

שיקולים משפטיים ומוסריים בקניין הגזלה: עיון בשאלת הבעלות על החפץ הגזול

רבין שושטרי

מבוא

בהלכות גזלה ואבדה א, ה הרמב"ם כותב: "כל הגזול חייב להחזיר הגזלה עצמה שנ' והשיב את הגזלה אשר גזל". לכאורה, הלכה זו מורה שהחפץ הגזול נשאר בבעלות בעליו המקוריים, ולכן הגולן צריך להחזיר את הגזלה עצמה. עם זאת, מתברר שיש מצבים שבהם הגולן אינו חייב להשיב את הגזלה עצמה דווקא. בחיבורו "יסודי המשפט העברי", בסוף הפרק העוסק בדרכי הקנייה, א' גולאק מקדיש סעיף לדרכי קנייה מיוחדות,¹ והראשונה שבהן היא שינוי השם:

אם החפץ בא ליד אחד שלא ברשות, כגון אם גנבו או גזלו, ונשתנה תחת ידו שנוי כזה שאינו חוזר לברייתו ושכשביילו קוראים את החפץ בשם אחר - קנהו זה שנמצא תחת ידו.

גולאק מגדיר את השינוי כאחת מדרכי הקניין, ואם נעשה שינוי דוגמת זה שהוזכר, הוא גורם להעברת הבעלות על החפץ לגולן. הלכה העוסקת בשינוי שנעשה בחפץ שנגזל, מופיעה כבר במשנה: "הגזול עצים ועשאן כלים, צמר ועשאו בגד - משלם כשעת הגזילה... זה הכלל כל הגזולנים משלמים [כשעת] הגזילה" (בבא קמא ט, א [עפ"י כ"י קאופמן]). לכאורה, ניתן ללמוד מהלכה זו שהגולן אינו קונה את הגזל בשעת הגזלה אלא בשינוי. ועם זאת, כבר ממשנה זו עולה שהקניין חל כבר בשעת הגזלה, שהרי הגולן משלם כשעת הגזל. לכאורה, הלכה זו של המשנה מורה שהחפץ הגזול נקנה לגולן בשעת הגזלה.

במאמר זה ברצוני לטעון שקיימת שיטה שלפיה החפץ נקנה לגולן מיד בשעת הגזלה, ואף על פי שהחפץ נחשב לקניינו, הוא מצווה בהשבתו למי שנלקח ממנו. חיוב זה תקף עד לעשיית השינוי. משנעשה השינוי שגורם לחפץ להיקרא בשם אחר - הגולן פטור ממצוות ההשבה וחיוב רק בתשלומים. בחלק הראשון של המאמר אדון בהלכות שעוסקות באדם שקיבל או קנה את החפץ הגזול מהגולן. מקרה זה עשוי לשמש אבן בוחן לשאלת הבעלות על החפץ: אם החפץ נקנה לגולן מיד, אזי אדם אחר יכול לקבלו

1 א' גולאק, יסודי המשפט העברי, תל אביב תשכ"ז, עמ' 125-126.

או לקנותו ממנו. כן מובן שהמקבל או הקונה יהיה פטור מהשבת החפץ לבעליו, שהרי חובת ההשבה חלה רק על הגזלן. לעומת זאת, אם החפץ נשאר בבעלות הגזלן, אזי קניית החפץ או קבלתו מהגזלן אינה הופכת אותו לקניינו של הקונה/המקבל. עיון במשנה הראשונה בהגזל בתרא ובדברי שניים מראשוני האמוראים (ר' חייה ורב) מלמד שלשיתם החפץ נקנה לגזלן מיד, ולכן הקונה או המקבל אותו ממנו - קניינו קניין. אולם האמוראים מעמידים שיטה זו באוקימתות ובפירושים שונים כדי להתאימה לשיטה הרווחת, הקובעת שהחפץ הגזול אינו הופך לקניינו של הגזלן.

בהמשך אדון בהשלכה נוספת של שאלת הבעלות, והיא זמן חיוב התשלומים על הגזלה. אם הגזלן קנה את הגזלה מיד, אזי חייב לשלם את שווייה בשעת הגזלה, אך אם לא קנה אותה מיד, אזי חייב לשלם את שווייה בשעת השינוי.

בסופו של המאמר אדון ברציונל המשפטי שבתשתית השיטה הגורסת שהגזל נקנה לגזלן מיד. שיטה זו מעוררת קושי, שכן לפיה החוטא יוצא נשכר וזוכה בחפץ שאינו שלו. בדיקת המקורות מלמדת שמטרת קניין זה לחייב את הגזלן באונסין, חיוב שיספק הגנה למי שרכשו גזול ממנו. דיון בגורם לחיוב אונסין נמצא בדיני שואל. עיון בסוגיה זו שופך אור על היווצרות השיטות השונות בעניינו של הגזלן.

א.

המשנה (בבא קמא י, א) אומרת:

הגזול ומאכיל את בניו והניח² לפניהם, פטורין מלשלם. ואם היה דבר שיש בו³ אחריות, חייבין לשלם.

המשנה עוסקת באחריות הבנים לגזלת אביהם: את הבנים שאביהם האכילם את הגזל או הניח את הגזל לפניהם היא פטורת,⁴ אך במקרה שמדובר בדבר שיש בו אחריות - היא מחייבת אותם. לכאורה, הכוונה למקרה שבו האב הניח לבניו קרקעות שהשתעבדו לחוב שחל עליו בגין הגזלה שגזל. ברם, אפשריין מבאר שלפי פשוטה של משנה ("ואם היה דבר שיש בו אחריות") יש אחריות בדבר הגזול, ולא שהניח להם אחריות נכסים, שאלמלא כן הייתה המשנה גורסת "ואם היה שם דבר...". הוא מבאר שאם הגזל שגזל

2 יש גרסאות שונות (והניח/ומניח/והמניח). על חילוף הגרסה בתיבה זו, ראה י"ג אפשריין, מבוא לנוסח המשנה, ירושלים תש"ס, עמ' 388.

3 על חילוף הגרסה ב'לו', ראה אפשריין (לעיל הערה 2), עמ' 388.

4 על הלשון "והניח לפניהם" ראה ח' אלבק, ששה סדרי משנה נזיקין, ת"א תשי"ט, עמ' 416: "כלומר שלא האכילם בידיים אלא הניח לפניהם".

האב הוא דבר הפְּלָה, בניו פטורים מלהשיבו, אך אם גזל קרקע, חייבים להשיבה משום כבוד אביהם.⁵

מדוע הבנים פטורים מלשלם את גזלת אביהם שאכלוה או שנמצאת בידיהם?

אם הבנים אכלו את הגזל, הדיון נסב על שאלת חיובם בתשלום בגין הנזק שגרמו לחפץ הגזול. במקרה כזה אפשר להבין שהבנים פטורים, כיוון שאינם בעלי הדין של הגזול אלא אביהם,⁶ אך המשנה פוטרת את הבנים מלהשיב את הגזלה גם אם היא קיימת. לכאורה, הגזלה שייכת לנגזל ואיננה קניינם שלהם, ואם כן, מדוע אין הם חייבים להשיבה לבעליה?

היה מקום לתרץ שהגזל נקנה בייאוש, ולכן הבנים פטורים מלהשיבו, אך נימוק זה לא מוזכר במשנה.⁷ יתרה מכך, אם ייאוש הבעלים הוא שיוצר את הקניין, מדוע רק הבנים פטורים (לפי פשוטה של משנה אפילו בגזלה קיימת)? הלא אם הבעלים התייאשו בעוד הגזלה הייתה ברשות אביהם, לכאורה אף הוא פטור מלהשיבה וחייב רק בתשלומים?⁸

מתברר שהביאורים של אמוראי בבל למשנה מבוססים על הדעה שייאוש אינו קונה. הבבלי דן בדברי המשנה "והניח לפניהם פטורין מלשלם":

אמר רמי בר חמא, זאת אומרת: רשות יורש כרשות לוקח דמי.
 רבא אמר⁹ רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי, והכא במאי עסקינן - כשאכלום
 (בבא קמא קיא ע"ב).

- 5 אפשטיין (לעיל הערה 2), עמ' 390.
- 6 ראה לדוגמה פירוש רש"י בבא קמא קטו ע"א ד"ה הדין עם הראשון: "דינו של בע"ה ותביעתו על הגנב היא ואין הלוקח בעל דינו".
- 7 במשנה ב' הייאוש מוזכר במפורש כגורם לקניית החפץ הגזול: "נטלו מוכסין את חמורו ונתנו לו חמור אחר, נטלו לסטים את כסותו ונתנו לו כסות אחרת - הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתייאשין מהן. המציל מן הנהר או מן הגייס או מן הלסטיין, אם נתייאשו הבעלים - הרי אלו שלו". בבבלי, בבא קמא טו-סז, חולקים האמוראים אם ייאוש כדי קני, וראה שו"ת הרשב"א חלק א סימן תתקסח.
- 8 רש"י מתייחס לכך ומבאר שאי אפשר לפרש את המשנה משום שייאוש קונה: "דאי ביאוש כדי לא קני מדלא קתני פטורא באבוהון". וראה תוספות רי"ד שמתרץ את המשנה לפי השיטה שייאוש כדי קני: "דאפי' אי אמרי' ייאוש כדי קני לא מצי למיתני פטורא באבוהון נהי דקניי' למיתב דמי ולא יהיב לי' גוף הגזלה אבל להיות פטור מלשלם מי קניי". תירוצו זה קצת קשה במקרה שהאב הניח לפניהם, שם משמע שרק הבנים פטורים מלהחזיר את גוף הגזלה.
- 9 בכ"י מינכן 95, המבורג, פירנצה, ק"ג קיימברידג' 107 T-S F(1), ק"ג Magyar tudományos Akadémia, MS. Kaufmann Geniza 270-2 נוסף: "לעולם אימ' לך". באסקוריאל ובדפוס שונצינו ליתא. וראה להלן הערה 10 שבדיון הסמוך גם בדפוסים גורסים "לעולם אימא לך".

רמי בר חמא ורבא חולקים אם ניתן להסיק מהמשנה שרשות יורש כרשות לוקח.¹⁰ לפי רמי בר חמא, רשות יורש כרשות לוקח, ולכן בנים שירשו מאביהם את החפץ הגזול, דינם כדין הלוקח: אם היה ייאוש, בהצטרפות הייאוש ושינוי הרשות, עבר החפץ לבעלותם.¹¹ לפי רבא, רשות יורש לאו כרשות לוקח, ולכן בנים שירשו מאביהם חפץ גזול, חייבים להשיבו לבעליו, אבל אם כבר אכלו את הגזל, פטורים מלשלם, ובמקרה זה עוסקת המשנה.

מדיון זה ניתן ללמוד את הנימוק לקביעת המשנה כפי שהבינוהו אמוראי בבל. לדעת רמי בר חמא, ייאוש לבדו אינו קונה, ולא די בו כדי לפטור את הבנים, אבל כיוון שהחפץ נקנה ליורשים בייאוש ובשינוי רשות, הם פטורים מלהשיבו.¹² ביאור זה קצת קשה: הרי הבנים נכנסים תחת אביהם, וקשה להגדיר קבלת ירושה כפעולת שינוי רשות. נוסף על כך, המשנה לא מציינת שהבעלים המקוריים התייאושו.

רבא חולק על רמי בר חמא וסובר שירושה אינה כשינוי רשות. הוא מציע לפרש את המשנה בדרך אחרת: לפי הצעתו, המשנה לא עסקה במקרה שהגזל קיים, אלא במקרה שהבנים כבר אכלוהו. לפי רבא, הפטור במשנה תקף רק במקרה שמדובר בו

10 דיון דומה בין רמב"ח לרבא מובא בהמשך הסוגיה על ברייתת ריבית: "רב אדא בר אהבה מתני להא דרמי בר חמא אהא: הניח להן אביהן מעות של רבית, אף על פי שיודעין שהן של רבית - אין חייבין להחזיר; אמר רמי בר חמא, זאת אומרת: רשות יורש כרשות לוקח דמי; רבא אמר, לעולם אימא לך: רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי, ושאני הכא, דאמר קרא: אל תקח מאתו נשך ותרבית, אהדר ליה כי היכי דנחי בהדך, לדידיה קא מזהר ליה רחמנא, לבריה לא מזהר ליה רחמנא. מאן דמתני לה אברייתא, כ"ש אמתניתין; מאן דמתני לה אמתניתין, אבל אברייתא - רמי בר חמא כרבא מתני לה". וראה להלן הערה 16.

11 ראה רש"י: "והויא לה כרשות אחרת וכיון דאוקימנא למתניתין לאחר יאוש קני להו יתמי ביאוש ושינוי רשות דאי ביאוש כדי לא קני מדלא קתני פטורא באבוהון". רש"י מוסיף ששינוי הרשות מועיל רק לאחר הייאוש. פרט זה עולה גם מביאור הברייתא לרמי בר חמא - ראה להלן הערה 20. הצורך בייאוש ובשינוי רשות נמצא בבבלי, סוכה ל ע"ב: "כי היכי דליהו יאוש בעלים בידיהו דידהו, ושינוי הרשות בידיהו". בבבלי, בבא קמא סח ע"א, צורך זה מוצג כהנחה פשוטה: "שינוי רשות בלא יאוש מי איכא למ"ד דקני".

12 לפי רמי בר חמא, אם הבנים אכלו מגזל אביהם, הם לא קנו את הגזלה. הם פטורים כיוון האחריות אינה שלהם, והם אינם בעלי הדין. ראה תוספות ד"ה גזל: "ולרמי בר חמא ניחא טפי דאיהו לית ליה טעמא דרשות מריה כלל דכיון שהוא לא גזלן אינו יכול לתובעו כלל, שהרי אין לגמרי ברשות מריה שהרי אינו יכול (לו) להקדישו וגם הגזלן יכול לקנותו בשינוי מעשה". תוספות מבארים שרמי בר חמא פוטר את הבנים אם אכלו את הגזל. לדבריו, כיוון שהם לא גזלו מרשות הנגזל, הם אינם גזלנים, והנגזל לא יכול לתבוע אותם. כוונת התוספות שהחפץ בבעלותו של הנגזל (שהרי כאשר הגזל קיים הוא חוזר לנגזל ולא נקנה לגזלן), אך אינו ברשותיה דמריה של הנגזל (שהרי כאשר הגזל להשבתו מוטלת על הגזלן. כמו כן, אם הגזלן הזיק לגזל, הוא חייב לפחות מדין מזיק (ראה להלן הערה 30), ורק אדם אחר שהזיק יהיה פטור כיוון שאינו בעל דינו של הנגזל.

בחייבו בתשלומי גזל. הבנים פטורים מתשלום הנזק כיוון שאינם בעלי הדין של הנגזל, אולם אם החפץ הגזול עדיין קיים, הרי הוא בבעלות הנגזל, ומכיוון שכך, על הבנים להשיבו לו.

הבבלי דן בביאורו של רבא למשנה:

הא מדקתני סיפא: אם היה דבר שיש בו אחריות - חייבין לשלם, מכלל דרישא בגזילה קיימת עסקינן! אמר לך רבא, הכי קאמר: ¹³ 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 ¹⁴ אמר רבא: כי שכיבנא, ר' אושעיא נפיק לוותי, דתריצנא מתני' כוותיה; דתני רבי אושעיא: הגזול ומאכיל את בניו - פטורין מלשלם; הניח לפניהם, גזילה קיימת - חייבין, אין הגזילה קיימת - פטורין; הניח להם אביהם אחריות נכסים - חייבין לשלם ¹⁵ (שם).

לפי רבא, כאשר החפץ קיים, הבנים חייבים להשיבו, ולכן הגמרא מעמידה את המשנה ומבארת שהיא דנה במקרה שבו הבנים אכלו את הגזלה. גם את המשך המשנה הגמרא מבארת לפי שיטתו של רבא ("ואם היה דבר שיש בו אחריות") ומציינת שאם הבנים ירשו מאביהם קרקעות, הן השתעבדו לנגזל, והוא יכול לגבות מהקרקעות המשוועבדות את המגיע לו.

13 כך הגרסה בכ"י מינכן 95 ובאסקוריאל. בהמבורג ליתא "אמר לך רבא". בפירנצה "אימ" תמורת "הכי קאמר". בק"ג קיימברידג' T-S F(1) 107 ליתא "אמר לך רבא" וגורס "אימא" תמורת "הכי קאמר". על חילוף הגרסה בתיבות "אמר לך רבא" ראה ד' הלבני, מקורות ומסורות בבא קמא, ירושלים תשנ"ג, עמ' תלו, הערה 3.

14 התוספות רי"ד דוחה את הגרסה "אלא": "לא גרסי' אלא שהרי שום דיבור אינו סותר ממה שאמר אלא משו' דקשיא ליה לרבא ההיא מתניתא דמתני' ר' לר"ש ברי' אמר רבא שאני מעמיד מתני' כמתניתא דר' הושעיא דתני בפירוש והניח לפניהן גזל' קיימ' חייבין ואם הניח להן אבוהון הני אחריות נכסים ולא על גוף גזלה כדמתני' ר' לברי' ובודאי מה דמתני' ר' לברי' אתי כרמא בר חמא. דקסבר רשות יורש כרשות לוקח דמי אבל ר' הושעיא סבר יורש כרעא דאבוה הוא". אכן בכ"י מינכן 95 ופירנצה ליתא "אלא", אך בכ"י המבורג, כ"י אסקוריאל, דפוס שונצינו ובק"ג (קיימברידג' T-S F (1) 107) גורסים "אלא". וראה הלבני (לעיל הערה 13), עמ' תלו, הערה 5, שטוען שתיבת "אלא" הועברה לכאן מבבא מציעא סב ע"ב, וראה להלן הערה 16.

15 בכ"י פירנצה אשגרה מדברי רבי "מפני כבוד אביהן".

ביאור זה אינו הולם את פשט דברי המשנה "ואם היה דבר שיש בו אחריות", המוסבים על הדבר הגזול ולא על הירושה כולה.¹⁶ כמו כן, האוקימתא "שאכלום" אינה נמצאת במשנה.

הגמרא מביאה גם את דברי רבי שמרחביב את הנאמר במשנה לכל חפץ מסוים.¹⁷ מביאורו של רבי עולה שכוונת המשנה היא שהבנים פטורים מלהשיב את הגזלה בכל

16 ראה אפשטיין (לעיל הערה 2), עמ' 390 שפשוטה של משנה ("ואם היה דבר שיש בו אחריות") שבדבר הגזול יש בו אחריות, ולא שהניח להם אחריות נכסים. בעקבות הבבלי יש שתיקנו ל"הניח לפניהם" (תמורת "אם היה"), וכן יש שגרסו "אחריות נכסים". משום הקושי בפשט המשנה, רש"י מפרש שרבא מבאר את המשנה בחסורי מחסרא, ע"ש. וראה הלבני (לעיל הערה 13), עמ' תלט-תמ, שמשום קושי זה טוען שרבא לא אמר את דבריו על המשנה אלא על ברייתא ריבית, ומשם הועברו לכאן, וכן העבירו את הברייתא של ר' אושעיא וקישרו אותה למשנה (לטענתו, הדיבור "אמר רבא כי שכיבנא..." הועבר מבבא מציעא סב ע"ב ואינו מקורי כאן). הלבני מסתמך על דיון הגמרא בהמשך, שם מובאים דברי רמב"ח ורבא על ברייתא ריבית (ראה לעיל הערה 10). טענת הלבני שאין אלו דברי רבא על המשנה אלא סתמא דגמרא אינה נראית לי. רמי בר חמא מסיק מתוך המשנה שרשות יורש כרשות לוקח (הגמרא בהמשך אומרת שמאן דמתני לה אברייתא כ"ש אמתניתין, ואם כן, ודאי מסיק כך ממשנתנו), ואם כן, לא די בדחיית רבא להסקה מברייתא ריבית, אלא צריך להתייחס גם למשנתנו. אך אפשר שדחיית רבא מההסקה מברייתא ריבית היא מהסתמא, שהרי ייתכן שרמי בר חמא כלל לא הסיק כן מהברייתא (מאן דמתני לה אמתניתין אבל אברייתא...). הלבני אומר שדרך הגמרא לומר "מאן דמתני" על האמורא האחרון, וכאן לא אמרה זאת על רבא שהוא האחרון, והדבר מעיד שחשבה שדברי רבא על המשנה מקוריים, ואי אפשר לומר "אבל אמתניתין רבא כרמי בר חמא". הלבני טוען שגם כאן אפשר שדברי רבא על המשנה אינם מקוריים. אך יש להשיב על טענתו זו שכאן הגמרא לא יכלה לומר "אבל אמתניתין רבא כרמי בר חמא", שהרי אם רבא מבאר את המשנה כרמב"ח, אזי מהמשנה מוכח שיש שורש ללוקח. ואם כן, ודאי שרבא הגיב על המשנה. לכן עיקר הדיון נסב על דברי רמב"ח. אם רמב"ח הסיק זאת גם מהברייתא (ולא רק מהברייתא!), אזי רבא הגיב גם שם; ואם רמב"ח הסיק כך רק מהמשנה, אזי רבא לא הגיב על הברייתא. ואין להקשות על רמב"ח מדוע לא הסתפק בהסקה מהמשנה, כיוון שיכול לדחות ולפרש את המשנה כרבא, וראה רש"י ד"ה מאן, שמביא גרסה שגורסת כך: "ל"א איפכא גרסינן מאן דמתני לה אמתני' כ"ש אברייתא דמתניתין איכא לאוקמא בשאכלום אבל ברייתא קתני שידועין שהן של רבית אלמא דקיימי בעין וקתני פטורים דרשות יורש כרשות לוקח ומאן דמתני לה אברייתא אבל אמתניתין רמי בר חמא בשאכלום מתני לה כרבא וראשון שמעתיו ועיקר". מכל מקום, ההסקה מהמשנה היא העיקרית, ולכן אין לגרוס "אמתניתין כ"ש אברייתא... אברייתא אבל אמתניתין", אבל אפשר שרמב"ח נדרש גם להסקה מהברייתא (הגרסה שלפנינו נמצאת בכל העדים הישירים, ורק בכ"י מינכן 95 נמצאת גרסת כלאיים: "מאן דמתני' לה אמתני' כל שכן אברייתא ומאן דמתני לה אמתני' [א]בל אבריית' לא רמי בר חמא כרבא סביר' ליה").

17 ראה אפשטיין (לעיל הערה 2), עמ' 389, שרבי הרחביב את דין המשנה מדבר שיש בו אחריות לכל דבר מסוים שחייב להחזיר. ובהרחבה זו השווה גזלן למלוה בריבית, וראה תוספתא בבא מציעא ה, כה-כו: "המלוה את חבירו בריבית ועשה תשובה חייב להחזיר מת והניח לפני בניו לא יחזירו בניו על זה נאמ' יכין וצדיק ילבש וגו' אבל הניח להן אביהן פרה שדה וטלית וכל דבר שיש בו אחריות

מקרה, ובכלל זה במקרה שבו היא עדיין קיימת.¹⁸ ולכן רבא נאלץ להידחק ולבאר את המשנה כברייתא ששנה ר' אושעיא, שלפיה הבנים פטורים רק כאשר החפץ איננו קיים.¹⁹

לסיכום: אמוראי בבל רמי בר חמא ורבא סוברים שהחפץ נשאר בבעלות הנגזל ואינו נקנה לגזלן אלא בייאוש ובשינוי רשות. לפי רמי בר חמא, המשנה עוסקת במקרה שהנגזל התייאש וכן סוברת שירוש כלוקח, ולכן הבנים פטורים מלהחזיר את החפץ. לפי רבא, המשנה מתפרשת כברייתת ר' אושעיא וסוברת שירוש אינו כלוקח, ולכן הבנים חייבים להחזיר את החפץ.²⁰ הסוגיה הולכת בעקבות השיטה שייאוש כדי לא קני.²¹ אך לשיטת האמוראים שייאוש כדי קני הלכת המשנה קשה, שהרי אם מדובר לאחר ייאוש, מדוע רק הבנים פטורים (לפי פשוטה של משנה אפילו כאשר הגזלה קיימת)?

חייבין להחזיר" (לחילופי הגרסה בתוספתא ומקורם, ראה: ליברמן, תוספתא כפשוטה [להלן: תוסכפ"ש, בבא מציעא], עמ' 231). יש לציין, שהירושלמי, בבא קמא י, ב (ז ע"ב), מעמת בין ריבית לגזלה: "...אזל תנייה לגזלייא אם היה דבר שיש לו אחריות חייבין להחזיר" (ראה אפשטיין [לעיל הערה 2], עמ' 389, שפירש: "שהתנא הולך לגזילתו: וכן מפרש ש' ליברמן, ירושלמי נזיקין, ירושלים תשמ"ד, עמ' 126). גם מתוספתא זו מוכח שהפשט של "דבר שיש בו אחריות" מתייחס לחפץ שנקלח כריבית, ובמשנתנו - לחפץ הנגזל. על ההבדל בין לשון התוספתא "חייבין להחזיר" ללשון המשנה "חייבין לשלם", ראה להלן הערה 18.

18 אמנם לשון המשנה "פטורים מלשלם" מתאים לשיטת רבא שהבנים אכלו את החפץ ואף על פי כן פטורים, ואילו לשיטת רמי בר חמא, צריך היה לומר "פטורים מלהחזיר", שהרי החפץ קיים. אך נראה שלשון זה הוא משום המקרה של 'הגזול ומאכיל' (שם הפטור מתשלום), וכיוון שהתנא כרך את שני המקרים יחד העדיף לשון זה. בסיפא של המשנה ("אם היה דבר שיש בו אחריות") הלשון "חייבין לשלם". לשון זה אינו מתאים לשיטת רמי בר חמא, שהרי בחפץ קיים עסקינן, וצריך היה לומר "חייבין להחזיר" (כלשון התוספתא בריבית, ראה לעיל הערה 17). אך גם לשיטת רבא הלשון אינו מתאים, שהרי אינם חייבים לשלם, אלא הנגזל יכול לגבות את המגיע לו מנכסים משועבדים. מסתבר שלשון זה נוצר אגב הרישא, וכן צריך לבאר את לשון הברייתא בירושלמי ("הניח לפניהם... חייבין לשלם") להלן הערה 19.

19 ברייתא דומה נמצאת בירושלמי בבא קמא י, א (ז ע"ב): "תני הגזול ומאכיל בניו בין גדולים בין קטנים פטורין מלשלם הניח לפניהן בין גדולים בין קטנים חייבין לשלם סומכוס אומר גדולי חייבין קטנים פטורין". וכעין זה בבבלי, בבא קמא קיב ע"א.

20 את הברייתא אפשר להעמיד קודם ייאוש, ואם כן, לא מוכח ממנה שירוש אינו כלוקח. הגמרא אכן מעמידה כך את ברייתת ר' אושעיא לפי רמי בר חמא: "אמר מר: גזילה קיימת - חייבין לשלם. נימא, תיהוי תיובתא דרמי בר חמא (בכ"י המבורג ואסקוריאלי נוסף: 'דאמ' רמי בר חמא רשות יורש כרשות לוקח דמי) אמר רמי בר חמא: כי תניא הדיא - לפני יאוש".

21 ראה תוספות, בבא קמא סו, ע"ב, ד"ה רבא, שמוכיחים מסוגייתנו שלפי רבא ייאוש כדי לא קני.

ב.

בירושלמי מובא הביאור שביארו אמוראי א"י את המשנה:

איזהו דבר שיש לו אחריות רבי יונתן²² אומר בשהניח לפניו קרקע; ריש לקיש אמר בשהניח לפניו גוף הגזילה (בבא קמא י, א [ז ע"ב]).

הירושלמי מביא מחלוקת בביאור הסיפא של המשנה "ואם היה דבר שיש בו אחריות חייבין לשלם". ר' יוחנן סובר שהאב הניח לבניו קרקע, ואילו ריש לקיש סובר שהניח לפניו הגזילה גופה. אפשטיין מבאר את מחלוקתם: "ר' יוחנן מפתר איפוא את המשנה כר' אושעיא ורבא אבל ר"ל מפרש אותה מעין פירושו של רבי".²³

לפי אפשטיין, ר' יוחנן סובר שכוונת המשנה לקרקע שמשועבדת לחוב של אביהם בגין הגזילה,²⁴ כלומר: החוב להשיב את הגזילה מוטל על האב המוריש, ולכן הנגזל יכול לגבותו רק מקרקע ששועבדה לחוב, אבל הבנים עצמם פטורים מהשבה. מדוע?

אפשר להציע שני הסברים:

- א. מדובר במקרה שבו הבנים אכלו את הגזילה, וכיוון שאינם בעלי הדין של הנגזל, הם פטורים מלשלם על הנזק. ברם, אם הגזילה קיימת, הם חייבים להשיבה. ביאור זה הוא כביאור המשנה לשיטת רבא בבבלי.
- ב. הבנים קנו לעצמם את הגזילה בייאוש (הבעלים) ובשינוי רשות, ולכן פטורים מלהשיבה. ביאור זה הוא כביאור המשנה לשיטת רמי בר חמא בבבלי.

אפשטיין מבאר את שיטת ר' יוחנן כר' אושעיא ורבא, כלומר כאפשרות א' (=שאלו את הגזילה). ביאור זה סביר יותר בשיטת ר' יוחנן, שהרי אם הוא סובר שהבנים קנו את הגזילה, אזי יכול היה לבאר את המשנה בקרקע גזולה, ורק אותה צריכים להשיב.²⁵

ריש לקיש אומר שהאב הניח לפניו הבנים גוף הגזילה. אפשטיין מבאר את דברי ריש לקיש כעין פירושו של רבי למשנה. לפי רבי, הבנים קנו את הגזילה, אך אם אביהם גזל קרקע וכל דבר מסוים, חייבים להחזיר מפני כבוד אביהם. לפי זה, באמירתו שהניח

22 בכ"י אסקוריאלי "יוחנן". וראה ליברמן (לעיל הערה 17), עמ' 38, 126.

23 אפשטיין (לעיל הערה 2), עמ' 390. וכן טוען א' גולדברג, פירוש מבני ואנליטי לתוספתא מסכת בבא קמא, ירושלים תשס"א, עמ' 203.

24 אפשר היה לפרש שהקרקע גזולה (ראה לעיל הערה 16), אך מתוך דברי ר"ל ("גוף הגזילה") נראה שר' יוחנן אינו מתכוון לחפץ הגזול.

25 כפי שהבבלי מבאר, לפי רמי בר חמא, שדברי המשנה "אם היה דבר שיש בו אחריות", כוונתם לחפץ הנגזל.

לפניהם את גוף הגזלה, כוונת ריש לקיש לקרקע ולכל דבר מסוים. אפשר גם שכוונת ריש לקיש לומר שהבנים צריכים להחזיר כל גזלה קיימת, ואם איננה קיימת, כגון שאכלוה, הם פטורים מלשלם. ביאור זה מתאים לשיטתו ההלכתית של רבא בבבלי, שלפיה הבנים חייבים להשיב את הגזלה, ועם זאת, הוא חולק על פירושו של רבא למשנה.

לסיכום: ביאורו של ר' יוחנן אינו הולם את פשט המשנה: לפי המשנה, רק אם מדובר בגזל קרקע, צריכים הבנים להחזיר, ואילו לפי ר' יוחנן, צריך להחזיר כל גזלה קיימת. ביאורו של ריש לקיש (לפי אפשרויות) הולם את פשט המשנה, אך הוא אינו מבאר מדוע הירושא אינו צריך להחזיר גזלה שבידו.

ג.

כאמור, לפי פשט המשנה, הבנים אינם חייבים להחזיר את הגזלה שגזל אביהם אפילו היא קיימת, אלא אם כן מדובר בקרקע שנגזלה. נמצא שרק שיטת רמי בר חמא וריש לקיש הולמת את פשט המשנה. ובכל זאת, שיטת רמי בר חמא קשה:

א. השיטה שיוורש כלוקח דחוקה, שהרי הבנים נכנסים תחת אביהם ואינם כלוקח שנחשב שינוי רשות.

ב. קשה לבאר את המשנה רק לשיטה שייאוש אינו קונה. זאת ועוד: השיטה שייאוש ושינוי רשות קונים אין לה מקור במשנה.²⁶

אמנם ביאורו של רמי בר חמא הולם את דברי המשנה "אם היה דבר שיש בו אחריות", ועם זאת הוא מציב קושי בקריאת המשנה. לפי רמי בר חמא, יש במשנה שני דינים ולכל אחד מהם נימוק משלו: האחד - הדין במקרה שבו האב גוזל ומאכיל את בנו. במקרה זה הדין הוא שהבנים פטורים מלשלם כיוון שהם אינם בעלי דינו של הנגזל;²⁷

26 ייתכן שהתוספתא מתייחסת לקניין זה. ראה תוספתא, בבא קמא י, כ: "גזל והחליף גזל והקדיש גזל ונתן במתנה... הרי זה חייב המקבל הימנו הרי זה פטור" ועיין שם בהלכה כג: "גנב שנטל מזה ונתן לזה מה שנטל נטל ומה שנתן נתן". וראה תוספות רי"ד בבא קמא קיא ע"ב: "ולוקח גופי דקני לי' בייאוש ושינוי רשות מנא לן תינח שינוי מעשה כדאמרן בר"פ מרוב'. ואם לאו דמים בעלמא משלם. אבל שינוי רשות מנ"ל דקני. ויש לומר מאשר גזל ילפי' לי' מי שגזל מצוה להשיב ולא לוקח שלא גזל וה"ד אי לפני ייאוש כל היכא דקיימא ברשותא דמר' קיימא ואיהו גופי' הוה גולן. א"ו כגון שקנה לאחר ייאוש דקני לי' בייאוש ושינוי רשות". הלימוד שמציע הרי"ד קשה, שהרי הגולן לא קנה בייאוש, ואם כן, מדוע השני אינו גולן? וראה להלן הערה 62.

27 כברייטא בבבלי, בבא קמא קיב ע"א, מביאים לימוד בעניין הפטור של הבנים: "ת"ר: והשיב את הגזילה אשר גזל - מה ת"ל אשר גזל? יחזיר כעין שגזל, מכאן אמרו: הגוזל ומאכיל את בנו - פטורין מלשלם...". הדרשה "כעין שגזל" נמצאת בבבלי, בבא קמא סו ע"א, ושם לומדים ממנה

האחר - הדין במקרה שבו האב מוריש את הגזלה לבנים. במקרה זה הם אינם חייבים להחזירה כיוון שקנו אותה בייאוש ובשינוי רשות. לעומת זאת, המשנה כרכה את שני הדינים יחד (מאכיל... והניח לפניהם) ומסתבר שנימוקם אחד. יתרה מכך, לפי רמי בר חמא, הפטור בשני הדינים שבמשנה אינו חל באותו המצב: כאשר האב האכיל את בנו, הפטור איננו מותנה בייאוש הבעלים. הבנים פטורים מלשלם גם לפני ייאוש, ואילו כאשר הוריש להם את החפץ, הם פטורים מלהחזירו רק לאחר ייאוש.

ואכן הגמרא מצמצמת את דין המשנה שפוטר את הבנים שאכלו את גזל אביהם ומעמידה אותו לאחר ייאוש. לפי צמצום זה, שני הדינים שבמשנה חלים באותו המצב (לאחר ייאוש) ונימוקיהם דומים:

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.²⁸ תנן: הגזול ומאכיל את בנו, והניח לפניהם - פטורין מלשלם; תיובתא דרב חסדא! אמר לך רב חסדא: כי תניא ההיא²⁹ לאחר יאוש (בבא קמא קיא ע"ב).

שינוי מעשה קונה. הבאת הדרשה בהקשר של פטור הבנים שאכלו אינה מובנת, שהרי הדיון נסב על חיוב תשלומים ולא על השבת הגזלה. וראה תוספות רי"ד: "נראה לי דל"ג כעין שגזל אלא ה"ג מי שגזל כלומר מי שגזל הוא ישלם אבל הבנים שלא גזלו פטורין... ואם הגזלה קיימת כיון דירוש כרעא דאבוהו היא במקום אבוהון עומדים וחייבין להחזיר הכא לא איצטריך אלא כשאין גזלה קיימת וה"ק והשיב את הגזלה מכל מקום אף על פי שאינה בעין אין לו תקנה עד ששייב ודוקא למי שגזל אבל הבנים שלא גזלו פטורין אם אין גזלה קיימת". ברם אין חבר לגרסת הרי"ד. אכן בפסקיו, הרי"ד מביא את הגרסה "כעין שגזל" ומבארה כרש"י שאם הגזלה אינה בעין, לא יחזיר, ובדידיה ליכא לאוקמיה אלא בבניו. וראה הלבני (לעיל הערה 13) עמ' תלו, הערה 11. הביאור של רש"י והרי"ד קשה, שהרי הדרשה "כעין שגזל" ממעטת את הגזלה שנשתנתה ולא גזלה שאינה בעין.

בתוספות, רי"ד מביא גרסה אחרת ודוחה אותה: "וי"ג כל היכא דקאי ברשותא קאי, הא לא אמרי' משום דאיכא ייאוש ושינוי רשות. ולא מבעיא אם אכלו אלא אף על פי שגזלה קיימת אין לדין הבעלים עם השני אלא עם הראשון כ"ש אם אכלו. וה"פ דכל כמה דלא נתייאשו הבעלים ברשותא דמר' קאי, כלומר שאם רוצה למוכרו לא קנה לוקח דשינוי רשות בלא ייאוש אינו קונה". אכן בכל עדי הנוסח הישירים לא גורסים "כל היכא דקאי". נראה שגרסה זו באה להדגיש שאף על פי שהחפץ נגזל ממנו חשוב ברשותו, ולכן האוכל הוא בעל דינו.

29 בכ"י המבורג ובק"ג 270-2 Magyar tudományos akademia, MS. Kaufmann, Geniza
 "קשיא דרב חסדא... הכא במאי עסיקי".

רב חסדא סובר שהנגזל יכול לגבות גם מהאוכל את הגזלה ולא רק מהגזלן. הגמרא מבארת שרב חסדא סובר שהגזלה ברשותיה דמריה קאי.³⁰ הגמרא מקשה על רב חסדא מהמשנה ומעמידה את המשנה לאחר ייאוש (הגבלה זו מצויה בדברי רב חסדא "ולא נתייאשו הבעלים").

ברם, הנימוק לדברי רב חסדא והביאור למשנה אינם מתיישבים זה עם זה, שהרי אם הגזלה ברשותיה דמריה, מדוע הבנים פטורים מלשלם לאחר ייאוש?³¹ נוסף על כך,

30 ראה קצות החושן סימן לד סעיף קטן ג, שאף לדעת רב חסדא אינו חייב מדין גזלן אלא מדין מוזיק: "אלא אפילו לרב חסדא דקי"ל כוותיה (לקמן סימן שסא סעיף ה) דאם בא אחר ואכלו רצה מזה גובה [רצה מזה גובה], היינו דוקא אם אכלו ומשום מוזיק דאכתי דנגזל הוא, אבל מחמת גזלן לא מחייב, וכגון שבא השני וגזלן ונאבד ממנו אין השני חייב בתשלומין דלאו שמייה גזלן דבעלים כיון דאינו ברשותיה דמאריה. ותדע דהא אפילו גזלן ראשון אינו חייב לשלם אלא כשעת גזילה, ואי גזל חביתא דחמרא מעיקרא שויה זוזא ולבסוף שויה ד' תברא או שתייה משלם ד' איתבר ממילא משלם זוזא (בבא קמא סה ע"א) ולא סגי דלא אגבה לחביתא בתר דשויה ד', ועוד דהא בחצירו הוא וכל שעתא ושעתא גזליה ואמאי אינו משלם ארבעה, אלא על כרחך כיון דכבר גזליה ואינו ברשותו דנגזל תו לא מחייב משום גזילה אלא בתורת מוזיק. והיינו טעמא דאין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל משום דכתיב (שמות כ"ב, ו) וגונב מבית האיש, וכדאיתא בפרק מרובה ומשום דאינו ברשותיה ע"ש (בבא קמא). אך ראה נתיבות המשפט סימן לד סעיף קטן ה. וכן ראה תוספות ר"ד שמבחינן בין גנב לבין גזלן: "...ה"נ לגבי גנב לא מוקמי' לי' ברשותי' שישלם לו גנב שני כפל דכי היכי דלגבי הקדש כתב בית (הם) הכי נמי לגבי גנב כתב בית וגונב מבית האיש ואין זה בית האיש. אבל לענין גזלן לא כתב בית, הילכך אף על פי שאינו בביתו ואינו יכול להקדישו כיון דיכול לכופו בדין ולהוציאו מידו ואפי' אם מכרו כל היכי דקאי ברשותא דמרא קאי וגזלן שני חייב לשלם לבעלים ולא מצי למדחי' ולמימר לאו בעל דברים ידי את".

31 כפי שרבה אינו פוטר אותם לאחר ייאוש כאשר הגזלה קיימת. אפשר שרב חסדא סובר שייאוש כדי קני, אך הגמרא מיישבת גם את ברייתת ר' אושעיא עם רב חסדא: "אמר מר: אין הגזילה קיימת - פטורין. נימא, תיהוי תיובתא דרב חסדא! אמר לך רב חסדא: כי תניא ההיא - לאחר ייאוש". ואם כן, לפי הביאור שמבארת הגמרא את דברי רב חסדא, ייאוש כדי לא קני, ואם הגזלה קיימת מחזירים אותה לבעליה (וכן דעת רב חסדא בבבא קמא סו ע"א לפי הלשון השני). וראה תוספות ד"ה גזל, שהקשו זאת: "ותימה כיון דכי הגזילה קיימת חייבין אמאי פטורין כשאכלום... ועוד לרב חסדא ולרבה כיון דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי מה לי לפני יאוש מה לי לאחר יאוש אפי' אין גזילה קיימת חייבין". תוספות מתרצים: "ומסברא מחלק רב חסדא בין לפני יאוש בין לאחר יאוש דלא הוי כל כך ברשות מריה אחר יאוש כמו לפני יאוש שנקל לצאת מרשות בעלים בשינוי רשות או בשינוי השם". הראב"ד מבאר שהבנים פטורים כיוון שקונים בייאוש ובשינוי רשות. ביאור הראב"ד קשה, שהרי הברייתא מחייבת את הבנים להחזיר את הגזלה במקרה שהיא קיימת, ומכאן שלא קנו את הגזלה כאשר היא קיימת, וקשה להבין מדוע שהבנים יקנו את הגזלה בשינוי רשות כאשר אכלו.

הגמרא תירצה את ברייתת ר' אושעיא לפי רמי בר חמא והעמידה אותה לפני ייאוש,³² ולפי תירוץ זה, כאשר האב גוזל ומאכיל את בנו, הם פטורים אף לפני ייאוש.³³ יש לציין, שהלכת רב חסדא מתאימה למסורת של הלכה זו בתוספתא:

הגוזל ומאכיל לבנו ובתו הקטנים לעבדו ושפחתו הכנעניים פטורין מלשלם; הניח להן אביהן דבר שיש בו אחריות³⁴ חייבין לשלם לבנו ובתו הגדולים לעבדו ושפחתו העבריים חייבין לשלם (בבא קמא י, כא).

התוספתא מחייבת את הבנים שאכלו ופוטרת רק את הקטנים. לפי מסורת זו, הבנים הם בעלי דין של הגזול ואחראים לנזקים שנגרמים לחפץ הגזול.³⁵ התוספתא אינה דנה במקרה שהגזלה קיימת.

כאמור, הביאורים השונים שניתנו למשנה אינם הולמים את פשוטה של משנה ומעוררים קשיים שונים.

- 32 ראה לעיל הערה 20.
- 33 יש לציין, שהגמרא יכלה לומר שרמי בר חמא הולך בשיטת המשנה (שפוטרת אף כאשר הגזלה קיימת) וחולק על הברייתא. מכל מקום, הגמרא מיישבת את הברייתא לפי רמי בר חמא ומעמידה אותה לפני ייאוש, שלא כרב חסדא.
- 34 נראה שפירוש משפט זה בתוספתא הוא שהניח להם קרקע שהשתעבדה לנגול (הניסוח בתוספתא אפשרי לפירוש זה, כיוון שהמילה 'הניח' לא מתייחסת לגזלה דווקא, מה שאין כן במשנה), שהרי אם הכוונה לחפץ הגזול, חייבים להחזיר גם בדבר שאין בו אחריות. אמנם אפשר שהתוספתא סוברת כרמי בר חמא, שהבנים קונים בייאוש ובשינוי רשות, אך נראה שמשפט זה בתוספתא ממשיך את המקרה של הגזול ומאכיל, שהרי המשפט הבא לגבי גדולים עוסק במקרה שאכלו. וראה גולדברג (לעיל הערה 23), עמ' 203-204: "ואם הגזלה קיימת גם קטנים צריכים להחזיר לפי דעת תנא קמא... וסומכוס חולק". על מחלוקת ת"ק וסומכוס בברייתא שבתלמודים, ראה לעיל הערה 19.
- 35 ראה אפשטיין (לעיל הערה 2), עמ' 389: "אלא סומכוס מחלק בין גדולים לקטנים... ובשיטתו הלכה הברייתא שבתוספתא". ברם, מסורת התוספתא שונה ממסורת הברייתות שבתלמודים. כאמור, התוספתא מתייחסת לבנים שאכלו, ואילו סומכוס בברייתא מתייחס למקרה שהניח לפניהם והגזלה קיימת. ההבחנה בין קטנים לגדולים בתוספתא מתייחסת לחיוב נזק שלגביו לכו"ע קטנים פטורים, ולא כסומכוס שפטר את הקטנים אפילו כאשר הגזלה קיימת (כפי ששואל הבבלי קיב ע"א: "קטנים מי מיחייבי? לא יהא אלא דאזיק אזוקי" וראה רשב"א: "ובנו ובתו הקטנים ועבדו ושפחתו דקתני דפטורין לאו משום דחייב במוזנותיהם דהא עבדו ושפחתו העברים דמוזנותיהן עליו וחייבים, ולא טעמא משום דאכילת קטן לית בי' מששא ולא יהיו אלא מזיקין פטורין, ועבד ושפחה הכנענים נמי הם שהזיקו פטורין"). וראה גולדברג (לעיל הערה 23), עמ' 204, שמבאר את הברייתות בבבלי ובירושלמי בשיטת התוספתא. גולדברג מבאר את הברייתא שפוטרת את הבנים שהאכילם אביהם בכנים קטנים. ברם, בבבלי ההבחנה בין קטנים לגדולים נמצאת רק במקרה שהניח לפניהם, ובירושלמי מפורש שהפטור בהאכיל הוא גם לגדולים (ראה לעיל הערה 19) וצ"ע.

משום כך, ליברמן מבאר את המשנה באופן אחר: "הגזול ומאכיל את בניו והניח לפנייהם פטורין מלשלם משום שמטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי, אבל אם הניח להם דבר שיש בו אחריות, גובה הנגזל משום שנשתעבדו הנכסים מחיים".³⁶ לפי ליברמן, המילים "הניח לפנייהם" אינן מתייחסות לגזלה אלא לנכסים שהוריש להם, כלומר: המשנה פוטרת רק במקרה שבו האב האכיל את הבנים את הגזלה, ואינה מתייחסת כלל למקרה שבו הגזלה קיימת.

ביאור זה קשה, שכן משתמע ממנו שהתנא כרך לכאורה במשפט אחד שתי הלכות שאינן קשורות זו לזו: א. הפטור של הבנים מלשלם על הגזלה שאכלו; ב. הקביעה שמיטלטלים אינם משתעבדים. מסתבר יותר שהמשנה הבחינה בין גזלה שהבנים אכלו לגזלה קיימת. מכל מקום, אם נקבל את ביאורו של ליברמן, אזי הבנים פטורים מלשלם את הגזלה שאכלו, ואין התייחסות למצב שהגזלה הקיימת.

ברם, אפשר לבאר שהלכת המשנה מבוססת על עיקרון משפטי אחר. לפי עיקרון זה, החפץ הנגזל שייך לגזול אותו, והוא קונה אותו במעשה הגזלה. אמנם חלה עליו החובה להשיב אותו, אך חובה זו אינה משום שהחפץ אינו בבעלותו, אלא זו מצווה המוטלת על הגזלן. אם נקבל עיקרון זה, אזי המשנה מיושבת לפי פשוטה: כאשר האב גזל את החפץ, החפץ עבר לבעלותו. הבנים שאכלו את הגזלה פטורים מלשלם כיוון שאכלו דבר השייך לאביהם, ואם ירשו את החפץ הגזול - הוא בבעלותם הגמורה ואינם מצווים בהשבתו.³⁷ הלכות אלו נכונות אף אם הנגזל לא התיימש. במצב זה יפה כוחם של הבנים מכוחו של האב. האב, בהיותו הגזלן, חייב בהשבת החפץ אף על פי שקנאו, ואילו הבנים פטורים מחובה זו.

36 ש' ליברמן, תוסכפ"ש, בבא מציעא, עמ' 231.

37 אמנם במשנה ב' (ראה לעיל הערה 7) המשנה מנמקת את ההיתר לקחת מהמוכסים משום שהבעלים התיימשו, ולא הסתפקה בכך שלאדם אחר החפץ קנוי ואינו מחויב בהשבתו. אך אפשר שזאת תקנה שלא לקחת מהגזלנים קודם ייאוש. תקנות כעין אלה לחפצים שקנויים לגזלן, מצאנו בהמשך המשנה (בבא קמא י, א): "אין פורטין לא מתיבת המוכסין ולא מכיס של גבאין". תוספות קיג ע"א ד"ה אין והראב"ד מבארים שלא היה ייאוש. אך הרשב"א כותב: "ולפיכך נ"ל דברישא נמי לא מפני שלא נתיימשו הבעלים היא אלא שלכתחלה אסור, כיון דבעלמא בדבר המסוים בדכוותיה לא ה' הקנין גומר עד שיבואו ליד זה הפורט מהן דיאוש כדי לא קני, וכי אתו לידיה עדיין לא ה' קנוי ביד הגזלן דבידא דיד' הוי שינוי רשות, הלכך להרחקה בעלמא ולגדור שלא לקנות מן המוכסין והגזלנין אסור לכתחלה, והיינו בבא דרישא דקתני אין פורטין דמשמע לכתחלה ולהרחקה". וכן מבארים הרמב"ן במלחמות ה', הרא"ש והמאירי. גם על משנה ב' אומר הבבלי, בבא קמא קיד ע"א: "ואיכא דאמרי: אם בא להחזיר - יחזיר לבעלים ראשונים. מ"ט? יאוש כדי קני. מיהו אי אמר אי אפשי בממון שאינו שלי - מחזיר לבעלים הראשונים".

ד.

העמדה שהצעת לייחס למשנה שלפיה החפץ נקנה לגזלן בשעת הגזלה, משתקפת באופן ברור יותר אצל ראשוני האמוראים - רב בבבלי ור' חייה בירושלמי. שיטה זו של רב זכתה לפירושים שונים כבר ע"י האמוראים, וכיוון שמגמתם הייתה להתאימה לתפיסה הרווחת, התפיסה הייחודית הזאת כמעט נעלמה.

בבבלי נאמר:

איתמר: גנב ומכר ואח"כ הוכר הגנב, רב משמיה דרבי חייא אמר: הדין עם הראשון, ר' יוחנן משמיה דרבי ינאי אמר: הדין עם השני (בבא קמא קטו ע"א).

הגמרא דנה במקרה שגנב מכר את הגנבה ונתפס (בפירוט להלן "הראשון" - הגנב; "השני" - הקונה). רב ור' יוחנן חולקים בדינו:

א. רב סובר שהדין עם הראשון - החפץ נשאר בידי הקונה, והגנב תובע את התשלומים מהגנב (=הראשון).

ב. ר' יוחנן סובר שהדין עם השני - הגנב מקבל את החפץ הגנב מהקונה (=השני), והקונה יתבע את הכסף מהגנב, שִׁמְכְרוּ לוֹ.

במה חולקים רב ור' יוחנן?

נראה שמחלוקתם היא בשאלת הבעלות על החפץ הגזול. לדעת רב, החפץ הגזול נקנה לגזלן מיד. הגזלן הוא שחייב בהשבתו, אבל הקונה אותו ממנו זוכה בו ואינו חייב בהשבתו כיוון שלא גזל. משום כך, החפץ נשאר בידי הקונה, והגזלן תובע את הגזלן. לעומת זאת, לדעת ר' יוחנן, החפץ הגזול לא נקנה לגזלן אלא בקנייני גולה (שינוי מעשה וכו'), ולכן הקונה לא זכה בו וחייב להשיבו.³⁸

38 המשנה בבא קמא י, ג אומרת: "המכיר כליו וספריו ביד אחר, ויצא לו שם גניבה בעיר - ישבע לו לוקח כמה נתן ויטול". לפי המשנה, החפץ הגזול חוזר לנגזל, אך הוא משלם את תמורתו. הדין של המשנה הוא לא כרב ולא כר' יוחנן. לפי רב, החפץ נשאר ביד השני, ואילו לפי רבי יוחנן, החפץ חוזר לנגזל ללא תמורה. מסתבר שהמשנה משקפת תקנה בהלכות גולה. לפי רב, התקנה של המשנה היא לנגזל שיקבל את החפץ בחזרה וייתן את תמורתו (וראה להלן הערה 58 מדוע אין לבאר את דעת רב משום תקנת השוק). לפי ר' יוחנן, התקנה היא תקנת השוק לטובת הלוקח שיקבל את תמורת החפץ. תקנת המשנה נתקנה במקרה שהגנב לא הוכר, ולכן אין מי שיפצה את הגזלן או את הלוקח. אולם מחלוקת רב ור' יוחנן עוסקת במקרה שבו הוכר הגזלן, ולכן דנים שם את הדין המקורי ללא תקנה. ביאור אחר למשנה ראה אצל צ' קארל, "הערות למסכת בבא קמא", תרכ"ץ, כה (תשט"ז), עמ' 24-26. קארל מסתמך על נוסח המשנה שבמשניות שבירושלמי: "ישבע כמה הוציא ויטול" וליתא תיבת "לוקח". קארל מציע לפרש את המשפט "ישבע..." לפי נוסח זה כמוסב על הבעלים. כלומר: הבעלים נשבעים כמה הוציאו ונוטלים מהלוקח את התשלום. לדעתו,

דעתו של רב בסוגיה משקפת את השיטה שלפיה הגזל קנוי לגזלן, המתאימה, כאמור, לביאור שהצעתו למשנת הגזל ומאכיל. המשנה זכתה לפירושים שונים אצל האמוראים, והמשותף לכולם: החפץ הגזול אינו נקנה לגזלן בשעת הגזלה. גם דברי רב זכו לפירושים כבר אצל האמוראים. מפירושיהם ניכרת מגמתם לבאר שרב סובר שהחפץ לא נקנה לגזלן בשעת הגזלה. שניים מהאמוראים מבארים זאת דרך אוקימתא:

אמר רב יוסף: לא פליגי, כאן לפני יאוש - הדין עם השני, כאן לאחר יאוש - הדין עם הראשון, ותרוייהו אית להו דרב חסדא...³⁹

רב זביד אמר: כגון שנתיאשו הבעלים ביד לוקח ולא נתיאשו ביד גנב, ובהא פליגי, מר סבר: יאוש ואח"כ שינוי רשות - קני, שינוי רשות ואח"כ יאוש - לא קני, ומ"ס: לא שנא⁴⁰ (שם).

כאמור, פשוטם של דברי רב מורים שהחפץ נקנה לגזלן מיד. כדי להוציא קביעה זו מכלל אפשרות, רב יוסף מעמיד את דברי רב ומדייק שעניינם בעסקה שבוצעה לאחר ייאוש הבעלים, ולכן הדין עם הראשון (הגנב), שהרי הקונה (השני) קנה את החפץ והוא שייך לו. רב יוסף מבאר שרב ור' יוחנן לא חולקים, ולכולי עלמא החפץ הגזול שייך לבעלים עד הייאוש.

רב זביד מעמיד את המחלוקת ומצמצם אותה למקרה שבו הייאוש בא לאחר שינוי רשות, היינו: אחרי המכירה. גם לשיטה זו, החפץ הגזול שייך לבעלים כל עוד לא נקנה בייאוש ובשינוי רשות.

הגזלה קנויה ללוקח, וכדי למנוע קניית חפצים גזולים, תיקנו שהלוקח ישלם. ביאור זה קשה, שהרי מניין שהבעלים הוציאו כסף על החפץ? מכל מקום, גם את דין המשנה בנוסח שלפנינו ניתן לבאר שהלוקח מחזיר את החפץ משום תקנה לנגזל או משום תקנה נגד הלוקח ולא משום תקנת השוק דווקא.

39 בכ"י מינכן 95, המבורג, אסקוריאל, וטיקן 116 נוסף: "דא' רב חסד' גזל ולא נתיאשו הבעלי ובא אחר ואכלו רצ' מזה גוב' רצ' מזה גוב" (עפ"י כ"י מינכן 95) וראה ד' רוזנטל, "על הקיצור והשלמתו", מחקרי תלמוד ג (תשס"ה), עמ' 801: "בכמה מן מקומות הקיצור השלימו בחלק מכתבי היד את הלשון הנרמז" ובהערה 52 מציין לתוספת הנ"ל שבסוגייתנו. בכ"י פירנצה ובדפוס שונצינו ליתא. בכ"י מינכן 95 ובהמבורג נוסף עוד: "מיהו כי קא' רב לאח' יאוש כי קא' ר' יוח' לפני יאו", וסומן למחיקה בכ"י המבורג.

40 בכ"י המבורג ובמינכן 95: "רב משום ר' חייא א' הדין עם הראשון לא שנא יאוש והדר שנוי רשות ולא שנא שנוי רשות והדר יאוש קני ר' יוחנן משום ר' ינאי אמ' הדין עם השני יאוש ושנוי רשות קני שנוי רשות והדר יאוש לא קני" (על פי כ"י המבורג). וראה הלבני (לעיל הערה 13), עמ' תנא, הערה 4.

ניכר שהאמוראים מסתייגים מלפרש את שיטת רב כפשוטה, שהגזולין קנה את החפץ מיד, ולכן הם מעמידים את דברי רב באופן שהחפץ נקנה בייאוש ובשינוי רשות.⁴¹
 רב פפא מבאר באופן אחר את מחלוקת רב ור' יוחנן:

רב פפא אמר: בגלימא - דכ"ע לא פליגי דהדר למריה,⁴² והכא בעשו בו תקנת השוק קמיפלגי, רב משמיה דר' חייא אמר: הדין עם הראשון, דינא דלוקח דלישקול זוזי מגנב, ולא עשו בו תקנת השוק; ור' יוחנן משום דר' ינאי אמר: הדין עם השני, דינא דלוקח דלישקול מבעל הבית, ועשו בו תקנת השוק (שם).

רב פפא מבאר שהחפץ הגזול חוזר לבעליו. מן הדין, הגנב צריך לפצות את מי שקנה את החפץ הגזול ממנו (ונותר בלעדיו שכן השיבו לבעליו), ובמוקד מחלוקת רב ור' יוחנן עומדת השאלה אם תיקנו תקנת השוק לקונה. לפי רב, כיוון שהוכר הגנב, לא תיקנו לקונה את תקנת השוק, והוא לא מקבל את החזר התשלום מהבעלים. לפי ר' יוחנן, הבעלים צריכים לשלם לקונה. גם רב פפא מסתייג מהאפשרות שהחפץ הגזול נשאר ביד הלוקח (שכן אפשרות זו מבטאת קניין והעברת בעלות), ולכן נדחק ומבאר שהמחלוקת נסבה על תשלומי הבעלים ולא על החפץ הגזול עצמו.

ברם, מדברי אביי עולה שרב ור' יוחנן חולקים במעמד החפץ הגזול. אביי מקשה על רב יוסף שמעמיד את דברי רב לאחר ייאוש:

א"ל 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 נגזלות, קמ"ל.⁴³ ולאביי דאמר: פליגי, במאי פליגי⁴⁴ בדרב חסדא (שם).

41 המאמץ של האמוראים להעמיד את דברי רב בדרך האוקימתא הוא הוכחה נוספת שההבנה הפשוטה של דבריו היא שהחפץ קנוי לגזולין.

42 בכ"י מינכן 95, המבורג ווטיקן 116 נוסף: "ומאי הדין הדין דלוקח קאמרי" (בהמבורג נוסף "והכא בעשו בו תקנת השוק קא מפלגי" וסומן למחיקה). תוספת זו מבהירה שלפי רב פפא, המונח 'הדין' במחלוקת רב ור' יוחנן מתייחס ללוקח ולא לבעלים, והם חולקים ממי הלוקח מקבל את כספו.

43 הבבלי מתרץ את שאלת אביי על רב יוסף שהדין אף עם הטבח (בכ"י המבורג גורס "אמ' לו אף הדין..."), ואם כן, רב יוסף מתרץ לאביי. הבבלי מוסיף שהחידוש הוא שמתנות כהונה נגזלות, ולכן יכול לגבות מהטבח (בכ"י המבורג החידוש נמצא בגיליון, וראה חידושי הריצ"ד, פרנקפורט דמיין תרע"ג, עמ' 107; הלבני [לעיל הערה 13], עמ' תנ, הערה 3). לטוגיה זו מקבילה בבבלי חולין קלד

משנת חולין עוסקת במתנות כהונה גזולות. כאשר הבהמה נמכרה במשקל, אזי כוונת המוכר לגזול את מתנות הכהונה, שהרי שקל גם את המתנות כדי לקבל תשלום עבורן. המשנה פוסקת שבמקרה כזה על הקונה לתת את המתנות לכוהן, והוא רשאי לנכות את הדמים מן התשלום שישלם לטבח. רב מעמיד את המשנה ומדייק שמדובר במקרה

ע"א: "אמר רב: לא שנו אלא ששקל לעצמו, אבל שקל לו טבח - הדין עם הטבח, ורב אסי אמר: אפי' שקל לו טבח - הדין עמו; לימא בדרב חסדא קא מיפלגי, דאמר רב חסדא: גזל ולא נתייאשו הבעלים, ובא אחר ואכלו, רצה מזה גובה, רצה מזה גובה; דמר אית ליה דרב חסדא, ומר לית ליה דרב חסדא; לא, דכולי עלמא אית להו דרב חסדא, והכא במתנות כהונה נגזלות קא מיפלגי, דמר סבר: נגזלות, ומר סבר: אין נגזלות. איכא דמתני לה להא שמעתא בפני עצמה, רב אמר: מתנות כהונה נגזלות, ורב אסי אמר: מתנות כהונה אין נגזלות". הסוגיה קשה לפירוש. הגמרא פותחת בהצעה שרב חולק על רב חסדא, ולכן אם הטבח שקל, הוא שצריך לשלם לכוהן את דמי הגזלה. הגמרא דוחה את ההצעה ומבארת שאפשר שגם רב סובר כרב חסדא, אך הוא סובר שמתנות כהונה נגזלות. דחיייה זו אינה מובנת, שהרי גם בהצעת הגמרא רב סובר שהמתנות נגזלות, ולכן הטבח משלם, ועם זאת אינו סובר כרב חסדא. משום קושי זה, רש"י מבאר את הסוגיה שם לפי התירוץ שבסוגיינתו, שלפיו רב סובר שהדין אף עם הטבח. ואם כן, הצעת הגמרא היא שרב סובר כרב חסדא שהדין עם שניהם, ורב אסי לא סובר כרב חסדא, ולדעתו הדין רק עם הלוקח. הגמרא דוחה את האפשרות שרב אסי חולק על רב חסדא, ומבארת שבמתנות הדין רק עם הלוקח כיוון שמתנות אינן נגזלות. ביאור זה קשה, שהרי לפי פשוט דברי רב, הדין רק עם הטבח, ואילו את דעת רב אסי מסתבר לפרש שהדין אף עם הלוקח, ונקט את הדין עם הלוקח שהוא הדין המחודש. נוסף על כך, כיצד ניתן לבאר בהצעת הגמרא את דברי רב אסי שהדין רק עם הלוקח? תוספות, שם, ד"ה הלוקח, חולקים על רש"י ומפרשים שכוונת התירוץ שרב אמר "אף עם הטבח" ורב אסי אמר שהדין רק עם הלוקח. נראה שהעיקר חסר מהתירוץ. הריצ"ד, עמ' 107, מבאר שרב סובר שמתנות כהונה אינן נגזלות. אך אם כן, מדוע הדין עם הטבח? בכל דרך שבה נבאר את סוגיית חולין, אין מנוס מלומר שהיא הסתמכה על התירוץ בסוגיינתו "אף עם הטבח", ולאור זאת, היא מאוחרת לסוגיינתו. התירוץ בסוגיינתו לא מספיק לסוגיית חולין, שהרי אם רב אמר "אף עם הטבח", במה הוא חולק על רב אסי? לכן בסוגיית חולין מבארים שלפי רב אסי יש לו דין רק עם הלוקח, כיוון שמתנות לא נגזלות. עם זאת, הקישור של המחלוקת לרב חסדא נעשה בסוגיית חולין והועבר לסוגיינתו כביאור להצעות האמוראים, וראה להלן הערה 45. יש לציין, שאצל בעל הלכות גדולות, מהדורת ע' הילדיסהיימר, ירושלים תשל"ב, ב, עמ' 336, מובא לישנא אחרינא של הסוגיה בבבא קמא שלפיו כל הסוגיה מסתמא דגמרא: "לישנא אחרינא לימא בדר"ח קמפלגי דא"ר חסדא גזל וכו' מזה גובה דרב לית ליה דר"ח ור"י אית ליה דר"ח דכ"ע אית להו דר"ח ול"ק כאן לפני יאוש וכאן לאחר יאוש" (הנוסח של בה"ג לפי התיקון שהציע הלכני [לעיל הערה 13], עמ' תנא-תנב). וראה הלכני, שם, שלא מסתבר שחכם תלמודי היה בודה מלבו מחלוקת בין רב יוסף לאביי, ולכן הוא מבאר שהגרסה של בה"ג אינה אלא הסבר סתמי של דברי רב יוסף (שלא אמר "ותרויהו אית להו דרב חסדא", ראה להלן הערה 45) בצירוף הגמרא בחולין קלד ע"א.

44 בכ"י מינכן 95, המבורג, אסקוריאל ווטיקן 116 נוסף: "לפני יאוש".

שהקונה שקל לעצמו, במקרה כזה עליו לתת את מתנות הכהונה לכהן, והמוכר לא גזל מאומה. לעומת זאת, אם הטבח הוא ששקל את הבשר, אזי הטבח הוא הגזול, והקונה פטור מלתת את מתנות הכהונה לכהן. אביי מוכיח מכאן שלפי רב, החפץ הגזול נשאר בידי הלוקח ואינו חוזר לגזול אפילו לפני ייאוש. הגמרא מתרצת את דברי רב יוסף ע"י הגהת דברי רב על המשנה שם, שאף הדין עם הראשון, ויכול הכהן לגבות ממי שרוצה.

הגמרא מבארת שלפי אביי, רב חולק על רב חסדא ואילו ר' יוחנן מסכים עמו.⁴⁵ רב חסדא אמר שהגזול ומאכיל את בניו, רצה מזה - גובה, רצה מזה - גובה. כלומר: החפץ הגזול שייך לבעלים הראשונים, והם רשאים לתבוע גם את האוכל ולא רק את הגזול. ר' יוחנן סובר שהגזול שייך לבעלים, ולכן לפני ייאוש הוא חוזר אליהם. רב סובר שהגזול קונה את הגזול, ולכן הלוקח ממנו אינו צריך להשיבו אפילו לפני ייאוש.

ה.

מדיוננו עד כה עולה שפשט דברי רב "הדין עם הראשון" כוונתם שהחפץ הגזול קנוי לגזול בשעת הגזלה (אפילו לפני ייאוש), ולכן הוא נשאר בידי הקונה (=השני), והנגזל תובע את הראשון (=הגנב). רב יוסף, רב זביד ורב פפא ביארו את דברי רב בדרכים שונות שמכולן יובן שגם הוא סבור שהחפץ לא קנוי לגזול לפני ייאוש ושינוי רשות. לעומתם, אביי מבאר את דברי רב וטוען שכוונתם שהדין עם הראשון אפילו לפני ייאוש, כיוון שהחפץ נקנה לגזול בשעת הגזלה. הראשונים התקשו בביאורו של אביי שפוטר את הלוקח מהחזרת החפץ אפילו קודם ייאוש, מה גם שדעה זו אינה מתאימה לדעות האמוראים בביאור משנת הגזול ומאכיל.⁴⁶ משום כך הם מבארים את דעתו בדרך שתגרום לה להתאים לעמדה המקובלת, שלפיה לפני ייאוש החפץ הגזול נשאר בבעלות הנגזל.

הרשב"א מתייחס לקושי זה:

45 ראה רי"ד (לעיל הערה 43), עמ' 107: "התיבות ותרוייהו אית להו דרב חסדא (בדברי רב יוסף. ר"ש) הן הוספה מוזמן אחרון מאד תדע שכן הוא דהא קאמר הש"ס לקמן ולאביי במאי פליגי פליגי בדרב חסדא ולא משכחת לה דמקשה הש"ס הכי אחר שכבר שמעינן דאליבא דרב יוסף לא פליגי בדרב חסדא...". ראה הלבני (לעיל הערה 13), עמ' תנא, שמביא נימוקים נוספים לכך שקישור המחלוקת לרב חסדא הוא מהגמרא ולא מהאמוראים.

46 הגמרא בחרה דווקא ברב חסדא כמייצג את השיטה הזאת, כיוון שהוא מחייב את האוכל, ומפורש בדבריו שהוא סובר שהגזול שייך לבעלים. ברם, גם רמי בר חמא ורבא סוברים שהחפץ הגזול אינו קנוי לגזול, ולכן פוטרים את הבנים רק על ידי ייאוש ושינוי רשות או אכילה. וראה: מתנה אפרים הלכות גולה סימן ז: "קשה במאי פליגי אביי ורב יוסף אי רב ור' יוחנן אית להו דרב חסדא אי לא הלא כל היכא דאיתיה הגזילה בעיניה לכ"ע חייב להחזירה לבעלים...".

ק"ל דבגזלה קיימת ולפני יאוש ליכא למ"ד דפטור דע"כ לא קאמר רמי ב"ח בריש פרקין בלפני יאוש שפטורים לשלם אלא בשאכלוה אבל בגזילה קיימת מודה דחייבין להחזיר, וי"ל דלאביי מיירי הכא בשאין גזילה קיימת, ואף על גב דכל הנך אוקמתא דשמעתין בגזלה קיימת, הא דאביי בשאין הגזילה קיימת.

הרשב"א מצמצם את דברי רב "הדין עם הראשון" (לפי אביי) למקרה שבו אין הגזלה קיימת. לפי ביאור זה, רב סובר שהחפץ הגזול אינו נקנה לגזולן לפני יאוש, ולכן כל עוד הוא קיים ובעליו לא התייאשו, הוא חוזר אליהם אפילו הגזולן מכרו לאחר. אך אם החפץ הגזול אינו קיים, אזי הקונה פטור מלשלם בעבורו כיוון שאינו בעל דינו של הנגזל. תירוץ זה משווה את דעת רב לדעת רמי בר חמא, ולדעת שניהם הקונה פטור מתשלומי החפץ ועם זאת חייב להחזירו. ברם, תירוץ של הרשב"א קשה, שהרי אוקימתא זו (שאין הגזלה קיימת) היא עיקר דברי אביי אך חסרה בדבריו.⁴⁷

רש"י מבאר את שיטת רב:

הדין עם הראשון - דינו של בע"ה ותביעתו על הגנב היא ואין הלוקח בעל דינו ואם בא לגבותו הימנו יתן דמים ואף על גב שהוכר הגנב לא אמרינן יחזיר לוקח הכלים בחנם ויפרע מן הגנב.

רש"י מבאר את שיטת רב שהחפץ הגזול שייך לבעלים, אך מכיוון שהלוקח אינו בעל דינו של הבעלים, עליהם להחזיר לו את התשלום ששילם עבור החפץ. לפי ר' יוחנן, גם הלוקח נחשב לבעל דינו של הבעלים, והללו אינם צריכים לשלם לו עבור החפץ. לפי ביאורו של רש"י, רב אינו סובר שהחפץ נקנה לגזולן וכן אינו חולק על רמי בר חמא ורבא שהבנים צריכים להחזיר את הגזלה הקיימת. רב חולק על רב חסדא וסובר שהלוקח אינו בעל דינו של הנגזל, וזו הסיבה שהנגזל חייב לשלם ללוקח עבור החפץ.

ביאורו של רש"י קשה:

47 ביאורו גם אינו הולם את ביאור רב למשנת חולין, וראה תוספות, חולין קלד ע"א, ד"ה דמר: "תימה דבמאי קא מיירי אי בשאין מתנות בעין, הא אמרינן בריש פירקין דמוזיק מתנות כהונה או אכלן פטור. ואם הם בעין היכי קאמר דבדרב חסדא קא מיפלגי הא משמע בריש הגזול בתרא (כבא קמא קיא ע"ב) דהיכא דהם בעין ליכא מאן דפליג אדרב חסדא אלא דווקא כשאכלן דתני רבי אושעיא הגזול ומאכיל את בניו פטורין מלשלם הניח לפניהן גזלה קיימת חייבים לשלם אין גזלה קיימת פטורין כו' ופריך לימא תהוי תיובתא דרב חסדא משמע דלמאן דפליג עליה אתי שפיר דדוקא אין גזילה קיימת פטורים אבל בגזלה קיימת חייבים לשלם וצ"ע".

א. גם אם נניח שהלוקח לא צריך לשלם עבור גזל שאכל, אך כאשר הגזלה קיימת, מדוע צריך הנגזל לשלם בעבור החפץ, הרי החפץ שלו, ואין זה עניינו שהלוקח שילם עבורו?!

ב. רב פפא מתרץ את מחלוקת רב ור' יוחנן ומבאר שבגלימא שניהם מסכימים שהיא חוזרת לבעלים, ומחלוקתם מצטמצמת לשאלת זהותו של מי שצריך לפצות את הקונה - הנגזל או הגזלן. מדברי רב פפא משתמע שלפי אב"י יש מחלוקת לגבי השאלה אם החפץ עצמו חוזר.⁴⁸ כמו כן, ביאורו למחלוקת זהה לביאור של אב"י לפי רש"י.⁴⁹

ו.

מחלוקת זו של רב ור' יוחנן נמצאת בשלוש סוגיות בירושלמי. עיון בסוגיות אלו מחזק את הטענה שרב ור' יוחנן חולקים בשאלת הבעלות על החפץ הגזול לפני ייאוש.

א. בירושלמי מובא:

גזל תלית ונתנה לאחר רבי לעזר בשם רבי חייה אמר מוציאין מראשון ולא משיני רבי יוחנן אמר בשם רבי ינאי מוציאין אף מן השני רבי בא בר ממל אמ' אף רבי חייה כדעתיה דרבי חייה אמר מוציאין אף משיני (בבא קמא י, א [ז ע"ב]).

נוסח דעת ר' חייה בירושלמי הוא: "מוציאין מן הראשון ולא משיני". מניסוח זה משמע שהנגזל לא מוציא כלום מהשני. לעומת זאת, לפי ביאורו של רש"י לשיטת רב, הנגזל יכול להוציא מהשני את החפץ הגזול אם כי עליו לשלם לו, כיוון שהשני אינו בעל דינו.⁵⁰ יש לציין שר' בא בר ממל טוען שלכולי עלמא מוציאין אף מן השני. נראה שר'

48 רש"י מתייחס לבעיה זו ומפרש: "ובגלימא דגניבה כ"ע לא פליגי דהדרא למרה מיד בחנם ואין הלוקח יכול לעכבה על מעותיו". כלומר: רב פפא טוען שלכו"ע הלוקח אינו יכול לעכב את החפץ עד שישלם. פירוש זה אינו עולה בקנה אחד עם לשונו של רב פפא. יש להעיר, שקושי זה קיים גם בפירושו של הרשב"א.

49 רש"י מתייחס לקושי זה: "ואי קשיא מ"מ דמי שקיל, מה לי משום תקנה מה לי משום טענת לאו בעל דברים דידי את, נפקא מינה היכא דגזל ובא אחר ואכל בלא דמים דאמרינן כדרב חסדא ואם השני נוח לו מן הראשון גובה הימנו". נוסף על כך, מדוע צריך רב פפא לפרש באופן שונה את ההלכות "הדין עם הראשון... הדין עם השני" (ראה לעיל בהערה 42 גרסאות שמדגישות זאת), ואיננו מסתפק בהסבר שהנימוק להלכה שהדין עם הראשון (משום תקנת השוק ולא משום שלאו בעל דברים דידי את)?

50 בירושלמי דעת ר' יוחנן היא: "אף מן השני", כלומר: הנגזל יכול לגבות את התשלום מהראשון אף על פי שהחפץ הגזול אצל השני, וכן יכול לתבוע את החפץ הגזול מהשני.

בא בר ממל אינו מקבל את האפשרות שר' חייה אומר שמוציאים מן הראשון, כיוון שדעת ר' חייה אינה מתאימה לתפיסה הרווחת שהגזל אינו קנוי לגזלן.⁵¹ כזכור, אף האמוראים הבבליים בסוגיית הבבלי לא קיבלו את דעת רב כפשוטה וצמצמו את דעתו בדרכים שונות.

ב. המשנה אומרת: "המאכיל את בניו קטנים ואת עבדיו בין גדולים בין קטנים... משלם את הקרן ואינו משלם את החומש והתשלומין חולין". האב והאדון פטורים מחומש כיוון שלא אכלו. תשלום הקרן הוא בגלל שהפסיד את הכהן, ולכן אינו משלם חומש והתשלום הוא חולין ולא קודש (תרומות ז, ג).⁵²

הירושלמי דן בדברי המשנה:

לא הספיק לשלם עד שנשתחרר נותן לו נכסים שאין לרבו רשות בהן נותן היך עבדה ראובן שגזל משמעון והאכילה ללוי יצא ידי גזילו. תפלוגתא דרבי חייה רבא ורבי ינאי דאיתפלגון גזל מעפרתו של זה ונתנו לזה רבי לעזר בשם רבי חייה רבה מוציאין מן הראשון ואין מוציאין מן השני רבי יוחנן בשם רבי ינאי אף מוציאין מן השני. ואף רבי חייה רובה מודי מכיון שנתנה ללוי יצא בה ידי גזילו (תרומות ז, ב [מד ע"ד]).

הירושלמי דן בשאלה אם כאשר העבד שילם מנכסיו את הקרן והחומש (כדין אוכל תרומה בשוגג), האדון פטור מלשלם את הקרן שגזל מהכוהנים. הירושלמי מציג את

51 אפרות נוספת לביאור דברי ר' אבא בר ממל היא לאור דבריו על המשנה (ראה לעיל הערה 38): המשנה פוסקת שהלוקח מן הגזלן משיב את הגזלה ונשבע ומקבל את תמורתה מהגזלן. בירושלמי בבא קמא י, ג (ז ע"ג): "אמר רבי בא בר ממל בדין הוא שלא ישבע ולמה אמרו ישבע שלא יהו בעלי בתים נטפלין לגנבים". ר' אבא בר ממל אומר שמן הדין הלוקח לא צריך להישבע. וראה ליברמן (לעיל הערה 17), עמ' 127: "מפשוטו של הירושלמי ברור שסברו שמחמת תקנת השוק היה צריך ליטול את הדמים בלא שבועה אלא שהטילו עליו שבועה כדי שיבדוק יותר מי הוא המוכר". קשה להניח שהלוקח היה מקבל את כספו ללא שבועה, ולכן נראה לבאר את דברי ר' אבא בר ממל שבדין הוא שלא יישבע הלוקח וייטול את תשלומיו, וכן לא ייטול הבעלים את החפץ. משום כך מבאר את הדין במשנה כתקנה כדי להרתיע את הלוקח. נימוק זה מבאר את החובה להחזיר את החפץ לנגזל אפילו הוא קנוי לגזלן וממילא ללוקח ממנו. ואם כן, תקנה זו צריכה לחול גם כאן, ולכן ר' אבא בר ממל אינו מקבל את המסורת שלפיה ר' חייה אמר שמוציאים רק מהראשון. וראה קארל (לעיל הערה 38), שמבאר את הירושלמי לפי שיטתו בביאור המשנה.

52 ראה משנה, תרומות ז, ד: "זה הכלל כל המשלם קרן וחומש התשלומין תרומה אם רצה הכהן למחול אינו מחול וכל המשלם את הקרן ואינו משלם את החומש התשלומין חולין אם רצה הכהן למחול מחול".

השאלה בניסוח כללי יותר: כאשר ראובן גזל תרומה משמעון והאכילה ללוי, אזי לוי משלם קרן וחומש כדין אוכל תרומה. האם התשלום של לוי פוטר את ראובן מלשלם על הגזלה?

הירושלמי פושט ששאלה זו נתונה במחלוקת ר' חייה ורבי ינאי: לפי ר' חייה מוציאים מן הראשון, ולכן תשלומי לוי אינם פוטרים את ראובן הגזלן; ואילו לפי ר' ינאי מוציאים מן השני, ואם כן, תשלומי לוי פוטרים את ראובן.

מה יסוד מחלוקתם של ר' חייה ור' ינאי?

ראשית, מסוגיית הירושלמי אנו למדים שמחלוקת ר' חייה ור' ינאי עוסקת בדין שלפני ייאוש. הירושלמי קובע שמחלוקתם קיימת במקרה שהאכיל את עבדו תרומה ועבדו שילם מנכסיו. במקרה זה לא יכול היה להיווצר ייאוש שכן התרומה טרם ניתנה לכוהן.

כמו כן, נראה שלפי ר' חייה, הגזלן קנה את החפץ הגזול וחייב רק בהשבה. משום כך, תשלומי השני על אכילת תרומה בשוגג אינם חשובים תשלומי גזלה ואינם פוטרים את הגזלן מלשלם. אך אם לפי ר' חייה מוציאים מן הראשון רק משום שהשני אינו בעל דינו, אזי מסתבר שאם השני משלם, די בתשלום הזה, ואין לחייב גם את הראשון בתשלומי התרומה. כלומר: לכוהן הנגזל אין אפשרות לתבוע את השני שאכל את השייך לו, אך אם השני משלם לו, אזי אין סיבה שלא להחשיב את התשלומים כתשלומי נזק לכוהן.

אמנם הירושלמי מסיים שגם לדעת ר' חייה "יצא ידי גזילו". לפי הצעה זו צריך לפרש את דעת ר' חייה כביאורו של רש"י לדעת רב. החפץ הגזול לא נקנה לגזלן, אך מוציאים מן הראשון כיוון שהשני אינו בעל דינו, ולכן אם השני שילם, אזי הראשון פטור. ברם, הגר"א בפירושו לתרומות טוען שחסרה שם דעת ר' אבא בר ממל ("דרכי חייה אמר מוציאים אף משני"), ועליה נסמך הירושלמי שם שמסיים "ואף רבי חייה רובה מודי...".⁵³ לפי זה, אין מדובר בפרשנות לדברי ר' חייה אלא באי-קבלת המסורת שבדבריו שגורסת "מוציאים מן הראשון".

53 היפה עיניים מפרש את דברי ר' אבא בר ממל לפי הנאמר בירושלמי תרומות: "דגם לר"ח אם נתן השני יצא הראשון". לפי היפה עיניים, ר' חייה סובר שמוציאים רק מהראשון, אך אם השני משלם, יצא הראשון. פירוש זה אינו מתאים לדברי ר' אבא בר ממל בסוגיית בבא קמא ("מוציאים אף מן השני"), שמהם עולה שיכול הנגזל להוציא מן השני.

ג. נעייץ בנוסחי הסוגיה בירושלמי בכתבי היד השונים ובנוסח המובא ברשב"א:

(כבא קמא ז, א (ה ע"ד))

רשב"א ב"ק סז, ב	כ"י ליידין	כ"י אסקוריאל, ק"ג ⁵⁴
גנב ונגנבה ממנו ואח"כ נמצאת הגניבה למי הוא משלם לראשון או לשני או לשניהן	גנב ונגנבה ממנו ותפשו בעלים את השני ונשבע להן אין תימר מוציאין מן השני מביא קרבן על השבועה אין תימ' אין מוציאין מן השני אינו מביא קרבן שבועה	גנב ונגנבה ממנו ואחר כך נמצאת הגניבה למי הוא משלם לראשון לשני לשניהם גנב ונגנבה ממנו ותפשו הבעלים לשני ונשבע להן אין תימר מוציאין מן השני מביא קרבן על השבועה אין תימר אין מוציאין מן השני אינו <מביא> קרבן על השבועה

הירושלמי דן במקרה של גונב מגנב שנתפס. בכ"י אסקוריאל ובק"ג מוצגות שתי שאלות: א. למי הגנב השני משלם? ב. אם הגנב השני נתפס ע"י הבעלים ונשבע לשקר, האם הוא חייב בקרבן שבועה? בכ"י ליידין נמצאת רק השאלה השנייה, ואצל הרשב"א - רק הראשונה. מסתבר שגרסת כ"י אסקוריאל וק"ג היא המקורית, וסופר כ"י ליידין והרשב"א דילגו מחמת הדומות (בהמשך יש שאלה נוספת שגם היא פותחת במילים "גנב ונגנבה..." והרשב"א דילג לשם).⁵⁵

54 ראה: ל' גינצבורג, שרידי ירושלמי, ירושלים תשל"ד, עמ' 246.

55 ראה ביאור הגר"א, חושן משפט סימן שסא סעיף קטן ו, שמביא את הירושלמי כמקור לכך שגזל אינו חשוב שינוי רשות (כאשר גזל מגולן לאחר ייאוש). הגר"א מבאר את הירושלמי (לפי גרסת הרשב"א) לאחר ייאוש, ומשום שגנבה אינה חשובה שינוי רשות, אך מסיים שאפשר שבירושלמי מדובר קודם ייאוש. הגר"א מתייחס לגרסת הירושלמי שברשב"א (ללא השאלה על קרבן שבועה) ומבאר שהירושלמי פוסק שהבעלים יכול לגבות ממי שרוצים ולא בלשון בעיא. ברם, לפי כ"י אסקוריאל (שם נמצאת גם השאלה לגבי קרבן שבועה), מתבאר שהירושלמי מסתפק אם הגנב השני צריך לשלם לבעלים או לגנב הראשון. כמו כן מתבאר שספק זה תלוי במחלוקת לגבי השאלה אם מוציאים מן השני, כפי שמבואר בשאלה על קרבן שבועה. המחלוקת בשאלה אם מוציאים מן השני אין מקורה בגנב מנגב אלא בלוקח מנגב, ואם כן אי אפשר להעמיד את הבעיה של הגונב מנגב לאחר ייאוש ובשאלת גזלה כשינוי רשות, אלא בשאלת קניין הגזלה על ידי הגולן, שהיא

השאלה הראשונה עוסקת בבעלות על החפץ. אם הבעלות על החפץ הגזול נשארה של הבעלים, אזי הגנב השני צריך להשיבו להם. לעומת זאת, אם החפץ נקנה ע"י הגנב הראשון, אזי הגנב השני צריך להחזירו לגנב הראשון. השאלה השנייה עוסקת בקרבן שבועה. שאלה זו שונה מהבעיה הראשונה, כיוון שאף אם הבעלות על החפץ נשארה של הבעלים, עדיין ייתכן שהגנב השני אינו חייב קרבן שבועה כיוון שלא גנב מהם ואינו בעל דינם. הירושלמי פותר את הבעיות באמצעות מחלוקת ר' חייה ור' ינאי: לפי ר' חייה, מוציאים מן הראשון, ואם כן, השני צריך להשיב לראשון ולא לבעלים, וכן אינו חייב קרבן שבועה; ואילו לפי ר' ינאי, מוציאים מן השני, ואם כן, השני צריך להשיב לבעלים, והוא חייב גם קרבן שבועה.⁵⁶

אם נבאר את שיטת ר' חייה כרש"י, אזי הקונה (השני) מחזיר את הגזלה ומקבל את כספו. ברם, כאשר מדובר בגנב שני, שלא שילם עבור החפץ, אין סיבה שהבעלים יפצו אותו.⁵⁷ ואם כן, לפי רש"י, לכולי עלמא השני מחזיר לבעלים את החפץ הגזול ותו לא, ואילו הירושלמי מעמיד זאת במחלוקת ר' חייה ור' ינאי.⁵⁸

השאלה בלוקח מגנב. כמו כן, המשפט בירושלמי מנוסח באופן שהגנב השני הוא הנושא, ולא הבעלים (=למי משלם), ואם כן, יש לקרוא זאת כבעיא, שהרי מושא התשלומים אינו תלוי ברצון הגנב אלא במושא הגנבה. ואילו לפי הגר"א, אין כאן בעיא, אלא הכול תלוי ברצון הבעלים, ולשיטתו המשפט היה צריך להיות מנוסח באופן שהבעלים הם הנושא (=ממי גובה). וראה: ר"ש גורן, הירושלמי והגר"א, ירושלים תשנ"א, עמ' 193-195, שעמד על כך שלפי כ"י אסקוריאל, אין ראייה ברורה מהירושלמי, כיוון שצריך לקרוא זאת בלשון בעיא ולא בלשון פשיטות. נראה שעיקר הסתירה בין כ"י אסקוריאל למקור שמביא הגר"א, נובע מכך שמגרסת כ"י אסקוריאל מוכח שהדין עוסק במצב שלפני ייאוש ובשאלת קניין הגזלה, ולא בשאלת שינוי רשות על ידי גזלן.

56 לפי זה השני חשוב גזלן ממש. וראה לעיל הערה 30, שקצות החושן סובר שלאחר הגזלה אינו חייב משום גזלן אלא משום מזיק, ובעל נתיבות המשפט חולק עליו. הירושלמי מציע בעיא שלישית: "גנב ונגנבה ממנו ונמלך השני להחזיר אין תימר יחזיר לבעלים פעמים שאין מודיעין לגנב אין תימר יחזיר לגנב פעמים שאין מודיעים לבעלים כיצד יעשה יחזיר לבעלים בפני גנב". שאלה זו עוסקת במקרה שהגנב השני רוצה מיומתו להחזיר, ובית הדין איננו מעורב, מצב המעורר בעיה, שכן האדם הנוסף שמעורב (הגנב הראשון) לא ידע שהחפץ הוחזר (שתי השאלות הראשונות עוסקות בגנב שנתפס). הירושלמי מכריע שיחזיר לבעלים בפני הגנב. הכרעה זו היא תקנה ואינה מעיקר הדין. לפי השיטה שאין מוציאים מן השני, התקנה היא שיחזיר לבעלים, ואילו לפי השיטה שמוציאים מן השני, התקנה היא שיעשה זאת בפני הגנב.

57 ראה מחנה אפרים הלכות גזלה סימן ז, שמבאר את דעת רב בבבלי: "נהי דהכא צריך להחזיר הגזילה כיון דאיתיה בעיניה ועדיין לא קנאה, מ"מ הנגזל צריך לתת לזה שלקחה כל הדמים מכיון דלא חשיב גזלן כל דאית ליה טענה דמפסיד ליה". כאמור, טענה זו קשה, וקשה להבין מדוע צריך

ז.

מהדיון עד כה עולה ששיטת ר' חייב ורב היא שהחפץ קנוי לגזלן מיד (לפני ייאוש) והוא חייב בהשבה, הלוקח מן הגזלן אינו חייב בהשבה, ולכן החפץ הגזול קנוי לו אף קודם ייאוש. לעומת זאת, לפי התפיסה הרווחת, הגזלן לא קונה את החפץ אלא בייאוש או בייאוש ובשינוי רשות. כאמור, אמוראים וראשונים פירשו את מימרת רב לפי התפיסה הרווחת. להלן אציע עוד סוגיה שדנה במימרה של רב המתאימה לשיטתו שהגזלן קונה את החפץ, וגם אותה הגמרא מבארת באופן שתתאים לתפיסה הרווחת.

בבבלי מובא:

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. אמר רב ששת, אמינא: כי ניים ושכיב רב אמר להא שמעתא; דתניא, אמר ר' עקיבא: מפני מה אמרה תורה טבח ומכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה? מפני שנשתרש בחטא⁵⁹ אימת? אילימא לפני יאוש, מי איכא נשתרש? אלא לאחר יאוש, ואי ס"ד יאוש קני, אמאי משלם תשלומי ארבעה וחמשה? שלו הוא טובת, שלו הוא מוכר! אמרי, כדאמר רבא: מפני ששנה בחטא, הכא נמי מפני ששנה בחטא (בבא קמא סז ע"ב).

רב סובר שהגונב מגנב לאחר ייאוש, חייב כפל לגנב הראשון, שהרי הראשון קנה את החפץ. רב ששת מקשה עליו: לדבריו, אם ייאוש קונה, אזי לא ייתכן שגנב יחויב בתשלומי ארבעה וחמישה (כפי שמובא בתורה), שהרי קודם ייאוש - לא יכול למכור, ולאחר ייאוש - מוכר את שלו. לכן רב ששת סובר שייאוש לא קונה, ולאחר ייאוש, אמנם הגנב אינו מוכר את שלו, אך הלוקח קונה בייאוש ובשינוי רשות.

ברם, לפי מסקנתנו בשיטתו של רב הדברים מבוארים. רב סובר שהגזלן קונה את החפץ מיד אך מחויב בהשבתו. לכן, אם הגנב מוכר את הגנבה קודם ייאוש, המכירה חלה; ומכל מקום, חייב בתשלומי ארבעה וחמישה משום שהמכירה מפקיעה ממנו את

הגזלן לפצות את הלוקח. ברם, גם אם נקבל טענה זו בלוקח מן הגנב, היא לא תקפה בגונב מגנב, שהרי הגנב לא מפסיד אותו.

58 אפשר היה לבאר שרב ור' חייב סוברים שמשום תקנת השוק מוציאים מן הראשון ולא מן השני, אך מהירושלמי מוכח שאפילו בגנב שני אין מוציאים ממנו, ואם כן, ודאי שהנימוק אינו משום תקנת השוק, שאינה אמורה בגנב.

59 רש"י מפרש: "עשה שרשין כלומר נתחזק בחטא שקנאו ומהנו מעשיו".

חובת ההשבה.⁶⁰ רב ששת סובר שהחפץ לא קנוי לגזלן, והגזלן לא יכול למכרו. לכן רב ששת סובר שייאוש לא קונה, וכך דין 'טבח ומכר' מבואר. הגזלן מכר את הגזל לאחר ייאוש, והמכירה מועילה כיוון שהלוקח קונה בייאוש ובשינוי רשות. אפשר שהקניין בייאוש ובשינוי רשות נוצר כדי לפתור את הקושי שיוצרת השיטה שהחפץ לא קנוי לגזלן: כיצד מתחייב כאשר גנב ומכר, הרי צריך שהמכירה תחול וגם שימכור חפץ גנוב שאינו שלו?! משום כך, לא יכלו לסבור שייאוש לבד קונה אלא בהצטרפות שינוי רשות.⁶¹

מכל מקום, הבבלי לא מבאר את שיטת רב כך, אלא מבאר שאף על פי שהגנב לא יכול למכור את הגנבה, הוא חייב על עצם הניסיון (=ששנה בחטא). לפי זה, רב ורב ששת מסכימים שהגזל לא קנוי לגזלן והוא לא יכול למכור אותו, אבל חולקים בחיוב ארבעה וחמישה במקרה שהגנב מכרו לפני ייאוש. כפי שבסוגיית הוכר הגנב, הבבלי מעמיד את דברי רב באופן שישתמע מהם שלדעתו הגזל לא קנוי לגזלן לפני ייאוש, כך גם בסוגיית תשלומי ארבעה וחמישה הוא מעמידם באופן שיוכן מהם שלדעתו הגזל לא קנוי לגזלן לפני ייאוש.

הסוגיה ממשיכה בהתקפותיה על רב:

ת"ש: וטבחו או מכרו - מה טביחה שאינה חוזרת, אף מכירה שאינה חוזרת; אימת? אילימא לפני יאוש, אמאי אינה חוזרת? אלא לאחר יאוש, ואי ס"ד קנייה, אמאי משלם ד' וה' שלו הוא טובח, שלו הוא מוכר... (שם).

60 המשנה (בבא קמא ז, א) אומרת: "אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל". לפי רב, הגנב הראשון קנה את החפץ, ולמרות זאת הגנב השני פטור מכפל, וזאת משום שהגנב הראשון עדיין מחויב בהשבת החפץ שגנב. ר' יוחנן, בר הפלוגתא של רב, סובר שגזל ולא נתיאשו הבעלים, שניהן אינן יכולין להקדיש, זה לפי שאינו שלו, וזה לפי שאינו ברשותו (בבא קמא סח ע"ב). הבבלי (בבבא קמא סט ע"ב) מבאר את המקור לפסיקה שהראשון לא יכול להקדישו: "דתנן: אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל, אמאי? בשלמא לגנב ראשון לא משלם, וגונב מבית האיש - ולא מבית הגנב, אלא לבעלים נשלם! אלא לאו ש"מ: זה לפי שאינו שלו, וזה לפי שאינו ברשותו". וראה לעיל הערה 30, מה שכתב קצות החושן. נמצא שלפי רב, המיעוט "ולא מבית הגנב" ממעט את הגנב הראשון ולא נצרך למעט את הבעלים, ואילו לפי ר' יוחנן, ממעט את הבעלים ואינו נצרך למעט את הגנב הראשון (ראה מאירי, בבא קמא סז ע"ב: "ולגנב ראשון אינו משלם שהרי אינו שלו שגנב ראשון לא קנאו").

61 עיקרון זה נמצא גם בסוגיית ייאוש בגזלה. הבבלי, בבא קמא סז ע"ב, מביא את שיטת רבא שייאוש אינו קונה: "רבא אמר, מהכא: קרבנו - ולא הגזול; אימת? אילימא לפני יאוש, פשיטא, למה לי קרא? אלא לאו לאחר יאוש, וש"מ: יאוש לא קני, ש"מ". לימוד זה מבוסס על הפסיקה שהגזלן לא יכול להקדיש את הקרבן לפני ייאוש, ואם כן, על כורחנו הפסול הוא לאחר ייאוש, כשיכול להקדישו ולהקנותו בייאוש ובשינוי רשות.

לפי ברייתא זו, כדי לחייב תשלומי ארבעה וחמישה צריך שהמכירה תחול, ואם כן, אם מכר קודם ייאוש, אין לחייבו על המכירה שהרי היא חוזרת?! אולם, אם נבאר את שיטת רב שהגזל קנוי לגזלן מיד, אזי הדרשה מיושבת ויכול למכור לפני ייאוש מכירה שאינה חוזרת. הגמרא ממשיכה ומקשה מברייתא נוספת:

... קתני מיהא מציעתא: גנב ומכר ובא אחר וגנבו - הראשון משלם תשלומי ד' וה', והשני משלם תשלומי כפל; אימת? אילימא לפני יאוש, שני אמאי משלם תשלומי כפל? שינוי רשות בלא יאוש מי איכא למ"ד דקני? אלא פשיטא לאחר יאוש, ואי ס"ד יאוש קונה, אמאי משלם תשלומי ד' וה'? דידיה הוא דזבין! (שם).

הברייתא מחייבת את הגזלן ומוכר בתשלומי ארבעה וחמישה, ומן החיוב משתמע שמוכר חפץ גזול. עם זאת, הברייתא מחייבת את הגונב מהקונה בתשלומי כפל, ומכאן שהקונה אכן קנה את החפץ הגזול. הגמרא טוענת שהלכה זו מתאימה לשיטה שהגזלן קונה בייאוש ובשינוי רשות. משום כך, אם הגזלן מכר לאחר ייאוש, אזי הוא מתחייב בתשלומי ארבעה וחמישה שהרי מכר חפץ גזול; וכיוון שהקונה ממנו קנה את החפץ בייאוש ובשינוי רשות, הגונב את החפץ ממנו חייב בתשלומי כפל.

ברם, אם נבאר את שיטת רב שהגזל קנוי לגזלן מיד וחייב בהשבה, אזי הברייתא מיושבת. המוכר חייב בתשלומי ארבעה וחמישה, שהרי מכר חפץ שהיה חייב בהשבתו. והקונה קנה את הגזל לגמרי, ולכן הגונב אותו ממנו חייב בכפל. כאמור, הבבלי לא מבאר כך את שיטת רב. וכיוון שלשיטתו החפץ נקנה לגזלן רק לאחר הייאוש, הבבלי מתרץ את הברייתא בדרך ההגהה באופן שהיא תתאים לשיטה שהחפץ לא קנוי לגזלן.

לסיכום: רב סובר שייאוש כדי קני. על שיטה זו ניתן להקשות מהלכות שסוברות שהגנב מוכר מכירה שמועילה אף על פי שהחפץ אינו שלו. לשיטת רב שהגזל קנוי לו מיד ורק מחויב בהשבה, אין קושי, ואכן הגזלן יכול למכור את החפץ הגזול ועדיין החפץ חשוב גזול. הגמרא מיישבת את השיטה שייאוש קני (אמנם בדוחק) גם עם השיטה שהגזל לא קנוי לגזלן. השיטה שלפיה ייאוש לא קונה אלא בהצטרף אליו שינוי רשות,⁶² עוזרת ליישב את ההלכות שבהן מכירת הגנב מועילה אף על פי שהגזל אינו שלו.

62 הגמרא דוחה במפורש את האפשרות ששינוי רשות יועיל ללא ייאוש. הקניין על ידי ייאוש ושינוי רשות עורר דיונים רבים, שהרי אם החפץ אינו של הגזלן, כיצד יכול להקנותו? יש המבארים שלאחר ייאוש ניתן לומר שאמנם החפץ יצא מרשות הנגזל, אך הגזלן לא זכה בו, כי באיסורא אתא לידיה, ולכן שינוי רשות מועיל, וראה קצות החושן סימן שג סעיף קטן א. אכן יש שיטה שלפיה ייאוש ושינוי רשות לא קונים. המשנה (בבא קמא י, ב) אומרת: "נטלו מוכסין את חמורו ונתנו לו חמור אחר, נטלו לסטים את כסותו ונתנו לו כסות אחרת - הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתייאשין מהן". ועל כך אומרת הברייתא בבבלי קיד ע"א: "תנא: אם נטל - מחזיר לבעלים הראשונים".

.ח.

בסעיפים הקודמים בדקתי את שאלת קניין הגזלה על ידי הגזלן באמצעות הלכות הנוגעות לשימוש בגזלה על ידי אדם אחר שאינו הגזלן. השלכה נוספת לשאלת קניין הגזלה היא שעת החיוב בתשלומים, במקרה שהגזלן אינו מחזיר את החפץ הגזול. נושא זה דורש עיון נפרד ורק אעיר עליו בקצרה. המשנה אומרת:

הגזול עצים ועשאן כלים, צמר ועשאן בגדים - משלם כשעת הגזלה.
 גזל פרה מעוברת וילדה, רחל טעונה וגזזה - משלם דמי פרה העומדת לילד,
 ודמי רחל העומדת ליגזז.
 גזל פרה ונתעברה אצלו וילדה, רחל ונטענה אצלו וגזזה - משלם כשעת הגזלה.
 זה הכלל: כל הגזלנים משלמין כשעת הגזלה (בבא קמא ט, א).

משנה זו עוסקת בקניין הגזלה על ידי שינוי מעשה. לפי השיטה שהגזול נקנה לגזלן מיד, והגזלן רק חייב בהשבתו, שינוי מעשה פוטר את הגזלן מחיוב ההשבה ומותר את החיוב בתשלומי הגזלה בלבד. ואם כן, ודאי שהגזלן משלם את השווי כשעת הגזלה שהיא שעת הקניין ושעת החיוב בתשלומים גם יחד. גם לשיטה שהגזלן אינו קונה את הגזל מיד, זמן חיוב התשלומים הוא בשעת הקניין, אלא שלשיטה זו שעת הקניין היא שעת השינוי, וגובה החיוב ייקבע לפי השווי בזמן השינוי.

ההלכה ברישא של המשנה היא "משלם כשעת הגזלה". לפי פשוטה, הלכה זו מורה שהגזלן קנה את הגזלה בשעת הגזלה, והחיוב נקבע אז; אולם ניתן לבאר שכוונת המשנה שמשלם את ערך חומרי הגלם (=שעת הגזלה) ולא את ערך המוצר שיצר מהם, ואם כן, הלכה זו מתאימה גם לשיטה שלפיה הקניין לא נוצר בשעת הגזל.

הפסקה השנייה של המשנה עוסקת בגזלן שגזל פרה מעוברת וילדה, רחל טעונה וגזזה. ההלכה היא שמשלם דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל העומדת ליגזז.⁶³ בהלכה

ומבאר הבבלי: "קסבר: יאוש כדי לא קני, ומעיקרא באיסורא אתא לידיה". ברם, גם אם ייאוש לא קונה, הרי במקרה זה יש ייאוש ושינוי רשות. סוגיה זו זכתה לפירושים רבים בראשונים כדי ליישב את ההלכה המחייבת אותו להחזיר את החמור שנטל מהמוכסין עם ההלכה שייאוש ושינוי רשות קונים. התוספות ר"ד מבאר: "אבל אי אמרי ייאוש כדי לא קנה שינוי רשות לא מהני מידי דכל היכא דקאי ברשותא דמריה קאי והו"ל כאלו לא נתייאשו הבעלים דאמרי' רצה מזה גובה רצה מזה גובה". רש"י סובר שהגזלן קונה רק את העגל שנולד או את הצמר שנגזז, ולכן מחזיר את הפרה והרחל ומשלם את ההפרש בין הפרה המוחזרת לפרה מעוברת או בין רחל גזזה לרחל טעונה. הרא"ש (סימן ג) סובר שהשינוי הוא בגוף הפרה והרחל, ולכן משלם את כל שווי הפרה המעוברת או הרחל הטעונה.

63

זו יהיה הבדל בין שתי השיטות: לפי השיטה שהגזל קנוי לגזלן מיד, הגזלן ישלם כערך הגזלה בשעת הגזלה, ואילו לפי השיטה שהגזל אינו קנוי לגזלן עד שיעשה בו שינוי, יהיה עליו לשלם את השווי של הפרה או הרחל טרם שילדה או נגזזה. בכבא זו המשנה אינה נוקטת את לשון הכבא הראשונה ("משלם כשעת הגזלה"), ומלשון המשנה ניתן לכאורה ללמוד שמשלם את כל השבח שהשביחה משעת הגזלה ועד לקניין.⁶⁴ בניגוד להשתמעות אפשרית זו, הסיפא של המשנה נוקטת לשון החלטית שכל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה.⁶⁵

הפסקה השלישית של המשנה עוסקת בגזלן שגזל פרה והתעברה אצלו וילדה, רחל ונטענה אצלו וגזזה. ההלכה היא שמשלם כשעת הגזלה. לפי לשון המשנה, נראה שהשינוי נעשה בשעת הלידה או הגזיזה, ואם כן, לפי השיטה שהגזלה אינה קנויה לגזלן עד השינוי, הדין היה צריך להיות כהלכה השנייה - משלם דמי פרה העומדת לילד, או דמי רחל העומדת ליגזו. הדין בהלכה השלישית מתאים לשיטה שהגזלה קנויה לגזלן מיד, ולכן לאחר השינוי, הגזלן נפטר מחובת ההשבה של גוף הגזלה, אבל גובה התשלום נקבע לפי שווייה בשעת הגזלה. אכן בביאור כבא זו חולקים האמוראים בכבלי:⁶⁶ רב זביד סובר שלפי המשנה, השבח שייך לנגזל ואינו חשוב שינוי, ולכן רק כשהפרה ילדה והרחל נגזזה (נעשה שינוי), נפטר הגזלן מהחזרתו. לעומתו, רב פפא סובר שהשבח שייך לגזלן (השבח חשוב שינוי מעשה), ודין המשנה חל גם במקרה שהפרה לא ילדה "והא דקתני ילדה אידי דנסיב רישא ילדה". נמצא שלפי רב פפא, המשנה מתאימה לשתי

64 ראה תוספות בבא קמא צה ע"א ד"ה משלם: "וכל שבח שמשעת גזלה עד שתלד לגזלן". הגר"א מגיה את תוספות וגורס "לנגזל" תמורת "לגזלן". וראה רשב"א, בבא קמא צה ע"א, שמביא את ביאורו של ר"ח, המפרש את הברייתא שם במקרה שגזל רחל טעונה ופרה מעוברת, ולשיטת ר' יהודה משלם את הקרן בלבד (הגיזה והעובר בשעת הגזלה חשובים קרן). הרשב"א חולק ומסיק מלשון המשנה שמשלם את השבח עד הלידה ואת הגיזה לנגזל: "דמדקתני ברישא דמתני' גזל פרה מעוברת וילדה אצלו רחל טעונה וגזזה משלם דמי פרה העומדת לילד ורחל העומדת ליגזו משמע דאע"פ שאין עומדת לילד בשעת הגזלה ולא עומדת ליגזו, משלם כאלו עומדת לילד וליגזו". הרשב"א גם שולל את האפשרות שהגיזה והעובר שהשביחו חשובים שינוי ולכן נקנו לגזלן: "וגידול הגזזה והולד אינו נעשה שינוי שהגזזה והולדות טפילה הן לגוף הבהמה, וכיון שגוף הבהמה לא נשתנה אף על פי שגוף הגזזה והולד נשתנה אין זה קרוי שינוי".

65 הרא"ש (סימן ג) סובר שמשלם כשעת הגזלה, ואת לשון המשנה מבאר כך: "והא דקאמר דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל העומדת ליגזו ולא קאמר דמי פרה מעוברת ודמי רחל טעונה. משום דלפעמים אדם קונה פרה מעוברת לשחיטה בשביל השליל. וכן רחל טעונה בשביל הגיזה שעליה. ואין דמיהם מרובים כדמי פרה שאדם קונה מעוברת לגדל הולד וכן רחל לגדלה לגיזה. וזה הגזלן שהשחה אצלו עד שילדה וגזזה צריך לשלם דמים מרובין". וראה להלן הערה 70, שגם לפי הרא"ש אין הגזלן קונה את הגזלה מיד.

66 בבא קמא צה ע"ב.

השיטות, וכיוון שהשבח שייך לגזלן, עליו לשלם כשעת גזלה; ואילו לפי רב זביד, המשנה מתאימה רק לשיטה שהגזל קנוי לגזלן מיד,⁶⁷ ולכן אף על פי שהשבח שייך לנגזל, וחובת ההשבה תקפה עד הגזיזה או הלידה, בכל זאת, הגזלן משלם כשעת הגזלה, שהיא שעת הקניין.

ברם, מצאנו בבבלי הלכה מפורשת בעניין תשלומי הגזלן שמתאימה לשיטה שהגזל אינו קנוי לגזלן מיד:

אמר רבה: האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה, מעיקרא שויה זוזא השתא שויה ארבעה, תברה או שתייה - משלם ארבעה, איתבר ממילא - משלם זוזא (בבא מציעא מג ע"א).

רבה סובר שהגזלן ששבר את החבית, אינו משלם כשעת הגזלה⁶⁸ אלא כשעת הנזק⁶⁹ (כנגד הכלל המוחלט של המשנה "כל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה"!).⁷⁰

67 אפשר בדוחק לבאר את שיטת רב זביד גם לפי השיטה שהגזלן לא קונה את הגזלה, ראה להלן הערה 70.

68 הבבלי שם מבאר את הלכת רבה: "מאי טעמא - כיון דאי איתה הדרא 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 - אהיהא שעתא דגזלה, ההיא שעתא זוזא הוא דשויה". הבבלי מיישב את ההלכה של רבה עם המשנה. לפי ביאור הבבלי, כאשר הגזלן שובר את החבית, הוא מתחייב שוב בגזלה, שהרי החפץ שייך לבעלים (ולפי קצות החושן מתחייב כמויק, ראה לעיל הערה 30), ולכן אין זה סותר את המשנה.

69 מימרה זו של רבה אינה מתאימה לדעת בית הלל במשנה, בבא מציעא ג, יב: "השולח יד בפקדון בית שמאי אומרים ילקה בחסר וביתר וביתר הלל אומרים כשעת הוצאה". לפי בית הלל, משלם כשעת הגזלה ולא כשעת איבודו מן העולם, ומכאן שהגזלן קנה את הגזלה. הבבלי, בבבא מציעא מג ע"ב, מתרץ בדוחק את המשנה לדעת רבה. ע"ש.

70 הרא"ש (סימן ג) סובר שההלכה בפסקה השנייה של המשנה היא שמשלם כשעת הגזלה. הוא מנסה ליישב זאת עם ההלכה של רבה: "ולא דמי לתברה או שתייה דהתם איבדה מן העולם דבאותה שעה נעשה גזלן. אבל היכא דהגזילה בעולם אלא שנשתנית וקנאה באותו שינוי משלם כשעת הגזילה". ההבחנה של הרא"ש אינה מובנת, שהרי אם הגזלה קנויה לו, מדוע כששברה נעשה גזלן; ואם אינה קנויה לו, מדוע שקנאה בשינוי משלם כשעת הגזלה? וראה הביאור בשו"ת עונג יום טוב סימן כט: "ע"כ אנו צריכין לאמר בטעמו של דבר דאם קנאה בשינוי ונעשית שלו הרי היא שלו משעת הגזילה. ולהכי צריך לשלם כשעת הגזילה. וטעמא דמילתא נ"ל נכון דשינוי מעשה קונה למפרע משום דע"י השינוי קונה משעת הגזל... וא"כ בכל גזילה דעלמא היכא דקני בשינוי דבטלה לה מצות השבה מהאי חפץ ודמים בעלמא בעי שלומי נגמר למפרע קנינו דשעת גזילה". ביאורו של העונג יו"ט נובע מהצורך ליישב את הלכת המשנה עם התפיסה הרווחת שהגזלן לא קנה את הגזל. צורך זה התגלגל לפתחם של המפרשים, מכיוון שבמשנה זו הגמרא לא ביארה את הלכת המשנה לפי התפיסה הרווחת, שלא כבמשנת הגזלן ומאכיל, שם יישבה (בדרך האקימתא) את המשנה עם

והנה, גם בתשלומי הגזלן, מצאנו בבבלי את דעת רב, שהוא בעל השיטה שהגזלה קנויה לגזלן מיד:

גופא, אמר רב: קרן - כעין שגנב, תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה - כשעת העמדה בדין. אמר רב ששת, אמינא: כי ניים ושכיב רב אמר להא שמעתא...

כי קאמר רב - ביוקרא וזולא הוא דקאמר. היכי דמי? אילימא דמעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ד' זוזי, קרן - כעין שגנב, לימא, פליגא דרב אדרכה! דאמר רבה: האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה, מעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ד' זוזי, תברה או שתייה - משלם ד', איתבר ממילא - משלם זוזא! אמרי: כי קאמר רב, כגון דמעיקרא שויא ד' ולבסוף שויא זוזא, קרן - כעין שגנב, תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה - כשעת העמדה בדין (בבא קמא סה ע"א).

הגמרא מבארת שכוונת דברי רב למקרה שבו חל שינוי בשווי הגזלה. רב אומר שמשלם כעין שגנב, והגמרא מקשה עליו מדברי רבה שלפיהם אם הזיק לגזלה, משלם כשעת הנזק. הגמרא מעמידה את דברי רב ומצמצמת אותם לשינוי בכיוון אחד - למקרה שבו הגזלה הוזלה. אוקימתא זו חסרה בדברי רב, ולכאורה רב מחייב בתשלום בשיעור כעין שגנב בכל מצב. מסתבר שלשיטתו, כיוון שקנה את הגזלה, אזי חיוב התשלומים חל בשעת הגזלה, ואילו רבה סובר שהגזלה לא קנויה לו מיד, ולכן אם הזיק לה, חייב גם מדין מזיק ממון חברו. גם בסוגיה זו הגמרא מבארת את דברי רב לפי השיטה שהגזלה לא קנויה לגזלן ברגע הגזלה, ומעמידה את דבריו בהזלתה.

גם עצם הקניין בשינוי מעשה מתבאר באופן שונה לפי שתי התפיסות: לפי התפיסה שהגזלן קונה את החפץ מיד, בשינוי מעשה מופקעת חובת ההשבה; ואילו לפי

התפיסה הרווחת. ברם, מסתבר שהלכת המשנה והלכת רבה נובעות מתפיסות שונות. מכל מקום, ביאורו של העונג יו"ט מבאר את ההלכה שמשלמים כשעת הגזלה גם לפי התפיסה שהגזלן לא קנה מיד, אך אין בו כדי לבאר את משנת הגזול ומאכיל ואת דברי רב שהדין עם הראשון, שהרי שם עדיין חלה מצוות ההשבה, והחפץ לא קנוי לגזלן (ראה אבני נור, אבן העזר סימן תיט, שמבאר כעין ביאור העונג יו"ט ומדגיש שלא יועיל שינוי רשות ללא ייאוש: "ואין להקשות לפי זה יהי מועיל שינוי רשות גרידא בלא יאוש דעל הלוקח אין מוטל חיוב השבה, דו"א דא"כ לא קנה כלל דממנ"פ אם מתכוין לגזול ממילא מחוייב בהשבה ואי אין מתכוין לגזול ממילא לא קנה ג"כ"). כן קשה להסביר כיצד חל הקניין למפריע, ומדוע שלא יחול משעה שהופקעה חובת ההשבה. וראה: מ' סאקאלאווסקי, אמרי משה, ווארשא תרפ"א, סימן לב, דף צ, שמקשה זאת על ביאור האחרונים הנ"ל בדברי הרא"ש.

התפיסה שהגזלן אינו קונה את החפץ מיד, בשינוי מעשה חל קניין גמור. אמוראים חולקים במקור שעליו מבוססת הדעה ששינוי מעשה יוצר את הקניין:

א"ר חייא בר אבא אמר רבי יוחנן: דבר תורה - גזילה הנשתנית חוזרת בעיניה, שנאמר: והשיב את הגזלה אשר גזל, מכל מקום; ואם תאמר: משנתנו! משום תקנת השבים (בבא קמא צד ע"ב).⁷¹

ולעומת זאת:

אמר רבה: שינוי קונה כתיבא ותנינא; כתיבא: והשיב את הגזלה אשר גזל - מה ת"ל אשר גזל? אם כעין שגזל - יחזיר, ואם לאו - דמים בעלמא בעי שלומי; תנינא: הגזול עצים ועשאן כלים, צמר ועשאן בגדים - משלם כשעת הגזילה; א"נ, לא הספיק ליתנו לו עד שצבעו - פטור, אלמא: שינוי קונה (שם, סו ע"א).

דברי ר' יוחנן צריכים ביאור, שהרי הנימוק של תקנת השבים לא הוזכר במשנה.⁷² אפשר שר' יוחנן הולך לשיטתו שמעשה הגזלה אינו מעשה קניין, ולכן הגזלה אינה קנויה לגזלן. כמו כן, השינוי אינו מעשה קניין,⁷³ ולכן ר' יוחנן מבאר שהשינוי קונה מתקנת השבים (ולא כשלעצמו).⁷⁴ נימוקו של רבה מתאים יותר לתפיסה שהגזל קנוי לגזלן מיד. השינוי אינו נצרך אפוא ליצירת הקניין אלא כדי להפקיע את חובת ההשבה בלבד.⁷⁵

71 בהמשך, הבבלי טוען שגם לדעת ר' יוחנן שינוי קונה ולא משום תקנת השבים, אך ראה: י' ברנד, "תקנת השבים", דיני ישראל, כ-כא (תש"ס-תשס"א), עמ' 463-464, שסוגיית הירושלמי הולכת כר' יוחנן ומבארת זאת משום תקנת השבים.

72 הנימוק "מפני תקנת השבים" נמצא רק במקרה של מריש הגזול שבנאו בבירה. ראה הלכה זו במשנה, גיטין ה, ה (בעדי הנוסח של המשנה לא נמצא הנימוק, ראה ברנד [לעיל הערה 71], עמ' 439, הערה 6) ובתוספתא, בבא קמא י, ה.

73 ראה חידושי הגר"ח על הרמב"ם הלכות גולה ואבדה ט, א: "דבשינוי הרי השינוי מצד עצמו לא הוי קנין כלל, ולא השינוי הוא שגורם לו לקנות את החפץ, רק מקנין גזילה הוא שקונה אותו, וכך הוא הגזיר הכתוב דהשבה דנשתנית ואינה כעין שגזל דמים בעלמא בעי שלומי". ראה גולאק (לעיל הערה 1), עמ' 126: "גם בדיני רומי אנו מוצאים קנין על ידי שינוי acquisition per specification הדומה בסקירה ראשונה לשנוי השם בדיני ישראל. אך העיון בדינים אלה מראה בנקל כי שונים הם... עיקר הקנין על ידי specification בדיני רומי הוא משום מלאכת הקונה שעשה הוא בחפץ, ועל כן השנוי צריך שיהיה פועל כפיו של הקונה. מה שאין כן בדיני ישראל, שעל פיהם עיקר הקנין על ידי שנוי הוא, מפני שהחפץ נעשה עתה חפץ אחר ועשיית הקונה בו אינה לא מעלה ולא מורידה".

74 ברנד (לעיל הערה 71), עמ' 466, מבאר שהבבלי אינו מקבל את נימוקו של ר' יוחנן כיוון שבבבל נתפרשה תקנת השבים רק בגולה שאינה קיימת. ברנד מניח שנימוקו של ר' יוחנן פשוט יותר,

ט.

אם נכונים דברינו והן לשיטת משנת הגזול ומאכיל הן לשיטת רב הגזולין קונה את הגזול מיד, יש לשאול מדוע יוצא חוטא נשכר וקונה את הגזולה?⁷⁶

כדי להשיב עליה יש לעיין בסוגיה בסנהדרין עב ע"א. המשנה אומרת:

הבא במחותר נידון על שם סופו. היה בא במחותרת ושבר את החבית, אם יש לו דמים - חייב, אם אין לו דמים פטור.⁷⁷

ובלית ברירה הבבלי חיפש נימוק חלופי. אך הנימוק משום תקנת השבים אין לו זכר במשנה, ונראה שהוא הובא להלכה זאת בלית ברירה, כיוון שתפיסת ר' יוחנן לא אפשרה לבאר זאת כקניין.

75 העונג יו"ט מגיע למסקנה דומה מעיון במקבילה למקור של רבה. נימוק זה למשנה נמצא בהיקרות נוספת בבבלי. בבבלי, תמורה ו ע"א, הגמרא מקשה מקניין הגזלה בשינוי על רבא שסובר כל מילתא דאמר דחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני: "והרי גזל, דרחמנא אמר לא תגזול, ותנן: הגזול עצים ועשאן כלים, צמר ועשאן בגדים - משלם כשעת הגזילה, תיובתא דרבא! אמר לך רבא: שאני התם, דאמר קרא אשר גזל - כמה שגזל". וראה שו"ת עונג יום טוב סימן כט: "ובזה מיושב נמי מה שעמדנו זה שנים רבות בהא דפריך בש"ס במס' תמורה למ"ד אי עביד לא מהני והרי גזל דרחמנא אמר לא תגזול ותנן הגזול עצים ועשאן כלים כו' וקשה טובא דהא כתבו התוס' שם בד"ה רבא דלא שייך לאמר כל מילתא דא"ר ל"ת אי עביד לא מהני אלא בדבר דבעינן שיעשה ע"י אדם. אבל בדבר שאם נעשה מאיליו נמי מהני לא שייך ל"מ. ולהכי לא הקשה מצורם אוון בכור דמהני מה"ת משום דמום הנעשה מאיליו נמי מהני וא"כ הא שינוי הנעשה מאיליו נמי מהני כדתנן גזל פרה ונתעברה כו' ומאי פריך נימא דלא מהני. אבל לפמש"כ א"ש דכיון דהא דשינוי קונה משום דחל הקנין משעת גזילה דהא משלם כשעת הגזילה ולא כשעת השינוי. ובגזילה שפיר שייך לאמר אי עביד ל"מ דהא אין גזילה בלא קנין בידי אדם כדתנן (בבבא קמא עט) היה מושכו ויוצא ברשות הבעלים פטור". כלומר: הפקעת חיוב ההשבה מעידה שהגזולין קנה את החפץ בשעת הגזולה. יש להעיר שמהסוגיה שם עולה שלפי אביי (אי עביד מהני), אין צורך במקור לביסוס הקביעה ששינוי קונה. מסתבר שכיוון שהגזולין קונה את החפץ מיד, ברור שכאשר החפץ השתנה, לא חלה עליו חובת השבה. רק לרבא, שסובר שללא מקור מיוחד החפץ אינו קנוי לו, אזי אף על פי שהחפץ השתנה, אין בכוח השינוי כדי להפקיע את בעלות הנגזל. מכך שהפסוק פוטר מהשבה חפץ שהשתנה, ניתן ללמוד שהקניין חל בשעת הגזולה.

76 ראה בבלי, גיטין נה ע"ב: "אוקמוה רבנן ברשותיה כי היכי דליחייב עלה. אמר רבא: הא וודאי קא מיבעיא לי, כי אוקמוה רבנן ברשותיה, משעת גניבה או משעת הקדישה? למאי נפקא מינה? לגיזותיה וולדותיה, מאי? הדר אמר רבא: מסתברא, משעת הקדישה, שלא יא חוטא נשכר". לביאור הנפק"מ שמציעה שם הגמרא ראה תוספות ד"ה לגיזותיה. הקניין הגמור לגזולין מטיב עמו, והגזולין מרוויח את השבת של הבהמה (לפי רב זביד, ראה הסעיף הקודם), וכן אם הוקרה ונשברה (לפי פשט דברי רב שלא כרבה ראה הסעיף הקודם), וכן מקל עליו למכרה כיוון שפוטר את הלווקח ממנו מלהשיב, ונמצא חוטא נשכר.

על משנה זו הגמרא אומרת:

אמר רב: הבא במחירת 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.

המשנה פוטרת את הגנב ששבר את הכלים כיוון שבא במחירת ואין לו דמים ונפטר מדין קים ליה בדרכה מיניה (להלן: קלב"מ). רב מרחיב את הפטור לגנב גם למקרה שנטל את הכלים והגנבה קיימת.⁷⁸ דברי רב תמוהים: כיצד קנה הגנב את הגנבה בכך שהתחייב בנפשו? נראה שרב סובר שהגנבה נקנית לכל גנב, ועם זאת הוא חייב בתשלומיה ומצווה בהשבתה.⁷⁹ מכיוון שהגנב בא במחירת והתחייב בנפשו, אזי על פי הכלל קלב"מ, הוא נפטר מחובת התשלומים ומחובת ההשבה.⁸⁰ אמנם רבא חולק על

- 77 על התהוותה של הלכה זו ראה: ב' ליפשיץ, "האין אדם מת ומשלם?", שנתון המשפט העברי ח (תשמ"א), עמ' 195-200.
- 78 בהלכה זו נראה שפשט המשנה אינו כדעת רב, שהרי המשנה פוטרת בשיבר דווקא, וכן מקשה הגמרא ונשאר בקשיא. ברם, ראה ליפשיץ (לעיל הערה 77), שהלכה זו במקורה לא עוסקת בפטור מתשלומים אלא בחיוב על ההורגו, והמשנה עיבדה אותה והציגה אותה כעוסקת בתשלומים, ולכן אין לדייק מכך שהמשנה עוסקת בשיבירה דווקא.
- 79 עמדה זו של רב משתקפת גם בסוגיית בבא קמא קו ע"א: "גופא, אמר רב הונא אמר רב: מנה לי בידך, והלה אומר אין לך בידי כלום, ונשבע ובאו עדים - פטור, שנאמר: ולקה בעליו ולא ישלם, כיון שקבלו בעלים שבועה, שוב אין משלמין ממון. אמר רבא: מסתברא מילתיה דרב במלוה, דלהוצאה ניתנה, אבל פקדון - ברשותיה דמריה קאי, והאלהים! אמר רב אפילו בפקדון, דכי כתיב קרא - בפקדון כתיב". כאשר השומר נפטר בשבועה, אין בית הדין מחייבים אותו בתשלום חוב, אך אם הוא מחזיק בחפץ שאינו שלו, לכאורה מוציאים ממנו כיוון שאינו תלוי בפסיקת בית הדין. רב סובר שגם פיקדון לא מוציאים ממנו. ומסתבר שלפי רב, החפץ קנוי לגנב, ורק חלה עליו חובת השבה, וכאשר נשבע הוא נפטר ממנה.
- 80 וראה ב' ליפשיץ, "גנב שבא במחירת", תרביץ נד (תשמ"ה), עמ' 205-216, שטוען שדברי רב המקוריים אינם עוסקים בפטור מהחזרת החפץ אלא בפטור על ההורגו. עיי"ש. לא כאן המקום לדון ביתרונותיה ובחסרונותיה של הצעתו של ליפשיץ. מכל מקום, הגמרא מציעה את דברי רב כמוסבים על הפטור מהחזרת החפץ, וניתן ללמוד מהסוגיה על השיקולים המשפטיים לקניין הגזלה. כמו כן, ביאור הגמרא לדעת רב מתאים לדעתו בקניין הגזלה כפי שנתבררה בסעיפים הקודמים. הסוגיה מסיימת במעשה שעוסק בהחזרת החפץ: "רבא איגנבו ליה דיכרי במחירתא, אהדינהו ניהליה ולא קבלינהו, אמר: הואיל ונפק מפומיה דרב". וראה את ביאורו של ליפשיץ למעשה זה.

סברה זו ואומר: "מסתברא מילתיה דרב בששיבר, דליתנהו, אבל נטל - לא",⁸¹ אך הראשונים דייקו מדבריו שאפילו שבר לאחר שיצא מהמחותרת, פטור (שכן דינו של שבר במחותרת נמצא במשנה).⁸² ואם כן, גם לפי רבא צריך לומר שהגנב קנה את הגנבה, ולכן פטור כששברה. בעל המאור (סנהדרין, יז ע"א בדפי הרי"ף) מבאר את הרציונל המשפטי של דברי רבא:

... ואי הוּו כלים בעיניהו הוּו הדרי למרייהו כי שבר בתר הכי אשתכח דהשתא הוא דקא גזל להו כדאמרי' במאן דגזל חביתא מחבריה מעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ארבעה תברא או שתיה משלם ארבעה משום דכיון דאלו איתא הדרא בעינא אשתכח דההיא שעתא הוא דקא גזיל ליה קמ"ל דשאני דין רודף מדין גזולן דרודף מכי אתו לידיה קננהו בדמי מההיא שעתא ולכי תבר לה ואף על גב דכי איתנהו הדרי בעיניהו חומרא הוא דרמו רבנן עליה דליהדר ממונא למריה כיון דאיתיה בעיניה.

בעל המאור מבאר שהגנב שבא במחותרת קונה את הגנבה בשעת הגנבה, ולכן פטור מלשלם אם שברה לאחר מכן. אמנם הוא אמור להיפטר מלהשיב את הגזלה כאשר היא קיימת, אך חכמים החמירו עליו שיחזיר. בעל המאור מבחין בין רודף לגזולן, ולדבריו האחרון חייב לשלם את ערך הגזלה בשעת השבירה כיוון שמחויב בהשבתה, ואילו הראשון קנה את הגזלה ונפטר מחובת התשלומים וההשבה בקלב"מ. הבחנה זו קשה, שהרי אם הגזולן קנה את הגזלה מיד, מדוע חייב לשלם את שווייה בשעת השבירה? אמנם חל עליו חיוב השבת הגזלה, אך הוא אינו משפיע על הרגע הקובע את גובה החיוב במקרה ששברה. ההבחנה של בעל המאור בין רודף לבין גזולן נובעת מהרצון ליישב את הלכת רבה ש"תברא משלם כשעת הנזק" עם הלכת רב שלפיה הגזולן קונה

81 תבנית זו של סוגיה הכוללת מימרה של רב, תגובת רבא ("מסתברא מילתיה דרב...") ומסיימת ב"והאלהים אמר רב..."), נמצאת בהיקריות נוספות, ראה: כתובות קב ע"ב, בבא קמא קו ע"א, בבא מציעא טז ע"ב.

82 רש"י כותב: "דפטור בששבר בין עכשיו בין לאחר זמן". וכן תוספות, סנהדרין עב ע"א ד"ה מסתברא: "ואם תאמר מאי קמ"ל תנינא ושיבר את החבית פטור ויש לומר אי ממתני' ה"א שיבר בעודו במחותרת קמ"ל רב אפילו שיבר אחר כך".

את הגזלה מיד.⁸³ ברם, שתי הלכות אלו נובעות מתפיסות שונות ואין צורך ליישב ביניהן.⁸⁴

הגמרא מוכיחה שהגזלה קנויה לו מחיובו באונסין, שכן אלמלא הייתה קנויה לו, לא היה מתחייב באונסין. הגמרא דוחה⁸⁵ את התלות בין הקניין לבין החיוב באונסין ומציעה שהגזלה אינה קנויה לו, אבל הוא חייב באונסין כשואל.

נמצא שלפי רב, קניין הגזלה נועד לחייב את הגזלן באונסין, והגזל נשכר. אמנם יש מצבים שבהם הקניין הוא לרעת הנגזל (בא במחירתו, הגזול ומאכיל והניח לפניהם, הוקרה הגזלה והזיקה), אך בחיוב באונסין יש משום הטבה ניכרת לנגזל. כאמור, הבבלי דוחה את דעת רב ואף מעמידה באופן שלא ישתמע ממנה שהגזלן קונה את הגזלה מיד. הבבלי מסרב לקבל את ההשלכות שעשויות להיות לקניין הגזלה שהן לרעת הנגזל. ועם זאת, את החיוב באונסין, שלכאורה נובע מהקניין של הגזלן, הוא משאיר. הגמרא מבארת חיוב זה באמירה שגזלן הרי הוא כשואל, ולכן חייב באונסין. כשם ששואל חייב באונסין ללא קניין החפץ, כך גם הגזלן, ואין הדבר מחייב לקבוע שהיה קניין כלל. השוואה זו לוקה בחסר כפי שעולה משאלה שהופנתה לחת"ם סופר:

והסביר מעלתו דס"ל לרב דלא דמי לשואל דחייב באונסין אף על גב דלא קנה הגוף משום דמרצונו שיעבד נפשי לחייב באונסין כמ"ש תוס' להדיא בכתובות נ"ו ע"א ד"ה הרי בס"ה משא"כ גב דלא מרצונו שיעבד נפשי לא הוי חייב באונסין אי לאו דקני גוף החפץ.⁸⁶

החיוב באונסין אינו כשאר חיובי שומרים שהם מתורת נזיקין, אלא מקורו בקבלת השואל את החיוב. משום כך, גזלן שלא קיבל עליו חיוב אונסין, פטור מאונסין, אלא אם כן קנה את גופו של החפץ.

83 ניתן לפקפק בדיוק הראשונים בדברי רבא, ואפשר שרבא סובר שרק בשברה במחירת פטור. ראה רמב"ן במלחמות ה'. מכל מקום, רב סובר שהגנב קונה את הגנבה, שלא כהלכת רבה, שלפיה במקרה שבו הוקרה הגזלה משלם כשעת הנזק.

84 ראה לעיל הערה 70, שגם הרא"ש ניסה ליישב בין הלכת רבה לבין הלכת המשנה שם. אפשר לבאר את דברי בעל המאור כפי שמבאר שם העונג יו"ט את הרא"ש. כלומר: חיוב ההשבה לא מאפשר את הקניין של החפץ הגזול. לכן כאשר בא במחירתו ונפטר מחובת ההשבה בקלב"מ, ממילא נקנה לו החפץ. ובמקרה שבו מחויב בהשבה, החפץ איננו נקנה לו, והוא חייב בנזק.

85 דחייה זו בוטאה בטרמין "ולא היא". חוקרים רבים משערים שטרמין זה הוא מעשה הסבוראים, ראה: י"ש שפיגל, "הוספות מאוחרות בתלמוד הבבלי", עבודת דוקטור, אוניברסיטת תל אביב, תשל"ו, עמ' 57, הערה 63.

86 שו"ת חת"ם ה, חו"מ, סימן קלב.

.

בסעיפים הקודמים הצגתי את התפיסה הרווחת שלפיה הגזלן לא קונה את הגזל מיד. כאמור, תפיסה זו מעוררת קושי: כיצד נוכל לחייב את הגזלן בחיוב אונסיין? והנה, סמוך לסוגיית הפתיחה של פרק הגזל ומאכיל, שם קבעה הגמרא שהגזל ברשותיה דמריה קאי, נמצאת סוגיה חמורה שעוסקת בחיוב שואל באונסיין, ויש בה כדי להאיר את הדין:

אמר רבא: הניח להם אביהם פרה שאולה - משתמשין בה כל ימי שאלתה, מתה - אין חייבין באונסיה; כסבורים של אביהם היא וטבחה ואכלה - משלמין דמי בשר בזול; הניח להם אביהם אחריות נכסים - חייבין לשלם.

איכא דמתני לה ארישא, ואיכא דמתני לה אסיפא. מאן דמתני לה ארישא, כל שכן אסיפא, ופליגא דרב פפא; מאן דמתני לה אסיפא, אבל ארישא לא, והיינו דרב פפא.

דא"ר פפא: היתה פרה גנובה לו וטבחה בשבת - חייב, שכבר חייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור שבת; היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת - פטור, שאיסור שבת ואיסור גניבה באין כאחד (בבא קמא קיב ע"א).

מימרת רבא עוסקת ביורשים שירשו מאביהם פרה שאולה. היורשים רשאים להשתמש בה,⁸⁷ אך בניגוד לשואל שחייב באונסיין, היורשים פטורים מלשלם במקרה שהפרה נאנסה.

מסתבר שחיוב השואל באונסיין נובע מהתחייבותו של השואל עצמו ולא מעצם הנזק, שהרי הנזק אירע באונס.⁸⁸ כיוון שהיורשים לא התחייבו לשלם במקרה של אונס, הם פטורים. הראב"ד מפרש: "אף על פי שמשתמשים בה שלא קבלו עליהם חוב אביהם", כלומר: החיוב באונסיין נובע מההתחייבות האישית שהתחייב השואל.⁸⁹

87 ראה: מ' ויגודה, חוק לישראל - שכירות ושאלה, ירושלים תשנ"ח, עמ' 587-588.

88 רש"י מפרש שהיורשים פטורים מלשלם על האונס "דלא קבילו עליהו נטירותא". הרשב"א כותב: "מתה אין חייבין באונסיה, אפילו נשתמשו בה ודוקא באונסיה הוא דאין חייבין אף על פי שנשתמשו בה הא בגניבה ואבידה חייבין דהואיל ונהנו מהנו להתחייב בה כשומר שכר". החיוב בתשלום בגין גנבה ואבדה נובע מהיותם שומרי שכר, שחייבים לשלם על נזק זה. לעומת זאת, באונסיין אין מקום לחיובם אלא אם כן קיבלו עליהם, וראה על כך באריכות ברשב"א לכתובות לד ע"ב.

89 בפירושו לכתובות לד, הרשב"א כותב: "והר"א אב ב"ד ז"ל פי' מתה אין חייבין באונסיה דוקא בעומדת באגם ולא נשתמשו בה ולכך אין חייבין באונסיה אבל היכא דרצו להשתמש בה כל ימי שאלתה ואחזיקו בה בתורת שאלה ומתה חייבין באונסיה, הרי שעשאן הרב ז"ל לאלו כשואלין גמורין ונכנסו תחת אביהם, והדבר צ"ע חדא דמתה אין חייבין באונסיה לכאורה אמשתמשים בה קאי, דאי לא לימא ואי קיימא באגם ומתה אין חייבין באונסיה, ועוד דא"כ טבחה ואכלה לישלמי דמי כולה דמי גרע אכלה משנשתמשו בה ומתה, ולפי דברי הרב אפילו קיימא בחצרם לישלמי

לכאורה, התחייבות זו, ככל יתר ההתחייבויות הקשורות להשאלה, חלה מיד בזמן ההשאלה, ורק חיובים שנובעים מחיובי נזיקין חלים בשעת הנזק.

במקרה שהבנים סברו שהפרה של אביהם ואכלוה - משלמים דמי בשר בזול. היורשים שלא ידעו שהפרה הייתה שאולה בידו, נחשבים אנוסים, ולכן חייבים לשלם רק את מה שנהגו ולא את ערכה המלא של הפרה.⁹⁰

רבא מוסיף שכאשר הניח להם אביהם אחריות נכסים, חייבים לשלם. לכאורה, הלכה זו מוסבת על שני המקרים שהציג. כאמור, החיוב באונסין נובע מהתחייבות השואל (=האב) וחל ברגע ההתחייבות, ואם כן, נכסיו כולם השתעבדו להתחייבותו.

לפי גרסת הסוגיה שלפנינו, הגמרא מציעה שתי אפשרויות להבין את היחס בין ההלכה המחייבת במקרה שיש אחריות נכסים לשתי ההלכות של רבא. לפי הלשון הראשון, משפט זה מוסב על שתי ההלכות הקודמות, ובשתייהן, אם יש אחריות נכסים, גובים מהנכסים. ברם, לפי הלשון השני, משפט זה מוסב על ההלכה השנייה בלבד, ופירוש הדבר שחיוב אונסין חל בשעת האונס ולא בשעת ההשאלה. על לשון זה יש להקשות: החיוב באונסין, כפי שהוסבר, אינו נובע מחיוב נזיקין אלא מהתחייבות השואל, ואם כן, החיוב צריך לחול בשעת ההשאלה?! יתרה מכך, אם החיוב באונסין חל בשעת האונס, מדוע כאשר הבנים אכלו את הפרה, חלה אחריות נכסים על נכסי אביהם, הרי החיוב לא חל בחייו?! רש"י מבאר לשון זה: "ואם הניח להן אביהן קרקע משלמין פרעון שלם דהווי אינהו במקום אבוהון והואיל והן אכלוה משלמין". וכבר העיר על דבריו התוספות רי"ד: "ואיני יודע ליתן טעם לדבר".⁹¹

דקניא להו חצרם לשאלה". הרשב"א מביא שיטה שלפיה החיוב נובע מעצם השימוש. תכף להבאתה הוא דוחה אותה בטענה שאינה מתאימה למימרת רבא, וראה מאירי. ברם, במקרה שהמשאיל תובע מהם להתחייב באונסין, הרא"ש כותב: "ונראה לי דבסתם איירי אבל אם המשאיל אמר ליתומים פרה זו השאלתי לאביכם החזירוה לי או קבלו עליכם אונסין כדין שואל, הדין עם המשאיל כי אדעתא דהכי השאיל לאביהם שיהיו אונסיה עליו, ולמה יניחם להשתמש בלא קבלת אונסין".

90 ראה: תוספות, בבא קמא כז ע"ב ד"ה ושמואל, שגם במקרה זה שהבנים הזיקו, פטורים מחיוב נזק: "ואף על גב דלעיל (שם, כז ע"ב) מרבינן אונס כרצון באדם המזיק מפצע תחת פצע אונס גמור לא רבי רחמנא... וכן בהגוזל בתרא (לקמן קיב ע"א) גבי הניח להם אביהם פרה שאולה כסבורים של אביהם היא וטבחיה ואכלוה משלמין דמי בשר בזול שכך נהגו אבל מה שהזיקו לא דאונסין הן".

91 התוספות רי"ד מנסה לבאר זאת: "ונ"ל שזהו טעם הדבר אלו ידעו שהיא שאולה וטבחיהו משלמין דמי כול' אלא בעבור שסברו שהיא של אבוהון יש להם טענה אלו ידעו שאינה שלנו לא היינו אוכלים בשר אך אם היינו מוצאים בזול. ואם הניח להן אבוהן קרקעות בטלה זו הטענ' שעכשיו קונים ואוכלים בדמיו ואף על פי שהיו יודעים שאינה שלהם היו אוכלין אותה שאם לא היתה זאת

הראב"ד מיישב את הקושי השני:

מאן דמתני לה אסיפא טבחוה ואכלוה אם הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבין לשלם, הכא הוא דמחייבי משום דאבוהון פשע בה כשלא הודיעם בשעת מיתתו כי היא שאולה וכיון דאיהו פשע בה איהו חייב בה ונכסיו נמי מחייבי אבל ארישא דאונס הוא ואיהו לא אחייב בה מחיים נכסים דידיה נמי לא מחייבי.

ביאור זה אינו נוח: מניין שמוטלת על האב החובה להודיע לבניו על ההשאלה? ומדוע, אם לא יידע אותם - נחשב פושע?⁹²

יא.

הגמרא קושרת בין שני הלשונות למימרת רב פפא. הלשון הראשון, שלפיו שואל חייב באונס משעת השאלה, חולק על רב פפא, ואילו הלשון השני, שלפיו השואל חייב משעת האונס, מסכים עם רב פפא. אך יש לעיין בהנחת הגמרא שרב פפא סובר ששואל חייב משעת האונס.

רב פפא אומר שכאשר הייתה לו פרה שאולה וטבחה בשבת פטור. הגמרא מסיקה מדברי רב פפא שלדעתו החיוב חל בשעת האונס, שכן אילו חל בשעת ההשאלה, היה השואל שטבחה בשבת חייב דווקא (ולא היה נפטר מדין קלב"מ), וכפי שמבאר רש"י: "דלא אמרינן משעת שאלה מחייב ליה אקרנא וקמה ברשותיה אפילו למלאך המות אלא

היו קונים אחרת וזהו טעם אחריות נכסים ולא משום דאישתעבדי נכסיו". ביאור זה קשה, שהרי אין די בנכסים שהשאיר אביהם כדי להשפיע על החלטתם אם לאכול בשר. ואם לא השתעבדו נכסיו של האב, מניין נובע החיוב לשלם תשלום מלא? הרמ"ה מבאר: "אבל אם הניח להן אחריות נכסים חייבין לשלם דהשתא לא מצית למימר דאדעתא דפיטורא טבחוה אלא אדעתא דאי משתכח דגולה אבוהון מחייבי לשלומי מאחריות נכסים דידיה הלכך השתא נמי דלא אשתכח דגולה אבוהון כיון דטבחוה אינהו דינא הוא לחיוביניהו כשיעור חיובא דנחית אדעתא דידיה". גם ביאור זה אינו מובן: מדוע שהבנים יעלו בדעתם שיש אפשרות שהפרה גזולה ויצטרכו לשלם מנכסיו אביהם? וראה בהערה הבאה טענת השיטמ"ק: "דחזקה כל מה שאדם מוצא בבית מורישו בחזקת שלו".

רש"י, בכתובות לד ע"ב, מפרש שהבנים פשעו: "דאיבעי להו למידק". וראה שיטמ"ק לכתובות: "וכן כל המפרשים ז"ל דחו פרש"י ז"ל בשתי ידים חדא דאי משום פשיעה נגעת בה אפילו בשלא הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבים לשלם דהא משום פשיעתם אתה מחייבם ולא מחמת אביהם ועוד דהא ודאי לא פושעים נינהו כלל דחזקה כל מה שאדם מוצא בבית מורישו בחזקת שלו ואפילו לא היה אמוד כי יש מתרושש והון רב לכך פירשו כפירוש של הרמב"ן ז"ל דאינהו ודאי לאו פושעים כלל נינהו אבל אביהם חשבינן ליה פושע דהוה ליה למימר להו בשעת מיתה". וכן מבארים תוספות, כתובות לד ע"ב ד"ה אבל.

בשעת טביחה הוא דגוליה ואיסור שבת וגניבה באין כאחד". כלומר: אם החיוב תקף משעת ההשאלה, פירוש הדבר שהפרה השאולה עומדת ברשותו של השואל, והוא חייב בדמיה אם לא יחזירה. ואם טבחה, יהיה חייב בתשלום בשל אותו החיוב. ברם, הסקה זו אינה מוכרחת, שהרי אף אם החיוב באונסין חל משעת שאילה, מכל מקום, אם השואל טובח את הפרה, שאילתו פוקעת והוא חייב כעת מדין גנב.⁹³ ייתכן שמסקנה זו עולה גם מהנימוק להלכת רב פפא שפוטר מתשלום על הגנבה "שאיסור שבת ואיסור גניבה באין כאחד", הרי שהחיוב מדין גנב ולא מחיובי שואל. אכן בעדי הנוסח הישירים יש חילוף גרסה בנימוק זה:

מינכן 95	שאיסור שאל' ואיסור שבת באין כאחד
המבורג 165	שאם אין טביחה אין גניבה ⁹⁴ [שאם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה]
פירנצה	שאיסור שבת ואיסור טביחה באין כאחד
אסקוריאל	ליתא
וטיקן 116	שהרי איסור שאלה ואיסור שבת באין כאחד
דפוס שונצינו	שאיסור שבת ואיסור גניבה באין כאחד
Oxford (Heb. c. 21 (2666	שאם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה

חילופי הגרסה בכתובות לד ע"ב:⁹⁵

מינכן 95	ליתא
וטיקן 112	שאם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה
וטיקן 130	שהרי מיתה ותשלומין באין כאחד
St. Petersburg RNL Evr. I 187	שהרי איסור >...< בת באין כאחת
לינגרד אנטונין 337	שאם [אין גניבה אין טביחה] ואין מכירה
סט. פלוריאן, אוסטריה 84, XI	[שהרי איסור שבת וטביחת פרה באין כאחד]

גרסת ליתא אינה נראית מקורית, שהרי ברישא של דברי רב פפא נמצא נימוק ("שכבר חייב בגניבה..."), ואם כן, מסתבר שגם בסיפא נמצא נימוק. בכתבי היד מינכן ווטיקן

93 הבחנה זו נמצאת בשיטמ"ק לכתובות לד ע"ב ד"ה ועוד: "אבל היכא דטבחה שוב בתורת גנבה הרי כלתה שאלתו וחיוב חדש ופנים חדשות באו לכאן דהיינו גנבתו והיכי תו מצינן למימר דלמפרע משעת שאלה נתחייב בגנבה זו והרי בתורת שאלה באה לידו ושוב כשנגנבה בה היא שעתא רמיא הך חיובא דגנבה עליה ולא משעת שאלה". וראה קצות החושן סימן שמא סעיף קטן ג, שמסכים להבחנה זו.

94 גרסה זו נמצאת בתשובת רב האי גאון, ראה להלן סעיף יב.

95 עפ"י דקדוקי סופרים השלם, כתובות א, ירושלים תשל"ב, עמ' רמח.

(בסוגיית בבא קמא) הגרסה היא: "שהרי איסור שאלה" (בשינויים קלים). כלומר: החיוב אינו נובע מהגנבה אלא מחיובי שאילה, שחלים בזמן הטביחה ולא בזמן השאילה. ברם, הביטוי "איסור שאלה" קשה להבינו, ונראה שהיה צריך לומר "חיוב שאלה". נראה שגרסה זו היא תיקון שנועד ליישב את הנימוק להלכת רב פפא עם ההסקה מדבריו בסוגייתנו.⁹⁶

גרסת כ"י פירנצה "שאיסור שבת ואיסור טביחה" לא מתייחסת לחיוב הקרן אלא לחיוב הטביחה. ברם, גרסה זו קשה, שהרי מי שעבר על איסור טביחה עונשו קנס, ואין הוא נפטר ממנו מדין קלב"מ. ואם כן, משפט זה, שמתייחס לפטור קלב"מ, צריך להתייחס לחיוב הקרן.⁹⁷

גרסת וטיקן 130 (בסוגיית כתובות "שהרי מיתה ותשלומין באין כאחד") מתאימה לסברה שהחיוב אינו נובע מהגנבה אלא מחיוב שואל. גרסה זו מתייחסת לחיוב תשלומין ולא לאיסור שבגיני חייב בתשלומים. מכל מקום, הגרסה "שאיסור שבת ואיסור גניבה" נמצאת רק בגרסת הדפוסים לסוגיית בבא קמא.⁹⁸ נוסף על כך, אף לגרסה "ואיסור גניבה", אפשר שהחיוב מדין גנבה נובע מכך שלא חייב משעת שאילה, אך אם היה חייב משעת שאילה ("וקמה ברשותיה"), אזי לא חייב מחיובי גנבה.

משפט נוסף שנמצא בחלק מהעדים הוא "שאם אין גניבה אין טביחה ומכירה".⁹⁹ משפט זה מנמק את הפטור מטביחה ומכירה (תשלומי ארבעה וחמישה), אף על פי שרב פפא סובר שאין נפטרים מקנס בקלב"מ (כפי עולה מהרישא של הלכת רב פפא, שמחייב את הגונב בחול על הטביחה בשבת).¹⁰⁰ רש"י מוחק משפט זה בסוגיית בבא קמא ובסוגיית כתובות משום שהחיוב בתשלום כפל אמור רק בגנב או בשומר חנם

96 אפשר לבאר שבעלי גרסה זו מחקו את התיבה "גניבה" עפ"י רש"י שסובר ששואל אינו מתחייב בטענת גנב (ראה להלן הערה 102). אך אם כן, יכלו להגיה "לאיסור גזלה". נראה יותר שהגהה זו נוצרה בעקבות הסוגיה שקושרת בין דברי רב פפא לבין הלכת רבא. הסוגיה מניחה שבשתי ההלכות (רבא ורב פפא) החיוב הוא מדיני שאילה.

97 בגיליון של קטע סט. פלוריאן לכתובות נמצאת גרסה דומה, אך שם ליתא לתיבת "איסור" וגורס "וטביחת פרה". גרסה זו יכולה להתייחס לחיוב בקרן שממנו נפטר בקלב"מ. גרסה זו גם אינה מציינת שהחיוב הוא משום איסור גנבה.

98 יש להעיר, שכך גורס או מבאר גם הגאון, ראה להלן סעיף יב. בכ"י לינגרד פירקוביץ המשפט מחוק, ואין לדעת אם גורס "איסור גניבה" או כאחת הגרסאות האחרות. על גרסת כ"י זה ראה: א"ש רוזנטל, "עיונים בתולדות הנוסח של התלמוד הבבלי", מ' בר אשר (עורך), ספר היובל לרב מרדכי ברויאר, ירושלים תשנ"ב, עמ' 582-583.

99 כך גורס גם הרמב"ם, ראה להלן סעיף יג.

100 סוגיה זו נתונה במחלוקת, ראה בבבלי, כתובות לד ע"ב, שלפי ר"מ קנס הוא חידוש, ולכן אין בו פטור מטעם קלב"מ, וחכמים חולקים.

שטוען טענת גנבה ולא בשואל,¹⁰¹ ולדעתו הטובח נחשב גזלן ולא גנב.¹⁰² רש"י מבאר שגרסה זו הושגרה לכאן ממימרת רבא בכתובות הסמוכה למימרת רב פפא.¹⁰³

גם אם נקבל את דברי רש"י ששואל לא יכול להתחייב בחיובי גנבה, עדיין מסתבר שחיובו נובע מחיובי גזלה ולא מחיובי שואל. כאשר טבח את הפרה השאולה, פקעה שאילתו והוא הפך משואל לגזול, והחיוב אכן חל בשעת הטביחה (היא שעת הגזלה) ולא משעת השאילה.

הבבלי דן בחידוש בדברי רב פפא:

דאמר רבה: היה גדי גנוב לו וטבחו בשבת - חייב, שכבר נתחייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור שבת; גנב וטבח בשבת - פטור, שאם אין גניבה, אין טביחה ואין מכירה...

אמר רב פפא: היתה פרה גנובה לו וטבחה בשבת - חייב, שכבר נתחייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור שבת; היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת - פטור. אמר ליה רב אחא בריה דרבא לרב אשי: רב פפא פרה אתא לאשמועינן? אמר ליה: רב פפא שאולה אתא לאשמועינן, סלקא דעתך אמינא, הואיל ואמר רב פפא: משעת משיכה הוא דאתחייב ליה במונותיה, הכא נמי משעת שאלה אתחייב באונסיה, קא משמע לן (כתובות לד ע"ב).

יש שתי אפשרויות לבאר את תשובת רב אשי:

א. קמ"ל ששואל מתחייב משעת האונס ולא משעת השאילה.¹⁰⁴

101 רש"י כותב: "וקנסא ליכא דהא אין כפל ולא ארבעה וחמשה אלא בגנב עצמו שגנב מבית בעלים או בשומר חנם הבא לפטור עצמו בטענת גניבה אבל שואל ונושא שכר ושוכר שאין יכולין להפטר בטענת גנב אין בהן כפל". הרשב"א מביא יישוב לגרסה זו: "והראב"ד ז"ל העמידה כגון שטען לא שואל אני עליה אלא שומר חנם ונגנבה ממני ואשתכח דאיהו טבחה בשבת ועכשיו נודע שהוא שואל עליה". וראה: ד' הנשקה, משנה ראשונה בתלמודם של תנאים אחרונים, ר"ג תשנ"ז, עמ' 190-193, שמקיים את הגרסאות המנמקות את הלכת רב פפא (אם אין גנבה - אין טביחה ומכירה), ולפיהן הטובח עבר על איסור גנבה. הנשקה מבאר שרב פפא חוזר להגדרה הבסיסית של גנבה, שהיא הסתרת החפץ, ולכן גם שומר מתחייב בגנבה אף ללא טענת גנב.

102 רש"י כותב: "ואפילו אמרינן כרב פפא דעד השתא קם ברשותא דמרה אפילו הכי גזלן נעשה עליה ולא גנב שאין דין גנב אלא בטוען טענת גנב והוה שומר חנם". יש לציין שאף על פי שלדעתו לא חל עליו דין גנב, מכל מקום רש"י גורס (או מבאר): "ואיסור שבת וגניבה באין כאחד".

103 רש"י מסכם: "אבל בדרב פפא ליכא למגרסא לא התם ולא הכא ואידי דמילתא דרב פפא איתמר התם גבי מלתא דרבא איגרסא נמי אגב שטפא בדרב פפא ותשובות רב האי גאון מסייעא ליי". בתשובת רב האי אודן בהמשך. על ההבדל המהותי בין שלילת הגרסה על ידי רש"י ובין שלילתה על ידי הגאון, ראה הנשקה (לעיל הערה 101), עמ' 193.

ב. קמ"ל שכאשר טובח, שאלתו פוקעת והוא מתחייב משעת הטביחה.

כאמור, אפשרות ב' סבירה יותר, ויש הבדל בין חיוב אונס שהוא משעת השאילה, לחיוב הטובח את הפרה.

לסיכום: הצעת הסוגיה לפי גרסה זו קשה מכמה פנים: עצם האפשרות שהחיוב באונסין חל בשעת האונס קשה מסברה. כמו כן, קשה לבאר את ההצעה שדברי רבא "בהניח להם אביהם אחריות נכסים" מוסבים על הסיפא בלבד. נוסף על כך, ההסקה מדברי רב פפא שהחיוב הוא בשעת האונס, אינה מוכרחת כלל.

י.ב.

אכן בתשובת רב האי נמצאת גרסה אחרת לסוגייתנו.¹⁰⁵ הגאון נשאל על גרסת הלשונות בסוגייתנו:

וש' הא דתנן הגוזל ומאכיל את בניו והניח לפניהם גדולים חייבין לפרשה לכם וכתבתון והא דאי' דאמ' אפי' אסיפא והיינו דרב פפא ואי' דאמ' אריש' ופליגא דרב פפא ואית נוסחי דכת' בהו איפכא אפילו ארישא והיינו דרב פפא היכי גרסי רבנן.

הגאון מציע את מימרת רבא ומימרת רב פפא:

ולעינין לישאני דמשנו לוותכון הכי גרסי' אי' דאמ' ארישא והיינו דרב פפא ואי' דאמ' אסי' ופליגא דרב פפא ועיקר שמעתא א' רבא הניח להן אביהן פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאילתה מתה אין חייבין באונסיה כסבורין של אביהן היא טבחה ואכלוה משלמין דמי בשר בזול ואם הניח להן אביהן אחרי' נכס' חייבין לשלם תרתי מילי א' רבא קמיתא אין חייבין באונסיה בתריתא טבחה ואכל' משלמ' דמי בשר בזול. ולא מפרש אי ארישא קא' אם הניח להן אביהן אחרי' נכס' חייב לשלם או אסיפא ושמעתא דרב פפא היתה פרה גנובה לו וטבחה

104 כך גם נראה מפירוש רש"י: "כיון דכל כמה דאיתא הדרא בעינא ההיא שעתא דקא טבח לה קא גזיל לה". רש"י מבאר שכיוון שלא חל החיוב משעת שאילה, החיוב מדין גזלה חל בשעת הטביחה.

105 תשובות גאונים קדמונים, קאססעל, סי' פג (=אוצה"ג ב"ק, עמ' 94); ש' עמנואל, תשובות הגאונים החדשות, ירושלים תשנ"ה, עמ' 102; ע' פוקס, "מקומם של הגאונים במסורת הנוסח של התלמוד הבבלי", עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"ג, ב, עמ' 125-126. דיון בתשובה ראה פוקס, א, עמ' 84.

בשבת חייב שהרי נתחיי' בגני' קודם שיבא לידי איסור שבת היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור שהרי איסור גני' ואיסור שבת באין כאחת.

לאחר מכן מציע הגאון את שני הלשונות בסוגיה:

אי' דאמ' דהא דרבא ארישא וסבירא ליה שאם הניח להן אביהן פרה שאולה ומתה והניח להן אביהן אחרי' נכס' חיב באונס אבל לענין טביחה וכסבורין של אביהן היא אין עליהן אלא דמי בשר בזול והיינו דרב פפא אבל אי' דא' אסיפא שאם טבחה ואכלוה והניח להן אחרי' נכס' חייב' לשלם דמי פרה ולא מסתיהון דמי בשר בזול דהוי להון כמי שגזל פרה וטבחה והווי טבחי גזולה ומשעה שחשבו לשוחטה ושלחו יד לשחטה כגזולה דמיא ופליגא דרב פפא דקאמ' פרה שאולה שטבחה בשבת פטור שהרי לא נתחייב בגניבה עד שנתחייב בנפשו דסבר רב פפא טביחתה היא גניבתה ואיסור שבת באין כאחת וטובא משתבשין גורסאי בהא מילתא דשטפי וגרסי שאם אין גניבה אין טבי' ואין מכי' ורהיט לשון הא דתנן כמתניתין לענין עדות והכא הכין היא מילתא לטע' דרב פפא אם אין טביחה אין גניבה משום ששאולה היא אצלו:

גרסת הגאון היא: "אי' דאמ' ארישא והיינו דרב פפא ואי' דאמ' אסיפא ופליגא דרב פפא".

לפי פירושו לגרסה זו, אם הפרה נאנסה, אזי ודאי שחייב התשלומים הוא משעת שאילה - השעה שבה התחייב השואל. לכן אם יש אחריות נכסים, יכול המשאיל לגבות מהם את המגיע לו. ברם, אם השואל טבח את הפרה, החיוב הוא משום גנבה ולא משום שאילה, ולכן חל בשעת הטביחה - היא שעת הגנבה. משום כך, רב פפא פוטר את הטובח פרה שאולה בשבת מדין קלב"מ. לפי זה, אין מחלוקת בין רב פפא לרבא. במקרה שרבא דן בו, החיוב הוא מחיובי שאילה, שחלים בשעת השאילה; ואילו במקרה שבו דן רב פפא, החיוב הוא מחיובי גנבה, שחלים בשעת הטביחה.

שני הלשונות חלוקים במקרה שהבנים היו סבורים שהפרה של אביהם ואכלוה. הגאון מבאר את הלשון הראשון שהחיוב במקרה זה הוא מחיובי גנבה ולא מחיובי שאילה, ולכן חל בשעת הטביחה.¹⁰⁶ לפיכך, אפילו השאיר האב נכסים, הם לא השתעבדו לחיוב שחל בשעת הטביחה שלאחר מותו. ברם, לפי הלשון השני, החיוב חל כבר בחיי האב ונכסיו השתעבדו לו. קביעה זו מתבססת על הדעה שלפיה הפרה חשובה

106 ראה: ב' ליפשיץ, "מנוסחאות הגאונים ומפירושיהם", ש' ישראלי, נ' לאם, י' רפאל (עורכים), ספר היובל להגאון רבי יוסף דוב סולובייצ'יק, ירושלים תשמ"ד, עמ' תתרמו-תתרמו, שמבאר את דברי הגאון בעזרת ההבחנה של השיטמ"ק, וראה לעיל הערה 93.

כגזולה משעה שחשבו לשחוט אותה ולאכול את בשרה. וכיוון שאביהם יצר את המצב שאפשר להם את הגזלה, נחשב שהיא חלה בחייו, ונכסיו השתעבדו לתשלומיה.¹⁰⁷ שלא כמותו, רב פפא סובר שבשואל שמחזיק בפרה ברשות, אם אין טביחה אין גנבה.

ביאור הגאון קשה מכמה פנים:

א. לפי הגאון החיוב של הבנים במקרה שסבורים היו שהפרה של אביהם נובע מחיובי גנבה. אם אכן כך, היינו מצפים שיחויבו לשלם מחיר מלא ולא רק דמי בשר בזול?! על כורחנו נאמר שהם אנוסים, ואינם מחויבים מדין גנב. ואם כן, השאילה לא פקעה, ונכסי אביהם משתעבדים לתשלום כדין פרה שאולה שנאנסה.

ב. מדוע אביהם חשוב גזלן? אפילו נקבל את ההנחה שמשעה שהשואל חשב לשחוט את הפרה הוא חשוב גזלן (ולא משעת הטביחה בפועל), מכל מקום, במקרה שרבא מציג, האב לא חשב לשחוט את הפרה כלל, ומדוע חשוב גזלן?¹⁰⁸

לפי גרסת הגאון, אין מחלוקת שהחיוב מדין שואל חל בשעת השאילה, ואף רב פפא מסכים לכך בחיובי אונסין של שואל. המחלוקת בין הלשונות היא לגבי הזמן שבו חל על השואל חיוב גנבה: האם הוא חל מהשעה שבה התעוררה המחשבה לגנוב או משעת הטביחה? לפי גרסת הגאון, מימרת רב פפא מובנת כהלכה שלא כבנוסח הרווח. אמנם ההלכה השנייה של רבא, ובפרט לפי הלשון השני (לפי גרסת הגאון), קשה כמפורט לעיל, אך גם לפי הנוסח הרווח קשה לבאר את שתי ההלכות של רבא לפי הלשון השני.¹⁰⁹

נמצא ששתי הגרסאות בסוגיה קשות בפירושו למימרת רבא. כמו כן, שתיהן יצרו קשר מאולץ בין מימרת רבא למימרת רב פפא.

יג.

הרמב"ם (הלכות שאלה ופיקדון פ"א ה"ה) כותב:

107 נתון זה חסר בדברי הגאון, אך נראה לי שהוא הכרחי, שהרי לא די במחשבת הבנים לשחוט את הפרה כדי לחייב את נכסי האב. ועדיין צ"ע.

108 אפשר להידחק ולומר שבכך שלא הודיע לבניו פשע וחשוב גזלן מאותה שעה, בדומה לביאור הראב"ד ללשון השני בנוסח הרווח, ראה לעיל סוף סעיף י.

109 רוזנטל (לעיל הערה 98), עמ' 585, כותב על ביאור הגאון: "ולא נביא כאן כלום מן הדברים שעל ידם ביקש הגאון לפרש נוסח זה. שכן לא זכיתי לעמוד על טעמו בהם, ודבריו בזה סתומים לי מכל צד". עם זאת, כפי שכתבתי, גם גרסת הנוסח הרווח קשה ואינה חלקה.

הניח להם אביהם פרה שאולה ומתה אין חייבין באונסיה, חשבו שהיא של אביהם טבחוה ואכלוה משלמין דמי בשר בזול, ואם הניח להם אביהם נכסים ומתה או שטבחוה משלמין את דמיה מנכסיו.

הרמב"ם פוסק שגובים מאחריות נכסים של האב בין שהפרה מתה ובין שהבנים טבחוה. פסק זה מתאים ללשון הראשון שלפיו "מאן דמתני לה ארישא, כל שכן אסיפא". לפי לשון זה, רבא חולק על רב פפא וסובר שהטובח פרה שאולה בשבת חייב, כיוון שהחויב חל כבר משעת שאילה ולא בשבת. ובמקום אחר, הרמב"ם פוסק גם את דברי רב פפא:

היתה פרה שאולה אצלו וטבחה בשבת דרך גניבה פטור אף מן הכפל שהרי איסור שבת ואיסור גניבה באין כאחת ואם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה (הלכות גנבה פ"ג ה"ד).

הרשב"א (כתובות לד ע"ב) מקשה על פסיקת הרמב"ם כלישנא קמא:

ואיני יודע טעם לדבריו דכיון דאיכא מאן דמתני לה אסיפא אבל ארישא לא, מספיקא היכי מפקינן ממונא, ועוד דלישנא בתרא הוא כמאן דמתני לה אסיפא, ועוד דלמאן דמתני לה אסיפא לא פליגא ברייתא אדרב פפא ומאן דמתני לה ארישא פליגא אדרב פפא ומוטב שנשוה רב פפא עם הברייתא משנעשה רב פפא חולק עם הברייתא.

המגיד משנה (הלכות שאלה ופיקדון) מקשה על הרמב"ם שפוסק כלשון הראשון ופוסק כרב פפא:

ועוד אני רואה מקום תימה בדבריו ז"ל שהוא פסק הא דרב פפא פ"ג מהלכות גניבה וא"כ היאך פסק כאן כלשון ראשון כנגד רב פפא. ובודאי שיש לרבינו שיטה אחרת בלשונות אלו וצ"ע.

הכסף משנה מצייע שהרמב"ם לא גרס "ופליגא דרב פפא... והיינו דרב פפא". ואם כן, דברי רב פפא אינם חולקים על הלשונות השונים בביאור דברי רבא ואינם מסייעים להם.¹¹⁰ ברם, בכל עדי הנוסח של הבבלי גורסים משפט זה, ואין ראייה טקסטואלית

110 הכסף משנה מבאר שאף אם החיוב באונסין חל משעת השאילה, נפטר השואל מדין קלב"מ, כיוון שהחיוב חל בפועל בשעת הטביחה, ומכל מקום השתעבדו נכסיו לחוב ("דהא ודאי משעת שאלה איחייב בהו אלא היינו לומר שחיוב זה תלוי ועומד הוא שמא לא תיאנס ואם תיאנס יתחייב נמצא כשטבחוה או נתחייב בפועל ואותו חיוב בכח התחיל משעת שאלה"). ביאור זה קשה, כיוון שהחיוב חל בשעת השאילה, ורק אם מחזיר את הפרה נפטר ממנו. ואם כן, אין דין קלב"מ יכול לפטור אותו

להצעתו.¹¹¹ כמו כן, אין בהצעתו ביאור לקושי שמעלה הרשב"א לכך שהרמב"ם לא פוסק כלישנא בתרא וכיצד מספיקא מפקינן ממונא.

ר' עקיבא איגר (להלן: רעק"א) בחידושו לכתובות לד, ע"ב מציע גרסה אחרת בתלמודו של הרמב"ם:

ולענ"ד דהרמב"ם גריס בהיפוך דבל"ק אמרי' והיינו דר"פ והיינו דמה דאמרין שאילה חייב במזונותיה קמ"ל היינו דקמ"ל דאף דמשעת שאילה חייב באונסין מ"מ פטור מד' וה' כיון דליכא חיוב קרן דגנבה אבל לא דקמ"ל דאינו חייב באונסין דא"כ הו"ל למנקט הדין בעלמא דאינו חייב באונסין מעידן שאלה ואין לו שייכות לדין ד' וה', אלא ודאי דפירושו דקמ"ל דמ"מ מקרי אם אין גנבה כיון דחיוב קרן דגנבה ליכא, ולזה אמרי' בל"ק היינו דר"פ אבל ללישנא בתרא דאינו חייב משעת משיכה ע"כ דפליגי דר"פ דמדברי ר"פ מוכח דס"ל דבאמת חייב משעת שאלה אלא דפטור מד' וה' וכו' ונכון בעזה"י.

לפי הצעת רעק"א, לשונות הפירוש הם כנוסח שלפנינו. הלשון הראשון סובר שחיוב אונסין הוא משעת שאילה, והסיפא מוסבת על שתי ההלכות של רבא, ואילו הלשון השני סובר שחיוב אונסין חל בשעת האונס, והסיפא מוסבת רק על ההלכה השנייה. ההבדל בינו לבין הנוסח הרווח הוא בהבנת דברי רב פפא עצמם ובהבנת טיב היחס שביניהם לשני הלשונות. לפי רעק"א, רב פפא מחייב שואל שטבח מדין גנב, ולכן, אם טבח בשבת פטור מחיובי גנבה וטביחה ומכירה, אך חייב בקרן משעת שאילה, וחיוב זה

מהחיוב ולהסיר את השעבוד מנכסיו. וראה קצות החושן סימן שמא סעיף קטן ג: "אמנם לא יכולתי לירד לסוף דעתו הרמה... וא"כ טבחה בשבת נמי ליחייב כיון דכבר נתחייב בשעת שאלה בתנאי שאם תאנס והתנאי מתקיים גם כשמתה בשבת כיון שאין אנו מחייבין אותו על הטביחה אלא על שעת שאלה וכשטבחה בשבת נתקיים התנאי למפרע. ואי נימא כיון דבשבת ליכא חיוב בפועל גם התנאי אינו ומשום דנימא דהתנאי לא היה להשתעבד למפרע אלא כי תאנס בשעת חיוב, א"כ כי מתה ביד הירושין נמי ליכא תורת חיוב עליו בפועל דבמתים חפשי וכמ"ש. כללו של דבר לא הבנתי מה בין טבחה בשבת לטבחה הירושין וכמ"ש וצ"ע".

111 הש"ך חו"מ סימן שמא סעיף קטן ו, מקשה על תיקון הגרסה של הכסף משנה: "מ"ש בכ"מ דהרמב"ם לא גריס ופליגא דר"פ וכן היינו דר"פ וזהו דבר שאין לו שחר ועוד דא"כ היאך שייך הך מימרא דרבא בפ' אלו נערות והלא כבר סדרו חכמי התלמוד מימרא זו בפ' הגוזל א"ו משום דבפ' אלו נערות איתא גופא מימרא דר"פ סדרו חכמי התלמוד מימרא דרבא למימר דלישנא קמא פליג אר"פ וללישנא בתרא היינו דרב פפא".

מחויבי אונסין שחלים בשעת שאילה.¹¹² משום כך, רעק"א טוען שהרמב"ם גורס בלשון הראשון "והיינו דרב פפא" שמחייב קרן משעת שאילה, ואילו בלשון השני - "ופליגא דרב פפא". לפי גרסה זו מובן מדוע הרמב"ם פוסק כלישנא קמא, שהרי רב פפא מסייע לו.¹¹³

א"ש רוזנטל מבאר את דברי הרמב"ם על פי שיטה זו. רוזנטל מדייק מלשון הרמב"ם שהטובח חייב בתשלומי הקרן. הרמב"ם פוסק "פטור אף מן הכפל", ומשתמע ממילותיו - שבתשלום הקרן חייב.¹¹⁴

ביאורו של רעק"א קשה, שהרי כאשר השואל טבח את הפרה, פקעה שאילתו וחייב מדין גנב ולא מדין שואל,¹¹⁵ ואם כן, הכיצד מחייבו רב פפא מדין שואל? יתרה מכך, רב פפא נוקט לשון "פטור", וקשה להניח שכוונתו לפטור רק מתשלומי ארבעה וחמישה. זאת ועוד: הגמרא בכתובות מבארת שחידושו של רב פפא הוא שפטור מדין קלב"מ, ולא

112 לפי ביאור זה, צריך לומר ששואל שטבח חייב בתשלומי ארבעה וחמישה כדין גנב (ולא גזלן), וכן צריך לומר שחייבו הוא משום שפקעה שאילתו (אם כי חיוב אונסין חל משעת שאילה), שאלמלא כן אין הבדל בין טובח ביום חול לטובח בשבת, ובשניהם חייב בקרן בלבד. לפי זה, אפשר לגרוס את הנימוק "אם אין גנבה, אין טביחה ומכירה", שהרי עיקר חידושו של רב פפא הוא הפטור מתשלומי ארבעה וחמישה, כיוון שפטור מדין גנב והחיוב בקרן הוא מדין שואל. ואכן הרמב"ם גורס את הנימוק הנ"ל, וראה רוזנטל (לעיל הערה 98), עמ' 586-587.

113 ראה דקדוקי סופרים השלם (לעיל הערה 95), עמ' 10, שמציע לבאר את הרמב"ם על פי הגרסה בתלמודו.

114 רוזנטל (לעיל הערה 98), עמ' 589. הוא מסתמך על ההשוואה להלכה הקודמת ברמב"ם (הלכה ג'). ההלכה שם היא שהגונב בשבת וטובח פטור מתשלומי ארבעה וחמישה. הרמב"ם לא מציין שהגונב חייב בכפל כי מסתמך על הלכה ב', שם מביא את דין הגנב שחייב בכפל, עיי"ש. ברם, השוואה זו אינה מוכרחת, כיוון שבהלכה ב' מוזכר במפורש שהגונב בשבת חייב בתשלומי כפל, ובהלכה ג' הוא ממשיך את הדין בטובח ופטר אותו מתשלומי ארבעה וחמישה, ולא צריך לציין את החיוב בכפל שהוזכר במפורש בהלכה הקודמת. אך בהלכה ד' היה עליו לציין שחייב בקרן, שהרי חיוב הקרן הוא מדין שואל ולא מדין גנב, ולא יכול היה להסתמך על הלכה ב', שם החיוב בקרן מדין גנב, ואם כן, העיקר חסר מן הספר. וראה ש"ך חו"מ סימן שמא סעיף קטן ו, שגם מבאר את דברי הרמב"ם שחייב בקרן ופטור מכפל (הש"ך מבאר את הרמב"ם לגרסה שלפנינו, ורב פפא פטר לחלוטין, כיוון שטובח שהחיוב הוא בשעת האונס. אבל הרמב"ם לא פסק את דברי רב פפא במלואם, אלא את הפטור מכפל שחל בשעת הטביחה בלבד). כאמור, ביאור זה בדברי הרמב"ם קשה, והיה על הרמב"ם להדגיש את החיוב בקרן ולא רק את הפטור מכפל.

115 שהרי שואל שטבח ביום חול חייב בתשלומי ארבעה וחמישה, וראה לעיל הערה 112. נמצא שלפי הצעת רעק"א, מחויבים אנו לסבור ששואל שטבח, פקעה שאילתו, וחיובו חל בשעת הטביחה ומדין גנב, אף על פי שבאונסין השואל חייב כבר משעת שאילה.

יעלה על דעתך שחייב באונסין משעת שאילה (לעיל סוף סעיף יא), ואילו לפי רעק"א חייב בקרן משעת שאילה כדין שואל.¹¹⁶

מכל מקום, לא מצאנו גרסה כזאת בעדי הנוסח של סוגיית בבא קמא ושל סוגיית כתובות.¹¹⁷

נראה שפתרון דברי הרמב"ם אינו טמון בגרסת הבבלי¹¹⁸ אלא בדרכי פסיקתו שלו.¹¹⁹ הרמב"ם פסק כלשון הראשון בסוגייתנו, שלפיו החיוב של שואל הוא משעת שאילה. לשון זה פשוט יותר הן מבחינת הסברה הן מבחינת הביאור לדברי רבא.¹²⁰ ובכל זאת, הרמב"ם לא פסק את ביאור הבבלי בסוגייתנו לדברי רב פפא. הבבלי מבאר שדברי רב פפא מבוססים על היות חיוב אונסין תקף משעת האונס, אך הרמב"ם לא

116 רוזנטל (לעיל הערה 98), עמ' 590, מתייחס לבעיה זו וכותב: "או שלא היה לפניו לשון פירוש זה כלל... או שהיה לפניו מעין לשון זה... הכא נמי משעת שאילה מיחייב באונסיה סד"א ליחייב נמי כפל ד' וה' אטביחה קמ"ל".

117 רוזנטל מבאר את דעת הרמב"ם כביאורו של רעק"א וטוען שגרסתו כגרסת רב האי גאון. אף שדוחה את פירושו של הגאון בטעמה של גרסה זו, מכל מקום, אין לדחות את נוסח הגאון, והרמב"ם בא ללמדנו אף על טעמו. לדבריו, שתי המסורות (מסורת הנוסח הרווח ומסורת נוסח הגאון) חולקות בדעת רב פפא לגבי השעה שבה מתחייב השואל - אם משעת שאילה או משעת אונס. ברם, יש הפרש בין גרסת הגאון לשחזור גרסת הרמב"ם. שחזור גרסת הרמב"ם הוא: "ארישא וכ"ש אסיפא והיינו דרב פפא... אסיפא אבל ארישא לא ופליגא דרב פפא". לפי גרסה זו, במקד המחלוקת עומדת השאלה אם ההלכה מוסבת על הרישא או לא, וההשלכה שיש לתשובה היא הקביעה מאימתי מתחייב השואל - האם משעת שאילה או משעת אונס. אך הגאון גורס "ארישא והיינו דרב פפא... אפילו אסיפא ופליגא דרב פפא". לפי גרסה זו, השאלה שעליה נסבה המחלוקת היא אם ההלכה מוסבת על הסיפא או לא, וההשלכה שיש לתשובה תהיה הקביעה אם חיוב השואל בגנבה חל משעת מחשבה או משעת המעשה. מדברי רוזנטל נראה שכוונתו לגרסת היסוד בסוגיה: "איכא דאמרי ארישא והיינו דרב פפא איכא דאמרי אסיפא ופליגא דרב פפא". לפי הרמב"ם, פירושו "אפילו ארישא... איכא דאמרי אסיפא...". לפי הגאון פירושו "ארישא... איכא דאמרי אפילו אסיפא...".

118 יש להעיר שקשה להניח שלפני הרמב"ם עמדה גרסת הגאון, שהרי גרסת הנוסח הרווח נמצאת בכל כתבי היד, הראשונים וכן בר"ח (אוצה"ג, כתובות, עמ' 33-34).

119 ראה: מ"ש פלדבלום, "פסקיו של הרמב"ם לאור גישתו לחומר הסתמי שבבבלי", Proceedings of the American Academy for Jewish Research, 47-46 (1980), עמ' קיא-קכ. אך ראה: "ברודי, "על יחס הרמב"ם לסתם התלמוד", בר אילן, ל-לא (תשס"ו), עמ' 37-47.

120 ראה לעיל סעיף י. וראה משנה למלך הלכות שאלה ופיקדון: "ועוד יש להכריח דבר זה דע"כ אכולה מילתא קאי מה שאמרו בגמרא דאם הניח אחריות נכסים חייבים ולפי מי שפירשו דקאי לטבחוה ואכלוה קשה דמאיזה טעם חייבים ומה שפירשו קצת מפרשים מטעמא דפשע אביהן בשלא הודיעם קשה דמאי פשיעותא איכא הגע עצמך שמת פתאום או בדרך וכי היה לו לומר לבנו בעודו בריא דבר זה של פלוני הוא ואי לא אמר הכי פושע מיקרי וגם מה שפירש"י אינו ברור ולשיטת רבינו ניהא דקאי אכולה מילתא בין בהניח להם פרה שאולה ומתה בין טבחוה ואכלוה".

קיבל ביאור זה והעמיד את דבריו על חיוב מדין גנב ולא מחיוב שואל באונסין, וזמן תחולתו של החיוב - בשעת הטביחה.¹²¹ ומתוך פירוש זה, הרמב"ם פוסק הן את הלשון הראשון הן את דברי רב פפא.

יד.

מהו פתרון היווצרותה של סוגיה זו?

אמנם סוגיה זו מלאה קשיים עד כדי כך שהרמב"ם דחה אותה והעמיד את המימרות על פי פשוטן, אך רווח גדול בצדה, והוא יצירת השיטה ששואל חייב באונס בשעת האונס. מסתבר אפוא שמגמת הסוגיה היא ליצור שיטה מחודשת שמנתקת את החיוב באונס מהקניין. שיטה זו נצרכת לאור התפיסה הרווחת שלפיה הגזל אינו קנוי לגזלן, ולאורה קשה להבין כיצד ניתן לחייב את הגזלן באונסין. אכן, לפי השיטה שחיוב אונסין אינו חל בשעת ההתחייבות אלא הוא מחיובי נזיקין של השואל, ניתן לחייב באונסין גם את הגזלן, אף על פי שלא קנה את הגזל.¹²² עמדה זו קיימת רק בנוסח הרווח ולא בגרסת הגאון, ולכן נראה להכריע כגרסת הנוסח הרווח. בעקבות הקשיים בגרסה זו הגיהו אותה עוד בזמן קדום.

כאמור, הלכה מחודשת זו, שלפיה חיוב אונסין חל בשעת האונס, אינה מתאימה לפשט מימרת רבא וכן אינה עולה מפשט דברי רב פפא. גם לגבי גזלן יש מקורות

121 ראה לעיל סעיף יא. וראה קצות החושן סימן שמא סעיף קטן ג: "זהסברא נכונה דודאי אינו משתעבד לגמרי משעת שאלה אלא בתנאי שאם תיאנס אח"כ, וכמ"ש הריטב"א (החדשים, בבא מציעא צז ע"ב ד"ה ש"מ) דחיובא למפרע על האונס שיבא אח"כ, והיינו דוקא באונס או פשיעה שיבא מתורת שומר בזה הוא דמתחייב למפרע, אבל היכא דבא עליו בתורת גניבה דכלתה שמירתו דק"ל כר' עקיבא דכיון ששלח בה יד כלתה שמירתו וכדאיתא סוף פרק המפקיד (בבא מציעא מ ע"ב-מא ע"א) ע"ש, ונעשה חיוב חדש ופנים חדשות ואינו מתחייב למפרע על האונס שבא שלא בתורת שומר".

122 לפי ביאור זה מובן מדוע קבעו סוגיה זו סמוך לסוגיה על משנת הגזול ומאכיל. עיקר חידושה של הסוגיה הוא שהגזל "ברשותיה דמריה קאי", ואם כן, יש צורך לבאר כיצד מתחייב באונסין. אמנם יש קשר נוסף בין הסוגיות, ראה ראב"ד: "הלכך הא דתנן המניח לפנייהם אם אין גזלה קיימת פטורין ואוקימנא לאחר יאוש הא לפני יאוש חייבין איכא פלוגתא שאם אכלוה שוגג משלמין דמי בשר בזול ותו לא ואם אכלוה מזידין משלמין את כולה כרב חסדא. והגזול ומאכיל את בניו לפני יאוש אם בחזקת שהוא שלו הם אוכלים משלמים דמי בשר בזול ואם על דעת שגולה היא בידו אכלו משלמין כולה דשנוי רשות בלא יאוש ליכא מאן דאמר דקני כך הראונו מן השמים". נראה שהבנת היווצרותה של סוגיה חמורה זו מלמדת על הסיבה העיקרית להצבתה כאן. אין בהלכת "משלמים דמי בשר בזול" כדי לבאר את היווצרותה של הסוגיה, ולכן נראה שאין היא הסיבה למיקומה במקום שמוקמה.

שמהם עולה שחיוב אונסין הוא משעת הגזלה.¹²³ מקורות אלו שמחייבים את הגזלן בתשלום בגובה ערך הגזלה בשעת הגזלה, עמדו לפני הראשונים, ולכן הם הפרידו בין חיוב גזלן באונסין לחיוב שואל באונסין. גזלן חייב כשעת הגזלה, ואילו שואל חייב כשעת האונס.¹²⁴ מגמת הסתמא לבאר את חיוב אונס בגזלן במנותק מהקניין שבגזלה לא צלחה. ניתוק זה בין מעשה ההתחייבות לחיוב אונסין נותר רק בשואל, אך שם הוא לא נצרך.

סוף דבר

במאמר זה בדקתי את טיבו של קניין הגזלה שחל בשעת הגזלה. עיקרו של המאמר עוסק בשאלת הבעלות על החפץ הגזול של אדם אחר שאינו הגזלן הראשון. התשובה לשאלה זו מעידה על טיבו של הקניין בידי הגזלן. הבדיקה מלמדת שפשט משנת הגזלן בתרא וכן דעת רב היא שהגזלן קנה את החפץ מיד, ולכן כאשר החפץ בידי אדם אחר, שאינו הגזלן, הוא אינו חייב בהשבתו. כלומר: השבת החפץ איננה נובעת מהבעלות העכשווית של הנגזל אלא ממצווה שחלה רק על הגזלן. ברם, כבר האמוראים העמידו מקורות אלו בדרכים שגורמו לדברים המובאים בהם להתאים לתפיסה שהגזלה אינה קנויה לגזלן. לצורך ההעמדה השתמשו בסברה שקניין נוצר על ידי ייאוש ושינוי רשות, ולכן הלוקח מהגזלן קנה את הגזל, אף על פי שהגזלן עצמו לא קנה אותו. שאלה נוספת שיש בה כדי להעיד על טיב הקניין, היא שאלת זמן חיוב הגזלן בתשלומים. פשט משנת הגזלן קמא מורה שהגזלן מתחייב בשעת הגזלה, אך רבה מחייב את הגזלן שהזיק לפי הערך בשעת הנזק. ראשונים ואחרונים עמדו על סתירה זו ויישבו אותה בדרכים שונות. מסתבר יותר שעמדת המשנה ועמדת רבה מייצגות את שתי התפיסות בקניין הגזלה. בהמשך המאמר דנתי ברציונל המשפטי שביצירת קניין בשעת הגזלה. מסוגיית הבא במחתרת הסקתי שנקבע שהגזלן קונה את הגזלה כדי שאפשר יהיה לחייבו באונסין. נראה שהבעיה המוסרית שנמצא חוטא נשכר הובילה לדחיית תפיסה זו ולהשאת הבעלות על הגזל בידי הנגזל. מובן שגם לפי תפיסה זו הגזלן חייב באונסין, וזאת אף

123 לדוגמה: מימרת רבה שכאשר נשברה החבית מחייב את הגזלן כשעת הגזלה, ראה לעיל ליד הערה 68. וכן משנת הגזלן קמא "משלמים כשעת הגזלה", ראה לעיל סעיף ת.

124 ראה בקצות החושן סימן רצא סעיף קטן א, שהרמב"ן מבחין בין שואל שלא מתחייב באונסין עד שעת האונס ולכן חייב כשעת האונס, לבין גזלן המתחייב באונסין בשעת גזלה ולכן חייב כשעת הגזלה. קצות החושן טוען שלפי זה, דין שואל תלוי בשני הלישנות בסוגייתנו אם שואל חייב כשעת השאילה או כשעת האונס, ועי"ש מה שמקשה. הריטב"א טוען שלשני הלישנות בסוגייתנו שואל חייב כשעת האונס, עי"ש. וראה אבני נזר אהע"ז סימן רצא, שבתשובות הרשב"א מבואר שלפי הלשון הראשון, שואל חייב כשעת השאילה, ולפי הלשון השני, חייב כשעת האונס, וראה שם מה שמתרץ על קושיית קצות החושן.

ללא קניין גמור. בסופו של המאמר הצעתי פתרון לסוגיה חמורה בריש הגזול ומאכיל. סוגיה זו מציעה לפרש את מימרת רבא ומימרת רב פפא באופן שישתמע מהן שחיוב אונסין של שואל יחול בשעת האונס. הצעה זו קשה ואינה הולמת את פשט המימרות. הפתרון שהוצע הוא שהסוגיה ביקשה למצוא דרך להתמודד עם הסתירה בין השתת חיובי אונס על הגזלן לבין התפיסה שהגזלן אינו קונה את הגזל. הפתרון שהציעו בעלי הסוגיה הוא ניתוק החיוב המשפטי באונס מההתחייבות ומהקניין, ניתוק שיפתח את האפשרות שגם ללא קניין יתחייב הגזלן באונסין.