

פסול גזול בשאר ימים

שפסול מצווה הבאה בעבירה הוא רק מדרבנן. לשיטת האורחות חיים קושיית התוספות מיושבת, דלאחרים לא נאסר משום מצווה הבאה בעבירה אלא משום המיעוט של "לך" למעט סוכה גזולה.

התוספות (סוכה דף ל ע"א ד"ה משום דהוה מצווה הבאה בעבירה) כתבו שהלימוד בגמרא (דף מג ע"א) לכם משלכם בלולב להוציא את השאול והגזול, נצרך משום שאול, אבל גזול בלאו הכי פסול משום מצווה הבאה בעבירה. ועי' מהרש"א שם שהעיר שלפי מה שכתבו התוספות לעיל שמצווה הבאה בעבירה הוא פסול דרבנן, לא קשה קושיית התוספות מלולב, אשרה ומצה של טבל, שבהם צריך לימודים אחרים כדי לפסול, וזו מחלוקת בין שני דיבורי התוספות.

בערוך לנר כתב שהתוספות דף ל ע"א לא שאלו מדוע צריך למעט סוכה גזולה מ"לך" כפי ששאלו לעיל בדף ט ע"א, כיון שהתם סבירא להו דמהבב"ע אסורה גם לאחרים, ואילו בדף ל ע"א הם סוברים כאורחות חיים שמצווה הבאה בעבירה מותרת לאחרים. לכן שאלו רק על לולב שלאחרים בלאו הכי פסול ביום הראשון משום שאול, והלימוד לפסול גזול הוא רק לגזול. על זה הקשו שתיפוק ליה משום מצווה הבאה בעבירה, ותירצו שלימוד "לכם" בלולב למעט שאול וגזול, משום שאול איצטריכא ליה. ומה שהקשו התוספות מלולב של אשרה שייפסל משום מצווה הבאה בעבירה, אף שיש לומר שטעם מיכתת שיעוריה המובא בגמרא צריך כדי לפסול לאחרים, תירץ הערוך לנר: "דניחא להו להתוס'

א

בשו"ע סימן תרמ"ט סעיף א:

כל ארבעה המינים פסולים בגזול ובגנוב, בין לפני יאוש בין לאחר יאוש... ויש מי שאומר דלא נפסל גזול וגנוב אלא לגנב ולגזול עצמו, אבל לאחרים כשר בשאר הימים, חוץ מיום ראשון.

במשנה ברורה (ס"ק ז') כתב שדעת המחבר דלכ"ע הגזול אינו יוצא ידי חובה בלולב הגזול אפילו בשאר הימים, אף דלא בעינן בהו לכם, והטעם משום דהו"ל מצווה הבאה בעבירה, ואין נפ"מ בזה בין לפני יאוש ובין לאחר יאוש. שיטת יש מי שאומר המתירה לאחרים בשאר ימים, היא שיטת האורחות חיים המובאת בבית יוסף, ובמגן אברהם (ס"ק ג') כתב שלדעה זו מיירי אף לפני יאוש, דאם לאחר יאוש הרי פשוט שקנה ביאוש ושינוי רשות. וכתב המג"א שלדעת הרמב"ן במלחמות לפני יאוש גם לאחרים הוי מצווה הבאה בעבירה.

מדברי המגן אברהם שהעמיד את האורחות חיים בלפני יאוש, משמע שאע"ג שבאיסורא בא לידם של האחרים, אין זו מצווה הבאה בעבירה. ועי' בביאור הגר"א שמצדד בשיטה זו וכתב שטעמו של האורחות חיים הוא משום דאמרו בירושלמי שהנוטל לולב גזול "אי לו לזה שנעשה סניגורו קטיגורו", משא"כ אחר שהוא לא גזלו. וכתב הגר"א שעל פי זה מיושבת קושיית התוספות (סוכה דף ט ע"א ד"ה ההוא), מדוע צריכה הגמרא למעט סוכה גזולה מ"חג הסוכות תעשה לך", תיפוק ליה דהוי מצווה הבאה בעבירה, ומשום כך כתבו התוספות

לתרץ האמת דאפילו לבעל העבירה עצמו שעשה עבירה בלולב לא נקרא זה מצה"ב כיון שלא ע"י העבירה נעשית המצוה".

בביאור הגר"א שם יישב גם את קושיית התוספות מלולב על פי האורחות חיים, שאם היינו פוסלים מדין מצווה הבאה בעבירה, היה מותר לאחרים. וכתב הגר"א שתירוצן התוספות דחוק משום שהדרשה היא בהדיא להוציא שאול וגזול. ועוד הקשה, שאם אכן גזול פסול משום מהבב"ע ועיקר דרשה ד"לכם" בלולב אתי לשאול, עדיין קשה הלימוד לסוכה גזולה, שבכל מקרה פסולה מצד מהבב"ע, שהרי "לך" דסוכה ודאי אינו על סוכה שאולה, שהרי יוצא בה ידי חובה. ועל מה שכתב הגר"א שעל פי האורחות חיים מיושבת קושיית התוספות מלולב, קשה, שהרי בלולב בלאו הכי פסול לאחרים משום שאול, ואף אם נאמר שתוספות אכן סוברים כמו האורחות חיים וכמ"ש ערוך לנר, הרי קושייתם על הלימוד לפסול גזול בלולב נכונה, שהרי אי אפשר לתרץ שהלימוד הוא שגזול פסול לאחרים כי בלאו הכי פסול משום שאול. וצ"ע איך כתב הגר"א שקושיית התוספות מלולב מיושבת על פי שיטת האורחות חיים (כך גם הקשה הערוך לנר על שער המלך שתירץ באופן דומה).

אלא דיש ליישב את דברי הגר"א, שעל כורחך הדרשה למעוטי גזול היינו קודם שידענו ששאול פסול. אם בשעה שמיטו גזול כבר ידענו ששאול פסול, מדוע מקשים תוספות רק למ"ד שמצווה הבאה בעבירה אסור, והרי אם שאול

פסול כל שכן גזול, ולמה צריך למעט גזול. אלא על כורחך שהמיעוט לגזול הוא לולב פסול שאול, ואתי שפיר מה שתירץ הגר"א גם על לולב שנפסל משום גזול לאחרים, שאין בו משום מצווה הבאה בעבירה. לכן לדעת הגר"א התוספות לא סוברים כאורחות חיים.

ובאופן אחר אפשר לומר על פי רש"י ב"ק (דף סו ע"ב ד"ה דגול קרבן דחבריה) שפסול גזול הוא אפילו לנגזל, ואם כן גם אם ידענו ששאול פסול עדיין צריכים את המיעוט לפסול את הלולב על הנגזל. ואכן הגרצ"פ פרנאק (מקראי קדש סוכות סימן ל') דן אם לפי רש"י, דקרבן פסול גם לנגזל,¹ הוא הדין באתרוג, וכל זה רק ביום ראשון כמו שאול.

ב

המגן אברהם (סימן תרמ"ט ס"ק ג') מוכיח מרש"י דס"ל כאורחות חיים שמתיר מצווה הבאה בעבירה לאחרים, ודלא כמלחמות שאוסר גם לאחרים. כך כתב רש"י בסוגיית אוונכרי (דף ל ע"ב ד"ה וקרקע אינה נגזלת):

... אבל משנתלש הפרי הוי גזל, והתולשו הוא גזולו, הלכך לגזווה הן מן המחובר ויתנוה לכם, שיהיו הן הגזולנין, 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 גזולים.

שהקריב. והסברא הפשוטה היא שהקרבן לא הופך להיות חפצא של עבירה לגבי הבעלים.

1 אבל פשוט דברי רש"י בב"ק שהקרבן אינו עולה לרצון גם לבעלים הראשונים הם שאיירי בגזולן

מסוף דברי רש"י שכתב ששייך פסול מצווה הבאה בעבירה גם אם יאוש קונה, ואף על פי כן כשיש שינוי רשות לא הוי מצווה הבאה בעבירה, הוכיח המגן אברהם שלאחרים אין פסול של מצווה הבאה בעבירה. הדגול מרבבה שם ציין למהרש"א, וכתב "ואעפ"כ יש ליישב דברי המג"א". ז"ל המהרש"א (דף ל ע"ב):

בפרש"י בד"ה וקרקע אינה נגזלת כו' וא"נ קני מצוה הבאה בעבירה כו' עכ"ל פי' דבשעה שיחתכוה הם גוזלים ואז יתחילו לקנות ביאוש וה"ל מצוה הבאה בעבירה ולא תקשי לך הא דפריך ולקנוה בשינוי מעשה ובשינוי השם דאף אם הם יחתכוה ויהיו גוזלים לא הוי מצוה הבאה בעבירה אף דבקנין היאוש ודאי יהיו גוזלים מ"מ בקנין שינוי מעשה והשם באגודה שאחר כך לא יהיו גוזלים כיון דכבר קנאוה ביאוש גרידא בשעת גזילה מיהו התוס' לעיל לית להו הך סברא כלל אלא כיון דקני ביאוש גרידא לא הוי תו מצוה הבאה בעבירה כיון דהקנין והמצוה לא חל כאחד כהך דהקדש וק"ל:

למהרש"א היה קשה, אם כפירוש השני ברש"י, שלאחר יאוש עדיין יש מצווה הבאה בעבירה, מה מקשה הגמרא "ולקנוה בשינוי מעשה ובשינוי השם", והרי אף שיש קנין עדיין יש מצווה הבאה בעבירה. ואי אפשר לתרץ שלגבי אחרים אין מצווה הבאה בעבירה, שהרי לא מדובר על אחרים אלא על אוונכרי גופייהו. לכן כתב המהרש"א שאף שיאוש קונה ועדיין פסול משום מצווה הבאה בעבירה, אם לאחר היאוש מתווסף עוד שינוי, שוב אין פסול של מהבב"ע.

על פי זה טוען הדגול מרבבה שגם ביאוש ושינוי רשות אין מצווה הבאה בעבירה לרש"י, לא משום ששינוי רשות הוא משום שעכשיו זה לא אצל הגזולן אלא אצל אחרים, אלא משום שמתווסף שינוי רשות על היאוש, וכמו בשינוי מעשה לאחר היאוש, שגורם שאין פסול של מצווה הבאה בעבירה. ואם כן אין להוכיח מכאן את דינו של האורחות חיים שמתיר מצווה הבאה בעבירה לאחרים אף לפני יאוש. זו כוונת השגתו של הדגול מרבבה, אבל כתב שאף על פי כן יש ליישב דעת המגן אברהם.

מה שנראה לומר כדי ליישב את המגן אברהם, שעל כורחך אין כוונת המהרש"א לומר שאם יש שני קנינים אזי אין פסול מצווה הבאה בעבירה, אלא דאם החפץ נשתנה אחרי הקנין, שוב לא שייך פסול מצווה הבאה בעבירה. כל זה אם אמנם החפץ נשתנה, אבל שינוי רשות לא חשיב שינוי בחפץ, ומהיכי תיתי שכבר לא יהיה בו פסול מצווה הבאה בעבירה. ואם רש"י כתב באי נמי שאף אם יאוש קונה הוי מצווה הבאה בעבירה, ובכל זאת כשיש שינוי רשות בידינו לא הוי מצווה הבאה בעבירה, יש להוכיח כשיטת האורחות חיים שלאחרים אין מצווה הבאה בעבירה

אך עם כל זה דברי המגן אברהם להוכיח שרש"י סובר כאורחות חיים קשים, כתמיהת רע"א (או"ח סימן תרמ"ט על מג"א ס"ק ג):

ואפ"ה לאחרים לא הוי מצוה הבאה בעבירה. תמוה לי כיון דהתם ייאוש קונה אתי לידו בהיתר מש"ה לא הוי מהבב"ע. אף דרש"י ס"ל דבעשה קנין קודם המצוה מקרי ג"כ

הבאה בעבירה. ממילא אין להוכיח ששיטת רש"י כאורחות חיים.

ג

מחלוקת האורחות חיים והרמב"ן לגבי מצווה
הבאה בעבירה לאחרים לפני יאוש, היא משום שיש חיוב השבה. לרמב"ן יש מצווה הבאה בעבירה כיון שבאיסורא אתא לידיה, ולאורחות חיים רק מי שעבר על לאו של גזול נפסל משום מצווה הבאה בעבירה ולא אחרים שלא גזלו (וכן משמע שהבין המשנה ברורה סימן תרמ"ט ס"ק ח'). אולם מדברי המגן אברהם משמע שמחלוקתם היא עקרונית אם אצל אחרים שייך פסול של מצווה הבאה בעבירה, שהרי הוכיח מרש"י שס"ל שגם אם יאוש קני, לגזלן אסור ולאחרים מותר, משום שלאחרים אין מהבב"ע. ולכאורה פשוט דלאחרים בהיתר בא לידם, וע"כ דס"ל למג"א שאילו הרמב"ן היה מקבל את שיטת רש"י דגם לאחר קנין שייך מצווה הבאה בעבירה, היה פוסל לאחרים אף על פי שבהיתרא אתא לידיה. ויש לעיין מה טעם יש פסול מצווה הבאה בעבירה לאחרים אחרי יאוש.

ונראה להסביר על פי החמדת שלמה (סימן ל') שהביא ירושלמי לענין קורע על מתו בשבת שיצא ידי חובת קריעה ולא דומה לאוכל מצה גזולה שלא יוצא בה ידי חובה, ואומר הירושלמי (שבת פרק י"ג הלכה ג'): "תמן גופה עבירה ברם הכא הוא עבר עבירה". אם כן, יסוד מצווה הבאה בעבירה הוא משום שלחפץ יש שם גזול, והגרי"ד סולוביצ'יק זצ"ל (רשימת שיעורי הגרי"ד, סוכה דף ל ע"א) ביאר בהרחבה את יסוד מצווה הבאה בעבירה, וע"ש שייחס סברא זו בשם הגר"ח גם לרמב"ם. לפי הנ"ל יוצא שיסוד מהבב"ע מבוסס על חפצא של עבירה ולא על

מהב"ע. היינו להגזלן עצמו. אבל לאחר י"ל דהוי חילוק כיון בהיתר בא לו לא הוי מה"ב. **ואם** כן קשה על המגן אברהם: הרי רש"י מתיר לאחרים רק לאחר יאוש, דבהיתר אתא לידיהם ואינן חייבים להחזיר, אבל שיטת האורחות חיים שההיתר לאחרים הוא אף לפני יאוש, ואיך אפשר ללמוד מרש"י כשיטת האורחות חיים?

המגן אברהם מכריע להחמיר לגבי אחרים, משום שכן משמע מהגמרא ששואלת: "סוף סוף כי גזו אוונכרי ליהוי יאוש בעלים בידיהו ושינוי הרשות בידן", ונראה שרצה להוכיח מהא דבעינן גם יאוש וגם שינוי רשות. והרי אם לאחרים לא היה חשש משום מצווה הבאה בעבירה, היה די בשינוי רשות, אלא שעל זה תמה הדגול מרבכה שהרי צריך גם שינוי רשות וגם יאוש, משום שמירי ביום הראשון ובעינן "לכם". ואף שלאחרים אין חשש מצד מצווה הבאה בעבירה, יוצא ידי חובה משום שצריך את היאוש כדי שיהיה "לכם". בפרי מגדים נדחק לומר שהוכחת המגן אברהם היא ממה שעל פי האי נמי ברש"י יאוש קונה, ואם כן משום "לכם" לא בעי שינוי רשות, ע"כ שצריך שינוי רשות רק משום שקיימת עדיין בעיית מצווה הבאה בעבירה, ומכאן שלאחרים אין בעיה של מצווה הבאה בעבירה.

וזה דוחק, משום שנראה שרש"י רק מעלה אפשרות אפילו אם יאוש קני: "אי נמי קני מצווה הבאה בעבירה הוי אם אתם תחתכוה מן המחובר תהיו אתם גזולים". גם לרש"י ההסבר הפשוט בגמרא הוא למ"ד יאוש לא קני, ולכן צריך שינוי רשות כדי לקנות, ולא משום מצווה

לנגזל אין פסול בסוכה של תעשה ולא מן העשוי, מה שאין כן אם הפסול הוא בחפצא, דסוף סוף החפצא לא יוגדר למפרע ככשר. וכבר בפרי מגדים (במש"ז סימן תרל"ז ס"ק ד') חקר אם שייך בסכך גזול משום תולמ"ה ובאפיקי ים (חלק ב' סימן ל"ג) דן בזה בהרחבה בהבאת ראיות לכאן ולכאן.

הגרא"מ שך זצ"ל בספרו אבי עזרי (הלכות סוכה פרק ה' הלכה כה) דוחה כדבר פשוט את האפשרות לראות גזול כפסול בחפצא של המצווה, שהרי איך יתכן שהסוכה תהיה כשרה לנגזל אם גזל נחשב כפסול בחפצא של הסוכה. והנה כבר כתבנו למעלה דלרש"י (בבא קמא דף סו ע"ב) קרבן גזול אינו עולה לרצון אפילו לבעלים. אך מסתבר שזה רק בקרבן או בלולב שבאים לרצות, כמבואר בריטב"א (דף לא ע"א) בשם תוספות, אבל לא בסוכה. וע' בבאה"ל (או"ח סימן י"א סעיף ו' ד"ה מצמר גזול) דחוקר אם גזל ציצית ואחרי שהטילה בבגד שילם לנגזל, האם פסול מדין תעשה ולא מן העשוי (זאת כוננתו עיי"ש, שהרי משווה ללולב המובא בשע"ת סימן תרנ"ח), ומכאן משמע שאין פסול גזול לנגזל. אלא שיש לחלק בין לולב לציצית, שהרי לגבי ציצית פסול גזול הוא משום דכתיב "ועשו להם" משלהם, כמ"ש בשו"ע שם סעיף ו', ולא נאמר שהפסול משום שם גזול ולכן יש מקום להסתפק לגבי הנגזל.

הבאנו את קושיית האבי עזרי איך יתכן לומר שהסוכה פסולה לגזולן משום שהיא חפצא של גזול אם היא כשרה לנגזל. ונראה שודאי אם גזל סוכה בנויה, כדוגמת רש"י (סוכה דף ע"א ע"א ד"ה אבל גזל) בגזל סוכה בראש עגלה, לא תהא

מעשה עבירה של עושה המצווה, ע"ש. ואפשר דבזה חולקים הרמב"ן והאורחות חיים. לדעת האורחות חיים פסול מצווה הבאה בעבירה הוא משום האדם שעושה מעשה עבירה עם קיום המצווה, ופשוט שלאחרים שלא עברו עבירה אין פסול. לעומת זאת, לרמב"ן צ"ל שפסול מצווה הבאה בעבירה הוא משום שלחפצא שם גזול, וזה אסור לענין מצווה, ולפי המגן אברהם, יש שם גזול אפילו אם יאוש קונה.

והנה ידועים דברי המנחת חינוך (מצווה שכ"ה אות י') שמבחינן בין פסול גזול שהוא פסול בחפצא של מצווה לפסול מצווה הבאה בעבירה שאינו אלא פסול בקיום המצווה. לדעתו, אם ישב בסוכה הפסולה משום מצווה הבאה בעבירה, לא חשיב ביטול מצוות סוכה אלא רק לא קיים את המצווה, ומכל מקום לא אכל חוץ לסוכה. הגרש"ש בשערי ישר (שער ג' פרק י"ט) והגרש"ז אורבך זצ"ל במנחת שלמה (חלק א' סימן א') דחו את דברי המנחת חינוך, אלא שעל עצם ההבחנה לא ערערו.

לפי האמור בדעת הרמב"ן אפשר לומר דגם פסול מצווה הבאה בעבירה הוא בחפצא של מצווה, שלא כמנחת חינוך, ולכן התקשו הראשונים מדוע צריך לימוד לסוכה גזולה, תיפוק לה משום מצווה הבאה בעבירה.

אם נקבל את ההבחנה של המנחת חינוך דמהבב"ע הוא פסול בקיום המצווה, ופסול גזול הוא פסול בחפצא של מצווה, יש מקום למצוא הברל נוסף כתוצאה מהבחנה זו, והוא לענין תעשה ולא מן העשוי, באופן שהגזולן שילם לנגזל. אם הפסול הוא רק בקיום, הרי אם שילם

הסוכה פסולה לנגזל. אבל בגזול עצים ובנה סוכה לפני תקנת מריש, ודאי שהיא פסולה גם לנגזל כיון שנעשתה בפסול על ידי גזלן, וכן כותב החלקת יואב (סימן כ"ז). בכל אופן אין לנו שום הוכחה שסוכה שנעשית מגזול כשרה לנגזל, ואם כן אפשר לומר דיש נפקא מינה בין טעם של מצווה הבאה בעבירה לטעם של גזל, לגבי תעשה ולא מן העשוי: אם הפסול היה רק משום מצווה הבאה בעבירה, הסוכה תוכשר אם שילם לנגזל, אבל אם הפסול משום גזל, גם כששילם עדיין פסול משום תעשה ולא מן העשוי, אא"כ נאמר שגם פסול מהבב"ע הוא פסול בחפצא של מצווה.

אשר לספקו של הפמ"ג אם שייך בסכך גזול משום תעשה ולא מן העשוי, אפשר לומר שספקו הוא האם גזול הוא פסול בחפצא של הסוכה או רק בקיום המצווה. אם הפסול בחפצא אי אפשר לתקן שהרי זה יהיה מן העשוי. ברם אם הפסול הוא בקיום המצווה, סוכה שנעשתה בגזל אינה פוגעת בעשיית הסוכה אלא בקיום המצווה, ולא תפסל לאחר מכן מדין תעשה ולא מן העשוי. וזה דומה למ"ש הגהות אשר"י בשם ה"ר יצחק הלבן (פרק א' סימן כ"ד), שאם עשה סוכה בתוך הבית תחת התקרה אין זה פגם בעשיית הסוכה, ואם הסיר את התקרה הסוכה כשרה, ואף על פי שהסוכה היתה פסולה כשנבנתה, כיון שהפסול הוא חיצוני אין כאן תעשה ולא מן העשוי.