובוזה אפשר לפרש שני אופנים: או משום שכל עוד אינם מחלקים החצר בכותל אין כאן חלוקה שלימה וחוטכת, למ"ד הזק ראייה שמיה הזק, כי עדיין יש התערבות של זה בשל זה בראייתו. או מפני שזכותו של החולק לקבל חלק משובח, וכל שאין שם כותל אין זה חלק משובח וטוב למ"ד הזק ראייה שמיה הזק.

ולפי זה - כתב הגרנ"פ - הטעם שבגג וחצר [שלא היו שותפים מעיקרא] מחייבים את בעל הגג לעשות מחיצה, זהו מדין הרחקת נזיקין דעלמא, ורק בשותפין שחלקו אין שייך לבוא מטעם זה שהרי מתחילת שותפותם לא היה להם זכות טענה על הזק ראייה שהרי היו שותפין בחצר אחת, וא"כ כשחלקו אין להם זכות זו של קבלת חצר ללא הזק ראייה כיון שגם בזמן שותפותם לא היתה להם זכות זו [שהרי היתה זו חצר שאין בה דין חלוקה

ח וכן קשה מדברי כל הראשונים שכתבו שהיזק ראייה חשיבי גירי דיילי - הר"י מגאש ו: הרמב"ן ורבנו יונה יח; הרא"ש בסוף תשובה צח, ועוד. הרי שהזק ראייה נזק גמור הוא ומטעין הרחקה בלא תקנה מיוחדת.

ט וע"ע חזו"א סוס"י א. וע' אמת ליעקב שכתב תליות נידון זה, אם מחלקים במדה שוה או לפי יחס השטח, בשיטות הראשונים אם חיוב כותל משום דיני הרחקת נזיקין הוא או דין מסוים הוא בהסדר חלוקת החצר ותיקונה.

י נראה שיש מקום לומר שאעפ"י שהוא מתיקוני החצר, מחלקים ההוצאה בשוה, שהרי יש סברא גם לאורך גיסא, שהקטן מזיק את תשמישי החצר הגדולה, יותר מהזק הגדול את הקטן [ביחוד אם נוקטים שנדר הזק ראייה הוא נזק החצר כמקום שימושי] - על כן חזר דינים להשתוות.

1 ויש מקום לומר לפי סברא זו שגם אם ידוע שאין חזק-ראיה מפריע לו, וגם הוא עצמו מודה בכך, יכול לתבוע בניית כותל מפני סיבה אחרת [שמעתה בשם הגריש"א שליט"א שהורה כן], שזכות היא שנתנו לו חכמים בחצר לעשות לו כותל.

2 יש מקום לדחות בסברא שמאחר וסוף הנידון הוא על אפשרות שימושים צנועים בחצר, יכול לומר העשיר לעני, כל שאינך מניחני להשתמש בחצרי איני חייב לחסר ממוני כדי לאפשר לך להשתמש בחצרך, דאדרבה הימנע אתה משימושים צנועים כשם שאני נמנע בגללך.

את האדם בשלו בדברים מסויימים כדי למנוע נזק והגבלת-שימוש לחברו. והנה היזק ראייה, גם הוא יסודו בהלכות שכנים ולא מדין 'מזיק' שבתורה, שהרי זכותו של אדם לשהות בחצרו ולהשתמש בה. וכיון שכן, סובר הרא"ש שאף כי בשאר הרחקות נזיקין הגבילו חכמים את שימוש האדם בדברים מסויימים ופירטיים, אבל לא מנעו חכמים שימוש של אדם בחצרו באופן מוחלט, וממילא גדר החיוב בהזק ראייה דחצר הוא הרחקת הנזק כלומר בניית כותל מפסיק, ולא הרחקת המזיק. וזהו שכתב הרא"ש שחיוב ממון הוא לבניית כותל ותו לא, כי אינו מחוייב להרחיק את עצמו מחצרו. וכיון שכן, מועילה מחילת חברו שאינו דומה ל'קרע כסותי', כי בפועל אין כאן חיוב נזיקין כלל כדהתם אלא הלכות שכנים, וזכות ממון היא זו ולא זכות סילוק המזיק, וכיון שמחל איבד ממנו.

[ישוב הקשיים דלעיל לפי מהלך זה; חיוב כותל בגג וחצר; אין חילוק בגודל החלקים; עני ועשיר]

ואם כן מובן לפי"ז שגם בגג וחצר קיים חיוב זה של בניית כותל, כי יסוד החיוב משום הרחקת נזיקין ולא משום תיקוני החצר או חלוקת שותפין. וגם מובן שאין הדבר תלוי בגודל החצר. ומכל מקום החיוב מוגדר כחיוב ממון של בניית כותל ולא חיוב הרחקה, ומשום גדר זה נובעים כל הדינים הנ"ל: מועילה מחילה; יכול למנוע בניית הוצא ודפנא², או אף בניית חברו כותל אבנים בלא השתתפותו; העשיר אינו חייב כשהעני אינו משתתף³.



[חילוק בין חיוב כותל בחצר להרחקת הזק ראייה בחלונות]

ממוצא הדברים מבואר שחלוק דין חיוב כותל בחצר מדין חלון, הגם שיסוד שניהם משום הרחקת היזק ראייה; בכותל אין תוכן החיוב 'הרחקת המזיק' אלא חיוב 'עשיית כותל', שהרי לא סילקו את האדם מחצרו. לא כן בפתיחת חלון, הרי זה כסמיכת דבר המזיק בגירי דיליה [כמו שכתב הרא"ש בתשובה (סוף כלל צח) דחמיר טפי ממעמיד את הסולם אצל שובך חברו שהנמיה עלולה לעלות בו, והכי נמי כל בני הבית הבאים אצל החלון יזיקוהו בראייתם] שעל המזיק להרחיק את עצמו. ולהכי תנן בפרק לא יחפור (כב). בין שאר דיני הרחקות נזיקין, דין הרחקה של עשיית כותל בסמוך לחלונות השכן משום הזק ראייה, שלא ישחה מעל הכותל ויצייץ לתוך הבית או יעמוד על גבו ויסתכל. [ושונה זה מדין עשיית הכותל בין החצרות האמור בפרק קמא, ששם לא הגבילו שימוש בחצר [לדעת הרא"ש] אלא חייבוהו בעשיית כותל, ולכך שנאו התנא בנפרד מדיני הרחקת נזיקין].



יב בתי חצרות דוקא, אבל בגג וחצר יכול לבנות הוצא ודפנא כמבואר ברא"ש ובעליות דר"י. וכן נקטו החת"ו והגרא"ל (צג). אלא שהגרא"ל שם ביאר שדוקא בתי חצרות אמורה התקנה המיוחדת דבניית כותל מפני ששניהם נזיקים, אבל בגג וחצר הוא דין הרחקת-נזיקין רגיל. ולפי דבריו (בסימן צד) בבאור דברי הרא"ש שמחילה מועילה משום הדין המיוחד של כותל שהוא חיוב ממון, יוצא שבגג וכותל אין מועילה מחילה. ואולם לפי המבואר בפנים בסמוך אין כלל הכרח לחידוש זה, כי אף לשאר הרחקות נזיקין מועילה מחילה.

יג הגרא"ל (צד) חידש לפי"ז שבשני גגות שכל אחד בונה מחיצה על חצי גגו ואין שם תקנת שותפין, אם אחד מהם היה עני - יתחייב העשיר בכותל שלם. ולו"ד היה נראה מצד הסברא שהואיל ואין אנו מונעים את העני מלהשתמש שם הגם שמצמצם בכך את שימושו של העשיר, בדין הוא שגם שימושו יוגבל באותה מידה ולא יוכל לתבוע את העשיר על שמגביל שימושו, וכנ"ל.

ולא יכלו לכוף זא"ז להיפרד], ודינא הוא דהשותפין שחלקו אין להם זה על זה כלום (ונכלל בזה אף זה שאין להם תביעה על זכות זו של מניעת ה"ר. ע' בדף ז: וברמב"ן, רא"ש בשם הראב"ד; כס"מ שכנים ב,יב), ורק משום דין החלוקה גופא יכול האחד לחייב את חברו בבניית כותל כאמור. לפי זה נתיישבו הקושיות הנ"ל מגג וחצר ומכך שאין מחלקים לפי גודל החצר, כי אמנם לפי מהלך זה אין יסוד הדין משום תיקוני החצר, ורק משום שהיו שותפים מקודם אין כאן טענת הרחקת נזיקין, משא"כ בגג וחצר.

אמנם זו היא דרך מחודשת שהרי לפיה דין המשנה אמור רק בשותפין שחלקו ולא בשכנים מעיקרא, ולא אשתמיט אחד מן הראשונים והפוסקים לומר זאת, שיהא נפקותא לדינא בדבר [וע"ש בדברי האחרונים כמה נפקותות לדינא היוצאות מגדר זה]. ועיקר המהלך בנוי על דקדוקי לשונות הראשונים (ע' בשיעורי הגר"פ), ויש מקום לדון באותם דקדוקים כמבואר למעין.



[מהלך שלישי: יסוד החיוב - הרחקת נזיקין. תוכן החיוב - ממון לבניית כותל; בין הרחקת נזיקין לחיוב ממון המזיק]

(ה) על כן מחזורתא כמהלך שנקטו הג"ר ראובן גרוזובסקי (ב"ב א) והגרא"ל מאלין (ח"א צב) שאמנם יסוד החיוב הוא הרחקת נזיקין אבל תוכן החיוב הוא חיוב ממון שתקנו חכמים על בעלי החצרות לבנות כותל. ובאור הענין בתוספת נופך, על פי מה שכתב הנתיבות-המשפט (קנה סקי"ח), לבאר הא דפליגי חכמים ור' יוסי בכל נזקי שכנים אם על המזיק להרחיק את עצמו או על הניזק - מאי שנא מכל ממון המזיק שחייבה תורה את האדם על שמירת ממונו שלא יזיק ואם הזיק חייב לשלם, והרי אותם השנויים בפרק לא יחפור כלולים הם באבות הנוזיקין שבתורה, כגון אמת המים מדין 'אש' או 'בור המתגלגל', ודבורים בחדל הו"ל כשורו המזיק וכד' [וכבר עמד הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי בעיקר השאלה. ואכ"מ]. ופירש שחלוק דין נזקי ממון שחייבה תורה לשמור על ממונו ולשלם אם הזיק, שהרי יכול אדם לשמור על ממונו שלא יזיק ואינו מנוע בשל כך מלהשתמש בממונו, והריהו חורש בשורו ורועה צאנו ועם זאת שמרם שלא ילכו ויזיקו [ומאידך הניזק אינו יכול לשמור עצמו מנזקי ממון דכולא עלמא, רק ביד בעליו לשמרן], משא"כ נזקי שכנים השנויים בפרק לא יחפור, כגון חפירת בור ואמת המים והעמדת ריחים סמוך לחברו, אין ביד המזיק לשמור היזקם אלא בביטול תשמישם, וחיוב ההרחקה מונע את השימוש באותם דברים - בכגון זה לא מצינו שחייבה תורה, דאדרבה נימא איפכא; מאי חזית לבטל את רשות המזיק וזכות שימושו, תבוטל רשותו של הניזק. ועל זה נחלקו חכמים ור' יוסי, אלו שימושים ראו חכמים להגביל את המזיק מלעשותם בסמוך לרשות חברו, ואלו לא הגבילו. חכמים סוברים שהגבילוהו גם בנזקים שאינם באים ממעשיו באופן ישיר, ור' יוסי סבר שרק בנזקי 'גירי דיליה' הגבילוהו משימוש (וע"ע חזו"א ר"ס יא)⁴.

נמצא שדיני הרחקת נזיקין אינם שייכים לפרשת נזיקין שבתורה, אלא תיקון חכמים הוא בדיני שכנים, להגביל

י ומהאידך דין גג וחצר לא יהא אמור בשותפין שחלקו, שאו יהא בעל הגג פטור ממחיצה.

יא ויש לעיין אם לא הרחיק והזיק, האם חייב לשלם מדיני ממון המזיק או חיוב מחודש הוא, ונפ"מ להלכותיהן של האבות כגון פטור טמון באש וכלים בבור. לברר

ו) על פי יסוד זה יובנו כמה וכמה דברים; -

הנה כתב הט"ז (קנה,ה) שעני שאין לו יכולת להשתתף בבניית הכותל, רשאי לשהות בחצרו ואינו צריך להסתלק ממנה. ובנתיבות המשפט (סק"ב) חלק וכתב שודאי יכול העשיר לכפות העני לומר לו או גדור או מכרהו לאחרים, שהרי אין לו רשות להזיקו בהזק ראייה. אמנם כסברת הט"ז נמצא במאירי (ב"ב ב:). ומה טעם יש בדבר - אך לפי האמור נחא, שהרי אין כאן תביעת נזיקין כי רשאי אדם לעשות בתוך שלו, אלא משום הלכות שכנים חייבו חכמים בניית כותל, אבל כשהוא אנוס מלבנות לא חייבוהו להסתלק מביתו [וכמו מי שאין לו אפשרות להשתתף בבית שער ודלת לחצר המשותפת - אין הדין לסלקו מביתו משום כך].



[בין חזקת נזיקין לדין 'קרע כסותי', לאור האמור]

והנה בקצות החשן (קנה סקט"ז) הביא בשם אחיו להקשות: מה טעם מועילה חזקת נזיקין, שאם החזיק בדבר המזיק את שכנו, כגון שחפר בור ליד שדה של חברו והלה שתק - זכה המחזיק [לאלתר או לאחר שלש שנים, בטענה או שלא בטענה - לכל מר ומר כדאית ליה], מאי שנא מ'קרע כסותי' שיכול לחזור בו ואם קרע לאחר חזרה חייב [ובקצוה"ח תירץ דהו"ל כמי שסמך בהתר. ויש להאריך]. ותירץ הגרש"ק (ב"ב א) לפי שיטתו המוזכרת לעיל שכל הרחקות נזיקין אמורות בדבר מסויים החודר לרשות חברו, הלכך על ידי החזקה להעמיד אותם דברים הנכנסים, קנה זכות בחצר חברו להכניס לה אותם דברים המזיקים. ואולם לפי האמור נראה שאין צורך בסברא זו, אלא כמוש"כ הגרא"ק (משנת ר' אהרן - שכנים), שהואיל ומעיקר דיני נזיקין אין חיוב הרחקה בתוך שלו, ויסוד דין הרחקת נזיקין הוא הגבלת בעלותו של אדם מרשותו משימושים מסוימים, כפי שראו חכמים לתקן, אם כן על ידי החזקה נסתלקה ההגבלה וחזרה אליו זכותו המלאה ברשות ידיה, ולא דמי ל'קרע כסותי' שאין קנין וזכות לאדם בכסותו של חברו, משא"כ בהרחקת נזיקין בתוך שלו, קנה ממילא בהחזקתו את זכויות השימוש שהן שלו בעצם.



[בין חזקת נזיקין לחזקת תשמישים; הצרכת טענה; בספק אם מחה]

ומובנת בזה דעת הסוברים שחזקת נזיקין אינה צריכה טענה [כן פסקו השו"ע והרמ"א קנה,לה - כשיטת הגאונים והרמב"ם] אלא כל שהחזיק והלה לא מיחה - זכה. ואילו חזקת תשמישים כגון סמיכת קורות על כותל חברו וכד', אינה מועילה אלא בטענה, שטוען קניתי זכות זו או ניתנה לי במתנה וכד' (ע' רמ"א קנה,טז ובש"ך שם). ומאי שנא? אלא שבחזקת נזיקין אין צורך בקנין מאת חברו אלא את שלו הוא זוכה, שהחזקה בשתיקה מועילה לסלק את הגבלת השימוש ונמצא משתמש בשלו. ובכך נתפרשו דברי הנתיבות (שם סקי"ג) הסתומים, לחלק בין הרחקות שעושה הדבר בשלו רק שמזיק לחברו, דסגי במחילה, משא"כ בזיו ומזחילה שבא להחזיק בשל חברו, בעי קנין. ולפי האמור נתבאר טעמו, כי זכות שימוש בשל חברו דורש קנין מחברו,

משא"כ זכות שימוש של אדם בשלו, דיו בהסרת הגבלת השימוש.



וכן מוסבר בזה היטב חילוק הנתיבות (שם סקי"ד) לקושית הכנסת-הגדולה: מאי שנא גבי חזקת שימוש בכותל חברו, שעל המחזיק להוכיח שהשני סייעו באותה פעולה או שראה ולא מחה (שו"ע שם יז), ואילו לענין הרחקת נזיקין, משמע ברמב"ם ובשו"ע שעל הניזק להביא ראיה שמחה - כי שונה הרחקת נזיקין שבעצם הוא מחזיק בשלו, ועל כן הניזק הוא המוציא ועליו הראיה, משא"כ חזקת תשמישים שהיא קנין בנכס של חברו, הרי חברו הוא המוחזק בנכס הלכך על המחזיק להוכיח שהיתה החזקה כדין.



[שיטת הרמב"ם בחיוב כותל בשותפין שחלקו]

ז) עתה נשוב לדברי הרמב"ם. הנה הוכיחו האחרונים מכמה מקומות שלדעת הרמב"ם תביעת כותל בין שתי חצרות משום היזק ראייה, יסודה משום הרחקת נזיקין ממש [וכמשמעות דברי הראב"ן ואו"ז הנ"ל] ולא משום תיקוני החצר ודיני שותפות, וכמו"כ אינו רק בגדר חיוב כותל [כלדעת הרא"ש והראב"ד] אלא תביעה שלא יזיקו כגון כל הנך דפרק 'לא יחפור'. בזה פירש הגרא"ז את דברי הרמב"ם (שכנים א,ב) ששנים שיש להם חצר ואין בה כדי חלוקה, ואף אחד מהם אינו רוצה למכור חלקו או לקנות חלק חברו - שוכנים בה שנה שנה, שאי אפשר שישכנו שניהם כאחת מפני היזק ראייה. והראב"ד השיג, כיצד יכול האחד לחייב את חברו לגלות ממקומו. והנה אם היזק ראייה נידון כ'מזיק' ממש, מובן טעמו של הרמב"ם, כי ודאי אין רשות לאדם להזיק את חברו בגלל טענת 'איני גולה ממקומי', אבל אם אינו 'מזיק' ממש אלא מדין תיקוני החצר וסדריה, מובנת דעת הראב"ד שאינו חייב להתפנות מחצרו בשל כך.

וכן בהלכה הבאה, נחלקו הרמב"ם והראב"ד האם יש דין 'גוד או אגוד' בשכירות, כגון ששכרו שנים מקום אחד בשותפות ואין בו כדי חלוקה; להרמב"ם כל אחד מהם יכול לכוף את חברו ולומר לו או שכור ממני חלקי או השכר לי חלקך. והראב"ד חולק וסובר שאין הדין כן שהרי על מנת כן שכרו. וביאר הגרא"ז שהרמב"ם לפי שיטתו שהוא מגדר הרחקת נזיקין ממש, מובנת סברתו שיכול לומר אי אפשר לנו לדור יחד אלא שכור ממני חלקי או אשכור חלקך".

[שיטת הרמב"ם בדין כותל בגג וחצר]

ובזה יתבאר דברי הרמב"ם (שכנים ג,ג) לענין גג הסמך לחצר, שפשט דבריו מורה (כמוש"כ הבי" והסמ"ע קס) שבעל הגג עושה את כל הכותל לבדו מפני שהוא מזיק את בעל החצר בהזק ראייה, ואילו בעל החצר פטור לגמרי. ואילו הרא"ש והרשב"א ועוד ראשונים כתבו שבעל החצר צריך להשתתף עמו בכדי הוצאות מחיצה י' של קנים, שהרי גם הוא חייב במחיצה זו כדי

יד לא הבנתי, הלא הרמב"ם שם כתב דינו ב'שדה' או סתם 'מקום', ומשמע גם בלאו היזק ראייה הדין כן. וכן צ"ע על מה שכתב הבי" (קעא,לו) בישוב תמיהת הטור על הרמב"ם, כיצד יעשו מחיצה בדבר שאינו שלהם אלא בשכירות. וכתב דאין כאן תימה דאי איכא היזק ראייה אטו מפני שאינו שלו יחא חברו ניוזק בראיתו. וצריך לדחוק ולאוקמי דין זה של הרמב"ם רק בגוונא דהיזק ראייה.

שכופים זה את זה לבנות דלת מפני הזק ראייה של בני רשות הרבים, כך חייבים למנוע הזק ראייה מזה על זה. וכן משמע ברמב"ם, שהרי בכל אותו הפרק מדובר בענין זה של זכויות השותפים וכפייתם זל"ז בבניית בית שער ודלת וכד'. וכן המקור בגמרא לדין זה הוא במעשה שפתח אדם אחד חלון לחצר השותפין. ואם כן מובן לפי"ז מה שכתב הרמב"ם שבחצר השותפים אם פתח האחד חלון לתוך החצר - חייב לסותמו, ומשמע אפילו החזיק זמן והלה שתק, כי כאן אין דנים משום הרחקת נזיקין גרידא אלא משום תיקוני החצר וזכויות השותפים בנכס המשותף, ולענין זה נראה שאין מועילה חזקה, כי חזקה מועילה על ידי עשיית מעשה שימוש שנאסר לעשותו, אבל כאן אין הנידון על מעשה אסור אלא דין הוא בחצר שתהא מתוקנת, וגם אם לא תיקנה עד עתה, רשאי השותף לתבוע תיקונה מכאן ואילך, כלומר לסתום החלון.¹⁰

שאם ייכנס יהא נתפס כגנב. וסברת הרמב"ם צריכה באור. ופירשו הג"ר ראובן והג"ר אהרן, שדין זה של מחיצת עשרה הנועדה לסמן את הגבול למנוע גניבה, ודאי אינו משום הרחקת נזיקין הוא, שלא מצינו שיתחייב אדם לחברו לעשות שמירה על עצמו כדי שאם יבוא לגנוב יתפסוהו, אלא תקנת חכמים מיוחדת היא בשכנים, וא"כ כיון שבעל הגג הוא 'מזיק' בראייתו וכל עוד לא עשה מחיצת ד' אמות אין לו זכות להימצא בגגו במצב זה, שהרי בשהייתו שם הוא מזיק את בעל החצר, א"כ הלא בטרם אנו באים לדון בדיני תיקוני שכנים, מתחילה צריך בעל הגג לבנות כותל כדי שיהא רשאי להיות בגגו, וכיון שכבר נצרך לבנות גדר, שוב ממילא אין שייכת כאן טענת היתפסות כגנב, על כן בעל החצר פטור לגמרי מהשתתפות במחיצת הקנים. ויסוד הדבר כבר מובא בחת"ס (ו:), דהו"ל בעל החצר כ'זה נהנה וזה לא חסר' מפני שבעל הגג מחוייב בלא"ה לעשות מחיצה מטעם הזק ראייה¹⁰. [נמצא דהרמב"ם אזיל לשיטתו שהזק ראייה נידון כמזיק ממש ואין לו רשות להשתמש בלא כותל, על כן סובר שאין בעל החצר משתתף עמו, ואילו הרא"ש לשיטתו שתביעת כותל משום הזק ראייה תביעת ממון היא כשאר חיובי שותפים, והרי חיוב זה שוה לחיוב מחיצת עשרה, הלכך בעל החצר חייב להשתתף].



ישוּב פסקי הרמב"ם בדין חזקה בחלון

ה) אך כל זה דוקא בשכנים דעלמא, אבל בחצר השותפין י"ל שקיים דין נוסף מצד זכויות השותפים בתיקוני החצר, שכשם

¹⁰ לכאורה אין מובן, נהי דאסור לו לבעל הגג להשתמש שם בלא כותל, וכי משום כך רשאי זה להיכנס לגגו. ומאי עדיפותא יש לטענת הרחקת נזיקין מטענת היתפסות כגנב. ועוד, הלא מסתבר שיכול בעל הגג לעשות כותל באמצע גגו באופן שיחצוץ בין מקום שימושו לחצר, ואעפ"כ יתחייב בעל החצר לעשות מחיצה כדי שלא ייכנס לגג. אך נראה שתביעת כותל משום היתפסות כגנב ישנה רק כשיכול ליטול משם דברים ולא משום היכנסות גרידא. תדע שהרי כתב הרמב"ם ריש ב"ב סברא לומר שאין טענת היתפסות כגנב בגג משום דלא מנחי שם דברים שיהא נתפס עליהם כגנב. וא"כ בתחילת הדין צריך שיהא לו רשות להימצא שם ורק אז יכול לבוא בטענת היתפסות.

¹⁰ לענ"ד חידוש גדול הוא לומר דלא מהניא חזקה בפתיחת חלון לחצר השותפין, והרי הרמב"ם (יא, ד) סתם 'כל ההרחקות האמורות בפרקים של מעלה אם לא הרחיק וראה חבירו ושתק הרי זה מחל', והיאך סמך על כך שנדע מעצמנו שאין חצר השותפין בכלל. וגם הלא מחילה מפורשת ודאי מהני, כשותפין שמחלו על בניית בית שער, והרי כל שהחזיק הוי כמחל. ואדרבה ממה שסתם הרמב"ם בפ"ה שפתח ולא פירש שהחזיק משמע שלא החזיק ועל כן חייב לסתום [וד' ישמעאל סבר שלא יסתום אף בכגון זה, כמוש"כ להדיא הרי"י מגאש - ומה שנעמיד בסוגיית הגמרא נוכל להעמיד גם ברמב"ם].
ושמא יש לקיים החילוק האמור כלפי מה שכתב הרמב"ם (יא, ו) שבספק אם הלה ראה ושתק ומחל אם לאו על הניזוק להביא ראייה, שכל זה בפותח לחצר חברו אבל בחצר השותפין על המזיק להוכיח כיון דאיכא חיוב ודאי דתיקוני החצר וספק פטור בטענת מחילה - עליו הראיה, משא"כ בחצר חברו דמסתמא אין אדם פותח בלא רשות, על הניזוק להביא ראייה.



עיקרי דברים

המזיק, שהרי אין סברא להוציא אדם מחצרו כדי שלא להגביל את שימוש חברו בחצר. וכן היא דעת הרא"ש. (ה)

ועל כן עני שאין לו להשתתף בבניית כותל, אינו חייב להסתלק משום כך מחצרו (כדברי המאירי והט"ז), כדי שלא יזיק בראיתו. ומאידך, העשיר גם כן אינו מחוייב לבנות הגם שמזיק את העני בהיזק ראייה. (הו)

אולם מדברי הרמב"ם בכמה מקומות נראה שלשיטתו חיוב בניית כותל דינה כהרחקת נזיקין לכל דבר [וכן נראה בדעת הראב"ן והאו"ז].

ובזה מובן מה שמשמע מדבריו שבגג וחצר, שעל בעל הגג לבנות כותל ד' אמות, פטור בעל החצר אף מדמי מחיצה קטנה שלא יתפס עליו כגג [ודלא כהרא"ש] - כי כיון שבעל הגג חייב מעיקרא לבנות כדי שיוכל להשתמש בגגו, שוב נפטור בעל החצר מדין 'זה נהנה וזה לא חסר'. (ז)



ג) מחילה בהרחקת נזיקין מועילה, שלא כב'קרקע כסותי' שיכול לחזור בו, מפני בעלותו של האדם להשתמש בתוך שלו, אלא שדיני הרחקת נזיקין הם המגבילים את שימוש להרחיקם, וכיון שחברו מחל נסתלקו אותן הגבלות והרי הוא עומד בבעלותו המלאה.

בכך מובנת סברת האומרים שחזקת נזיקין אינה צריכה טענה, שלא כחזקת תשמישים - מאחר ואינו בא לקנות כלום מחברו אלא את שלו הוא חוזר וזוכה.

ועל כן על הניזק מוטלת חובת ההוכחה לומר שמחה במחזיק - שלא כבחזקת תשמישים - כי הניזק הוא המוציא מחברו. (הי)

א) פתיחת פתח כנגד פתח, מלבד ההיזק שבין אדם לחברו, יש בו דין בין אדם למקום. ועל כן אין מועילה בו אפילו מחילה מפורשת - כדברי הרמ"ה. (א)

בפתיחת חלון לעבר חצר, נחלקו הראשונים האם מועילה חזקה. ובדעת הרמב"ם נראה [כדעה המובאת במאירי] שבפתיחה לחצר חברו מועילה חזקה, אבל לא בפתיחת חלון של שותף אחד לחצר המשותפת. (בג).

טעם הדבר, כי בחצר של אחר מניעת הזק ראייה מתחייבת מדין 'הרחקת נזיקין' בלבד, ועל כך מועילה חזקה שאינו מחוייב להרחיק. משא"כ בחצר השותפין ישנו חיוב משום תיקוני החצר המשותפת, וכשם שזכאים לכפות על בניית דלת מהזק ראייה של הרבים, כך זכאים למנוע הזק ראייה מאחד השותפים, וכלפי דין תיקוני החצר אין מועילה חזקה. (ח)



ב) יסוד דין הרחקת נזקי שכנים, עניינו תיקון חכמים בהגבלת שימושים מסויימים של האדם ברשותו, כדי למנוע נזק והגבלת-שימוש לחברו. דין זה אינו בכלל חיוב נזקי ממון שבתורה, שהרי עושה בתוך שלו את שימושו התדיריים שזכאי להם מעיקר הדין.

הואיל וכן, ניתן לומר שחיוב העמדת כותל בחצר משום היזק ראייה, גם אם יסודו משום הרחקת נזיקין [שעל כן מוטל בשוה ואינו משתנה בהתאם לגודל השטח של כאו"א] הגדירוהו חכמים כחיוב העמדת כותל גרידא, 'הרחקת הנזק' ולא 'הרחקת

