

## הרב מאיר כהן

### חזקת תשמישין - שיטות הראשונים ובאורן

#### ראשי פרקים

- א. גדרה של חזקת תשמישין
- ב. שיעורה - פירוט כללי של השיטות
- ג. שיטת רש"י ורשב"ם
- ד. שיטת הגהת התוס' ברש"י
- ה. שיטת ר"ת והרא"ש - ג' הסברים
- ו. שיטת הרמב"ם והגאונים. - בביאור שיטתם:
  1. שיטת קצוה"ח
  2. שיטת הרשב"א
  3. שיטת בית אהרן
  - ז. שיטת ריב"ם
  - ח. שיטת הראב"ד

#### א. גדרה של חזקת תשמישין

חזקת תשמישין אמורה באשר לזכות הקנויה למשתמש בנכסי חבירו, כשהבעלים רואים ולא מוחים בו, להמשיך ולהשתמש בנכס כדרכו ואין הבעלים יכולים לעכב בעדו. אין הוא זוכה בגוף הקרקע אלא חזקתו מועילה לקיים התשמיש שהחזיק בו בלבד.

הגמ' ב"ב ו,א אומרת - "אמר רב נחמן אחזיק להורדי לא אחזיק לכשורי (רש"י אחזיק להורדי להניח ראשי רהיטים דקים על כותל חבירו. 'לא אחזיק לכשורי' להניח עלי קורות כבדות תחת אלו) לכשורי אחזיק להורדי וכו",

ושם בעמוד ב - "אמר רבינא האי כשורא דמטללתא (קורות סוכה שהניחן על כותל חבירו) עד תלתין יומין לא הוי חזקה, בתר תלתין יומין הוי חזקה. ואי סוכה דמצוה היא עד שבעה יומין לא הוי חזקה. בתר שבעה יומין הוי חזקה. ואי חבריה בטינא לאלתר הוי חזקה."

וביאר רש"י שם - עד שלשים יום לא הוי חזקה כיון שאדם לא מקפיד ולא מוחה בחבירו "סבור חברי זה צריך לצל ולימים מועטים יטלנו משם" אבל לאחר שלשים יום אדם מוחה, ואם לא מוחה החזיק זה להניח הקורות על כותלו של חבירו. וה"ה לסוכה דמצוה בשבעה ימי החג אין דרכו של אדם למחות כיון שיודע שחבירו עשה סוכתו לצורך החג ואח"כ מפרקה. אבל לאחר ימי החג דרכו להקפיד ואם לא מיחה בו החזיק. וכאשר חיבר המשתמש קורות הסוכה בכטון החזיק המשתמש בתשמישו זה לאלתר, כיון שדרכם של בני אדם למחות לאלתר על מעשה שכה.

## ב. שיעורה

בשיעורה של חזקת תשמישין מצינו כמה שיטות בראשונים:

א. שיטת הרמב"ם - לחזקה זו לא צריך ג' שנים ולא טענת מכר או מתנה כבחזקת קרקעות, אלא כיון שראו הבעלים ושתקו החזיק לאלתר.

ב. שיטת הגהת התוס' ברש"י - (לדעת הבי"י) אומנם לא צריך ג' שנות חזקה, אבל טענה צריך.

ג. שיטת הריב"ם - הפוכה מקודמתה - צריך ג' שנות חזקה אבל טענה לא צריך.

ד. שיטת ר"ת והרא"ש - חזקת תשמישין זהה לחזקת קרקעות ומצריכה הן ג' שנות חזקה והן טענת מכר או מתנה.

ישנם עוד שתי שיטות ביניים:

ה. שיטת רש"י ורשב"ם - יש חילוק בין תשמישים גדולים לתשמישים קטנים. תשמישים גדולים חזקתן בג' שנים וטענה ותשמישים קטנים חזקתן לאלתר ובטענה.

ו. שיטת הראב"ד - אין צורך בג' שנות חזקה אלא די בשלשים יום.

ועתה נבוא לבאר השיטות אחת לאחת.

## ג. שיטת רש"י ורשב"ם

רש"י (ו,ב ד"ה לא הויה חזקה) גבי מטללתא כתב: "אם סמכה על כותל תבירו ולא מיחה בתוך שלשים יום לא הויה חזקה לטעון ולומר פייסתך במעות עד עולם, דכל תלתין יומין לא קפיד איניש ולא מחי" עכ"ל. אבל לאחר שלשים יום הוי חזקה.

משמע, שצריך טענה שקנה התשמיש. אבל חזקת ג"ש לא בעי, דהרי אמרינן שם בגמ' "אי חבריה בטינא לאלתר הוי חזקה".

וכן משמע ברשב"ם (ביב מא,א ד"ה כל חזקה) דכתב: "כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה, בין בחזקת ג"ש דקרקעות ובתים ואילנות, בין בחזקת יום אחד כגון הנך דאמרינן לעיל (ו,א) אחזיק להורדי וכו' מיירי, וקאמר דצריך לטעון מאיזה כח החזיק בה".

וכן כתבו התוס' (ו,ב ד"ה ואי) בשם הרשב"ם.

אולם, ברשב"ם לקמן נ"ח ע"ב ד"ה חלון - מבואר שכשהחזיק לפתוח חלונות ביתו לחצר תבירו בעינן ג' שנים - וא"כ דבריו צ"ע.

בטור (סי' קנ"ב) כתב בדברי הרשב"ם שיש לחלק בסוגי התשמישים, וז"ל: "פירש רשב"ם שלחזקה זו אין צריך ג' שנים שאין צריך ג' שנים אלא בדבר שיש בו חסרון קרקע, כגון: פתיחת חלונות ומרזב ומזחילה שהם תשמישים גדולים ורגילין לכתוב עליהם שטר. אבל תשמיש קטן כזה (תיינו אחזיק להורדי וכו') אין רגילין לכתוב עליו שטר הלכך לאלתר הוי חזקה" עכ"ד.

ע"פ דברי הטור הללו מתישבת הסתירה הנ"ל שבדברי הרשב"ם.

גם ברש"י אפשר דצריך לומר את החילוק שכתב הטור, דהנה לקמן ז, א (ד"ה בדנפשא) לגבי חלוטות כתב: "ואתה אין לך עלי חזקת אורה של ג"ש". הרי שלרש"י בעיני חזקת ג"ש בתשמישין וזה סותר דבריו הראשונים הנ"ל שחזקת תשמישין היא לאלתר.

אלא שע"פ דברי הטור הנ"ל מתישבים דבריו - שיש לחלק בין תשמיש גדול לתשמיש קטן. וכן כתב לישב דברי רש"י בספר 'כתנות פסים'.

#### ביאור דברי הטור

בגמ' לקמן כט, א מסיק רבא שהטעם שבחזקת קרקעות צריך ג"ש הוא משום "דבשתא קמייטא מיזדהר איניש בשטריה. תרתיה ותלת מיזדהר, טפי לא מיזדהר". פירוש הדברים שחזקת קרקעות לא הוי חזקה לפני ג' שנים, לפי שיש ריעותא בחזקה דאמרינן ליה, אם כדברך שקנית הקרקע אחוי שטרך, דדרך בני אדם לשמור שטרותיהם כל ג' השנים הראשונות. אך לאחר שעברו ג"ש דאין דרך בני אדם ליזהר יותר בשטרותיהם ואין לו הריעותא דאחוי שטרך - הוי חזקה. והרש"י והרשב"ם סברו לומר - דדוקא לגבי קניין דגוף הקרקע או אם רוצים לקנות זכות לתשמיש גדול בחצר חבירו כגון: חלוטות ומרזב שבזה דרך בני אדם לכתוב שטר, לפיכך לא הוי חזקה לפני ג"ש דיש לו הריעותא דאחוי שטרך. אבל כשבא לזכות בתשמיש קטן שאין דרך בני אדם לכתוב עליו שטר הוי חזקה לאלתר.

#### ד. שיטת הגהת התוס' ברש"י

ברש"י (ו, א) מובאת הגהת תוס' בענין חזקה דהורדי וז"ל: "כל חזקות הללו דשמעתין אינן חזקות שלש שנים, דלא שייך שלש שנים אלא גבי חזקת קרקע, שמחזיק בשדה חבירו ואומר לקחתיו ממך. אבל הכא בחזקת תשמישין בעלמא מיירי, שמשמש בשל חבירו בשעה אחת שמשמש בפניו ושותק הויא חזקה, כדמוכח לקמן (ו, ב) דאמרינן ואי חבריה בטינא לאלתר הוי חזקה, וטעמא משום דאמרינן לא שביק איניש לאישתמושי בתוך שלו תשמיש של קביעות בלא רשותו. וכיון שמשמש זה לפניו ושותק י"ל דנטל רשות ממנו או נתן לו ממון ומכר לו תשמיש זה, והני מילי דהויא חזקת כגון שטוען הוא מכר לי או נתן לי במתנה, אבל אם טען נשתמשתי בפניו ושותק אינה חזקה, כדתנן לקמן בחזקת הבתים. (מ, א) כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה... ובכל חזקות מיירי לא שנה חזקת ג' שנים לא שנה חזקת יום אחד כי הנ"ל עכ"ד.

היוצא מדבריו - דחזקת תשמישין בעי טענה ככל החזקות אך לא בעי ג' שנים כיון שלא בא להחזיק בגוף הקרקע אלא בתשמיש שהשתמש בו ומקורו מהמשך הסוגיא לגבי סוכה שאם חברה לכותל חבירו בטינא החזיק לאלתר.

שיטה זו נאמנת לפשט הסוגיא בעניין החזקה לאלתר, ונאמנת לדין המשנה ש"כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה".

הרב מאיר כהן

הבי"ח והבי"י נחלקו בהבנת שיטה זו:

הבי"ח סבר שגם שיטה זו מחלקת בין תשמישים גדולים לתשמישים קטנים - כשיטת רש"י ורשב"ם. (וכמו שביארנו סברתם לעיל).

אך הבי"י כתב ששיטה זו היא שיטה חדשה שלא מחלקת בין סוגי התשמישים ואפי' בתשמישים גדולים אם ראו אותו הבעלים משתמש ושתקו זכה לאלתר.

ובטעם הדברים צ"ל כיון שסו"ס לא בא לזכות בגוף הקרקע אלא בתשמיש שבו, אף דיש בזה חסרון קרקע, לא צריך חזקת ג' שנים. דגם על תשמיש גדול לא נוהגים לכתוב שטר, ולכן הוי חזקה לאלתר.

#### ה. שיטת ר"ת והרא"ש

הנמוקי יוסף (ג,ב בדפי הרי"ף, ד"ה האי כשורא) כתב - שדעת ר"ת והרשב"א בחזקת תשמישין היא "שאין חזקה דוקא בג' שנים ובא בטענת חזקה, כדתנן בפרק 'חזקת הבתים' (מא,א) כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה. ובחזקת ג' שנים איירי, ומשמע כללא הוא לכל חזקות שבעולם".

וכן כתב הרא"ש (אות יא,ג) שבהחזיק להורדי בעינן טענת מכר וחזקת ג"ש. ע"ש. משמע שלדבריהם אין חילוק בין תשמיש גדול לתשמיש קטן. שהרי אף בתורדי דהוי תשמיש קטן (כהגדרת הטור בדעת רשב"ם כנ"ל) כתבו דבעינן ג"ש.

#### ביאור דברי ר"ת - והרא"ש

בטעם דברי ר"ת והרא"ש אפשר להציע מספר חסברים:

א. דר"ת והרא"ש סברי שאפי' כשקונה תשמיש קטן דרך בני אדם לכתוב שטר, ולכן אף בתשמיש קטן בעי ג' שנים.

ב. מאידך אפשר להסביר - שבאמת בתשמיש קטן אין דרך בני אדם לעשות שטר ואע"פ כן סבירא להם לרא"ש ולר"ת - דאף בתשמיש קטן בעינן ג"ש. והסיבה לכך די"ל שמה שאמר רבא (ברייתא פרק חזקת הבתים) שהטעם של חזקת ג"ש הוא משום דיעד שלש שנים מיזדהר איניש בשטריה טפי לא מיזדהר", זה דוקא בדבר שאינו עושה פירות תדיר, שהרי דברי רבא נסובים על שאלת הגמ' השואלת מדוע לרבנן צריך ג"ש בדבר שאינו עושה פירות תדיר, ועל זה עונה רבא שרבנן סברו דבעינן ג"ש משום דעד ג"ש יש לו ריעותא דאחוי שטרך. אבל בדבר העושה פירות תדיר גם בלי הטעם דהריעותא דאחוי שטרך צריך שלש שנים. דהרי אפי' לרי' ישמעאל שסובר שם שבדבר שאינו עושה פירות תדיר סגי בג' אכילות, מ"מ בדבר שעושה פירות תדיר מודה דבעינן ג"ש. והטעם הוא כמו שאומרת הגמ' (שם כח,א) דילפינן חזקת ג' שנים משור המועד "מה שור המועד כיון שנגח ג' נגיחות נפק ליה מחזקת תם וקס ליה בחזקת מועד, הכא נמי כיון דאכלה תלת שנין נפק לה מרשות מוכר וקיימה לה ברשות לוקח". והרמב"ן - שם ביאר דברי הגמ' שם

שסתם שוורים יש להם חזקת תמות דסתם שוורים אינם נוגחים, מ"מ כשנגח ג' פעמים דהיינו שעשה שלש פעולות הפך חזקתו אמרינן דעתה נעשה מועד. וכן לגבי קרקע דסתם קרקע קיימי בחזקת מרא קמא. ורק אם עושה ג' פעולות בקרקע הפך חזקת מרא קמא אז מקבל דין מוחזק, ואם בא המערער - עליו לחביא ראיה. והנה בדבר שעושה פירות תדיר ישיבת שנה בקרקע נקרא שעושה פעולה בקרקע, דאין דרך בני אדם להשכיר דבר שעושה פירות תדיר לפחות משנה. (כמו שכתבו הראשונים שם) ולכן בעינן לכו"ע ג"ש. ורק בדבר שאינו עושה פירות תדיר סובר ר' ישמעאל דסגי בג' אכילות. ורבנן סברו - שגם בדבר שאינו עושה פירות תדיר בעינן ג"ש, וע"ז קאמר רבא דהטעם של רבנן הוא משום דעד ג"ש יש למחזיק ריעותא דאחוי שטרך.

לפי זה אפשר לבאר את המח' שבין רש"י והרשב"ם ובין הרא"ש ור"ת - דלעולם הרא"ש ור"ת סוברים שבתשמיש קטן אין דרך בני אדם לכתוב שטר מ"מ סברו שצריך ג"ש אף בתשמיש קטן. כמו כל דבר שעושה פירות תדיר. דלא הוי מוחזק בפחות מג"ש כדילפינן משור המועד.

אבל רש"י ורשב"ם, שכתבו שבתשמיש קטן לא צריך ג' שנים, סברו שיש לחלק ולומר, שדוקא כשבא לזכות בגוף הקרקע בעינן ג"ש בעושה פירות תדיר, לפי שאם אדם ישתמש בקרקע עדיין אין הוכחה שגוף הקרקע שלו, אבל לענין תשמיש, כיון שרואים שהוא משתמש בתשמיש של קביעות בחצירו של חבירו, וחברו שותק, מוכח מיד שיש לו רשות לכך. ולכן לאלתר הוי מוחזק. ורק בתשמיש גדול הצריכו רש"י ורשב"ם ג"ש לפי שבתשמיש גדול דרך בני אדם לכתוב שטר. ולכן פחות מג"ש יש לו ריעותא דאחוי שטרך. כך ביאר בספר נחלת משה.

ג. ביאור נוסף - דאכן על תשמישים קטנים לא כותבים שטר מ"מ בעינן ג"ש משום דלא פלוג בחזקות. כמבואר בריטב"א בריש "חזקת הבתים" לגבי גודרות. וכדברי הרשב"ם (ל"א ד"ה ומשנ) דגודרות חזקתן לאחר ג"ש אף דליכא בהו שטר.

הנפק"מ בין ההסברים הנ"ל תהיה באופן שיש מנהג ברור שלא לכתוב שטר בתשמיש קטן, דלפי הביאור הראשון - גם לר"ת והרא"ש לאלתר הוי חזקה, דהרי אין נוהגים לכתוב שטר בתשמיש קטן. ולביאור השני והשלישי - אע"פ שלא נוהגים לכתוב שטר בעינן שיחזיק ג"ש.

#### הבעיות שבשיטת הרא"ש ור"ת

לשיטת הרא"ש ור"ת קשה מהמשך הסוגיא לגבי סוכה ומטללתא (ו,ב) שחזקתן בפחות מג' שנים. ואפי' לאלתר "אי חבריה בטינא". והרי לשיטתם חזקת תשמישין בג"ש?

והנה התוס' (שם ד"ה האי כשורא) - הביא דעת ר"ת שחזקה דמטללתא וסוכה לא נסובה על תחילת הסוגיא המדברת בחזקת תשמישין, אלא על המשנה (ה,א) המדברת בחזקת תשלומים (ז"א חזקה ששילם דמי הכותל שהניח עליו קורותיו) אי"כ לדבריו סרה הקושיה מעל ר"ת שהרי לא עסקינן בחזקת תשמישין כלל (ועיין במהר"ם על דברי התוס').

גם הרא"ש (פ"א אות יד) ביאר דהאי כשורא דמטללתא "לא בחזקת קניה איירי אלא אמתניתין קאי, מארבע אמות ולמעלה בחזקת שלא נתן וכו', אבל בחזקת דקניה אפי' חבירה בטינא בעי חזקת ג"ש" עכ"ל. [ורש"י ורשב"ם, הרמב"ם והגאונים (דלהלן) שסברו שחזקת תשמישין הוי לאלתר תמכו יסודם מגמי' זו דמבואר להדיא דהוי חזקה לאלתר. וסרבו לדחוק ולומר דהאי כשורא דמטללתא וכו' נסוב על דברי המשנה, שאינו כפשט הסוגיא].

והנה בעל המאור (ג,ב בדפי הרי"ף) הציע הסבר נוסף בישוב הסוגיא - דאין כוונת הגמי' שלאחר שלשים יום או ז' ימי החג בסוכה - הוי חזקה, אלא דמניין ג' שני החזקה מתחיל לאחר ימים אלו. (וע' במלחמות - מה שהרבה להקשות על פירוש זה).

ויש לציין שלפי דבריו - בכשורא דמטללתא לא הוי חזקה אלא לאחר שלש שנים ושלשים יום, ובסוכה דמצוה לאחר ג"ש ושבוע, וזה שלא כדמשמע בדברי הרא"ש ורי"ת דסגי בג"ש ותו לא.

#### ו. שיטת הרמב"ם והגאונים

הרמב"ם בהל' שכנים ח,ז כתב: "חפר שמעון בכותל זה והכניס בה קורה אחת ושתק ראובן ולא מיחה החזיק במקום הקורה". ואח"כ כתב "ואם סוכת ימי החג היא כל שבעת ימי החג לא החזיק, לאחר שבעה החזיק".

נראה מדברי הרמב"ם שלא הצריך טענת מכר או מתנה בחזקת תשמישין אלא אם טען המשתמש שהבעלים לא מחה בו - זכה.

עוד משמע, דלא בעינן חזקת שלש שנים כבקרקות וחוי חזקה לאלתר. (וכן כתב המ"ם שם וכתב שכן דעת הגאונים).

לשיטה זו דלא בעינן טענת מכר שותף גם הריב"ם (הובא בתוס' כג,א ד"ה והא) וז"ל: "כיון שלא בא להחזיק בקרקע של חבירו ולומר שלו הוא, אלא לתשמיש בעלמא שנהנה ממנה, מועלת חזקה שלא בטענה...כי הנהו דלעיל דאחזוקי להורדי דמועלת חזקה שלא בטענה. דמדלא מיחה ג' שנים מחל לוי".

אומנם, לשיטת הריב"ם צריך ג"ש חזקה שלא כהרמב"ם. אבל טענת מכר או מתנה לא צריך. וטעמו כיון שלא בא להחזיק בקרקע עצמה אלא בתשמיש שבקרקע די בחזקת ג"ש.

דעת הרמב"ם והגאונים וריב"ם - הסוברים דלא בעי טענה לחזקת תשמישין טעונה הסבר, שהרי לגבי חזקת קרקעות אמרינן דבעינן גם ג' שנות חזקה וגם טענת מכר או מתנה, משום דאמרינן ד"כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה, כיצד אמר לו מה אתה עושה בתוך שלי, והוא אמר שלא אמר לי אדם דבר מעולם - אינה חזקה. שמכרת לי, שנתת לי במתנה - הרי זו חזקה" (משנה ב"ב מא,א).

והתוס' (שם, ד"ה אמרי) הסביר: "כשאומר לא אמר לי אדם דבר מעולם" כוונתו "ראיתי שלא מיחו ביד? והחזקתי בה ונמצא שמחל לוי".

היוצא, שלא מועילה חזקה הנתמכת בטענה שהבעלים שתקו ולא מיחו בידו, דחזקה אינה מעשה קנין אלא ראייה התומכת את טענת הקניין במקרה שאין שטר, וכיון שטענת מחילה אינה טענה שמורה על העברת בעלות בקניין, לא תועיל לו חזקתו שהחזיק. אי"כ לרמב"ם וסיעתו היאך מועילה חזקת תשמישין ללא טענה?

ועוד, הרי מחילה מועילה רק על העבר, דאינה מעשה קניין, אי"כ מדוע לא יוכלו הבעלים לחזור בהם ממחילתם? כך שואל קצות החושן וקט"ס"א על הגאונים, וז"ל: ד"בשלמא ע"י טענה משכחת לה שטען שקנו ממנו במחיר כסף או בשטר וחזקה. אבל בלא טענה אלא שראה ושתק ומחל לו אמאי אינו יכל לחזור כיון דליכא קניין".

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

### 1. שיטת קצוה"ח

קצוה"ח (שם) מבאר שיטת הרמב"ם כאן ע"פ מה שפסק הרמב"ם בהלכות מכירה פ"א - שם ביאר הרמב"ם את דרכי הקנינים וכתב שקרקע נקנית בכסף בשטר ובחזקה.

בהלכה טו (שם) כתב הרמב"ם - "היתה הקרקע צחיח סלע שאין בה לא גדר ולא פרצה ואינה בת זריעה, הרי החזקה שקונה אותה שטיחת פירות או העמדת בהמה שם, וכיוצא בזה משאר התשמישין".

וכתב הרב ה"מגיד" (שם) "ונראה שדעת רבינו ז"ל דלא בעינן מידי דמועיל לקרקע אלא כשהלוקח אינו נהנה, אבל כשהלוקח נהנה ודעת אחרת מקנה ודאי קנה... וזהו שאמר הרב למעלה (ה"י) גבי נעל שהרי נשתמש בה שימוש המועיל וא"כ כ"ש אכילת פירות או כל הדברים שהבעלים נהנין דרך הנאת הקרקע או משתמשין דרך שימוש".

היוצא מדברי הרמב"ם - שהשתמשות בקרקע בדרך המקובלת מהווה קנין לקנות בו הקרקע.

הראב"ד - במקום חולק על הרמב"ם וסובר שאכילת פירות ז"א השתמשות בקרקע יכולה להיות ראייה לטענת מכר בלבד, אבל להיות מעשה קנין הקונה קרקע - לא. משום "דלא קני אלא מידי דמהניא לארעא כעין נעל וגדר".

אי"כ אומר קצוה"ח, הרמב"ם - שפסק שבחזקת תשמישין די בזה שראה אותו משתמש ושתק בשביל לקנות זכות השימוש - מובן. שהרי התחלת השתמשות היא היא הקנין הקונה את השימוש. לכן מועיל גם להבא ולכן גם לא יכל לחזור בו.

קצוה"ח מוסיף ואומר - שגם לראב"ד שסובר שאכילת פירות (השתמשות לדידן) אינה מועילה כקנין בקרקע. זה דוקא כשבא לקנות גוף הקרקע, אבל כשבא לקנות רק זכות השתמשות בקרקע גם הראב"ד מודה שקונה.

יסוד דבריו של הרמב"ם הוא מהגמ' (ב"ב ק,א) "תניא הלך בה (היינו בקרקע שרצה לקנות) לארכה ולרחבה קנה מקום הילוכו דברי ר' אליעזר. וחכמים אומרים - אין הילוך מועיל כלום עד שיחזיק,.... אמר ר' יוסי ב'ר' חנינא מודים חכמים לר"א בשביל של כרמים

הרב מאיר כהן

הואיל ונעשה להילוך נקנה בהילוך"

**לסיכום:** הקצוה"ח דוחה את האפשרות שמחילה היא זו שקונה את ההשתמשות, ומחדש שתחילת ההשתמשות היא זו שקונה.

ר' שמואל רוזובסקי (בשיעוריו לבי"ב - עמ' ריג) - כותב שצריך להסביר בדברי קצוה"ח ששתיקת הבעלים מהוה הוכחה שמקנה לו התשמיש. וע"כ מועיל המעשה קנין דהתחלת השתמשות. דאם לא נאמר כן היאך קונה ע"י מעשה קניין בלי דעת מקנה.

אך ר' שמואל עצמו מקשה על העמדה זו - מדוע שבעל הקרקע יקנה למשתמש את זכות השימוש, ואף שנותן לו רשות להניח הקורות על כותלו עדיין קשה מהיכן מוכח שדעתו להקנות?

וגם אם נאמר שבאמת לא צריך דעת מקנה אלא די בדעת קונה וברשות מן הבעלים לקנות - מהיכן מוכח שיש כאן נתינת רשות אקטיבית לקנות - ונשאר בצי"ע (אבל כתב שמוכרח להגיד שזוכה בזכות ההשתמשות ע"י קנין ולא ע"י מחילה. דמחילה לא קונה בשום מקום).

והברכת אברהם (עמ' כו) כתב לתרץ וז"ל "ואולי דכיון שאין לוקחין ממנו גוף החפץ, בקל אמרינן שדעתו להקנות" אבל גם הוא נשאר בצי"ע. דעדיין מהיכן יש לנו לומר שיש לו רצון חיובי להקנות.

עוד ראיתי בספר "אסיפת שיעורים" (לרב רפאל משה לוריא) שהביא להוכיח מהרמב"ם עצמו שלא כדברי קצוה"ח הנ"ל - דהנה בפ"ח מהל' שכנים הב' כתב הרמב"ם שאם החזיק להוציא זיו ברוחב טפח יכל להוציא ברוחב די טפחים. והראב"ד - חלק, וכתב שזה דוקא בבא מחמת טענה. וכתב המ"מ - דדעת הראב"ד שדבר חשוב אינו נקנה במחילה אלא בטענת מכר או מתנה. ואילו הרמב"ם סבר שגם בדבר חשוב מהני מחילה. והנה לפי דברי קצוה"ח שקונה זכות ההשתמשות ע"י קנין דהתחלת השתמשות. ואמרינן מדשתק הקנה לו וקנה ע"י אכילת פירות - מה שייך לחלק אם בא מחמת טענה מפורשת או לא. ובהכרח סבר הראב"ד דמהני חזקת תשמישין מטעם מחילה כפשוטו, ולא מחמת קניין ולכן בדבר חשוב שהוא קונה בעלות בחצר בעיני קנין ולא סגי במחילה.

ובנתיבות המשפט - חלק על עצם היסוד שחידש קצוה"ח.

## 2. שיטת הרשב"א

באופן נוסף אפשר לבאר את שיטת הרמב"ם והגאונים - והוא ע"פ מה שכתב הרשב"ם לחדש דמחילה הוי קנין בשעבודים. וז"ל הרשב"א (בחידושו ב"ב כתב, ד"ה אלא מעתה): "קרקע אינו נקנה במחילה אלא במכירה ונתינה. ולא עדיף שתיקה ממחילה מפורשת. ואילו אמר ליה שדי מחולה לך לא אמר כלום, כ"ש מחילה מתוך שתיקה. אבל שעבודין שיש להם חזקה בטענת סבלנות כדעת הגאונים ז"ל, נקנין הן במחילה. שאילו הוציא זיו על חצר חברו וא"י שנעץ קורה בכותלו, יכל הוא למחול לו שלא יסלקם משם. שאין זה כנותן קרקע אלא כמחול על השעבודים". ע"פ זה מבואר בפשיטות שיטת הרמב"ם



דלא בעינן טענה בחזקת תשמישין משום דאמרינן דכשראו הבעלים משתמש בנכסיו ושתקו מחל לו, ובזה קנה השימוש דמחילה הוי קנין (ומדברי קצוה"ח דלעיל מבואר להדיא דלא כהרשב"א).

ובשיטת הרש"י והרשב"ם, ור"ת והרא"ש - הסוברים דבעינן טענה, אפשר להסביר בשני אופנים:

א. דסברו לחלוק על חידושו של הרשב"א וסבירא להו שכשם שקרקעות ושאר חפצים אינם נקנים במחילה כך שעבודין אינם נקנים במחילה. ולכן בעינן טענת מכר או מתנה.

ב. באמת גם הם סוברים כהרשב"א שמחילה קונה בשעבודים, אלא דהרמב"ם סובר דאמרינן מדשתק ולא מיחה מסתמא מחל לו.

ורש"י ורשב"ם, והרא"ש ור"ת - סברי דאין שתיקתו מורה על מחילה, דתבעלים יכל לומר אומנם הרשתי לך להשתמש בחצרי לזמן מה, מכל מקום לא התכוונתי לתת לך זכות תשמיש זה לעולם. והנפק"מ בין שני הסברים אלו - באופן שמחל לו מחילה מפורשת על זכות ההשתמשות. דלהסבר הראשון - לא קנה זכות השימוש דהוי מחילה אינה קונה.

ולהסבר השני - קנה זכות השימוש שהרי אמר במפורש שמחל לו.

והנה בברכת שמואל (סימן כד, כח) ביאר הגרבי"ד - שיטות הסוברים דלא בעי טענה דהוא משום שבחזקת תשמישין **המשתמש הוא המוחזק** בתשמיש ולא בעלי הקרקע. ומה שאמרו בגמ' (נ"י קב, ב) "קרקע בחזקת בעליה עומדת" זה דוקא לגבי גוף הקרקע. באופן שבא לשנות את הבעלות על עצם הקרקע, בזה אמרינן דבלי טענת מכר אין דבריו כלום נגד המרא קמא (דהוא המוחזק). אבל לגבי חזקת תשמישין המשתמש הוא המוחזק, לפיכך אמרינן דלא צריך טענה מצדו ותולים שבזה שראה ושתק מחל לו וקנה ע"י זה.

דברי הגרבי"ד מבוססים על דברי הרשב"א שמחילה קונה בתשמישין כמו שכתב ה"ברכת אברהם" (ע"מ כו).

אך דבריו צריכים ביאור דמאחר ודבריו מבוססים על יסוד דברי הרשב"א. אי"כ מדוע הוצרך לבאר הא דלא בעינן טענה הוא משום שהוא מוחזק ותולים אנו דקנה במה שמחל, היה לו לומר בפשיטות, כדלעיל, דמששתק מחל לו ומחילה הוי קנין. וי"ל בפשטות - מפני שהוא סובר שהשתיקה איננה ראייה ברורה על מחילתו ולכן הוצרך לומר שרק מפני שהוא מוחזק תלינן דמחל לו. ולפי דבריו אפשר לבאר בדרך נוספת את מחלוקתם של הראשונים בענין הצורך בטענה בחזקת תשמישין.

דלדעות דלא בעינן טענה - י"ל דסברו, כנ"ל, שבגלל שהוא מוחזק אין צורך בטענה ודי לנו במה שיש לתלות שמחל לו בשתיקתו. והדעות שכתבו דבעינן טענה - סברו שאע"פ שהוא מוחזק - ללא טענה, אין חזקתו מועלת. אבל אם יש ראייה (בעדים) שמחל לו מהני.

### 3. בית אהרן

שיטה נוספת בביאור דעת הרמב"ם והגאונים מובאת ב"בית אהרן" (לר' אהרן הכהן) וז"ל: "תקנת חכמים שיהיה זכות תשמיש שכן אחד בשל חבירו, אלא שלא נתנו לו חכמים זכות תשמיש במקום שיש לחבירו נזק מזה. אבל במקום שחבירו שתק דשתיקתו הוי סבלנות על הנזק, הוי כמו שחבירו אינו חסר, דכיון שאינו מקפיד על הנזק, אין זה נזק אצלו, וכיון שחבירו צריך לתשמיש זה והוא אינו מקפיד נתנו לו חכמים זכות זה. והוי כמו זה נהנה וזה לא חסר. וכיון שיש לו זכות זה מחמת תקנת חכמים, מעתה אינו יכל לחזור ולמחות דכבר זכה בזכות התשמישין", עכ"ד.

### ז. שיטת ריב"ם

דעת ריב"ם כאמור מובאת בתוס' (ב"ב כג, א ד"ה ווא) וז"ל: "כיון שלא בא להחזיק בקרקע של חבירו ולומר שלו היא, אלא לתשמיש בעלמא שנחנה ממנה מועלת חזקה שלא בטענה... כי הנהו דלעיל דאחזוקי להורדי דמועלת חזקה שלא בטענה דמדלא מיחה ג"ש מחל לוי". העולה מדבריו דחזקת תשמישין בעי גי שני חזקה ולא בעי טענה. וטעם דבריו דלא בעינן טענה כבר ביארנו בשיטת הרמב"ם והגאונים (עיי"ש באריכות).

ומה שכתב דבעינן גי שנים - מפני שהוא סבור שדוקא אם עברו ג"ש ולא מיחה בו מוכח דמחל לו ולא בפחות מכך.

אך קשה (עי' שיעורי ר' שמואל - ב"ב סימן קנז) מה שכתב דבעינן ג"ש, דמנין לו דדוקא בג"ש מחל לו, הרי כל דין גי שנים בחזקה שייך רק במקום חזקה הצריכה עמה טענה מכר או מתנה - דאמרינן ליה, אם כדבריד שקנית או קבלת במתנה אחוי שטרך ועד גי שנים מיזדהר איניש בשטרא, והיכן שטרך. אבל לאחר ג"ש דלא מיזדהר איניש בשטריה הוי חזקה. דאין את הריעותא דאחוי שטרך, אך במקום דלא בעינן טענה כלל מנין לנו דבגי שנים הוי חזקה ולא סגי בפחות מזה? ונשאר בצי"ע.

ואפשר לישב כמו שכתבנו לעיל בטעמא דר"ת והרא"ש שהצריכו גי שנים גם בתשמישין קטנים, וביארנו באופן אחד שאף אם נאמר דלא כותבים שטר בתשמישין קטנים מ"מ בעינן ג"ש מטעם דלא פלוג בחזקות. ולפי"ז הי"ל דמה שהצריך הריב"ם ג"ש ולא פחות הוא משום דלא פליגי רבנן בחזקות השונות. ולעולם י"ל דמצד המחילה היתה ראויה החזקה להיות בפחות מגי שנים.

ולשיטת הריב"ם - אין להקשות מכשורא דמטללתא דלבתר תלתין יומין הוי חזקה ולא בעינן גי שנים, דיש לישב בפשיטות כמו שביאר ר"ת דחאי כשורא דמטללתא וכי לא איירי בחזקת תשמישין אלא בחזקת תשלומין. וכני"ל.

וברש"ש - הקשה על מה שכתבו התוס' כאן, דלריב"ם בעינן ג"ש ללא טענה, וז"ל: "ולעיל (ו, ב ד"ה ואי חבירה) כתב (התוס') בשם הרשב"ם בלי חולק דחאי חזקה הוי לאלתרי? ותירץ ד"אולי דוקא לפי שלא בא בטענה בעי ג"ש, אבל בטענה גם הריב"ם מודה דלאלתרי הוי חזקה".

ז"א במקום שיש לו טענה מודה ריב"ם דלא בעינן ג"ש. וזה עומד בסתירה לדברינו הנ"ל דסבירא ליה לריב"ם דאמרינן לא פלוג בחזקות. דא"כ גם כשיש לו טענה נצריכו ג"ש מטעם לא פלוג.

אך עצם דברי הרש"ש קשים במה שכתב שהזכירו דעת רשב"ם ללא חולק דהרי התוס' שם די"ה "האי כשורא" הביא דעת ר"ת שהעמיד חזקת כשורא דמטלתא בחזקת תשלומים ולא בחזקת תשמישין. ומדבריו משמע דסובר שבחזקת תשמישין בעינן ג"ש וטענה (כמבואר במהר"ם) וא"כ, הרי לך שהתוס' הזכירו שיטה נוספת מלבד שיטת הרשב"ם - וצ"ע.

### ח. שיטת הראב"ד

בשיטה מקובצת (לקמן נ"ט, א) הביא את שיטת הראב"ד דסבירא ליה שבחזקת תשמישין בשלשים יום הוי חזקה בין בתשמישין גדולים ובין בתשמישין קטנים. ואפי' בתשמיש קבוע אינו מחזיק רק לבתר תלתין יומין.

מקור דברי הראב"ד ללא ספק מהא דאמר רבינא "האי כשורא דמטלתא בתר תלתין יומין הוי חזקה" ומדברי רבינא בכשורא דמטלתא למד הראב"ד לכל חזקת תשמישין דסגי בתלתין יומין. וה"חזון איש" (ב"ב י"א, ו) ביאר דטעמו של הראב"ד - משום שבשלשים יום הוקבע בלבו למחול.

וביאור דבריו - דלרש"י ורשב"ם דסבירא ליה דכשעשה תשמיש של קביעות הוי חזקה לאלתר, והא דבעינן תלתין יומין בסוכה דמטלתא (וה"ה, לכאורה, בכל תשמיש עראי) משום שאם לא עברו לי יום לא הוי תשמיש של קביעות. משא"כ לראב"ד שלדעתו גם בתשמיש קבוע בעינן לי יום הטעם דבעינן לי יום משום דלפני לי יום עדיין לא הוקבע והוחלט בלבו למחול לו על התשמיש.

אך הקושי בדברי הראב"ד, כיצד יפרש את המשך דברי רבינא "ואי סוכה דמצוה היא עד שבעה יומין לא הוי חזקה בתר שבעה יומין הוי חזקה, ואי חבריה בטינא לאלתר הוי חזקה". דמשמע דסגי בשבעה ימים. ואי חבריה בטינא הוי חזקה לאלתר.

ובספר משנת ר' אהרון (קוטלר - עמ' צט) עמד על בעיה זו וביאר, דכוונת הגמ' כך, דאם הסתיימו השלשים 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 למונעו מלקיים מצות ישיבה בסוכה. ורק אם שתק גם לאחר שעברו שבעת ימי החג מוכח דהא דשתק הוא משום דמחל לו. ואי חבריה בטינא בתוך ימי החג לאלתר הוי חזקה, משום דהיה לו למחות שהרי ממה שחיברו בטינא מוכח דדעתו להשתקע כאן גם לאחר ימי החג, ולא רק לקיים המצוה דישיבה בסוכה. לכך היה לו למחות מיד בראותו שחבריה בטינא. וכשלא מחה מוכח דמחל לו. ולפיכך לאלתר הוי חזקה.

ועיין ב"מגיד משנה" (שכ"ה, ה) דכתב - דלדעת בעל העיטור והראב"ד המעמיד בהמתו בחצר חבירו או גידל תרנגולותיו בחצר חבירו לאלתר הוי חזקה, ולא בעינן תלתין יומין. משמע מכאן דסבירא ליה לראב"ד שחזקת תשמישין לאלתר - וזה עומד בסתירה למה שמובא בשיטה מקובצת בשם הראב"ד וצ"ע.