

הרב סיני לוי

מעמד חפץ גזול ביד הגזולן או הגנב

הקדמה

האחרונים דנו במעמדה הקנייני של הגזלה בידו של הגזולן או הגנב. תוכנו של הדיון הוא האם הבעלים המקורי של החפץ – הנגזל – נחשב עדיין בעליו גם כשהוא בידי הגזולן, או שמא הגזולן הוא בעליו של החפץ.¹ היסודות לדיון הן החובה להשיב את החפץ לידי הנגזל, דבר שמורה לכאורה על בעלותו על החפץ. מאידך, חובת הגנב לשלם דמים כאשר הגנבה אינה בעין, וכן הדרכים המיוחדות המאפשרות לגזולן או לבאים מכוחו לזכות בחפץ באופן הפוסט את הגזולן מהשבתו מראים במידה מסוימת על בעלותו של הגזולן על החפץ.

מטרת מאמר זה היא לשים כמקור עיקרי לדיון בשאלה זו את מחלוקת האמוראים רב ורבא² (סנהדרין עב.), ולהראות את השלכות מחלוקת זו על דיונים נוספים בדיני גזלה, בהם נחלקו אמוראים בפרקים האחרונים של מסכת בבא קמא.

בא במחתרת - סנהדרין דף עב.

”מתני' הבא במחתרת נידון על שם סופו. היה בא במחתרת ושבר את החבית אם יש לו דמים חייב אם אין לו דמים פטור:
גמ' אמר רב: הבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור. מאי טעמא? בדמים קננהו.
אמר רבא: מסתברא מילתיה דרב בששיבר דליתנהו אבל נטל לא.
והאלהים אמר רב אפילו נטל דהא יש לו דמים ונאנסו חייב אלמא ברשותיה³
קיימי הכא נמי ברשותיה קיימי.

¹ עיין קצוה"ח (סימן לד ס"ק ג) ונתיה"מ (שם) - לדעת שניהם הגזלה ברשות בעליה הראשונים. בקובץ שיעורים סבור שקנויה לגזולן. הכנתנו את שיטת רבא בהמשך הדברים שונה מהבנת נתיה"מ (שם) בכמה נקודות. ועיין לקמן הערה 19.

² לגבי הגרסא רבא/רבה בסוגיה זו, ראה "ניצוצי אור" לרב מרגליות, המוכיח מסגנון הדברים כי רבא הוא בעל המימרא.

³ משמעות המילה 'רשות' בהקשר זה, לדעתי, היא 'בעלות'. הבעייתיות בפרשנות זו היא דברי רבי יוחנן בב"ק סט/א: "אמר רבי יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינן יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו." על פי המינוח של רבי יוחנן רשות ובעלות הם דברים שונים. כאשר רשות מבטאת את השליטה בפועל, ובעלות היא השאלה הפורמאלית. בכל אופן בכמה מקומות נראה שהמילה רשות משמשת במשמעות 'בעלות'.

ולא היא, כי אוקמינא רחמנא ברשותיה לענין אונסין אבל לענין מקנא ברשותיה דמרייהו קיימי מידי דהוה אשואל⁴.

המצב של גנבה ב'בא במחתרת' היא גנבה אשר אין חלים על הגנב חיובי התורה. הסיבה לכך היא שבשעת המעשה על הגנב חל דין מיתה, שהרי 'אין לו דמים', ועל כן אין להחיל עליו דין נוסף (קים ליה בדרכה מיניה) – היינו חיוב ממון. במשנה מבואר שהגנב פטור מנזקים, ורב מוסיף שפטור גם מחיובי גנב.

את יסוד מחלוקת רב ורבא ניתן להבין בשתי דרכים. האחת, שחולקים בדיני בא במחתרת (קים ליה בדרכה מיניה). לדעת רב היקף הפטור רחב יותר, ואילו לדעת רבא היקף הפטור מצומצם יותר, ועל כן פוטר רק 'בששיבר'. האפשרות השניה, שיסוד מחלוקתם בדיני גנבה נראת יותר, על בסיס הסבריו של רבא את דעת רב, ואת הסתייגותו מדעה זו ('ולא היא').

רבא מסביר את דעתו של רב בכך ש'ברשותיה קיימי' – היינו שלדעת רב הגנבה קנויה לגנב מעצם מעשה הגנבה. לכן לדעתו אף אם הגזלה בעין אין מוטלת על הגנב חיוב תשלומים. באשר לדעתו, עצם חובת השבת גוף הגזלה היא רק תוצאה של מצות התורה 'והשיב את הגזלה אשר גזל'.

לעומת זאת לדעת רבא, אין הגנבה קנויה, אלא 'לענין אונסין', אבל מן הבחינה הקניינית 'ברשותיה דמרייהו קיימי', היינו ברשות הבעלים הראשונים. הוא מוכיח את האפשרות להיות חייב באונסין אף מי שאינו בעלים, מדינו של שואל, שלכרע אינו בעלים, ועם זאת חייב הוא באונסים. על כן סובר רבא, שכל עוד החפץ הגנוב קיים ביד הגנב הוא מחויב להשיבו למי שגנב ממנו, אך כאשר אין החפץ בעין, שם יסוד החיוב הוא מעשה הגנבה, פטור הגנב מתשלומים⁵. חיוב זה אינו תוצאה של מצות 'והשיב', אלא משום שפשוט לא קנה את הגנבה, ועדיין היא בבעלותו של בעליה הראשונים⁶, ועל כן חייב ככל מוֹק.

לסיכום: האמוראים חלוקים במעמדה הממוני של הגנבה ביד הגנב, ב'בא במחתרת'. דעת רב שבעצם מעשה הגנבה נקנית הגנבה לגנב, וכל חובתו להשיבה היא מצוות התורה – 'והשיב'. על כן במקום בו פטור ממצוה זו, אין מוטלת עליו חובה להשיב את החפץ אפילו אם הוא קיים

⁴ יש לבחון האם משפט זה גם הוא מדברי רבא עצמו. גם אם אינו מדבריו, זו פרשנות פשטנית למשפט הראשון, "מסתברא מלתיא דברב בששיבר".

⁵ בהסבר דעת רבא שמקבל את דברי רב בששיבר, נחלקו הראשונים. לדעת רש"י (שם), גם במקרה ששיבר את הכלים שגנב לאחר שעת הגנבה, פטור מתשלומים. לעומת זאת, דעת הרמב"ם (בפירוש המשנה שם, וכן בגניבה פרק ט הל' יג) והרמב"ן (במלחמות שם), שדווקא אם שיבר בעודו במחתרת, פטור מתשלומים, אבל אם שיבר לאחר הגנבה, חייב בתשלומים. הפרשנות בה אנו נוקטים תואמת יותר את שיטת הרמב"ן.

⁶ קצוה"ח (סימן שנ"א ס"ק ג) מסביר שאין הגנב מחוייב ב'והשיב', ועל כן אין הוא מחוייב ללכת ולהשיב, אלא זכותו של הגנול לתובעו ולהוציא ממנו את ממונו.

בעין. לדעת רבא השבת החפץ עצמו יסודה בכך שאין החפץ קנוי לגנב, ועל כן אינה תלויה בחיוב מיוחד שמטילה התורה על הגנב. לכן כל עוד החפץ בעין הגנב מחוייב להשיבו לבעליו המקוריים.

עם זאת, אין במחלוקת זו ראייה לדעתו של רב לגבי מעמדה של הגנבה במקום בו קיימת מצוות 'והשיב'. שהרי ניתן לומר, שאף שמעשה הגנבה כשלעצמו יוצר בעלות של הגנב, מצוות 'והשיב' מפקיעה בעלות זו, ויוצרת את בעלותו של הנגזל, שכן, על פי דין התורה הגזול מחויב להשיב את החפץ לנגזל.

בהמשך, ננסה להראות שלדעת רב גם במקום בו קיימת מצוות 'והשיב', אין הבעלים הראשון נחשב בעלי הגנבה.

גזל ובא אחר ואכלו - בבא קמא דף קיא :

"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 דמריה קאי.

תנן: הגזול ומאכיל את בניו והניח לפנייהם פטורין מלשלם, תיובתא דרב חסדא. אמר לך רב חסדא כי תניא ההיא לאחר יאוש."

רב חסדא מחדש, שלבעלי החפץ הגזול, יכולה להיות תביעה, לא רק כלפי הגזול עצמו אלא גם כלפי אדם שלישי, אשר אכל⁷ את החפץ הגזול. טעמו של רב חסדא הוא: כל כמה דלא נתייאשו הבעלים ברשותיה דמריה קאי. עמדה זו לכאורה תואמת את גישתו של רבא, במחלוקת בסנהדרין, והיינו שמעשה הגנבה או הגזלה⁸ אינו מעביר את עצם הבעלות מן הנגזל.

לכירור דעתו של רב ב'בא אחר ואכלו' ניגש לסוגיה אחרת (קטו). הסוגיה עוסקת בתקנת השבים, שהלוקח מן הגנב אפילו קודם יאוש, אינו מחויב להשיב את החפץ לנגזל בחינם, אלא רק תמורת תשלום. המקרה בו דנים רב ורבי יוחנן הוא במקום בו הוכר הגנב, ועל כן לא יגרם ללוקח נזק גם אם ישיב את החפץ הגזול בלא תמורה, שכן בכוחו לתבוע את הגנב עצמו.

איתמר, גנב ומכר ואחר כך הוכר הגנב,

רב משמיה דרבי חייה אמר הדין עם הראשון,

⁷ ונחלקו ראשונים האם דוקא בלא הסכמת הגנב או גם באכלו בהסכמתו, אך איני רואה השלכה למחלוקת זו לדינונו כאן.

⁸ הסתייגותו של רב חסדא 'ולא נתייאשו הבעלים' תדון בע"ה בסוף המאמר.

ר' יוחנן משמיה דרבי ינאי אמר הדין עם השני.
 אמר רב יוסף לא פליגי כאן לפני יאוש הדין עם השני כאן לאחר יאוש הדין עם הראשון ותרוייהו אית להו דרב חסדא.
 אמר ליה אביי ולא פליגי, הא מתנות כהונה כלפני יאוש דמי ופליגי. דתנן: אמר לו מכור לי מעיה של פרה והיו בהן מתנות נותנן לכהן ואינו מנכה לו מן הדמים לקח הימנו במשקל נותנו לכהן ומנכה לו מן הדמים. ואמר רב לא שנו אלא ששקל לעצמו אבל שקל לו הטבח הדין עם הטבח.
 אימא, אף דין עם הטבח, מהו דתימא אין מתנות כהונה גזולות קמ"ל.
 ולאביי דאמר פליגי, במאי פליגי בדרב חסדא "

לדעת רב, על פי שתי הבנות אלו את מחלוקתם, הנגזל אינו יכול לתבוע את הלוקח אלא את הגזולן בלבד. לדעת רבי יוחנן בכוחו של הנגזל לתבוע הן את הלוקח והן את הגזולן עצמו.
 אליבא דרב יוסף, אין הם חלוקים, אלא שרב דיבר דווקא לאחר יאוש, ועל כן קנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות. 'ותרוייהו אית להו דרב חסדא' הוא הבסיס לתביעת הלוקח במקום בו לא היה עדיין יאוש. והיינו כיון שהחפץ ברשותו-בבעלותו של גזול יש לו יסוד לתביעת החפץ גם מאדם אחר.

אביי⁹ מוכיח שאליבא דרב אין לנגזל יכולת לתבוע את הלוקח מן הגזולן גם קודם יאוש. ומסבירה הגמרא ש'פליגי בדרב חסדא'. והיינו שרב חולק על דינו של רב חסדא¹⁰. על פי הקדמת הדברים נראה ברור שרב לשיטתו אזיל, וסבור הוא שמעשה הגנבה או הגזלה יוצר בעלות של הגזולן על החפץ, ומפקיע את בעלות הנגזל. כל החובה להשיב את החפץ היא מכח מצוות 'השיב', אך מצוה זו אינה יוצרת בעלות של הנגזל, ועל כן תביעת הנגזל היא דווקא ביחס לגזולן עצמו ולא ביחס לאדם אחר כלל, אפילו קודם יאוש.

כאמור, לדעת רב חסדא קיים יסוד נוסף לתביעה, והוא שקודם יאוש לא פקעה בעלותו של הנגזל 'וברשותיה קיימה'. יסוד זה הוא בסיס לתביעת ממון גם מאדם שלישי, הלוקח מן הגזולן או האוכל את הגזלה, וזו גם שיטתו של רבי יוחנן.

על בסיס הבנה זו את שיטות האמוראים, נראה לי להציע הסבר חדש לסוגיה הבאה:

⁹ להלן נסביר שאביי 'חייב' למצוא שיטת אמוראים ראשונים החולקים על רב חסדא, שכן קיים יסוד להניח שגם הוא לית ליה דרב חסדא.

¹⁰ הרשב"א סבור שלא חלק רב אלא באין גזלה קיימת, 'דבגזילה קיימת ולפני יאוש ליכא מאן דאמר נדפטור (ע"פ ש"מ)', ומוכיח 'דעד כאן לא קאמר רמי בר חמא (שחלק על רב חסדא) בריש פרקין בלפני יאוש אלא בשאכלות, אבל בגזלה קיימת מורה דחייבין להחזיר'. לגבי שאלה זו, עיין להלן הערה 21.

דעת בעלים בהשבת הגזולה, בבא קמא דף קיח.

"מתני' הגונב טלה מן העדר והחזירו ומת או נגנב חייב באחריותו
לא ידעו בעלים לא כגניבתו ולא בחזירתו, ומנו את הצאן ושלימה היא פטור:
גמ'. אמר רב לדעת צריך דעת שלא לדעת מנין פוטר,
וכי קתני ומנו את הצאן והיא שלימה אסיפא.
ושמואל אמר בין לדעת בין שלא לדעת מנין פוטר,
וכי קתני ומנו והיא שלימה פטור אכולה.
ורבי יוחנן אומר לדעת מנין פוטר שלא לדעת אפי' מנין נמי לא צריך,
וכי קתני ומנו את הצאן והיא שלימה ארישא.
רב חסדא אמר לדעת מנין פוטר שלא לדעת צריך דעת,
וכי קתני ומנו את הצאן והיא שלימה ארישא.
אמר רבא מ"ט דרב חסדא הואיל ואנקטה נגרי ברייתא."

נרשא המשנה הוא הצורך בידעת הבעלים על השבת הגזולה, אשר בלא ידיעה זו אין הגזול נפטר
מחובתו כלפי הנגזל, ובמקרה של אונס לחפץ הנגזל, חייב הגזול בהשבת הדמים, אף שהחזיר
את החפץ הגזול לרשות הנגזל. 'לדעת' שבדברי האמוראים, פירושו על פי רש"י (שם, ד"ה
לדעת), ש'הכירו הבעלים שנגנב מהם טלה', ושלא לדעת, היינו שהבעלים לא ידעו כלל
ממעשה הגנבה.

יש לבחון את עצם הצורך בדעת בעלים או ב'מנין' בהשבה. סיבה אחת היא שבלא ידיעתם, אין
הבעלים יודעים על אחריותם המחודשת לשמור על החפץ שחזר אליהם, מה שהיה מוטל עד
עתה על הגזול. סיבה זו טובה במקום בו ידע הנגזל על גנבת החפץ, ועל כן פסק מלשומרו.
לעומת זאת, במקום בו לא ידע כלל על כך שיצא החפץ מרשותו, הרי לא הסיר שמירתו ממנו,
ועל כן טעם זה אינו מסביר את הצורך בידעת הנגזל על השבת החפץ. בבעלי חיים טעם זה
משמעותי גם כאשר לא ידעו הבעלים מהגנבה, כפי שהסביר רבא את דברי רב חסדא המחמיר
יותר במקרה בו לא ידעו הבעלים על הגנבה. נימוקו הוא - 'הואיל ואנקטה נגרי ברייתא', דהיינו,
שהגנבה גרמה לכך שבעל החיים צריך שמירה מיוחדת. סיבה זו [דעת לצורך שמירת הבעלים]
יש בה כדי לכלכל את שיטתו של רבי יוחנן, ולדעתו במנין סגי משום שהבעלים מודע לכך
שהגנבה תזרזר לרשותו.

אמנם שיטת רב ושמואל היא שבגנבה 'שלא לדעת' – מנין פוטר, ומכל מקום מנין ודאי צריך.
יש לשאול מה מקומו של מנין זה. כן גם תמה הרשב"א (ק"ח, ד"ה אמר רב):

"אלא שבעיקרן של דברים קשה לי, למה צריך דעת בעלים, ולא סגי אפילו
מנין¹¹, דכל שהחזירו במקום שנטל כבר קיים והשיב את הגזולה אשר גזל?"

¹¹ על פי המשך דבריו, נראה שכוונתו, שכמו כן קשה מדוע צריך אפילו מנין.

מכח קרשיה זו פרש הרשב"א את יסוד הסוגיה בכך שאין הגזולן נפטר אלא אם יודע הנגזל על כך שהושבה לו גזלתו, על מנת שלא יחשוד באדם שגזל לו ולא השיב לו את הגזלה. פירושו אפשרי לפי שיטתו שפירוש שגנבה 'לדעת' היא שיודע הגזולן מי גנב ממנו, ו'שלא לדעת' היינו שלא ראה את מעשה הגנבה עצמו. לפי שיטתו אכן במקום בו לא ידע הנגזל כלל על כך שגנב ממנו דבר, אפילו לרב ושמאל אין צורך בידיעה או במנין. אולם כאמור רש"י ושאר ראשונים חולקים על פירוש זה, ולדעתם צריך מנין, אפילו לא ידעו הבעלים כלל ממעשה הגנבה.

לדעתי, ניתן להציע שמחלוקתם של האמורים יסודה בשאלה בה אנו עוסקים, דהיינו קנין הגזלה על ידי הגזולן. אם נאמר שהגזלה אינה קנויה לגזולן, פעולת השבת הגזלה אינה פעולה קניינית כלל ועיקר, שהרי החפץ נשאר בבעלות הנגזל גם בזמן שהיה בידי הגזולן. לעומת זאת, אם נאמר שהגזולן קנה את החפץ, השבת הגזלה אינה פעולה סתמית אלא היא הקניה של החפץ. כעת מסתבר לטעון, שאם אין כאן הקניה אין צורך כלל בידיעת הבעלים, אך אם יש כאן הקניה צריך מודעות, חלקית לפחות, של הבעלים ותפקיד זה ממלא ה'מנין', שהוא מודעות של הבעלים להיות החפץ ברשותו.

הסיבה לצורך בדעת הזוכה, היינו הנגזל, נראית לכאורה, שבכל קנין צריך דעת קונה. אך טעם זה אינו מספיק, שכן אם השיב לרשותו המשתמרת של הנגזל מדוע לא נאמר שיש בהקניה זו זכות גמורה, וחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו. התשובה לשאלה היא שאין השבת הגזלה זכות גמורה לנגזל, כאדם המקבל מתנה. שכן, השבת הגזלה טומנת בחובה גם זכות לגזולן שהיא חובה לנגזל, והיינו שברגע ההשבה נפטר הגזולן מחובת האונסים שמוטלת עליו, וחובה זו מוטלת מעתה על הגזולן.¹²

1. מאידך, את העובדה שאין צריך מודעות גמורה לתהליך ההקניה, כפי שנדרש במעשה קנין רגיל¹³ ניתן להסביר בשני אופנים:

הקנאה שהיא מיצוי של חיוב קיים אינה דורשת את התנאים המלאים של הקניה רגילה, וכאן ההקניה היא מיצוי של חובת 'והשיב את הגזלה'. כך עולה מדברי התוספות (סנהדרין דף סח: ד"ה קטן), אשר מסבירים שאף אם זכית קטן מדרבנן בלבד, קיים מצב של בעלות קטן על ממון מדאורייתא "במעשה ידיו (=של הקטן)", דמלאכתו ושכר טורחו שלו מדאורייתא, וכוונת הדברים, שכיון שמתחייב המעסיק כלפי הקטן מן התורה, גם הקנאת השכר חלה מן התורה.

¹² מרכיב זה בא לידי ביטוי גם בהשבת הפיקדון במקום בו הוחזק הנפקד כפרן. אף שאומרים 'הולך כזכאי', דהיינו שהוצאת החפץ מידי הנפקד זכות היא למפקיד, עדיין חייב הנפקד באחריותו. עיין גיטין יד. וחז"ל טימן קכה סע' ב.

¹³ המקור לצורך במודעות במעשה קנין הוא מגמרא (יבמות נב:): "העורר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו".

2. יש כאן דעת מקנה - זו שיטת הראב"ד שבמקום בו יש דעת מקנה אין צריך מודעות מלאה של הקונה¹⁴.

כעת ברור ששיטות האמוראים השונים מתבארות בנקל. רב סובר שצריך מנין גם בגזלה אשר הנגזל כלל לא היה מודע לה, משום שסובר שהגזלה קנויה לגזול, כפי שהוכחנו בראשית הדברים. לעומתו רבי יוחנן נראה שסובר כשיטתו של רבא בסנהדרין, שכן כפי שהראנו הוא פוסק כשיטתו של רב חסדא¹⁵ אשר היא תוצאה של שיטת רבא, שהנגזל עדיין בעלים על החפץ גם אחר הגזלה. הוכחה נוספת שזו עמדתו של רבי יוחנן היא ממה שפסק (ב"ק טז.):

"אמר רבי יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינן יכולים להקדיש זה (=הגזלן) לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו."

דהיינו שהחפץ אינו בבעלותו של גזלן אלא בבעלותו של הנגזל¹⁶.

להלכה, פסק הרי"ף בבעלי חיים כרב חסדא, שבגנבת בע"ח שלא לדעת צריך דעת, משום שרבא סובר כמותו. אבל בדברים שאינם בעלי חיים פסק כרבי יוחנן שבלא דעת אין צריך אפילו מנין. הרי"ף הסביר שלעולם הלכה כרבי יוחנן כנגד רב ושמאל, וכן שרב חסדא אינו חולק על רבי יוחנן אלא בבעלי חיים, אבל בדברים אחרים מודה לו. הרמב"ן במלחמות תמה מדוע אין פוסקים כרב ושמאל שב'שלא לדעת' צריך 'מנין', שהם רבים נגד רבי יוחנן (ורב חסדא ורבא לא הביעו דעתם בדברים שאינם בעלי חיים). לפי דברינו אף שרב חסדא ורבא לא הביעו דעתם בפירוש, על פי שיטתם שהגזלה אינה קנויה לגזול, ברורה דעתם לגבי אי הצורך בדעת או במנין במקום בו לא ידעו הבעלים על הגנבה¹⁷.

אי עבד לא מהני תמורה דף ד- ו.

נראה לי שרבא סובר שאין הגזלה נקנית לגזלן בהתבסס על גישתו הכללית הבאה לידי ביטוי בסוגיה בתמורה (ד:):

¹⁴ הובאו דבריו בנימוקי יוסף (ב"ב מא, א, כא: בדפי הרי"ף, ד"ה מחילה בטעות). אף שהראב"ד כתב שאין צריך דעת קונה במתנה, הוא לא דיבר על מצב בו אין אפילו מודעות של הקונה לכך שהחפץ הגיע לרשותו- ומודעות זו גם לדעתו צריך.

¹⁵ ב"הוכר הגנב' בב"ק קטו ע"א, ולעיל עמוד 2.

¹⁶ עובדה זו מוכחת מכך שהחסרון של הנגזל מלהקדיש היא רק ש'אינה ברשותו' אך לא ש'אינה שלו'.

¹⁷ יש לשים לב שרב שמאל ורבי יוחנן הם בני אותה תקופה, ואילו רב חסדא ורבא מאוחרים להם. לכן טבעי הוא שרב חסדא סובר באופן כללי כאחד מן האמוראים הראשונים - כ"י, אף שחולק עליו בפרט מסויים - השבת בעלי חיים ובעקבות כך פרשנות המשנה.

“אמר אביי כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אם עביד מהני,

דאי סלקא דעתך לא מהני אמאי לקי.

רבא אמר לא מהני מידי,

והאי דלקי משום דעבר אמימרא דרחמנא הוא.”

נושא מחלוקתם הוא האם דבר שנעשה באיסור חל על אף האיסור שבו - לדעת אביי, אין האיסור מונע מפעולה שנעשתה באיסור לחול. במהלך הסוגיה הגמרא מנסה להקשות על אביי ורבא מנושאים שונים, ובגמרא (דף ו:):

“והרי גזל דרחמנא אמר (ויקרא י”ט) ‘לא תגזול’, ותנן הגזול עצים ועשאו כלים

צמר ועשאו בגדים משלם כשעת הגזילה. תיובתא דרבא !

אמר לך רבא, שאני התם דאמר קרא (ויקרא ה’) ‘אשר גזל’ כמה שגזל.

ולאביי האי ‘אשר גזל’ מיבעי ליה, על גזילו שלו מוסיף חומש על גזילו של אביו

אינו מוסיף חומש.”

האחרונים דנו בשאלה מתי שייך העקרון ש’אי עביד לא מהני’¹⁸. בכל אופן, ברור מן הסוגיה שגזל הוא תחום בו עקרון זה משמעותי, אלא שאין מימוש של עקרון זה לענין קנין על ידי שינוי, משום שיש לימוד מיוחד מן הפסוק שאין חובה להשיב את החפץ לאחר שינוי. את שיטתו של אביי נראה שהבינה הגמרא, שמעשה הגנבה יוצר קנין, והחובה להשיב את החפץ עצמו לפני שינוי היא חובה חדשה, מן התחום האיסורי, אך לא כתוצאה מבעלותו של הגזול, שהרי זו פקעה. לעומת זאת, על רבא הקשתה הגמרא, כיצד ניתן להבין את הפטור מהשבת החפץ הגזול, אפילו לאחר שינוי, אם מעשה הגנבה לא העביר את הבעלות. התשובה שנאמרה לשיטתו של רבא “שאיני התם דאמר קרא (ויקרא ה’) אשר גזל כמה שגזל.” יכולה להתפרש בשני אופנים שונים:

1. בגנבה חידשה תורה שאי עביד מהני, ומעשה הגנבה פועל פעולת קנין.

2. אף על פי שאין מעשה הגנבה יוצר קנין, לאחר שינוי התורה פטרה את הגזול מלהשיב את גוף הגנבה. וכן לחובתו של הגזול, התורה לא נתנה לגזול את האפשרות להיפטור בגוף הגזולה לאחר שינוי (פרט זה משמעותי במקום בו יש ירידת ערך של הגזולה).

לדעתי, כפי שהראנו בתחילת המאמר, ברור ששיטתו של רבא היא שאין הגנבה או הגזולה נקנית לגזול בעצם מעשה הגנבה, כפי האפשרות השניה שהצענו¹⁹.

¹⁸ עיין באחרונים על השו”ע (סימן רח). סמ”ע ש”ך וט”ו, נתיב”מ ועוד.

¹⁹ בסוף הסוגיה בתמורה שם, הגמרא מנסה למצוא במה להלכה חולקים אביי ורבא, ובלישנא קמא אומרת הגמרא: “אלא במאי פליגי, בשינוי קונה.” ברש”י שם שני פירושים. על פי פירושו השני, רבא סובר למסקנה ששינוי אינו קונה, וחזרת בה הגמרא מתירוצה לעיל, שהבאנוהו בגוף הדברים. מסקנה זו ודאי תואמת את הצעתנו בדבר גישתו של רבא, שמעשה הגזולה אינו קונה כלל, ולכן גם שינוי אינו קונה.

לפי הקו שהצענו, לכאורה, סביר שאבוי יחלוק על שיטתו של רבא, ויסבור כרב בסנהדרין, ודלא כרב חסדא לגבי גזל ובא אחר ואכלו²⁰. נראה לי שזהו הכרחו של אבוי בסוגיה העוסקת בדעת בעלים בהשבה (קח). שהבאנו לעיל, לסבור שרב ורבי יוחנן חלוקים בדרכ חסדא. שכן, הוא עצמו אינו סובר כרב חסדא, ועל כן הוא סובר שאמוראים ראשונים (רב) גם הם חלקו על שיטת רב חסדא.

בהמשך הדברים ננסה להבין את מקומו של היאוש לפי השיטות השונות:

מקומו של היאוש לשיטות האמוראים השונות.

בגמרא (ב"ק סז:):

“אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל.

אמר רב לא שנו אלא לפני יאוש, אבל לאחר יאוש קנאו גנב ראשון, וגנב שני משלם תשלומי כפל לגנב ראשון.”

מפשטות דברי רב, וכן ממהלך הסוגיה ברור שרב סובר שיאוש (כדי) קונה לגמרי. משמעות הקביעה שיאוש קונה היא שחובת 'והשיב' פוקעת בשעת היאוש, ועל כן אפילו הגזלן עצמו אינו מחוייב להשיב את החפץ עצמו אלא יכול לפטור עצמו בתשלום דמי החפץ.

את האופן בו נקנית הגזלה לגזלן ניתן להבין בשתי צורות: האחת, שהגזלן קונה את הגזלה בשעת הגזלה עצמה אלא שרובץ עליו חיוב 'והשיב' אשר מונע ממנו זכיה גמורה. כאשר מתיאשים הבעלים סר המונע של חלות הקנין הראשון. האפשרות השניה היא שהיאוש מאפשר את הקנין שמתבצע אחר זמן היאוש (הסבר זה מתאים גם אם רבא או ההולכים בשיטתו היו

אך קשה לומר שזו שיטת רבא משתי סוגיות במסכת בבא קמא: בסוגיה ברף צו ע"א: “אמר רבא האי מאן דגזל לוליבא ועבריהו הוצי קני דמעיקרא לוליבא מיקרי והשתא הוצי” מוכח מדבריו שסובר ששינוי קונה. כך משמע גם מסוגיה בריש הגזל ומאכיל, שם רבא מסתייג מהצגת שיטות התנאים שסוברים ששינוי אינו קונה, וטוען שגם אותם אמוראים סבורים ששינוי קונה.

עם זאת ניתן לתרץ ולומר שכל מה שרבא סובר ששינוי אינו קונה הוא דווקא בשינוי דממילא, אבל בשינוי בידיים מורה שקונה. וזאת משום ששינוי בידיים הוא כמעשה שפועל בעצם המעשה את הקנין, ואינו תוצאה של מעשה משפטי היוצר חלות - ועל כן אינו תלוי ב"אי עביד לא מהני". נחיה"מ (סימן לד ס"ק ה) סבור שפירוש הגמרא הוא שחלוקים בשינוי החוזר, שלאבוי קנה. דברים אלו קשים ביותר שכן אבוי מעמיד את משנת הגזלן עצים (צג:): “אמר אבוי תנא דידן קתני שינוי דרבנן דהורא וכל שכן שינוי דאורייתא” “מבאר בדבריו ששינוי החוזר אינו אלא שינוי דרבנן. ועיין עוד בדבריו שם שחולק על כל הבנתנו את הסוגיה.

²⁰ כפי שהערנו בתחילת הדברים בשיטתו של רב אין קישור זה הכרחי, שכן ניתן לומר שיוזרה לרב חסדא משום שמצוות 'והשיב' יוצרת בעלות חדשה. אך אפשרות זו אינה מסבירה את הדברים כראוי, שאם כן מדוע מוגבל דינו של רב חסדא למקום בו לא נתיאשו הבעלים, שהרי מצוות 'והשיב' חלה גם לאחר יאוש.

סוברים שיאוש קונה). נראה, ששתי אפשרויות אלו הן העומדות בבסיס הסתפקות התוספות (סט. ד"ה כל) אם החפץ צריך להיות ברשותו של גזולן אחר היאוש או שקונה גם אם אינו ברשותו. כאמור, לפי האופן בו הסברנו את שיטת רב, שאפילו קודם יאוש פקעה בעלותו של הנגזל מסתבר לומר שהאפשרות הראשונה היא המסתברת²¹ בשיטת רב.

בכל אופן, אין זה מפתיע שרב הסובר שעצם הבעלות פקעה במעשה הגזלה, סובר שהיאוש מסיר גם את חובתו האחרונה של הגזולן ביחס לחפץ (חיוב תשלומים ודאי קיים).

לעומת זאת, שיטת רבי יוחנן מבוארת (סח:) שסובר שיאוש כדי לא קני. כמו כן מבואר בסוגיה נוספת (קיא:) שזו שיטת רב חסדא, שכן חייב להעמיד את המשנה הפוטרת את הבנים מתשלום הגזלה ב'לאחר יאוש', ומשמע שאביהם חייב.

לגבי שיטת רבא ב'יאוש', הגמרא (ב"ק סז:) מביאה סתירה בדברי רבא, שמחד מביא מקור לכך שיאוש אינו קונה, ומאידך דחה מקור זה:

רבא אמר מהכא 'קרבנו' ולא הגזול, אימת, אילימא לפני יאוש פשיטא למה לי קרא, אלא לאו לאחר יאוש, ושמע מינה יאוש לא קני, שמע מינה. והא רבא הוא דאמר דגזול קרבן דחבריה?
איבעית אימא הדר ביה, ואיבעית אימא חד מינייהו רב פפא אמרה.

התוספות במקום (ד"ה רבא) מביאים ראיה שרבא סובר שיאוש כדי לא קני, מסוגיה בגיטין (נה:), שם דן רבא בשאלה מאיזו שעה העמידו חכמים בהמה גזולה ברשותו של גזולן, שלא לפוטלה לגבי מזבח. גם ברשב"א בסוגיה בגיטין משמע שלדעתו דעת רבא שיאוש כדי לא קני²².

על פי ניתוח גישתו של רבא, מסתבר יותר שיאמר שיאוש אינו קונה. עם זאת הדבר אפשרי שיאמר שיאוש קונה, אך ודאי לגבי הסתפקותם של התוספות שהבאנו לעיל, האם צריך שיהיה החפץ הגזול ברשות גזולן בשעת יאוש או לאחריו, ודאי ינקוט שצריך להיות ברשותו.

סוגיה נוספת שמתבארת על פי היסודות שהנחנו היא הסוגיה בריש הגזול ומאכיל:

²¹ פירוש זה בדברי רב אינו הכרחי. שכן מן הסוגיה בסנהדרין מוכח שנוצרת בעלות גמורה של הגזולן במקום שאין 'ההשיב'. וכמו כן מן הסוגיה בקט"ו מוכח שבמקום שיש 'ההשיב' פוקעת בעלותו של הנגזל, אך לא הוכח שבמקום שיש 'ההשיב' חלה בעלותו של הגזולן וחובת 'ההשיב' אינה אלא כמצוה, שהרי לכו"ע היא מעקבת במידה מסוימת את הבעלות המלאה, לדוגמא לגבי קידושי אשה.

²² גם בסוגיה שם ישנה סתירה לכאורה בדברי רבא. הוכחתו של הרשב"א תלויה שם גם בגרסה בב"ק קיד, אם גורסים רבא או רבה.

רשות יורש ורשות לוקח, מחלוקת רמי בר חמא ורבא. ב"ק קיא:

"(משנה: הגזול ומאכיל את בנו...) אם הניח לפניו פטורין מלשלם:

אמר רמי בר חמא זאת אומרת רשות יורש כרשות לוקח דמי.

רבא אמר רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי, והכא במאי עסקינן כשאכלום.

הא מדקתני סיפא אם היה דבר שיש בו אחריות חייבין לשלם מכלל דרישא בגזילה קיימת עסקינן.

אמר לך רבא הכי קאמר אם הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבין לשלם.

והא מתני ליה רבי לרבי שמעון בריה לא דבר שיש בו אחריות ממש אלא אפילו

פרה וחורש בה חמור ומחמר אחריו חייבין להחזיר מפני כבוד אביהן.

אלא אמר רבא כי שכיבנא רבי אושעיא נפיק לוותי, דתריצנא מתניתין כוותיה.

דתני רבי אושעיא: הגזול ומאכיל את בנו פטורין מלשלם, הניח לפניו גזילה

קיימת חייבין אין הגזילה קיימת פטורין הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבין לשלם.

אמר מר אין הגזילה קיימת פטורין, נימא תיהוי תיובתא דרב חסדא?

אמר לך רב חסדא כי תניא ההיא לאחר יאוש.

אמר מר גזילה קיימת חייבין לשלם, נימא תיהוי תיובתא דרמי בר חמא

אמר לך רמי בר חמא כי תניא ההיא (קיב.) לפני יאוש."

רבא ורמי בר חמא חלוקים בפירושה של המשנה. לדעת רמי בר חמא בני הגזול פטורים מהשבת הגזלה, גם 'בגזלה קיימת'. הם פטורים משום שיש כאן שינוי רשות, שהרי לדעתו 'רשות יורש כרשות לוקח דמי'. על מנת לתרץ את הברייתא המחייבת את היורשים להשיב את הגזלה, כאשר זו קיימת בידם, מסבירא הגמרא²³ שלדעת רמי בר חמא "כי תניא ההיא לפני יאוש". לפי זה יוצא שיסוד פטור היורשים הוא 'יאוש ושינוי רשות'. נקודה נוספת שעולה מן הסוגיה היא שרמי בר חמא אינו סובר את דינו של רב חסדא, שהרי הם מעמידים את הברייתא בהעמדות הפוכות.

לדעת רבא אין לפרש את המשנה במקום בו גזלה קיימת, שכן רשות יורש לאו כרשות לוקח. והיינו, שאף אם נפרש את המשנה לאחר יאוש אם הגזלה קיימת עדיין חייבים היורשים בהשבתה, שכן לא התקיים התהליך הפוטור לוקח מהשבת החפץ. על כן רבא מפרש את המשנה דווקא שאין גזלה קיימת, 'בשאכלום'.

²³ תירוצ זה אינו מדברי רמי בר חמא עצמו אלא דברי סתמא דגמרא לתרץ דבריו עם הברייתא שהביא רבא. רמי בר חמא עצמו עשוי לסבור שברייתא זו חולקת על המשנה, ולסבור שעל פי המשנה אין תביעה הן כפי יורש והן כלפי לוקח אפילו קודם יאוש. שהרי כך עולה מפשט דברי רב אליבא דאביי בדף קיח שהבאנו לעיל, וע"ש בהערה 10.

לדעתי, גם מחלוקת זו ראשיתה בשאלה היסודית של מעמד הגזלה ביד הגזולן. שהרי אם הגזלה קנויה לגזולן – כדעת רב, המונע מן הגזולן לזכות באופן מלא בחפץ הוא מצות 'והשיב'. כיון שזו אך מצוה החלה על הגזולן אין סיבה שתחול על אחר, ולכל אדם אחר, בין לוקח בין יורש, אין כל חובה ביחס לנגזל, וודאי זוכה הוא בגזלה לעצמו. זו שיטת רמי בר חמא, שרשות יורש, כרשות לוקח דמי. וכאמור, העובדה שהוא חולק על רב חסדא עולה בסוגיה²⁴, ואם כן ודאי סובר כשיטת רב.

לעומת זאת לשיטת רבא, הסובר שאין הגזלה קנויה לגזולן, לא די בהסרת המצוה של 'והשיב', אלא צריך גם פעולת קנין. וכאן יש לומר, שבלוקח יש פעולה קניינית, והיא המזכה את החפץ ללוקח. לעומת זאת, ירשה אינה פעולת הקנאה אלא העברת זכויותיו של המוריש ליורש. כיון שכך, אין העברה זו שהיא 'ממילא' פועלת פעולת קנין לזכות את החפץ ליורשים²⁵, שהרי אין להם אלא מה שהיה למורישם, ולגזולן אליבא דרבא אין קנין כלל בחפץ הנגזל.

סיכום

העמדנו את מחלוקת רב ורבא אודות גנב שבבא במחתרת והזיק, כמחלוקת יסודית בעניין מעמדה של הגנבה ביד הגזולן והראנו שלמחלוקת זו השלכה לגבי דעותיהם גם בגנבה או גזלה רגילה, שאינה ב'בא במחתרת'. לדעת רב הגנבה קנויה לגנב, ולדעת רבא, 'ברשותיה דמריה קיימא' – היינו ברשות הנגזל. הראנו שמחלוקת עקרונית זו שזורה בסוגיות גנבה וגזלה, והצענו מספר סוגיות מסוג זה:

נראה שהבנה זו בשיטת רב היא הבסיס להבנת אביי את דעת רב בסוגיה בב"ק (קטו). גבי 'הוכר הגנב', אשר לדעתו של אביי רב חולק על רב חסדא, בענין 'בא אחר ואכלו'. והיינו, כיון שרב סובר שהגזלה קנויה לגזולן, אין לנגזל תביעה כלפי אדם זר אשר אכל את הגזלה, גם לפני יאוש. רבי יוחנן שם, בשיטת רבא אויל. הצגנו גם את שיטת רב ורבא בדין יאוש קונה, אשר מתאימה לגישותיהן השונות.

הצענו שגם מחלוקת האמוראים (ב"ק קיח.) לגבי הצורך בדעת בעלים בגנבה אשר לא ידעו הבעלים ממנה, תלויה במחלוקת עקרונית זו. רב ושמואל סוברים כי הגנב קנה את הגנבה ועל כן יש צורך במודעות הבעלים להחזרת הגנבה, גם במקום בו לא ידעו הבעלים את העובדה שנגנבה מהם, וזאת משום שיש בהחזרת הגנבה פעולת קנין. לעומת זאת לדעת רבי יוחנן (ורב

²⁴ בהמשך להערה הקודמת, יש לשים לב גם כאן, שהבירייתא דבי רבי אושעיא היא המובילה להכרח שרמי בר חמא אינו סובר את רב חסדא. לפי דרכנו עובדה זו עולה גם מניתוח יסודות שיטתו של רמי בר חמא.

²⁵ עיין בחזון איש (ח"מ סימן טז.), מדבריו נראה שהוא סובר שהשאלה - האם ירשה היא ממילא או שיש בה העברה קניינית ככל קנין - היא העומדת בבסיס מחלוקת רמי בר חמא ורבא.

חסדא) ההולך בשיטת רבא (כפי שהראנו בסוגיית בא אחר ואכלו) אין צורך ברעת בעלים אלא במקום בו ידעו הבעלים מעובדת הגנבה, וזאת על מנת שיחזרו לשמור על החפץ הגנוב.

הצענו עוד, שדעת רבא מבוססת על שיטתו (תמורה ד.) ש'אי עביד לא מהני'. והיינו שאף שהגמרא שם הסבירה שגם רבא מודה ששינוי קונה מגזרת הכתוב, היינו דווקא במקום בו היה שינוי, אך קודם שינוי לדעתו 'ברשותיה דמריה קיימא'. על פי הצעה זו נראה שאביי משום שסובר שאי עביד לא מהני, בשיטת רב אזיל, ולית ליה דרב חסדא.

גם המחלוקת האם רשות יורש כרשות לוקח דמי (ב"ק קיא:), יסודה בשאלה העקרונית ברבר מעמדה של גזלה. לשיטת רבא, הסובר שאין הגזלה קנויה לגזלן, לא די בהסרת המצוה של 'והשיב', אלא צריך פעולת קנין, וירושה שהיא 'ממילא' אינה פועלת פעולת קנין. נראה שרמי בר חמא סובר כשיטת רב, שהגזלה קנויה לגזלן. לשיטתם, המונע היחיד מן הגזלן לזכות באופן מלא בחפץ הוא מצות 'והשיב', ומצוה זו חלה על הגזלן בלבד ולא על היורש, כשם שאינה חלה על הלוקח, ועל כן 'רשות יורש כרשות לוקח'.