

קניינו של הגזלן בחפץ הגזול

מבוא

המאמר שלפנינו הוא ניסיון לעמוד על אופי קניין הגזלן בחפץ הגזול ולהסביר מהיכן הוא נובע. נעשה זאת דרך התבוננות בכמה סוגיות, בעיקר בשלושת הפרקים האחרונים במסכת בבא קמא: פרק מרובה, הגזל קמא והגזל בתרא. לא כל הסוגיות עוסקות במישרין בנושא הנ"ל, אולם דומה שכמעט כל אחת מהן קשורה בדרך כזו או אחרת לשאלה היסודית המרחפת מעל כולן: האם הגזלה רק מטילה חובות על הגזלן (חיוב השבה ואונסין) או שמא היא מעניקה לו גם זכויות.

ראשית כל נסקור את הנתונים העומדים בבסיס הסוגיה:

1. הגזלן¹ חייב להשיב את הגזילה, זוהי מצוות עשה שמקורה (ויקרא ה, כג): "והשיב את הגזלה אשר גזל".

2. בגמ' (ב"מ מג, א ועוד) מפורש שלא רק שמוטלת עליו מצוות עשה להשיב אלא שכאשר החפץ נאנס וכדו' הוא מחויב לשלם דמים כשעה ראשונה.

3. הגמ' (ב"ק סו, א) לומדת מפסוק שגזלן קונה את החפץ בשינוי, קניין שלאחריו אם ירצה יכול להשאיר ברשותו את החפץ ולשלם דמים בלבד.

חיוב האונסים והקניין בשינוי דורשים הסבר. כפי שנראה להלן קיים קשר הדוק בין שני דינים אלו, שכן שניהם נובעים מהמעמד המיוחד של הגזלן בחפץ.

כמבוא לסוגיה נבחן את בעלותו של הנגזל אחרי מעשה הגזלה מהזווית של הלכות הבעלות בלבד. כלומר, עד כמה אם בכלל השתלטות על חפץ של אחר אמורה לערער את בעלותו. במחשבה ראשונה אנו נוטים להגדיר את מעמד החפץ אצל

1. ההבנה הפשוטה אינה מחלקת בין גנב לגזלן לגבי זה. אמנם על הגנב התורה החמירה לשלם קנס כפל ד' וה', אך מ"מ בחיובים הבסיסיים אין בניהם הבדל. הקושי הוא שבלשון הרמב"ם מדויק שמצוות "והשיב את הגזילה" נוהגת דווקא בגזלן ולא בגנב - בריש הלכות גזול"א הלכה א' כתב: "כל הגזל את חברו וכו' עובר בלא תעשה שנא' לא תגזול ואין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב נתקו לעשה שאם גזל חייב להחזיר שנא' והשיב את הגזילה אשר גזל זו מצוות עשה וכו'..." לעומת זאת בריש הלכות גניבה הלכה א' כתב: "...ואין לוקין על לאו זה שהרי ניתן לתשלומין שהגנב חייבה אותו התורה לשלם וכו'..." ולא כתב דהוי נמי לאו הניתק לעשה אלא ניתק לתשלומין בלבד, וצ"ע.

הגזלן כ'ממוני גבך', מצב שבו התורה חייבה אותו בהשבת החפץ או דמיו אם החפץ אינו. על פניו לא השתנה בבעלות הנגזל מאומה, ולכן גם לולא שהתורה הייתה מחייבת את הגזלן להשיב היה בידו של הנגזל לתבוע את שלו. הבנה ראשונית זאת נוקטת עמדה בשאלה הקודמת להלכות גזלה: האם הבעלות מותנית בשליטה הפיזית של הבעלים בחפץ. אולם, כמה סוגיות² מצביעות על תלות בין הבעלות לבין מימושה בפועל, ועל כך שאי אפשר להיות בעלים על חפץ כשאין לכך שום ביטוי ממשי. עיקרון זה מתחדד היטב לאור דברי שמואל (חולין קלט, א), שחילק בין בעלות הדיוט לבעלות הקדש: תרנגולי חולין שמרדו בבעליהם דינם הפקר לכל, אולם תרנגולי הקדש שמרדו עדיין עומדים בקדושתם. הסיבה לכך היא שהקדש "כל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה דכתיב לד' הארץ ומלואה" (שם).³ אצל ההקדש הבעלות מופשטת, שכן אין ישות מסוימת המוגדרת כבעלים. לעומת זאת, אצל הדיוט הבעלות חייבת להשתקף במציאות, בשליטה על החפץ.

לפי זה מתבקש לומר את ההיפך הגמור ממה שהצגנו לעיל כהבנה פשוטה. הגזלה לא רק משנה משהו בבעלות הנגזל, אלא היא צריכה להפקיע אותה לגמרי. אם עד עכשיו פלוני היה הבעלים על החפץ, שכן הוא שלט עליו, כעת לאחר הגזלה יש לשייך אותו לאדם אחר השולט עליו. אולם, למעשה זאת גמ' מפורשת (סט, א) שהנגזל נשאר בעלים על החפץ: "אמר רבי יוחנן גדל ולא נתייאשו הבעלים זה וזה אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו". לא ניכנס כעת לעובי הקורה אלא רק נחלץ מהסוגיה את הקביעה הברורה שהחפץ שייך לנגזל.

2. למשל: דין זוטו של ים. הגמ' בתחילת פרק אלו מציאות (ב"מ כא, ב) לומדת מפסוק שאבדה שהיא בגדר אבודה ממנו ומכל אדם מותרת למוצאה אפילו קודם ייאוש. נחלקו הראשונים בביאור טעם הדבר. רש"י (ב"ק סו, א ד"ה מוצא) הסביר את ההיתר מדין ייאוש ושיטתו צריכה ביאור. לעומתו, הרמב"ן (ב"מ כז, א) נקט "דרחמנא שרייה והוי הפקר". לא מסתבר שהתורה הפקיעה את הבעלות כאקט שרירותי, אלא היא גילתה שאיבוד השליטה על הממון מפקיע את הבעלות. ראייה נוספת ניתן להביא משיטת הרשב"א בגיטין (לז, ב ד"ה וקשיא לי) שישנו קניין כיבוש ומלחמה הנובע מעצם ההשתלטות. עוד יש להביא ראייה מהסוגיה בפרק הגזול ומאכיל (ב"ק קטו, ב) גבי 'מי שבא בדרך ומעות בידו ואנס כנגדו'. מבואר שם כאשר אין לו יכולת להציל כלל המעות אינן בבעלותו. ועי' עוד בסוגיית מוסר ממון ישראל לעכו"ם (קז, א) שאם "אוקמי עילויה מעיקרא מקלי קלייה", ומעתה אפילו נשא ונתן ביד פטור. בהקשר זה יש לציין את מחלוקת הראשונים אם יש בעלות על איסורי הנאה (ריטב"א (סוכה לה, א) כתב שכן, ולעומתו הרשב"א (נדרים מז, ב) כתב שלא, זוהי רק דוגמה קטנה לנשוא הרחב). לכאורה תמוה מדוע שאיסור הנאה יפקיע את הבעלות. אלא בוודאי ההסבר כנ"ל: איסור הנאה מונע את מימוש הבעלות וממילא היא פוקעת.

3. וכך נפסק להלכה ברמ"א, חו"מ רנ"ט, ז ובביאור הגר"א שם ס"ק כ"א.

אמנם יתכן וקביעה זו נכונה דווקא לאחר פרשת גזילה.⁴ אשר לכן נראה לבחון את השאלה דרך דין גזל הגוי: בגמ' (קייג, ב) נחלקו התנאים האם גזל הגוי מותר או אסור. ויש לדון האם המחלוקת מתייחסת רק לשאלת האיסור והיתר, כלומר האם הגזלה מותרת, אבל לכולי עלמא אחרי שכבר התבצעה הגזלה פקעה בעלותו של הגוי. או אולי לכיוון השני, שכולם מודים שהגוי נשאר בעלים והמחלוקת היא רק האם הגזלן עבר על איסור. נפקא מינה מכך תהיה לגבי אתרוג בסוכות שנגזל מגוי: האם מתקיים באתרוג זה דין 'לכם'⁵ או שהגוי נשאר הבעלים וממילא לא יצא ידי חובה. מפורסמים בזה דברי היראים⁶ שאינו יוצא ידי חובה אפילו למ"ד גזל הגוי מותר, ולדבריו הגזלה אינה מפקיעה את הבעלות גם לדעה שגזל הגוי מותר. מאידך כמה ראשונים⁷ חלקו על שיטת היראים, ולפי שיטתם גזלת הגוי מפקיעה את בעלותו.

סברת החולקים על היראים וסוברים שגזלת הגוי הפקיעה את בעלותו, תתבאר לפי העיקרון המתנה את הבעלות בשליטה הפיזית - ברגע שהחפץ עובר לרשותו ושליטתו של הגזלן, ממילא פוקעת בעלות הנגזל. להלכה קיימא לן כשיטת היראים שהחפץ נשאר בבעלות הגוי, דבר שמלמד לכאורה שהבעלות אינה מותנת להלכה בשליטה פיזית, ואעפ"כ מסתבר שאין כאן מחלוקת מהותית. השאלה היא מתי נכון לומר שהבעלות לא יכולה לבוא לידי מימוש במציאות. היראים סובר שסתם גזלה

4. נאריך בכך לקמן.

5. הדורש שהאתרוג יהיה בבעלות האדם שיוצא בו ידי חובה.

6. דבריו הובאו להלכה במג"א תרלג ס"ק ג.

7. כך מוכח משיטת התוס' (ב"ק לח, א ד"ה עמד). בגמ' שם מבואר ששור של ישראל שנגח שור של עכו"ם היה אמור להיות חייב, אולם הקב"ה קנס אותם והתיר ממונם לישראל. לפי גרסתנו, התוס' שם מתקשים למ"ד גזל הגוי מותר מדוע הוצרכה התורה להפקיע את החוב, והרי בלאו הכי גזל הגוי מותר. והנה, מוכח משאלתם שהפקעת ההלוואה מבטלת את עצם החוב, שכן לפי היראים קושיית התוס' לא מתחילה - גם למ"ד הפקעת הלוואתו מותרת היינו רק לעניין שאלת האיסור והיתר אבל זכות הממון להיכן נעלמה, וא"כ דאי שיש צורך בקנס שיפקיע אותה (ועי' שם בדברי הרש"ל על התוס', ולפי פירושו אין ראייה. אלא שדבריו דחוקים). והנה, הרב יאיר קאהן העיר שמהתוס' ניתן להביא ראייה רק לגבי הפקעת הלוואה ולא בגזלה של חפץ. אך לענ"ד לא מסתבר כלל לחלק כך. שעבוד גוף הוא זכות ממון לכל דבר ועניין, ואם בגזלתו פוקעת הזכות מסתבר שהוא הדין בבעלות על חפץ. עוד יש להביא ראייה מהתוס' בב"מ (כד, א). התוס' מתקשים מדוע הברייתא מנמקת את היתר הזכייה באבדה שנמצאה ברוב עכו"ם בדין ייאוש והרי על פי רוב האבדה שייכת לגוי וקיי"ל אבדת הגוי מותרת. והנה, מונח בקושיה שאבדת הגוי לא רק שאין בה מצוות השבה אלא שהמוצא יכול לזכות בה לעצמו. לפי סברת היראים קשה שהרי מכל מקום הגוי נשאר בעלים, אלא שמוכח כנ"ל.

רגילה אינה מביאה למצב זה, ואין להשוות בינה למצבים קיצוניים כמו זוטו של ים וכדומה.

עולה אפוא שמעמד הבעלות אחרי הגזלה שנוי במחלוקת ראשוניים. כאמור לעיל, מחלוקת זו מתייחסת לבעלות הגוי בלבד כאשר לא מוטל על הגזלן חיוב "והשיב". לפי שיטה אחת השתלטות על חפץ הינה סיבה לבעלות, ואילו לפי שיטה שנייה היא אינה סיבה לבעלות.

קיימת שאלה יסודית נוספת והיא האם הגזלה נוגסת בבעלות הנגזל או לא. שאלה זו איננה חופפת לשאלה שעסקנו בה לעיל. כלומר אלו שני נידונים שונים: גם אם הגזלה לא מצליחה להפוך את הגזלן לבעלים, עדיין יתכן מאוד שהיא מקלישה את בעלות הנגזל. לכאורה, כך עולה מדעת רבי יוחנן שהבאנו לעיל. כאשר אדם מוסר חפץ לאדם אחר כפיקדון, לדעת כל הראשונים כמעט ביכולתו למכרו ולהקדישו. אולם, כאשר החפץ נגזל ממנו אין ביכולתו למכרו, להקדישו או להפקירו. זאת הוכחה שלכל הפחות הגזלן פוגע בבעלות הנגזל. אמנם, אפשר היה להסביר את דינו של ר' יוחנן לא כהלכה הנובעת משינוי במעמד הבעלות אלא כדין בהלכות חלויות. כלומר, כשם שאדם אינו יכול להקדיש דבר שלא בא לעולם, אולי כתוצאה מחסרון בגמירות הדעת לקניין, כך גם אין ביכולתו להקדיש דבר שאינו ברשותו. לפי הבנה זו אין ראייה שחל שינוי כל שהוא בבעלות הנגזל כתוצאה מהגזלה.

אולם בפשט הסוגיה ישנן כמה הוכחות שלא כך. נביא אחת מהן: למסקנת הסוגיה (סט, ב) המקור לדינו של ר' יוחנן הוא מהמשנה הבאה: "אין גונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל". ההוכחה היא שמובן מדוע אינו משלם לגנב הראשון, משום שלא מתקיים בו "וגונב מבית האיש", אמנם מדוע אינו משלם לבעלים, "אלא לאו שמע מינה זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו". והנה, אם נבין את החיסרון של 'אינו ברשותו' כחסרון בגמירות דעת וביכולת להחיל חלויות, עדיין יישאר קשה מדוע אינו משלם לבעלים והקשר בין שני הדינים לא יהיה ברור. אלא ודאי כשהחפץ אינו ברשותו הבעלות נפגמה, ומעתה מובן מדוע הגזלן אינו משלם לו כפל, וכמו כן מובן מדוע הנגזל אינו יכול להקדיש. עובדה זו, שהבעלות נפגמת על ידי הגזלה, מצביעה גם כן על הקשר המהותי בין הבעלות לבין מימושה בפועל, ולהלן יהיו לכך השלכות רבות.

לסיכום, מעשה הגזילה⁸ מביא למצב של 'שלו ואינו ברשותו'. כלומר, הנגזל נשאר בעלים למרות שלמעשה החפץ ברשות הגזלן. הראינו שאיבוד הרשות מצד הנגזל פוגע ב'שלו', ופתחנו בדיון בשאלה מדוע באמת הבעלות אינה נקבעת לפי הרשות, לפחות לדעת החולקים על היראים.

ביאור מחלוקת רב ורביא (סנהדרין עב, א)

הסוגיה בסנהדרין (עב, א) עוסקת בבא במחותרת שנטל כלים ויצא. כמו כל בא במחותרת יש לו דין רודף, ונחלקו בגמ' האם כתוצאה מחלות דין המיתה ומדין קים ליה בדרכה מיניה, הכלים שנטל הופכים להיות שלו. וכך אומרת הגמ' (שם):

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

דעת רב היא שכתוצאה מחיוב המיתה ("בדמים" הכוונה דמי נפשו, ע"י רש"י שם) אנו מיישמים את הכלל 'קים ליה בדרכה מיניה', וממילא החפץ הגזול הופך להיות שלו. כמובן שזהו פלא עצום: קלב"מ הוא פטור מעונשין (או מחיובים), וכגון אדם שבבת אחת חל עליו חיוב מיתה וחיוב תשלומין, חידשה התורה שחיוב המיתה פוטר אותו מחיוב התשלומין. אולם כיצד דין זה מצליח להעביר את החפץ לבעלותו?

דעת רב

כנראה, רב רואה בגזילה מצד עצמה סיבה למעבר החפץ לבעלות הגזלן. בפועל, בגזלה רגילה הנגזל נשאר בעלים, בשל דין נוסף המונע מקניין הגזלן לחול. חיוב המיתה מבטל דין זה, ובכך מאפשר לקניין הגזלן לחול. מקובל להסביר את דעת רב על פי דברי הקובץ שיעורים (ב"ק אות יד):

בהא דילפינן דשינוי קונה מקרא דאשר גזל, לכאורה קשה, דמקרא לא ידעינן אלא דאינו חייב להחזיר לאחר שנשתנה, וגם אינו יכול לומר הרי שלך לפניך, אבל אכתי מנא ידעינן דנקנה להגזלן ע"י שינוי, וצריך לומר דהא בהא תליא, דכיון דפקע דין השבה ממילא הוא קנוי להגזלן מגזילה הראשונה, ויסוד לזה, מסוגיא דסנהדרין ע"ב דאמר רב, הבא במחותרת בדמים קנינהו דקלב"מ, ואיזה קנין יש בקלב"מ, ומוכרח מזה, כיון דמשום קלב"מ מיפטר מהשבה, הגזילה נקנית להגזלן, דאי לאו חיוב השבה הגזלן קונה את הדבר.

הגמ' בדף ס"ו דנה במקור לדין שינוי קונה.⁹ רבה לומד זאת מהפסוק: "והשיב את הגזלה אשר גזל". מהייתור 'אשר גזל' לומדים שכל עוד שהגזלה לא השתנתה חייבים להשיבה, אבל לאחר השינוי פקעה ממנה חובת ההשבה. הקוב"ש מעורר קושיה עצומה: מהייתור ניתן ללמוד רק לגבי חיוב ההשבה, אבל בנוגע לשאלה מי

9. לקמן נייחד לכך פרק נפרד.

הוא הבעלים אין שום רמז וכיצד אפוא למדה מכאן הגמ' ששינוי קונה. קושי זה מוכיח לדעתו את הקשר בין חיוב ההשבה לבעלות הגזולן: הגזלה מחדשת סיבת זכייה לגזולן, אולם חובת ההשבה מעכבת בעדה מלצאת לפועל. ממילא, ברגע שסרה חובת ההשבה סיבת הזכייה חלה.

לפי זה, דינו של רב מיושב כמין חומר: כשם ששינוי מסיר את חובת ההשבה כך גם דין קלב"מ, וכתוצאה מפקיעת חיוב ההשבה החפץ נקנה לו.

אולם, עדיין לא התברר ממה נובע הקניין. כלומר מדוע הגזלה היא סיבה לזכייה. מדברי הקוב"ש עולה שסיבת קניינו של הגזולן היא מעשה המשיכה¹⁰ אשר מקנה לו את החפץ לאחר זמן פקיעת חובת ההשבה בדומה לכל קניין לעוד ל' יום. לכן, הוקשה לו כיצד ניתן לקנות במשיכה ללא דעת מקנה. קושיה חזקה זו הוא השאיר בצ"ע. ואמנם, לפי מה שכתבנו לעיל במבוא ניתן להסביר זאת בפשטות: רב סובר כמו השיטות החולקות על היראים. לפי שיטתם, הקריטריון לבעלות הוא ה'ברשותו'. רבי יוחנן הפריד בין ה'שלו' ל'ברשותו', אולם רב מזהה אותם כדבר אחד, וממילא הגזילה לשיטתו היא סיבה מובהקת לבעלות.

בזה סרה מאליה קושיית הקוב"ש שם מדין כלתה קניינו. מאחר ולשיטתו סיבת הקניין נובעת ממעשה המשיכה הראשוני, הוקשה לו במה עדיפה משיכת הגנב מאומר לחברו משוך פרה זו ולא תקנה לך אלא לאחר ל' יום, שלא קנה כאשר הפרה אינה עומדת בחצירו לאחר ל' יום. והרי גזולן קונה את הגזלה אפילו כשהיא ברה"ר

10. לפי זה מעשה הגזלה יצטרך להיות מעשה קניין לכל דבר ועניין. וראיה לזה מהגמ' בריש פרק הזורק (גיטין עז, א); הגמ' שם מעלה אפשרות ללמוד את דין נתינת גט לתוך הצר האישה מגנב שעל ידי הכנסת הגניבה לחצירו הוא מתחייב. בנתינת גט הנתינה צריכה להיות למקום שקונה, ואעפ"כ הגמ' משווה לזה את מעשה הגניבה. אמנם, בתוס' (ב"ק עט, א ד"ה או) מבואר שישנה מחלוקת ראשונים לגבי משיכה בגנב, האם היא כפופה לכל הלכות משיכה בקניין מיטלטלין או לא: שיטת ר"י שגם אם הגנב ימשוך לרה"ר הוא יתחייב, למרות שבהלכות קניינים משיכה כזו לא מועילה. זאת הערה על שיטת הקוב"ש שקנייני הגזילה הם תוצאה של מעשה המשיכה. עוד יש להוכיח מכופר בפקידון - הגמ' בדף קה, ב לומדת מפסוק שיש לו דין גזול. ואין לומר שמעשה הגזלה הוא קניין חצר, שכן מפורש שם בסוגיה שגם אם הגניבה ברה"ר, במידה והוא יכפור הוא יחשב כגזול. ניתן היה ליישב שמצב זה שכופר בפקידון נלמד מפסוק ולא מסברא מלמד שאין כוונת התורה לחדש שהוא גזול ממש אלא רק להעניש אותו ולהיבא אותו באונסין, ואכן בפשט הסוגיה שם ישנן ראיות להבנה זו ואכמ"ל. מקור נוסף ויסודי בנידון הנ"ל היא הסוגיה בעבודה זרה (עא, ב); כהוכחה לדעת ריש לקיש הסובר משיכה קונה מהתורה, הביאה הגמ' ראה מהא דבן נח נהרג על פחות משווה פרוטה. על פניו מוכח שאם משיכה מועילה בגזל היא גם קונה. אולם התוס' שם (ד"ה ואי) התקשו להבין את השייכות בין הסוגיות, ומבואר מקושייתם שמעשה גזלה איננו מעשה קניין.

בשעת השינוי, ועיין שם במה שתירץ. והנה, לפי דרכינו הקושיה מעיקרא ליתא, שכן לא מעשה המשיכה הוא סיבת הקניין אלא עצם ההשתלטות גורמת לקניין, ובכוחה לעשות זאת גם כאשר החפץ ברה"ר בשעת השינוי.

כאמור, בדרך כלל חיוב ההשבה מעכב. הגזלה מכניסה אמנם את החפץ לרשות הגזלן, ומציאות זאת אמורה להוביל לקניין, אך התורה יצרה מהלך הפוך בהטילה על הגזלן חובה להשיב את החפץ לנגזל. כביכול, חיוב זה משיב את הנגזל לתמונה. היכולת לתבוע בב"ד את החפץ מקלישה את ה'ברשותו' של הגזלן, את שליטתו המעשית בחפץ. כאשר פוקע חיוב ההשבה הימצאות החפץ ברשותו חוזרת להיות סיבה לקניין.

הסבר זה מצריך אותנו לראות בחיוב ההשבה מעבר למצוות עשה בעלמא. אם המצווה להשיב תוגדר ככל מצוות עשה, יהיה קשה להבין כיצד מצווה כלפי שמיא משפיעה על המציאות הממונית. אלא בהכרח שמדובר בסוג של חוב ממוני. לפי דברינו לעיל, הגזלה מעבירה את החפץ לרשותו ושליטתו של הגזלן, וה'ברשותו' הוא סיבה ל'שלו'; לפי זה, חיוב ההשבה מתחיל כחובה להחזיר את מה שאמור להיות של הגזלן, ובהחלט יש לראות בו סוג של חובת תשלום ממון.

דברי רש"י בביאור דעת רב יתבארו היטב לאור הנ"ל (שם):

שבועה אמר רב דפטור ואפי' איתנהו וטעמא מהכא דהאי אם יש לו דמים כגון אב על הבן דמודה בהו רב דלא קנה וחייב להחזיר אחרי כן אמרינן דאפילו נאנסו מיניה משבאו לרשותו חייב להחזיר דמיהן אלמא לא אמרינן פקדון הוו גביה ואבדו לבעלים אלא אמרינן ברשותו הן ואבדו לו הכא נמי לענין אין לו דמים אע"פ דאיתנהו אמרינן לאו פקדון ניהו אלא ברשותו ובאחריותו קיימי וכי גבו להו בי דינא מיניה יש כאן תשלומין עם חיוב מיתה כאילו גובין משאר נכסים.

ניתן לראות ברש"י את שני החידושים שהצגנו לעיל. החידוש הראשון והעיקרי הוא בהלכות גזלן, ובלשון רש"י "אלמא לא אמרינן פקדון הויא גביה". את החידוש הזה רב הוכיח לדברי רש"י מחיוב הדמים: חיוב הגזלן הוא להשיב את החפץ כשהוא בעין או את דמיו במידה והוא נאנס. כך מפורש בדינו של רבה (ב"מ מג, א). טענת רב היא כזו: אם מעמד החפץ אצל הגזלן הוא כפיקדון, אין סיבה לחייב אותו בדמים. ובעל כורחך יש לומר על פי היסוד דלעיל - מאחר והגזלה מהווה סיבה לבעלות, למעשה היא לוקחת את החפץ מהבעלים. ומובן חיוב התורה לשלם דמים תמורתו.¹¹

11. נסקור בקצרה את שיטות הראשונים בביאור חיוב הדמים בגזלן: (א) רש"י בסוגיה זו בסנהדרין כתב שחז"ל למדו זאת מפסוק, אולם לא התברר בדבריו מהו ההסבר לחיוב זה. (ב) הרא"ש (ב"ק א', יא) כתב דברים הפוכים. לדבריו, מסברא היה פשוט לחז"ל שגזלן חייב דמים. מאחר והוא

ההגדרה החיובית ההפוכה מפיקדון לפי רש"י היא: "ברשותו ואחריותו קיימי". ההפך מפיקדון הוא ברשותו של הגזלן. וקשה הרי זה לא מספיק כדי לקנות, ועדיין הנגזל יוכל לתבוע מדין ממוני גבך את החפץ, אלא ודאי מוכח כנ"ל.

בסיום דבריו, רש"י מתמודד עם שאלה נוספת. לכאורה הגדרת חיוב ההשבה וחיוב מיתה כשתי רשעיות היא חידוש. בפשטות, דין קים ליה בדרבה מיניה שייך אך ורק כאשר מוטלים על האדם שני חיובי עונשין, ומסתבר שמצוות עשה אינה כלולה בקטגוריה זו. היישוב לקושיה זו לפי רש"י הוא אותו עקרון דלעיל, "דלא אמרינן פיקדון הוא גביה". ביאור הדבר: אם הגזלן היה חייב להחזיר את מה ששייך לנגזל היינו מגדירים את החיוב כמצווה בעלמא, אולם מאחר והחיוב ביסודו הוא להחזיר את מה שאמור להיות שלו נכון להגדירו כעונש ממון.¹²

עולים אפוא בדברי רב שלושה חידושים הכרוכים זה בזה: חיוב הדמים מלמד על כך שמעמד החפץ אינו כפיקדון, אלא כל רגע יש בעצם סיבה שיקנה. כתוצאה מכך חיוב התורה להשיב מתחיל כחיוב להחזיר את מה שאמור להיות שלו. על ידי זה הוא נידון כחיוב תשלום, וממילא קלב"מ יפטור אותו. משום כך כבר נפתח פתח להבין מדוע חובת ההשבה מצליחה לעכב בעד סיבת הקניין מלצאת לפועל.

דעת רבא וגדר חיוב האונסים בגזלן לשיטתו

עד כאן ביררנו את שיטת רב, וכעת נפנה לדון בשיטת רבא. לאור האמור עד כה, ניתן להצביע על שני מוקדים עיקריים בדינו של רב: המוקד הראשון הוא הלכות

התחייב במצווה להשיב את הגזילה מה לי הן ומה לי דמיהן. כלומר חיוב הדמים הוא חלק מחובת השבת החפץ. ג) מהראב"ד בפרק ט' הלכה א' מהל"גז"א עולה שחיוב הדמים הוא מדין מזיק. ע"ש לגבי ההלכה שעבדים לא נגזלים כיון שהוקשו לקרקעות. שיטת הראב"ד שאמנם הם לא נקנים בשינוי כמו כל גזילה אבל אם הם מתו הגזלן חייב לשלם דמים. הביאור הוא שעבדים התמעטו מקנייני גזילה בעוד עצם מעשה הגזלה כן שייך בהם (בניגוד לקרקע) וממילא גזלתם היא מעשה מזיק ד) שיטת הרמב"ן בב"מ היא שחיוב הדמים הוא בעצם חיוב אונסין כמו שואל וע"ל להלן באריכות. לפי כל השיטות ניתן להבין את הטענה של רב - אם החפץ הוא כמו פיקדון אין סיבה לחיוב דמים שהרי החפץ בעין וכל היכא דאיתיה בי גזא דבעלים איתיה. לא שייך לחייב את הגזלן לשלם לבעלים תמורת חפץ שעדיין קיים והוא בבעלותם.

12. כל זה בשיטת רב. ובשיטת רבא יש לדון האם ג"כ חיוב השבה הוא חוב ממון או מצווה בעלמא. הנפק"מ היא האם לשיטתו קלב"מ יפטור את הבא במחלתת מחיוב להשיב (למרות שהחפץ לא הופך להיות שלו וכלדקמן). נחלקו בשאלה זו האחרונים: הקצוה"ח ונתיה"מ בס"א הסכימו שניהם שגם לרבא קלב"מ פטור אותו מהחיוב להשיב והנגזל תובע רק מדין ממוני גבך. ואילו בחי' הגר"ש שקאפ עמ"ס כתובות ס"י מ' כתב שקלב"מ לא יכול לפטור מחיוב זה כיון שאי"ז זכות ממון אלא רק מצווה.

גזלן, והמוקד השני הוא הלכות קים ליה בדרבה מיניה. ממילא יש לדון באיזה מהם נחלק רבא, וייתכנו שתי אפשרויות:

האחת, רבא חולק במעמד הגזלן בחפץ. הוא מפרש את חיוב האונסין של הגזלן אחרת. כתוצאה מכך לשיטתו החפץ הגזול הוא אכן "פקדון בעלמא גביה", וממילא חיוב ההשבה הוא מצווה בעלמא ולא שייך בו הכלל קלב"מ.

השנייה, רבא חולק בהלכות קלב"מ. לטענתו בסופו של דבר חיוב ההשבה הוא מצוות עשה, ולכן לא שייך לגביו הכלל 'משום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעות'.

יש לעמוד על ההבדל המהותי בין שתי האפשרויות: לפי האפשרות הראשונה כל המהלך בדעת רב יתברר כלא נכון למסקנה, מאחר וקיי"ל לדינא כדעת רבא. ואילו לפי האפשרות השנייה היסודות שעלו מדברי רב בזכות הגזלן בחפץ יכולים להיות נכונים גם למסקנה בדעת רבא. המחלוקת היא יותר נקודתית בדיני קלב"מ ובחלות הכלל במצוות עשה שכזו.

הקוב"ש הוצרך להסביר בדעת רבא כאפשרות השנייה, שהרי לפי הראשונה תחזור למקומה הקושיה מדוע לרבא שינוי קונה. והנה, בלשון הגמ' לכאורה יש הכרע לאחד הצדדים: "ולא היא כי אוקמינהו רחמנא ברשותיה לעניין אונסין אבל לענין מקנא ברשותא דמרייהו קיימי מידי דהוה אשואל". מלשון זו משמע כפי הדרך הראשונה שמוקד המחלוקת הוא בהבנת חיוב האונסין, ורבא נחלק על המסקנה שהסיק ממנו רב.¹³ כך גם נראה בלשון רש"י (שם ד"ה ולא היא):

ולא היא, לא מסתברא טעמא דרב בהא דאע"ג דהיכא דיש לו דמים חייבין באחריותו לאו קנין הן לו להיות כשאר נכסיו דכי אוקמיה רחמנא ברשותיה וחייב את הגזלנין לשלם ה"מ לענין שלומי דלא מצי למימר ליה נאנסו. אבל לענין מקנא לא קני- אם קיימין הן אצלו והוא היה בא לעכבו ולומר דמים אני מחזיר לך לא קני ומהדר להו בעינייהו דכתיב (ויקרא ה) והשיב את הגזילה והאי דכי נאנסו מחזיר דמים ולא מצי אמר ליה נאנסו ומיפטר משום דלא גרע גזלן משואל דמשום דכל הנאה שלו אוקמינהו רחמנא ברשותו לשלומי אם נאנס דכל כמה דקיימא הדרא בעינא הא נמי כל הנאה שלו ומיחייב לשלומי.

13. יש להבין כיצד שיטת רבא מסתדרת עם השיטות שחלקו על היראים בדין גזל הגוי. כנראה הם יחלקו בין אופי הבעלות של גוי לבין ישראל: בגוי הבעלות היא רק הרובד המעשי הפיזי שקיים בשטח. לכן ברגע שהוא לא קיים הבעלות פוקעת. אמנם, בישראל השליטה מקנה לאדם את הזכות לממש אותה גם כשאחר לוקח את החפץ מידי. יוצא שגם לפי המסקנה כדעת רבא ברור שהבעלות איננה מעמד של החפץ אלא רק היחס בין החפץ לאדם. ואעפ"כ מעשה גזלה לא מפקיע אותה.

כלומר, מחלוקת רבא ורב היא כיצד לפרש את חיוב האונסין בגזלן.¹⁴ וכך גם כתב להדיא הר"ן בחידושו (שם):

כלומר שאין סברת רב נכונה דודאי לעולם לא זכה בגוף הכלים בשעת גניבה שאעפ"י שבאותה שעה הוא מתחייב מ"מ בשביל חיוב האונסין אינן ברשותו לענין קנייה ממש בגוף הנכסים מידי דהוה אשואל.

לעומת רב, רבא מפרש את חיוב האונסין בדיוק כמו בשואל. והנה, לכאורה ראיית רבא היא שטר ושוברו בציוד: הגמ' במסכת כתובות (לד, ב) מסתפקת כאיזה שעה שואל משלם, האם כשעה ראשונה דהיינו בזמן השאלה או כשעה אחרונה היינו שעת האונס. למעשה הגמ' עצמה לא מכריעה בנידון, אולם לדינא על פי המחבר (ח"מ שמא, ב) שואל משלם כשעה אחרונה. לעומת זאת, גזלן משלם כשעה ראשונה, וכך עולה מהמשנה בריש פרק הגזלן קמא: "כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה".

השאלה האם משלם כשעה ראשונה או כשעת האונס איננה שאלה צדדית. כלומר לא מדובר באותו חיוב ורק זמן החלות שלו שונה, אלא הבדל זה מצביע על אופי אחר לגמרי של חיוב. במילים אחרות, גזלן לא חייב באונסים אלא הוא חייב דמים. נסביר: משמעות החיוב בשעה אחרונה היא שהשואל נושא באחריות על מה שקרה, אך כל עוד החפץ בעין אין סיבה לחייבו בתשלום. אמנם 'שואל כל הנאה שלו', אך הוא משתמש מכוחם של הבעלים ולא במקומם, וניתן לראות בהשאלה סוג של מימוש בעלות המשאיל. לעומת זאת החיוב בשעה ראשונה, בעוד החפץ בעין, מצביע על הגזלה כסיבת החיוב ולא האונס.¹⁵

הבדל זה מחדד יותר את טענת רב, ומסביר מדוע הוא כפר בהשוואה בין גזלן לשואל. בביאור דעת רבא המשווה את חיוב הדמים של הגזלן לחיוב הדמים של השואל למרות ההבדל העקרוני בניהם, ניתן להציע שני מהלכים: הראשון יקרב את חיוב השואל לחיוב גזלן, והשני יקרב את חיוב הגזלן לחיוב השואל.

14. לכאורה ניתן להסביר גם לפי שיטת הקוב"ש, שמחלוקת רב ורבא נוגעת להבנת חיוב האונסים בלי שזה יסתור את שיטתו. רבא טוען שחיוב ההשבה לא מאפשר לקניין הגזלן לחול ולמעשה נמצא שהוא חייב להשיב חפץ של הנגזל. משום כך הוא רואה במצוות "והשיב" מצוות עשה ולא חוב ממון. כתוצאה מכך ס"ל שקלב"מ לא פוטר מחיוב זה. יוצא שהמחלוקת מתחילה בשאלה אם החפץ כמו פיקדון ונגמרת בשאלה אם קלב"מ פוטר מחיוב השבה. ועדיין דחוקה מאוד ההשוואה לשואל.

15. עי' לעיל בהערה 11. ברור שכך עולה משיטת הרא"ש שחיוב הדמים הוא תוצאה של חיוב ההשבה, ולפי הראב"ד שחייב מדין מזיק. את ההשוואה לשיטתם נצטרך להסביר כמו המהלך הראשון.

הראשון, לא חייבים להבין את המחלוקת כאילו שעה שואל משלם בצורה דיכוטומית. כלומר, יתכן שגם השיטה ששואל משלם כשעה אחרונה מודה שעקרונות סבת החיוב חלה כבר בזמן השאלה. בשואל בדומה לגזלן החפץ ניטל מהבעלים ועבר לרשות אדם אחר, ולכן התורה מחייבת אותו לשלם דמים תמורת החפץ. אמנם, סבת החיוב בשעה ראשונה אינה מצליחה לחול בפועל. זאת מאחר שהשואל משמש בשני תפקידים במקביל: הוא גם שואל ומאיך הוא גם שומר.¹⁶ אשר לכן, גם אם מצד השאלה ו"כל הנאה שלו" היה ניתן לחייב את השואל בדמים כבר מהרגע הראשון, בפועל מעמדו כשומר של החפץ ויד שומר כיד בעלים מונע זאת. על ידי השמירה החפץ נמצא ברשות הבעלים, ולכן רק בשעת האונס השאלה מחייבת. לפי זה ניתן להבין את ההשוואה בין חיוב הדמים של הגזלן לחיוב הדמים של השואל, ומובן כיצד רבא יכול להוכיח מחיוב השואל שלכו"ע אינו קונה בשינוי ובקלב"מ, שיש מודל של חיוב דמים מבלי להתבסס על סבת זכיה.

המהלך השני מקרב את חיוב הגזלן לחיוב השואל. כלומר, ננסה להסביר את חיובו של הגזלן כחיוב אונסין בדומה לשואל. במבט ראשון הבנה זו נראית רחוקה: חיוב הגזלן חל הרבה לפני אונס, וא"כ לא יתכן להגדיר את חיובו כחיוב אונסין. אולם במפתיע, בחידושי הרמב"ן לב"מ מבואר להדיא כאפשרות זו. הגמ' שם (מג, א) מביאה את דינו של רבה: "אמר רבה האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה מעיקרא שוויא זוזא ולבסוף שוויא ד' זוזי איתבר ממילא משלם זוזא". כלומר, חיוב הגזלן חל מייד בשעה ראשונה, ולכן גם אם החפץ הוקר לארבע משלם זוז כפי השומא של שעה ראשונה. ואומר שם הרמב"ן (שם):

אני תמה כיון דאמר' דהשתא דכי איתא הדרא בעינה ורחמנא חייביה לגזלן באונסין אמאי לא מיחייב באונסין דהשתא, וכדאמר' נמי בעלמא (סנהדרין ע"ב

16. מוכח כן משאלת הגמ' בריש פרק השואל (ב"מ צד, ב): "והא בעיא נטירה". הסברא היא דלא גרע מכל אדם המחזיק חפץ של חברו, שנעשה עליו שומר חנם אפילו ללא קבלת שמירה. יסוד זה עולה מהלכות רבות, למשל: שומר אבדה, מלווה על המשכון ולוקח לזמן שכתבו התוס' (ב"מ צו, ב) שנעשה שומר חנם. הטיב לנסח זאת הרמב"ן במלחמותיו (ב"ק ריש פרק שור שנגח ד' וה'): "שאיין לך תופס דבר לעצמו ואינו לא שומר חנם ולא שומר שכר". גזלן לעומת זאת לעולם לא יהיה שומר למרות שהוא מחזיק חפץ של חברו. טעם הדבר הוא שגזלן בא ליטול את החפץ מהבעלים ולא מחזיק אותו עבורם. כלומר הוא ההיפך הגמור משומר ולכן לא יחולו עליו דיני שמירה. ואכן בתוס' (ב"ק נו, ב) מוכח שלגזלן אין דיני שומר. הנתיחה"מ בסי' רצ"א סק"א רצה להוכיח מדברי הרמב"ן הללו שהוא חולק על התוס' ולדעתו יש לגזלן דין שומר. ולפי מה שכתבנו בביאור דברי הרמב"ן אין מדבריו שום ראייה. כל הקושיה היא דווקא לגבי חיוב אונסים דשואל וכפי שמוכח מהסוגיה בסנהדרין הנ"ל, אולם דין שומר פשוט שאין לו. הסברא בזה כמו שכתבנו היא שגזלן הלוקח את החפץ מהבעלים הוא ההיפך משומר שידו כיד הבעלים ודו"ק.

א) נהי דאוקמינהו רחמנא ברשותיה לענין אונסין לענין מיקנא מי אוקמינהו ברשותיה, והילכך כי אייקר ודאי ברשותיה דמריה אייקר ותברא דממילא נמי איהו מחייב עלה דהא חייב באונסין כשואל אטו שואל כה"ג מי לא משלם ארבע, וי"ל דשאני שואל דמשעת משיכת הבהמה נתחייב במזונותיה ולא מיחייב באונסין עד שעת שבורה ומתה וברשותא דמריה היא למכירה וק"ו להקדש, אבל גזלה כיון דמשעת משיכה מיחייב באונסיה ונפקא נמי מרשות בעלים להקדש, לא מחייבין ליה באונסיה אלא כשעת משיכה, דשעת משיכה דגזלה כשעת שבורה ומתה דשאלה דההיא שעתא חייל עליה חיוב.

הרמב"ן מצטט במפורש את לשון הגמ' בסוגייתנו, והוא מוכיח מלשון רבא דקיי"ל כוותיה את ההשוואה בין גזלן לשואל, ולכן הוא מתקשה בדיוק בשאלה שאותה הצגנו מקודם: אם מדובר באותו חיוב אונסין מדוע גזלן משלם כשעה ראשונה. השאלה היא איך להבין את תירוצו. לענ"ד הרמב"ן לא חוזר מעצם הנחת היסוד של הקושיה ובתשובה הוא מחדש שבגזלה שעת האונס היא שעת הגזלה. כלומר, שואל חייב כשעה אחרונה מכיוון שעד אז החפץ ברשות הבעלים ורק בשעת האונס הוא נחסר מהם. לעומת זאת בגזלן שעת המשיכה היא שעת האונס מכיוון שכבר משעה זו הבעלים אינם יכולים לממש את בעלותם. ומאחר והחפץ נאנס מהבעלים כבר בשעת הגזילה לא ניתן להייב את הגזלן על שעת אובדן החפץ.¹⁷ יוצא א"כ שחיוב אונסין בגזלן הוא מדין שואל, אולם בניגוד אליו שעת האונס היא שעה ראשונה.

סיכום ביניים: הסברנו את דעת רב על פי הכיוון שהצגנו במבוא לסוגיה. אולם, כפי שהוכחנו מדברי הראשונים, רבא נחלק על עצם היסוד וממילא הוא הבין את חיוב האונסין אחרת. לפי זה, בדעת רבא אנו חוזרים להגדרה מינורית לפיה הגזלן מצליח רק להקליש את בעלות הנגזל, כשאצלו לא נוצרות זכויות של בעלות. כעת ניגש לבאר את דין שינוי קונה לפי שיטת רבא.

שינוי קונה, סוגיית הגמ' בתמורה דף ו', ודין אין שמין לגזלן

הגמ' (ב"ק טו, א) לומדת מפסוק את דין שינוי קונה, ולעיל ציטטנו את לשון הגמ'. כפי שראינו, לפי שיטת הקוב"ש זוהי אחת הראיות לכך שחיוב ההשבה מעכב בעד סיבת הבעלות של הגזלן, וממילא כשהוא סר החפץ נקנה לו. ואכן לפי שיטתנו בדעת רבא קשה מדוע באמת שינוי קונה.

17. לפי זה צריך להבין מדוע בתברא או שתייה משלם כשעה אחרונה והרי החפץ כבר נאבד מהבעלים. וכנראה נצטרך להסביר כמו שיטת הנתי"מ (ס' ל"ד) שהשבירה היא המשך הגזילה ואכ"מ.

נראה להציע הבנה אחרת: לפי רבא קניין הגזלן בשינוי הוא תוצאה של חיוב הדמים. בין אם נסביר את חיוב הדמים כך או כך, לא יתכן לחייב את הגזלן גם לשלם עבור החפץ וגם להחזיר אותו לבעלים. משום כך, עצם החיוב לשלם דמים מעביר את הבעלות לגזלן.¹⁸ נוכיח יסוד זה מסוגיית הגמ' לעיל בפרק ראשון (ב"ק יא, ב) לגבי דין פחת נבילה: הסוגיה שם עוסקת בשור שניזוק ונשארה הנבילה. הנידון הוא האם המזיק חייב לשלם את דמי השור כולו או רק את ההפרש בין השור לנבילה. הנפק"מ היא כאשר ערך הנבילה ירד או עלה בין שעת הנזק לשעת התשלום. הנחת היסוד של הגמ' בסוגיה לולא הפסוק "והמת יהיה לו" שמחדש שפחת הנבילה על הניזק היא שפחת הנבילה על המזיק. נראה שהסיבה לכך היא שחיוב המזיק בכל דמי השור גורם לכך שהנבלה תהיה שלו, וממילא פחת הנבילה עליו. מובלע אפוא בדברי הגמ' העיקרון דלעיל: לא יתכן לחייב את המזיק בכל דמי השור ושהניזק יקבל מלבד זאת גם את הנבילה. לכן חיוב התשלומין מקנה את הנבילה למזיק. עדיין יש מקום לבעל דין לחלוק ולטעון שבסוגיית פחת נבלה

18. זה לשון הנתיחה"מ בסי' שנ"א סק"א: "דקנין שינוי נלמד מקרא דזהשיב את הגזילה אשר גדל, אם כעין שגזל יחזיר, ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי, וכיון דהתורה חייביה בדמים הרי מוכח דרחמנא אוקמיה ברשותיה". ניתן להבין שחיוב הדמים מגלה שהתורה קודם כל הקנתה לגזלן קניין בחפץ והוא הסיבה לחיוב הדמים. אבל יותר משמע מדברינו שזה מתחיל הפוך: הגזלן חייב בדמים וממילא הוא קונה. והנה, לכאורה מצינו מחלוקת ראשונים בדבר דומה. סוגיית 'כיפי' ריש פרק המפקיד (ב"מ לה, א) עוסקת בשומר שכר שנאבד ממנו הפיקדון וגבו ממנו אפדתנו. לאחר זמן נמצאו הכיפי אולם הם התייקרו. רב נחמן פסק: "הדרי כיפי למרייהו והדרא אפדנא למריה". הגמ' הוכיחה מזה שרב נחמן סובר שומא הדר, ודחתה "שאני הכא דשומא בטעות הוה". לא ניכנס לפרטי הסוגיה, אלא רק למחלוקת הראשונים שם בביאור ההווה אמינא. לפני המסקנה שהשומא הייתה בטעות, דנו הראשונים מדוע השומר לא יוכל להשאיר אצלו את הכיפי כדי לקבל את היוקרא, והרי שומא הדר היא זכות של הלווה לטובתו וכאן טובתו היא להשאיר אצלו את הכיפי. הרמב"ן הסביר שהשומר בלאו הכי לא זוכה בכיפי, ומצד הדין לולא דין שומא בטעות, המפקיד היה אמור לקבל בחזרה את הכיפי שהיו שלו. מאחר ולא יתכן שהוא יקבל תשלום כפול, הוא יצטרך להחזיר את דמי האפדנא לשומר. אולם הר"ח ורשב"א ביארו שהשומר זוכה בכיפי אולם הוא לא זוכה ביוקר. לכן עדיף לו להשתמש בזכות 'שומא הדר' ולקבל את מה ששילם בחזרה. עולה אפוא מחלוקת ראשונים בשאלה האם התשלום על חפץ מקנה אותו למשלם או לא. לפי הר"ח והרשב"א השומר זכה בכיפי בלי מעשה קניין אלא מעצם התשלום. אלא שמחלוקת זו עוסקת במקרה שבו כאשר היה תשלום בפועל ואילו בגזלן מדובר על חיוב תשלומין בלבד. האם לפי הרמב"ן נצטרך להבין את דין שינוי קונה אחרת, שאם תשלום בפועל אינו קונה כל שכן חיוב לשלם? נראה שלא: חיוב הדמים בגזלן שונה בכך שהוא תשלום על החפץ משא"כ שומר שמשלם על ההפסד של הבעלים ואכמ"ל. ועי' עוד: נתיחה"מ רצ"ה סק"א, קצוה"ח שם סק"ב.

מדובר לאחר שהמזיק שילם ממש ולא רק התחייב בתשלום.¹⁹ אולם, גם אם קניין הנבלה נובע מתשלום בפועל, עדיין החידוש הוא גדול ואפשר לראות בו ראייה ליסודנו: הרי הסיבה לקניין המזיק בנבילה אינה קניין כסף, אלא העיקרון המונע תשלום כפול, ומאחר שכך כבר לא מן הנמנע להרחיבו למקרה בו חלה רק חובה לשלם ועוד לא שילם בפועל. על פי זה נוכל להסביר את דין שינוי קונה: זאת לא הלכה בהלכות גזלן, אלא תוצאה של עקרון כללי בתורה לפיו כאשר הגזלן חייב לשלם עבור החפץ הוא הופך להיות שלו. לפי זה כבר משעה ראשונה חיוב הדמים הוא סיבה להעברת הבעלות לגזלן. אמנם, כל עוד החפץ בעין חייבה התורה להחזיר אותו בעצמו, ולכן הסיבה אינה יוצאת לפועל. משא"כ כשארע אונס או לחילופין לאחר שהחפץ השתנה וחל חיוב דמים, קונה הגזלן את החפץ בשל חיוב הדמים.

לאור האמור ניגש לביאור הסוגיה בתמורה. ביסוד הסוגיה שם עומדת מחלוקת אביי ורבא בדין כל דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני או לא. אביי לאורך הסוגיה מעלה כמה ראיות מהש"ס לסתור את העיקרון הנ"ל. אחת מהן היא מדין שינוי קונה בגזילה: אביי טוען שאם כל דאמר רחמנא וכו' לא מהני, גזלן לא יקנה בשינוי. התורה אסרה לגזול ובזה היא אמרה לא תעביד, ואעפ"כ קיי"ל "גזל עצים ועשאן כלים קנה" וא"כ אי עביד מהני. ובלשון הגמ' (ו, א):

והרי גזל דרחמנא אמר לא תגזול ותנן הגזל עצים ועשאן כלים צמר ועשאן בגדים משלם כשעת הגזילה תיובתא דרבא אמר לך רבא שאני התם דאמר קרא אשר גזל כמה שגזל ולאביי האי אשר גזל מיבעי ליה על גזילו שלו מוסיף חומש על גזילו של אביו אינו מוסיף חומש.

לכא' גמ' זו היא ראייה גדולה להבנת הקוב"ש. לפי העיקרון 'כל דאמר רחמנא אי עביד לא מהני', איסור התורה על פעולה מסוימת כגון גזלה מונע יצירת חלות הכרוכה בעבירה על האיסור. והוא הדין לעניין שינוי קונה: קנייני גזילה הם תוצאה של פעולת הגזילה, אותה אסרה תורה, וממילא הם לא יחולו. אמנם לפי ההסבר החלופי שהצענו לדין שינוי קונה, קשה להבין את שייכות דין 'אי עביד לא מהני' לדין זה. הרי הדברים הפוכים, התורה רוצה לחייב אותו באונסין ועל ידי זה היא עצמה גורמת לו לקנות בשינוי. לפי הסברנו הקניין אינו תוצאה של פעולת הגזלה אלא של חיוב התשלומים וא"כ קושיית הגמ' אינה מובנת.

עד כאן נגענו רק בשיטת אביי והבאנו ממנה ראייה לדרכו של הקוב"ש, ואמנם תירוץ הגמ' לשיטת רבא מעורר קושייה גדולה על שיטתו. הגמ' מתרצת: "שאני התם

19. טענה זו נמתכת מלשון רש"י בסוגיה בד"ה "ולשתוק" יעו' שם. מאידך גיסא מלשון רש"י בד"ה "אלא לפחת" משמע שלולא הפסוק הנבלה הייתה ברשות המזיק משעת מיתה עוד קודם לתשלום.

דאמר קרא אשר גזל כעין שגזל". והנה, הקוב"ש תמך את שיטתו דלעיל מהאופן בו הגמ' למדה מהפסוק "והשיב את הגזילה אשר גזל" את דין שינוי קונה. הדיוק מהפסוק מלמד על גדרי חובת ההשבה ואין בו התייחסות או רמז לכך שהחפץ נקנה לגזלן, אא"כ נניח כהנחת יסוד את קיומה של סיבת קניין הנובעת ממעשה המשיכה, סיבה שחיוב ההשבה מעכב כך שביטול חובת ההשבה מאפשר לסיבה הראשונית לפעול. אולם, כל זה לא יכול להיות נכון בדעת רבא לפיה "אי עביד לא מהני": לשיטתו פעולת הגזלה לא אמורה להיות סיבת קניין ואעפ"כ הוא לומד מהפסוק את דין שינוי קונה.

לסיכום, בפשטות דעת אביי מסייעת להבנת הקוב"ש,²⁰ אך דעת רבא מהווה סיעתא גדולה לדרכינו.

לפי היסוד הנ"ל ניתן להציע פתרון לסוגיית הגמ' בריש הגוזל קמא (ב"ק צד, א). הגמ' שם קשרה בין שתי סוגיות שלעניי המתבונן אינן קשורות. בגמ' לעיל (יא, א), הובאו דברי שמואל: "אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזיקין ואני אומר אף לשואל". הסוגיה עוסקת במקרה שחפץ שאול או גזול נשבר. בנזיקין שמין את החפץ כמה הוא שווה לאחר הנזק, והמזיק צריך לשלם את הפער. לעומת זאת, הגנב והגזלן (נתעלם בשלב זה משואל) קונים את החפץ בשעת השבירה מדין שינוי ומתחייבים בדמי כל החפץ. גם אם הם ירצו לשלם את השברים מדין שווה כסף, השואל תהיה כפי שעת התשלום. בדרך זו הלכו הנימוק"י והרמ"ה. אולם התוס' והרא"ש הסבירו את דברי שמואל באופן אחר: 'אין שמין' הכוונה שגזלן לא יכול לשלם בסובין אלא רק את החפץ עצמו או את דמיו. והנה, הגמ' בריש הגוזל קמא (צד, א) מוכיחה מדברי שמואל אלו שהוא סובר כמאן דאמר שינוי קונה. לפי הסבר הנימוק"י והרמ"ה דברים אלו מובנים, שכן זה בדיוק מה ששמואל בא לומר - מאחר והגזלן קונה את השברים בשינוי, הפחת עד שעת התשלום עליו. אולם, לפי הסבר הרא"ש ותוס' צע"ג, הרי גם למ"ד ששינוי אינו קונה דינו של שמואל רלוונטי מאוד - כאשר החפץ התכלה או נשרף לכולי עלמא הגזלן חייב לשלם דמים שהרי החפץ כלל לא קיים, ולפי שמואל הוא לא יוכל לשלם בסובין אלא רק דמים, שהרי לדעתו הגזלן יכול להשיב רק את החפץ עצמו או את דמיו.²¹ ומדוע אפוא הגמ' קשרה בין דברי שמואל ובין העמדה ששינוי קונה?

20. אולם, ראה את דברי התייבוס בסימן ל"ד המסביר אחרת הוכחת הגמ', ויתכן שלפי דבריו ניתן לדחות את הראיה מהקושיה.

21. ניתן להקשות יותר. בגזל עצים ועשאן כלים מובן מדוע אם שינוי אינו קונה, יכול הגזלן לומר הרי שלך לפניך ולהיפטר. אולם כאשר הגזלה נחסרת כמותית כגון שחלק ממנה התכלה, גם אם השינוי לא קונה מכל מקום לא יתכן לקיים את חובת החזרת החפץ במה שנשאר. אם טענה זו

והנה, בדברי הרא"ש בסוגיית פחת נבילה ישנה התייחסות לשאלה זו. תירוצו של הרא"ש יאשש בצורה מוחלטת את הקשר שהצענו בתחילת הפרק בין דין פחת נבילה לדין שינוי קונה. זה לשונו (א', יא):

ופחת נבילה על הניזק משעה שנודע לו ההיזק ומשנודע לו היה מוטל עליו להשתדל ולהעלותו מן הבור ושכר העלאה יפרע המזיק וכן לכל כ"ד אבות ומסור ומפגל וכופר ושלשים של עבד בר מגנב וגזלן שצריך לשלם לו בהמה וכלים שלימים והנבילה והשברים לגנב ולגזלן דבגנב כתיב חיים שנים ישלם בגזלן כתיב והשיב את הגזילה אשר גזל כעין שגזל ומיהו מעות יכול ליתן לו דמה לי הן ומה לי דמיהן כיון שיכול לקנות בהן כעין שגזל אבל לא דבר שיצטרך לטרוח ולמוכרו ולקנות בדמים כעין שגזל.

מפורש בלשונו שסוגיית פחת נבילה וסוגיית שמין לגזלן מהוות יחידה אחת. וביאור דבריו, במזיק ניתן לשלם בשווה כסף וכך למדה הגמ' (ז, א) מפסוק. לכן, במקום לחייב את המזיק לשלם את כל דמי השור והנבילה תיקנה לו, התורה מגדירה את הנבילה עצמה כסוג של תשלום. ולכן כבר בשעת הנזק הנבילה משתלמת לניזק ומעתה הפחת עליו. לעומת זאת, התורה מחייבת את הגזלן להחזיר את החפץ שגזל, 'כעין שגזל', והתחליף היחיד לזה יכול להיות דמים ולא שווה כסף.

אם נחבר את כל הקצוות, תיסלל בפנינו הדרך ליישב את קושייתנו: יסוד המחלוקת בין מ"ד שינוי קונה ובין מ"ד שינוי אינו קונה נעוץ בדיוק בסוגיית אין שמין. למ"ד שינוי קונה למדנו מהייתור 'אשר גזל כעין שגזל' שניתן לשלם רק את החפץ עצמו כפי שגזל או דמים. לפי"ז אם החפץ משתנה או נשבר, הגזלן חייב לשלם את כל דמי החפץ ושארית החפץ נקנית לגזלן, וכפי שהיה במזיק ללא הדרשה של פחת נבילה לניזק. מ"ד שינוי לא קונה אינו דורש את הייתור 'אשר גזל כעין שגזל', ולכן לשיטתו ניתן לשלם גם אם החפץ איננו כעין שגזל. אע"פ שהחפץ השתנה מכפי שהיה בעת הגזילה, הוא לא גרוע מסתם שו"כ. לכן הגזלן יכול להחזיר את החפץ עצמו ללא שחל עליו חיוב דמים וממילא אין שום סיבה שהחפץ יקנה לו, שהרי הקניין הוא תוצאה של חיוב הדמים.²² ומובנים אפוא דברי הגמ' הקושרת בין דין אין שמין לדין שינוי קונה גם לפירוש התוספות והרא"ש.

נכונה הרי שמצאנו עוד נפקא מינה לדינו של שמואל גם לפי מ"ד שינוי לא קונה ועל בחי הגר"ח על הרמב"ם, הל' גזלה ב', ט"ו.

22. נחدد יותר: המחלוקת האם שינוי קונה נובעת מהשאלה האם אנו דורשים את הייתור "אשר גזל" ולומדים ממנו שחיוב ההשבה הוא להחזיר בדיוק את החפץ שגזל. לפי זה, למאן דאמר שינוי לא קונה גם אם החפץ איננו בדיוק כפי שהיה בשעת גזלה ניתן להשיב אותו. וממילא אין שום סיבה שלא יהיה אפשר לשלם בשווה כסף. אולם המ"ד ששינוי קונה למד מהפסוק חידוש גדול

מכר, הקדש וירושה בגזלן

גם בתחילת פרק זה נבדוק היכן אנו עומדים כעת ביחס למה שכתבנו בפתחה. לפי מה שנתבאר לעיל ההלכה ששינוי קונה אינה משנה בצורה מהותית את מסקנתנו בסוף פרק ב': לגזלן אין שום קניין בחפץ הגזול. אמנם, כל רגע ישנה סיבה פוטנציאלית לקניין – אם החפץ ישתנה ויוטל על הגזלן חיוב תשלומים שיגרום לקניין – אולם סיבה זו היא פוטנציאל בלבד, וכשחיוב ההשבה עומד בעינו לא אמורות להיות לכך השלכות.

ניגש לבחון דינים יותר ספציפיים: האם גזלן יכול למכור או להקדיש, והאם הוא יכול להוריש. באופן פשוט התשובה היא בהחלט לא, שהרי בשביל כך צריך להיות בעלים והוא לא.

נתחיל מהקל אל הכבד: זאת סוגיה ערוכה שגזלן מוריש את החפץ לבניו. הגמ' בריש פרק הגזול בתרא (קיא, ב) עוסקת בגזלן שהוריש גזילה לבניו לאחר יאוש. קי"ל שיאוש לבדו אינו קונה אולם בצירוף שינוי רשות הגזלן קונה. בסוגיה שם נחלקו רבא ורמי בר חמא האם רשות יורש כרשות לוקח או לא; כלומר האם המעבר לרשות היורשים נחשב כשינוי רשות. לא ניכנס כרגע לעצם הדין, אלא רק לעובדה הזו המוסכמת על כל הדעות שהגזלן מוריש את החפץ לבניו.

הקושי ברור: אם אין לגזלן שום זכות או בעלות בחפץ, כיצד ניתן להבין את שיטת רמי בר חמא שרשות יורש כרשות לוקח, וכי יש לגזלן מה להוריש אם החפץ שייך לאדם אחר? לפי שיטת הקוב"ש ניחא, הרי הגזלן ברגע המשיכה קנה קניין לאחר זמן השינוי, אך לדרכנו הדברים קשים לכאורה.

התירוץ לקושיה יכול להיות באחד משני מסלולים אפשריים: הראשון הוא הלכות ירושה והשני הוא הלכות גזלה.

המסלול הראשון הוא לערער על הנחת היסוד לפיה ירושה מותנית במעבר של ממון מהמוריש ליורש. ירושה מורכבת משני עניינים: סיבת הירושה, והירושה עצמה. סיבת הירושה היא עיקרון מציאותי ולא דיני, בעוד הירושה עצמה, קרי הזכייה בממון המוריש, היא תולדה שלה.²³ כך למשל עולה מהגמ' בריש פרק יש נוהלין המשווה באופן מפתיע בין דין ירושה לדין ייבום. דבר הקשה לכאורה, שמה עניין שמיטה אצל הר סיני? המכנה המשותף הוא שהן בייבום והן בנחלה האח או הבן

שחייבים להחזיר נגזל את החפץ שהיה לו ולכן זה משתלם או בחפץ עצמו כפי שהיה או דמיו, לאפוקי שו"כ.

23. אולי זה הביאור בדין משמוש נחלה, בגמ' ב"ב קטו, א. ועי' גם בסוגיה בדף קנט, א לגבי דין "מכח אבהו דאבא קאתינא", שם מפורש שיש משמעות לירושה עוד מחיים.

עומדים תחת הנפטר וממשיכים אותו, וזוהי הסיבה לכך שהממון עובר אליהם, היותם ממשיכים.

על פי זה ניתן להסביר שדין 'רשות יורש לאו כרשות לוקח' מתייחס לסיבת הירושה ולא לירושה עצמה: הבן בתור היורש של אביו וממשיכו מחזיק את החפץ הגזול כהמשך לאותה החזקה של אביו ולכן אין זה נחשב כשינוי רשות.

המסלול השני הוא להסיק מכך שאכן יש לגזלן קניין ממוני בחפץ ואותו הוא מוריש לבנו. האם זאת ראייה לדברי הקוב"ש? לא בהכרח. נראה שסיבת הקניין המונחת בחיוב הדמים היא לא רק מציאות פוטנציאלית אלא כבר עכשיו יש לה משמעות. ההסבר לכך מתבסס על שתי הנחות: א. חיוב הדמים חל מיד בשעת הגזלה. כך עולה מדין המשנה בריש פרק הגזול קמא: "כל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה". אם הוא משלם כשעה ראשונה למרות שהאונס מתרחש לאחר מכן, חלות החיוב צריכה להיות בשעת הגזלה. ב. חיוב הדמים גורר אחריו את קניין הגזלן כפי שהוכחנו בפרק לעיל. המסקנה המתבקשת היא שקיים קניין ב'כח' ואותו הגזלן מוריש לבנו.²⁴

מזה נבוא לדון האם גזלן יכול למכור או להקדיש את החפץ הגזול או לא, ואם כן מה ההסבר לכך. קיי"ל כאמור שיאוש לבדו אינו קונה, אולם ייאוש ושינוי רשות קונה. כלומר, אם הנגזל התייאש והגזלן מכר את החפץ לאדם אחר, אותו אדם קנה. נחלקו הראשונים איך פועל היאוש בצירוף שינוי הרשות. לפי דעה אחת אותו אדם אחר זוכה מכוח עצמו מדין יאוש: לגזלן לא מתאפשר לזכות מכוח היאוש הואיל ובאיסורא אתא לידיה, אולם כלפי אותו אדם אחר בהיתרא אתא לידיה. לפי הדעה החולקת הקניין הוא מדין שינוי: מכירת החפץ לאדם אחר משנה אותו ובאים כאחד השינוי, קניין הגזלן והמכירה לאותו אדם.²⁵ אחת הנפק"מ לשאלה זו היא גזלן

24. וראיה לזה מהטור והשו"ע בסי' שס"א סעי' ה' שכתבו במפורש שירוש שהחפץ השתנה אצלו, משלם דמים וקונה את החפץ. זאת למרות שהוא עצמו לא גזל מהבעלים. ובעל כורחך שהוא יורש את סיבת הקניין מאביו הגזלן.

25. עי' בלשון ח' הרשב"א גיטין (נה, ב) שהסביר במפורש את הקניין על פי הכלל "באין כאחד". הקצוה"ח (סי' שנ"ג סק"א) תלה בחקירה זו את מחלוקת הרמב"ן (מלחמות פרק הגזול בתרא) והרמב"ם (אישות ה', ז). בלשון הרמב"ן מפורש שייאוש ושינוי רשות מועיל מאחר "ובהיתרא אתא לידיה", כלומר שאותו אחר זוכה מדין ייאוש. ישנן נפק"מ רבות למחלוקת זו, למשל האם ניתן לקדש אישה בחפץ גזול לאחר יאוש - אם נסביר כמו הרמב"ן יוצא שהיא זוכה מעצמה בעוד שהגזלן לא נתן לה דבר; אולם אם זה מועיל מדין שינוי בצירוף הכלל של 'באין כאחד', יש לומר שהגזלן מקנה לה את החפץ. נפק"מ נוספת היא מה הדין בגזלן המקנה לקטן: אם זה מועיל

שהקדיש. בתוס' (ב"ק סו, ב) ועוד ראשונים עולה שגם אם הגזלן יקדיש לאחר ייאוש, ההקדש יקנה מדין ייאוש ושינוי רשות. והנה, ההקדש מצד עצמו לא זוכה, ובהכרח שהגזלן הוא המקדיש ולא שהלוקח קונה ביאוש. מכאן הביא הקוב"ש ראייה לשיטתו: אם לגזלן אין בעלות בחפץ שאותה הוא מקנה או מקדיש לא חל שום שינוי בחפץ. אלא ודאי שיש לו בעלות מסוימת שעל ידי הקנאתה חל בחפץ שינוי אשר מפקיע לגמרי את בעלות הנגזל. כעין זה הוא הוכיח ג"כ משיטת הרשב"א (שו"ת תשובה תתקס"ח) ששינוי רשות מועיל רק אם היה מדעת הגזלן. ומכאן שהרשב"א הבין את המושג 'שינוי רשות' כמכר.

ניתן לדחות את הראיות הנ"ל של הקוב"ש. נראה שאין כוונת הראשונים בהכרח שהגזלן מוכר או מקדיש, והשינוי חל כתוצאה מעצם המעבר הפיזי לרשות אדם אחר. כאשר הגזלן בתור השולט בחפץ מוכר או מקדיש אותו החפץ משתנה. כך שנראה שאין ראייה הכרחית מדין יאוש ושינוי רשות לדרכו העקרונית של הקוב"ש גם לפי הדרך המבססת אותו על השינוי ולא על היאוש.

אמנם, ישנה ראייה אחרת מדברי הבית שמואל (אבה"ע כ"ח, ס"ק טז). לפי פסק הרמ"א שם, אשה שחטפה מעות מיד אדם והתמצתה להתקדש לו באותם מעות מקודשת. הבית שמואל הקשה מדינו של רבי יוחנן לפיו אם החפץ איננו ברשות הבעלים אין ביכולתם להקדישו או למכרו. לפי זה אותו איש שנגזלו ממנו המעות לא יוכל לקדש בהם את האשה. מזה הוכיח הבית שמואל חידוש גדול מאוד: דינו של רבי יוחנן נכון רק אם הגזלן או הנגזל מנסים לפעול את החלות לבדם, אז הגזלן מעכב על הנגזל ולהפך. אולם, כששניהם מתרצים להקדיש או למכור ההקדש והמכר חלים.

האבנ"מ (שם ס"ק י"ג) תלה את דברי הב"ש במחלוקת ראשונים: הרמב"ן ובעה"מ (רי"ש פרק שור שנגח ד' וה') נחלקו מה הדין כאשר גזלן התרצה להשיב את החפץ לבעלים, האם הנגזל יוכל להקדיש אפילו כשהחפץ עדיין ברשות הגזלן. לשיטת בעל המאור אם הגזלן התרצה להשיב הרי זה כאילו חזר החפץ לרשות הבעלים והנגזל יכול להקדישו. האבנ"מ השווה בין שיטת בעה"מ לשיטת הרמ"א והבית שמואל: אם הבעלים מעוניין להקדיש והגזלן לא מעכב בידו הרי זה כאילו הוא התרצה להשיב, ומובן מדוע לפי פסק הרמ"א האיש היה יכול לקדש במעות את האישה. על כל פנים לפי הרמב"ן הדרא קושיה לדוכתא, כיצד האישה יכולה להתקדש במעות הגזולים על ידה, ונראה דחוק לדחות את שיטת הרמב"ן מההלכה מקושיה זו.

מדין ייאוש, מכיוון שאין לו דעת לזכות החפץ יישאר בבעלות הנגזל. אולם, אם זה מדין שינוי יהיה שייך בזה העיקרון של דעת אחרת מקנה. ועי' עוד בקצוה"ח בס"ב ש"ב סק"א.

נראה להסביר בדרך אחרת. הבית שמואל הבין שדינו של רבי יוחנן אינו נובע מהקלשת הבעלות (כפי שהנחנו במבוא), אלא מקניין הגזלן בחפץ. כלומר, הגזלן כבר איננו הבעלים היחיד ולכן אין ביכולתו להקדישו לבדו, וכך הסביר הקוב"ש לשיטתו. לפי זה כאשר שניהם מחליטים להקדיש ההקדש חל. כעין זה נראה מוכח מהתוס' (ב"ק סה, ב ד"ה הוא דאמר). לפי התוס' בסוף דבריהם, אם החלות שהגזלן רוצה לפעול היא זכות גזלן, ביכולתו להחילה מדין זכין לאדם שלא בפניו. והנה, אם 'אינו ברשותו' היה גורם להקלשת בעלות הגזלן דברי התוספות לא היו מובנים - מה יועיל דין זכין אם הגזלן לא יכול להקדיש כי זה לא שלו והגזלן לא יכול כי זה לא ברשותו. אלא ודאי שהתוס' גם כן הבינו שסיבת דינו של רבי יוחנן היא קנייני הגזילה של הגזלן, ולכן כשם שהקניין מועיל כאשר שניהם מחליטים במשותף להקנות כך הוא מועיל כאשר הוא זכות עבור הגזלן.

גם כאן נצטרך להסביר כעין מה שכתבנו לעיל לגבי הירושה. קניין הגזלן איננו קניין ממשי לאחר זמן כשיטת הקוב"ש, אלא הוא סיבת קניין אשר נגזרת בעקבות חיוב דמים הרובץ עליו. ומאחר וסיבה זו אינה רק סיבה פוטנציאלית אלא יותר קניין ב'כוח', בכוחה לעכב בעד הגזלן לפעול בחפץ כרצונו. הגזלן נעשה למעין שותף שהחלות צריכה להיעשות גם על דעתו.

חיוב נהנה בגזלן

אחת השאלות היסודיות בהגדרת מעמד הגזלן בחפץ היא האם גזלן שהשתמש בחפץ הגזול ונהנה ממנו צריך לשלם עבור הנאתו כדין כל נהנה מחפץ של חברו. והנה, בגמ' בפרק הגזלן קמא מפורש שגזלן פטור לשלם על הנאת השימוש (דף צז, א):

ומי אמר רב עבדא כמקרקעי דמי? והאמר רב דניאל בר רב קטינא אמר רב: התוקף בעבדו של חבירו ועשה בו מלאכה - פטור, ואי ס"ד עבדא כמקרקעי דמי, אמאי פטור? ברשותא דמריה קאי.

הסוגיה שם עוסקת במחלוקת רבנן ורבי מאיר אם עבדים הוקשו לקרקעות ואינם נגזלים או דינם ככל מיטלטלין. מקושיית הגמ' עולה שאחת הנפק"מ למחלוקת זו היא האם תוקף עבדו של חבירו צריך לשלם על הנאת שימוש. לפי זה במיטלטלין שלכו"ע נגזלים, הגזלן פטור מחיוב נהנה.

הפטור מחיוב נהנה יכול להתפרש בשני אופנים:

האחד, סיבת הפטור היא החיסרון בבעלות הנגזל. במבוא לסוגיה הוכחנו מדינו של רבי יוחנן שהגזילה לכל הפחות מקלישה את בעלות הנגזל.²⁶ כאן הגמ' מחדשת שבעלות קלושה שכזו אינה יכולה לחייב את הנהנה בתשלום.

השני, סיבת הפטור היא תוצאה של בעלות הגזול. לפי זה, לא רק שהוא פטור מתשלום אלא שאין עילה לחייבו, שכביכול הוא משתמש בשלו.²⁷

נפתח יותר את הכיוון הראשון. ראשית, כך משמע יותר בלשון הגמ', "לא ברשותיה דמאריה קאי", כלומר החיסרון בבעלות הנגזל הוא הגורם לפטור. ההסבר לכך נעוץ במצב המיוחד של 'שלו ואינו ברשותו': מצד אחד החפץ של הבעלים ומצד שני הרובד המעשי של הבעלות חסר.²⁸ סיבת החיוב של הנהנה היא התשמיש, אולם בחפץ גזול בלאו הכי אין לבעליו את יכולת התשמיש וממילא הסתלקה לה סיבת החיוב.

תהיה לכך נפק"מ גדולה: נחלקו הראשונים האם אבדה נחשבת ברשות הבעלים או לא.²⁹ ההשלכה הראשונית היא האם הבעלים יכולים להקדיש או למכור את האבדה. אבל לפי דברינו ישנה השלכה נוספת חשובה לא פחות - האם מי שמשתמש באבדה חייב לשלם על הנאתו או לא.

היות ולא מצאתי התייחסות לכך, נצטרך לבחון את הספק הנ"ל באופן אחר. הנה בגמ' (ג, ב) נחלקו רבי ישמעאל ורבי עקיבא לגבי שור תם שהזיק. התורה חייבה חצי נזק מגופו של שור, ונחלקו האם אותו חצי נזק נקנה אוטומטית לניזק שנעשה שותף בשור משעת הנזק, או שהשור רק משועבד להשתלם מגופו אבל הניזק עדיין לא זכה. הגמ' שם מחדשת שלדברי כולם אם המזיק ימכור את השור, המכר לא יחול, ויעוי' שם בסוגיה בטעם הדבר.

כל זה לכאורה לא נוגע לדין. אמנם, הראשונים שם נחלקו במחלוקת שהיא נפק"מ בדיוק לחקירה בה אנו דנים. המחלוקת היא האם לפי רבי עקיבא הסבור שהניזק

26. ולעיל בפרק הקודם הראינו הבנה אחרת בדין זה.

27. כך כתב להדיא הש"ך בסי' שס"ג סק"ח: "כיון דברשות הגזולן הוי ובדידיה דנפשיה קעביד מלאכה". ולעומתו הסמ"ע חידש שהפטור הוא תקנ"ח מדין תקנת השבים.

28. גם לפי שיטת רבא שהרשות איננה הקרטריון הבלעדי, מ"מ גם לשיטתו היא רכיב משמעותי. אחת הנפק"מ החריפות לכך היא שיטת הקצוה"ח בסי' ל"ד סק"ד המחדש שהנוטל חפץ שאינו ברשות הבעלים לא עובר אפילו על איסור גזל.

29. הריטב"א (ב"מ לה) כתב שאבידה מקרי ברשותו והבעלים יכולים להקנות אותה, וכן מבואר מדברי השטמ"ק (ב"מ נו, ב). ולעומ"ז בלשון הרמב"ם (מכירה כ"ב, ט) ובלשון השו"ע (רי"א, ז) מפורש שאבדה נחשבת כ"אינו ברשותו". הם כתבו שאם השומר כופר בפקדון הבעלים לא יכול להקדיש "שהרי זה כמי שאבד".

נהיה שותף הלוקח יצטרך לשלם דמי הנאתו לניזק: רש"י (ד"ה לרידיא) כתב על פי הפשט שכן, ואילו הרשב"א כתב שלא וסייע דבריו מהגמ' בדף צז, א דלעיל. בדבריו שם הוא מסביר מדוע דינו של המזיק כגזלן – הניזק נעשה הרי שותף בשור ולכן המזיק לא יכול למכור על דעת עצמו, וממילא כשהוא מוכר דינו כגזלן. מהי אפוא סברת רש"י המחייב את הלוקח בתשלומי נהנה? נראה שלדעתו גם אם המזיק גזל את החפץ על ידי מכירתו, הלוקח לא עשה שום מעשה גזילה. אולי כי גזלן בשוגג לא נחשב לגזלן, וכדברי הקצוה"ח בסי' כ"ה סק"א, ואולי לפי דברי קצוה"ח בסי' ל"ד סק"ד שגונב מן הגנב פטור לגמרי ואפילו לא עבר על האיסור.

נבחן את מחלוקת רש"י ורשב"א לאור חקירתנו לעיל: לפי האפשרות הראשונה הפטור של הגזלן מתשלומי נהנה נובע מחיסרון בבעלות הנגזל. לפי אפשרות זו נראה שאין הבדל לעניין זה בין הגזלן לאדם אחר, שכן כלפי שניהם קיימת אותה סיבת פטור, החיסרון בבעלות. לפי זה ברש"י המחייב את הלוקח יהיה מוכח כפי האפשרות השנייה. ויותר מזה, גם מהרשב"א ניתן להביא ראיה כן; הוא לא הסתפק בהגדרת המזיק גזלן אלא הוסיף להגדיר כך גם את הלוקח וכלשונו: "ולוקח מגזלן כגזלן דאתי מיניה דאיהו נמי לאו אדעתא דשכירות נפיק". כלומר רק הגזלן פטור מלשלם על ההנאה ולא אדם אחר.

כך גם עולה בצורה יותר מפורשת משיטת הרמ"ה בדף צז, א. הסוגיה שם עוסקת במחלוקת רב ושמואל לגבי תוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה. מסקנת הסוגיה היא שבמידה והספינה עומדת לשכירות והתוקף עצמו התכוון לשכור ולא לגזול, הבעלים יוכלו לתבוע ממנו דמי שכירות. בניגוד לגזלן שפטור מתשלום נהנה, כאן כיוון שהוא התכוון לשכור וכמו כן הספינה עמדה לכך, אין לו דין של גזלן אלא של שוכר.

הרמ"ה (הובא בטור שס"ג, ה, ובשטמ"ק) דן במקרה בו התוקף ירד אמנם על דעת לגזול, אך הוא השכיר את הספינה לאדם אחר שירד על דעת שכירות. מסקנתו היא לחייב את השוכר מאחר והוא ירד על דעת שכירות³⁰ וממילא אין לו דין גזלן. וכך פסק

30. יש לחקור האם סיבת חיובו של השוכר היא מדין נהנה או התחייבות כחלק מעסקת השכירות. ככלל לא אמורה להיות סתירה בין שתי אפשרויות אלו, ובכל שכירות ניתן לחייב את השוכר משתי הסיבות. אך בנידון הרמ"ה, אם נסביר את חיוב תשלום השכירות מדין ההתחייבות, לא יהיה ניתן להביא ראיה שלוקח מגזלן חייב לשלם על הנאתו לנגזל. זאת משום שגם אם החיסרון בבעלות הנגזל פוטר מלשלם ולא קנייני הגזלה, אין לכך השפעה כאשר השוכר מחייב את עצמו. אמנם במקרה עליו דן הרמ"ה נראה פחות סביר להסביר כך, וזאת משום שהשוכר סבר שהגזלן הוא הבעלים. כלומר, מבחינתו העסקה מתבצעת עם הגזלן וממילא לא עלה בדעתו להתחייב לשלם לנגזל. אשר על כן נראה יותר שסיבת החיוב היא דין נהנה.

הרמ"א להלכה בסי' שס"ג, ה'. מפורש להדיא שרק הגזלן פטור מלשלם על ההנאה ולא אדם אחר אע"פ שהוא משתמש בחפץ גזול שאיננו ברשות הבעלים.

השאלה האם גם את פטור הגזלן מתשלום על הנאתו נוכל להסביר על פי מה שביארנו בסוף הפרק הקודם לגבי ירושה ומכר. לכאורה הדבר קשה, שכן גם אם יש לגזלן סיבה להיות בעלים מ"מ הוא ודאי משתמש גם בחלק הנגזל ומדוע הוא אינו חייב לשלם על הנאתו מהשימוש בחפץ? ואכן, בכדי להסביר כיצד מעמד הגזלן פוטר אותו לשלם, נצטרך להוסיף מעט על מה שביארנו. הגזלן חייב בשני חיובים בו זמנית: חיוב דמים הגורר אחריו את קניין החפץ, ולעומתו חיוב ההשבה המשאיר את החפץ בבעלות הנגזל. קניין הגזלן אינו רק ב'כוח', אלא גם ב'פועל' ביחס למה שלא כלול בחיוב ההשבה. ביחס לחפץ, אותו הגזלן חייב להשיב, קיימת סיבה בלבד. אולם, ביחס לשימוש, אותו הגזלן לא התחייב להשיב, הקניין הוא בפועל. לפי זה מובן מדוע לא ניתן לחייב אותו בתשלומי נהנה, שהרי משלו הוא נהנה. לשון אחר: כל מה שלא סותר את השבת החפץ קנוי לגזלן מכוח חיוב הדמים.

עד כאן עסקנו בפטור של הגזלן מלשלם לבעלים. והנה, הב"י בסימן הנ"ל תוך כדי התייחסותו לשיטת הרמ"ה מחדש חידוש מרפס איגרא לכאורה. לא רק שהוא חלק על הרמ"ה ופטור את השוכר מלשלם לבעלים, אלא הוא חייב את השוכר לשלם לגזלן. לכאורה זהו פלא עצום, וכבר הרמ"א בדרכי משה (שם ס"ק ב) נחלק עליו. איך ניתן לחייב את השוכר לשלם למי שאיננו בעלים על הספינה, ובלשון הדרכי משה "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?". ונראה שגם את זה נוכל להסביר על פי הנ"ל: מאחר שחיוב הדמים הקנה לגזלן את כל מה שלא סותר את חיוב השבת החפץ, ניתן לחייב את השוכר לשלם דמי שכירות לגזלן.

חיוב מזיק בגזלן

נשלים את המאמר בביורו אם ניתן לחייב את הגזלן מדין מזיק. כפי שנראה שאלה זו שנויה במחלוקת ראשונים ואחרונים. נפתח קודם בדברי הגמ' (ב"מ מג, א):

אמר רבה האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה מעיקרא שוויא זוזא ולבסוף שוויא ד' איתבר ממילא משלם זוז תברא או שתייה משלם ד'.

כאשר החפץ נשבר מאליו חיוב הגזלן נובע ממעשה הגזילה בשעה ראשונה. רבה מחדש שכאשר הוא שובר בידיים ניתן לחייב אותו כשעה אחרונה, כלומר שמתחדשת סיבת חיוב נוספת. ההבנה הפשוטה היא שחיובו כאשר תברא או שתייה נובע מדין מזיק. אולם נחלקו בכך האחרונים: מפורסמת מחלוקת הקצוה"ח והנתי"מ בסי' ל"ד האם החיוב הוא מדין מזיק או מדין גזלן, שהקצות נקט כאפשרות הראשונה והנתיבות כאפשרות השנייה. לפי שיטת הקצות אמנם אי

אפשר לחייב את הגזלן מדין נהנה על הנאת השימוש, אך ניתן לחייב אותו מדין מזיק כאשר הוא שובר בידיים. כל זה יכול להיות נכון גם לפי הנתיבות, ומוקד המחלוקת הוא האם ניתן לחייב בנוסף מדין גזלן.

בדברי הראשונים הבנה זו עולה במפורש מדברי הרמ"ה (הובא בנימוק"י בסוגיית אין שמין לגנב ולגזלן):

ודוקא היכא דאתבר ממילא אבל אתבר מחמתיה [אי] דלא הואי שבירה של שינוי גמור דינו לשלם כמזיק.

מפורש בדבריו, שגזלן חייב מדין מזיק. לפי דינו של רבה לעיל הנפק"מ היא ליוקרא וזולא. אולם הרמ"ה מעלה נפק"מ אחרת: ככלל, בכל פחת דממילא הגזלן יכול להחזיר את החפץ כמות שהוא ולומר לנגזל הרי שלך לפניך. ומסייג הרמ"ה שכל זה רק אם הפחת קרה ממילא, אך גזלן שיגרום לו בידיים יתחייב עליו מדין מזיק.

לעומת זאת, בדברי הראב"ד (הובא בשטמ"ק ב"ק צז, א) מפורש אחרת. לגבי דין התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה, דקיי"ל שכאשר תקף על דעת לגזול משלם פחתה, הראב"ד התקשה: אם הספינה עברה שינוי וא"א כבר לומר הרי שלך לפניך, הרי אותו תוקף קנה אותה בשינוי והדר דינא שחייב לשלם דמים כשעה ראשונה. ואם הספינה לא עברה שינוי מדוע שלא יוכל לומר הרי שלך לפניך, וממילא גם לא יצטרך לשלם פחתה. והנה, לפי שיטת הרמ"ה לא קשה מידי - הספינה אמנם לא השתנתה, ואעפ"כ מאחר וגרם לפחת בידיים חייב לשלם מדין מזיק. ואכן האחרונים (עי' חזו"א סי' כ' ס"ק ג') הוכיחו מהראב"ד שלא ניתן לחייב גזלן מדין מזיק.³¹

31. ישנן עוד כמה ראיות לכך שגזלן פטור מחיוב נזיקין. הסוגיה בריש פרק הגוזל בתרא (קיא, ב- קיב, א) מביאה את דינו של רב חסדא: "גזל ולא נתיישו הבעלים ובא אחר ואכלו ממנו רצה מזה גובה רצה מזה גובה", הא לאחר ייאוש פטור. בסוף הסוגיה מתברר שרב חסדא לא חידש הלכה זו מטברא דנפשיה אלא הוא למד זאת מפסוק. זה לשון הגמ': "תנו רבנן: והשיב את הגזילה אשר גזל - מה ת"ל אשר גזל? יחזיר כעין שגזל, מכאן אמרו: הגוזל ומאכיל את בניו - פטורין מלשלם, הניח לפנינה - בין גדולים בין קטנים חייבין. משום סומכוס אמרו: גדולים חייבין, קטנים פטורין". לפי חלק מהראשונים (עי' רא"ש) זאת אסמכתא בעלמא, אולם התוס' (קיא, ב ד"ה גזל) הבינו שזהו לימוד גמור, והיה פשוט לרב חסדא להעמיד את הפסוק דווקא לאחר ייאוש. הקצוה"ח שם לשיטתו פירש שמדובר על חיוב מזיק (הוא סובר שאחרי הגניבה הראשונה לא יכולים לחול יותר חיובי גנב וגזלן). אולם זה דחוק מאוד לכאורה, הרי הפסוק עוסק במפורש בחיוב השבה וכיצד הוא יפטור מחיוב מזיק. ובהכרח יש להבין את חיובם של היורשים, ולחילופין אותו אחר שבא ואכלו, מדין גזלן, ומחדשת התורה שחיוב זה לא יכול לחול אחרי ייאושו של הנגזל. לכן רש"י (קיא, ב ד"ה ברשותיה) הסביר את חיובו של האוכל קודם ייאוש מדין גזלן. ולכאן קשה מה הכריח אותו לפרש כך, ולפי דבריו ניחא. גם כאן מוכרח שלא ניתן לחייב את הגזלן מדין מזיק,

לכאורה זהו חידוש גדול. איך שנגדיר את מעמד הגזלן בחפץ, אי אפשר להתעלם מבעלות הנגזל, וכדברי רבי יוחנן "שלו ואינו ברשותו". כך אולי הבין הרמ"ה, ולדעתו גם אם מחיוב נהנה מפורש להדיא שגזלן פטור, אף על פי כן מחיוב מזיק אין לפטרו. כנראה שרק את שימושו של הגזלן ניתן לשייך לאותו חלק שאינו כלול בחיוב ההשבה, וממילא משלו הוא נהנה. אולם, כאשר הוא מזיק א"א לטעון "את שלו הוא מזיק", שהרי הוא ודאי פוגע גם בבעלות הנגזל.

אמנם, את שיטת הראב"ד נצטרך להסביר על פי מה שכתבנו לעיל: ה"שלו" מתייחס לכל מה שהגזלן חייב להשיב, ומה שלא כלול בחיוב ההשבה נכנס תחת חיוב הדמים. ושוב מתחדד עד כמה מעמד החפץ מורכב: החפץ עצמו בבעלות הנגזל, אולם היות והגזלן התחייב עליו דמים, הרי שכל מה שלא כלול בהשבה שייך לו. בניגוד לרמ"ה, לדעת הראב"ד ניתן ליישם את העיקרון גם כלפי מזיק: את מה שמזיק בידיים לעולם לא ישיב, ולכן כביכול הזיק את שלו, ועדיין צ"ע.

והנה, שיטת הראב"ד היא דווקא במצב שחל על הגזלן חיוב דמים, והסברנו את הפטור כנובע מחיוב הדמים, חיוב היוצר בעלות שבאה לידי ביטוי בפועל בכל מה שאינו כלול בחיוב ההשבה. השאלה היא מה הדין כאשר הגזלן אינו מחויב בדמים, האם אז יתחייב כשיזיק? משיטת רש"י ותוס' בסוגיה בסנהדרין דלעיל מפורש שגם אז הוא פטור. כאמור, לפי דעת רבא הגנב שבא במחירת ונטל כלים ויצא פטור מדין קלב"מ מחיוב הדמים. כלומר, אם החפץ ייאנס הוא פטור מלשלם מאחר ובשעת הגזילה חל עליו חיוב מיתה. והנה, הראשונים נחלקו מה הדין כאשר שבר בידיים את הכלים לאחר שיצא מהמחירת: לפי רש"י ותוס' (שם ד"ה מסתברא) פטור גם אז, ולעומתם הרמב"ן במלחמות סבור שחייב. להלכה בסיל' שנ"א הרמ"א העתיק את שני הדעות.

האחרונים³² האריכו לבאר את שיטת רש"י ותוס'. רובם ככולם התנבאו בסגנון אחד: השבירה היא המשך מעשה הגזלה הראשוני, ומאחר שעל השעה הראשונה פטור מדין קלב"מ, כך גם בשעה האחרונה שהרי היא ממשיכה את אותו החיוב. וכדבריהם מפורש בלשון היד רמ"ה על אתר.³³ על פניו, יש להקשות על זה קושיה עצומה:

דא"כ מה הועיל הפטור לחיוב השבה תיפול שנחייב את אותו אחר שאכלו מדין אדם המזיק.

32. עי': חיל הגרש"ש ב"ק סיל' ל"ו סק"ח, ברכת שמואל עמ"ס כתובות, סיל' מ"א ועוד.

33. כלומר, לפי שיטת הנתיבות "תברא או שתייה" חייב מדין גזלן. על גבי זה מחדשים האחרונים שזאת לא גזלה חדשה, אלא המשך והעמקת הגזלה הראשונה. הואיל ועל הגזלה הראשונה הוא נפטר מדין קלב"מ כך גם על המשכה למרות שהוא נעשה לאחר שחיוב המיתה הסתלק. במילים אחרות, א"א לחייב על החלק האחרון של הגזלה כשעל החלק הראשון יש קלב"מ.

נניח שעצם היסוד הוא נכון, וגזלה יכולה להיות פעולה מתמשכת, עדיין יסוד זה לא יסביר מדוע שלא נחייב את השובר מדין מזיק. הרי כלפי חיוב זה הקלב"מ של שעה ראשונה לא יועיל, שכן זוהי סיבה חדשה לגמרי שלא הייתה קיימת אז. לחומר הקושיה נצטרך לומר שעצם הגזלה, אפילו כאשר הגזלן אינו חייב בחיוב הדמים שיוצר את הקניין,³⁴ פוטרת את הגזלן מחיוב מזיק. כלומר, החיסרון בבעלות הנגזל שנגרם כתוצאה מהגזלה גורם לכך שהמזיק את החפץ פטור מחיוב מזיק, שכן חיוב נזיקין הוא פיצוי על הפגיעה ויכולה השימוש בחפץ כבר נפגמה על ידי הגזילה.³⁵

ובזה יתורץ ג"כ מה בין חיוב מזיק לחיוב נהנה. לגבי חיוב נהנה הוכחנו בפרק הקודם שרק קניין הגזלן פוטר אותו מלשלם על השימוש בחפץ, ומשום כך אדם אחר צריך לשלם על הנאתו לבעלים. והרי בחיוב מזיק מבואר שעצם חיסרון הנגזל גורם לפטור, גם ללא קניין הגזלן, ומה בין חיוב מזיק לחיוב נהנה? אלא ודאי כמו שכתבנו: חיוב נהנה וגזלן נובעים ממה שנלקח על ידי הנהנה או הגזלן, ומה שאין כן חיוב מזיק שעניינו אחריות על החיסרון. ובכך אנו חורזים את סופו של המאמר לראשיתו: פתחנו בשתי שאלות יסוד. הראשונה, האם נוצרת בעלות לגזלן, והשנייה האם בעלות הנגזל נקלשת בעקבות הגזלה. ולמעשה אלו שני יסודות הקיימים במקביל. כאשר הפטור מחיוב נהנה נגזר מהיסוד הראשון, ואילו הפטור מחיוב מזיק נגזר מהיסוד השני.

סיכום

הצגנו במאמר שתי גישות הפוכות בנוגע למעמדו של הגזלן בחפץ הגזול: הגישה הראשונה רואה במעשה הגזלה הראשוני גורם המקנה את החפץ לגזלן. בדרך זו

34. שמה יש לפקפק ולומר שמאחר וקלב"מ לא עוקר את עצם החוב אלא רק חוסם את האפשרות לגבות אותו, נמצא שהגזלן כן מחויב בדמים ומשו"ה יש לו קנייני גזילה שגורמים לפטור המזיק כפי שהסברנו לעיל. אלא שכל זה לא נכון לכל הדיעות; טענה זו שקלב"מ הוא הלכה בב"ד בלבד שנויה במחלוקת רש"י ותוס' בב"מ צא, א. זאת ועוד, הנתיחה"מ בסי' שנ"א סק"א כתב בפירוש שלפי רבא בא במחורת לא קונה בשינוי, והרי מפורש שאין לו קנייני גזילה.

35. דבר זה אינו סותר את דינו של רב חסדא בריש הגזול בתרא (קיא, ב) בגזל ובא אחר ואכלו שרצה מזה גובה רצה מזה גובה. ולכאורה מוכח שגם אחרי שהחפץ נגזל אפשר לחייב עליו מדין מזיק. אכן, לפי רש"י ותוס' אותו אחר אינו חייב מדין מזיק אלא מדין גזלן וכפי שרש"י שם (ד"ה ברשותיה) כתב להדיא. לפי"ז, ניתן לגזול חפץ גזול, אולם א"א להתחייב עליו מדין מזיק. כנראה ההסבר לכך הוא שבמזיק החיוב הוא אחריות על החיסרון, ולפי אותם ראשונים בחפץ גזול אין משמעות למעשה ההיזק. או בנוסח אחר: בלאו הכי הבעלות פגומה ומוקלשת. לעומת זאת בגזלן, החיוב הוא על עצם החזקת החפץ בניגוד לרצון בעליו, ועל כך אפשר לחייב גם במקרה שהחפץ כבר גזול.

הלך הקובץ שיעורים. לעומת זאת, הגישה השנייה גורסת שסיבת הבעלות היא חיוב הדמים. ניתן להרחיב את המחלוקת לשאלת היחס בין חיוב הדמים לדין שינוי קונה: אם שורש הבעלות הוא מעשה הגזלה, חיוב הדמים נגרר בעקבות קניין הגזלן, ואם שורש הבעלות הוא חיוב הדמים הרי שהיחס בניהם הפוך.

הסוגיה בסנהדרין (עב, א) עוסקת במישרין בנקודה הזו. רב ורבא נחלקו לגבי בא במחותרת שנטל כלים ויצא. מדעת רב שהחפץ הופך להיות בבעלותו, יש להביא ראיה ברורה לגישה הראשונה, ומוכח מסוגיה זו שהגזלה היא סיבה לבעלות. בדרך כלל חיוב ההשבה מעכב בעדה, וכאשר הגזלן פטור מחיוב ההשבה הגזלן קונה את החפץ. אולם, למעשה קיי"ל כרבא, מה שלכאורה דוחה הבנה זו מהלכה.

על פי הסוגיה בסנהדרין ניגשנו לבאר הלכות יותר ספציפיות: שינוי קונה, מכר/הקדש/ירושה מצד הגזלן, הפטור מתשלום נהנה, ומחלוקת הראשונים אם יש חיוב מזיק לגזלן. את ההלכה ששינוי קונה הסברנו לאור עיקרון מחודש שעולה בבירור מסוגיית פחת נבילה. תוכן העיקרון הוא שחיוב דמים עבור חפץ מסוים מקנה אותו לאותו אחד שמשלם עבורו, אפילו כאשר לא מתבצעת ביניהם עסקה קניינית.

לפי זה לכאורה כל עוד הגזלן מחויב בהשבת החפץ עצמו ולא בתשלומי דמיו, אין משמעות לסיבת הקניין הגלומה בחיוב הדמים, וזאת אפשרות שיכולה לבוא לידי מימוש רק במידה ותבטל חובת השבת החפץ, אז ברגע שיחול על הגזלן חיוב לשלם דמים, יעבור החפץ לבעלותו.

אמנם, מכמה הלכות עולה שלא נכון להגדיר זאת כאפשרות פוטנציאלית בלבד. ההסבר לכך נעוץ בדברי המשנה: "כל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה". דין זה מלמד שכבר בשעת הגזלה הגזלן חייב בשני חיובים במקביל: חיוב השבה וחיוב דמים. העובדה שחיוב הדמים חל, בצירוף התלות בין חיוב הדמים לקניין, יכולה להסביר מדוע אפילו בזמן שהחפץ בעין יש לגזלן סוג של בעלות.

לפי זה הסברנו כיצד הוא יכול להוריש, ומדוע הוא פטור משלם על הנאת השימוש. מתוך כך הגענו למחלוקת הראשונים אם ניתן לחייב גזלן מדין מזיק. השיטות שסוברות שאין לחייבו מעצימות את המעמד של הגזלן בחפץ. אמנם, התברר שלפחות לחלק משיטות הראשונים קיים חילוק יסודי בין חיוב מזיק לחיוב נהנה: הפטור מחיוב נהנה אכן מתבסס על הקניין שיש לגזלן, ואחת ההשלכות לכך היא שאדם אחר שאין לו קנייני גזילה המשתמש בחפץ חייב לשלם עליו. פטור המזיק, לעומת זאת, נובע מהחיסרון בבעלות הנגזל, ולכן גם מי שאין לו קנייני גזלה פטור.