

הרב ישי אנגלמן | ישיבת ברכת משה

נִשְׁרֵשׁ יִשְׂרָאֵל

בענייני

משפט וצדקה

שיטת הגאונים בדין חזקת ג' שנים: השליטה כיסוד הבעלות

א. פתיחה – טיבה של חזקת ג' שנים

ב. שיטת הגאונים כיסוד דין חזקת ג' שנים

ג. הבעלות כמבוססת על מציאות טבעית

ד. חזקת תשמישים: שיטת הגאונים והרמב"ם

ה. שיטת הרמב"ם בדין חזקת ג' שנים והצעה חדשה להבנת דין 'מוחזק'

ו. סיכום

ז. נספח: יסוד דין 'כל דאלימ גבר'

א. פתיחה – טיבה של חזקת ג' שנים

אחת השאלות הגדולות המלוות את לומדי העיון בפרק חזקת הבתים שבמסכת בבא בתרא היא שאלת יסוד דין חזקת שלוש שנים, המבואר במשנה בריש הפרק (כח, א):

חזקת הבתים, והבורות, והשיחין, והמערות [...] חזקתן שלש שנים מיום ליום.

הגמרא עוסקת בהרחבה בסוגיית הפתיחה של הפרק בטיבה של חזקה זו ומעלה אפשרויות שונות, ולסיום מביאה הגמרא את דברי רבא (כט, א):

שתא קמייתא מיזדהר איניש בשטריה, תרתיה ותלת מיזדהר, טפי לא מיזדהר.

כבר עמדו הראשונים על כך שדברי רבא לכשעצמם אינם מספקים הסבר בהיר ליסוד דין חזקת שלוש שנים, וכלשון רבינו יונה בעליותיו (כט, א ד"ה אלא):

מה בכך אם לא מזדהר בשטרי' טפי מתלת שנין, מ"מ במה יצאה קרקע מחזקת בעליה, ומה ראייה יש שהיה בידו שטר מעולם.

בעקבות כך העלו הראשונים מספר אפשרויות להבנת דברי רבא וממילא להבנת יסוד דין חזקת ג' שנים, העולה גם מסוגיות נוספות בהמשך הפרק [באופן עקרוני, אין הכרח שבסוגיות הגמרא עצמן ישנה אחידות בנוגע לטיבה של החזקה¹].

מדברי הראשונים והאחרונים ניתן להעלות שלושה כיוונים מרכזיים להבנת טיבה של החזקה (מלבד האפשרות שנדחתה בגמרא כאפשרות בשיטת חכמים שבמשנה, לפיה חזקת ג' שנים נלמדה משור המועד), כאשר השניים הראשונים עולים באופן פשוט יותר מהמקורות:

1. חזקת ג' שנים מהווה ראייה על המכירה.
2. מדובר בתקנת חכמים לפיה לאחר שלוש שנים בהן המרא קמא לא מוחה על הישיבה בקרקעותיו, המחזיק נאמן לטעון שקנה².
3. אפשרות שאינה מפורשת בדברי הראשונים אך ניתן לדייק אותה מכמה מקורות היא שלאחר ג' שנים המחזיק מוגדר כ'מוחזק' בקרקע, והמרא קמא הוא זה שמוגדר כ'מוציא מחברו' ש'עליו הראיה' ולכן המחזיק נאמן לטעון קניתי גם ללא ראייה. במילים אחרות, חזקת ג' שנים גורמת להיפוך נטל הראיה³. בהמשך המאמר נציע כי זו שיטת הרמב"ם, ומתוך כך נדון ביחס שבין שיטתו לבין שיטת הגאונים בה נעסוק להלן.

בין שלוש האפשרויות – ראייה, תקנה או הגדרת המחזיק כ'מוחזק' – ניתן גם להעמיד תפיסות ביניים המשלבות בין ההבנות השונות באופנים כאלו ואחרים⁴, אך במסגרת שלנו

-
- 1 לדוגמה, בסוגייה בדף נו, ב עולה האפשרות שחזקת ג' שנים קשורה למושג ההקפדה, מה שבאופן פשוט נדחה בסוגיית הפתיחה לפרק (כט, א), וראו מה שכתב בחידושי הרשב"א (נו, ב ד"ה אהעמדה כדי לא קפדי). מפשט הגמרא בדף לו, א נראה בפשטות שלגודרות יש חזקת ג' שנים, אף שלא נהגים למוכרם בשטר, וגם דבר זה מצריך יישוב עם האמור בסוגייתנו (אמנם קשה לומר שישנה מחלוקת בין הסוגיות כיוון שדין גודרות גם הוא נמסר על ידי רבא), וראו גם דברי הראשונים על המשנה בדף כח, א בעניין חזקת ג' שנים בגודרות ועבדים. ואין כאן מקום להאריך בסוגיות נוספות מהן ניתן לדייק לכיוונים כאלו ואחרים על יסוד דין חזקת ג' שנים.
 - 2 ביחס לשתי האפשרויות הראשונות ראו בחידושי ראשוני ספרד (כולל רבינו יונה) על דף כט, א, ובדברי הרמב"ן ובית מדרשו בדף מב, א (מהמילים "טעמא דחזקה"); ראו גם נימוקי יוסף יד, א מדפי הרי"ף ד"ה טפי לא מזדהר; רש"י כתובות יז, ב ד"ה שני חזקה. בסוגייה זו האריך קצות החושן (קמ, ב) ושיטתו לפיה חזקת ג' שנים היא תקנת חכמים עולה כבר מדברי הנימוקי יוסף הנ"ל ומדברי הרא"ש בסמ"א.
 - 3 לדוגמה, ראו דברי רבנו נחום בחידושי בריש פרק חזקת הבתים. ניתן ללמוד גם בחלק מהמקורות שהובאו בהערה הקודמת – הגורסים באופן פשוט שחזקת ג' שנים מבוססת על ראייה – שיסודה של החזקה בסופו של דבר הוא בהפיכת המחזיק למוחזק, גם אם קביעה משפטית זו מבוססת בין היתר על ראייה מסוימת הקיימת לטובתו, ואין כאן מקום להאריך.
 - 4 לדוגמה, רבינו יונה בעליותיו לדף כט, א משלב בין תקנה למחות לבין ראייה שנוצרת לרעת המרא קמא מחמת חוסר קיום התקנה. מהרשב"ם (כט, א ד"ה באתרא) עולה שחזקת ג' שנים מבוססת גם על הראיה שכנגד המרא קמא ("היה לך למחות") וגם על ישיבה חיובית של המחזיק במשך ג'

לא נאריך בשיטות הראשונים והאחרונים השונות אלא בעיקר הנוגע לענייננו, תוך מגמה להגיע לתפיסה עקרונית בנוגע לדרכים בהן בעלות עוברת מאדם לחברו.

ב. שיטת הגאונים ביסוד דין חזקת ג' שנים

האפשרויות השונות בדברי הראשונים והאחרונים בבירור יסוד דין חזקה מניחות שהחזקה מהווה סיבה כל שהיא להאמין לטענת הלוקח, שאכן לקח את הקרקע לפני ג' שנים – אם מחמת שיש ראייה לדבריו, אם מחמת שנעשה מוחזק או בעקבות תקנת חכמים מיוחדת. כלומר, המכנה המשותף לכולן הוא שהחזקה אינה מעבירה את הבעלות על הקרקע, אלא היא מנחה את בית הדין האם להאמין (ולו רק כבירית מחדל) למחזיק שהוא קיבל את הזכויות בעבר כדין מהמרא קמא. כך כתב במפורש הריטב"א בפתיחתו לפרק (כה, א ד"ה כל):

כל החזקות הנזכרות בכאן הם חזקה של ראייה דאוקמוה במקום שטר ועדים, ואין זו חזקה דקנין הנזכרת בנכסים שיש להם אחריות ואינן דומות זו לזו כלל.

אולם, מכמה מקורות בדברי הגאונים וההולכים בעקבותיהם עולה תפיסה אחרת ולפיה 'חזקת שלוש שנים' עוסקת בהעברת הבעלות, וזאת כחלק מדיני (מעשה) קנין חזקה בקרקעות (שמקורו במשנה בקידושין כו, א)⁵. כך מציג את הדברים רב האי גאון בספר המקח והממכר (שער יג):

והשער הג': קנין חזקה. לא קנה אינש בחזקה אלא קרקע ועבדי בלבד כדגרסינן: נכסים שיש להם אחריות נקנים בכסף בשטר ובחזקה. ועוד גרסינן: עבד כנעני נקנה בכסף בשטר ובחזקה. וחזקה זו מתחלקת לשני פנים. יש חזקה שאין אדם קונה את הקרקע אלא בשלש שנים וזו היא חזקה שיש עמה טענה, כגון שמוכר אומר לא מכרתי ולוקח אומר לקחתי צריך שיבוא לוקח ראייה שאכלה שלש שנים וטענת המוכר אינה טענה. אבל חזקה שהיא ברצון שניהם שזה מוכר וזה לוקח ואין טענה ביניהם, שאם נעל

שנים בקרקע (ולכן בסוגייה שם מצריך הרשב"ם חמש שנות חזקה – כדי שתתקיימנה שלוש שנות אכילה – למרות שכבר לאחר שלוש שנים יש ראייה כנגד המרא קמא, כמבואר ברשב"ם שם). בשיטת חלק מראשוני ספרד ניתן להבין שהחזקה בנויה לא רק על ראייה – כפי שעולה מפשטות לשונם בחלק מהמקומות – אלא גם על תקנה שלאחר שלוש שנים המחזיק מוגדר כמוחזק בעקבות הראייה המטה את הדין לטובתו (אלא שלולא התקנה לקובעו כמוחזק, ראייה זו לא הייתה חזקה דיה להוציא ממון), וכפי שנרמז בהערה הקודמת.

5 בשפה המשפטית המודרנית, שלוש האפשרויות הפשוטות יותר בהבנת חזקת ג' שנים ממקמות אותה בתוך דיני הראיות. לעומת זאת, העולה מדברי הגאונים הוא שחזקת ג' שנים היא חלק מהדין המהותי.

וגדר ופרץ בפניו כל שהוא, ולאחר מיכן רוצה אחד מהן לחזור – לאו כל כמיניה. כדגרסינן: חזקת הבתים והבורות והשיחים ומערות ומרחצאות ושובכי ובית הבדים ועבדים וכל דבר שהוא עושה פירות חזקתן שלש שנים מיום ליום.

לדעת רב האי גאון, בדין קנין חזקה ישנן שתי אפשרויות: האפשרות השנייה המוזכרת בדבריו, והיא גם הפשוטה יותר, היא מעשה קניין חזקה הנעשה בהסכמת שני הצדדים והמביא להעברת הבעלות, המכונה "חזקה שאין עמה טענה" (ראו במשנה בבבא בתרא מב, א). האפשרות הראשונה שהוא מזכיר היא חזקת ג' שנים, המוגדרת כ"חזקה שיש עמה טענה", בה יש ויכוח בין שני בעלי הדין, אך לאחר שלוש שנים המרא קמא זוכה מכוח החזקה בקרקע במשך שלוש שנים⁶. קביעת רב האי ששתי האפשרויות הן חלק מ"קנין חזקה" מלמדת שלדעתו חזקת ג' שנים מעבירה את הבעלות בדומה למעשה קניין חזקה.

עמדה זו של רב האי גאון עולה במספר מקורות נוספים בדברי הגאונים⁷, והד לה מצוי גם בפירושו רבנו חננאל (כבא בתרא לו, א) בהמשך הפרק:

כיון שמשמש לזה שלש שנים והניחו בעליו ולא מיחה הרי זה קנאו בחזקה.

הלשון 'קנאו בחזקה' רומזת לכך שחזקת ג' שנים מעבירה את הבעלות⁸. והנה לפנינו שיטה חדשה בביאור דין חזקת ג' שנים, ולפיה הבעלות בקרקע עוברת למחזיק לאחר החזקה במשך ג' שנים.

כמובן, שיטה זו מחייבת ביאור של כמה נקודות, כגון, מדוע יש צורך בטענה של המחזיק שהוא קנה בעבר את הקרקע, מהו בדיוק רגע העברת הבעלות וכיצד פירשו הגאונים את

6 החילוק בין חזקה שיש עמה טענה לחזקה שאין עמה טענה מקורו בסוגיית הגמרא בדף נב, ב. ובאמת, פשט המשנה עליה מוסבת הסוגייה (כבא בתרא ג, ג) מלמד על קשר אדוק בין המושג 'חזקה' בחזקת ג' שנים, למושג 'חזקה' בדין קנין קרקע בחזקה. יש לציין גם שלפי שיטת הגאונים מובן הקשר בין משניות פרק שלישי במסכת בבא בתרא למשניות בפרקים הבאים, וניתן לזהות את הקשר גם למשניות הפרקים הראשונים במסכת, העוסקות בדיני שכנים. להרחבה בביאור סוגייה זו מומלץ לעיין בדברי מהר"ם שפירא ב'שערי שמועות' לבבא בתרא (סימן כב, א-ב) שהראה שסוגייה זו מהווה מקור מרכזי לשיטת הגאונים, שלא כפשט הרשב"ם שם. גם המשך הסימן נוגע ישירות למהלך המאמר, וראו להלן הערה 25.

7 להרחבה בעניין זה ולמקורות מרתקים בנושא ראו מאמרו היסודי של הרב שלמה גינצלר, 'חזקת ג' שנים בכתבי הגאונים (מכ"י)' בתוך 'ישורון' (כ), ירושלים תשס"ז. מומלץ מאוד לעיין במאמר זה, שבחלקו הראשון מביא מקורות רבים מדברי הגאונים שנקטו כמובן מאליו בשיטה זו, ובחלקו השני מבאר כמה סוגיות בגמרא על פי שיטתם.

8 יש להשוות ללשון רבנו חננאל בריש הפרק הפותח בקביעה ש"החזקה היא שתי פנים", באופן המזכיר מאוד את שיטת הגאונים, והשוו לפתיחת הריטב"א לפרק שהוזכרה לעיל בגוף המאמר.

דברי רבא (בבא בתרא כט, א) שהובאו בתחילת המאמר. אולם, אנו נתמקד בשאלה העקרונית העולה ביחס לשיטה זו, והיא, כיצד יתכן שהבעלות על קרקע תעבור בעקבות החזקה מתמשכת, ומה הקשר בין מעשה קניין חזקה הנעשה בהסכמת המוכר והקונה, לבין חזקת ג' שנים בקרקע שנעשית ללא רשות הבעלים?

ניתן להסביר שלדעת הגאונים, כאשר אדם יושב בקרקע במשך שלוש שנים ללא מחאה, חוסר המחאה של המרא קמא גורם למעשה ההחזקה להיות מעשה של 'קנין חזקה' בקרקע הנעשה בהסכמת הבעלים. הסכמה זו אמנם לא התקבלה במסגרת הליך משפטי מסודר, אך היא נתפסת 'מכללא', מעצם השתיקה. בניגוד לקניין חזקה רגיל, בו החזקה גורמת להעברת הבעלות ברגע אחד, כאן יש צורך בשלוש שנים, כיוון שלא מדובר על פעולה שיש סביבה הסכמה מפורשת להעברת הבעלות, ורק מתוך הישיבה הרצופה במשך שלוש שנים 'מתבררת' או 'נוצרת' הסכמה זו, ונמצא שהחזקה כולה מהווה מעשה של קניין חזקה מתמשך.

ניסוח זה בהסבר שיטת הגאונים, משאיר את דין קנין 'חזקה עם טענה' במסגרת המרחב המשפטי המוכר של דיני קניינים, אלא שמדובר כאמור בקנין 'גמיש' יותר מבחינת אופן ההסדר המשפטי שבין שני הצדדים בקנין. אולם, נוכל לצעוד צעד אחד הלאה בהבנת שיטתם, אם ננצל את הפתח שנוצר בעקבות הגמישות הגדולה שמעשה קנין החזקה במקרה שלנו, ונבחן דרכו הבנה עקרונית כללית יותר הנוגעת לטיבה של הבעלות ומעשי הקנין בכלל.

ג. הבעלות כמבוססת על מציאות טבעית

בעלות על נכס הינה מושג משפטי מופשט, מעמד משפטי הקיים לטובת אדם המוגדר – על פי החוק או המוסכמה החברתית – כמי שהחפץ 'נמצא ברשותו'. יש מקום לדיון נרחב בהגדרה המדויקת של מושג זה, ובשאלה האם המעמד המשפטי מקנה לאדם משהו רחב יותר מאשר סך זכויות מעשיות ביחס לחפץ. זוהי שאלה גדולה שיש לה זיקה לדיוננו כאן, אך דיון בה יחרוג מענייננו⁹. מכל מקום, ברור כי הגדרה משפטית מוסכמת ומסודרת של מושג הבעלות היא הכרחית בכל חברה שיש בה מערכת משפטית מוסדרת, והלכות שונות בחוק מגדירות את טיב הבעלות, אופני הקנין והרגע המדויק שבו הוא חל.

השאלה שאנחנו מבקשים לדון בה היא האם הבעלות היא מושג משפטי מופשט הקיים אך ורק כתוצאה מקיומה של חברה המתנהלת לפי מוסכמות משפטיות מסודרות, או שמא, ישנה משמעות ראשונית יותר, שבמובן מסוים היא ממשית יותר?

9 ידועה בעניין זה החקירה האם יש בעלות על איסורי הנאה והאם שייך להקנות או לקנות אותם (שאלות שאינן חופפות בדווקא), ואין כאן מקום להאריך.

נסביר יותר את השאלה דרך התבוננות בחברות עתיקות, בהן מטבע הדברים העולם המשפטי-חוקתי היה הרבה פחות מפותח, ומסחר התנהל בצורה הרבה יותר אינטואיטיבית ו'ממשית' מהמוכר לנו כיום. מה היתה המשמעות של מושג הבעלות בחברות כאלו? האם לבעלות שאינה מוסדרת באופן רשמי באיזה שהוא חוק יש משמעות משפטית? נדמה שישנה אינטואיציה פשוטה לפיה גם לשליטה המציאותית באובייקט הנידון ישנה משמעות ביחס למושג הבעלות: מי שהחפץ בשליטתו – שליטה כזו הגורמת לכך שהוא ייראה כלפי חוץ כבעל הזיקה הגדולה ביותר אל החפץ – הוא הבעלים. לפי תפיסה זו, הבעלות הראשונית אי פעם על חפץ תקבע על פי שליטה ממשית בו, והעברת הבעלות מאדם אחד לשני תחול על ידי המעשים שיבטאו – אולי לא רק באופן סמלי אלא בצורה ממשית – שליטה בחפץ: העברת החפץ לידי האחר, עבודה בקרקע או מגורים בבית, כל אלו יהיו 'מעשה קניין', מעצם העובדה שמצטייר בהם שינוי של הבעלות, בדמות שליטה של אדם חדש על החפץ.

כמובן, בחברה שתתנהל אך ורק לפי קנה המידה הזה לבעלות, ייווצר פתח גדול לחמס וגזל, לחוסר צדק ולפגיעה בחלש. ברור שההלכה אינה מכירה באופן אוטומטי בבעלות הנובעת אך ורק משליטה בחפץ. עם זאת, יתכן שגם בתוך חברה שהעולם החוקי-משפטי בה מפותח ומוסדר (כמו בעולם ההלכה) נשארו 'שרידים' לתפיסת הבעלות הממשית יותר, שייטכן שדווקא בגלל שהיא כנראה פרימיטיבית יותר, עומדת ביסודה תפיסה פשוטה וטבעית יותר, ואולי אפשר לומר גם יותר אמיתית. לתפיסה זו, הקשר בין האדם לבין החפץ לא נובע רק מהחוק המופשט, שייטכן ותוקפו המרכזי הוא המוסכמה החברתית, שהיא כמובן מסוים אינה 'אמיתית' אלא פיקטיבית. לתפיסה זו, בעלות מבטאת גם קשר ממשי בין האדם לבין החפץ, כאשר השליטה בחפץ מבטאת, או יותר נכון, מייצרת, זיקה אמיתית בין האדם לבין האובייקט הנידון¹⁰.

10 שאלות על טיב הבעלות, משמעותו של מעשה הקניין וכיצד הופכים להיות בעלים על חפץ' נידונות כמובן גם בעולם המשפטי הכללי (ראו גם להלן הערות 15-16): ראו לדוגמה במאמרו של פרופסור יהושע ויסמן, "מושגי יסוד בדיני קניין – סקירה ביקורתית" (בתוך: "משפטים" יא, תשמ"א) עמודים 45-46. ראו גם ספרו של פרופ' חנוך דגן, "קניין על פרשת דרכים" (הוצאת רמות – אוניברסיטת תל אביב, 2005) עמודים 38-42 (מעניין להשוות, ואף לעמוד על ההבדל הקיים בין המוצע כאן, לבין מה שמכונה 'תיאוריית העבודה' של ג'ון לוק לפיה זכות הקניין קשורה לעמלו של האדם המושקע ומעורבב בחפץ הנידון). מומלץ מאוד לקרוא בהקשר שלנו בספרו של שי עקביא וזונר, "חשיבה משפטית בישיבות ליטא" (ירושלים תשע"ז), את הפרק 'חשיבה אונטולוגית ונטורליסטיקה משפטית'. נצטט מתוך דברי הרב יוסף לייב בלוך, שהובאו שם, עמוד 95: "עניין קנייני האדם אינו רק חוק שנקבע לסידור חייב החברה, שכשדאם רוכש איזה חפץ באחת מדרכי הקנינים עובר החפץ לרשותו לשלוט בו כרצונו, אלא שבאמת ענין

ברי כי חברה מוסרית שבה מערכת משפט מסודרת לא תאפשר למימד זה להיות קנה מידה מרכזי, וודאי לא עצמאי, למושג הבעלות, שכן הטבעיות עלולה בנקל להפוך לפראית. עם זאת, יתכן שהלכות מסוימות בתוך המערכת החוקית יתעצבו בזיקה למימד הממשי שבבעלות, וייתכן שבמרחבים מסוימים בתוך העולם המשפטי, בעיקר מרחבים בהם יש 'שטח מת' – שאין לעולם העולם המשפטי הפורמאלי מענה כלפיו (מסיבות שונות) – נגלה שישנה התחשבות גם בסוג זה של בעלות הבנוי על הזיקה הממשית אל החפץ, וניתן אף יהיה להבחין ביתרונות הפרקטיים, וגם באמת הפשוטה, העולה ממנו¹¹. בהמשך המאמר ננסה לגעת בכמה מרחבים כאלו.

נראה שעצם הטענה העולה כאן עשויה לעזור בבחינה מעמיקה של כמה מושגים וסוגיות בתוך עולם ההלכה, שנראים באופן פשוט מנוגדים לתפיסת המערכת הממונית של בעלות וקניינים כמערכת שבמסגרתה הבעלות עוברת רק על פי כללים משפטיים-פורמאליים מסודרים, כאלו שנקבעו בחוק ומוסכמים בחברה.

הבעלות הוא התקשרות של עצם הדבר לבעליו, המתהווה על ידי הקנין המאגד את החפץ עם זה שקונהו". השוו גם למקורות המובאים שם מדברי ר' צדוק הכהן מלובלין, עמוד 95 הערה 18 (ויש להוסיף עליהם את דבריו ב'דברי סופרים' אות ג).

עיון מעניין נוסף במקומה של 'חשיבה נטורליסטית' בהלכה, בדיני נזיקין, המושתתים – לאמור שם – לא רק על עקרונות צדק מופשטים אלא גם על ה'התרחשות המציאותית הממשית', ניתן למצוא במאמרו של הרב שג"ר, "ההלכה כשפת האמונה: עיון בהלכות חובל" (בתוך: "הליכות עולם – הלכה והיסטוריה", מכון כתבי הרב שג"ר, תשע"ו), ראו שם בעיקר מחלק ב.

11 בהנחה ומתקבלת הטענה המובעת כאן ובהמשך המאמר – לפיה בתוך ההלכה נוכל לזהות 'שרידים' של התפיסה לפיה הבעלות בנויה על שליטה וזיקה אל החפץ, ולא רק על מוסכמה חברתית – נכון לנסות לבחון באופן רחב יותר עד כמה התפיסה הזו באה לידי ביטוי רק במקרי קצה כדוגמת אלו שנידונו בהמשך המאמר, או שמא היא תופסת מקום מרכזי בתפיסה המשפטית ההלכתית, אלא שהיא הוסדרה וקיבלה 'נורמליזציה משפטית' על ידי ההלכות השונות, וממילא רק במקרי קצה נוכל לזהות אותה באופן קיצוני וחד משמעי על אף מרכזיותה. לדוגמה, מעניין לבחון את משמעותם של מעשי הקנין השונים ואת הפרטים ההלכתיים של דיני מעשה הקנין. נשווה לדוגמה את דרכי הקניין השונות שנאמרו ביחס לקרקע, כסף, שטר וחזקה: ביחס לקנין חזקה נחקר האם יסודו בפעולת שליטה בנכס, שייתכן ומשמעותה היא יצירת זיקה אל החפץ שהיא עצמה מהווה גורם לבעלות, או שמא מטרתה של פעולת השליטה הינה לגרום להסכמה מצד המוכר, או הודעה לחברה על כך שמתרחש כאן מעשה קניין, שיסודו במוסכמה החברתית שנקבעה או הוסדרה על ידי החוק. ייתכן לחלק בנקודה הזו גם בין קניין חזקה לשני הקניינים האחרים; בקרקע – כסף ושטר – בהם על פניו פחות נראה האפשרות לפיה הזיקה המשפטית נובעת מזיקה ממשית אל החפץ, הקשורה לשליטה או לנראות כבעלים. ייתכן שגם מבחינה היסטורית, קנין חזקה הוא שריד למעשה קנין פרימיטיבי ואינטואיטיבי יותר, וגם האפשרות לקנות קרקע במעשה סמלי של 'נעל גדר ופרץ' מהווה פיתוח משפטי של פעולת חזקה טבעית וממשית יותר.

ניקח לדוגמה את המושג המשפטי של 'קניין גזילה': גם אם מושג זה אינו מוסכם, ברור שלפי שיטות מסוימות לגולן ישנה זכות קניינית, מסוימת לפחות, בחפץ הגזול. מובן מסוים של קניין קיים גם לפני יאוש, וברור שלאחר יאוש הבעלים, הוא קיים באופן רחב עוד יותר, והדבר תלוי בשיטות שונות ואולי גם בתנאים נוספים. נראה שבחינת הדינים השונים בקניין גזילה לאור התפיסה שלשליטה המציאותית בחפץ עשוי להיות תוקף משפטי (במובן של בעלות מסוימת לכל הפחות), עשויה לתרום להבנת חלק מדברי הראשונים והאחרונים בנושא, ולהעמיד את ההיגיון המשפטי העקרוני שעומד מאחורי מספר הלכות שנראות במבט פשוט רחוקות מתפיסת הבעלות המשפטית המוכרת, ואף מעוררת שאלות מוסריות¹².

מושג רחב יותר בו נראה שיש יסוד לבעלות הטבעית, שגם הוא אולי לא מוסכם על כל השיטות אבל בהחלט עולה ממקורות מרכזיים, הוא המושג של 'קנין כיבוש מלחמה'. כיצד עוברת הבעלות במקרה בו עיר או מדינה נכבשים על ידי ממלכה או ארגון צבאי כל שהוא? האם נעשה כאן קניין מדעת, בהסכמה של שני הצדדים, או שמא השליטה המציאותית (אולי יחד עם ביטול המערכת החוקית של החברה שהפסידה במלחמה) היא הגורם החיובי המרכזי לכך שהמנצחים בשדה הקרב גם הפכו לבעלים מבחינה משפטית¹³?

12 ראו על כך: עדו רכניץ, קנייני גנב וגזולן, חמדת הארץ א, עמ' 85-105. אנו מקווים לכתוב במקום אחר בצורה מסודרת על תפיסות עקרוניות שונות בראשונים בנוגע לטיב הקניין הקיים לטובת הגזולן מעצם מעשה הגזילה, ולהשלכות ההלכתיות של התפיסות השונות בנושא זה, הקשורות גם לשאלה מדוע לא יכול הבעלים להקדיש או להקנות את החפץ כשאינו ברשותו, כמבואר בדברי ר' יוחנן במסכת בבא קמא ע, א. ראו לדוגמה תוספות בבא מציעא ו, א ד"ה הקדישה, לפיו חוסר יכולתו של הבעלים לעשות פעולות קנייניות בחפץ הגזול מותנה בכפירתו של הגזולן, אך מרגע שהגזולן מודה שהחפץ אינו שלו יכול הבעלים להקדיש או להקנות, אף על פי שהגזולן עוד לא השיב לו את החפץ. כך היא גם שיטת בעל המאור (בבא קמא יח, א), עליו משיג הרמב"ן במלחמות (שם), ולשיטתו על מנת שהבעלים יוכל לשוב ולעשות פעולות קנייניות בחפץ לא די בהודאת הגזולן, אלא יש צורך בהשבתו בפועל (מעשה קנין המבטל את מעשה קנין הגזילה). ניתן לתלות מחלוקת זו בשאלה האם לגולן יש קנין של ממש בחפץ הגזול (גם קודם יאוש) או לא. מכל מקום, לכולי עלמא ישנם מצבים בהם הגזילה נקנית לגזולן לגמרי, אלא שנחלקו תנאים ואמוראים מהם התנאים הנדרשים לשם כך, וייתכן שגם בעלות זו מבוססת על התפיסה העקרונית המוצגת כאן.

13 לניתוח הסוגייה בגיטין לז, ב ושיטות הראשונים בעניין זה (ובביאור דין "כמשק גבים שקק בו" המוזכר בסנהדרין צד, ב) ראו שיעורו של מורי הרב אריאב עוזר, בעניין "כיבוש מלחמה", בתוך 'שיעורי הגר"א עוזר שליט"א', שיעור קסת. וראו שם מה שהביא באות ד בשם האחרונים ש"עולם בעלות תלוי בהיכולת שליטה בפועל ואיננה תואר מופשט", והפנייתו שם לדברי החתם סופר הידועים (יורה דעה שי) בעניין קניינים קודם מתן תורה, ומה שנשאר מהם גם לימינו במקום בו לא חידשה תורה קנין חדש. ראו גם מאמרו של הרב יאיר קאהן בנושא, בתוך 'עלון שבות'

שאלות אלו מעלות לדיון גם בחינה של המושג ההלכתי 'יאוש', המוזכר הן בשני הנושאים האחרונים שהעלינו, והן בנושא של אבידה: האם מושג זה הוא חלק מהמערכת המשפטית ההסכמית שבמסגרתה הבעלות עוברת בעקבות ויתור של האדם על נכסיו, מעין הפקר, או שהמושג 'יאוש' הוא חלק ממערכת הבוחנת את הזיקה המציאותית של האדם אל החפץ, ובהינתן זזיקה זו אינה, מתאפשרת 'השתלטות' של אדם אחר על חפץ, שליטה המגדירה את האחר כבעלים החדש¹⁴.

כהמשך ישיר של הפסקה הקודמת, יש להתבונן גם על משמעותה של החזקה בחפץ מופקר או חפץ שאבד למישהו. לדברינו, המוצא הראשון ייחשב לבעלים (במקרה של אבידה שאין בה דיני השבה) לא בגלל מוסכמה חברתית או קביעה משפטית כל שהיא (הקובעת 'מבחוץ' את 'כללי המשחק'), אלא בגלל שהוא בעל הזיקה אל החפץ (מעצם שליטתו), שהיא עצמה המגדירה אותו כבעלים. במקרה הזה, אין למערכת המשפטית בעיה לקבל את הבעלות הנובעת מעצם השליטה, כיוון שאין 'צד שני' עליו המערכת המשפטית אמורה להגן. אך אין פירוש הדבר שבמקום שאין צורך בהסכמה, ישנה מוסכמה חברתית – שהיא הבסיס לבעלות החדשה – לפיה התופס הראשון יזכה, אלא שבמצב כזה התפיסה בחפץ עצמה מהווה סיבה להגדרת התופס כבעלים¹⁵.

(113): קניין כיבוש | תורת הר עזיון (etzion.org.il). ראו בעניין זה גם מאמרו של ישראל צבי גילת, 'חידתו של "כיבוש מלחמה" כדרך של העברת זכויות בהלכה היהודית', בתוך 'שנתון המשפט העברי', כרך כו (תשס"ט - תשע"א).

14 דברים מרתקים ועמוקים בעניין זה כתב המהר"ל בבאר הגולה (ב, ו), עיין שם. מעניין גם לחשוב בהקשר זה על משמעות פטור חובת השבת אבידה בגוי (גם קודם ייאוש!): האם הפטור ממצוות השבת אבידה משמעותו שמותר ליהודי לקחת את האבידה לעצמו, והוא נעשה בעלים עליה? ראו בעניין זה דיונו של ר' שמעון שקופ בשערי יושר (ד, ח) והמקורות המובאים בדבריו, ומסקנתו שלו היא כי "י"ל דכל שהמוצא אינו מחויב בהכרזה והשבה, הוי כאבודה ממנו ומכל אדם דא"צ יאוש והתירה תורה לזכות בה" (לעומתו ראו אבן האזל גזלה ואבדה יא, י), וברור שיש לדברים זיקה לדיונו.

15 בהקשר זה נציין ל: Carol M. Rose, Possession as the Origin of Property, 52 University of Chicago L. Rev. 73 (1985). המאמר דן בשאלה היסודית כיצד הופכים להיות בעלים על החפץ, וכיצד נוצרה הבעלות הראשונית על החפץ, ומציג בהרחבה גישה שעל פניו דומה מאוד לנטען כאן, לפיה "חזקה ראשונה היא שורש הבעלות". אולם, האופן בו מוצגת משמעותה של החזקה, והלגיטימציה המוצעת שם לקבלת התפיסה לפיה החזקה היא הבסיס לבעלות (גם לבעלות ראשונית וגם להעברת בעלות) מלמדת על פער מהותי בין הטענה המובעת שם, לטענתנו כאן. לטענת רוזט, יסודה של החזקה הוא ביצירת 'שפה מוסכמת' שאמורה להיות מובנת כלפי חוץ, ובמובן הזה החזקה היא 'הפגנת רצון להיות בעלים', שהתקיימותה ללא תגובה הולמת מ'הצד השני' (המרא קמא או אנשים אחרים בחברה שהחזקה עלולה לנגוע אליהם) מובילה לכך שהחוק מאשר אותה ונותן לה תוקף. הלגיטימציה למערכת כזו היא תפיסה השמה במרכז 'התנהלות יעילה' (גם

בנושאים אלו ראוי להרחיב ולהעמיק, וכל אחד מהם ראוי למחקר הן מצד עצמו, והן מצד הזיקה שלנו לטענה הכללית העולה כאן. במסגרת הנוכחית נציע כי ניתן להסביר גם את שיטת הגאונים מתוך תפיסה עקרונית זו:

לדעת הגאונים חזקת ג' שנים עצמה היא אחד מאופני קנין חזקה, ונראה שהיא גם קרובה לקנין חזקה הראשוני, שבו המימד המשפטי הסמלי פחות נוכח. זהו קנין שמתרחש מאליו, מעצם השליטה המתמשכת בקרקע, שליטה המסוגלת ליצור זיקת בעלות משמעות משפטית רק לאחר תקופה ממושכת של שלוש שנים ללא מחאה. בניסוח הזה, אין צורך להגדיר ששתיקת הבעלים מהווה 'הסכמה דמילא' למעשה הקניין המשפטי שעושה המחזיק בקרקע – כביכול עשו ביניהם איזה שהוא הסכם מובן מאליו – אלא שעצם השליטה בקרקע ללא מחאה, יוצרת זיקה ממשית המיתרגמת על פי ההלכה לבעלות משפטית לאחר שלוש שנים.

יש לציין כאן לנקודה יסודית: כבר נאמר במשנה (מא, א) ביחס לחזקת ג' שנים ש"כל חזקה שאין עמה טענה, אינה חזקה". המחזיק לא זוכה בקרקע אלא אם הוא טוען שקנה את הקרקע כדת וכדין, באופן משפטי-חוקי. הלכה זו מובנת מאליה לפי ההבנות המקובלות בגדר חזקת ג' שנים, אך לכאורה, לפי ההסבר שזכיית המחזיק נובעת מהקשר הממשי שלו אל הקרקע, ניתן היה להגדיר אותו כבעלים – כל עוד לא יוכח אחרת – גם ללא טענה!

לפי הסברנו צריך לומר שללא טענה בית הדין איננו מתייחס לזיקה הקיימת לטובת המחזיק מעצם החזקתו. זיקה זו הינה בעלת משמעות בעולם המשפטי הפורמאלי רק כאשר היא מגובה בטענה לפיה גם במישור המשפטי-פורמאלי המחזיק הוא הבעלים. בית הדין לא מכריע לטובת המחזיק בקרקע כאשר הוא עצמו לא מבסס את האפשרות המשפטית – וממילא גם המוסרית והצודקת – לפיה הוא זה שאמור לזכות בקרקע. רק האפשרות המשפטית שקיימת לטובת המחזיק מאפשרת לבית הדין 'לאשר' את הבעלות המבוססת על השליטה הטבעית¹⁶.

במובנים כלכליים וגם במובנים של נוחות וסדר חברתי) של החברה, הדורשת מהצדדים השונים לתקשר זה עם זה בשפה ההסכמית, מתוך מגמה למנוע אי וודאיות וסחבת משפטית, בזכוז מאגרים לא מנוצלים וכדומה. לדבריה, דווקא במסגרת זו של השפה תופסת החזקה מקום מרכזי, וממילא נמצא כי מרכיב החזקה בתפיסה זו הינו משמעותי במישור של המוסכמה החברתית, וכאן ההבדל הגדול להצעתנו: לדין, החזקה משמעותית לא בגלל מוסכמה וענייני שפה, אלא כיוון שהיא עצמה יוצרת את הזיקה הממשית אל החפץ, שתוצאתה - בעלות.

16 מרתק להשוות בנקודה זו בין המשפט העברי לבין מערכות משפט קדומות אחרות. ראו בעניין זה בספרו של הרב זרח ורהפטינג "החזקה במשפט העברי", (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, ירושלים תשכ"ד), בפרק שכותרתו 'הטענה' (מעמוד 18 והלאה), וכותרת המשנה שלו

עד כאן עסקנו בדין חזקת ג' שנים בקרקעות, הנוגעת לבעלות על עצם הקרקע. במשניות בהמשך פרק חזקת הבתים נידונה חזקה נוספת, המכונה 'חזקת תשמישים' (ולחילופין, בהתאם לסוגיות בפרקים ראשון ושני במסכת – חזקת נזיקין). נראה עתה כי בסוגייה זו עולה ביתר שאת, גם בשיטת הרמב"ם, התפיסה העקרונית שהצענו להסביר על פיה את שיטת הגאונים.

ד. חזקת תשמישים: שיטת הגאונים והרמב"ם

המשניות בסוף פרק חזקת הבתים (החל מדף נו, א) עוסקות – באופן כללי – בדין של חזקת תשמישים. המשניות עוסקות במקרים בהם ישנה פעולת שימוש של אחד השכנים או השותפים באזור המשותף לשניהם (שמעמדו גבולי במחינה משפטית), ולחילופין – שימוש בשטח השייך לו אך משפיע באופן כזה או אחר על שטח חברו. סוגיות אלו וכן סוגיות נוספות במסכת¹⁷ עוסקות בשימושים של שכנים שבאופן עקרוני יכול אחד מהם לעכב על חברו מלעשותם (למעט שימושים שאין דרך להקפיד עליהם), אך לאחר שהדבר נעשה ללא מחאת הצד השני, נוצרה 'חזקת תשמישים' לטובת המחזיק, ושכנגדו כבר לא יכול לעכבו מכאן ולהבא מלהמשיך בשימוש.

באופן כללי, נחלקו הראשונים כיצד נוצרת חזקה זו, המזכה את המחזיק בשימוש בלבד – ולא בבעלות על קרקע כל שהיא. מחלוקת אחת נוגעת לשאלה האם חזקה זו נוצרת מיד או לאחר שלוש שנים (כדין חזקת קרקעות שבמשנה שבריש הפרק), ומחלוקת אחרת, הנוגעת יותר לענייננו, היא האם חזקה זו מצריכה טענה על כך ששימוש זה נקנה כדין, והחזקה רק מהווה הוכחה לקנין שבין הצדדים, או שמא ניתן לזכות בחזקה זו גם ללא טענה. ראשונים רבים סוברים שחזקת תשמישים חלה רק בהתקיים שני התנאים – טענה ושלוש שנים. יש מהראשונים הסוברים שיש צורך בטענה אך אין צורך בשלוש שנים, ויש הסוברים להפך, שהטענה אינה נצרכת אך יש צורך בג' שנים¹⁸. שיטת הגאונים, הר"י מיגאש והרמב"ם

היא: "התכונה המייחדת את החזקה העברית – בהשוואה לחזקה במשפטי העמים". תודתי למיכאל אלגאוי על ההפניה למקור זה. מעניין להשוות גם לדין במדינת ישראל: סעיף 94, א לחוק המקרקעין (התשכ"ט), "זיקת הנאה מכוח שנים". נפנה את הקוראים גם למאמרו של מיכאל שעתיד להתפרסם בקרוב בכתב העת 'מדברה' על מסכת בבא בתרא, תחת הכותרת: "חזקה שאין עמה טענה - בין המשפט העברי למשפט העמים"

17 כגון סוגיית "אחזיק להורדי ולכשורי" בדף ו, א (וכן רצף הסוגיות עם דף ו, ב, כמבואר בראשונים), סוגיית "הנהו תאלי" (בסוף דף כג, ב) וסוגיית החזקת שובך במשנה ובגמרא בדף כג, א.

18 מחלוקת הראשונים נוגעת כאמור גם לפרשנות המשניות והסוגיות שעליהן החל מדף נו, א, וכן לסוגיות בשני הפרקים הראשונים. מכיוון שענייננו כאן הוא בניית שיטת הגאונים וההולכים בעקבותיהם, לא הארכנו כאן בשיטות הראשונים וביאורן בסוגיות, להרחבה ראו מאמרו של הרב מאיר כהן, "חזקת תשמישין – שיטות הראשונים וביאורן", אבני משפט א (תשס"ב), וכן סיכומו

(בעמדת הרמב"ן נעסוק להלן) היא שחזקת תשמישים חלה לאלתר, ואין בה צורך בטענה, וכך כתב הר"י מיגאש בפירושו למשנה בדף נו, א:

בחצר השותפין בין החזיק שלש שנים בין לא החזיק בין טעין בין לא טעין [...] כיון דקפדי אינשי הויא חזקה דאי לאו דאחיל לא הוה שתיק.

שיטת הר"י מיגאש חוזרת גם בספר השו"ת שלו (סימן סב), ונפסקה להלכה גם ברמב"ם¹⁹. שיטה זו מוזכרת בראשונים בשם הגאונים²⁰, וברור שהר"י מיגאש והרמב"ם המשיך את דרכם בפרשנות המשניות והסוגיות השונות בעניין זה. שיטה זו אף נפסקה להלכה בשולחן ערוך²¹, וכנראה – ולכל הפחות באופן חלקי – גם ברמ"א²².

האחרונים דנו בביאור שיטת הגאונים והרמב"ם: כיצד יתכן שפעולת שימוש של אחד השותפים או השכנים, תקנה לו זכות מסוימת, אף ללא טענה על מעשה קנין מוסכם בין הצדדים? כך העמיד את השאלה בעל קצות החושן (קנג, ג):

וקשיא 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 קנין.

תשובת הקצות היא שקיים קשר בין שיטת הרמב"ם והגאונים בדין חזקת תשמישים, לבין שיטת הרמב"ם בהלכות מכירה הנוגעת לפרטי קניין חזקה, שבדבריו נעסוק להלן.

לדעת הרמב"ם קניין חזקה חל לא רק על ידי 'גדר נעל ופרץ' אלא גם על ידי שימוש בקרקע, כגון שטיחת פירות או איסופם (ראו על כך בהמשך המאמר), כך גם מועילה פעולת שימוש

19 הבהיר של הרב יאיר וסרטייל בנושא, באתר ישיבה: חזקת תשמישים | הרב יאיר וסרטייל | בית המדרש | אתר ישיבה (yeshiva.org.il).

20 ראו רמב"ם שכנים ה, ה ונושאי כלים שם; יא, ד ובמגיד משנה שם; ראו גם שכנים ה, א. לעניינו חשובה גם העובדה שהרמב"ם מיקם את דיני חזקת תשמישים בהלכות שכנים ולא בהלכות טוען ונטען, שם מוקמו דיני חזקת ג' שנים.

21 ראו חידושי הרמב"ן ובית מדרשו למשנה בדף נו, א ובמאירי שם, וכן בדברי הראשונים על המילים 'והא אחזיק להו' בסוגיית הגמרא בדף כג, א. לבחינת מקור הדברים בגאונים ראו במאמרו של הרב גינצלר המוזכר לעיל הערה 7, חלק א אות ה, ובהערה 24 שם (אמנם הסברו לשיטת הגאונים בדין חזקת תשמישים אינו תואם להסברנו כאן, ודוק).

22 כך עולה מסעיפים רבים בחושן משפט בסימנים קנג-קנה.

23 ראו הגהות הרמ"א קנג, ו; קנג, טז; קנד, יב; קנה, לה. השאלה כיצד להבין את היחס בין דברי הרמ"א במקומות השונים חוזרת מעיקר עיונו כאן, ראו סמ"ע קנג, לב; נתיבות (ביאורים) קנג, יג; לעומתם בטורי זהב קנה, לה; ביאור הגר"א שם צט.

לקנות זכות שימוש בקרקע או בכותל משותף. פעולת השימוש, לדעת הקצות, מהווה פעולת חזקה, שכאשר צד אחד עושה אותה והצד השני אינו מוחה, הרי זה כמי שהסכים – מכללא – לפעולת הקנין שעושה המחזיק, וממילא זכה בו בקניין חזקה רגיל. מסקנת הקצות היא שגם אלו שחולקים על הרמב"ם וסוברים שלא ניתן לקנות את גוף הקרקע עצמה על ידי פעולות מעין אלו, עשויים להודות כאן, בנידון של קניין זכות שימוש בקרקע, שפעולת שימוש מספיקה כדי לקנות את זכות השימוש.

על פי הסברו של קצות החושן, נמצא שחזקת תשמישים – לשיטה הסוברת שאין בה צורך בטענה – דומה מאוד לשיטת הגאונים בביאור דין חזקת ג' שנים בגוף הקרקע: לדעת הגאונים חזקת ג' שנים, כאמור, בנויה גם היא על פעולת קנין חזקה, שכאשר היא נעשית ללא מחאה היא מוגדרת כפעולת קנין שנעשתה מדעת הקונה והמקנה.

לאור דברינו לעיל, נראה שניתן לצעוד – בעקבות קצות החושן – צעד אחד קדימה, להבנת שיטת הרמב"ם בדין חזקת תשמישים. חזקת תשמישים חלה ללא טענה על ידי פעולת חזקה, שעניינה שליטה ובעלות ממשית בשימוש המסוים. כאשר השותף או השכן עושה פעולה זו ללא מחאה, ההלכה מייחסת משמעות להחזקתו ומשאירה שימוש זה בחזקתו, גם בלי שהוא טוען על הסדר קנייני פורמאלי בינו לבין הצד השני. גם לשונו של הרמב"ם בפסיקת ההלכות השונות בדין חזקת תשמישים עשויה לחזק כיוון זה. הרמב"ם מתנסח שבמצבים השונים בהם מועילים מעשיו של אחד השותפים או השכנים, התוצאה המשפטית היא ש"החזיק" (ראו שכנים ה, ה; ח, א). ההחזקה אינה רק פעולה, אלא היא יוצרת תוצאה משפטית שהיא מעין 'אישור לפעולת החזקה', ובמילים אחרות, לעצם פעולת ההחזקה יש תוקף משפטי. מעניין מאוד להשוות לשון זו ללשון הרמב"ם בפרק א בהלכות מכירה שם דן הרמב"ם בפרטי קנין חזקה, ולעולם לאחר שמוצגת ההחזקה, מופיעה התוצאה המשפטית – "קנה" (ראו הלכות ח, ט, י, יט, כ). בסוגיות חזקת תשמישים לעומת זאת, לא מדובר על קניין משפטי, אלא על פעולת החזקה שהחוק נותן לה תוקף, והיא נובעת – לעניות דעתנו – מהמימד הטבעי-ממשי הקיים במושג הבעלות, וכפי שהתבאר לעיל בהרחבה – השותף שעשה שימוש מסוג מסוים ללא מחאה, יוצר זיקה ממשית אל זכות השימוש המדוברת, ו"הרי זה החזיק".

נראה שכאן אנו יכולים לזהות מרחב נוסף בו ההלכה מכירה במושג הבעלות המיוחד הנידון כאן, בעלות המבוססת על שליטה ממשית. בחזקת תשמישים, מדובר על מצבי ביניים לא מוחלטים מבחינה משפטית: גם בדיני שותפים, וגם בהלכות שכנים, יש הרבה 'שטח אפור' – תרתי משמע – ושאלת הזכות המשפטית החוקית לא תמיד ברורה ומוחלטת. שימושים כאלו ואחרים, הם במידה מסוימת חלק מזכויותיהם של כל אחד

מהצדדים בדיון, והם לא באים להאפיל על עצם הבעלות של הצד האחר על גוף הקרקע, אלא רק על הזכות שלו לעשות פעולה כזו או אחרת²³. במצב כזה קבעו חכמים (בתנאים העולים מהסוגיות) שאם עשה אחד הצדדים פעולה מסוימת "הרי זה החזיק", ובניגוד למה שהוצע לעיל בשיטת הגאונים בדין חזקת ג' שנים, כאן אין צורך אפילו בטענה כדי לתת לגיטימציה לפנייה אל מרחב הבעלות הטבעית-ממשית^{24 25}.

ה. שיטת הרמב"ם בדין חזקת ג' שנים והצעה חדשה להבנת דין 'מוחזק'

בתחילת המאמר הצענו שאחת האפשרויות להבנת דין חזקת ג' שנים היא הכנסתו למסגרת ההלכתית של דין 'מוחזק': לאחר החזקה במשך שלוש שנים בקרקע, מתהפך נטל הראיה,

23 ראו דברי הרמב"ן בדף נו, א: "כששתק מחל, לא שיקנה זה בחצר כלום, אלא אם באין לחלוק שניהם שוין כבתחלה, אלא שכל זמן שחצר בשתוף הוא עושה בהם תשמישין הללו שהחזיק בהם ומעכב על חברו מלעשותם".

24 כאמור בפנים, מהלכנו הוא פיתוח הכיוון העקרוני שהתווה הקצות. הנתיבות (קצב, ו) הציע מהלך אחר ולפיו חזקת תשמישים אינה כוללת אף זכות קניינית (אף לא בגדר 'קרקע לפירותיה', לשימוש מסוים) אלא היא ויתור של אחד הצדדים על פעולת שימוש מסוימת, ולעניין זה – לשיטתו – מועילה מחילה, ואין צורך במעשה קניין, כיוון שאין דבר ממשי הנקנה. וראו לעיל הערה 22 שהנתיבות מסביר את הסתירה בין פסקי הרמב"א על פי דרכו, עיינו שם.

שיטת הנתיבות בכיארור שיטת הגאונים עולה כבר מחידושי הרשב"א (בבא בתרא כח, ב ד"ה אלא מעתה), ולעניות דעתנו נראה שנקט בה גם הרמב"ן הלכה למעשה. הרמב"ן בכמה מקומות הולך עם פרשנות הגאונים למשניות ולסוגיות הגמרא, אך לפי המהלך המבואר בפנים, יסוד שיטתו שונה משיטתם, וממילא עולות גם מספר הבחנות הלכתיות. הרמב"ן בדף נו, א מתנסח שחזקת תשמישים אינה מתייחסת לדברים שהם 'גוף קרקע', וחזר על דבריו בחידושים לדף נט, א (ד"ה והוי יודע). ממילא עולה מדברי הרמב"ן (למשנה בדף נו, א) שחזקת תשמישים לא מצריכה טענה דווקא כאשר מדובר על שימוש בקרקע שאינו כולל זכות ממשית בגוף הקרקע, ולכן הוא נוטה להסביר את המקרה של העמדת מחיצה (המבואר במשנה שם) שלא מדין חזקת תשמישים אלא מדין חזקת קרקעות המצריכה ג' שנים וטענה. בנוסף, הרמב"ן בדף כג, א (ד"ה עוד ראיתי) טוען שבכל מצב בו השימוש גורם לחסרון ממון אצל האחר, יש צורך בחזקת ג' שנים וטענה, ואין די בדין חזקת תשמישים רגיל: "לפיכך צריך טענה דעיקר ממונא קא מחסיר ליה ושקיל מיניה, ולא דמי לשאר נזיקין דלא אתי ליה מיניה כלום" (בכך מתרין הרמב"ן את קושיית הראשונים על הגאונים, מדוע יש צורך, כפי שעולה מסוגיית הגמרא שם, בדין 'טענין' למקרה של חזקת שובך המוזכר במשנה שם). לעניות דעתנו נראה שהרמב"ן למד – ובעקבותיו הרשב"א הנ"ל – ששיטת הגאונים בנויה על מחילה ולא על זכות קניינית, וכשיטת הנתיבות, וממילא למד שמחילה מועילה רק לשימוש של האדם, ואינה מועילה לזכויות ממשיות בגוף הקרקע ואף לא לחיסרון ממון של חברו, דבר המצריך מעשה קנין ממשי. אולם בשיטת הגאונים והרמב"ם נראה לומר כנ"ל, שלא מחילה היא הגורם המשפטי בדין זה, אלא כשיטת הקצות – עצם ממעשה ההחזקה (המלווה במחילה של הצד השני) המקבל את תוקפו – לדברינו – מכוח המימד הטבעי-ממשי שבבעלות.

25 המעין יראה כי מהלכנו המקשר בין שיטת הגאונים בחזקת ג' שנים לשיטתם בדין חזקת תשמישים מקביל בנקודות מרכזיות למהלכו של ר' משה שמואל שפירא, ב'שערי שמועות' לבבא

ומעתה הוא מוטל על המרא קמא, המוגדר כ'מוציא' מחברו המחזיק בקרקע. להבנתנו, יש מקום להבין כך את שיטת הרמב"ם.

לגבי חזקת הבעלים במטלטלין קבע הרמב"ם (טוען ונטען ח, א):

כל המטלטלין בחזקת זה שהן תחת ידו, אף על פי שהביא התובע עדים שהמטלטלין הללו ידועין לו, כיצד בגד זה או כלי זה שבידך או שבתוך ביתך שלי הוא, או הפקדתיהו אצלך, או השאלתיהו לך, והרי העדים שהן יודעין אותו מקודם ברשותי, והנתבע אומר לא כי אלא אתה מכרתו לי או נתתו לי במתנה הרי זה הנתבע נשבע היסט ונפטר.

בהלכה זו קבע הרמב"ם את הדין העקרוני של חזקת מטלטלין, לפיו המחזיק נאמן לטעון שהחפץ שלו, גם כאשר יש מרא קמא – בעלים ידוע קודם – הטוען כי החפץ היה ונשאר שלו²⁶. במקביל, קבע הרמב"ם (שם יא, א) כך לגבי קרקעות:

כל הקרקעות הידועות לבעליהן אף על פי שהן עתה תחת יד אחרים הרי הן בחזקת בעליהן.

אם כן, לעומת מטלטלין בהם המחזיק הוא המוחזק והמוציא ממנו צריך להביא ראיה, בקרקעות, המרא קמא הוא המוחזק. אולם הרמב"ם ממשיך וכותב (הלכה ב):

בתרא סימן כב, וכך הוא הגדיר את זכיית המחזיק בקרקע מכוח חזקת ג' שנים: "שבהחזיק ג' שנים נתקיימה לו חזקה וקונה וזוכה להחזיק בגופה של קרקע ולהעמידה בידו שלא לסלקו ממנה משום טענת המערער ולדחות טענתו, וזכותו וקנינו משום חזקה היא [...] לא מדין מוחזק". אמנם האופן בו הסברנו את הדברים ממקם את אותם במסגרת רחבה יותר.

26 אמנם, האחרונים דנו בשאלה האם חזקת מטלטלין יסודה בדין 'מוחזק', דהיינו קביעה / הנחה משפטית שהחפץ שייך למי שהחפץ אצלו, וממילא חובת הראיה מוטלת על האחר, גם אם הוא מביא עדי מרא קמא על החפץ, או שמא ההחזקה בחפץ מהווה ראיה על כך שקנה את החפץ, ראיה המועילה להוציא ממון מהמוחזק – הלא הוא המרא קמא (ראו לדוגמה בעניין זה קובץ שיעורים ב, ט, בבא בתרא קנ"ג; שיעורי ר' שמואל בבא בתרא אות ג). אולם, מלבד הראיות החזקות להבנה שפשטה בבית המדרש לפיה חזקת מטלטלין יסודה בהנחת יסוד משפטית ולא בראיה, הדברים מוכרחים בשיטת הרמב"ם עצמו. מהגמרא בשבועות מו, ב למדו רוב הראשונים שיש לחלק בין כלים העשויים להשאיל ולהשכיר לכלים שאינם עשויים לכך, בנוגע לדין חזקת מטלטלין – חזקת המחזיק קיימת דווקא בסוג הכלים האחרון, אך בכלים העשויים להשאיל ולהשכיר המרא קמא הוא זה שנאמן לטעון שהשאיל את החפץ למחזיק. לדעת הרמב"ם (טוען ונטען ח, ג; שם ט) כלים העשויים להשאיל ולהשכיר הם כלים המיועדים מראש להשאלה והשכרה דווקא, אך בכלים 'רגילים', כולל כלים שיש שמשאילים אותם אך יש שמוכרים, המחזיק נאמן לטעון שקנה. בכלים כאלו אין שום ראיה לטובת טענת המחזיק שקנה, לעומת טענת המרא קמא שהשאיל, וזכיית המחזיק בטענתו מלמדת על כך שהוא מוגדר כמוחזק המשפטי, והמרא קמא הוא המוציא ממנו שעליו להביא ראיה.

במה דברים אמורים שמצריכין ראובן להביא ראיה או יסתלק בשלא נשתמש בה זמן מרובה, אבל אם הביא עדים שאכל פירות קרקע שלש שנים רצופות ונהנה בכולה כדרך שנהנין כל אדם באותה קרקע, והוא שיהיה אפשר לבעלים הראשונים שידעו בזה שהחזיק ולא מיחו בו, מעמידין אותה ביד ראובן וישבע ראובן היסת שמכרה לו שמעון או נתנה לו ויפטר.

מכאן דייק רבנו נחום (חידושי רבנו נחום, בבא בתרא כח, א) ש"גדר החזקה הוא, דההוכחה מדלא מיחה מהניא לאשווי להמחזיק כמוחזק, דע"י שהחזיק ג' שנים בלא מחאה וישב בקרקע כדרך הבעלים אנו רואים אותו כבעלים". דהיינו, המילים 'במה דברים אמורים' בהלכה ב, לשיטתו, מוסבות על העיקרון המוצג בריש הפרק – המרא קמא הוא המוחזק בקרקע רק כל עוד לא עברו שלוש שנים, אך לאחר שלוש שנים המחזיק שישב שלוש שנים בקרקע בלא שהמרא קמא מחה בו, הוא המוחזק. נראה שניתן לחזק קריאה זו מדיוק נוסף מדברי הרמב"ם בהמשך הפרק (שם, ה-ו), הלכות בהן הוא עוסק במקרה בו המרא קמא מחה במחזיק במקום רחוק, ולא ברור האם מחאתו הגיעה אל המחזיק:

(ה) הרי שמיחה שמעון במדינה רחוקה מפני מה לא יטעון ראובן ויאמר לא שמעתי שמיחה בי כדי שאזהר בשטר, מפני שאומר לו חברך יש לו חבר וחבירו יש לו חבר וחזקה שהגיע אליך הדבר וכיון שידעת שמיחה בך בתוך שלש שנים אם באמת היה לך שטר ולא נזהרת בו אתה הפסדת על עצמך.

(ו) לפיכך אם מיחה שמעון בפני עדים ואמר להם אל תוציאו דבר זה מפניכם אין זה מחאה, אבל אם אמרו העדים מעצמן אין דבר זה יוצא מפנינו הרי גם זו מחאה, שהדבר שאין אדם מצווה עליו אומרו שלא בכוונה, וכן אם צוה לעדים ואמר להם אל תודיעוהו או שאמרו הן מעצמן אין אנו מודיעין אותו גם זו מחאה היא, אף על פי שאינן מודיעין אותו מודיעין הם לאחרים ודבר זה יגיע אליו.

מדויק בדברי הרמב"ם שהסיבה שמחאה במקום רחוק נחשבת למחאה היא בגלל שאנחנו מניחים שהמחאה הגיעה אל המחזיק, "ודבר זה יגיע אליו". אולם, מה יהיה הדין במקרה בו המרא קמא מחה כדין, אך יש ראיה שמחאתו לא הגיעה אל המחזיק, למשל, כשעדי המחאה מעידים שלא סיפרו לאף אחד על המחאה? מדברי הרמב"ם נראה שבמקרה כזה יזכה המחזיק ולא המרא קמא²⁷.

לפי ההבנה שחזקת ג' שנים היא ראיה, פסיקה זו קשה, שכן ברגע שהמרא קמא מחה אין ראיה שהוא מכר את הקרקע, גם אם המחאה מסיבה כלשהי לא הגיעה אל המחזיק. גם לפי

27 ראו בעניין זה לשון השולחן ערוך חושן משפט קמו, ג; ומה שדן בזה בשער משפט שם ג.

ההבנה שמדובר על תקנה, נראה שחכמים תקנו שעל המרא קמא למחות, ותקנו שאם לא ימחה, יהיה נאמן המחזיק בטענתו. אך במקרה זה בו המרא קמא מחה, אין זה קיים את המוטל עליו, ואין המחזיק נאמן בטענתו²⁸.

את שיטת הרמב"ם נראה להסביר על פי דיוקן של רבנו נחום, שלאחר ג' שנים בהן המחזיק יושב כדרך בעלים (בלא שהגיע אליו מחאה) בקרקע, נטל הראיה מתהפך והוא הופך למוחזק. זאת, גם אם באמת המרא קמא מחה, כל עוד ישנה ראייה שהמחאה לא הגיעה אל המחזיק²⁹.

האם לשיטת הגאונים זכר גם בשיטת הרמב"ם

מכל מקום, ברור שהרמב"ם ביאר את דין חזקת שלוש שנים שלא כשיטת הגאונים שהתבארה לעיל, המקשרים את חזקת ג' שנים לקניין חזקה בקרקע.

אף על פי כן, מצאנו ברמב"ם מספר הלכות המורות על קשר בין דין חזקת ג' שנים לדין קניין חזקה בקרקעות, הלכות שמקורן ככל הנראה גם כן בשיטת הגאונים, אלא שהרמב"ם שילב אתן במסגרת תפיסתו ביסוד דין החזקה, שכאמור אינה זהה לשיטת הגאונים. בהלכות מכירה (א, טו-טז) עוסק הרמב"ם בפרטי מעשה קניין חזקה ופסק כך:

(טו) 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 התשיש.

(טז) המוכר שדה לחבירו ונכנס בה הלוקח וזרעה או נרה, או שאסף פירות האילן או זמרו וכל כיוצא בדברים אלו הרי זה קנה שהרי החזיק ואין אחד מהן יכול לחזור בו, וכן אם אסף המוכר סל של פירות ונתן ללוקח, קנה לוקח מיד בחזקה, שהרי גילה דעתו שהקנה לו שדה זו קניין גמור ונעשו פירותיה שלו.

לשיטת הרמב"ם, שטיחת פירות בקרקע שאינה ראויה לזריעה היא מעשה המועיל לקניין בקרקע מסוג כזה, והוא הדין איסוף פירות השדה. הראב"ד על אתר משיג על שתי ההלכות

28 בעניין זה ראו דברי הרא"ש (בבא בתרא ג, א) המסביר את הדברים לשיטתו שחזקת ג' שנים היא ביסודה תקנה. ראו גם דבריהם המפורשים של רבנו יונה בעליותיו (כט, א מהמילים 'זהא ודאי') והר"ן בתשובה (סימן עה "שאפילו העידו בפנינו עדי המחאה וכו'").

29 יש מהאחרונים שתלו גם את השאלה (שנחלקו בה ראשונים) האם הזוכה מכוח חזקת ג' שנים צריך להישבע שבועת היסת בשאלת יסוד דין חזקה: להבנה שמדובר על ראייה, מסתבר שאין צורך בשבועה, שכן הזוכה מכוח ראייה המועילה להוציא ממון לא מתחייב בנוסף בשבועת היסת. לעומת זאת אם המחזיק מתחייב מכוח מוחזקות, מסתבר שלא יזכה בלא שבועת היסת (ראו לדוגמה שיעור ר' דוד פוברסקי כח, א ד"ה הנה כתב השו"ע). הרמב"ם (יא, ב) פסק שהמחזיק זוכה רק בשבועת היסת, ואם כן גם בנקודה זו דבריו מתאימים להבנה המוצעת כאן בשיטתו.

הללו. לשיטתו, קניין פירות לא יכול לשמש כקניין חזקה, המצריך דווקא פעולה בגוף הקרקע "כעין נעל וגדר"³⁰. ובאמת, האפשרות לזכות בקרקע על ידי שטיחת פירות או איסוף פירות השדה מופיעה תוך כדי הדיון בהלכות חזקת ג' שנים בקרקעות: בסוגייה בדף כט, ב מבוארת האפשרות של יצירת חזקת ג' שנים על ידי שימוש בקרקע באופן של שטיחת פירות (בקרקע שאינה ראויה לזריעה), ובדף לה, ב מבוארת האפשרות ליצור את החזקה על ידי איסוף פירות השדה. שתי הסוגיות נוגעות לדין חזקת קרקעות ואף נפסקו להלכה ברמב"ם בהלכות טוען ונטען בהקשר זה (יא, ט, וכן יב, יג). נראה שלדעת הרמב"ם אף שהלכות אלו נאמרו במקורן לגבי דין חזקת ג' שנים, ניתן ללמוד מהן גם לגבי דין קניין חזקה, וכך סיכם את הדברים המגיד משנה (הלכות מכירה שם):

משום דס"ל דכל שקונה בחזקת ג' שנים כשהמוכר מכחיש קנה לאלתר כשהלה מודה ואומר לו לך חזק וקנה.

והנה, קישור זה שקבע הרמב"ם בין דברים המועילים בחזקת ג' שנים לדברים המועילים בקניין חזקה מובן מאוד לפי שיטת הגאונים, הסוברים שגם חזקת ג' שנים היא סעיף בתוך דיני קניין קרקע בחזקה. ואכן, מקור דברי הרמב"ם בהלכות אלו הוא בגאונים, וכך כתב רב האי גאון (ספר המקח והמכר שער יג):

ואי אוקי בה חיות אי נמי שטח בה פירי כדי שיחזיק בקרקע היא חזקה וקני כדג' ואי דלי ליה צנא דפירי לאלתר הוי חזקה. הלכך האי מאן דמחזיק בחד מהני אנפי דחזקה דפרשינן לעילא לאו כל כמיניה דחד מנייהו דמצי הדר ביה. וכ"ש דלא מצי הדר ביה אי אחזיק בחזקה שהיא גדולה מאלו שהיא חרישה או קצירה או סתירה או בנין.

לדעת רב האי, שטיחת פירות או איסוף פירות מהשדה מועילה גם בקניין חזקה רגיל, ולאחריו לא יכולים הקונה והמקנה לחזור בהם מהמכר³¹.

נצטרך אם כן להבין, כיצד לפי הרמב"ם משתלבות הלכות חזקת ג' שנים עם דיני קניין חזקה בקרקע, והרי לכאורה מדובר על שני תחומים מנותקים לחלוטין!

נראה להסביר את הדברים על פי הצעתנו לעיל, שלדעת הרמב"ם דין חזקת ג' שנים מבוסס על המושג 'מוחזק', ולדעת הרמב"ם, ישנו קשר עמוק בין המושג 'מוחזק' – באופן כללי –

30 וכן השיגו על הרמב"ם ראשונים נוספים, וביניהם הריטב"א בתחילת פרק חזקת הבתים (דבריו הובאו לעיל בראש המאמר) הכותב בפירושו שבחזקת קניין יש צורך ב"תיקון בגופה של קרקע" ו"אכילת פירות אינה קונה", מה שאין כן חזקת ג' שנים בקרקעות שהיא חזקת ראייה, עיינו שם. וראו עוד בדברי המגיד משנה (המוזכרים בפנים) בשם הרמב"ן והרשב"א.

31 ראו גם מאמרו של הרב גינצלר (לעיל הערה 7) חלק ג אות ז.

לבין 'קנין חזקה'. אף שכמובן לא מדובר על מושגים זהים, ולדעת הרמב"ם חזקת ג' שנים אינה פעולה של קנין חזקה, יש קשר בין שתי ה'חזקות', והדמיון ביניהן אינו לשוני בעלמא. ננסה להסביר את הקשר, דרך הרחבת העיקרון שהוצע לעיל בביאור שיטת הגאונים.

באופן פשוט, דין 'מוחזק' הוא חלק מכללי ההכרעה המאפשרים לדיין לפסוק את הדין במקום בו הוא לא יודע מי הבעלים. המוחזקות לא מהווה סיבה להגדרת צד אחד כבעלים, אלא היא מאפשרת להניח שאכן כך הם הדברים. נראה שגם אם לא ניטה מהגדרה עקרונית זו, ניתן להציע שההכרעה לטובתו של המחזיק מבוססת, לפחות במקרים מסוימים, גם על העובדה שה'מוחזק' הוא בעל הזיקה הגדולה ביותר אל החפץ, וזיקה זו גורמת לנו להגדיר אותו כעת כבעלים, מכוח השליטה³². משמעות הדבר היא שבמצבים מסוימים, עצם ההחזקה בחפץ יוצרת זיקה ממשית בין האדם לבין החפץ הנידון, ומתוך כך נוכל לראותו – לפחות במובן מסוים – כבעלים, אף שאין לנו וודאות שהוא אכן הבעלים במישור המשפטי המוסדר. כמובן, סוף סוף המוחזקות גורמת לנו להתייחס אל האדם כבעלים כל עוד אין ראיות, ולכשנדע בוודאות מי הוא הבעלים האמיתי במישור המשפטי, לא נייחס חשיבות ל'בעלות הממשית' הנובעת מהחזקה – שלא כדין – בחפץ. אך כל עוד במישור המשפטי אין לנו ראיה על קיומו של בעלים אחר, אנחנו 'משאירים את החפץ בחזקתו' – לא רק ככלל הנהגתי או ראיתי המורה לנו ללכת אחר המוחזק, אלא מתוך ראיית הזיקה הקיימת בין המוחזק לבין החפץ כסוג מסוים של בעלות, שעל גביה נקבעת הקביעה המשפטית המעמידה אותו כמוחזק. אם נרצה לנסח את הדברים באופן קיצוני יותר, נוכל לומר כי המוחזקות אינה הסיבה לכך שבית הדין יאפשר לנידון לזכות בחפץ ולהפוך להיות בעלים, אלא היא הבעלות (המסוימת) עצמה^{33 34}.

32 בשפה מודרנית, התפיסה הפשוטה היא שהמוחזקות היא חלק מדיני הראיות. אולם לפי לדברינו, במובן מסוים היא חלק מהדין המהותי, אלא שכפי שנסביר בגוף המאמר בהמשך, הקביעה לפיה המוחזקות היא חלק מהדין המהותי היא קביעה חלקית המתקיימת הלכה למעשה רק במצבים מסוימים.

33 השלכה אפשרית שגם מחדדת את הדברים יותר, ניתן להביא מתוך דברים של ר' שמעון שקופ הנידונים גם כן בספרו של וזנר (לעיל הערה 10). בעמוד 118 הוא מביא מדברי ר' שמעון (שערי יושר ה, י) הדין שם במעמדו של אדם שזכה בחפץ מכוח דין 'מוחזק', ולאחר זמן התברר שהחפץ אינו שלו. האם מתברר כעת למפרע שמה שעשה עד כה בחפץ נחשב כגזל? ר' שמעון נוטה לומר שלא, ואף שגם הוא מסכים שהחפץ שייך למי שהתברר שהוא שלו מאז ומעולם, ולא רק מרקע שהתברר הדבר, הוא מגדיר זאת כך:

"כל שעה ושעה זוכה ומשתמש מחמת הספק, וכל שעה שעדיין הספק במקומו עומד יכול להשתמש, וכשמתברר הדבר אז אם הדבר עדיין בעין הוא חוזר לבעליו, אבל גם לאחר שמתברר

כעת, נראה שניתן להבין את הקשר בין שיטת הרמב"ם להסברנו לשיטת הגאונים, וממילא גם את הקשר שקיים בדעת הרמב"ם בין דין חזקת ג' שנים לדין קניין חזקה. לדעת הגאונים חזקת ג' שנים עצמה היא אחד מאופני קניין חזקה, ונראה שהיא גם קרובה יותר לקניין חזקה הראשוני, שבו המימד המשפטי הסמלי פחות נוכח. זהו קניין שמתרחש מאליו, מעצם השליטה המתמשכת בקרקע, שליטה המסוגלת ליצור זיקת בעלות משמעות משפטית רק לאחר תקופה ממושכת של שלוש שנים ללא מחאה. לדעת הרמב"ם, חזקת ג' שנים אינה אופן מאופני קנייני חזקה, והיא רק מאפשרת למחזיק לטעון על מעשה קניין אחר, שיייתכן ונעשה בכסף, בשטר או בפעולת חזקה כל שהיא לפני שלוש שנים. אולם הסיבה לפיה בית הדין מזכה את המחזיק היא בגלל שעצם ההחזקה יוצרת

אינו בטל זכותו למפרע, דהרי מ"מ מעיקרא לא היה ידוע והיה אז הדין להתנהג כן, ואף דמסתבר לומר דלאחר הבירור מחויב לשלם מה שנהנה או חסר מן הדבר אם נתברר שהדבר אינו שלו, אבל גם דין זה אינו כמו שנתגלה הדבר למפרע שבטעות היתה הנהגה זו, אלא שדין זה של תשלומים ג"כ חל מכאן ולהבא לשלם בעד שנהנה מעיקרא".

אין כאן המקום לדון בהבנת הגדר המיוחד של 'מכאן ולהבא למפרע' (וראו בעניין זה מאמרנו "קידושין, נישואין וגירושין, בין הגדרה משפטית ליצירת חיים ממשית", אסיף ו, הערה 24). ר' שמעון עצמו מקשר את מסקנתו (המחודשת לכאורה) למהלכו המרכזי מתחילת שער ה' בספרו הגדול, שאף שיש לו זיקה מסוימת לטענתנו במאמר זה, הוא אינו זהה. לענייננו, ניתן להסביר לאור דבריו, שכל עוד לא הובאו ראיות לדיון, ואדם זכה בחפץ מכוח דין מוחזק, הוא מוגדר כבעלים וממילא שימושו בחפץ לא יכול להיות מוגדר כ'גזל'. אם יתברר באיזה שהוא שלב על פי ראיות שאדם אחר הוא הבעלים, כבר לא נוכל לראותו את המוחזק כבעלים מסוים – אפילו למפרע, אבל לא שעתה 'איגלאי מילתא למפרע' שמה שחשבנו עד כה היה טעות, אלא שמעתה והלאה אנו משנים את ההתייחסות המשפטית שלנו אל המקרה, ומנקודת מבטנו כעת – גם כלפי מה שהיה בעבר. המשמעות היא שלא נוכל לשפוט את מעשיו של האדם ולהגדירו כמי שעשה באותו זמן מעשה גזילה (אפילו בשוגג), שהרי בשעת עשיית המעשה הוא לא עשה מעשה גזילה. מאידך, בדיון מכאן ולהבא האם ניתן לחייבו בתשלום במקרה בו חיסר את החפץ, נוכל לתבוע ממנו לשלם, כיוון שכאן מדובר על דיון 'מכאן ולהבא' העוסק במחויבותו כעת לשלם על כך שחיסר חפץ של חברו.

34 כאמור, גם 'חזקת מרא קמא' יסודה בדין מוחזק, כפי שעולה מדיוקי לשונות הרמב"ם שהבאנו לעיל, וכפי שעולה מפשטות דברי הגמרא (בבא מציעא ק, א): 'ונוקמא אחזקת דמרא קמא, וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה'. וכידוע נחלקו בזה האחרונים (ראו קונטרס הספיקות כלל א אות ה; קובץ שיעורים ב, ח ואין כאן מקום להאריך). יש מקום להציע מעין הסברנו גם ביחס לחזקה זו – העובדה שביחס לחפץ מסוים יש אדם הידוע לעולם כבעלים, היא עצמה מגדירה אותו כבעל הזיקה הגדולה ביותר לחפץ, והיא עצמה מהווה בסיס לכך שאנחנו מכריעים שהוא הבעלים. כמוכן, במקרים בהם ישנה סתירה בין הזיקה הנובעת מהיות אדם מסוים מרא קמא, לזיקה אחרת הנובעת משליטת אדם אחר בחפץ, נצטרך להכריע מי הוא בעל הזיקה הגדולה יותר, שהוא יוגדר כמוחזק שממנו צריך להוציא.

לגבי היחס בין הסברנו כאן בעניין מוחזק, לבין השאלה האם המוחזקות נשאת כשיש דררא דמונא, ראו מאמרנו, 'דררא דמונא', שיעלה בעז"ה בקרוב לשער זה.

זיקה מסוימת אל הקרקע, המאפשרת לבית הדין לראותו כבעלים כל עוד אין בנמצא מידע ברור על בעלים אחר. בעלות מסוימת זו קשורה באופייה ליסוד העקרוני של קנין חזקה, המייצג (באופן משפטי) את מרחב הבעלות המבוססת על השליטה והזיקה המציאותית, ועל כן לדעת הרמב"ם ניתן ללמוד מהלכות חזקת ג' שנים להלכות קנין חזקה. מה שמועיל כאן עשוי להועיל גם שם, כיוון שהדינים ביסודם שייכים לאותו מרחב משפטי, אף שאינם זהים.

כפי שכבר ציינו לעיל, ההתבססות על השליטה המציאותית לקביעת חזקת ג' שנים – בין לשיטת הגאונים ובין לשיטת הרמב"ם – היא דווקא כאשר ישנה טענה, המבססת את ההכרעה לטובת שליטה מציאותית זו גם בהיבט המשפטי-פורמאלי. אמנם, ייתכן שהצורך בטענה קיים דווקא כאן, כאשר למול המחזיק עומד 'מרא קמא' שגם לו יש זיקה אל הקרקע, ובית הדין לא יוציאו את אותה מרשותו ללא טענה של המחזיק. יש מקום לדון בשאלה האם ישנה משמעות למושג מוחזק ולבעלות הטבעית גם במקרים בהם אין למחזיק טענה המסבירה מדוע הוא אמור לזכות גם במישור המשפטי-חוקי, כאשר אין מולו מרא קמא, או כאשר גם המרא קמא לא טוען טענה, או לחילופין בדיון על מטלטלין ולא על קרקעות.³⁵

ו. סיכום

הצענו במאמר זה לבחון מזווית שונה מעט כמה מוקדים וסוגיות בעולם של 'טוען ונטען', תוך הצעה לראות אותם על רקע של עולם בעלות שונה מהמקובל והמוכר, המבוסס בעיקרו על שליטה מציאותית היוצרת זיקה, ולא רק על כללים משפטיים והסכמיים. הצענו כי סוג זה של בעלות בא לידי ביטוי בסוגים מסוימים של מרחבים, כמו מצבי ספק או מצבים שבהם מראש הבעלות ה'רשמית' נמצאת בערפול (כדוגמת הלכות שכנים) אך יש מקום לבחון בצורה רחבה יותר, כפי שרמזנו במהלך המאמר ובהערות השוליים, השלכות והופעות נוספות של עיקרון זה, שחלקן הוזכרו בקצרה במהלך המאמר.

יתר על כן, נדמה כי ניתן להראות שגם שעיקרון זה הינו גורם מרכזי בעיצובן של הלכות שונות בעולם הקניינים והבעלות, ובעז"ה נזכה לשוב ולשנות פרק זה בהקשרים שונים, ולבסס את הדברים יותר. מטרתה של הצעת הדברים כאן לא נועדה לסגור את הדיון, אלא

35 שאלת מעמדו של מוחזק שאינו טוען טענה עשויה להיבחן גם ללא תלות להסבר המחודש שהצענו בפנים למושג 'מוחזק'. לעניין זה אנו מתכננים להקדיש מאמר בפני עצמו, תחת השם 'מוחזקות ללא טענה', גם הוא עתיד להתפרסם בשער זה. שם גם נצביע על קשר אפשרי הקיים בהסבר השיטה לפיה אין מוחזקות (במובן של הכרעת הספק בתורת ודאי) ללא טענה, להצעתנו כאן בהבנת המושג 'מוחזק'.

לפתוח פתח לדיונים חדשים בעקבותיו. לעת עתה נציע, כנספח למאמר, הסתכלות מחודשת – מתוך העיקר המוצג בו – על דין ייחודי נוסף המופיע בפרק חזקת הבתים, 'כל דאלים גברי'³⁶.

36 במאמר אחר בשער זה ("הצעה להבנת המושג 'מיגו כוח הטענה'") נעסוק בהרחבה בביאור המושג 'מיגו כוח הטענה' נצביע על קשר אפשרי מסוים בין מושג זה, והיגיון השימוש בו, לבין היסוד שהתבאר במאמרנו.

ז. נספח: יסוד דין 'כל דאלים גבר'

דין 'כל דאלים גבר' מופיע בסוגייה במסכת בבא בתרא (לד, ב), והוא נחשב לאחת מדרכי הכרעת הספק בבית הדין במקרה בו אין ראיות לטובת אחד הצדדים בדיון בבית הדין, וגם אין צד אחד המוחזק יותר מחברו³⁷. החקירה הרווחת בישיבות ביסודו של דין זה היא האם הוא נעשה בתורת בירור או ראיה לטובת אחד הצדדים, כפי שעולה מפשטות דברי הרא"ש בפסקיו³⁸, או שמדובר על פעולה שבה בית הדין מסתלק מהדיון וכלל לא מכריע, וממילא, 'כל דאלים גבר'³⁹. החקירה ביסוד הדין לא מיישבת את הקושי העולה על לב הנפגש עם הסוגייה, המאפשרת, ואולי אף מעודדת לכאורה, את הכרעת הדין באמצעים אלימים⁴⁰.

והנה, בתשובת הרא"ש (עז, א) מצינו:

הא דפסקינן: כל דאלים גבר, לאו דינא הוא, דמצי למימר: בית דין פסקו לי: כל דאלים גבר, וגברה ידי וזכיתי מכח בית דין, ואין לי לישבע. אלא מחמת שאין בית דין יכולין לברר של מי הוא, ואין שום אחד מהם מוחזק, אמרו חז"ל: כל דאלים גבר; וסמכו חכמים על זה, כי אותה שהממון שלו, ישים נפשו בכפו להלחם שלא יגזול אחר ממונו, והמשקר לא טרח כולי האי, וגם ירא שמא ימצא הלה עדים לאחר זמן

37 ראו דברי הראשונים בסוגייה שם ובסוגייה בריש בבא מציעא הדנים מתי מחילים את פסק כל דאלים גבר, ומתי הכרעות ספק אחרות.

38 אלו דברי הרא"ש המפורסמים בעניין זה (בבא בתרא ג, כב), מהם עולה בפשטות שמדובר על הכרעה שיש בה היגיון וסבירות: "לא מיסתבר שיתקנו חכמים שיהיו כל ימיהם במריבה ומחלוקת היום יגבר זה ומחר חבירו אלא חכמים פסקו כל דאלים בפעם הזאת גבר וסמכו על זה דכל מי שהדין עמו קרוב להביא ראיות ועוד מי שהדין עמו ימסור נפשו להעמיד שלו בידו ממה שימסור האחר לגזול ועוד יאמר מה בצע שאמסור נפשי והיום או למחר יביא ראיה ויוציאנה מידו". השוו גם לדבריו בריש מסכת בבא מציעא.

39 בשאלת יסוד דין כל דאלים גבר ניתן לתלות את מחלוקת האמוראים המובאות בסוגייה שם האם 'תפסינן' והאם 'מפסינן', ודברי הראשונים בביאור עניין זה. ראו גם דברי הרשב"א (בבא קמא קיז, א) בשם הראב"ד ומחלוקתו עמו; ראו גם תוספות בבא מציעא ו, א (ד"ה והא הכא) בעניין תפיסה שנייה, וכשיטתו פסק הש"ך (קלט, ב), ועיינו מה שכתב בזה בקובץ שיעורים לבבא בתרא (קנב).

בחקירה זו ניתן לתלות גם את מחלוקת הפוסקים בעניין כל דאלים גבר ב'שמא ושמא' ובספק של דררא דממונא, ראו בש"ך שם ובגידולי שמואל בעניין זה על הסוגייה במסכת בבא בתרא. המעיין יבחין שפסקי הש"ך המוזכרים בסעיף זה סותרים את זה (מבחינת מיקומו בצדדי החקירה ביסוד הדין), ועל כך ראו להלן הערה 43.

40 ייתכן שמשוהו מתחושת הלב הזו הוא שהוביל את השכות יעקב (ב, קסז) לומר ש"בזמנים הללו" אין דין כל דאלים גבר.

שהוא שלו, ויצטרך להחזירו. וכיון דלאו דינא הוא, מצי אידך למימר: אישתבע לי דבדין תפשת.

הרא"ש מגדיר ש'כל דאלים גבר' אינו 'דין', ואף על פי שהוא חוזר על דבריו המובאים בפסקיו שבדין זה 'סמכו חכמים' על מימד מסוים של ראייה, עיקרו אינו הכרעה של בית הדין לטובת הצד שהתברר כצודק, על פי ראיות, אלא "לאו דינא הוא". הנפקא מינה היא שלדעת הרא"ש יכול הצד המפסיד לחייב את הצד המנצח בשבועות היסת, אף על פי שבאופן פשוט, כשבית הדין מכריע לטובת אחד הצדדים על פי ראייה, לא שייך לחייב את הצד המנצח בשבועה⁴¹. אמנם נראה שדברי הרא"ש בתשובה סותרים את דבריו בפסקים. לא ניתן לפתור את הסתירה באמירה שהרא"ש חזר בו, שהרי הבעייתיות קיימת גם בתשובת הרא"ש עצמה, בה הוא כותב מחד "לאו דינא הוא", על אף שכאמור 'סמכו חכמים' על מימד הראיה הקיים בהכרעה זו.

בהבנת דברי הרא"ש עסק בהרחבה הרב יוסף פרבשטיין⁴², וכך כתב בביאור הענין:

והנראה מוכרח מזה [...] (ד) באמת אי"ז "סברא מוכרכת" ו"אומדנא טובה" שניתן להכריע דין על פיה, אשר ע"כ תפיסתו היא רק "תפיסה בחזקה" בלא שום ראייה ואומדנא לטובתו. ולכן ג"כ יוכל שכנגדו לטעון "אישתבע לי שבדין תפסת" משום דלענין "עצם הדין" אין להתקוף סמך גמור שהממון שייך לו. ומה שהוצרך הרא"ש להא אומדנא וסברא היינו כדי להתיר לבי"ד להסתלק [...].

ובהמשך שם הוסיף:

ולפי האמור נראה דהטעם דהשני אינו יכול לחזור ולתקוף [מהמתגבר הראשון – י.א.] הוא משום דמאחר דהממון כבר תפוס הוא ביד ראשון, נעשה שכנגדו "מוציא מחבריו" ועליו הראיה. ופשטות משמעות לשון הרא"ש מורה כן: דכל מי שגבר ידו בפעם הראשונה הוא שלו, עד שיביא חבריו ראייה, וכל זמן שלא יביא ראייה אף אם תגבר ידו לא שבקינן ליה לאפוקי מיניה עכ"ל [...].
וביאור הדברים הוא דדעת הרא"ש [...] דלא תקנו חז"ל שבית דין יסתלקו עצמם מן הדין לעולם [...] אלא תקנתם היתה דרק בתחילה יסלקו עצמם וכל דאלים גבר "בפעם

41 ראו לעיל הערה 29 שיש שתלו בשאלה האם יש חיוב שבועת היסת בחזקת ג' שנים בקרקעות את החקירה האם יסודה בראיה או בקביעה משפטית אחרת.

42 הובאו דבריו בספר אהל תורה לבבא בתרא, עמוד פ (החלק המצוטט בפנים הוא מאות ה שם, ומאות ט). למקור זה הפנני בטובו ידידי הרב יואב פלדמן, ובמקור הפנה לדברים הרב ישראל רוזנברג שליט"א.

הזאת" גבר. אבל אח"כ שוב אין בי"ד מסלקים עצמם מן הדין [...] ממילא הדר הדין
דהמוציא מחברו עליו הראיה".

המורם מדבריו הוא שדין כל דאלים גבר הוא הדרך של חכמים לקבוע את דין "המוציא מחברו עליו הראיה" לטובת אחד מבעלי הדין. מי שיתפוס, יהפוך להיות המוחזק, ועל השני תהיה מוטלת חובת הראיה מכאן והלאה. לדבריו, הסברה / ראייה שהרא"ש מעלה לטובת הכרעת 'כל דאלים גבר' אינה הסיבה החיובית להכרעת הדין כבעל הדין, אלא היא ה'מתיר' של בית הדין ליצור באופן מלאכותי מעמד של 'מוחזק' לטובת אחד הצדדים. אך סוף סוף, הדין לא מוכרע על פי ראייה, ומאידך, אין כאן הסתלקות מוחלטת, אלא דרך להכריע את הדין על פי כללי המוחזקות⁴³.

בתוך דבריו, הרב פרבשטיין מדייק שכשיטה זו בהבנת הדין נקט גם הרמב"ם הכותב בהלכות טוען ונטען (טו, ד):

מניחין אותה בידיהן וכל המתגבר ירד בה ויהיה האחר מוציא מידו ועליו הראיה.

המתגבר הופך למוחזק, ומעתה על השני מוטלת חובת הראיה.

לאור דברינו במאמר זה, נראה להסביר את יסוד דין כל דאלים גבר באופן עמוק יותר. במקרה בו בית הדין לא יכולים להכריע את הדין על פי כללי הצדק המשפטי הרגילים, אחת מאפשרויות הכרעת הספק העומדות לרשותם היא יצירת מעמד של 'מוחזק' באופן מלאכותי, על פי היסוד הטבעי והפרימיטיבי הבוחן מי הוא השולט בחפץ, דבר הנקבע על פי "המתגבר", היורד אל השדה ראשון. גם כאן, במרחב בו למימד המשפטי-חוקי אין מענה, אנו נזקקים למימד הממשי של השליטה היוצרת קנין. אכן, לא מדובר כאן על קנין מוחלט, וברור שאם אחד הצדדים יביא ראיה מעתה והלאה שהשדה שלו, הוא יוציא מתוכה את המתגבר. אבל שליטה זו מספיקה בכדי להגדיר את הצד השולט כ'מוחזק', שהמוציא ממנו, עליו הראיה. דין 'כל דאלים גבר' מהווה מעין 'שריד' לעולם שבו בעלות מוגדרת על פי שליטה ממשית, ואכן כדברי הרא"ש "לאו דינא הוא". לדעת הרא"ש, לבית

43 ראו לעיל הערה 39 שהפנינו לדברי הש"ך בריש סימן קלט, הנוקט שניתן לתפוס מהמתגבר בדין כל דאלים גבר, ומכאן שלשיטתו אין כאן הכרעה על פי ראייה. מאידך, בהמשך הסימן הש"ך מכריע שלא שייך דין כל דאלים גבר בדררא דמונא, כיוון שבמצב כזה שני בעלי הדין טוענים 'שמא' וסברת הרא"ש ביסוד הדין לא שייכת. לכאורה דברי הש"ך סותרים, אך לאור מהלכו של הרב פרבשטיין, ניתן ליישב את פסיקותיו. המימד הראיתי הקיים בדין כל דאלים גבר הוא מה שמאפשר לבית הדין להכריע הכרעת כל דאלים גבר, ובדררא דמונא חכמים כלל לא קבעו הכרעה זו. אולם, זכירתו של המתגבר בפועל אינה מבוססת על ראייה, אלא על מעמד משפטי, ולדעת הש"ך מועילה תפיסה במצב כזה, ראו הערה הבאה.

הדין יש מעין 'מתיר' לפנות למרחב הכרעה מסוג זה, כיוון שיש בו גם צד מסוים של ראייה, ולדברינו, יש צורך ב'מתיר' זה כיוון שהפניה להכרעה מסוג כזה אינה מנותקת כליל מהכללים המשפטיים הרגילים^{44 45}.

44 בתוך דברינו השתמשנו במונח 'מוחזק' כדי לתאר את עמדתו המשפטית של המתגבר. אמנם, יש מקום להתלבט האם כל דאלים גבר מזכה את המתגבר בעמדת 'מוחזק', וממילא הוא זוכה בקרקע בתורת ודאי, או בעמדת 'תפוס', וחזיתו היא בתורת ספק בלבד. ייתכן ששיטת הראשונים והפוסקים לפיה ניתן לתפוס מהמתגבר מבוססת על כך שיסוד דין כל דאלים גבר הוא הסתלקות מוחלטת של בית הדין (ראו לעיל הערה 39). אולם, ניתן להסביר גם שעמדה זו מסכימה עם המהלך המבואר כאן, אלא שלדעתם המתגבר נעשה 'תפוס' ולא 'מוחזק', וממילא מועילה ממנו תפיסה, כשיטת הראשונים שמועילה תפיסה מתפוס. לגבי ההבחנה בין דין 'תפוס', במסגרתו זוכה התופס בחפץ 'בתורת ספק', לדין מוחזק, במסגרתו הזכייה בחפץ היא 'בתורת ודאי', ראו מאמרו היסודי של הרב אליהו ליפשיץ, 'מחלוקות התוספות וחכמי ספרד בדיני תפיסה', אסיף ג (תשע"ו).

45 יתכן שניתן להסביר באופן נוסף על פי זה את השיטה בגמרא לפיה "אי תפסינן לא מפקינן". בית הדין רשאי להכריע את הדין על פי 'כללי הג'ונגל' של החזקה הממשית כל עוד החפץ לא הגיע לידו, אך ברגע שהחפץ בידיו הוא מחויב להכריע על פי כללי המשפט הרגילים. הסבר זה יכול לסייע להבנה כיצד הרא"ש, שלפי פשוטו למד שדין כל דאלים גבר הוא ראייה, הסביר את השיטה ש"אי תפסינן לא מפקינן", כמותה הוא גם הכריע בפסקיו (ג, כא).