

בענין הגונב אחר הגנב

אברהם אליהו קורן

המשנה בבבא קמא, בריש פרק מרובה אומרת:

"מרובה מדת תשלומי כפל ממדת תשלומי ארבעה וחמשה... אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל ולא הטובה ולא המוכר אחר הגנב משלם תשלומי ארבעה וחמשה"¹.

וכתב רש"י²: "דכתיב וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב".

שיטת הרמ"א

השו"ע כתב³: "גנב וכן גזלן פסולים לעדות...". וכתב הרמ"א: "החולק עם הגנב אינו נפסל (ריב"ש סימן רס"ו)".

הריב"ש דן באחד, שהעידו עליו שחלק עם הגנב, ושקיבל הגניבה מיד הגנב, והיה מוכרח להחזיר הגניבה על פי בית דין, וכתב על כך הריב"ש דלא מיפסל לעדות אלא הגנב עצמו.

שיטת האורים ותומים

התומים תמה על דברי הרמ"א וזו לשונו:

"הא בידו ממון של חבירו מהנגזל ולוקחו בידו לעכבו הרי הוא רשע דחמס ולא ידעתי הבדל בין כופר בפקדון דבהיתר בא לידו ומכל מקום הואיל וכופרו פסול, וזה לקח ממון חבירו בידו באיסור וכופר בו ואינו מחזירו יהיה כשר לעדות, הא של חבירו בידו בגזל גמור ויותר רשע דחמס מן כופר בשל חבירו מה שהוא אצלו בהלואה ובפקדון... ולכן נראה או דעובדא דריב"ש היה שם שחלק עם הגנב לאחר יאוש בעלים והוי יאוש ושינוי רשות, ואף על גב דמכל מקום מחויב לשלם דמיו הואיל וידע, מכל מקום אין כאן משל חבירו להדיא, או דשם בעובדא של ריב"ש לא היה תו הגזילה בידו דהא היה מחזירו, ואף על גב דאמרינן דאם מחזיר בכפיית בית דין לא מהני, היינו בגנב וגזלן דאיסור שלהם משום לא תעשה ולזו לא מהני חזרה בכפיה, אבל כאן שכל עיקר פסולו דמעכב ממון של חבירו בידו מבלי תת לו, אם מוחזר יהיה באיזה אופן, על כל פנים אין בידו דבר של חבירו כלל ואם כן חוזר לכשרותו, אבל כל זמן שלא

1. סב, ב.

2. ד"ה אין הגונב אחר הגנב.

3. חושן משפט לד, ז.

החזירו ועודנו מעות של חבריו בידו ומעכבו לעניות דעתי פסול לכולי עלמא, דגרע מכופר במלוה, וצ"ע".⁴

התומים חולק על הרמ"א, ולדעתו, אף לדעת הריב"ש החולק עם הגנב הרי הוא רשע דחמס ופסול לעדות, דכיון דבידו ממון של חבריו מהנגזל, ולוקחו בידו לעכבו הרי הוא רשע דחמס ופסול לעדות. הרי אפילו כופר בפקדון, דבהיתר בא לידו, מכל מקום הואיל וכופרו פסול לעדות, וכפי שאומרת הגמרא: "אמר רב אידי בר אבין אמר רב חסדא הכופר במלוה כשר לעדות בפקדון פסול לעדות".⁵ כל שכן החולק עם הגנב, שלקח ממון חבריו באיסור וכופר בו ואינו מחזירו, הרי של חבריו בידו בגזל גמור, ויותר רשע דחמס מן כופר בשל חבריו מה שהוא אצלו בהלוואה ובפקדון.

ומה שכתב הריב"ש דהחולק עם הגנב אינו נפסל, אפשר להסביר בשני אופנים: א. מדובר שחלק עם הגנב לאחר יאוש בעלים, והוי יאוש ושינוי רשות. ואף שמחוייב לשלם דמיו הואיל וידע, מכל מקום אין כאן משל חבריו להדיא. ב. מדובר שכבר החזיר את הגזילה. ואף על גב דאמרינן דאם מחזיר בכפיית בית דין לא מהני, היינו דוקא בגנב וגזלן שהאיסור שלהם הוא משום לא תעשה ולכן לא מהני חזרה בכפייה, אבל החולק עם הגנב שעיקר פסולו הוא משום שמעכב ממון של חבריו, מהני חזרה אף בכפיית בית דין, אבל כל זמן שלא החזיר, ולא היה יאוש, כיון שעדיין מעות של חבריו בידו אף לדעת הריב"ש פסול.

שיטת קצות החושן

הקצות כתב על דברי התומים:

"וע"ש שהעלה בדברי הריב"ש משום שהחזיר ואפילו על ידי כפיה סגי ליה בכך, או דשם מיירי לאחר יאוש ע"ש. וכל רואה יראה שאין זה משמעות דברי הריב"ש ולא דברי הרמ"א שהביאו להלכה, ומשמע דאפילו עדיין לא החזיר ולא הוי יאוש נמי אינו נפסל, והנראה לי בזה דמה שמדמה בתומים לחולק עם הגנב ומעכב של חבריו בידו לכופר בפקדון, אבל אין זה דומה כלל לכופר בפקדון, דהא קיימא לן דגונב אחר הגנב אינו משלם תשלומי כפל, ובריש פרק הגזול ומאכיל סבירא ליה לרמי בר חמא דגזל ולא נתיאשו בעלים ובא אחר ואכלו דאינו גובה אלא מגזלן, וע"ש בתוספות שכתבו בטעמא דרמי בר חמא דכיון שהוא לא גזלן אינו יכול לתבעו כלל, שהרי אינו לגמרי ברשותה דמאריה שהרי אינו יכול להקדישו ע"ש, ואם כן ודאי החולק עם הגנב לא הוי גזלן, אלא אפילו לרב חסדא דקיימא לן כוותיה דאם בא אחר ואכלו רצה מזה גובה, היינו דוקא אם אכלו ומשום מזיק דאכתי דנגזל הוא, אבל מחמת גזלן לא מחייב, וכגון שבא השני וגזלן ונאבד ממנו אין השני חייב בתשלומין, דלאו

4. שם, סק"ה.

5. בבא מציעא ה, ב.

שמה גולן דבעלים כיון דאינו ברשותיה דמאריה'. ותדע דהא אפילו גולן ראשון אינו חייב לשלם אלא כשעת הגזילה, ואי גול חביתא דחמרא מעיקרא שויה זווזי ולבסוף שויה ד', תברא או שתייה משלם ד', איתבר ממילא משלם זווזי, 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 דנגזול תו לא מחייב משום גזילה אלא בתורת מזיק, והיינו טעמא דאין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל משום דכתיב "וגונב מבית האישי" וכדאיתא בפרק מרובה משום דאינו ברשותו ע"ש דף סט. ואם כן לא הוי על השני תורת גולן כלל, אלא אי איתא בעינא כיון דלא קנאו, דנגזול הוי כל היכא דאיתיה כיון דלא קנאו, אבל על כל פנים השני אינו גולן ולא גנב, דכיון דכבר נגנב מבית הבעלים ואינו ברשותו תו לא עבר השני משום לא תגנוב או משום לא תגזול, מה שאין כן כופר בפיקדון דפקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא ויכול להקדישו, והגונב מבית השומר משלם כפל וכמו שכתב תוספות בפרק קמא דמציעא דף ו, א משום הכי כופר בפיקדון הוי עליו תורת גולן ופסול לעדות, והארכתי בפשיטות משום דלכאורה יפלא על דברי הריב"ש והרמ"א כמו שתמה על זה בתומים, אבל באמת דברי הריב"ש והרמ"א נכונים".⁷

הקצות מוכיח את דבריו מהגמרא האומרת "אמר רבה האי מאן דגול חביתא דחמרא מחבריה, מעיקרא שויה זוזא ולבסוף שויה ד' זווזי, תברה או שתייה משלם ד', איתבר ממילא משלם זוזא".⁸ מקשה הקצות מדוע היכא דאיתבר ממילא ישלם רק זוז אחד, הרי מדובר אפילו במקרה שהגביה את החבית לאחר שהיתה שויה ד', וגזלה פעם נוספת, ועוד אפילו לא הגביה את החבית הרי החבית נמצאת בחצירו, וכל שעה ושעה הוא גוזלה שהרי חצירו קונה לו, ואם כן אף באיתבר ממילא לכאורה צריך לשלם ד'. מתרץ הקצות דעל כרחך כיון דכבר גזליה, ואינו ברשותו דנגזול תו לא מחייב משום גזילה, דכל שהחפץ כבר גנוב מרשות הבעלים לא שייך שוב גביה וזה הפטור של גונב אחר הגנב. מקשה הקצות אם כן מדוע בשברה בידי או ששתה משלם ד' הרי גונב מהגנב לא נחשב גנב, וכן גוזל מגולן. ומתרץ הקצות שבאמת מדין גנב וגולן אינו חייב וכל חיובו הוא מדין מזיק.

האמרי משה⁹ הקשה על הוכחת הקצות מדבריו במקום אחר. הקצות לקמן כותב¹⁰ שאין חיוב גזילה אלא על ידי מעשה, ולא סגי בהא דהדבר נמצא ברשותו ויחשוב לגזולה, וזה לשונו שם:

6. לכאורה קצת צריך עיון שהרי הגמרא שם אומרת בטעמו של רב חסדא שרצה מזה גובה, "מאי טעמא כל כמה דלא נתיאשו הבעלים ברשותיה דמריה קאי", ואולי יש לומר דכונת הגמרא דכל זמן שלא נתיאשו הבעלים זה עדיין בבעלותם אף על פי שאינו ברשותם.

7. לד, סק"ג.

8. בבא קמא סה, א.

9. סימן לב.

10. שמת, סק"ב.

"ואם הכניסה לרשותו... ופרש"י גגו חצירו כגון שנכנסה לרשותו ונעל בפניה עכ"ל, ומשמע דאם נכנסה מעצמה לרשותו ונתכוון לקנותה לגזילה, לא מחייב במחשבה גרידא, ואפילו היה חצר המשתמרת, ומשום דבמחשבה אינו נעשה גולן עד שיעשה מעשה כמו נעל בפניה, אף על גב דבמציאה כהאי גוונא קני לה במחשבה גרידא, אבל בגזילה צריך נעל בפניה".

ואם כן לכאורה זה סותר לדבריו כאן שכתב שכיון שהתבית בחצירו כל שעה ושעה הוא גוזלה ומשמע דבמחשבה נעשה גולן אף בלא מעשה.

אמנם לפי האמרי משה עצמו לא קשה. שיטת האמרי משה היא, שגולן להתחייב באונסין נעשה גם בלא מעשה, דהיינו לענין חיוב גזילה לא צריך מעשה, ורק לענין חיוב כפל צריך מעשה. ואף על פי דלענין גולן לא צריך מעשה, בכל זאת ניחא הא דבאיתבר ממילא לא נעשה גולן להתחייב על היוקרא כדהשתא, משום דכיון שכבר מונח אצלו החפץ בתורת גניבה, אין עושה, במה שמגביה עוד פעם או במה שהדבר נמצא בחצירו, שום הוספת גניבה מהבעלים, דכבר היה מופקע מרשותם. דהיינו כדי להפקיע מרשות הבעלים לענין חיוב אונסין בגולן מהני אף בלא מעשה, אך כאשר זה כבר מופקע מרשות הבעלים, ללא מעשה אין הוספה בגניבה, ולכן באיתבר ממילא משלם רק זוו אחד.

הקצות כתב לדחות את ראית התומים, שהחולק עם הגנב פסול לעדות משום דלא גרע מכופר בפיקדון, וכתב הקצות דיש לחלק, משום דבפקדון בכל מקום שנמצא הוא נחשב ברשות הבעלים, כיון דהשומר שומר עבור הבעלים והדין הוא שהבעלים יכול להקדישו, וכן הגונב מבית השומר משלם כפל לבעלים, והטעם הוא משום דכל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא, ומשום הכי כופר בפיקדון תורת גולן עליו ופסול לעדות, מה שאין כן החולק עם הגנב דלא גרע מגונב מגנב שאינו פסול כיון דלא גנב מבית האיש מרשות הבעלים.

שיטת נתיבות המשפט

הנתיבות כתב:

"ובתומים תמה דהא הוי כמו כופר בפקדון דפסול לעדות, דהא גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, ובספר קצות החושן תירץ דהא דבא אחר ואכלו דחייב מטעם מזיק הוא. ולפי עניות דעתי נראה דאפילו לא אכלה רק עשה בו שינוי שקנאה על ידי הגזלה חייב מטעם גולן ולא מטעם מזיק דמעיקרא בגזילה הראשונה כשגזלה הגולן הראשון עדיין הגזלה של גזול הוא, ולא יצא רק מרשותו של גזול, דהא גזל ולא נתיאשו, שניהם אינם יכולים להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, ואחר כך כשעשה שינוי הרי עשה גזילה חדשה, שהוציאו משל הבעלים לגמרי, שמעיקרא היה עדיין של הבעלים רק שאינו ברשותו נקרא, אבל שלו נקרא, וכשעשה שינוי מעשה גם כן אינו שלו ואין לך גולן יותר מזה. ולזה אם עשה שינוי והוקר אחר כך ואכלו חייב לשלם כשעת שינוי, דהא קנאו בשעת שינוי כמבואר בבבא מציעא דף מג. וכן אפילו אם אמר עשה שינוי אף שנקנה להגולן

מכל מקום הוי כאכלו דמה לי אכלו או הקנוהו לאחר, וראיה לזה דבתמורה דף ד, א גבי כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, וקאמר דבשינוי קונה פליגי, אלמא דבשעה שמשנה הגזילה עובר על לא תגזול, וכן אם בא אחר ושינה ונאנס אחר כך גם כן חייב על האונס שאחר השינוי דכבר מיקלי קליא בשעה ששינהו שנעשה על ידי זה קנין בידו ושוב אינו של בעלים, ולזה אם חלק עם הגנב ושינהו או אכלו ודאי דפסול שעבר על לאו דלא תגזול כדמוכח בתמורה שם. וכן אם נשתמש בו הוי שואל שלא מדעת דהוי גזולן דהא הוי עדיין של הבעלים וכמשתמש בשל בעלים שלא מדעת דמי, אבל אם לא נשתמש בה אף שנתכוין לזכות בו לעצמו מכל מקום כיון דלא הוסיף גזילה בהקנין ההגבהה שעשה לשם גזילה על הגזילה הראשונה, דתיכף בגזילה הראשונה נקרא של בעלים ואינו ברשותו של בעלים וגם בגזילה השניה כך הוא ולא הוסיף מידי לא עבר א"לא תגזול", דבגזילה קנין בעי כדמוכח בש"ס, ובהגבהה זו שעשה החולק לא נעשה שום קנין נוסף על ההגבהה שעשה הגזולן הראשון, ובכהאי גוונא מיירי בשו"ע דנקט החולק עם הגנב, ואף דמכל מקום עבר דהא מחויב להשיב אבידה לבעלים כמבואר סימן שנט, מכל מקום אינו אלא כעובר על מצות עשה דלא נפסל כמ"ש בסק"א עיי"ש".

הנתיבות מחלק בין גונב מגנב, שבגניבה השניה הוא מוסיף על הגניבה הראשונה ומשנה את הגניבה, לבין גונב מגנב, שבמעשה גניבה השני הוא לא מוסיף על הגניבה הראשונה. דהנה הגנב הראשון שגנב מהבעלים - גנב את צד ה"ברשותו" של הבעלים, אך עדיין הגזילה של הנגזל ולא יצאה רק מרשותו, ואחר כך כאשר נעשה שינוי בגניבה יש כאן גניבה של צד ה"שלו" של הבעלים, וזו גניבה חדשה, משום שמעיקרא היתה הגניבה עדיין של הבעלים, ורק הוצאה מרשותו, ובכל אופן נקראת "שלו", וכעת הוציאו מהבעלים, דהיינו: גנב את בעלותו על הדבר, ובשעת השינוי וההוספה על הגזילה עובר על לא תגזול. וכן בגנב שני המשנה את הגזילה עובר בלא תגזול, ולכן גם החולק עם הגנב ושינהו או אכלו ודאי דפסול משום שעבר על לאו דלא תגזול, ומה שפסק הרמ"א שהחולק עם הגנב אינו נפסל הוא במקרה שבו לא הוסיף על הגזילה הראשונה.

אלא שמכל מקום מקשה הנתיבות, שאמנם היכן שלא הוסיף על הגזילה הראשונה לא עבר על "לא תגזול", אך מכל מקום עדיין צריך להיפסל משום שעובר על מצות עשה, שהרי מחוייב להשיב אבידה לבעלים, ומתרחץ הנתיבות שהעובר על מצות עשה אינו נפסל לעדות.

הנתיבות מוכיח את דבריו שאף לאחר שהגניבה יצאה מרשות הבעלים שייכת גניבה נוספת כאשר יש שינוי והוספה בגניבה, מהגמרא בתמורה ד שמוכח ממנה שכאשר הגזולן משנה את הגזילה הוא עובר בלא תגזול ואף שכבר אינה ברשות בעלים.

על פי זה דוחה הנתיבות את ראית הקצות, אשר הוכיח מתוך הקושי מדוע באיתבר ממילא אין הגנב משלם ד', אף שלכאורה כל שעה ושעה שהחבית נמצאת ברשותו הוא נחשב גולן, שגונב מגנב לא נחשב גנב, ולפי דבריו אומר הנתיבות שאין כאן ראייה, שהרי הסיבה שלא משלם ד' הוא משום שאין כאן מעשה גזילה חדש, וכיון שאין מעשה גזילה חדש לא ניתן לחייבו ד', אבל היכן דתברה בידיים שיש כאן מעשה גזילה חדש שהרי עכשיו גונב את ה"שלו" של הבעלים, חייב מדין גולן על שעת השבירה ומשלם ד'.

ולפי מה שנתבאר לעיל, נמצא שיש ארבע שיטות:

שיטת הרמ"א על פי הריב"ש: החולק עם הגנב אינו נפסל לעדות.

שיטת התומים: אף הריב"ש מודה שהחולק עם הגנב כיון דבירו ממון חבירו ולקוחו בידו לעכבו הרי הוא רשע דחמס ופסול לעדות (ובמעשה שבתשובת הריב"ש מדובר היה שחלק עם הגנב לאחר יאוש בעלים, או שכבר החזיר את הגזילה).

שיטת הקצות: החולק עם הגנב הרי הוא כגונב מגנב, וגונב מגנב פטור אפילו מקרן, ולא עבר על לאו דגניבה ולכן אינו נפסל לעדות.

שיטת הנתיבות: החולק עם הגנב ולא הוסיף על הגניבה הראשונה אינו נפסל, אבל כשהוסיף על הגניבה הראשונה פסול. וכן בגונב מגנב אם הוסיף על הגניבה הראשונה חייב, אבל כשלא הוסיף על הגניבה הראשונה, כגון באיתבר ממילא, מודה הנתיבות לקצות שפטור אפילו מהקרן, ולא עבר על לאו תגזול.

שיטת האור שמח

האור שמח¹² כתב:

"וראייתי להציע בקיצור על דברי הקצות החושן (סימן לד'), מה שכתב דהגונב מן הגנב אינו גנב ואינו פסול לעדות אם מחזיק לעצמו עיי"ש. והוכיח מהא דלא מחייב בנשברה מאליה, הא גונב כל שעה עיי"ש, והנה אף דלו יהא דאינו חייב באונסין בכל זה יכול להיות דעובר בלא תגנוב... וגדולה מזו מצאנו לרבא (בבא מציעא סא, א) דעל עשק שכר שכיר עובר בלא תגזול אף דהמעות עדיין המה לא היו ברשותו של שכיר כלל, מכל מקום מאחר שצריך ליתן ואינו נותן עובר בלא תגזול, כל שכן וכל שכן החולק עם הגנב שעובר בלא תגזול שמעכב מעות פלוני לעצמו...".

מוכת מדברי האור שמח, שהחולק עם הגנב, אף שלא הוסיף על הגניבה, וכן גונב מגנב אף שלא הוסיף על הגניבה עובר בלא תגנוב. ועל הדין שלא חייב ד' בנשברה מאליה, כתב האור שמח:

"ומטעם זה השני חשוב כגנב כיון שאם תשתנה עכשיו תהיה שלו אם כן הכניסה ברשותו, אבל אותו גנב עצמו בשהוקרה אינו משלם באיתבר ממילא

12. בחדושויו על הש"ס, בבא קמא טו, א.

רק כשעת גניבה דהנך מעות היתרים כבר עומדים ברשות הגנב אף בלא הגבהתו אותה... לא כן גולן שני שגזל מראשון שהכניסה לרשותו מה שלא היתה קודם ורק בגזילתו נכנסה לרשותו ופשוט..."

מבואר דגונב מן הגנב אף כשלא הוסיף בגניבה עובר על לאו דלא תגנוב וכל זה רק בגנב שני, אבל אותו גנב עצמו לא חייב. וכדברי האור שמח, שגונב מן הגנב עובר על לאו דגניבה אף בלא הוספת מעשה גניבה, כתב גם החזון איש בסוגייתנו, וזו לשונו:

"אחר כך ראיתי בקצות החושן סימן לד ובנתיבות המשפט שם דעתם דהגונב מן הגנב לא עבר בלא תגזול ואינו מתחייב בהשבה ואין מתחייב באונסיה, והא דאמרו בכתובות ל, ב דמתחייב בהחזקתו בפיו, כתב בנתיבות המשפט משום שמשתמש בה, וכל זה תמוה שאם אין בדבר שאינו ברשותו דין גזילה, אף במשתמש לא נעשה גולן רק על הנאת השימוש שזה הוא כאכל, אבל על גוף החפץ לא נעשה גולן... וכבר הוכרע הדבר דהוא גולן גמור."

קושיית האחרונים על הקצות

האחרונים כתבו להקשות על הקצות האומר שבתברה או שתיה חיובו מדין מזיק ולא מדין גולן, מהגמרא האומרת:

"אמר רבה האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה מעיקרא שויא זוזא השתא שויא ארבעה תברה או שתיה משלם ארבעה איתבר ממילא משלם זוזא מאי טעמא כיון דאי איתא הדרא למרא בעינא האי שעתא דקא שתי ליה או דקא תבר לה קא גזיל מיניה ותנן כל הגולנין משלמין כשעת הגזילה"¹³.

מוכח שהחיוב בשותה ושובר הוא מדין גולן, שהרי הגמרא מביאה את המשנה ד"כל הגולנין". אמנם הר"ן והנימוקי יוסף בבבא מציעא כתבו, דבתברה או שתיה משלם ארבעה כיון דבההיא שעתא הוא דמזיק לה, ואם כן לכאורה קשה, שהרי מהגמרא מוכח שהחיוב הוא מדין גזילה. אך בהמשך נראה שגם הר"ן והנימוקי יוסף מודים שהחיוב הוא מדין גזילה כפשט הגמרא, ולא כדעת הקצות.

קושיית האחרונים על הנתיבות

האור שמח¹⁴ והאמרי משה¹⁵ כתבו להקשות על שיטת הנתיבות הסובר, שכאשר יש שינוי והוספה בגניבה יש לגנב השני דין גניבה, שהרי המשנה אומרת, "ולא הטובח ולא המוכר אחר הגנב משלם תשלומי ארבעה וחמשה", ובשלמא לפי הקצות מובן מדוע, שכאשר הגנב השני טבח או מכר אינו מתחייב בתשלומי ארבעה וחמשה, משום שגונב מן הגנב אינו גנב ואין לו

13. בבא מציעא מג, א.

14. הלכות גניבה פרק ג, ב.

15. סימן לב, ו.

דיני גניבה, אך לפי הנתיבות הרי כשהגנב השני טובח יש כאן שינוי והוספה בגניבה, ואם כן מדוע שיפטר מד' וה', הרי בשעה שטובח, הרי הוא גונב וטובח באותו מעשה טביחה.

תירוץ על הנתיבות

אפשר לומר, שהחיוב על טביחה ומכירה הוא דוקא כשאלה באו אחרי הגניבה, אבל כששניהם באו ביחד אין חיוב ד' וה', שהרי הגמרא אומרת שחיוב ד' וה' הוא מפני ששנה בחטא, וממילא כשעושה את שניהם יחד אין כאן שנה בחטא.

אך נראה שדתירוץ זה תלוי במחלוקת ראשונים: לגבי דין קים ליה בדרבה מיניה, מביאה הגמרא¹⁶ מימרא של רבה משום רבי מאיר, לפיה דין זה קיים רק במיתה וממון, אך לא במיתה וקנס. וזה לשון הגמרא:

”רבה אמר לעולם בטובח על ידי עצמו ורבי מאיר לוקה ומשלם אית ליה מת ומשלם לית ליה ושאיני הני דחידוש הוא שחידשה תורה בקנס אף על גב דמיקטיל משלם”.

וכתב רש"י:

”ורבי מאיר בעלמא בתשלומי ממון לית ליה מת ומשלם, והכא תשלומי ארבעה והמשה קנס הם וכל משפט קנס חידוש הוא, הלכך אף על גב דמיקטיל נמי לא מיפטיר מיניה...”

ממשיכה הגמרא ואומרת:

”ואודא רבה לטעמיה 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”.

כלומר אדם שגנב ביום חמישי וטבח בשבת, ישלם ד' וה', משום שהחיוב על הקרן והכפל חל כבר ביום ה', והשלושה הנוספים שמתחייב בשעת הטביחה הם קנס, ולגביו אין דין של קים ליה בדרבה מיניה. אבל במקרה שגנב וטבח בשבת אומר רבה שהוא פטור, ואף על גב שלגבי הקנס אין דין קים ליה בדרבה מיניה, מכל מקום כאן חיוב הקרן חל בשבת והוא ממון ולא קנס, ולגביו שייך דין קים ליה בדרבה מיניה, ומכיון שאין חיוב על הקרן, אין חיוב על השאר, משום ש”ארבעה וחמשה אמר רחמנא, ולא שלשה וארבעה”.

שיטת רש"י והריטב”א

הריטב”א שם מקשה: ”ואם תאמר ולמה לי גנב וטבח בשבת, אפילו גנב בשבת וטבח בחול נמי”, כלומר, מדוע רבה היה צריך להעמיד באופן שגנב וטבח בשבת בכדי להיפטר, הרי אפשר להעמיד אפילו במקרה שגנב בשבת וטבח בחול, ומכיון שפטור על חיוב הקרן בגניבה

משום קים ליה בדרכה מיניה, ממילא גם אין חיוב על השאר אף על פי שטבח בחול, דארבעה וחמשה אמר רחמנא ולא שלשה וארבעה.

ומתריך הריטב"א: "כבר תירצה רש"י ז"ל שאם טבח בחול הרי הוא כאילו חזר וגנבו בחול ומתחייב אקרון נמי, דהא כל כמה דלא טבחו ברשותא דמריה הוא קאי". רבה לא יכל להעמיד באופן שגנב בשבת וטבח בחול, משום שגם אם על הקרן של הגניבה הראשונה הוא פטור משום קים ליה בדרכה מיניה, מכל מקום יש לו חיוב קרן חדש על שעת הטביחה בחול, כיוון שבטביחה יש מעשה גניבה חדש, וממילא גם יש לחייבו ד' וה' משום מעשה הטביחה.

מוכח מדברי רש"י והריטב"א, שגם כאשר הגניבה והטביחה באו כאחד ניתן לחייבו ד' וה', שהרי כתבו שבגנב בשבת וטבח בחול חיוב הקרן והכפל והד' וה' הוא על שעת הטביחה שהוא גם מעשה גניבה. ואם כן עדיין הקושייה על הנתיבות עומדת במקומה, שהרי המשנה אומרת "ולא הטובח ולא המוכר אחר הגנב משלם תשלומי ד' וה'", והרי לפי הנתיבות כאשר יש שינוי והוספה בגניבה ניתן לחייבו משום גניבה ומדוע לא יתחייב ד' וה', ואי אפשר לחלק בין טביחה ומכירה שבאו אחר הגניבה שאז חייב, לבין טביחה ומכירה שבאו יחד עם הגניבה שיהיה פטור.

שיטת הרשב"א

אך הרשב"א שם כתב:

"אלא שעדיין קשה לי, דאם כן מאי שנא טבחו בשבת, אפילו טבחו בחול נמי, שהרי פטור מכפל דבאיסור שבת בא לו ואם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה". ותירץ: "דלאו דוקא טבח בשבת, דהוא הדין בגנב בשבת וטבח אימתי שירצה, אלא נקט טבח בשבת משום גנב בשבת שבגניבה מוכרח להיות שיהיה בשבת כדי שיחול דין קים ליה בדרכה מיניה".

מהרשב"א מוכח, שעל מעשה הטביחה לא ניתן לחייבו גם משום מעשה הגניבה, ולכן באמת רבה יכל להעמיד גם באופן שגנב בשבת וטבח בחול ויהיה פטור, שהרי על הקרן דגניבה יפטר משום דבאיסור שבת בא לו, ועל הקנס פטור משום שאם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה. אם כן לפי הרשב"א ניתן לתרץ את הקושייה על הנתיבות שמה שהמשנה אמרה ולא הטובח ולא המוכר אחר הגנב משלם תשלומי ד' וה' הוא דוקא כשהגניבה והטביחה באו יחד, ומה שהנתיבות אמר, שכאשר יש שינוי והוספה בגניבה חלים על הגנב השני דיני גניבה הוא כאשר הטביחה והמכירה באו אחרי הגניבה.

אולם כעת קשה על דברי הריטב"א מהמשנה במרובה האומרת: "ולא הטובח ולא המוכר אחר הגנב משלם תשלומי ד' וה'", ואם כן איך אומר הריטב"א שכשיגנוב בשבת ויטבח בחול ישלם ד' וה' משום שבמעשה הטביחה מתחייב נמי משום גניבה, והרי זה טובח ומוכר אחר הגנב שהמשנה אמרה שפטור מד' וה'.

שיטת רבי עקיבא איגר

בחידושו למסכת כתובות בסוגיה שם, נקט ר' עקיבא איגר כדעת הריטב"א ורש"י, שעל הטביחה ניתן לחייבו נמי משום מעשה גניבה, וזו לשונו שם:

"ומהאי טעמא נראה דמדוקדק לישנא דרבה גנב וטבח בשבת פטור דאם אין גניבה, ומאי איריא טבח בשבת אפילו טבח למחרתו בחול פטור דהא ליכא חיוב גניבה, ולזה נראה דאילו טבחו בחול הטביחה עצמו הוי גניבה וטביחה, דאף דיש לומר כיון דגנבו תחילה אין לחייבו על הטביחה משום גניבה דאין גונב אחר הגנב חייב דמאי שנא דגנב אחר הגנב או שהוא עצמו חזר וגנבו".

ואם כן מוכח שר' עקיבא איגר נוקט כדעת הריטב"א, שכשטבח בחול הטביחה עצמה נחשבת גניבה וטביחה.

אלא שר' עקיבא איגר מקשה, שמהמשה מוכח שהגונב אחר הגנב פטור, ואין סברא לחלק בין גנב אחר הגנב שפטור לבין הגנב עצמו שחזר וגנב שיתחייב¹⁷. מתרץ ר' עקיבא איגר:

"מכל מקום יש לומר כיון דהגניבה היה בשבת ולא קם ברשותו לשום חיוב דקים ליה בדרבה מיניה לא נעשה גנב בזה, ומשום הכי בטבח בחול שפיר מיקרי גניבה".

והסבר דבריו הוא, שהגונב אחר הגנב אינו משלם תשלומי כפל משום שכתוב: "וגונב מבית האיש" - ולא מבית הגנב, אבל כשגנב מבית השומר משלם כפל משום שזה בכלל "וגונב מבית האיש", וזאת משום ש"פקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא".

כאשר הגנב גונב מבית הגנב אין חיוב כפל משום שלא גנב מרשות הבעלים. הראשונים נחלקו בגדר "אינו ברשותו". דעת בעל המאור¹⁸ היא שאינו ברשותו הכוונה למצב שבו החפץ אינו בשליטתו של הבעלים. ודעת הרמב"ן¹⁹ שאינו ברשותו הוא כאשר לגנב יש דיני גניבה. ר' עקיבא איגר סובר כשיטת הרמב"ן, ש"אינו ברשותו" הוא כאשר יש לגנב קנייני גניבה, אבל כל עוד אין לו קנייני גניבה נחשב עדיין ברשות הבעלים, ולכן אומר ר' עקיבא איגר שלא קשה מהמשה, משום ששם נאמר: "ולא הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל ולא הטובח ולא המוכר אחר הגנב משלם תשלומי ד' וה'", והטעם הוא משום שהגניבה היא לא מבית האיש, אבל כגנב בשבת וטבח בחול יש חיוב על מעשה הטביחה גם כן משום גניבה חדשה, מפני שעל הגניבה הראשונה יש דין קים ליה בדרבה מיניה ואין לו חיובי וקנייני גניבה, ואם כן הגניבה

17. ועיין בחידושי ר' שמעון שקאפ בחידושי למסכת בבא קמא סימן לו, שחקר בזה אם דין "וגונב מבית האיש" הוא דוקא בגונב מגנב אחר, או אף באותו גנב עצמו לא שייך דין גניבה חדשה, וכתב דאמנם בגזילה כשעושה מעשה חדש לשנות איכות החפץ נעשה גזלן מחדש, אבל זה דוקא בגזילה דלא כתיב ביה שיגזול מבית האיש, אבל בגניבה מסתבר שלא יתחייב משום דין גניבה על מעשה חדש, דמה לי גנב מגנב אחר או מרשות עצמו כיון דמכל מקום לא היה מרשות בעלים. אך כתב שבים של שלמה משמע דסבירא ליה דדוקא גונב מגנב אחר נתמעט מ"וגונב מבית האיש", אבל כגנב עצמו יתחייב מחמת גניבה חדשה, ואם כן על פי הים של שלמה מתורצת הקושיא מהמשה על הריטב"א ור' עקיבא איגר, שהמשה דיברה בגנב אחר, וכגנב אחר יש דין של "וגונב מבית האיש" - ולא מבית הגנב, אבל הריטב"א ור' עקיבא איגר דיברו בגנב עצמו וכגנב עצמו לא נאמר דין זה, ושפיר ניתן לחייבו על הגניבה החדשה.

18. בבא קמא, דף יח מדפי הרי"ף.

19. שם.

עצמה עדיין נחשבת ברשות הבעלים, וכאשר הגנב טובח חשיב שפיר גניבה מבית האיש. ור' עקיבא איגר לשיטתו בגליון הש"ס²⁰ וזו לשונו:

"קשה לי הא עיקר החילוק בין מטלטלי למקרקעי דמטלטלין נגזלין וקם ליה ברשותיה דגולן מיקרי אינו ברשותו דהנגזל, אבל קרקע אינה נגזלת ולא קם ברשותיה דגולן, אם כן במטלטלין וגזל בלא קנין דלא קם ברשותיה דגולן ואינו חייב באחריותו וכדאיתא בבבא קמא עט, א במתניתין, הוי כקרקע דמנחיה ברשותיה דהנגזל, ואם כן הכא במסותא דהגזילה במה דאמר דידי הוא וליכא קנין יכול להקדישו".

ומוכח דגדר אינו ברשותו תלוי בקניני הגזילה ולא בשליטת הבעלים²¹.

קושייה ותירוץ בשיטת רש"י

בחידושי ר' שמואל רוזובסקי²² הקשה על הריטב"א שכתב בשם רש"י, שכאשר גנב בשבת וטבח בחול, יש לחייבו על הטביחה כגניבה חדשה, וקשה על כך, שהרי בהמשך הסוגייה בכתובות שם אומרת הגמרא:

"אמר רב פפא היתה פרה גנובה לו וטבחה בשבת חייב שכבר נתחייב כגניבה קודם שיבא לידי איסור שבת, היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור".

ופרש"י דלא גרסינן "שאם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה", כי לגבי שואל לא שייך לא כפל ולא ד' וה', שהרי חייב בקרן לעולם אפילו טוען טענת גנב, ואין דין קנס אלא או בגנב או בשומר חנם הפוטר עצמו בטוען טענת גנב. אולם הרמב"ם²³ ועוד ראשונים גרסו כך, וכתבו שטעם הפטור הוא משום שאם אין גניבה - אין טביחה ואין מכירה, וביארו הראשונים בגירסה זו, שלעולם הטביחה היא מעשה גניבה חדשה, ולכן צריך את הטעם שפטור משום קים ליה בדרכה מיניה ואם אין גניבה אין טביחה ומכירה. על פי זה ביאר שרש"י שלא גרס כך - לא סובר שהטביחה היא מעשה גניבה מחודש, ואם כן איך כתבו הריטב"א והרא"ה בשמו, שבגנב בשבת וטבח בחול מתחייב על הטביחה כגניבה חדשה?

ומתרץ הגר"ש רוזובסקי שמה שרש"י לא גרס כך, לגבי פרה שאולה, אין זה משום שרש"י לא סובר שהטביחה היא מעשה גניבה מחודש, כי באמת אפשר לומר לדעתו שיש כאן חידוש. אלא שסובר הראב"ד ששומר אינו מתחייב משום גניבה אפילו היכא דאיכא מעשה גניבה. שהנה כתב הרמב"ם: "שומר שגנב מרשותו כגון שגנב טלה מעדר שהופקד אצלו וסלע מכיס שהופקד אצלו - אם יש עליו עדים חייב בכפל"²⁴. וכתב הראב"ד: "א"א זה אינו כלום".

20. בבא מציעא דף ז, א.

21. ובעצם הענין מדוע מעשה טביחה נחשב למעשה גניבה עיין בחידושי ר' שמואל רוזובסקי למסכת בבא קמא סימן כא.

22. בבא קמא, כא.

23. הלכות גניבה ג, ד.

24. הלכות גניבה ד, י.

ומסביר המגיד משנה בכוונת הראב"ד: "כוונתו לומר שלא מצינו כפל בשומר אלא בטוען טענת גנגב ונשבע, הא לאו הכי לא". בדעת הרמב"ם ביאר הכסף משנה שסובר שבטוען טענת גנגב צריך שבועה, היינו כשמניח הפקדון במקומו שאין כאן מעשה גניבה, אבל כאן הדין שונה, שמכלל מה שהופקד אצלו לקח קצת בדרך גניבה. ואם כן יוצא שהראב"ד סובר ששומר לעולם אינו נעשה גנגב, אפילו כשיש מעשה גניבה, ואם כן יש לומר שרש"י סובר כמו הראב"ד, וממילא אף על פי שהטביחה היא מעשה גניבה מחודשת, מכל מקום שואל אינו מתחייב עליה משום גניבה, ועיי"ש שהאריך בביאור הדברים.

וקצת פלא שלא ראה שהריטב"א עצמו כתב כדברי רש"י "היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור, שאיסור שבת ואיסור גניבה באין כאחד, ולא גרסינן שאם אין גניבה - אין טביחה ואין מכירה דבשאלה ליכא ד' והי"ו".

ועוד שרש"י עצמו הסביר דבריו:

"...שאם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה לא גרס ליה, ואנן שמעינן כאן ובכתובות וכן פירש לנו רבינו שאם אין גניבה אחר שפטור מן הקרן משום דקם ליה בדרבה מיניה אין טביחה קנס נמי לא משלם, ואף על גב דחידוש הוא ואין מיתה פוטרתו הכא דליכא קרן פטור, דתשלומי ארבעה וחמשה אמר רחמנא ולא תשלומי ג' וד', וכי מדלית מהכא קרנא הוה ג' לצאן וד' לבקר, ולא היה לי לב להבין את מושל שטעם זה אין צריך לכאן, שהרי אין קנס בשואל הטובח, ואפילו אמרינן כרב פפא דעד השתא קם ברשותא דמרה אפילו הכי גזלן נעשה עליה ולא גנגב שאין דין גנגב אלא בטוען טענת גנגב והוה שומר חנם, וכי גרס ליה בכתובות גרסינן ליה, ובמילתא דרבה דאמר התם גנגב וטבח בשבת פטור שאם אין גניבה דהתם בגנגב עצמו קאי וליכא למיפטרין מקנסא אלא משום האי טעמא אבל בדרב פפא ליכא למגרסא"²⁵.

אם כן רש"י כותב בפירושו, שבשואל הטובח כל החיוב הוא מצד גזלן ולא שייכים דיני גנגב, אבל הריטב"א שהביא את דברי רש"י הסובר שבמעשה טביחה יש מעשה גניבה מחודשת דיבר על גנגב הטובח, ולא על שואל הטובח, ובגנגב הטובח סובר רש"י דהטביחה היא מעשה גניבה מחודשת.

דיון בשיטת נתיבות החשפט

הוכחה לשיטת הנתיבות

ר' חיים²⁶ כתב להוכיח מדברי הריטב"א ור' עקיבא איגר כשיטת הנתיבות שכתברה או שתיה החיוב הוא משום גזלן ולא משום מוזיק, מכך שהם כתבו, שאף אם בשעת הגניבה היה דין קים ליה בדרבה מיניה, אם טבח בחול מתחייב אחר כך בשעת טביחה משום גניבה חדשה, ואף על פי שלא גנגב מרשות הבעלים - מכל מקום מתחייב משום גניבה כיון שהוסיף בגניבתו.

25. בבא קמא דף קיב, א ד"ה היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור.

26. בחידושי על הש"ס.

האמרי משה²⁷ מתרץ את הקושיה מהמשנה, "ולא הטובח ולא המוכר אחר הגנב משלם תשלומי ד' וה'" על הנתיבות, האומר שכשיש הוספה ושינוי במעשה גניבה ניתן לחייבו מדין גנב, וזו לשונו:

"ונראה לעניות דעתי לישב דברי הנתיבות, והיינו דסבירא ליה דהך מיעוטא דממעטינן מ"וגונב מבית האיש" ולא מבית הגנב, דהגונב מן הגנב פטור היינו רק לענין כפל אבל לא לענין קרן וודלא כהמתבאר בקצות דגם מקרן פטור מהך מיעוטא כמו כפל), ובהך גזירת הכתוב דממעט גונב מן הגנב מכפל גם כשמוסיף השני לקנות בשינוי פטור, דהפטור הוא משום דלא קרינן מבית האיש דכבר אינו ברשות הבעלים למכור ולהקדיש, אבל בקרן ליכא הך גזירת הכתוב, ואך היכא דהשני לא הוסיף שום הפסד לבעלים בגניבתו יותר מהראשון סבירא ליה להנתיבות דפטור מקרן מצד הסברא, משום דלא עשה שום מעשה גניבה מהבעלים דכבר היה גנוב מרשותם על ידי הראשון, ולהכי פטור גם מקרן. ולכן כשהוסיף השני בגניבתו לקנות בשינוי אז מקרי שפיר מעשה גניבה ומתחייב בקרן, אבל מכפל דגזירת הכתוב דפטור גונב מן הגנב גם כשהוסיף לקנות בשינוי פטור".

והסבר דבריו הוא, שבאמת גם הנתיבות סובר שהגונב מהגנב פטור מכפל, וזה נלמד מהפסוק "וגונב מבית האיש" ולא מבית הגנב, והפסוק מדבר במקרה שהגנב השני הוסיף בגניבתו ואף על פי כן פטור מכפל, משום דלא קרינן ביה מ"בית האיש". אבל בקרן ליכא הך גזירת הכתוב. ובמקום שלא היה מעשה גניבה מחודש, דהיינו שלא הוסיף בגניבתו לא צריך קרא ופטור אף מהקרן מצד הסברא, משום שלא עשה שום מעשה גניבה מהבעלים. כלומר כאשר הגנב הראשון גנב מהבעלים, הוא הוציא את החפץ מרשות הבעלים וגנב את ה"ברשותו", אך עדיין החפץ של הבעלים, וכל עוד לא היה שינוי והוספה במעשה הגניבה, אלא רק העברה ממקום למקום, מצד הסברא יש לפוטרו מהקרן ולא צריך פסוק. אבל כאשר יש שינוי, דהיינו תברה או שתיה, שעכשיו הוא גונב את ה"שלו" של הבעלים, יש כאן גניבה חדשה וראשונה על ה"שלו" של הבעלים, ומצד הסברא אין לפוטרו, ומתחייב מקרן. אבל מכפל פטור מצד גזירת הכתוב.

לפי זה יוצא, שלגבי הכפל גם הנתיבות מודה לקצות שהגונב מהגנב פטור ואף כשהגנב השני הוסיף בגניבתו, ונחלקו רק לגבי הקרן היכן שהוסיף הגנב השני בגניבתו, שלפי הקצות חייב מדין מוזיק ולפי הנתיבות מדין גנב. ועכשיו מובנים דברי המשנה שפוטרת את הגנב השני מכפל ואת הטובח והמוכר אחר הגנב מדין ד' וה', שהרי אף כשהוסיף בגניבה פטור מכפל משום וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב. אבל הנתיבות שכתב לחייב דיבר על תברה ושתיה, שהחוב הוא מדין גזלן על הקרן, שכיון שהוסיף בגזילה לגזול את ה"שלו" של הבעלים - אין לפוטרו, לא מצד הסברא ולא מצד גזירת הכתוב.

הוכחה נוספת לשיטת הנתיבות

הגמרא אומרת:

"אמר רב, קרן כעין שגנב תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין... כי קאמר רב ביוקרא וזולא הוא דקאמר, היכי דמי אי לימא דמעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ד' זוזי קרן כעין שגנב, לימא פליגא דרב אדרבה דאמר רבה האי מאן דגול 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"²⁸.

האפיקי ים²⁹ אומר, דמפשטות הגמרא נראה שהוא הדין היכן שגנב בהמה ובתחילה היתה שוה זוז, ולבסוף כשטבחה ערכה היה ד' זוז משלם הקרן גם כן ד' זוז, משום ש"כל כמה דאיתיה בעינא ברשותא דמרא קיימא, ובההיא שעתא שטבחה קמזיק לה מיניה". וכן פסק השולחן ערוך³⁰ שבמקרה כזה משלם ד'.

האפיקי ים מביא את דברי הרא"ש³¹ לגבי דין גול פרה מעוברת וילדה, רחל טעונה וגזוה, משלם דמי פרה העומדת לילד, ודמי רחל העומדת ליגזו, וזה לשון הרא"ש:

"...וגם נראה אף על גב דקאמר דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל טעונה עומדת ליגזו, דמשמע דשמין הפרה כמה היתה שוה רגע אחד קודם ללידתה והרחל סמוך לגיזתה, והכי הוה מסתבר שהרי גזלה מעוברת וטעונה ואין כאן שינוי אלא הלידה והגיזוה, ועד שעת שינוי היו ברשות הנגזל וברשות הנגזל השביחו, ודמיא להא דאמר רבה האי מאן דגול חביתא דחמרא מחבריה מעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ארבעה תברה או שתייה משלם ד' משום דברשות הנגזל אייקר, מיהו אינו משלם אלא כמו שהיו שוין בשעת הגזילה, דכל היכא דקנה גוף הגזילה בשינוי ואינו מחייב לשלם אלא דמים חזרה השומא לשעת הגזילה... 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... ועוד אילו באתה לומר דמשלם כרגע אחד קודם לידה וגיזה משום דמדמי ליה לחביתא דחמרא, התינת גזוה דהוי כתברה או שתייה, לידה דממילא מאי איכא למימר, אלא ודאי אין לדמותם לחביתא דחמרא מטעמא דפרישית".

מוכח מדברי הרא"ש, שאף כששינה הגנב את הגניבה בידיים והוציאה על ידי זה מרשות הבעלים, מכל מקום לא מחייבין ליה על זה מטעם מזיק, שנאמר שישלם כמו שהיתה שוה

.28 סה, א.

.29 סימן כא.

.30 שנד, ג.

.31 פרק הגזול עצים, ג.

בשעת השינוי ושיהיה כמו שתברה או שתייה, אלא "הוי כאיתבר ממילא" ומשלם דמים כמו שהיתה שוה בשעת הגניבה, ואף לפי הנתיבות קשה, שהרי צריך להתחייב משום גזילה חדשה וצריך לשלם כמו שהוא שווה עכשיו בשעת הגזילה החדשה³².

וכתב האפיקי ים שלפי דברי הרא"ש יש לדון בגנב בהמה ובתחילה היתה שוה זוו, ובשעת טביחה היתה שוה ד' וזו וטבחה, ואחרי הטביחה היתה שוה ב' זוו, נמצא שמצד מזיק לא נוכל לחייבו רק על הפחת שפחתה שחיטה שהוא ב', שהרי 'שמין לניזקין', ואף שעל ידי הטביחה הועילו מעשיו שקנה את הבשר בשינוי מעשה, ונמצא שבטביחה עושה ב' דברים:

א. מזיק על הפחת שפיחתה השחיטה.

ב. על הבשר הוי משנה, והוציאו בזה מרשות הבעלים.

מכל מקום לפי הרא"ש גם משנה בידיים לא מחייבים מטעם מזיק והוי כ'איתבר ממילא', ויוצא שרק על הפחת שפחתה השחיטה יש לחייבו מדין מזיק שזה הוי כתברה או שתיה, מה שאין כן על מה שעשה שינויים בטביחה וקנה לבשר שאין לחייבו לא מטעם מזיק ולא מדין גזלן, ואם כן לא יצטרך לשלם כל הד' זוו, וקשה שהרי מפשטות הגמרא והפוסקים משמע שמשלם כל הד' בשלמות, ומדוע נחייבו יותר ממזיק דעלמא ששמין לניזקין, והבעלים מטפלין בנבילה.

ומתוך האפיקי ים על פי הגמרא³³ שאומרת שלומדים מהפסוקים שהבעלים מטפלין בנבילה ופחת נבילה הוא של הניזק, יש לחקור אם הנבילה לניזק היא בתורת תשלומין, דהיינו שבאמת החיוב על המזיק לשלם לניזק כל דמי השור שהוזק, ולולי שהיינו לומדים מהמקרא שהבעלים מטפלין בנבילה, היינו חושבים שעל המזיק לשלם לו כל מה שהיה שורו שוה והנבילה יקח לעצמו, ואם כן גם לאחר שלמדנו שהבעלים מטפלין בנבילה, יש לומר דנשארה הסברא גם לפי האמת שגם בכדי שווי הנבילה בכלל הנוזק, ורק בכדי שווי הנבילה יגבה מגוף הנבלה ומייד לאחר הנוזק קמה לה הנבלה ברשות הניזק, ואם פחתה דמים משעת מיתה עד שעת העמדה בדין זה הפסדו של הניזק. או שיש לומר שמה שגילה הפסוק שבעלים מטפלין בנבילה היינו לומר בכדי הנבילה לא נכנס בכלל הנוזק, דהנוזק לא הוי מעיקרו רק על הפחת שפחתה מיתה, ונבילה דניזק היא כמתחילה, ולא שנוטלה בתורת תשלומין. האפיקי ים כתב להוכיח כהצד השני, שההיוק הוא רק על פחת שפחתה מיתה.

ואם כן אומר האפיקי ים, שלפי הצד הראשון שהבעלים מטפלין בנבילה היינו שהנבילה בתורת תשלומין לניזק שנוטלה בדמים, מובן הדין שגנב בהמה שמעיקרא היתה שוה זוו, ובשעת טביחה היתה שוה ד', ואחרי הטביחה שוה ב' - שישלם הגנב כל הד', משום שבאמת נחשב מזיק על כל הד', ומכל מקום אין לומר כאן דין שמין לניזקין ובעלים מטפלין בנבילה, משום שדין זה הוא דוקא במזיק. אך כאן הגנב קנה את הבשר בשינוי, ממילא הנבלה לא יכולה להיות בגדר תשלומין. אבל לפי הצד השני בחקירה שיסוד הדין שבעלים מטפלין בנבילה הוא שההיוק מעיקרו לא הוי אלא רק הפחת שפחתה מיתה, אם כן בנידון דידן אף שקנה את הבשר

32. עיין באבן האול שישב לדעת הקצות מדוע לא נחייבו משום מזיק כדהשתא.

33. י, ב.

בשינוי, מכל מקום מדין מוזיק אין לחייבו רק פחת שפחתה מיתה, ומצד משנה גם כן ליכא לחייבו, משום דהוי כאיתבר ממילא, אם כן מצד חיובי גניבה שייך לחייבו רק וזו ומצד מוזיק הרי שמין לניזקין, וההיזק הוי רק פחת שפחתה מיתה.

האפיקי ים אומר, שהוא שאל את ר' חיים שאלה זו, ור' חיים אמר לו שזה תלוי במחלוקת הקצות והנתיבות בטעמא דרבה בדין תברה או שתיה משלם ד'. לפי הקצות שהחיוב הוא מדין מוזיק, ולא ניתן לחייבו מדין גניבה, באמת צריך לשלם רק פחת שפחתה מיתה, ואם כן נשארת קושיית האפיקי ים, שמפשטות דברי הש"ס והפוסקים משמע דמשלם ד'. אך לפי הנתיבות שתברה או שתיה הוי גזילה חדשה, אם כן גם כאן כשטובה הגנב את הבהמה הגנובה בדרך גניבה, הויא גניבה חדשה ולא מדין מוזיק, ולכן צריך לשלם את כל שווי הבהמה בשעת הגניבה החדשה.

ר' חיים³⁴ כתב עוד ראייה לשיטת הנתיבות. הגמרא אומרת³⁵: "גופא אמר רב, קרן כעין שגנב, תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין", ומסיקה הגמרא "כי קאמר רב כגון דמעיקרא שויא ד' ולבסוף שויא וזוא קרן כעין שגנב תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין", ובהמשך הגמרא אומרת: "גנב טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור משלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כעין שגנב", ומקשה הגמרא על דברי רב שאמר תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין מהברייתא דגנב טלה ונעשה איל האומרת שמשלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כעין שגנב. ומתרת הגמרא "אמר רבא טלאים כדמעיקרא, דמים כשל עכשיו". ובדין זה הובאו כמה הסברים:

שיטת רש"י: טלאים כדמעיקרא, כלומר בא לשלם טלאים כדמעיקרא סגי, דטלה גנב וטלה משלם, אבל דמים משלם כשל עכשיו, זאת אומרת שהתשלום משתנה לפי צורת התשלום, אם משלם טלה משלם כעין שגנב וכברייתא דטלה, אבל אם משלם ממון כלומר דמים, משלם כשעת העמדה בדין, ורב שאמר שמשלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין, מדבר באופן שמשלם דמים.

שיטת ר"י: הדבר תלוי במה חל השינוי, אם השינוי חל בגוף הבהמה כגון טלה ונעשה איל או כחושה ונתפטמה משלם כדמעיקרא, אבל אם השינוי חל בשווי כלומר בדמי הבהמה ולא בגוף הבהמה, משלם כדהשתא.

שיטת רבינו תם: אין לחלק בין טלאים ליוקרא וזולא. והכי פירושו, טלאים שדיברה בהם הברייתא דהיינו טלה ונעשה איל שנשתנו למעליותא, כדמעיקרא, והוא הדין ביוקרא וזולא שמתחילה שוין וזו ולבסוף ד', משום שאת הקרן ודאי משלם כעין שגנב בין לפי רב ובין לפי הברייתא ולהחמיר על ד' וה' לא אמר, זאת אומרת שלא יתכן שהד' וה' יהיו יותר חמורים מהקרן, ולכן בנשתנו למעליותא משלם גם את הד' וה' כעין שגנב, ובנשתנו לגריעותא משלם את הקרן כעין שגנב וכפל וד' וה' כשעת העמדה בדין, ורב דיבר בנשתנו לגריעותא. לכן

34. מובא באפיקי ים.

35. שם סה, א.

משלם כפל וד' וה' כשעת העמדה בדין, והברייתא דגנב טלה ונעשה איל מדברת בנשתנו למעליותא ולכן משלם כפל וד' וה' כעין שגנב.

הרמב"ם כתב:

"היה שוה בשעת הגניבה שנים ובשעת העמדה בדין ארבעה אם שחט או מכר או שבר הכלי או איבדו משלם תשלומי כפל או ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין ואם מתה הבהמה או אבד הכלי מאליו משלם תשלומי כפל כשעת הגניבה"³⁶.

והנה מכך שכתב, שבמתה מאליה משלם כפל רק שנים כשעת הגניבה, אף שרב אמר קרן כעין שגנב תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין, מוכח שבכהאי גוונא שהוקרה הבהמה והשינוי בשווי הבהמה, לא קאמר רב שישלם כפל כשעת העמדה בדין, שקל וחומר הוא מקרן שלא משלם רק כשעת גניבה, ומוכח שפסק כשיטת ר"ת, דאילו לפי שיטת ר"י כיון שיש כאן שינוי בשווי הבהמה צריך לשלם הכפל כשעת העמדה בדין. ואילו בתחילת דבריו כתב שחט או מכר משלם תשלומי כפל או ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין, ומוכח שפסק כשיטת הר"י, שאילו לר"ת כיון שנשתנו למעליותא צריך לשלם הכפל והארבעה וחמשה כעין שגנב שלהחמיר על ד' וה' לא אמר. ואמר ר' חיים, שמוכח מהרמב"ם שסובר כשיטת הנתיבות שהטביחה או המכירה היא גניבה חדשה, ואם כן יש כאן חיוב קרן חדש ולא הוי להחמיר על הכפל יותר מקרן של גניבה, אבל לפי שיטת הקצות שהחיוב הוא מדין מזיק, אכתי הוי להחמיר על חיוב דכפל מקרן של גניבה שמצד הגניבה לא היה לו לשלם קרן רק שנים, ומה שמשלם עוד שנים הוא מטעם מזיק, ולא מטעם גניבה וזהו אין שייכות לכפל וד' וה'.

דחיית ההוכחה לשיטת הנתיבות

האבן האזל³⁷ דחה את ראייתו של ר' חיים, וכתב:

"דאם טבח או שיבר משלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין, ואף דאינו משלם אלא מתורת מזיק אבל על כל פנים הא אנו גובין עכשיו ממנו הגניבה שנמצאת בידו... ולא קשה כלל דהא אינו משלם בשביל חיוב גניבה, אלא בשביל חיוב מזיק דזה לא איכפת לן כלל כיון דעל כל פנים משלם הגניבה בשיעור ד' לכן שפיר משלם גם כפל וד' וה' ארבעה".

שיטת האבן האזל היא דלא כאפיקי ים הסובר, שהדין הוא לא להחמיר על הכפל יותר מקרן של גניבה, אלא כיון שמשלם קרן, ואף שמשלם מדין מזיק, ניתן לחייב גם כפל וד' וה' כשעת העמדה בדין, ואף שבאמת זה יותר מקרן של גניבה. בזה מובנים דברי הרמב"ם אף לשיטת הקצות. וכן כתב האבי עזרי³⁸ שאף אם חיוב הקרן הוא מדין מזיק ניתן לחייבו כפל וד' וה' כשעת העמדה בדין.

36. הלכות גניבה א, יד.

37. הלכות גניבה א, יד.

38. שם.

אלא שלכאורה דברי הרמב"ם קשים אף לשיטת הנתיבות, שהרי בגונב מן הגנב לכולי עלמא אינו חייב כפל אף בהוסיף על גניבתו, וגם הנתיבות מודה בזה, ורק סובר שכשיש הוספה בגניבה מתחייב בקרן, אבל מהכפל פטור מצד גזירת הכתוב, ואם כן קשה שהרי מהרמב"ם רואים ש"התברה ושתיה" אינו חיוב רק לענין קרן אלא אף לענין הכפל, שהרי כתב כששחט או מכר או שבר הכלי או איבדו משלם תשלומי כפל כשעת העמדה בדין.

שיטת האחר' חשה

בישוב שיטת הרמב"ם כתב האמרי משה³⁹ יסוד חדש בסבת החיוב בתברה או שתייה, לא כהקצות שהחיוב הוא מדין מזיק, ולא כהנתיבות שהחיוב הוא מדין גזילה חדשה, אלא שבגנב וגזולן כל מה שמוסיף להזיק את הגניבה בידיים חיובו הוא משום המשך הגזילה הראשונה, ונחשב כגזילה ארוכה, שאמנם שבשאר כל אדם הוי מעשה כזה רק מזיק שהוא בלא קנין, אבל בגולן כל היוק שעושה בגניבה הוי גנב ולא מזיק, ויסוד הדברים נמצא בחידושי ר' חיים על הרמב"ם שכתב:

"אכן נראה לפי מה שכתב הרמב"ם בפרק א' מהלכות גניבה דבגנב כלי ושביר והיה שוה בשעת הגניבה ב' ובשעת השבירה ד' דמשלם כפל כשעת השבירה ואי איתבר ממילא אינו משלם אלא כעין שגנב, הרי דבשברה חשיבא זאת גניבה, מדמחייב כפל כשעת שבירה, והיינו משום דכל שהחפץ גנוב או גזול כל נזק שעושה בידי דין גניבה וגזילה ביה"⁴⁰.

אם כן אומר האמרי משה, באמת גנב היה צריך להתחייב כל רגע, אלא שכיון שאין הוספה במעשה הגזילה אינו מתחייב, אבל כשעושה מעשה מזיק שבשאר כל אדם הוי מעשה כזה רק מזיק, אבל בגנב וגזולן הוי גנב ולא מזיק שזה המשך של הגניבה הראשונה והוי גניבה ארוכה. ולפי זה מובן מה שכתב הרמב"ם לחייבו כפל וד' וה' כשעת השבירה, ולא חשיב גונב מן הגנב ומתחייב אף בכפל לפי שעת השבירה משום שהכל כגניבה אחת אריכתא.

על פי יסוד זה מסביר האמרי משה את דברי הרא"ש בהגוזל עצים שכתב שבפרה מעוברת וברחל טעונה וגזזה שמשלם כשעת הגזילה, ולא כמו שהיתה שוה רגע קודם השינוי, ולא דמי לתברה או שתיה דמשלם ד', משום שבתברה או שתייה שאיבדה מן העולם נעשה גולן אבל על ידי שינוי שעדיין היא בעולם לא נעשה גולן. ולכאורה קשה מהגמרא⁴¹ שמדמה טביחה לתברה ושתייה, וצריך לומר שטביחה לא דמי לגזזה שוה נקרא דרך השחתה יותר ודמי לתברה שמאבד חיות מן העולם.

אך לפי היסוד שיסד האמרי משה הוא מתורץ. שהרי ביוקרא וזולא אפשר לצרף את מעשה הגניבה שבתחילה להזיק שעושה אחר כך להיות כגניבה אריכתא, משום שהדבר הנגנב הוא באותו מצב כפי שהיה בשעת הגניבה. אבל בפרה מעוברת ורחל טעונה וגזזה אין משלם רק

39. סימן לב.

40. הלכות חובל ומזיק ו, ד.

41. שם סה, א.

כשעת הגזילה ולא צריך לשלם בעד השבח שנתוסף וגוזה, היות והשבח לא היה בשעת הגניבה הראשונה לא שייך לומר שנצרך את מעשה הגניבה שבתחילה להיוק, והא דלא מתהייב משום מוֹזֵק משום שבגזיזה אין מעשה היוק שהרי כל רחל עומדת לגזיזה⁴².

על פי זה ניתן להבין גם את דברי הר"ן והנימוקי יוסף שהובאו לעיל, שלכאורה היה מוכח מדבריהם שהם סוברים כשיטת הקצות מכך שכתבו שבתברה או שתייה משלם ארבעה כיון שבשעה שהוא מוֹזֵק לה, ולכאורה קשה שמלשון הגמרא שם בבבא מציעא מוכח שהחייב הוא משום גזילה, שהגמרא אמרה: "ההיא שעתא דקא שתי ליה או דקא תבר לה קא גזיל מיניה ותנן כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה", ולפי יסודם של ר' חיים והאמרי משה מובנים דבריהם, שבאמת בשאר כל אדם מעשה כזה הוא מוֹזֵק ולא גזלן, אבל בגזלן כל שהחפץ גנוב או גזול כל נזק שעושה בידיים דין גניבה וגזילה ביה, ואמנם בההיא שעתא דתברה או שתייה הוא מוֹזֵק אך גזלן שמוֹזֵק החייב הוא מדין גזילה.

סיכום

העולה מכל האמור שישנם ארבע שיטות עיקריות בדין הגונב אחר הגנב ובדין גנב אחד שהוסיף בגניבתו.

שיטת הקצות: הגונב מן הגנב אינו גנב, משום שלא גנב מרשות הבעלים ולא עבר על לאו דלא תגזול, ואף כשיוסיף על הגניבה הראשונה על ידי שינוי לא יתחייב משום גנב, אלא משום מוֹזֵק.

שיטת הנתיבות: יש לחלק בין גונב מגנב שלא הוסיף על מעשה הגניבה הראשונה שאינו גנב, ולא עבר על לאו של "לא תגזול" משום שלא הוסיף כלום לבין גנב שהוסיף על הגזילה הראשונה, שחייבו מדין גזלן ולא מטעם מוֹזֵק.

שיטת האור שמח והחזון איש: אף כשהגונב מהגנב לא הוסיף על הגניבה הראשונה בכל זאת הוא עובר על לאו של לא תגזול, משום שעצם ההעברה מרשות הגנב הראשון לרשות הגנב השני גורמת לו להחשב גנב, ודוקא בגנב השני אבל לא בגנב הראשון עצמו.

שיטת האמרי משה ור' חיים: כאשר הגזלן הראשון מוסיף על הגניבה הראשונה חייב משום שזה המשך הגזלה הראשונה, וכלל לא חשיב גונב מגנב כיון שזה גניבה אריכתא.

42. וכן מוכח באבן האזל שכתב "משום דבמה שגוזה לא עשה שום היוק בהרחל הטעונה ודרך רחלים לגזום".