

שיעורי הגר"א עוזר שליט"א

בענין:

קנין חזקה

- קפ"ד -

נמסר בש"ק פרשת לך לך ה'תשע"א

נכתב בידי הרב יוסף בן ארזה שליט"א
עימוד: תמנתי עיצוב גרפי

בליל שבת פרשת חיי שרה יחל השיעור בשעה 9:00 בערב ויהיה בענין:

'חיוב מזונות בהגעת זמן הנישואין'

בברכת התורה
המארגנים

לקבלת השיעורים באימייל יש לכתוב בקשה לתמנתי:
timnal@zahav.co.il

קנין חזקה

(ב) ויש להקדים ולבאר יסוד בגדרי הקנינים, דהנה רגילים הלומדים לחקור האם חלות הקנין נפעלת מכח מעשה הקנין של הלוקח, דמעשה ההגבה והמשיכה הוא הקונה, או דחלות הקנין היא מכח גמירות דעת של המקנה ואילו מעשה הקנין אינו אלא פעולה המורה על גמ"ד. אכן העמדת החקירה באופן זה אין לה מקום כי שני הצדדים אמת; ודאי ישנם אופנים שמעשה הקנין של הקונה הוא הפועל את הקנין לבדו, וישנם אופנים שהמעשה אינו מועיל אלא ע"י גמ"ד מצד המקנה; -

האופן הראשון: זכייה מן ההפקר, שאין שם דעת מקנה וחלות הקנין היא מכח מעשה הקנין לבדו [דפשיטא דגמ"ד מצד הקונה אינה מועילה, דודאי אף שקיימת גמ"ד מצדו לזכות בחפץ לא מהני כלום בלא מעשה קנין]. ויסוד פעולת הקנין באופן זה, יש לבאר עפ"י דעת החת"ס (בשו"ת יו"ד שי) שמפרש היאך נעשו הקנינים קודם מתן תורה - על ידי שליטה מציאותית בחפץ, כגון שמכניסו לידו או לביתו. וניתנה תורה ונתחדשו הלכות קנינים שאף מעשה המורה שליטה מהני, אף בלא שליטה גמורה במציאות.

ובאור הענין, כי הנה ייסודו רבותינו הגרש"ק והגרנ"ט ועוד שהבעלות בחפץ היא השליטה עליו, ואין הבעלות תואר מופשט אלא שליטה מציאותית, ולעולם כח הבעלות נמדד ותלוי לפי יכולת השליטה, שעל כן אבדן שליטה מוחלט על החפץ מפקיע ממילא את הבעלות עליו, והוא דין 'זוטו של ים' המבואר בגמרא (ב"מ כב). שאם שטף הנהר חפץ - הרי זה הפקר [כפי שנקטו רוב הראשונים דאינו מטעם יאוש שהרי אף אם עומד וצווח גזה"כ שהחפץ הפקר, ודלא כפי הנראה בפשטות דברי רש"י שהדבר תלוי ביאוש הבעלים בפועל], מאחר ואין לו שום שליטה על החפץ. וכיו"ב בחולין (קלט קמ) בתרגומות של הקדש שמרדה למדבר - יוצאת לחולין, ומבואר ברשב"א ובריטב"א שהואיל וברחה ואבדה שליטת רשות ההקדש עליה, פקעה הבעלות [ושם ודאי אין לבוא מטעם יאוש, שאין יאוש להקדש], כי בהקדש בדה"ב עסקינן ויסוד קדושתו הוא מהבעלות הממונית של רשות ההקדש, על כן כשפקעה השליטה לגמרי פקעה הבעלות וממילא פקעה הקדושה. וכשהשליטה אבדה במקצת, כגון חפץ שנגזל מאדם - נחסר כח הבעלות במקצת, והיינו גדר 'שלו ואינו ברשותו' דלא מצי להקנות ולהקדיש, כי הנגזל איבד שליטה מסויימת מהחפץ אך לא לגמרי שהרי הגזלן מחויב בהשבתו אליו. וא"כ כשם שאבדן שליטה פועל איבוד בעלות, כך לצד החיוב: השתלטות על חפץ מהוה קנין. וקודם מ"ת היתה נחוצה שליטה מציאותית דוקא, וחידשה תורה שאף מעשה המסמל שליטה, כגון הגבהה ע"י דבר אחר שאין החפץ נתון בידו, או מקשקש בקן והאפרוחים פורחים - מועילים לקנות כמו שליטה מציאותית. הרי כאן קנין מכח מעשה השתלטות והוראת בעלות, בלא דעת מקנה כללי.

והאופן השני, קנינים החלים מכח גמ"ד של המקנה ולא ע"י מעשה השתלטות, כגון קנין סודר שלא נעשה מעשה בגופו של חפץ אלא המקנה קונה סודר של הקונה [להלכה דבכ"ל]

א יל"ע הלא מקרא מלא שאברהם אבינו קנה השדה בכסף, עוד בטרם נתחדשו הלכות קנינים בתורה. ולכא"ו נראה שמעשי קנין המוסכמים ומונהגים בין הבריות מועילים אף בלא חידוש התורה. [ומה דילפינן קנין הילוך מ'מקום התהלך בארץ' דקודם מ"ת הגם דליכא בזה שליטה ולא מעשה קנין הסכמי - שמה א"י אלא אסמכתא. תדע דהתם ליכא דעת מקנה, וגם לא ניתנה לו הארץ באותה שעה קנין ממון אלא לזרעו].

(א) 'קום התהלך בארץ לארכה ולרחבה כי לך אתננה'. תניא (ב"ב ק). הלך בה לארכה ולרחבה קנה מקום הילוכו, דברי ר' אליעזר. וחכמים אומרים אין הילוך מועיל כלום עד שיחזיק. אמר ר"א מ"ט דר' אליעזר דכתיב קום התהלך בארץ כי לך אתננה. ורבנן התם משום חביבותא דאברהם הוא דקאמר ליה הכי, כדי שיהא נוח לכבוש לפני בניו. א"ר יוסי בר חנינא מודים חכמים לרבי אליעזר בשביל של כרמים הואיל ונעשה להילוך נקנה בהילוך. והיינו דתנן (בקדושין כו). נכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף ובשטר ובחזקה. ותנן (ב"ב מב). נעל וגדר ופרץ כל שהוא הרי זו חזקה. ופליגי חכמים ור"א דלר"א גם הילוך חשיב קנין חזקה ולחכמים הילוך לא הוי חזקה, וקיימא לן לחכמים (רמב"ם מכירה א, יג) שהילוך אינו קונה מלבד בשביל של כרמים.

והנה הרמב"ם הביא דיני קנין חזקה בפרטות שתי פעמים; בפ"א מהלכות מכירה ובפ"ב מהלכות זכיה. ופשוט כפילות זו מתבארת עפ"י דבריו שם שחידש שיש כמה חילוקי דינים בקנין חזקה בין קונה מחברו לזוכה מן ההפקר; בהלכות מכירה שם מדבר בקונה מחברו ואילו בפ"ב מהלכות זכיה ומתנה מדבר בזוכה מן ההפקר כגון בנכסי גר שמת, ולא הרי זה כהרי זה, דמבואר ברמב"ם שם שיש אופנים המועילים באחד ולא בשני, ויש להפך. ותמצית דבריו שאכילת פירות מועילה כקנין חזקה לקנות בחברו ולא בזוכה מן ההפקר, ומאידך הצעת מצעות על הקרקע או ניר ניר [כלומר חרישה מועטת. כן פירש הגר"ז, בישוב קושית הנו"כ מפ"א הט"ז בהל' מכירה, וע' גם מרכה"מ] וכד' - מועילים בקונה מן ההפקר ולא בקונה מחברו. והראב"ד השיג על חילוק זה ונקט שחזקת קנין אחת היא, ואם מועילה באחד צריכה להועיל גם בשני, ואם אינה מועילה - לא תועיל בשניהם.

אכן מקורו של הרמב"ם הוא בגמרא בב"ב (נז). דניר בנכסי הגר קנה ובנכסי חברו לא קנה, ואכילת פירות בנכסי חברו קנה ובנכסי הגר לא קנה. ומפרש הרמב"ם דתרוויהו בחזקת קנין מיירי וחלוק הקונה מחברו מקונה נכסי הפקר. ומקור דבריו ברב האי גאון בספר המקח (יג) שפירש כן בגמרא. אמנם הראב"ד מפרש הגמרא כפירוש רשב"ם שם ורוב המפרשים שאין הכוונה לחלק בין קנין לקנין אלא בין חזקת קנין [הן במקח וממכר הן בזכייה מהפקר] לחזקת ג' שנים המהוה ראייה על קנין אחר שנעשה בחפץ אבל היא עצמה אינה קנין כלל [וכידוע, נאמרו שיטות שונות בגדרה של חזקה זו], וזהו דאמרינן דניר קנה 'בנכסי הגר' כלומר בחזקת-קנין [דהא בנכסי הגר שהם הפקר לא שייכא כלל חזקת-ראייה מדלא מיחה המרא-קמא], ולא 'בנכסי חברו' כלומר בחזקה שמחזיק בנכסי חברו כהוכחה לטענת מכרת לי או נתת לי במתנה וכד'. ועל זה אמרו שאכילת פירות משמשת כהוכחה על קנין אבל היא עצמה אינה קנין. ומאידך, הצעת מצעות אינה מהוה הוכחה שהקרקע שלו אבל נחשבת מעשה קנין בקרקע.

אמנם, אף שמקורו של הרמב"ם ברור אבל צריך להבין טעמו בסברא; מהו יסוד החילוק אם קונה מחברו או מן ההפקר. ובפרט צ"ב היאך יתכנו אופנים המועילים בקנייה מהפקר ואינם מועילים בקנייה מחברו והלא בכל מקום דדעת אחרת מקנה עדיף טפי ונקל לקנות מאשר בדליכא דעת אחרת [כגון קטן שאין לו זכיה ומ"מ קונה בדעת אחרת מקנה, לדעת כמה ראשונים מדאורייתא. וכיו"ב בב"מ יב לר"פ גבי חצר שאינה משמרת ואין עומד בצד שדהו]. ועוד צ"ב טעם היפוך הדינים, שיש דברים המועילים בהפקר יותר מבחברו ויש דברים המועילים בקונה מחברו יותר מבפקר.

נמצא אם כן שבכללות אין מקום לחקירה הנ"ל, דהא והא איתנהו. אך יש מקום להעמדת החקירה באופן זה: כשיש בעלים המקנים חפץ והקונה עושה מעשה הוראת בעלות כמו משיכה והגבהה, האם מעשה הקונה הוא פועל הקנין לבדו ע"י פעולת שליטה של הקונה וכמו הקונה מן ההפקר, וא"צ מצד הבעלים אלא התרצות והסכמה לקנין הקונה, או דלמא כיון שיש כאן בעלים המקנה, בהכרח הוא הפועל את הקנין ע"י גמירות דעתו ואילו המעשה אינו בא אלא להראות הך גמירות דעת של המקנה, דמה שמניח לקונה לעשות מעשה של הוראת בעלות, זה מורה על גמירות דעת מצדו להקנות. [וממילא המעשה גם פועל ויוצר בחיוב גמירות דעת בלב המקנה כי יודע שהדין קובע שבמעשה זה נחלט הקנין, נמצא א"כ שמעשה הקונה מהוה סימן וסיבה לגמ"ד של המקנה].

ובחקירה זו נחלקו אחרונים; אבי החזו"א (מועתק בחזו"א חו"מ כב) כתב: 'כלל גדול יהיה לך בקנינים דעיקר הקנין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחבירו וחבירו יסמוך דעתו עליו. ויש דברים שקיים להו לחזו"ל שבדבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחבירו, ויש שאינו גומר בלבו רק ע"י הקנינים המפורשים מן התורה או מחזו"ל'. ואולם הגרש"ש"ק (בשער"י ז, ב) נקט שאף כשיש מקנה יתכן קנין החל מצד הקונה לבדו ואילו מצד המקנה סגי בניחותא בעלמא. והוכיח כן מדברי הרמב"ם (אישות ה.ח. וכו"ה באה"ע כח"ז) שהנכנס לבית חברו ולקח דבר שאין בעל הבית מקפיד עליו כגון תמרה או אגוז וקידש בו אשה - מקודשת מספק [והיינו מפני שלא ידעין בודאות שאינו מקפיד, אבל אילו ידעין בודאי - מקודשת ודאי. ע' לח"מ ומשל"מ]. והלא באופן זה אין הקנאה חיובית אלא אנן סהדי דמתרצה [וכבר פלפלו האחרונים ליישב אמאי לא הוי כיאוש שלא מדעת דקיי"ל לא הוי יאוש] - הרי חזינן שגם כשיש בעלים ישנם אופנים דסגי בניחותא ואין צריך הקנאה בחיוב [אכן פשיטא שמודה הרמב"ם דשפיר יתכן קנין מצד המקנה מכח גמירות דעתו, ובכה"ג בא מעשה ההגבהה והמשיכה רק להראות על גמ"ד המקנה].¹

ובן הוכיח הגרא"ז (שכנים ב, י) מדברי הרמב"ם הנ"ל שאף בדאיכא מקנה יתכן קנין מצד מעשה הקונה לבדו. ותלה נידון זה במחלוקת קצוה"ח ונתיה"מ (רמד) בשולח שליח להוליך מתנה לחברו, שכתב הקצוה"ח דלפי דעת הקדוש מרדוש דשליח להולכת קידושין הוי 'מילי' דלא מימסרן לשליח שני, הה"נ שליח למתנה אינו עושה שליח אחר משום דמילי לא מימסרן לשליח. והנתיבות חלק שהרי בשולח ליתן מתנה אין צורך בדין 'שליחות' אלא אפילו הגיעה המתנה ע"י מי שאינו בתורת שליחות - קנה, הלכך אין כאן חסרון ד'מילי'. ובמאי פליגי - ופירש הגרא"ז שהקצות נקט שהואיל ויש כאן בעלים, לא סגי בלא גמירות דעת ידיה להקנות, הלכך בעינן לדין שליחות כדי שהשליח ייחשב כהבעלים לגמור בדעתו בשעת מעשה הקנין, ואילו הנתיבות ס"ל דסגי בהתרצות וניחותא דבעלים ואילו הקנין נעשה רק ע"י מקבל המתנה, הלכך אף

ה לפי"מ שפירש הנוב" (קמא אה"ע נט) דברי הרמב"ם רק דבדברים שאינו מקפיד על שום בני"א לקחתם דהוה כהפקר, לפי"ז אין ראיה מהרמב"ם להקנות בעלים. אך לכא"ו חוזק לתעמיד באוקימתא זו. ועוד, הרי לא התירו משום גזל אלא סופי תאנים (פסחים ו) ולא שמענו שתמרה או אגוז מותרים לכל. וכבר הקשה כן האבנ"מ כח סקמ"ט.

ו צ"ב, הלא נראה שאין המקנה צריך לדעת מתי יעשה הקונה קנין, וסגי באומר 'לך משוך קניי באחד מן הימים' וא"כ אכתי מה צריך שליחות להעברת המתנה, הלא אף אם ישלח ע"י קוף ויודיענו שיקנה - קנה. ע"כ נראה שלא נחלק אדם מעולם שאם אדם מורשה לאחד או לכמה בני"א ליטול דמוהני לקנותו, וכמבואר ברמב"ם דאפילו אן סהדי דאינו מקפיד מוהני, ומודה הקצות שאם יאמר בפירוש שמתרצה שפלוני יעשה קנין ויקנה א"צ לדין שליחות ויכול השליח להעביר לשליח אחר, ורק כשיש פעולת הקנאה מצד הבעלים י"ל דלא סגי בלא הקנאה כי דעתו היתה לפעול הקנאה ולא פתיך בזה נחותא לקנין מצד הקונה, ובוה מיירי הקצות שכששלח ליתן מפרשין דעתיה שמינה את השליח לעשות הקנאה.

ויתכן עוד דבנתינת רשות בלבד לא סגי דחיישין שמא חזר בו, דהא לא הוי הפקר אם אינו מופקר לכל. [ובזה מתפרש דב"מ ל. שבלא חלות הפקר לא סגי במה שירשה לכו"ע ולא לאדם פלוני, כי אז היה אסור ליטול שמא חזר בו], אבל כל דאיכא אפן סהדי דנשאר בהתרצות - לכו"ע מהני קנין הקונה.

של קונה] ובכך הוא מקנה לו חפץ. ונחלקו הראשונים אם קנין סודר מהני מתורת כסף (רש"י גטין מ. ותוס' לט: ראב"ד עבדים ה, ג, ועוד, ועתוס' וראשונים קדושין ג). כלומר שהקנין נפעל ע"י קבלת 'תמורה' ובדומה לקנין כסף [אבל ודאי הם קנינים הנפרדים בשמם ובהלכותיהם], או ענין קנין סודר כמעשה סמלי המבטא גמירות דעת של המקנה (עריטב"א קדושין כב ומאירי ב"מ מז). וכפשוטו של מקרא 'וזאת לפנים בישראל על הגאולה ועל התמורה לקיים כל דבר שלף איש נעלו ונתן לרעהו וגו'". כלומר מעשה המורה על 'קיום' ו'החלטה' של גאולה (מכירה) ושל תמורה (החלפה). וכן אמרו בירושלמי (קדושין א, ה) שבראשונה היו קונים במנעל ובסנדל, ככתוב 'וזאת לפנים בישראל... שלף איש נעלו וגו'', חזרו לקנות ב'קצצה'; מביאין חבית מלאה אגוזים וקליות ושוברים לפני התינוקות והתינוקות מלקטין ואומרין נקצץ איש פלוני מאחוזותו כו' - הרי שמעשה זה הגם שאין בו הוראת בעלות, חל הקנין על ידי גמירות דעת המקנה וענין המעשה הוא להורות על גמ"ד זו.

וברתבו הראשונים שהוא הדין לשאר דברים שנהגו הסוחרים להיות מעשה קנין כגון תקיעת כף - הרי זה קנין המועיל בדין. והוא יסוד דין 'סיטומתא' המבואר בגמרא (ב"מ עד.), דהיינו רושם שנוהגים הסוחרים לעשות על החביות הנמכרות, לציין שנמכרו, שבמקום שנוהגים לקנות באותו רישום - קנו. והיינו משום שבכך ישנה גמירות דעת בין שני הצדדים לקנות, שהרי יודעים שמעשה זה מחליט הדבר. ודעת הרמ"א שקנין זה מדרבנן ואולם החת"ס נקט שמועיל מדאורייתא, וכן האריך בדבר אברהם (א), והביא כן מחדושי מהרי"ט (קדושין ג) דסיטומתא מהני מדין 'קנין סודר' שענין שניהם אחד הוא: מעשה המורה על החלטה וקיום הדבר, כפי הנהוג בכל מקום ומקום. [ולפי"ז, קנין סודר וסיטומתא אינם שייכים בזוכה מן ההפקר, לא רק משום שאין כאן מוכר שיעשה מעשה (כמו שאמרו בב"מ ח: גבי מסירה) אלא מצד עצם ענינם, כי כאמור קנינים אלו אינם מועילים מצד מעשה הוראת בעלות והשתלטות הקונה אלא אך מצד גמ"ד המקנה, ועל כן אינם שייכים במקום דליכא מקנה].² הרי לנו מעשי קנין שאין בהם השתלטות על החפץ או הוראת בעלות, רק סמל לגמירות דעת וחלות הקנין היא מכח גמ"ד המקנה.

ובן מבואר במימרא דרב גידל (בכתובות קב. ועוד) כמה אתה נותן לבנך כך וכך וכו' עמדו וקידשו - הן הן הדברים הנקנים באמירה. ומפרשין (שם ע"ב) דבהיא הנאה דקמתני אהדדי גמרי ומקני להדדי. ובתוס' (בכורות יח:): שזהו כלל לכל מקום שיש ודאות מוחלטת דגמר ומשעבד נפשיה, שקונה בלא מעשה - והיינו מהטעם האמור, שבעצם סגי בגמ"ד מצד המקנה ואילו מעשה הקנין אינו נצרך אלא להורות על גמ"ד, הלכך כל דאנן סהדי דאיכא גמ"ד סגי. וע"ש ברש"ש שהביא לכך דוגמאות מכמה מקומות בש"ס, ואם כי יש לדון על אותן מקומות דלאו בקנין ממון גמור עסקינן, מ"מ פשט התוס' מורה דכללא הוא ד'אנן סהדי' מועיל בלא מעשה קנין. וכן נקט החזו"א (ב"ק כא, ה'), שקנין הנעשה ע"י אנן סהדי מועיל מדאורייתא, ודלא כהנוב"י (חו"מ כח) שנקט דלעולם לא יחול הקנין בלא מעשה, וההיא דרב גידל - תקנה מיוחדת היא מדרבנן. ואכן מצינו בזה שתי שיטות במאירי (קדושין ט). אם הא דרב גידל תקנתא היא, והטעם שאמרו דבהיא הנאה גמרי ומשעבדי - כטעם לתקנה נאמר ואינו עיקר, או שהטעם מהני מעיקר הדין. עכ"פ רואים אנו שלכמה שיטות בראשונים ובאחרונים ישנם אופנים שהגמ"ד פועל קנין מדאורייתא בלא צורך במעשה, כאשר יש ודאות מוחלטת על גמירות הדעת.

ג ע"ע בשיעור פ.ד.

ד וע"ע חזו"א בכורות יט, ג ב"ב ד, אה"ע לח.ה.

בהעברת המתנה ע"י קוף סגוי, דעיקר הקנין נעשה ע"י הזוכה והרי הבעלים נתרצה לכך.

והנה לפי הקצות ואבי החזו"א הלא חזינן שקנין מחברו וקנין מהפקר הם שתי מהויות חלוקות; קנין מהפקר ענינו השתלטות [אם השתלטות מציאותית אם סמל השתלטות כדין התורה] ואילו קנין מחברו נפעל ע"י המקנה בלבד. אמנם אף לדעת הנתיבות והגרש"ק הלא בעינן גמירות דעת מצד המקנה עכ"פ לניחותא והתרצות, וא"כ בזה חלוק מעשה קנין מחברו מקנין מהפקר, דבקונה מחברו צריך מעשה הקנין להראות על גמ"ד דהבעלים עכ"פ להתרצות למעשה הקונה או על גמ"ד להקנאה גמורה, ואילו בקנין מהפקר סגי במעשה השתלטות של הקונה גרידא.

ג) וכיון שיש חילוק מהותי ביסוד הקנינים הללו, נראה שאף כי יש סברא לומר דלקנות מהפקר קשה טפי כיון דליכא דעת מקנה וכנ"ל, יש גם כן סברא הפכית, שקנין מהפקר קל יותר מקנין מחברו; דהנה שיטת רש"י (בקדושין כו. וב"ק כט:) שלקנין הגבחה צריך להגביה שלשה טפחים [דלא כר"ת דבטפח סגי]. והתוס' הקשו מב"ק שם גבי ההופך את הגלל דסגי בהגבחה פורתא. ותירצו התוס' בדעת רש"י - ונראה שלזה כיוון רש"י שם בקוצר - שלקנות מחברו אמנם בעינן ג"ט ורק בקנין מהפקר סגי טפח. הרי חזינן שלקנות מהפקר קל יותר. ובחדושי הראב"ד שם מביא שיש מפרשים להפך, דמחברו קונה אף בטפח ואילו מהפקר צריך ג' טפחים. ולפי האמור עד הנה מובנת שיטת הי"מ, שהרי הקונה מההפקר צריך לעשות מעשה המועיל מצד עצמו הלכך צריך מעשה חשוב, משא"כ הקונה מחברו הלא לדברי הכל אפשר לפעול קנין מכח גמירות דעת המקנה כנ"ל וא"כ הרי מובן דבהגבחה פחותה סגי לקנות מחברו, שאף זה מורה על גמ"ד להקנות.

אכן סברת רש"י דלהפקר סגי במעשה-קל מאשר בקונה מחברו, תתבאר בהקדם לשון הרמב"ם ריש הל' מכירה 'המקח אינו נקנה בדברים ואפילו העידו עליהם עדים, כיצד בית זה אני מוכר לך וכו' אבל אם נקנה המקח באחד מהדברים שהוא נקנה בהם קנה הלוקח וכו' ובמה יקנה המקח הקרקעות באחד משלשה דברים וכו'. יש במשמעות הלשון שאף כי דברים לבדם אינם מועילים לקנות אבל כשנקנה באחד מדרכי הקנין אזי מועילים הדברים לקנות [כאילו כתב הרמב"ם 'במה דברים אמורים' דאין הדברים מועילים - כשהם לבדם, אבל כשהיה עמם מעשה, מועילים הדברים]. וצ"ב הלא נראה בפשוטו שהדיבור אינו מעלה ולא מוריד ורק מעשה הקנין הוא הפועל - אך נראה שהכוונה ליסוד הנ"ל, שכאשר יש מי שמקנה, מועיל המעשה לפעול קנין מחמת גמירות דעת המקנה, דהיינו הדברים ד'בית זה אני מוכר לך', וכאילו הדיבורים שבהם ביטא גמירות דעתו הם הפועלים את הקנין, לא מעשה הלוקח.

ומדויקים לשונות הרמב"ם שם ובפ"ג מהל' זכיה ומתנה - בהם עוסק בקונה מחברו או מקבל מתנה מחברו - שנקט לשונות 'דרכים' ו'דברים'. לעומת לשונותיו בהלכות גזילה ואבידה (יז,א) כשמדבר על קניית מציאה, אינו מזכיר 'דרכי קנין' אלא 'שתגיע לידו או לרשותו', דלא עסקינן התם ב'דרכים' של פעולות מסוימות המורות ופועלות גמירות דעת אצל המוכר אלא בהשתלטות על החפץ.

ז) אם במחזיק בנכסי הגר (פ"ב זכיה) נקט לשון 'דרכי החזקה', אך י"ל דדרכי החזקה אינם בהכרח 'דרכי קנין'.

ויש לדקדק עוד כחילוק שבפנים, ממה שפחת הרמב"ם בהל' זכיה 'ההפקר כל המחזיק בו זכה' ומשמע שיסוד קנין מהפקר היינו חזקה, והלא בהמשך שם מיידי הן בקרקעות הן במטלטלין. וכיו"ב בפ"ב (די-טו) נקט גבי משכון בגר שמת לשון החזקה, הגם שמטלטלין אינם נקנים בחזקה - ומשמע שיסוד קנין מהפקר משום חזקה הוא, כלומר החזקה המורה על בעלות והשתלטות.

ובזה תובן סברת רש"י, שאמנם הגבחה טפח סגי לפעולת השתלטות - שעל כן מועילה היא בהפקר - אך כשקונה מחברו בעינן דוקא 'לדרכים' מסוימות שנקבעו בהלכה בין בני אדם לפעולות העושות את הקנין, ונקבעה ההגבחה כדרך-קנין בג"ט דוקא.

וז"הו שהביאו התוס' שם לסייע לסברא דבהפקר סגי בהגבחה טפח הגם דמחברו לא מהני, מהא דאיכא למ"ד הבטה בהפקר קני (ב"מ קיח.) - ובודאי הבטה איננה 'דרך קנין' שנקבעה במקח וממכר שבין אדם לחברו [בין אם נפרש בהבטה גרידא או הבטה עם מעשה כל דהו - עתוס' ריש ב"מ] אלא שיש בה מעין הוראת השתלטות ותחילת לקיחה. וא"כ חזינן מזה דבקנין מהפקר סגי במעשה השתלטות גם בלא 'דרך' רשמית ומוסכמת של עשיית קנין, והוא הדין להגבחה טפח דסגי בהפקר אף דלא סגי בקנין שבין אדם לחברו.

ויבוארו בזה עוד דברי רש"י לשיטתו, שפירש (בקדושין כה:): בדעת האומר בהמה גסה נקנית במסירה - שמסירה לבדה קונה ולא משיכה. והקשו על כך התוס' מכמה מקומות ותירצו שיטתו דדוקא כשיש מוכר שאפשר לקנות במסירה - אין מועילה משיכה, משא"כ בהפקר דליכא מוכר שימסור מיד ליד, קונה במשיכה. והקשה מהרש"א דחזינן בסוגיא שם שאף במקום שאי אפשר לעשות הקנין המועיל לא מהני משום כך קנין אחר [מדפריך שם לר"ש דאמר בהמה גסה בהגבחה, פיל במה יקנה - ומאי פריך, הלא כיון שאי אפשר בהגבחה בדין הוא דיהני קנין אחר, אלא מוכח דלא אמרינן כן]. ותירץ מהרש"א שאמנם אין זו סברא דבכל מקום שא"א מהני קנין אחר, ורק הכא הוא דיש לחלק בין קונה מחברו לקונה מהפקר. ולא ביאר סברתו. אכן כבר קדם המהרי"ט בחדושיו שם בקושיא ובתירוץ, והוסיף דדוקא מחברו בעינן מסירה אבל בהפקר לא צריך לכל דרכי הקנינים דהא איכא למ"ד דהבטה בהפקר קני הגם דלא מהני בקונה מחברו. והרי הם הם הדברים דלעיל, דשאני הפקר דסגי בהוראת בעלות והשתלטות בלא 'דרכי קנין' המסוימות שנקבעו במקח וממכר שבין מוכר לקונה, הלכך מהני ביה משיכה הגם דלא מהני בקנינים שבין אדם לחברו. הרי דאזיל רש"י לשיטתו בהך סברא.

ד) ויש להוכיח שגם הרמב"ם סבר כסברת רש"י, שלקנות מהפקר קל יותר מלקנות מחברו. דהנה פליגי בב"מ (ח ט) אם הרוכב על בהמה קנאה או דלא קנאה אלא אם מנהיגה ברגליו [דאז הוא כמשיכה גמורה וכקורא לה והיא באה]. ודעת הרי"ף דרוכב לבדו קנה. וכתב המ"מ (גזילה יז,ז) שכן גם דעת הרמב"ם שכתב גבי אבידה דהרוכב קנה את הבהמה. ובכס"מ הקשה מדיוק לשון הרמב"ם בהלכות מכירה (ב,ו) 'שרכב עליה והלכה בו' - משמע דוקא אם הנהיגה ברכיבה זו, שהלכה מחו - קנה. וכן דקדק בספר תורת חיים (בב"מ ח) מדברי הרמב"ם המפורשים (שם ה"י) 'הרי זה קונה ברכיבה והוא שתהלך בו', משמע שרכיבה לבדה לא מהניא, דלא כסתימת דבריו בהל' גזילה ואבידה. אך התירוץ מתבאר מתוך דברי המאירי (בב"מ שם) שכתב דבהמת הפקר אכן מועילה רכיבה לבדה אבל לקנות מחברו בעינן גם כן שניהיג ברגליו ותלך מחמתו. ובוזה באים דברי הרמב"ם על דקדוקם בהלכות מכירה ובהלכות גזילה ואבידה [וכידוע, הרבה מדברי המאירי יסודם בדברי הרמב"ם]. והדבר מתבאר עפ"י האמור, שאמנם רכיבה היא השתלטות על הבהמה ועל כן מהני מעשה זה לזכות מההפקר, ואולם לענין מקח וממכר מחברו בעינן דרכי קנין מסוימות ולא סגי במעשה המורה על השתלטות, והרי דרך קנין הבהמה היא במשיכה הלכך כל שלא הלכה מחמתו אין כאן 'משיכה'.

ח) והכס"מ שם שלא חילק כן, וצדד שאף בקונה מן ההפקר בעינן שתלך מחמתו, אזיל לשיטתו שם שכתב שאין לחלק בין קנין מהפקר לקנין מחברו לענין קנין הנהגה. יעו"ש.

אבן האזל (מכירה ד, ד, ב, ח, ט) דהנה תחילת ענינו של קנין משיכה הוא ענין מעשה הכנסה לרשותו, דלכך לא מהניא ברה"ר אלא במושך לרשותו או לסימטא, ואם כי הסמטא אינה רשותו ממש לקנות לו בה אבל לענין הקנין די במה שיש לו רשות להעמיד שם בהמתו להחשיב כאילו הכניסה לרשותו. אכן יש לחקור בסוף ענינו של קנין זה, האם הוא מטעם דדמי לקנין חצר, כלומר שההימצאות במקום החדש בסימטא מכח הקונה היא הפועלת את הקנין כעין קנין בהמה הנמצאת בחצרו, או דלמא גדר הקנין הוא כעין קנין חזקה, כלומר מעשה ההכנסה של הלוקח לרשותו הוא מעשה הוראת בעלות, כעין מעשה החזקה בקרקעות. וביאר הגרא"ז דהראב"ד סובר שסוף ענין קנין המשיכה משום דדמי לקנין חצר ולכך צריך שיהא כולו בסימטא, דומיא דקנין חצר דבעינן שהחפץ כולו יהא בתוכה. ואילו הרמב"ם סובר שהמשיכה כחזקה, הלכך סגי במעשה הכנסה המורה על בעלות, ולא צריך שתהא כולה בתוך ה'רשות'.

ו) [בחקירה זו יש לדון כמו כן גבי קנין הגבהה, שיסוד ענינה כהכנסה לרשותו הגם שקונה בכל מקום, וכלשון הרמ"ה בב"ב (עו). ואין ענינה משום ההשתלטות המציאותית בכך שהחפץ בידו, שהרי הגבהה קונה גם אם אינו תפוס ביד כגון מקשקש בקן והיונים פורחות מחמת הכאתו (חולין קמא): או מגביה חפץ ע"י מקל ארוך וכד' [ובזה מתורצת הקושיא (ע' נתיבות המשפט קצח) למאי בעינן לקנין הגבהה, תיפול משום קנין 'ד' - אך יד קונה משום ההשתלטות מציאותית, וכמעשה הקנין דקודם מ"ת כנ"ל, ואילו הגבהה הוא קנין שנתחדש במ"ת אף בלא השתלטות מציאותית כגון שהוגבה הדבר מכחו ואינו תופס ביד כאמור. ונתבאר באורך במקום אחר"]. ויש מקום לחקור האם סוף ענינה משום דדמיא לקנין חצר, שע"י הגבהתו חשיב כחפץ המונח ברשותו דקנה משום ההימצאות בה, או דלמא משום מעשה הגבהה-ההכנסה נגעו בה, שהמעשה הזה גופא דומה לקנין חזקה בקרקעות. ויש לצדד ששני הצדדים אמת, כי כמה אופני הגבהה יש; -

דהנה התוס' (ב"ק צח. ועוד) הקשו כמה סתירות בקנין הגבהה, האם סגי בהגבהה מכחו [כגון בההיא דמקשקש בקן הנ"ל] אם לאו [כגון דאדייה מטבע של חברו בהכאה, בב"ק שם], והאם מהניא הגבהה גם דרך ירידה, כלומר שהחפץ עומד מוגבה מכחו אבל עתיד הוא ליפול מיד. וכתבו התוס' בדרך אחת שהגבהה בידו מועילה אף בדרך ירידה, כגון טלית שראשה אחד על העמוד ותפס האדם את ראשה השני וניתקה מעל העמוד, דקנה משום הגבהה (ע' ב"מ ט.). הגם שאינו דרך עלייה אלא דרך ירידה שהרי הטלית עומדת ליפול, ואולם הגבהה מכחו לא מהניא בדרך ירידה אלא בדרך עלייה, כגון טורף בקן הנ"ל, וכן ההיא דקדושין (כו). כפירוש התוס' שם מרבנו משולם) שקונה פיל בחבילי זמורות שמגביהן למעלה מהפיל וזה קופץ ומגביה עצמו מן הקרקע לאכלם. [ואגב יש להוכיח מהסוגיא בכתובות (לא): דכשמגביה בידו עכ"פ אין צריך פעולת הגבהה אלא די בתפיסת החפץ כשהוא מוגבה מעל הקרקע. וכבר הקשה בספר חלקת יואב (אה"ע ר"ס יג) על הט"ז (שסו), מובא במשנ"ב ובאה"ל שם סעיף ז) גבי עירוב חצרות, שכתב לעשות פעולת הגבהה]. - ומה הפרש יש בין ידו או לכחו לענין זה -

אך עפ"י האמור י"ל שכשהחפץ בידו דומה זה לחפץ הנמצא בחצרו ועל כן מהני בין בדרך עלייה או דרך ירידה, דסגי בעצם

והנה הרמב"ם פסק בהלכות מכירה (ב,ו) שבהמה נקנית במשיכה ולא במסירה. והקשה הלח"מ (שם בה"ה) מלשון הרמב"ם (גו"א יז,ו) 'בהמת מציאה שקדם אחד ואחזו במוסרה לא קנה עד שימשוך או ינהיג' דמשמע שבעצם שייך קנין מסירה בהמה אלא שבמציאה שאין שם מקנה שימסור לא קנה [כדברי הגמרא בב"מ ח:]: וכדיאר המ"מ שם בדברי הרמב"ם - והלא להלכה נקט הרמב"ם דליכא כלל קנין מסירה בהמה. אך לפי האמור א"ש, דאמנם בדרכי קנין שקונה מחברו לא מהני מסירה, אבל בהמת הפקר מהני כל מעשה של השתלטות, ושפיר הוצרך הרמב"ם להשמיענו שאחיזה באפסר לא מהני בהפקר.

מענתה מתורצות השאלות דלעיל על הרמב"ם, מה היסוד לחלק בקנין חזקה בין קונה מחברו לקונה מההפקר, ומה טעם ניר מועט מועיל לקנות מההפקר ולא לקנות מחברו והלא בכ"מ בדאיכא דעת אחרת מקנה קיל טפי - שניר מועט יש בו הוראת בעלות אבל אינו בכלל דרכי הקנין המסוימות ד'נעל גדר ופרץ', הלכך לזכות מההפקר סגי במעשה השתלטות והוראת בעלות, ואילו בתורת מקח וממכר בינו לבין חברו בעינן דרכי הקנינים דוקא.

וגם יתבאר מדוע גבי אכילת פירות הדין מתהפך, דמהני בקונה מחברו ולא בקונה מן ההפקר; דבאכילת פירות ליכא כלל הוראת בעלות על גוף הקרקע, דאטו הנוטל פירות משדה אחר מורה שקנה גוף הקרקע, וכמוש"כ הרמב"ם שהוא הטעם דאין אכילת פירות מהוה חזקת קנין בקרקע. מאידך בקנין קרקע מחברו סגי בזה כיון שמעשה הקנין מחברו ענינו להורות ולפעול גמירות דעת אצל המוכר, וכיון שהמוכר מכר הקרקע עם פירותיה הרי באכילת פירות יש מעשה החזקה בחלק מהמקח הלכך סגי בזה לפעול גמ"ד אצל המוכר, וכלשון רב האי גאון בספר המקח (יג) שע"י אכילת הפירות החזיק 'בקנינו', כלומר כיון שהמקח כולל קרקע ופירות הרי החזקה בפירות היא חזקה במקח, וכלפי גמירות דעת המוכר סגי בחזקה בחלק מהמקח, דהא לא בעינן מעשה המורה על בעלות והשתלטות בחפץ [עד שנדון שאין כאן הוראת השתלטות בקרקע אלא בפירות], רק מעשה המהוה סמל קנין לפעול גמ"ד, והרי המקח הוא אחד.

נמצא אם כן שיסוד החילוק אחד הוא, וממנו נובעים שני חילוקי הדינים: בהפקר מעשה ההשתלטות הוא עצמו הקנין ואילו במקח וממכר המעשה הוא רק סמל לפעול גמ"ד הלכך בעינן מעשה שנקבע בדין קנין. על כן, ניר מועט או הצעת מצעות הוא מעשה השתלטות אבל אינו נכלל בדרכי הקנין הקבועות ואילו אכילת פירות הוא מעשה קנין [בפירות, וממילא פועל גמ"ד לכלל המקח] אבל אינו מעשה השתלטות בקרקע.

ה) והנה הקשו הקצוה"ח ורעק"א (בחו"מ קצח) על הרמב"ם שכתב שרכיבה לא מהניא בקונה בהמה מחברו אלא אם הלכה על ידו, ומטעם קנין משיכה, כמו המושך בהמה בידיו או הכישה במקל והלכה - א"כ מדוע רכוב קונה אפילו ברשות הרבים (כמוש"כ הרמב"ם מכירה ב,י) והלא משיכה קונה בסימטא ולא ברה"ר.

ויש לתרץ בזה, דהנה פסק הרמב"ם (מכירה ג,ג) שמישכת חפץ אינה קונה עד שיצא הדבר מכל המקום שהיה בו. ומאידך פסק (ד,ד) שדבר הנקנה במשיכה אם היה ברשות הרבים ומשכו הלוקח לרשותו או לסימטא, כיון שהוציא מקצת החפץ מרה"ר קנה. והראב"ד השיגו הלא צריך שיצא לגמרי מהמקום הראשון וא"כ בדין הוא להכניס כולו לסימטא ולא סגי במקצתו כמו דלא סגי משיכה המשנה מקומו במקצתו. ופירש המ"מ דאמנם בעי שיצא לגמרי ממקומו הראשון אבל לענין הרשות הקונה די בכניסת מקצת מהחפץ לאותה רשות. וצ"ב במאי פליגי הרמב"ם והראב"ד. וביאר

ט שיעור פ.

י ושוא לא אמר הט"ז אלא כשמניחים החפץ בידו, כמשמעות לשונו, שסובר דתפיסה לבד אינה מעשה קנין, משא"כ כהאדם עצמו גורר החפץ לתוך ידו, כההיא דכתובות - סגי בלא מעשה הגבהה, שהגרידה לידו המוגבהת היא מעשה ההגבהה. [ומשמע בסוגיא שם שאף חפצים שאינם קטנים אלא ממוצעים] [דמהניא בהו משיכה] קונה בכך. ומוכח לכאורה דמהני קנין די אם לא כל החפץ בתוך ידו. וע' באורך בשיעור פ].

שהפירות יימצאו ברשותו. וא"כ הרי זו כוונת הרשב"א שבא להוציא מסברא זו.

ולשון הרמב"ם בהלכות מכירה (כט"י) 'וכן קטן שקטנה מטלטלין וקנו מידו ושכר מהם המקום - לא קנה עד שימשוך לפי שאינו זוכה בדרכים שזוכין בהן הגדולים. ראיה לדבר: שאין חצר של קטן ולא ארבע אמות שלו קונין לו'. ויש לדקדק מאי 'ראיה לדבר' הלא לכאורה היא היא, דשכירות מקום היינו קנין חצר גופא - אך להנ"ל אתי שפיר, דהרמב"ם לשיטתו דשכירות מקום דין מיוחד הוא המועיל כמו משיכה ולא היינו קנין חצר, אלא כמעשה הגורם להיות החפץ ברשותו.¹⁸

ואם כן הרי מתורצת קושית האחרונים הנ"ל מדוע הרכב ברה"ר והולכה קנה והלא מטעם משיכה אתינן עלה ומשיכה אינה מועילה ברה"ר - אך להאמור נחא, שהטעם דל"מ משיכה ברה"ר הוא מפני שאין בזה ענין 'הכנסה לרשותו' והרי עיקר ענין משיכה היינו הכנסה לרשותו. אך כיון שנתבאר שלהרמב"ם סוף דבר פועלת המשיכה כענין חזקה, דהיינו מעשה המורה בעלות ע"י פעולת ההכנסה, א"כ י"ל שאם המשיכה נעשית ע"י רכיבה הרי יש כאן מעשה המורה על הכנסה לרשותו מצד עצם הרכיבה שהיא תחתיו ממש ולא מצד המקום בו היא עומדת [בדומה קצת למגביה חפץ מהקרקע ומקורבו אל עצמו דמהניא כמעשה הכנסה לרשותו אף ברה"ר], ועל כן מהני אף ברה"ר, דה'ברשותו' נחשב ע"י פעולת הרכיבה ולא ע"י המקום עצמו. ואמנם הרכיבה לבדה לא מהני בלא הילוך כיון שאין הרכיבה בכלל 'דרכי הקנין' כנ"ל אבל כשהלכה מחמתו ונעשתה כאן 'משיכה' שהיא בכלל דרכי הקנין, לא אכפת לן אם עומדת ברה"ר. ונראה דזוהי כוונת המאירי (ב"מ ט) שכתב שרכוב ומנהיג עדיף דקונה אף ברה"ר, והיינו משום שהרכיבה עצמה היא מקצת רשותו, ולכן מהניא אף ברה"ר.

הרי נתבארה היטב שיטת הרמב"ם בדין רכוב, הן בהא דבעינן שינהיג ברגליו רק בקונה מאת חברו ולא בזוכה מן ההפקר [דברכיבה לבד איכא מעשה הוראת בעלות אבל אינה מדרכי הקנין] הן בהא דמהניא אף ברה"ר שלא כשאר משיכות 'כי מ"מ איכא מעשה של הוראת בעלות מצד עצם הרכיבה].

ונראה שהדברים מדוקדקים היטב בלשון המשנה בקדושין (כח:): רשות הגבוה בכסף ורשות ההדיוט בחזקה' ופרש"י בחזקה - במשיכה. ופשוט שהוכרח לפרש כן דהלא במטלטלין מיירי ולא בקרקעות הנקנות בחזקה, דאי בקרקעות הלא אף רשות ההדיוט בכסף (כדתנן שם כו.). אך אין מובן מדוע נקט התנא לשון ערומים לקרוא למשיכה 'חזקה' - אך נראה שזוהי הוציא הרמב"ם את שיטתו שענין משיכה במטלטלין עשאוהו בחזקה בקרקעות, שע"י מעשה המשיכה מורה בזה בעלות והשתלטות, כ'נעל גדר ופרץ' בקרקעות.¹⁹

יא ומ"מ חזינן שאינו כדון משיכה ממש, דמשיכה מהניא בקטן ולא שכירות מקום, ומאידיך גיסא חזינן בסוגיא קדושין שאף למ"ד דלא מהניא משיכה בבהמה מהני שכירות מקום. ומבואר שמצד המעשה גרע טפי משיכה כי אינו בגוף הבהמה אלא מעשה במקום, אך מצד ההימצאות ברשות עדיפא טפי. ולפי"ז נראה דאף להרמב"ם יכול השוכר לקנות במשיכה לרשות המושכרת.

יב ונראה שלכן השמיענו התנא במקום זה דוקא דמשיכה כחזקה, כי זהו עיקר יסוד החילוק בין קנין ההקדש לקנין קדושין שאף למ"ד דלא מהניא משיכה בבהמה מהני שכירות מקום. [לא חזקה כפשוטה בקרקע ולא 'חזקה' דמשיכה במטלטלין] דאין שם ענין הוראת בעלות ע"י הגובר, רק ענין מעשה קנין חיצוני וקבלת תמורה. משא"כ בהדיוט יסוד קנינו [גם] משום 'חזקה' דהיינו חזקה כפשוטה או משיכה. והתנא בא לפרש יסוד החילוק.

הימצאות החפץ ברשותו' ולא אכפת לן בצביון המעשה, משא"כ הגבהה מכחו כשאין החפץ בידו לא מהניא כעין חצר אלא כעין חזקה כלומר ע"י המעשה של ההכנסה לרשותו המורה על בעלות, ואם כן הרי שפיר י"ל שצריך מעשה הגבהה ואילו בדרך ירידה אין כאן מעשה של הוראת השתלטות ולקיהח.

עוד תירצו בתוס' דדוקא בבעלי חיים מועילה הגבהה מכחו, כגון בהפרחת היונים מהקן, שדרך הגבהתם הוא בכך וכמו קורא לה והיא באה, אבל בחפצים אחרים בעינן הגבהה בידו דוקא. והקשה האו"ש (מכירה א,ד) הלא ייסדו התוס' בב"ב (פו. ד"ה לצדדין) שהגבהה מועילה אף בדברים כבדים שאין דרכם בהגבהה. וכתב דאמנם הגבהה בידו מהניא אף בשאין דרכו בהגבהה אבל הגבהה מכחו לא מהניא אלא בדרכו בכך. ולא ביאר סברת החילוק. אך להאמור א"ש כי הגבהה ע"י דבר אחר מהני כעין קנין חזקה בקרקעות ועל כן צריך שיהא זה כדרך החזקה דבעינן מעשה המורה על בעלות והשתלטות, משא"כ הגבהה בידו עשאוהו כעין קנין חצר ועל כן לא אכפת לן אם דרך אותו החפץ בהגבהה אם לאו, דסו"ס הוא נמצא ברשותו].

(ז) עתה נשוב לענין משיכה. כאמור ייסד הגרא"ז דלהרמב"ם אף כי יסוד הקנין הוא מעשה של הכנסה לרשותו, אולם סוף ענינו שהמשיכה מועילה כדמיון קנין חזקה בקרקע, כלומר מעשה של הוראת בעלות. ויש לבאר בזה דברי הרשב"א בקדושין (כה:): על הא דמקשינן פיל במה ייקנה ומתריצין בשוכר את מקומו. וכתב הרשב"א: מהא שמעינן דשכירות מקום אינו מדין משיכה. ופשט דבריו, דהא מיירי התם לר"ש דבהמה אינה נקנית במשיכה וע"ז פרכינן פיל במה ייקנה ומשינן בשוכר את מקומו, הרי דשכירות מקום מהניא אף דמשיכה ל"מ, ובהכרח דשכירות מקום קונה משום חצר. אכן עיקר דבריו טעון באור, מהי תיתי לומר דשכירות מקום תהני מדין משיכה, ומאיזו סברא בא הרשב"א לאפוקי. אך נראה שהיא סברת הרמב"ם ז"ל, דהנה שיטת הרמב"ם (שכירות ו,ה) - שלא ככמה ראשונים (עראב"ד שם ורש"י וריטב"א ב"מ קב) - שחצר שכורה קונה למשכיר ולא לשוכר. והקשה הראב"ד משכירות מקום שמבואר בכ"מ בש"ס שמועילה לקנות לשוכר. ונאמרו בזה תירוצים רבים ואכ"מ. אכן הרמב"ם עצמו תירץ הקושיא בפירוש המשנה (מעש"ש ה,ט) בהא דתנן אמר ר"ג עשור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו דקניית המטלטלין בשכירות מקום מהניא 'כאילו משכך ונתנם ברשותו'. וכפי הנראה בא להסיר מעליו השגת הראב"ד הלא לדעתו חצר המושכרת אינה קונה לשוכר ומה מהני שכירות המקום - על זה כתב דשכירות מקום מדין משיכה הוא דמהניא ולא משום קנין חצר. ובתרגום החדש לפירוש המשנה הלשון כאילו החזיק בהם - והרי השוה שכירות מקום בקנין המטלטלין לחזקה בקרקע [וגם לתרגום הרגיל הכוונה שוה, דהיינו 'משכך' היינו 'החזיק בהם' כאמור], ובאור הדבר שהמעשה של ההכנסה לרשותו במשיכה הוא מעשה הדומה למעשה של חזקה בקרקעות דהיינו הוראת בעלות, הלכך אף כי חצר שכורה אינה רשותו של השוכר לקנות לו בקנין חצר מ"מ הא לא גרעה מסימטא דמהני בה משיכה, וא"כ כשם דמהני משיכת החפץ לתוך החצר, ס"ל להרמב"ם דכמו כן מהני 'משיכת החצר אל החפץ' כלומר דמעשה שכירות המקום שהחפץ עליו הוא הוא כמעשה המשיכה דהיינו מעשה הכנסה לרשותו, שע"י ששוכר המקום הוא פועל

