

הרב פרופ' נחום רקובר  
משנה ליועץ המשפטי לממשלה

## תקנת השבים

### מבוא

"תקנת השבים" היא שמה של תקנה שניתקנה בתקופת התנאים. "תקנת השבים" היא אף שמו של חוק שחוקקה הכנסת לפני שנים אחדות. עניינה של "תקנת השבים" היא, כפי שיבואר בהמשך דברינו, להקל על מי שמעד, לתקן את דרכיו ולהשתלב מחדש בחברה.

את חזרתו בתשובה של העבריין אין להשאיר ליזמתו של העבריין. חובה מוטלת על החברה לעודד את חזרתו ולסייעו בכך, בחינת 'אתה נותן יד לפושעים, וימינך פשוטה לקבל שבים'.<sup>1</sup> וכבר אמרו חכמים:<sup>2</sup> 'לעולם תהא שמאל דוחה וימין מקרבת. לא כאלישע שדחפו לגחזי בשתי ידיים'.

חכמי המשפט העברי אף הרחיקו לכת, ותיקנו כמה תקנות, שמטרתן לעודד את העבריניים לשוב בתשובה. במסכת סוטה מובא:<sup>3</sup> 'אמר ר' יוחנן משום רבי שמעון בן יוחאי. מפני מה תיקנו תפלה בלחש? שלא לבייש את עוברי עברה [המתוודים]<sup>4</sup> על עבירות שבידם], שהרי לא חלק הכתוב מקום בין חטאת לעולה [לא]<sup>5</sup> קבע לשחיטת חטאת מקום בפני עצמו, שלא יבינו שהיא חטאת ומתבייש].

בשמו של רבי שמעון בר יוחאי, אף מובא,<sup>6</sup> כי 'אפילו רשע גמור כל ימיו, ועשה תשובה באחרונה - אין מזכירין לו שוב רשעו'.

1. 'בסליחה' לך ה' הצדקה' וכו'. מתוך תפילת נעילה של יום כיפור, נוסח אשכנז. ראה: פרקי דר' אליעזר, ראש פרק מג: 'בראת תשובה וימין הקב"ה פשוטה לקבל שבים בכל יום, ואומר "שובו בני אדם"'. וראה ביאור הרד"ל, שם.

בעוד שהסיפא מדברת על קבלת השבים, נאמרו כמה פירושים על הרישא, 'אתה נותן יד לפושעים'. יש המפרשים גם את הרישא במובן של נתינת יד לסייעם לשוב, אבל יש המפרשים, שהקב"ה מניח לפשוע למי שחפץ לפשוע. ובעוד ש'יד' [=שמאל] מסייעתם לפשוע, הרי יד ימין ('ימינך') מסייעתם לשוב. ראה הפירושים, ב'אוצר התפילות' לנעילה.

2. סנהדרין קז ע"ב. וראה חידושי אגדות למהרש"א, שם.

3. סוטה לב ע"ב.

4. רש"י לסוטה, שם.

5. רש"י, שם.

6. קידושין מ ע"ב. וכן ראה סנהדרין קג ע"א, בשם רשב"י, בעניין תשובתו של מנשה.

המגמה לאפשר למי שחטא, לחזור לחיי חברה תקינים, היא מן המאפיינים הבולטים במדיניות החברתית היהודית. לשם השגת מטרה זו אף נתקנו כמה תקנות שמטרתן להקל על העבריין לשוב, כמו תקנת מריש הגזול, שנתקנה לתקנתם של השבים.

באותה מגמה, חוקקה הכנסת, לפני שנים אחדות את 'חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981'. החוק לא אימץ את התקנה המסויימת בדבר השבת הנכס הגזול, אבל הוא אימץ את המגמות של המקורות היהודיים בהקלה על העבריין להשתלב מחדש בחברה. החוק עשה זאת בקביעה, כי המרשם הפלילי יהיה חסוי, ורק אלה שהחוק קובע במפורש, יהיו רשאים לעיין בו. כמו כן, קובע החוק כי לאחר שעברה תקופה מאז ריצוי העונש, תחול "התיישנות" על המרשם הפלילי ולאחר עבור תקופה נוספת תחול "מחיקה" על המרשם. יתרה מזו, החוק קובע כי נשיא המדינה רשאי לקבוע כי מיד לאחר ריצוי העונש, יחולו ה"התיישנות" או ה"מחיקה" של המרשם הפלילי. וזה לשון המבוא להצעת החוק:

ההצעה מאמצת את גישת ההלכה לנושא, המוצאת את ביטוייה ב"תקנת השבים" שמקורה במשנה גיטין ה', ה', ו' ושנתייחדה לפעולות תחיקתיות ושיפוטיות שמטרתן להקל על העבריין לשוב בתשובה ולהשתלב בחיי החברה. בהקשר זה כתב לפני כאלף שנים רב האי גאון, ראש ישיבת פומבדיתא, באחת מתשובותיו, את הדברים האלה:

"שורת הדין שאין לך דבר שעומד בפני התשובה, אלא כל השבים שהקב"ה יודע כי נתחרטו על מה שעברו מן הכיעור וכי שמו אל לבם שלא ישובו עוד לכמוהו, הוא מוחל להם; ובני-אדם, אף על פי שאינן יודעין הנסתרון ואין להם אלא הנגלות, כשעבר זמן הרבה ואין נראה עליו לא בגלוי ולא בסתר דבר שלא כהוגן והלב מאמין בו כי חזר – מקבלין אותו".

באותו רוח פסק בית המשפט העליון, מפי השופט קיסטר, לאמור: "אין לנעול את הדלת מפני השבים באמת ובתמים, אדרבא, באין נימוק כבד משקל יש לאפשר להם לחזור למסלול חייהם, למשלוח ידם, ואף לתפקידם"

(על"ע 1/68, פד"י כ"ב (1) 673).

אמנם, אף שיש לעודד את החזרתם של העבריינים, אבל החזרתם למשרתם או מינויים לתפקידים מסויימים, כרוכה בשיקולים שונים, ושיקולים אלה עשויים לקבוע את גורלו של מי שמבקש להשתלב מחדש בחברה.

החוק החדש התחשב גם בקביעת הסייגים, בשיקולי ההלכה. וכך נאמר בהמשכו של המבוא להצעת החוק הנזכרת:

מצד אחר, ואף זאת בהתאם לעקרונות ההלכה, נקבעו בהצעה מגבלות אחדות על זכותו של העבריין שלא יזכרו חטאיו – בשל חומרת העבירה,

בשל משרה שנושאה צריך לשמש דוגמה אישית לציבור, או בשל תפקיד שבו נדרש אמון מממלא התפקיד והאמון הדרוש נפגע כתוצאה מהעבירה (ראה מחקרו של ד"ר נחום רקובר, "מעמדו של עבריין שרצה ענשו", סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, משרד המשפטים, חוברת ה', התש"ל-1970).

שאלות רבות כרוכות בנושא החזרתו של העבריין לחברה, ואנו דנים בהן בחיבור מיוחד, שעניינו בירור מעמדו של העבריין לאחר שרצה את עונשו. כאן אנו מבקשים לברר טיבן של שתי תקנות שתיקנו חכמים, ואשר מטרתן להקל על העבריין מבחינה מעשית להתמודד עם הקשיים הכרוכים במעשה השבת הגזלה, המתחייב מן התשובה, והן 'תקנת השבים' והתקנה בדבר הגזלנים המבקשים להחזיר את הגזלה, שאין מקבלין מהן.

### א. תקנה הנוגעת להשבת הרכוש הגזול – 'תקנת השבים'

המשנה במסכת גיטין<sup>7</sup> מביאה את עדותו של רבי יוחנן בן גודגדא (סוף המאה הראשונה לספירה), 'על המריש הגזול שבנאו בבירה שיטול את דמיו'<sup>8</sup>, מפני תקנת השבים'. כלומר, אדם שגזל קורה, ובנה אותה בביתו, אינו חייב לקעקע את ביתו כדי להחזיר את הקורה הגזולה, 'שאם'<sup>9</sup> אתה מצריכו לקעקע בירתו ולהחזיר מריש עצמו – ימנע מלעשות תשובה'<sup>10</sup>.

בברייתא<sup>11</sup> מובאת מחלוקת בין בית שמאי ובית הלל בעניין זה, כשבית שמאי דורשים לקיים את החובה כלשונה וככתבה, ואילו בית הלל הולכים לקראת העבריין: 'תנו רבנן,

7. משנה גיטין ה, ה (נה ע"א).

8. על ההשוואה למשפט הרומי בנקודה זו, ראה: פירוש המשנה לאלבק, בהשלמות ותוספות למשנה גיטין ה, ה; ז' ורפהטיג: החזקה במשפט העברי, ירושלים תשכ"ד, עמ' 115.

9. רש"י לגיטין, שם.

10. האם ניתקנה התקנה רק לטובתו של הגזלן או גם לתועלתו של הנגזל? לכאורה, מן הלשון 'מפני תקנת השבים', עולה שניתקנה התקנה לטובתו של הגזלן. אבל ר' דוד מנחם באבד, אב"ד טרנאפאל, מבקש ללמוד אחרת מסוגיית התלמוד, בבא מציעא כז ע"ב, בעניין החזרת אבדה בסימנים: לדעה הסוברת כי החזרת אבדה בסימנים אינה מן התורה, מבקש רבא להסביר, כי זו תקנה שניתקנה לטובתו של המוצא, שנוח לו שיחזיר את האבדה על פי סימנים, כדי שכאשר יאבד לו דבר, יחזירו אף לו בסימנים. על כך שואל רב ספרא את רבא: 'וכי אדם עושה טובה לעצמו בממון שאינו שלו? ומכאן התלמוד מסביר את דברי רבא, שניתקנה התקנה משום שנוח לו לבעל האבדה עצמו שיחזירו לכל מי שיתן סימנים באבדה. על יסוד דברים אלה, מבקש ר' דוד מנחם באבד להסיק, כי אף תקנת השבים, בעניין שבת גזלה לגזלן (ראה להלן, הערה 16), לא ניתקנה לטובתו של הגזלן בלבד, כי לא היו מתקנים תקנה הגורמת הפסד לנגזל, אלא, לדבריו, תקנת השבים היא 'טובה גם להגזל, כדי שלא יחפש כל טעדיקאות [=אמתלאות] שלא להשיב גוף הגזלה' (שו"ת חבצלת השרון, חלק ב, סימן כט; דף כג, טור ד).

11. גיטין שם.

גזל מריש ובנאו בבירה, בית שמאי אומרים: מקעקע כל הבירה כולה ומחזיר מריש לבעליו. ובית הלל אומרים: אין לו אלא דמי מריש בלבד משום תקנת השבים.<sup>12</sup>

גזל מריש ובנאו בבירה, הוא דוגמא קלאסית לאופן שקשה ביותר לקיים בו 'והשיב את הגזלה'. ואמנם על אנשי נינוה, שנאמר בהם (יונה ג, ח): 'ישובו איש מדרכו הרעה ומן החמס אשר בכפיהם', אומר שמואל<sup>13</sup>: 'אפילו גזל מריש ובנאו בבירה - מקעקע כל הבירה כולה ומחזיר מריש לבעליו'. כלומר, הם השיבו את החמס גם באופן זה, עם כל הקושי הכרוך בכך.

אבל מה תועלת יש בעמידה על קוצו של יו"ד, בדרישה חמורה זו, אם הדבר ימנע עבריינים מלשוב. וכאן באו חכמים ואיפשרו תחליף: היינו, אפשר לגזלן להשיב את דמי הגזלה, ודיו.

אין התקנה אמורה דווקא בקורה שבנאה בבניין, אלא אף בכל הדומה לזה, כפי שמדגיש הרמב"ם<sup>14</sup>: 'כל הגזל, חייב להחזיר הגזלה עצמה, שנאמר: "והשיב את הגזלה אשר גזל" (ויקרא ה, כג)... אפילו גזל קורה ובנאה בבירה, דין תורה הוא שיהרוס את כל הבניין, ויחזיר קורה לבעליה. אבל תקנו חכמים מפני תקנת השבים, שיהיה נותן את דמיה, ולא יפסיד הבניין. וכן כל כיוצא בזה...'<sup>14</sup>. אמנם לא ניתנה תקנת השבים אלא במטלטלין, ולא בקרקע<sup>15</sup>.

כמו כן, ניתקנו תקנות נוספות בעניין דרכי השבת הגזלה, והן נתפרשו כך שיסודן הוא ב'תקנת השבים'<sup>16</sup>.

12. תענית טז ע"א.

13. רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק א, הלכה ה; ועיין שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שס, א.

14. ושם, להלן ברמב"ם: 'אפילו גזל קורה ועשאה בסוכת החג, ובא בעל הקורה לתבעה בתוך החג, נותן לו את דמיה; אבל אחר החג, הואיל ולא נשתנית, ולא בנאה בטיט, מחזיר את הקורה עצמה'. משמע שהדבר תלוי בשעת התביעה וזרעה ערוך לנר, סוכה לא ע"א, ד"ה והני מילין; אמנם אין הדבר כן אלא בסוכה, שאין הקורה בנויה בה. אבל אם בנה הגזלן את הקורה, שמא יקנה הגזלן את הקורה כבר בשעת הבנייה.

15. וזה לשון הרמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שס, סעיף א: 'גזל קרקע ובנה עליה בניינים גדולים, צריך לסתור הכל ולהשיב קרקע לבעלים, דלא עשו תקנת השבים בקרקע'.

ר' מרדכי יפה (לבוש עיר שושן, סימן שס, סעיף א) נימק את יסוד התקנה, 'כדי שלא יעלים הגזלן שגזל, ולא יעשה תשובה, ובקרקע לא שייך זה, דאי אפשר להעלימה'. וראה גם דברי הסמ"ע, לחושן משפט, שם, ס"ק ו, שמתעים את הדבר בכך, ש'כיון דהוא [=הקרקע] דבר קבוע ועומד, הוה ליה למידע דשל הנגזל הוא, ולא הוה ליה לקנותו'. טעם זה הולס את 'תקנת השוק', אבל כיצד הוא מתאים להסברת 'תקנת השבים', המדרבת במי שגזל בידעין? וראה השגתו של הט"ז על הסמ"ע, שם. וראה להלן, הערה 16, בדבר ביסוסן של הלכות שונות על 'תקנת השבים'.

וראה א' ורהפטיג, 'יורד לשדה חברו שלא ברשות', שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 65, בעמ' 87.

16. עיין משנה בבא קמא ט, ה וקג ע"א, לעניין השבת הגזלה לשליח בית דין, בגזלן שכפר ונשבע; ורש"י,

## ב. תקנה הנוגעת להשבת הרכוש הגזול – תקנת 'אין מקבלין מהן'

1. במגמה זו של סיוע לעברייני לשוב בתשובה, תיקנו חכמים תקנה נוספת בתחום השבת הגזלה, ולפיה 'הגזלנין'<sup>17</sup> ומלוי ברבית שהחזירו – אין מקבלין מהן; והמקבל מהן, אין רוח חכמים נוחה הימנו'. מה הביא להתקנת תקנה זו? על כד מספר התלמוד<sup>18</sup>: 'אמר רבי יוחנן: בימי רבי נשנית משנה זו. דתניא: מעשה באדם אחד שבקש לעשות תשובה, אמרה לו אשתו: ריקה<sup>19</sup>, אם אתה עושה תשובה, אפילו אבנט אינו שלך, ונמנע ולא עשה תשובה. באותה שעה אמרו: הגזלנין ומלוי רביות שהחזירו, אין מקבלין מהם; והמקבל מהם, אין רוח חכמים נוחה הימנו'.

2. את הביטוי 'אין רוח חכמים נוחה הימנו', פירש רש"י בכמה מקומות<sup>20</sup>, במובן שאין דעתם של חכמים נוחה ממנו, ואף הוסיף: 'כלומר, אין מחזיקין לו טובה. אבל בפירושו לבבא קמא הסב את העדר רוח החכמים לגזלן<sup>21</sup>: "אין רוח חכמה ותסידות בקרבן'.

שם, ד"ה שלחיה ב"ד: 'תקנתא היא דעבוד רבנן מפני תקנת השבים'. וכן ראה ברייתא, שם קג ע"ב, לעניין השבה לבית דין. מאידך ניסא, יש מקורות שבהם נלמדת ההלכה בדבר השבה לידי שליח בית דין מן המקרא וספרא, סוף ויקרא, פרשה יג, יב; ספרי, נשא, פסקה ג. וראה תוספתא לב"ק פרק י, ה ויא במהדורת ליברמן, ובתוספתא כפשוטה, שם. וראה ספר יראים, סימן רנז.

ועיין ס"מ"ע לשו"ע, סימן שסז, ס"ק ב, המבסס את ההלכה האומרת שמקום שהגזלן לא נשבע, אינו צריך לרדוף אחר הגזול, על תקנת השבים. ועיין ש"ד, שם, ס"ק ב.

וראה ב"ק צד ע"ב, בשם ר' יוחנן, המבסס את קניינו של הגזלן בשינוי מעשה, על תקנת השבים (וראה דברי רבא, ב"ק סו ע"א, המבסס את קניינו של הגזלן על המקרא). וראה רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק ב, הלכה ב, שהוא דין תורה, ואילו בייאוש בעלים, קנה הגזלן מפני תקנת השבים. וראה ז' ורהפטיג, שם, עמ' 110 ואילך. וראה נ' רקובר, עושר ולא במשפט, ירושלים תשמ"ח: עמ' 51, הערה 40; עמ' 52, הערה 44. וראה למעלה, הערה 10.

דוגמה לשימוש ברעיון תקנת השבים מעבר לתקנות הנזכרות בתלמוד בעניין השבת הרכוש, ראה בשו"ת הרמב"ם, מהדורת בלאו, סימן ריא, בסופה, שהתיר לשאת שפחה שנטען עליה לאחר שנשתחררה: 'ועשינו זאת מפני תקנת השבים, ואמרנו "מוטב שיאכל רוטב ולא שומן עצמו"'. וראה נ' רקובר, גדולה עברה לשמה', בדבר ההסתמכות הרבה על תשובת הרמב"ם. והשווה דברי הרמב"ם, איגרת השמד, בסופה ועמ' קכ במהדור ר"י קאפה, ירושלים תשל"ב, בעניין קירוב עבריינים.

17. בבא קמא צד ע"ב; ומקורה בתוספתא שביעית, פרק ה, יא; ועיין מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד, ירושלים תשכ"ב, עמ' 118-120, על מקומו של החיוב מצד 'אין רוח חכמים נוחה הימנו', בסולם החיובים הקוואזי-משפטיים.

18. בבא קמא, שם.

19. 'קראו 'ריקה', דגם בריקות [בההקת] המעות מן האבנט עם האבנט לא סגי לך לשלם לכל הנגזלים' (מהרש"א, חידושי אגדות לב"ק, שם).

20. במסכת בבא מציעא מח ע"א, ד"ה אין רוח, פירש רש"י: 'אין נחת רוח לחכמי ישראל במעשיו של זה. אין דעתם נוחה עליהם. הימנו – על ידו'. ובמסכת קידושין יז ע"ב, ד"ה אין רוח, פירש רש"י: 'אין דעת חכמים נוחה עליהם במעשיו. כלומר, אין מחזיקין לו טובה' וכו'. וראה מהרש"א, חידושי אגדות לבבא קמא, שם, ותוספות יום טוב, למשנה אבות ג, י.

21. רש"י לבבא קמא, שם, ד"ה אין רוח.

ואפשר שגרס בתלמוד כגרסת כתב יד מינכן: 'רוח חכמה' (ולא 'רוח חכמים').  
 3. האם תקנה זו היא בעלת משמעות משפטית? בלשון אחרת, האם לא יזדקק בית הדין לתביעתו של נגזל להשבת הגזלה, משום שהמקבל את הגזלה 'אין רוח חכמים נוחה הימנו?' מן הלשון 'אין רוח חכמים נוחה הימנו', אין להסיק כן. אבל רבנו תם סובר, שהתקנה מונעת מן הנגזל את האפשרות לתבוע את הגזלה מן הגזלן. בדבריו, ב'ספר הישר'<sup>22</sup>, שולל ר"ת את הפירוש, שהתקנה הייתה רק לכך שאין רוח חכמים נוחה הימנו, אבל מכל מקום יוכל להוציאו בדיונים. אמנם להלן נראה, שאף שר"ת חיזק מאוד את משמעות התקנה, אבל מאידך גיסא הוא הגביל אותה מבחינת הזמן, ושולל כל משמעות מעשית לתקנה בימינו.

4. את הדעה, שאין התקנה אלא בגדר המלצה לנגזל, אבל אין כופין את הנגזל שלא לקבל, אנו מוצאים בדבריו של הרמ"ה. לדבריו, אם כופין את הנגזל שלא לקבל, אם כן, למה לו, לנגזל, להחזיר, 'האי<sup>23</sup> חוכא בעלמא הוא דקא מחייד ביה, דידיע דלית ליה רשותא לנגזל לקבולי מיניה כלל, וקא מהדר ליה, וכהאי גוונא ודאי לא נפיק [=זה שחוק סתם ששוחק עליו, שיודע שאין רשות לנגזל לקבל ממנו כלל, ומשיב לו, וכגון זה ודאי אינו יוצא] ידי שמים'. כלומר, אם משמעותה של התקנה היא שכופין את הנגזל שלא לקבל, אין כל משמעות להחזרת הגזלה על ידי הגזלן, שהרי הוא יודע שהנגזל אינו רשאי לקבלה, ואין בהחזרתו משום 'לצאת ידי שמים'. ואם כן, כיצד אומרת הגמרא<sup>24</sup>:  
 'למה מחזירין - לצאת ידי שמים?'

5. ר' מנחם המאירי, לא זו בלבד שהוא מגדיר את החובה הזו כ'מידת חסידות' גרידא, אלא אף מצמצם חובה זו. לדבריו, אם הגזלן מפציר להשיב לנגזל - אין בזה משום 'אין רוח חכמים נוחה הימנו'. וזה לשונו<sup>25</sup>: 'אלא שכל שאין לו גזלה קיימת, ובא הגזלן להחזיר את דמיה שלא מחמת תביעת הנגזל, מדת חסידות שלא לקבל מהם, אלא יאמר לו, שאחר שאינה בעולם, אינו רוצה בתשלומיה, והרי הוא מוחל, כדי להדריך את הרשעים לתשובה. ואם קבלו שלא בהפצר, אין רוח חכמים נוחה הימנו'<sup>26</sup>.

6. לתקנה זו, שלא לקבל מן הגזלן, יש סייגים אחדים: הסייג האחד, מקורו בתוספתא, האומרת<sup>27</sup>: 'הגזלן, ושהלוה מעותיו בריבית, שעשו תשובה והחזירו גזילן - כל המקבל מהן, אין רוח חכמים נוחה הימנו'. ברם, מאחר שבנוסח הגמרא שלפנינו לא נזכר ש'עשו תשובה', אנו מוצאים אצל הראשונים דעות שונות בעניין זה, בלא שהזכירו את

22. ספר הישר, סימן תקנא.

23. שיטה מקובצת לבבא קמא, שם, ד"ה וכן כתב הרמ"ה.

24. בבא קמא צד ע"ב.

25. בית הבחירה לבבא קמא, צד ע"ב, ד"ה אבדה הגזלה. וראה דברי מגיד משנה, להלן, בהערה 32.

26. והשווה שו"ת הריב"ש, סימן תינו: 'ומכל מקום, אף על פי שאין מקבלין מהן, הם חייבים להחזיר, כדי לצאת ידי שמים, אלא שמדת חסידות שלא לקבל מהן, כדי שלא ימנע מהן התשובה'.

27. תוספתא, שביעית ה, יא.

נוסח התוספתא.

הגבלת התקנה למי שעשה תשובה נדחית על ידי התוספות<sup>28</sup> משני טעמים: האחד, שמן המקורות המובאים בתלמוד לא משמע שמדובר במי שעשה תשובה; והשני, 'שכל אדם יכול להערים שיעשה תשובה, ויחזיר מעצמו ולא יקבלו ממנו'<sup>29</sup>.

אבל דעה זו, שנדחתה על ידי התוספות, מאומצת על ידי הרמב"ם. לדבריו, התקנה היא דווקא בגזלן השב בתשובה, ובא לשלם את דמי הגזלה - עליו נאמר שאין לקבל ממנו את דמי הגזלה, וזאת כדי להקל עליו לשוב מדרכו, אבל אין התקנה חלה על עבריין שאינו שב, ואינו רוצה להחזיר. וזה לשון הרמב"ם<sup>30</sup>: 'כל הגוזל את חברו שוה פרוטה כאילו נוטל נשמתו ממנו, שנאמר "כן ארחות כל בוצע בצע את נפש בעליו יקח" [משלי א, יט]. ואף על פי כן, אם לא היתה הגזלה קיימת, ורצה הגזלן לעשות תשובה<sup>31</sup>, ובא מאליו והחזיר דמי הגזלה - תקנת חכמים היא שאין מקבלין ממנו דבר, אלא עוזרין אותו, ומוחלין לו, כדי לקרב הדרך הישרה על השבים. וכל המקבל ממנו דמי הגזלה, אין רוח חכמים נוחה ממנו<sup>32,33</sup>. וכך הם גם דברי המאירי, שהובאו למעלה<sup>34</sup>: 'בא הגזלן להחזיר את דמיה שלא מחמת תביעת הנגזל'.

28. תוספות לב"ק שם, ד"ה בימי רבי.

29. אבל ראה 'מגיד משנה' לרמב"ם, הלכות גזלה, פרק א, הלכה יג, שנראה לו, שאף שאמרו 'אין רוח חכמים נוחה הימנו', אם רוצה לקבל ולכוף את הגזלן בבית דין - הם נזקקים לו, ולכן אין לחשוש להערמה זו. וראה 'לחם משנה', שם, על דברי המגיד משנה. וראה נמוקי יוסף, בבא קמא, פרק ט ולג ע"ב בדפי הרי"ף, וכן ב"ה, לטור חושן משפט, סימן שסו, סעיף א וכן בהגהות הב"ה, על פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן ב, אות ד, שהתנאי, שהגזלן בא מעצמו להחזיר משום שעשה תשובה, אינו תנאי יחיד, אלא תנאי זה מצטרף לתנאי האחר, שהוא גזלן מפורסם שעסקו בכך. ראה להלן, ליד ציון הערה 53. וכך פסק בערוך השלחן, חושן משפט, סימן שסו, סעיף א.

30. רמב"ם, שם; ועיין שו"ע חו"מ, סימן שסו, א.

31. השווה מגיד משנה, על הרמב"ם, הלכות גזלה, שם. והשווה רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, שם, שלא הזכיר 'רצה הגזלן לעשות תשובה'. ושמה סמך על מה שכתב בהלכות גזלה וראה משנה למלך, הלכות מלווה ולווה, שם.

32. ובהלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה ה, כתב: 'הגזלנין ומלוה בריבית שהחזירו, אין מקבלין מהם, כדי לפתוח להם דרך לתשובה; וכל המקבל מהם, אין רוח חכמים נוחה הימנו. אם היתה גזלה קיימת, והריבית דבר המסויים, והרי הוא בעצמו - מקבלין מהם'. ונתלבטו בשאלה, מדוע בעניין ריבית כתב הרמב"ם 'דבר המסויים והרי הוא בעצמו', ולא כמו שכתב בגזלה: 'היתה הגזלה קיימת'. ראה טור, יורה דעה, סימן קסא, ובפרישה, שם, ס"ק ט, ומשנה למלך, על הרמב"ם, שם וואפשר ש'הרי הוא בעצמו' מוסב גם על הגזלה, ובא להשמיע כי אם הייתה קורה ובנאה בבירה שאינו חייב - פירוש מים חיים, מובא ברמב"ם, מהדורת פרנקל).

33. במהדורת פרנקל: 'הימנו', על פי כתבי היד.

34. ליד ציון הערה 25.

ויש חכמים אחדים<sup>35</sup> שאומרים במפורש שלא תקנו תקנה זו אלא לשבים ברצונם. ר' יהונתן מלוגיל אומר<sup>36</sup>: 'כלומר, שהחזירו מאליהן בלא אונס'<sup>37</sup> ועישוי [=וכפיית] בית דין, אין מקבלין מהם, כדי ששימו על לבם וילמדו שאר הגזלנין. והני מילי שאין הגזלה קיימת, אלא הם רוצים למכור חפציהם כדי שיפרעו את (הגזלנים) [הנגזלים]. אבל אם הגזלה קיימת, מקבלין מהם, ולא מימנע משום הכי מלעשות תשובה. וכל המשניות והמעשים הנמצאים בתלמוד, שהיו מעשין וכופין את הגזלנין לשלם, לא קשיא להאי ברייתא דאמרה דאין מקבלין מהם, כדפרישנא שלא תקנו זאת התקנה אלא לשבים ברצונם'.

וכן הוא בדברי הרמ"ה: 'באותה'<sup>38</sup> שעה אמרו, הגזלנין ומלוי בריבית שהחזירו מעצמן - אין מקבלין מהן, והמקבל מהן אין רוח חכמים נוחה הימנו. שמע מינה, דוקא כשהחזירו מעצמן, וכמעשה שהיה'. אבל מקום שלא החזיר עד שנתבע לדין, מקבלין ממנו, שלא תיקנו חכמים את תקנתם אלא לבעלי תשובה; ואילו לגזלנים העומדים במרדס, לא תיקנו את תקנתם. והרמ"ה מביא ראיה לדבריו, מן העובדה שלא הקשתה הגמרא על ר' יוחנן אלא מאותן משניות שנשנתה בהן הלשון 'חזרה', שמשמע שהחזירו מאליהן, ולא הקשו עליו ממשניות אחרות שנשנתה בהן הלשון 'תשלומים', משום שהלשון 'תשלומין' משמעה על כורחו של הגזלן ויש להעיר, שבעוד שמצאנו דעות אחדות בשאלה, אם התקנה ש'אין מקבלין מהם' אמורה גם במי שלא עשה תשובה, הרי לעניין 'תקנת השבים' בדבר 'מריש הגזול', זו אמורה גם במי שלא עשה תשובה.

7. סייג אחר לתקנה בדבר 'הגזלנין... אין מקבלין מהן', יש בדבריו של רב נחמן, המובאים בגמרא שם. סייג זה, אין עניינו הגזלן, אלא הגזלה, ולפיו אין התקנה אמורה, אלא 'בשאינן גולה קיימת'. כלומר, הדבר הגזול אינו נמצא בעין, ורק באופן זה אין מקבלין מהם.

ובזה חידש הראב"ד, שאף כשאין הגזלה עצמה קיימת, מכל מקום, אם חליפיו של הגזלה קיימים, בעניין זה לא נאמרה התקנה<sup>39</sup>: 'ונראה לי הא דאמר רב נחמן "בשאינן

35. 'וכן כתב רבס' ז"ל [=ר' ברוך הספרדי ז"ל] וספר הנר, דף 41 ע"ב, והוסיף: "והכין שדר מר רב האיי גאון ז"ל". הערת ר"ש פרידמן, לר"י מלוגיל, בבא קמא, עמ' 292, הערה 463.

36. ר"י מלוגיל, על בבא קמא, שם (עמ' 291-292, במהדורת ר"ש פרידמן). מובא בשיטה מקובצת, לבבא קמא, שם, ד"ה שהחזירו.

37. בשיטה מקובצת, שם: עונש.

38. שיטה מקובצת, לב"ק, שם, ד"ה וכן כתב הרמ"ה.

39. חידושי הראב"ד, לב"ק, פרק ט (עמ' רל, במהדורת אטלס). והובאו דבריו בבית הבחירה, לב"ק, שם, בשם 'גדולי המפרשים' (עמ' 275, במהדורת שלזינגר), ש'הוא הדין אם יש בידו דבר מחמת הגזלה, או שנשתרש ממנה בדבר שעדיין הנאתו קיימת, אף על פי שאין בידו גולה עצמה'. וכן הובאו דבריו בשיטה מקובצת, לב"ק צה ע"א, ד"ה כאן בגולה קיימת. והשווה דעת הרמ"ה, המובאת בשיטה מקובצת, שם, ד"ה וזה לשון הרמ"ה.



גזלה קיימת", שאין לו, לא גזלה ולא חלופה קאמר, מדקתני בברייתא<sup>40</sup> "הרועים", והרי "רועים", שאין גזלה קיימת<sup>41</sup> [ואם כן, כיצד מעמידה הגמרא את הלכת הרועים כ"גזלה קיימת"]?, אלא שיש בהן חלופה; שמע מינה'.

טעם הדבר, שאין התקנה חלה כשהגזלה קיימת, או חילופיה, הוא משום שהתקנה באה להקל על הגזלן כשאין הגזלה בידו ועליו לשלם לנגזל מנכסיו, ואז הוא עלול להימנע מלעשות תשובה. אבל כשהגזלה, או חילופיה, בידו, אין בכך הכבדה על הגזלן שתמנע ממנו לעשות תשובה.<sup>42</sup>

לפי זה, היחס בין תקנת השבים לתקנה שאין מקבלים הימנו, הוא בכך, שהתקנה שאין מקבלים הימנו, היא כשאין הגזלה קיימת, ואז אף את דמיה אין ראוי לקבל ממנו, אבל כשהגזלה קיימת, מחזיר את הגזלה. אלא אם כרוכה השבת הגזלה בהפסד (בנוסף לדמי הגזלה עצמה), שאז החשיבו חכמים את הדבר כאילו הגזלה אינה קיימת, ואינו מחזיר את הגזלה עצמה, על יסוד תקנת השבים, אבל מכל מקום אינו נפטר מלשלם את דמיה של הגזלה, כיון שהיא קיימת<sup>43</sup>.

8. סייגים נוספים אנו מוצאים בדברי התוספות<sup>44</sup>: הסייג האחד עניינו תחולתה של התקנה מבחינת הזמן, ולפיו בימינו אין כל משמעות לתקנה זו. והסייג האחר עניינו תחולת התקנה מבחינת סוג הגזלן. ולפי סייג זה, תחולתה של התקנה מצומצמת ביותר. רבנו תם, שכפי שראינו למעלה, נותן משמעות רחבה לתקנה, קובע כי תקנה זו ניתנה אך ורק לדורו של רבי יהודה הנשיא, משום מעשה שהיה, ולא לפניו ולא לאחריו. ראייתו של רבנו תם היא מן העובדה, ש'מעשים בכל יום, שמקבלים מן הגזלנים ודנין דיני גזילות' כפי המעשים המובאים בתלמוד, שהיו לאחר זמנו של רבי יהודה הנשיא. וב'ספר יראים', לר' אליעזר ממיץ, כתב<sup>45</sup>: 'אין הלכה כן, אלא לדורו של רבי'.

9. ואילו ר'<sup>46</sup>, אף הוא מבעלי התוספות, סבור, שלא תיקן רבי יהודה הנשיא 'אלא'<sup>47</sup>

40. בבא קמא, שם.

41. השווה תוספות לב"ק צה ע"א, ד"ה כאן בגזלה קיימת, שהעמידו ברועה בהמה של אחרים ונגב מהן גיזה וחלב. ובשיטה מקובצת, לב"ק, שם, ד"ה כאן בגזלה קיימת, הוסיף: 'ומסתברא אפילו בשלו, ובשגזל עמיר ליתן לבהמתו'.

42. ראה שיטה מקובצת לבבא קמא, צה ע"א, ד"ה וכתב הר"מ ז"ל בפריטיו.

43. ראה חידושי הרשב"א לבבא קמא צה ע"א, ד"ה כיון. וראה פני יהושע לבבא קמא, צה ע"א, ד"ה בפירש"י, 'דרש"י כתב כן לקושטא דמלתא, דאף לאחר תקנתא דר' לא זזה תקנת מריש ממקומה לענין שנותן דמיו'.

44. תוספות לבבא קמא, צד ע"א, ד"ה בימי רבי.

45. ספר יראים, מצווה רנז.

46. ר' יצחק בן שמואל הזקן מדנפייר, חי במאה האחרונה לאלף החמישי (המאה השנים-עשרה); דור רביעי לרש"י; רבנו תם היה רבו המובהק; חיבוריו לא הגיעו לידינו, אך תלמידיו, וביחוד ר' שמשון משאנץ, הכניסו את תורתו בקבצי תוספותיהם.

47. תוספות לבבא קמא, שם. והרשב"א, בחידושי לבבא קמא צד ע"ב, ד"ה הא דאמר, תמה על פירוש זה:

מאותם שרוב עסקם ומחייתם בכך, והיו ניזונים בגזל וריבית, ומפרנסים בכך כל ימיהם<sup>48</sup>, אבל 'לא עשו תקנה מלקבל מאדם שגזל ומלוה בריבית באקראי בעלמא'<sup>49</sup>.

'אינו מחזור בעיני. ואדרבא, גזלן עתיקא בעי למקנסיה, כדאמר ליה רב נחמן לקמן בהוא, דגזל פדנא דתורי מחבריה' וכו'.

48. ובטור חו"מ, סימן שסו, הובאה דעת הר"י. וראה למעלה, הערה 29, שיש המצריכים שני תנאים, גם גזלן מפורסם וגם שעשה תשובה. ובכך מתורצת קושיית הרשב"א. ובשולחן ערוך, שם, סעיף א: 'גזלן מפורסם ושעסקיו בכך, ותשובתו קשה' הבא לעשות תשובה' וכו'. ובסמ"ע, שם, ס"ק א, הוסיף: 'גם אינו יודע למי ישיב, כיון שעסקיו בכך, וגזל הרבה'. וראה פתחי תשובה, שם, ס"ק א. ובביאור הגר"א, שם, ס"ק א, העיר שהרמב"ם לא כתב 'גזלן מפורסם'.

49. וראה ש"ד, לשולחן ערוך, חושן משפט, סימן שסו, ס"ק א, שמביא את דברי 'ספר חסידים', סימן תתפז [בכ"י פארמא = תתנן בדפוס בולוניה], ש'אם הנגזל חייב לאחרים, ואין לו מה לפרוע להם, יש לו לקבל מהם כדי שישלם להם'.