

## שינוי

### תוכן:

מבוא ועיקרי המאמר	קניין שינוי - לא רק אצל גולן
קניין שינוי בידיים דוקא או אף ממילא?	האם בעיני רצון לקנות בשינוי או שקונה בעל כרחו
האם שינוי יכול להפקיע איסור?	כיוון שלישי בקניין שינוי - קניין כסף
האם שינוי מעשה צריך גם לשנות את השם?	מניין הגיע חיוב הדמים?
קנייני גזילה - האם גולן קונה בשעת הגזילה?	האם הגולן שקנה בשינוי יכול בכ"ז לשלם את הגזילה שהשתנתה
האם לולא דין "ההשיב" יש לגולן תביעת ממוני גבך בסיסית?	גולן שקנה בשינוי, האם חייב להשיב לפנים משורת הדין?
בעלות - משמעותה שליטה ויכולת שימוש	האם עובר בשעת השינוי בלא תגול?
אין שליטה ויכולת שימוש באיסורי הנאה	שינוי החזר לא קונה
המחייב במעשה הגניבה/גזילה	מדוע תרומה והקדש אינם שינוי החזר?
מדוע גנב וגולן חייבים לשלם את החפץ במצב שלם כמו שגולו ולא גם את השברים?	סיכום הגדרים והנפק"מ

### מבוא ועיקרי המאמר

מדיניו של הגולן הוא שאם שינה את הגזילה - קנאה. כגון גול עצים ועשה מהם כלים (משנה צג:). משמעות לשון הגמרא בכל מקום שהגולן קונה בשינוי כמו: "אמר רבה שינוי קונה" (סו.), ובראשונים: "קני בשינוי" (למשל ר"י צג: ד"ה הגולן עצים), היא שגדרו של השינוי הוא כמעשה קניין. אך הבנה כזו בשינוי קשה להולמה, שהרי אין בשינוי מעשה קניין "קלאסי" מעולם הקניינים, כמו משיכה או הגבהה וכדומה. כמו כן, חסר בשינוי את תנאי היסוד בקניינים, והוא שתהיה "דעת קניין" של המקנה וקונה, מה שלכאורה לא נמצא אצל הגולן והנגנב כלל אלא להיפך<sup>1</sup>.

הכיוון השני הוא ששינוי אינו קניין, אלא יצירת מציאות של "פנים חדשות" בחפץ. כך עולה מדרשת חז"ל: "אשר גול, אם כעין שגול - יחזיר, ואם לאו - דמים בעי לשלומי".

בדברי חז"ל אלו לא מוזכר המונח "קניין", בניגוד ללשון הגמרא שהזכרנו לעיל, אלא רק פטור מלהשיב את הגזילה משום שהיא איננה כפי שגול, כלומר היא איננה כפי שהיתה בשעת הגזילה.

לפי כיוון זה יוצא שאין במעשה השינוי קניין כלל, ואם כן עולה השאלה: מהיכן קנה הגולן את החפץ? על שאלה זו עונים האחרונים, שבאמת הגולן קנה את החפץ בצורה מסוימת עוד קודם השינוי, וכבר בשעת הגזילה, אלא שחובת ההשבה הנובעת מדין "ההשיב" לא נפקעת עד שעת השינוי, משום שעדיין נחשב לחפצו של הבעלים, אך ברגע שמשנתה החפץ ונהיה כחפץ אחר - פוקעת חובת ההשבה וחל ממילא הקניין הראשוני של שעת הגזילה.

את ההבנה הראשונה שהזכרנו, שהשינוי אינו מעשה קניין - ניתן להבין בשני כיוונים שונים:

<sup>1</sup> וכן העיר הפני יהושע (סה: ד"ה הם ולא שינויהם) ובלשונו: "...לא הוי ידעינן מסברא כלל למימר שהגולן יקנה בגזילה ע"י שינוי בלא דעת הנגול ויגול כל שבחו בעל כרחו של הנגול דהא בכל קנייני ממון בעינן דעת אחרת מקנה...".

שינוי קונה מצד הפנים החדשות שבו, ובדומה לסברת "אומן קונה בשבח כלי". שדבר שאדם יוצר - הוא שלו, שהרי הוא חידשו. הבנה זו גם מאפשרת לנו לחבר וליישב את מאמרי חז"ל שמשמע מצד אחד ששינוי הוא קנין, ומאידך משמע שהוא ענין של פנים חדשות. כאמור ניתן ליישב ולומר שהקנין עצמו נובע מכח יצירת החידוש והשינוי שבגזילה שדבר שאדם יוצר הוא שלו.

שינוי הינו קנין בדומה לקנין חזקה, שקונה מצד הוראת הבעלות וההתנהגות כבעלים. שבמה שמשנה את החפץ מורה על שליטה על החפץ ובעלות עליו. ובדומה לקנין כיבוש<sup>2</sup> (עין גיטין לז:), שקונה אף בני אדם לעבדים, ואפילו בלא דעת מקנה, משום שהוא מציאות גמורה של שליטה.

ובניסוח קצר יותר האפשרויות בתוך אפשרות הקנין הן או קנין יצירה, או קנין השתלטות. לצורך המחשת החקירה המרכזית האם שינוי הוא קנין או הפקעת ה"השיב", ניתן להביא נפקא מינא בסיסית והיא מאימתי חל קנין השינוי. אם נבין שהקנין עצמו הוא הקנין, לכאורה ברור שהקנין אמור לחול רק מרגע השינוי ולא מלפני כן, וכך סובר התוספות (צה. ד"ה משלם על פי הגהת הגר"א)<sup>3</sup>. אבל אם השינוי הוא רק פטור מהשבה, והקנין נעשה בשעת הגזילה, נמצא ששינוי מקנה לגזלן משעת הגזילה, וכך סבר הרא"ש (פ"ט ג)<sup>4</sup>.

בע"ה בגוף המאמר נבסס את הגדרים שהעלינו, נביא את הבירורים והקשיים שבכל כיוון, ונעמוד על הנפק"מ היוצאות מהשיטות.

### קנין שינוי בידיים דוקא או אף בממילא?

בסוגיית הגמרא בפרק מרובה העוסקת בהלכות קנין שינוי (סו: -סו). ישנה מחלוקת יסודית בין רש"י לתוס'. דעת רש"י ששינוי קונה דוקא אם עשה הגזלן את מעשה השינוי בידיים. כמו עצים ועשאן כלים. אבל אם החפץ השתנה מעצמו, כמו טלה ונעשה איל לא קנה, ז"ל רש"י (סו. ד"ה שינוי קונה):

"שינוי קונה - היכא דשני להו בידיים..."

דעת שאר ראשונים<sup>5</sup>, ובעיקר דעת בעלי התוספות, שאף שינוי דממילא קונה. בהשקפה ראשונה שיטת התוספות נראית מובנת יותר, שהרי העיקר בשינוי הוא תוצאת השינוי, ואין הבדל בין אם נשתנה מסיבה זו או אחרת. א"כ מה הביאור בשיטת רש"י המחלק בין שינוי הנעשה בידי הגנב לשינוי הנעשה מעצמו? כמו כן יש לשאול לדעת רש"י מה הדין אם השינוי נעשה אמנם בידיים, אבל נעשה על ידי אדם אחר - האם שינוי כזה יועיל כיון שנעשה בידיים, או שכוונת רש"י שדוקא אם הגזלן עשה את השינוי קנה אבל אם עשהו אחר לא?

ניתן לבאר את שיטת רש"י אם נבין ששינוי הינו מעשה קנין. ואשר על כן בעינן שיעשה דוקא בידיים ולא ממילא. וכמו כן בעינן שיעשה על ידי הגזלן עצמו משום שהוא הקונה. וכן כתב רש"י בחולין (קלה. ד"ה עד)

<sup>2</sup> ברשב"א גיטין לז: ד"ה וקשיא לי כתב שקנין כיבוש איננו מדין יאוש, אלא הוא קנין גמור גם מבלי התייאות האדם.

<sup>3</sup> וכן נקט הפנ"י ב"מ מג: ד"ה והנראה לענ"ד. בדעת התוספות שחולקים על הרא"ש.

<sup>4</sup> והפנ"י הנ"ל ובשו"ת עונג יום טוב (סימן כט ד"ה וע"כ אנו צריכין) הסבירוהו שבשעת השינוי קונה למפרע משעת הגזילה.

<sup>5</sup> תוספות רבינו פרץ חלק ישירות על דברי רש"י בדף סה: ד"ה נעשה שינוי בידו וקנאו. וכן מוכח שהבינו התוספות שטלה ונעשה איל קנה מדבריהם בדף סז: ד"ה אף גזול ע"ש.

לגבי קנין שינוי בראשית הגז, שכשהישראל צבע אותו הוא קנאו "שצבעו ישראל זה" משמע הוא ולא אחר. בפרט לפי ההבנה שהצגנו במבוא ששינוי הינו קנין מצד ההשתלטות שבו (ולא מצד היצירה) - בזה ודאי שבעיני מעשה של הגזלן.

### האם שינוי יכול להפקיע איסור?

אחד המקורות לדין השינוי בגזילה הוא מדין שינוי באתנן. הדין הוא שחפץ אשר ניתן כתשלום לזנות, פסול להקרבה לקרבן. אך מה הדין אם חל בחפץ האתנן שינוי? האם נהיה כשר להקרבה או לא? נחלקו בזה בית שמאי ובית הלל, לדעת בית הלל שינוי באתנן מתיר אותו אבל לדעת בית שמאי "שינוי במקומו עומד" ועדין אסור. ז"ל הגמרא (סה:):

"דתניא: נתן לה באתננה חיטין ועשאן סולת, זיתים ועשאן שמן, ענבים ועשאן יין... ב"ש אוסרין, ובית הלל מתירין. מאי טעמא דבית שמאי? דכתיב: גם - לרבות שינוייהם. ובית הלל? הם - ולא שינוייהם". התוס' (סה: ד"ה הא מני) התקשו, מילא ששינוי מועיל אצל גזלן, אבל איך יועיל שינוי להפקיע איסור אתנן? "וא"ת היכי מדמה ליה דמה ענין אתנן אצל שינוי וי"ל דקסבר דאי שינוי קונה א"כ ראוי הוא להתיר שינוי באתנן דחשיב כאחר ואין זה אותו שבא לידה בתורת אתנן וממאיס נמי לא מאיס".

נראה שהשקלא וטריא בתוספות סובב על גדרו של שינוי. את המניע לשאלתם, סתמו התוספות ולא פירשו, אבל בודאי שלפי ההבנה שהשינוי הוא כמעשה קנין וכדומה, יוקשה "מה ענין שינוי להר סיני" ולאיסור אתנן. שקניינים שייכים בדיני ממונות ולא בדיני איסור והיתר.

אך בתירוץ מבארים התוספות שעניינו של השינוי הוא במה שמשנה את החפץ - "דחשיב כאחר", וכיון שכן, כמו שמועיל לענין הפקעת מצוות ה"זהשיב", יועיל לענין פסול קרבן.

אך אם נניח ששינוי הוא כן סוג של מעשה קנין, ולפי דברינו זו שיטת רש"י, צריך ליישב איך נענה על קושית התוספות, שמה ענין שינוי אצל אתנן.

ובאמת היראים (רצג ובדפוס ישן רז) חלק לגמרי על פירוש התוספות בסוגיה של אתנן. והקשה על שיטת התוספות שמה פתאום יועיל שינוי להפקיע איסור שכבר חל? וכי מי שטחן חיטים של כלאים או פירות ערלה - יהיה מותר? והרי מאכלות טרפים אסורים גם לאחר שנתבשלו והתערבבו (לולא דין ביטול ברוב). "והמפרש (=כפירוש התוספות) ועשאן סולת לאחר שחל עליהם איסור אתנן - לא יתכן טעם דשינוי קונה, וכי בשביל שקנאם בשינוי יהיו מותר או אסורים?! איני יכול ליישב הטעם אל לבי".

לכן היראים עצמו מפרש את הגמרא, שאין מדובר שהשינוי היה לאחר חלות איסור אתנן, אלא השינוי נעשה קודם חלות האיסור. כלומר, האישה שניתה את האתנן לפני הביאה ולא חל עליו האיסור, ולכן האתנן כשר לקרבן.

"נתן לה חטים באתננה ואמר לה כשאבא אליך יהיו לך באתננך ולא חל איסור אתנן עד שיבא עליה ועשאן סולת קודם ביאה, ומאחר דקננה בשינוי לא נתחייבה כי אם דמים".

לפי פירושו של היראים בגמרא הנ"ל, לא יוקשה על רש"י כיצד קנין שינוי של הגזלן מתיר איסור אתנן, כיון שקנין השינוי מנע מאיסור האתנן מלחול.

<sup>6</sup> הכוונה שהאשה עשאתן סולת.

### האם שינוי מעשה צריך גם לשנות את השם?

הזכרנו לעיל את דברי התוספות ששינוי מועיל משום שנחשב כחפץ אחר. ביאור שכזה בשינוי מעשה כגון עצים ועשאן כלים - מקרב את שינוי מעשה אל מושג "שינוי השם" (כמו טלה שנעשה איל<sup>7</sup>) המוזכר גם הוא בסוגייתנו, שכן הגדרת החפץ כחפץ אחר זה הוא בדיוק עניינו של שינוי השם. וכאן עולה השאלה, האם כל שינוי מעשה צריך גם לשנות את השם החפץ, שהרי רק אז נחשב כחפץ אחר, או שמא הם שני שינויים שונים, ושינוי מעשה לא צריך שינוי השם.

להבנה ששינוי מעשה הוא מצד שנחשב חפץ אחר יוקשה, שכל שינוי מעשה יועיל מדין שינוי השם (אשר מוסכם יותר<sup>8</sup>) ולא נצטרך לדין שינוי מעשה. אלא שבזה יש לתרץ שיש דרגות בשינוי השם, ושינוי השם גדול יועיל אפילו בלא מעשה, וזה דין שינוי השם שבגמרא, ואילו שינוי שם קטן יועיל רק בצירוף מעשה וכך תירץ שאלה זו הפני יהושע (צג: ד"ה בתוספות בד"ה עצים).

על כל פנים, לגבי עצם שאלתנו האם שינוי מעשה צריך שגם ישנה את שם החפץ - דעת התוספות (צג: ד"ה כלים) שבשינוי עצים שנעשו כלים צריך שגם ישתנה שמו, אבל אם רק חתך עצים - לא יועיל מדין שינוי: "עצים ועשאן כלים בוכני - דוקא שיפוי כי האי שנעשה בכך בוכני מועיל דחשיב שינוי מעשה וכן עבדיה נסרים נמי מהני אבל שיפוי שאין משתנה שמו בכך לא מהני".

התוספות מביא ראייה מדברי הגמרא בדף צו.:

"וכן אמרין לקמן (דף צו.) גזל דיקלא וקטליה לא קני דיקלא ועבדיה גובי לא קני דגובי דדיקלא מקרי אבל גובי ועבדיניהו כשורי קני מעיקרא גובי והשתא כשורי".

כדעת התוס' דעת הרמב"ן במלחמות (מא. מדפי הרי"ף) שאף נימק את עניינו של שינוי מעשה מצד שינוי השם שבו:

"שנוי מעשה גופיה כי קני - משום שנשתנה שמו".

אך בעל המאור (שם) נחלק על הרמב"ן בזה, וסובר ששינוי מעשה הינו שינוי משמעותי יותר משינוי השם. ולכן הוא סובר ששינוי השם יועיל רק בהצטרפות עם יאוש, או מעשה קטן, אבל שינוי מעשה הוא חזק יותר ומועיל אפילו בלא יאוש.

יוצא שלשיטת בעל המאור שינוי מעשה איננו משום שינוי השם שבו, ולא מצד שהוא "פנים חדשות", אלא כפי שהסברנו ברש"י, שההשתלטות המציאותית על גוף החפץ מפקיעה את בעלות הנגזל.

אם כן התוספות לשיטתם, שהצורך ששינוי ייצור שם חדש לחפץ הוא דוקא להבנה שהשינוי מועיל מדין הפקעת ה"זהשיב", אבל לפי ההבנה שהעלו ברש"י ששינוי מועיל מדין מעשה קנין, אם כן לא בעינן דוקא שינוי שישנה שמו לכאורה, אלא רק מעשה של השתלטות.

ובאמת דברי התוס' לא מוזכרים ברמב"ם (גזילה ב, יב) ובשו"ע (שס, ו), אך הרמ"א הביאם. וזה לשון הטור (סעיף יד):

"הגזול עצים ושיפן וקצצן או חקק בהם ועשה כלים, ה"ז שינוי בידו...".

<sup>7</sup> הדוגמה שהביא בש"ע שנג א.

<sup>8</sup> כמבואר בגמרא סה: "וליקנינהו מדין שינוי השם" וברש"י.

ובלשון רמ"א:

"ואין נקרא שינוי אא"כ נשתנה שם הגזילה מכח השינוי".

ובש"ך שם (פ"ד) הביא מספר תורת חיים שהעלה שהרמב"ם והשו"ע (שבאמת לא הזכירו חילוק זה כלל) חולקים על התוספות והגהת רמ"א ע"ש. אם כן יצא שהנידון הנ"ל תלוי בהבנת עניינו של השינוי.

אמנם ישנן שתי אפשרויות להבין את שיטת התוספות:

מדין הפקעת ה"זהשיב". שכבר לא יכול לקיים את הוהשיב בחפץ, שכן זה לא מה שגזל, אלא יחזיר את דמי הגזילה. כפי שהסברנו עד עכשיו.

מדין קנין. כלומר, אף את שיטת התוספות המדברת על "חשיב כחפץ אחר" - ניתן להסביר בהקשר קנייני. שעל ידי שמשנה את השם נחשב שיצר את החפץ הנוכחי, שכן תחת יד הבעלים לא היה קיים חפץ כזה. ומה שאדם יוצר הוא שלו, וכמו סברת אומן קונה בשבח כלי.

### קנייני גזילה - האם גזלן קונה בשעת הגזילה?

נתמקד כרגע בהבנה הראשונה שהשינוי הינו רק מפקיע את ה"זהשיב" ומעביר את החיוב ההשבה לדמים. עדין עולה השאלה מהיכן חז"ל הבינו שהגזלן גם קונה את החפץ?

מפורסמים בכאן דברי הקובץ שיעורים<sup>9</sup> (ב"ק סימן יד) המבאר שאכן בשעת הגזילה (או הגניבה) הגזלן קונה את הגזילה, אלא שחלה עליו חובת השבה מכח ה"זהשיב" והיא אשר מונעת ממנו לממש את בעלותו, כמו מעין מחסום, ועל כן בשעת השינוי, שבה מופקע ה"זהשיב", נמצא החפץ של הגזלן מכח קניינו הראשון: "...בהא דילפינן דשינוי קונה מקרא דאשר גזל, לכאורה קשה, דמקרא לא ידעינן אלא דאינו חייב להחזיר לאחר שנשתנה... אבל אכתי מנא ידעינן דנקנה להגזלן ע"י שינוי, וצ"ל דהא בהא תליא, דכיון דפקע דין השבה ממילא הוא קנוי להגזלן מגזילה הראשונה...".

וכן הוכיחו האחרונים, מסוגיית "בא במחותרת" בסנהדרין (עב). בה סובר רב שגנב שבא במחותרת פטור מלהשיב הגניבה אפילו כשהוא בעין, משום שקלב"מ (שהבא במחותרת מתחייב בנפשו) וסובר שהחפץ של הגנב. ולכאורה קלב"מ רק פטור מלשלם, אבל מדוע גם קונה הגנב את החפץ? מכך מוכיח הרב זצ"ל (משפט כהן קלא) כיסוד הנ"ל שהגזלן קונה בשעת הגזילה לגמרי, ולכן כאשר קלב"מ פטור מלהשיב - החפץ שלו: "דעת רב נראה... דס"ל לרב שעצם הקנין של גזילה הוא קנין גמור, ומה שהגזלן מחוייב להחזיר הוא רק משום מצות עשה שהשבה שחלה עליו".

וכמו"כ כותב שם הרב זצ"ל בשיטת רש"י (עירובין סב. ד"ה לא) שהגזול מגוי קנה, כי כלפי גוי אין דין "זהשיב". עוד הוכחה לדין זה של "קנייני גזילה" הוכיחו האחרונים מכך שהגזול חפץ העומד להשכרה, כספינה, אינו חייב לשלם על השימוש בו מדין שכירות, כי בזמן הגזילה היה תחת רשותו (ב"ק צו). "התוקף ספינתו של חברו" וש"ע שסג, ה).

<sup>9</sup> וכיוצא בזה כתבו עוד אחרונים רבים, וקדם בזה בעל הנתיבות המשפט בספרו "קהלת יעקב" (על אה"ע סימן כח ד"ה קדשה בגזל) ז"ל:

"דכל גזילה אי לא דכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל דדרשינן כאשר גזל שאם הגזילה קיימת מחוייב להשיבו ה"נ קני לגמרי לגזלן כיון שהקנה לו רחמנא להתחייב באונסין דגזילה בעי קנין ומשיכה או קנין חצר היה נקנה לו לגמרי להתחייב ביוקרא וזולא רק כיון שכתב רחמנא והשיב הגזילה כאשר גזל דדרשינן שאם הגזילה קיימת מחוייב להחזיר ונתבטל הקנין משא"כ בגזל עכו"ם דלא כתיב והשיב יש לו קנין גמור בהגזילה אף למאן דס"ל דגזל עכו"ם אסור מ"מ הגזילה קנוי לו לגמרי רק דמים חייב לו הגזלן".

### האם לולא דין "והשיב" יש לנגזל תביעת "ממוני גבך" בסיסית?

לפי תפיסה זו שהגזלן קונה, יצא חידוש עצום. שכן כדי לומר שלולי דין "והשיב" הגזלן קונה, אנו מוכרחים לומר שלולי דין התורה של והשיב, אין חיוב להחזיר את הגזילה כלל. כלומר, שגם אין שום חיוב "ממוני גבך" בסיסי להחזיר את הגניבה. שאם כן יש חיוב גם מבלי חיוב התורה - נמצא שהגנב לא קנה את החפץ אלא הוא של הבעלים. את עובדה זו ציינו האחרונים הנ"ל (עיין בדבריו של הרב זצ"ל שהזכירו לעיל). וכן נקט להלכה הנתיבות (שנא, א ויובא לקמן), שבמקום שהגזלן פטור מדין קלבד"מ אין בית דין יכולים לכופו להחזיר את הגזילה אפילו כשהיא בעין:

"...דבמקום שהוא קם ליה בדרכה מיניה לא נתחייב בוהשיב, דהא אפילו בגזילה בעין אין הבי"ד יכול לכופה הגזלן לקיים השבה רק הנגזל בא ונוטל שלו..."

### בעלות - משמעותה שליטה ויכולת שימוש

אך מה הביאור באמת בקניינו של הגזלן, ואיך ניתן להבין שהגזלן קונה דבר שאינו שלו? וכפי שתמה הקובץ שיעורים עצמו: "ובאמת דבר תימה הוא, מאיזה טעם תועיל הגזילה לגזלן לקנות דבר שאינו שלו, אבל עכ"פ הדין הזה מוכח מגמ'..." ניתן לומר שאכן משום העוול שבדבר זה גופא צוותה התורה על הגזלן להשיב.

הביאור לקניינו של הגזלן (לולא דין התורה או במקום שאין "והשיב") נובע מכך שתפיסת הבעלות האמיתית נמדדת במישור המעשי, ומכיון שבפועל השולט והמחליט על החפץ הוא הגזלן והוא יכול בכל עת לעשות בחפץ ככל העולה על רוחו ואף לאבדו - נמצא שהתרוקנה מכל וכל הבעלות של הנגזל. אין בכדי אי המוסריות שבדבר לשנות מציאות מוחלטת זו, משום שזו האמת הפרקטית.

### אין שליטה ויכולת שימוש באיסורי הנאה

ראיה מפורסמת לגדר זה שבעלות היא היכולת שימוש, היא מדעת הראשונים שאיסורי הנאה אינם נחשבים בבעלותו של אדם, מכיון שאין לו בהם יכולת שימוש ושליטה. הנפק"מ שדרכה דנו הראשונים בחקירה הזו, היא האם יכול לצאת ידי חובה בלולב שאסור בהנאה, כלומר, האם נקרא הוא "לכם". דעת הריטב"א (סוכה לד: ד"ה של ערלה) בסוכה שנחשב לכם, למרות שאסור בהנאה, אך הריטב"ש (הודפס בסוף שו"ת הריטב"ש) והראב"ד (המובא בריטב"א הנ"ל) סוברים שכיון שאינו בשליטתו לא הוי יותר שלו. לפי הדעות שאיסורי הנאה לא נחשבים בבעלותו של אדם - ניתן להבין יותר את הדין שהגזלן קונה את החפץ מכח שליטתו והחזקתו בחפץ.

### המחייב במעשה הגניבה/גזילה

עיוננו במהותו של השינוי, מצריך אותנו להגיע לעיון קודם יותר בהבנת והגדרת המחייב ומעשה הגנבה. שממנו נגזרת הגדרת השינוי. וכאן עלינו לשאול, באיזה מעשה מתחייב הגנב? האם צריך שיעשה מעשה קנין, או שדי במה שמוציא מרשות הבעלים גם אם לא עשה מעשה קנין. נחלקו בכך התוס' בכתובות (לא:).

בגמרא (שם) מבואר שהגונב בשבת ומוציא מרשות לרשות, מתחייב באיסור שבת ואיסור גניבה כאחד. ומשום כך נפטר מחיוב הגניבה משום קלבד"מ שבמלאכת הוצאה. אך התקשו התוספות (שם ד"ה וברשות הרבים) שאם מדובר שהוציא לרה"ר, אין כאן חיוב גניבה, שהרי משיכה לא קונה ברשות הרבים? ריצב"א שם בתוספות טען שהגמרא כאן חולקת וסוברת שמשיכה קונה אף ברה"ר, ויש כאן קנין גמור. אבל ר"י שם בתוספות חילק חילוק מהותי וטען שאין הגנב צריך לקנות כקנין משיכה שבקניינים, אלא זה רק קנין להתחייב בחיובי גנב, ובזה חייב גם אם לא קנאו ז"ל התוספות:

"והא דאמר בהמוכר את הספינה (ב"ב פד:) דאביי ורבא דאמרי תרווייהו דמשיכה לא קניא ברה"ר אומר ר"י דלא פליגי אדרבינא דהא דהא דקאמר דקני היינו לענין להתחייב באונסין אבל אינו קונה שיהא שלו לגמרי וריצב"א נראה לו דפליגי..."

כלומר, נחלקו הראשונים הנ"ל האם המחייב בגניבה הוא מה שהגנב לוקח וזוכה בגניבה ולכן צריך שיעשה מעשה קנין, או שהמחייב הוא ההוצאה והחסרון שנוצרו לבעלים גם מבלי שהגנב לוקחם אליו וזוכה בהם ולכן חייב גם בהוציא לרשות הרבים.

ניתן לומר שלשיטת ריצב"א חיוב הגנב הוא משום שקנה ולכן בעינינו מעשה קנין גמור. שיטה זו תתאים לשיטת האחרונים שהצגנו לעיל, שהגנב קונה בשעת הגניבה, ולתפיסה שהשינוי אינו הקונה אלא רק מפקיע את חיוב ה"והשיב".

אך לשיטת ר"י נראה לומר שאין המחייב על מה שהגנב קונה, ולכן לא בעינינו מעשה קנין כדי לחייבו. אלא עצם מה שהחפץ לא ברשות הבעלים הוא המחייב. לשיטה זו יצא שהקנין נעשה בשעת השינוי כשיטת רש"י והיראים שביארנו לעיל.

### **מדוע גנב וגזול חייבים לשלם את החפץ במצב שלם כמו שגזלו ולא גם את השברים?**

עוד מקור וראיה לגדר שהגנב וגזול קונים בשעת הגניבה, נמצא במסכתין, בדף יא. הדין הוא שלמזיק שמין כמה שווים השברים של מה שהזיק, ומשלם את השברים לבעלים, ומוסיף עליהם את הפער. אבל לגבי גנב וגזול הדין הוא שאין שמין את השברים. אלא עליהם לשלם את מלוא הסכום של החפץ כפי שהיה בשעת הגניבה.

התוספות (יא. ד"ה אין שמין) מביאים מקור לדין זה מהפסוק "והשיב את הגזילה - כעין שגזול" ומנמקים טעם זה משום שכל חיוב הגנב והגזול להשיב ולשלם הוא מחמת שקנו את הגזילה בשעה ראשונה, ומכח קנין זה התחייבו לשלם בדיוק את מה שלקחו, או אותה או את דמיה, ומשום כך אינם יכולים להחזיר את השברים שאין זה מה שקנו:

"גנב וגזול שאני משום דכתיב אשר גזל כעין שגזל הלכך צריך להחזיר הגזילה או דמיה... והיינו טעמא דגנב וגזול קנו מיד כשהוציאו מרשות בעלים".

אמנם רש"י והרמב"ם שם בסוגיה, חולקים על התוספות וכתבו שטעם דין זה הוא תקנה ומנהג הדיינים אשר תקנו זאת לטובת הנגזל, אבל מעיקר הדין יכלו הגנב והגזול לשלם את השברים. אם כן יוצא לשיטתם שאין הגזול קונה את הגזילה. ז"ל רש"י:

"אמר שמואל - מנהג דיינין הוא שאין שמין לא לגנב ולא לגזול".

וכן ברמב"ם (גזילה ב, טו) כתב שמשום שזו תקנה, הבעלים יכולים למאן בתקנה זו ולקבל את השברים:

גזל כלי ושברו אין שמין לו הפחת אלא משלם דמיו והכלי השבור של גזלן, ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור נוטלין ומשלם הפחת, שזו תקנה היא לבעלים ואם לא רצו בה הרשות בידן, וכן כל כיוצא בזה. אם נסכם מאמר מוסגר זה המגדיר מה המחייב במעשה הגניבה והאם גזלן קונה בשעה ראשונה - ישנם שני גדרים:

או שהמחייב בגניבה הוא עצם מה שהגנב קונה, ועל זה התורה ציוותה ששייב, וכאשר מופקע חיוב ההשבה כמו בשינוי או קלבד"מ - נשאר החפץ שלו.

או שהמחייב הוא איננו הקנין, שאדרבה אינו קונה, אלא המחייב הוא מצד מה שמחסר מהבעלים את החפץ ויכולת השימוש, ועל כן אין הגזלן קונה ואין לו קנין. הקנין מתבצע רק כאשר הגזלן פעל את השינוי.

### קנין שינוי - לא רק אצל גזלן

נחזור לעיון בגדרי השינוי והנפק"מ שבו. ישנה נפק"מ מחודשת להבנה שקנין שינוי הוא כמעשה קנין. שכן אם שינוי הוא רק הפקעה של "והשיב" והקנין נעשה מכח מעשה הקנין הראשון שהוא מעשה הגזילה, שהוא בד"כ מעשה משיכה וכדומה - האפשרות ששינוי יקנה תיתכן רק בגזלן, ולא במקרים אחרים שבהם היה שינוי מבלי מעשה גזילה שקדם לו. כלומר, אי אפשר לאיניש מעלמא לקנות בשוק על ידי שינוי. אבל לפי ההבנה ששינוי הוא מעשה קנין, יועיל קנין שינוי בפני עצמו לא רק אצל גזלנים, וגם בלי מעשה משיכה של גזילה קודם לו.

ועל אף שדבר זה נשמע דין מחודש, שאפשר במקום קנין משיכה להשתמש בקנין שינוי - ישנם כמה וכמה מקורות לדין שינוי לא רק אצל גזלנים, כלומר שיש קנין גם בלי שקדם לו מעשה גזילה:

ראשית יש להביא את דברי היראים עצמם שהבאנו לעיל שכתב שהאשה קנתה בעצם מעשה השינוי. וזאת משום שלפי פירושו מדובר שהאשה קיבלה את האתנן בתור שכר, וממילא בשעת לקיחת האתנן לא היה מעשה גזילה. רק לאחר מכן האשה קנתה את האתנן. ואיך היא קנתה אותו? על זאת עונה היראים:

"דקנהי בשינוי". כלומר, גם בלא משיכה וכדומה, אלא בעצם מעשה השינוי היא קנתה את האתנן.

עקרון דומה לדברי היראים נמצא בדברי הריטב"א במסכת כתובות (לד.). שם מבואר שהגונב בשבת, לא מתחייב בדיני גניבה משום שקם בדרכה מיניה. אבל הריטב"א חידש שאם לאחר שגנב בשבת, טבח ביום חול - נחשב מעשה הטביחה שלו כגניבה חדשה, ומתחייב אפילו ד' וה' כמעשה גניבה רגיל. משום שמעשה הטביחה הינו מעשה שינוי שקונה.

כדברי הריטב"א הנ"ל כתב רעק"א (שם) מדנפשיה, שהשינוי הוי מעשה קנין לגנוב גם מבלי משיכה או הגבהה "כיון דאיכא קנין שינוי מעשה הוי הטביחה ג"כ ענין גניבה וחיוב גניבה וחיוב טביחה בהדדי אתיין". החזו"א (ב"ק טז סוף אות כ) התקשה בדבריו של הגרע"א והעיר את ההערה שהבאנו במבואר למאמר, שמעשה קנין הוא משיכה או הגבהה, ולא שינוי.

ז"ל החזו"א:

"בלשון הגרע"א כתובות שם איתא דשחיטה עצמה חשיבא קנין לגנב, כיון דהיא שינוי מעשה, ואינו מובן

שאינ קנין במטלטלין אלא משיכה והגבהה וחצר, אבל טביחה חשיבא נזק, אבל לא נעשה גנב..."

נמצא לפי דרכנו שרעק"א והחזו"א נחלקו בהחקירה הנ"ל אם שינוי הוי מעשה קנין או הפקעת הוהשיב.



רבינו חננאל התקשה בשיטת ריש לקיש הסובר שאשו חייב משום ממונו, מדוע פטור לר"ל במסר לחרש שוטה וקטן גחלת, והרי הגחלת היא ממונו של המשלח? על כך עונה ר"ח שהחרש קנה לגחלת בשינוי הגחלת על ידי הליבוי שלה, ז"ל: "לריש לקיש לא שנו שפטור השולח את הבעירה אלא בזמן שמסר לו גחלת וליבה החרש שהרי קנאה החרש בשנוי מעשה והאי<sup>10</sup> הליבוי". כאן לחש"ז אין דין גזלן כלל, ואפילו הכי קנה על ידי השינוי<sup>11</sup>.

אומן שקיבל ולקח צמר לצביעה - כמובן שלא נחשב כגזלן בלקיחה הזו - ובטעות שינה וצבע אחרת? האם יקנה את הצמר מדין השינוי ששינה? נחלקו בכך הראשונים על הגמרא בב"מ (עח - עח:). הגמרא מחפשת מקור להוכיח שלרבי מאיר כל המעביר והמשנה מדעתו של בעל הבית דינו כגזלן, ממה שרבי מאיר סובר שאומן שקיבל צמר לצביעה, ושינה את הצבע המבוקש - חייב לשלם לבעלים את הצמר שקיבל, והצמר הצבוע נשאר אצלו. בעצם יוצא שהאומן קנה את הצמר הצבוע. והגמרא דוחה, שבמקרה של צביעה היה מעשה שינוי והגזלן קנה בגלל השינוי. אבל ר"מ סובר שאפילו בלי מעשה אם משנה מדעת בעל הבית הוא גזלן.

אך בשטמ"ק שם הביא מהרמב"ן (ריש עח:) להקשות, שמה שייך שהאומן קונה בשינוי מעשה, והרי הוא אינו גזלן! ומקשה במפורש שדין שינוי הוא רק בגזלן ז"ל: "קשיא לי, ואי לאו גזלן הוא היכי קני בשינוי וכי מי שאינו גזלן קונה בשינוי?". ויעויין שם איך מפרש לגמרא. אך בתלמיד רבינו פרץ המובא שם בשיטה (עח. בסופו) נקט לא כרמב"ן, אלא שאין הכי נמי על ידי שינוי כל אדם יכול לקנות ז"ל:

"ומשמע (בהוא אמינא)... משום שינוי לא קני דשינוי אינו קונה בדבר שאינו שלו (כהבנת הרמב"ן). ומשני דהתם היינו טעמא דשינוי קונה אפילו בדבר שאינו שלו".

לסיכום, העולה ממקורות אלו שאכן ניתן להבין, לפי חלק מהראשונים, שמעשה השינוי מועיל גם בלי כוונת לגזול, ומבלי לעשות מעשה משיכה שקדם לו. ומשום שהשינוי משמש כפעולת קנין.

### האם בעיני רצון לקנות בשינוי או שקונה בעל כרחו

נידון מרכזי נוסף התלוי בחקירה הנ"ל האם שינוי הוא קנין הוא הפקעת ה"השיב", הוא האם הקנין תלוי בדעת הגזלן, או שהוא חלות שהתורה מחילה ואף בעל כרחו של הגזלן. לפי ההבנה ששינוי הוא קנין - יש מקום לומר שבאם הגזלן אינו רוצה לקנות, לא יקנה. וכן לאידך גיסא, במקרה של גניבה בשבת למשל, שאין בה חיובי "השיב" משום קלבד"מ, ואין את חלות התורה ודיני הגזילה - גם הגנב לא יקנה על ידי השינוי. אך אם שינוי הוא קנין, יוכל הגנב לקנות גם בלי שהתורה תחיל עליו "שם גנב". ובשני הנדרונים הללו נחלקו האחרונים לשיטתם.

המחנה אפרים והאור שמח נקטו בדעת הרמב"ם (גזילה ב, טו) שכיון ששינוי הוא מעשה קנין, במידה והגזלן והגנב לא רוצים לקנות את הגזילה, כגון שהשינוי קלקל ופחת, לא יקנה. ז"ל האור שמח (גזילה ב, טו):

<sup>10</sup> אולי צריך לומר: "בהאי" הליבוי.

<sup>11</sup> ולגבי הטעם שאין לו קנין גזילה ומשיכה, אבל יש לו קנין שינוי - יש ליישב על פי מה שכתבתנו במבוא, שקנין שינוי אלים טפי מקנין רגיל, שלא צריך בו דעת, שהוא מציאות גמורה של בעלות שפועל בחפץ ומשנה אותו בעצמו בפועל.

"גזל כלי ושברו כו', ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור נוטלין (ל' הרמב"ם) - והוא דלא קני גנב בשנוי, משום דכיון דנשבר אינו רוצה לקנותו בהך שינוי, והוי כמו גזל חמץ ועבר עליו הפסח דאמרו במרובה דלא קני גנב ביאוש למ"ד יאוש לחודא קני, משום דאינו רוצה לקנותו, וכונתי בזה לדברי המחנ"א".  
אך דעת הנתיבות בכמה מקומות (לד ה, שנא א), שקנין שינוי הוא קנין שחל ע"י התורה, ולא ע"י מעשה הגזלן, והתורה מקנה לגזלן בעל כרחו כדי לחייבו בדמים, ואפילו אם אינו רוצה לקנות.  
הנתיבות טוען שלפי הבנה זו, במקום שלא חלו חיובי התורה, כגון מי שגנב בשבת, אין כלל חיוב לגנב, וממילא לא חל שום קנין כלפי הגזילה. ז"ל הנתיבות (שנא א):

"הנה אס נשתנית הגזילה, כגון שגנב טלה והוציאו באיסור שבת ונעשה איל, נסתפקתי אם חייב להחזיר, דכיון דהגנב קונה גוף הגניבה בשינוי ורק דמים בעי שלומי על השעה שגנבו, וע"ז השעה הוא קם ליה בדרבה מיניה. אמנם נראה לפענ"ד שהגזל נוטל הגזילה אף שנשתנית, דקנין שינוי נלמד מקרא "דוהשיב את הגזילה אשר גזל, אם כעין שגזל יחזיר, ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי", וכיון דהתורה חייבה בדמים הרי מוכח דרחמנא אוקמיה ברשותיה, ובע"כ אוקמיה רחמנא ברשותיה בשינוי מקרא דאשר גזל, וכיון דבמקום שהוא קם ליה בדרבה מיניה לא נתחייב בוהשיב... וכיון דאינו בוהשיב וליכא עליו (חיובא דחזרה) ממילא לא קני הגזילה".

אך האור שמח (גניבה ג, ב) חולק על הנתיבות בדבר זה וסובר, שאפילו במקום שלא חלו חיובי התורה, קונה מדין קנין שינוי, שאין הוא תלוי בקנין התורה. ואם כן נמצא שהאחרונים הלכו בשני הנידונים הללו לשיטתם, שינוי בלי רצון לקנות, ושינוי בלי "חלויות גזילה" של התורה. ז"ל האור שמח:

"דלא קני רק לחייבו, מטעם כדי רשעתו, דשתי רשעיות לא עבדינו, אבל הזכותים שיש לגנב לענין לקנותה בשינוי וכיו"ב לא גרע כחו... דלהתחייב לא נתחייב מאומה בכל חיובי גנב, דמה דהוי לחובתו בזה פטור מקרא דכדי רשעתו, רק לקנותה בשינוי מעשה... לזה מהני, דזה הוי לזכותו...".

### כיוון שלישי בקנין שינוי - קנין כסף

עד כאן הצגנו כמה כיוונים שונים בקנין הגזלן בשינוי:

א. או שהוא קונה אותו מכח היצירה שיצר בחפץ,

ב. או מכח ההשתלטות,

ג. או שלא השינוי קונה אלא הגזילה שגזל בתחילה והשינוי רק הפקיע את חובת ההשבה.

מדברי הנתיבות - ולקמן נביא שגם מבואר כן בתוספות רי"ד - מתבאר כיוון נוסף. הנתיבות ביאר את קנין הגזלן את החפץ מכח מה שהתחייב הגזלן בתשלומי אונסי הגזילה. לנתיבות היתה ברורה משוואה כזו: חיוב הגזלן לשלם תמורת החפץ - מקנה לגזלן את החפץ. (ולכן כתב שבמקום שלא התחייב באונסין, כמו גזל בשבת - לא קנה את הגזילה). מה הביאור בהגדרה ותלות זו?

בדברי התוספות רי"ד (סוכה מא: ד"ה תשובה) נמצא הביאור לגדר זה:

"...כשגזל ושינהו, קנאו בשינוי "ליתן דמיו", וכיון שנתחייב ליתן דמיו הוה ליה כאילו קנאו בדמים וקרינא ביה לכס...".

מדברי התורי"ד מבואר שאין התורה מחייבת את הגזלן בתשלום על החפץ סתם, אלא אם הוא חייב לשלם לבעלים חפץ אחר או דמים, ממילא זה מחייב שהחפץ שנלקח הוא של הגזלן. התחייבות הגזלן מביאה

בהכרח את הצד השני "לשלם" ולהעמיד את החפץ כתמורה. בלשונו הוא מגדיר קנין זה כמעט כאילו הגזולן קנה בדמים את החפץ. ובעצם בכך הוא מדמה את קנין הגזולן לקנין כסף מפרשת הקניינים המוכרים. כפי שהזכרנו, לפי גדר זה, שינוי לא יקנה במקום שלא מתחייב הגזולן בעקבותיו בחיוב אונסין, וכפי שאכן כתב הנהיגות בדיוק בכדי להסביר הלכה זו.

### מנין הגיע חיוב הדמים?

מדיניו של הגזולן שכיון שקנה את החפץ, חייב לשלם את דמי החפץ שגזל. וכמו שדרשו חז"ל והבאנו לעיל: "כאשר גזל - אם כעין שגזל יחזיר, ואם לאו דמים בעי לשלומי". אבל באמת אינו ברור מהכין מגיע חיוב זה? והרי בתורה כתוב רק להשיב את הגזילה, ומנין הגיע חיוב הדמים? התשובה לשאלה זו תלויה בהגדרות שדנו בהם עד עכשיו במהותו של השינוי.

את הקושיה הנ"ל הקשה חידושי הרי"ם (ב"ק סו. ד"ה דמים בעלמא). והחידושי הרי"ם עצמו עונה (שם בד"ה שינוי קונה) שמוכח מכך כשיטות ראשונים שעל ידי תשלום דמי החפץ, נחשב השבת החפץ. כלומר, יש בכאן חידוש בהגדרת השווי הממוני של החפץ. שהשווי הכספי של חפץ - נחשב כגוף החפץ עצמו. ולכן המשיב את דמי החפץ נחשב כמשיב את החפץ עצמו.

כסברה זו סובר הרא"ש (ב"מ פ"ב סוף סימן ט):

"אבל לאו דלא תגזול אפילו אכלה או נשרפה ושילם דמים תקן הלאו וקיים עשה דוהשיב את הגזילה". אך ברמב"ם (גזילה א, א) מבואר שהשבת החפץ ותשלום הדמים הינן שני חיובים נפרדים, ותשלום הדמים לא מקיים את "והשיב". ממה שכתב שהשבת החפץ היא לאו הניתק לעשה, והשבת הדמים היא לאו הניתק לתשלומין (ולא לעשה של "והשיב"):

"ואין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב נתקו לעשה שאם גזל חייב להחזיר... ואפילו שרף הגזילה אינו לוקה שהרי הוא חייב לשלם דמיה וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו".

לפי הרמב"ם לא ניתן ליישב כדברי החידושי הרי"ם ולומר שהשבת דמים נחשבת השבת החפץ. וכיון שכן חזרה קושייתנו למקומה - מנין לדעת הרמב"ם חיוב הדמים?

על פי המתבאר ניתן ליישב שלדעת הרמב"ם מעשה השינוי הינו מעשה קנין. לפי הגדרת תוספות רי"ד קנין זה יוצר חיוב תשלומים, והוא דומה לקנין כסף, שלקחת תמורת דבר מסוים מחייבת את תמורתו, ובגזולן לקחת החפץ מחייבת את תשלום דמיו. אם הגדרה זו נכונה, ברור מהיכן הגיע חיוב הדמים לדעת הרמב"ם - מכח מה שהגזולן קיבל את החפץ הוא התחייב לתמורתו. ומכאן המקור לחיוב התשלום לדעת הרמב"ם מבלי להזקק למקור מחיוב ה"והשיב".

לסיכום ישנן שתי אפשרויות להבנת חיוב הדמים:

א. או כחלק מהשבת החפץ, כדברי הרי"ם.

ב. או מכח הקנין שמחייב את תמורתו דהיינו תשלום דמיו, כדברי הרי"ד.

**האם הגזולן שקנה בשינוי יכול בכל זאת לשלם את הגזילה שהשתנתה?**

נפק"מ נוספת לגדר השינוי, היא האם הגזלן שקנה בשינוי יכול בכל זאת לשלם ולצאת ידי חובת "והשיב" בתשלום הגזילה שהשתנתה ולא בדמים. באופן פשוט ברגע שהשתנתה הגזילה, נחשב חפץ אחר, והופקע ההשבה מהחפץ כפי שהעלנו משיטת התוספות. ולא יוכל לשלם בה. אך לשיטת רש"י והרמב"ם שהעלנו שהשינוי הוא קנין, מדוע לא יוכל לשלם את הגזילה ולהשיבה? הרי כל מה שקרה בשינוי הוא שהגזלן קנאה. ובאמת הט"ז בסוף סימן שנד כתב שהגזלן יכול לשלם את הגזילה למרות שקנאה בשינוי ז"ל: "...שהרשות בידו לכופו לקבל כלי השלם שנשתנה... שבשלם שנשתנה הוה הברירה ביד הגנב..."

### גזלן שקנה בשינוי, האם חייב להשיב לפנים משורת הדין?

נפק"מ נוספת הנובעת מגדרי השינוי היא דין לפנים משורת הדין. האם גזלן שקנה בשינוי ראוי שישלם לפנים משורת הדין, או אולי אפילו יכפוהו על כך? לגבי אבידה שרשאי לזכות בה (כמו מזוטו של ים) ובאו הבעלים ונתנו בה סימן - נאמר בגמרא (ב"מ כד:): ונפסק בש"ע (רנט ה) שטוב להחזירה לפנים משוה"ד, ולדעת הש"ך (שם) בשם המרדכי אף ב"ד כופין על כך: "אף על פי שמן הדין במקום שרוב עובדי כוכבים מצויים, אפילו נתן ישראל בה סימן אינו חייב להחזיר, טוב וישר לעשות לפנים משורת הדין להחזיר לישראל שנתן בה סימן". וזו לשון הש"ך שם:

"וכן אנו נוהגים להחזיר וכ"פ רבי"ה וראב"ן דכייפינן להחזיר".

אך כל זה הוא באבידה, ואילו לגבי גזילה, הש"ע לא פירש כן. יתירה מזאת, הרמ"א (שנו ז) הביא שרק המנהג להחזיר גזילה משום דינא דמלכותא:

"דהכי נהיגי עכשיו להחזיר כל גניבה אפילו לאחר יאוש ושינוי רשות מכח דינא דמלכותא".

והש"ך (שם ס"ק ז) הקשה בזה, שהרי אין אומרים דינא דמלכותא נגד דין תורה, וכאן הדין הוא שהגזלן קונה! וכן אין ללכת אחר מנהג במקום שהוא מנהג טעות נגד התורה. והעלה שזו היא תקנה שביד בית דין לתקן. הקצות (שם ס"ק ז) מתפלא על הקושיה של הש"ך, באומרו שאין זה מנהג או דין נגד התורה, שהרי הדין באבידה להחזיר לפנים משורת הדין! ומה ההבדל? מדוע הש"ך ראה בהחזרת גזילה כנגד דין התורה? הביאור המתבקש הוא שלדעת הש"ך באבידה שייך לפנים משורת הדין כיון שהחפץ נשאר כמו שהיה, אך גזילה שהשתנתה, יסבור הש"ך כשיטת התוספות שהיא איננה כבר החפץ שנגזל, ולא שייך כאן לפנים משורת הדין, כיון שהחפץ שלפנינו הוא באמת שייך לגזלן ומעולם לא היה שייך לנגזל. אם כן דברי הש"ך מתאימים יותר לכאורה להבנות שהעלנו ששינוי משנה את החפץ להיות כחפץ אחר שנחשב רק של הגזלן. מה שאין כן לפי ההבנות שהשינוי רק קונה את החפץ - דומה הדבר יותר לאבידה שהחפץ נשאר אותו דבר ולכן לפנים משורת הדין יש להחזירו.

### האם עובר בשעת השינוי בלא תגזול?

נפק"מ נוספת בגדרו של השינוי היא האם בשעת השינוי עובר שוב על איסור "לא תגזול" בנוסף לאסור גזילה הראשון שעבר בשעה הגזילה. דעת הנתיבות (לד ה) שעל ידי השינוי עובר שוב בלא תגזול ז"ל:

"...עשה שינוי, ודאי דהוי גזלן, כיון שעל ידי שינוי הוציא מרשות בעליו והוי גזילה חדשה..." ומביא הנתניבות ראייה מפשט הגמרא בתמורה (דף ו.) שהגמרא מקשה על רבא האומר שאי עביד לא מהני מכך שהתורה אמרה "לא תגזול" ואעפ"כ הדין הוא שאם שינה הגזלן קנה.

"והרי גזל, דרחמנא אמר לא תגזול, ותנן: הגזול עצים ועשאן כלים, צמר ועשאן בגדים - משלם כשעת הגזילה, תיובתא דרבא!".

דברי הנתניבות מתאימים לתפיסה בה השינוי פועל את הקניין, בין אם זה השתלטות או יצירה, ובין אם זה כעין קנין כסף. שבאמת אז הגזלן קונה את החפץ. ולכן הוא עובר על לא תגזול.

באחרונים הגדירו את שיטת הנתניבות בצורה בהירה, שבשעת הגזילה הראשונה הגזלן לקח את ה"ברשותו" של הבעלים - יכולת השימוש, ואילו בשעת השינוי שגם קנה את החפץ הוא גזל את ה"שלו" של הבעלים.

אך הקצה"ח במשובב (לד ה), חלק על בעל הנתניבות, וסובר שבשעת השינוי לא עושה הגזלן שום דבר, משום שבשעת השינוי רק הפקיע את ההשבה (כביאור שהזכרנו לעיל), ולא שייך בדבר זה איסור לא תגזול. את הגמרא הוא מסביר שעובר בלא תגזול על מעשה הגזילה הראשון ואם כן היאך יקנה כשהיה שינוי.

"...ולא נהירא, דהתם אין הלאו דלא תגזול במה שעשאן כלים, רק במה שגזל, דשינוי בלא גזילה לא קני, לזה פריך כיון דאמר רחמנא לא תגזול, היאך קונה בשינוי על ידי הגזילה, הא עבר אמימרא דרחמנא בשעה שגזלה ולא מהני גזילתו".

תפיסתו של בעל הקצה"ח מתאימה להבנה שהשינוי אינו קנין אלא רק הפקעת הוהשיב כנ"ל.

### שינוי החוזר לא קונה

עוד נדבך בסוגיית השינוי היא גדר שינוי החוזר, והבנה מדוע שינוי החוזר אינו מועיל. הראשונים (עיין תוס' סה: ד"ה הו) נקטו שהאמוראים נחלקו האם שינוי החוזר לברייתו הקודמת קונה, להלכה (ש"ע שס, ה) נפסק ששינוי החוזר אינו קונה, כמו עצים שעשאן כלים שיכול להחזירם ולפרקם, או צבע שיכול לכבסו. באופן פשוט הסברא ששינוי החוזר אינו קונה, משום שהוא אינו שינוי אמיתי, שהרי אפשר להחזירו. אך יש קצת קושי בסברא זו שהרי לענין מלאכות שבת למשל, הבונה בנין על אף שאפשר להחזירו לקדמותו, או הצובע צבע על אף שירד כשיכבסוהו - נחשב מלאכה משום שהוא בר קיימא מצד עצמו. מדוע יכולת ההחזרה מחשיבה אותו כלא השתנה?

ובאמת בדבר אברהם (ח"א ס"א א אות יז), ביאר שמצד גדרי השינוי נחשב הדבר כשינוי, אלא שהטעם ששינוי החוזר לא קונה היא משום שכיון שהגזלן מצווה ב"והשיב", מכח ציווי זה גם מצווה להחזיר את הגזלה לקדמותו ולהחזירה, ולכן לא קונה בשינוי שכזה.

כלומר שינוי שכזה אינו מפקיע את חובת ההשבה, כיון שיש עדין אפשרות בידו להחזירו.

נפק"מ בין הפירושים היא שינוי לגבי אתנן ששם אין ציווי "והשיב". לפי דברי הדבר אברהם שינוי החוזר באתנן יועיל, שהרי אין שם ציווי של "והשיב". ובאמת כן נקט בחד תירוץ בשיטה מקובצת (סה: בסוף העמוד). אך אם ננקוט שהחסרון הוא שאין זה שינוי כלל - גם באתנן לא יועיל.

**מדוע תרומה והקדש אינם שינוי החוזר?**

עוד מקור להקשות בזה הוא ממה שהגמרא נקטה שגזלן שקרא שם הקדש או תרומה או מעשר (סו.יז), נחשב הדבר לשינוי שהשתנה שמו מטבל למעשר וכו'. והתקשו התוספות (שם ד"ה מעיקרא טיבלא) והרשב"א (שם ד"ה הקדש) מדוע אין זה שינוי החוזר, והרי אפשר לחזור בו על ידי שאלה שיתיר את מה שקרא שם? התוספות ענו משום שאין השאלה והחזרה שכיחה. לכאורה הסברא בזה ששינוי החוזר לא נחשב שינוי כי עתיד לחזור לקדמותו, אבל כאן כיון שלא שכיח שישאל, נחשב כשינוי קבוע. אך הרשב"א הקשו על טעמם של התוספות, וטענו שגם אם החזרה אינה שכיחה, שינוי שכזה נחשב שינוי החוזר ולא קונה. הרשב"א עצמו תירץ שאין קריאת שם מעשר ותרומה שינוי החוזר משום שאין זה תלוי בו אלא באחרים, שצריך שהחכם יתיר לו או שלושה. הביאור הנראה בחילוקו של הרשב"א הוא לפי הבנת הדבר אברהם ששינוי החוזר אין החסרון בו מצד שאינו שינוי, אלא החסרון שמכח הציווי להשיב, עליו להחזיר את השינוי לקדמותו ולהחזיר - אם כן כל זה שייך דוקא במקום שהדבר תלוי בו, אבל בדבר שאין תלוי בו אלא באחרים נחשב הדבר כשינוי גמור, שמה שעל אחרים לא שייך כלפיו. ולכן גם במקום שהחזרה אינה שכיחה, אין זה משנה לדעת הרשב"א, כיון שמכל מקום עדין מצווה להשיב את החפץ לקדמותו. ואילו לפי התוספות הדיון הוא עד כמה שינוי החוזר נחשב שינוי בר קיימא או לא. כאשר המצב החדש של השינוי עומד להשאר כפי שהוא - ואז נחשב שינוי - ואם שכיח שיחזור לקדמותו - לא נחשב שינוי.

### סיכום הגדרים והנפק"מ

אנסה לסכם בקצרה את עיקרי הגדרים שהעלנו לקניינו של השינוי:

- א. קנין של השתלטות (רש"י - דוקא שינוי בידיים, ולרמב"ם - תלוי בדעת הגזלן).
- ב. קנין מצד היצירה והחידוש שבזה כמו אומן קונה בשבח כלי (הסבר אפשרי בתוס' סה: לגבי אתנן "חשיב כאחר").
- ג. הפקעת הוהשיב. וקונה משעה ראשונה (תוספות ב"ק יא, ובאחרונים - קוב"ש והרב זצ"ל במשפט כהן).
- ד. חיוב הדמים מקנה את החפץ כמו קנין כסף (תוספות רי"ד בסוכה מא: והנתיבות שנה א).

### הנפק"מ והתליות המרכזיות שהעלנו:

- א. מאימתי קונה את הגזילה, משעת השינוי (תוספות צה.), או משעת הגזילה הראשונה למפרע (רא"ש).
- ב. האם בעיני שינוי בידיים (רש"י) או אף ממילא (תוספות רבינו פרץ).
- ג. האם העיקר בשינוי מעשה הוא שינוי השם ופנים חדשות (תוספות צג: ורמב"ן במלחמות), או שהעיקר זה הפעולה גם מבלי שמשנתנה השם (תורת חיים בדעת הרמב"ם וש"ע).
- ד. האם גזלן בעי מעשה קנין כדי להתחייב או שסגי בהוצאה מהבעלים (מחלוקת תוספות בכתובות לא:).
- ה. האם קנין שינוי בעי רצון מצד הגזלן (אור שמח גזילה ב טו), או שקונה בעל כרחו (נתיבות שנה א).
- ו. האם קונה גם בלי חיוב התורה להשיב כגון קלב"מ (או"ש), או שהחיוב אונסין הוא המקנה (נתה"מ שנה א).
- ז. האם חייב להשיב לפנים משורת הדין (קהצ"ח), או שלא שייך לפנים משורת הדין כיון שהחפץ באמת שלו וגם הוא חפץ אחר (ש"ך).
- ח. האם עובר בשעת השינוי שוב בלא תגזול (נתיבות מול משובב לד ה).