

קידושין בגזל זידה

מבוא

המשנה הראשונה במסכת קידושין מביאה שלוש אפשרויות בהן יכול אדם לקדש אשה, והן: כסף, שטר וביאה. לאחר שאדם מבצע אחת מהאפשרויות האלה, האישה נקראת ארוסה. בקדושי כסף, האיש נותן לאישה, בהסכמתה ובפני שני עדים פרוטה או כלי השווה פרוטה משלו לשם קידושין. היא זוכה בזה וחוא קונה אותה. ללא אחד מן הדברים האלה אין האישה מקודשת. אם כן אחד התנאים החכרתיים הוא שהאיש יתן משלו ושהיא תזכה בזה, שאם לא כן אין פה קניין, דהיינו אין קדושין. אחד המקרים בהם דנה הגמרא הוא שהאיש מקדש את האישה בגזילה שגזל. לכאורה, היינו פוסקים שודאי אינה מקודשת, כיון שאינו נותן לה משהו השייך לו, והיא אינה זוכה בו, אך כפי שנראה לאלתר, אין זה כך. בקדושי גזל ישנן שלוש אופציות:

האופציה הראשונה היא שהוא גזל מאדם אחר ומקדש אותה בזה. במקרה זה אם נתיאשו הבעלים (הנגזל) חדין הוא שמקודשת. הנמוק - כיון שיש יאוש ושנוי רשות, האישה קונה את הגזילה וזוכה בכסף (בחפץ). בדומה למכירה, שאם אדם גזל ומכר את הגזילה, ראינו בכמה מקומות בגמרא, שהלוקח קונה ביאוש ושינוי רשות.

האופציה השנייה היא: גזל דידיה, דהיינו, שהיא גזלה ממנו ומקדש אותה בזה. **האופציה השלישית** היא, שהוא גזל ממנה ומקדשה. באותה גזילה (גזל דידיה). במקרה זה לכאורה, מעל לכל ספק אינה מקודשת שהרי חפץ הקידושין לא שלו, וכן לא התבצע פה שנוי רשות. נוסף לזה האשה קיבלה את גזילתה בחזרה ויכולה לומר שלקחה זאת כהשבת הגזילה (במקרה ששתקה). אם כך לא היתה העברת בעלות על החפץ כלל שהרי היה שלה ונשאר שלה, ולפי זה ברור שאינה מקודשת. אלא כפי שנראה, הגמרא אומרת במקרים מסוימים שמקודשת. במאמרנו נדון כיצד התבצעו הקדושין על פי התנאים הדרושים (שחפץ הקידושין יהיה של המקדש, ושהאשה תזכה בו).

1. כגון: בבא קמא טז, א; סוכה ל, ב ועוד.

הצגת הבעיות

איתא בגמרא:

ההיא איתתא דחווה קא מזבנה וורשכי². אתא ההוא גברא חטף וורשכא מינה. אמרה ליה תבה ניהלי. אמר לה אי יהיבנא לך מיקדשת לוי שקלתיה ואישתיקה. ואמר רב נחמן: יכולה למימר אין שקלי ודידי שקלי (ולכן אינה מקודשת). איתבייה רבא לרב נחמן - קידשה בגזל ובחמס³ ובגניבה, או שחטף סלע מידה וקידשה, מקודשת (תוספתא דקידושין פרק ד הלכה ה): התם בדשדיך⁴ (הכא בדלא שדיך). ומנא תימרא דשני לו (ומהיכן אנו יודעים שיש חבדל) בין שדיך ודלא שדיך? דתניא: אמר לה כנסי סלע זו שאני חייב לייכי וחזר ואמר לה התקדשי לי בו. בשעת מתן מעות, רצתה מקודשת, לא רצתה אינה מקודשת. לאחר מתן מעות אפילו רצתה אינה מקודשת (תוספתא דקידושין פרק ב הלכה ח). מאי רצתה ומאי לא רצתה? אילימא רצתה דאמרה אין, לא רצתה דאמרה לא, הא אישתיקה הוה קידושין. ונתני מקודשת סתם כי התם? אלא רצתה דאמרה אין, לא רצתה דאישתיקה. וקא תני דאינה מקודשת. מאי טעמא? יכולה למימר, אין שקלי ודידי שקלי. ואלא קשיא, הך דקידשה בגזל ובחמס ובגניבה או שחטף סלע מידה וקידשה - מקודשת? אלא לאו שמע מינה, הא דשדיך הא דלא שדיך.

(קידושין יג, א)

אמר רב... ושמע מינה, קידשה בגזל אינה מקודשת, אפילו בגזל דידה... מיתבי: קידשה בגזל ובחמס ובגניבה או שחטף סלע מידה וקידשה, מקודשת? התם בגזל דידה (ולכן מקודשת). הא מדקתני סיפא או שחטף סלע משלה, מכלל דרישא בגזל דעלמא עסקינן? פירושי קא מפרש. קידשה בגזל ובחמס ובגניבה, כיצד? כגון שחטף סלע מידה וקידשה בו (מקודשת). והא מתניתין דגזל דידה, וקאמר רב אינה מקודשת? לא קשיא. הא דשדיך, הא דלא שדיך.

(שם נב, א)

שתי הסוגיות שחבאנו עוסקות בגזל דידה (גזל שהוא גזל ממנה ומקדשה).

2. וורשכי - א. רש"י: קשורי משי; ב. רבנו חננאל: מרגליות; ג. רבנו גרשום: מצנפת שנותנים על הפדחת.
3. בתוספתא המובאת בסוף המסכת לא מובא המקרה של חמסן, וכנראה היתה לגמרא גירסא שונה בתוספתא.
4. שדיך - שדיבר בה קודם לכן, ונתרצית להתקדש לו. דחתם כי שתקה, משום דניחה לה הוא (רש"י).

הטבלה הבאה מסכמת את המקרים המדוברים בשתי הסוגיות ואת הדין הנפסק בהם בגמרא.

אמרה אין (כן)		שתקה		
חנמוק	הדין	חנמוק	הדין	
הסכימה	מקודשת	העריכו חכמים דעתה שהסכימה	מקודשת	שדיך
הסכימה	מקודשת	העריכו חכמים דעתה שלא הסכימה	לא מקודשת	לא שדיך

במאמרנו נעסוק בעיקר בשלוש בעיות והן:

א. מדוע במקרה שלא שדיך ושתקה לא נצריכה גט מספק, שמא הסכימה והווי קידושין?

ב. במה הגזלן מקדש את האישה וכיצד?

ג. כיצד יכולה האישה להקנות לגזלן כשהגזילה אינה ברשותה?

שתקה ולא שדיך

הגמרא דנה בשאלה, האם האישה הסכימה לקדושין או לא. אם אמרה כן, ודאי הסכימה. אם שתקה זה תלוי האם שדיך או לא. אם שדיך - שתיקה כחודאה ואם לא שדיך יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי. שואל הפני יהושע (קידושין יג, א ד"ה שם שלח ליה): מדוע במקרה ששתקה ולא שדיך, אומרת הגמרא שאינה מקודשת כלל. אמנם חכמים שמו דעתה של אישה והגיעו למסקנה שבדרך כלל במקרה כזה, אין האישה מתרצית בקידושין ומקבלת את הגזילה כחשבת הגזילה. אבל הרי יש סכוי מסוים שכן הסכימה. ואם כך מקודשת. ומדוע לא נצריכה גט מספק? ידועה לנו תומרא דעריות שבקידושין ולפיה מן הראוי היה לחוש שמא הסכימה ולא לפוטרה בלא גט?

ועונה: שבזמן הקידושין, צריך שיחיה דבר ברור כדי להוציאה מחזקת פנויה לחזקת אשת איש. לכן בכל קידושין, אף על גב ששתקה, כיון ששתיקה כזו דומה לחודאה, הרי זה דבר ברור לגבי העדים שהסכימה. מה שאין כן כאן, אין לעדים שום וודאות שהתכוונה לשם קידושין. כיון שיתכן לומר ששתקה כי קבלה גזילתה חזרה, ואם כך אין לנו ודאות גמורה לגבי הסכמתה אלא ספק, לא הוי קידושין כלל, כי העדים לא יכולים להעיד באופן ודאי וברור, שהיא הסכימה.

ממשיך ומקשה על כך הפני יהושע מדברי המחבר בשולחן ערוך אבן העזר סימן כז סעיף ג: שהמקדש בלשונות שבהן מסופקת הגמרא אם הן לשונות קידושין, הרי זו מקודשת מספק (בתנאי שהיה מדבר עמה תחילה על עסקי קידושין). ועוד יותר מזה כותב שם הרמ"א (הגה): "ואף על גב דלשונות אלו לא מהני אם לא דיבר עמה

מעסקי קידושין. מכל מקום אם היא אומרת שקיבלה (שנתכוונה) לשם קידושין
הוי ספק קידושין". ולפי היסוד שאמרנו למעלה אין מקום לפסוק במקרים אלה,
שמקודשת מספק, אלא שאינה מקודשת כלל?

ואומר הפני יהושע "ויש ליישב ולחלק", וסתם ולא פירש.

ננסה לתת טעם לחילוק בין שני הדברים.

במקרה שלנו לשון הקידושין היתה וודאית וברורה, אלא שיש לנו ספק לגבי
הסכמתה, כיון שיש צד להגיד שלא מתרצית כי מתכוונת לקחת את השייך לה. וכיון
שכך אינה מקודשת, כי אין הסכמתה ודאית. לא כן סוג המקרים המובאים בשולחן
ערוך, שם יש לנו ספק בלשון הקדושין, האם היא לשון קדושין טובה או לא. אבל,
אם נניח שלשון הקידושין טובה, הסכמתה ודאית, שהרי שתיקה שלה במקרה רגיל
של קידושין היא כהודאה וכחסכמה. אם כך אין לנו ספק בדעת האישה, שאז לא
הוי קידושין כלל, אלא שיש ספק שנובע מספק בלשון הקדושין. וכיון שאם הלשון
טובה כל הקדושין בסדר, לכן הדין הוא שמקודשת מספק.

במה הגזלן מקדש את האישה וכיצד?

כפי שהזכרנו, דין הגמרא הוא שאם האישה הסכימה היא מקודשת. ויש לשאול:
במה האיש מקדש את האישה, שהרי הגזילה שעכשיו נמצאת בידו איננה שלו, ואם
כך לא ניתן לה שום דבר שלו. וכאשר חסירה נתינה בקדושין - אינה מקודשת. ואף
אם נאמר שאין האיש צריך לתת לאישה דווקא דבר השייך לו, אלא מספיק שהיא
תזכה במשהו בגללו או שתהיה לה הנאה כלשהי מחמתו, גם זה לא קיים. הגזלן
נותן לה דבר השייך לה ממילא, שהרי בזמן שהגזילה אצלו היא שייכת לאישה,
אלא שאינה ברשותה. יוצא שהאשה כלל לא זוכה בשום דבר, וודאי אינה מקבלת
הנאה, בעיה זו היא המרכזית בסוגיא, ונעסוק בה בהרחבה ובמספר גישות.

שיטת רש"י

רש"י (נב, א ד"ח בגזל דידה) מפרש: "כיון דקיבלתיה אחילתיה". כיון שמשכמה
לקבל את החפץ שגזל ממנה לשם קידושין סימן שמוחלת ומותרת על הגזילה.
פירושו של דבר, שהוא קונה את הגזילה על ידי שמחלה לו. ואם כך בשעה שמקדשה
יש פה מעות קדושין רגילים ולא מעות גזל.

על פירושו של רש"י קשה: כיצד ניתן להעביר בעלות על חפץ על ידי מחילה? הרי
מחילה פירושה וויתור על זכויות שיש לך אצל מישהו (כגון - אדם שהלוח כסף
לפלוגי ופלוגי חייב לו, המלוה יכול לוותר לפלוגי על החוב, למחול לו). וכאן כיון
שהגזלן רוצה לקדשה בזה, הוא צריך לקנותו, ולשם קניין דרושה העברת בעלות על

החפץ דווקא ולא מספקת מחילה. הקהילות יעקב (סימן יז ד"ה ונראה) רומז לשאלה זו באומרו: "ונראה לעניות דעתי ברור שדעת הרמב"ן ז"ל היא דמחילה אינו עניין הקנאה אלא עניין וותור וסלוק זכויותיו". ועוד רומז לזה (תחילת דבור המתחיל יסוד) באומרו: "ויסוד זה... יש לתמוך מלשון רש"י ז"ל בדף נב ד"ה בגזל דידה, דכיון דקיבלתיה אחילתיה... אשר לכאורה, קשה, דהא על דבר בעין, לא שייך עניין מחילה אלא לשון הקנאה".

קושיה נוספת של רש"י היא קושית הפני יהושע (יג, א ד"ה שם ההיא איתתא):
 "כיון שלא מחלה בפירוש הוה ליה דברים שבלב, דקימא לן דאין דברים, ומאן יימר דמחלה?" ומתרגם: "כיון דשדיך ומקבלת ושוקת, מוכח שמחלה לו. ואם כך הוה ליה גלוי מילתא דרוצה להתקדש". מעין זה כותב גם הברורי שיטות (יג, א עמוד קנב ד"ה דמה שכתב דמסתמא): "דכיון דנותרצית להתקדש בממון זה, אגן סחדי שמחלה לו על הממון שגזל ממנה ויהיה שלו כדי שתוכל להתקדש בממון זה. כיון שאי אפשר לה להתקדש בעניין אחר, אמדינן הכי דעתה וחוי כאילו אמרה כן בפירוש. עד כאן לשון הרא"ש. ולפי זה לא כל כך קשה מה שמקשה הפני יהושע מדברים בלב, דאגן סחדי".

קושיה שלישית היא קושית בעל דברי ירמיהו (יג, א ד"ה אמנס) - כמו שביאוש,
 כיון דבאיסורא אתא לידיה אינו קונה, כך יהיה גם במחילה? ומתרגם חדיברי ירמיהו - יש חילוק בין יאוש לבין מחילה. ביאוש, הקניין עצמו בא על ידי האיסור. לעומת זאת במחילה, המחילה באה במטרה שהיא תתקדש מחמת קידושין ולא מחמת גזל. שאם היה בידה היתה מקנה לו שיתן לה להתקדש בזה. ואם כך אפילו באיסורא אתא לידיה קונת.

שיטת האבני נזר והקהילות יעקב

בגזל, הגזלן קונה את הגזילה בקנייני גזילה, אלא נתחייב להשיבה משום חיוב השבה המוטל עליו מן התורה "והשיב את הגזילה. ולאותו החיוב מועילה מחילת הגזל לגזלן וממילא נשאר הקניין של הגזלן. דהיינו: זה נעשה שלו מכה קנייני הגזילה הראשונים.

הדבר משה מסביר זאת בצורה מופשטת וברורה (יג, א ד"ה והנה יש לומר)
 באומרו: "יש כאן כבר עכשיו (בשעת הגזילה) מעשה קניין של בעלות גמורה על גוף החפץ, אלא שהחיוב של השבה מפקיע את חלות הבעלות כל זמן שיש חיוב של השבה, אבל מכל מקום גם עכשיו יש כאן מעשה קניין על הזמן לאחר שיפטר מהשבה. ואם כך כיון שלאחר שעשה שנוי (מעשה) הרי הוא נפטר מהשבה. מהחיא שעתא הרי החפץ נשאר לו בדרך ממילא מכה המעשה קניין שעשה בתחילת הגזילה. ולפי זה גם פה במחילה מספיק בזה שהיא מוחלת לו את החיבו של השבה,

שהרי לאחר שהוא נפטר מהשבה, החפץ נשאר שלו מכח הקניין גזילה שעשה בתחילה".

האבני נזר פותח את דבריו (סימן תיט) בקושיא על רש"י: "חא אין מועיל מחילה אלא לחוב ולא לדבר בעין וצריכה להיות מתנה גמורה (קניין) בפירוש" (בקושיא זו כולל האבני נזר את שתי הקושיות שהבאנו על רש"י בנפרד, ומשלכן. האחת, והרי מחילה אינה יכולה לבצע קניין. והשנייה (קושיית הפני יהושע), והרי זה דברים שבלב וצריכה לומר בפירוש).

נסיון ראשון של האבני נזר להסביר את רש"י הוא שמדובר כאן לאחר יאוש, ויאוש קונה, אלא שמחויב להשיב הגזילה ועל זה מועילה מחילה, על פי המהרש"ל דמהני מחילה לחיוב אפילו בלב. וכיון שנסתלק החיוב, נקנה ביאוש (וזה עונה על שתי השאלות). אבל האבני נזר דוחה הסבר זה משתי סיבות. סיבה ראשונה היא, שכיון שיבוא לידה ממילא לא מתאשט ולא מחני היאוש דמעיקרא. והסיבה השנייה היא: שמשמע מכל הפוסקים שמדובר אצלנו גם לפני יאוש.

לכן מתרץ האבני נזר את תרוצו על סמך המקרה של בא במחירת המובא בסנהדרין (עב, א): "אמר רב - הבא במחירת ונטל כלים ויצא, פטור. מאי טעמא? - בדמים קננהו". ומפרש רש"י: "פטור" - מלהחזירם, אף על פי שהם קיימים. 'בדמים קננהו' - בדמי נפשו קנאן, הואיל ונתחייב מיתה בלקיחתם".

חבא במחירת שאמרה תורה יחג, אומרת המשנה, נידון על שם סופו משום דסופו שניתנה רשות לבעל הבית להורגו, פטור מלשלם, דחיוב מיתה וחייב תשלומין באין כאחד וקים ליה בדבריה מיניה שחיב מיתה. ואף על פי שניצל, פטור מן התשלומין. אם כך במקרה של בא במחירת הוא גזל, אלא שלא חל עליו חיוב השבה כפי שהסברנו לעיל. ואומר רב: בדמי נפשו קנה ופטור מלהחזיר, אף על פי שהם קיימים. ולכן כשם שבא במחירת כיון שנסתלק חיוב השבה קנה הגזילה והיא שלו, כך גם אצלנו הגזלן קנאה, אלא חל עליו חיוב השבה, וכיון שזה נסתלק בגלל מחילתה, הגזילה שלו לגמרי ויכול לקדשה בגזילה.

לפי זה שואל האבני נזר, לכאורה, בגזל דעלמא כלומר בגזלן שגזל גזילה מפלוני ומכרה לאחר, יהיה מספיק שנוי רשות ללא יאוש. שהרי הגזלן קנאה אלא שחיב להשיבה וכיון שאין על הלוקח חובת השבה (דבהיתרא אתא לדיה), קונה ואילו, כידוע, צריך דווקא יאוש ושנוי רשות ביחד ואין שנוי רשות מספיק לבד? - אלא, עונה האבני נזר ממה נפשך, אם מתכוון לגזול (תאורטית) ממילא מחויב בחשבה. ואם אינו מתכוון לגזול ממילא לא קנה, שכיון שאין הגזילה של הגזלן לגמרי (שכן חייב להשיבה), אינו יכול לחקנות ללוקח ולכן פשיטא שהלוקח לא קנה.

ואם תאמר שבאמת מתכוון לגזול רק אינו מחויב בחשבה כיון שלא גזל מהנגזל כלום שזה כבר לא ברשותו, דבר זה אינו, דמכל מקום כיון שאינו מחויב בחשבה, לא קנאה, כיון שעיקר הקניין נובע מזה שהוא מחויב באחריות להשיב וכאן אינו

מחויב להשיב. ואם כן נשאלת שאלה מיידיית. כיון שכך כל היסוד, לכאורה, נפל. כל היסוד היה שכשאינ חיוב השבה, ממילא הגזלן קונה את הגזילה ואילו לפי מה שאמרנו יוצא הפוך; שכשאינ חיוב השבה לא קנה כלל. אלא, עונה האבני נזר: שהגזלן קונה את הגזילה והיא שלו כשחל עליו בתחילה חיוב השבה, אלא שהחיוב השבה זה נפקע והסתלק (בבא במחירת - בגלל קים ליה בדרכה מיניה. בגזל דינח - בגלל מחילתה). אבל כאן (בלוקח בלי יאוש, ואומר שמתכוון לגזול), מלכתחילה כלל לא חל עליו חיוב השבה, וממילא לא קנה. כי עצם זה שלא חל עליו חיוב השבה מעיד שכלל לא קנה את הגזילה מלכתחילה. על ידי זה שהסברנו כך את מחילתה מרויח האבני נזר את ההסתפקות של תוספות (בבא קמא סט, א ד"ה כל שלקטו) שלכאורה, לא היתה מובנת. התוספות הסתפקו, האם מועיל יאוש בעלים אפילו אינו מונח ביד הגזלן אלא ברשות הרבים. ולכאורה, תמוה מה תוספות הסתפקו. חרי ברור שלא יועיל ומדוע יקנה זאת הגזלן יותר מכל אדם. אך לפי האמור לעיל אתי שפיר. באמת קנאה הגזלן אלא שמחויב להשיב ולחיוב הזה מועיל היאוש אפילו אינו ברשות הגזלן. ולפי זה היה צריך להועיל. אלא שנתפס התוספות שלא יקנה כיון שיאוש מועיל רק כשהחפץ מגיע ליד הזוכה. וכאן, כיון שאינו ברשות הגזלן, ממילא לא מועיל היאוש ולא נסתלק החיוב.

גם הקהילות יעקב (סימן יז ד"ה אולם; יסוד) מביא יסוד זה בדבריו. הקהילות יעקב מביא שתי ראיות חזקות לדבר. ראיה ראשונה ממשנה קג, א שם כתוב: "מחל לו על הקרן (הגזילה)...". וחרי על דבר, בעין לא שייך עניין מחילה, רק הקנאה? - אלא על כרחך, המחילה היא רק על חיוב ההשבה והגזלן קונה ממילא מכח קנייני הגזילה הראשונים. ראיה שנייה: שנוי מעשה. היסוד הנ"ל הוא גם היסוד ששנוי קונה. אין עצם שנוי המעשה קניין, אלא על ידי שהגזילה נשתנית, פקעה ממנה תורת השבה. דכתיב "אשר גזל", כעין שגזל יחזיר. וכשאינו כעין שגזל כגון בשעשה שנוי, איננו בדין השבה וממילא זוכה בה לגמרי.

אם נגדיר את גישתם של האבני נזר והקהילות יעקב, אפשר להגיד, שהפגם אינו מצד הלכות קניינים, אלא מצד הלכות איסורים. נעשתה פעולת קניין (כגון משיכה) ואין חסרון מצד מעשה הקניין, אלא שישנו חיוב של "והשיב את הגזילה" המעכב את העברת הבעלות המושלמת. ועל זה החיוב, מועלת מחילת הנגזל. הנפקא מינה למעשה בין פירוש זה לשאר הפירושים הוא האם ישלם כשעת הגזילה או לא. לפי פירוש זה ישלם כשעת הגזילה. ולפי שאר הפירושים ישלם כשעת הקדושין.

הקשיים בפירושים של האבני נזר והקהילות יעקב הם:

א. לפי הסבר זה, יש הבדל בין המושג קניין למושג בעלות. הגזלן קנה זאת מבחינה קניינית, אלא שאינו הבעלים, דהיינו, זה לא שלו. וזהו חידוש, כי בפשטות אם עשיתי קניין, כלומר, בצעתי מעשה קניין, אני הבעלים ואם יש פה עניין איסורי, אז עברתי על איסור. אך בכל מקרה אני הבעלים. עד היום למדנו שעשיית מעשה

עכשיו ותלית חלותו במשהו, אפשריות רק על ידי עשית תנאי, ואילו פה אין כלל תנאי, ובכל זאת פועל העקרון הזה, שהגזלן עכשיו עושה מעשה קניין ותלותו מותנית במחילת הנגזל על חיוב החשבה, אלא בהכרח צריכים להסביר שהתורה יצרה פה תנאי כזה.

ב. יש לדון לפי שיטה זו, מה הקשר של הנגזל לגזילה, בשעה שהיא אצל הגזלן, לפני מחילה. חרי' ברקע תמיד עומד רבי יוחנן שאמר שאין הגזילה של הגזלן ואינה ברשות הנגזל. משמע, שהגזילה שייכת לנגזל דהיינו הוא הבעלים עליה. ולפי האמור לעיל, אין זה כך, שהרי הגזלן עשה מעשה קניין. ואם כך רבי יוחנן היה צריך להגיד שאין הגזילה שייכת לנגזל ולא שאינה ברשותו. אמנם אם נסביר שזה תנאי, אך עד מחילתו של הנגזל, הגזילה עדיין שייכת לו והוא הבעלים עליה.

שיטת רבי שמעון שקופ

דודאי כל שאינו ברשותו, לא מצי איחו לאקונוי לשום אדם, אפילו להגזלן עצמו, אלא דמכל מקום, הגזלן עצמו שפיר יכול לעשות. מעשה קניין ולזכות בו.

דבכל קניינים דעלמא, יכול הקניין לחול משני צדדים. או מצד המקנה, דהיינו שהדעת אחרת מקנה פועלת את חלות הקניין (ובכחאי גוונא אין צריך כלל לדעת קונה), או מצד הקונה דהיינו דכל שהבעלים מתרצים ואינם מעכבים, יכול הקונה מצד עצמו לזכות בו כזוכה דבר מן החפץ, והשתא, בדבר שאינו ברשותו. אף על גב דהמקנה אינו יכול להקנות את החפץ ואדם אחר נמי אינו יכול לזכות מעצמו בחפץ, שהרי אינו ברשותו, מכל מקום הגזלן עצמו יכול לזכות בו, שהרי ברשותו הוא ולעניין הסכמת בעלים ונתינת רשותם, לא שייך חסרון דאינו ברשותו, דעל כל פנים אינם מעכבים עליו. והשתא זוכה בו הגזלן מעצמו.

(שערי יושר שער ז סוף פרק יב)

לפי רבי שמעון שקופ ישנם שני שלבים במעשה קניין רגיל. השלב הראשון הוא הסתלקות של הבעלים מזכויותם בחפץ, וזה למעשה דעת מקנה, או לחלופין הסכמת הבעלים לקניין. השלב השני הוא פעולת החקנאה עצמה, כאשר פעולת קניין זו מתפצלת לשני סוגים. הסוג האחד הוא שהמקנה הוא זה שעושה את פעולת החקנאה (כגון: מסירה, אגב) והסוג השני הוא שחקונה הוא זה שעושה את פעולת החקנאה (כגון: משיכה, הגבחה). בפשטות, אין חילוק בין הסתלקות הבעלים לבין מעשה קניין עצמו, ושניהם מתבצעים בבת אחת וכיון שלא יכול המקנה להקנות דבר שאינו ברשותו מסיבה דינית הלכתית, וכמו כן כמובן, אין יכול הקונה לבצע קניין מצד עצמו כשאינו החפץ ברשות המקנה מסיבה מציאותית מעשית (שהרי

החפץ איננו פה), שהרי כל תהליך קניין צריך להיות כשהחפץ ברשות המקנה. ומזה נובע באופן ישיר, לכאורה, שגם החסתלקות של הבעלים דהיינו הסכמתם והסרת התנגדותם צריכות להיות כשהחפץ ברשותו, שהרי בקניין אין שום הפרש בין שני השלבים ואף החסתלקות חלק בלתי נפרד מן הקניין היא. ומחדש רבי שמעון שקופ שהסתלקות הבעלים דהיינו נתינת אישורם, יכולה להעשות אף כשאין החפץ ברשותו, אלא כיון שבדרך כלל החסתלקות ומעשה קניין נעשים בבת אחת בלי הפרש כלל, דבר זה אינו בא לידי בטוי, שהרי בכל אופן מעשה קניין יכול להתבצע רק כשהחפץ ברשות מקנה. אבל בגזל, אמנם אין החפץ נמצא עתה ברשות המקנה (הגזל), ולכאורה, לפי זה לא היה יכול להתבצע קניין, אך החפץ נמצא ברשות הקונה עצמו (הגזלן). להבדיל מסתם קניין שאין החפץ ברשות הקונה. ואם כך החסרון של אי אפשרות מציאותית לביצוע מעשה קניין בידי הקונה מצד עצמו, אינו קיים. אלא שלפי שאר המפרשים כיון שאין החפץ ברשות המקנה לא תתכן הסתלקותו. ולכן אפילו מעשה קניין על ידי הקונה עצמו לא יועיל כיון שלמעשה אין דעת בעלים. אך לפי היסוד של רבי שמעון, שהסתלקותו אינה מותנית בהיות החפץ ברשותו, כיון שיכול הגזלן לבצע פעולת קניין. שחרי הגזילה ברשותו, שפיר קנה את הגזילה והיא שלו. ואם כן מובן כיצד מקודשת בגזל דידה, "אבל בגזל דידה כהיא דוורשכי דנתנה לו האישה תוורשכא במתנה, שפיר זכה בו הוא מקודם על ידי קניין שנעשה מצידו, אף על גב דהאישה לא הוי המקנה ואחר כך יכול הוא לקדשה בו" (שם דבור המתחיל וחשתא). כמובן, אין הבדל כלל בין חפץ לסלע, כך שכל מה שאמרנו תואם גם את התוספתא המדברת בסלע.

הקשיים בפירושו של רבי שמעון שקופ:

א. עצם החדוש, שלהסכמתו של הנגזל יש משמעות ותוקף אף כשאין החפץ ברשותו ושגזלן מבצע פעולת קניין ללא אפשרות אקטיבית של הנגזל להקנות, אינו מקובל על פי רוב, שכן כמו שביארנו וכך מסתמא הבינו שאר הראשונים והאחרונים, אמנם מסברא ישנם שני שלבים בקניין, אך במציאות דהיינו בפועל, אין לחלק ביניהם וכשם שמעשה קניין אינו יכול להעשות אלא אם כן החפץ ברשות המקנה כך גם החסתלקות תלויה בזה. ממילא דבר זה קיים אף בגזל ואין הגזלן יכול לקנות כיון שאין החפץ ברשות הנגזל.

ב. לפי דברי רבי שמעון שקופ יוצאת נפקא מינה גדולה למעשה, שהגזלן יצטרך לבצע מעשה קניין חדש (כגון: משיכה, הגבהה וכדומה). והסיבה כיון שהסכמתה באה לאחר שגזל, רק אז תואיל עשית מעשה קניין של הגזלן. וכמובן זה קשה מאוד. קודם כל מפני שבגמרא אין כל רמז לכך שהגזלן מבצע פעולת קניין כשהגזילה ברשותו. ושנית, משמע מהברייתא שמקדשה מיד ללא שהות זמן, ואחר כך לא טביר שבפרק זמן קצר זה, עשה הגזלן מעשה קניין כדי לקנותה.

עד כאן ראינו שלושה הסברים המתבססים על עיקרון זהה ותוא מתילת. בין

אם המחילה עצמה היא זו שמקנה (רש"י), בין אם המחילה גורמת לפקיעת חיוב החשבה וממילא הגזלן קונה מכת קנייני גזילה ראשוניים (אבני נזר וקהילות יעקב), ובין אם המחילה או לחילופין החסכמה ונתנת הרשות, הן רק שלב אחד מתהליך הקניין שיכול להתבצע אף כשאין החפץ ברשות המקנה והשלב השני הוא מעשה הקניין הנעשה על ידי הגזלן, כשהחפץ ברשותו (רבי שמעון שקופ).

ואכן הגאון רבי שמואל רוזובסקי בשיעוריו (לקידושין יג, א) מסביר את שיטת רש"י המוקשית בשני האופנים הנ"ל.

שיטות הפני יהושע ורבנו חננאל בן שמואל

פני יהושע (יג, א ד"ה שם החיא איתתא) מפרש: "מקדשה בהחיא הנאה, דלא צריכה למיזל בדינא, ודיינא שויה פרוטה ומתקדשת בו". כלומר - אין הגזלן מקדש אותה בכסף אלא בהנאה שלא צריכה ללכת לבית דין. דהיינו, בחסכון שנגרס לה. ונראה, שאפשר לפרש את החסכון הזה בשני אופנים (בשני תחומים). אמנם אין נפקא מינה גדולה ביניהם אך לעניין גודל החידוש יש הבדל. אפשרות ראשונה היא שמקדשה בחסכון של הכסף הכרוך בהוצאות משפט (כגון: שכירת עורך דין ועוד) והנאה זו שווה לה פרוטה. ולפי זה החידוש הוא שהנאת חסכון כסף שווה פרוטה. אפשרות שנייה היא שמקדשה בחסכון של הטירחה או לחילופין בחסכון של הזמן שחיו נגרמים לה בלכתה לתובעו בבית דין. ולפי זה החידוש גדול יותר, שגם הנאת חסכון של טרחה שווה פרוטה.

הקשיים בפירושו של הפני יהושע הם:

א. הרי הגזלן נותן נותן לה עכשיו את החפץ או את הסלע שגזל ממנה ואומר לה שתתקדש לו בזה. אם כך משמע גם מהמקרה של וורשכי וגם מהמקרה של הברייתא שמקדשה בגזילה עצמה. ואילו לפי הפני יהושע לא מקדשה בגזילה אלא בהנאה כלשהי של חסכון. ואף אם נדחק ונאמר שבגמרא בכל זאת מדובר שהתכוון לקדשה בהנאה, ודאי שלפי הרמב"ם אין כלל מקום לפירוש הפני יהושע, שהרי לפי הרמב"ם רואים בכמה מקומות (אישות ה, טו; כא-כב), שאם רוצה לקדש בהנאה, צריך לומר לאישה בפירוש שהוא מקדשה בהנאה, וכאן ודאי לא מדובר שאמר לה במפורש שמקדשה בהנאה.

ב. זהו חידוש להגיד שחסכון כלשהו הוי הנאה ממשית שאפשר לקדש בו אישה, בפשטות, מניעת הוצאה אינה נחשבת כסף, ואם כך לא תהיה מקודשת, שהרי לא קבלה הנאה ממשית (אך כמוכך, לזה יש ראייה מדברי רש"י בדף ו בעניין מחילת מלוה, האומר במפורש שמקדשה בהנאה של חסכון).

ג. קושיה הדברי ירמיהו (יג, א ד"ה ומצאתי) - הגמרא (יג, א) מוכיחה שיש הבדל בין שדיך לבין לא שדיך, מסתירה בין בריתא של גזל האומרת שמקודשת לבין

בריינתא של חוב האומרת שאינה מקודשת. ולפי הסבר הפני יהושע אין כלל סתירה, כיון שיש לחלק בין גזל לבין חוב. בגזל שייך לומר שמקודשת בהנאה שאינה צריכה ללכת לתובעו בבית דין מה שאין כן בחוב. לכאורה, היינו דוחים קושיא זו שגם בחוב יש לה הנאה שלא צריכה לתובעו בבית דין, שיחזיר החוב. אך כמובן, אין זה כך. שכן בגזל, כדי להוציא ממנו הגזילה צריך לתובעו בבית דין, להביא עדים שגזל, לשכור עורך דין, לחכות עד שבית דין יפסוק ועוד. לעומת זאת בחוב, המלוה בא עם השטר מבית הדין, ובית הדין גובה מיד מן הלווה על פי השטר, כך שאין משפט, אין טרחא ואין הוצאה כספית.

בדומה לפני יהושע מפרש רבנו חננאל בן שמואל בפירושו על הרי"ף (לדף ז, א בדפי הרי"ף): "גליא דעתה שנתרצית בדבר וגמרה ומקניא נפשה, בחנאה שהגיעה לידה שהחזיר לה שלח", או במילים אחרות, "בהחיא הנאה דאחדריה נחליה, מיגמר גמיר ואקנאי נפשה וכמאן דיחייב לה מנפשיה דמי".

כפי שברור ונראה לעין, פירוש זה דומה מאוד לפירושו של הפני יהושע, גם פה אפשר להגיד, בסופו של דבר, שהחנאה היא חסכון התביעה, אף על פי שאפשר להסביר פשוט יותר, שהחנאה היא עצם החזרת הגזילה. לכן, לא נאריך בפירוש זה, ופשיטא שאותם חקושיות שנאמרו על פירוש הפני יהושע קשות גם פה. מלבד קושית הדברי ירמיהו, אם נסביר שהחנאה היא עצם החזרת הגזילה.

שיטת התלמוד הירושלמי

איתא בירושלמי:

חטף הסלע מידה ונתנו לה בשעת מתנה אמר לה הרי את מקודשת לי, הרי זו מקודשת. במה קידשה? רבי חגי בשם רבי פדת, רוצה היא שתהיה מקודשת לו ויהא חייב לה סלע. אמר רבי יוסי, אילו איתמר כלי יאות, סלע דרכו להתחלף.

(ירושלמי קידושין כו, א)

חסברים שונים ניתנו לשיטת הירושלמי, אשר ניתן לחלקם לשתי קבוצות עיקריות: הראשונה - שיטת הפני משה, והשנייה - שיטת המאירי וקרובן העדה.

שיטת הפני משה

כתב הפני משה:

רוצה היא שתהיה מקודשת לו בהחיא הנאה שיהא חייב לה סלע אחר (עד כאן דברי רבי חגי). ומתמה רבי יוסי עלה, אילו איתמר כלי יאות קאמרת: שנוכל לומר דניהא לה שיתן לה כלי אחר בחילוף כלי שלה, שדרכו של כלי.

להתחלף... אלא סלע דרכה להתחלף בתמיה; מאי שנא סלע זה מאחר ומה הנאה דקא מטי לידה.

(ירושלמי, קידושין כו, א ד"ה רוצה היא)

לפי דחיית רבי יוסי יוצא שדווקא בכלי מקודשת כיון שיש לה הנאה שתקבל כלי אחר (טוב יותר או חדש יותר), אך בסלע אין לה שום הנאה בקבלת סלע אחר שדומה בדיוק לראשון ולכן אינה מקודשת. וכיון שהירושלמי מדבר במקרה של סלע, דוחה רבי יוסי את הסברו של רבי חגי שמקדשה בהנאה שיהא חייב לה סלע אחר.

אמנם, לגבי מקרה שגזל כלי, אכן אפשר להסביר על פי טעמו של רבי חגי שמקודשת בהנאה שיהא חייב לה כלי אחר.

ננסה להסביר את דברי רבי חגי כך שיתאימו לא רק בכלי, אלא גם בסלע. רבי יוסי דחה הסבר זה בסלע מטעם: "מאי שנא סלע זה מאחר ומה הנאה דקא מטי לידה". אך אפשר להביא שתי אפשרויות של הנאה שתבוא לה מזה שהחייב לה סלע אחר. אפשרות אחת היא שיש לה הנאה בזה שהיא יודעת שמישהו חייב לה חוב, כיון שזה עצמו עשוי לעזור לה בעסקים (כגון: אנשים יסכימו לעשות איתה עסקאות, לתת לה חלואות כשתצטרך וכדומה). אפשרות שנייה היא, שגם קיבלה את הסלע שלה (לשם קדושין אף זה טוב לה) וגם תקבל סלע נוסף וזה אצלה נחשב הנאה (אך קשה להסביר כך).

הסבר הפני משה בירושלמי דומה לפירושם של הפני יהושע ורבנו חננאל בן שמואל. העקרון המשותף לשלושת הפרשנים הוא: קידושי הנאה. כלומר, כשהגזלן נותן לאשה את הגזילה, אין הוא מקדשה בגזילה עצמה, אלא בהנאה שיש לאישה בזה. בין אם זו הנאה שלא צריכה לתובעו בית דין (פני יהושע), בין אם זו הנאה שהחזיר לה שלה (רבנו חננאל בן שמואל) ובין אם זה הנאה שיהא חייב לה סלע אחר (פני משה). אלא שבכולם היינו צריכים להגדיר ולהסביר מהי בדיוק ההנאה שהאישה מקבלת.

נעבור עתה לחסבר השני בדברי הירושלמי. הסבר זה מתחלק לשניים: שיטת המאירי ושיטת קרבן העדה.

שיטת המאירי

המאירי (יג, א ד"ה בתלמוד) נוקט שרבי יוסי בא לפרש ולהסביר את רבי חגי (בניגוד לפני משה שנוקט שרבי יוסי בא לדחות את רבי חגי). אם היה מדובר על כלי שהוא גזל ממנת, אכן לא היתה מקודשת, כיון שכלי אינו עשוי להתחלף וחוזר בעין (דחיינו כמו שהוא אותו הכלי). לכן לא נאמר שמתקדשת ויהא חייב לה כלי אחר כיון שאין דרך בני אדם לשאול כלי ולהחזיר. כיוצא בו (כלומר כלי אחר), אלא

להחזיר את אותו הכלי. ולכן כשנוטלתו, קיבלתו לשם חשבת הגזילה. מה שאין כן בסלע, שדרכו להתחלף ואינו חוזר בעין. מקודשת בדשדיך, שהרי מקבלתו על דעת שיהא חייב לה סלע אחר, והראייה שכך הוא, מזה שהירושלמי כתב "חטף סלע מידה" ולא "חטף מידה" כיון שבגזל דידה בדשדיך מקודשת רק בסלע אך לא בחפץ. פשוט הדברים הוא - כשמדובר בכסף היא אינה מוחלת אלא מחליפה, דהיינו, שבכסף למעה אין "והשיב את הגזילה", אלא זה הופך מיד לחוב וזה חידוש גדול של המאירי.

הרשב"א (יג, א סוף ד"ה כנסי סלע זו) ללא קשר לדברי המאירי מעיר כי יתכן שהירושלמי יודה לבבלי במקרה של וורשכי שמקודשת, אף על פי שזה חפץ, כיון שהלשון שם שאומר לה היא: "אי יחיבנא לך, מיקדשת לני". במקרה רגיל של גזל זידה, אינה מקודשת בחפץ כי אי אפשר יהיה להשיב לה את הגזילה, אך במקרה זה, שבחזרתו בלבד הוא מקדשה, יתכן לומר שמקודשת ולא קיבלה לשם חשבת הגזילה.

למסקנה מסיק המאירי שאף על פי שבבבלי משמע בפשטות שמקודשת בדשדיך גם בכלי (ולא רק בסלע), יש לחוש לירושלמי ולכן יצטרך לתת לה גט ולא יסתמך על הקדושין האלה.

המאירי מקשה על עצמו מהגמרא. הגמרא בצטטה את התוספתא כותבת גם את המקרה של חמסן (חמסן - דיחבי דמי, אבל לא נתרצו בעלים מעולם למכור) שמקודשת. ולכאורה, לא מובן. כיון שהחמסן נותן כסף, מסתמא מה שלקח כלי הוא, שאין דרך לקנות מטבע. במטבע ומדוע מקודשת? עונה המאירי, אפשר שקנה סלע בפרוטות או דינר זהב בסלע. ועוד, אפשר שבחמסן אף בכלי מקודשת, שמכיון שקיבלתו נתרצית בקבלת המעות.

אך נראה, כי שאלה זו כלל אינה קיימת. בתוספתא המובאת. בסוף הגמרא, כלל לא מובא המקרה של חמסן אלא רק גזל ופקדון. אלא שכנראה לגמרא היתה גירסא שונה בתוספתא, ולפי זה אפשר שלירושלמי היתה הגירסא בתוספתא שלא כתוב בה המקרה של חמסן, ואם כך כלל לא קשה על פירוש המאירי מתוספתא.

הקשיים בפירושו של המאירי:

א. המאירי מסביר את הירושלמי שמדובר דווקא בדשדיך, ואילו בירושלמי עצמו, לא מוזכר כלל הבדל בין שדיך ללא שדיך (ואכן, כפי שנראה לאלתר, קרבן העדה חולק בזה). אמנם אפשר לחלק, שהירושלמי דיבר במקרה שחטף וקידש מיד; אם לא שדיך ודאי אינה מקודשת, כיון שלא מחליפה (דהיינו זה עדיין לא הפך לחוב), אך במקרה שלא קידש מיד אלא אחר כך מקודשת אף בלא שדיך לפי הסברא דלעיל.

ב. לפי הפשט בירושלמי משמע שרבי יוסי בא להקשות על רבי חגי ולחלוק עליו,

או לפחות להסתייג מעט מדבריו, ואילו לפי המאירי, רבי יוסי בא לחסביר את רבי חגי ולפרש את דבריו.

שיטת קרבן העדה

דברי קרבן העדה (ירושלמי קידושין כו, א ד"ה אילו איתמר) דומים לשיטת המאירי, לפי קרבן העדה. רבי חגי אומר, שהיא רוצה להקנות לו הסלע שיקדשנה בו. ואומר לו רבי יוסי, במקרה שחטף כלל ממנה באמת צריך את הטעם שלך וזה משמע דווקא בדשדיך (אמנם לא ברור, כיצד היא מקנה לו). אך במקרה שחטף סלע מידה (וזוה המקרה הכתוב בירושלמי), כיון שדרכה להחליף, ודאי סמכה דעתה שזו לקידושין, והוא יתן לה סלע אחר, כלומר, ברגע שגזל את הסלע זה חופך לחוב וכשמקדשה, אף אם שתקה ולא שדיך, מקודשת כמו בקידושין רגילים (כך משמע).

אם כן העקרון של המאירי ושל קרבן העדה זהה, והוא שסלע דרכו להחליף. אלא שלפי המאירי בכלי כלל אינה מקודשת אף בדשדיך, ובסלע מקודשת רק בדשדיך, ואילו לפי קרבן העדה, בכלי מקודשת בדשדיך ובסלע מקודשת אף בדלא שדיך.

הקשיים בפירושו של קרבן העדה.הם:

א. יוצא שבסלע מקודשת אף בדלא שדיך, ואילו לפי הסברה הפשוטה כשמקדשה מיד לאחר שגזל והיא שותקת ולא שדיך, גילתה דעתה שמקבלת זאת כחשבת הגזילה. ואכן המקרה בירושלמי הוא שקידשה מיד לאחר שחטף: אמנם, אפשר לתרץ כי קרבן העדה דיבר באופן תאורטי, שלפי הסברה אף בדלא שדיך מקודשת. אך במקרה זה שקידשה מיד - מקודשת רק בדשדיך:

ב. במקרה שחטף כלי לא ברורה עדיין השאלה העיקרית, כיצד הוא יכול לקדשה בזה (שהרי כלי אין דרכו להחליף) והרי זה לא שלו.

לסיכום, ראינו שני הסברים עקרוניים הפוכים זה מזה בשיטת הירושלמי. לפי הפני משה, דווקא בכלי מקודשת כיון שיש לה הנאה שתקבל כלי אחר, שדרכו של כלי להתחלף, אך בסלע שאין דרכו להתחלף, אין שונה סלע זה מהסלע שתקבל במקום, ואם כך לא קיבלה הנאה כלל. לעומתו המאירי (ואיתו קרבן העדה) סובר, שדווקא בסלע מקודשת אך בכלי לא. והטעם, כיון שכלי אינו עשוי להתחלף וחוזר בעין (שהרי אין דרך בני אדם לשאול כלי ולהחזיר כלי אחר), ולכן כשנוטלתו מקבלתו לשם השבת הגזילה ואינה מקודשת. מה שאין כן סלע, כיון שדרכו להתחלף ואינו חוזר בעין, תוי ליה ביד הגזלן חוב, וכשמקבלתו על מנת להתקדש עושה האישה כן ויחא תייב לה סלע אחר ולכן מקודשת. נובעים מכאן שני הבדלים בין הפני משה למאירי. הראשון למעשה - האם מקודשת דווקא בכלי או דווקא בסלע. פני משה - דווקא בכלי, המאירי - דווקא בסלע. והשני - לעניין במח

מקדשה. האם מקדשה בהנאה או בסלע עצמו. פני-משה - בהנאה, המאירי - בסלע עצמו.

יסודן של שתי הגישות הבאות שנוציג מתבסס על דיני יאוש ושינוי רשות. כידוע דיני יאוש אינם קיימים דווקא במקרה של קידושין, אלא הם. הלכות עצמאיות השייכות למקרים נוספים כגון מכירה. וכן לאו דווקא בגזילה, אלא גם למשל באבידה. להבדיל מן הגישות הקודמות (מחילה והנאה) השייכות דווקא לעניין קידושין ודווקא לעניין גזל.

נזכיר כמה פרטים לגבי דין יאוש. בגמרא בבא קמא (סו, א) מובאת מחלוקת אמוראים האם יאוש קונה. רבה סובר, שיאוש קונה; ולכן כיון שהבעלים התיאשו; קונה הגזלן את הגזילה ודין (-מספיק) אם משלם דמי הגזילה. רק מסתפק רבה, האם יאוש קונה מדאורייתא או שמא רק מדרבנן.

לעומת זאת רב יוסף סובר, שיאוש אינו קונה ואפילו מדרבנן ולכן הגזלן צריך להחזיר את הגזילה עצמה, אף על פי שהתיאשו הבעלים. אמנם לכולי עלמא בגזל דעלמא, שאדם גוזל ממישהו חפץ ומוכרו ללוקח פלוני, אם התיאשו בעלים, הלוקח קנאו מדין יאוש ושינוי רשות.

שיטת רבנו יהונתן הכהן מלוניל

רבנו יהונתן אומר שלושה ביטויים שונים לגבי העניין בו' אנו עוסקים, אשר ממבט ראשון נראים כסותרים זה את זה.

בגזל דידה, כיון דשדיך כלומר דיבר עימה קודם לכן ונתרצתה להתקדש לו, הלכך אף על גב שחטף סלע מידה וקידשה בו, דין הוא דליהו קידושין, דחא נתנה עיניה בו להתקדש לו. הלכך יש לחוש שהקנתה לו הגזל מיד שחטף מידה, כדי שתתקדש לו באותו דבר...

(יג, א ד"ה ורשכו)

ודווקא בגזל דידה, דגליא דעתך דנתיאשה ממנו כיון דאמרה אין...

(יג, א ד"ה ניתני)

הא דקתני מקודשת בדשדיך מקמי הכי ונתרצית להתקדש לו, דכי קבליה לגזל דידה מיניח, שמע מינא אחולי אחילתיח...

(נב, ב ד"ה וחה)

לפי המשפט הראשון האשה לא מקודשת ודאי אלא מספק, ויצטרך לתת לה גט (ומה שכתב "דין הוא דליהו קידושין", הכוונה לעניין שתצטרך גט), כיון שלמעשה, אין פה קנאה בגזל, אלא יש ספק האם היה פה באמת גזל או שמא היה כאן מעשה קניין רגיל, שהאשה הסכימה להקנות לו כבר בשעת החטיפה. כמובן פירוש

זה קשה מאוד, כיון שודאי מדובר פה על גזל ממש, וכן הגמרא עוסקת בזה כגזל רגיל לכל דבר. יתר על כן הגמרא אומרת "מקודשת" ומשמע מזה ודאי ולא ספק.

הבטוי השלישי שמשמש בו רבנו יונתן, הוא בדיוק שיטת רש"י שמחלה לו. ולכן מובן, שחלות על פירוש זה כל הקושיות המובאות על שיטת רש"י.

גם הבטוי השני שמביא רבנו יונתן הוא קצת בעייתי. על פיו יש פה יאוש של האישה ועל ידו קונה הגזלן את הגזילה. נעמיק ונרחיב קצת בהסברו ובהבנתו של "יאוש" זה. ניתן לבארו בשתי צורות, דהיינו בשני אופנים. האחד שהכוונה פה גם כן למחילה, ואם כן אין הבדל בין זה לבין הבטוי השלישי: אך אפשר לפרש יאוש זה באופן הרגיל שלו, דהיינו יש פה יאוש ממש של האישה והגמרא הולכת על פי מאן דאמר יאוש כדי קני (-רבה). וכיון שהגזלן קונה את הגזילה, יכול לקדש בה את האישה.

הקשיים בפירוש של יאוש הם:

א. רוב הפוסקים נוקטים כשיטת רב יוסף, שיאוש כדי אינו קונה כלל. ואם כן יוצא שהגמרא פה הולכת רק למאן דאמר יאוש כדי קני, שאינו נפסק כלל להלכה. יתר על כן חברייתא האומרת שהמקדש בגזל דידה מקודשת, כן נפסקת להלכה.

ב. בגמרא מדובר שקידשה מיד, ולכן קשה להניח שהיא חתיאשה.

ג. קושית המאירי (יג, א ד"ה גזל): "ואף לדעת האומר יאוש כדי קני, פירוש לעניין שאינו צריך להחזיר הגזילה עצמה בעין. אלא דמיה, אבל גזל שלה, שהדבר עצמו שגזל לה בא לידה, הרי הוא שלה". קושיה זו תירץ ספר טיב קדושין (אבן העזר סימן כח ד"ה והב"ש) - אם חתיאשה ויאוש כדי קני, אם כך מה לי מקדשה באותו הפך מוח לי מקדשה באחר. בכל מקרה לא תוכל לומר דידי שקלי.

לכן נוח יהיה להסביר כמו הצורת הראשונה, שכשרבנו יונתן כותב "דנתיאשה", מתכוון הוא לפירוש של מחילה ואת הבטוי הראשון אפשר ליישב שיש לנו ספק האם מחלה או לא. ולפי זה נרוויח שאין סתירה מיניה וביה בדבריו של רבנו יונתן. אך פירוש זה קצת דחוק, כיון שרבנו יונתן משתמש בשני ביטויים, "מחילה" ו"יאוש". משמע שאינם חיינון הך, שאם לא כן היה נוקט רק באחד משני ביטויים אלה.

שיטת בעל הטורים

וכתב תרמ"ה: דווקא בגזל דעלמא מקודשת לאחר יאוש, דאיכא יאוש ושנוי רשות, אבל אם גנב או גזל משלה ולא שידך אותה תחילה וכשנתנו לה אמר התקדשי לי בזה וקיבלה אותו ושתקה אינן קידושין. אבל אם שידך תחילה או אפלו לא שידך תחילה וכשאמר לה התקדשי לי בזה ונתנו בידה אמרה

אין, הוי קידושין..

(אבן העזר סימן כח)

נושאי כליו של הטור הסבירו קידושין אלו לפי הטור מטעם מחילה (כמו רש"י). אך בפשטות משמע מהטור שמקודשת מטעם יאוש ושנוי רשות, ולכן ננסה להסביר כיצד מקודשת מטעם יאוש ושנוי רשות. נדון קודם כל, כיצד בגזל דעלמא (גזל דאחרים) מקודשת על ידי יאוש ושנוי רשות ולאחר מכן נשליך זאת לגזל דידה. ראשית כל, הרקע שצריך לעמוד לנגד עינינו הוא דברי רבי יוחנן האומר: "גזל ולא נתיאשו בעלים, שניהם אינם יכולים להקדיש. זה (הגזלן) לפי שאינו שלו, וזה (הנגזל) לפי שאינו ברשותו". כלומר החפץ הוא של הנגזל אך נמצא ברשות הגזלן (אף על פי שבאיסורא אתא לדידה). וכדי לבצע בחפץ פעולה בעלת תוקף כלשהו מבחינה קניינית, צריך החפץ להיות שלו וברשותו. עתה נעבור לדיון ולחקירה עצמם, כפי שנראה לאלתר, לכאורה, אין הבדל בין גזל דעלמא לגזל דידה, אך בחתבוננות מעמיקה יותר נראה שהבדל גדול.

ישנן שלוש שאלות עיקריות בעניין הסבר חלותם של קדושי גזל:

א. מדין מה פועל יאוש ושנוי רשות? א) מדין "בהיתרא אתא לידה", שהרי המתקדשת אינה מתחייבת בחשבה, מה שאין כן הגזלן, שהרי חייב בחשבה. וכיון שבאיסורא אתא לדידה, שנוי רשות מהנגזל לגזלן לא מהני. ב) שנוי רשות הוי מקצת שנוי, אך אינו שנוי גמור לקנות בלי יאוש.

ב. האם הגזלן, במקרה זה קונה את הגזילה? א) כן, כיון שהקדושין וקניינו של הבעל באים כאחד. ב) לא קונה את הגזילה.

ג. מה הקשר והשייכות הנצרכים בין המקדש לבין החפץ שבו הוא מקדשו? א) החפץ חייב להיות משל הבעל. ב) מחמתו - כלומר העיקר הוא שהיא תקבל פרוטה בגללו (וראיה לכך דין עבד כנעני). כיון שבגזל דעלמא, כולי עלמא מודים שהאישה מתקדשת מטעם יאוש ושנוי רשות, אם כך בהכרח המחלוקת בשאלה ג תגרור מחלוקת ב-ב. ולפי מה שאמרנו עד כאן, לכאורה, אין הבדל בין גזל דעלמא לגזל דידה לפי כל השיטות הנ"ל, שהרי המשותף והמקביל בשניהם, שזה היה ברשות הגזלן ואחר כך עבר לרשות אחרת, ולא משנה אם אותה רשות אחרת זה אישה אחרת המתקדשת לו, או אותה אישה שגזל ממנה. אך אם נבחן זאת מקרוב נראה שהבדל גדול, ואי אפשר כלל לחקיש מזה לזה. על פי הרקע הראשוני שהצגנו החפץ נשאר שייך מבחינת בעלות לנגזל. ואם כך בגזל דעלמא החפץ עובר להיות שייך לאישה המתקדשת, דהיינו, מתבצעת העברת בעלות. היא מקבלת חפץ לבעלותה ובה מתקדשת, אך בגזל דידה החפץ אינו עובר בעלות, שהרי לכל אורך הזמן החפץ נשאר של הנגזל (-של האישה). ואם כך אין האישה מקבלת כלום, ובמה תתקדש. ואפילו נסביר שמספיק שזה מחמתו, פה תחיה הבעיה מצידה, שהיא לא קיבלה כלום.

אמנם, לכאורה, אם ננקוט שהבעל קונה מטעם "קדושו וקניינו באין כאחד" אתי שפיר גם בגזל דידה, שהרי הבעל קונה והאישה מקבלת משהו חדש. אך לפענ"ד, לא נוכל לומר כאן, בגזל דידה, טענה זו של "קדושו וקניינו באין כאחד". כל הרעיון העומד מאחורי זה הוא שכיון שקדושין אלה יגרמו שהחפץ יהיה שלי, חשוב החפץ שלי עתה שאוכל לקדשה. אך בנדון דידן קידושין אלה לא יגרמו שהחפץ יהיה שלי, כי למעשה החפץ חוזר לנגזל, ואם כך כלל לא הועברה בעלות. אם כן ראינו שלא ניתן להסביר גזל דידה מטעם יאוש ושנוי רשות כמו בגזל דעלמא. לכן ננסה להסביר גזל דידה מטעם יאוש ושנוי רשות בצורה שונה. בגזל, עצם פעולת הגזילה היא העברת רשות בין הנגזל לגזלן, והראיה - מימרת רבי יוחנן שאין הגזילה נחשבת ברשות הנגזל אלא ברשות הגזלן. ואם כן, לכאורה, זה היה צריך להיות שנוי רשות ואם היתה מתיאשת הוי יאוש ושנוי רשות ביד הגזלן והגזלן קנה (אמנם יש מחלוקת ראשונים האם יאוש אחר שנוי רשות מועיל כמו קודם שנוי רשות. לפי הרמב"ם לא שנא לפני, לא שנא אחרי, ולפי שאר הראשונים מועיל דווקא קודם שנוי רשות, ואם כך לפי הרמב"ם זה מסתדר, אך לפי שאר הראשונים יאוש כזה שאחרי השנוי רשות אינו מועיל. אך הכוונה פה באופן תאורטי כדי להגיע למסקנה ולאו דווקא באופן מעשי. אלא כמובן, התורה לא רוצה ולא מעוניינת לתת הטבות לגזלן ולחקל עליו, שחרי באיסורא אתא לידיה, ולכן רק שנוי רשות נוסף מהגזלן לפלוני אחר, מועיל אם קדם לו יאוש. כלומר, שנוי רשות זה אינו מועיל כיון שבאיסורא אתא לידיה ולא רצתה התורה לעשות תקנה לטובת הגזלן. (מה שאין כן, יאוש ושנוי רשות אצל לוקח שיש עניין שחלוקת. לא יפגע).

עיקר החידוש הוא שפעולות שנוי הרשות וחלות הרשות תחיינה תלויות ומותנות ברצון האישה (-הנגזלת), ונבהיר את הדבר. כפי שהקדמנו כל התקנה שאין השנוי רשות הראשון מועיל, היא לטובת הנגזל, אך אם הנגזל מעוניין ששנוי רשות זה יועיל ויפעל פעולתו, אם כך זה כבר לא נמצא ברשות הגזלן באיסורא אלא בהיתרא והוי שנוי רשות מעליא. דחיינו הסכמתה הופכת את השנוי רשות של איסור לשנוי רשות של היתר. לפי זה שנוי הרשות בגזל דידה נעשה עוד אצל הגזלן, ואם התיאשה לפני כן הגזלן קנה. על כן פשיטא שיכול לקדשה בזה כיון שזה שלו. ולכן במקרה שלא שדיך, שמו חכמים דעתה שאינה רוצה להתקדש אלא לקחת את שלה, ואם כך לא הוי שנוי רשות מעליא, שחרי זה נמצא אצלו באיסורא. אבל אם שדיך - שמו חכמים דעתה שרוצה להתקדש, אם כך הסכמתה הופכת את השנוי רשות של איסורא להיתרא, דחיינו, היא מותרת על זכויות הרשות הפוטנציאליות שלה בחפץ. ולכן הגזלן קונה על ידי יאוש ושנוי רשות (אף על פי שלפני השנוי רשות הזה, החפץ עדיין שלה).

במילים אחרות גזל זה עניין שבין אדם לחברו. אמנם התורה אסרתו כיון שזה פוגע בנפש האדם ולא בגלל בין אדם לחברו דווקא, אך הכוונה פה לא רק על עצם

האיסור אלא גם על הדינים החלים על הגזלן ועל הגזילה לאחר שגזל. התורה קבעה דינים בענייני גזילה, כדי ליצור חיי חברה תקינים. כלומר התורה רוצה לעזור לבני אדם שלא יפגעו. דבר זה ברור גם בגלל ההגיון גרידא, אך ניתן לראות זאת גם בהתבוננות בדינים עצמם. למשל השבת הגזילה כעין שגזל. זה מורה על כוונה מצד התורה שנהגזל לא יפסיק את חפצו או את ערכו של החפץ, או למשל בגזל דעלמא שהלוקח קונה מיד הגזלן ביאוש בעלים ושנוי רשות, דין זה הוא תקנה לעזרת הלוקח שלא ירומה ויפסיד, וכן כדי שיתבצעו ויתקיימו חיי מסחר שוטפים, ללא חשש וללא בדיקה קפדנית, האם החפץ גזול או לא, וכן חללא.

לפי האמור מובן, ששנוי רשות בין הנגזל לגזלן לא מהני, כיון שאין התורה רוצה להטיב לגזלן או לחקל עליו, אלא לחיפך, להגן על הנגזל. ולכן אף על פי שזה ברשותו של הגזלן, אכתי באיסורא אתא לידיה. אבל ברגע שהנגזל מעוניין שהגזלן יחזיק בחפץ בהיתר, אין כל סיבה שהתורה תמנע ממנו להרשות לגזלן דבר זה, שהרי התורה מעוניינת לעזור בדינים אלו. ואם כך קונה הגזלן את הגזילה ביאוש ושנוי רשות. כפי שאמרנו הסכמת הנגזל גורמת לכך שהגזלן יקנה את הגזילה ולא יצטרך להשיב את החפץ בעין. אך זה לא פוטרו מתשלום דמי הגזילה וכן אין זה גורם לכך שהגזלן לא עבר עבירה (שהרי זה דבר שבין אדם למקום). בגזל דעלמא זה כלל לא שייך. כיון שאף פעם אין רצון מצד הנגזל שהחפץ יהיה ברשות הגזלן בהיתרא או שייך לו ואילו גזל דידה זה מקרה מיוחד שבו יתכן רצון של הנגזל, במקרה זה של האישה, שהחפץ יהיה ברשות הגזלן בהיתרא לשם מטרה מסוימת - קידושין.

לסיכום: בגזל דידה מקודשת מטעם יאוש ושנוי רשות, אך שנוי רשות המתבצע אצל הגזלן והוא תלוי ומותנה ברצון האישה, כשבכל מקרה צריך לדון האם רצון זה קיים או לא, לחבדיל מגזל דעלמא, שהשנוי רשות הוא במעבר מרשותו לרשותה ואינו תלוי כלל בנגזל.

הקשיים בחידוש זה הם:

א. ישנה כאן סתירה מיניה וביה. מצד אחד כיון שהטעם הוא יאוש ושנוי רשות, בחכרה הנגזל (-האישה) התיאש, ומצד שני, ישנה פה הסכמה ואפילו אקטיבית במידה מסוימת, שזה יהיה ברשות הגזלן בהיתרא.

כיצד, לכאורה, היא יכולה לחביע הסכמה כזו, לאחר שהתיאשה. אפשר לחסביר שהתיאשה, אך על כל פנים לאחר זמן כשראתה שזה אצלו תסכימה שזה יהיה ברשותו. אך על זה באה השאלה שנשאלה גם על הפירוש של יאוש, ופה היא עוד מקבלת משנה תוקף.

ב. הרי בגמרא שלנו מדובר, שהוא חטף וקידשה מיד. ואם כך כיצד יכול להיות שהתיאשה בפרק זמן קצר שכזה.

יתר על כן לא יתכן שהתיאשה ועוד הספיקה מיד להסכים שזה יהיה ברשותו בהיתר. קושייא זו מחווה בעיה גדולה בפירוש זה ודי מסתבר שאי אפשר להסביר זאת במקרה שקידשה מיד לאחר שחטף, אלא רק לאחר זמן. אפשר אולי לדחוק ולפרש, שמחילה מקבילה ליאוש, גם לעניין שתועיל בתוספת של שנוי רשות. ופח בגזל דידה נוצר מצב מיוחד, שמחילה זו והשנוי רשות באים כאחד על ידי הסכמתה.

שיטת התוספות רי"ד

איתא בגמרא:

תנו רבנן: (אמר לה) התקדשי לי במנה, (ואמרה לו) תנם לאבא (שלי) ולאביך (או לאביך) אינה מקודשת. (אבל אמרה לו) על מנת שיקבלום לי - מקודשת.

(קידושין ת, ב).

ופירושו רוב הראשונים שמקודשת מדין ערב, כלומר אף על גב דלא מטי הנאה ממשית לידה, מקודשת בהנאה שנעשה רצונה. לעומתם סובר התוספות רי"ד (להלן התורי"ד) אחרת ובדבריו ישנו חידוש, שמשנת את כל הבנתינו לגבי הנתניה בקידושין והקניין שבהם, וממנו נגיע בסופו של דבר גם להסבר אצלנו, במה מקדש הגזלן את האישה שגזל ממנה.

על מנת שיקבלום לי, מקודשת - פירוש, לא מטעם שעשתם שליח לקבלה דאין שליח לקבלה אלא מפי האישה ולא שתאמר לאחר אמור לפלוני ויקבל קדושי. כדפרישית בגיטין, דשליחות לקבלה מילי היא, ומילי לא ממסרן לשליח... אלא, היינו טעמא דכיון דאמרה ליה תנם לאבא ולאביך, כאילו נתנם בידיה דמי.

ובכולן, אם אמרה ואקדש אני לך נראה לי דהיא מקודשת דבכל לב קאמרה ליה ובכל מקום שיתנם בצויה, כאילו שם בידה דמי. ונראה לי, דהוא חדין לגבי גט, אם היה בעלה נותן לה גיטה, ואמרה לו שים אותו על גבי סלע זה, או על גבי קרקע, ואתגרש - מגורשת היא, וכאילו שם בידה דמי. ולא דמיה לטלי גיטך מעל גבי קרקע דהתם אין שם נתינת בעל, דהא שלא מדעת האישה נתנו על גבי קרקע. אבל היכא דאמרה ליה, תנהו על גבי קרקע, כאילו נתנו בידה דמי. וכן כשאמרה לו תנהו לפלוני ואתגרש בו. אף על פי שאין אותו פלוני שם, מגורשת ולא מטעם שליח לקבלה דהא לא שמע שליח מפיה, אלא כיון שנתנית הבעל לאותו פלוני היא בצויה האישה וברצונה כאילו נתנו בידה דמי.

(קידושין ת, ב ד"ה על מנת; וד"ה ואם)

התורי"ד מבין את היסוד של קידושין בצורה חדשנית. כפי שידוע הקניין בקידושין שהבעל קונה את האישה, אין הוא קניין ממוני כלל, אלא למעשה קניין איסורי מסוים. לפי זה אין צריך בקידושין מעשה קניין רגיל, שהרי הדבר הנקנה אינו דומה לחפץ הנקנה. ולכן היסוד של הקניין דומה במקצת לגט. כשם שבגט, העיקר הוא נתינת הגט, כלומר שהבעל נותן את הגט לאישה, כך גם העיקר בקידושין הוא נתינה. הבעל צריך לבצע נתינה של חפץ או של כסף לאישה וכיון שקניין הקידושין הוא למעשה רק קניין סמלי, שהרי כפי שביארנו אין צורך במעשה קניין רגיל, וגם הנתינה היא רק סמלית. לכן ממשיך התורי"ד, הקניין בקידושין הוא קניין רצון. כלומר העיקר הוא נתינה כלשהי בצוויה וברצונה. וכמעט שלא צריך ברור, מדוע אומר התורי"ד שהאישה מקודשת אף על פי שהבעל שם את החפץ על קרקע שלא שיכת לאף אחד מהם, היא אינה זוכה בזה כלל. כי אותה נתינה של החפץ למקום כלשהו או לפלוגי, בצווי האישה היא מעשה הקניין גופא שיש בקידושין וכאילו נתנו בידה דמי. כלומר הבעל מקצה חפץ בעל ערך כספי, ברצון האישה ובזה היא נקנית. רצונה וצווייה הם הם עיקר הקניין בקידושין.

פירושו זה הגיוני מאוד, כי אם כל הקניין בקידושין הוא קניין סמלי, שהרי ודאי אין הוא קניין ממון, ואין כל סיבה שגם הנתינה לא תהיה סמלית גרידא. מובן, שלפי האמור אין כלל בעיה בגזל דידה. עצם נתינת החפץ הגזול על ידי הגזלן לאישה, הוי נתינה טובה לעניין קידושין, וכיון שהיא הסכימה, דהיינו תביעה את רצונה מקודשת. במיוחד שבמקרה זה החפץ מגיע לרשותה של האישה. ואם כך לנתינה כאן יש הרבה יותר משמעות, שהרי היא יכולה עתה להשתמש בחפץ, מה שאין כן לנתינה על גבי סלע שאינו שלה, שאין לה שום קשר משמעותי לחפץ. אבל כפי שנראה לאלתר, האחרונים לא קיבלו חידוש זה של התורי"ד. האבני מילואים (אבן העזר סימן ל' סימן קטן י"ד"ה אמנם) מצטט את התורי"ד ואומר: "אמנם לא הוזכר שיטה זו, לא בפוסקים ראשונים ולא באחרונים. ונראה, דהוא דעת יחיד, ואינו מובן שיטה זו". והסיבה היא, שכל הפרשנים סבירא ליה דבעי נתינה ממש ליד האישה ושאינה תזכה בזה. כלומר, החבנה היא שקניין בקידושין צריך להיות מעשה קניין ממש, דומיא דממונות אף על פי שהדבר הנקנה אינו דומה בשני המקרים. וכמובן כך גם פשט המשנה: "בשלושה דרכים האישה נקנית - בכסף, בשטר ובביאה". ולכן כותב האבני מילואים (אבן העזר סימן לז סעיף קטן ג"ד"ה ובשיטת תוספות רי"ד): "ונראה דגבי כסף שאני דבעינן הנאת מקבל... ומשום הכי בקדושי כסף בעינן דמטא לידה ממש או ליד שלוחה, אבל באומרת תן על גבי סלע שאינה שלה, דלא אתי לידה הנאה, אינה מקודשת... ומשום הכי בעינן דוקא מדין ערב, דחזו ליה הנאה לגביה, במה שחוציא הנותן על פיו. ולפי זה (לפי דין ערב), במקת וממכר נמי כל שאומר המקבל מתנה או הלוקח שיש אותו על גבי סלע, אפילו אינו שלו, חזו ליה כאילו מטי לידה ממש". ומוסיף: "אמנם מסתימת דברי הפוסקים רובן, דלא מחזי כי האי גוונא גבי גט, היכא דאומרת תן על גבי קרקע"

(בניגדו לתור"ד, כפי שראינו).

סיכום השיטות

שאלנו במה הגזלן מקדש את האשה חרי חפץ היה ... לא שלו. ראינו את שיטת רש"י, שקנה במחילתה כאשר האבני נזר והקהילות יעקב ורבי שמעון שקופ יכולים להיות הסבר לשיטתו. לאחר מכן הצגנו שלוש שיטות (פני יהושע, רבנו חננאל בן שמואל ופני משה) חנוקטות בסוגייתנו, ששנם קדושי הנאת. ראינו את שיטת המאירי, שבגזלת כסף, יש למעשה חוב רגיל כיון שדרכו להתחלף. בשיטת רבנו יונתן הכהן מלוניל, העלינו אפשרות של יאוש ויאוש כדי קני. לאחר מכן, הסברנו את הטור על ידי יאוש ושנוי רשות בצורה מחודשת. ולבסוף התוספות ר"ד בגישתו החדשנית, בעניין חתימה בקידושין ובהשלכתה בקידושין של גזל דידה.

עתה נעבור לדון בשאלה השלישית שהצגנו בפתח מאמרנו:

כיון שאין הגזלה ברשות האשה, כיצד מקנה היא אותה לגזלן?

כפי שכבר בארנו, בקידושין צריכה להיות נתינה מצידו של הבעל, וכך זכייה של האישה בערך ממוני כלשהו. לכן הסברנו, שהגזלן קונה את הגזילה ומקדש בזה את האישה. אך נשאלת השאלה, איך הגזלן יכול לקנות. האישה אינה יכולה להקנות את החפץ, שהרי אינו ברשותה וכיון שבמעשה קניין צריך גם את פעולת המקנה; לכאורה, לא יכול להתבצע קניין.

מובן, ששאלה זו במקומה רק לפי השיטות שאכן סוברות, כי הגזלן קונה את הגזילה (והן שיטות רש"י, האבני נזר, הקהילות יעקב, רבי שמעון שקופ, המאירי, רבנו יהונתן והטור), אך לפי השיטות שאינן סוברות כן, אלא סוברות שאין הגזלן קונה את הגזילה כלל (והן שיטות הפני יהושע, רבנו חננאל בן שמואל, הפני משה והתוספות ר"ד), שאלה זו כלל אינה קיימת.

כמו כן, לאחר שנסביר עניין זה בגזל דידה ננסה לחשליך כל הסבר מן החסברים הבאים לגזל דאחרים, ששם ודאי קונה חלוקה מטעם יאוש ושנוי רשות (ובמקרה הספציפי של קידושין, האישה מקודשת מטעם יאוש ושנוי רשות).

שיטת האבני מילואים

האבני מילואים עוסק במקרה של גזל דידה (גזל דידה) - אישת גזלה מאיש כסף או חפץ ואותו פלוני מקדשה בגזילה זו, ואנו נשליך את הדברים לגזל דידה. בפתח דבריו מביא האבני מילואים את מחלוקת התוספות והרמב"ן. לפי התוספות

לא רק אם הגזלן הודה שגזל, זה כבר הופך להיות בידו פקדון, והנגזל יכול להקדיש; אלא אף אם הגזלן רק רוצה בהקדש (ולא הסכים להחזיר), גם כך הנגזל יכול להקדיש.

לעומת זאת, לפי תרמב"ן אפילו הגזלן רוצה להחזיר את הגזילה לנגזל, אין הנגזל יכול להקדיש, כיון שבתורת גזל הוא אצלו, וכל שכן אם אין הגזלן רוצה להחזיר אלא רק רוצה בהקדש, דלא חייל הקדש, דבתורת גזל אתא לדידה. ואומר האבני מילואים שלפי כולי עלמא נראה, דלגזלן עצמו ודאי מצי יהיב אף על גב דאינו בהשותו של הנגזל, ואינו יכול ליתנו לאחר, כיון שזה דומה למלוה, שהמלוה יכול למחול ללווה, אלא שבמלוה זה לשון מחילה ובגזל לשון מתנת. ותסיבת שבמלוה אינה מקודשת: היינו, משום דלא נתן לה הנאה מחודשת שכבר הן ברשותה להוציאן. אבל גזל, אף על גב דרוצה לגזול, הוא נותן לה הנאה מחודשת כשנותן לה הגזילה. ואם כך היא מקבלת את הגזילה וגם הנאה יש לה, שחרי לפני כן זה לא היה שלה.

בבואנו להעתיק הסבר זה לגזל דידה, הדבר פשוט הרבה יותר, שכן לא זקוקים כלל לעניין של הנאה. הגזלן קונה במתנה, ומקדשה בזה שחרי זה כבר שלו. הסברא העומדת מאחורי ההסבר, שהגזלן קונה במתנה ואין הנגזל יכול למכור לאחר היא: שלגזלן יהיו אחר כך כל הזכויות בחפץ, דהיינו - זה יגיע לשליטתו. במילים אחרות הסיבה שאין הנגזל יכול לחקנות לאחר, היא חסרון מצד הקונה שלקונה לא תהיה שליטה בחפץ, ומה שאין כך לגזלן עצמו שחסרון זה איננו קיים. אמנם האבני מילואים מביא שם את דעת המוהרי"ל (ד"ה לדעת המוהרי"ל) שבגזל דידה, אמנם הנגזל יכול לתת לאישה שגזלה, אך זה לא יהיה קידושין כיון שזה לא כסף שלו בשעת הנתנה, שהרי אינו ברשותו. כלומר האישה שגזלה אכן קונה, אך בקידושין צריך נתינה ממש לאישה, ופה יש גריעותא שאין זה ברשותו. אבל אם נשוח זאת לגזל דידה לפי המוהרי"ל, יוצא גם כן מצויין, הרי כשהיא נותנת לגזלן את החפץ במתנה, אמנם אין נתינה מעולה, אך לא זקוקים לזה. העיקר הוא שעכשיו החפץ של הגזלן ובבוא הגזלן לקדש את האישה, נותן לה חפץ קידושין בנתינה מושלמת ומעולה וחרי היא מקודשת.

הגאון רבי שמואל רוזובסקי מביא שתי אפשרויות בבואור יכולת הנגזל להקנות לגזלן עצמו, האפשרות הראשונה היא שיטת האבני מילואים בפישוט מה:

וכי משום דאינו ברשותו. הוי זה חסרון בשלום! הא ודאי הוי איהו בעלים גמור על המעות, אלא דאיכא דין מסוים בחני חלויות והקנאות דתליין בבעלים, דלעשית חלות או הקנאה בחפץ, בעינן נמי דיהא ברשותו. אבל אין זה חסרון בעלות דליחוי כאינו שלו אלא, דכיון דהא אינו ברשותו, אינו חסרון בבלות ההקנאה אלא דהוא דין מסוים בעשית חלות והקנאות בחפץ, דבעינן דיהא גם ברשותו. לזה יש לומר, דסגי במאי דיהא על כל פנים ברשות

הקונה, דדוקא היכא דאינו, לא ברשות מקנה ולא ברשות קונה, לא שייך למיעבד ביה הקנאות. אבל היכא דהוי על כל פנים ברשות קונה, תן ליכא כאן החסרון דאינו ברשותו, כיון דבבעלות המקנה לא חסר מיד.

(חידושי רבי שמואל קידושין סימן י סעיף א סעיף קטן ב)

לפי הסבר זה בגזל דאחרים לא פועל היסוד הזה. כיון שבגזל דידה האישה רוצה להקנות, אך בגזל דאחרים, אין הנגזל רוצה להקנות וכיצד יקנה חלוקת ביאוש ושנוי רשות? אלא יש שתי אפשרויות להסביר זאת. אפשרות אחת, על ידי יסוד האבני נזר, שכפי שנראה להלן מסתדר גם בגזל דאחרים. אך זה קצת קשה, כי מזה שהאבני מילואים לא נקט בגזל דידה כאבני נזר, מוכח שלא מקבל את היסוד שלו. ולכן נראה כאפשרות השנייה. דהיינו שהלוקח קונה מטעם יאוש ושנוי רשות. יאוש בעלים פירושו, שפוקעים כל זכויות הבעלים בחפץ, דהיינו, הבעלים מפקיעים את זכויותיהם בחפץ. וכיון שכך יכול לזכות בזה הגזלן, אלא שבאיסורא אתא לידיה ואת זה בא לפתור השנוי רשות.

שיטת רבי אלחנן ווסרמן

רבי אלחנן ווסרמן (קובץ שיעורים על קידושין אות צג) מעלה בתחילה את האפשרות להסביר כמו האבני נזר, כלומר הגריעותא שהגזילה אינה ברשות הנגזל. היא מצד הקונה שהנגזל רוצה להקנות לו את הגזילה, כיון שזה לא יגיע לרשות הקונה ולא מצד המקנה שאין החפץ בשליטתו. אך רבי אלחנן ווסרמן דוחה זאת על ידי שתי ראיות המורות כי הגריעותא היא מצד המקנה.

הראשונה מדברי רבי יוחנן שאמר כי הנגזל אינו יכול להקדיש כיון שזה לא ברשותו (בבא קמא סח, ב) והוא עצמו סובר כמאן דאמר שבחקדש, "כל היכא דאיתיה (הדבר הנקדש), בבי גזא דרחמנא איתא (בבית אוצרו של ה' נמצא)", ואם כך משמע שהחסרון הוא מצד המקנה (הנגזל, המקדיש). שאם לא כן והחסרון הוא אכן מצד הקונה, מדוע אינו יכול להקדיש, הרי אין חסרון מצד החקדש שכאמור רשותו בכל מקום.

הראיה השנייה היא מהגמרא בבבא קמא שאומרת שאינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו, כמו שאינו יכול למכרו. ומוכח שהחסרון מצד המקנה.

נמצינו למדים כי מחלוקת רבי אלחנן ווסרמן והאבני מילואים תלויה בחקירה מדוע הנגזל אינו יכול להקדיש או למכור. האם כיון שאין זה בשליטתו של הנגזל, או כיון שזה לא יגיע לשליטת הקונה. האבני מילואים סובר, שחסיבה היא כיון שזה לא יגיע לשליטת הקונה (לרשותו), ואם כך יכול למכור לגזלן עצמו, משום שחסרון זה אינו קיים, שהרי החפץ נמצא ברשות הגזלן ובשליטתו.

לעומת זאת, סובר רבי אלחנן ווסרמן שחסיבה היא כיון שאין זה ברשות הנגזל.

ואם כך אינו יכול למכור אף לגזלן עצמו, כי חסרון זה עומד בעינו. מחלוקת זו תגרור גם מחלוקת בנושא הקודם שדיברנו עליו - כיצד מקדש. לפי האבני מילואים שהאישה יכולה להקנות לגזלן, אפשר להסביר שהגזלן קונה על ידי מחילתה וכדומה. בניגוד לכך, לפי רבי אלחנן ווסרמן שהאישה אינה יכולה לעשות זאת, נזדקק להסביר דווקא שמדובר בקדושי הנאה, שאז אין הגזלן קונה את הגזילה.

שיטת האבני נזר

האבני נזר (אבן העזר סימן תיט אות ז ד"ה ובזה) בונה את הסברו על פי תשובתו לשאלה הקודמת שהעלנו (במה הגזלן מקדש את האשה, וכיצד?), הגזלן בשעת הגזילה קונה את החפץ בקנייני גזילה, אלא שמחויב להשיב וכשהאישה מוחלת על חיוב ההשבה, ממילא נופל החיוב והחפץ של הגזלן. לפי זה אומר האבני נזר גם השאלה פה מיושבת כפתור ופרת. כיון שמדובר על מחילה ולא על הקנאה, ומחילה מוכרח שמועילה אף בדבר שאינו ברשותו, שהרי מועילה בחוב שאינו ברשותו, ואם כך חיוב ההשבה נפל והגזלן זוכה בחפץ מכת קנייני גזילה ראשונים. על פי זה, גם בגזל דאחרים מסתדר מצויין. הגזלן קונה את הגזילה מכת קנייני גזילה ראשונים, אלא שחל עליו חיוב השבה: בגזל דידה המחילה מפקיעה את חיוב ההשבה. בגזל דאחרים, שנוי הרשות הוא זה שמפקיע את חיוב ההשבה. כלומר, השנוי רשות בגזל דאחרים מקביל למחילה בגזל דידה, כיון ששניהם יוצרים את הפקעת חיוב ההשבה.

שיטת רבי שמעון שקופ

גם רבי שמעון שקופ (שערי יושב סוף פרק יב, מובא שם בשיעורי רבי שמואל רוזובסקי לקידושין יג, א) מבסס את הסברו, עלפיתשובתו לשאלה במה מקדשה, והיא שישנם שני סוגי קניין. סוג אחד, שהמקנה מבצע את מעשה הקניין, דהיינו את פעולת ההקנאה, וסוג שני שהקונה מבצע.

ובאמת המקנה לא יכול כאן להקנות כיון שאינו ברשותו, אבל מכל מקום יכול לתת רשות לקונה שיקנה מצד עצמו. לכן אף על פי שהמקנה לא יכול לעשות מעשה הקנאה אקטיבי, נעשה קניין מצד הקונה בלבד. בצרוף דעת הבעלים (כלומר הבעלים פאסיבי). וכיון שפה האישה מוחלת ומסכימה שהוא יקנה, קונה הגזלן את הגזילה מצד עצמו, ומקדשה בדבר השייך לו. החידוש הוא שדעתה יכולה ליצור מצב בו תהיה אפשרות לקונה לבצע פעולה בעלת תוקף קנייני, בזמן שהאישה פאסיבית לגמרי.

רבי שמואל רוזובסקי (חדושי רבי שמואל סימן י סעיף א. סעיף קטן ב ד"ח והנפקא מינה) מביא נפקא מינה בין האבני מלואים לרבי שמעון שקופ ונביאה כאן. הראב"ד (בבא בתרא, בנימוקי יוסף כב, א בדפי הרי"ף) מחדש: שבקניין יכולה להעשות פעולת קניין מצד הקונה ללא כוונה לקנות, וביחד עם כוונה המקנה להקנות, היא קניין. מוכח משם, שאם יש כוונה מקנה להקנות, לא צריך כוונה מצד הקונה, אלא סגי בפעולת קניין בלבד. אומר רבי שמואל רוזובסקי כך - מה יהיה הדין במקרה שיש כוונה נגזל להקנות ואין כוונה מצד הגזלן לקנות (אך פעולת קניין יש, כגון חצר או משיכה). לפי האבני מלואים כיון שזה ברשות הגזלן, לא חשיב אינו ברשותו של הנגזל כחסרון, ויכול הנגזל להקנות לגזלן. אלא שאין כוונה מצד הגזלן ופח בא יסוד הראב"ד, שכיון דהוי פעולת קניין מצד הגזלן, וכוונה מצד הנגזל להקנות, הגזלן קונה. לעומת זאת לפי רבי שמעון שקופ. כיון שאין הגזילה ברשות הנגזל, אין הוא יכול כלל להקנות לגזלן, אלא שהגזלן יכול לבצע פעולת קניין לבדו (כמובן, בהסכמת הנגזל). וכיון שאין הגזלן מתכוון לקנות וכוונה הנגזל לא חשיב מידי שהרי אין הגזילה ברשותו. אם כך אפילו עשה פעולת קניין. לא קנה, כיון שחסרה כוונה במעשה הקניין. לפי רבי שמעון שקופ בגזל דאחרים זה לא יחית טוב, והסיבה - כיון שאין הסכמת הנגזל להקנות, לא יועיל מעשה קניין מצד הגזלן, וברור שגם לא מצד הלוקח. ואם כך כיצד קונה הלוקח בלאוש ושנוי רשות, הרי אין הסכמה של הנגזל, ולא יכול להתבצע קניין כלל. אלא יש להסביר גדה שונה ספציפי והוא יאוש ושנוי רשות במשמעותו האמיתית ועומק נכוונתו. כפי שהסברנו בשיטת האבני מלואים. במקרה כזה של גזל דאחרים לא צריך כלל הקנאה של הנגזל, או אפילו אפשרות של הנגזל להקנות. כיון שהתיאוש, פקעה זכותו בחפץ ועל ידי שנוי רשות, הלוקח קונה. כלומר - לאחר יאוש פקעה זכותו של הנגזל ושנוי רשות מוציא מידי "באיסורא אתא לידיה".

ראינו ארבע גישות שונות בביאור, כיצד יכולה האשה להקנות לגזלן. רבי אלחנן ווסרמן סובר שאכן אינה יכולה, ואילו שלושת האחרים כל אחד מהם בדרכו הוא מסביר באופן שונה כיצד יכולה.

סיכום

מאמרנו חולק לשלושה חלקים:

בחלק א שאלנו - מדוע במקרה ששתקה ולא שדיק, אינה צריכה גט מספק, והבאנו את תשובת הפני יהושע שהסכמתה צריכה להיות ודאית וברורה, כך שיהיה ברור לעדים שהסכימה.

בחלק ב שאלנו - במה הגזלן מקדש את האשה וכיצד. ועל כך הבאנו עשר תשובות:

- א. רש"י - על ידי מחילתה הגזלן קנה.
- ב. אבני נזר וקהילות יעקב - הגזלן קנה, רק חייב לחשיב. ולזה מועילה מחילה.
- ג. רבי שמעון שקופ - הקניין נעשה מצד הגזלן בלבד, אלא שצריך את הסכמתה.
- ד. פני יהושע - בהנאה שלא צריכה למיזל בדיינא.
- ה. רבנו חננאל בן שמואל על הרי"ף - בהנאה שהגיעה הגזילה לידה.
- ו. פני משה בחסבר הירושלמי - בגזל כלי מקודשת בהנאה שתקבל כלי אחר.
- ז. מאירי בחסבר הירושלמי - בגזל כסף מקודשת, כיון שאין לכסף תורת גזילה.
- ח. רבנו יונתן חכהן מלוניל - יאוש כדי קני, ובזה שמתאשת הגזלן קונה.
- ט. טור - הגזלן קונה ביאוש ושנוי רשות.
- י. תוספות רי"ד - גישה חדשנית בנושא הנתינה בקדושין.
- בחלק ג שאלנו - כיון שאין הגזילה ברשות האישה, כיצד יכולה האישה לחקנות לגזלן את הגזילה, ובזה ראינו ארבע שיטות:**
- א. אבני מילואים - החסרון של רשות הוא מצד הקונה, אך פה החפץ ברשות הגזלן.
- ב. רבי אלחנן וסרמן - החסרון הוא מצד המקנה, ולכן אין האישה יכולה לחקנות לגזלן את הגזילה.
- ג. אבני נזר - הגזלן כבר קנה את הגזילה משעה שגזל, אלא שחייב בהשבתה.
- ד. רבי שמעון שקופ - הגזלן עושה קניין מצד עצמו, אלא שזקוק לתסכמתה.