

הרב עדו רכניץ

קנייני גזולן וגנב

התהליך בו עוברת הבעלות מידי הבעלים לידי הגזולן הנו מורכב ורב שלבי, בהכנת השפעת השלבים השונים נחלקו ראשונים, כפי שיוצג לקמן. השאלה המרכזית שתידון בהקשר זה היא האם לגזולן יש זכות קניינית בחפץ הגזול עוד לפני יאוש ושינוי כלשהו.

לכאורה, בשאלה זו נחלקו גם אמוראים, בגמרא (סנהדרין עב.) איתא:

”אמר רב: הבא במחותרת 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: ברשותיה

קיימי, הכא נמי ברשותיה קיימי.

ולא היא, כי אוקמינא רחמנא ברשותיה - לענין אונסין, אבל לענין מקנא - ברשותיה

דמרייהו קיימי, מידי דהוה אשואל.

כלומר, נחלקו אמוראים ממה נפטר בא במחותרת רב סבר שנפטר מהשבת החפץ הגזול ורבא סבר רק כששבר את חפציו של הנגזל.

בגמרא מוסבר, שהאמוראים נחלקו בשאלה האמורה: רב סבר שגזולן קונה לחלוטין את החפץ הגזול ורק חיוב השבה מוטל עליו. קים ליה בדרכה מיניה פוטר את הגזולן מחיוב ההשבה. רבא סבר שהחפץ הגזול שייך לנגזל, בא במחותרת נפטר רק מחיוב נזיקין.

שיטת הרמב"ם

הרמב"ם סבר שמעשה הגזילה עצמו אינו יוצר זכות קניינית של הגזולן בחפץ, אלא יוצר חיוב באונסים על הגזולן. אם הגזולן יזיק את החפץ הגזול יתחייב ככל מזיק אחר, שהרי החפץ אינו שלו. כאשר החפץ משתנה הבעלות עוברת לידי הגזולן.

קנייני גזולן לפני יאוש

א. הגונב מגנב

הרמב"ם (גניבה פרק א הל' יז) נימק מדוע הגונב מגנב פטור מכפל כך:

”הגונב מאחר הגנב, אף על פי שנתיאשו הבעלים אינו משלם תשלומי כפל ואם טבח

ומכר אינו משלם תשלומי ארבעה וחמשה. לגנב הראשון אינו משלם, שהרי דין הבהמה

הזאת לחזור בעיניה לבעלים ולא קנייה הגנב, ולא לבעלים אינו חייב לשלם הכפל או ארבעה וחמשה מפני שלא גנב מרשותן.

הגונב מגנב אינו משלם כפל לגנב כיון שהחפץ הגנוב אינו שייך לגנב¹. הרמב"ם מדגיש "אף על פי שנתיאשו הבעלים", כלומר, גם יאוש אינו מפקיע את בעלות הנגזל.

ב. כיצד גזלן מתחייב

נחלקו אמוראים כיצד גזלן מתחייב באונסים (כתובות לא):

"ותרוייהו בדיוקא דהא מתני' קמיפלגי, דתנן: היה מושכו ויוצא ומת ברשות בעלים - פטור, הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים ומת - חייב; רבינא דייק מרישא, רב אחא דייק מסיפא. רבינא דייק מרישא: היה מושכו ויוצא ומת ברשות בעלים - פטור, טעמא דמת ברשות בעלים, הא הוציאו מרשות בעלים ומת - חייב; רב אחא דייק מסיפא: הגביהו או שהוציאו, הוצאה דומיא דהגבהה מה הגבהה דאתי לרשותיה, אף הוצאה נמי דאתי לרשותיה".

דהיינו, רבינא סבר שגזלן מתחייב באונסים בהוצאה מבית הנגזל ואפילו לרשות הרבים, רב אחא סבר שגזלן מתחייב דוקא במשיכה בסמטה. לכאורה, כיון שקיימא לן שעל מנת ליצור זכות קניינית צריך משיכה בסמטה (ב"ב פד): נוכל להניח שמחלוקת האמוראים היתה האם לגזלן יש זכות קניינית בחפץ הגזול.

הרמב"ם (גניבה פרק ג הל' ב) פסק כרבינא:

"כיצד, זרק חץ בשבת מתחלת ארבע לסוף ארבע וקרע בגד חבירו בהליכתו, או שהדליק גדיש חבירו בשבת, או שגנב כיס בשבת והיה מגררו עד שהוציאו מרשות הבעלים שהיא רשות היחיד לרשות הרבים ואבדו שם, הרי זה פטור מן התשלומין שאיסור שבת ואיסור גניבה והזק באין כאחת...".

לאור האמור לעיל נאמר שהרמב"ם סבר שלגזלן אין זכות קניינית בחפץ הגזול, הגולה מטילה על הגזלן חיובים בלבד².

ג. שינוי ונוק

קיימא לן ש"שינוי קונה", כלומר, לאחר שהגזלה עברה שינוי היא שייכת לגזלן. על פי תפיסת הרמב"ם, שגזלן אינו קונה את הגזולה, שינוי הוא זה שמעביר את הבעלות. ההשלכה המרכזית היא שדוקא שינוי שהגזלן מעוניין בו מעביר את הבעלות, אולם, שינוי שהגזלן לא מעוניין בו, כנוק, לא מעביר את הבעלות. להלן פסקי הרמב"ם:

¹ הרא"ש (ב"ק פרק ה ט"ג) כתב זאת בצורה מפורשת יותר:

"...ואף על גב דגזלן לא קני במשיכה, דמאן אמר ליה למשוך..."

² כך טען ר"י בתוספות (כתובות לא: ד"ה וברשות).

בגמרא (ב"מ מג) איתא:

"אמר רבה: האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה, מעיקרא שריא זוזא השתא שריא ארבעה, תברה או שתייה - משלם ארבעה, איתבר ממילא - משלם זוזא. מאי טעמא - כיון דאי איתא הורא למרה בעינא, ההיא שעתא דקא שתי ליה או דקא תבר לה קא גזל מיניה, ותנן: כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה. איתבר ממילא - משלם זוזא. מאי טעמא - השתא לא עביד לה ולא מידי, אמאי קא מחייבת ליה - אההיא שעתא דגזלה, ההיא שעתא זוזא הוא דשריא".

דהיינו, גזלן שהזיק את החפץ הגזול משלם כשעת גזלה אם ערכו של החפץ עלה בין הגזלה לנזק. הרמב"ם (גו"א פרק ג הל' א-ב) פסק כרבה והתייחס גם למקרה ההפוך:

"הגזול חבית של יין מחבירו והרי היא שוה דינר בשעת הגזלה והוקרה אצלו ועמדה בארבעה, אם שכר את החבית או שתה אותה או מכרה או נתנה במתנה אחר שהוקרה משלם ארבעה כשעת הוצאה מן העולם שאילו הניחה היתה חוזרת בעצמה, נשברה מאליה או אבדה משלם דינר כשעת הגזלה.

היתה שוה בשעת הגזלה ארבעה ובשעת הוצאה מן העולם דינר משלם ארבעה כשעת הגזלה בין ששבר אותה או שתאה בין שנשברה או אבדה מאליה וכן כל כיוצא בזה".

נראה שהרמב"ם הלך לשיטתו שהחפץ הגזול נשאר שייך לנגזל, לפיכך, כל המזיק את החפץ חייב לנגזל ככל מזיק. כאשר הגזולן מזיק, חלים עליו שני חיובים - חיוב גזלן משעת גזלה, וחיוב מזיק משעת הנזק, ממילא הנגזל/ניזק יכול לבחור את הגבוה מבין שניהם.

באותו אופן מתבאר הדין הבא, בגמרא (ב"ק קיא): איתא:

"אמר רב חסדא: גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו, רצה מזה - גובה רצה מזה - גובה." מאי טעמא? כל כמהדלא נתיאשו הבעלים ברשותיה דמריה קאי..."

הרמב"ם (גו"א פרק ה הל' ד) פסק דין זה:

"מי שעבר ואכל את הגזלה אחר היאוש פטור מלשלם, ואם אכל קודם יאוש, ורצו הבעלים לגבות מן האוכל - גובין, שעדיין ברשותן היא. ואם רצו גובין מן הגזלן."

דין זה הולם את שיטת הרמב"ם הסובר שחפץ גזול שייך לנגזל, לפיכך, המזיקו צריך לשלם לבעלים, לחלופין, יכולים הבעלים להעדיף לתבוע את הגזלן. לאור דברי רבה, מסתבר שהמזיק ישלם כשעת הנזק, והגזלן ישלם כשעת הגזלה.

דין נוסף מתבאר לאור ההבנה האמורה, הרמב"ם (גו"א פרק ב הל' טו) פסק:

"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 כיוצא בזה".

משמע ששבירה אינה שינוי שמעביר בעלות, גם כאן הרמב"ם לא התנה את הדין בהעדר יאוש, משמע, שסבר שגם לאחר יאוש, הנגזל הוא הבעלים ולא הגזלן.

המחנ"א (הערות להל' גו"א פרק ב הל' טו) הסביר את הרמב"ם כך:
 "דכיון שנשבר מסתמא זה אינו רוצה לקנותו".³

דהיינו, כיון שהרמב"ם סבר שאין לגזלן זכות קניינית בגזלה הרי שהשינוי הוא מעשה העברת הבעלות, לפיכך, צריך שהמעשה ילווה ברצון לקנות, בשבירה אין רצון כזה.⁴

את המשנה (ב"ק צו:), הרמב"ם (הל' גו"א פרק ג הל' ד) הסביר לשיטתו:

"גזל בהמה והזקינה או כחשה כחש שאינו יכול לחזור כגון חלאים שאין להם רפואת תעלה, או שגזל מטבע ונסדק או פסלו המלך, או שגזל פירות והרקיבו כולן, או יין והחמיץ, הרי זה כמי שגזל כלי ושברו ומשלם כשעת הגזלה. אבל אם גזל בהמות וכחשו כחש שאפשר לחזור, או שגזל עבדים והזקינו, או שגזל מטבע ונפסל במדינה זו והרי הוא יוצא במדינה אחרת, או שגזל פירות והרקיבו מקצתן, או תרומה ונטמאת, או שגזל חמץ ועבר עליו הפסח, או בהמה ונעברה בה עבירה או נפסלה מליקרב או שהיתה יוצאה להסקל, אומר לו הרי שלך לפניך ומחזיר אותה בעצמה".

דהיינו, כל הנוקים קונים אך ורק בגלל תקנה, כיון שהגזלן אינו מעוניין בחפץ לאחר ירידת ערכו. במקביל, ישנן ירידות ערך שאינן נחשבות נזק, ויכול הגזלן להיפטר בהשבת החפץ כפי שהוא.

גם הדין הבא מובן על רקע שיטת הרמב"ם, בגמרא (סנהדרין עב.) איתא:

"אמר רב: הבא במחתרת ונטל כלים ויצא - פטור. מאי טעמא - בדמים קנהו. אמר רבא: מסתברא מילתיה דרב בששיבר, דליתנהו, אבל נטל - לא. והאלהים! אמר רב אפילו נטל. דהא יש לו דמים ונאנסו - חייב, אלמא: ברשותיה קיימי, הכא נמי ברשותיה קיימי. ולא היא, כי אוקמינא רחמנא ברשותיה - לענין אונסין, אבל לענין מקנא - ברשותיה דמרייהו קיימי, מידי דהוה אשואל".

דהיינו, נחלקו אמוראים האם בא במחתרת נפטר מחובת השבת החפץ שגנב, לכולי עלמא, אם שבר בשעה שבא במחתרת פטור בגלל 'קים ליה בדרכה מיניה' (קלב"מ).

³ הצורך בכזונת קניין בשינוי מוזכר כבר בתוספות (ב"ק צו: ד"ה בשבח) וברא"ש (חולין פרק יא ט"ב), אולם, לא בהקשר בו עסק המחנ"א.

⁴ המ"מ (שם) חילק בין שינוי גדול וקטן, שבירה היא שינוי קטן, לפיכך, היא לא מעבירה את הבעלות.

הרמב"ם (גניבה פרק ט הל' יג) פסק דין זה כך:

"כל גנב שיש לו דמים אם נפל עליו גל בשכת מפקחים עליו ואם שבר כלים בביאתו חייב בתשלומין, אבל מי שאין לו דמים ששבר כלים בביאתו פטור כמו שביארנו".

דהיינו, הרמב"ם פטר רק גנב ששבר "בביאתו", ובכך אזל לשיטתיה ולא פטר מהשבה כשהחפץ בעין וכן לא פטר כששבר לאחר שיצא מהמתרת. שהרי אם שבר לאחר היציאה מהמתרת חייב כמזיק, והיותו פטור מחיובי גנב, בגלל קלב"מ, אינה משפיעה על חיובי המזיק.

ד. יאוש ושינוי רשות

בגמרא (ב"ק סח.) איתא שיאוש ושינוי רשות מפקיעים את בעלות הנגזל. הרמב"ם (הל' גנבה פרק ג הל' ה) פסק דין זה כך:

"נתיאשו הבעלים מן הגניבה, בין שנתיאשו ואחר כך מכר הגנב בין שנתיאשו אחר שמכר, קנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות ואינו מחזיר הגניבה עצמה לבעליה אלא נותן להם הדמים אם לקח מגנב מפורסם, או אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים מפני תקנת השוק אם לא היה זה המוכר גנב מפורסם".

כלומר, יאוש ושינוי רשות מעבירים את הבעלות על החפץ לקונה וכן שינוי רשות ויאוש. אולם, על הקונה לשלם את דמי החפץ לנגזל. כיון שהרמב"ם סבר שהבעלות על גזלה שייכת במלואה לנגזל, אין חימה שמן הדין על הקונה לשלם לנגזל ממנו עברה הבעלות אל הקונה. הלכה זו מוסיפה חידוש נוסף, בכך שהיא מחילה את הדין גם לאחר יאוש, כלומר, גם הקונה מגולן לאחר יאוש צריך לשלם לנגזל. מכאן ישנה ראייה שגם יאוש לא משנה את מעמד הגזלה והיא נשארת של הנגזל. דיון נרחב על משמעותו של היאוש, לקמן.

ה. זמן החיוב בשינוי

הגר"א (על תוספות ב"ק צה. ד"ה משלם) כתב ששינוי קונה, ומשלם כשעת השינוי. לכאורה, סבר כשיטת הרמב"ם שעד שעת השינוי החפץ שייך במלואו לנגזל ורק בשינוי עברה הבעלות ונוצר חיוב הכספי.

לעומת זאת, הרמב"ם (הל' גו"א פרק ב הל' א) עצמו פסק שמשלם כשעת הגזילה:

"הגזלה שלא נשתנית אלא הרי היא כמות שהיתה אע"פ שנתיאשו הבעלים ממנה ואע"פ שמת הגולן והרי היא ביד בניו הרי זו חוזרת לבעליה בעצמה, ואם נשתנית ביד הגולן אע"פ שעדיין לא נתיאשו הבעלים ממנה קנה אותה בשינוי ומשלם דמיה כשעת הגזלה".

הרמב"ם מדגיש שיאוש אינו משפיע, הוא אינו מפקיע את הבעלות, וכן חוסר יאוש אינו מונע משינוי להעביר את הבעלות לגולן. לכאורה, יש לומר שהתשלום הוא בעקבות החיוב שנוצר בשעת הגזלה, השינוי עצמו אינו יוצר חיוב נוסף. יתכן שלא נוצר חיוב חדש כיון ששינוי אינו מעשה עוולה שמחייב כנוק או גול.

ו. השבת גזלה ללא ידיעת הנגזל

בגמרא (ב"ק קיח.) נחלקו אמוראים, עד כמה צריך הנגזל לדעת על השבת הגזלה כדי לפטור את הגזולן מאונסים. הרמב"ם (גנבה פרק ד הל' יא) פסק כך:

"...ואם לא ידעו הבעלים לא בגניבתו ולא בחזירתו אפילו מנין אינו צריך אלא כיון שהחזירו למקומו נפטר מאחריותו."

כלומר, גזולן יוצא ידי חובת השבה בהשבת הגזולה לשליטת הנגזל גם ללא ידיעתו. לשיטתו, שאין קניין ולכן לא צריך ידיעת הנגזל בהשבה.

קשיים בשיטת הרמב"ם

א. דמי שכירות על השימוש בגזילה

בגמרא (ב"ק צז.) איתא:

"איתמר: התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה, אמר רב: רצה - שכרה נוטל, רצה - פחתה נוטל; ושמואל אמר: אינו נוטל אלא פחתה.
אמר רב פפא: לא פליגי, הא דעבידא לאגרא, הא דלא עבידא לאגרא.
ואיבעית אימא: הא והא דעבידא לאגרא, הא דנחית ליה אדעתא דאגרא, והא דנחית ליה אדעתא דגולנותא."

הרמב"ם (גו"א פרק ג הל' ח) פסק דין זה כך:

"התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה אם אינה עשויה לשכר שמין כמה פחתה ומשלם, ואם היא עשויה לשכר אם ירד לה בתורת שכירות 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."

דהיינו, אם לא ירד על דעת שכירות אינו משלם דמי שכירות,

לכאורה קשה, הרי לשיטת הרמב"ם חפץ גזול אינו קנוי לגזולן אלא שייך לנגזל ואם כן מדוע אינו משלם דמי שכירות כדין הקונה קרקע גזולה ודר בה (גו"א פרק ט הל' ח):

"הגזול שדה ומכרה ואכל הלוקח פירותיה מחשבין עליו כל הפירות שאכל ומשלם לבעל השדה וחוזר וגובה אותן מן הגזולן מנכסים בני חורין..."

יתכן והסמ"ע (טימן שסג סעי' יג) חש בכך ולכן כתב:

"וכן אם עשה בה הוא מלאכה תקנו שלא יוציאנו מידו שכר בדנחית לה בתורת גזילה משום תקנת השבים אלא משלם כעין שגול."

דהיינו, מן הדין היה הגזולן צריך לשלם שכר, אולם, נפטר בגלל תקנת השבים.

ניתן לתרץ ולומר⁵ שהרמב"ם סבר שלא יתכן להחיל על גולן חיוב באונסים כשואל ובמקביל לחיוב בדמי שכירות. טענה דומה ישנה ברש"י (סנהדרין עב. ד"ה אבל):

"...דלא גרע גולן משואל דמשום דכל הנאה שלו אוקמינהו רחמנא ברשותו לשלומי אם נאנס דכל כמה דקיימא הדרא בעינא..."

כלומר, רש"י מסביר שחיוב גולן באונסים נובע מכך שכל ההנאה שלו.

ב. שולח יד בפקדון

מלשון הרמב"ם לגבי שולח יד משמע שלגולן יש זכות קניינית, שהרי הרמב"ם (הלי' גנבה פרק ד הלי' א-ב) פסק:

"הטוען שנגנב הפקדון מביתו, אם נשבע ואחר כך באו עדים ששקר טען ושהפקדון היה אצלו הרי זה משלם תשלומי כפל שהרי הוא עצמו הגנב...
במה דברים אמורים שנשבע קודם שישלח יד בפקדון, אבל אם שלח בו יד וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור מן הכפל שכיון ששלח יד נתחייב בו וקנהו."

כלומר, בדרך כלל שומר שטען טענת גנב ונמצא ששיקר משלם כפל. אולם, כאשר השומר שלח יד בפקדון קודם שטען טענת גנב הוא אינו חייב בכפל.

לכאורה, ניתן היה לומר ששליחת היד מחייבת אפילו באונסים ולכן טענת גנב אינה פוטרת, ממילא, טענת גנב גם אינה מחייבת בכפל. אולם, הרמב"ם נימק את הדין בכך ששליחת היד גורמת לכך שהשומר קנה את הפיקדון, וטענת הגנב מיותרת שהרי החפץ שלו. לכאורה, יכולה הבעלות לעבור לשומר משתי סיבות: א. חלק מדיני שמירה. ב. כחלק מדיני גזלה. בהלכה זו הרמב"ם אינו מפרט.

בהלכה נוספת הדברים מפורשים יותר על ידי הרמב"ם (גו"א פרק ג הלי' יא):

"השולח יד בפקדון בין ששלח יד בעצמו או על יד בנו ועבדו ושלוחו הרי זה גולן ונתחייב באונסיו, ונעשית הגזלה ברשותו כדין כל הגולנים..."

כלומר, הרמב"ם כתב ששליחת היד מחייבת באונסים "ונעשית הגזלה ברשותו כדין כל הגולנים". המילה "ברשותו" מקבילה ל"וקנהו" בהלכה הקודמת שהובאה, משתי ההלכות עולה שהרמב"ם סבר שיש לגולן זכות קניינית בחפץ הגזול.

חשוב לציין, שניתן להסביר את פסק הרמב"ם גם ללא שימוש בנימוק שלגולן יש זכות קניינית, אולם, הרמב"ם בחר להסביר את פסיקתו בכך שגולן קונה. הדברים דורשים הסבר וצ"ע.

⁵ כך חידש הרב ירמיה כהנא.

⁶ טענה זו שחיוב באונסים מותנה בכך שכל ההנאה של הגולן שנויה, לכאורה, במחלוקת אחרונים. אדם שלקח מיטלטלין על דעת שכירות חייב לשלם דמי שכירות או פחת הנכס על פי בחירת הבעלים. קצוה"ח (סימן שח ס"ק ג) כתב שבכל מקרה אינו חייב באונסים, לעומתו, החזו"א (ב"ק סימן כ סעי' ד) כתב שחייב באונסים. לכאורה, נחלקו בשאלה האם יתכן לחייב באונסים מי שחייב בתשלומי שכירות ואין כל ההנאה שלו.

ג. חיוב גולן בנוקים שגרמה הגולה

בעקבות המשנה (ב"ק נה:): פסק הרמב"ם (נוקי ממון פרק ז הל' א):

"הכונס צאן לדיר...היתה מחיצה בריאה ונפרצה בלילה או שפרצוה ליסטים ויצאת והזיקה פטור, הוציאוה ליסטים והזיקה הליסטים חייבין."

כלומר, גולן חייב כאשר הנכס הגולל הזיק. אילו הרמב"ם היה סובר שגולן קונה את הנכס הגולל הדין היה פשוט, הגולן חייב כיון שהוא הבעלים. אבל לאור מה שהוסבר בשיטת הרמב"ם צריך לומר שחיוב בנויקין אינו מוחנה דווקא בבעלות⁷.

קניין גולה לאחר יאוש

הרמב"ם סבר שיאוש לא מאפשר זכייה בגולה, אלא שינוי הרשות הוא השינוי שמעביר את הבעלות. שינוי הרשות מועיל רק כאשר הבעלים התייאשו. מקור לתפיסה כזו ניתן למצוא בגמרא (ב"ק עו.):

"ודקשיא לך: מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים! מכרו להדיוט - מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דשמעון, מכרו לשמים - מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן."

כלומר, מכירת החפץ היא מעין שינוי שם.

הסבר לשיטה זו ניתן למצוא בדברי קצוה"ח (סימן רסב ס"ק א):

"...בגנב וגולן שתרומתן תרומה והקדשן הקדש, על ידי שינוי השם עיקר הקנין, והיאוש אינו אלא שלא ירדפו הבעלים. דכל זמן שמרדפין, ליכא מקום לשמו כלל..."

קצוה"ח הסביר שיאוש והקדש מעבירים בעלות, כיון שהקדש הוא שינוי שם, אלא שכל זמן שהבעלים מרדפים אחר גולתם אי אפשר לשנות את השם. באותו אופן ניתן לומר ששינוי רשות הוא שינוי שם שמועיל רק כאשר הבעלים "אינם מרדפים".

ואכן, קצוה"ח (סימן שנג ס"ק א) טען שלשיטת הרמב"ם שינוי הרשות הוא מעין שינוי שם:

"...דהא צריך לומר דשינוי רשות נמי הוי כמו שינוי קצת..."

לאור זאת, ניתן לסכם שלדעת הרמב"ם שינוי רשות הוא שינוי שם, שחל רק כאשר הבעלים "אינם מרדפים".

ישנן מספר ראיות לכך שזו שיטת הרמב"ם:

א. המקדש בגול

⁷ שאלה זו דורשת דיון נפרד ואין זה מקומו.

בגמרא (קידושין נב): איתא:

"ההיא איתתא דהוה קא משיא כרעא במשיכלא דמיא, אתא ההוא גברא חטף זוזי מחבריה ושדא לה, אמר לה: 'מיקדשת לי'. אתא ההוא גברא לקמיה דרבא, אמר: 'לית דחש להא דר' שמעון, דאמר: סתם גזילה יאוש בעלים הויא."

כלומר, רבא פסק שהמקדש בגזול אינה מקודשת כיון שמסתמא לא היה יאוש, משמע, שאם ידוע שהיה יאוש מקודשת.

כך פסק הרמב"ם (אישות פרק ה הל' ד):

"המקדש את האשה בגזול או בגניבה או בחמס, אם נתיאשו הבעלים ונודע שקנה אותו דבר בייאוש - הרי זו מקודשת, ואם לאו - אינה מקודשת."

כלומר, אם גזולן יקדש אשה בחפץ גזול לאחר יאוש - האשה מקודשת.

לכאורה, פסיקה זו מבוססת על כך שלגזולן ישנה זכות קניינית בחפץ הגזול, נתינת זכות זו לאשה מאפשרת קידושין. אולם, לאור מה שנטען עד כה בדעת הרמב"ם, קשה, מדוע האשה מקודשת, הרי הגזולן לא נתן לה דבר משלו? דברי הרמב"ם שצוטטו עד כה שוללים את האפשרות לומר שיאוש מעביר את החפץ לבעלות הגזולן. המ"מ (שם) הסביר את הדין כך:

"...אף על פי דקיימא לן יאוש בלבר אינו קונה, הכא שהוא ביד האשה הרי יש כאן יאוש ושינוי רשות כשהיא בידה וכיון דקנאתו היא אף הוא קנה אותה."

כלומר, כיון שהאשה קנתה את החפץ שניתן לה על ידי הגזולן, גם הגזולן קנה את החפץ והתברר שנתן לה חפץ שלו. לחילופין, ניתן להציע, שנתנת חפץ גזול מועילה מ"דין עבד" (קידושין ז). רוצה לומר, כשם שניתן לקדש אשה לפלוני בנתינת שווה פרוטה על ידי אלמוני, כך גם כאן.

יש לציין עוד, שדווקא לשיטת הרמב"ם הסובר ששינוי הרשות הוא המעביר את הבעלות, פסיקת הרמב"ם קלה יותר להבנה. אילו יאוש היה מאפשר לכל אדם לזכות בגזולה, לא היה הגזולן נותן לאשה דבר, אלא האשה היתה זוכה מידי של הגזול ללא עזרת הגזולן. כיון ששינוי הרשות הוא המעביר את הבעלות, ושינוי רשות, כאמור לעיל, חייב להתבצע בהסכמת הגזולן, הרי שהגזולן שותף פעיל בהעברת הבעלות לאשה.

ב. רשות יורש - אינה שינוי

הרמב"ם (גו"א פרק ב הל' א) פסק:

"הגזלה שלא נשתנית אלא הרי היא כמות שהיתה אע"פ שנתיאשו הבעלים ממנה ואע"פ שמת הגזולן והרי היא ביד בניו הרי זו חוזרת לבעליה בעצמה..."

כלומר, מי שירש גזולה, אפילו לאחר יאוש, חייב להשיבה. אילו יאוש היה מאפשר לכל מי שאינו הגזולן לזכות בגזולה, היו גם היורשים זוכים בגזולה. אולם, כיון ששינוי הרשות הוא המשנה את הגזולה, ירושה, שאינה שינוי רשות, אינה מועילה.

ג. הגונב מגנב

הרמב"ם (גניבה פרק א הל' יז) פסק:

"הגונב מאחר הגנב אע"פ שנתיאשו הבעלים אינו משלם תשלומי כפל ואם טבח ומכר אינו משלם תשלומי ארבעה וחמשה. לגנב הראשון אינו משלם שהרי דין הבהמה הזאת לחזור בעיניה לבעלים ולא קנייה הגנב, ולא לבעלים אינו חייב לשלם הכפל או ארבעה וחמשה מפני שלא גנב מרשותן."

הגונב מהגנב פטור מתשלומי כפל וארבעה וחמשה. הרמב"ם לא התייחס לשאלה האם יאוש וגולה מעבירים את הבעלות. לכאורה, נראה שגולה אינה שינוי רשות. הסיבה היא שגולה אינה משנה את שם החפץ, נראה שיש לכך חיזוק בדברי הרמב"ם (גו"א פרק ב הל' ג) עצמו:

"מכרה הגולן או נתנה במתנה אע"פ שלא נשתנית הגולה אינה חוזרת בעצמה מיד הלוקח, הואיל ונתיאשו הבעלים בין לפני מכירה ונתינה בין לאחר מכירה ונתינה קנה אותה הלוקח ביאוש ושינוי רשות."

האפשרויות היחידות המוזכרות כשינוי רשות הן - מכר ומתנה, כלומר, העברת בעלות ברצון הגולן. כאמור לעיל, הדברים מסתברים לאור שיטת הרמב"ם.

ג. שינוי רשות ויאוש

הרמב"ם (גו"א פרק ב הל' ג) פסק:

"מכרה הגולן או נתנה במתנה אע"פ שלא נשתנית הגולה אינה חוזרת בעצמה מיד הלוקח, הואיל ונתיאשו הבעלים בין לפני מכירה ונתינה בין לאחר מכירה ונתינה קנה אותה הלוקח ביאוש ושינוי רשות."

כלומר, גם שינוי רשות ויאוש מעבירים את הבעלות⁸, לכאורה, כיון ששינוי הרשות הוא שינוי בעצמו לא משנה מתי הוא נעשה לפני היאוש או אחריו.

⁸ קצוה"ח (סימן שנג ס"ק א) הסיק, מכך ששינוי רשות ויאוש מעבירים בעלות, שהרמב"ם סובר שעם שינוי הרשות לגולן יש זכות קניינית:

"וכן כתב הרמב"ם (אישות פרק ה הל' ז) זו לשונו: המקדש את האשה בגזל או בגניבה או בחמס אם נתיאשו הבעלים כו' הרי זו מקודשת. נראה לעניות דעתי, דדאי בקידושי אשה בעינן נתן הוא מכספו וכיון דיאוש אינו קונה אלא מחמת שינוי רשות ידדה הרי לא נתן הוא והיכי כתב הרב המגיד ומקודשת מהאי טעמא. אלא דטעמא דהרב המגיד כיון דהיא קנאתו גם הוא קנה אותה..."

כך הסביר קצוה"ח (סימן שנג ס"ק א), את שיטת הרמב"ם:

"...דהא צריך לומר דשינוי רשות נמי הוי כמו שינוי קצת, דאף על גב דאתי לידיה דגולן באיסורא, הא שינוי רשות ואחר כך יאוש, דודאי באיסורא אתי לידיה דלוקח, אפילו הכי קונה בהצטרפות שניהם."

כלומר, את שיטת התוספות, על פיה דוקא יאוש ושינוי רשות מעבירים בעלות, ניתן להסביר כך: יאוש מאפשר את הזכייה, העובדה שהגולה באה לידו של אדם "באיסורא", מונעת זכיה, לפיכך, מי שזוכה בגולה לאחר היאוש יהיה הבעלים.

את שיטת הרמב"ם, ששינוי רשות ויאוש מעבירים בעלות, לא ניתן להסביר באופן זה, שהרי ברגע שהגולה הגיעה לידי הקונה באיסורא הוא אינו יכול לזכות בה, אפילו לאחר יאוש. בעקבות כך, מסביר קצוה"ח ששינוי הרשות הוא השינוי, שחל רק כאשר הבעלים מתייאשים. לאור זאת, אין משמעות לסדר האירועים.

אמנם הרמב"ם לטעמיה, דסבירא ליה (גניבה פרק ה הל' ג) דאפילו שינוי רשות ואחר כך יאוש נמי קונה, ואף על גב דבאיסורא אתי לידיה. אם כן, בקדושין נמי שייך למימר כיון דהיא קנתה הוי ליה קידושין וקנין שלו באין כאחר, דגולן נמי קונה ע"י שינוי רשות. דהא צריך לומר דשינוי רשות נמי הוי כמו שינוי קצת דאף על גב דאתי לידיה דגולן באיסורא, הא שינוי רשות ואחר כך יאוש דודאי באיסורא אתי לידיה דלוקח אפילו הכי קונה בהצטרפות שניהם.

כלומר, קצוה"ח שאל על פסיקת הרמב"ם, כיצד האשה מקודשת לגולן, הרי קידש אותה בחפץ שלא שייך לו. קה"ח תירץ שלדעת הרמב"ם עם שינוי הרשות לגולן יש זכות קניינית, ממילא, הגולן נתן את זכותו לאשה. ראיית קצוה"ח היא שלדעת הרמב"ם שינוי רשות ואחריו יאוש קני, משמע, שלמרות שלא היה יאוש המנתק בין הבעלים לחפץ הגזול, בכל זאת הקונה מהגולן יכול לזכות בחפץ. אם כך, מסתבר שגם הגולן יכול לזכות בחפץ הגזול קודם יאוש. זכות זו ניתנת לאשה המתקדשת ולכן הקידושין תופסים.

קה"ח (סימן שסב ס"ק א) הביא נפקא מינה נוספת, וזו לשונו:

"או נתן במתנה. נסתפקתי בנתן הגזילה לאחר יאוש לקטן במתנה אם הקטן קונה אותו ביאוש ושינוי רשות, ומשום דקטן אינו קונה מן התורה אלא היכי שדעת אחרת מקנה וכמו שכתבו תוספות פרק התקבל (גיטין סו:), והכא שהגולן לא קנה ביאוש לחזרה לא הוי דעת אחרת מקנה..."

לשטת הרמב"ם (גניבה פרק ה הל' ג) דסבירא ליה אפילו שינוי רשות ואחר כך יאוש נמי קונה, ואף על גב דבאיסורא אתי לידיה. וצריך לומר דשינוי רשות בעצמו הוי קנין בצירוף יאוש, ואם כן בשעה שמוכרו או נתנו הוי ליה דעת אחרת מקנה."

כלומר, קה"ח הבין ששיטת הרמב"ם היא שעם שינוי הרשות לגולן יש זכות קניינית אותה הוא יכול למכור, ממילא, מכירת גולן לקטן תועיל כיון שיש דעת אחרת מקנה - היא דעת הגולן. לעומת זאת, הרא"ש ודעימיה סברו שלגולן אין זכות קניינית וזכיית הקונה מהגולן היא זכיה מההפקר, ממילא, נתינת גולן לקטן אינה מועילה, כיון שקטן אינו זוכה כשאין דעת אחרת מקנה.

לאור מה שחוסבר עד כה בדעת הרמב"ם, אין לגולן אפשרות להקנות לקטן, כיון שלגולן אין זכות קניינית ואין דעת אחרת מקנה.

ה. הנאה לאחר יאוש

הרמב"ם (גו"א פרק ה הל' ב) פסק:

"אסור ליהנות בדבר הגזול ואפילו לאחר יאוש והוא שידע בודאי שדבר זה הוא הגזלה עצמה, כיצד ידע בודאי שבהמה זו גזולה אסור לרכוב עליה או לחרוש בה."

כלומר, אסור ליהנות מגזלה לאחר יאוש. לכאורה. כיון שלא היתה העברת בעלות על ידי הגזולן. אמנם, ניתן היה לדרחוק ולומר, שאף שהבעלים התירו לכל אחד לזכות בגזלה, מי שנהנה ללא זכיה, נהנה משל הבעלים באיסור.

סתירות בשיטת הרמב"ם

ישנו פסיקה של הרמב"ם הסותרת, לכאורה, את הטענה שיאוש לא מעביר את הבעלות. הרמב"ם (גו"א פרק ה הל' ד) פסק:

"מי שעבר ואכל את הגזלה אחר היאוש פטור מלשלם, ואם אכל קודם יאוש, ורצו הבעלים לגבות מן האוכל - גובין, שעדיין ברשותן היא. ואם רצו גובין מן הגזולן."

כלומר, האוכל את הגזלה לאחר יאוש פטור מלשלם. לכאורה, דין זה קשה, ראשית, הרמב"ם עצמו פסק שאסור ליהנות מגזלה לאחר יאוש, כפי שמוזכר בריש ההלכה - "מי משעבר ואכל", לכאורה, סיבת האיסור היא שהחפץ עדיין שייך לבעליו. אם כן, מדוע האוכל לאחר יאוש פטור? מה גם, שלאור הפירוש שהוצע לדברי הרמב"ם, על פיו, יאוש אינו מעביר את הבעלות, אלא שינוי הרשות, ליאוש אין כל השפעה על בעלות הנגזל.

בעל ה"אור שמח" (שם ד"ה ראה) התייחס לקושי זה, ואילו דבריו:

"...ואולי טעמא, דלאחר יאוש אם אכלו דהוי כממון שאין לו תובעין דהמזיק פטור. וכמו שאמרו גבי מתנות כהונה, כן הכא, לבתר יאוש דהבעלים כבר נתייאש ונפיק מרשות מריה והוי כאין לו תובעין..."

כלומר, למרות שהחפץ שייך לנגזל, יאוש פוטר את המזיק, כיון שהיאוש הופך את החפץ ל"ממון שאין לו תובעין". המילים אחרות, כאשר הבעלים מוותרים על זכותם לממש את הבעלות ביאוש, הם פוטרם את המזיק מלשלם.

שיטת התוספות

מתוך דברי התוספות בכמה מקומות ניתן להוכיח שלדעתם לגזולן יש זכות קניינית מרגע הגזלה, זכות זו גוררת חיוב באונסים, שהרי החפץ של הגזולן עד ששייכונו, וכל האונסים הם הפסד שלו. שינוי הגזלה מונע מהגזולן לקיים את מצוות ההשבה, כיון שלאחר השינוי אין חפץ הוזה לזה שנגזל, אותו ניתן להשיב.

קנייני גולן לפני יאוש

ניתן להוכיח שאכן לדעת התוספות גולן זוכה בזכויות השימוש בגולה משעת הגולה, מהמקורות הבאים:

א. שבירה כשינוי

בתוספות (ב"ק יא. ד"ה אין שמין) כתוב:

"אין שמין לא לגנב ולא לגולן... והיינו טעמא דגנב וגולן קנו מיד כשהוציאו מרשות בעלים אבל מויק לא נתחייב אלא כמו שהזיק וה"ט דמ"ד אף לשואל כיון דחייב באונסין נמצא שקנאו משעה שהוציא מיד הבעלים והדמים הוא דנתחייב כמו גנב וגולן".

דהיינו, בגולה נקנה החפץ לגולן ונשארה רק הוכת השבה, חובה זו בטלה כאשר קרה נזק. בניגוד לזכיית הגולן לאחר יאוש בה צריך רצון של הגולן לקבל את הבעלות על החפץ, העברת הבעלות על ידי שינוי מתרחשת בעל כורחו של הגולן. פסיקה זו עולה בקנה אחד עם שיטת התוספות ששינוי לא מעביר את הבעלות אלא מבטל את חובת ההשבה של החפץ ששייך כבר במידה מסוימת לגולן.

ב. חפץ גזול שהזיק

בתוספות (ב"ק נו: ד"ה פשיטא) מנומק חיובו של הגולן בנוקי החפץ הגזול כך:

"...דסברא הוא דגולן נכנס תחת הבעלים דכיון שהוציא מרשות בעלים שהיו חייבין בשמירתה, ואין הבעלים יכולים לשומרה לפי שנגזלה מהם יש על הגולן לשומרה. דלענין נזקין אקרו בעלים כל מי שבירו לשומרה. ולא דמי לתפסו ניזק לר"ע (ב"ק לו:): דאפי' שומר חנם אינו על חלק חבירו, דשותף אין מתכוין להחזיק רק בשלו ואינו בא להוציא חלק חבירו מרשותו כמו גולן. ועוד כיון דגולן קמה ליה ברשותיה גם לענין אונסין יש לחשב בעלים יותר משותף..."

כלומר, גולן חייב בנוקים שגרם החפץ הגזול משתי סיבות:

1. על הגולן מוטלת חובת השמירה גם ללא בעלות⁹.

2. כיון שהחפץ שייך לגולן במידה מסוימת הוא חייב עליו ככל ממונו שהזיק, וזו כאמור שיטת התוספות.

ג. בא במחירת

לגבי בא במחירת נכתב בתוספות (סנהדרין עב. ד"ה מסתברא) כך:

⁹ גם כביעה זו שיטתית בתוספות כפי שהוכח במאמר בעניין זה.

”מסתברא מילתיה דרב בששיבר - ואם תאמר מאי קא משמע לן, תנינא: ושיבר את החבית - פטור? ויש לומר אי ממתניתין הוא אמינא שיבר בעודו במחותרת, קא משמע לן רב אפילו שיבר אחר כך”.

דהיינו, על פי התוספות, רבא פטר גנב שבא במחותרת גם אם הזיק לחפץ הגנוב לאחר שיצא מהמחותרת. פטור זה חייב להיות מבוסס על ההנחה שהגזלה איננה של הגזול, שהרי בעלות אינה פוקעת בעקבות קלב”מ, כך שאילו היתה בעלות לנגזל היא לא היתה פוקעת בגלל הביאה במחותרת. ואילו היתה בעלות היא היתה מחייבת את המזיק, יהיה מי שיהיה.

ד. כיצד גזלן מתחייב

זכור זו מחלוקת אמוראים, בתוספות (ב”ק עט. ד”ה או שהוציאו) נפסק:

”או שהוציאו מרשות בעלים כו’ - בריש אלו נערות (כתובות דף לא): פליגי רב אחא ורבינא...ונראה דהוא פליג אאביי ורבא דאמרי בהמוכר את הספינה (ב”ב דף פד): משיכה קונה בסמטא אבל לא ברה”ר...ונראה דהלכה כאביי ורבא מדמייתי מילתייהו בהמוכר [את] הספינה (שם) משמע שהם עיקר ולא שייך כאן כל היכא דפליגי רב אחא ורבינא הלכה כרבינא לקולא”.

דהיינו, בתוספות נפסק שחיובי גזלן חלים רק אם משך לסמטה, ראיית התוספות היא שבכל קניין צריך משיכה לסמטה. מהתוספות משמע שגזלן מתחייב רק אם יש לו זכות קניינית בחפץ, כדי ליצור זכות כזאת צריך מעשה המועיל ליצירת בעלות. לכאורה, החפץ הגזול שייך כבר במידה מסוימת לגזלן, על הגזלן מוטלת חובה להשיב את החפץ שכבר שייך לו לנגזל.

ד. שינוי קונה

בתוספות (ב”ק צה. ד”ה משלם) נפסק:

”...וכל שבח שמשעת גזילה עד שתלד לגזלן”.

משמע, ששעת העברת הבעלות היא שעת המשיכה, ובכך התוספות לשיטתו, השינוי לא מעביר את הבעלות, אלא רק מונע את הגזלן להיפטר מחיוב ההשבה.

ה. דמי שכירות על השימוש בגזילה

הגמרא שהובאה לעיל תואמת את שיטת התוספות שהחפץ קנוי לגזלן, ממילא, הגזלן אינו חייב בדמי שכירות. לעומת זאת, אם לקח חפץ מתוך כוונת שכירות הרי שקיבל על עצמו חיובי שוכר.

חיוב השבה

גזלן מתחייב באונסים ובהשבה, לצד זה, כל הקונה גולה חייב בהשבה. חיוב השבה זה נובע, לדעת התוספות, מזיקה קניינית שיש בין הגזול והחפץ. כלומר, למרות שגזלן זוכה בזכות השימוש, נשארת

לנגזל זיקה מסוימת לנכס, שתחייב בהשבה את כל מי שהחפץ יהיה ברשותו. בתוספות אין התייחסות ישירה לעצם העובדה שלנגזל יש זיקה קניינית, וקל וחומר, שאין הסבר מה טיבה של זיקה זו.

את תוכן הזיקה ניתן להסביר בעזרת הבנת הרעה שיש בעלות על איסורי הנאה. על פי שיטה זו תתכן בעלות ללא זכויות, שהרי אין שום אפשרות ליהנות מאיסורי הנאה. זאת ועוד, ייתכן וניתן להסיק מדין זה שעצם הזיקה של אדם לנכס איננה כוללת רק את זכויותיו. באופן זה ניתן להבין את המצב שנוצר לאחר גזלה, מחד, כל הזכויות נמצאות בידי הגולן, מאידך, הזיקה הקניינית נשארה של הנגזל.

לכך מספר ראיות:

א. רשות יורש לאו כרשות לוקח

שאלה זו שנויה במחלוקת אמוראים (ב"ק קיא:), ולכאורה, גם לדעת התוספות הלכה היא שרשות יורש לאו כרשות לוקח. במילים אחרות, יורשי הגולן חייבים בהשבה אפילו לאחר יאוש. לאור ההסבר דלעיל הדברים מסתברים, כיון שיש לנגזל זיקה קניינית, היא מחייבת גם היורשים בהשבה. אמנם, בדרך כלל, יאוש מאפשר את העברת הבעלות, שמתבצעת בשינוי הרשות, אולם, העברת הבעלות ליורשים לא כוללת את השתלטות היורשים על זכותו של הנגזל. כלומר, היורשים מקבלים את הזכויות של אביהם ולא את זכותו של הנגזל, אף שהנגזל התיימש. זכות הנגזל יוצרת חיוב השבה שמוטל על היורשים.

ב. בא במחירת

לגבי בא במחירת נכתב בתוספות (סנהדרין עב. ד"ה מסתברא) כך:

"מסתברא מילתיה דרב בששיבר - ואם תאמר מאי קא משמע לן, תנינא: ושיבר את

החבית - פטור?"

ויש לומר אי ממתניתין הוא אמינא שיבר בעודו במחירת, קא משמע לן רב אפילו שיבר

אחר כך".

דהיינו, על פי התוספות, רבא פטר גנב שבא במחירת גם אם הזיק לחפץ הגנוב לאחר שיצא מהמחירת, לעומת זאת, לדעת תוספות בא במחירת אינו יכול לזכות בגולה. לכאורה, דבר פשוט הוא שבא במחירת פטור מאונסים, בניגוד לשאר הגזלנים, בגלל קלב"מ¹⁰.

¹⁰ קה"ח (סימן שנה ס"ק ב) הסביר את שיטת התוספות כך:

"וראיתי טעמו של דבר מברואר בבעל המאור שם (סנהדרין עב.) ז"ל:

מסתברא מלתא דרב בששיבר ואי אמרת כששיבר מאי קמ"ל כו', יש להשיב דאי ממתנין הוי אמינא הני מילי כששיבר במחירת עצמו בשעה שנתחייב מיתה אבל יצא ונטל כו', ואי הוי כלים בעיניהו הוי הדרא למריה כששיבר בתר הכי אשתכח דהשתא הוא דקא גזל, כדאמרינן במאן דגזל חביתא דחמרא מעיקרא שויה וזו ולבסוף שויה ארבעה תברא או שתיה משלם ארבעה, דכיון דאלו איתיה הדרא בעינא אשתכח דהאי שעתא הוא דקא גזל. קמ"ל דשאני דין רודף מדין גולן דרודף מכי מטא לידיה קנינהו בדמים מהאי שעתא ולכי תבר לה, ואע"ג דכי איתא הדרא בעיניהו חומרא הוא דרמי רבנן עליה דליהוד ממזנא למריה כיון דאיתא בעינא עכ"ל.

מצב בו יש חיוב ההשבה ללא חיוב באונסים מובן לאור ההסבר דלעיל. חיוב באונסים הוא תוצאה של העובדה שהגולן קונה את הגולה. לעומת זאת, נשאר לבעלים זיקה קניינית שיוצרת חיוב השבה מתחדש, חיוב זה חל על הגולן.

יש להעיר שיתכן שחיוב ההשבה המתחדש, שחל על כל מי שהגולה נמצאת ברשותו והוא אינו זוכה בה, שונה מחיוב ההשבה של הגולן. לא זו בלבד שרק הגולן חייב באונסים, ייתכן שישנו הבדל נוסף. הגולן חייב לחפש את הנגול ולהחזיר לו את הגולה, לעומת זאת, ייתכן שכל אדם פרט לגולן אינו חייב להשיב את הגולה לנגול, אלא שאסור לו לזכות בגולה.

סברא דומה מופיעה בדברי קצוה"ח (סימן שנא ס"ק ג) ואלו דבריו:

"אמנם נראה לעניות דעתי דאף על גב דלא מהני למיקני, מכל מקום אינו מחויב בהשבה כמו בעלמא, דגנב וגולן מתחייבין בהשבה דכתיב והשיב את הגזילה."

המזיק את הגולה לפני יאוש

לכאורה, הטענה שהגולה שייכת לגולן, מחייבת שהמזיק את הגולה יתחייב לגולן ולא לנגול. ההלכה אינה כך, והיא דורשת הסבר.

א. גולן שהזיק

כאמור לעיל, רבה פסק שגולן שהזיק את הגולה משלם כשעת הגולה או כשעת השבירה, את התשלום הגבוה מבין שניהם. לכאורה, פסיקה זו מבוססת על ההנחה שהגולה נשארה של הנגול, ממילא, היא יוצרת בעיה בשיטת התוספות.

לכאורה, ניתן היה להשיב שאותה זיקה קניינית שיוצרת חיוב השבה היא זו שמחייבת את המזיק. אולם, הכלל "אין שמין לגולן", פוסל אפשרות זו. שהרי, משמעות הכלל היא שהשברים אינם של הנגול, אלא של הגולן, ואילו היתה לנגול זכות לעניין נזיקין, גם השברים היו צריכים להיות שלו. כמו כן, לדיקה הקניינית אין ערך כלכלי, כיון שהיא איננה כוללת זכויות שימוש.

יתכן שהגולן חייב בגלל שמנע את חיוב ההשבה, והרי זה מעין המזיק שעבודו של חבירו. רמז לחיוב כזה נמצא ברא"ש (ב"מ פרק ג ס"י כז):

"...בהיה עידנא דקשתי לה או דקתבר לה גזל לה."

דהיינו, חיוב השובר הוא כגולן ולא כמזיק.

לאור ההבחנה דלעיל בין חיוב ההשבה של הגולן, לבין חוסר היכולת של אחרים לזכות, נראה שדווקא חיוב ההשבה של הגולן הוא הגורר חיוב בנזיקין, כפי שיוכח לקמן.

היינו דמדינא אפ"י איתא בעינא קנינהו אלא דכי איתא אינו אלא חומרא דרבנן דליהדר בעינא אבל מכי חבר

וליתיה בעינא אוקמה אדינא דכבר קנינהו בדמים מכי איתא בעינא ופטור מלשלם."

כלומר, בעל המאור טען שמעיקר הדין בא במחירת פטור מהשבת החפץ, אולם, חכמים החמירו עליו להחזיר את החפץ אם הוא בעינו, כאשר החפץ נשבר חכמים לא החמירו.

ב. בא אחר ואכלו

רב חסדא פסק (ב"ק קיא):

“בא אחר ואכלו, רצה מזה - גובה, רצה מזה - גובה.”

כלומר, אם אדם שאינו הגולן אכל את הגולה, ניתן לתבוע הן את הגולן והן את האוכל. מסתבר, שהאוכל ישלם כשעת האכילה, והגולן, כשעת הגולה.

חשוב זה, המוטל על האוכל היה מוסבר בקלות אילו הגולה היתה שייכת לנגזל, אולם, שיטת התוספות מחייבת הסבר אחר. גם כאן ניתן להשיב שהחוב של האוכל נובע מכך שפגע בחובת ההשבה של הגולן.

ג. בא במחותר

כאמור לעיל, בתוספות נכתב, שבא במחותר אינו יכול לזכות בגולה, אולם, פטור מאונסים ונזיקין. גם מפסיקה זו ניתן להוכיח שחוב נזיקין איננו תוצאה של הזיקה הקניינית שמחייבת בהשבה, שהרי חוסר היכולת לזכות הוא תוצאה של הזיקה הקניינית, ומאידך, אין חוב נזיקין. לאור זאת, יש לומר שדווקא חוב ההשבה של הגולן הוא זה שיוצר חוב נזיקין.

השלמת הטענה, תובא בפרק הבא.

גולה לאחר יאוש

כאמור לעיל, לדעת התוספות, הגולן מחזיק בזכויות השימוש ובשאר הזכויות והחובות שיש לבעלים, הנגזל מחזיק בזיקה קניינית שמשמעותה היחידה היא מניעה מכל אדם לזכות בגולה. הטענה המרכזית בחלק זה היא, שלדעת התוספות, ביאוש, מאפשרים הבעלים לכל אדם לזכות בחפץ, אפשרות זו אינה כוללת זכייה בזכויות השימוש השייכות לגולן.

א. הגזל מהגולן

בתוספות (ב"ק סט. ד"ה כל) כתוב:

“...גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה אבל אחר יאוש אין יכול לגבות כלום מן השני. מכל מקום, כיון שכל אדם אסור להחזיק בה מפני שהיא צריכה לגולן ליפטר מן הנגזל, ואם כבר זכה בה אחר, לכל הפחות חייב לשלם דמים לגולן. כדאמר לעיל דאפילו למאן דאמר: 'יאוש לא קני', חייב גב שני לשלם קרן לגב ראשון...”

כלומר, מי שגזל מגולן לאחר יאוש חייב לשלם לגולן את דמי הגולה, כיון שהגולן היה נפטר מהתשלומים אילו היה משיב את הגזילה ועכשיו אינו נפטר שהרי היה יאוש ושינוי רשות.

תוספות לשיטתו, שלגולן יש זכויות בחפץ הגזול עליהן הוא מפורצה. שהרי אי אפשר להסביר את הפיצוי על פי הכלל "דבר הגורם לממון - ממון" שלא נפסק להלכה. כלומר, כיון שלגולן יש את זכויות השימוש בחפץ, הרי שהוא זכאי לפיצוי ממי שגזל ממנו את החפץ.

מאידך, הגונב מהגנב פטור מהשבת החפץ עצמו כיון שזכה בזיקתם של הבעלים שהתייאשו. במילים אחרות, באותה מידה שהזיקה של הבעלים מונעת מכל אדם לזכות בגולה, היא מאפשרת לגזול מהגזולן לאתר יאוש לזכות בגולה. שהרי ביאושם אפשרו הבעלים לכל אדם לזכות בזיקתם, והגזול זכה בה, ממילא, מעמדו של הגזולן כמעמד הבעלים.

ב. יאוש ושינוי רשות

בתוספות (ב"ק סז. ד"ה ועולא, בסופו) נפסק:

"...דשינוי רשות דקודם יאוש לא קני כדמשמע לקמן, ויאוש גרידא נמי לא קני אפילו לרבה כיון דבאיסורא אתא לידיה וצריך להחזיר הדמים. אבל מתניתין איירי לעולא בידוע שנתייאש מקמי דאתא לידיה וכי אתא לידיה הוה ליה יאוש ושינוי רשות".

דהיינו, כאשר רבה פסק שיאוש מועיל, הכוונה היתה שהחפץ שייך לגולן אבל עליו לשלם דמים. כאשר עולא פסק שיאוש אינו מועיל לברו, הכוונה היתה שאם יהיה יאוש ואחריו שינוי רשות החפץ יהיה של הקונה מהגזולן ולא יחזיר דמים. כמו כן, בתוספות נפסק ששינוי רשות ואחר יאוש אינו מועיל¹¹. הקונה מהגזולן פטור מהשבת דמים לבעלים כיון שקיבל את זכויות השימוש מהגזולן, כשיטת התוספות.

ג. שינוי רשות ויאוש

כאמור לעיל, לדעת התוספות, גם לאחר שינוי רשות ויאוש לא נפטר הקונה מהגזולן מחובת ההשבה. הסיבה היא שיאוש מאפשר זכייה, אולם, לאחר שהקונה מהגזולן התחייב בהשבה, יאוש הבעלים כבר לא מועיל לו, והוא נשאר בחיובו.

ד. בא אחר ואכלו לאחר יאוש

רב חסדא (קיא:) הסכים שאין חיוב נזיקין לאחר יאוש, כלומר, למרות שיש חיוב השבה על הגולן, אין חיוב נזיקין. לכאורה, דין זה פוסל את הטענה שחיוב הגולה נובע מהפגיעה בחיוב ההשבה. שהרי הגולן נשאר חייב בהשבה גם לאחר יאוש הבעלים, ובכל זאת, המזיק פטור.

כפי שהוכח לעיל, לא ניתן לומר שזיקת הבעלים היא המחייבת, שהרי מדין "בא במחתרת" הוכח שגם כשיש זיקה קניינית אין חיוב נזיקין.

ייתכן וההסבר הוא, שלדעת התוספות, יש צורך גם בזיקה של הבעלים וגם בחיוב השבה של הגולן כדי לחייב מזיק. ללא הזיקה, אין קשר בין הבעלים לנכס, וממילא אין מקום לחייב את המזיק לשלם

¹¹ קה"ח (סימן שנה ס"א, סימן שסב ס"א, הובאו על הרמב"ם בנושא זה, לעיל) הסיק מכאן שלדעת התוספות אין לגולן זכות קניינית לפני יאוש הבעלים ולכן למכירה אין משמעות.

לבעלים. ללא חיוב הגזולן, אין מקום לחייב את המזיק, כיון שהזיקה אינה שווה מאומה. הצירוף של הזיקה וחיוב ההשבה יוצר חיוב, כיון שחיוב ההשבה של הגזולן נותן ערך לזיקת הבעלים.

ד. הנאה מגזלה לאחר יאוש

הטור (סימן שסט) כתב:

”כתב הרמב”ם אסור ליהנות מדבר הגזול אפילו אתר יאוש והוא שיודע בודאי שדבר זה גזול כיצד ידע בודאי שבהמה זו גזולה אסור לרכוב עליה ידע בודאי שבית זה גזול אסור ליכנס בו וכל כיוצא בזה. ואין נראה כן...אלא לאחר יאוש שרי.”

הטור, שעומד בשיטת התוספות, התיר ליהנות מגזלה לאחר יאוש, לכאורה, כיון שזכויות השימוש שייכות לגזולן. לכאורה, היה מקום להתיר הנאה מגזלה גם קודם יאוש, אולם, העובדה שיש לנגול זיקה לחפץ מונעת שימוש. דהיינו, כשם שזיקת הבעלים מונעת מהקונה מהגזולן להשתמש בגזלה, כך אסור לכל אדם להשתמש בגזלה.

ה. קידושין בגזלה

בתוספות אין התייחסות לדין מקדש בגזל, אולם, מסתבר שהפסיקה תהיה שהאשה מקדושת. שהרי לגזולן יש זכויות בגזלה והוא נתן אותם לאשה. הדברים אמורים רק כשהיה יאוש, שאם לא כן, זכותם של הבעלים מכילה חובת השבה על האשה ומונעת שימוש.

סיכום

נחלקו ראשונים בשאלה כיצד להבין את התהליך בו חפץ גזול עובר לבעלות הגזולן.

בתוספות כתוב שלגזולן יש זכות קניינית כבר במעשה הגזלה, לצד זכות זו מוטלת על הגזולן חובת השבה. כאשר החפץ הגזול עובר שינוי אי אפשר לקיים בו את חובת ההשבה ונשארת רק חובת תשלום. נפקא מינה:

1. שינוי הקורה מעצמו, כנוק, מבטל את חובת ההשבה.
 2. קים ליה בדרכה מיניה פוטר מחובת השבה. לצד זכותו של הגזולן גם לנגול יש זיקה לחפץ, לכן, גם כשיש קלב”מ החפץ נשאר של הגזול.
 3. בתוספות נפסק שכאשר אדם קונה חפץ מהגזולן לאחר יאוש הוא לא צריך לשלם לנגול, כיון שהוא קנה מהגזולן את זכויותיו.
 4. לגבי חפץ גזול שניזוק נפסק בתוספות שהשברים אינם שייכים לנגול, הדין נומק בכך שהגזולן קנה את הגזילה.
 5. בתוספות גם נפסק שגזולן מתחייב רק במעשה קניין.
- הרמב”ם סבר שלגזולן אין זכות קניינית במעשה הגזלה אלא רק חובת תשלום במקרה של אונס. השינוי מעביר את הבעלות לידי הגזולן באופן מלא. נפקא מינה:
1. יש צורך בכוונת קניין בשינוי, וכך כתב המחנ”א במפורש.

2. קלב"מ אינו פוטר מהשבת החפץ שהרי הוא שייך לנגזל, וקלב"מ אינו מפקיע בעלות.
3. הרמב"ם פסק, שמן הדין שברי הגזילה שניזוקה שייכים לנגזל.
4. הרמב"ם פסק שגולן מתחייב בהוצאה מרשות הבעלים, גם ללא מעשה קניין.
5. לשיטתו, פסק הרמב"ם שקונה מגולן והיה יאוש צריך לשלם לנגזל, כיון שלגולן לא היה שום זכות אותה יכל לתת לקונה.

הסבר זה בשיטת הרמב"ם מעורר גם קשיים מתוך פסקי רמב"ם אחרים והם נידונו במקומם.

ניתן לסכם את העולה מן המאמר גם בטבלה:

תוספות	רמב"ם	
מעשה קניין	הוצאה משליטת הנגזל	מעשה הגזלה
לנגזל יש זיקה קניינית ללא זכויות לגולן יש את כל הזכויות וחוב השבה	שייך לנגזל גולן חייב באונסים	חפץ לאחר גזלה
מונעת חיוב השבה ומפקיעה זיקה.	מעבירה בעלות לגולן	שינוי
שינוי, כאמור לעיל	אינה שינוי. תקנה: מעבירה בעלות	שבירה
פטור מאונסים, ישנה זיקה של הנגזל, המזיקו - פטור	פטור מאונסים, החפץ עדיין שייך לנגזל, והמזיקו - חייב לנגזל	בא במחירת
יאוש - הבעלים מאפשרים לכל לזכות בזיקתם לחפץ שינוי רשות - הגולן נותן את זכויותיו	שינוי רשות = שינוי השם יאוש - תנאי להעברת הבעלות	יאוש ושינוי רשות
הגולן השני זכה בזיקת הבעלים ולכן החפץ נשאר אצלו.	נראה שהבעלות לא עברה. גולה אינה שינוי שם	גונב מהגנב לאחר יאוש
חייב כיון שיש זיקת בעלים וחוב גולן	חייב לשלם, כיון שהזיק לנגזל	מזיק לפני יאוש
פטור, כיון שהבעלים ויתרו על זיקתם	פטור, כיון שהוי ממון שאין לו תובעים	מזיק לאחר יאוש

יש להעיר, שמתוך העיון בדיני גולן ניתן להסיק מסקנות כלליות יותר. ראשית נראה שהרמב"ם והתוספות נחלקו בשאלה האם שליטה בנכס היא תנאי להחזקת זכויות השימוש בו. כאמור, בתוספות

כתוב שאיבוד השליטה גורר את איבוד הזכויות. לעומת זאת, מהרמב"ם עולה שאיבוד השליטה אינו פוגע בזכויות הבעלים.

לטענה שלדעת התוספות תתכן זיקה קניינית ללא זכויות, השפעה רבה על הבנת מושג הבעלות. שהרי מדברי התוספות עולה שבעלות איננה אוסף של זכויות, אלא זיקה שגלוות אליה זכויות. נושאים אלה דורשים עיון מעמיק כשלעצמם, ומאמר זה, מהווה תרומה חלקית בלבד לבירורם.