

## הקנאה בדבר שאינו ברשותו

איתא במסכת בבא קמא (סט ע"א): "אמר רבי יוחנן: גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינן יכולין להקדיש זה לפי שאינו שלו, וזה לפי שאינו ברשותו". בעל "שאגת אריה" (סימנים צב צג) הקשה על דברי רבי יוחנן מהא דתנן במסכת סוכה (מב ע"ב): "יום טוב הראשון של חג שחל להיות בשבת מוליכין את לולביהן להר הבית, והחזנין מקבלין מהן וסודרין אותן על גבי איצטבא, והזקנים מניחים את שלהן בלשכה, ומלמדן אותם לומר כל מי שמגיע לולבי לידו הרי הוא לו במתנה".

ויש לעיין אימתי מקנה את לולבו במתנה: אם לאחר שהגיע ליד חברו, הרי הלולב אינו ברשותו ואין יכול להקנות במתנה; ואם מקנה מעת אמירתו למי שבסוף יגיע הלולב לידו, הרי דין זה תלוי בדין בררה, שהרי בעת אמירתו אינו יודע שיגיע לולבו ליד חברו, וקיי"ל דבדאורייתא אין בררה. ודמיא להא דתניא (ב"ק סט ע"א): "רבי יהודה אומר: שחרית בעה"ב עומד ואומר כל שילקטו עניים היום יהא הפקר", ואמירה זו מועילה משום דאית ליה לרבי יהודה בררה, שהרי אין בעה"ב יודע בשחרית אם ילקטו יתר על דינם, וכמבואר כל זה בסוגיה, אבל לדידן, דקיי"ל דאין בררה, לא תועיל אמירתו למי שבסוף יגיע לידו.

עוד הקשה בעל "שאגת אריה". הרמב"ם בהלכות חמץ ומצה (פ"ו ז) פסק, שאין אדם יוצא ידי חובתו באכילת מצה גזולה, וכתב בהגהות מיימוניות בזה"ל: "בני אדם שאופים מצות של מצה בתנור אחד ויש לחוש שמא יתחלפו המצות של זה לזה, טוב ללמדם לומר כל מי שיגיע לידו מצה שלי הרי היא לו במתנה, כדאמרינן בפרק לולב וערבה ומלמדן אותו לומר כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה". וקשה כנ"ל, אם יקנה המצה לאחר שיגיע ליד חברו הרי אינו ברשותו, ואם מקנה מעת אמירתו למי שמצתו תגיע אליו בסוף, הרי קיי"ל דבדאורייתא אין בררה.

ותירץ בעל "שאגת אריה" בזה"ל: "לא דמי להא דאמר רבי יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שאין הנגזל יכול להקדישו לאחר שבא ליד הגזולן, דכיון שבא לידו בתורו גזל יצא מרשות הבעלים, אבל גבי מצה ולולב לא בא לולבו ומצתו ליד חברו בתורת גזל, אלא בטעות נתחלף של זה לזה, ואילו ידע היה נוטל את שלו ולא של חברו, אלא שטעה וכסבור שלו הוא נוטל, ולכן לא יצא מרשות הבעלים, ובידו להקדיש ולהפקיר ולתת במתנה לכל מי שירצה וזה ברור".

לכאורה יש להקשות על תירוץ זה מסוגיה דצנועין, דאמרינן שר' דוסא סובר שאדם יכול להקדיש ולהפקיר דבר שאינו ברשותו מדאמר "כל שלקטו עניים יהא הפקר", והרי לגבי לקט אין העניים מתכוונים לגזול, אלא שאינם בקיאים בדין ששניים הווי לקט ושלושה לא הווי לקט, דאינהו סברי דשלושה נמי הווי לקט, כמו שפירש רש"י ד"ה ר' דוסא, וכיוון שאינם מתכוונים לגזול, לדעת בעל "שאגת אריה", אינם נחשבים לגזלנים, והווי ברשות הבעלים להפקיר, וכיצד מוכח מדברי רבי דוסא שאדם יכול להקדיש ולהפקיר דבר שאינו ברשותו.

אך אין זו קושיה כלל, כי בעניין לולב ומצה כתב בעל "שאגת אריה" שכל אדם טועה וסובר ששלו הוא נוטל, כלומר שאין הנוטל מתכוון להוציא מרשות זולתו שהרי סובר ששלו הוא נוטל, ולכן אין הוא נחשב לגזלן, והווי ברשות הבעלים לתת במתנה לכל מי שירצו. וזה דומה להא דאמרינן ביבמות (נב ע"ב), שהעודר בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו לא קנה, כיוון שאין יודע שעושה כלל מעשה זכייה, משא"כ לגבי עניים, אמנם אינם מתכוונים לעבור על איסור גזלה משום שחושבים ששלושה נמי הווי לקט והווי הפקר, אך כוונתם לעשות מעשה זכייה ולהוציא מרשות הפקר, וכיוון שכוונתם היא לעשות מעשה הוצאה מרשות מסוימת, הם נחשבים לגזלנים ומתחייבים באונסין כדין כל גזלנים, ולכן הלקט שלקטו שלא כדין נחשב שאינו ברשות הבעלים.

חילוק כזה כתבו התוספות במסכת בבא קמא (כ ע"ב, ד"ה נתנה לחברו) בדין מעילה, שאם הגזבר נטל אבן או קורה של הקדש שהיו ברשותו – לא מעל; נתן לחברו – מעל, והיינו דאין אדם מועל אלא במתכוון להוציא מרשות מסוימת, ולכן אם נתנה לחברו מעל, כי הוציא מרשות הקדש, אך אם נטל לעצמו, כי חשב שהוא שלו, הרי אין מתכוון להוציא מרשות הקדש, ומשום כך לא מעל. ויעוין בתוספות במסכת כתובות (ל ע"ב, ד"ה זר), שכתבו שתשלומי מעילה קרן וחומש אינם משום כפרה, אלא שמשלם ממון שגזל הקדש. וא"כ סבירא להו דתשלומי מעילה הם מדין גזלת הקדש, ויש הבדל בין מתכוון הגזבר להוציא מרשות הקדש, שזה נחשב לגזלה ולכן מעל, ובין אם הגזבר נטל לעצמו ואין לו כל כוונה להוציא מרשות הקדש, שזה אינו נחשב לגזלה ולכן לא מעל. והנה דעת "קצות החשן" (כה א) היא שהדין של אדם מועד לעולם בין בשוגג בין במזיד הוא רק במזיק, וזה נלמד מן הפסוק "פצע תחת פצע", אך גנב בשוגג אין לו דין גנב, שהרי אין פסוק המלמד על כגון זה, ולכן הקשה שם על הש"ך, הסובר שדין שטעה אפילו בדבר משנה ונשא ונתן ביד חייב מדין גזלן, והרי אם הדין טעה וסבור של חברו הוא, הווי שוגג ואין בו דין גזלן.

ויש להקשות על הנחה זו מדברי הרמב"ן (ב"ק, ריש פרק שור שנגח ארבעה וחמשה), הסובר שאם הגזלן רוצה להחזיר את הגזלה, כל עוד שבפועל לא החזירה יש לו קנייני גזלה, וקניינים אלו מונעים את הבעלות המלאה מן הבעלים ואינם יכולים להקדיש, בניגוד לדעת "בעל המאור", הסובר שאין קנייני הגזלה מונעים את הבעלות להקדיש, אלא כל המונע מן הבעלים להקדיש הוא עצם הדבר שהחפץ נמצא ביד הגזלן ואינם שולטים בחפץ, ובנדון זה שהגזלן נתרצה להחזיר את החפץ, הרי החפץ נחשב כפיקדון וברשות הבעלים להקדישו.

עתה לדברי הרמב"ן, כיצד אומרת הגמרא, שרי דוסא חולק על רבי יוחנן וסובר שאדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו, מדאמר שלעתותי ערב אומר כל שלקטו עניים יהא הפקר, הרי במה שלקטו העניים יתר על דינם המה שוגגים, משום שסוברים שגם שלושה נחשב ללקט, ולדעת קצתה"ח בשוגג אין הוא נחשב לגזלן, וממילא לעניים אין כל קנייני גזלה בחפץ, ולכן לעתותי ערב יכולים הבעלים להפקיר אף שהעניים כבר לקטו והתבואה ברשותם, שהרי לעניים אין קנייני גזלה בתבואה, נחשבת התבואה ברשות הבעלים להפקירן.

וצריך לומר, שגם הרמב"ן מודה שאם החפץ אינו בשליטת הבעלים יש פגם בבעלותם, ואינם יכולים להקדיש, אלא שהרמב"ן בא להוסיף שאף במקרה שהגזלן רוצה להחזיר את החפץ, והרי בנדון זה אין שליטת הבעלים בחפץ מהווה חיסרון, מ"מ קנייני הגזלה שיש לגזלן מונעים מהבעלים את הבעלות המלאה ואינם יכולים להקדיש. ולפי"ז אתי שפיר מה שאמרה הגמרא שרי דוסא סובר שאדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו,

משום שבלקטו עניים בשוגג יתר על דינם, אע"פ שאין להם קנייני גזלה לדעת קצה"ח, אך מכיוון שאין הבעלים יודעים לעת ערב מי הם העניים שלקטו ואין יכולים לתובעם, אין התבואה נחשבת בשליטת הבעלים. ומאחר שר' דוסא אומר שלעת ערב יכולים הבעלים להפקיר, מוכח שהוא סובר שאדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו.

ודברים אלה עולים בקנה אחד עם דברי קצה"ח (קכג א), שדייק מדברי רש"י (ב"ק ע"א) על הא דאמרי "נהרדעי לא כתבינן אורכתא אמטלטלי", מאי טעמא? "דאמר רבי יוחנן גזל ולא נתייאו הבעלים שניהם אינן יכולין להקדיש, זה לפי שאינו שלו, וזה לפי שאינו ברשותו". וכתב שם רש"י: "הואיל ואינו ברשות הבעלים אינו יכול להקנותו לשליח, הלכך אם אבד יכול לחזור ולתבוע מיד הנאמן". מלשון רש"י, שכתב "מיד הנאמן", משמע שאין המדובר במטלטלי דגולה, והוא תמוה, שהרי בפיקדון לכו"ע יכול להקדישו. אלא נראה שאפילו בפיקדון וציית דינא, ויש לו טענה כלשהי או תביעה על הפיקדון שאין רוצה הנפקד להחזיר עד שיקוב הדין ביניהם, נחשב לדבר שאינו ברשות הבעלים, משום שעתה אינו ברשות המפקיד, וכן כתב גם קצה"ח (סימן שנד ו), וכך כתב ב"קובץ שעורים" בדעת הרמב"ן (ב"ק, אות ט).

ולפי זה תתיישב שפיר קושיית רע"א בגליון הש"ס (ב"מ ז ע"א) בהיא מסותא דהווי מנצו עלה בי תרי, האי אמר דידי הוא, והאי אמר דידי הוא, קם חד מנייהו אקדשה, ומסיק התם דאינו קדוש משום דכל ממון שאין יכול להוציאו בדיונים הקדישו אינו קדוש. ומקשה הגמרא: הא יכול להוציאו בדיונים הקדישו קדוש אע"ג דלא אפקיה, והאמר רבי יוחנן גזל ולא נתייאו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו, זה לפי שאינו שלו, וזה לפי שאינו ברשותו. ומתרצת הגמרא: מי סברת במסותא מטלטלי עסקינן, במסותא מקרקעי עסקינן, דכי יכול להוציאו בדיונים ברשותיה קיימא. הקשה רע"א, הרי כל ההבדל בין מטלטלין לקרקע הוא בכך שמטלטלין נגזלים ועוברים לרשות הגזלן, ולכן נחשבים שאינם ברשות הנגזל, אבל קרקע מאחר שאינה נגזלת אינה עוברת לרשות הגזלן. יוצא אפוא שמטלטלין שנגזלו בלא מעשה קניין אין לגזלן בהם כל קנייני גזלה ואינם עוברים לרשותו, ונחשבים כקרקע. וא"כ במסותא, שהגזלה הייתה במה שאמר דידי הוא, אך לא עשה כל מעשה קניין, יכול הנגזל להקדישו, שהרי אין לגזלן כל קנייני גזלה, ומדוע הוצרכה הגמרא להעמיד דווקא במסותא מקרקעי ולא במסותא מטלטלי, ונשאר בצ"ע.

לפי האמור לעיל אין כל קושיה, שהרי אפילו לדעת הרמב"ן לא רק קנייני הגזלה שיש לגזלן בחפץ מונעים את הבעלות המלאה מהבעלים ואת היכולת להקדיש, אלא בכל מציאות שבה הגזלה אינה ברשותם ואינם שולטים בחפץ, נמנעת מהבעלים היכולת להקדיש. א"כ מובן ההבדל בין מטלטלין לקרקעות: במטלטלין, אם גזל בלא קניין, אע"פ שאין לגזלן קנייני גזלה, עדיין אינם נחשבים כנמצאים ברשות הנגזל, שהרי במציאות אינו שולט בהם, אך בקרקעות, שמבחינת השליטה בהן אין כל חיסרון, רק אם יכול להוציאו בדיונים הקדשו קדוש. וכן ראיתי בדרוש וחדוש רע"א (כתובות לד ע"ב), שסובר שקנייני הגנבה בלבד הם המונעים את הבעלות המלאה מן הבעלים, דאמר רבה: גנב וטבח בשבת פטור משום שאם אין גנבה אין טביחה ומכירה.

והקשה רע"א: מאי איריא טבח בשבת, אפילו טבח למחרתו בחול פטור, דהא ליכא חיוב גנבה. ותירץ, דאם טבחו בחול, הטביחה עצמה נחשבת לגנבה חדשה, ואע"ג שיש לומר כיוון שגנבו תחילה אין לחייבו על הטביחה משום גנבה, שהרי אין הגונב אחר הגנב חייב, דמאי שנא גנב אחר הגנב או שהוא עצמו חזר וגנבו, מ"מ יש לומר כיוון שהגנבה הייתה בשבת ואינו ברשותו לכל חיוב, שהרי קים ליה בדרבה מיניה, לא נעשה גנב בזה,

ומשום כך בטבחו בחול שפיר מקרי גנבה. מבואר בהדיא בדבריו שבגנב בלא קנייני גנבה נחשב החפץ ברשות בעלים, ולכן אם טבחו בחול יתחייב משום גנבה חדשה ומקרי "וגונב מבית האיש", אף שאין הבעלים שולטים בחפץ.

וכן הקשה קושיה זו ב"שיטה מקובצת" (כתובות לד ע"ב) בשם הריטב"א, ותיירץ כתירוץ רע"א (הוא מייחס את התירוץ לרש"י אך ברש"י שלפנינו לא נמצא כן). אך יעוין שם ב"שיטה מקובצת" בשם הראב"ד ושיטה ישנה, שכתבו דהא דקתני טבח בשבת הוא לאו דווקא, דהוא הדין בגנב בשבת באיסור וטבח בחול פטור, משום שאם אין גנבה אין טביחה ומכירה. ולשיטות אלו אין כל הכרח לומר שרק קנייני הגנבה בלבד שיש לגנב בחפץ הם הגורמים לכך שהחפץ ייחשב לאינו ברשותו, אלא כל מציאות שבה אין הבעלים שולטים בחפץ מונעת את הבעלות המלאה ונחשב לאינו ברשותם (יעוין חזו"א, ב"ק ט"ז ט, והסבר אחר בדברי הריטב"א).

וכן יש להוכיח מדברי הרמב"ם והשו"ע, שאבדה נחשבת לאינו ברשותו ואין הבעלים יכולים להקנותה. הרמב"ם בהלכות מכירה (פכ"ב ט) פסק: "מי שהיה לו פקדון ביד אחר, הרי זה מקנהו בין במכר בין במתנה, לפי שהפקדון ברשות בעליו הוא, והרי הוא בחזקת שהוא קיים, ואם כפר בו זה שהופקד אצלו, אינו יכול להקנותו, שזה כמו שאבד שאינו ברשותו". וכן כתב לשון זה בשו"ע חו"מ (רי"א ז) יע"ש. מדכתבו שהבעלים אינם יכולים להקנות פיקדון שהשומר כפר בו, משום שזה כמו "שאבד", הרי מפורש בהדיא שכל שאין הבעלים שולטים בחפץ זה מונע את הבעלות המלאה ונחשב לאינו ברשותם, אע"פ שאין לאחר כל קניינים בחפץ.

בקצה"ח (רי"א ג) הוכיח מדברי התוספות (ב"מ ו ע"א) שאין קנייני הגזלה מונעים את הבעלות המלאה להיחשב אינו ברשותם, דבעי התם הקדישה בלא תקפה, מי אמרינן כיוון דאמר מר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט כמאן דתקפה, או דלמא השתא מיהא לא תקפה, וכתב 'איש כי יקדיש את ביתו קודש', מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, לאפוקי האי דלא ברשותו, וכתבו התוספות דמבעיא ליה אי הווי כהודאה והווי כפיקדון שיכול להקדישה. משמע דסבירא להו דגזלה כי האי, דשניי אוחזין בטלית וזה אומר כולה שלי, כי אודי לסוף, הדר הווי ליה כפיקדון, ואע"פ שהגזלה בידו ויש לו קנייני גזלה, ע"כ דאין קנייני הגזלה מונעים את הבעלות להיחשב כאינו ברשותם.

בספר "אבי עזרי"י", הלכות מכירה (פכ"ב ט), נדחתה ראייה זו, דבשניי אוחזין בטלית, מי שתקף בה אחר שכבר הגביה הראשון, לא נעשה גזלן, שאין כאן מעשה גזלה כיוון שלא הגביה כולה, וממילא אין לו כל זכויות בגזלה, וכל הגזלה היא רק במה שמחזיק בכרכשתא וטוען אני הגבהתי תחילה, בזה ודאי אם מודה לשני ורוצה להחזירו שוב אין כאן גזלה כלל, והיא גם ברשותו של השני, ושפיר יכול השני להקדישה, משא"כ בגזלה דעלמא שעשה מעשה גזלה, ויש לו בחפץ זכויות, דקונה בשינוי, ייתכן שאף אם רוצה להחזיר הגזלה, כל עוד שלא החזיר בפועל יש לו קנייני גזלה, והם מונעים את הבעלות המלאה מהנגזל ואינו יכול להקדישו, ואין כל ראייה שהתוספות חולקים על הרמב"ן. וכבר כתב כן ב"שערי יושר" (שער ה יב).

והנה במסכת גיטין (יג ע"א) סובר ר' מאיר שחוב הוא לעבד שיוצא לחירות, שאם היה עבד כהן פוסלו מהתרומה, אמרו לו מפני שהוא קניינו שאפילו יברח העבד יכולים הבעלים למכרו לישראל. והקשה הרש"י: אם יברח העבד לא יוכלו למכרו דאינו ברשותם, ותיירץ, דרבנן סברי דעבדא כמקרקעי והווי ברשותם, ור"מ לשיטתו דסובר עבדא כמטלטלי. ולא נראה תירוץ זה, שהרי אפילו אם נסבור שעבדא כמקרקעי, אין עבד בורח נחשב ברשותו, שהרי במציאות הוא מטלטל ואין הבעלים שולטים בו, ורק דינים

יש לו כקרקע. נואולי יש ליישב שימכרנו בקניין מצד הקונה, כגון בקניין אגב, למייד  
עבדא כמטלטלי ואין צריך צבורין, כמבואר בראב"ד (מכירה פ"ג יא), אך זה אינו,  
דבגמרא אמרינן דאי בעי שקיל ארבעה זוזי מישראל, והיינו קניין כסף דהוא מצד  
המקנה. ואולי לאו דווקא קאמר].

והנה במסכת גיטין (יג ע"א) סובר ר' מאיר שחוב הוא לעבד שיוצא לחירות, שאם היה  
ההוא תרמודאה לשום איתתא. שלחו ליה לדידיה אי יאות עבדת, שדר לה גיטא  
דחירותא". והקשה רע"א בגליון השי"ס וזה לשונו: "קשה לי, הא כיון דלא היה כח ביד  
בי"ד להוציאו מעכו"ם, אין כח ביד הבעלים להקדישו ולהפקירו, דהא אף אם עבדא  
כמקרקעי, הא בגזל קרקע אם אינו יכול להוציאו בדיינים אינו יכול להקדיש, כדאיתא  
בפ"ק דבי"מ גבי מסותא, וא"כ איך יכול לשחררו".

בי"שערי יושר" (שער ה' יג) תירץ קושיה זו: הא דלא מהני הקנאה בדבר שאינו ברשותו  
ילפינן מקרא ד"איש כי יקדיש את ביתו", ובהקדש איכא הפקעת קניין הבעלים והכנסה  
לרשות הקדש, ומזה ילפינן דכל כה"ג, אם איכא חסרון שליטת הבעלים לא מהני עשיית  
הבעלים, ולכן גם בהפקר אינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו, משום דהפקר עניינו  
הוצאה מרשות בעלים והכנסה לרשות הפקר, אך שחרור עבד עניינו הפקעת קניין האדון  
כמו גט אשה, וע"י הפקעת הקניין פקע דין עבדות לגמרי, ולכן מהני שחרור בע"כ,  
דכשהאדון מסלק קניינו ממילא מתקדש העבד בקדושת ישראל, וכיוון שכל עניין שחרור  
הוא הפקעת קניין הבעלים, מהני גם בדבר שאינו ברשותו. ויעוין בזה עוד בשו"ת אחיעזר  
(ח"ג, עח ד).

והנה דעת קצה"ח שהבאנו לעיל, שלפיה אין אומרים בגנבה אדם מועד לעולם לחייבו  
בשוגג, שנתבססה על דברי התוספות (ב"ק עט ע"א, ד"ה נתנו לבכורות בנו), אינה  
מוסכמת על הכול. התוספות (ב"ק סט ע"א, ד"ה כל שלקטו) כתבו בזה"ל: "צריך לומר  
שבעה"ב אין מתייאש, דאם היה מתייאש וחשיב יאוש מדעת כמו תמרי דזיקא, א"כ  
למייד יאוש כדי קני, תקשה ליה מה מועיל הפקר לפוטרו מן המעשר, והלא כבר זכו בהן  
עניים בתורת גזל ע"י יאוש". והרי כאן העניים שוגגים, משום שחושבים ששלושה נמי  
הווי לקט, וכתבו התוספות שאילו הבעלים היו מתייאשים היו זוכים העניים מדין גזל  
ע"י יאוש, א"כ רואים שהתוספות סוברים שגם בגנבה אומרים אדם מועד לעולם בין  
בשוגג בין במזיד.

עוד יש להוכיח שגם בשוגג נחשב לגנב מדברי הגמרא (ב"ק ה ע"א), שמקשה מדוע אין  
ר' אושעיא מונה בשלושה עשר אבות נזיקין שלו את המטמא והמדמע, וכתבו התוספות  
שהגמרא יכלה לתרץ דלא תנא להו משום שהמטמא והמדמע אינו מתחייב בשוגג. לפני  
כן מקשה הגמרא מדוע ר' אושעיא אינו מונה גנב וגזלן, ועל זה התוספות לא אמרו  
שהגמרא יכלה לתרץ דלא תנא להו משום דלא מחייבי בשוגג, וע"כ היינו משום דסבירא  
להו שגנב וגזלן חייבים גם בשוגג. וכן מתירוץ הגמרא, שתירצה שגנב וגזלן כלולים  
בשומר חנים והשואל, ששייך בהם גנבה בטוען טענת גנב, מוכח שגנב וגזלן חייבים בשוגג,  
שהרי התוספות כתבו שאין ר' אושעיא מונה את המטמא והמדמע משום שאינם חייבים  
בשוגג, וכיוון שגנב וגזלן לדברי הגמרא כלולים במניינו של ר' אושעיא, הרי מוכח שגנב  
וגזלן חייבים אפילו בשוגג.

וכן כתב רש"י במסכת פסחים (לב ע"א, ד"ה איבעיא להו) "בגנב דחולין שוגג או מזיד  
לא איבעיא לן דודאי לפי דמים משלם". ובחידושי המאירי (ב"ק צה ע"א, ד"ה מי שגזל)  
מובא חידוש יותר גדול: אפילו אם חשב שהחפץ שלו ונטלו חשיב גזלן. וכתב בזה"ל: "מי

שגזל אע"פ שאינו מתכוון לכך, כגון שהיה סבור שהוא שלו, ונשתנה בידו או הוכחש, דינו כגזלן גמור".

מאידך, בשטמ"ק (ב"ק סט ע"א) בשם תלמידי הר"פ ז"ל מצאנו כדברי קצה"ח. שכתבו בזה הלשון: נכתב שם: "שהרי עניים אין מתכוונים לקנות יותר משיפול לקט, ובשגגה הם מלקטים יותר, ולא מזיזים הם, הלכך לא גנבים ולא גזלנים הם מן המותר, הילכך לא קנו ביאוש". וכן כתוב בשטמ"ק (ב"ק עט ע"א, ד"ה אבל גנב וטבח ברשותם) בשם הר"ר יהונתן ז"ל: "ואם משך הגנב ולא הגביה וטבח ומכר ברשות הרבים, אע"פ שהגביה הלוקח אין הגנב חייב אלא קרן, כדקיי"ל בעלמא משיכה ברשות הרבים לא קניא, והכא נמי מרשות הבעלים לרשות הרבים לא קניא דחד טעמא הוא, והלוקח נמי לא מחייב שהרי לא גנבו מבית האיש דהיינו בעלים, ועוד שהרי לא היה יודע דמגניבה הוה". מפורש בדברים אלו שהלוקח אינו מתחייב משום שלא ידע שהחפץ גנוב ולכן לא נחשב לגנב, ומה שכתב בתירוץ הראשון שהלוקח לא גנבו מבית האיש, והיינו שיש לו דין של גונב מן הגנב, אע"פ שהגנב במשיכתו לרשות הרבים לא קנאו ואין לו כל קנייני גזלה, מ"מ כיוון שאין הבעלים שולטים בחפץ, שהרי הגנב לקחו, נחשב לאינו ברשותו, ואין זה "וגונב מבית האיש". דברים אלו תואמים את דברינו לעיל.

והנה איתא במסכת ב"ק (סט ע"ב): "אמר אביי: אי לאו דא"ר יוחנן צנועין ורבי דוסא אמרו דבר אחד, הוה אמינא צנועין אית להו דר' דוסא, ופירשו בתוספות "ולא מן הדין דגזל ולא נתיישבו הבעלים שניהן אין יכולין להקדיש ולחלל ולהפקיר, אלא מחמת תקנה הוא דאוקמי רבנן ברשותיה לחלל ולהפקיר שלא יכשלו עניים וגנב, ורבי דוסא לית ליה דצנועין דבעניים עבוד רבנן תקנה ולא בגנב". והקשה ב"קובץ שיעורים" (אות ט): "מבואר בדבריהם דמשום תקנת עניים אוקמוה רבנן ברשותיה, והיינו מדין הפקר ב"ד הפקר, בשלמא אם נאמר שהחסרון של אינו ברשותו היינו משום קנייני גזלה, שפיר יש לומר שהפקיעו חכמים מהגזלן את הגזלה וממילא הווי ברשותו, אבל אם נאמר שהחסרון של אינו ברשותו משום שאינו שולט על החפץ, מה מועיל בזה הפקר ב"ד הפקר, כיצד יכולים לעשות בזה תקנה, וצ"ע".

ונראה ליישב כך: אביי, שאומר אי לאו דאמר ר' יוחנן צנועין ור' דוסא אמרו דבר אחד, היה אפשר לומר שכל החיסרון בדבר שאינו ברשותו הוא משום קנייני גזלה בלבד, ולכן צנועין אית להו דר' דוסא דמשום תקנת עניים עשו תקנה ואוקמוה ברשותיה, ור' דוסא לית ליה דצנועין. אך השתא, דאמר ר' יוחנן שצנועין ור' דוסא אמרו דבר אחד, ע"כ היינו משום שהחסרון של דבר שאינו ברשותו הוא לא רק משום קנייני גזלה, אלא גם משום שאינו שולט בחפץ, ולכן מודה אביי שלא ניתן לפרש כדבריו.

עוד תירץ "שאגת אריה", שמועילה אמירת כל מי שיגיע לולבי ומצתי לידו הרי הוא לו במתנה, אע"פ שאינו ברשותו, משום שכל דברי רבי יוחנן, שאינו יכול להקדיש, להפקיר, או לתת במתנה דבר שאינו ברשותו, הני מילי לאדם אחר, אבל לגזלן ודאי יכול למחול ולתת לו במתנה. ודבריו טעונים הסבר מדוע לאדם אחר אינו יכול לתת, ולגזלן עצמו יכול לתת, הרי בשני המקרים החפץ אינו ברשותו, וכיצד יכול ליתנו. ועוד, מהו לשון מחילה שכתב, הרי בחפץ שנמצא בעין לא שייך מחילה אלא הקנאה. יעוין "אבני מילואים" כח, ס"ק יג.

ונראה להסביר דבריו ע"פ מה שמבואר במסכת קידושין (נב ע"א), שאם קידש אשה בגזל דידה מקודשת, ופירש רש"י "כיון דקבליתה אחילתיה". וצ"ע, כיצד מועילה כאן מחילה, והא הווי דבר בעין ויש צורך בהקנאה, והרי החפץ אינו ברשותה. וצריך לומר כמו שפירשו האחרונים בהא דשינוי קונה, דילפינן מקרא ד"אשר גזל", אם כאשר גזל –

יחזיר, ואם לאו – דמים בעלמא בעי שלומי. וקשה, הרי בפסוק זה נאמר שאינו חייב להחזיר לאחר שנעשה בחפץ שינוי, אך מנא ידעינן שהגזלן קונה את החפץ בשינוי, אלא ע"כ כיוון שפקע חיוב ההשבה, נקנה החפץ לגזלן בקניין הגזלה שנטלו בראשונה, דכל מה שמפריע לגזלן לקנות את החפץ בעת הגזלה הוא חיוב ההשבה שמוטל עליו, וכיוון שע"י השינוי נופל חיוב ההשבה, ממילא נקנית לו הגזלה.

זהו גם ההסבר בדברי התוספות (ב"ק סט ע"א, ד"ה כל שלקטו), שכתבו, שאם ייאוש כדי קני, קונה הגזלן אפילו אם הגזלה נמצאת ברשות הרבים. וצ"ע כיצד קונה את הגזלה במונחת ברשות הרבים. הרי דעה זו, הסוברת שייאוש כדי קני, מבוססת על לימוד מאבדה, ובאבדה אם לא יעשה מעשה קניין אחר הייאוש אינו קונה, וכיצד בגזלה קונה אפילו במונחת ברשות הרבים. אלא ע"כ כיוון שהיאוש מוריד את חיוב ההשבה, ממילא הגזלה נקנית לגזלן בקניין מעשה הגזלה שעשה בראשונה. ויעוין בזה ב"קובץ שעורים" (ב"ק, אות כה) ובאחיעזר ח"ג, פ"ב, ב.

וכן כבר פירשו ב"קובץ שעורים" (ב"ק, אות יד) וב"חזון איש" (ב"ק טז יג) את דברי רב (סנהדרין עב ע"א), שאומר: "הבא במחתרת ונטל כלים ויצא – פטור. מאי טעמא? בדמים קנהו", טעמיה דרב דלעולם גזלה מפקעת בעלות הנגזל וקני לה גזלן, אלא שהתורה אסרתה וחיובה בהשבה, וע"י חיוב השבה שב קניין הבעלים ואזיל ליה קניין הגזלן. הלכך אם בשעה שגזול מתחייב בנפשו, שאי אפשר לחייבו בהשבה, נשאר קניין הגזלן, ורב יליף לה מהא דאוקמה רחמנא ברשותו לעניין חיוב אונסין. ובספר "אבי עזרי" (תניינא, בכורים פ"ט יד) הוסיף שגם לרבא דהלכתא כוותיה דס"ל דווקא כשדדינהו בנהר ולא אם הוא בעין, משום דהא דאוקמה רחמנא ברשותו לעניין אונסים לא משום שקנה הגזלה, אלא משום דהווי כשואל, מ"מ נראה שמעיקר הדין גם רבא מודה לרב שהגזלה מפקיעה את החפץ מהבעלים, אלא שחיוב ההשבה מעכב שהגנב והגזלן אינם זוכים בגזלה, וע"כ סובר רבא שאף בקלב"ד, שאין ב"יד יכולים לחייבו בשתי רשעיות, מ"מ הרי הוא חייב בהשבה, ושוב מעכב חיוב זה שלא יקנה הגנב שזה כבר אינו חיוב של ב"יד, אלא שממילא אין הגנב קונה וממילא היא של הבעלים. ולכן סבור רבא בבא במחתרת אם הגניבה בעין מחזירה לבעלים, אבל רב סובר שאף זה נכלל בדין קלב"ד, שאי אפשר לדון עליו חיוב השבה, שע"י זה לא יקנה הגנב, שזה ג"כ נקרא ששתי רשעיות ענשינן ליה. ומאחר שאין לחייבו בשתיים שוב ממילא הוא קונה, שמעשה הגנבה הפקיע החפץ מן הבעלים. [ויעוין בחזו"א שם דלא משמע ליה הכי בדעת רבא].

מעתה מובנים דברי רש"י, שפירש שאם קידשה בגזל דידה מקודשת משום דמחלה לו. כוונתו היא שמחלה לו את חיוב ההשבה, וממילא נקנית לו הגזלה במעשה הגזלה שעשה בראשונה. וכן מובנים עתה דברי "שאגת אריה", שכתב שלאדם אחר אין הנגזל יכול להקנות, אבל לגזלן יכול למחול ולתת במתנה, והיינו כיוון שמחל לו את חיוב ההשבה ממילא הווי שלו.

ולפי זה תתיישב שפיר קושיית קצה"ח (לו י) על הא דאיתא בברייתא (ב"ב מג ע"א), "בני עיר שנגנב ספר תורה שלהן, אין דנין בדייני אותה העיר, ואין מביאין ראייה מאנשי אותה העיר", ומקשה הגמרא: "ליסלקו בי תרי נפשייהו ולידיינהו", ומתוצאת: "שאני ספר תורה דלשמיעה קא"י". הקשה בקצה"ח: מהי הקושיה ליסלקו בי תרי נפשייהו ויקנו חלקם לבני העיר, הרי ספר התורה אינו ברשותם, וכיצד יקנו זאת. ואין לומר שיקנו לגנב את חלקם בספר התורה, שהרי ברור שהגנב לא ירצה במתנה זו, כי היכי דלא להווי סהדי עליה וצ"ע, עכ"ד.

אך לפי הדברים האמורים לעיל נראה לומר שאכן שאלת הגמרא היא שיקנו את חלקם לגנב, והיינו שימחלו לגנב על חיוב ההשבה, וממילא תיקנה הגנבה לגנב בקניין מעשה גנבה שעשה בראשונה, ומחילת חיוב ההשבה מועילה בע"כ של הגנב, שהרי בחוב מחילה מועילה בע"כ של הלווה, כמבואר ב"מחנה אפרים" (הלכות זכיה והפקר, סימן יא), שמחילה לא הווי הקנאה, אלא סילוק בעלמא. ואפילו לשיטת הריטב"א (קדושין טו ע"א), דמחילה הווי הקנאה, הרי כתב שם דיש לומר דהווי הקנאה דממילא ומהני אפילו בע"כ של לווה, יע"ש. ומה שכתב הרשב"ם שם, יכתבו דין ודברים אין לי על ספר תורה זה ויקנו מידם, ואם לגנב יקנו הרי אין צורך בקניין שזוכה בדיבור שהגנבה תחת ידו, כבר כתב רע"א שהרשב"ם סובר כדעת הרשב"א (ב"ק ע ע"א, ד"ה איכא דאמרי), דנגזל יכול למכור ולתת, ורק להקדיש ולהפקיר אינו יכול, ולרד"ך יש לומר דלסלקו היינו לגבי הגנב, וכמבואר לעיל.

עוד נראה ליישב בהסבר אחר את דברי המשנה, "כל מי שיגיע לולבי לידו הרי הוא לו במתנה", ע"פ הסברו של הגר"ש שקופ זצ"ל (ב"ק לד), וזה לשונו: "לא מהני קנין בדבר שאינו ברשותו רק בהקנאה הדומה להקדש, דילפינן מקרא דאיש כי יקדיש את ביתו, מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, והיינו באופן שהוא כהקדש שנגמרה ההוצאה מרשות בעלים לרשות גבוה ע"י אמירה וגמירות דעת של הבעלים, ואז אמרינן בדבר שנחלש כח הבעלים ושלטתם בו, בין מצד שמונחים במקום האבוד מהם, ובין מצד עיכוב של תורה, גילתה התורה שלא יוכלו הבעלים להקנות ולהוציא מרשותם לרשות אחרת, ומזה ילפינן להפקר וחילול, אבל בעניין הוצאת חפץ מרשות לרשות מצינו גם אופן אחר, שכל ההוצאה נעשית ע"י הקונה בלבד, כמו בדבר העומד למכור, דאיכא אומדנא שניחא להו לבעלים מצד זכות שיש בזה, שיכול הקונה לקנות בלא כוונת המקנה. עיין חו"מ (סימן שנט ב), והוא מדברי הרא"ש.

מוכת דכל היכא דאמדינן דאיכא ניחותא דבעלים, מהני גם בלא ידיעתם, ובדבר שצריך כוונה ודאי דלא מהני אומדנא, כמו בתרומה והקדש, שלא יעשה תרומה בלא כוונתו ע"י אומדנא, ולפי"ז כיוון שיכול אדם לקנות מעצמו חפץ של אחרים ע"י משיכה והגבהה או חזרה בלא כוונת המקנה, באופן זה העובדה שהדבר אינו ברשות המקנה, ודאי אינה חיסרון, שהרי לא נעשה עניין ההפקעה ע"י פעולת המקנה, רק שהמקנה אינו מעכב את פעולת הקונה. נמצא שכל אימת שאין הבעלים מעכבים, פעולת הקנייה של הקונה היא מן ההפקר, ולפי"ז הא דיכול הנגזל להקנות לגזלן, היינו משום שהחפץ אצלו ויכול להחזיק בו ע"י חצר ומשיכה וכדומה, ואין צורך אלא בהתרצות הבעלים על זה, ועל ריצוי הבעלים לא שייך חיסרון של אינו ברשותו. נמצא שלפי הסבר זה אין חילוק כלל בין הקנה לגזלן או לאינש דעלמא, אלא שהעיקר תלוי באיזה אופן חל הקניין, אם בקניין מצד המקנה, ככסף וחליפין או הקדש, הפקר וחילול, דאז לא מהני גם לגזלן, ואם נעשה הקניין מצד הקונה, כמשיכה וכדומה, אז מועיל גם לאדם אחר. ועיין גם משי"כ בזה "אבן האזל" (שכנים פ"ב י) ו"שערי יושר" (שער ה יב).

עתה מתיישב שפיר מה שאמור במשנה: "כל מי שיגיע לולבי לידו הרי הוא לו במתנה", היינו שאין הבעלים מעכבים ויקנה בקניין מצד הקונה בקניין יד דקונה שלא מדעתו, ובכגון זה אין כל חיסרון של דבר שאינו ברשותו.

ולאור דברים אלו אפשר להסביר את דברי הרשב"א שכתב: "גזרת הכתוב שאינו יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו מדכתיב 'כי יקדיש איש את ביתו', מה ביתו ברשותו, אבל במכר או במתנה יכול ליתן ולזכות". ואולי כוונתו שבמכר ובמתנה יכול לתת אם נעשה קניין מצד הקונה כמשיכה וכדומה, אך קניין שנעשה מצד המוכר, ככסף וכדומה, לא

יועיל גם במכר ובמתנה. אך מדברי רע"א דלעיל לא משמע כן, שהרי כתב, שהרשב"ם סובר כרשב"א, שהנגזל יכול למכור ולתת את ספר התורה לבני העיר, אף שספר התורה נמצא ביד הגנב, וע"כ היינו בקניין מצד המקנה, שהרי ספר התורה אינו נמצא בידי בני העיר שיוכלו לעשות בו קניין. ואולי כוונתו היא שקניין אגב הוא מצד הקונה, אך כל זה אינו, שהרי הרשב"א במסכת שבועות (לג ע"א) גם כתב חידוש זה במלואו והוסיף להוכיח דבריו בזה"ל: "ותדע לך דהא למאן דאמר מלווה לאו להוצאה ניתנה לאו ברשותיה דמלווה קיימת, ואם קידש זה את האשה מקודשת, ואם נתנה במכר קנאו וכדנתיא ושווין במכר שזה קנאו וכדאיתא בקדושין כנ"ל". והרי כאן בקידושין הרשב"א עוסק בקניין מצד המקנה, שהבעל צריך להקנות את כסף הקידושין, שאם לא כן יש בזה חיסרון של "כי יקח איש אשה" ולא כי תקח, ואע"פ שהמלווה אינו ברשותיה דמלווה, מועילה הקנאתו לדברי הרשב"א. רואים שהרשב"א סובר שגם בקניין מצד המקנה במכר ובמתנה אין כל חיסרון של דבר שאינו ברשותו.

אך עצם הוכחת הרשב"א תמוהה ביותר, כמו שהקשה בקצה"ח (קכג א), שלפי דעה זו שמלווה לאו להוצאה ניתנה יכול לחזור בו המלווה, א"כ המעות שבידי הלווה נחשבות כפקידון, דכל היכא דאיתיה ברשותיה דמריה איתיה, ומשום כך יכול לקדש במלווה את האשה, ואין כל הוכחה שיכול להקנות דבר שאינו ברשותו.

עוד הקשה בקצה"ח על הרשב"א מהא דאמרינן צנועין ורי' דוסא אמרו דבר אחד, ודברי ר' דוסא אמורים בהפקר, רואים שאין יכולים גם להפקיר דבר שאינו ברשותו, וע"כ היינו משום שלמדים זאת מ"איש כי יקדיש את ביתו", וא"כ הוא הדין שאין יכול להקנות במכר או במתנה דבר שאינו ברשותו, דמאי שנא הקנאה מהפקר. קושיה זו תורצה ב"קהלות יעקב" (ב"ב סימן לא): הרשב"א סובר שהפקר מטעם נדר (היינו כעניין הקדש של הרי זו, דהווי הפקעה מרשות הבעלים), ולכן הפקר שייך לדניי הקדש, וכמו שאי אפשר להקדיש דבר שאינו ברשותו מגזרת הכתוב, הוא הדין אינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו.

עוד ראיתי ב"קהלות יעקב" (כריתות, סימן יג), שגם הוא נוקט את ההסבר של הגר"ש שקופ דלעיל, ויישב בזה את קושיית האחרונים על שני פסקי הרמב"ם דסתרי אהדדי. בהלכות נזקי ממון (פ"א ט) פסק: "שור שהמית אדם והקדיש בעליו אינו קדוש, וכן אם הפקירו אינו מופקר. במה דברים אמורים? אחר שנגמר דינו לסקילה". ובהלכה יג שם פסק: "שור הנסקל שהוזמו עדיו – כל הקודם בו זכה, שהרי משנגמר דינו הפקירוהו בעליו". הרי שהפקר מועיל בשור הנסקל. בקצה"ח (תו ג) כתב לתרץ, דאיסורי הנאה בעלים אית להו, ומ"מ אינו ברשותם להפקיר, אבל בהוזמו עדיו הרי מעולם לא היה איסורי הנאה, וכיוון דבעליו הפקירוהו, הפקרן הפקר. וב"שערי יושר" (שער ה יב) דחה תירוץ זה, יע"ש. ו"בית הלוי" (ח"א מח ט) תירץ, דמה שכתב הרמב"ם "שהרי משנגמר דינו הפקירוהו" אין כוונתו הפקר, אלא ייאוש, שמועיל בדבר שאינו ברשותו. והוכיח שכוונתו לייאוש מדברי הירושלמי (סנהדרין פ"ז ז) יע"ש, וכבר כתב כן בשו"ת בסוף שו"ע הרב, סימן י"ד.

ב"קהלות יעקב" תירץ, הא דדבר שאינו ברשותו אינו יכול להפקיר היינו בדינים שצריך שיחול דין הפקר, שיצא הדבר מרשות הבעלים, כגון לעניין מעשר, נגח ואח"כ הפקיר, בכורה, שביתת בהמתו, דכל הני תלויים בדין הפקר, ולכן אם הפקיר שור הנסקל לאחר גמר דינו אינו מופקר מטעם דאינו ברשותו, וכמבואר ברש"י (ב"ק מה ע"א), אבל לעניין שיהיו אחרים יכולים לזכות בו, י"ל דשפיר מועיל הפקר גם בדבר שאינו ברשותו, דנהי דהפקר לא חל, מ"מ כאשר אדם גומר בלבו על דבר שיהא הפקר המובן הוא שכל

אחד רשאי לזכות בו, שאינו מקפיד על זה כלל, וא"כ גם היכא שלא חל דין הפקר, על כל פנים נתינת רשות איכא, והזוכה לא נחשב כזוכה מן ההפקר אלא כזוכה מחברו. ומה שכתב הרמב"ם "שכל הקודם בו זכה, שהרי משנגמר דינו הפקירוהו", כוונתו היא שהפקירוהו לכל הרוצה ליטול, ואע"פ שלא הואיל לעשותו בדין הפקר, על כל פנים רשות לזכות איכא, וסגי בהכי לעניין שכל הקודם זכה.

ומה שמבואר בר"ש (פאה פ"ו), שלפי בית הלל, שהפקר לעניים בלבד אינו הפקר, ואם העני נוטלו צריך להחזיר, שגם לגבי עניים אינו הפקר, הא דאין מועיל משום נתינת רשות, היינו משום כשהוא מפקיר אין כוונתו לתת רשות שיקחו משלו, אלא כוונתו היא שיזכו מן ההפקר, ועל גוונא שלא יחול ההפקר לא נתכוון לתת רשות, שהרי אומר בפה שיהא הפקר, אבל בשור הנסקל שהוזמו עדיו, דאמרינן דאפקורי מפקיר ליה, אין כאן הפקר בפה, רק בלב, ואין במחשבת הבעלים כלל לחדש ולעשות בו דין הפקר, אלא חושבים בדעתם מאחר שאין ראוי ליהנות בו ועומד לסקילה, שאין להם כל עניין בו, ואין כוונתם לעשות בו דין הפקר, אלא רק מציאות של הפקר שכל הרוצה לזכות בו יזכה, ואיכא נתינת רשות בעלמא, ולא דין הפקר, עכ"ד.

ולא הבנתי כל הצורך מה הוסיף "קהלות יעקב" בזה אחר שהביא הוא עצמו את דברי "בית הלוי", שכוונת הרמב"ם היא לייאוש, הרי כבר הסביר לן ב"שערי יושר" (שער ה"ב) את ענין ייאוש בזה"ל: "עניין זה של יאוש לא נתבאר היטב במפרשי הש"ס, ולדעתי נראה שהוא ענין התרצות וניחותא, דבדבר שהבעלים חושבים שאבוד ממנו לעולם ולא יוחזר אליו, אין להם שום קפידא אם יטלנו זה או אחר, וכל חפץ שאין הבעלים מקפידים על חסרונו יכול כל אדם לזכות בו, וזה נראה דלכו"ע אין הכוונה לומר דייאוש הוא שמפקיר בזה, דהרי ייאוש מהני בדבר שאינו רשותו כגזל וכדומה והפקר לא מועיל בדבר שאינו ברשותו לרי' יוחנן דקיי"ל כוותיה, והעיקר בזה דבייאוש אין כאן מעשה לחדש איזה ענין על החפץ ע"י כוונה ורצון, דמאיזה טעם נאמר כן דע"י שחושבו לאבוד יחליט בדעתו לעשות איזה ענין הפקר על החפץ, ועוד דאם היה ענין הפקר ודאי בעינן מחשבה בפועל כמחשבת תרומה וכדומה, ובהפקר שלא מדעת לכו"ע לא הווי הפקר, לכן נראה ברור דייאוש לכו"ע הוא רק ניחותא, ובכהאי גוונא סובר רבא דמהני שלא מדעת". יוצא אפוא שהסברו של "קהלות יעקב" היינו ייאוש, וכדברי "בית הלוי".

וב"נתיבות המשפט" (רסב ג) כתב, דשור הנסקל שהוזמו עדיו הווי הפקר משום דאבוד מכל אדם, ודבריו צ"ע, שהרי אם כן מהו שכתב הרמב"ם דאם הפקירו אינו מופקר, הא הווי הפקר בלא הפקרו, דהא אבוד מכל אדם.

והנה הרמ"א (שו"ע, חו"מ לד ז) פסק: "החולק עם הגנב כשר לעדות" (ריב"ש רסו). והקשה בתומים בזה"ל: "הרי בידו ממון חברו ולוקחו בידו לעכבו הרי הוא רשע דחמס, ולא ידעתי הבדל בין כופר בפקדון דבהיתר בא לידו. ומ"מ הואיל וכופרו פסול לעדות, וזה לקח ממון חברו באיסור וכופר בו ואינו מחזירו יהיה כשר לעדות".

ותירץ בקצה"ח דאין זה דומה כלל לכופר בפיקדון, דחולק עם הגנב דינו כגונב מן הגנב, וקיי"ל דגונב מן הגנב אינו משלם תשלומי כפל, כמבואר במסכת ב"ק (סט ע"ב) משום דכתיב "וגונב מבית האיש", והאי אינו ברשות הבעלים, וא"כ אין על השני תורת גזל כלל, אלא אם איתא בעיניה כיוון דלא קנאו, דנגזל הווי, אבל על כל פנים השני אינו גזלן כלל כיוון דכבר נגנב מבית הבעלים ואינו ברשותו לא עבר השני משום לא תגנוב או משום לא תגזול, משא"כ כופר בפיקדון דכל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא ויכול להקדישו, והגונב מבית שומר משלם כפל כמשי"כ התוספות (ב"מ ו ע"א), ומשום הכי כופר בפיקדון הווי עליו תורת גזלן ופסול לעדות, עכ"ד.

על קביעה זו של קצה"ח, שגונב מן הגנב אין זה פטור מכפל בלבד, אלא זה פטור בעצם דין גזלן, דאינו עובר בלא תגזול כלל ופטור גם מקרן, הקשה ב"אמרי משה" (סימן לב) מהא דאמר רבא (ב"מ כו ע"ב): "ראה סלע שנפלה נטלה לפני יאוש ע"מ לגזולה, עובר בכולן משום ילא תגזול ומשום יהשב תשיבם ומשום ילא תוכל להתעלם", וכיצד עובר משום "לא תגזול", הא האבדה אינה ברשות הבעלים, וליכא "וגונב מבית האיש". ועוד הקשה בחידושי רבי מאיר שמחה זצ"ל, הא אמר רבא (ב"מ סא ע"א) לא לכתוב רחמנא לאו בגזל, ותיתי מרבית ואונאה, איצטריך לכובש שכר שכיר, כובש שכר שכיר בהדיא כתיב ביה לא תעשוק שכר עני ואביון, לעבור עליו בשני לאוין. וכיצד אפוא עובר בכובש שכר שכיר בלא תגזול, הא ליכא "וגונב מבית האיש"?

עוד יש להקשות, הא אמר רב חסדא (ב"מ ה ע"ב) הכופר במלווה כשר לעדות משום דאשתמוטי קא משתמיט ליה, משמע דאי לאו דאשתמוטי היה נחשב לגזלן ופסול לעדות כמו כופר בפיקדון, וכיצד שייך לומר שכופר במלווה ייחשב לגזלן, הא מלווה לאו ברשותיה דמלווה, כמו שכתב בהדיא הרמב"ן ב"מלחמות ה"י" (ב"ק, פרק שור שנגח ארבעה וחמשה), והביאו קצה"ח (סימן ריא ה), וכן כתב בסימן סו א. ובסימן קכו ג הסביר קצה"ח שזוהי שיטת רש"י, יע"ש.

וכן כתב אב"מ כח יג, יע"ש, וכיוון דמלווה לאו ברשותיה דמלווה ליכא "וגונב מבית האיש", ולדעת קצה"ח זה מיעוט בעצם דין גזלן ואינו עובר בלאו כלל. ויעוין ברש"י סנהדרין (ד ע"א, ד"ה גזלות) שכתב: "גזלות כופר בפיקדון, וכן החוטף מיד חברו הוי גזלן כגון ויגזול את החנית מיד המצרי, אבל לוח ולא שילם לא מקרי גזלן דמלווה להוצאה ניתנה".

ונראה ליישב, דהנה בקצה"ח (שמח ב) כתב אהא דתניא (ב"מ יא ע"ב) "אין לי אלא ידו, גגו חצרו וקרפיו מנין, ת"ל אם המצא תמצא", ופירש רש"י גגו חצרו: "כגון שנכנסה לרשותו ונעל בפניה". משמע שאם נכנסה מאליה לחצרו ונתכוון לגזולה לא מחייב במחשבה גרידא, ואפילו אם החצר משתמרת, משום דבמחשבה אינו נעשה גזלן, עד שיעשה מעשה כמו נעל בפניה, ואע"ג דבמצאה כה"ג קני ליה במחשבה גרידא, אבל בגולה צריך נעל בפניה, או שיכניסה בעצמו לרשותו, כמו שכתבו התוספות (ב"ק סה ע"א) דבעינן מעשה גזלה, עכ"ד.

ויש להקשות על תפיסה זו, דבגזלה בעינן מעשה גזלה, הא אמר רבא דבכובש שכר שכיר איכא לאו דלא תגזול, והא ליכא מעשה גזלה בכבישה זו. ועוד יש להקשות מהא דאמר רב חסדא דכופר במלווה כשר לעדות משום דאשתמוטי קא משתמיט, ואי לאו דאשתמוטי הווי גזלן, והא ליכא מעשה בכפירתו, ובשלמא כופר בפיקדון כתב ב"אבן האזל" (גנבה פ"ב, טז) דילפינן לה מקרא ד"וכחש בה" (ב"ק קה ע"ב).

ונראה לומר דתליא הא בהא, אם נסבור שלעבור בלאו דגזלה יש צורך במעשה גזלה, אי"כ כל האיסור הוא הוצאה מרשות הבעלים, וממילא אם החפץ לא נמצא ברשות הבעלים אינו עובר בלא תגזול. אך אם נסבור שכדי לעבור בלאו דגזלה אין צורך במעשה גזלה, וכל דברי הברייתא דלעיל היינו לגבי גנבה לחייבו בכפל, יוצא שהלאו הוא בכך שמעכב ממון חברו בידו, וא"כ גם אם החפץ אינו ברשות הבעלים עובר בלא תגזול, שהרי מעכב ממון חברו בידו. לפי זה, המיעוט דגונב מבית האיש ולא מבית הגנב היינו כפל, אך בקרן חייב.

לפי הסבר זה יתיישבו שפיר דברי קצה"ח מכל הני קושייתא דלעיל. דברי קצה"ח, דגונב מן הגנב אינו עובר בלא תגזול, היינו להני שיטות דבעינן מעשה גזלה, אך רבא דסובר דבעושה שכר שכיר עובר גם בלא תגזול אע"ג דליכא מעשה, ע"כ דס"ל דלא בעינן

מעשה הוצאה מרשות בעלים, ולכן בעושה שכר שכיר אע"פ שאין "וגונב מבית האיש" עובר בלא תגזול, דמיעוט זה הוא רק לגבי כפל, אך לגבי חיוב קרן האיסור הוא במה שמעכב ממון חברו בידו. וכן אתי שפיר הא דאמר רבא, ראה סלע שנפלה לפני ייאוש ונטלה על מנת לגזלה עובר משום לא תגזול, דרבא לשיטתו שהלאו הוא במה שמעכב ממון חברו בידו, ולכן אע"פ שהאבדה אינה ברשות הבעלים עובר בלא תגזול, וכן כופר במלווה אי לאו דאשתמוטי הווי גזלן, והיינו כיוון דחזינן דרב חסדא סובר דכופר בלבד בלא מעשה היה נחשב לגזלן, ע"כ דס"ל שהאיסור הוא במה שמעכב ממון חברו בידו, ולכן אע"פ שהמלווה אינו ברשותו היה נחשב לגזלן אי לאו דאשתמוטי. ויעוין ב"מ (ק"א ע"א), שסובר כך רב חסדא בהדיא: "איזהו עושה ואיזהו גזל? א"ר חסדא: לך ושוב זהו עושה, יש לך בידי ואיני נותן לך זהו גזל", הרי דמעכב ממון חברו בידו נחשב גזלן. ומה שחולק עם הגנב כשר לעדות, כבר כתב הגר"א בביאורו היינו משום דלא משמע לאינשי דהוי גזלן בזה.

אך להלכה עדיין צ"ע, דבשו"ע (חו"מ שמח ד) פסק המחבר: "ואם הכניסה לרשותו אפילו לגנו וחצרו וקרפיו אם משתמרת חייב", והסביר קצה"ח דמה שכתב "ואם הכניסה לרשותו", דווקא בכה"ג חייב, דבעינן מעשה, ובסימן שלט ב פסק המחבר: "כל הכובש שכר שכיר עובר בחמשה לאוין", ואחד מהם הוא לא תגזול, ובסימן רנט א פסק המחבר, דאם נטל אבדה על מנת לגזלה עובר בלא תגזול, אע"פ שהחפץ אינו נמצא ברשות הבעלים. וכן קשה בפסקי הרמב"ם, דכבר הוכיח ב"אבן האזל" (גנבה פ"ב טז) מדברי הרמב"ם דס"ל דעיקר דין גזלה הוא הוצאה מרשות בעלים, ובהלכות שכירות (פ"א ב) פסק דכובש שכר שכיר עובר בלא תגזול, וכן פסק בהלכות גזלה ואבדה (פ"א ב), דהנטל אבדה ע"מ לגזלה עובר בלא תגזול אע"פ שלא הוציאה מרשות בעלים. ולאור ההסבר הנ"ל הני דיני סתרי אהדדי. ועוד קשה על הסבר זה מדברי רש"י (ב"מ כו ע"ב, ד"ה עובר משום השב תשיבם) יע"ש, ולדברי התוספות שם אתי שפיר.

ועוד נראה ליישב על הא דאמר רב חסדא דכופר במלווה כשר לעדות דאשתמוטי קא משתמיט, והקשינו לעיל הא ליכא מעשה גזלה, ועוד הא מלווה אינו ברשותו וליכא "וגונב מבית האיש", יש לומר דכוונת רב חסדא היא דבלא אשתמוטיה קא משתמיט היה פסול לעדות לא משום גזלן, אלא היה נפסל לעדות משום לאו דלא תעשוק, דבלאו דחימוד ממון מפסל לעדות אע"ג דליכא מלקות, ובלאו זה עוברים גם בלא מעשה, וכן עוברים גם ללא הוצאה מרשות הבעלים, וכמו שפסק הרמב"ם (גזלה ואבדה פ"א ד) בהדיא שאם אינו מחזיר הלואה עובר בלא תעשוק, וזה לשונו: "איזהו עושה? זה שבא ממון חברו לתוך ידו ברצון הבעלים, וכיוון שתבעוהו כבש הממוץ אצלו בחזקה ולא החזירו, כגון שהיה לו ביד חברו הלואה או שכירות, והוא תובעו ואינו יכול להוציא ממנו, מפני שהוא אלם וקשה, ועל זה נאמר לא תעשוק את רעך".

וראינו שרש"י (ב"מ ד ע"א, ד"ה כשר לעדות) כתב בהדיא בדברי רב חסדא דכשר לעדות: "ולא אמרינן גזלן הוא, והתורה אמרה אל תשת רשע עדי", הרי שפירש דבלא אשתמוטי היה נפסל מצד גזלן. (ויעוין ב"מ מח ע"א, בדברי רב חסדא, כגון שיחד לו כלי להלוואתו, ובהגהות "מצפה איתן" שם).

והנה הרמב"ם בהלכות מלכים (פ"ט ט) פסק בזה"ל: "בן נח שגזל פחות משוה פרוטה, ובא אחר וגזלה ממנו, שניהן נהרגין עליה". ומקורה של הלכה זו הוא במסכת ע"ז (עא ע"ב). ויש להקשות: מדוע חייב הגזלן השני, והרי אין זה של הגזלן הראשון. ולא מיבעיא לשיטת התוספות (שם, ד"ה ב"ט) דבעכו"ם לא אמרינן קים ליה בדרבה מיניה הרי דלא קנאו הראשון, אלא אפילו להני שיטות דבעכו"ם נמי אמרינן קים ליה בדרבה מיניה כבר

כתב הרדב"י שאם הראשון קנאה בקים ליה בדרבה מיניה א"כ פשיטא שהשני נהרג שהרי גזל, ולכן העמיד הרדב"י הלכה זו שהגזלה איתא בעינא, דלא אמרינן בהא קים ליה בדרבה מיניה. וא"כ אכתי קשיא שהרי אינו של הראשון, ולגבי הבעלים הרי הגזלה אינה ברשותם, ומדוע מתחייב השני לשיטת קצה"ח שאומר שאין עוברים בלא תגזול כלל בגונב מן הגנב.

ודוחק לומר שהפסוק "וגונב מבית האיש" זה גזרת הכתוב דווקא בישראל, שהרי לקצה"ח זהו מיעוט בפרשת גזלה דזהו משמעות גזלה דווקא במוציא מרשות בעלים. ועוד כבר כתב בספר "אמרי משה" (לב ו), ש"נתיבות המשפט" סובר דהיכא שהגנב השני לא הוסיף שום הפסד לבעלים בגנבתו יותר מהראשון פטור מקרן מצד הסברה, דלא עשה שום מעשה גנבה מהבעלים, דכבר היה גונב מרשותם ע"י הראשון, וכיוון שאין זה מיעוט מגזרת הכתוב, ממילא אין לחלק בין ישראל לבן נח בזה. ואפילו נאמר דבן נח אין לו קנייני גזלה, וא"כ נחשב ברשות הבעלים, כבר ראינו לעיל בדברי הרמב"ם בהלכות מכירה (פכ"ב ט) שכתב בהדיא שלא בגין קנייני הגזלה נחשב לאינו ברשותו, אלא משום שהחפץ אבוד ממנו.

ונראה לומר דבבן נח ודאי דלא בעינן מעשה גזלה אלא כל שמעכב ממון זולתו נחשב לגזל, וכמו שכתב הרמב"ם (מלכים פ"ט ט), שאצל ב"י "הכובש שכר שכיר וכיוצא בו הרי הוא בכלל גזלן", ונכתב ב"כסף משנה": "כלומר שהוא הדין אם כבש שכר בהמתו או כליו, דשכר שכיר לאו דוקא, אלא כל כובש ממון שחייב, גזל מיקרי בבני נח". ועוד איתא במסכת סנהדרין (נט ע"א): "עובד כוכבים שעוסק בתורה חייב מיתה, שנאמר 'תורה צוה לנו משה מורשה', לנו מורשה ולא להם, דמיגזל קא גזיל לה", ופסק דין זה ברמב"ם (הלכות מלכים י ט), והרי בלומדו תורת ישראל לא עשה כל מעשה גזלה שחיסר משהו לישראל, יעוין הגהות יעב"ץ (סנהדרין נט ע"א). אלא כיוון דמעכב אצלו דבר שלא שייך לו נחשב לגזלן. והיינו טעמא כיוון דילפינן איסור גזל בבן נח מהפסוק "מכל עץ הגן" ולא גזל, ופירש רש"י מדאיצטריך למשרי ליה ולהפקיר לו עצי הגן, שמע מינה שאינו מופקר לו נאסר לו, א"כ כל דבר שאינו מופקר לו ומעכבו אצלו נחשב גזל. ויעוין בתוספות (ב"מ ע ע"ב, ד"ה תשיך), שכתבו דמפסוק זה גם נלמד דקודם מתן תורה נאסרה רבית לעכו"ם. לאור הנחה זו אתי שפיר הא דפסק הרמב"ם דבן נח שגזל ובא אחר וגזלו ממנו חייב מיתה, היינו משום דנחשב שגזל מהבעלים ואף דאינו ברשותם חייב, משום שאין הלאו בב"י מעשה ההוצאה מרשות הבעלים, אלא הלאו הוא על כך שמעכב ממון זולתו. (ויעוין ב"אור שמח" על הלכה זו, ומצדד נמי בכך דעסקינן שבן נח הראשון גזל מבן נח, ולא מישראל, והגזלן השני נהרג משום בן נח הבעלים, ואע"ג דאינו ברשותו חייב משום דינו של רב חסדא הגוזל מחברו ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, עכ"ד. אך התירוץ אינו לשיטת קצה"ח, שפירש שדינו של רב חסדא הוא מצד מצד מזיק ולא מדין גנב. ואולי סבירא ליה כדעת החת"ס בתשובותיו (ח"ו, יד) שלרמב"ם כל אבות נזיקין נכללים הם בכלל גזל, ולדעת הרמב"ן נכללים במצוות דינים. ולדברינו אתי שפיר אף לשיטת קצה"ח. ובסוף דבריו שם כתב דלשון הרמב"ם "ובא אחר וגזל ממנו" מורה שנהרג משום דהוי ממון של הגוזל הראשון שאין צריך להשיב).

ולפי זה נראה לי ליישב קושיית הגהות ר' עקיבא איגר על "מגן אברהם" (או"ח, תעג יד) וזה לשון "מגן אברהם": "כתב מהרי"ו ז"ל מהרא"א נסתפק כיוון דמרור איתקש למצה וגזול פסול, א"כ לא יעקור ישראל המרור מן הקרקע כמש"כ בסימן תרמ"ט, ונ"ל דלא דמי דהתם אסא מתקיים בקרקע משי"ה הוי כקרקע עכ"ל. נ"ל דה"פ כיוון דמרור אינו מתקיים בקרקע הווי כמטלטלין וקניית הנכרי ביאוש ושינוי רשות והווי שינוי רשות

ביד ישראל, ומי"מ צי"ע דהא קיי"ל כל המחובר לקרקע הווי כקרקע כמשי"כ בסימן תרל"ז, ג, וכ"ש כשנשרש בקרקע, ואפשר דמיירי שהמרור כבר נתבשל כל צרכו ועומד להתלש וסבירא ליה כל העומד להתלש כתלוש דמי".

ובהגהות רע"א הקשה בזה הלשון: "כל העומד להתלש כתלוש דמי אינו מספיק דאף שעתה שנתבשל כל צרכו הווי כתלוש, מי"מ הנכרי לא עשה עתה קניין בזה ולא נעשה גזלן עליו כדאיתא ב"ק ק"ז, ע"ב, הובא במג"א לקמן סוף סימן תרל"ז, וא"כ הישראל כשתולש הוא הגזלן, וליכא שינוי רשות". ולדברינו לעיל אתי שפיר, שאעי"פ שהנכרי לא עשה עתה קניין, מי"מ מעכב הוא ממון הבעלים והווי גזלן. [וצריך לומר שכל קושיית ר' עקיבא איגרא היא על לשון "מגן אברהם" שכתב וקניית הנכרי בייאוש וכו', דבלאו הכי לא קשיא שהישראל כשתולש הוא הגזלן, דהא לגבי הישראל הווי לאחר יאוש וקניין מדין אבידה, ואי לומר דהווי יאוש ברשות ולא מהני, דהא דיאוש ברשות לא מהני היינו משום שאינו אבוד, אבל הכא במציאות אבוד כיוון דנחשב כתלוש והנכרי מונע ממנו לתולשו]. והנה בהאי דינא דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כתב ב"קובץ שעורים" (ב"ב רעו): בגמרא (ב"מ טז ע"א) משמע שהחיסרון בדבר שלא בא לעולם הוא משום דלא סמכא דעתיה, אך במסכת כתובות (נט ע"א) אמר רב יוסף: שאני קונמות, מתוך שאדם אוסר פירות חברו עליו אוסר עליו נמי דבר שלא בא לעולם. ואם נאמר שהטעם הוא משום דלא סמכא דעתיה, הרי אין לזה כל קשר להא דאוסר פירות חברו עליו, אלא משמע מהכא דאין לו כוח הקנאה בדבר שלא בא לעולם, ולכן אומר רב יוסף מאחר שאדם אוסר פירות חברו עליו. רואים שאין צורך להיות בעלים על הפירות, ולכן גם בדבר שלא בא לעולם יכול לאסור אף שעדיין אינו בעלים עליהן.

וצריך להסביר שבדבר שלא בא לעולם, כגון פירות דקל, פשיטא שאין החיסרון בכך שאין שלו, שהרי הפירות מעצמו גדלו והעצים שלו, אך כיוון שאין ברשותו אינו יכול להקנות, ואותו החיסרון עצמו, מה שאין יכול להקנותו מעכשיו, זהו גם מעכב שלא יחול הקניין אם מקנה לאחר זמן, וכמו באומר שדה שאני לוקח לכשאקחנה תהיה קנויה לך, דמעתה אינו יכול להקנותה שאינה שלו, כך אינו יכול להקנותה לכשיקחנה, משום שבשעה שעושה את מעשה הקניין אינה שלו (ויעוין בזה ב"אבי עזרי"י מכירה פכ"ב ט). ולפי זה צריך לומר, שר' מאיר, הסובר שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ודאי שאינו חולק על האי דינא שאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו, אלא כיוון דפירי עבידי דאתו אינם נחשבים לאינן ברשותו, ונחשבים הפירות הרגילים לבוא לנמצאים כבר ברשותו. ובזה חולקים חכמים וסוברים, שאף שהפירות רגילים לבוא, כל עוד שאינם בעולם נחשבים לאינן ברשותו.