

# חזקה שאין עמה טענה - בין המשפט העברי למשפט העמים

מיכאל אלגאוי

- א. מבוא
- ב. משפט השוואתי כשיטת לימוד
- ג. חזקה יוצרת מול חזקה מאשרת
- ד. חזקת קרקעות
- ה. חזקת מיטלטלין
- ו. יורש ולוקח
- ז. חזקת תשמישין
- ח. מסקנות
- ט. סיכום

## א. מבוא

תהליך הלימוד של מסכת בבא בתרא, ופרק חזקת הבתים בפרט, יכול להיות מתסכל. במסכתות אחרות, דוגמת שבת וקידושין, מטרת הלימוד ותוכן הלימוד ברורים. בכל התחומים הללו יש לתורה אמירה מסוימת. בשבת: איך צריך להיראות יום המנוחה השבועי. בקידושין: מה משמעות מערכת היחסים בין איש לאשתו, ביניהם וכלפי שאר העולם.

כאשר לומדים נושאים כאלו, גם אם לא תמיד שמים לב לכך במודע, יש עיסוק באמירה ערכית של התורה. לימוד העיון בוחן את פרטי הדינים של המסכת, רואה כיצד הם מיושמים במדויק בכל פרט, ומנסה להפיק מהם עקרונות כלליים: מהו אופי המלאכות האסורות בשבת, מהו האופי של קשר הקידושין. אלו השאלות שעולות תוך כדי עיון במסכתות כאלו.

אך במסכת בבא בתרא התמונה נראית אחרת. רוב רובו של פרק חזקת הבתים עוסק בדיני הראיות וסדרי הדין של טוען ונטען. אין דרשות פסוקים ואין הלכות למשה מסיני. מדובר לכאורה בשאלות מקצועיות בלבד, ומקורם של הדינים בסברות משפטיות יבשות.

---

\* בפתח הדברים, ארצה להודות לעורך המסור אהד מס, על עבודתו ושקדנותו, שבלעדיהם מאמר זה לא היה יוצא לאור. "טובים השניים מן האחד, אשר יש להם שכר טוב בעמלם" (קהלת ד, ט).

כמובן, ישנה סיבה לכך שמסכת זו נכנסה לש"ס. אין במשנה מסכת העוסקת ברפואת שיניים למשל, על אף שאין ספק שמדובר בתחום חשוב לתפקודה הבריאה של חברה. בכל הסוגיות המשפטיות, מתחת להררי הבירוקרטיה חבויים ערכים. תשובות לשאלות כגון: "מהן המגמות של מערכת המשפט?", "לאן היא מכוונת?", "ובאיזו דרך בדיוק היא בוחרת ליישם אותן?", יכולות לחשוף בפנינו את הערכים ואת התוכן שמאחורי מסכתנו.

למאמר זה מטרה כפולה. ראשית, נציע דרך לימוד שלא כל כך נפוצה בישיבות, אשר ייתכן שיכולה לפתוח כיווני מחשבה חדשים בלימוד העיון בסוגיות משפטיות. שנית, ניישם את הדרך הזו בנושא מרכזי בפרק חזקת הבתים – החזקה.

## ב. משפט השוואתי כשיטת לימוד

מה מייחד את הנושא המשפטי מנושאים אחרים? למה דווקא בפרק חזקת הבתים נראה קשה הרבה יותר לראות איפה 'התורה'?

אחד ההבדלים המשמעותיים בין עיסוק בנושא המשפט לבין עיסוק בנושאים של מסכתות אחרות, כמו שבת או קידושין, הוא רמת ההיכרות של ציבור הלומדים עם התחום. כל אחד יודע איך נראה יום המנוחה השבועי בעולם: משפחה, נסיעות, בילויים וכו'. כשנפגשים עם ההלכה, עם ההגבלות הרבות והאיסורים המדויקים, קל לראות איפה החידוש של התורה בתחום זה. כך לדוגמה בנושא האישות, לכל אחד מאיתנו יש הבנה בסיסית של מערכת האישות הנהוגה בעולם, וניתן להבחין בקלות בחידושה של התורה בתחום. חידוש זה של התורה בנושא האישות עולה כבר מדבריו של הרמב"ם (אישות א, א): "קודם מתן תורה היה אדם פוגע אשה בשוק, אם רצה הוא והיא לישא אותה, מכניסה לביתו, ובועלה בינו לבין עצמו, ותהיה לו לאשה. כיון שניתנה תורה, נצטוו ישראל שאם ירצה האיש לישא אשה, יקנה אותה תחילה בפני עדים, ואחר כך תהיה לו לאשה, שנאמר "כי יקח איש אשה ובא אליה"."

אומנם, בתחום המשפט הדברים נראים אחרת. המשפט בכלל, והמשפט האזרחי בפרט, הוא תחום מאוד טכני ואינו נגיש לכלל. לרוב המוחלט של הלומדים אין היכרות עם הנושא. וממילא, כשאנחנו ניגשים ללמוד את פרק חזקת הבתים, אין לנו מושג מה אנחנו מצפים לפגוש. אם מעולם לא התעסקנו עם חוק המקרקעין, לא נוכל להבין את החידוש שבחזקת שלוש שנים. אם מעולם לא קראנו את תקנות סדר הדין האזרחי, לא נדע לזהות את העקרונות שמאחורי הלכות טוען ונטען. כשאין רקע ואין ציפייה מוקדמת לשאלה מה אנו עתידים למצוא, יהיה קשה מאוד למצוא משמעות במה שנמצא.

מוקד הלימוד צריך להיות בנושאים שבהם רואים הבדלים מהותיים בין המשפט העברי למשפטי העמים. נושאים שבהם מוצאים הבדלים דלים בין מערכות משפט שונות – הם בבחינת רפואת שיניים – נושאים חשובים ונחוצים לחברה, אך מקצועיים וטכניים ברובם.

הסיבה היחידה שהם נמצאים בש"ס היא כי לא ניתן לנהל מערכת משפט בלעדיהם. הבעיה היא בכך שללומד הממוצע אין היכרות עם המערכת המשפטית, ואינו יודע להבדיל בין העניינים הטכניים לעניינים המהותיים.

לאחר הכרת מערכות משפט אחרות, נקבל רושם ראשוני ביחס לתחום המשפטי בכללו. כך נוכל לראות יותר בביורור את הייחוד והחידוש שבמערכת המשפט של התורה, ולהבין אילו מהדינים הם דינים טכניים, ומאחורי אילו דינים מסתתרים ערכים ועקרונות יסוד, שאותם חכמים (או התורה) מלמדים את הדיינים, ומנחים אותם ללכת לאורם.

לדוגמה, ביחס לחזקת קרקעות: האם יש חידוש בעצם קיומה של החזקה, או שמדובר בדין טריוויאלי במערכות משפט, והחידוש הוא בכך שצריך לטעון טענה עם החזקה, או אולי בפרק הזמן של החזקה – שלוש שנים?

כדי שאכן נוכל להתמקד במהות ולהבין את הערכים שמאחורי הדינים, רצוי לנצל את המחקר הקיים בתחום. במאתיים השנים האחרונות התפתח מאוד תחום המחקר הנקרא 'משפט השוואתי'. החוקרים בתחום זה עוסקים בלימוד רוחבי של שיטות משפט שונות, מתקופות שונות או ממקומות שונים בעולם, ומשווים ביניהם. ההשוואה כמובן לא פסחה על המשפט העברי. דוגמה בולטת למחקר כזה היא ספרו של שבתי בן-דב<sup>1</sup>, 'תורת דיני הקניין'<sup>2</sup>.

ספרו של שבתי בן-דב וספרים דומים נוספים<sup>3</sup> יכולים לפתוח שער ללימוד עיון ממוקד ומעמיק יותר, הנוגע בלב החידושים של המשפט העברי. ספרים אלו כתובים בשפה משפטית שאינה נגישה, ולכן חלק ממטרת המאמר הוא לפתוח צוהר לעולם הזה בשפה ישיבתית. במהלך המאמר נזכיר מושגים ממשפטי העמים ונקביל אותם למושגים ידועים במשפט העברי. ככל שיגבר השימוש בכלי הזה בבתי המדרש, ייחשפו רעיונות חדשים,

---

1. שבתי בן-דב היה לוחם בלח"י, שאחרי קום המדינה למד משפטים וחושן משפט ועבד כמשפטן במחלקת החקיקה במשרד המשפטים. במהלך עבודתו במשרד, בן-דב כתב הצעות חוק רבות המבוססות על המשפט העברי, ביניהן חוק מקרקעין, חוק שומרים וחוק משכון. הצעותיו לא התקבלו. בן-דב אסף את עבודתו לספר בשם 'תורת דיני הקניין', שבו הוא עובר באופן שיטתי על הנושאים המשפטיים הנוגעים לקניין ועורך השוואה בין המשפט העברי לבין כשבע שיטות משפט אחרות. לעיון נוסף בסיפור חייו המרתק של שבתי בן-דב ועבודתו במשרד המשפטים, מומלץ לקרוא את מאמרו של פרופ' עמיחי רדזינר: "חוק מקרקעין עברי על עור ניסיון (מרישים אך כושל) להחדרת המשפט העברי לחקיקה הישראלית", שנתון המשפט העברי כח (תשע"ד-תשע"ה), עמודים 239-313.

2. הספר פורסם במהדורה מקוונת באתר דעת.  
3. הספר מחולק לארבעה כרכים, הכרך הרלוונטי לענייננו הוא הכרך השני 'החזקה ודיניה'.  
דוגמאות נוספות הן הסדרה של אשר גולאק – 'יסודי המשפט העברי', והסדרה של הרב הרצוג – 'המוסדות העיקריים של המשפט העברי'.

וייכתבו מאמרים נוספים המנגישים את הרעיונות הללו בשפה ישיבתית לדור הבא של הלומדים.<sup>4</sup>

### ב.1. עקרונות יסוד במשפט השוואתי

בכל דיון במערכת משפטית, ניתן להפריד בין שני מישורים. הראשון הוא המנגנון המשפטי: פרטי הדינים והכללים המשפטיים השונים וגדריהם. מישור זה הוא יישום של המישור השני, היסודי יותר: מישור המוטיבציה. המוטיבציה היא המניע המוסרי, החברתי או המשפטי שמכוחו נוצר המנגנון המשפטי.

ברוב מוחלט של המקרים, הגמרא והראשונים עוסקים במפורש רק במישור המשפטי, אך ניתן למצוא התייחסויות גם לשני. הגמרא בגיטין (יג, ב) מביאה מימרה של רב הונא בשם רב: "מנה לי בידך תנהו לו לפלוני, במעמד שלשתן – קנה". מלווה שרוצה להעביר חוב למלווה אחר יכול לעשות זאת באמירה בלבד במעמד שלשת הגורמים המעורבים: המלווה הישן, המלווה החדש והלווה.

הגמרא מתקשה להסביר את הטעם לדין של רב. בדרך כלל על מנת שיחול קניין דרוש מעשה קניין (המתאפיין בפעולה פיזית מוגדרת), ולא מספיקה אמירה בעלמא. הדין של רב לא מתאים לאף תבנית מוכרת של מעשה קניין. לבסוף מובאת המסקנה של מר זוטרא:

אלא אמר מר זוטרא, הני תלת מילי שוינהו רבנן כהלכתא בלא טעמא: חדא, הא; ואידך, דאמר רב יהודה אמר שמואל: הכותב כל נכסיו לאשתו – לא עשאה אלא אפיתרופיא; ואידך, דאמר רב חנניא: המשיא אשה לבנו גדול בבית – קנאו.  
(גיטין יד, א)

דברי מר זוטרא זוקקים ביאור. תקנת 'מעמד שלשתן' היא דרך נוחה ומועילה להעברת חובות, וקשה לומר שהיא חסרת טעם. ואם היא אכן חסרת טעם, למה חז"ל תיקנו אותה בכלל? התוספות במקום הרגישו בקושי זה:

כהלכתא בלא טעם – פי' מה שמועיל לקנות, אבל טעם יש למה תקנו חכמים מעמד שלשתן תקנו שלא יצטרך לטרוח ולעשות קניינים [...]  
(תוספות גיטין יד, א ד"ה כהלכתא)

4. היו מן הפוסקים שהתנגדו לכאורה להשוואה כזו. למשל הרב אליעזר ולדנברג (שו"ת אליעזר יט, מו): "על אודות כאלה שזה דרכם לחתור למצוא אסמכתות והשוואות לחוקותיה או למשפטיה של תוה"ק [תורתנו הקדושה – מ"א] ממשפטי העמים וחוקותיהם המיוסדים על מה שבדו חכמיהם ומאשמורות הטבע, וחושבים זאת למעלה, ולפעמים גם למצוה. לדעתי לא כן הדבר ואין כאן לא מצוה ולא מעלה כי אם ירידה ביודעים ובלא יודעים". אפשר להציע שגם ההתנגדות העולה שם היא רק להשוואה שמטרתה להביא סמך למשפטי התורה מתוך משפטי העמים. מטרתנו במאמר זה אינה לחקור את אופן ההתפתחות של המשפט העברי, אלא להבין את הרקע של העולם המשפטי הרחב שמולו עומד המשפט העברי.

התוספות מתרצים שיש לחלק בין מישור המנגנון למישור המוטיבציה. תקנות חכמים מתאפיינות בבנייה על בסיס יסוד קיים מדאורייתא, או יצירת כלל שמשלב עם יסודות קיימים. תקנת מעמד שלשתן היא יוצאת דופן, כיוון שהיא לא דומה לאף מעשה קניין קיים, והיא מנותקת מהמנגנונים המשפטיים הידועים. במישור המנגנון היא 'הלכתא בלא טעמא'. אך במישור המוטיבציה, ודאי שיש מניע לתקנה. חכמים אינם מתקנים תקנות ללא סיבה. המטרה היא למנוע את הטורח שכרוך בהעברת הלוואה בין המלווים באמצעי הקניין הרגילים. ההפרדה בין השאלות חשובה מאוד במהלך ההשוואה בין מערכות משפט שונות. עבור כל הבדל שנבחן צריך לשאול – באיזה מישור הוא נמצא? לפעמים נמצא שהמוטיבציה של שתי מערכות משפט זהה, אך הן בוחרות בשתי דרכים שונות – בשני מנגנונים משפטיים שונים – על מנת לממש את המוטיבציה הזו. ולפעמים להפך, המנגנון יהיה דומה, אך המוטיבציה ליצור אותו שונה.

כמו כן, יש לשים לב במהלך הלימוד ההשוואתי ליחס בין המרכיבים השונים בתוך כל מערכת משפט. למשל, חוקים הנוגעים לדרך העברת בעלות קשורים לתפיסת הבעלות והגדרתה במערכת המשפט. לכן, גם אם נמצא בהשוואה שדרך העברת הבעלות זהה בשתי מערכות משפט, ייתכן שישנו הבדל ביחס לתפיסת הבעלות וכן ביחס לדרך העברת הבעלות, ששילובם יחד מוביל לתוצאה סופית דומה.

לכן, אין זה נכון להשוות בין חוקים במנותק מההקשר שלהם. דבר זה מוביל לבעיה במשפט ההשוואתי, כיוון שקשה עד בלתי אפשרי למשפטן אחד לשלוט באופן מספק בכמה מערכות משפט שונות.

החוקרים הציעו שיטות השוואה שונות המנסות להתמודד עם הבעיה הזו.<sup>5</sup> אחד הפתרונות הוא שיטת ההשוואה הפונקציונאלית. במקום לנסות לנתח את המנגנונים המשפטיים עצמם וההבדלים ביניהם, השוואה פונקציונאלית בודקת את קצוות המערכת: מה תהיה הפסיקה עבור מקרה נתון. הרעיון מאחורי זה הוא שגם אם שתי מערכות משפט מתבססות על מערכות כללים שונות (מה שמקשה להשוות ביניהן ישירות), אפשר להשוות בין התוצאות שלהן בפועל.

נעיר כי ההשוואה הפונקציונאלית אינה יכולה לעמוד בפני עצמה. יש משמעות גם לעצם מסגרת החשיבה ודרך ניסוח הכללים של מערכת המשפט – גם אם היא מובילה ברוב המקרים לתוצאות זהות למערכת משפט אחרת. אך במהלך ההשוואה כדאי לשים לב שאין

---

5. לסיכום של מתודות המחקר השונות במשפט השוואתי, ראה במאמר "מתודולוגיה של מחקר משפטי השוואתי" ("Methodology of Comparative Legal Research"), מארק ון-הק (באנגלית). אין המטרה במאמר לערוך מחקר השוואתי מדעי אמיתי, אך בכל זאת יש לנו מה ללמוד משיטות המחקר, ועיין בהערה הקודמת.

אנחנו מסתכלים רק על הבדלים תיאורטיים, אלא גם בוחנים האם ההבדלים הללו באמת מובילים להבדל בפסיקה בפועל במקרים קונקרטיים.

### ג. חזקה יוצרת מול חזקה מאשרת

לאחר שהצגנו את מתודת הלימוד ההשוואתי, נעבור ליישם אותה על הנושא המרכזי בפרק: חזקות. נתחיל בדיון במישור המוטיבציה – למה מערכת משפט צריכה דין חזקה? המשפטים בעולם מונים שתי מטרות, שלפחות במידה מסוימת משותפות לכל מערכת משפט, שאותן מוסד החזקה מנסה להשיג. לאחר מכן נבחן שני סוגי חזקות, הבאים לידי ביטוי במערכות משפט שונות.

המטרה הראשונה היא למנוע חובת הוכחה בלתי סבירה. פעמים שנטל ההוכחה מוטל על אדם, אך אין לו אף אפשרות סבירה להוכיח את טענתו. למשל: ראובן מחזיק בחפץ שידוע שהיה שייך בעבר לשמעון. ראובן טוען שקנה אותו משמעון, ושמעון טוען שראובן גזל אותו ממנו. מצד האמת, נראה שעל ראובן להוכיח כיצד החפץ הגיע מבעלותו של שמעון אליו. שמעון הוא הבעלים הוודאי האחרון הידוע של החפץ, ואין לנו שום סיבה להניח שבעלותו השתנתה. הבעיה היא שמיטלטלין נמכרים בתדירות גבוהה וברוך כלל ללא ראיות, ולכן אין לראובן אפשרות סבירה להוכיח את טענתו.

מבחינה פרקטית, לא ניתן להטיל על כל מחזיק במיטלטלין את החובה להוכיח את בעלותו עליהם. במשפט הרומי בעיה זו נקראת 'חובת ההוכחה השטנית'<sup>6</sup>.

ניתן למצוא ביטויים דומים גם במשפט העברי. למשל, הקובץ שיעורים מביא בעיה זו כהצדקה לחזקת מיטלטלין:

ואפשר דמוכח שכן הדין, דאל"כ לא שבקת חיי לכל בריה, שכל אחד יחטוף מחברו ויאמר שלי הוא, ומלאה כל הארץ חמס, וכתוב דרכיה דרכי נעם וכל נתיבותיה שלום.<sup>7</sup>

(קובץ שיעורים א, בבא בתרא קנג)

הביטוי 'לא שבקת חיי לכל בריה' מבטא רעיון מאוד דומה ל'חובת ההוכחה השטנית'. הדרישה מכל אדם לשמור ראיות על קניין מיטלטלין היא פשוט לא מעשית, ולכן תיקנו

6. בלעז 'Probatio Diabolica'. הדימוי הוא לחובה להוכיח שהשטן אינו קיים. ניתן לדמיין הוכחה חיובית, שתוכיח שהשטן כן קיים. אך אין אף הוכחה בעולם שתוכל להוכיח את הטענה השלילית – שהשטן אינו קיים. על כן, לא סביר להטיל על אדם את החובה להוכיח שהשטן אינו קיים.

7. לעיון נוסף בביאור דברי הקובץ שיעורים עיין במאמרו של יוסי גמליאל, "חזקה וטענה", מעליות כז-כח (עמוד 64).

חכמים חזקת מיטלטלין – כדי להגן על מחזיק המיטלטלין מהצורך להוכיח בראיות את בעלותו על המיטלטלין.

בדרך כלל כשיש בעיה של חובת הוכחה שטנית, אחד הפתרונות האפשריים הוא להפוך את חובת ההוכחה. במקום שהחובה תהיה על הנתבע להוכיח שהמיטלטלין שלו, נדרוש מהמרא קמא להוכיח שהוא לא מכר אותם למחזיק. אך שוב ניתקל בבעיה זזה – גם למרא קמא יהיה קשה מאוד להוכיח בוודאות שהוא לא מכר את המיטלטלין. ברור שכדי לפתור את הבעיה אין מנוס ממתן עדיפות לאחד הצדדים – המחזיק או המרא קמא. אך, כאן נותר למערכת המשפט להתלבט על איזה צד עדיף להטיל את חובת ההוכחה, העשויה להיות שטנית.

כאן נכנסת לתמונה המטרה השנייה: יציבות וביטחון משפטיים. המצב הטבעי והשכיח בעולם הוא שישנה התאמה בין בעלות על נכס, לבין מימוש בפועל של זכויות הבעלות. בעלים על מיטלטלין בדרך כלל יחזיק פיזית במיטלטלין שלו. בעלי קרקע בדרך כלל מתגורר בקרקע שלו ואוכל ממנה פירות. מצב של חוסר התאמה בין הבעלות לבין השימוש בו הוא חריג, ומצופה שבמקרה כזה הבעלים יתבע להחזיר את המצב לטבעיותו. כלומר ישנה ציפייה בחברה ליציבות – מה שהיה הוא שיהיה. קשה להתנהל כאשר בכל רגע עלול להתעורר ערעור על המצב הקיים. למשל, אדם שמסתמך על שדה לפרנסתו, צריך לדעת שיוכל להמשיך להשתמש בה כדי לתכנן את מצבו הפיננסי. אדם שקונה נכס רוצה להיות בטוח בקניין שלו, מבלי שיצטרך לבדוק מאיפה המוכר קנה את הקרקע. ישנה חשיבות שהמערכת המשפטית שלנו תתאם ותתאר את המציאות. ניסוח מודרני של המטרה הזו ניתן בידי השופט משה זילברג:

בעולם המסחר המסחר של זמננו, חייב אדם כל שעה ושעה לדעת מה הוא האקטיב ומה הוא הפסיב שלו, ומה הם הכספים העומדים לרשותו לשם השקעה בעסקים חדשים. מן הדין הוא, איפוא, כי הוא לא יגרור אחריו, זמן ממושך מדי, את "סבל העבר" שלו, וכי לא יצטרך לשמור תמיד על זרובה מתה, לפרעון חובותיו הישנים. זכאי הוא לדרוש גם מאת חברו יריבו, שלא תמהמה יתר על המידה במימוש תביעותיו.

(פסק דין בית המשפט העליון ע"א 158/54<sup>8</sup>)

המטרה השנייה מסבירה מדוע בבואנו לפתור את בעיית חובת ההוכחה, כדאי לתת עדיפות דווקא למחזיק. מבחינת הסדר החברתי, כדאי לתת עדיפות למצב הקיים. מנגנון משפטי כזה, הנותן הגנה משפטית למצב הקיים, נקרא 'חזקה' (ובלועזית 'פוססיה'<sup>9</sup>). העובדה

8. תודה להושיעה שוורץ על ההפניה למקור זה.

9. מקורו של המושג 'פוססיה' במשפט הרומי. באופן מבלבל, המושג משמש הן לתיאור המציאות הפיזית של החזקה בחפץ, והן לזכויות או הגנות משפטיות הנובעות מהמציאות הפיזית הזו. בהקשר שלנו מדובר

שאדם מחזיק פיזית בנכס מסוים, או משתמש בו למשך זמן ממושך – מולידה תוצאות משפטיות כלשהן לטובתו. על אף שבקווים כלליים מוסד החזקה דומה בכל מערכות המשפט בעולם, ניתן להצביע על שתי גישות שונות במימוש דין החזקה, שיש ביניהן הבדל משמעותי.

הגישה הראשונה נקראת 'חזקה יוצרת' (בלעז 'Adverse Possession'). בגישה זו החזקה מחליפה את מוסד הבעלות. החזקה נותנת למחזיק זכות משפטית חדשה, שמאפשרת לו להמשיך להחזיק בחפץ<sup>10</sup>. זכות זו ניתנת לו מעצם היותו מחזיק, ללא קשר לשאלה האם הוא באמת הבעלים. ממילא נפתרה בעיית ההוכחה: אין צורך שיוכיח שהוא בעלים, מספיק שיוכיח שהוא מחזיק – והחזקתו מעניקה לו זכות להמשיך ולהחזיק<sup>11</sup>.

תוצאה הכרחית של גישה זו היא שהחזקה תיתן הגנה לא רק למי שהוא בעלים ולא מצליח להוכיח זאת, אלא גם למי שהוא כלל לא הבעלים. גם אדם שלא הייתה לו כל זכות להתחיל להחזיק בנכס, יזכה להמשיך להחזיק בו מכוח הזכויות שהחזקה נתנה לו. תוצאה זו איננה טעות, היא נובעת מהמטרה השניה שהצגנו – יציבות משפטית. ישנה מוטיבציה להגן על המצב הקיים, גם ללא קשר לבעלות האמיתית.

הגישה השנייה נקראת 'חזקה מאשרת'. בגישה זו החזקה לא יוצרת שום זכויות משפטיות חדשות, אלא רק מקלה על יכולתו של המחזיק לטעון שהוא הבעלים. ההחזקה עצמה צריכה להתבסס על זכות קודמת, קיימת, שהגיעה למחזיק ממקום אחר. החזקה משובצת בתוך מערכת הראיות, ומאפשרת למחזיק להוכיח את קיומה של הזכות הקודמת יותר בקלות.

ההבדל המשמעותי בין הגישות הוא המגמה של דין החזקה. המגמה של חזקה יוצרת היא להגן על מחזיקים. גישה זו מדגישה יותר את המטרה השנייה של יציבות משפטית ורואה ערך עצמאי בהגנה על מחזיק. המגמה של חזקה מאשרת היא להגן על בעלים. גישה זו מדגישה יותר את המטרה הראשונה של הקלה בחובת ההוכחה. הבעלות היא המקור

במשמעות השנייה. לדין נרחב במושגי ה'פוססיה' במשפט הרומי ובמדינות אירופה המודרניות ראה שבת' בן-דב, "תורת דיני הקניין", כרך ב', עמוד 4 ואילך.

10. חזקה יוצרת נותנת זכויות תביעה חדשות למחזיק מעצם היותו מחזיק. תביעות רגילות מכוח בעלות נקראות 'תביעות פטיטריות' – 'אני הבעלים ולכן צריך אני לזכות בדבר'. בחזקה יוצרת המחזיק זכאי לתבוע 'תביעות פוססוריות' – 'אני מחזיק ולכן צריך אני לזכות בדבר'. עילת התביעה היא עצם ההחזקה, ולא הבעלות. להרחבה, עיין "תורת דיני הקניין", עמוד 17 (ראה הערה 9).

11. ישנה גישה דומה לחזקה יוצרת הנקראת 'חזקה שוללת' או 'חזקה מפקעת'. בחזקה כזו, חוסר השימוש הממושך של הבעלים בנכס שלהם מפקיעה את זכות הבעלות שלהם, או לפחות את הזכות לתבוע מכוח הבעלות שלהם. רעיון זה דומה מאוד לחוקי התיישנות. לפעמים חזקה יוצרת ושוללת מגיעות ביחד – הזכות של הבעלים הראשון פוקעת ונוצרת זכות חדשה למחזיק (עיין הרב זרח ורהפטיג, "החזקה במשפט העברי", עמוד 18; "תורת דיני הקניין", עמוד 22, ראה הערה 9).



היחידי לזכויות. מתוך הנחה שהבעלים הם בדרך כלל המחזיקים, אנחנו נותנים עדיפות משפטית למחזיק. אין ערך עצמאי להגנה על מחזיק, ההגנה הזו היא רק אמצעי על מנת להשיג את המטרה של הגנה על הבעלים.

## ד. חזקת קרקעות

ראינו את הגישות האפשריות לאופי דין החזקה. עתה ניגש להשוואה בין הגישה שבה בחרו מערכות המשפט בעולם לבין הגישה שאותה תיקנו חז"ל במשפט העברי. נתחיל במקום שבו ההבדל בולט ביותר: חזקת קרקעות.

נתחיל ממשפט העמים. ניתן לומר שמערכת המשפט האזרחית הראשונה המקיפה והמסודרת שהתפתחה בעולם היא החוק הרומי, שתולדותיה משתרעים בערך מהמאה החמישית לפני הספירה, עד המאה החמישית לספירה. רוב מערכות המשפט המערביות המודרניות הושפעו במידה מסוימת מהמשפט הרומי – במידה רבה במדינות יבשת אירופה, ובמידה פחותה יותר באנגליה ובארצות הברית.

לענייננו אין צורך להכנס לכל הדקויות וההיסטוריה של המשפט הרומי. נשתמש בניסוח מודרני של חזקת קרקעות מהחוק השוויצרי, המשמש דוגמה מייצגת לרעיונות העולים מהחוק הרומי וחוקים מודרניים אחרים:

661) אדם שנרשם בטעות במרשם המקרקעין כבעלים של נדל"ן, לא יתאפשר ערעור על בעלותו אם החזיק בתום לב, ברציפות, וללא ערעור במשך 10 שנים. 662.1) אדם שהחזיק כדרך בעלים בנדל"ן שאיננו רשום במרשם המקרקעין ברציפות וללא ערעור במשך 30 שנה, זכותו שירשם כבעלים במרשם המקרקעין.

(הקוד האזרחי השוויצרי, סעיפים 661-662<sup>12</sup>)

בסעיף 661 מדובר על אדם שנרשם בטעות במרשם המקרקעין, כלומר אין לו זכות או בעלות ממשית המאפשרת לו להחזיק בקרקע. ובכל זאת, כעבור תקופת החזקה ממושכת – מתבטלת האפשרות לאדם אחר לטעון לבעלות. הגישה העולה מהחקיקה בסעיף זה היא **חזקה יוצרת**<sup>13</sup>. גישה זו ניכרת עוד יותר בסעיף הבא: עצם העובדה שאדם החזיק בנדל"ן במשך שלושים שנה, נותנת לו זכות להירשם כבעלים במרשם המקרקעין. החוק אינו

12 בתרגום חופשי לעברית, על בסיס התרגום הרשמי של החוק השוויצרי לאנגלית: [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233\\_245\\_233/en#art\\_661](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/en#art_661)

13 את החוק שבסעיף זה מדויק יותר לתאר כחזקה שוללת, כיוון שהוא רק שולל את זכותו של הבעלים לערער ולא את הבעלות עצמה. עיין לעיל הערה 11.

מגדיר אף דרישה לביסוס קודם של הזכות הזו, זאת זכות חדשה שנוצרה מהחזקת המחזיק. החוק מגן על כל מי שמחזיק, ולא דווקא על בעלים.

המשנה בחזקת הבתים מתארת את אחד התנאים הבסיסיים בחזקת קרקעות: טענה. זועק ממנה הניגוד בין גישת החוק האירופאי לבין גישתו של המשפט העברי:

**כל חזקה שאין עמה טענה – אינה חזקה.** כיצד? אמר לו: מה אתה עושה בתוך שלי? והוא אמר לו: שלא אמר לי אדם דבר מעולם – אינה חזקה; שמכרת לי, שנתת לי במתנה, אביך מכרה לי, אביך נתנה לי במתנה – הרי זו חזקה. והבא משום ירושה – אינו צריך טענה.

(בבא בתרא מא, א)

תנאי בסיסי בחזקת קרקעות הוא שהמחזיק טוען טענה. החזקה לבדה אינה מקנה לו שום זכות, ולכן הטוען "שלא אמר לי אדם דבר מעולם – אינה חזקה". על מנת שהחזקה תוכר, המחזיק חייב לטעון לזכות קיימת על הקרקע: "שמכרת לי, שנתת לי במתנה [...]". חזקת הקרקעות העברית היא **חזקה מאשרת**. אין לנו אינטרס להגן על כל מי שמחזיק, אלא רק על בעלים. ממילא, תנאי הכרחי לחזקה במשפט העברי הוא לטעון לבעלות. מי שלא טוען שהוא בעלים, לא שייך לתת לו הגנה כזו. החזקה במשפט העברי רק מחליפה את חובת ההוכחה במקרים שבהם היא עשוייה להיות קשה מדי.

ניתן לראות במקומות רבים לאורך הפרק, שהגמרא והראשונים מניחים כמובן מאליו שחזקה יכולה להועיל רק במקום שקיימת זכות קודמת, ולא מעלים על דעתם כלל אפשרות שהחזקה עצמה תיצור את הזכות. למשל, על המשנה שציטטנו לעיל שואלת הגמרא:

פשיטא! מהו דתימא: האי גברא מיזבן זבנה ליה האי ארעא, ושטרא הוה ליה ואירכס, והאי דקאמר הכי, סבר: אי אמינא מיזבן זבנה לי האי ארעא, אמרי לי אחוי שטרך, הלכך לימא ליה אנן: דלמא שטרא הוה לך ואירכס, כגון זה פתח פיך לאלם הוא, קמ"ל.

(שם)

לגמרא פשוט<sup>14</sup> שהחזקה עצמה לא תיצור את הזכות, ולכן ברור שבמקום שאין המחזיק טוען לבעלות, אין שום סיבה לזכות אותו. הגמרא מסבירה שההווה אמינא היא שאף על פי שאין המחזיק טוען בעצמו שהוא הבעלים, אנחנו נציע טענה זו עבורו, מדין 'פתח פיך לאלם'. כלומר, אפילו בהווה אמינא ההצדקה לזכייה היא רק הזכות הקודמת, אלא שאיננו

14. שמעתי מפי פרופ' יובל סיני, שבמקומות רבים שהגמרא מקשה "פשיטא" או מנמקת דין כ"סברא", היה מקום גם לסבור אחרת, ויש מערכות משפט שהניחו הנחות אחרות. לדוגמה נוספת ראה פרופ' יובל סיני, "הדוקטרינה של הודאה והדחה וכללי נטל השכנוע במשפט האזרחי", מחקרי משפט כד.

דורשים מהמחזיק לטעון לזכות זו בעצמו. אף אחד אינו מעלה על הדעת את האפשרות שהחזקה עצמה תיצור למחזיק זכות חדשה מבלי שיטען.

דוגמה נוספת היא הסוגיה בתחילת הפרק, ביחס לשיטת הולכי אושא. הולכי אושא לומדים את חזקת הקרקעות משור המועד. הגמרא מקשה על שיטתם:

אלא מעתה, חזקה שאין עמה טענה תיהוי חזקה, אלמה תנן: כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה! טעמא מאי? דאמרינן: דלמא כדקאמר, השתא איהו לא טעין, אנן ליטעון ליה?

(בבא בתרא כח, ב)

הגמרא מעלה הוזה אמינא שלפי שיטת הולכי אושא, חזקה שאין עימה טענה תועיל. חלק מהראשונים מתקשים בהבנת ההווה אמינא של הגמרא. בניסוחו של התוספות (ד"ה אלא מעתה): "מאי ס"ד דמקשה, דהיכי מצי לאוקמי בידיה כיון דלא טעין מידי"<sup>15</sup>. גם קושיה זו של הראשונים מתעלמת לחלוטין מהאפשרות של חזקה יוצרת.

תשובת הגמרא מנסחת באופן מפורש את העיקרון שבבסיס חזקה מאשרת: "טעמא מאי? דאמרינן דלמא כדקאמר". ההצדקה היחידה לזכות את המחזיק היא "דלמא כדקאמר" – שמא הוא צודק בטענתו, ויש לו זכות קודמת על הקרקע. אך אם אינו טוען לבעלות קודמת, אין החזקה עצמה יכולה ליצור זכות. כדברי רש"י במקום (ד"ה ומשני): "מהיכן קנאה בשביל אכילת שלש שנים?".

## ה. חזקת מיטלטלין

ראינו שבחזקת קרקעות יש הבדל משמעותי בין המשפט העברי, שבו חזקת קרקעות היא מאשרת, לבין משפטי העמים שבהם חזקת קרקעות היא יוצרת. עתה נבחן אם הבדל זה קיים רק בחזקת קרקעות, או גם בחזקת מיטלטלין.

מהגמרא בשבועות (מו, א) עולה שבמיטלטלין יש עדיפות משפטית למחזיק הנוכחי על פני מרא קמא. המחזיק נאמן (למעט במקרים חריגים) לטעון שקנה את החפץ שהוא מחזיק מהמרא קמא, ללא הוכחה. עדיפות משפטית זו נקראת 'חזקת מיטלטלין'. בשונה

---

15. אומנם, יש לציין שהתוספות מציעים כתיורן לקושייתם אפשרות המזכירה חזקה יוצרת: "ובלא טענה נמי תהא שלו דאית לן למימר שמחל לו". הנחה זו שהבעלים הראשונים מחל היא אחת ההצדקות הנוספות שמשפטנים מזכירים לחזקה יוצרת – אנו מניחים שהבעלים הראשונים מחל לו, ולכן מעניקים לו זכות חדשה, על אף שאין לה בסיס ידוע. ייתכן שהנחה זו היא מקור לרעיון של חזקה יוצרת במשפט העברי, אך כיוון שהיא רק הסבר אחד להווה אמינא, קשה לייחס לה משמעות רבה. בהמשך נדון בדוגמאות מובהקות יותר לחזקה יוצרת.

מקרקעות, חזקת מיטלטלין חלה לאתגר עם תחילת החזקתו של המחזיק, ולא לאחר שלוש שנים.

חזקת מיטלטלין היא נושא רחב, ולענייננו נתמקד רק בשאלת הטענה: האם העדיפות המשפטית של חזקת מיטלטלין קיימת רק כאשר המחזיק טוען שקנה, או שהיא קיימת גם כאשר המחזיק אינו טוען כלל.

בשאלה זו נחלקו רבנו יונה וקצות החושן. קצות החושן (קלג, א) משווה בין דין חזקה שאין עימה טענה בקרקעות, לבין חזקה שאין עימה טענה במיטלטלין. כפי שבקרקעות ההגנה המשפטית על המחזיק אינה חלה אלא אם כן הוא טוען טענה, כך גם במיטלטלין. מחזיק במיטלטלין שאינו טוען כיצד הגיעו המיטלטלין לידו מידי המרא קמא, מפסיד. נפקא מינה בדבר שמביא קצות החושן היא הדין של קטן. קצות החושן הבין שלקטן אין יכולת משפטית לטעון טענה<sup>16</sup>, ולפיכך הוא גם אף פעם אינו יכול לזכות בהגנה המשפטית של חזקת מיטלטלין: "אם היה ביד קטן מוציאין ממנו כל שיש עדים שהיה שלו". מרא קמא תמיד זוכה במיטלטלין בכל תביעה מול קטן.

לשיטת קצות החושן, חזקת מיטלטלין גם היא חזקה מאשרת, כמו חזקת קרקעות. ההגנה המשפטית אינה חלה על כל מחזיק במיטלטלין, אלא רק על כזה שטוען שהוא בעלים. המגמה היא הגנה על בעלים ולא הגנה על מחזיקים.

לעומת זאת, מדברי רבנו יונה עולה שחזקת מיטלטלין מועילה גם ללא טענה. בסוגיית הולכי אושא שהזכרנו לעיל, רבנו יונה דן בהווה אמינא של קושיית הגמרא – "אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תהוי חזקה":

דכיון דנפקא לי' מרשות מוכר, אף על פי שלא רצה הלוקח להשיבו דבר, למה מורידין את המערער לתוכה, תהוי כמי שתובע את חבריו כלים, שאין עשוין להשאל ולהשכיר, שאם לא רצה הנתבע להשיבו דבר אין יורדין לנכסיו, אלא הכלים בחזקתו, ומשמתין לו עד דקאי בדינא בהדיה, וכדין התובע את חבריו.  
(רבנו יונה בבא בתרא כח, ב)

רבנו יונה מציע שההווה אמינא של הגמרא הייתה שלמחזיק היושב בקרקע שלוש שנים אין חובה משפטית להשיב בטענה לתובע. הוא משווה את ההווה אמינא הזו לדין

16. קצות החושן מסיק זאת מדברי הרמב"ם (טוען ונטען יג, ב). הרמב"ם פוסק שקטן אינו יכול להחזיק בקרקע, "מפני שאין להן טענה כדי שתעמוד הקרקע בידן". קצות החושן (קלג, א) הבין שכוונת הרמב"ם היא שלקטן אין יכולת משפטית לטעון טענה. אפילו אם הקטן יטען טענה, בית הדין לא יכיר בה. כיוון שבקרקעות חזקה שאין עימה טענה אינה חזקה, אין קטן יכול לזכות על ידי חזקת שלוש שנים.

במיטלטלין. לדעת רבנו יונה, למחזיק במיטלטלין אין חובה לספק טענה. חזקת מיטלטלין חלה על כל מחזיק, גם אם אינו טוען באופן מפורש כיצד הגיעו המיטלטלין לידו.

למסקנת הסוגיה, ההווה אמינא נדחית, וחזקת קרקעות מועילה רק אם המחזיק טוען טענה. אך במיטלטלין, רבנו יונה סובר שהדין נשאר להלכה. הוא מנמק אותו כך:

והא דלא אמרו הכי במיטלטלין, אלא הרי הן בחזקת התפוש בהם, אף על פי שאין עם התפישה טענה, התם לפי שכבר יצאו מרשות הראשון, שהרי זה תפש בהם.

במיטלטלין הזיקה הפיזית של המחזיק לחפץ היא מובהקת. המיטלטלין נמצאים פיזית ביד המחזיק, או לפחות מונחים בביתו או בחצרו. כיוון שכך, חכמים קבעו שמחזיק זוכה מעצם הימצאות החפץ בידו. הנחת היסוד של הדיון היא שהמחזיק הוא בעלים, גם מבלי שהוא יטען כיצד החפץ הגיע לידו מידי המרא קמא.

לכאורה, נמצא שלדעת רבנו יונה חזקת מיטלטלין היא חזקה יוצרת. ראינו שההבדל העיקרי בין חזקה יוצרת למאשרת הוא המגמה: האם המגמה היא להגן על מחזיקים, על היציבות המשפטית, או להגן על בעלים, על הצדק. לפי רבנו יונה, נראה שהמגמה של חזקת מיטלטלין תואמת לחזקה יוצרת. היא נותנת הגנה לכל מחזיק, מעצם היותו מחזיק, מבלי שיידרש להסביר כיצד הגיע לידו. אין חזקת מיטלטלין מבררת שהחפץ אכן הגיע לידי המחזיק בצדק<sup>17</sup>, אלא פשוט יוצרת הנחה משפטית שהוא הבעלים, וממילא אין לו חובה לטעון.

אומנם, מסקנה זו קשה. הראינו בפרק הקודם שביחס לחזקת קרקעות הגמרא והראשונים לא העלו על דעתם בכלל את האפשרות של חזקה יוצרת. ישנה הנחה בסיסית שחזקה לא יכולה ליצור זכויות. זכויות נובעות רק מבעלות, ובעלות אינה עוברת מאדם לאדם ללא הסבר. אם חזקת מיטלטלין היא חזקה יוצרת, יקשה מדוע שללנו את האפשרות שאף חזקת קרקעות תהיה כזאת.

אם נדייק בכוונת רבנו יונה, נראה שאפשר להסביר שגם לדעתו חזקת מיטלטלין אינה חזקה יוצרת. רבנו יונה<sup>18</sup> מחלק בין שני סוגי 'חזקה שאין עימה טענה'<sup>19</sup>:

---

17. יש לציין שבהמשך רבנו יונה מביא נימוק נוסף: "ועוד דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, וכיון דאינן עשויין להשאיל ולהשכיר, ודאי מיד הא' באו לידו". לפי תירוץ זה, משמע שחזקת מיטלטלין היא ראייה המבררת שהמחזיק אכן קנה את החפץ, ושהיא ראייה כל כך מובהקת שאיננו דורשים ממנו לטעון כדי להשתמש בה. אך נראה שהתירוץ הראשון עיקר. עיין יוסי גמליאל, "חזקה וטענה", מעליות כז-כח (עמוד 70).

18. בפסקה שלפני הציטוט לעיל (כח, ב).

19. רבנו יונה לא גרס במשנה לקמן (מא, א) את המילה 'כיצד', ולכן יכול לפרש שיש חילוק בין הרישא של המשנה: "כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה", שאותה הוא מפרש כסירוב לטעון, לבין הסיפא: "שלא

א. מודה שאינה שלו: "לא אמר לי אדם דבר מעולם".  
 ב. מסרב לטעון: שותק או "לאו בעל דברים דידי את".

במקרה שהמחזיק מודה שהקרקע אינה שלו, ברור שהוא לא יזכה. על מקרה זה הקשתה הגמרא לקמן (מא, א) "פשיטא". מי שמודה במפורש שמעולם לא היה הבעלים, ואין לו שום זכות קודמת בקרקע, לא יכול לזכות בה. אך במקרה שהמחזיק מסרב לטעון, השאלה מורכבת יותר. אומנם המחזיק אינו טוען שיש לו זכות קודמת, אך הוא גם לא שלל אפשרות זו. ייתכן שהוא באמת קנה את הקרקע, אלא שמשום מה אין הוא רוצה לטעון זאת.

נראה שהחילוק הזה קיים גם במיטלטלין. במקום שאדם מודה שהמיטלטלין אינם שלו, ברור שאין שום משמעות להחזקתו. אין חזקה יוצרת זכויות. אך אם המחזיק רק מסרב לטעון, אי אפשר להוציא אותם מידו<sup>20</sup>. נמצא שגם לפי רבנו יונה חזקת מיטלטלין היא חזקה מאשרת, אלא שמבחינה פרוצדורלית איננו דורשים מהמחזיק לטעון. אנחנו מניחים שהוא הבעלים גם מבלי שטען כך במפורש.

ניתן למצוא חיזוק נוסף להבנה זו מהמשנה בבבא קמא:

המכיר כליו וספריו ביד אחר, ויצא לו שם גניבה בעיר – ישבע לו לוקח כמה נתן ויטול, ואם לאו – לאו כל המנו, שאני אומר: מכרן לאחר ולקחן זה הימנו.  
 (בבא קמא קיד, ב)

במשנה מדובר על מרא קמא, שיש לו עדים על כלים וספרים שהם שלו. הכלים והספרים נמצאים כרגע ביד אחר, והמרא קמא טוען שהם נגנבו ממנו. אין המחזיק יודע להסביר בדיוק כיצד הגיעו הכלים מהמרא קמא לידו. במקרים מסוימים המרא קמא נאמן בטענתו, ובמקרים אחרים לא – והתנאים המדוייקים אינם מענייננו. בכל אופן, במקרים שבהם המרא קמא אינו נאמן והמחזיק זוכה, המשנה מצדיקה את הפסק בנימוק: "שאני אומר מכרן לאחר ולקחן זה הימנו". כלומר, גם בחזקת מיטלטלין ההצדקה לזכייה של המחזיק אינה חזקה יוצרת, אלא הנחה שהחפץ הגיע לידו באופן מוצדק, וממילא המחזיק הוא בעלים שזכאי להגנת חזקה מאשרת.

לסיכום, נראה להציע שגם לפי רבנו יונה חזקת מיטלטלין אינה חזקה יוצרת. במקרה שמחזיק מודה שקרקע או מיטלטלין אינם שייכים לו ("לא אמר לי אדם דבר מעולם"),

אמר לי אדם דבר מעולם", שאותה מפרש כמודה שאינה שלו. בכתבי היד של המשנה (קימברידג' וקאופמן) המילה 'כיצד' אכן אינה מופיעה.

20. כך גם הבין המהדיר על רבנו יונה (מהדורת הרב הרשלה, הוצאת מכון התלמוד הישראלי, הערה 17 שם): "והנה ודאי שגם במטלטים אם תפוס בלא טענה כגון שאומר לא אמר לי אדם דבר מעולם, פשוט הדין דצריך להחזירה לבעלים ראשונים, והיינו מפני שזו טענת הודאה, שהרי מודה שאינו שלו והטענה מחייבת אותו מכת הודאתו".

פשוט שאינו זוכה. במקום שהמחזיק רק מסרב לטעון ("לאו בעל דברים דידי את"), רבנו יונה מחלק בין קרקעות למיטלטלין: בקרקעות, כל מחזיק שלא טוען – מפסיד. במיטלטלין, מחזיק זוכה גם אם מסרב לטעון.

ניתן לתלות את ההבדל בין קרקעות למיטלטלין בשני הבדלים מציאותיים ביניהם. הראשון הוא הזיקה הפיזית לנכס: במיטלטלין הזיקה הפיזית של המחזיק לחפץ ניכרת – החפץ נמצא ממש בתוך ידו. בקרקעות הזיקה הפיזית היא חלשה יותר. עצם הימצאותו בקרקע אינה מעשה ניכר כהחזקה במיטלטלין. ההבדל השני הוא תדירות המכירה: מיטלטלין נמכרים בתדירות גבוהה ובדרך כלל ללא ראיות, וקשה יותר לדרוש מכל אחד לדעת איך בדיוק כל חפץ הגיע לידי<sup>21</sup>.

## ו. יורש ולוקח

בפרקים הקודמים הראנו שיש הבדל עקרוני בין החזקה במשפט העמים לבין החזקה במשפט העברי. במשפט העברי החזקה היא חזקה מאשרת, ונשללת ההיתכנות לחזקה יוצרת. לעומת זאת, במשפט העמים אפשר למצוא דוגמאות רבות של חזקה יוצרת. הביטוי החזק ביותר להבדל היה בחזקת קרקעות, בה ראינו שמשפטי העמים מכירים בחזקה שאין עימה טענה.

אומנם זהו הבדל מעניין כשלעצמו, אך עדיין לא ברור באילו מקרים הוא ישפיע על הפסיקה בפועל. בכדי להעמיק בהבדל, נשתמש בהשוואה פונקציונאלית, ונבחן מקרה פרטי בחזקת קרקעות: יורש ולוקח. נציג את המקרה, ונראה איך מערכות המשפט השונות מתמודדות איתו.

ראובן יורש או קונה קרקע משמעון. כעבור זמן, מגיע לוי ותובע את הקרקע, בטענה שהיא מעולם לא היתה שייכת לשמעון, וראובן קנה או ירש אותה ממי שכלל לא היה הבעלים. על מי מוטלת חובת ההוכחה? מצד אחד, מבלי שראובן יוכיח כי שמעון אכן היה בעלים, לכאורה אין שום משמעות לירושה או לקניין שלו – הוא קנה ממי שכלל לא היה בעלים. מצד שני, לא מעשי לדרוש מכל יורש או קונה לטרוח ולוודא את כל שרשרת הבעלות של קנייניו, ולברר שהוא אכן קונה ממוכר חוקי. האם ראובן צריך להוכיח ששמעון שקנה או ירש ממנו אכן היה הבעלים? האם חזקה של ראובן או של שמעון ישפיעו על הפסיקה, וכיצד?

---

21. מהבדלים אלו נראה שחכמים לא ראו לנכון לתקן חזקה לקרקעות ללא טענה, כיוון שבקרקעות הטעמים לתיקון חזקה אינם קיימים. הזיקה הפיזית החלשה יותר של המחזיק לקרקע מצמצמת את חוסר היציבות המשפטי (הטעם השני), והקושי להציג ראיה בקרקעות קטן יותר מחמת תדירות מכירתן (הטעם הראשון).

## ו.1. תום לב

המשפט הרומי ותולדותיו מתמודדים עם המקרה של יורש ולוקח באופן דומה, על בסיס חזקה יוצרת. במקום לדרוש מהקונה ראובן להוכיח את הבעלות של המוכר שמעון, החזקה היוצרת מהווה חלופה: אם ראובן הקונה החזיק בקרקע שנים רבות, הוא יזכה בחזקה יוצרת. החזקה יוצרת לו זכות עצמאית חדשה שאינה תלויה בירושה או בקניין משמעון, וממילא כבר לא משנה האם שמעון היה הבעלים בכלל.

אומנם בפתרון זה ישנה בעיה. קונה זדוני שיודע שהקרקע כלל אינה שייכת למוכר, והוא קונה קרקע גזולה, יוכל לזכות בה באמצעות חזקה יוצרת. כדי למנוע מצב כזה של פשיעה, כבר בגרסאות הקדומות של חזקה יוצרת במשפט הרומי נוצרה הסתייגות: **תום לב** (בלעז – Bona Fides). כמעט בכל יישום של חזקה יוצרת, אומנם אין חובה שתהיה למחזיק טענה של בעלות ממשית בקרקע, אך הוא חייב להחזיק בתום לב<sup>22</sup>. מקור מוקדם לכך הוא גאיוס, משפטן רומי מהמאה השלישית, שמנסח זאת כך:

43. החזקה פועלת אפילו אם הנכס הגיע לידינו ממי שכלל לא היה בעלים [...]

זאת כל עוד קיבלנו אותם ממנו בתום לב, במחשבה שהיה הבעלים.

44. נראה שמטרת החקיקה הזו היא למנוע מצב שהבעלות על נכסים תישאר

בחוסר וודאות למשך תקופה של יותר משנה או שנתיים, שהיא תקופת החזקה.

תקופה זו מאפשרת משך זמן מספק שבו הבעלים יוכל לדרוש את נכסיו.

(‘המוסדות’ של גאיוס, כרך 2 סעיפים 43-44<sup>23</sup>)

בסעיף 43 גאיוס מדגיש שהחזקה פועלת גם אם מתברר שהמוכר כלל לא היה הבעלים. הזכות שנוצרת מהחזקה בלתי תלויה בזכות של המוכר או המוריש. אך אם הקונה פשע, וידע בעת המכר שהקרקע גזולה, גם אם יחזיק בקרקע שנים רבות לא תיווצר לו חזקה. רק אם הוא עשה טעות בתום לב, המשפט הרומי מגן עליו על ידי יצירת זכות.

המגמה המנחה את החוק הרומי הוא שמירה על היציבות המשפטית. האמת הקניינית פחות חשובה – בין אם המוכר אכן היה בעלים ובין אם לא, אם נוצר מצב משפטי יציב של חזקה, הלוקח זוכה. זאת תוך הסיוג של תום לב כדי למנוע ניצול זדוני של החוק.

## ו.2. טענין ליורש וללוקח

ההתמודדות של המשפט העברי עם יורש ולוקח שונה במהותה. כאמור, דין היורש במשפט העברי מפורש במשנה (מא, א): “הבא משום ירושה אינו צריך טענה”. מי שמחזיק

22 ראה לעיל את נוסח החוק השוויצרי, שמתנסח “החזיק בתום לב”.

23 ספר ‘המוסדות’ (‘Institutes’) הוא ספר לימוד משפט רומי מהמאה השלישית, והוא מקור חשוב בחקר המשפט הרומי. המקור הוא בלטינית ומובא כאן בתרגום חופשי לעברית, על פי תרגום זה לאנגלית:

<http://vroma.org/vromans/bcassidy/gbk2t41.html>



בקרקה כתוצאה מכך שירש אותה מאביו למשל, אינו צריך להסביר כיצד היא הגיעה לאביו. הגמרא בהמשך מביאה שהדין שייך גם בלוקח:

ההוא גברא דדר בקשתא בעיליתא ארבע שני, אתא מארי דביתא אשכחיה,  
א"ל: מאי בעית בהאי ביתא? א"ל: מפלניא זבינתה דזבנה מינך; אתא לקמיה  
דר' חייא, א"ל: אי אית לך סהדי דדר בה איהו דזבנת מיניה ואפי' חד יומא –  
אוקימנא לה בידך, ואי לא – לא. [...] אמר רבא: כוותיה דר' חייא מסתברא,  
דקתני: הבא משום ירושה אינו צריך טענה; טענה הוא דלא בעי, הא ראייה בעי.  
(בבא בתרא מא, ב)

הגמרא דנה במחזיק שהחזיק מעל שלוש שנים בקרקע. מרא קמא תובע אותו, וטוען שהקרקע שלו. המחזיק טוען שקנה מאדם שלישי, והיה סבור שהלה קנה את הקרקע ממרא קמא. רבי חייא פוסק שאם יביא המחזיק עדים כי אותו האדם השלישי התגורר בקרקע אפילו יום אחד – יזכה. מדברי רבא בסוף הסוגיה מוכח שדין זה זהה לדין היורש המדובר במשנה.

הראשונים התקשו בדברי רבי חייא. ללוקח חסרה טענה – הוא אינו יודע איך הקרקע הגיעה ממרא קמא אל המוכר – איך עדות על שהיית יום אחד משלימה את הטענה החסרה?

### ו.3. 'חד יומא' לפי רוב הראשונים

רשב"ם מבאר זאת כך:

כדי לאמת דברין ואוקמה בידך הואיל והחזקת שני חזקה ושוב לא תצטרך  
להביא עדים שלקחה מבעליו אותו שמכרה לך משום דטוענין ליורש וטוענין  
ללוקח [...]

(רשב"ם בבא בתרא מא, בד"ה אפילו)

הרשב"ם מסביר שהזכייה של היורש והלוקח היא מדין 'טוענין'<sup>24</sup>. במקרים מסוימים, בית הדין ממלאים את החוסר של בעל הדין בטענה, וטוענים עבורו. במקרה שלנו – טוענים עבור המחזיק שהמוכר קנה את הקרקע ממרא קמא. מעתה יש למחזיק חזקה וטענה והוא זוכה. עדי 'חד יומא' הם רק תנאי ל'טוענין'. על מנת שבית הדין יטען עבור בעל הדין, הוא דורש ממנו לבסס את קיומו של המוכר והקשר שלו לקרקע. ראשונים רבים פירשו באופן דומה<sup>25</sup>.

24. דין טוענין אינו נזכר במפורש בסוגיתנו. נראה לומר שהראשונים קישרו ביניהם בעקבות הסוגיה בפרק ראשון (כג, א): "אמר רב פפא, ואיתימא רב זביד, זאת אומרת: טוענין ללוקח וטוענין ליורש. יורש – תנינא: הבא משום ירושה – אינו צריך טענה!"

25. ראה ראשוני ספרד במקום.

דין 'טענין' הוא ההתמודדות של המשפט העברי עם מקרי יורש ולוקח. אי אפשר לצפות מהקונה לדעת את כל ההיסטוריה הקניינית של הקרקע. לפיכך בתנאים מסוימים בית הדין פוטר את הקונה מחובת הטענה, וטוען עבורו את הסיפור הקנייני שמסביר כיצד הקרקע הגיעה לידי המוכר.

החזקה עצמה נותרת חזקה מאשרת ולא יוצרת. מרגע שבית הדין טען עבור הקונה, יש לו חזקה וטענה. החזקה מתבססת על זכות קיימת, אלא שאיננו דורשים מהמחזיק לטעון אותה במפורש<sup>26</sup>. דין טענין פועל במקביל ובנוסף לחזקה.

אחת הנפקא מינות בין שתי התפיסות תהיה במקרה שאין חזקה. דין 'תום לב' הוא סעיף בחזקת קרקעות, ולכן הוא יפעל רק במקום שיש ליורש או ללוקח חזקה. דין טענין הוא עצמאי, ולכן ייתכן שיפעל גם במקרים אחרים שחסרה בהם טענה, ללא כל צורך בחזקה.

ניתן למצוא נפקא מינא זו בדברי חלק מהראשונים בסוגיית 'לאו קא מודית' (ל, א). בסוגיה זו מדובר על מקרה דומה לסוגיית 'קשתא בעיליתא', שממנה ציטטנו לעיל, אך באופן שלמערער אין עדי מרא קמא, ולמחזיק אין חזקת שלוש שנים. הראשונים<sup>27</sup> מעלים את האפשרות שאם טענת המחזיק חסרה, אך הוא יביא עדי 'חד יומא', יפעל דין 'טענין' ובית הדין יטען עבורו. אילו דין היורש והלוקח היה נובע מחזקה יוצרת כמו במשפטי העמים, לא היה שייך להעלות אפשרות זו כלל.

#### 4.1. 'חד יומא' בשיטת הרמב"ם

במשפט הרומי ראינו שהזכייה של יורש ולוקח תלויה בחזקה – אם יש להם חזקה, הם יזכו גם מבלי להוכיח את בעלות המוכר, וזאת בסיוג התנאי המשני של תום לב. במשפט העברי, לפי הרשב"ם וראשונים נוספים ראינו שהזכייה של יורש ולוקח אינה תלויה בחזקה. כעת נבחן את פסיקת הרמב"ם:

[...] הביא זה המחזיק עדים שפלוני שמכרה לו דר בה אפילו יום אחד, או שאמר לו, בפני לקחה ממך ואחר כך מכרה לי, מעמידין אותה בידו, שהרי יש לו טענה עם חזקתו, ואילו רצה טען ואמר ממך לקחתי, שהרי יש לו שני חזקה.

(רמב"ם טוען ונטען יד, יד)

הרמב"ם כלל לא הזכיר את דין טענין בהלכה זו, אלא נימק שהמחזיק שמביא עדי 'חד יומא' זוכה "שהרי יש לו טענה עם חזקתו". כמו כן, הרמב"ם חוזר ומדגיש שהזכייה תלויה

26. בדומה לחילוק שהצענו בדעת רבנו יונה בעניין חזקה שאין עימה טענה במיטלטלין.

27. ר"ש (סוף תוספות ל, א ד"ה לאו קמודית) סובר שהמחזיק יזכה בטענת "זבנתיה מפלניא דזבנה מינך" אם יביא עדי חד יומא, וכמותו כתב גם הרמב"ן (ד"ה והוי יודע). גם ר"י שחולק עליו אינו שולל על הסף את האפשרות שדין טענין יועיל ללא חזקת שלוש שנים, וחולק מסיבה אחרת שאינה מעניינתו.

בחזקה: "שהרי יש לו שני חזקה". כלומר, מבלי שיש למחזיק חזקת שלוש שנים, אין כל משמעות לעדי 'חד יומא'. בניגוד לדברי הראשונים שהזכרנו, אפילו במקרה שאין למערער עדי מרא קמא, מחזיק לא יוכל לזכות בעזרת עדי 'חד יומא', אלא אם כן יש לו חזקה<sup>28</sup>.

נראה להציע הסבר לדברי הרמב"ם, על בסיס מה שראינו במשפט הרומי. כאשר אדם קונה קרקע מחברו, מצופה ממנו לוודא שהמוכר הוא אכן הבעלים של הקרקע. מי שקונה מבלי לוודא את הבעלות הוא חסר אחריות, והוא לא נהג בתום לב. מצד שני, גם אין זה מעשי לדרוש מהקונה לברר את כל ההיסטוריה הקניינית של הקרקע. הציפייה היא שקונה בתום לב יעשה השתדלות סבירה לוודא את הבעלות. כוונת רבי חייא היא לומר שאם הקונה רואה את המוכר גר בקרקע, גם אם רק ליום אחד, זאת קנייה בתום לב. בכך, עדי 'חד יומא' בעצם מוכיחים שהמחזיק קנה והחזיק בקרקע בתום לב<sup>29</sup>.

לפי הרמב"ם, דין היורש והלוקח הוא סוג מוגבל של חזקה יוצרת. בדרך כלל, מחזיק זקוק לסיפור קנייני מלא בכדי לזכות. חזקה שאין עימה טענה – אינה חזקה. במקרים של יורש ולוקח, למחזיק יש טענה חלקית. כיוון שאין זה מעשי לדרוש מכל קונה לברר את כל ההסטוריה הקניינית של הקרקע, ישנה אפשרות שהחזקה עצמה תשלם את הטענה החסרה. זאת בתנאי כמובן שהקונה כן עשה את ההשתדלות המוטלת עליו ופעל בתום לב. חזקה בתום לב עם טענה חלקית – חזקה.

הסיבה שדין זה תלוי דווקא בחזקה (בניגוד לטענין) היא משום שהמגמה מאחוריו היא יציבות משפטית. המטרה היא למנוע מצב שאדם קונה קרקע בתום לב, מחזיק בה, ואחרי זמן רב בעלותו מתערערת רק בגלל שאינו יודע לטעון את כל ההסטוריה הקניינית שלה. אם עוד לא החזיק זמן רב, אין שיקול של יציבות.

ובכל זאת, ישנו הבדל משמעותי מאוד בין החזקה ה'יוצרת' של הרמב"ם לבין המשפט הרומי. המושג 'תום לב' במשפט הרומי מתייחס רק לרגע תחילת ההחזקה. אם ההחזקה התחילה בתום לב, ולאחר מכן התגלתה הטעות הקניינית, החזקה אינה מתבטלת. החזקה יצרה זכות וזכות זו אינה מתבטלת באף מצב. המשמעות היא כי ייתכן מצב שאפילו אם

28. זאת אפילו במקרה שאין למערער עדי מרא קמא. יש להעיר שישנם ראשונים נוספים המסכימים עם הרמב"ם במקרה זה (שהמחזיק טוען 'קניתי מפלוני בחזקת שקנה ממך' ומביא עדי 'חד יומא' ללא חזקת שלוש שנים), אך קשה לומר שהרמב"ם סובר כמותם, כיוון שהם נחלקים במקרים אחרים. ר"י (מובא בתוספות ל, א ד"ה לאו קא מודית) סובר שהמחזיק מפסיד אך ורק בטענה הזו, וזאת מסיבה צדדית שאינה תלויה מהותית בחזקה. לעומתו, הרמב"ם סובר שהמחזיק מפסיד גם בטענת "לפני לקחה ממך ואחר כך מכרה לי", שבה אין צורך בדין טענין כדי לזכות. הרשב"ם חולק על הרמב"ם במקרה אחר, וסובר שהמחזיק מפסיד גם כשטוען טענה ישירה: 'מינך זבינתיה' (וראה בשו"ת בית הלוי (ג, לו) שמציע הסבר לשיטתו).

29. ישנו רמז להבנה זו של דברי רבי חייא בדברי המאירי (מא, ב): "שלא פשע כשלקחה ממנו אחר שראהו דר שם כשלו". אומנם, המאירי עצמו הלך בשיטה המבוססת על טענין. ראה בחידושי ר' שמואל (בבא בתרא כב) שהציע הסבר לרמב"ם על בסיס שיטת המאירי.

יגיע המרא קמא ויוכיח שמעולם לא מכר את הקרקע, הוא יפסיד. הבעלות כבר עברה למחזיק.

מצב זה לא ייתכן במשפט העברי. החזקה ה'יוצרת' של הרמב"ם לעולם לא תפעל נגד מרא קמא מוכת. החזקה רק הופכת את המחזיק ל'מוחזק' – היא מאפשרת לצאת מנקודת הנחה שהמוכר קנה מהמרא קמא, ומחזירה את נטל הראיה אל המרא קמא. ברגע שהמרא קמא יביא ראיה שתוכיח את טענתו – הזכות תתבטל.

## ז. חזקת תשמישין

עד כה ראינו שבחזקת מיטלטלין וקרקעות, המשפט העברי אינו מכיר בחזקה יוצרת, למעט בתנאים מצומצמים, שאף הם אינם מוסכמים על כל הראשונים. אומנם, ישנו סוג נוסף של חזקה, שבו הממד של חזקה יוצרת מפורש יותר. החזקות שנידונו עד כה נגעו לענייני בעלות – הוכחת הבעלות על חפץ או על קרקע. המשניות בסוף פרק חזקת הבתים דנות בתחום אחר של חזקות, הנוגע לזכות שימוש בנכס של אחרים. חזקות כאלה נקראות חזקות תשמישין:

המרזב אין לו חזקה, ויש למקומו חזקה. המחילה יש לה חזקה. סולם המצרי אין לו חזקה, ולצורי – יש לו חזקה [...].

(בבא בתרא נח, ב)

מזחלה היא צינור קבוע המיועד להוריד מי גשמים מגג הבית אל הקרקע. מי שהעמיד מזחלה המורידה מי גשמים לתוך חצר חברו, וחברו לא מיחה בו – יש לו 'חזקת תשמישין', וחברו אינו יכול למנוע ממנו להמשיך ולהעמיד את המזחלה במקומה. כלומר, כפי שהחזקה ממושכת בקרקע כדרך בעלים ללא מחאה מאפשרת לטעון לבעלות על קרקע, כך שימוש ממושך בנכס חברו ללא מחאה מאפשרת זכות להמשיך ולעשות את השימוש הזה. חזקת תשמישין אינה מעניקה קניין בגוף הקרקע, אלא רק זכות להמשיך ולנהוג בשימוש הספציפי שבו המחזיק החזיק.

הראשונים נחלקו האם חזקת תשמישין זקוקה לטענה בדומה לחזקת שלוש שנים בקרקעות, או לא. מתוך כך אפשר להבין מה היסוד לחזקה זו – מה מקור הזכות להמשיך ולהשתמש בנכס של חברו, בניגוד לרצונו.

### ז.1. שיטת הרשב"ם

הגישה הפשוטה לכאורה, שבה נקט הרשב"ם, היא שחזקת תשמישין זקוקה לטענה:

כלומר אלו מיני תשמישין דאמרינן לקמן שאדם משתמש בשל חברו שאם משתמש שלש שנים ולא מיחה בו חברו יש לו חזקה לזה המחזיק ויכול לטעון אתה נתת לי לתשמיש זה במתנה או מכרתו לי [...].

(רשב"ם בבא בתרא נז, א ד"ה אלו דברים)

הרשב"ם הבין שחזקת תשמישין פועלת באופן זה לחזקת שלוש שנים. כמו בחזקת שלוש שנים, המחזיק חייב לטעון טענה כדי לזכות. הטענה חייבת להצדיק את השימוש של המחזיק: "אתה נתת לי לתשמיש זה במתנה או מכרתו לי". כלומר המחזיק טוען שהיה הסכם קודם עם הבעלים של הקרקע, שבו הוא נתן לו רשות לעשות את השימוש בנכסיו. השימוש הממושך ללא מחאה מבסס את הטענה ונותן למחזיק את הנאמנות לטעון אותה. לפי גישה זו אין חידוש מהותי בחזקת תשמישין, והיא רק יישום של חזקת שלוש שנים בזכות שימוש ממוקדת במקום בבעלות מלאה על הקרקע. כמו בחזקת שלוש שנים, החזקה היא מאשרת בלבד. החזקה עצמה אינה יוצרת שום זכות, והזכות נובעת מההסכם שקדם לחזקה.

## 2. שיטת הגאונים

הראשונים מזכירים שיטת גאונים, שלפיה בחזקת תשמישין לא קיים התנאי 'כל חזקה שאין עימה טענה אינה חזקה' הקיים בחזקת קרקעות, ומי שהחזיק בתשמיש כלשהו בחצר חבירו, זוכה אף ללא טענה שהיה הסכם קודם. כמוכּן, גישה זו זוקקת הסבר: מהיכּן נובעת זכות השימוש אם אינה מתבססת על הסכם קודם?

גישה אחת, העולה מדברי ראשוני ספרד, היא כי מתוך שבעל החצר לא מחה, הוא מחל למחזיק על זכות השימוש. כך מתאר הרשב"א את שיטת הגאונים:

וכענין שאמרו הגאונים ז"ל בכל דבר שאינו מחסרו קרקע דטענת סבלנות  
מהניא ליה ומדין מחילה.

(רשב"א בבא בתרא כח, ב)

כלומר, אומנם לא היה הסכם קודם מפורש, אך שתיקת הבעלים היא 'הסכמה שבשתיקה' להמשך השימוש של המחזיק. כיוון שמחל, המחזיק קנה את זכות השימוש בקרקע והבעלים כבר אינו יכול לחזור בו<sup>30</sup>.

לפי ראשוני ספרד, אומנם בחזקת תשמישין אין צורך בטענה, אך היא אינה חזקה יוצרת. זכות השימוש אינה נובעת ישירות מהחזקה, אלא ממחילת הבעלים. החזקה היא רק ביסוס שמאפשר לטעון 'טענת סבלנות' – הסכם קודם לא מפורש, שבו הבעלים מחל למחזיק על זכות השימוש. בדומה למה שראינו בחזקת מיטלטלין, ייתכן שהמחזיק לא צריך לטעון את 'טענת הסבלנות' במפורש, אך גם מבלי שיטען זאת במפורש זאת ההנחה שמובילה אותנו לפסוק לטובתו.

---

30. בדרך כלל למחילה ללא מעשה קניין אין תוקף מחייב, והבעלים תמיד יכול לחזור בו. הרשב"א מחדש שבתשמישין, שבהם "אינו מחסרו קרקע", אין צורך במעשה קניין, ועצם המחילה מספיקה כדי לחייב את הבעלים.

לעומת זאת, נראה שהר"י מיגאש והרמב"ם הבינו את שיטת הגאונים אחרת. בגמרא לקראת סוף הפרק נאמר:

אמר רב יהודה אמר שמואל: צינור המקלח מים לחצר חברו, ובא בעל הגג לסותמו – בעל החצר מעכב עליו, דאמר ליה: כי היכי דאת קנית לך חצר דידי למשדא ביה מיא, לדידי נמי קני לי מיא דאיגרך.

(בבא בתרא נט, א)

כבר ראינו במשנה שמי שהניח צינור מים (מזחלה) המקלח מים מהגג לחצר חברו, וחברו לא מיחה בו, זוכה בחזקת תשמישין. בעל החצר לא יכול לעכב על בעל הגג מהמשך הזרמת המים אל החצר. שמואל מוסיף שבמקרה כזה ישנה התחייבות הדינית. אם בעל החצר רוצה את המים, הוא יכול לעכב את בעל הגג מלסתום את הצינור.

רבי יצחק קרקושא, מבית מדרשו של הרמב"ן, מסביר את ההתחייבות ההדדית כך: לדידי קני לי מיא דאגרך. להשקות בהמותי. שעל מנת כן נתרציתי לך ואם אתה חוזר כך אני איני חוזר בי.

(פירוש רבי יצחק קרקושא בבא בתרא נט, א)

כלומר, המחילה שמחל בעל החצר לבעל הגג הייתה על תנאי שיוכל לדרוש את המשך זרימת המים. בעל הגג זכה בחזקת תשמישין בזכות להזרים את המים לחצר, אך זאת רק בתנאי שימשיך להזרים אותם כל עוד בעל החצר מעוניין בכך. גם הרשב"ם מסביר באופן דומה: "שעל מנת כן נתרציתי לך ודמי למקח וממכר".

הרמב"ם פסק את שמואל להלכה:

רצה אחר כך בעל הגג לסתום הצינור, בעל החצר מעכב עליו, שכשם שהחזיק בעל הגג לשפוך מימיו לחצר חברו, כך החזיק בעל החצר שיהיו מימי גגו של חברו באין אצלו לרשותו.

(רמב"ם שכנים ח, ה)

הרמב"ם מתאר תהליך סימטרי, שבמקביל לחזקת התשמישין של בעל הגג על בעל החצר, גם בעל החצר זכה בחזקת תשמישין על בעל הגג. לא מדובר בתנאי למחילה של בעל החצר, אלא בחזקת תשמישין נוספת בלתי תלויה "שיהיו מימי גגו של חברו באין אצלו לרשותו".

על פי הסברה של ראשוני ספרד, שיסוד חזקת תשמישין היא מחילה, דברי הרמב"ם חסרי פשר. איך נוצרת חזקה "שיהיו מימי גגו של חברו באין אצלו"? קשה לתאר זאת בתור 'מחילה' של בעל הגג, שמחל על כך שהמים יזרמו לתוך רשותו של בעל החצר.

מהלכה זו ומעורר הלכות רבות<sup>31</sup>, עולה כי לפי הרמב"ם חזקת תשמישין היא חזקה יוצרת. הרמב"ם מיקם את הלכות חזקת תשמישין בהלכות שכנים, ולא בהלכות טוען ונטען. מיקום זה כבר רומז לכך שלא מדובר על דיני ראיות, הדנים בהסכם קודם או במחילה קודמת. בנוסף, לאורך כל ההלכות הרמב"ם משתמש בביטויים דוגמת "הרי זה החזיק" או "החזיק זה". ביטוי זה מעיד על כך שלא מדובר על 'טענת סבלנות' או מחילה של בעל החצר, אלא עצם פעולת ההחזקה וההשתלטות היא מה שיוצר את הזכות.

## ח. מסקנות

ראינו שבעולם קיימות שתי גישות שונות ליישום של דיני חזקה. הראשונה, 'חזקה יוצרת', שבה מעשה ההחזקה עצמו הוא מה שיוצר את הזכות. גישה זו מעניקה הגנה למחזיקים, ובכך מדגישה יותר את היציבות המשפטית – לפעמים על חשבון הצדק האובייקטיבי. הגישה השנייה היא 'חזקה מאשרת', שבה למעשה אין משמעות עצמאית להחזקה. הזכות של המחזיק חייבת להגיע ממקור אחר, קודם, ומעשה ההחזקה רק משנה את נקודת המוצא המשפטית ביחס לדיון, ומאפשר למחזיק לבסס את הזכות הקודמת הזו.

במשך ההיסטוריה, שתי הגישות יושמו במערכות משפט שונות בעולם. ראינו כדוגמה בולטת את המשפט הרומי, שהשפעתו מורגשת עד היום במערכות משפט מודרניות.

לעומת זאת, במשפט העברי הגישה היוצרת נשללת על הסף. המשנה קובעת שכל חזקה שאין עימה טענה אינה חזקה, ולאורך הדורות הנחה זו התקבלה כמוכנת מאליה. הגמרא מקשה על כך 'פשיטא', והראשונים מתקשים להבין כיצד ניתן לדמיין אחרת. קיימת הנחת יסוד שמעשה החזקה בלבד אינו יוצר זכות. זכות משפטית קניינית נובעת רק מהסכם קודם, מעשה קניין, והחזקה רק מבססת זכות קודמת זו.

כדוגמאות המצומצמות שבהן המשפט העברי כן מכיר בחזקה שאין עימה טענה, ראינו שבדרך כלל לא מדובר באמת בחזקה יוצרת. ההצדקה המשפטית לזכייה היא עדיין על בסיס זכות קודמת, אלא שאיננו דורשים מבעל הדין לטעון לזכות הזו במפורש<sup>32</sup>.

---

31. להוכחה יותר נרחבת ופיתוח מפורט של שיטת הרמב"ם בעניין זה, ראו מאמרו של מו"ר הרב ישי אנגלמן "שיטת הגאונים בדין חזקת ג' שנים: השליטה כיסוד הבעלות", שרש ישי – משפט וצדקה (באתר 'אסיף').

32. ראינו שלוש דוגמאות למקרים כאלו: א. חזקת מיטלטלין לפי רבנו יונה – הראינו שההצדקה היא "שאני אומר מכרן לאחר ולקחן זה הימנו". ב. יורש ולוקח – לפי רוב הראשונים מדובר בדין טענין, דין כללי הפוטר בעלי דין מסוימים מהחובה לטעון. ג. חזקת תשמישין לפי ראשוני ספרד – הזכות מתבססת על 'טענת מחילה', אלא שאנו לא דורשים מהמחזיק לטעון אותה במפורש.

אומנם מצאנו שתי דוגמאות של חזקה יוצרת ממש: דין היורש והלוקח לשיטת הרמב"ם והמאירי, וחזקת תשמישין לשיטת הגאונים, הרמב"ם והר"י מיגאש. הדוגמאות הללו מבטאות שני סוגים של מקרים מיוחדים:

- א. חזקה כשאינן מולנו בעלים מוכח;
- ב. חזקה לזכויות שאינן בעלות מלאה.

ההנחה היסודית שראינו אצל כל הראשונים היא שבעלות אינה עוברת ללא מעשה קניין ברור ומוכח. אך במקרים שבהם אין בעלים אחר בעל זכות עדיפה, או שמדובר בזכויות שאינן בעלות מלאה – קיימת גם הכרה במערכת בעלות פשוטה יותר, המתבטאת בשליטה בפועל בנכס<sup>33</sup>.

## ט. סיכום

המטרה העיקרית של מאמר זה הייתה להציג שיטה. ניתן ללמוד את מסכת בבא בתרא, ואת המשפט העברי בכלל, בלימוד עיוני מסורתי, תוך שילוב לימוד רקע ההתמודדות של מערכות משפט אחרות בעולם עם אותן הבעיות. הצבה של רקע כזה מאפשרת להגיע למסקנות מעמיקות יותר, ולאתר את ליבת החידוש והמסר הערכי של המשפט העברי.

ומנין לשלושה שיושבין בדין ששכינה עמהם? שנאמר "בקרב אלהים ישפוט".  
ומנין לשניים שיושבין ועוסקין בתורה ששכינה עמהם? שנאמר "אז נדברו  
יראי ה' איש אל רעהו ויקשב ה' " וגו'. [...] וכי מאחר דאפילו תרי, תלתא  
מיבעיא? מהו דתימא דינא שלמא בעלמא הוא ולא אתיא שכינה, קמ"ל דדינא  
נמי היינו תורה.

(ברכות ו, א)

33. רעיון זה יסודי מאוד ויש הרבה מה להרחיב בו. להרחבה בשורש ההבדל בין בעלות לזכויות אחרות, וההכרה בשליטה כמקור לבעלות, ראה במאמרו של מו"ר הרב ישי אנגלמן, לעיל הערה 31.