

הרב נוריאל בן סימון

מצר שהחזיקו בו רבים

ראשי הפרקים

א. הצגת הסוגיא

1. שיטת רשב"ם

2. שיטת תוספות

3. שיטת בעל המאור

ב. כיצד זוכים הרבים בדרך?

1. שיטת רבינו יונה

2. שיטת רשב"א וריטב"א

3. שיטת רשב"ם

ג. בירור בדין מצר שהחזיקו בו רבים

1. מצר שהחזיקו בו – תקנת חכמים

2. חזקת הרבים – מדין חזקת תשמישין

3. איסור לצער או מצוה

4. הפקר בי"ד

ד. מסקנה להלכה

א. הצגת הסוגיא

1. שיטת רשב"ם

איתא במשנה בבא בתרא (צט, ב):

מי שהיתה דרך הרבים עוברת לתוך שדהו, נטלה ונתן להם מן הצד - מה שנתן נתן, ושלו לא הגיעו. ובאר רשב"ם שחלקו שנטל עכשיו לא זכה בו והרי יש להם שני דרכים, הדרך שהלכו בה מעולם, וגם הדרך שנתן להם עכשיו.

כיצד היתה זו דרך הרבים? באר רשב"ם – "שהחזיקו לעבור שם מעולם או ע"י בעל השדה שנתן להם מתחלה את הדרך". למדנו מדבריו שחזקת הרבים צריכה לבא בדרך של היתר, שהחזיקו שם מעולם או שבעל השדה נתן להם

את הדרך, משמע שאם עברו שם הרבים מעצמם ללא הסכמת הבעלים לא זכו בה.

ובגמרא שאלו אמאי שלו לא הגיעו? וברשב"ם – למה לא תיקנו חכמים שהחלפת הדרך תועיל, כיון שאינו מפסיד את הרבים, ובכגון דא כופין על מידת סדום.

ובגמרא יש שלשה תירוצים :

רב זביד משמיה דרבא- שמא יתן להם דרך עקלתון. וברשב"ם, שכך תיקנו חכמים, דלא ליהוי דידיה אפילו היכא דנתן להם דרך ישר כשלהן, דזימנן דאתי למיתב להו דרך עקלתון והם לא יתנו אל לבם דקדירא דשותפי לא חמימא ולא קרירא וחשו חכמים לתקנתא דרבים טובא.

רב משרשיא משמיה דרבא- בנותן להם דרך עקלתון.

רב אשי- כל מן הצד דרך עקלתון היא, קרובה לזה ורחוקה לזה.

נפ"מ בין התירוצים בנותן להם דרך ישרה, לרב משרשיא- שלו הגיעו דלא חיישינן שיתן להם דרך עקלתון. לרב זביד ולרב אשי הפסיד את שלו או משום החשש שירמה את הרבים או משום שכל דרך שמשנים את מיקומה יש בני אדם שנעשית להם רחוקה וחשיבא להו דרך עקלתון. (רשב"ם כתב שאין נפ"מ בין רב זביד לרב אשי אלא חילוק טעמים כעין משמעות דורשים איכא בינייהו).

עוד בגמרא: ולימא להו: שקלו דידיכו והבו לי דידי! – הצלחנו להבין למה בעל השדה אינו רשאי לתת לרבים דרך חלופית מחוץ לשדה, אך צריך להבין מדוע הפסיד את הדרך שנתן להם, יטען הבעלים בואו ונחזיר את המצב לקדמותו.

וזה לשון תשובת הגמרא שם :

הא מני? רבי אליעזר היא; דתניא, ר' יהודה אומר משום רבי אליעזר: רבים שבררו דרך לעצמם - מה שבררו בררו. לרבי אליעזר, רבים גזלנים נינהו? אמר רב גידל אמר רב: כגון שאבדה להן דרך באותה שדה. אי הכי, אמאי אמר רבה בר רב הונא, אמר רב: אין הלכה כר"א? מאן דמתני הא לא מתני הא. וטעמא מאי? משום דרב יהודה, דאמר רב יהודה: מצר שהחזיקו בו רבים - אסור לקלקלו.

והעולה מהגמרא שתי אפשרויות בהסבר הדבר:¹

א. המשנה היא אליבא דר' אליעזר שסובר שרבים שבררו להם דרך, היינו שהחליטו ללכת דרך שדה מסויים, אפילו שבעל השדה לא הסכים לכך מה שבררו בררו, ונחלקו אמוראים בדעתו רבה בר רב הונא אמר רב למד את דבריו כפשטן ודחאם מהלכה. ואילו רב גידל אמר רב העמידם בשאבדה להם דרך באותה שדה.

ב. רבה בר רב הונא שדחה את דברי ר' אליעזר מעמיד את המשנה כר' יהודה שסובר שמצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו.

הוסיפה הגמרא לשאול "ור' אליעזר, רבים במאי קנו ליה?" ובאר רשב"ם ששאלת הגמרא היא לרבה בר"ה שלמד את דברי ר' אליעזר כפשטן, שרבים שבררו דרך זכו בה. כיצד קנו הרבים את הדרך, וכי בדיבור קנו לה? ותרצה הגמרא שקנו ע"י הליכתן בשדה, ור' אליעזר לשיטתו דס"ל שאפשר לקנות ע"י הליכה ופליגא דחכמים דס"ל דאין הילוך מועיל כלום עד שיחזיק.

העולה מתוך הני"ל שיש שני מסלולים לרבים לזכות בדרך:

א. רבים שבררו להם דרך- לר' אליעזר זוכים בדרך אף בניגוד לדעת הבעלים, ודרך הקנין היא בהליכה בעלמא, ונדחה מהלכה דהרי רבנן פליגי עליה.

ב. מצר שהחזיקו בו רבים- לר' יהודה, בפשטות נראה שצריך הסכמת הבעלים, מהא דדחה רבה בר"ה את ר' אליעזר והסכים לר' יהודה, וראה להלן.

עד כאן העולה מן הסוגיא לדעת רשב"ם.

2. שיטת תוספות

רשב"ם באוקימתא ראשונה פרש, שאם במקרה בו רבים בררו להם דרך זכו בה אפילו בניגוד לדעת הבעלים, כ"ש במשנה שזכו הרבים, שהרי הוא נתן להם את הדרך.

עוד פרש רשב"ם שיש שתי אוקימתות למשנה כר' אליעזר, וכר' יהודה.

¹ אליבא דרשב"ם דגרס "ולרבה בר רב הונא טעמא מאי" ועפ"י יש שתי אוקימתות למשנה.

תוסי' (ק, א ד"ה כגון) הקשו על רשב"ם שלש קושיות :

א- בריש המניח (כח, א) מפרשת הגמרא את משנתנו בפשטות משום מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו, בלי להביא עוד הסברים בדברי המשנה, מזה משמע שאין חולק על רב יהודה בהסבר המשנה. ודלא כרשב"ם שכתב שיש ב' אוקימתות למשנה.

ב- אם אפשר להעמיד את המשנה באבדה להם דרך, ולכן מה שבררו בררו. הרי שרבה בר רב הונא גם מסכים להעמדה זו, ואמאי מחפשת הגמ' הסבר לשיטתו בדברי המשנה?

ג- ה'כל שכוי' אינו נכון, תינח באבדה להם דרך דזכו, דממי"נ יש להם דרך באותה שדה. אבל במשנה ממ"נ יש להם דרך שלא כדין, ואין שום סיבה שהבירור שלהם יזכה להם.

ומסיק תוסי' שני ביאורים בגמרא :

א- שמהלך הגמרא הוא כך : מעיקרא נסתה הגמרא להעמיד את המשנה כר"א, וכשהוצרכנו להעמיד את דברי ר"א בשאבדה להם דרך ממילא א"א להכניס את זה במשנה (וכאמור כי אין כ"ש), מכח זה חפשה הגמרא הסבר אחר למשנה והעמידה כר' יהודה, והוא ההסבר היחיד למשנה.

ב- מהלך הדברים הוא כך : הגמרא העמידה את המשנה כר"א ור"א מיירי באבדה להם דרך, לפי רב גידל. וא"כ חכמים שחולקים על ר"א באבדה יחלקו על המשנה.

אולם לרבה בר"ה ר"א מיירי בלא אבדה, וע"ז רבנן פליגי. אבל באבדה רבנן מודו לר"א שרבים זכו בדרך, ואזי יש להעיד משנתנו באבדה להם דרך ולדברי הכל. ולבסוף שאלה הגמרא מ"ט דמיא מתניתין לאבדה? והעלתה משום מילתא דרב יהודה שמצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו.

העולה מדבריהם שיש שני מהלכים להסביר את המשנה להלכתא :

א. כר' יהודה ומשום מצר שהחזיקו בו רבים.

ב. כר"א ומשום רבים שבררו להם דרך.

3. שיטת בעל המאור

משנתינו הועמדה כר' אליעזר לפיו רבים שבררו להם דרך - מה שבררו בררו, ור' אליעזר ס"ל כר' יהודה אף במחילה בטעות, ומשנתינו היא מחילה בטעות, שהרי בעל השדה התכוון להחליף את הדרך ולא לתת להם דרך חדשה, והואיל ולא קיי"ל כר"א משנתינו אינה להלכה ומה שנתן לא נתן.

ומצר שהחזיקו בו רבים דזכו בו זה דוקא במתנה גמורה או במחילה גמורה, אבל במחילה בטעות כעין משנתינו לא.

בעל המאור כתב שהרב אלפסי לא פירש כן, והיינו משום שהרי"ף הביא את המשנה בלי להביא דבר מסוגית הגמרא, ולפי"ז יש לדייק שס"ל לרי"ף שמתניתין הלכתא היא.²

ב. כיצד זוכים הרבים בדרך?

הגמרא הקשתה לר"א כיצד הרבים קנו את הדרך, ותמהו רבותינו הראשונים זיע"א מדוע הגמרא לא שאלה זאת על דברי רב יהודה שמצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו, כיצד זכו הרבים בדרך. ומצאנו בדברי רבותינו כמה דרכים ביישוב הדבר.

1. שיטת רבנו יונה

רבינו יונה (ד"ה ור"א רבים במאי קנה ליה) כתב כך וז"ל:

... משום דרב יהודה לאו מדינא קאמר לה אלא אסור לקלקלו קאמר, לפי שאסור לצער לרבים ולקלקל מצר שהחזיקו בו כיון שהרגילו להלוך בו ברשות. אבל ר"א מדינא קאמר לה, חדא דאיסור לא שייכא במילתא אי לית בה דינא, כיון דלאו ברשות בעל השדה עשו כן, ועוד דלשון מה שבררו בררו דאמר משמע דמן הדין ברירתן קיימת.

² הרמב"ן במלחמות העיר על דברי בעל המאור, שכיון שלא מצינו מחלוקת במשנתינו ע"כ משנתינו דברי הכל היא וצא ובקש לה טעם. והסביר בדברי שלום (לרב אביאל אונשיין), שכוונת הרמב"ן למה שכתב בחידושי, דאי ס"ל לר"א דאף כשלא אבדה להם דרך זכו בה אין טעם בדבר, והדבר תמוה וכי אמר ר"א דינא בלא טעמא?! אלא ע"כ לומר שאף אלה שפרשו בדברי ר"א כן תלו שנפלה טעות בדבריו ולא אמרם מעולם, ונמצא שאין מחלוקת בדבר.

יוצא מדברי הר"י, שאכן אין קנין שעל ידו זכו הרבים בדרך, ולא מדינא קאתינא עלה אלא מצד איסור. דכיון שהורגלו הרבים ללכת בדרך הזו, קיים איסור לצער אותם.

יש להסתפק בדעת רבנו יונה, מה מקור האיסור הנ"ל, האם זו תקנת חכמים לטובת הרבים, או שמא זה איסור דאורייתא של הונאה שאסור לצער את הבריות, וצ"ל למה דוקא ברבים האיסור הזה שייך, ולא נאמר כן אף ביחיד. ועיי לקמן.

2. שיטת רשב"א וריטב"א

הרשב"א (ד"ה ורבי אליעזר) תרץ וז"ל:

אבל בדרב יהודה ומתניי לא מבעיא ליה דכיון שהבעלים מדעת עצמן נתנו להילוכן של רבים הרי הוא כשביל של כרמים דמודו ליה רבנן לרי אליעזר דנקנה בהילוך.

כלומר לדעת הרשב"א, מצר שהחזיקו בו רבים נקנה בהילוך, ואף חכמים מודים בזה, כיון שניתן להם ע"י הבעלים להליכה, מהני ההילוך.

ובשו"ת הרשב"א (ח"א סי' אלף קנב) כתב שיש שני אופנים לקנות את המצר א. ע"י הילוך. ב. ע"י מעשה ואפילו קודם הילוך. ואייז סתירה להכא, דבמתניתין מיירי באופן הא', ופשוט.

הריטב"א כתב וז"ל:

והנכון דלרבנן בדאיכא דעת אחרת מקנה אותו או כשהחזיקו ברשות כדרי יהודה פשיטא ליה דדרך נקנה בהילוך, אבל בדר"א (שנטלו) מעצמן וכו' ואפי' כדרב גידל קשיא ליה היאך נקנה להם, ופרישנא דאפילו לר"א נקנה להם בהילוך, אע"ג דאיכא גריעותא שלא ירד בה מדעת בעלים, דהילוך לר"א קנין גמור כעין נעל גדר ופרץ, שהרי הוא קונה בשדה כדתינא וכו', וזה ברור.

יוצא מדברי הריטב"א שס"ל כרשב"א שהדרך לקנות את המצר היא ע"י הילוך, ואף רבנן מודו בהא, היכא דאיכא דעת אחרת, או כשהחזיקו ברשות.

3. שיטת רשב"ם

הרשב"ם (ד"ה שהחזיקו בו רבים) כתב שאופן קניית המצר כדלהלן:

שהשווהו ותיקנוהו והילוך והבעלים ידעו ושתקו אסור לקלקלו דודאי רבים מחל וכ"ש מתנ"י שנתן להם ההוא דרך בידיים הלכך מה שנתן נתן וכגון שהחזיקו.

כלומר דוקא ע"י עשיית מעשה הרבים קונים את הדרך אבל לא בהילוך גרידא. וכנראה דס"ל דהילוך לא קונה בשום אופן לחכמים ורק ע"י חזקה בגוף הקרקע מצו לקנות.

בעל אולם המשפט (סי' שעז) כתב לבאר דברי רשב"ם, שמה שבעינן דוקא "תיקנוהו והשווהו" זה כדי ליצור חזקה לאלתר, אבל מודה רשב"ם שגם בהילוך לחוד, נוצרת חזקה אלא שבעינן כמה ימים.³

נמצאו למדים שלש דרכים בזכיית הרבים במצר:

א. לרבינו יונה- אין לרבים כלום אלא איסור הוא דרביע על בעל השדה לקלקלו.

ב. לרשב"א ולריטב"א- יש לרבים קנין בשדה וזה ע"י הילוך.

ג. לרשב"ם- יש לרבים קנין ע"י חזקה שיעשו בקרקע.⁴

ג. בירור בדין מצר שהחזיקו בו רבים

וצ"ל מה מקור הדין שמצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו: א. האם זה נובע מאיסור תורה (אולי של הונאה). ב. או שמא, זו תקנת חכמים לטובתם של הרבים.

³ ע"פ דבריו כתב בשו"ת משפטי חיים (סי' כט) שלמעשה אין מחלוקת בין הראשונים, אלא רשב"ם דבר על חזקה מיידית והרשב"א דיבר על חזקה לזמן, ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי.

⁴ בשו"ת הנ"ל כתב להסביר מחלוקת הראשונים כך: נחלקו הראשונים משום מה מהני חזקת הרבים. הרשב"ם למד שזה מדין מחילה, והר"ש (אהלות יח, ד) למד שזה מועיל מדין יאוש. וא"כ לצד שזה משום יאוש, הרי שאין הרבים קונים את הקרקע, כי לא מועיל יאוש על דבר שברשותו, ולכן כל מה שיש על הקרקע זה איסור להזיק את הרבים וזו דעת רבינו יונה. אמנם לטעם משום מחילה נגעו בה, א"כ הרבים קנו ממש את הדרך. לפי"ז צ"ל שגם הרשב"א סובר שהטעם הוא משום מחילה, אלא שנחלק על רשב"ם מתי נקרא שהבעלים מחל, האם בהליכה גרידא כבר הו"ל למחות ומדלא מחה מחל. ואילו רשב"ם סובר, שאין דרך האדם למחות כל זמן שלא בצעו חזקה ברשותו, ולכן רק אם תקנו את הדרך, הו"ל למחות ואם שותק הרי שמחל להם.

אם כצד ב' צריך להבין מה תיקנו רבותינו, האם תיקנו שהדרך תהיה ממש של הרבים. או שרק השביחו את חזקתם או טענתם של הרבים, שבאופן של ספק א"א להוציא מהם.

עוד צ"ל למה הדין הזה שייך רק ביחס לרבים, מאי אולמייהו דרבים מיחיד? או שמא הדין הנ"ל שייך גם ביחיד? דבר שלא נמצא בפוסקים.

1. מצר שהחזיקו בו רבים – תקנת חכמים

והנה בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג [ח"ד (דפוס פראג) סימן קן] כתב וז"ל:

ובכמה דוכתי אשכחן דחשו רבנן טובא להפסד דרבים, דהא מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו (ב"ב ק,א) כגון מי שהיתה דרך רה"ר עוברת בתוך שדהו ונטלה ונתן להם מן הצד (ב"ב צט,ב) וכיו"ב וטעמא משום דכל היכא דאיכא טענה כל דהו לרבים חשיבי כמוחזקי דאל"כ לא הי' להם תקנה לרבים שכל א' יעשה עולה ויחשוב בלבו מי יתבעני לדין מאן פייס ומאן שביק קידרה דבי שותפי לא חמימא ולא קרירא לכן יש לנו (להחשיב) כמוחזקי לבד מהיכא דידוע שאין הדין עמהם דמשום דרבים נינהו אין להעביר הדרך על שום אדם אטו רבים גזלנים נינהו.

ומדבריו למדנו תרתי: חדא שהדין הנ"ל הוא תקנת חכמים לטובת הרבים, משום פסידא דרבים, דאם חכמים לא היו מתקנים להם הם היו ניזוקים, דקדירא דבי שותפי...

ואידך, שמהות התקנה היתה שהרבים לעולם יחשבו כמוחזקים, אא"כ ידוע שעשו נגד הדין, ולפי"ז תהיה נפ"מ עצומה שבמקום של ספיקות נכריע לטובת הרבים.

וכן כתב בשו"ת הרדב"ז (ג, תעב)

...והקהל רוצים להיות מוחזקין ותופסין נתבעים ולא תובעין דאלת"ה (לא) יהיה תקלה לרבים שכל אחד יעשה עולה ויאמר מי יתבעני לדין קדרה דבי שותפי וכי' לכך יש להחשיבם כמוחזקין כדאשכחן בכמה דוכתי דחשו רבנן להפסידא דרבים כדאמרינן מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו.

וכן איתא בעוד אחרונים.

2. חזקת הרבים – מדין חזקת תשמישין

והאיר ה' את עיני ומצאתי בשו"ת דברי חיים (חוו"מ ח"ב סי' יג) שעמד על הקושיות שהעלינו בהלכה זו, ונביא מדבריו:

הרשב"ם מפרש שקנו אותו הדרך הרבים בעשותם מעשה בפני הבעלים (וקשה דאי מיירי דנתן לו בפירוש או דאיכא גילוי דעת ממנו שנתן להם בתורת מתנה א"כ מאי איריא רבים) דבאופן זה גם גבי יחיד שעשה מעשה בפני הבעלים ושתק מהני לקנין כמבואר גבי ר' ענן שקל בידקי (ב"ב מא,א) וגבי דלה ליה צני דפירא (שם לה,ב) ובכמה מקומות אין מספר וכן פסקינן להלכה (בסי' קמב סעיף א ובסי' קצב סעיף ב) גבי אם שימש בקרקע חבירו לפניו דהוי חזקה ומאי שנא רבים בזה מיחיד ומה שכתב הרשב"ם ז"ל דלרבים מחל וקשה הלא גם ליחיד מהני מעשה בפניו (ואי מיירי דליכא גילוי דעת ממנו על הנתנה רק מה דהחזיק בפניו ושתק דלא מהני החזקה לאלתר כמבואר שם מא,א בגמרא כרבנן דפליגי על רבי יהודה ורבי ישמעאל דסבירא להו בפניו לאלתר הוי חזקה דבסתמא לא אמרינן דמחל אם כן גם ברבים למה נאמר דמחל להו ועי' בתוס' ב"ב כו,ב ד"ה עד ודו"ק)...

ולכן נראה לי לומר דמצר שהחזיקו בו רבים ועשו בו מעשה היינו לא שקנאו להקרקע רק להילוך לבד אבל גוף הקרקע לבעליה עומדת וכמו שמצינו קנין כזה בכמה מקומות בשכנים והנה ידוע דבדבר שתדיר היזקא כמו קוטרא לא מהני חזקה דאין דעת אדם סובל זה [כמבואר בחוו"מ סי' קנה סעיף לו] ולכן גבי יחיד אם מחל לתשמיש תדיר כזה העברת רבים בגבולו ה"י יכול לחזור שאין אדם מוחל כזאת אולם לרבים מחיל וזה החילוק בין יחיד לרבים:

אך דבר זה גופא קשה מאי שנא רבים מיחיד וי"ל דהטעם פשוט דהנה מבואר גבי קטן (בסי' כח סעיף יט ובסי' קי סעיף ה – ו) דאין גובין עדות ולא דנין עד שיגדיל ומבואר בסמ"ע שם (ס"ק יב) לפרש דאם אין לקטן חזקת אבות או שאין מחזיק בו גובין עדות ודנין שלא בפניו אך אם יש לקטן חזקת אבות ומוחזק בו כיון שמוחזק בו בהיתר אין דנין שלא בפניו והנה ידוע דרבים הוא כשלא בפניהם [עי' בב"ב סוף פרק חזקת ס,א] ואם כן אם מוחזקים בו בהיתר שמחל להם רק שרוצה לחזור מחמת שהוא היזק תדיר כמו קוטרא לזה שוב אין דנין שלא בפניהם כי אולי ה"י טעם שלא יכול לחזור ומשום הכי ממילא מוחל בתחלה לגמרי כי עם מי יעמוד לדין.

סיכום דבריו: מצר שהחזיקו בו רבים אין פירושו שהרבים זכו בקרקע ממש, שע"י מחילת הבעלים תהיה שלהם, דא"כ מה ההבדל בין אם רבים הלכו באותו מצר לבין יחיד שילך שם והבעלים ימחול לו. אלא דין מצר, מהלכות חזקה ילפינן ליה כמו שמצינו רבות בהלכות שכנים, שאף בקרקע שאינה שייכת לאדם יתכן שתהיה לו רשות להשתמש בה (ולדוגמא הוצאת זיז). ודבר ידוע הוא שיש סוגי שימושים, בהם אין חזקה אפילו אם הבעלים מחלו עליהם הואיל ואין דעת האדם סובלתו, כמו קוטרא ובית הכסא (עיין חו"מ קנה, לו). ולכן אם מחל זאת לרבים מהני אף בתשמיש זה של העברת רבים בגבולו שיש לדמותו לקוטרא, דאין דעת האדם סובלת, שבכל עת יכנסו לתוך רשותו. ואם מחל ליחיד לא הוי מחילה.

אלא שאין זה מספיק עדיין דמ"ש רבים מיחיד ביחס לקוטרא?

ולזה יצא הדברי חיים לחדש, דהנה ידוע הדין דאין מקבלים עדות על קטן עד שיגדיל דהוי כעדות שלא בפניו. ומבואר בסמ"ע (קי,ב), דדוקא אם הקטן מוחזק בהיתר כגון שיש לו חזקת אבות, אבל אם אין לו מקבלים עדות אף על קטן. וידוע דרבים חשיבי כשלא בפניהם וא"כ הואיל ומוחזקים בו בהיתר שהרי מחל להם רק שרוצה לחזור שוב אין דנים כי חשיב כשלא בפניהם.

ד. מסקנה להלכה

בשו"ת משפטי חיים סי' כט הביא את דעות האחרונים בנידון הנ"ל ואלו הם:

א. יש שלמדו שהוי ספיקא דדינא והכריעו שהואיל והבעלים הוא ודאי מוחזק בשלו הרבים חשיבי מוציאים ועליהם הראיה.⁵

ב. יש שפסקו הלכה כרשב"ם ואף כתבו שהרשב"א מודה לרשב"ם בזה.⁶

ג. יש שפסקו הלכה כרשב"א.⁷

בשו"ת משפטי חיים הנ"ל הסכים לדעה ראשונה שהוי ספיקא דדינא, ובפרט שהב"י (סי' שעז) הביא את שיטת רשב"ם ללא חולק, ולכן כל זמן שהרבים לא יביאו ראיה שעשו תיקון בקרקע לא נוציא מידי הבעלים.

⁵ שו"ת נטע שעשועים (סי' נג), שו"ת מהר"י הכהן ועוד.

⁶ שו"ת ספר יהושע (חו"מ סי' קיג).

⁷ שו"ת מהרש"ם (ח"א סי' ה), אבני נזר (חו"מ סי' יג) ועוד.

יש להעיר על הפסק הנ"ל לפי מ"ש לעיל בשם מהר"ם מרוטנבורג שרבנן נתנו כח לרבים והגדירו אותם כמחזקים, לפ"ז אף אם נקבל שהיו ספיקא דדינא ההכרעה תהיה לטובת הרבים, וצ"ע.

3. איסור לצער או מצוה

אפשרות נוספת לבאר את הנ"ל הוא ע"פ מ"ש לעיל בשם הרבינו יונה, שזכיית הרבים אינה זכות ממונית (לפחות לא בתחילה) אלא יש איסור לקלקל את המצר, מכיון שהרבים התרגלו ללכת בדרך זו יש איסור לגרום להם צער, והיה אפשר לומר שזו תקנה אלא שלפי זה קשה למה רק לרבים תיקנו ולא ביחס ליחיד.

ונראה להסביר על פי מה המאירי בביאור משנתינו וז"ל:

ולשון איסור שבמקום הזה, פירושו שאם עשה לא הועיל שהנותן לרבים כנותן לשמים, ואע"פ שהוא חוץ מן הדין שכן מצינו שהעוסק בצרכי רבים כעוסק בצרכי שמים.

ונראה בבאור דבריו, שכיון שהעוסק בצרכי רבים חשיב כעוסק בצרכי שמים, היינו שצרכי רבים חשיבי כמו הקדש שכאשר אדם אומר שיתן דבר להקדש נקנה, דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט, אף הכא שתיקה של בעל השדה לגבי רבים אף שאין בזה משום קנין אבל הואיל והרבים התרגלו ללכת בו הוי כצרכם, וצרכם הם חפצי שמים ושוב אסור לקלקלו.

ע"פ הנ"ל א"ש למה שייך הדין הנ"ל דוקא ברבים ולא ביחיד.

4. הפקר בי"ד

בשו"ת מהר"י הכהן (סי' כט), כתב בשם הרמב"ן, שהטעם למצר שהחזיקו בו רבים הוא משום הפקר בי"ד הפקר והקשה דא"כ מאי פריך הש"ס רבים במאי קני להו הלא קנו מטעם הפקר? ותרץ דהפקר בי"ד מועיל רק להוציא את החפץ מיד הבעלים ולאבד את זכותו ובשביל לזכות בזה לא קנה עד שיחזיק בפועל, ולכן צריכים הרבים להלוך בדרך בשביל לזכות בה.

וכיון דמשום הפקר בי"ד נגעו בה ואיננו זקוקים לדעת הבעלים, מובן שרבנן הפקיעו את ממון היחיד רק ביחס לרבים ולטובתם ולא ביחס לסתם יחיד.

הדין בימינו

לגבי הדין הנ"ל בימינו מצאנו באחרונים שינוי משמעותי בעקבות הנוהג לרשום את שם בעלי הקרקע בטאבו וכמ"ש בשו"ת מהר"י הכהן (שם) וז"ל:

ונראה לי בפשיטות, דבזמה"ז אין נהוג בינינו דין מצר שהחזיקו בו רבים, דלכל הדעות משום מחילה קאתינן עלה ולא משום מתנה, דלמתנה צריך להיות קנין ודבר המועיל, והא דנאמר דמחל משום דראה ושתק, וכיון דבזמננו כל קניני קרקע נעשה בערכותיהם, ויביאו כתוב באינטאבוליצע, מהיכי תיתי לומר שמחל, הלא ידע בנפשו שבכל עת יוכל לעשות בשלו בתוקף האינטאבוליצע, ובפרט שכל הקנינים אין להם סמיכות דעת בלתי אם נעשו בערכאות, וכמו דקיי"ל דמחילה לא מועילה נגד שטר שיש בידו, מכל שכן שאין לומר סתם שמחל נגד האינטאבוליצע, וממלא אין שום טענה לרבים כלל, ואסור להם להיות גזלנים בלי ראייה לטענותיהם.

וכ"כ בשו"ת מהרש"ם (ח"א סי' ה) וז"ל:

ואולם, הטעם האחרון שכתב רו"מ, דכיון שיש לראובן טאבילאציע על המקום ההוא, י"ל דל"מ מחילה. די"ל: שסמך דעתו על הטאבילאציע שבידו, ודמי למי שיש בידו שטר או משכון, שבח"מ סימן רמא. הגם שיש לפקפק בזה, שהרי יש בזה ב' דיעות, והמוחזק י"ל קים לי, ולפמ"ש"ל הרבים נקראים מוחזקים. ובפרט דהכא, הרי אנו דנים נגד שמעון, שבא לפתוח חלונות, ופתח, והוא בתוך שלו, בודאי הוי מוחזק, כמ"ש בשו"ת שמש צדקה חח"מ סימן יד, וסימן לד' וסי' לו באורך. ועיין נתיבות המשפט סי' קנג סקי"ד וכו'. אולם יש לדון בזה לפמ"ש בתשו' שבוי"י ח"א סוסי' קס, דגם היכא דבסתמא הוי מחילה, משום דאיכא אומדנא שמחל, מ"מ בדאיכא שטר בידו, גם להסוברים דמהני מחילה נגד שטר, מ"מ מסתמא לא מחל. ע"ש שהביא רא"י לזה. וא"כ ה"נ י"ל, בזה שיש בידו הטאבילאציע, אמרי' דמסתמא לא מחל להם זכותו.

הרי שהאחרונים הנ"ל אתנו עלה מתרי טעמי, האחד שמחילה לא מועילה על שטר שבידו. ועוד, שכיון שכל הקנינים אין להם סמיכות דעת אא"כ נעשו בערכאות.

ויש להעיר בתרתי: לטעם הא' וכי בימי חז"ל לא היו שטרות על קרקע, ובכל אופן כתוב בגמרא ששתיקת בעל הקרקע היא ראייה למחילה?

ועוד דאם נלמד כמו רבינו יונה שאין לרבים קנין אלא רק איסור לקלקל אזי שתיקת בעלי הקרקע מונעת ממנו שוב לקלקל אף שמהלכות קנינים זה לא היה מועיל.