

הרב מאיר כהן

חזקת תשמישין - שיטות הראשונים ובאורן

ראשי פרקים

- א. גדרה של חזקת תשמישין
- ב. שיעורה - פירוט כללי של השיטות
- ג. שיטת רשי' ורשב"ם
- ד. שיטת הגחת התנוס' ברשי'
- ה. שיטת ר"ת והרא"ש - ג' הסבירים
- ו. שיטת הרמב"ם והగאנונים. - בביאור שיטתם:
 - 1. שיטת קצואה"ה
 - 2. שיטת הרשב"א
 - 3. שיטת בית אהרן
- ז. שיטת ריב"ם
- ח. שיטת הראב"ד

א. גדרה של חזקת תשמישין

חזקת תשמישין אמרה באשר לזכות הקנوية למשתמש בנכסי חברו, כשהבעליהם רואים ולא מוחים בו, להמשיך ולהשתמש בנכסו כזרכו ואין הבעלים יכולים לעכב בעדו. אין הוא זוכה בגין הקרןך אלא חזקתו מועילה לקיום התשמש שהחזקיק בו בלבד.

הגמ' ב"ב וא' אומרת - "אמר רב נחמן אחזיק להורדי לא אחזיק לכשרוי (רשי' אחזיק להורדי להניח ראי רהיטים דקים על כותל חברו. לא אחזיק לכשרוי להניח עלי קוורות כבדות תחת אלו) לכשרוי אחזיק להורדי וכו'",

ושם בעמוד ב - "אמר רבינא האי כשרוא דמטלתא (קורות סוכה שהניחן על כותל חברו) עד תלתין יומין לא הווי חזקה, בתר תלתין יומיין הווי חזקה. ואיל סוכה דמצוחה היא עד שבעה יומיין לא הווי חזקה. בתר שבעה יומיין הווי חזקה. ואיל חבריה בטינה לאלאר הווי חזקה".

וביאר רשי' שם - עד שלשים יום לא הווי חזקה כיון שאדם לא מקפיד ולא מוחה בחבירו "סביר חבריו זה צריך לצל ולימים מועטים יטלו משם" אבל לאחר שלשים יום אדם מוחה, ואם לא מהה החזיק זה להניח הקוורות על כותלו של חברו. וזה לטוכה החג ושבעה ימי החג אין דרכו של אדם למוחות כיון שיודיע לחבריו עשה סוכתו לצורך החג ואח"כ מפרקה. אבל לאחר ימי החג דרכו להקפיד ואם לא מיהה בו החזיק. וככאשר חיבר המשמש קורות הסוכה בבטון החזיק המשמש בתשמשו זה לאלאר, כיון שדרךם של בני אדם למוחות לאלאר על מעשה שכזה.

ב. שיעורה

בשיעורה של חזקת שימושין מצינו כמה שיטות בראשונים:

א. שיטת הרובים - לחזקה זו לא צריך ג' שנים ולא טענת מכר או מתנה כבחזקת קרקע, אלא כיוון שראו הבעלים ושתקו החזיק לאלטר.

ב. שיטת הגחת התוסס' ברשיי - (לדעת הב"י) אומנם לא צריך ג' שנים חזקה, אבל טענה צריך.

ג. שיטת הריבים - הפוכה מקודמתה - צריך ג' שנים חזקה אבל טענה לא צריך.

ד. שיטת ר"ת והרא"ש - חזקת שימושין זהה לחזקת קרקע ומצריכה חן ג' שנים חזקה ותו טענת מכר או מתנה.

ישנם עוד שתי שיטות בניינים:

ה. שיטת רשיי ורשב"ם - יש חילוק בין שימושים גדולים לתושים קטנים. השימושים גדולים חזקתם בגין שנים וטענה ותושים קטנים חזקתם לאלטר ובטענה.

ו. שיטת הראב"ז - אין צורך בגין שנים חזקה אלא די בשלשים יומם. ועתה נבוֹא לבאר השיטות אחת לאחרת.

ג. שיטת רשיי ורשב"ם

רשיי (וב ד"ה לא הייתה חזקה) גבי מטלטה כתוב: "אם סמכה על כותל חבירו ולא מיהה בתוך שלשים יום לא הייתה חזקה לטעון ולומר פיסטייך במעות עד עולם, דכל תלתין יומין לא קפיד איניש ולא מחמי" עכ"ל. אבל לאחר שלשים יום היה חזקה.

משמעותו, צריך טענה שקנה הتشغישי. אבל חזקת ג"ש לא בעי, דהרי אמרין שם בגמ' "אי חבריה בטינה לאלטר הו חזקה".

וכן משמע ברשב"ם (ביב מאא, ד"ה כל חזקה) דכתב: "יל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה, בין בחזקת ג"ש ذקרקות ובתים ואילנות, בין בחזקת יום אחד כמו הנך אמרין לעיל (ו,א) אחוזיק להורדי וכוי מירין, וקאמר צריך לטעון מאיזה כח החזיק בה".

וכן כתבו התוסס' (וב ד"ה ואילך) בשם הרשב"ם.

אולם, ברשב"ם לסתמו ניח ע"ב ד"ה חלון - מבואר שכשהחזיק לפתח חלונות ביתו לחצר חבריו בגין ג' שנים - וא"כ דבריו צ"ע.

בטור (ס"י קג,כד) כתוב בדברי הרשב"ם שיש לחלק בסוגי התושים, ז"ל: "פירש רשב"ם של חזקה זו אין צורך ג' שנים שאין צורך ג' שנים אלא בדבר שיש בו חסרון קרקע, כגון: פתיחת חלונות ומרוב ומוזילה שהם שימושים גדולים ורגילין לכתוב עליהם שטר. אבל השימוש קטן כזה (הינו אחוזיק להורדי וכוי) אין רגילין לכתוב עליו שטר הלאהר הו חזקה" עכ"ז.

ע"פ דברי הטור הללו מתיישבת הסטירה הניל' שבדברי הרשביים.

גם ברשיי אפשר ذरיך לומר את החקיק שכתב הטור, דהנה לקמן ז, א (וזה בדנשא) לגבי חלונות כתוב: "ויאתך אין לך עלי חזקת אורה של ג"ש". הרי שלרשוי עליון חזקת ג"ש בתשmission זהה סותר דבריו הראשונים הניל' שהחזקת תשמישין היא לאalter.

אלא שע"פ דברי הטור הניל' מתיישבים דבריו - שיש לחלק בין תשmission גדול לתשmission קטן. וכן כתוב לישך דברי רשיי בספר 'כתנות פסים'.

ביאור דברי הטור

בגמ' לקמן כת'א מסיק רבא שהטעם שהחזקת קרקען צרייך ג"ש הוא משום "דבשתא קמייתא מיזדר אריש בשטריה. תורתו ותלת מיזדר, טפי לא מיזדר". פירוש הדברים שהחזקת קרקען לא חוי חזקה לפני ג' שנים, לפי שיש ריעوتה בחזקה דאמירין ליה, אם כדברך שקנית הקרקע אחוי שטרך, דורך בני אדם לשמר שטורותיהם כל ג' השנים הראשונות. אך לאחר שעברו ג"ש דאיין דרך בני אדם ליזהר יותר בשטרותיהם ואין לו הריעותה דאחוי שטרך - הוא חזקה. והרשויי והרשב"ט טברו לומר - דזוקא לגבי קניין דגוף הקרקע או אם רוצים זכות למשמש גדול בהצער חבירו כגון: חלונות ומרזב שbezח' דרך בני אדם לכטוב שטר, לפיכך לא חוי חזקה לפני ג"ש דיש לו הריעותה דאחוי שטרך. אבל כשהוא לזכות המשמש קטן שאין דרך בני אדם לכטוב עליו שטר חוי חזקה לאalter.

ד. שיטת הגחת התוס' ברשיי

ברשיי (ו,א) מובאות הגחות התוס' בעניין חזקה דהורדי וז"ל: "כל חזקות הללו דשמעתין אין חזקות שלש שנים, שלא שיק שלוש שנים אלא בגין חזקה קרקען, שמחזיק בשדה חבירו ואומר לקחתיו ממק'. אבלanca בחזקת תשmission בעלמא מיררי, שימושתmesh בשל חבירו בשעה אחת שימושתmesh בפנוי ושותק הוויא חזקה, כדמותה לקמן ובו דאמירין ואיל חבירה בטינה לאalter הוויא חזקה, וטעמא משום דאמירין לא שביק אניש לאיישתמושי בתוק' שלו תשmission של קבועות בלבד רשותו. וכיוון שימושתmesh זה בפנוי ושותק ייל' דנטול רשות ממנו או נתן לו ממון ומכר לו תשmission זה, והני מיל' דחויא חזקה כגון שטוע הוא מכרי לי או נתן לי במתנה, אבל אם טע Nutzungה בפנוי ושותק איןנה חזקה, כדעתן לקמן בחזקת הבתים. (מ,א) כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה... ובכל חזקות מיררי לא שאח חזקה ג' שנים לא שנא חזקה יומם אחד כי הני' עכ"יד.

היווצה מדבריו - דחזקת תשmission עמי טענה ככל החזקות אך לא עמי ג' שנים כיון שלא בא להחזיק בגוף הקרקע אלא בתשmission שהשתמש בו ומקורו מהמשך הסוגיא לגבי סוכה שם חקרה לכוטל חבירו בטינה החזיק לאalter.

שיטת זו נאמנת לפשט הסוגיא בעניין החזקה לאalter, ונטאמת לדין המשנה שי' כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה".

הבית והב"י נחלקו בהבנת שיטה זו:
הב"ח סבר שגם שיטה זו מחלוקת בין שימושים גדולים לשימושים קטנים - כשייטת
רשיי ורשב"ם. (וכמו שביארנו סברתם לעיל).
אך הב"י כתב ששיעורה זו היא שיטה חדשה שלא מחלוקת בין סוגים התושים וandi;
בשימושים גדולים אם רואו אותם הבעלים משתמש ושתקו זכה לאלאר.
ובטעם הדברים צ"ל כיון שטוייס לא בא לזכות בגוף הקרן אלא בתשישתו שבו, אף
דיש בזה חסרו קרן, לא צריך חזקת ג' שנים. דגש על תשיש גודל לא נהגים לכתוב
שטר, ولكن חוי חזקה לאלאר.

ה. שיטת ר"ת והרא"ש

הנמקי יוסף (גב בדיו חריף, דיה האי כשווא) כתב - שדעת ר"ת והרשב"א בחזקת השימוש
היא "שאין חזקה דוקא בני שנים ובא בטענת חזקה, כדתנן בפרק חזקת הביתין" (מא,א)
כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה. ובחזקה ג' שנים אירי, ומשמע כלל הוא לכל
חזקות שבועלם".

וכן כתב הרא"ש (אות י,ב) שבଘזיק להורדי בעין טענת מכר וחזקה ג"ש. ע"ש.
משמעות הדברים אין חילוק בין שימוש גדול לתשיש קטון. שהרי אף בהורדי דחי
תשיש קטון (כהגדות הטור בדעת רשב"ם כ"ל) כתבו דבעין ג"ש.

ביאור דברי ר"ת - והרא"ש

בטעם דברי ר"ת והרא"ש אפשר להציג מספר חסרים:

א. דר"ת והרא"ש סביר שאפי' כשקונה תשיש קטון דרך בני אדם לכתוב שטר, וכן
אף בתשיש קטון בעי ג' שנים.

ב. מאידך אפשר להסביר - שבאמת בתשיש קטון אין דרך בני אדם לעשות שטר ואע"פ
כן סבירא לחס לראי"ש ולר"ת - אך בתשיש קטון בעין ג"ש. והסבירה לכך דיל' שמה
שאמר רבא (בירוש פרק חזקת הביתין) שהטעם של חזקה ג'יש הוא משום ד"עד שלוש שנים
מיוזהר אינייש בשטוויה טפי לא מיזהה", זה דוקא בדבר שאינו עשה פירות תדריך,
שהרי דברי רבא נסובים על שאלת הגמ' השואלת מזוע לרבען דרך ג"ש בדבר שאינו
עשה פירות תדריך, ועל זה עוננה רבא שרבען סברו דבעין ג"ש משום דעת ג"ש יש לו
ריועטה דחוי שטרך. אבל בדבר העוסקה פירות תדריך גם בלי הטעם דהריועטה דחוי
שטרך צריך שלוש שנים. דהרי אפי' לרי' ישמעאל שטובר שם שבדבר שאינו עשה פירות
תדריך סגי בגין אכילות, מ"מ בדבר שעושה פירות תדריך מודה ובעין ג"ש. וטעם הוא
כמו שאומרת הgem' (שם כח,א) דילפין חזקה ג' שנים משור המועד "מה שור המועד כיון
שנוג' ג' ניגנות נפק ליה מחזקה תם וקס ליה בחזקה מועד, הכא נמי כיון דacula תלת
שני נפק לה מרשות מוכר וכיימה לה ברשות לוקח". וחרמבי"ז - שם ביאר דברי הgem'

שסתם שוררים יש להם חזקת תמות דסתם שוררים אינם נוגחים, מ"מ כשנכח ג' פעמים דהינו שעשה שלוש פעולות הפק חזקתו אמרין דעתה נעה מועד. וכן לגבי קרקע דסתם קרקע קיימי בחזקתו מרוא קמא. ורק אם עשו ג' פעולות בקרקע הפק חזקתו מרוא קמא אז מקבל דין מוחזק, ואם בא המעדיר - עליו להביא ראייה. והנה בדבר שעשו פירות תDIR ישיבת שנה בקרקע נקרא שעשה פעולה בקרקע, אכן דרך בני אדם להשכיר דבר שעשו פירות תDIR לפחות פירות משנה. כמו שכתו חראונים שם) וכך עיין לכ"ע ג"ש. ורק בדבר שאינו עשו פירות תDIR סובר ר' ישמعال דסגי בגין ג"ש. ורבנן סבורו - שום בדבר שאינו עשו פירות תDIR בגין ג"ש, ועי' קאמר רבא דהטעם של רבנן הוא משומש דעת ג"ש יש למחזיק ריעוטא דאחו שטרך.

לפי זה אפשר לבאר את המכח שבין רשי' ורשב'ים ובין הרא"ש ור"ת - דלulos הרא"ש ור"ת סוברים שבת השימוש קטן אין דרך בני אדם לכתוב שטר מ"מ טברו שצרכי ג"ש אף בת השימוש קטן. כמו כל דבר שעשו פירות תDIR. דלא הו מוחזק בפחות מג"ש כדילפין משור המועד.

אבל רשי' ורשב'ים, שכתו שבת השימוש קטן לא צרי' ג' שנים, סבורו שיש חלק ולומר, שודוקא כשהוא לוכות בגוף הקרקע עיין ג"ש בעשויה פירות תDIR, לפי שאם אדם ישמש בקרקע עדין אין הזכחה שגוף הקרקע שלו, אבל לעניין השימוש, כיון שרואים שהוא משתמש השימוש של קבועות החצירו של חבירו, וחבירו שותק, מוכח מיד שיש לו רשות לכך. וכן לאalter הו מוחזק. ורק בת השימוש גדול הצעירו רשי' ורשב'ים ג"ש לפי שבת השימוש גדול דרך בני אדם לכתוב שטר. וכן פחות מג"ש יש לו ריעוטא דאחו שטרך.

כך ביאר בספר נחלת משה.

ג. ביאור נוסף - אכן על השימושים קטנים לא כתובים שטר מ"מ בעין ג"ש משומש דלא פלוג בחזקوتם. מבואר בΡΙΤΙΒ'Α בראש "חזקת הבתים" לגבי גודרות. וכדברי הרשב'ים (לא, זיה ומשנ) גודרות חזקתן לאחר ג"ש אף דיליכא בהו שטר.

הנק'ם בין החסברים הניל' תהיה באופן שיש מהג ברור שלא לכתוב שטר בת השימוש קטן, דלפי הביאור הראשון - גם לר"ת והרא"ש לאalter הו חזקה, דהיינו אין גודרים לכתוב שטר בת השימוש קטן. ולביאור השני והשלישי - אע"פ שלא נוהגים לכתוב שטר בעין שיחזיק ג"ש.

הבעיות שבשיטת הרא"ש ור"ת

לשיטת הרא"ש ור"ת קשה מהמשיך הסוגיא לגבי סוכה ומטללתא (ו,ב) חזקתן בפחות מני שנים. ואפי' לאalter "אי חבריה בטינאי". והרי לשיטות חזקתן תשמשון ג"ש? והנה התוס' (שם ד"ה הא כשווא) - הביא דעת ר"ת חזקה דמטלلتא וסוכה לא נסובה על תחילת הסוגיא המדוברת בחזקתן תשמשון, אלא על המשנה (ח,א) המדוברת בחזקתן תשלים (ז"א חזקה שישלים דמי הכותל שהנהי עליו קורתינו) א"כ לדבריו סורה הקשיה מעל ר"ת שהרי לא עסקינו בחזקתן תשמשון כלל (ועיין במהר'ם על דברי התוס').

גם הרא"ש (פ"א אות יד) ביאר דהאי כשרוא דמלטלה "לא בחזקת קניה איירי אלא אמרתניין קאי, מרבע אמות ולמעלה בחזקת שלא נתנו וכו', אבל בחזקתDK ניה אפי' חבריה בטינה בעי חזקת ג"ש" עכ"ל. [ורשי"ו ורשב"ס, הרמב"ס והగאניטים (ולחלה) שסבירו שחזקת תשミニין הוא לא יותר תמכו יסודם מגמי זו דמבעור להדייה דהוי חזקה לאלא. וסבירו לדחוק ולומר דהאי כשרוא דמלטלה וכו' נסוב על דברי המשנה, שאינו כפשט הסוגיא].

והנה בעל המאור (ג' בדף הריש"ף) הציע הסבר נוסף בישוב הסוגיא - דאין כוונת הגמי שלآخر שלשים יום או ז' ימי החג בסוכה - הוא חזקה, אלא דמנין ג' שני החזקה מתחילה לאחר ימים אלו. (וע' במלחמות - מה שרבה להקשות על פירוש זה).

ויש לציין שלפי דבריו - בכשרוא דמלטלה לא הוא חזקה אלא לאחר שלוש שנים ושלשים יום, ובסוכה דעתו לאחר גיש ושבוע, וזה שלא כדבריו בדרכו הרא"ש ור' דסגי בגישתו לא.

ו. שיטת הרמב"ס והגאניטים

הרמב"ס בהל' שכנים ח' כתוב: "חפר שמעון בכוטל זה והכנס ביה קורה אחת ושתק ראובן ולא מיחה החזיק במקום הקורה". ואח"כ כתב יiams סוכת ימי החג היא כל שבעת ימי החג לא החזיק, לאחר שבעת החזיק.

נראה מדבריו הרמב"ס שלא לצורך טענת מכר או מתנה בחזקת תשミニין אלא אם טען המשמש שהבעלם לא מהה בו - זכתה.

עוד משמעו, שלא בעין חזקת שלוש שנים כבקרעות וחוי חזקה לאלא. וכן כתב המ"מ שם וכותב שכן דעת הגאניטים).

לשיטתו זו דלא בעין טענת מכר שותף גם הריב"ס (חווא בתוס' בג' ד"ה והא) וז"ל: "כיון שלא בא לחזיק בקרע של חבריו ולומר שלו הוא, אלא לשימוש בעלמא שננה ממנו, מועלת חזקה שלא בטענה... כי הנהו דלעיל דאחזוקי להורי דמעלת חזקה שלא בטענה. דמודלא מיחה ג' שנים מחל לו".

אומנם, לשיטת הריב"ס צריך גיש חזקה שלא כהרמב"ס. אבל טענת מכר או מתנה לא צריך. וטעמו כיוון שלא בא לחזיק בקרע עצמה אלא בשימוש שבקרע די בחזקת גיש.

דעות הרמב"ס הגאניטים וריב"ס - הסוברים דלא בעי טענה לחזקת תשミニין טעונה הסבר, שהרי לגבי חזקת קרעות אמרין דבעין גם ג' שנות חזקה וגם טענת מכר או מתנה, משום אמרין דכל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה, כיצד אמר לו מה אתה עושה בתוך שליל, והוא אמר שלא אמר לי אדם דבר מעולם - אינה חזקה. שמכרת לי שנותה לי במתנה - הרי זו חזקה" (משנה ב"ב מא,א).

(וחtos' (שם, ד"ה אמרו) הסביר: "כשאומר לא אמר לי אדם דבר מעולם" כוונתו "ראיתי שלא מיתרו בידי" וחזקתי בה ונמצא שמחל לי".

היווצה, שלא מועילה חזקה הנטמכת בטענה שהבעלים שתקו ולא מירטו בידו, חזקה אינה מעשה קניין אלא ראייה הותומכת את טענת הקניין במקורה שאין שטר, וכיון שטענתה מחייבת אינה טעונה שמורה על העברת בעלות בקניין, לא תועליל לו חזקתו שהחזקיק. א"כ לרמב"ם וסיעתו היה מועילה חזקת תשמישון ללא טענה?

עוד, הרי מחלוקת רק על העבר, דאיתנה מעשה קניין, א"כ מודוע לא יכולו הבעלים להזור בהם מחלוקת? כך שואל קצוץ החושן (קג ס"ק ג' על הגאנונים, ז"ל: ד"בשלמא ע"י טענה משכחת לה שטע ש��נו ממנו במחair כסף או בשטר וחזקה. אבל بلا טענה אלא שראה ושתק ומלח לו אמאי אייל לחזור כוון דליך קניין).

בביאור שיטת הרמב"ם הגאנונים וריב"ם נביא כמה הסברים:

1. שיטת קצוץ"ח

קצוץ"ח (שם) מבאר שיטת הרמב"ם כאן ע"פ מה שפסק הרמב"ם בהלכות מכירה פ"א - שם ביאר הרמב"ם את דרכי הקניינים וכותב שקרקע נקיית בכף בשטר ובחזקה. בHALCA טו (שם) כתוב הרמב"ם - "היתה הקרקע צחיח סלע שאין בה לא גדר ולא פרצה ואינה בת זריעה, הרי החזקה שokane אותה שטיחות פירות או העמדת בהמה שם, וכיוצא בזה משאר התשמשין".

וכותב הרב ה"מגיד" (שם) "יונראhed שדעת רבינו זיל דלא בעין מיידי זמעעל לקרקע אלא כשלהוקח איינו נהנה, אבל כשלוקח נהנה ודעת אחרת מקנה ודאי קנה... וזה שאמר הרב למעליה והל יי' גבי נעל שהרי נשתמש בה שימוש המועליל וא"כ כי"ש אכילת פירות או כל הדברים שהבעלים נהנין דרך הנטאות הקרקע או משתמשין דרך שימוש".

היווצה מדברי הרמב"ם - שהשתמשות בקרקע בדרך המקובלת מהווה קניין לknutvo בקרקע.

הראב"ד - במקום חולק על הרמב"ם וסביר שאכילת פירות ז"א השתמשות בקרקע יכולה להיות ראייה לטענת מכר בלבד, אבל להיות מעשה קניין הקונה קרקע - לא. מושום "דלא קני אלא מיידי דמהニア לאראעע כען נעל וגדר".

א"כ אומר קצוץ"ח, הרמב"ם - שפסק שבחזקת תשמישון זי בזה שראה אותו משתמש ושתק בשביב לknutvo זכות השימוש - נובן. שורי המתחלת השתמשות היא היא הקונה הקונה את השימוש. لكن מועיל גם להבא ולבן גם לא יכול לחזור בו.

קצוץ"ח מוסיף ואומר - שוגם לראב"ד שסביר שאכילת פירות (השתמשות לדידן) אינה מועילה בקניין בקרקע. זה דוקא כשהוא לknutvo גוף הקרקע, אבל כשהוא לknutvo רק זכות השתמשות בקרקע גם הראב"ד מודה שokane.

יסוד דבריו של הרמב"ם הוא מהגמ' (ב"ב ק,א) "תניא הילך בה (היא בקרקע שרצה לknutvo) לארכה ולרחבה קנה מקום הילכו דברי ר' אליעזר. וחכמים אומרים - אין חילוך מועיל כלל עד שיחזיק,... אמר ר' יוסי בר' חנינא מודים חכמים לר'יא בשביב של כרמים

הויאל ונעשה להילוק נקונה בהילוק"

לטיפולים: הקוצה"ח דוחה את האפשרות שמחילה היא זו שكونה את החשתפות, ומחדש שתחילת החשתפות היא זו שكونה.

רי' שמואל רוזובסקי (בשעוריו לב"ב - עמי רימ) - כותב שצורך להסביר בדברי קוצה"ח שתיקת הבעלים מוחה הוכחה שמקנה לו התmeshיש. וע"כ מועל המעשה קניין דוחתחלת החשתפות. אדם לא נאמר כן היה קונה ע"י מעשה קניין בלי דעת מקנה.

אך ר' שמואל עצמו מקשה על העמודה זו - מדו"ע שבעל הקרע יקונה למשתמש את זכות השימוש, ואף שנוטנו לו רשות להניח הקורות על בותלו עדין קשה מהין מוכח שדעתו להקנות?

וגם אם נאמר שבאמת לא צריך דעת מקנה אלא די בדעת קונה וברשותם מן הבעלים לknoot - מהין מוכח שיש כאן נתינת רשות אקטיבית לknoot - ונשאר בcz"u (אבל כתוב שמכורח להגיד שזכה בזכות החשתפות ע"י קניין ולא ע"י מחילה. דוחילה לא קונה בשום מקום).

והברכת אברהム (עמי כו) כתוב לתוך ז"ל "וואלי דכיוון שאין לוקחים ממנו גוף החוץ, بكل אמרין שידעתו להקנות" אבל גם הוא נשאר בcz"u. דעתין מהין יש לנו לומר שיש לו רצון חיובי להקנות.

עוד ראייתי בספר "אסיפות שיעורים" (erb רפאל משה לורי) שהביא להוכחת הרמב"ם עצמו שלא בדברי קוצה"ח הנ"ל - דתנה בפ"ח מהל' שכנים הב' כתוב הרמב"ם שאם החזיק להוציא זיו ברוחב טפח יכול לחוץ אותה ברוחב ד' טפחים. והראב"ד - חלק, וכותב שזה דוקא בא מחתמת טענה. וכותב המ"מ - דעתת הראב"ד שדבר חשוב חשוב אין נקונה במחילה אלא בטענת מכר או מתנה. ואילו הרמב"ם סבר שגס בדבר חשוב מהני מחילה. והנה לפי דברי הקוצה"ח שكونה זכות החשתפות ע"י קניין דוחתחלת החשתפות. ואמרין מdstak הקנה לו וקונה ע"י אכילת פירות - מה שיקח חלק אם בא מחתמת טענה מפורשת או לא. ובהכרח סבר הראב"ד ומהני חזקת תשמישון מטעם מחילה כפשוות, ולא מחמתן קניין ולכן בדבר חשוב שהוא קונה בעין קניין ולא סגי במחילה. ובנתיבות המשפט - חלק על עצם היסוד שחידש קוצה"ח.

2. שיטת הרשב"א

באופן נוסף אפשר לבאר את שיטת הרמב"ם והగאנטים - והוא ע"פ מה שכתב הרשב"ם לחידש דוחילה הוא קניין בשעבדים. ז"ל הרשב"א (בחיושיו ביב כתב, ד"ה אלא מעתה): "קרע אין נקונה במחילה אלא במכירה ונתינה. ולא עדיף שתיקת מוחילה מפורשת. ואילו אמר ליה שדי מחולה לך לא אמר כלום, כי"ש מחילה מתוך שתיקתך. אבל שעבדין שיש להם חזקה בטענת סבלנות כדעת הגאנטים ז"ל, נקון חן במחילה. שאילו הוציא זיו על חצר חברו ואין שגע קורה בבותלו, יכול הוא למוחל לו שלא יסלקם ממש. שאין זה כנותן קרע אלא כמושל על השעבדים". ע"פ זה מבואר בפתרונות שיטת הרמב"ם

דלא בעין טענה בחזקת תשמישין משום אמרין דכשראו הבעלים משתמש בנכסיו ושתקו מחל לו, ובזה קנה השימוש דמחילה הוי קניין (ומדברי קצוה"ח דלעיל מבואר להודיע דלא כהרב"א).

ובשיטת הרשי"י והרב"ם, ור"ת והרא"ש - הסבירים דבעין טענה, אפשר להסביר בשני אופנים:

א. דברו לחלק על חידשו של הרשב"א וסבירא לתו שכשם שקרקעות ושאר חפצים אינם נקניהם במחילה כך שעובדי אינם נקניהם במחילה. ولكن בעין טעת מכר או מתנה.

ב. באמת גם הם סוברים כהרשב"א שמחילה קונה בעובדים, אלא דהרמב"ס סובר אמרין מודתק ולא מיתה מסתמא מחל לו.

ורשי"י ורשב"ם, והרא"ש ור"ת - סביר אכן שתיקתו מורה על מחילה, ד הבעלים יכול לומר אומנם הרשתי לך להשתמש בחצריו לזמן מה, מכל מקום לא התכוונתי לתת לך זכות תשמש זה לעולם. והנק"מ בין שני הסברים אלו - באופן שמלול מוחילה מפורשת על זכות ההשתמשות. לד叙述 הראשו - לא קנה זכות השימוש דהוי מוחילה אינה קונה.

ולהסביר השני - קנה זכות השימוש שהרי אמר במפורש שמוחל לו.

והנה בברכת שמואל (סימן כד,כח) ביאר הגרב"ד - שיטות הסבירים דלא בעין טענה דהוא משום שבחזקת תשמישין המשמש הוא מוחזק בתשmissה ולא בעלי הקרקע. ומה שאמרו בगמ' נבי' קב' "קרקע בחזקת בעלייה עומדות" זה דוקא לגבי גוף הקרקע. ואופן שבא לשנות את הבעלות על עצם הקרקע, בזה אמרין דבלי טעת מכר אין דבריו כלט נגד המרא קמא (דהוא המוחזק). אבל לגבי חזקת תשמישין המשמש הוא מוחזק, לפיכך אמרין דלא צריך טענה מצדו ותולים שבזה שראתה ושתק מחל לו וקנה ע"י זה. דברי הגרב"ד מבוססים על דברי הרשב"א שמחילה קונה בתשmissין כמו שכותב ה"ברכת אברהם" (עמ' כו).

אך דבריו צריכים ביאור דמאחר ודבוריו מבוססים על יסוד דברי הרשב"א. א"כ מדובר החצר לבאר הוא דלא בעין טענה הוא משום שהוא מוחזק ותולים אנו דקנה במא שמקל, היה לו לומר בפשיות, כدلעיל, דמשתק מחל לו ומחילה הוי קניין. ו"יל בפשיות - מפני שהוא סובר שהתקיקה איננה ראייה ברורה על מחייבתו וכן הוצרך לומר שرك מפני שהוא מוחזק תלין ומחל לו. ולפי דבריו אפשר לבאר בדרכ נספת את מחלוקתם של הראשונים בעניין הצורך בטענה בחזקת תשmissין.

دلיעות דלא בעין טענה - ייל דברו, כייל, שבגלל שהוא מוחזק אין צורך בטענה וכי לו במא שיש לתלות שמקל לו בשתייקתו. והדעתו שכטבו דבעין טענה - סבירו שאע"פ שהוא מוחזק - ללא טענה, אין חזקתו מועלת. אבל אם יש ראייה (בעדים) שמקל לו מהני.

3. בית אחרון

שיטת נוספת בביואר דעת הריב"ם והגאנונים מובאות ב"בית אחרון" (לרי' אחרון חכון) וזו"ל:
"תקנות חכמים שיהיה זכות תשמשו שכן אחד בשל חברו, אלא שלא נתנו לו חכמים
זכות תשמש במקומות שיש לחברו נזק מזה. אבל במקומות שהחברו שתק דשותתו הוי
סבלות על הנזק, הוי כמו לחברו אין חסר, וכך שיאנו מקפיד על תנק, אין זה נזק
אצלו, וכך לחברו צריך לתשמש זה והוא אינו מקפיד נתנו לו חכמים זכות זו. והוא
כמו זה נהנה וזה לא חסר. וכך שיש לו זכות זו מוחמת תקנת חכמים, מעתה אינו
יכול לחזור ולמחות דבר זכה בזכות התשמשין", עכ"ז.

4. שיטת ריב"ט

דעת ריב"ט כאמור מובאות בתוס' (ב"ב כ"ג, ד"ה וחא) וזו"ל: "כיוון שלא בא להחזיק בקרע
של חברו ולומר שלו היה, אלא לתשמש בעלמא שוננה ממנה מועלת חזקה שלא
בטעונה... כי הנהו דלעיל אחזוקי להורדי דמולעת חזקה שלא בטענה דמולא מיחח ג"ש
מחל לו". העולה מדבריו דחזקת תשמשין בעי ג' שני חזקה ולא בעי טענה. וטעם דבריו
דא בعين טענה כבר ביארנו בשיטת הריב"ם והגאנונים (עי"ש בארכיות).
ומה שכטב דבעין ג' שנים - מפני שהוא סבור שדווקא אם עברו ג' שנים ולא מיחח בו מוכח
מחל לו ולא בפחות מכך.

אך קשה עי' שיעורי ר' שמואל - ב"ב טמן קמ"ו מה שכטב דבעין ג"ש, דמנין לו דווקא בג"ש
מחל לו, הרי כל דין ג' שנים בחזקה שיקך במקומות חזקה הצריכה עמה טענה מכך
או מותנה - דאם רצית ליה, אס כדבריך שקנית או קיבלת במתנה אחוי שטרך ועד ג' שנים
מיוזדר איניש בשטרא, והיכן שטרך. אבל לאחר ג"ש דלא מיוזדר איניש בשטריה חזוי
חזקה. אכן את הריעוטא דאחוי שטרך, אך במקומות דלא בعين טענה כלל מניין לנו דברי
שנתיים חזוי ולא סגי בפחות מזה? ונשאר בצע"ע.

ואפשר לישב כמו שכטבו לעיל בטעמא דר"ת וחרא"ש שהצריכו ג' שנים גם בתשמשין
קטנים, וביארנו באופן אחד שאף אם נאמר דלא כותבים שטר בתשמשין קטנים מ"מ
בעין ג"ש מטעם דלא פלוג בחזקות. ולפ"ז ה"ג ייל דמה שהצריך הריב"ם ג"ש ולא
פחות הוא מושם דלא פלאגי רבנן בחזקות השונות. ולעתום ייל דעת המחייב היה
ראוי החזקה להיות בפחות מאי שנים.

ולשיטות הריב"ם - אין להקשות מכשורה דמטלטה דלבתר תלתין יומין חזוי ולא
בעין ג' שנים, דיש לישב בפשיותם כמו שביאר ר"ת דהאי כשוורא דמטלטה וכי לא
איירי בחזקת תשמשין אלא בחזקת תשולם. וככ"ל.

וברש"ש - הקשה על מה שכטבו התוס' כאן, דרביב"ם בעין ג"ש ללא טענה, וזו"ל:
"ולעליך (וב"ד ד"ה ואי חבירה) כתוב (התוס') בשם הרשב"ם בלי חולק דהאי חזקה הויל לאלתרו
ותירץ ד"אולי דווקא לפי שלא בא בטענה בעי ג"ש, אבל בטענה גם הריב"ם מודה דלאלתר
הוא חזקה".

וז"א במקומות שיש לו טענה מודה ריב"ם דלא בעין ג"ש. זה עומד בסתירה לדברינו הניל' דסבירא ליה לריב"ס דאמרין לא פלוג בחזוקות. דא"כ גם כישיש לו טענה נגידכו ג"ש מטעם לא פלוג.

אך עצם דברי הרש"ש קשים במא שכטב שהזכירו דעת רשב"ם ללא חולק זהרי התוס' שם ד"ה "חאי בשורה" הביא דעת ר"ת שהעמיד חזקה בשורה דמטלטה בחזקת תלומים ולא בחזקת תשמישין. ומדבריו משמעו דסבירר שבחזקת תשמישון בעין ג"ש וטענה (כמובן במהר"ם) וא"כ, הרי לך שהתוס' הזכירו שיטה נוספת מלבד שיטת הרשב"ם - וצ"ע.

ח. שיטת הראב"ד

בשיטת מקובצת (ל乾坤 ט"א) הביא את שיטת הראב"ד וסבירא ליה שהחזקת תשמישון בשלשים יום חזקה בין בתמשישן גדולים ובין בתמשישן קטנים. ואפי' בתמשיש קבוע איינו מחייב רק לבתר תלתין יומין.

מקור דברי הראב"ד לא ספק מהא דאמיר רבינא "חאי בשורה דמטלטה בתר תלתין יומיון חזקה" ומדברי רבינא בקשרו דמטלטה למד הראב"ד לכל חזקת תשמישון דוגי בתלתין יומין. וה"חוון איש" (ב"ב י"א) ביאר דעתemo של הראב"ד - משום שבשלשים יום הוקבע בלבו למוחל.

וביאור דבריו - דריש"י ורשב"ם דסבירא ליה דכשעשה שימוש של קבועות חזקה לאלאר, והוא דבעין תלתין יומין בסוכה דמטלטה (וה"ה, לכארה, בכל תשמש עראי) משום שאם לא עברו לי יום לא חזק השימוש של קבועות. משא"כ לראב"ד שלזעטו גם בתמשיש קבוע בעין לי יום הטעם דבעין לי יום משום דלפנוי לי יום עדין לא הוקבע וחולט בלבו למוחל לו על התמשיש.

אך הקושי בדברי הראב"ד, כיצד יפרש את המשך דברי רבינא "וואי סוכה דמצוח היא עד שבעה יומיין לא חזקה בתר שבעה יומיין חזקה, ואי חבריה בטינא דמיון לאלאר חזקה". דמשמעו דוגי בשבועה ימים. ואי חבריה בטינא חזקה לאלאר.

ובספר משנת ר' אהרון (קוטלר עמ' צט) עמד על בעיה זו וביאר, דכוונת הגמ' כך, אדם הסתיעימנו בשלשים יום בתוך ימי החג אינה חזקה רק לבתר שבעת ימי החג, משום שאנו אומרים הא דלא מחה בו לבתר תלתין יומין הוא משום שלא רצה למונו מלקיים מצות ישיבה בסוכה. ורק אם שתק גם לאחר שעברו שבעת ימי החג מוכח והא שתק הוא משום דוחל לו. ואי חבריה בטינא בתוך ימי החג לאלאר חזקה, משום דהיה לו למחות שהרי ממה שתבירו בטינא מוכח דודעתו להשתקע כאן גם לאחר ימי החג, ולא רק לקיים המצוות דישיבה בסוכה. לכן היה לו למחות מיד בראותו לחבריה בטינא. וכשהלא מחה מוכח דוחל לו. ולפיכך לאלאר חזקה.

ועיין ב" מגיד משנה" (שכנים ה,ח) דכתב - לדעת בעל העיטור והרבא"ד המעמיד בהמתו בחצר חבירו או גידל תרגולתו בחצר חבירו לאלאר חזקה, ולא בעין תלתין יומיין. משמעו מכאן דסבירא ליה לראב"ד שחזקת תשמישון לאלאר - וזה עומד בסתירה למה שモבא בשיטה מקובצת בשם הראב"ד וצ"ע.