

מחלוקות רש"י-תוספות בקניין

בעקבות פרשנותו של הרב יונגסטור

ראשי פרקים

- א. קניין הכפל
- ב. קניין 'דבר שלא בא לעולם'
- ג. מחלוקת רש"י ותוספות בבעלות – ע"פ הרב יונגסטור
- ד. קושיות תוספות
- ה. ונראה ליישב
- ו. השלכות
- ז. אחרית דבר

א. קניין הכפל

הגמרא בריש פרק המפקיד דנה בשומר שנגנב הפיקדון עליו הוא היה מופקד, אך הוא העדיף לשלם ולא להישבע. המשנה פסקה שבמקרה כזה, הקנס שישלם הגנב יגיע לשומר ולא לבעלים – אך מה הטעם לכך?
 בירושלמי, לכאורה, הדבר פשוט – יש לימוד, "חיים שניים ישלם", שאומר שהכפל מהלך אחר הקרן. אך נראה שהבבלי נוקט גישה אחרת לחלוטין. כבר בסוגיית הפתיחה ניתן לראות, שהסברות המועלות יוצאות מנקודת הנחה שהבעלים מקנה לשומר את תשלומי הקנס ("בהמה הוא דמקני ליה כפילא - משום דנפיש טירחה / כלים הוא דקמקני ליה כפילא - משום דלא נפיש כפלייהו"). לאחר הדיון הראשוני, מופיעה קושייתו של רמי בר חמא: "והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם?" אפשר להבין שההווא אמינא שלו היא שיטת הירושלמי¹, אלא שהבבלי מעלה שני מנגנונים אפשריים שמחליפים קניין דבר שלא בא

בקניין על תנאי (קניין הפרה בשעת המסירה לפיקדון/רגע לפני הגניבה).
 נראה שרש"י ותוספות נחלקו בהבנת ההווא אמינא של הגמרא, בעוד שניהם מרחיקים אותה משיטת הירושלמי. רש"י בד"ה "והא אין אדם" כותב: "והיאך הקנו לו בעלים כפל זה". כלומר- ההבנה שלו היא שהקניין היה על הקנס עצמו. זאת בעוד התוספות כותב במפורש: "ויש לומר דהמקשה סבר דבשעת משיכה הקנה לו הפרה לקנות הכפל כשיבא."

לפי דברי התוספות, מובן מדוע הגמרא הסתבכה בחיפוש מנגנון שיאפשר להקנות את הכפל, שכן ההווא אמינא הייתה שקונה את הפרה לקנות הכפל, ומאחר שאפשרות זו נדחתה, צריך להציע אפשרות קיצונית יותר – קניין גמור של הפרה על תנאי. אבל לפי רש"י, שהעמיד את ההווא אמינא לקניין הקנס בדווקא, משמע שאם היה מדובר בקניין הפרה לקנות את הקנס היה מועיל. אם כן, מדוע לפי רש"י לא כך תירצה הגמרא "הכא במאי עסקינן בקונה פרה לקנסה"?

1. לא על פי רש"י – שכן הוא כותב במפורש שרמי בר חמא מתקף על המשנה, וא"כ לפי רש"י אפילו לא הייתה הווא אמינא כזו בדיון הבבלי.

ב. קניין 'דבר שלא בא לעולם'

לצורך הבנת המחלוקת, ועמידה על כך שהדיוק ברש"י אכן משקף שיטה ולא שינוי לשון מקומי, יש לבחון סוגיות נוספות, שמהן יתבררו שיטות רש"י ותוספות.

הסוגיות הראשונות שעולות, הן אלו שאליהן מפנים רש"י ותוספות על אתר.

בכדי לפרש את המינוח שרמי בר חמא משתמש בו – **"ואפילו לרבי מאיר.. הני מילי כגון פירות דקל, דעבידי דאתו"**, רש"י מפנה לשתי סוגיות שונות. האחת – שיטת ר' מאיר, שהמקדש אישה לכשתגיייר או לכשיתגיייר הוא, האישה מקודשת, והשנייה – מחלוקת רב הונא ורב נחמן במוכר פירות דקל, אם יכול לחזור בו משבאו לעולם או לא. רש"י מבין שטענתו של רמי בר חמא נסמכת על זיהוי שיטת רב הונא שלא יכול לחזור בו, עם שיטת ר' מאיר שקניין 'דבר שלא בא לעולם' חל - הבנה שיכולה להיסמך על הגמרא ביבמות (צג.), בה רב נחמן בר יצחק מעמיד דעות אלו כשיטה אחת.

תוספות לעומת זאת, מעלה שתי סוגיות אחרות לדיון. הבולטת שבהן היא גיטין (מב:) - לאו דווקא בזכות המסקנות העולות ממנה כמו בשביל הסברות שמתחדשות בה. בסוגיה זו דנה הגמרא בשאלה שהיא למעשה קרובה ביותר באופייה לאופי של סוגייתנו: האם אדם יכול למכור את עבדו לקנס? הגמרא מסתפקת בשאלה זו, בין לר' מאיר ובין לחכמים. הסברה שר' מאיר יאמר - שאין קניין לקנס העבד - היא גם החילוק שישמש את תוספות לתרוץ את קושייתו מב"ב (קמ"ז:), שהקניין חל רק במקום שבו 'עבידי דאתי' - עתיד לבוא, ואילו הסברה שחכמים יאמרו - שהקניין חל - היא משום שהשור והעבד כבר בעולם, בניגוד לפירות - שגם אם מצוי שיצמחו, על כל פנים בשעת הקניין אינם כלל בעולם.

תוספות אצלנו שואל, איך ייתכן שרמי בר חמא בשאלתו, מניח, כדבר פשוט, שלא יועיל לר' מאיר למכור את הפרה לקנסה, בעוד משמע שהסוגיה בגיטין נשאת בספק, בין לחכמים בין לר' מאיר, ועונה: שאפשר לומר שקנס בהמה בשומר פחות שכיח מקנס עבד, או לחילופין: שהסוגיה שלנו מתנהלת על הצד שלר' מאיר אין עבד נמכר לקנסו.

התוספות בד"ה 'עבד שמכרו רבו לקנס' (גיטין מב:), מדייק שהסוגיה עוסקת במוכר עבדו לקנס בדווקא ולא במוכר את הקנס, שכן, כך הוא טוען, מכירת הקנס עצמו – **"לא מיבעיא ליה דאפי' לר"מ לא קני דהא לא עבידי דאתי"**. ולכאורה, הסברו תמוה – שהרי זו עצמה הסיבה שבשלה הגמרא מסתפקת - האם ר' מאיר יודה שהקניין לא חל?! ההסבר הפשוט היה צריך להיות, שדווקא מכאן צריך ללמוד שהחילוק נכון אולי בשיטת חכמים, אך לר' מאיר, לכל הפחות, אין לחלק, ובכל מקום שלא עביד דאתי, יש ספק האם חל קניין.

וראיתי תירוץ ב'נחלת משה', שנבנה על יסוד הסברות בקניין 'דבר שלא בא לעולם'. למעשה, ישנן שתי סברות אפשריות לכך שהקניין לא יכול:

1. מצד שאין לקניין על מה לחול. 'עבידי דאתי' מועיל כי נחשב כבר 'קצת בעולם'.
2. מצד שאין גמירות דעת בקניין בדבר עתידי. 'עבידי דאתי' מועיל כי סמכא דעתיה.

ה'נחלת משה' מבאר, שכאשר תוספות אומר שהסוגיה לא עוסקת בקניין הקנס עצמו, זאת משום שאין לקניין כלל על מה לחול. יחד עם זאת, הגמרא מציגה את הספק - האם ר' מאיר מודה שהקניין לא יחול מצד מה שאין גמירות דעת בקניין 'דבר שלא בא לעולם'.

אם רש"י לא מקבל את הסברה של תוספות, אלא לומד מפשט הגמרא שר' מאיר מסתפק ב'עביד דאתי', אזי ייתכן שהוא לא רואה בסברה של 'אין לקניין על מה לחול' את מרכז הסוגיה של קניין 'דבר שלא בא לעולם', אלא, בשאלה של גמירות הדעת.

נראה, שזה מה שהניע את רש"י לראות בסיבה של גמירות הדעת את המרכיב המרכזי בסוגיות, ולאמץ, את הסברה של 'הא איכא עבד', מסוגיה זו בגיטין, בעיקר בהסברו את שיטת ר' מאיר כעיקרון שיגרום לרש"י לומר שקניין הפרה לקנסה הוא כלל לא ספק לשיטת ר' מאיר, אלא פשוט שקונה. את התייחסותו לסברת 'אין לקניין על מה לחול' אפשר למצוא בדבריו במסכת יבמות (צ"ג. ד"ה משבאו לעולם) – "דכי אתו חייל זביני" (=לכשיבאו יחול הקניין), כלומר, הואיל ובגמרא מוכח שמאן דאמר יש קניין בדשב"ל, סובר גם שהקניין חל רק לאחר שיבוא הדבר, אין לומר שרואים את העומד להיות כהווה,

נוקט פעם אחר פעם בפרשנות המעמידה את מחלוקת ר' הונא ור' נחמן בפירות הדקל ולא בדקל לפירות, כפי שמסביר ר' אליעזר, שכן הוא, כשהוא מדבר על גופו בעולם, הוא מדבר על גוף הדבר הנקנה – במקרה זה: הפירות – וכן נקט תוספות כשהציב את ההוא אמינא של סוגית קניין הקנס, שגרמה לרמי בר חמא להקשות "והרי אין קניין דבר שלא בא לעולם אפילו לר"מ", בקניין בהמה לקנסה. שיטת ר' אליעזר מסתדרת עם הסברה של 'אין לקניין על מה לחול', שכן טענתו היא, שכשהדבר בעולם, גם אם עכשיו הקניין לא יכול להתממש, יכול לחול עליו קניין לעניין זה שיתממש הקניין, לכשיתאפשר. יש לשים לב שרש"י, בניגוד לכך, רואה מקרה אחר מחוץ לדיון – קניין דקל לפירות – ששם, לכאורה, לפי דברי ר' אליעזר, הקניין חל רק מכיוון שהפירות בגדר 'עבידי דאתו', ונחשבים כבר 'קצת בעולם' בכדי שיהיה אפשר להקנות אותם, בעוד שלרש"י ייתכן לומר, שהסיבה היא שאין זה בכלל 'דבר שלא בא לעולם'.

על בסיס זה היה אפשר, לכאורה, להסביר גם את ההבדל בין פירושי התוספות ל"יקדשו ידי לעושיהם" בשני מקומות שונים בש"ס: ביבמות (צג.), מפרש תוספות שהכוונה בביטוי 'עושיהם', היא "העושה שלהם" – כינוי לקב"ה, ולא למעשיהם, ואילו בד"ה "וידיים איתנהו בעלמא" (קידושין סג.), תוספות מסביר שהסיבה ש"יקדשו ידי לעושיהם" מתרץ בגמרא את קושיית "דבר שלא בא לעולם" היא משום שהוא כדקל לפירותיו, כלומר, נראה שההבנה היא שההקדשה היא של הידיים למעשיהם. אלא, שדווקא רש"י, על אתר, כותב שהכוונה ל"מי שבראם". מכל מקום, אין הדבר קשה על רש"י, שכן הוא יכול לנקוט בשני הדרכים, וייתכן שלשונית הוא סבר שזו הכוונה (או שהוא נצרך לומר כך בכדי שיהיה הזכרת שם שמים בהקדשה (?), ומכל מקום, לתוספות אין ברירה אלא לומר פירוש זה, שכן דקל לפירותיו נחשב קניין 'דבר שלא בא לעולם' בשיטתו.

שאם כן היה נגמר הקניין משעת המעשה, אלא מכאן שהעומד לא כבעולם דמי. אלא צריך להסביר שסברת מאן דאמר יש קניין בדשלב"ל היא שאפשר לנתק, זמנית, את מעשה הקניין מהחלת הבעלות.

תוספות בהמשך אותו דיבור ('עבד שמכרו רבו'), מעלה סברה נוספת בכדי להסביר מדוע מסתפק ר' מאיר בשאלה, האם קניין הגוף לפירות מועיל. סברה שתועיל גם כדי לתרץ, על פי רש"י, מדוע לא תירצה הגמרא אצלנו שקניין הקנס בשומר יהיה מצד זה שקונה את הבהמה לקנסה. בניגוד לפירות דקל, שברור שהם מגופו של הדקל, ולכן שייך להקנות את הדקל לפירות, לא ברור האם הקנס גם הוא נחשב לפירות. וזה הספק שנותר לחכמים למרות שהעבד עומד לפנינו. אם כן, הגמרא לא מתרצת שהבעלים מקנה לשומר את הפרה לקנסה, משום שזה עצמו מה שנשאר בספק לגמרא – האם קנס נחשב לפירות או לא.

בסוגיות שנזכרו עד כה, המחלוקת נלמדה מכלל א – בבבא בתרא (עט:), ישנה סוגיה שבה אפשר לראות את המחלוקת מפורשת: בד"ה "אימור דשמעין" דן תוספות בכך, שלמרות שהגמרא מנסה להעמיד את ר' מאיר בכגון פירות דקל ש'עבידי דאתו', המקור שבו מופיעה, למעשה, שיטת ר' מאיר עצמו, הוא ב"לאחר שתתגיירי", שהוא לכאורה, לא 'עבידי דאתו', שבפשטות נראה לומר, שאין מצוי שהאשה תתגייר, וגם אין הדבר תלוי בו.

בתוספות מופיעות שתי שיטות לתירוצו: שיטת רבינו שמואל וריב"ן – באמת מדובר ב'עבידי דאתו' – לדוג': שכבר עומדת להתגייר. שיטת ר' אליעזר מפליא – בדבר שגופו בעולם, אלא שיש בעיה קניינית אחרת, כגון שאין קידושין תופסים בה עד שתתגייר, לא צריך 'עבידי דאתי'. גדר 'עבידי דאתי', הוא כשיש 'מי יימר' אחד – ('מי יימר שיצמחו פירות הדקל'), ואילו 'לא עביד דאתי' הוא כשיש צדדים רבים להסתפק – ('מי יימר דנגח, ומי יימר שייתפס הגנב ומי יימר שיתחייב קנס, שמה יודה).

אומנם, הואיל ודיון התוספות הוא בסוגייה בבבא בתרא, אין לנו על אתר את שיטת רש"י, אך נראה ששיטתו כשיטת רשב"ם וריב"ן תלמידיו, שכן רש"י

ג. מחלוקת רש"י ותוספות בבעלות – ע"פ הרב יונגסטר

הרב יונגסטר מסביר, שישנה מחלוקת יסודית בין רש"י לתוספות בתפיסת מערכת הבעלות. בעוד תוספות רואה את הבעלות כעיקרון צדק יסודי, ממנו נובע שבעת שממון של אחר נמצא תחת ידי אדם - הוא גזלן, ולכן מתחייב בהשבתו, כלומר: דין "והשיב את הגזילה" הוא על ממון של אחר שנמצא ברשותו, רש"י מבין שההחזקה עצמה היא הנקודה המרכזית, ובאופן עקרוני, מה שתחת ידי אדם שלו, אלא שמכך יוצא שהאיסור לגזול מה ששל אחרים ומי שעובר על איסור זה מתחייב בהשבה. כלומר: "והשיב את הגזילה" חל מרגע שהגזילה כבר לא של הנגזל, אלא שהואיל והאדם התחייב בהשבה, ממילא החזקתו בחפץ חוזרת שכן הוא עתיד להשיבו להחזקתו.

הרב יונגסטר מביא כראייה לכך שני מקורות:

1. חולין מ' ע"א – שחט בהמת חברו

הגמרא כותבת: "אמר רב הונא: היתה בהמת חברי רבוצה לפני עבודה כוכבים, כיון ששחט בה סימן אחד - אסרה", כלומר, אף על פי שאין אדם אוסר בהמת חברו, אם עשה בה מעשה, כגון שחיטה, הוא מחיל איסור. רש"י מדייק מהמילה 'רבוצה': "לא מיבעיא עומדת דכשהגביהה והרביצה קנאה בהגבהה ונעשית שלו", כלומר, שהחידוש הוא שהאיסור חל, על אף שהוא לא קנה את הבהמה. תוספות מדייק מכאן, שרש"י סובר שגזלן קונה את הגזילה, ואומר על כך: "ואין נראה דכי הגביהה נמי לא קנה לה לענין שתחשב שלו אם אין אדם אוסר דבר שאין שלו, דהא גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהן אינן יכולין להקדיש - זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו". מהבנת התוספות את דברי רש"י, למד הרב יונגסטר שלרש"י, גזלן קונה את הבהמה, ודווקא משום כך הוא גזלן, אלא שהוא חייב להחזיר - ולכן גם לא יוכל להקדיש, מצד שהיא בשליטתו וזה עיקר הבעלות לרש"י. אך לתוספות, שסובר שהבעלות קודמת כשאדם גזול, זה בגלל שהוא לא קנה את החפץ, אלא מחזיק ממון של אחר בידו.

2. עבודה זרה ע"ב ע"א – משיכה בעכו"ם
הגמרא מנסה להוכיח, שמשיכה מועילה גם בעכו"ם על דרך השלילה - אם לא נאמר שמשיכה מועילה בעכו"ם, לא נוכל להבין את דברי ר' חייא בר אבא בשם ר' יוחנן: "בן נח נהרג על פחות משה פרוטה, ולא ניתן להישבון.. בא חבירו ונטלה ממנו - נהרג עליה". כלומר, אצל בן נוח, שאצלו מסיקה גמרא שאין מחילה אף על פחות משה פרוטה, אין חילוק באיסור גזל, והוא נהרג אף אם גזל פחות משה פרוטה, ו"לא ניתן להישבון" - אין הוא צריך להשיב את הגזילה, או אין הוא נפטר בהשבת הגזילה. אם משיכה לא קונה, שואלת הגמרא, ניחא שכן נוח נהרג, שכן אפשר לומר שאיסור הגזילה קשור לצער שהוא גורם לישראל, ולא בקניין. אלא חברו שגזל ממנו, אם הוא לא קנה במשיכה והוא כבר לא מצער את ישראל, שממנו כבר נגזל החפץ - על מה הוא נהרג?

רש"י מסביר את שאלת הגמרא כשהיא מנתחת את דין המיתה של הגזלן עצמו, לפני שהיא מעלה את ההסבר שאיסור גזילה יכולה להיות קשור לצער הישראלי: "אמאי נהרג - הא לא קניא להך גזילה וכל היכא דאיתא של ישראל היא". דברים אלו מתאימים לשיטת רש"י, כפי שראינו אותה עד כה - שהמקרה הרגיל הוא, שגזלן כן קונה את הגזילה, ולכן מתחייב בהשבה, ואילו תוספות, כמובן, מיד מעיר: "וקשה דהא ישראל נמי לא קנה הגזילה להיות שלו ואפ"ה קנייה להתחייב באונסין החיוב דשייך ביה". כלומר, תוספות לא מקבל את פירוש רש"י לשאלת הגמרא - שכן לפירושו, גם אם משיכה קונה, כמו בישראל, הגזלן לא יקנה את החפץ, אלא שהוא נחשב כשלו לענין חיוב תשלומים.

3. יישום נוסף - ייאוש בעלים וזוטו של ים

הרב יונגסטר הרחיב מחלוקת זו, והסביר על פיה את מחלוקת רש"י ותוספות בפרק "אלו מציאות" (בבא מציעא, פרק ב). רש"י סובר, שכשהחפץ נאבד, הוא יוצא מרשות בעליו וממילא הוא היה אמור לאבד את הבעלות עליו, אלא שבאה התורה וחידשה, שיש מצווה להחזיר חפץ שאבד - וממילא, היכולת שלו לקבל חזרה את החפץ מחדשת את הבעלות שלו עליו. בעוד שתוספות מבין, שמצוות השבת אבידה נובעת מכך שהחפץ שייך למישהו.

להבין איך רש"י מתמודד איתן, או יותר נכון - האם ההבנה שלנו ברש"י יכולה להתמודד איתן.

קושיה ראשונה היא מ"גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהן אינן יכולין להקדיש - זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו". שלכאורה פשוטו של עניין, שגזלן לא יכול להקדיש, שכן אין הגזלה נקנית להיות שלו (אלא רק לחייבו באחריות - שיטת תוס'), זאת בעוד שאחד החידושים בפירושו של הרב יונגסטר לרש"י, הוא שגזלן קונה בכך את החפץ לרשותו. נכון שאפשר היה לתרץ שהסיבה שגזלן לא יוכל להקדיש, על פי רש"י, היא משום שיש עליו חובת השבה, שמערערת על הבעלות שלו - אך היא גופא קשיא, שאם כן, איך לעניין איסור מצאנו שרש"י מתייחס לאוסר כ"קנאה בהגבהה ונעשית שלו" - -- והרי גם לו יש ציווי "והשיב את הגזלה" שיפקיע את הקניין שלו?

גם אם נשתמש בהבדלים שבין הקדש לאיסור בכדי לטעון שנדרשים סוגי בעלות שונים, טענה שמסתברת מאליה - לאור העובדה שהסוגיה עוסקת בכך שאדם אוסר את של חברו במעשה, בעוד שודאי שאינו מקדיש את של חברו - מגיעה הקושיה השנייה של תוספות, ממהלך הגמרא בחולין דף מ"א ע"א, שמקשה מ'מנסך' על רב נחמן, שאמר שאין אדם אוסר שאינו שלו, ומצטטת שם את הברייתא שאומרת: "המטמא והמדמע והמנסך, בשוגג - פטור, במזיד - חייב". הגמרא רצתה ללמוד מכך, שמי שערב חולין תרומה של חברו, או ניסך יין של חברו לשם ע"ז, למרות שבשוגג פטור - שכן האיסור שהוא החיל הוא היזק שאינו ניכר - במזיד חייבהו חכמים לשלם את הנזק, שיש בכך נזק, כלומר: האדם אסר את של חברו. אלא שלפי רש"י, טוען תוספות, אין הראייה מובנת, שכן הברייתא עוסקת במקרה שהגביה קודם את היין, כפי שגם מסביר שם רש"י עצמו - "חייבי מיתות שוגגין פטורין מלשלם" - הכא חייב אפילו אתרו ביה - כדאוקימנא טעמא במסכת גיטין: משעה דאגביה על מנת לאוסרו מיחייב לשלומי ומתחייב בנפשו לא הוי עד שעת ניסוך", כלומר: חידוש הברייתא במנסך, הוא שלא אומרים 'קים ליה בדרכה מינה', הואיל וחייב תשלומים חל מהגבתו, וחייב מיתה חל רק בניסוך עצמו - ואם כן, מדובר כאן שהייתה הגבהה, הרי שלפי רש"י יוצא שאין ראייה, שכן שלו הוא אוסר.

על פי זה אפשר להסביר, לדוגמא, את מחלוקת רש"י ותוספות בדין ייאוש: רש"י בכבא קמא (סו. ד"ה מוצא אבידה), לומד את דין ייאוש מ"אשר תאבד ממנו", שנזכר בדין זוטו של ים, שכאשר אבדה אבודה מכולם, לדוגמא: במקום על שפת הים בו היא עתידה להישטף, הרי היא של מוצאה - גם בלא שהבעלים ידעו ויתייאשו. תוספות תמה על כך, שכן תוספות מחלק חילוק חד בין הדברים: יש דין של ייאוש, שהוא התרצות של הבעלים שהמוצא יוכל לקנות, כיוון שהחפץ אבוד עבורו, בעוד 'זוטו של ים' הוא 'אפקעתא דמלכא' - חידוש של התורה שממון שאבד מכל אדם, פוקעת ממנו הבעלות, וממילא מצוות השבת אבידה. אלא שרש"י הבין, שדין ייאוש הוא דין של הסרת חובת השבת אבידה, וממילא פוקעת הבעלות. ואם כן, החידוש של התורה ב-'אבודה ממנו ומכל אדם', הוא רק שאין חובה להשיב, כשם שבייאוש הבעלים כבר לא נחשב תובע של האבדה וממילא בעלותו פוקעת. לשיטת תוספות, שהחייב להשיב נובע מכך שממון של אחר בידו, ההיתר לקחת את החפץ מורה על כך שבטלה הבעלות, ואם כן יש הבדל בין ייאוש ל'אבודה מכל אדם' - ייאוש הוא הקנאה שבאה מצד הבעלים, כדין כל קניין שהתרצה המקנה למכור, ואילו אבודה מכל אדם, הוא חידוש מוחלט - שבטלה הבעלות בלא דעת הבעלים.

על פי דרך זו, אני רוצה לבאר גם את מחלוקת רש"י ותוספות בקניין 'דבר שלא בא לעולם': בעוד רש"י סובר שהקניין הוא תלוי החזקה, ומעשה הקניין משמש, לפיכך, כגילוי הרצון להקנות. אם כן, כשהמוכר מגלה דעתו, אין בעיה שהקונה יזכה בדבר 'לכשיגיע לעולם', שכן המוכר כבר גילה דעתו שנוח לו שהקונה יחזיק בחפץ, תוספות סובר שהקניין הוא קשר משפטי לחפץ, וכדי להפקיע אותו צריך מעשה קניין. מעשה הקניין צריך להחיל קשר חדש בין הקונה והחפץ הנקנה, מה שלא יוכל להתבצע אם החפץ לא בעולם.

ד. קושיות תוספות

אלא שבסוגיות אלו, שהרב יונגסטר בונה אליהן את שיטתו, נותרו עדיין קושיות התוספות, שצריך

ישראל - הרי הממון של ישראל, שכן הגוי לא קנה אותו, לא בניגוד לכל שאר הגזלנים שכן קונים, כמו שהבין תוספות, אלא בניגוד למחילה, על הצד שמשיכה קונה, שכן הואיל ועל חצי פרוטה ישראל מוחל, הרי המשיכה של חצי פרוטה הייתה מקנה. אלא שניתן לתרץ גם על פי הברייתא של עכו"ם שגזל פחות משווה פרוטה, מופיעה גם בגמרא בעירובין (ס"ב א'). ושם כותב רש"י:

“לא ניתן להישכון – דגבי ישראל כתיב והשיב את הגזלה אבל בנכרי לא כתיב השבה, הלכך, כיון שעבר נהרג, ואינו משלם.”

שבגמרא בעבודה זרה אין כוונת רש"י – “לא קניא להך גזילא” - להוציא מכלל כל הגזלנים שקונים, אלא להוציא מגוי שגזל – שרש"י סובר שגזלן ישראל אינו קונה, משום שהוא מצווה בהשבה, אך בגוי, שאינו חייב בהשבה, היה יכול לקנות, שכן לשיטת רש"י גזלן יכול לקנות מכוח החזקתו אלא שכאשר יש חיוב השבה הוא משיב את הבעלות המקורית של הבעלים.

1. השלכות

אני רואה את הביטוי המרכזי למחלוקת זו דווקא לא בדברי רש"י עצמו, אלא בדברי הרמב"ם. שכן הרמב"ם פוסק, שהקונה מן הגזלן, קונה את החפץ בייאוש בעלים (גזילה ואבידה פ"ה ה"ז). פסיקה זו יוצאת מכך³ שהרמב"ם לא רואה בקונה מהגזלן 'באיסורא אתא לידה', אלא בעוד האיסור המעכב את הגזלן מלקנות הוא מעשה הגזלה עצמו ממנו נגזרת מצוות ההשבה שהיא עשה הניתק ללאו זה, בעוד הקונה מן הגזלן לא עובר אלא על "לפני עיוור" ולכן אין עליו חובה להשיב. כל זמן שהבעלים לא התיימש, הרי עדיין חלה מצוות "והשיב את הגזילה" על הגזלן, ולכן לא פקעה בעלות הבעלים הראשון, והוא יכול להוציא גם מהקונה. מרגע הייאוש פוקעת מצוות ההשבה, והגזלן חייב דמים בעלמא לבעלים, וממילא אין זיקה בין הבעלים לחפץ ואינו יכול להוציא מהקונה.

ה. ונראה ליישב

לגמרא בחולין עצמה ישנו תירוץ של ה"חתם סופר", שהוא כל כך פשוט לו עד שהוא כותב² "ויפה כ' רש"י ולא מקשו תוס' מידי": "דהא רב הונא שחט סימן א' קאמר - דהוה שינוי חוזר, נמצא אי הוה מגביה - קנאה כגזלן, שוב כששוחט סימן א' קנאה לגמרי בשינוי מעשה". כלומר, כשרש"י כתב שאם היה מגביה היה פשוט שיכול לאסור, שכן קנה, הוא לא התכוון שקנה בהגבהה עצמה, אלא הואיל והגביה על מנת לגזול, הרי דינו כדין כל גזלן שקונה את הגזלה, שיהיה חייב ממון בלבד, בשינוי מעשה. נראה שאפשר לבאר שגם הסברה לכך שגזלן קונה בשינוי מעשה אף היא נתונה לפרשנות על פי מחלוקת רש"י-תוספות: על פי רש"י, הואיל והחפץ שהשתנה איננו, וממילא אין אפשרות להשיב את הגזלה. ואם אין "והשיב את הגזלה" ממילא החפץ נקנה לגזלן - שכן הוא ברשותו, ואין מעכב עליו מלהחזיק בו. בעוד על פי תוספות נראה ששינוי מעשה הוא מעשה הקניין בחפץ הגזול, והרי הוא של הגזלן ואין לנגזל עליו אלא דמים - שכן המצווה, שגדרה הוא להשיב חפץ של אחר, פקעה ממילא. אם כן, משמעות דברי ה'חתם סופר' שאומר שקנאה לגמרי בשינוי מעשה, למרות שרש"י כותב במפורש שמשעה שהגביהה קנאה, שאכן נעשה קניין בשעת ההגבהה אלא שבשעה שעושה מעשה, במקרה זה – שוחט, מסתלקת חובת ההשבה והגזלן קנאה לגמרי ואין כלפיו אלא תביעה ממונית.

ניתן לומר שכוונת רש"י בע"ז, כשהוא מסביר את קושיית הגמרא על חיוב מיתה של בן נוח שגזל - על הצד שמשיכה לא קונה בגוי - בדבריו "לא קניא להך גזילא" – איננה קשורה לבעלות הגזלן, כפי שהבין תוספות, אלא למעשה הקניין. הסברה לפטור את העכו"ם, היא שהואיל והדיון הוא על הצד שמשיכה לא קונה, הרי שכלל לא עשה מעשה קניין, ולכן אין מעשה עבירה שיחייב אותו מיתה. ו"וכל היכא דאיתא של ישראל היא", גם על הצד שלא צריך מעשה, אלא מספיק הממון שהוא חיסר את

2. במהדר"ק, לאחר מכן הוא מתרץ שלשון הגמרא שדייקה להוסיף סימן א' משמע כמו תוס', וראה שם ד"ה "רבוצה לפני ע"ז" שהוא מביא מהר"ן ומתיר את רש"י בדרך אחרת, שעולה בקנה אחד עם המשך דברי.

3. ניתוח פסיקת הרמב"ם והרמב"ן שלהלן לעל פי הקהילות יעקב ב"ק לה.

אלא שכפי שכתבו הרמב"ן והריטב"א⁴, אין ללמוד מכך שהעמידו את ר' אליעזר בן יעקב בשיטה עם כל שאר הסוברים שאדם מקנה 'דבר שלא בא לעולם', שהוא סובר לגמרי כמוהם, אלא 'מר כדאית ליה ומר כדאית ליה'. רש"י ורמב"ם פסקו כר' אליעזר בן יעקב, שמשנתו קב ונקי, (בניגוד לטור ממנו עולה במפורש (חו"מ רט) שאין הלכה כר' אליעזר בן יעקב כלל, שכן הוא פוסק: **"אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.. אפילו היתה הפרה או השפחה כבר מעוברת"**), אך לא פסקו כר' מאיר שקניין 'דבר שלא בא לעולם' חל גם בפירות דקל 'דעבידי דאתי'. לשיטת תוספות, הכרעה שכזו היא בעייתית, שכן, כפי שמציין הרשב"א (קידושין סב: ד"ה והא דאמר אביי), עולה מכאן שעובר נחשב כבר כדבר שבא לעולם, ואם כן, לא מובן טעמה של הגמרא שכתבה, וכן פסק גם הרמב"ם (פכ"ב ה"י) שכשם שאין אדם מקנה 'דבר שלא בא לעולם', כך אין הוא מקנה דבר למי שלא בא לעולם. אלא שלשיטת רש"י אין בכך קושי כלל, שכן זה שאפשר לקדש אישה בטרם לידתה, הוא משום שיש גמירות דעת והקניין נעשה בין בעלי דעת, ואילו לעניין להקנות לו, אין גמירות דעת של אדם להקנות לעובר. כך ניתן גם לבאר מדוע מועיל מה שאומר הרמב"ם, שלבנו אדם מקנה – **"הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו"**, אע"פ שפסק שעובר 'כאינו בעולם דמי', בניגוד לרמב"ן⁵ (יבמות סז א ד"ה) והוא דעת 'יש אומרים' בשו"ע ס' ר"י ס"א ש"דעתו קרובה" מועיל מטעם תקנה, ורק בשכיב מרע.

השלכה נוספת תהיה היכולת להקדיש. לדוגמא, בסוגיית 'תקפה אחד בפנינו', ניתן להבחין שוב במחלוקת רש"י-תוספות. הגמרא דנה בשניים שהחזיקו יחד בחפץ, ואחד הקדיש אותו. לשם כך, היא מחלקת את התייחסותה על פי התשובות האפשריות לשאלת 'תקפה אחד בפנינו', שניים שהחזיקו ואחד חטף את החפץ מחברו - האם מוציאים מידו או לא. כשרש"י מסביר את דברי הגמרא, שפושטת שלצד שסובר שב"תקפה אחד בפנינו" מוציאים מידו, ב"הקדיש אחד בפנינו" אין

פסיקה זו לא יכולה להלום את שיטת התוספות, שכן הוא סובר שעצם הבעיה בגזלה, היא החזקת ממון של אחר, וממילא גם על הקונה מגזלן חלה מצוות השבת הגזילה. ואכן הרא"ש (שבניגוד לתוספות על הדף, בסוגיה בפרק 'המפקיד' שואל במפורש על רש"י שקניין הכפל לבדו, אין הוא אמינא שיקנה) פוסק - כמובא בטור (סי' שנג) - שאין ייאוש מועיל אחרי שינוי רשות.

אומנם, לא ברור שרש"י עצמו יסבור כאן כמו הרמב"ם. שכן בסוגיית 'מוכסין שנטלו את חמורו ונתנו לו אחר' (בבא קמא קיד.), הוא כותב בד"ה **"יאוש כד"י" – "שנתייאשו הבעלים ביד מוכס לא קנה המוכס ביאוש לבדו בלא נתינת דמים או שינוי מעשה וכי אתא ליד שני באיסור אתא לידה"**. כך שנראה שהוא רואה גם בקונה מן הגזלן "באיסורא אתא לידה", אך על כל פנים, אפשר לסבור כך על פי שיטתו בקניין.

בקניין 'דבר שלא בא לעולם' קשה למצוא נפקא מינה ברורה, שכן עיקר המחלוקת היא על ההווא אמינא (או על שיטת ר' מאיר שלא נפסקה להלכה). אפשר לדאות נטייה ברורה יותר אצל רש"י לקבל את ר' אליעזר בן יעקב. שכן בעוד שבשיטת תוספות, החילוק הוא כמותי - מצד שכשניכר משהו חשוב אזי הוא מספיק שבביל להחיל קניין - בשיטת רש"י נוח לומר, שגמירות הדעת מתחדשת כשיש דבר ניכר. על פי זה ניתן ליישב את קושיית הראב"ד על הרמב"ם:

הרמב"ם הרי פסק (הלכות מכירה פכ"ב ה"א): **"אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בין במכר בין במתנה בין במתנת שכיב מרע"**. פסיקה שלא עולה בקנה אחד עם פסיקתו בהלכות אישות (פ"ד הט"ז): **"אומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה הרי היא מקודשת לי בזה - לא אמר כלום, ואם היתה אשת חבירו מעוברת והוכר העובר - הרי זו מקודשת, ויראה לי שצריך לחזור ולקדש אותה מאביה אחר שתילד כדי שיכניס אותה בקידושין שאין בהן דופי"**. כפי שמעיר שם הראב"ד, זוהי שיטת ר' אליעזר בן יעקב, והוא הרי הועמד בשיטה יחד עם כל הסוברים שיש קניין ב'דבר שלא בא לעולם' ואין הלכה כמותם?

4. ועיקרון זה ששיטה היא לא בהכרח זהות ניתן למצוא גם ברשב"ם כב"ב ע"ח:

5. וכן הוא בריטב"א ב"ב קמ"ב ע"ב בשם הרא"ה.

החפץ קדוש, הוא מדגיש שמדובר ב'הקדיש בלא שתקף', ועל כן הסברה נותנת שלא תהיה ההקדשה חזקה מתקיפה. אך יוצא מכאן, לכאורה, שלו היה תוקף יסבור רש"י שאף על פי שמוציאים מידו יכול להקדיש, בעוד מתוספות בד"ה "הקדישה בלא תקפה" עולה, כי הסיבה לכך שההקדש יחול היא שהשתיקה כהודאה. כלומר, אילו היה החפץ שלו, והיה אחר תוקף או מקדיש אותו בפני בית דין ועומד לזכות בחפץ, הוא מסתמא היה מתנגד. כך ששתיקתו היא לכל הפחות ראייה, אם לא הסכמה מדעת, על כך שאין החפץ שלו, דווקא למי שסובר ש'תקפה אין מוציאים אותה מידו'. ניתן לבאר מחלוקת זו, שכן רש"י, שסובר שהבעלות תלויה בהחזקה, כאן שאין מצוות "והשיב את הגזלה" שהרי לא ברור שזו גזלה, מכיר בבעלות המקדיש הואיל והחפץ ברשותו, כל עוד השני לא הפריע לו. עבור תוספות ההכרעה להוציא ממנו פירושה שאין הוא בעלים וממילא לא יכול להקדיש.

נפקא מינה נוספת ניתן למצוא על פי אותם עקרונות גם במצווה הבאה בעבירה או במצוות שצריך אדם לקיים בממונו שם השאלה האם קנה הגזלן את החפץ תשפיע על יכולתו לקיים את המצווה בגזלה.