

## סימן נח

### גזל מגוי במלחמה\*

- |  |  |
|--|--|
| <p>ג. שימוש זמני</p> <p>ד. גדר איסורו של שואל שלא מדעת</p> <p>ה. מסקנה</p> | <p>ראשי פרקים</p> <p>א. קנין כיבוש</p> <p>ב. איסור גזל</p> |
|--|--|

\* \* \*

#### א. קנין כיבוש

מעיקר הדין שלל מלחמה מותר, שנאמר "ואכלת את שלל אויביך". אולם בימינו, צה"ל אוסר על לקיחת שלל. מקור להיתר לקיחת שלל מצינו בתורה לראשונה במלחמת מדין<sup>1</sup>. וכך נאמר במלחמת מדין (במדבר לא,יא): "ויקחו את כל השלל ואת כל המלקוח באדם ובבהמה, ויביאו אל משה... את השבי ואת המלקוח ואת השלל אל המחנה..."<sup>2</sup>.

כלומר רק חלק מהשלל הובא אל משה, בעוד שעל חלק אחר נאמר "אנשי הצבא בזזו איש לו" (פס' ג). בדברים (ב, לו) נאמר: "רק הבהמה בזזנו לנו ושלל הערים", ושם (ג, ז) "ושלל הערים בזזנו לנו" ושם (ו, יא) "ובתים מלאים כל טוב אשר לא מלאת" ושם (כ, יד) "ואכלת את שלל אויביך". ובכ"ז יהושע החרים את יריחו ואסר ליטול שלל,

במסגרת מבצע 'חומת מגן' נכנסו חיילים לבית בטול-כרם והשתלטו עליו. הם היו אמורים להשתכן בו כמה ימים, ומעוניינים להשתמש זמנית בכמה כלים של בעלי הבית (אחר הכשרתם) לשם חימום אוכל. לדברי מפקדם, הדבר מותר להם. עפ"י הבנתו את הוראות הצבא, האיסור ליטול שלל הוא רק להוציאו מהבית וליטלו עמהם; אך להשתמש בו שימוש זמני בתוך הבית, מותר לדעתו. החיילים מפקקים בפרשנות זו של ההוראות, ושאלתם: האמנם אין איסור שימוש בכלים אלו?

השאלות המתעוררות הן:

- א. האם שלל מלחמה מותר או אסור?
- ב. אם שלטונות הצבא אוסרים את הדבר, האם יש כאן איסור גזל?
- ג. האם שימוש זמני בלבד גם הוא בכלל גזל הגוי?

\* נדפס בתחומין כרך כג.

1. **הערת עורך** (י.א.): הרצי"ה קוק בספר 'משפט המלוכה בישראל' (על עמ' 195 שורה 2): העיר על 'מלחמת מדין' – "מלחמת מדין לא היתה מלחמת מצוה כפי הגדרת הרמב"ם בהלכות מלכים פרק ה' – כיבוש ועמלק ועזרה – אלא של ציווי זמני מיוחד לנקמה ועונש וזהירות". ולכן ספק אם ניתן ללמוד ממנה.
2. מהפסוק במגילה, "ובביזה לא שלחו את ידם", קשה להביא ראיה, כי יתכן שהיה לאותה מלחמה דין של המשך המלחמה בעמלק, שבה אסר שמואל על שואל לקחת שלל.

מוגבל למלחמה עצמה בלבד. ניצול המלחמה למטרות אחרות פוגע בקדושת השבת והמועד<sup>4</sup>.

אלא שצ"ע, מהו גדרו של איסור זה? האם האיסור הצבאי מפקיע את דין השלל לגמרי מהחפצא, ומשאיר אותו בבעלותו המוחלטת של הגוי; או שמא הצבא רק מטיל איסור **גברא** על החיילים לא ליטול שלל, בעוד שהבעלות הנוכרית עצמה הופקעה מעל **החפצא**? אמנם, גם אם נניח שסמכותו של הצבא היא רק להטיל איסור גברא, הרי אין סברה לומר שכל הרכוש הנמצא בידי הנכבשים יוצא מבעלותם ע"י הכיבוש; אלא נראה שרק כאשר הרכוש נלקח ע"י השוללים, אז הוא מופקע מבעלותו. אלא שזוהי שאלתנו: לאחר שהצבא הטיל איסור על חייליו לבזוז, והחייל הפר פקודה זו ובזז – האם הפר פקודה צבאית בלבד, עם כל חומרתה, בפרט בשעת מלחמה; או שמא עבר גם על איסור גזל?

יתכן שהדבר תלוי במחלוקת רש"י ותוס' בגדר שלל, בגיטין (לח ע"א). וזו לשון הגמ': קל וחומר: עובד כוכבים ישראל קונה, עובד כוכבים עובד כוכבים – לא כל שכן. ואימא: הני מילי בכספא, אבל בחזקה לא? אמר רב פפא: עמון ומואב טהרו בסיחון. רש"י פירש:

כנראה שרוח התורה אינה נוחה ממעשי ביזה.

המקור הרעיוני לאיסור הביזה נמצא בדברי הרמב"ם הל' מלכים (פ"ז הט"ו):

ומאחר שיכנס בקשרי המלחמה, ישען על מקוה ישראל ומושיעו בעת צרה, וידע שעל יחוד השם הוא עושה מלחמה. וישים נפשו בכפו, ולא יירא ולא יפחד. ולא יחשוב, לא באשתו ולא בבניו, אלא ימחה זכרונו מלב, ויפנה מכל דבר... וכל הנלחם בכל לבו בלא פחד, ותהיה כוונתו לקדש את השם בלבד, מובטח לו שלא ימצא נזק, ולא תגיעהו רעה, ויבנה לו בית נכון בישראל, ויזכה לו ולבניו עד עולם, ויזכה לחיי העולם הבא, שנאמר: "כי עשה יעשה ה' לאדוני בית נאמן, כי מלחמות ה' אדוני נלחם, ורעה לא תמצא בך וגו' והיתה נפש אדוני צרורה בצרור החיים את ה' אלקיך".

כלומר, על הלוחם להתמסר כולו אך ורק למשימה המוטלת עליו לשם יחוד ה'. כל פנייה זרה פוגמת בכוונתו הטהורה ועלולה להזיק לו ולמערכה כולה<sup>3</sup>.

וכשהמלחמה נערכת בשבת וחג, יש לאסור את הביזה גם מנימוקו של יהושע, שהחרים את שלל יריחו משום שנכבשה בשבת, כמבואר במדרשים. והטעם לכך – שאע"פ שמלחמה הותרה בשבת, היתרה

3. אם כי לעתיד לבוא כשעם ישראל והאנושות יתעלו למדרגה גבוהה יותר הגויים יהיו מעוניינים בהעלאת רכושם ע"י עם ישראל, ר' ישעיה ס. אולם בינתיים לא איכשר דרא.
4. במכוון לא השתמשתי במושג "טוהר הנשק", כי מושג זה מתעלם מדברי הרמב"ם הנ"ל, המדבר על יחוד ה' במלחמה. וכמו"כ הוא עלול לבוא במקום דרישת התורה "והיה מחניך קדוש", הכוללת הרבה יותר, ובין היתר גם ערות דבר וערות דיבור. ויש גם המשתמשים במונח הנ"ל להימנעות מהצלת חיי אדם, בשם מושגים מוסריים חיצוניים, המעוותים את המוסר והצדק.

שמחזיק בו שלא מדעת, וכגון שתפסו במלחמה – מניין ומייתי ליה מעמון ומואב, שטהרו בסיחון במלחמה.

לשיטת ר"ת והרשב"א י"ל, שפקודת הצבא לאסור שלל אינה מפקיעה את גזרת הכתוב שכיבוש קונה; לכל היותר היא מטילה איסור גברא על החיילים ליטול שלל. אך לשיטת רש"י, שהקנין הוא מדין יאוש, הדבר תלוי אם הגוי התיאש או לא. ממילא, אם הגוי יודע אף הוא שאסור לחיילים ליטול שלל, הוא אינו מתיאש. אך אם הוא לא יודע על כך, או שהוא יודע שלמרות הפקודה החיילים עלולים להשתמש בכליו – הוא מתיאש.

ועיין מה שכתבתי בספרי 'באהלה של תורה' ח"א סי' כ, שכל המחלוקת בין רש"י ותוס' בגדר קנין כיבוש היא רק כאשר הכובש הוא גוי. אך בישראל התורה חידשה קנין כיבוש לכולי עלמא. והוכחנו זאת מרש"י (בסנהדרין נט ע"א ד"ה לאו), שלא ניתנה ארץ לכבוש אלא לישראל. והבאנו משו"ת דבר-אברהם (ח"א סי' י ס"ק יז), שאף הוא כתב, שבישראל מודה רש"י שהכיבוש קונה מצד עצמו, ולא רק מדין יאוש. וא"כ בנידוננו לכולי עלמא י"ל שאיסור הביזה של הצבא אינו מפקיע את הבעלות של הכובש – ישראל, אלא רק מטיל איסור גברא על החיילים ליטול שלל<sup>5</sup>.

#### ב. איסור גזל

בספרי פרשת מטות פסקא ה, מובא לגבי מלחמת מדין: מגיד הכתוב שהיו בני אדם כשרים

בחזקה – כגון שבאי שהחזיק בו וקנאו בחזקת יאוש כשהפקירו רבו, כשנתייאש הימנו. חזקה שעבד כנעני נקנה בו, היינו חזקה של עבדות – הלבישו, הנעילו, הרחיצו לרבו, כדתני' בהאשה נקנית (קדושין כב, ב). נהי דישאל קני ליה לעובד כוכבים בחזקה, דאיתקיש עבדים לקרקעות, אבל עובד כוכבים לא קני קרקע בחזקה כישראל, אלא כל קניינו בכסף.

אולם התוספות שם (ד"ה אבל) חולקים עליו, כיון ש"אפילו ישראל מישראל לא קני עבד עברי אלא בכסף ושטר, כדאמר בפ"ק דקדושין (יד ע"ב) כל שכן עובד כוכבים; ועוד... כל קניינו של עובד כוכבים בכסף". ומשום כך פירש רבנו תם, וכן מביאים בעלי התוס' בשם ר"ח, שלא מדובר בסוגיה זו על קניינו של עבד, "אלא צריך לפרש, דהכא בחזקה של כבוש מלחמה איירי".

לדעת רש"י, קנין כיבוש מועיל מדין יאוש, ואילו דעת רבנו תם היא שקנין כיבוש מועיל מגזרת הכתוב, שאותה לומדים, כנראה מהסוגיה שם, מהכתוב "וישב ממנו שבי". על כך אומרת הסוגיה הנ"ל: אם גוי קונה ישראל במלחמה, ק"ו שישראל קונה גוי במלחמה. אותו דבר ניתן ללמוד גם מכך שעמון ומואב טהרו בסיחון. וכן כתב בחדושי הרשב"א שם:

ופי' כספא וחזקה – נראה דלאו כספא ממש וחזקה ממש, אלא כל קנין שהוא מדעת קרי 'כספא', כלומר: כסף, או דומה לו שהמקנה מקנה מדעת. אבל חזקה – כלומר: מה שזוכה בו בחזק יד,

5. לכאורה היה מקום לדון בנידון דידן מצד דינא דמלכותא. כלומר, מאחר שהוראות השלטון אוסרות

לשיטת התוס', שהשלל נקנה בעצם הכיבוש, גם אם אין כוונה לזכות בשלל, יש כאן קנין מצד עצם הכיבוש גם ללא כוונה. וא"כ, השלל הוא רכוש ישראל. מיהו, יתכן שכאשר אין כוונה לקנות את השלל, אין כאן קנין.

אך כאמור לעיל בישראל כו"ע מודים שהכיבוש הישראלי מפקיע בעלות. מיהו בדרך כלל מבצע צבאי הוא זמני ולא מתכוין להפקיע את הרכוש לגמרי.

בשו"ת הר-צבי יו"ד סי' קט כתב:

ולדידי, מה שהממשלה מצביעה עליהם שהם רכוש האויב – רשום, זה אינו משמש כלום להתיש כחו של כיבוש מלחמה, שהוא קנין גמור ע"פ התורה, ומעשה מוציא מידי דבור. ועובדא היא, שכל יחיד ויחיד שתפס מהכלים לתשמישו, נתכוין שיהא שלו לגמרי לחלוטין. וגם הממשלה בעצמה – מה שנטלה להשתמש בהם, מחשבתם נירת שדעתם להשתמש בהכלים עד שיכלו לגמרי. ושם זה שיש על הכלים, שהם רכוש האויב, אינו משנה את הדיו, שבאמת כבר נעשו רכוש יהודי, ויש לחייבם בטבילה.

הגרצ"פ זן במלחמת השחרור, שבפועל סופה היה בעלות גמורה של ישראל על רכוש האויב למרות ההצהרות הרשמיות שהרכוש נשאר בבעלות האויב. אך גם

וצדיקים, ולא נחשדו על הגזל. לא כענין שנאמר "וימעלו בני ישראל מעל בחרם"; אבל כאן – "ויקחו את כל השלל ויביאו אל משה".

מבואר אפוא ששלל שלא הותר חוזר לאיסורו הראשון, וכל הנוטלו עובר על איסור גזל. אך יתכן שאין כוונת הספרי לגזל ממש, אלא רק לאבק גזל, כי זו נטילת ממון ללא רשות. עכ"פ מכלל אבק לא יצאנו, ואף דבר זה אסור.

בספרי 'באהלה של תורה' (ח"א סי' כ) הבאנו כמה ראיות לכך שהשלל שייך לכל הציבור ולא לחייל הבודד (ברכוש שהציבור מעוניין בו. לדוגמא, בימינו צה"ל מעוניין בעיקר ברכוש צבאי, ובדרך כלל לא ברכוש אזרחי, אם כי תוך כדי לחימה כל מה שיכול לסייע ללחימה הצבא מעוניין בו). וממילא, כשהציבור מתנגד לנטילת השלל ע"י החיילים, יש שלל שנשאר ברשות הציבור. וא"כ, חייל הנוטל שלל זה ללא רשות גוזל את הציבור, דהיינו את עם ישראל. וא"כ, יש כאן גזל ישראל, ולא רק גזל גוי (ונפקא מינה למה שנדון להלן, אם שואל מגוי שלא מדעתו נחשב לגזלן; אבל אם הוא נחשב גזלן ישראל – אין נפקא מינה).

אלא שהדבר תלוי שוב במחלוקת רש"י ותוס' הנ"ל בגיטין. לרש"י, שהשלל נקנה ביאוש, גם כאן יש יאוש, ואין כאן גזל, אלא א"כ נאמר שהגויים יודעים שצבא ישראל לא מרשה נטילת שלל, ואינם מתיאשים. אך

ליטול שלל, הן גם מפקיעות את הזכות העקרונית שהתורה קבעה בהלכה זו, וממילא הרכוש נשאר בבעלותו המלאה של הגוי. אולם צ"ע אם כוחו של דינא דמלכותא הוא כה גורף. כוחו הוא בוודאי לאסור על הביזה, ואף למנוע את זכות הקנין של החייל הבז ביזה – אם מצד הפקר ב"ד, ואם מצדדים אחרים; אך לא נראה לומר שבסמכותו לעקור את עצם ההפקעה החפצית של התורה, ולהפוך את הבוז לגזלן מהתורה. עי' עליות דרבנו יונה ב"ב נד ע"א, המובא גם בשיטה-מקובצת שם.

הצבא נכנס ויוצא, ומשום כך יתכן שאין כאן גדר כיבוש כלל, והשלל אסור לכולי עלמא<sup>6</sup>.

ואם כן, יש כאן כמה ספקות לחומרא:  
 א. ספק אם יש כאן קנין כיבוש כלל.  
 ב. ואם תמצי לומר כרש"י, שקונה מדין יאוש, ספק אם היה יאוש.  
 ג. ואת"ל שיש כאן קנין כיבוש, צ"ע מיהו הקונה.

ד. ואפילו את"ל שעם ישראל הוא הקונה ספק אם הרכוש המדובר נכלל בכלל הקניין. ולכן, לפחות מספק, הממון נשאר בחזקתו של הגוי, ואסור לגזלו<sup>7</sup>.

### ג. שימוש זמני

אם נניח שיש כאן איסור גזל, האם גם שימוש זמני אסור משום גזל?

ההלכה היא ששואל שלא מדעת גזלן הוי. והדבר תלוי במה שכתבנו לעיל – אם החפצא של השלל עצמו מותר, והאיסור הוא רק איסור גברא, מסתבר ששימוש זמני שלו מותר. אולם אם השלל עצמו אסור, ויש כאן גזל, השאלה היא: האם גזל הגוי כולל גם שואל שלא מדעת? הרי מצינו הבדל בין ישראל לבין גוי לעניין הפקעת הלוואתו; אולי גם שימוש בלא רשות דומה להפקעת הלוואתו, שכן אינו גוזל חפץ ממשי מידי הגוי.

לדעתו י"ל, שאם הרכוש נשאר בבעלותם של הבעלים ולא ניטל מהם, אין בכך קנין שלל.

בדברות-משה (ב"מ סי' כה ענף א) כתב, שהרמב"ם סובר שהשלל שייך לנוטלו, ולא לציבור. הוא חילק בין מלחמה בארץ לבין מלחמה בחו"ל, שבמלחמה בחו"ל השלל שייך לציבור. ולכן אין להביא ראיה ממלחמת מדין, שהיתה בחו"ל, למלחמה בארץ. לדבריו, בארץ הותר גם ליחיד ליטול שלל. ועיין בספרי 'באהלה של תורה' (שם), שהוכחנו שהרא"ש חולק על הרמב"ם, וסובר שהשלל שייך לציבור. וא"כ חזרנו לשאלת הפתיחה: האם האיסור ליטול שלל הפקיע את הבעלות הנוכרית, או לא? הדבר תלוי אפוא גם בשאלה מי הבעלים על השלל – אם הציבור הוא הבעלים, והוא אוסר על היחיד ליטול שלל, נמצא שהיחיד הנוטל שלל גוזל את הציבור ואם נאמר שהיחיד הוא הבעלים על השלל – הרי כיון שאסור ליחיד ליטול, ממילא נשאר הרכוש בבעלות הגוי. מיהו גם לצד הראשון שהציבור הוא הבעלים, מכיון שהציבור לא מעוניין ליטול את כל הרכוש כשלל, אותו רכוש שהציבור לא מעוניין ליטול הוא נשאר בבעלותו של הגוי. ויש להוסיף עוד, שבמבצע "חומת מגן" הוצהר במפורש שאין מדובר בכיבוש, אלא במבצע מתגלגל, שבו

6. **הערת עורך תחומין – הרב אורי דסברג ז"ל:** אפשר שכל מלחמה שלא נועדה מראש על מנת לשלול שלל (דהיינו: שאיננה מטעם "צאו ופשטו בגדוד") מופקע ממנה בכלל דין קנין כיבוש, ולא בה נאמרו כל היתרי השלל.

**תגובת המחבר:** מסתבר שמלחמת מצוה לא נועדה כלל לשלול שלל, וכל מטרתה היא המצוה בלבד (כגון: עזרת ישראל מיד צר), ובכל זאת בעקרון השלל מותר. כל דיוננו מתמקד במקרה שבו יש פקודה מפורשת המונעת את היתר השלל.

7. באשר לחזקת ממון הגוי – עי' אנציקלופדיה תלמודית בערך חזקת-ממון פרק יא.

(עי"ש מה שתירצו). משמע שמוסכם על הכל, ששואל שלא מדעת עובר בלא תגזול. ועדיין צ"ע, אם יש לחלק בין גוי לישראל<sup>8</sup>.

בשו"ת חכם-צבי (סי' נו) כתב, שגזל הגוי אינו אסור מצד החפצא של מעשה הגזילה, אלא מצד הגברא, שהגזול משחית את מידותיו. וא"כ יש אולי מקום לומר, שבשואל שלא מדעת האיסור הוא מצד החפצא, שהבעלים מנועים מלהשתמש בו כל עוד הוא בידי הגזלן. ואילו הגברא אינו עובר עבירה, שהרי אינו מתכוון לגזול, אלא רק שואל אותו לזמן מוגבל. לפי"ז יהיה הבדל בין גזל גוי לבין גזל ישראל – הגזל גוי, כל איסורו רק מצד הגברא; ובשואל שלא מדעת הגברא אינו עובר עבירה גזל, אין כאן גזל כלל, לא מבחינת הגברא ולא מבחינת החפצא. משא"כ בגזל ישראל שהאיסור גם מצד החפצא סו"ס החפץ הוצא מרשותו של ישראל והשימוש בו נמנע לפחות לתקופה מסוימת.

אך ניתן לומר להפך: מבחינת החפצא אין כאן גזל, שהרי החפץ עומד לחזור לבעליו; והאיסור הוא רק מצד הגזלן, שנוטל חפץ של חברו ללא רשותו. ואם כן, אין הבדל בין ישראל לגוי. וצריך עיון, וספקא דאורייתא

מיהו לא דמי – הלוואתו באה אליו בהיתר, והוא רק מונע את החזרתה בשב ואל תעשה; אך שואל שלא מדעת עושה מעשה אסור בידיים.

ויש לחקור: האם שואל שלא מדעת עובר על איסור גזל ממש מהתורה; או שאיסורו הוא מעין גזל, ואינו גזל ממש. אם נאמר כצד השני, אולי בגוי לא נאסר שואל שלא מדעת. יש אולי להביא ראיה, שגם שואל שלא מדעת עובר באיסור לא תגזול, מסוגיית הגמ' בסוכה לא ע"א:

תנו רבנן: סוכה גזולה, והמסכך ברשות הרבים – רבי אליעזר פוסל, וחכמים מכשירין. אמר רב נחמן: מחלוקת בשתוקף את חבירו והוציאו מסוכתו. ורבי אליעזר לטעמיה, דאמר: אין אדם יוצא ידי חובתו בסוכתו של חבירו. אי קרקע נגזלת – סוכה גזולה היא; ואי נמי קרקע אינה נגזלת – סוכה שאולה היא. ורבנן לטעמייהו, דאמרי: אדם יוצא ידי חובתו בסוכתו של חבירו; וקרקע אינה נגזלת, וסוכה שאולה היא. הקשו על כך הריטב"א ובעל כפות-תמרים ועוד אחרונים: נהי דקרקע אינה נגזלת ושאולה היא בידו, אולם שואל שלא מדעת גזלן הוי, ואם כן זוהי מצוה הבאה בעבירה

8. הערת עורך (י. א.): מחי' חת"ס על סוכה (לא ע"ב ד"ה 'וכ' מג"א) משמע שדין שואל שלא מדעת בנכרי כישראל מדין גזל. וכ"מ משו"ת אדמת קודש (ח"א חו"מ סימן עז). אולם בשו"ת בצל החכמה (ח"ג סי' מח אות ו) כתב שאין בכך איסור גזל.

מחמת מלאכה, וכן לעניין חיובו כאשר בעליו עמו במלאכתו – שגזלן מן הסתם חייב במקרים אלו, אע"פ ששואל פטור. וזאת משום שהתורה קנסה כל גזלן, והעמידה את החפץ בבעלותו המלאה, כדי להטיל עליו אחריות, למרות שבעצם אינו שלו. וצ"ע אם גם שואל שלא מדעת חייב בנושאים שהדגמנו בגזלן; או שלא קנסוהו בגזלן, ויפטר כדין שואל. ולעניין החזרת השברים – גזלן אינו מחזירם, אלא משלם תמורתם; בעוד ששואל מחזירם, כי לא קנאם, כמבואר בב"ק יא ע"א. ודעת הראב"ד היא, ששואל שלא מדעת לא קנאם, כי השברים הם גופו של החפץ, ולא שימוש; והוא הרי לא התכוין לגזול את גוף החפץ אלא רק את שימוש, ולכן אין מקום לקונסו על השברים של גוף החפץ.

במסכת עבודה זרה (עה ע"ב) מובא: איבעיא להו: משכנתא, מאי? אמר רב בר רב אשי: אבא משכן ליה עובד כוכבים כסא דכספא, ואטבליה ואישתי ביה. ולא ידענא אי משום דקסבר משכנתא כזביני דמיא, אי משום דחזי לעובד כוכבים דדעתיה לשקועיה. והרי המשתמש במשכון הוא שואל שלא מדעת, וכיצד השתמש רב אשי במשכונו של הגוי שלא מדעתו?

לחומרא. ואין זה ספק ממונא, שכן ברור שהממון שייך לגוי, ואין כאן שאלה ממונית כלל ועיקר. אלא כל השאלה היא האם מותר לישראל ליטול שלל זה בתורת שאלה, וזהו ספקא דאיסורא, שיש להחמיר בו.

#### ד. גדר איסורו של שואל שלא מדעת מגוי

בשיטה-מקובצת (ב"ק צז ע"א ד"ה אי נחית לה) מובא בשם הראב"ד:

שואל שלא מדעת – אף על גב דמשוינן ליה כגזלן לענין מתה מחמת מלאכה ולכלל אונסין, אפילו הכי לא נפיק ליה מכלל שואל. ואפילו בפחתא דאית ביה שינוי שמין לו שברים כשואל, **דלא קנסינן ליה כולי האי.**

מהלשון "קנסינן" משמע לכאורה שזהו קנס מדרבנן. וא"כ, יתכן שבשואל שלא מדעתו של הגוי לא גזרו, וצ"ע.<sup>9</sup>

אך יתכן לומר בכוונת הראב"ד, שאמנם זהו קנס, אולם התורה היא שקנסה אותו. ולדעתו צריך לומר, שגם בגזל ממש יש כמה חיובים שהם מעין קנס. עיין נתיבות-המשפט (סי' קפב ס"א) שכתב שחיובי גזלן הם עונש, ולכן השליח חייב, למרות שהמשלח קונה<sup>10</sup>. הנפקא מינה תהיה לכמה נושאים, כגון לעניין חיובו של הגזלן במתה

9. אם נאמר כן, יש ליישב את קושית הריטב"א ובעל כפות-תמרים הנ"ל, מדוע הכשירו חכמים סוכה גזולה, הרי זוהי מצוה הבאה בעבירה, כי גם לרבנן אסור לגזול קרקע? עתה י"ל, שלרבנן קרקע אינה נגזלת לעולם, והגזלה אינו אלא משתמש בה שימוש זמני, דהיינו: שואל שלא מדעת. ואם אכן שואל שלא מדעת אינו עובר באיסור לא תגזול מהתורה, אין כאן מצוה הבאה בעבירה. אלא א"כ נאמר שגם בגזל דרבנן הוי מצוה הבאה בעבירה – עיין שדי-חמד כרך ד עמ' 334-5, שהביא דעות שונות בעניין זה.

10. מיהו, לעניין חיוב אונסין נלענ"ד שאינו משום קנס, אלא חיובו משום דלא גרע משואל מדעת, שחייב באונסין משום שכל ההנאה שלו (ועי' סנהדרין עב ע"א).

קושיה זו הקשה בשו"ת החתם-סופר יו"ד סי' קיד, וז"ל:

ומהרי"ל כתב: אסור לשמש במשכנתא של עכו"ם, דשואל שלא מדעת גזלן הוא, חוץ מליל פסח – עי' ט"ז יו"ד קכ"ד, ועי' מגן-אברהם תעב, ב, עי"ש. א"כ י"ל הא דרב אשי הי' משמש במשכנו של גוי, לא היה בליל פסח. ומספקא ל"י למר בר אשי, אי ס"ל לאביו גזל גוי אסור (עיין תוס' ב"ק קיג, שהסתפקו מה דעת רב אשי) ואסור לשמש; ועל כרחק מה שהי' משמש, הוא משום דחזי דעת' דגוי לשקועי. וס"ל בדיניהם אין אסמכתא, כנ"ל, וסמך שהתלמידים יבינו כך מדמשמש – והרי גזל! – וע"כ יבינו דעת' לשקועי. וממילא אין לנו להמציא דמשכנתא שאין דעתו לשקועי יהיה כזבינא, דמהיכי תיתי יהיה עדיף משאלה?

או דלמא, הי' ידוע להתלמידים דס"ל גזל עכו"ם מותר, ומשום הכי שתי בי', אע"ג דאין דעת' לשקועי, דמותר לגזלו. והא דהטביל – משום דמשכנתא עדיף משאלה, והוה כזביני. ולא איפשיטא ליה למר בר רב אשי. מיהו אנן קי"ל גזל גוי אסור, וכן פסק רמב"ם, כמו שהוכיח חכם-צבי סי' כו, עיין שם. ע"כ אמרינן: ודאי רב אשי לא היה שותה, לולי דדעת' לשקועי, ולטעמי' אזיל דאסמכתא קניא בדיניהם; ולדין לא בעי טבילה כלל.

מבואר אפוא בדבריו, שאסור לשאול מגוי שלא מדעת. ומשמע שהאיסור הוא לא תגזול מהתורה.

וכנראה נחלקו בדבר הרב מלאדי והאבני-נזר (או"ח סי' מד):

גם מה שהמציא היתר על פי דברי הרב מלאדי באורח חיים סי' תמ, דיכול למכור חפץ של גוי – שכיון שרוצה לשלם דמיו, אין איסור גזל, רק משום לא תחמוד דלית' בגוי... דברי הרב מלאדי הם רק במטלטלין, שבישראל נמי קונה אותו לענין אונסין, וברשות' קאי. ובגוי, דליכא איסור, קונה להיות שלו לגמרי... ודברי הרב צ"ע לדעת' דכיון שאינו משלם המעות תיכף, ודאי עובר בלא תגזול, דאפילו שואל שלא מדעת גזלן הוה<sup>11</sup>.

#### ה. מסקנה

נראה, שהדבר תלוי במה שפתחנו – מהו גדר השלל? האם הבעלות הופקעה, והאיסור הוא רק איסור גברא; או שהבעלות לא הופקעה, והאיסור הוא איסור חפצא? ונראה לומר:

א. אם הנוהג הוא להשתמש בכלים, כנראה שאין הדבר כלול באיסור הביזה שהטיל הצבא על חייליו.

ב. אף אם היתה פקודה מפורשת לאסור את השימוש בכלים, מכיון שמעיקר הדין השלל שייך לצבא, והאיסור הוא רק איסור גברא, והנוהג המקובל הוא

11. הערת עורך תחומין – הרב אורי דסברג ז"ל: אותו דיון יש לערוך על איסורי גזילה אחרים, שלכאורה הינם איסורי גברא ולא חפצא, כגון: הגזול על מנת למיקט.

שהחייילים משתמשים בכלים – אין כאן ג. אולם אם תהיה הוראה אחרת – איסור גזל. הרי זה ספק, וספיקא דאורייתא לחומרא.

### סימן נט

## עובר שמת כתוצאה מתאונת דרכים

### שאלה<sup>1</sup>

מי שהיה מעורב בתאונת דרכים ופגע באשה מעוברת, כתוצאה מהתאונה, העובר נולד בניתוח קיסרי והוצא חי, לא שרד. הנהג הורשע על נהיגה ברשלנות. השאלה היא האם ניתן להאשימו בגרימת מוות ברשלנות, כי בזמן התאונה העובר ניזק בצורה חמורה וכתוצאה ממנה נגרם מותו אחרי לידתו, או שמכיון שברגע הפגיעה העובר היה עדיין במעי אמו אין להאשימו בגרימת מוות.

### א. תשובת משרד המשפטים – אדם נידון על תוצאות מאוחרות של מעשיו

אדם חייב על רציחה גם אם הנרצח לא מת מיד, אלא כעבור זמן רב, אם אכן מותו נגרם כתוצאה ישירה מפגיעת הרוצח. אולם כאן המקרה שונה. במשך הזמן שעבר מהפגיעה עד המוות השתנה מעמדו של העובר והוא הפך לילוד שעליו חלים דיני רציחה, האם יש להאשים את הנהג בהריגת ילוד שעליו חלים דיני רציחה, או שמא דנים אותו כפי שהיה בשעת

התאונה, שהיה עדיין עובר במעי אמו ואין להאשימו ברציחה אלא בחבלה ובנהיגה ברשלנות בלבד. אילו היינו דנים אותו לפי דיני ישראל בזמן שעונש מוות נהג, ברור שגם אם היה מזיד לא היו מענישים את הנהג עונש מוות, כי לא היתה כוונת זדון ולא התראה. וגם אם היה שוגג, כפי שמסתבר בנ"ד, שזהו גדרה של נהיגה רשלנית, לא היה חייב גלות, כי העובר לא מת מיד. וגם אם היה מת מיד לא היה חייב על עובר. כל הדיון הוא על ענישה אחרת, מדין המלכות, הנוהג גם כאשר משפט התורה תקף. יש מקום להקיש מדין התורה על דין המלכות בשאלה העקרונית האם יש להחמיר בעונשו כאילו הרג ילוד או להקל כדין הורג עובר.

תשובת משרד המשפטים מתבססת על סברת הנמו"י בב"ק פ"ב שדנים את כל התהליך כאילו נעשה כולו בתחילתו. הנמו"י בב"ק פ"ב דן במצית אש ומת. הנזק נעשה לאחר מותו בכ"ז הוא חייב למרות שהשתנה דינו. וכן מותר להדליק נרות בע"ש למרות שהם ממשיכים לדלוק

1. נושא זה הופנה אלי בזמנו ע"י המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים. העליתי את התשובה על הכתב אך בגלל טרדוטי היא לא נשלחה לבסוף ליעודה. לאחרונה קראתי בעיתונות שניתן פס"ד בנושא בבהמ"ש. הדבר עוררני לעבור על תשובתי מחדש ולהתקינה לדפוס.