

ועוד יש לפרש לפי הדעות שעד המסייע פוטר משבועה, אם נשאל את העד וסייעו לזה שאומר 'איני יודע', ייפטר מלשלם (עפ"י זכר יצחק שם. ע"ש בפרטות).

'לא צריכא דייבתן בחצר דתרוייהו אי נמי ברשות הרבים'. וקמשמע לן שאף על פי שיש ודאי רמאי – חולקים בלא שבועה, הואיל ויש לכל אחד דררא דממונא. ואעפ"י שאינם תופסים באבנים ממש אלא מונחות במקום שיד שניהם שוה בו (עפ"י ר"ן).

'כגון שיש עסק שבועה ביניהם... מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים והשאר איני יודע, מתוך שאינו יכול לישבע ישלם' – ובאופן שהאבנים שהודה עליהם אינם בעין, שאין כאן 'הילך' (ע' בית הלוי ח"ג מ"ג. ובספר משמרות כהונה כתב שמדובר שתבע בבית דין ולא הביא שמה את האבנים, ולכך אין כאן 'הילך').

– מכאן שמענו שגם ב'שמא טוב' שלא היה לו לידע הדבר, אומרים שהמחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם (עפ"י ר"ן).

'אלא דאמר ליה עלייה סתם, לוגר ליה אחריתי'. ואף אם אין לו עליה אחרת ולא קיבל קנין, כך שאינו משועבד לשכור לו עליה שהרי אין אדם מקנה דבר שאינו שלו אלא אם כן שעבד נכסיו בפירוש, מכל מקום השוכר פטור מלשלם שכרו מכל וכל אם אינו משכיר לו אחרת (ר"ן).

ונחלקו בענין הראשונים (מובא בטור חו"מ סיב): שיטת הרמ"ה שאי אפשר לכוף את המשכיר לשכור לו עליה אחרת אע"פ שקנו מידו לשכור או לבנות עבורו, כיון שלא היה לו באותה שעה בית אחר הרי זה דבר שלא בא לעולם, ואין מועיל עליו קנין. אלא שאם קיבל את שכרו – צריך להחזיר לו את כולו. ושיטת הרא"ש שנשתעבדו נכסיו וכופין אותו לתת לו עליה אחרת.

[ומשמע מדברי רש"י כהרמ"ה, שרק אם יש לו עליה אחרת חל שעבודו. ומה שלא תרצו שמדובר שאין לו אחרת – כי משמע במשנה שאין מחייבים את המשכיר להחזיר לו דמי שכירות, או לשכור בדמי השכירות עליה אחרת. עפ"י חזון איש ב"ב ד,ד].

דף קיז

'הנהו בי תרי דהוו דיירי חד עילאי וחד תתאי, איפחית מעזיבה, כי משי מיא עילאי אזלי ומזקי לתתאי. ר' חייא בר אבא אמר: העליון מתקן, ור' אלעי משום ר' חייא בר' יוסי אמר: התחתון מתקן'. רש"י פרש שמחלוקתם בשותפין שחלקו ולא בשוכר ומשכיר. ומשמע שאין התחתון מחויב בעשיית מעזיבה, שלא כבמשכיר ושוכר [דקיימא לן כתנא קמא, שעל התחתון לעשות מעזיבה]. ועל כן דנו כאן האם יכול התחתון לחייב את העליון למנוע נזקיו. ואכן כך היא שיטת הרמב"ם (כמו שכתב במגיד משנה הל' שכנים ד,א).

ואולם שיטת הרשב"א (מובא במ"מ שם) שהתחתון עושה גם את המעזיבה. ולדעת הר"ן והרא"ה (מובאים בגמ"י), בשותפין מודה ר' יוסי שהתחתון עושה את המעזיבה. ויש לעיין לפי שיטתם במה נחלקו כאן, הלא התחתון מחויב במעזיבה?

ויש לומר שמדובר בשוכר ומשכיר ובשארמר לו 'עליה זו', שאין המשכיר (התחתון) חייב לתקן, ונחלקו

האם התחתון כופה את העליון בגלל נזקו, אם לאו. או גם אפשר שמדובר בשותפין ובפחות מד' טפחים, שאין התחתון חייב לתקן (כדלעיל), ונחלקו אם כופהו התחתון לעליון שלא להשתמש על מקום שנפחת (עפ"י חזון איש ב"ב ד, ג).

בתוס' הרי"ד חילק: אם הבית והעליה שניהם נפלו, חייב בעל הבית לתקן את העליה שהיא תקרת ביתו. ואם נפחתה רק רצפת העליה, שזה בא על ידי שימוש ודריסת בני העליה – בעל הבית פטור לבנותה. ובכך מדובר כאן, כשנתקלקלה המעזיבה לבד.

דפסקי מיא והדר נפלי. נראה (עפ"י דברי הנמוקי-יוסף בפרק 'לא יחפור') שאם המים מזיקים לתקרת התחתון, שמחמת הלחות נופל הטיח או מתקלקל הסיד, הרי זה בכלל 'גירי דיליה' ואסור לו לשפוך. ואפשר שגם חייב לשלם על אותם נזקים.

ונראה שהוא הדין אם אינו שופך את המים באופן ישיר אלא שהמים נוזלים ממכל שלו, וכל שכן כשצנרת הביוב מקולקלת, שאסור לו להשתמש בצנרת זו כאשר המים נוזלים דרכה לבית שמתחתיו (עפ"י פתחי חושן פרק יג הערות יג-טו ע"ש באורך).

ואמנם אין הגדרת 'גירי דיליה' ברורה, שיש אומרים דוקא אם באים בכח ראשון, ולא בהתפשטות איטית – ע' בפסקי הרי"א ובפירושו ר' יהונתן מלונגיל. ו"א שתלוי הדבר אם הנזק מיידי או לאחר זמן, ו"א שתלוי אם במקומו או במקום אחר – ע' בראשונים ב"ב כו.

והרא"ש בתשובה (קח, י) כתב שבדבר שתשמישו קבוע והזיקו מרובה ואי אפשר לו לסלק את עצמו ממנו – מודה רבי יוסי שעל המזיק להרחיק עצמו. וכבר כתב החזו"א (ב"ב יד, יג) שהגדרת 'גירי דיליה' עיקרה בשיקול הדעת, וצריך לשקול בלס איזה דבר הוא בזכות המזיק ואיזה בזכות הניזק. ע"ש אריכות בפרטי ההגדרות.

ולענין מי גשמים הנוזלים דרך העליון לתחתון – ע' בפוסקים קנה, ד ובנתיבות המשפט קסד, א, ובפתחי חושן שם באורך. והגר"י גרוסמן (בספרו 'שיעורי ב"מ' מד) הורה למעשה שאם אין המים מרובים, שהם נספגים תחילה בתקרה ומן התקרה יורדים טיפות טיפות – אי אפשר לחייב את העליון. ולענין מי גשמים שחודרים – העליון פטור.

ואם נתקלקל הגג או הטיפות שעליו – חלוקות הדעות אם חיוב תיקון הגג מוטל על העליון בלבד, אלא אם נתקלקל מחמת דריסת רגל של כל השכנים, אם לאו. אמנם בבתיים המשותפים בזמנינו שנמכרים על פי החוזה, חייבים כולם להשתתף בטיפות ותיקון הגג, שכך התחייבו בחתימת החוזה. עד כאן מתשובתו.

וכן יש חילוקי דינים בין אם יש לניזק תקנה קלה להנצל מן הנזק, שרק אז אמר ר' יוסי שעל הניזק להרחיק, אבל אם אין לו תקנה קלה למנוע את הנזק – על המזיק להרחיק אף לר' יוסי. (ע' חזו"א ב"ב יד, יג עפ"י הפוסקים). ויש לברר אם מנהג המדינה קובע כאן, שעל דעת אותו מנהג נכנסו לדור. ושמה מנהג המדינה קובע בהלכות שכנים אף בעיקר ההלכה.

'הרי בעל העלייה בונה את הבית ודר בתוכה עד שיתן לו את יציאותיו.' וזה שאין כופין את בעל הבית לבנותו – דעת הרמב"ן (עפ"י הירושלמי) שמדובר שאינו בפנינו כגון שהלך למדינת הים ואין כופים אדם שלא בפניו לירד לממונו. ודעת הרשב"א והרא"ה שלדעת תלמוד דידן אין כופין אותו כלל [והרי ישנה דעת אמוראים (בכתובות פח) שבכל מקום שכופים, אף שלא בפניו יורדים לנכסיו לגבותם], לפי שלא נשתעבדו נכסיו של בעל הבית בשביל העלייה (מובא בחדושי הר"ן ונמוקי יוסף. וע' גם במאירי).

(ע"ב) 'עד כאן לא קאמר רבי יהודה הכא אלא משום דאיכא שחרוריתא.' יש לשאול לפי זה מה תיקן ר' יהודה בכך שיבנה גם את העליה וידור בבית [כגורסתנו, וכדעת רש"י רא"ש ועוד – דלא כהתוס']

כתבו שהוא דר בעליה, אמנם אינו נחשב כ'נהנה' שהרי יש לו היכן לגור, אבל הרי הוא מחסרו בשחרוריתא דאשייתא?

וצריך לומר שאכן חסרון מועט זה – חייב לשלם לו ולא חשו להזכיר זאת, אלא שאילו היה 'נהנה' היה חייב לשלם לו הכל [כדברי התוס' בב"ק (כ):] שכשיש חסרון מועט מגלגלין עליו את הכל, שכן נהנה, והרי זה בכלל 'זה נהנה וזה חסר'. אכן הרמ"ה חולק על כך, ולדבריו עדיין השאלה עומדת במקומה. וע' להלן] (עפ"י נחלת דוד ב"ק כ. וכן צידד בשער המלך הל' גזילה ג, ט).

עוד יש לומר שכוונת ר' יהודה שבונה עליה ובית ומשתמש בבית בשאר תשמישים שאין בהם שחרוריתא (חכמת מנוח. וכי"ב כתב הרי"ז בקונטרס הראיות, שעיקר תשמישו בעליה ואינו מפסיד את הבית כל כך).

עוד י"ל שפטרורוהו מלשלם חסרון מועט זה מפני שבעל הבית משועבד לעליה, אלא שסובר ר' יהודה שאם בעל העליה נהנה בישיבתו בבית אין לפטרו מצד סברא זו, ולכן מצריך שיבנה גם את העליה (כן צידד בשעה"מ שם עפ"י דמוה"ר ש' יונה. [יתכן שלכך הוצרך רש"י במשנה לטעם דמחוי כרבית. והתוס' עמדו על כך הלא בלא"ה אסור משום זה נהנה וזה חסר – אך מדברי ר' יהודה גופא מוכח שמשום זה לבר היה מותר אע"פ שמחסרו שחרוריתא דאשייתא]. והרשב"א בב"ק (כ. ומובא בר"ן ונמו"י כאן) הוכיח מכח קושיא זו, שכאשר אינו 'נהנה', הגם שהשני 'חסר' – פטור מלשלם. ומדבריו אלו מוכח שאין לחייבו מדין 'מזיק' על שחרוריתא דאשייתא. וכן כיוון לדבר בקצות החשן (שסג, ד). ונימק שאינו אלא כזורק מטבע לים שאע"פ שצריך לשלם לבר-אמודאי להעלותו אינו חייב מטעם 'מזיק', ואף כאן הלא ניתן להסיר אותה שחרורית. אמנם בספר נחלת דוד (שם) תמה מאד על סברא זו. אך מדברי הרשב"א (שם וכאן) נראה כן, שאין לחייבו מטעם 'מזיק' כאמור.

עוד העירו על פירש"י (המהרש"א והנח"ד), מדוע לא יתחייב מטעם 'נהנה' שהרי בכך שדר למטה, קירות עלייתו נשארים בלבנוניתם. ושמא י"ל שלעולם נוה לו לאדם לדור בתוך שלו, על אף השחרורית הנגרמת. לכן לא חשיב 'נהנה' בכך שלא דר בשלו. גם י"ל שכנגד חסרון זה הלא יש לו טירחה מרובה בבניית הבית עם העלייה והמעבר הנוסף לו מהבית לעלייה, ואין זה נהנה (וע"ע ביפה עינים).

'תחתון הבא לשנות... אין שומעין לו'. דוקא כשבא לשנות ממנהג העיר, כגון שנהגו לסכך בשקמים והוא בא לסכך בארזים, אבל נהגו בזה ובוזה – יכול לשנות (רא"ש בשם הראב"ד. וכן הביא מהתוספתא). ויש חולקים (וע' במאירי).

'רבי נתן אומר: תחתון נוטל שני חלקים והעליון שלישי'. אין הכוונה שיש לבעל העליה חלק בגוף הקרקע, אלא כיון שיש לו זכות לבניית עליה הרי הקרקע משועבדת לו לענין זה, הלכך יש לו בהנאת זרועיה שלישי, אבל לא יוכל בעל העליה ליקח שלישי מן הקרקע לבנותו לעצמו עד רום רקיע – שיכול התחתון לעכב בעדו.

תדע, מזה שאמר ר' יהודה שאם בונה את הבית ודר בו, צריך להעלות שכר לבעל הבית, ומשמע שכר מלא ואינו פוחת שלישי – הרי שאין לו חלק בגוף הקרקע אלא שעבודא בעלמא לבנות משמי קורה ולמעלה (שו"ת מהרי"ט חו"מ סח).

דף קיח

'הגיעוך – אין שומעין לו'. שיטת התוס' שאילו היה מפקירן בהפקר גמור – פטור על נזקי האבנים