מסכת בבא בתרא דף כב עמוד ב

א"ר טובי בר מתנה, זאת אומרת: גרמא בניזקין אסור. רב יוסף הוה ליה הנהו תאלי דהוו

דף כג עמוד א

אתו אומני ויתבי תותייהו, ואתו עורבי - אכלי דמא וסלקי אבי תאלי ומפסדי תמרי, אמר להו רב יוסף: אפיקו לי קורקור מהכא. א"ל אביי: והא גרמא הוא! א"ל: הכי אמר רב טובי בר מתנה, זאת אומרת: גרמא בניזקין אסור. והא אחזיק [להו]! הא אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה: אין חזקה לנזקין. ולאו איתמר עלה, רב מרי אמר: בקוטרא, ורב זביד אמר: בבית הכסא? אמר ליה: הני לדידי דאנינא דעתאי, כי קוטרא ובית הכסא דמו לי.

**חזקה בנזקים קשים**

1. **אופי הנזק**

ההשוואה של הגמרא לקוטרא ובית הכסא, מלמדת שהבעיה היא בריח. אולם רב יוסף הזכיר את העורבים. מבארים בעלי התוספות: "ודאי אם לא היו עורבים היה סובל אף על גב דאנינא דעתיה. אי נמי, העורבים היו אוכלים הדם ופורחים ומקנחים בפירות". הרמב"ם מוסיף מוטיב של רעש:

"מי שהחזיק לעשות מלאכת דם או נבילות וכיוצא בהן **במקומן**, ויבואו העורבים וכיוצא בהן בגלל הדם ויאכלו, והרי הן מצרין לחבירו **בקולם וצפצופם** או בדם שברגליהם שהן יושבין על האילנות ומלכלכין פירותיהם, אם היה חבירו קפדן או חולה שצפצוף הזה מזיקו או שפירות שלו נפסדין לו בדם- חייב לבטל אותה המלאכה[[1]](#footnote-1)". בפשטות כל אחד מהנזקים מצדיק הרחקה.

בסוגיה הקודמת לגבי מרחיקים את הסולם, העמידה הגמרא 'בגירי דידיה'. ניתן להבין שגם כאן החיוב מותנה בזה: "ה"נ דזימנין דאתי אומנין ומפרחי להו. **וההיא שעתא** כד מפרחי להו- יתבי באילני ומפסדי[[2]](#footnote-2)". "וכבר נחלקו בזה הראשונים לקמן, דבדף כ"ו ע"א כ' התוס' בד"ה אבל בגפנים דהיינו כשנטע דקלים שהם גבוהים, אבל אם נטע גרעין לא, דממילא קא גדל ולא ג"ד הוא, ומבואר דבנוטע עכ"פ דקל עצם הנטיעה חשיבא גיריה דיליה, ויעו"ש בראשונים דיש חולקים בזה, וס"ל דל"ש דקל ול"ש גרעין, מאי דהוי ג"ד הוא מה שהוא מפריחם, וממילא ה"נ הכא לדעת התוס' **א"צ שיפריחום** ובלא"ה הוי ג"ד, ולהחולקים בעינן שיפריחום בידים[[3]](#footnote-3)".

ניתן לשאול מדוע הנזק מוגדר רק כגרמא: "יש לחייבם מדין אש, דלכאורה הרי הדם הוא המזיק את הפירות, והעורבין הוו רק כרוח מצויה שמוליכין הדם על הפירות, וא"כ ליהוי כאבנו סכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה, דאם הזיקו בשעת הילוכן הוי חיוב אש[[4]](#footnote-4)". מתרץ בעל הנתיבות: "ד' אבות נזיקין אינו חייב עליהן, רק כשאפשר להחזיק ברשותו ובשמירה שלא יזיקו, דאז רחמנא חייביה בשמירה, וכשלא שמרו חייבין בתשלומין. אבל הני דחשיב בפרק לא יחפור, הוא באופן דכשיתחייב לשלם ההיזק אין אפשרות לו לעשות תשמיש זה ברשותו כלל, **ויתבטל תשמיש זה מרשותו** כיון דאי אפשר כלל בעשיה ובשמירה, ובביטול רשות לא חייביה רחמנא..

משו"ה סובר ר' יוסי בב"ב [כ"ה ע"ב] דעל הניזק להרחיק, דמהיכי תיתי יבטל רשות המזיק, יבטל רשות הניזק, דהא כשהניזק ישמור עצמו לא יוזק, משא"כ בד' אבות נזיקין, אי אפשר להניזק לשמור דאין הניזק יודע מתי יבוא המזיק, ולמזיק אפשר בשמירה, ובהנך דב"ב הוא להיפך, שהמזיק אי אפשר לשמור הנזק כי אם בביטול התשמיש מרשותו, משו"ה לא חייביה רחמנא להמזיק[[5]](#footnote-5)".

1. **היכן ישבו האומנים?**

כתבו בעלי התוספות: "אתו אומני ויתבי תותייהו - בקרקע **שלהן** היו יושבין ולא בקרקע של רב יוסף מדפריך בתר הכי והא גרמא הוא". כך עולה גם מדברי הרמב"ם שכתב:"במקומן". "כוונתם, שאם היו יושבים בקרקע של רב יוסף, היה נזק ישיר, שהיו משתמשים בקרקע שלו[[6]](#footnote-6)". לפי זה, התביעה של רב יוסף הייתה שידאגו ליציאת העורבים, שהרי אינו יכול לדרוש שיגרשו את האומנים מתחומם. אולם רש"י פירש: "אל יקיזו לי עוד כאן[[7]](#footnote-7)". בכל זאת, תוהה אביי שהרי "אחזיקו להו. האומנין שרגילין להקיז תחת האילנות[[8]](#footnote-8)", חזקת תשמיש בשטח שלו. "נראה להוכיח מסמיכות הסוגיה הזו לסוגיה של הרחקת סולם מן השובך, שאף כאן מדובר בשימוש של האומנים בשלהם.. המפרשים שמדובר בקרקע של הניזק סוברים שאילו היו נמצאים בחצרם, אי אפשר היה למונעם, ואולי מפני שאין זה נזק בגירי דיליה[[9]](#footnote-9)". אכן, רבינו יונה המפרש את המעשה שלנו "כגון שלקח אילנות בשדה חבירו[[10]](#footnote-10)", הוא המצמצם את חיוב המזיקים למצב של גירי דיליה בלבד כאשר ביארנו. אם השטח שלו, אין לנו למנעו אלא בגיריה דיליה.

1. **אין חזקה לנזקים**

כתב בשולחן ערוך: "העשן וריח בית הכסא ואבק וכיוצא בו ונדנוד הקרקע.. כל אחד מאלו אין לו חזקה, ואפילו שתק כמה שנים הרי זה חוזר וכופהו להרחיק ... ולמה שינו נזיקין אלו משאר נזיקין, לפי שאין דעתו של אדם סובלת נזיקין אלו, וחזקתו שאינו מוחל, שהזיקו היזק קבוע..

אם היה קפדן[[11]](#footnote-11) או חולה שצפצוף הזה מזיקו, או שפירות שלו נפסדים לו בדם, חייב לבטל אותה המלאכה או ירחיק עד שלא יבא לו נזק מחמתן, שהיזק זה דומה לריח בית הכסא וכיוצא בו שאין לו חזקה. וה"ה כל נזק גדול שאין אדם יכול לסבלו (טור בשם הרא"ש)[[12]](#footnote-12)".

חזקה זו שאיננה קיימת כאן, יכולה להתפרש או כחזקת תשמישים -ברשות הניזק או ברשות הנתבע- או חזקת בעלות בקרקע. בשולחן ערוך דן באפשרות השנייה, דהיינו פעולה שאדם עושה בתוך שלו, אלא שכיוון שהיא משפיעה על שכנו, הוא נזקק לחזקת שימוש: "מי שעשה גורן בתוך שלו, או קבע בית הכסא או מלאכה שיש בה אבק ועפר וכיוצא בהם, צריך להרחיק כדי שלא יגיע העפר או ריח בית הכסא או האבק לחבירו, כדי שלא יזיקו...

כל הרחקות שאמרנו, אם לא הרחיק וראה חבירו ושתק, הרי זה מחל ואינו יכול לחזור ולהצריכו להרחיק, והוא שראו ממנו שמחל, כגון שסייע עמו מיד, או שאמר לו לעשות, או שראוהו שעשה בצדו בלא הרחקה ושתק ולא הקפיד על זה, זכה. הגה.. כן ראוי להורות, אף על גב די"א דבעינן חזקה שלש שנים וטענה (טור בשם הרא"ש). במה דברים אמורים, בשאר נזקים, חוץ מארבע..[[13]](#footnote-13)".

לדעה שחזקה כזו חלה מיד, אין המחזיק צריך לטעון טענה נוספת, כגון שמחל לו בפירוש או שהקנה לו. די לו לומר: "הוכר הנזק ושתקת ולא מחית בי[[14]](#footnote-14)". גם דעת ריב"ם בתוספות היא שאין צורך בטענה, אם כי הוא מדבר על שלוש שנים. אולם בעלי התוספות[[15]](#footnote-15) חולקים על ריב"ם, וכותבים[[16]](#footnote-16): "והכא נמי מיירי שהיו טוענים שהקנה להם, והוי חזקה שיש עימה טענה".

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | טענה | הזמן הנחוץ להסקת מחילה |
| רמב"ם ושו"ע | אין צורך | מיד |
| ריב"ם | אין צורך | שלוש שנים |
| תוספות | נחוצה | שלוש שנים |

1. **מהי החזקה שאין בקוטרא ובאיסטניס?**

ניתן לדון בשורה של טענות וראיות: 1.טענה של מחילה בטענה של שתיקה, 2.טענה של מחילה המגובה בעדות על מחילה מפורשת, ו3.טענה של מכירה, שעשויה להיות מגובה בשטר. הרמב"ן מסכם את הדעות:

"יש מחלוקת שא.יש אומרין כשם שאין חזקה לנזקין כך אין להם ראיה, שאפילו באו עדים שמחל לו נזק זה וקנו ממנו- לאו כלום הוא ומסלקינן ליה. משום דא"ל: 'סבור הייתי שאני יכול לקבל ועכשיו איני יכול לקבל', כדאמרינן בכתובות לענין מומין, ולא קבל עליו להניח ביתו ולצאת, ב.ואחרים אומרים 'חזקה לית בהו' -הא ראיה אית בהו, בשטר, דהכי דייקינן בגמרא בפ' חזקת הבתים (מ"ט ב'), ובעלי מחלוקות זו דוחין: מאי 'חזקה לית בהו, הא ראיה אית בהו'? - בשטר מכר, דהתם כיון דמכר ליה, אי לא מצי מקבל- ליפוק מהתם, אבל במחילה יכול לומר: 'סבור הייתי לקבל ואיני יכול לקבל'..

ג.ואחרים אומרים **דאפילו במכר לא נעשה כלום,** ואין בדקדוק לשון חזקה לומר 'הא ראייה יש', דכיון דהך חזקה לאו חזקה הבאה מחמת טענה הוא, כיון דאמר לית בה חזקה- ממילא שמעת **דלית בה ראיה**, דחזקה גופא ראיה היא, וכיון שכן מאן דאחזיק בה שני חזקה לא מצי למימר: 'זבינתיה מיניה בכך וכך', וחייב למהדר לי' דמי..

ב.ומסתברא דליכא למיחש להני מילי ולעולם חזקה אין להם הא ראיה יש להם בין במחילה ממש שנתן לו רשות בין במכר, שאלו לא היה להם מכר ומחילה לא הוו אמרי רבנן בגמרא: 'אין להם חזקה', ואדרבה היה להם לומר שאין מחילתן מחילה **ואין ממכרן ממכר**, והמכר והמחילה כלומר שנתן רשות שוין בכל דבר. ולפי דעתי שאינו צריך קנין".

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| המחילה בנזקים קשים | טענה על מחילה | עדות על קניין מחילה | שטר מכר |
| 1. ר"י[[17]](#footnote-17)
 | אין חזקה | אין חזקה | תקף |
| ב. רמב"ם[[18]](#footnote-18), רמב"ן | אין חזקה | יש חזקה | תקף |
| ג. רבנו תם[[19]](#footnote-19) ורשב"א | אין חזקה | אין חזקה | לא תקף. המכר בטל. |

החתם סופר כאן מעיר, ש"למאי דמשני ר"נ בניזקי גוף מיירי בקוטרא ובה"כ, ופי' אין חזקה של שתיקה מועלת- שוב י"ל חזקה של ג' שנים לראי' שקנה ממנו או שמחל לו להדי' מועיל שפיר". שהרי אין קשר בין עצמת הנזק לבין בירור המכירה. מה שאומרת הגמרא שאין חזקה, ניתן להעמיד רק במחילה רגילה. אולם הרמב"ן כותב: "דבר ידוע ומוסכם מן הגאונים ז"ל שכל חזקה שצריכה טענה אינה מתקיימת בפחות מג' שנים.. ממילא שמעינן שאף חזקת שלש שנים ואף בבא מחמת טענה אין להם".

אפשר ששורש המחלוקת טמון בהבנת החזקה הנובעת משתיקה. הרמב"ן כותב בשם יש אומרים:

"אין להם חזקה שאין אדם עשוי למכור נזקים הללו וליתן עליהם רשות. ובשתיקה אינם נמחלים שאנו עדים שלא שתק כדי למחול, אלא **רוצה הוא לערער** ולא נזדמן לו[[20]](#footnote-20)". אם עשה מחילה בקניין מפורש, כמובן אין לומר כן. הרא"ש כותב מעט אחרת:

"דסבר לא בעינן למחויי, **דכולי עלמא ידעי דאין אדם מוחל** על היזק כזה[[21]](#footnote-21)". אין צורך לניזק להסביר מדוע לא מחה. המחילה מופרכת. לדעת ר"ת עד כדי לבטל אפילו מכר, ולדעת ר"י רק לבטל מחילה אפילו יש לה עדים. אם מכר זכות לעשן למשל, והעשן עדיין מפריע לו – הוא מוזמן לסלק עצמו. לשם כך קיבל תשלום.

מקור מרכזי בדיון הוא ירושלמי הדן באדם שהתיר לחברו לפתוח רפת, והלה העבירה לאחר. נחלקו בדבר תנאים: "משקיבל עליו אינו יכול לחזור בו. רשב"ג אומר: אף משקיבל עליו יכול לחזור בו. דו יכיל מימר ליה: 'אינון אזלין ואתיין להכא בעיין לך ולא משכחין לך ומרבין עלינו הדרך'... אתייא דרשב"ג כר"מ דתנינן תמן: ועל כולן אמר ר"מ: אף ע"פ שהתנה עמה, יכולה היא שתאמר סבורה הייתי שאני יכולה לקבל ועכשיו איני יכולה[[22]](#footnote-22)". לכאורה מכאן ראייה לשיטת רבינו תם, אך שני תירוצים בדבר: "מה שאמרו בירושלמי יכול לחזור- בשקבל עליו בשתיקה אבל נתן רשות לא". ניתן גם לומר בפשטות שגם דברי רבי מאיר, לגבי אישה החוזרת בה מהסכמה להינשא לבעל מום, לא התקבלו להלכה[[23]](#footnote-23).

1. **נזק העשן שאינו תדיר**

"משמע לי מדברי הרמ"ה ד..תנור שהיחיד אופה בו פתו.. אי שהי קוטרייהו רובא דיומא אף על פי שאין עשנן רב כעשנן של כבשונות אין לו חזקה.. ומה"ר איסרלן בכתביו סימן קל"ז דקדק.. דעשן שאינו תדיר ומצוי לא מצי מעכב אפילו לכתחלה ודלא כדכתב רבינו בשם הרמ"ה. ולי נראה דלענין מעשה כדברי הרמ"ה נקטינן שהוא רב מפורסם[[24]](#footnote-24)". "לעומת זאת, הרמ"א.. פוסק כמהרא"י שאחרון הוא וחכם.. רע"א בתשובותיו[[25]](#footnote-25) פוסק כרמ"א, אולם הש"ך[[26]](#footnote-26) דוחה את ראיות מהרא"י ופוסק כמחבר[[27]](#footnote-27)". מסוגייתנו למד הרב משה פיינשטיין לאסור עישון סיגריות בבית המדרש בכמה קל וחומר: "מכאן משמע דכל נזק שידוע שאין המערער יכול לסובלו אף על פי שסובלין אותו שאר בנ"א אין לו חזקה נגד מערער זה... וא"כ כ"ש בעישון סיגריות, שאלו שאין יכולין לסבול הוא **צער ממש** בעצם, לא ענין קפידא ואיסטניסות בעלמא, וגם לא רק צער בעלמא אלא גם **מזיק ממש** להם כידוע שאסורין המעשנים לעשן שם **אף אם היה ברשותם** ובביתם אם היה שייך שיגיע להם העשן ויצטערו ויוזקו.

אבל הוא עוד גרוע דהא המעשנין עושין **מעשה מזיק בידים** ממש דהרי עושין בפיהם עשן המזיק להאין מעשנין הנמצאים שם, **ואף שאחד המעשן לא היה מזיק כלום דהיה מתבטל העשן בבית גדול כביהמ"ד, מ"מ כיון שכל מעשן יודע שיש עוד הרבה מעשנין הרי יודע שעשנו יזיק כבר** והוי מזיק בידים. ופשוט שאם היו ב"ד סמוכין דדנין דיני חבלות, היו גובין גם ממון דמי שומת הצער. ואם נחלה מזה - דמי ריפוי[[28]](#footnote-28)".

1. רמב"ם הלכות שכנים פרק יא הלכה ח. [↑](#footnote-ref-1)
2. ריטב"א. [↑](#footnote-ref-2)
3. שיעורי ר' שמואל אות סא. [↑](#footnote-ref-3)
4. שיעורי ר' דוד אות קצח. [↑](#footnote-ref-4)
5. נתיבות המשפט ביאורים סימן קנה ס"ק יח. [↑](#footnote-ref-5)
6. בירור הלכה דף כג עמוד א ציון א אות א. [↑](#footnote-ref-6)
7. ד"ה אפיק. [↑](#footnote-ref-7)
8. רבינו גרשום. [↑](#footnote-ref-8)
9. בירור הלכה שם. [↑](#footnote-ref-9)
10. רבינו יונה סוף דף כב עמוד ב. [↑](#footnote-ref-10)
11. "דוקא שהוא ידוע כמו ברב יוסף" (ביאור הגר"א חו"מ סימן קנה ס"ק קיט). [↑](#footnote-ref-11)
12. שו"ע חו"מ סימן קנה, סעיפים לו, לט. [↑](#footnote-ref-12)
13. שולחן ערוך חושן משפט סימן קנה סעיפים לד -לו. [↑](#footnote-ref-13)
14. רמב"ם הלכות שכנים פרק יא הלכה ו. [↑](#footnote-ref-14)
15. ד"ה והא אחזיקו. [↑](#footnote-ref-15)
16. על פי הגהות הב"ח אות ט. [↑](#footnote-ref-16)
17. רא"ש סימן יח. והיא הדעה החולקת בסוף תוספות ד"ה אין חזקה לנזקין. [↑](#footnote-ref-17)
18. רמב"ם הלכות שכנים פרק יא הלכה ד. וכן פסק בשו"ע חו"מ סימן קנה, סעיף לו. [↑](#footnote-ref-18)
19. ד"ה אין חזקה. [↑](#footnote-ref-19)
20. ד"ה עוד ראיתי מחלוקת. [↑](#footnote-ref-20)
21. סימן יח. [↑](#footnote-ref-21)
22. תלמוד ירושלמי מסכת בבא בתרא פרק ב הלכה ג. [↑](#footnote-ref-22)
23. רמב"ן, בקטע המתחיל ומסתברא. [↑](#footnote-ref-23)
24. בית יוסף חושן משפט סימן קנה אות נה. [↑](#footnote-ref-24)
25. סימן קנא. [↑](#footnote-ref-25)
26. ס"ק יט. [↑](#footnote-ref-26)
27. בירור הלכה סוף אות ה. [↑](#footnote-ref-27)
28. שו"ת אגרות משה חושן משפט חלק ב סימן יח. [↑](#footnote-ref-28)