

## על מעמדו של חפץ גזול

א. האחרונים חרשו שהקנין שעושה הגזולן בשעת הגזלה, הגבהה משיכה או חצר, מעניק לגזולן מעמד מיוחד של בעלות מסויימת על הגזלה, בעלות שנגזרות ממנה חובות וזכויות. וזהו הנקרא אצלם 'קניני גזלה'. בראשונים לא מצאתי רמז לבעלות כל שהיא של הגזולן. חרושם של האחרונים בא בעיקר כדי להסביר ארבעה דברים, ונפרטם תחילה בקצרה: א. קנין הגזלה בשנוי. ב. חיוב אונסין. ג. פטור הגנב מתשלום עבור השימוש בגזלה. ד. "רשות יורש כרשות לוקח", כיצד אפשר לרשת גזלה.

קנין הגזלה בשנוי מעשה: רבה (ב"ק סו, א) הביא ראייה לכך ששנוי קונה ממשנה שמלמדת ששינוי מעשה בצמר מבטל את מצוות ראשית הגז, "לא הספיק ליתנו לו עד שצבעו - פטור". הראיה הזאת תמוהה לכאורה כי אמנם אפשר ללמוד משם שלאחר השנוי אין על הגזולן 'מצות השבה', אבל במה זכה הגזולן בגזלה? הרי היא היתה של הנגזל, ואיך הפכה להיות של הגזולן, וכיצד אפשר ללמוד זאת מדין ראשית הגז? תשובת האחרונים לכך (עונג יום טוב סימן כ"ט, קובץ שעורים ב"ק אות י"ד ועוד אחרונים רבים) שהגזולן קנה בחפץ הגזול 'קניני גזלה', ואלמלא חיוב השבה המוטל עליו היה החפץ שלו, ורק חיוב ההשבה הוא שמשאיר את הגזלה ברשות הבעלים. ועל כן, לאחר השנוי שמפקיע את חיוב ההשבה הגזלה עוברת לבעלות הגזולן, מכוח הקנין שעשה בשעת הגזלה.

עונג יום טוב (סי' כט) סבר שלאחר שנוי הגזולן קונה את הגזלה למפרע, משעה שגזל, שאז עשה 'קנין' בגזלה. לעומתו, קובץ שעורים סובר שאין הגזלה נקנית אלא משעת השנוי, וכאילו התנה שהקנין יחול 'מעכשיו ולכשישתנה'. הצד השווה שבהם, שלסברתם מעשה הגזלה הוא שעשה את הקנין שבו יזכה הגזולן בגזלה כשתשתנה.

חיוב אונסין: מכיון שיש לגזולן 'קניני גזלה', עליו לשלם את הגזלה גם אם תאנס. נאמר לגזולן, אתה אחראי כי הגזלה נאנסה לך, הרי יש לך בה קניני גזלה!

פטור מתשלום על שימוש בגזלה: מבואר בב"ק (צו, א) שגזולן אינו משלם על שימוש בגזלה. האחרונים פירשו שהדבר נובע מקניני הגזלה של הגזולן.

האחרונים הסבירו לאור יסוד קניני הגזלה גם את דיני גזלת קרקע: קרקע אינה נגזלת, ולכן אין בה לגזולן קניני גזלה, ועל כן הגזולן אינו חייב באונסיה, ועליו לשלם לנגזל על השימוש בה, והיא אינה נקנית בשנוי.

ויש מהאחרונים (חידושי ר' שמעון שקופ ב"ק סי' לז; אבי העזרי הלכות גנבה ה', ג; קובץ שעורים ב"ק אותיות טו-טז) שהרחיקו לכת וחידשו שהגזולן יכול למכור את קניני הגזלה שלו ללוקח.

קובץ שעורים (שם) העיר, בצדק גמור, שסברה זאת שהגזלן מקבל זכויות בגלל מעשה הגזלה היא סברה תמוהה. ואף על פי כן הוא ראה לעצמו הכרח לקבלה, כדי להבין את דין שנוי קונה. באמת, אין זו רק סברה תמוהה, אלא סברה שנוגדת את חוש הצדק הפשוט! איך יקבל גזלן זכויות בזכות מעשה הגזלה?

הנתיבות (שס"א, א) באר שקניני גזלה ניתנו לו לגזלן לרעתו, כדי לחייבו באונסין. ואמנם, מתוך כך נובע שיש לגזלן גם זכויות, אבל אין דרך להפריד את אלה מחיוב אונסין.

בעניי אינני מבין את דברי הנתיבות כראוי – הרי גם בלי קניני גזלה אפשר לחייב את הגזלן באונסין – הוא גזל ועליו להשיב את החפץ או את דמיו! להשיב, ולא לספר סיפורי אונסין!<sup>2</sup>

**ב.** אף על פי שרבים האחרונים שהשתמשו בסברת קניני גזלה, נראה לי אחרי בקשת המחילה להציע דרך אחרת, שתפטור אותנו מסברה תמוהה זאת, וכל פטטיא דאורייתא טבין.

ראשית, גזלן אינו עושה שום קנין! אין בעולם קנין בנגוד לרצון הבעלים, שכן הדבר מנוגד לעצם מושג הבעלות! הגזלן עושה רק פעולת 'לקיחה'. אמת, לקיחה זאת דומה בצורתה למעשה קנין – הגבהה, משיכה וחצר – אבל אין זה מפני שכדי לגזול צריך לעשות קנין, אלא אדרבא כדי לקנות צריך מעשה לקיחה, הגבהה, משיכה וכדומה. כאשר הקונה לוקח את של המוכר בהסכמתו על מנת לקנות – זהו מעשה קנין. אבל בלא הסכמה אין שום קנין אלא רק לקיחה.<sup>3</sup> על כן הגזלן לא קנה שום 'קניני גזלה',

1. וראה, שהגמרא סנהדרין (עב, א) אמרה על חיוב אונסין של גזלן – "מידי דהוה אשואל!" ובשואל חייב באונסין בלי שום 'קניני גזלה'.

2. ואמנם נכון הדבר שאי אפשר לחייב את הגזלן גם לשלם דמים כשעת הגזלה וגם לשלם על השמוש, כי יש כאן סתירה מיניה וביה. אבל כאשר הגזלה קיימת, אפשר לחייב אותו להשיב אותה בעינה, וגם לשלם עבור השמוש. ואם כן יכול היה הדין להיות שאם הגזלה איננה, "רצה נוטל דמיה, רצה נוטל דמי שמושה", ואם הגזלה קיימת, מקבל את הבהמה וגם את דמי השמוש.

3. שבתי וראיתי שאין הדבר פשוט כל כך, שכן במסכת עבודה זרה (עא, ב) שאלה הגמרא: אם אין משיכה קונה בגוי, איך יתכן שגוי נהרג על גזלת פחות משה פרוטה? הרי שאסור הגזלה תלוי ב'קנין'! אבל נראה להסביר את הקושיה, שבישראל אפילו לקיחה סמלית, כמשיכה של עקירת יד ורגל, נחשבת ללקיחה, ודי בה לעשות קנין, ועל כן גם לענין גזלה היא נחשבת כלקיחה. אבל לגבי גוי אין משיכה סמלית נחשבת ללקיחה, שהרי קונה רק בהכנסה לחצר ולא במשיכה, ועל כן גם לענין גזלה יש לנו לומר שכשמשך עדיין לא גזל. וגם בלעדי סברה זו, לא שמענו כאן אלא שהעברה תלויה ב'מעשה קנין', אבל לא שמענו שהגזלן באמת קנה משהו. ומסתבר שנמצא אצל הראשונים לשון 'קנין' על מעשה גזלה,

וקל וחומר שמעשה הלקיחה בשעת הגזלה אינו יכול להיות קנין שעל ידו יקבל בעלות גמורה בגזלה לאחר השינוי.

אבל הגזלן בלקיחתו הרחיק את הגזלה מבעליה באופן שאינו מאפשר להם לממש את בעלותם. מצד הבעלים החפץ הגזול עכשיו דומה לאבדה! ובעלות ניתנה לאדם על מנת שיוכל לממש אותה, וכשאינו יכול לממשה הרי היא בטלה מאליה!<sup>4</sup> דוגמה לדבר, אסורי הנאה אינם שלו, שכן מכיון שאינו יכול לעשות בהם דבר בטלה בעלותו.<sup>5</sup> על כן בעלותו של הנגזל כמו של המאבד היא קלושה, ואלמלא החובה המוטלת על הגזלן ועל המוצא להשיב את החפץ היו הנגזל והמאבד מאבדים את בעלותם. רק הסיכוי להשבת החפץ, סיכוי הבנוי על חובת ההשבה המוטלת על הגזלן ועל מי שעתיד למצוא את האבדה, הוא השומר על בעלותם של הנגזל ושל המאבד.<sup>6</sup> על כן, אם תפקע חובת ההשבה של הגזלן, למשל על ידי שנוי מעשה, תפקע ממילא בעלותו הקלושה של הנגזל. ומסתבר, שכן ממש יהיה גם אם המוצא ימצא מציאה שהשתנתה מזמן אבדתה – הוא לא יתחייב בהשבתה משום שהחפץ שמצא אינו זה שנאבד, כראשית הגז שלא הספיק ליתנו עד שצבעו, ובהעדר חיוב השבה תפקע בעלות המאבד.

אבל גם אם הנגזל איבד את בעלותו לאחר השינוי, לגזלן אין שום כח מיוחד בחפץ 'בזכות' מעשה הגזלה. ועל כן, אם יקרה השינוי בגזלה ברשות הרבים, יוכל כל אדם לזכות בה מפני שבטלה בעלות הנגזל. כך כתבו התוספות (ב"ק סט, א ד"ה כל) במפורש לענין יאוש בגזלה, בצד השני של ספקם שם, שאם בשעת היאוש הגזלה נמצאת ברשות הרבים כל אדם יכול לזכות בה, ודבריהם ראייה חזקה לדרכנו שאין לגזלן קניני גזלה. אמנם, בצד הראשון של ספקם שם סברו שאפילו כאשר הגזלה ברשות הרבים רק הגזלן יכול לזכות בה לאחר יאוש ולא אחרים. אבל נראה שאין זה משום

אבל נראה שאין זו אלא לשון מושאלת, לומר שהגזלה התבצעה, והגזלן עבר בלא תגזול והתחייב באחריות.

4. אולי זה הוא פרוש דברי המאירי ב"ק ק"ג, "מציאה מקצת קנין, והחזרתה – חסידות".
5. הראשונים הסוברים שאסורי הנאה הם 'שלו ולא ברשותו', יש לומר שהטעם לכך הוא שהם לא יצאו משליטתו באופן מעשי אלא רק באופן הלכתי, ואם ירצה הרי יכול להנות מהם באיסור. ועוד, שמותר עדיין להשתמש בהם שלא כדרך הנאתם. ומה שמוכח בנדרים (מז, א), שמודר הנאה מנכסים יורש אותם, אף על פי שאינו יכול להשתמש בהם, נראה שטעם הדבר הוא שבעלי חובו שאינם מודרים הנאה באים ונפרעים מהם.
6. בדרכנו אנחנו נותנים טעם לשבח לכותרת של הרמבם "הלכות גזלה ואבדה". מדוע צרף אותם זה לזה? לדרכנו יש ביניהם קשר מהותי. שניהם מרחיקים את החפץ מבעליו, ומחלישים בזה את בעלותו.
7. בכך יובן היטב גם דין זוטו של ים, "אבדה ששטפה נהר רחמנא שרייה" – מכיון שהאבדה הורחקה מהבעלים, וגם אין סכוי סביר להשבתה – פקעה בעלותו של המאבד!

שלדעתם הגזולן קנה בקניני גזלה, אלא שמכיון שהגזולן חייב לשלם את דמי הגזלה לנגזל לא יתכן שאנשים אחרים יזכו בגזלה עצמה. והדבר דומה לסברה שכתבו בצד השני של ספקם, שגם אם אחרים יכולים לזכות עליהם לשלם לגזולן את שווי הגזלה.<sup>8</sup> ואם השנוי יקרה בחצר הגזולן, הוא יזכה בגזלה בקנין חצר חדש, ולא מכוח מעשה הלקיחה בשעת הגזלה!

ג. הראינו שניתן להבין את ענין שנוי קונה בלא להזדקק ל'קניני גזלה'. נעבור לראיות האחרות שהוזכרו לענין קניני גזלה:

את חיוב האונסין אפשר להבין בנקל גם בלא סברת קניני גזלה, וכמו שכתבנו לעיל: אין לגזולן שום קנין בגזלה, אבל מעשה הגזלה עצמו מחייב את הגזולן להשיב את החפץ או דמיו!

גם הפטור מתשלום על שימוש ניתן להבנה בלא סברת קניני גזלה. בגמרא (צו, א) עולה שאין דיון על תשלום דמי שכירות של הגזולן, שהרי לא היה הסכם שכירות בין הגזולן לנגזל. הגמרא דנה על תשלום רק מצד הנאת הגזולן, 'זה נהנה וזה חסר'. ועל זה יש לומר, שמאחר שהחפץ כבר הורחק מן הנגזל, והוא אינו יכול להשתמש בו, מעתה אין הנגזל חסר על ידי שמושו של הגזולן, ו'זה נהנה וזה אינו חסר' פטור!

קרקע אינה נגזלת: מגזרת הכתוב איננו רואים אותה כמרוחקת מהבעלים, הארץ לעולם עומדת, אלא אנו אומרים שהגזולן משתלט עליה יום יום. הגזל כאן אינו אלא הפרעה חיצונית לשימוש הבעלים. הגזולן לא לקח את הקרקע, ועל כן הוא אינו חייב להשיבה, אלא רק להסתלק ממנה! על כן, אם הגזולן ישתמש בה עליו לשלם על הנאתו, כי ההשתלטות היומיומית על שלו על הקרקע עושה את הנגזל יום יום ל'זה חסר'!<sup>9</sup>

הבנה זאת של מעמד הקרקע הגזולה מסבירה כמובן גם מדוע הגזולן פטור על אונסיה, ומדוע אינה נקנית בשנוי.

8. ואמנם סברה זאת של תוספות צריכה תלמוד, אבל עינינו הרואות שהם כתבו אותה לפי הצד השני של ספקם לענין הדמים, ואם כן מסתבר שהצד הראשון אמר את אותו דבר עצמו לענין הגזלה עצמה.

9. גם לענין עבד, אם הוקש לקרקע, יש לומר אותו דבר. אמנם העבד נלקח מהבעלים וכאילו הורחק מהם, אבל נראה שאין משמעות ללקיחתו משום שהעבד נמצא 'אצל עצמו', ועקרונית גם כשהוא עושה מלאכה ברחוק מקום מהבעלים הוא עושה עבורם. הבעלים הרי אינם צריכים לשלוט בעבד מקרוב כדי שמעשי ידיו יהיו להם, ורק השתלטות הגזולן ברגע העשיה היא המונעת מהבעלים את השמוש בו. ולכן, למ"ד עבדי כמקרקעי - העושה מלאכה בעבד, חייב לשלם כדין זה נהנה וזה חסר.

כאמור לעיל, אחרונים הביאו ראיה לקניני גזלה גם מהדיון בגמרא אם "רשות יורש כרשות לוקח" או לא, וטענו: אם אין לגזלן בגזלה ולא כלום, מה הוא יכול להוריש? תשובתי: לא נאמר בגמרא שהיורש יורש את הגזלה מהגזלן. לפי דרכי, היורש שירש את החצר קונה את הגזלה בקנין חצר, מפני ש'בהיתרא אתא לידה'. האומר 'לאו כרשות לוקח' סובר שהיורש אינו דומה ללוקח ואינו קונה את הגזלה, משום שהוא נחשב כמשך ישיר של אביו וכאילו גם אצלו הגזלה נמצאת באסורא.

ואם תקשה, אם אין לגזלן שום זכות בגזלה, איך הוא יכול למכור ולהקדיש לאחר יאוש בעלים, והרי יאוש אינו קונה! תשובתך, אמנם אין לגזלן זכות בגזלה, אבל הוא שולט עליה בפועל, ולאחר יאוש הסתלקה התנגדות הנגזל לשליטה הזאת. והרי גם לדברי האחרונים הסוברים שיש לגזלן קניני גזלה, עדיין אין בזה די לכאורה להסביר את המכירה וההקדש.

לידיעתי, יש שתי דרכים להסביר את המכירה וההקדש. האחת, שמכיוון שאם ההקדש והמכירה יחולו יהיה כאן יאוש ושינוי רשות, והלוקח וההקדש יקנו, הרי אנו אומרים ששני הדברים באים כאחד – על ידי המכירה נעשה שינוי רשות, ועל כן ברגע המכירה הגזלן קונה ביאוש ושינוי רשות, וקנייה זאת מאפשרת לו למכור! כך כתב הרשב"א בחדושי (גטין נה ב). אמנם הסבר זה קשה להבנה, אבל כך דרכו של הרשב"א, והיא טובה באותה מדה לסברת קניני גזלה ולסברתנו.

הדרך השניה היא שכדי למכור או להקדיש אין בכלל צורך בבעלות, ודי לשם כך בשליטת המוכר והמקדיש על החפץ הנמכר. כך כתב הרמב"ן (מלחמות תחילת לולב הגזול), שאלמלא פסול מצוה הבאה בעבירה, בהמה גזולה שהקדיש הגזלן לאחר יאוש היתה קרבה למזבח, "ונהי נמי דמקדיש לא קנייה, נהווי כשוחט שלא לשמן, שכשרים, אלא שלא עלו לבעלם לשם חובה!" ובפרוש הרא"ש (נדרים לד ב) כתב בשם ר' אליעזר ממין שאם יש לפניו ככר של הפקר ויכול לקחתה, יכול להקדישה גם אם אינה בד' אמות שלו<sup>10</sup>!

ד. יש להקשות הן על דרך האחרונים והן על דרכנו משני מקומות שבהם הגזלן אינו חייב בהשבה ובכל זאת הגזלה אינה שלו: גזול מגוי לפי שיטת היראים ובא במחתרת. גזל גוי – היראים<sup>11</sup> סובר שגזל הגוי מותר. אבל הוסיף שאמנם איסור גזלה אין כאן, אבל הגזלה אינה שייכת לגזלן אלא לגוי. ואם אין איסור גזלה אז גם אין חיוב השבה.

10. והאריך בעניינינו רע"א בחדושי לב"ק סו.

11. ראה מג"א תרל"ז, ג.

הבא במחתרת - לדעת רבא (סנהדרין עב, א) דין קים ליה בדרבא מיניה אמנם פוטר מחובת ההשבה, ועל כן הבא במחתרת פטור מלשלם על כלים שגנב ונשכרו, אבל הכלים הגנובים הקיימים בידי הגזולן שייכים לנגזל והגזולן לא קנה אותם.<sup>12</sup>

שני דינים אלו קשים לכאורה הן על דברי האחרונים והן על דברינו, שהרי למדנו שבגזלה - אם בגלל קניני גזלה ואם בגלל הרחקת הגזלה מן הבעלים - בעלות הנגזל תלויה בחובת ההשבה, אבל בשני מקומות אלו הגזולן אינו חייב בהשבה ובכל זאת בעלות הנגזל קיימת!

הנתיבות (שנ"א, א) מתרץ את הקושיה מבא במחתרת. כאמור, לשיטתו זכויות קניני גזלה נובעות מחיוב האונסין, ומקורם בדרשת (שם): "והשיב את הגזלה אשר גזל - אם כעין שגזל יחזיר, ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי", ו"כיון דהתורה חייבה בדמים, הרי מוכח דרחמנא אוקמיה ברשותיה". מאחר שכך, הרי הבא במחתרת שאינו חייב באונסין אינו זוכה בקניני גזלה. באותו אופן יש ליישב גם את דינו של היראים. הגזול את הגוי אינו חייב בהשבה ובאונסין, ועל כן הוא אינו זוכה בקניני גזלה, ובלעדיהם הגזלה שייכת לנגזל כפי שהיתה לפני הגזלה.

אבל גם לדרכנו, שהבעלות מתבטלת על ידי עצם הרחקת הגזלה מן הנגזל, יש ליישב קושיות אלו: לענין בא במחתרת יש לומר כדברי קובץ שעורים (בבא קמא אות יד), שרבא סובר, "דלא שייך קלב"מ אלא היכא שצריך לשלם משלו, ולא בהשבת חפץ שאינו שלו", ועל כן הבא במחתרת שהגזלה קיימת בידו חייב בהשבה.

בגזל גוי נאמר שהפטור מהשבה אינו גורם לניתוק הגזלה מהבעלים בגלל יכולת הגוי לתבוע אותה בדיניהם, אצל ערכאות שלהם.<sup>13 14</sup>

12. דעתו התמוהה לכאורה של רב, שגם כשהגזלה בעינה הבא במחתרת זוכה בה, מובנת מאד לדרכנו. מאחר שקים ליה בדרבא מניה פטר את הגזולן מחובת ההשבה - בטלה בעלותו של הנגזל.

13. ותהיה מזה נפקא מינא, שבמקום שאינו יכול לידון לפני גויים, תהיה הגזלה של הגזולן גם לדעת היראים.

14. והקשו עלי מהסוגיה בתמורה שבה נחלקו אבוי ורבא בתוצאות פעולה שנעשית באיסור, 'מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני'. בגמ' שם מבואר (לפירוש השני של רש"י), שהם חולקים האם שינוי קונה. לדעת רבא הסובר "אי עביד לא מהני", שינוי אינו קונה. והנה, אם נאמר שלא מעשה הגזלה הוא שמאפשר את הקנין, אלא עצם ריחוק החפץ מהבעלים, הרי זה דומה לצרם אוזן בכור, שבו אמרו תוספות (תמורה ד, ב ד"ה רבא) שגם רבא מודה שאי עביד מהני. וסברתם היא שהמצב של המום הוא שיוצר את הדין ולא מעשה העברה, ובמצבים כאלה רבא מודה. ולפי דרכי, הרי גם בגזלה המצב של הריחוק מהנגזל הוא שגורם לכך ששינוי יקנה ולא העברה! ראשית אומר, שמסקנת הגמרא שאבוי ורבא נחלקו בשינוי קונה קשה גם לסברת 'קניני גזלה': וכי יש טעם לומר שלדעת רבא שינוי אינו קונה מפני ש"אי עביד לא מהני" ולכן אין קניני גזלה? האם הוא יסבור לפי זה גם שגזולן

## ה. נציג מספר חדושים להלכה שיצאו מדרך ההסברה שלנו:

1. הסברה שאמרנו בגזלת גוי לדעת היראים, שהגזילה אינה מנותקת משום שהערכאות יכפו להשיבה, תהיה נכונה גם באבדה במקום שהערכאות מחייבות להשיב אבדה. אבל במצב שבו אינן מחייבות, ומסתמא כך היה הדבר בימי קדם, הרי שהמוצא אבדת גוי יזכה בה לגמרי גם לפי דעת היראים. ואכן, היראים לא כתב במצות השבת אבדה שאע"פ שאבדת גוי מותרת היא עדיין של הגוי. אבל, מי שאינו מקבל את סברתנו, יאמר שלדעת היראים אין הכדל בין גזלה לאבדה, והגוי עדיין בעלים גם באבדה כי אין מה שיפקיע את בעלותו בה.

2. אבדה השתנתה לפני שהמוצא מצא אותה והתחייב כבר בהשבתה - לפי דרכי מסתבר שהוא זוכה בה, וכמו שכתבתי לעיל.<sup>15</sup> אבל לדעת האחרונים לא יזכה בה מפני שאין לו בה קניני גזלה.

3. מוצא שהשתמש באבדה לפני הגבהתה, האם חייב לשלם דמי שימוש לבעלים? לפי האחרונים כן, מפני שאין לו קניני גזלה. אבל לפי דרכי לא - מכיון שהאבדה רחוקה משליטת בעליה, וחייב השבה עדיין אין כאן,<sup>16</sup> יש לומר "זה נהנה וזה אינו חסר". אמנם אם ישתמש בה לאחר הגבהתה, אולי יהיה חייב לשלם, שהרי היא נמצאת בידי שומר אבדה, ועל כן אינה מרוחקת מהבעלים.<sup>17</sup>

אינו חייב באונסין? לתירוץ קושיה זו כתב הנתיבות שה"לא תעביר" שעליו מדובר כאן איננו אסור הגזלה, אלא האיסור לעשות שינוי! העברה שעשה בכך ששינה "לא מהני" לפטור אותו מחובת ההשבה! וזה תרוץ גם עבורנו ועיין בדבריו.

ונראה לי שיש לומר עוד, שמכיון שהגזלן מחויב בהשבה ה"לא תעביר" הוא העברה שאינו משיב, והיא היוצרת את ריחוק הבעלים מן החפץ, ועל כן אין זה דומה לצרם אוזן בכור, ויש לומר כאן אי עביר לא מהני. עוד נראה לי, שענינו אינו דומה לצרם אוזן בכור: שם המום שיש בכור פוסל אותו גם כשנעשה מאליו, ועל כן לא יעלה על הדעת שהבכור לא ייפסל מפני שהצורם עבר על מימרא דרחמנא. ומאחר שהבכור פסול מקרבן פשוט שאין אסור לאכלו. מה שאין כן אצלנו, שאפשר לומר שאף על פי ששנוי שנעשה מאליו פוטר את הגזלן ממצות השבה, שנוי שיעשה הגזלן באיסור לא יפטור אותו ממצות השבה. אולם, קשה לפרש כך את דברי התוספות.

15. אף על פי שאין זה ודאי.

16. אין זה ברור לגמרי, כי אפשר שגם לא תוכל להתעלם די בו כדי לשמור את האבדה בבעלות בעליה.

17. העיר לי העורך בצדק, שגם המפרש בדרך קניני גזלה יכול להסכים לסברה שכאן יש זה נהנה וזה אינו חסר. אבל מי שהביא משם ראייה לרעיון קניני גזלה, הוא בודאי חולק על הסברה הזאת.

4. היה מי שכתב לרש"ז אויערבך, שאדם אינו צריך להקנות לבנו את המצה בליל פסח כדי שתהיה 'מצתכם', כי בין כך הבן קונה את המצה בלעיסה. הרש"ז חלק עליו, וכתב שרק גזלן שיש לו קנייני גזלה קונה בשנוי מעשה, והבן שלא גזל אינו יכול לקנות בלעיסה. אולם, לפי דרכנו הבן יקנה, שכן הלעיסה ביטלה את שליטתו של האב על המצה, והבן פטור מהשבתה, ועל כן קנה! לדרכנו, אין משמעות לקנייני הגזלה, ובעלות האב בטלה כאשר הלעיסה ביטלה את שליטתו על המצה, והבן הרי אינו חייב בהשבה כמובן, ולכן קנה ויצא ידי חובתו!<sup>18</sup>

ו. לפי דרכנו תתישב לנו תמיהה גדולה. אמרו חכמים (סנהדרין טו, ב): "והמחזיר אבידה לנכרי - עליו הכתוב אומר, למען ספות הרוה את הצמאה, לא יאבה ה' סלח לו". והפרישה (חור"מ רסו, ב) כתב שהדבר אסור אפילו מפני דרכי שלום. ותמוה, מה חרי האף הגדול הזה? רש"י כתב (שם): "שהשוה חביבותן של אומות העולם לחביבותן של ישראל". אבל הדברים לכאורה תמוהים: וכי כדי להשיב לאדם את שלו צריך 'חביבות'? לכאורה פשוט מאוד לומר שחייבים להשיב אבדה מצד היושר הפשוט! אבל לדרכנו הדבר מובן מאד, כי המאבד אבד שליטה על האבדה ולפי מה שבארנו בכך אבדה בעלותו. רק חובת ההשבה היא המשאירה את האבדה עדיין בבעלות המאבד, אבל באבדת גוי אין חובת השבה ועל כן בעלותו של הגוי בטלה. מעתה, המוצא ששייב לו את האבדה נותן לו מתנה! וכאילו עבר ב'לא תחנם'. הוא 'השוה חביבותן של אומות העולם לחביבותן של ישראל' משום שנהג כאילו התורה ציוותה להשיב גם לגוי.

בכך נבין את ההלכה המפורשת בשלחן ערוך שם (חור"מ רסו, א), שמותר לאדם להכניס כלים של גוי מפני הגנבים, משום דרכי שלום. וקשה, הרי לדברי הפרישה השבת אבדה נאסרה גם משום דרכי שלום! וכתב הפרישה שהטעם הוא שכעת עדיין אין על הכלים שם אבדה, רק יש חשש שהכלים יגנבו לאחר מכן. לדרכנו, ההבדל הוא כפתור ופרח: הכלים שאינם אבודים הם עדיין ממונו של הגוי, ועל כן התירו מפני דרכי שלום.

18. העיר לי העורך, בצדק, שיש מקום לחלוק על דברי. יש מקום לומר, שבלעיסה המצה לא הורחקה מרשות האב, מפני שהאב נתן לבן על מנת לאכול. ויש לראות את האכילה הזאת כשימוש של האב במצה, ולא כהרחקתה ממנו. ואם כן הבן אוכל את של האב.



ז. בדרכנו נבין גם דבר תמוה לכאורה בענין רבית קצוצה יוצאה בדיינים. נראה שדעת הרמב"ם היא שהמלוה אינו קונה את הרבית,<sup>19</sup> וכדרכו של המחנה אפרים (רבית סי' ב). הריטב"א (ב"מ סב, א, וכן קדושין ו, ב) סובר שהמלוה קונה את הרבית, אלא שהתורה מחייבת אותו להחזיר אותה ללווה. הוא מוכיח את דבריו מההלכה האומרת שהיורשים פטורים מלהחזיר אותה.<sup>20</sup> והרי זאת ראייה שהאב זכה ברבית, שאם לא כן איך זכו בה היורשים? מחנה אפרים דחה את הראיה, ואמר שזכיית הבנים במעות היא גזרת הכתוב.

אבל זאת גזרת כתוב תמוהה ביותר. איך יעלה על הדעת שחפץ של הלווה יהפוך להיות שייך לבני המלוה בגלל מות אביהם?

אבל לדרכנו יש לומר, שלדעת הרמבם לקיחת רבית היא כעין גזלה, וכדברי רבא (ב"מ סא, א): "למה לי דכתב רחמנא לאו ברבית, לאו בגזל, לאו באונאה?". חפץ הרבית שניתן למלוה יצא אפוא כבר משליטת הלווה, ובעלותו עליו נשענת רק על חובת ההשבה של האב. על כן, לאחר מיתת האב וביטול חובת ההשבה, מפני ש"לבריה לא אזהר רחמנא", פקעה בעלות הלווה ובני המלוה זוכים בחפץ הרבית שבידיהם.<sup>21</sup>

#### נספח א': ראיות הקובץ שיעורים

להשלמת הסברנו למעמד החפץ הגזול, נביא את ראיות הקובץ שיעורים (ב"ק אותיות טו-יח) להוכחת סברת קניני גזלה, וננסה להשיב עליהן. סברת קניני גזלה היא כה תמוהה ומקוממת, שכדאי היה להכנס אפילו לדחוקים גדולים כדי לדחותה. אך נראה שתשובותינו אין בהן דוחק, והאמת תורה דרכה.

קובץ שיעורים מביא ראיות לכך שיש לגזלן בעלות מסוימת על הגזלה, ואלה ראיותיו: הקצות (שסב, א) שאל על קנין יאוש ושינוי רשות: איך הגזלן יכול להקנות גזלה ללוקח לאחר יאוש בעלים, והרי הגזלה עדיין אינה שלו, שהרי יאוש לבדו אינו קונה? והוא עונה, שהלוקח קונה את הגזלה אחר יאוש מפני ש"בהתירא אתא לידיה". כלומר, הוא קונה אף על פי שאין מקנה. כמו באברה!

על זה מקשה קובץ שיעורים:

19. שהרי לא מנה במנין המצוות את מצות השבת הרבית. ופרש מגילת אסתר, שלדעת הרמב"ם השבת הרבית נכללת במצות השבת גזלה. ואם המלוה קונה את הרבית, פשוט שאין השבתה יכולה להכלל במצות והשיב את הגזלה.

20. אם לא בדבר מסוים, שאותו חייבים להחזיר, אבל גם זה רק מפני כבוד אביהם.

21. והרמב"ן שהוכיח שהמלוה קונה את הרבית מזכיית היורשים, "לבריה לא אזהר רחמנא", נראה שסובר שאין לראות את הריבית שקבל המלווה כיוצאת משליטת הלווה, שכן המלווה הוא 'ציית דינא'.

א. לפי זה, איך הגזלן יכול להקדיש? הרי בודאי אי אפשר להקדיש בלא דעת מקנה!  
 ב. לפי זה, היה לנו לומר שגם מי שיקח את הגזלה מיד הגזלן בנגוד לרצונו אחר יאוש יזכה בה, שהרי בהתירה אתה לידיה. והרשב"א (כתשובה תתקסח) כתב, שאי אפשר לזכות בלא הסכמת הגזלן! ובלשונו (שם, טו): "ועוד קשה, ממה שכתב בשו"ת הרשב"א סי' תתקס"ח דאין הלוקח יכול לקנות אלא מדעת הגזלן, ולפי פירושם דלגבי הלוקח הוי כאבדה לאחר יאוש, שנקנית לכל המוצאה, למה צריך דעת הגזלן?"

ג. אם הלוקח קונה ביאוש, ולא בשל הקנאת הגזלן, מדוע חייב הגנב ד' וה' על מכירה לאחר יאוש, והרי הלוקח קונה מעצמו, ו"אין זו מכירה כלל, אלא מגביה מציאה לאחר יאוש"! והוא מסיק: "אלא על כרחך דחלות הקנין הוא ע"י הקנאת הגנב. וראיה זו הביא בים של שלמה".

ד. איך אשה מתקדשת בגזלה לאחר יאוש, והרי הבעל לא נתן לה את שלו! ואמנם רעק"א הסביר שמקודשת משום שהיא קנתה ביאוש ושנוי רשות, והממון הגיע אליה באמצעות הבעל. אבל קובץ שיעורים מקשה על זה, ולדעתו האשה יכולה להתקדש רק בכסף ששייך למקדש. הוא מביא לכך שתי ראיות: האחת, אם לא כן, איך הפקיעו חכמים קדושין על ידי הפקרת כסף הקדושין, והרי גם אם התבטלה למפרע בעלותו של הבעל על כסף הקדושין, אבל סוף סוף הוא הגיע לאשה באמצעות הבעל! והשנייה, מדוע המקדש בחלקו בקדשים אינה מקודשת, והרי סוף סוף הגיע לה ממון באמצעותו!

ה. מה פירוש 'דרשות יורש כרשות לוקח'? אם אין לגזלן זכויות בגזלה, כיצד הוא יכול להוריש אותה?

ו. מוכח מהגמרא (ב"ק סט, ב) שהגונב מן הגנב לפני יאוש חייב להשיב לו את הקרן, ואלמלא דרשת "מבית האיש ולא מבית הגנב" היה חייב גם בכפל.<sup>22</sup> ואיך זה יתכן אם אין לגזלן דבר בגזלה?

ז. גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו - רמי בר חמא (ב"ק קיב, א) סובר שאין הנגזל יכול לתבוע את האוכל. אם אין לגזלן שום זכות בגזלה, וכולה עדיין של הנגזל, מדוע לא יוכל הנגזל לתבוע את האוכל? ואמנם תוספות כתבו שהוקלשה הבעלות של הנגזל משום שהחפץ אינו ברשותו ולכן אינו יכול לתבעו (תוספות קיא, ב ד"ה גזל ולא נתיאשו): "דכיון שהוא לא גזלן אינו יכול לתובעו כלל שהרי אין לגמרי ברשות מריה שהרי אינו יכול להקדישו וגם הגזלן יכול לקנותו בשינוי מעשה".

22. הגמ' שם דרשה שהגנב השני פטור מלשלם כפל לגנב הראשון מדרשה: "בשלמא לגנב ראשון לא משלם, וגונב מבית האיש - ולא מבית הגנב", והקוב"ש הבין שדרשה זו נאמרה דווקא על כפל, וממילא ניתן ללמוד מכך שחייב בקרן, שכן גם בכפל היה חייב ללא הדרשה.

אך מדוע הוצרכו להוסיף שהגזולן יכול לקנות בשנוי מעשה? מכאן שקנייני גזלה שבגללם אפשר לקנות בשינוי, הם שהקלישו את בעלות הנגזל.

נדחה את הראיות לפי סדר הבאתן:

א. כבר הוכחנו בגוף המאמר, שיתכן שאדם יכול להקדיש גם דבר שאינו שלו, אם הדבר נמצא בשליטת המקדיש, והבעלים אינם מתנגדים להקדש (כמו אצלנו שכבר התיאשו). והבאנו את דברי הרא"ש (נדרים לד, ב) בשם היראים שאדם יכול להקדיש ככר של הפקר כשהיא בשליטתו גם אם היא מחוץ לארבע אמותיו.

ב. מכיון שהגזולן חייב בהשבה אין רשות לקחת ממנו את הגזלה. הגזולן חייב בהשבה והלקיחה פוגעת בזכות הנגזל לקבל את הגזלה חזרה, ועל כן היא אינה נחשבת 'בהיתרא אתא לידיה', ולכן היא אינה לא מועיל. רק אם הגזולן מוכר או נותן מדעתו, מעשה שבו מגלה דעתו שאינו רוצה להשיב, רק אז הדבר נחשב 'בהיתרא אתי לידיה' של הלוקח. אף על פי שגם אז אין זה היתר ממש, שהרי אסור לקנות דבר גזול גם לאחר יאוש.

ג. יש חיוב ד' וה' אף על פי שהלוקח קונה בלי דעת מקנה, מפני שסוף סוף הלוקח לא היה יכול לקנות בלא הסכמת הגזולן כמבואר לעיל. ובהסכמתו למכור 'השתרש בחטא', שהרי באשמתו יצאה הגזלה מבעלות הנגזל לגמרי.

ד. יש לומר כדברי רע"א שהמקדש בגזלה אמנם אינו נותן לה משלו, אבל הוא מאפשר לה לזכות בממון שהיה שלה לגמרי, ודי בכך לקידושין. ועל קושית קובץ שעורים מ'אפקעינהו' יש לומר, שחכמים הפקיעו את הכסף מן הבעל, וגם מנעו מהאשה לזכות בו!

וכך יש לומר גם במקדש בחלקו בקדשים. לא רק שהכהן נתן לה דבר שאינו שלו, אלא שגם לאחר הנתינה מה שקבלה אינו שלה. כי הקדשים נשארו ממון גבוה!

ו. אין זה קשה. הרי גנב מבית הגזולן, והגזולן חייב להחזיר לבעלים או לשלם להם. לכן פשוט שצריך לשלם לגזולן את הקרן (ופשוט שיצא ידי חובתו גם בתשלום לבעלים). ואפשר גם להבין את ההו"א שיתחייב בתשלומי כפל. ניתן היה לחשוב שאת הכפל משלמים לא לבעלים, אלא לאדם שממנו גנבו, שהרי נאמר "וגונב מבית" – וזה הדבר שהתמעט בדרשת "האיש ולא הגנב", שכפל משלמים לבעלים, ולא למי שמביתו נגנב.

ז. בפשט דברי תוספות נראה שכוונתם להראות שבעלות הנגזל נקלשה. הם הוכיחו זאת משתי הלכות: א. הנגזל אינו יכול להקדיש. ב. הגזולן קונה בשנוי מעשה. להבנת הקובץ שיעורים יכולת הגזולן לקנות בשינוי מעשה נובעת מקנייני גזלה, ועל כן לדעתו זה מה שאמרו התוספות אך פרושו בתוספות דחוק. פשטות דברי התוספות שקלישות הבעלות של הנגזל היא שמאפשרת לגזולן לקנות בשינוי! והרי זהו ממש מה שאנחנו טוענים במאמר הזה!

### נספח ב': מחלוקת הרמב"ן ובעל המאור בענין שאינו ברשותו

מצב זה של אי שליטה על חפץ, שבו רק חובת ההשבה שומרת על הבעלות, מכונה 'אינו ברשותו', ונחלקו בו רבי יוחנן וריש לקיש (ב"ק סח-ט). לדעת רבי יוחנן בעלות כזאת היא בעלות קלושה, ועל כן אין ביכולתו של הבעלים להקדיש, למכור לפדות ולהפקיר, וריש לקיש חולק.

בעל המאור בתחילת שור שנגח ד' וה' סובר שלאחר הודעת הגזלן שהוא מוכן להחזיר את הגזלה, ניתן להקדישה גם לדעת רבי יוחנן. וזה ממש כדברינו: הרי ברור שאילו היו לגזלן 'קניני גזלה' על ידי הגבהת הגזלה, והם הגורמים למצב של 'אינו ברשותו', כי אז לא היתה הסכמת הגזלן להשיב את החפץ מבטלת את קניני הגזלה לפני ההשבה בפועל<sup>23</sup>! אלא, סובר בעל המאור שהכל תלוי בשליטה המעשית של הבעלים על החפץ, ומכיוון שחזרה אליו השליטה, חזרה בעלותו להיות בעלות גמורה. ונראה פשוט שלדעת בעל המאור, אם תשתנה הגזלה אחרי הסכמתו של הגזלן להשיב, הוא לא יקנה את הגזלה בשינוי זה.<sup>24</sup>

הרמב"ן במלחמות חולק, ולדעתו הגזלה מוגדרת כ'אינו ברשותו' של הנגזל גם לאחר הודעת הגזלן על הסכמתו להשיבה. אבל אין זה אומר שהוא חולק על דרכנו, וניתן להסביר שלדעתו לאחר יציאת הגזלה משליטת הנגזל היא אינה חוזרת לשליטתו על ידי דבור בעלמא – מנין לנו שיעמוד בדבורו?

לפי דרכנו נראה שלדעת רבי יוחנן אדם אינו יכול להקדיש אבדה. כי גם אבדה אינה בשליטתו, 'אינה ברשותו'. אמנם הריטב"א (ב"מ כו, ב) כתב על אבדה ש"ברשותיה דמריה קיימא". אבל אין זה שייך לנידוננו, וכוונתו שם לומר שהאבדה עדיין שייכת למאבד, ולא שהיא ברשותו, שהרי בא רק להסביר מדוע המגביה מציאה על מנת לגזלה עובר בלא תגזול.<sup>25</sup>

23. ועוד, הרי אין ספק שהגזלן נשאר חייב באונסין גם אחרי ההסכמה. ולפי דברי הנתיבות, שקניני גזלה הם הגורמים את חיוב האונסין, ברור שהקנינים קיימים!

24. אמנם מסתבר שעדיין יהיה חייב באונסין, שהרי סוף סוף עדיין לא השיב. וחיוב אונסין נובע מחובת ההשבה, כמו שכתבתי בתחילת המאמר.

25. ויתכן שגם הגונב מן הגנב יעבור בלא תגנוב או בלא תגזול כלפי הבעלים, והדרשה של 'מבית האיש ולא מבית הגנב' נאמרה רק לעניין פטורו מכפל ומאונסין. אמנם, יתכן שהוא אינו עובר, וקל לחלק בענין זה בין אבדה לגזלה.