הרב יוסף מרדכי שיין

צורת מעשה גזלה

לזכר נשמתה של היקרה יוכבד נוחה עדן
שכיבדה כל אדם והיטיבה עמו כל מאודה
הצמיחה בלבבות צחיחים שתילי חום וידידות.
ידה ליתד תשלחנה וימינה להלמות עמלים
ובירכתי ביתה עלו כפורחת הגידולים.
מצבת זכרון חקוקה בליבות סובביה
נשתדל לצעוד בשבילי מעשיה ופועליה.

א. ב"ק קיח. גזל שדה והיתה פרה רבוצה בו לר"א דקרקע נגזלת חייב גם על הפרה. ופירש"י משום דמטלטלין נקנין אגב קרקע, וכבר תמה הקצות ער"ה דלקנין אגב בעי' דעת אחרת מקנה, ובהפקר פשיטא דלא מהני, והוכיח מכאן דבצבורין בתוכה מהני אפי' בהפקר, והנתיבות ר"ב ב' פליג בתוקף דודאי ל"ש כלל קנין אגב בהפקר ומדמי לה לי' שדות בי' מדינות דל"ש כלל בהפקר דבמכוש א' יקנה כל קרקעות העולם. וכתב לפרש דגזילה שאני מזכייה מהפקר ודמיא טפי לדעת אחרת מקנה. וכתב טעם דהנגזל ניחא ליה דליקני כדי שיתחייב באונסין, ואייתי נמי דינא דסתם גזילה יאוש בעלים, וכ"ז צ"ע, ואין זו פשטות הדברים כלל. ועכ"פ למדנו דחלוק גזילה מהפקר.

ב. ובע"ז עא: כשדנו אם משיכה קונה בעכו"ם ופרכינן מהא דבן נח נהרג על פחות משווה פרוטה שגזל מישראל, ואי אמרת משיכה אינה קונה אמאי נהרג. והתוס' שם הקשו דכיון דכל הנידון אם משיכה קונה או אינה קונה הוי דווקא במקח, אבל במציאה ומתנה ודאי מהניא משיכה (כ"ה לדעתם, אבל הריטב"א בהזהב בשם הרמב"ן פליג בזה ואכמ"ל), וא"כ מאי מייתי דהלא גזילה דמיא למציאה שהרי אין בה דמים. ותירצו דכיון דגזילה באיסורא אתיא לידיה, אינה כמציאה ומתנה, אלא אם במקח לא מהניא ה"ה בגזילה. וג"ז צ"ב מה שייכות ענין באיסורא אתא לידיה להא דאינו זוכה במשיכה כמציאה. אבל עכ"פ שוב חזינן חילוק בין זכיית הפקר לזכיית גזילה, אלא דהכא הוא להקשות על הגזילה טפי מהפקר, ולענין קנין אגב ארעא הוי איפכא דגזילה נוחה להיקנות טפי מהפקר, וצ"ב החילוף.

ג. והראני אחי המופלג שאול נר"ו דהוא ספיקת רעק"א בספר כתב וחותם, ושם מירי לגבי קטן שגזל ונסתפק אם קונה בשינוי, וכתב דמסברא אינו קונה כיון דאין לו יד לזכות להתחייב באונסין (ומדגיש שם שהנידון הוא לחייבו בנאנס אחר שהגדיל, דהוא בר חיובא,

אבל לקיחתו מאתמול אינה יד לזכות) ממילא לא יקנה בשינוי (ובזה דמי לדעת הנתיבות לגבי גוזל בקלב"מ דאינו קונה בשינוי כיון דאינו חייב באונסין, ובאמת רעק"א בכתובות משמע דסבר כהנתיבות בהא), או דנימא דכיון דכל גזלן בעצם אינו אמור לזכות ולהתחייב באונסין שהרי לא הקנו לו הבעלים, ובע"כ דצ"ל דהתורה אמרה דדנים אותו כמו אילו היה דעת אחרת מקנה אותו, דכן הוא חידוש דגזילה, וא"כ גם בקטן הרי בדעת אחרת מקנה זוכה (ולא איכפ"ל שעל לקיחתו בקטנות בלא"ה אינו מתחייב, וא"כ ליכא טעם שהתורה תחייבו, וכנראה הטעם דכיון דהוא חפצא דגזילה קיימת כאן ההקנאה בממילא), וסיים בזה דאופן ספיקתו הוא אם התורה עשאתו כאילו זוכה מדעת אחרת, או דהתורה עשאתו כאילו נטל מהפקר (ומבואר דלכל הצדדים בלא עשיית התורה א"א להעשות גזלן, וכל הספק הוא מה עשתה תורה). ועוד כתב נפק"מ בהך ספיקא לגבי גזל בחצרו שאינה משתמרת דלר"פ מהניא אם דעת אחרת מקנה אותו, ואיך הדין בזה בגזלן. אלא שהוסיף דאין הספיקות תלויות זב"ז, דאפי' נימא דבאינה משתמרת מהני משום דחשיב דעת אחרת מקנה, אבל בקטן אפשר דלא מהני, דהרי גם דעת אחרת מקנה לא מהניא בקטן אלא ליתן לו מתנה אבל לא לעשות עמו מקח, שהרי בשביל מקח צריך לחייבו מעות וזה א"א, והכ"נ הרי יש כאן חיוב שמתחייב באונסיה וע"ז לא מהני כלל דעת אחרת מקנה.

ד. והנה לכאו' ב' צדדים הללו אינם מספיקים כלל לבאר דין אחד בגזלן, והוא המבואר בכתובות לא: דלכה"פ לחד לישנא מהני בגזלן אפי' משיכה לרה"ר למקום שאין לו שם קנין, וא"צ אלא שיוציאה מרשות בעלים. ובקניינים אינו כן לא בזוכה מהפקר וגם לא בדעת אחרת מקנה אותו, דתרוייהו משיכה לרשות הראויה לקנות ודאי בעינן, וא"כ צ"ע על כל הצדדים איך מהני שם. ובאמת כבר עמדו בזה, דדין משיכה לרה"ר דמי טפי לגוזל ע"מ לאבד דמוכח בכ"ד דודאי חשיב גזילה לענין להתחייב באונסים (כאשר הוכיח הגר"ח חובל ומזיק ממנסך שהגביה קודם הניסוך דמתחייב משעת הגבהה, וכן כתוב לקמן הגוזל צט. בזורק מטבע למים עכורים דאם אגבהיה חייב) והתם נמי אין לו שום לקיחה לעצמו, נהי דיש לו המעשה קנין הטכני, אבל זכיית ממון לית ליה כלל.

ה. ובעיקר דין דמשיכה לרה"ר מצאתי ברמב"ן שבת צא: דיש בה דינים מיוחדים טפי משאר קניינים, דהנה התם בסוגיא מבואר דאע"פ דמשך מקצת מעות שבתוך הכיס, ואפי' אם משיכה קונה בכליו של מוכר, מ"מ אינו מתחייב גם על אותן מעות שמשך, אם פי הכיס נמצא עדיין בתוך בית הנגזל שהרי אין יכול לקחת המעות שמשך. וכתב הרמב"ן להוכיח מכאן דאית דין במשיכה "דכל היכא דלא משתקיל ליה - לא קני", וכתב לדחות דנימא דכל הסוגיא שם אזלה כמ"ד דמיירי במושך לרה"ר, ולפ"ז ניחא שהרי "לענין מיקנא ממש לא קני, ומיהו לענין גניבה מחייב מכיון דאפקיה מרשותיה, ומשום הכי מקשי הכא קדים ליה איסור גניבה שכל פרוטה ופרוטה שהוציא מרשותו נתחייב עליה הואיל ויכול ליטלה, ואם אינו יכול ליטלה לא נתחייב בה". והיינו דכיון דאין כאן קנין אלא 'הוצאה מרשות בעלים בלבד' לכן בעינן נמי שיוכל ליטלה, שהרי אינו כמושך לרשותו שזכה בחפץ גם בתוך הכלי, אלא הכא

הוי משיכה רק להפקיע הבעלים, ולכן בעי' שמלבד הפקעת בעלים תהא כאן גם העמדת החפץ **לאפשרות הנטילה** מצד הגזלן, ובלא"ה אין כאן גזילה.

ו. דהיינו, דבגוזל ע"מ לאבד למדנו דיד גזילה אינה חייבת להיות לקיחת ממון לעצמו על חשבון הבעלים - שזו גזילה הרגילה בכ"מ, אלא אפי' אם רק מפקיע ממון הבעלים מידיו, ובלבד שיעשה זאת בדרך לקיחה, דבלא זה הרי הוא כשאר מזיק. והחילוק ביניהם הוא בכך שמזיק תמיד אינו מניח ידו (יד ממון דידיה) על של הבעלים, אלא שובר לבעלים את אשר לו[1], ואילו הגזלן ידו היא המעכבת מהבעלים, ולזה בעינן שיעשה לקיחה בממון הבעלים, ולכן לא סגי בלא הגבהה, ומשיכה ברשות מוכר לא מהניא. אמנם משיכה לרה"ר (למדנו מכאן ש) לא חסר בה מידי מצד הפקעת הבעלים בגוף לקיחתו, ומה שאינו זוכה בזה לעצמו היינו חסרון בעמידתו שלו נגד העולם, כיון דאינו מקיים החפץ לעצמו ברשותו, אלא מניחו ברשות של רבים וכל אחד יכול ליטלו משם, אבל כלפי הבעלים הושלמה לקיחתו.

ז. אבל אליבא דאמת כל זה הוא משום דאין הכרח דבלקיחות הללו (משיכה לרה"ר וגוזל ע"מ לאבד) יש קניני גזילה המוכרים, ושזוכה בכה"ג גם אם נשתנית החפץ, וכבר כתבו ראשונים לגבי גוזל ע"מ לאבד דאינו קונה בשינוי (עי' רשב"א צח. לגבי שף מטבע), ואילו חיוב אונסין איכא משום דאינן תלויין הא בהא, אבל הרעק"א להדיא לא חילק בין הנושאים, וכן הנתיבות, דלדידהו כל שחייב באונסין זוכה בשינוי ולהיפך[2].

ח. אבל גם אם נלך בדרכם ונחליט שכולהו בחדא מחתא מחתינהו, וזכיית גזלן היא היא המחייבתו באונסיה נגד הבעלים והמזכתו בחפץ באם נשתנה, עדיין יש לדחות כל הראיות בנושא ולהכריע הנידון אי"ה. דהנה ההיא דע"ז דמשמע דגזלן גרע מזוכה מהפקר דלא מהניא ביה משיכה, יש ליישב בקל, דטעם החילוק בין מקח למתנה ומציאה ביארו הרב שרייבר יפה דכל שהוא מחוסר מעות לא מהניא ביה משיכה, ועוד הוכחנו כן מדברי התוס' ב"מ צט. דבשכירות מטלטלין לכו"ע מדאו' מהניא משיכה משום דאינה משתלמת אינה לבסוף, ובפשוטו נראה כוונתם דלכן ליכא בשכירות קנין כסף אלא משיכה בלבד, אלא שזה אינו כדתניא דשכירות קרקע נקנית בכסף שטר וחזקה, ובע"כ כוונתם דאע"פ שיכול לקנותה בכסף מ"מ נקנית גם במשיכה, דכיון דאין הכסף נדרש עכשיו בתחילת העסק אלא בסופו, א"כ בשלב זה לא הוי מחוסר מעות ואין העדרם מעכב הקנין, ולכן שפיר קונה במשיכה באין מפריע. ולפי זה יובן היטב מ"ט גזלן ד'באיסורא אתא לידיה' בודאי לא עדיף ממקח, דהרי הצד לדמותו למשיכה ומתנה הוא מפני שאינו משלם אלא לוקח בחינם,

[1] ורק בדיני נזיקין עצמן התחדש שנחשב שהחפץ נמצא אצלו - ביד נזיקין דידיה, אבל אין כאן יד ממון המפקיעה, אלא מעשה נזק בלבד, והיד של החיוב בנזיקין היא רק בתוצאה.

[2] והנה הם התייחסו לצד אחד, דלגבי קטן וקלב"מ דנו דכיון דלא נתחייבו באונסין לא יזכו בשינוי, והנה בקלב"מ הוכחנו דזוכה בשינוי בלא חיוב אונסין, אבל עדיין יש מקום לדון איפכא דאין חיוב אונסים בלא זכייה וקנייה בשינוי, אבל מהא דבגוזל ע"מ לאבד למאן דאית ליה, וגם בשואל שלא מדעת לדעת הראב"ד - איכא חיוב אונסין ואין זכייה בשינוי, מוכח שאין שום קשר בין הנושאים - לאף כיוון.

אבל בודאי אינו בדין שייקח בחינם אלא אינו צריך כלל לקחת, וגרע טפי ממחוסר מעות בעלמא שהרי כל לקיחתו אינה מוצדקת בכלל, ורק אם משיכה קונה תמיד היינו שהיא גמר הלקיחה א"כ גם גזלן גמר בזה לקיחתו, אבל אם אין לקיחה בלא מתן מעות אי לאו שפטרוהו מהמעות, הרי גזלן לא נפטר כלל[3]. ומעתה נימא דלעולם גזלן לוקח לעצמו בלא שום עזרה וכדין זוכה מהפקר, אלא דעצם זה שאין הממון הפקר אלא של בעלים, ואסור לו לקחתו, הא גופא מכביד על קניינו ומשוי ליה כמחוסר מעות והצדקה[4].

ט. ואילו מה שמצאנו מאידך דזוכה באגב ועדיף אפי' מהפקר, ד"ז צריך לפרשו אולי באופן אחר מחומר קושי הענין. והוא דבעצם כבר עמד הקצוה"ח דלול"ד רש"י היינו מפרשים בקל דין הגמ' שם משום קנין חצר, דגזל את הקרקע ועמה את הפרה שבתוכה בקנין חצר, אלא שרש"י לא פירש כן אלא הביא דין דמטלטלין נקנין אגב קרקע. והנה דעת רש"י בכ"ד דלגזילה בחצר בעי' נעל בפניה, וכבר עמד בזה הקצות, ורגילים לומר בזה דבעי' 'מעשה גזילה', וההיות בחצר לבד לא סגי. ובאמת יש לצרף לזה גם דברי רש"י בב"מ כו: דלא מהני גזילה בסלע שהגביהה ע"מ להשיבה, ובסנהדרין ב. דבלוה ע"מ לשלם ליכא גזילה, אלא רק בכגון 'ויגזול את החנית' או כופר בפקדון ושולח יד[5]. ויש לחקור אם החסרון הוא מחמת הגזלן, דבלא מעשה גזילה אינו נעשה גזלן, או אינו זוכה בגזילה, וצ"ע א"כ מאי מעשה הוא זה נעל בפניה, כאשר בלא"ה החצר משתמרת לו שפיר, ומהו הבנין אב שיש לנו מגזילת החנית לכל דוכתא.

י. ויותר נראה דהוא משום הנגזל, דמעשה זה נדרש להפקיע את ממונו ממנו, וכבר הראינו לדעת מדלעיל במושך לרה"ר וגוזל לאבד, דזהו עיקר מעשה הגזילה. והיינו, דבהא לחוד שיש ממון של ראובן בחצר שמעון אין כאן כל אבדן

[3] אמנם לדעת הנתיבות והגרע"א שיש כאן כאילו מקנה חיצוני, הנגזל או התורה, א"כ אפשר דאינו מתיישב שפיר, דהלא בכל גווני יש כאן את ההקנאה ע"מ לחייבו אף שלא שילם וכו', ודמי למתנה שניתן לו החפץ במחילת המעות, הכ"נ מחלו לו המעות כדי שיתחייב. אבל אנן דיינינן מצד עיקר הדין במעשה קנין דידיה, ובלא שום סיוע לא מגבוה ולא מהדיוט.

[4] והנה שם בכו"ח הביא בן המחבר 'בהאי ענייא', דהק' הגרע"א על התוס' ע"ז עא: שהקשו על עיקר ראיית הגמ' דמשיכה קונה בעכו"ם מגזילה, והתוס' תמהו שם דמה ענין משיכת גזלן לקנין, והלא ישראל ג"כ אינו קונה גזילה אלא רק מתחייב החיוב ששייך ביה דהיינו אונסין, וה"ה עכו"ם אין ראיה שקונה לגמרי. ורע"א תמה דמ"מ בעי' שהמעשה קנין יהא כהלכתו, שהרי גם בישראל אם משך ברשות מוכר לא נעשה גזלן, וה"ה בעכו"ם אם משיכה אינה מעשה קנין לגביה לא ייעשה גזלן גם לא לענין חיוב אונסין. וקושיא זו היא רק אם נבין דהחסרון במשיכת עכו"ם הוא בגוף המעשה, אבל להאמור אי"ז חסרון במעשה כלל, אלא בהצדקת הלקיחה, ושפיר הק' התוס' דגזלן אינו צריך שתהא לקיחתו מוצדקת אלא סגי שהחפץ בידו בלא הצדקה והרשאה כדי לחייבו עליו באונסין.

[5] ואלו דבריו. בב"מ כתב עובר משום השב תשיבם, לא תגזול לא שייך אלא בשעת נטילה, כמו ויגזול את החנית מיד המצרי כדאמר בבבא קמא עט: ובסנהדרין כתב גזילות - כופר בפקדון, דמששלח בו יד הוי גזלן, וכן החוטף מיד חבירו הוי גזלן, כגון ויגזול את החנית מיד המצרי, אבל לוה ולא שילם לא מיקרי גזלן דמלוה להוצאה ניתנה.

לשמעון, שהרי עדיין קיים לו ממונו בתוך של שמעון, ובעי' שיפקיע את זכותו ויעמידנו רק לעצמו, ונעילת הדלת באופן פשוט - מונעת מראובן גישה אל ממונו, וממילא נעשה גזול ביד שמעון, וכן הדין ממש בכופר בפקדון ובשולח יד דמפסיק לשמור לבעלים ומשתמש לעצמו. אבל לווה שאינו משלם אינו מפקיע בזה את מצב הבעלים שיש לו ממון דהלואה ביד הלוה, וכן בנמלך על הסלע שלא להשיבה הוא הדין והוא הטעם.

יא. ומעתה נראה לחדש בה דבר, ולומר דגם בההיא דקיח. באמת יש לומר דעיקר יד הגזילה קיימת לגזלן בתורת קנין חצר, שהרי הגזילה מונחת לו בחצירו הגזולה (ובפשוטו בפרה רבוצה מיירי כשהיא משתמרת בתוך השדה), אלא דלזה לא סגי כדי לתת לו דין גזילה על הפרה, שהרי לא עשה בה שום מעשה להפקיע את הגזלן, וע"ז כתב רש"י דיש כאן מעשה גזילה במטלטלין אגב הקרקע. ונימא בזה כמו שדייק הגרנ"פ מלשון המשנה דנכסים שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש להם אחריות **בכסף בשטר ובחזקה.** והמכוון דאין בעולם קנין חדש ד"אגב קרקע", אלא החזקה שעושה בקרקע מתייחסת גם למטלטלין שגם הם נתפסים בחזקתו. ומה דבעלמא בעי' לזה דעת אחרת מקנה היינו משום דבלא זה אינם בשליטתו כלל. אבל הכא שהרי הם בחצר הגזולה לו הרי הוא עצמו יכול לקבוע את הצטרפותם עם הקרקע למעשה חזקה דידיה. ומה דבהפקר אי"ז כך, לכאורה אינה שאלה כלל, דממ"נ באינם צבורים בתוכה הרי לא מהני גם כאן דמאן יהיב ליה, ובצבורים בתוכה כהכא, אה"נ דגם בהפקר כה"ג זכה בתנאי שיש לו בהם גם קנין חצר, אבל א"כ אין בזה שום נפק"מ דהרי בלא"ה זכתה לו חצירו, ואילו באופן שאין החצר מועלת לזכות לו כגון שאינה משתמרת הרי לא התחיל כאן כלום גם מצד החצר, ונמצא שבהפקר ליכא שום נפק"מ בהך דינא, ורק כאן בגזילה דמלבד יד הזכייה דידיה בעי' מעשה הפקעת הבעלים - לזה מהני דין דאגב ארעא, דהחזקה שלו בקרקע - דהוא מעשה המונע מאחרים קרקע זו ומייחדה אליו, מעשה זה עצמו מתייחס גם לפרה שבתוכה וגם היא נמנעה מהבעלים ובכך הושלמה גזילתו בה[6].

יב. ולגוף ספיקת הגרע"א אין לנו שום ראיה לע"ע, דהא דגוזל באגב מתבאר היטב גם אם דינו בעלמא שווה לזוכה מהפקר, וכן מההיא דע"ז ליכא ראיה דגרע טפי מכל דעת אחרת מקנה או מזוכה מהפקר, אלא דינו ככל מי שלוקח (אפי' אם יש דעת אחרת מקנה אותו) ועדיין לא הצדיק את לקיחתו בדמים (מחוסר מעות במקח ומחוסר כל הצדקה בגזלן) אבל גוף קניינו איננו יודעים למי דמי וספיקא דמרנא בדוכתיה קאי. ונראה דיש לפשוט ספק זה מתלמוד ערוך בפרק השואל (צט:).

[6] אלא דכל הבנה זו בקנין אגב לענ"ד היא רעועה, ותמהתי ע"ז מהש"ס ב"ב עז: דדנו שם אם שטר נקנה במילי, והוכיחו מהא דאם החזיק בקרקע נקנה השטר בכ"מ שהוא, ודחו דאגב שאני, כמו דמטבע אין נקנית בחליפין ואגב ארעא מיקני, ומשמע דהוא קנין באנפי נפשיה דאגב ארעא ואלים מכל הקניינים ולכן מהני גם בדברים שמצד עצמן לא מועיל בהם הקנין, ואינו מתיישב לכאו' לדרך הגרנ"פ דאגב אינו קנין לעצמו אלא מעשה המאחד של הקרקע עם המטלטלין. ומיהו יש לדחות ולפרש נידון הסוגיא שם על אלימות ההטפלה דמהני גם להפוך דבר שאינו בר קנין לדבר הנקנה, וקצת דחוק הוא בעיני.

דהנה שם אמרו דמאן דגזל חביצא דתמרי מחבריה ובה חמשים תמרים, חדא חדא מזדבנא בחמישים (זוז לכ"א) וביחד מזדבנן במ"ט, ואמרינן התם דגזלן ומזיק משלמים רק מ"ט, ומקשינן דלימא ליה אנא חדא חדא מזבנינן להו, ומשנינן דדמי לדין דשמין בית סאה באותו שדה, והיינו דמקילין בשומא ולא מחמירים. אבל בגוזל מהקדש אמרינן התם דמשלם חמישים, ואמרינן התם דטעמא כדאמר שמואל בכיצד הרגל בדר בחצר חבירו שלא מדעתו דבהדיוט פטור בנהנה ולא חסר אבל בהקדש חייב "דהדיוט שלא מדעת כהקדש מדעת דמי" והכ"נ בהקדש חייב דחשיב מדעת. ופירש"י כהדיוט מדעת דמי, שהקדש מונח למעול לכל הבא ואין מוחה בידו, ורחמנא אמר מאן דמיתהני למעול, ורחמנא ידע. והנה סברא זו היא דבהקדש לעולם דמי כמי שקצץ איתו מעיקרא, כמו בדר בחצר חבירו ובא ואמר לו שצריך לשלם שכר, דבזה לית דין ולית דיין דחייב, בהקדש לעולם הכי הוא, דההקדש אינו מבטל את לקיחתו, אלא כעומד מהצד ומאשר אותה להיות לקיחה בדמים, וזהו שהוסיף רש"י שהקדש מונח למעול לכל הבא ואין מוחה בידו.

יג. ובשלמא לענין דר בחצר חבירו הרי"ז מבואר שפיר דכל הנידון הוא אם יש קציצה או לא, ובהקדש חשיב לעולם שנעשית כאן קציצה. אבל בחביצא הרי גם בקציצה גופה יש לדון, שהרי בנוטל את כל החביצא המחיר האמיתי הוא מ"ט ותו לא, ורק בנוטל א' א' מחירן נ', וא"כ הכא דנטל הכל מ"ט יתחייב יותר. אלא שהתשובה היא דאה"נ כשיש הסכמת מוכר ולוקח על לקיחת הכל באמת שומתן מ"ט, אבל בלוקח שלקח מעצמו בלא אישור המוכר רשאי המוכר לומר לו **עם לקיחתו** דעל כל חד וחד הרי הוא מתחייב כלוקחו לבדו, שאין הסכמה על לקיחת הכל כאחד, ואפשר למתוח את החיוב עד הקצה כיון שנעשה שלא ברשות. אלא דכ"ז בתנאי שבאמת הנגזל הוא צד בקביעת צורת העסק, דאז הוא יכול לקבוע את הלקיחה כלקיחת כל אחד בפנ"ע, אבל אם הגזלן לוקח לבדו בלא התערבות הנגזל כלל א"כ נהי שלא הוסכם ביניהם לעשות הכל לקיחה אחת, אבל בלא"ה כן היא המציאות שלקח חמישים בלקיחה אחת, ולכן אין שום סיבה לחייבו כמי שלקח כל אחד בפנ"ע. והנה מהא דבהקדש אמרינן דע"י שיש דעת הקדש הרי הוא כלוקח כל א' בפנ"ע בחמישים לקיחות דכך הוא רצון ההקדש להחמיר עליו לקיחתו, ואילו בהדיוט אינו כן מפני שהוא "שלא מדעת", וביאורו שהגזילה נעשית ע"י הגזלן לחוד ואי"צ כלל לשתף במעשהו לא את הנגזל ולא את התורה. והנה נפשטה בזה לכאו' בעיית רעק"א דאם היה הדין שאין לו לקיחה בלא דעת אחרת מקנה, א"כ אין שום סיבה לחלוק בין גוזל מהדיוט לגוזל את הקדש, דתרוייהו צריכים סיוע ודעת הנגזל כביכול, וחזינן דאינו כן, אלא בלוקח מגבוה איכא דעת, דהכי הם דיני מעילה כמושפ"י רש"י דמונח למעול לכל הרוצה, אבל גזלן הוא פועל בעצמו ומאחרים אין איש איתו.

יד. וצריכים ליתן הדעת לטענת רעק"א דקשיא ליה איך שייך שיקנה בלא דעת הבעלים, ומכח זה בא לכלל ענין התורה עשאתו, אם כזוכה מהפקר אם כזוכה מבעלים, ולהאמור לכאו' לא עשתה התורה כלום, אלא לקיחתו אהניא ליה ממילא. ועיקר מאי דקשיא ליה דא"א לזכות בממון אחרים בלא שירשוהו לכך. אבל לכאו' נראה מכאן דאי"ז נכון, אלא בממון אחרים

א"א **לזכות** זכיית ממון גמורה, אבל לעשות **לקיחת ממון** שפיר שייך. ויש גם ראיה פשוטה דשייך לעשות מעשה קנין גמור בממון חבירו שיועיל לו לגמרי לקנות אם תסתלק יד חבירו מהממון, והוא מדינא דאבא שאול קידושין כג. שהמחזיק בעבד של גר קודם שימות זוכה בעבד אחר מיתה אפי' בעבדים גדולים שיש להם יד לזכות בעצמן, והיינו משום דידו קודמת. והנה זה פשוט דלאחר מיתה א"א שתקדום ידו של הזוכה מבחוץ ליד העבד לזכות בעצמו, שהרי זכיית העבד היא ממילא והאחר צריך לעשות מעשה, אלא הטעם כמבואר שם דמחזיק בהם כבר מחיים, ולכן החזקתו מחיים קודמת לתפיסת העבד את עצמו לאחר מיתה. והיינו דשייך לעשות מעשה לקיחה בממון חבירו, אלא דכיון דאינו מוצדק נגד חבירו לכן נהפך לגזלן, דהיינו לוקח ממון חבירו שלא כדין, אבל לקיחתו מושלמת לענין אם מת תיכף להחזקתו, דבכה"ג לקיחתו קיימת נגד העבד לקדום לזכייתו בעצמו. ומעתה אין מניעה לדון כן גם בכל גזלן שיכולתו לקחת הממון לעצמו אינה תלויה כלל בהרשאת הבעלים, אלא לוקח הוא לעצמו בע"כ של בעלים, וקנין זה שהוא נגד הדין - הוא הנקרא "קנין גזילה".

טו. עוד ספק א' יש לי, לענין גוזל קרקע, אם צריך להחזיק בה לאורכה ולרחבה כדין המחזיק בשדה הפקר בב"ב נד. דאם החזיק במכוש אחד לא קנה אלא מקום מכושו, או דדינו כזוכה מבעלים וסגי ליה במכוש אחד, ומתחילה היה פשיטא לי דבודאי צריך להחזיק לאורכה ולרחבה דהרי מאן מקני ליה. אמנם עוררני הגראי"ש קהתי לדון באופן שהוציא הבעלים משדהו והחזיק בה במכוש אחד דמסברא י"ל דשפיר נעשה גזלן בכולה, אם השדה מסויימת במיצריה מיהת, דהרי יש כאן יד לקיחה המפקעת מרשות בעלים, ועוד צ"ת בזה. אמנם לענין דין חזקה דאכילת פירות דגם בה אית חילוק בין שדה הפקר דאינה נקנית באכילת פירות ואילו קרקע חבירו לדעת הרמב"ם נקנית בה, ולענין זה מסתברא דגזילה דמיא למקח, שהרי הטעם דבהפקר לא מהניא אכילת פירות לקנין הוא משום דבלא"ה יכול לאכול הפירות גם בלא זכייה בקרקע, ואילו בגזילה ליכא טעם זה, ולכן דינה כדין קונה מחבירו לענין אכילת פירות, אך לענין אורכה ורחבה עדיין צ"ע.