מעמדה הקנייני של קרקע גזולה

ר׳ בנימין רזקח

א - הקדמה

לימדתנו תורה (ויקרא ה,כג):

״וְהָיָה כִּי יֶחֱטָא וְאָשֵׁם וְהֵשִׁיב אֶת הַגְּזֵלָה אֲשֶׁר גָּזָל״.

הגמ׳ בב״ק (סו.) דורשת את הייתור בסוף הפסוק:

מה ת״ל אשר גזל? אם כעין שגזל - יחזיר, ואם לאו - דמים בעלמא בעי שלומי.

והנה, מספר הלכות בעניני גזילה,[1] נלמדו ע״י חז״ל מפסוק זה:

1. **חיוב השבה בעין** - אם הגזילה בעין, מצוה עליו להשיבה. ואם אינה קיימת, יוצא הוא ידי חובה בהשבת דמיה.[2]
2. **״הרי שלך לפניך״** - אם הגזילה קיימת, גם אם שוויה נפחת מסיבה חיצונית, למשל: גזל חמץ ולאחר מכן עבר עליו הפסח, יכול הגזלן לומר לנגזל ״הרי שלך לפניך״, ולהפטר בכך.[3]
3. **חיוב באונסין -** אם הגזילה נאנסת, חייב הגזלן לשלם ע״פ שווי הגזילה בשעה שגזל.[4]
4. **קנייה ע״י שינוי** - אם גוף הגזילה השתנה ושמה השתנה,[5] אין צריך להחזיר את הגזילה, ומשיבים את דמיה בלבד.[6]
5. **תשלום לפי יוקר שעת הגזילה** - כאשר משלמים דמים (עקב שינוי או אונס), גובה התשלום נקבע ע״פ שעת הגזילה.[7]
6. **יאוש הבעלים מהגזילה** - נחלקו חכמי התלמוד (ב״ק סו.) האם יאוש של הבעלים מהגזילה מקנה את גוף החפץ לגזלן, ומעתה רק חוב תשלום דמים מוטל על ראשו, או שהייאוש אינו מקנה את גוף החפץ, ועל הגזלן להשיב את החפץ עצמו לבעלים, על אף יאושו. הראשונים[8] פסקו שאין יאוש מקנה את החפץ לגזלן, וכן פסק בשו״ע (שנג,ב).

---

1. להלן, המילה ״גזילה״ בכל צורותיה, תכלול גם גניבה.
2. ב״ק סו.
3. משנה ב״ק צו:
4. ״ואמר רבה״, ב״ק סה.
5. לא נכנס לשאלה מה קורה כאשר יש רק אחד מהם.
6. כך נאמר במשנה (צג:), וכן נפסק בשו״ע (שנג,ב).
7. זו דעת רבי אילעא (סה), וכן נפסק בשו״ע (שנד,ג).
8. רי״ף ב״ק כז., רמב״ם הל׳ גניבה (א,טז).

7. **יאוש ושינוי רשות** - יאוש ושינוי רשות מקנה את גוף הגניבה או הגזלה ללוקח מהגנב.[9] לדעת רש״י, הטור וראשונים נוספים, הלוקח פטור אף מלשלם את דמיו, ואילו לדעת הרמב״ם מעיקר הדין על הלוקח לשלם את דמי החפץ לבעליו, ואם לקח את החפץ מגנב שאינו מפורסם, תיקנו שאינו צריך אף להשיב את דמיו.

מתוך דין גזילה במטלטלין, נלך ונברר בעז״ה את הדין בגוזל קרקע[10]:

א. האם יש מצוה בהשבת קרקע גזולה לבעליה, ומתוך כך - האם כאשר השתנתה הקרקע מוטל על הגזלן לשלם דמיה.[11]
ב. האם בהשתנותה של הקרקע נקנה גופה לגזלן.
ג. האם ניתן לקנות את הקרקע ע״י יאוש ושינוי רשות.

ב - חיובו של גזלן קרקע באונסים, ומצות השבת הגזילה

מצות השבת הגזילה מן התורה, היא המחייבתו לגזלן להשיב לנגזל את הגזילה עצמה, ולא את דמיה. היא היא אף המחייבתו לשלם את שוויה במקום שהגזילה כבר אינה קיימת, ואף אם איבודה נגרם מחמת אונס. לכאורה,[12] תשלום שווי הגזילה במקום שנאנסה איננו קנס או עונש; הדבר נובע מקנין מסויים שיש לגזלן בגזילה, המגדיר שהחפץ נאנס ברשותו ולא ברשות בעליו. שהרי כך נאמר במשנה בב״ק (צג:)

זה הכלל כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה.

אלא שאין הדין כן בקרקעות. וכך אומרת המשנה (קטז:):

הגוזל שדה מחבירו ונטלוה מסיקין, אם מכת מדינה היא - אומר לו הרי שלך לפניך, אם מחמת הגזלן - חייב להעמיד לו שדה אחר.

ואומרת הגמ׳ (שם):

אם מחמת הגזלן - חייב. היכי דמי? אילימא דאנסוה לארעא דידיה ולא אנסוה כולי ארעתא, הא מרישא שמעת מינה: אם מכת מדינה היא כו׳, אי לא - לא! לא צריכא, דאחוי אחוויי.

ובכן, דייקה הגמ׳ מהרישא של המשנה (״אם מכת מדינה״), שכל מקום שלא מדובר במכת מדינה כללית, אלא מסיקין לקחו את הקרקע הזו בלבד, חייב הגזלן להעמיד לו שדה אחרת.

וז״ל המשנה הבאה (קיז:):

שטפה נהר, אומר לו הרי שלך לפניך.

---

9. כך נאמר בכמה מקומות (למשל: קטו.), וכן פסק בשו״ע (שנג,ג).
10. במאמרנו זה, לא נעסוק בשאלה על איזה איסור עובר גוזל הקרקע, עיין על כך במנחת חינוך רכט,א.
11. איננו עוסקים במזיק קרקע, אשר דבר פשוט הוא שחייב; שאלתנו היא רק על קרקע שנפסדה מאליה.
12. בסעיף 3.1.1 נטען שיש אופן של השבת גזילה שהוא מטעם עונש וכד׳, שאיננו נובע מהגדרה קנינית.

ובגמ׳:

ת״ר: הגוזל שדה מחבירו ושטפה נהר - חייב להעמיד לו שדה אחר, דברי ר׳ אלעזר, וחכ״א: אומר לו הרי שלך לפניך. במאי קא מיפלגי? ר״א דרש ריבויי ומיעוטי: ׳וכחש בעמיתו׳ - ריבוי, ׳בפקדון׳ - מיעט, ׳כל אשר ישבע עליו לשקר׳ - חזר וריבה, ריבה ומיעט וריבה - ריבה הכל, ומאי רבי? רבי כל מילי, ומאי מיעט? מיעט שטרות. ורבנן דרשי כללי ופרטי: וכחש - כלל, בפקדון - פרט, או מכל - חזר וכלל, כלל ופרט וכלל אי אתה דן אלא כעין הפרט, מה הפרט דבר המיטלטל וגופו ממון, אף כל דבר המיטלטל וגופו ממון, יצאו קרקעות שאין מטלטלין, יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות, יצאו שטרות - שאע״פ שמטלטלין אין גופן ממון.

נחלקו התנאים בברייתא, כיצד לדרוש את הפסוק בענין המכחש בגזילת חברו - האם בריבוי ומיעוט או בכלל ופרט. אם בריבוי ומיעוט - קרקעות ועבדים בכלל, ועל כן הגוזל שדה מחוייב בהשבת שדה אחרת אם הראשונה נאנסה; ואם בכלל ופרט דרשינן - קרקעות ועבדים מחוץ לכלל, והגוזל שדה ונאנסה, אומר לו הרי שלך לפניך.

סתמא דתלמודא בכל מקום, שהלכה כרבנן, שקרקע אינה נגזלת. כך רואים בגמ׳ בסוכה (ל. ״אמר להו רב הונא וכו׳), בסוגיית ״עבדא כמקרקעי״ בב״ק (צו: במשנה ובגמ׳ שם), ב״ב (מג: ת״ר מכר לו בית וכו׳), ובמקומות נוספים. גם הראשונים, ללא יוצא מהכלל, פסקו כרבנן (למשל, רמב״ם גזו״א ט,ב, טור סי׳ שעא).

והנה, טענת ״הרי שלך לפניך״ מתפרשת לכאורה באופן הבא - שלא כבמטלטלין אשר הגוזל אותם מתחייב באונסים, בקרקעות אין הדבר כן ואין הקרקע הגזולה קנויה לגוזלה כלל; אשר על כן יכול הוא לומר לומר לו: ״הרי שלך לפניך״. כך הבין גם הרא״ש (סימן כו):

שטפה נהר אומר לו הרי שלך לפניך. כלומר קחנה במקום שהיא כאילו לא גזלה דקרקע אינה נגזלת דברשות בעליה נשטפה.

אלא שאם כך, יש להבין כיצד תתפרש המשנה הקודמת - במכה שאיננה מכת מדינה, מדוע חייב להעמיד לו שדה אחר, הרי ״ברשות בעליה עומדת״?!

נבאר את השאלה: הגמ׳ שם (קטז:) מבארת את הסיפא של המשנה, המחייבת בהשבת שדה אחר, באופן של ״אחויי אחויי״, המתחייב מדינא דגרמי. באופן פשוט, המקרה הראשון שעל ידו בארה הגמ׳ את הדיוק מהרישא (״דאנסוה לארעא דידיה ולא אנסוה כולי ארעתא״), הוא לכל היותר גרמא בעלמא; שכן גם אם נניח שהמסיקין נטלו את הקרקע בגללו - אין הוא עושה זאת בידים. ואף שגזלן מתחייב לשלם אף אונסים וכ״ש גרמא שגרם, הרי למדנו שקרקע אינה נגזלת והיה ראוי לפוטרו.

שאלה נוספת - הביטוי ״הרי שלך לפניך״, נזכר במשנה גם ביחס לגזילת מטלטלין באופן שהם נפסדו ע״י גורם חיצוני, וכמו חמץ ועבר עליו הפסח. משמעות המושג שם, לכאורה, הוא שיוצאים ידי חובת מצות השבת הגזילה ע״י החזרת החפץ בעינו, גם אם **שוויו** נפסד. אם כך, יוצא לכאורה שלביטוי ״הרי שלך לפניך״ ישנן שתי משמעויות שונות - בקרקעות ביטוי זה מבטא את ההלכה שקרקע אינה בת גזילה, ואילו במטלטלין ביטוי זה מבטא

שניתן לקיים השבה ע״י החפץ בעינו, על אף שאיננו שווה כבשעת הגזילה. הדבר מצריך עיון - האמנם משתמשים שני מלכים בכתר אחד.

2.1 - שיטות הסוברות שיש חובת השבה בקרקע

מדברי ה**ראב״ד** בחידושיו על אתר ניתן לתת מענה לשאלות הנ״ל:

> מחמת הגזלן היכי דמי, אילימא דאנסוה לכולהו ארעתיה דגזלן ואנסוהו הא נמי בהדייהו, מרישא שמעינן דחייב - אם מכת מדינה היא אין ואי לא לא. קשיא לי, **היא גופא גרמא היא**... ועוד, אי קרקע אינה נגזלת אמאי חייב, לימא ליה הרי שלך לפניך. ואיכא למימר אע״ג דאינה נגזלת צריך שיאמר[13] לו הרי שלך לפניך, טול אותו. וכיון דנטלוה מסיקין ממנו אין יכול ליטלה **ובעי השבה**. ואין כאן גרמא אלא גזילה בידים היתה, ובעיא השבה ואינו משיב.

לפי הראב״ד נראה, שכל מה שהתמעטה קרקע מדין גזילה זה רק לומר שפטור על אונסים שיתרחשו בה, אבל מ״מ על הגזלן להשיבה אל בעליה. ועל כן, אם אין יכולת להשיבה אל בעליה כלל - אם זו מכת מדינה פטור, שכן הגוזל קרקע איננו חייב באונסיה. אבל אם נטלוה מסיקין מחמתו - על אף שמבחינת דיני נזיקין זה גרמא, הרי שגזלן קרקע חייב על גרמותיו, וזה פועֵל יוצא מתוך חובת ההשבה שחייבתו תורה.

לפ״ז, נמצא יותר דמיון בין מושגי ״הרי שלך לפניך״ במטלטלין ובקרקעות - ישנה חובת השבה, בין במטלטלין ובין בקרקע. אופן קיום המצוה בקרקעות הוא ע״י מסירת השליטה של הקרקע לבעליה (שכן לא שייך הבאת הקרקע ממש אל הנגזל) ואפילו כששטפה נהר. ואף שהגזילה איננה כעת כבשעת גזילתה, מ״מ יוצאים בזה ידי חובה. חילוק אחד יישאר בין קרקע למטלטלין - במטלטלין יפטר הגזלן בטענה זו רק כאשר גוף החפץ נשאר שלם, ואילו בקרקעות אף ניתן להפטר בטענה זו כל עוד נשאר משהו מהקרקע, וזהו הפטור שנלמד מהפסוקים.

דברים דומים כתב **רבינו יהונתן** (שטמ״ק שם):

> ...ואף על גב דקיימא לן דקרקע אינה נגזלת **בכי האי גוונא שנטלוה מסיקין שאין יכול להכנס בה נגזלת ונגזלת**, דכמו שחפר בה בורות שיחין ומערות שהזיקה והוציאה מן העולם דמי דבה היא ודאי נגזלת ולא מצי אמר ליה הרי שלך לפניך שהרי על ידו הפסידה אבל שטפה נהר לאו על ידו הפסידה והבעלים עצמן לא היו יכולים להצילה משום הכי מצי אמר ליה הרי שלך לפניך כיון דקיימא לן דקרקע אינה נגזלת, דאי הוה סבירא לן דקרקע נגזלת, אפילו שטפה נהר חייב להעמיד לו שדה אחרת במקומה כדין פרה שגזלה ושטפה נהר דאמרינן מזליה גרם. ה״ר יהונתן ז״ל.

---

13. ברור לענ״ד שאין כוונתו לכך שצריכה להיות אמירה הרי שלך לפניך. הַבנתי בדבריו, היא שיש חובת השבה לקרקע, ואם באשמתו ובגרמתו אבדה הקרקע הוא ישא בהוצאות.

אומר רבינו יהונתן, שאם גזילת הקרקע גרמה את חוסר היכולת להחזירה, בזה אומרים שקרקע כן נגזלת. הוא מדמה זאת לחפר בה בורות שיחין ומערות, דהיינו - מזיק. וזאת, אע״ג שכל ההיזק בא בגרמתו בלבד. ולכאורה צריך להשלים פה מדברי הראב״ד הנ״ל, שבאופן כזה קיימת חובת השבה.

כאותם דברים כתב גם **המאירי** (שם, ד״ה המשנה השביעית).[14]

לענ״ד משמע גם מדברי הרמב״ם כאותה שיטה. וז״ל **הרמב״ם** בפירושו למשנה זו (פיה״מ י, ה):

> השמיענו בהלכה זו שאם היתה מכה טבעית כללית או שאינה כללית כגון שטפה נהר או שקעה או ירדו עליה ברקים שדינה כדין מכת מדינה **ואינו יכול לומר לו מכה זו באה בגלל חטאיך** והרי כאלו אתה הגורם לכך וחייב לשלם, אלא אומר לו הרי שלך לפניך.

ומשמע, שבאופן שנטלוה מסיקין - גורם החיוב הוא שיכול לומר ״מכה זו באה בגלל חטאיך״. ולכאורה, לא מצאנו בתורה סוג של חיוב שכזה - ״מזלך גרם״, אילולי שקדם לו איזה הסכם בין צדדים. ולמשל (ב״מ עח.): **״השוכר את החמור והבריקה, או שנעשית אנגריא - אומר לו: הרי שלך לפניך.״** ובאר שם רש״י: **״הרי שלך לפניך - טלנה כמו שהיא סמויה ותלך, שאף מזלך גרם כמו מזלי, וטרח ואשר אותה בדרכים, וגבי אנגריא נמי, המתן עד שתשוב, שאף מזלך גרם ונפסיד שנינו״.** שם יש הסכם בין שני צדדים - שוכר למשכיר, ולכל אחד התחייבויותיו - זה צריך להעמיד לו חמור עבור צרכיו, וזה צריך להשיב לו חמור. כאשר יקרה אונס, נדון בגרמת מי בא האונס. אבל כאשר מדובר באדם שלא עשו איתו כל הסכם, מהיכא תיתי לטעון כלפיו ״מזלך גרם, ועל כן תשלם״; זהו לכל היותר יחשב כגרמא. אלא על כרחך שהגוזל קרקע חייב להשיבה ואם הופסדה בגרמתו, הוא חייב להעמיד שדה אחר.

אם כן, מהשיטות הנ״ל (ראב״ד, רבינו יהונתן, מאירי ולענ״ד גם הרמב״ם בפיה״מ) יוצא שיש חיוב השבה בגזילת קרקע, דלענין זה קרקע כן נגזלת. ומה שפטורים באונס כעין מכת מדינה, זה מחמת שגם ברשות בעליה היתה נאנסת.

2.2 - שיטת הרשב״א והתוס׳ רי״ד

הרשב״א בחידושיו שם (ד״ה ואחוויי) ביאר באופן אחר:

> מיהא דשמעינן מינה, דאם מחמת הגזלן חייב לאו מדינא, דהא קרקע אינה נגזלת

---

14. המאירי שם אף מחדש, שגם בגזילת מטלטלין, כל החיוב באונס הוא רק מחמת שהנגזל יכול לטעון שהיה יכול להבריח המטלטלין מפני האונס. ואף שנראה שאין זו הדעה הרווחת בראשונים במקומות רבים (ולמשל,עיין תוס׳ רי״ד במשנה הנ״ל - **״אבל אלו הי׳ מטלטל דקם לי׳ ברשות גזלן אף על פי שהיא מכת מדינה חייב ליתן לו את שלו״**), גם בדבריו רואים חילוק ברור בין קרקע למטלטלין - במטלטלין נטען שהאונס בא באשמתו של בגזלן, גם אם צריך לתלות בתלייה רחוקה, ובקרקעות לא נתלה תלות זו, ונראה שגם המאירי בעצמו יודה לכך שיש חילוק קיניי בינהם.

> ויכול לומר הרי שלך לפניך, **אלא כולה מתני' קנסא הוא**, וכן אמרו בירושלמי: קנס קנסו בגזלן, דגרסינן התם: א"ר יוחנן והלא אין קרקע נגזלת ולמה חייב, קנס קנסו חכמים בגזלן.

גם ה**תוספות רי"ד** (שם פסקה מ"ו) הביאו את דברי הירושלמי, ופסקו כמותם.[15] משמעות קנס זה, לכאורה דומה היא למשמעות של דין זה אליבא דהפוסקים שהבאנו הסבורים שזה דין דאורייתא, והוא, שקנסו חכמים שאם הנזק בא בגרמתו מחוייב הוא להשיב שדה אחר, על אף שקרקע אינה נגזלת.[16]

2.3 - סיכום: חיובי גוזל קרקע באונסיה

הגוזל קרקע פטור מאונסיה. כך נלמד ע"י "כלל ופרט וכלל", אשר הוציא קרקעות, עבדים ושטרות מדין השבת גזילה (ויקרא ה). נחלקו הראשונים האם לימוד זה ממעט קרקע מחובת השבה בכלל (רשב"א ותוס' רי"ד ע"פ הירושלמי), או שהוא ממעט רק חיוב באונסים, אבל קיימת חובת השבה; ואם בגרמתו ניזוקה הקרקע חייב הוא להעמיד לו שדה אחר. נחלקו הראשונים האם דין זה הוא מדאורייתא (ראב"ד, רבינו יוהנתן, מאירי, וכך משמע לענ"ד גם מפיה"מ לרמב"ם), או שהוא דין דרבנן בלבד (ירושלמי, הביאוהו הרשב"א והתוס' רי"ד).

ג - הלכות שונות, אשר דין "קרקע אינה נגזלת" בא בהן לידי ביטוי

3.1 - גזילת סוכה

כך אומרת הגמ' בסוכה (לא.):

> תנו רבנן: סוכה גזולה, והמסכך ברשות הרבים. רבי אליעזר פוסל, וחכמים מכשירין. אמר רב נחמן: מחלוקת בשתוקף את חבירו והוציאו מסוכתו. ורבי אליעזר לטעמיה, דאמר: אין אדם יוצא ידי חובתו בסוכתו של חבירו. **אי קרקע נגזלת - סוכה גזולה היא, ואי נמי קרקע אינה נגזלת - סוכה שאולה היא**. ורבנן לטעמייהו, דאמרי: אדם יוצא ידי חובתו בסוכתו של חבירו, וקרקע אינה נגזלת, וסוכה שאולה היא.

ובאר שם **רש"י**:

> אי קרקע נגזלת - כלומר, אם יש על הקרקע תורת גזל כשאר מטלטלין לעמוד בחזקת הגזלן. סוכה גזולה היא - ור' אליעזר דריש: תעשה לך - משלך, ולא גזולה ולא

---

15. צריך עיון מה יעשו חֲבֶל הראשונים שבארו את המשנה בשונה מהרשב"א, עם דברי הירושלמי.
16. והנה, הש"ך בסימן שפ"ו, הביא את הירושלמי הזה כראיה לשיטתו שדינא דגרמי איננו קנס. ותמהתי בזה מאד - הרי הירושלמי, לפחות ע"פ הבנת הרשב"א, מוסב על נטלוה מסיקין מחמת הגזלן, ולא על מקרה של אחווי אחוויי (שאינו עוסק בגזלן), ובאופן כזה ודאי לא רצה הש"ך להבין שיש בזה דינא דגרמי, שהרי הוא לא עשה כלום ולא דיבר כלום. וודאי שכוונת הירושלמי בזה שזהו קנס שקנסו בגזלן, שיתחייב בגרמא. וראיתי שגם האור שמח (גזו"א ט,ב) תמה על הש"ך. ועיין באגרות משה (חו"מ א,פט) שהבין ברשב"א ובירושלמי כהבנתנו.

שאולה. ואי אינה נגזלת - וכל הימים ברשות בעליה היא, הויא לה שאולה, ופלוגתא היא בהגוזל (ב"ק קיז:), איכא למאן דאמר קרקע נגזלת דדריש ריבוי ומיעוט, ואיכא למאן דאמר קרקע אינה נגזלת דדריש כללי ופרטי.

אם כן, אנו רואים שהגמ' מבינה שמחלוקתם של ר"א וחכמים לא מתחילה מדין חובת ההשבה; מחלוקתם יורדת לשורש **ההגדרה הקניינית** של קרקע גזולה. ועל כן, לדעת חכמים, הגוזל קרקע שסוכה מחוברת אליה, יוצא ידי"ח מצות סוכה, מחמת שזו מוגדרת כסוכה שאולה ולא כסוכה גזולה.

3.1.1 - היחס בין חובת השבת קרקע לבין סוגייה זו

לפי שיטת הרשב"א והראב"ד מובנת הסוגייה הנ"ל במס' סוכה, שכן לשיטתם הדין שקרקע אינה נגזלת הוא מוחלט. אלא לפי חבל הראשונים הסוברים שיש חיוב השבה בקרקע, ורק מאונסים נפטר הגזלן, עלינו לחדד את השמועה לאור סוגיא זו - י"ל שמה שהגזלן פטור מאונסי הקרקע אכן מגדיר שאין לו כל קניין בקרקע. חיובו בהשבת קרקע במקרה של נזק בגרמא, הינו חיוב חיצוני ולא נובע בגלל מעמד קנייני - התורה הטילה עליו לעשות השבה מעלייתא - על אף שמבחינה קניינית החפץ עומד ברשות בעליו לענין אונס,[17] מ"מ עליו לעשות השבה. ע"י הסבר זה נוכל לבאר גם את יתר הנושאים המסתעפים מסוגיית קרקע אינה נגזלת, אליבא דהראשונים הנ"ל.

3.2 - הבעלות על זכויותיה של קרקע גזולה

כאשר אדם גוזל מטלטלין והשביחו, אם השבח נותק מהחפץ, כדוגמת גיזה שנגזזה או וולדות שנולדו, הרי הם שלו.[18] כך נפסק בשו"ע (שסב,ז):

כבר נתבאר שהגזילה שהשביחה אחר יאוש **או אחר שנשתנית**, השבח לגזלן אף על פי שהשביחה מאיליה. כיצד, גזל פרה ונתעברה אצלו, בין שילדה קודם שתבעו בדין בין שעדיין לא ילדה, גזל רחל ונטענה אצלו, בין שגזזה קודם שתבעה בדין בין שעדיין לא גזזה, הואיל ונתייאשו הבעלים, משלם כשעת הגזילה. ואם ילדה וגזזה, הגזות והוולדות של הגזלן. ואם עדיין לא ילדה ולא גזזה, שמין לו, ונוטל השבח מהנגזל ומחזיר הבהמה עצמה.

ביחס לקרקע, כתב **הרא"ש בתשובותיו** (צה,א):

דודאי מטלטלין, שהן נגזלין, ועשה בהן שינוי, קנאם, והשבח הוא שלו; כגון גזל עצים ועשאן כלים, צמר ועשאו בגדים, אינו משלם אלא כשעת הגזלה; וכן פרה ונתעברה אצלו וילדה, רחל ונטענה אצלו וגזזה. אבל קרקע, שאינה נגזל ותמיד היא עומדת בחזקת הבעלים וברשותם, דאם שטפה נהר אומר לו: הרי שלך לפניך, וכן עבדים והזקינו, משלם כשעת הגזלה, דברשות בעלים נשטפה; **וכי היכי דלטובת**

---

17. ולא לענין הקדש - עיין ב"ק סז.

18. ואפשר שאין זה מטעם שינוי קונה אלא מטעם תקנת השבים. עיין תוד"ה בשבח צה:

הגזלן מוקמינן להו ברשות הבעלים, הכי נמי לחובתו. והפירות שגדלו על הקרקע, של הבעלים הם, והגזלן נכנס לתוך רשות הבעלים וגזל פירותיהם, וחייב לשלם להם.

3.3 - תשלומי נהנה מהגזילה

אנו רואים בגמ׳ בב״ק חילוק ברור בין גזילת מטלטלין לגזילת קרקעות, לעניין תשלום על הנאתו של הגזלן מהגזלה. בעוד גזלן מטלטלין פטור מתשלום על הנאתו מהגזלה, ועליו להחזיר רק את החפץ או את שוויו אם נאנס, גזלן קרקע - מלבד מה שמשיב את הקרקע לבעליה - עליו גם לשלם את תשלומי הנאתו. וז״ל הגמ׳ (צז.):

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!

וביארו שם התוס׳ (ד״ה ומי אמר):

ואם היה כמקרקעי דמי אפי׳ נחת ליה בתורת גזלנות לא נפק מרשותיה דמריה דהוי כקרקע דאין נגזלת ומשלם אגרא היכא דקאי לאגרא.

מדברי הגמ׳ והתוס׳ אנו למדים על חילוק עקרוני בין גזילת מטלטלין לגזילת קרקעות - בגזילת מטלטלין הגזילה ברשות הגזלן לגמרי, וכאשר הוא נהנה - משל עצמו הוא נהנה, ועליו לשלם כשעת הגזילה בלבד. משא״כ בגזילת קרקעות, הקרקע נשארה ברשות בעליה, ואם הקרקע קאי לאגרא, נחשב הוא כנהנה מבעליה.[19]

ד - האם גזלן קונה קרקע ביאוש

סוגייה זו, הבנויה מסוגיות רבות בש״ס, ומסוגייה אחת בירושלמי, היא היותר מורכבת מבין יתר הסוגיות בעניני גזילת קרקע. נלך ונברר בעז״ה אחת לאחת:

4.1 - סוגיות שמשמע מהם שאין יאוש מועיל בקרקע

ישנן שתי סוגיות עיקריות בש״ס שכך עולה מתוכן - האחת בסוכה, בענין מצוה הבאה בעבירה, ואחת בבבא בתרא, בענין נגיעה בעדות:

---

19. והנה, בענין קרקע שהשביחה, דנה בזה הגמ׳ בדף צה האם שינוי קונה בזה, ורצתה הגמ׳ לטעון שלרבי מאיר הקונס לתת שבח לנגזל, יקנוס גם בקרקע לתת שבח לנגזל. והקשו בזה הראשונים (ראב״ד, רשב״א, תוס׳ רי״ד) הרי קרקע אינה נגזלת, ומדינא קרקעו של הנגזל השביחה, ולא מטעם קנס. ה**ראב״ד** תרץ שהנגזל לא יתן אף הוצאות ההשבחה לגזלן, מקנסא, וה**רשב״א** תרץ שאף לא ייתן לו כאריס היורד לתוך שדה חבירו, מקנסא. ועיין ב**תוס׳ רי״ד** שתרץ בפנים אחרות. ומ״מ מכולם יצא הדבר, שעצם השבח ודאי שייך לבעליו, מטעם קרקע אינה נגזלת.

4.1.1 - פסול נוגע בעדות - בבא בתרא מג:

הגמ' בב"ב (מג:) מביאה ברייתא המחלקת בין קרקע למטלטלין בענין נוגע בעדות. וז"ל הברייתא:

תנו רבנן: מכר לו בית, מכר לו שדה - אין מעיד לו עליה, מפני שאחריותו עליו; מכר לו פרה, מכר לו טלית - מעיד לו עליה, מפני שאין אחריותו עליו.

וז"ל הגמ':

מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא? אמר רב ששת: רישא - בראובן שגזל שדה משמעון ומכרה ללוי, ואתא יהודה וקא מערער, דלא ליזיל שמעון לאסהיד ליה ללוי, דניחא ליה דהדרא... ולוקמה בגזלן! משום דקא בעי למיתנא סיפא: מכר לו פרה, מכר לו טלית, דדוקא מכר, דהוה ליה יאוש ושינוי רשות, אבל לא מכר, דהדרא ליה - לא, תנא רישא נמי מכר.

דהיינו, מבארת הגמ' את הברייתא, שמדובר בראובן שגזל שדה/פרה משמעון ומוכר אותה ללוי. במקרה שיבוא יהודה ויערער על לוי ויטען שהוא הבעלים, וירצה לוי להביא את שמעון הנגזל כעד לטובתו - יהיה חילוק בין קרקע למטלטלין: אם מדובר בגזילת קרקע, שמעון לא יוכל להעיד, שכן הקרקע עתידה לחזור אליו והוא נחשב נוגע בעדות. אבל בפרה, מאחר שאין היא עתידה לחזור אליו, בגלל יאוש ושינוי רשות, אין הוא נחשב נוגע בעדות.[20]

רשב"ם באר את נקודת החילוק:

...ולאשמועינן אתא דבגזל ומכר יש חילוק בין מקרקעי למטלטלי - דבמקרקעי אינו מעיד דהוי נוגע בעדות, דהדרא ליה, דאין יאוש ושינוי רשות מועיל בקרקע דקרקע אינה נגזלת, ובמטלטלין מעיד, דקנה לה לוקח ביאוש ושינוי רשות ולא תהדר ליה להאי, מעיד...

מדברי רשב"ם נלמד שטעמה של סוגיה זו הוא שאין יאוש ושינוי רשות מועיל בקרקע. עוד משמע מדבריו, שדין זה נלמד מסוגיית "קרקע אינה נגזלת" שבב"ק.[21]

---

20. לגבי קרקע, מסכימה הגמ' שהדין נכון גם באופן שונה, ללא מכירה לצד שלישי: ראובן גזל קרקע משמעון, ובא יהודה ומערער על ראובן, אין שמעון הנגזל יכול להעמיד את הקרקע ברשותו של ראובן, מאחר והוא נוגע בעדות. שהרי סופה של קרקע לחזור אליו, ומה שמעיד לראובן זה מפני שנוח לו להתעסק עם ראובן הגזלן יותר מאשר עם יהודה. ובכל זאת מעמידה הגמ' את הברייתא דווקא באופן הנ"ל, שהיתה מכירה, וזאת ע"מ לבאר את הסיפא - כאשר מדובר במטלטלין, רק אם היתה מכירה לצד שלישי - ללוי, ורק אז נאמר שהפרה לא תחזור לעולם לשמעון הנגזל, בזה יוכל שמעון להעיד משום שאין נחשב הוא נוגע בעדות, אבל אם לא היתה מכירה ייחשב שמעון כנוגע בעדות.

21. אפשר שאין כוונת רשב"ם לסוגיית קרקע אינה נגזלת שבבא קמא, אלא רק השתמש באותן מילים ("קרקע אינה נגזלת"), וזהו שיתוף השם בלבד. והוא, שמצאנו מח' ראשונים בדין שינוי רשות (בגזילת מטלטלין) האם הוא נסמך על היאוש בלבד, וכל מה שצריך שינוי רשות זה כדי להגדיר שהמחזיק הנוכחי

רבינו יונה הסביר באופן קצת שונה, לכאורה:

> גזל קרקע ונתייאשו הבעלים, ומכרו הגזלן, לא קנאו הלוקח, שאין אדם מתייאש בלבו מן הקרקע, אע"פ שאומר בפיו שנתייאש, שהרי מצפה שהוא או בניו יוציאו הקרקע בדין מיד הגזלן, ואין הקרקע דומה למטלטלין שיש בהם יאוש, מפני שיכול למוכרן ולהבריחן ולא נודע מקומן איה.

מדבריו רואים, שעקרונית קרקע יכולה להקנות לגזלן ביאוש בעלים, אלא שאנן סהדי שאדם לא מתייאש. הסיבה לכך - קרקע לא ניתן להבריחה, והאדם מצפה תמיד להשיב אותה אליו בדין; וגם אם בפיו הוא אומר שמתייאש - אין זה יאוש גמור.

4.1.2 - לקיחת הדסים מגוי, לשם מצות ארבעת המינים - סוכה ל.

אומרת הגמ' בסוכה (ל.):

> אמר להו רב הונא להנהו אוונכרי: כי זבניתו אסא מנכרי לא תגזזו אתון אלא לגזזוה אינהו ויהבו לכו. מאי טעמא - סתם נכרים גזלני ארעתא נינהו, וקרקע אינה נגזלת. הלכך, לגזזוה אינהו, כי היכי דליהוו יאוש בעלים בידייהו דידהו, ושינוי הרשות בידייכו.

ובאר רש"י:

> וקרקע אינה נגזלת - כלומר: **אינה קנויה לגזלן בשום יאוש**, דלעולם בחזקת בעליה היא, **דמקראי נפקא לן בהגוזל בתרא** (בבא קמא קיז, ב) בניזקין, אבל משנתלש הפרי - הוי גזל, והתולשו הוא גוזלו, הלכך, לגזזוה הן מן המחובר ויתנוה לכם, שיהיו הן הגזלנין, ואתם לוקחין אותה מהם, והבעלים נתייאשו כבר מכל הפירות - והוי יאוש אצלם, ואחר כך הוא משתנה מרשותן לרשותכם, וקסבר: יאוש גרידא לא קני, אבל יאוש ושינוי רשות - קני, ואי נמי קני - מצוה הבאה בעבירה הוי, אם אתם תחתכוה מן המחובר - תהיו אתם גוזלים.

דהיינו:

אדם הקונה הדסים מבעלי קרקע שהנם נכרים וקוטף אותם בעצמו, אף שסתמן של נכרים גזלנים, היה יכול לצאת ידי חובת ארבע מינים, אילו קרקע כן היתה נגזלת; שכן היאוש היה מתרחש כאשר הקרקע ביד הנכרי, ע"י זה היתה הקרקע נעשית ברשות הנכרי, ושינוי הרשות אשר היה נעשה ע"י קטיפת ההדסים בידי הלקוח הישראלי היה מתיר את ההדסים. **אבל, מאחר שקרקע אינה נגזלת, אין הקרקע נמצאת ברשותו של הנכרי המחזיק בה כלל, אפילו ע"י יאוש**; וישראל הקוטף מהנכרי הוא הוא הגוזל את בעליה האמיתי של השדה. ע"כ פסק רב הונא, שהנכרים יקטפו את ההדסים וייתנו לישראל המבקש לקנות, וכך יהיה יאוש בעלים על ההדסים הקטופות ביד הגזלן, ושינוי רשות ביד

בגזילה אינו מצווה בהשבה (תוס' סוכה ל:, רמב"ן ב"מ כו:), או שהשינוי רשות הוא חלק מהתנתקות הגזילה מבעליה, וע"כ זה צריך להיות על פי דעת הגזלן. אפשר, שהרשב"ם יסבור כסברא השניה, וע"כ בקרקעות לא שייך שינוי רשות. וא"כ אין להוכיח בוודאות מהי דעת הרשב"ם בענין.

הלוקח (שהרי יאוש מועיל במטלטלין). הסבר נוסף מבאר רש״י, שאפשר שרב הונא לא הצריך שינוי רשות ע״מ להתיר את גוף הגזלה, אלא מחמת מצוה הבאה בעבירה הצריך הוא שינוי רשות.

והנה, רש״י תולה את הדין הנ״ל בסוגייא בב״ק - מאחר שנפסק שקרקע אינה נגזלת, משמעות הדבר הוא שאינה נקנית בשום יאוש, וע״כ אין לישראלי לקטוף את ההדסים מקרקע שמחזיק בה נכרי. עם דבריו אלו הסכימו גם התוס׳ על אתר (ד״ה וקרקע), שדינו ונימוקו של רש״י נכון. בהמשך נתייחס בעז״ה, לקושי שיש בתלות זו המוזכרת בדברי רש״י.

4.2 - סוגיות שמשמע מהם שאין יאוש מועיל בקרקע

שתי סוגיות, אחת בירושלמי ואחת בבבלי, מהן משמע שיאוש מועיל בקרקע. בירושלמי - סוגייה ביחס לאנס גוי, שרואים בה שהוא יכול לאסור את תבואתו של הנגזל בכלאי הכרם; ובבבלי - סוגיית סיקריקון.

4.2.1 - סוגיית הירושלמי בכלאים

אומרת המשנה בכלאים (ז, ד):

> **האנס שזרע את הכרם ויצא מלפניו קוצרו אפילו במועד, עד כמה הוא נותן לפועלים, עד שליש. יתר מכאן קוצר כדרכו והולך, אפילו לאחר המועד. מאימתי הוא נקרא אנס, משישקע:**

המשנה מתירה לאדם שאנסו ממנו את כרמו וזרעו בו כלאים, לקוצרו במועד כדין דבר האבד. אלא שמאחר ש״אין אדם אוסר דבר שאינו שלו״, כרמו של אדם לא ייאסר בכל מקרה שאדם אחר זורע בו כלאים (וממילא לא יהיה היתר לקוצרו במועד), אלא רק באופן ״שישקע״, ורק בכגון דא צריך לעקור את הכלאים במועד.

וכך נאמר בירושלמי שם:

> **מאימתי נקרא אנס, משישקע. אמר רבי אחא, נשתקעו הבעלים ולא נתייאשו הבעלים, איסורו דבר תורה. נתייאשו הבעלים ולא נשתקעו הבעלים, איסורן מדבריהן. ויש קרקע נגזל. אמר רבי לא אף על פי שאין קרקע נגזל יש ייאוש לקרקע:**

מה שעולה מתוך הירושלמי:

א. **קרקע שהתייאשו ממנה** בעקבות אנס שלקחה, ונזרעה על ידו כלאים - הכלאים אסורים **מדרבנן**.
ב. **קרקע שנשתקעו הבעלים** בעקבות אנס שלקחה, ונזרעה על ידו כלאים - הכלאים אסורים **מדאורייתא**.
ג. אף על פי שקרקע אינה נגזלת - **יש יאוש בקרקע**.

כדברי הירושלמי, לפחות לעניין דיני כלאים, פסק גם הרמב״ם (הל׳ כלאים ה,י):

האנס שזרע כלאים בכרם חבירו, אם נשתקעו הבעלים אף על פי שלא נתייאשו, הרי זה קדש מן התורה. ואם לא נשתקעו הבעלים אף על פי שנתייאשו, אינו מקדש אלא מדברי סופרים.

וכן פסק גם בשו"ע (יו"ד רצו,ו).

על פניו, **דברי הירושלמי סותרים לש"ס דילן** - גם אם אין בהכרח סתירה מהסוגייה בב"ק האומרת שקרקע אינה נגזלת - מאחר ששם אפשר שמדובר על חובת ההשבה בלבד, הרי שהם סותרים את דינו של רב הונא ממסכת סוכה - שכן אם יאוש מועיל בקרקע, לא היה צורך בגזיזת ההדסים ע"י הנכרים, והיו האוונכרי גוזזים בעצמם.

4.2.1.1 - דרכים שונות ליישוב הירושלמי

מצאנו שלוש שיטות בראשונים שתרצו את הקושי העולה מדברי הירושלמי:

4.2.1.1.1 - באמת יש יאוש לקרקע, אלא שלא רגילים להתייאש

כך כתבו תוס' בב"ב (מד. ד"ה דוקא) על סוגיית נגיעה בעדות שהבאנו לעיל:

אבל בקרקע דאינה יאוש ושינוי רשות הדרא ליה, כדפ"ה, דאין מועיל יאוש בקרקע. וקשה לר"י דבירושל' (דכלאים פ"ז) אמר דיאוש מועיל בקרקע דאע"פ שאינה נגזלת מ"מ מהני בה יאוש... ונראה דמיירי שלא נתייאש והוה מצי לפלוגי נמי בפרה וטלית בין לפני יאוש בין לאחר יאוש, אלא מילתא דשכיחא נקט דבקרקע אין רגילין להתייאש כשישראל גזלה שאם לא יוכל להוציאה מידו משום דלא ציית דינא יוציאנה מיד בנו.

וכך כתב גם הרא"ש[22] שם (סימן מא):

וי"ל דאע"ג דיש יאוש בקרקע, מ"מ לא שכיח בה יאוש לפי שאינה דבר הכלה ואינו מתייאש' שאם לא יוכל להוציאנה מידו יוציאנה מיד בנו.

התוס' והרא"ש מבארים, שכאשר גוי גוזל את הקרקע יש רגילות להתייאש, הקרקע ממילא נהיית של הגוי, ועל כן יש איסור כלאים. מאידך, כאשר ישראל גוזל את הקרקע, אין הנגזל מתייאש, וזו הסיבה של פסול הנוגע בעדות, כמבואר בסוגייא שם.

לפי דבריהם, יש יאוש לקרקע מדאורייתא, ואעפ"כ כאשר יש יאוש ללא שיקוע שם בעלים, איסור הכלאים הוא רק מדרבנן.[23]

---

22. והרא"ש לא חילק בין ישראל לגוי. בהמשך נתייחס בעז"ה לקושיה ה"זועקת" על דברי התוס' - כיצד תוסבר הסוגייה בסוכה - מדוע אין לגזוז את ההדסים ע"י האוונכרי עצמם - הרי בגוי משמע שכן עשויים להתייאש.

23. באר זאת ה**חת"ס** על אתר את דברי התוס' באופן הבא: לכלאים יש שני כללים: 1. שתהיה הקרקע של ישראל (וראשונים רבים חולקים על כך, ואכמ"ל). 2. שהתבואה תהיה של האוסר, כי אחרת אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. כאשר נשתקע שם הבעלים והבעלים לא נתייאשו, הקרקע נחשבת של ישראל אבל מאידך הגוי נחשב גם בעלים וע"כ יכול לאסור את התבואה מדאורייתא. אמנם, אם נתייאשו הבעלים

לפי דבריהם לא ברור כיצד תוסבר הגמ׳ בסוכה - הרי שם מדובר בגזלן גוי, ואעפ״כ משמע שהיאוש איננו מועיל. ושמא יש לחלק בין האנס עליו דובר בכלאים, שבו רגילים להתייאש, לבין גוזלי שְׂדות ההדסים, ולומר ששם לא רגילים להתייאש.

דברים דומים כתב ה**אור זרוע** (א,תשנח):

> כי אמת שהקרקע והעבדים אינם נגזלים ולעבדים יש יאוש... ולקרקעות יש יאוש... וכן שמעתי מפי מורי ה״ר שמחה שיש יאוש לקרקעות מההיא דכלאים... ואומר בירושלמי ויש קרקע נגזלת א״ר אילא יש ייאוש לקרקע, וכ״כ ה״ר שמשון בר׳ אברהם דיש יאוש לקרקע.

בהמשך הוא מתייחס לקושי שעולה מהסוגייה בסוכה, ועונה על כך שתי תשובות:

א. קיי״ל כרב אסי (ב״ק קיד.) שכאשר הגזלן גוי מסתמא לא מתייאשים, וזה נכון דווקא בקרקע אך במטלטלין מסתמא כן מתייאשים.[24] וכך אמר רב הונא - מאחר שבקרקעות **בפועל** לא מתייאשים, תנו לגזלן הגוי לגזוז ובמטלטלין מסתמא כן מתייאשים, וע״י שיתנו לכם יהיה גם שינוי רשות (לפ״ז לא ברור מדוע נימק רב הונא ש״קרקע אינה נגזלת״).

ב. לענין מצוה הבאה בעבירה החמיר רב הונא לומר שהיאוש לא קונה, אבל מצד האמת הוא קונה.

את מה שהקשינו על התוס בב״ב מהסוגייה בסוכה, אפשר ליישב ע״י ההסבר השני של האו״ז.[25]

4.2.1.1.2 - אין יאוש לקרקע כלל, ומדרבנן החמירו רק לענין כלאים

כך כתבו תוס׳ בסוכה:

> ובירושלמי דכלאים סוף פרק שביעי משמע דיש יאוש לקרקע... ומיהו יש ליישב דלעולם אין יאוש ולאיסור דרבנן משום כלאים איירי... והכי פירושו... מאימתי נקרא שם אנס על הכרם ליחשב כשלו שיאסר בזריעתו, משישקע שם בעלים ממנו ונקרא על שם האנס ואף על פי שלא נתיאשו הבעלים דלא אמרו ווי ליה לחסרון כיס, דאנן סברי דמיאשי, ואפילו אמרי דלא מיאשי נעשה כצווח על ספינתו שטבעה

אלא שלא נשתקע שמם - אע״פ שהגוי קונה את הקרקע ביאוש, והיה ראוי להתיר לגמרי את הכלאים הגדלים שם, מאחר ולא נשתקע שם הבעלים זה מיחזי קרקע של ישראל ואסור מדרבנן. אם נתייאשו והשתקע - מותר לגמרי, שאע״פ שהתבואה נחשבת של הגוי - מ״מ אין דין כלאים בקרקע של גוי. ואם לא נשתקע ולא נתייאשו גם מותר, לפי שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו. לפי דברי החת״ס ברור כיצד יש יאוש לקרקע מהתורה, ומאידך התבואה תאסר רק מדרבנן - מאחר שקרקעו של גוי אין כלאים נוהג בה מהתורה, אליבא דהתוס׳.

24. ולא הבנתי כיצד חילוק זה נכנס בדברי רב אסי. ע״ש ואכמ״ל.

25. ולא כהסבר הראשון, שהרי התוס׳ בארו את הירושלמי בכלאים שהאנס קונה את הקרקע ביאוש מדאורייתא, ש״מ שמניחים שיש יאוש. ואולי מיירי שהישראל הנגזל מודה שהתייאש.

בים, ומיתסרא דאורייתא בזריעת האנס. **אבל נתיאשו ולא נשתקעו לא מיתסר מדאורייתא דקרקע אינה נגזלת אבל מדרבנן אסור**... ומיהו היכא דנשתקע שם בעלים אפילו מדאורייתא יש יאוש מדהוי איסורו דבר תורה...

דהיינו, קרקע אינה נקנית ביאוש, ורק לענין כלאים החמירו מדרבנן שהכרם ייאסר ע"י זריעתו של האנס, ובאופן שהנגזל התיאש.

4.2.1.1.3 - הירושלמי חולק על הבבלי וסובר שקרקע נקנית ביאוש, ואין הלכה כמוהו

כתב **הרמב"ם** (גזו"א ח, יד):

...וכן הקרקע אינה נקנית לגזלן לעולם אלא ברשות בעליה קיימת, ואפילו נמכרה לאלף זה אחר זה ונתיאשו הבעלים, הרי זה חוזרת לנגזל בלא דמים...

וכתב ע"ז **ההגהות מיימוניות**:

ודלא כירושלמי דגרסינן נתייאשו הבעלים נשתקע אסור מדברי סופרים וכי קרקע נגזלת א"ר אילעאי אעפ"כ יש יאוש לקרקע, **ותלמוד שלנו עיקר** ע"כ.

משמעות דבריו, שהן מהסוגיא בסוכה והן מהסוגיא בב"ב מוכח בפשטות שאין יאוש מועיל לקרקע, ואין לתרץ סוגיות אלו בתירוצים דחוקים. נראה לומר, שהוא גם חולק על דברי התוס' בסוכה אף לענין כלאים ולדעתו אין הלכה כירושלמי כלל, וזאת מסברא פשוטה - אם קרקע אינה נקנית ביאוש - אין סברא להחמיר בכלאים. אלא שקשה לומר כך, שכן כאמור, הרמב"ם פוסק את דברי הירושלמי לענין כלאים.

4.2.1.1.4 - סיכום השיטות ביחס שבין הירושלמי לבבלי

נראה כי רוב הראשונים [**רש"י** (סוכה ל:), **תוס'** (שם ד"ה וקרקע), **רשב"ם** (ב"ב מד. ד"ה ופרקינן), **הגהות מיימונית** (גזו"א ח,יד) וכך משמע מדברי **הרמב"ם**, **רבינו יונה** (ב"ב מה. ד"ה עלה)] סבורים שאין קרקע נקנית ביאוש. ניתן להסביר את הירושלמי, שלענין כלאים החמירו לומר שקרקע נקנית ביאוש (תוס' סוכה הנ"ל) וניתן להסביר שהירושלמי חולק על הבבלי והלכה כבבלי (הגהות מיימוניות הנ"ל).

מצאנו גם מספר לא מבוטל של ראשונים [**תוס'** ב"ב מד. (ד"ה דוקא), **רא"ש** שם (ג, מא), **או"ז** (א,תשנח)] הסבורים שקרקע נקנית ביאוש אלא שבד"כ לא רגילים להתייאש, ואת החילוקים עיין לעיל בגוף הדברים. לא ברור בדבריהם האם בכל מקום שהנגזל יתייאש בפירוש - היאוש מועיל, או שמא יסכימו הם שיש סברא של אנן סהדי שלא מתייאש (חוץ מהמקומות שמוכח שמתייאש).

(**זה המקום להעיר הערה חשובה ביחס לנחלת אבות בא"י**: גם לדעת הראשונים הסוברים שיאוש מועיל לקרקעות, אין הדבר כן ביחס לזכותו של אדם על נחלת אבותיו בא"י, שם ניתן לומר שיאוש לא מועיל לעולם, ועיין בהערה.[26])

---

26. הלכה ידועה המובאת בראשונים במקומות רבים בשם הגאונים, היא שאדם יכול לעשות קנין מטלטלין

4.2.2 - סוגיית סיקריקון

כאשר אונסים אדם לתת במתנה (״תליוהו ויהיב״), אין נתינת המתנה כלום שהרי אנוס היה (עיין ב״ב (מח.), ב״י סי׳ ר״ה). תיקנו חכמים, שכאשר סיקריקון (המאיים בהריגת בעל הקרקע, ובעל הקרקע נותן לו אותה ע״מ להנצל) מוכר קרקע ללוקח, הלוקח ישלם רביע לבעל הקרקע והיא תשאר אצלו. הטעם לכך, שאגב אונס מיתה גמר ומקני לסיקריקון (עיין רש״י גיטין נח: ד״ה אין בו). הגמ׳ בגיטין (נח:) אומרת שכאשר הגוי אונס קרקע בחובו או שהוא גוזלה סתם, אך ללא יכולת ו/או רצון להרוג את בעל הקרקע, הלוקח ממנו מחזיר את הקרקע לבעליה,[27] כי מאחר שאין כאן סכנת מוות, אין לומר שגמר ומקני. הדין האחרון, נקרא ״דין אנפרות״, דהיינו גזלן, והוא שמוטל על הלוקח מהאנפרות להשיב את הקרקע לבעליה, וכנ״ל. וכך אומרת הגמ׳ בגיטין (נח:):

> **אמר רב יוסף, נקטינן: אין אנפרות בבבל. והא קחזינן דאיכא! אלא אימא: אין דין אנפרות בבבל. מ״ט? כיון דאיכא בי דוואר ולא אזיל קביל, אימא אחולי אחיל.**

משמעות דברי הגמ׳, היא שבמקום שיש בתי משפט או שאר מקומות בהם ניתן לקבול על הגזלן - אדם מתייאש מקרקעו אם לא עשה זאת. אם כן, נראה שגם כאשר אומרים שקרקע אינה נגזלת הרי זה מפני שאין רגילים להתייאש, אבל עקרונית יאוש מועיל לקרקע.

ואמנם, כך מתבארת הסוגייה שם לפי **רש״י** (ד״ה אין דין), ש״אין אנפרות בבבל״ הכוונה היא שלא מפסידים את הלוקח, מאחר שהנגזל התייאש. התוס׳ בב״ב הנ״ל ציינו גם את הגמ׳ הזו של סיקריקון ע״מ להוכיח שיטתם שקרקע נקנית ביאוש. ויש להבין כיצד רש״י בסוכה, ודעימיה בשיטתו, יתמודדו עם הקושייה.

מצאנו כמה כיוונים בראשונים לתרץ את הקושייה מהגמ׳, אך אין בהם לכאורה כדי לתרץ את רש״י:

ה**רמב״ם** (גזו״א י,א) העמיד את הדין שזה רק באופן שהגוי לוקח את הקרקע מתוך שיש לו טענה על הבעלים, ואז ע״י שתיקתו של הבעלים אנו מעמידים את טענתו של הגוי כנכונה. וז״ל:

> **גוי בעל זרוע שאנס נכסי ישראל וירד לתוך שדהו מחמת שהיה לו חוב על בעל השדה או מחמת שיש לו נזק ביד זה הישראלי או מחמת שהפסיד ממונו ואחר**

אגב מקרקעי גם בידוע שאין לו קרקע, וזאת בהסתמך על הארבע אמות שיש לכל יהודי בא״י. לשון הגאונים כמה נוסחאות לה, ונביא את הלשון המובאת בכמה מהראשונים: ״**דאין לך כל אחד מישראל שאין לו קרקע בארץ ישראל. שהרי גויים שהחזיקו בה ולכדוה אין להם חזקה, דקיימא לן קרקע אינה נגזלת ואינה נחמסת לעולם, וארץ ישראל בחזקתנו עומדת לעולם, ואף על פי שאין אנו שולטין בה**״. דעת רוב הראשונים היא דלא כגאונים [הרמב״ם (הל׳ שלוחין ושותפין ג,ז) והטור (חו״מ סי׳ קכג) ועוד ראשונים רבים]. ומ״מ, דעת התוס׳ בב״ב (מד: ד״ה דלא) היא כדעת הגאונים, וזה באותה מסכת ואף באותו דף שפסקו שיאוש מועיל לקרקעות.

27. ונחלקו הראשונים האם צריך בעליה של הקרקע לשלם משהו ללוקח מהגזלן - ואכמ״ל.

שתקף על השדה מכרה לישראל אחר אין הבעלים יכולין להוציא מיד הלוקח.

לא ברור מה הרמב"ם יעשה עם המילים בגמ': **"כיון דאיכא בי דוואר ולא אזיל קביל, אימא אחולי אחיל"**; לכאורה היה צ"ל שמוכח שהגוי צודק, ולא לומר שהבעלים מחל. בכל אופן, רש"י ודאי לא יכול להסביר כן, שכן בפירוש המילה "אנפרות" ביאר רש"י שגם סתם גזלן נחשב אנפרות, ולאו דווקא בא מחמת חוב.

ה**ריטב"א** על אתר ביאר את הסוגייה בגיטין באופן שונה ע"מ להנצל מקושיה זו - הוא מעמיד את דין "אין אנפרות בבבל", באופן שקנה הלוקח מהאנפרות ולאחר מכן קנה מהבעלים, שאע"פ שבד"כ הדין במקרה כזה הוא שהקניין לא חל (ומטעם שהבעלים יכול לטעון שעשה זאת ע"מ להציל מהאנפרות בלבד), במקרה הזה זה הקניין כן חל - מאחר שיש מקום שניתן לקבול בו על הלוקח ולא עשה זאת - ודאי מחל. הריטב"א לא מקבל את היוצא מפרש"י, שסתם לוקח שקנה מאנפרות והבעלים שותק, שתיקָנה הקרקע ללוקח ע"י מחילתו של הבעלים. וז"ל:

> ...אבל ליכא לפרש דאם לקח מאנפרות אף על פי שלא לקח מישראל דמקחו קיים... דבמאי קני, אם תאמר במחילה דמחיל גביה, כיון דלא קביל מיניה מידי קרקע אינו נקנה לאחר במחילה...

הקושי מתעורר במיוחד בדברי ה**טור** (סי' רלו):

> בא העכו"ם בעקיפין עליו ולקחה ממנו ולא היה מכור בידו להרגו ומכר לאחר... ואם יש שופטים בארץ והיה אפשר להוציאה מיד העכו"ם בדין ולא עשה אז ודאי נתייאש ותשאר ביד הלוקח ולא יתן לבעלים כלום.

וזאת אע"ג שבסימן ל"ז פסק שקרקע לא נקנית ביאוש, ודלא כדברי אביו הרא"ש.

ה**כפות תמרים** תירץ את הטור, וביאר את הסוגיה לשיטתו - מדובר בגוי שבא בעקיפין על הבעלים **ע"י טענות** שהרבה עליו, והבעלים עמד מולו והשיב לטענותיו. באופן כזה - אם הגוי יקח את קרקעו של הישראל בחוזק והישראל ישתוק, אם יש שופטים בארץ אנו נפרש את שתיקתו כנתינה לגוי, ושהוא עשה זאת על דעת כך ש**האמת** עם הגוי. וזאת לא מצד ראיה אובייקטיבית שהאמת עם הגוי (וכדכתב הרמב"ם) אלא מצד שהישראל ויתר על זכויותיו על דעת שהאמת עם הגוי. ועכ"פ אין זה יאוש גרידא.

ה**תרומת הכרי** (שעא, מובא גם בקצות שעא, א) ביאר שהגוי בא עליו בעקיפין לקחת ממנו ממון אחר, וכדי להיפטר אמר לו שא קרקע זו והניחני. שאע"ג שזה נחשב תליוהו ויהיב, מ"מ מאחר שיש באותו מקום שופטים, יש הוכחה דגמר ויהיב אגב אונסיה.

ה**דרישה** (לז, יא) מוכיח מדברי הטור האלו, שיאוש קונה בקרעות, אלא שצריך הוכחה לכך שהיאוש הינו גמור. וסתם אמירה שאמר הבעלים "ווי לן בחסרון כיס", אין בזה יאוש המועיל לקרקעות.

ה**נתיבות** (שעא,א) גם הוא כדרישה ביאר את דין סיקריקון כפשוטו, אלא שנתן לכך הסבר מקיף ויסודי. בהמשך נעסוק בדבריו בהרחבה.

4.2.2.1 - סיכום סוגיית "אין אנפרות בבבל"

הגמ׳ אומרת שמאחר שיש שופטים בבבל - לא קיים שם דין אנפרות, מאחר שלא בא לקבול, והלוקח מהאנפרות ימשיך להחזיק בקרקע. לפי ה**רמב״ם** מדובר שהגוי בא בטענה על הבעלים והשתיקה רק מבררת שיש אמת בטענותיו. לפי ה**ריטב״א** מדובר שהלוקח קנה את הקרקע גם מהבעלים, והשתיקה במקום שיש שופטים תפקידה אינו אלא לנטרל את טענתו ״השני נוח ליי״. אלא שלפי **רש״י והטור** משמע שאע״ג שהגוי בא ברמאות (ודלא כרמב״ם) ואע״ג שהוא קנה רק מהאנפרות ולא מהבעלים (ודלא כריטב״א), מ״מ ע״י שלא קבל על הלוקח, אין הוא יכול מעתה להוציאה ממנו. ה**כפו״ת** ו**תרומת הכרי** תירצו את הטור, שאע״פ שקרקע אינה נקנית ביאוש, וכמו שפסק בסימן ל״ז, מ״מ יש במקרה הנ״ל חילוק - במקרה זה הבעלים הוא זה שנתן את הקרקע וזה כמו סוג של קנין, ואין זה כמו שלקחו ממנו. ה**דרישה** למד בדעת הטור, שבסימן ל״ז הוא לא פסק לגמרי כדעת הרשב״ם, אלא יאוש קונה בקרקע, אלא שהטור הצריך ראיה לכך שהיאוש הוא גמור, ולא די ב״ווי לן לחסרון כיס״.

4.2.3 - סוגיית יאוש בעבדים

ה**תוס׳** בב״ב (מד.) והאור זרוע (א, תשנ״ח) ציינו לגמ׳ בגיטין (לז:) שמוכח משם, לדעתם, מכך שיאוש מועיל בעבדים שהוא מועיל גם בקרקעות. יש להבין כיצד החולקים ישיבו לטענה זו.

ה**ראב״ד** בהשגותיו (גזו״א ט, א) למד מכך שעבד שנגזל חייב להשיבו ולא יכול לומר לו הרי שלך לפניך״ אם מת או נשרף, דאין זה כמו קרקעות - שהרי קרקעות אינן נקנות ביאוש. ומתוך שעבדים נקנים ביאוש וכדאתיא בגמ׳ הנ״ל בגיטין, ממילא גם א״א לומר הרי שלך לפניך במקרה שמת או נשרף העבד.

ה**שו״ע** (שסג, א) פוסק שהגוזל עבדים והזקינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך. ה**ש״ך** (שסג, ג) מבאר שעבדים הוקשו לקרקעו, ואינם בכלל גזילה, ועל כן גם אם נשרפו או מתו יכול לומר לו הרי שלך לפניך, ודלא כראב״ד. הש״ך מסכים עקרונית, שיש תלות בין יכולת האמירה הרי שלך לפניך לבין השאלה האם אפשר לקנות ביאוש, וכמו שכתב הראב״ד, ואת הגמ׳ בגיטין יש לתרץ בשני אופנים: א - יש בעבד גזירת הכתוב מיוחדת שאע״ג שאינו נגזל (ועל כן יכול לומר לו הרי שלך לפניך), מ״מ הוא נקנה ביאוש. ב - עבד לא נקנה ביאוש, ומה שאיתא בגמ׳ זה שבחזקת מלחמה הוא נקנה.

ה**קצות** (שעא,א) מתרץ שיש לחלק בין יאוש של גזילה ליאוש של אבידה, וביאוש דגזילה אין נקנין לא קרקע ולא עבדים. בעז״ה נביא דבריו כאשר נעסוק בטעמים שניתנו לכך שאין יאוש מועיל בקרקעות.

4.3 - פסק ההלכה העקרוני - האם יאוש קונה בקרקע?

כתב ה**טור** בסימן לז:

וכן הדין אם מכר ראובן את השדה הגזולה ליהודה ובא לוי לערער עם יהודה אין

שמעון יכול להעיד לו להעמידה בידו... שכשם שמוציאה מיד הגזלן כך מוציאה מיד הלוקח **אפי' נתייאש קודם שמכרה**...

וכתב עליו ה**ב"י**:

ותמהני היאך תפס רבינו דברי רשב"ם עיקר, שהרא"ש (סי' מא) לא כתב אלא דברי התוספות.

ה**ב"ח** על אתר כותב, שאכן כאן לא קיבל הטור את דברי אביו הרא"ש, ולא את דברי תוס', ופסק כרוב הראשונים. וכך הבינו את דבריו ה**כפות תמרים** וה**תרומת הכרי**.

ה**דרישה** כתב שדעת הטור היא ממוצעת בין הדעות - מצד אחד לא כל יאוש יועיל בקרקעות, אבל במקום שיש יאוש גמור וכמו בסיקריקון, יועיל היאוש לקנות הקרקע ללוקח.

פסק ה**שו"ע** (שעא, א) את לשון הרמב"ם:

קרקע אינה נגזלת לעולם, אלא ברשות בעליה עומדת. אפילו נמכרה לאלף, זה אחר זה, ונתייאשו הבעלים, הרי זה חוזרת לנגזל בלא דמים...

וכן פסק ה**ש"ך** (ס"ק ב), וביאר שאף הטור סבר כך.

4.4 - דין השתקעות שם הבעלים

כתבו התוס' בסוכה הנ"ל, בבארם את דברי הירושלמי, שאם נשתקע שם הבעלים, איסור הכלאים הוא מדאורייתא. ויש להבין, האם השתקעות שם בעלים זו רמת יאוש גדולה יותר המועילה בקרקעות, או שמא זה דין חדש, ואין קשר בין הסברא שעומדת מאחורי המושג "יאוש" לבין זו העומדת מאחורי "השתקעות". בהמשך, לאחר הבנת עצם הדין של יאוש בקרקעות, ננסה להבין גם דין זה.

על כל פנים, יש לברר מה דעת שאר הראשונים ביחס לדין זה. אפילו לדעת ההגהות מיימוניות הנ"ל שהירושלמי חולק על הבבלי לענין יאוש בקרקע, שמא לענין השתקעות שם הבעלים יודה הבבלי שמועיל מדאורייתא להפקיע את זכותו. והנה, בענין כלאים הבאנו לעיל את דעת הרמב"ם והשו"ע שהזכירו שבנשתקע הכלאים אסורים מהתורה, אבל בהלכות גזילה לא דיבר הרמב"ם בזה. כמו"כ, גם הטור, השו"ע וכל נושאי הכלים לא הזכירו מאומה מדין זה בהל' גזילה.

ה**כפות תמרים** בסוגיה תמה על כך - הוא מבין מצד אחד מדוע הפוסקים לא הזכירו מזה דבר בהלכות גזילה:

...**ואפשר הי"ל דהטעם דלא חילקו חילוק זה משום דס"ל דלית הלכתא כירושלמי דאומר דנשתקעו שם בעליה מהני**, כדמוכח מסוגיא דידן, דא"ל רב הונא כי זבניתו אסא לא תגזזו אתון וכו' משום דשמא אותו קרקע מישראל הוה, ואם איתא דבנשתקעו מהני ליה יאוש וקני לה גזלן, אמאי לא יגזזו, הרי נשתקעו שם בעליה דהא אינם יודעים אם אותו קרקע הוא גזול מישראל...

אבל מצד שני לא ברור לו מדוע בהלכות כלאים הרמב"ם והשו"ע כן פסקו כירושלמי. הוא מעלה אפשרות לחלק שרק לענין כלאים זה מדאורייתא, אבל מתקשה מסברא לקבל חילוק שכזה. מחמת קושי זה, מסכם הכפו"ת ואומר:

> ...לכן נ"ל אם יבוא מעשה לידינו בגזלן שגזל קרקע ונשתקע שם בעליה ומכר הגזלן הקרקע לאחר, אין יכול בעל הכרם להוציאו מיד הלוקח דיש לומר דיאוש מהני בקרקע ובכה"ג דנשתקעו שם בעליה **וספיקא דדינא הוי** לע"ד...

גם **תרומת הכרי** (שעא) תמה על כך שהשו"ע, הרמ"א ונושאי הכלים לא הזכירו דין זה.

4.5 - ביאור השיטות בטעם הדין שאין מועיל יאוש בקרקעות

לאחר סידור השיטות, שומה עלינו להעמיק ולברר את הדעות הסוברות שאין יאוש מועיל בקרקע, בהתחשב בסוגיות השונות, ולהבין את שורש הדין.

4.5.1 - שיטת רש"י ותוס' בסוכה - מקור הדין נמצא בסוגייא בב"ק (קיז:)

כאמור, רש"י תלה בין סוגיית אין יאוש בקרקע לסוגיית קרקע אינה נגזלת שבב"ק, שם נלמד מן הפסוקים שגזלן קרקע יכול לומר הרי שלך לפניך. גם תוס' על אתר מסכימים עם רש"י על קיומה של תלות זו. במבט ראשון, רצונם של רש"י ותוס' לקשר בין הסוגיות מובן מאוד - שהרי רב הונא בעצמו נימק את דינו בכך שקרקע אינה נגזלת ("מאי טעמא - סתם נכרים גזלני ארעתא נינהו, וקרקע אינה נגזלת"). ועל כל פנים יש לתהות על קנקנה של תלות זו. כך התקשה גם ה**פני יהושע**:

> בגמרא וקרקע אינה נגזלת. ופירש"י כלומר אינה קנויה לגזלן בשום יאוש דלעולם כו' דמקראי נפקא לן בהגוזל בתרא עכ"ל. לכאורה נראה מלשונו דמה שכתב דמקראי נפקא לן בהגוזל היינו לענין דלא מהני יאוש בקרקע. **ולענ"ד לא יתכן לפרש כן דהתם בהגוזל לא איירי כלל מענין יאוש**... אלא עיקר הסוגיא דהגוזל... דפליגי ר"א וחכמים אם יכול לומר הרי שלך לפניך או לא, דלר"א דאמר קרקע נגזלת ברשותיה דגזלן איתניס כמו במטלטלין וחייב להעמיד לו שדה אחר, ולחכמים אומר לו הרי שלך לפניך דממעטינן קרקעות מדיני גזל ושומרין בכלל ופרט וכלל **והיינו מגזירת הכתוב, וא"כ אין זה ענין כלל לענין יאוש** דלא כתיב בהאי ענינא דכלל...

דהיינו, טוען הפנ"י שאין קשר בין סוגיית קרקע אינה נגזלת שבב"ק לבין סוגיית יאוש בקרקעות. בהמשך דבריו מציע הפני יהושע הסבר אחר ברש"י, שרש"י לא תלה את דין היאוש בסוגיית ב"ק, אלא רק כתב שעקרונית הסוגיה מתחילה משם, אבל דין היאוש עצמו נלמד מסברא. אלא שלא נראה כך בפשטם של דברים.[28] מפשט דברי רש"י דווקא כן נראה, שבין אי-חובת ההשבה של קרקע לבין אי-יכולתו של גזלן לקנות קרקע ביאוש, קיימים יחסי גומלין כל שהם. לא ברור לגמרי איזה מהם נובע ממשנהו, או שמא שתי הלכות אלו נובעות גם יחד מיסוד אחר, שלישי. כך או כך, ניתן ללמוד מדברי רש"י,

---

28. ואף הפני יהושע בעצמו הודה בכך שאין משמע כן מפשט דברי רש"י.

שלדעת רבי אלעזר שקרקע נגזלת, היא גם תִקָּנה ביאוש. את לשון הגמ׳ ״וקרקע אינה נגזלת״, היינו יכולים לבאר בדוחק, שאין זה תלוי בסוגיית ב״ק, אבל בכל אופן - נראה שרש״י ותוס׳ לא הבינו כך.

4.5.2 - מקור הדין לכך שיאוש לא קונה בקרקעות נלמד מסברא

4.5.2.1 - יאוש לא קונה בקרקעות מטעם אנן סהדי שאהבעלים לא מתייאש

והנה, כמו הפני יהושע, אחרונים רבים אשר פסקו שאין יאוש קונה בקרקע, מיאנו לקבל את טעמו של רש״י, וטענו שדין זה נלמד מסברא -

חלק מהאחרונים [**פני יהושע** (סוכה ל:), **חזו״א** (ב״ק טז,יט), **דרישה** (לז,יא, הבאנו לעיל), ועוד] קיבלו את טעמו של **רבינו יונה** שאין חילוק מהותי בין מטלטלין לקרקעות, אלא שבקרקעות ישנה סברא של ״אנן סהדי״ שבעליהן אינן מתייאשים, וגם אם בפיהם אמרו שמתייאשים. לפי סברא זו, מתקבל על הדעת שבמקרים מסויימים, בהם יוכח שיש יאוש גמור - קרקע כן תיקנה ביאוש. כך גם יכולה להתבאר הגמ׳ בגיטין לגבי סיקריקון.[29] כך גם יובן דינו של הירושלמי לגבי השתקעות שם הבעלם - כאשר שם הבעלים השתקע יש אנן סהדי הפוך - אע״ג שהבעלים אומר שאיננו מתייאש, אנן סהדי שהוא כן התייאש. אגב, לפי הסבר זה מסתבר שאין חילוק האם הגזלן גזל את הקרקע לפני יאוש או אחרי יאוש.

4.5.2.2 - יאוש לא קונה בקרקעות מטעם שזה נחשב לדבר שברשותו

כיוון אחר מצאנו בדברי ה**נתיבות** (שעא,א) הסבור שיש חסרון מהותי ביאוש בקרקעות, ולא רק מצד אנן סהדי שלא מתייאש. הנתיבות בראשית דבריו מציג את כל הקשיים בסוגייה: א - סתירה לכאורה בין הבבלי לירושלמי, בפשטות גם בענין דין ״נשתקע״.[30] ב - הראיה מסיקריקון ומיאוש בעבדים לכך שיאוש מועיל בקרקע. ג - קושיה מסברא - מדוע לא יועיל יאוש בקרקע, הרי דין יאוש בגזילה נלמד מאבידה (ב״ק סו.), ומה לי אם התורה מיעטה קרקעות מגזילה, מ״מ זה יילמד מאבידה. ד - קושיה על הירושלמי - גם אם יאוש מועיל בקרקע, הרי יאוש כדי לא קני וצריך שינוי רשות. כדי ליישב את כל חלקי הסוגייה מבאר הנתיבות באופן הבא:

> ...ולכן נראה דהטעם בהא דאין יאוש לקרקע, דהרמב״ן במלחמות כתב הטעם בפרק ב׳ דמציעא... בהא דאמר רבא נטלה על מנת לגוזלה **דיאוש לא מהני רק בדבר שאינו ברשותו**, ולכך יאוש שלא מדעת לא מהני דכיון שהגיע לידו קודם יאוש נעשה שומר אבידה והוי כשומר של בעלים וכמונח ברשות בעלים דלא מהני יאוש. ולפ״ז בקרקע דאמרו בש״ס (ב״מ ז.) דדוקא במטלטלין גזל ולא נתייאשו שניהם אינם יכולין להקדישו זה לפי שאינה שלו וזה לפי שאינה ברשותו, אבל בקרקע יכול הנגזל

---

29. וכמו שבאר הדרישה הנזכר לעיל בביאור סוגיית סיקריקון.

30. וכמו שכתב הכפו״ת כנ״ל, שלכאורה הש״ס שלנו חולק על דין נשתקע שבירושלמי.

להקדישו דקרקע חשיב ברשותו, **וכיון דחשיב ברשותו ממילא לא מהני יאוש בקרקע**, ואבידת קרקע לא משכחת דהארץ לעולם עומדת... ובזה אתי שפיר ג"כ הא דמבואר בירושלמי דנתייאש ונשתקע שם בעלים דקני מדאורייתא, והוא מהאי טעמא **דכיון דאין ידוע לשום אחד מהבעלים ממילא אינו יכול להוציא בדיינין ומהני היאוש**. וכיון דמשכחת יאוש דמהני כשאינו יכול להוציאו בדיינין **משום הכי מהני בקרקע יאוש לחודיה בלא שינוי רשות**, דהא דיאוש לא קני אמרו בב"ק (סו.) משום דבאיסורא אתי לידיה וכבר נתחייב בהשבה, ולפ"ז בקרקע דאינה נגזלת ולא מתחייב בהשבה... מהני יאוש לחודיה כמו באבידה, ומכל שכן בזכה בו אחר דודאי קנה... ולפ"ז עדיף קרקע ממטלטלין, דבמטלטלין בעינן שינוי רשות מדעת הגזלן (לעיל שסא,ה בהג"ה), משא"כ בקרקע כל המחזיק אחר יאוש קנה כיון שא"צ לגזלן...

דהיינו, אומר הנתיבות:

א. הדין שיאוש לא מועיל בקרקע, יוצא מסברא ולא מפסוק.
ב. הסברא - יאוש לא מועיל לדבר שברשותו, ומאחר שקרקע במקומה עומדת ויכול להקדישה תמיד, מיקרי דבר שברשותו.
ג. באופן שא"א להקדיש, וכגון שהשתקע שם הבעלים, היאוש מועיל.
ד. במקרה שמועיל יאוש בקרקע - לא צריך שינוי רשות. וזאת מטעם ששינוי רשות נצרך רק במקום שיש חובת השבה, שבגללה הגזלן לא קונה את הקרקע ביאוש. אבל אם אין חובה להשיב - יאוש כדי קני.
ה. במקום שמועיל יאוש בקרקע - כל המחזיק אחר יאוש קנה ולאו דוקא הגזלן, ולא כמו במטלטלין שם צריך שינוי מדעת הגזלן, וכדאיתא בסימן שסא,ה בהג"ה.

כמו שהסקנו מדברי רבינו יונה, גם מדברי הנתיבות יוצא שאין חילוק בין יאוש דאבידה לבין יאוש דגזילה - בשניהם אין יאוש מועיל בקרקע מפני שקרקע היא ברשותו של אדם ואין מועיל יאוש לדבר שברשותו; וע"כ אין חילוק האם הגזלן גזל את הקרקע לפני יאוש או לאחר היאוש.

הערות על וביחס לדברי הנתיבות:

א. מלשון הרמב"ם (והשו"ע שהזכירה) לא משמע כדבריו. שהרי כתב הרמב"ם: "...וכן הקרקע אינה נקנית לגזלן **לעולם** אלא ברשות בעליה קיימת, **ואפילו נמכרה לאלף** זה אחר זה ונתיאשו הבעלים הרי זה חוזרת לנגזל בלא דמים... ". סביר להניח, שכאשר הבעלים מתייאשים והקרקע אף עוברת אלף ידים, שזה נמצא תחת ההגדרה שהגדיר הנתיבות לקרקע שאינה ברשותו. ואעפ"כ כתב הרמב"ם שהיאוש לא מועיל בזה.
ב. היסוד שכתב בשם הרמב"ן, יש ראשונים שחולקים על כך, למשל: תוס' בב"מ (כו. ד"ה דשתיך).
ג. קצוה"ח (בסימן רנט,א) מבאר את דעת הרמב"ן, שמאחר שהגיע לרשות המוצא לפני יאוש, היאוש לא חל. ומשמע שאם היה יאוש קודם לכן, מועיל. [ואכן הנתיבות שם (ס"ק א) חולק ואומר שלא שייך יאוש בכלל]. וא"כ נצטרך להסברים נוספים בסוגייתנו.

4.6 - עיון בדעת רש"י

כאמור, משמע מרש"י שמקור הדין הוא מהפסוקים ומהפסוקים נדרש שקרקע אינה נגזלת. להבנה זו יש מספר השלכות:

א. רבי אלעזר, כמו שחלק ואמר שיש חובת השבה בקרקע, כך יסבור שקרקע נקנית ביאוש.

ב. לגבי דין נשתקע - על הצד שתלמוד דידן לא חולק על הירושלמי, אף לא בדין נשתקע שם הבעלים, יותר יקשה עלינו מדוע וכיצד השתנה דין נשתקע מדין יאוש רגיל.

ג. לגבי דין סיקריקון - גם בזה יותר יקשה עלינו להבינו אם הלימוד הוא מפסוק ולא מסברא.

ד. יאוש לפני גזילה - אם מקור הדין הוא מגזה"כ, אפשר שאם התייאש לפני גזילה - היאוש יועיל.

כאמור, גם תוס' בסוכה ציינו את הפסוקים כמקור. לענ"ד, גם מלשון הרמב"ם והשו"ע שנשמע מתוכה שהדין הינו מוחלט - ובכל אופן וצורה אין יאוש בקרקע, ניכר הדבר שהם לא הסבירו את הדין מחמת סברא של "אנן סהדי", ואף לא מחמת שאין יאוש בדבר שברשותו (כי אם נאמר כך, יש אופנים בהם יחול היאוש וכדלעיל בדברי הנתיבות), סביר להניח שהם גם יסכימו לכך שהמקור הוא גזירת הכתוב.

מלשון הטור והשו"ע יש גם ראיה חזקה נוספת לכך שהם סוברים כרש"י - לשון הטור, שנכתבה גם בשו"ע היא:

> קרקע אין דינה כמטלטלי... אפילו נתייאשו הבעלים קודם שמכרה הגזלן לעולם ברשות בעליה עומדת... **לפיכך** אם אירע בה קלקול כגון ששטפה נהר הפסד הבא מאליו, אין אחריות ההפסד על הגזלן שבחזקת בעליה עומדת ואומר הרי שלך לפניך.

ואף שיחסי הגומלין כאן הפוכים (בגלל שאין יאוש מועיל בה לכן יכול לומר לו הרי שלך לפניך), וצריך ליתן על כך את הדעת, מ"מ משמע בוודאות שזו אותה סוגייה.

כמו"כ, גם מדברי השגות הראב"ד לענין יאוש בעבדים (שהבאנו לעיל), רואים שהוא יצר תלות גמורה בין ההלכות - במקום שקרקע אינה נגזלת, ממילא יאוש לא מועיל בה. וכן כתב גם הש"ך (שסג,ג).

והנה, צריך להבין מדוע האחרונים הנ"ל מיאנו לקבל את לימודו של רש"י מהסוגיה בב"ק, עד כדי כך שהפנ"י אף העמיס ברש"י הסבר אחר מפשוטו של רש"י; שהרי אמת הדבר שהסוגיה בב"ק דיברה על אי-חובת ההשבה בלבד, אבל מאידך - ודאי שלא בהלכה זו מסתכם כל העניין. ישנן כמה הלכות שנלמדו מסוגיה זו, אשר המשותף לכולן, לכאורה, הוא שקרקע גזולה אינה קנויה לגזלן ואינה מועמדת ברשותו, וכנ"ל.[31] כך ראינו לענין סוכה גזולה, וכך ראינו לגבי הבעלות על הזכויות של קרקע גזולה. ויש להבין - מדוע מיאנו הראשונים לקבל את הסברו של רש"י שהסיבה לכך שקרקע אינה נקנית ביאוש זה מחמת שאינה נגזלת.

---

31. ראה סעיף 3.

4.6.1 - קניית גזילה ביאוש (או ע"י יאוש ושינוי רשות) נובעת מהזכות הקנינית של הגזלן

כמו שהזכרנו בהקדמה, בגזילת מטלטלין, ישנן כמה זכויות בהם זוכה הגזלן. בכך שהתורה חייבה את הגזלן לקיים מצוות השבה, היא יצרה הגדרה קניינית ייחודית בגזילה שאותה גזל: לעניינים מסויימים אין הוא נחשב בעלים על הגזילה - ועל כן עליו להשיב את גוף החפץ ולא רק את דמיו,[32] אך לעניינים מסויימים דוקא הוא נחשב לבעליה. הזכות הבולטת שהוא מחזיק בה - שינוי השם. כאשר שמה של הגזילה משתנה, הרי הוא הבעלים הגמור על החפץ שהשתנה, ורק חוב דמים נשאר לו כלפי הנגזל. אופן נוסף של בעלות - כאשר הגזילה מתייקרת לאחר גזילתה ולאחר מכן היא נשרפת וכד', התשלום יהיה לפי שעת הגזילה. זכות נוספת - כאשר הגזלן מקבל הנאה ממונית מהגזילה, למשל, גוזל פרה וחורש בה את שדהו, מלבד הפרה שאותה צריך להחזיר לבעליה אין הוא צריך להוסיף עוד תשלום על דמי הנאתו מהגזלה.

והנה, בפשטות, מה שגזילה נקנית ביאוש (או גם ע"י שינוי רשות) איננה שייכת לשאר הזכויות הקנייניות של גזלן, אלא זו הלכה הנלמדת מדין יאוש באבידה: התורה מחדשת שיאוש מפקיע את בעלותו של אדם על הממון שממנו התייאש, והוא מתיר לכל אדם לקחתו. ביאוש לאחר גזילה - אם יאוש כדי קונה, הרי הוא כיאוש באבידה, ואם צריך גם שינוי רשות הרי זה מפני איסור חיצוני שלא מאפשר שימוש בגזילה אע"ג שהתייאשו ממנה הבעלים. ובכל אופן - קניינו של הגזלן בגזילה לא תורם דבר, לכאורה, להיתר השימוש בה לאחר יאוש. וכך משמע מהגמ' בב"ק (סו.):

> **יאוש - אמרי רבנן דניקני, מיהו לא ידעינן אי דאורייתא אי דרבנן; אי דאורייתא, מידי דהוה אמוצא אבידה, מוצא אבידה לאו כיון דמייאש מרה מינה מקמי דתיתי לידיה קני ליה, האי נמי כיון דמייאש מרה קני ליה, אלמא קני; או דלמא לא דמיא לאבידה, אבידה הוא דכי אתאי לידיה - בהתירא אתיא לידיה, אבל האי כיון דבאיסורא אתאי לידיה - מדרבנן הוא, דאמור רבנן ניקני מפני תקנת השבים. ורב יוסף אמר: יאוש אינו קונה, ואפילו מדרבנן.**

משמע מהגמ', שבין אם דיני יאוש בגזילה ואבידה שווים ובין אם הם שונים זה מזה, ביסודם הם שווים, אלא שנחלקו בשאלה האם מחמת "באיסורא אתא לידיה" אין היאוש מתיר את הגזילה ללא שינוי רשות, או שאין זה משנה ודין היאוש בגזילה ובאבידה שווים.[33]

---

32. ועיין בשו"ת **אבני נזר** אה"ע תיט,ב שמשמע ממנו שגם חובת השבת הגזילה בעינה אין היא נובעת מבעלותו של הנגזל על החפץ. אדרבה, הבעלים של החפץ אפילו כשהוא בעין הוא הגזלן, אלא מוטל עליו חוב להשיב את הגזילה בעין, כל עוד היא בעין. והנפק"מ שהוא נותן לכך - אם הנגזל מחל על הגזילה - על חפץ בעין לא מועילה מחילה אלא רק קנין. אבל אם זה חוב בעלמא, מועילה מחילה.
33. לא שווים לגמרי, אלא באבידה המוצא קונה לגמרי, ובגזילה על הגזלן לשלם את דמיה. רש"י ד"ה מוצא.

והנה, אם כך הדבר - ברור מדוע מיאנו האחרונים להסביר שקרקע אינה נקנית ביאוש מטעם שקרקע אינה נגזלת וכדאיתא ברש״י, שכן אם שייך יאוש בקרקע - למאי נפק״מ אם לגזלן יש בה זכות קניינית אם לאו; תיפוק ליה שזה מטעם יאוש בלבד, וגם אם אין לו בה קניין.

אלא שהדבר כלל לא פשוט –

בכמה סוגיות בעניני גניבה וגזילה יש צד לומר שקנייה ביאוש היא דווקא כן זכות של הגזלן והבא מכוחו, ואין זה כיאוש דאבידה שכל הרוצה יבוא ויטול. אם כך, נצטרך לחלק בין יאוש דאבידה ליאוש דגזילה - כאשר אדם מתייאש מחפץ שגזלו לו אין היאוש גמור, ורק כלפי הגזלן זה יכול לחול מטעם שיש לו קנין בגזילה.

דוגמא לדבר[34]:

ה**תוס׳** בב״ק (סט. ד״ה כל שלקטו) מסתפקים בשאלה האם גזלן של תבואה חייב במעשרות לאחר יאוש. צדדי הספק - אם יאוש דגזילה (אם יאוש כדי קני) מוגדר כהפקר לכל העולם - הגזלן ייפטר ממעשרות; ואם הוא מוגדר כמתנה שהנגזל נותן לגזלן - יתחייב הגזלן במעשרות.

כמו״כ התוס׳ שם כותבים נפק״מ נוספת - אם יאוש זה כמתנה, אז אף אם הגזילה תהיה ברה״ר בזמן היאוש, אין אחד אחר יוכל לזכות בה, אלא היא קנויה לגזלן. ואם היא כמו יאוש דאבידה - כל הקודם זכה בה.

דוגמא נוספת, ע״פ הספק הנ״ל - נחלקו הראשונים האם ביאוש ושינוי רשות צריך הלוקח לשלם דמים לנגזל.[35] הנתיבות (שנג,ג) תלה מחלוקת זאת בספק שכתבו התוס׳ הנ״ל - אם יאוש דגזילה הוא כמו יאוש דאבידה - הלוקח נחשב כזוכה מההפקר ופטור מלשלם. אבל אם היאוש נחשב כמתנה לגזלן, נאמר שהמתנה הזו היא על תנאי שישלם דמים, או הגזלן או הלוקח ממנו.

ה**אבני נזר** (אה״ע תיט,ח) מבאר בדברי התוס׳, את הצד לומר שיש זכות קניינית לגזלן בגזילה: הגזילה כבר היתה קנויה לגזלן, והיאוש רק הפקיע את חיוב השבתה. ועל כן, גם אם היא מצויה ברה״ר בשעת יאוש היא נקנית לגזלן. אפשר להבין, שלא רק שהגזילה קנויה לגזלן לענין היאוש, אלא יותר מזה - אילולא הדין שהגזילה קנויה לגזלן ביאוש, היא לא היתה נקנית לו ולא לאף אחד אחר מצד היאוש דאבידה. וזאת מהסברא שאמרנו לעיל - היאוש בחפץ גזול הינו חלש, וזקוק הוא לזכותו של הגזלן על הגזילה.

---

34. מאחר ונושא מאמר זה הוא גזילת קרקע ולא בגדרי יאוש דגזילה, נקצר מאד בענין היאוש הנ״ל, ורק נראה כיצד אין הדבר פשוט שגדרי יאוש דגזילה הם כיאוש דאבידה.

35. עיין בזה בסימן שנג,ג במח׳ השו״ע והרמ״א.

4.6.1.1 - סוגיית "קרקע אינה נגזלת" מלמדתנו שהקרקע אינה עומדת ברשות הגזלן, וממילא איננו קונה ביאוש

ובכן, לפי כל הנ"ל ניתן לבאר את הלימוד מסוגיית "קרקע אינה נגזלת" שבב"ק לכך שיאוש לא קונה בקרקע - מאחר שקרקע אינה נמצאת ברשותו של הגזלן, וכמו שנלמד מדין חובת ההשבה, ממילא אינו זוכה בה גם אם הנגזל התייאש. אילולי קרקע כן היתה נגזלת - גוזלה היה קונה אותה ביאוש.

מתוך הלימוד הזה, ניתן להסיק שאילו לא היתה התורה מחדשת חידוש זה, אשר נלמד בכלל ופרט וכלל, היינו אומרים שגוזל הקרקע מחזיק בזכות קניינית בה, ובדיוק כמו גוזל מטלטלין. אפשר, שהדבר נכון רק במקרה שהגזלן עשה איזו פעולה בקרקע או נהנה ממנה וכד', אז היינו אומרים שהקרקע קנויה לו ככל גזלן, ובזה באה התורה למעט שהיא אינה עומדת ברשותו.

והנה, לאחר שביארנו את מקור הדין גם ע"פ פסוקים, וכדברי רש"י ותוס', נשוב ונברר מספר שאלות הנוגעות לדין "אין יאוש בקרקעות", מתוך התייחסות להבדלים בין השיטות:

4.6.1.2 - קניית קרקע בגזילה לאחר היאוש (יאוש דאבידה)

ה**כפות תמרים** (ל:) מוכיח מלשונו של רש"י - "אינה קנויה לגזלן בשום יאוש", וכמו"כ גם ממהלך השקלא וטריא בתוס', שגם אם היאוש קדם לירידתו של הגזלן לקרקע, מ"מ אין היאוש מועיל והבעלים מוציאים מידו.

כך גם יוצא משיטות הראשונים והאחרונים הסבורות שאנן סהדי שאדם לא מתייאש מקרקע, שבקרקע אין בכלל יאוש, אף יאוש דאבידה.

כך גם יוצא משיטות האחרונים הסבורות שיש חסרון ביאוש בקרקע מצד שהיא ברשותו של אדם, שאין חילוק מתי התרחש היאוש.

ע"פ הסברנו בשיטת רש"י ודעימיה, שהמקור לכך שיאוש לא מועיל בקרקע הוא מצד זה שאינה קנויה לגזלן, אפשר יהיה לקבל דין שונה ממה שכתב הכפו"ת - קרקע שהתייאשו ממנה בטרם שגזלוה - נקנית לגזלן. או ליתר דיוק - אין בזה גזילה כלל. כמובן, כלל זה יהיה כפוף לכך שנסבור שמועיל יאוש לדבר שברשותו, וזה נקרא דבר שברשותו.[36]

אין להוכיח מרש"י מה סבר לענין זה; מטרתו בלימוד נפק"מ זו היתה להראות שיש אפשרות להבין כך. זה שרש"י הסביר את הסוגייה מטעם שונה ממה שנאמר באחרונים, אין בזה הוכחה שהוא לא הסכים איתם בדין זה, ואפשר שהוא בא להוסיף טעם נקודתי בקרקעות. אפשר שמה שרש"י מרוויח בטעם שכתב זה לעניין עבדים - לשיטתו יצא שגם בעבדים אין יאוש מועיל מטעם שאינם נגזלים, וזאת אע"ג שהם נחשבים כאינם ברשותו. (לפ"ז את הגמ' בגיטין האומרת שמועיל יאוש בעבדים נבאר כמו הדרך השנייה בש"ך

36. ודלא כקצות שהבאנו לעיל בסעיף 4.5.2.2.

הנ״ל, שזה נאמר כאשר הם נקנים בחזקת מלחמה בלבד). אבל, כאמור, אפשר שרש״י חולק על הדעות הנ״ל, ולדעתו יאוש כן מועיל לדבר שברשותו.

חיבור מעניין בין הטעמים עושה **קצות החושן** (שעא,א) - מצד אחד הוא סבור שיאוש לא מועיל בקרקעות מסברא גרידא ואין צורך בלימוד מפסוק, אך מאידך הוא מצריך את הלימוד מהפסוק לעניין עבדים, שאע״ג שמצד הסברא היה יאוש צריך לחול בעבדים, הוא לא יחול מגזה״כ; ועל כן זה יהיה נכון רק בגזילת עבדים, ואילו בעבדים שאבדו יש יאוש. וז״ל הקצות:

> מיהו נראה דהא דיאוש תליא בגזילה ועבדים אינן נקנין ביאוש לפי שאינן נגזלין היינו דוקא יאוש דגזל, אבל יאוש דאבידה שפיר מהני בעבדים וה״ה בשטרות... ובספר כפות תמרים... כתב דקרקע אינו נקנה ביאוש אפילו שלא בתורת גזילה... דיאוש לא מהני בקרקע וע״ש. היינו דוקא בקרקע דהארץ לעולם עומדת, אבל יאוש דעבדים אינו תליא בגזילה אלא יאוש דגזל וכמ״ש...

4.6.1.3 - דין סיקריקון

לעיל הבאנו כמה כיוונים בראשונים ובאחרונים ליישב את דין סיקריקון שבמס׳ גיטין עם דעות הראשונים שאין יאוש מועיל לקרקע - חלקם עסקו במציאת אוקימתא לדין סיקריקון באופן שלא יקשה על כך שאין יאוש מועיל לקרקעות (**רמב״ם**, **ריטב״א**, **תרומת הכרי**) וחלקם ביארו את הדין כפשוטו, וחידשו מכך הלכות - ה**נתיבות** ביאר שקרקע שלקחה סיקריקון אי אפשר להוציאה בדיינים ומשום כך יאוש מועיל בה. ה**דרישה** ביאר שכאשר יש ראיה גמורה שהתייאש אכן מועיל היאוש.

והנה, לפי הדרך שבאירנו בשיטת רש״י ודעימיה - נהיה מוכרחים למצוא אוקימתא לדין סיקריקון, כאחת השיטות לעיל, ולא לבארו כפשוטו כמו שביארו הדרישה והנתיבות.

4.6.1.4 - זכייה בקרקע לאחר שנשתקע שם הבעלים

לעיל הבאנו את הדין שהביאו התוס׳ בסוכה בשם הירושלמי, שאם נשתקע שם הבעלים הקרקע מעתה ברשות הגזלן. הבאנו גם את ספיקו של הכפו״ת - האם ממה שלא הזכירו השו״ע ונושאי הכלים דין זה - האם זה בגלל שלא קיבלו אותו.

ננסה כעת להבין את טעמו של דין זה, על פי השיטות השונות שביארו את דין היאוש עצמו.

ה**כפות תמרים** (שם ד״ה כתבו עוד) באר, שהסיבה לכך שאין יאוש מועיל בקרקעות, זה מפני ש״אנן סהדי״ שאדם לא מתייאש מקרקעו **במקום ששמו נקרא עליה**. אם שמו לא נקרא עליה - האדם מתייאש לגמרי, וגם אם טוען שלא התייאש.

ה**נתיבות** שהבאנו לעיל (שעא,א) מבאר כדרכו, שמאחר שנשתקע שם הבעלים אין הבעלים יכול להוציאה בדיינים, ועל כן מועיל בה יאוש.

על פי השיטה שביארנו בדעת רש״י ודעימיה - נצרכים אנו לביאור לדין נשתקע, ביאור אחר מאלו של הכפו״ת והנתיבות. על פי השיטה הנ״ל יש נטייה בלב לקבוע את טענתו של הכפו״ת, שתלמוד דידן חולק על הירושלמי בדין נשתקע.

ה**תרומת הכרי** (סימן שעא) נתן שני כיוונים אשר יכולים בכל זאת לבאר את דין נשתקע אליבא דרש״י:

א. כאשר שם הבעלים נשתקע זה נחשב כזוטו של ים ושלוליתו של נהר, שאע״ג שאין יאוש - התורה הפקיעה אותו מבעליו.

ב. כל מה שקרקע אינה נגזלת, זה רק כאשר שם הבעלים עליו - **״דתפיסת הבעלים בקרקעות שלהם ע״י שמא דידהו הוא שנקרא על שם הקרקע אבל בשנשתקע שם הבעלים הימנה יוצאת בזה מרשותא דידהו ונגזלת, לכן מהני בה יאוש״**.

נראה שהסברו השני שונה הוא מהותית מהסברו של הנתיבות - הנתיבות שביאר שאין יאוש בקרקע מאחר שהיא ברשותו של אדם, והחסרון הוא בעצם היאוש, ביאר מתוך כך את דין נשתקע שזה מגדיר את היאוש כיאוש טוב מאחרש שהקרקע כבר אינה ברשותו של האדם. מאידך, תרומת הכרי סבור שכאשר השתקע שם הבעלים אין כל משמעות לבעלותו של האדם על הקרקע, וללא צורך להזדקק ליאוש. כאמור, הסבריו של תרומת הכרי יכולים בין השאר לברר לנו את דרכו של רש״י בדין נשתקע.

4.7 - באופן שנשתקע שם הבעלים האם צריך שינוי רשות ע״מ שהקרקע תִקָנה

הירושלמי הנ״ל עוסק במקרה של גזלן שלאחר שאנס את קרקעו של מישהו נשתקע שם הבעלים, ואז הכלאיים נאסרים מדאורייתא. ומשמע שאף שהגזלן לא נתן את הקרקע למישהו אחר, מ״מ הקרקע קנויה לגזלן במקרה של השתקעות שם הבעלים.

והנה, לפי הסבריו של תרומת הכרי - מובן הדבר - הן אם נשתקע זה מדין זוטו של ים והן אם זה מטעם שהפקעת השם כמוה כהפקעת בעלות - אין שום צורך בשינוי רשות.

לפי ההסברים המבארים שדין נשתקע זהו סוג של יאוש המועיל בקרקעות (כפו״ת, נתיבות), צ״ע מדוע אין צורך בשינוי רשות ע״מ שהקרקע תקנה למחזיק בה. ואכן, הכפו״ת סבור שהדין הנ״ל הוא רק באופן שהאנס מכר את הקרקע לאחר.

ה**נתיבות**[37] הנ״ל ביאר, שיאוש מצד עצמו קונה. אלא מאחר שמוטלת על הגזלן חובת השבת גזילה, אין הוא קונה את הגזילה; ועל כן רק השני הבא אחריו יכול להחזיק בגזילה מאחר שלא מוטלת עליו חובה שכזו. ועל כן, בקרקעות - מאחר שאין חובת השבה אף לא לגזלן עצמו - ממילא אין צורך בשינוי רשות; ואם נשתקע שם הבעלים אף הגזלן עצמו יכול לזכות בקרקע. וכך גם כתב החזו״א (ב״ק טז,יט).

---

37. כך באר גם החזו״א טו,יט.

ה - סיכום

1. בגמ׳ ובראשונים נאמר במספר מקומות שקרקע אינה נגזלת, ואכן סוגיה דעלמא היא כדעת חכמים ודלא כרבי אליעזר.
2. עיקר דברי חכמים (ב״ק קיז :) הוא שאין חובת השבה לקרקע גזולה. עם זאת, הראינו במאמר זה שלדעת רוב הראשונים יש חובת השבה מדאורייתא לקרקעות, והלימוד של חכמים מהפסוקים לימדנו שאין לגזלן קניין בקרקע שגזל וע״כ אין לחייבו באונסים שאינם מחמתו. אבל נזקים שבאו לקרקע בגרמתו - הוא חייב בהם.
3. אמנם עיקר דברי חכמים (ב״ק קיז :) עסק בחובת ההשבה לקרקע גזולה, אבל ודאי שהם נוגעים לכל ההגדרה הקניינית שיש לגזלן בה.
4. עסקנו בהרחבה בשאלת היאוש לקרקע. ראינו שאין הכרח לקשר בין סוגייה זו לבין קרקע אינה נגזלת. ואכן כמה ראשונים חשובים פסקו שעל אף שקרקע אינה נגזלת, מ״מ היא נקנית ביאוש.
5. רוב הפוסקים פסקו שקרקע אינה נקנית ביאוש, ודלא כראשונים החולקים.
6. ראינו שלושה כיוונים להסביר את טעם הדין שקרקע אינה נקנית ביאוש - א - האדם לא באמת מתייאש. ב - האדם מתייאש אבל מהלכות יאוש הוא שאין יאוש מועיל לדבר שברשותו. ג - יאוש דגזילה הוא המתיר את הגזילה, אבל קרקע שאינה קנויה לשום עניין לגזלן, אין היאוש מתיר אותה. אפשר שיש כמה נפק״מ בין הכיוונים הנ״ל.
7. יש בירושלמי דין של השתקעות שם הבעלים המתיר את קרקעו של אדם. דין זה לא הוזכר ברמב״ם ולא בכל חושן המשפט - לא בטור, לא בשו״ע ואף לא בנושאי הכלים. האחרונים תמהו בדבר, והכפו״ת כתב על זה שהוא פוסק בדין זה כבכל ספיקא דדינא.
8. במקום שמועיל יאוש לקרקעות, יש מחלוקת בין האחרונים האם צריך גם שינוי רשות.