



עלון המשפט

שע"י ביה"ד נתיבות חיים וכולל חו"מ אהל יוסף • בנשיאות הגאון רבי נפתלי נוסבוים שליט"א • בראשות הגאון רבי יוסף פליישמן שליט"א

גליון חודש אלול ה'תש"פ | 120

תורת המשפט

הגאון רבי נפתלי נוסבוים שליט"א
נשיא כולל חו"מ אהל יוסף ובי"ד נתיבות חיים

נזקי שכנים וחזקת תשמישין בבניית סוכה (מתוך ספר "אוצר המשפט" שיצא לאור על ידינו)

שמוא זכות שניהם שווה, ואין לראשון בו זכות יותר מחבירו, ועליהם להגיע ביניהם להסדר.
עוד יש לדון, מה הדין כאשר הראשון בנה את סוכתו במקום זה כבר שלש שנים, ולא מחו בו השכנים, האם באופן זה כוחו עדיף כיון שכבר יש לו כעין 'חזקה' על המקום שיבנה בו את סוכתו, ולא יוכלו למנוע ממנו, או שמוא אין בבניית הסוכה חזקה.
«המשך בעמ' 7»

חזקה לשכן שבנה סוכה במקום מסוים

מעשה בבנין חדש, שבשנה הראשונה בנה אחד הדיירים את סוכתו במקום מסוים בחצר, שהיה פנוי ומתאים לכך, ובשנה הבאה רצה להמשיך לבנות את סוכתו במקום זה, אך שכן אחר טוען לעומתו שברצונו לבנות את סוכתו במקום זה. יש לדון האם יש לראשון זכות וחזקה לבנות את סוכתו במקום זה, כיון שכבר זכה בו ע"י שבנה סוכה במקום זה בשנה הראשונה ולא מיחו בו, או

פסקי דינים

הרב יוסף פליישמן שליט"א

דיני עביד איניש דינא לנפשיה 2 -

חיובים שמוטלים על הניזוק לפני שמגין על עצמו וחובת התשלום אח"כ והדין אם מותר לקרוב או לאדם זר להתערב בעד הניזוק

מה מוטל על הניזוק לעשות לפני שחובל במזיק

- אם נכנס חבירו לרשותו בלי רשות, ושהיית חבירו ברשותו מפריעה לו, צריך בעה"ב לבקש ממנו שייצא, וכל עוד חבירו אינו מסרב לדרישתו אסור לו להוציאו בהכאות והיזקות, ואם הזיקו חייב לשלם ככל מזיקי.
- אם השני מסרב לצאת והוא מפריע לבעה"ב, אבל שהייתו אינה מזיקה לבעה"ב בשום צד ואין חשש גניבה וכדו', נחלקו הראשונים². לפי הרבה

צינונים והערות

- מקור הדין הוא הגמ' (ב"ק מח, א): "אמר רבא, נכנס לחצר בעה"ב שלא ברשות... הזיקו בעה"ב פטור, א"ר פפא, לא אמרין אלא דלא הוה ידע ביה, אבל הוה ידע ביה, הזיקו בעה"ב חייב, מאי טעמא, משום דאמר ליה [הנכנס לבעה"ב], נהי דאית לך רשותא לאפוקי, לאזוקי לית לך רשותא", ועפ"ז פסק הטור (סי' תכא): "בכל מקום שחובל לחבירו בכוונה חייב בה' דברים, אפילו נכנס חבירו לרשותו שלא ברשות...".
- וחבל בו והוציאו חייב, דנהי שיש לו רשות להוציאו, אין לו רשות לחבול בו", והדין הזה מוסכם על כל הראשונים והפוסקים.
- לצורך הבנת הדינים הבאים צריך להקדים. הנה בגמ' שהבאנו בהערה הקודמת מבו' שאסור להזיק מי שנכנס לרשות חבירו בלי רשות, אכן שם מדובר במי שלא סירב להדיא לצאת, אבל במי שנמצא ברשות חבירו ומסרב לצאת, בזה לכא' יש גמ' «המשך בעמוד הבא»

עלון המשפט

פסקי דינים

דיני 'עביד איניש דינא לנפשיה' 2

תורת המשפט

נזקי שכנים וחזקת תשמישין
בבניית סוכה

י"ל ע"י "מכון מענה שמחה"
בעריכת הר"ר שלום רוטמן
© כל הזכויות שמורות.

לתגובות והערות:
maanesimcha@gmail.com

בית הוראה לענייני ממונות "בית גרוס"

ע"ש ברוך וברכה גרוס • שע"י כולל חו"מ 'אהל יוסף'

בבית ההוראה ניתן יעוץ בדיני ממונות ע"י דייני בית הדין ובית ההוראה,
סיוע בעריכת צוואות וחוזים, בשפות עברית אנגלית יידיש וצרפתית

זמני בית ההוראה:

ימים א-ה: בין השעות 13:40-15:30

יום ו: בין השעות 11:15-13:00

בנים מאירות 1 ירושלים • טלפון 02-502-3637 • דוא"ל: beisdin@neto.net.il

ראשונים מותר להכותו ואפילו לחבול בו עד שייצא³. ויש חולקים שכיון שאין שום חשש היזק אפילו לא באופן זמני⁴, אסור לבעה⁵ להכותו כלל⁶. ויש מי שאומר שאפילו לדעת המחמירים, היינו דווקא לכתחילה, אבל אם כבר הכהו בעה⁷ והזיקו, פטור על ההיזק⁸.

3. אם השני מסרב לדרישת בעה⁹ ואינו יוצא מרשותו, ושהיית השני מזיקה לבעה¹⁰, אפילו רק באופן זמני, וכגון שיש 'היזק ראייה'¹¹, לכל

ציונים והערות

חבירו, כי הרמב"ם מדבר בעבד שרגיל בבית אדונו ושהה בו מכבר, ולכן שהיית העבד אינה נחשבת הפסד יותר מבשעת עבדותו, אבל באמת אדם סתם שייכנס לבית חבירו בוודאי עצם השהייה הוא הפסד.

והנה המהרש"ך הנ"ל הביא שגם ההגהות אשרי (רא"ש ב"ק ג, ג) סבר כהרמב"ם, כי הביא את ההיתר להוציא בכוח מרשותו רק באופן שיש חשש גניבה, וע"כ שסובר שהאוקימתות של הגמ' נאמרו גם לר' נחמן. אכן היש"ש (ט, ט) דחה את הראיה מהגה"ה, ואמר שהעמיד את הדין בגנב לא כי הוא נכון רק בגנב, אלא כי דיבר לפי הרגילות, ובדרך כלל לא רגילים להוציא אנשים במכות אם אין חשש גניבה. יש לציין שגם הרמ"א בשו"ע (שם) כתב הדין רק בשיש חשש גניבה, אכן מדבריו אין ראייה כלל, כיון שדיבר במי שרוצה להוציא משרת תוך זמן השכירות, ובזה בוודאי אין למעסיק רשות להוציא אם אין חשש גניבה (כ"כ התומים (ד, א)).

בניגוד לדעת הלח"מ והמהרש"ך שייסדו בדעת הרמב"ם דבר חדש, שגם רב נחמן מודה שאסור להכות אם אין פסידא כלל, התומים (ד, א) לא ראה שום קושי בדברי הרמב"ם עצמו, כי הרמב"ם בא להוסיף דין חדש שנלמד מסוגין שמוותר להכות מדין אפרושי מאיסורא, ואף שהגמ' כתבה את הדין כדי ליישב דעת רב יהודה בדין עבד איניש ואין הלכה כדבריו, ולרב נחמן אין צורך בתירוק זה, אבל מ"מ הדין הוא דין אמת ולכן הביאו הרמב"ם, ובאמת אין ללמוד מדברי הרמב"ם האלו דין חדש בדיני עבד איניש, כי בדין עבד איניש כבר פסק הרמב"ם במקו"א כרב נחמן, ולא היה צורך לדון בזה שוב.

אכן כ"ז ייתכן בדעת הרמב"ם, אבל עדיין מדברי השו"ע נראה שהבין שהרמב"ם בא לאפוקי שאין כאן דין עבד איניש, שהרי השו"ע הביא דעת רוב הראשונים רק בלשון "ויש אומרים", ומשמע שהרמב"ם חולק, ובדעתו הסביר התומים, שהבין ברמב"ם שגם כשאין הפסד כלל מותר להכות מדין עבד איניש, ומטעם אחר לא פסק הרמב"ם שמוותר להכות את העבד אפילו בלי שום חשש הפסד או איסור, והוא מכיון שהאדון יכול להציל ע"י דבר אחר, ע"י שיאסור את רשותו על העבד בקונם. ולפי התומים גם הרמב"ם למד את הגמ' כפי פשוטה, שהקושיה הייתה רק על רב יהודה, ואף שגם על רב נחמן קשה מהברייתא שהרי אפשר להציל ע"י קונם, אבל אליבא דרב נחמן פשוט שאפשר להעמיד את הברייתא בחשש איסור, אבל לרב יהודה הבינה הגמ' שבכ"ז יהיה אסור להכות, כיון שיכול לפנות לבי"ד שיפרישו את העבד מעבירה.

6. ראה להלן דין 4 שכך סבר הנתיב"מ (ד, א) בדעת הרמב"ם והמחבר, ועיין שם בהערות שהרחבנו בשיטתו.

יש לציין שהמהר"ט (א, קי"ד) ומה שנשבע) כתב שמה שכתוב בברייתא שאם חבל בו פטור, הכוונה היא רק שפטור בדיעבד, אבל לכתחילה אסור לו לחבול. אבל צ"ע בדבריו, שהרי הגמ' העמידה את הברייתא בעבד גנב שיש חשש הפסד, וא"כ ממה נפשך, אם יש אפשרות להוציא בלי הכאה, חייב על ההכאה גם בדיעבד, ואם א"א להוציא בלי הכאה, הרי הדבר מותר לכתחילה.

7. אפילו לפי המפרשים בדעת הרמב"ם ששהייה בבית אינו נחשבת הפסד, מ"מ היינו דווקא בעבד שהיה רגיל בבית אדונו, ובהכרח ששהייתו אינה מזיקה לבעה¹², אבל בסתם אדם שפולש לבית חבירו, ודאי הדבר שלפעמים עצם השהייה הוא הפסד, אפילו כשאין שום חשש גניבה וכדו', וכמו שמצאנו בעלמא שיש מושג של היזק ראייה כיון שמונע מהניזוק לעשות צרכים פרטיים, וכ"ש באדם שנכנס ממש לבית חבירו.

8. זה מוכח מהגמ' הנ"ל בעבד נרצע, ולכל ההסברים בדעת הרמב"ם מודה הרמב"ם במקום שיש פסידא בשהייה עד שילך לבי"ד שיכול להכות ולחבול, וגם רב יהודה מודה בזה. וכן פסק הרמ"א (תכא, ו), וז"ל "מי שיש לו משרת וחושש שיגנוב לו, יוכל להוציא קודם זמן השכירות, ואם מסרב יוכל להכותו עד שיצא".

9. עיין באגרו"מ (ח"מ א, ו) נידון דומה ממש, והוא חידש שאם לא ברור שהמעסיק פטר את הפועל בהיתר, הדין אם המעסיק יכול להוציא בכוח תלוי בב' דעות ברמ"א (ס' ד') לגבי תפיסת משכון, ודבריו מחודשים ונדון בהם בעתיד אי"ה, עכ"פ עפ"י דבריו צמצמו את הדין למקרה שהפטרונים היו בהיתר.

מפורשת שמוותר אפילו לחבול בו, ואפילו אם אין לבעה¹³ הפסד. שהנה הגמ' (ב"ק כח, א) בסוגיא של עבד איניש, כשהיא דנה במחלו' רב יהודה ורב נחמן אם יש דין עבד איניש במקום דליכא פסידא, הביאה ברייתא: "מניין לנרצע שכלו לי ימיו ורבו מסרבה בו לצאת, וחבל ועשה בו חבורה, שהוא פטור, ת"ל לא תקחו כופר לשוב, לא תקחו כופר לשב. הכא במאי עסקינן בעבדא גנבא. עד האידנא לא גנב והשתא גנב? עד האידנא הוה אימתיה דרביה עליה, השתא לית ליה אימתא דרביה עליה. ר"נ בר יצחק אמר, בעבד שמסר לו רבו שפחה כנענית, עד האידנא היתירא, והשתא איסורא".

ולכא' ריהטת הגמ' היא (ובהמשך נראה שכך למדו הרבה ראשונים), שהקשו מהברייתא על רב יהודה שאמר שאין עבד איניש בדליכא פסידא, והרי ברייתא מפורשת שמוותר לחבול בו, וע"ז ענתה הגמ' שני תירוצים, או שמדובר בעבד גנב שיש חשש הפסד, או שמדובר כשיש חשש איסור ולכן יש דין אפרושי מאיסורא. ולכא' כ"ז נצרך רק לרב יהודה, אבל לרב נחמן מובנת הברייתא בשו"ע והדין פשוט, שאפילו אם אין חשש גניבה ואין חשש איסור, מותר לרב לחבול בו מדין עבד איניש.

אכן הרמב"ם (עבדים ג, ה) כתב את דין הגמ' כך: "נרצע שמסר לו רבו שפחה כנענית, והגיע יובל, והיה רבו מסרב בו לצאת ואינו רוצה לצאת וחבל בו, פטור, שהרי נאסר בשפחה". והרעישו עליו כל האחרונים (לשון הקונטרס שיעוריים), שהרי רק לרב יהודה הוצרכו להעמיד את הברייתא כך, אבל לרב נחמן שהרמב"ם עצמו (סנהדרין ב, יב) פסק כמותו, אפילו בלי הפסד ובלי חשש איסור מותר לרב לחבול בעבדו, ומדוע לא פסק כן הרמב"ם?

ויש הרבה מן הראשונים והפוסקים שאכן פסקו את הגמ' לפי פשוטה, שבכ"א מותר לבעה¹⁴ לחבול בו ולהוציא, ויש שהסבירו בדעת הרמב"ם שגם רב נחמן מודה שאסור לחבול במקום שאין הפסד כלל, ויש שהבינו בדעתו שבמקום שאפשר ללכת לדין תורה הרי"ז בכלל אפשר להציל ע"י דבר אחר, וכל זה יבואר להלן בדינים הבאים.

3. כ"כ הרבה ראשונים לפי פשוטות הגמ' הנ"ל, וכמו רבינו חננאל שכתב: "מניין לנרצע שכלו ימיו... גם זו כרב נחמן ותיובתא לרב יהודה", וכ"כ המאירי: "נרצע שכלו ימיו, ר"ל שהגיע היובל ואינו רוצה לצאת, ובעה¹⁵ רוצה להוציא, הרי"ז תוקף בו ומוציאו, ואם חבל בו פטור, ואין צריך לומר אם היה מכיר בו שהוא גנב". וכ"פ הטור (שם): "אם מסרב בו ואינו רוצה לצאת, יש לו רשות אפילו לחבול בו ולהוציא", ודעתו מובאת בשו"ע (תכא, ו) כ"א: "אם הוא מסרב בו ואינו רוצה לצאת, י"א שיש לו רשות אפילו לחבול בו כדי להוציא".

4. ראה להלן הערה 7 ו-8 שבאופן שיש אפילו רק היזק ראייה גם הרמב"ם מודה שמוותר לבעה¹⁶ לחבול בו ולהוציא.

5. זו דעת הרמב"ם לפי חלק מהאחרונים שהתקשו ברמב"ם כנ"ל, וכתבו הלח"מ והמהרש"ך (ג, כב). והובא גם במל"מ (שם) לבאר בדעת הרמב"ם, שסובר שגם לרב נחמן יש איסור לחבול בשני אם אין שום הפסד, ומה שמב' בגמ' שיש דין עבד איניש אפילו בדליכא פסידא, היינו רק להוציא בע"כ בכוח, אבל לחבול בו ולהזיקו אסור, והיסוד הוא: "בדבר דאין לו הפסד, כמו הכא נרצע דאין לו לרבו הפסד שאינו רוצה לצאת, אדרבא, הוא מרויח שירצה לעובדו עוד, אפילו רב נחמן מודה דאין יכול להכותו, כיון דאין עושה לו הפסד, ואעפ"י שיכול להוציא בע"כ, מ"מ להכותו מיהא אינו יכול, כיון דלא בא לו הפסד בשביל כך", ולפי"ז ביאר הלח"מ שהגמ' התכוונה להקשות מהברייתא גם על רב נחמן, שמדוע פטרה הברייתא את האדון שחבל בעבדו, והרי אין שום הפסד, והתירוץ שענתה הגמ' נצרכות אפילו לרב נחמן. גם המל"מ ביאר כך ברמב"ם בשם המהרש"ך, וז"ל המהרש"ך: "מהיכא תיתי שיעבור על לאו הנזכר להציל את שלו היכא דליכא פסידא", והוסיף שזו הסיבה שהמחבר בשו"ע (שהבאנו לעיל) כתב את דעת הטור רק כ"יש אומרים", והיינו משום שסובר כהרמב"ם.

בספר זיו הים (יג, ד"ה אבל) הקשה על תירוץ, שמדוע שהייתו של אדם זר בביתו אינו נחשב הפסד? והרי מצאנו בגמ' שאפילו היזק ראייה בלבד הוא היזק כיון שאינו יכול לעשות כל תשמישיו לעיני אחרים, וכ"ש שהוא נמצא בביתו? אכן לפי מה שכתבנו בערה 7 יש לחלק בין נידון הרמב"ם לבין אדם סתם שפולש לרשות

את השני אלא בשימוש בכוח, מותר לבעה"ב להשתמש בכוח כדי להוציא, ויהיה פטור על הנזקים שקרו לשני.

4. יש מי שאומר בדעת הרמב"ם, שבכל אופן ששהיית השני עשויה להזיק את בעה"ב, אבל אין חשש הפסד מידי, ובעה"ב יספיק למנוע מההזיק ע"י תביעה בבית הדין, אסור לבעה"ב לעשות שום פעולה שמזיקה לשני אלא רק לתבעו בבית דין¹⁰, ורק פעולות כאלו שברור לו בוודאות שאילו היה שואל את ב"ד היו מתירים לו לעשות אותם

ציונים והערות

שעצם האפשרות לפנות לב"ד נחשב כיכול להציל ע"י דבר אחר, א"כ כמו שהנתי כותב שב"ד לא נותנים הכאות מיד "אין שולחין יד בגופו של המסרב תיכף, אלא שולחין שליח ב"ד ומוציא בע"כ", א"כ גם בממלא חצר חבירו בכדים, הרי מתחילה ישלחו ב"ד שולחים לצוות לבעל הכדים לפנותם, ואם יסרב ינדוהו, וכיון שב"ד לא ישברו מיד, איך פוטרים את בעל החצר לפי הנתי?

12. האג"מ (ח"מ א, ג) הביא את הנתי וחלק עליו, וז"ל: "שייך לומר גם לענין הכאה שהוא כב"ד ויכול להכותו, אף באם כשילך לב"ד לא יצטרכו להכותו, וזהו שיטת הרא"ש והטור שאף בלא פסידא רשאי להכותו, ואינו מחוייב לטרוח לילך לב"ד, ולא נחשב מה שבטירחא ואבוד זמן אפשר להציל ממנו שלא בהכאה שהקשה בנה"מ", והוא ממשיך להוכיח נגד הנתי: "אדרבה, הב"ד רשאי להכותו אף כשב"ד אחר לא יצטרכו להכותו, משום דזה לא נחשב אפשר בלא הכאה, לכן גם בדינא דנפשיה לא נחשב זה אפשר בלא הכאה", והיינו שכיון שלכו"ע הדין של עביד איניש יסודו הוא שבעה"ב יש לו כוח שליח ב"ד, א"כ אף שיש שליח של ב"ד אחר שלא יצטרך להכותו, אבל אין טענה כזו שנדרש משליח ב"ד להימנע מלהכות כיון שיש שליח של ב"ד אחר שיכול להימנע מכך, ואין נדרש משליח ב"ד לבקש משליח של ב"ד אחר, אף שהב"ד האחר יכול לטפל באופן שלא יהיה הזיק.

ולדינא בוודאי א"א לחייב ע"ס הנתי את מי שהוציא בהכאות את מי שנמצא ברשותו וסירב לצאת, ומכמה טעמים: א', כי כל חידוש הנתי אינו אלא לפי הרמב"ם, אבל הראשונים האחרים חלקו על הרמב"ם, וכמו הטור שהביא המחבר כ"א. ב', פשט הנתי אינו מוכח ברמב"ם וישנם ביאורים אחרים ברמב"ם, ואפילו לפי התומכים לא יהיה חייב לשלם ובפרט בזה"ז שאנשים פולשים לא ייצאו בגלל קונם. ג', הוכחנו מפסק השו"ע במשבר חביות שאפילו כשיכול ללכת לב"ד יש דין עביד איניש אפילו להזיק ממש. ד', ואפילו לפי הנתי עצמו, כמעט תמיד מזיקה עצם שהיית השני בגלל הזיק ראייה.

13. כבר הבאנו (הערה 11) דברי הנתי שכתב שבדיעבד אם כבר היכה האדון, אם ייתכן שב"ד היו ג"כ נצרכים להכות את העבד ולהזיקו פטור האדון בדיעבד, וא"כ ייצא שבכל מקום שהניזוק עבר על הדין ולא פנה לב"ד והזיק את השני, יצטרכו לבדוק אם יש אפשרות שהב"ד היו ג"כ נצרכים להזיק את השני כדי לעצור את מעשיו, ובמקום שיש אפשרות כזאת יהיה הניזוק פטור בדיעבד, ורק במקום שבוודאי לא היו הב"ד נצרכים להזיק יהיה הניזוק חייב.

והנה בתוך דבריו כתב הנתי שאפילו אם מחייבים את הניזוק שהזיק באופן שב"ד לא היו נצרכים להזיק, בכ"ז אם יש ספק בדבר ויתכן שגם ב"ד היו נצרכים לנהוג כך, הדין הוא שהניזוק פטור, ונראה שהט"ז (ס"ס תכא) חולק ע"ז, כי כתב: "ואע"ג דאיתא בסימן ד' דאין פטור על ההכאה אם יוכל להציל ממנו בלאו הכי, היינו במכה כדי להציל ממנו, אבל כאן שזה מכה קרובה והוא כמכהו בעצמו, ואפילו בספק הצלה יכול להכות במכה", ומדבריו משמע שרק כשמכים את השני מכת הגוף פטור הניזוק אם יש ספק אם היה יכול להציל בלא זה, אבל אם הפסיד את השני ממנו, גם אם יש רק ספק אם היה אפשר להציל אחרת, חייב הניזוק. והמחלוקת ביניהם היא, שהט"ז הבין שאין שייך דין עביד איניש אלא רק כשוודאי שא"א להציל בענין אחר, וכל זמן שיש ספק בדבר לא הותר לניזוק להזיק, ולכן אם הזיק אינו בגדר של ספק בדיני ממונות, כי לא היה לו היתר להזיק, משאי"כ הנתי הבין שדין עביד איניש אינו מותנה בכך שבוודאי א"א להציל בענין אחר, ולכן אם לא התברר לנו שהיה יכול להציל בענין אחר והדבר נתון בספק, הרי זה כשאר ספק בדיני ממונות והמזיק פטור מלשלם, כי אומרים המוציא מחבירו עליו הראיה.

והנה גם עצם הסברא של הנתי שיש לפטור את הניזוק מספק אינו מוכרח כ"כ, שהרי בוודאי היה יכול הניזוק לנסות אפשרות אחרת ולא להזיק, וזה אינו ספק, והספק הוא רק שגם אם היה מנסה את האפשרות האחרת אולי היה מוכרח בסוף להזיק, וא"כ אולי יש לחייבו כיון שבוודאי היה יכול לפחות לנסות להציל בדרך אחרת, ונראה שזו סברת הט"ז.

גם מה שפסק הנתי שאם בוודאי היה יכול למנוע את הזיק השני ע"י פנייה לב"ד,

10. יש לציין שבמקרה של הגמ' שם בפועל שמסרב להתפנות מבית בעה"ב, הפנייה לב"ד הייתה מועילה באופן מידי, אבל במציאות של היום שאין לב"ד כוח לא לנדות ולא להכות, וניתן רק לפנות לערכאות שיורו לרשויות לכפות את פסק ב"ד, לכאן גם לפי הנתי לא נחייב את בעה"ב אם הוציא את השני במכות, כיון שעד שילך לב"ד ויקבל רשות לפנות לערכאות, ועד שהרשויות יטפלו בעניין, יקח הרבה זמן, כשבינתיים בעה"ב ניזוק כל הזמן כיון שאינו יכול להשכיר וכדו'.

11. כך ביאר הנתי"מ (ד, א) את דעת הרמב"ם הנ"ל, כי היה קשה לנתי בדין הברייתא למה שיהא מותר בכלל להכות, וז"ל: "קשה הדבר שיהיה מותר להכותו לכתחילה במקום דליכא פסידא, דהא אפילו הבית דין גופיה אין שולחין יד בגופו של המסרב תיכף, רק שולחין שליח ב"ד ומוציא בעל כרחו, וכשאנו מניח לשליח ב"ד אז מנדין להמסרב, רק באינו משגיח על הנידוי ודאי דמותרין להכותו עד שתצא נפשו, וא"כ מהיכא תיתי יהיה הוא בעצמו מותר להכותו, הא הו"א אפשר להצילו בענין אחר, דהיינו שילך לב"ד, ואם לא ציינת דין הב"ד ינדוהו, ולא חשידי ישראל לעבור אנדווי". גם האמרי בינה (דיינים סי ט, ד"ה והנה במקום) טען כטענת הנתי.

וביאר הנתי שלכן לא פסק הרמב"ם את הברייתא כי אם בחשש איסור, כי באמת אין היתר להכות לולא זה, שהרי יכול לתבעו בב"ד, ואף שמבוי' בגמ' להדיא בכמה מקרים שמותר גם להכות, ביאר הנתי שאין משם ראייה לנידונו, וז"ל: "דדעת הרמב"ם והשו"ע להכריע ולחלק בין קרקע למטלטלין, דבמטלטלין דאיכא חשש פסידא, אפילו לכתחילה מותר להכותו, אבל בקרקע דליכא שום חשש פסידא אסור לכתחילה..." [ע"ש שהסביר כל דוגמאות הגמ' שדיברו במטלטלים ובאופנים שיש חשש הפסד דאימר יבריחם או יקלקלם], אבל במקום דודאי יכול להציל שלו על פי ב"ד בלי שום חשש כלל, כגון בהאי גוונא המבואר בסימן תכ"א, דהא בודאי לא יקולקל ביתו כשיעמוד שם קצת שעה עד שילך לב"ד, והב"ד ישלחו להוציא משם, ס"ל להרמב"ם והשו"ע דאסור להכותו, כיון דליכא שום חשש הפסד הו"א אפשר להציל בענין אחר."

ולפי הנתי לכאן הייתה הגמ' יכולה להקשות מהברייתא גם על רב נחמן, שהרי גם לדעתו אסור להכות את העבד, אכן הנתי ביאר את הגמ' שהקשתה רק על רב יהודה, כי גם לרב נחמן בדיעבד אם הכה האדון את העבד והזיקו פטור, כיון שגם ב"ד ייתכן שהיו נצרכים לנהוג כך, וז"ל: "אבל ודאי אם כבר היכה, ואחר בואו לב"ד הב"ד מסופקין, שאפשר שאף הם לא היה להם באפשרי לעשיה כי אם על ידי הכאה, כגון שלא היה ציית אף לב"ד עד שהוצרכו גם הם להכותו, פטור. אבל אם הוא ברור שלחב"ד באפשרי לעשות שלא ע"י הכאה, דאז הו"א אפשר להציל בענין אחר, חייב. ובהכי מיירי הא דב"ק דף כ"ח הנ"ל כדמוכח בסוגיא התם, ולמאן דס"ל לא עביד איניש דינא לנפשיה [בדליכא פסידא], בכל גוונא חייב לשלם בדיעבד, ולהכי בבבא קמא כיון דלא תני התם רק שפטור בדיעבד, לא מקשה רק למאן דסבירא ליה לא עביד איניש דינא לנפשיה, דלמאן דאמר עביד לא קשה, דהא ע"כ מיירי בא"א להציל בענין אחר, דבאפשר חייב כדמוכח התם, אבל לענין לכתחילה שפיר פסקו הרמב"ם והשו"ע בסימן תכ"א דאסור."

ויש להקשות על הנתי, כי הנה הגמ' (ב"ק כח, א) הביאה ברייתא להקשות על רב יהודה הסובר שאין עביד איניש בדליכא פסידא, וז"ל הברייתא: "הממלא חצר חבירו כדי יין וכדי שמן, בעל החצר משבר ויוצא משבר ונכנס", וביאר הפנ"י (שם ד"ה בעל החצר) דעיקר הקושיא ממשבר ונכנס, דמן היציאה לא קשיא מידי, דודאי איכא פסידא מיקרי כיון שאינו יכול לילך לב"ד, אבל ממשבר ונכנס קשה, דאיירי שבעל החצר בחוץ וא"כ ילך לתחילה לב"ד ויתרה בו, וא"כ מבואר שלרב נחמן שיש עביד איניש אפילו בדליכא פסידא, אף שיש לו אפשרות ללכת לב"ד, מ"מ מותר לו לשבר כדי חבירו ולהזיקו, ומבוי' במהר"ם מלובלין (ד"ה ת"ש הממלא) "משבר והולך אנה ואנה בכל מקום שירצה", והדין נפסק ברמב"ם (חובל ומזיק ו, ה. והרמב"ם הרחיב את ההיתר אפילו אם שם את החביות ברשות) ובשו"ע (תוב, ב), ודלא כהנתי.

ונהי שהנתי כתב דבריו רק לגבי הכאה ולא לגבי נזקי ממון, אבל אם הנתי צודק

5. מבואר בגמרא שגם אשת הניזק יכולה להגן על בעלה, וגם היא כלולה בדין 'עבד איניש'¹⁴, וכתבו הראשונים שהדין כך גם בשאר קרובי הניזק ולא רק באשתו, שמוותר לקרוב הניזק להגן על הניזק באותן הדרכים שהותרו לניזק עצמו¹⁵.
6. יש אומרים שקרוב שהתערב להציל את קרובו, ולא ידע שהשני צודק, והזיק לשני, גם אם התברר אח"כ שהדין היה עם המכה, פטור

צייונים והערות

מאסורא, ודאי לאו למצוה נתכוון אלא לשנאה עשה כן, חייב. כן נראה לי לומר וצ"ע לדינא, והנה אף שבפרישה נשאר בצ"ע לדינא, אכן בסמ"ע (שם, כח) חזר על היסוד וסיים: "והמחבר (בשו"ע שם) דלא חילק ביניהו, אפשר משום דלא הרגיש בזה, דבאמת טעם הגון הוא לחלק ביניהו", ונראה שנוקט חילוק זה להלכה, וכן הח"ח (לה"ד י, ב. רכילות ט, ב) כתב בדומה לזה כמה פעמים להלכה.

הט"ז (סוס"י תכ"א) הביא את הסמ"ע וחלק עליו: "הסמ"ע מחלק בין אם רגיל בכך או לא, ואיני יודע טעם לזה החילוק, דכיון דדינא הוא שיכול להציל ע"י הכאה את המוכה, מה לי בזה שיש לו שנאה על המכה, מ"מ הוא עושה מצוה להציל את המוכה, וכי בכונת הלב תליא מילתא, ואף שאין דרכו כן בפעמים אחרות, הרי לא יפה עשה באותן הפעמים, אמנם בהאי מעשה שפיר קעביד ומצוה קעביד", והט"ז עצמו כתב להסביר חילוק הרא"ש, עפ"י יסוד חדש שהניח, שיש הבדל מהותי בין העושה דין לעצמו כדי להינצל מהכאת הגוף, לבין העושה דין לעצמו להציל ממונו, וההבדל הוא, שהנה יש דין שכל שיכול להציל ע"י דבר אחר אסור לו להכות ולהזיק לשני, וכתב הט"ז שהבא להגן על ממונו, מדקדקים עמו אם היה יכול להציל ע"י דבר אחר או לא כמב' בגמ', ואם לא מבורר לנו שלא הייתה לו אפשרות אחרת מחייבים אותו על ההכאה וההזיק, אבל מי שבא להגן על גופו מהכאה, אין מדקדקים עמו אם היה יכול להציל ע"י דבר אחר, וכל שאין בירור שהייתה לו אפשרות אחרת פוטרים אותו, אפילו אם אין בירור שהיה מוכרח להכות ולהזיק דווקא.

ועפ"י יסוד זה ביאר הט"ז את חילוק הרא"ש, וז"ל: "ובמכה [ל]מי ש[מכה אחד מישראל אין פוטרין אותו אם לא שיש בירור גמור שלא יוכל להציל בענין אחר, משא"כ במציל את קרובו אין מדקדקים כ"כ, ואפילו במקום שאין בירור שלא היה יכול להציל בענין אחר [פטור], דקרובו כגופו דמי. ואע"ג דאיתא בסמ"ד ד' דאין פטור על ההכאה אם יוכל להציל ממנו בלאו הכי, היינו במכה כדי להציל ממנו, אבל כאן שזה מכה קרובו והוא כמכהו בעצמו, ואפילו בספק הצלה יכול להכות במכה... והוא נכון". אבל קשה עליו מהגמ' שהסבירה שמה שחייבה התורה את האשה שהגינה על בעלה ע"י ביוש השני, זה בגלל שהייתה יכולה להציל בלי ביוש, ולפי יסוד הט"ז לא נדרש מהאשה לדקדק כ"כ אם היא יכולה להציל את בעלה ע"י דבר אחר, ואפילו כשהדבר ספק יכולה גם להכות וכדו', וא"כ מה שהתורה חייבה זה בהכרח רק באופן שיש בירור גמור שהייתה יכולה להציל ע"י דבר אחר, וא"כ הייתה הגמ' צריכה לומר שהחייב באשה בגלל שיכלה להציל ע"י דבר אחר, שונה מאוד משאר החיובים המוזכרים בגמ' שם כי היה יכול להציל ע"י דבר אחר, כי בשאר הדוגמאות שם חייב גם כשאין בירור גמור שהיה יכול להציל ע"י דבר אחר.

ומכל אחד מהדרכים יש נפק"מ גדולה להלכה, ליש"ש יוצא שקרוב המכה פטור אפילו אם נתברר אח"כ שהמכה צדק בדיון והקרוב לא בדק. להסמ"ע יוצא שזר המתערב צריך שתהא כוונתו אמיתית לשם שמיים משא"כ קרוב. להט"ז יוצא חידוש גדול שמוכה המזיק את המכה כדי להתגונן מהכאת הגוף אינו צריך לדקדק אם יש אפשרות אחרת להציל, וכן שקרוב הוא כמוכה עצמו לענין זה. ובשיטת המהרש"ל נדון עוד בסעיף הבא.

16. זו שיטת המהרש"ל הנ"ל בהסבר דברי הרא"ש. וצ"ע אם שאר הפוסקים מסכימים לדין זה, כי יש דרכים אחרות להסביר את הרא"ש כנ"ל, ובגמ' לא משמע כן, כי הגמ' מעמידה את הפסוק 'וקצותה את כפה' כשיכולה להציל את בעלה בלי ביוש השני, ואם מחשיבים את התערבותה כאונס [כמש"כ המהרש"ל], איך אפשר לדרוש ממנה לחשבן איך בדיוק להגן על בעלה, ואם הפסוק כן דורש זאת ממנה, גם נדרש ממנה לבדוק מי צודק, ואם אנחנו מצדיקים הכאה בלי לדקדק מי צודק בגלל שאנו מתחשבים ברגשותיה הטבעיות שאינה יכולה לראות את בעלה מוכה, היה לנו גם לפוטרה על סוג ההכאה כי אינה מסוגלת לאמוד איזו פעולה נכונה יותר. והגם שבכ"ז אפשר לחלק ביניהם, אבל ודאי יתכן שמי שאינו מוכרח לומר כמהרש"ל יסבור שאם קרוב היכה אדם אחר להגן על קרוב שאינו צודק יהיה חייב לשלם.

והנה לפי היסוד של המהרש"ל שמה שמוותר לקרוב להתערב הוא בגלל שאינו יכול להתאפק בראותו את קרובו מוכה, יש להסתפק אם הותר לקרוב להתערב

והיינו שב"ד היו מצילים בלי הכאה, חייב לשלם, זה נגד היש"ש (ב"ק ג, ו), כי חילק בזה בין מי שמציל עצמו בעצמו למי שמציל עצמו ע"י ערכאות של גוים, שמי שמציל עצמו בעצמו ואינו הולך לב"ד ובגלל זה גרם הזיק לשני ואפילו אם חבל בו, פטור, כיון שזה הדין של עבד איניש שלא צריך לטרוח כ"כ ללכת לב"ד, אבל מי שהלך לערכאות במקום ללכת לב"ד, ועי"ז גרם הזיק לשני שלא היה נגרם אם היה הולך לב"ד, חייב לשלם הזיק.

14. לגמ' היה פשוט שנידון התורה באשה שביישה את מי שהכה את בעלה הוא נידון עבד איניש, ולכן נאלצה הגמ' לומר שהפסוק 'וקצתה את כפה' שחייב את האשה מדובר בהכרח "שיכולה להציל ע"י דבר אחר", ולכן אין לה פטור של עבד איניש, וא"כ מפורש בגמ' שגם באשה המגינה על בעלה ישנו דין עבד איניש.

15. הרא"ש בתשובה (סד, א) דן באח שעזר לאחותו להוציא ממון מיד בעלה, והרא"ש פטור מטעם עבד איניש. כמו"כ, בפסקי הרא"ש (ב"ק ג, יג) השווה להדיא שאר קרובים לאשה המגינה על בעלה, וחילק בין קרוב המגין לבין אדם זר שמגין על הניזק, וז"ל: "וכן הדין **אם אדם רואה שמכין את אביו או בניו או אחיו, והכה את המכה כדי להציל קרובו, פטור, כמו אשה המצלת את בעלה** אם אינה יכולה להציל ע"י דבר אחר, וכן אם רואה אדם שישאל מכה את חבירו, ואין יכול להציל אם לא שיכה את המכה, אעפ"י שאין מכהו מכת נפש, מותר להכות המכה לאפרושי מאסורא, כדאמרין לעיל בנרצע שנשא שפחה כנענית וכלו ימיו שרבו מותר לחבול בו לאפרושי מאסורא", והיינו שהרא"ש מחלק בין קרוב שמוותר לו להגן על קרובו מדין 'עבד איניש', משא"כ אדם זר שמתערב להגן על הניזק שההיתר שלו להתערב הוא אך ורק מדין 'אפרושי מאסורא' ולא מדין עבד איניש.

ועמדו הפוסקים על החילוק שעשה הרא"ש, וכמו שכתב היש"ש (ג, כז): "מדחלקינהו הרא"ש לתרתי בבא, בתחילה כתב אביו או בנו או אחיו ותלה טעמו שיכול להציל את קרובו כמו אשה המצלת את בעלה, ואחר כך פסק אפילו חבירו יכול להצילו ולהפריש המכה מאסורא, אלמא דינים חלוקים הם", והפוסקים כתבו טעמים שונים בטעם החילוק, ומהם יש כמה נפק"מ בין קרוב לבין אדם זר. היש"ש הסביר וז"ל: "ודאי אשה הרואה שאדם מכה את בעלה **אפילו בדיון**, והיא לא ידעה והצילתו, פשיטא שפטורה, וזהו **אונס ממש**, מאחר שלא ידעה באיך הסיבה, ואיך תעמוד בצער נפשיה להתאפק, וגם זה המכה לא היה לו להכותו בפני אשתו. ולנדון זה דומה מי שראה שמכין אביו או בנו או אחיו, שאין אדם יכול לראות ולהתאפק בצער, וגם למכה היה לו להזהר שלא להכותו לפניו".

והיינו שהחילוק בין קרוב לבין אדם זר הוא, שקרוב מותר לו להתערב מדין עבד איניש ולא רק בגלל הפרשה מאסור, ולכן גם אם המכה צודק בדיון [ואין הפרשה מאסור] יהיה הקרוב המזיק פטור, כי הקרוב אינו צריך לבדוק מי צודק - המכה או המוכה, ובכ"א שהגין על קרובו והזיק למכה יהיה פטור, משא"כ אדם זר יש אצלו רק דין אפרושי מאסורא, ולכן רק כשברור לו שהשני מכה באיסור מותר לו להתערב. והמהרש"ל כתב שני טעמים להסביר מדוע קרוב פטור גם כשהמכה צדק בדיון, הטעם העיקרי הוא בגלל אונס הקרוב המתערב, שכיון שהקרוב מצטער בצער קרובו המוכה לכן לא נדרש ממנו לברר מי צודק ומותר לו להגן על קרובו, הטעם הנלווה הוא בגלל אשמת המכה, כי לא היה לו להכות לעיני קרוב המוכה שלא יוכל להתאפק בצער נפשו. ובאדם זר כמוהו לא שייכים שני הטעמים האלו, ולכן מותר לו להתערב רק מדין אפרושי מאסורא ודווקא כשהשני מכה באיסור.

הפרישה (סוס"י תכ"א) כתב דרך אחרת להסביר את חילוק הרא"ש - וממילא גם הנפק"מ לדינא בין קרוב לבין אדם זר, שמדיון אפרושי מאסורא צריך שתהיה כוונתו לשם שמיים דווקא, משא"כ העושה דין לעצמו בעצמו, ולכן קרוב שיש בו דין עבד איניש פטור "אפילו אם אנו יודעין שאינו עושה זה כדי לאפרושי מאסורא, כגון דידועין ביה שלפעמים רואה ראובן מכה שמעון ואינו מוחה, אפילו הכי פטור, כיון דקרובו הוא המוכה נתייחס לבבו בקרבו, והכה הוא המכה כדי להציל קרובו. ואחר כך אמר [הרא"ש] שהרואה חבירו מכה רעהו יכול להכות למכה כדי לאפרושיה מאסורא, ומשמע, הא אם יודעין אנו דלאו בר הכי הוא שמפריש

7. אדם שרואה איך שמישהו מזיק או עומד להזיק ליהודי אחר, מצווה עליו לעזור לניזוק להצילו מיד המזיק ולמנוע את ההזיק¹⁷, אכן דין זה נכון כשרואה את המעשה ובידו למנוע אותו, אבל אם זה כבר לאחר מעשה, וכגון שחבירו טוען שהשני גנב ממנו חפץ או מסרב להחזיר לו פקדונו, והוא מבקש ממנו עזרה בתפיסת החפץ בחזרה, דנו הפוסקים אם מותר לו לעזור לחבירו או לא¹⁸. יש מי שאומר שמוותר לו לעזור לו בתנאי שהוא יודע שחבירו צודק בטענתו¹⁹, ויש מי שאוסר לעזור בכל אופן²⁰, ויש מי שמסתפק באופן שידוע שחבירו צודק אם מותר לו לעזור²¹.

ציונים והערות

אופנים שייתכן שיצטרך לשלם לשני על החבלות וההזיקות

8. אפילו אם הניזוק עשה פעולה שבי"ד לא היו מתירים לו לעשותה, מ"מ אם מדובר בפעולה כזאת שבדיעבד לא מחזירים עליה את הדין אם בי"ד התירו אותה [וכגון מה שבגדר 'הלכה ואין מורים כן']. פטור הניזוק גם אם לא שאל את בי"ד, כי מכיון שפסק כזה [של היתר הפעולה] חל בדיעבד, גם פעולתו מועילה בדיעבד²².

9. אם השני עומד לגרום לו הזיק שיהיה חייב לשלם עליו רק בדיני שמיים [אם לא ימנעו ממנו להזיק], וכגון שעומד להזיקו ב'גרמא',

"אם היה רוצה לחזור בו [ולא לשלם], יתלנו על עץ אם גברה ידו עד דאמר ליה אף על פי כן", ועל כפיה זו כתב התורה"ד שאסור לעשותה ע"י נכרים, כיון שמכוער הדבר לערב גוי בסכסוכים של יהודים, ובדרך אגב הוסיף, שנראה לו שאפילו בדיעבד אם כבר עזר גוי במריבה שבין שני יהודים ומסר את החפץ שתפס ליהודי שבא לעזור לו, אין היהודי יכול לתפוס את החפץ.

ומאחר שהתורה"ד לא דיבר בדין עבד איניש אלא בדין שמיטת כספים, לכן נדחית לכאן ראיית השד"ח, כי התורה"ד היה מוכרח לדבר רק אודות עזרה מגוי, כי בשמיטת כספים א"א להיעזר ע"י בי"ד כמובאר להדיא בגמ' שם, וכיון שכבר אסר להיעזר ע"י גוי בשמיטת כספים הוסיף בדרך אגב שכך הדין גם בעבד איניש, אבל מזה א"א לדייק שדווקא גוי אסור אבל יהודי מותר, כי לא נכנס כלל לחלק בין יהודי לגוי. ומטעם זה גם א"א לדייק כלום מהרמ"א שהביא את התורה"ד כצורתו.

בנוסף להנ"ל, הגם שטעם האיסור שכתב התורה"ד להיעזר ע"י גוי אינו שייך ביהודי, והיינו שמכוער להיעזר ע"י גוי, מ"מ יש סיבה אחרת למנוע מיהודי זר להתערב, והמניעה אינה בגלל איסור על הניזוק, אלא מצד איסור שיש על מי שבא לעזור, ונבאר.

שהנה, בשונה מהדין שהבאנו לעיל במי שרואה אדם שעומד ומזיק לחבירו, שמצווה עליו להגן על הניזוק ולעזור את המזיק, גם מדין אפרושי מאיסורא וגם מדין השבת אבידה ולא תעמוד על דם ריעך וכו"ל, אבל אם אינו רואה בעצמו מעשה רשע, אלא חבירו טוען שנעשה לו עוול והוא מבקש עזרתו, הגם שהניזוק עצמו אין עליו איסור לבקש עזרה מאדם אחר, אבל העוור עצמו יש עליו איסור, ובדומה למב' בגמ' (שבועות לא, א) "ואשר לא טוב עשה בתוך עמיו... זה הבא בהרשאה", והיינו אדם שבא להתערב בדין שאינו שלו בהרשאת אחד בעלי הדין, וכמו שפירש רש"י: "שמתערב על ריב לא לו". וכן הוא בגמ' אחרת (כת' פו, א) שאסור להיות 'עורכי הדינים', ופירש"י: "כקרב של בעל דין או אוהבו הבא אצל דיין ועורכו בראיות אחר זכות אוהבו או קרובו", ושם מדובר אפילו אם רק נותן עצה לחבירו שתעזור לו בדין, וכ"ש שאסור להתערב בהכאות והזיקות לעזור לצד אחד. חוץ מהנ"ל, יש לו גם חסרון של תופס לבע"ח במקום שחב לאחריו.

וב"ה מצאתי שכך טען הארח משפט (חזן, ס' ד הג' הטור ס"ק ד) בשם המעיין גנים, וז"ל: "ה"ה אפילו ע"י ישראל אחר אינו רשאי לעשות דין כל שהאחר אינו בי"ד, דהדבר מסור לבי"ד דווקא, ולפי שעי"י ישראל אחר לאו איסורא עלויה (על בעל הדין) כי אם על הישראל (העוור), משום הכא לא פירש, משאי"כ כשעשה ע"י גוים איסורא דרביע עלויה", ולכן אסר להיעזר ע"י יהודי מטעם עבד איניש, וכתב רק שלפעמים אפשר ליהודי אחר לעזור מצד איפרושי מאיסורא. בכסף הקדשים (ס' ד) לא הזכיר מכל הנ"ל, אבל הסתפק מעצמו באופן שהעוור יודע שהצדק עם הניזוק וכן באופן שמאמין לניזוק, שייתכן שמוותר לו לעזור לניזוק, אבל לא הכריע.

19. דעת השדי חמד הנ"ל.

20. דעת האורח משפט הנ"ל.

21. דעת הכסף הקדשים הנ"ל.

22. כ"כ הט"ז (ד, א) ליישב את הרמב"ם (סנהדרין ב, יב) והטור (ס' ד), שכתבו וז"ל: "אם קבל (התלונן) עליו בעל דינו והביאו לבית דין, ודרשו ומצאו שעשה כהלכה ודין אמת דן לעצמו, אין סותרין את דינו", והקשו המפרשים בדבריהם: א', מה ההו"א לסתור את דינו, והרי עשה כהלכה ודין אמת. ב', למה רק בדיעבד אין סותרין את דינו, והרי מלכתחילה מותר לו לעשות דין לעצמו? ויישב הט"ז, שהרמב"ם והטור התכוונו למקרה שהפעולה שהוא עשה היא בגדר 'הלכה ואין

לטובת קרובו שלא בשעת מעשה עצמו, כשאינו רואה מול עיניו איך קרובו מוכה וניזוק. ונדגיש, שלעניין הכאת השני לאחר שכבר הפסיק להכות לקרובו, זה בוודאי אסור, ולא גרע מהמוכה עצמו שלא הותר לו להכות ולהזיק לאחר שהשני כבר חדל מלהכותו, וכמ"כ הרא"ש (ב"ק ג', יג): "שני אנשים נמי מיירי שהתחילו כאחת או אחר זמן", והיינו שאין היתר להכות לאחר שכבר הפסיק הראשון, וכ"כ הסמ"ע (תכא, כד): "לאחר שחבל זה בחבירו, פירוש, ופסק מלהכותו, אם חזר גם הוא מיד, פירוש אפילו בעודו בחמימותו, וחבל בו, חייב גם הוא".

וא"כ הספק הוא באופן שהשני גנב מקרובו או הזיקו, אם מותר לקרוב הניזוק לתפוס מהשני מדין עבד איניש (ואינו דנים כאן מצד אפרושי מאיסורא), וכמו שמוותר לניזוק עצמו, האם נאמר שבזה כיון שאין את הסברא של המהרש"ל שהקרוב אינו יכול להתאפק, אין לקרוב דין עבד איניש.

וב"ה מצאתי בדעת משפט (סעיף תנג) שהביא מה שפסק הרדב"ז (ג, תפה), שאם ראובן חייב כסף לאחותו לאה, ובמקרה הגיע ממון ראובן ליעקב חתן אחותו, אסור לו להחזיק בכסף עבור חמותו, וע"כ סבר שאין אצלו דין עבד איניש, ורק לאה עצמה שראובן חייב לה יכולה לעכב הכסף אבל קרובה לא, וז"ל הרדב"ז: "כתבו הפוסקים שאם עכב הפקדון בשביל חיוב אחר מעוכב, אבל מלוה יכול לעכב בשביל עצמו, אם יודע בודאי שחבירו חייב לו ממקום אחר, אבל בשביל אחרים לא, וגריעי מתופס לב"ח במקום שחב לאחרים". אמנם מדבריו אין כ"כ ראייה מכמה טעמים: א', כי אינו מוכח שהרדב"ז נוקט כהרא"ש שגם לשאר קרובים יש דין עבד איניש (חוץ מאשה לבעלה שמפ' בגמ'). ב', במקרה של רדב"ז הייתה סיבה מיוחדת שלא יוכל הקרוב לתפוס עבור קרובו, כי הקרוב לא ידע אם קרובו צודק בדין, ואדרבא, בי"ד פסקו שחמותו צריכה להישבע, והחתן תפס כדי לכוף את הצד השני לוותר על זכותו, ולכן אין לזה קשר כלל עם דין עבד איניש. ומה שטען הרדב"ז שזה כמו תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, ייתכן שגם הרא"ש יסכים לזה, שאין היתר לתפוס עבור קרוב, וא"כ עכ"פ לגבי השאלה שלנו בוודאי יסבור הרדב"ז לדינא שקרוב לא יכול לתפוס עבור קרובו שלא בשעת מעשה. עוד יש לציין, שמהט"ז הנ"ל (בהערה הקודמת) מוכח שסובר שיש דין של עבד איניש גם בקרובים גם שלא בשעת מעשה.

17. כי אם יש לו הפסד פשיטא שמצווה לעזור לו משום השבת אבידה, ולפי הרמב"ם בסה"מ (רצז) יש גם חובה משום לא תעמוד על דם ריעך, והוא על סמך הגמ' בסנהדרין (עג, א), וז"ל הגמ': "מניין לרואה את חבירו... או לסטין באין עליו שהוא חייב להצילו, תלמוד לומר לא תעמד על דם רעך", והרמב"ם הבין שנלמד מזה גם חיוב הצלה בהפסד ממון, וז"ל: וכבר אמרו שמי שיכבש עדות תכללהו ג"כ זאת האזהרה, כי הוא רואה ממון חבירו אובד". והביאוהו המשכנות יעקב (ס' יב, מובא בפת"ש כח, ד), לגבי כבישת עדות.

18. בהערה לעיל (הע' 15) הבאנו דברי הרא"ש שמשמע ברור בדבריו שרק בקרוב יש דין של עבד איניש, אבל באדם זר יש רק דין אפרושי מאיסורא, שהוא דין שונה מדין עבד איניש.

אכן השדי חמד (ריש מערכת ע) הוכיח שישנו לדין עבד איניש גם באדם זר, ממה שפסק התורה"ד ובעקבותיו הרמ"א (ס' ד) וז"ל: "ודווקא הוא בעצמו יכול למעבד דינא לנפשיה, אבל אסור לעשות על ידי עובדי כוכבים", ודייק השדי חמד, שדווקא עזרת גוי אינה בכלל עבד איניש, אבל עזרת יהודי היא בכלל עבד איניש, כי אם אסור להיעזר ע"י זר באופן עקרוני, למה הזכירו דווקא גוי.

והנה התורה"ד עצמו עיקר נידונו לא היה בדין עבד איניש, אלא בדין הנאמר בשמיטת כספים, שמוותר למלוה לכפות את הלוח כדי שיאמר שמשלם אעפ"י שהחוב נשטם, וכמב' בגמ' (גיטין לז, ב): "תלי ליה נמי עד דאמר הכי", ופירש"י:

מותר לניזוק למנוע את המזיק ממעשיו ואפילו בהכאה וכו'²³, אבל אם אחר שכבר נעשה ההיזק תפס ממון השני [תמורת ההיזק] בהכאות וכו' [שהרי השני חייב לו בדיני שמיים], יש אומרים שחייב להחזיר את מה שתפס ואף לשלם על ההכאות וההיזקות [אם היו], כיון שההיזק כבר נעשה והמזיק פטור עליו בדיני אדם, ולא מועילה תפיסת ממון בחיוב שאינו אלא בדיני שמיים²⁴. ויש חולקים²⁵.

10. אדם שגנב מחבירו והתחייב מיתה על מעשה הגניבה [וכגון שהגנב

בא במחתרת], אף שהגנב חייב להחזיר את הגניבה אם הוא 'בעין' [והיינו שהוא קיים כמו בשעת הגניבה]²⁶, אבל אם בא הנגנב לתפוס את החפץ הנגנב²⁷, יש מי שאומר שכיון שבי"ד לא היו מחייבים את הנגנב בממון משום דין 'קם ליה בדבריה מיניה', אסור לנגנב לתפוס ממנו את החפץ לכתחילה, ורק בדיעבד אם הנגנב כבר תפס ממנו זכה בחפץ, ובדיעבד אם הכהו פטור על ההכאה²⁸, אמנם הסכמת הפוסקים היא שגם לכתחילה מותר לו להכות ולתפוס.

ציונים והערות

רב, הבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור... אמר רבא, מסתברא מילתיה דרב בששיבר דליתנהו, אבל נטל לא²⁹.

27. ובדין אם נשברה הגניבה אחר מעשה הגניבה, והנגנב רוצה לתפוס ממנו ממון עבור הגניבה, הדין תלוי במחל' בשו"ע (סי' שנא), ואיכה"מ.

28. כ"כ הנתי' (כח, ב), ולהבנת דבריו נקדים: מב' בגמ' (ב"מ צא, א) שגם מי שנפטר מדין קם ליה בדבריה מיניה, מ"מ לא פוקע ממנו עצם חיוב התשלום, וכתב רש"י (ד"ה רבא אמר) שהפשט הוא שחייב לשלם מדינא, ורק שאין לבי"ד כוח לחייב אותו לשלם, וכתב עוד, שאם הניזוק תפס ממנו אין מוציאים ממנו, ולפי גרסת התוס' (ד"ה בבא) מב' בגמ' עצמה שחייב לשלם לצאת ידי שמיים. וכן פסקו הפוסקים שחייב לצי"ש ומועילה תפיסה (הש"ך כח, ב הביא שכך פסקו האו"ז והמהרש"ל ביש"ש ב"ק ו, ו).

והנה בגמ' (סנהדרין שם) נחלקו רב ורבא במי שיש בו דין קם ליה בדבריה מיניה, אם בי"ד מחייבים אותו על ממון בעין שגנב, וכבר הבאנו (הערה 26) שנחלקו בזה רב ורבא, לדעת רב אין מחייבים אותו להחזיר הגניבה מטעם קלב"מ, ולדעת רבא חייב הגנב להחזירו, כי לא נאמר דין קם ליה בדבריה מיניה אלא דווקא בממון שאינו בעין. עוד מובא בגמ' שם עובדא ברבא: "רבא איגנוב ליה דיכרי [איילם] במחתרתא, אהדרניהו [הגנב] ניהליה ולא קבלינהו", ורבא הסביר את עצמו, שאף שלשיתנו כיון שהגניבה בעין אין בזה פטור קם בדבריה מיניה, מ"מ משום כבודו של רב לא קיבל את האיילים הגנובים. והקשו התוס' (ב"מ שם), שלמה לא קיבל רבא את הגניבה, והרי הגנבים חייבים להחזיר לו עכ"פ לצאת ידי"ש? ותירצו, שהסיבה שהגנבים רצו להחזיר הייתה כי הם חשבו בטעות שהדין מחייב אותם להחזיר, ולא שרצו לצאת ידי"ש, ולכן לא קיבל רבא מהם.

והקשה התומים (כח, ד) על התוס', שגם אם רצו להחזיר רק בגלל סיבה מוטעית, אבל מ"מ היה לו לרבא לתפוס את החפץ, שהרי אם תפס אין מוציאים ממנו? ויישב הנתי' שרק בדיעבד תפיסה מועילה בקלב"מ, אבל לכתחילה אסור לתפוס בקלב"מ, כיון שתפיסה מועילה רק משום עביד איניש. ודבריו מובנים לפי מש"כ כבר (הערה 11, ועלון 117 הערה 9) שהנתי' הבין שהכוח של עביד איניש הוא שיש לבעל דבר כוח של בי"ד, והנהגה שלו צריכה להיות דומה להנהגת בית דין, וכיון שבי"ד לא מוציאים מהגנב מטעם קם ליה בדבריה מיניה, לכן גם הוא עצמו אינו יכול לתפוס ממנו לכתחילה, כי אין לו כוח יותר מבי"ד.

אמנם האחרונים כתבו תירוצים אחרים ליישב קושיית התומים, (וכמו התומים עצמו, שכתב תי' אחר, וכן הקצוה"ח (כח, א) מתיר אחרת), ולכן אין הכרח לחידוש הנתי'. גם יש להעיר, שלפי המהרי"ק (סי' קסא) באופן שבאים להחזיר לו את הגניבה עצמה אין צריך כלל להגיע לדין עביד איניש, כיון שאין צורך להכות ולהזיק, וא"כ לא מתורצת קושיית התומים בחידוש הנתי'. מאוד דומה להנ"ל הקשה גם ר' שמעון שקופ (כתו' סי' מ, הוא לא הביא את המהרי"ק, וטען רק שמקרה כזה שהגנב מחזיר מעצמו אינו שייך לדין עביד איניש). בשיעורי ר' שמואל (מכות עמ' מה הערה צא) הקשה על הנתי', איך ייתכן שהדין יהיה שבדיעבד אם תפס הוא שלו, אבל לכתחילה אסור לו ליקח, והרי ממנ"פ, אם בדיעבד מועילה תפיסתו, למה לא יכול לקחת גם מלכתחילה.

גם האבני נזר (יו"ד קלד, ד) הביא את הנתי' ובגלל הקושיא הנ"ל חלק עליו, והעיר שהנתי' עצמו בחידושים כתב רק לשון "ואפשר". גם האמרי בינה (דיינים ג, ב ד"ה ועיין) התקשה מאוד בדברי הנתי', והביא שהמהר"ם מרוטנבורג ביאר את הנהגת רבא שסירב לקבל את הגניבה בחזרה, שזה בגלל שהוא כמו גניבת דעת, כיון שהם רצו להחזיר רק כי טעו שהדין מחייב אותם, ולכן גם אם מותר לו לקבל מטעם תפיסה בכ"ז יעבור על איסור גניבת דעת.

מורין כן, והיינו שלכתחילה ההנהגה הנכונה היא שבי"ד לא יפסקו כן, ורק בדיעבד אם פסקו כך לא מבטלים את הפסק, ולכן גם אם הניזוק עשה כך ע"ד עצמו אין מוציאים ממנו, כי מעשיו נחשב כפסק בי"ד בדיעבד. והט"ז הביא שכ"כ בספר התרומה להדיא.

הט"ז הביא דוגמא לדין שאם בי"ד פסקו שלא כפי הדין הפשוט, חל הדין בדיעבד, והיא המבואר בשו"ע (קח, יא): "מת לזה בחיי מלוה ואחר כך מת המלוה, אין הירושים בין שהם בנים... נוטלים כלום אפילו בשבועה, שהרי כבר נתחייב המלוה שבועה לירושי הלוה... ואם עבר הדיין והשביע יורשי המלוה וגבו חובם, אין מוציאים מידם".

ודברי הט"ז מוסברים מאוד לפי הדעה שהבאנו בעלון הקודם (הדעה הראשונה בדין 3), שדין 'עביד איניש' יסודו הוא שהניזוק הוא כבי"ד והוא פועל כשליח הבי"ד של עצמו לבצע את הפסק של עצמו, ולכן אחר שפסק כך דינו שווה לבי"ד שפסק כך שהדין חל בדיעבד, וכ"כ הקונטרסי שיעורים (ב"ק טו, ז), וכתב עוד שהטור הנ"ל הוא בשיטת אביו הרא"ש (שהבאנו שם) שסובר ש'עביד איניש' היינו שהניזוק יש לו כוח של דין. עוד הביא הקונט"ש שזו גם סברת הש"ך בתקפו כהן (סי' פז) שהוכיח שמועילה תפיסה בספיא דדינא, שכיון שאם בי"ד היו פוסקים כא' מהצדדים היה הפסק חל בדיעבד, לכן גם תפיסה מועילה בדיעבד מדין עביד איניש כיון שהתופס נחשב כדיין.

23. כ"כ הנתי' (מ, ד, א), והיה פשיטא ליה כך, כיון שמקור הדין של עביד איניש נאמר בכה"ג, והיינו הנידון המובא בגמ' (ב"ק כז, ב): "שלח ליה רב חסדא לרב נחמן... דהווא גרגותא [באר מים] דבי תרי דכל יומא הוה דלי חד מנייהו, אתא חד קא דלי ביומא דלא דיליה, א"ל יומא ידידי הווא, לא אשגח ביה, שקל פנדא דמרא [ידית של מעדר] מחייה [הכהן]. א"ל [רב נחמן לרב חסדא], מאה פנדי בפנדא למחייה", ומבואר בגמ' שם שההיתר להכות הוא משום הפסד הניזוק, כי ר"נ אמר שאפילו רב יהודה הסובר שבמקום דליא פסידא אין דין עביד איניש, מ"מ כאן [במקום פסידא עביד איניש דינא לנפשיה]. והנה שם ההפסד היה רק בגרמא, כי מב' ברש"י שהניזוק חשש שיכלו המים מהבאר ולא יהיה לו להשקות שדהו וייתייב השדה, ומשום הפסד זה הותר לו להכות, אף שהפסד השדה הוא גרמא בעלמא.

בדומה לזה פסק הגרי"ל דיסקין (פסקים א), שמותר להכות ולבזות מי שיוזר לאומנות חבירו או מהפך בחררה שהיפך בה עני, כיון שנקרא רשע, ומותר למנועו מדין אפרושי מאיסורא וגם מדין עביד איניש, וזה נחשב פסידא כיון שהרשע לא יצטרך לשלם לניזוק. המהרי"ל הוסיף וכתב שאם הרשע יחזיר לו מכות או יזיקו יהיה חייב לשלם, ואף כינהו "מבזה שליח בי"ד".

24. כ"כ הש"ך (כח, ב) והמהרש"ל (יש"ש ב"ק ו, ו), שלא מועילה תפיסה בחיוב שאינו אלא לצאת ידי"ש, ואינו דומה למי שפטור מטעם 'קם ליה בדבריה מיניה' שאם תפסו ממנו מועילה התפיסה (לכה"פ בדיעבד, ראה בדין הבא). ודבריהם מובנים מאוד לפי הנ"ל שיש לניזוק כוח של בי"ד, והיינו שדינו שווה ממש לבי"ד, שאסור להם להוציא ממנו ממון כיון שחייב רק לצי"ש.

25. הש"ך הנ"ל כתב כן בשם המהרש"ל, אור זרוע וריב"ש, וגם הקצו' (כח, א) והנתי' (חיד' כח, ו) פסקו כן. אכן רעק"א (בהגה' שם, הובא גם בפת"ש שם סק"ו) מביא שהרמב"ם והרשב"א חולקים, ולדעתם מועילה תפיסה בחיוב לצי"ש. למעשה הסתפק רעק"א אם אפשר לטעון 'קים לי' שמועילה תפיסה, ודן בזה גם בפת"ש (ע, ח). הכנה"ג (כח, הגה"ט כה) הביא שגם מהמהר"ם מינץ (סי' קי) סובר שמועילה תפיסה.

26. מפ' בגמ' (סנהדרין עב, א) בדעת רבא שקי"ל כמותו, שכל שהחפץ בעין אין הגנב פטור מהחזרת הגניבה מדין קם ליה בדבריה מיניה, וז"ל הגמ': "אמר

גדר החזקה לשימוש פרטי בחצר השותפים

המשנה בבבא בתרא (נז.) מביאה דינים שונים לגבי חזקה של אחד השותפים בחצר השייכת לכל השותפים, ומבואר שם שיש דברים שמועילה בהם חזקה, וכגון עשיית מחיצה בגובה עשרה טפחים, והיינו שאם אחד מהשכנים הורגל להשתמש בשימוש זה בחצר, שעשה מחיצה גבוהה עשרה טפחים, שימוש זה מקנה לו 'חזקה' בחצר לאותו שימוש, אבל יש דברים שאין בהם חזקה בחצר השותפים, אף שהורגל אחד השותפים להשתמש בו, וכגון העמדת בהמה בחצר. ופירש הרשב"ם שם (ד"ה אלו) שהאופנים האמורים במשנה שאין מועילה בהם חזקה, היינו אף בשימוש של שלש שנים, והגם שלא מיחו בו בכל אותם שנים, מכל מקום אין למשתמש חזקה לשימוש שהורגל בו.

ויסוד החילוק בין הדברים שמועילה בהם חזקה לבין הדברים שאין מועילה בהם חזקה, מבואר במסקנת הגמרא שם, שכל דבר שאנשים מקפידים עליו שלא יעשו אותם בחצר, וכגון עשיית מחיצה, הרי בכך שאחד השותפים עשה שימוש זה במשך שלש שנים זו ראייה שקנה זכות שימוש זו, שהרי לולא שהיו מקנים לו שימוש זה, במכירה או במחילה, ודאי היו מוחים בו ולא היו שותקים לו על שימוש, שהרי דרך בני אדם להקפיד על שימוש זה, ולכן יש לו חזקה.

אבל בדברים שאין אנשים מקפידים על כך שאחד השותפים עושה שימוש זה בחצר המשותפת, וכגון העמדת בהמה, אין השימוש בדברים אלו מוכיח שאותו שותף קנה את הזכות הזו, ואף לא שמחלו לו על כך, כיון שאין דרך בני אדם למחות על דברים אלו כל זמן שאין הדבר מפריע להם, ולכן אין הוכחה ממה ששתקו לו על השימוש שהקנו לו שימוש זה. וכן פסק הרמ"א (סימן קמ סעיף טו): "היה לו חלק בחצר בשותפות, אם הוא מקום שדרכם להקפיד בזה, או שעשו שאר דברים שדרך להקפיד עליו, ולא הקפידו עליו, הוי חזקה למה שהחזיק".

וכתב בזה הסמ"ע (שם ס"ק כב) שני דינים, א. שותף שהחזיק בשימוש מסוים אינו צריך לטעון שקנה זאת משאר השותפים, אלא בעצם זה ששתקו לו על השתמשותו הרי זו ראייה שמחלו לו על כך וזכה בחזקה ע"י מחילה זו. ב. בחזקה זו אין צורך בהחזקת שלש שנים, אלא כיון שהוא דבר שמקפידים עליו, ושתקו, זכה בחזקה מיד, ודין זה הוא לכו"ע, ואפילו לדעת הפוסקים הסוברים שחזקה בחצר חבירו תהיה רק אחר ג' שנים, אבל בחצר השותפים תהיה החזקה מיד.

ולפי זה, בנידון שפתחנו בו, שאחד השכנים בנה סוכה בחצר השותפים, הרי זהו דבר שאין דרך השכנים להקפיד עליו, כל זמן שלא עשה שינוי בחצר עצמה לבנות בה דבר קבוע, ולכן אין לו חזקה כלל, ואפילו אחר שלש שנים יכולים שכנים אחרים לטעון כנגדו שזכותם לבנות סוכתם במקום זה, ויצטרכו להגיע ביניהם להסדר.

אמנם אם אותו דייר עשה דבר קבוע במקום, וכגון שריצף את השטח המשמש לסוכתו, או שעשה פרגולה, שזה מראה שכוונתו לעשות שם שימוש קבוע, ודאי שעל דבר זה מקפידים השותפים, ואם עשה כן ולא מיחו בידו, החזיק לעשות סוכה במקום זה מיד בשנה הראשונה, כיון שעשה דבר קבוע, וכפי שנתבאר בסמ"ע שהובא לעיל שאין צריך טענה של קנין אלא מספיק טענת המחילה ששתקו לו על כך, וכן זכה בחזקה זו מיד ואין צריך שלש שנים.

ומטעם זה יוצא ג"כ שאם אחד השכנים מהקומות העליונות בונה מרפסת לסוכה, שזהו דבר קבוע, צריכים למחות בו מיד, כדי שלא תהיה לו חזקה, ואם לא מיחו בו זכה מיד בחזקה לבנות שם סוכה מאחר ובנה דבר קבוע.

אם יש לאדם זכות לבנות סוכה צמוד לביתו

בזמן ששני שכנים עומדים לבנות סוכה בחצר, והמקום המיועד לבניית סוכה סמוך לביתו של אחד מהם, ואותו אחד טוען שכיון שמקום זה סמוך לביתו הרי הוא רוצה לבנות את סוכתו ליד ביתו, יש לדון האם יש לו זכות בדבר מדין בר מצרא, או מדין כופים על מדת סדום, ויש לחלק נדון זה לשני אופנים:

א. אם הם רוצים לעשות דבר קבוע במקום, וכפי שהתבאר על ידי זה יהיה לכל אחד מהם חזקה גמורה במקום סוכתו, אם כן הרי זה דומה לחלוקת השותפים שמחלקים ביניהם לענין זה [אף שנשארים שותפים בכל שאר החצר], ודין זה תלוי במחלוקת הראשונים (הו"ד בס' קעד) בשני שותפים שבאים לחלוק שדה, ולאחד מהם יש שדה נוספת הסמוכה לשדה השותפות, ואותו אחד רוצה שיתנו לו את חלקו סמוך לשדהו, והשני טוען שיחלקו בגורל.

ודעת המחבר ששומעים לזה שיש לו שדה סמוך כדי שיהיה לו שדה אחד, והענין של שותפו בדבר זה הרי הוא מדת סדום. ולדעת הרמ"א אין שומעים לו, אלא צריך להוסיף דמים תמורת החלק הסמוך לשדהו עד שיתרצה חבירו, או שיחלקו בגורל. עוד דעה הביא הרמ"א, שיש אומרים שכל דאלים גבר. אך גם לדעת המחבר דין זה הוא רק בזמן שאין הבדל בין שני החלקים, אבל אם יש איזה צד שחלק אחד יותר טוב מהשני הרי הם חולקים בגורל או שיעלה את החלק בדמים, אך אינו ענין לדין בר מצרא.

ולכן גם בנדון הנ"ל, אם רוצים השכנים שכל אחד מהם יעשה דבר קבוע ויקנה לו בזה חזקה לעשות את סוכתו במקום זה, הרי זה דומה לחלוקת השותפים, ואם אין שום חילוק אמיתי בין שני המקומות, הרי זו מחלוקת בין המחבר והרמ"א. ואם יש חילוק בין המקומות, וכגון שהמקום הצמוד לביתו של זה קרוב יותר גם לשני או כל חילוק אחר, הרי צריכים לחלוק בגורל או שאחד מהם יעלה את המחיר שמשלם על מקום זה.

ב. אם אינם רוצים לקנות חזקה בזה, ואינם עושים שם דבר קבוע, לכאורה גם לדעת הרמ"א יהיה בזה הדין של כופים על מדת סדום, היות והשימוש שווה ולזה יש תועלת שיהיה הסוכה ליד ביתו הרי כופים על מדת סדום, אבל אם יש הבדלים אחרים במקום, שמקום זה יותר טוב מאיזה צד שהוא, הרי שניהם שווים וצריכים להסתדר ביניהם.

זכות בניית סוכה נוספת לשכן שהוסיף לעצמו יחידת דיור

מצוי ששכנים בונים יחידות דיור על הגג או ליד דירתם או בחניה, ומוכרים או משכירים יחידה זו לאחר, ויש לדון האם יש לדייר זה יזכות לבנות סוכה בחצר כמו לשאר השכנים, או שכיון שהוא בא מכח הראשון, שהיתה לו זכות לסוכה אחת, אין לדייר החדש זכות לבניית סוכה נוספת מכח הראשון.

והנה, אם זה שבנה את היחידה עשה כן ברשות השכנים, והדייר ביחידה שותף בעול ועד הבית בכל ההוצאות, אם כן הרי הוא שותף ככל השכנים, ויש לו גם זכות בחצר לבנות סוכה כמו לכל השכנים, שהרי דירה זו נבנתה ברשות השכנים, ואין זכותו נגרעת בזה שהמוכר או המשכיר גם בונה סוכה בחצר, ואין זכותו לבנות סוכה פחותה משאר הדיירים.

הוצאת מרפסת מעל שטח סוכת חבירו שבחצר

שכן שיש לו חזקה בחצר לבנות שם סוכה, והשכן העליון רוצה להוציא מרפסת או מזגן, והשכן התחתון מתנגד לכך בטענה שהדבר יפסול את סוכתו, ואילו העליון טוען שיש מספיק מקום בחצר לבנות את סוכתו, ואין לו כל הכרח לבנות את הסוכה דוקא באותו מקום, אלא יכול להרחיק את הסוכה ואין בכך נזק כלל, יש לדון האם יש חזקה לתחתון למנוע את העליון לבנות מעליו.

ויש להוכיח דין זה ממה שמצינו לגבי חזקת חלון, שאחד שיש לו חלון בביתו, אסור לשכנים לבנות קיר כנגד חלונו עד מרחק של ד' אמות, כדי שלא יאפיל על החלון, וכשאחד פותח חלון כנגד רשות חבירו, ורוצה שתהיה לו חזקת חלון שלא יוכל בעל החצר שכנגדו לבנות והאפיל עליו, נחלקו בזה הראשונים, האם זכה מיד בחזקת חלון ובלא טענה כמו חזקת תשמישים, שהרי בעל החצר ידע שבזה שפותח עליו חלון לא יוכל לבנות עד ד' אמות כנגד החלון והיה צריך למחות, וממילא מיד כששתק מחל לו, ואינו רשאי לבנות כנגדו. או שאין לו חזקת חלון עד שיעברו שלש שנים, וכן יש צורך בטענה, שיטען ששכנו מכר או מחל לו על זכות זו.

ולהלכה נחלקו בזה הפוסקים, המחבר (ס' קנה סל"ה) פסק לגבי כל ההרחקות שעל האדם להרחיק מחבירו, שאם לא הרחיק כדין, וראה חבירו ושתק, הרי זו מחילה, ואינו יכול לחזור בו ממחילתו, ובתנאי שהנהגתו מוכיחה שמחל, וכגון שסייע לו במעשיו, או שאמר לו לעשות כן, או שראה את הנזק ושתק ולא הקפיד. ובדעת הרמ"א נחלקו האחרונים, כיון שעל דברי המחבר הנ"ל בס' קנה כתב הרמ"א 'וכן ראוי להורות, אע"פ שיש חולקים וסוברים שצריך שלש שנים וטענה'. ואילו בסימן קנ"ג (ס"ז) כתב הרמ"א: ובחזקת סולם ונעיצת קורות, יש אומרים שצריך חזקת ג' שנים וטענה, ויש חולקים בכל חזקות אלו, והיינו שאי"צ חזקת ג' שנים וטענה אלא מיד הוה חזקה, ולא הכריע שם הרמ"א. ונחלקו הפוסקים בביאור דעת הרמ"א, שיטת הלבוש, הט"ז והגר"א, שאף שבס' קנה הביא הרמ"א את שתי השיטות ללא הכרעה, מ"מ למעשה בס' קנה הכריע הרמ"א כדעת המחבר, שבכל דיני ההרחקות של נזקי שכנים, בין כשמשתמש בשלו וגורם בזה נזק לחבירו ובין כשמשתמש בשל חבירו, זכה מיד כשראה חבירו את הנזק ושתק, ואי"צ חזקת שלש שנים, ולא טענה.

אך הסמ"ע (ס' קנ"ג ס"ק לב) והנתיבות המשפט (שם ס"ק יג) מחלקים בדעת הרמ"א, וכפי שביאר הנתיבות, שבזמן שמשמש בשל עצמו, אלא שעושי הדבר לגורם נזק לחבירו, נקט הרמ"א כדעת המחבר שמיד הוי חזקה, כיון שהחזיק להשתמש בשלו. ולכן בס' קנה, לגבי נזקי שכנים, שמשמש בשלו ומזיק לחבירו, הסכים הרמ"א לדברי המחבר שמיד הוי חזקה ושא"צ טענה. אבל בזמן שמשמש בשל חבירו, ורוצה להחזיק כנגדו, בזה לא הכריע הרמ"א, ולכן בסימן קנ"ג, ששם מדובר בחזקת סולם ונעיצת קורות, שמשמש בשל חבירו, בזה לא הכריע הרמ"א.

ולגבי חזקת חלון, כתב הנתיבות שיש בו שני חלקים, יש היזק ראייה שמזיק לחבירו ובזה נחשב שמחזיק בשלו, שיוכל להזיק לחבירו בהיזק ראייה, ובזה סובר הרמ"א

כמשתמש בכל האויר שמעל הסוכה עד לרקיע, שהרי רק בכך כשרה סוכתו, וכיון שהוא נחשב כמשתמש ממש באויר הסמוך לעליו, היה לו מיד למחות בידו ולומר שאינו מוותר על זכותו להוציא מרפסת וכדומה, וכיון שלא מחה, הפסיד את זכותו, וזכה בעל הסוכה בחזקתו.

וראיה לדבר, שהרי מבואר בגמרא (ב"ב נט:) שאם בעל העליה הוציא זיז [פירוש נסר או קורה לתלות עליו דברים] מעל האויר של בעל החצר, יכול בעל החצר למחות בו שלא יעשה כן, ואם לא מחה החזיק הלה בזיז, ושוב אין בעל החצר רשאי לבנות בחצירו באופן שיבטל את השימוש של הזיז, אלא צריך להשאיר לו עשרה טפחים תחת הזיז, כדי שיוכל לתלות עליו דברים.

וכן נפסק בשו"ע (סי' קנ"ג סעיפים א-ד). ומבואר בהלכה זו שלגבי חזקה של זיז אין מקום לבעל החצר לטעון טענה זו, שכשהוציא את הזיז לא היה צריך לבנות באותו מקום ולכן לא מיחה, ועכשיו שצריך לו רוצה לבטל את הזיז, בשונה מחלון, שלפי חלק מהראשונים יכול הוא לטעון כן.

וטעם החילוק בין זיז לבין חלון, כיון שמיד כשמוציא את הזיז הרי הוא משתמש באויר בעל החצר ומבטל את בעל החצר מלהשתמש באותו מקום, ואין זה דומה להיזק ראייה של חלון, שאין בעל החלון משתמש בחצר חבירו אלא רק מזיקו בראיה, ולכן סובר הרא"ש שכל זמן שעדיין אינו מזיקו, וכגון כשיש לו שם רק חורבה, אין יכול למחות בו. אבל בכה"ג שמשתמש בחצר חבירו ממש אין בזה מחלוקת, ולכן צריך למחות מיד כשרואה שרוצה להחזיק באיזה שימוש בחצירו. וא"כ גם לגבי סוכה הרי העליון רואה מיד שהתחתון משתמש בחצר לצורך סוכתו ומבטל את שימושו, ועליו למחות בו מיד, ואם לא מחה זכה התחתון בחזקה.

עוד ראיה לחילוק זה שבין סוכה לבין חלון, ממה ששינוי במשנה (ב"ב נח:), חלון המצרית אין לו חזקה, ולצורית (פירוש חלון צורי) יש לה חזקה, ולשיטת הרמב"ן המשנה מדברת במקום שאין שם היזק ראייה, והחזקה היא לענין שלא יוכל בעל החצר לבנות ולהאפיל על חלון, ומכך שיש חזקה בחלון צורי מוכח שאין מקום לטענה זו שלא מחה בבעל החלון כיון שלא היה צריך לבנות, ועכשיו שצריך את המקום רוצה לבטל את החזקה.

והטעם הוא כנ"ל, כיון שמיד כשראה שהלה פותח חלון הרי הבין שמחזיק בחצירו וגורם שלא יוכל לבנות במקום זה, והנזק הוא מיד, ולא לאחר זמן, ולכן היה עליו למחות מיד. וכל מה שנחלקו הראשונים לענין טענה זו הוא רק לענין היזק ראייה, כיון שבזה אינו נחשב כלל כמי שמחזיק בחצר חבירו, אלא רק פותח את חלון לשם, ואם באותו זמן לא היה לו היזק ראייה ממנו, וכגון שהיתה לו שם חורבה, סובר הרא"ש שאינו יכול למחות. ועל פי מה שהתבאר, הרי סוכה דומה לחלון צורי, שנחשב כמשתמש בחלק חבירו ממש, והיה עליו למחות בו מיד, וכיון שלא עשה כן שוב אינו יכול לחזור ולמחות בו לאחר זמן.

האם יכול העליון לטעון שיקטין הלה את סוכתו

באופנים שהתבארו לעיל, שיש לאותו דייר חזקה בבניית הסוכה באותו מקום, ואין לשכן העליון זכות להוציא מרפסת, אין השכן העליון יכול לטעון שירחיק הלה את סוכתו ויבנה אותה קטנה יותר, באופן שכשר על פי ההלכה, כיון שהלה הוחזק להשתמש בסוכה גדולה, אין הלה יכול לצמצם את זכותו ולהכריחו לבנות סוכה קטנה יותר.

האם יש טענת ריבוי עוברים ושבים מחמת הסוכה

שכן הבונה את סוכתו בחצר או במבוי שאינו מפולש באופן שגורם הפרעה לשכנים על ידי שמרבה עליהם את הדרך, כלומר, שמחמת בניית הסוכה יש יותר עוברים ושבים במקום זה, יש לדון האם יכולים השכנים למונעו מבניית הסוכה בטענה זו או לא.

והנה ההלכה היא שבכל דבר שנעשה לצורך מצוה אין טענת ריבוי דרך, כמבואר בשו"ע (סימן קנו סעיף ג) שלכל דבר מצוה אין טענת ריבוי דרך, ויותר מזה שאפילו אם הרעש מהסוכה מפריע לו לישון, מצינו מחלוקת בין המחבר לרמ"א (שם סעיף ב), שלדעת המחבר יכולים למחות על רעש שעושה בביתו, ולדעת הרמ"א אין יכולים השכנים למחות כלל על מה שעושה האדם בביתו, אך בחולה כתב הרמ"א שיכול למחות, ומ"מ כתב הערך השולחן למהר"י טייב שלדבר מצוה אין יכולים למחות כלל לכו"ע, ואפילו חולה אינו יכול למחות בזה, ושמעתי בשם מרן הגר"ש אלישיב זצ"ל שפסק לפי דברי הערך השולחן שגם אם נפחת ערך הדירה כתוצאה מההפרעה של הקולות של דבר מצוה אין יכולים למחות.

ולענין חדר מדרגות, יש מחלוקת אם שייך שם בכלל טענת ריבוי דרך, יש מחכמי דורנו האומרים שדומה לחצר ויש בו טענת ריבוי דרך, ויש האומרים שאין בו טענת ריבוי דרך, כיון שהרשב"ם כתב בטעם ריבוי דרך משום צניעות, ובחדר מדרגות אין עושים דברים צנועים, ואף לשאר ראשונים שכתבו הטעם שריבוי הדרך מונע את הפרטיות בחצר, יש לומר שאינו שייך בחדר מדרגות, אך עכ"פ לענין צורך מצוה אין שייך כלל טענות ריבוי דרך.

כדעת המחבר ולכן לענין היזק ראייה מיד הוי חזקה, ואי"צ טענה. אבל לענין זה שעל חבירו להרחיק ממנו ד' אמות כדי שלא להחשיך לו, בזה נחשב שמחזיק חזקת אורה בשל חבירו, ובה לא הכריע הרמ"א אם יהיה לו חזקה מיד או לא, והאם צריך טענה או לא.

אמנם גם לדעת הנהגות בשיטת הרמ"א, שבס' קנ"ג מדובר דוקא באופן שמחזיק בשל חבירו, עדיין יש לדון כיצד היא ההכרעה, כיון שלשון הרמ"א בסימן קנ"ג היא 'יש אומרים' ו'יש חולקים', והנה בדעת המחבר נקטו האחרונים הכלל שכשכתב המחבר יש אומרים ויש אומרים, כוונתו לפסוק כדעה השניה, אך בדעת הרמ"א אין כלל זה ברור, ואם נאמר שהכלל ברמ"א הוא כמו במחבר, א"כ למעשה פסק הרמ"א שגם באופן זה שמחזיק בשל חבירו אי"צ ג' שנים וטענה, וכדעת הלבוש הט"ז והגר"א, אך כפי שנתבאר, אין ברור אם שייך כלל זה גם בדעת הרמ"א.

והנה לפי מה שהתבאר, כאשר אחד הדיירים בנה את סוכתו בחצר באופן שיש בו קביעות, ולא מחו בידו, הרי החזיק במקום זה לסוכה, והרי זה דומה לחלון, שאין להאפיל על החלון אלא צריך להרחיק ד' אמות, א"כ בסוכה שצריך את האויר עד הרקיע כדי שתהיה הסוכה כשרה, הרי החזיק בזכות זו שהיא האויר שמעליו פנוי, ואין רשות לשכנים לבנות מעל המקום שהחזיק בו לסוכה, ולפי מה שנתבאר לעיל, בחלון לגבי החלק שרוצה להחזיק בשל חבירו [והיינו למנוע מחבירו לבנות כנגד חלון]. תלוי במחלוקת האחרונים האם מועילה חזקתו מיד או אחר שלש שנים, וכן האם צריך טענה או לא, והוא הדין בנידון זה של סוכה.

אך ראיתי לחכם אחד שרצה לחלק שאין זה דומה להרחקת ד' אמות מחלון, וטעמו, כיון שלגבי חלון, מאחר והשימוש הוא באויר ובאויר הנכנסים מהחלון, נמצא משתמש ממש באויר חבירו, שהרי ללא השימוש בחלק של חבירו לא היה לו אויר ואור, ולכן אין לו חזקה מיד, ויש צורך בטענה. אך בסוכה אין הוא משתמש כלל בשל חבירו, אלא עושה הוא את סוכתו בחלק שלו בלבד, אמנם כיון שההלכה היא שלצורך הכשר סוכה יש צורך שתהיה הסוכה תחת אויר הרקיע, הרי הוא מונע את חבירו מלבנות מעליו, אך אין זה נחשב כשימוש בחלק חבירו, ומחמת כן סבר אותו חכם שאין צורך בשלש שנים ואף לא בטענה, וכדן המשתמש בחלק עצמו. אך לדעתי אין מקום לחילוק זה כלל, שהרי כדי שתהיה לו סוכה כשרה משתמש הוא באויר חבירו, ואין חילוק אם משתמש באופן פיזי באויר חצר חבירו לצורך חלון, או משתמש באויר חבירו לצורך סוכתו שתהיה כשרה, שהרי בלא אויר חבירו אין לו סוכה.

טענת העליון שלא מחה כיון שבשעתו לא הפריע לו

אך עדיין יש לדון, מאחר והתבאר שחזקתו של התחתון היא רק מחמת שהשכנים לא מחו בו כשהתחיל להקים שם את סוכתו, מה הדין כשהעליון טוען שהטעם שלא מחה בו הוא רק כיון שבזמן שבנה התחתון את סוכתו לא היה לו צורך במרפסת או במזגן במקום זה, ולכן שתק ולא מחה, אך עכשיו שצריך את המקום אין לתחתון עליו חזקה.

והנה מצאנו מחלוקת דומה בראשונים לענין חלון, והובאו הדברים בשו"ע (סי' קנ"ג סט"ז), לגבי הפותח חלון לחורבה של חבירו וטוען בעל החורבה שייזיק לו החלון כשירצה לבנות חורבתו, לדעת הרא"ש כיון שעתה אין החלון מזיקו אינו יכול לטעון שלא יפתח עליו חלון, וכיון שאין בעל החורבה יכול למחות ממילא אין לבעל החלון חזקה על החלון, וכשיבנה בעל החורבה את חורבתו יוכל לכופ את בעל החלון בדין לסתום את חלון. ואילו דעת הרמב"ן והרשב"א היא שבעל החורבה יכול למחות בבעל החלון אע"פ שאין מזיקו עכשיו, כדי שלא יצטרך אח"כ לדון עמו לסתום את חלון. ולשיטה זו, באופן שלא מחה, דעת הרשב"א שנחשבת שתיקתו כמחילה, ואינו יכול למחות לאחר זמן, אלא יש חזקה לבעל החלון. ואילו הרמב"ן כתב שאף על פי שיהיה למחות ולא מחה, מ"מ באופן זה אין שתיקתו נחשבת מחילה, מאחר ויכול לטעון שלא רצה למחות כל זמן שלא הפריע לו החלון, וממילא אין חזקה לבעל החלון, ויכול בעל החורבה למחות לאחר זמן. ונחלקו האחרונים בפסק ההלכה בדין זה.

ושאלה זו, של סוכה, נשאלה בבית הדין, והיו דיינים שרצו לדמות סוכה לחלון, ולדבריהם, כמו שבחלון נחלקו הפוסקים אם היה בעל החורבה יכול למחות בבעל החלון בזמן שלא הפריע לו החלון, וממילא נחלקו האם לאחר שפתח את החלון יש לו בו חזקה, גם בסוכה תהיה מחלוקת זו.

אך לדעתי נראה שאין סוכה דומה לחלון, ובסוכה לכו"ע היה על העליון למחות בתחתון שלא יחזיק עליו למנוע ממנו לבנות כשיצטרך, ואם לא מחה, הפסיד העליון את זכותו, וזכה בעל הסוכה בחזקתו.

וטעם החילוק בין סוכה לבין חלון, כיון שבחלון לפי האמת אינו משתמש בדבר של חבירו, אלא שיש היזק ראייה בכך שחלון חבירו פונה לביתו, וכיון שבשעה שפתח את החלון היתה שם חורבה, ולא בית, ולא היה לו כלל היזק ראייה, סוברים חלק מהראשונים שאינו יכול למחות בו, ושאין חזקת החלון נחשבת חזקה. אבל בסוכה אין הדבר כן, אלא מיד כשמחזיק במקום מסוים בחצר לבניית סוכה הרי הוא נחשב