

מו"ר הגאון רבי משה חיים דימנטמן שליט"א
ראש הכולל

דבר שאינו ברשותו

א

א. דעת בעל המאור (ב"ק ר"פ שור שנגח דו"ה), דהא דאמרינן גזל ולא נתייאשו הבעלים, שניהם אינם יכולים להקדיש, זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, אין קניני הגזילה לגזלן מונעים מהבעלים להקדיש אלא היכא שהחפץ נמצא ביד הגזלן ואין לגזל שליטה בחפץ, מצד זה מקרי אינו ברשותו (והוי חסרון בבעלות). והיכא דהגזלן נתרצה להחזיר החפץ, שוב נחשב ברשותו של הבעלים כמו פקדון, וביד הבעלים להקדישו.

אבל הרמב"ן (מלחמות שם) סובר, דהיכא דהגזלן רוצה להחזיר הגזילה, כל עוד שלא החזיר, יש לגזלן קניני גזילה, וקנינים אלו מונעים מהבעלים שליטה מלאה ואינו יכול להקדיש.

ואומרים האחרונים, שהרמב"ן מודה לבעה"מ, שאם החפץ אינו בשליטת הבעלים אינם יכולים להקדיש, אלא הרמב"ן בא להוסיף, שאף היכא שהגזלן רוצה להחזיר הגזילה, מ"מ אף קניני גזילה שיש לגזלן מגרעים את הבעלות המלאה והבעלים אינו יכול להקדיש.

וכתב קצוה"ח (קכג,א) ודייק מדברי רש"י (ב"ק ע,א) על הא דאמרי נהרדעא לא כתבינן אורכתא אמטלטלי, מ"ט דאמר רבי יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש, זה לפי שאינו ברשותו וכו'. וכתב שם רש"י, הואיל ואינו ברשות הבעלים אינו יכול להקנותו לשליח, הלכך אם אבד יכול לחזור ולתבוע מיד הנאמן.

ולשון רש"י, שכתב "מיד הנאמן" משמע, שאין המדובר במטלטלי דגזילה, והוא תמוה, שהרי פקדון לכו"ע יכול להקדישו (דקאי ברשותיה דמפקיד), אלא נראה דאפילו פקדון וצאית דינא, ויש לו טענה כלשהיא או תביעה על הפקדון, שאינו רוצה הנפקד להחזיר עד שיקוב הדין ביניהם, חשיב לדבר שאינו ברשותו.

ולפי האמור, לדעת הרמב"ן, אי עיקר הא דאינו ברשותו הוא מחמת קנין הגזילה בלבד, ולפ"ז בגזלן באופן שלית ליה קניני גזילה והגזילה תחת ידו חשיב ברשות הבעלים ופליג על בעה"מ בתרתי, או דבגוונא דאינו ברשותו

במציאות ואין הבעלים יכולים לעשות בה נמי חשיב אינו ברשותו, אלא דמוסיף הרמב"ן דבגוונא דפתיך ביה קניני גזילה לחוד נמי חשיב אינו ברשותו. ונ"מ להיכא דנתרצה הגזלן להחזיר ולצד זה פליג אבעה"מ בחדא. אמנם, בגזלן שאין לו קניני גזילה ונתרצה להחזיר יודה הרמב"ן לבעה"מ דחשיבא ברשותו.

ב. ומצינו דהריטב"א (ר"פ המפקיד הובא בשטמ"ק שם), עלה דאמרינן נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני וכו' כתב וז"ל: דוקא בגניבה אמ' הכי אבל באבידה דכל היכא דאיתא מצי מקני לי, בשעת התשלומין דוקא הוא דמקנה ליה עכ"ל. אלמא דסבר הריטב"א דאבידה הוי ברשות הבעלים, וזה יתכן אם טעמא דאינו ברשותו בגזלן, מחמת דפתיך ביה קנין גזילה, אבל אם נימא דטעמא הוא מחמת שאינו ברשות הבעלים (במציאות) להשתמש בו כחפצו, אין לחלק בין גזילה לאבידה. הרי חזינן בדעת הריטב"א דסובר דהא דגזילה הוי אינו ברשותו של גזלן, הוא מחמת קניני הגזילה בלבד ובאבידה דליכא קנינים למוצא, שפיר הוי ברשותו ויכול להקנות האבידה.

ג. וכן בגמ' בכתובות (לד, ב) אמר רבה גנב וטבח בשבת פטור, משום שאם אין גניבה אין טביחה ומכירה. והקשה הריטב"א (עי' שטמ"ק שם) מאי איריא טבח בשבת, אפילו טבח בחול נמי פטור, דהא ליכא חיוב גניבה (מחמת קלב"מ) ותירץ בשטמ"ק בשם הראב"ד ושיטה ישנה, דאה"נ דהא דקתני טבח בשבת לאו דוקא דה"ה בגנב בשבת באיסור וטבח בחול פטור, משום שאם אין גניבה אין טביחה ומכירה.

והגרע"א תירץ שם, דאם טבחו בחול, הטביחה עצמה חשיב לגניבה חדשה, ואע"ג די"ל כיון שגנבו תחילה אין לחייבו על הטביחה משום גניבה, שהרי אין הגונב אחר הגנב חייב, דמאי שנא גנב אחר הגנב או שהוא עצמו חזר וגנבו, מ"מ י"ל דכיון שהגניבה היתה בשבת ואין לו קניני גניבה, מחמת קלב"מ, ולא נעשה גנב בזה, ומש"ה בטבחו בחול שפיר מיקרי גניבה.

מבואר בדבריו, שגנב בלא קניני גניבה, חשיב החפץ ברשות הבעלים, ולכן אם טבחו בחול יתחייב משום גניבה חדשה ומיקרי וגונב מבית האיש, אף דלבעלים ליכא שליטה בחפץ, בכ"ז חשיב החפץ ברשותם, כיון דהגניבה הראשונה היתה באיסור שבת ולא נעשה גנב מחמת קלב"מ (דרו"ח לרע"א כתובות שם).

עפ"י דברי רע"א יובנו דברי הריטב"א שכתב: "כבר תירצה רש"י ז"ל שאם טבח בחול הרי הוא כאילו חזר וגנבו בחול ומתחייב אקרן נמי דהא כל כמה דלא טבחו ברשותא דמריה קאי, ויפה כיון ז"ל".

וי"ל, דהריטב"א לשיטתו אזיל, דהבאנו בשמו מר"פ המפקיד, דאבידה מיקרי ברשות בעלים ויכול להקנותה, כיון דבאבידה ליכא קנינים ולא דמי לגזילה, והכא סובר הריטב"א כנ"ל, הלכך הטביחה בחול הוי גניבה חדשה ולא חשיב גונב מן הגנב כי בגניבה ראשונה (בשבת) לא היו קניני גניבה אף שבמציאות אינה ברשות הבעלים.

ד. ואמרינן במס' ב"מ (ז,ב), בההיא מסותא דהוו מינצו עלה בי תרי האי אמר ידידי היא, והאי אמר ידידי הוא, קם חד מינייהו אקדשה, ומסיק התם דאינו קדוש משום דכל ממון שא"י להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש. והקשו בגמ' הא יכול להוציאו בדיינים הקדישו קדוש ואע"ג דלא אפקיה, והאמר ר' יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים וכו' ומשני מי סברת במסותא מטלטלי עסקינן, במסותא מקרקעי עסקינן, דכי יכול להוציאו בדיינים ברשותיה קיימא.

והקשה הגרע"א בגליון הש"ס, הרי כל ההבדל בין קרקע למטלטלין הוא, שמטלטלין נגזלים ועוברים לרשות הגזלן, אבל קרקע מחמת שאינה נגזלת אינה עוברת לרשות הגזלן (דליכא קניני גזילה בקרקע). לפ"ז יוצא, דמטלטלין שנגזלו בלי מעשה קנין וליכא לגזלן קנין גזילה, ואינם עוברים לרשותו, הוי כקרקע. מעתה, במסותא שהיתה גזילה ולא עשה מעשה קנין (רק כל אחד טען ידידי הוא), שפיר יכול הנגזל להקדישו. וא"כ אמאי הוצרכה הגמ' להעמיד במסותא מקרקעי ולא במסותא מטלטלי, ונשאר בצ"ע.

חזינן בדעת רע"א, דאינו ברשותו בגזילה הוא מחמת קניני הגזילה שיש לגזלן. ולשיטתו אזיל כפש"כ בדעת הריטב"א גבי גנב בשבת וטבח בחול וכנ"ל.

ה. המורס מהאמור :

א. דעת בעל המאור דאינו ברשותו הוא מחמת דאין לו שליטה בחפץ להשתמש בו כחפצו.

ב. דעת הרמב"ן שמשום קניני גזילה שיש לגזלן חשיב אינו ברשותו ומודה לבעה"מ אלא דמוסיף דאף היכא שיש לו שליטה בחפץ מיהו כיון דאית ליה לגזלן קנינים חשיב אינו ברשות הנגזל.

ג. דעת הריטב"א, לפי הסבר הגרע"א,¹ דאינו ברשותו הוא רק מחמת קניני גזילה. אבידה חשיב ברשות הבעלים אף שאינו יכול להשתמש כחפצו וכנ"ל.

ו. ובספר קצוה"ח (ריא,ג) הוכיח מתוס' ב"מ (ו,א), שקניני גזילה אינם גורמים לחפץ להחשב אינו ברשות הבעלים, דבעי התם בגמ' הקדישה בלא תקפה, מי אמרינן כיון דאמר מר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט כמאן דתקפה, א"ד השתא מיהא לא תקפה וכתוב ואיש כי יקדיש את ביתו קודש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, לאפוקי האי דלא ברשותו.

ו. וכתב תוס' דמיבעיא ליה אי הוי כהודאה והוי כפקדון, שיכול להקדישה. משמע דס"ל בגזילה כי האי, דשנים או חזין בטלית וזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי, כי אודי לבסוף הדר הו"ל כפקדון, ואע"פ שהגזילה בידו ויש לו קניני גזילה, חזין דאין קניני הגזילה גורמים לחפץ להיות אינו ברשותו, וסיים קצוה"ח דתוס' ס"ל כבעה"מ הנ"ל.

בחי' הגרנ"ט דחה ראיה זו, דבשנים או חזין בטלית, מי שתקף בה אחר שהגביה הראשון לא נעשה גזלן, שאין כאן מעשה גזילה כיון שלא הגביהה כולה וממילא ליכא קנין גזילה, וכל הגזילה היא במה שמחזיק בכרכשתא וטוען אני הגבהתי תחילה ובוזה בודאי אם מודה לשני ורוצה להחזירו שוב אין כאן גזילה כלל, והיא גם ברשותו של השני ושפיר יכול להקדישה משא"כ בגזילה דעלמא, שעשה מעשה גזילה ויש לו בחפץ קנינים (כזכות לקנות בשינוי), אפשר דאף אם רוצה להחזירה, כל שלא החזיר בפועל מיקרי אינו ברשותו. ואין ראיה שתוס' חולק על הרמב"ן (וע"ע דברי יחזקאל סי' נד).

ז. ועוד יש להעיר, דבסוגיא דצנועין (בי"ק סט) מבואר דשייך הפקר ב"ד הפקר גם לענין אינו ברשותו, דמשום תקנת עניים אוקמוה רבנן ברשותיה כדי שיוכל להפקיר ולחלל מה שביד המלקטים. ובשלמא אי הא דאינו ברשותו הוא משום קניני הגזילה י"ל דהפקיעו חכמים את הגזילה מהגזלן

¹ אפשר לבאר בדעת הריטב"א עפ"י מש"כ קצוה"ח סי' לד דגונב מן הגנב דפטור, פטור אף מן הקרן, דל"ח גנב דכתיב וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב ואין זה פטור מקנס בלבד, ודייק כן מדברי רש"י פ' מרובה. והנתיבות כתב, נהי דגונב מן הגנב ל"ח גנב, כיון דלא הוסיף בגניבה יותר מן הראשון (דהראשון כבר הוציאו מהבעלים) אבל היכא דהגנב השני הוסיף בגניבה חייב אף השני, וכגון הכא דהראשון הוציאו מן הבעלים כשגנב בשבת, והטביחה בחול נהי דהוי כגונב מן הגנב כיון דבפועל ליכא לבעלים שליטה בחפץ, מיהו כיון דטביחה אח"כ הוסיפה בגניבה, נעשה אף השני גנב. ולפיכך גנב בשבת וטבח בחול אף דהוי גונב מן הגנב חשיב גנב בטביחה.

וממילא הוי ברשותו, אבל אי נימא שהדבר תלוי בשליטה בפועל מה יועיל בזה הפקר ב"ד, וצ"ע. (הערת הקוב"ש ב"ק אות ט-י).

ב

איתא בב"ב (מג,א) דבני העיר שנגנב ס"ת שלהן אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר (דהוי נוגעין בעדותן). ומקשה הגמ' אמאי, ליסלקו בי תרי נפשיהו ולידיינו, וכיון דיסתלקו מחלקם בס"ת אינם נוגעין בעדות. ופירש רשב"ם (ד"ה ליסתלקו) יכתבו דין ודברים אין לי על ס"ת זה ויקנו מידם.

והקשה הגרע"א וז"ל: קשה לי הא קי"ל בגזל ולא נתיאשו הבעלים, שניהם א"י להקדיש וא"כ אינם יכולים להקנות חלקם. וכן הקשה קצוה"ח (לז,י). בשלמא לגבי שותפין מעידין זל"ז דמייירי בקרקע וקרקע גזולה יכולין הבעלים להקדישו ולמוכרו, אבל ס"ת שנגנב, היאך יכולים לסלק מיניה, דאע"ג דקנו מידם לא מהני כיון דאינו ברשותם.

וכתב קצוה"ח, דלכאורה גבי קרקע נמי קשה. דהא בעינן בקרקע, דיכול להוציאו בדיינים ולזה אין עדים, דהא הוא עצמו העד, וא"כ לדידה הוי דבר שאינו ברשותו והיכי מהני הקנאה לשותף.

ולפי מש"כ הרשב"א בחידושיו גבי גנב וגזלן דהקדשן הקדש ומעשרותן מעשר משום דהוי יאוש ושינוי השם, הקשה הרשב"א היכי חל ההקדש, דהא קודם הקדש לא היה שלו כיון דיאוש כדי לא קני, וכתב דמשום דהקדשו וקנייתו באין כאחד, ע"ש. א"כ הכא נמי גבי קרקע דהוא מקנה לשותפו הרי איכא עדים וראיה ויכול להוציאו בדיינים ובא בב"א רשותו והקנאתו. אבל גבי מטלטלין אפילו יכול להוציאו בדיינים נמי א"י להקדישו, דאינו ברשותו, וא"כ איך מהני סילוקם להקנות חלקם.

וכתב קצוה"ח, ואפשר דקושיית הש"ס וליסלקו היינו שיקנו לגנב את חלקם ולגנב מהני הקנאתם אע"ג דא"י להקנות לאחר, והיינו דלגזלן עצמו יכול הנגזל להקנות כמ"ש באבנ"מ (כח,יג).

אכן, בפירוש הרשב"ם לא משמע הכי, שכתב "ויקנו מידם", ואי לגנב לא בעי קנין דזוכה בדיבור כיון שהוא תחת ידו, ועוד דהגנב לא ירצה במתנה זו כי היכי דלא להוי סהדי עליה וצ"ע.

ובנוגע לקושיית רע"א, אפשר לומר עפ"י מה שהשרישו רבותינו, בהא דסנהדרין עב, א בדמים קננהו, ולכאורה קלב"מ פוטר חיובים ועונשים אבל אין קלב"מ מהוה קנין, א"כ אמאי בא במחתרת, היכא דאין לו דמים קנה החפץ הגזול.

וכתב הקוב"ש (ב"ק אות יד), דבלאו חיוב השבה, היה החפץ נקנה לגזלן מיד (ואיכא חוב דמים) אלא דחיוב ההשבה מונע את זכייתו בחפץ, והיכא דפקע חיוב ההשבה, בגלל קלב"מ, קונה הגזלן את החפץ. ומה"ט נמי שינוי קונה בגזילה, דאין ענינו דשינוי הוי קנין, אלא שלאחר שינוי נפטר מהשבה, דל"ה כעין שגזל, וממילא נעשית שלו ע"י מעשה הגזילה הראשון. ורבא דפליג בסנהדרין התם וס"ל דכל שהחפץ בעין לא קנהו (הבא במחתרת וכד'), גם מודה לנ"ל, דחיוב השבה מעכב זכיית הגזלן, אלא דס"ל דהיכא דקלב"מ, ובי"ד אינם יכולים לחייבו בשתי רשעויות, מ"מ הוא חייב בהשבה וחיוב זה מונע את קנין הגזילה.

לפי"ז מיושבת קושיית קצוה"ח ורע"א הנ"ל. כונת הגמ' ליסתלקו תרי מינייהו, ר"ל שיקנו חלקם לגנב, ואין המכוון להקנאה אלא שימחלו לגנב על חובת ההשבה, וממילא הגנב קנה את חלקם בקנין גזילה הראשון, ומחילה מהני בע"כ של הלוח (עי' מחנ"א זכיה והפקר סי' יא הואיל ואינה הקנאה אלא סילוק, וע"ע ריטב"א קידושין טז, א אי מחילה הוי הקנאה) וה"ה דמהני מחילה לגנב.

ולפי האמור, מובנים דברי רש"י בקידושין (נב, א), שאם קידש אשה בגזל דידה מקדושת בדשדיך, כיון דקבילתיה אחילתיה. ולכאורה הרי מחילה לא מהני בדבר שהוא בעין, ויש צורך בהקנאה. ולאמור א"ש, מחילתה היינו דמוחלת חוב ההשבה ולזה מהני מחילה.

ועי' רש"י קידושין (יג, א) גבי ההיא אשה דמכרה וורשכי וחטף אחד ממנה וורשכי וקידשה בזה, ומיירי התם בדשדיך, ומפרש"י, דהקנתה לגזלן הוורשכי, ולכאורה הוי אינה ברשותה ואיך הקנתה לו, ולנ"ל א"ש דלגזלן עצמו יכולה להקנות. [ועי' או"ש גניבה (ז, ו) בעבד שהפיל עצמו לגייסות, דרבו מוכרו ונוטל דמיו (גיטין מד). משמע דמועילה מכירה בכתיבת השטר אע"ג דאינו ברשותו, משום דהקנאה לגזלן גופיה מהני].