

## בפולגות הראשונים אי סמיכה קודם דאיתא לניזק הוי גיריה

א] בדעת תוס' דסמיכה קודם הניזק לא הוי גיריה. קשה לי דהרי הא פשיטא לכא' דהא דגפת נאסר מדין גיריה, אי"ז רק היכא דהאדם עצמו הניח את הגפת, דבפשוטו משמע דכל אופן של הנחת גפת אסורה ואף בהונחה מאליה. (וכ"כ החזו"א יד טז בפשיטות). וצ"ב דבכה"ג לכא' אי"ז גיריה. וע"כ דכל היזק שדרכו להזיק באופן של גיריה, נאסרת סמיכתו בכל גווני, [ודוגמא לזה מש"כ הראשונים בסולם ונמיה דאף אם לא קפצה מיד אסור, ואינו יכול להשאירו שם אף דעתה כבר לא יהיה היזק בגיריה. אם כי יש לחלק קצת דמ"מ בשעת הסמיכה היה אפשרות של נזק בגיריה]. וא"כ גם בסומך קודם לניזק נימא דכיון שההיזק יכול לבוא באופן של גיריה אסור לעולם. ויתכן עוד טעם להא דגם גפת שהונחה מאליה אסירה, והוא משום דגיריה דממוניה נמי הוי כגיריה, וכ"ד הנתיבות, ומשמעות הרשב"א בכ"ד. אך גם בזה יקשה כנ"ל, וכן תמה הגרש"ר, דא"כ גם בסומך קודם ביאת הניזק ליהוי גיריה מחמת גיריה דממוניה. ובאמת יתכן דזהו גופא סברת הרמב"ן ודעימיה הסוברים דלעולם הוי גיריה, ואם כי סברת גיריה דממוניה לא משמע כ"כ בלשונם, אבל הסברא הראשונה דדבר שיש בו אופן של גיריה נתחייב אפ"ל באופן שאינו גיריה, משמע היטב בלשונם.

ושמעתי לומר בזה, (להטעם שהוא משום גיריה דממוניה), דכל כה"ג הוי סמך בהיתר, הואיל ובשעת סמיכתו עדיין אי"ז גיריה, ואין לדחות דמ"מ אסור לסמוך הואיל ובשעת ההיזק יהיה היזק דגיריה, ולרבה הרי תמיד איכא אסור סמיכה מחמת ההיזק העתידי, די"ל דכל סברת רבא היא רק היכא דליכא ניזק, אבל כאן דע"י מה דליכא ניזק חסר בשם 'מזיק', כיון דל"ה גיריה, בכה"ג שפיר מותר לסמוך. וע"ל היטב בזה. [והוא כעין דברי רבינו יונה לענין חלון שמצדד דשרי לפתוח חלון לחורבה גם לרבה, כיון דאין כאן 'מזיק' דלא שייך הסתכלות. ובאמת אפשר קצת לדון בזה די"ל דמה דלא הוי גיריה אף דאינו מחייב הרחקה מ"מ אי"ז חסרון בשם מזיק, אך ודאי דיש לצדד דחסר בשם מזיק מחמת הא דל"ה גיריה]. אך לענ"ד יש לדחות הך סברא מטעם אחר, דבדין גיריה דממוניה לא שייך כלל לסברת 'פסוקי פסקי לגיריה', שהרי הממון זורק חיצים מרגע סמיכתו, ומשעת ביאת הניזק יהיה נזק דגיריה, דכל חץ וחץ היזק שלם בפ"ע הוא ואם יהיה ניזק בשעת זריקת החץ הוי מזיק, ורק בדין 'גיריה דיליה' איכא סברא זו, דפסוקי גיריה משעת הסמיכה עד שעת ההיזק, דבגיריה דיליה איכא זריקת חץ אחת בלבד, בשעת הסמיכה, וכיון דליכא לניזק בשעת זריקת החץ, א"כ אין ההיזק מונח במעשה זריקת החץ, והוי פסוקי גיריה, משא"כ בגיריה דממוניה דאיכא כביכול חיצים רבים וא' מהם יהיה חץ המזיק, וע"ל היטב בזה כי הוא נכון. וראיה לדברינו, דהרי גם בגיריה דיליה גופא, היכא דהוי גיריה המתחדש כחנות וכו', הרי מבואר בתוס' בדף יח דמודו דחשיב גיריה אף אם סמך קודם לניזק, עיי"ה, והביאור הוא כנ"ל, דבזה לא שייך סברת פסוקי גיריה. וכן מוכח ברבינו יונה לענין חלונות, דבמתחדש לעולם הוי גיריה. אמנם בנמוק"י משמע דלר' יוסי אי"צ לדירה שאני, אלא סומך מטעם דל"ה גיריה, וצ"ע. [ואולי גם לנמוק"י דוקא גיריה המתחדש ל"ה גיריה, כיון דאין הכרח מהסמיכה הראשונה שיחדש את הגיריה שוב, משא"כ בגיריה דממוניה שהסמיכה הראשונה מכריחה מצב של גיריה, אא"כ יסלקו. ועדיין צ"ע בד' הנ"י שהעתיק דברי רבינו יונה לענין חלונות, וצ"ע ג].

והעירוני עוד לקיים הסברא הנ"ל, דאפשר שסברת התוס' אינה מדין פסוקי גיריה, אלא דיסוד גיריה הוא דמהאי שעתא משתכחא הזיקא, ובליכא לניזק לא משתכחא הזיקא, ולהכי לא חשיב גיריה, וא"כ אף בגיריה דממוניה אי"ז גיריה עתה, כיון דליכא הזיקא, ורק למחר נהפך להחשב גיריה, ולהכי שריא סמיכתו. ולענ"ד גם בזה יש לדון דגם אם נקבל את עיקר היסוד, דכל דליכא היזק אי"ז גיריה, מ"מ לפי דרך זו עיקר הסברא לא את"ש, דא"כ ההיזק בעצם מהותו לעולם הוי גיריה, רק דאיכא כביכול תנאי נוסף בדין גיריה שיהיה 'משתכחא הזיקא', אבל בשם 'מזיק' ידידיה לכא' לא חסר כלל, וא"כ ודאי דאסור לסמוך, וע"ל היטב בזה. [וראה בהמשך דכל הדרכים הנ"ל מיישבים סתירה ברשב"א]. [ועיקר הנידון אם הא דלא הוי גיריה חשיב חסרון בשם 'מזיק', נראה שהוא מח' אחרונים בסוגי' דחרדל אם כה"ג הוי 'עשה שלא כהוגן', ע"ש ודו"ק].

[ולפי דרכינו הנ"ל דכל היזק ששייך בו אופן של גיריה חשיב גיריה בכל אופן, הסתפקתי בדינו של הרשב"א דלא מהני סמך בהיתר בגיריה. ונתבאר (במק"א) דסברת הרשב"א דגיריה חשיב כדבר המתחדש, [ואין כוונתו משום חומרת היזק דגיריה]. האם נימא דגם באופן שנסמכה הגפת מאליה [דגם זה אסור כדינא דגיריה וכנ"ל] לא יהני סמך בהיתר, או דלדינא דהרשב"א בעינן גיריה בפועל, די"ל דרק לענין עצם זה דחשיב גיריה מהני הסברא הנ"ל דכיון דדרך היזק זה להיות בגיריה אסורוהו לעולם, אבל כדינא דהרשב"א דאי"ז משום חומרת גיריה, אלא משום מציאות הגיריה, אפשר דבאופן זה שבפועל ליכא מעשה הנמשך, מהני סמיכתו. (וכמובן אם הנידון משום גיריה דממוניה אין מה להסתפק, ודברינו הם להצד דהטעם להחשיב כה"ג לגיריה הוא משום דכל היזק ששייך בו אופן של גיריה דינו דלעולם הוי גיריה).]

והנה ברשב"א בסוגי' דמחיצת הכרם משמע דגיריה דממוניה חשיב כגיריה דיליה, ולפי"ז צ"ע איך כ' בדף יז כשי' תוס' דבליכא לניזק ל"ה ג"ד. אלא שבדעת הרשב"א בלא"ה יש סתירות בזה אם דעתו כהתוס', שהרי עיקר דינו דלא מהני סמיכה בגיריה מוכיח דלא ס"ל כתוס', דהרי א"כ לא משכח"ל שסמך קודם לניזק ועדיין הוי גיריה. אא"כ נדחוק שכוונתו אליבא דרבנן דמחייבים הרחקה גם בלא גיריה, ומודים דמ"מ ליכא סמיכה בהיתר בגיריה, והוא דוחק גדול. ועדיין צ"ב דהרי זה גופא שסמך קודם לניזק מוציאו מדין גיריה, וא"כ מהכ"ל דלא יהני סמיכה. אך בזה אולי י"ל בדוחק דמ"מ כיון דבאופן הרגיל הוי ההיזק ג"ד, א"כ חמיר לענין סמיכה גם באופן שאינו ג"ד בפועל, (ונפשט מה דהסתפקנו לעיל אי תליא סברת הרשב"א בהא דהוי גיריה בפועל), ונמצא דלענין עיקר דינו דר' יוסי לא חשיב כה"ג לגיריה, אך בדעת רבנן נחשב כגיריה לענין החומרה דליכא סמיכה בגיריה. וכ"ז דוחק, צ"ע.

ואמנם הסברא שהובאה לעיל מיישבת היטב גם את כל הסתירות ברשב"א, דודאי הוי עכ"פ גיריה דממוניה, ולהכי כשבא הניזק חייב להרחיק, אבל לסמוך שרי, דכיון דבשעת הסמיכה אי"ז גיריה שרי בסמיכה, ולהכי כ' הרשב"א דבגפת וכדו' מודה רבא דלר"י שרי לסמוך. וכנ"ל. אך כאמור לא ברירא לן כל הך סברא. וצ"ע. [ויש עוד רווח בכל הסברות הנ"ל, לבאר כוונת הרשב"א בדף כב: שהשיג על רבינו יונה והכריע כד' הרמב"ן דהוי גיריה גם בליכא לניזק, וכ' דעוד נראה דבגיריה צריך להרחיק אח"כ, עיי"ה, והדברים אינם ברורים אליבא דמאן קאמר לה, דלרבינו יונה הרי לעולם אי"ז גיריה, ולשיטתו של הרשב"א הרי אסור לסמוך, וכי לאביי קאמר את דינו ולא להלכה. ולהנ"ל ניחא היטב, דכוונתו דאף לשי' רבינו יונה יצטרך להרחיק אח"כ, וכנ"ל. ודע עוד דגם ברע"א בקונטרס משמע כדברינו, דמשמע בדבריו דהרא"ש שסובר דבגיריה

צריך להרחיק אח"כ, מוכרח לחלוק על תוס' ורבינו יונה ולסבור כרמב"ן דחשיב גיריה גם בליאת לניזק, ולפי כל הסברות הנ"ל אין הדבר כן. [ובאמת את"ש מה שהקשה עליו החזו"א דאין דרך הרא"ש על שי' תוס'. אם כי מדייקים שהרא"ש לא הביא את סיום דברי התוס'].

וברשב"א בדף כב כ' להדיא שלא כד' התוס'. ואולי י"ל דמש"כ בדף יח אף דאזיל בשי' תוס', הוא משום דקאי בגיריה המתחדש, דהיינו ברפת וחנות, דזה גם להתוס' הוי גיריה אף בליכא לניזק, אכן בדף כב שהכריע דלא כתוס' כ' את דינו גם בגפת וזבל דל"ה גיריה המתחדש. אבל העירוני דלהדיא משמע בדבריו בדף יח דקאי גם על גפת, עי"ש היטב. וצ"ע.

ונ"ב. ונתעוררתי לדון לגבי סולם ונמיה, דלכא' היה נראה דגם הסוברים דבליאת לניזק נמי הוי גיריה, מ"מ יודו בזה, דהרי בכה"ג לא שייך את ה'זמנין דבהדי דמנח קפצה'. אך לפי מה שציידנו דסברת הני ראשונים היא דכל שיש בו צד גיריה הוי תשמיש גיריה ואסור בכל אופן, [ואפשר דהמקור הוא מדין סולם ונמיה גופא, דהרי לא בכל גווני קופצת מיד], א"כ גם בזה יהיה אסור בליאת לניזק, ודו"ק. אך יש לציין דבמשנת ר"א מצד דבסולם ונמיה ליכא כלל הרחקה קודם דאיתא לניזק, דמי לדוושא שכ' התוס' דכיון דאי"ז מזיק בעצמותו ליכא לדינא דרבא. ולפי"ז אין נפ"מ בנדון הנ"ל].

### **בביאור סברת כל מרא ומרא לשיטות הראשונים דסמיכה קודם לניזק אינה גיריה**

[ב] לכא' לשיטת תוס' ורבינו יונה דכל היכא דליתא ניזק לא הוי גיריה, ע"כ דסברת כל מרא ומרא היינו דחשיב מזיק לגוף הקרקע, וכן נראה ברבינו יונה. וזה הביאור במש"כ הר"י דבאינה עשויה ודאי לא הוי גיריה, דהתם ודאי אי"ז היזק בקרקע. [ויל"ע לדעת הסוברים דבלא הרחיק כדינו חייב לשלם, או בעושה ברה"ר דנקטו דצריך לשלם, האם החופר בור חייב בתשלומין מיד בחפירתו, דכבר הזיק לקרקע, או אולי זה רק סברא בדין הרחנ"ז דשכנים, אבל לשלם ודאי אי"ז אלא אחר שיפול הבור, ועי' בזה], אלא דצ"ב דא"כ אמאי לאביי שרי לסמוך, הרי איתא לניזק, דהרי הקרקע היא הניזק. וצ"ל דאביי פליג גם בזה, וס"ל דאין דנים דיש היזק בקרקע, וכן נראה לפרש בכוונת המהרש"א (יח. תוד"ה דיקא) דאביי פליג על כמו"מ, דאין כוונתו דלאביי בור ל"ה גיריה, דאטו מתני' דלא יחפור לא אזלא כר' יוסי אליבא דאביי, אלא כוונתו דבליאת לניזק לא הוי גיריה, ודלא כרבא שחידש דחשיב היזק בקרקע. אכן הדבר דחוק טובא דנחלקו אביי ורבא גם בזה, דאטו מחלוקת נוספת יש כאן. [וא' הלומדים העיר לומר דרך לרבא דיש תביעת הרחקה ע"ש העתיד, אז הוא דשייך לדון דסבר היום מונח ההיזק בקרקע, אבל לאביי דלא דנים היזק עתידי, ה"ה דגם בקרקע לא חשיב נזק קודם דאיכא בור. והסברא את"ש יותר אם נימא כהצד דהנידון אם הוי היזק בקרקע אינו בדיני מזיק דב"ק, אלא בגדרי הרחנ"ז, ועי' היטב בזה. ובח' הגרנ"פ כ' בזה עפ"י דברי הקצות דסברת אביי היא דין 'קדימה', ומעתה הרי אם זכה המזיק בקדימתו לחפור בור, ועל הניזק להרחיק את עצמו, הרי דממילא גם ליכא נזק בקרקע, דהרי ההיזק בקרקע הוא במה דא"א לחפור בה בורות, וכיון דלאביי אין לניזק זכות חפירת בורות, שהרי המזיק זכה בה בקדימתו, הרי דממילא גם ליכא היזק לקרקע. [ויש לדון דכיון דקודם זכיתו ע"י הקדימה איכא היזק לקרקע, שוב ממילא אינו יכול לזכות בקדימה, ועי'. ולפי דבריו יל"ע מה תי' הראשונים בסלע הבא בידים דהוי היזק לקרקע טפי מסתם בור, הרי כל שזכה בקדימתו שוב ממילא אי"ז היזק לקרקע, אם לא דנימא כהר"ן דאיכא נזק בקרקע עצמה ולא רק במניעת חפירת בורות]. ולפמש"כ במק"א (עי' בחבורה באורך) לבאר בזה, דגם לרבא הא דליכא קדימה הוא רק משום דאיכא תביעת הרחקה קודם דאיתא לניזק, (ובזה יישבנו משה"ק הקצות בהא דבאינה עשויה לבורות מודה רבא דזכה בקדימתו, והרי רבא פליג על קדימה, ולפי"ז את"ש), א"כ בכה"ג גם לרבא לא יחשב נזק בקרקע, דהרי בעצם אי"ז גיריה, כיון דליתא לניזק, ויכול לזכות בקדימתו, ושוב ממילא הרי לא יחשב נזק לקרקע. ועי' היטב בזה. ובאופן"א שמעתי לומר, דודאי ההיזק הוא לבור ולא בקרקע, אך מ"מ חשיב גיריה, דאף דבשאר מזיקים בליאת לניזק אי"ז גיריה, הואיל וחסר בעיקר 'מעשה' ההיזק, ודמי לזרק חץ ואח"כ הוציא הלה ראשו, אבל בבור דההיזק נגרם ע"י חלישות הקרקע, ודבר זה נעשה מיד, א"כ שפיר חשיב גיריה, דפעולת מעשה ההיזק מתחלת מיד, ולא אכפ"ל במה דעדיין אין תוצאה של נזק בפועל, דאי"ז חסרון בגיריה. ולפי"ז את"ש היטב דאביי לא פליג כלל על סברא זו, אלא דס"ל דמ"מ ליכא חיוב הרחקה קודם ביאת הניזק, ודו"ק. ומיהו לפי"ז לא את"ש כ"כ מש"כ רבינו יונה דבאינה עשויה לבורות ליכא סברת כמו"מ, דבשלמא לפי הדרך הראשונה מובן היטב, דהתם לא הוי היזק בקרקע, אבל לסברא זו הרי גם כאן מעשה ההיזק הוא בקרקע ולא בבור. אך יש לציין דהמאירי כ' דגם לשי' הרמב"ן דהוי גיריה גם בליאת לניזק, מ"מ באינה עשויה י"ל דל"ה גיריה, [ואם כי הסברא צ"ב קצת]. [ומהגר"ג אדלשטיין שמעתי דהרמב"ן פליג על תוס' רק בגפת וכיו"ב דהוי גיריה 'הנמשך', ובזה ס"ל דהוי גיריה גם אם בשעת סמיכה אכתי ליתא לניזק, אבל בבור דהגיריה הם רק בשעת החפירה מודה הרמב"ן דלולי סברת כמו"מ לא יחשב גיריה, ואמנם ברמב"ן מדוקדק כן קצת, דהביא הנידון רק על גפת, אבל המאירי מביא את הפלוגתא גם על בור עצמן].

ומיהו סברא זו היא רק אם נימא דטעמייהו דתוס' ורבינו יונה הוא דבסמך קודם דאיכא ניזק הוי 'פסוקי גיריה', דבזה איכא סברא דאם 'מעשה ההיזק' נעשה עוד קודם ביאת הניזק, אי"ז 'פסוקי גיריה'. אבל אם נפרש כהצד שהבאנו לעיל דעצם זה דליתא לניזק מפקיע שם גיריה, דיסוד גיריה הוא דמהאי שעתא משתכחא הזיקא, א"כ אין חילוק בזה כלל, וכל דליכא נזק בפועל אי"ז גיריה.

[ג] ביאור סברת הראשונים דאין השני צריך להרחיק את כל ההרחקה, הנה לדעת הרמ"ה הסברא היא דוקא בבור הואיל ונוטל משל חבירו, [ומ"מ צ"ל דאת הג"ט שנשתעבד לו חבירו גם אילו היה מרחיק כדינו, בזה גם עתה צריך להרחיק, ולא נגרע כוחו במה שסמך]. אכן ברבינו יונה משמע דהסברא היא בכל ב' מזיקין, וביאור דבריו נראה דבכל ב' מזיקין מעיקרא כל חיוב ההרחקה על כ"א מהם הוא רק חצי הרחקה, ועיקר החיוב מלכתחילה עומד באופן זה, וממילא גם בסמך הראשון לא יתחייב השני יותר. אמנם היכא דבטל מהראשון שם מזיק, א"כ אי"ז ב' מזיקין, ואז חייב השני להרחיק הכל, וכגון בסמך הראשון בהיתר גמור דלוקח, משא"כ סמיכת הראשון בדינא דאביי אינה נחשבת כהיתר גמור דעשה שלא כהוגן.

[ולפי"ז אולי י"ל דגם התוס' לא פליגי בזה וס"ל דהשני מרחיק הכל, אלא רק בדעת אביי, דהראשון זוכה בקדימתו, וממילא בטל שם מזיק מיניה, והשני מרחיק הכל, אך בדעת רבא בלישנא בתרא באינה עשויה לבורות, הרי רבא לא ס"ל לדין קדימה, אלא דמ"מ באינה עשויה מיקל,

ועל קצוה"ח מש"כ בזה, וי"ל דמ"מ אית ליה שם מזיק, ובזה מודו תוס' דאין השני מרחיק הכל. ומיהו אביי בלישנא קמא הרי ס"ל כרבא בלישנא בתרא, ודוחק לחלק בזה. וכמו"כ בסוגי' דחרדל מבואר בתוס' והאריך בזה הריב"ש דאף בכה"ג השני מרחיק את כל ההרחקה, וכדלהלן. ושור"ר בהע' אאמו"ר לריטב"א מש"כ בזה].

ובפשטות בזה גופא פליג תוס', דגם בב' מזיקין בעצם חייב כ"א להרחיק את כל ההרחקה, רק דממצעין ביניהם. וזה נראה כוונת הקצות שתי' על קושייתו (דמ"ט דרבא באינה עשויה הא ל"ל דין קדימה ולסמך בהיתר לא קיי"ל) דלהתוס' דהשני מרחיק את כל ההרחקה את"ש, דאף דליכא דין קדימה ולא דין סמך בהיתר, מ"מ הא גופא דהראשון קדם הוי סברא לחייב את השני בכל ההרחקה, דהא בעצם חייב להרחיק הכל, וכיון דהראשון אי"צ להעלות בדעתו שהשני יחפור והויא 'סמיכה', הוי סברא בפ"א דאי"צ להתמצע ביניהם אלא רק השני מרחיק. ולפלא שלא הביא דהדברים מפורשים בתוס' ובריי"ש לענין חרדל ודבורים. שור"ר שהביא הקצות את הריב"ש בסו"ס קנד.

[ד] העירוני איך הדין ברבא לד' הר"י מיגש דיכול לסמוך בינתיים, או לאביי בגיריה להרשב"א, מאימתי חייב הסומך להרחיק, האם גם בזה מיד כשבא הניזק ורוצה לחפור חייב המזיק להרחיק, כמו 'באו לחפור בב"א' דמבואר דהוי כאיתא לניזק ויכול לתבוע, או דילמא קיל טפי הואיל וכבר סמך, ואינו חייב להסתלק עד שיהיה היזק בפועל, או עכ"פ כיבד וריבץ להצד בגמ' דחשיב כאיתא לניזק. ועי'. [וביאור הספק, די"ל דמה דבבאו לחפור בב"א איכא תביעת הרחקה, ומשמע דאף שעדיין לא התחילו כלל אלא שניהם גילו דעתם שעומדים לחפור, לאו מדין 'איתא לניזק' הוא, אלא דעצם זה שבאים יחד ושניהם שוים ואין למזיק עדיפות על הניזק הוי סיבה להרחקה, דרק קדימת המזיק לניזק מהני. אבל בנד"ד דהדין שכל שאינו 'מזיק' ליכא תביעה, לכא' כל שאינו מזיק בפועל עדיין אינו מחויב בהרחקה].

[ה] בת' הרשב"א על קושייתו היאך יכול לשעבד וכו', ות' דמה שאח"כ השני מרחיק הוא כדי שלא יזיקנו, והוכיח כן מהא דשרי לעשות אוצר אע"ג דמחייב בזה את בעל הרפת, עי"ש. וצ"ב מה הוכחה יש באוצר טפי מכל שאר הרחקות כגון כותל וגפת. ונ"ל, דאם נפרש דדינא דאביי מדין קדימה הוא, את"ש, דלפי"ז בשאר הרחקות פשיטא דאי"ז טענה כלל דאיך שרי לניזק לקדום, דאדברה, מי מביניהם שיקדום הוא הזוכה, וודאי דאי"ז תביעה במה שמנע את חבירו מלקדום. ודוקא דירה דקי"ל דירה שאני, וביאור הדברים הוא דשם כל התביעה מתחדשת רק אחרי דאיתא לניזק, משם יש להוכיח דמותר לקדום ולשעבד את חבירו. ועי'.

עוד העירוני בענין זה בדברי הרשב"א, בחזרתו בסוף המסכת שם 'להק' דגם הכא נוטל משל חבירו. דלכא' משמע שמקשה רק להשיטות דהשני מרחיק את כל ההרחקה. וקשה דלסברתו דהוי נוטל קרקע משל חבירו יקשה לכו"ע, כיון דתחזור ק' התוס' דמחייבו להרחיק את האילן כה אמה. וצ"ע.

[ו] ביאור סברת דירה שאני אליבא דרש"י, נראה עפ"י דברי רבינו יונה דרבא אוסר רק סמיכת 'מזיק', וחלון לחורבה דאין בו חפצא דמזיק דהא אין בו 'ראיה' שרי גם לרבא לסמוך. וא"כ נראה דזהו דנתחדש בדירה דתשמיש הרגיל של אדם אין בו שם מזיק כל שאינו מזיק בפועל. אך מדברי הריטב"א משמע דעיקר הסברא היא במה שא"א להרחיק אלא צריך לבטל התשמיש לגמרי, והוי קולא בדין הרחנ"ז.

#### חרדל ודבורים

[ז] בכל חשבון דברי התוס' בחרדל בש' אביי, לכא' קשה דר"י ורבנן הו"מ לאפלוגי בצירוף הפוך, ובעל הדבורים יאמר לבעל החרדל עד שאתה אומר וכו'. ובמש"כ תוס' בד' ר"ח ור"ת דסברת רבנן דדבורים לא מזקי את"ש, אבל בד' רש"י דקדקו תוס' לומר דגם לרבנן מזקי, ונחלקו בסברת שלא כהוגן. וא"כ הה"נ בצירוף הפוך. ובאמת בר"י מיגש עפ"י דרכו כ' דאה"נ. ומיהו הרמב"ן בד' הר"י מיגש כ' דהוי סברא דוקא לענין דבעל החרדל אי"צ להרחיק, וכ"כ נמי בריטב"א עפ"י דרך התוס', עי"ש (דאיהו דאזיק אנפשיה שבאים הדבורים לרשותו עי"ש). אכן להתוס' דהסברא היא עשה שלא כהוגן, ורק בור שאני דמזיק בידיים, יל"ע. וחשבתי לומר דאולי סברת תוס' לענין בור דהוי בידיים, כוללת כל היכא דהוי גיריה, דכל גיריה חשיב היזק בידיים. ומעתה נמצא דרק בעל החרדל יכול להפטר בטענת שלא כהוגן, משא"כ בעל הדבורים דהוי גיריה כמ"ש הראשונים, הוי מזיק בידיים ואין לו טענה זו, ודו"ק. [אח"כ ראיתי בפני שלמה ובחי' רמ"ש לקמן כב, על ק' רע"א בדוושא דאמאי לא הוי הראשון עשה שלא כהוגן, שתי' דכיון דדוושא הוי גיריה לא מהני בזה עשה שלא כהוגן, ומזיק בידיים לאו דוקא הוא. וכן באבי עזרי בקונטרס אות לד]. אך העירוני הלומדים דאולי מש"כ הראשונים דדבורים הוו גיריה כוונתם לגיריה דממוניה, דהרי אי"ז 'מהאי שעתא משתכחא הזיקא' וגם אינו 'מזיק ממקום הנחתו', ובגיריה דממוניה ודאי ליכא חומרא זו דמזיק בידיים.

[ח] עוד בהנ"ל. מקשים לש' הרשב"א אמאי לא יחייב בעל החרדל את בעל הדבורים בהרחקה, דהרי דבורים חשיב גיריה. ולענ"ד פשוט דגם זה חשיב עשה שלא כהוגן, דאף שיש לו היתר מדינא, מ"מ כל שסומך ומזיק לחבירו הוי בכלל שלא כהוגן, דהרי כל מה שהותר לו לסמוך הוא משום דהראשון עשה שלא כהוגן, וא"כ אטו השני יחשב עשה כהוגן, הרי כל יסוד ההיתר הוא דאין הראשון יכול לתבוע מהשני יותר ממה שהוא עצמו עושה, וא"כ ודאי דאי"ז הופך את השני ל'כהוגן', אלא דשרי ליה לסמוך כמו שסמך הראשון. אלא דיש להעיר על דברינו דנמצא דעכ"פ אם ירחיק החרדל חצי הרחקה יוכל לתבוע את בעל הדבורים, וצ"ע אם אפשר לומר כן. [ויש להוכיח מהראשונים דגם אז אינו יכול לתבוע, ממש"כ הרמב"ן והרשב"א דאינו מרחיק חצי משום דבחרדל ודבורים חצי הרחקה לא מהני, ומבואר דגם כשמרחיק חצי אינו יכול לתבוע את בעל הדבורים, ודו"ק]. ואולי זהו הטעם שהרע"א בתחילת הקונ' לא כתב סברא זו, דלא משמע ליה דאם ירחיק יוכל לתבוע מהראשון. וכל שם סברא אחרת, דכיון דבעצם לולי ה'שלא כהוגן' דהראשון היה השני מרחיק הכל, א"כ לא יוכל בסמיכתו לתבוע את הראשון, דכל ההיתר ידיה הוא רק על הסמיכה ולא על תביעת הרחקה. וכל רע"א דזה דוחק. [ואח"כ ראיתי שהחזו"א מעיר בזה על רע"א דלדבריו בש' הרא"ש דבכל גיריה חייב להרחיק אח"כ, א"כ הרי מוכרחים להך סברא וכו"ל, ואיך כ' דהוא דוחק]. וראה להלן אות יא מש"כ לבאר עוד עפ"י סברא זו.

[ט] בד' תוס' בא"ד, ומשום הכי לא מוקי פלוגתייהו וכו', ולא עשה שלא כהוגן כלל. שמעתי להעיר הערה נכונה ויקרה בזה, דמה הוצרכו התוס' להא דלוקח לא עשה שלא כהוגן, הא כאן מיירי בדעת רבא דאיכא תביעה גם בלא סמיכת דבורים, וא"כ גם אם סמך דבורים דהוי שלא כהוגן, מ"מ אכתי יכול לתבוע עכ"פ שירחיק חצי ההרחקה, משום דעתיד לסמוך עוד דבורים באופן של 'כהוגן', שאף הוא ירחיק חצי ההרחקה, דפשוט שסברת שלא כהוגן אינה 'קנס', אלא דאותו תשמיש שנעשה שלא כהוגן א"א לתבוע הרחקה מחמתו, אבל כאן הרי יכול לתבוע מחמת תשמיש נוסף, והגע עצמך, אילו חרדל היה מזיק גם לירק, וכי לא היה יכול לתבועו שירחיק משום הירק שעתיד לזרוע שם, אף שבדבורים עשה שלא

כהוגן, וא"כ הכ"נ נימא הכי דיכול להניח עוד דבורים ב'עשה כהוגן'. והעירו הלומדים לדון בזה, דהנה הרי זה מסתבר דבסמך בהיתר מותר לו להוסיף באותו תשמיש גופא, כגון להוסיף עוד גפת וכדו', [וכע"ז כ' רבינו יונה דיכול לזרוע חרדל כל שנה, ע"ש. אך אי"ז מוכח כ"כ שיכול להוסיף, דדילמא רק יכול להחליף במקום מה שהיה מקודם. ושו"ר בחזו"א סי' י' סק"ח דנראה שנקט דגם להחליף אינו רשאי וצ"ע, ושו"ר בחזו"א שהאריך דשרי, ע"ש מש"כ בזה], ומעתה נמצא דבעיקר סמיכתו זכה להניח בלא הרחקה כל דבורים שירצה, וא"כ זה עצמו הוי עשיה שלא כהוגן גם כלפי דבורים דאח"כ, דמה שירחיק מרצונו מבלי שחייב מדינא, אי"ז חשיב הרחקה, ועדיין הוי בכלל עשה שלא כהוגן בהא גופא שקדם וזכה מעיקר הדין לסמוך בלא הרחקה. וצ"ע בסברא זו. וכעין הערה זו לכא' יש גם בדברי הרמב"ן והר"ן שמפרשים את מסקנת הסוגי' לר"י דבאמת אם יתבע בעל הדבורים בעל החרדל חייב להרחיק, אלא שבעל הדבורים יכול לומר לו דכ"ז שאתה אינך מרחיק אף אני לא ארחיק. ולכא' יקשה דבעל החרדל יאמר לו אמנם איני יכול לתבוע מחמת החרדל הסמוך למיצר, אבל אכתי אוכל לתבוע שתרחיק עכ"פ חצי מחמת חרדל שעדיין לא זרעתי. (ודווקא לומר דטענת הדבורים היא איום בעלמא, דאם תתבעני על הדבורים אתבע אותך על החרדל, דמשמע דיש כאן כלל מדינא דא"א לתבוע הרחקה מחמת דבר שלא הורחק כדינו). וצ"ע. [ע"י בכ"ז בש"י רא"ב פינקל אות נז ואת סד].

[ונ"ב. כעין הנידון הנ"ל אם רשאי להחליף או להוסיף על הגפת, הסתפקנו אליבא דאביי היכא דקדם הניזק, ואח"כ בא להחליף את הדבר הניזק, או שנפל ובא לעשות אחר במקומו, אם זכה לעולם. ובאמת יש לדון דלא גרע מכיבד וריבץ, אלא שגם זה ספק בגמ'. וצ"ע. והראו הלומדים בזה לדברי רבינו יונה בסוגי' דדוושא, ע"ש"ה, וצ"ע אם יש מקום לחלק בזה בין דוושא להרחנ"ז ובפרט לש"י רבינו יונה עצמו דדוושא מירי בלוקח מן המלך].

[י' מש"כ הרשב"א לתמוה דאי נימא דריח החרדל מזיק לדבורים א"כ הוי גיריה, ותמהו בזה דעכ"פ לא עדיף מאילן ושרשים, דבנטיעת החרדל עדיין ליכא ריח. ונ"ל פשוט דכוונת הרשב"א דהוי גיריה דממוניה, ומה שבאילן ובור אי"ז גיריה דממוניה הוא משום סברת הרמב"ן דהוי נולד, ובחרדל לא שייכא סברת נולד, דידוע לבאר הסברא בפטור נולד, דהואיל וההיזק בא עם יצירת הדבר, ל"ש חיוב שמירה, דאחר שבאו השרשים לעולם כבר נעשה ההיזק. וא"כ בחרדל ליכא סברא זו, דאחר שגדל החרדל יכול לשמור עליו שלא יזיק את הדבורים בריח. [וראה להלן בסוגי' דגיריה אות כא מש"כ כע"ז לענין נוי העיר]. אך יקשה לדברינו, דא"כ גם אם החרדל מזיק שלא בריחו, אלא ע"י אכילתו, כמו שמסיק הרשב"א, מ"מ אמאי ל"ה עכ"פ גיריה דממוניה. ואולי י"ל דכיון שצורת הנזק היא ע"י שהדבורים באים אל החרדל, אי"ז גיריה דחרדל, וע"י היטב בזה. אך שמעתי להעיר ממש"כ הרמב"ם דחרדל תוך ג"ט הוי גיריה דהוי 'בידים' (כעין מש"כ הר"ף לענין משרה), ולשון בידים ודאי הוא גיריה דיליה ולא דממוניה. ובזה ודאי יקשה היאך יתכן דהוי גיריה דיליה, הא החרדל צומח רק אח"כ. וצ"ע. [והרמב"ן בסוגי' דגיריה פליג על הרמב"ם וכ' דלא אמר הר"ף אלא לענין משרה, וע"י רשב"א שם]. והעירוני עוד בדברי הרשב"א, דלענין משרה כ' לקמן כה דההיזק הוא ע"י הריח, וא"כ גם בזה יקשה אמאי לא הוי גיריה. [ואמנם בדף כב משמע בדבריו גבי כרישין דההיזק משום היניקה, וצ"ע]. והעירו דאולי שאני הריח דהמשרה דהולך למרחוק, (ע"ש ברשב"א דהוא חמישים אמה), וא"כ אפשר דאי"ז גיריה, דפסק המעשה הראשון, ודמי למים דמיתם תימי וזהר אזלי, (וצ"ע בדמיון), ומשא"כ בריח החרדל דהוא רק סביבות החרדל, וכדמשע הלשון 'שבאות' ואוכלות, דגם היזק הריח הוא רק בסמיכות לחרדל, וזה שפיר חשיב גיריה. אך לפי"ז עדיין יל"ע דלכא' איכא סברת תורף ברשותי גם כלפי הריח, דהו"ל שלא יכנסו לרשותי. וצ"ע.

[יא] סברת התוס' דהשני מרחיק הכל נתבארה היטב בריב"ש. והרמב"ן שחולק בזה, אף דהרמב"ן כ' להדיא דרק אחר שמביא את הירק יכול לתבוע את בעל המשרה, י"ל דאזיל לשיטתו בסוגיין דהשני מרחיק חצי, וממילא ל"ש סברת הריב"ש כלל. אלא שהקצות (יא) כ' את סברת הריב"ש לענין שדה שאינה עשויה לבורות דה"ט דהשני מרחיק הכל, וכ' דאין הכרח שהרמב"ן יחלוק, דאולי היכא דהראשון עשה כהוגן מודו כו"ע דהשני מרחיק הכל. אך בסוגיין הרי חולק הרמב"ן על הריב"ש, ולכא' ה"ה בשדה שאינה עשויה. ואמנם יתכן דפליג מטעם אחר, ולא משום דהשני מרחיק רק חצי, אך מ"מ ק' הקצות משדה שאינה עשויה לא תתיישב, דהרמב"ן חולק על תוס' והריב"ש וכו"ל. [ונ"ב, ובעיקר ק' הקצות] ח משדה שאינה עשויה הארכנו במק"א, ויש להעיר עוד דמה שדן הקצות לומר דבאינה עשויה מודו כו"ע דהשני מרחיק הכל, כ"ו שייך רק אי נימא דהטעם דהשני מרחיק רק חצי הוא משום דדיו שזכה בקדימתו אבל לא יזכה להטיל ההרחקה על חבריו, ובכל ב' מזיקין כן הדין, אבל להרמ"ה והחזו"א שביארו דהוא סברא בבור דלעולם לא יתחייב להרחיק מכותל שברשותו, אין מקום לחילוקי הקצות, דלפי"ז אף בלוקח גמור יהיה הדין דאי"צ להרחיק הכל, ופשוט].

ואכן מהרשב"א בסוגיין ש' שלא כריב"ש, הגם שהרשב"א בסוגיין הכריע דהשני מרחיק הכל, מוכח דיש סברא לחלוק על הריב"ש גם להסוברים דהשני מרחיק הכל. וביארו בזה, דהתוס' אזלי לשיטתם ד'שם מזיק' לענין הא דאינו יכול לתבוע הרחקה תלוי בדין 'עשה שלא כהוגן', וממילא בלוקח דעשה כהוגן ודאי יכול לתבוע הרחקה. אך הרמב"ן והרשב"א ביארו באופ"א את עיקר הענין, דלא זכה בסמיכתו לענין שיוכל לתבוע את חבריו הרחקה, וי"ל דכל שהוא ג"כ מזיק, לעולם אינו זוכה שיוכל לתבוע הרחקה, ולא תליא בדין מזיק בשעת הסמיכה, אם עשה כהוגן או לא, אלא במה שהוא מזיק היום, ונמצא דכל שלא חל דין סמיכה בהיתר עדיין שם מזיק עליו. [והדברים תואמים מאד בסברת הרמב"ן לחלק בין בור לחרדל, דדוקא בחרדל שההיזק נמשך איכא להך סברא, משא"כ בבור דנגמר ההיזק, והיינו דעיקר הסברא תליא במה דהוי מזיק עתה, ודו"ק]. וא"כ נמצא דאף בלוקח אינו יכול לתבוע את חבריו הרחקה, וליכא לסברת הריב"ש. והדר דינא דאם רוצה להשאר במקומו גם חבריו סומך, ויכולים שניהם להרחיק.

[ובאמת ברשב"א שחולק על הריב"ש וכו"ל, היה משמע בביאור סברת ר' יוסי, דאי"ז כרמב"ן ש' דבעל החרדל באמת חייב בחצי ההרחקה, אלא דבעל החרדל רשאי להשאר במקומו בכל גווני, דיש טענה לבעל החרדל (בב' מזיקין) דאם רוצה לקיים את סמיכתו ולפטור את בעל הדבורים 'שומעין לו'. [ואולי י"ל בביאור הסברא, דהוא כעין סברת הרע"א הנ"ל (לעיל אות ח) דאף היכא שהותר לשני שלא להרחיק, מ"מ אין בכוחו לתבוע הרחקה, וא"כ הכ"ב, דאמנם כיון דליכא דין סמיכה בהיתר הותר לשני לסמוך, אבל תביעת הרחקה לית ליה, ואף אם ירחיק בעל הדבורים חצי ההרחקה לא יוכל לתבוע את בעל החרדל, דמ"מ שם מזיק עליו, וכו"ל שם. וע"י היטב בזה]. [ודע דאף לפי דרך זו מיושבת ק' הקצות משדה שאינה עשויה, דעכ"פ את הראשון א"א לתבוע, ודו"ק]. אך העירוני הלומדים דלכא' זה טעות בהבנת דברי הרשב"א, דהרי ש' הרשב"א דמירי בב' לוקחין, וא"כ גם בעל הדבורים סמך בהיתר, ואיך כ' הרשב"א דאם רוצה בעל החרדל לתבוע הרחקה רשאי, הרי אם כדברינו דאיכא טענה בב' מזיקין דבסמך בהיתר יכול לקיים סמיכתו ולמחול גם לחבירו, א"כ בעל הדבורים נמי יכול לטעון טענה זו. וע"כ שאי"ז כוונת הרשב"א,

וצ"ע. [ואם ביאור הסברא הוא כמ"ש לעיל ע"ד הרע"א, א"כ יש להעיר להיפך, דבשני לוקחין ליכא כלל הך סברא, וכל א' מהם יכול לתבוע את חברו, כיון דלשניהם שרי לגמרי עצם הסמיכה, שהרי נעשתה בהיתר לגמרי, ואין כאן את סברת רע"א דנהי שהותר לו לסמוך מ"מ לא יוכל לתבוע הרחקה, ועי' היטב. ועי' במהרש"א שלכא' נראה מדבריו דבב' לוקחין ליכא תביעה לאף אחד מהם כלפי חברו, ושניהם פטורים מהרחקה, וצ"ע דלהתוס' ודאי אין לומר כן, דכל שלא שייכא סברת הריב"ש הרי ממילא איכא תביעת הרחקה, ובראשונים ג"כ מבואר לא כן וכנ"ל, אא"כ נאמר כדרך שהצענו ברשב"א בתחילת הדברים, וצ"ע, ואולי כוונת המהרש"א דהו"מ למימר דאיכא דין סמך בהיתר, עיש"ה, ולא ברירא לי כוונתו, וכן תחילת דבריו לא נתבררה לי כה"צ].

וכפה"נ כוונת הרשב"א ג"כ לדברי הרמב"ן, הגם דהלשון 'שומעין לו' צ"ב קצת, דהרי בעל הדבורים יכול לתבוע הרחקה אם ירצה. אכן עיקר הסברא הנ"ל יש לה מקור ברא"ש בשטמ"ק, שדן בתחילת הדברים לפרש כן, ע"ש. וצ"ל דהסברא הנ"ל אינה, ואינו דומה לסברת הרע"א, דכיון דלא מהני סמיכה בהיתר הרי זה גרע מסמיכה דאביי, דבאביי שרי לסמוך רק דעשה שלא כהוגן, וממילא אין השני יכול לתבוע אף היכא דמזיק בגיריה, משא"כ הכא דבטלה סמיכתו של הראשון לגמרי, יכול השני לתבוע את הראשון בהרחקה].

ודע דעיקר הסברא דבב' מזיקין אף בלא דינא דסמך בהיתר השני מרחיק הכל, מבוארת גם בר"י מיגש בשיטתו דלרבא שרי סמיכה ע"ד לסלק, ומ"מ בשני מזיקין סומך והשני מרחיק הכל. ואפשר לבאר דבריו כסברת הריב"ש, דעל הראשון ליכא תביעה עד שיסמוך השני, ואילו השני אינו יכול לסמוך כלל. אלא שבדברי הר"י מיגש צ"ע, דהרי כל הסברא דשרי לסמוך היא משום הא גופא דאח"כ יסלק ולא יהיה הפסד לשני, והרי בשני מזיקין אם סומך שרי לו להשאר אח"כ, וא"כ תיאסר הסמיכה מלכתחילה, והוא פלא. ואולי צ"ל בזה, דאין טעמו דהר"י מיגש כסברת הריב"ש, אלא דלד' הר"י מיגש בב' מזיקין איכא סברא דקדימה, והראשון שסומך זוכה בשימוש, וממילא שרי לו לסמוך הגם שאינו מסלק, והוא היתר אחר ממה שמותר לסמוך בכל מזיק היכא דליתא לניזק. וצ"ע.

יב] יש להסתפק לדעת הראשונים (מלחמות רבינו יונה ורשב"א) דאיכא סמך בהיתר בלוקח שלקח את המזיק ולא היה הדבר הניזוק, וליכא סמך בהיתר בב' לקוחות. איך הדין בב' מזיקין ולקח אחד מהם, ואח"כ בא השני לסמוך את המזיק השני, דהא ודאי שאינו יכול לתבוע מהראשון דהרי בכה"ג איכא סמך בהיתר, אך יל"ע האם הראשון יכול לתבוע הרחקה מהשני, הרחקה שלימה או עכ"פ חצי. ונראה דהדבר תלוי בסברות הראשונים בזה, דהרמב"ן כ' דבלקח את המזיק ואכתי ליכא לניזק, על הניזק להרחיק, משא"כ בב' לוקחין דשניהם בהיתר, וביאר רע"א בקונ' דבבא הניזק אחר שכבר סמך המזיק איהו דאזיק אנפשיה. ומשמע דאי"ז מדין סמיכה בהיתר, אלא סברא בפ"ע. ולפי"ז מסתבר דגם הראשון אינו יכול לתבוע הרחקה ממנו, דכל הדין הוא רק שלשני אין תביעה על הראשון אפי' באופן שהוא ניזק גרידא, אבל לראשון ג"כ אין תביעה עליו. אבל ברשב"א משמע דבכה"ג דלקח האילן וליכא בור הוי דין סמך בהיתר גמור, ורק בשני לקוחות איכא סברא דאדעתא דהכי קנו שלא להחזיק את המזיק, ולפי"ז על השני להרחיק הכל. וכן לש' רבינו יונה שכ' דבאילן ובור שלא היה הבור בשעת המכירה ע"ד לקיימו שם עולמית מכרו, ומשמע קצת דלאו מדין סמך בהיתר הוא אלא סברא בפ"ע היא שע"ד כן מכרו, מ"מ מסתבר דכיון שיש לו זכות גמורה בדין להשאיר את המזיק, שוב ממילא יכול לתבוע את חברו הרחקה, משא"כ לרמב"ן משמע דהוא סברא לכך שהשני אינו יכול לתבוע, אבל הוא עצמו אין לו זכות סמיכה. ועי' היטב. [ומה שא"א לפרש כך את דברי ר"י דבעל החרדל פטור מהרחקה, הוא משום דע"כ מיירי כל הברייתא בשני לוקחין, דאל"כ במשרה וירק יכול לסמוך].

והנה הריב"ש כ' דבכל גווני ליתא סמיכה בהיתר, דלעולם מוכר ע"ד שלא יהיה הניזק, מלבד בסומך לרשות הפקר. והעירוני דלפי"ז מה כוונת הריב"ש בביאורו לש' רש"י ותוס' דבסמיכה בהיתר דלוקח והשני ג"כ מזיק, מרחיק השני הכל, הואיל וכל הרחקת הראשון היא רק אחר שיבוא השני, והשני אינו יכול לבוא. הרי אם הסברא דאדעתא דהכי מכר, א"כ בכל גווני עליו לסלק. ונראה דצ"ל בזה, דסברא זו דאדעתא דהכי וכו', היא רק לבטל דין סמיכה בהיתר, אבל אי"ז התחייבות חדשה, וא"כ דהרנא לדיני וכללי הרחנ"ז, ושוב ממילא איכא להך סברא דהואיל והשני אינו יכול לסמוך כלל אין לו תביעה על הראשון. וכך נראה לומר גם בדברי הריטב"א שהשיג על רש"י וכ' דבאילן ביד מוכר איכא סברא דבעין יפה מוכר וע"ד לסלקו הוא, ודוקא אילן ביד לוקח שרי דמכר בעין יפה ע"ד שיסלק הוא, דנראה דאף זה מדין הרחנ"ז הוא, והבעין יפה הוא לבטל דין הזכיה דסמך בהיתר. ועי' ח' הגרנ"פ שהוכיח כן.

יג] הביא הרע"א דד' הרמב"ן דאף אם שייך להחזיק אע"ג דליכא מחאה, וכשי' רבינו יונה, מ"מ כל החזקה מהני לענין הזמן דליתא לניזק. ועי"ש מה שביאר הטעם בזה. וכ' רע"א דכל הראשונים פליגי ע"ז שהרי הרא"ש ורבינו יונה נקטו דיכול למנעו שמא יחזיק, והרא"ש פליג דאם ליכא מחאה ליכא חזקה, עכ"פ מבואר דמחזיק גם כלפי אח"כ. ושמעתי דבר נכון מהגר"ד מילר, דביאור סברת הרמב"ן היא דהחזקה מהני כלפי התביעה, וכיון שנתחדש בגמ' לד' רש"י דאף בסמך בהיתר דא"א לתבוע על עצם הסמיכה [כמבואר ברמב"ן] דאינו יכול לסלקו עד שיבוא הדבר הניזק], מ"מ איכא תביעה על עצם ההיזק, א"כ מבואר דב' תביעות שונות הם, וחזקה על זה לא מהני לזה. ולפי"ז הרי להרא"ש דליכא להך חזרה בגמ', וסמך בהיתר מהני, אין מקור לומר דחזקה קודם לניזק לא מהני על אחר שבא הניזק. וכן לדעת רבינו יונה הרי הגמ' לא הדרא בה בעיקר דינא דסמיכה בהיתר, אלא דבשני לקוחות אדעתא דהכי לקחו שיסלקו הניזק, ואף אם נימא דהרנא לדין הרחנ"ז, מ"מ מה דליכא סמיכה בהיתר הוא מחמת דעתם בשעת המקח, ולא בעצם הדין, ומעתה הרי אין מקור דבביאת הניזק איכא תביעה נוספת דחמירא טפי, אלא רק דאדעתא דהכי מכרו לבטל הזכות סמיכה בהיתר, ושפיר מהני החזקה גם לזמן ביאת הניזק. ונראה דאפי' לרמב"ן במלחמות שכ' דבלוקח א' איכא סמך בהיתר, הרי נתבאר לעיל דאי"ז מתורת סמיכה בהיתר אלא גדר של איהו דאזיק אנפשיה, ורק סמיכה בהיתר כה"ג מהני, אבל מעיקר דין סמיכה בהיתר הגמ' הדרא בה, משום דאיכא תביעה אלימתא של על המזיק להרחיק את עצמו, וא"כ חזקה קודם לניזק לא מהני על אחר ביאת הניזק. והדברים מסתברים. [וכן לריב"ש דכלפי הפקר מהני סמיכה, לכא' מוכח דביסוד הדין נשאר סמיכה בהיתר].

יד] במש"כ רע"א בקונטרס בדעת הרא"ש דל"מ סמך בהיתר בגיריה. ראיתי להעיר מהרא"ש בתשובה (צח י) דנראה שמצדד דשייך סמיכה בהיתר בהיז"ר. (שו"ר דכן הך' החזו"א). אך יתכן דסמיכה בהיתר דלוקח שאני דעדיף טפי, (וצע"ק בסברא), וכן יש להסתפק בדעת הרשב"א, ולא מצאתי מקור לזה. [שו"ר באבי עזרי אות ח שחילק בזה. ונוכל לדון כע"ז במש"כ תוס' בסוגי' דפאפי יונאה דליכא סמך בהיתר בתשמיש שאינו קבוע. האם גם סמיכה בהיתר דלקוח לא ינהי, או דזה עדיף טפי, וראה להלן שהבאנו דבפלפולא חריפתא שם נראה דכיון שהיה עני הוי

כשדה שאינה עשויה, ומבואר דגם כלפי שדה שאינה עשויה איכא הך סברא, וצ"ע אם לוקח עדיף מיניה, וע"ש שהבאנו דבפשטות מוכח בתוס' דאי"ז שדה שאינה עשויה]. ובמסקנא כ' הרא"ש שם, דכיון דבעל הגינה אינו מחדש שום תשמיש בגינתו, ואם יהיה היז"ר לא יוכל להשתמש בגינתו כלל, לא מהני סמיכה בהיתר. והביאו רע"א בהמשך הקונטרס, והבין כוונתו דסמיכה בהיתר מהני רק היכא דהניזק מעמיד את הדבר הניזק אח"כ, אבל אם כבר היה הדבר הניזק בשעת הלקיחה לא מהני, וכ' רע"א דא"כ נמצא דשיטת הרא"ש כרמב"ן (במלחמות) בזה, [והיינו דלרא"ש היה פשוט דבהיה הדבר הניזק כבר לא מהני סמיכה בהיתר, ולרמב"ן הוא משום חזרת הגמ' ברבינא דעל המזיק להרחיק]. וראיתי מעירים (ע"י פתוחי חותם) דהרא"ש הרי מוסיף סברא נוספת, דכיון דע"י היז"ר נמנע כל התשמיש מהחצר, ולא רק תשמיש מסוים, ל"מ בכה"ג סמך בהיתר. וא"כ אפשר דגם היכא דמחדש את הדבר הניזק אחר המזיק, מ"מ כל עיקר הטענה היא רק דיכול לעשות תשמיש אחר, אבל היכא דכל תשמיש שיעשה בחצר ינזק ע"י הדבר המזיק לא מהני סמך בהיתר. והנה לפי"ז הרי מתיישבים ק' רע"א על הרא"ש, דהיינו טעמא דל"מ סמיכה בהיתר בחלון, וכמו"כ נמצא דבעינן לסברת דירה שאני, לפמש"כ הרמב"ן עפ"י הירושלמי דהרפת והחנות מזיקין נמי לדירה רגילה ולא רק לאוצר. ואף בפאפי יונאה אולי י"ל דמיירי בחצר העומדת לבנין וכדו' שאם לא יוכל לבנות הפסיד את כל ההשתמשות בחצר. אבל אחר העיון יותר נראה דכוונת הרא"ש דלחדש דבר לעולם אינו יכול, ובדבר שכבר היה כל מה דלא מהני הסמיכה היא היכא שאינו יכול לעשות בו תשמיש אחר, ולפי"ז לא נתיישבה שיטת הרא"ש מקושיות הרע"א. ומ"מ קשה בד' רע"א דאין שי' הרא"ש כשי' הרמב"ן כלל, דבאילן ובור וכדו' מהני סמך בהיתר אף בהיו שניהם. וע"י היטב.

טו] בפלוגתת הראשונים בספק הרחנ"ז. לפי מה שנראה מכמה אחרונים דהנידון מי המוחזק, נראה לבאר דהדברים תלויים במהות תביעת הרחנ"ז, דאם הוא ככל דין מזיק דב"ק, [אף אם נימא דהוא חידוש דעושה בתוך שלו וכו', מ"מ אחר שנחדשה פרשה זו הוי כמזיק דב"ק, וכדחזינו מהשי' דחייב בתשלומין מחמת אי ההרחקה, ע"י חזו"א], הרי שהניזק הוי כמוחזק, דשורש הנידון הוא הא גופא אם מותר לו להזיק או לא, וא"כ מספק אינו רשאי להזיק, כמו שאינו רשאי ליטול את הממון, ואף דמשום זה יצטרך להפסיד מממנו, לעשות הרחקה וכדו', וכמו במזיק דב"ק דמסתבר דשייך לתבוע שמירה מספק. אך אם דיני הרחנ"ז הם דינים מחודשים מזכויות השכנים, א"כ נמצא דשורש הנידון אינו בהיתר או באיסור להזיק, אלא האם יש חובת ההרחקה או לא, ובזה ודאי המזיק הוי מוחזק. [ולהגר"א דהצד להחמיר הוא משום ספק איסור, ג"כ מוכח דהוי כדין מזיק דב"ק, [רק דלא ס"ל להגר"א מש"כ דממילא הניזק הוי כ'מוחזק' על תביעה זו, אלא מתורת ספק איסור לחומרא אתינן עלה], דהא אם הנידון בחובת ההרחקה ודאי דא"א להוציא ממון מספק, ולא מהני בזה הא דהוי ספק איסור, וכמו בכל מוחזק, ופשוט]. אך יש להעיר על דברינו, דא"כ מה מהני אם כבר סמך, הרי אכתי שורש הנידון אם מותר לו להזיק או לא, וכיון שכלפי נידון זה הניזק הוי מוחזק, ממילא צריך המזיק שלא להרחיק, אף אם עיד"ז יצטרך להוציא ממון וכנ"ל. וצ"ל דאם כבר סמך הוי כמו היזק לדידיה במה דמחייבין ליה לסתור את הסמיכה, ולא עדיף הניזק מהמזיק, ושוב ממילא הוי המזיק כמוחזק, ועדיין צ"ע.

טז] נראה [עפ"י הנ"ל] דבדינים המחודשים דהרחקת נזיקין, פשיטא דספיקו לקולא. וכגון בהרחקה דעבודת הכרם, דיסד הריטב"א מכח זה דנתחדש דאפשר לתבעו מיד בתחילת הסמיכה המביאה לידי היזק. דדין זה ודאי אינו מלתא דמזיק גמור. וכן יש לדון בספק דוושא וכדו', דנראה דאף להתוס' דהוא מפר' הרחנ"ז מ"מ אי"ז מתורת דין מזיק דב"ק. [ולראשונים דמיירי בלוקח מן המלך כבר כ' התיבות דעל התובע להוכיח שיש בידו זכות זו, ופשוט].

יז] דוושא. ע"י ברשב"א ש' דמיירי בלוקח מן המלך, דאל"כ היאך יכול לסמוך ולשעבד את חבירו. ומבואר דלא הקשה בעיקר ההרחקה מה טעם יש בה, דאפשר דאיכא שעבוד בד"א הסמוכים לכותל, ובבאו לסמוך בב"א אפשר להבין שיהיה הדין דכ"א ירחיק חצי, אלא דלא יתכן שיוכל לשעבד את חבירו להפסיד כל הד"א ע"י סמיכתו. אך ע"י להלן בסוגי' דגיריה ש' הרשב"א לדון אם דוושא חשיב גיריה, וכ' דלפמ"ש לעיל דמיירי בלוקח מן המלך לא קשה כלל, ותדע דכן הוא, דמאי מזיק הוא, הרי אינו אלא מונע דוושא, ע"י"ש. וצ"ב א"כ בסוגיין אמאי לא הקשה כן. אכן נראה, דבסוגיין היה פשוט לרשב"א דאי"ז מדין הרחנ"ז, וקושייתו דאיך ישעבד את חבירו אתי לאפוקי משיטות הסוברים דוושא לאו מדין הרחנ"ז אלא מתורת שעבוד, ע"י יד רמ"ה ריש פרקין ולהלן בסוגי' דגיריה, וכן בר"י מיגש להלן בסוגי' דגיריה, וע"י ה' הרשב"א דאין סברא שע"י סמיכתו ישעבד את חבירו לתת הכל משלו. אכן להלן אתי הרשב"א לאפוקי משי' התוס' דהוי מדין הרחנ"ז, וע"י כ' תדע דאין טעם לחייבו בזה כלל דאינו מזיק את חבירו. (הערת הרב יעקב בנדיקט). ואמנם הראשונים שפירשו מטעם שעבוד נראה דלא הוקשה להם ק' הרשב"א, דהשעבוד הוא מכח הכותל הקיים, ואין שעבוד מכח העתיד, ומי שבנה זכה בשעבוד, וכמו שנראה ברמ"ה בכל דבריו, ע"י"ש. וע"י.

יח] ה' החזו"א אמאי ליכא איסור בזרעים וכדו' בד"א הסמוכים לכותל חבירו משום דוושא, והרי בזרעים תנן דמרחיק ג"ט ותו לא. [והחזו"א כ' דמה דתקון חז"ל תקון, וזרעים לא תיקנו. ועדיין קשה דלעולם יאמר לו הנתבע דזרע שם, ואיך מחייבו בדוושא]. וראיתי בשיעורי הגרא"ב פינקל ש' בזה דבר נחמד, עפ"י מה שמדוקדק ברש"י דחייב דוושא הוא משום דמהני לשני הכתלים, וזהו הלשון 'דוושא דהכא מהני להתם', וע"י דרישה (יג), וביאר בזה הגרנ"פ דהוא כעין דין בית שער ודלת לחצר, וא"כ מובן דרך בין ב' כתלים איכא דין דוושא. והוא נכון. אלא שהעיר שם דעכ"פ נמצא דהיכא דסמך כותל במרחק ד"א אה"נ דאסור לזרוע ביניהם, וגם זה לא מצאנו. וצ"ע.

יט] בד' רבינו יונה דדוושא מיירי בהחזיק ג"ש, וע"י ברשב"א שהשיג על רבינו יונה, דלדבריו יוכל השני לעכב את הראשון שלא יחזיק עליו, וכמו בחלונות. וכ' הרשב"א דיש לחלק דשאני חלונות דמחזיק בשל חבירו, משא"כ בדוושא. אך מסיק הרשב"א דא"כ נראה דאי"ז חזקה כלל, כיון דאינו יכול למחות. וביאור הדברים נראה (כן שמעתי מהגר"ג אדלשטיין), דאין השגת הרשב"א דבכל גווני דליכא מחאה ליכא חזקה וכשי' הרא"ש, דהא לעיל יז הסכים הרשב"א עם רבינו יונה דטעמא דלרבא אינו סומך הוא שמא יחזיק, אע"ג דאינו יכול למחות. אלא כוונת הרשב"א, דכיון שנתבאר בהכרח דשאני דוושא מחלונות, וא"א למחות כיון שאינו מחזיק בשל חבירו, א"כ אי"ז חזקה כלל, (ושאני הא דרבא דדמי למחזיק בשל חבירו כיון דסומך עליו דבר המזיק, והארכנו במק"א), והוא מבואר. והנה להלן במתני' גבי מזחילה מסיק הרשב"א כשי' הרמב"ם דמיירי שהחזיק במזחילה, וחזקה זו מהני גם לכל תיקוני המזחילה, דאל"כ א"א להשתמש במזחילה, ומבואר דמהני חזקה, וצ"ב מ"ש מדוושא. וצ"ל בזה,

דמש"כ הרשב"א דחלונות הוי נוטל משל חבירו אין כוונתו דהאורה והאור של חבירו הם, וכהבנת גדולי האחרונים, דא"כ ודאי דבמזחילה ליכא לזה. וכבר ביאר באבי עזרי דהא פשיטא דהאור והאור אינם רכוש חבירו, (ומה דבעינן לקמן נט בהיתר פתיחת חלון למעלה מד"א לדין כופין עמ"ס, צ"ל דא"ז משום לקיחת האור והאור, אלא דגם למעלה מד"א איכא קצת היזק ראייה, דהא יכול לקחת שרשיפא כמבואר שם, וכע"ז כ' באב"ע. ויש להוכיח מהרשב"א עצמו דאין כוונתו כד' האחרונים, ממש"כ לעיל יז: גבי בור דאיך יכול הראשון לסמוך ולחייב את חבירו בהרחקת שש, מ"ש מחלונות דאינו יכול לסמוך, ואת"ל דהתם הטעם משום דלוקח מחבירו את גוף האור והאור הרי לא דמי כלל, אע"כ דלוקח מחבירו את השעבוד לזכות האור והאור וכנ"ל, וזה ברור. שמעתי מהגר"ד מילר). אלא כיון דהחזקה היא להחזיק זכות שיעבור דרך חצר חבירו אור ואור, וזכות זו מונעת את השני מלבנות בחצירו, הוי כנוטל משל חבירו. והא דדוושא אינו כן, אף דגם שם ע"י זכותו לוקח כביכול חלק ברשות חבירו ומונעו מלבנות, נראה דכוונת הרשב"א דגוף החזקה אינה על הדוושא, כיון דאין הדוושא חלק מתשמיש החלון, אלא תועלת דממילא, וחלוק מחלונות שזה כל עיקר החזקה בהו, לנטילת אור ואור דרך רשות חבירו, ולהכי (למסקנת הרשב"א) בחלונות מהני חזקה ובדוושא לא מהני חזקה. ועי'. ועכ"פ לפי"ז מובן דבמזחילה שפיר הוי חזקה, וכמ"ש הרשב"א דכיון דא"א למזחילה בלא התיקון, הרי נמצא דגוף ההחזקה היא כלפי הלקיחה מחבירו. והראשונים דפליגי י"ל דס"ל לאידך גיסא, דמזחילה גרע גם מדוושא, דמה שצריך לפעמים לתקן אי"ז חלק מהחזקה כלל. ועי' היטב בכ"ז. ונתקשינו בהאי עניינא בשי' תוס' שכ' לענין מזחילה דמיירי בקנה מחבירו, ואילו לענין דוושא שיטתם דהוא מדין הרחנ"ז, ומ"ש זה מזה, וצ"ל דדוושא הוא תועלת לכותל, ואילו מזחילה הוא רק אפשרות תיקון אם יתקלקל, ועי' בזה, ועכ"פ נמצא שהוא היפך סברת הרשב"א לענין חזקה, דמהני לתיקון המזחילה ולא מהני דדוושא. ועי'.

[כ] עי' רבינו יונה שמפרש דנפל הכותל הראשון וקמ"ל דזכה לעולם. והביא סייעתא לדבריו מר"ח שג"כ מפרש כן. אלא שיעוי' היטב בלשון הר"ח שכ' דאע"פ שנפל הכותל יכול לטעון לו אל תבנה 'שלא תזקניני להרחיק אח"כ'. והדברים צ"ב מיניה וביה, דאם אכן זכה הראשון בכותלו לעולם, אמאי צריך לטענות נוספות, הלא זהו זכותו שזכה בה שיש לו ד"א בחצר חבירו, ואין השני רשאי לבנות. וביארו הלומדים, די"ל דאע"פ שזכה בד"א מ"א אינם שלו, ואי"ז אלא זכות דוושא, (כמ"ש הקצות דלא זכה בזה זכות גמורה), וא"כ כל כמה שאין לו כותל אין לו זכות לתבוע את הדוושא, ועכ"פ מדין כופין עמ"ס, ולכן כל טענתו היא דעכ"פ אח"כ יזיקנו במה שיתבע ממנו להרחיק, וכסברא המזכרת בראשונים 'שמא תחזיק עלי'. והוא כעין המבואר ברשב"א לענין דינא דרבא דאיכא הרחקה קודם דאיתא לניזק, דלולי טענת שמא תחזיק היה רשאי לסמוך בינתיים, ודו"ק. ועוד יש לדון כע"ז דאולי נפילת הכותל לא הוי כאיתא לניזק, ולכן בעצם אינו יכול לעכב על חבירו כלל, אלא דמ"מ זכה לענין שגם חבירו אינו יכול לתבעו, ולכן מצי מעכב כדי שלא יתבע ממנו אח"כ. וצ"ע בסברא זו. גם יל"ע דעכ"פ לא גרע מכיבד וריבין. (מהרב מרדכי טולדנו).

[כא] גיריה דיליה. עי' היטב ברמב"ן שנראה מדבריו דגם ר"ח שכ' דכל דמהאי שעתא משתכחא הזיקא הוי כגיריה, מודה נמי דהיכא דמזיק ממקום הנחתו הוי כגיריה, והיינו טעמא דזרעים, ע"ש היטב. וצ"ע א"כ מה מוסיף להר"ח סברת מהאי שעתא, והיכן מצינו דבר שאינו מזיק ממקום הנחתו ומ"מ הוי גיריה כיון דמזיק מהאי שעתא. והעירו דברמב"ן משמע דדוושא הוי גיריה רק משום דמזיק מהאי שעתא, דלא חשיב מזיק ממקום הנחתו. ודו"ק. [והנה הר"ן כ' דהא דפריך דוקא הכא, הוא משום דסברת 'ממקום הנחתו' ידעינן, אך לסברת 'מהאי שעתא' לא ידעינן, וזה מה דנתחדש בסולם ונמיה, עי"ש. אכן לרמב"ן נמצא דגם גבי דוושא בעינן לסברת 'מהאי שעתא', ודו"ק. והר"ן כ' לענין דוושא דמיירי בלוקח מן המלך].

וברא"ש כ' דאותו דבר שסמך הוא המזיק, ולכא' היה נראה דסברא חדשה יש כאן. אך העירוני דגם הרא"ש כוונתו לסברת מהאי שעתא, דעי' ברא"ש לקמן כה גבי משרה, דהא דל"ה גיריה הוא משום דהמים מסריחין רק אח"כ, ולכא' זה שייך רק לסברת 'מהאי שעתא', ובאמת לרמב"ן ודעימיה לכא' צ"ל דהטעם משום דא"ז ממקום הנחתו דהמים הולכים אל הירק ואינם מזיקים ממקומם. [והטור ג"כ הביא סברת מהאי שעתא, ולא הביא סברא אחרת מהרא"ש].

והעירו הלומדים לענין נוי העיר, דהר"ן כ' דשאני התם דמשום נוי העיר הוא, ומשמע דכוונתו דא"ז מדין הרחנ"ז, אך הנ"י כ' דמשום נוי העיר הוא וממקומו מזיק, וצ"ב דלכא' מיירי גם בנוטע קטנים ובזה עצמו אכתי ליכא היזק ממקומו, דמ"ש משרשים. [ומפורש בר"ן דגם בנוטע קטנים, ודוחק לומר דהנ"י פליג]. וי"ל בזה, דגיריה דממוניה נמי הוי כגיריה דיליה, וא"כ הוי מזיק במקומו, ושאני שרשים דלא שייך בהם גיריה דממוניה, וכמו שנתבאר לעיל דהיזק נגמר יחד עם התחדשות השרשים ול"ש תביעת שמירה משום ממונו, משא"כ בנוי העיר דמזיק בכל רגע. [וראה מש"כ כע"ז לעיל באות י ע"ד הרשב"א בהיזק ריח החרדל]. אבל בראשונים עצמם ל"מ כן, שהרי גם גבי גפת וזבל ביארו דמזיקים במקומם, ואילו היינו דנים משום גיריה דממוניה הרי גם אם היו הולכים למקום אחר היה אפשר לחייב על ההיזק שם, וצ"ע.

עוד העירוני בענין זה, דעי' ברשב"א שאף הוא מקשה מזרעים, וכמו שהק' הרמב"ן דהיניקה לאחר זמן באה. ולכא' לשיטתו במחיצת הכרם (וכן בתשו' לענין מים הנוטפין מהמרזב) מבואר דגיריה דממוניה הוי גיריה דיליה, ומה אכפ"ל במה שבא לאחר זמן. ובדוחק י"ל דקשה לו אמאי יכול למונעו מלכתחילה. וצ"ע.

[כב] בכל הני גדרים דהראשונים בדין גיריה דיליה, לכא' משמע דהם הגדרות לדין חץ בגדרי כוחו וחיציו של כל התורה, והרי כ"כ הרמב"ן בקנו' דד"ג בסופו, דכל הני חייב בהם משום גרמי או אדם המזיק, וכ' דהלשון מוכיח עליהם שנקראים גיריה. אך להראב"ד שהביא הרמב"ן דכולהו הוי גרמא, לכא' צ"ל דהם הגדרות מחודשות לדין גיריה דיליה דהרחנ"ז, ובשאר דוכתי אין כאן מעשה אדם. אלא שלכא' גם לרמב"ן ודעימיה ע"כ צ"ל כן, דהרי סולם ונמיה הוי גרמא, וא"כ אי"ז מעשה אדם המזיק, וא"כ לאו חיציו הם. ומעתה צ"ב מה המעלותא במזיק ממקום הנחתו, ובמזיק בשעת הנחתו, אחר שבלא"ה מבואר דא"צ גדר אדם המזיק וגם בגרמא בעי הרחקה. וע"כ דזה גדרים מחודשים בהל' הרחנ"ז, וצ"ע. ואולי יש מעלה ב'גרמא דחיציו', ועיקר הדין הוא דמודה ר"י בחיציו או באדם המזיק, אלא דגם אדם המזיק בגרמא מהני לזה. וכל שאינו מזיק ממקום הנחתו או מיד בשעת הנחתו, לא הוי חיציו כלל, וגרע מגרמת חיציו. ולפי"ז גם בד' הראב"ד י"ל כן. ונמצא דב' גווני דגרמא איכא, דגרמת חיציו עדיין בכלל מעשיו הוא, רק דהוי גרמא, ובאילן ושרשים וכדו' אי"ז מעשיו כלל. וצ"ע. [ויש להוסיף בזה עפ"י מש"כ בשי' הגרש"ר דהקמ"ל זאת אומרת גרמא אסור היינו דאיכא ביה איסורא ד'אדם המזיק', דלענין איסור הוי מעשה האדם. אך לא ברירא לי דבר זה, דלכא' דין

גרמא לאו מעשיו הוא בכל התורה, וכגון בשבת דגרם כבוי מותר, וגם בשאר דיני התורה כגון מחיקת השם, ואכמ"ל. ואולי תלוי איזה אופן של גרמא וכנ"ל, והאופנים הדומים לסולם ונמיה דחשיב גרמת חיציזי אה"נ דאסורים בכל התורה, ורק גרמות רחוקים יותר הדומים לאילן ושרשים שרו. וצ"ע. וכע"ז יל"ע במה שדן הרשב"א בליטא לניזק אי חשיב גיריה, דדמיא לכלו לו חיציזי ע"ש, והרשב"א עצמו מסיק דהוי גיריה, וצ"ע במה חולק על סברת כל חיציזי, אי משום דס"ל דלא חשיב כל חיציזי, [וצ"ב מ"ט], או דס"ל דגם היכא דבכל התורה חשיב כל חיציזי מ"מ עדיין חשיב גיריה דיליה בהל' הרחנ"ז, ולהנ"ל נצטרך לומר דגם כל חיציזי הוי גרמא דגיריה, ודמי לסולם ונמיה וכדו' ולא לאילן ושרשים. וצ"ע בכל זה. וע"ע בסוגיא דרקתא דנחלקו אם ע"י הרוח הוי גיריה, והנ"ל.

כג] בסברת החזו"א והחזו"י לענין עורבין דהוי גיריה מחמת שהדם מושך אליו את העורבין. העירו דזהו הביאור ברבינו ירוחם דאפשר לתבוע לבעל חורבה שיגדור חורבתו כדי שלא יבואו גנבים, והב"י תמה ע"ז דאי"ז גיריה, (הובא ברמ"א סעיף מד). ולהנ"ל דהחורבה 'מביאה' גנבים, ואי"ז רק מקום להסתתר בו כעין סולם ונמיה שהסולם הוא רק היכ"ל לנמיה. ודו"ק. ומיהו עיקר הסברא לא ברירא לי, וכפה"נ דכוונתם דלייצר סיבת היזק מושלמת נמי הוי גיריה, ואולי הא דשובך חשיב גיריה הוא גם במניח שובך בלי יונים, דהשובך הוא סיבה לביאת היונים, וצ"ע. ועכ"פ לכא' ודאי דאין בזה לתא דמעשה אדם, ולא חיוב תשלומין, ואפי' גרמא דגיריה צ"ע, ומוכח דהגדרת גיריה הוא מעשה שלם המביא לידי היזק, וצ"ע. ולענין החורבה והגנבים העירו עוד, דהרי לא מיירי דוקא באופן שהאדם יצר את החורבה, וגם אם אמרינן דחשיב גיריה לכא' אי"ז אלא גיריה דממוניה. וצ"ע. שו"ר דבראב"ן (ח"א ס"א) כ' גבי שובך דזמנין דמיד קופצות ואוכלות. וע"ע בענינא דגיריה בשו"ת מהר"ח או"ז סי' קכב, עיש"ה.

כד] והא אחזיק להו. עי' בתוס' ובראשונים שהוכיחו מכאן דהחזקה אי"צ טענה, דאל"כ הרי רב יוסף ודאי לא מכר להם, שאל"כ לא היה מסלקם, ודחה הרשב"א דכיון שאם החזיקו יכולים לזכות בב"ד אסור לרב יוסף לסלקם. וקשה לי דמה האיסור בזה הרי רב יוסף יודע את האמת שלא מכר להם והחזקה שקר. ואי"ז דומה למש"כ תוס' בגיטין ד דאסור להשתמש בשטר מזויף, דכאן אינו משתמש בדבר שקר אלא להיפך, דהב"ד יטעו לסמוך על החזקה והוא יודע שלא מכר. [ואין להק' דגם אם החזקה הוכחה על מחילה נימא ג"כ דרב יוסף ידע שלא מחל, די"ל דכה"ג מה שלא מחל הוי כדברים שבלב, ופשוט. וקצת צ"ע אם נימא דבדברים שעיקרן לב אזלינן בתר המחשבה. ועוד יש לדון דלהקצות דחזקת נזיקין מדין סמך בהתר הוא, אי"צ שימחול בפועל, אלא כל שאינו מוחה חשיב ברשותו והוי סמיכה בהיתר, ואולי אף לד' החזו"א דהוי מחילה אי"צ מחילה בפועל וכל שאינו מקפיד ממילא פקעה זכותו, וצ"ע]. ובריטב"א משמע דאין ראוי לעשות כן דהוי חוכא מה שאח"כ ב"ד יוציאו ממנו, ואולי גם הרשב"א כוונתו לזה, ועדיין חידוש הוא דאין ראוי לעשות כן. והעירו עוד הלומדים לתרץ ק' הראשונים על שי' ריב"מ, עפ"י שי' ר"ת דגם מחילה מפורשת לא מהני, די"ל דבאמת להיפך, דהיה להם חזקה עם טענה אמיתית, רק דרב יוסף סילקם הואיל והוברר לו כטעות, ודו"ק. אם כי לשון הגמ' ל"מ כן, דמשמע דרק חזקה היה בידם ולא מכירה אמיתית.

כה] לשון ר"ת דיכול לומר סבור הייתי שאיני יכול לקבל והוי קנין בטעות, ולכא' משמע דהוי מק"ט מעיקרא. וצ"ע דגם במומין היכא שידעה מלכתחילה, גם היכא דאיכא טענת סבורה הייתי וכו' מ"מ בעי גט, ואי"ז אלא תביעה לגט אבל לא ביטול הקידושין. וצ"ע אם כאן שייך ג"כ לפרש דהוי תביעת ביטול מקח ולא זכור לי דבר זה בקנינים. והעירו לחלק דאולי במקח רגיל, כגון המוכר קרקע לחבירו והודיעו שיש בה איזה פגם, ואח"כ טוען סבור הייתי וכו', אי"ז מק"ט כלל, וכמו"כ באשה שהמקח הוא הקידושין, רק דידעה שהוא מוכה שחין ואח"כ טוענת סבור הייתי וכו', בזה לא הוי מקח טעות אלא טענה צדדית, אבל כשהמכירה היא רק על דבר זה עצמו, כגון הכא שמוכר לו את עצם הזכות להעמיד ריה, (או דהוי מחילה ע"ז), בזה אין ה'סבור הייתי' טענה צדדית בעלמא, אלא חשיב כטעות בעיקר המקח, דכביכול לא ידע מהו הדבר הנמכר. ועי' היטב בזה. [ועי' באבהא"ז שביאר השיטות שהובאו בראשונים לחלק בין מכירה למחילה, עפ"י יסוד זה דאין כאן מק"ט גמור, עי"ש].

כו] במש"כ הסמ"ע והנתיבות בד' הרמ"א דחזקת תשמישין בעי ג"ש וטענה וחזקת נזיקין מיד. לכא' צ"ע מה מבדיל בין זה לזה, דהרי גם בנזיקין יש אופנים שיש בו השתמשות אצל חבירו, כגון בקוטרא, ומאידיך אחזיק לנפטי ולשפכי מיקרי בגמ' חזקת תשמישין ולא חזקת נזיקין. עוד העירוני, דצ"ב ההבדל בין חזקת תשמישין לחזקת קרקעות דג"ש, דהרי כל תשמיש שמחזיק אצל חבירו נתבטל שימוש הבעלים באותו מקום, כגון מוציא זיו וכדו', והרי זה פשוט דאם ירד לקרקע חבירו ודר שם או אוכל פירות לא יחשב חזקת תשמישין, ומהו שיעור ההשתמשות שנוכל לדון שרק בכלל 'תשמיש' הוא ולא בעלות גמורה על אותו מקום. ונסתפקתי בחזקת תשמישין כגון אחזיק להורדי וכדו', אם מותר לבעלים לשבור את הכותל, או דחשיב כשותף, די"ל דכל חזקתו היא רק כלפי הזמן שהכותל קיים. ועי'.

כז] בסוגיא דפאפי יונאה, כ' התוס' דעני והעשיר קמ"ל דאף שלא הוצרכו להעלות בדעתם שיבנה מ"מ חייבים לסלק, ועי' פלפולא חריפתא דמבואר בדבריו דהוי כשדה שאינה עשויה לבורות. ואמנם גם לדבריו צ"ל דההג"ה שבתוס' פליגא ע"ז, דהרי שיטתם לאסור הסמיכה מעיקרא משום דכל מרא ומרא, והרי באינה עשויה ליכא לדין כל מרא ומרא. וכפה"נ כוונתו דעכ"פ תוס' בתחילת דבריהם ס"ל כן. ועכ"פ לדבריו מבואר דכל הני סברות שכל הראשונים דלא מהני סמיכתם בהיתר, (כגון דלא קביעא תשמישתיה, או דליכא טורח בסילוקו, וגיריה המתחדש, וכו'), מהני אף לסמך בהיתר של שדה שאינה עשויה לבורות, דגם בזה לא תיהני הסמיכה, והוא חידוש. ויש להסתפק בסמך בהיתר לרשות הפקר, האם גם בזה איכא לסברות הראשונים, או דרשות הפקר עדיפא.

ולולא דבריו נראה דאין כוונת התוס' לזה, שהרי כ' דאין חילוק בין דירה וכו' ומשמע להדיא דקושייתם דלהוי סמך בהיתר קאי בשי' ר"ח ור"ת דוקא, ולא לכו"ע, וע"כ דאי"ז שדה שאינה עשויה, ובאמת י"ל דאין 'עני' כמצב של אינה עשויה. (ועוד שהרי יכול למוכרו לעשיר). אלא גדר סברא זו הוא, דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה. ונראה לומר בביאור הדברים, דאי"ז 'עשה שלא כהוגן', וזהו החידוש ב'עני והעשיר', דלא נימא דרק היכא ד'עשה שלא כהוגן' לא מהני סמיכתו בדבר שלא קביעא תשמישתיה, וקמ"ל דבכל גווני לא מהני. והנפ"מ העולה מדברינו היא, דדינא דעשה שלא כהוגן המבואר בסוגי' דחדל, דאף דהותר לו לסמוך מ"מ אין לו זכות תביעת הרחקה על חבירו, לא נאמר בגוונא של 'עני והעשיר' וכדומה, דאז לא הו"ל לאסוקי אדעתיה ואי"ז שלא כהוגן, ודו"ק.

ונראה דגם עפ"י דרכו דהפ"ח דכוונת תוס' לשדה שאינה עשויה, י"ל דאדרבה, דזהו גופא הה"א והמסקנא, והיינו, דס"ד דחשיב אינה עשויה, ואז היה הדין דמהני סמיכה בהיתר, ואף בדבר שלא קביעא תשמישתיה ואין טורח בסילוקו, אך קמ"ל להא גופא דאי"ז שדה שאינה עשויה, ולא



מהני סמיכתו בהיתר, ודו"ק. ונמצא לפי"ז דאדרבה, בשדה שאינה עשויה מהני סמיכה בהיתר בכל גווני, וליכא בזה לכל סברות הראשונים המבוארות בסוגיין. ובסוגיין המסקנא דכה"ג לא חשיב שדה שאינה עשויה, וכן"ל.

[כח] ובהאי עניינא העירוני תמיהא רבתא בדברי הגר"א בביאורו באות קב, דהרמ"א כ' דבכל הני דהזיקו קשה כקוטרא ובה"כ וניוד האפדנא, לא מהני גם אם סומך קודם שבא הניזק. והסמ"ע הבין דכוונתו דגם בזה לא מהני חזקה, אמנם הנתיבות מפרש דקאי לענין סמיכה בהיתר, וכפי' הב"י דכל דליכא חזקה ליכא נמי סמיכה בהיתר, ולכא' מדברי הגר"א נראה שהבין כנתיבות, שכ' על דין זה דמקורו מדברי התוס', והתוס' לא מיירי כלל מדין חזקה. אולם תמוה דהטעם המבואר בתוס', דלא קביעא תשמישתיה, וכל מרא ומרא (וביאר הגר"א דהוי מזיק בידיים), אינו אלא בניוד האפדנא, ולא מצינו כן בשאר הזיקים, ולכן הנתיבות כ' עפ"י סברת הב"י, דבכל הנהו דליכא חזקה ליכא נמי סמיכה בהיתר, אבל בתוס' לכא' אין הדברים כן, וצע"ג כוונת הגר"א במה שציין לד' התוס'.

עוד העירו בביאור הגר"א באות קא, שכ' הגר"א דמקור הרמב"ם להא דנייד אפדנא ואבק (עי' באר הגולה דהוא רקתא) הוי כקוטרא ובה"כ, הוא לשיטתו דהחזקה מיד. ולכא' כוונת הגר"א דאף דאפשר דמיירי שבא המזיק אחר הניזק, מ"מ הרי להרמב"ם לשיטתו מחזיק מיד וע"כ דל"ה חזקה. (וקצת צ"ע דמגלן שלא מיחו מיד). אולם לפי"ז צ"ע טובא, מנא להו להטור ולב"י לומר דברמב"ם מבואר דגם קודם שבא הניזק לא הוי חזקה. וכן באמת הקשה הלח"מ. אלא שבלא דברי הגר"א היה מקום לומר דהמקור לזה הוא מהא דחידש הרמב"ם דנייד אפדנא הוי כקוטרא, והוכרח הרמב"ם לזה דאל"כ החזיקו הנהו דדייקי שומשומי, והרי שם החזקה היא קודם ביאת הניזק, כמו שדקדקו הראשונים מלשון עני והעשיר. אבל להגר"א דהוכחת הרמב"ם היא לשיטתו, והוכיח כן גם מרקתא, והרי שם אין שום רמז דמיירי שהרקתא היה קודם ביאת הניזק (בני רה"ר) לשם, אע"כ דהרמב"ם מוכיח לשיטתו דמשמע ליה דלא מיחו מיד וא"כ הוי חזקה, אע"כ דכל הנהו הוו כקוטרא, וא"כ אין שום מקור להא דגם קודם ביאת הניזק אי"ז חזקה, דאפשר שהרמב"ם סובר כד' רבינו יונה שמפורש בדבריו דכה"ג לא חשיב כקוטרא כיון שהניזק עדיין אינו, ושייך להחזיק אף קודם ביאת הניזק (דלא כהרא"ש), וצע"ג.

ובביאור הגר"א (מב) כ' בהך דדייקי שומשומי דחייב כיון דאשו משום חיציו, וצע"ג דהרי יש כאן אדם המזיק גמור, ולא רק 'אשו'. וצ"ע. כט] בתוס' בסוגיא דרקתא חילקו בין נמיה לרקתא דבעלי חיים שאני, (וביאר החזו"א דהבע"ח מוכנים להזיק הם ואינו אלא מקרבם). והעיר הר"מ טולדנו, דלהתוס' לעיל שהזיק העורבין הוא במה שמטנפים הפירות, א"כ בעצם הדם הוא המזיק, והבע"ח הם כרוח להביא את הדם אל הפירות, א"כ לפי"ז אי"ז חלוק מרקתא כלל, דבזה אין שום מעלה במה שהעורבין בע"ח. ודו"ק.

[ל] בדברי התורי"ד בסוגיין דאף דאשו משום חיציו וחייב בד' דברים, מ"מ אי"ז גיריה דייליה לענין הרחנ"ז, לכא' מבואר כד' הגרי"ז בספרו דאשו משום חיציו אינו מעשה אדם לכל מילי, ואין בזה חיוב רציחה וכדו', ולא אתרבי אלא לדין אדם המזיק. ובעיקר דבריו לא נתברר לן מה קושיית הגמ' מגץ היוצא, וכי גם שם מיירי במקום שהניזק יכול להשמר. וצ"ע.