

סימן ז

הרחקת נזיקין



יציר התקנה

גדר דין הרחקת נזיקין

א. ידועה קושית הנתה"מ (ס' קנה ס"ק יח) בדדיני הרחקת נזיקין מצינו הרבה נזקים שהם בכלל ד' אבות נזיקין, וא"כ מאי טעמיה דרבי יוסי דאינו חייב להרחיק רק בגירי דיליה, וגם לרבנן דמחייבין אותו להרחיק, מ"מ אם הזיק פטור מלשלם ומאי שנא מכל מזיק דמחוייב לשלם נזקו. עוד ילה"ק אמאי דינא דהרחקת נזיקין נקבע במסכת ב"ב ולא בב"ק בשאר דיני מזיק.

וביאר הנתה"מ דכל ד' אבות נזיקין דחייבין על היזיקן היינו היכא דמחוייב בשמירתן ויכול לשומרם ולא שמר, דכיון דחייב בשמירתן ולא שמרו חייב בתשלום הנזק, אבל בהני דפרקין שאינו יכול לשמור, ואי אמרי' דצריך לשלם הנזק אין באפשרותו לעשות תשמיש זה ברשותו כלל, להכי כשע"י השמירה מתבטל יכולתו להשתמש ברשותו, אין זה בכלל החיוב דד' אבות נזיקין, ובעינן לזה תקנ"ח מיוחדת להרחקת נזיקין ולביטול התשמיש

ברשותו. ונהגר"ד זצ"ל ביאר דהחילוק הוא דחיובא דד' אבות נזיקין הוא רק בעושה בתוך של חבירו, אבל בדיני הרחקת נזיקין נתחדש דחייב אפי' בעושה בתוך שלו, וצריך לזה לתקנ"ח מיוחדת שחייב בהרחקת נזיקין].

ב. עכ"פ מבואר מכל הנ"ל דיסוד הרחקת נזיקין הוא תקנת חכמים חדשה. ויש לחקור בגדר תקנה זו של הרחקת נזיקין, אי יסוד דין הרחקת נזיקין בנוי על איסור מזיק, אלא דמשום איסור מזיק גרידא מחוייב רק בשמירה ואינו חייב בהרחקה, וזהו שנתחדש בתקנת הרחקת נזיקין דיש גם חיוב הרחקת נזיקין ולא כפי אסור למזיק להשתמש במקום שיכול לגרום הפסד לחבירו. או דילמא גדר התקנה היא תקנה מחודשת בהלכות שכנים ואינה שייכת כלל לפרשת מזיק.

ובפשטות היה נראה דנחלקו בזה הראשונים, דהנה לקמן (יט).

נסתפקה הגמ' בחיוב הרחקה דמתני', אם 'וסד בסיד תנן' והיינו דבעינן גם הרחקה וגם סד בסיד, או דילמא 'או סד בסיד תנן' וסגי או בהרחקה או בסד בסיד, ופסק ^{הרחקה}הרא"ש (ס' ד) דכיון דספיקא לא איפשריטא הלכך אם עשה אחד מהן אין כופין אותו לעשות יותר, אכן הרמב"ם (שנ"ט פ"ט ה"א) פסק דצריך לעשות את שניהם, גם הרחקה וגם לסוד בסיד.

ובפשוטו נראה דהרא"ש סבר דאין התביעה משום איסור מזיק, וע"כ אין דנים בו משום ספיקא דאורייתא לחומרא. אכן בביאור הגר"א (חו"מ ס' קנה ס"ק מ' וס"ק נ"א) ביאר דהרא"ש סובר דנדון דהרחקת נזיקין הוי ככל מילי דממונא דאזלי לקולא. וא"כ י"ל דלעולם הוי משום איסור מזיק אלא דכיון דהוי מילי דממונא אזלי לקולא.

ובטעמיה דהרמב"ם כ' הגר"א דס"ל להרמב"ם דכיון דמן התורה נזיקין אסור, להכי אזלי לחומרא, ואע"ג דאם כבר עשה ההיזק שוב אינו חייב משום דהמע"ה, מ"מ לכתחילה מחוייב

להרחיק משום דהוי ספק מן התורה ואזלי לחומרא.

וצ"ע דסו"ס כיון דדין הרחקה הוא דין דרבנן, מה שייך למימר דאזלי לחומרא בספיקא דרבנן. ונראה לפרש בביאור דעת הרמב"ם דסבר דדין הרחקה נזיקין מדרבנן הוא הוספה והרחקה על האיסור מזיק דאורייתא, ולהכי צריך לדון בזה לפי דיני מזיק דהוי מדאורייתא ומספיקא אזלי לחומרא. וא"כ מבואר בדעת הרמב"ם דגדר הרחקת נזיקין הוא איסור תשמיש מדין איסור מזיק.

וכן משמע בדברי הקרית ספר (שנ"ט פ"ט) שכתב בזה"ל 'דיני ההרחקות נראה דהוו מדרבנן, דמן התורה אם הזיק חייב לשלם, אלא שחכמים תקנו הרחקה כדי שלא יבוא לחבירו היזק מחמתו. וכל היזק שבא לחבירו מצד מה שהוא עושה בשעת עשייתו, הוי כמזיק בחציו מרשותו וחייב לשלם מן התורה'. הרי מבואר מדבריו דחיוב הרחקה הוא הרחבה מדרבנן של האיסור מזיק דאורייתא.



הבא לסמוך בצד המיצר

נזיקין שייכא לפרשת נזיקין והוי מדין איסור מזיק, ועוד יבואר (בהרחבה נלוותה) (י-ז)

ג. ונראה להוכיח מכמה מקומות בדעת התוס' דסברי דדין הרחקת

דסברי דעיקר דין הרחקת נזיקין נובע מזכותו של הניזק לתבוע את המזיק להרחיק את עצמו.

דהנה שנינו בסוגיית הגמ' (י:) אתמר הבא לסמוך בצד המיצר, אביי אמר סומך ורבא אמר אינו סומך. והקשו התוס' (ד"ה מנ"י) בשם רשב"א מ"ט לאביי סומך, והא מפסיד הוא שאם יטע אילן יצטרך להרחיקו יותר מחמת שסומך זה עד המיצר דמרחיקין האילן מן הבור חמש ועשרים אמה. ותירצו התוס' דמכל מקום אינו עושה לו היזק דהא דמרחיק יותר לא מפני שלא יזיקנו הבור אלא מפני שלא יזיק הוא לבור ולהכי אין לזה להניח מלסמוך בשביל כך דאם לא כן ירחיק כל כ"ה אמה את בורו עכ"ל התוס'.

ונראה דתירוצ' התוס' היינו דווקא אי אמרי' דיסוד חיוב הרחקת נזיקין הוא משום לתא דמזיק ונתחדש דאף בתוך שלו חייב לימנע מלעשות דבר המזיק את חבירו, והלכך תירצו התוס' שפיר דכל דין הרחקה הוא במקום שאיהו מזיק את חבירו ע"י בורו, אבל מה שמונע את חבירו מליטע אילן כדי שהוא לא יזיק זה אינו בכלל חיוב הרחקה.

אבל הרשב"א דהקשה כן סבר דדין הרחקת נזיקין הוא דין בהלכות שכנים דאסור להשתמש באופן שיזיק לחבירו, ומחמת כן הפקיעו ממנו זכותו

לחפור בור בתוך שלו כיון שיגיע מזה היזק לחבירו, ולהכי הקשה דכיון שאם יסמוך בורו הרי הוא מפסיד את השני שלא יוכל לנטוע אילן, א"כ היאך מותר לו לחפור הבור ולמנוע תשמיש חבירו, דאף זה בכלל שימוש הגורם הפסד לחבירו.

ד. והנה איתא בגמ' (יח.) ת"ש לא יפתח אדם חנות של נחתומין ושל צבעין תחת אוצרו של חבירו ולא רפת בקר, טעמא דאיכא אוצר הא ליכא אוצר עביד, ומשני דירה שאני. ופרש"י דרפת בקר וחנות הוא דירתו של אדם ואין לנו לאסור דירתו של אדם א"כ ההיזק כבר קיים. והר"י מיגאש ביאר דדירה שאני קאי על הניזק, דכיון שאין אדם עושה דירתו לאוצר, לכן שרי לעשות תחתיו חנות.

ונראה לומר דב' הפירושים תלויים בגדר הרחקת נזיקין, דהנה מש"כ רש"י דאין לאסור על אדם דירתו אלא אם ההיזק קיים, סברא זו שייכא רק אי אמרי' דהרחקת נזיקין הוא דין מדיני שכנים, דגדרו חכמים שלא ישתמש בביתו באופן זה שיש ממנו היזק לחבירו, ומנעו ממנו תשמישים שמן הדין היה לו זכות לעשותם, כדי שלא יזיק לחבירו, ומשום הכי דירה שאני, דבדירתו של אדם אין לנו לאוסרו בתשמיש א"כ ההיזק כבר קיים, ולא אסרו עליו חכמים תשמיש חשוב שהוא בביתו במקום שאין ההיזק מזומן.

והר"י מגאש דלית ליה חילוק זה ס"ל
 דהרחקת נזיקין אינו איסור
 תשמיש אלא הוא דין מזיק שגדרו
 חכמים שאף שימוש זה שהוא בביתו הוי
 בכלל מזיק כיון שיש ממנו היזק לחבירו,
 והלכך אין סברא לחלק בין חצר לדירה
 ופשיטא ליה דגם בדירה יש זכות לניזק
 לתבוע את המזיק שירחיק עצמו ולא
 יזיקנו, ומשום הכי נידד לפירוש אחר
 ופירש דדירה שאני קאי על הניזק והיינו
 דאין לניזק זכות תביעה ולא חשיב
 תשמיש שיש בו היזק לחבירו כיון שאינו
 עומד לעשות אוצר מדירתו.

ה. ובזה נוכל לבאר פלוגתת הראשונים
 בדעת אב"י דס"ל דמותר
 לסמוך בורו בצד המיצר, איך יהיה הדין
 כשלאחר מכן ירצה חבירו לחפור בור,
 כמה יצטרך השני להרחיק. דעת התוס'
 (פ: ד"ה אג"י) דיצטרך להרחיק ו' טפחים,
 אכן הרמב"ן (פ: ד"ה ה"י גרס) ועוד
 ראשונים סברי דמרחיק רק ג' טפחים,
 והרמב"ן הוכיח דכן הוא דעת רש"י.

והנראה בביאור מחלוקתם, דהנה
 שיעור ההרחקה הנצרך בין
 ב' הבורות כדי שלא יהיה נזק מזה לזה,
 הוא ו' טפחים, והלכך היכא דתרווייהו
 מזיקים זה את זה חייב כ"א בהרחקת
 ג"ט, והדין היכא דהשני לבדו צריך
 להרחיק תלי לכאורה בהני ב' צדדים,
 דלשיטת התוס' דחייב הרחקה הוא
 מפרשת מזיק, והיינו דחפירת בור
 המזיקה את חבירו נחשבת מעשה היזק,

איכא למימר דהכא שהראשון סמך
 בהיתר ולא שייך לחייבו בהרחקת ג"ט,
 חייב השני להרחיק את כל הו' טפחים,
 דהרי השתא אם ירחיק רק ג"ט נמצא
 שהוא מזיק, ומשו"ה צריך השני להרחיק
 את כל ההרחקה כדי שלא יזיק, ומבואר
 שפיר דתוס' לשיטתם פסקו דהשני חייב
 להרחיק ו' טפחים.

אכן בדעת רש"י והראשונים צ"ל דסברי
 דיסוד חיוב הרחקה הוא דין
 בהלכות שכנים דגדרו חכמים אופני
 השימוש שבין השכנים וקבעו שלא
 יחפור בור בתוך ג"ט לשדה חבירו כדי
 שלא יזיקנו, ובכך הפקיעו חכמים את
 הזכות להשתמש בקצה שדהו לחפירת
 בור, א"כ פשוט דלא הפקיעו חכמים
 אלא ג"ט, דכך הוא אופן חלוקת
 השימושים דשכנים שכל אחד מהם לא
 יחפור בג"ט הסמוכים לחבירו, והלכך
 אף אם הראשון לא היה צריך להרחיק,
 מ"מ אין על השני דין הרחקה אלא עד
 ג"ט, [ולדעה זו אין שייך טענה דסו"ס
 הוא מזיק את בור חבירו, דלהאי סברא
 אין חיוב ההרחקה מחמת הזיקו של
 חבירו, ואין איסור להזיק את חבירו
 בכה"ג כיון שהוא משתמש בתוך שלו,
 ורק מדין שכנים יש לו להרחיק] ושפיר
 אזלי לשיטתייהו וסברי דאינו מרחיק
 אלא ג"ט.

ו. איתא בגמ' (י"ב) ת"ש מרחיקין את
 האילן מן הבור עשרים וחמש
 אמה, טעמא דאיכא בור הא ליכא בור

סמ"ך. וקשיא לרבא דאמר אינו סומך, ומשני דמיירי בלוקח.

ופרש"י (ד"ה הנל) דהמוכר נטע אילן בתוך שדהו, ואח"כ מכר חצי שדהו לאיש אחר ובא הלוקח וחפר בור, אין זה צריך לקוץ אילן שנטעו ברשותו. והק' התוס' (ד"ה הנל) דא"כ הול"ל במוכר. ולכך פירשו בשם ריב"ם שמכר את האילן ללוקח ואין הלוקח צריך לקוץ האילן.

והקצוה"ח (סי' קנ"ה סק"ג) ביאר דרש"י הוכרח לפרש דהאילן נשאר ביד המוכר, ומשום דהא התוס' הק' מ"ט אמרו במתני' דדוקא אם האילן קדם לא יקוץ, והא אפי' אם הבור קדם ג"כ לא יקוץ וכגון שחפר בור ונטע אילן ברשותו ולאחמ"כ מכר את הבור, דכיון דנטעו ברשות קודם שמכרו מ"ט צריך לקוצו. וכדי ליישב קושיא זו נקט רש"י דהאילן ביד המוכר, ולהכי אם קדם הבור יקוץ, ורש"י ס"ל כדעת הרמב"ן (יט: ד"ה ומפקינן) דכל מקום שהניזק סמך ברשות, אע"ג דהמזיק סמך ברשות, חייב המזיק להרחיק. אבל אי היה מפרש כריב"ם דהאילן ביד הלוקח, עדיין יקשה דאפי' קדם הבור לא יקוץ, דכיון דהאילן ביד הלוקח אין לחייבו לקוץ כי המוכר בעין יפה הוא מוכר, ולהכי פרש"י דהאילן ביד המוכר.

ונראה דכל מאי דאמר' הכא סברא דמוכר בעין יפה הוא מוכר, שייכא דווקא לרש"י לשיטתו דעיקר דין

הרחקת נזיקין הוא דין בהלכות שכנים שהגבילו חכמים את תשמישו של המזיק וקבעו שאין המזיק יכול להשתמש ברשותו כרצונו אלא הגבילו את אותה נטיעת אילן כדי שיוכל שכנו להשתמש ברשות שלו בחפירת בור, ונמצא דהנידון אי יוכל יתחייב להרחיק, הוא נידון בשיעור הבעלות שיש למזיק, וכיון שכן שפיר איכא למימר סברת מוכר בעין יפה הוא מוכר, והיינו דמכר ללוקח את האילן בעין יפה שיהיה ללוקח שיעור בעלות הגדול יותר, שיהיה לו זכות שימוש באילן ולא יצטרך לימנע משימוש של אילן מחמת ההיזק שנגרם לשכנו [שהוא המוכר עצמו].

אבל לשיטת תוס' דדין הרחקת נזיקין הוא מדין מזיק לא שייך למימר מוכר בעין יפה הוא מוכר, דלא שייך למימר דמכר ללוקח בעין יפה זכות להיות מזיק, דאין זה נידון בשיעור הבעלות של המזיק כדי שיוכל להזיק דנימא שהקנה לו הבעלות באופן שיוכל להזיקו.

ז. עוד מקשינן בגמ' (י:): ארבא מהא דמרחיקין את הגפת ואת הזבל ואת המלח ואת הסיד ואת הסלעים מכותלו של חבירו ג' טפחים, טעמא דאיכא כותל הא ליכא כותל סומך, וקשיא לרבא דסבר אינו סומך.

והקשו התוס' (ד"ה ממיקין) מאי קושיא, והא הכא ודאי מותר לסמוך

בשאינן שם כותל שאינו מזיק כלום וכשיחפזין זה לעשות כותל יסיר את הגפת, ותי' התוס' דהני נמי מקלקלין את הקרקע ויזיק לכותל לכשיבנה אפי' אם יסירנו. עוד תי' דבכל הנהו יש טורח בסילוקן ויש לחוש שמא לא ימהר לסלקו כשירצה לעשות כותל.

וצ"ל דהתוס'

והרא"ש (סי' ג) תירץ בשם רבינו יונה דחיישינן שמא יחזיק בזה ג' שנים ויטעון חזקה שברשות סמך.

וכתב הרא"ש על דברי רבינו יונה וזאין 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'.

ונראה דאי נימא כדברי התוס' דדין הרחקה הוא תביעת הניזק שלא

יזיקנו, א"כ קושית הרא"ש אלימא, דכיון דלא היה יכול למחות כלל קודם שיש לו היזק, לא שייך למימר דהחזיק להזיקו מחמת שתיקתו, אבל לפי מה דנתבאר בשיטת הראשונים דדין הרחקה הוא שהגבילו חכמים את זכות השימוש לגבי חפירת בור, א"כ איכא למימר דאף שעדיין אין ניזק, שייך מציאות של מחאה על עצם השימוש שיהיה בו היזק לעתיד, שהרי דין הרחקה מונע את השימוש והוא משתמש עתה את אותו שימוש, והלכך כבר מעתה שייך מחאה שלא יוסיף להשתמש בו אחר שהוא יחפור בור. [משא"כ להרא"ש דהוי דין נזק, אין יכול למחות עתה על התשמיש מחמת שלעתיד יזיקנו, כיון שכל עיקר התביעה היא רק שלא יזיקנו ולא למנוע תשמיש, וכל זמן שאינו מזיקו לא שייכא מחאה דאל תזיקני].



סוגיא דחרדל

ח. שנינו בסוגיא דחרדל (י"ט:) 'רבי יוסי מתיר בחרדל, מפני שיכול לומר לו, עד שאתה אומר לי הרחק חרדלך מן דבוראי, הרחק דבורך מן חרדלאי, שבאות ואוכלות לגלוגי חרדלאי, ואי דלא סמיך, היכי משכחת לה, אמר רב פפא בלוקח. אי בלוקח מאי טעמא דרבנן, ועוד מאי טעמא דרבי יוסי,

אפילו משרה וירקא נמיף אמר רבינא קא סברי רבנן על המזיק להרחיק את עצמו'.

ומבואר בתירוצי הגמ' [אליבא דרש"י] דהמוכר הניח את החרדל בהיתר קודם שמכר חצי מהשדה, ואעפ"כ סברי רבנן דאם הלוקח שם בחלקו דבורים, חייב המזיק להרחיק את

עצמו, ואע"ג דבעל החרדל סמך בהיתר שהרי הוא עצמו היה בעל החרדל, מ"מ אי חשיב מזיק, צריך המזיק להרחיק את עצמו, מלבד באילן העשוי לעמוד שנים רבות ואיכא הפסד מרובה.

והקשה הקצוה"ח (סי' קנ"ה סק"ח) מאי שנא מהא דמבואר בשיטתיה דאב"י דס"ל דמותר לסמוך על המיצר, דאמרי' אי חזר הניזק וחפר בור לאחמ"כ, אין הראשון צריך להרחיק משום דכבר עמד בהיתר, ואילו גבי לוקח דאין לך היתר גדול מזה, כשבא הניזק אח"כ, צריך המזיק לסלק עצמו.

ותירין הקצוה"ח דטעמא דאב"י דאמר סומך ואינו צריך להרחיק אף כשבא הניזק אח"כ, לאו משום דבהיתר סמך, כיון דהיתר לא מהני אלא באילן דהוי הפסד מרובה, אלא משום דס"ל דלית עליה חובת הרחקה אלא היכא שהניזק כבר עמד שם אבל קודם שעמד הניזק דליכא עליה שם מזיק מותר לסמוך, ולהכי אם רוצה הניזק אח"כ לעמוד שם עליו להרחיק את עצמו, דהיינו דמה שאינו צריך להרחיק אח"כ הוא מחמת שכשקדם בהיתר יש לו דין קדימה, ולא מחמת מה שסמך בהיתר, דדין סמיכה בהיתר אינה מועלת אלא באילן. אבל לרבא דס"ל דאסור לסמוך אף קודם שיש ניזק מוכח דסבר דאין כלל דין קדימה, וכל מה שאיכא לדון

הוא רק מדין סמיכה בהיתר, ולכן כל מאי דמהני בלוקח הוא רק משום דהוי בהיתר וכיון דלא מהני סמיכה בהיתר אלא באילן שיש בו הפסד גדול, משו"ה בשאר מזיקים חייב הלוקח להרחיק את עצמו אף שקדם וסמך בהיתר.

מ. ונראה ליישב קושית הקצוה"ח באופ"א והוא דחלוק סמיכה בהיתר לדעת אב"י מסמיכה בלוקח לדעת רבא, ומשום דסמיכה בצד המיצר לדעת אב"י גדרה דכיון דהשתא אין לחבירו בור ואינו נחשב ניזק, יש 'היתר' לסמוך ואינו צריך להרחיק מחמת שדה חבירו שאצלו, ומשו"ה אמרי' דמאחר דחייל ביה דין 'היתר סמיכה', שוב אינו חייב בהרחקה גם אם יחזור חבירו ויחפור בור ונמצא שיש כאן ניזק. משא"כ סמיכה בלוקח אין גדרה משום דנתנו לו 'היתר' לסמוך, דהא קודם שמכר הקרקע אין כאן לא ניזק ולא מזיק וממילא דאין צריך שום היתר, וכיון דלא היה כאן איזה היתר מיוחד לסמוך, שוב עכשיו שנוצר מצב חדש דיש כאן ניזק ומזיק, ועכשיו הוא תחילת הנידון דצריכים אנו לידון אי מחוייב המזיק להרחיק את עצמו, סברי רבנן דעל המזיק להרחיק את עצמו.

אכן נראה דכל חילוק זה שייכא רק לשיטת רש"י דהוכחנו דס"ל דגדר הרחקת נזיקין הוא דין בהלכות שכנים

א. א.ה. כע"ז כתב במשנת ר"א הל' שכנים עמ' פ"ג.

דהגבילו חכמים את השימוש בחצירו וגזרו על המזיק איסור תשמיש באופן שיש בו היזק, דלדידיה שפיר יש מקום לומר דלדעת אביי כשהתירו לסמוך על מיצר חבירו הוי בגדר 'היתר סמיכה', דהיינו שקבעו חכמים בדיני השכנים ש'מותר' לו לעשות שימוש זה אף שאם יחפור חבירו בבה יהיה לו נזק משימוש זה, וכיון ש'התירו' שוב אינו נאסר גם באם יבוא הניזק לאחמ"כ, וכמבואר בדבר שהותר אינו חוזר ונאסר, ובזה יש מקום לחלק דזה שייך רק בסמיכה לדעת אביי דהוי בגדר 'סמיכה בהיתר' אבל סמיכה דלוקח שאינו בגדר 'היתר תשמיש' אין שייך לומר שנשאר ההיתר אף לכשיבוא ניזק, שהרי מעולם לא 'הותר' תשמיש זה.

אבל לדעת התוס' דגדר איסור הרחקה הוא בדיני מזיק דאיכא זכות תביעה של הניזק על המזיק להרחיק את עצמו כדי שלא יזיקנו, א"כ אין שייך כלל הסברא שכבר הותר להשתמש, שהרי אינו נידון של זכות שימוש אלא הוא נידון אם יש תביעת היזק או לא, ובע"כ לפי אביי לעולם אנו צריכים לדון אי הוי 'מזיק' או לא, וכיון דחזינן דלאביי היכא דסמיך קודם שהיה כאן ניזק שוב אינו צריך להרחיק אף לאחמ"כ כשיש ניזק, ע"כ היינו משום דסבר אביי דההגדרה אי הוי מזיק או לא נקבעת בשעת הסמיכה, דאם בשעת הסמיכה איכא ניזק הוי מעשה זה מעשה

מזיק המחייב הרחקה, ואי בשעת הסמיכה לא חשיב 'מזיק', שוב אינו נקרא מזיק ואינו צריך להרחיק אף כשבא אח"כ הניזק וניזוק ממעשה זה, ובזה אין חילוק בין לוקח לסומך על מיצר חבירו בהיתר, דסו"ס בשניהם קיימא סברא זו, דכיון דבשעת הסמיכה לא חשיב מזיק, שוב אינו חייב להרחיק לאחר מכן, דבשעת מעשה החפירה לא היה נחשב 'מזיק' במעשיו.

י. והנה במסקנת הגמ' בסוגיא דחרדל כתבו התוס' בביאור דעת רש"י [דלא גרס כגירסת ר"ח 'אלא אמר רבינא' אלא דהגמ' נשארה בתירוצא דרב פפא דברייתא מיירי בלוקח], דרבנן סברי דדבורים לא מזקי לחרדל ועל המזיק - בעל החרדל - להרחיק את עצמו אע"פ שסמך בהיתר, ורבי יוסי סבר דכיון דהדבורים מזקי נמי לחרדל, אע"ג שסמך בהיתר, מ"מ כיון שעשה קצת שלא כהוגן בסמיכתו חשיב מזיק, ולהכי מתיר רבי יוסי לבעל החרדל להשאיר החרדל ואינו חייב בהרחקה.

אכן מדקדוק לשון רש"י נראה דביאר באופ"א, דהנה לא כתב כלישנא דהתוס' 'דבעל חרדל לא עשה כלל שלא כהוגן', אלא כתב (נד"ס מא) 'משום דתרוייהו מזיקין הן', ומשמע מדבריו דעיקר הטעם משום דאומר לו בעל החרדל לבעל הדבורים דגם אתה נקרא מזיק.

והנראה דלשיטתייהו אזלי, דהנה סברת התוס' דכיון דבעל הדבורים עשה קצת שלא כהוגן להכי אין לבעל החרדל תביעה עליו, שייכא רק לשיטת התוס' דסברי דעיקר התקנה של הרחקת נזיקין הוא בדיני מזיק ויש זכות תביעה של הניזק על המזיק שירחיק את ההיזק, והלכך מסתבר למימר דליכא זכות תביעה למי שעושה קצת שלא כהוגן, דסגי בזה שגם הניזק עשה קצת שלא כהוגן כדי לגרע בזכות תביעה שלו.

אבל לשיטת רש"י דסבר דדין הרחקת נזיקין הוא דין בהלכות שכנים דיש למזיק איסור תשמיש היכא דעושה היזק לחבירו, א"כ לא מצי לפרש כהתוס' דמחמת שגם בעל הדבורים עשה קצת שלא כהוגן, גם בעל החרדל אינו מחויב להרחיק, דאין סברא להתיר לבעל החרדל לעשות מעשה היזק משום שגם בעל הדבורים עשה קצת שלא כהוגן.

ומשום הכי הוצרך רש"י לפרש באו"א, דאדרבה, מכיון דדין הרחקת נזיקין הוא תיקון חכמים באיזה אופן יהיה השימוש כשיש היזק בין שכנים, יש מקום לומר דאע"ג דבעל הדבורים אינו צריך להרחיק מכיון שסמך בהיתר מתחילה, מ"מ השתא בעל החרדל ניזוק הימנו, וא"כ גם בעל הדבורים הוי מזיק, ואעפ"כ יש לו היתר תשמיש, ונמצא דבמקום זה דין חכמים הוא דאע"ג דאית ליה שם מזיק, מ"מ לא אסרו עליו התשמיש [דכיון שסמך בהיתר לא תיקנו לאוסרו אח"כ], והלכך אף על בעל החרדל דהוא השני, לא תיקנו איסור תשמיש אף שהוא מזיק, דאין זה מן הדין שיתקנו חכמים לשני שכנים המזיקים זה את זה שאחד מהם יתחייב בהרחקה והשני לא, והלכך תקנת חכמים באופן זה הוא שלא זה ולא זה צריכים להרחיק אלא שניהם ישתמשו כרצונם.²

ב. ובזה יוטעם היטב לשון רש"י (יח. ד"ה עד) שכתב דבעל החרדל אומר לבעל הדבורים הרחק אתה דבוריך מן חרדליי 'שאף אתה נקרא מזיק', ולא כתב דטוען 'אף אתה מזיקני', דלפי מה דביארנו אכן אין זו תביעת היזק דבעל החרדל תובע מבעל הדבורים שלא יזיקנו, אלא אדרבא טוען כשם שאתה 'נקרא' מזיק ואפ"ה לא נאסר עליך שימוש, כמו"כ אין לי להימנע מלהשתמש אף שיש לך היזק בחרדלי.