

שיעור י

חזקת תשמישין – קורות סוכה, ובניית סוכה בחצר

(בבא בתרא ו ע"א-ע"ב)

מבוא

א. האי כשורא דמטלתא... ואי סוכה דמצוה היא
ב. מהות חזקת תשמישין
ג. חזקת תשמישין במיקום הסוכה בחצר

מבוא

סוגיית חזקת תשמישין מופיעה בהמשך הגמרא (נז ע"א-ע"ב; נח ע"ב-נט ע"א). אך גם בגמרא (ו ע"א-ע"ב) הובאו דברי אמוראים הדנים בהיקף חזקת תשמישין.¹ נעיין בדברי רבינא שעסק בשני מקרים שבהם בעל קורות הניח קורות על כותל חדרו, והדיון הוא ממתי ובאילו תנאים, חזקת תשמישין היא חזקה. מקרה אחד הוא כשאדם הניח קורות על כותל חדרו על מנת לבנות סוכה בחצרו בימי חג הסוכות. להלן נתמקד בעיקר במקרה זה.

א. האי כשורא דמטלתא... ואי סוכה דמצוה היא

בגמרא (ו ע"ב) נאמר:

אמר רבינא: האי כשורא דמטלתא – עד תלתין יומין לא הוי חזקה. בתר תלתין יומין הוי חזקה.

1 ראשונים חלקו מה משך הזמן שצריך להשתמש בחפץ על מנת ליצור חזקה – שלוש שנים, שלושים יום או שהחזקה היא מיידית. כמו כן חלקו אם נדרשת טענה. אנו לא נעסוק בכל הפרטים הללו.

ואי סוכה דמצוה היא - עד שבעה יומין לא הוי חזקה. בתר שבעה יומין הוי חזקה.

ואי חבריה בטינא - לאלתר הוי חזקה.²

רש"י ותוס' המובא ברש"י (שם) פירשו כך את דברי רבינא:

לא הויא חזקה - אם סמכה על כותל חבירו ולא מיחה בתוך שלשים [יום] לא הויא חזקה לטעון ולומר פייסתיך במעות עד עולם. דכל תלתין יומין לא קפיד איניש ולא מחי, סבור חברי זה צריך לצל ולימים מועטים יטלנו משם. ואי סוכה דמצוה היא לבתר ז' הויא חזקה - דכיון דשבקוה עלה יותר מן הצורך, הוה ליה למחויי.

תוס' - ומדלא מיחה איכא למימר דזה פייסו במעות עד עולם, שכן היה דרכם לקבוע סוכתן לצורך כל השנים, והלכך מיד לאחר ז' הויא חזקה. דלא דמי לסוכה דמטלתא דלא הוי חזקה עד תלתין יומין דההיא לצל בעלמא הוא דעבדה, אבל סוכה זו לצורך כל ימות החג שבכל שנה עשאה, ע"כ.

מדובר על אדם שהניח קורות על כותל חברו לצורך צל. אם עד שלושים יום חברו לא מחה, עדין אין ראייה חזקה לבעל הקורות לטעון שהוא קנה את זכות השימוש, כי בעל הכותל חושב שבוודאי השכן נזקק להצל את מקומו ולאחר כמה ימים יסיר את הקורות. אך אם בעל הכותל לא מחה עד לאחר שלושים יום, יש לבעל הקורות ראייה חזקה לטעון שהוא קנה מבעל הכותל את זכות השימוש במקום. כך גם בנוגע להצבת קורות לפני חג סוכות. ההנחה היא שלאחר החג הוא ייטול את הקורות. אך אם בעל הקורות השאיר שם את הקורות למשך זמן רב יותר ובעל הכותל לא מחה, כנראה בעל הכותל מכר לו את זכות השימוש במקום, ובעל הקורות הניח שם את הקורות גם לטובת ימי חג הסוכות שבשנים הבאות.

לפי רש"י לא היה סיכום מוקדם בין בעל הקורות לבין בעל הכותל. ההנחה היא ששניהם מודעים לכך שיש הברל בין קורות המונחות לצל לבין קורות המונחות לצורך סוכה, ובעל הקורות יודע שאם הוא אינו מעוניין שמצב זה יישאר לעולם עליו למחות לאחר שלושים יום או לאחר שבעת ימי החג. רבינו גרשום (שם) הסביר שמדובר על

2 רבינא הוא שאמר בסוגיית חזקת תשמישין (נו ע"ב) ששותפים אינם מקפידים זה על זה במה שנוגע להעמדת חפצים בחצר המשותפת, ואפילו שותפים שנדרו הנאה זה מזה, למעט שיטת ר' אליעזר שהחמיר בשותפים שנדרו הנאה זה מזה.

כך שהיה סיכום מוקדם בין בעל הקורות לבין בעל הכותל על משך הזמן ועל המטרה שבהנחת הקורות:

האי כשורא דמטלתא. אם נעץ אחד קורתו בכותל חבירו מדעתו של בעל הכותל לסכך עליה מפני החמה, אם נעוצה בו הקורה יותר מל' יום, ולא מיחה בעל הכותל הוי חזקה לזה שנעצה לקובעה שם לעולם, שסתם שאלה משאיל כותלו לחבירו לנעוץ בו [מידין] ל' יום ותו לא. ואי סוכה דמצוה היא. כלומר אם הרשהו לנעוץ קורה לצורך סוכת החג דמצוה, ודאי אם הניחה שם יותר על ז' ימים בפני בעל הכותל שלא מיחה, יכול להחזיק בה לעולם.

ר' יצחק קרקושא (על אתר) כתב מגבלות נוספות: "ודוקא בדחזא [בעל הכותל], ודוקא לאותה כשורא, אבל בחזקת הכותל לא". החזקה היא רק במה שקשור לתשמיש, אך אין לבעל הקורות חזקה על הכותל עצמו.

רבנו תם (תוס' ד"ה עד) העיר: "לאו דוקא שבעה, דבשמיני עצרת לא יוכל לסתור". סוף היום השביעי הוא ליל שמיני עצרת, ובעל הקורות לא יכול לסתור את הסוכה, לכן צריך להניח שכוונת רבינא היא שבעל הכותל אכן אפשר לבעל הקורות להניח את הקורות לשם קיום מצוות סוכה עד אחרי שמיני עצרת, הגם שבשמיני עצרת אין יושבים בסוכה.³ אכן רבנו יעקב בן רבנו אשר (טור חושן משפט הלכות שותפים בקרקע סימן קנז, ל) כתב שמדובר לאחר היום השמיני:

ואם סמך עליו סוכה של מצוה - תוך ח' ימים לא הוי חזקה, לאחר ח' ימים הוי חזקה.⁴

הרב מאיר הלוי אבועלפיא (יד רמ"ה כאן) האריך להסביר את דברי רבינא. בתחילה הוא עסק בשאלה מה היה על מניח הקורות לעשות עם תום שבעת ימי חג הסוכות:

וכי תימא מאי ליה ליה למעבד? [1] לסלקה ביומא דשביעי, הא תנן (סוכה מח ע"א) "סוכה שבעה - כיצד? גמר מלאכול לא יתיר את סוכתו, דאפשר

3 הרב אליהו דוד רבינוביץ' תאומים, האדר"ת, מענה אליהו, עמ' רפג, העיר שאכן שבעה ימים לאו דווקא. גם בפסחים ל ע"א נאמר: "דאמר רבא: כי הוינן בי רב נחמן, כי הווי נפקי שבעה יומי דפסחא, אמר לן: פוקו וזבינו חמירא דבני חילא' - והרי ביו"ט אחרון אי אפשר לקנות, אלא דלאו דוקא".

4 הלכה למעשה כדברי רבינא פסקו: הרמב"ם הל' שכנים ח, ז (ראה גם: רמב"ם הל' שכנים ז, ז ובלחם משנה); הטור חו"מ סי' קנז, ל; שולחן ערוך, חו"מ סי' קנג, יז. ראה גם שאלה מעשית בשו"ת המבי"ט ג, סי' קכה.

דמתרמיא ליה סעודתא ביני שמשוי ובעי למיכל בה. [2] ועוד הא מדקאמרינן "עד שבעה יומי לא הוה חזקה, לבתר שבעה יומי הוי חזקה" שמע מינה דלכולהו שבעה שאילה ליה, ולא מיחייב לסלוקה אלא לבתר שבעה, ואמטול הכי לא קיימא ליה חזקה אלא לבתר שבעה לסלקה בליליא, דשמיני חג עצרת הוא ואסיר.

היד רמה העיר שעל פי הסוגיה במסכת סוכה, אין סותרים את הסוכה ביום השביעי כי אולי ירצה לאכול בה בבין השמשות, ולכן בעל הקורות לא יכול לסתור סוכתו לפני שמיני עצרת. בנוסף, לפני סיום היום השביעי הוא לא חייב לסתור את סוכתו כי ההנחה היא שבעל הכותל הסכים שהוא יניח קורותיו במשך כל שבעת הימים, ויום שמיני עצרת זה חג והוא לא יכול לסתור. היר רמה השיב על הערתו:

לעולם דמסליק ליה ביומא דשביעי סמוך לבין השמשות. וכי תימא והא בעי למיתב בה ביומא דשמיני דקי"ל מיתב יתבינן ברוכי לא מברכינן? הכא במאי עסקינן בבני ארץ ישראל דלא יתבי ביה אלא עד בין השמשות דשביעי. ואי משום דמתרמיא ליה סעודתא בעי מיכל בה, כיון דמטי בין השמשות ולא אתרמיא ליה מידע ידע דלא אכיל עד ליליא. וכי קתני מתני' לא יתיר את סוכתו מבעוד יום טובא קאמר, כדקתני בהדיא גמר מלאכול לא יתיר את סוכתו. תדע דהא אמרינן עלה (סוכה מח ע"א) "אין לו מקום להוריד כליו - מהו?" ומסקנא דאי סוכה קטנה היא פוחת בה ארבעה. וכי היכי דאית ליה רשותא למפחת בה ארבעה דקא מיפסלא לה בהכי, הכי נמי אית ליה רשותא למישמט מינה חדא כשורא אפילו מבעוד יום. דיקא נמי מדקאמרינן "לבתר שבעה יומי הוי חזקה" אלמא מכי חליף יומא דשביעי לאלתר הוי חזקה ואי דלא חזי לסלוקה ביומא דשביעי כי חליף יומא אמאי הוי חזקה לאלתר?

מדובר על בני ארץ ישראל שיושבים בסוכה שבעה ימים, ומכיון שהגיע בין השמשות ויודע הוא שכבר לא יאכל בסוכה, יכול בעל הקורות לסתור את הסוכה. מה שנאמר שאין להתיר את הסוכה ביום השביעי, הכוונה היא שאין לעשות כן מבעוד יום, אך משברור שהוא לא יאכל עוד בסוכה, יכול להתיר סוכתו. כמו כן בגמרא בסוכה שם נאמר שאם סוכתו היא המקום שבו הוא אוכל כל השנה, הוא יכול לפסול את הסוכה על ידי שיפחות ארבעה על ארבעה טפחים מהסכך.⁵ הוא הדין שיכול להסיר את הקורות מהכותל אפילו

5 בתלמוד ירושלמי (סוכה ד, ה) כתוב באופן כללי יותר: "אבא בר כהנא רב חייא בר אשי בשם רב: צריך אדם לפסול סוכתו מבעוד יום".

מבעוד יום.⁶ כמו כן קשה לקבל שבעל הקורות לא יוכל להסיר את הקורות מהכותל עד סוף היום השביעי, וביום השמיני יהיה אסור, ובכל זאת מיד תהיה לו חזקה.

אלא אי קשיא הא קשיא. כיון דהאי כשורא דמטלתא בסתמא קא מיירי דליכא סהדי דשיליה לדוכתא מיניה, דמסתמא אמרינן אימור בתורת ארעי הוא דדעצה בגודא דחבריה, ואמטול הכי לא קפיד חבריה עלויה, ואמטול הכי לא הוי חזקה עד דשלמי סתם יומי שאלה דאינון סתם יומי עראי (דירה) [דירה]. אי הכי גבי סוכה דמצוה לבתר שבעה יומי אמאי הוי חזקה, ודילמא האי גברא לסתם יומי שאלה קא נחית ולא לצורך סוכה דמצוה בלחוד הוא דדעצה אלא לטללא בעלמא אצטריכא ליה, וכיון דאיתרמי ליה חג הסוכות ברישא נפק בה ידי חובתיה ושבקה לשאר יומי עראי (דירה) [דירה]. ומארי גודא נמי כל כמה דלא שלמי סתם יומי ארעי בשאר טללי לא קפיד עלויה, דאטו משום דאתרמי להו שבעת יומי דסוכה דמצוה ברישא מגרע גרע?

אלא מסתברא דהא דקאמרינן אי סוכה דמצוה היא עד שבעה יומי לא הוי חזקה, לאו בדאתרמי להו יומי סוכה ברישא קאמרינן דאם כן לא הויא חזקה אלא לבתר תלתין יומין. אלא בדאתרמי להו לבתר תלתין יומין קאי ואסיפא דמילתיה קאי דקאמרינן לבתר תלתין יומין הוי חזקה ועלה קאמר אי סוכה דמצוה היא, כלומר אי אתרמי חג הסוכות לבתר תלתין יומין בלא הפסק בנתים, איכא למימר דמשום מצות סוכה לא קפיד עלויה הלכך לא הוי חזקה עד דחלפי שבעה יומי דסוכה.

6 דברים דומים כתב בפורת יוסף (על אתר) בעקבות הערת תוספות: "קשה, למה לא יוכל לסתור בשביעי וכדאיתא בסוכה מח ע"א פוחת בה ארבע? ואפשר לומר דסבירא להו לתוס' כיון דעד שבעה לא הוי חזקה ממילא אינו מצווה לסתור, וממילא גם בשמיני לא תהיה חזקה. ונפקא מזה לדינא היכא דבל' יום אם נגמר ביום השבת שבו ביום הא לא יוכל לסתור לא הוי חזקה עד למחר". גם הרב יעקב עמדין (על אתר) כתב על דברי תוס': "לא ידעתי מה צורך לומר כן. דהיינו טעמא דעד ז' לא הויא חזקה דכיון דיכול לסותר בשביעי, ולא סתרה עד שנכנס שמיני שלא יוכל לסתרה וזה לא מיחה. משום הכי בטר שבעה הויא חזקה דהוי ליה למחוי שאע"פ שיכול זה לומר לא אוכל לסתרה היום דילמא מתרמיא לי סעודתא למיכל בה (אע"ג דכבר אכל בה ההוא יומא ויצא ידי חובה) מ"מ הוא יעשה את שלו וימחה ויאמר עד עתה המתנתי כדי שתקיים מצוות סוכה השאלתי לך המקום, ועכשו משיצאת ידי חובה קום סתור אותה. ומדלא מחי עד שנכנס יום טוב שמיני מחל והויא חזקה. ודוקא קאמר עד שבעה ולא שבעה בכלל אלא מקצתו של יום השביעי הוא בכלל דלא הויא חזקה דאכתי מצי מחיה ביה. מה שאין כן כשלא מחה כל היום השביעי היינו בטר שבעה תו לא מהניא ליה. דאפילו עבד מחאה ביום טוב אחרון כיון דהוי אפשר ליה למעבדה מאתמול ושתיק אבל נראה פשוט כיון דנתן בסוכה מח ע"א גמר מלאכול לא יתיר את סוכתו בודאי אדעתא דהכי השאילו לעשות ג"כ כתיקון חכמים ודברי תוס' מוכרחים".

לפי היד רמה, הקושי כאן הוא מניין יודע בעל הכותל אם בעל הקורות הניח את הקורות כדי לקיים מצוות סוכה למשך שבעה ימים או על מנת להצל לו מפני השמש במשך שלושים יום? לכן פירש שהחידוש בדברי רבינא הוא שאם השלושים יום הסתיימו בערב סוכות, יכול בעל הקורות להשאיר שם את הקורות לשבעה ימים נוספים, ימי חג הסוכות.⁷

לדברי היד רמה, ובשונה מרבנו גרשום, אין מדובר שבעל הקורות קיבל רשות להניח את הקורות למשך שלושים יום כדי להצל, או למשך שבעת ימי חג סוכות, ואשר על כן היה מקום לשאלתו, אלא ששבעת ימי חג הסוכות חלו מיד בסוף שלושים היום של הצל. אך קשה לקבל שרבינא התכוון למקרה שבדיוק לקראת סוף הקיץ אדם הניח קורות על כותל חברו כדי להצל, ובדיוק כשתמו שלושים הימים התחילו ימי חג סוכות. הן אמת שכך הדין במקרה כזה, אך קשה לקבל שרבינא התכוון רק למקרה מיוחד כזה.

ב. מהות חזקת תשמישין

באופן רחב יותר, אם משך זמן הנחת הקורות היה מתואם עם בעל הכותל, כדברי רבנו גרשום, וגם אם לא היה מתואם, מדוע אם בעל הכותל לא מחה, השימוש הזה הוא בחזקת בעל הקורות לעולם? אולי לבעל הכותל לא אכפת שבעל הקורות יניח את הקורות לעוד פרק זמן - קצת יותר משלושים יום, ועוד כמה ימים לאחר חג הסוכות, אבל עדיין אין זה אומר שהוא מוחל לו לעולם? המסגרת של שלושים יום - על פי מה נקבעה? אולי יש בעלי כותל שמוכנים לאפשר לפרק זמן קצר יותר או אולי לפרק זמן ארוך יותר? האם כבר כעת יש לבעל הקורות חזקה גם לימי חג סוכות בשנים הבאות ואילו בעל הכותל לא יכול לשנות את דעתו? ובכלל, על בסיס מה נקבע שחוסר מחאתו של בעל הכותל מקנה לבעל הקורות את זכות השימוש?

אחרונים עסקו במהות חזקת תשמישין. מכוח מה זכה בעל הקורות בתשמיש, ועוד לעולם? איך מועילה חזקה ללא טענה? הרב אריה לייב (קצות החושן סימן קנג ס"ק ג) כתב:

קשיא לי טובא, בלא טענה היכי משכחת לה? נהי דשתיקה הוי מחילה, במה קנאו להיות שלו לתשמיש זה? בשלמא ע"י טענה משכחת לה שטען שקנאו ממנו במחיר כסף או בשטר וחזקה, אבל בלא טענה אלא שראה ושתק ומחל לו אמאי אינו יכול לחזור כיון דליכא קניין? ולהרמב"ם ניחא דאיהו סבירא ליה

7 פירוש כזה הובא ברבנו חננאל כאן, וכן בתוספות ישנים (עריכה: יצחק עמרני, עמ' לד) בשם הרשב"ם, אך הוא נדחה על ידי המאירי וראשונים נוספים.

(הל' מכירה א, טו) דקרקע נקנה באכילת פירות ע"ש. אם כן הכי נמי קנאו בשימוש זה, דהוי כמו חזקה ותו אינו יכול לחזור בו. אבל דעת הראב"ד (שם) דאכילת פירות אינו אלא לראיה בחזקת שלש שנים אבל לקנין לא מהני, וכן דעת הרשב"ם סוף פרק חזקת (ב"ב נד ע"א ד"ה דשדא ליפתא) וכן דעת הרמב"ן (קידושין כב ע"ב ד"ה מתני') והרשב"א (שם ד"ה ת"ר) והר"ן (שם ח, א בדפי הרי"ף) והרא"ש (שם פ"א סי' כ"ח) והטור סימן קצ"ב (סעיף י"א). וא"כ לדעת הנך פוסקים במה קנאו שלא יוכל לחזור בו. והפוסקים דאין צריך טענה מכללם נמי הנך דסבירא ליה דאכילת פירות אינו קונה, וצ"ע.

ולכן נראה לענ"ד מזה, דאע"ג דאכילת פירות אינו קונה, היינו דלא מהני שיקנה בזה גוף הקרקע, אבל אם נתרצו הבעלים להקנות לזה לאיזו תשמיש ועשה השימוש ההוא מדעת בעלים, קנאו לתשמיש זה שלא יוכל לחזור בו. וכהאי דאמרינן בהמוכר פירות (ב"ב ק ע"א) "מודים חכמים לר' אליעזר בשביל של כרמים הואיל ונעשה להילוך קונה בהילוך", וכ"כ בטור סימן קצ"ב (סעיף ח') בדבר שתשמישו להילוך דקנאו בהילוך. ואם כן אפשר דאפילו בדבר שתשמישו לדבר אחר וקנאו ממנו לתשמיש מיוחד, מכי עשה תשמישו קנאו לתשמישו. ועיין מה שכתבתי בסימן קפט ס"ק א.⁸

כשבעל הקורות החזיק וטען שהוא קנה באחד מאופני הקניינים, אזי יש מקום לדון שמא אכן זה שלו, אך כשבעל הקורות לא טען טענה אלא מסתמך על כך שבעל הכותל ראה ושתק ומחל, איזה סוג קניין זה, הרי שתיקה ומחילה אינן אופני קניין? הקצות השיב שלפי הרמב"ם (הל' מכירה א, טו) קרקע נקנית באכילת פירות.⁹ לפי הרמב"ם גם שטיחת פירות או איסוף פירות נחשבים לקניין חזקה. הפירות יונקים מהקרקע, וההנאה של הלוקח מהפירות היא בעצם הנאה מהקרקע. לפיו, גם הנחת הקורות על הכותל היא קניין תשמיש, ואם לא מחה בעל הכותל לא יכול למחות בו. אך הראב"ד וראשונים נוספים חלקו על הרמב"ם ולדעתם אכילת פירות היא ראיה לחזקת שלוש שנים, אך אינה מועילה כפעולת קניין. במה קנה אפוא בעל הקורות את השימוש בכותל?¹⁰

8 עוד בנוגע לדברי הקצות הללו, ראה: נתיבות משפט, ביאורים סי' קמ ס"ק יט, כ, וכן סי' קצב ס"ק ו.

9 הרמב"ם חזר על כך במקום נוסף - הל' זכיה ומתנה ב, ב.

10 במחלוקת הרמב"ם והראב"ד, ראה בספרי: "קנין חזקה - בקניין קרקע ובכבוש הארץ", חגי יהודה וישראל, עמ' 426-436.

תשובת הקצות היא שלפי אותם פוסקים שחולקים על הרמב"ם, אכילת הפירות אכן אינה מועילה כפעולת קניין בגוף הקרקע, אך מועילה לתשמיש. אם בעל הקורות הניח את הקורות על הכותל בדיעת הבעלים והבעלים אפשרו זאת ולא מחו, ההנחה היא שכנראה בעל הכותל מכר לבעל הקורות את זכות השימוש.

הקצות ביסס את דבריו על דברי רבי יוסי ברבי חנינא שאמר: "מודים חכמים לרבי אליעזר בשביל של כרמים, שהואיל ונעשה להילוך, נקנה גם בהילוך!". כל דבר נקנה על ידי הנאת תשמישין, ושביל של כרמים - זו היא הנאת תשמישין, ללכת בו.

אמנם יש להעיר על ביסוס זה של התוס', מאחר שתוס' (שם ד"ה שביל) כתבו שדין זה הוא רק בשביל של כרמים שאינו עשוי אלא להליכה בלבד, אבל דברים אחרים אינם נקנים בהילוך כיון שהם עשויים קצת להשתמש בהם גם לצורך אחר. הר"י מיגש (שם) כתב שלא רק שביל של כרמים, אלא הוא הדין שביל של שדות. ר' יוסי בר חנינא אמר שביל של כרמים משום שידוע שכרמים הם מגודרים ואין רשות לאדם לבקוע בכרמו של חבירו כדי להגיע אל שדהו אלא אם כן קנה לו דרך. ומכל מקום, דווקא בשביל של כרמים ושל שדות, שהוא צר ואין אדם צריך ממנו אלא למקום הילוך רגליו בלבד. ועוד, שהדרך עצמה אינה קנויה לו אלא נשאת ברשות בעל הכרם לעניין שיכול לזורעה. לכן היא נקנית בהילוך בלבד. אבל דרך רחבה, כגון דרך הרבים, שבעל השדה מפסיד לגמרי אותה, הרי היא כקניית גוף הקרקע ממש, ואינה נקנית בהילוך. אך עדין לא ברור, מכוח מה קנה? מה בכך שהבעלים לא מחו, עדיין אין זה אומר שבעל הכותל מכר את זכות השימוש לבעל הקורות? לא נעשתה שום פעולת קניין ממשית ביניהם. הרב ברוך בר לייבאוויץ (ברכת שמואל, בבא בתרא סימנים כד-כה), שאל גם כן:

איך נעשה מוחזק בתשמישין בלא טענה? ... מאי מהני חזקת תשמישין בלא טענה הא אין זה אלא חזקה בלבד, ובלא טענה לאו כלום הוא ועליו הראיה?

תשובתו היא:

ונראה עיקר סברתם הוא דמכיון דאינו בא לטעון לקוח ושליו על עצם גוף של חברו, אלא בא לטעון על הזיו והחלון שלו דיש לו עליו רשות, על כן מוחזק בשל עצמו אפילו בא טענה.¹¹ ולא הוי כמו שנחית לקרקע של חברו שאינו יכול לזכות כי אם בראיה ועדות, אבל תשמישין בעלמא שאינו מוציא מרשות

11 נראה שיש כאן טעות סופר וצ"ל: "בלא טענה".

בעלים לרשותו גוף, נעשה מוחזק ע"י ראייה של סבלנות, ומדמהני הראיה של הסבלנות לחוד, על כן מהשתיקה גמרינן על המחילה.

לדברי הברכת שמואל, בעל הקורות לא טען לבעלות על גוף הכותל, ואף לא לבעלות על המקום שעליו מונחות קורותיו. בעל הקורות טען רק על זכות השימוש באותו מקום שעליו הניח את הקורות. אין מדובר על טענת בעלות על המקום כי אז צריך ראייה ועדות. אבל זכות שימוש במקום, כשהמקום עצמו נשאר בחזקת בעל הכותל ובבעלותו, "נעשה מוחזק ע"י ראייה של סבלנות". ביטוי זה "ראיה של סבלנות" מופיע במספר ראשונים בסוגייתנו (רבינו יונה, רשב"א ועוד). כוונתו - העובדה שהבעלים ראו ולא מיחו, מלמדת שהם סובלים ומאפשרים זאת. הברכת שמואל מסיים את דבריו וכתב: "ולמדתי הבנה זו מהרשב"א בתחילת פרק חזקת הבתים...". כוונתו לדברי הרשב"א (כח ע"ב) הללו:

דקרקע אינו נקנה במחילה, אלא במכירה ונתינה. ולא עדיף שתיקה ממחילה מפורשת. ואלו אמר ליה: שדי מחולה לך, לא אמר כלום, כל שכן מחילה מתוך שתיקה. אבל שעבודין שיש להן חזקה בטענת סבלנות כדעת הגאונים ז"ל נקנין הן במחילה. שאלו הוציא זיו על חצר חברו, ואי נמי שנעץ קורה בכותלו, יכול הוא למחול לו שלא יסלקם, משם שאין זה כנותן קרקע אלא כמחיל על השעבודים.

לקניין קרקע נדרשת פעולה קניינית ממשית ולא מספיקה מחילה ובוודאי לא שתיקה. אך כשאין מדובר על קניין בגוף הכותל, אלא רק על זכות תשמיש, מחילה או ראייה של סבלנות מועילות.

דברי הרשב"א הללו נזכרים גם בסוגייתנו (ו ע"ב):

ויש מפרשים לכל הני דכולה שמעתין בטענת סבלנות, דכיון שאינו מחסרו קרקע אין להם ענין בחזקת שלש [שנים]. כי מה ששנינו בפ' חזקת הבתים (מא ע"א) "כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה", היינו דוקא בבא לטעון בגוף הדבר, אבל בשעבודין כגון אלו להוצאת זיוין וכיוצא בהן, אפילו בטענת סבלנות הן.

אך עדיין אין תשובה זו מספקת. כך הקשה הרב אברהם ארלנגר (ברכת אברהם, בבא בתרא עמ' כו) לאחר שהביא את דברי הברכת שמואל הללו:

מיהו אכתי צריך בירור בעיקר הסברה, דכיון דזה זכות בחפץ, מאי טעמא לא נאמר בחזקת בעליה קיימי? ואם כי ברגע זה הוא תפוס בתשמיש, מ"מ לענין זכות לעתיד חידוש גדול לומר כן... משמע דזו סברה לגבי בשעה שהשתמש, שאז יזכה בזה בלי טענה, כי כל דבר שתפוס בשימוש ומחל כשראהו, בזה עצמו זכה, ומ"מ אכתי צ"ע.

ונראה די"ל דעיקר כונת הרשב"א דלגבי לזכות בזכות התשמיש קונה על ידי זה שהבעלים מחלו על זה ומשתמש ברשות, ושוב נעשה על ידי זה ברשות ואין צריך להרחיק עוד, וע"י זה הוה אענה מה שראה ושתק, לא מפני שאין צריך טענה, אלא דהשתיקה הוי כטענה. ואולי בגלל שאינו לוקח ממנו גוף החפץ, בקל אמרינן שדעתו להקנות.

גם אם אין מדובר על קניין בגוף החפץ אלא רק זכות שימוש, מניין זכות הקניין גם לשנים הבאות? בנוגע לרשב"א כתב שהעובדה שהבעלים רואים בכל פעם את השימוש של בעל הקורות בכותל ושותקים, וברור שבעל הקורות אינו מתכוון לקנות את גוף הכותל, מכאן שהבעלים מוחלים.

ג. חזקת תשמישין במיקום הסוכה בחצר

נראה להציע הסבר על בסיס דברי הברכת שמואל והברכת אברהם: מדובר על מקרה שבעל הקורות הניח את הקורות על כותל חברו, וברור מאופן הנחתן שהן לצורכי קיום מצוות סוכה. סביר להניח גם שבמהלך ימי החג ניתן גם לראות אם אמנם הוא בנה סוכה בחלקו. לאחר החג בעל הקורות השאיר אותן שם וברור הוא שמטרת השארתן שם היא לשם חג סוכות של השנה הבאה או אף של השנים הבאות. מובן שהנחת קורות היא רק דוגמה, יכולות להיות גם פעולות אחרות שקשורות לבניין הסוכה תוך שימוש ברכוש השכן (כגון: העמדת פיגומים בחצר, על מנת לאפשר בניית סוכה בקומה גבוהה יותר וכד'). את כל זה גם בעל הכותל רואה מול עיניו והוא גם מבין את המשמעות. כעת עליו להחליט מה תהיה תגובתו. האם לומר לבעל הקורות: 'אפשרתי לך להניח הקורות רק לצורך ימי החג שהיה אך לא מעבר לזה', אף שניכר שאופן הצבת הקורות יכול להיות טובות לשימוש גם לימי חג הסוכות בשנים הבאות, או למחול ולאפשר לבעל הקורות להנות מהמצב הזה גם בשנים הבאות. אם הוא לא מוחה, מתברר שהוא אכן מוחל ומסכים לכך שגם בימי חג הסוכות בשנים הבאות ישתמש בעל הקורות בכותלו לצורך בניין הסוכה. במצב כזה אין הבדל משמעותי בין ההסכמה של בעל

הכותל במהלך ימי החג להנחת הקורות, לבין הסכמתו להנחת הקורות לטובת בניין הסוכה בשנים הבאות.

חזקת תשמישין בנויה על כך שבעל החפץ מבין את המשמעות של פעולת המשתמש ועליו להחליט איך להגיב. אם הוא שתק, מחל או הביע הסכמה כלשהי שמשמעותה גם עתידית, על כך אמר רבינא: "הרי זו חזקה". בכך אפשר לפתור התלבטות שכתב הרב יעקב בלוי (פתחי חושן, נזיקין, פרק טו אות מז):

נסתפקתי בסוכת החג, אם מהני החזקה על כל פנים לסוכת החג בשנה הבאה. והיינו אם ירצה להכניס שם קורות בשנה הבאה לשם סוכת החג, אם יכול זה לעכב עליו, כיון שעשה פעם אחת ולא מיחה. שמדברי הפוסקים נראה שיכול למחול בו לכתחילה אף בסוכת החג, אלא שאין שתיקתו מוכיחה שהסכים להשאירם שם, משום דסבר לשם מצוה היא, ואם כן כיון ששתק והסכים שיקבע קורות לשם מצווה, הרי זה החזיק בקביעת קורות לשם מצווה. אבל מסברא נראה שכל דבר שהוא זמני אין כאן חזקה כלל ולשנה הבאה אם ירצה יוכל לעכב עליו, ויש לעיין אם בהחזיק כמה שנים בסוכת החג אם שייך בזה חזקה. ועל כן נראה שהוא הדין מי שהחזיק להוציא זיזים לשם סוכה על גבי חצר חברו או על גבי חצר השותפין, יכולים בני חצר לעכב עליו כשירצו, אא"כ עשה בנין קבוע או זיזים קבועים ולא מיחו בידו מלהוציאם מיד לאחר החג, הרי החזיק באותם זיזים לשם סוכה על כל פנים, ושוב אינם יכולים למחות בידו. אבל תשמיש קבוע נראה שאינו יכול לעשות על אותם זיזים.

על פי דברינו נראה להציע כך: כאמור, ההנחה בחזקת תשמישין וביכולת להחזיק בתשמיש לעולם מבוססת על כך שגם בעל החפץ הבין וידע מראש שסוג תשמיש זה איננו חד-פעמי אלא נועד גם לשנים הבאות. אשר על כן, אם אדם עושה פעולה ממשית בחפץ של אחר או של שותפים, כשהכול מבינים - השכן או כל השכנים בחצר המשותפת, שאין מדובר על פעולת בנייה חד-פעמית של סוכה רק לצורך חג סוכות של שנה זו אלא גם לשנים הבאות, עליהם להחליט אם הם מוחלים - מאפשרים לו זאת או לא. אם מאפשרים לו, הרי זו חזקת תשמישין מועילה לשנים הבאות גם כן.

מה ששאל הפתחי חושן: "ויש לעיין אם בהחזיק כמה שנים בסוכת החג אם שייך בזה חזקה", נראה שהעובדה שאדם השתמש פעם אחת או אף מספר פעמים ברכוש של אחר או אחרים לשם בניית סוכה אך פירק את הקורות או כל מבנה אחר שקשור לסוכה מיד אחר החג, אין זה מקנה לו את זכות השימוש במקום באופן קבוע. אין חזקה בנוגע למקום של הסוכה, גם אם אדם בנה שם מספר פעמים.

דברים אלו הם בשונה ממה שפסק מו"ר הרב יעקב אריאל ("חזקה לבנית סוכות בחצר משותפת", שו"ת באהלה של תורה, א סי' פו). אדם בנה את סוכתו במשך עשרים ושש שנים במקום מסוים, וכעת בא שכן חדש שקנה דירה מאדם אחר, ורוצה לבנות סוכה באותו מקום. הרב אריאל דן בהרחבה רבה בזמן הנדרש לחזקת תשמישין, ובסוף תשובתו מזכיר את דברי רבינא בסוגייתנו וכותב:

לכאורה מבואר שם [בסוגייתנו] שסוכת החג אם אינה נשאת אלא עד שבעה ימים - אינה חזקה. ורק אם נשאת לאחר שבעה ימים הרי זו חזקה. אך יש לחלק בין המקרים, כי שם מדובר במי שמחזיק כל השנה בסוכה שהחל בה בסוכות, ורוצה להסתמך על שתיקת השכנים במשך חג הסוכות. ומשתיקתם במשך חג הסוכות אין ראיה כלל להסכמתם אחרי סוכות, ולכן אין חזקתו חזקה. אך לחג הסוכות בלבד בשנים הבאות יש לומר שחזקתו חזקה, אם כי הדבר אינו מפורש בגמרא.

למעשה נראה שיש לך חזקת שלוש שנים, אך יש כמה מחלוקות בשאלה אם נדרשת גם טענה. ומכיון שהמדובר בחצר משותפת, שאף אתה מוחזק בה כמו שכניך, יתכן שיש לך חזקה לבנות סוכה באותו גודל ובאותו מקום בכל חגי הסוכות הבעל"ט. כלומר, מספק אין לשכנים רשות למנוע ממך להקים סוכה לחג, ובפרט כאשר רק שכן אחד מוחה על כך, והיתר שותקים. מיהו כדי לצאת ידי חובת סוכה כהלכה, מומלץ לך לפייס את השכן המוחה בדרך כלשהי, כגון שתרכוש משהו לצרכי הבית המשותף.

לדברינו אין זה כך, ולכן אין זה מוזכר בגמרא. העובדה שאדם בנה סוכה אפילו מספר שנים באותו מקום בחצר, אינה מקנה לו חזקת תשמישין לשנים הבאות, כי אם בכל שנה הוא פירק את הסוכה לאחר החג, הוא בעצם לא היה מוחזק מעולם בחזקת תשמיש. אין זה משנה אם רק שכן אחד מוחה או כמה. מעולם הוא לא נחשב כמי שהחזיק במקום המסוים בחצר.

בספרי הפוסקים יש תשובות נוספות הקשורות לחזקת תשמישין של סוכה. בפני הרב אברהם דב לוי (אב"ד), הרב שמואל ביבס והרב ברוך שרגא, (פסקי דין - ירושלים דיני ממונות ובירורי יהדות ה, עמ' קיג ואילך) נידון המקרה הבא:

הנתבע מבקש להרחיב מרפסת מעל החצר המשותפת. התובע מבקש לאסור עליו את בניית המרפסת מכיון שע"י כך יימנע ממנו לבנות סוכה לחג בחצר המשותפת מתחת לאותה מרפסת, ולטענתו הוא החזיק במקום זה לסוכת החג בשנתיים האחרונות. הנתבע משיב שגם לו יש חלק בחצר כמו לתובע, ואמנם

מתחת למרפסת שירחיב לא יוכלו לעשות סוכה, אבל נותר מקום לעשות סוכה מצדדי המרפסת. התובע משיב שמכיון שמתחת למרפסת לא יוכל לעשות סוכה נמצא שע"י מעשהו של הנתבע מחולקת החצר בין השכנים לענין עשיית הסוכה, ואין זכות לנתבע לחלק את החצר בלא הסכמה. פסק הדין: אין חזקה לסוכת החג בחצר השותפין, ולמען השלום והשלוחה על התובע להסכים לאפשר לנתבע להרחיב את המרפסת שלו באופן שיוותר מקום לסוכות מצדדי המרפסת.

נימוק הדין מבוסס גם על האמור בסוגייתנו. אין חזקה על המקום בחצר שבו הוקמה הסוכה אף אם בנה באותו המקום כמשך מספר שנים.¹² חזקת תשמישין לעולם היא כשהשימוש קבוע, ואף חלקי וכשברור גם לבעל החפץ או בעלי החפץ שהוא נועד לבניין הסוכה בשנים הבאות, והם לא מחו ואפשרו את הדבר.

12 תשובות בעניינים דומים ראה גם: הרב ישראל גרוסמן, שו"ת משכנותיך ישראל סי' ח (הובא בפתחי חושן שם); הרב שלמה זלמן גרוסמן, שו"ת שערי שלמה, א, סי' לד; הרב אליעזר וולדינברג, שו"ת ציץ אליעזר, כ, סי' סד; הרב צבי יהודה בן יעקב, משפטיך ליעקב, ב, סי' לז; שם ז, סי' יט; פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל, ה, עמ' 159-160; פסקי דין ירושלים, דיני ממונות, א עמ' רה, סעיף ג.