

סימן ב

בפעולת הקנינים

ראשי פרקים

- א. שני סוגים של קנין משיכה
- ב. בקנין הגבהה
- ג. בין רשות להכנסה לרשות
- ד. הוראת בעלות בחזקה
- ה. גמירות דעת בחזקה
- ו. הוראת בעלות בשכירות
- ז. הגבהה וחזקה בעבד כנעני
- ח. קנין מסירה
- ט. כליו של אדם

מצאנו לכאורה שלשה סוגים של קנינים: האחד - קנין שהוא מכח רשותו של האדם וההכנסה לרשותו, כדוגמת קנין חצר, דכיון שהוכנס או נמצא החפץ ברשות הקונה, הרשות קונה לו. השני - הוראת בעלות, שמעשה הקנין מורה על בעלות הקונה, כדוגמת קנין חזקה, דכשנעל גדר ופרץ מעשהו מורה על בעלות על הקרקע. השלישי - ביטוי לגמירות דעת, כדוגמת קנין סודר וקנינים שאינם בגוף החפץ, שמעשה הקנין מורה על גמירות דעת של המקנה והקונה לביצוע העברת הבעלות על החפץ. ופרטיהם ודקדוקיהם יבוארו להלן.

א. שני סוגים של קנין משיכה

על הא דאיתא בגמרא ב"מ ט,א דמהני קנין במנהיג בהמה בעיר, ואוקמא במנהיג ברגליו, הקשה התוס' רי"ד דהא הנהגה ברגליו הוי קנין משיכה, והא קי"ל דמשיכה לא מהני ברשות הרבים אלא רק בסימטא, ותיירץ וז"ל:

"נ"ל דיש חילוק בין משיכת מטלטלין לבין משיכת בעלי חיים, דמשיכת מטלטלין אינה קונה ברשות הרבים ומשיכת בעלי חיים קונה ברשות הרבים, דמשיכת מטלטלין בעינן שימושך המטלטל ויביאנו אליו, אבל אם גלגלו הלאה ברחוק ממנו אע"פ שהסיעו הרבה ממקומו - לא קנה, דלא חשיבה משיכה דידיה אלא כשהוא מביאו אצלו, והלכך בסימטא שיש לו בה רשות מהני משיכה והוי כאילו הביאו ברשותו, אבל ברשות הרבים שאין לו בה רשות, לא קניא משיכה דלא הביאו לרשותו. אבל משיכת בעלי חיים אינה כן, דעיקר משיכתו הוא להנהיגה לפניו ולא שיביאם אצלו, ובעינן עד שתעקור הבהמה יד ורגל או עד שתהלך מלא קומתה, ובכל טצדקי דאיכא עקירה, בין לפניו כגון שהנהיגה לפניו בין שהביאה אצלו, הוי משיכה ... וכיון דעיקר הקנין תלוי בעקירת יד ורגל ולא שיביאנה אצלו, אפילו ברשות הרבים קונה. ומאי דאמרינן

בהמה מושכו ויוצא, שאם היה ברשות הרבים דלא קנה, התם משום דלא עבד משיכה ברשות הרבים אלא רוצה לקנותה בהוצאה שעשה לה מרשות הבעלים והביאה לרשותו, והלכך אם הוציאה מרשות הבעלים לרשות הרבים לא קנאה, שלא הביאה לרשותו, אבל אם הנהיגה ברשות הרבים עד שתעקור יד ורגל או שתהלך מלא קומתה הכי נמי דקני."

ונראה בבאור דבריו דיש שני סוגים של קנין משיכה, האחד הפועל ע"י הכנסה לרשותו, והשני הפועל ע"י מעשה המורה על בעלות. קנין משיכה במטלטלין פועל ע"י שמכניס כביכול את החפץ לרשותו. הכנסה לרשותו במשיכה מצרכת שני תנאים: הבאת החפץ אליו, ושיהיה הדבר במקום היכול להיות מוגדר כרשותו לענין הקנין. כל זה בקנין משיכה הפועל באופן ובמהות של הכנסה לרשותו, משא"כ קנין משיכה המורה על בעלות, בזה אין צורך שתהיה המשיכה בסימטא, וכן אין צורך שימשוך החפץ אליו. ודבריו דקנין משיכה במטלטלין מהני רק כאשר מושך את המטלטל אליו, הינו דבר חידוש.

ומה שאנו אומרים שקנין משיכה בקורא לה והיא באה ענינה הוראת בעלות ולא גמירות דעת, דהחילוק בין קנין של הוראת בעלות לקנין של גמירות דעת, דקנין של גמירות דעת נעשה הקנין באמצעות חפץ שלישי (כסף, שטר, סודר). הקנין לא נעשה בחפץ עצמו. זו פעולה של הקונה והמקנה (ודנו האחרונים אם הוי קנין מצד הקונה או המקנה, ואכמ"ל) המבטאת גמירות דעת. זו פעולה בגברא של פועל הקנין, שבאמצעותה הוא מבטא שגמר בדעתו לקנות או להקנות. משא"כ קנין של הוראת בעלות מעצם טיבה וטיבעה יכולה להיות דוקא בחפץ עליו מורים את הבעלות, והוא קנין מצד הקונה בלבד המראה את בעלותו על החפץ. ע"כ כשקורא לה והיא באה זהו קנין מצד הקונה בחפץ הנקנה (הבהמה), וע"כ הוי קנין של הוראת בעלות. ואף שהקנין במשיכה וחזקה הוא מצד הקונה בלבד, בעינן לאמירת לך חזק וקני ולך משוך וקני, לא מפני שבאופן זה פועל המקנה אלא שנותן לקונה רשות להורות בעלות ולהכניס לרשותו את החפץ שבבעלותו, דבלא אמירתו של מקנה, מהיכי תיתי תועיל הוראת בעלות בחפץ בבעלות של אחרים. (ועיין מש"כ בזה הגרא"ז באבן האזל שכנים ב,י).

ובגמרא ב"מ ט,ב: בעי ר' אליעזר, האומר לחבירו משוך בהמה זו לקנות כלים שעליה מהו ... אמר רבא, אי אמר ליה קני בהמה וקני כלים, מי קני כלים, חצר מהלכת היא וחצר מהלכת לא קנה ... והלכתא בכפותה. וברשב"א שם (סד"ה הא דבעי), הקשה וז"ל:

"בהמה בגרירה היכי מיקנייא, מי עדיפא גרירה מהנהגה בגמל או ממשיכה בחמור דאמרינן דחד צד מינייהו לא קני משום דאין דרכן בכך, והלא אין דרך בהמה לגרור אותה כפותה לעולם ... וי"ל דהתם במידי דהלוך ועקר הליכתן מעצמו היא, וכיון שכן אין הליכתן קונה אלא כדרך הנהגתן, אבל כאן שהוא מושך אותה לגמרי אפילו בגרירה קונה."

ומבואר מדבריו דמשיכת בעלי חיים שהם הולכים, אין זה קנין משיכה הרגיל. דקנין משיכה רגיל הוא שהחפץ נמשך ממקומו אך ורק ע"י פעולת המושך ללא כל צד וגורם המעורבים בו, ומבלי שהחפץ הנקנה מסייע במשיכתו. אולם כאשר מושך הקונה בעל חי, הבעל חי נמשך

בגרמת המושך או המנהיג, אך המשיכה היא מפעולת הבהמה. משא"כ משיכת בהמה כפותה, זהו קנין משיכה רגיל, ולענין זה הבהמה הכפותה כשאר כל החפצים.

ובעצם חילוקו היה נראה לפרש כנ"ל, דיש שני סוגים של קנין משיכה, משיכה שהיא במהות כפעלות הכנסה לרשותו, וכקנין חצר, ומשיכה שהיא כהוראת בעלות, כקנין חזקה (דלא כגמירות דעת בסודר, דהחילוק ביניהם, דהוראת בעלות הינה דוקא בקנין בגוף החפץ, משא"כ קנין בגמירות דעת הוא בקנין ללא גוף החפץ אלא בחפץ שלישי, כסף, שטר, סודר). כאשר הבהמה כפותה, משיכת הבהמה היא כהכנסה לרשותו, משא"כ במהלכת, משיכתה מהוה רק הוראת בעלות, דמהות הכנסה לרשותו שהוא זה שיכניס לרשותו, וכאשר הוא רק הגורם לכך שהבהמה תכניס עצמה לרשותו, אין כאן קנין של הכנסה לרשותו, אבל הוראת בעלות כפעולה של קנין שאינה בגוף החפץ, יש בקנין משיכה שהיא ע"י הנהגה או משיכה בהולכת. ולפי המבואר לעיל, לתוס' רי"ד אם קונה בהמה בהיותה כפותה ע"י משיכתה, צריך דוקא למושכה אליו וכן שתהיה המשיכה בסימטא, אולם בהולכה והנהגה לתוס' רי"ד יכול להנהיג ולמשוך אף ברשות הרבים ואף אם אינו מוליכה אליו.

עוד מבואר בדברי הרשב"א דהא דבעינן במשיכה שיהיה דרכו בכך הינו דוקא במשיכה או בהנהגה, אבל במשיכה שמעין הכנסה לרשות לא בעינן שיהיה דרכו בכך. וכן מבואר בדברי רש"י במשנה קדושין כה, ב לענין בהמה גסה במשיכה, דמשיכה לא מקניא "דאין דרכה בכך להוליכה לפניו". דהנה משיכה שהיא במהותה הכנסה לרשות, המציאות היא הקובעת, האם היתה כאן הכנסה לרשותו או לא. אין כל שייכות אם דרכו של החפץ במשיכה או לא. האם יש כאן פעולה או מציאות של הכנסה לרשותו אם לאו, משא"כ קנין משיכה של הוראת בעלות, בזה הדבר תלוי גם בחפץ, האם דרכו בכך, דאם אין דרכו בכך, אין כאן הוראת בעלות, דהנהגה משונה בחפץ אינה הוראת בעלות, וע"כ בעינן שהיה דרכה בכך. ובזה י"ל לשיטת רש"י מה שהקשה הרשב"א בקדושין כה, ב אמאי לא מהני משיכה, דהא כל-שכן היא ממסירה, דמשיכה חשיבה טפי. וי"ל לרש"י, דמשיכה שמכניסה לרשותו היא חשיבה טפי ממסירה שהיא רק הוראת בעלות, אבל משיכה בבעלי חיים כל מהות הקנין הוא רק הוראת בעלות, וע"כ לית בזה ק"ו ממסירה.

אלא שעדיין צ"ב ע"פ מש"כ הנימוק"י בב"ב (לח, ב בעמוה"ר) לענין קנין מסירה בספינה, שאינה נקנית במשיכה אלא כשהיא על המים או ברקק מים, "וכן כתבו אחרים דבמשיכה אינה נקנית אלא בכהאי גוונא שהיא מונחת על רקק מים, אבל אם היתה מונחת ביבשה, אין דרך למשוך ולגרור אותה אלא צריך שיגביהנה". ואי נימא דבעינן דרך משיכה רק בקנין משיכה שהוא הוראת בעלות ולא בהכנסה לרשותו, אמאי בעינן משיכת ספינה דוקא ברקק מים, אמאי לא מהני ביבשה כיון שמכניסה לרשותו. אמנם הרשב"ם (ב"ב עו, ב ד"ה לא קשיא) נראה דדוקא במסירה בעינן שתהיה ברקק מים, וז"ל:

"הא דאמר רבי ספינה במסירה היינו ברשות הרבים כגון רקק מים שברשות הרבים דא"א במשיכה, דאין משיכה אלא כשמושך לרשותו כגון בחצר של שניהן או בסימטא כדלקמן, וכיון דא"א במשיכה, קנה ליה במסירה ..."

ומשמע דדוקא במסירה בעינן שיהיה דרכו בכך. ומש"כ הרשב"ם בהמשך דבריו דספינה נקנית במשיכה, "היינו בסימטא כגון מבואות קטנים ויש בהם מים וספינה עומדת שם", אורחא דמילתא נקט כדמשמע בדבריו שם, אבל אה"נ אם תהיה הספינה ביבשה בסימטא וימשוך הספינה, כיון דמכניסה לרשותו, נקנית הספינה במשיכתה. אולם למש"כ הנימוק"י, וכוותיה פסק בשו"ע חו"מ קצח, יג, לכאורה דרך משיכתה הוי גם באופן של משיכה בהכנסה לרשותו.

והרשב"א בב"ב ע"ב כתב ב טעמים בענין משיכה דלא מהני ברשות הרבים; "שאי אפשר לו למשוך מפני הרבים שמעבין. ועוד, שאפילו כשמושך מכאן לכאן עדיין לא הכניסה בתוך רשותו". וטעמים אלו שייכים לכאורה בקנין משיכה שהיא פעולה של הכנסה לרשותו, דלא הוי הכנסה לרשותו ברשות הרבים מתרי טעמי: שרשות הרבים אינה רשותו לענין שימושים, משא"כ סימטא. וכן שבפועל אינו מכניסה ומעבירה לרשותו אפילו רשות הרבים היה רשותו כסימטא, דכיון דהרבים דוחקים שם לא הוי במשיכה הכנסה לרשות המיוחדת לו, משא"כ הגבהה אף שהרבים דוחקים חשיב כרשות המיוחדת לו.

ובנתיבות קפח, א דן אם מהני קנין חזקה ע"י פועל נכרי, ובתוך דבריו כתב דפעולת הפועל חשיב כפעולת קנין בגרמתו דמהני, וכדמוכח מקנין הגבהה. וכן הדין במשעכה, וז"ל:

"וכן בקנין משיכה, כיון דאפילו קורא לה והיא באה לרשותו מהני, אלמא כל שנמשך לרשותו ע"י גרמתו מהני, הוא הדין כשציוה לפועל למושכו לרשותו מהני דאין לך גורם גדול מזה ואפילו הפועל אינו בר שליחות. וגדולה מזו נראה דאפילו שיסה כלב על הבהמה לגרשה לרשותו דמהני כמו קורא לה והיא באה, דהוי ג"כ גורם למשיכה."

מדברי הנתיבות מוכח שלא עשה הבחנה בין שני סוגי המשיכה, וס"ל דהכל קנין אחד, מהא דהביא ראיה דמהני גרם קנין מקורא לה והיא באה. דלכאורה למש"כ לעיל יש לחלק, דקורא לה והיא באה הוא קנין משיכה של פעולת הוראת בעלות, ואין ללמוד מינה לפעולת משיכה שהיא הכנסה לרשותו, דקורא לה והיא באה לא הוי גרם אלא אופן של קנין שאינו בגופה המורה על בעלות הקונה בחפץ. אולם הנתיבות ס"ל דמשיכה בגופה וקורא והיא באה הוי ענין אחד, וע"כ אם מהני בקורא לה והיא באה י"ל דמהני קנין בגרם, וע"כ מהני גם במשיכה האחרת בגרם ע"י פועל נכרי.

[ונשאלתי מה יהיה בקנין של כדור ע"י בעיטה, האם בכגון זה הוי משיכה של הכנסה לרשותו אליבא דהתוס' רי"ד, או מעין קורא לה והיא באה. ולכאורה כיון שעיקר משיכתו היא לבעוט ולא שיביאם אצלו, דמי לבהמה, וקונה במשיכה דומיא דקורא לה והיא באה, שעוקרת יד ורגל מחמתו, ומחמת הוראת הבעלות.

עוד נשאלתי בכדור שנתלה על העץ והפקירו בעליו, ובאו שני ילדים, האחד נענע את העץ נענוע חזק והכדור נפל, והשני לקחו כשנפל, אם הראשון זכה בנענוע מדין קנין משיכה. והשבת דלכאורה כיון שקנין משיכה בכגון זה ענינו הכנסה לרשותו, אי"כ לא שייך נענוע ומשיכה במקום שאין לו שייכות לחפץ והוא נמצא במקום גבוה. והוא הדין בהגבהה מכוח, זה דוקא במקום שידו משגת, דג"כ חשיב כהכנסה לרשותו וכדלהלן, אבל כשאין לו כל יכולת

להשיג החפץ, דבשעת נענוע אין לו כל יכולת להגיע לחפץ והנענוע הוא רק היכי תימצא לפילה שרק אז יוכל לזכות בחפץ, אין בנענוע משום קנין משיכה או הגבהה מכוחו, דלכאורה אין בזה גם פעולה של הכנסה לרשותו או הוראת בעלות וכדלהלן. ולכאורה אף גרע מעני מנקף בראש הזית, עיין גיטין נט, וצ"ע. ואף אם הוי כעני המנקף, י"ל דלא הוי גזילה מדרכי שלום כשקטן זכה בדבר שאין בו אלא מפני דרכי שלום, ועדיין צ"ע.

ב. בקנין הגבהה

על מהות קנין הגבהה למדים אנו מדברי הראשונים בטעם הדין שהגבהה קונה בכל מקום, בין ברשות הרבים ובין ברשות המוכר, כדאיתא בב"ב ע"ב. היד רמ"ה בחידושו לב"ב (ע"ב ד"ה והגבהה), כתב וז"ל:

"דכיון דאגבהיה ודאי אפקיה מרשותא דהוה קאי בגויה ועייליה לרשותא דנפשיה. דאי למאן דאמר חצר משום יד אתרבאי, לא תהא ידו קלה מחצירו, ואי למאן דאמר משום שליחות אתרבאי, לא יהא עצמו קל משלוהו. וסברא נמי הוא, שאין לך דבר שנכנס לרשותיה של אדם יותר מהבא לידו."

ומבואר שענין הגבהה הוא הכנסה לרשותו, דע"י שמגביה את החפץ בידו, מכניסו לרשותו. ומבואר גם דהגבהה מדין יד אתרבאי, ובהגבהה מכניסה לידו שהיא רשותו. ובתוס' רי"ד (ב"ב ע"א), הוסיף לבאר דהגבהה עדיפא ממשיכה, "שהמשיכה אינה מכנסת לרשותו וזו המסירה מכנסת לתוך ידו ... והיא היא הגבהה דאמרינן שהיא קונה בכל מקום".

והרשב"א (ב"ב ע"ב ד"ה והגבהה) הקשה על הא דהגבהה קונה אפילו ברשות מוכר, דהא עושה הקונה קנין באויר חצרו של המוכר, ואויר חצירו כחצירו, ואיך יקנה לקונה, דכשם שמשיכה לא מהני ברשות מוכר אע"פ שמוציאו ממקום למקום, הוא הדין הגבהה. ותירץ הרשב"א, וז"ל:

"אבל יש לפרש דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה, וכיון דעקר מן החצר ממש, אין אוירו חשוב כל-כך שלא תקנה שם הגבהתו, אע"פ שאין משיכה קונה בחצירו ממש ואע"פ דאיכא דעת אחרת."

ומבואר דהגבהה ומשיכה ענינם שוה, דענין משיכה שמנתק את החפץ מרשות הבעלים לרשותו, וכך היא ענין הגבהה, אלא שברשות המוכר כיון שעומד על רשותו ממש, לא ניתק החפץ מרשות לרשות, משא"כ בהגבהה, אף שעדיין באויר חצירו של מוכר, מ"מ חשיב כניתק מרשותו של מוכר, כיון שבידו של קונה חשיב טפי מאוירו של מוכר. ומבואר שענין הגבהה היא הכנסה לרשותו.

אלא שבגמרא קדושין כה, ב - כו, א הקשו אליבא דרבי שמעון שזו וזו נקנית בהגבהה, פיל לרבי שמעון במה יקנה. ותירצה הגמרא בחבילי זמורות. ועי"ש ברש"י ובתוס' (כו, א). ולכאורה אם ענין קנין הגבהה הוא ההכנסה לרשותו, מה מהני מה שמוגבה החפץ מחמתו, הן

מחמת חבילי הזמורות שהוליך הפיל עליהם (לרש"י) והן למה שהגביה הפיל את עצמו כדי להגיע לחבילי זמורות (לתוס'), הא כיון דלא הוי בידו, לא דמי להגבהה.

ע"כ היה נראה לפרש שאף בהגבהה יש שני סוגים של קנין: האחד כשמגביה בידו, שענינו הכנסה לרשותו, והאחר הגבהה מחמתו שהיא הוראת בעלות. ועיין בריטב"א קדושין כה,ב (בסוף) שהביא את מחלוקת רש"י ותוס' בדין חבילי זמורות, ודעת התוס' דמירי בהגבהה מחמתו:

"שכל שנגבה מחמתו הרי הוא כאילו הגביהו בידו ממש, וכדאמרין גבי משיכה קורא לה והיא באה..."

דענין הגבהה מחמתו היא כענין קורא לה והיא באה במשיכה שהיא הוראת בעלות ולא הכנסה לרשות, ומ"מ הוי כידו ממש לענין שקונה בהגבהה, אך לא לענין מהות הפעולה. וברשב"א (קדושין כו,א) מובא ג"כ הדמיון לקורא לה והיא באה, ולא הוזכר דהוי כאילו הגביהו בידו ממש. ואפשר דכיון דמהות הקנין שונה, לא הוי כבידו ממש. וכך הם דברי הרמב"ן (קדושין כו,א): "וזו היא ההגבהה כיון שמחמתו הוגבה, כדקתני קורא לה והיא באה". ומדהביאו הראשונים הנ"ל ראייה דמהני הוגבה מחמתו משיכה של קורא לה והיא באה, מוכח דענין הגבהה מחמתו וענין משיכה שקורא לה והיא באה ענינם אחד, דבשניהם מורה את בעלותו על החפץ, אף שעצם הקנין הבסיסי הרגיל הוא הכנסה לרשותו.

והא דמהני הגבהה מחמתו אף ברשות הרבים או ברשות מוכר, עיין קצוה"ח קצו,א שהוכיח כן מדברי התוס', י"ל ע"פ מש"כ התוס' רי"ד (המובא בתחילת הדברים) ובהסבר דבריו, דדוקא קנין שענינו הכנסה לרשות קונה, בעינן שיהיה בסימטא או בידו ורשותו, אבל קנין שענינו הוראת בעלות, אין נפק"מ אם עושה כן ברשות הרבים או אפילו ברשות המוכר, דכל היכא שמורה את בעלותו בחפץ הוי קנין. וע"כ אף דענין הגבהה מחמתו שונה במהותו מפעולת הגבהה בידו, מ"מ אין מקום לחלק על מקום הקנין ולומר דבהגבהה מחמתו לא יהני ברשות הרבים או ברשות מוכר, וע"כ לא חילקו בזה הפוסקים. ובזה אתי שפיר מה שהקשה באמרי בינה (קנינים ו) איך מהני הגבהה מכוחו בכל מקום, עיי"ש.

ובדבר אברהם (ח"א סי' כא ענף ד [טו], ד"ה אבל) שדן בענין הגבהה אי מהני בכליו של מוכר, שכתב בתוך דבריו דמשיכה והגבהה אופן פעולתן שונה, אף שענינם שווה - הוצאה מרשות המוכר לרשות הקונה. ומשיכה שהיא על קרקע המוכר לא מהני, כיון שלא הוציאו מרשותם, משא"כ הגבהה, מה שבידו הרי הוא ברשותו. והוסיף הדבר אברהם: "וכן גם במוגבה מכוחו הוא נידון כאילו הוא בא לרשותו". וכן הוא בהמשך דבריו שהביא את דברי הרמ"ה (הנ"ל) דהגבהה ענינה שמכניס לרשותו, ואע"ג דלא בעינן בידו ממש, "מ"מ כוחו נמי חשיב כרשותו". וזה לכאורה לא כמש"כ, דלדבריו הגבהה ממש והגבהה מכוחו - ענינם אחד.

וכן נראה לכאורה מדברי האבני מילואים קלטו, על דברי המחבר בשו"ע אהע"ז קלטו, בזרק לה גיטה מגגו לחצירה, דאם נמחק הגט לאחר שהתחיל לירד - מגורשת, ומשמע דאם נמחק בדרך עליה - אינה מגורשת. וכתב האבני מילואים בטעם הדין שנמחק דרך עליה אינה מגורשת, דכל דרך עליה הו"ל הגבהה והו"ל כאילו הוא בידו ממש, וא"כ כל שהגביהו הבעל,

אף שהוא בחצירה, "הרי הוא כאילו עדיין בידו הוא, דכל הגבהה כידו ממש הוא", ולא מהני אויר חצירה של האשה כשהגט בידו של הבעל. ומבואר מדברי האבני מילואים שהגבהה מכוחו - כידו דמי. (ומ"מ לעצם תרוצו, בראשונים מבואר טעמא אחרינא, דדרך עליה לא חשיב כ"כ סופו לנוח, עיי"ש).

ג. בין רשות להכנסה לרשות

ובכתובות לא, נחלקו רש"י ותוס' אם הגבהה בעינן ג טפחים או סגי בטפח אחד. דעת רש"י דבעינן הגבהה ג טפחים, ודעת התוס' (ד"ה דאי) דכל שבידו לא צריך ג טפחים וסגי בטפח אחד. ובקצוה"ח רסח, ב כתב לבאר מחלוקת, דדעת התוס' דידו לא גרע מחצירו, וע"כ לא בעינן הגבהה ג טפחים וכן אינו צריך כונה, דידו כחצירו שקונה לו שלא מדעתו (עיין ש"ך רסח, ו), משא"כ לרש"י דידו אינו מדין חצר אלא מדין קנין הגבהה, בעינן ג טפחים ובעינן כונה לקנין. ובנתיבות רסח, ב כתב דודאי ידו לא גרע מחצירו, אלא דכשמונח הכל בידו חשיב כידו וכחצירו, משא"כ אם יש גם מחוץ לידו, מהני מדין הגבהה ובעינן ג טפחים. וכן כתב בנתיבות קצח, ג.

ומדבריו נראה דאף בהגבהה בידו ממש, אין דין ההגבהה כחצירו ורשותו אלא כשכל החפץ בתוך ידו, דומיא דקנין חצר, שכל החפץ מונח בחצר. ויש להבין, אם הגבהה חשיב כרשות רק כשכל החפץ בתוך ידו, אבל אם בולט מחוץ לידו הוי הגבהה, א"כ אמאי מהני קנין הגבהה ברשות הרבים או ברשות המוכר. ונראה דלנתיבות יש שני גדרים של רשות בקנינים: האחד רשות ממש - מציאות, והשני - פעולה של הכנסה לרשותו. רשות ממש היא חצירו של אדם וידו, שקונות לו שלא מדעתו, וכח הקנין בהם מחמת שהחפץ מציאותו בתוך רשות הקונה. הכנסה לרשותו היא פעולה של קנין משיכה וקנין הגבהה, שבהם הקונה מנתק את החפץ מרשות הבעלים ומכניסם לרשותו. בקנינים אלו אין צריך החפץ להיות ממש ברשות הקונה אלא מספיק שמכניס למעין רשותו, כגון שמושכה אליו בסימטא או שמגביה אליו את החפץ אף אם החפץ אינו בידו ממש. והא דמהני קנין הגבהה ברשות הרבים וברשות מוכר, ולא מהני שם קנין משיכה, דבהגבהה מנתק את החפץ מרשות המוכר טפי ממשיכה, ומנתק גם מרשות הרבים לרשותו.

לפי"ז י"ל בדעת הנתיבות דאין חילוק בין הגבהה ממש להגבהה מכוחו, בשניהם זו פעולה של הכנסה לרשותו, דאם אינו רשות ממש אלא רק מעין הכנסה לרשותו ויש חילוק בין אם כל החפץ בידו או בולט מחוץ לידו, י"ל דאין חילוק בין בולט מחוץ לידו או הוגבה מחמתו. ואפשר לשיטתו גם במשיכה היכא דקורא לה והיא באה הוי מעין הכנסה לרשותו. וכן נראה מדבריו בסי' קפח, א הנ"ל דגרם משיכה והגבהה מהני, דכל שנמשך לרשותו ע"י גרמתו מהני, וע"כ מהני אף אם פועל נכרי מגביה או מושך. הרי דענין קנין משיכה והגבהה היא לא הרשות אלא ההכנסה לרשותו, דפעולת ההכנסה היא הקונה ולא המציאות שבה החפץ ברשות הקונה כבחצר ויד.

[עפ"ז נראה לבאר את שיטת רש"י ב"מ י, ב (ד"ה גגו) דקנין חצר בגזלן היינו שנכנסה לרשותו ונעל בפניה. ובקצוה"ח שמח, ב כתב דלא מהני חצירו שתקנה לו בגזילה שלא מדעתו

כבאבידה, אלא בעינן שינעל בפניה או שיכניסנה. ומבואר דגדר קנין חצר הוא כקנין משיכה והגבהה, שיכניסנה לרשותו, והיינו שלא הרשות הקונה אלא ההכנסה לרשות, דבגזילה וגניבה אין רשות קונה אלא הפעולה. אמנם צ"ע לומר שאין קנין רשות בגניבה, וכי ידו אינו קונה בגניבה, והא מקרא מפורש "אם המצא תמצא בידו", אלא שאינם קונים שלא מדעתו, וס"ל לרש"י דלא סגי בדברים שבלב, דאנן סהדי דלא ניחא ליה לאינש לקנות גניבה, ובעינן שיעשה מעשה המוכיח על כוונתו. לאמור - פעולת ההכנסה או נעל בפניה אינו משנה את עצם מהות פעולת הקנין אלא בא רק להוכיח על הכוונה. זהו דין בהלכות גניבה ולא בהלכות קנין.]

והנה בדין מרחיקין מצודת הדג מן הדג, נחלקו הקצוה"ח והנתיבות בהסבר הדין. הקצוה"ח רעג, דכתב דכאשר מגביהים עצמם הדגים מחמת הדג המת ששם הדייג בחכה, יש כאן קנין גמור בהגבהה, ואם בא אחר ולקח מהדייג את הדגים שהגביהו עצמם מחמת הדג המת שהניח הראשון, חייב השני משום גזל, וזאת בניגוד לדעת התוס' בקדושין נט,א שאין בזה גזל גמור. ובנתיבות שם ס"ק ג כתב על דברי הקצוה"ח, וז"ל:

"ולפענ"ד נראה דלא שייך בזה גזל גמור, דדוקא בפיל שמגביה עצמו לאכול החבילי זמורות בשעה שמחזיק החבילי זמורות, דאז הוי כמוגבה מכחו, משא"כ כשתלה חבילי זמורות על כלונס והלך משם ואח"כ בא פיל של הפקר והגביה עצמו ואכל, או שהניח דבר מאכל ובאה בהמה מהפקר ואכלה, שיהיה זה נקרא משיכה, ודאי דלא קנהו, דבעינן דוקא שיהיה קורא לה והיא באה, שעשה מעשה בשעת משיכה והגבהה, אבל זה לא נקרא אלא גורם לבד כיון שלא עשה מעשה בשעת הקנין."

ומבואר בנתיבות דגרם הגבהה לא מהני, ובנתיבות קפח,א כתב דגרם הגבהה מהני. והחילוק - דכיון דענין ההגבהה הוא כהכנסה לרשותו, בעינן שיהיה קשר בין פעולת הקנין לבין הכניסה לרשותו, שאם הגביה עצמו לאחר הקנין, א"כ לא הקונה הכניס לרשותו אלא החפץ הכניס עצמו לרשותו, ודוקא בקנין חצר או קנין יד שענינם רשות, אין נפק"מ אם הקונה הכניס את החפץ לרשות או שהחפץ הכניס עצמו, דבהם הקובע הוא עצם מציאות החפץ ברשות, משא"כ במשיכה והגבהה שענינם פעולה של הכנסה לרשות, בהם צריך החפץ להכנס לרשות מכח פעולת הקונה, דזה עצם הקנין. וע"כ אם הגביהו הדגים עצמם לאחר שפרש הדייג רשותו, אין כאן הכנסה לרשות מכח הדייג, וע"כ אינו קונה קנין גמור. משא"כ אם בגרמתו יכניס לרשותו כמו בקורא לה והיא באה או בהגבהה מכוחו בפיל וחבילי זמורות, בזה כיון שבגרמתו נכנסים לרשותו מיד, הרי שהוא הכניסם לרשותו וקונה. ולקצוה"ח י"ל דקנין הגבהה מחמתו או משיכה בקורא לה והיא באה הוי קנין מכח הוראת בעלות, ובהוראת בעלות כחזקה ס"ל לקצוה"ח דעיקר היא התוצאה ולא הפעולה וכפי שיבואר להלן, וע"כ גם כאן כיון שיש תוצאה של הוראת בעלות, דההגבהה של הדגים מחמת הדג שהוא שם, הוי קנין הגבהה של הוראת בעלות, וצ"ע.

והנתיבות עצמו בספרו תורת גיטין קלט, טו חקר אם מועיל שאר קנינים בגט כגון משיכה או אגב קרקע או סודר, או דילמא בעינן דוקא שיתן בידה. וכתב התורת גיטין דקנינים שלא התרבו "מיד", כגון סודר או אגב, אינם מועילים בגט, אולם משיכה והגבהה (באופן שלא יהיה טלי גיטך מע"ג קרקע) מהני בגט ובכלל ידה הוא. ולאמור לעיל י"ל דלאו יד ממש הוא, דיש חילוק בין קנין משיכה והגבהה לקנין יד וחצר, דקנין יד וחצר הוי קנין מכח הרשות,

וקנין הגבהה ומשיכה מכח פעולת הכנסה לרשות, ומ"מ ס"ל לתורת גיטין דבגט כיון שמכניסה לרשותה, הוי בכלל "ונתן בידה", אף שאופן הקנין שונה.

ובענין מש"כ הנתיבות רסח, ב וקצח, ג דקנין יד היינו שכל החפץ מונח ביד, וכאשר חלקו מחוץ ליד הוי כחלק מהחפץ מחוץ לחצר, וע"כ קני מדין הגבהה. י"ל בקנין הגבהה בעינן שיעשה את פעולת הקנין בכל החפץ, וכאשר מגביה רק חלק מהחפץ, אינו קונה את החלק שלא הגביה, וממילא לא קונה את כל החפץ. כן מוכח בגמ' ב"מ ח, א בדין שנים שהגביהו מציאה, עיין שו"ע חו"מ סי' רסט. וכן הדין במשיכה, עיין שו"ע חו"מ קצח, יד. לאמור - יש חילוק בין קנין יד וחצר לקנין משיכה והגבהה, דביד וחצר יכול לקנות גם מקצת החפץ, משא"כ במשיכה והגבהה חלקית, לא קנה. והטעם - דבחצר ויד זה קנין של מציאות - החפץ נמצא ברשות הקונה, משא"כ במשיכה והגבהה, לא המציאות קונה אלא הפעולה שעושה בחפץ שמכניסו לרשותו, וכאשר לא הגביה כולו או שלא משך כולו, לא עשה פעולה של הכנסה לרשות, דהפעולה לא יכולה להתחלק, וכאשר מגביה חלקו, לא עשה פעולה של הכנסה לרשותו.

ד. הוראת בעלות בחזקה

קנין חזקה מעצם מהותו הוא קנין המורה על בעלות הקונה בקרקע. כך מבואר בדברי הרא"ש בגיטין ח, ג, וז"ל:

"ראיתי מפרשים שפירשו דפתיחת דלת קונה כמו נעילת דלת ... ולא נהירא לי, דאפילו למאי דפרישית דנעילת דלת קונה היינו נעילה במפתח שמונע כל אדם מליכנס בו, אבל פתיחת דלת לא מוכחא שתהיה קנייה ... אי נמי בנעילה לחודא לא מוכחא שיהיה לשום קנין אלא כמו שהיתה רגילה בכל פעם לסגור בתים של בעלה כדי שיהא שמור מה שבתוכו, אבל כיון שהיא פותחת מיד אחר הנעילה, ניכר שהנעילה היתה לצורך קנין."

מבואר מדברי הרא"ש שעיקר קנין חזקה הוא במה שמורה את בעלותו על הקרקע, וכאשר עושה פעולה שניכר באמצעותה שהעושה הוא הבעלים על הקרקע, נקנית הקרקע לעושה. וכן מוכח מדברי התוס' ב"ב נב, ב - נג, א (ד"ה נעל), וז"ל:

"... אבל הכא שנועל בפני כל אדם ואין מניח אדם ליכנס, מוכח מילתא שהבית הוא שלו וקני בנעילה לחוד."

וכן ברבינו יונה (נב, ב סד"ה בד"א). ומעצם מהותו קנין זה הוא מצד הקונה, ומהני בהפקר ונכסי הגר, שבניגוד לקנין גמירות דעת שהוא קנין הבא מפעולת הקונה והמקנה, הרי שקנין זה שמורה את בעלות הקונה, הוא לכאורה קנין מצד הקונה, וע"כ מהני אף במקום שאין מקנה כבהפקר ונכסי הגר. וכן נראה מדברי הרשב"ם ב"ב נג, א לענין סכר אמת המים, דלא קנה דהוי מברית ארי מנכסיו, דמברית ארי הוי השבת אבידה, וכל ישראל מצווים להשיב

אבידתו. דכיון דכל ישראל מצווים לסכור אמת המים ולמנוע הנזק מהשדה, אין בפעולה זו משום הוראת בעלות.

ויש להבין בקנין זה של הוראת בעלות, האם הפעולה היא הקונה או התוצאה. האם נקבעה פעולה מסוימת המורה על בעלות, וכאשר הקונה עושה אותה פעולה, הרי שעשה קנין שמורה על בעלותו בקרקע. או שלפעולה צריכה להיות תוצאה שכולי עלמא יראו שהעושה הוא הבעלים של הקרקע. הנפק"מ תהיה במקום שעושה פעולה המוגדרת כהוראת בעלות ושנקבעה בהלכה ככזו, אך מסיבות צדדיות לא ניכר לכולי עלמא בפעולתו שעשה שהוא הבעלים על הקרקע. כלומר - לא הושגה התוצאה של הפעולה.

והנה ברא"ש הנ"ל מבואר דהא דאיתא בגמרא גיטין עז, ב דתיזיל איהי ותיחוד ותפתח, דבעינן נעילה ופתיחה, אף דבעלמא סגי בנעילה לחוד, דבאשה לא סגי בנעילה לחוד כפי שהיתה נוהגת בהיותה אשתו, וצריכה לפתוח כדי שיהיה מוכח שהנעילה לצורך קנין. מבואר ברא"ש דאף דפעולה הנעילה היא פעולה של הוראת בעלות, לא מהני לקנות חצירה של אשת איש המתגרשת, כיון דלא מוכחא מילתא מעצם הפעולה במקרה המיוחד שהיא הוראת בעלות, מאחר ואינה נותנת את התוצאה המתבקשת. הרי שהתוצאה היא הקונה ולא הפעולה.

ולכאורה הדבר נתון גם במחלוקת האחרונים. הרדב"ז בתש" (ח, ד סי' קכב) דן בשני שותפים בבית, כשאחד שוכר מחבירו את חלקו, ואח"כ קנה השוכר את חלק השותף ועשה קנין חזקה. וכתב הרדב"ז דמהני דוקא אם עשה השותף פעולה שאין דרך לעשותה בלא רשות השותף, אבל אם עשה פעולה שרגיל לעשות בקרקע, לא הוי חזקה. וכן בנדון דידיה כיון שנועל הבית אף בלא הקניה, וצריך לנעול ביתו מפני הגנבים, "ולכן אין כאן מעשה הניכר דלקנות הוא עושה, עד שיגלה דעתו או יעשה מעשה הניכר". והמחנה אפרים (שכירות סי' יג) חלק על דבריו והוכיח דמהני חזקה אף בכהאי גוונא.

ונראה באור מחלוקתם אם בקנין הוראת בעלות הפעולה היא הקונה או התוצאה, וכנ"ל. דאם אמרינן שהפעולה היא הקונה, א"כ גם שוכר עשה פעולה של נעילה, אף שלכולי עלמא לא ניכר שהוא הבעלים, שהרי אף קודם לפעולת הנעילה לקנין נעל הבית המושכר, מ"מ עשה כאן פעולה של הוראת בעלות שהיא פעולת קנין. וכשם שקבעו כי בנתינת הסודר יש גמירות דעת של המוכר להקנות ושל הקונה לקנות, כך אמדו כי בפעולת הנעילה יש מעשה קנין של הוראת בעלות, אף שבמקרה המסוים הזה אין לפעולה השלכה של הוראת בעלות, ולא ניכר לעולם שהקונה מורה בכך על בעלותו. זו דעת המחנה אפרים. דעת הרדב"ז דשונה קנין של הוראת בעלות משאר קנינים. קנין של הוראת בעלות בעינן לתוצאה, שיהיה ניכר שהוא הבעלים על הקרקע, ואם עושה פעולה שבדרך כלל ניכר באמצעותה בעלותו וכעת - מסיבה כזו או אחרת - לא ניכרת בעלותו, אין כאן קנין של הוראת בעלות, וע"כ לא קנה בית המושכר בקנין גמור ע"י נעילת דלת.

וכן נראה בבאור מחלוקת האחרונים אם מהני עשיית מנעול בבית ע"י המוכר, כשהמוכר הוא פועל של הקונה. המבי"ט (ח"א סי' קמה) כתב דאם המוכר הוא פועל של הקונה או סתם שלוחו, דהוי חזקה. והיד המלך (מכירה א, ב) חלק עליו וס"ל דלא מהני. והסבר מחלוקתם

נראה כנ"ל, דדעת המבי"ט דהפעולה היא הקונה, וע"כ כשם שמהני פעולת הוראת בעלות ע"י פועל או שליח, הוא הדין דמהני הוראת בעלות באמצעות המוכר כשהוא שלוחו של הקונה. והיד המלך ס"ל דכיון שלא ניכרת בעלותו בפעולה זו, אין כאן קנין חזקה.

ה. גמירות דעת בחזקה

ומעצם פעולת החזקה שהיא הוראת בעלות, שהיא קנין מצד הקונה, דהקונה עושה את הפעולה, בניגוד לגמירות דעת שהיא (לכאורה) פעולה מצד הקונה והמקנה, דתרוייהו מגלים דעתם ע"י הפעולה, משא"כ הוראת בעלות הקונה הוא המורה בעלות, ובאמצעות הוראת הבעלות קונה את הקרקע. וכיון דהוי קנין המצד הקונה, מהני בהפקר, כיון דלא בעינן מקנה. והוראת בעלות היא פעולה הנעשית דוקא בקרקע הנקנית, דהפעולה שעושה בקרקע הנקנית היא המורה על הבעלות, בניגוד לקנין המורה על גמירות דעת - סודר וכסף ושטר, שלא עושה את הקנין בחפץ הנקנה.

לפי"ז יש להבין הא דאיתא בקדושין כז, א-ב: מכר לו עשר שדות בעשר מדינות, כיון שהחזיק באחת מהם קנאם כולם, ומיירי בנתן לו דמי כולן, ועי"ש ברש"י דקונה שאר השדות בקנין חזקה. ולמש"כ דקנין הוראת בעלות היא פעולה בגוף הקרקע הנקנית, איך מהני פעולה של הוראת בעלות בקרקע במדינה זו לקרקע במדינה אחרת, ואף לתרוץ הגמרא דסדנא דארעא חד הוא, מ"מ איך יש כאן בפועל הוראת בעלות. ואף שי"ל דכיון דסדנא דארעא חד הוא, כשם שמהני פעולת חזקה של נעילה לקרקע בגודל ת"ק פרסה על ת"ק פרסה, הוא הדין דמהני בעשר מדינות כיון שהכל קרקע אחת. אך זה אינו ברור כל-כך לסוברים דקנין חזקה היא התוצאה של הוראת בעלות ולא הפעולה, דבעשר מדינות אין כאן תוצאה של הוראת בעלות, אף דיש כאן פעולה כיון דסדנא דארעא חד הוא.

ע"כ נראה דבפעולה של הוראת בעלות בקרקע אחת, הוי קנין חזקה וגמירות דעת לעשר שדות של עשר מדינות, דאף דמורה בעלות רק על הקרקע בה עושה את החזקה, כיון דסדנא דארעא חד הוא הוי נמי גמירות דעת לשאר שדות. לכן כשם שמצאנו פעולות כחזקה והגבהה שחלוקות באופן הוראתו, כך גם בחזקה, אף שבדרך כלל ענינה הוראת בעלות, לעיתים היא פועלת כגמירות דעת.

עוד נראה לבאר עפ"י את שיטת רש"י ורשב"ם בענין קנין חזקה במסירת מפתח. ברש"י בפסחים ד, א (ד"ה מסירת) וברשב"ם ב"ב נג, א (ד"ה והשתא) מבואר שמסירת מפתח הוי קנין. ונראה דהוי קנין חזקה, דהוא הקנין היחיד די"ל בקרקע השייך במסירת מפתח. ולכאורה אם קנין חזקה ענינו הוראת בעלות, ועיקרו עשיית קנין בקרקע הנקנית, אי"כ מה ענין מסירת מפתח, שאינו החפץ הנקנה להוראת בעלות, דלכאורה לא מצאנו הוראת בעלות אלא כשעושה פעולה בחפץ הנקנה. וכן מסירת מפתח ענינו קנין מהמקנה לקונה, משא"כ קנין חזקה הוא קנין מצד הקונה, ולכאורה לא דמי להדדי.

וי"ל לרש"י ורשב"ם דיש בקנין חזקה שתי מהויות: האחת הרגילה והיא הוראת בעלות, ויש חזקה שהיא הוראת בעלות, אך שונה במהותה מנעל גדר ופרץ, דבאמצעות הוראת הבעלות

מסירת המפתח, הוא גומר בדעתו לקנות והמוכר למכור, דעיקרה גמירות דעת, דכיון דנעל הוי חזקה של הוראת בעלות, גם מסירת המפתח חשיב כחזקה אך כגמירות דעת, וצ"ע.

ו. הוראת בעלות בשכירות

ואם כדברינו צריך באור איך קונה בשכירות קרקע בחזקה, דאיתא בב"מ צ"ט, כשם שהקרקע נקנית בכסף שטר וחזקה כך שכירות קרקע נקנית בכסף שטר וחזקה. דאם חזקה היא הוראת בעלות, א"כ מה שיך הוראת בעלות בשכירות. והנה הרמב"ם והראב"ד נחלקו בענין קנין חזקה ע"י אכילת פירות (עיין ה' מכירה א, טו-טז). דעת הרמב"ם שקונה קרקע ע"י שטיחת פירות או אסיפת פירות, והראב"ד פליג עליה וס"ל דלא מהני קנין חזקה אלא כשעושה פעולה המועילה לקרקע כעין נעל גדר ופרץ. ולדעת הראב"ד דבעינן דוקא פעולה המועילה לקרקע, דבכך מראה את בעלותו על הקרקע, מה שייכת הוראת בעלות בשכירות קרקע, הרי אינו בעלים בקרקע.

והמחנה אפרים (שכירות א) כתב דאם הכניס השוכר כליו לבית, הרי זה חזקה, דכיון דאינו אלא זכיה לפירות המקום, דהיינו לאשתמושי בהו כדרך תשמישו, כך דרך זכירתו, וכמו שמצאנו בשביל של כרמים שקונה בהילוך כיון דלהלך לבד הוא דקא זכי ביה, הכי נמי בשכירות כיון דלהניח כליו שם שכר ליה, בהנחת כליו זוכה. וכן כתב בנתיבות קצחו, דדוקא כשרוצה לקנות גוף החצר בעינן (לראב"ד) מעשה המועיל בגוף החצר משא"כ כשקונה רק הפירות. וכן היא דעת קצוה"ח קפט"א, דלאותו תשמיש שמשאילו, קונה בתשמישו (ועיין מהרי"ט אלגזי בכורות פ"ב אות כב סד"ה אמנם, ואמרי בינה קנינים ג). והיינו שעצם הוראת בעלותו על הפירות, הוי קנין חזקה לפירות.

ז. הגבהה וחזקה בעבד כנעני

תנן במשנה קדושין כב, דעבד כנעני נקנה בכסף בשטר ובחזקה. ובגמרא שם, תנו רבנן כיצד בחזקה, התיר לו מנעלו או הוליד כליו אחריו לבית המרחץ, הפשיטו, הרחיצו, סכו, גרדו, הלבישו, הנעילו. הגביהו - קנאו. אמר ר' שמעון לא תהא חזקה גדולה מהגבהה, שהגבהה קונה בכל מקום. מאי קאמר. אמר רב אשי, הגביהו הוא לרבו קנאו, הגביהו רבו לו, לא קנאו. אמר רבי שמעון, לא תהא חזקה גדולה מהגבהה, שהגבהה קונה בכל מקום. והובא להלכה בשו"ע חו"מ קצו, ג.

וכאמור ענין חזקה הוא הוראת בעלות, ובקרקע הוראת הבעלות היא ע"י שמראה את בעלותו על גוף הקרקע בפעולה המועילה, ובעבד הפעולה היא מצד העבד, שמראה את עבדותו לאדון, ובוזה מורה האדון את בעלותו. ונחלקו הראשונים אם מלאכות אלו האמורות בברייתא שענינן פעולה בגופו, הן דוקא פעולה בגופו, או אפילו פעולה שלא בגופו הוי חזקה. דעת הרא"ש (קדושין א, כח) דדוקא פעולה בגופו הוי חזקה, "אבל מלאכה אחרת כגון שתפר לו בגדים או עשה לו אחת מן המלאכות, לא קנאו". וכן היא דעת הרמב"ן, הובאו דבריו בר"ן קדושין (ח, א בעמוה"ר) דאם בשל קדרה לרבו או אפה לו את הפת, הני אכילת פירות נינהו ולא הוי חזקה. וכתב הרמב"ן דהדבר תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד אם מהני

אכילת פירות כחזקה. וכן הובאו ב הדעות בשו"ע חו"מ קצו, ד. ונראה דלדעת הראשונים הנ"ל דפליגי ארמב"ם וס"ל דלא מהני חזקה באכילת פירות, דהוראת בעלות צריכה להיות בגוף החפץ הנקנה, א"כ גם בעבד צריך שיהיה קשר ישיר בין גוף העבד לגוף האדון, ובלאו הכי אין כאן הוראת בעלות על גוף העבד, ולא מהני הוראת בעלות על אכילת פירות לקניית הגוף. ודעת הרמב"ם גופיה דבאכילת פירות שיוצאות מהקרקע, הוי נמי הוראת בעלות. אך בעבד שתופר לאדון או אופה לו את הפת, לא דמי לכל אכילת פירות, דבאכילת פירות הוי טפי הוראת בעלות, משא"כ בעבד שאופה לו את הפת, פחות מינכר הוראת הבעלות. וזה נראה דעת הכסף משנה (מכירה ב,ב) החולק על הרב המגיד שם הסובר דלדעת הרמב"ם הוי חזקה באפיית הפת.

עוד היה נראה לבאר במחלוקת הרמב"ם והראב"ד בדין חזקה באכילת פירות ע"פ מש"כ לעיל לחקור אם הוראת בעלות בחזקה הוי פעולה או תוצאה. דלדעת הרמב"ם לא הפעולה יוצרת חזקה אלא התוצאה, וכיון שכן אם התוצאה מתקבלת מפעולה שאינה בגוף הדבר, הוי חזקה. ודעת הראב"ד שענין חזקה הוא פעולה של הוראת בעלות, וכיון שהפעולה היא היוצרת את החזקה, צריך שהפעולה תהיה בחפץ הנקנה ישירות. לפ"ז י"ל דבעבד שאופה לו את הפת אין כאן פעולה בגוף, ומאידך לכאורה גם אין תוצאה של הוראת בעלות, והיינו כדעת הכסף משנה.

ובגמרא שם נחלקו רב אשי אם הגביה האדון את העבד אם קנה. דהגבהה של העבד את האדון, קונה מדין חזקה, וס"ל לרב אשי דהא דתניא בברייתא היינו דוקא בהגבהה שהיא חזקה, והגבהה עצמה אינה קנין בעבד, דעבדי כמקרקעי לענין קנינים. ורבי שמעון ס"ל דהגבהה קונה בכל מקום שיכולה לקנות. והרשב"ם בב"ב נג,ב (ד"ה הגביה רבו, וד"ה לא תהא חזקה) הסביר בדעת רב אשי שלא קונה הגבהה, דאין הגבהה אלא במטלטלי, "שאין דרך להגביה בני אדם". ולכאורה אם אין הגבהה אלא במטלטלין, מה היה צריך הרשב"ם להוסיף שאין דרך להגביה בני אדם, תיפוק ליה דעבדים נקנים בקניני קרקע, ואף אם היה דרך להגביה בני אדם, לא מהני קנין הגבהה בקרקעות.

ונראה בהסבר דבריו דקנין הגבהה לא התייחד למטלטלין דוקא, דהואיל ובעצם מהותו קנין הגבהה הוא קנין של הכנסה לרשות, לא שייך בו יחוד לדבר מסוים, כיון שרשות מעצם מהותה קונה ולא תלי בדעת הקונה, ולא דמי לקנין גמירות דעת או הוראת בעלות, די"ל שהתייחד קנין מסוים למטלטלין וקנין אחר לקרקע, דבזה יש גמירות דעת בפעולה מסוימת ולגבי דבר אחר אין בפעולה גמירות דעת. וכן בהוראת בעלות י"ל שדוקא בקרקע מהני הוראת בעלות ולא במטלטלין, שאין במעשה (לחלק מהראשונים) הוראת בעלות במטלטלין. משא"כ קנין רשות לא התייחד לחפץ מסוים - קרקע או מטלטלי. אולם כיון שפעולת ההגבהה היא פעולה של הכנסה לרשות, ס"ל לרשב"ם (בדעת רב אשי) דלא מהני קנין מחמת הכנסה לרשות אלא בדבר שהדרך להכניסו בכהאי גוונא (דלא כמש"כ לעיל בדעת הרשב"א). ורבי שמעון ס"ל דכיון דהגבהה קונה אפילו ברשות המוכר, ע"כ לא בעינן דוקא בדבר שדרך להגביהו, דדרכו להגביהו בעינן דוקא במשיכה או במסירה שיש בהן מגבלות של רשות (סימטא), אבל קנין הגבהה שקונה בכל מקום, הרשות היא הקונה עצמו, ובזה לא בעינן דרכו, דדרכו בעינן רק כשהרשות היא "רשות מלאכותית" כסימטא, משא"כ רשות ממש.

כך היה נראה לכאורה בהסבר הרשב"ם. אולם הנתיות קצו, כתב דמחלוקת רב אשי ורבי שמעון הינה רק בהגביה מכוחו, אבל הגביה ממש, לכולי עלמא קונה. והיינו דבהגביה ממש יש לנתיות שתי אפשרויות - אם הכל בידו, הוי קנין יד והוי רשות, ואם בולט מחוץ לידו, הוי הכנסה לרשות. ובעבד לא שייך שיהיה הכל ביד, א"כ קונה מצד הכנסה לרשות, ובהכנסה לרשות לא בעינן שיהיה דרכו בכך, וכמש"כ לעיל בדעת הרשב"א, דהכנסה לרשות הוי מציאות. ורק בהגביה מכוחו שענינה הוראת בעלות, בזה תלוי אם הוי דרכו בכך או לא. וע"כ ס"ל לנתיות דדוקא בהגביה מכוחו ס"ל לרב אשי דלא מהני "מפני שאין דרכו בכך". ורבי שמעון ס"ל דאף הגביה מכוחו שענינה הוראת בעלות לא בעינן דרכו בכך, דכמו דמהני ברשות מוכר, הוא הדין דמהני אף אם אין דרכו בכך, ולא דמי למשיכה, עיי"ש ברשב"ם.

אמנם לעצם הקנין בעבדים חזינן דמהני בהו גם קנינים דמהני במטלטלין, וכדקיי"ל שנקנה במשיכה (עיין קדושין כב, ב וברמ"א שו"ע חו"מ קצו, א). ועיין פני יהושע (קדושין כב, ב ד"ה אמר שמואל) שהקשה הכיצד מהני קנין משיכה בעבדים דאיתקוש לקרקעות, ועיין בנתיות קצו, א. וא"כ י"ל לרשב"ם אליבא דרב אשי דלא מהני הגביה מפני שאין דרכו בכך, דאף שאינו מטלטל, מ"מ כשם דלא איתמעט משיכה הוא הדין מהגביה, ולא מהני רק מפני שאין דרך להגביה בני אדם.

ולכאורה היה מקום להקשות אליבא דרבי שמעון דס"ל דמהני הגביה האדון את העבד, כיצד מהני הגביה בעבד הא חי נושא את עצמו. וי"ל דענין הגביה היא הרשות או ההכנסה לרשות או הוראת הבעלות, וע"כ גם אם נושא את עצמו יש בזה משום הוראת בעלות או הכנסה לרשות, דאף אם מסייע למגביה, אין זה סותר להכנסה לרשות או להוראת הבעלות.

ח. קנין מסירה

קנין מסירה מובא במשנה קדושין כה, ב ובגמרא ב"ב עו, ב. ועיין בריטב"א קדושין כה, ב (סוף המשנה) דלמ"ד משיכה קונה מדאורייתא מדכתיב או קנה מיד עמיתך, היינו דוקא משיכה שהיא יוצאת מרשות המוכר, משא"כ הגביה שברשות מוכר מחזירה למקומה אין אני קורא בה מיד עמיתך, "וכל-שכן מסירה שלא זו הדבר הנקנה ממקומו ... אלא ודאי משיכה עיקר קרא, ומינה איתרבו מסירה והגביה, והווי להו כתולדות דידה". ואף לרבי יוחנן שדבר תורה מעות קונות, עיקר התקנה מדרבנן היא המשיכה שמוציאה מרשותו ויצאו מידי טענת נשפרו חיטיך בעליה. וכן מבואר מדברי הרמב"ן (קדושין כה, ב ד"ה מתני'). ומבואר דענין קנין מסירה הוא כקנין משיכה, שזו אב וזו תולדה. וכן מדברי הרמב"ם מכירה ג, ג מבואר שהמסירה הינה תחליף למשיכה, וז"ל:

"הספינה הואיל ואי אפשר להגביהה ויש במשיכתה טורח גדול ואינה נמשכת אלא לרבים, לא הצריכה משיכה אלא נקנית במסירה."

ואם לא יכול לקנות הספינה במשיכה, הרי יכול לקנותה בקנין סודר, ומדוע תקנו מסירה? אלא שסודר זה קנין של גמירות דעת, ובכל מטלטל יש גם קנין של הכנסה לרשות, וקנין זה לא יכול להתקיים במשיכה, וע"כ תקנו מסירה. אך אם ענין מסירה הוא הכנסה לרשות,

הכיצד מהני ברשות הרבים. ואי נימא דענין מסירה הוא כהוראת בעלות, וכמשיכה שאינה הכנסה לרשותו, מדוע לא מהני מסירה בהפקר, דאף שאין מי שימסור, מ"מ בתפיסתו הוי הוראת בעלות, דאי נימא דעיקר הקנין הוא הוראת בעלות, א"כ עיקר הקנין הוא תפיסת הקונה והוראת הבעלות שלו על החפץ.

התוס' בכמה מקומות מביא מחלוקת ראשונים על אופן קנין מסירה. תוס' בב"ב עה,ב (ד"ה אחזה) הביא את פרוש ריב"א דמסירה היינו מיד ליד, שמוסר המקנה לקונה ברגלה. והתוס' פליגי וס"ל דהקונה אוחזה לבדו, אלא דבעינן שיאחזו במצות המקנה. וכן בב"ב עו,א (ד"ה ספינה) הביאו את דעת ר"ת שמסירה היינו מיד ליד, ור"י חולק. וכן בקדושין כה,ב (ד"ה בהמה).

ונראה לכאורה לבאר בפעולת קנין מסירה, שאם קנין משיכה והגבהה ענינו הוצאה מרשות המוכר והכנסה לרשות הקונה, הרי שקנין מסירה ענינו שמוציא הקונה את החפץ מרשות המוכר בלבד מבלי שמכניס לרשות הקונה. אין כאן פעולה של הכנסה לרשות, אלא עצם האחיזה של החפץ היא ההוצאה מרשות המוכר, ומי שמוציא באופן זה מרשות מוכר, קונה את החפץ ומכניסו לרשותו, והוא בכלל קניני "רשות" דומיא דמשיכה. וע"כ מהני גם ברשות הרבים, דכיון שאין כאן הכנסה לרשות לוקח אלא הוצאה מרשות מוכר, מהני ברשות הרבים. ולא שייך קנין זה בהפקר, כיון שאין כאן רשות שיוציא ממנו. לאמור - אין כאן קנין של הכנסה לרשות דומיא דמשיכה בסימטא או בקנין חצר או בהגבהה או ביד, אלא כיון שמוציאו מרשות המוכר, היא ההכנסה לרשותו.

ומפני זה מצאנו שמסירה קונה ברשות הרבים ובחצר שאינה של שניהם דוקא, ואינה קונה בסימטא וברשות מוכר. וברבינו יונה בעליות (עו,ב סד"ה ל"ק) כתב דמי שהניח כליו בסימטא, הרי הוא כמונח בחצירו, "הילכך אין מסירה קונה שם, שלא מצינו שתקנה מסירה ברשות מוכר". דבמשיכה שמושך מרשות המוכר בסימטא, מכניסו לרשות, דסימטא רשות שניהם, אבל במסירה שאינו מושך לרשותו אלא רק מוציא בפעולת המסירה מרשות המוכר, לא מהני מסירה בסימטא או ברשות מוכר, דאף שאוחזה, לא נפיק מרשות מוכר דאכתי ברשותו היא, דכיון דכל מהות הפעולה היא הוצאה מרשות המוכר, לא מהני כשעדיין ברשות מוכר. ומש"כ הרשב"א (הובאו דבריו בשטמ"ק ב"ב עו,ב ד"ה והרשב"א), וז"ל:

"אבל הרא"ם ז"ל פירש דבסימטא אי אפשר לקנות שם במסירה, דכיון דיש לו לזה ולזה להניח שם כליהם, מוכר זה שקדם והניח שם ספינתו, הרי היא כעומדת ברשות מוכר ואין המסירה קונה ברשות מוכר, דאכתי אינו מסור ביד לוקח, דעדיין לא יצאה מרשות מוכר, ואין מסירה אלא במוציא מרשותו ומכניס לרשות לוקח."

דאף שבמסירה לכאורה אין כאן פעולה של הכנסה לרשותו, אולם פעולת ההוצאה מרשות מוכר היא הפעולה הקונה ומכניסה לרשות הקניינית של הלוקח, אולם אין כאן פעולה של הכנסה לרשות אלא תוצאה של ההוצאה מרשות מוכר.

ומהרבינו יונה בעליותיו (ב"ב עו,ב סד"ה כל היכא) נראה שחילק בין טעם קנין מסירה בבהמה לקנין מסירה בספינה, דבבהמה כיון שהדרך לאחוז בה שלא תברח, "ראוי לקנותה

באחיזתה", ובספינה הואיל ואין דרך להכניסה לבית אלא להניחה על שפת הנהר, "לפיכך לא הצריכו משיכה". "ולפי דרכינו למדנו כי המסירה בבהמה וספינה עצמה אינן מטעם אחד ואין לתלותן זו בזו". בספינה היינו טעמא דסגי בהוצאה מרשות מוכר ולא הצריכו הכנסה לרשות לוקח, דכיון דאין דרך להכניסה לרשותו, סגי בהוצאה מרשות המוכר באחיזתה, ובכך מכניסה לרשותו הקניינית של הלוקח. אולם בבהמה נראה דענין המסירה היא הוראת הבעלות עליה, דכיון דכן היא הדרך לאחוז בה שלא תברח ולהורות בעלותו עליה. א"כ יש כאן שני ענינים של מסירה. בספינה - הוצאה מרשות המוכר, ובבהמה - הוראת בעלות.

ובחידושי הרי"מ (אהע"ז כז, א ד"ה שוב) כתב דהחילוק בין קנין משיכה לקנין מסירה, דקנין משיכה הוא קנין מצד הקונה, משא"כ קנין מסירה הוא קנין מצד המקנה, עיי"ש. ולכאורה דבריו הינם אליבא דהריב"ם הנ"ל דקנין מסירה ע"י שימסור המקנה לקונה מיד ליד, אולם לשיטת התוס' דמסירה הינה באחיזת הלוקח, הוי ג"כ קנין מצד הקונה. ולדברינו אתי שפיר, דאף כשאוחז הקונה, מ"מ במהות הפעולה קנין מסירה היא הוצאה מרשות המוכר, והקונה קונה ע"י הוצאה מרשות המוכר, משא"כ במשיכה מהות הפעולה היא ההכנסה לרשות הלוקח, וע"כ קנין משיכה הוא קנין מצד הקונה, וקנין מסירה אליבא דכ"ע הוא קנין מצד המוכר, שהפעולה היא ההוצאה מרשותו.

אמנם גם בקנין משיכה י"ל שצריך הקונה להוציא מרשות המוכר ולהכניס לרשותו, ולא סגי במה שמכניס לרשותו מבלי שמוציא מרשות מוכר, וראיה מחצר השותפים שאינם קונים זה מזה אלא במדד לתוך קופתו כדאיתא בב"ב פד, ב (ועיין קצוה"ח קעו, א), אך מהות הקנין שיכניס לרשותו, והיכי תימצי שיכניס לרשותו הוא גם בהוצאה מרשות המוכר, משא"כ מסירה מהות הפעולה היא רק ההוצאה מרשות המוכר, וע"י פעולת ההוצאה מרשות המוכר, קונה הקונה.

ט. כליו של אדם

איתא בב"ב פה, א דכליו של אדם קונים לו כל מקום שיש לו רשות להניח כליו. והרמב"ם בהל' מכירה ד, א, כתב וז"ל:

"כליו של אדם, כל מקום שיש לו להניחו, קונה לו, וכיון שנעשו המטלטלין בתוך הכלי, אין אחד מהן יכול לחזור בו, והרי זה כמי שהגביהן או כמי שהונחו בתוך ביתו."

ובמחבר בשו"ע חו"מ ר, ג לא כתב דכשנכנסו המטלטלין תוך הכלי הרי זה כמי שהגביהן וכו', אלא רק את הסיפא דהרי זה כמי שהונחו בתוך ביתו. וברשב"א ב"מ ט, ב (הובאו דבריו בשטמ"ק ד"ה וז"ל הרשב"א) כתב דכליו של אדם קונים לו מדין חצר, וכן הביא בנתיבות ר, ו, וכן היא שיטת המחבר. אולם ברמב"ם משמע שהוא קנין בפני עצמו, כהגבהה וכחצר. וראיתי באור שמח (מכירה א, ד) שעמד על דברי הרמב"ם הנ"ל וכתב דבקנין כלי יש שני כוחות - הגבהה וחצר, דמהני מדין הגבהה אף שאינו בידו ממש אלא כמעין כוחו, ומהני מדין חצר לענין שיקנו לו כליו שלא מדעתו, עיי"ש.

י. נשרפו חיטיך בעליה

ובגמ' ב"מ מו, ב איתא דדבר תורה מעות קונות, ומפני מה אמרו משיכה קונה, "גזירה שמא יאמר לו נשרפו חיטיך בעליה". ולכאורה צ"ב המילה "גזירה". ונראה דיש לפרש את ביטול קנין כסף בשני אופנים: או דהתורה אמרה דיש גמירות דעת בקנין כסף, ובאו חכמים ואמרו דכיון דיש חשש שמא יאמר לו נשרפו חיטיך בעליה, אין הקונה גומר בדעתו לקנות. או - בדרך אחרת - דאף לאחר החשש יש לקונה גמירות דעת, אלא חכמים גזרו דאף שיש לו גמירות דעת, לא יקנה אלא לאחר קנין שיקחנו לרשותו, מחשש שמא יאמר לו נשרפו חיטיך בעליה. וע"כ הדגישה הגמרא דכאן זו גזירה ע"א שיש גמירות דעת, משא"כ אם היה החשש גורם לחוסר גמירות דעת, הו"ל לגמרא למימר "שמא וכו'", ללא גזירה.

והנפק"מ בזה תהיה אם יתנו הקונה והמוכר שרוצים לקנות בקנין כסף. דאי נימא דהחסרון הוא בגמירות דעת, א"כ כיון שכסף הוא קנין, רק חששו חכמים שאין גמירות דעת, יכולים הקונה והמקנה לומר שלהם יש כן גמירות דעת. משא"כ אם היא גזירה, אף שיאמרו הקונה והמקנה שגומרים בדעתם, לא מהני מחמת גזירת חכמים. ונחלקו בזה הרמ"א והש"ך. הרמ"א בחו"מ קצחו, כתב דמהני קנין כסף אם התנו לקנות במעות. והש"ך קצחו, פליג וס"ל דלא דמי לקנין כסף בקרקע במקום שנהגו לכתבו שטר דמהני תנאה כמבואר בגמ' קדושין כו, א, דבעינן שטר במקום שנהגו, דלא סמכה דעתיה ללא שטר "והיכא דסמיך סמיך, משא"כ הכא כיון דתיקנו חכמים דמעות אינם קונות, לא פלוג". והיינו דבקנין כסף במטלטלין אף שיש סמיכות דעת, גזרו חכמים שלא יקנו, ולא פלוג בתקנתם, וכדיוקא דגמרא. וע"כ גם מה שהוכיח שם הקצוה"ח (ס"ק ג) דמהני תנאה בדבר שהוא קנין, ס"ל לש"ך דבקנין כסף במטלטלין כיון שהפקיעו את הקנין בגזירתם, לא מהני תנאה.

מסקנות

- א. תוס' רי"ד מחלק בין משיכת מטלטלין למשיכת בהמה, משיכת מטלטלין ענינם שיביאם אליו, ואילו משיכת בהמה הוא להנהיגה שתעקור יד ורגל.
- ב. ולשיטתו י"ל, דקנין משיכה במטלטלין הוא שמכניס החפץ לרשותו, ובבהמה ע"י הוראת בעלות.
- ג. משיכת בהמה כפותה בגרירה שונה במהותה ממשיכת בהמה שאינה כפותה. בהמה שאינה כפותה הפעולה גם מצד הבהמה, משא"כ בכפותה הרי היא כמטלטלין.
- ד. הא דבעינן במשיכה שיהיה דרכו בכך, היינו דוקא במשיכה שאינה מעין הכנסה לרשות.
- ה. שני טעמים נשנו בטעם שלא מועילה משיכה ברשות הרבים: א. הרבים מעכבים. ב. לא הכניסה לרשותו.
- ו. מהני קנין משיכה כשהיא נעשית בגרם הקונה.
- ז. יש לעיין לתוס' רי"ד כיצד הוא קנין משיכה של כדור.
- ח. כמו כן יש לעיין בכדור התלוי על עץ, ואחד נענע את העץ והוריד הכדור, והאחד הרימו מהארץ לאחר שנפל, מי קנה, המנענע או המרים.
- ט. כשמגביה בידו הרי הוא מכניס לרשותו, אך כשמגבה מכוחו הרי זה הוראת בעלות.

י. הא דמהני הגבהה מכוחו ברשות הרבים או ברשות מוכר, כיון שאין ענינו הכנסה לרשות, ולא בעינן בסימטא דוקא.

יא. מהאחרונים מוכח שגם הגבהה מכוחו ענינה הכנסה לרשות ולא הוראת בעלות.

יב. נחלקו הראשונים אם בקנין הגבהה צריך הקונה להגביה ג טפחים או טפח אחד.

יג. יש המסבירים את המחלוקת הנ"ל אם ידו כחצירו או לאו. ויש הסוברים דרק כשכל החפץ בידו חשיב כחצירו, משא"כ אם מקצת מחוץ ליד.

יד. בהלכות גזילה יש דין מיוחד שקונה בחצר רק כשמכניסה לרשותו ולא כשנכנסה שלא מדעתו.

טו. בדין מרחיקין מצודות הדג מן הדג, ס"ל לקצוה"ח שפורס המצודה קונה את הדגים בהגבהה שמגביהים עצמם. והנתיבות ס"ל דגרם הגבהה לא מהני, ולא דמי לפיל וחבילי זמורות.

טז. לדעת התורת גיטין מהני בגט קנין משיכה או הגבהה, דדמי ליד, משא"כ סודר ואגב דלא מהני.

יז. ענין קנין החזקה הוא בהוראת הבעלות. ויש לדון אם הפעולה היא המורה או התוצאה.

יח. נחלקו האחרונים אם שוכר שגר בבית, יכול לקנות גוף הבית בקנין חזקה ע"י נעילת מפתח.

יט. נחלקו האחרונים אם מהני קנין חזקה בעשיית מנעול ע"י המוכר, כשהוא פועל של הקונה.

כ. מכר לו י שדות ב"י מדינות, דסגי חזקה באחת מהן, נראה דקנין החזקה בתשעה היא כגמירות דעת ולא הוראת בעלות.

כא. נחלקו הראשונים אם מהני אכילת פירות כקנין חזקה לקנות גוף הקרקע. אולם לכ"ע מהני לקנות הפירות.

כב. נחלקו הראשונים אם עבד שעשה מלאכה לרבו, חשיב כקנין חזקה. ומחלוקתם תלויה במחלוקת אם מהני אכילת פירות לקנין חזקה.

כג. נחלקו בגמרא אי מהני הגבהת האדון את העבד מדין קנין הגבהה. יש הסוברים דמחלוקתם בהגביה מכוחו, אבל בהגביה ממש לכ"ע קונה.

כד. קנין מסירה היא פעולה של הוצאה מרשות המוכר, ומי שהוציא מרשות המוכר הוא הקונה, אף שאינו מכניסו לרשותו. וע"כ מהני מסירה אף ברשות הרבים.

כה. כליו של אדם הקונים לו, יש בקנין שני כוחות - הגבהה וחצר.

כו. נחלקו האחרונים אם מהני קנין כסף במטלטלין, במקום שהתנו הקונה והמוכר לקנות בכסף ולא במשיכה. לשיטת הש"ך לא מהני, דאף אם יש גמירות דעת, גזרו חכמים שלא יועיל קנין כסף במטלטלין.