

גניבה וגזילה — פרקי יסוד / אברהם וינרוט

6

מוסד הרב קוק מיסודם של הרב י. ל. הכהן מימון  
וד"ר יצחק רפאל

# גניבה וגזילה פרקי יסוד

מאת

אברהם וינרוט



הוצאת מוסד הרב קוק • ירושלים

## בסיוע המשרד לענייני דתות

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר מידע,  
לסדר או לקלוט בכל דרך ובכל אמצעי אלקטרוני אופטי או מכני  
או אחר - כל חלק שהוא מהחומר שבספר זה.  
שמוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט  
אלא ברשות מפורשת בכתב מהמו"ל.

©

כל הזכויות שמורות, ירושלים תשס"ב

Copyright by Mossad Harav Kook, Jerusalem 2002

דפוס חמד בע"מ, ירושלים

Printed in Israel

## תוכן הענינים

ז	הקדמת מילים .....
ט	מבוא .....
כא	פרק א — גניבה וגזילה - הגדרתן ומהותן .....
מח	פרק ב — מעשה קניין בבסיס לעוולות הגניבה והגזילה .....
עד	פרק ג — הכוונה העומדת בבסיס עוולות הגניבה והגזילה .....
ק	פרק ד — מעשה הגניבה והגזילה ומהותו .....
קכד	פרק ה — הגונב מן הגנב .....
קעד	פרק ו — שינוי בחפץ הגנוב ומהותו .....
רב	פרק ז — התייאשות מחפץ גנוב - מהותה ונפקותה .....
רכא	פרק ח — יאוש בצירוף שינוי בחפץ הגנוב .....
רלז	פרק ט — יאוש ושינוי רשות .....



## הקדמת מילים

מקדמת דנא נהגו מחברים לבקש "הסכמה", גם כאשר דברי התורה שבפיהם אינם כגדר פסקי הלכות. זאת, בין השאר, על שום הכלל כי "במקום גדולים אל תעמוד" (משלי כה, ו). מקום שבו מבקש אדם להוציא דברים אל רשות הרבים, ולכורכם בתכריך של ספרים - מן הראוי כי יטול רשות. חרגתי על כן מנוהגה של הוצאת מוסד הרב קוק ובטרם שאני נכנס להיכל - ביקשתי להקדים את דבריו של מורי ורבי, הגאון רבי ברוך מרדכי אזרחי שליט"א ראש ישיבת "עטרת ישראל" בירושלים:

אזכרה בהמיה ימים מקדם, כשהרב רבי אברהם וינרוט שליט"א היה מצעירי ה"לומדים" בישיבתנו הנ"ל. קולו הצלול עדיין מצטלצל באזני. תמיד רכון ושקוד על עמקות תלמודו. שרעפיו תמיד עמו בעמלה של תורה ויראת שמים. כך עמל ושקד שנה אחר שנה. ומה פלא, כשבכשרונותיו העילויים עלה ושגשג עד כי עטו המבורכת נוטפת נטפי מור ובשמים של תורה. אשרי לו ואשרי חלקו. ועתה כשהננו עוקבים אחר הרב רבי אברהם הנ"ל הננו משתאים לעומת פירותיו המבורכים, דבר דבור על אופניו, מסודר ומאורגן, נתון במשכיות זהב של "לשון לימודים" בעומק ובהיקף, בחריפות ובקיאות, בעריכות ובמתק שפתיים. וכש"כתר שם טוב עולה על גביו", ביראת שמים בצדקה וחסד, במידות תרומיות וכאישיות מלבבת, אין לך ערובה גדולה מאלו על טיבם של דברים, דיבורים ומעשים. הספר שלפנינו כמו שאר ספריו, עדות המה על צמידות עצומה לתורה, לעמלה ולדבקות בבורא יתברך שמו ברבותיו ובתלמידי חכמים.

אברכו בכל לב, כי יזכה הרב רבי אברהם וינרוט שליט"א,  
בן הרב ר' משה שליט"א, יקר היקרים, אבי המשפחה  
הרוממה, לפרוח ולשגשג בכל המובנים והמשמעויות  
ברוחניות ובגשמיות מנפש ועד בשר.

ביקרא דאורייתא אוהבו נפש  
ב. מ. אזרחי

שלמי תודה שלוחים לכבוד הגאון רבי ברוך מרדכי אזרחי שליט"א  
על הדברים היוצאים מן הלב.

אכן, קולה של תורה שלו נכנס אל לבי ומהדהד בקרבי שנים רבות.  
ספר זה נכתב, בין השאר, בזכות דפוס החשיבה, להט הלימוד וטעם  
הלימוד שקיבלתי ממורי ורבי.

תודתי מקרב לב, ל"מוסד הרב קוק" ולעומדים בראשו הרב יוסף  
מובשוביץ, הרב נתן שפירא והרב יהודה רפאל שליט"א, על ההוצאה  
המיומנת של הדברים במתכונת יפה זו, וכן תודתי לרב צבי קצנלנבוגן  
שליט"א על עינו המקצועית.

ולבסוף, שב אני אל הבית פנימה, להודות לנוות ביתי, אשר - שלי  
ושלכם - שלה הוא.

אברהם וינרוט



## מבוא

חז"ל מייחסים את תופעת הגניבה אף להתנהגותו של עם ישראל במעמד קבלת התורה. בתוספתא, בבא קמא פרק שביעי באות ג' אנו מוצאים:

“שבעה גנבים הם<sup>1</sup>. הראשון שכולם, גונב דעת הבריות<sup>2</sup>... ולא עוד, אלא שמעלים עליו, שאילו היה יכול לגנוב דעת העליונה

- 
- 1 כביאור “מנחת ביכורים” על התוספתא מנויות שבעת סוגי הגניבה כדלקמן:  
(א) הגונב את דעת הבריות.  
(ב) הגונב נכס שבעליו לא יכול היה ממילא ליהנות ממנו, כגון גניבת חמץ בפסח (האסור בהנאה).  
(ג) הגונב שטר חוב ומסב נזק ראייתי בלבד, שהרי אם החייב ישר הוא, הרי שישלם את חובו אף בהעדר שטר להוכחתו.  
(ד) הגונב את נכסי הזולת, ומחויב עקב כך לשלם כפל.  
(ה) הגונב את אמצעי העבודה והמחייה של זולתו (שור או שה) ומכרם או טבחם - ומחויב עקב כך לשלם פי ארבעה או פי חמישה מערך החפץ הגנוב.  
(ו) הגונב אדם ומוכרו לעבד - ובגין כך מחויב הגנב בנפשו.  
(ז) “המתגנב מאחרי חבירו - והולך ושונה את פרקו”. זוהי הגניבה הספרותית, הנוטלת מן הבעלים את יצירתו ואת שמו, ובמקרים רבים - את תכלית חייו ותוכנם הפנימי.
- 2 רבינו יונה בספרו “שערי תשובה” (שער ג', אות קפד) מציין כי גניבת דעת חמורה היא בעיני חז"ל יותר מגזל: “יען וביעין כי שפת שקר - אשמה רבה, והתחייבנו על גדרי האמת כי הוא מיסודי הנפש.”
- דברים אלו מבהיר הרב יצחק הוטנר בספרו “פחד יצחק” (ראש השנה, מאמר טו, אות ד) בכך שגניבה היא מעשה חיצוני, ואילו גניבת דעת משתיתה את עצם האישיות. בעיני חז"ל חמורה היא שחיתות אישית וקלקול האישיות יותר ממעשה רע, שאינו מטביע חותם על העושה.

היה גונב, שכל הגונב את דעת הבריות נקרא גנב, שנאמר: "וַיִּגְנֹב אֶבְשָׁלוֹם אֶת לֵב אֲנָשֵׁי יִשְׂרָאֵל" (שמואל-ב טו, ו).

מי גדול, גונב או נגנב?

הווי אומר נגנב, שיודע שנגנב - ושותק.

וכן מצינו, שהיו ישראל עומדים אצל הר סיני - ביקשו לגנוב דעת העליונה, שנאמר: "כֹּל אֲשֶׁר דִּבֶּר ה' נַעֲשֶׂה וְנִשְׁמָע" (שמות כד, ז).

...אם תאמר, שאין הכל גלוי לפניו, והלוא כבר נאמר: "ויפתוהו בפיהם ובלשונם יכזבו לו וליבם לא נכון עמו ולא נאמנו בכריתו" (תהלים עח, לו-לז).

אף על פי כן, נאמר (שם, לח): "והוא רחום יכפר עוון ולא ישחית".

דברים אלו של התוספתא קשים הם לכאורה, ומעוררים תמיהות:

מה פירוש השאלה "מי גדול - גונב או נגנב"? וכי יש מקום לייחס גדולה כלשהי לדרגתו של הגנב? ובכלל, הרי בפנינו השוואה בין המעוול לבין קורבנו?

כמו כן קשה, כיצד יתכן ליטול את האמירה הדגולה של עם ישראל במעמד קבלת התורה בסיני - "נעשה ונשמע" - ולראותה כפעולה של גניבת דעת כלפי הקב"ה כביכול? הרי בגמרא במסכת שבת (פח, א) מצינו כי עם ישראל זכה לשבחים ולקילוסים בגין אמירה זו:

---

גניבת דעת משחיתה את האישיות עצמה, שכן המהות של אדם נמצאת - במישור הדעתי שלו. רש"י מפרש את הפסוק "נעשה אדם בצלמנו ודמותנו" (בראשית א, כו) - "להבין ולהשכיל", שכן צלם האלוקים של האדם מתבטא - בהיותו יצור תבוני. נמצא כי גניבת דעת היא פגיעה במוקד האדם ובצלם האלוקים שלו.

מעתה מובנים דברי רבינו יונה: "והתחייבנו על גרדי האמת - כי הוא מיסודי הנפש", שכן גניבת הדעת היא פגיעה בכבת עינו של צלם האלוקים של האדם, ובלשון הרב הוטנר: "הוא רוצח את האמת במקום חיותה של האמת, והרי זה דוגמת לכבוש את המלכה עמי בבית (אסתר ז, ח)".

"דרש ר' סימאי, בשעה שהקדימו ישראל נעשה לנשמע, באו שישים ריבוא של מלאכי השרת לכל אחד ואחד מישראל, קשרו לו שני כתרים, אחד כנגד "נעשה" ואחד כנגד "נשמע"..."

אמר רבי אליעזר, בשעה שהקדימו ישראל נעשה לנשמע, יצאה בת קול ואמרה להן:

"מי גילה לבניי רז זה, שמלאכי השרת משתמשים בו, דכתיב (תהלים קג, כ) "ברכו ה' מלאכיו, גיבורי כח, עושי דברו, לשמוע בקול דברו". ברישא "עושי", והדר "לשמוע".

הכיצד יתכן איפוא, כי אמירת "נעשה ונשמע" ע"י עם ישראל, נחשבת מחד גיסא לפסגה רוחנית, שמחמתה נקשרים כתרים לעם ישראל, ובה בעת, מוגדרת אמירה זו עצמה מאידך גיסא ע"י התוספתא כ"גניבת דעת"?

זאת ועוד, אדם המאמין בקב"ה אינו מניח כי יוכל לגנוב את דעתו של אלוהיו. מהו איפוא ההיגיון בניסיון לרמותו?

תשובה יפה לכך נמסרה לי בעניין זה<sup>3</sup> כדלקמן:

האמירה של "נעשה ונשמע" - היא אכן פסגה רוחנית, שכן ככלל אדם חייב לשמוע כדי לדעת מה לקיים. יתירה מכך, אף נכונות מראש מצד אדם לקיים את כל אשר יאמרו לו לעשות<sup>4</sup>, חייבת להבחן בפועל בכור ההיתוך של הבחירה האישית, שבה נאבקים רצונות אנוכיים עם אידיאלים ונורמות. מבחן זה מתקיים רק לאחר שהמטלה מוטלת והאדם מתבקש לעבור משמיעה - לעשייה.

3 הדברים נמסרו לי בשם אבי-זקני, ר' יעקב וינרוט ז"ל, נלבי"ע בשנת ת"ש, בתקופת השואה. יהיו הדברים לזכרו ולעילוי נשמתו.

4 לעניין זה ראה דברי רבינו יונה ב"שערי תשובה", כי כאשר נאמר לאברהם: "לך לך מארצך... אל הארץ אשר אראך" (בראשית יב, א) שאלו חז"ל מדוע לא נאמר לו לאן עליו ללכת? והשיבו כי מכיוון שאברהם מוכן היה ללכת, אף בלא לדעת את היעד, הרי ששכרו הוא, כמי שקיבל על עצמו ללכת למקום הרחוק ביותר בעולם, אף מעבר לזה שאליו הגיע בפועל. בדומה לכך, כאשר בני ישראל הסכימו לקבל עליהם עול תורה ומצוות אף בלא לדעת מה כולל הדבר, הרי ששכרם הוא בלתי מוגבל למניין המצוות שקיבלו לבסוף בפועל.

רק מלאך, הנטול רצונות אנוכיים ופועל בלא כח בחירה, יכול להתייצב הכן לכל שליחות – תהא אשר תהא. אצל אדם – זוהי אמירה יפה, אבל הגשמתה היא עניין אחר.

הכיצד זה יכול אדם להתייצב מול אלוקיו ולומר: "נעשה ונשמע", משל היה מלאך, בלא מאויים אישיים ובלא חולשות אנושיות, המסוגל להבטיח כי לא ישנה דעתו עקב מבחנים, ניסיונות ומהמורות, שימציאו לו החיים בעתיד? וכי ניתן לנסות ולהטעות כך את הקב"ה?

אלא שאדם נוטה להשלות את עצמו, ובעת שהוא מגיע לדרגות רוחניות נעלות סבור הוא באמת ובתמים, כי משהעפיל לפסגות יוכל גם להתמיד בדרגתו. במצבו זה סבור האדם כי יעשה את דבר ה' תמיד בתוקף האור הגדול אשר יהל עליו, בלא שיהיה תלוי עוד כביכול בבחירת הלב.

בפועל, מובן כי התרוממות רוח זו אינה משקפת את המציאות הקבועה ואת טבעו ומיזגו של האדם לאורך זמן. הקב"ה אמר על כן בעקבות אמירת "נעשה ונשמע" ע"י עם ישראל:

"מי יתן והיה לבכם זה להם ליראה אותי ולשמור את כל מצוותי – כל הימים" (דברים ה, כו).

אכן, אדם המשלה את עצמו כי יוכל לנהוג כמלאך – גונב דעת, את דעת עצמו, שהרי לאחר התרוממות הרוח באים ימים של חול, ימים אפורים של שיגרה, והאדם הוא אדם, קרוץ חומר ובעל צרכים ומאויים. עם זאת, הניסיון להידמות למלאך, להעפיל לפסגות רוחניות ולעשות שימוש באותו רז שמלאכי השרת משתמשים בו, ראוי הוא להכתרת כתרם, שהרי מדובר בשאיפה עילאית ונשגבה.

גונב דעת מסוג זה ראוי לשבח ולעידוד, וכדין נשאלת השאלה: "מי גדול – גונב או נגנב"? כלומר, מה עדיף: אשליה עצמית המאפשרת לאדם למצות את רוממות הרוח בה הוא נתון ולפתח אידיאלים נשגבים, או שמא עדיפה היא הריאליה חדת החושים?

התשובה לכך היא, כי גניבת דעת – היא גניבה, ויש בה נטייה אישית בלתי ראויה, הנותנת את אותותיה לרעה, אף כאשר היא נובעת מאשליה עצמית של אדם ברגעים נעלים.

מי שמרמה את עצמו ומציג עצמו באופן שאינו נכון - אף אם עשה כן כתוצאה מהתרוממות רוח נשגבה - חי חיים שאינם אמיתיים. בכך פותח הוא פתח לנטייה בלתי ראויה העלולה להביא לרוממות רוח מעושה ואף להתחזות, כלשון הפסוק בתהלים (עת, לו-לז): "ויפתוהו בפייהם ובלשונם יכזבו לו וליכם לא נכון עמו ולא נאמנו בבריתו".

אף על פי כן, קיבל הקב"ה באהבה את אמירת "נעשה ונשמע" וקשר לה כתרים, בבחינת "והוא רחום יכפר עוון" (שם, לח). הקב"ה העלים עינו בכיכול מן הנטייה הדקה והבלתי מורגשת כמעט לבצע "גניבת דעת", ובכך גדולה מדרגתו של ה"נגנב" - המשים עצמו כמי שאינו יודע, על פני מדרגתו של ה"גונב" - המנסה להעפיל לפסגות.

ראייה זו של חז"ל את מעמד מתן תורה כ"גניבת דעת", מלמדת עד כמה ראו הם את הגניבה כנטייה טבעית המצויה אצל בני אדם אף במצב של פסגה רוחנית ורוממות רוח. חז"ל מזהירים מפני נטייה זו, מכיוון שהיא שורש תופעת הגניבה. ההנחה כי הזולת לא יידע, כמו גם הנטייה שלא להקפיד בממון הזולת - מצמיחה את תופעת הגניבה בכיטורים שונים שלה.

ואכן, בגמרא במסכת בבא מציעא (כד, א) מצינו את המעשה הבא:

גביע כסף נגנב מאכסניה, שבה התארחו מר זוטרא ותלמידיו. ראה מר זוטרא תלמיד אחד הנוטל את ידיו ומנגב אותן - במגבת של חבירו. אמר - זהו הגנב!

הנה כי כן, גניבה אינה בהכרח תופעה עבריינית והיא קיימת גם אצל אנשים מן היישוב, שכן היא נובעת מנטייה דקה, הניכרת בדברים קטנים - שלא להקפיד על ממון הזולת<sup>5</sup>.

נטייה טבעית זו ביקשו חז"ל לשרש, וההקפדה של המשפט העברי לגבי ממון הזולת היא חריפה ונוגעת אף לנטילה של ממון כלשהו או

5 בדומה לכך מוצאים אנו ביטויים כגון: "רוב גנבי ישראל הם" (מסכת עבודה זרה ע, א). אם כי נראה כי שם נבע הדבר מכך שבעיר פומבדיתא שבבבל היו רוב התושבים יהודים, וממילא היו גם רוב הגנבים יהודים.

לאי הקפדה בדברים הנראים על פניהם כזניחים<sup>6</sup>. אין תימה איפוא כי המערך המחשבתי שהוקדש לניתוח של דיני הגניבה והגזילה כמשפט העברי - נרחב הוא, מעמיק ומתוחכם מאוד.

ראוי עם זאת לציין כי קיימת סיבה נוספת לשכיחות תופעת הגניבה אצל אנשים מן היישוב. נעמוד להלן על סיבה זו תוך ניתוח דברי הגמרא במסכת בבא בתרא (קסה, א):

”אמר רב יהודה אמר רב: רוב בגזל ומיעוט בעריות והכל כלשון הרע”.

כלומר: כל בני האדם נכשלים בעוון לשון הרע, מיעוטן באיסורי עריות ורוב בני האדם חשודים על הגזל.  
מוסיף ומפרש רש”י:

”רוב בני אדם חשודים על הגזל, כעין גזל - שמורים להיתרא במשא ובמתן, לעכב איש מריוח הראוי לו לחבירו”.  
קביעה זו לפיה ”רוב בגזל” - היא לכאורה מפתיעה.

האמנם נעדר מרוב בני האדם היושר הבסיסי הנחוץ כדי להימנע מנטילת ממון הזולת שלא כדין? וכיצד יתכן כי תהא זו תופעה חברתית רחבה כל כך, עד כי רוב בני האדם יורו היתר לעצמם ליטול מן הזולת, במשאם ומתנם עמו, דבר שאינו מגיע להם עפ”י דין?

תשובה יפה לכך מצויה בדברי ה”חזון איש” בספרו ”אמונה ובטחון” (פרק ג’ אות י”ב):

”...כי מי שלא עמל בהלכה בעיון הדק היטב, לא ידע ערכה ונעלם ממנו נתיבותיה, וחסר העיקר בעבודת ה’ יתברך שציווהו לשמור את סעיפי ההלכה ולאהוב אותה.  
ואם משפט הוא חסר - מה קנה?

---

6 כך למשל מצינו במסכת בבא מציעא (כא, ב) דיון נרחב בשאלה: האם מותר ליטול תאנה שנפלה מעץ תאנים של הזולת וכיו”ב. הגמרא שם מסיקה לבסוף, כי הדבר מותר רק מכיוון ש”תאנה עם נפילתה נמאסת”.

ובמו שלא יתכן לשמור את השבת בלא דעת הלכותיה, ולא יתכן הישמר ממאכלות אסורות מבלי דעת האסור והמותר, כן לא יתכן להשמר מגזל וחמס בלי לימוד הלכות שבין אדם לחבירו.

ואין ספק שזה שלא למד ולא חקר לדעת אותו, הוא גזול וחומס על כל שעל בלי משים, ומה יועילנו שלמות המידות, אשר הוא מתייהר בהם בעת שכפיו מגואלות בגזל מתמיד ובחמס תדירי".

לאמור, שכיחות מעשה הגניבה אינה נעוצה בהכרח ברצון מושחת ליטול את של הזולת, אלא היא לעיתים רבות תוצאה מובהקת של חוסר ידע הולם בדיני הקניין, המגדירים אימתי נכס שייך לנו ואימתי הוא שייך לזולתנו.

העדר ידע בהלכות שבין אדם לחבירו - גורם אצל אנשים ישרים לעוולת הגניבה, אף אם נקיים הם מאותה נטייה שכיחה ורווחת של אי הקפדה בממון הזולת.

זאת מכיוון שמידות תרומיות ושאיפה לצדק ויושר אינן מועלות לאדם להימנע מנטילת ממון השייך על פי דין לחבירו - אם אותו אדם כלל אינו מודע לדין ואינו יודע היכן עובר החיץ בין ממונו הוא, לבין מה שמגיע ושייך לזולתו.

משום כך, כשם ששכיחה תופעת אי הידיעה של ההלכה הפסוקה בדיני הקניין - כך שכיחה היא תופעת הנטילה מממון השייך לזולת.

עוולת הגניבה מקימה איפוא חיוב ממוני הנובע לעיתים מזומנות מאי ידיעת הדין, שלא רק שאינה פוטרת, אלא אף מהווה בסיס וגורם לביצוע העוולה.

בהתאם לכך נמצא, כי עוולת הגניבה היא תופעה, שאינה תלויה בהכרח באשם ובכוונות רעות, אלא נגזרת מעצם העובדה שממון השייך עפ"י דין לזולת מצוי בידי אדם אחר שלא על פי דין.

על רקע זה נראה בפרקים הבאים כי קיימת מחלוקת יסודית האם הגניבה היא עוולה אף כאשר מעשה הנטילה אינו נחשב לאסור.

בהקשר זה יש להבהיר כי הגניבה היא נשוא התייחסות בשלושה מישורים נפרדים:

במישור הראשון – הגניבה היא איסור מן התורה

מקרא מפורש הוא בספר ויקרא (יט, יא):

”לא תגנובו ולא תכחשו ולא תשקרו איש בעמיתו.”

ומבאר רש”י שם:

”אזהרה לגונב ממון. אבל ”לא תגנוב” שבעשרת הדיברות (בספר שמות, כ, יג) אזהרה לגונב נפשות, דבר הלמד מעניינו דבר שחייבים עליו מיתת בית דין.”

כלומר, גניבת נפשות כמוה כרציחה וכניאוף, בכך שהיא גוררת עונש של מיתת בית דין. לא כן גניבת ממון. מכאן שהדיבר בעשרת הדיברות התייחס, על פי הקשר הדברים, לגניבת נפשות; ואילו הכתוב בספר ויקרא התייחס, על פי הקשר הדברים<sup>7</sup>, לגניבת ממון.

בעניין זה פוסק הרמב”ם בהלכות גניבה (פרק א הלכה א):

”כל הגונב ממון, משהו פרוטה ומעלה, עובר על לא תעשה, שנאמר לא תגנובו<sup>8</sup>. ואין לוקין על לאו זה שהרי ניתן לתשלומין, שהגנב חייבה אותו תורה לשלם. ואחד הגונב ממון ישראל או הגונב ממון גוי עובר עבודה זרה, ואחד הגונב את הגדול או את הקטן.”

במישור זה, של הגניבה כאיסור דאורייתא, קיימת הבחנה בין גניבה לבין גזילה המוגדרת כאיסור תורני נפרד בפסוק ”לא תעשוק את רעך ולא תגזול” (ויקרא יט, יג)<sup>9</sup>.

המישור האיסורי של גניבה וגזילה זכה לעיון נרחב, אך אנו לא נתייחס אליו בחיבור זה.

7 הקשר הדברים שם הוא ממוני, וכן בהמשך הפרק (פסוק יג) מצינו: ”לא תעשוק את רעך ולא תגזול.”

8 כן כתוב במהדורות הרב שבתי פרנקל. בדפוסים אחרים לעומת זאת כתוב ”שנאמר לא תגנובו” וזוהי טעות סופר, שהרי כאמור הפסוק של ”לא תגנובו” (שמות כ, יג) מתייחס לגונב נפשות ולא לגונב ממון.

9 איסור הגזילה מוגדר ברמב”ם הלכות גזילה ואבידה (פרק א הלכה א): ”כל הגזול את חבירו שווה פרוטה עובר בלא תעשה שנאמר: לא תגזול” (ויקרא יט, יג).



במישור השני - גוררת הגניבה חיובי תשלום עונשיים  
 בנוסף לחיובו של הגנב להחזיר את הקרן, מוטלים עליו חיובי  
 תשלום עונשיים.

חיובים אלו נחלקים לשני סוגים:

"תשלומי כפל" - אשר במסגרתם מוטל על הגנב לשלם תשלום  
 נוסף בשווי החפץ הגנוב, מלבד השבת ערך הגניבה עצמה. כך נאמר  
 (שמות כב, ג):

"אם המצא תמצא בידו הגניבה משור עד חמור עד שה חיים -  
 שנים ישלם".

"תשלומי ארבעה וחמישה" - כאשר הנכס הגנוב הוא שור או שה,  
 שהגנב אף טבח אותם או מכרם, עליו לשלם פי חמש מערך השור ופי  
 ארבע מערך השה.

כך נאמר (שמות כא, לז):

"כי יגנוב איש שור או שה וטבחו או מכרו חמשה בקר ישלם  
 תחת השור וארבע צאן תחת השה"

בהקשר זה מביא רש"י את הגמרא במסכת בבא קמא (עט, ב):

"אמר ר' יוחנן בן זכאי, חס המקום על כבודן של בריות.

שור שהולך ברגליו ולא נתבזה בו הגנב לנשאו על כתפו - משלם  
 חמשה; שה שנשאו על כתפו - משלם ארבעה, הואיל ונתבזה בו.

אמר רבי מאיר, בוא וראה כמה גדול כוחה של מלאכה, שור  
 שביטלו ממלאכתו - חמישה; שה שלא ביטלו ממלאכתו - ארבעה".

יושם אל לב; לדעת רבי יוחנן בן זכאי, התשלום של פי חמישה  
 משקף את הענישה הראויה, ואילו הגונב שה משלם רק פי ארבעה  
 כהקלה בעונש, לאור העובדה כי מדובר בגנב שנקלע למצוקה, שהרי  
 הוא גנב אף בנסיבות ובתנאים של התבזות אישית מסוימת בעת ביצוע  
 המעשה.

לעומת זאת, לדעת רבי מאיר הקנס הבסיסי הוא פי ארבעה, ואילו  
 התשלום של פי חמישה הוא חומרה יתירה המוטלת על הגונב שור,

לנוכח הנזק הנוסף הטמון בגניבת השור, הגורמת לביטול בעל השור ממלאכתו.

כמו כן יצוין בהקשר זה פסקו של הרמב"ם בהלכות גניבה (פרק א הלכה ד והלכה ו):

ד. גנב שהעידו עליו עדים כשרים שגנב, חייב לשלם שניים לבעל הגניבה. אם גנב דינר – משלם שניים; גנב חמור או כסות או גמל – משלם שניים בדמיה. נמצא מפסיד בשיעור שביקש לחסר את חבירו.

ו. תשלומי כפל נוהגין בכל, חוץ משה ושור. שהגונב את השה או את השור וטבח או מכר – משלם על השה תשלומי ארבעה, ועל השור – תשלומי חמישה.

ההנמקה שמוסיף הרמב"ם לחיוב לשלם כפל היא, כי מדובר בחיוב שתכליתו להלקות את הגנב בשיעור הנזק שביקש לגרום לנגנב, למען יחוש על בשרו את אשר ביקש לעולל לזולת. עונש זה, תואם לעיקרון של "מידה כנגד מידה", שתכליתו להפוך את העונש מגורם ממרמר לאמצעי חינוכי. סוג זה של ענישה מבהיר לנענש מדוע הושת עליו העונש ומהו המסר שעליו להפיק מענישה זו, במיוחד לאור העובדה שהוא חש בעצמו את טעמה של העוולה שביקש להסב לזולת.

בהיבט זה של החיוב לשלם קנס בדרך של תשלומי כפל או תשלומי ארבעה וחמישה, יש הבחנה בין גניבה לגזילה, שכן בכל הנוגע לגזילה, בניגוד לגניבה, לא נקבעו עונשים כספיים אלו, של כפל ותשלומי ארבעה וחמישה. נמצאת הגניבה חמורה יותר מהבחינה העונשית מאשר הגזילה<sup>10</sup>.

---

10 דברים אלו תואמים לעיקרון לפיו ככל שמדובר בתופעה רווחת יותר, כן חמורים הם אמצעי ההתמודדות עם התופעה והנסיון לרשעה. לעומת זאת, תופעה שהיא מטבעה לא שכיחה אצל אנשים נורמטיביים אינה מחייבת ענישה מסוג זה.

ואכן, אנו מוצאים את ההבחנה בין גנב לגזלן בסוגיה במסכת בבא קמא (עט, ב) המציינת כי עונשו של הגנב חמור מעונשו של הגזלן, שכן הגנב מבקש להיוותר במסגרת החברה ומסתיר את מעשיו מעיני הזולת, משל אין עין צופיה מלמעלה, דבר המוסיף מימד של צביעות וכפירה למעשיו. הגזלן, לעומת זאת, רחוק מאוד מן המקובל. החברה אינה מרתיעה אותו והוא לא מבקש להיסתר

ואולם, גם במישור זה, של חיוב הגנב לשלם תשלומים עונשיים בעקבות גניבתו, לא נעסוק בחיבור זה.

### במישור השלישי מהווה הגניבה מעשה קנייני

במישור השלישי - בו נתמקד בחיבורנו זה - הגניבה משנה את מעמדו הקנייני של החפץ הגנוב.

אכן, כל עוד שהנכס בעינו מוטל על הגנב להשיבו לבעליו, אך כשהנכס אינו בעינו (כגון כשהנכס נשבר או אבד) חלים שינויים בסטטוס הקנייני של הנכס בעל כורחם של הבעלים המקוריים, ועל הגנב מוטל רק חיוב אישי לפצות את הבעלים המקוריים של הנכס בגין אובדנו מהם.

במישור שלישי זה, הנוגע לחיוב הממוני והקנייני הנובע מעוולות אלו, אין נפקות בין גניבה לבין גזילה, ומשום כך נשתמש להלן בחיבור זה בביטויים "גניבה" ו"גזילה" כביטויים נרדפים זה לזה.

לצורך נשוא הדין בחיבור זה אין איפוא הבדל בין גניבה לבין גזילה, מה עוד שההבחנה בין גניבה לגזילה היא שגניבה היא מעשה של נטילת ממון הזולת - בלא שהבעלים ידעו על כך, ואילו גזילה היא נטילת ממון בפומבי ובצורה הגלויה לבעליו של הנכס. מבחינת חריפות המעשה נמצא כי ההבחנות בין גניבה לגזילה הן מזעריות ואינן נוגעות לאופן ביצוע המעשה אלא לנסיבות האופפות אותו, כאשר צורת הנטילה, הכוח המופעל, כוונת הנוטל וכיו"ב - אינם הגורמים המבדילים בין גניבה לגזילה<sup>11</sup>.

מעיני איש. ובלשון הגמרא שם: "שאלו תלמידיו את רבן יוחנן בן זכאי, מפני מה החמירה תורה בגנב יותר מגזול? א"ל, זה השווה כבוד עבד לכבוד קונו וזה לא השווה כבוד עבד לכבוד קונו; כביכול עשה עין של מטה כאילו אינה רואה ואוזן של מטה כאילו אינה שומעת". ומפרש רש"י: "השווה כבוד עבד - לא ירא מבני אדם כדרך שלא ירא מהקב"ה, אבל גנב לא השווה עבד לקונו אלא כיכר העבד יותר מקונו, שהוא ירא מבני אדם ומעין של מעלה לא נזהר".

11 בדין תורה משורטט גבול דק מאד להבחנה בין גניבה לגזילה. כך נפסק ברמב"ם, הלכות גניבה (פרק א הלכה ג): "איזה הוא גנב? זה הלוקח ממון אדם בסתר ואין הבעלים יודעין. כגון, הפושט ידו לתוך כיס חברו ולקח מעותיו, ואין

עשיית מעשה בפומבי ובלא לחשוש מפני תגובת הבעלים והבריות, עשויה לנבוע מעוז ליבו וחוסר תשומת ליבו של הנוטל כלפי דעת הבריות, אך היא גם עשויה לנבוע מסברתו כי אין כל רע במעשיו וכי הוא פועל כדת וכדין. משום כך, דווקא מעשה הנעשה בפרהסיא ובריש גלי והמוגדר כגזילה עשוי להיות מעשה שעושהו אינו חש אשם מחמתו והוא אינו עושהו בהסתר ובהחבא<sup>12</sup>.

חיבורנו זה יתמקד במישור השלישי האמור, דהיינו בניתוח משמעויות הגניבה והגזילה כעוללות המקימות חיוב ממוני ובשינוי שחל בסטטוס הקנייני של הנכס הגנוב או הגזול.

בהקשר זה נבחן להלן את המישורים הקנייניים העומדים ביסוד עוללות הגניבה והגזילה, תוך ניסיון להבין את מהותן של עוללות אלו, גדריהן ויסודותיהן – באופן שיטתי.

הבעלים רואין, וכן כל היוצא בזה. אבל, אם לקח בגלוי בפרהסיא בחוזק יד, אין זה גנב אלא גולן. לפיכך, ליסטים מזויין שגנב (כלומר, אדם שיכל ליטול בכח ובגלוי אך בחר בפועל לעשות כן בחשאי ובהחבא) אינו גולן אלא גנב, אף על פי שהבעלים יודעים בשעה שגנב. כמו כן נפסק בשולחן ערוך חושן משפט (סימן שמח סעיף ג): "איזה גנב, הלוקח ממון אדם בסתר ואין הבעלים יודעים. אבל, אם לקח בגלוי ובפרהסיא, אין זה גנב אלא גולן". הסמ"ע שם (ס"ק ז) אף מבהיר כי ההבחנה בין גניבה לגזילה אינה תלויה בידיעתו בפועל של בעל הנכס על גניבתו ממנו, אלא בכוונתו של הגנב להסתתר מן הבעלים. ובלשונו: "ואין הבעלים יודעים - ואפילו יודעים מזה, כיוון שהגנב מטמין עצמו כדי שלא יראהו - נקרא גנב, כן כתב הטור, ולאפוקי הבא לגזול מיד הבעלים דנקרא גולן". יתירה מכך מצינו במדרש רבה (בראשית פרשה נד באות ג): "איזהו גולן? בר קפרא אמר, זה שהוא גזול בפרהסיא... רבי אבהו בשם ריש לקיש אמר, לפני תשעה - גנב, ולפני עשרה גולן". כלומר, אם הפעולה נעשתה בפני תשעה אנשים - זוהי גניבה; ואם נעשתה בפני ציבור של עשרה, הנחשב לעדה שלימה, הרי שהוא נחשב לגולן. מדובר איפוא בהבחנה טכנית לחלוטין כאשר יש מקרים שבהם נוכחותו של אדם אחד משנה את הגדרת המעשה מגניבה לגזילה.

12 "אמרו לו (תלמידי ר' יוחנן בן זכאי לרבם): רבינו, ברכנו. אמר להם: יהי רצון שתאה מורא שמים עליכם כמורא בשר ודם. אמרו לו תלמידיו: עד כאן? א"ל: ולוואי. תדעו כשאדם עובר עבירה אומר שלא יראני אדם" (ברכות כח, ב).

## פרק א - גניבה וגזילה - הגדרתן ומהותן

### נשוא הדיון

במישור הפיסי ברור כי מעשי הגניבה והגזילה העבירו את הנכס מן הבעלים לידי הנוטל.

ואולם, האם כתוצאה מפעולה כוחנית זו משתנה, מבחינה הלכתית, המעמד הקנייני של הנכס?

האם בעקבות פעולת הגניבה שייך הנכס לגנב?

או שמא בעלות לא נקנית בכוח, ובלא שהבעלים המקורי יסכים לכך, אין הגנב הופך לבעל הנכס הגנוב?

כמו כן, יש לדון בשאלה האם נחשב הגנב לבעל הנכס לצורך החלת חובות עליו כלפי צדדים שלישיים, כגון החובה לשמור על נכס לבל יזיק והחובה לשלם את דמי הנזק אם לא שמר על הנכס?

בהקשר זה מוצאים אנו מקורות המהווים לכאורה תמרורי הפניה לכיוונים נוגדים, אך ניתוח הדברים יביא להבהרתם.

מקורות המלמדים על היוותרות הנכס בבעלות הגנב

נביא להלן מקורות המלמדים לכאורה כי הגנב אינו הופך להיות הבעלים של הנכס הגנוב:

(א) המקור הראשון והבסיסי ביותר בהקשר זה הינו חיוב ההשבה של הנכס הגוול, הנלמד ממקרא מפורש (ויקרא ה, כג):

”והיה כי יחטא ואשם, והשיב את הגזילה אשר גזל, או את העושה אשר עשק, או את הפיקדון אשר הפקד איתו, או את האבידה אשר מצא”.

הכלל הוא, כי כל עור שהנכס הגנוב נמצא כשהוא בעינו בידי הגנב, ולא נשבר או אבד, מחויב הגנב להשיב דווקא נכס זה עצמו ואינו יכול להסתפק בהשבת דמיו. הנכס שומר איפוא על זיקתו הקניינית כלפי הבעלים, ומכאן, לכאורה, כי הנכס נותר בבעלותו של הבעלים המקורי.

(ב) מקור נוסף מצוי במסכת בבא קמא (סח, ב) בו נאמר לכאורה במפורש כי הגנב רק מחזיק בנכס אך הבעלות בו נותרת בידי הגנב:

”אמר ר’ יוחנן, גזל ולא נתיאשו הבעלים, שניהן אינן יכולין להקדיש. זה לפי שאינו שלו, וזה לפי שאינו ברשותו”.

מכאן כי הבעלים המקורי ממשיך להיות בעל הנכס ורק החזקה בנכס נשללה ממנו, ואילו הגנב המחזיק בנכס אינו יכול לייחדו לצרכי שמיים, מכיוון שהנכס – אינו שלו.

הרי לנו גמרא מפורשת בה נקבע כי הגניבה אינה מפקיעה את בעלותו של הבעלים המקורי.

(ג) מקור נוסף שיש בו לכאורה כדי ללמד כי הגנב אינו רוכש את הבעלות בנכס הגנוב, מצוי בהלכה שנפסקה ברמב”ם, הלכות גניבה (פרק א הלכה יא):

”היתה הגניבה בידי הגנב והשביחה מאליה, כגון כבשה שילדה וגזזה, משלם אותה ואת גיזותיה ואת ולדותיה”.

כלומר, כאשר הנכס הגנוב משביח, או נושא פירות, הרי הוא שייך לבעלים המקורי, ואילו היה הגנב הופך לבעלים של הנכס בעת גניבתו, הרי שהשבח היה אמור להיות שייך לגנב, שנכס שבבעלותו השביח.

העובדה כי גם לאחר הגניבה, שייך השבח שהופק מהנכס הגנוב לבעלים המקורי, מצביעה לכאורה על כך, שהנכס הגנוב נותר בבעלותו של הבעלים המקורי, והלה זוכה עקב כך בפירות הנכס.

### מקורות המלמדים על הגדרת הגניבה כפעולת קניין

לעומת המקורות דלעיל המלמדים על היוותרות הנכס הגנוב בידי הבעלים המקורי, מוצאים אנו, מאידך גיסא, מקורות המלמדים כי הגנב רוכש בעלות בנכס הגנוב:

(א) במסכת בבא קמא (פרק ו משנה א) מצינו:

"הכונס צאן לדין ונעל בפניה כראוי, ויצאה והזיקה פטור... הוציאוה ליסטים - הליסטים חייבים".

מכאן כי הגנב מחויב לשמור על הנכס ואחראי לנזקים הנגרמים בעטיו של נכס זה.

לכאורה, בעלים של נכס הוא החייב בנזקים שמסב הנכס שלו לצד ג', כפי שמצינו ברמב"ם הלכות נזקי ממון (פרק א הלכה א):

"כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם שהזיקה, הבעלים חייב לשלם, שהרי ממונם הזיק, שנאמר: "כי יגוף שור איש את שור רעהו".

האם יש להסיק אפוא כי חיובו של הגנב בנזקים של הנכס הגנוב, כאמור במשנה לעיל, נובע מכך שהגנב הפך לבעל הנכס.

לכאורה, ממשנה זו כשלעצמה אין להסיק כי הנכס קנוי לגנב, ויתכן לומר כי החיוב בנזיקין נובע מחיוב שמירה על הנכס, שכן החיוב בנזיקין אינו נובע בהכרח מבעלות בנכס אלא מהחיוב בשמירתו, כפי שמצינו במשנה במסכת בבא קמא (מד, ב): "מסרו לשומר חנם ולשואל, לנושא שכר ולשוכר - נכנסו תחת הבעלים", ומבאר רש"י שם: "מתחייבים בנזיקין כבעלים".

ממילא ניתן לומר כי על אף שהגנב חייב בנזקי הנכס הגנוב, אין הדבר נובע מבעלותו של הגנב בנכס, אלא שמדובר בחיוב הדומה לזה של שומר, החייב בנזיקין על אף שאינו בעל הנכס<sup>1</sup>.

---

1 בדרך זו פירשו האחרונים את שיטת הרמב"ם. עיין בספר "אבי עזרי" המבאר את לשון הרמב"ם הנ"ל: "כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם שהזיקה, הבעלים חייב לשלם" - כדלקמן: "הנה זה ברור שכל החיוב הוא על מה

עם זאת, יש לכאורה ראייה מן המשנה האמורה כי הגניבה חורגת מהחזקה פיסית גרידא, והגנב קונה את הנכס הגנוב, לאור המבואר בחידושי "המאירי" על משנה זו:

"מפני שקנאום במשיכה להתחייב בנזקיה".

(ב) בתלמוד ירושלמי, במסכת בבא קמא (פרק ו' משנה א) מצינו כי הגנב אחראי בנזקי הנכס הגנוב רק אם התכוון לזכות בבעלות בו: "אבל הוציאוה לאבדה - פטורין".

כלומר, החיוב בשמירה על הנכס הגנוב נובע מרצונו של הגנב לזכות בנכס, ומקום שבו אין לגנב כוונה כזו וכל רצונו לאבד את הנכס מייד לאחר הגניבה - אין הוא חייב בנזיקין.

סוגיה זו מהווה לכאורה ראייה לכך, שחיוב הנזיקין קשור עם רצון לזכות בבעלות בנכס, שאם לא כן מדוע נחוצה כוונה מצד הגנב לזכות בנכס? ומדוע יהא צורך בכוונה לזכות בנכס כתנאי להגדרת הנטילה כגניבה, אם אין מניחים שגניבה היא עוולה הכרוכה במעשה קניין?

(ג) ראייה נוספת מצויה במסכת בבא קמא (סה, א):

"אמר רבה, האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה, מעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ד' זוזי, תברה או שתיה משלם ד', איתבר ממילא - משלם זוזא".

כלומר, אם הנכס הגנוב לא נמצא עוד בעינו וחלה התייקרות של הנכס מעת גניבתו ועד לעת אוכדונו, הרי שקיימת הבחנה בין מצב שבו הנכס אבד כתוצאה מכח עליון שהגנב לא אחראי בגינו, לבין מצב שבו הגנב אחראי גם לנזק.

אם הגנב גרם לנזק כמו ידיו - חל עליו חיוב נוסף שמכוחו מוטל על הגנב לשלם לבעלים המקורי את שווי הנכס - כפי שהיה בעת קרות הנזק;

---

שברשותו אף שאינו ממונו. חייבתו התורה לשמור - ועבור זה שלא שמר זהו החיוב. ולא שהתורה חייבתו על ממונו כמו שמחוייב על מעשיו". כמו כן כתב בספר אבן האזל, בהתייחסותו להלכה האמורה ברמב"ם.



אם הנכס נשבר מאליו - מוטל על הגנב לשלם לבעלים המקורי סכום השווה לערכו של הנכס - בשעת הגניבה. זאת מכיוון שהגנב אינו אחראי במקרה זה למעשה הנזק.

נמצא כי כאשר אין חיוב נוסף המוטל על הגנב, הרי שהגנב מחויב לשלם בגין עוולת הגניבה אך ורק את שווי הנכס הגנוב - כפי שהיה בעת הגניבה.

חיוב זה לשלם זוו אחד בלבד, כפי שוויו של הנכס בשעת הגניבה, מלמד לכאורה כי כבר בעת הגניבה ניתק הנכס ויצא מבעלותו של הבעלים המקורי גם מבחינה קניינית.

זאת מכיוון שאם הגנב אינו רוכש בעלות בנכס, והבעלים המקורי ממשיך להיות בעל הנכס, לא ניתן להבין מדוע מוטל על הגנב לשלם רק זוו אחד - כפי שוויו של הנכס בעת הגניבה, ולא ארבעה זווים - כפי שהיה הנכס שווה עת שאבד מאליו.

הרי ממה נפשך:

או שאבדן הנכס נובע מכוח עליון, שהיה עלול להתרחש גם אלמלא הגניבה, ואז אין להטיל על הגנב לשלם ולו זוו אחד, שהרי הנזק לא ארע כתוצאה מהגניבה ונכס שנותר בבעלות הגנב הוא שניזוק שלא באחריות הגנב;

או שאבדן הנכס אינו תוצאה של כוח עליון והגנב אחראי לנזק - שאז מן הדין כי הגנב ישלם ארבעה זווים, שהרי זה שווי הנכס בעת שקרה הנזק לנכס שנותר בבעלות הבעלים המקורי.

מסוגיה זו עולה אם כן לכאורה, כי משבוצעה גניבה נותק הנכס מבעליו באופן מלא.

אין הגנב חייב לשלם בגין התייקרות הנכס שארעה לאחר הגניבה, שהרי התייקרות זו חלה בנכס שכבר אינו של הבעלים המקורי אלא של הגנב.

חיוב בגין נזק המתרחש לאחר מכן לא יכול על כן להיות מדין גניבה אלא מדין מזיק.

אם הגנב אינו מבצע פעולה נוספת המהווה עוולה על פי דיני הנזיקין, אין הוא חייב בהשבת דמי הנכס לפי שוויים בעת שהנכס אבד. ואולם, אם הנכס מצוי בבעלותו של הגנב מעת הגניבה, כיצד יכול הוא להיות אחראי בנזיקין כלפי הבעלים המקורי? הן לא ניזוק נכס של הבעלים המקורי, אלא נכס של הגנב!?

אם הנכס אינו של הבעלים המקורי ולכן אין חיוב לשלם להם את דמי התייקרות הנכס, מדוע חל דין זה רק כשהנכס אבד מאליו, הרי גם כשהגנב מאבד נכס זה במו ידיו, היה מן הדין כי הגנב ישלם לבעלים המקורי רק לפי שווי הנכס בעת הגניבה, ומה שעשה לאחר מכן - לא לנכס של הבעלים המקורי עשה?

ובכלל, כיצד מתיישבים מקורות סותרים אלו זה עם זה? כיצד למשל מתיישבת הסוגיה דנא ממנה עולה לכאורה כי הנכס מצוי בבעלותו של הגנב מעת הגניבה, עם הסוגיה שהובאה לעיל (במסכת בבא קמא (סח, ב), לפיה הגנב לא יכול להקדיש את הנכס, שכן הנכס הגנוב נותר בבעלותו של הבעלים המקורי?)

דרך פעולתה הקניינית של עולת הגניבה

תשובה לשאלות אלו מצויה בפירושו של רש"י בסוגייתנו (מסכת בבא קמא סה, א):

"תברה בידיים או שתייה משלם ד'. ובהמפקיד מפרש טעמא, דכל כמה דאיתיה בעינא ברשותא דמרה קיימא - דהא בעי לאהדורה, וההיא שעתא דתברה ושתייה הוא דקא גזיל לה אבל איתבר ממילא אמאי מחייבת ליה אההיא שעתא דגזילה וההיא שעתא זוזא הוא דשויא...".

בביאורו זה של רש"י זה טמונה הבהרה יסודית לדרך פעולתן הקניינית של עולות הגניבה והגזילה<sup>2</sup> כדלקמן:

עולת הגניבה היא לא רק נטילה פיסית של נכס, אלא היא מוגדרת כמעשה קניין, שיש בו כדי לזכות את הגנב בבעלות בנכס. יתירה מכך,

2 עיין בספר "קובץ שיעורים" על מסכת בבא קמא (סימן יד) שביאר כן.

הגניבה מהווה עוולה כתוצאה מכך שהיא מעבירה את הקניין בנכס הגנוב מן הבעלים המקורי לגנב.

הגניבה מהווה איפוא מעשה שיש בו כדי לשנות את מעמד הנכס הגנוב מבחינה קניינית, על אף שהבעלים המקורי לא הסכים מעולם להעברת הנכס ממנו לגנב.

עם זאת, למרות שהגנב והגזולן עשויים היו לזכות בנכס בעקבות העוולה שביצעו, באה התורה ומצווה אותם - להשיב את הנכס לבעלים המקורי. ציווי תורני זה של "והשיב את הגזילה" ניצב כנגד מעשה הקניין ככוח נוגד, הסותר את תחולת הרכישה, ומונע מן הגנב להחפץ לבעלים של הנכס.

הטעם לכך שחיוב ההשבה של הנכס הגנוב ניצב כנגד מעשה הרכישה ומונע את תחולתו, נעוץ בכך שנקבע בו דין המורה לגנב להשיב את הנכס לבעליו המקורי, חרף העובדה שמבחינה קניינית ביצע הגנב מעשה שיש בו כדי לרכוש את הבעלות בנכס.

נמצא כי בפנינו ניצבים שני כוחות נוגדים:

מחד גיסא ניצבת הגניבה כפעולה בת תוקף קנייני ומורה כי הגנב רכש את הבעלות בנכס; ומאידך גיסא ניצב חיוב ההשבה המונע את הרכישה.

עם זאת, ברור מאליו, כי עם פקיעת חיוב ההשבה שסתר את תחולת הרכישה, נמצא כי בפנינו רק מעשה הקניין שנעשה בשעת הגניבה, ואילו חיוב ההשבה אינו ניצב עוד כנגדו של מעשה זה לסותרו. התוצאה היא - רכישת הנכס ע"י הגנב, עוד משעת הגניבה, שהרי כבר באותה עת בוצע בנכס המעשה הקנייני.

דבר זה קורה למשל ברגע שהנכס נאבד או נהרס ושוב אינו בעין, שאז פוקע החיוב להשיב את הנכס הגנוב עצמו - וקם תחתיו חיוב אישי המוטל על הגנב לשלם את דמי הנכס, אך הנכס עצמו נקנה לגנב.

עוולת הגניבה והגזילה הן איפוא מעשה בר תוקף קנייני - המותלה בתנאי מפסיק, של פקיעת חיוב ההשבה. אם מתרחש נזק המכלה את הנכס הגנוב, נמצא כי מעשה הגניבה העביר את הבעלות לגנב עוד בעת

הגניבה, שהרי במקרה זה נותר מעשה הקניין שבוצע בעת הגניבה ואשר אין עוד מה שיעמוד כנגדו.

כאן המקום להעיר נקודה עיונית, המובאת במאמר המוסגר לשם הבהרת העניין, כי ככלל קיים כלל בדיני הקניין הכלליים של המשפט העברי, לפיו יש תוקף למעשה קניין רק אם מייד בעקבותיו עוברת הבעלות. לא ניתן לבצע מעשה קניין אשר תוקפו יושהה ויחול רק כעבור 30 יום למשל (דבר זה מכונה: "כלתה קניינו"). בהתאם לכך, יש להבין כיצד יתכן כי הגנב ירכוש בעלות בנכס ע"י מעשה הגניבה, כאשר הקניין יקבל תוקף רק בעתיד עם פקיעת חיוב ה"והשיב"?

התשובה לכך היא כאמור, כי מעשה הקניין פעל את פועלו מייד עם ביצוע הגניבה ואינו מושהה ולו לרגע אחד. אבל, כנגד הקניין ניצב כח נגדי המסכלו בכל רגע ורגע. משום כך, עם פקיעתו של חיוב ההשבה, נמצא כי הנכס שייך לגנב - כבר מעת הגניבה, שכן כבר אז ניתן תוקף קנייני למעשה הגניבה, וכעת אין עוד מה שיסכל זאת<sup>3</sup>.

בהתאם למהלך זה הרואה בגניבה מעשה קנייני, אשר הציווי התורני "והשיב את הגזילה" ניצב כנגדו ומונע מן הגנב לההפך לבעלים של הנכס, נראה כי הסוגיות השונות שהובאו לעיל מתיישבות זו עם זו, ואף מתלכדות ליצירת מערך כולל ושיטתי:

בהתאם לעקרון זה, מובן מדוע הגנב אינו יכול להקדיש את הנכס הגנוב.

הגנב אמנם עשה מעשה קניין בנכס ע"י הגניבה, אך בפועל, כל עוד שהנכס בעינו וקיים חיוב ה"והשיב", לא זכה בינתיים הגנב בבעלות בנכס הגנוב.

ממילא, ברור כי הגנב אינו יכול להקדיש את הנכס "לפי שאינו שלר".

מאידך גיסא, מכיוון שהגנב ביצע פעולה של רכישת הנכס, שרק מחמת חיוב ההשבה אינה מעבירה אותו לבעלותו, נחשב הגנב לבעלים

3 דברים אלו מבוארים ב"קובץ שיעורים", שם.

של הנכס מבחינות רבות, כגון לעניין חיובי שמירה ואחריות בגין נזקים שגורם הנכס הגנוב. לענין החיובים השונים לא נתנה התורה כל פטור לגנב, והעובדה שנקבע חיוב להשיב את הנכס ולסכל את פועלו של המעשה הקנייני אינה גורעת מכך שהגנב ביצע בנכס פעולה קניינית - הגוררת בצידה את חיוביו של מי שהופך לבעלים.

לפי גישה זו מובנת גם שיטת התלמוד הירושלמי, כי כאשר הגנב אינו מתכוון לרכוש את הבעלות בנכס ("גניבה על מנת לאבדה") הרי שהגנב אינו אחראי בניזיקין, שהרי תנאי לחיוב בגין נזקים שגורם הנכס הגנוב הוא, שהגנב יבצע פעולה שיש בה כדי להעביר לו את הבעלות בנכס. העברת בעלות בנכס והגדרת המעשה כמעשה קניין תלויה בכך שלמעשה של רכישת בעלות תצטרף כוונה (גמירות דעת) לרכוש את הבעלות בנכס. ממילא, כאשר הגנב אינו מתכוון לקנות את הנכס, אי אפשר להגדיר את נטילת הנכס כמעשה קניין. בהעדר מעשה קנייני מובן כי לא מוטל על הגנב חיוב לפצות בגין נזקים שהסב הנכס לצדדים שלישיים.

בהתאם לעיקרון זה נראה כי ניתן לבאר גם את הסוגיה של "תברה או שתייה" וכדלהלן:

בארנו כי הגניבה מהווה מעשה קניין שחיוב ה"והשיב" סותר את תחולתו, ועל כן עם פקיעת חיוב ההשבה, נמצא כי הגנב רכש את הנכס משעת הגניבה.

בהתאם לכך מובן כי כאשר הנכס הגנוב אובד ופוקע חיוב ההשבה, יש לשלם לבעלים המקורי את שווי הנכס - בעת הגניבה.

אם הנכס היה שווה בעת הגניבה וזו אחד וניזוק לאחר מכן - כתוצאה מכח עליון, כאשר שווי הנכס הוא פי ארבעה - יוטל על הגנב לשלם רק את שווי הנכס כפי שהיה בעת שביצע בו את המעשה הקנייני, דהיינו את שווי בעת הגניבה (זו אחד), שהרי באותה עת כבר הושלמה הגניבה.

לעומת זאת, מכיוון שכל עוד שהנכס בעין - קיים חיוב השבה הסותר את תוקף הקניין שבגניבה והנכס הגנוב נותר בבעלות הבעלים המקורי, ברור כי אם הגנב מזיק במו ידיו לנכס באופן המחייבו בניזיקין,

יהא עליו לשלם לפי שווי הנכס בעת הזקתו, שהרי הוא מזיק לנכס המצוי בבעלות הבעלים המקורי.

על כן, אם הנכס היה שווה בעת הגניבה רק זוו אחד, ובעת הזקתו היה שווה ארבעה זווים, הרי שהגנב חייב לשלם תשלום השקול לשווי הנכס בעת הזקתו, דהיינו ארבעה זווים.

אכן, באותה עת נמצא כי פקע חיוב ה"והשיב", ונמצא כי הגניבה חוללה שינוי קנייני מלמפרע בנכס השווה זוו אחד בלבד. אבל, בנוסף לחיובו כגנב, קיים גם חיוב נוסף, עקב כך שהוא הזיק לנכס או כתוצאה מכך שבמעשהו זה גרם הגנב לפקיעת ה"והשיב" מנכס זה, שהיה שווה בעת ההזקה ארבעה זווים. סך זה (של ארבעה זווים) יהא על כן על הגנב לשלם – מדין מזיק.

בכל הנוגע לנזק יש להבין כי אכן כתוצאה מהזקת הנכס פוקע חיוב ה"והשיב" ונמצא הגנב זוכה בבעלות בנכס למפרע, מעת ביצוע הגניבה. אך אין לומר כי כתוצאה מכך הזיק הגנב לנכס שמייד עם הזקתו הפך לשלו עצמו מלמפרע, שכן הגנב חולל נזק לנכס של הבעלים.

כמו כן, בכל הנוגע לשיטה כי חל חיוב כתוצאה מכך ששבירת הנכס הביאה לפקיעתו של חיוב ה"והשיב", יובהר כדלקמן:

נזק ניתן לחולל הן ע"י פגיעה פיסיית בנכס של הזולת, והן ע"י פגיעה משפטית בבעלות הזולת על הנכס<sup>4</sup>.

משום כך, ברור כי במקרה דנא בפנינו נזק המתחולל בחפץ של הבעלים המקורי, ואילו שלילת הבעלות הנובעת מכך, מהווה כשלעצמה נזק המחייב בפיצוי<sup>5</sup>.

---

4 על עקרון זה נעמוד ביתר פירוט בפרק ב, במסגרת הבהרת שיטתו של הרב חיים הלוי סלוביציץ אודות שני מסלולי הגניבה.

5 הסבר זה מצוי ב"קצות החושן" (סימן לד ס"ק ג). לעומת זאת ב"נתיבות המשפט", שם, מבואר כי ההפקעה של חיוב ה"והשיב" יוצרת כשלעצמה חיוב, ולא מדין מזיק אלא מדין "גנב", בהיותה אקט נוסף של הוצאת הנכס מרשות הבעלים המקורי, ובלשונו: "כיוון שע"י שינוי הוציא מרשות בעליו והווי גזילה חדשה". הסבר נוסף לסוגיה זו מצוי בדברי הרב חיים הלוי סלוביציץ על הרמב"ם בהלכות חובל ומזיק (פרק ז הלכה ד) המבאר: "דכיוון שגם מעשה

פעולת השבירה, שבוצעה בנכס של הבעלים המקורי, מחייבת כשלעצמה את הגנב לשלם, שכן מדובר בפעולה שעושה הגנב במו ידיו, בנוסף לגניבה, והיא גורמת כעת נזק נוסף בכך שהיא שוללת מן הבעלים המקורי נכס השווה ארבעה זוזים.

המורם מן הדברים הוא, כי הגניבה מוגדרת כמעשה שיש בו כדי להעביר בעלות בנכס מהבעלים המקורי לגנב. פעולת הגניבה היתה אמורה על כן להעביר את הבעלות בנכס בשעת הגניבה לידי הגנב, ואלמלא החיוב להשיב את הנכס הייתה בעלות זו עוברת בשעת הגניבה. אבל, קיימת גזירת הכתוב הקובעת חיוב השבה של הנכס. חיוב זה מאלץ את דיני הקניין שלא להכיר במעשה העברת הבעלות. אכן, קיומו של האילוץ האמור לא משנה, ולו לרגע, את מהותה של פעולת הגניבה כמעשה של העברת בעלות, אך יש בו כדי להתלות את תחולת הקניין. אם כי, לעניין החיובים המוטלים על בעלים של נכס, אין חיוב ההשבה גורע מן העובדה שנעשה ע"י הגנב מעשה בר תוקף קנייני, וחיובים אלו חלים על הגנב, משל היה אכן בעלים<sup>6</sup>.

לאור הסבר זה מובן כי כתוצאה מן התוקף הקנייני של המעשה, אשר רק חיוב ההשבה מתלה אותו, נמצא כי כאשר החיוב של "והשיב" פוקע, חל קניין מלא של הגנב בנכס משעת ביצוע הגניבה, שהיא פעולת רכישה.

#### הסוגיה במסכת סנהדרין (עב, א)

כנגד האמור לעיל יש לעיין בסוגיה יסודית נוספת המצויה במסכת סנהדרין (עב, א). כדי לרדת לעומקה של סוגיה זו, נקדים תחילה ונעמוד על שני מושגי יסוד, ולאחר מכן ננתח סוגיה זו.

(א) מושג היסוד הראשון הוא:

"קים ליה בדרכה מיניה".

נזק מצטרף להחשב גזילה, אם כן מצטרף הנזק למעשה המשיכה וההגבהה להיעשות גולן ע"י זה". כלומר, הנזק מצטרף כהמשך למעשה הגניבה הראשון - ועל כן מסתיימת הגניבה בעת גרימת הנזק - כשהנכס שווה ארבעה זוזים.

לאור התוקף הקנייני של המעשה, החל מיד בעת המעשה, מובן גם מדוע לא "כלתה קניינו" של הגנב בנכס.

נפרש את הדברים באמצעות דוגמא:

אדם רוצח את רעהו ואגב כך קורע את בגדיו של הנרצח, הרי שאותה פעולה עצמה גוררת הן חיוב מיתה (בגין הרציחה) והן חיוב ממוני (לפצות את עזבון הנרצח בגין הנוק).

במקרה זה הכלל הוא "העמידו בחמור מביניהם", כלומר - אדם מקבל עונש אחד בלבד בגין מעשה אחד, ועל כן יש להענישו בחיוב החמור מבין שני החיובים שגורר מעשה זה, ואין מחילים את החיוב הקל יותר שנגרם בעטיו של המעשה.

על כן, בדוגמא האמורה, חל רק החיוב החמור של מיתה ולא חל גם החיוב השני - הקל ממנו, וזאת מחמת הכלל של "קים ליה בדרכה מיניה", הנלמד במסכת כתובות (לה, א) מן הפסוק: "וכי ינצו אנשים ונגפו אישה הרה ויצאו ילדיה ולא יהיה אסון - ענוש יענש..." (שמות כא, כב) משמע כי אם יש ח"ו אסון - אין ענוש ממוני.

(ב) מושג היסוד השני הוא הדין של:

"הבא במחתרת אין לו דמים".

בספר שמות (כב, א-ג) נאמר:

"אם במחתרת ימצא הגנב והוכה ומת - אין לו דמים.

אם זרחה השמש עליו, דמים לו - שלם ישלם".

ומבאר רש"י:

"אין לו דמים - אין זו רציחה, הרי הוא כמת מעיקרו. כאן למדתך תורה "אם בא להרגך השכם להרגו". וזה להרגך בא, שהרי יודע הוא שאין אדם מעמיד עצמו ורואה שנוטלים ממנו בפניו ושותק. לפיכך, על מנת כן בא, שאם יעמוד בעל הממון כנגדו יהרגנו".

כלומר, קיימת הנחה כי גנב החודר לבית בהחבא (במחתרת) - חושש מפני חשיפתו. משום כך, קיימת אצלו נכונות נפשית לעשות כל הדרוש כדי לא להחשף עד כדי הריגת בעל הבית, מכיוון שבדרך כלל אדם אינו מאפשר לגנב ליטול את ממונו ומתנגד לכך הרי שהגנב נוטל סיכון לפיו אם יתעורר בעל הבית משנתו יהא עליו להורגו כדי שלא



יתנגד או ימסור אותו לרשות. לכן נחשב הבא במחתרת כמי שקם להרוג את בעל הבית, וממילא מותר לבעל הבית להשכים ולהרוג את הגנב מתוך הגנה עצמית.

וממשיך רש"י לבאר את הפסוק:

"אם זרחה השמש - אין זה אלא כמין משל: אם ברור לך הדבר שיש לו שלום עמך כשמש... פשוט לך שאינו בא להרוג אפילו יעמוד בעל הממון כנגדו, כגון אב החותר לגנוב ממון מהבן, בידוע שרחמי האב על הבן, ואינו בא על עסקי נפשות". "דמים לו - כחי הוא חשוב ורציחה היא, אם יהרגנו בעל הבית". ביחס לסיטואציה זו נאמר: "שלם ישלם הגנב, ממון שגנב, ואינו חייב מיתה...".

מפסוק זה משמע איפוא כי רק במקום שבו ברור כשמש כי הגנב אינו חשוד להרוג את בעל הבית חייב הוא להשיב את הגניבה, אך במקרה ש"אין לו דמים" אין הגנב חייב לשלם. כלומר, כשהגנב חשוד להרוג את הבעלים ודמו מותר, הריהו כמי שנגזר דינו למיתה ועל כן אין הגנב חייב לשלם. זאת, לנוכח הכלל האמור של "קים ליה בדרכה מיניה", שכן מעשה הגניבה מסכן את חייו של הגנב, ולמעשה מטיל על הגנב דין מוות ע"י מי שחושף את הגנב בשעת מעשה, ועל כן לא מוטל חיוב ממוני בגין מעשה זה עצמו.

משהובהרו שני המושגים האמורים נעבור לעיין בגמרא במסכת סנהדרין (עב, א):

"אמר רב, הבא במחתרת ונטל כלים ויצא - פטור. מאי טעמא? בדמים קנהו".

ומבאר רש"י שם: "פטור - מלהחזירם, אע"פ שהם קיימים".

כלומר, מכיוון שהבא במחתרת מתחייב בנפשו, והבעלים רשאי להרוגו מתוך הגנה עצמית, הריהו פטור, כאמור, מהחיוב הממוני של השבת הגניבה, מחמת הדין של "קים ליה בדרכה מיניה"<sup>7</sup>.

---

7 עיין ב"קובץ שיעורים" (סימן יד) שהקשה, הכיצד יתכן כי מכח הדין של "קים

וממשיכה הגמרא להבהיר:

”אמר רבא, מסתברא מילתיה דרב, כששיבר, דליתנייהו; אבל נטל - לא. והאלוקים - אמר רב - אפילו נטל...”.

את דברי רבא מבאר רש”י:

”מסתברא מילתא דרב דפטור כששיבר בין עכשיו ובין לאחר זמן, דליתנייהו ותשלומין מדידיה לא מצינו לחיוביה במקום מיתה. אבל נטל לא, מסתבר בהא מילתא דרב דכיוון דקיימין הן, כל היכא דאיתנייהו, דמרייהו נינהו, ואין זה חייב בתשלומים, דפקודן בעלמא הוא”.

כלומר, לדברי רבא, כאשר החפץ הגנוב בעינו הרי שבפנינו חיוב השבה חפצי (In Rem) הנובע מעצם הבעלות של הבעלים המקורי בנכס, הקיימת כל עוד שהנכס בעין. מכיוון שאין זה חיוב אישי (In Personem) של הגברא שגנב את הנכס, הרי שאין חיוב ההשבה פוקע מכח הכלל של ”קים ליה בדרכה מיניה”, שהרי הנכס נותר בבעלות הגנב.

”קים ליה בדרכה מיניה” מבטל אפשרות להשית שני חיובים אישיים על האדם שביצע את הפעולה, אבל אין בו כדי לשנות את המצב הקנייני של הנכס שנותר בבעלותו של הבעלים המקורי.

ואולם, הגמרא אינה נותרת בנקודה זו וממשיכה להבהיר כי דברי רב נאמרו גם ביחס למקרה שבו הנכס מצוי בעינו. זאת מכיוון שהלכה מוסכמת היא שגנב חייב בגין אונס שארע לנכס. מכאן מסיקה הגמרא כי הנכס הגנוב מצוי בבעלות הגנב, שהרי אין מקום לחייב גנב בגין נזק שארע באונס (עקב ”כח עליון”) לנכס שנותר בבעלות הבעלים המקורי.

---

ליה בדרכה מיניה” המבטל חיובים - הנכס גם ייקנה לגנב? מכאן מוכיח הרב ווסרמן כי הגניבה מעבירה את הבעלות בנכס, אלא שחיוב ה”והשיב” מסכל את תחולת הקניין. ממילא, כאשר ה”והשיב”, פוקע מכח הדין של ”קים ליה בדרכה מיניה”, נמצא כי הבעלות עברה לגנב בשעת הגניבה בלא שיעמוד כח אחר כנגדה ויסכלה. וכתב: ”ובאמת דבר חימה הוא, מאיזה טעם תועיל הגזילה לגולן לקנות דבר שאינו שלו? (הקושי הוא כיצד יתכן קניין בלא גמירות דעת והסכמת הבעלים המקורי?) אבל, על כל פנים - הדין הזה מוכח בגמרא”.

מן ההכרח איפוא להסיק כי הגנב הוציא באופן סופי את הנכס מרשות בעליו המקורי, וחיוב ההשבה הקיים גם כשהנכס בעינו הוא חיוב אישי ולא חיוב תפצי הנובע מכך שהנכס נותר של הבעלים המקורי. בהתאם לכך מובן כי חיוב ההשבה אינו חל כאשר הגניבה בוצעה ע"י פעולה שחל לגביה הכלל של "קים ליה בדרכה מיניה".

הגמרא מסיקה על כן כי דברי רב נאמרו אף כאשר הנכס נמצא בעינו וגם אז פטור הגנב מלשלם מחמת הדין של "קים ליה בדרכה מיניה"<sup>8</sup>.

מסוגיה זו עולה איפוא לכאורה כי רק מכיוון שהגנב קונה את הבעלות בנכס הגנוב חייב הוא בהשבת דמיו אף במקרה שהנכס נאנס.

ונשאלת השאלה, הן בארנו לעיל כי הגניבה מהווה מעשה קניין אך חיוב ה"והשיב" סותר את תחולתו, ועל כן עם פקיעת חיוב ההשבה, נמצא כי הגנב רכש את הנכס משעת הגניבה. אם כך, כיצד למדים אנו מן הדין שגנב חייב בגין אונס שארע לנכס, כי הנכס הגנוב מצוי בבעלות הגנב, הרי יתכן לומר כי הנכס אכן נותר בבעלותו של הבעלים המקורי כל זמן שהוא בעינו כשחיוב ההשבה הוא חפצי ולא אישי, ורק עם קרות הנזק שמחמתו החפץ שוב אינו בעינו הופך הנכס לשייך לגנב מלמפרע, משעת הגניבה, על החיובים הנובעים מכך.

כדי להשיב על קושי זה, נבחן את הסוגיה בהתייחס לשתי תמיהות נוספות המתעוררות מן העיון בה:

(א) לשיטת רב שהגנב רוכש את הבעלות בנכס הגנוב, מדוע חייב הוא להחזיר את הנכס עצמו, כשהוא מצוי בעינו, ואין אפשרות להסתפק בהשבת דמיו?

(ב) לשיטת רב, כיצד יוסבר הדין המטיל על הגנב להשיב את השבח שהפיק מהבהמה, כגון גיזת הצמר או ולדותיה של בהמה? הן אלו הופקו מנכס שבבעלותו?

---

8 מסקנת הגמרא שם שונה היא, אך מכל מקום זו שיטת רב בדבר בעלות הגנב בנכס.

הסבר לכך מצאנו, בהתאם לעקרון שהובהר לעיל, בדברי ה"חזון-איש" על מסכת בבא קמא (סימן טז באות יג):

"טעמיה דרב, דלעולם גזילה מפקעת בעלות הנגזל וקני ליה גזלן. אלא, שהתורה אסרתה וחייבה בהשבה. וע"י חיוב השבה, שב קניין הבעלים ואזיל ליה קניין הגזלן. והלכך, אם בשעה שגזול מתחייב בנפשו, שאי אפשר לחייבו בהשבה – נשאר קניין הגזלן".  
ה"חזון איש" מבהיר את שיטת רב כדלקמן:

פעולת הגניבה היא מעשה שבאמצעותו נוטל הגנב לא רק את החזקה בנכס אלא גם את הבעלות בו, ועל אף שהדברים נעשים בלא גמירות דעתו והסכמתו של הבעלים המקורי, יש בה בנטילה זו של הגנב, כדי להעביר בעלות בנכס הגנוב לידי הגנב.

עם זאת, התורה חייבה את הגנב להשיב את הנכס עצמו – ולא רק את דמיו.

משמעותו של ציווי זה, הקיים כל עוד שהנכס בעין, כי על אף שנעשתה פעולת רכישה גמורה של הבעלות בנכס, לא יוכל הגנב לממש בפועל את בעלותו זאת, שכן רובץ עליו חיוב להשיב את הנכס.  
ואולם, יושם אל לב היטב:

לעיל הבהרנו כי חיוב ההשבה ניצב כנגד פועלו הקנייני של מעשה הגניבה ומסכל את תחולתו, כך שהבעלות טרם עברה בפועל לגנב, והבעלים המקורי נותר בעל הנכס מכח בעלותו בנכס משכבר הימים.

לעומת זאת, ה"חזון איש" גורס בשיטת רב בסוגיה דנא, כי הבעלות אכן פקעה ע"י פעולת הגניבה, וחיוב ה"והשיב" לא מנע את פקיעתה. אבל, חיוב ההשבה המוטל על הגנב יוצר כשלעצמו זיקה קניינית חדשה בין הבעלים המקורי לבין החפץ הגנוב.

ובלשונו: "ע"י חיוב השבה, שב קניין הבעלים ואזיל ליה קניין הגזלן"<sup>9</sup>.

9 לעומת זאת ראה שו"ת חתם סופר, חלק ה (חושן משפט) סימן קלב, הנוקט בגישה לפיה מעשה הגניבה מעביר את הבעלות באופן מוחלט, ובעקבות זאת

כלומר, לפי באורו של ה"חזון איש", הגניבה אכן הועילה להעביר את הבעלות לגנב, ובכל זאת בא אחר כך חיוב להשיב, היוצר זיקה קניינית חדשה של הבעלים המקורי לנכס הגנוב. חיוב ההשבה, המחייב להשיב את הנכס הגנוב עצמו ולא רק את דמיו, אינו ניצב כנגד מעשה הגניבה ואינו מסכל את תחולתו מלכתחילה, אלא קובע כי על אף שהגניבה אכן העבירה בפועל את הבעלות לגנב, קמה וגם ניצבה זיקה קניינית מתודשת של הבעלים המקורי לנכס מחמת חיוב ההשבה.

מעתה מובן כי כאשר גנב מחזיק חפץ גנוב, חיוב ההשבה שלו הוא חיוב אישי ולא חיוב קנייני, אלא שלחיוב האישי יש השלכות קנייניות ע"י יצירת זיקה קניינית חדשה בין הבעלים המקורי לבין הנכס הגנוב. החיוב להשיב אינו נובע מכך שהנכס נותר בבעלות הבעלים

---

מובאות שתי גישות (של השואל ושל ה"חתם סופר" עצמו) לביאור דברי רב. החתם סופר מביא שם את דברי השואל שנקט בהסבר לדברי רב בסוגיה דנא לפיו: "רב סובר שבודאי רצון הבורא הוא שישבי הגנב גוף הגנבה ושנכוף אותו להחזירה, אלא שכל זמן שלא החזירה הקנה לו התורה גוף הגנבה והיינו קנין הגוף לזמן עד ששייבהו לבעלים כדי שיתחייב באונסין". ביחס לכך מציין ה"חתם סופר": "והנה דבריו דברי חכמה".

ה"חתם סופר" מבהיר בהמשך דבריו את דברי רב בסוגיה דנא כדלקמן: "כל גנב בתחילת הגבהת גניבתו קנאו להחפץ ואינו חייב רק דמים, אך גזירת הכתוב לנתק לאו ד'לא תגזול' לא מינתיק אלא אי משיב כעין שגול אם לא נשתנה... אם כן כל זמן שהוא כעין שגול, נהי שקנה גוף החפץ ולא מחייב אלא דמים, מכל מקום לאו לא מינתיק אלא בהשבת גוף החפץ וממילא כופין אותו לנתק הלאו, אבל לבעלים אינו חייב אלא דמים ולא הגוף. והשתא הבא במחירת שאפילו דמים אינו חייב בשעת הגבהה משום דקים ליה בדרבה מיניה, ממילא תו לא יחזיר אפילו גוף החפץ, דאין כאן מצות השבה כלל... ולפי זה נמצא גוף זה החפץ קנוי לו קנין עולם (להבדיל מקניין מותלה) אלא שמקיים בו מצות והשיב".

לפי גישותיהם של ה"חתם סופר" ושל השואל, כאמור לעיל, נמצא כי הגנב אכן קונה קניין גמור את הנכס הגנוב, וחיוב ההשבה של נכס זה עצמו אינו מפקיע בעלות זו של הגנב כלל. לפי גישה זו יוכל הגנב למכור את הנכס, בניגוד לגישת ה"חזון איש" הגורס כי לאחר חיוב "והשיב" המוטל על הגנב יש לבעלים המקורי זכות בנכס המפקיעה את בעלותו של הגנב, וממילא אין בידי הגנב למכור משהו שאינו שלו.

המקורי, אלא אדרבה להיפך, מחמת קיומו של חיוב ההשבה האישי המוטל על הגנב על אף שהבעלות בנכס כבר עברה לגנב, נובעת זיקה קניינית בין הנכס לבין הבעלים המקורי.

מכיוון שחיוב ההשבה הוא בבסיסו חיוב אישי, מובן לגמרי כי חיוב זה יכול לפקוע מחמת הדין של "קים ליה בדרבה מיניה".

משום כך, אם בשעה שהגנב מבצע את הגניבה הוא מתחייב בנפשו, וממילא פטור מחובת השבה מחמת הדין של "קים ליה בדרכה מיניה", הרי שלא קיים חיוב אישי היוצר את הזיקה הקניינית של הבעלים המקורי לנכס הגנוב.

במקרה זה ברור כי מעשה הגניבה שהעביר את הבעלות לגנב בשעת הגניבה, אינו נתקל בחיוב השבה כלשהו.

עם זאת, יש להדגיש כי כאמור, על אף שחיוב ההשבה הוא חיוב אישי, הרי שתוצאתו היא קניינית, וכתוצאה מחיוב אישי זה "שב קניין הבעלים ואזיל ליה קניין הגזולן". כלומר, מחמת החיוב להשיב, נמנע מן הגנב לממש את בעלותו בנכס, ונוצרת זיקה קניינית בין הבעלים המקורי לבין הנכס שנגנב מהם. ולכן, מכיוון שהגנב אינו הבעלים של הנכס, ברור אפוא כי עליו להשיב גם את השבח שהופק מהנכס, ומובן לגמרי כי עליו להשיב דווקא נכס זה עצמו השייך לבעליו המקורי, ואין בידו להשיב לו שווה כסף.

לעומת זאת, אם הנכס נאנס ואבד, הרי שהוא שוב אינו בעין ופוקע חיוב ההשבה. עם פקיעת חיוב ההשבה נמצא כי אין עוד מה שיפקיע את פועלה הקנייני של הגניבה שהעבירה את הבעלות בנכס הגנוב לידי הגנב – עוד בשעת הגניבה. התוצאה היא, כי על הגנב לשלם לבעלים המקורי דמים לפי שווי הנכס בשעת הגניבה, שהרי כבר אז הושלמה הנטילה של הנכס מבעלותם.

מובן הוא אם כן הכלל לפיו: "כל הגזולנים משלמים כשעת הגזילה"<sup>10</sup> (כבא קמא צג, ב), ועם זאת מובנים הם דברי רב.

---

10 אם כי סוגיה זו מתייחסת לרכישת הנכס ע"י פעולה של שינוי, עניין עליו נעמוד בפרק נפרד.

הסברו של ה"חזון איש" מבהיר לנו אם כן כי אין חיוב השבה הנובע מעצם היותו של הנכס בבעלות הגנב. הגניבה היא פעולה שיש בה כדי להפקיע את הבעלות של הבעלים המקורי, ואין מקום לחיוב הנובע מהבעלות בנכס. רק החיוב האישי של הגנב להשיב את הנכס הוא המפקיע את פועלו של הקניין. ממילא מובן כי במקום שבו יש "קיים ליה בדרכה מיניה" ואין חיוב אישי על הגנב להשיב את הנכס, הרי שהוא הופך להיות הבעלים של הנכס.

לפי הסבר זה לא ניתן לומר כי הגנב חייב בגין הזקת הנכס הגנוב והפקעת חיוב ה"והשיב", כפי שהבהרנו לעיל, שהרי לשיטת ה"חזון איש" הגנב אכן רוכש את הנכס בפועל בשעת הגניבה אבל בעלותו זו פוקעת בעקבות חיוב ההשבה. ואולם, ההסבר לכך הוא כדלקמן:

הגנב רכש ע"י הגניבה את הבעלות באופן מלא. חיוב ההשבה האישי של הגנב - יצר זיקה קניינית מיוחדת לבעלים המקורי.

נשאלת השאלה, לפי גישה זו, למי שייך הנכס לאחר הגניבה כשקיים חיוב ההשבה? האם - של הגנב שרכש בפועל ממש את הבעלות בו? או שמא, של הבעלים המקורי, לנוכח פועלו של חיוב ההשבה המוטל על הגנב?

ה"חזון איש" מבהיר, כי גם לשיטתו שהגניבה אכן הצליחה לחולל העברת בעלות, על אף חיוב ה"והשיב", גוברת הזיקה הקניינית של הבעלים המקורי על פועלה הקנייני של הגניבה, ומחמת זיקה קניינית זו מסתלקת בעלותו של הגנב. ובלשונו: "שב קניין הבעלים ואזיל ליה קניין הגזולן".

אבל, על אף התגברות הזיקה הקניינית של הבעלים המקורי הנובעת מחיוב ה"והשיב" ממשיך להתקיים פועלה הקנייני של הגניבה, שה"והשיב" אכן התגבר עליה, וזאת לעניין חיובו של הגנב באחריות לנזקי הנכס במקרה של אובדנו באונס - "אוקמה רחמנא ברשותיה לעניין חיוב אונסין".

עתה נבוא ליישב את שלוש השאלות שהתעוררו:

(א) השאלה הראשונה שהעלינו היתה:

כיצד למדים מן הדין שגנב חייב בגין אונס שארע לנכס, כי הנכס הגנוב מצוי בבעלות הגנב? הן יתכן כי הנכס אכן נותר בבעלותו של הבעלים המקורי כל זמן שהוא בעינו, ורק עם קרות הגזק שמחמתו החפץ שוב אינו בעינו הופך הנכס לשייך לגנב מלמפרע, משעת הגניבה, על החיובים הנובעים מכך?!

התשובה לכך לפי שיטת ה"חזון איש" היא כאמור, כי אין כדבר הזה קניין מותלה, אשר מצד אחד ניתן לו תוקף ומאידך גיסא בא חיוב ה"והשיב" ומסכל את תחולתו כל עוד שהנכס בעין.

אחת מן השתיים: או שהבעלות עברה לגנב מייד - ואז אין לו חיוב להשיב נכס זה דווקא, או שהגנב לא רכש כלל את הבעלות בנכס ואז אין סיבה שיתחייב בגין נזק שנגרם לנכס של הבעלים המקורי.

ביאור זה נובע מן העובדה שקיים חיוב באונסין - המלמד כי מלכתחילה לא התרחש מקח מותלה אלא ארע קניין מלא.

ההסבר הוא בהכרח כי חיוב ה"והשיב" יצר קניין מחדש של הבעלים המקורי שהפקיע באופן מוחלט את קניינו של הגנב. אבל, מכיוון שמלכתחילה מהווה הגניבה מעשה קניין מוחלט ומלא, הרי שעל אף התגברות הזיקה הקניינית של הבעלים המקורי על מעשה קניין זה של הגנב (לנוכח חיוב ה"והשיב") ממשיך להתקיים פועלה הקנייני של הגניבה - לעניין חיובו של הגנב באחריות לנזקי הנכס במקרה של אובדנו באונס.

(ב) השאלות הנוספות ששאלנו היו:

לשיטת רב שהגנב רוכש את הבעלות בנכס הגנוב, מדוע חייב הוא להחזיר את הנכס עצמו, כשהוא מצוי בעינו, ואין אפשרות להסתפק בהשבת דמיו?

וכן, לשיטת רב, כיצד יוסבר הדין המטיל על הגנב להשיב את השבח שהפיק מהבהמה, כגון גיזת הצמר או ולדותיה של בהמה? הן אלו הופקו מנכס שבבעלותו?

והתשובה פשוטה היא, שהרי לשיטת ה"חזון איש" לאחר הקנייה של הנכס ע"י הגנב נוצרת בעלות מחדשת של הבעלים המקורי הנובעת מחיוב ה"והשיב". כתוצאה מבעלות זו של הבעלים המקורי



מחוייב הגנב להחזיר נכס זה עצמו לבעלים המקורי, ומובן כי הגנב מחוייב להשיב גם את הפירות שצמחו מהנכס הגנוב, ששוב אינו בבעלותו.

### שיטתו הקוטבית של רבא - מסקנת הסוגיה

הגמרא בסנהדרין שם אינה נותרת בנקודה זו, ורבא מסיק כי פעולת גניבה אינה מועילה להעברת הבעלות בנכס לגנב, ולו לרגע אחד. הוצאת הנכס מחזקת הבעלים המקורי אינה גורעת מבעלותו והבעלות בנכס נותרת כהווייתה בידי הבעלים המקורי, שכן בעלות אינה נרכשת בכח. לא ניתן לרכוש בעלות בנכס בעל כורחו של הבעלים המקורי ובניגוד לרצונו.

נמצא כי לא זו בלבד שאין אנו נוקטים בגישה לפיה יש לגנב קניין בנכס, אלא שאח"כ בא חיוב ה"והשיב" ויוצר קניין חדש לבעלים הראשון של הנכס (שיטת רב); ולא זו בלבד שאין אנו נוקטים בגישה לפיה חל ע"י הגניבה קניין מותלה התלוי בפקיעתו של חיוב ה"והשיב" (שיטת רש"י בסוגיה בבבא קמא), אלא שלדעת רבא הגנב אינו קונה כלל את הבעלות בנכס הגנוב וזו נותרת כהווייתה בידי הבעלים המקורי.

הבנה זו בדברי רבא נובעת משיטתו בביאור סוגיית החיוב באונסין, שמשם הוכיח רב כי הגניבה מעבירה את הבעלות בנכס, וממילא מוגדר חיוב ההשבה כחיוב אישי ולא כחיוב חפצי, שהרי מבחינה קניינית הבעלות עברה לגנב. לעומת זאת, לפי שיטת רבא, חיוב באונסין אינו מלמד על רכישת בעלות, אלא על מעבר החזקה, והוא משווה בין הגנב לבין שואל החייב באונס הנכס בלא להיות בעליו.

לאמור, הגנב אחראי לנזקו של הנכס הגנוב אף אם הוא מתרחש באונס, אשר על פי דיני הנזיקין פטורים בגינו מתשלום. אך חיוב זה, אינו נובע מכך שהגנב הפך לבעלים כביכול בנכס.

הטעם לכך שהגנב מתחייב להשיב את דמי הנכס במצב שבו הנכס נאנס ואבד, אינו נובע מכך שהגנב רכש את הבעלות בנכס, אלא כשם

ששואל חייב באונסין<sup>11</sup> כך מתחייב הגנב להשיב את דמי הנכס, מכיוון שהחזיק בו לשימושו האישי.

בהתאם לגישה זו, הגנב חייב להחזיר את שווי הנכס כפי שהיה בעת הגניבה, על אף שהנכס אבד בינתיים מאליו והתייקר, שהרי מדובר בנכס של הבעלים המקורי.

כל עוד שהנכס בעין חייב הגנב להשיב את הנכס עצמו, בהתעלם משינויים שחלו בשוויו. אולם, משאבד הנכס ומוטל על הגנב להשיב את דמיו, חייב הוא להשיב דמים כשווי הנכס שחיסר לבעלים - בעת הגניבה, שכן זהו מועד תחולת החיוב. כלומר, חיוב התשלום אינו חיוב שנוצר עם כלות הנכס אלא כבר בעת הגניבה, והשבת הנכס עצמו - יהא שוויו אשר יהא בעת ההשבה - אינה אפשרית במקום שהנכס כבר אינו בעין.

כמו כן, ברור כי מכיוון שהגנב לא רוכש את הבעלות המלאה בנכס בעת הגניבה, הרי שהדין של "קים ליה בדרבה מיניה" לא יועיל לביטול החיוב. אכן, חיובי ההשבה והתשלומים קמים בעת שמתבצע האיסור ומבחינה זו יכל לחול הדין של "קים ליה בדרבה מיניה" הפוטר את הגנב מחיובים אישיים - אבל, לשיטת רבא חיוב ההשבה הוא חיוב חפצי ולא חיוב אישי, שהרי נכס זה מצוי בבעלות הבעלים המקורי והנכס לא עבר מעולם לגנב.

מסקנת הגמרא מובילה אותנו אם כן לגישה קוטבית לזו שהוצגה לעיל. לפי מסקנת הגמרא נמצא כי הגניבה אינה רכישת בעלות בנכס, אלא מעשה שאכן מחייב את הגנב באחריות לנכס, בדומה לדינו של שואל, אך הבעלות בנכס נותרת לעולם בידי הבעלים המקורי<sup>12</sup>.

---

11 מקור הדין לחיוב שואל לשאת באחריות לנזקי נכס אף באונסין, מצוי בפסוק (שמות כב, יג): "וכי ישאל איש מעם רעהו ונשכר או מת... שלם ישלם". אחריותו זו של שואל לנזקי הנכס אף אם התרחשו באונס, נקבעה בתורה על אף שהשואל לא רכש שום בעלות בנכס.

12 עם זאת בדברי בעל המאור (בדף יז מדפי הרי"ף במסכת סנהדרין), מוצאים אנו כי גם לשיטת רבא עוברת הבעלות לגנב, אלא שמדובר במופקעת בעלות זו מחמת חובתו של הגנב להשיב את הנכס לגנב כשהוא בעין. משום כן, אף

**מחלוקת רש"י ותוספות במסכת עבודה זרה עא, ב**

הגישות הקוטביות בביאור פועלו של מעשה הגניבה, באות לידי ביטוי בפירושיהם של רש"י ותוספות בסוגיית הגמרא במסכת עבודה זרה (עא, ב), כדלהלן:

הכלל הוא כי בעלות עוברת בעקבות מעשים סמליים. אחד מהם הוא משיכה פיטית של הנכס הנרכש.

נשוא הסוגיה הוא: האם הדין שלפיו ניתן לרכוש חפץ ע"י משיכתו באופן פיזי, ולא רק באמצעות תשלום כסף, התחדש רק לגבי יהודי; או שמא נאמר דין זה גם לגבי מי שאינו בן-ברית.

הגמרא מבקשת להביא ראייה לכך שקניין משיכה מועיל אף כשנעשה ע"י מי שאינו יהודי, מדברי ר' חייא בר אבא בשם ר' יוחנן:

"בן נח (מי שאינו מזרעם של אברהם יצחק ויעקב) נהרג על פחות משווה פרוטה ולא ניתן להישבון..."<sup>13</sup>.

---

שמדובר בחיוב אישי, שהרי הגנב רכש את הבעלות בנכס, חייב הגנב בהשבה גם כשתל הדין של "קים ליה בדרכה מיניה", המפקיע חיובים אישיים - הגנב חייב בהשבה מחמת הוראת חז"ל. ובלשונו: "חומרא הוא דרמי רבנן עליה דליהדר ממונא למריה כיוון דאיתא בעינא". כהתאם להסבר זה ימצא כי גם למסקנת הגמרא, הגנב קונה את הנכס באופן מותלה מכוח פעולת הגניבה, ורק החיוב של "והשיב את הגזילה" מונע את תחולת הקניין.

מאידך ראה ב"מלחמות ה'" לרמב"ן שם החולק על כך. כמו כן ראה "קצות החושן" (סימן שנא ס"ק ב). הרמב"ן בספר "מלחמות ה'" גורס כי לא ניתן לבצע מעשה קניין בנכס בניגוד לדעת בעליו.

לעומת זאת, ראה דברי "מלחמות ה'" במסכת בבא קמא (דף יח בדפי הרי"ף), המבהיר כי גנב המודיע לבעלים המקורי כי הנכס שלו מצוי במקום מסוים, וכי הוא מוזמן לקחתו משם, אין בכך כדי להחזיר את הנכס לידי הנגנב, עד כדי לאפשר לו להקדיש נכס זה, שכן בתורת גזל הגיע הנכס לידי הגנב.

13 רש"י (ד"ה ולא ניתן להישבון) מבהיר כי הנכס לא ניתן להישבון, שכן הישראל מוחל עליו. לעומת זאת, ר' רש"י במסכת עירובין (סב, א ד"ה לא ניתן להישבון), ותוספות שם (בד"ה בן נח).

כלומר, אדם שאינו יהודי העובר על אחד מן הציוויים הבודדים החלים גם עליו (שבע המצוות החלות על בני נח), מתחייב בנפשו. אחד מציוויים אלו הוא איסור הגניבה והגזילה.

משום כך, גוי הנוטל מיהודי נכס ששוויו פחות משווה פרוטה חייב מיתה, שכן מחד גיסא הדבר עולה כדי גניבה, לנוכח העובדה כי בעיניו שלו נחשב סכום זה לממון, ומאידך גיסא, המעוות אינו ניתן לתיקון ע"י השבה (להישבות), שכן אצל היהודי שממנו נגנב הנכס האמור שאינו שווה פרוטה - הדבר אינו נחשב לבר ערך, שכן הוא רגיל שלא להקפיד על כך. ובלשון רש"י שם (בד"ה בן נח): "לגבי ישראל לאו ממונא הוא דמחלי עליה" (לגבי היהודי אין הדבר נחשב ל"ממון", מכיוון שהוא מורגל לוותר ולמחול על סכום זעום זה).

וממשיכה הגמרא:

"ואי אמרת משיכה בעובר כוכבים אינה קונה, אמאי נהרג?"

מבאר רש"י:

"אמאי נהרג - הא לא קניא, וכל היכא דאיתיה ברשותיה דישראל הוא". כלומר, אם הגוי אינו קונה את הנכס ע"י משיכתו, מדוע הוא חייב מיתה? הרי לא התחוללה כאן גניבה? ההנחה היא כי אם משיכה אינה נחשבת למעשה קניין כשהיא נעשית ע"י מי שאינו יהודי, הרי שבהעדר תוקן קנייני למעשה, לא עולה נטילת הנכס מבעליו כדי גניבה.

נמצא כי אם הגניבה בוצעה ע"י פעולה שאינה תקפה מבחינת דיני הקניין להעברת בעלות בנכס - (במקרה דנא "משיכה" ע"י גוי) - אין המעשה מוגדר כגניבה.

על פי ביאורו הנ"ל של רש"י, עולה איפוא מסוגיה זו, כי הגניבה מוגדרת כמעשה קנייני, שיש בו כדי להעביר את הבעלות בנכס הגנוב, בכפוף לחובת ההשבה. רק כך ניתן להבין מדוע אם אין במעשה האמור כדי להעביר את הבעלות בנכס - אין הוא מוגדר כגניבה.

בפנינו איפוא ביטוי ברור עוד יותר לדברים שייחסנו לגישת רש"י בסוגיה במסכת בבא קמא, עליה עמדנו לעיל.

לעומת זאת, תוספות שם (כד"ה ואי סלקא דעתך) מביא את ביאורו הנ"ל של רש"י ומקשה:

"וקשה, דהא ישראל נמי לא קנה הגזילה להיות שלו, ואפילו הכי קנייה להתחייב באונסין, החיוב דשייך ביה. והכי נמי יש לנו לומר בבן נח שקנאו להתחייב בה מיתה, דהיינו החיוב דשייך ביה".

כלומר, תוספות מקשה: וכי מה הנפקות לכך שהגנב לא רכש את הנכס ע"י פעולת ה"משיכה" בהיותו "בן נח" שמבחינת דיני הקניין אינו יכול לרכוש נכס באמצעות מעשה "משיכה", הן גם ישראל הגונב נכס אינו מצליח לרכוש את הבעלות בו, שכן גניבה אינה מעשה של רכישת בעלות, ועל אף זאת יש חיובים הנובעים ממעשה זה - שבו רצה הגנב לשלול את בעלותו של הבעלים המקורי<sup>14</sup>.

תוספות נוקט איפוא בגישה המתאימה לשיטת רבא, לפיה גנב אינו רוכש בעלות בנכס הגנוב ועוולת הגניבה מתחוללת אף בהעדר תוקף קנייני למעשה של נטילת הנכס.

## סיכום

עמדנו בפרק זה על שלוש שיטות בתפיסת משמעותה ודרך הילוכה של עוולת הגניבה:

(א) שיטת רש"י במסכת בבא קמא ובמסכת עבודה זרה -

גניבה היא פעולה שיש בה כדי להעביר את הבעלות בנכס לגנב, אך העברה זו אינה בת תוקף כל עוד שהנכס בעינו, שכן קיים חיוב השבה הניצב כנגד תוקפה הקנייני של הגניבה, מסכל את העברת הבעלות ומצווה על הגנב - הָשֵׁב. הפקעת חיוב השבה גורם איפוא לכך שהבעלות תעבור לגנב - משעת הגניבה, עת שבוצע מעשה קנייני בנכס.

14 מחלוקת זו חוזרת על עצמה גם בהמשך הסוגיה (עב, א) ברש"י (ד"ה ומאי לא ניתן להישבון) לעומת התוספות (ד"ה ומאי לא ניתן להישבון).

בהתאם לגישה זו חיוב ההשבה הוא חיוב חפצי, שכן כל עוד קיים חיוב ההשבה נותר עדיין הנכס בבעלותו של הבעלים המקורי.

(ב) שיטת רב במסכת סנהדרין (עפ"י הסברו של ה"חזון איש") –

גניבה מעבירה בפועל את הבעלות לגנב באופן מוחלט ובלתי מותנה. אבל, לאחר שהבעלות עברה לגנב, בא חיוב ההשבה ויצר זיקה קניינית מחודשת בין הנכס לבין בעליו המקורי. זיקה זו גוברת על בעלותו של הגנב, והיא קיימת כל עוד שחל חיוב ההשבה.

בהתאם לגישה זו חיוב ההשבה הוא חיוב אישי ולא קנייני, שכן בעלותו של הבעלים המקורי פקעה לחלוטין ע"י מעשה הגניבה.

חיוב ההשבה האישי המתעורר לאחר מכן יוצר כשלעצמו זיקה קניינית מחודשת בין הבעלים המקורי לבין הנכס הגנוב, אך ביסודה מהווה חובת ההשבה – חיוב אישי, המוטל על הגנב ואינו נובע מן הבעלות בנכס הגנוב, שהרי הבעלות בנכס אכן עברה לגנב עם הגניבה.

(ג) שיטת רבא במסכת סנהדרין –

הגניבה אינה יכולה, בהגדרה, להעביר בעלות בנכס לגנב, שהרי היא פעולה הנעשית שלא בהסכמתו של הבעלים המקורי, ונכס אינו יוצא מבעלותו של אדם נגד רצונו. ממילא, בלא גמירות דעתו של הבעלים המקורי להעביר את הנכס לבעלותו של הגנב – נותר הנכס בבעלותו של הבעלים המקורי גם אם נשללה החזקתו בנכס.

הגניבה היא מעשה הגורר חובות מוגברים של שמירה ואחריות על הנכס הגנוב, אבל מכך אין להסיק כי הגנב הפך גם לבעל הנכס. דינו של הגנב לעניין זה דומה לדינו של שואל האחראי גם לנזקי הנכס המתרחשים באונס, על אף שאינו הבעלים בנכס.

לפי גישה זו מובן מאליו כי חובת ההשבה של נכס גנוב איננה חובה אישית אלא חובה חפצית, שהרי הבעלות בנכס הגנוב נותרת של הבעלים המקורי כל העת, ולא פקעה ולו לרגע אחד.

בפרקים הבאים להלן, ננתח ככלל את הסוגיות השונות, כאשר חוט השני העובר בהסברן, היא תואם לשיטת רש"י (במסכת בבא קמא ובמסכת עבודה זרה<sup>15</sup>). לפי שיטה זו, גניבה היא פעולה שיש בה כדי להעביר את הבעלות בנכס לגנב, אך העברת הבעלות אינה בת תוקף כל עוד שהנכס בעינו, שכן קיים חיוב "והשיב". חיוב זה ניצב כנגד תוקפה הקנייני של הגניבה, מסכל את העברת הבעלות ומצווה על הגנב - הַשְׁבֵּב<sup>16</sup>.

---

15 בהתאם להסברם של מפרשים רבים ובהם הרב אלחנן ווסרמן ב"קובץ שיעורים" על מסכת בבא קמא סימן יד).

16 שאלה לסיכום:

הבהר לפי כל אחת משלושת השיטות שעליהן עמדנו, את הכללים הבאים:

א. כל הגזלנים משלמים לפי ערך הנכס בשעת הגזילה.

ב. הגנב חייב בנזקי צד ג' שנגרמו בעטיו של הנכס הגנוב.

ג. הגנב חייב בגין נזק שגרם במו ידיו לנכס הגנוב. מדוע? ולפי איזה ערך נשום את הנכס האמור (כפי ערכו בשעת הגניבה או כפי ערכו בשעת גרימת הנזק)?

## פרק ב - מעשה קניין כבסיס לעוולות

### הגניבה והגזילה

#### נשוא הדיון

נשוא הדיון בפרק זה יהא: האם על הגניבה להתבצע באמצעות מעשה קניין - דהיינו באמצעות מעשה אשר על פי דיני הקניין הכלליים ניתן לו תוקף כמעביר בעלות, או שמא די בהוצאה פיסית של הנכס הגנוב מרשות הבעלים המקורי אף אם מעשה זה אינו מועיל על פי דיני הקניין כדי להקנות את הנכס לגנב?

גדר הספק הוא זה:

בפרק הקודם ראינו כי קיימות מספר שיטות ביחס להגדרת הגניבה. חלק מן השיטות רואות בה עוולה קניינית אף כי הגנב אינו קונה בפועל את הנכס כל עוד שהוא קיים בעין. לעומת זאת, לפי אחת מן השיטות<sup>1</sup> הגניבה כלל אינה יכולה, בהגדרה, להעביר בעלות בנכס לגנב (אף אלמלא חיוב ה"והשיב" הניצב כנגדה), שהרי היא פעולה הנעשית שלא בהסכמתו של הבעלים המקורי ונכס אינו יוצא מבעלותו של אדם נגד רצונו.

לפי השיטה הראשונה ברור לכאורה כי על הגניבה להתבצע באמצעות מעשה קניין, כך שעם פקיעת חיוב ה"והשיב" ייקנה הנכס לגנב.

ואולם, לפי השיטה השנייה נשאלת השאלה, איזה מעשה נחוץ כדי לחולל את עוולת הגניבה:

---

1 שיטת רבא במסכת סנהדרין (עב, א), וכן דברי התוספות במסכת עבודה זרה (עא, ב).



האם מכיוון שממילא אין הגנב קונה בעלות בנכס, אין הכרח לבצע מעשה קניין כדי שתשתכלל עוולת הגניבה, ודי לשם כך בהוצאה של הנכס הגנוב מרשותו של הבעלים המקורי?

או שמה, מכיוון שמדובר בפעולה שתכליתה ושאיפתה לשלול את בעלותו של הבעלים המקורי, הרי שעל אף שהדבר אינו אפשרי - נדרש בכל זאת מעשה, אשר על פי דיני הקניין הכלליים יש בו כדי להעביר את הבעלות בנכס, כאשר הגדרת המעשה כגניבה תלויה כל כולה בתוקפו הקנייני של מעשה זה על פי דיני הקניין.

בהקשר זה נעמוד בפתח דבר על שני מקורות בסיסיים, ולאחר מכן ננתח את הסוגיה לפרטיה.

#### א. הסוגיה במסכת בבא קמא עא, ב

שור שנגח אדם נדון לסקילה ומכונה "שור הנסקל".

הכלל הוא כי "שור הנסקל" נאסר בהנאה<sup>2</sup> וממילא אין לו כל ערך כלכלי.

עם זאת, במקרה שאדם הפקיד שור בידי שומר והשור נגח אדם והפך להיות "שור הנסקל", יכול השומר להחזיר את ה"שור הנסקל" כשהוא בעינו, לידי הבעלים המקורי, ולומר לו: "הנני מחזיר מה שקיבלתי לשמירה", על אף שקיבל נכס עם ערך כלכלי ועתה מחזיר דבר שאינו שווה מאומה. זהו הדין של "הרי שלך לפניך".

אם בא אדם וגונב "שור הנסקל" מידי שומר, הרי שהוא גורם ע"י כך הפסד ממוני לשומר, שכן כעת יאלץ השומר לפצות את הבעלים ולשלם להם את דמי השור שהופקד בידיו ולא יוכל עוד לומר "הרי שלך לפניך".

הגמרא מציינת על כן כי הנוטל "שור הנסקל" מידי שומר נחשב לגנב לכל דבר ועניין (לרבות לעניין תשלומי כפל, ארבעה וחמישה), שהרי הוא מפסיד לשומר נכס שבאמצעותו יכול היה לפטור את עצמו מתשלום לבעלים המקורי.

ודוק, הכלל הוא כי לא ניתן לבצע קניין בנכס שאין לו כל ערך כלכלי, כגון איסורי הנאה<sup>3</sup>. וכאמור, "שור הנסקל" הוא איסור הנאה.

הגדרתו של הגונב "שור הנסקל" כגנב לכל דבר ועניין מלמדת איפוא לכאורה, כי ניתן להיות מוגדר כגנב אף בלא לבצע פעולה בת תוקף קנייני כלשהו, שהרי הוא נחשב לגנב על אף שנטל נכס שהוא איסור הנאה שמעשה קניין כלל אינו תופס בו.

האם אמנם די בהוצאה פיסית של הנכס מרשותו של הבעלים המקורי ואין צורך במעשה שיש לו תוקף קנייני?

### ב. שיטת הרמב"ם ב"פירוש המשניות"

במשנה במסכת בבא קמא (עט, א) מצינו:

"גנב ברשות הבעלים וטבח ומכר חוץ מרשותם... משלם תשלומי ארבעה וחמישה. אבל, גנב וטבח ומכר ברשותם - פטור. היה מושכו ויוצא ומת ברשות הבעלים - פטור... הגביהו או הוציאו מרשות הבעלים ומת - חייב".

כלומר, כאשר אין הוצאה מרשות הבעלים המקורי ומעשה הגניבה בוצע בלא שהנכס הוצא מרשותו ואף לא פעל מאומה מבחינת דיני הקניין, ברור כי פעולה זו אינה מהווה עוולת גניבה לעניין חיוב בתשלומי כפל וארבעה וחמישה.

עם זאת, כשהגניבה מבוצעת ע"י הגבהת הנכס נחשב הדבר לגניבה, אף אם הגנב לא הוציא את הנכס מרשות בעליו, נוכח ההלכה שנקבעה בדיני הקניין הכלליים, כי הגבהה היא מעשה המועיל להעברת בעלות בנכס - בכל מקום שבו היא נעשית, לרבות ברשות הבעלים המקורי<sup>4</sup>.

---

3 ר' למשל מסכת בבא קמא (כט, ב): "אמר רבי אלעזר משום רבי ישמעאל: שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו, ואלו הן: בור ברשות הרבים, וחמץ (בפסח)". כלומר, חמץ בפסח האסור כהנאה אינו נחשב לחלק מרכושו של בעליו, ורק לעניין חיובי התורה הוא נחשב למצוי ברשותו.

4 ראה: קידושין (כה, ב) ביחס להגבהה, וראה את דברי אב"י ורבא במסכת בבא בתרא (פד, ב; עו, ב): "אב"י ורבא דאמרי תרווייהו... משיכה קונה בסימטה ובחצר שהיא של שניהם, והגבהה קונה בכל מקום".

מדברי המשנה כי "הגביהו או הוציאו מרשות הבעלים ומת - חייב", ברור איפוא כי אם לפעולה יש תוקף קנייני היא עולה כדי גניבה אף אם אין הוצאה פיסית מרשות הבעלים המקורי. כמו כן רואים אנו, כי ניתן לבצע גניבה ע"י הוצאה מרשות הבעלים המקורי, אלא שלא ברור האם נדרשת פעולה שהיא בת תוקף קנייני גם כשהנכס יוצא מרשות הבעלים המקורי, והמשנה מתייחסת להוצאה שהיא בת תוקף על פי דיני הקניין הרגילים, או שמא כאשר בפנינו פעולה של הוצאה פיסית מרשות הבעלים המקורי אין צורך בתוקף קנייני?

ספק זה מבואר ע"י הרמב"ם בפירוש המשניות, כדלקמן:

"לימד אותנו (התנא במשנה) בזאת ההלכה שני עיקרים: האחד, כי הגנב לא יקרא גנב עד שיביא אותו דבר הגנוב ברשותו ויקנה אותו בדרך מדרכי קניית המטלטלין...".

מדברי הרמב"ם משמע, כי כדי שפעולה תעלה כדי גניבה מן ההכרח שהגנב יבצע פעולה העולה כדי מעשה קניין על פי דיני הקניין, ולעניין זה אין הבדל בין הגביה ברשות הבעלים המקורי לבין משיכה המוציאה פיסית את הנכס מחוץ לרשותו של הבעלים המקורי.

בשני המקרים אם אין למעשה תוקף קנייני על פי דיני הקניין הרגילים - אין זו גניבה<sup>5</sup>.

דברים אלו של הרמב"ם לפיהם רק מעשה בעל תוקף קנייני מהווה גניבה, עומדים לכאורה בסתירה מובהקת לגמרא הקובעת כי ניתן להיות גנב של "שור הנסקל", אשר אין אפשרות לבצע בו מעשה בעל תוקף קנייני.

נודן על כן בסוגיה זו תוך ניתוח הדברים באופן מפורט.

---

5 אם גנב אינו מבצע את הנטילה באמצעות פעולה שיש לה תוקף קנייני על פי דיני הקניין הכלליים, ולאחר מכן טובח את הנכס, הרי שהוא מחויב בתשלום דמי הקרן כדון כל מזיק, אך אין הוא חייב בתשלומי ארבעה וחמישה, שכן תשלום זה נקבע רק ביחס לגנב, ואם אין מעשה קניין שיש בו כדי להעביר בעלות בנכס, הרי שאין המדובר בפעולה העולה כדי הגדרת "גניבה".

## שיטת בעלי התוספות – ר"י וריצב"א

במסכת כתובות (לא, ב) מצינו מחלוקת אמוראים (רב אחא ורבינא) האם גניבה שבוצעה ע"י פעולת משיכה מרשותו של הבעלים המקורי אל רשות הרבים עולה כדי ביצוע עוולת הגניבה?

גדר המחלוקת הוא זה:

כלל הוא, בדיני הקניין הכלליים, כי משיכה אינה מועילה לרכישת בעלות במטלטלין אלא אם הנכס נמשך לרשות המצויה בשליטתו של המושך (דהיינו רשות היחיד ואף "סימטא", להבדיל מרשות הרבים).

לאור זאת, התעוררה השאלה, האם הוצאת הנכס הגנוב מרשות הבעלים המקורי די בה כדי לחולל את עוולת הגניבה, או שמא אין העוולה משתכללת כל עוד שאין המדובר במשיכה המועילה לרכישת הבעלות בנכס?

המחלוקת בעניין זה היא ביסודה מחלוקת פרשנית – כיצד יש לפרש את המשנה שהובאה לעיל בפתחו של פרק זה. רבינא מדייק מהרישא של המשנה ולומד הן מכלל לאו, ואילו רב אחא עושה כן ביחס לסיפא של המשנה. ואלו דברי הגמרא (בתרגום לעברית):

ושניהם (רב אחא ורבינא כאחד) נחלקו בפרשנות הראויה לדברי המשנה, בה שנינו 'היה מושכו ויוצא ומת – ברשות בעלים פטור. הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים ומתחייב'.

רבינא מדייק בדברי הרישא של המשנה ולומד הן מכלל לאו, ורב אחא מדייק ולומד הן מכלל לאו מהסיפא של דברי המשנה.

רבינא מדייק מהרישא – 'היה מושכו ויוצא ומת ברשות בעלים פטור' – הפטור נעוץ איפוא בעובדה שכלילי הנכס ארע ברשות הבעלים המקורי, ומכאן כי אילו היה הגנוב מוציא את הנכס הגנוב מרשות בעלים לרשות אחרת כלשהי – לרבות לרשות הרבים, יש בכך כדי להחיל על הגנוב את חיובי הגניבה.

רב אחא מדייק מהסיפא – 'הגביהו או שהוציאו' – הוצאה בדומה להגבהה. כלומר, כשם שהגבהה היא פעולה שיש בה, על פי דיני הקניין הכלליים, כדי להכניס נכס לבעלות המגביה, כך גם משיכה

לא תועיל להיחשב למעשה גניבה עד שיהא בה על פי דיני הקניין כדי להכניס את הנכס לבעלות הגנב - המושך.

מכאן, כי משיכה לרשות הרבים, שאינה מועילה על פי דיני הקניין לרכישת נכס, לא תועיל בגניבה.

מקשים ה"תוספות" (שם בד"ה "וברשות הרבים נמי קנה"): מדוע לשיטת רבינא מועילה משיכה לרשות הרבים לחולל את עוולת הגניבה? הן מדובר במעשה שאינו מועיל על פי דיני הקניין הכלליים לשם רכישת בעלות בנכס?

שתי תשובות ניתנות לכך:

התשובה הראשונה היא, כי לדעת רבינא, די בהוצאת הנכס מרשות הבעלים כדי להתחייב בגין אונס שארע לנכס הגנוב, ואין צורך ברכישת הבעלות בנכס ע"י הגנב.

והתשובה השנייה שם היא, כי אכן כדי שתיכון גניבה נחוצה פעולה שיש בה כדי להעביר את הבעלות בנכס, אבל רבינא חולק על השיטות<sup>6</sup> לפיהן משיכה לרשות הרבים אינה מועילה לרכישת בעלות, וסובר כי די גם במשיכה כזו כדי להיחשב לפעולה קניינית.

וזה לשון התוספות שם:

"והא דאמר בהמוכר את הספינה (בבא בתרא פד, ב) דאביי ורבא דאמרי תרווייהו דמשיכה לא קניא ברשות הרבים?

אומר ר"י - דלא פליגי אדרבינא דהכא, והא דקאמר דקני היינו להתחייב באונסין אבל אינו קונה שיהיה שלו לגמרי.

וריצב"א נראה לו - דפליג... שאין לגנב להתחייב אלא במשיכה הראויה לקניין".

בעלי התוספות - ר"י וריצב"א - חלוקים איפוא ביניהם בשאלה האם די בהוצאת הנכס הגנוב מרשות הבעלים המקורי, או שמא דרוש מעשה המועיל על פי דיני הקניין הרגילים להקנות את הבעלות בנכס

6 דעת אביי ורבא במסכת בבא בתרא (פד, ב).

כדי לשכלל את עוולת הגניבה באופן שהגנב יתחייב בנזקי הנכס המתרחשים באונס.

הגישות הקוטביות ביחס להגדרת עוולת הגניבה באות אם כן לידי ביטוי מובהק בסוגיה זו:

לפי הגישה הגורסת כי גניבה היא רכישת בעלות בנכס הגנוב ורק חיוב ההשבה מונע את מעבר הבעלות לידי הגנב, מובן כי יש צורך במעשה של רכישת הנכס, כדי שהפעולה תעלה כדי גניבה. זוהי שיטת הרמב"ם ושיטת הריצב"א.

לעומת זאת, לפי הגישה הגורסת כי גניבה כלל אינה יכולה, בהגדרה, להעביר בעלות בנכס לגנב (אף אלמלא חיוב ה"והשיב" הניצב כנגדה), שהרי היא פעולה הנעשית שלא בהסכמתו של הבעלים המקורי ונכס אינו יוצא מבעלותו של אדם נגד רצונו, נראה כי חיוב ההשבה כשלעצמו – המטיל על הגנב להשיב את הנכס עצמו (אם הוא קיים) או את דמיו (כשהנכס איננו) – הוא היוצר אחריות של הגנב לנזקי הנכס, אך אין צורך בפעולה המעבירה את הבעלות בנכס כדי להחיל את עוולת הגניבה ודי לנו בפעולה של הוצאת הנכס מרשות הבעלים המקורי, כדי שהגנב יחוייב באחריות מוחלטת ביחס לנכס הגנוב. זוהי שיטת הר"י.

ודוק, גם לפי שיטת הר"י, יוגדר גנב מכח אחת משתיים אלו:

(א) הוצאה מרשות הבעלים המקורי;

(ב) מעשה שיש בו כדי לרכוש בעלות בנכס הגנוב.

מכיוון שגם מעשה של רכישת בעלות ע"י גנב די בו כדי לחולל את עוולת הגניבה, מובן כיצד מועילה לכל הדעות הגבהה ברשות הבעלים המקורי כדי להיחשב לגניבה, אף שאין במעשה זה משום הוצאה של הנכס מידי בעליו המקורי. זאת מכיוון שהגבהה של נכס – אף ברשות בעליו – מועילה לרכישת הבעלות בו.

המחלוקת היא רק מה קורה ביחס לפעולה שאין בה כדי להקנות את הנכס לגנב אך יש בה כדי להוציאו מרשות הבעלים המקורי:

לפי הריצב"א גורס רבינא כי לא די בהוצאה מרשות הבעלים המקורי, ובהעדר מעשה קנייני המועיל להעברת הבעלות בנכס אין זו גניבה.

לעומת זאת, לפי שיטת הר"י גורס רבינא כי גם מעשה של הוצאה מרשות הבעלים המקורי שאינו עולה כדי מעשה קניין עולה כדי גניבה, לצורך יצירת אחריות של הגנב כלפי הנכס.

### התלמוד הירושלמי

בהתאם לכך יש להבין את שיטת התלמוד הירושלמי במסכת בבא קמא (פרק ו הלכה א):

בתלמוד הירושלמי מובאת המשנה לפיה "הכונס צאן לדיר ונעל בפניה כראוי ויצתה והזיקה - פטור ... נפרצה בלילה או שפרצה ליסטים ויצאה והזיקה - פטור. הוציאוה ליסטים - הליסטים חייבין".

כלומר, ליסטים הגונבים בהמה חייבים בנזקים שהיא מסבה לאחרים.

בהקשר זה מציינת הגמרא בתלמוד הירושלמי שם:

"אמר רב הושעיה, כשהוציאוה לגזולה. אבל אם הוציאוה לאבדה - הליסטים פטורין".

ללמדך כי מקום שבו הגנב אינו מתכוון לזכות בנכס הגנוב ולהכניסו לבעלותו, אין חיוב באחריות לנכס.

לפי שיטת הריצב"א והרמב"ם הדברים ברורים הם, שהרי הגניבה היא רכישת הבעלות בנכס ע"י הגנב. מקום שבו אין גמירות דעת של הגנב לרכוש בעלות בנכס אין בפנינו מעשה המועיל לצורך רכישת בעלות בנכס, וממילא אין זו גניבה ואין חיוב באחריות לנזקים שהסב הנכס הגנוב.

ואולם, לשיטת ר"י לפיה די בהוצאת הנכס מרשות הבעלים המקורי כדי שהדבר יחשב לגניבה, נשאלת השאלה, איזו נפקות יש להעדר כוונה מצד הליסטים לקנות את הנכס אלא לאבדו?

### סוגיית הגמרא במסכת בבא קמא צח, א

שיטת הריצב"א והרמב"ם - לפיה מן ההכרח לבצע מעשה המועיל לרכישת הנכס על פי דיני הקניין הרגילים כדי לשכלל את עוולת הגניבה - נתקלת לכאורה בקושי חמור, עת שאנו מעיינים בסוגיה במסכת בבא קמא (צח, א):

“אמר רבה, הזורק מטבע של חבירו לים הגדול – פטור. מאי טעמא?

אמר, הא מנח קמך, אי בעית שקליה. והני מילי דאדייה ארויי. אבל, שקליה בידיה מיגזל גזליה, השבה בעי מיעבד.

רש"י בדיבור המתחיל “פטור” מבאר:

פטור – ... שהיתה ביד בעלים והכהו זה תחת ידו וניתזה לים, הואיל וצלולין הם וקא חזו ליה אמר ליה הא מנח קמך ואינה אבודה.

ואי משום דבעי למיתב זוזא לבר אמוראה למישט ולמשקליה – גרמא הוא שגורם להפסידו אותו שכו, וגרמא בנוזיקין פטור”.

לכאורה, לפי שיטת הרמב"ם והריצב"א, הסוברים כי חיוב מחמת דיני הגניבה והגזילה חל רק כאשר נעשה מעשה המועיל לרכישת הקניין בנכס<sup>7</sup>, מדוע מציינת הגמרא כי נוצר חיוב כאשר אדם נוטל מטבע כדי לזורקה לים – וכי מהווה נטילה שכזו מעשה קניין על אף שאין כל כוונה לרכוש את הנכס?

### שני מסלולי הגניבה

תשובה לקושי האמור בשיטת הרמב"ם והריצב"א נמצא עת שנבהיר מושג יסוד, שאותו מניח הגר"ח<sup>8</sup> בספרו חידושי ר' חיים הלוי על הרמב"ם, הלכות חובל ומזיק (פרק ז הלכה ד).

ר' חיים מחדש כי לשיטת הרמב"ם מתחייב גנב בגניבה גם מחמת מעשים שתכליתם להסב נזק לחפץ הגנוב. ובלשונו:

“והיינו משום דכל שהחפץ גנוב או גזול, כל נזק שעושה בידיים דין גניבה וגזילה ביה. ואם כן, אף אם אנו נלמד מזה, דכל שעשה קניין של גזילה, כגון משיכה או הגבהה, אף שלא עשה זאת לשם גזילה ולא לשם תשמיש, ורק כדי להזיקו, מכל מקום נעשה בזה

7 משום כך הבהרנו לעיל, כי כאשר אין גמירות דעת לרכוש נכס אין חיוב מחמת עוולת הגניבה.

8 לדברים אלו נתייחס בהרחבה בפרק ה' להלן.



גזלן, דכיוון דגם מעשה נזק מצטרף להחשב גזילה, אם כן מצטרף הנזק למעשה המשיכה וההגבהה להיעשות גולן ע"י זה".

לאמור, יש בגניבה "שני אופנים" של שלילת הבעלות מהבעלים המקורי.

האופן הראשון - מעשה שתכליתו להעביר את הנכס לבעלות הגנב. הגניבה לפי מהלך זה מתבצעת לשיטת הרמב"ם ע"י פעולה שיש בה, על פי דיני הקניין, כדי להעביר בעלות בנכס<sup>9</sup>.

האופן השני - תכליתו לשלול את הנכס מן הבעלים המקורי.

לשיטת הרמב"ם - להבריל משיטת ר"י - לצורך המהלך השני יש שני תנאים:

(א) נטילה של הנכס;

(ב) הזקת הנכס.

לפי מהלך זה אין נפקות לעובדה שהנטילה לא נעשתה לשם רכישת בעלות בנכס אלא לשם הזקתו, שכן בפנינו מעשה כולל, בן שני מרכיבים, שתכליתו שלילת הבעלות של הבעלים המקורי.

חיוב ההשבה באופן זה נובע מכך שבפנינו אדם שפגע בקניינו של רעהו ונטל ממנו נכס ואבדו, באופן שהבעלים המקורי איבד את בעלותו בנכס.

הבחירה בין דיני הגניבה השונים תלויה בנוטל.

באופן הראשון רצונו של הנוטל לזכות בנכס. במקרה זה הוא יחשב לגנב - רק אם ביצע פעולה המועילה על פי דיני הקניין לשם רכישת הבעלות בנכס;

---

9 כך למשל לא מתעוררים חיובי גניבה (להבריל מן האיסור התורני לגנוב), במקרה של "הגונב על מנת למיקט", כלומר אדם הנוטל נכס מתוך מטרה להקניט את הבעלים, שיאלצו לחפש אחריו, ולא מתוך מטרה לרכוש את הבעלות בנכס. במקרה זה, בהעדר קניין בנכס - אין בפנינו גניבה במישור הממוני על אף שיש איסור גניבה במישור האיסורי.

באופן השני רצונו של הנוטל הוא, שלבעלים המקורי לא יהיה את הנכס. במקרה זה הוא יחשב לגנב אם יבצע את שני התנאים של נטילה והזקת הנכס.

בהתאם לכך מובן כדלקמן:

אדם הגונב ע"פ האופן הראשון ומבקש להעביר את הנכס לבעלותו הוא, הרי שלפי שיטת הרמב"ם והריצב"א עליו לעמוד בתנאי דיני הקניין, ולא משתכללת עוולת הגניבה כל עוד שלא נעשתה פעולה המועילה לרכישת בעלות בנכס.

משום כך, כאשר הגנב מבצע משיכה לרשות הרבים - אין בפנינו גניבה לפי שיטת הריצב"א והרמב"ם.

לעומת זאת, אדם שגונב ע"פ האופן השני וכוונתו לשלול את קניינו של הבעלים המקורי בנכס בלא שהנכס ייקנה לו, די לנו בנטילת הנכס לצורך איבודו ובלבד שהפעולה נעשית כחלק ממכלול הכולל גם פעולת היזק לנכס.

במקרה זה, אין נפקות לכך שהנטילה בוצעה ע"י מעשה שאינו מועיל על פי דיני הקניין לשם רכישת בעלות (או מחמת העדר כוונת קניין, או מכיוון שזו משיכה לרשות הרבים), שהרי זו גניבה ע"פ האופן השני המתמקד בשלילת בעלותו של הבעלים המקורי ולא ברכישת בעלות ע"י הגנב.

הגנב באופן השני חייב להשיב את הנכס מכח דיני הגניבה ולא מכח דיני הנזיקין. הגנב מתחייב מחמת נטילת הנכס לשם איבודו, ולא מחמת מעשה ההזיק, ומשום כך הוא חייב בהשבה אף שכאשר דיני הנזיקין לא יוצרים חיוב השבה (כגון במקרה של "גרמא בנוזיקין").

החיוב נעוץ בפגיעה בזכות הקניין של הבעלים המקורי ולא בנוק התוצאתי שנגרם לו.

לא ניתן אפוא להקשות על הרמב"ם והריצב"א מכח הסוגיה במסכת בבא קמא (צח, א), בנוגע לאדם הנוטל מטבע כדי לזורקה לים, שכן מדובר במקרה שחל בו האופן השני של הגניבה הגורם לחיוב השבה - אף שלא נעשתה פעולה המועילה לשם רכישת קניין.

מאידך גיסא, באופן הראשון נחוץ מעשה אשר על פי דיני הקניין יש בו כדי להעביר את הבעלות בנכס - ובכך עוסקת הסוגיה במסכת כתובות (לא, ב). בדבר גניבת הנכס והוצאתו מרשות הבעלים (מחלוקת רבינא ורב אחא) וכן המשנה במסכת בבא קמא עט, א (בנוגע למי שגנב ברשות הבעלים)<sup>10</sup>.

בהקשר זה יש להקשות, כיצד יכולים שני דברים חסרי משקל להצטרף ביחד כדי לעלות כדי גניבה ע"פ האופן השני. הן בפנינו נטילה, שאין לה אפשרות לעלות כדי קניין ושמבחינת דיני הגניבה אינה מהווה גניבה, וכן בפנינו מעשה גרימת נזק שאף בו אין כדי ליצור חיוב כספי, שהרי מדובר בגרמא בניזיקין (במקרה של "זרק מטבע לים"). כיצד מתחברים איפוא שני גורמים אלו כדי ליצור חיוב כספי?

נראה כי ההסבר לכך הוא כדלקמן:

יש שני אופנים להתנגש בבעלות של הבעלים המקורי בנכס:

(א) דרך אחת היא ע"י ניסיון להחיל על הנכס את בעלותו של הגנב. זוהי גניבה ע"פ האופן הראשון, והיא מתנגשת בבעלות של הבעלים המקורי ע"י הצבת בעלותו של הגנב כבאה במקום בעלותו של הבעלים המקורי. בהתאם לכך נחוץ מעשה אשר על פי דיני הקניין יש בו כדי להעביר בעלות בנכס.

(ב) דרך שניה היא ע"י נטילה המנפצת את הנכס עצמו. גם כאן אין יותר בעלות בנכס - בהעדר נכס.

בהקשר זה יש להבחין בין נזק שבו הפגיעה אינה בבעלות, אלא בנכס עצמו ובשווי הכספי, מקרה זה נדון על פי דיני הנזיקין - לבין נזק שמתלווה אליו נטילה שתכליתה לפגוע בבעלות, והנדון על פי דיני הגניבה.

---

10 יצוין, כי הגר"ח שם, מתייחס לאפשרות של שילוב בין שני דיני הגניבה, כאשר גנב שצעד במהלך הראשון ונטל את הנכס כדי לרכוש בעלות בו, מחליט לאחר מכן להזיק לנכס ולצעוד במהלך שעליו חל האופן השני של שלילת בעלותו של הבעלים המקורי מן הנכס.

כאשר מדובר בנזק שקדמה לו נטילה שתכליתה לפגוע בבעלות של הבעלים המקורי בנכס, הרי שבפנינו גניבה, ולא נזק שנדון על פי דיני הנזיקין. אכן, במקרה זה אין מעשה קניין מצד הנוטל הפוגע בבעלות ע"י ניסיון להציב כנגד הבעלות המקורית בעלות אחרת. אבל, יש בפנינו נטילה - שתכליתה לפגוע בבעלות ולא רק לפגוע בנכס.

כאשר יש נטילה - המציבה את הגנב כנגד הבעלים המקורי, ובפועל אכן נפגעת הבעלות ע"י כך שאין עוד לבעלות של הבעלים המקורי נכס כדי לחול עליו, הרי שזוהי גניבה.

משום כך, אף שמדובר בנזק שעל פי דיני הנזיקין אין מחייבים את הגורם לו לשלם, הרי שכשהוא נובע מנטילה יש בו כדי להוות מעשה גניבה, המקים חיוב של "והשיב". זוהי מהותה של גניבה ע"פ ה"אופן שני".

### עיון מחודש בשיטת התלמוד הירושלמי

בהתאם להסבר זה ניתן לראות באור חדש את דברי התלמוד הירושלמי שהובאו לעיל, לפיהם כאשר הגנב נוטל בהמה כדי לאבדה - פטור הוא מנזקים הנגרמים ע"י הבהמה.

בטרם שעמדנו על קיומם של "שני אופנים" בגניבה הבהרנו כי פטור זה נובע מכך שהגנב לא ביצע פעולה שיש בה כדי לקנות את הנכס, שכן כוונתו לאבד את הנכס ולא לרוכשו, וממילא בהעדר מעשה קניין - אין הוא נחשב לגנב.

הסבר זה לא התיישב עם האמור בתלמוד הבבלי מסכת בבא קמא (צח, א), כי הגונב מטבע על מנת לזורקה לים - נחשב לגנב, על אף שאין לו כוונה לרכוש את הנכס.

אכן, אין להקשות כי קיימת סתירה בין התלמוד הבבלי לבין התלמוד הירושלמי, שהרי אין הכרח כי דברי התלמוד הירושלמי יתאימו לשיטת התלמוד הבבלי.

אבל, בהלכה הפסוקה בשולחן ערוך, נפסק מחד גיסא כתלמוד הבבלי במסכת בבא קמא (שם) כי הגונב מטבע כדי לאבדה חייב בהשבה ונקרא גנב, ומאידך גיסא נפסק גם כדברי התלמוד הירושלמי במסכת

בבא קמא (פרק ו הלכה א) כי הגונב על מנת לאבד פטור מנזקים שמסב הנכם הגנוב:

וזה לשון השולחן ערוך חושן משפט (סימן שצו סעיף ג):

"הוציאוה ליסטים הם חייבים, משעת משיכה... ודווקא שהוציאוה כדי לגזלה, אבל הוציאוה כדי לאבדה - פטורים."

ובש"ך שם (ס"ק א) מובהר:

"פטורים - על הנזק, אבל לא על הבהמה עצמה, אף על פי שלא היה דעתם אלא לאבדה, וכדלעיל סימן שפ"ו גבי זורק מטבע לים הגדול".

הש"ך מפנה אותנו להלכה הפסוקה בשולחן ערוך חושן משפט (סימן שפו סעיף א):

"...לפיכך הדוחף מטבע של חבירו עד שירד לים חייב, אף על פי שלא הגביהו - דאילו הגביהו מיגזל גזליה".

מהלכה זו משמע כי אם הגביה את המטבע חל החיוב בהשבתו לא רק מדיני הנוזקין (מדין גרמי, להבדיל מגרמא) אלא גם מחמת דיני הגניבה. ולכאורה, דברים אלו אינם מתיישבים עם הפטור בגין נזקי הבהמה לצד ג', כפי שהוא נפסק בשולחן ערוך חושן משפט בסימן שצו?!

מצירוף הלכות אלו עולה איפוא כי מחד גיסא גנב של נכס שתכליתו לאבד את הנכס - נחשב לגנב לעניין זה שעליו להשיב את הנכס. ומאידך גיסא בגניבה מסוג זה, פטור הגנב מנזקי צד ג'.

נראה על כן כי ההסבר לדברי התלמוד הירושלמי שונה הוא, שכן גנב שתכליתו אינה לרכוש בעלות בנכס אלא לשלול את הבעלות מהבעלים המקורי - נחשב גם נחשב לגנב לצורך חיובי השבה, וזוהי ע"פ האופן השני.

עם זאת, חיוב הגנב בנזקי צד ג' שגורמת הבהמה הגנובה, חל רק בגניבה ע"פ האופן הראשון, כשהגנב מבקש להכניס את הנכס לרשותו.

ברצון לרכוש את הנכס ובפעולה שאכן הועילה לרכישת הנכס (בכפוף לדין של "והשיב את הגזילה") יש כדי לחייב את הגנב להיות אחראי לנזקים שגורם הנכס הגנוב לצד ג'.

לעומת זאת, בגניבה ע"פ האופן השני, הנכס לא נכנס לרשות הגנב, שהרי הוא לא ביצע פעולה המאפשרת לו לרכוש את הנכס.

משום כך, מציין התלמוד הירושלמי כי הגנוב על מנת לאבד את הנכס הגנוב, אינו חייב לשאת באחריות לנזקי צד ג' שמסב הנכס.

נמצאת למד כדלקמן:

(א) גניבה ע"פ האופן הראשון, שתכליתה רכישת הבעלות בנכס - יש בה כדי להכניס את הנכס לרשות הגנב והוא מחוייב:

(1) בהשבת הנכס כל עוד שהוא בעין;

(2) בהשבת דמי הנכס משהנכס ניוזק;

(3) באחריות לנזקי צד ג' שמסב הנכס הגנוב בהיותו ברשות הגנב.

(ב) גניבה ע"פ האופן השני, שתכליתה שלילת הבעלות מהבעלים המקורי, אינה מכניסה את הנכס לרשות הגנב והוא לא אחראי לנזקי צד ג' שמסב הנכס.

קיים רק חיוב השבה מחמת עצם הפגיעה בזכות הקניין של הבעלים המקורי.

חיוב זה חל כאשר יש נטילה בצירוף נזק לנכס, וזאת גם כשאין אפשרות לחיוב בגין הנזק שנגרם לחפץ הגנוב מכח דיני הנזיקין (כגון: במקרה של "גרמא בנוזקין").

התלמוד הירושלמי הקובע כי מי שגנב נכס לשם איבודו - פטור מנזקים שגורם הנכס הגנוב, מתייחס לגניבה ע"פ האופן השני.

בעוד שקודם לכן סברנו כי בהעדר כוונה לרכוש את הנכס לא חל אף חיוב השבה, הרי שעתה נראה כי רק חיוב כלפי צד ג' אין כאן, אך מדובר במעשה העולה כדי גניבה וחל חיוב בהשבה.

הטעם להלכה הפסוקה בשולחן ערוך הוא איפוא כי אכן גם בגניבה שלא מתלווית לה כוונה לרכוש את הנכס הגנוב, בפנינו גניבה וחיובי

ההשבה קיימים. עם זאת, קיים פטור מנזקי צד ג' כפי שמציין הש"ך, שכן מדובר בגניבה ע"פ האופן השני, ובהעדר בעלות בנכס אין אחריות לנזקיו.

### סיכום ביניים

נמצא כי בפנינו שתי דעות שאינן כה קוטביות כפי שסברנו מתחילה:

שיטת ר"י - בכל גניבה אין צורך במעשה המועיל לרכישת הבעלות בנכס. די בהוצאת הנכס מרשות בעליו כדי שהפעולה תעלה כדי עוולת הגניבה. בהתאם לכך, נטילה מרשות הבעלים שאינה מבוצעת באמצעות מעשה המועיל על פי דיני הקניין להעברת בעלות נחשבת לגניבה.

עם זאת, לעניין נזקי צד ג' יש צורך ברכישת בעלות בנכס ע"י הגנב, ובהעדרה הוא פטור מנזיקין.

שיטת הריצב"א והרמב"ם - היא כי בגניבה יש "שני אופנים":

האופן הראשון הוא נסיון לרכוש את הבעלות בנכס - ובמסגרתו על הגניבה להתבצע אך ורק ע"י מעשה המועיל ליצור קניין בנכס. משום כך משיכה לרשות הרבים לא עולה כדי גניבה.

האופן השני - מתייחס למי שכוונתו לשלול את הנכס מבעליו ע"י הוצאתו מרשותו ואיבודו. במקרה זה - בדומה לשיטת ר"י - הגנב לא קונה את הנכס ולא עושה מעשה קניין, ועם זאת הוא נחשב לגנב לעניין חיובי השבה.

בהתאם לשיטה זו של הרמב"ם וריצב"א ניתן לחייב את הגנב על אף שהנכס נמשך לרשות הרבים, אך הדבר מותנה בכך שהנכס גם ינוק ולא יהא בעין. אופן גניבה זה קיים איפוא רק כאשר הגנב חפץ בו מלכתחילה. ואולם, מקום שבו הגנב רוצה לרכוש את הנכס, ואינו עושה מעשה המועיל לשם כך על פי דיני הקניין - אין בפנינו פעולת גניבה.

גם לפי שיטת הריצב"א והרמב"ם, לא די במעשה גניבה הנעשה ע"פ האופן השני, כדי לחייב את הגנב בגין נזקים שהסב הנכס הגנוב לצד ג', ולשם כך יש צורך ברכישת בעלות בנכס הגנוב.

נמצא כי מחד גיסא גם לשיטת ר"י - אין חיוב בנזקי צד ג' בלא מעשה קנייני, ומאידך גיסא גם לשיטת הרמב"ם, בדומה לשיטת ר"י, תיתכן גניבה אף בלי מעשה בר תוקף קנייני, וזאת ע"פ האופן השני. ההבחנה בין שיטת הרמב"ם לבין שיטת ר"י - היא כי לשיטת הרמב"ם מעשה זה יחשב לגניבה רק אם מתלווה אליו פעולה של איבוד הנכס, והוא מותנה בכוונה להפסיד נכס זה לבעליו ולא לרכוש בעלות בו.

לפי הסבר זה, נשאלת השאלה, במה תלויה מחלוקתם?

נראה כי ההבחנה בין השיטות הללו נעוצה בשאלה כיצד יש להגדיר את עוולת הגניבה:

כפעולה המיועדת להתנגש בבעלותו של הבעלים המקורי ולסותרת; או שזו פעולה של הוצאת הנכס מרשות בעליו, שיש בה כדי להטיל חביונות מוגברות (להשבת הנכס או דמיו) אך אין היא מכוונת כנגד בעלותו של הבעלים המקורי בנכס.

הר"י סובר כי מדובר בפעולה של הוצאה מרשות הבעלים, המטילה חביונות, ולא במעשה הפועל במישור הקנייני. משום כך, אף מעשה שאינו בר תוקף קנייני, כגון משיכת הנכס לרשות הרבים, עולה כדי גניבה.

הרמב"ם והריצב"א גורסים כי גניבה היא מעשה הפועל במישור הקנייני ומיועד לשלול את בעלותו של הבעלים המקורי. משום כך, גניבה "רגילה" שתכליתה להציב את בעלות הגנב חלף זו של הבעלים המקורי, חייבת להתבצע ע"י מעשה בר תוקף על פי דיני הקניין. רק במקרה של גניבה שתכליתה שלילת הבעלות של הבעלים המקורי ע"י נטילה ואיבוד הנכס כך שלא יהא לבעלותו של הגנב על מה לחול, מהווה גניבה לעניין חיוב השבה, על אף שאין מעשה קניין.

על אף שיש נפקויות כאמור בין שיטת הרמב"ם והריצב"א לבין שיטת ר"י, ועל אף שנקודות המוצא קוטביות הן, ראינו כי גם לשיטת הרמב"ם והריצב"א יחול חיוב השבה במקום שבו הנכס ניטל על מנת לאבדו ואף נאבד בפועל, ומאידך גיסא אין מחלוקת בין השיטות כי בהעדר רכישת הבעלות בנכס, אין חיוב בנזקים שהוא מסב לצד ג'.



עם זאת, נראה להלן כי הגישה המצדדת בכך שגניבה היא כמהותה מעשה של רכישת קניין בנכס, מובילה ראשונים אחרים להגיע לעמדה קוטבית יותר.

### שיטת רש"י והרשב"א

בסוגיה במסכת גיטין מצינו כדלקמן:

במשנה במסכת גיטין (נב, ב) שנינו: "המטמא והמדמע והמנסך בשוגג - פטור. במזיד - חייב".

הגמרא שם (נג, א) מבהירה כי קיימות שתי אפשרויות לבאור משנה

זו:

(א) "היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק" - כלומר, על פי דיני הניזקין לא קיים חיוב ביחס להיזק שאינו מתרחש במישור הפיסי של הנכס, אלא כל קיומו במישור הדיני-משפטי, של הנכס. תפוח של תרומה טמאה ניחן בכל התכונות הפיסיות של תפוח תרומה טהורה, ויין שנתנסך לעבודה זרה אינו שונה בתכונותיו הפיסיות מאותו היין בטרם שנתנסך לעבודה זרה. ההבדל הוא רק בדין השונה המתייחס לנכס בעקבות המעשה שנעשה בו.

משום כך, הדין הוא כי מי שגרם "היזק שאינו ניכר" בשוגג - פטור.

עם זאת, חז"ל קבעו חיוב ממוני למי שגורם נזק בלתי מוחשי זה במזיד, כדי שלא ילך אדם ויזיק לחבירו בדרך זו.

(ב) לחילופין מבהירה הגמרא, כי "היזק שאינו ניכר שמיה היזק" - דהיינו, היזק שכל קיומו במישור הדיני-משפטי - נחשב להיזק הגורר חיוב ממוני.

לפי גישה זו, הפטור שנקבע בעת שנזק זה נגרם בשוגג נובע מתקנת חכמים, שתכליתה לעודד את המזיק להודיע לניזוק על מעשיו, שאם לא כן, לא ידווח על מעשיו מי שגרם בשוגג נזק זה שתוצאתו בלתי נראית, ונמצא הניזוק אוכל מאכלים אסורים.

לעומת זאת, הגורם נזק זה במזיד בוודאי יספר על כך, שהרי אם לא יעשה כן, לא יסב נזק, וזו כוונתו של המזיד. משום כך לא

נקבעה בעניין זה תקנת חז"ל והמזיק ממשיך להיות חייב בהתאם לדין המקורי הקובע כי היזק שאינו ניכר - מהווה עוולה נזיקית.

כך או כך, ברור כי על פי דיני הנזיקין אין חיוב כספי בגין נזק שאינו ניכר שנגרם בשוגג.

את המעשה שבגיננו חייב המנסך במזיד, מבהירה הגמרא שם (נב, ב) כדלקמן:

"רב אמר מנסך ממש ("שכשך ידו לתוכו (ביין) לשם עבודה זרה, וכך היתה עבודתן" - רש"י),

ושמואל אמר מערב" ("יין נסך ביין כשר של חבריו ואסרו בהנאה" - רש"י).

מאן דאמר מערב, מאי טעמא לא אמר מנסך?

אמר לך, מנסך קם ליה בדרכה מיניה. ואידך כדרב ירמיה, דאמר רב ירמיה משעת הגבהה הוא דקנה, מתחייב בנפשו לא הווי עד שעת ניסוך".

(כלומר, החיוב הממוני אינו מדין מזיק אלא מדין גנב. חיוב זה צומח כבר בשעת הגבהה היין הגנוב, ואילו חיוב המיתה עקב ניסוך היין לעבודה זרה נוצר רק לאחר מכן - בעת ביצוע הניסוך. מכיוון שמדובר בחיובים בגין פעולות שונות שאינן נעשות בו זמנית, הרי שלא חל הפטור של "קים ליה בדרכה מיניה").

רש"י (בד"ה דאגבהה) מבאר כי חיובו של המגביה את היין, מדין גניבה - חל אם ההגבהה היתה: "על מנת לגזולו". כלומר, רק אם מדובר בהגבהה שנעשתה מלכתחילה לשם ביצוע גניבה, מוגדר מגביה הנכס כגנב, להבדיל מאדם שהגביה רק לצורך גרימת הנזק.

אלמלא דברי רש"י אלו היינו עשויים לגרוס כי מדובר בגניבה ע"פ האופן השני, כאשר הגנב לא מעוניין לרכוש בעלות בנכס, אלא מעוניין לשלול אותו מהבעלים המקורי, ולגרוס לו נזק ע"י הניסוך לעבודה זרה, האוסרת את הנכס בהנאה.

רש"י מבהיר על כן, כי יש צורך בהגבהה המתבצעת מלכתחילה לשם גזילה, כדי להבהיר כי לשיטתו אם הוא מגביה את הנכס רק כדי להזיקו - אין זו גניבה.

ללמדך, כי לדעת רש"י הגונב ע"פ האופן השני - אינו עולה כלל כדי גניבה, לא רק לענין אחריות לנזקי הנכס הגנוב אלא אף לצורך חיובי השבה של הנכס או דמיו, שהרי זהו נשוא הסוגיה.

לכאורה, בפנינו גישה קוטבית יותר מזו של הרמב"ם והריצב"א ולפיה - לגניבה נחשב רק מעשה קניין שתכליתו לרכוש את הבעלות בנכס, ואילו האופן השני - אינו עולה כלל כדי גניבה, אף לא לצורך חיובי השבה של הנכס או דמיו.

הדברים חדים ומפורשים אף יותר עת שאנו מעיינים בדברי הרשב"א שם (ד"ה איתמר). הרשב"א מבהיר מדוע שמואל (הגורס כי "מנסך" פירושו - מי שמערב יין חבירו עם יין נסך קיים ולא מי שיוצר יין נסך בעצמו) אינו מקבל את דברי רב ירמיה, שעל בסיסם הבהרנו כי מדובר במנסך ממש ובכל זאת אין פטור מתשלום מכח הכלל של "קיים ליה בדרכה מיניה", מכיוון שהחיוב במיתה חל בעת הניסוך ואילו החיוב הממוני חל כבר קודם לכן בעת הגבהת היין.

ההסבר לכך הוא: שכן בדרך כלל ניסוך מתבצע בלי הגבהה מוקדמת; לחילופין מכיוון שגם במקרה שבו המנסך מגביה את היין, אין זו הגבהה לשם רכישת הבעלות ביין, אלא לצורך הזקתו.

משמע לכאורה כי פעולה שאינה מכוונת לרכישת הקניין בנכס אלא להזקתו אינה נחשבת לגניבה.

מדברי הרשב"א עולה לכאורה כי פעולה הנעשית ע"פ האופן השני של הגניבה, דהיינו שכל תכליתה לגרום נזק ולא לרכוש בעלות בנכס, אינה יוצרת חיוב ממוני של גניבה. מכאן עולה לכאורה, כי האופן השני של גניבה לא קיים לשיטת הרשב"א, והמגביה את היין שאינו מכוון לרכוש את הבעלות בו אינו נחשב לגנב, אף לא לצורך חיובי ההשבה של הנכס או דמיו.

עם זאת נראה כי הרשב"א ורש"י אינם חולקים במאום על שיטת הרמב"ם והריצב"א, וגם הם גורסים כי קיים אופן שני של גניבה, אשר

במסגרתו נוצרת גניבה כתוצאה מפעולה מצטברת של הוצאת הנכס מרשות בעליו ופעולה נוספת של היזק לנכס.

אלא שבסוגיה דנא נשוא הדיון הוא הדין של "קים ליה בדרבה מיניה" ולא של דיני הגניבה בכללם. בהקשר זה יושם אל לב כדלקמן: במקרה שבו הגנב אינו מתכוון לרכוש את הבעלות בנכס, תיתכן גניבה רק ע"פ האופן השני - הנוצרת כאשר לאחר הנטילה הנכס גם ניזוק;

פעולת ההיזק שבה נשלמת הגניבה זו היא במקרה דנא - ניסוך היין;

ניסוך היין הוא מעשה שחיובו מיתה (מדובר בניסוך יין לעבודה זרה);

ממילא חל הדין של "קים ליה בדרבה מיניה", ואין חיוב ממוני, שהרי אותו מעשה המשכלל את עוולת הגניבה (ניסוך היין) הוא המחייב בעונש חמור של מיתה.

משום כך מבהירים רש"י והרשב"א, כי אם בשעת הגבהת הנכס לא התכוון הגנב לרכוש את הבעלות, אין מעשה גניבה שהשתכלל בטרם ניסוך היין, שכן זו אינה גניבה ע"פ האופן הראשון.

אך אין להסיק מכאן כי לא תיתכן ככלל גניבה ע"פ האופן השני, שתשתכלל עם גרימת הנזק;

רק במקרה זה אין בפנינו גניבה, שכן נחוצה במסלול זה פעולת היזק - הלא הוא הניסוך, שביחס אליו חל דין "קים ליה בדרבה מיניה".

אבל, ככלל לא נכון לומר כי לשיטת רש"י והרשב"א לא קיימת גניבה ע"פ האופן השני, דהיינו - מעשה החל כתוצאה מצירוף של נטילה ללא כוונה לרכוש בעלות בנכס ביחד עם גרימת היזק לנכס.

### הפטור מתשלום דמי שימוש בנכס הגנוב

הכלל הוא כי גנב חייב להשיב את הנכס עצמו כל עוד שהוא בעינו (החיוב של "והשיב"), אך לא מוטלת על הגנב חובה ממונית לשלם דמי שימוש בגין התקופה שבה ניצל את הנכס הגנוב.

עניין זה נלמד במסכת בבא קמא (צז, א):

”איתמר, התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה.

אמר רב, רצה שכרה - נוטל; רצה פחתה - נוטל. ושמואל אומר, אינו נוטל אלא פחתה.

אמר רב פפא, לא פליגי ... הא דנחית ליה אדעתא דאגרא והא דנחית ליה אדעתא דגולנותא”.

כלומר, דברי רב לפיהם זכאי בעל הספינה לגבות דמי שימוש ראויים, מתייחסים לאדם שהשתמש בספינה מתוך כוונה לשלם דמים אלו. דברי שמואל לפיהם זכאי בעל הספינה לתבוע רק פחת ואינו יכול לתבוע דמי שימוש ראויים, מתייחסים לאדם שלא התכוון לשלם בעד השימוש בספינה, וממילא בפנינו גנב המשלם רק את מה שחיסר מן הבעלים (בהתאם לכלל לפיו “כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה”) ואינו משלם את דמי השימוש בנכס, אף אם דמי השימוש עולים על הפחת.

מסוגיה זו עולה איפוא כי אם נוטל הנכס עשה כן מתוך כוונה לגזול אותו, הרי שהוא מחוייב להשיב רק את מה שחיסר מן הבעלים ואינו מחוייב לשלם דמי שימוש ראויים.

לכאורה, הדברים תמוהים הם, שהרי נמצא כי דוקא אם יש לנוטל הנכס כוונת זדון לגזול, הוא פטור מתשלום דמי שימוש ראויים ומשלם רק את דמי הפחת, שהינם נמוכים יותר בדור”כ.

לעומת זאת, הנוטל נכס בלא כוונה לגזולו משלם דמי שימוש בגינו. הכיצד?

עניין זה מובהר ע”י ה”מחנה אפרים” בהלכות גזילה (סימן יב) כדלקמן:

כאשר יש כוונה לרכוש את הבעלות בנכס, בפנינו מעשה קניין מושלם בנכס, הכולל הן מעשה שיש בו על פי דיני הקניין להעביר בעלות בנכס והן גמירות דעת לרכישת הנכס.

אכן, התורה חייבה את הגנב להשיב את הנכס לבעלים המקורי אך לא מעבר לכך, והגנב משתמש בנכס שלבד מחיוב ההשבה נחשב לנכס שנסתיימה העברתו לידי הגנב ולבעלותו.

משום כך, הגנב אינו חייב לשלם דמי שימוש ראויים בגין השימוש בנכס הגנוב, שהרי הוא למעשה קנה את הנכס - בכפוף לחיוב של "והשיב את הגזילה", העומד כנגדו, ומעין משתמש בנכס של עצמו<sup>11</sup>.

ממילא מובן כי את הפחת עליו להשיב מכח הדין של "והשיב את הגזילה" אך אין הוא חייב לשלם דמי שימוש ראויים.

לעומת זאת, אם אין כוונה לרכוש את הבעלות בנכס, אין מעשה קניין ונמצא כי נוטל הספינה עשה שימוש בנכס של אחר, ועליו לשלם דמי שימוש ראויים.

ה"מחנה אפרים" ממשיך בהקשר זה ומעורר את הקושי דלהלן:

הלכה פסוקה היא בשולחן ערוך, חושן משפט, הלכות גזלה (סימן שסג סעיף ה): "התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה, אם אינה עשויה לשכר, שמין כמה פחתה ומשלם. ואם היא עשויה לשכר, אם ירד לה בתורת שכירות (דהיינו נטל את הספינה על דעת לשלם את שכר השימוש בה - ו.א), הואיל וירד שלא ברשות, אם רצה הבעל ליטול שכרה - נוטל; רצה ליטול פחתה - נוטל. ואם ירד לה בתורת גזל נותן הפחת. וכן כל כיוצא בזה. והוא הדין אם נטלה על דעת שאלה שלא מדעת, גזלן הוי".

הדין האמור, לפיו אין הגנב משלם דמי שימוש ראויים אלא את דמי הפחת בלבד, נאמר אם כן לא רק לגבי אדם שהתכוון לקנות את הנכס ולגזלו, אלא אף לגבי אדם שהתכוון לשאול את הנכס ללא רשות, שכן "שואל שלא מדעת גזלן הוא".

---

11 ובלשונו: "משום דברשותיה קיימא הגזילה ובדידיה קא משתמש". הדברים מתיישבים בעיקר עם גישתו של ה"חתם סופר" שהובאה בפרק א' לעיל.

ור' גם, ב"אור שמח" על הרמב"ם בהלכות גזילה ואבידה (פרק ג הלכה ח).

לפי הלכה זו נמצא לכאורה כי כל אדם המשתמש בנכס של חברו בלי רשות לא חייב אף פעם לשלם לו דמי שימוש, שהרי הוא נחשב לגנב וגנב מחוייב רק בהשבת הנכס עצמו ולא בתשלום דמי שימוש ראויים<sup>12</sup>. הייתכן?

קושי זה מיישב "המחנה אפרים" כדלקמן:

הפטור מדמי שימוש ראויים נקבע רק במקום שבו הגנב ביצע פעולת גניבה שיש בה כדי להעביר את הבעלות בנכס לרשותו, שכן במקרה זה הוא נחשב כמשתמש בנכס של עצמו. דבר זה קיים רק כאשר נעשה מעשה קניין ביחד עם כוונה וגמירות דעת לזכות בנכס.

אכן, הדין הוא כי "שואל שלא מדעת גזלן הוי", דהיינו מקום שבו כוונתו רק לשאול את הנכס ולא ליטלו לצמיתות - זוהי גניבה, שהרי יש לכל הפחות נטילה וחיוכים המוטלים על פי דיני השומרים ביחס לשואל.

ואולם, בעוד שלעניין הכוונה יש לומר כי גם נטילת נכס שלא לצמיתות נחשבת ככוונה לגנוב, הרי שלעניין מעשה הקניין מובן כי אם לא נעשה מעשה בר תוקף על פי דיני הקניין - לא ניתן לומר כי הוא משתמש בנכס של עצמו, וממילא חל עליו חיוב לשלם דמי שימוש ראויים.

---

12 המחנה אפרים תמה על אפשרות זו לנוכח הסוגיה במסכת בבא מציעא (סד), (ב) בה מצינו כי אדם המשתמש בעבד של חברו, פטור מדמי שימוש רק מכיוון שלבעלים של העבד נוח הדבר שישתמשו בעבדיו בעיתות הפנאי שלהם, כדי שלא יתרגלו להליכת בטל ולא יהפכו לעצלנים. משמע כי אלמלא כן, היה חייב בתשלום דמי שימוש. ולכאורה מדוע קיים חיוב שכזה, הרי בכל פעם שאדם משתמש שלא ברשות בנכס של רעהו, הוא נחשב לגנב וחייב רק בהשבה ולא בדמי שימוש? מן ההכרח איפוא לומר כי בהעדר כוונת גניבה לא נאמר הדין האמור.

ואולם, את הקושי על סוגיה זו מיישב ה"מחנה אפרים" בכך שבעבד אין דין גזילה (שכן עבדים אינם נגזלים), נמצא כי אין המדובר בנכס המצוי ברשות הגנב, וממילא אין פטור מדמי שימוש.

משום כך, יחול חיוב בתשלום דמי שימוש, בכל המקרים הבאים, שבהם אין מעשה בר תוקף קנייני:

(א) אדם המותיר את הנכס ברשות חבירו ועושה בו שימוש בלא להוציא את הנכס מרשות בעליו;

(ב) אדם השואל את הנכס ברשות בעליו, שבוודאי אין לכנות מעשהו כמעשה גזילה, ולאחר מכן הוא מותיר את הנכס ברשותו ואינו מחזירו לבעליו, שזהו שוב מקרה שאין בו מעשה קניין;

(ג) אדם הנוטל נכס שעל פי דיני הקניינים אינו ניתן להגנב, כגון: המשתמש במקרקעין או בעבד של חבירו, וכיו"ב.

בהתאם לשיטת ה"מחנה אפרים" נמצא כי גניבה היא רכישת זכות קניינית בנכס, של בעלות או של שאלה וכיו"ב, ולשם כך נחוץ מעשה קניין. משום כך, נטילת נכס בלא עשיית מעשה קניין או בלא כוונה לרכוש את הבעלות בו - אינה פוטרת מתשלום זה.

בהתאם לכך נמצא כי ניתן להגדיר מעשה כגניבה ("השואל שלא מדעת - גנב הוא"), ועם זאת לא יהא פטור מתשלום דמי שימוש ראויים, שכן פטור זה מותנה בקיומו של מעשה קניין ולא בהגדרת המעשה כגניבה.

קביעה זו יוצרת נפקות ברורה בין שני מסלולי הגניבה:

בגניבה במסלול הראשון - שבה יש מעשה קניין - פטור הגנב מתשלום דמי שימוש ראויים.

לעומת זאת, בגניבה במסלול השני - בהעדר מעשה קניין, הדבר אמנם נחשב לגניבה לעניין חיובי השבה, אך אינו נחשב לגניבה לעניין חיוב בתשלום דמי שימוש ראויים, שהרי הנכס לא קנוי לגנב ולא היתה מעולם כוונה מצידו לרכוש את הבעלות בו.

אם הגנב עשה שימוש כלשהו בנכס בטרם שאיבדו - יהא חייב בדמי שימוש בנוסף לחיוב בדמי הנכס עצמו כתוצאה מן הגניבה.

לפי שיטת ר"י הגורס כי גניבה אינה תלויה בביצוע מעשה קניין, נמצא לכאורה כי יש פטור מדמי שימוש - אף בגנב שלא עשה מעשה קניין, שהרי הפטור מדמי שימוש הוא פועל יוצא מהגדרת המעשה



כגניבה, בלא קשר להעברת הבעלות. במקרה זה קיים פטור מתשלום דמי שימוש ראויים לנוכח חידוש התורה, כי גנב משלם רק מה שנטל ולא חיובים כספיים אחרים. בהתאם לשיטת ר"י נמצא, כי כל אדם המשתמש בנכס של הזולת בלא רשות פטור מדמי שימוש, שכן "שואל שלא מדעת גולן הוא", וכל גנב חייב רק בהשבת הנכס או דמיו, אך פטור מהשבת דמי שימוש ראויים<sup>13</sup>.

**בפרקים הבאים נתמקד בשיטה הגורסת כי גניבה היא עוולה קניינית.**

---

13 עם זאת, יתכן לגרוס כי דברי ה"מחנה אפרים" נאמרו אף לשיטת ר"י, שכן גם לדבריו שאין הכרח בקיום מעשה בר תוקף קנייני כדי שהנטילה תוגדר כגניבה, ניתן להבחין בין גניבה עם מעשה קניין - שבה יש פטור מדמי שימוש, לבין גניבה בלי מעשה קניין שבה אין פטור כזה, וזאת בהנחה כי אף לשיטת ר"י ניתן לרכוש בעלות בנכס גנוב כשיש מעשה קניין - על אף שהדבר נעשה בניגוד לדעת הבעלים המקורי, וחידושו של ר"י הוא רק כי ניתן להגדיר מעשה כגניבה גם בלי מעשה בר תוקף קנייני. לעומת זאת, לשיטת רבא שהובאה בפרק א לעיל כי גניבה היא אף פעם לא רכישת בעלות בנכס ע"י הגנב, מובן כי הכלל שגנב אינו משלם דמי שימוש, נאמר בין בגניבה שבוצעה ע"י מעשה קניין ובין בגניבה שבוצעה בלא מעשה כאמור, וביחס לכך לא נאמרו דברי ה"מחנה אפרים".

## פרק ג - הכוונה העומדת בבסיס עוולות הגניבה והגזילה

### נשוא הדיון

כדי לעמוד על מהותה של הכוונה הנדרשת בעולות הגניבה, נקדים ונבהיר על דרך ההנגדה, כי בנוק אין נפקות כלל לכוונתו או להעדר כוונתו של המזיק, והוא חב בתשלומי נזק אף אם הזיק בשוגג או באונס. כלל זה שנוי במשנה במסכת בבא קמא (כו, א): "אדם מועד לעולם, בין שוגג בין מזיד, בין ער בין ישן".

להלן נדון בשאלה האם בגניבה ובגזילה, בניגוד לדיני הנזיקין, קיים צורך כי הגונב או הגוזל יטלו את הנכס מתוך כוונה לשללו מבעליו, או שמא אין צורך בכוונת גניבה לשם שכלול עוולה קניינית של גניבה.

### הריטב"א במסכת כתובות

הסוגיה ממנה עולה לכאורה כי אין עוולת הגניבה חלה במקום שבו אדם סובר כי הוא נוטל נכס השייך לו עצמו, מצויה במסכת כתובות (לד, ב):

"אמר רבא, הניח להן אביהן פרה שאולה... כסבורים של אביהן היא, טבחוה ואכלוה, משלמין דמי בשר בזול".

כלומר, יתומים טבחו ואכלו פרה שנמצאה בין המיטלטלין שירשו מאביהם, מתוך הנחה כי היתה שייכת לאביהם. לאחר מכן התברר כי הפרה לא היתה שייכת לאביהם אלא היתה שאולה בידו, ונמצא כי היתומים טבחו ואכלו את של זולתם - בלא יודעין.

ביחס לכך קבע רבא, כי דינם של יתומים אלו כדין מי שעושה עושר ולא במשפט, ועליהם להשיב את דמי הנאתם מן האכילה. הנאה

זו מחושבת לפי הערך של ארוחה בשרית במקום הזול ביותר שבו ניתן לרוכשה, שכן רק ערך זה מגלם את שיעור ההוצאה שנחסכה מהם.

חיוב זה מתייחס רק למה שהיתומים נהנו משל זולתם. אבל, מעבר לתשלום האמור אין על היתומים כל חיוב מדין גזלן או גנב.

הטעם לכך שנטילה זו אינה מחייבת את היתומים לשלם את שווי הנכס שנטלו, מובהר בחידושי הריטב"א שם (ד"ה כסבורין): "כיוון שהיו סבורין שהוא של אביהם אין כוונתם לגזול אלא לאכול משלהם".

כלומר, הפטור נובע מהעדר כוונה של היתומים לגנוב את הבהמה, שהרי הם סבורים כי היא שלהם.

סוגיה זו מלמדת לכאורה, כי אין חיוב לשלם את דמי הבהמה על אף שיש כאן מעשה של נטילה, וכל זאת רק מכיוון שהכוונה לגנוב אינה קיימת.

ואכן, בספר מחנה אפרים (הלכות גזילה סימן ז) הביא את דברי הריטב"א הללו כמקור לכך שעולת הגניבה אינה משתכללת אלא אם יש לגנב כוונת גניבה.

עם זאת יצויין, כי מדברי הסוגיה כשלעצמה (לולי הסברו של הריטב"א), אין להביא ראיה לכך שבלא כוונת קניין אין עולת גניבה, שכן התוספות במסכת בבא קמא (כו, ב ד"ה ושמואל) מבהיר, כי המקרה דנא הינו "אונס גמור" מצד היתומים, שכן האב הוא ששאל את הפרה, ועם מותו לא יכלו היתומים לדעת כי היא אינה שלו, ולא היו צריכים להעלות זאת על דעתם. אדרבה, חזקה היא כי כל מה שמצוי תחת יד אדם הרי הוא שלו.

תוספות מצייין כי באונס גמור אין מקום לחייב אפי' מצד פרשת נזיקין, שכן אמנם ככלל, מחוייב המזיק באונס כברצון, כתוצאה מכך שעל אדם לכלכל את מעשיו בזהירות כדי שלא ייקלע למצבים של העדר שליטה. אך, במקרה של אונס גמור, שבו לא היה בידו להימנע מן המצב אליו נקלע - הרי שהוא פטור.

אם אכן נובע הפטור מתשלום דמי הפרה מחמת שמדובר באונס גמור, אין בידינו ראיה כי עולת הגניבה אינה משתכללת בהעדר כוונת

קניין, שהרי פטור היתומים נובע מן האונס הגמור שבו מאופיין מקרה זה.

בהקשר זה יש לעיין בסוגיה נוספת במסכת בבא קמא (קיא, ב) בה מצינו כדלקמן:

”אמר רב חסדא, גזל ולא נתיימשו הבעלים ובא אחר ואכלו ממנו, רצה מזה – גובה; רצה מזה – גובה.”

סוגיה זו מתייחסת למצב בו גנב אדם דבר מאכל ולאחר מכן בא אדם אחר ואכל את הנכס הגנוב. רב חסדא סובר כי אם הבעלים המקורי לא התיימשו מן הנכס הרי שהוא רשאי לתבוע את דמי הנכס ממי שיבחר: או מן הגנב שנטל את הנכס (להלן: ”הגנב הראשון”), או מן האדם שאכל את הנכס הגנוב (להלן: ”הגנב השני”)<sup>1</sup>.

לכאורה, במה שונה סוגיה זו מן המקרה של יתומים שטבחו פרה וסבורים היו כי של אביהם היא?

הריטב”א הסובר כאמור כי עוולת הגניבה חלה רק כאשר הנוטל מתכוון לגנוב את הנכס, מסביר בהקשר זה:

”לפי שידוע השני דגזילה היא בידו של ראשון, ואפילו לא ידע נמי הרי גזילה מן הראשון. מה שאין כן בזו, דכיוון שהיו סבורין שהוא של אביהן אין כוונתם לגזול אלא לאכול משלהם, וכיוון שכך אין להם לשלם אלא דמי בשר בזול.”

כלומר, מקום שבו אדם מתכוון ליטול את שלו, כפי שקורה ביחס ליתומים הטובחים בהמה שירשו מאביהם וסבורים כי שלו היתה – אין כאן מעשה קניין, ואין הדבר עולה כדי גניבה. לעומת זאת, בסוגיה העוסקת באדם שנטל נכס גנוב מן הגנב הראשון ואוכלו, מדובר באחד משני המקרים הבאים:

---

1 לעומת זאת אם הבעלים המקורי התיימשו מן הנכס בטרם שהגנב השני נטלו, הרי שחל הכלל לפיו ”יאוש ושינוי רשות קונה”, ונמצא כי בעת שהגנב השני נטל את הנכס הוא קנה את הבעלות בו.

או שהגנב השני ידע שהנכס גנוב בידי הגנב הראשון וממילא נטל את הנכס ביודעין כי ע"י אכילתו הוא מוציאו מידי בעליו המקורי - ומתוך כוונה לגנובו;

או שהגנב השני התכוון לגנוב את הנכס מבעלות הגנב הראשון. אך מקום שבו הגנב השני אינו מתכוון להוציא את הנכס מיד בעליו, אין לו דין של גנב, ודינו של מקרה זה יהא כשל היתומים. כך למשל, אם הוא סבור כי הנכס שייך לגנב הראשון והלה מרשה לו לאכול את הנכס, אין בכך משום גניבה, שהרי הוא אינו מתכוון לקנות את הנכס. סוגיה זו מהווה לכאורה ראייה, בהתאם להסברו של הריטב"א, לכך שנדרשת כוונה כדי שהמעשה יעלה כדי גניבה.

לעומת זאת, לפי שיטת התוספות יתכן שאין לסוגיות אלו כל שייכות לצורך בכוונה לשם שכלול עוולת הגניבה, אלא שהיתומים אינם נחשבים לגנבים מכיוון שמדובר באונס גמור, ואילו במקרה של הנוטל נכס מן הגנב הראשון, יודע הנוטל כי הנכס אינו שלו עצמו, וממילא אין המדובר באונס ובוודאי שלא באונס גמור, ועל כן נחשב הוא לגנב.

#### המאירי במסכת בבא קמא

במשנה במסכת בבא קמא (ק, ב) מצינו מחלוקת ר' מאיר ור' יהודה ביחס לאדם שאומנתו בצביעה, אשר קיבל צמר כדי לצבוע אותו בצבע אדום, ובפועל צבע אותו בשחור.

ר' מאיר אומר, נותן לו דמי צמרו (כלומר, הצבע קונה את הנכס ע"י השינוי שחולל בו, שלא ברשות בעליו, ומכאן ואילך עליו לשלם לבעלים המקורי את דמי הנכס שנטל).

ר' יהודה אומר, אם השבח יתר על היציאה נותן לו את היציאה, ואם היציאה יתירה על השבח נותן לו את השבח.

כלומר, הצבע אינו קונה את הנכס ואינו נחשב לגנב, ועל כן חוזר הנכס לבעליו המקוריים, ועל הבעלים המקורי מוטל רק לשלם לצבע החזר של ערך הצבע שהשקיע בנכס, או ערך ההשבחה לנכס שחלה כתוצאה מן הצביעה שלו, לפי הפחות מבין השניים.

המאירי מסביר שדברי ר"מ הסובר כי הצבע נדון כגזלן, אינם מתייחסים דווקא לצבע ששינה בכוונה מהוראת הבעלים, וגם במקרה שלא היתה לו כל כוונה לשנות מדעת הבעלים, קונה הצבע את הנכס.

ממילא מסיק המאירי (שם צה, א) ממשנה זו כדלקמן:

"מי שגזל, אף על פי שאינו מתכוון לכך כגון שהיה סבור שהיא שלו, או שלקח מגזלן ואינו יודע שגזל ונשתנית בידו, או הושבחה או הוכחשה, בכלום דינו כגזלן גמור, שמכל מקום גזלן הוא..."

שיטת המאירי חלוקה איפוא באופן קוטבי על שיטתו של הריטב"א, ולפי שיטת המאירי הנכס קנוי לגנב על אף שלא היתה לו כל כוונה לגנוב.

עם זאת, עדיין יש צורך להבהיר בדברי המאירי כדלהלן:

הריטב"א, הסובר כאמור כי נחוצה כוונה לשם שכלול עולת הגניבה, תמך יתדותיו בסוגיה במסכת כתובות, הקובעת כי היתומים ששחטו את הפרה שנמצאה בין נכסי אביהם אינם נחשבים כגזלנים.

מי שאינו גורס את שיטת הריטב"א, חייב לנקוט, כשיטת התוספות, כי מקרה זה של היתומים נחשב לאונס גמור, וזו היא הסיבה שאין מקום לחייבם על מעשיהם.

את המקרה של יתומים ניתן להגדיר כאונס גמור, מכיוון שהימצאות הנכס בין שאר נכסי העיזבון היא ראייה לכאורה לכך שהנכס שייך ליתומים, ולא הייתה מוטלת עליהם חובה לחשוש שמא אין הנכס (הפרה) שלהם.

אם מגדירים את היתומים כמצויים במצב של "אונס גמור", נשאלת השאלה: כיצד נוקט המאירי בשיטה כי "מי שגזל אף על פי שאינו מתכוון לכך כגון שהיה סבור שהיא שלו, או שלקח מגזלן ואינו יודע שגזל... דינו כגזלן גמור", הרי אדם זה סבור בצדק שהנכס הינו שלו?!

מה ההבדל בין המקרה של יתומים שמוגדר כאונס גמור, לבין מקרה של מי שקנה נכס מגזלן ולא ידע כי הנכס גזול אצלו?

מדוע במקרה של יתומים אין הם מוגדרים כגנבים, לנוכח אי ידיעתם, ואילו מי שקנה נכס גנוב, נחשב ל"גזולן גמור" והינו חייב? הן מבחינת ה"אונס" אין לכאורה הבדל בין המקרים.

ואם סובר המאירי, כי הגזול בלא כוונה נחשב לגזולן, ולדידו אדם המחזיק נכס וטועה לחשוב שהנכס שייך לו – אינו נחשב לאונס גמור, היאך יסביר המאירי את הסוגיה במסכת כתובות הגורסת כי היתומים אינם גזלנים?

תשובה לדבר ניתן למצוא עת שמעיינים בדברי המאירי במקום אחר שם (צח, ב) ביחס למשנה הנ"ל, כדלקמן:

"רבי מאיר אומר, נותן לו דמי צמרו, וכל השבח לגזולן, שהמעביר על דעתו של בעל הבית גזולן הוא וקנאו בשינוי ומשלם אפילו נאנס בידו אחר כן, כדין גזולן.

ורבי יהודה אומר, הואיל ומכל מקום אינו מתכוון לגזול לא קנאה בשינוי ולצורך בעל הבית הושבחה...

והלכה כרבי יהודה, ומכל מקום, אם נתכוון לכך, נותן לו דמי צמרו."

המאירי מבהיר איפוא כי בשאלה זו: האם דרושה כוונה כדי לשכלל את עוולת הגניבה, קיימת מחלוקת ר' מאיר ור' יהודה. וההלכה היא כשיטת רבי יהודה לפיה נדרשת כוונה כדי להיחשב לגנב<sup>2</sup>.

2 אלמלא דברי המאירי לא היינו מייחסים מחלוקת זו בין רבי יהודה ורבי מאיר לשאלה האם נדרשת כוונה מצד הגנב אם לאו, אלא היינו מבארים את המשנה, כדברי רש"י שם, כי המשנה מדברת בצבע ששינה ביודעין ובמכוון מהוראתו של בעל הבית, אלא שלדעת רבי יהודה, הצבע ששינה את הנכס מכפי שרצה בעל הבית לא קנה את הנכס, מכיוון שחז"ל קנסו אותו במקרה שכוה, וחייבו אותו להחזיר את הנכס לבעלים ולקבל תמורת עבודתו סכום נמוך מהמקובל (או החזר של ערך הצבע שהשקיע בנכס או את ערך ההשבחה לנכס שחלה כתוצאה מן הצביעה שלו, לפי הפחות מבין השניים). ואולם, לפי ביאורו של המאירי כי המשנה עוסקת בצבע ששינה מהוראת בעל הבית בשוגג, מן ההכרח לפרש כי אין המדובר בקנס של חז"ל, אלא שגניבה אינה מתחוללת בלא כוונת גניבה, לפי שיטת רבי יהודה.

ואכן, הרב וואזנר בספרו שבט הלוי<sup>3</sup> נוטה לגרוס כי המאירי אינו חולק על הריטב"א וגם על פי שיטתו של המאירי להלכה, אין גניבה מתחוללת בלא כוונה מצד הנוטל.

לפי מסקנה זו, נוכל לכאורה לומר כי גם מה שפסקה הגמרא בסוגיה של יתומים, שאינם נדונים כגזלנים, נובע מכך שלא היתה להם כוונה לגזול את הנכס. זאת לנוכח העובדה כי ההלכה היא כאמור כרבי יהודה, הסובר שאין עוולת הגניבה חלה בלא שיש כוונה.

דברי המאירי לגבי גזלן העושה את מעשיו בהעדר כוונה, שנאמרו ביחס לצבע, התייחסו לשיטת רבי מאיר, וההלכה נפסקה כאמור כשיטת ר' יהודה.

### שיטת הש"ך וסוגיית "אין שליח לדבר עבירה"

ניתן לכאורה להוכיח כי עוולת הגניבה אינה משתכללת בהעדר כוונה, מדברי הש"ך שנקט כדלקמן:

קיים כלל לפיו "אין שליח לדבר עבירה". טעמו של כלל זה מבואר במסכת קידושין (מב, ב):

"...אין שליח לדבר עבירה, דאמרינן: דברי הרב ודברי התלמיד - דברי מי שומעים?"

רש"י: "אין שליח חשוב שליח לדבר עבירה, שיתחייב שולחו, אלא הרי הוא כעושה מאליו".

כלומר, מכיוון שניצב בפנינו דברו של הרב (הקב"ה) שלא לעשות דבר עבירה, וכנגדו ניצבים דברי התלמיד (השולח) המבקש לבצע בשליחותו פעולה העולה כדי עבירה, אין השליח יכול להיתלות בהוראת השולח, שהרי כנגד הוראה זו ניצבת הוראה רמה יותר המורה לו שלא לפעול בדרך זו. אם על אף הוראתו של הרב (הקב"ה) בחר השליח לעשות את הפעולה הכרוכה בעבירה, הרי שהוא עושה כן - מכח הכרעה

---

3 חלק ו סימן רלח. המקרה שבו דן הרב וואזנר הוא "כבר אדם שהחליף כובע שלו, (בכובע) שחשב ששלו הוא, ושוב נתברר שלקח של אחר, וכינתיים נאבד הכובע, האם יש לו דין גולן לעניין האונס?"



ערכית שלו עצמו, ולא מכיוון שכך אמר לו השולח לעשות. ממילא אין לייחס מעשה זה לשולח.

טעם נוסף לכלל ש"אין שליח לדבר עבירה" הוא, כי שליחות היא חידוש שחידשה התורה - לפיו יכול פלוני לעשות מעשה ולשייך אותו לאלמוני. חידוש זה קיים רק לטובת פעולות המותרות על פי דין, ולא כדי לסייע לאדם לבצע עבירה. בהעדר חידוש התורה של שליחות - אין המעשה שנעשה ע"י השליח מיוחס לשולח, והפעולה אינה עולה כדי עבירה של השולח.

לאור הכלל של "אין שליח לדבר עבירה" מבהיר הש"ך<sup>4</sup> כי אם אדם שולח את חברו ואומר לו: "קח לי שור שהוא בבית פלוני, שהוא (השור) שלי", ונמצא שאינו שלו אלא לגנבו נתכוון - שניהם פטורים. השולח פטור, מכיוון שאין שליח לדבר עבירה<sup>5</sup>. השליח פטור, שהרי הוא לא ידע כי מדובר בחפץ של אחרים "והוא לא נתכוון לגונבו".

ודוק, ביחס לסוגיה זו לא ניתן לגרוס כי השליח נחשב לאונס גמור, שהרי במקרה זה פועלת לרעתו החזקה לפיה כל מה שתחת יד אדם הריהו שלו. בניגוד למקרה של יתומים שאכלו בהמה שהיתה ברשותם, כאשר החזקה האמורה פעלה דווקא לטובתם.

---

4 שולחן ערוך חושן משפט (סימן שמח ס"ק ו).

5 עם זאת, מובאות בש"ך דעות ראשונים הסוברים כי השולח חייב מחמת גניבת השליח, שכן במקרה שבו השליח אינו מודע לכך שמדובר בגניבה, לא קיימת אצלו הכרעה ערכית להעדיף את דברי התלמיד (השולח) על דברי הרב. מי שנוקט בגישה לפיה טעמו של הכלל כי "אין שליח לדבר עבירה" נעוץ רק בכך ש"דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים", גורס כי חלה שליחות במקרה דנא, בו השליח לא ידע שזו גניבה.

רק לפי השיטה הגורסת כי "אין שליח לדבר עבירה" מכיוון שהחידוש של שליחות לא נקבע ביחס למקרה המוגדר כעבירה, לא תחול השליחות במקרה דנא, שהרי אף אם השליח אינו מודע למשמעות האמיתית של מעשהו, בפנינו מעשה המהווה עבירה במהותו - ולא חלה לגביו שליחות.

נטילת מיטלטלין מן הזולת בניגוד לחזקה זו, תוך הסתמכות סתמית על דברי המשלח, בלא לברר תחילה את העובדות לאשורן, אינה נחשבת לאונס אלא לשוגג.

מכיוון שמדובר בשוגג ולא באונס – ובוודאי שלא באונס גמור, נמצא כי אילו החיוב היה נזיקי – השליח היה חייב לשלם בגין מעשה שכזה.

על אף זאת מצינו בש"ך כאמור, כי השליח פטור, מכיוון שהמעשה נדון על פי דיני הגניבה ולא על פי דיני הנזיקין, והפטור נובע מכך שהשליח לא התכוון לרכוש את הנכס.

מכאן, שבגניבה, להבדיל מאשר בנזק, אין חיוב בהעדר כוונה לגנוב.

### שיטתו של "קצות החושן"

"קצות החושן" (בסימן כה) ממבהיר בהתבסס על שיטת הש"ך עצמו בסוגיית דיין שטעה בדין, כדלקמן:

הש"ך<sup>6</sup> פוסק כי במקרה שבו דיין טעה בדין, ואף הוציא לפועל את פסק דינו (המוטעה) כשהוא נוטל את הכספים מן הנתבע ומעבירים לידי התובע, חייב הדיין לפצות את הנתבע מכיסו הוא<sup>7</sup>.

במקרה זה של דיין שטעה בפסיקת הדין, ברור כי לא ניתן לחייבו מדין מזיק, שהרי המיטלטלין לא ניזוקו אלא רק עברו מיד ליד, ואילו דיני הנזיקין מתייחסים רק למקרה שבו ניזוק הנכס.

הפקעת הנכס מידי הנתבע והעברתו לידי התובע מקימה עוולה של גניבה.

6 שולחן ערוך חושן משפט (סימן כה ס"ק א).

7 זאת כאשר פסק הדין הוא בלתי הפיך ולא ניתן עוד להשיב את המצב לקדמותו ע"י השבת הכספים מן התובע לנתבע, כגון כאשר התובע שקיבל את הכספים נסע למדינת הים. ובלשון הש"ך: "אם נשא ונתן ביד חייב לשלם אפילו בדבר משנה, כיוון דנשא ונתן ביד טובא עבד, ונכנס הדיין תחתיו והוי ליה כמלוה דיליה ושוב אין לבעל דין דין ודברים עם חבירו רק עם הדיין, וזה שהלך למדינת הים או הוציא המעות הוי ליה כאילו הוציא המעות של הדיין, והדיין הוא החייב לבעל-דין שנטל ממונו".

נמצא איפוא כי לשיטת הש"ך, חייב הדיין לשלם לבעל הדין שממנו נטל את הנכס - מדין גנב.

ודוק, הדיין בודאי שאינו מתכוון לגנוב, אלא סובר שהוא מעביר את הנכס מידי הנתבע לידי התובע - כדת וכדין. על אף זאת נחשב הדיין לגנב, עקב העברת הנכס שלא כדין מן התובע לנתבע.

"קצות החושן" תמה על כן על דברי הש"ך ומציין כי דבריו סותרים לכאורה לדברים שכתב הוא עצמו (בסימן שמח), לפיהם לא ניתן לחייב גנב בגין גניבה, שבה אין לגנב (באותו מקרה השליח) כוונת גניבה.

עם זאת, לכשיעויין בדברים נראה כי ניתן ליישב בנקל את הקושי האמור וכדלקמן:

הטעם לכך שאדם שאינו מכוון לגנוב ונוטל את הנכס בשוגג אינו נחשב לגנב, נעוץ בכך שיש צורך לבצע מעשה קניין כדי לשכלל את עולת הגניבה. ממילא לא משתכללת עוולת הגניבה, שהיא עוולה קניינית, מקום שבו אין כוונה לקנות את הנכס, וזאת בהעדר קניין.

הש"ך קבע על כן כי השליח פטור משום שנטל את הנכס בשוגג, שכן מחמת שגגתו הוא נעדר כוונת קניה. משום כך, במקרה של יתומים הסבורים שהנכס הוא שלהם, בדומה למקרה של שליח הסבור כי הנכס הוא של השולח - לא חלים דיני הגניבה. במקרים אלו, אין כוונה מצד הנוטל לקנות את הנכס ולרכוש בו בעלות - משום כך, אין גניבה.

לעומת זאת, הדיין השוגג סבור אמנם כי על פי דין יש למסור את הנכס או דמים מסויימים מראובן הנתבע לשמעון התובע. ואולם, פסיקתו אינה בגדר השבה לשמעון של נכס השייך לו ממילא מלכתחילה בלא כל הקנייה, אלא שפעולתו היא פעולת גבייה שיש בה כוונה להעביר את הבעלות בנכס או דמים מסויימים מן הנתבע לתובע. במקרה זה יש פעולת הקנייה ובצידה כוונה להקנות.

הדיין אכן שוגג בידיעת הדין ואין לו חלילה כל "כוונה פלילית" לבצע גניבה, אבל יש לו כוונה להעביר בעלות בנכס, מן הנתבע לתובע, וזוהי הכוונה הדרושה לשיטת הש"ך כדי שהמעשה יחשב לעוולה של גניבה.

כאשר יש כוונה ליצור מעשה קניין, הרי שלשיטת הש"ך עולה המעשה כדי עוולה של גניבה, על אף השוגג שבדבר והעדר כוונה פלילית לגנוב.

"קצות החושן" המקשה על שיטת הש"ך ואינו מקבל את ההבחנה האמורה, סבור ככל הנראה כי חיובי הגניבה לא חלים בשוגג, מכיוון שמדובר בעוולה הדורשת כוונה לגנוב, ולא די בכוונה לבצע קניין.

הדיין הנוטל נכס בשוגג ומעבירו מן הנתבע לתובע, פטור לשיטת "קצות החושן" מדיני גניבה גם אם הוא מתכוון לביצוע מעשה קניין, שכן עוולת הגניבה אינה משתכללת במקום שבו אין כוונה לגנוב. נמצא איפוא כי המחלוקת היא איזו כוונה דרושה כדי לחולל את עוולת הגניבה:

לשיטת "קצות החושן" הגניבה היא עוולה המתחוללת רק כשנעשתה בכוונת מכיוון ולא בשוגג<sup>8</sup>;

לעומת זאת, לשיטת הש"ך, הכוונה הדרושה היא - גמירות דעת לחולל מעשה קניין. הגניבה אינה עוולה הדורשת כוונת זדון והיא עשויה להשתכלל אף אם הגנב שביצע את פעולת הקניין הוא תם לב לחלוטין. מקום שבו יש כוונה לביצוע קניין ע"י הנטילה של הנכס, נוצר חיוב, על אף שהאיש הוא שוגג גמור ולטובה בלבד התכוון במעשיו.

בהקשר זה יצויין, כי קיים הבדל נוסף בין שיטת הש"ך לבין שיטת "קצות החושן", כאשר לשיטת "קצות החושן" נמצא כי העוולה של גניבה קלה יותר מאשר העוולה הנזיקית, שהרי בנזק חב אדם גם כשהוא אנוס או שוגג (ולכאורה אף אם המזיק שובר נכס במזיד כאשר הוא סבור בטעות כי זהו נכס שלו עצמו - הוא יהא חייב בנזיקין, אלא אם כן מדובר באונס גמור בזיהוי הנכס או כבעלות בו). לעומת

---

8 לפי שיטת "קצות החושן" הגניבה היא בראש ובראשונה מעשה עבירה, ורק לאחר מכן יש לה השלכות ממוניות. מכיוון שכן, אין להתייחס למעשה כאל גניבה במישור הקנייני, כל עוד שאין המעשה מוגדר כעבירה, במישור האיטורי.

זאת, בגניבה אין אדם חב כשהוא שוגג, אף אם התכוון לקנות את הנכס<sup>9</sup>.

“קצות החושן” חולק על כן על שיטת הש”ך כי דיין שטעה בדין חייב לשלם מביתו, ומבהיר:

“לפי מה שנראה מבואר בש”ס לא אמרו אדם מועד לעולם, לרבות שוגג כמזיד, אלא דווקא לגבי מזיק... אבל, בגניבה וגזילה לא מרבינן שוגג כמזיד, וכגון שלקח חפץ של חבירו ונתנו לאחר, כסבור של אחר הוא... ואם כן צריך לומר אף על גב דאדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד, היינו דווקא במזיק וכמו שכתבנו. אבל בגזילה, כיוון דאת גוף החפץ לא הזיק אלא הגביה ונתנו לאחר והיה שוגג בו, דכסבור שהוא של אחר, לא מחייב על השוגג”.

לעומת זאת, לפי שיטת הש”ך ימצא לכאורה כי יתכן מקרה שבו דין הגנב חמור מדינו של המזיק. זאת מכיוון שבנזיקין פטור אדם אם ארע הנזק באונס גמור, ואילו בגניבה תלוי החיוב לשיטת הש”ך בקיומה של גמירות דעת לקניין בלבד. אדם המתכוון לחולל קניין ע”י נטילת הנכס מבעליו נחשב לגנב, אף אם הוא שוגג או אנוס, ושמא אף אם הוא אנוס גמור, שמזיק פטור בו<sup>10</sup>.

9 דבר זה מובהר ע”י “קצות החושן” בכך שבדיני הנזיקין קיימת גזירת הכתוב (הנלמדת מן הפסוק “פצע תחת פצע” - שמות כא, כה) ממנה למדים חז”ל כי קיים חיוב אף בשוגג. גזירת הכתוב היא ההופכת את דיני הנזיקין למעין עוולות של אחריות מוחלטת. ואולם, גזירת כתוב זו, אין לה אלא חידושה, ובהעדר פסוק מקביל ביחס לגניבה או גזילה, הרי שבעוולות אלו נדרשת כוונת זדון של שלילת הנכס מן הזולת. כתוצאה מכך, נמצא אכן כי דינו של הגנב קל בעניין זה מדינו של המזיק.

10 שיטת הש”ך נתמכת לכאורה בדברי התוספות במסכת קידושין (נה, א ד”ה אין מועל אחר מועל), המבחין בין אדם הנהנה מנכס וכסבור שהוא שלו, לבין מי שנהנה מנכס ויודע שהוא של חבירו. ומביא ראיה לכך כדלקמן:

בגמרא בכתובות (לד, ב) המפורטת לעיל מצינו, כי יורשים שמצאו בין נכסי העיזבון פרה וטבחו אותה ואכלוה מתוך הנחה כי היתה של המוריש, פטורים מחובת תשלום דמי הפרה ומשלמים רק את דמי הנאתם. הנאה זו מחושבת

### שיטת התוספות במסכת בבא קמא

שיטת "קצות החושן" הגורסת כי בשוגג לא משתכללת עוולת הגניבה - אינה עולה לכאורה בקנה אחד עם דברי תוספות במסכת בבא קמא (ה, א ד"ה המטמא), שיפורטו להלן:

בסוגיה בבבא קמא (ד, ב) מונה ר' אושעיה שלושה עשר אבות נזיקין (דהיינו עוולות נזיקות העומדות כל אחת כקטגוריה בפני עצמה), ואילו ר' חייא מונה עשרים וארבעה אבות נזיקין.

הגמרא מבהירה כי לדעת ר' אושעיה חלק מאבות הנזיקין הנמנים ע"י ר' חייא אינם נחשבים לאבות נזיקין ע"י ר' אושעיה ועל כן אינם נכללים על ידו במנין אבות הנזיקין.

---

לפי הערך של ארוחה בשרית במקום הזול ביותר שבו ניתן לרוכשה, שכן רק ערך זה מגלם את שיעור ההוצאה שנחסכה מהם.

לעומת זאת, אם היוורשים יצאו מנקודת הנחה כי מדובר בפיקדון שהופקד למשמרת בידי אביהם, ובכל זאת החליטו ליטול את הפרה, לטובחה ולאוכלה, מוטל עליהם לשלם את דמי הפרה לפי שווי השוק שלה ולא רק את דמי הנאתם. מכאן מבקש התוספות במסכת קידושין, שם, להביא ראיה כי "יש חילוק בין סבור שהוא שלו לסבור שהוא של אחרים". כלומר, רק מי שנוטל נכס ביודעין, ומתכוון להוציאו מרשות בעליו המקורי, הינו גנב ומחוייב בהשבה או בתשלום דמי הנכס. להבדיל ממי שנוטל נכס מכיוון שהוא סבור שהנכס שלו - שאינו נחשב לגנב.

ולכאורה, מה הראיה שמצא התוספות מן הגמרא במסכת כתובות הפוטרת את היתומים אם לא ידעו כי הפרה אינה שלהם, הרי גם על פי דיני הנזיקין קיים פטור במקרה של יתומים הסבורים כי הנכס הוא שלהם, שהרי המדובר באונס גמור? הן יתכן כי הפטור אינו נובע מהעדר ידיעה אלא מכיוון שמדובר באונס ממש?!

בהכרח נמצאת למד לכאורה, כי תוספות סבור שאין די בהיותו של אדם אנוס גמור כדי לפטור אותו מהשבת נכס גזול, ואם אך יש מעשה קניין הוא יחוייב בהשבה. הפטור קיים רק כאשר אין בפנינו מעשה קניין המוציא את הנכס מרשות לרשות. דברים אלו תואמים לשיטת הש"ך להבדיל משיטת קצות החושן. עם זאת, מובהר בחידושי הרב שמעון שקופ על מסכת כתובות (סימן מא) כי סוגיה זו מתיישבת גם על פי שיטת "קצות החושן", שכן מדובר בשומר ושומר חייב באבידה משעת אבידה, אף על פי שלעניין הקדש למשל אין הנכס יוצא מרשות הבעלים.

בין אבות הנזיקין שנמנו ע"י ר' חייא ולא נמנו ע"י ר' אושעיה מצויים גנב וגזול, וכן:

המטמא (המטמא פירות תרומה של חברו, וע"י כך אוסרם באכילה לכהן וגורם לכך שיש לזורקם ולהפסידם);

המדמע (דהיינו הנוטל פירות חולין של חברו ומערבם עם תרומה, וע"י כך גורם לחולין להאסר באכילה ע"י ישראל).

הגמרא מבהירה כי "מטמא ומדמע" אינם נחשבים לאבות נזיקין ע"י ר' אושעיה, שכן הם בגדר היזק שאינו ניכר, דהיינו נזק לא מוחשי שאינו ניכר לעין<sup>11</sup>.

תוספות מבהיר, כי הגמרא יכלה ליתן טעם לכך שהמטמא והמדמע לא נמנו כאבות נזיקין ע"י ר' אושעיה, בכך שהעושה פעולות אלו בשוגג - פטור<sup>12</sup>.

ודוק, תוספות אינו אומר זאת על גניבה וגזילה שנמנו ע"י ר' חייא ולא נמנו ע"י ר' אושעיה. זאת, על אף שגניבה וגזילה נזכרו ע"י ר' חייא לפני אבות הנזיקין של מטמא ומדמע.

מכאן עולה לכאורה, כי ביחס לגניבה וגזילה סבור התוספות כי אף בשוגג הוא חייב.

דברי תוספות אלו עומדים לכאורה בסתירה לדברי "קצות החושן" דלעיל, והם ברורים לחלוטין רק בהתאם לשיטת הש"ך לפיה גנב המתכוון ליצור קניין, אכן אחראי למעשיו וחייב כדין גנב, אף אם הוא שוגג. דברי תוספות מהווים איפוא ראייה לשיטת הש"ך<sup>13</sup>.

11 לעניין זה ר' לעיל בפרק ב, בהתייחסותנו לשיטת רש"י והרשב"א.

12 החיוב בגין היזק שאינו ניכר הוא רק מדרבנן ובשוגג לא חייבו.

13 עם זאת יתכן לומר כי אף "קצות החושן" יסכים כי יתכן מצב של גניבה בשוגג כאשר נעשה מעשה של גניבה ושינוי בגוף החפץ הגנוב, כגון במקרה של צבע. לעומת זאת לפי הסברו של המאירי בדברי ר' מאיר אין הדברים תואמים לכאורה, שהרי המאירי למד מן המקרה של צבע לכלל המקרים של גניבה בשוגג.

## תמיכה נוספת לשיטת הש"ך מפסיקת הטור

גישת התוספות הנ"ל באה לידי ביטוי בהלכה הפסוקה בטור חושן משפט (סימן עב) בשם תשובת הרא"ש, כדלקמן:

המקרה הנדון שם היה כדלקמן:

ראובן נזקק להלוואה משמעון ולצורך כך משכן לשמעון את ספריו להבטחת הפירעון. לשמעון אסור היה להשתמש בספרים, שכן הללו מופקדים היו בידיו רק כמשכון, עד שראובן יפרע את חובו. שמעון הפקיד את הספרים בידי לוי, והורה לו כי כאשר יבוא אליו ראובן עם כסף לשם פירעון החוב יש להשיב לו את ספריו. לאחר ששמעון ציווה כן הוא נסע למדינת הים.

לוי השתמש בספרים וגרם לבלאי. ראובן הגיע אל לוי, פרע את חובו לשמעון ודרש את ספריו בחזרה. ראובן קיבל לידיו את הספרים מלוי ונדהם לגלות כי יש בלאי בספרים הנובע מכך שלוי השתמש בהם. ראובן תבע על כן את לוי ודרש החזר של דמי הבלאי שנגרם לספרים. לוי טען: "לאו בעל דברים דידי את" - איך לי דין ודברים עמך ואין יריבות משפטית בינינו, שכן לא ממך קיבלתי את הספרים אלא משמעון. לוי טען על כן כלפי ראובן, כי אם יש לו לראובן טענות - עליו להפנותן לשמעון שכאמור נמצא במדינת הים.

האם יכול ראובן לתבוע את לוי?

פסקו של הרא"ש היה כי לוי אינו יכול לטעון כלפי ראובן "לאו בעל דברים דידי את".

זאת מכיוון שלוי ידע כי ראובן הוא הבעלים של הספרים הללו, שהרי שמע משמעון כי אם יבוא ראובן ויפרע את החוב - יש להחזיר לו את ספריו. לוי הבין איפוא כי שמעון אינו בעלים ואינו רשאי להתיר לו להשתמש בספרים, כשם שהוא עצמו לא היה רשאי להשתמש בהם בלא רשותו של ראובן "והוא לא טען שהרשה ראובן לשמעון ללמוד בהם".

יתירה מכך, גם אילו היה שמעון מתיר ללוי להשתמש בספרים, פוסק הרא"ש כי הדין עם ראובן, שכן שמעון אינו הבעלים של ספרים אלו, ואין בידו זכות להרשות את השימוש בהם. במקרה זה, משול לוי



לאדם שנטל חפץ גנוב מידי הגנב הראשון שגנבו, אשר הבעלים המקורי "רצה מזה גובה ורצה מזה גובה" - כשם שהבעלים רשאי לתבוע את הגנב השני, שאכל את הנכס שלו, כן רשאי במקרה דנא ראובן לתבוע את לוי שהשתמש בספריו, בלא שהאחרון יוכל לטעון "לאו בעל דברים דידי את".

עם זאת, פוסק הרא"ש כי טענה של לוי לפיה שמעון הרשה לו להשתמש בספרים, היתה מתקבלת אילו אכן היה ללוי מקום לסבור כי שמעון מרשה לו להשתמש בספרים השייכים לו עצמו, או אילו היה לו מקום לסבור כי ראובן הרשה לשמעון להשתמש בספרים, וכי שמעון רשאי להמחות הרשאה זו לאחרים. כלומר, אילו היה סבור לוי שהרשות להשתמש בספרים ניתנה לו ממי שהינו בעל הנכס - הרי שהיתה לו ללוי הגנה טובה מפני ראובן.

מכאן, כי במקרה שבו לוי היה שוגג, במובן זה שאינו מתכוון להוציא את הנכס מידי בעליו, הרי שהוא היה פטור.

ודוק, אף במקום שבו לוי סבור כי שמעון הוסמך לתת לו רשות להשתמש בנכס, לוי הוא במידה מסויימת שוגג, ואין לו בהכרח כוונת זדון לגנוב את הנכס, שהרי יתכן כי הוא לא העריך נכונה את הרשות שקיבל ולא שם לב כי מדובר באדם שאינו מוסמך.

משום כך, לפי שיטת "קצות החושן" לא היה לכאורה מן הדין שנגדיר אותו כגנב<sup>14</sup>.

ההבדל בין מצב שבו לוי אינו יודע כי ראובן הינו הבעלים לבין מצב שהוא יודע זאת, נעוץ בכך שבמקרה האחרון לוי מתכוון להשתמש בנכס בניגוד לרשות הבעלים, והוא בבחינת "שואל שלא מדעת בעלים" המפקיע את זכויות הקניין שלהם בנכס ומנצל את העובדה שהנכס ברשותו כדי להשתמש בו<sup>15</sup>.

14 אם כי ניתן לומר בדוחק כי אף "קצות החושן" יודה במקרה זה כי יש להגדירו כגנב, על שום העובדה שגם הוא היה מודע לכך שהוא פועל בנכס של זולתו אלא שטעה לחשוב כי קיבל רשות לעשות כן.

15 בפעולה זו יש כדי לשלול מן הבעלים את הזכות לומר לפלוני כי לא ישתמש

לעומת זאת, מקום שבו לוי אינו יודע כי הנכס לא שייך לשמעון שהרשה לו להשתמש בו, אין כאן כוונה להפקיע מן הזולת את זכותו לקבוע כיצד ומי ישתמש בנכס. בהעדר פעולת הוצאה של הנכס מרשות הזולת ופגיעה בקניינו – אין הפעולה עולה כדי עוולת הגניבה.

מדברי הרא"ש הנ"ל עולה איפוא שוב כי כוונת הגניבה אינה מותנית במידת הזדון של הגנב, אלא במידת הכוונה שלו לרכוש את הבעלות בנכס.

מקום שבו הגנב מתכוון ליטול את הנכס משתכללת עוולה, אף אם הוא סבור כי כדין הוא עושה כן.

דברי הרא"ש תואמים איפוא לשיטת הש"ך ואינם עולים בקנה אחד עם שיטתו של "קצות החושן".

### סוגיית הגמרא במסכת בבא קמא דף קטו

הדברים דלעיל מגיעים לידי ביטוי חריף ביותר, בסוגיית הגמרא במסכת בבא קמא (קטו, א). נפרט ענין זה כסדרו:

הכלל הוא כי אם אדם גנב נכס ומכרו בשוק – אין הקונה בתום לב ובתמורה חייב להשיבו לבעליו. דין זה מכונה "תקנת השוק".

תקנת השוק חלה רק במקום שבו לא ברור האם הגנב הוא זה שמכר את הנכס לקונה שבפנינו או שמא החליף הנכס כמה וכמה ידיים. אולם, אם "הוכר הגנב" – דהיינו אם מסתבר לנו כי הגנב עצמו הוא שמכר את הנכס בשוק לקונה שבפנינו, לא חל הכלל של תקנת השוק.

במקרה זה, אם הנכס הוא בעינו, מוטל על הקונה להשיב את הנכס בחינם לבעלים המקורי, והקונה מצדו יכול לתבוע את הגנב שמכר לו את הנכס.

---

בנכס השייך שלהם, ופגיעה זו בבעלות נחשבת לגניבה. משום כך "השואל שלא מדעת בעלים – גנב הוא". יש כאן הפקעה של השימושים שניתן לעשות בנכס (קניין פירות) להבדיל מנטילת עצם הבעלות בנכס (קניין הגוף), ואף זו נטילה הפוגעת בזכויות הקניין ונחשבת לגניבה.

טעמו של דבר הוא, כי הדין של תקנת השוק נועד להגן על קונה בתום לב ובתמורה מפני מצב שבו ייחשף לתביעת הבעלים, מקום שבו אין אפשרות לתבוע את הגנב. במקרה זה השאלה העומדת על הפרק היא, מי מן השניים (הבעלים המקורי או הקונה) ישא בתוצאות הנזק, והועדף האינטרס של הקונה על פני האינטרס של הבעלים, כדי לאפשר מסחר תקין בשוק. ואולם, מקום שבו מצוי הגנב בפניו והקונה יכול לתובעו, לא נאמר הכלל של תקנת השוק, שכן במקרה זה הבעלים זכאי להשבת הנכס שלו, ואילו הקונה לא ייצא כשידיו על ראשו, שהרי בידו לתבוע את הגנב. על כן, אין מחייבים את הבעלים לתבוע את הגנב והוא זכאי ליטול את הנכס שלו מהרוכש המחזיק בו, שהרי מדובר בנכס של הבעלים.

ברור כי האמור לעיל חל כאשר הנכס הוא בעין, ובמקרה זה רשאי הבעלים לבוא וליטול את שלו. ואולם, נשאלת השאלה האם כלל זה נכון גם במקום שבו הנכס אינו בעין, והבעלים רק תובע את השבת דמי הנכס?

בהקשר זה קיימת מחלוקת בין האמוראים בגמרא:

רב בשם ר' חייא סובר, כי מן הרוכש יכול הבעלים לקבל את הנכס עצמו כשהוא בעין, אך לא את דמי הנכס. הבעלים רשאי איפוא לגבות את דמי הנכס, רק מן הגנב ולא מן הרוכש.

ר' יוחנן בשם ר' ינאי סובר, כי הבעלים זכאי לגבות מן הקונה גם את דמי הנכס, כשהנכס אינו בעין<sup>16</sup>.

אביי מבהיר, כי מחלוקתם של רב ורב יוחנן היא, האם הלכה כדברי ר' חסדא שהובאו לעיל לפיהם "גנב ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלם רצה מזה גובה ורצה מזה גובה".

לדעת רב - לא ניתן לגבות מן הקונה, שכן הוא חולק על דברי רב חסדא.

16 הרשב"א שם מבהיר כי הסוגיה מתייחסת לנכס שאינו בעין, כשנשוא הדיון הוא חיוב בתשלום דמי הנכס.

ולדעת ר' יוחנן - ניתן לגבות גם מן הקונה, שכן הוא מקבל את דברי רב חסדא, לפיהם הבעלים יכול לגבות גם מן האדם שקיבל את הנכס מן הגנב.

ודוק, בסוגיה זו עסקינן בתקנת השוק: דהיינו במקרה של קונה תם לב, שאינו יודע כי הנכס גנוב הוא.

מקרה זה של קונה תם לב שאינו מעלה על סף דעתו כי הנכס שקנה בשוק ואשר בגינו שילם במיטב כספו גנוב הוא, נופל לכאורה באופן מובהק לקטגוריה של גנב בשוגג. וגם ביחס למקרה זה גורס ר' יוחנן כי חלים דבריו של רב חסדא לפיהם ניתן לגבות גם מן הקונה.

זאת ועוד, במקרה זה הקונה מצוי היה לכאורה במצב של אונס גמור, שבו פטור אף מזיק, ואם כן מדוע שהרוכש מן הגנב יתחייב במקרה שכזה?

מדוע קיים חיוב על הקונה להחזיר את דמי הנכס לבעלים המקורי? במה עוול? הן כשה"כ קנה בתום לב ובתמורה? מה לו ולבעלים המקורי? במה שונה מקרהו של הקונה תם הלב הזה מן המקרה של יתומים שטבחו ואכלו בהמה כשסבורים היו כי של אביהם היא, ומדוע שם פטורים הם היתומים מדין גניבה ואילו הקונה חייב?

בהכרח נמצאת למד כי לא מידת האשמה של הקונה היא העומדת לדיון, אלא כוונתו לרכוש את הנכס.

אדם הסובר כי הנכס שלו הוא, או כי הוא אוכל את של זולתו ברשות, אינו מתכוון לרכוש בעלות בנכס - וממילא בהעדר מעשה קניין לא חלה עוולת הגניבה.

ואולם, במקרה דנא ברור הדבר כי עסקינן בקונה, המתכוון לרכוש בעלות בנכס. בפנינו על כן מצב ברור של פעולת קניין, אשר ביצועה בנכס של הזולת מקים את עוולת הגניבה.

העדר אשמה אינה רלבנטית לחיוב ממוני זה, התלוי כל כולו בשאלה אחת; האם בפנינו מעשה קניין המפקיע את הבעלות בנכס ומעביר אותה לידי המעוול אם לאו<sup>17</sup>.

משום כך, חלים דברי רב חסדא אף בקונה, ששום אשם לא דבק בו, ואשר רכש את הנכס בתנאים של תקנת השוק (אלמלא הוכר הגנב) דהינו בתום לב ובתמורה.

סוגיה זו עולה בקנה אחד עם שיטת הש"ך (ובניגוד לשיטת "קצות החושן") לפיה קיימת עוולת הגניבה בכל מקום בו נעשה מעשה קניין אף בהעדר כל אשמה, ומוכן מדוע משווה הוא מקרה זה עם דינו של רב חסדא לפיו "רצה מזה גובה ורצה מזה גובה".

### שיטת הרמב"ם

ראיה נוספת לדברי הש"ך מצויה לכאורה בפסקו של הרמב"ם בהלכות גניבה ואבידה (פרק ב הלכה טז) לפיו אדם המבקש ליטול נכס מחבירו, ובעודו ניצב ברשות חבירו עם הנכס, הוא מבקש משומר ליטול את הנכס ולשומר עברו. השומר משך את הנכס והוציאו מרשות הבעלים, - הריהו (השומר) חייב בגניבה.

מקור הדברים במשנה במסכת בבא קמא (עט, א), ובלשונו של הרמב"ם: "הגונב ברשות הבעלים, הואיל והגניבה עדיין היא ברשותן פטור מן הכפל... נתנו שם בבית הבעלים לבכורות בנו ולבעל חובו, או לשומר חנם ולשואל, לנושא שכר ולשוכר, והיה מושכו זה שניתן לו ומת - פטור השומר. הגביהו או שהוציאו מרשות הבעלים ומת - חייב השומר או בעל החוב שניתן לו, מפני שעדיין לא הוציאו מרשות גנב".

בעוד שרש"י גורס בסוגיה זו, שהינה מקור דברי הרמב"ם, כי הגנב הוא שחייב בהשבה, הרי שהרמב"ם גורס כי מי שחייב בהשבה הוא השומר שהוציא את הנכס מרשות הבעלים וע"י כך נתחייב בהשבה.

הראב"ד שם תמה על הרמב"ם כדלקמן:

17 ר' "מחנה אפרים" בסימן ז.

הגמרא בבבא קמא (עט, א) למדה מהמשנה הנ"ל כי "תיקנו משיכה בשומרין" – דהיינו, שומר הופך ככלל לאחראי לנזקי הנכס לצד ג', ע"י משיכתו.

דבר זה נלמד מכך שכל עוד שלא משך השומר את הנכס מרשות הבעלים הוא פטור, וחיובו מתחיל רק מעת משיכת הנכס. מכאן כי השומר נהיה אחראי ע"י משיכת הנכס מרשות הבעלים.

שואל הראב"ד, הן לשיטת הרמב"ם החיוב בהשבה המופיע במשנה הנ"ל אינו מדין שומר אלא מדין גנב? מהי אם כן ראיית הגמרא ממשנה זו כי שומרים הופכים לאחראים – מדין שומר – עם משיכת הנכס?

קושי זה מיישב ה"מחנה אפרים" בהלכות גזילה (סימן ז) כי במשנה מדובר במקרה שבו השומר אינו יודע שהנכס גנוב.

אם כן, היה לכאורה השומר צריך להיות פטור בהעדר כוונה לקנות את הבעלות בנכס עבור המפקיד, שהרי השומר סבור כי הלה הוא ממילא הבעלים של הנכס<sup>18</sup>.

בהעדר כוונה לרכוש את הבעלות בנכס, כיצד מוגדר המעשה כגניבה?

אם בכל זאת נחשב השומר לגנב וחייב – אות היא כי "תיקנו משיכה בשומרין", ואף שומר צריך לעשות פעולה בת תוקף קנייני כדי להחשב לשומר.

אם "תיקנו משיכה לשומרין" – וצריך מעשה קניין כדי להחשב לשומר, מובן מדוע נקבע במשנה, לשיטת הרמב"ם, כי השומר חייב, אף שהוא אונס גמור, שהרי הוא עשה מעשה קניין הכרוך בדבר והתכוון לעשותו (והדברים תואמים לשיטת הש"ך כי כוונת קניין אף שאינה כוונת זדון מחוללת את עוולת הגניבה).

הרי לנו ראייה לכאורה לחיוב ההשבה כתוצאה מפעולה בת תוקף קנייני שאין בה כוונה לשלול בעלות של אחר, ואף במקרה של אונס גמור.

---

18 ור' סמ"ע על שולחן ערוך חושן משפט (סימן שמח ס"ק ה).

בהתאם להסבר זה נמצא כי הראב"ד, המקשה על שיטת הרמב"ם, סבור כי הנוטל נכס בלא כוונת זדון לשלול אותו מן הבעלים המקורי, פטור מדין גניבה אף שהיתה לו כוונת קניין. בהנחה כי החיוב במשנה נובע מדיני גניבה ולא מדיני שמירה, יימצא לפי שיטת הראב"ד כי החיוב במקרה דנא נובע מכך שמדובר בשומר שיש לו כוונת זדון המודע לכך שמדובר בנכס גנוב ועל אף זאת מתכוון ליטול את הנכס ולהוציאו מרשות הנגנב<sup>19</sup>.

סוגיית הגמרא במסכת בבא קמא דף קיז

ראיה נוספת לשיטת הש"ך מצויה לכאורה במסכת בבא קמא קיז, (א) בה מצינו:

"ישראל שאנסוהו עובדי כוכבים והראה ממון חבירו - פטור; ואם נטל ונתן ביד - חייב".

רש"י: "דהציל עצמו בממון חבירו".

כלומר, אדם שהיה נתון בסכנה קיומית וכדי להציל את עצמו נטל ממון של חבירו בידיה ומסרו לליסטים - חייב בתשלום, שכן נטל את ממון חבירו.

מדובר במקרה של אונס גמור<sup>20</sup> וממילא מדיני נזיקין היה מן הדין לפטור אותו מחיוב.

ואם כך, מדוע אינו פטור גם כאשר נטל את ממון חבירו כמו ידיו?

נמצא איפוא, כי כש"נטל ונתן ביד" - היתה כאן פעולת קניין של משיכה הנעשית מתוך כוונה להעביר את הבעלות בנכס מבעליו המקוריים אל הליסטים, וממילא חייב הנוטל מדין גנב, החייב אף באונס. רק כאשר אין בפנינו נטילה ביד יש פטור, שכן חיוב של גניבה אינו

19 ור' דברי ה"מגיד משנה" שם.

20 ברור כי הדין של "הראה על ממון חבירו - פטור", נובע מכך שהוא אנוס לעשות כן, שהרי הגמרא ממשיכה "אמר רבה, אם הראה מעצמו (בלי אונס) כנשא ונתן ביד דמי" - כלומר, אותה פעולה עצמה כאשר נעשתה שלא באונס יוצרת חיוב בתשלום. הפטור נובע איפוא רק מחמת היותו אנוס.

משתכלל בהעדר מעשה קניין, ואילו חיוב בנזיקין אין, כאשר מדובר במקרה מעין המקרה דנא שבו נעשה המעשה בנסיבות של אונס גמור<sup>21</sup>. לכאורה, בפנינו ראייה לשיטת הש"ך, שהרי אנו רואים כי אדם נחשב לגנב אם "נטל ונתן ביד" חפץ של חבירו, על אף היותו אנוס. עם זאת, יושם אל לב כי במקרה זה נוטל הנכס עושה כן בכוונה לנוטלו, והוא מודע היטב לתוצאות הקנייניות של הנטילה. האונס נוגע רק למניע הגורם לו ליטול את הנכס ולא למודעות של הנוטל למעשה הנעשה על ידו ולתוצאותיו. על כן, סוגיה זו לאו ראייה היא לנושא הנדון.

### סוגיית הגמרא במסכת בכורות

קושי חמור על שיטת הש"ך מצוי לכאורה במשנה במסכת בכורות (כח, ב) בה מצינו כדלקמן:

"דן את הדין, זיכה את החייב וחייב את הזכאי, טימא את הטהור וטיהר את הטמא - מה שעשה עשוי וישלם מביתו. ואם היה מומחה לבי"ד פטור - מלשלם".

מקשה הגמרא שם: "לימא תנן סתמא כר' מאיר דדאין דינא דגרמי? אמר ר' עילאה אמר רב, כגון שנשא ונתן ביד".

מבהיר רבינו גרשום מאור הגולה (שם): "שנטל בידים מזה ונתן לזה - לא גורם הוא אלא גוזל".

לאמור, אף אם גורם התנא ששנה משנה זו כי ככלל אין חיוב בנזיקין בגין נזק עקיף (גרמי), וממילא אין מקום במקרה דנא לחיוב נזקי, יתחייב הדיין לשלם במקרה של טעות בדין אם עסק בעצמו בהוצאה לפועל של פסק הדין ("נשא ונתן ביד") - מחמת העוולה של גניבה.

ודוק, במשנה זו מצינו כי אם הדיין הוא מומחה, הרי שבאותו מקרה עצמו, כלומר אף אם נשא ונטל ביד, פטור הדיין מלשלם ולהיטיב את הנזק שגרם. טעמו של שוני זה נעוץ בעובדה כי טעות שאף מומחה

---

21 ר' בסוגיה זו מחלוקת בין הרמב"ם לבין הראב"ד בהלכות חובל ומזיק (פרק ח הלכה ד) ביחס למקרה שבו האונס אינו כללי אלא מתייחס לממון מסויים, ור' מהרש"ל בספרו "ים שלמה" בבא קמא (פרק י סימן מז).



לדבר טועה בה היא בגדר אונס גמור שאינה מחייבת בפיצוי על פי דיני הנזיקין.

ואולם, אם החיוב נבע מלכתחילה מחמת העוולה של גניבה, איזו נפקות יש להיותו של הדיין מומחה? הן לפי שיטת הש"ך אונס מהווה עילה לפטור רק על פי דיני הנזיקין, אך אין בו טעם לכאורה לפטור את הדיין מחיובו על פי דיני הגניבה?<sup>22</sup>

הרב מבריסק יישב קושי זה על פי יסוד מחודש שהסיק, כי כאשר דיין פוסק את הדין וקובע חיוב של ראובן לשמעון, הרי שמדובר בקביעה היוצרת את החיוב, ולא רק בקביעה המצהירה על חיוב קיים. לקביעת בית הדין יש תוקף מכח מעמדו של בית הדין, וזאת בין אם היא נכונה מבחינת הדין לאמיתו, ובין אם לאו.

ממילא, משפסק הדיין את הדין הרי שהוא יצר מציאות דינית חדשה של העברת כספי ראובן לשמעון על פי דין (ובלשון הפוסקים "קם דינא"), וממילא כשם שבעל הדין שנטל את הממון לפי פסה"ד אינו גזלן, אלא נוטל ממון המגיע לו על פי דין, כך אין הדיין גזלן, שהרי הממון שהועבר מאחד למשנהו עבר על פי דין.

אכן, יצירה דינית זו של הדיין נעשתה מכח טעות משפטית שלו, אך בהקשר זה יש לדון את הדיין מדין מזיק (ועל כך הוא פטור כשהוא מוגדר כאונס), בלא שיהא בטעות זו כדי לגרוע מתוקפו ומכוחו היוצר של פסק הדין. משום כך, אין המדובר בדיני גזילה כלל, ואין להקשות על שיטת הש"ך מסוגיה זו, העוסקת רק בדיני נזיקין ולא בדיני גניבה.

הרב רוזובסקי ב"זכרון שמואל" מציין עם זאת, כי תירוץ זה אינו מתיישב עם ביאורו של רבינו גרשום מאור הגולה המציין כי חיובו של הדיין שטעה בדין נובע - מדיני הגניבה.

בהינתן ההנחה כי בגניבה קא-עסקינן, שב הקושי למקומו: מדוע פטור הדיין כשהוא אונס באונס גמור, בהתאם לשיטת הש"ך הנוקט כי

22 שאלה זו הקשה הרב מבריסק, הרב י.ז. הלוי סולוביצ'יק, בשיחה שקיים עם הרב שמואל רוזובסקי (ראש ישיבת פוניבז' בכני ברק). ר' בספר "זכרון שמואל" (סימן נו).

בגניבה חל חיוב אף באונס? אין זאת אלא שהש"ך מבהיר סוגיה זו באופן שאינו מתיישב עם דרך הילוכו של רבינו גרשום.

עם זאת, שיטתו של רבינו גרשום אינה תואמת לכאורה גם לשיטת "קצות החושן", שהרי לפי "קצות החושן" קיים פטור מדין גנב גם בנטילה בשוגג, ואם כן היה צריך להיות הדין כי גם דיין שאינו מומחה, שטעותו אינה מוגדרת כאונס גמור, אשר נשא ונטל ביד, יהיה פטור מדין גנב, שהרי נטל את הנכס בשוגג? ואין לומר כי החיוב במקרה זה הוא מדין מזיק לפי דברי רבינו גרשום, שהרי פירש כי המקרה של "נשא ונתן ביד" מתייחס לגניבה ולא לדיני ההיזק<sup>23</sup>.

### סיכום

לפי שיטת "קצות החושן" מתחייב אדם בעוולת הגניבה והגזילה כתוצאה מאשם, ומקום שבו הוא אנוס גמור ורחף מאשם - הוא פטור.

במקרה של אונס גמור קיים פטור גם על פי דיני הנזיקין, וגנב אינו שונה מכך. יתירה מכך, מזיק שאינו אנוס גמור אלא שוגג, או אף אנוס שאינו אנוס גמור - חייב בתשלום מכח גזירת הכתוב. ואולם, גזירת כתוב זו אינה קיימת ביחס לגנב, ועל כן גם מי שאינו אנוס גמור אלא רק אנוס או אף שוגג יהא פטור מדיני הגניבה.

הש"ך לעומת זאת גורס, כי אחריותו של גנב אינה תלויה כלל באשם אלא תלויה בקיומה של כוונה ליצור קנין. חיוב ההשבה נובע מכך שהגנב קנה נכס של זולתו וחולל שינוי בבעלותו. קניין זה בנכסי הזולת מחייב כשלעצמו את השבת הנכס או את דמיו אף אם אין לנוטל כל אשם. משום כך, אף במקרה של קונה תם לב ובתמורה, שברור כי אין בו כל אשם - חל דין גנב והוא נחשב למעוול. מאידך גיסא, מקום שבו אין כוונה לקנות את הנכס, לא יחול דין גניבה אף אם לא מדובר

---

23 הסבר אפשרי לכאורה לשיטתו של רבינו גרשום הוא, בדומה למבואר ברא"ש בסנהדרין בתחילת פרק "אחד דיני ממונות", כי מכיוון שדיין מומחה יכול לדון בעל כורחם של הצדדים, לא נחוצה לכאורה הקבלה של בעלי הדין את דינו - ועל כן יש בקבלה זו שלהם את דינו כדי לפוטרו מחיוב של הדיין אם טעה בדין.

במצב של אונס או שוגג. כך למשל, שליח שיצא ליטול נכס שהוא סבור כי הוא של המשלח, הרי שבהעדר כוונת גניבה - פטור הוא מחיובים ממוניים כלשהם.

משהבהרנו את הצורך במעשה קניין המהווה לדעת חלק מן הראשונים חלק מהגדרת הגניבה, נעבור לבחון להלן, כיצד מתבצעת הגניבה והאם נחוץ מעשה מסוג מסויים דווקא כדי לחולל את הגניבה - לאור משמעויותיה הקנייניות, או שמא, תחול עוולת הגניבה גם כשהגנב אינו עושה דבר שעה שהחפץ נכנס לרשותו הקניינית. לכך יוקדש הפרק הבא<sup>24</sup>.

---

24 שאלה לעיון:

מדוע נחוצה כוונה לשלול את הנכס הגנוב מבעליו, כדי שתשתכלל עוולת הגניבה, ובמיוחד לשיטת ר"י, שעליה עמדנו בפרק הקודם, לפיה גניבה אינה טעונה מעשה שיש לו תוקף קנייני?

## פרק ד - מעשה הגניבה והגזילה ומהותו

### הצורך בפעולת נטילה

כלל הוא בדיני הקניין, כי "חצרו של אדם קונה לו" - דהיינו מקום שהוא רשותו, כגון ביתו ושדהו, קונה לו את המיטלטלין שהונחו שם. כלל זה חל הן לגבי מקח וממכר והן לגבי מתנה או מציאה שנפלה לחצרו של אדם - ההופכים להיות של בעל החצר. כמו כן ניתן להחיל קידושין וגרושין ע"י כך שהבעל נותן את שטר הקידושין או את הגט בחצירה של אשתו<sup>1</sup>.

כלל זה בא לידי ביטוי בהלכה הפסוקה ברמב"ם, הלכות זכיה ומתנה (פרק ד הלכה ח):

"חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו, אף על פי שאינו עומד שם כיוון שהגיעה המתנה לחצרו, כאילו זכה לו בה אחר".

קניין חצר פועל את פועלו גם ביחס לגניבה, וניתן לשכלל גניבה ע"י הכנסת החפץ לחצרו של הגנב. כך מצינו בגמרא במסכת בבא מציעא (י, ב) בנוגע לפסוק שבו נאמר: "אם המצא תמצא בידו הגניבה ... שניים ישלם" - (שמות כב, ג).

"אין לי אלא ידו, גגו חצרו וקרפיפו מניין?"

(רש"י: שאם נכנסה הבהמה שם ונעל בפניה לגונבה שהוא חייב)

תלמוד לומר 'המצא תמצא' - מכל מקום".

כלומר, מן המילים "אם המצא תמצא בידו הגניבה" המהוות לכאורה כפל לשון, לומדת הגמרא כי ניתן לבצע גניבה אף בלא נטילת החפץ

---

1 להרחבה בעניין זה ר' אנציקלופדיה תלמודית, ערך: "חצר", כרך יז (עמ' קעב-רפו).

בידו של הגנב, כשהחפץ הגנוב מצוי ברשות הגנב ונקנה לגנב באמצעות קניין חצר<sup>2</sup>.

ואולם, יושם אל לב, ככלל מועיל קניין חצר לרכישת נכס, אף כאשר הקונה פסיבי לחלוטין ואינו עושה דבר לשם רכישת הנכס.

יתירה מכך, הכלל הוא כי חצרו של אדם קונה לו אף כשהוא כלל לא מצוי בקרבת החצר<sup>3</sup> ואף כשאינו מודע לכך שהנכס נכנס לרשותו<sup>4</sup>.

לעומת זאת, ביחס לגניבה באמצעות קניין חצר, מבהיר רש"י כי העוולה השתכללה כאשר הגנב נועל את הדלת בפני הבהמה שנכנסה לרשותו ומונע ממנה אפשרות לצאת.

ללמדנו כי נחוץ מעשה פעיל כגון נעילת דלת, כדי שהגנב יוגדר כגנב. אם לא נעשית פעולה כאמור, משמע כי לא השתכללה עוולת הגניבה, על אף שלפי דיני הקניין אין צורך בפעולת הנעילה כדי לרכוש את הנכס.

מכאן יש להסיק לכאורה כי בגניבה יש צורך בפעולת נטילה החורגת מן הצורך לבצע מעשה קניין ולכוון לרכוש את הנכס, וגם כאשר על פי דיני הקניין הוא רוכש את הנכס בלא פעולה כלשהי, נדרש מעשה פעיל מצד הגנב כדי להגדיר את המעשה כגניבה<sup>5</sup>.

2 כסוגיה זו משמע לכאורה כי נחוץ מעשה קניין, ור' תוספות במסכת בבא קמא (עט, א) ד"ה או.

3 זאת כשהחצר מוגדרת כמקום שמור רק לבני אותה חצר, ובלשון הגמרא: "חצר המשתמרת".

4 הקניית בעלות בנכס בלא ידיעת הקונה - אפשרית לנוכח הכלל של "זכין לו לאדם שלא בפניו".

5 בדומה לפירוש זה של רש"י, מצינו בתוספות במסכת בבא קמא (סה, א ד"ה אין לי): "גגו וחצרו - פירוש שהכישה במקל מחצרו של בעל הבית ונכנסה לגגו חצרו וקרפיו".

כלומר, כדי שתשתכלל עוולת הגניבה ע"י קניין חצר יש צורך בהכנסת הבהמה לתוך החצר. עם זאת יצויין כי דברי התוספות טעונים ביאור, שהרי אם הגנב מושך את הבהמה ומובילה מחצר הנגנב החוצה, הרי שחל קניין משיכה ואין עוד צורך, לכאורה, להכניס את הנכס לרשותו כדי שיחול קניין חצר.

ואכן, "קצות החושן" (סימן שמח ס"ק ב) מציין בהתייחס לדברי רש"י אלו, כי לצורך שכלול עולת הגניבה יש צורך במעשה נטילה פעיל, כגון מעשה של נעילת החצר, כדי שהדבר יעלה כדי גניבה. ובלשונו:

"פירש רש"י: חצרו - כגון שנכנסה לרשותו ונעל בפניה.

משמע שאם נכנסה מעצמה לרשותו ונתכוון לקנותה לגזילה לא מחייב במחשבה גרידא, ואפילו היה חצר המשתמרת, ומשום שבמחשבה אינו נעשה גזלן עד שיעשה מעשה כמו נעל בפניה.

אף על גב שבמציאה כהאי גוונא קני לה במחשבה גרידא, אבל בגזילה צריך נעל בפניה או שיכניסנה בעצמו לרשותו".

"קצות החושן" מוכיח גישה זו גם לאור עיון במקורות נוספים כדלהלן:

(א) "וזהו שכתב בשולחן ערוך 'ואם הכניסה לרשותו'<sup>6</sup>, אבל נכנסה מאליה לא.

(יסוד ההבחנה נעוץ בצורך בקיומו של מעשה פעיל, משום כך ממשיך "קצות החושן" ומסיק מדברי השולחן ערוך) והוא הדין נכנסה מאליה ונעל בפניה שזה ג"כ הוי מעשה".

(ב) ובתשובות מהרי"ט חלק חושן משפט (סימן פח) וזה לשונו:

"אפילו מתעסק לגונבו, כל שלא עשה מעשה - פטור".

---

6 שולחן ערוך, חושן משפט (סימן שמח סעיף ד) נפסק:

"משעה שמשך הגניבה נעשה עליה גנב. במה דברים אמורים, שמשכה חוץ מרשות הבעלים. אבל, כל זמן שהיא ברשות הבעלים אינו חייב עד שיגביהנה. ואם הכניסה לרשותו (להבדיל מנכנסה מאליה) אפילו לגנו חצרו וקרפיו, אם היא משתמרת חייב, אע"פ שלא משך ולא הגביה". משמע כי נחוץ מעשה פעיל.

(דברי המהרי"ט מתייחסים לאדם המתעסק בגניבת נכס ע"י משיכתו אך לא בא לכלל הוצאה מרשות הבעלים המקורי וביצוע מעשה פעיל של משיכת הנכס. ומשום כך נפסק כי לא השתכללה עוולה של גניבה)<sup>7</sup>.

(ג) ותנן נמי בסוף פרק המפקיד<sup>8</sup>:

"החושב לשלוח יד בפקדון, כיצד? היטה את החבית... הגביה ונטל הימנה רביעית, ונשברה - משלם כולה.

(הדברים מתייחסים למי שהופקד על שמירת נכסי המפקיד, ואשר הכלל הוא כי די במחשבתו שלא להחזיר את הנכס, כדי שהנכס המוחזק על ידו ייקנה לו מכח "קניין חצר". על אף זאת, לא די במחשבתו זו כדי להפוך אותו משומר לגנב עד אשר יבצע גם מעשה פעיל של נטילה, כגון הגבהה)<sup>9</sup>.

דלא מחייב במחשבה אלא כמעשה הגבהה.

ומוכח ממשנה זו כי אף על גב דהפקדון הוא בביתו וברשותו דהוי ליה חצירו, אפילו הכי אינו קונה..."

7 יצויין, מדברים אלו כשלעצמם לא היה בידינו להסיק כי יש צורך במעשה פעיל כדי לשכלל את עוולת הגניבה, שהרי במקרה הנדון ע"י המהרי"ט אין בפנינו קניין, ובלא שיהיה בפנינו מעשה המועיל להעברת הבעלות בנכס על פי דיני הקניין הרגילים ברור כי לא השתכללה עוולת גניבה. נשוא הדיון אצלנו הוא רק ביחס למקרה שבו יש בפנינו העברת בעלות בנכס על פי דיני הקניין הרגילים, וכל מה שחסר הוא מעשה פעיל - בנוסף לכך (כגון במקרה של קניין חצר).

8 בבא מציעא מג, ב.

9 גם מקור זה אינו מהווה כשלעצמו ראיה. ובספר אמרי משה (סימן לב אות ב) מבהיר: "לעניות דעתי לא מוכח, דשם הרי מדובר בדין מחודש שיש בשליחות יד ובשומרים. דהיינו לחייבו בכולו אם שלח יד ליטול מקצתו. ועל זה נאמר שלא נעשה גולן במחשבה. אבל, לעולם על המקצת שחושב ליטול יש לומר שגם מחשבה לחוד נתחייב". כלומר, הדין של "שליחות יד בפיקדון" הוא דין מחודש, וכאמור לעיל אף בנטילה של מקצת הנכס חל חיוב בהשבת כולו. ביחס לדין מחודש ויוצא דופן זה של שליחות יד בפיקדון נחוץ מעשה פעיל של נטילה. ואולם, אין בכך ראיה ביחס לגניבה רגילה, כי לא תשתכלל בהיעדר מעשה פעיל.

"קצות החושן" מוכיח איפוא משורה של מקורות, כי כדי שחצרו של אדם תקנה לו את הנכס לענין גניבה, עליו לעשות אחת משתיים: או מעשה של נטילת הנכס והכנסתו לחצרו, או מעשה של נעילת החצר בפני הנכס הגנוב, כך שלא יוכלו להוציאו משם.

מכל מקום, בלא מעשה גניבה פעיל לא חלים דיני הגניבה, אף שלצורך דיני הקניין די כניסת הנכס לחצרו לשם קנייתו. נמצאנו למדים איפוא כי בנוסף לצורך ברכישת הבעלות בנכס ע"י הגנב כתנאי לגיבוש עוולת הגניבה, דבר שעליו עמדנו בפרקים הקודמים, קיים צורך לבצע את הגניבה ע"י מעשה פעיל.

משום כך, גם כאשר על פי דיני הקניין הרגילים רכישת החפץ מושלמת במישור הקנייני ע"י כניסת החפץ לרשותו של האדם הקונה, לא די בכך כדי לחולל את דיני הגניבה, ונחוץ מעשה גניבה פעיל.

#### קניין ד' אמות

"קצות החושן" מביא ראייה לגישתו בדבר הצורך במעשה גניבה פעיל כדי לשכלל את עוולת הגניבה, מניתוח הסוגיה במסכת בבא מציעא (י, א) ביחס ל"קנין ד' אמות".

"אמר ריש לקיש משום אבא כהן ברדלא, ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום.

מבאר רש"י: אם יש בסביבותיו דבר הפקר, אין אחר רשאי לתופסו.

מאי טעמא?

תקינן רבנן, דלא ליתי לאינצויי".

מסוגיה זו עולה כי אדם רוכש את הנכסים הנמצאים בתוך ד' אמותיו, והם נחשבים ברשותו ומשוייכים אליו, כאשר הטעם לכך שרשותו של אדם נפרשת על פני ד' האמות הקרובות אליו, על אף שהוא אינו עומד בחצרו אלא במקום ציבורי - נעוץ בתקנת חכמים.

תקנת חכמים הרחיבה איפוא את דרך הקניין של "קניין חצר" ויצרה אפשרות קניין גם במקרה של כניסת הנכס לארבע האמות שבסביבות אדם המצוי במקום ציבורי.



### שיטת הרא"ש

בגמרא במסכת בבא מציעא (שם) מצינו מחלוקת, האם הדין של קניין ד' אמות נקבע גם כשהקונה נמצא ברשות הרבים, שם אין לאדם פינה ייחודית משלו, אלא הכל שועטים זה לצד זה, או שמא נאמרו הדברים רק כשהוא מצוי בסימטה או בצידי רשות הרבים, המהווים מקטע שאין הרבים שועטים בו ואדם יכול למצוא בו את מקומו, שבו הוא שולט כביכול לבדו.

הרא"ש פוסק להלכה בהתאם לגישה בגמרא לפיה ד' אמות אינן קונות ברשות הרבים ממש, אלא רק בסימטה, או בצידי רשות הרבים, מקום בו לא שועט המון רב.

כך מוצאים אנו ברא"ש (בסימן כח) המבהיר:

"ומסקינן דהאי בכל מקום לאו דווקא אלא בשדה דעלמא, או בסימטא, או בצידי רשות הרבים, דלא דחקי בה רבים. אבל ברשות הרבים דדחקי בה רבים - לא".

הרא"ש ממשיך ומתייחס שם לסוגיה דלהלן:

הגמרא במסכת כתובות (לא, ב) מבהירה, כי גנב המוציא נכס בשבת מרשות היחיד של הבעלים המקורי ומושך אותו לרשות הרבים, עובר על איסור תורה של הוצאה בשבת מרשות היחיד לרשות הרבים<sup>10</sup>. עם זאת, אין בפעולה זו משום עוולת גניבה, שכן משיכה אינה קונה ברשות הרבים<sup>11</sup>, וכפי שראינו בפרק הקודם - בהעדר תוקף קנייני לנטילה לא התגבשה עוולת הגניבה.

10 ר' רמב"ם הלכות שבת (פרק יב הלכה ח): "הוצאה והכנסה מרשות לרשות - מלאכה מאבות מלאכות היא".

בסוגיה זו ר' א' וינרוט "זריקת רשויות בשבת", מאמרי אברהם, (תש"נ) בעמ' קי"ב-קכ"ה.

11 משיכה היא אחת מן הדרכים לרכוש את הבעלות המטלטלין, והיא אינה חלה ברשות הרבים. לענין זה ר' רמב"ם הלכות מכירה (פרק ב הלכה ה): "...וההגבהה קונה בכל מקום, אבל המשיכה אין קונין בה ברשות הרבים ולא בחצר שאינה של שניהם".

ביחס לכך מעיר הרא"ש כי לפי השיטה הגורסת כי ד' אמות קונות גם ברשות הרבים לא מובן לכאורה מדוע לא חל איסור גניבה מכח קניין ד' אמות המקנה תוקף קנייני למעשה של הגנב?

הרא"ש דוחה ראייה זו, באומרו כי בכל מקרה, אף לשיטתו של הסובר שיש תחולה לקניין ד' אמות גם ברשות הרבים, לא תחול עוולת הגניבה מכח קניין ד' אמות. זאת מכיוון שקניין ד' אמות, המושתת על תקנת חכמים, לא נתקן כדי לסייע לגנב לרכוש נכס שלא כדין. ובלשונו: "לגנב לא תקינו רבנן שיקנו לו ד' אמות".

### הערת ה"פלפולא חריפתא"

הפלפולא חריפתא (אות פ) מקשה כדלקמן:

"צריך עיון, כיוון דפסק דלית הלכתא כוותיה משכוניה נפשיה אדידיה למה לי".

כלומר, ספרו של הרא"ש הוא ספר הלכתי, המנתח את סוגיות הגמרא מתוך מטרה לברר את ההלכה הנובעת מהן בסופו של דבר. פסקי הרא"ש אינם עוסקים בפרשנות ובפירוש שאינו בר נפקות הלכתית. מכיוון שכך תמה ה-"פלפולא חריפתא", מדוע טרח הרא"ש לברר כיצד תתיישב הסוגיה האמורה במסכת כתובות עם הדעה הגורסת כי ד' אמות קונות ברשות הרבים?

הן זהו דיון תאורטי לחלוטין, שהרי הרא"ש פוסק כי ד' אמות לא קונות ברשות הרבים, ועל גישה זו לא קשה מאומה מהגמרא בכתובות?!

הדברים חדים עוד יותר עת שמעיינים בהם בראיה כוללת:

לעיל ראינו כי מעשה פעיל של גניבה מתחולל באחת משתי דרכים:

או ע"י מעשה פעיל של נטילה;

או ע"י נעילת החצר לאחר שהנכס נכנס אליה.

ד' אמות הם סוג של קניין המקביל לקניין חצר, אלא שבעוד שבקניין חצר ניתן לנעול את החצר לאחר כניסת הנכס וע"י כך לבצע מעשה פעיל כלשהו, הרי שבקניין ד' אמות אפשרות זו אינה קיימת (לא ניתן לנעול ד' אמות מופשטות המקיפות אדם במקום ציבורי).

לגבי איזה מקרה היה צורך איפוא לחדש כי קניין ד' אמות לא הוחל ע"י חז"ל ביחס לגניבה? הן בכל מקרה עולה כי קניין ד' אמות לא יתכן בגניבה בהעדר מעשה של נטילה?!

הדרך היחידה לבצע גניבה ע"י קניין ד' אמות<sup>12</sup> היא - באמצעות משיכת הנכס.

אלא שאם כך ייעשה, הרי שיחול ממילא קניין משיכה ותחול עוולת הגניבה מכח תוקפו הקנייני של מעשה המשיכה, וממילא אין צורך ב"קניין ד' אמות".

החידוש של הרא"ש מתייחס איפוא בהכרח למקרה שבו המשיכה לא הועילה לקניין. מקום שבו משיכה אינה מועילה לקניין הוא רשות הרבים, ובמקרה זה יתעורר הצורך בקניין ד' אמות כדי לחולל את עוולת הגניבה. בקניין ד' אמות שכזה אין חיסרון של העדר מעשה פעיל לאור פעולת המשיכה, וזאת אף על פי שהמשיכה עצמה לא עולה כדי קניין<sup>13</sup>.

ביחס למקרה זה מחדש הרא"ש כי לא תתחולל עוולת הגניבה, שכן חז"ל לא התקינו קניין ד' אמות עת שמדובר בגניבה.

אם כך הוא הדבר, נמצא כי המקרה היחיד שאליו מכוונים דברי הרא"ש הוא כאשר מתחוללת משיכה ל-ד' אמותיו של אדם המצוי ברשות הרבים, להבדיל מד' אמות בסימטא או בצידי רשות הרבים, שבהם מועיל קניין משיכה כשלעצמו.

מאחר והרא"ש פוסק כי ד' אמות אינן קונות ברשות הרבים, מתעורר במלוא עוזו הקושי מה צורך מצא הרא"ש לחדש כי חכמים לא תיקנו קניין ד' אמות במקרה של גניבה, הרי המקרה היחיד שבו חלה גניבה רק ע"י קניין ד' אמות, ולא ע"י המעשה של המשיכה,

12 בהתאם למוכרח ע"י "קצות החושן" כי נחזק מעשה פעיל כדי לחולל גניבה.

13 עם זאת, עדיין תמוה מהו המעשה הפעיל שמחולל את הגניבה, שהרי פעולת המשיכה אינה שייכת כלל לתחולת מעשה הגניבה והיא מעשה נפרד במהותו שלא עלה כדי קניין, וקניין ד' אמות שהוא זה שחולל את הגניבה הרי היה מחוסר מעשה פעיל.

הוא ברשות הרבים, ושם ממילא לא חל לשיטת הרא"ש קניין ד' אמות אף על פי דיני הקניין הכלליים.

נמצאת מסקנתו של הרא"ש, שחכמים לא תיקנו קניין ד' אמות לגב, מיושמת בתחום התיאורטי בלבד.

זוהי איפוא תמיהתו החריפה של ה"פלפולא חריפתא".

### תשובת הש"ך

הש"ך<sup>14</sup> מיישב קושי זה ומבהיר כדלקמן:

אכן, הקושי על הסוגיה בכתובות לא התעורר רק בהתאם לדעה הגורסת כי ד' אמות קונות ברשות הרבים, שכן רק לדעה זו הוקשה לרא"ש מדוע לא התחוללה עוולת הגניבה ע"י קניין ד' אמות.

כדי להשיב על קושי זה מסיק הרא"ש כי חז"ל לא תיקנו קניין ד' אמות לגבי גב.

הש"ך מציין כי מסקנה זו, לפיה לא נוהג קניין ד' אמות במקרה של גניבה, יש להחיל גם לפי השיטה הגורסת כי קניין ד' אמות לא חל ברשות הרבים.

המסקנה כי חז"ל לא תיקנו קניין ד' אמות לגבי גב, הינה מחוייבת מהגיון ויש להסיק אותה לפי כל הדעות.

הרא"ש יישם איפוא מסקנה זו גם לשיטתו, הגורסת כי קניין ד' אמות חל רק בסימטא כאשר מסקנה זו תבוא לידי ביטוי בכך שקניין ד' אמות לא יחול כדי ליצור עוולה של גניבה, גם כאשר עסקינן בסימטא ובצידי רשות הרבים.

בהתאם לכך נמצא, כי קניין ד' אמות היה אמור לחול במקרה של גניבה, מכיוון שהוא נעשה בסימטא ובצידי רשות הרבים, והטעם היחיד לכך שקניין זה אינו מועיל כדי לחולל את עוולת הגניבה, נעוץ בעובדה שחז"ל לא התקינו קניין ד' אמות עבור גב.

---

14 ר' ש"ך על חושן משפט (סימן רמג ס"ק ט) המביא שאלה זו של ה"פלפולא חריפתא", ומשיב עליה: "ונראה לי דלא דק, דהרא"ש בא להוכיח דבגניבה לא תיקנו רבנן ד' אמות, ונפקא מינה לסימטה ולצידי רשות הרבים".

### תמיהה לפי שיטת "קצות החושן"

לכאורה, דברים אלו אינם עולים בקנה אחד עם דברי "קצות החושן" לפיהם בגניבה נחוץ מעשה גניבה פעיל, שהרי ד' אמות אינם מהווים מעשה גניבה והנכס נקנה מכח עצם העובדה שהוא מצוי בהם. נבדיר: לפי שיטת "קצות החושן" לא מתחוללת עוולת הגניבה בהעדר מעשה פעיל.

ממילא, אין צורך לחדש כי חז"ל לא תיקנו "קניין ד' אמות" לגנב, שהרי אף אלמלא הוצאה גניבה מכללה של דרך קניין זו, לא היה בה כדי לשכלל גניבה - בהעדר מעשה קניין.

ואם כן חזרת קושיה למקומה: מדוע מצא לנחוץ הרא"ש, שהוא ספר פסק, לעסוק בקושי שמעוררת הסוגיה במסכת כתובות (לא) בהתאם לדעה הגורסת כי ד' אמות קונות ברשות הרבים? הן הרא"ש ממילא אינו גורס כשיטה זו, ואילו החידוש שחז"ל לא תיקנו קניין ד' אמות לגנב, אינו נחוץ - (לשיטת "קצות החושן"), שהרי ממילא אין המדובר במעשה פעיל של נטילה!?

הסברו של הש"ך אינו מיישב איפוא את הקושי אם נוקטים אנו כשיטת "קצות החושן" הדורשת מעשה גניבה פעיל.

ואכן, משום כך מבהיר "קצות החושן" (בסימן רמג ס"ק י') כי חזרת למקומה הערתו של ה"פולא חריפתא" על הרא"ש.

### שיטות רש"י והרשב"א

לאחר שעיינו בדברי "קצות החושן" נפנה לבחינת שיטת הרשב"א אשר תפורט להלן:

בגמרא מסכת כתובות (לד, ב) נאמר:

"גנב וטבח בשבת פטור, שאם אין גניבה - אין טביחה ואין מכירה".

ככלל, ראינו לעיל בפרק א כי כאשר אדם עושה פעולה אחת הכרוכה הן בעונש גוף והן בחיוב כספי, מוטל עליו רק העונש החמור מבין השניים שהוא העונש הגופני ("קים ליה בדרכה מיניה") ולא חל החיוב הכספי.

עם זאת, ביחס לתשלומים העונשיים של ארבעה וחמישה לא נאמר הכלל של "קים ליה בדרכה מיניה", ועל כן אדם שטבח בשבת שור או שה אינו נפטר מהתשלומים העונשיים של ארבעה וחמישה, על אף שטביחה בשבת אסורה מדאורייתא וגזירת חיוב מיתה. זאת מכיוון, שהחיוב לשלם תשלומי ארבעה וחמישה אינו חיוב ממוני, אלא קנס שהתורה קבעתו מעבר לשורת הדין. חיוב שכזה ממשיך להתקיים אף במקום שבו עפ"י שורת הדין לא חל חיוב ממוני מחמת הכלל של "קים ליה בדרכה מיניה".

לעומת זאת, אם הגניבה עצמה (להבדיל מהטביחה) נעשתה אף היא בשבת באופן העולה כדי איסור של חילול שבת (כגון משיכה לרשות הרבים), פטור הגנב מלשלם את דמי הקרן, שהרי - בניגוד לחיובי ארבעה וחמישה - מדובר בחיוב ממוני רגיל ולא בקנס כלשהו, וביחס לחיובים ממוניים רגילים חל הדין של "קים ליה בדרכה מיניה".

בהקשר זה מבהירה הסוגיה דנא במסכת כתובות, כי כאשר גם הגניבה עצמה וגם הטביחה והמכירה בוצעה בשבת, פטור הגנב לא רק מתשלומי הקרן אלא אף מתשלומי ארבעה וחמישה<sup>15</sup>.

הטעם לכך הוא, כי הפסוק יצר חיוב כולל של תשלומי "ארבעה וחמישה" (דהיינו תשלום אחד הכולל קרן וקנס) ולא קיים חיוב של "שלושה וארבעה"<sup>16</sup>.

15 הדין הוא איפוא כדלקמן:

טביחה בשבת	טביחה ביום חול	
חייב בקרן ובתשלומי ארבעה וחמישה	חייב בקרן ובתשלומי ארבעה וחמישה	גניבה ביום
פטור מקרן - והגמרא מחדשת שפטור גם מתשלומי ארבעה וחמישה	פטור מקרן - והגמרא מחדשת שפטור גם מתשלומי ארבעה וחמישה	גניבה בשבת

16 כך סובר הרשב"א, אך ראשונים אחרים גורסים כי במקרה זה חייב הגנב הן בקרן והן בתשלומי ד' וה' מכיוון שהטביחה הנעשית ביום חול נחשבת כביכול כשלעצמה כגניבה נוספת של הקרן ג"כ. למחלוקת זו נתייחס בפרק זה להלן.

על כן, במקום שבו אין חיוב ממוני לשלם את הקרן (עקב הדין של "קים ליה בדרכה מיניה" החל לגביו), יימצא כי תשלום הקנס עומד על "שלושה וארבעה" (בהעדר הקרן). התוצאה במקרה זה היא כי הגנב פטור גם מן הקנס מחמת הפטור מדמי הקרן עקב הכלל של "קים ליה בדרכה מיניה"<sup>17</sup>.

הסוגיה מתייחסת איפוא לגניבה המהווה חילול שבת הגורר חיוב מיתה, עד כי מחמתו חל הדין של "קים ליה בדרכה מיניה" המפקיע את תחולתם של החיובים הממוניים.

רש"י שם מבהיר כי דבר זה ייתכן כאשר מדובר בגניבה שבוצעה ע"י הוצאת הבהמה מרשות היחיד לרשות הרבים, וממילא בפנינו מלאכה דאורייתא המחייבת מיתה<sup>18</sup>.

לשיטת רש"י נמצא איפוא, כי סוגיה זו נאמרה בהתאם לגישה הגורסת כי משיכה לרשות הרבים מהווה גניבה<sup>19</sup>.

הרשב"א שם לעומת זאת מבהיר, כי האיסור, נשוא הסוגיה, הכרוך במעשה הגניבה - נעוץ בשחיטה של הבהמה, ומדובר בגניבה המתבצעת ע"י שחיטת הבהמה כשזו מצויה בחצרו של הגנב.

17 הסבר זה לדברי הגמרא מוצא ביטוי בדברי רש"י שם ד"ה שאם אין גניבה: "כלומר שמאחר שפטור מדמי הקרן משום (חיוב) מיתה (מחמת הדין של "קים ליה בדרכה מיניה") אין טביחה ואין מכירה - אינו מחוייב קנס כדפירשתי, ותשלומי ארבעה וחמישה כתיב ולא תשלומי שלושה וארבעה".

18 רש"י מבהיר שם (בד"ה פטור): "ולא סבירא לן כרבי נתן דאמר (שבת צד, א) 'חי נושא את עצמו'". כלומר, קיימת שיטה, של ר' נתן, לפיה אין איסור דאורייתא בהוצאת בעל חיים בשבת מרשות היחיד לרשות הרבים, לנוכח הכלל כי בעל חיים "נושא את עצמו" ואינו נופל למשא על מי שמטלטלו. רש"י מבהיר כי הסוגיה דנא לפיה קיים איסור תורה להוציא בשבת בעל חיים מרשות היחיד לרשות הרבים, אינה תואמת לדברי ר' נתן אלו, שלפיהם אין איסור הוצאה חל בגין הוצאת שה או שור לרשות הרבים. מכאן כי איסור התורה האמור בסוגיא דנא ביחס לגניבה המבוצעת בשבת, הינו איסור הוצאה מרשות לרשות.

19 ר' פרק ב לעיל דברי הגמרא במסכת כתובות (לא, ב).

לפי הסבר זה נמצא, כי הסוגיה דנא תואמת לכל השיטות, לרבות אלו הגורסות שגניבה לא חלה ע"י משיכה לרשות הרבים, שהרי חילול השבת בו עסקינן אינו הוצאת בעל חיים מרשות לרשות אלא שחיטתו.

בהקשר זה נשאלת השאלה הבאה:

אם מדובר במקרה שבו הבהמה נמצאת בחצירו של הגנב מתוך כוונה לגנוב אותה ולשחוט אותה, הרי שלכאורה התבצעה הגניבה מכח הדין של קניין חצר עוד קודם לביצוע בפועל של מעשה הגניבה-השחיטה, שהרי חצירו של אדם קונה לו נכסים המצויים ברשותו, אם אך אינו מתנגד לרכישתם. אם כן נמצא, כי הגניבה חלה עוד לפני שהגנב עבר על איסור תורה של שחיטת הבהמה בשבת, שכן הרכישה התבצעה ע"י כוונתו לרכוש את הבהמה המצויה ברשותו.

במקרה זה לא חל כמובן הדין של "קים ליה בדרכה מיניה" אשר מכוחו רצינו לפטור את הגנב בשבת, שהרי הפטור מחיוב ממוני ניתן רק כאשר אותה פעולה עצמה כרוכה גם בחיוב עונשי. לעומת זאת, מקום שבו החיוב הממוני הבא מחמת הגניבה קדם לאיסור תורה של שחיטת הבהמה בשבת, הרי שלא חל לגביו הפטור של "קים ליה בדרכה מיניה". אם כן, מדוע קובעת איפוא הסוגיה כי יש פטור מלשלם את דמי הקרן וממילא אף את תשלומי ארבעה וחמישה?

לכאורה אפשר לתרץ לפי שיטת "קצות החושן" הגורס כי כדי לשכלל את עוולת הגניבה לא די בכניסת הנכס לרשות הגנב ויש צורך במעשה פעיל של נטילה.

לפי גישה זו מובן כי עצם הכוונה לגנוב את הנכס המצוי ברשות הגנב, אינו עולה כדי גניבה, שהרי הוא אינו כרוך במעשה פעיל, ורק עם ביצוע השחיטה, המהווה מעשה פעיל של נטילה, משתכללת עוולת הגניבה. על כן, בפנינו תחולה בו זמנית, הן של הגניבה והן של הטביחה, כתוצאה מאותו מעשה עצמו, וממילא חל הדין של "קים ליה בדרכה מיניה".

ואולם, אי אפשר לתרץ, כן משום שהרשב"א עצמו מבהיר:

"אלא נראה לפרש, כגון שהיתה בהמת חבירו רבוצה בחצרו ונתכוון לגונבה ולזכות בה עם שחיטתו. דאילו נתכוון לזכות בה קודם



שחיטה הרי נתחייב בגניבה משעה שזכה בה, ומתחייב לא הוי עד שעת שחיטה, ובהיא שעתא מחייב בתשלומי ארבעה וחמישה, דחידוש הוא שחידשה תורה בקנס".

כלומר, הרשב"א מבהיר כי קניין חצר לא חל במקרה דנא רק מכיוון שמדובר במקרה מיוחד של גנב שלא רצה שחצירו תקנה לו את הבהמה וכיוון במפורש לזכות בה רק ע"י השחיטה (מועד שבו יש גם חיוב מיתה מחמת מלאכת שבת וממילא חל הכלל של "קים ליה בדרכה מיניה").

מדברי הרשב"א עולה אם כן, כי אלמלא היתה לגנב כוונה מיוחדת שלא לרכוש את הבהמה ע"י קניין חצר, הרי שהגניבה היתה חלה לפני ביצוע השחיטה - כבר בעת שהבהמה היתה רבוצה בחצרו והוא התכוון לגנבה.

שיטת הרשב"א היא איפוא כי מועיל קניין חצר בגניבה, גם כאשר אין שום מעשה פעיל של נטילה - והדברים שונים לכאורה באופן קוטבי מגישתו של "קצות החושן"<sup>20</sup>.

לעומת זאת, שיטת רש"י בסוגיה זו תואמת לביאורו של "קצות החושן" ולפיה לא תחול גניבה בלא מעשה פעיל של נטילה<sup>21</sup>.

### שיטת הביניים של ה"אמרי משה"

מחד גיסא, ראינו לעיל את שיטת "קצות החושן" כי אין גניבה בלא מעשה נטילה פעיל. שיטה זו מתבססת על שורה של מקורות כמפורט לעיל, אשר חלקן אינו מהווה ראיה גמורה וניתן ליישבן אף בדרך אחרת, אך היא מתבססת גם על שיטת רש"י שהינה לכאורה חד משמעית. מאידך גיסא, ניצבת שיטת הרשב"א החולקת לכאורה על גישה זו.

20 בספר "אמרי משה" (סימן לב אות ב) מוכיח מדברים אלו כי לשיטת הרשב"א, גניבה אינה צריכה מעשה פעיל של נטילה, בניגוד לשיטת ה"קצות החושן".

21 הדברים גם תואמים לחלוטין לדברי רש"י במסכת בבא מציעא (י, ב) שהוכחו לעיל, לפיהם ניתן לבצע גניבה ע"י קניין חצר אם "נכנסה לרשותו ונעל בפניה".

ה"אמרי משה" מציין, כי מתעורר קושי חמור על דברי רש"י, לנוכח העיון בסוגיית הגמרא במסכת בבא קמא (קה, ב), בה מצינו כדלהלן: "הכופר בפקדון נעשה עליו גזלן - וחייב באונסין".

כלומר, מי שהפקד בידו נכס כפיקדון, ובהגיע עת השבת הפיקדון מכחיש השומר כי הופקד בידיו נכס זה, וטוען טענה שקרית כי אין ולא היה בידו כלום - הרי שהשומר נחשב לגזלן. במקרה זה חל שינוי באחריותו של השומר. בעוד שעל פי דיני השומרים פטור השומר מנזק במקרה שהנכס ניזוק בנסיבות של אונס ע"י "כח עליון", הרי שמעת שהשומר כופר בהחזקת הפיקדון הריהו מוגדר כגזלן, וככזה הוא מחוייב להשיב את דמי הנכס גם אם הנכס ניזוק בנסיבות של אונס ע"י "כח עליון".

בהקשר זה נשאלת השאלה: לשיטת "קצות החושן" (הנתמכת בדעת רש"י) - כיצד ניתן להגדיר את ה"כופר בפיקדון" כגזלן, בלא שיתקיים מעשה פעיל של נטילה?

הן מלכתחילה בא הנכס לרשותו של השומר כדת וכדין, וקבלת הנכס לידיו נעשתה ברשות הבעלים המקורי ולבקשתו.

השומר הפך לגנב רק לאחר מכן, ע"י החלטתו שלא להשיב את הנכס וע"י כפירתו בהמצאות הנכס השייך לזולת בידו. אך בשלב זה אין בפנינו מעשה פעיל כלשהו של נטילה.

לכאורה בפנינו ראייה ברורה לכך שגניבה יכולה להשתכלל גם בהעדר מעשה פעיל של נטילה.

סוגיה זו התומכת בשיטת הרשב"א, מעוררת קושי חמור על שיטת רש"י.

בעקבות דברים אלו, וכדי ליישב קושי זה, מחדש ה"אמרי משה" שיטת ביניים הגורסת כדלקמן:

ככל שהדבר נוגע לחיוב לשלם את דמי הקרן של הנכס הגנוב - משתכללת עוולת הגניבה אף בלא צורך במעשה פעיל של נטילה. אכן גניבה מטבעה מצריכה מעשה פעיל ואילו גזילה אינה מצריכה מעשה כאמור, אבל גם בגניבה ללא מעשה נטילה חל חיוב השבה שכן לא

יגרע דינו של הגנב מדינו של הגזלן. על כן, במישור המעשי, אין הבדל בין גניבה לגזילה ושתי עוולות רכוש אלו חלות אף אם הנכס ניטל בלא מעשה פעיל של נטילה.

כדי להתחייב בתשלום עונשי המושת על הגנב כגון תשלום כפל – יש צורך במעשה פעיל של נטילה.

ודוק, בפרק המבוא לעיל עמדנו על ההבדלים בין גניבה לבין גזילה, הן במישור אופני הביצוע השונים המבדילים בין עוולות אלו, והן במישור החיוב הכספי, כאשר גניבה גוררת חיוב של הגנב במקרים מסויימים בתשלום כפל וגזילה אינה גוררת חיוב בתשלומי כפל.

בהקשר דנא מבאר ה"אמרי משה" כי בהעדר מעשה נטילה פעיל לא היתה אמורה להשתכלל כלל עוולת הגניבה, וממילא לא ניתן לחייב את הגנב לשלם תשלומי כפל. אכן, ניתן לחייבו בתשלום הקרן אף בהעדר הגדרה של המעשה כגניבה – וזאת מכח דין גזלן (החל על הגנב ומחייבו לשלם את דמי הקרן אף כאשר מדובר בנטילה מסוג המוגדר בדרך כלל כגניבה ולא כגזילה, למען לא יגרע דינו של הגנב מדינו של הגזלן לעניין קיומו של חיוב בסיסי זה). אך לשם החלת חיובי כפל – מן ההכרח להגדיר את המעשה כגניבה מעצם מהותו וטבעו (ולא רק מחמת הכלל כי "לא יגרע דינו מדין הגזלן"), שהרי גזלן אינו חייב בכפל. וגניבה אינה משתכללת בלא מעשה נטילה פעיל.

נמצא כי אף בלא מעשה נטילה פעיל קיים חיוב לתשלום דמי הקרן (מדין גזלן), והצורך במעשה נטילה פעיל יוצר נפקות רק לעניין אי השתכללות החיוב המביא לתשלומי כפל.

בהתאם לגישה זו סר הקושי על שיטת רש"י:

רש"י הבהיר כי ניתן לבצע גניבה ע"י קניין חצר רק אם "נכנסה לרשותו ונעל בפניה". הצורך במעשה פעיל נובע מכך, שרש"י מתייחס לחיוב לשלם תשלומי כפל, שהרי הפסוק שאליו מתייחס רש"י עוסק בתשלום זה ("שניים ישלם"). ואכן, לשם קביעת תשלום כפל נחוצה גניבה הנעשית ע"י מעשה נטילה פעיל.

אכן, בכל הנוגע לחיוב הקרן עשוי גנב להתחייב אף בלא מעשה נטילה פעיל – וזאת תוך הגדרת המעשה כמטיל חיובים כשל גזלן. אך

לעניין חיובי כפל, שאינם נוהגים בגזלן, מן ההכרח במעשה נטילה פעיל למען יוגדר המעשה כגניבה.

לעומת זאת, הסוגיה במסכת בבא קמא (קה, ב) עוסקת בחיובי הקרן מדין גזלן ("הכופר בפיקדון נעשה עליו גזלן וחייב באונסין"). סוגיה זו אינה עוסקת בחיובי גנב וממילא אין בה משום סתירה לדברי רש"י העוסקים בחיובי הגנב.

ואכן, הבחנה זו מוכחת לכאורה מן העיון בברייתא במסכת בבא קמא קו, א בה מצינו כדלקמן:

"היכן פקדוני? אמר ליה, נגנב. משביעך אני ואמר אמן והעדים מעידים אותו שגנבו - משלם תשלומי כפל".

ראינו לעיל כי הכופר בפיקדון המכחיש את עצם קבלת הנכס לידי כפיקדון, בלא טענה כי הנכס נגנב ושבועה כי כך היה המעשה - מוגדר כגזלן.

לעומת זאת, אם טוען השומר כי הנכס נגנב ממנו ונשבע על כך, הרי שעליו לשלם כפל כדין גנב.

דין זה נלמד מן האמור בספר שמות (ז, ח): "אם לא ימצא הגנב ונקרב בעל הבית אל האלוהים ... ישלם שניים לרעהו".

פסוק זה נדרש בסוגיא במסכת בבא קמא (סג, ב) כמחדש כי "אם לא ימצא" שהנכס אכן נגנב כפי שטען השומר ויתברר כי הוא עצמו גנבו, ומדובר במקרה שבו "ונקרב בעל הבית אל האלוהים" דהיינו כאשר הבעלים המקורי של הנכס קרא לשומר לדין תורה ("אלוהים") וחייב אותו להישבע בפניהם, הרי שעל השומר לשלם תשלומי כפל כדין גנב.

נמצא כי כדי להגדיר שומר הכופר בפיקדון ונשבע לשקר - כגנב, נחוץ חידוש מיוחד של הכתוב. זאת להבדיל מן הסוגיה במסכת בבא קמא (קה, ב) המתייחסת לשומר המכחיש את עצם ההפקדה של הנכס בידו.

מכאן כי כדי להחיל על המחזיק בפיקדון דין של גנב יש צורך בחידוש התורה. מדוע?

הטעם לכך הוא, לכאורה, כי במקרה זה אין בפנינו מעשה פעיל של נטילה, וממילא בלא חידוש מיוחד של הכתוב לא היה הדבר עולה כדי גניבה היוצרת חיוב בתשלומי כפל.

הגיונם של דברים:

הסברא להבדיל בין החיוב בתשלומי הקרן, שלשמו לא מן ההכרח שהנטילה תתבצע ע"י מעשה פעיל, לבין חיוב כפל שלשמו נחוץ מעשה פעיל, הוא כדלהלן:

(א) החיוב לשלם את דמי הקרן הוא חיוב ממוני, הנובע מעצם העובדה שנכס של הבעלים המקורי מצוי שלא כדין בידי אחר. לעניין זה אין איפוא נפקות לשאלה כיצד הגיע הנכס לרשותו, ובאיזה אופן נפגעה בעלותו של הבעלים המקורי. גם בהעדר מעשה נטילה פעיל מוטל חיוב ממוני, שהרי הוא מחזיק בידו נכס השייך לבעלים המקורי.

(ב) לעומת זאת, החיוב לשלם תשלומי כפל הוא חיוב עונשי. בחיוב מסוג זה מתחייב הגנב רק מכיוון שעשה מעשה אסור של נטילה, והחיוב הוא עונש בגין מעשהו. משום כך, בהעדר מעשה פעיל של נטילה אין בפנינו מעשה שמחיל עונש ואין מקום לתשלומי כפל, שהרי עונש מוחל רק על מעשים פעילים ולא על תוצאות כלכליות שהתרחשו בלא שתתבצע פעולה המוגדרת כגניבה.

לפי סברא זו נראה כי בכל הנוגע לחלק הממוני - אין הכרח בקיומו של מעשה פעיל לשם רכישת הבעלות בנכס, ואף בהעדר מעשה זה משתכללת עוולת הגניבה, אם אך יכול הנכס לעבור מבחינה קניינית מן הבעלים המקורי לגנב אף בלא מעשה נטילה, כגון כשהנכס בחצר הגנב ובדעתו לגונבו. מכיוון שלעניין דיני ממונות רוכש הגנב את הנכס ע"י חצרו גם בלא מעשה פעיל של נטילה, מובן כי עליו להשיב את הקרן, אף אם הנכס נאנס ואבד. מעשה נטילה פעיל - חיוני איפוא רק לצורך ההיבט העונשי, של חיוב בתשלומי כפל.

המחלוקת בין "קצות החושן" לבין ה"אמרי משה" היא איפוא, בשאלה האם נחוץ מעשה נטילה כדי להגדיר את המעשה כגניבה או כדי להחיל חיוב עונשי בלבד.

אכן, לדעת שניהם אין ענישה ותשלומי כפל בלא מעשה נטילה פעיל. אך בדין הממוני של חיוב בדמי קרן יש נפקות ברורה:

לדעת ה"אמרי משה" אין צורך במעשה נטילה פעיל לשם הגדרת המעשה כגניבה ולשם יצירת החיוב הממוני לשלם את דמי הקרן. לדידו קיים הבדל מהותי בין חיובי קרן לבין חיובי כפל;

לעומת זאת, לשיטת "קצות החושן" נחוץ מעשה פעיל של נטילה כדי לשכלל את עוולת הגניבה ועל כן גם במישור הקנייני של דיני הגניבה לא חל חיוב בדמי הקרן בדומה להעדר חיוב לשלם תשלומי כפל, ובשניהם נובע הפטור מכך שבהעדר מעשה פעיל אין הדבר מוגדר כלל כגניבה.

### ההבחנה של הרב מבריסק בין גניבה לגזילה

על ההבחנה האמורה בין גניבה של צורך שכלולה נחוץ מעשה פעיל של נטילה, לבין גזילה שהיא חיוב ממוני הקיים אף בלא מעשה כאמור, עמד הרב מבריסק, הגרי"ז סולוביצ'יק, בהתייחסו לשוני הקיים בין הגדרת הגניבה לבין הגדרת הגזילה ע"י הרמב"ם. נביא להלן דברים אלה כסדרם:

הרמב"ם פסק בהלכות גניבה (פרק א הלכה א):

"כל הגונב ממון משווה פרוטה ומעלה עובר על לא-תעשה, שנאמר: 'לא תגנובו'".

לעומת זאת, בהלכות גזילה ואבידה (פרק א הלכה א) פסק הרמב"ם:

"כל גוזל את חבירו שווה פרוטה עובר בלא-תעשה, שנאמר: 'לא תגזול'".

מכאן מדייק הרב מבריסק כי בגניבה של נכס ששוויו מרובה, עובר הגנב על איסור אחד, וכל המכלול שנגנב ואשר ערכו הוא משווה פרוטה ומעלה נחשב לגניבה אחת.

לעומת זאת, בגזילה יש איסור ביחס לכל יחידה כלכלית השווה פרוטה, כאילו היתה עומדת בפני עצמה.

כלומר, מי שגנב ארנק ובו 10 פרוטות עובר על לאו אחד של "לא תגנבו".

לעומת זאת, מי שגזל ארנק ובו 10 פרוטות, עובר עשר פעמים על הלאו של "לא תגזול", ועל אף שביצע נטילה אחת של ארנק הריהו נחשב כמי שביצע עשר עוולות נפרדות של גזילה. טעמו של דבר מובהר ע"י הרב מבריסק ע"י ההבחנה בין גניבה לגזילה.

מהות העוולה של גזילה היא ממונית - שכן הגזלן מחזיק בידיו ממון של חבירו שלא כדין.

משום כך, מי שנטל עשר פרוטות מחבירו, מחזיק בידו עשר שווי פרוטה שלא כדין, וממילא הוא מתחייב בגין כל פרוטה שנטל. לעומת זאת, מהותה של הגניבה היא המעשה האסור שביצע הגנב בגניבתו, בכך שעבר על הלאו של "לא תגנובו". בגניבה יש על כן גם חיוב עונשי המתבטא בצורך לשלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמישה, בנוסף לחיוב הממוני.

על כן ברור כי גנב שנטל ארנק ובו עשר פרוטות ביצע בפועל מעשה גניבה אחד, אף אם במישור הממוני מדובר בנטילה של 10 מטבעות. ככל שהדברים נוגעים למישור העונשי רואים אנו כעוולה אחת את נטילת הארנק, שהרי מדובר במעשה נטילה אחד.

הנה כי כן, מותר הגניבה על הגזילה הוא כי בגניבה יש חיוב עונשי המוטל בגין מעשה הנטילה.

בדרך זו מיושבת הבחנה נוספת שעשה הרמב"ם בין גניבה לגזילה וכדלקמן:

ככלל, אדם העובר על איסור תורה (לא תעשה) חייב מלקות<sup>22</sup>. עם זאת, כאשר ניתן לתקן את העבירה ע"י קיום מצוות עשה (כגון האיסור של "בל יראה ובל ימצא" ביחס לחמץ בפסח, שניתן

22 רמב"ם הלכות סנהדרין (פרק יח הלכה א): "אלו הן הלוקין: כל העובר על לא-תעשה".

לתקנו ע"י מצוות עשה של ביעור החמץ), הרי שאין עונשין את העבריין על הלאו שעבר, ומסתפקים בקיום מצוות העשה. דבר זה מכונה בגמרא "לאו הניתק לעשה", דהיינו איסור תורה של "לא תעשה" שניתן לנתק את המשך תוצאותיו ע"י קיום פעולה חיובית המהווה מצוות עשה<sup>23</sup>.

פטור נוסף ממלקות מצוי במקרה של לאו שהתורה קבעה כי יחול בעקבותיו חיוב בתשלום כספי, וזאת אף אם התשלום אינו מהווה מצוות עשה כשלעצמו. דבר זה מכונה בגמרא "לאו הניתן לתשלומין"<sup>24</sup>.

ביחס לגזילה פוסק הרמב"ם בהלכות גזילה ואבידה (פרק א הלכה א):

"ואין לוקין על לאו זה, שהרי הכתוב נתקו לעשה, שאם גזל חייב להחזיר, שנאמר 'והשיב את הגזילה אשר גזל' - זו מצוות עשה.

ואפילו שרף הגזלה אינו לוקה, שהרי הוא חייב לשלם דמיה, וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו"

כלומר, הטעם לכך שאין לוקים בגין גזלה של נכס, כל עוד שהנכס בעין וניתן להשיבו, נעוץ בכך שמדובר ב"לאו הניתק לעשה". (הטעם של "לאו הניתן לתשלומין" מובא רק במקום שבו אין אפשרות לקיים את מצוות העשה של "והשיב את הגזילה", כגון כשהחפץ אינו בעין).

---

23 ר' רמב"ם שם (פרק יח הלכה ב): "וכל לאו שניתק לעשה, כגון: 'לא תיקח האם על הבנים' (דברים כב, ו-ז): כי יקרא קן ציפור לפניך בדרך בכל עץ או על הארץ אפרוחים או ביצים והאם רובצת על האפרוחים או על הביצים, לא תיקח האם על הבנים. (והתיקון הוא - ו' א') שלח תשלח את האם ואת הבנים תיקח לך";  
'לא תכלה פאת שדך' (ויקרא כג, כב) ובקצרכם את קציר ארצכם, לא תכלה פאת שדך בקצרך ולקט קצירך לא תלקט, (והתיקון הוא - ו' א') לעני ולגר תעזוב אותם,

אין לוקין עליו, אלא אם לא קיים עשה שבהן".

24 ר' רמב"ם שם "וכל לאו שניתן לתשלומין כגון "לא תגזול" ו"לא תגנובו" - אין לוקין עליו".



לעומת זאת בהלכות גניבה (פרק א הלכה א) פוסק הרמב"ם:

"ואין לוקין על לאו זה, שהרי ניתן לתשלומין, שהגנב חייבה אותו תורה לשלם".

כלומר, הפטור ממלקות בגין הלאו של "לא תגנובו" אינו נובע מן הדין של "לאו הניתק לעשה", אלא מן הדין של "לאו שיש לו תשלומין", וזאת גם כשהנכס בעין וניתן לבצע באמצעותו את מצוות ההשבה.

נשאלת השאלה: מה ההבדל בהקשר זה בין גניבה לגזילה?

מדוע לא קבע הרמב"ם גם ביחס לגניבה כי אין לוקים בגין הלאו מחמת הדין של "לאו הניתק לעשה"? הן גם בגניבה יש חיוב השבה, וכאשר משיבים את הנכס בעין מקיימים מצוות עשה של "והשיב את הגזילה"<sup>25</sup>?

בהתאם להבחנה האמורה של הרב מבריסק, נראה כי ההסבר לכך פשוט הוא:

בגזילה נוגע האיסור להחזקת ממון הזולת שלא כדין. ההשבה מהווה תיקון להחזקה זו. קיום מצוות עשה של "והשיב את הגזילה" מנתק איפוא את הלאו של "לא תגזול".

לעומת זאת, גניבה חורגת מגדר דיני הממונות של החזקה בממון הזולת שלא כדין, ויש בה גם היבט עונשי, הנובע ממעשה הנטילה האסור שנעשה. מעשה זה של שליחת יד ונטילת נכסי הזולת אינו מתוקן ע"י ההשבה, שהרי מעשה עבירה שנעשה אין להשיב, ורק את תוצאותיו הממוניות ניתן לתקן.

ההשבה יכולה לתקן את המצב הנמשך של החזקת הכספים, אך אין בה כדי לתקן את הפעולה של נטילת הכספים שכבר בוצעה בעבר. לכן אין זה "לאו הניתק לעשה"<sup>26</sup>.

25 לדין נרחב בשאלה זו ראה שו"ת "חוות יאיר" (סימן קצג).

26 עם זאת, ניתן להגדיר את העבירה כ"יש בו תשלומין", שהרי תשלומין אינם אמורים לנתק את העשה ואינם אמורים לתקן אותו, אך התורה מאפשרת למעול לפצות על מעשהו בכסף, וכנסיכות שכאלו אין ענישה של מלקות.

שמא תאמר כי גם בשללוח הקן, אין המעשה מתקן את נטילת האם על הבנים שכבר נעשתה בעבר, ואם כן מדוע נחשב הדבר ללאו הניתק לעשה?

תשובה לכך מצויה בדברי התוספות (כתובות לב, ב ד"ה שלא) המבהיר, כי יש שני גורמים אשר מחמתם נחשב לאו לניתק לעשה:

(1) סמיכותו של הלאו לעשה שנקבע באותו עניין - במקרה זה בפנינו מעין גזירת הכתוב כי הלאו מוגדר כ"ניתק לעשה" הנזכר בסמוך לו, וזאת אף אם קיום העשה אינו מתקן את אשר כבר נעשה בעבר<sup>27</sup>.

(2) עשה אשר מהווה במהותו תיקון של הלאו.

הגורם הראשון אינו חל בגזילה, שכן הפסוק של "והשיב את הגזילה" אינו סמוך לפסוק של "לא תגזול". עם זאת, מבהיר תוספות כי הלאו של "לא תגזול" ניתק לעשה, שהרי ע"י ההשבה "עוקר גזילה מתחת ידו". כלומר, הלאו ניתק לעשה מכח עצם מהותו, שהרי לאחר קיום מצוות ההשבה שוב אין נכס גזול בידו.

ממילא ניתן היה להבהיר כי תיקון זה אינו תקף בגניבה, שבה לא מתקיימים שני הגורמים להגדרת הלאו כניתק לעשה, שהרי הפסוק של הלאו אינו סמוך לעשה וגם עצם מהותו של העשה אינה מהווה תיקון למעשה האסור שכבר נעשה.

לעומת זאת במצוות שילוח הקן, ניתק הלאו לעשה, על אף שמבחינת עצם המהות אין תיקון למעשה האסור שנעשה, שהרי חל הגורם הראשון של סמיכות הפסוק של הלאו לפסוק של העשה.

הנה כי כן, ייחודה של עוולת הגניבה הגוררת חיובים עונשיים הינו בכך שיסוד עוולת הגניבה במעשה פעיל, שהוא מותר הגניבה על הגזילה (החורג מן הבסיס המשותף של שתי עוולות אלו היוצרות חיוב בתשלום דמי הקרן).

---

27 כדוגמא לכך ר' "ולא תחירו ממנו עד בוקר - והנותר ממנו עד בוקר באש תשרפו" (שמות יב, י).

סיכום

לדעת "קצות החושן" נחוץ מעשה פעיל של נטילה כחלק מהגדרת עוולת הגניבה. על כן, אין הבדל בין הדין הממוני של חיוב בדמי הקרן לבין הדין העונשי של חיוב בתשלומי כפל, ובלא מעשה פעיל של נטילה לא חל חיוב, שכן אין גניבה בלא מעשה.

לעומת זאת, לדעת ה"אמרי משה" גנב יתחייב בתשלום דמי הקרן אף בלא מעשה נטילה פעיל, שהרי לא יגרע לעניין זה דינו של הגנב מדינו של הגולן.

מכיוון שמבחינה ממונית הוא רוכש את הנכס גם בלא מעשה פעיל של נטילה (כגון באמצעות קניין חצר), מוטל עליו להשיב את הקרן, אף אם הנכס נאנס ואבד.

עם זאת, נחוץ מעשה פעיל של נטילה לצורך ההיבט העונשי של דיני הגניבה, דהיינו כדי לחייבו בתשלום כפל.

לשיטת ה"אמרי משה", הגניבה, להבדיל מהגזילה, מורכבת משני דינים:

האחד הוא הפגיעה בממון הזולת;

והשני הוא - הנטילה עצמה, המהווה מעשה לא ראוי, שבגינו משיתה התורה על עושהו קנסות ממוניים.

כדי לפגוע בזכות הממונית אין צורך במעשה נטילה פעיל ודי בקניית הנכס הנגנב, כגון ע"י קנין חצר. רק כדי להתחייב בכפל ובתשלומי ארבעה וחמישה, צריך פעולת נטילה.

לעומת זאת, "קצות החושן" גורס כי כל דיני הגניבה לא יחולו בטרם שיתבצע מעשה פעיל של נטילה. בלא נטילה כאמור אין הגנב רוכש זכויות בעלות בנכס וממילא, לשיטתו, אין הבדל בין גניבה לגזילה, ובשניהם בלא נטילה - אין חיוב ממוני.

## פרק ה - הגונב מן הגנב

פרק זה הוא יישום של קודמיו, והעקרונות הבסיסיים - עליהם עמדנו בפרקים הקודמים - יבואו לידי ביטוי עת שנבחן את יישומם בסוגיה זו של "הגונב מן הגנב".

האם חייב הגונב מן הגנב בדמי הקרן

במשנה במסכת בבא קמא (סב, ב) מצינו:

"אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל, ולא הטובח ולא המוכר אחר הגנב משלם תשלומי ארבעה וחמישה".

מבביר רש"י: "דכתיב 'וגונב מבית האיש' - ולא מבית הגנב".

כלומר, הקנס המושת על גנב (כפל במקרה הרגיל, וקנס בסך של פי ארבעה וחמישה מערך הנכס הגנוב, במקרה שגם טבח או מכר שור או שה) אינו חל במקרה של גונב מן הגנב.

דבר זה נלמד מן הכתובים, שכן הכתוב המחייב תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמישה נקבע בפירוש ביחס למי שגונב מ"בית האיש" ולא למי שגונב מבית הגנב.

זהו הכלל הידוע של "הגונב מן הגנב פטור".

כלל זה מתייחס בבירור לתשלומים העונשיים של גניבה.

בכל הנוגע לתשלום הממוני של הקרן עצמה - אין במשנה זו כל התייחסות.

משום כך מתעוררת השאלה:

האם הגונב מן הגנב פטור רק מתשלומי כפל, אך חייב בתשלומי הקרן, או שמא פטור הוא גם מתשלומי הקרן?

מובן הדבר כי כשהחפץ הגנוב בעינו קיים חיוב השבה, שהרי החפץ שייך לבעליו כל עוד שהוא בעינו. ואולם, השאלה נשאלת לגבי מצב שבו החפץ נהרס או נמכר ואין לאתרו, והחיוב הוא רק לשלם את דמי הגניבה: האם על הגונב מן הגנב לשלם לבעלים את דמי הקרן, שהרי אף הוא החזיק בידיו שלא כדין נכס של הבעלים המקורי, או שמא פטור הוא מכך, שהרי תשלום זה (להבדיל מחובת ההשבה של הנכס הגנוב כשהוא בעינו) אינו חיוב קנייני, אלא יסודו בחיוב אישי בגין הפסד שנעשה, ואת הפסד לבעלים לא ביצע גנב זה אלא קדם לו גנב אחר.

### סוגיות התומכות בחיוב בדמי הקרן

תשובה ברורה לשאלה זו מצויה לכאורה בדברי רב חסדא במסכת בבא קמא (קיא, ב):

”אמר רב חסדא, גזל ולא נתייאשו הבעלים, ובא אחר ואכלו ממנו, רצה מזה - גובה; רצה מזה - גובה.

מאי טעמא? כל כמה דלא נתייאשו הבעלים, ברשותיה דמאריה קאי”.

ומבאר רש”י: ”וזה שאכלו - נעשה כגוזלו מבעליו”.

כלומר, לדעת רב חסדא זכאי הבעלים המקורי להיפרע הן מן הגנב והן מן הגונב מן הגנב, לפי בחירתו, ומכאן כי גם הגונב מן הגנב כמוהו כמי שגנב מן הבעלים המקורי במישרין.

זאת כאמור מכיוון שהבעלים המקורי נותר בעליו של חפץ שנגנב, וממילא גם הגונב מן הגנב נוטל נכס השייך לבעלים המקורי.

מסוגיה זו עולה לכאורה כי דיני הגניבה, ככל שהם מתייחסים לחיוב של תשלום דמי הקרן, חלים גם ביחס לגונב מן הגנב.

מכאן כי המשנה במסכת בבא קמא הקובעת כי הגונב מן הגנב פטור, התייחסה רק לדין העונשי של תשלומי כפל וכיו”ב, ולא התייחסה לדין הממוני של החיוב בתשלומי הקרן.

למסקנה דומה מגיעים אנו לכאורה עת שמעיינים בסוגיה נוספת במסכת בבא קמא (סה, א) בה מצינו:

“אמר רבה, האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה, מעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ד’ זוזי,

תברה או שתייה – משלם ד’. איתבר ממילא – משלם זוזא”.

ומבהיר רש”י:

“תברה-בידיים או שתייה משלם ד’. ובהמפקיד<sup>1</sup> מפרש טעמא, דכל כמה דאיתיה בעינא, ברשותא דמרה קיימא, דהא בעי לאהדוריה. הלכך ברשותא דמרה הוקרה וההיא שעתה דתברה ושתייה הוא דקא גזיל לה”.

ננתח סוגיה זו ונראה כיצד יש בה להשליך על הנושא הנדון:

בסוגיה זו מדובר על חפץ שנגנב כאשר שוויו היה זוו אחד ואח”כ התייקר והיה שווה ארבעה זוזים. אם הנכס בעינו, מוכן כי יש להשיבו לבעלים המקורי, יהא שוויו אשר יהא. לעומת זאת, אם הנכס נשבר אחר שהתייקר ואי אפשר להחזירו בעינו, מתעורר דיון מהו הערך לפיו מתחייב הגנב לשלם את דמי הגניבה. הסוגיה קובעת בהקשר זה כי הדבר תלוי בגורמים הבאים:

כשהחפץ הגנוב נשבר מאליו, משלם הגנב לפי שווי הנכס בשעת הגניבה, על אף שבשעת שבירת הנכס שווי השוק שלו גבוה יותר. זהו הכלל של “כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה”. הטעם לכך הוא כי בשעת הגניבה כבר הושלמה נטילת הנכס וחל החיוב הכספי כלפי הבעלים, כפי שהיה שווה הנכס בזמן ההוא, וממילא מה שקרה לנכס הגנוב לאחר מכן, ארע כשכבר יצא הנכס מרשות הבעלים המקורי.

לעומת זאת, אם הגנב הזיק לנכס במו ידיו, מוטל עליו לשלם לפי שווי הנכס בעת ההיזק.

נשאלת השאלה: מדוע מוטל על הגנב לשלם דמים בשווי שנוסף לנכס לאחר גניבתו כאשר הגנב מזיק את הנכס במו ידיו? הן מדובר בנוק שארע לנכס לאחר שיצא מרשות הבעלים המקורי?!

---

1 בבא מציעא מג, א.

לכאורה, הדבר נובע מכך שהזקת הנכס ע"י הגנב נחשבת למעין פעולת גניבה נוספת, שמוציאה את הנכס מרשות הבעלים המקורי, על אף שנעשתה לאחר ביצועו של מעשה הגניבה.

נמצאנו למדים בהכרח כי כאשר קיים מעשה נוסף של הוצאת הנכס מן הבעלים המקורי, לאחר שהנכס כבר נגנב פעם אחת הימנו, יש לראות בכך גניבה נוספת. בסוגיה זו נמצא אם כן, כי מחייבים את הגנב בגין מעשה הגניבה הנוסף של שבירת הנכס, על אף שמעשה זה נעשה לאחר שהחפץ כבר גנב - ואינו ברשות בעליו.

מסוגיה זו עולה איפוא, לכאורה, כי ניתן להתחייב בחיוב ממוני (דמי הקרן) בגין גניבה שבוצעה בנכס שכבר נגנב מבעליו.

בהתאם לכך נמצא כי הגונב מן הגנב פטור רק מן החיוב העונשי של תשלומי כפל וארבעה וחמישה, אך חיוב ממוני לתשלום דמי הקרן לפי שווי הנכס בעת ביצוע מעשה הנטילה השני - קיים גם אצל הגונב מן הגנב.

זוהי אם כן סוגיה נוספת, שהמסקנה העולה ממנה זהה לכאורה, לזו שהסקנו מדברי רב חסדא במסכת בבא קמא.

יושם אל לב כי בשתי הסוגיות<sup>2</sup> ההסבר הניתן בגמרא (לכך שהגונב מן הגנב חייב בדמי הקרן) זהה ונאמר: "כל כמה דאיתיה ברשותא דמרה קיימא" - כלומר, הנכס נחשב למצוי בבעלותו של הבעלים המקורי אף לאחר שבוצעה בו פעולת הגניבה הראשונה, וממילא הגונב מן הגנב חייב בתשלומי הקרן.

### שיטת "קצות החושן"

לעומת זאת, שיטת "קצות החושן" (סימן לד ס"ק ג) היא, כי הגונב מן הגנב פטור לא רק מן החיובים העונשיים לשלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמישה, אלא הוא פטור גם מן החיוב לשלם את דמי הקרן - מכיוון שאין הוא מוגדר כגנב.

2 במסכת בבא קמא (סה, א) וברש"י שם, ובדף קיא, ב עפ"י הגמרא במסכת בבא מציעא (מג, א).

אכן, כאשר החפץ בעין - יש להשיבו לבעלים המקורי, שהרי הנכס שייך לו, אך מקום שהחפץ נשבר או נאבד - פטור הגנב מחיוב בתשלומי הקרן.

הטעם לכך שבגניבה שביצע הגונב מן הגנב אין כדי לחייבו, הוא כדלקמן:

הוצאה מרשות הבעלים המקורי - משגנב הנכס פעם אחת - הוא כבר הוצא מרשות הבעלים המקורי, וגניבה נוספת זו אינה מעלה ואינה מורידה במישור זה.

הוצאה מרשות הגנב הראשון - הוצאה זו אינה חשובה כלל, שהרי הנכס לא נמצא מלכתחילה ברשותו כדין.

בעלותו של הבעלים המקורי - גניבה שניה זו, כמו גם קודמתה, אינה יכולה לשלול את הבעלות של הבעלים המקורי. גניבה מבטאת רק הוצאה מרשות הבעלים, ואין בה כדי להוציא מבעלותו של הבעלים המקורי. גניבה נוספת זו לא הוסיפה איפוא דבר במישור הבעלות בנכס, שהרי הנכס היה ונותר של הבעלים המקורי.

בעלותו של הגנב הראשון - אין בגניבה נוספת זו כדי לשלול בעלות מן הגנב הראשון, שהרי הנכס לא היה מעולם בבעלותו.

נמצא אם כן, כי הגונב מן הגנב לא הוסיף מאומה במישור שלילת הבעלות, ולא רכש בעלות בנכס הגנוב. הוא גם לא הוציא את הנכס מרשות הבעלים המקורי. ממילא, אין לראות בפעולתו של הגונב מן הגנב משום גניבה נוספת, ואין כדבר הזה "גונב מן הגנב", כפי שאין רוצח אחר רוצח, שהרי למעשה הנוסף כבר אין שום נפקות.

בכל הנוגע לראיה שהבאנו לעיל מדבר רב חיסדא, כי הגונב מן הגנב, ובא אחר ואכלו, הבעלים המקורי זכאי לגבות את דמי הגניבה הן מהגנב הראשון והן מהגנב השני, מבאר "קצות החושן", כי החיוב של האוכל (הגנב השני) אינו מחמת היותו גנב, שכן אין גניבה אחר גניבה. חיובו של הגנב לשלם לבעלים המקורי נובע לדברי "קצות החושן" מן ההיזק שביצע, שהרי באכילתו הזיק חפץ שנוטר של הבעלים המקורי, אף בהיותו מצוי ברשות הגנב הראשון.



ההגיון שבדבר נעוץ, כאמור, בכך שגניבה לעולם אינה מפקיעה את הבעלות של הבעלים המקורי. אך דווקא משום כך – האוכל את הנכס הגנוב נמצא מזיק לבעלים המקורי וחייב לשלם לו פיצוי כדין מזיק, וזאת אף שהנכס לא היה ברשות הבעלים.

בדומה לכך, מבאר "קצות החושן" את סוגיית "תברה או שתייה", בה פסק רבה כי אם הגנב שבר בידיים משלם כשעת היוקר.

על כך תמהנו, מדוע חייב הגנב המזיק את הנכס במו ידיו לשלם דמים אף לפי השווי שנוסף לנכס לאחר גניבתו? הן מדובר בנזק שארע לנכס שכבר יצא מרשות הבעלים המקורי? ! מכאן הסקנו כי הזקת הנכס ע"י הגנב במו ידיו נחשבת למעין פעולת גניבה נוספת, וכי הגונב מן הגנב חייב.

"קצות החושן" סובר כי לא ניתן לבצע גניבה אחר גניבה, שהרי הנכס כבר יצא מרשות הבעלים ולא ניתן להוציאו שוב. ואולם, מכיוון שהנכס לא יצא מבעלותו של הבעלים המקורי, הרי שאם הגנב מאבד (שובר או שותה) את הנכס במו ידיו, הרי שהוא מבצע פעולה של היזק בנכס של הבעלים המקורי ועליו לשלם כדין מזיק. חיוב זה מוטל עליו בהתאם לשווי הנכס בעת ההיזק.<sup>3</sup>

"קצות החושן" מביא ראיה לכך שהגונב מן הגנב פטור גם מתשלום דמי הקרן כדלקמן:

הכלל הוא כי הגנב מחוייב לשלם לפי שווי הנכס בשעת הגניבה.<sup>4</sup>

3 אכן עם שבירת הנכס מומר חיוב ה"והשיב" בחיוב של "ושילם" המחייב לשלם את ערך הנכס כשעת הגניבה בלבד, אך זוהי גופא פעולת ההיזק, שהרי אלמלא היזק הגנב את הנכס היה חיוב ה"והשיב" מחייבו להחזיר נכס זה דווקא, שהיה שווה בעת היזק ארבעה זווים. נמצא כי עצם הגרימה לנכס כי יחדל להיות בעין, והפקעת חיוב ה"והשיב" המוטל על הנכס, גרמה לבעלים המקורי נזק בשווי הפרש שבין הערך הכלכלי שהיו הבעלים מקבלים מכח ביצוע חיוב ה"והשיב" לבין הערך המתקבל בעת ביצוע חיוב של "ושילם" (המתייחס לשווי הנכס בעת הגניבה בלבד). נזק זה מחייב כשלעצמו בפיצוי מדין מזיק.

4 ובלשון המשנה במסכת בבא קמא (צג, ב): "כל הגולנים משלמין כשעת הגזילה".

כלומר, אם נגנב נכס בשווי של שקל אחד, ולאחר מכן התייקר הנכס ושוויו האמיר לארבעה שקלים, ובשלב זה אבד הנכס שלא בעטיו של הגנב – הרי שהגנב אינו חייב לשלם לפי שווי הנכס בעת אובדנו, אלא לפי שווי הנכס בעת גניבתו.

נמצא כי על אף שהנכס שווה ארבעה זוזים, משלם הגנב פחות מדמי הקרן כערכו האחרון.

ודוק, גניבה היא לכאורה עוולה נמשכת שאינה פוסקת כל עוד שהגנב אינו משיב את הנכס לבעליו וממשיך לשלול אותו מהם.

אם כן, מדוע מסתפקים אנו בתשלום לפי שווי הנכס בשעת הגניבה?

מדוע אין הגנב משלם לפי שווי הנכס בעת אובדנו – על אף שבאותה עת עצמה נעשתה עוולת גניבה, שהחלה אמנם בעת הנטילה אך נמשכה עד לעת אובדן הנכס. שמא תאמר כי הדבר נובע מכך שאין מעשה נטילה נוסף לאחר הגניבה הראשונה? תשובה זו לאו תשובה היא שהרי, לעיתים מזומנות מגביה הגנב את הנכס הגנוב פעם נוספת לאחר הנטילה וכן מבצע פעולות שונות שיש בהן כדי לקנות את הנכס על פי דיני הקניין. מעשים אלו עולים לכאורה כדי עוולת גניבה נוספת, שהרי בפנינו מעשה בר תוקף קנייני הנעשה כהמשך לשלילת הנכס מן הבעלים המקורי. ואם כך, מתעצם הקושי מדוע מסתפקים אנו בתשלום לפי שווי הנכס בשעת הגניבה הראשונה ומתעלמים משוויו בעת ביצוע הגניבה השנייה?

אין זאת אלא שע"י מעשה הגניבה הראשון הוציא הגנב את הנכס מרשות הבעלים, ואחריו אין ולא כלום. רק פעולת היזק יכולה ליצור חיוב נוסף (מדין מזיק) לפי שווי הנכס בשעת גרימת הנזק, אך גניבה אחר גניבה לא תיתכן עפ"י דין, ואין שום משמעות למעשה גניבה הנעשה לאחר הגניבה הראשונה.

### שיטת "נתיבות המשפט"

גישה שונה, הצועדת כברת דרך עם שיטתו של "קצות החושן", אך חלוקה עליו בנקודה מהותית, מצויה בספר "נתיבות המשפט" (סימן לד ס"ק ה) כדלקמן:

”נתיבות המשפט” גורם גם הוא, כי הגונב מן הגנב פטור לא רק מתשלומי כפל אלא גם מתשלומי קרן.

הטעם לכך הוא, כאמור, כי הגנב הראשון מוציא את הנכס מרשות הבעלים, אך אין במעשהו כדי להוציא את הנכס מבעלותו. הגנב השני גם הוא אינו מוציא את הנכס מבעלות הבעלים המקורי, ועל כן אין במעשהו תוספת עוולה כלשהי על מעשה הגנב הראשון.

עם זאת, ”נתיבות המשפט” מבהיר כי כאשר הגנב השני עושה שינוי בגוף הנכס שנטל, כגון הנוטל צאן וגוזז את הצמר, עצים ועושה מהם כלים, צמר וסורג הימנו בגד – הרי שמעשה זה עולה כדי גניבה נוספת, והגנב השני חייב להשיב לבעלים המקורי את דמי הקרן.

הטעם לכך שבמקרה זה יש גניבה אחר גניבה, נעוץ בכך ששינוי מהותי בגוף הנכס – מפקיע את בעלותו (ולא רק את רשותו והחזקתו) של הבעלים המקורי, שכן הדין של ”והשיב” פוקע כשהחפץ לא נמצא בעין במתכונתו הקודמת.<sup>5</sup>

בהתאם לכך מבהיר ”נתיבות המשפט” כי גנב הנוטל חבית של יין ושברה, ביצע שתי פעולות של נטילת הנכס, שהרי בנוסף למעשה הגניבה שבאמצעותו שלל את רשותו והחזקתו של הבעלים המקורי בנכס, הוא ביצע מעשה נוסף (של שבירה) שבאמצעותו שלל גם את בעלותו של הבעלים המקורי בנכס.

מעשה נוסף זה מהווה גניבה נוספת, והגנב חייב בגינו בלא להיזקק לחיוב מכח גדר של מזיק, שכן במקרה דנא ניתן לחייבו מדין גנב.

משום כך, מוטל על הגנב לשלם לפי שווי הנכס בשעה שבוצע בו השינוי, העולה כדי גניבה נוספת, וזאת אף אם מדובר במעשה של שינוי

5 דבר זה שנוי במשנה במסכת בבא קמא (צג, ב): ”הגוזל עצים ועשאן כלים, צמר ועשאן בגדים, משלם כשעת הגזילה”. ומבאר רש”י: ”משלם דמי עצים וצמר ואין חייב להחזיר לו כלים, דקני בשינוי”.

מעשה השינוי בגוף הנכס יוצר איפוא קניין המפקיע את הבעלות של הבעלים המקורי, כך שאין חובה להשיב את הנכס אף שהוא בעינו, ובלבד שהשתנה שמו ומהותו. עניין זה נדון בהרחבה בפרק ו להלן.

שאינו מזיק לנכס אלא אף משביחו, כגון עצים שעשה מהם כלים, שכן חיוב ה"והשיב" פקע ע"י שינוי זה.

בכך יש הבדל מהותי בין שיטת "נתיבות המשפט" לבין שיטת "קצות החושן", שהרי לפי שיטת "קצות החושן" הגורס כי חיובו של הגנב בעת שבירת הנכס הגנוב נובעת מדין מזיק ולא מדין גנב, מובן כי במקום שנעשה בנכס שינוי שאינו מסב נזק כלשהו אלא אדרבה משביח את הנכס, אין לכאורה מקום לחיוב ממוני.

לעומת זאת, לפי שיטת "נתיבות המשפט", שהחיוב במקרה זה נובע מדין גניבה, הרי שכל שינוי ששולל את הבעלות בנכס מאת הבעלים המקורי, מוליד חיוב כספי, וזאת אף אם מדובר בשינוי שדווקא משביח את הנכס ולא מזיקו.

### ראיות לשיטת "נתיבות המשפט"

"נתיבות המשפט" מביא מספר ראיות לשיטתו. נעמוד על שתיים מהן:

סוגיית הגמרא במסכת תמורה (ד, ב) ביחס לדברי רבא כי "כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד - אי עביד לא מהני".

על כלל זה מקשה הגמרא שם ו, א: הדין הוא כי אדם הגזול עצים ועושה מהן כלים קונה את הנכס הגזול. והרי ברור כי הגזול עושה פעולה שתכליתה לעבור על דברי התורה שציוותה "לא תגזול", והוא עושה את מעשהו מתוך רצון לקנות את הנכס בניגוד לאיסור התורני. בהתאם לדברי רבא, היה מן הדין לקבוע כי על אף שהנכס כבר אינו בעין וחל בו שינוי, לא יוכל הגנב לקנות את החפץ, שהרי הוא עובר על דברי תורה<sup>6</sup>.

שאלה זו של הגמרא תמוהה היא לכאורה:

הן העבירה על דברי התורה, שציוותה "לא תגזול", נעשתה בשעת הנטילה של הנכס, ואילו מעשה הקניין בנכס מתבצע לאחר מכן, בשעה שנעשה השינוי בנכס הגנוב הגורם לכך שהנכס לא יהא בעינו. שינוי

---

6 הגמרא מתרצת שם כי הדבר נלמד מפסוק מפורש, היוצר "יוצא מן הכלל" לכלל של רבא.

זה הנעשה בנכס אינו מהווה לכאורה עבירה על איסור כלשהו, על אף שהוא הגורם לכך שלא יחול עוד הדין של "והשיב", שמנע את תחולת הקניין בנכס עד לאותה עת.

מכיוון שהפעולה של גרימת השינוי בנכס, אינה מהווה מעשה עבירה, נשאלת השאלה: מדוע מייחסת הגמרא את הדין של "כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד לא מהני" לרכישת הנכס הגזול, המתבצעת ע"י שינוי הנכס?

מסוגיה זו נמצאת למד איפוא, כי השינוי מהווה כשלעצמו מעשה עבירה, בהיותו מעשה גזילה נוסף העומד אף הוא בניגוד לציווי התורה. רק משום כך מובן כיצד ניתן להקשות בהקשר זה על דברי רבא הגורס כי "כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד - אי עביד לא מהני".

ההגיון בהגדרת מעשה השינוי כשלעצמו כפעולה אסורה הינו כאמור, כי הגזילה הראשונה הוציאה את הנכס מרשותו של הבעלים המקורי, ואילו השינוי מפקיע את ה"והשיב" וגורם לפקיעת הבעלות של הבעלים המקורי. משום כך יש לראות במעשה השינוי משום ביצוע של גזילה נוספת הגורמת להעמקת הגזילה, כך שתוצאותיה תהיינה גם שלילה של הבעלות.

ראיה נוספת הביא "נתיבות המשפט" מדברי רש"י במסכת בבא קמא (סה, א) שהובאו לעיל, כי החיוב של גנב השובר את הנכס הגנוב הינו לפי שווי הנכס בעת השבירה, ולא לפי הערך בעת הנטילה הראשונה. דין זה נובע מכך שהבעלים המקורי נחשב לבעלים גם בעת השבירה.

רש"י שם אינו אומר שהשובר את החבית מבצע נזק לבעלים המקורי, שנותר בעלים של הנכס, אלא מבהיר: "וההיא שעתא דתברה ושתייה הוא דקא גזיל לה" - בשעת שבירת החבית או שתיית היין מבוצע מעשה גזילה.

כלומר, רש"י נוקט בגישה לפיה מדובר במעשה נוסף של גניבה, ולא רק בגרימת נזק, והדבר מהווה ראיה כי הוא סובר כשיטת "נתיבות המשפט" ולא כ"קצות החושן".

## תשובות "קצות החושן" ב"משובב נתיבות"

"קצות החושן" בספרו "משובב נתיבות" משיב על הראיה של "נתיבות המשפט" מן הסוגיה במסכת תמורה, כדלקמן:

גניבה כשלעצמה מהווה מעשה קניין שיש בו כדי להפקיע את בעלותו של הבעלים המקורי בנכס הגנוב. על אף זאת אין הגניבה מעבירה בפועל את הבעלות בנכס לגנוב, לאור ציווי התורה של "והשיב" הניצב כנגד תוקפה הקנייני של הנטילה וקובע כי על אף מעשה הקניין מוטל על הגנוב להשיב את הנכס לבעליו המקורי.

עם זאת, הציווי של "והשיב" חל רק כשהחפץ בעינו במצב בו היה בעת שנגנב. כאשר נעשה שינוי בנכס הגנוב, פוקע ציווי ה"והשיב" ונמצא בפנינו נכס שמחד גיסא בוצע בו מעשה קניין בעת הגניבה, ומאידך גיסא החיוב של "והשיב" חדל כעת להתייבב כנגדו.

נמצא כי ע"י השינוי שנעשה בגוף הנכס, עברה הבעלות בו לגנוב והנכס נקנה על ידו למפרע - משעת הגניבה. זאת מכיוון שפעולת הגניבה היתה מלכתחילה מעשה קניין שתחולתו הותלתה מכח הדין של "והשיב". ממילא, עם הפקעת חיוב ה"והשיב" נמצא כי הנכס נקנה לגנוב מעת ביצוע מעשה הגניבה.

בהתאם לגישה זו, שאותה פרטנו בהרחבה בפרקים הקודמים, ברור כי פעולת הקניין איננה השינוי אלא - הגניבה עצמה.

השינוי רק הפקיע את חיוב ה"והשיב" שניצב כנגד תחולת קנייני הגניבה, והמקח המתחולל בעת השינוי בנכס הוא פרי מעשה הגניבה.

מכיוון שהגניבה היא זו שבסופו של יום משכללת את הקניין בנכס, והשינוי רק מאפשר לגניבה לחולל את הקניין, מובן מאליו כי מדובר בתולדה של מעשה אסור - פעולת הגניבה.

אכן, אין לראות בשינוי עצמו מעשה אסור, שכן השינוי אינו נחשב לפעולת גניבה נוספת, אך לכך אין כל נפקות, שהרי לא פעולת השינוי היא העומדת לדיון אלא הגניבה היא שפועלת את פועלה במישור הקנייני, והשינוי רק סילק את המניעה לכך.

מכיוון שמדובר בקניין שהוא פרי פעולה אסורה (הגניבה), מובן מאליו מדוע תמחה הגמרא כיצד חל הקניין על אף הדין של "מילתא דאמר רחמנא לא תעביד - אי עביד לא מהני".

### הגיונם של דברים

תשובה זו של "קצות החושן" ביחס לסוגיה במסכת תמורה, פותחת בפנינו פתח להבנת הגיונם הפנימי של השיטות החלוקות:

נפתח במשל: ראובן מוסך רעל ביינו של שמעון ומרעיל אותו. רעל זה יש בו כדי להמית. אבל, בידי שמעון מצוי שיקוי המסוגל לסתור את הרעל ששתה ולבטל את השפעתו.

לוי, מבקש להשלים את פועלו הרע של ראובן, ועל כן הוא נוטל את המבחנה ובה השיקוי המרפא של שמעון - ושופך אותה. מי רצח את שמעון? - ראובן המרעיל הוא היחיד שיש להאשימו, או שמא גם לוי עסק ברציחה?

מכאן לגניבה: אין ספק כי בפנינו מעשה בעל תוקף קנייני. אבל, כנגדו מצוי חיוב של "והשיב" הסותר את תוקפו הקנייני כל עוד שהנכס בעין. כעת עושה הגנב מעשה שני של שבירת הנכס שהוא הסותר את ה"והשיב".

אכן השינוי אינו חלק ממעשה הגניבה וכשלעצמו אין בו כדי להוות גניבה, ואכן גם לאחר השינוי הגניבה היא שהעבירה את הבעלות בנכס, אבל השינוי גרם לכך שיועמקו תוצאות הגניבה ותישלל הבעלות בנכס, בעוד שקודם לכן הנכס רק יצא מרשותו של הבעלים המקורי ולא מבעלותו. בנסיבות אלו גורס "נתיבות המשפט" כי השינוי הוא העמקת הגניבה ויש לראות בו מעשה גניבה נוסף הפוגע בבעלים המקורי.

לעומת זאת "קצות החושן" גורס כי מכיוון שהשינוי הוא רק מעשה טכני שהוריד את המפריעים והחוצצים מפני רכישת הבעלות המתרחשת מכח מעשה הגניבה עצמו, הרי שאין לראות בשינוי זה משום העמקת הגניבה, שהרי הגניבה הראשונה היא שחוללה את הכל ואין לאחריה כלום. הבעלות נשללה כבר ע"י מעשה הגניבה, שביסודו הריהו מעשה קניין. משפקע חיוב ההשבה ע"י השינוי בנכס, אין בפנינו פעולה נוספת

השוללת את הבעלות, אלא הגניבה הראשונה היא הפעולה ששללה את הבעלות ופעלה גם במישור זה. על כן גורס "קצות החושן" כי הגניבה הראשונה היא פעולה ממצה, ושום פעולה אח"כ אינה מוסיפה עליה. משום כך גורס "קצות החושן" כי הגונב מן הגנב פטור מתשלומי קרן, גם כשהגנב השני ביצע שינוי בנכס הגנב, שהרי הוא לא הוסיף כלום על הגנב הראשון<sup>7</sup>.

שיטת הריטב"א - ראייה לשיטת "נתיבות המשפט"

לבחינת השאלה האם שינוי שנעשה בחפץ הגנוב עולה כדי גניבה נוספת אם לאו, יפים הם ביותר דבריו של הריטב"א<sup>8</sup> שאותם נפרט להלן באופן שיטתי:

בגמרא מסכת כתובות (לד, ב) נאמר:

"גנב וטבח בשבת פטור, שאם אין גניבה - אין טביחה ואין מכירה".

הבהרנו דברים אלו בפרק ד לעיל, כדלקמן:

בפרק המבוא הבהרנו, כי אדם הגונב שה וטבח או מכרו, משלם פי ארבעה משווי (דהיינו - עליו להשיב את הקרן וכן מושת עליו קנס לשלם עוד שילוש הערך הזה). כמו כן, הגונב שור וטבח או מכרו משלם פי חמישה משווי (דהיינו - עליו להשיב את הקרן וכן מושת עליו קנס לשלם עוד ריבוע הערך הזה). תשלומים עונשיים אלו מכונים "תשלומי ארבעה וחמישה".

טביחה בשבת היא איסור תורה<sup>9</sup>.

ככלל, ראינו בפרק א לעיל כי כאשר אדם עושה פעולה אחת הכרוכה הן בעונש גוף והן בחיוב כספי, מוטל עליו רק העונש החמור

7 פעולה זו יכולה להיות מושא לחיוב מדין מזיק, אך לא פעולת גניבה נוספת.

8 כתובות (לד, ב) דיבור המתחיל "גנב וטבח בשבת".

9 שחיטה בשבת אסורה מדאורייתא, והיא אחת מ-ל"ט אבות מלאכות האסורות בשבת. ר' רמב"ם הלכות שבת (פרק יא הלכה א): "השוחט חייב. ולא שוחט בלבד, אלא כל הנוטל נשמה לאחד מכל מיני חיה ובהמה ועוף ודג ושרץ, בין בשחיטה או בנחירה או בהכאה - חייב".



מבין השניים שהוא העונש הגופני ("קים ליה בדרבה מיניה") ולא חל החיוב הכספי.

עם זאת, ביחס לתשלומים העונשיים של ארבעה וחמישה לא נאמר הכלל של "קים ליה בדרבה מיניה", ועל כן אדם שטבח בשבת שור או שה אינו נפטר מהתשלומים העונשיים של ארבעה וחמישה, על אף שטביחה בשבת אסורה מדאורייתא וגוררת חיוב מיתה. זאת מכיוון, שהחיוב לשלם תשלומי ארבעה וחמישה אינו חיוב ממוני אלא קנס שהתורה קבעתו מעבר לשורת הדין. חיוב שכזה ממשך להתקיים אף במקום שבו עפ"י שורת הדין לא חל חיוב ממוני מחמת הכלל של "קים ליה בדרבה מיניה".

לעומת זאת, אם הגניבה עצמה (להבדיל מהטביחה) נעשתה אף היא בשבת באופן העולה כדי איסור של חילול שבת (כגון משיכה לרשות הרבים), פטור הגנב מלשלם את דמי הקרן, שהרי - בניגוד לחיובי ארבעה וחמישה, הרי שהחיוב בתשלום דמי הקרן הינו חיוב ממוני רגיל ולא בקנס כלשהו, וביחס לחיובים ממוניים רגילים חל הדין של "קים ליה בדרבה מיניה".

בהקשר זה מבהירה הסוגיה דנא במסכת כתובות, כי כאשר גם הגניבה עצמה וגם הטביחה והמכירה בוצעה בשבת, פטור הגנב לא רק מתשלומי הקרן אלא אף מתשלומי ארבעה וחמישה.

הטעם לכך הוא, כי הפסוק יצר חיוב כולל של תשלומי "ארבעה וחמישה" (דהיינו תשלום אחד הכולל קרן וקנס) ולא קיים חיוב של "שלושה וארבעה".

על כן, במקום שבו אין חיוב ממוני לשלם את הקרן (עקב הדין של "קים ליה בדרבה מיניה" החל לגביו), יימצא כי תשלום הקנס עומד על "שלושה וארבעה" (בהעדר הקרן). התוצאה במקרה זה היא כי הגנב פטור גם מן הקנס מחמת הפטור מדמי הקרן, שהרי קיימים רק תשלומי ארבעה וחמישה ולא תשלומי שלושה וארבעה<sup>10</sup>.

10 וזה לשון רש"י שם (ד"ה שאם אין גניבה): "כלומר שמאחר שפטור מדמי הקרן משום מיתה. אין טביחה ואין מכירה - אינו מחוייב קנס כדפירשתי, ותשלומי ארבעה וחמישה כתיב ולא תשלומי שלושה וארבעה".

מקשה הריטב"א, מדוע התייחסה הגמרא רק למי שגנב וטבח או מכר בשבת, הרי דין זה נכון לכאורה גם ביחס למי שגנב בשבת אך מכר או טבח ביום חול, וגם במקרה זה בפנינו "קים ליה בדרכה מיניה" הפוטר מחיוב הקרן ובהעדרו אין חיוב בקנס?!

על שאלה זו משיב הריטב"א כדלקמן: "כבר תירצו, שאם טבח בחול הרי היא כאילו חזרו וגנבו בחול ומחייב הקרן נמי, דהא כל כמה דלא טבחו ברשותא דמרייהו הווי קאי".

כלומר, כאשר אדם טובח נכס גנוב הוא עושה ע"י כך פעולת גניבה נוספת שיש בה כדי לחייבו גם בדמי הקרן וגם בתשלומי ארבעה וחמישה.

פעולת גניבה נוספת זו הנעשית ביום חול אינה כרוכה באיסור של חילול שבת, וממילא אין במקרה זה פטור מדין "קים ליה בדרכה מיניה".

הגמרא מתייחסת על כן בהכרח למצב שבו הן הגניבה והן הטביחה והמכירה נעשו בשבת, כדי לפטור אותו מתשלומי הקרן, וממילא חל הפטור אף מתשלומי ארבעה וחמישה כאמור לעיל.

הריטב"א מציין איפוא בבירור כי שינוי בנכס עולה כדי מעשה גניבה נוסף.

הדברים מפורשים הם, שהרי הריטב"א מציין "דהא כל כמה דלא טבחו ברשותא דמרייהו הווי קאי", כלומר הטביחה נחשבת כשלעצמה למעשה גניבה, מכיוון שהיא מפקיעה את הנכס מבעלות הבעלים המקורי, בעלות שהיתה קיימת עד לאותה עת.

הנה כי כן, הריטב"א מציין כי העובדה ששינוי מפקיע את הבעלות בנכס, מהווה ראייה לכך שמדובר במעשה גניבה נוסף, בעוד שמעשה הגניבה הראשון רק הוציא את הנכס מרשות הבעלים המקורי ומחזקתו.

בכל הנוגע לראיה זו יש להבהיר כי דברים אלו של הריטב"א, ניתן היה ליישב גם לפי שיטת "קצות החושן", ועל כן אין בהם כשלעצמם כדי להוות ראייה לשיטת "נתיבות המשפט".

זאת מכיוון שיתכן לגרוס כי גניבה המתבצעת בשבת אינה משכללת קנייני גניבה ואין בה כדי להעביר את הבעלות בנכס הגנוב. נמצא כי הנטילה הראשונה אינה עולה כדי גניבה.

ממילא מובן כי הטביחה הנעשית לאחר מכן מהווה מעשה גניבה ראשון, המחולל קניין שלא היה קיים קודם לכן.

כך עולה מהסברו של רבי עקיבא איגרי<sup>11</sup>, המבהיר:

”יש לומר, כיוון דהגניבה היה בשבת ולא קם ברשותו לשום חיוב, דקים ליה בדרכה מיניה, לא נעשה גנב בזה, ומשום הכי כשטבח בחול שפיר מקרי גניבה”.

ואולם, עיון מדוקדק בהמשך דברי הריטב”א מעלה כי הוא אכן מצדד בשיטה הזהה לזו של ”נתיבות המשפט”.

הריטב”א מביא ראייה לדבריו, מהסוגיה במסכת בבא קמא (סה, ב) עליה נסובים דברי ”נתיבות המשפט” ואשר בה נאמר: ”האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה, מעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ד’, איתבר ממילא - משלם זוזא. תברה או שתייה משלם ארבעה”.

הריטב”א משווה איפוא את הטביחה במסכת כתובות לשבירה במסכת בבא קמא.

כאן יש להבין:

חיוב תשלומי ארבעה וחמישה בטביחה ומכירה, הוא דין מובהק מדיני הגניבה.

יתירה מכך, תשלומי ארבעה וחמישה גם תלויים בשאר חיובי הגניבה, ואם אין חיוב בדמי קרן מדין גניבה אין חיוב בתשלומי ארבעה וחמישה, והדבר מלמד כי בפנינו חיובים שלובים של דיני גניבה.

אילו נבע החיוב בגין שבירת נכס גנוב מדין מזיק, כפי שמבהיר ”קצות החושן”, הרי שלא ניתן היה להשוות זאת לדין של טביחה היוצרת חיובים הנובעים מדיני הגניבה, וממילא לא היתה בידי הריטב”א ראייה כי הטביחה עולה כדי מעשה גניבה.

11 ”דרוש וחדוש” על מסכת כתובות (לד, ב) ד”ה ומהאי טעמא נראה מדוקדק.

הראיה של הריטב"א המבוססת על השוואת טביחה לשבירת הנכס הגנוב, מלמדת איפוא כי בשני המקרים מדובר בחיובי גניבה ולא בתשלום הנובע מדין מזיק.

מהשוואה זו עולה כי שני המקרים נחשבים בעיני הריטב"א למעשה גניבה נוסף, ואין לראות בשבירה מעשה נזק בלבד, כפי שנוקט "קצות החושן".

הריטב"א מחזיק איפוא לכאורה באופן ברור בדעה הזוהר לשיטת "נתיבות המשפט".

### המשנה במסכת בבא קמא – קושיה על "נתיבות המשפט"

על שיטת "נתיבות המשפט", לפיה שינוי בנכס הגנוב מהווה גניבה נוספת, מתעוררת קושיה חמורה לנוכח דברי המשנה במסכת בבא קמא (סב, ב) שעליהם עמדנו בראשית דברינו לעיל.

במשנה נאמר:

"אין הגנוב אחר הגנוב משלם תשלומי כפל, ולא הטובח או המוכר אחר הגנוב משלם ארבעה וחמישה".

כלומר, אם הטביחה והמכירה לא נעשו ע"י הגנוב הראשון אלא ע"י הגנוב מן הגנוב – אין חיוב בתשלומי ארבעה וחמישה.

ולכאורה, הדברים תמוהים לפי שיטת "נתיבות המשפט":

הן לפי שיטת "נתיבות המשפט" יש בטביחה ובמכירה משום גניבה נוספת, שכן השינוי שחל בנכס מפקיע את הבעלות של הבעלים המקורי. אם כן, מדוע נחשב הוא לטובח או מוכר "אחר הגנוב", הרי המעשה של הטובח עצמו עולה כדי גניבה שעליה יהא עליו לשלם הן תשלומי קרן, והן תשלומי ארבעה וחמישה? מדוע נקבע איפוא כי אין הטובח או המוכר אחר הגנוב משלם תשלומי ארבעה וחמישה?!

הסברו של ה"אמרי משה"

בספר "אמרי משה" (סימן לב אות ו) מתרץ שאלה זו כדלקמן:

גזירת הכתוב היא הנלמדת מן הפסוק "וגונב מבית האיש"<sup>12</sup>, כי הגונב מן הגנב פטור מתשלומי כפל ומתשלומי ארבעה וחמישה. שדרשו: "מבית האיש" - "ולא מבית הגנב". הפטור נלמד מגזירת הכתוב.

גזירת כתוב זו אינה ממעטת תשלומי קרן, שהרי מדובר בפסוק המתייחס לחיובים עונשיים.

כדי לפטור את הגונב אחר הגנב גם מתשלום דמי הקרן, נזקק "קצות החושן" לסברה לפיה הגונב מן הגנב לא הוסיף כלום במעשה הגניבה השני שעשה.

מכיוון שמקורו של הפטור מדמי הקרן הוא מסברה, הסיק "נתיבות המשפט" כי פטור זה יתבטל במקום שבו סברה זו אינה קיימת, דהיינו כשהגנב השני מוסיף מימד נוסף לגניבה, כגון כשהוא מבצע שינוי בנכס. כך בנוגע לדמי הקרן.

אולם, בכל הנוגע לחיובי כפל ותשלומי ארבעה וחמישה, אין נפקות לכך שהסברה האמורה לא קיימת, שהרי הפטור של הגונב מן הגנב מתשלומים אלו אינו נלמד מסברה אלא מגזירת הכתוב, המתייחסת לכל מקרה של גונב אחר הגנב וקובעת כי הגנב השני פטור מתשלומים אלו. משום כך, גם כשהגנב השני מחולל שינוי בנכס ומוסיף מימד נוסף לגניבה, קיים פטור מתשלומי כפל ומתשלומי ארבעה וחמישה - מכח גזירת הכתוב<sup>13</sup>.

12 שמות כא, לו.

13 הערה לעיון:

הסבר זה מיישב אמנם את שיטת "נתיבות המשפט", אך לכאורה אין בו כדי ליישב את הקושי המתעורר על שיטת הריטב"א, שהרי הריטב"א התייחס אכן לטובח ומוכר (אחרי גניבה בשבת) והוא מבהיר כי מדובר בגניבה נוספת ומחמת כך הוא חייב בתשלומי ארבעה וחמישה. לכאורה, הדברים נסתרים מן המשנה בה נקבע במפורש כי כאשר בוצעה כבר גניבה אין הטובח משלם תשלומי ארבעה וחמישה אף על פי שבטביחה זו יש משום מעשה גניבה חדש. עם זאת, יתכן כי יש מקום ליישב קושי זה אם נגרוס כי הדרשה של "וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב" מתייחסת רק למי שאכן גונב מן הגנב הראשון ולא מן הבעלים המקורי, שאז אין חיוב בכפל ובתשלומי ארבעה וחמישה.

### שינוי המשביח את החפץ הגנוב - מחלוקת הראשונים

ציינו לעיל כי הנפקות בין שיטתו של "קצות החושן" לשיטתו של "נתיבות המשפט" הינה במקום שנעשה שינוי שאינו מזיק את הנכס הגנוב, אלא אף משביחו.

במקרה שבו אין חיוב מכח הנטילה והחיוב נובע לפי "קצות החושן" רק מכח ההזיק שבו, הרי שהגנב יהא פטור כאשר בפנינו שינוי המשביח את הנכס, שהרי מדובר בשינוי שאין בו כל נזק לנכס.

לעומת זאת, לפי "נתיבות המשפט", יהא חייב, שהרי עשה פעולה המפקיעה את בעלות הבעלים המקורי, בנוסף על מעשה הגניבה שהוציא את החפץ מרשותו. פעולה זו מהווה גניבה נוספת המחייבת בתשלום לפי שווי הנכס בעת עשייתה.

להלן נראה כי עניין זה שנוי במחלוקת ראשונים, כאשר הרא"ש מצדד בשיטה העולה בקנה אחד עם באורו של "קצות החושן", ואילו תוספות חולק עליו ושיטתו תואמת לשיטת "נתיבות המשפט".

במשנה במסכת בבא קמא (צג, ב) נאמר:

"הגזול עצים ועשאן כלים, צמר ועשאן בגדים, משלם כשעת הגזילה.

גזל פרה מעוברת וילדה, רחל טעונה וגזזה, משלם דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל העומדת ליגזז.

---

אולם, מקום שבו הגניבה היא מן הבעלים המקורי, אלא שהיא מתחוללת בשבת ויש דין של "קים ליה בדרכה מיניה" לא חלה על כך דרשת חז"ל, שהרי על אף הפטור זוהי בפועל גניבה שכוצעה "מבית האיש".

בנסיבות אלו הפטור מתשלומי כפל ומתשלומי ארבעה וחמישה אינו נובע מגזירת הכתוב, וכל יסודו בסברה, לפיה אין הגניבה השניה נחשבת לגניבה כלל, שהרי לא הוסיפה דבר על קודמתה.

ממילא מובן, כי בטביחה ומכירה שיש בהן הוספת מימד נוסף לגניבה, יש חיוב בדמי קרן ובתשלומי כפל ובתשלומי ארבעה וחמישה על שום הפעולה הנוספת שנעשתה בנכס, ודרשת חז"ל אינה מתייחסת כאמור למקרה של גניבה מבית הבעלים המקורי.

גזל פרה ונתעברה אצלו וילדה, רחל ונטענה אצלו וגזזה, משלם כשעת הגזילה. זה הכלל, כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה".

במשנה זו מצינו איפוא כי הגזול כבשה טעונת צמר וגזז את צמרה, הריהו משלם לנגזל "דמי רחל העומדת ליגזוז" על אף שגזיזת הכבשה נחשבת לשינוי שיש בו כדי ליצור קניין<sup>14</sup>.

לעיתים קרובות מהווה פעולת גזיזת הצאן השבחה כלכלית, שכן שווי הצאן בצידוף לשווי הצמר הגזוז, עולה על שוויה של כבשה בטרם גזיזתה. הוא הדין ביחס לפרה מעוברת שילדה, שהרי שווי פרה ועגל עולה על שוויה של פרה מעוברת.

ודוק, דברי המשנה בדבר "דמי רחל העומדת ליגזוז" ניתנים לפירוש בשתי דרכים:

- (1) שווי הכבשה לפי כמות הצמר בשעת הגזילה.
- (2) שווי הכבשה לפי כמות הצמר בעת שהגנב בא לגזוז אותה בפועל, דהיינו בעת שנעשה השינוי.

כדי לומר כי הגזול מחוייב לשלם לפי שווי הכבשה בשעה שנגזלה - עלינו להניח כשיטת "קצות החושן" כי השינוי שחל בנכס הגזול אינו עולה כדי מעשה גזילה נוסף, וממילא עליו לשלם לפי שווי הנכס הגזול בעת ביצוע מעשה הגזילה.

לעומת זאת, לשיטת "נתיבות המשפט" הסובר ששינוי הנעשה בנכס מהווה מעשה גזילה נוסף, על שום הוצאת הדבר מבעלות הבעלים המקורי, הרי שיש לשלם לפי שווי הנכס בעת ביצוע מעשה הגזילה השני, דהיינו לפי שוויו בשעת פעולת השינוי. לפי שיטה זו יש איפוא לשלם לפי שווי הכבשה בשעת גזיזתה ע"י הגנב, דהיינו לפי כמות הצמר שנצברה בדקה שלפני הגז.

זאת בדומה למצב של "תברה או שתייה" - בו שובר הגנב את הנכס במו ידיו, וכתוצאה מכך מוטל עליו לשלם את דמי הנכס כפי

14 גזיזת הצאן נחשבת לשינוי בנכס, שהרי הגנב פטור מהשבת הצמר שגזז ומהשבת הכבשה עצמה, וחל עליו רק חיוב בתשלום דמי "כבשה העומדת ליגזוז".

שוויו בשעת השבירה. וכאמור, לשיטת "נתיבות המשפט" אין זה חיוב נזקי, אלא חיוב הנובע מכך שהשינוי עולה כדי פעולת גניבה נוספת.

על פי שיטת "נתיבות המשפט" יש לצדד בהסבר השני לדין של "דמי רחל העומדת להיגזז", ואילו על פי שיטת "קצות החושן" יש לצדד בהסבר הראשון.

נראה להלן את דברי הרא"ש בסוגיה זו הנוקט בבירור כמו בהסבר הראשון.

### ראיה לכאורה ל"קצות החושן" משיטת הרא"ש

הרא"ש על מסכת בבא קמא (פרק תשיעי סימן ג) מבהיר כדלקמן:

"וגם נראה, אע"ג דקאמר דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל טעונה עומדת ליגזז, דמשמע דשמין הפרה כמה היתה שווה רגע אחד קודם ללידתה והרחל סמוך לגיזתה, (כלומר לכאורה כמו "נתיבות המשפט")."

והכי הוה מסתבר, שהרי גזלה מעוברת וטעונה ואין כאן שינוי אלא הלידה והגיזה, ועד שעת השינוי היו ברשות הנגזל וברשות הנגזל השביחו. ודמיא להא דאמר רבה 'האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה, מעיקרא שריא זוזא ולבסוף שוויא ארבע, תברה או שתייה משלם ארבע' משום דברשות הנגזל אייקר.

מיהו אינו משלם אלא כמו שהיו שוין בשעת הגזילה, דכל היכא דקנה גוף הגזילה בשינוי ואינו מחוייב לשלם אלא דמים, חזרה השומא לשעת הגזילה. והכי כייל בסיפא 'זה הכלל כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה' קאי אכולהו בבי דמתניתין דכולן שוין לעניין זה שתהא שומא כשעת הגזילה.

ואף על גב דאם הוציאה הנגזל מן הגזלן קודם לידה וגזיזה היה נוטל בהמתו כמו שהיא, דברשותיה אשבח ולא אישתנית ביד הגזלן, השתא מיהא דילדה וגזזה ונשתנית הגזילה, משלם כשעת הגזילה, וכל השבח שהשביח משעת הגזילה ואילך הוי של גזלן.



ולא דמי ליתבריה או שתייה' דהתם איבדה מן העולם, דבאותה שעה נעשה גזלן<sup>15</sup>. אבל היכא דהגזילה בעולם אלא שנשתנית, וקנאה באותו שינוי, משלם כשעת הגזילה. והוא הדין גזל פרה ונתעברה אצלו וילדה, אפילו לא ילדה נמי [ג"כ] משלם כשעת הגזילה ולא כמו שהיתה שווה בשעת השינוי...".

הרא"ש מציין איפוא כי מן הרישא של המשנה היה מקום להסיק מסקנה המתיישבת עם שיטת "נתיבות המשפט", אך לאחר מכן עקב העיזבון בסיפא של המשנה מגיע הרא"ש לבסוף למסקנה המתאימה לכאורה לשיטה שבה אוהו "קצות החושן", לפיה אין משלמים לפי השווי בשעת השינוי אלא לפי שווי הנכס בשעת הגניבה, שכן השינוי אינו נחשב למעשה גניבה נוסף, אלא אם כן יש בו כילוי מוחלט של הנכס<sup>16</sup>.

### שיטת התוספות

בעוד שגישת הרא"ש שונה משיטת "נתיבות המשפט", מצינו את שיטת התוספות במסכת בבא קמא (צה, א ד"ה משלם) המצדד לכאורה בשיטת "נתיבות המשפט".

בתוספות נאמר: "וכל השבח שמשעת הגזילה עד שתלד - לגזלן".

בנוסחם זה תואמים דברים אלו לשיטת "קצות החושן", הגורס כי הגזלן משלם את ערך הנכס הגנוב לפי שווי בשעת הוצאת הנכס מן הבעלים המקורי, על אף שעד שעת ההשבה נשתנה הנכס לשבח. ואולם, הגאון מוילנא ב"הגהות הגר"א" על הש"ס, מבהיר כי יש לשנות את הגירסה בדברי התוספות, ובלשונו:

"לגזלן, רשום קו על תיבת לגזלן, נ"ב 'לנגזל', כך צריך לגרוס, ולא כהרא"ש".

15 בנקודה זו אין דברי הרא"ש תואמים לשיטת "קצות החושן", שהרי הוא מבהיר כי כילוי הנכס ("יתבריה או שתייה") מהווה מעשה נוסף של גזילה ("באותה שעה נעשה גזלן") והחייב אינו מדין מזיק.

16 גם לשיטת "קצות החושן" לא ברור לכאורה במה שונים הדברים כאשר יש כילוי מוחלט של הנכס? לשיטת הרא"ש נייחד דברים להלן, עת שנבחן תשובה הלכתית שלו.

כלומר, הגר"א גורס בדברי התוספות, כי הוא חלק על הרא"ש ואחז בשיטה לפיה השבח שהשביח הנכס הגזול לאחר מעשה הגזילה, שייך לנגזל, ועל כן חייב הגזולן לשלם לפי שווי הנכס ברגע שלפני השינוי. ללמדך כי שינוי זה מחייב כשלעצמו את הגנב, אף במקום שבו אין חיוב נזיקי. הדברים תואמים איפוא לשיטת "נתיבות המשפט" ולא לשיטת "קצות החושן"<sup>17</sup>.

עם זאת יושם אל לב, כי המשנה מתייחסת גם למקרה של "פרה וילדה", ששם השינוי נעשה מאליו. לכאורה, אף אם רואים בפעולת השבחה מעשה גזילה חדש, על אף שאין במעשה משום גרימת נזק (שיטת "נתיבות המשפט"), לא היה מקום לחייב את הגנב, שהרי הוא לא עשה כלום. מדוע מוטל איפוא חיוב לשלם לפי שווי הנכס בשעת השינוי שחל בו?

לכך אין לכאורה הסבר גם לפי שיטת "נתיבות המשפט".

נמצא, כי אף שלכאורה שיטת התוספות אינה עולה בקנה אחד עם שיטת "קצות החושן"<sup>18</sup> היא גם אינה עולה בקנה אחד עם הסברו של "נתיבות המשפט" ועלינו לתור אחר הסבר אחר, שיבהיר מדוע חייב הגנב לשלם כפי שווי הנכס בשעת השינוי שחל בו, כאשר אין המדובר במעשה של היזק (אדרבה מדובר בהשבחת המכלול מבחינה כלכלית) ואף אין המדובר במעשה גניבה נוסף, שהרי השינוי קרה מאליו, ואילו מעשה הגניבה המקורי הושלם כבר בשעת הגניבה.

נראה על כן לכאורה, כי יש לראות בשיטת התוספות שיטה מיוחדת ושונה משתי השיטות שראינו עד כה, וכדלקמן:

---

17 הטעם להגהתו של הגר"א מובן לכאורה עת שמעיינים בתוספות במסכת בבא מציעא (סה, א ד"ה ניחא ליה), ממנו עולה כי שינוי אינו קונה את הנכס משעת הגניבה, ועל כן המשתמש בנכס גנוב (באותו מקרה עבד) חייב בדמי שימוש ראויים. ראייה זו מצויה בספרו של הרב יצחק אורבך "דברי חיים" (הלכות גניבה סימן יח). אם כי ר' דברי בנו, המובאים שם, שהאריך לסתור ראייה זו.

18 אם כי גם לשיטת "קצות החושן" ניתן לומר כי השינוי קונה את הנכס בשעת השינוי ולא למפרע, כפי שנראה להלן.

אף שיש במעשה הגניבה כדי להוות מעשה קניין, הרי שפעולה זו אינה פועלת את פועלה עד שחל שינוי בנכס והדין של "והשיב" פוקע.

הקניין של הגנב בנכס חל - מן השעה שבה נעשה השינוי, עם פקיעת הדין של "והשיב", ואין הקניין חל למפרע (כפי שגורס "קצות החושן").

לאמור, לפי שיטת התוספות, הנכס ממשיך להיות שייך לבעלים המקורי עד שעת השינוי, ועם קרות השינוי אין הבעלות בנכס הגזול פוקעת מלמפרע אלא מאותה שעה ואילך.

במעשה גניבה יש איפוא שתי פעולות:

האחת, נטילה מיידית של ההחזקה בנכס מידי הבעלים המקורי.

והשניה, זריעת "זרע פורענות" של שלילת הבעלות בנכס, אשר ינבוט בעת שחל שינוי בנכס. בשעה זו ייצא הנכס גם מבעלותו של הבעלים המקורי. עד לאותה עת ממשיך הנכס להימצא בבעלותו של הבעלים המקורי.

אכן, כשיש שינוי המתרחש מאליו בלא מעשה נוסף (כגון פרה מעוברת שילדה) אין המדובר במעשה גזילה חדש ונוסף, אך מעשה הגזילה הראשון הבשיל ופעל את פועלו בתחום הבעלות עם ביטול חיוב ה"והשיב" שניצב כנגדו עד לאותה עת, רק משעה זו הנכס שייך לגנב, ועד אותה עת היה הנכס שייך לבעלים המקורי.

דומה כי נופך של הבנה בשיטה זו נמצא על פי הסברו של ה"חזון

איש" 19:

לעיל הבהרנו כי חיוב ההשבה ניצב כנגד פועלו הקנייני של מעשה הגניבה ומסכל את תחולתו, כך שהבעלות טרם עברה בפועל לגנב, והבעלים המקורי נותר בעל הנכס מכח בעלותו בנכס משכבר הימים. לפי הסבר זה ניצב ה"והשיב" כנגד מעשה הקניין, וממילא משחדל חיוב

19 "חזון-איש" על מסכת בבא קמא (סימן טז אות יג), המבהיר את שיטת רב במסכת סנהדרין (עב, א). עמדנו על הדברים בהרחבה בפרק א לעיל.

ה"והשיב" אין עוד מניעה הניצבת כנגד המעשה הקנייני שנעשה בעת הגניבה – והנכס קנוי מעת הגניבה.

לעומת זאת, ה"חזון איש" גורס כי הבעלות אכן פקעה ע"י פעולת הגניבה, וחיוב ה"והשיב" לא מנע את פקיעתה. אבל, חיוב ההשבה המוטל על הגנב יוצר כשלעצמו זיקה קניינית חדשה בין הבעלים המקורי לבין החפץ הגנוב<sup>20</sup>. כלומר, הגניבה אכן הועילה להעביר את הבעלות לגנב, ובכל זאת בא אחר כך חיוב להשיב, היוצר זיקה קניינית חדשה של הבעלים המקורי לנכס הגנוב. חיוב ההשבה, המחייב להשיב את הנכס הגנוב עצמו ולא רק את דמיו, אינו ניצב כנגד מעשה הגניבה ואינו מסכל את תחולתו מלכתחילה, אלא קובע כי על אף שהגניבה אכן העבירה בפועל את הבעלות לגנב, קמה וגם ניצבה זיקה קניינית מחודשת של הבעלים המקורי לנכס מחמת חיוב ההשבה.

מעתה מובן, כי כאשר פקע חיוב ה"והשיב" – חל הקניין של הגנב ברגע הפקיעה ולא למפרע מעת הגניבה<sup>21</sup>.

### תמיהתו של ה"אפיקי ים" על שיטת "קצות החושן"

בספר "אפיקי ים" (חלק א סימן כא) מובאת תמיהה חריפה על שיטת "קצות החושן". נפרט להלן את דבריו:

הדין הוא כי אם אדם מנתץ כלי באופן שהשברים נותרים בעלי ערך כלכלי, הרי שמוטל עליו לשלם דמי נזק בשיעור ההפרש בין שווי

---

20 ובלשון ה"חזון איש": "ע"י חיוב השבה, שב קניין הבעלים ואזיל ליה קניין הגזלן".

21 זאת מכיוון שפועלו הראשון של הגנב חל ופקע. מן ההכרח איפוא כי בפנינו תחולה של מעשה חדש ומחמתו חל החיוב מעת תחולתו. אכן, כעת אין מעשה גניבה חדש, ולשיטת ה"אמרי משה" שעליה נעמוד בפרק זה להלן, נחוצה פעולה נוספת, אך לשיטת ה"חזון איש" די בתחולה הנובעת ממעשה הנטילה הפעיל המקורי, כדי שהחזקה הנובעת מכוחו תחשב לגניבה.

הנכס בטרם שבירתו לבין שווי השברים, והשברים שייכים לניזק. סוגיה זו מכונה בגמרא "בעלים מטפלים בנבילה"<sup>22</sup>.

כך למשל, אדם הנוטל נכס השווה 200 ושובר אותו, באופן שהשברים שווים כשלעצמם 100, הרי שעליו לשלם רק 100, שהרי הפחית את שווי הנכס מ-200 ל-100, והשברים שייכים לבעלים המקורי.

בזוכרנו כלל זה, נעיין שוב בסוגיה הידועה של "תברה או שתייה", העוסקת בגנב שנטל חבית יין ושברה, או שתה את תוכנה. בעת הגניבה היתה החבית שווה זוז אחד. החבית התייקרה ובעת השבירה היתה שווה ארבעה זוזים. ביחס לכך מצינו כאמור בגמרא<sup>23</sup> כי הגנב משלם פיצוי בגובה ארבעה זוזים, דהיינו כפי שווי הנכס בעת השבירה.

לשיטת "קצות החושן" אין אחר גניבה ולא כלום, והחייב בתשלום ארבעה זוזים נובע מדין מזיק.

מכיוון שכך נשאלת השאלה: מדוע על הגנב לשלם ארבעה זוזים? הרי על פי דיני הנזיקין מפחיתים את שווי השברים מדמי הנזק?!

שמה תאמר כי הגנב אכן ישלם בגין השבירה באמצעות השבת השברים - ורק היתרה תשולם במזומן?

זאת לא ניתן לומר, שהרי עסקינן בחפץ גנוב. בנכס גנוב מוקנים השברים לגנב מכח גניבתו הראשונה, שהרי הגניבה היא מעשה קניין וע"י השינוי פוקע החיוב של "והשיב" - כפי שביארנו בפרקים הקודמים.

בניגוד לדין מזיק שבו שייכים השברים לבעלים המקורי, הרי שבחפץ גנוב נמצא כי לאחר שהחפץ נשבר שייכים השברים לגנב, בעקבות השינוי שהתחולל בהם.

22 מקור הדברים במסכת בבא קמא (י, ב): "דתנו רבנן, תשלומי נזק מלמד שהבעלים מטפלים בנבילה (רש"י: כלומר נוטלין את הנבילה). מנא הני מילי, אמר ר' אמי דאמר קרא: מכה נפש בהמה ישלמנה (ויקרא כד, יח) - אל תיקרי ישלמנה אלא ישלימנה" - כלומר, המזיק רק ישלים את ההפרש בין שווי הבהמה לבין שווי דמי נבילתה, והנבילה עצמה שייכת לניזק.

23 מסכת בבא קמא (סה, ב).

השברים אינם מהווים איפוא חלק מן התשלום<sup>24</sup> ולנוכח דיני הגניבה השברים הופקעו מן הבעלים המקורי ועברו לגנב. על אף זאת הגנב משלם ארבעה זווים, בעוד שמדין מזיק לא מוטל עליו לשלם אלא שני זווים.

כיצד ניתן איפוא ליישב את חיוב השבת דמי הנכס כפי שוויים כעת, עם שיטת "קצות החושן" לפיה החיוב בתשלום דמי הנכס כפי שוויים בעת שבירתו נובעת מדין מזיק? הן על פי דיני מזיק עליו לשלם רק את ההפרש שבין דמי הנכס השלם לבין דמי הנכס השבור, ולא מוטל עליו לשלם את דמי הנכס כולו?!

אכן, ככלל על פי דיני הנזיקין החיוב לשלם מתייחס רק להפרש בין שווי הנכס לשווי השברים, כי זה כל הנזק. ואילו במקום שבו השברים אינם של הבעלים המקורי עקב גניבה ושינוי שחל בנכס – נמצא כי הנזק כולל את כל שווי הנכס. אבל, יושם אל לב כי הנזק הוא לעולם רק ההפרש בין שווי נכס השלם לבין שווי השברים<sup>25</sup>. העובדה שהבעלים המקורי לא יקבל את השברים השייכים לו ככלל, נובעת מדין גנב ולא מדין מזיק. אך לשיטת "קצות החושן" אין חיוב נוסף מדין גניבה מעבר לשווי של זוו אחד, שזהו שווי הנכס בעת הגניבה. מדוע חל איפוא חיוב לשלם בגין שווי השברים<sup>26</sup>?

---

24 לפי זה, אם החפץ נשבר מאליו שאין תשלום מדין מזיק, נמצא כי הגנב משלם כשעת הגניבה (שאו הנכס היה שווה זוו אחד) והשברים שייכים לו, שהרי קנה אותם בשינוי. השברים יכולים באותה עת להיות שוויים שני זוו, (כגון כשהנכס השלם התייקר בינתיים ושווה ארבעה זווים). נמצא כי הגנב מרוויח ומשלם זוו בדמי גניבתו, בעוד שהוא מותר בידיו שברים השווים שני זווים.

25 אין המדובר בגרימת נזק של מלוא ה-200 ותשלום של 100 במזומן ושל 100 ע"י "תשלום השברים", אלא השברים נותרים מלכתחילה של הבעלים המקורי, ואינם בגדר תשלום. הנזק הוא על כן מלכתחילה רק בשיעור של 100, דהיינו בשיעור ההפרש בין שווי הנכס השלם לבין שוויים של השברים.

26 לכאורה ניתן ליישב עניין זה בכך, שבמקום בו מעשה השבירה גורם לכך שמלבד שבירת הנכס גם ייפקע דין "והשיב" שחל עליו, ומחמתו אין חיוב להשיב את השברים, הרי שהנזק במקרה זה הוא של ארבעה זווים, שכן המזיק גרם לשתי תוצאות במעשהו זה: האחת בגוף הנכס שאותו הזיק, והשניה היא

ה"אפיקי ים" מציין, כי הציג שאלה זו לרב חיים הלוי סולוביצ'יק, ותשובתו היתה כי אכן סוגיה זו של "תברה ושתייה" אינה מתיישבת לשיטת "קצות החושן" עם הסוגיה של "בעלים מטפלים בנבילה". לדבריו סוגיות אלו מתיישבות רק עפ"י שיטתו של "נתיבות המשפט"<sup>27</sup>.

ה"אפיקי ים" גורס איפוא כי קיים קושי חמור על פי שיטת "קצות החושן", והדברים מיושבים עפ"י שיטת "נתיבות המשפט" לפיה אין המדובר בדיני מזיק אלא בגניבה נוספת המתרחשת בעת שבירת הנכס הגנוב<sup>28</sup>.

---

הנזק שהוסב בנוגע לשברים, שמעתה אין חובה להשיבם. ואולם, קשה ליישב בדרך זו, שהרי הפקעתו של ה"והשיב" ביחס לשברים אינה מחייבת לכאורה בניזיקין בהיותה גרמא בעלמא.

27 ובלשונו שם (כאות ט):

"והגאון ר' חיים סולוביצ'יק, הרכ דבריסק, כשהבאתי לפניו את הדברים משכבר הימים, אמר דיש לומר בזה על פי מה שנחלקו 'קצות החושן' ו'נתיבות המשפט' ז"ל (בסימן לד), בטעמא דרבה דכתברה או שתייה משלם ד'.

דה'קצות החושן' ז"ל כתב דחיובו הוא מטעם מזיק, דאין לומר דהויא גניבה חדשה, דהא קיימא לן דהגונב אחר הגנב אינו משלם תשלומי כפל, וגם קרן אינו משלם וכמו שהוכיח שם, ועל כרחך משום דכבר אינו ברשותו דבעלים ולא ו'גונב מבית האיש' מקרי, אלא טעמא דמחוייב בתברה או שתייה הוא משום מזיק. יעויין שם.

וב'נתיבות המשפט' ז"ל חלק עליו וכתב דבתברה או שתייה הוי כגזילה חדשה. וכפשטות דברי הש"ס בבא מציעא (מג, א) דאמר כיוון דכי איתא הדרא למרה בעינא, ההיא שעתא דקא תבר לה קא גזיל מיניה, יעויין שם.

ואם כן לדברי ה'נתיבות' ז"ל ד'תברה או שתייה' הויא גניבה חדשה, אתי שפיר נמי הכא כשטובח הגנב את הבהמה הגנובה בדרך גניבה, הוי עתה גניבה חדשה ולא מדין מזיק הוא. וממילא צריך לשלם כל שווי של העתה, דכגנובה עתה מבית בעלים דמי, וכהאי גוונא כתבו הראשונים ז"ל בכתובות (לד ב) גבי מימרא דרבה היה גדי גנוב לו וטבחה בשבת חייב. עיין שם בשיטה מקובצת..."

28 ה"אפיקי ים" מייחס את הדברים לשיטת הרא"ש שהובאה לעיל. דא עקא

## סיכום ביניים

לפי שתי השיטות שסקרנו לעיל [שיטת "קצות החושן" ו"נתיבות המשפט"] הגונב מן הגנב פטור גם מן הקרן, ואם יש עילה לחייבו הרי שהדבר נובע או מכך שהוא ביצע פעולת היזק (שיטת "קצות החושן"), או מכך שהפקיע את בעלות הבעלים המקורי ע"י השינוי בנכס, ובכך ביצע גניבה נוספת (שיטת "נתיבות המשפט").

שיטת "נתיבות המשפט" אינה עולה יפה עם שיטת הרא"ש הגורס כי כאשר נעשה שינוי בנכס הגנוב המשביח את הנכס, אין חיוב לשלם.

שיטת "קצות החושן" אינה עולה איפוא בקנה אחד עם החיוב לשלם ארבעה זוזים במקרה של גרימת נזק לנכס גנוב (קושיית ה"אפיקי ים").

שתי השיטות יצאו מנקודת הנחה כי הגונב מן הגנב פטור גם מן הקרן. ואולם, קיימת גם דעה שונה לחלוטין בהקשר זה, של הרא"ש עצמו.

## דברי הרא"ש בתשובה הלכתית

בטור חושן משפט (סימן שמח אות יא) מובאת שאלה שנשאל אביו, הרא"ש, ע"י דיין שביקש את חוות דעתו של הרא"ש ביחס לנכונות פסיקתו. כמו כן, מובאת תשובתו של הרא"ש לשאלה זו כדלהלן:

"ששאלת:

ראובן שאמר לשמעון הברחת ממוני.

---

שברא"ש עצמו נאמר כי יש לחלק בין "תברה או שתייה" המשלם כשעת השבירה, לבין שינוי של השבחה שאז משלם כשעת הגניבה. אם התשלום הוא בגין גניבה חדשה כדברי "נתיבות המשפט", מהי ההבחנה בין שינוי המהווה שבח לבין שינוי המהווה נזק? ה"אפיקי ים" מתייחס לקושי זה בסוף אות י ומבהיר: "וצריך לומר, דאם שינה הגנב את הגניבה וקנה ע"י זה בשינוי מעשה, לא שייך לומר דגם זה הווי כגניבה חדשה, דאם כן יקשה דברי רא"ש ז"ל שמחלק בין תברה או שתייה למשנה, ועל כרחך כיוון שאינו עושה על דרך איבוד לא נעשה גנב מחדש". דברים אלה אינם מתאימים לדברי "נתיבות המשפט" שהובאו לעיל, אך הם תואמים לשיטת הגר"ח שתובא להלן.



השיבו שמעון - ראית זה?

אמר לו ראובן: לא, אלא כך אני סבור.

שוב ביאר ראובן דבריו, שאשתו לקחה חפצים מביתו, והשליכתם דרך החלון לחצר אחרת, ושמעון סייע לאשתו להוליכן, משום שהיא אחותו.

וכתבת שחייבת לשמעון שבועה שלא גנב מאומה ושאין בידו כלום מראובן.

תשובה: מן הדין לא היה לך לחייב לשמעון שבועה, דכיוון שאמר לו ראובן 'לא ראיתי אבל אני סבור שגנבת' הוי ליה טענת שמא ואין נשבעין על טענת שמא, אלא אם כן אמר 'ברי לי שמננה לי בידך או עבדי גנבת'.

ואף על מה שסייע לאשת ראובן להוליך הבגדים אין לחייבו, כי מיד שהגביהה החפצים על דעת לגנבם - קנאתם אפילו ברשות הבעלים, וכיוון שנתחייבה בהגבהתם, תו לא מחייב שמעון במה שסייע להוליכם.

והא דאמרינן גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, היינו דווקא כשהשני גזלם מהראשון, דכיוון שלא נתייאשו הבעלים הוה כאילו גזלן מהבעלים, אבל הכא שלא בא לגנוב אלא לסייע לאחותו והיא כבר קנאתם בהגבהה, לא מיחייב, דגנב אין כאן שלא נתכוון לקנות בהגבהתו....".

העובדות היו איפוא כדלקמן:

- (א) ראובן טוען כי שמעון גנב ממנו בגדים.
- (ב) אבל, לראובן אין ידיעה כי הבגדים נמצאים בידי שמעון. טענתו זו המבוססת על השערה, מכונה "טענת שמא", להבדיל מטענה המבוססת על ידיעה, המכונה "טענת ברי".
- (ג) אין חולק כי את נכסי ראובן לא נטל שמעון, ומי שנטלה אותם היתה אשתו של ראובן. הטענה היא כי שמעון שהינו אחיה - סייע בידה.
- (ד) טענות ראובן הדורשות בדיקה הן שתיים אלו:

(1) השערה של ראובן כי הנכס נמצא כעת בידי שמעון וחובה עליו להשיבו.

(2) טענת ברי של ראובן כי שמעון נחשב לגנב - בכך שסייע בידי אשת ראובן (אחותו) ליטול את הנכס מרשות ראובן. מעשה נטילה זה יוצר חיוב השבה.

פסקו של הרא"ש ביחס למקרה זה היה כדלקמן:

בכל הנוגע לטענה הראשונה בדבר חיוב של שמעון להשיב את הנכס מחמת הימצאותו בידי שמעון - אין לטענה זו כל ביסוס בראיות והיא נשענת על השערה בלבד.

מקום שבו טוענים כנגד אדם מכח טענת שמא - די לו כי יכחיש טענה זו כדי שנטל הראיה יעבור אל הטוען. על כן, לא מוטל על שמעון להביא ראיות או להישבע כדי להפריך טענה בלתי מבוססת זו.

בכל הנוגע לטענה השניה בדבר קיומו של מעשה גניבה, פוסק הרא"ש כי מעשה הנטילה הראשון של הנכס נעשה ע"י אשתו של ראובן, וממילא אין לחייב את שמעון שנטל את הנכס אחריה. אכן, הגונב מן הגנב חייב לשלם לבעלים המקורי את דמי הקרן. אך הדבר מותנה בכך שהגנב השני רצה לשלול את הנכס מן הגנב הראשון ולרכוש בעלות בו. אולם, במקרה דנא, שבו אין לשמעון כל כוונה לשלול את הבעלות בנכס מאחותו (הגנב הראשון) ולהעבירו לבעלותו הוא, אין לשמעון נחשב לגנב והוא פטור מדמי הקרן.

נמצא איפוא כי הטעם לכך ששמעון אינו נחשב לגנב, ואינו חייב לשלם לראובן את דמי הנכס, נעוץ בכך ששמעון לא התכוון לגנוב, אלא רק לסייע בידי אחותו.

ודוק, מכלל לאו אתה שומע הן.

אילו היה שמעון מתכוון לגנוב את הנכס, היה ראובן זכאי לגבות את דמי הנכס הן מאשתו והן משמעון. זאת על אף שלנטילה של שמעון קדמה נטילה ע"י אשתו של ראובן, שגניבה את הנכסים, ושמעון אינו אלא גונב מן הגנב.

נמצאת למד, כי הגונב מן הגנב פטור רק מתשלומי כפל ומתשלומי ארבעה וחמישה, אך חייב בתשלומי קרן. הפטור של הגונב מן הגנב מתייחס איפוא רק למישור העונשי, של תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמישה, אך החיוב הממוני בהשבת דמי הקרן - קיים אף בגונב מן הגנב.

לפי הרא"ש נמצא איפוא כי הכלל האמור בגמרא לגבי הגונב מן הגנב, לפיו הבעלים המקורי יכול לגבות את דמי הקרן הן מן הגנב הראשון והן מן הגנב השני<sup>29</sup>, נאמר אף אם לא הזיק הגנב את הנכס (בניגוד לשיטת "קצות החושן") ואף אם לא חל שינוי בנכס (בניגוד לשיטת "נתיבות המשפט"). משום כך, כאשר שמעון סייע לאחותו ליטול את הנכס מראובן, היה מקום להחשיבו לגנב אילו רק היתה לו כוונה לזכות בבעלות בנכס עבור עצמו.

לפי שיטה זו נמצא כי הגניבה השניה מהווה גניבה נוספת מהבעלים הראשון והוא חייב בגין נטילת הנכס, ומשום כך יכול הבעלים המקורי לגבות את דמי הקרן או מהגנב הראשון או מהגנב השני.

נשאלת השאלה: כיצד מתמודדת שיטה זו עם הגיונו של "קצות החושן" לפיו אין הגנב השני מוסיף מאומה על הגנב הראשון וממילא אין גניבה אחר גניבה כשם שאין הריגה אחר הריגה?

התשובה לכך היא: כי מכיוון שהבעלות של הבעלים הראשון נותרה בעינה גם לאחר הגניבה הראשונה, הרי שגם הגנב השני מחזיק בנכס של הבעלים הראשון שלא כדין ונחשב לגנב כלפי הבעלים המקורי, אף אם לא הוסיף מאומה על מעשי הגנב הראשון. יש כאן אדם נוסף הפוגע בבעלותו של הבעלים המקורי ע"י כך שהוא נוטל נכס שאינו שלו, ומחזיקו שלא כדין.

הגנב השני מצטרף איפוא לחבירו הגנב הראשון - ושניהם מוגדרים כמי שמחזיקים בנכס של הבעלים המקורי שלא כדין, ועקב החזקה זו אחראים להשבת הנכס או דמיו.

אולם, שיטת הרא"ש נתקלת לכאורה, בקושי שהעלה "קצות החושן":

29 בלשון הגמרא: "רצה מזה - גובה. רצה מזה - גובה".

מדוע נקבע ביחס לגנב שהנכס הגנוב נשבר ברשותו מאליו, כי הוא חייב רק בתשלום דמי הנכס כפי שוויו בעת הגניבה ולא כפי שוויו בעת שנשבר, הן הדין האמור חל גם כאשר הגנב ביצע בחפץ מעשי קניין נוספים ע"י הגבהת הנכס בעת שהיה ברשותו. אם יש אפשרות לבצע מעשה גניבה נוסף גם בנכס גנוב (כשיטת הרא"ש), מדוע אין הוא חייב בתשלום לפי שווי הנכס בעת שנשבר? הן בוצעה בו פעולת גניבה נוספת ויש דין של "גניבה אחר גניבה", ולעניין זה אין לכאורה נפקות אם אדם זר גנב מן הגנב או שהוא עצמו עשה פעולת גניבה נוספת בנכס?

מכאן הסיק "קצות החושן" כי אין אפשרות לבצע גניבה נוספת בנכס (ורק כאשר הגנב שובר את הנכס הגנוב כמו ידיו – יש חיוב מדין מזיק).

"נתיבות המשפט" סובר מחמת שאלה זו, כי חיוב של הגנוב מן הגנב קיים כאשר נעשה שינוי בגוף החפץ ונעשתה פעולה נוספת בתחום שלילת הבעלות בנכס.

מה יעשה איפוא הרא"ש עם סוגיה זו לפיה "נשבר משלם כשעת הגזילה"?

מקובל ליישב שאלה זו על פי חידוש אחר של "קצות החושן"<sup>30</sup> וכדלקמן:

"קצות החושן" מבחיר כי עוולת הגניבה אינה משתכללת בלא שיבוצע מעשה נטילה או מעשה של יצירת קניין בנכס. בלא מעשה פעיל כאמור – אין בפנינו גניבה.

בהתאם לכך, יש הבחנה ברורה בין הגנוב מן הגנב לבין גנב המגביה נכס המצוי ברשותו.

כאשר גנב מגביה נכס הנמצא ממילא ברשותו, אין כאן מעשה של נטילה ואף לא מעשה קניין, שכן הדבר משול לאדם המגביה נכס שלו עצמו, שברור כי אינו עושה מעשה קניין חדש בנכס זה. אכן, הגבהה

---

30 סימן שמח סעיף ד, עליו עמדנו בפרק ד לעיל.

מהווה מעשה קניין המכניס את הנכס לרשות המגביה, מכיוון שהיא מסמלת את הוצאת הנכס מרשות הזולת. אך כאשר אדם מגביה נכס המצוי ממילא ברשותו, מובן כי אין בכך הוצאה מרשות הזולת ואין בכך מעשה קניין המכניס שוב את הנכס לרשות המגביה.

מכיוון שהנכס נותר כל העת בידי מי שגנב אותו, אין איפוא מעשה קניין או מעשה של נטילה נוספת, אף אם הגנב מגביה את הנכס.

משום כך, כאשר אדם מגביה נכס שאותו גנב זה מכבר, אין כאן גניבה נוספת, בהעדר מעשה גניבה נוסף. בהעדר גניבה נוספת, מובן מאליו כי על הגנב לשלם לבעלים המקורי בהתאם לשווי הנכס בשעת הגניבה.

לעומת זאת, כאשר בפנינו גנב שני המוציא את הנכס מן הגנב הראשון, יש כאן מעשה נוסף של נטילה ע"י הגנב השני. מעשה זה עולה כדי גניבה נוספת המטילה על הגנב השני להשיב את הנכס לבעליו לפי שווי הנכס בעת ביצוע הגניבה השניה. אכן, הוא לא ביצע את מעשה הגניבה כלפי הבעלים המקורי אלא כלפי הגנב הראשון, אך בכך אין נפקות, שכן בפנינו: מעשה גניבה, והחזקת נכס גנוב תוך שלילתו מן הבעלים המקורי - ודבר זה מוגדר כגניבה על כל היבטיה.

דומה כי זוהי כוונתו של ה"קובץ שיעורים" בבא קמא (אות ז), המבהיר:

"יש לומר דווקא היכא שהיתה ברשות בעלים, הרי זה מעשה גניבה ע"י הגבהה. אבל היכן שכבר היתה ברשותו, אין זו מעשה גניבה כלל אם הוציא את הגניבה מיד ימינו לשמאלו, ורק בשכרה הרי זה מעשה גניבה חדשה".

לסיכום שיטת הרא"ש נראה, כי הגונב מן הגנב אינו פטור מתשלום קרן, אלא רק מתשלומי כפל ומתשלומי ארבעה וחמישה. זאת, מכיוון שהנכס עצמו שייך לבעלים המקורי ומוחזק אצל הגנב הראשון בגניבה. חיובו של הגנב השני לשלם את דמי הנכס נובע מאחריותו להשיב לבעלים המקורי נכס שלהם. רק חיובים עונשיים של כפל וארבעה וחמישה לא מוטלים על הגונב מן הגנב. שיטת הרא"ש מנוגדת איפוא באופן קוטבי לשיטת "קצות החושן".

## שיטת הרמב"ם

בגמרא מצינו כאמור, כי מי שגנב נכס ולאחר מכן שברו או איבדו ("תברה או שתייה") משלם לפי שווי הנכס בשעת אובדנו. סוגיה זו עמדה לכאורה בסתירה לכלל לפיו הגונב מן הגנב פטור, שהרי מסוגיה זו עולה כי ניתן להתחייב כלפי הבעלים המקורי בגין מה שארע לנכס גם לאחר גניבתו. לישוב סתירה זו מצינו שלוש דרכים:

הסברו של "קצות החושן" - החיוב בגין אובדן החפץ הגנוב אינו נובע מדיני הגניבה אלא מדיני הנזיקין. בהתאם לכך הגונב מן הגנב פטור מגניבה, שכן בנכס גנוב לא ניתן עוד לבצע גניבה נוספת, והחיוב בגין שבירת הנכס הוא מדין מזיק. ממילא, אם הפעולה משביחה את הנכס - אין חיוב לשלם בגין פעולה זו, שכן החיוב הוא רק בגין נזק ככל שישנו.

הסברו של "נתיבות המשפט" - שבירת הנכס הגנוב מהווה שינוי בנכס, המפקיע את חיוב ה"והשיב". שינוי זה מתחולל, בין ע"י פעולת היזק ובין ע"י פעולה המשביחה את הנכס.

בעוד שקודם למעשה זה הגנב רק הוציא את הנכס מרשות הבעלים המקורי אך לא זכה בבעלות בו, הרי שעם פקיעת חיוב ההשבה יכול הגנב לזכות גם בבעלות בנכס הגנוב. משום כך יש במעשה השבירה של הנכס משום העמקת הגניבה.

דבר זה אינו קיים בגניבה נוספת שאין בה שינוי בנכס, שהרי במקרה זה אין היא מוסיפה מאומה על הגניבה הראשונה, שהוציאה את הנכס מרשות הבעלים ולא הועילה להפקיע את בעלותם.

שיטת הרא"ש - הגונב מן הגנב פטור תמיד רק מכפל אך לא מקרן.

בהתאם לכך אין כל קושי מדברי הגמרא בסוגיה דנא, ומוכן כי השובר או המאבד נכס גנוב חייב להשיב את דמיו כשעת השבירה או האובדן, שהרי מדובר בתשלום דמי הקרן.

שבירה זו אכן מקבילה למי שגונב מן הגנב, וגם הגונב מן הגנב חייב בתשלומי קרן ופטור רק מתשלומי כפל ומתשלומי ארבעה וחמישה.

להלן נראה כי שיטת הרמב"ם אינה מתיישבת עם אף אחד משלושת ההסברים האמורים.

הרמב"ם בהלכות גניבה (פרק א הלכה יד) פוסק כדלקמן:

"היה שווה בשעת הגניבה שניים ובשעת עמידה בדין ארבעה, אם שחט או מכר או שבר הכלי או אבדו - משלם תשלומי כפל או ארבעה וחמישה כשעת העמדה בדין (כלומר, אם הגנב מאבד את הנכס במו ידיו עליו לשלם לפי שווי הנכס בשעת עמידתו לדין, ולא די בתשלום לפי שווי הנכס בשעת הגניבה).

ואם מתה הבהמה או אבד הכלי מאליו, משלם תשלומי כפל כשעת הגניבה (לפי שווי הנכס בשעת הגניבה)".

הרמב"ם נוקט איפוא בגישה כי דברי הגמרא במסכת בבא קמא לפיהם תברה או שתייה משלם ארבעה זוזים, מתייחסים גם כלפי תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמישה, ועל הגנב לשלם תשלומים אלו לפי שווי הנכס הגנוב בשעת השבירה. גישה זו אינה תואמת לאף אחת מן השיטות דלעיל:

"קצות החושן" ביאר כאמור כי לפי דיני הגניבה אין גניבה אחר גניבה כפי שאין הריגה אחר הריגה, שכן לא ניתן להוסיף דבר על מעשה הגניבה הראשון. ממילא, על פי דיני הגניבה ברור כי שבירת הנכס אינה יכולה להוסיף חיוב כלשהו.

החיוב לפי שווי הנכס בשעת השבירה אינו נובע איפוא מדין גניבה אלא מדין מזיק.

אבל, בדיני הנזיקין אין תשלומי כפל, ומזיק לא משלם תשלומי כפל אלא רק את דמי הקרן.

לשיטת "קצות החושן", תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמישה מחושבים בהכרח רק לפי שווי הנכס בשעת הגניבה, שהרי אין להתייחס לשבירה כאל מעשה גניבה נוסף.

שיטת הרמב"ם לפיה הגנב משלם גם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמישה לפי שווי הנכס בשעת השבירה, אינה תואמת איפוא לשיטת "קצות החושן".

שיטת הרמב"ם גם אינה תואמת לשיטת הרא"ש לפיה גניבה אחר גניבה מחייבת רק את תשלום דמי הקרן ולא את תשלום הכפל. זאת מכיוון שלשיטת הרמב"ם מוטל על הגנב ששכר את הנכס לשלם גם כפל בגין מעשה השבירה, שנחשב כמעשה גניבה נוסף ומחייב תשלומי כפל לפי ערך הנכס בשעת הגניבה השניה (השבירה).

את שיטת הרמב"ם, לפיה המבצע שינוי בנכס גנוב, מעמיק את הגניבה ומבצע גניבה נוספת, כך שאף תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמישה יחושבו לפי שעת שבירת הנכס, ניתן לכאורה להלווה רק עם שיטת "נתיבות המשפט" לפיה ע"י מעשה של שינוי בנכס הגנוב מתחוללת גניבה מן הגנב. מכיוון שהגניבה הראשונה רק הפקיעה את ההחזקה בנכס ואילו הגניבה השניה (השינוי) הפקיעה גם את הבעלות בו, מובן כי כאשר הגנב שובר את הנכס ניתן לחייבו בחיובי גניבה עונשיים לפי שווי הנכס בעת השבירה.

ואולם, הדברים אינם מתיישבים עם הסברו של ה"אמרי משה" (סימן לב אות ו), שהובא לעיל בעקבות קושיה חמורה שהתעוררה שם:

לדבריו, הפטור של הגנוב מן הגנב גם מתשלום דמי הקרן, נובע מסברה לפיה הגנוב מן הגנב לא הוסיף כלום במעשה הגניבה השני שעשה.

מכיוון שמקורו של פטור זה הוא מסברה, הסיק "נתיבות המשפט" כי מקום שבו סברה זו אינה קיימת, דהיינו כאשר הגנב השני מוסיף מימד נוסף לגניבה, כגון כשהוא מבצע שינוי בנכס – יהא חיוב בדמי קרן.

כך בנוגע לדמי הקרן. ואולם, בכל הנוגע לתשלומי כפל וארבעה וחמישה הבהיר ה"אמרי משה" כי אין נפקות לכך שהסברה האמורה לא קיימת, שהרי הפטור של הגנוב מן הגנב מתשלומים אלו אינו נלמד מסברה אלא מגזירת הכתוב, המתייחסת לכל מקרה של גנוב אחר הגנב.

משום כך, גם כשהגנב השני מחולל שינוי בנכס ומעמיק את הגניבה, הוא מתחייב רק בדמי הקרן ופטור מתשלומי כפל ומתשלומי ארבעה וחמישה.



דברים אלו לא ניתן להלום עם שיטת הרמב"ם בה נקבע מפורשות כי יש חיוב כפול ובתשלומי ארבעה וחמישה, גם כאשר הגנב שובר את הנכס לאחר גניבתו, והוא משלם לפי שווי הנכס בשעת השבירה. שיטת הרמב"ם אינה עולה איפוא בקנה אחד אף עם "נתיבות המשפט" לפי ביאורו של ה"אמרי משה".

מכיוון שאף אחד מן ההסברים דלעיל אינו עולה בקנה אחד עם שיטת הרמב"ם, שבה למקומה לשיטת הרמב"ם, שאלתנו הבסיסית: מהי ההבחנה בין מי ששובר נכס גנוב, החייב לשלם את תשלומי הכפל לפי שווי הנכס בשעת השבירה, לבין מי שגונב נכס גנוב, הפטור מתשלומי כפל, על פי הקובע במשנה במסכת בבא קמא (סב, ב)? אם לשיטת הרמב"ם, שבירה של נכס ע"י הגנב, נחשבת לגניבה חדשה וחייבים בתשלומי כפל, מדוע כשאדם אחר נוטל את הנכס חל הכלל של "הגונב מן הגנב פטור"?

מכאן נובע לכאורה כי שבירת הנכס ע"י הגנב אינה נחשבת לגניבה חדשה מן הבעלים המקורי. ונשאלת השאלה: מדוע? הרי זו פעולה נוספת המונעת מהבעלים המקורי את מימוש הבעלות בנכס? ובכלל, הן לא ניתן לגרוס לשיטת הרמב"ם כי שבירת הנכס ע"י הגנב אינה נחשבת לגניבה חדשה, שהרי הרמב"ם פוסק כי על הגנב לשלם תשלומי כפל או ארבעה וחמישה כשעת העמדה בדין, ומכאן שמדובר בגניבה המתחוללת כעת ולא בשעת הנטילה הראשונה?

ישוב לשיטת הרמב"ם מצוי לכאורה בעיון במכלול דברי הרמב"ם בהלכה זו, המלמד כי החיוב בתשלומי כפל כשעת העמדה לדין אינו נובע מהגדרת שבירת הנכס כגניבה נוספת, אלא מדין הקובע כי כפל ותשלומי ארבעה וחמישה מתבצעים לפי שווי הנכס בשעת העמדה בדין. עניין זה עולה לכאורה מהרישא של הלכה הזו עצמה ברמב"ם, בה נפסק לאמור:

"גנב בהמה או כלי וכיוצא בהן ובשעת הגניבה היה שווה ארבעה ועכשיו בשעת עמידה בדין שווה שניים, משלם קרן כשעת הגניבה ותשלומי ארבעה וחמישה כשעת העמדה בדין".

לפי הלכה זו נמצא כי אף שהנכס הוזל משלם הגנב את תשלומי הכפל לפי הערך הנקוב בשעת ההעמדה לדין, וזאת אף שבעת נטילתו היה שווה הנכס יותר משווי כפי שהוא עתה בשעת העמדת הגנב לדין.

החיוב בדמי קרן נקבע אמנם לפי שעת הגניבה מכח גזירת הכתוב<sup>31</sup> אך תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמישה הינם לפי שווי הנכס בשעת העמדה לדין. והטעם לכך הוא שמדובר בחיוב עונשי שמטיל בית הדין – וממילא תחולתו משעת קביעת בית הדין ולפי שווי הנכס באותה עת.

ודוק, דברי הרמב"ם ברישא של ההלכה האמורה, אינם עוסקים כלל במקרה שארע שינוי כל שהוא בנכס הגנוב, וממילא ברור כי ההבחנה בין המועד והערך שלפיו שמים את הנכס לצורך השבת דמי הקרן לבין המועד והערך שבו שמים את תשלומי הכפל, אינו נובע מכך שנעשו כביכול מעשי גניבה נפרדים. נמצאנו למדים לכאורה כי ההבחנה בין תשלומי הקרן לבין תשלומי הכפל נובעת מכלל לפיו יש לשום את הנכס לצורך התשלומים העונשיים בשעת העמדה בדין.

משום כך, נראה כי גם בסיפא של ההלכה האמורה, המתייחסת לחפץ שנשבר או נאבד לאחר שהתייקר, נובע החיוב בתשלום כשעת העמדה בדין, מאותו כלל לפיו יש לשום את הנכס בשעת ההעמדה בדין בין אם התייקר ובין אם הוזל.

החיוב לשלם לפי שווי הנכס בשעת השבירה אינו מלמד איפוא כי הגנוב מן הגנב חייב וכי השבירה נחשבת מעשה גניבה נוסף בנכס הגנוב, שכן הכפל משולם בגין הגניבה הראשונה ולא בגין השבירה של הנכס, אלא שהוא מחושב תמיד לפי שעת ההעמדה לדין.

בהתאם לפירוש זה יימצא כי דמי הקרן לא ישולמו לפי שווי הנכס בשעת ההעמדה לדין, אלא לפי שווי הנכס בשעת הגניבה, וזאת אף אם

---

31 הדבר נלמד בגמרא במסכת בבא קמא (סה, א) לדברי רב, מן הפסוק (שמות כב, ד) "אם המצא תמצא בידו הגניבה, משור עד חמור עד שה חיים, שניים ישלם", ומכאן למדים תז"ל: "אחיה לקרן כעין שגנב". כלומר קיים חיוב להשיב את דמי הקרן לפי שווי הנכס הגנוב בשעת הגניבה. ומכלל הן נלמד לאו, כי דין זה נקבע רק לגבי קרן ולא לגבי תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמישה.

הגנב שבר את הנכס כשהוא שווה הרבה יותר. השובר אינו חייב בפיצוי נוסף בגין שווי נוסף זה שאבד מחמת שבירת הנכס הגנוב, שכן "הגונב מן הגנב פטור".

ואולם, זהו רק הסבר לכאורה, שכן הרמב"ם פוסק באותה הלכה כי אם הבהמה התייקרה ואח"כ מתה מאליה משלם כפל כשעת הגניבה. אם יש כלל לפיו דמי הכפל נישומים תמיד לפי שווי הנכס בשעת ההעמדה בדין, מדוע לא משלם הגנב כפל כשעת העמדה בדין גם כשהבהמה אבדה מאליה<sup>32</sup>? מן ההכרח איפוא לומר, כי הדין של "כפל כשעת העמדה בדין" נקבע רק לקולא, והוא מחדש כי כאשר הנכס הוזל יש לשלם תשלומי כפל פחותים יותר, לפי שווי הנכס בשעת ההעמדה לדין. ואולם, מקום שבו הנכס התייקר לא נאמר דין זה, שכן לא יתכן שאדם ישלם דמי כפל בשיעור העולה על שווי הקרן.

יש להבהיר איפוא כדלקמן:

כפל יש לשלם לפי ערכו של הנכס בשעת ההעמדה בדין, שכן מדובר בתשלום עונשי הנוצר ע"י קביעת בית הדין.

עם זאת, כאשר הנכס התייקר לא נאמר דין זה, שכן לא יתכן שאדם ישלם דמי כפל בשיעור העולה על שווי הקרן.

הרמב"ם קובע כי אדם משלם כפל כשעת העמדה בדין, מקום שבו שבר הגנב את הנכס לאחר שהתייקר משני זווים לארבעה זווים.

מכאן עולה כי הן דמי הקרן והן דמי הכפל נישומים לפי שעת ההעמדה בדין, ומכיוון שאין הכפל מחושב לפי שווי העולה על דמי הקרן, מן ההכרח כי אף דמי הקרן נישומים במקרה זה לפי שוויים המעודכן.

מן ההכרח איפוא לגרוס כי אין המדובר בתשלום בגין הגניבה הראשונה (בגין כך לא היה משלם קרן וכפל באופן העולה על שווי

32 בביאור הגר"א חושן משפט (סימן שנו ס"ק ח), שנקט כי ההסבר בדברי הרמב"ם הוא ההסבר האמור, תמה תמיהה זו על פסקו של הרמב"ם.

הנכס בעת הגניבה), אלא זהו תשלום בגין מעשה השבירה - המוגדר כגניבה נוספת.

שומה זו של הקרן והכפל לפי שעת ההעמדה לדין כשהחפץ התייקר נובעת איפוא מכך שנוצר חיוב חדש בגין השבירה.

עם זאת, יש להבהיר מהו הגדר של חיוב זה שנוצר בשעת השבירה? אין להגדיר חיוב זה כנובע מדיני הנוזיקין, שהרי הוא חייב בדמי כפל כשעת ההעמדה בדין, ודמי כפל יש רק בגניבה ולא בנוזיקין.

גם אין לכאורה אפשרות לומר כי שבירת הנכס הגנוב מוגדרת כגניבה נוספת, שהרי הכלל הוא כי הגנוב אחר הגנב פטור לכל הפחות מתשלום דמי הכפל.

הסברו של הרב חיים הלוי סלוביצ'יק

הגר"ח<sup>33</sup> מבהיר:

”משום דכל שהחפץ גנוב או גזול - כל נזק שעושה בידיים דין גניבה וגזילה ביה”.

לאמור:

הכלל הוא כי הגנוב מן הגנב פטור, ועל כן אין כל חשיבות לעובדה שהגנב מגביה את הנכס.

אבל, רק ביחס לגניבה חדשה הדין הוא שהגנוב מן הגנב פטור, אך כאשר הגנב מזיק לנכס הרי שהוא מעמיק את הגניבה הראשונה שביצע וזוהי גניבה אחת נמשכת והולכת.

משום כך אם מישוהו זר מזיק לנכס - הוא רק מזיק ולא גנב, ולא ישלם תשלומי כפל.

אבל, כשהגנב עצמו מזיק לנכס הגנוב, הוא מעמיק את הגניבה. הדברים מבוארים גם ע"י ה"אמרי משה" (סימן לב אות יב) המבהיר כדלקמן:

---

33 "חידושי רבינו חיים הלוי", בהתייחסותו לרמב"ם בהלכות חובל ומזיק (פרק ז הלכה א). הדברים מפורטים בהרחבה בפרק ב לעיל.

"ובישוב שיטת הרמב"ם נראה לעניות דעתי על פי הקדמה אחת, דבגזלן וגנב כל מה שמוסיף להזיק את הגניבה - דבשאר כל אדם מעשה כזה רק מזיק הוא בלא קניין - אבל בגזלן כל הזיק שעושה בהגניבה הרי הוא גנב ולא מזיק, שהרי באמת היה לנו לומר דכל גנב אינו גנב רק ברגע הראשון בלבד, אלא בכל רגע ורגע שמחזיק אצלו הגניבה ואינו מחזיר להבעלים, הוא גנב בכל רגע.

וכמו שבאמת הקשה כן "קצות החושן" דמאי טעמא באיתבר ממילא פטור על היוקרא, ואמאי לא יתחייב על רגע זו ג"כ משום גנב (אשר מפאת קרשיא זו הוכיח דינו דגונב מן הגנב פטור מקרן).

אך כבר כתבנו דזה לא קשיא מידי, דכל שאינו עושה מעשה גניבה לא מתחייב ... ולכן כל זה באיתבר ממילא דאינו עושה כלום.

אבל הזיק בידים הגניבה, שאר אדם היה רק מזיק ולא גנב, היינו אינו עושה קניין להחזיק לעצמו (דזה הוא עיקר הנפקא מינה בין מזיק לגנב) אבל הגנב עצמו שכבר יש לו קניין גניבה וגם ברגע זה שמזיק הרי יש לו קניין גזילה, נמצא שעל ידי ההזיק שעושה, נעשה גנב ולא מזיק, דהרי בגונב על מנת להזיק גם כן נקרא גנב וכמבואר<sup>34</sup> 'הזורק מטבע של חבירו לים בדאדייה אדוייה חייב'.

על כן, הכי נמי כל ההזיק שעושה הגנב כיון דכבר יש לו קניין גניבה מקרי גנב. דמה שמזיק עתה הוא ג"כ מפני שהגניבה בידו וברשותו ומחזיקה כשלו לעשות בה כחפצו. ועל כן הוי זה מעשה גניבה ולא מזיק, דהרי אין מחוסר קניין ברגע זה".

הגיונם של דברים וביאורם הוא כדלקמן:

עמדנו לעיל<sup>35</sup> על קיומם של "שני דינים" בהשתכללות עוולת הגניבה:

34 כבא קמא צח, א.

35 פרק ב.

מהלך אחד, מתקיים כאשר הגנב מבקש לרכוש את הבעלות בנכס על חשבון בעלותו של הבעלים המקורי. כדי שתחגבש גניבה ע"פ דין זה נחוצה פעולה שיש בה כדי לרכוש בעלות בנכס על פי דיני הקניין הרגילים.

המהלך השני, מתקיים כאשר הגנב אינו חומד את הנכס לעצמו, אלא רוצה שלבעלים המקורי לא יהא את הנכס. גניבה זו מתבצעת ע"י צירוף של נטילה (אף אם אינה מוגדרת כמעשה קניין כגון משיכה לרשות הרבים) עם פעולת היזק לנכס. במקרה זה הבעלות של הבעלים המקורי אינה נפגעת מכח מעשה בר תוקף קנייני המתנגש בבעלות, אלא מכיוון שאין לבעלות על מה לחול, שכן הגנב מבצע היזק לנכס ובכך שולל את הנכס נשוא הבעלות של הבעלים המקורי.

בהקשר זה ראינו כי בעוד שמזיק רגיל אינו נחשב לגנב ואינו מתחייב בתשלומי כפל ובתשלומי ארבעה וחמישה, הרי שכאשר קודמת נטילה של הנכס, יש בפעולת ההיזק הנעשית לאחר מכן כדי להגדיר את המעשה כגניבה. במקרה זה מצטרפת פעולת ההיזק לפעולת הנטילה ומגדירה את התהליך כולו על שני חלקיו כהוצאת הנכס מרשות הבעלים המקורי המהווה גניבה.

בהתאם לכך מובן כי הזקת הנכס ע"פ המהלך השני היא חלק מתהליך של גניבה, והיא שונה לחלוטין ממזיק שלא הקדים נטילה להיזק. האחרון הוא מזיק והראשון הוא גנב.

הסוגיה של "תברה או שתייה" מתייחסת למצב של היזק המתרחש לאחר הנטילה.

מדובר אם כן בתהליך כולל של הוצאת הנכס מרשות הבעלים המקורי, והדבר עולה כדי גניבה ע"פ המהלך השני שלה.

ממילא מובן כי יש חיוב בתשלום כפל ובתשלומי ארבעה וחמישה לפי שווי הנכס בשעת ההיזק, שהיא שעת סיום הגניבה ע"פ המהלך השני.

וכאמור, מדובר בגניבה וממילא יש בה תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמישה, ולא ניתן להשוות את החיוב החל במקרה זה, עם מי שמזיק לנכס בלא שתקדם לכך נטילה, הנחשב למזיק ולא לגנב.

המזיק לנכס שאותו גנב קודם לכן, ממשיך את פעולת הגניבה הראשונה וגורם לשלילת הבעלות ע"י שלילת הנכס נשוא הבעלות, ועל כן עליו לשלם תשלומי כפל וארבעה וחמישה לפי שווי הנכס בשעת ההיזק, שהרי פעולת הגניבה נגמרה רק בשעה זו<sup>36</sup>.

כמו כן, מקום שבו אדם גנב נכס ומישהו אחר נטל אח"כ את הנכס והזיק לנכס<sup>37</sup>, הרי שהשני שולל את הנכס נשוא בעלותו של הבעלים המקורי ובכך שולל את בעלותו, והוא נחשב לגנב ע"פ המהלך השני. משום כך, יכול הבעלים המקורי להיפרע הן מהגנב הראשון והן מהגנב השני. לעומת זאת, כאשר אדם אחר גונב מן הגנב אין הוא נחשב לגנב, שהרי אין גניבה אחר גניבה.

אכן, הכלל הוא כי אין גניבה אחר גניבה, אך זאת רק מכיוון שהגנב השני לא הוסיף כלום על הגנב הראשון. כבר לאחר מעשיו של הגנב הראשון הנכס יצא מרשות הבעלים המקורי, וגם לאחר נטילת הגנב השני לא נפגעה בעלותו של הבעלים המקורי. על כן אין הגנב השני נחשב לגנב (אלא אם כן עשה פעולת היזק כאמור).

לעומת זאת, כאשר הגנב עצמו מזיק לנכס הוא אינו מבצע מעשה נוסף של גניבה לאחר שהנכס כבר נגנב פעם אחת, אלא שזהו תהליך אחד נמשך, שתחילתו בנטילה (שלילת החזקה) וסופו בהזקת הנכס (שלילת הבעלות ע"י פגיעה בנכס נשוא הבעלות).

הגניבה הראשונה עצמה נמשכת על כן עד למועד הזקת הנכס, וממילא נישום הנכס הגנוב באותה עת.

בהקשר זה מבהיר ה"אמרי משה" כי למעשה כאשר אדם גונב נכס ומחזיק בו, זוהי תמיד פעולה נמשכת של גניבה, שבה הוא שולל בכל רגע ורגע מן הבעלים המקורי את החזקתו בנכס. עם זאת, אין החיוב

36 על פי הסברו של "נתיבות המשפט" הרואה בהיזק תוספת לפעולת הגניבה הראשונה בכך שפקע גם ה"והשיב", כך שהבעלות נשללה מלמפרע כבר בעת הנטילה.

37 אם האדם האחר מזיק לנכס הגנוב בלא נטילה, הרי שמכיוון שהוא לא נטל את הנכס, אין לראות בו גנב אלא מזיק בלבד.

להחזיר נמדד לפי ערך הנכס בשעת עמידתו לדין אלא לפי ערכו בשעת הגניבה, מכיוון שצריך מעשה גניבה פעיל. ההחזקה הפסיבית בנכס לאחר נטילתו אינה מחייבת בתשלום דמים לבעלים המקורי, על אף שזהו חלק מתהליך אחד ארוך של גניבה נמשכת.

יש על כן לשום את שווי הנכס בעת שמתבצע המעשה הפעיל במסגרת תהליך זה, שהוא עם ביצוע הנטילה הראשונה.

ואולם, מקום שבו לאחר פעולת הנטילה הגנב גם מזיק לנכס, הרי שהוא מבצע מעשה פעיל נוסף, לאחר הנטילה, השולל את הבעלות בנכס.

מכיוון שרואים בפעולת ההיזק מעשה המוסיף נדבך בתהליך הכולל של הגניבה ע"י אותו אדם, הרי ששומת הנכס אינה יכולה להיעצר בפעולת הנטילה, והנכס נישום לפי שווי בעת ההיזק.

מובן איפוא כי אין להשוות בין הסוגיה של גנב שהזיק לנכס הגנוב, לבין הדין של הגונב מן הגנב, כפי שעשו "קצות החושן" ו"נתיבות המשפט".

פסקו של הרמב"ם גם מתיישב עם המשנה לפיה מי שהשביח נכס משלם לפי שווי בשעת הגניבה, שכן אף שהבעלות פוקעת בהעדר "והשיב" אין זו פעולת גניבה נוספת. רק כאשר הגנב מזיק לנכס שנטל הוא ממשיך את תהליך הגניבה ומבצע פעולה המתווספת לתהליך זה ע"פ מהלך הגניבה השני. אבל, כשהוא משביח את הנכס, לא ניתן להגדיר זאת כהמשך של תהליך הגניבה, שהרי אדרבה הוא משביח את הנכס. ממילא אין שום נפקות לפעולה זו מבחינת המועד לביצוע שומת הנכס.

נמצא איפוא כדלקמן:

- (1) התשלום העונשי נקבע לפי שעת ההעמדה בדין.
- (2) כאשר הנכס התייקר לא נאמר דין זה, שכן לא יתכן שאדם ישלם דמי כפל בשיעור העולה על שווי הקרן.
- (3) כך כאשר הנכס נשבר מאליו, שאז אין בפנינו גניבה נוספת.



(4) לעומת זאת, כאשר בפנינו שבירה בידיים של הנכס הגנוב העולה כדי גניבה נוספת, מובן כי הן דמי הקרן והן תשלום הכפל יבוצעו לפי שווי הנכס בשעת ההעמדה בדין.

(5) כאשר הגנב משביח את הנכס, ולא ניתן להגדיר זאת כהמשך של תהליך הגניבה, אין שום נפקות לפעולה זו מבחינת המועד לביצוע שומת הנכס, והנכס ישום לפי שעת הגניבה.

### סיכום

פתחנו פרק זה בדיון בשאלה, האם הגונב מן הגנב פטור רק מדמי כפל, או שמא פטור הוא גם מתשלום דמי הקרן. שאלה זו נוגעת להגדרת הגניבה כפעולה של שלילת נכס מבעליו. בהקשר זה עמדנו על כמה שיטות:

"קצות החושן" גורס כי הגונב מן הגנב פטור גם מדמי הקרן, מכיוון שאין רואים אותו כגנב.

אכן, כאשר החפץ בעין יש להשיבו לבעלים המקורי, שהרי הנכס ממשיך להיות שייך לו, אך מקום שהחפץ נשבר או נאבד פטור הגנב השני מחיוב בתשלומי הקרן, שכן אין גניבה אחר גניבה.

כמו כן, מאותו טעם, פטור הגנב הראשון בגין פעולות גניבה נוספות שביצע, כגון פעולות הגבהה וקניין הנעשות בנכס הגנוב, לאחר שנכס זה התייקר.

חיובי הגנב ימדדו על כן לפי שווי הנכס בעת הגניבה הראשונה בלבד.

זאת מכיוון שע"י גניבה נוספת זו, כמו גם ע"י קודמתה, לא ניתן לשלול את הבעלות של הבעלים המקורי, וממילא לא התווסף דבר ע"י גניבה נוספת זו בכל הנוגע למישור של הבעלות בנכס, שהרי זו היתה ונותרה של הבעלים המקורי.

גם אין בגניבה נוספת זו כדי לשלול בעלות מן הגנב, שהרי הנכס לא היה מעולם בבעלותו. גניבה מתבטאת רק בהוצאה מרשות הבעלים, ואין בה כדי להוציא מבעלותו של הבעלים המקורי. ומשנגנב הנכס פעם אחת - הוא כבר הוצא מרשות הבעלים.

(והוצאת הנכס מרשותו של הגנב אינה רלוונטית כי ממילא הנכס אינו מצוי ברשותו כדין, שהרי הוא לא נקנה ע"י הגנב ולא מצוי בבעלותו).

הגונב מן הגנב לא הוציא על כן את הנכס מרשות הבעלים המקורי ולא הוסיף מאומה גם במישור זה.

משום כך אין לראות בפעילותו של הגונב מן הגנב משום גניבה נוספת ואין כדבר הזה "גונב מן הגנב", כפי שאין רוצח אחר רוצח.

עם זאת, מקום שבו בא אדם (לרבות הגנב עצמו) ואכל את הנכס הגנוב, חל חיוב לפי שו"י הנכס בעת אובדנו. חיוב זה אינו מחמת גניבה אלא מחמת מזיק, שהרי הוא הזיק חפץ שנתר בבעלות הבעלים המקורי, אף שהיה מצוי ברשות הגנב. מכיוון שגניבה אינה מפקיעה את הבעלות של הבעלים המקורי, נמצא המזיק לנכס הגנוב מסב נזק לבעלים המקורי וחייב לשלם לו פיצוי מדין מזיק, וזאת אף שהנכס לא היה ברשות הבעלים.

בהתאם לכך, אם נעשתה בנכס השבחה ע"י הגנב לאחר גניבתו הראשונה, אין חיוב בגין השינוי שחל בנכס אשר מחמתו פקע חיוב השבחה שלו, שהרי החיוב אינו יכול להיות מדין גניבה אלא רק מדין מזיק, וחיוב שכזה אינו קיים כאשר הנכס לא ניזוק אלא אף הושבחה.

"נתיבות המשפט" מסכים עם שיטת "קצות החושן" כי הגונב מן הגנב פטור גם מתשלומי קרן ולא רק מתשלומי כפל, שכן הגנב הראשון מוציא את הנכס מרשות הבעלים, אך אין במעשהו כדי להוציא את הנכס גם מבעלותו, וגם הגנב השני אינו מוציא את הנכס מבעלות הבעלים המקורי. נמצא כי הגנב השני לא הוסיף דבר, שהרי את ההוצאה מרשות הבעלים המקורי ביצע הגנב הראשון ואילו שלילת הבעלות עצמה לא בוצעה גם ע"י הגנב השני.

ואולם, לשיטת "נתיבות המשפט", מקום שבו לאחר פעולת הגניבה גם נעשה שינוי בגוף הנכס שניטל, ואף אם מדובר בשינוי המשביח את הנכס ושאינו עולה כדי פעולת היזק, כגון הנוטל צאן וגוזז את הצמר, עצים ועושה מהם כלים, צמר וסורג הימנו בגדים – חייב להשיב את דמי הקרן לפי שו"י הנכס בעת עשיית המעשה האמור, שכן מעשה זה

עולה כדי גניבה נוספת, ויש במקרה זה אפשרות לכצע גניבה אחר גניבה.

הטעם לכך הוא כי במקרה של שינוי מהותי בגוף הנכס - פוקעת בעלותו (ולא רק רשותו והחזקתו) של הבעלים המקורי, שכן הדין של "והשיב" פוקע כשהחפץ שוב לא נמצא בעין במתכונתו הקודמת.

עם זאת, מבהיר ה"אמרי משה" ביחס לשיטתו זו של "נתיבות המשפט" כי החיוב של הגונב מן הגנב המשנה את הנכס מתייחס רק לדמי הקרן. ואולם, אין לראות בגניבה נוספת זו גורם לחיוב של תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמישה, מחמת גזירת הכתוב הקיימת בהקשר זה<sup>38</sup>.

הרא"ש גורס כי הפטור של הגונב מן הגנב הוא רק ביחס לחיוב העונשי, של תשלומי כפל ארבעה וחמישה, אך החיוב הממוני בהשבת דמי הקרן קיים אף בגונב מן הגנב.

הכלל האמור בגמרא לגבי הגונב מן הגנב, לפיו הבעלים המקורי יכול לגבות את דמי הקרן הן מן הגנב הראשון והן מן הגנב השני<sup>39</sup>, נאמר אף אם לא חל שינוי בנכס (בניגוד לשיטת "נתיבות המשפט") ואף אם הגנב השני לא הזיק את הנכס (בניגוד לשיטת "קצות החושן").

הגניבה השניה מהווה לשיטה זו גניבה נוספת מהבעלים הראשון והוא חייב בגין נטילת הנכס, ומשום כך יכול הבעלים המקורי לגבות את דמי הקרן או מהגנב הראשון או מהגנב השני.

ההגיון שבדבר הוא כי בפנינו גנב, שנטל נכס שאינו שלו.

הבעלות של הבעלים הראשון נותרה בעינה גם לאחר הגניבה הראשונה, ויש כאן אדם נוסף הפוגע בה ע"י כך שהוא נוטל נכס שאינו שלו, משתלט עליו ומחזיקו שלא כדין.

גם גנב זה מחוייב על כן בהשבת דמי הנכס לבעלים הראשון, אף שאין כאן שום הוספה של נזק, או גריעה מבעלותו של הבעלים המקורי.

38 "וגונב מבית האיש" - ולא מבית הגנב.

39 בלשון הגמרא "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה".

הגנב השני נכנס במקום הגנב הראשון ומצטרף אליו, ושניהם מחזיקים בנכס של הבעלים המקורי שלא כדין ואחראים עקב כך להשבת הנכס או דמיו.

עם זאת הבהרנו, כי גם לשיטתו של הרא"ש יש לקבל את שיטת "קצות החושן" שהובאה בפרק הקודם, לפיה עולת הגניבה אינה משתכללת בלא שיבוצע מעשה של גניבה שהינו מעשה נטילה או מעשה של יצירת קניין בנכס. בלא מעשה של נטילה או מעשה של יצירת קניין בנכס – אין בפנינו גניבה. בהתאם לכך, יש הבחנה ברורה בין הגונב מן הגנב לבין הגנב עצמו המגביה נכס המצוי ברשותו.

כאשר אדם מגביה נכס הנמצא ממילא ברשותו, אין כאן נטילה נוספת, והדבר משול לאדם המגביה נכס שלו עצמו, שברור כי אינו עושה מעשה קניין חדש בנכס זה.

הגבהה מהווה מעשה קניין והכנסה של הנכס לרשות המגביה, בכך שהיא מסמלת את הוצאת הנכס מרשות הזולת. מקום בו אדם מגביה נכס המצוי ממילא ברשותו, מובן כי אין בכך לסמל הוצאה מרשות הזולת ואין בכך הכנסה נוספת של הנכס לרשות המגביה. אין איפוא מעשה קניין או נטילה נוספת עת שהנכס נותר כל העת בידי מי שגנב אותו, וזאת אף אם הגנב מגביה את הנכס ומושכו לרשותו.

משום כך, כאשר אדם מגביה נכס שאותו גנב זה מכבר, אין כאן גניבה נוספת בהעדר מעשה נוסף של נטילה. ממילא מובן, כי בהעדר גניבה נוספת, יש לשלם לבעלים המקורי בהתאם לשווי הנכס בשעת הגניבה.

לעומת זאת, כאשר אדם גונב מן הגנב, או כאשר הגנב עצמו גם שובר את הנכס, יש כאן מעשה נוסף של נטילה, העולה כדי גניבה נוספת המטילה על הגנב השני להשיב את הנכס לבעליו לפי שווי הנכס בעת ביצוע הגניבה השנייה.

לשיטת הרמב"ם יש הבדל בין אדם אחר הבא לגנוב מן הגנב לבין ביצוע פעולות נוספות ע"י הגנב עצמו. אדרבה, בעוד שהגונב מן הגנב פטור אף מדמי הקרן, הרי שאצל הגנב הראשון עצמו יש חיוב אף בתשלומי כפל ובתשלומי ארבעה וחמישה לפי שווי הנכס בשעת השינוי שבוצע בו.

הבהרנו שיטה זו ע"י חזרה על אחד מעקרונות היסוד, שעליו עמדנו בפרק ב' לעיל, לפיו קיימים שני דינים בגניבה. המהלך האחד, מתקיים כאשר הגנב מבקש לרכוש את הבעלות בנכס ומבצע פעולה שיש בה כדי לרכוש בעלות בנכס על פי דיני הקניין הרגילים.

המהלך השני מתקיים כאשר כוונת הגנב אינה לרכוש לעצמו בעלות בנכס אלא לשלול את הנכס מידי הבעלים המקורי, וזאת ע"י נטילת הנכס והזקתו כך שלא יהא לבעלות על מה לחול.

משום כך, בעוד שמזיק רגיל אינו נחשב לגנב ואינו מתחייב בתשלומי כפל, ארבעה וחמישה, הרי שכאשר קודמת נטילה של הנכס, יש בפעולת ההיזק הנעשית לאחר מכן כדי להגדיר את המעשה כגניבה. במקרה זה מצטרפת פעולת ההיזק לפעולת הנטילה ומגדירה את התהליך כולו, על שני חלקיו, כהוצאת הנכס מרשות הבעלים המקורי המהווה גניבה.

מקום שבו גנב אדם נכס ומישהו אחר מזיק לנכס בלא נטילה, הוא לא נחשב לגנב אלא למזיק. אבל, כשהגנב עצמו מזיק, הרי שהוא גם הוציא את הנכס מרשות הבעלים, יש כאן פעולה מתמשכת שתחילתה בגניבה וסופה בנזק, והתהליך כולו נחשב לגניבה.

מקום שבו בא גנב שני ושולל את הנכס מן הגנב הראשון, הכלל הוא כי אין גניבה אחר גניבה, שכן הגנב השני לא הוסיף כלום על הגנב הראשון ועל כן הוא אינו נחשב לגנב<sup>40</sup>.

לעומת זאת, כאשר הגנב עצמו מזיק לנכס הוא אינו מבצע מעשה נוסף של גניבה, במסלול השני - השוללת אף את הבעלות בנכס, ע"י כך שנשוא הבעלות שוב אינו קיים, וזוהי איפוא גניבה נוספת. הגניבה הראשונה עצמה נמשכת על כן עד למועד הזקת הנכס, ומשום כך נישום שווי הנכס הגנוב באותה עת.

40 לעומת זאת, מקום שבו אדם גנב נכס ומישהו אחר נטל אח"כ את הנכס והזיק לנכס, הרי שהשני שולל את הנכס נשוא בעלותו של הבעלים המקורי ובכך שולל את בעלותו, והוא נחשב לגנב ע"פ המהלך השני. משום כך, יכול הבעלים המקורי להיפרע הן מהגנב הראשון והן מהגנב השני.

## פרק ו - שינוי בחפץ הגנוב ומהותו

בפרקים הקודמים ראינו כי על אף שבגניבה יש מעשה קניין המועיל להעביר את הבעלות בנכס מן הבעלים המקורי לגנב, הרי שכל עוד שהנכס הגנוב נמצא במצבו כפי שהיה בעת הגניבה (כלומר, כשהנכס בעינו), אין הגנב קונה את הנכס. זאת לנוכח קיומו של החיוב התורני להשיב את הנכס עצמו לבעלים המקורי (חיוב "והשיב").

לעומת זאת, מקום שבו הנכס אינו בעינו, קונה הגנב את הבעלות בחפץ ואינו מחוייב להשיב עוד את הנכס הזה עצמו. חיובו של הגנב במקרה זה הוא רק לשלם את דמי הנכס הגנוב לבעלים המקורי (חיוב "ושילם").

השינוי המתחולל בנכס הגנוב מפקיע איפוא את החיוב להשיבו, וממילא חל מעשה הקניין אשר התבצע בעת הגניבה.

בפרק זה נדון בשאלה הבאה:

אימתי בפנינו מעשה שיש בו כדי לחולל את המעבר מחיוב ה"והשיב" לחיוב ה"ושילם". שאלה זו מתעוררת לנוכח העובדה כי לא כל שינוי המתרחש בנכס הגנוב מפקיע את חיוב ה"והשיב", ולא כל שינוי בנכס מאפשר לקבוע כי הוא כבר לא בעינו. קיימות סיטואציות שבהן בפנינו "שינוי למחצה" שלא ניתן להתעלם ממנו ולקבוע כי כלום לא קרה בנכס, ומצד שני לא ניתן לומר כי הנכס אינו בעינו. בהקשר זה מתעוררת השאלה מהו בדיוק מעמדו הקנייני של נכס זה שהתחולל בו "שינוי למחצה"?

בפרק זה יידונו איפוא מקרי הביניים שבהם השינוי אינו מוחלט, וההכרעה בשאלת נפקותם של מעשים אלה תיפול לאור עיון מעמיק יותר בבחינת מהותו של המונח "שינוי" בחפץ הגנוב.

בהקשר זה, ולשם הצגת הנושא, נביא מספר דוגמאות למעשי שינוי שיש לבחון את נפקויותיהם:

מהו הדין כאשר אדם גונב חומר גלם (צמר או צבעים ונייר) ומשתמש בהם לצורך ביצוע יצירה משלו (כגון טוויית בגד מעוצב או ציור אומנותי, או אף כתיבה של יצירת מופת).

האם במקרה זה יכול הבעלים המקורי לתבוע את השבת הנכס הזה עצמו בטענה שחומר הגלם מצוי בפנינו והוא בעינו, והעובדה שהצמר עובר כחוט השני בתוך בגד אינה מעניינתנו, או שמא חל כאן שינוי מהותי, בצורה או בתוכן, ועל כן הגנב מחוייב לשלם את דמי מה שגנב אך לא להחזיר את הנכס שבפנינו.

מאידך גיסא, מהו הדין כאשר אדם גונב כלי ושובר אותו, האם יכול הוא לומר כי ברצונו להחזיר את החפץ השבור (תוך תשלום פיצוי בגין הפחת שאירע בנכס מחמת שבירתו). האם יכול הגנב לומר לבעלים המקורי "הרי שלך לפניך", או שמא לא<sup>1</sup>.

### סוגיית אין שמין

במסכת בבא קמא (יא, א) מצינו כדלקמן:

"אמר שמואל, אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזיקין".

ומבאר רש"י בד"ה אין שמין: "מנהג הדיינים הוא, שאין שמין לא לגנב ולא לגזלן, שאם גנב וגזל בהמה או כלים, וניפחתו אצלו, אין שמין הנבילה והשברים לבעלים, שיחזיר גנב הפחת, אלא ישלם בהמה וכלים מעולים והשברים שלו".

1 דוגמא דומה במהותה בהקשר זה: אדם גונב מכונית חדשה לגמרי, ומבקש להחזיר אותה לאחר שהיתה לה תאונה. הוא מוכן להחזיר את הרכב הגנוב וגם מוכן לשלם פיצוי בגין ירידת ערך. האם רשאי הבעלים המקורי לבוא ולומר לגנב כי הוא דורש דמים של מכונית חדשה, או לדרוש מכונית חדשה חלופית, ולא להסתפק בהחזר מכוניתו לאחר שעברה תאונה, או שמא ניתן לומר לו "הרי שלך לפניך".

כלומר, כאשר אדם גונב נכס ושובר אותו – אין הגנב יכול לומר לבעלים הרי הנכס מוחזר לך במצבו השבור, בצירוף תשלום בהתאם לשומת ההפרש שבין נכס שלם לבין נכס שבור.

בכך שונה הוא דינו של גנב לעומת דינו של מזיק, שכן האחרון רשאי להשיב את הנכס המוזק לבעלים המקורי בצירוף תשלום ההפרש שבין שווי השברים לבין שווי נכס שלם.

הגיונם של דברים הוא זה:

גנב, להבדיל ממזיק, אינו יכול להשיב שברים – מכיוון שהוא קונה את הנכס הגנוב ברגע שחל בו שינוי. השינוי בנכס הגנוב מפקיע את חיוב ה"השיב" וחל החיוב של "ושילם". ממילא, מקום שבו נשבר הנכס, הרי שהשברים אינם שייכים לבעלים המקורי, אלא אלו שברים של הגנב. זאת בניגוד למזיק, שהשברים שייכים לבעלים המקורי גם לאחר שבירת הנכס.

ממילא מובן כי מוטל על הגנב לשלם בשווה כסף או בכסף את דמיו של נכס שלם, כפי שנטל, ואין הוא יכול להחזיר את השברים, שהרי אלו אינם עוד השברים של הבעלים המקורי<sup>2</sup>.

דין זה יכונה להלן "אין שמין".

---

2 ודוק, בהסבר זה יוצאים אנו מנקודת הנחה כי הגנב יכול לבצע את התשלום הכספי גם באמצעות שווה כסף. עם זאת אין הוא יכול להחזיר את השברים בתור שווה כסף (תוך הוספת תשלום נוסף בגין הפער שבין מה שנטל לבין שווי השברים). הטעם לכך מובהר ברש"י באומרו כי זהו "מנהג הדיינים" שאין שמין ואין מקבלים את השברים מידי הגנב כשווה כסף.

תוספות כאן (ד"ה אין שמין) גורס כי ככלל אין להשתמש בשווה כסף לנוכח הדין של "כעין שגזל". אכן, בכל כ"ד אבות הנזיקין ניתן לשלם גם ע"י שווה כסף, אך בגניבה יש כלל הנובע מלשון הכתוב "שניים חיים ישלם" ממנו למדים כי על הגנב לשלם בהמה חיה מעין זו שנטל. על כן, מי שנטל שור, מן הראוי כי ישיב דווקא שור אחר. עקרונית לא ראוי היה מטעם זה אף לשלם כסף, אך הרא"ש מבהיר כי כסף יתקבל על אף הכלל האמור, מכח הדין של "מה לי הן מה לי דמיהן". אך שברים – כמו גם כל שווה כסף אחר – לא יתקבלו בשום מקרה. למשמעות אחרת למונח "מנהג הדיינים" המחוייב לכאורה לפי ביאורו של תוספות, ר' "פני יהושע" בסוגיה זו.



בהקשר זה יש להוסיף ולהבהיר כי לסוגייה זו של "אין שמיץ" זיקה הדוקה ואף תלות בשאלה האם שינוי קונה את הנכס הגנוב, כפי שנראה מעיון שיטתי בסוגיות הבאות:

בגמרא במסכת בבא קמא (סו, א) מובאת דעתו של רבה לפיה שינוי קונה - דהיינו מעביר את הבעלות בנכס הגנוב מהבעלים המקורי לידי הגנב. רבה מבהיר כי המקור לדין זה מצוי הן בפסוק והן בדבר משנה.

הפסוק הוא "והשיב את הגזילה אשר גזל" (ויקרא ה, כג). "מה תלמוד לומר 'אשר גזל'? אם כעין שגזל - יחזיר. ואם לאו - דמים בעלמא".

המשנה היא (שם צג, ב): "הגוזל עצים ועשאו כלים, צמר ועשאו בגדים - משלם לו כשעת הגזילה".

דעתו של רבה היא איפוא כי שינוי קונה, ובמקום שבו הגנב נוטל חומר גלם ויוצר ממנו יצירה - אין הגנב מחוייב להחזיר את הנכס הזה עצמו, ודי לו כי ישלם דמים.

דעה זו אינה מקובלת על הכל, ולעומת שיטתו של רבה מוצאים אנו שם (צג, ב) את שיטתו של אביי הגורס כי שורה ארוכה של תנאים סבורים כולם כי שינוי אינו קונה. ובלשונו: "אמר אביי: ר' שמעון בן יהודה, ובית שמאי, ור' אליעזר בן יעקב, ור' שמעון בן אלעזר, ורבי ישמעאל - כולהו סבירא להו שינוי במקומו עומד".

ומבאר רש"י (בד"ה במקומו עומד): "אינו זו מרשות הבעלים הראשונים ואפילו נשתנה".

ואכן, שם (סה, ב) מצינו מחלוקת בין בית שמאי לבית הלל האם "שינוי במקומו עומד" אם לאו. דהיינו, האם שינוי בנכס מחולל התייחסות שונה אל הנכס החדש. והגמרא שם (צד, א) מבהירה כי הדעה לפיה שינוי גורם לכך שהגנב יקנה את החפץ הגנוב, היא דעתם של בית הלל, ובית שמאי חולקים על כך.

הגמרא מביאה בהקשר זה, את דעתו של שמואל, שלכאורה מצדד בעניין זה בדעת בית שמאי לפיה שינוי אינו קונה.

על כך מקשה הגמרא, כיצד יתכן לומר כי לדעת שמואל שינוי אינו קונה, הרי שמואל הוא שסובר (שם יא, א) "אין שמין לא לגנב ולא לגזלן".

הנחת הגמרא היא איפוא כי הדין של "אין שמין" נובע מן העובדה שהגנב קונה את הנכס הגנוב. והגיונם של דברים הוא כאמור, כי כאשר הגנב עושה שינוי בנכס הגנוב, הרי שהוא קונה אותו, ולכן אינו יכול להחזיר לבעלים את השברים ולומר להם "הרי שלכם לפניכם"<sup>3</sup>.

נמצא איפוא כי אם שינוי קונה הרי שחל הדין של "אין שמין" והגנב לא יכול להחזיר לבעלים המקורי את הנכס השבור<sup>4</sup>.

---

3 בעניין זה ראה רש"י שם בד"ה אין שמין המבהיר: "אין שמין, בפרק ראשון... אמר שמואל דלנוזיקין הוא דשמין את הנבילה לניזק ומוסיף עליה מזיק עד שמשלים לו נזקו, אבל גנב וגזלן שנטלו בהמה ומתה או כחשה אין שמין את הנבילה אלא שלהם תהא, והם ישלמו בהמה מעליא אלמא שינוי קני".

לכאורה היה מקום לשאול בהתאם לביאורו של תוספות המובא בהערה 2 לפיו לא מן הראוי כלל לשלם באמצעות שווה כסף, כיצד מסיקה הגמרא מן הדין של "אין שמין" כי "שינוי קונה"? הרי יתכן שאין שמין רק מכיוון ששום שווה כסף אינו מועיל לתשלום? התשובה היא: כי אילו נותרו השברים בבעלותו של הגנב מובן מאליו כי ניתן להשיבם אליו, שהרי הם שלו. רק לאחר שיש דין של "שינוי קונה" ואנו עוסקים בחיוב של "ושלים", חל הכלל לפיו לא ניתן לשלם באמצעות שווה כסף. לעניין זה ר' "שיטה מקובצת" בבא קמא (יא, א) ד"ה וקשיא לפירוש ר"ת - בשם מהר"י כ"ץ.

התוספות במסכת בבא מציעא (צז, א בד"ה זיל) מביא את שיטת הרשב"ם לפיה הגנב יכול לבצע תשלום באמצעות שווה כסף ובכלל זה גם באמצעות שברי הגניבה עצמה. הדין של "אין שמין" רק מחדש לדידו של הרשב"ם כי הגנב חייב לשלם גם את הפחת שהופחתו השברים משעת שבירתן ועד שעת העמידה בדין. לפי שיטה זו תמוה מה מחדש שמואל בדין של "אין שמין" הנגזר לכאורה מאליו מן הדין של "שינוי קונה"? תמיהה זו מיושבת מאליה לפי הסברו של הגר"ח שיובא להלן, שכן החידוש יהא כי אף במקום ששינוי אינו קונה את הנכס, לא יוכל הגנב להשיבו ולטעון "הרי שלך בפניך".

4 לדין נרחב בעניין זה, ראה קהילות יעקב סימן יב.

ובהתאם, אם הגנב יכול להחזיר את השברים לבעלים המקורי תוך שומת הפחת, אות הוא כי "שינוי אינו קונה".

### שיטתו של הרמב"ם

מתעורר קושי עת שעוברים מעיון בסוגיות אלה אל ההלכה הפסוקה ברמב"ם בהלכות גזילה ואבידה (פרק ב הלכה טו) בו נפסק כדלקמן: "גזל כלי ושברו - אין שמין לו הפחת, אלא משלם דמיו והכלי השבור של גזלן".

ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור - נוטלין ומשלם הפחת. שזו תקנה היא לבעלים ואם לא רצו בה הרשות בידן. וכן כל כיו"ב<sup>5</sup>.

הרמב"ם פוסק איפוא כי "אין שמין" את הנכס לגנב, דהיינו - משמעות הדברים היא לכאורה על פי המוסבר לעיל - כי הגנב רוכש את הנכס על ידי השינוי המתחולל בו, ועל כן אינו יכול להשיב את השברים ולומר לבעלים המקורי "הרי שלך לפניך".

מאידך גיסא פוסק הרמב"ם כי אם הבעלים רוצים ליטול את הכלי השבור - הרי שזו זכותם לקבל נכס זה דווקא.

דברים אלו של הרמב"ם תמוהים הם, שהרי ממה נפשך:

אם הגנב רוכש את הבעלות בנכס לאחר שהתחולל בו שינוי, ומשום כך "אין שמין", כיצד יכול הבעלים המקורי לדרוש השבה של נכס זה דווקא? הרי הנכס כבר אינו של הבעלים המקורי, וזכותו של הגנב להחליט כי הוא רוצה נכס זה לעצמו תוך תשלום דמים.

הן הדין של "והשיב" הוא זה שקבע כי מוטל על הגנב להשיב נכס זה עצמו וכי אין בידו להסתפק בתשלום דמים. ועם השינוי בנכס פקע הדין של "והשיב", ותחתיו קיים כעת רק החיוב של "ושילם".

מדוע זכאי איפוא הבעלים המקורי לדרוש קבלת הנכס הזה עצמו דווקא, וזאת גם כאשר הגנב אינו רוצה בכך?

5 כמו-כן ראה רמב"ם בהלכות גניבה פרק א הלכה טו.

אם לעומת זאת גורס הרמב"ם כי השינוי אינו מועיל להעביר את הבעלות בנכס הגנוב לגנוב ומשום כך זכאי הבעלים המקורי להמשיך ולדרוש השבת נכס זה דווקא, הרי שלא מובן מדוע פוסק הרמב"ם כי "אין שמין" לגנוב ולגזול, הרי הנכס שנשבר ממשיך להיות של הבעלים המקורי, וממילא מן הדין להשיב להם את השברים השייכים להם, תוך שומת הפער שבין נכס שלם לנכס שבור ופיצוי בגין כך, כפי שנקבע בדיני הנזיקין.

השילוב של פסיקה לפיה "אין שמין" מחד גיסא, עם פסיקה לפיה הנכס ממשיך להיות שייך לבעלים המקורי הרשאים לדרוש השבת נכס זה עצמו דווקא – אינו מובן.

בשאלות אלו דן הגר"ח בספרו חידושי רבינו חיים הלוי, על הרמב"ם בהלכות גזילה ואבידה (פרק ב הלכה טו). נביא תחילה את השאלות כפי שהוצגו בספרו, ולאחר מכן נפנה לעיין בתשובה שניתנה על ידו.

ה"מגיד משנה" בהערותיו על פסקו האמור של הרמב"ם תמה כיצד פסק הרמב"ם שאם רצו הבעלים של הנכס המקורי ליטול את השברים הם רשאים לעשות כן אף בעל כורחו של הגנוב, הרי הגנוב קונה את הנכס בעת שמתחולל בו השינוי!?

ה"מגיד משנה" מיישב קושיה זו על ידי הבהרה לפיה פסקו של הרמב"ם מתייחס למקרה שבו נשבר הנכס הגנוב רק – שבר קטן. במקרה זה נותרו שמו של החפץ והגדרתו בעינם, ועל כן אין הגנוב קונה את הנכס על ידי שינוי זה<sup>6</sup>.

ואולם, הגר"ח מקשה על ישוב זה, כי אף שיש בו כדי להבהיר מדוע זכאי הבעלים המקורי לדרוש את השברים עצמם, אין בו כדי להבהיר את הרישא של אותה הלכה ברמב"ם לפיה מחוייב הגזולן לשלם

---

6 כך למשל, מקום שבו ידית של ספל נסדקת – עדיין בפנינו ספל. לעומת זאת, מקום שבו הספל מתנפץ לרסיסים לא ניתן לכנות את הרסיסים בתואר "ספל". לדעת ה"מגיד משנה", הגנוב קונה את הנכס רק כאשר השינוי הוא חד, עד כדי כך ששמו של הנכס משתנה עקב מעשה השינוי.

דמים, "ואין שמין" דהיינו אין הוא רשאי מיוזמתו לכפות על הבעלים המקורי לקבל את השברים דווקא.

הן ראינו במסכת בבא קמא (צד, א) כי הדין של "אין שמין לגנב ולגזול" נובע מכך ששינוי קונה. ממילא, אם עסקינן במקרה שבו שינוי לא קונה, הרי שהדין היה אמור להיות כי "שמין לגנב ולגזול" וכי זכותם להחזיר את השברים של הנכס לבעלים המקורי, שהרי מדובר בנכס שלא יצא מרשותם ובשברים שלהם.

הקושי מתעצם עם השוואת עניין זה לסוגיה של "הרי שלך לפניך".

בגמרא (שם צו, ב; צח, ב) מצינו כי פירות שהרקיבו מקצתם, וכן בהמה שתש כוחה, באופן שמדובר בתשישות חולפת ולא בשינוי בלתי הדיר במצבה הבריאותי של הבהמה, יכול הגנב להחזיר לבעלים המקורי על אף השינוי שהתחולל בנכס, וזוהי זכותו לומר לבעלים המקורי "הרי שלך לפניך".

פירות שהרקיבו מקצתם וכן בהמה שתש כוחה, הם לכאורה שינויים בנכס שאינם פחותים מאשר שינוי קט בנכס שאינו מפקיע ממנו את שמו.<sup>7</sup>

מכיוון שכך, נמצא כי הסוגיה האמורה אינה מתיישבת לכאורה עם פסקו של הרמב"ם על פי הסברו של ה"מגיד משנה", שהרי לדבריו, מקום שבו יש שינוי בנכס ואף כאשר השינוי אינו מפקיע מהנכס את שמו, הרי שאין הגנב יכול לכפות את הבעלים לקבל נכס זה עצמו, והם רשאים לדרוש תשלום דמים. אכן, הבעלים יכול לדרוש את החזרת הנכס הזה עצמו - אם רצונו בכך, אך אם אין הוא רוצה בכך, אין הגנב יכול להחזיר את הנכס הזה ועליו לשלם דמים. כיצד מתיישב איפוא פסקו של הרמב"ם עם הסוגיה של "הרי שלך לפניך".

7 בעניין זה מביא הגר"ח את דברי ה"נימוקי יוסף" שם וכן את התוספות שם (נו, ב) לפיהם רשאי הגנב להחזיר נכס זה עצמו "משום דלא הווי שינוי מעשה". ומכאן כי במקום שהשינוי אינו מהותי יכול הגנב לומר לבעלים המקורי "הרי שלך לפניך".

כמו כן מתעורר קושי לנוכח האמור בגמרא בכבא קמא (צה, א) כי מקום שבו אדם גנב בהמה וזו הזקינה, אין הוא יכול להשיבה לבעלים המקורי ולומר "הרי שלך לפניך". ומכאן מוכיחה הגמרא כי שינוי קונה. מסוגיה זו עולה איפוא כי הדין של שינוי קונה נובע מן העובדה שהגנב אינו יכול לומר לבעלים המקורי "הרי שלך לפניך".

כיצד ניתן ליישב דברים אלו עם פסקו של הרמב"ם לפיו על אף שהגנב אינו יכול לומר לבעלים המקורי "הרי שלך לפניך", הוא אינו רוכש את הנכס, והבעלים המקורי רשאי לדרוש ממנו השבת נכס זה עצמו?

### הסברו של הגר"ח

הגר"ח מבהיר על כן כדלקמן:

"אלא ודאי צריך לומר דרבי חנינא סבירא ליה גם כן דהבהמה מיהת נשתנית - ולא הויא כעין שגזל - ועל כן אינו יכול לומר הרי שלך לפניך. אלא דסבירא ליה דלא מועיל השינוי כי האי - לקנות על ידו. הרי להדיא דאף דלא קנאו בהשינוי, מכל מקום מועיל השינוי לזה דאינו יכול לומר 'הרי שלך לפניך'.

ואשר על כן נראה, דבאמת הא כל שבר וכל היזק ניכר הוי שינוי, אלא דלא חשוב שינוי בכל החפץ והחפץ עוד חשוב כשהיה, ואם כן כל זה הוא רק לעניין קניין. דלעניין לקנות את הגזילה בעינן שיחול השינוי על כל החפץ ולא מהני מה דהוי שינוי במקומו. מה שאין כן לעניין 'הרי שלך לפניך' - דזהו דין בחיובא דגזולן דכיוון דאינו כעין שגזל אינו יוצא בו ידי השבה ואינו יכול לומר 'הרי שלך לפניך', בזה לא צריכין כלל שיחול השינוי על כל החפץ, וכל דהוי שינוי במקומו שוב לא הוי כעין שגזל. ואף בשבר קטן שוב אינו יכול לומר 'הרי שלך לפניך', וגם דלא שייך שיעורא רק לעניין לקנותו, דבזה חילוק דשבר קטן אינו מועיל לקנותו ושבר גדול מועיל לקנותו, מה שאין כן לעניין 'הרי שלך לפניך' כל דלא הוי כעין שגזל שוב אינו יכול לומר 'הרי שלך לפניך' ולא שייך ביה שיעורא כלל, ובכל גזונוי (בכל אופן) אינו יכול לומר 'הרי שלך לפניך'".

ההסבר לדברים אלה הוא כדלקמן:

הגר"ח מחלק בין המונח "שינוי קונה" לבין המונח "הרי שלך לפניך". יש מקרים שבהם מתחולל סוג מסויים של שינוי בנכס הגנוב, כאשר השינוי אינו מהותי עד כדי קניית הנכס, ועם זאת הגנב אינו יכול להשיב לבעלים את החפץ הגנוב ולומר לו "הרי שלך לפניך"<sup>8</sup>.

בהתאם להסבר זה ניתן לחלק את המקרים השונים לשלושה סוגים:

(1) מקום שבו הנכס הגנוב נמצא בעינו ללא שחל בו שינוי כלשהו. במקרה זה, הרי שעל אף שהגנב ביצע מעשה קניין ע"י שגנב את הנכס, נותר הנכס בבעלות הבעלים המקורי ועל הגנב להחזיר נכס זה עצמו, שכן החיוב של "והשיב" מונע את תחולת הקניין. הגנב אינו יכול במקרה זה להשיב דמים או נכס אחר.

(2) מקום שבו נעשה שינוי מוחשי ומוחלט בחפץ הגנוב, כך שחפץ זה שוב אינו בעין. במקרה זה חיוב ה"והשיב" פוקע, וממילא הגנב קונה את הבעלות בנכס הגנוב. עם פקיעת חיוב ה"והשיב" קם במקומו חיוב "ושילם" המחייב את הגנב לשלם דמים. הגנב רשאי לשלם באמצעות מוצרים אחרים שהם בשווי כספי שווה ערך לנכס הגנוב. ואולם, הגנב אינו יכול להשיב את השברים שבידו לבעלים המקורי בתור שווה כסף, ועליו לשלם דמים בלא לעשות שימוש בשברים אלו, השייכים לגנב, דבר זה הוא שנקבע בסוגיית "אין שמין" שפורטה לעיל.

(3) מקום שבו נעשה שינוי מועט בחפץ הגנוב, כך שהחפץ עדיין בעינו, אבל לא ניתן לומר שהוא נותר ללא שינוי. במקרה

8 לעניין זה ראה תוספת בחידושי הגרי"ז על הרמב"ם בהלכות גזילה ואבידה. כמו-כן ראה חידושי רבי חיים מטעלז, על מסכת בבא קמא, "בענין אין שמין לא לגנב ולא לגזולן" (עמ' כח, ד"ה ולפי זה מיושבים דברי הרמב"ם).

זה, מוטל על הנכס חיוב ה"והשיב", ועם זאת אין הגנב יכול לקיים את החיוב הזה באמצעות הנכס האמור.

בהתאם לכך מובן כי הנכס נותר במקרה זה בבעלותו של הבעלים המקורי וקיים החיוב של "והשיב". משום כך הגנב אינו יכול להשיב דמים ומוטל עליו להחזיר לבעלים המקורי נכס זה עצמו. הנכס שהשבר שאירע בו אינו מהותי, שייך לבעלים המקורי, והשבר אירע בכלי הממשיך להיות מצוי ברשותו.

עם זאת, הגנב אינו יכול לכפות על הבעלים ליטול נכס זה במצבו הנוכחי, שכן משחל שינוי בנכס, הגנב אינו יכול לומר עוד "הרי שלך לפניך".

הבעלים המקורי יכול על כן להחליט כי הוא אינו רוצה בנכס הגנוב ולכפות על הגנב לשלם דמים. מאידך גיסא, אם הבעלים המקורי רוצה בנכס הגנוב, זכותו לדרוש נכס זה עצמו, והגנב אינו יכול לשלם דמים תמורתו. לאמור, כאשר בנכס הגנוב חל שינוי מועט, הדברים תלויים בשיקול הדעת ובהסכמה של הבעלים המקורי האם הם מוכנים לקבל נכס זה כהשבה של מה שניטל מהם.

סוגיות הגמרא אשר בהן ראינו זיקה בין הדין של "אין שמין" לבין הדין ששינוי אינו קונה, לדעות הסוברים כן, מובהרות על ידי הגר"ח בכך שאם שינוי אינו קונה הרי שאין כל משמעות לכל שינוי שהוא, בכל נסיבות שהן, וממילא הגנב אף פעם אינו קונה את הנכס הגנוב. במקרה זה ברור כי השברים שייכים לבעלים המקורי. בהקשר זה הגנב כמוהו כמזיק ובשני המקרים הבעלים המקורי מקבל לידיו נכס זה עצמו, תוך השלמת הפער בין שווי הנכס במצבו הקודם לבין מצבו היום.

מאידך גיסא, אם גורסים אנו כי שינוי קונה, יש מקום להבחנה בין שינוי מהותי - המפקיע את חיוב ה"והשיב" ומוציא את הנכס לחלוטין מבעלותו של הבעלים המקורי בלא להותיר זאת לשיקול דעתו, לבין מקרה שבו חל שינוי לא מהותי בנכס, שאז לא פוקע חיוב ה"והשיב" והדבר תלוי בשיקול דעת הבעלים האם הוא רוצה ומוכן לקבל את הנכס במצבו הנוכחי, אם לאו.



בהתאם להסבר זה, לפיו יש מקרים שבהם החיוב של "והשיב" אינו פוקע ועם זאת הגנב אינו יכול לומר "הרי שלך לפניך", מובן לחלוטין פסקו של הרמב"ם.

מחד גיסא פוסק הרמב"ם כי מי שגזל כלי ושברו (ומדובר כאמור בשבר לא מהותי כפי שמסביר ה"מגיד משנה"), הרי שהגנב אינו יכול לומר לבעלים "הרי שלך לפניך" והוא אינו יכול להשיב נכס זה לבעלים המקורי בניגוד להסכמתם. במקרה זה מוטל עליו לשלם דמים, וחל הכלל של "אין שמין".

עם זאת, מובן כי מכיוון שהשינוי אינו מהותי, הרי שהבעלים המקורי רשאי - אם רצונו בכך - ליטול את הכלי השבור עצמו, תוך שמשולמים לו גם דמים בשיעור הנזק שנגרם לנכס, "שזו תקנה היא לבעלים ואם רצו בה הרשות בידן".

#### הקושי בהסברו של הגר"ח

הסבר זה של הגר"ח מעורר קושי עיוני, המחייב בירור נוסף. הקושי הוא זה:

שיטתו של הגר"ח שהובהרה לעיל ובפרקים הקודמים, היתה כי מעשה הגניבה מוגדר כשלעצמו כמעשה קניין שיש בו כדי להעביר את הבעלות בחפץ הגנב מן הבעלים המקורי אל הגנב. הטעם היחיד לכך שהנכס אינו עובר מיד עם ביצועו של מעשה זה מן הבעלים המקורי לבעלות הגנב, נעוץ בחיוב התורני של "והשיב".

הפועל היוצא מכך הוא לכאורה, כי לא יתכנו מצבי ביניים, שכן אם קיים החיוב של "והשיב" - הנכס הוא של הבעלים המקורי, ולא ניתן בשום אופן להחזיר דמים. במקרה זה הנכס נותר של הבעלים המקורי, ואין הגנב יכול ליטול אותם לעצמו.

אם לעומת זאת פוקע החיוב של "והשיב" הנכס הוא של הגנב.

מצב ביניים שבו הנכס שייך לבעלים המקורי ועם זאת "אין שמין" הדינו אין מחזירים את הנכס עצמו (בצירוף דמים בשווי ירידת הערך), אינו אפשרי.

ככל שהבהרנו כי נעשה שינוי כלשהו בגוף הנכס כך שאין עוד אפשרות לקיים באמצעות השבתו את הדין של "והשיב" – שוב לא ברור מדוע אין הגנב קונה את הנכס, ומדוע עליו להשיב נכס זה עצמו לבעלים המקורי לפי דרישתו.

אכן, בידינו להבין כי יש מקרים שבהם הגנב לא יוצא ידי חובה בעת שהוא מחזיר את הנכס, ועל אף שחיוב ה"והשיב" מוטל עליו, הוא אינו יכול לקיימו עקב מניעה כלשהי<sup>9</sup> אך אם כך, כיצד משתנה הדבר עקב הסכמתו של הבעלים לקבל נכס זה? האם יתכן כי מקום שבו פקע החיוב של "והשיב" וחל חיוב "ושילם", יוכל הבעלים המקורי לומר כי ברצונו לקבל את הנכס שהשתנה ולהחזיר אל הנכס את חיוב ה"והשיב"? וכי הדבר תלוי ברצונו של הבעלים? וכי רצון הבעלים הוא שמגדיר את הנכס כזהה לנכס המקורי או כשונה ממנו?

#### גברא וחפצא – בשיטת הגר"ח

כדי להבין את הסברו האמור של הגר"ח, נחוץ לנו לעמוד על עקרון יסודי ביותר העובר כחוט השני במשנה העיונית של הרב, וזוהי

---

9 בדומה לכך מבינים אנו כי יש לעיתים יין הכשר לקידוש ועם זאת אין בידינו שיעור (כמות) מספיק של יין, שדי בו כדי לצאת ידי חובה. דוגמא למקרה של חסרון בשיעור ההשבה במקרה שבו לא פוקע חיוב ה"והשיב", ניתן לראות במקום שבו הגנב נוטל 100 ק"ג פירות. 10 ק"ג מהם נרקבו ובכל השאר לא חל כל שינוי. ברור הדבר כי על 90 הק"ג הנוספים חל חיוב "והשיב", שהרי לא חל בהם כל שינוי, והעובדה ששאר הפירות הרקיבו אינה נוגעת לפירות אלו שנותרו כהווייתם. הגנב אינו יכול משום כך לבחור לעצמו לשלם דמים ולא להחזיר 90 ק"ג אלו עצמם. אבל, מאידך גיסא, כאשר הגנב מחזיר את אותם 90 ק"ג פרי, תוך שהוא אומר לבעלים המקורי "הרי שלך לפניך", הרי שעל אף שביכולתו לומר כן, חסר בשיעור ההשבה, שהרי הוא אינו מחזיר את כל מה שנטל.

על משקל זה ניתן להבין כי במקרה קיצוני יותר שבו אי אפשר לבצע הבחנה בנכס שניטל בין החלק שהשתנה לחלק שלא השתנה, וכאשר בנכס התחולל שינוי אלא שלא פקע שמו של הנכס ממנו, הרי שבפנינו מצב ביניים שבו על אף שלא פוקע ממנו חיוב ה"והשיב" אין בידי הגנב לצאת ידי חובה על ידי השבת נכס זה עצמו, שכן חסר בשיעור ההשבה של הנכס. בדרך זו מבהיר הרב ראובן גרוזובסקי את הסוגיה בספרו חידושי ר' ראובן (סימן ח).

ההבחנה שבין דינים ועקרונות החלים על ה"גברא" כלומר על האדם, נשוא ההתייחסות, לבין דינים ועקרונות החלים על ה"חפצא", כלומר על החפץ נשוא ההתייחסות<sup>10</sup>.

נבהיר ונדגים הבחנה בסיסית זו תוך התייחסות לכמה וכמה סוגיות שבהן דן הגר"ח. לאחר מכן נשוב אל הסוגיה דנא ונבהיר את הסברו דלעיל.

להלן שתי דוגמאות ידועות להבחנה האמורה בין גברא לחפצא במשנתו של הגר"ח:

הגר"ח חוקר ביחס למצוות ביעור חמץ בפסח, האם זו מצווה המוטלת על ה"גברא" - ומטרת הביעור היא התוצאה, שלא יהא לאותו

10 מקור ראשוני להבחנה זו בין גברא לחפצא מצוי כבר בגמרא במסכת נדרים (ב, ב) עת שהגמרא מבחינה בין נדר לבין שבועה, ומבהירה כי כאשר אדם נודר שנכס מסויים ייאסר עליו בהנאה, הרי שהנכס עצמו הופך להיות לדבר איסור לגבי הנודר. לעומת זאת, כאשר אדם נשבע שלא להשתמש בנכס מסויים הרי שהנכס עצמו הוא נכס ככל הנכסים, ורק על הגברא - האיש שנשבע, חל איסור להפר את שבועתו. אחת הנפקויות של הבחנה זו היא כאשר אדם נשבע שלא להניח תפילין, נמצא כי הוא נשבע שלא לקיים את הציווי התורני וממילא אין לשבועתו כל תוקף, שהרי הוא מבקש להחיל על עצמו נורמה הפוכה מזו שמוטלת עליו על ידי התורה, ודבר זה אינו אפשרי. לעומת זאת, מקום שבו אדם נודר כי תפילין יאסרו עליו בשימוש, הרי שהוא אינו מפקיע מעצמו את החיוב התורני להניח תפילין, אלא רק קובע כי החפצא של התפילין אסורים עליו בשימוש. אכן הוא הביא לקונפליקט זה על ידי שנדר כי תפילין הנחוצים לו לצורך קיום הנורמה הראשונה ייאסרו עליו. ואולם, במקרה זה הנדר אינו סותר שום נורמה תורנית. מכיוון שכך, הנדר יחול ואותו אדם יהא מצוי בקונפליקט בין שתי נורמות תקיפות, האחת היא הנורמה התורנית המצווה עליו להניח תפילין, והשנייה היא הנורמה התורנית המצווה עליו לקיים את נדרו. בדומה לכך, ידועה ההבחנה בין איסורים מדאורייתא לבין איסורים מדרבנן. איסורים מדאורייתא הם איסורים החלים על גוף הנכס, ואילו מדרבנן לא ניתן לקבוע שנכס מסויים נאסר. רבנן לא יכולים להגדיר מחדש את המציאות האובייקטיבית עצמה. יש להם רק כוח כופה ומצווה ביחס לגברא - קרי ביחס לאיש המצווה, שלא לסור מכל אשר יורו אותו חז"ל. משום כך, איסורי דרבנן הם בהגדרה רק איסורי גברא ולא איסורי חפצא.

אדם חמץ ברשותו, או שמא זהו דין ב"חפצא" של חמץ שדינו ביעור, ומטרת הביעור היא עצם ההליך של איבוד החמץ.

הנפקויות רבות הן:

כך למשל, אם לאדם אין ברשותו חמץ, האם מצווה הוא לרכוש חמץ כדי לבער אותו?

אם המצווה היא לבער חמץ, הרי שלכאורה עליו להשיג חמץ ולבער אותו. לעומת זאת, אם המצווה היא תוצאתית, לוודא שלא יהיה קיים ברשותו של יהודי, ברור כי מקום שבו אין לאדם חמץ בפסח, הוא מקיים את המצווה, על אף שלא עשה שום מעשה ביעור. המצווה מתקיימת במקרה זה על ידי כך שברשותו - אין חמץ, וזהו הביעור<sup>11</sup>.

נפקות נוספת: הדין הוא כי מי שחוטף לחבירו מצווה מחוייב לפצות אותו בגין כך<sup>12</sup>. מהו הדין כאשר אדם חוטף את חבילת החמץ של חבירו ומבער אותה. האם הוא מוגדר כמי שחוטף דבר מצווה לחבירו, ועליו לפצותו בגין כך? אם המצווה היא לבער חמץ ולקחו לו את חבילת החמץ וביערו אותה, הרי שלפנינו לכאורה חטיפה של דבר מצווה. לעומת זאת, אם הדין הוא תוצאתי, כי לא יהא חמץ ברשותו של אותו אדם, הרי שאין כאן חטיפה של דבר מצווה, שהרי, המצווה היא רק שלא יהא חמץ ברשותו ואכן אין לו. האדם שביער את החמץ לא חטף דבר מצווה מבעל החמץ, אלא עשה מעשה שהביא לכך שבעל החמץ יקיים את המצווה.

ונפקות נוספת: מקום שבו נעשה ביעור שיש בו כדי קיום מצווה בחפצא של החמץ, הרי שלאחר הביעור מותר ליהנות מן החפץ המבוער, שהרי הדין הוא כי כל איסורי ההנאה שיש לבערם ע"י שריפה, שזוהי

---

11 דוגמא לכך היא מצוות עשה "שמור את יום השבת לקדשו", המתקיימת ע"י כך שאדם נמנע ממלאכה.

12 לעניין זה ראה טור יורה דעה (סימן כח סעיף ח) "שחט ולא כיסה וראהו אחר, חייב לכסות, שמצוות כיסוי היא כאשר מצוות עשה שכל ישראל חייבין בהם אלא שהשוחט קודם לכל אדם. הילכך אם קדמו אחר וכיסה - חייב ליתן לו עשרה זהובים שכר ברכה שביטל ממנו, אלא שאין גובין אותו בזמן הזה."

מצווה בחפצא של הדבר, הרי שלאחר קיום המצווה אפרם מותר, שהרי כבר נתקיימה מצוותם. לעומת זאת, אם המצווה של ביעור חמש היא בגברא, הרי שאין מצווה בגוף החמץ ואין היתר ליהנות מן החפץ המבוער. דבר זה תואם לכלל לפיו כל איסורי ההנאה שאין הכרח לשרוף אותם וניתן גם לקוברם, אם הוציאו אותם ממקום קבורתם הם ממשיכים להיות אסורים, שהרי שום מצווה לא התקיימה בחפצא של החפץ ורק הגברא הרחיק אותו מהישג ידו<sup>13</sup>.

הגר"ח משכלל את ההבחנה האמורה בין גברא לחפצא ומייחס אותה גם למונחים מופשטים כגון תפילה, כפי שנראה להלן:

בתפילה מוכר לנו המונח "תפילת חובה" - שזוהי החובה על אדם להתפלל תפילות קבועות מידי יום. בנוסף, קיימת אפשרות להתפלל "תפילת נדבה" שזוהי תפילתו של אדם מעמקי ליבו, שאיננה חובה אלא נדבה.

בהקשר זה הלכה פסוקה היא ברמב"ם הלכות תפילה (פרק י הלכה ו): "מי שנסתפק לו אם התפלל או לא התפלל - אינו חוזר ומתפלל, אלא אם כן מתפלל תפילה זו על דעת שהיא נדבה".

לאמור, מקום שבו קיים ספק בדבר קיומה של חובה - הרי שהספק מוכרע לקולא, וחובה שוב אינה קיימת. אדם המבקש לצאת ידי חובה במקרה זה - מתפלל תפילת שווא. לעומת זאת, אם כוונתו היא להתפלל

13 לענין זה ר' חידושי רבינו חיים הלוי הלכות חמץ ומצה (פרק א הלכה ג), בהתייחס להבחנה שבין מצוות ביעור על ידי שריפה דווקא (שאו בפנינו דין בחפצא של החמץ) לבין הגישה הסוברת כי ביעור חמץ יכול להיעשות בכל דרך ולא דווקא על ידי שריפה (שאו בפנינו דין בגברא שעליו מוטל לבער חמץ). במקרה זה אם החמץ מוצא ממקום קבורתו הוא עדיין אסור בהנאה. לעומת זאת, ר' מנחת חינוך (סימן ט) הגורס כי אין לתלות שאלה זו במחלוקת רבנן ור' יהודה אם מצוות ביעור מתקיימת בשריפה דווקא או בכל אמצעי, שכן לדעת ה"מנחת חינוך" גם אם מצוות הביעור היא על הגברא, ומטרתה שלא יהיה חמץ ברשותו, ניתן לומר שהמצווה היא התהליך והדרך להגיע לתכלית זו. ה"מנחת חינוך" אף מרחיק לכת אף יותר, וגורם גם לאיך גיסא, כי אף אם המצווה היא בשריפה דווקא, יתכן לסבור כי המצווה היא התוצאה (שהחמץ יהא נשבת) ולא תהליך השריפה והאיבוד עצמו.

תפילת נדבה, הרי שאנו מצויים בקטגוריה שונה לגמרי, ותפילה מסוג זה מותרת היא.

תפילות חובה ותפילות נדבה הן תפילות המשוייכות במהותן לקטגוריות שונות לגמרי. בהתאם לכך פוסק הרמב"ם שם כי "מי שהיה עומד בתפילה ונזכר שכבר התפלל - פוסק ואפילו באמצע ברכה". זאת מכיוון שבמישור תפילות החובה - מקום שבו אדם יצא כבר ידי חובתו, אין הוא יכול עוד להמשיך ולהתפלל תפילת חובה. גם האפשרות להמשיך את המשך התפילה ולהגדירה כתפילת נדבה אין הוא יכול, מכיוון שהתפילה היא מכלול ושלימות אחת, ולנוכח העובדה כי את החלק הראשון של התפילה הוא התפלל מתוך הנחה שמדובר בתפילת חובה, הרי שאין אפשרות להשלים את התפילה כתפילת נדבה, שכן "תפילת נדבה ותפילת חובה אינן מצטרפות", קרי אלו תפילות נפרדות לחלוטין זו מזו, ואין אפשרות להכליא בתפילה אחת מן הרשות ומן החובה כאחד.

תפילת ערבית מצויה במצב ביניים מבחינת הגדרת התפילות כרשות וכחובה. בעניין זה פוסק הרמב"ם שם (פרק א הלכה ו): "וכן התקינו שיהא אדם מתפלל תפילה אחת בלילה... ואין תפילת ערבית חובה כתפילת שחרית ומנחה. ואף על פי כן נהגו כל ישראל בכל מקומות מושבותיהם להתפלל ערבית, וקבלוה עליהם כתפילת חובה".

בהקשר זה מבהיר הגר"ח כי בפנינו תפילה אשר במהותה - בחפצא שלה - היא בגדר תפילת נדבה. העובדה שעם ישראל קיבל על עצמו להתפלל תפילה זו בקביעות מידי יום, אינה משנה את החפצא של התפילה, אלא רק יוצרת התחייבות של הגברא - של כל אחד ואחד מעם ישראל להתפלל תפילה זו.

בהתאם לכך מבהיר הגר"ח את ההלכה הפסוקה ברמב"ם שם (פרק י הלכה ו): "מי שהיה עומד בתפילה ונזכר שכבר התפלל פוסק ואפילו באמצע ברכה - ואם היתה תפילת ערבית אינו פוסק, שלא התפלל אותה מתחילה אלא על דעת שאינה חובה".

לכאורה, לא מובן הדבר: כיצד פוסק הרמב"ם כי המתפלל תפילת ערבית אינו מתכוון מלכתחילה להתפלל תפילה זו כתפילת חובה, והרי

זה מכבר קיבלו עליהם כל ישראל את תפילת הערבית כתפילת חובה. ואכן, הראב"ד חולק על הלכה זו ומשיג על הרמב"ם באומרו: "אין כאן נחת רוח"<sup>14</sup>.

ואולם, לפי הסברו של הגר"ח על הרמב"ם שם הדברים ברורים הם.

לפי שיטת הרמב"ם, מכיוון שמלכתחילה היתה תפילת ערבית תפילת רשות, הרי שהגדרתה של תפילה זו נותרת תמיד כתפילה שהיא במהותה, בחפצא שלה, תפילת נדבה. העובדה שעם ישראל קיבלו על עצמם להתפלל תפילה זו באופן קבוע אינה משנה מהות זו כאמור, וקבלה זו של העם על עצמו היא כולה במישור הגברא, ואינה משנה את ההגדרה של התפילה ואת מהותה.

ממילא אין כל מניעה כי תחילת התפילה, שהחלה כתפילת חובה, דהיינו תפילה שנבעה מהנחה של המתפלל כי טרם יצא ידי חובתו, תצטרף להמשכה של התפילה הנעשית כתפילת נדבה, שהרי בתפילת ערבית אין דבר הזה תפילה שהיא במהותה - בחפצא שלה - תפילת חובה.

מובן איפוא כי מצטרפות ההתחלה והסוף של תפילה זו ששניהם בחפצא שלהם בגדר נדבה.

לעומת זאת, שיטת הראב"ד היא כי משעה שקיבלו על עצמם עם ישראל כחובה להתפלל תפילת ערבית מידי יום בקביעות, הפכה תפילת ערבית לתפילת חובה במהותה. מכאן ואילך זוהי תפילה שבחפצא שלה היא תפילת חובה, וממילא אין היא יכולה להצטרף לתפילת נדבה.

14 בעניין זה כתב ה"כסף משנה" כי ההשגה של הראב"ד נבעה מכך "שאף על פי שתפילת ערבית היתה רשות, עכשיו כבר קבעוה חובה כדאמרינן בפרק א. ואין זה דבר מוכרח, ויש מקום לדברי רבינו מאחר שמתחילתה היתה רשות". והדברים טעונים ביאור, שהרי מה הנפקות בכך כי בעבר לא היתה חובה להתפלל תפילת ערבית, הרי עם ישראל קיבל על עצמו כתפילת חובה ומכאן ואילך מי שמתפלל תפילה זו עושה כן מתוך תודעה שהוא מקיים חובה ולא עושה דבר נדבה. מדוע אם כן לא חל הכלל לפיו "תפילת חובה ונדבה אינן מצטרפות", וכיצד ניתן להשלים את התפילה שהחלה כחובה וממשיכה כנדבה?

בהתאם לגישה שיטתית זו של הגר"ח ניתן כעת להבין את הסברו בסוגייה דנא:

גם בחיוב ה"והשיב" מוצאים אנו הבחנה ברורה בין גברא לחפצא. לאמור, על הגנב מוטל חיוב להשיב את החפץ, ומשהוא עושה כן, הוא מקיים את מצוותו. זהו דין המתייחס לגברא של הגנב. בנוסף יש דין בחפצא של החפץ הגנוב, אשר אם הוא נמצא במצבו כעין שנגנב, הרי שהוא ראוי להיות מושב לבעלים, ועל ההשבה להתבצע בחפץ זה עצמו ולא בשום תחליף אחר שלו.

מקום שבו נעשה שינוי מוחלט בחפץ והוא כבר לא בעינו, אין יותר חפצא של נכס אשר בו ניתן לקיים "והשיב". לעומת זאת, כאשר החפץ בעינו, ואף אם נעשה בו שינוי מסויים שאינו עולה כדי שינוי מהותי (דבר המכונה על ידי ה"מגיד משנה" כחפץ שעדיין "שמו עליו" כפי שפורט לעיל), הרי שבפנינו חפצא אשר יש לקיים בו את חיוב ה"והשיב". מקום שבו חפץ זה מושב, הרי שהתקיים באמצעותו ה"והשיב". ממילא מובן כי חפץ זה ממשיך להיות שייך לבעלים המקורי, שהרי רובץ עליו הדין של "והשיב".

שאלה נפרדת לגמרי היא, האם הגנב יוצא ידי חובתו עת שהוא משיב לבעלים נכס שאירע בו שינוי קל. במקרה זה הוא מבקש לקיים את המצווה החלה עליו כגברא על אף שנעשה שינוי בנכס. ביחס לגברא נקבע כלל לפיו הוא רשאי לומר לבעלים המקורי "הרי שלך לפניך" ולהחזיר את הנכס שנטל, רק כל עוד לא התחולל שום שינוי. לעומת זאת כאשר חל שינוי כלשהו בנכס, הרי שעל אף שמבחינת הגדרת הנכס (החפצא) אין בפנינו נכס אחר, הוא, הגנב, כגברא, אינו יכול לומר לבעלים "הרי שלך לפניך" ולצאת ידי חובה, אלא אם כן הבעלים מסכימים לכך.

הבעלים אינם יכולים לשנות הגדרות מהותיות בחפצא של נכס. אבל הבעלים יכולים גם יכולים להסכים או שלא להסכים בהתדיינות האישית שלהם עם הגנב.

ממילא מובן כי נכס שנשבר אך מעט, פוסק הרמב"ם כי הגנב - במישור היחסים האישיים שבינו לבין הבעלים המקורי - אינו יכול



לכפות עליהם לקבל נכס זה עצמו תוך שומת ההפרש שבין נכס שלם לבין נכס שבור, שהרי במישור האישי של חיובי הגנוב כלפי הבעלים המקורי, אין הגנוב יכול לטעון "הרי שלך לפניך". עם זאת, בהגדרה של הנכס לא חל כל שינוי, ולכן הנכס אינו קנוי לגנוב, כך שהבעלים המקורי יכול - אם רצונו בכך - לכפות על הגנוב להשיב לו נכס זה דווקא ולא נכס אחר.

בפנינו איפוא הסבר לפסקו של הרמב"ם כאשר מחד-גיסא לא פוקע מן הנכס חיוב ה"והשיב" והוא אינו קנוי לגנוב. נכס זה מבחינת החפצא שלו כפוף לחובת ההשבה ועל כן לא חלים בו קנייני גניבה על ידי הגנוב, והבעלים המקורי רשאי לדרוש החזרתו. מאידך גיסא, במישור האישי, ביחסי הבעלים המקורי עם הגנוב כגברא, אין הגנוב יכול להחזיר נכס זה בלא הסכמת הבעלים, ואין הוא יכול לטעון "הרי שלך לפניך" כל עוד שהבעלים אינם מסכימים לכך.

### שיטת רש"י

הסבר זה של הגר"ח פותח פתח להבין גם את שיטתו של רש"י, שתובא להלן, לפיה יש צורך בביצוע מעשה של שינוי בידים, להבדיל משינוי ממילא, כדי שהגנוב ירכוש את הנכס הגנוב. נביא דברים אלו באופן שיטתי כסדרן.

ראינו לעיל את הגמרא במסכת בבא קמא (סו, א) בה מובאת דעתו של רבה לפיה שינוי קונה.

ברש"י שם מציינו בהקשר זה, בדיבור המתחיל "שינוי קונה": "שינוי קונה - היכא דשני להו בידים".

לאמור, מדברי רש"י רואים אנו כי נחוץ מעשה שינוי הנעשה ע"י הגנוב, ולא די בכך שהנכס הגנוב השתנה מאליו.

והדברים תמוהים הם לכאורה, שהרי עד כה הבהרנו כי מעשה הגניבה הוא שמקנה את הנכס לגנוב והשינוי רק מסלק את חיוב ה"והשיב" אשר מנע את תחולתו של מעשה הקניין שנערך בעת הגניבה. מכיוון שכך, מה הטעם לחייב כי השינוי ייעשה בידים דווקא, הרי השינוי עצמו אינו בגדר מעשה קניין?

בנוסף מתעורר קושי מהותי על דברי רש"י אלו, לפיהם נחוץ לבצע מעשה שינוי אקטיבי כתנאי לתחולת הקניין, שהרי במשנה (שם צו, ב) מצינו כדלקמן: "גזל בהמה והזקינה, עבדים והזקינה - משלם כשעת הגזילה".

והרי זיקנה היא לכל הדעות שינוי המתרחש מאליו, ועם זאת מועיל השינוי כדי להקנות את הנכס לגנב ומוטלת עליו רק חובת תשלומין<sup>15</sup>.

אולם, בהתאם להסברו האמור של הגר"ח לשיטת הרמב"ם - כשאנו זוכרים כי יש הבדל בין המקרים שבהם פוקע חיוב ה"והשיב" מן החפצא הגנוב, לבין המקרים שבהם חיוב זה אינו פוקע, אך הגברא הגנב אינו יכול לומר לבעלים "הרי שלך לפניך" ולצאת ידי חובתו - ניתן להבין גם את שיטת רש"י. כך מבהיר את הדברים הרב י. ז. גוסטמן בספרו "קונטרסי שיעורים" על מסכת בבא קמא:

"נראה לחדש דמה שכתב רש"י הנ"ל (סו, א) 'שינוי קונה - היכא דשני להו בידיים', זהו דווקא לעניין קניין, וסובר רש"י דלעניין קניין בעי מעשה בידיים, אבל לעניין השבה אין שום סברה לחלק בין (שינוי) בידיים (לשינוי) ממילא, דאפילו בנשתנית ממילא מכל מקום הרי נשתנית ואין זה 'שלך לפניך'".

לאמור, הגברא הגנוב אינו יכול לומר לבעלים המקורי "הרי שלך לפניך" משאירע שינוי כלשהו בנכס, ואף אם השינוי נעשה ממילא. הגיונם של דברים ברור הוא, שהרי אף בהעדר מעשה אקטיבי של שינוי, נכס זה שונה הוא ממה שנטל, וממילא אין הגנב יכול לומר "הרי שלך" שהרי בפנינו נכס שונה ממה שנטל.

עם זאת, חיוב ה"והשיב" אינו יורד מן החפצא של הנכס הגנוב, כל עוד לא נעשה מעשה בידיים כדי לשנות אותו, ועל כן אין הגנב קונה את הנכס, לשיטת רש"י.

המשנה בה ראינו כי מוטל על הגנב לשלם כשעת הגזילה מקום שבו הבהמה הזקינה, מתייחסת לגברא-הגנב, שאינו יכול עוד לומר

15 שאלה זו על שיטת רש"י מופיעה ב"קצות החושן" (סימן שנה סעיף ה) ובשורה ארוכה של ספרי אחרונים.

“הרי שלך לפניך” ולכפות את הבעלים לקבל נכס זה דווקא, על כן מוטל על הגנוב לשלם את דמי הנכס. עם זאת, אין המשנה מתייחסת לקניין הנכס ע”י הגנוב ולהפקעת ה”והשיב” מן הנכס הגנוב<sup>16</sup>. לשם כך לא די בשינוי המתרחש מאליו, כגון זיקנתה של הבהמה הנגנבת, ולשיטת רש”י יש צורך במעשה שינוי, ובלשונו של רש”י “שינוי בידיים” כדי שהגנוב יקנה את הנכס ויפקע ה”והשיב” מהחפצא של הנכס.

אין איפוא כל סתירה בין שיטת רש”י בדבר הצורך במעשה אקטיבי כדי לחולל קניין לבין המשנה האמורה.”

### שיטת ה”מחנה אפרים”

בדרך שונה לגמרי מיישב ה”מחנה אפרים” את הקושי הנזכר בשיטת הרמב”ם. בהגהות ה”מחנה אפרים” על הרמב”ם בהלכות גזילה (פרק א הלכה טו) מוצאים אנו כדלהלן:

“ואם רצו הבעלים וכו’ - כתב הרב המגיד וצריך עיון למה לא קנה הגזלן?”

16 ואכן, הרב גוסטמן מציע בספרו, שם, כי מקורו של רש”י לחידוש זה לפיו אין חיוב ה”והשיב” יורד מהחפצא הגנוב אלא כשיש מעשה, נעוץ בעובדה שבדף סו, א מוכיח רבה כי שינוי קונה, מן המשנה בדף צג, ב המתייחסת למי שגזל עצים ועשאן כלים, בה ראינו שהשינוי מקנה את הנכס לגנוב. ונשאלת השאלה מדוע בחר רבה להביא ראייה ממשנה זו, כשהדברים מעוררים קושי שמא אין הדין במשנה זו נובע מכך ששינוי קונה, אלא שינוי אינו קונה והטעם לקניין באותו מקרה נעוץ ב”תקנת השבים” (כפי שטוען ר’ חייא בר אבא בגמרא בדף צד, ב). מדוע בחר איפוא רבה בראייה דחוקה ממשנה זו, בעוד שהיה בידו להביא ראייה מן המשנה בדף צו, ב בה מציינו כי הגזול בהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה (ששם אין תקנת השבים, שהרי אין בפנינו נכס שהפך לכלי וכו’). מכאן הסיק רש”י כי המשנה המתייחסת לשינוי של זקנה, שהוא שינוי המתרחש מאליו, בלא מעשה כלשהו של הגנוב, אינה משנה העוסקת בקניין ובהפקעת חיוב ה”והשיב” מהחפצא של הנכס, אלא עוסקת רק בגבורה הגנוב שאינו יכול לומר לבעלים המקורי “הרי שלך לפניך”. לעומת זאת, כדי להפקיע גם את חיוב ה”והשיב” מהחפצא של הנכס, נחזיק משהו נוסף - מעשה של שינוי.

נכתב בצדו, היינו טעמא כיוון דנשבר מסתמא אינו רוצה לקנותו<sup>17</sup>.

כלומר, מכיוון שהחפץ נשבר הרי שבדרך כלל אין הגנב מעוניין בו עוד. ממילא, בהעדר רצון מצד הגנב לקנות אין השינוי מועיל כדי לקנות את הנכס, וזהו ההסבר בדברי הרמב"ם לפיהם הכל תלוי בשיקול הדעת של הבעלים. מאידך גיסא, אם רוצה הבעלים בחפץ זה עצמו מחוייב הגנב להשיבו, שהרי הגנב לא קנה אותו ע"י מעשה השינוי, בהעדר רצון וכוונה לקנות מצד הגנב<sup>18</sup>.

לכאורה, הדברים תמוהים הם במישור העקרוני, שהרי הבהרנו לעיל כי הקניין אינו נובע ממעשה השינוי אלא ממעשה הגניבה, שיש בו כשלעצמו כדי להעביר את הבעלות בנכס הגנוב, והשינוי רק מפקיע את

---

17 לדברים זהים ראה ב"אור שמח" על הרמב"ם בהלכות גזילה ואבידה (פרק ב הלכה טו).

18 ואולם, כהתאם להסבר זה הדברים תלויים בשיקול דעתו של הגנב, האם רצה בנכס בעת שינויו אם לאו, ואילו ברמב"ם נפסקו הדברים לכאורה באופן כללי בלא להבחין בין מצב שבו הגנב רוצה בקניית הנכס לכין מצב שבו הגנב אינו רוצה בכך. לפי הפסיקה ברמב"ם הדברים תלויים לכאורה תמיד רק בשיקול דעתו של הבעלים וחייב הגנב להשיב את הנכס המקורי אם הבעלים רוצים בכך, גם במצב שהגנב מעוניין בנכס השבור והתכוון לקנותו.

עוד קשה לשיטת ה"מחנה אפרים", מדוע אין הגנב מחוייב להשיב נכס זה עצמו אם לא התכוון לקנותו והבעלים אינם רוצים בו, הרי הגנב לא קנה את הנכס ע"י השינוי בהעדר רצון לקנותו, וממילא בידו נכס שנותר של הבעלים המקורי!?

האם יכול הבעלים המקורי לכפות על הגנב רכישת הבעלות בנכס זה ותשלום דמיו, גם כאשר הגנב לא מעוניין ברכישת הנכס.

ביחס לשאלה אחרונה זו ניתן לומר כי יתכן שהגנב אכן אינו חייב לקנות את הנכס, ואם לא ירצה בכך החפץ לא יהא שלו. אבל, כאשר הנכס שבור וחל חיוב לשלם דמים, הדברים מסורים לשיקול דעת הגנב האם רצונו לקנות את הנכס אחר תשלום הדמים (כאיזה קניין? הרי בעת שעשה את מעשה השינוי לא רצה הגנב לקנות את הנכס? כנראה מדובר בקניין כסף ע"י תשלום הדמים). סביר להניח כי במקרה זה ירצה הגנב, מטבע הדברים, לכל הפחות, לקנות את הנכס לאחר שהוא ממילא משלם את דמיו. אבל, כל המהלך הזה לא מופיע בפסקו של הרמב"ם ואנו מוסיפים אותו מדעתנו.

חיוב ה"והשיב" שמנע ממעשה הקניין לחולל את קנייני הגניבה<sup>19</sup>. מה נפקא מינה לנו אם כן האם יש או אין כוונת קניין בשעת השינוי, והרי הקניין חל בשעת הגניבה ואז ברור כי בדרך כלל יש לגנוב כוונה לרכוש את הבעלות בנכס.

מדברים אלו של ה"מחנה אפרים" עולה איפוא, כי לשיטתו השינוי עצמו מהווה מעשה קניין ולא רק הפקעה של חיוב ה"והשיב"<sup>20</sup>. משום

19 ראה פרק ה, וכן פרק זה לעיל שם הובאו הדברים מפי הגר"ח. כמו כן ראה בעניין זה:

"קהלת יעקב" (לרב י. מליסא בעל "נתיבות המשפט") חידושי אבן העזר (סימן כח ס"ק ה) ביחס לאפשרות למחול על גניבה (דבר שניתן להבינו ע"י כך שהבעלים מוחל על חיוב ה"והשיב" והקניין חל ממילא מכוח מעשה הגניבה). "קובץ שיעורים" על מסכת בבא קמא (סימן יד).

כמו כן ראה "אמרי משה" (סימן לב) המבהיר כי בעת שמתחולל שינוי ופוקע ה"והשיב" חל הקניין למפרע מעת מעשה הגניבה. לעניין זה גם ראה דברי הרב שמעון שקופ על מסכת נדרים (סימן כב) המבהיר כי הטעם לכך שאדם אינו יכול לעשות קניין שיחול רק בעוד 30 יום, נעוץ בכך שהרכישה של זכויות קנייניות היא תוצאה בלתי נשלטת של מעשה הקניין המבטא גמירות דעת. מרגע שנעשה מעשה קניין, אין חזרה מן התוקף המשפטי שלו. על כן לא ניתן להשהות את תוקף הקניין, ואם נעשה כן הרי שהמשמעות היא, שלא היתה לרוכש כוונה בשעת עשיית מעשה הקניין, וממילא אין הקניין תופס כלל גם לא לאחר זמן (כלל זה מכונה בגמרא "כלתה קניינו", שמשמעו כי בזמן הרצון בקניין, לאחר שחלפו 30 יום, נחוץ מעשה קניין חדש, שכן המעשה הקודם כלה ולא היה בר תוקף).

לעומת זאת, מקום שבו מתבצע קניין מיד אלא שהוא מותלה בתנאי מטריים, אין מניעה להחיל קניין שכזה, שכן לקניין יש תחולה מיידית בהווה ורק תוקפו מושהה עד להתקיימות התנאי, ועם קיומו חל הקניין למפרע משעת ביצוע מעשה הקניין. דברים אלו נכונים כהווייתם ביחס לקניין הגניבה, אשר יש לו תחולה מיידית אלא שהוא מותלה עקב חיוב ה"והשיב", ועם ביצוע מעשה השינוי ופקיעת חיוב ה"והשיב" חל הקניין למפרע.

20 הדברים מתיישבים היטב עם שיטת רש"י המובאת לעיל, לפיה יש צורך לעשות "מעשה בידיים" כדי לחולל שינוי. כמו כן, תואמים הדברים לשיטת התוספות במסכת בבא מציעא (צז, א) הגורס כי גם לדעת רבי אליעזר הקובע כי "שמן לגנוב", דבר המעיד לכאורה על כך שלדעתו שינוי אינו קונה את הנכס, אם נעשה שינוי בידיים - קנה הגנוב את הנכס.

כך, בהיות השינוי מעשה קניין, מן ההכרח כי ייעשה מתוך כוונה של הגנב לרכוש את הנכס הגנוב ע"י מעשה שינוי זה, כשם שנחוצה כוונת קניין בכל מעשה קניין.

דברים אלו שונים איפוא לחלוטין מן השיטה, שעליה עמדנו לעיל, לפיה מעשה הגניבה עצמו מקנה את הנכס לגנב, שהרי לפי דברים אלו לא מעשה הגניבה הוא המקנה את הבעלות בנכס אלא השינוי הוא העושה כן, ועל כן לא נדרשת כוונה לרכוש את הנכס בשעת הגניבה אלא בשעת עשיית מעשה השינוי.

ואולם, הדברים מעוררים קושי לאור שיטתו של ה"מחנה אפרים" עצמו, בהלכות גזילה (סימן יב), שהובאה בפרק ב' לעיל, לפיה הגניבה עצמה (ללא שינוי בנכס) עולה כדי קניין ומכיוון שכך אין הגנב מחוייב לשלם דמי שימוש ראויים בגין השימוש שעשה בנכס עד להשבתו. לאור זאת אף דן שם ה"מחנה אפרים" בשאלה, מדוע נקבע כי השואל שלא מדעת בעלים הנחשב לגולן מחוייב לשלם דמים בגין השימוש בנכס.

מכיוון שלפי דברי ה"מחנה אפרים" הללו, בהלכות גזילה (סימן יב), עולה לכאורה כי הגניבה עצמה העולה כדי מעשה קניין, לא מובן הסברו בסוגיה דנא, שהרי מה הנפקות בכך שבעת השינוי (שבירת הנכס) הגנב אינו מתכוון לרכוש את הנכס, הרי מעשה הקניין נעשה עוד הרבה קודם לכן (בשעת הגניבה) ואז היתה כוונה לרכוש את הנכס. העובדה כי בעת השינוי לא היתה כוונת קניין אינה רלבנטית לכאורה, כשם שאין נפקות לכך שאדם העושה קניין מותנה אינו רוצה עוד בקניין בשעת קיום התנאי, ודי לנו בכך שהוא התכוון לרכוש את הנכס בשעת עשיית מעשה הקניין, כדי שהנכס יקנה לו. מדוע אם כן לא קונה הגנב את הנכס במקרה דנא והבעלים רשאי לדרוש השבת נכס זה עצמו לאחר שבירתו?

**הסבר שיטתו של ה"מחנה אפרים"**

ואולם, נראה כי ניתן להבין את דברי ה"מחנה אפרים" על פי הסברו של ה"אמרי משה" (סימן לב אות יב), אשר הובא בפרק הקודם,

לפיו גניבה היא עוולה נמשכת, הממשיכה בכל רגע ורגע שהגנב אינו מחזיר את החפץ לבעלים.

נעשה שימוש בעקרון זה, ונבהיר באמצעותו את גישת ה"מחנה אפרים" כדלקמן:

מעשה הגניבה מועיל להקנות בעלות לגנב, ומשום כך אין הוא מחזיב בתשלום בגין השימוש בנכס.

ואולם, קניין זה אינו קונה את הנכס לצמיתות ויש בו כדי לרכוש את הבעלות רק לנקודת הזמן שבהווה, מכיוון שקיים חיוב להשיב את הנכס המונע מן הגנב לרכוש את הנכס לצמיתות<sup>21</sup>.

בכל רגע ורגע שהגנב אינו מחזיר את הנכס הוא ממשיך ע"י כך את הגניבה וקונה ע"י כך את הנכס שוב<sup>22</sup>. אבל שוב, אין המדובר ברכישה נוספת לצמיתות אלא רק ברכישה לנקודת הזמן הבודדת שבהווה,

21 ודוק, מצינו שני סוגי קניין:

האחד הוא קניין לזמן מוגבל, שאינו קניין בגוף הנכס (שאם לא כן אין מה שמפקיע אותו) אלא קניין המוגדר בדרך כלל כ"קניין פירות", דהיינו כקניין בנכס רק לעניין זה שהקונה רוכש עקב בעלות מוגבלת זו זכות לקבל את פירות הנכס ואת יכולת השימוש בו, בפרק הזמן המוגדר שבו חל ה"קניין לזמן".

והקניין השני הוא קניין בגוף הנכס, שאינו מוגבל לזמן ותחולתו לצמיתות, דהיינו עד שנעשה מעשה חדש שיש בו להפקיע את הבעלות בנכס. (לעניין זה ראה ריטב"א על מסכת גיטין פג, ב: "הנותן קרקע לחבירו, גוף ופירות ליום אחד - הקרקע שלו לעולם, דכיוון שנתרוקן ממנו - מגוף הנכס - שעה אחת רשותו של הבעלים וזכה ההוא... שלו הוא לעולם". כמו כן ראה בהרחבה "מערכת הקניינים" לרב שמעון שקופ, סימן י).

המקרה דנא נופל לגדר הקטגוריה השניה, של "קניין הגוף", שכן מדובר במעשה קניין שיש בו כשלעצמו כדי להקנות את הנכס לצמיתות. הטעם לכך שקניין זה פוקע לאחר כלות רגע ההווה נעוץ בכך שקיים חיוב של "והשיב" המפקיע את הבעלות בנכס ומצווה על הגנב להשיבו, משל לא בוצע בו כל מעשה קניין.

22 הגניבה היא מעשה קניין הנמשך והולך כל עוד שהנכס אינו מושב לבעליו וכל עוד שהגנב ממשיך לרצות בנכס ומבקש לרוכשו ועל כן אינו משיבו לבעליו.

שהרי הגנב אינו נפטר מחיוב ה"והשיב" שחל עליו ומונע רכישת בעלות לפרקי הזמן שבעתיד.

רק הקניין החל בעת השינוי, המפקיע את חיוב ה"והשיב", מעביר את הבעלות בנכס לצמיתות לגנב, ומקנה לו את הנכס גם ביחס לפרקי הזמן העתידיים<sup>23</sup>.

בדרך זו מובן איפוא כי על אף שהגניבה עצמה נחשבה למעשה קניין, אין בכך כדי להפקיע את הצורך במעשה קניין נוסף בזמן השינוי, שהרי קניין הגניבה התייחס רק לרגע נתון אחד – בזמן ההווה של ביצועו, ואילו השינוי גורם לכך שיחול קניין המתייחס לרכישת הבעלות בנכס לצמיתות. זהו איפוא קניין נוסף המקנה לגנב את הבעלות בנכס גם ביחס לעתיד.

מובן איפוא כי נחוצה כוונה לרכוש את הנכס בזמן ביצוע השינוי ולא די לנו בכוונת הגנב לרכוש את הבעלות בנכס בזמן הגניבה, שהרי הקניין בעת הגניבה והקניין בעת השינוי הם שני קניינים שונים ונפרדים המבוצעים ומתייחסים לפרקי זמן שונים.

כמו כן מובן כי מקום שבו הגנב אינו מעוניין לרכוש את הבעלות בנכס בזמן השינוי הוא אינו רוכש את הבעלות בנכס לצמיתות, שכן מדובר בקניין חדש שנחוצה בו כוונת קניין, ובהעדרה ברור כי הבעלים המקורי יכול לדרוש השבת הנכס על אף שזהו נכס שאין לגביו חיוב של "והשיב", שכן הגנב מצידו לא קנה את הנכס (בעת הגניבה כשרצה לקנות פקע הקניין רגע מאוחר יותר עקב החיוב של "והשיב", ואילו כשפקע חיוב ה"והשיב" אין הגנב רוצה בקניין). הדברים תלויים על כן

---

23 כאן יש אפשרות לומר כי הקניין חל עקב מעשה הגניבה ואי ההשבה הנמשכים בעת השינוי. כמו כן ניתן לומר כי השינוי עצמו מהווה מעשה קניין, וזאת בהתאם למה שמצינו כי שינוי בנכס יכול להיות כשלעצמו מעשה קניין לעניין זה, ראה מסכת בבא קמא (כב, ב) בדברי רבינו חננאל שם, לפיו מי שמסור גחלת לידיו של שוטה והלה ליבה את האש והצית בעירה שגרמה נזק רב, אינו חייב בדמי הנזק, שכן השוטה קנה את הנכס ע"י שינוי המעשה, קרי ליבוי האש. מכאן כי שינוי כשלעצמו מהווה מעשה קניין, שיש בו כדי להעביר את הבעלות בנכס.



במקרה זה בשיקול דעתו של הבעלים המקורי, האם ירצה בנכס אם לאו.

מקום שבו הבעלים המקורי רוצים לקבל דמים, מוטל על הגנב לשלם ואין הוא יכול לטעון כי ממשיך לחול הדין של "והשיב", שהרי הנכס השתנה וחיוב ה"והשיב" פקע. עם זאת, אם הבעלים המקורי רוצה בנכס הוא יכול לדרוש לקבל אותו ולא להסתפק בדמיו, על אף שפקע חיוב ה"והשיב", שכן הבעלות בנכס נותרה שלו, מקום שבו הגנב לא רצה בשעת השינוי לרכוש את הבעלות לצמיתות.

ודוק, כאשר הבעלים המקורי נוטל דמים, רשאי הגנב להותיר את הנכס בידו והוא ממשיך להיות קנוי לו (לא מכוח תשלום הדמים כפי שסברנו בתחילה), מכוח הקניין שביצע בנכס בעת הגניבה ואשר ממשיך להקנות לגנב את הבעלות בנכס כל רגע ורגע שבו הגנב אינו משיכו לבעלים. אכן, קניין זה אינו לצמיתות וחיוב ה"והשיב" מפקיע את תחולתו כלפי הרגעים הבאים, אך בכל רגע נתון הוא ממשיך ומתחולל לאותו רגע מכוח מעשה הקניין הראשון שנעשה בעת הגניבה. הגנב גם אינו חייב עוד דבר לבעלים לאחר שפקע חיוב ה"והשיב" מן הנכס ואף שולמו דמים, וממילא הוא יותיר תמיד את הנכס בידו ולא ישיבו, והקניינים שהחלו להתחולל משעת הגניבה ימשיכו להתחולל באופן קבוע, מבלי שיהא מה שיפקיע אותם.

בהתאם לשיטה זו, רואים אנו את הדברים באופן שונה מזה שהבנו אותם לפי שיטת הרב חיים סולוביצ'יק. לפי שיטה זו אין המדובר בקניין לצמיתות החל בעת הגניבה ואשר ה"והשיב" מפקיע אותו עד אשר יחול שינוי המסיר את ה"והשיב" כך שהקניין שנעשה בעת הגניבה יהא בתוקפו כבר מאז הגניבה. הדברים לפי ה"מחנה אפרים" דומים הם מבחינה מעשית אך שונים בדרך התהוותם, שכן לשיטתו מעשה הקניין הראשון פקע ללא תקומה עקב ה"והשיב" ונחוץ מעשה קניין נוסף כדי להקנות לגנב את הנכס. ממילא מובן כי בפנינו שני מעשי קניין שונים: הראשון בוצע ע"י הגניבה ומחמת הדין של "והשיב" הוא מוגדר כקניין גמור - אשר תחולתו לרגע אחד, הלא הוא הרגע שבהווה, והפוקע רגע לאחר מכן; והשני הוא מעשה קניין המבוצע לאחר מכן בעת השינוי (עם פקיעת ה"והשיב"). קניין זה הנעשה בעת השינוי הוא איפוא קניין שני ונוסף, החל הפעם לצמיתות.

## פרק ז - התייאושות מחפץ גנוב - מהותה ונפקותה

בפרקים הקודמים עמדנו על כך שבגניבה יש משום קניין של הנכס הגנוב. ראינו כי אלמלא חיוב ה"והשיב" המוטל על הגנוב, היה במעשה הגניבה שבוצע כדי להעביר לו את הבעלות בנכס. זיקתו של הבעלים המקורי לנכס שבוצעה בו גניבה, תלויה על כן בחיוב ההשבה המוטל על הגנוב כל עוד שהנכס בעינו, ועם פקיעת חיוב ה"והשיב" הופך הנכס להיות של הגנוב - כבר מעת הגניבה.

גניבה יוצרת מצב שבו הקשר בין הנכס לבין בעליו המקוריים תלוי על בלימה - הלוא הוא חיוב ההשבה של הגנוב.

מהו הדין כאשר הבעלים המקורי מתיימש מן הנכס<sup>1</sup> ואינו מצפה עוד כי הנכס יושב אליו ביום מן הימים? האם יש ביאוש זה כדי לנתק את שארית הזיקה שבין הנכס לבעליו?

לכאורה, מעת שהנכס נגנב, הדברים שוב אינם תלויים בשיקול דעתו של הבעלים המקורי ובציפיותיו לזכות ולראות בהשבת הנכס, שהרי הכל תלוי בחיוב ההשבה המוטל על הגנוב.

עם זאת, יתכן כי מקום שבו בעל הנכס אינו מצפה עוד להשבתו, פוקע חיוב ההשבה המוטל על הגנוב. התוצאה של פקיעת חיוב ההשבה, מחמת היאוש, תהא, כי ע"י מעשה הגניבה נקנה הנכס לגנוב.

השאלה היא איפוא: האם יאושו של הבעלים המקורי מן הנכס הגנוב, מפקיע את חיוב ההשבה של הגנוב? ובמילים אחרות: האם חל

---

1 המונח יאוש מוגדר ע"י רש"י במסכת בבא מציעא (כח, ב ד"ה דמייאש לבסוף): "כללא דיאוש, כגון דאמר ווי לחסרון כיס, דגלי דעתיה שנואש מהן". כלומר, המונח "יאוש" מתייחס ככלל למצב שבו בעל הנכס אומר "ווי לחסרון כיס", ובכך מגלה את דעתו כי השלים עם האובדן הכלכלי שהוסב לו.

חיוב ההשבה של הגנב רק כל עוד שהבעלים מצפה לנכס, אך אם התייאוש ממנו אין הגנב מחוייב עוד בהשבה?  
בשאלה זו נדון בפרק זה, תוך התייחסות למהותו של היאוש ולנפקויותיו במישור הקנייני.

### יאוש באבידה

דיון ענף בסוגיית היאוש, מצוי בהתייחסות למצוות השבת אבידה. אבידה, בדומה לגניבה, מהווה אף היא מצב שבו הנכס יצא מרשות הבעלים המקורי, שלא ברצונו, וגם שם קיימת חובת השבה על מוצא האבידה. עם זאת, מקום שבו הבעלים המקורי מתייאוש מן הנכס - אין חיוב השבה מוטל על מי שמוצא את האבידה לאחר היאוש.  
עיקרון זה הוא הבסיס למשנה הידועה במסכת בבא מציעא (כא), (א):

"אלו מציאות שלו ואלו חייב להכריז? אלו מציאות שלו - מצא פירות מפוזרים, מעות מפוזרות... כיכרות של נחתום ... הרי אלו שלו".

במשנה זו נקבע איפוא כי אין חיוב להשיב אבידה לבעליה, כאשר מדובר בנכס שאין לו סימן היכר יחודי. חיוב ההשבה המוטל על מוצא האבידה מותנה בכך, שמדובר בנכס שבעליו יכול לנקוב בסימן היכר יחודי המזהה את הנכס עימו.

רש"י שם (בד"ה מצא פירות מפוזרין) מסביר, כי אין חיוב השבה ביחס לנכס שאין בו סימנים, מכיוון ש"נתייאושו הבעלים מהן כדאמר בגמרא, והפקר הם".

כלומר, אבידה שבעליה לא יוכל להוכיח את בעלותו בה, היא נכס שהבעלים מתייאוש מן הסיכוי לראותו מושב אליו.

משום כך נחשב נכס זה למעין הפקר, והמוצא רשאי ליטול נכס זה מתוך כוונה לזכות בו ולא להשיבו.

המוצא נכס בלא סימני היכר יחודיים פטור מהשבה, לא רק מחמת העדר אפשרות טכנית לאתר את הבעלים, אלא מכיוון שהוא, המוצא, הופך לבעלים החדש של הנכס.

כך מוצאים אנו בביאורו של רש"י, כי כאשר נאמר במשנה "אלו מציאות שלו" – הופך מוצא האבידה לבעלים של הנכס – לאור פקיעת הבעלות של הבעלים המקורי.

מכאן כי התייאשותו של הבעלים המקורי מן הנכס מפקיעה את בעלותו בו, והנכס הופך למעין נכס הפקר, ורק משום כך יכול המוצא לא רק להמנע מהשבה, אלא אף לקנות את הנכס ולהפוך לבעליו ע"י נטילתו.

המקור שממנו נלמד דין זה, לפיו יאוש מפקיע את בעלותו של הבעלים המקורי, ומאפשר למוצא לזכות בבעלות בנכס, מובא במשנה שם (כז, א) כדלקמן:

"אף השמלה בכלל כל אלו. ולמה יצאת? לומר לך, מה שמלה מיוחדת שיש בה סימנים ויש לה תובעים,

(מבהיר רש"י: "שמלה – יש בה סימן, וכל שמלה יש לה בעלים התובעים אותה, שלא נעשית אלא בידי אדם ולא באה מן ההפקר"<sup>2</sup>)

אף כל דבר שיש בו סימנים ויש לו תובעים חייב להכריזו."

מסוגיה זו עולה כי נכס שאין בו סימן היכר מובהק, הוא נכס שהבעלים מתיימש ממנו. כמו כן נמצא כי מן הפסוק האמור, למדים אנו כי נכס שאין לו סימנים – אינו נכלל בגדר חיובי ההשבה.

ודוק, לא רק אפשרות טכנית להשיב אין, אלא אף חיוב השבה אין, ומכאן שהיאוש מפקיע את בעלותו של הבעלים המקורי, וממילא יכול המוצא לזכות בנכס ע"י נטילתו.

עם זאת יושם אל לב כי היאוש באבידה פועל את פועלו להקנות את הנכס למוצא, רק כאשר הוא נטל את הנכס לאחר שהבעלים כבר

---

2 וראה תוספות שם ד"ה מה שמלה המבהיר:

"על ידי שיש בו סימן ימצא עדים, שיאמר להם, מכירים אתם שמלה שלי שהיו בה סימנים כך וכך, וגם המוצא לא יוציא השמלה להראותה לכל אדם אלא למי שיתן בה סימנים... אבל דברים שאין בהם סימן הם שלו, לפי שהבעלים נתיימשו".

התייאוש. שונה הוא הדין כאשר המוצא נטל את הנכס בטרם שהבעלים התייאשו ממנו. במקרה זה נחשב הנכס ל"באיסורא אתי לידיה" (באיסור בא לידו) - והיאוש המתרחש אחרי הנטילה - שוב אינו מועיל.

בהקשר זה מצינו בגמרא שם (כא, ב) כדלקמן:

"יאוש שלא מדעת, אביי אמר - לא הוי יאוש, ורבא אמר - הוי יאוש"<sup>3</sup>.

וממשיכה הגמרא להבהיר:

"בדבר שיש בו סימן כולי עלמא לא פליגי דלא הוי יאוש. ואף על גב דשמעיניה דמייאש לסוף, לא הוי יאוש, דכי אתי לידיה באיסורא הוא דאתא לידיה, דלכי ידע דנפל מיניה לא מייאש, מימר אמר סימנא אית לי בגווייה יהבנא סימנא ושקילנא ליה".

מסוגיה זו עולה איפוא כי נחוץ יאוש לפני הנטילה, כך שזיקת הבעלים המקורי לנכס תתנתק בשעה שהנוטל יבצע את הפעולה הקניינית בנכס. לעומת זאת, כאשר הפעולה הקניינית נעשית, בטרם שהתנתקה זיקת הבעלים מן הנכס, אין בפנינו מעשה קניין והבעלות אינה עוברת לידי הנוטל.

האם כך יהא הדין גם ביחס לגנוב, הנוטל את הנכס באיסור, כשהבעלים מתייאש רק לאחר מכן? האם גם שם נאמר כי מכיוון ש"באיסורא אתי לידיה", אין הגנוב זוכה בנכס אף לאחר יאוש של הבעלים המקורי? או שמא בגניבה, להבדיל מאבידה, יועיל היאוש אף שהוא בא לאחר מעשה הנטילה, שכן גניבה היא בהגדרה מעשה אסור, ואף על פי כן ראינו כי יש בה מעשה קניין. האם במקרה זה נאמר כי היאוש הפקיע את חיוב ה"והשיב", וכתוצאה מכך זוכה הגנוב בנכס?

3 כלומר, יאוש שצפוי בוודאות כי יתרחש, פועל את פועלו מרגע שהתחולל הארוע גורם-היאוש, ואין צורך להמתין עד שהבעלים יכיר במצבו. די לנו בכך שאובייקטיבית הנכס מצוי במצב שבו לא יכולה להימשך זיקת הבעלים המקורי לנכס, כאשר ברור כי עם היוודע לבעלים דבר אוכדנו של הנכס, הוא יתייאש ממנו.

## יאוש בגניבה

בסוגית תוקפו של היאוש בגניבה, עוסקת - בין השאר<sup>4</sup> - הגמרא במסכת בבא קמא (סו, א):

”אמר רבה, יאוש אמרי רבנן דניקני, מיהו לא ידעינן אי דאורייתא אי דרבנן. אי דאורייתא מידי דהוה אמוצא אבידה?

מוצא אבידה, לאו כיוון דמייאש מרה מינה מקמי דתיתי לדידה קני ליה, האי נמי כיוון דמייאש מרה קני ליה אלמא קני<sup>5</sup>; או דלמא לא דמיא לאבידה, אבידה היא דכי אתאי לדידה בהיתרא אתאי לדידה, אבל האי כיוון דכאיסורא אתאי לדידה מדרבנן הוא, דאמור רבנן ניקני מפני תקנת השבים. ורב יוסף אמר, יאוש אינו קונה, ואפילו מדרבנן<sup>6</sup>.”

נמצא כי יאוש בגניבה מושווה ליאוש באבידה. הספק האם יאוש קונה בגניבה מדאורייתא, או שמא אינו קונה (ורק מדרבנן תיקנו שיקנה),

---

4 לענין זה ראה גם שם (פז, א) מחלוקת עולא ורבא, תוך הסתמכות על פסוקים; וכן סח, א דעת ר' נחמן ור' ששת; וכן סח, ב מחלוקת ר' יוחנן ור'ש לקיש.

5 תוספות שם (ד"ה הכא נמי) מבהיר כי הטעם לכך שהיה מקום לספק ולהשוואה בין גניבה לאבידה בהקשר זה, על אף שבאבידה ראינו כי יאוש שהתרחש לאחר הנטילה אינו מועיל, נעוץ בכך שגם באבידה, שבה התרחש היאוש לאחר הנטילה, יורד החיוב להשיב את הנכס האבוד עצמו, ויש רק חיוב לשלם דמים. היאוש מועיל איפוא גם באבידה להקנות את הבעלות בנכס, ורק חיוב תשלום הוא שאינו פוקע. מכיוון שכך היה מקום בגמרא להתלבט שמא גם בגניבה יועיל היאוש להפקיע את חיוב ה"והשיב" ובמקרה זה יקנה הנכס לגנב, תוך שנותר רק חיוב של "ושילם". ואולם, דברים אלו של התוספות תמוהים הם, הכיצד יתכן כי על אף שיאוש לא מועיל - יש בו עדיין כדי להקנות את הנכס למוצא? ואם יש קנין, מהיכן קם החיוב לשלם דמים? מה מחייב את מוצא האבידה לפצות בכסף את המאבד שהחליט להתייאש מן הנכס? לשאלות אלו ראה: "קצות החושן" (סימן שנג ס"ק ב), וכן חידושי ר' שמעון יהודה הכהן שקאפ, בבא קמא (סימן לו באות א).

6 להלכה אכן נפסק כרב יוסף כי יאוש אינו קונה בגניבה וגזילה. וזו לשון השולחן ערוך חושן משפט (סימן שנג סעיף ב) ביחס לגניבה: "נתייאשו הבעלים מהגניבה, אינו קונה וצריך להחזירה". ובדומה לכך נפסק בסימן שסא (עיף א) ביחס לגזילה: "יאוש לחוד לא קנה".

נובע מכך שבגניבה מדובר ביאוש המתחולל, בהגדרה, לאחר הנטילה של הגנוב, כאשר בשעת הנטילה עדיין קיימת זיקה בין הבעלים לבין הנכס. הספק הוא איפוא האם חל היאוש גם כאשר "באיסורא אתי לידיה".

וכאן יש להבין: מדוע יש נפקות לשאלה, האם היאוש התחולל לפני הנטילה או לאחריה? אם יאוש פועל במישור הקנייני לנתק את זיקת הבעלים המקורי מן הנכס, מהי הנפקות בכך שהנכס בא לידי הגנוב לפני יאוש?

הרי הגנוב ביצע מעשה קניין, ואילו החיוב של "והשיב" אינו אמור להתקיים עם ניתוק הזיקה של הבעלים המקורי לנכס? וכי אם יפקיר הבעלים המקורי את הנכס, ימשיך גם אז להתקיים חיוב ה"והשיב", והגנוב לא יזכה בנכס רק מכיוון שההפקר נעשה אחרי שהנכס נגנב? מדוע שיהא הדין שונה ביחס ליאוש שארע לאחר הגניבה?

בשאלה זו דנו האחרונים<sup>7</sup> בהרחבה וביארו, כי מכיוון שהגנוב התחייב בהשבה בעת הגניבה, שהיתה לפני יאוש, הרי שהוא לא נפטר מחיוב השבה זה ע"י היאוש. כלומר, יאוש אינו מועיל להפקיע את חיוב ה"והשיב" שחל על הגנוב בשעת הנטילה (להבדיל ממי שנוטל נכס לאחר יאוש, שאז אין מלכתחילה חיוב של "והשיב"), וממילא, מחמת אי פקיעתו של חיוב ה"והשיב" אין הגנוב יכול לההפך לבעלים של הנכס.

נשאלת השאלה: מדוע? מדוע אין חיוב ה"והשיב" פוקע ע"י יאוש? כיצד יתכן חיוב השבה - המחייב להשיב נכס למי שכבר נותקה זיקתו ממנו?

כדי להבהיר ענין זה, מן הראוי לעמוד על מהותו של המונח "יאוש". האם יאוש יוצר מצב מקביל להפקר, שבו הנכס יוצא מרשותו של הבעלים המקורי, כך שכל אחד זכאי ליטול נכס זה מכיוון שאין לו בעלים; או שמא אין היאוש מפקיע את הבעלות בנכס, אלא רק

7 שו"ת "נודע ביהודה" תניינא (אבן העזר סימן עז, ד"ה ומה שכתבתם); "נתיבות המשפט" (סימן שעא), וכן "תרומת הכרי" שם; "חזון איש" בבא קמא (סימן יז ס"ק יא) ועוד.

מאפשר לכל מאן דבעי לבצע מעשה קניין בנכס לשם רכישתו. הנכס לאחר היאוש, נותר בבעלותם של הבעלים המקוריים, אלא שבעלות זו קלושה היא עם יאושם, ואינה יכולה לעמוד חוצץ כנגד נסיונו של אדם אחר לרכוש בעלות בנכס זה. היאוש לפי גישה זו אינו אלא היתר לכל אדם ליטול את הנכס, לנהוג בו מנהג בעלים ולזכות בו. ואולם, כל עוד שאיש לא ביצע מעשה קניין בנכס – הוא נותר בבעלות הבעלים המקורי.

“קצות החושן” (סימן תו ס”ק ב) גורס כי יאוש אינו מוציא את הנכס מרשות הבעלים המקורי, ורק מאפשר לאנשים לזכות בנכס בלא שהדבר יחשב לגניבה.

“קצות החושן” מוכיח גישתו זאת מן הסוגיא במסכת בבא קמא (סו, א) כדלקמן:

הגמרא שם מקשה על שיטת רבה לפיה יאוש מועיל כדי לקנות את הנכס, מן המשנה “גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך”. כלומר, במשנה נאמר כי הגנב רשאי להחזיר את הנכס במתכונתו כפי שהיה בשעת הנטילה ולצאת ידי חובת “והשיב” על אף שהנכס איבד כל תוכן כלכלי, כגון חמץ שעבר עליו הפסח ונאסר בהנאה.

מקשה הגמרא, לשיטת רבה שיאוש קונה, כיצד ניתן להשיב את הנכס הגזול במקרה האמור, ולומר לבעלים “הרי שלך לפניך”, הרי אין ספק כי משמגיע פסח מתייאש הבעלים המקורי מן הנכס המורכב מחמץ, וממילא אין עוד אפשרות להגדיר את הנכס כמי שלא יצא מרשות הבעלים המקורי. ומכיוון שלאחר יאוש הנכס כבר אינו של הבעלים המקורי, כיצד יכול הגנב לומר “הרי שלך לפניך”?

מתרצת הגמרא כי יאוש קונה רק אם הבעלים מתייאש מחד גיסא – והגנב רוצה לזכות בנכס מאידך גיסא. אבל, ביחס לחפץ גנוב המורכב מחמץ, ברור הדבר כי מאותה סיבה עצמה שהבעלים המקורי מתייאש מן הנכס בבוא הפסח, הגנב – אינו רוצה לקנות את הבעלות בנכס עם פרוס חג הפסח.

ואולם, אם יאוש מוציא את הנכס מרשות הבעלים המקורי, בדומה להפקר, לא מיושבת לחלוטין השאלה כיצד ניתן לומר לבעלים “הרי



שלך לפניך"? הן גם אם הגנוב לא זכה בבעלות, בניגוד לרצונו, הרי שברור מאידך גיסא כי גם הבעלים המקורי חדל להיות בעל הנכס לאור התייאושותו ממנו?

מסוגיה זו עולה איפוא, כי נחוץ רצון של הגנוב לקנות את הנכס, לא רק כדי שהוא יזכה בנכס, אלא שבהעדר רצון זה, אין הנכס יוצא מבעלותו של הבעלים המקורי על אף היאוש.

נמצאת למד, כי יאוש אינו כהפקר, ואין בו כשלעצמו כדי לשלול את בעלותו של הבעלים המקורי. יאוש רק מאפשר לזולת לזכות בנכס בלא שהדבר יחשב לגניבה. ולכן, אם אין איש זוכה בנכס - הוא נותר בבעלותו של הבעלים המקורי, אף לאחר יאושו ממנו.

לעומת שיטה זו של "קצות החושן", גורס הרב יצחק אלחנן ספקטור בספרו "באר יצחק"<sup>8</sup>, כי יאוש כמוהו כהפקר, והוא מביא מספר ראיות לכך. אחת מן הראיות המרהיבות שהוא מביא לשיטתו, היא כדלקמן:

עבד כנעני גופו קנוי לאדוניו, ואין לו אישיות משפטית נפרדת משל עצמו, בתחום הממוני, ומשום כך "מה שקנה עבד קנה רבו", כלומר - כל נכס שהעבד רוכש, נרכשת הבעלות בו עבור האדון.

הגמרא במסכת קידושין (טז, א) מבהירה על כן, כי על אף שהבעלים יכולים לשחרר את העבד, כגון ע"י כך שהם נותנים לו שטר שחרור, אין הבעלים יכול לשחרר את העבד ע"י אמירת: "לך". זאת, מכיוון שהעבד אינו יכול לזכות בעצמו ולרכוש לו כמו ידיו את חירותו, בהעדר אישיות משפטית נפרדת לעבד לביצוע פעולות זכיה כלשהן עבור עצמו, כל עוד שהוא עבד.

בגמרא במסכת גיטין (לח, א) מצינו עם זאת, כי עבד שנפל בשבי והבעלים המקוריים מתייאושים ממנו - יוצא העבד לחרות, וזוכה בעצמו.

ודוק, אם יאוש אינו מפקיע את הבעלות מן הבעלים המקורי - אלא רק מאפשר לאדם אחר לזכות בנכס, איך יכול העבד לזכות בעצמו, הרי אין לו אישיות משפטית נפרדת משלו לעשות כן?

8 חלק יורה דעה (סימן כג ענף ד).

מסוגיה זו מביא על כן ר' יצחק אלחנן ב"באר יצחק" ראייה לכך שיאוש, בדומה להפקר, מפקיע את בעלותו של הבעלים המקורי אף אם אין איש אחר הזוכה בנכס. הפקעת הבעלות - יוצרת כשלעצמה אישיות משפטית נפרדת לעבד, ומשום כך הוא יכול לזכות בעצמו.

הרי לנו איפוא ראייה לכאורה לכך, כי יאוש מפקיע כשלעצמו את הבעלות המקורית בנכס.

ה"קהלות יעקב" (בבא קמא סימן לז) דוחה את ראייתו של ה"באר יצחק" המשווה יאוש להפקר, כדלקמן:

לדבריו, אין זה נכון לגרוס כי אין לעבד אישיות משפטית המאפשרת לו ליצור מעשה קנין, שהרי בגמרא במסכת קידושין (כג, ב) מצינו, כי אם אדם אחר מקנה לעבד נכס ומציין כי הקנין יחול "על מנת שאין לְרַבֵּם (בעליו) רשות בו", הרי שלשיטת רבנן קונה העבד את הנכס.

הטעם לכך שעבד אינו יכול לקנות את עצמו מידי רבו, נעוץ איפוא בכך, שבכל מכירה צריך קודם כל הממכר לצאת מרשותו של הבעלים המקורי, ורק אח"כ יכול הממכר להכנס לרשותו של הקונה.

שותף יכול לרכוש נכס של צד ג' באמצעות חצר, שבה יש לו חלק ונחלה. אבל, אין השותף יכול לזכות בנכס של שותפיו - באמצעות החצר המשותפת, מכיוון שלא ניתן להגדיר נכס זה כמי שיצא מרשות הבעלים המקורי, כל עוד שהוא מצוי בחצר השייכת גם לבעלים זה.

לעבד יש אכן אישיות משפטית, אבל "ידו" - כלומר, כושרו לבצע פעולה משפטית, משותפת היא לו ולבעלים. העבד משול איפוא בהקשר זה לחצר של שותפים.

העבד אינו יכול על כן לזכות בעצמו, מכיוון ש"היד" שלו - משותפת לו ולבעליו. אין על כן אפשרות להגדיר אותו כמי שיצא מרשות הבעלים המקורי מכח זכייתו בעצמו.

ואולם, מקום שבו הבעלים המקורי מתייאש מן הנכס, הרי שהמקח אינו מותנה עוד ביציאת הנכס מרשות הבעלים המקורי, שהרי ביאוש נקלשת הבעלות המקורית - ושוב אינה עומדת חוצץ בפני אפשרות של אדם אחר לזכות בנכס. במקרה זה אין עוד צורך ביציאת הנכס מידי הבעלים כדי שאחר יוכל לזכות בו. משום כך, משהתייאש הבעלים

המקורי מן הנכס, די לנו במעשה קנין של הקונה המעוניין לרכוש את הבעלות בנכס, ואין צורך כי קודם לכן ייצא הנכס מרשות הבעלים המקורי.

מכיוון שכך, מובן כי אף העבד יכול לרכוש את עצמו, מקום שבו הבעלים המקורי התייאש ממנו.<sup>9</sup>

בהתאם למהלך מחשבתי זה, אין הכרח לומר כי יאוש מוציא את הנכס מרשות הבעלים בדומה להפקר. מהותו של היאוש היא, שעל אף שהנכס נותר בבעלות הבעלים המקורי, הרי שבעלות זו נקלשה מחמת היאוש, ומותר לכל אדם לזכות בנכס<sup>10</sup>.

משעמדנו על השיטות השונות בדבר מהותו של יאוש, נחזור להבהיר להלן מדוע בחפץ גנוב אין חיוב ה"והשיב" פוקע עם התייאשותו של הבעלים המקורי, וזאת הן לפי שיטת "קצות החושן" הן לפי שיטת ה"באר יצחק".

9 לפי דברים אלו נמצא לכאורה כי גם בחצר של שותפים אם שותף אחד מתייאש מנכס בזמן שאינו ברשותו, ואח"כ מגיע הנכס לחצר השותפין, יוכל השותף השני לזכות בנכס זה, גם באמצעות קנין חצר, שהרי בעקבות היאוש לא נחוצה עוד הוצאה של הנכס מרשות הבעלים המקורי לשם רכישתו ודי לנו בהכנסת הנכס לרשות הקונה, דבר המתקיים גם בחצר השותפים.

10 מסקנה זו משותפת היא לאחרונים רבים. ראה למשל: "מחנה אפרים" הלכות זכיה מהפקר (סעיף ז); "תרומת הכרי" (סימן רסב ס"ק א); "נתיבות המשפט" (סימן רסב ס"ק ג). יצויין, ה"חזון איש" על מסכת בבא קמא (סימן יח ס"ק ג) מקשה, לפי ביאור זה, מדוע אין הבעלים המקורי יכול להפריש כתרומה לכהן את הנכס לאחר שהתייאש ממנו, אם הבעלות נותרת בידי הבעלים המקורי גם לאחר יאוש כל עוד שלא זכה בו אדם אחר? ואולם, בספר "פרי משה" (לרב משה סגל) בסימן כו מובהר בהקשר זה בפשטות, כי מכיוון שזוהי זכותו של אדם לזכות בנכס לאחר יאוש הבעלים המקורי ממנו, הרי שהנכס אינו נחשב למצוי ברשותו הבלעדית - של הבעלים המקורי. רשות בלעדית של אדם היא רשות המונעת מאחרים שימוש בנכס בניגוד לרצון הבעלים, ודבר זה אינו מתקיים בנכס לאחר יאוש, שכל אדם רשאי לבוא וליטלו מהם. בהתאם לכך מובן כי לאחר יאוש אין הבעלים המקורי יכול להפריש נכס שהתייאש ממנו כתרומה לכהן, לא על שום שהנכס אינו בבעלותו - אלא על שום שהוא מוגדר כמי שאינו מצוי ברשותו.

## ביאור לפי שיטת "קצות החושן"

נפתח בביאור הדברים בהתאם לשיטתו של "קצות החושן" לפיה יאוש, בשונה מהפקר, אינו מפקיע בעלות בנכס, אלא רק מאפשר לכל אדם לבצע מעשה קניין בנכס לשם רכישתו. בהתאם לכך נמצא כאמור, כי הנכס לאחר יאוש, נותר בבעלותם של הבעלים המקוריים - אלא שבעלות זו קלושה היא עם יאושם, ואינה יכולה לעמוד חוצץ כנגד נסיונו של אדם אחר לרכוש בעלות בנכס זה. ואולם, כל עוד שאיש לא ביצע מעשה קניין בנכס - הוא נותר בבעלות הבעלים המקוריים<sup>11</sup>.

מכיוון שהיאוש אינו מפקיע את הבעלות בנכס, מובן כי יש חיוב להשיב נכס זה לבעלים המקורי, שהרי ההשבה היא למי שהיה ונותר כל העת הבעלים של הנכס.

---

11 לכאורה דברים אלו אינם מתיישבים עם דברי רש"י במסכת בבא מציעא (כא, א בד"ה מצא פירות מפוזרין) שכתב: "נתייאשו הבעלים מהן, והפקר הם". כאן משמע לכאורה כי יאוש משווה להפקר. ואולם, נראה כי גם רש"י אינו גורס כי יש להשוות בין יאוש לבין הפקר, מבחינת דרך הפעולה של מושגים אלו, וכל שנאמר ברש"י הוא, כי במקרה שאדם אחר זוכה בנכס, הרי שהתוצאה של יאוש זהה היא לתוצאה של הפקר. ואולם, הדרך לתוצאה זו שונה היא בתכלית, שכן הפקר - מפקיע את בעלותו של הבעלים המקורי, ואילו יאוש, רק מנתק את הזיקה של הבעלים לנכס, כך שבעלותם לא תמנע עוד מכל אדם את הזכות לקחת את הנכס. ואולם, כל עוד שלא ניטל הנכס ע"י אדם אחר, הריהו נותר בבעלות הבעלים המקורי, רק אם אדם אחר נטל את הנכס לאחר היאוש התוצאה זהה היא מבחינת הנוטל בין כשהבעלים הפקירו את הנכס ובין כשהתייאשו ממנו, שכן בשני המקרים רשאי הוא ליטול את הנכס ולזכות בבעלות בו. נראה כי לכך כיוון רש"י כשהבהיר כי תוצאת היאוש זהה לתוצאתו של הפקר.

כלומר, הן בהפקר והן ביאוש פוקעת למעשה הבעלות לאחר שאדם אחר זוכה בנכס. בהפקר - שכן בפנינו מעשה של הפקעת הבעלות וביאוש כתוצאה מכך שהבעלים מאפשר לכל אדם ליטול את הנכס, בלא שבעלותו תפריע לכך. בדרך זו נראה כי מובהרת מהותו של יאוש ע"י הגר"ש שקאפ בספרו חידושי ר' שמעון יהודה הכהן על מסכת בבא מציעא (סימן כב): "באבידה - לעולם כל היכא דמהני יאוש הווה כהפקר, דהוא משום דלאחר שנעשה הדין שיכול כל אדם לזכות, והחפץ מצוי לכל אדם ואבוד אצל הבעלים, ממילא נפקע שם הבעלים לגמרי... כיוון דעל פי דרך הטבע אי אפשר עוד שיושב לבעלים, דכל מי שימצאנה זוכה בה מן התורה".

דברים אלה הולמים לדברי התוספות בבבא קמא (סו, א ד"ה כיוון דבאיסורא אתי לידיה) המבהיר:

"מכאן משמע שיאוש אינו כהפקר גמור, דאם כן אפילו בתר דאתא לידיה באיסור - יוכל לקנות מן ההפקר".

כלומר, יאוש שונה מהפקר בכך שהבעלות המקורית אינה נפקעת, וזהו הטעם לכך שגנב מחוייב להחזיר את הנכס גם לאחר יאוש, שהרי יאוש אינו מפקיע כשלעצמו את בעלותו של הבעלים המקורי, וממילא ממשיך לחול ה"והשיב" כהווייתו.

משהובהר כי חיוב ה"והשיב" אינו פוקע אצל גנב, ברור לגמרי כי אין בידו לזכות בנכס גם לאחר שהתייאושו הבעלים, שהרי כנגד נסיונו לזכות בנכס ניצב כל העת חיוב ה"והשיב" ומפקיע את יכולתו של הגנב לזכות בנכס.

משמעותו של יאוש הינה היתר לאנשים ליטול את הנכס. אבל, היתר זה אינו עומד לגנב, שהרי אצל גנב הכלל הוא כי על אף שהוא ביצע מעשה קניין בנכס באה התורה וחייבה אותו להשיב תוך קביעה כי קניינו לא יחול<sup>12</sup>.

בהתאם לכך יש להסיק כי גם יאוש אינו מפקיע את חיוב ההשבה של הגנב, והעובדה שמבחינה קניינית זכאי כל אדם ליטול את הנכס, אינה משנה דבר כשהדברים נוגעים לגנב, שהרי הנכס בא לידיו באיסור ועקב כך נוצר חיוב השבה.

בהתאם לכך מקבלת משנה בהירות גם ההבחנה, שעליה עמדנו בפרק הקודם, בין חיובים חפציים לבין חיובים אישיים, בהקשר ספציפי זה:

היאוש אכן מנתק את הזיקה שבין הבעלים המקורי לבין הנכס, ולכן - במישור החפצי בפנינו נכס שהבעלות של בעליו בו, אינה מונעת את האפשרות של אדם אחר לזכות בו.

---

12 ראה "דרכי דוד" מסכת בבא קמא (סד, א) ד"ה ובמה שכתבו (עמ' כח מדפי הספר).

במישור החפצי - בפנינו חפץ שגם הגנב יכול לזכות בו, ומעשה הקניין שביצע - היה אמור לחול ובמשנה תוקף.

אבל, החיוב של "והשיב" אינו נוגע למישור החפצי, אלא הוא חיוב אישי המוטל על הגנב, בהתעלם מן התוקף הקנייני של מעשיו, תוך קביעה כי יהא עליו לפעול בהתעלם מן התוצאות הקנייניות שביקש לכפות על הבעלים המקורי.

הבהרנו כי אף בלא היאוש, היה במעשה הגניבה כשלעצמו כדי לקנות את הנכס, ועל אף זאת באה התורה וקבעה "והשיב את הגזילה". בכך נקבע חיוב אישי על הגנב - המפקיע את הנפקות האובייקטיבית הנובעת ממצב הנכס ומטילה על הגנב חיוב השבה.

ממילא מובן כי החיוב האישי של ה"והשיב" אינו פוקע ע"י היאוש, שהרי המצב החפצי של הנכס והיותו בר קניין, אינו מפקיע את החיוב האישי של הגנב להשיב את הנכס לבעליו. מה עוד, שיאוש זה אינו אלא פועל יוצא נוסף הנובע ממעשה הגניבה, שהתורה מבקשת לסכל אותו ואת תוקפו ע"י חיוב ה"והשיב".

נמצא על כן, כי לאחר היאוש של הבעלים המקורי יכול ורשאי כל אדם ליטול את הנכס הגנוב<sup>13</sup>, חוץ מן הגנב המחוייב בהשבה. חיוב

---

13 היתר זה מתייחס ליחסים עם הבעלים המקורי. ואולם, נראה כי יש להתחשב גם בחובתו של הגנב להשיב את הנכס, ומשום כך אין אדם אחר רשאי ליטול נכס זה מהגנב, על אף שיאוש הבעלים מתיר לכל אדם ליטול את הנכס.

זאת ועוד, כל עוד שהנכס מצוי בידי הגנב, הרי אף לאחר יאוש, הנכס נמצא במקום שבו מוטל על המחזיק חיוב השבה, וממילא יש לבעלים סיכוי לקבל את הנכס. משום כך נחשב הנכס כשמורר עבורם בידי "מעין שומר" על אף שהגנב אינו בדיוק שומר שלהם ואינו מתכוון להשיב את הנכס, אלא שהחיוב חל עליו בעל כורחו. הוצאת הנכס מידי הגנב, גורמת לכך שמעתה ימצא הנכס בידי אדם שאין לו חיוב השבה, שהרי המדובר באדם שנטל את הנכס כעת - לאחר היאוש, כשבעלותו של הבעלים המקורי לא מונעת עוד זכיה בנכס. משום כך מוגדר מעשה זה, של נטילה מאדם שמחוייב ב"והשיב" לאדם שאינו מחוייב ב"והשיב" - כגזילה בפני עצמה.

בדרך זו מסביר הגר"ש שקאפ בספרו חידושי ר' שמעון יהודה הכהן, על מסכת בבא קמא (סימן לז), את התוספות במסכת בבא קמא (סו, א) ד"ה הכא נמי.

השבה זה עצמו מונע, כאמור בפרק א' לעיל, ממעשה הגניבה להעביר את הבעלות בנכס לידי הגנב.

אילו היה תוקף ליאוש, הרי שהיה הגנב יכול לשלם לבעלים דמים, מכח החיוב של "ושלים", ולרכוש את הבעלות בנכס. ואולם, בהתאם לגישה לפיה יאוש אינו קונה בגניבה מכיוון שהגנב כפה מציאות קניינית על הבעלים המקורי ומציאות זו עצמה ביקשה התורה לסכל ע"י חיוב ה"והשיב", ובלשון הגמרא "כיוון דבאיסורא אתי לידיה" (כיוון שהחפץ בא לידי הגנב באיסור), הרי שהחיוב של "והשיב" לא נפקע, הנכס נותר בבעלותו של הבעלים המקורי, ועל הגנב מוטל להשיב נכס זה עצמו דווקא.

עם זאת, להלן נראה כי היאוש פועל בכל זאת את פועלו, ויש משקל רב גם מבחינתו של הגנב לעובדה שמבחינה חפצית בפנינו נכס שניתקה ממנו זיקתו של הבעלים המקורי, כך שבעלותו אינה מונעת עוד מכל אדם את הזכות לתפוס בנכס ולקנותו.

דבר זה ימצא ביטוי בעת שיצטרפו ליאוש מרכיבים נוספים כגון "שינוי רשות" ו"שינוי מעשה".

### ביאור לפי שיטת ה"באר יצחק"

הסבר זה לא ניתן לתת לכאורה לפי שיטתו של ה"באר יצחק" לפיה יאוש הוא, בדומה להפקר, הפקעת בעלותו של המתייאש. אם פוקעת הבעלות, כיצד יש עדיין חיוב להשיב את הנכס הגנוב למי שחדל להיות הבעלים? ומדוע אין היאוש כשלעצמו מועיל להעברת הבעלות לגנב, מקום שבו היאוש הוא תוצאה של מעשה גניבה?

הסבר לכך ניתן למצוא בביאורו של ה"חזון איש" על מסכת בבא קמא (סימן יח ס"ק א), שאותם נביא באופן שיטתי ומדורג כדלקמן:

"הפקר הוא עושה מרצונו הטוב - והוא אחד מהעניינים שהתורה השליטה את הבעלים על ממונו. וכמו שיכול למכור וליתן ולהקדיש, יכול להפקיר.

ובזה צריך שיהא הממון תחת כוחו ושליטתו".

כלומר, פעולות רצוניות של מכירה, מתנה והקדש, יכול הבעלים לעשות רק כשהנכס מצוי ברשותו - הוא הדין בהפקר, שאף הוא מוגדר כפעולה קניינית רצונית.

“אבל יאוש הוא הפקעה בעל כורחו נגד רצונו”.

כלומר, יאוש פועל כל כולו במישור הלא-רצוני של הבעלים הנאלץ, לצער, לומר: “ווי לחסרון כיס”. אמירה זו מבטאת מצב שנכפה על הבעלים, המשלים עם מציאות. בעלותו של הבעלים פוקעת עם התייאשותו מן הנכס על אף שהמציאות נכפתה עליו, כגון כשהנכס ניטל ממנו ע”י כח עליון.

“אבל בגנוב וגזול, שאין אבוד מוחלט וצפויה לו הצלה, נדרש שיידע ויתייאש, ואז פקע כוחו בעל כורחו”.

כלומר, בגניבה ואבידה, הנכס אינו ניטל ע”י כח עליון, אלא ע”י בני אדם המצווים בהשבת הנכס. משום כך, עפ”י טבע הדברים אין אדם מתייאש מן הנכס, אלא פועל לקבלו בחזרה. כדי שיאוש יחול אף בכגון זה - יש צורך שהוא יהא פועל יוצא של החלטה מודעת של אדם.

לאמור: יאוש, בניגוד להפקר, אכן מפקיע בעלות - אף בעל כורחו של הבעלים, ואינו בגדר מעשה רצוני שלהם להוציא את הנכס מרשותם, אבל נחוצה הנחת מוצא - שהתחולל יאוש. הנחת מוצא זו קיימת מאליה כאשר הנכס ניטל ע”י כח עליון (נשטף בנהר למשל), והיא אינה קיימת מאליה במקרים שבהם הפועל הוא האדם, כגון בגניבה וגזילה שמחמתם מקבל הבעלים החלטה מודעת להתייאש.

“בגנוב וגזול - ובאבידה שיש בה סימן, הדבר תלוי לדעתו של בעלים... וכזה הסתפקו תוספות (בבא קמא סו, א ד”ה כיוון), כיוון שאין כאן יאוש בעל כורחו אלא לרצונו, והיה מקום לומר דהווי כמפקיר ברצונו”.

כלומר, מכיוון שיאוש בגניבה ואבידה תלוי בהחלטה מודעת, היה מקום לספק בגמרא, האם ניתן לומר שהגנב והמוצא אינם חייבים בהשבה, שהרי בפנינו החלטה של הבעלים בדומה להפקר, המוציא את הנכס מרשותו, כך שאין עוד לגביו חיוב השבה.



ואולם, מסקנת הדברים היא, כי:

"על זה כתבו (התוספות הנ"ל) שאינו כן, דאפילו בזמן שהדבר תלוי בדיבורו, חשיב יאוש בעל כורחו ואינו כהפקר מרצונו".

כלומר, הצורך בהחלטה מודעת נעוץ בכך שעלינו לקבוע האם התחולל יאוש, אף במציאות שהיא נשלטת מטבעה. אבל, לאחר שהגדרנו את הדברים כיאוש, הרי שמהותם היא - יציאת הנכס מרשותו של הבעלים המקורי - בעל כורחו. אין זו החלטה רצונית להוציא את הנכס מרשותו, בדומה להפקר, אלא השלמה כפויה עם מציאות.

"והילכך, כל שנתחייב כבר בהשבה אין יאוש פוטר מלהשיב או לשלם דמים".

כלומר, מכיוון שאין המדובר בהחלטה רצונית של הבעלים אלא בהחלטה כפויה שלהם, והיא תוצר של נטילת הנכס ע"י הגנב או המוצא, הרי שהם (הגנב והמוצא) גרמו ע"י נטילה זו את היאוש, ולא יוכלו להיבנות ממנו.

הסבר דומה לכך מצינו בחידושי ר' מאיר שמחה הכהן מדווינסק (סימן לב אות לח), המבהיר כי ה"והשיב" אינו פוקע ע"י יאוש, שכן הגזלן עצמו ע"י מעשה הגניבה גרם ליאוש זה. לכאורה, מה הנפקות מי גרם זאת, כל עוד שיש בפנינו יאוש שניתק את הזיקה של הבעלים לנכס? נראה כי התשובה לכך טמונה בכך שחיוב ה"והשיב" הוא חיוב שאינו פוקע עקב המצב החפצי של החפץ, ובמיוחד לא עקב השלכות חפציות שהגנב כפה אותן על הבעלים המקורי. חיוב ה"והשיב" נועד בדיוק לשם סיכול השלכות קנייניות אלה באמצעות חיוב ההשבה המוטל על הגנב.

נמצא כי הטעם לכך שיאוש אינו מועיל מקום שבו הנכס בא לידי הגנב באיסור, נעוץ בכך שהתורה קנסה את הגנב וקבעה כי חיוב ה"והשיב" לא יפקע כתוצאה מיאוש הבעלים שהגנב גרם לו. מכיוון שיאוש אינו החלטה רצונית של הבעלים אלא השלמה עם מציאות שנכפתה עליהם, והחלטה זו נובעת מנטילת הנכס ע"י הגנב, הרי שקבעה התורה כי הגנב והמוצא (שלא מיהר להשיב את הנכס) - שגרמו במעשיהם את יאושו של הבעלים המקורי - לא יוכלו להיבנות מיאוש זה.

## סיכום

סיכום הדברים הוא כדלקמן:

יאוש באבידה מועיל לכל הדעות לנתק את הנכס מבעליו, במובן זה שמותר לכל אדם לזכות בנכס, בתנאי שמעשה הקנין נעשה – לאחר היאוש של הבעלים המקורי.

בכל הנוגע לגניבה, מצינו מחלוקת אמוראים בשאלה האם יכול הגנב לזכות בחפץ הגנוב, לאחר שהבעלים המקורי התייאש הימנו: לשיטת רבה – גנב קונה את הנכס לאחר שהבעלים המקורי התייאש ממנו.

עם זאת רבה מסתפק, האם יאוש בגניבה מועיל מדאורייתא, בדומה ליאוש באבידה – או שמא מן התורה שונה דינו של גנב מדינו של מוצא אבידה, בכך שגנב – מחמת חיוב ההשבה שלו – אינו קונה את הנכס.

לפי זה, יאוש בגניבה מועיל לרכוש את הנכס רק מחמת תקנה מדרבנן.

לשיטת ר' יוסף, שנפסקה להלכה, יאוש בגניבה אינו מועיל לאפשר לגנב לקנות את הנכס, וזאת מכיוון שחיוב ההשבה מונע מן הגנב כל אפשרות לבצוע קנין בנכס. תקנה דרבנן המפקיעה חיוב זה – אינה קיימת לשיטתו של ר' יוסף.

בהתאם לכך התעורר דיון בשאלה, מהי הגדרתו של יאוש ומדוע אין הנכס יכול להיקנות ע"י הגנב, שנטל אותו באיסור.

ראינו כי שיטת "קצות החושן" ושורה של אחרונים היא, כי היאוש רק מפקיע את זיקתו החפצית של הבעלים המקורי אל הנכס במובן זה שכל אדם רשאי כעת ליטול אותו. היאוש (בשונה מהפקר) אינו מפקיע את הבעלות בנכס, והוא נותר בבעלות של הבעלים המקורי עד אשר יבוא מאן דהו ויבצע בו מעשה קניין.

חיוב ההשבה האישי המוטל על הגנב כתוצאה ממעשה הגניבה שביצע, מונע אפשרות לרכוש את הבעלות בנכס, וזו נותרת של הבעלים המקורי. מכיוון שמדובר בנכס השייך עדיין לבעלים המקורי

כל עוד שאדם אחר לא נטל אותו, קיים חיוב להשיב את הנכס לבעלים זה.

לעומת זאת ראינו את שיטתו של ה"באר יצחק" כי יאוש מפקיע את הבעלות בנכס, בדומה להפקר. לפי שיטה זו, הטעם לכך שיאוש אינו מועיל מקום שבו הנכס נגנב או נגזל, נעוץ במעין קנס שקבעה התורה, לפיו הגנב שגרם את היאוש לא יוכל להיבנות ממנו.

עם זאת, בפרק הבא נראה, כי אף במקרה שהנכס בא לידיו של אדם באיסור, יפעל היאוש את פועלו, וינתן משקל רב לעובדה שמבחינה חפצית בפנינו נכס שזיקתו של הבעלים המקורי ניתקה ממנו, כך שבעלותו אינה מונעת עוד מכל אדם את הזכות לתפוס בנכס ולקנותו - לפי "קצות החושן", ולפי שיטת ה"באר יצחק" אף נפקעה הבעלות לחלוטין.

דבר זה ימצא ביטוי עת שיצטרפו ליאוש מרכיבים נוספים, כגון "שינוי מעשה" ו"שינוי רשות"<sup>14</sup>.

#### 14 שאלות לעיון וסיכום:

בהתאם לאמור לעיל:

א. האם לפי המבואר לעיל יכולה להתקיים עבירה של מסחר ברכוש גנוב בנכס שהבעלים התייאשו ממנו?

מהו הדין במקרה הבא:

בוצעה גניבה ע"י קטן (פחות מגיל י"ג) שאינו חייב בהשבה, מכיוון שקטן פטור מדאורייתא מקיום מצוות.

הבעלים המקורי התייאש מן הנכס.

האם במקרה זה זוכה הקטן בנכס בעקבות היאוש של הבעלים המאפשר זכיה לכל אדם בנכס?

האם יש נפקות בהקשר זה לעיתוי היאוש, בטרם שהילד הפך לבר מצווה או לאחר מכן?

לעניין זה ראה: "מנחת חינוך" מצוה תקלט, מהדורת מכון ירושלים חלק ג (עמ' שכו בס"ק ח).

ב. נא ללמוד את הקטע הבא, ולהבהיר את הקושי שיבואר בסופו:

(1) במשנה במסכת שקלים (פרק ז משנה ב) נאמר כי מעות שנמצאו בהר הבית הן בחזקת מעות של חולין (להבדיל ממצות של מעשר שני), ולמוצא המעות שם מותר ליטול אותן ולעשות בהן כל שימוש שהוא.

(2) ביחס למשנה זו מקשה "קצות החושן" (סימן ר ס"ק א, בד"ה ולפי זה) מדוע אין המעות הללו קנויות להקדש מכח קנין חצר? [כלומר, קיים כלל כי "חצירו של אדם קונה לו" - כמפורט בתחילת פרק ז לעיל, בהתאם לכך היה מן הדין כי הר הבית הנחשב לחצר של הקדש, יקנה את המעות להקדש, ושום אדם פרטי לא יורשה עוד לזכות במעות אלו].

(3) "קצות החושן" מיישב, כי על אף שאדם נוהג לוודא מעת לעת כי כספו מצוי בכיסו, הרי שברוך כלל בשעת הנפילה של הכסף מן הכיס אין המאבד מודע לכך. נמצא כי כאשר הגיע הכסף להר הבית, שהוא חצר של הקדש, היה הדבר קודם יאוש, שהרי למאבד טרם נודע דבר האובדן באותה עת. משום כך אין ההקדש זוכה במעות, שכן הדבר מוגדר מבחינתו כ-"באיסורא אתי לידיה", כלומר המעות שנעשו בהן פעולת הקנין - בטרם שהבעלים המקורי התיימשקו מהן. משום כך, אין ההקדש זוכה במעות אלו, ובהעדר זכיה של ההקדש יכול המוצא שבא אחר יאוש - לזכות במעות.

(4) אם ניטול כהנחת מוצא כי הקדש אינו מחוייב בהשבה (להבדיל מאדם פרטי), האם ניתן לומר כי קיים כאן הדין של "באיסורא אתי לידיה" שמתחתו אין הנוטל את הנכס קודם יאוש יכול לזכות בו?

לענין זה ראה בהרחבה: "אמרי משה" (סימן לו ס"ק ד), הדין בשאלה זו ומיישב הקושי האמור.

ג. הבהר את הקושי הבא ויישבו:

תוספות במסכת בבא קמא (סו, א ד"ה הכא) מבהיר כי גם באבידה, ולא רק בגניבה, יאוש אינו מועיל לרכוש את הבעלות בנכס, מקום שבו הנכס בא לידי המוצא לפני היאוש. זאת מכיוון שמיד עם הרמת האבידה חל חיוב השבה על מוצא האבידה, חיוב זה אינו פוקע עם התייאשותו של הבעלים המקורי מן הנכס. בכך שווה היא איפוא אבידה לגניבה, שבה מוגדרים הדברים כ-"באיסורא אתי לידיה".

הדין הוא כי חפץ שאין בו סימן אין לגביו חיוב "השבה".

האם נכון יהא להסיק, לפי שיטת התוספות, כי אדם אינו קונה מציאה וחפץ שאין בו סימן, ואשר הבעלים התייאשו ממנו רק לאחר מציאתו ע"י המוצא או שמא במקרה זה, יכול המוצא לרכוש את הנכס על אף שבא לידו בטרם שהבעלים התייאשו ממנו. לעניין זה ראה חידושי ר' עקיבא איגר, על מסכת בבא מציעא (כא, ב ד"ה אמנם):

"באין בו סימן... דלא שייך לומר שידו כיד בעלים, ולא נעשה שומר לבעלים, יש לומר שאינו מחוייב בשמירה ואינו עומד להתברר להחזיר לבעלים... ושפיר הקשו תוספות מאי שנא (למה שונה) יאוש באבידה באין בו סימן, ובאיסורא אתי לידיה, דלא קנה, מאי שנא דבגזילה קנה? והוצרכו לתירוצם, דגם באבידה קנה החפץ ומחזיר הדמים".

## פרק ח - יאוש בצירוף שינוי בחפץ הגנוב

נקודת ההנחה בפרק זה תהא, כי יאוש כשלעצמו אינו מועיל לגנוב לרכוש בעלות בנכס הגנוב, מכיוון שהנכס בא לידיו באיסור.

שיטה זו הובהרה בהרחבה בפרק הקודם, עת שראינו כי החיוב האישי המוטל על הגנב להשיב את הנכס הגנוב (החיוב של "והשיב") מונע ממנו לרכוש בעלות בנכס, על אף שהבעלים המקורי התיימש וניתקה זיקתו החפצית לנכס הגנוב.

בפרק זה נעמוד על פועלו של היאוש, ונראה כי על אף שאינו מועיל, כשלעצמו, להעביר בעלות בנכס, יש בו כדי להוות מצע שעל גביו יוכלו להתחולל שינויים שיהא בהם, בעקבות היאוש ומחמתו, כדי להעביר את הבעלות בנכס לגנב.

הסוגיה המרכזית בהקשר זה מצויה במסכת בבא קמא (סו, ב):  
"איתיביה אביי לרב יוסף, עורות של בעל הבית - מחשבה מטמאתן, ושל עבדן - אין מחשבה מטמאתן;  
של גנב - מחשבה מטמאתן, של גזלן - אין מחשבה מטמאתן - שמע מינה יאוש קנה.  
אמר לו, הכא במאי עסקינן כגון שקיצען".

### שיטת רש"י ותוספות

הסוגיה מובהרת ע"י רש"י (ד"ה שקיצען): "דאיכא תרתי - שינוי מעשה ויאוש, ולעולם יאוש גרידא לא קני". כלומר, מדובר במצב שבו ההחלטה להשתמש ביריעת העור במתכונתה הקיימת לוותה במעשה של קיצוע היריעה והתאמתה לשימוש. דבר זה בהצטרף ליאוש הופך את הגנב לבעלים. שינוי זה מועיל איפוא ביחד עם היאוש לרכישת הבעלות בנכס.

בהקשר זה מובהר בתוספות כי בסוגיה דנא אין המדובר בשינוי מוחלט של הנכס, שיש בו כשלעצמו כדי לקנות את הבעלות בנכס, כמובהר בפרק ו לעיל. שינוי כזה מועיל לרכישת הבעלות בנכס - אף בלא התייאשות הבעלים המקורי, ואילו בסוגיה דנא מצינו כי שינוי זה כאשר הוא מתחולל בנכס ע"י גולן, אינו קונה את הנכס, מכיוון שהבעלים לא מתייאשים מנכס כאשר זהות הנוטל ידועה. בפנינו יאוש ביחד עם שינוי מעשה קטן בלבד. ובלשון תוספות שם (ד"ה כגון שקיצען): "ומועיל עם היאוש, אבל לחודיה לא קני, דלאו שינוי מעשה הוא".

יש איפוא צורך ביאוש, בצירוף לשינוי המתחולל בנכס, ובלעדיו אין קניין, שכן מדובר בשינוי קטן בנכס, שאין בו כשלעצמו כדי להועיל לקנות את הנכס. הקניין מתחולל איפוא מכוח צירוף של שני גורמים שאף אחד מהם כשלעצמו אינו מועיל.

בהקשר זה נשאלת השאלה: איזה מין צירוף הוא זה בין שני גורמים שאף אחד מהם אינו מועיל כשלעצמו לשם רכישת הבעלות בנכס? הרי מחד גיסא בפנינו שינוי מועט שאינו מועיל לרכישת בעלות, מכיוון שאין בו כדי להפקיע את חיוב ההשבה; ומאידך גיסא בפנינו יאוש, שאף הוא כשלעצמו אינו מועיל לרכישת בעלות, שכן אף הוא אינו מפקיע את חיוב ההשבה. כיצד מצטרפים איפוא שני גורמים אלו כדי להפקיע את חיוב ההשבה מן הנכס?

שאלה זו תתעורר בעת העיון בהמשך הסוגיה. הגמרא דוחה שם את פירושו האמור של רב יוסף, ומציינת כי הקושי על דעת רב יוסף ליווה אותו במשך עשרים ושתים שנה. לבסוף, הגיע רב יוסף למסקנה כי המשנה לפיה גנב יכול לקבוע את גורל הנכס, עוסקת במקרה שבו התחולל "שינוי השם" - כלומר, הנכס קיבל הגדרה שונה בפי הבריות, לאור היעוד השונה שלו, "ושינוי השם כשינוי מעשה דמי". כלומר, הגדרה שונה של נכס, כמוה כשינוי המתחולל בצורתו החיצונית, שכן בשני המקרים אין זה עוד החפץ במתכונתו כפי שהיה בעת הגניבה.

לשיטת התוספות גם בסוגיה זו אין המדובר בשינוי שם מוחלט המתחולל בנכס, שכן שינוי כזה, בדומה לשינוי מעשה מוחלט, מעביר את הבעלות בנכס אף בלא צורך ביאוש, ואילו במשנה מצינו כי גולן

- אינו קונה את הבעלות בנכס על אף השינוי שחל בו. משמע כי יש צורך גם ביאוש, ובהעדרו, אין הבעלות בנכס עוברת לגזלן.

מדובר איפוא בשינוי השם שאינו מוחלט, ועל כן כדי לקנות בעלות בנכס נדרש צירוף של שני גורמים: "שינוי השם" ויאוש, כשיאוש קיים בגנב ולא בגזלן.

ובלשון תוספות (שם, ד"ה שינוי השם כשינוי מעשה דמי): "לא כשינוי ממש, דשינוי מעשה לחוד קני... אבל שינוי השם גרידא לא קני בלא יאוש או שינוי מעשה".

שיטה זו של התוספות מעוררת שוב את אותו קושי, שעליו עמדנו ביחס לשינוי מעשה, כיצד זה מצטרפים יאוש שאינו מעביר בעלות ואינו מפקיע את חיוב ההשבה, ביחד עם שינוי השם, שאף הוא אינו מעביר בעלות ואינו מפקיע את חובת ההשבה - כך ששניהם ביחד יעבירו את הבעלות לגנב?

#### שיטת הרמב"ן

הרמב"ן נוקט בגישה שונה לחלוטין מזו של רש"י ותוספות. בספרו "מלחמות ה'" (על מסכת בבא קמא, דף מא מדפי הרי"ף) מתייחס הרמב"ן לגישת הראב"ד ובעל המאור הנוקטים כשיטתו של התוספות, וחולק עליהם - לנוכח הקושי האמור. לדידו של הרמב"ן אין הצטרפות בין יאוש לבין השינוי המתחולל בנכס, והקניין הוא פרי השינוי, של עצמו. ובלשונו: "כיוון שנשתנה שמו שינוי גמור שאינו חוזר לברייתו, קנה בלא יאוש, אע"פ שקנה בשינוי השם בלבד".

מכיוון שהקניין נוצר ע"י השינוי כשלעצמו, מדוע נחוץ יאוש? על כך משיב הרמב"ן כדלקמן:

"אם לא נתייאשו הבעלים, אינן יורדין לידי טומאתן במחשבה של אלו, שכיוון שהבעלים מחזרים אחר הגזלן להעמיד אותו בדין, אין מחשבתו של אותו גזלן מחשבה גמורה שתורד לידי טומאה באותה מחשבה, שמה יחזירנה לבעלים לכשיעמידו בדין, כדי שלא יקראהו חמסן... וכל היכא דאיכא למימר דמימלך אין יורדין לידי טומאתן, דומיא לעוררת של עבדן".

כלומר, הצורך ביאוש הוא צורך נקודתי המתייחס לדיני טומאה בלבד, שבהם נדרשת הגדרת החפץ כגמור, וככזה שלא צפוי כי יעבור עיבוד נוסף עקב שינוי בעלות. משום כך, בכל הנוגע לגנב נחוץ יאוש הבעלים ולא די בשינוי שמתחולל בנכס. על אף שמבחינה קניינית שייך הנכס לחלוטין לגנב לאחר שהתחולל בו שינוי כאמור, ולא ניתן לחייב את הגנב להשיב נכס זה עצמו לבעליו, מכל מקום, כל עוד שהבעלים לא התייאשו מן הנכס, צפויים הם לחזור אחרי הגנב, והלה עלול להימצא במצב שבו יהא עליו להחזיר את הנכס לבעלים המקורי, על אף שמבחינה קניינית הנכס שייך לו, וזאת כדי שלא להקרא חמסין! חשש זה מפני ההזדקקות של הגנב להשיב את הנכס, מונע את היכולת להתייחס להגדרתו של הגנב את הנכס - לעניין טומאה וטהרה. נמצא כי סוגיה זו, שבה גם מובאת נפקות בין גנב לגזולן, אינה מתייחסת למישור הקנייני, שבו די בשינוי בלבד, אלא הדברים נוגעים לדיני טומאה בלבד, שבהם יש צורך מיוחד וספציפי, בהגדרה סופית של בעלים בלתי מעוררע.

עם זאת, הרמב"ן מוסיף ומבהיר כי יתכן שיהא מקום לומר שיש הבחנה בין שינוי בנכס הגנוב - המתחולל ע"י מעשה, שאז כאמור לעיל, אין צורך ביאוש ודי בשינוי כשלעצמו כדי לקנות את הנכס, לבין שינוי בנכס הגנוב, המשנה את הגדרת הנכס (שינוי השם), אשר אינו מתחולל ע"י מעשה כלשהו, אלא ע"י החלטה בלבד של האוחז בנכס, כאשר לא די בו להעביר בעלות' כך שנחוץ גם יאוש.

עם זאת, הרמב"ן מבהיר כי גם במקרה אחרון זה, אין המדובר בהצטרפות של יאוש עם השינוי המתחולל בנכס, אלא שכל עוד שהבעלים לא מתייאש אין הגנב "בעלים" להגדיר את הנכס. רק לאחר יאוש, כשהגנב זכאי לזכות בנכס, יש בידו גם להגדירו כשונה מהווייתו ומייעודו הראשוני, ובכך גופא מתחולל שינוי המעביר לגנב את הבעלות בנכס. לאמור:

1 חמסן מוגדר כמי שנוטל נכס באלימות ומשלם את דמיו. החמסן כופה למעשה על הבעלים "למכור" לו את הנכס, ועל אף שהוא משלם את דמיו, קרוי המעשה "חמס" על שום מעשה הכפייה שבו. לעניין זה ראה: מסכת בבא קמא סב, א: "מה בין גזולן לחמסן? חמסן יהיב דמי, גזולן לא יהיב דמיה".



- (א) שינוי המתחולל ע"י מעשה - די בו כשלעצמו כדי להעביר בעלות, ועם פקיעת חיוב ה"והשיב" הנובע מכך שבפנינו חפץ שונה מזה שניטל - עוברת הבעלות בנכס לגנוב.
- (ב) מקום שבו התחולל שינוי מעשה בנכס הגנוב - אין צורך ביאוש כדי להעביר בעלות בנכס, ומבחינת דיני הקניין - הבעלות עוברת באופן מוחלט לידי הגנוב אף בלא יאוש של הבעלים המקורי.
- (רק לצורך דיני טומאה, שבהן נחוץ כי הגנוב לא יהא צפוי אף ללחץ פסיכולוגי מצד הבעלים הממשיכים לדלוק אחריו ולדרוש כי יחזיר את הנכס, שאם לא כן יקראוהו חמסן - נחוץ יאוש כדי להגדיר את הגנוב כבעלים מוחלט).
- (ג) לעומת זאת, מקום שבו הנכס מצוי במצבו הראשוני שבו ניטל, ולא התחולל בו כל שינוי נראה לעין, יתכן כי שונה הוא הדין:
- (1) גם במקרה זה יתכן שדי לנו בהגדרת הנכס באופן שונה כדי להוציאו מרשות הבעלים המקורי ולהקנותו לגנוב<sup>2</sup>.
  - (2) עם זאת, יכולה להתעורר טענה כי - הגנוב אינו יכול להגדיר נכסים של מישהו אחר. הכח להגדיר נכס - ניתן רק לבעלים של הנכס. גנוב לעומת זאת, לא יכול להגדיר נכס של זולתו.
  - (3) לפי הגיון זה, לא יכול הגנוב להגדיר את הנכס וע"י כך להיהפך לבעלים, שכן אדם לא יכול להרים את עצמו בשרוכי נעליו, ואין בידו להגדיר נכס של הזולת בהגדרה שמכוחה יהפוך הנכס לשונה מזה שהיה בידי בעליו - שהרי הגדרה זו עצמה יכול הוא לתת רק לאחר שהפך להיות לבעל הנכס.
  - (4) משום כך, רק אם התחולל בנכס יאוש, שמחמתו אין הבעלות המקורית מונעת מן הגנוב לנהוג בנכס מנהג בעלים - יכול הגנוב לרכוש את הנכס ע"י "שינוי השם" - דהיינו ע"י הגדרה שונה של הנכס.

2 כך למשל, גנוב הנוטל בול עץ ומחליט כי הוא לא ישמש עוד כחומר גלם, אלא יהווה בעצמו: מגש, מגדיר למעשה את הנכס באופן שונה מזה שנטל. הוא לקח חתיכת קרש, וכעת מחזיק בכלי המשמש להגשה.

שיטתו של הרמב"ן היא איפוא כי אין צירוף של יאוש עם שינוי, ואין ביאוש להוסיף תוקף לשינוי שלא היה בו כשלעצמו כדי להעביר בעלות בנכס לגנב. מקום שבו מדובר בשינוי בעין המתחולל בנכס – אכן אין צורך ביאוש, והקניין עובר באופן חלוט לגנב (ורק לענין דיני טומאה נחוץ היאוש, מטעם נקודתי הקיים שם), בנוגע ל"שינוי השם", שבו מתחולל שינוי בהגדרת הנכס, על אף שאין כל שינוי חיצוני הנערך בו, סובר הרמב"ן כי יתכן להסיק כי נחוץ היאוש, כדי שההגדרה של הגנב את הנכס – תהא בכלל בת תוקף וראויה להתייחסות כשינוי השם. רק מקום שבו הבעלים המקורי התיימש מן הנכס ועקב כך אין מניעה מצד אנשים אחרים לנהוג בנכס מנהג בעלים – יש תוקף להגדרת הגנב את הנכס. ואולם, משניתן תוקף להגדרת הנכס ע"י הגנב, הרי שהקניין חל, לא מחמת היאוש, אלא מחמת השינוי כשלעצמו, להתחולל בנכס.

### הסברו של הרב משה פינשטיין לשיטת רש"י והתוספות

לעומת ההסבר בשיטת הרמב"ן, נותרנו עם קושי בהבנת שיטתם של רש"י ותוספות לפיה מצטרפים יאוש שאינו מעביר בעלות ואינו מפקיע את חיוב ההשבה, ביחד עם שינוי קטן, שאף הוא אינו מעביר בעלות ואינו מפקיע את חובת ההשבה – ושניהם ביחד מעבירים את הבעלות לגנב. היאך מועיל צירוף של שני גורמים אלו שאין בכל אחד מהם כדי להועיל?

בספר "דברות משה", על מסכת בבא קמא (חלק א סימן מד ענף ג), מבאר כדלקמן:

"יאוש לרב יוסף, אף שלא מהני, מכל מקום מהני לעניין זה שיותר לא שייך לומר שעודנו גוזלו.

דעך היאוש נחשב כל רגע שאינו מחזיר כגוזל מחדש.

ולכן, רק שינוי גדול אין צריך יאוש, דהא עושה שאינו בעלים.

אבל קטן, ששם הראשון עליו עדיין, או שניכר עדיין כל מה שגזל, כמו שקיצען, נמצא שגם זה הוא כעין שגזל, דהא ברגע זה גוזלו עוד הפעם, שכבר הוא בשינוי זה.

אבל אחר יאוש שיותר אינו גוזלו, אין כאן מה שגזל אף בשינוי כזה, ויצטרך היאוש להיות קודם השינוי, וכן הוא בשינוי השם, דגדול הרי נשתנה בהכרח, אבל קטן הוא רק אחר היאוש, שיותר אינו גוזלו, דקודם שנתיימש הרי גזלו גם בהשינוי".

נבהיר דברים אלה כסדרם:

גניבה היא עוולה נמשכת, המתחוללת שוב ושוב בכל רגע שבו החפץ אינו מושב לבעליו.

שינוי גדול ומהותי מפקיע את חיוב ה"והשיב", ומאותה עת ואילך - אין העוולה נמשכת.

לעומת זאת, כאשר מתחולל שינוי קטן ולא משמעותי בנכס (או מבחינת צורתו החיצונית - "שינוי מעשה קטן", או מבחינת הגדרתו - "שינוי השם קטן"), הרי שעל אף שבפנינו נכס שונה מזה שניטל, אין הנכס נקנה לגנב. זאת מכיוון שהחיוב המוטל על הגנב להשיב את הנכס מגדיר את המשך החזקת הנכס בידי הגנב ואי השבתו, כמעשה נטילה חדש המתחולל שוב ושוב בכל רגע נתון שבו הנכס אינו מוחזר לבעליו. מכח נטילה נמשכת ומחודשת כאמור, נוצר ממילא חיוב השבה חדש. במקרה של שינוי מועט שאינו מפקיע חיוב ה"והשיב", מתייחס חיוב זה גם לנכס במתכונתו החדשה והשונה משהו שלגביה נוצר חיוב ההשבה החדש ברגע שאחרי השינוי.

נכס זה, שנעשה בו שינוי מסוים, נגנב איפוא מחדש בכל רגע ורגע, וקיים חיוב להשיבו כפי שהוא - במצבו החדש.

בפרק הקודם ראינו גישה לפיה יאוש מנתק את הזיקה של הבעלים המקורי מן הנכס, במובן זה שאין עוד איסור ליטול אותו. הבעלות של הבעלים המקורי קיימת, אך אין בה עוד כדי למנוע מאדם אחר לקחת את הנכס ולהפקיע בכך את בעלותם.

עם זאת, יאוש זה אינו מסייע לגנב, שכן על אף שכל אדם זכאי לרכוש את הבעלות בנכס, הגנב אינו זכאי לעשות כן - לאור חובתו להשיב את הנכס.

עם זאת, ביחס לנכס שבעליו התייאשו ממנו, אין לראות עוד בהחזקת הנכס הגנוב משום עוולה נמשכת של גניבה, שהרי ככל שבפנינו נטילה המתרחשת לאחר היאוש, אין הבעלות המקורית ניצבת חוץ כנגד נטילה זו ואינה אוסרת אותה.

עוולת הגניבה התחוללה איפוא רק בעת הנטילה שהתרחשה בטרם שהבעלים התייאשו.

מוצאו של חיוב ההשבה ביחס לנכס גנוב שהבעלים התייאשו ממנו, נעוץ איפוא, בנטילה הראשונה שהתחוללה בטרם היאוש, שעה שהנכס בא לידי הגנב באיסור ("באיסורא אתי לידיה") לעומת זאת, אין במקרה זה חיוב השבה הנובע מן הבעלות הנמשכת של הבעלים המקורי.

מעתה מובן כי במקום שבו הנכס עבר שניים אלו: יאוש של הבעלים המקורי; וכן שינוי מסוים ולו שינוי כלשהו, התוצאה תהא כדלהלן:

- (1) היאוש - גורם לכך שאין עוד בפנינו עוולה נמשכת של גניבה, וממילא החיוב להשיב נובע רק מן הנטילה הראשונית ומתייחס בהכרח לנכס במתכונתו כפי שהיה בטרם שהבעלים התייאשו ממנו. מעת היאוש ואילך, אין להתייחס לאי השבת הנכס כאל נטילה מחודשת האסורה כשלעצמה ומקימה חיובי השבה חדשים, שכן הבעלות לאחר יאוש מאבדת את כוח החיוניות שלה, המונע מאחרים ליטול את הנכס.
- (2) השינוי - מפקיע את חיוב ה"והשיב" מן הנכס במתכונתו החדשה והשונה.
- (3) אכן בדרך כלל, כל עוד שהשינוי אינו מהותי, אין בכך כדי להביא לרכישת הבעלות בנכס, לאור החיוב האישי החל ביחס לחפץ זה, ואשר אי קיומו מוגדר כעוולה בפני עצמה וכגניבה נמשכת של הנכס, המתחוללת אף בנכס במתכונת חדשה זו. אבל, לאחר יאוש, שוב אין עוולה נמשכת, אלא רק העוולה המקורית שהתחוללה בנכס במתכונתו הקודמת, כפי שהיה טרם שהבעלים המקורי התייאשו מן הנכס.

(4) בנכס שיש בו גם יאוש וגם שינוי, נמצא כי מכיוון שהנכס שבפנינו שונה מן הנכס המקורי שניטל ואין כאן "כעין שגזול", הרי שזהו נכס שחיוב ההשבה המקורי - פוקע ממנו. לאור היאוש שהתחולל בינתיים, נמצא כי לא נוצר חיוב השבה חדש, הנובע מהיותה של הגניבה עוולה נמשכת המתרחשת בנכס במתכונתו החדשה.

(5) היאוש - הפקיע את חיוב ההשבה שחל מחדש בכל רגע נתון.

והשינוי - הפקיע את החיוב שחל בעת הנטילה שהתחוללה עובר ליאוש ביחס לנכס במתכונתו המקורית.

נמצא כי בפנינו נכס שחיוב ה"והשיב" המקורי (החפצי) - פקע ממנו, ואילו חיוב "והשיב" (אישי) חדש, לא יכול לחול לגביו.

(6) פקיעת ה"והשיב" מובילה כמפורט בכל הפרקים לעיל - לרכישת הבעלות בנכס ע"י הגנוב.

כך מובן הצירוף, בין שני הגורמים: היאוש והשינוי שמתחולל בנכס המקורי.

הסבר זה של הרב פינשטיין, יוצר נפקות לשאלת העיתוי של היאוש, לפני או אחרי השינוי. נבהיר:

(1) צירוף של יאוש ושינוי השם או שינוי מעשה, מועיל להעביר בעלות בנכס, רק אם היאוש התחולל לפני שחל שינוי בנכס. במקרה זה אין עוד חיוב השבה בנכס במתכונתו החדשה, מכוח עוולה נמשכת, שהרי השינוי חל לאחר שהתחולל היאוש.

(2) לעומת זאת, מקום שבו ארע תחילה שינוי קטן בנכס ורק אח"כ יאוש, אין בכך כדי להעביר בעלות בנכס. במקרה זה שהשינוי התחולל בטרם יאוש, חל חיוב השבה חדש, כתוצאה מחיוב ההשבה המתייחס אף לנכס במתכונתו החדשה. לאחר מכן, משהתחולל היאוש - שוב לא יהא בו כדי להפקיע את

חיוב ההשבה, שחל כבר קודם לכן על הנכס - במתכונתו החדשה. זאת מכיוון שיאוש כאמור אינו מפקיע בעלות או חיובי השבה שנקבעו קודם לכן, אלא רק מונע איסור מחודש לרכוש את הנכס.

(3) משום כך, רק שינוי גדול, המפקיע כשלעצמו את הבעלות בנכס וסותר לחלוטין את חיוב ההשבה - יכול לגרום להעברת הבעלות בנכס הגנוב, הן אם הוא מתחולל לפני יאוש והן אם הוא מתחולל לאחריו, שהרי ה"והשיב" פקע מנכס זה, וממילא עוברת הבעלות לגנב - אף בלא יאוש כלל.

(4) לעומת זאת, שינוי מעשה קטן, או שינוי השם קטן, מועיל בצירוף של יאוש רק אם היאוש קודם לשינוי האמור, ומונע את חיוב ה"והשיב" ביחס לנכס במתכונתו החדשה<sup>3</sup>.

בהתאם לביאור זה של הרב פינשטיין מתווסף נופך של הבנה בהסברו של הגר"ח, אשר הובא בפרק ו לעיל.

בפרק ו ראינו כי כאשר חל שינוי מועט בנכס, פוקעת עקב כך האפשרות מבחינה אישית להשיב את הנכס האמור ולומר "הרי שלך לפניך". לעומת זאת, החיוב החפצי של "והשיב" ממשיך להיות מוטל על הנכס.

כדי להבהיר זאת ציינו, כי הדין של "הרי שלך לפניך" הוא זכות של הגנב כגברא (כאדם) לפטור את עצמו בדין מן החיוב האישי שלו - עת שהינו מחזיר נכס הזהה למה שנטל. לשם כך, נחוצה זהות מוחלטת בחפץ המוחזר לעומת החפץ המקורי, וקיימת רגישות כלפי כל שינוי. די בשוני כלשהו כדי למנוע מהגנב אפשרות לטעון "הרי שלך לפניך". לעומת זאת, חיוב ה"והשיב" החפצי מתקיים בנכס ומונע תחולה של קניין כלשהו. חיוב חפצי זה ממשיך לרבוץ על הנכס, כל עוד שאין הנכס משתנה לחלוטין ממתכונתו הקודמת. ככל שנושא הדיון הוא החפצא של הנכס, יש פחות רגישות לשינוי מועט, ואף נכס שהשתנה משהו - חייבים להשיבו לבעליו.

3 בסוגיה זו ראה גם שו"ת "דברי מלכיאל" (חלק ד, סימן רמח).

דברים אלו טעונים הסבר. מדוע קיימת רגישות יתר לכל שינוי ככל שמדובר בחיובים אישיים, ומדוע לא קיימת רגישות מקבילה לשינויים קלים עת שמדובר בחיובים חפציים?

בהתאם לדברי הרב פינשטיין נראה להבהיר, כי אף אלמלא ההבחנה האמורה בין חיובי גברא לחיובי חפצא יש הסבר ברור לשוני בין הדין של "הרי שלך לפניך" - לבין החיוב החפצי של "והשיב".

ההסבר לכך הוא כי האמירה של "הרי שלך לפניך" משמעה כי הגנב מבקש לבצע השבה של נכס שהוא זה שניטל בעת הגניבה. בבחינת "מה שלקחתי ממך, עת שהנכס היה שלך" - הריהו כעת לפניך". משום כך, גם שינוי מועט, ואף שינוי כלשהו די בו כדי לנתק את הקו הישיר שמבקש הגנב למתוח מהנטילה הראשונה שבעת הגניבה, לבין לחפץ הנוכחי. כל שינוי מונע מן הגנב לטעון כי זהו הנכס כהווייתו, בדיוק כפי שהיה בעת נטילתו הראשונה.

לעומת זאת, חיוב ה"והשיב" הוא חיוב נמשך הנוצר בכל רגע ורגע מחדש, עקב היותה של הגניבה עוולה נמשכת. הרב פינשטיין מבהיר כי בכל רגע נתון שבו הנכס לא מושב, הוא נחשב לגנוב מחדש, וגניבה זו מקימה על עצמה חיוב חדש של "והשיב" המתייחס לנכס במתכונתו כפי שהיה בעת גניבה זו. נמצא כי לצורך חיוב ה"והשיב" הנכס לא צריך להיות זהה למצבו בעת הנטילה הראשונה, ודי לו כי יהא זהה למצבו בעת הנטילה החדשה, שהתחוללה בו לפני רגע, כשהוא כבר מצוי במתכונתו השונה משהו. הגדרת הגניבה כנטילה נמשכת היוצרת חיובים חדשים של "והשיב" מבהירה, איפוא, מדוע חיוב זה ממשך כשיש שינוי קטן.

חיוב ה"והשיב" מתייחס גם הוא רק לנכס שהוא זהה לחלוטין למה שניטל, אלא שהנטילה אינה נמדדת ברגע הראשון (להבדיל מן הדין של "הרי שלך לפניך") אלא בפנינו נטילה נמשכת, המתרחשת בכל רגע ורגע, לרבות ברגע שאחרי השינוי המסויים שהתרחש בנכס.

השינוי בנכס ביחס למצבו בעת הנטילה המקורית אינו מפקיע איפוא את חיוב ההשבה, לא מכיוון שחיובים חפציים שונים מחיובים אישיים. אכן, אלו ואלו קיימים רק ביחס לנכס הזהה למה שניטל. אלא, שבעוד

שהדין של "הרי שלך לפניך" – משווה את החפץ המושב לחפץ שניטל – בעת הנטילה הראשונה (עת שהיה בגדר "שלך" – של הבעלים המקוריים), הרי שהדין של "והשיב" מתייחס לנכס כפי שהיה במתכונתו בעת הנטילה – ברגע הקודם, שהרי גם בו שרר חיוב השבה, שאי ביצועו נחשב כשלעצמו לגניבה המקימה חיובי השבה.

זאת ועוד, בסוף פרק ו' הבהרנו את דברי ה"מחנה אפרים" לפיו נחוץ קניין בעת השינוי שהתרחש בנכס, שכן בכל רגע ורגע יש נטילה ויש לעומתה חיוב מתחדש של "והשיב" המפקיע את תוקפה של נטילה זו. אח"כ יש נטילה חדשה וכן "והשיב", נוסף שמפקיע אף אותה. הקניין מתרחש איפוא רק בעת הנטילה האחרונה, שאין אחריה חיוב של "והשיב" ולכן נחוצה באותה עת כוונת קניין. ואכן גם בהקשר דנא אומרים אנו בדומה לכך כי בפנינו חיוב השבה הנובע מאי-קיום חובת ההשבה ברגע הקודם. אי השבה זו מהווה כשלעצמה גניבה נמשכת שמצמיחה חיוב חדש של "והשיב" ביחס לחפץ במתכונתו זו. הזיקה שבין כל רגע חדש שיש בו נטילה, לבין חיוב ההשבה שמתרחש באותו רגע, מאפשרת לנו להבין כי אף שהנכס כעת שונה מזה שהיה בעת הנטילה הראשונה, אין בכך כדי לגרוע מחיוב ההשבה המתייחס לנטילה שהתרחשה לפני רגע אחד בלבד – בעת שהנכס היה במתכונתו השונה משהו<sup>4</sup>.

---

4 עם זאת, הסברו של הרב פינשטיין מתיישב גם עם הגישה לפיה אין צורך בכוונת קניין בשעת מעשה השינוי, שכן מדובר בעוולה נמשכת, כשיש זיקה בין מעשה הקניין שמתרחש ברגע הראשון של הנטילה, ואשר אינו נפקע עם חיוב ה"והשיב" אלא נותר תלוי ועומד, עד לרגע פקיעתו הסופית של חיוב ה"והשיב". העובדה שישנם חיובי "והשיב" נוספים ונטילות נוספות עקב אי ההשבה בינתיים, אינה מחייבת את המסקנה כי גם מעשה הקניין הראשוני פקע לגמרי ברגע שחל חיוב ה"והשיב" שהתחדש מיד אחריו. בנקודה זו, תיותר בעינה המחלוקת על שיטת ה"מתנה אפרים" על אף קבלת גישתו העקרונית בדבר קיומם של מעשי גניבה נמשכים, כל עוד לא בוצעה ההשבה.



ניתוח השוני בין שיטת הרמב"ן לבין שיטת רש"י ותוספות  
בפרק זה יצאנו מנקודת הנחה כי יאוש מקליש את הבעלות ומאפשר  
לכל מאן דבעי ליטול את הנכס בלא שהדבר יחשב לגניבה.

נקודת הנחה זו שימשה אותנו בביאור שיטת הרמב"ן הגורס כי רק  
לאחר יאוש יכול הגנב לקרוא שם לנכס הגנוב בידו ולהגדירו בהגדרה  
שיש בה כשלעצמה כדי להפקיע את חיוב ה"והשיב", אף כאשר החפץ  
בעינו ולא חל בו כל שינוי מעשה.

נקודת הנחה זו שימשה אותנו גם בביאור שיטת רש"י ותוספות,  
שכן היאוש מאפשר לגנב שלא להמשיך ולהתחייב בהשבת הנכס ככל  
שהדבר נוגע לעוולה הנמשכת של הגניבה ולנכס במתכונתו השונה לאחר  
שהתחולל בו שינוי.

מכיוון שכך, נשאלת השאלה כמה חלוק הרמב"ן הגורס שיאוש  
אינו מצטרף לשינוי, על שיטת רש"י ותוספות שיאוש מצטרף לשינוי  
המתחולל בנכס? וכי קיימת לשיטת הרמב"ן הגדרה שונה של מהות  
היאוש, אשר מחמתה הוא נמנע מלגרוס כשיטת רש"י ותוספות?

נראה כי ניתוח הדברים מוביל להבחנה הבאה:

(א) לשיטת הרמב"ן - יאוש הבעלים מאפשר לגנב להגדיר את הנכס,  
ולשנות את שמו ומהותו, בלא להיחשב לאדם זר שאין לו רשות  
וסמכות להגדיר את יעודיו של הנכס, שהרי יאוש מעניק לחפץ  
סטטוס של נכס אשר זרים רשאים לנהוג בו מנהג בעלים. אבל,  
היאוש כשלעצמו אינו מפקיע את חיוב ה"והשיב" ורק השינוי  
שהתחולל לאחר היאוש מפקיע חיוב זה. הרמב"ן מפרש את דברי  
הגמרא לפיהם יאוש אינו קונה כמכוונים לומר כי ליאוש אין שום  
השפעה על חיוב ה"והשיב" ועל הגדרת הגניבה.

(ב) לעומת זאת, לשיטת רש"י ותוספות על פי ביאורו של ר' משה  
פינשטיין, מועיל היאוש כדי למנוע הגדרת הנכס כממשיך להיגנב  
- ואת חיובי ההשבה הנובעים כתוצאה מכך. מעת היאוש אין  
לראות את הנכס כממשיך להיגנב כל עוד שהוא לא הושב לבעליו,  
שהרי מותר לנטלו, ומכיוון שכך נעצרת תחולתם של חיובי השבה

המתעוררים ביחס לנכס הממשיך להיגנב בכל רגע מחדש. אכן, רק השינוי המתחולל בנכס מפקיע את חיוב ה"והשיב" הראשוני – הנוצר כתוצאה מן הנטילה של הנכס, ולשם הפקעת חיוב זה אין היאוש מועיל, גם לשיטת רש"י והרמב"ן. אבל, יש ביאוש כדי לפעול את פועלו אף בתחום עצם הגדרת הגניבה כעוולה נמשכת המצמיחה חיובי השבה חדשים.

(ג) הרמב"ן גורס כי לא תיתכן הצטרפות של יאוש ושינוי כפעולות המתחוללות באותו מישור, של הגניבה, שכן יאוש לא פועל דבר במישור זה. יאוש יכול להוות אפשרות להתחוללות שינוי השם ע"י כך שהגדרת הגנב את הנכס אינה הגדרה של זר שאינו כשיר לקבל החלטות ביחס לנכס זה. אבל היאוש לא יכול לפעול דבר במישור הגדרת הנכס כגנוב וכמי שחיוב ה"והשיב" רובץ עליו.

(ד) לעומת זאת, רש"י ותוספות גורסים כי אכן מדובר בהצטרפות של גורמים (יאוש ושינוי) הפועלים באותו מישור עצמו של הגדרת הגניבה וגדרי תחולתו של חיוב ה"והשיב".

### נפקויות בין שיטת הרמב"ן לשיטת רש"י ותוספות

בין שיטתם של רש"י והתוספות לבין שיטת הרמב"ן יש נפקויות מספר, ונעמוד להלן על דוגמא בולטת לנפקות הנובעת מנקודת ההבחנה דלעיל:

בגמרא במסכת בבא קמא (סז, א) מצינו: "רבי זירא אמר, שינוי החוזר לברייתו, בשינוי השם לא הווי שינוי". כלומר, חפץ אשר השינוי המתחולל בו הוא בתחום הגדרת שימושיו, אינו נחשב לשינוי לעניין הפקעת חיובי ההשבה, אם מדובר בשינוי הפיך, שניתן להחזירו לקדמותו, מבחינת שימושיו והגדרתו הפונקציונלית. כך למשל, קורת עץ גזולה, אשר הגזולן עשה בה שימוש לצורך קירוי ביתו. הגדרת הנכס כחלק מתקרה היא מעשה הפיך, שהרי ניתן לסתור את התקרה ולשלוף ממנה את הקרש הגזול, בכל עת, כך שישוב להגדרתו הקודמת, ששררה בעת גניבתו.

תוספות במסכת סוכה (ל, ב ד"ה וליקניוה) מבהיר כי אף לשיטת ר' זירא הנ"ל יועיל שינוי השם החוזר לברייתו לשם רכישת הנכס, כשייאוש מצטרף אליו.<sup>5</sup>

כלומר, לשיטת תוספות אף שינוי שאין בו כדי להועיל להקניית הבעלות בנכס, יפעל את פועלו מקום שבו יש יאוש. לפי ביאורו של ר' משה פינשטיין הדברים מובנים הם, שכן גם שינוי השם החוזר לברייתו, נחוץ ומועיל להסרת חיוב ה"והשיב" הראשוני של הנכס. אלא שבדרך כלל אין בכך כדי להועיל להקניית הנכס לגנב, שכן נוצר חיוב השבה חדש ביחס לנכס במתכונתו החדשה שאינה שונה לחלוטין מקודמתה. ואולם, במקום שבו יש יאוש, הרי שהיאוש מפקיע את הגדרת הנכס כעוולה נמשכת, ומכאן הצטרפות היאוש לשינוי השם החוזר לברייתו כדי להביא להעברת הבעלות בנכס.

לעומת זאת, לשיטת הרמב"ן, שיאוש אינו מועיל כלל במישור הגדרת הנכס כגנוב והפקעת חיובי ההשבה, וכל פועלו של היאוש מתמצה בכך שהוא מאפשר לגנב להיות מוסמך לקרוא לנכס בשם, מובן הדבר כי אם הגנב קרא לנכס בשם באופן שיצר רק שינוי החוזר לברייתו, לא ייקנה הנכס לגנב, ואין כל נפקות לכך ששינוי שם זה נעשה לאחר יאוש.

### סיכום

בפרק זה עמדנו על פועלו של היאוש, אשר על אף שאין בו כשלעצמו כדי להעביר את הבעלות בנכס לידי הגנב, יש בו כדי לסייע להעברת הבעלות בנכס הגנוב מקום שבו מתחולל בנכס שינוי מסויים, על אף שבשינוי זה גם כן אין כשלעצמו כדי להעביר את הבעלות בנכס.

ראינו כי ניתן להסביר זאת בשני אופנים:

5 וראה טור חושן משפט (סימן שנג) שפסק: "נשתנית שם הגניבה ביד הגנב ... קנאה בשינוי השם ואין צריך להחזיר אלא דמיה... אבל שינוי החוזר - אינו קונה... ואם נתיאשו הבעלים מן הגניבה קיימא לן שאינו קונה... ואם יש עם היאוש שינוי השם, אפילו הוא גרוע שחוזר לברייתו, קונה מן התורה". וראה לעניין זה "חזון איש" בבא קמא (סימן יז ס"ק יח).

(א) שיטת רש"י והתוספות, עפ"י ביאורו של הרב פינשטיין, היא כי גניבה היא עוולה נמשכת, המתחוללת שוב בכל רגע שבו הנכס - המצוי במתכונתו הראשונה - אינו מושב לבעליו. חיוב ההשבה חל על כן גם כאשר הנכס משתנה קמעה, מכיוון שהנכס במתכונתו החדשה - משהו ממשיך להיגנב כל עוד שלא הושב, וחל עליו חיוב של "והשיב" המתייחס למצבו זה.

עם זאת, ביחס לנכס שבעליו התייאשו ממנו, אין לראות עוד בהחזקת הנכס הגנוב משום עוולה נמשכת של גניבה, שהרי ככל שבפנינו נטילה המתרחשת לאחר היאוש, אין הבעלות המקורית ניצבת חוצץ כנגד נטילה זו ואינה אוסרת אותה, לנוכח קלישותה הנוצרת מחמת היאוש. עוולת הגניבה התחוללה איפוא רק בעת הנטילה שהתרחשה בטרם שהבעלים התייאשו, וממילא משחל שינוי בנכס שהפקיע את חיוב ה"והשיב" המקורי - עובר הנכס לידי הגנב.

(ב) שיטת הרמב"ן, עפ"י ביאורו של ה"חזון איש", היא כי יאוש הבעלים מאפשר לגנב להגדיר את הנכס ולשנות את שמו ומהותו, בלא להיחשב לאדם זר שאין לו רשות וסמכות להגדיר את יעודיו של הנכס, שהרי יאוש מעניק לחפץ סטטוס של נכס אשר זרים רשאים לנהוג בו מנהג בעלים. אבל, היאוש כשלעצמו אינו מפקיע את חיוב ה"והשיב", ורק השינוי שהתחולל לאחר היאוש מפקיע חיוב זה. הרמב"ן מפרש את דברי הגמרא לפיהם יאוש אינו קונה, כמכוונים לומר כי ליאוש אין שום השפעה על חיוב ה"והשיב" ועל הגדרת הגניבה.

לעומת רש"י ותוספות הגורסים כי מדובר בהצטרפות של גורמים (יאוש ושינוי) הפועלים באותו מישור עצמו של הגדרת הגניבה וגדרי תחולתו של חיוב ה"והשיב", נמצא כי לשיטת הרמב"ן לא תיתכן הצטרפות של יאוש ושינוי כפעולות המתחוללות באותו מישור, של הגניבה, שכן יאוש לא פועל דבר במישור זה. יאוש יכול ליצור אפשרות לשינוי השם ע"י כך שהגדרת הגנב את הנכס אינה הגדרה של זר, שאינו כשיר לקבל החלטות ביחס לנכס זה.

## פרק ט - יאוש ושינוי רשות

מבוא

מקובל להניח כי אדם אינו יכול להקנות את מה שאין לו. בפרקים הקודמים עמדנו על כך כי מחמת חיוב ההשבה התלוי ועומד על הגנב (חיוב ה"והשיב") אין הגנב הופך להיות לבעל הנכס הגנוב והנכס ממשיך להיות בבעלותו של הבעלים המקורי. יתירה מכך, ראינו כי אף התייאשותו של הבעלים המקורי מן הנכס אינה מועילה להפקיע את בעלותו. הגנב מחזיק איפוא בנכס שאינו שלו.

ממילא, גנב המבקש למכור לצד ג' נכס גנוב, מנסה למכור נכס שאינו שלו ולהעביר בעלות - שאין לו, וזאת גם כאשר הבעלים המקורי של הנכס התייאש ממנו. לפיכך, התוצאה היתה אמורה להיות - כי צד ג' לא קנה דבר, שהרי אדם אינו יכול להקנות את מה שאין לו.

ועם זאת, נראה להלן כי "יאוש ושינוי רשות קונה" - כלומר, גנב יכול להעביר את הבעלות לצד ג' אם מדובר בנכס שהבעלים המקורי התייאש ממנו בעקבות גניבתו, שכן שינוי הרשות - מהגנב לצד ג' - מועיל להעביר את הבעלות בנכס לקונה.

הכיצד? איך יכול הקונה לרכוש בעלות בנכס מן הגנב על אף שלגנב עצמו אין בעלות בנכס?

### מקורות הסוגיה

המקור הראשוני לסוגיית "יאוש ושינוי רשות" - מצוי במשנה, המובאת במסכת בבא קמא (קיד, א):

"נטלו מוכסין את חמורו ונתנו לו חמור אחר, נטלו ליסטים את כסותו ונתנו לו כסות אחרת, הרי אלו שלו - מפני שהבעלים מתייאשין מהן".

המשנה מתייחסת לאדם שנטלו ממנו נכס בכח ובכפיה, והעניקו לו כפיצוי, נכס אחר – מקביל לזה שניטל ממנו. דא עקא, ש"נכס הפיצוי" היה אף הוא של אדם אחר, ובעל הזרוע נטל והחרים נכס זה ממנו. "נכס הפיצוי" ניטל איפוא מהבעלים המקורי שלא כדין, וכעת הוא מועבר ע"י הנוטל לצד ג'. נקודת המוצא של המשנה היא כי הבעלים המקורי של "נכס הפיצוי" התיימש מן הנכס לאור נסיבות נטילתו ממנו<sup>1</sup> וממילא, בפנינו נכס שהתקיים בו "יאוש", ועם נתינתו כפיצוי לצד ג' מתחולל גם "שינוי רשות". על כן, קובעת המשנה, כי "הרי אלו שלו" – היינו, הנכס נקנה ע"י מקבל הפיצוי, מכח "יאוש ושינוי רשות".

נשאלת השאלה: מהו פשר הצירוף בין יאוש – שאינו מועיל כשלעצמו לקנות את הנכס – לבין שינוי רשות, שאף בו אין כשלעצמו כדי להעביר את הבעלות בנכס?

לעומת משנה זו, מביאה הגמרא שם ברייתא לפיה:

"אם נטל מחזיר לבעלים הראשונים".

כלומר, הברייתא קובעת כי מי שפיצו אותו באמצעות נכס שניטל מן הזולת, אינו קונה אותו, ועליו להשיב את נכס הפיצוי לבעלים המקורי, על אף שהתחולל בנכס "יאוש ושינוי רשות"<sup>2</sup>.

נמצא לכאורה כי קיימת מחלוקת בין הברייתא לבין המשנה בעניין זה.

נשאלת השאלה: במה תלויה מחלוקת זו?

כדי להבין עניין זה נבחן את מהותו של "שינוי הרשות" ודרך פעולתו.

**שני אופנים לבחינת מהותו של שינוי רשות**

ניתן להביט על דרך הילוכו והשפעתו של שינוי הרשות בשני אופנים:

---

1 ראה רש"י שם (ד"ה הרי אלו שלו): "דמסתמא נתיימשו הבעלים מיד, וקננהו היאך ביאוש ושינוי רשות".

2 ראה רש"י שם ד"ה יחזיר: "ופליגא ברייתא אמתניתין".

(א) שינוי הרשות הוא פעולת קניין שיש בה כשלעצמה כדי להפקיע את חיוב ה"והשיב" מן הנכס. לפי גישה זו, שינוי רשות, בדומה לשינוי מעשה, מפקיע כשלעצמו את חיוב ה"והשיב" הרובץ על הנכס, וממילא נקנה הנכס - לצד ג' ע"י שינוי הרשות.

(ב) שינוי הרשות אינו פעולת קניין אלא מציאות בלבד, שבה לא נחשב צד ג' כמקבל נכס באיסור, וממילא חל הקניין רק בעקבות התייאושות הבעלים המקורי.

לפי שיטה זו, לא השינוי הוא שמפקיע את ה"והשיב" אלא היאוש הוא שגורם להעברת הבעלות בנכס.

ככלל, אין גולן רוכש את הנכס על אף התייאושות הבעלים המקוריים, שכן עם נטילת הנכס נוצר חיוב של "והשיב", וחיוב זה מונע את הרכישה.

לעומת זאת, בעת שינוי רשות, לא חל על הקונה חיוב "והשיב", שכן הוא קנה את הנכס אחרי יאוש, והנכס לא בא לידי באיסור.

מצב זה דומה על כן למציאת נכס, לאחר שבעל הנכס התייאש ממנו, שבו עוברת הבעלות למוצא, שהרי היאוש מתיר לכל אדם ליטול את הנכס. מכאן כי מקום שבו הנכס לא בא לידי של אדם באיסור, וזהו המקרה כאשר צד ג' קיבל לידי את הנכס לאחר יאוש, קונה הוא את הנכס עקב היאוש.

לפי גישה זו שינוי הרשות אינו יוצר קניין כשלעצמו, אלא זוהי מציאות שבה הנכס הגיע לידי צד ג' - הקונה, לאחר התייאושות הבעלים המקורי, ועל כן נרכשת הבעלות בנכס.

דרך ההילוך הראשונה, לפיה שינוי רשות מפקיע את חיוב ה"והשיב" בדומה לשינוי המתחולל בגוף הנכס, טעונה הסבר: מהו הדמיון בין שינוי רשות לבין שינוי מעשה בגוף הנכס? הרי שינוי מעשה מפקיע את חיוב ה"והשיב", בכך שהוא פשוט מסכל פיסית אפשרות להשיב את הנכס כפי שהיה במצבו הראשוני, וחז"ל דרשו את הפסוק "והשיב את הגזילה אשר גזל" - אם "כעין שגזל" יחזיר, ואם אינו במתכונתו הראשונה - ישלם דמים.

לעומת זאת, שינוי רשות לא מהווה לכאורה כל סיבה לאי השבת הנכס, המצוי במתכונתו הראשונה ורק עבר מידי הגנב לידיו של צד ג'. כיצד ומדוע יש במעבר זה מיד ליד כדי להפקיע את ה"והשיב" מן הנכס?

תשובה לשאלה זו מצויה בדברי התוספות רי"ד על מסכת בבא קמא (קיא, ב ד"ה אמר רמי בר חמא):

"ולוקח גופיה דקני ליה ביאוש ושינוי רשות, מנא לן?

תינח שינוי מעשה, דאמרן והשיב את הגזילה אשר גזל – אם כעין שגזל יחזיר, ואם לאו – דמים משלם.

אבל, שינוי רשות מנא לן דקני?

ויש לומר, מאשר גזל ילפינן ליה. מי שגזל ישיב, ולא לוקח שלא גזל.

והיכי דמי, אי לפני יאוש, כל היכא דקיימא ברשותא דמרה קיימא, ואיהו גופיה הווי גזלן.

אלא ודאי כגון שקנה לאחר יאוש, דקני ליה ביאוש ושינוי רשות".

כלומר, תוספות רי"ד מבהיר, כי כאשר חל שינוי רשות בנכס, אין עוד חיוב של "והשיב", שכן חיוב זה הוא חיוב אישי החל על הגנב "אשר גזל" את הנכס, ואין חיוב זה חל על הקונה – כפי שעוד יבואר בהמשך הדברים. משום כך, שווה הוא דינו של שינוי רשות לדינו של שינוי מעשה, שהרי בשני המקרים לא נאמר הדין של "והשיב את הגזילה אשר גזל".

בשינוי הגוף אין הנכס "כעין שגזל", ובשינוי רשות אין בפנינו את "אשר גזל" – מי שגזל.

עם זאת, הדברים טעונים הסבר נוסף, שהרי ביחס לשינוי מעשה ראינו כי לא נחוץ יאוש כדי לרכוש בעלות בנכס, ודי בכך שחיוב ה"והשיב" יורד כדי שהבעלות תעבור לקונה.

אם כן, במה שונה הוא שינוי רשות, שבו נחוץ יאוש כדי לרכוש בעלות בנכס? הרי גם במקרה זה פוקע חיוב ה"והשיב" מן הנכס?



על כך משיב התוספות רי"ד כי כל עוד שהבעלים המקורי לא התיימש מן הנכס, הרי שצד ג' הנוטל את הנכס נחשב ג"כ לגנב וחל גם עליו החיוב האישי להחזיר את הנכס.

זאת מכיוון שכל רגע של אי השבת הנכס לבעליו מהווה גניבה, וממילא נחוץ ייאוש, היוצר היתר לכל אדם ליטול את הנכס ולזכות בו.

אכן, יאוש אינו קונה את הנכס אך הוא מאפשר לקונה שלא להיחשב לגנב, ולרכוש את הנכס ע"י שינוי הרשות המפקיע כשלעצמו את ה"והשיב".

ואולם, אם ממילא נחוץ לנו יאוש כתנאי מוקדם לרכישת הנכס, מדוע נזקקים אנו לדרך הילוך זו לפיה שינוי רשות קונה כשלעצמו את הנכס ע"י כך שהוא מפקיע את ה"והשיב", לאור דרשת הפסוק בעניין זה, הרי יותר פשוט הוא דרך ההילוך השניה, לפיה היאוש הוא המועיל לרכישת הבעלות בנכס, כשם שמצינו לגבי נטילת אבידה, ושינוי הרשות מהווה רק מציאות שבה אין הנכס מגיע לידי האוחז בו באיסור?!<sup>3</sup>

לעניין זה יש להבהיר כדלקמן:

לפי דרך ההילוך הראשונה, בניגוד לדרך ההילוך השניה, מועיל שינוי רשות להקנות את הנכס לקונה - אף אם הקניין נעשה קודם ליאוש<sup>3</sup>.

הכיצד? הרי לכאורה אף לפי ביאורו של התוספות רי"ד נחוץ יאוש בטרם שהנכס בא לידי הקונה, שהרי לדבריו כל עוד שהבעלים המקורי לא התיימש מן הנכס, נחשב גם צד ג' הנוטל את הנכס לגנב, וחל גם עליו החיוב האישי להחזיר את הנכס. והכלל הוא כי משחל חיוב "והשיב" אין הוא פוקע אף אם הבעלים המקורי התיימש מן הנכס.

3 ספק אם כך טובר גם התוספות רי"ד עצמו, שהרי נאמר בדבריו "לאחר יאוש". יתכן כי הכוונה בדברים אלו היא שצריך יאוש במקביל לשינוי הרשות, ויתכן כי הכוונה היא שצריך יאוש קודם לשינוי רשות. מכל מקום, לפי מהלכו של התוספות רי"ד נפתחת הדרך להבחנה בין שני ההסברים שניתנו לדרך הילוכו של "יאוש ושינוי רשות".

נמצא לכאורה כי נחוץ יהא שיאוש של הבעלים המקורי יתרחש קודם הנטילה, כדי שלא יחול חיוב ה"והשיב" על הקונה<sup>4</sup>.

במקרה של שינוי רשות אין חיוב אישי של "והשיב" על הקונה, כפי שעוד נבהיר להלן, באשר הוא אינו נחשב לאיש אשר גזל את הנכס ואילו בחיוב ההשבה נאמר "אשר גזל" – כלומר, חיוב זה חל רק על הגולן בפועל של הנכס.

אכן, גם ההחזקה של הנכס בטרם היאוש מהווה כשלעצמה גניבה מצד הקונה ולכן נחוץ יאוש. אבל ביחס לקונה אין לומר כי הוא נכלל בהגדרת המונח "אשר גזל", שהרי הוא לא גזל מן הבעלים המקורי דבר, ועל כן אין לומר כי חל עליו חיוב השבה אישי. משום כך, על אף שהקונה נחשב לגנב במישור הקנייני, וחל חיוב השבה על הנכס במישור החפצי, אין לראות בו גולן החייב בחיוב אישי להשבת הנכס כפי שעוד יבואר להלן.

ממילא מובן כי עם פקיעת חיוב ה"והשיב" החפצי ע"י יאוש הבעלים – שוב אין מניעה לרכוש את הנכס, שהרי חיוב אישי ואיסורי מעולם לא היה לקונה.

בדרך זו מובן כיצד מועיל שינוי רשות להקנות את הנכס לקונה – אף אם הקניין נעשה קודם ליאוש.

בהתאם להסבר זה בדבר דרך פעולתו של שינוי הרשות נבוא לבחון את המחלוקת הבסיסית בין ר"י לבין הרמב"ם, שתובא להלן.

בתוספות, מסכת בבא קמא (סז, א ד"ה אמר עולא), מובא הסברו של ר"י למחלוקת המובאת לעיל בין המשנה לברייתא.

ר"י מבהיר שם, אגב דיון בשאלה האם יאוש קונה, כי אין מחלוקת בין המשנה לבין הברייתא ש"יאוש ושינוי רשות" מעביר את הנכס לקונה.

---

4 בהקשר זה יש לשים לב שיש שני דינים בחיוב ה"והשיב":

חיוב אישי – שחל על הגברא של הגנב; וחיוב חפצי – החל על הנכס הגזול עצמו. לעניין זה ראה פרק ו לעיל.

אלא, שהמשנה עוסקת במקרה שבו היאוש קדם לשינוי הרשות, ומשום כך עברה הבעלות בנכס לקונה.

לעומת זאת, הברייתא עוסקת במקרה שבו שינוי הרשות התחולל לפני שהבעלים המקורי התיימש מן הנכס, ומשום כך לא קנה את הנכס ע"י שינוי הרשות. היאוש שהתחולל לאחר מכן, אינו מועיל כשלעצמו כדי להעביר בעלות בנכס הגנוב, ולכן אין בפנינו קניין של הנכס.

נמצא כי לשיטת ר"י, ההבדל בין המשנה לברייתא נעוץ בעיתוי של היאוש, קודם או אחר שינוי הרשות, אך לכל הדעות אם שינוי הרשות קודם ליאוש, אין הקונה רוכש בעלות בנכס.

כנגד שיטתו האמורה של ר"י ניצבת שיטת הרמב"ם (הלכות גניבה פרק ה הלכה ג) הפוסק:

"נתיימשו הבעלים מן הגניבה, בין שנתיימשו ואח"כ מכר הגנוב, בין שנתיימשו אחר שמכר, קנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות".

נמצא כי לשיטת הרמב"ם יאוש ושינוי רשות מועילים להעביר את הבעלות בנכס אף אם שינוי הרשות קדם ליאוש<sup>5</sup>.

מחלוקת זו של הרמב"ם ור"י מובהרת היטב, בהתאם לשתי דרכי ההילוך שפורטו לעיל (והסברו של תוס' רי"ד). הדברים מקבלים משנה תוקף בדברי "קצות החושן" (סימן שנג ס"ק א, וסימן שסב ס"ק א). שיפורטו להלן.

הסברו של "קצות החושן"

"קצות החושן" מסביר את הסוגיה דנא עפ"י דרך החילוק דלקמן:

5 לפי שיטת הרמב"ם נראה לכאורה כי יש להבין את המחלוקת בין המשנה לברייתא בהתאם להסברו של רבינו תם (בתוספות שם), המבהיר כי לפי הברייתא אין הקונה רוכש את הנכס, על אף שכעקרון יאוש ושינוי רשות מועילים להעברת בעלות בנכס, שכן "לא חשיב שינוי רשות - משום שבעל כורחו נותנים לו". לפי שיטה זו, של הברייתא, יימצא כי ככלל שינוי רשות אכן קונה, אלא שבמקרה ספציפי זה אין בפנינו שינוי רשות לנוכח יסוד הכפייה שבדבר.

להסבר שיטה זו ראה: "דרישה" על טור חושן משפט (סימן שסט ס"ק ז); וכן "קובץ ביאורים" לרב אלחנן ווסרמן (בבא קמא סימן נד).

בפתח דבריו מביא "קצות החושן" את דברי הרא"ש במסכת בבא קמא (פרק ז סימן ב, בסוף הסימן) המבהיר כדלקמן:

"וביאוש בגזילה, פליגי רבה ורב יוסף. רבה סבירס ליה דקונה... ורב יוסף סובר, דאף מדרבנן לא קונה. וקיימא לן כרבה וקני יאוש לחומרא. אם קידש אשה בגזילה אחר יאוש - צריכה גט, דרבה סבר דלכל הפחות קונה מדרבנן. אבל, מדאורייתא קיימא לן דיאוש לא קני... אבל, יאוש ושינוי רשות, או יאוש ושינוי השם גרוע - קונה מדאורייתא".

הטור, חושן משפט (סימן שנג, בתחילת הסימן), מבהיר את שיטת אביו הרא"ש כי להלכה נפסק כדעת רב יוסף, שיאוש אינו קונה. עם זאת, בנושא חמור כקידושי אשה, חוששים אנו לשיטתו של רבה. משום כך, כאשר בפנינו קידושין באמצעות נכס גנוב שבעליו המקוריים התייאשו ממנו, יש צורך בגט לחומרא מדרבנן.

ביחס לכך מקשה "קצות החושן"<sup>6</sup>:

מדוע פסק הרא"ש כי המקדש אשה בנכס גזול שהבעלים המקורי מתייאש ממנו - חייב לתת גט לחומרא בלבד ורק מדרבנן, הרי במקרה זה בפנינו יאוש ושינוי רשות, שהרי עם הגעת הנכס לרשות האשה בפנינו גם שינוי רשות, ושינוי זה מתרחש לאחר היאוש, וביחס לכך הרי פוסק הרא"ש כי הנכס קנוי מדאורייתא לקונה?!

היה איפוא מן הדין במקרה זה להגדיר את הקידושין כדבר שחל גם מדאורייתא ולא רק כחומרא מדרבנן?!

על כך משיב "קצות החושן" תוך בחינת המחלוקת בין שיטת ר"י לפיה מועיל שינוי רשות רק אם בא לאחר יאוש, לבין שיטת הרמב"ם לפיה מועיל שינוי רשות אף אם התרחש לפני היאוש.

שיטת ר"י נובעת לדידו של "קצות החושן" מראיית שינוי הרשות אך ורק משום שבהיתר בא לידו ואילו הקניין חל רק כתוצאה מן היאוש.

6 שאלה זו מופיעה כבר בספר "ים של שלמה" למהרש"ל. וראה חידושי רבי עקיבא איגר, בחידושו על מסכת בבא קמא (סו, א).

ממילא מובן כי שינוי רשות מועיל רק אחרי יאוש, שאם לא כן הקונה קיבל את הנכס לידו באיסור, ואין הקניין מועיל בנכס, שהרי ממשך לחול חיוב ה"והשיב".

לעומת זאת, שיטת הרמב"ם היא כי שינוי הרשות כשלעצמו מהווה מעשה קניין.

אכן, כל עוד שאין יאוש - יש בהחזקת הנכס עצמה משום גניבה. אבל, בהקשר זה הבהרנו לעיל כי חיוב ה"והשיב" כולל שני דינים: חיוב אישי - שחל על הגברא - הגנב; חיוב חפצי - החל על הנכס הגזול.

חיוב אישי של "והשיב" אינו חל על הקונה, שכן הוא אינו האיש "אשר גזל" את הנכס, ואילו בחיוב ההשבה נאמר "אשר גזל". חיוב זה חל רק על הגוזלן בפועל של הנכס.

ממילא, גם אם ההחזקה של הנכס בטרם היאוש מהווה כשלעצמה גניבה מצד הקונה ולכן נחוץ יאוש, נחשב הקונה לגנב רק במישור הקנייני, וחל חיוב השבה על הנכס במישור החפצי, אך אין לראות בו גזלן במישור האיסורי.

על כן אין לומר כי חל על הקונה חיוב אישי ואין לומר כי הוא נכלל בהגדרת המונח "אשר גזל", שהרי בפועל הוא לא גזל מן הבעלים המקורי דבר.

הכלל הוא כי רק חיוב אישי של "והשיב" אינו פוקע מן הגנב גם לאחר יאוש הבעלים המקורי, אך חיוב אישי של "והשיב" אכן פוקע כאשר הבעלים מתייחס מן הנכס.

ממילא מובן כי עם פקיעת חיוב ה"והשיב" החפצי ע"י יאוש הבעלים - שוב אין מניעה לרכוש את הנכס, שהרי חיוב אישי ואיסורי מעולם לא היה לקונה.

בהתאם לביאורו של "קצות החושן" נמצא כי לשיטת הרמב"ם, החולק על ר"י, וסובר כי שינוי רשות מהווה כשלעצמו מעשה קניין, היה אכן מן הדין שיהא צורך בגט מדאורייתא מקום שבו הגנב מקדש אשה בנכס גנוב, לאחר שהבעלים המקורי התייחס ממנו, שהרי הגנב

אכן מעביר בעלות בנכס, ושינוי הרשות שמבצע הגנב הוא המפקיע את חיוב ה"והשיב" ומקנה את הנכס לאשה.

ואכן, הלכה פסוקה היא ברמב"ם (הלכות אישות פרק ה הלכה ז):

"המקדש את האשה בגזל או בגניבה או בחמס, אם נתיאשו הבעלים ונודע שקנה אותו דבר ביאוש - הרי זו מקודשת..."

עם זאת, ביאורו האמור של "קצות החושן" בשיטת הרמב"ם מעורר קושי כדלקמן:

ככלל לא ברור כיצד יכול שינוי הרשות להוות מעשה קניין? הרי הגנב אינו בעלים של הנכס, ואם כן היכן היא נקודת הזמן שבה הנכס שייך לגנב בטרם שהעביר אותו לידי הקונה? לפי הרמב"ם נמצא לכאורה כי בפנינו קניין על אף שאין הנכס שייך למוכר בטרם המכירה, ודי בכך שע"י מעשה ההעברה יהפוך הקונה לבעלים, כדי שפעולה זו תיחשב למעשה קניין.

אבל, גישה זו אינה ברורה לחלוטין עת שעסקינן בקידושין, שבהם כדי שהמעשה יחשב לקידושין של האיש את האשה, על הכסף להיות שייך לנותן בטרם שבוצעה הנתינה.

"קצות החושן" מתייחס לנקודה זו ומבהיר כי לשיטת ר"י לא ניתן להתקדש בכסף כאמור מדאורייתא, שהרי בפנינו מעשה הפועל מכח המקבל ולא מכח הגנב.

ואולם, לכאורה גם לשיטת הרמב"ם לפיה מדובר במעשה קניין, לא ברור כיצד חלים הקידושין, שהרי ככל שהגנב - הנותן, מבקש לרכוש את הנכס, הוא נתקל בחיוב ה"והשיב" המפקיע את הנכס מבעלותו. הקניין של האשה חל איפוא מכח מעשה שלה. איה איפוא קידושין מכח מעשה של המקדש?

לפי שיטת הרמב"ם הוגדר "שינוי רשות" כקניין, אבל ברור כי הנכס לא היה שייך למקדש, בטרם שביצע את שינוי הרשות, ואם כן במה קידש?

הרי ככל שנדרש כי תהא נתינה של הבעל לאשה, מן ההכרח כי תהא בפנינו ולו נקודת זמן אחת בטרם שחלו הקידושין, אשר לגביה

נוכל להגיד כי הנכס הוא של הבעל. ונקודת זמן שכזו אינה בנמצא, שהרי עד לקידושין הנכס שייך לבעלים המקורי, מפאת חיוב ה"והשיב" המוטל על הגנב, ואילו משעת שינוי הרשות הנכס שייך לאשה.

כיצד תיתכן איפוא נתינה שהיא בגדר העברת בעלות בנכס מן הגנב - המקדש, אל האשה המתקדשת?

מקובל להשיב על קושי זה ע"י הפניה לסוגיית "באין כאחד". דא עקא שעיון בסוגיה זו לכאורה רק מעמיק את הקושי.

### סוגיית "באין כאחד"

המקור הראשוני לסוגיית "באין כאחד" מצוי במסכת גיטין (עו, ב) כדלקמן:

בספר דברים (כד, א) נאמר: "וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה ושלחה מביתו".

מכאן דרשו חז"ל כי כדי לגרש אשה נחוץ:

(1) שיוכן "ספר כריתות" (גט).

(2) שספר הכריתות יינתן בידה של האשה.

חז"ל למדים מפסוק זה בו נדרשת נתינה "ביד האשה" כי יש ליתן את הגט לרשותה הבלעדית של האשה.

דין נוסף הראוי לציון הוא כי "מה שקנתה אשה קנה בעלה" (שם). כלומר, משעת הנישואין אין לאשה ישות כלכלית נפרדת ומה שהיא זוכה בו נכלל מיידית במסגרת הרכוש המשפחתי.

לאשה יש כמובן זכות להפיק הנאה מרכוש זה, אך במישור הקנייני הנכס אינו נחשב לנכס בלעדי שלה.

אם אין לאשה רשות משל עצמה, כיצד ניתן לגרשה באמצעות מתן הגט לרשותה הבלעדית?

הרי תנאי לגירושין הוא רכישת הגט ע"י האשה ונתינת הגט לרשותה. וכאמור, מעת הנישואין אין לאשה, בהגדרה, רשות שכזו, שכן "כל מה שקנתה אשה קנה בעלה"!!

השובה לכך נותן רבא שם:

"גיטה וידה באין כאחד". מבאר רש"י שם: "ע"י הגט באה ידה לה עם נתינתו".

כלומר, הגט נכנס לידה של האשה וע"י כך הופך אותה ללא נשואה, וממילא לבעלת "יד" משל עצמה המאפשרת לה לרכוש את הגט.

אבל הקושי אינו מיושב לכאורה ע"י אמירה זו, שכן עדיין לא ברור כיצד ניתן תוקף מלכתחילה לגט וליצירת ה"יד", כאשר תנאי מוקדם לתחולת הגירושין הוא מתן הגט ל"ידה" של האשה, ומתן זה לידה אינו אפשרי, שהרי עד לתחולת הגט אין לאשה "יד" לרכוש באמצעותה את הגט? את יכולת הקניין מקבלת האשה רק לאחר פקיעת נישואיה ואלו פוקעים רק לאחר שרכשה את הגט, כיצד נרכש איפוא הגט מלכתחילה?

לעניין זה מתייחס "קצות החושן" (סימן ר ס"ק ה) המחרף את הקושי ומעלה את השאלה הבאה:

הכלל הוא כי ניתן להקנות מקרקעין לזולת באמצעות "שטר" הניתן לקונה מהמוכר.

כדי שהשטר יפעל את פועלו, עליו להפך לקניינו של הקונה.

שטר הוא בגדר מטלטלין והקונה יכול לרכוש בעלות בו, ע"י כך שהשטר מגיע לרשותו הבלעדית של הקונה.

ראובן נתן שטר מתנה על ביתו לשמעון. את השטר הוא שם לשמעון - בתוך הבית נשוא שטר המתנה. האם קנה שמעון את הבית?  
מחד גיסא אין כאן קניין, שהרי השטר לא הונח במקום השייך לשמעון.

מאידך גיסא, לאחר שהשטר יפעל את פועלו, יהא הבית שבו הונח השטר שייך לשמעון. ממילא, שואל "קצות החושן", האם לפי הגישה של "גיטה וידה באין כאחד" ניתן לומר כי שטר המתנה חל ובו זמנית נקנים הן השטר והן הבית לקונה?

בהקשר זה נראה פשוט כי יש להביט על התהליך כולו ולהתמקד בפרטי התהוותו וסדרם. ומכיוון שהשטר חל רק לאחר שקנו אותו, וכתנאי לתחולתו נדרשת נתינתו לרשות הקונה, הרי שאי אפשר לומר



כי השטר העביר את הבעלות בבית, שהרי כדי שיחול השטר צריך היה הבית להיות שייך קודם לכן לקונה.

מה שונה איפוא נתינת גט, שלגביה אומרים אנו "גיטה וחצירה באין כאחד"? הרי גם שם נחוצה רשות בלעדית של האשה כדי לזכות בשטר הגט, וזו אינה קיימת קודם שהגט פעל את פועלו?

"קצות החושן" מבהיר על כן כדלקמן:

(א) רכישת הבעלות בשטר הגט אינה חלק מובנה מדרך פועלו ותחולתו של הגט, אלא שהתורה קבעה כי די בפעולה פיזית של מתן שטר גט לידיה של האשה, כדי לגרשה<sup>7</sup>.

(ב) אכן נדרש כי בסוף ההליך יהא הגט של האשה ולא ישאר בבעלות הבעל, אבל כדי ליצור את הליך הגירושין די בפעולה פיסית של מתן הגט לידיה של האשה, או לרשותה הפיסית, וע"י כך נרכשים כאחד הן ידה במישור הקנייני והן שטר הגט.

(ג) מכיוון שאין הרכישה של הגט חלק מן ההליך, מובן כי איננו מפרידים את ההליך למרכיביו ולא נחוצה רכישת שטר הגט קודם לתחולתו, אלא עצם מסירת הגט לידי האשה - כורתת את קשר הנישואין.

(ד) לעומת זאת, ברכישת מקרקעין, מתבצעת הרכישה במישור המהותי ע"י רכישת השטר. הגמרא ממשילה את שטר הקניין במקרה זה למושכות של סוס המחזיקות את גוף הממכר<sup>8</sup>. ביחס לכך, מובן כי לא ניתן לומר "שטר וחצר באין כאחד", אלא נחוץ לרכוש תחילה את השטר (ע"י, למשל, כניסתו למקרקעין אחרים השייכים

7 משום כך חלים גירושין אף בעל כורחה של האשה, וזאת למרות שלא ניתן להקנות לאדם נכס, ובמקרה דנא גט, בעל כורחו.

8 ר' למשל, תוספות מסכת יבמות (קטז, א): "שטר אפסרא דארעא (מושכות הקרקע) הוא".

זה מכבר לקונה), ורק לאחר רכישת השטר נרכשים גם המקרקעין נשוא השטר<sup>9</sup>.

ואולם, לפי הסבר זה של המונח "באין כאחד" נמצא כי אין בידינו לכאורה ליישב את השאלה מדוע יכול גנב לקדש אשה בנכס גנוב, וכיצד נחשב הוא למי שנותן לאשה נכס משלו? נבהיר:

לכאורה היה אפשר לבאר את שיטת הרמב"ם, שכן הגנב הופך לבעל הנכס בה בעת שמתבצע שינוי הרשות, בבחינת "באין כאחד", ובדרך זו הוא הופך לבעל נכס הקידושין בעת שהוא מקדש באמצעותו.

אבל, לנוכח הסברו של "קצות החושן" למונח "באין כאחד" נשמטה האפשרות להסביר בדרך זו, מכיוון שלדבריו רק ביחס לגט, שבו הנתינה לרשות האשה היא עניין טכני, ניתן לומר כן. אבל, ביחס לקידושין ברור כי נחוץ שהמקדש יהא בעל הנכס שעומו מקדשים, כתנאי מהותי לחלות הקידושין, והדברים משולים לקניין של נכסים אחרים שלגביהם מבהיר "קצות החושן" כי הכלל של "באין כאחד" אינו מועיל.

שטר הקידושין דומה בהקשר זה במהותו לשטר מכר ולא לשטר גט, שכן על האשה לקנות את הנכס כתנאי מהותי לקידושה. הכיצד ניתן איפוא לומר ביחס לקידושין כי נכס הקידושין נקנה לאשה כאחד עם שינוי הרשות ותחולת הקידושין?

יתירה מכך, מכיוון שבקידושין נחוצה בעלות של הבעל בנכס, בדרכו של הנכס אל האשה, הרי ש"אוש ושינוי רשות" אינו יכול להועיל לכאורה, שכן אין בהגדרה ולו נקודת זמן אחת (גם לא במקביל לרכישת האשה) שלגביה ניתן לומר כי המקדש הוא בעלים. זאת מכיוון שברגע שהגנב נחשב לבעלים חל חיוב ה"והשיב" ורק ע"י שינוי הרשות שביצעה האשה נרכש הנכס על ידה במישרין.

---

9 הסבר זה של "קצות החושן" אינו נותן טעם בדברי תוספות במסכת כתובות (יא, א ד"ה מטבילין). בתוספות זה נדונה השאלה כיצד יכול לא יהודי לעשות שליח למעשה גיור, בעוד שהלכות שליחות התחדשו בתורה רק לגבי יהודים? ומשיב התוספות: "דכיוון דבהך זכיה נעשה ישראל, הוי ישראל גמור לענין זכיה".

בהעדר נקודת זמן אחת שבה היה הנכס של הגנב, על אף החיוב של "והשיב" המוטל על הגנב כצד יכול הוא לקדש באמצעותו? שאלה זו נכונה כמוכן כהווייתה לא רק ביחס לקידושין אלא לכל קניין. כיצד יכול הגנב להקנות מה שאין לו? ובהגדרה לא יכולה להיות לו כל זכות קניינית בנכס, שהרי אם יש לו משהו - הרי שחיוב ה"והשיב" מפיקע זאת.

בספרו של הרב דוד כהן, "מידה טובה" (סימן כג) מובא הסבר כדלקמן:

"כוונתו דכיוון שבשינוי רשות יש כח לגזול לקנות, הרי שכלפי שינוי רשות הוא נחשב כבעלים, דמה שיש לו דין לקנות בשינוי רשות, נותן לו דין בעלים לפעול הקניין. וקניינו אינו במה שקונה החפץ לעצמו, אלא מה שמקנה החפץ להקדש - זה עצמו קניינו, וכך הוא מקבל את הבעלות על החפץ, במה שהוא נותן הבעלות להקדש, ואין דין ה"באין כאחת" לומר שקונה הגזול בפועל ומכוחו קונה ההקדש, אלא קניין ההקדש נחשב קניינו של הגזול ויש לו כח לפעול ההקדש כיוון שיש לו דין לקנות החפץ ע"י קניין ההקדש".

משמעו של הסבר זה הוא כדלקמן:

- (א) אכן, הגנב אינו קונה את הנכס בטרם שהוא מעבירו לזולת, ואין נקודת זמן שבה הנכס שייך לגנב בטרם שהוא עובר לקונה.
- (ב) עם זאת, מכיוון שבידי הגנב נמסר הכח להעביר בעלות מאחד לשני, הרי שמשמעות הדבר היא כי לגנב יש זכות בנכס שכל משמעותה היא הכח להעביר את הבעלות מהבעלים המקורי לקונה.
- (ג) העובדה שהבעלות עברה לקונה עפ"י החלטת הגנב - היא הביטוי (היחיד) לזכותו הקניינית של הגנב ליצור בעלות זו.
- (ד) ביטוי זה לזכות הקניינית של הגנב קיים, בו בזמן שהקונה מקבל את הבעלות בנכס מן הגנב, ובמובן זה משתמשים אנו בכלל של "באין כאחד". לאמור, המונח "באין כאחד" במישור זה אינו קובע כי בפנינו בעלות של גנב המשתכללת בטרם או במקביל להקנייה לקונה. אלא, שעצם העובדה שפעולת הקניין תקפה, היא הביטוי

לזכויות הקונה בנכס, זכות שביטויה היחיד הוא הכח לקבוע כי הבעלות תעבור מן הבעלים המקורי לקונה.

(ה) די בכך שלגנב יש לו זכות שכזו בנכס, כדי שמכוחה יהא בידי הגנב למכור או לקדש.

דברים דומים לכך מצינו בסוגיית הגיור של "גר קטן" במסכת כתובות (יא, א), וכדלקמן:

המשנה במסכת כתובות מתייחסת לגיורת שגילה פחות משלוש שנים.

דבר זה מעורר קושי רב, שהרי גירות היא הליך נפשי המחייב הבנה של מהות השינוי המתחולל באדם, וכן החלטה מודעת בדבר קבלת עול מצוות. כיצד מתקיימים אלו בילדה קטנה שגילה פחות משלוש שנים?

מבהירה הגמרא: "גר קטן מטבילין אותו על דעת בית דין".

כלומר, בית הדין מבצעים את הפעולה כאפוסטרופסי המתגייר. דבר זה יתכן מכיוון שרואים בגיור משום זכות למתגייר (על אף שאישית נוח לו יותר שלא לקבל עול תורה ומצוות), וממילא יכולים בית הדין לפעול אף בלא ידיעתו והבנתו של הקטן, מכח הכלל לפיו "זכין לאדם שלא בפניו".

מקשה תוספות שם (ד"ה מטבילין אותו) שתי קושיות אלו: הדין של "זכין לאדם שלא בפניו" אינו אלא שליחות, שבה אין צורך במינוי מפורש של השליח, שכן אנו מניחים כי אילו היה הזוכה מודע לעניין היה בודאי מסכים לפעולת השליח עבורו, ולנוכח הנחה זו נוצרת שליחות אף בלא מינוי.

שליחות היא חידוש שחידשה התורה, לפיו על אף שראובן מבצע פעולה היא מיוחסת לשמעון.

חידוש זה לא נאמר ביחס לקטן, והכלל הוא כי קטן אינו בר שליחות. ממילא, בהעדר החידוש של מושג השליחות אצל קטן, כיצד יכולה לפעול זכיייה שלא בפניו, שאינה אלא שליחות בלא צורך במינוי מפורש? ועוד, החידוש של שליחות נקבע בהלכה רק ביחס ליהודי ולא

ביחס לגוי. כיצד ניתן איפוא לגייר את הקטן מכח זכייה, שאינה אלא שליחות, בלא צורך במינוי מפורש כאמור? על כך משיב תוספות: כיוון שבזכייה זו נעשה ליהודי, הרי הוא כישראל גמור לעניין הזכייה.

והדברים פלא, הכיצד ניתן לומר כי תחול שליחות הנוהגת רק אצל יהודים ומכוחה יפעל הגיור, הרי מהלך הדברים הפוך הוא, וקודם לכל יש לבצע זכייה בהליך הגיור ורק אחריו יש לנו אפשרות למנות שליח - עקב תחולת הגיור?

וביאר בספר "קובץ שיעורים", על מסכת כתובות (סימן לד):

"נראה פירושו, שמה שאין זכייה לעכו"ם הוא רק היכן שגם לאחר שתחול הזכייה, יישאר עכו"ם, ונמצא שעכו"ם זכה ע"י אחר וזה אי אפשר. אבל בגירות, אחר שתחול הזכייה כבר הוא ישראל, והזוכה הוא ישראל ולא עכו"ם."

כלומר, אם כתוצאה מפעולה משפטית יש לעושה אפשרות לבצעה, הרי שהעושה כשיר לבצעה כבר עכשיו. הכשירות נמדדת בכך שלאחר מעשה לא יתבטל תוקפו של המעשה. הכשירות היא איפוא לעשיית מעשה אשר לכשיחול לא יהא בפנינו גורם המחייב לקבוע את בטלותו.

בהתאם לכך מובן כי במקרה של גירות, יש לומר כי החידוש של שליחות התחדש לא רק לגבי מי שהינו יהודי בזמן מינוי השליח, אלא גם כלפי מי שיהא יהודי בזמן חלות השליחות והעברת תוצאות מעשהו של השליח למשלח. השליחות מתאפשרת במקרה זה, מכיוון שאכן כתוצאה ממנה נמצא שבפנינו אדם המסוגל למנות שליח.

כאן מגיעים אנו לשורש הדברים:

האם ניתן להחיל את ההסבר האמור גם על הדוגמא של "קצות החושן" ולומר כי ניתן לרכוש קרקע באמצעות שטר, שאותו יקנה הקונה באמצעות קניין חצר, כאשר החצר שבאמצעותה נקנה השטר היא החצר נשוא המקח?

לכאורה כן, שהרי הבהרנו לעיל כי כשירות נמדדת בכך שלאחר מעשה ובראיה שלאחר מעשה, לא יתבטל תוקפו של המעשה. ממילא נמצא לכאורה כי גם במקרה של קניין שטר, בחינת הדברים לאחר

מעשה תראה כי בפנינו קניין, אשר לכשיחול לא קיימת מניעה המחייבת לקבוע את דבר בטלותו.

מאיך גיסא, ניתן לומר כי לא עסקינן בכשירות לבצע פעולה משפטית הנמדדת בכך שלאחר מעשה לא יחטל תוקפו של המעשה, אלא עסקינן בצורת רכישה שבה הקניין בשטר מקנה את הקרקע. בניגוד לגט שבו די בנתינה כפעולה פיסית כדי שהאשה תתגרש, הרי שבשטר קניין רכישת השטר היא המקנה את הקרקע. בהתאם לכך ימצא כי לא יתכן לרכוש את השטר עצמו באמצעות הקרקע הנקנית, ולא שייך לומר את הסברו של ה"קובץ שיעורים".

על כן ימצא כי ביחס לקניין שטר יש חשיבות לתהליך, ויש צורך להגיע למסקנה של "קצות החושן" לפיה סוגיית "באין כאחד" אינה יכולה להועיל לקניין שטר כאמור.

אך מהו ההבדל בין הדברים?

מדוע לגבי כשירות לבצע פעולה משפטית נבחנת הכשירות המשפטית עם השלמת התהליך בראיה לאחור - כאשר פעולה אשר לכשתחול לא קיימת מניעה המחייבת לקבוע את דבר בטלותה, דין הוא כי היא חלה מראש - ואילו לגבי תהליך קנייני נבחן התהליך עצמו ולא נבחנת הנפקות המשפטית עם סיומו?

מה ההבדל בין זכייה בחצר באמצעות שטר הנקנה בקניין חצר ע"י חצר זו עצמה, לבין שליחות בגיור אשר רק בסיום התהליך יוצרת כושר למנות שליח?

נראה כי ההבחנה אינה בין "כושר משפטי" לבין "תהליך קנייני", אלא ההבחנה שונה היא וכדלקמן:

ב"תהליך קנייני" הזכייה בשטר באמצעות חצר אינה אפשרית, לא רק מכיוון שהחצר אינה שייכת לקונה, אלא גם מכיוון שבאותה עת עצמה שייכת חצר זו למישהו אחר.

לעומת זאת, בעת שבפנינו חסרון ב"כושר משפטי" של עושה הפעולה, כגון מינוי שליח ע"י מי שעדיין לא התגייר, אין כח נגדי המהווה מניעה לקיום הפעולה, ואנו מתמודדים עם קושי אחד בלבד,

בתחום הגדרת עושה הפעולה ככשיר לעשותה, כגון הגדרת המשלח כמי שכשיר למנות שליח מטעמו.

בהתאם לכך, בעת שנחזק כושר משפטי, כל שעלינו לבחון הוא את הגדרת עושה הפעולה. הגדרה זו נבחנת לאחר העשייה, וניתן להבין כי פעולה אשר לכשתחול לא קיימת מניעה המחייבת לקבוע את דבר בטלותה, יש לראותה כמי שנעשתה מלכתחילה בלא מניעה לעשייתה. לעומת זאת, בתהליך קנייני לא נבחנים רק כישוריו וקניינו של העושה, אלא יש להתמודד גם עם הכח הנגדי הסותר לקניינו של הקונה, הלא היא זכות קניין של הבעלים הקודם של הנכס. זכות זו של הבעלים הקודם אינה יכולה להיעלם בלא שנבחן את התהליך עצמו ונראה כי בנקודת המעבר מרשות לרשות, בפנינו פעולה המוציאה את הנכס מראובן המקנה ומעבירה אותו לשמעון הקונה.

פעולה זו של העברת בעלות בנקודת זמן מסויימת ומוגדרת, אינה קיימת בשטר שהונח בחצר של ראובן המקנה, שהרי העובדה כי אחרי שנגדיר פעולה זו כתקפה יש לשמעון הקונה עם מה לקנות את השטר, אינה יכולה להפקיע נכס של ראובן. הגדרתו של שמעון כקונה אינה מספיקה במקרה זה כדי להפקיע את החצר מידי ראובן המקנה, ולגביו של ראובן אין שום דבר שניתן לומר לגביו "באין כאחד", שהרי הוא הניח שטר בחצירו שלו ואין על כן מבחינתו מה שיפקיע חצר זו ממנו?

אפשר להגדיר אדם המצוי באמצעו של תהליך, בהגדרה שעדיין לא זכה בה, על שם סופו של תהליך, אבל אי אפשר להעביר נכס ולקחתו מן הזולת בלא תהליך ראוי.

בהתאם לכך מובן כי כושר למנות שליח ניתן לייחס לאדם, גם כאשר רק עם תום השליחות וכתוצאה הימנה יוגדר כמסוגל למנות שליח, שהרי עסקינן בהגדרה שלו עצמו. אבל, קניין חצר לא ניתן לבצע ע"י שטר המונח בחצר נשוא המקח, שכן כאן פוגעים אנו בזכויות של המקנה, וכאשר מעורבות זכויות של צד נוסף לא ניתן לומר את הכלל של "באין כאחד".

גרושי אשה דומים הם במישור זה לדיני הקניין, שכן גם בגט איננו עוסקים רק בכושר המשפטי של האשה לרכוש את הגט, אלא שכנגד

זכות הזכייה הבלעדית של האשה ניצבת זכותו של הבעל לרכוש בעלות בכל מה שבא ליד האשה. זכות נגדית זו של הבעל לא פוקעת מכח הכלל של "באין כאחד". משום כך, נדרש "קצות החושן" להבהיר, כאמור לעיל, כי הצורך לשים את הגט ברשות האשה אינו מתייחס למישור הקנייני אלא למישור הטכני.

נראה על כן כי ניתן לנקוט בהסבר המובא ע"י הרב דוד כהן לסוגיית "יאוש ושינוי רשות" גם אם נוקטים את שיטת "קצות החושן" ביחס לדין של "גיטה וידה באין כאחד". לאמור:

במקרה של גט ניצבת זכותו של הבעל לרכוש בעלות בכל מה שבא ליד האשה כנגד זכות הזכייה הבלעדית של האשה. זכות נגדית זו של הבעל לא ניתן להפקיע מכח הכלל של "באין כאחד". משום כך, נזקק "קצות החושן" להבהיר כי הדין של "גיטה וידה באין כאחד" נובע מכך שאין הגירושים נובעים מהקניית שטר הגט אלא מעצם פעולת נתינתו.

הוא הדין ביחס לקניין חצר, שגם בה ניצבת זכות קניינית של אדם אחר (המוכר) כנגד רצונו של הקונה לקנות את החצר, והכלל הוא כי אי אפשר להעביר נכס ולקחתו מן הזולת בלא תהליך ראוי. משום כך, לא יחול במקרה זה הכלל של "באין כאחד".

לעומת זאת, במינוי שליח אפשר להגדיר אדם המצוי באמצעו של תהליך, בהגדרה שעדיין לא זכה בה, על שם סופו של תהליך, שהרי עסקינן בהגדרה שלו עצמו בלא לפגוע בזכויות של צד אחר כלשהו.

ביחס ל"יאוש ושינוי רשות" הבהרנו לעיל כי בעקבות היאוש לא ניצבת עוד בעלותו של הבעלים המקורי כמניעה לרכישת הבעלות בנכס זה ע"י אחרים. הטעם לכך שהגנב אינו זוכה בנכס עם ייאושו של הבעלים המקורי נעוץ - בחיוב של "והשיב" המוטל על הגנב אישית. זהו איפוא קושי בתחום האישי של הגנב שאינו נובע מזכויות של אחר, הניצבות כנגד פעולתו של הגנב.

במקרה זה של "יאוש ושינוי רשות", נמצא איפוא כי על אף שעסקינן בפעולה קניינית ולא בסוגיה של "כושר משפטי" לביצוע פעולה, דומים הם הדברים למינוי שליח ולא לרכישת חצר ע"י שטר המונח



באותה חצר. זאת מכיוון שביחס למקרה זה ניתן להחיל את הכלל לפיו אפשר להגדיר אדם המצוי באמצעו של תהליך, על שם סופו של תהליך, ואין במקרה זה קושי הנעוץ בהעדר האפשרות להתמודד עם נטילת נכס מן הזולת בלא תהליך ראוי.

ממילא ברור כי אין כל סתירה בדברי "קצות החושן" אשר ביחס לגט נזקק לסברה כי די בעצם הנתינה כדי לגרש, וסוף הקניין לבוא, ואין לדידו של "קצות החושן" אפשרות לומר כי הקניין עצמו חל כאחד עם האפשרות לקנות. ואילו ביחס ל"יאוש ושינוי רשות" גורס גם "קצות החושן" עצמו כי הקניין המהותי חל בו זמנית עם העברת הבעלות בו, כך שהגנב קונה את הנכס רק בעת העברתו לקונה. ההבחנה בין המקרים היא שבגט בפנינו פעולה הפוגעת בזכויות של אדם אחר ומפקיעה אותו, ואילו ב"יאוש ושינוי רשות" לא נפגעת זכות של צד אחר כלשהו.

לנוכח הסבר זה למונח "באין כאחד" נראה כי המחלוקת של ר"י והרמב"ם שהובאה לעיל תתייחס גם לזהותו של מבצע הקניין.

שיטת ר"י היא כזכור כי מועיל שינוי רשות רק אם ארע לאחר יאוש, לעומת זאת לשיטת הרמב"ם מועיל שינוי רשות אף אם התרחש לפני היאוש.

תמהנו על שיטת הרמב"ם כיצד מועיל שינוי רשות אף אם ארע לאחר היאוש, הרי הלוקח ביצע מעשה קניין בזמן שהיה עדיין חיוב "והשיב"?

אלא בהכרח יש לומר כדברי התוספות רי"ד כי הגנב עצמו לא קונה את הנכס הגנוב גם לאחר יאוש מחמת חיוב ה"והשיב" האישי המוטל עליו.

יאוש מסיר את ה"והשיב" החפצי המוטל על הנכס, אך לא את החיוב האישי של הגנב.

ללוקח לעומת זאת אין חיוב השבה אישי, מכיוון שהגנב כבר ביצע את מעשה הקניין בנכס לפניו. ממילא, לאחר יאוש, עם הסרת חיוב ה"והשיב" החפצי המוטל על הנכס, קונה הלוקח את הנכס בהעדר חיוב השבה אישי החל עליו ובהעדר כל מניעה כנגד הקניין. הקניין יחול אכן בעת היאוש עם הסרת חיוב ה"והשיב" הקנייני ויש לו תחולה,

מכיוון שבמישור האישי עשה הלוקח מעשה קניין בעת שלא היה לו כל חיוב השבה אישי.

אלא שתמהנו, איזו משמעות יש לפעולת הקניין של הגנב – אשר מחמתה לא חייב אף הלוקח בחיוב השבה אישי? ומדוע אין הלוקח נחשב ג"כ לגנב השולל נכס מן הבעלים, על אף שגם הוא מחזיק בידיו באיסור נכס השייך עדיין לבעלים המקורי?

ובכלל, מה מכר הגנב ללוקח? הרי לגנב יש תמיד חיוב השבה אישי המפקיע את בעלותו, ואם כן לא היה לו מעולם מה למכור?

אלא נראה כי אכן, הגנב לא קנה בעצמו את הנכס בעת הקנייתו עקב חיוב ה"והשיב" שחל עליו, ועם זאת הוא נחשב למי שקנה את הנכס ובידו למכור את הנכס, שכן לגנב יש זכות בנכס, הבאה לידי ביטוי ביכולתו להפוך את הקונה לבעלים.

זכות זו משמעה כי הגנב חווה רגע אחד של בעלות במקביל לנתינתו את הנכס. בעלות זו רוכש הגנב בעת הגניבה, והיא מתבטאת בעת ההעברה בלבד.

הכיצד תיתכן בעלות המתבטאת דווקא בעת העברתה? התשובה היא כי עם ההעברה ללוקח משתכללת, באותו רגע עצמו, גם בעלותו של המעביר – בבחינת "באין כאחד".

הנה כי כן, לפי פירוש זה מתבצע הקניין ע"י הגנב, שבפעולתו יש כדי לשלול את הבעלות.

לעומת זאת, לפי ר"י הגנב רק גרם ליאוש שבעקבותיו יש בפנינו אפשרות שבה יכול הקונה לרכוש את הבעלות בנכס. הגנב עצמו אינו בעל הנכס בשום שלב שהוא.

לדבר זה נפקות רבה בקידושי אשה, שכן כדי שקידושין יחולו נחוצה נתינה ע"י המקדש, ולא חלים קידושין אם האשה היא זו שמבצעת את פעולת הקניין.

בהתאם לכך יובנו גם דברי הרא"ש, שכן הוא גורס כשיטת ר"י לפיה "שינוי רשות" אינו קניין כשלעצמו, אלא שלאחר יאוש יש לראות את הקונה כמי שקיבל את הנכס לרשותו בלא החסרון של "באיסורא

אתי לידיה", ומה שמחיל את תוקף הקניין הוא - פעולתו של הלוקח, הנעשית לאחר יאוש. האשה המתקדשת היא איפוא זו שחוללה את הקניין, ולא הנותן - המקדש - הוא שהעביר לה את הנכס.

נמצא כי הנותן ניסה לקדש בנכס שאינו שלו ואשר גם לאחר שינוי הרשות אין הבעלות בו קנויה לו אף לא לרגע אחד, שהרי ה"והשיב" לא פקע כל עוד הנכס בידו של הגנב.

רק האשה היא אשר הצליחה לרכוש את הנכס בכוחה היא.

נמצא כי לשיטת ר"י במקרה של "יאוש ושינוי רשות" אין כאן העברת נכס ע"י המקדש למקודשת, שכן הנכס לא שייך למקדש בטרם שהגיע לידי המקודשת, ובהעדר נתינה של המקדש מרכושו הוא למתקדשת - אין הקידושין חלים.

הטעם היחיד לכך שיהא צורך בגט, הוא איפוא חומרה מדרכן הנובעת מחשש שמא היה מן הדין לפסוק להלכה כשיטת רבה לפיה הגנב - המקדש - הוא שקנה את הנכס ע"י היאוש כשלעצמו, עוד קודם הקידושין.

#### סיכום

בפרק זה הובהרו מהותו ודרך פועלו של "יאוש ושינוי רשות", בשני אופנים:

(א) שינוי הרשות הוא פעולת קניין, שבדומה לשינוי מעשה, מפקיע כשלעצמו את חיוב ה"והשיב" הרובץ על הנכס. עם פקיעת ה"והשיב" נקנה ממילא הנכס - לצד ג'.

(ב) הקניין חל מכח התייאשות הבעלים המקורי. שינוי הרשות אינו פעולת קניין אלא פעולה, שבה לא נחשב צד ג' כמקבל נכס באיסור.

ככלל, גזלן אינו רוכש את הנכס על אף התייאשות הבעלים המקוריים, מחמת החיוב של "והשיב". מקום שבו יש שינוי רשות, לא חל על הקונה חיוב "והשיב", שכן צד ג' קנה את הנכס אחרי יאוש, והנכס לא בא לידו באיסור.

דרך ההילוך הראשונה, לפיה שינוי רשות מפקיע כשלעצמו את חיוב ה"והשיב" נתקלה בקושי. בעוד שברור כי שינוי מעשה מפקיע את חיוב ה"והשיב", שהרי בפועל לא ניתן להשיב את הנכס כפי שהיה במצבו הראשוני, הרי ששינוי רשות לא מהווה לכאורה כל סיבה לאי השבת הנכס, המצוי במתכונתו הראשונה ורק עבר מידי הגנב לידיו של צד ג'. כיצד ומדוע יש במעבר זה מיד ליד כדי להפקיע את ה"והשיב" מן הנכס?

בהקשר זה ראינו את דברי תוספות ר"ד כי חיוב ה"והשיב" הוא חיוב אישי החל על הגנב "אשר גזל" את הנכס, ואין חיוב זה חל על הקונה.

משום כך, שווה דינו של שינוי רשות לדינו של שינוי מעשה. בשינוי הגוף אין הנכס "כעין שגזל", ובשינוי רשות אין בפנינו את "אשר גזל" - מי שגזל.

הבהרנו עוד כי כל עוד שהבעלים המקורי לא התיימשקו מן הנכס, הרי שצד ג' הנוטל את הנכס נחשב ג"כ לגנב, המחזיק בידו שלא כדין נכס של זולתו ואינו משיבו, וחל גם עליו החיוב האישי להחזיר את הנכס. כל רגע של אי השבת הנכס לבעליו מהווה גניבה. ואולם, כאשר יש יאוש, הדבר מאפשר לקונה שלא להיחשב לגנב, ולרכוש את הנכס ע"י שינוי הרשות המפקיע כשלעצמו את ה"והשיב".

בדרך זו הובהרה מחלוקת ר"י והרמב"ם בשאלה האם מועיל גם שינוי רשות קודם יאוש, אם לאו, שהרי לפי דרך ההילוך הראשונה, מועיל שינוי רשות להקנות את הנכס לקונה - אף אם הקניין נעשה קודם ליאוש, ולפי דרך ההילוך השניה לא יועיל שינוי רשות אם לא קדם לו יאוש, שהרי אם נטל את הנכס קודם יאוש לא נחשב הדבר למצב שבו בא הנכס לידי הקונה בהיתר.

שיטת הרמב"ם תואמת איפוא את דרך ההילוך הראשונה, ואילו שיטת ר"י תואמת לדרך ההילוך השניה.

בהקשר זה הבהרנו כיצד יתכן כי לפי דרך ההילוך הראשונה לא יחשב צד ג' לגנב החייב בהשבת הנכס אף אם שינוי הרשות קדם

ליאוש, בכך שחיוב ה"והשיב" כולל בחובו שני דינים: חיוב אישי - שחל על הגברא של הגנב, וחיוב חפצי - החל על הנכס הגזול עצמו. חיוב אישי של "והשיב" אינו חל על הקונה.

אכן, גם ההחזקה של הנכס בטרם היאוש מהווה כשלעצמה גניבה מצד הקונה, ולכן נחויץ יאוש. אבל, על אף שהקונה נחשב לגנב במישור הקנייני, וחל חיוב השבה על הנכס במישור החפצי, הרי שאין לראות בו גזולן במישור האיסורי, ועל כן אין לומר כי חל עליו חיוב אישי.

הכלל הוא כי רק חיוב אישי של "והשיב" אינו פוקע מן הגנב גם לאחר יאוש הבעלים המקורי, אך חיוב חפצי של "והשיב" פוקע כאשר הבעלים מתיימש מן הנכס.

ממילא מובן כי עם פקיעת חיוב ה"והשיב" החפצי ע"י יאוש הבעלים - שוב אין מניעה לרכוש את הנכס, שהרי חיוב אישי ואיסורי מעולם לא היה לקונה.

בדרך זו מועיל איפוא שינוי רשות להקנות את הנכס לקונה - אף אם הקניין נעשה קודם ליאוש.

עם זאת עורר הביאור האמור (של "קצות החושן") קושי אחר: כיצד מהווה שינוי הרשות מעשה קניין עד כי הגנב יכול לקדש אשה ע"י הקניית נכס גנוב? הרי הגנב אינו בעלים של הנכס, ואילו נמצאה נקודת זמן שבה הוא נחשב כבעלים הרי שהיה חל עליו חיוב ה"והשיב" ומפקיע בעלות זו. היכן היא איפוא נקודת הזמן שבה הנכס שייך לגנב בטרם שהעביר אותו לידי האשה המתקדשת בנתינת נכס זה לה?

ההסבר שנמצא לכך בספר "מידה טובה" לרב דוד כהן הוא, כי הגנב אכן אינו קונה את הנכס בטרם שהוא מעבירו לזולת. עם זאת, מכיוון שבידי הגנב נמסר הכח להעביר בעלות מאחד לשני, הרי שמשמעות הדבר היא כי לגנב יש זכות בנכס שכל משמעותה היא הכח להעביר את הבעלות מהבעלים המקורי לקונה. די בכך שלגנב יש לו זכות שכזו בנכס, כדי שמכוחה יהא בידי הגנב למכור או לקדש.

במקביל, ראינו את ביאורו של ה"קובץ שיעורים", כי קיים מונח הנקרא "באין כאחד", הקובע כי אם כתוצאה מפעולה משפטית יש לעושה אפשרות לבצעה, הרי שהעושה כשיר לבצעה כבר עכשיו. הכשירות

נמדדת בכך שלאחר מעשה לא יתבטל תוקפו של המעשה. הכשירות היא איפוא לעשיית מעשה אשר לכשיחול לא יהא בפנינו מניע המחייב לקבוע את דבר בטלותו.

בהתאם לכך, בעת שנחוץ כושר משפטי, כל שעלינו לבחון הוא את הגדרת עושה הפעולה. הגדרה זו נבחנת לאחר העשייה, וניתן להבין כי פעולה אשר לכשתחול לא קיימת מניעה המחייבת לקבוע את דבר בטלותה, יש לראותה כמי שנעשתה מלכתחילה בלא מניעה לעשייתה.

כך הובן כי במקרה של גירות, יש לומר כי החידוש של שליחות התחדש לא רק לגבי מי שהינו יהודי בזמן מינוי השליח, אלא גם כלפי מי שיהא יהודי בזמן חלות השליחות והעברת תוצאות מעשהו של השליח למשלח. השליחות מתאפשרת במקרה זה, מכיוון שאכן, כתוצאה ממנה נמצא שבפנינו אדם המסוגל למנות שליח.

לעומת זאת, הבהרנו כי בתהליך קנייני שבו לא נבחנים רק כישוריו וקניינו של העושה, אלא יש כוח הנגדי הסותר לקניינו של הקונה, הלוא היא זכות קניין של הבעלים הקודם של הנכס, הרי שזכות זו של הבעלים הקודם אינה יכולה להיעלם בלא שנבחן את התהליך עצמו ונראה כי בנקודת המעבר מרשות לרשות, בפנינו פעולה המוציאה את הנכס מראובן המקנה ומעבירה אותו לשמעון הקונה. פעולה זו של העברת בעלות בנקודת זמן מסויימת ומוגדרת, אינה קיימת בשטר שהונח בחצר של ראובן המקנה, שהרי העובדה כי אחרי שנגדיר פעולה זו כתקפה יש לשמעון הקונה עם מה לקנות את השטר, אינה יכולה להפקיע נכס של ראובן. הגדרתו של שמעון כקונה אינה מספיקה במקרה זה כדי להפקיע את החצר מידי ראובן המקנה.

אפשר להגדיר אדם המצוי באמצעו של תהליך – בהגדרה שעדיין לא זכה בה – וזאת לנוכח סופו של התהליך, אבל אי אפשר להעביר נכס ולקחתו מן הזולת בלא תהליך ראוי.

(א) ב"תהליך קנייני" הזכייה בשטר באמצעות חצר אינה אפשרית לא רק מכיוון שהחצר אינה שייכת לקונה, אלא גם מכיוון שבאותה עת עצמה שייכת חצר זו למישהו אחר.

(ב) לעומת זאת, בעת שבפנינו חסרון ב"כושר משפטי" של עושה הפעולה, כגון מינוי שליח ע"י מי שעדיין לא התגייר, אין כח נגדי המהווה מניעה לקיום הפעולה, ואנו מתמודדים עם קושי אחד בלבד, בתחום הגדרת עושה הפעולה ככשיר לעשותה, כגון הגדרת המשלח כמי שכשיר למנות שליח מטעמו.

בהתאם להבחנה זו בחנו את המקרה של "יאוש ושינוי רשות", וצינינו כי מכיוון שבעקבות יאוש לא ניצבת עוד בעלותו של הבעלים המקורי כמניעה לרכישת הבעלות בנכס זה ע"י אחרים, נמצא כי על אף שעסקינן בפעולה קניינית ולא בסוגיה של "כושר משפטי" לביצוע פעולה, דומים הם הדברים למינוי שליח ולא לרכישת חצר ע"י שטר המונח באותה חצר.

ניתן על כן לקדש ולגרש ע"י נכס גזול מכח הדין של "יאוש ושינוי רשות", וחל הכלל לפיו אפשר להגדיר אדם המצוי באמצעו של תהליך - על שם סופו של תהליך. במקרה זה לא ניתן לטעון להעדר אפשרות להתמודד עם נטילת נכס מן הזולת בלא תהליך ראוי, שכן היאוש גורם כשלעצמו לכך שבעלותו של הבעלים המקורי לא תהווה מכשול לרכישת הבעלות בנכס זה ע"י אחרים<sup>10</sup>.

#### 10 שאלות לעיון:

הכלל הוא כי קטן אינו יכול לקנות נכס בעצמו, בהעדר גמירות דעת מובנה מצדו, לביצוע קניין. לעומת זאת, הכלל הוא כי "דעת אחרת מקנה", כלומר אדם אחר שאינו קטן, יכול להקנות את הנכס לקטן, שהרי את מעשה הקניין עושה הגדול, עבור הקטן, ולגדול יש גמירות דעת.

א. מה יהיה הדין כאשר גזולן (שהינו גדול) מקנה נכס לקטן (שינוי רשות), לאחר יאוש הבעלים המקורי? האם יש כאן קניין?

ב. ומה יהא הדין אם תקדם ההקניה לקטן (שינוי הרשות) ליאוש הבעלים המקורי?

נא להשיב בהתאם לכל אחת משתי דרכי ההילוך דלעיל ל"יאוש ושינוי רשות".







