

והגיזה, והיאוש שקדם לשבח נצרך כדי לפוטרו מן התשלומין, כאמור. (עפ"י הגר"ה מבריסק. וע"ע בחזו"א – ב"ק יז, ט-יא שהאריך בבאור דברי הרמב"ם).

דף צו

הערות ובאורים בפשט

'האי מאן דגזל דיקלא מחבריה וקטליה, אע"ג דשדיא מארעא לארעא דידיה – לא קני. מאי טעמא, מעיקרא דיקלא מיקרי והשתא נמי דיקלא מיקרי' – יש לתמוה, והלא קרקע אינה נגזלת, וכן כל המחובר לקרקע, ואם כן, הרי הגזילה נעשית כשהעביר את הדקל הקצוץ לרשותו (וכמשתמע בפשטות מהלשון 'דשדיא מארעא לארעא דידיה'), ומה שייך כאן שינוי, הלא משעה שגזל לא נשתנית הגזילה?

וכתב החזון איש (ב"ק יז, טו) שמדובר כשאוחזו הדקל בידו, ובקציצה עצמה נעשה הקנין, ומוכח מכאן שאין צריך שהשינוי ייעשה לאחר הגזילה, אלא גם כשנעשה בבת אחת עם הגזילה – קונה. ואולם, דוקא אם אחז הדקל בידו, כאמור, אבל נפילת הדקל לבדה – אינה קנין, כמבואר בתוס' בבא-מציעא (ט. ולהלן צח.).

(וכן הוכיח מכאן בקובץ שיעורים, שגולן שעם הגזילה שינה – קנה. ועוד הוכיח מכאן בשו"ת דובב מישרים (ה"ג עב), ששינוי קונה אפילו בבית בעלים.

ולכאורה יש לתמוה מסתימת הדברים, שלא פרשו שאחזו בידו, והרי סתם קציצה – בנפילה.

ואפשר שזו כוונת הגמרא 'אף על גב דשדיא מארעא לארעא דידיה' – שאפילו בעת שקצו, השליך הדקל שיפול לרשותו, ('שדיא' – לשון השלכה) – ושינוי מצב הדקל בא בו זמנית עם קנין הגזילה. לאפוקי אם נפל לרשות בעלים, ורק אח"כ הביאו לרשותו, שלא היה כאן כלל מעשה של שינוי אלא קודם לגזילה, ברשות הבעלים).

'בעי רב פפא: נחלקה התימות מהו? תא שמע... נחלקה התימות נעשה כמי שנטלה ופסול' – רש"י ושאר הראשונים ז"ל פרשו שבעית רב פפא לענין שינוי נאמרה, והוכיחו שאין לשם לולב כשנחלקה תימותו. (ולא שהפסול מהוה סיבה המחייבת את דין השינוי, אלא להפך, סיבת פסול לקיחתו, מפני שנשתנה מברייתו – קובץ שיעורים).

(וזה דלא כדברי המהדיר 'לחד' הראב"ד, הר"ש אטלס, שנטה מדרך הראשונים, שסוגיא זו הובאה אגב גררא מדיני לולב).

(ע"ב) 'אמר ליה: סוף סוף גזילה הוא וקא הדרה בעינא, דתנן כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה' – פרוש, אילו לא לקה בתורת גזילה אלא בתורת שכירות, יכולים היו הבעלים לתובעו כשיעור דמי שכירות, אם היה הצמד עשוי לשכר, כדין התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה (להלן צז.). ואפילו אינו עשוי לשכר, חייב על כל פנים כדין זה הנהגה וזה חסר. ועתה שנטל בתורת גזילה, אין יכול לתובעו אלא הפחת, במידה וישנו, לפי שקניני-גזילה מקנים את החפץ לגולן הן לענין אחריות, והן לענין שאין לנגזל שותפות ברווחים או זכות ב'דמי שימוש'. (וע' קובץ שיעורים).

ומלשון הגמרא משמע שזה שהגזלן פטור מלשלם שכר מלאכה, מעיקר דין תורה הוא. כן כתב החזו"א (כ.ה. דלא כהסמ"ע (שם סק"ט) שכתב שהוא מפני תקנת השבים).
 (ומה שהביאו מהמשנה 'כל הגולנים משלמין כשעת הגזילה' – שכשם שגזלן ששינה את החפץ, אינו חייב אלא כשווי הראשון ולא כפי הערך הגבוה הנוכחי, ואין אומרים שיחלוק עם הבעלים באותו שבה שהושבת, כך (וקל וחומר) כשעשה הגולן רווחים אחרים באמצעות הגזילה – אין לבעלים שום זכות באותם רווחים. שהרי שבה שבא עם שינוי החפץ לא יגרע מרווחים מבחוץ שבאו ע"י החפץ).

ציונים וראשי פרקים לעיון

'בעי רבא: השביח לוקח מהו? בתר דבעיא הדר פשטה: מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו' – הוצרכו לטעם 'מה מכר ראשון לשני... ולא אמרו שמשום אותה תקנת-השבים עצמה יש לתקן שיהא השבח ללוקח, כי אם יגיע לנגזל, יפסיד הגולן בכך שיחזור עליו הלוקח ויתבע מאתו את השבח שטרפדו – שאין דין זה אמת, כי הגולן לא יתחייב להעמיד את השבח ללוקח.
 וכן צריך לומר בגזל ומכר לגוי, שהשבח לנגזל, כמבואר בגמרא, ואין שייכת שם תקנת השבים לגזלן, כי אכן אין הגולן חייב לשלם לו, וממילא לא ימנע מלגלות על גזילותיו ולהשיבם. (ע' חזו"א ב"ק יז, יב).
 ואדרבה, מכח סברת 'מה מכר...' מייפס את זכותו של הלוקח, שדמי השבח מגיעים ללוקח, וחזור הנגזל ונוטל דמי השבח (ששילם ללוקח כשנטל ממנו את ממונו) מהגולן, כל שלא היה יאוש בעלים. (כדנפסק בשו"ע חו"מ ססב, ד). אך יש אומרים שזה דוקא כאשר הגולן השביח ומכר אח"כ, אבל אם הלוקח השביח, אין הנגזל חוזר על הגולן ליטול דמי השבח. ויש חולקים. (ע' סמ"ע וקצוה"ח שם).
 ואף על פי שתחילת התקנה היתה בשביל הגולן, שלא יימנע מלשוב, וכאן נמצינו עושים תקנה ללוקח על חשבון הגולן. מכל מקום, הרי הגולן העביר כל זכויותיו שהיו לו, לזה הקונה ממנו. וזהו חידושו של רבא 'מה מכר...' אף את הזכויות שבידו של המוכר.
 ומה תואם הדבר לאותה מימרא של רבא גופיה (לעיל ח:), שגם שם המכוון (שלא כדסבר אביי) שבכלל המכירה כלולים כל אותן זכויות שבידו, גם כשע"י מכירת אותן זכויות, ייפגע הוא בעצמו לאחר זמן.

'תקנתא לעכו"ם ניקו ונעבוד?!' – משמע, שאפילו אם בדיניהם השבח מגיע לנגזל, ואי אפשר לזכות הנגזל לא בדיניהם ולא בדיננו, אין הגולן זוכה בשבח, שכיון שדיננו אינו אלא משום תקנה, שאינה נוהגת בעכו"ם, הרי אומרים לו שמדיננו השבח של הנגזל.
 ואולם הוצאותיו – מגיעים לו, כי אלו הרי יש לגזלן מן הדין ולא מצד התקנה, ככל יורד לתוך שדה חבריו והשביחה שלא ברשות. (עפ"י חזון איש ב"ק יז, יב).

'האי מאן דגזל דיקלא מחבריה וקטליה... – לא קני. מאי טעמא, מעיקרא דיקלא מיקרי והשתא נמי דיקלא מיקרי' – מכאן, שלא כל שינוי מעשה מועיל לבדו, אלא צריך גם שישתנה שם הדבר. (תוס' לעיל צג: ד"ה עצים. וכ"פ הרא"ש והטור והרמ"א – חו"מ שסו, ובש"ך שם, ועוד. וע' שו"ת אג"מ חו"מ ח"א פת ד"ה אבל).
 ואולם, יש שינוי מעשה חשוב, המועיל גם ללא שישתנה שמו, כמו בהמה והזקינה, אבנים וסיתתן (ע' שיטה מקובצת ריש פרקין; חזון איש ב"ק יז, כא). וכן להפך, שינוי השם חשוב, מועיל אף ללא שינוי

מעשה. (כמו שהוכיח בקצות החושן שם סק"ה).

ובשינוי החוזר לברייתו, גם כאשר יש שינוי השם עם שינוי מעשה – לא מועיל (להלכה), כמו שאמרו להלן שהגזול עפר ועשהו לבנה – אינו קונה, לפי שיכול לחזור ולעשותו עפר. הגם שיש שם שינוי השם ושינוי מעשה. אמנם אם יש עמו גם יאוש – קונה (ע' בפוסקים חו"מ שנג, ב ובשער המלך – ריש הל' גירושין, באורך. וכן שם בהל' גזילה ב, ג).

'האי אינש גזלנא עתיקא הוא, ובעינא דאיקנסייה' – וקנס זה, וכל כיוצא בו, קונסין גם בחוצה לארץ ובזמן הזה שאין לנו בית דין סמוכין, שהרי רב נחמן שקנס – בבבל היה. וכן אמרו (סנהדרין מז.) 'שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה' (הרי"ף). ואפילו עונש מוות (ע' שו"ע חו"מ ב; וע' בחדושי ר' מאיר שמחה כאן; אגרות משה חו"מ ח"ב סח – אגרת לשר המדינה של ארה"ב).

וזו לשון הרמב"ם (סנהדרין כד, א): 'וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד זכותם כפי מה שיראה לגדור פרצת הדת ולחזק הבדק או לקנוס אדם'.

וכן כתב הרשב"א בתשובה (ח"א תתקסב): '...ועוד, שזה מערים היה, ושורת הדין בית-דין דנין ומחייבין אותו. שהתורה שלימה שלנו אמת ודיניה אמת, ומחייב השקרנים והאלמים שלא מדין שאר בני אדם, כעובדא דמרי בר איסק בפרק המפקיד (ב"מ לט): 'הכי דאיננא לך ולכל אלמי חברך'. ובבא-קמא אמר רב נחמן גזלן עתיקא הוא ובעיא דאיקנסייה'. (וע' בשו"ת המיוחסות לרמב"ן סו"ס רמ; שו"ת הריב"ש סו"ס תצט; רמ"א חו"מ א, ה).

דף צז

'התוקף ספינתו של חברו... דנחית אדעתא דגזלנותא' – הראשונים (בשטמ"ק) הקשו 'מה נפשך', אם מדובר שנפחתה באופן שנתהוה בה 'שינוי מעשה' – הרי צריך לשלם דמי כל הספינה, שהרי קיימא לן 'אין שמין לגזלן' את השברים, ואם מדובר בפחת שאין בו שינוי מעשה, מדוע משלם הפחת, והלא יכול לומר 'הרי שלך לפניך'?

ותרצו, שמדובר בפחת המהוה שינוי, אלא כיון שאינו גזלן ממש אלא 'שואל שלא מדעת' שדינו כגזלן – אין בו קנין שינוי. שהרי לא ירד על מנת לגזול כולה, אלא תשמישה בלבד.

וע' בחידושי הגר"ח הלוי (גזילה ב, טו) תירוץ נוסף לשיטת הרמב"ם.

וע' ב'קובץ שיעורים' כאן וב'אמרי משה' לד, יג שפרשו תירוץ הראשונים באופן אחר. וע' במה שהעיר על כך בבית ישי – פב, הערה א.

'אמר רב הונא: נסדק – נסדק ממש, נפסל – פסלתו מלכות... התם נשתנה טעמו וריחו הכא לא נשתנה... התם לא מינכר היזיקה הכא מינכר היזיקה' – בגמרא בגיטין תלו נידון זה בשאלה הכללית אם 'הזק שאינו ניכר' שמיה הזק או לאו שמיה הזק.

ואף על פי שאין הנידונים זהים, כאן הנידון על מזיק בידיים, וכאן הנידון על גזלן שבא להשיב חפץ שהופסד מאליו, כגון חמץ ועבר עליו הפסח – מכל מקום, אילו הזק שאינו ניכר שמיה הזק, והרי הוא נידון כהזק ניכר, אם כן, אין לך שינוי גדול מזה, וקנאם הגזלן בשינוי וצריך לשלם ממון מעליא. (תוס' שם).