**למה הוא לא יכול לטעון שהוא ירחיק את הנזק כאשר השני בונה כותלו?**

1. תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא דף יז עמוד ב

הבא לסמוך בצד המצר - אביי אמר: סומך, ורבא אמר: אינו סומך

1. תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא דף יז עמוד ב

תא שמע: מרחיקין את הגפת, ואת הזבל, ואת המלח, ואת הסיד, ואת הסלעים מכותלו של חבירו ג' טפחים או סד בסיד; טעמא דאיכא כותל, הא ליכא כותל - סומך! לא, כי ליכא כותל נמי לא סמיך. ואלא מאי קא משמע לן? הא קא משמע לן, דהני קשו לכותל.

1. תוספות מסכת בבא בתרא דף יז עמוד ב

מרחיקין את הגפת כו' טעמא דאיכא כותל כו' - פירוש וקשה לרבא ותימה מאי קושיא הכא ודאי מותר לסמוך בשאין כותל שאין מזיק כלום וכשיחפוץ זה לעשות כותל יסיר את הגפת וי"ל דהני נמי מקלקלין את הקרקע ויזיק לכותל לכשיבנה אפי' שוב יסיר ועוד אומר ר"י דבכל אלו יש טורח בסילוקן ולכך מעתה יכול לעכב עליו כי יש לחוש שמא לא ימהר לסלקו כשירצה לעשות כותל וא"ת אכתי מאי פריך לרבא הא מפרש טעמא לעיל משום דכל מרא ומרא דקא מחית מרפית לארעאי וי"ל דההוא טעמא לא קאמר אלא אליבא דרבי יוסי והכא לא פריך אלא אליבא דרבנן.

1. רא"ש מסכת בבא בתרא פרק ב סימן א ב-ג

ת"ש מרחיקין את הגפת ואת המלח וכו' [דף יח ע"א] טעמא דאיכא כותל הא ליכא כותל סומך. תימה מאי פריך הכא ודאי מותר לסמוך כשאין שם כותל שאין מזיק לו כלום עתה וכשירצה זה לעשות כותל יסיר את הגפת. ותירצו התוס' דהנך מקלקלין נמי את הקרקע וכשירצה זה לעשות הכותל כבר הקרקע מקולקלת אי נמי יש טורח בסילוקם ויש לחוש שמא יתעצל מלסלקם כשיבנה הכותל. וה"ר יונה ז"ל תירץ דחייש שמא יחזיק בסמיכת דברים הללו שלש שנים ויטעון חזקה והיינו נמי טעמא דרבא דאמר אין סומך בשדה העשויה לבורות ולא אמרי' יסמוך עתה וכשיבא חבירו לחפור בורו סמוך לו יסלק בורו וירחיק שלשה דחיישי' שמא אחר שלש שנים יטעון חזקה ויאמר שברשות סמך ואין לומר משום דכל מרא ומרא כו' דהאי טעמא לא צריך לרבא אלא לר' יוסי אבל לרבנן בלא האי טעמא מרחיק ומתוך זה דקדק דאין אדם רשאי לפתוח חלון לחורבתו של חבירו לפי שיכול לומר לו שמא תחזיק עלי וכשאמלך לבנות חורבתי נמצא חלונך פתוחה לחצירי ותחזיק בהיזק ראיה וגם תזקיקני להרחיק ארבע אמות מכנגד חלונך. ואין דבריו נראין לי דאם איתא דמותר לסמוך גפת כשאין שם כותל ובור סמוך למיצר לא יוכל לטעון חזקה לעולם כיון דאין מזיק לו עתה ואין יכול למחות דכל מקום שאין יכול למחות אין חזקה כדמוכח לקמן בפרק חזקת הבתים (דף נט א) דתנן הזיז עד טפח יש לו חזקה ויכול למחות פחות מטפח אין לו חזקה ואין יכול למחות:

הלכך אם נמצא חלון פתוח לחורבה אין לו חזקה אם לא שיביא עדים שהחזיק בו שלשה שנים קודם שנעשה החורבה. ואדם שיש לו חלון פתוח לרשות חבירו ונחרב המקום טוב הוא שיעמיד עדים שהחזיק בחלון שלש שנים ויכתוב עדותו להיות בידו לזכות ולראיה שמא לאחר זמן יבנה זה חורבתו בפני חלונו ויאמר פתחת חלונך אחר שנעשה חורבה ולא הייתי יכול למחות כי לא הזקתני וגם אין לך חזקה. וכן בגגין שלנו שהן מכוסים ברעפים ואין עליהן תשמיש יכול לפתוח עליו חלון ואם אחר זמן יסתור זה גגו ויכול לראות מאותו חלון לחצר כופהו לסותמו ואין לו חזקה...

**הסבר השיטות**

1. תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא דף ב עמוד א

השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר - בונין את הכותל באמצע. מקום שנהגו לבנות גויל, גזית, כפיסין, לבינין - בונין, הכל כמנהג המדינה.

1. רא"ש מסכת בבא בתרא פרק א סימן ה

י"מ הא דכייפי אהדדי לבנות כותל של גויל וגזית והכל כמנהג המדינה היינו דוקא כשמעמידין הכותל על הקרקע של שניהם ואין אחד מהן רוצה להיות כונס בתוך שלו ולבנות משלו דמצי כל חד למימר איני רוצה לוותר קרקע ולא לבנות בבנין אם לא בבנין בר קיימא אבל אם רצה האחד לכנוס בתוך שלו ולעשות מחיצה בתוך שלו בהוצא ודפנא כיון שמסלק היזק ראיה מחבירו דיו... לפי שאין רוצה לבנות בשלו בהוצא ודפנא לפי שאין מתקיימת זמן מרובה וקשה עליו לטרוח תמיד בבנין המחיצה

וי"מ שאפי' אם רוצה לכנוס לתוך שלו ולגדור בהוצא ודפנא חבירו מעכב עליו לפי שאומר לו אינה מחיצה של קיימא ואצטרך לצעוק עליך תמיד כשתפול המחיצה לסלק מעלי היזק ראייתך

ונראה כפירושא קמא שלא נתנו חכמים גבול וקצבה למי שיש לו לסלק היזקו מחבירו שיעשה דבר קיים לדורי דורות אלא מספיק מה שמסלק היזקו ממנו לפי שעה ואם אחר זמן יזיקנו יש שופטים בארץ...

1. עליות דרבינו יונה מסכת בבא בתרא דף ב עמוד א

וכולה מתני' בשאין אחד מהם רוצה לכנוס בתוך שלו, ולבנות משלו. דמיהו כפינן לבנות כותל באמצע בגזית או בלבנים, ואין אחד יכול לומר נבנה בהוצא ודפנא, לפי שחברו אומר לו, לא אסייע עמך בהוצאה ולא אתן חלק בקרקע, אלא לבנין אבנים או בלבנים. אבל אם רצה לבנות בתוך שלו ולעשות מחיצה משלו בהוצא ודפנא, כיון שיש בו היזק ראיה מחבירו... שאינו רוצה לבנות בשלו בהוצא ודפנא, שיהא עליו טורח עשיית המחיצה תמיד, לפי שאינה מתקיימת לזמן מרובה...

ויש מפרשים, שאפי' אם יכנוס לתוך שלו צריך לבנות באבנים או בלבנים, שיכול חבירו לומר לו אם אתה עושה מחיצה בהוצא ודפנא, אצטרך לצעוק עליך בב"ד כל זמן שהיא נופלת, לפיכך חייב לבנות מחיצה המתקיימת.

1. עליות דרבינו יונה מסכת בבא בתרא דף יח עמוד ב

והטעם שאינו סומך על מנת לסלק אם יעשה חבירו כותל, כדי שלא יחזיק עליו. ואין לדחות דגפת וסלעים מקלקלים את הקרקע מעתה לגבי בנין כותל, אע"פ שאין שם כותל. דכיון שחופרים ליסוד כשבונין את הכותל, נמצא שלא היה שם היזק הנחתן

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | פרק ב' – למה אין סומכים גפת הלא הוא יכול לפנות הגפת כשהשני בונה כותל? | פרק א' – למה כופין אותו לבנות כמנהג המדינה? |
| רא"ש | א) "מקלקלין נמי את הקרקע"  **לא אכפת לנו מה שיבא בעתיד**  ב) "שמא יתעצל מלסלקם כשיבנה הכותל"  **כן אכפת לנו מה שיבא בעתיד** | "וקשה עליו לטרוח תמיד בבנין המחיצה"  "שלא נתנו חכמים גבול וקצבה למי שיש לו לסלק היזקו מחבירו שיעשה דבר קיים לדורי דורות אלא מספיק מה שמסלק היזקו ממנו לפי שעה ואם אחר זמן יזיקנו יש שופטים בארץ..."  **לא אכפת לנו מה שיבא בעתיד – הבעיה היא של עכשיו** |
| רבינו יונה | "שמא יחזיק בסמיכת דברים הללו שלש שנים ויטעון חזקה"  **לא אכפת לנו מה שיבא בעתיד, אבל מה נעשה? אי אפשר לחקות**  (ולא מסכים אם תשובה א- source 8) | "אינו רוצה לבנות בשלו בהוצא ודפנא, שיהא עליו טורח עשיית המחיצה תמיד, לפי שאינה מתקיימת לזמן מרובה"  **לא אכפת לנו מה שיבא בעתיד – הבעיה היא של עכשיו** |

**להלכה בין הרא"ש לרבינו יונה**

1. בית יוסף חושן משפט סימן קנד

וכבר כתבתי בסמוך (סי"ז) דברי הריב"ש עוד לחלוק על דברי הרא"ש וכבר כתבתי בסמוך שגם ה"ר יונה וכמה גדולים חולקים על הרא"ש וכיון שהראשונים והאחרונים חולקים עליו כוותייהו נקטינן וכל שכן שהריב"ש סתר דבריו בטוב טעם ודעת

1. שולחן ערוך חושן משפט הלכות נזקי שכנים סימן קנד סעיף טז

וכן דעת הראב"ד, ולזה הסכים הריב"ש, וכתב שכן דעת הרבה מהאחרונים, וכן דעת ה"ר יונה והרמב"ן, והכי נקטינן. (ובמקום שיש מנהג הולכין אחר המנהג) (ריב"ש סימן תע"ב /תע"א/), ומיהו כתב הרמב"ן שנ"ל שאינו יכול להחזיק עליו הואיל ואינו מזיקו עדיין

1. סמ"ע סימן קנד ס"ק לו

ומיהו כתב הרמב"ן כו'. פירוש, אף על גב דיש בידו למחות אפילו בדבר שאינו מזיקו עדיין על שם העתיד, מ"מ אם לא מיחה בידו אין לבעל החלון חזקה בחלונו, דיכול זה להתנצל ולומר לא רציתי למחות בו כל זמן שאינו מזיקני:

1. קצות החושן על שולחן ערוך חושן משפט הלכות נזקי שכנים סימן קנד סעיף טז

(ה) וכיון שאינו יכול לעכב אין לו חזקה. והוא דעת הרא"ש (ב"ב פ"ב סי' א' - ב'), אבל הריב"ש בסי' תע"א כתב[[1]](#footnote-1) וז"ל, ומ"ש הרא"ש ז"ל שהפותח חלון על גג של רעפים אין בעל הגג יכול לעכב כיון שאינו מזיקו בהיזק ראיה, ולכן כשיבוא לבנות כנגדו א"צ להרחיק שאין לחלון זה חזקה כיון שאינו יכול למחות כו', (כדאמרינן) [ומדאמרינן] בגמרא (ב"ב נט,א) דטעמא דרבי אלעאי בלמעלה מארבע אמות משום דמייתי שרשיפא וחזי ליה, הוכיח הרב ז"ל דהיכא דליתיה להאי טעמא וליכא היזק ראיה כלל כגון גג של רעפים אינו יכול למחות דכופין על מדת סדום, וממילא כיון שאינו יכול למחות אין לו חזקה, והוא עשה מן המסובב סיבה ומן הסיבה מסובב, שהרי לפי הנראה מלשון הגמ' היסוד והסיבה היא החזקה, ומדין החזקה יצא לנו אם יכול למחות אם לאו, ולדבריו אף אם אינו יכול לעכבו מלפותחו למה אין לו חזקה של שלש שהרי היה לו למחות בסוף כל שלש ושלש שלא יחזיק עליו לענין שאם יבא לבנות כנגדו לא יצטרך להרחיק, וכיון שלא מיחה יש לנו לומר שיש לו חזקה, וכיון שיש לו חזקה חזר הדין שיוכל לעכב דמצי אמר מחזקת עלי ולא מצינא דאטרח למחות בסוף כל שלש ושלש...

והנה מ"ש הריב"ש על הרא"ש שעשה מן המסובב סיבה כו' שהרי היה יכול למחות בסוף כל שלש שלא יחזיק עליו כו', לכאורה נראה כן בפרק חזקת דף ל"ה (ע"ב) אמר ליה רב אשי לרב כהנא ואי לפירי אחתיה מאי הו"ל למיעבד, אמר ליה איבעי ליה למחויי, דאי לא תימא הכי הני משכנתא דסורא דכתב בהו במשלם שנין אלין תיפוק ארעא דא בלא כסף, אי כביש ליה לשטר משכנתא גביה ואמר ליה לקוח הוא בידי ה"נ דמהימן, מתקני רבנן מידי דאתי ביה לידי פסידא, אלא איבעי ליה למחויי ה"נ איבעי ליה למחויי.[[2]](#footnote-2)

אמנם לאחר העיון נראין דברי הרא"ש דודאי כל שיש לו רשות לפתוח החלון ליכא תורת חזקה כלל ואין הבעלים צריכין למחאה כל עיקר, וראיה לזה מהא דאמרינן פרק חזקת הבתים דף מ"ט (ע"א) בהא דתנן אין לאיש חזקה בנכסי אשתו, ע"ש דפריך עלה פשיטא כיון דאית ליה פירא אכיל פירא וע"ש,[[3]](#footnote-3) וה"נ כיון דאית ליה רשות בפתיחת החלון הו"ל כמו הך דבעל.

וע"ש פירש רשב"ם (ד"ה דכיון דאית) שכתב וז"ל, דהכל יודעין דלפירי נחית כיון דאית ליה פירי, ולא דמי למשכונא דצריך למחויי שירד לפירות כי היכי דלא ליחזק, התם שמא ע"י אורך הזמן ישכח הדבר שירד בתורת משכונא מש"ה צריך למחויי וע"ש, וא"כ הא דצריך למחות שלא יחזיק היכא שירד לפירי היינו היכי דלא נודע אם ירד לפירי, אבל היכא דידוע דאית ליה פירי מסתמא לפירי נחית ואינו צריך למחות כלל...

ובחידושי הרמב"ן פ"ק דב"ב דף ז' (ע"ב ד"ה וכן פי') בהא דאמרו האחים אין להם חלונות זה על זה[[4]](#footnote-4) וז"ל, ומה שאמרו אין להם חלונות זה על זה אומר רש"י ז"ל דוקא שלא החזיק בחלונות לאחר חלוקה, אבל החזיק מעכב עליו שלא לבנות כנגדו, ותמהני מאחר שאינו יכול למחות ולסתום במה החזיק, ואפשר שהיה לו למחות ולומר אחר חלוקה איני מוחל לך על חלונותיך שתחזיק בהם עכ"ל. וזה מורה כדברי הריב"ש דאפילו במקום דאית ליה רשות צריך למחות שלא יחזיק...

אלא דהרמב"ן בחידושיו נראה דס"ל כדעת הרא"ש ע"ש דף י"ח (ע"ב סוד"ה ה"ג) גבי סמיכת מזיקין היכא דליכא דבר הניזק, דכתב דאין אדם יכול למחות ביד חבירו שלא לסמוך, וכשיבא הלה לסמוך הוא מוחה בידו, ומשום דלמא מחזיק עלי[ה] ליכא למיחש שכיון שאינו יכול למחות אין לו חזקה עכ"ל. וא"כ צ"ל דהא דכתב גבי חלונות להיפך היינו אליבא דרש"י דס"ל דאינו יכול למחות ואפ"ה הוי חזקה, ולדידיה לא ס"ל.

אמנם נראה דודאי היכא דידוע מלתא בודאי דאית ליה רשות בכך אינו צריך מחאה כלל וכמו שהוכחנו מהך דבעל דאית ליה פירי דא"צ מחאה כלל שלא יחזיק... בגג של רעפים דבע"כ אית ליה חלונות משום דכופין על מדת סדום, והו"ל כמו בעל דאית ליה פירי בע"כ דא"צ מחאה כלל... אבל מחאה צריך שלא יחזיקו, כמו במשכנתא דפירי כיון דאינו ידוע בודאי דלפירי נחית ומצי טען בתורת לקוח כל זמן שלא עשה מחאה, ואינו נאמן לומר לפירות הורדתיו כיון דאינו ידוע... אבל בגג של רעפים דבע"כ אית ליה הו"ל כמו הך דבעל אית ליה פירי וזה ברור.

**סוף הגמרא**

תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא דף יז עמוד ב

1. תא שמע: מרחיקין את הגפת, ואת הזבל, ואת המלח, ואת הסיד, ואת הסלעים מכותלו של חבירו ג' טפחים או סד בסיד; טעמא דאיכא כותל, הא ליכא כותל - סומך! לא, כי ליכא כותל נמי לא סמיך. ואלא מאי קא משמע לן? הא קא משמע לן, דהני קשו לכותל.
2. תא שמע: מרחיקים את הזרעים, ואת המחרישה, ואת מי רגלים מן הכותל שלשה טפחים; טעמא דאיכא כותל, הא ליכא כותל - סמיך! לא, כי ליכא כותל נמי לא סמיך. ואלא מאי קמ"ל? הא קא משמע לן, דמתונתא קשה לכותל.
3. תא שמע: ואת הריחים - ג' מן השכב שהן ד' מן הרכב; טעמא דאיכא כותל, הא ליכא כותל - סמיך! לא, כי ליכא כותל נמי לא סמיך. ואלא מאי קא משמע לן? הא קא משמע לן, דטירייא קשה לכותל.
4. תא שמע: ואת התנור - שלשה מן הכליא שהן ד' מן השפה; טעמא דאיכא כותל, הא ליכא כותל - סמיך! לא, כי ליכא כותל נמי לא סמיך. אלא מאי קא משמע לן? הא קא משמע לן, דהבלא קשה לכותל.
5. חידושי הרשב"א מסכת בבא בתרא דף יח עמוד א

אלא מאי קמ"ל הא קמ"ל דהבלא קשה לכותל, תמיהא לי דכולה שמעתין משמע דלאביי כולהו הני דמתני' דקתני בהו כותל שפיר ולרבא בלחוד קשה מדתני בהו כותל, ואדרבה לאביי קשיא טפי דאם איתא דלאשמועינן טעמא דאיכא כותל הא ליכא כותל סמיך א"כ כל הני למה לי לשמעי' בחדא ומינה שמעינן דהבא לסמוך בצד המצר סומך, וי"ל דמשום דהני ניזקין דמתני' לא דמי חד לחבריה והייתי סבור לומר דדילמא לא בכל מקום אמרו כן לכך הוצרך לחשוב ולמיתני כל הני, כנ"ל:

1. שאלת: ראובן יש לו בית, על גג רעפי' של שמעון. ויש לראובן בכותל ביתו, חלונות. שהכותל והחלונות, הם על גג שמעון. ועתה בא שמעון, ורוצה לבנות ולהגביה גגו, בענין: שלא ישאר שום חלון לראובן, על גג שמעון. ואמר ראובן: אתה מאפיל עלי, ואני יש לי חזקה: אך לא בכתב, ולא בראיה. ואומר שמעון לראובן: זאת החזקה, אינה שום דבר: כי דרך הוא, שאדם שיש לו כותל על גג רעפים, הוא פותח חלון או חלונות, על גגו של חברו. ולפעמים, שחברו אינו רואה, ואינו יודע שום דבר. ואפילו שיודע, מתוך שאינו מזיק לו בעת הזאת, אינו מוחה בידו; כי אומר: כשארצה להגביה, מי ימחה בידי. כי כך כתוב, בכל שטר מכירה: שקונה מתהומא, ועד רום רקיעא. אך, אם היה לך שטר, מן החלון פלוני, שהוא על גג פלוני; אז הייתי מוכרח להרחיק. אבל עתה, שאין לך שטר מפורש: מחלון פלוני; זאת החזקה של החלון, שהוא על גג רעפים, אינה שום דבר. עכ"ל השאלה... [↑](#footnote-ref-1)
2. האמר ליה רב אשי לרב כהנא אי לפירא אחתיה מאי הוה ליה למעבד (רשב"ם: מאי הוה ליה - לבעל השדה למעבד נמצא שכל המוריד את חבירו לפירות של שלש שנים או יותר יפסיד קרקע שלו הואיל ולא יהא נאמן לאחר שלש לטעון לפירות הורדתיו) אמר ליה איבעי ליה למחויי (בתוך שלש ולומר לעדים דעו לכם שלפירות הורדתיו לכך וכך שנים וגוף הקרקע קנוי לי). דאי לא תימא הכי הני משכנתא דסורא דכתב בהו במשלם שניא אלין תיפוק ארעא דא בלא כסף אי כביש ליה לשטר משכנתא גביה ואמר לקוחה היא בידי הכי נמי דמהימן מתקני רבנן מידי דאתי ביה לידי פסידא אלא איבעי ליה למחויי (אלא איבעי ליה למחויי - בתוך כל שלש ומהניא ליה מחאה ומדלא מיחה הפסיד) הכא נמי (הכא נמי - אם איתא דלפירא אחתיה איבעי ליה למחויי בתוך שלש קודם שיחזיק) איבעי ליה למחויי. [↑](#footnote-ref-2)
3. ולא לאיש חזקה בנכסי אשתו וכו׳ פשיטא כיון דאית ליה לפירא פירא הוא דקאכיל. [↑](#footnote-ref-3)
4. אמר רב נחמן אמר שמואל האחין שחלקו אין להן לא דרך זה על זה בולא חלונות זה על זה ולא סולמות זה על זה ולא אמת המים זה על זה [↑](#footnote-ref-4)