עוד יש לומר דיאוש מועיל בקרקעות רק דיאוש לבד לא מועיל רק עם שינוי רשות וא"כ בקרקע דלא שייך שינוי רשות דבכל מקום הוא ברשות הבעלים הוא א"כ. הוי יאוש כדי לא קנה ויש להאריך בזה ולא כתבתי כעת ולפ"ז לענין עבדים דמסכתא בהו שינוי רשות דהם יוצאים מרשות לרשות הוי אפשר דגם ייאוש שייך בהם ואף דאינן כגזלים אבל יאוש שייך בהו ועש"ך סי' שס"ב כתב דתלוי זה בזה ולפמ"ש אינו מוכרח דאף דעבד הוקש לקרקע מ"מ בקרקע גופא מה דלא מועיל היאוש בשביל דלא שייך בהו שינוי רשות דבכל מקום הוא ברשות הבעלים משא"כ בעבדים ודו"ק ·

והגה רבינו ירוחם בל"א ח"ו הובא בב"י סי' שמ"א ובסמ"ע סי' ש"ס ס"א בהג"ה כתב דתקנת מריש לא שייך בקרקעות דאם בנה בנינים בארעא דחברו צריך לסתור הכל ולהחזיר קרקע לבעלים דלא שייך תקנת השבים בקרקע ובסמ"ע כתב טעם כיון דהוא דבר קבוע ועומד הי"ל למידע דהל הנגזל הוא ולא לבנותו (כלי"ל ולקמן סי' ש"ס בסמ"ע] אבל דבריו דחוקים דגם במטלטלין ידע שהוא של חברו ואפ"ה עשו תקנת השבים אבל לפע"ד הטעם בזה דהנה כל ענין דעשו תקנת מריש הוא משום דבאמת כבר נגזלו רק שמחוייב להשיב הגזילה דהו"ל לאו הניתק לעשה ועשו חכמים תקנה שא"ל להחזיר הגזילה משום תקנת השבים אבל בקרקע דאינה נגזלת א"כ איך שייך בזה תקנת השבים הא כיון דהקרקע ברשות בעלה עומדת א"כ הוא אומר לו שלך לפניך ולמה בשביל תקנתי של זה יהיה זה מוכרח להפסיד קרקעו וגם מה שייך בזה תקנת השבים והא אינו משיב כלל דהקרקע ברשות בעליו הוא עומד וז"ב מאד כשמש ולפ"ז אם כיוצא דמועיל יאוש בקרקע כל שמתחלה הם בעליו מייאשי אם כן שוב הוי שייך תקנת השבים אף בקרקע וז"ב מאד ·

אוצר החכמה

[ובמעשה שבא לידינו מק"ק זאלאשיץ שהבהכ"נ הי' לו שני אמות נגד שני אמות הי' לו ליחיד וכשהי' צריכין לחזור ולבנות הבהכ"נ הי' אחד מבהכ"נ בונה הבהכ"נ והרחיב חצי אמה יותר שהבהכ"נ א"כ רצה היחיד להרחיב גם הוא שלו חצי אמה באמרו שמחה בהם ולא אשגחו בו ועי"ז רצה הדיין לומר דלי"ש תקנת השבים בקרקע ורצה לחדש דינים חדשים וקהלתו אותם בחזקת היד כאשר יבואר בדרוש ד' בחיבור שנה אחים סי' י"א ותשובתי א"כ דיל"ל כיון דהי' שלש שנים כשהרחיב הבהכ"נ חצי אמה עד שנשרף ביתו ורצה להרחיב ביתו וא"כ פשיטא דנתייאש מזה ויאוש מועיל ובזה בודאי מועיל יאוש דבאמת הבהכ"נ בעצם נכנס דהי' לו שני אמות רק דזה יש, לו חזקה שלא יאפיל לאורו ובכה"ג כל דהי' להבהכ"נ חזקת שלש שנים הוא שייך תקנת השבים גם בקרקע ואכמ"ל בחבור ימנו לו דמים בעד היזק האפלת אור בערך חצי אמה ולא יותר וז"ב לדעתי]

אוצה"ח 1242954

ולפ"ז לר"א דס"ל קרקע נגזלת הוא שייך תקנת השבים אף בקרקע ובזה י"ל במ"ש הנהו אמרי' דאם ראובן בנה סוכה בקרקע שמעון ושמעון תקף אם ראובן והוציאו מסוכתו דלא יצא בה שמעון דאין כאן תקנת השבים והנה הב"ח והמהרש"ל הביאו שבנה שלא מדעתו ובמ"א רוצה לקיים הגירסא שבנה מדעתו ולפמ"ש יש לומר דאם בנה מדעתו הוא בודאי שייך תקנת השבים לגבי ראובן דכיון דהיא רק שאל לו הקרקע על ז' ימים והי"א בנה עליו מ"מ שייך תקנת השבים אף בקרקע דהא כיון דשאל לו עכ"פ קרקע א"כ יצאה הקרקע מחזקת שמעון דהרי שאל לו א"כ הוא שייך תקנת השבים וא"כ גם העצים נעשים מחובר לקרקע והוא אין שייך לומר דשייך תקנת השבים לגבי שמעון דהא לא טרח וא"ל דהקרקע שלו והעצים נגזלים דהא דכיון דגם בקרקע שייך תקנת השבים הוא הו"ל העצים כמו הקרקע והו"ל כלו של ראובן ושמעון הו"ל גזלן ומיושב היטב קושית המ"א אף דבי"ה שמחובר לקרקע לאו כקרקע מ"מ הוא כלו של ראובן משום דלגבי דידיה שייך תקנת השבים אף בקרקע וז"ב · ובזה נראה לפע"ד למלאות תקנה לאחים השותפים סוכות בר"ה ותמה המ"א דהו"ל סוכה גזולה דיש לכל השותף חלק בר"ה ומי ימחול ולפמ"ש יש לומר כיון דגם בסוכה עשו תקנת השבים כדאמרו הם בגזל עצים והיכא בהם דאין לו אלא דמי עצים וא"כ היכא דבקרקע לא שייך תקנת השבים והיינו משום דקרקע אינה נגזלת אבל כאן במה דיש לו לרבים חלק בקרקע עכ"פ גם לשותפים הוכה יש לשם חלק ושפיר שייך תקנת השבים וע"כ בשותפות עם בעלים מקרי בכה"ג ושייך תקנת השבים דשייך יאוש בכה"ג ובזה מיושב מה דקשה לי טובא בהא דאמרו בסוכה שם ואי מגרי' בטיבלא שקיל דמי ואפילו לאחר שבעה וכן קיי"ל בשו"ע סי' תרל"ז ס"א וקשה אדרבה כיון דחברו בטיבלא הו"ל כמחובר לקרקע ודינו כקרקע וא"כ לא שייך בזה תקנת השבים כמ"ש רבינו ירוחם ולפמ"ש אי"ש דכל הטעם הוא לפי שקרקע אינה נגזלת וכאן שבאמת הי' תלוש ונגזלה א"כ מה בכך שלבסוף חברו מ"מ כל שנגזלה אף בקרקע עשו בה תקנת השבים ודו"ק אמנם אי קשיא הא קשיא בסוף דרב ענן בב"ב דף מ"א גבי מקח בדקא דאמרא דלא"ל זיל סדר ומשום דהוה מחילה בטעות והא עכ"פ הוה יאוש ועיין רא"ש סוף ב"ק בטעמא דהכא הכרי שמעון דעבודה עם דאף בטעות עכ"פ הוא יאוש דאמת דעשי' עיניה ועיין בהגהת אשרי ב"מ דף ק"ו גבי שהם זביני הכא הלואה וא"כ שוב הו"ל תקנת השבים משום דהוה יאוש וקרקע נגזלת ושייך תקנת השבים ולמה לא אמר שיחזיר לו דמים בעד השיזק ולא הכותל וע"כ נראה דכיון דלא תקנו חז"ל תקנת השבים בקרקע א"כ מעילה אף במקום דלא שייך הטעם מ"מ כמאמר של רבינו הגאון כנלפע"ד ·

והגה בהא דאמרו דאין לו רק דמי עצים כחלוקי השמרים ושור בפני הרי"ף עם רש"י דדעת הבעה"מ שיעור דכל שלא החזיר הדמי עצים אינו יוצא וכתב הב"י הטעם דכל שלא קיים כפי תקנת חז"ל להחזיר הדמים הוי אוקמא אדינא דאורייתא ולא יצא בגוף הסוכה ותמי' ק"ל דאין עליו רק חוב דמים אבל גוף השמרים קנה ולדעתי נראה דהכא כבר נודע דפליגי הפוסקים אם קנין דרבנן מועיל לענין קנין תורה כמבואר בב"י באה"ע סי' כ"ח בשם רבינו ירוחם לענין קידושין ואני אומר דכיון דכל הטעם דקנין דרבנן הוה קנין דאורייתא משום דהפקר ב"ד הפקר ולפ"ז הא כבר נודע מ"ש התוס' ביבמות דף פ"ט ע"ב דמן שמעתא על השמסור לי"ש הפקר ב"ד כיון דעוד הסחר ברשותו ועליו לתקן ע"ש ולפ"ז אף אם הכי כיון דאף שעשו תקנת מריש והפקירו גוף השמרים אבל הדמים שבו לא הפקירו והדמים חייב ליתן לו א"כ באמת כשנתן כאן לו דמים שוב גוף השמרים קונה דחכמים הפקירו לו השמרים אבל כשלא נתן הדמים לא שייך לומר דהפקירו השמרים דהא עוד השמר לי לזה שנגזל כח דדמים מגיע לו בעדו ולי"ש בזה הפקר וא"כ שוב איכי רק קנין דרבנן ומש"ה לא קני וא"כ כל שלא קיים כפי תקנתם הם אמרו והם אמרו דכל שלא נתן דמים לא יצא וז"ב מאד ובזה נראה לפע"ד ליישב מה ששמעתי קושיא בשם ידידי הרב הגאון מוה' נתן אבד"ק רלווא במ"ש התוס' בסוכה דף ל"א ע"ב ד"ה שינוי השתא לגבייתו הקשו דשינוי קונה מדרבנן וכתבו כיון דמדאורייתא לא קני לא נפיק הכי ועי"ז הקשה התוס' דבני הבתא שמשמע דנפיק אע"ג דלא קני אלא מטעם מריש וכתבו דהם משום תקנת השבים וכאן לא שייך תקנת השבים ועי"ז הטעם דאף דאיכא כאן תקנת השבים מ"מ הא לשיטת הבעל שיעור כל שאינו מחזיר דמים לא יצא וכאן הא אינו מחזיר הדמים דהא אינו יודע כלל למי גזל והוה רק ספק גזל ולפמ"ש אי"ש דכל הטעם הוא כיון דלא יחזיר דמים לי"ש הפקר ב"ד וכאן שאני למי יחזור הדמים א"כ שפיר הפקירו חז"ל השמעתא כל שקנהו בשינוי רשות והוי ספק גזל ההדיוט וא"כ שפיר הפקירו חז"ל השמעתא דספק גזל לא נחסר מן התורה ועיין תוס' סי' כ"ה ע"ש ביסוד קושית הכס"ב בשם משרי' באלפן ז"ל דלמה ספק ממון השמים והא הוה ספק גזל וכתב דספק גזל לא אסרה התורה ונפרע הבוא באמת נותן הדמים ואי למי ישיב ובכה"ג ודאי שפיר הפקירו וגם דבאמת הוא מיאש עצמו ויאוש קני ורק משום מצוה הש"ע וכאן ליכא עבירה ועיסו יש לרחות דעדיי לא קא מייאש וכדאמרו בב"ב דף מ"ד אבל מ"מ בראשונה הוא עיקר והנה לכאורה גוף דברי התוס' תמוהים דמה בכך דלא שייך תקנת השבים בזה הא כל עיקר קושית התוס' הוא דהם בסוכה משמע דנפק אף שאין קונה מן התורה רק מדרבנן וע"כ דקנין דרבנן מועיל לגבי תורה וכאן למה לא יועיל קנין דרבנן לקנין תורה וא"כ מה בכך דלא שייך תקנת השבים סוף סוף מדרבנן קנה והוא הרבה מצוה בדברי התוס' ולא ראיתי מי שיתעורר בזה אמנם נראה לי דבאמת מכאן ראיה למ"ש הב"ש באהע"ז סי' כ"ח ס"ק וא"ו שכתב דהב"י מחלק בין מעשה דנעשה קידושי תורה ובין גזל לאחר יאוש אף דקונה מדרבנן אינו מועיל לענין קידושי תורה משום דבגזל לאחר יאוש כיון דמדרבנן מועיל וזכה הא מדאורייתא צריך להחזיר ואינו שלו א"כ מש"ה מקדש בדבר שאינו משא"כ במעשה ובאמת הסברא נכונה הוא אבל הדבר צ"ב דא"כ איך מועיל תקנת השבים לענין סוכה דהא בעינן לכם מה"ת וא"כ אף שמקשו משום תקנת השבים מ"מ מה"ת אינה שלו אך לפע"ד נראה דמ"מ דבאמת ביאוש דקני מדרבנן מצד עצמו דכל דמייאש קני שייך לומר דרק מדרבנן קני לא מה"ת אבל בזה דעשו תקנת השבים וא"כ חשו שיהי' תקנה לשבים וא"כ פשיטא דאלימא לתקנתם שיהא מה"ת דאל"כ לענין סוכה לא הועילו כלל וא"כ עדיין יצטרך לחזור כיון שלא יצא השלוח מן התורה וע"כ דכל שעשו תקנת השבים קנה שלו גם מה"ת וז"ב ·

ובזה מיושב היטב מה דאמר ר"כ לאלי סנאה עציבא ס"ל דלא ואין לכם אלא דמי עצים בלבד וקשה מהכ"מ דהא הי' לווקם דרבנן בסוכה גזולה הי' יתבי ומשמע שכבר ישבו בסוכה גזולה וא"כ לשיטת הבעל השיעור ע"כ שכבר נתנו הדמים קודם הסוכה דאל"כ לא יצאו מצות סוכה וא"כ קשה מה קאמר עציבא הי' אין לכם אלא דמי עצים והא כבר נתנו להם ואמרו לא שאין לכם אלא דמי עצים ואם לא נתנו דמים שוב באמת ישבו בסוכה גזולה ואילים לרבנן דישבי יושבים בסוכה גזולה. ולא יצאו ידי מצות וס"ל הימם רבם ולפמ"ש אי"ש דבאמת כבר שלמו להם רק דס"ל לווחם דעכ"פ מן התורה ישבו בסוכה גזולה ועי"ז אמר כיון דאין להם אלא דמי עצים והיינו משום תקנת השבים גם מה"ת יצאו ת"ב ולפ"ז אין מקום לתוס' להקשות מהא דמועיל אלמא דקנין דרבנן מועיל דבאמת אינו מועיל בגזילה רק היכא דאיכא תקנת השבים וע"כ דקי"ל לתוס' דגם בזה שייך תקנת השבים ועי"ז תירצו דבזה לא שייך תקנת השבים ולי"ש דברי התוס' וגם בזה מיושב קושיא דכל שאי' להחזיר הדמים שפיר עשו תקנת השבים בזה דעת ישמם כל שרוצה להחזיר ואינו יודע למי ישוב ת"ב ודו"ק ·

והן כאשר מאמתו עם שקשהו במק"ח סי' תרי"ח ובאבני מלואים סי' כ"ח להקשות על התוס' דהם ראיה מסוכה ללולב דבסוכה שפיר כשעשה מקנין דרבנן תורה משום דהפקר ב"ד הפקר ובכ"מ אינו גזול אף דאינו כשהם עיי"ז של שאמר רק שהוא הפקר ואינו קנין מ"מ בסוכה כבר שאלם ב"כ אבל באתרוג דבעי שלו שעם מה מועיל הפקר ב"ד מ"מ אינו רק הפקר ולא שקנו לאחרים ובאמת שלכאורה הוא תימה על התוס' אבל הכי

לוכף

שואל ומשיב - ג עמוד מס' עט א - הודפס ע"י אוצר החכמה