

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

מאת: יצחק בירך דסקל – דיין ומורה צדק וחבר בד"צ

בס"ד, גליון תלט, פרשת חוקת, תשפ"א

יעוץ לסכסוכי ממון, אישות, ועריכת חוזים וצוואות על פי ההלכה.

טל: 052-7611435 y.b.daskal@gmail.com

בית דין צדק "בינת המשפט"

אינם כשרות, שכידוע רוב התפילין שמוכרים לאנשים שאינם שומרי תורה ומצוות כשרותם בספק. זה צדדי הספק.

העולה מזה: צדדי הספק הן, האם מותר לגנוב כדי להחזיר דבר יפה יותר, ואת"ל שאסור, אפשר שכדי להפרישו מאיסורא מותר.

גניבה כדי לשלם כפל

והנה בדין גונב כדי לשלם כפל, גרסינן בבבא מציעא (סא, ב) "לא תגנובו דכתב רחמנא למה לי, לכדנתיא: לא תגנוב - על מנת למיקט, לא תגנוב על מנת לשלם תשלומי כפל". ע"כ. ופירש רש"י וז"ל "לא תגנובו דכתב רחמנא למה לי. לילף מרבית ואונאה, שהרי מחסרו ממון, לא תגנובו דעשרת הדברות לא קמיבעיא ליה, דאזהרה לגנוב נפשות הוא, כדאמרין בסנהדרין (פו, א): למיקט – לצער: על מנת לשלם תשלומי כפל - שרוצה לההנותו, ויודע בו שלא יקבל" עכ"ל. מבואר דאסור לגנוב ממון חבירו אפילו שבדעתו לשלם לו כפל וכוונתו לטובתו.

אבל צריך טעם בזה, הרי בודאי ניחא לכל אדם שיגנובו ממנו ממון ויחזירו לו כפל ואפילו ששונא מתנות יחיה, היינו בדרך מתנה, אבל מי שנגנוב ממנו והגנוב משלם כפל בדין אין זה מתנה. אבל הטעם בזה מצאנו ברמב"ם (גניבה א, ב) שכתב שטעם האיסור הוא, כדי שלא ירגיל עצמו לגנוב, וכן פסק המחבר בחושן משפט (שמח, א) וז"ל "ואסור לגנוב אפילו דרך שחוק, ואפילו על מנת להחזיר או כדי לשלם תשלומי כפל או כדי לצער, הכל אסור, כדי שלא ירגיל עצמו בכך" עכ"ל, הנה מבואר דאסור לגנוב אפילו רוצה לשלם כפל, מטעם שלא ירגיל אדם עצמו לגנוב.

העולה מזה: אסור לגנוב אפילו דרך שחוק, ואפילו על מנת להחזיר או כדי לשלם כפל, או כדי לצער, כדי שלא ירגיל עצמו בכך.

תמיה מדין גונב על מנת לשלם דבר יפה ממנו

אבל יש לדקדק דאיתא בבא קמא (ס, ב) במעשה דרוד המלך, ששאלו אם מותר ליטול שעורים של ישראל לתת לבהמות בהמלך במלחמה, ולתת לישראל תמורתם, גדישי עדשים של פלשתים שהם יפים מהם, ואמרו דאסור. וכתב על זה הרא"ש בפסקיו וז"ל (בבא קמא פרק ו סימן יב) "מהו לחלופי שעורים דישאל בעדשים דפלשתים כדי

לגנוב תפילין כדי להחזיר לגנוב תפילין מהודרות

ובו יבואר: א. האם מותר לגנוב, כדי לעשות טובה לגנוב ולשלם לו כפל. ומה הטעם. ב. האם מותר לזכות לגנוב חפץ טוב יותר, ולגנוב ממנו חפץ אחר. ג. שיטת הש"ך והב"ח לתרץ הסתירה, דאסור לגנוב כדי לשלם כפל, ומותר לגנוב ולתת חפץ טוב יותר. ד. להחזיר חפץ שאינו יפה יותר מחפץ הנגזל, האם מותר. ה. להפרישו מאיסורא אין חשש שימשך אחר הגזל. ו. אם מותר לגנוב תפילין שיש ספק בכשרותן, ולהחליף לגנוב תפילין מהודרות.

הנידון

"אני מדריך לבעלי תשובה, אחד מבעלי התשובה התחיל להניח תפילין שקיבל לבר המצוה, אמרתי לו שיש לבדוק את מקור כתיבת הפרשיות ועשיית הבתים, כיון שאביו לא שומר תורה ומצוות, ובודאי לא ידע לקנות במקום כשר וראוי. הוא לא קיבל את דברי. אם אביא לו כסף להחליף את התפילין הוא לא יקבל ממני. אני רוצה לגנוב לו את התפילין, ובודאי מיד ישאל אותי מה לעשות, ואציע לו שאקנה לו במתנה תפילין, ואז יקבל ממני. נפשי בשאלתי, האם מותר לעשות כן כדי להפרישו מאיסורא".

תשובה

מותר ליטול תפילין שיש ספק בכשרותן, ולהחזיר לגנוב תפילין מהודרות, ודוקא אם מזכה לו לפני כן על ידי אחר תפילין אחרות מהודרות. וכל זה הלכה. אבל למעשה נראה דיש לבדוק היטב אם אפשר לעשות זאת בדרך פשוטה יותר, לדבר עמו שיש לו תפילין מהודרות בשבילו. וכן להזהר, שיתכן שאם יגנובו לו את התפילין, לא יספר ויפסיק להניח.

ביאור התשובה

צדדי הספק

צדדי הספק הן, האם מותר לגנוב כדי להחזיר לגנוב חפץ טוב יותר ויפה יותר, ואם תמצי לומר שאסור, אולי אפשר בנידון דידן לעשות זאת כדי להפרישו מספק איסור, כי יש חשש גדול שהתפילין שמניח

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

כדאיאתא ריש פרק איזהו נשך (ב"מ סא ב), גם רבינו ריש סימן שמ"ח (ס"א) כתב סתם דאסור. דהתם היינו טעמא כדי שלא ירגיל עצמו בכך כדכתב הרמב"ם ריש הלכות גניבה (ה"ב). וכן כתב רבינו לעיל סימן שמ"ח, וטעם זה לא שייך אלא בגנבה שהיא בסתר, ושכיחי ליה טובא, מה שאין כן בגזילה בפרהסיא דלא שכיחא "עכ"ל הב"ח.

וכן תירץ הפרישה (ס"ק ג-ד) וז"ל "וכתב אדוני אבי הרא"ש ז"ל דוקא כו'. אבל אם התשלומין בעין מותר. ולא חיישינן לשמא ירגיל בכך, וכמו שכתב רבינו לעיל בסימן שמ"ח (ס"א), דשאני גבי גניבה שכל הגונב גונב במסתרים, ואיכא למיחש להאי טעמא, דמילתא דשכיח הוא, מה שאין כן גזלן שהוא גוזל בפרהסיא מרשות בעל הבית לפני כל, והוא מילתא דלא שכיח, דהרואים שבא לגזול מונעים אותו ממנו בחזקה, ולא שייך ביה שמא ירגיל" עכ"ל.

הנה מבואר דלפי שיטת הב"ח והפרישה, יש הבדל בין גזלה לגניבה, דגניבה אסור לעולם, אפילו שידוע שהוא זכות לנגנב, מטעם שמא ירגיל עצמו בכך, דהוא דבר השכיח למצוא גניבה בסתר, לכן הרחיקה אותנו התורה מכל סוג גניבה, אפילו שהוא לטובת הנגנב, כמו זה שגונב לשלם לו כפל, אבל גזילה מותרת אם גוזל כדי להחזיר לנגזל חפץ יקר יותר.

אבל הש"ך (שם, ס"ק ג) כתב וז"ל "ויש מי שאומר כו'. ואף על גב דאמרינן לעיל ריש סימן שמח דאסור לנגנב על מנת לשלם כפל, התם מיירי בשאינו מזכה לו על ידי אחר, דאם מזכה לו על ידי אחר לאו גנבה מיקרי, כיון שהאחר [פירוש: זה שמזכה על ידו] יודע מזה, כן נראה לי והב"ח תירץ בדוחק "עכ"ל, הנה מבואר דלפי הש"ך אין הבדל בין גניבה לגזלה, אלא ההבדל הוא, אם מזכה לנגנב מיד על ידי אחר. ונראה לעניות דעתי שיש לו לזכות לפני כן, כדי שלא יהיה אפילו שעה אחת גניבה. וכן מוכח מלשון הרא"ש לעיל שכתב "וכן משמע לישנא דקרא, חבול ישיב רשע גזילה ישלם, דמשלם אחר שכבר גזלו".

נמצינו למדים, דאם מזכה לנגנב על ידי אחר חפץ או מעות באופן שאין כל ספק שזכות הוא לנגנב, מותר לנגנב ממנו. אבל יש לזכות לו לפני כן, על תנאי שיטול את הדבר האחר ממנו בגזילה, זו שיטת הש"ך. אבל לפי הב"ח והפרישה, אפילו מזכה על ידי אחר לא מהני אלא בגזילה, דהרי הרא"ש והמחבר כתבו בפירוש שמזכה על ידי אחר, ואף על פי כן כתבו שאין להתיר אלא בגזלה ולא בגניבה.

העולה מזה: לשיטת הש"ך, אם מזכה לנגנב על ידי אחר, חפץ או מעות באופן שאין כל ספק שזכות הוא לנגנב, מותר לנגנב ממנו. אבל יש לזכות לו לפני כן, על תנאי שיטול את הדבר האחר ממנו

להאכיל לבהמתו. ושלחו ליה דאסור לגזול על מנת לשלם, שנאמר (יחזקאל לג, טו) חבול ישיב רשע גזילה ישלם. ויראה, דמיירי שעדיין לא היו מזומנין, אלא רצו ליקח גדישים של שעורים דישאל, ולכשיזדמן להם גדישים דעדשים דפלשתים, יחזירו להם, אבל אם היו גדישין דעדשים מזומנין, אפילו אין בעלי גדישין שעורים לפנינו, מותר לזכות להן גדישין של עדשים על ידי אחר, וליקח גדישין של שעורים, דזכות הוא לו, דעדשים עדיפי טפי, וכן משמע לישנא דקרא, חבול ישיב רשע גזילה ישלם, דמשלם אחר שכבר גזלו" עכ"ל הנה מבואר ברא"ש דמותר לנגנב מחבירו חפץ פשוט ולהשיב לו טוב יותר, אם הוא זכות לו דזכין לאדם שלא בפניו.

והטור הביאו להלכה (חושן משפט סימן שנט) וכן פסק המחבר להלכה וז"ל בחושן משפט (שנט, ב) "אסור לגזול, אפילו על מנת לשלם דבר יפה ממנו. ויש מי שאומר דהיינו אם (אין) התשלומין בעין, שאם הם בעין, כיון שהם יפים מהדבר שלוקח זכות הוא להם, ויזכה אותם לבעלים על ידי אחר" עכ"ל.

וכתב בפתחי חושן (חלק ה, גניבה ואונאה, פרק א, הערה יט) "ומדברי המחבר שהביא דיעה ראשונה בסתם, אף על פי שגם זה מדברי הטור, ואחרי כן כתב דעת הרא"ש בשם יש מי שאומר, לכאורה נראה דלא סבירא ליה כדעת הרא"ש, ובביאור הגר"א נראה שנקט להלכה כדעת הרא"ש וכפירוש הש"ך (א.ה מובא להלן) "עכ"ל.

ולעניות דעתי נראה פשוט, שאף על פי שהמחבר כתב בלשון יש מי שאומר, מכל מקום כידוע שכך דרכו של המחבר, שהלכה שנאמרה מפי אחד הראשונים אומרה בלשון יש מי שאומר, דבבית יוסף לא דוחה את דברי הטור, ובודאי פוסק כך להלכה. ובפרט שכך פוסק הגר"א והש"ך.

מכל מקום נמצינו למדים שמותר לנגנב כדי להחזיר חפץ יפה ממנו. אם כן קשה, מדוע לא אמרינן דיש לאסור, כמו גונב על מנת לשלם כפל, וכמה תירוצים נאמרו בישוב סתירה זו

העולה מזה: הרא"ש פוסק דמותר לנגנב, אם יש לו בעין חפץ יפה ממנו, ומזכה לנגנב את החפץ היפה יותר, וכן פסק המחבר והגר"א. ויש לתמוה, הא אסור לנגנב אפילו לשלם כפל, שלא יגריל עצמו לנגנב.

שיטת הב"ח הפרישה הסמ"ע והש"ך

ובישוב קושיא זו, תירץ הב"ח וז"ל "ואין להקשות דבגנבה אסור על מנת לשלם אפילו זכות הוא לו, כגון על מנת לשלם תשלומי כפל

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

דעתי, דאס הוא צורך גדול יש להקל ליקח בלא דעת חבירו, דמסתמא ניחא לבעלים בזה דליעבד מצוה בממוניה, ואז אפילו אינו נותן פירות יפים מזה אלא אפילו בדכוותיהו שרי, כן נראה לעניות דעתי הלכה למעשה" עכ"ל.

נמצינו למדים, דאם יש לנו ספק קל שלא ניחא לבעלים בחילוף חפציהם, הכל מודים שאסור לגזול על מנת להחזיר לבעלים חפץ יפה ממנו, אפילו מזכה לפני כן. ואם אין לנו ספק כלל, ולדעתנו ברור שניחא לבעלים, לפי הרא"ש וסיעתו מותר לזכות לפני כן ולאחר מכן לגזול, אבל המהרש"ל והטורי זהב סוברים שלעולם יש לחוש דאולי לא ניחא לבעלים. ולמעשה הטורי זהב מיקל באופן שיש צורך גדול, דמסתמא ניחא לבעלים למיעבד מצוה בממוניה.

העולה מזה: אם יש ספק קל שלא ניחא לבעלים בחילוף חפציהם, הכל מודים שאסור לגזול על מנת להחזיר לבעלים חפץ יפה ממנו, אפילו מזכה לפני כן. ואם אין לנו ספק כלל, וברור שניחא לבעלים, לפי הרא"ש וסיעתו מותר לזכות לפני כן ולאחר כמן לגזול, אבל המהרש"ל והטורי זהב סוברים שלעולם יש לחוש דאולי לא ניחא לבעלים. ולמעשה הטורי זהב מיקל באופן שיש צורך גדול, דמסתמא ניחא לבעלים למיעבד מצוה בממוניה.

האם יש לסמוך על שיטת הרא"ש להלכה

והנה הלכה למעשה בודאי יש לסמוך על שיטת הרא"ש, דכן פסק המחבר, וכן פסק הסמ"ע והש"ך בלא פקפוק, באופן שברור לנו שניחא לבעלים. וגם אם יש חשש לחשוש לשיטת המהרש"ל, הרי שבאופן שיש דוחק גדול בודאי כדאי הוא הטורי זהב - שאף על פי שסובר כמהרש"ל - הכריע להקל באופן שהוא שעת הדחק.

העולה מזה: למעשה, יש לסמוך על שיטת הרא"ש, ומותר לזכות חפץ יפה שברור לנו שהוא זכות לנגזל, וליטול חפץ אחר תחתיו, בפרט בשעת הדחק.

רוצה לגנוב תפילין לחברו ולזכות לו תפילין מהודרות

ועכשיו נבוא לבאר נידון דידן, דרוצה לגנוב לחבירו תפילין שיש ספק גדול בכשרותן, ולתת לו תמורתם תפילין טובים יותר, והנה כבר נתבאר דיש לסמוך על שיטת הרא"ש בשעת הדחק, קל וחומר באופן שמפריש אדם מאיסורא, נראה שאפילו המהרש"ל מודה בזה דיש לסמוך על שיטת הרא"ש.

אבל יש לעיין האם אין לחשוש לזה שירגיל עצמו לגנוב, דכבר נתבאר דלפי הש"ך אין הבדל בין גניבה לגזילה, דבכל אופן אם מזכה את הדבר בעין מותר, ואם לא מזכה אסור. אבל לפי שיטת הב"ח

בגניבה או בגזילה. אבל לפי הב"ח והפרישה, אפילו מזכה על ידי אחר לא מהני אלא בגזילה.

האם יש לסמוך על שיטת הרא"ש להלכה

הנה נתבאר דלשיטת הרא"ש, מותר לגזול על מנת להחזיר חפץ יפה ממנו, וכל זה רק בתנאי שהחפץ האחר הוא בעין, אבל אם אינו בעין אסור, דאסור לגזול ולהשיב, ועוד שיש לחשוש שלא יהיה לו להחזיר. וצריך לזכות על ידי אחר. וכן צריך להיות דוקא כלים שעומדים להמכר, אז תולין דניחא ליה, אבל כלי בית בודאי אסור. וביארנו, דנראה שהמחבר סובר כן להלכה אפילו שהביאו בשם יש מי שאומר, אבל המהרש"ל בבבא קמא (ו, כז) האריך לתמוה על שיטת הרא"ש, דמהיכי תיתי להתיר ליטול בלא רשות חפצים של חבירו, ולתת אחרים, מי אמר דניחא ליה.

וז"ל הים של שלמה "ולא נהירא לי כלל, וכי שרי להסתחר בממון חבירו שלא מדעתו. דדילמא חביב עליו יותר שעורים, או צריכים לו נמי לבהמתו, ודילמא לא יהא מצוי לו לקנות שעורים, או דילמא לא ניחא ליה למכור את שלו, הלא מסקינן בסוף פירקן (בבא קמא סב, א), דחמסן הוא אפילו יהיב דמי, ומסתמא אין חילוק בין שילם לו דמיו או יותר מדמיו, ולא אמרינן זכין לאדם כו' אלא במידי דאית ליה זכייה, ולא יש בה שום צד חסרון. אבל כהאי גוונא לא נקרא זכות, אלא דינו כחמסן, ומה שהביא ראייה מקרא, דאיירי דמשלם אחר שכבר גזלו, מה בכך, סוף סוף חמסן הוא, ולא שמעינן מהאי קרא, אלא דגזולן דקרא לא דוקא איירי במי שגזל ואינו משלם, אלא אפילו משלם נקרא גזולן, ואם כן הוא הדין כל שלא מדעת בעלים, (ועל כן) תדע דקרא לאו דוקא הוא, דאי דוקא, מנא ליה דאפילו גזול על מנת לשלם, דילמא דוקא נמי שמשלם אחר שכבר גזלו ממש, אבל אם מתחילה היה דעתו לשלם לא נקרא גזולן, אלא קרא לאו דווקא, כדפירשתי" עכ"ל המהרש"ל.

והש"ך (שם, ס"ק ד) מיישב תמיהת המהרש"ל, וז"ל "ויזכה אותם לבעלים כו'. ודוקא שידוע שזכות הוא לו, כגון בדבר העומד לימכר, אבל בחפצי ביתו לא, כן כתב הטור, ומשמע מדבריו דהרא"ש מייירי בכהאי גוונא, ובהכי ניחא דלא קשיא, כל מה שהקשה מהרש"ל פרק הכונס סימן כז על הרא"ש, ובהכי ניחא נמי דהתוספות פרק הכונס ריש דף סא לא פליגי לענין דינא אהרא"ש ע"ש ודו"ק, ונראה דמה שכתב הטור בדבר העומד לימכר, רצונו לומר, שידוע בבירור שהבעל לא יחזיקנו בעצמו רק ימכרנו ודו"ק" עכ"ל הש"ך.

וגם הטורי זהב תמה על שיטת הרא"ש, ומסיים וז"ל "ונראה לעניות דעתי שיפה פסק רש"ל שלא לסמוך על הרא"ש בזה, רק שלפי עניות

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

ממש, ואין קפידא לבעה"ב בזה או בזה, א"כ נהי דאין כאן צד זכות, מ"מ גם צד חוב אין כאן, וזה נהנה וזה לא חסר, הוא ושפיר דמי כל כמה שאין הבעלים מוחים להדיא" עכ"ל הבית אפרים.

ולכאורה קשה, אפילו באותו הדבר, יש חובה, דהרי גוזלו, וטעמו של הבית אפרים נראה, דכיון שהוא מחליף לו באותו הדבר, אין זה גניבה. ולפי זה נראה, בנידון דידן תפילין, אין זה חפץ תשמיש, והוא ממש אותו הדבר, אם מחליף לו לתפילין אחרות, ובזה גם הב"ח מודה, דדוקא אם "גונב", דהיינו שנוטל חפץ אחד ומחזיר חפץ אחר, בזה אמרינן דיש לחוש שיתרגל לגנוב, אבל אם מחזיר אותו הדבר, אין זה שם גניבה לחשוש שיתרגל לגנוב.

העולה מזה: הבית אפרים מבאר, דלא התיר הרא"ש אלא אם מחזירו חפץ יפה ממנו, אבל שוה לו – אסור. כיון דאם מחזירו שוה, חוב הוא לו, ודוקא אם מחזירו יפה ממנו, אז הזכות יתר על החוב. וכל זה כשמחזיר דבר אחר, אבל מחזיר אותו דבר, אפילו אינו יפה ממנו מותר, דאין זה גניבה.

לאפרושי מאיסורא מותר

ועוד טעם נראה, דהב"ח מודה בזה, דכיון שהמטרה הוא להפרישו מאיסורא, בזה לא גזרו שמא יבוא להרגיל עצמו לגניבה. דאף על פי שאפילו אם משלם כפל, דגונב לטובת הנגנב, חוששין שמא ירגיל את עצמו לגנוב, הני מילי כשרוצה להרויח לו ממון, בזה אמרינן שאין להרויח לנגנב ממון ולהרגיל נפשו במדה מגונה של גניבה, אבל כאשר עושה מצוה, שומר מצוה לא ידע דבר רע, ולא ימשך מהדבר מצוה לדבר רע. וסימן לדבר בכך סורה ומורה (סנהדרין ע, א) שאכל בחבורה של מצוה, לא חוששין שימשך מחמת המצוה לדבר רע, כמו כן הכא, הגונב כשבדעתו הוא להפרישו מאיסורא, לא ימשך מזה להרגיל עצמו לגניבה, לכן גם הב"ח יודה בזה.

העולה מזה: הב"ח מודה כשהמטרה הוא להפרישו מאיסורא, דבזה לא גזרו שמא יבוא להרגיל עצמו לגניבה. שכאשר עושה מצוה, שומר מצוה לא ידע דבר רע, ולא ימשך מהדבר מצוה לדבר רע.

פסק דין

הנה נתבאר שמותר ליטול תפילין שיש ספק בכשרותן, ולהחזיר לנגנב תפילין מהודרות, וכבר נתבאר דזה דוקא אם מזכה לו לפני כן על ידי אחר תפילין אחרות מהודרות. וכל זה הלכה. אבל למעשה נראה דיש לבדוק היטב אם לא אפשר לעשות זאת בדרך פשוטה יותר, לדבר עמו שיש לו תפילין מהודרות בשבילו. וכן לבדוק היטב, כי יתכן שאם יגנבו לו התפילין, לא יספר ויפסיק להניח.

והפרישה אסור, ולמעשה נראה דבודאי יש לסמוך על שיטת הש"ך מכמה טעמים: א' דהנה הפרישה בפירוש הסמ"ע לא הביא חילוק זה, לא בסימן שמח ולא בסימן שנט, מוכח דחוזר בו. ולהפך, שכתב סמ"ע בסימן שנט ס"ק ח וז"ל "ויזכה אותם להבעלים על ידי אחר. פירוש, אם אין הבעלים כאן, אמרינן מסתמא ניחא ליה, וזכין לאדם שלא בפניו, אבל כשאינו בעין, אף שקיבל אנפשו ליתן לו דבר הטוב ממנו, מסתמא לא ניחא לבעלים לירד עמו בדינא ודיינא, ולפעמים לא יהיה לו במה לשלם. ואם היו הבעלים כאן ואומרים ניחא לנו בשלנו ולא בדבר אחר אף הטוב ממנו, נראה פשוט דלכו"ע אסור" עכ"ל הסמ"ע, מוכח דחוזר בו וסובר כהש"ך דעיקר החילוק הוא אם מזכה על ידי אחר או לא.

אם כן נשאר לנו שיטת הב"ח כנגד הש"ך והסמ"ע, והלכה כשיטת הש"ך והסמ"ע, דאם מזכה על ידי אחר מותר, ונראה טעמו, דכיון שלפני שגונב כבר מזכה לו חפץ טוב הימנו, אין זה גניבה כלל, ולא שייך לחשוש שיהיה רגיל לגנוב, דכיון שבשעת הגניבה כבר זיכה לו חפץ טוב ממנו אין זה גניבה כלל.

העולה מזה: למעשה יש לסמוך על שיטת הש"ך, ולהתיר לזכות לנגנב חפץ טוב יותר ולגנוב לאחר מכן חפץ שלו, דכך פוסק גם הסמ"ע והם עמודי ההוראה. ורק הב"ח מחמיר בזה.

אם מחזיר אותו דבר מותר אפילו בדבר השוה

ולאחר העיון נראה, דאפילו הב"ח מודה בנידון דידן משני טעמים. דהנה הבית אפרים (שו"ת, חלק חושן משפט, סימן מט) [והביאו בפתחי תשובה שם, ס"ק ג] מחדש, דמה שכתב הרא"ש דאין לגנוב אלא אם מחזיר לנגנב דבר יפה ממנו, אין זה אלא כשמחזיר דבר אחר, אבל אם מחזיר אותו הדבר, אפילו הוא שוה מותר לגנוב.

וז"ל "ומה שכתב הרא"ש בב"ק דף סמ"ך גבי גדישין של ישראל כו' שאם יש לו עדשין מזומנים, יכול לעשות ולזכות העדשים על ידי אחר, דעדשים עדיפי טפי, וכן כתב בטור ושולחן ערוך סימן שנט, דדוקא כשרוצה לשלם לו בדבר יפה ממנו דזכות הוא לו עיין שם, נראה דשאני התם שהתשלומין הם ממין אחר, ומהאי טעמא חילק בים של שלמה שם וכתב ולי נראה, וכי שרי להסתחר בממון של חבירו שלא מדעתו, ודילמא חביב עליו שעורין כו' או דילמא לא ניחא ליה למכור את שלו כו' ולא אמרינן זכין אלא במידי דזכיה ואין שום צד חסרון כו' ע"ש. והרא"ש ודעימיה ס"ל דאפילו בכה"ג שרי כיון שהתשלומין הם יפין, סתמא זכות הוא לו ואין לחוש לצד חובה, כיון שהזכות יתר על החוב, אבל אם [אין] התשלומין יפים מזה, נמצא יש כאן צד חוב בלא זכות ואסור. אבל אם נותן לו תמורתו דבר כזה

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

דינים העולים:

ולמעשה הטורי זהב מיקל באופן שיש צורך גדול, דמסתמא ניחא לבעלים למיעבד מצוה בממוניה.

ה. למעשה, יש לסמוך על שיטת הרא"ש, ומותר לזכות חפץ יפה שברור לנו שהוא זכות לנגזל, וליטול חפץ אחר תחתיו, בפרט בשעת הדחק.

ו. למעשה יש לסמוך על שיטת הש"ך, ולהתיר לזכות לנגב חפץ טוב יותר ולגנוב לאחר מכן חפץ שלו, דכך פוסק גם הסמ"ע והם עמודי ההוראה. ורק הב"ח מחמיר בזה.

ז. הבית אפרים מבאר, דלא התיר הרא"ש אלא אם מחזירו חפץ יפה ממנו, אבל שוה לו – אסור. כיון דאם מחזירו שוה, חוב הוא לו, ודוקא אם מחזירו יפה ממנו, אז הזכות יתר על החוב. וכל זה כשמחזיר דבר אחר, אבל מחזיר אותו דבר, אפילו אינו יפה ממנו מותר, דאין זה גניבה.

ח. הב"ח מודה כשהמטרה הוא להפרישו מאיסורא, דבזה לא גזרו שמא יבוא להרגיל עצמו לגניבה. שכאשר עושה מצוה, שומר מצוה לא ידע דבר רע, ולא ימשך מהדבר מצוה לדבר רע.

א. אסור לגנוב אפילו דרך שחוק, ואפילו על מנת להחזיר או כדי לשלם כפל, או כדי לצערו, כדי שלא ירגיל עצמו בכך.

ב. הרא"ש פוסק דמותר לגנוב, אם יש לו בעין חפץ יפה ממנו, ומזכה לנגב את החפץ היפה יותר, וכן פסק המחבר והגר"א. ויש לתמוה, הא אסור לגנוב אפילו לשלם כפל, שלא יגריל עצמו לגנוב.

ג. לשיטת הש"ך, אם מזכה לנגב על ידי אחר, חפץ או מעות באופן שאין כל ספק שזכות הוא לנגב, מותר לגנוב ממנו. אבל יש לזכות לו לפני כן, על תנאי שיטול את הדבר האחר ממנו בגניבה או בגזילה. אבל לפי הב"ח והפרישה, אפילו מזכה על ידי אחר לא מהני אלא בגזילה.

ד. אם יש ספק קל שלא ניחא לבעלים בחילוף חפציהם, הכל מודים שאסור לגזול על מנת להחזיר לבעלים חפץ יפה ממנו, אפילו מזכה לפני כן. ואם אין לנו ספק כלל, וברור שניחא לבעלים, לפי הרא"ש וסיעתו מותר לזכות לפני כן ולאחר כמן לגזול, אבל המהרש"ל והטורי זהב סוברים שלעולם יש לחוש דאולי לא ניחא לבעלים.

