

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

בס"ד, גליון תקמב, פרשת שלח, תשפ"ג

מאת: יצחק בירך דסקל – דיין ומורה צדק

טל: 052-7611435 y.b.daskal@gmail.com

סיכום כל קניני גזלה

מדורת ל"ג בעומר בעצי גזל

ובו יבואר בדיני גזילה: א. האם יאוש לחוד קונה, מהתורה או מדרבנן. ב. האם יאוש ושינוי רשות קונה, ומה הוא שינוי רשות. ג. האם שינוי השם – שחוזר לברייתו או אינו חוזר לברייתו – קונה. ד. האם שינוי מעשה – שחוזר לברייתו או אינו חוזר לברייתו – קונה. ה. מדוע יש אומרים שצריך שינוי השם עם שינוי מעשה. ו. איך תלוי דין היזק שאינו ניכר אי שמיא היזק – עם גדר שינוי מעשה. ז. מה הוא גדר קניין גזלה, כדעת אחרת מקנה או כזוכה מן ההפקר. ח. קטן שגזל, האם קונה בשינוי, ונפק"מ אם הגדיל. ט. קטנים או בחורים שגזלו עצים מאתרי בניה למדורת ל"ג בעומר, האם מותר להדליק את המדורה.

הנידון

"כיבדו אותי להדליק את ההדלקה בליל ל"ג בעומר בשכונתנו. אני יודע שמעט מן העצים, הילדים גנבו מאתרי בניה. האם מותר להדליק את המדורה – מחשש גזל".

תשובה

אסור להדליק את המדורה, כיון שלא נעשה קניין בעצים שמתחייבים רק בדמים, וכיון שחייבים בהשבת העצים עצמם, הם בבעלות הבעלים, ואסור לשרוף עצים של אחר.

ביאור התשובה

הקדמה

כדי לבאר ענין זה, יש לבאר את כל סוגי הקנינים שגנב קונה. דידוע, שאם הגזלן לא קנה, חייב הגזלן להשיב את הגזלה עצמה, ואין יכול לשלם רק דמיה, ואסור להדליק עצים הללו. אבל אם הגזלן קנאה, והתחייב רק בדמיה, יכול להדליק, ואין חייב להחזיר את הגזלה עצמה. כמו כן נברר כל הדינים, בין אם יש יאוש או אין יאוש. והנה מצאנו בקניין גניבה ארבעה סוגים של ענינים שמקנין לגנב את הגניבה, ולכל אחד מהם יש כמה וכמה פרטים. לא נקיף אותם בעומק אלא רק באופן כללי, כדי לבאר נידון דידן. ואלו הן: א. יאוש.

ב. שינוי רשות. ג. שינוי השם. ד. שינוי מעשה. ושינוי השם ושינוי מעשה נחלקים לשני חלקים, האחד חוזר לברייתו, והאחד אינו חוזר לברייתו. עוד יש לברר, האם תולין בסתם שהתיאשו הבעלים או לא התיאשו. וכן יש לברר האם קטן שגנב, קונה בקניני גניבה.

יאוש לחוד

בתחלה יש לברר האם יאוש לחוד קונה. והנה נחלקו בזה בגמ' (בבא קמא סח, א) רבי יוחנן ורב נחמן סוברים שיאוש לחוד לא קונה, ורבא מספקא ליה, ופסק הרי"ף כרבי יוחנן ורב נחמן, וכן פסק הרמב"ם (גזילה ב, א), וכן פסק המחבר וז"ל, (חושן משפט שנג, ב) "נתיאשו הבעלים מהגניבה, אינו קונה, וצריך להחזירה" ע"כ. וכן להלן בחושן משפט (שסא, א) וז"ל, "יאוש לחוד לא קנה". ע"כ.

וכתב הסמ"ע (סימן שנג ס"ק ג), וז"ל "אינו קונה וצריך להחזירה. בטור [סעיף ג'] מסיק וכתב בזה ז"ל, ונראה לא"א הרא"ש ז"ל [ב"ק פ"ז ס"י ב'] כיון דרבא מספקא ליה אי קני דאורייתא או דרבנן [ב"ק ס"ו ע"א], נהי דלא קי"ל כוותיה בהא דמספקא ליה אי קני דאורייתא, אלא כעולא [שם ס"ז ע"א] ורבי יוחנן [שם ס"ח ע"ב] דסברי לא קנה, מ"מ אם קידש בו אשה צריכה גט מספק, דשמא קונה מדרבנן, עכ"ל. ומן התימה שלא כתב מור"ם דעתו לפחות לדעת יש אומרים. וצ"ל דסמך אמ"ש באה"ע בדין קידש אשה [בריש סימן כ"ח ע"ש] עכ"ל, וכן כתב הסמ"ע בסימן שסא ס"ק א.

וז"ל הרמ"א באבן העזר (כת, א) "קדשה בגזל אחר יאוש לבד, מקודשת מדרבנן (רבינו ירוחם) עכ"ל. ומקורו מרבינו ירוחם, וז"ל רבינו ירוחם (תולדות אדם וחווה נתיב כב חלק א דף קפב טור ג), "ועוד מוכח בגמ' קמא, דאם קדש בגזלה אחר יאוש לחוד, דמקודשת מדרבנן, דמדאורייתא אפילו יאוש לחוד לא קני" עכ"ל.

הנה מבואר דיאוש לחוד, לפי הרי"ף והרמב"ם וכן פסק המחבר, אינו קונה כלל. אבל הרא"ש והטור חוששין שמא קונה מדרבנן, לפיכך פסקו לחומרא, שהמקדש אשה בגזל רק לאחר יאוש, צריכה גט מדרבנן, וכן פסק רבינו ירוחם והביאו הרמ"א באבן העזר להלכה, וכל זה לחומרא ולא לקולא, לפיכך למעשה בודאי, לאחר יאוש בלבד צריך להחזיר את הגזלה.

העולה מזה: יאוש לחוד, לפי הרי"ף והרמב"ם וכן פסק המחבר, אינו קונה כלל. אבל הרא"ש והטור חוששין שמא קונה מדרבנן,

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

אפילו שאין יאוש, אבל אם זה שינוי שיכול לחזור לברייתו, אין שינוי השם קונה לבד. ואם יש יאוש עם שינוי השם שחוזר לברייתו, נחלקו בזה הראשונים.

שינוי מעשה

גם שינוי בצורת הגזילה עושה קנין, דהיינו שאין הגזילה כמו שהיתה לפני כן, והוא מבואר בחושן משפט (שס, ה – ו) וז"ל המחבר "נשתנית הגזילה, אף על פי שלא נתיאשו הבעלים, אין צריך להחזיר אלא דמיה כמו שהיתה שוה בשעת הגזילה, והוא שלא יהא שינוי החוזר לברייתו. כיצד, הגזול עצים ודבקם במסמרים ועשה מהם תיבה, אינו שינוי, שהרי אפשר לפורקן וחוזרים לוחות כשהיו. גזל עפר ועשאו לבינה, לא קנה, שאם ידוק הלבנה תחזור עפר כשהיתה. גזל לשון של מתכת ועשאו מטבע, לא קנה, שאם יתיך המטבע יחזור לשון כשהיה; וכן כל כיוצא בזה: אבל הגזול עצים ושיפן וקצצן או חקק בהם ועשה כלים, או שגזל צמר וצבעו או נפצו או לבנו או עשאו לברדים, או שגזל לבינה ועשאה עפר, או אבנים וסתתן, או מעות והתיכן, הרי זה שינוי בידו, שאם יעשה מעות אחרות פנים חדשות הן, וכן כל כיוצא בזה. (ואין נקרא שינוי אא"כ נשתנה שם הגזילה מכח השינוי) (טור סי"ד) "עכ"ל.

הנה מבואר ששינוי מעשה שאינו חוזר לברייתו הוא שינוי, אבל אם חוזר לברייתו לא הוא שינוי, והרמ"א מביא את שיטת הטור שאפילו שינוי מעשה צריך שיהיה עמו גם שינוי שם.

העולה מזה: שינוי מעשה שאינו חוזר לברייתו הוא שינוי, אבל אם חוזר לברייתו לא הוא שינוי, והרמ"א מביא את שיטת הטור שאפילו שינוי מעשה צריך שיהיה עמו גם שינוי שם.

איזה שינוי שם צריך עם שינוי מעשה

ועל מה שכתב הרמ"א בשם הטור יש לתמוה טובא. דאם צריך שינוי שם עם שינוי מעשה, אם כן באיזה אופן מועיל שינוי מעשה, והרי שינוי שם שאינו חוזר לברייתו הוא קנין אפילו בלא יאוש, כמבואר לעיל, ובאמת קושיא זו כבר הקשה בקצות החושן, ומחדש שיש שני סוגי שינוי שם, יש שינוי שם גדול ואז לא צריך שינוי מעשה, ויש שינוי שם קטן שאינו מועיל אבל הוא מצטרף לשינוי מעשה.

וז"ל קצות החושן (סימן שס"ק ה) "מיהו נשתנה שם הגזילה נראה דלא היינו שינוי השם ממש, דא"כ שינוי מעשה לא משכחת כלל, כיון דאם לא נשתנה שמו לא קנה, ובנשתנה שמו תיפוק ליה דהוי שינוי השם, אלא דשינוי השם בלא שינוי מעשה דהיינו שינוי השם

לפיכך פסקו לחומרא, שהמקדש אשה בגזל רק לאחר יאוש, צריכה גט מדרבנן, וכן פסק רבינו ירוחם והביאו הרמ"א באבן העזר להלכה, וכל זה לחומרא ולא לקולא, לפיכך למעשה בודאי, לאחר יאוש בלבד צריך להחזיר את הגזלה.

יאוש ושינוי רשות

אף על פי שיאוש לחוד לא מהני, מכל מקום יאוש ושינוי רשות מהני, ומה הוא שינוי רשות, אם הגנב מוכר או נותן את הגניבה לאחר, אבל מת וירשו יורשים לא הוי שינוי רשות, ואם היה קודם יאוש ולאחר מכן שינוי רשות הכל מודים שקונה, אבל אם היה קודם שינוי רשות ולאחר מכן יאוש, יש אומרים שלא קונה, כיון שלשיטתם שינוי רשות קונה רק לאחר שכבר היה יאוש. המחבר פוסק שבכל אופן קונה, והרמ"א מביא יש חולקים.

וז"ל המחבר בחושן משפט (שנג, ג) "אם יש עם היאוש שינוי רשות, בין שנתיאשו ואח"כ מכר הגנב, בין שנתיאשו אחר שמכר, קנה, (ויש חולקין) "עכ"ל. ובגדר שינוי רשות פסק המחבר בחושן משפט (שנג, ד) וז"ל "אין נקרא שינוי רשות אלא במוכר או נותן; אבל אם מת והורישוהו לבניו, לא, דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי". עכ"ל.

העולה מזה: יאוש ושינוי רשות מהני. אם היה קודם יאוש ולאחר מכן שינוי רשות הכל מודים שקונה, אבל אם היה קודם שינוי רשות ולאחר מכן יאוש יש מחלוקת. ושינוי רשות היינו מכר או נתן.

שינוי השם שאינו חוזר לברייתו

אם השתנה שם הגנבה ביד הגנב, שינוי שאינו יכול לחזור לברייתו, דהיינו שאי אפשר להחזירו למצבו הקודם, קונה אפילו שאין יאוש, אבל אם זה שינוי שיכול לחזור לברייתו, אין שינוי השם קונה לבד. ואם יש יאוש עם שינוי השם שחוזר לברייתו, נחלקו בזה הראשונים, וכל זה מובא במחבר בחושן משפט (שנג, א – ב) וז"ל "נשתנה שם הגניבה ביד הגנב, כגון שגנב טלה ונעשה איל; עגל ונעשה שור, קנאה בשינוי השם, ואין להחזיר אלא דמיה ומשלם כמו שהיתה שוה בשעת הגניבה. וכן כל שינוי כיוצא בזה, שאינו חוזר לברייתו; אבל שינוי החוזר, אינו קונה אפילו מדרבנן. ובסימן ש"ס יתבאר איזה שינוי החוזר: נתיאשו הבעלים מהגניבה, אינו קונה, וצריך להחזירה. ואם יש עם היאוש שינוי השם שחוזר לברייתו, י"א שקונה ואינו צריך להחזיר אלא דמיה" עכ"ל.

העולה מזה: אם השתנה שם הגנבה ביד הגנב, שינוי שאינו יכול לחזור לברייתו, דהיינו שאי אפשר להחזירו למצבו הקודם, קונה

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

מטבע ונפסל, תרומה - ונטמאת, חמץ - ועבר עליו הפסח, אומר לו הרי שלך לפניך; ואי אמרת היזק שאינו ניכר שמיה היזק, האי גזלן הוא, ממונא מעליא בעי שלומי! תיובתא" ע"כ. הנה הש"ס מקשה שאם היזק שאינו ניכר שמיה היזק, מדוע פטור ויכול לומר הרי שלך לפניך.

ובביאור תמיהת הש"ס כתבו התוס' שם, וז"ל "ד"ה גזלן הוא גזלן הוא וממונ מעליא בעי שלומי - תימה דהיכי מדמי הכא דממילא, למטמא בידים, דנהי דמטמא בידים חייב, היכא דנטמאת מאליה אומר לו הרי שלך לפניך, דהא המכחיש בהמת חבירו באבנים, או במלאכה חייב, ובהכחשה ממילא, או פירות שהרקיבו מקצתם, אומר לו הרי שלך לפניך, הואיל ועדיין הם בעין ולא קנאם בשינוי. וי"ל דכיון דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק, א"כ חשיב ליה כאילו הוא ניכר, ואם כן אין לך שינוי גדול מזה, וקנאם הגזלן בשינוי וצריך לשלם בממונ מעליא, ושמין כעין גזול, ולא מצי אמר ליה הרי שלך לפניך" עכ"ל. מבואר דכוונת הש"ס להקשות מדוע יכול לומר הרי שלך לפניך, הרי קנה הגזלן את הגזילה בשינוי מעשה.

והקשה בקצות החושן (שם) על דבריהם, וז"ל "אי נימא דאפילו בשינוי מעשה, כל שלא נשתנה שם הגזילה לא קנה, א"כ אפילו למ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק, וחשיב ליה שינוי מעשה וכמו דמפרשי תוס' שם (ד"ה גזלן) ע"ש, אכתי מצי אמר הרי שלך לפניך, כיון דלא נשתנה שם הגזילה, דמעיקרא לחם והשתא לחם וצ"ע: עכ"ל.

תוכן דבריו, לפי המבואר בתוס', דתמיהת הש"ס היא, דאם היזק שאינו ניכר שמיה היזק, הוי שינוי הניכר וקנאם הגזלן, אבל אי היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק, לא הוי שינוי ולא קנאם הגזלן. וקשה, דאם נאמר דצריך גם שינוי השם עם שינוי מעשה, אם כן גם למאן דאמר שמיה היזק לא קשה, דלא קנה בשינוי מעשה בלא שינוי השם, וכיון שלא השתנה שם החמץ לאחר הפסח, לכן יכול לומר הרי שלך לפניך.

העולה מזה: לפי המבואר בתוס', דתמיהת הש"ס היא, דאם היזק שאינו ניכר שמיה היזק, הוי שינוי הניכר וקנאם הגזלן, אבל אי היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק, לא הוי שינוי ולא קנאם הגזלן. וקשה, דאם נאמר דצריך גם שינוי השם עם שינוי מעשה, אם כן גם למאן דאמר שמיה היזק לא קשה, דלא קנה בשינוי מעשה בלא שינוי השם, וכיון שלא השתנה שם החמץ לאחר הפסח, לכן יכול לומר הרי שלך לפניך.

שהוא חשוב וכמ"ש הרא"ש פרק מרובה (ב"ק פ"ד סו"ס ב') גבי גנב טלה ונעשה איל ע"ש, ובשינוי מעשה סגי לה בנשתנה שם הגזילה אפילו שינוי שמו בשינוי כל דהו" עכ"ל.

והטעם שצריך שינוי השם כאשר יש שינוי מעשה, מבואר בערוך השולחן (שם, סעיף י) וז"ל "כתב רבינו הרמ"א בסעיף ו', דאין נקרא שינוי אא"כ נשתנה שם הגזילה מכח השינוי עכ"ל, ואין כוונתו דכל שינוי מעשה צריך גם לשינוי השם, דא"כ למה ליה השינוי מעשה, הא גם שינוי השם לבדו הוי שינוי, ועוד דהא צמר וליבנן אין בזה שינוי השם וקנה אם אינו חוזר לברייתו, אלא דהאי כללא סימנא בעלמא הוא לענין רוב השינוים, להסביר הטעם, כמו בעצים כשחתכן לחתיכות קטנות אין זה שינוי, וכששיפן הוי שינוי משום דקטנות עדיין שם עצים עליהם, אבל בששיפן נשתנה לשם אחר, וכ"כ הטור וכ"כ התוס' [רפ"ט דב"ק], וכן בלבינה ועשאו עפר הוי שינוי, ואם ישבור הלבנה לשברי שברים ודאי דלא הוי שינוי, דעדיין שם לבינה עליהם, אבל כשעשאו דק כעפר נשתנה שמו, וכלל הדברים כן הוא, דאם השינוי שולט בכל החפץ כמו בצמר ולבנו או צבעו או מעות חדשים וישנן אבנים וסתתן וכיוצא בזה, דהוי שינוי גמור, אף דאין בזה שינוי השם כיון דהשינוי ניכר בכל החפץ, הוי שינוי, אבל שינוי מעשה שהקטין הדבר ההוא, כמו קורות גדולות ועשאן קטנות, מ"מ אין זה שינוי, דהא הקטנות שנשארו אין בהם שום שינוי מכמקדם, דאותה צורה עליהם ולא הוה שינוי רק כשנשתנה שמן, כגון שעשאן קרשים דאז ניכר השינוי בכל, ויש באמת גם שינוי השם, אלא דא"א להיות באופן אחר [כנ"ל ועי' בהגר"א סק"י ובקצה"ח]: עכ"ל.

העולה מזה: בקצות החושן מבאר ששינוי השם שצריך להיות עם שינוי מעשה, הוא שינוי השם קטן, אבל שינוי השם גדול אין צריך, דשינוי השם גדול אין צריך כלל שינוי מעשה. ובערוך השולחן מבאר, ששינוי השם שצריך עם שינוי מעשה, ההגדרה היא לבאר מדוע יש שינוי מעשה שהוי שינוי כמו אבנים וסתתן, ומצד שני אבנים ששבר לאבנים לא הוי שינוי מעשה, על זה אומרים שאבנים קטנות נשאר שמם אבנים, מה שאין כן אם סיתת, קבלו שם אחר. הגדרת שינוי השם, היא לתת הבנה האם זה הוי שינוי מעשה. אבל לא בכל פעם צריך שינוי השם עם שינוי מעשה, שאם השינוי כולל את כל הדבר, אין צורך לשינוי השם.

תמיהת קצות החושן

נחלקו בגיטין (נג, א) האם היזק שאינו ניכר הוי היזק. ומקשה הש"ס על מ"ד דהוי היזק. וז"ל הגמ' בגיטין (נג, ב) "מתיר רב פפא: גזל

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

ישוב תמיהת קצות החושן

ולאור המבואר בערוך השולחן לא קשה מידי, דכל ענין שינוי השם הוא רק כדי להוכיח שהיה שינוי מעשה, אם כן כיון ששמייה היזק זה שינו גרוע ואין צריך שינוי השם. ובלאו הכי לא הבנתי קושיית קצות החושן, דבודאי שהשתנה שמו, שנעשה שם איסור. וראיתי בטבעת החושן שתירץ כן.

עוד ראיתי באמרי בינה (דיני פסח סימן יב) ביאור נפלא בביאור דברי התוס', ומיישב בזה תמיהת קצות החושן. וז"ל, "אולם באמת י"ל דאין כונת התוס' כיון דשמייה היזק הוא שינוי, דמה זה שינוי, דמעיקרא לחם והשתא לחם, וכן בתרומה הדבר בעינא כמו שהיה. רק כוונת תוס', [א. ה. ליישב מדוע מאן דאמר שמייה היזק חייב], כיון דבאמת הדבר הוא בעינא כמו שהיה, ואמאי יתחייב לשלם, כיון דלא היזק אותו בשום דבר, ועל כורחך צריך לומר, דנידון הדבר על שם סופו, כיון דאינו עומד לדבר שהיה מעיקרא, דתרומה כשנטמאה עומד לשריפה, וחמץ שעבר עליו הפסח גם כן, כיון דאסור בשום הנאה אינו עומד רק לשרוף, ורואין אנו את הדבר כאילו הוא כבר שרוף, ואין לך שינוי גדול מזה".

"ועיין ל' תוס' ב"ק (דף מ"ה) דכתבו כי אין זה ממון שגזל, כיון שחשובה כאילו ההיזק ניכר בו, שאין לך שינוי גדול מזה אילו היה ניכר, והכונה גם כן, כיון דרואין אנו את הדבר למה שעומד, וכיון דשמייה היזק על כורחך, דהוי כאילו ניכר ונשרף, אם כן כבר קנה בשינוי, דכיון דחשבינן כאילו ניכר שינוי מעשה, ממילא כאילו נשתנה גם שמייה, וכאלו נעשה אפר, ואמאי יכול לומר הרי שלך לפניך, אלא ודאי, דלא שמייה היזק, לכך יכול לומר הרי שלך לפניך כו" עכ"ל.

נמצינו למדים ליישב תמיהת קצות החושן בכמה אופנים, א. דאין צריך ממש שינוי השם בשינוי מעשה, רק להוכיח שהשינוי מעשה גרע, ובאופן זה שגזל חמץ ועבר פסח, בודאי השינוי מעשה גרע ואין צריך שינוי השם. ב. יש שינוי השם, מעיקרא מותר ועכשיו אסור. ג. שורש המחלוקת אי היזק שאינו ניכר הוי היזק, האם מסתכלים על הדבר לפי סופו, ולמ"ד שמייה היזק נחשב לפי סופו כעומד להשרף, ממילא גם נשתנה שמו.

העולה מזה: יש ליישב תמיהת קצות החושן בכמה אופנים, א. דאין צריך ממש שינוי השם בשינוי מעשה, רק להוכיח שהשינוי מעשה גרע, ובאופן זה שגזל חמץ ועבר פסח, בודאי השינוי מעשה גרע. ב. יש שינוי השם, מעיקרא מותר ועכשיו אסור. ג. שורש המחלוקת אי היזק שאינו ניכר הוי היזק, האם מסתכלים על

הדבר לפי סופו, ולמ"ד שמייה היזק נחשב לפי סופו כעומד להשרף, מילא גם נשתנה שמו.

סתם גניבה יאוש בעלים

עוד יש לברר, באופן שאין ידוע אם הבעלים התיאשו, האם אמרינן שהתיאשו. והנה מבואר בחושן משפט (שסח, א) ברמ"א וז"ל, "הגה: וסתם גניבה הוי יאוש אפילו בעובד כוכבים, ואם כן הקונה מן הגנב לא היה צריך להחזיר הגניבה אלא אם כן ידעינן דלא נתיאש, דהא קנאה ביאוש ושינוי רשות, כמו שנתבאר לעיל סי' שנ"ג עכ"ל.

העולה מזה: באופן שלא יודעים אם הבעלים התיאשו, בגניבה אמרינן שסתם גניבה יאוש בעלים.

קטן שנגב – גזר קנין שינוי

עוד יש לברר האם קטן שגונב יש לו דיני קניין גניבה כמו גדול, או שכיון שהוא קטן אין בו קניני גניבה. ובאמת כבר הסתפק בזה רבי עקיבא איגר (כתב וחותם חלק ב סימן א' וחידושי רבי עקיבא איגר בבא קמא סו, א), וז"ל "נסתפקתי בקטן שגזל ונשתנה הגזילה בידו אם קנה, דבפשוטו, הא דשינוי, אף בשינוי העומד מאליו קנה, היינו היכא דקם הגזילה ברשותיה, היינו על ידי משיכה או הגבהת גניבה, או על ידי חצרו, כיון דהוא עביד קנין לזכות בו, אוקמי התורה ברשותיה לענין חיוב אונסין, וכיון דכבר קם ברשותיה ויצא קצת מרשות בעלים, בזה אמרה תורה דשינוי קונה, אבל היכא דלא היתה הגזילה במעשה קנין, כגון משך ברשות בעלים, דלא קם ברשותיה לענין אונסין כדאיתא בב"ק דף ע"ט ע"א, בזה בודאי נראה דלא קנה הגזילה בשינוי, א"כ י"ל הכי נמי בקטן, כיון דאין קנין לקטן, א"כ לא קם ברשותיה כלל, דהיינו לא מצד שאין שייכות חיוב תשלומים על הקטן, גם היכי דשייך, כגון קטן שגזל ומשך הבהמה בסמטא והגדיל, ואמר שאינו רוצה להחזיר הגזילה, ואחרי כן נאנסה, דפטור, דכשהגדיל לא נעשה גזלן, כיון דאח"כ לא עשה קנין ולא קנה בשינוי".

"או די"ל דגם בקטן שייך הקנין לענין גזילה, כיון דבכל גזלן, לכאורה מה שייכות קנין, הא הוא שלא מדעת הבעלים, ועל כרחך דגזייה"כ דבכל ענין היכי שאילו הקנין הזה היה מדעת בעלים היה זוכה בו, עשאו הכתוב שלא מדעתו כאילו הוא מדעתו לענין חיוב אונסין, א"כ הכי נמי י"ל בקטן, לדעת הפוסקים דדעת אחרת מקנה אותו יש לו זכיה מדאורייתא, אנו דנין, כיון דבאם היה הקנין הזה מדעת הבעלים היה זוכה, הכי נמי בלא דעתו קונה לענין דקם ליה ברשותיה, אלא דאם נאנסה בעודו קטן אין שייכות חיוב על הקטן, אבל אם הגדיל

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

אפילו דאמרינן שסתם גניבה יאוש בעלים, מכל מקום, אם ידעינן שלא התיאש, לא הוי יאוש ולא קנה.

העולה מזה: יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש בגניבה, ולפי זה אפילו דאמרינן שסתם גניבה יאוש בעלים, מכל מקום, אם ידעינן שלא התיאש, לא הוי יאוש ולא קנה.

נידון דידן

ועכשיו נבוא לבאר נידון דידן. דהנה גם באופן שהגזלנים היו בחורים ולא קטנים, לא נעשה כל קניין שמקנה את העצים לגזלנים, דאפילו אם נאמר שסתם גניבה יאוש בעלים, ועשו שינוי רשות שנתנו להדלקה, מכל מקום, כבר נתבאר דאם ידעינן שלא ידעו מהגניבה הוי יאוש שלא מדעת, וגזילה של עצים מאתרי בניה לא ידוע לבעלים, וגם פעמים רבות הבעלים לא נמצאים שם אלא פועלים, וכיון שאין יאוש לא מהני, אפילו אם נאמר שהגזלנים נתנו במתנה למדורה. וגם לא נראה שיש כאן מתנה, אלא הניחו שם, שאין זה שינוי רשות. לכן, אפילו אם יש יאוש לא מהני. ואין כאן שינוי מעשה, ולא שינוי השם, דהרי שינוי השם כאן - שנקרא הדלקה - חוזר לברייתו, דיכול להוציא את העצים מהמדורה. קל וחומר בנידון דידן שהיו קטנים, דיש להסתפק אם מהני קניני גזלה בקטן. לאור זה בודאי איסור גמור להדליק מדורה זו, והיא מצוה הבאה בעבירה.

דינים העולים:

- א. יאוש לחוד, לפי הרי"ף והרמב"ם וכן פסק המחבר, אינו קונה כלל. אבל הרא"ש והטור חוששין שמא קונה מדרבנן, לפיכך פסקו לחומרא, שהמקדש אשה בגזל רק לאחר יאוש, צריכה גט מדרבנן, וכן פסק רבינו ירוחם והביאו הרמ"א באבן העזר להלכה, וכל זה לחומרא ולא לקולא, לפיכך למעשה בודאי, לאחר יאוש בלבד צריך להחזיר את הגזלה.
- ב. יאוש ושינוי רשות מהני. אם היה קודם יאוש ולאחר מכן שינוי רשות הכל מודים שקונה, אבל אם היה קודם שינוי רשות ולאחר מכן יאוש יש מחלוקת. ושינוי רשות היינו מכר או נתן.
- ג. אם השתנה שם הגנבה ביד הגנב, שינוי שאינו יכול לחזור לברייתו, דהיינו שאי אפשר להחזירו למצבו הקודם, קונה אפילו שאין יאוש, אבל אם זה שינוי

ולא החזיר י"ל אף אם לא עשה קנין מחדש חייב באונסין, וא"כ י"ל דשינוי קונה אף אם נשתנה בעודו קטן, כיון דהגזילה קם ברשותיה, אלא דפטור מלשלם כיון דאין שייכות חיוב על הקטן".

"ואופן ספיקתי, ביסוד קנין דגזילה, אם אמרינן דהתורה עשאו לענין חיוב כאילו היה מדעת בעלים, או דהתורה עשאו כאילו לא היו בעלים לחפץ זה, דהיה קונה מהפקר, ה"נ בגזילה חייב באונסין, וא"כ בקטן דאינו זוכה מהפקר לא קם ברשותיה וכו' וצ"ע לדינא עכ"ל הגרע"א. והרבה נשאו ונתנו בדבריו, ולמעשה מידי ספיקא לא יצאנו.

העולה מזה: רע"א מסתפק ביסוד קנין דגזילה, אם אמרינן דהתורה עשאו לענין חיוב כאילו היה מדעת בעלים, ולפי זה גם קטן שגזל קונה, [ונפק"מ באופן שהגדיל], או דהתורה עשאו כאילו לא היו בעלים לחפץ זה, דהיה קונה מהפקר, ה"נ בגזילה חייב באונסין, וא"כ בקטן דאינו זוכה מהפקר לא קם ברשותיה. ולמעשה מידי ספיקא לא יצאנו.

יאוש שלא מדעת בגניבה

עוד יש לברר מה הדין ביאוש שלא מדעת בגנבה, דקיי"ל באבידה דלא הוי יאוש, האם גם בגניבה דינא הכי, והנה זה מבואר בגמרא ובפוסקים שדין יאוש שלא מדעת לא הוי בגנבה, כמו שכתב אדוננו הש"ך (חושן משפט סימן שנג ס"ק ד) וז"ל "ועוד נראה ראייה, דהא קי"ל (לעיל סי' רס"ב ס"ד) כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ובש"ס פרק אלו מציאות (דף כ"ב ריש ע"א) מוכח להדיה דלפי זה לא מהני יאוש אלא אם כן ידוע שנתייאש קודם לכן, דפריך התם לאביי ת"ש הגנב וגולן שנטל מזה ונתן לזה מה שנטל נטל ומה שנתן נתן, בשלמא גולן דקחזי ליה ומייאש, אלא גנב מי קחזי ליה דמייאש, תרגמא ר"פ בלסטים מזוין ע"כ כו' ולפי זה הא דק"ל לקמן סי' שס"א וש"ס ח סתם גניבה הוי יאוש בעלים, היינו כשידוע שהבעלים ידעו מהגניבה, דאז אמרינן מסתמא נתייאשו הבעלים, אבל אי לא ידעינן שידעו מהגניבה לא הוי יאוש, וכדמוכח מההיא דגנב שנטל מזה כו', וכ"כ האגודה פרק א"מ גנב דלא ידעו בעלים שנגנב להן ונתן לזה חייב להחזיר לבעלים הראשונים דהוי ליה יאוש ש"מ, אבל אם כבר ידעו הבעלים קנה ע"כ וכ"כ בהגה"א שם עכ"ל.

וכן כתב בשו"ת מהר"י הלוי (סימן ז) וז"ל "י"ל דלעולם בגניבה נמי אף על גב דאיכא שינוי מעשה או שינוי רשות בהדי יאוש מ"מ בעינן שיהא יאוש מדעת לפחות בשעת שינוי מעשה או שינוי רשות, כמ"ש הגהות אשר"י [סימן ב] והגהות מרדכי בפ' אלו מציאות [סי' תכה]" עכ"ל. הנה מבואר, דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש בגניבה, ולפי זה

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

ז. יש ליישב תמיהת קצות החושן בכמה אופנים, א. דאין צריך ממש שינוי השם בשינוי מעשה, רק להוכיח שהשינוי מעשה גרע, ובאופן זה שגזל חמץ ועבר פסח, בודאי השינוי מעשה גרע. ב. יש שינוי השם, מעיקרא מותר ועכשיו אסור. ג. שורש המחלוקת אי היזק שאינו ניכר הוי היזק, האם מסתכלים על הדבר לפי סופו, ולמ"ד שמיה היזק נחשב לפי סופו כעומד להשרף, מילא גם נשתנה שמו.

ח. באופן שלא יודעים אם הבעלים התיאשו, בגניבה אמרינן שסתם גניבה יאוש בעלים.

ט. רע"א מסתפק ביסוד קנין דגזילה, אם אמרינן דהתורה עשאו לענין חיוב כאילו היה מדעת בעלים, ולפי זה גם קטן שגזל קונה, [ונפק"מ באופן שהגדיל], או דהתורה עשאו כאילו לא היו בעלים לחפץ זה, דהיה קונה מהפקר, ה"נ בגזילה חייב באונסין, וא"כ בקטן דאינו זוכה מהפקר לא קם ברשותיה. ולמעשה מידי ספיקא לא יצאנו.

י. יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש בגניבה, ולפי זה אפילו דאמרינן שסתם גניבה יאוש בעלים, מכל מקום, אם ידעינן שלא התיאש, לא הוי יאוש ולא קנה.

יא. אם לקחו עצים מאתרי בניה למדורת לג בעומר, אסור להדליק את המדורה, כיון שלא נעשה קניין בעצים שמתחייבים רק בדמים, וכיון שחייבים בהשבת העצים עצמם, הם בבעלות הבעלים, ואסור לשרוף עצים של אחר.

שיכול לחזור לברייתו, אין שינוי השם קונה לבד. ואם יש יאוש עם שינוי השם שחוזר לברייתו, נחלקו בזה הראשונים.

ד. שינוי מעשה שאינו חוזר לברייתו הוי שינוי, אבל אם חוזר לברייתו לא הוי שינוי, והרמ"א מביא את שיטת הטור שאפילו שינוי מעשה צריך שיהיה עמו גם שינוי שם.

ה. בקצות החושן מבאר ששינוי השם שצריך להיות עם שינוי מעשה, הוא שינוי השם קטן, אבל שינוי השם גדול אין צריך, דשינוי השם גדול אין צריך כלל שינוי מעשה. ובערוך השלחן מבאר, ששינוי השם שצריך עם שינוי מעשה, ההגדרה היא לבאר מדוע יש שינוי מעשה שהוי שינוי כמו אבנים וסתתן, ומצד שני אבנים ששבר לאבנים לא הוי שינוי מעשה, על זה אומרים שאבנים קטנות נשאר שמם אבנים, מה שאין כן אם סיתת, קבלו שם אחר. הגדרת שינוי השם, היא לתת הבנה האם זה הוא שינוי מעשה. אבל לא בכל פעם צריך שינוי השם עם שינוי מעשה, שאם השינוי כולל את כל הדבר, אין צורך לשינוי השם.

ו. לפי המבואר בתוס', דתמיהת הש"ס היא, דאם היזק שאינו ניכר שמיה היזק, הוי שינוי הניכר וקנאם הגזלן, אבל אי היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק, לא הוי שינוי ולא קנאם הגזלן. וקשה, דאם נאמר דצריך גם שינוי השם עם שינוי מעשה, אם כן גם למאן דאמר שמיה היזק לא קשה, דלא קנה בשינוי מעשה בלא שינוי השם, וכיון שלא השתנה שם החמץ לאחר הפסח, לכן יכול לומר הרי שלך לפניך.

