

הרב אליעזר שנקולבסקי

## ”כיבוש מלחמה” או ”שטחים כבושים” ובעלות המשפטית

### ראשי פרקים:

- |                            |                             |
|----------------------------|-----------------------------|
| א. הקדמה                   | 6. הסוברים שגוי הכובש גוי   |
| ב. כיבוש על ידי צבא ישראלי | לכולי עלמא זה מרין          |
| 1. הפקעת בעלות             | כיבוש מלחמה                 |
| שלא במלחמה                 | 7. הסוברים שאין לחלק בין    |
| 2. הפקעת בעלות במלחמה      | גוי הכובש מגוי או           |
| ג. כיבוש על ידי גויים      | גוי הכובש מישראל            |
| 1. חוקיות המלחמה           | ד. אופן הקנין וצורתו במלחמה |
| 2. האפשרויות השונות לדין   | 1. על ידי יאוש              |
| הכיבוש במלחמות הגויים      | 2. על ידי הסכמה             |
| 3. דינא דמלכותא            | בין לאומית                  |
| 4. כיבוש מלחמה או יאוש     | 3. כדין זוטו של ים          |
| בטוגיא במסכת גיטין         | 4. הנפקא מינה בין           |
| דין בשיטת רש"י             | ההסברים הנ"ל                |
| דין בשיטת תוספות           | ה. האם צריך מעשה קנין נוסף  |
| 5. זיענת שאר הראשונים      | 1. הערות                    |
| בטוגיא גיטין               | 1. הערה א – פסיקת ההלכה     |
| דעת רב האי גאון            | 2. הערה ב – שיטת הגאונים    |
| דעת הראב"ד והרמב"ן         | שיש לכל אחד ארבע            |
| דעת תוספות ר"ד             | אמות בארץ ישראל             |
| והרשב"א                    | 3. הערה ג – פסק דין בנרון   |
| דעת הרמ"ה                  | 4. הערה ד – אופי            |
| דעת הרמב"ם                 | המלחמה כיום                 |
| והר"י מינאש                | 1. סיכום                    |
| סיכום היענות               |                             |

### א. הקדמה

נושא המאמר הוא: מעמדם המשפטי של שטחים שנכבשו במלחמה. כלומר, האם על ידי כיבוש פוקעת גם בעלות היחיד על השטח, או שהבעלים ממשיך להיות בעל הנכס ורק הריבונות (השלטון – המדינה?) השתנתה.

להלן כמה דוגמאות להבהרת הבעיה:

- א. במלחמת השחרור כבש הלגיון הירדני את הרובע היהודי בעיר העתיקה, ובמלחמת ששת הימים זכינו לכך שכבשנו בעזה"י את כל ירושלים העתיקה, ובתוכה את הרובע היהודי. ומתעוררת השאלה: האם כעת לאחר מלחמת ששת הימים שייך הרובע היהודי למדינת ישראל לפי שזו כבשה את השטח, או שעדיין שייך הרובע היהודי לתושביו שנטשוהו בזמן מלחמת השחרור, ועל ממשלת ישראל להחזיר את השטח לבעליו הקודמים.
- ב. לפני זמן מה נתפרסמה בעיתונות הידיעה לפיה ממשלת ברית המועצות תובעת לקבל לידיה מגרש בירושלים (חניון מלון "טירת בת שבע"), בהסתמך על שטר מכר מתקופת שלטון התורכים בארץ ישראל. אף כאן נשאלת השאלה, האם לאחר מלחמות כה רבות ושינוי בעלים מספר פעמים (תורכים, בריטים, ירדנים, ישראלים) עדיין שייך השטח לבעליו הראשונים, או שכבר פקעה בעלותו.
- ג. בבית הדין הגדול בירושלים, הוגשה תביעתו של מר צבי לנדסמן נגד הועדה להר ציון, בה הוא תובע לקבל לידיו כתר תורה שהיה שייך לו בהיותו בהונגריה, ונשדד על ידי הנאצים, ואשר כעת נמצא בהר ציון. אף כאן מתעוררת אותה שאלה.
- ד. משנפטר סבי ז"ל לפני מספר חדשים, נגשו בני המשפחה לחפש את שטר רכישת חלקת קבר שהיה ידוע שסבא ז"ל רכש לפני שנים רבות. משנמצא השטר, התברר שסבא ז"ל קנה חלקת קבר בהר הזיתים בירושלים, בשנת תש"ז כשעדיין שלטו במקום האנגלים, שאיפשרו לחברה קדישא בירושלים לקבור מתים בבית הקברות בהר הזיתים. אולם רא עקא, מתברר שסבא לא שילם בבת אחת את כל הסכום עבור חלקת הקבר אלא גמר לשלם עבור החלקה בשנת תש"ח בשעה שכבר נכבש המקום על ידי הירדנים. ואף כאן מתעוררת השאלה, האם עדיין שייך בית הקברות בהר הזיתים לחברה קדישא בירושלים, או שכבר פקעה בעלותם על השטח, וכעת שייך המקום למדינת ישראל. ואף אם תאמר שהבעלים הם חברה קדישא בירושלים, האם הקנין שנעשה בזמנו בהתחשב בנסיבותיו המיוחדות (כיבוש הירדנים ותשלום בתשלומים) תקף.

### ב. כיבוש על ידי צבא ישראלי

לגבי כיבוש על ידי צבא ישראל, לכאורה הדברים פשוטים וברורים, שכיבוש זה מפקיע לחלוטין את כל הבעלויות הקודמות.

1. הפקעת בעלות שלא במלחמה

ונבאר:

הנה עיקר השאלה היא, כיצד ניתן "להפקיע" בעלותו של אדם על חפץ מסוים, מדוע אין "הפקעה" זו גזל בעלמא? הרי כדי שחפץ השייך לאדם יהפוך שייך לאחר, צריכים את הסכמת הבעלים העכשוויים ("דעת מקנה")!

כדי לענות על שאלה זו, עלינו להבין תחילה מהו מושג ה"בעלות", וכיצד ומתי הוא פוקע.

הגדרת הבעלות היא: אדם הוא בעליו של נכס, כשהנכס ברשותו דרך קבע, לעולם, או כאשר הנכס היה ברשותו ויצא מרשותו בדרך עראי, ועתיד הוא לחזור לרשותו הקבועה, בזמן מן הזמנים.

אכן כך עולים הדברים מלשון הרמב"ם: "... הלוקח קונה הגוף קנין עולם בדמים שנתן, ומקבל מתנה קנה הגוף קנין עולם ולא נתן כלום, והשוכר קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב בדמים שנתן, והשואל קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב ולא נתן כלום". כלומר, ההבדל בין מוכר לבין משכיר (וכן בין נותן מתנה למשאיל) הוא, שהמוכר הוציא את החפץ מרשותו עולמית, ואם כן אין הוא עוד בעליו של החפץ, ואילו המשכיר, אף על פי שלזמן קצוב ישנו "בעלים" נוספים על החפץ, סוף סוף עתיד החפץ לחזור אליו, ועל כן עדיין המשכיר מוגדר כ"בעל" החפץ, ואף על פי שכרגע אין לבעלותו זו שום ביטוי מעשי.

כך גם על פי דבריו של ר' יוחנן: "גזל ולא נתיאשו הבעלים, שניהם אינם יכולים להקדישו – זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו". כלומר, אף על פי שלאחר הגזלה אין החפץ ברשות הבעלים אלא ברשות הגזולן (ולקמן נבאר רשות זו מה היא), מכל מקום כל זמן שלא נתיאשו הבעלים, עדיין מוגדרים הם כבעלי החפץ – החפץ עדיין שייך להם.

הגדרת הרשות הינה הגדרה בסיסית וקודמת להגדרת הבעלות, משום שהגדרת הבעלות דלעיל מסתמכת על הגדרת הרשות. אם כן הגדרת הרשות היא – שליטה, כלומר: החפץ מוגדר ברשותו של אדם כאשר הוא בעל היכולת להשתמש בחפץ כרצונו. לכן לאחר הגזלה אין החפץ ברשות הבעלים אלא ברשות הגזולן, ואף על פי שאין הגזולן בעל החפץ, וכפי שהדברים עולים מתוך דברי ר' יוחנן לעיל: "זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו".

מענה מובן כיצד יתכן שחפץ יפסיק להיות שייך לאדם "בעל כרחו".

1. ה' שאלה ופקדון פ"א ה"ה.

2. בבא קמא דף ע"א.

למשל בשעה שיצא מרשותו ואינו עתיד לחזור אליו בזמן מן הזמנים. כגון: גולן שגזל חפץ מפלוני, משעת הגזלה יצא החפץ מרשות הגזול, אלא שעדיין דעתו של הגזול שהחפץ יחזור לרשותו, ועל כן אין זו יציאה מרשותו לעולם אלא רק "יציאת ארעי", ועל כן עדיין הגזול הוא בעל החפץ. אולם משעה שנתיאש מהחפץ, הפכה "יציאת ארעי" זו ל"יציאת קבע" מרשות הגזול, כיון שכבר אין בכוונתו שהחפץ יחזור לרשותו. ועל כן אין הגזול מוגדר יותר כבעל החפץ.

אמנם אין הדברים מדויקים לחלוטין, משום שלפ"ו היה הגולן צריך להיות בעל החפץ (לאחר יאוש הבעלים), והרי ק"ל שאין הגולן הופך לבעל החפץ. אולם הסיבה לכך שאין הגולן זוכה בחפץ, היא סיבה "צדדית" – משום שהחפץ בא לרשותו באיסור, בגזלה. אולם מוצא אבדה לאחר שנתיאשו הבעלים זכה באבדה, כיון שיצאה מרשות הבעלים ואין ברעתם שתחזור אליהם. ואף על פי שהיציאה מרשותם קדמה ליאוש, כלומר אלמלא יצאה מרשותם (אבדה) לא היו מתיאשים, מכל מקום לאחר שיצאה מרשותם ונתיאשו, אינם מוגדרים יותר כבעלי החפץ.

במסכת בבא מציעא<sup>3</sup> נאמר, שאבידה שנמצאה בזוהו של ים ושלווליתו של נהר, אף על פי שיש בה סימן אין חייבים להחזירה, משום ד"רחמנא שרייה". ומוסיף רש"י "ואפילו באת ליד המוצא קודם יאוש", "ואפילו עומד וצוח שלא התיאש".<sup>4</sup> וההסבר הוא: כיון שאבידה על ידי זוטו של ים ושטפון נהר אין אפשרות שהאבידה תחזור לבעליה, ועל כן אפשר לומר במקרה זה שיצאה מרשות בעליה לעולם, ואם כן לא אכפת לן במה שעומד וצוח שאינו מתיאש. אולם הרמב"ם<sup>5</sup> מסביר: "שזה ודאי נתיאש ממנה". כלומר, לא מחמת העובדה שאין אפשרות שתחזור לרשות הבעלים, אלא כיון שמן הסתם כבר התיאשו הבעלים. אולם אפשר לומר, שאף לרמב"ם אפילו אם עומד וצוח שלא נתיאש – לא מהני, משום שכהאי גונא בטלה דעתו אצל כל אדם.

נמצינו למדים, שישנה אפשרות שנכס הנמצא בבעלותו של אדם מסוים יפסיק להיות בבעלותו של אותו אדם "בעל כרחו": או לאחר יאוש, ואף על פי שהיאוש נגרם על ידי שהנכס יצא מרשותו שלא ברצונו (אבידה), או כאשר הנכס יצא מרשותו, ואין אפשרות שישוב לרשותו (ולפי הרמב"ם אפשרות זו מוגדרת כמקרה שכל אדם רגיל היה מתיאש, ולפיכך אף מי שאינו מתיאש – בטלה דעתו אצל כל אדם), כגון שטפה נהר וכד'.

3. בבא קמא דף סח ע"א.

4. שם דף סו ע"א.

5. דף כא ע"ב.

6. שם ד"ה "רחמנא שריה".

7. הדושי הרשבי"א הובאו בשיטה מקובצת ד"ה "זוטו של ים".

8. הל' גולה ואבדה פ"א ה"י.

2. הפקעת בעלות במלחמה

מעתה נשוב לענין מלחמה.

ניתן לראות את המלחמה בשני אופנים.

האחד: מלחמה הותרה לבני האדם כאמצעי לפתרון סכסוך, וזהו מעין הליך "חוקי". ולפי זה ברור שהמנצח במלחמה (הכובש) קנה את הנכסים שהיו בבעלות הצד שהפסיד בקרב (הנכבש). ואין דמיון כלל וכלל בין מלחמה לקניני גולה.

השני: אף על פי שהמלחמה אסורה, מכל מקום הרכוש של המפסיד במלחמה שייך לכובש: או כגולן רגיל, או כדין זוטו של ים. כלומר, או שאכן אין הבדל בין מלחמה לגולן, וכשם שגולן אינו קונה אלא לאחר יאוש, כך הכובש אינו קונה אלא לאחר יאוש, וכשם שאף לאחר יאוש בעלים לא זכה הגולן בחפץ, כך במלחמה דין הכובש כדין הגולן; או שאף על פי שגולן אינו קונה את החפץ אף לאחר יאוש, מכל מקום כיון שמלחמה הרי היא כזוטו של ים, הכובש זוכה בחפץ והופך לבעליו אף אם הבעלים הקודמים צווח שאינו מתיאש (כהסבר רש"י והרשב"א, שהחפץ יצא מרשות הבעלים עולמית, או כהסבר הרמב"ם, שבטלה דעתו כנגד דעת כל אלו שהיו מתיאשים במקרה זה).

והנה, מלחמת עם ישראל בשאר העמים, מלחמה חוקית היא, והותרה לנו על ידי הבורא יתברך. לא מבעיא מלחמת מצוה, שכשמה כן היא – מצוה, אלא אף מלחמת הרשות הותרה לנו בהגבלות מסוימות, כגון שהיציאה תהיה רק על פי מלך וסנהדרין. מלחמת הרשות הותרה אף לצורך תוספת קרקעות ורכוש לעם ישראל, כמש"כ בגמרא בסנהדרין: כיון שעלה עמוד השחר נכנסו חכמי ישראל אצלו (אצל ד"ד), אמרו לו אדונינו המלך עמך ישראל צריכין לפרנסה... אמר להם לכו פשוטו ידיכם בגדוד מיד יועצין באחיתופל ונמלכין בסנהדרין ושואלין באורים ותומים... .

הרמב"ם אף הרחיב את ההיתר לצאת למלחמת רשות, וז"ל: "... ואח"כ נלחם מלחמת הרשות, והיא המלחמה שנלחם עם שאר העמים כדי להרחיב גבול ישראל ולהרבות בגדולתו ושמעו". הרי שאף כדי להרבות גדולתו ושמעו מותר להלחם".

אם כן פשוט, שכאשר עם ישראל כובש שטח מעם נכרי, הרי השטח

9. סנהדרין דף טז ע"א.

10. הל' מלכים פ"ה ה"א.

11. אולם מובן שלפי זה יוצא שמלחמה בין ישראל לישראל, כגון מלחמת ישראל ויהודה או מלחמת בני בנימין בשאר שבטי ישראל (פילגש בגבעה) וכדו', אסורה, ולא יזכו בשלל. וכן כתב הגר"מ פיינשטיין ב"דברות משה" על מסכת גיטין בהערות לפרק ד אות נו.

והרכוש שבו שייכים לעם ישראל. וכלשון הרמב"ם<sup>12</sup>: "עושין עמהם מלחמה... ובוזין כל ממונם וטפם". ובעצם כך אנו מוצאים במקרא במפורש שהיה נהוג. כגון: במלחמת מדין (במדבר, פרק לא) ובמלחמת סיחון (דברים, פרק ג', פסוק ז'), וכן נאמר ביהושע<sup>13</sup>: "ויואב בא מהגדוד ושלל רב עמם הביאור"<sup>14</sup>, וכן "ויבא דוד צקלג וישלח מהשלל לזקני יהודה לרעהו לאמר הנה לכם ברכה משלל איבי ה'<sup>15</sup>". ובעצם מפורש הדבר בספר דברים<sup>16</sup>: "...וכל אשר יהיה בעיר כל שללה תבו לך ואכלת את שלל אויבך אשר נתן ה' אלהיך לך. כן תעשה לכל הערים הרחוקות ממך מאד..."<sup>17</sup>.

### ג. כיבוש על ידי גויים

#### 1. חוקיות המלחמה

מלחמה בין שאר העמים, וכל שכן כאשר גויים באים להלחם עם ישראל, ודאי שאינה נחשבת לחוקית. ראייה לדבר, בגמרא בסנהדרין<sup>18</sup> נאמר, שכל מצוה שנאמרה לבני נח ולא

12. שם פ"ז ה"ד.

13. פרק יא פסוק יד.

14. שמואל ב ג, כב.

15. שמואל א ל, כו.

16. פרק כ יד"טו.

17. אמנם עיין ב"משפט כהן", סי' קמח, שנוקט בפשיטות ששליט הנבחר על ידי העם, אך אינו מלך, אינו יכול להוציא את העם למלחמת רשות. ולכאורה צריך עיון, מנא ליה דין זה, הרי בסי' קמד שם מסיק, דשלטון נבחר דינו כדין מלך לענין מה שנוגע לימצב הכללי של האומה, ומלחמת הרשות אף היא, לכאורה, חלק מה"מצב הכללי של האומה". וכן מובח מדברי הרדב"ז על הרמב"ם בפ"ד מהל' מלכים ה"א שכתב: רשות יש למלך ליתן מס על העם לצרבו או לצורך המלחמות... ואסור להבריח מן המכס... ולהלן הוא אומר... ועבדוך... שכל האמור בפרשת המלך המלך זכה בו. וכתב הרדב"ז על זה: "ואמרינן בכמה דוכתי דינא דמלכותא דינא, ואפילו מלכי הגויים אמרינן בהו דינא דמלכותא דינא". הרי שהבין הרדב"ז שדין שליט, ואפילו שליט גוי, כדין מלך, והאמור בפרשת המלך הוא המקור לדינא דמלכותא דינא. ואם כן לכאורה אף להוציא למלחמת הרשות מותר לשליט הנבחר על ידי העם. ומכל מקום למעשה אין לדבר כיכ נימ לדינא. משום שכיום מלחמותינו הם מלחמות מצוה, ובוה פשיטא שחובה מוטלת להלחם אף בלא מלך מזרע בית דוד וכו', ואם כן אף הכיבושים שוכבשים לאחור הנצחון דינם כאמור לעיל – שייכים לכובש.

18. אמנם עדין צריך עיון, מה דין נכסים השייכים לישראל תושב באחת מארצות האוייב, משום שיתכן לומר שאין היתר להלחם בו, ועל כן אין באין דין כיבוש מלחמה. אולם עיי' בהמשך, אם נאמר שלעבר"ם יש דין כיבוש מלחמה בעבר"ם או בישראל, יתכן שאף במקרה זה זוכה עם ישראל המנצח במלחמה אף ברכושו של אותו יהודי תושב ארץ האוייב.

כמו כן ברור שאם לאחור הכיבוש ירצה השלטון להפקיע מידו את רכושו – הרשות בידו, הן מדין דינא דמלכותא דינא, הן מדין הפקר בית דין הפקר. אולם לזה יצטרכו החלטה מיוחדת של השלטון (להפקיע מיד פלוני את רכושו), ולא כחלק מהמלחמה.

19. דף נט ע"א.

נשנתה בסיני – לבני ישראל נאמרה, ולא לבני נח. ומקשה הגמרא מדוע? הרי אם נאמרה לבני נח ולא נשנית לבני ישראל, סימן שלבני נח נאמרה ולא לבני ישראל. ומתרצת הגמרא: "ליכא מירעם דלבני נח אסירי ולישראל שרי". כלומר, אין דבר שלנכרי אסור ולישראל מותר (הטעם הוא שמן הסתם לעם ישראל יש יותר חובות מלגויים, ולא מסתבר שיהיה נושא שיהודי לא יהיה מוגבל בו, וגוי יהא מוגבל בו). ומקשה הגמרא: "ולא? והרי יפת תואר" (כלומר, הרי יפת תואר הותרה לישראל ולא לגויים, ואם כן מצאנו נושא שגויים מוגבלים בו ולא ישראל!) ומתרצת הגמרא: "התם משום דלאו בני כיבוש נינהו". כלומר, כיון שאינם "בני כיבוש" ואין דין כיבוש לכיבושם ממילא אין באפשרותם "לזכות" ב"יפת תואר". ומסביר רש"י<sup>20</sup>: "לאו בני כיבוש נינהו – לא נתנה ארץ לכיבוש כי אם לישראל". כלומר ההיתר לפתוח במלחמה ולכיבוש שטחים נאמר רק לישראל ולא לגויים. הרי לפנינו, שאין המלחמה מלחמת רשות חוקית בין הגויים (לפחות לפי הסבר רש"י)<sup>21</sup>.

אמנם יש<sup>22</sup> שניסו להביא ראיה לחוקיותה של המלחמה גם בין העמים מדברי הנצי"ב בפרשת נח על הפסוק<sup>23</sup>: "ואך את דמכם לנפשותיכם אדרוש מיד כל חיה אדרשנו ומיד האדם מיד איש אחיו אדרש את נפש האדם". ופירש הנצי"ב: "מיד איש אחיו... אימתי האדם נענש בשעה שראוי לנהוג באחיה, משאם כן בשעת מלחמה ועת לשנוא אז עת להרוג ואין עונש ע"ז כלל, כי כך נוסד העולם וכדאיתא בשבועות לה ע"א מלכותא דקטלא חד משיחא לא מיענש, ואפילו מלך ישראל מותר לעשות מלחמת הרשות".

ולענ"ד, ראיותו של הנצי"ב ממלך ישראל אינה ראיה, משום שניתן לומר, שדווקא למלך ישראל הותר לצאת למלחמת הרשות משום שעושה כן בהגבלות מרובות ומתוך זהירות יתרה, כגון: סנהדרין, אורים ותומים וכד', ומן הסתם יחליט על הצורך בהרחבת השטח רק לאחר בירור שאכן מצב זה מצריך סיכון נפשות מישראל, מה שאין כן מלכי גוים שאינם מוגבלים כל כך ואינם זהירים כל כך, אין לנו ראיה מכאן שמתיר להם לצאת למלחמת הרשות. ועוד, לענ"ד, אף מדברי הנצי"ב אין ראיה לחוקיותה של המלחמה, שכן הנצי"ב רק מציין שחייל ההורג בזמן

20. שם, ד"ה "לאו בני כיבוש נינהו".

21. וכן הסבירו החתם סופר בשו"ת יו"ד סי' יט, ור' אברהם עמבא ב"ורע אברהם" סי' כד וידבר אברהם" ח"א סי' יא. (אך לכאורה "לאו בר כיבוש" מתייחס לבעלות על השטח הנכבש, ולא לחוקיות המלחמה. ולכן הראיה מרש"י קלושה. – הערת העורך).

22. עיין מאמרו של ידידי הרב מיכאל ימר ב"אור המזרח" תשמ"ד.

23. פרק ט פסוק ה'.

מלחמה אין דינו כדין רוצח, כיון שזהו זמן מלחמה – "עת לשנא". אולם עדיין לא שמענו מכאן שמותר לפתוח במלחמה. סוף דברינו הוא, שאין המלחמה מותרת לגויים כלל וכלל, ומקרא מלא הוא: "שוֹפֵךְ דַּם הָאָדָם בְּאֵדָם דְּמוֹ יִשְׁפָּךְ"<sup>24</sup>.

2. האפשרויות השונות לדין הכיבוש במלחמות הגויים

אחר שהסקנו שאין המלחמה חוקית בין העמים, ניתן להתייחס לכיבושי מלחמה שבין העמים (ובין נכרים לישראל) באחד מהאופנים הבאים<sup>25</sup>:

1. כיבוש מלחמה דינו כגזל לכל דבר.
2. אף על פי שנאסרה המלחמה לעבר<sup>26</sup>, דין כיבוש המלחמה הוא כדין זוטו של ים וכדו<sup>27</sup>.
3. יתכן שאף על פי שנאסרה המלחמה לגויים, מכל מקום ישנה הסכמה בינלאומית ששטחים שנכבשו במלחמה יהיו שייכים לכובש.
4. אף על פי שנאסרה המלחמה, מכל מקום מועיל כיבוש מלחמה מדין "דינא דמלכותא דינא" או מדין "הפקר בית דין הפקר".

24. שם פסוק 1.

25. במסכת סנהדרין (דף צד ע"ב) מבואר, שחוקיה וסיעתו חששו לקחת מהשלל שנשאר לאחר מות סנהריב ואנשיו, משום שחששו שמעורב בו (בשלל) ממון עשרת השבטים. וא"ל הנביא שאף ממון ישראל הנופל ביד גויים – "טהר", ואין בו איסור גזל. והסביר ר' ראובן מרגליות בספרו "מרגליות הים" (סנהדרין שם, אות כ) מדוע היה צריך הנביא לומר להם לקחת שלל, אחרי שכבר הבהיחה התורה "ואכלת שלל אויבך", וכן נהגו בני ישראל במלחמותיהם עד היום. התייך שבאן חששו לקחת משום שזהו שלל במלחמה שנצטוו בה בדרך נס. וסברו שדין כיבוש מלחמה מועיל מדין גנב הבא במחתרת שעל ידי שמסכן את נפשו קונה את החפץ, ועל כן במלחמה שלא סכנו את נפשם חששו שמא לא קנו את השלל. לכן אברהם אבינו לא רצה בשלל מלך סדום, וכן החריש יהושע את שלל יריחו, וכן הסביר את הגמרא בב"מ שהמציא בכותל ישן יכול לומר של "אמוריים" הם, ומדוע דווקא "אמוריים" ולא בבליים וכד', שחזו הרבה יותר מאוהר, אלא משום שלגבי אמוריים ישנו קנין על ידי שסכנו נפשם במלחמה.

אם כן לפי זה ישנה אפשרות נוספת להסבר דין כיבוש מלחמה – מדין גנב הבא במחתרת! אלא שיש להשיב בדבר:

- א. ראיתו מהגמרא בב"מ, שמדובר על אמוריים, קלשה. ואולי הזכירו אמוריים משום שהם אלו שהטמינו אצרותיהם בכותל.
- ב. מאברהם ויהושע אכן ראינו שנתנו את השלל (או החרימהו), אולם אין מכאן ראיה שלא זכו בו. ומשיב דאל"כ הוי מפסיד ממונם של ישראל, י"ל דשרי לעשות כן לשם שמים. ועוד דהרי אברהם סיכן את נפשו במלחמת ארבעת המלכים, ואם כן היה צריך לזכות ברכוש.
- ג. מלשון הגמרא משמע ששאלת בני ישראל היתה רק כיצד לחלק את השלל, האם לבדו או לחלק, ולא האם בכלל מותר לקחת.
- ד. לדבריו הייל המסכן את נפשו בקרב, זוכה בשלל מיד. אולם מדברי הרמב"ם בהלכות מלכים (וכן בשו"ע הרב) – זיבאו בהמשך – משמע שהמלך הוא הזוכה ברכוש. (ועתה, דאם כן מרתה בחלק היצאים הקרב בחלק היושבים על הכלים).
- ה. מכל מקום אף לדבריו זחי רק ההוה אמינא של בני ישראל, אולם למסקנה הנביא התייר להם אף שלל זה, ואם כן ליכא נפקא מינה לדינא, ואין להסבר זה מקום בהלכה.



3. דינא דמלכותא והפקר בית דין

נתחיל בבחינת האפשרות הרביעית, כלומר, שכיבוש מלחמה יועיל מדין "דינא דמלכותא דינא" או מדין "הפקר בית דין הפקר".

בביאור הטעם לדין "דינא דמלכותא דינא" נאמרו כמה הסברים:

א. הרשב"ם<sup>26</sup> הסביר: "שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו", ובתרומת הדשן<sup>27</sup> הוסיף דאין צריך שיקבלו בפירוש עליהם משום, "דאדעתא דהכי אנו קובעים דירה תחתיהם".

ב. הרא"ש<sup>28</sup>: "והיינו טעמא... שארץ שלו היא, ואף הדיוט שיש לו קרקע כך דינו שלא יהנה אדם מארצו אלא מדעתו ומקצבתו".

ג. הרשב"א<sup>29</sup>: "דעל דעת כן הם באים לדור בארצו".

והנה כל הני רבוותא כווננו לדבר אחר, והוא: הסכמת העם לשלטון המלך (או משום שהארץ שלו, או אפילו בלא נימוק זה). אם כן לפי טעמים אלו לא שייך להסביר את דין כיבוש מלחמה על פי הכלל של "דינא דמלכותא דינא", משום שהעם שהפסיד בקרב לא נתן כלל כח למלך השובש ולא הסכים לכיבוש.

ד. מהרדב"ז<sup>30</sup> עולה שמקור דינא דמלכותא הוא במשפטי המלוכה שנאמרו בספר שמואל, וכן כתב במפורש גם המבי"ט ב"קריית ספר"<sup>31</sup>. אכן, אף לפי הסבר זה אי אפשר להסביר את דין כיבוש מלחמה על פי הכלל "דינא דמלכותא דינא", משום שאף על פי שלשלטון ישונן זכויות מסוימות, עדיין לא הותר לו לכיבוש עם שאינו תחת ידו, וכמו שכתבתי לעיל שהמלחמה נאסרה לבני נח<sup>32</sup>.

ה. ר' איסר זלמן מלצר בספרו "אבן האזל"<sup>33</sup> מעלה הסבר נוסף לטעם הדין "דינא דמלכותא דינא", והוא: כיון שבני נח נצטוו על הדינים, הרי תפקידו של המלך הוא להשליט סדר בעולם ולדאוג לניהול הממלכה, ועל כן מוכרחים גם לעוות על הציות למלך. אף לפי הכבר זה ליכא למימר שזהו מקור דין כיבוש מלחמה, כיון שכאמור נאסרה המלחמה לבני נח; בניגוד לדינים, שעליהם נצטוו בני נח, המלחמה נאסרה להם.

26. בבא בתרא דף נר ע"ב ד"ה "והאמר שמואל".

27. סי' שמא.

28. נדרים פ"ג סי' יא.

29. חידושי הרשב"א יבמות דף מו ע"א ד"ה "דיהבי וחי".

30. הל' מלכים פ"ד ה"א.

31. פ"ה מהל' גולה.

32. וע"ע לקמן על המשותף להסברים אלו, ועל מהות משפטי המלוכה.

33. הל' נזקי ממון פ"ח ה"ה.

1. ב"דבר אברהם"<sup>34</sup> כתב על פי דברי רבינו יונה בבבא בתרא<sup>35</sup> שדין "דינא דמלכותא דינא" נלמד מדין "הפקר בית דין הפקר" וזהו לו. וראיתו מכך שדין הפקר בית דין נלמד מהפסוק בספר עזרא<sup>36</sup>: "ובל אשר לא יבוא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה". בפסוק זה מצאנו שהגוף המחליט אינו דווקא "בית דין" אלא השרים והזקנים, כלומר הגוף השולטי. ואם כן זהו מקור דינא דמלכותא. אף להסבר זה לא שייך להסביר כך את דין כיבוש מלחמה, כיון שכאמור המלחמה נאסרה לגויים.

אם כן העלינו שלכל ההסברים ל"דינא דמלכותא דינא", הן ההסברים מטעם שבני המלכות מסכימים לשלטון המלך, הן ההסברים שדין מלכות העכו"ם כדין המלכות בישראל או כדין בית דין וכדו', א"א להסביר לפיהם את דין כיבוש מלחמה<sup>36</sup>, משום שכולם נכונים אך ורק למלכותו של המלך ולא לגבי שאר הארצות שאינן תחת שלטונו.

4. כיבוש מלחמה או יאוש – בסוגיא במסכת גיטין

לגבי שאר האפשרויות שהעלינו להסבר דין כיבוש מלחמה, עלינו לעיין תחילה בסוגיא במסכת גיטין<sup>37</sup>:

במשנה נאמר: "עבד שנשבה ופדאוהו: אם לשום עבד – ישתעבד, אם לשום בן חורין – לא ישתעבד".

ובגמרא נשאלה השאלה, אימתי פדאוהו? אם לפני שנתיאשו הבעלים, מדוע כשהפודה פודה לשם בן חורין לא ישתעבד, הרי עדיין הבעלים הראשונים לא התיאשו, והעבד שייך להם; ואם לאחר שנתיאשו הבעלים, מדוע אם פדאוהו לשם עבד – ישתעבד, הרי לאחר יאוש כבר אינו שייך יותר לבעלים!

דעת רבא בהסבר המשנה היא, שמדובר לאחר יאוש הבעלים, ועל כן אם

34. ח"א סי' א.

35. הובאו דבריו בשיטה מקובצת דף נד ע"ב.

36. פרק י פסוק ח.

37. כהערה אפשר לומר, ששלושת ההסברים האחרונים כיונו לטעם אחד. והוא: שאף טעם הכח שניתן בספר שמואל למלך ישראל הוא כדי שיהא שלטון בעולם, משום שיאלמלא מוראה של מלכות איש את רעהו חיים בלעו". ואם כן זהו גם טעם מצוות דינים לבני נח, וזהו טעם דין הפקר בית דין, וזהו ההסבר מדוע גם למיד כל האמור בפרשת מלך, מלך אסור בו, מכל מקום ודאי שרשאי לתקן תקנות מסוימות לטובת העם. זה גם ההסבר מדוע אף למיד מלך מותר בו (באמור בפרשת המלך) מכל מקום אין ביכולתו להפקיע באופן שרירותי נכסים, כמעשה אהאב בכרם נבות. ואכמ"ל.

38. וראה בהם שכתב ראש הישיבה הרב אבידן שליטיא במאמרו בנושא (פורסם בחוברת "מחניים" ז, לקמן הערה 70), שרק לסוברים שאין דינא דמלכותא דינא בארץ ישראל לא יהא דין כיבוש לגויים בארץ ישראל. וזה שלא כדברינו.

39. דף לו ע"ב – לח ע"א.

פדאווהו לשם בן חורין לא ישתעבד (לא לרבו ראשון שהרי נתיאש הימנו, ולא לפודה משום שהלה פדאו לשם בן חורין), ואם פדאווהו לשם עבד ישתעבד לרבו שני (ולא לרבו ראשון, שהרי נתיאש הימנו).

ומקשה הגמרא: רבו שני ממאן קני ליה, משבאי? שבאי גופיה מי קני ליה?

ומתרצת הגמרא:

אין, קני ליה למעשה ידיו, דאמר ר"ל: מנין לגוי שקונה את הגוי למעשה ידיו, שנאמר 'וגם מבני התושבים הגרים עמכם מהם תקנו'....

ממשיכה ושואלת הגמרא:

ואימא הני מילי בכספא (אולי מזה שגוי קונה גוי או ישראל זהו רק בקנין כסף) אבל בחזקה לא? אמר רב: סיפא עמון ומואב טהרו בסיחון. אשכחן גוי גוי (כלומר שגוי קונה גוי בחזקה), גוי ישראל מנלן? דכתיב: 'וישב ממנו שבי'.

למדנו אם כן שגוי יכול לקנות ב"חזקה" הן גוי חבירו הן ישראל.

ופרש"י<sup>40</sup>:

בחזקה – כגון שבאי שהחזיק בו וקנאו בחזקת יאוש כשהפקירו רבו כשנתיאש הימנו, ולא בכסף חזקה שעבד כנעני נקנה בו, היינו חזקה של עבדות הלבישו הנעילו הרחיצו לרבו כדתניא בהאשה נקנית, נהי דישאל קני ליה לגוי בחזקה דאיתקוש עבדים לקרקעות, אבל גוי לא קני קרקע בחזקה בישראל אלא כל קנינו בכסף.

עמון ומואב טהרו בסיחון – אלמא גוי קונה מחבירו קרקע בחזקה והאי עבד נמי ביון דאפקריה ישראל ביאוש קנה ליה גוי חזקה. טהרו בסיחון – דכתיב אל תצר את מואב וכן בבני עמון אל תצורם וכתיב כי חשבון עיר סיחון וגוי אלמא טהר מואב בסיחון ובני עמון אשכחן ביפתח שאמרו לו מלאכי בני עמון כי לקח ישראל את ארצי בעלותו ממצרים מארנון ועד יבוק וגוי אלמא מבני עמון כבשה והדור ישראל וכבשו מיניה וטהרה להם על ידו אלמא קניה בחזקה...

וישב ממנו שבי – מדקרי ליה שבי דידיה שמע מינה קניה בחזקה.

נמצינו למדים שרש"י מפרש את הסוגיא העוסקת ב"כיבוש מלחמה", שהכיבוש מועיל מדין יאוש, וכדין גזל רגילי.

40. שם דף לח ע"א.

141. וב"דברות משה" על מסכת גיטין לפרק ד הערה נ, הקשה על רש"י, דאם כן איך נאמר 'וישב ממנו שבי', הרי מן הסתם ישראל בטחו בה' ולא התיאשו. ער כאן דבריו. ומלכוד שוו הנהה שאין לה ראייה (ואכן בהמשך דבריו מובא שאותו עם ישראל שרצה לחזור למצרים מן הסתם הכיל בתוכו גם כאלה שלאחר נפילתם בשבי התיאשו מכך שיפרו). הרי כתב (עיין לקמן)

אולם תוספות הקשו על פירוש רש"י שחזקה של עבדות כגון הלביושו הנעילו וכו', שהרי אפילו ישראל מישראל אינו קונה עבד עברי בקנין זה של עבדות אלא בכסף ובשטר, וכל שכן גוי מגוי או מישראל שלא יקנה בחזקה זו, ועל כן תירצו תוספות: "דהכא בחזקה של כיבוש מלחמה איירי וכן פר"ח".

תוספות הקשו על רש"י, משום שהבינו שרש"י סובר שגוי קונה בחזקה אף את הישראל עצמו (אמנם למעשה ידיו בלבד ולא לגופו, וכמו שמשמע מתחילת הסוגיא), והבינו כן בגלל הפסוק: "וישב ממנו שבי", שמשמעו ששבו מישראל שבי – כלומר שבויי מלחמה ישראלים. אולם אפשר לפרש שרש"י ס"ל שאין לגוי דין זכיה בישראל אלא בכסף, ומה שכתוב "וישב ממנו שבי" הכוונה ששבו מישראל "שפחה כנענית", וכמש"כ רש"י בפירושו לתורה<sup>42</sup>, על פי המדרש<sup>43</sup>.

ומכל מקום, אף על פי שניתן ליישב את קושית תוספות על רש"י, למדנו מכאן שתוספות ס"ל שיש דין מיוחד ל"כיבוש מלחמה", ואין זה מדין יאוש, ואינו דומה כלל לגזל רגיל.

דין בשיטת רש"י

ולפני שנבאר כיצד מועיל "כיבוש מלחמה" זה לפי תוספות, נבאר תחילה את הקשיים שבכל שיטה ושיטה (רש"י ותוספות), וכן מה דעת שאר הראשונים בענין.

והנה, לבאורה קשה לפרש כרש"י, דהסוגיא עוסקת ב"כיבוש מלחמה" שהוא כגזל רגיל ומועיל יאוש, משום שקי"ל שגזלן, אף לאחר שנתיאשו הבעלים, אינו זוכה בחפץ להיותו שלו לחלוטין<sup>44</sup> משום ש"באיסורא אתא לידיה". יאוש הבעלים מועיל רק אם ימכור הגזלן את החפץ לאחר – זכה הלוקח (משום דהוי שינוי רשות לאחר יאוש, ובהיתירא אתא לידיה). אם כן, אם נרצה לפרש כרש"י, דמדין יאוש קאתינן, יתפרש קנין חזקה של הגוי כמועיל רק לאחר שימכר העבד לאחר, ובגמרא הרי משמע שקנין חזקה זהה לחלוטין לקנין כסף, ובקנין כסף הרי העבד שייך לחלוטין לגוי<sup>45</sup>.

שרש"י ס"ל שמדובר בשבי של שפחה, ואם כן לא קשה, תל זה ודאי לא שייך להקשות כיצד התיאשו? וכי מנין להם הבטחון שלעולם ינצחו במלחמותיהם נצחון מוחלט ער כדי כך שלא יאבד מהם כלל שום רכוש? על כן נראה עוד לפרש ברש"י כמו שכתבנו ולא במש"כ ב"דברות משה": שאף רש"י ס"ל שישנו מושג של כיבוש מלחמה שאינו "זקוק" ליאוש. ועוד, דרש"י הזכיר במפורש יאוש, ולא הזכיר כלל "כיבוש מלחמה" גבי עבד.

42. במדבר פרק נא פסוק א, ועיין עוד רמב"ן על התורה שם.

43. ילקוט שמעוני פרק כ בשם מדרש אגדה.

44. בבא קמא דף טו ע"א.

45. רשב"א (מהדורת מוסד הרב קוק) בחידושי שם ד"ה 'זקשיא ל"י.

ועוד קשה, דהרי מהפסוקים משמע שאף סיחון כבש בדרך זו את ארצות עמון ומואב, ועל ידי כך "נטהרו" והותרו לישראל בכיבוש. אולם אי אפשר להסביר מקרה זה מדין יאוש, כמש"כ רש"י, משום שקרקע אינה נגזלת, על כן אין שייך יאוש בקרקע. וכן כתב רש"י במסכת סוכה<sup>46</sup>: "וקרקע אינה נגזלת – כלומר אינה קנויה לגזלן בשום יאוש..."<sup>47</sup>.

הירושלמי, על המשנה הדנה באנס שזרע בלאי הכרם, ומסיימת: "מאימתי הוא נקרא אנס – משישתקע", כתב<sup>48</sup>: "אמר רבי אחא: נשתקעו הבעלים ולא נתיאשו הבעלים איסורו דבר תורה. נתיאשו הבעלים – ולא נשתקעו הבעלים איסורו – מדבריהן. ויש קרקע נגול? אמר רבי: לא, אף על פי שאין קרקע נגול, יש יאוש לקרקע". וכתבו התוספות<sup>49</sup> על פי הירושלמי הנ"ל, דכשנשתקע שם בעלים אפילו מדאורייתא יש יאוש.

על פי זה מתרץ בעל "פני יהושע"<sup>50</sup> את שיטת רש"י, דמלחמה היו כנשתקעו שם בעלים. אולם אין הכוונה שבמלחמה, אף על פי שלא נתיאשו הבעלים, אנו אומרים שהופקעה מהם הקרקע, והיו כנשתקעו שם בעלים אף על פי שידוע מי הם הבעלים, אלא הכוונה שאם הבעלים מתיאשים כתוצאה מהמלחמה, אזי זהו כביכול "יאוש חזק" המועיל יותר מיאוש רגיל, ומהני יותר מיאוש רגיל גם בכך שמהני אף לקרקע<sup>51</sup>, וגם בכך שמהני שעבר שנשבה במלחמה ונתיאשו הבעלים, זכה השבאי בעבד אף אם לא ימכרנו לאחר<sup>52</sup>.

ואם כן זהו ההסבר לשיטת רש"י, דמהני יאוש בקרקע, וכן דמהני יאוש לכך שהשבאי יזכה בגוף העבד משום שיאוש שעל ידי מלחמה, "יאוש חזק" הוא, וכעין דין "נשתקע שם הבעלים".

46. כלאיים פיז היה.

47. דף ל ע"ב ר"ה "וקרקע אינה נגזלת".

48. גיטין דף לח ע"א על רש"י ד"ה "בחזקה".

49. וכמש"כ בעל "נתיבות המשפט" (סי' שע"א סק"א בביאורים) שכל שאינו יכול להצניא בדיונים, הוא יאוש אף בקרקע. אולם אף זה ניתן לדחות, דזה רק לגבי יאוש ולא לגבי גזרי כיתוש מלחמה. ועיין עוד במהר"ם (דפוס פראג) סי' תתרט בסופו, וד"ק.

50. אמנם לגבי עבד, כתב פני יהושע שם תירוץ נוסף, דבעלמא סיל לרש"י דיאוש במטלטלין אינו מדין הפקר, ועל כן מטלטלין שאינם ברשותו יכול להתיאש מהם; ואילו יאוש הוא מטעם הפקר לא היה יכול להפקירם כיון שאינם ברשותו (וכדאמר ר' יוחנן "שניהם אינם יכולים... זה לפני שאינו ברשותו, בבא קמא דף ע ע"א). אולם עבדים הרי הוקשו לקרקעות, ויאוש בעבדים הוא מטעם הפקר, ול"ש לומר דהרי אינו ברשותו (העבד) משום דהוקש לקרקע שבהם אין חסרון זה. ומה שאינו יכול להתיאש בקרקע הינו משום שלעולם היא נמצאת במקומה, ובעצם לא נתיאשו הבעלים אלא מפני אלימותו של הגזלן. על כן כשהבעלים מתיאשים הוא הפקר לכל העולם חוץ מלגזלן – ולא מחני. משאם כן בעבדים, דאי ניחא ליה שיזכה העבד בעצמו או שיזכה בו הפודה אותו (כדי שלא ישתקע בין הגויים), ועל כן מפקירו לכל העולם ביאוש זה ומחני.

אולם מלבד שזהו תירוץ רק לגבי עבד ולא לגבי קרקע, לכאורה חלוקה זו בין יאוש במטלטלין שאינו מדין הפקר ובין יאוש בקרקע שהוא מדין הפקר צריכה עיון. ואכמיל.

דין בשיטת תוספות

אולם אף לשיטת התוספות מתעוררים מספר קשיים בפירוש הסוגיא.

א. אם נקבל את חידושו של תוספות שישנו מושג "כיבוש מלחמה", אשר אינו זקוק ליאוש, קשה מדוע הוצרך רבא לפרש את המשנה באופן שמדובר לאחר יאוש, כדי להסביר כיצד זכה השבאי בעבד? הרי מדובר ב"כיבוש מלחמה" המועיל שהשבאי זוכה בעבד אף בלא יאוש בעלים.

כדי ליישב קושיה זו נדחק הרשב"א<sup>51</sup> לפרש, שרבא לא רצה לפרש אף לפני יאוש, כיון שהרי השבאי זוכה רק במעשה ידיו של העבד ולא בגופו. על כן, אף אם זכה השבאי במעשה ידי העבד על ידי כיבוש מלחמה, מכל מקום משעה שפראוהו לשם בן חורין היה צריך להיות הדין שחזור העבד ומשתעבד לבעליו הראשונים, ואף על פי שהאדון פדאו לשם בן חורין, משום שעדיין גופו של העבד קנוי לבעליו הראשונים. ודמיו לשואל שהחזיר את החפץ לבעליו קודם שתמו ימי שאילתו, שפשוט שחזור לבעליו הראשונים, כיון שהשואל זכה רק בשמושי החפץ. על כן הוצרך רבא לפרש את המשנה באופן שמדובר לאחר יאוש הבעלים, כדי להסביר מדוע אם פדאו לשם בן חורין לא ישתעבד. עד כאן דבריו. אמנם פירוש זה של הרשב"א בסברת רבא נראה, לכאורה, קצת דחוק בלשון הגמרא ובסברא. ודו"ק<sup>52</sup>.

ב. ועוד קשה, לשיטת תוספות מהסוגיא בסנהדרין<sup>53</sup> שהבאנו לעיל, להוכיח שאין המלחמה מותרת לגויים, שפשטות המשפט "לאו בני כיבוש נינהו" מורה כרש"י, שאין לגויים דין מיוחד בכיבוש מלחמה, אלא הרי הם כשאר הגזלנים, הזוכים בגזלה רק אם נתיאשו הבעלים. ומתרץ בעל ה"חתם סופר"<sup>54</sup> דכוונת הסוגיא במשפט "לאו בני כיבוש נינהו" – אין הם יכולים לקנות קנין הגוף. כלומר, כיון שאיסורא קעביד במה שנלחמים, שהרי לא הותרה להם המלחמה, אם כן אין לכיבושם דין כיבוש הגוף שביכולתו להפקיע איסור יפת תואר, אולם לזכות במעשה ידי עבד או בקרקע לפירותיה וכו', מהני כיבושם.

51. ולכאורה היה אפשר ליישב את הקשיה על שיטת תוספות באופן דומה, דאף שזכה השבאי בעבד מדין כיבוש מלחמה, מכל מקום אם פדאו לשם בן חורין חזר לבעליו הראשונים, משום דהוי כמו הכלל, שאף על פי שיאוש ושיניי השם קונה, מכל מקום אם בא להחזיר מחזור לבעליו הראשונים. על כן הוצרך רבא לפרש שמדובר לאחר יאוש.

אלא שאחר העיון מתברר שא"א לפרש כן, משום שאם היסוד הוא הכלל "מחזיר לבעלים הראשונים" הרי יסוד זה הוא אפילו לאחר יאוש, ולפי זה לא התעיל רבא בחידושו שמדובר לאחר יאוש. ועדיין צ"ע.

52. דף נט ע"א.

53. שרית חתם סופר חיד"ד סי' יט, ובחירושו למסכת גיטין דף לח ע"א ד"ה "עמון ומזאב"

ועדין קשה מדברי הרשב"א ביבמות על הגמרא<sup>54</sup> "מוהרקייהו דהני בטפטא דמלכא מנח", ופירש הרשב"א<sup>55</sup>: "שיש לו בהן קנין גוף דכתיב: "וישב ממנו שבי". הרי הרשב"א למד שגוי יכול לזכות בגוי על ידי מלחמה בקנין הגוף. אלא שדברי הרשב"א אלו צריכים עיון מסוגייתנו, שהרי בסוגיא בגיטין נאמר במפורש שגוי זוכה בגוי רק למעשה ידיו, ולא קונה קנין הגוף (ואין סברא לחלק בין אם קנהו מגוי או מישראל. מה עוד שמהסוגיא משמע שחד דינא אית להו – "אשכחן גוי גוי, גוי ישראל מנלן"). וכן כתבו תוספות<sup>56</sup> במפורש, שמהפסוק "וישב ממנו שבי" למדים רק לענין קנין במעשה ידיו, ולכן הביאו רק את הפסוק "עמון ומואב". ובעיקר קשה דאף הרשב"א עצמו סובר כן, כפי שהובא לעיל שהסביר<sup>57</sup> שעל ידי קנין מלחמה זוכה השבאי בעבד רק לזמן מסויים, ואם לא יתיאשו הבעלים הראשונים, הרי סוף העבד לחזור אליהם. וצריך עיון גדול ליישב דברי הרשב"א<sup>58</sup>.

5. דיעות שאר הראשונים בסוגיית גיטין

ועתה נבאר מה דעת שאר הראשונים בבאור סוגיא זו.

דעת רב האי גאון

ז"ל רב האי גאון "בספר המקח והממכר"<sup>59</sup>:

מי שלוקח שום הפץ מהשבאים ומהשודדים ומהגזלנים, תדע הלוקח מהם תלוי ביאוש בעלים ובשנוי החפץ. תדע שאם נתיאשו הבעלים מאותו החפץ שלא יחזור אליהם... הרי לקיחתו מותרת, אבל כל שלא נתיאשו הבעלים ממנו... מקחו אסור... ולעולם תורת יאוש כל היכא שנתברר בפרוש שנתיאש ממנו אינו ראוי ליקח ממנו כלום... ותדע שאין חילוק בין גנב ובין גזלן ובין שודר, דכל היכא שיש שם יאוש בעלים הלוקח מהם מותר...

54. דף מו ע"א.

55. שם, ד"ה "הני".

56. גיטין שם דף ל"ח ע"א ד"ה "דכתיב".

57. ועיי' בי"דבר אברהם" ח"א סי' יא אות ח שניטה לתרץ את הרשב"א, דאה"נ ישנו משג של קנין הגוף לזמן. ומלבד שזהו דחוק, עדיין לא תירץ מה שהקשה, דמסוגין משמע מפורש דאין בלל קנין הגוף לגוי בחבירו.

כמ"כ מנסה שם (אות ו) לישב את הסוגיא בסנהדרין אף לפני הרשב"א, דאין הכי נמי נאסרה להם המלחמה, אלא שאם עבדו על כך תלחמו זכו בכל מה שבכשו בקנין הגוף, אלא כיון שלא עשו כהוגן אין למעשיהם יכולת להפקיע איסור יפת תואר. אולם צ"ע בחילוק זה, דלשון "לאו בני כיבוש" משמע שאין לכיבושם דין כיבוש, ולא שאין בכוחו להפקיע איסור יפת תואר. דד"ק.

58. סי' לב.

ולעולם כל היכא שגזל עמלקי מיישראל, אם נתיאשו הבעלים, מותר ליקח מאותו גזלן עמלקי כל ישראל שירצה, ועל הדא גרסינן: עבד שנשבה ופראוהו... ופרש"י<sup>59</sup> במאי עסקינן....

הרי שרב האי גאון ס"ל כרש"י, שכן לא רק שדך רק מצד יאוש ולא הזכיר כלל מושג "כיבוש מלחמה" כתוספות, אלא אף השווה במפורש גנב וגזלן לסוגיא העוסקת בשבאי ובסיחון מלך האמורי.

דעת הראב"ד והרמב"ן

בחדושי הרמב"ן<sup>60</sup> נמצא:

שבאי גופיה, מי קני ליה? אין קני ליה למעשה ידו כתב הראב"ד ז"ל: קשה לי טובא, היכי קני ליה למעשה ידיו? ואי קאי בהדיה בדינא, מי לא מפיק ליה מתותי ידיה, מי מצוי למימר ליה הא קמיתני ליה בחזקה; ואי עריק מיניה, מי מצוי מהדר ליה בדינא; ואגג אונסא הוא דמשתעבד ביה, האי ישראל מעתי דזבני מיניה לשם עבדות, אמאי ישתעבד בו, דמשמע דמדינא קאמר ליקום בהדיה בדינא וליפוק דהאי ישראל לאו אנוס הוא, ומדינא ליכא עליה ולא מידי. [כלומר, הכיצד יתכן שהשבאי יוכה בעבד בכל כרחו]. ואמר הרב ז"ל דפרקא דהך קושיא לא איתברר ליה שפיר. ותמהני עליו, מאי קושיא, כיון דמשום שבאי מיאש מרי מיניה... למה זה דומה, לגזול בהמה או כלים ומכרן לאחר יאוש בעלים, דקנה כאלו קנו מבעלים הראשונים....

משמע שהראב"ד אף הוא למד הסוגיא כרש"י. ראיות: (א) לא הזכיר כלל מושג כיבוש מלחמה. (ב) אם היה הראב"ד סובר כתוספות, שישנו מושג קניני הנקרא "כיבוש מלחמה", לא היה כלל מקום לשאלתו, במה קנה השבאי את העבד. (ג) המשפט "אגב אונסא הוא דמשתעבד ביה" משמעו, שדין השבאי כדין הגזלן. ראיה נוספת לכך שהראב"ד סובר כרש"י ניתן להביא מדברי הראב"ד בהלכות גולה<sup>61</sup> על דברי הרמב"ם ש"הקרקע בחזקת בעליה קיימת... משאם כן הדין במטלטלין". כתב הראב"ד: "...עשה עברים כקרקעות... אבל מכל מקום נגזלים הם, ונקנים ביאוש כדכתיב וישב ממנו שבי...". הרי שלמד הראב"ד מפסוק זה דין יאוש בעבדים, ואי ס"ל כתוספות מה שייך יאוש הכא<sup>62</sup>.

59. ט"ס (שהרי לא יתכן שרב האי גאון מביא את פירושו של רש"י) רצ"ל ופרשינו.

60. גיטין דף לה ע"א ר"ה "שבאי גופיה", והובאו דבריו אף בחידושי הרשב"א שם.

61. פרק ט הל' א.

62. לגבי הקשר בין יאוש לגזל, כלומר מה שהוכיח מכך שיש גזל בעבדים, שיש יאוש בעבדים,

עיי' באחרונים שם (ובספר המפתח שם, מהדורת פרנקל).



אף הרמב"ן נראה שסובר ברש"י. ראיות: (א) לא הזכיר כלל כיב"ש מלחמה. (ב) תירץ את קושיית הראב"ד על יסוד יאוש – ברש"י. (ג) השווה במפורש שבאי ל"גזול בהמה או כלים". (ד) מכך שכתב הרמב"ן "ועבדא לא קני נפשי, דיאוש לא מפקע ליה מינייה אלא קנין פיורת, והא קמא שבאי משעה ראשונה", משמע שסובר ברש"י, משום דאי ס"ל כתוספות היכי תיסק אדעתין שהעבד זוכה בעצמו, הרי הארון זכה בו ביב"ש מלחמה".<sup>63</sup>

דעת תוספות רי"ד והרשב"א

ז"ל תוספות רי"ד:<sup>64</sup>

אמר רב פפא עמון ומואב טהרו בסיחון... שקנאה סיחון בכח ובחזקה שנתיאשו עמון ומואב ממנה... וישב ממנו שבי... ומכאן מוכיח שנכסי ישראל, שאנסום כנענים ונתיאשו הבעלים וקנאם ישראל אחר, הרי הם שלו.

אם כן, נראה שאף דעת תוספות רי"ד ברש"י, ראיות: (א) הזכיר רק יאוש, ולא הזכיר כלל מושג כיבוש מלחמה. (ב) השווה דין שבאי לדין גזל. אולם הרשב"א כתב במפורש<sup>65</sup> כתוספות, שכיבוש מלחמה אינו בגולה, אלא הוא חידוש שחדשה תורה בדיני קנינים, ועל כן אינו "זקוק" כלל ליאוש בעלים, וקונה מרגע הכיבוש ואפילו לא נתיאשו הבעלים, "דרחמנא אמר דלקני בחזקת מלחמה".

דעת הרמ"ה

ז"ל הרמ"ה:<sup>66</sup>

גוי דשבייה לישראל וקנייה בדינא דמלכותא והדר זכניה לישראל קנייה למעשה ידיו... ודוקא שנשבה במלחמה כדינא דמלכותא הוא... אבל נשבה בשעת שלום דלא קני ליה שבאי בדינא דמלכותא...

וב"דבר אברהם"<sup>67</sup> כתב דמשמע שהרמ"ה סובר ברש"י, מכך שהסביר שגוי זוכה בישראל רק בגלל דינא דמלכותא ולא בגלל "כיבוש מלחמה".

63. אמנם קצת קשה, דמהרמב"ן משמע שהשבאי אינו זוכה לחלוטין בעבד אלא רק כדון סלן, כלומר, שהקונה ממנו זוכה בעבד. אם כן אין קנין שבאי בחזקה וזה לקנין עכרים בכסף, וזה דלא כמו שמשמע בסוגין, ודלא ברשב"א לעיל שנרחק לפרש דאף השבאי זכה בעבד למעשה ידיו. אמנם אין מכאן קושייה לתירוץ של הפני יהושע, שיאוש על ידי כיבוש מלחמה יאוש חזק" הוא, ועל כן מהני אף לקרקע, ומהני שאף הגזלן יזכה בעבד, משום שאפ"ל דט"ל לרכיב"ן דאין הכי נמי – יאוש הבא על ידי מלחמה יאוש חזק" הוא, אולם מהני יאוש זה אף בקרקע, אך אינו מהני לכך שאף הגזלן יזכה בעבד, אלא רק הקונה מהגזלן וכדון יאוש בעלמא. וצ"ע.

64. גיטין דף לח ע"א.

65. הובאו דבריו בטור יו"ד סי' רכו דף רצ ע"ב.

66. ח"א סי' יא סוף אות ב.

אולם לענ"ד קשה לפרש כן ברמ"ה משתי סיבות: (א) אם ס"ל כרש"י, מדוע לא הזכיר כלל את "מילת המפתח" – יאוש. (ב) כבר הוכחנו לעיל שאין דינא דמלכותא דינא יכול להיות המקור לדין כיבוש מלחמה, ואם כן אי אפשר לומר שזו כוונת הרמ"ה. גם ה"דבר אברהם" הרגיש שאין דבריו מוכרחים, ועל כן הוסיף שאף שניתן לדחות, שאין כאן ראייה מדברי הרמ"ה, מכל מקום לקמן יוכיח שאכן זו דעתו. וכוונתו למה שבאר הרמ"ה בסוגיה בסנהדרין דלאו בני כיבוש – כרש"י, שהמלחמה נאסרה להם. ורצה להוכיח, שאם כן מובח שאין דין כיבוש מלחמה בגוי. אולם אף ראייה זו ניתנת לדחוי, על פי מה שתירצנו לעיל בשם "חתם סופר" שלא תקשה מסוגיא זו לשיטת תוספות, דכוונת הסוגיא היא כיון שנאסרה המלחמה לגוי על כן אינם זוכים על ידי כיבוש מלחמה בקנין הגוף ובהיתר יפת תואר וכמש"כ. על פי זה אין מדברי רמ"ה אלו הוכחה דס"ל כרש"י. על כן נראה שהרמ"ה ס"ל כתוספות שישנו מושג "כיבוש מלחמה", ודלא כרש"י<sup>67</sup>. (ומה שכרך הרמ"ה דין כיבוש מלחמה יחד עם דינא דמלכותא דינא, עיין לקמן מה שנכתוב בס"ד בזה).

ז"ל הר"ן<sup>68</sup>:

במאי עסקינן, אילימא לפני יאוש... לשם בן חורין אמאי לא ישתעבד – כלומר לרבו ראשון דאע"ג דשבאי גוי קונה ליה לעבד למעשה ידיו, כמו שאכתוב בסמוך בס"ד, הני מילי היבא דאין ישראל יכול להציל, דכהאי גונא קרינא ביה שבי, אבל כיון דלפני יאוש הוא אלמא יכול ישראל להציל ושבאי לא קני ליה, וכיון שכן, אף על פי שפדאו ישראל לשם בן חורין, אית לן למימר דמשתעבד לרבו ראשון.

נראה מדברי הר"ן, דאף על פי שהצריך יאוש כדי שהשבאי יזכה בשביו, מכל מקום אין זה כרש"י הסובר שהיאוש הוא זה שמסיים את בעלות הבעלים הראשונים על העבד, אלא השבאי זכה בעבד מדין כיבוש מלחמה, וכדעת תוספות, והיאוש הוא רק המודד לדעת מתי היה כיבוש ומתי לא; וכל זמן שלא נתיאשו הבעלים, הרי זה סימן שעדיין לא נסתים הכיבוש.

ובהמשך מסביר הר"ן: "...ומהדרין עמון ומואב... דאע"ג דקרקע אינה נגולת, חזקת מלחמה שאני, וסיחון קנאה קנין גמור בחזקה שהחזיק בה על ידי מלחמה".

67. שוב ראיתי שכתב הרמ"ה בתירושו לסנהדרין (דף צד ע"ב) לגבי דבריו של הנביא לחזקת וסיעתו: "אף ממונם של ישראל כיון שנפל ליד גויים מיד טיהר". וכתב הרמ"ה: "דווקא דומיא דהתם דהוה ליה יאוש בעלים דהשתא ליהדרו שקלינהו מממוניהו מי לא מיאשי, אבל גוי דגול ממונא דישאל כל כמה דלא יאוש בעלים גזל מעליא הוא". ומדברים אלו נראה שהרמ"ה ס"ל כרש"י. תצ"ע.

68. בבבאורא לרי"ף, גיטין שם, דף כ ע"א מדפי הרי"ף.

הרי שהסביר כתוספות "דחזקת מלחמה שאני". אם כן מוכרחים לפרש בתחילת דבריו (לגבי יאוש) כמש"כ לעיל, דהיאוש הוא רק המדד לדעת אם אכן זהו כיבוש מלחמה. אמנם עדיין ניתן לומר שמש"כ הר"ן "חזקת מלחמה שאני", כוונתו למש"כ לעיל בהסבר שיטת רש"י בשם פני יהושע, שיאוש שעל ידי מלחמה "יאוש חזק" הוא ומועיל אפילו בקרקע. סיוע לפירוש זה ניתן להביא ממש"כ הר"ן לגבי המשפט בגמרא: "ואימא הני מילי בכספא אבל בחזקה לא" שציטט את דברי רש"י: "אבל בחזקה כגון שבאי זה שהחזיק בו וקנאו בחזקה ביאוש כשהפקירו רבו כשנתיאש ממנו...". כמורכב ניתן להסתייע מסיוס דברי הר"ן: "דכתוב 'וישב ממנו שבי' מדקרי ליה שבי ידידה שמע מינה קנייה בחזקה, והאי עבד נמי – כיון דאתיאש מיניה דישראל, קני ליה גוי בחזקה". אם כן אנו רואים שלגבי עבד, לכאורה, פירש הר"ן כרש"י, מדין יאוש.

מכל מקום, מלשון הר"ן בחידושו<sup>69</sup> משמע במפורש כמש"כ בבאורו לעיל, ו"ל: "...וא"ת ואמאי ישתעבד, והא מסקינן בשמעתין דשבאי קני ליה למעשה ידיו. ו"ל דכיון דלפני יאוש הוא, אלמא ישראל יכול להציל הוא, דאי לא – אפילו כי לא מיאש בלאחר יאוש דמי, כדאמרינן גבי זוטו של ים ושלוליתו של נהר, דאף על פי דאמר דלא מיאש הוה יאוש. אלא על כרחין כי אמרינן 'אי לימא לפני יאוש' ביכול להציל קאמרינן, וכיון דיכול להציל לא קני ליה שבאי ולא מקרי שבי". אם כן נראה בברור שהיאוש לפי הר"ן הוא רק מדר לכך שאין יכול להציל<sup>70</sup>. ואם תאמר, כיון דהצריך הר"ן יאוש, אף על פי שהצריך כן רק לצורך

69. גיטין דף לו ע"ב ד"ה 'במאי עסקינן'.

70. במאמר שפורסם בנושא דידן בחוברת 'מחניים' בהוצאת הרבנות הצבאית הראשית ע"י הרב אברהם אבידן שליטיא, כעת ראש ישיבת שעלבים, הקשה כיצד יתכן שהפוסקים (שי"ך תוד) פסקו כתוספות (תוד נע"ן בזה לקמן) בשעה שרוב הראשונים (רב האי גאון, ראב"ד, רמב"ן, ר"ן, רמ"ה, תוספות רי"ד) ס"ל כרש"י. ועל כן העלה שאף הראשונים הנ"ל ס"ל כתוספות, ומה שהצריכו יאוש, זהו על פי דרכו של הר"ן – דאמר, בעינן יאוש רק כמודד לכך שאכן היה כיבוש.

אולם לענין יש לדון בדבריו ממנה סיבות.

א. מה שהקשה כיצד יתכן שהשיך יפסוק שלא כדעת רוב הראשונים. אין זו קושיה מוכרחת, משום שר"ס פסק השיך כתוספות ורי"ח ורשב"א.

ב. המעיין בשיך יראה שלא ראה אלא את דברי הראב"ד והרשב"א ולא את שאר דברי הראשונים, ויתכן שאילו היה רואה דבריהם היה חוזר בו.

ג. העלינו לעיל שהר"ן והרמ"ה ס"ל כתוספות. ואם כן אין כאן 'רוב ראשונים'.

ד. הראינו לעיל שרב האי גאון, הראב"ד והרמב"ן ס"ל כרש"י, לא רק מכך הזכירו את הצורך ביאוש (כמש"כ 'דבר אברהם' ח"א סי' יא אות ב, שזה הסימן ש"סל כרש"י, אלא אף מזה שלא הזכירו כלל את המושג 'כיבוש מלחמה', וכן מעוד כמה וכמה סיבות, כגון השוואה לגולן או מכה הקושיה כיצד השבאי קונה וכד', וזה רבו שלא ניתן לומר לפי תוספות.

ה. גם בעצם דבריו מה שהעלה על פי הר"ן שכל הראשונים ס"ל כר"ן, צ"ע, מנין לפרש כן

הידיעה אם אכן זהו כיבוש או לא, מאי נפקא מינה בין רש"י לר"ן? וי"ל דנפקא מינה כמש"כ הר"ן בחידושיו, במקרה שלאחר הכיבוש עומד וצווח שאינו מתיאש. לרש"י הסובר שרק על ידי יאוש זכה הכובש בחפץ וכדין גולן, הא קאמר דלא מיאש ולא זכה הכובש בחפץ. אולם לר"ן הסובר שהיאוש הוא רק מדד לכיבוש, הא קחזינן שהיה כיבוש, ולא משגחינן במה שצועק שאינו מתיאש, וכדין זוטו של ים.

דעת הרמב"ם והר"י מיגאש

כתב הרמב"ם<sup>71</sup>:

שאלת מי שקנו מן השוללים ספר קדש לקצת בתי כנסיות שבמדינות, אם נאמר שקנה או אם נכפהו על לקיחתו ממנו... תשובה אם ביזה זו היתה במצוות המלך קנה ובטל דין הקדש, ואפילו כלי המקדש כשנשללו בטלה קדושתן. אמרו: ובאו בה פריצים וחללוהו. אמנם אם שללו בלי רשות המלך או נגנבו, ישבע בנקיטת חפץ כמה הוציא ויטול, ויתזור זה הספר למקומו, כדין מי שנתברר לנו בו שנגנבו לו כליו וספריו, וכתב משה.

הרי שהרמב"ם סובר שביזה שנעשתה במצוות המלך מהני להפקיע רכוש מבעליו, וכתוספות, ולא הזכיר כלל ענין יאוש. ואף על פי שלכאורה היה מקום לומר, שהרמב"ם אולי מדבר רק במלך שבזו בתוך מדינתו ומהני מדין דינא דמלכותא. מכל מקום אין נראה כך, כיון שגם על סמך הכלל 'דינא דמלכותא דינא' אי אפשר להצדיק סתם גזל. ועוד, הרי הרמב"ם מביא ראיה מכיבוש בית המקדש וכליו, וזה ודאי לא באותה מדינה, אלא מדין כיבוש מלחמה, וכתוספות.

ובתשובות הר"י מגאש<sup>72</sup> נשאל בענין דומה:

...ויצא איש אחד מאת המלך ובזזו כל נכסיו... ולקח המלך את כל הביזה בכללה ומכרה... תשובה: אמנם הספרים, אין לומר בהם חזקה שבעליהם נתיאשו מהן, אאם כן העידו שני עדים ששמעו ממנו זה בפירוש... שהמלך גזלם ומכרם, וכבר אמרו: גנב מפורסם לא עשו בו תקנת השוק... זהו דין הספרים. אבל דין שאר המטלטלין... חזקה שנתיאש מהם... . יוצא שהר"י מגאש סובר שדין המלך כדין הגולן, והכל תלוי בשאלה אם

בשאר הראשונים? ולדבריו אפשר לפרש כן ברש"י, ואם כן תיסק אדעתין ולא נחלקו רש"י ותוספות כלל, אתמהא!

71. הובאו דבריו בשיטה מקובצת בבא מעיעא דף בד ע"ב. תשובת הרמב"ם הובאה גם בשו"ת הרמב"ם מהדורת בלאו כרך ב סימן רט ע"פ המקור בערבית. ע"ש. ועיין בהערות פרופ' אברמסון בכרך ג עמודים 165-166.

נתיאשו הבעלים או לא, וכדעת רש"י.

סיכום הדיעות

הרי לפנינו: רב האי גאון, רש"י, ר"י מגאש, ראב"ד, רמב"ן והרי"ד ס"ל שאין למלחמה דין מיוחד אלא דינה כדין גזל, ותלוי ביאוש בעלים. ר"ח, רמב"ם, רמ"ה (בספק, ראה בהערה 68), תוספות, רשב"א ור"ן ס"ל שישנו מושג "כיבוש מלחמה", ואינו תלוי ביאוש הבעלים<sup>72</sup>.

6. הסוברים שגוי הכובש גוי לכולי עלמא זה מדין כיבוש מלחמה

והנה יש שרצו לחלק בין כיבוש נכרי מנכרי לבין כיבוש נכרי מישראל, ולומר דאף רש"י ודעימיה הסוברים שאין לגוי דין כיבוש מלחמה, והו רק לגבי גוי הכובש מישראל, אולם לגבי גוי הכובש מגוי הם מודים דיש דין "כיבוש מלחמה".

ראיותיהם:

א. מדברי הרשב"א<sup>73</sup> משמע שהבין כך בדעת רש"י, שכן כשבא הרשב"א להקשות על רש"י הסובר שאין לנכרי דין כיבוש מלחמה מישראל, הוא מניח שרש"י סובר שיש לגוי דין כיבוש מלחמה מגוי. וז"ל "ועוד דהא משמע... וחזקה דנכרי בנכרי לאלתר היא. ותדע לך דהא מעמון ומואב טהרו בסיחון ילפינן לה, וההיא בקרקע היא, וקרקע בעלמא אינה נגזלת ולא שייך בה יאוש".

ב. מלשון הרמב"ן<sup>74</sup> בתרצו את קושיית הראב"ד דמה קונה השבאי (הובאו דבריו לעיל), שכתב: "אבל לשמואל דאמר המפקיר עבדו יצא לחרות... ואין קונה כותני ישראל כ"א ברצונו ובדעתו..." משמע דוקא ישראל אינו נקנה כי אם מרצונו, מה שאין כן גוי נקנה גם שלא מרצונו.

ג. גם מלשון רש"י משמע הכי, שכן כל זמן שהסביר רש"י כיצד זוכה השבאי בעבד, אכן הסביר זאת מדין יאוש. אולם לגבי הפסוק "עמון ומואב טהרו בסיחון", שמשם נלמד דין כיבוש נכרי מנכרי, לא הזכיר רש"י כלל את הצורך ביאוש. (ועוד דהוי קרקע, דלא שייך בה יאוש -- רשב"א).

72. דעת הימאירי בגיטין (דף לה) לא הובאה במנין, משום שמשמע מדבריו שמקבל הוא הן את גישת רש"י הן את גישת תוספות. כמו"כ לא הובאה במנין זה דעת מהר"ם מרוטנבורג (סי' תתרט"ב בסופו) שאמנם כ' ירחוקה דכיבוש מלחמה שאני גופו קנה ממונו לא כ"ש שאמנם משפט זה נראה כשיטת תוספות. אולם ע"י לעיל בהע' 67 דוהו בדיוק המשפט המופיע ברמ"ה, והרמ"ה שם מסביר כדעת רש"י. מה ע"ד שסיוס דברי מהר"ם מרוטנבורג: "ועי"ל דמזי לאבדה ששטפה נהר", וזה נראה לקמן כתוספות, ואם כן התירוץ הראשון ס"ל כרש"י, וצ"ע.

73. ויודשי הרמב"ן על מסכת גיטין דף לו ע"ב סודיה "שבאי".

ד. ביבמות<sup>74</sup> נאמר: "א"ל ר"פ לרבא חזי מר הני... דיהבי זוזי לכרגייהו ומשעבדי בהו, כי נפקי צריכי גיטא דחירותא או לא, אמר ליה... מוהרקייהו דהני בטפסא דמלכא מנח, ומלכא אמר מאן דלא יהיב כרגא משתעבר למאן דיהיב כרגא".

ומוכרחים להסביר כרשב"א, שהמלך זכה בתושבים מדינא דמלכותא ובגופם, וכאילו כבשם במלחמה, משום שא"ת שהמלך זכה בתושבים ואין לו בהם דין כיבוש, הרי אין זוכה בגופם אלא רק במעשה ידיהם.

7. הסוברים שאין לחלק בין גוי הכובש מגוי או גוי הכובש מישראל

אולם ניתן להתווכח ולומר, דהסוברים שאין לנכרי דין "כיבוש מלחמה" מישראל, יסברו דאין לנכרי אף "כיבוש מלחמה" מנכרי, והראיות שהבאנו לעיל ניתנות לדחיה.

א. מש"כ להוכיח מדברי הרמב"ן דיש לנכרי דין "כיבוש מלחמה" מנכרי, י"ל דבפשטות מלשון הרמב"ן עולה שתירץ את קושיית הראב"ד והסביר שהשבאי קונה בדיון גזלן, ולא חילק בין שבאי השובה עבד מישראל לשבאי השובה עבד מגוי. ומש"כ "אינו קונה ישראל כי אם ברצונו ומדעתו", ומוזה משמע לכאורה דגוי נקנה שלא לרצונו ודעתו, צריך לדחוק ולהסביר דהוא הדין אף גוי אינו נקנה לרצונו ודעתו. ומש"כ גבי ישראל משום דקושטא דמילתא דלשמואל הסובר "המפקיר עבדו – יצא לחירות", הרי העבד הלזה – ישראל הוא<sup>75</sup>. ודר"ק.

ב. מש"כ להוכיח כן מלשון הרשב"א, הן אמת שברור שכך סבר הרשב"א, בדעת רש"י. אולם הרשב"א הרי בא להקשות על שיטת רש"י. ובתירוץ קושייתו כבר כתבנו לעיל בשם פני יהושע, שרש"י סובר שיאוש שעל ידי מלחמה מהני אף לקרקע. (ומה שלא הזכיר יאוש לגבי סיחון, צ"ל דלא טרח להזכיר כן פעם נוספת).

יתר על כן, כבר כתבנו לעיל שמהסוגיא בסנהדרין משמע כשיטת רש"י, שהרי נאמר שם "לאו בני כיבוש נינהו", ושם הרי עוסקים בכיבוש נכרי מנכרי. אם כן משמע שלעולם אין דין כיבוש מלחמה מנכרי. אמנם תירצנו לעיל סוגיא זו אף לפי תוספות, על פי דרכו של החתם סופר, דאף שיש לגוי קנין כיבוש מלחמה, מכל מקום אין הם זוכים בגוף הנכרים, ועל כן יפת תואר עדיין אסורה להם. אולם ברור שפירוש זה פחות מרווח בסוגיא. על כן אם נרצה לפרש שרש"י מודה שיש כיבוש מלחמה לנכרי מנכרי, נצטרך להדחק בפירוש הסוגיא בסנהדרין.

74. דף מו ע"א.

75. וכיכ "דבר אברהם" ח"א סי' יא סוף אות ה.

ג. מש"כ להוכיח מהסוגיא ביבמות, שלמלך יש קנין הגוף באנשי ממלכתו, וזה יתכן רק אם כבשם במלחמה, אפשר לומר, שיש למלך קנין הגוף ומצד "הפקר בית דין הפקר", וכמש"כ לעיל שדין "הפקר בית דין הפקר" נאמר אף למלכי גויים, וזהו בעצם לדין "דינא דמלכותא דינא" (כ"כ לעיל על פי "דבר אברהם" שכ"כ על פי דברי רבינו יונה בבבא בתרא). ודין "הפקר בית דין הפקר" מהני אף לקנות את הגוף (ולא רק למעשה ידיו) כמש"כ במסכת מועד קטן<sup>76</sup>: "ומגלן דמפקרינן נכסיה, דכתיב וכל אשר לא יבא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו... ומגלן דגדינן ולייטינן ומחינן ותלשינן שיער ומשבעינן, דכתיב וזאריב עמם ואקללם ואכה מהם אנשים ואמרטם ואשביעם. ומגלן דכפתינן ואסרינן... דכתיב 'הן למות הן לשרושי הן לענש נכסין ולאסורין'. אם כן נראה שלשלטון ישנן אף זכויות בגוף<sup>77</sup>. וליכא לדחויי דזהו רק כהוראת שעה, וכמו שנראה שלמדו משם שבית דין מכים ועונשים שלא מן הדין, אך רק כהוראת שעה, דאם כן אף לענין הפקר ממון נאמר שהוא רק לשעה<sup>78</sup>.

יתר על כן, הראב"ד מפרש בסוגיא ביבמות, שאלו שהשתעבדו בהם היו ישראלים, ועל כן צריך לפרש לפיו, שאף עבד עברי הנמכר לגוי בעי גט שחרור. אם כן אפשר לפרש כן אף לרש"י, וליכא מכאן כלל ראייה לדין כיבוש נכרי מנכרי, משום שמדובר אף בישראל.

ובאמת סוגיא זו (דמשתעבדי בהו) הובאה אף בבבא מציעא<sup>79</sup>, ושם מוכח שמדובר בישראלים, משום שהדיון שם הוא או מצד ריבית (ולא שייך בנכרי) או מצד איסור "לא תעבוד בו עבודת עבר" (דלא שייך בנכרי)<sup>80</sup>, ואם כן אין להוכיח מסוגיא זו לנידון דידן.

אכן כתוספות רי"ד<sup>81</sup> כתב במפורש אף לגבי כיבוש עממן ומואב על ידי סיחון: "...שקנאה סיחון בכח ובחוקה שנתיאשו עמון ומואב ממנדה... ומכאן מוכיח שנכרי ישראל שאנסום כנענים ונתיאשו הבעלים...". אם כן חזינן דלדעתו אף ההסבר לכיבוש נכרי מנכרי הוא מדין יאוש ולא מדין "כיבוש מלחמה", ואף השווה במפורש דין כיבוש נכרי מנכרי לדין כיבוש נכרי מישראל<sup>82</sup>.

76. דף טז ע"א.

77. דלא כדעת מנחת הינוך מצוה מב דלא שייך הפקר בית דין על הגוף.

78. ועיין "דבר אברהם" שם אות יא שהאריך בזה, ואכמ"ל.

79. דף עג ע"ב.

80. ועיין הגהות הגר"א שם.

81. ועיין "דבר אברהם" שם סוף אות ח, שרצה לפרש שאף תוספות רי"ד סובר שיש כיבוש מלחמה מנכרי על ידי נכרי. והסביר את תוספות רי"ד על פי היסוד שהסביר ברשב"א, דכיבוש אף שהוא קונה את הגוף הרי כולו לזמן (עי' לעיל). אולם לא רק שהסביר זה ברשב"א דחוק, הוא גם אינו מעלה ארוכה לדברי הרשב"א (עי' לעיל) שסתרן אהרדי, ונשארונו בצי"ע בדבריו. מכל מקום דברי תוספות רי"ד פשוטים וברורים, לכאורה, ואינם סובלים פרשנות זו.

ומלבד כל זאת קשה לפרש שגוי יזכה בגוי לגופו בדרך כיבוש, שכן מהסוגיא משמע שכל מה שזוכה השבאי, זה רק במעשה ידיו של העבד.

בכלל, מסוגין משמע שדין נכרי מנברי זהה לדין נכרי מישראל, שכן כתוב: "...עמון ומואב טהרו בסיתון. אשכחן גוי גוי, גוי ישראל מנלן, דכתיב 'ישב ממנו שבי'". משמע שהדינים הנלמדים מ"עמון ומואב טהרו בסיתון" ומהפסוק "ישב ממנו שבי" זהים הם.

סוף דבר, לדעת רש"י ודעימיה אין חילוק בין נכרי שכבש מנברי לבין נכרי שכבש מישראל, ולעולם דינם כדין גולן רגיל<sup>82</sup>.

#### ד. אופן הקנין וצורתו במלחמה

עתה נראה כיצד נקנים הנכסים למנצח במלחמה.

1. על ידי יאוש

**אפשרות א:** הראינו לעיל שרש"י ס"ל שדין מלחמה כדין גול, ונקנה לגולן לאחר יאוש בעלים.

2. על ידי הסכמה בין לאומית

**אפשרות ב:** כבר כתבנו לעיל שהמלחמה נאסרה לבני נח, על כן אי אפשר לפרש שכיבוש מלחמה מועיל בגלל שהמלחמה נחשבת ל"הליך חוקי" בין המדינות. כמו כן כתבנו לעיל שאי אפשר להסביר כיבוש מלחמה על פי העיקרון "דינא דמלכותא דינא", משום שלפי ההסברים השונים שניתנו לו עולה שעיקרון זה צריך לחול רק בתוך מדינות המלך ולא לגבי מדינות "הנרכשות" במלחמה. אולם הרמב"ם כתב<sup>83</sup>: "מלך גוי שעשה מלחמה והביא שביה ומכרה, וכן אם הרשה לכל מי שירצה שילך ויגנוב מאומה שהיא עושה עמו מלחמה שיביא וימכור לעצמו, וכן אם היו דיניו שכל מי שלא יתן המס ימכר, או מי שעשה כך וכך או לא יעשה ימכר, הרי דיניו דין...". משמע מלשון הרמב"ם שהנימוק לכל הדינים הנ"ל הוא אותו נימוק – "דינא דמלכותא דינא". ואם כן קשה, כיצד מסביר הרמב"ם את סמכות המלך לגבי אומה שכנה העושה עמו מלחמה על סמך העיקרון "דינא דמלכותא דינא"?

על כן נראה שההסבר לדבר הוא, שישנה הסכמה (שאינה בכתב ואינה על פה – אלא מכח המציאות) של "כל באי עולם" שהרכוש הנרכש במלמה

<sup>82</sup> ואף "דבר אברהם" שם בסוף הסימן מסתפק ברבר (סוף אות י"א ד"ה 'ואכתי' ואת יב), ודלא כמשי"כ הרב זוין בספרו "לאור ההלכה" עמ' יט בשם "דבר אברהם" שרש"י מודה שיש כיבוש לנכרי מנברי.

<sup>83</sup> פרק ט מחלי עבדים היד.



שייך למנצח והסכמה זו היא יסוד קנין כיבוש מלחמה. זוהי כנראה כוונת הרמב"ם במה שנראה מדבריו שיסוד קנין כיבוש מלחמה זהה (או דומה) ליסוד דינא דמלכותא דינא.

ובהסבר דינא דמלכותא דינא כתבנו לעיל, שלפי רוב המפרשים הינעם הוא הסכמת בני המלכות לשלטון המלך, ואף בהסבר יסוד קנין כיבוש מונח הטעם הזה – הסכמה.

דברים מפורשים בכיוון זה מצאנו בשולחן ערוך הרב<sup>84</sup>: "אבל מלך, אפילו נכרי, שכבש אינו מדינה במלחמה, קונה אותה עם כל הנהרות והיערים שבה... לפי שזהו ממשפטי וחוקי המלכות...". וכן כתב ב"דבר אברהם"<sup>85</sup> בשם ר' ברוך קמאי: "דגדר כיבוש המלחמה הוא שכל שהוא מנימוסי המדינות המקובלים בין העמים בתורת מלחמה בין צד לצד".

3. כדין זוטו של ים

**אפשרות ג:** על פי דברי הר"ן בחידושו<sup>86,87</sup>: "יר"ל... אלמא ישראל יכול להציל הוא, דאי לא – אפילו כי לא מיאש כלאחר יאוש דמי, כדאמרינן גבי זוטו של ים ושלוליתו של נהר, דאע"ג דאמר דלא מיאש זוהו יאושו". אפשר להסביר אם כן שקנין כיבוש מלחמה מועיל כדין זוטו של ים, שכיון שיצא החפץ מרשות בעליו יצאה עולמית, ואינו עתיד לחזור אליו – פקעה בעלותו (בין לפי הרמב"ם בין לפי רש"י, שהסביר שדין זוטו של ים הוא דין יאוש, אלא דאף על גב דצועק דלא מיאש בטלה דעתו אצל כל אדם, וכן נראית דעת הר"ן).

4. הנפקא מינה בין ההסברים הנ"ל

וישנן מספר נפקא מינות בין ההסברים השונים לכיבוש מלחמה.  
א. הנפקא מינה החשובה ביותר היא, כמובן, מקרה שברור וידוע שהבעלים לא התיאשו מרכושם. לפי רש"י ודעימיה, הסוברים שדין כיבוש מלחמה כדין גזלן בעלמא, כל זמן שלא נתיאשו הבעלים, לא זכה בהם הכובש; ואילו לפי שני ההסברים האחרים (הסכמה בינלאומית, וכן 'זוטו של ים') למרות שלא נתיאשו הבעלים, פקעה בעלותם.

ב. יש שרצו לחלק בין כיבוש נכרי מנכרי לבין כיבוש נכרי מישראל, והנה, לפי ההסבר שכיבוש מלחמה מועיל כדין זוטו של ים, אין מקום לחילוק זה, דמה לי אבד על ידי ים או על ידי נכרי, וכן מה לי אבד מישראל או מנכרי, והרי דין זוטו של ים נוהג אף בישראל<sup>88</sup>. אולם לפי

84. הל' הפקר השגת גבול סעיף ג.

85. חלק ב סימן 1 א"ת ג"ד.

86. וכ"כ מהר"ם מרוטנבורג בס' תחרת (רפוס פראג): "ועוד י"ל דמי לאבירה ששטפה נהר דאפילו בדבר שיש בו סימן מיאש".

87. ויש להביא ראיה לכך שאף לגוים יש כיבוש מישראל, מהגמרא בסנהדרין (דף ע"ב),

ההסבר מצד "הסכמה בינלאומית" אולי יש מקום לחלק שאין הסכמה כזו מצד ישראל. ודו"ק.

ג. הסתפקו האחרונים מהו גדר כיבוש מלחמה, כלומר מהו מספר השבאים והשוודדים שכיבושם נחשב כיבוש מלחמה, ולא ל'סתם' גול. ב"דבר אברהם"<sup>88</sup> רצה לומר, שכל גולן שהוא אלים עד כדי כך שאין אפשרות להוציא מידו בדינים, הרי דינו כדין כיבוש מלחמה. רוב האחרונים חלקו על דבריו, ואף בעל ה"דבר אברהם" חזר בו מסברתו זו<sup>89</sup>, והסביר שרק מי ש"הומלך" על ממלכה, כלומר: שלטון, יש לכיבושו דין כיבוש מלחמה. והנה, אם נסביר את דין "כיבוש מלחמה" מצד דין "זוטו של ים", היה אולי מקום לסברתו הראשונה של ה"דבר אברהם" דכל שבאי אלים הוא דין "כיבוש מלחמה". אולם אם ההסבר לדין כיבוש מלחמה הוא "הסכמה", ברור שהסכמה כזו קיימת רק בין מלכויות, ולא בין אדם לגולן<sup>90</sup>.

נשאלת השאלה, לתוספות ודעימיה, דס"ל שישנו דין כיבוש מלחמה המועיל מצד דיני הקנינים, ואינו זקוק ליאוש בעלים, האם עצם הכיבוש הוא גם מעשה הקנין, ומיד לאחריו הרכוש שייך לכובש, או שצריך לעשות מעשה קנין (כגון משיכה או 'נעל', גדר ופרץ' בקרקע וכד') בנוסף לכיבוש המקום.

ב"דבר אברהם"<sup>91</sup> הכריע דכיבוש לבדו הוא גם מעשה הקנין, ואין צריך מעשה קנין נוסף, וראיותיו שתיים: (א) מהסוגיא בגיטין, משמע שדין קנין חזקה – כיבוש מלחמה שווה לדין קנין כסף. וכשם שבקנין כסף אין צריך למעשה קנין נוסף, ותשלום המעות הוא הקנין, כך בכיבוש מלחמה, אין צריך מעשה קנין נוסף, ועצם הכיבוש הוא גם מעשה הקנין. (ב) תוספות בגיטין<sup>92</sup> התייחסו לרש"י שהסביר, שחזקה שעבד נקנה בו היא 'הלבישו הנעילו' וכו', והקשו הרי עבד עברי נקנה אפילו מישראל לישראל רק בכסף ובשטר ולא על ידי הלבישו וכו', וכל שכן בגוי שכל קנינו בכסף, ואם כן כיצד יקנה גוי עבד ב"חזקה"? מכת קושיה זו חידשו תוספות שנקנה על ידי "חזקה של כיבוש

שלאחר שמתו סנהריב והייליו אמר ה' לחזקהו וסיעתו "אספו שללכם", וחששו שמא ממון עשרת השבטים מעורב בו. אמר להם: "...אף ממתנם של ישראל כיון שנפל ביד אומות העולם מיד טיהר, כררב פפא דאמר עמון ומואב טהרו בטיהון".

88. חלק א, ס א, סעיף ד. וכן רצה לומר רצ"פ פרנק ב"כרם ציון" יא, והביא ראיה מדברי 'מגן אברהם' סי' תרמט ס"ק ה ומשורית 'גאנו בתראי' סי' רצ. אולם ראיתו ניתנת לדחיה ואכמ"ל. וכן נראה מדברי הנהניכות (חובאו דבריו לעיל).

89. חלק ב סימן ו אות ג"ד.

90. וכן נראה מלשון הרמב"ם בתשובה שהובאה לעיל, שדין כיבוש מלחמה הוא דוקא כאשר השלטון כובש ולא סתם גולן.

91. חלק א סימן י.

92. דף לח ע"א ד"ה 'אבל בחזקה'.

מלחמה", ואם תאמר שישנו מעשה קנין שצריך עדיין להעשות, הדרא קושיית תוספות למקומה. כלומר, אפשר לתרצה שיקנה העבד על ידי מעשה קנין זה, ואין צריך להגיע לחידוש "חזקה של כיבוש מלחמה".<sup>93</sup>

## ו. הערות

לפני סיכום מספר הערות.

1. הערה א – פסיקת ההלכה

באחרונים נראה שדעתם נוטה לפסוק כתוספות.

1. במהרי"ט<sup>94</sup> הביא ירושלמי בסוף פרק ט דשביעית<sup>95</sup> האומר שר' יהושע בן לוי אמר לתלמידיו: "לא תזבון לי ירק אלא מין גינתא דספרא, [=לא תקנו לי ירק אלא מפלוני גוין], קם עימיה אליהו זכור לטוב", ואליהו אמר לו: "לית הדא גינתא דסיפרא, דיהודאי הוה וקטליה ונסביה מינה" [=גינה זו נגולה מיהודין]. וביאר המהרי"ט, שריב"ל חשש לאיסור גזל (שדה יהודי ביד גוי) על כן רצה לקחת דווקא מאותה גינה שאינה גזילה, ואליהו אמר לו שלקחת דווקא מגוי זה וזהו חומרא, משום שמן הסתם הגוי קנה את הקרקע מישראל, או "מהמלך שכבש את הארץ, דכיבוש הוי קנין כדמים ולא שהוא גזל בידו...", הרי נראה שהמהרי"ט פסק כתוספות, שכיבוש הוי קנין (ומכאן אף ראייה שאין צריך מעשה קנין נוסף), אם כי אין זו ראייה מוכחת. וד"ק.

2. השו"ך<sup>96</sup>, בבואו לחלוק על הראב"ד הסובר דמהני יאוש בעבדים, מביא את ראיית הראב"ד (הובאה לעיל) מהפסוק "וישב ממנו שבי". וכתב השו"ך שאין זו ראייה, שכבר האריך הרשב"א בחידושו להוכיח שמדובר בפסוק זה על "חזקת מלחמה". משמע מדבריו שפסק כרשב"א ולא כראב"ד, וכן מסיום דבריו שכתב "וכן נ"ל עיקר", אם כן ס"ל לשו"ך כתוספות. אמנם אף כאן אין הדברים מוכרעים לחלוטין, וניתן לומר על סיום דבריו שכוונתו לעצם הדין של יאוש בעבדים, אולם הדברים לכל הפחות נוטים לכך שדעתו כתוספות (רשב"א).

<sup>93</sup> ועיין "מספרא לסיפא" תמוז תשמ"ו, במאמרו של ידידי הרב מיכאל קצב, שרצה לרחות ראיות הידבר אברהם. אולם דבריו צ"ע, כיון דאם ישנה אפשרות למעשה קנין לא היו תוספות מחדשים את יסודם "חזקה של כיבוש מלחמה". ואכמ"ל, ועוד. ועיין משמע מהגמרא הפשוטות דין חזקה (כבוש) זהה לדין כסף, ועוד, דאף שבגמרא ניתן להוסיף גבי סיחון וגבי יושב ממנו שבי שעשו גם מעשה קנין, אולם אין זו פשוטות הגמרא, וחסר מן הספר.

<sup>94</sup> שו"ת המהרי"ט ח"א סי' מג סוד"ה 'יהודי חור'.

<sup>95</sup> וכן במסכת דמאי פ"ב משנה א.

<sup>96</sup> חו"מ סי' שסג ס"ק ג.

3. ברמ"א בהלכות ארבעת המינים<sup>97</sup> נאמר: "...וסתם גויים גזולי קרקע הם". כתב על זה בעל "מגן אברהם"<sup>98</sup>: "...ומי שגזל על ידי כיבוש מלחמה קני', כדאיתא בגיטין דף לח". משמע אם כן מדבריו דס"ל כתוספות, שהגוי זכה על ידי כיבוש מלחמה בנכסי ישראל<sup>99</sup> (ושוב אף כאן אין הדברים מוחלטים, דאולי ס"ל שעל ידי מלחמה קונה אולם בגלל יאוש בעלים, וכדעת רש"י).

4. צריך עיון בדברי התוספות יום טוב<sup>100</sup>, בבואו לבאר מדוע קדושה ראשונה בטלה ואילו קדושה שניה לא בטלה, וז"ל: "דכיבוש גויים אתי ומבטל כיבוש ישראל, מה שאין כן בחוקה שהחזיקו מיד מלך פרס, שנתן להם רשיון להחזיק זה, לא אתא כיבוש ומבטל לחוקה שהיתה מדעת הנותן... ושלא כדן נטלוד מידינו ואין קרקע נגזלת". וצריך עיון, דמשמע מדבריו, שכיון שהגויים עשו שלא כדן בזה שנטלו את ארץ ישראל מידינו, הרי אין קרקע נגזלת, ואם כן לא זכו בכיבושם. אולם, לכאורה, לפי סברה זו ניתן לחלוק על עצם דין קנין כיבוש מלחמה (אף לרש"י) משום שכתב לעיל שאין המלחמה מותרת לגויים, ועל כן כל מלחמותיהם הם "שלא כדן", ואם כן תאמר שלעולם אין לגוי יכולת לקנות בכיבוש אפילו מיד גוי חבירו! וצריך עיון<sup>101</sup>.

5. דברים מפורשים מצאנו בשולחן ערוך הרב<sup>102</sup>: "...אבל מלך, אפילו נכרי שכבש איוו מדינה במלחמה, קונה אותה... לפי שזהו ממשפטי וחוקי המלכות שכל הארץ כולה... היא ברשות המלך בין מדינתו בין במדינה שכיבש במלחמה, ומשפטי המלכות הם דין גמור כדן של תורה". הרי דס"ל כתוספות.

6. כן כתב ר"ד מקארליון<sup>102</sup> "מצינו ממונו של אדם יוצא מרשותו לרשות חבירו בעל כרחו בכמה דרכים... הדרך האחד, והוא היותר גדול מכולם, הוא על ידי כיבוש מלחמה...".

2. הערה ב – שיטת הגאונים שיש לכל אחד ארבע אמות בארץ ישראל

בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג<sup>103</sup> בשם רב נחשון גאון כתב שכל אחד

97. או"ח סי' תרמט סעיף א.

98. שם ס"ק ה.

99. וכעין לשונו של מגן אברהם נמצא גם בשו"ת גאוני בתראי סי' כד. ואם כן אפשר לומר באותה דרך דאף הם ס"ל הכי.

100. עדויות פ"ח מ"ו.

101. עיין מאמרו של ראש הישיבה הרב אבירן שליטיא (הובא בהערה 70 לעיל) שפירש את דעת תוספות יום טוב שרק בארץ ישראל אין לגויים כיבוש, אולם לענין אין נראה כן אלא כמו שכתבתי בפנים, משום דלעולם המלחמה אסורה לבני נח

102. פסק הלכות (ח"ב דף לח ע"א מרפי הספר).

103. דפוס פראג, סי' תקלו.

מישראל יכול לכתוב 'זהקניתי לו אגב קרקע ארבע אמות', לפי שאין כל אחד מישראל שאין לו ארבע אמות בארץ ישראל. ואף שנטלוה הגוים ואנו בגלות, מאחר ואין קרקע נגזלת ובחזקת ישראל הוא וא"י נקראת ע"ש א"י, וכו'.

והנה שיטת ראשונים זו, לא ידענא מאי אדון בה. ראשונה, דאם נאמר שכבוש מלחמה הוא מדין זוטו של ים, אין סברה לחלק בין ארץ ישראל לשאר ארצות. על כן צריך לומר או דס"ל כרש"י, דקנין מלחמה הוא מדין יאוש, או דס"ל כתוספות, וקנין מלחמה מועיל מצד הסכמה בינלאומית, ועם ישראל מעולם לא הסכים בהסכמה זו. (ואם תאמר, אם כן אף העמים לא הסכימו לכיבושם של ישראל, ו"ל דאין צריך לזה הסכמתם, כיון שהותר לישראל לצאת להלחם בעמים, בגדרים מסויימים).

אולם עוד קשה לי, מלבד האמור לעיל: (א) לגבי קדושת הר הבית כתבו הפוסקים שיש לגויים דין כיבוש וקנין מלחמה במקום<sup>104</sup>. (ב) אף מדברי המהרי"ט<sup>105</sup> שהובא לעיל מפורש כן, וכ"כ על פי הירושלמי<sup>106</sup> דיש קנין כיבוש מלחמה לעכו"ם אף בארץ ישראל. (ג) אף מהגמרא סנהדרין (עין לעיל בהערה 87) דאמר נביא לישראל גבי ממון עשרת השבטים, שמיד שבא ליד גויים אין בו חשש גזל; משמע שיש לגויים כיבוש אף בישראל. אם כי ניתן לומר שזה רק במטלטלין ולא בקרקע<sup>107</sup>, ודווקא. (ד) אף מסברא שיטה זו קשה, דאם כן היום, למשל, שזכינו בחסד ה' לביאת חלק מעם ישראל לארצו, אין אדם מישראל שיכול לומר על קרקע מסוימת שהיא שלו בוודאות, משום שאולי זו קרקע של חבירו, ואם כן לא יוכל להביא ממנה בכורים וכו'. וצריך עיון.

### 3. הערה ג – פסק דין בנדון

בפסק הדין של בית הדין בירושלים<sup>108</sup> נאמר, לגבי כתר תורה שנשדד על ידי הנאצים ימ"ש, ולאחר המלחמה חולק על ידי ועדה לבדיקת שלל הנאצים, ונתרם ל"הר ציון", שאין לדין שלל הנאצים דין כיבוש מלחמה. משום שהנאצים האזורים שדדו רק מיהודים ואין זה בכלל הקריטריון על "דינא דמלכותא דינא". ועוד, דהם שללו מבתי הכנסת לא בתור מלחמה, אלא רק בתור התעללות.

### 4. הערה ד – אופי המלחמה כיום

העיריני מו"ר הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א, דבשלמא מלחמות

104. רש"י עבודה זרה דף נב ע"ב, ורמב"ן מכות דף יט.

105. וכן מוזלך ב"דבר אברהם" ח"ב סי' ו. שוב ראיתי שכן משמע מהרמ"ה בחידושי לסנהדרין שם.

106. פסקי דין רבניים כרך א עמודים 169-172 בהרכב הרבנים ר"י עדס ז"ל, ר"ב זולטי ז"ל ובל"א הגר"ש אלישיב.

האויבים בעם ישראל, שמטרתם להשמיד, להרוג ולאבד, על כן אפשר לומר שבודאי כוונתם לשרוד את כל הרכוש של בני"י בשטח שנכבש על ידם. אולם מלחמות ישראל באויביהם, או מלחמות הגנה כגון בימינו אנו, כוננת ישראל היא רק לסילוק השילטון של האויב, ולא לגרוש התושבים. ועל כן אפשר לומר שאין כוונתינו לזכות בקרקעות וברכוש הפרטי השייכים לעבר"ם בשטח שנכבש על ידי צה"ל. על כן, אף על פי שמצינו שבכיבוש מלחמה, יתכן שהרכוש שייך למנצח, מכל מקום במלחמה זו ימשיך הרכוש להיות שייך למנוצח, כיון שכל המלחמה היא על הריבונות, ולא על הרכוש הפרטי, שבו אין למנצח כל רצון לזכות בו. (ואולי כיום אף חלק ממלחמות אומות העולם אלו באלו הן הריבונות בלבד).

### ז. סיכום

- א. חפץ יכול להפסיק להיות שייך לאדם מסויים, ואפילו בעל כרחו, אם החפץ יצא מרשותו, ואינו עתיד לחזור אליו. כגון: זוטו של ים.
- ב. כיון שלעם ישראל הותרה המלחמה באומות העולם, או במלחמת מצוה או במלחמת רשות (כל אחת על פי גדריה), אשר עלי-כן הרכוש הנכבש במלחמה שייך לעם ישראל.
- ג. אף במלחמת אומות העולם מצאנו שישנו מושג "כיבוש מלחמה" הנלמד מהפסוק "וישב ממנו שבי" ומדברי ר"פ "עמון ומואב טהרו בסיחון".
- ד. אי אפשר להסביר את דין כיבוש מלחמה בגויים (ואין הברל בין כיבוש גוי מגוי לבין כיבוש גוי מישראל) – לא על פי העקרון "דינא דמלכותא דינא", ולא על פי הרעיון שהמלחמה היא הליך "חוקי" לפתרון סכסוכים, כיון שהמלחמה נאסרה לבני נח.
- ה. על כן ההסברים האפשריים הם: או שדין מלחמה כדין גולן בעלמא, ומועיל להפקיע בעלות רק במידה והבעלים התיאשו (רש"י), או ש"כיבוש מלחמה" מועיל אף בלא יאוש בעלים (תוספות), מדין "זוטו של ים" (ר"ן), או כיון שישנה הסכמה בינלאומית על כך (שו"ע הרב).
- ו. נראה שדעת האחרונים נוטה לסוברים ש"כיבוש מלחמה" מועיל אף בלא יאוש בעלים (תוספות), ואף על פי שבראשונים הדיעות נחלקו באופן שווה בענין זה, מכל מקום נראה שדעת האחרונים נוטה לדעת תוספות; כמו כן, מסתבר שעצם הכיבוש הוא מעשה הקנין ואין צריך מעשה קנין נוסף על ידי הכובש.
- ז. כיום, צריך לבדוק כל מלחמה ומלחמה אם זוהי מלחמה על השטח, הרכוש, התושבים וכד', או שזו מלחמה רק על הריבונות בשטח, ואז יתכן שאין לכובש זכות בעלות על השטח הנכבש.